

(2) 恶意相对人(相对人知道或者应该知道代理人无权代理的)因此遭受到的损失,由相对人和代理人根据各自的过错承担责任。

【可考性】★★★★

4.甲公司开发的系列楼盘由乙公司负责安装电梯设备。乙公司完工并验收合格投入使用后,甲公司一直未支付工程款,乙公司也未催要。诉讼时效期间届满后,乙公司组织工人到甲公司讨要。因高级管理人员均不在,甲公司新录用的法务小王,擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函,工人们才散去。其后,乙公司提起诉讼。关于本案的诉讼时效,下列哪一说法是正确的?

- A.甲公司仍可主张诉讼时效抗辩
- B.因乙公司提起诉讼,诉讼时效中断
- C.法院可主动适用诉讼时效的规定
- D.因甲公司同意履行债务,其不能再主张诉讼时效抗辩

【答案】A

【解析】《民法总则》第171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,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。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。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。”本题中,诉讼时效期间届满后,因高级管理人员均不在,甲公司新录用的法务小王,擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函。承诺函属于单方法律行为。小王擅自签署的行为属于无权代理。如甲公司不追认,则不对甲公司生效,由小王负责。因此,A选项正确。D选项错误。诉讼时效已经届满,不存在中断一说。因此,B选项错误。《民法总则》第193条:“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”因此,D选项错误。

【考查知识点】诉讼时效的特征

【BT预测考点】

1.强制性:诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定,当事人不得约定,否则无

效。

2. 被动性：当事人未提出诉讼时效抗辩，法院不得对诉讼时效进行援引。

3. 阶段性：当事人应在一审期间提出诉讼时效抗辩，二审期间原则上不得提出，但基于新的证据证明对方的请求权已过诉讼时效的除外。

【BT总结秒杀技巧】

下列五种“不能”，做题时直接秒杀：①不能约定排除诉讼时效地适用；②不能约定诉讼时效的起算点；③不能延长、缩短诉讼时效；④不能预先放弃诉讼时效；⑤法院不能主动援引诉讼时效。

【可考性】★★★★

5. 甲、乙和丙于 2012 年 3 月签订了散伙协议，约定登记在丙名下的合伙房屋归甲、乙共有。后丙未履行协议。同年 8 月，法院判决丙办理该房屋过户手续，丙仍未办理。9 月，丙死亡，丁为其唯一继承人。12 月，丁将房屋赠给女友戊，并对赠与合同作了公证。下列哪一表述是正确的？

A. 2012 年 3 月，甲、乙按份共有房屋      B. 2012 年 8 月，甲、乙按份共有房屋

C. 2012 年 9 月，丁为房屋所有人      D. 2012 年 12 月，戊为房屋所有人

【答案】C

【解析】

A 选项：《物权法》第 9 条第 1 款：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”虽然甲、乙、丙在 3 月份签订了散伙协议，但是并未依法登记，还未依法登记不发生效力。因此，A 选项错误。

B 选项：8 月，法院判决丙有办理过户的行为义务，属于确权判决，即丙应给付一定的行为，而非判决房屋归甲、乙共有，这种判决并不直接导致物权的变更。所以，仍然要等丙履行判决，过户后，所有权人才变更为甲和乙。因此，B 选项错误。

C 选项：《物权法》第 29 条：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”丙死亡后，继承开始，丁依据法定继承取得房屋所有权。因此，C 选项正确。

D 选项：《物权法》第 9 条第 1 款：“未做变更登记，房屋所有权没有变动。”虽然丁将赠与合同作了公证，但是未做变更登记，所有权没有发生变动，房屋所有权人依旧是丁。因此，D 选项错误。

【考查知识点】基于法律行为（不动产）物权变动、非基于法律行为的物权变动

【BT 预测考点】

1. 法律行为有效+有处分权+登记=基于法律行为的不动产物权变动

2. 非基于法律行为物权变动

具体类型	因法律文书或政府征收导致物权变动	因继承或者受遗赠取得物权	因合法建造房屋等事实行为设立或消灭物权
生效规则	自法律文书或征收决定生效时当事人即取得物权。 其中，法律文书包括：人民法院、仲裁委员会作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书。	自继承或受遗赠开始时当事人取得物权	自事实行为成就时当事人取得物权
效力模式	非基于法律行为的物权变动，虽然无须登记物权变动结果也会发生，但物权人欲对该物进行处分时，必须先登记才能进行处分，否则其处分不发生物权的效力。		

【可考性】★★★★★

6. 下列哪一情形会引起无因管理之债？

- A. 甲向乙借款，丙在明知诉讼时效已过后擅自代甲向乙还本付息
- B. 甲在自家门口扫雪，顺便将邻居乙的小轿车上的积雪清扫干净
- C. 甲与乙结婚后，乙生育一子丙，甲抚养丙 5 年后才得知丙是乙和丁所生
- D. 甲拾得乙遗失的牛，寻找失主未果后牵回暂养。因地震致屋塌牛死，甲出卖牛皮、牛肉获价款若干

【答案】D

【解析】《民法总则》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。”无因管理，是指无法定的或者约定的义务而为他人管理事务。丙的偿还明显违反甲的意思（诉讼时效经过，甲已有对乙的抗辩权，不必还钱），属于不当管理，丙不

能要求甲还款。因此，A 选项不当选。甲顺便帮助乙清理积雪属于情谊行为，不产生民事法律关系。因此，B 选项不当选。甲扶养丙并没有为他人管理事务的意思，所以不构成无因管理。因此，C 项不当选。甲为乙的利益管理乙的遗失物（暂养牛），后来牛死，甲出卖牛皮、牛肉得价款若干，这均属于没有法定或约定义务而为他人管理事物，构成无因管理，有权要求乙偿付相关的必要费用。因此，D 选项当选。

### 【考查知识点】无因管理之债

### 【BT 预测考点】

含义	没有法定或约定的义务而管理他人事务的行为，俗称“多管闲事”。（事实行为）
成立要件	<p>1.客观上，存在管理他人事务的行为，该事务必须是合法事务且不是专属于本人的事务；      2.主观上，有管理他人事务且为他人谋取利益的意思。      3.本质上，不存在着法定或约定的义务。</p> <p>【提示】</p> <p>①为他人的同时又为自己，成立无因管理。例如，我看到邻居家失火了，我担心会危及到自己家的安全，于是我去救火，这个也成立无因管理。</p> <p>②管理失败也成立无因管理。例如，上例中，我救火失败，邻居的房子还是烧掉了，我也成立无因管理。</p>
法律效果	<p>1.阻却违法，也就是无因管理人不构成侵权；      2.在管理人与被管理人之间产生法定的债权债务关系，具体包括：</p> <p>①管理人在管理过程中支付的必要费用，有权要求被管理人偿付；      ②管理人在管理过程中受到的损害，有权要求被管理人赔偿；      ③管理人无报酬请求权。</p>

### 【可考性】★★★★★

7.甲与乙公司签订的房屋买卖合同约定：“乙公司收到首期房款后，向甲交付房屋和房屋使用说明书；收到二期房款后，将房屋过户给甲。”甲交纳首期房款后，乙公司交付房屋但未立即交付房屋使用说明书。甲以此为由行使先履行抗辩权而拒不支付二期房款。下列哪一表述是正确的？

- A. 甲的做法正确，因乙公司未完全履行义务
- B. 甲不应行使先履行抗辩权，而应行使不安抗辩权，因乙公司有不能交付房屋使用说明书的可能性
- C. 甲可主张解除合同，因乙公司未履行义务
- D. 甲不能行使先履行抗辩权，因甲的付款义务与乙公司交付房屋使用说明书不形成主给付义务对应关系

【答案】D

【解析】

AD 选项：先履行抗辩权。根据《合同法》第六十七条之规定“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”本题中甲乙之间互负债务，且有先后履行顺序，乙已经履行了交付房屋的主给付义务，虽然乙还负有交付房屋使用书的义务，但该交付房屋使用书的义务属于从义务，后履行一方甲不能以此为由行使先履行抗辩权，否则甲构成违约。因此，A 错误，D 正确。

B 选项：不安履行抗辩权。根据《合同法》第六十八条第一款之规定可知，“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”因此，不安抗辩权的行使主体是先履行一方，而本题中甲为后履行一方，不存在行使不安抗辩权来解除合同的情形，B 错误。

C 选项：法定解除情形。根据《合同法》第九十四条之规定可知“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”

【考查知识点】同一双务合同中的履行抗辩权、合同的解除

【BT 预测考点】(对应考点错误，需要重新补正)

	同时履行抗辩权	顺序履行抗辩权	不安抗辩权
含义	没有约定履行顺序。其中一方要求另一方先履行义务时，另一方可以以其没有履行为理由进行抗辩。	约定了履行先后顺序。只要先履行一方没有履行的，后履行一方就可以要求其先履行。	约定了履行先后顺序。只要后履行一方存在可能影响履行的法定情形时，先履行一方就可以中止履行。
抗辩权主体	合同双方当事人都享有	后履行一方享有	先履行一方享有
	①双方互负债务；	②双方互负债务；	③双方互负债务；

构成要件	<p>②双方债务无先后履行顺序；③双方债务均已到履行期； ④他方当事人尚未履行或履行不符合约定</p>	<p>②双方债务有先后履行顺序；③双方债务均已到履行期； ④先履行顺序一方未履行或履行不符合约定</p>	<p>②双方债务有先后顺序； ③先履行一方债务已到履行期；④后履行一方存在难以履行的法定情形，包括：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金以逃避债务；丧失商业信誉。</p>
法律效果	<p>抗辩范围： ①对方不履行的，自己也不履行； ②对方已部分履行的，自己只能针对未履行的部分而不履行； ③对方的履行不符合约定的，自己只能针对不符合约定的部分而不履行。总而言之，对方怎么样，你最多也就只能这样，这也叫作“比例原则”。</p>	<p>①行使该抗辩权不构成违约； ②抗辩范围与同时履行抗辩权相同（见左）</p>	<p>①先履行一方可中止履行而不构成违约； ②若后履行一方提供适当担保的，先履行一方应恢复履行； ③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，先履行一方可解除合同</p>

### 【该知识点在法考中如何考】

考试中，需要根据题目给定的信息判断是否能够行使这三种抗辩权？如果可以行使，则行使的是哪一种抗辩权？行使后的法律后果又是什么？换句话说，该知识点考来考去就是围绕着这三个问题展开的，并在这个问题的细节处给大家挖陷阱，现在带着大家出坑！

### 【教你一招快速破题】

第一步，判断该合同是否为双务合同，是双务合同的才可能存在以上三种抗辩权；不是双务合同的，适用上述三种抗辩权的说法全部是错误的。判断是否是双务合同的关键在于：一个合同中当事人的权利义务是否具有牵连性，也就是一个合同中给付与对待给付具有不可分离的关系，比如买卖手机合同中，你付钱的义务和获得手机权利与对方交付手机的义务和收取货款的权利之间存在着牵连性。

第二步，既然是双务合同，可以适用上述三种抗辩权后，需要进一步判断可以行使哪一种抗辩权？首先，看当事人之间是否约定了履行先后顺序，没有约定的，那就是同时履行抗辩权；然后，约定了履行先后顺序的，有可能是先履行抗辩权，也有可能是不安履行抗辩权，这两个的区分看是谁在抗辩。是后履行一方在抗辩，则是先履行抗辩权；是先履行一方在抗辩，则可能是不安履行抗辩权；最后，判断可能是不安履行抗辩权后，要结合法定的三种情形判断本题中是否有证据证明存在该三种情形，如果有，则是行使不安履行抗辩权。

### 【可考性】★★★★★

8. 方某、李某、刘某和张某签订借款合同，约定：“方某向李某借款100万元，刘某提供房屋抵押，张某提供保证。”除李某外其他人都签了字。刘某先把房本交给了李某，承诺过几天再作抵押登记。李某交付100万元后，方某到期未还款。下列哪一选项是正确的？

- A. 借款合同不成立      B. 方某应返还不当得利

- C.张某应承担保证责任    D.刘某无义务办理房屋抵押登记

【答案】C

【解析】A选项：方某、李某均属于自然人，自然人之间订立的借款合同为实践性合同，即交付借款时合同成立。本题中，虽然出借人李某没有签字的，但李某向方某提供了借款并交付，因此，李某与方某之间的借款合同成立生效，A错误。B选项：借款合同成立，方某获取100万元具有依据，不构成不当得利，B错误。C选项：保证合同成立，此时方某到期未能偿还借款，导致保证责任的产生，因此C正确。D选项：房屋属于不动产，不动产抵押权的设立是登记生效主义，而本题中该房屋未办理抵押登记，因此，该抵押未设立，D错误。

【考查知识点】实践性合同、担保

【BT预测考点】

### 1.实践性行为与诺成性行为

1.诺成性行为：仅行为人意思表示一致即可成立并生效，如买卖合同。

2.实践性行为：除行为人意思表示一致外，还需要交付标的物方能成立或生效。

【BT应试提醒】实践性行为的常考类型：定金合同、保管合同、自然人之间的借款合同、借用合同，也就是这四大实践行为需要交付标的物才能生效，因此在具体做题目的时候，需要时刻记住！

2.不动产抵押案例中，如果没有办理抵押登记，则抵押权未设立，但不因此影响抵押合同的生效。即，不动产抵押的要件：合同+登记。

### 3.保证的设立（缺知识点，需要补）

【可考性】★★★★★

9.甲、乙同为儿童玩具生产商。六一节前夕，丙与甲商谈进货事宜。乙知道后向丙提出更优惠条件，并指使丁假借订货与甲接洽，报价高于丙以阻止甲与丙签约。丙经比较与乙签约，丁随即终止与甲的谈判，甲因此遭受损失。对此，下列哪一说法是正确的？

- A.乙应对甲承担缔约过失责任    B.丙应对甲承担缔约过失责任

- C. 丁应对甲承担缔约过失责任     D. 乙、丙、丁无须对甲承担缔约过失责任

【答案】C

【解析】关于缔约过失，《合同法》第42条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”因此，缔约过失责任只能在磋商合同的当事人之间成立，丁假借订货与甲接洽，与甲恶意进行磋商，应对甲承担缔约过失责任，C正确。乙并未与甲进行磋商，虽然丁是由乙指示，但是否构成共同侵权是侵权责任法上的问题，目前在合同责任的法律制度下，不存在共同缔约过失责任，因此，乙不需要对甲承担缔约过失责任，A错误。丙与甲接洽进行合同磋商，但并违背诚实信用原则的行为，其接受丙的更优惠条件，属于合同自由，无须对甲承担缔约过失责任，BD错误。

【考查知识点】缔约过失责任

【BT预测考点】

概念	当事人在缔约过程中，因自己的过错导致合同不成立、无效或被撤销的，应对对方的损失承担赔偿责任，这就是缔约过失责任。考试中，要通过题干去判断命题人的价值评价，对命题人描述的那个坏人，如果之间不存在合同，则肯定会拿缔约过失责任去惩罚他！！注意做真题去把握这里的价值评价~
构成要件	1.时间：合同成立前，为订立合同而在磋商的时间； 2.主体：仅发生在磋商当事人之间； 3.行为： ①恶意磋商（当事人假借订立合同，恶意进行的磋商）； ②订约欺诈（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其他违背诚实信用原则的行为。 4.结果：给对方造成合理的信赖利益的损失，“信赖利益的损失”包括：①缔约费用及利息；②为准备履行合同所支出的合理费用及利息；③丧失与第三人订立合同的机会所遭受的损失。

【可考性】★★★★

10. 关于合同解除的表述，下列哪一选项是正确的？

- A. 赠与合同的赠与人享有任意解除权  
 B. 承揽合同的承揽人享有任意解除权

C.没有约定保管期间保管合同的保管人享有任意解除权

D.居间合同的居间人享有任意解除权

【答案】C

【解析】

A 选项：关于赠与合同的任意撤销与限制，《合同法》第 186 条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”因此，赠与合同的赠与人享有的是任意撤销权，且有时间限制，不同于任意解除权，A 错误。

B 选项：关于定作人的解除权，《合同法》第 268 条规定：“定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”因此定作人享有任意解除权，而非承揽人，B 错误。

C 选项：《合同法》第 376 条规定：“寄存人可以随时领取保管物。当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。”因此，没有约定保管期间保管合同的保管人享有任意解除权，约定保管期间的则无，C 正确。

D 选项：《合同法》第 410 条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。”但并无法律规定居间合同的居间人享有任意解除权，D 错误。

【考查知识点】合同的特殊法定解除权

【BT 预测考点】

合同当事人双方均享有任意解除权	①委托合同：委托人和受托人均享有任意解除权；
	②不定期租赁合同，承租人和出租人均享有任意解除权。不定期租赁合同包括：A.租赁期限 6 个月以上的合同，当事人未采用书面形式的；B.当事人对租赁期限没有约定或者约定不明的；C.租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的。
	③未约定保管期限或约定不明，保管人与寄存人都有解除权

合同当事人特定一方享有任意解除权	①租赁合同，租赁物威胁人身安全或健康的，承租人享有任意解除权；租赁合同，承租人擅自转租的，出租人有权解除。
	②承揽合同，定作人有任意解除权。
	③约定了保管期限的保管合同，仅寄存人享有；
	④货物运输合同，只有货物托运人享有任意解除权；
	⑤保险合同，只有投保人才享有任意解除权；
	⑥分期付款买卖，买方未支付到期价款金额达到全部价款的 1/5 的，卖方有权解除；
	⑦借款合同，借款人未按约定借款用途使用借款的，贷款人有权解除。

【可考性】★★★

11.2013 年甲购买乙公司开发的商品房一套，合同约定面积为 135 平米。2015 年交房时，住建部门的测绘报告显示，该房的实际面积为 150 平米。对此，下列哪一说法是正确的？

- A.房屋买卖合同存在重大误解，乙公司有权请求予以撤销
- B.甲如在法定期限内起诉请求解除房屋买卖合同，法院应予支持
- C.如双方同意房屋买卖合同继续履行，甲应按实际面积支付房款
- D.如双方同意房屋买卖合同继续履行，甲仍按约定面积支付房款

【答案】B

【解析】

A 选项：《民通意见》第 71 条：“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大的损失的，可以认定为重大误解。”甲与乙公司签订合同，对于房屋买卖合同中的面积条款不存在错误的认识，所以不符合重大误解的构成要件。因此，A 选项错误。

BCD 选项：《商品房解释》第 14 条：“出卖人交付使用的房屋套内建筑面积或者建筑面积与商品房买卖合同约定面积不符，合同有约定的，按照约定处理；合同没有约定或者约定不明确的，按照以下原则处理：（一）面积误差比绝对值在 3% 以内（含 3%），按照合同约定的价格据实结算，买受人请求解除合同的，

不予支持；（二）面积误差比绝对值超出 3%，买受人请求解除合同、返还已付购房款及利息的，应予支持。买受人同意继续履行合同，房屋实际面积大于合同约定面积的，面积误差比在 3% 以内（含 3%）部分的房价款由买受人按照约定的价格补足，面积误差比超出 3% 部分的房价款由出卖人承担，所有权归买受人；房屋实际面积小于合同约定面积的，面积误差比在 3% 以内（含 3%）部分的房价款及利息由出卖人返还买受人，面积误差比超过 3% 部分的房价款由出卖人双倍返还买受人。”因面积误差比超过百分之三，购房者有两种选择：（1）解除合同（2）继续履行，超出部分在 3% 以内的补足价款，以外的部分无需付款。因此，B 选项正确，C、D 选项错误。

【考查知识点】商品房买卖的特殊解除权

【BT 预测考点】

①主体结构不合格的；

②质量不合格+严重影响正常居住；

③面积误差超过 3%：

A. 面积误差 3% 以内的为合理误差，不可以解除合同，房款对退少补；

B. 面积误差 3% 以上的，买受人有选择权：第一，买受人选择解除合同的，那就解除；第二，买受人选继承履行合同，则需要考虑误差面积如何解决。划分两个部分，面积误差 3% 以内的部分，按实际结算，多退少补；超过 3% 的部分，少了的，卖方双倍返还，多了的，视为卖方免费赠送。

④迟延交房；

A. 卖方迟延交房迟延期限超过 3 个月的，买方享有解除权；

B. 买方享有解除权后，应积极行使。如果卖方催告买方行使，买方不行使的，3 个月该解除权消灭；如果卖方没有催告买方行使解除权，买方应当在 1 年内行使，否则该解除权消灭。

⑤约定或法定的办理房屋所有权登记的合理期限届满后超过 1 年的，因卖方的原因，导致购房人无法办理房屋所有权登记的，买方有权解除合同。

【可考性】★★★★

12. 大华商场委托飞达广告公司制作了一块宣传企业形象的广告牌，并由飞达公司负责安装在商场外墙。某日风大，广告牌被吹落砸伤过路人郑某。经查，广告牌的安装存在质量问题。关于郑某的损害，下列选项正确的是（ ）

- A. 大华商场承担赔偿责任，飞达公司承担补充赔偿责任
- B. 飞达公司承担赔偿责任，大华商场承担补充赔偿责任
- C. 大华商场承担赔偿责任，但其有权向飞达公司追偿
- D. 飞达公司承担赔偿责任，大华商场不承担责任

【答案】C

【解析】关于物件致人损害的侵权责任，《侵权责任法》第 85 条规定：“建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。”大华商场是广告牌的所有人、管理人，应当承担赔偿责任，至于飞达公司的过错，大华商场可以通过加工承揽合同对其追偿，但对外，受害人只能向所有人、管理人或者使用人请求赔偿，即本题中，只能向大华商场请求赔偿，C 正确。

【考查知识点】物件致人损害的侵权责任

【BT 预测考点】

致害类型	归责原则	责任主体
建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物脱落、坠落致害	过错推定原则	1. 原则：所有人、管理人或使用人 2. 特殊：从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿（这是公平原则）

【可考性】★★★

13. 甲与乙登记结婚 3 年后，乙向法院请求确认该婚姻无效。乙提出的下列理由可以成立？

- A.乙登记结婚的实际年龄离法定婚龄相差 2 年
- B.甲婚前谎称是海归博士且有车有房，乙婚后发现上当受骗
- C.甲与乙是表兄妹关系
- D.甲以揭发乙父受贿为由胁迫乙结婚

【答案】C

【解析】

A 选项：《婚姻法》第 10 条规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。”《婚姻法解释（一）》第 8 条规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”乙登记结婚的实际年龄离法定婚龄相差 2 年，但现在距其登记结婚已过 3 年，法定的无效婚姻情形已经消失，法院不予支持，A 错误。

B 选项：乙因受欺诈而结婚，不属于婚姻无效事由，该理由不能成立，B 错误。

C 选项：《婚姻法》第 7 条规定：“有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内的旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”表兄妹关系属于三代以内的旁系血亲，禁止结婚，该理由成立，C 正确。

D 选项：《婚姻法》第 11 条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”因胁迫结婚属于可撤销的婚姻，不属于无效婚姻，D 错误。

【考查知识点】无效和可撤销婚姻

【BT 预测考点】

	无效婚姻	可撤销婚姻
事由	违反结婚实质要件中的后四项	因胁迫而结婚
具体程序	1.确认主体：人民法院（婚姻登记机关无权） 2.若干具体情形的处理 ①申请婚姻无效时，无效婚姻的情形已消失的，不予支持； ②确属无效婚姻的，应依法作出宣告婚姻无效的判决，原告申请撤诉的，不予准许； ③对婚姻效力的审理不适用调解，且有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。但对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉。	1.撤销机关：人民法院或婚姻登记机关 2.请求撤销婚姻的主体：受胁迫一方 3.除斥期间：1年，自结婚登记之日起算，被非法限制人身自由，自恢复自由之日起算。
法律后果	1.自始无效，当事人不具有夫妻的权利义务关系 2.无效婚姻当事人同居期间所得财产，按共同共有处理，但有证据证明为当事人一方所有的除外	准用无效婚姻的后果。

【可考性】★★★

14. 黄某与唐某自愿达成离婚协议并约定财产平均分配，婚姻关系存续期间的债务全部由唐某偿还。经查，黄某以个人名义在婚姻存续期间向刘某借款 10 万元用于购买婚房。下列哪一表述是正确的？
- A. 刘某只能要求唐某偿还 10 万元
  - B. 刘某只能要求黄某偿还 10 万元
  - C. 如黄某偿还了 10 万元，则有权向唐某追偿 10 万元
  - D. 如唐某偿还了 10 万元，则有权向黄某追偿 5 万元

【答案】C

【解析】《婚姻法解释（二）》第 24 条第一款规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”黄某以个人名义在婚姻存续期间向刘某借款 10 万元用于购买婚房，应当属于夫妻共同债务。《婚姻法》第 41 条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”因此，甲乙应当对购买婚房的 10 万元债务承担连带责任，其离婚协议约定婚姻关系存续期间的债务全部由唐某偿还不具有对外效力，因此，刘某既可以要求唐某，也可以要求黄某偿还 10 万

元，根据离婚协议，如黄某偿还了 10 万元，则有权向唐某追偿 10 万元，C 正确。

### 【考查知识点】夫妻共同债务的认定

#### 【BT 预测考点】

##### (一) 夫妻共同财产(法定财产制)

法定共有财产	1. 工资、奖金 2. 知识产权收益(婚姻关系存续期间，实际取得或明确可以取得的财产性收益) 3. 继承或赠与所得的财产： ① 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产，为个人财产； ② 婚前父母为双方购置房屋出资，是对自己子女的个人赠与，即属于该子女的个人财产，但父母明确表示赠与双方的除外；婚后父母为双方购置房屋出资，是对夫妻双方的赠与，即属于夫妻共同财产，但父母明确表示赠与一方或者所有权登记在出资人子女名下的，则属于该子女的个人财产。 4. 婚后用共同财产购买的房屋(即使房屋权属证书登记在一方名下)； 5. 一方以个人财产投资取得的收益(但孳息或自然增值的，则为个人财产)； 6. 住房公积金、住房补贴、养老保险、破产安置费，为共同财产。
法定个人财产	1. 一方的婚前财产，但当事人另有约定的除外 2. 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用 3. 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产 4. 一方专用的生活用品
特殊问题	1. 由双方父母出资买房，产权登记在一方子女名下：该不动产为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外； 2. 一方婚前买房，以个人财产支付首付款，婚后用夫妻共同财产还贷，房屋登记于首付款支付方名下：离婚时该不动产由双方协议处理。协议不成，归产权登记一方；尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务；婚后共同还贷支付的款项及其对应财产增值部分，离婚时由产权登记一方对另一方进行补偿； 3. 一方未经另一方同意出售共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方不得主张追回该房屋，但可在离婚时要求赔偿。

##### (二) 夫妻共同债务

1. 婚姻存续期间所产生的以夫妻名义所负的债务；
2. 一方婚前所负个人债务，但用于婚后家庭共同生活的；
3. 2018 年最高院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的规定。具体如下：
  - (1) 夫妻双方共同签字或夫妻一方事后追认的，认定为夫妻共同债务；
  - (2) 婚姻存续期间+以个人名义+用于家庭日常生活，认为为夫妻共同债务；
  - (3) 婚姻存续期间+以个人名义+非用于家庭日常生活，不能认定为夫妻共同债务，但能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

4.下列债务不属于夫妻共同债务：①夫妻一方与第三人串通，虚构债务，不得认定为夫妻共同债务；②夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，不得认定为夫妻共同债务；③对夫妻一方以个人名义举债后用于个人违法犯罪活动，不得认定为夫妻共同债务。

【可考性】★★★★★

15.韦某开设了“韦老四”煎饼店，在当地颇有名气。经营汽车配件的个体户肖某从外地路过，吃过后赞不绝口。当发现韦某尚未注册商标时，肖某就餐饮服务注册了“韦老四”商标。关于上述行为，下列哪一说法是正确的？

- A.韦某在外地开设新店时，可以使用“韦老四”标识
- B.如肖某注册“韦老四”商标后立即起诉韦某侵权，韦某并不需要承担赔偿责任
- C.肖某的商标注册恶意侵犯韦某的在先权利，韦某可随时请求宣告该注册商标无效
- D.肖某注册商标核定使用的服务类别超出了肖某的经营范围，韦某可以此为由请求宣告该注册商标无效

【答案】B

【解析】

选项 A 错误。依据《商标法》第 59 条第 3 款规定，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。韦某在外地开设新店时，不能使用“韦老四”标识。

选项 B 正确。依据上述法条，韦某具有在先权利，不承担赔偿责任。B 项正确。

选项 C 错误。《商标法》第 45 条规定，已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五

年的时间限制。本题中，肖某恶意注册，但题干中并未列明“韦老四”为驰名商标，应有一定的时间限制。

选项 D 错误。商标的类别与申请人的经营范围没有必然联系，依据《商标法》第 22 条规定，商标注册申请人应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称，提出注册申请。商标注册申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标。第 23 条规定，注册商标需要在核定使用范围之外的商品上取得商标专用权的，应当另行提出注册申请。据此，D 项错误。

### 【考点】在先权利、商标无效宣告

#### 【BT 预测考点】商标权的取得

##### (一) 商标权的取得(注册原则)

1. 优先权原则，类似于著作权优先权，著作权为 12 个月之内，商标权为 6 个月之内
2. 自愿注册原则
3. 申请在先原则，申请优先，使用在前，协商不成，再来抽签

##### (二) 商标权取得的条件

###### 1. 禁止条件

- (1) 不得在相同或类似商品上与已注册或申请在先的商标相同或近似
- (2) 不相同或不相类似的商品，复制、模仿或翻译他人已在中国注册的驰名商标
- (3) 不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并具有一定影响力的商标，不得侵犯他人其他的在先权利

###### 2. 绝对禁止

- (1) 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的
- (2) 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外
- (3) 同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外

- (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) 夸大宣传并带有欺骗性的
- (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. 相对禁止

- (1) 经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册
- (2) 仅有本商品的通用名称、图形、型号的
- (3) 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
- (4) 其他缺乏显著特征的

【可考性】★★

16. 零盛公司的两个股东是甲公司和乙公司。甲公司持股 70% 并派员担任董事长，乙公司持股 30%。后甲公司将零盛公司的资产全部用于甲公司的一个大型投资项目，待债权人丙公司要求零盛公司偿还货款时，发现零盛公司的资产不足以清偿。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲公司对丙公司应承担清偿责任
- B. 甲公司和乙公司按出资比例对丙公司承担清偿责任
- C. 甲公司和乙公司对丙公司承担连带清偿责任
- D. 丙公司只能通过零盛公司的破产程序来受偿

【答案】A

【解析】《公司法》第 20 条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，

不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”甲公司利用自己对公司事务有着绝对表决权的地位，将零盛公司的资产全部用于自己的一个大型投资项目，损害债权人丙的利益，属于滥用股东权利，应当对与零盛公司对丙承担连带清偿责任，A 正确。乙公司并未有滥用股东权利的行为，不需要丙公司承担清偿责任，BC 错误。因为甲公司与零盛公司承担连带责任，零盛公司无法清偿时，丙公司还能向甲公司主张债权，D 错误。

#### 【考查知识点】公司法人人格否认制度

#### 【BT 预测考点】

概念	公司法人人格否认制度，是指在特定的法律关系中，如果公司股东滥用公司法人独立地位和股东的有限责任以逃避债务，且严重损害公司债权人利益的，则应否定公司股东的有限责任，要求公司股东对公司债务承担连带责任。
表现方式	1. 注册资金不实，使公司法人人格自始不完整。 2. 虚设股东，以公司形式获取不法利益。即：公司的实质股东仅有一人，其余股东仅为挂名股东，则实质上的股东对公司债务承担连带责任。 3. 非法人以公司名义进行经营活动。 4. 利用设立公司变更、逃避债务。 5. 母公司对子公司的过度操纵、干预。 6. 财产混同、业务混同造成人格混同。
法律后果	公司法人人格被否认，相关股东应当对公司的债务承担连带责任。 个案否定：公司法人人格否认不是全面否定公司独立法人地位，而是个别地针对特定的案例，相对的否认公司的法人人格。也就是说，对于此特定案例之外的其他债务，公司股东仍承担有限责任。

#### 【可考性】★★★

17. 玮平公司是一家从事家具贸易的有限责任公司，注册地在北京，股东为张某、刘某、姜某、方某四人。公司成立两年后，拟设立分公司或子公司以开拓市场。对此，下列哪一表述是正确的？

- A. 在北京市设立分公司，不必申领分公司营业执照
- B. 在北京市以外设立分公司，须经登记并领取营业执照，且须独立承担民事责任
- C. 在北京市以外设立分公司，其负责人只能由张某、刘某、姜某、方某中的一人担任

D. 在北京市以外设立子公司，即使是全资子公司，亦须独立承担民事责任

【答案】D

【解析】《公司法》第 14 条规定：“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。”因此，在北京市设立分公司，应当申领分公司营业执照，A 错误。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担，B 错误。对于分公司的负责人，法律并没有硬性要求，可以不由总公司的股东担任，C 错误。子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任，D 正确。

【考查知识点】公司之间的关系

【BT 预测考点】

公司之间的关系	本公司与分公司 母公司与子公司	<p>1. 子公司具有独立的法人资格；          2. 分公司：两个没有+两个有。          ①“两个没有”：分公司没有独立财产，不能独立承担责任；          ②“两个有”：分公司有缔约能力+有诉讼资格。但是，分公司经营范围不能突破总公司。          3. 不管是设立子公司还是设立分公司，均应向公司登记机关申请登记，领取营业执照。</p>
---------	--------------------	--

【可考性】★★★★★

18. 甲与乙为一有限责任公司股东，甲为董事长。2014 年 4 月，一次出差途中遭遇车祸，甲与乙同时遇难。关于甲、乙股东资格的继承，下列哪一表述是错误的？

A. 在公司章程未特别规定时，甲、乙的继承人均可主张股东资格继承

B. 在公司章程未特别规定时，甲的继承人可以主张继承股东资格与董事长职位

C. 公司章程可以规定甲、乙的继承人继承股东资格的条件

D. 公司章程可以规定甲、乙的继承人不得继承股东资格

【答案】B

【解析】《公司法》第 75 条规定：“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司

章程另有规定的除外。”因此，在公司章程未特别规定时，甲、乙的继承人均可主张股东资格继承，若公司章程另有规定，可以规定甲、乙的继承人继承股东资格的条件也可以规定甲、乙的继承人不得继承股东资格，ACD 正确。《公司法》第 44 条第三款规定：“董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。”董事长属于公司的具体职位，不能继承，B 错误。

#### 【考查知识点】章程规定的内容

#### 【BT 预测考点】

章程规定	有限责任公司董事长/副董事长的产生办法； 有限责任公司股东会定期会议的召开时间； 有限责任公司董事会的议事方式+表决程序；例外：“一人一票”法定； 有限责任公司自然人股东死亡后，继承人可继承股东资格，章程另有约定的除外； 有限责任公司股权对外协议转让的规则由章程规定； 有限责任公司股东会表决：由股东按照出资比例行使表决权，但是章程另有约定的除外；例外，修改公司章程+增/减注册资本+合并/分立/解散/变更公司形式的决议须经过 2/3 以上表决权通过（法定）。 有限责任公司股东会通知程序：应当于会议召开 15 日以前通知全体股东，但是章程另有规定的除外。
------	--

#### 【可考性】★★★★★

19. 甲、乙、丙拟共同出资 50 万元设立一有限公司。公司成立后，在其设置的股东名册中记载了甲乙丙 3 人的姓名与出资额等事项，但在办理公司登记时遗漏了丙，使得公司登记的文件中股东只有甲乙 2 人。下列哪一说法是正确的？

- A. 丙不能取得股东资格
- B. 丙取得股东资格，但不能参与当年的分红
- C. 丙取得股东资格，但不能对抗第三人
- D. 丙不能取得股东资格，但可以参与当年的分红

#### 【答案】C

【解析】《公司法》第 33 条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”A 错误，丙的姓名登记在股东名册中，已经取得股东资格。B 错误，《公司法》第 34 条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利……”如果

丙实际缴纳了出资，就可以参与分红。C 正确，股东名册是取得股东资格的依据，登记机关的登记产生的对抗效力，丙的姓名未登记在公司的登记文件中，不能对抗第三人。D 错误，丙取得股东资格，如果实际缴纳了出资，便可以参与分红。

【考查知识点】股东资格的取得和确认

【BT预测考点】

### 1. 股东名册

(1) 性质：股东名册是股东身份和资格的法定证明文件。也就是说，看一个人是不是这个公司的股东，只要看公司股东名册上面有没有他的名字，有，他就是股东；没有，他就不是股东。

(2) 股东名册记载的内容：姓名或名称+出资额+出资证明书编号

### 2. 工商登记

(1) 公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。

(2) 性质：登记只具有程序性意义+对外效力。也就是说，没有向工商部门登记的，不能否定股东资格；但是，未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

判断一个人有没有股东资格，看股东名册（对内效力）；判断一个人享有的股权有没有对外的效力，看是否办理登记。

### 3. 出资证明书

(1) 有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。出资证明书由公司盖章，其性质为“证权证书”，不是有价证券，不可以变现流通。

(2) 出资证明书与股东是否具有股东资格没有必然关系。出资证明书与股东名册冲突的，以股东名册为准。

【可考性】★★★★★

20. 彭兵是一家（非上市）股份有限公司的董事长，依公司章程规定，其任期于 2017 年 3 月届满。由于股东间的矛盾，公司未能按期改选出新一届董事会。此后对于公司内部管理，董事间彼此推诿，彭兵也无心公司事务，使得公司随后的一项投资失败，损失 100 万元。对此，下列哪一选项是正确的？

- A. 因已届期，彭兵已不再是公司的董事长
- B. 虽已届期，董事会成员仍须履行董事职务
- C. 就公司 100 万元损失，彭兵应承担全部赔偿责任
- D. 对彭兵的行为，公司股东有权提起股东代表诉讼

【答案】B

【解析】

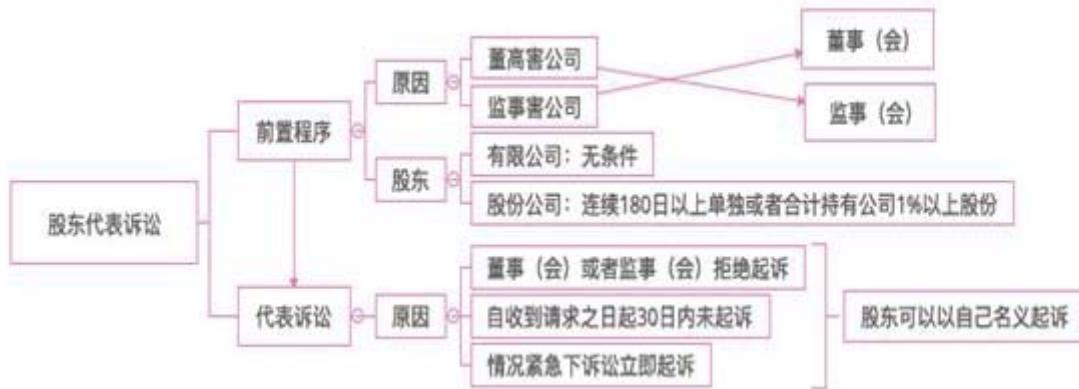
AB 选项：《公司法》第 45 条第二款规定：“董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。”公司未能按期改选出新一届董事会，因此原董事彭兵仍应当继续履行董事职务，其他董事会成员也仍须履行董事职务，A 错误，B 正确。

C 选项：《公司法》第 149 条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”彭兵无心公司事务，属于职业道德问题，但并未违反法律、行政法规或者公司章程的规定，所以不应承担全部赔偿责任，C 错误。

D 选项：《公司法》第 151 条第一款规定：“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。彭兵并未违反法律、行政法规或者公司章程的规定，不属于《公司法》第一百四十九条规定的情形，因此公司股东无权提起股东代表诉讼，D 错误。

【考查知识点】股东代表诉讼

【BT预测考点】



【可考性】★★★★★

21. 汪某为兴荣有限责任公司的股东，持股 34%。2017 年 5 月，汪某因不能偿还永平公司的货款，永平公司向法院申请强制执行汪某在兴荣公司的股权。关于本案，下列哪一选项是正确的？
- A. 永平公司在申请强制执行汪某的股权时，应通知兴荣公司的其他股东
  - B. 兴荣公司的其他股东自通知之日起 1 个月内，可主张行使优先购买权
  - C. 如汪某所持股权的 50% 在价值上即可清偿债务，则永平公司不得强制执行其全部股权
  - D. 如在股权强制拍卖中由丁某拍定，则丁某取得汪某股权的时间为变更登记办理完毕时

【答案】C

【解析】《公司法》第 72 条规定：“人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。”，因此，永平公司在申请强制执行汪某的股权时，应当是由法院来通知兴荣公司的其他股东，而非永平公司，A 错误。兴荣公司的其他股东自人民法院通知之日起满二十日，可主张行使优先购买权，而不是一个月，B 错误。债权人强制执行股东股权时，应以其债权额为限，因此如汪某所持股权的 50% 在价值上即可清偿债务，则永平公司不得强制执行其全部股权，C 正确。《公司

法》第 73 条规定：“依照本法第七十一条、第七十二条转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。”因此，丁某取得汪某股权的时间为记载于股东名册时，D 错误。

### 【考查知识点】股东优先购买权

#### 【BT 预测考点】

##### （一）对外转让股权时的优先购买权

1.对外转让股权，其他股东在同等条件下有优先购买权：有限责任公司的股东主张优先购买转让的股权，应当在收到通知后，在公司章程规定的行使期间内提出购买请求。公司章程没有规定行使期间或者规定不明确的，以通知确定的期间为准，通知确定的期间短于 30 日或者未明确行使期间的，行使期间为 30 日。两个以上的股东同时主张优先购买的，先协商，协商不成的，按转让时各自的实缴出资比例行使。

2.不适用优先购买权的情形：自然人股东股权继承+股东之间对内转让股东

3.损害股东优先购买权的救济：

A.原则：其他股东可主张按照同等条件购买该转让股权。

B.例外：其他股东自知道或应当知道同等条件之日起 30 日后，或股权变动登记之日起超过 1 年，其他股东不得主张优先购买权。（除斥期间）

C.其他股东仅提出确认股权转让合同及股权变动效力等请求，未同时主张按照同等条件购买转让股权的，人民法院不予支持，但其他股东非因自身原因导致无法行使优先购买权，请求损害赔偿的除外。

##### （二）法院强制执行时的优先购买权

人民法院根据强制执行程序转让股东的股权时，应通知公司及全体股东（但不需要公司及其他股东同意），其他股东在同等条件下有优先购买权；其他股东自法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃

#### 【可考性】★★★★★

22.甲、乙、丙、丁打算设立一家普通合伙企业。对此，下列哪一表述是正确的？

- A.各合伙人不得以劳务作为出资
- B.如乙仅以其房屋使用权作为出资，则不必办理房屋产权过户登记
- C.该合伙企业名称中不得以任何一个合伙人的名字作为商号或字号
- D.合伙协议经全体合伙人签名、盖章并经登记后生效

【答案】B

【解析】A 错误，《合伙企业法》第十六条第一款规定：“合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。”合伙人可以以劳务出资。B 正确，乙仅以其房屋使用权作为出资而非房屋所有权作为出资，无须办理房屋产权过户登记。C 错误，我国法律未禁止或限制将合伙人的名字作为合伙企业的商号或字号。D 错误，《合伙企业法》第十九条第一款规定：“合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人按照合伙协议享有权利，履行义务。”因此，登记并非合伙协议的生效条件。

【考查知识点】合伙企业的设立

【BT 预测考点】

合伙人	肯定条件	1.合伙人的人数：≥2 人； 2.合伙人可以是自然人、法人或其他组织。但是，合伙人是自然人的，须具备完全民事行为能力。
	限制条件	1.合伙人职业禁止：法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得成为合伙企业的合伙人； 2.普通合伙人的资格限制：国有独资公司+国有企业+上市公司+公益性的事业单位+社会团体不得成为普通合伙人
合伙协议	书面形式订立：经全体合伙人签名、盖章后生效； 合伙协议应当载明下列事项：合伙企业的名称和主要经营场所的地点；合伙目的和合伙经营范围；合伙人的姓名或者名称、住所；合伙人的出资方式、数额和缴付期限；利润分配、亏损分担方式；合伙事务的执行；入伙与退伙；争议解决办法；合伙企业的解散与清算；违约责任等。 除另有约定外，合伙协议的修改和补充应当经全体合伙人一致同意。 合伙人违反合伙协议的，应当依法承担违约责任。	
合伙出资	原则：三无，即无数额、无形式、无期限 1.没有最低注册资本的规定。要求有合伙人认缴或者实际缴付出资即可； 2.出资形式灵活：货币+实务+知识产权+土地使用权+劳务+财产使用权	

	3.以非货币财产出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。
物质条件	有经营场所和从事合伙经营的必要条件
设立登记	合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业成立之日。

【可考性】★★★★

23.2014年6月经法院受理，甲公司进入破产程序。现查明，甲公司所占有的一台精密仪器，实为乙公司委托甲公司承运而交付给甲公司的。关于乙公司的取回权，下列哪一表述是错误的？

- A.取回权的行使，应在破产财产变价方案或和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决之前
- B.乙公司未在规定期限内行使取回权，则其取回权即归于消灭
- C.管理人否认乙公司的取回权时，乙公司可以诉讼方式主张其权利
- D.乙公司未支付相关运输、保管等费用时，保管人可拒绝其取回该仪器

【答案】B

【解析】《破产法解释（二）》第26条规定：“权利人依据企业破产法第三十八条的规定行使取回权，应当在破产财产变价方案或者和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决前向管理人提出。权利人在上述期限后主张取回相关财产的，应当承担延迟行使取回权增加的相关费用。”因此，取回权的行使，应在破产财产变价方案或和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决之前，A正确。未在规定期限内行使取回权，只是应当承担延迟行使取回权增加的相关费用，但其取回权并不消灭，B错误。《破产法解释（二）》第27条第一款规定：“权利人依据企业破产法第三十八条的规定向管理人主张取回相关财产，管理人不予认可，权利人以债务人为被告向人民法院提起诉讼请求行使取回权的，人民法院应予受理。”因此，管理人否认乙公司的取回权时，乙公司可以诉讼方式主张其权利，C正确。《破产法解释（二）》第28条规定：“权利人行使取回权时未依法向管理人支付相关的加工费、保管费、托运费、委托费、代销费等费用，管理人拒绝其取回相关财产的，人民法院应予支持。”D正确。

## 【考查知识点】取回权

## 【BT预测考点】

## (一) 取回情形之一：债务人合法占有他人财产

1.人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。取回权的行使应当在破产财产变价方案或者和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决前向管理人提出。如果权利人在上述期限后才主张取回相关财产的，应当承担延迟行使取回权增加的相关费用。

## 2.债务人对他人财产进行无权处分的，该如何处理？

(1) 第一种情形：第三人善意取得，原权利人无法取回：A.无权处分发生在破产申请受理前，第三人善意取得后，原权利人无法取回，原权利人因财产损失形成的债权，作为普通破产债权清偿；B.无权处分发生在破产申请受理后，第三人善意取得后，原权利人无法取回，原权利人因财产损失形成的债权，作为共益债务清偿。

(2) 第二种情形：第三人已经支付价款但未能善意取得所有权的，原权利人可以取回，但第三人已经支付对价而产生的债务，按照下列规定处理：A.转让行为发生在破产申请受理前，作为普通破产债权清偿；B.转让行为发生在破产申请受理后的，作为共益债务清偿。

## 3.他人财产毁损、灭失的，该如何处理？

(1) 可以取回的情形：债务人占有的他人财产毁损、灭失，因此获得的保险金、赔偿金、待偿物尚未交付给债务人，或者代偿物虽已交付给债务人但能与债务人财产予以区分的，权利人主张取回就此获得的保险金、赔偿金、代偿物的，人民法院应予支持；

(2) 不可以取回的情形：保险金、赔偿金已经交付给债务人，或者代偿物已经交付给债务人且不能与债务人财产予以区分的，人民法院应当按照下列规定处理：A.财产毁损、灭失发生在破产申请受理前的，权利人因财产损失形成的债权，作为普通破产债权清偿；B.财产毁损、灭失发生在破产申请受理后的，因管理人或者相关人员执行职务导致权利人损害发生的债务，作为共益债务清偿。

## (二) 取回情形之二：基于所有权保留买卖合同的取回权

债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产→本质上不属于债务人的财产→对方可以行使取回权。

### (三) 取回情形之三：基于在途标的物的取回权（出卖人取回权）

出卖人取回权是指在异地交易中，出卖人发运买卖标的物以后，买受人没有付清价款，而在收到标的物以前被宣告破产的，出卖人有权解除合同并取回该财产。但是，管理人可以支付全部价款，请求出卖人交付标的物。

【可考性】★★★

24.甲未经乙同意而以乙的名义签发一张商业汇票，汇票上记载的付款人为丙银行。丁取得该汇票后将其背书转让给戊。下列哪一说法是正确的？

- A.乙可以无权代理为由拒绝承担该汇票上的责任
- B.丙银行可以该汇票是无权代理为由而拒绝付款
- C.丁对甲的无权代理行为不知情时，丁对戊不承担责任
- D.甲未在该汇票上签章，故甲不承担责任

【答案】A

【解析】《票据法》第5条第二款规定“没有代理权而以代理人名义在票据上签章的，应当由签章人承担票据责任；代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责任。”甲未经乙同意而以乙的名义签发一张商业汇票，乙可以无权代理为由拒绝承担该汇票上的责任，A正确。汇票通常都需要付款人进行承兑，在承兑之前并无付款义务，一旦承兑，便承担绝对的付款义务。因此，丙银行可以未进行承兑为由拒绝付款，而不可以该汇票是无权代理为由拒绝付款（票据的无因性）。B错误。《票据法》第14条第二款规定“票据上有伪造、变造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。”丁是汇票上的背书人，其签章真实有效，对戊应当承担责任。C错误。甲未在票据上签章，不承担票据责任，但要承担相应的民事责任，D错误。

## 【考查知识点】票据权利

## 【BT预测考点】

票据权利取得	<p>1.对价原则。票据的取得，必须给付对价。也就是说，持票人不得无偿取得票据，否则不享有票据权利。但有例外：因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于前手的权利。</p> <p>2.手段合法+主观善意。第一，持票人以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，处于恶意取得票据的，不得享有票据权利。第二，持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，不得享有票据权利。</p>				
票据权利类型	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20%;">付款请求权</td> <td>付款请求权是第一次请求权，持票人必须首先向付款人（或承兑人）行使第一次请求权，而不能跨越它直接行使追索权。</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">追索权</td> <td> <p>1.追索权的行使是以持票人第一次请求权未能实现为前提，是第二次权利，且追索权的对象只能是持票人的前手。</p> <p>2.追索的原因：期后追索+期前追索</p> <p>（1）期后追索：汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权；</p> <p>（2）期前追索：汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人也可以行使追索权：第一，汇票被拒绝承兑的；第二，承兑人或者付款人死亡、逃匿的；第三，承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。</p> <p>3.追索权的行使：</p> <p>（1）如何追？拿着被拒绝付款或承兑的拒绝证明、退票理由书去追索；</p> <p>（2）向谁追？向持票人的前手追，若前手有多人的，无顺序限制，且无追索份额的限制。</p> </td> </tr> </table>	付款请求权	付款请求权是第一次请求权，持票人必须首先向付款人（或承兑人）行使第一次请求权，而不能跨越它直接行使追索权。	追索权	<p>1.追索权的行使是以持票人第一次请求权未能实现为前提，是第二次权利，且追索权的对象只能是持票人的前手。</p> <p>2.追索的原因：期后追索+期前追索</p> <p>（1）期后追索：汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权；</p> <p>（2）期前追索：汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人也可以行使追索权：第一，汇票被拒绝承兑的；第二，承兑人或者付款人死亡、逃匿的；第三，承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。</p> <p>3.追索权的行使：</p> <p>（1）如何追？拿着被拒绝付款或承兑的拒绝证明、退票理由书去追索；</p> <p>（2）向谁追？向持票人的前手追，若前手有多人的，无顺序限制，且无追索份额的限制。</p>
付款请求权	付款请求权是第一次请求权，持票人必须首先向付款人（或承兑人）行使第一次请求权，而不能跨越它直接行使追索权。				
追索权	<p>1.追索权的行使是以持票人第一次请求权未能实现为前提，是第二次权利，且追索权的对象只能是持票人的前手。</p> <p>2.追索的原因：期后追索+期前追索</p> <p>（1）期后追索：汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权；</p> <p>（2）期前追索：汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人也可以行使追索权：第一，汇票被拒绝承兑的；第二，承兑人或者付款人死亡、逃匿的；第三，承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。</p> <p>3.追索权的行使：</p> <p>（1）如何追？拿着被拒绝付款或承兑的拒绝证明、退票理由书去追索；</p> <p>（2）向谁追？向持票人的前手追，若前手有多人的，无顺序限制，且无追索份额的限制。</p>				
票据权利瑕疵	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20%;">伪造</td> <td>1.含义：伪造是指假冒或虚构他人名义为票据行为并在票据上签章。注意：票据法意义上的伪造仅指票据签章的伪造，而不包括其他事项的伪造。 2.法律后果：票据伪造的，伪造人与被伪造人都不承担任何票据责任。但伪造签章，不影响票据上其他真实签章的效力。</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">变造</td> <td> <p>1.含义：变造是指无合法变更权限之人，对除签章外的票据记载事项加以变更。</p> <p>2.法律后果：在变造之前签章的其他人对原记载事项负责；在变造之后签章的其他人对变造后的记载事项负责；不能辨别在变造之前签章或变造之后签章的，视为在变造之前签章。</p> </td> </tr> </table>	伪造	1.含义：伪造是指假冒或虚构他人名义为票据行为并在票据上签章。注意：票据法意义上的伪造仅指票据签章的伪造，而不包括其他事项的伪造。 2.法律后果：票据伪造的，伪造人与被伪造人都不承担任何票据责任。但伪造签章，不影响票据上其他真实签章的效力。	变造	<p>1.含义：变造是指无合法变更权限之人，对除签章外的票据记载事项加以变更。</p> <p>2.法律后果：在变造之前签章的其他人对原记载事项负责；在变造之后签章的其他人对变造后的记载事项负责；不能辨别在变造之前签章或变造之后签章的，视为在变造之前签章。</p>
伪造	1.含义：伪造是指假冒或虚构他人名义为票据行为并在票据上签章。注意：票据法意义上的伪造仅指票据签章的伪造，而不包括其他事项的伪造。 2.法律后果：票据伪造的，伪造人与被伪造人都不承担任何票据责任。但伪造签章，不影响票据上其他真实签章的效力。				
变造	<p>1.含义：变造是指无合法变更权限之人，对除签章外的票据记载事项加以变更。</p> <p>2.法律后果：在变造之前签章的其他人对原记载事项负责；在变造之后签章的其他人对变造后的记载事项负责；不能辨别在变造之前签章或变造之后签章的，视为在变造之前签章。</p>				

## 【可考性】★★★★★

25.甲以自己为被保险人向某保险公司投保健康险，指定其子乙为受益人，保险公司承保并出具保单。

两个月后，甲突发心脏病死亡。保险公司经调查发现，甲两年前曾做过心脏搭桥手术，但在填写投保单以

及回答保险公司相关询问时，甲均未如实告知。对此，下列正确的是？

- A.因甲违反如实告知义务，故保险公司对甲可主张违约责任

- B. 保险公司有权解除保险合同
- C. 保险公司即使不解除保险合同，仍有权拒绝乙的保险金请求
- D. 保险公司虽可不必支付保险金，但须退还保险费

【答案】B

【解析】关于如实告知义务，《保险法》第 16 条第二款规定：“投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。”甲在投保时，隐瞒了自己两年前曾做过心脏搭桥手术的事实，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率，因此，保险公司有权解除合同，而非主张违约责任，A 错误，B 正确。《保险法》第 16 条第三款规定：“前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。”因此，保险公司若超过一定期间不解除合同，则说明保险公司愿意承担合同义务，发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任，C 错误。《保险法》第 16 条第四款规定：“投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。”D 错误。

【考查知识点】最大诚信原则

【BT 预测考点】

投保人	1. 如实告知：在合同订立时将有关保险标的的重要情况如实向告知保险人： (1) 保险合同订立时，投保人明知的与保险标的或被保险人有关的情况；投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。当事人对询问范围及内容有争议的，保险人负举证责任。 (2) 投保人违反如实告知义务的后果： A. 投保人故意或因重大过失未履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或提高保险费率的，保险人有权解除合同。→保险人享有的上述解除权自保险人知道有解除事由之日起，超过 30 日不行使而消灭；自保险合同成立之日起超过 2 年的，则保险人不得解除合同。 B. 投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或给付保险金的责任，并不退还保险费。 C. 投保人因重大过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或给付保险金的责任，但应当退还保险费。

	D.如果保险人在合同订立时已经知道投保人未如实告知的情况的，仍收保险费，则保险人不得解除合同，若这种情况下发生保险事故，保险人应承担赔偿责任。 2.履行义务：投保人应履行保险合同中约定的作为或不作为的义务。
保险人	1.如实告知：在订立保险合同时将保险条款告知投保人，特别是保险人免责条款，未作提示或明确说明的，该条款不产生效力。保险人对其履行了明确说明义务负有举证责任。 2.履行义务：及时且全面地支付保险金的义务。

【可考性】★★★★★

26.某燃气公司在办理燃气入户前，要求用户缴纳一笔“预付气费款”，否则不予供气。待不再用气时，用户可申请返还该款项。经查，该款项在用户日常购气中不能冲抵燃气费。根据《反垄断法》的规定，下列哪一说法是正确的？

- A.反垄断机构执法时应界定该公司所涉相关市场
- B.只要该公司在当地独家经营，就能认定其具有市场支配地位
- C.如该公司的上游气源企业向其收取预付款，该公司可向客户收取“预付气费款”
- D.县政府规定了“一个地域只能有一家燃气供应企业”，故公司行为不构成垄断

【答案】A

【解析】

A 选项：《反垄断法》第 18 条规定：“认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：（一）该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；（二）该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；（三）该经营者的财力和技术条件；（四）其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；（五）其他经营者进入相关市场的难易程度；（六）与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。”因此，反垄断机构执法时应界定该公司所涉相关市场，A 正确。

B 选项：关于市场支配地位的认定，《反垄断法》第 17 条规定：“……本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”因此，认定具有市场支配地位要考查的因素较多，不能简单从独家经营而推断

出具有支配地位，B 错误。

C 选项：该公司的上游气源企业向其收取预付款与该公司向客户收取“预付气费款”无任何关系，更不能作为抗辩理由，C 错误。

D 选项：县政府规定了“一个地域只能有一家燃气供应企业”不能成为垄断行为的豁免事由，D 错误。

#### 【考查知识点】市场支配地位的认定

#### 【BT 预测考点】

含义	有市场支配地位+有滥用行为，这个才构成反垄断法禁止的滥用市场支配地位的情形。
市场支配地位认定	<p>1.正面认定：认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：①该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；②该经营者控制销售市场或原材料采购市场的能力；③该经营者的财力和技术条件；④其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；⑤其他经营者进入相关市场的难易程度</p> <p>2.市场支配地位的推定：有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：</p> <p>①一个经营者在相关市场的市场份额达到 1/2 的；      ②两个经营者在相关市场的市场份额合计达到 2/3 的；      ③三个经营者在相关市场的市场份额合计达到 3/4 的。</p> <p>有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足 1/10 的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。被推定具有市场支配地位经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。</p>
滥用情形	<p>1.垄断价格：以不公平的高价销售商品或以不公平的低价购买商品；      2.低价倾销：没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；      3.拒绝交易：没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；      4.强制交易：没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或只能与其指定的经营者进行交易；      5.搭售行为：没有正当理由搭售商品，或交易时附加其他不合理交易条件；      6.差别待遇：没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件下实行差别待遇。</p>

#### 【可考性】★★★★★

27. 霍某在靓顺公司购得一辆汽车，使用半年后前去靓顺公司维护保养。工作人员告诉霍某该车气囊电脑存在故障，需要更换。霍某认为此为产品质量问题，要求靓顺公司免费更换，靓顺公司认为是霍某使用不当所致，要求其承担更换费用。经查，该车气囊电脑不符合产品说明所述质量。对此，下列哪一说法是正确的？

- A. 霍某有权请求靓顺公司承担违约责任
- B. 霍某只能请求该车生产商承担免费更换责任
- C. 霍某有权请求靓顺公司承担产品侵权责任
- D. 靓顺公司和该车生产商应当连带承担产品侵权责任

## 【答案】A

【解析】关于违约责任，《合同法》第 107 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，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。”《产品质量法》第 40 条规定：“售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：（一）不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；（二）不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；（三）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。”霍某在靓顺公司购得一辆汽车，二者之间存在买卖合同，该车气囊电脑不符合产品说明所述质量，属于产品瑕疵，产品瑕疵担保责任属于合同责任，靓顺公司履行合同义务不符合约定，霍某有权请求靓顺公司承担违约责任，A 正确。违约责任具有相对性，只有合同当事人才承担违约责任，生产商不是销售合同当事人，无需承担“更换”这一违约责任，B 错误。本题属于产品瑕疵担保责任，是合同责任，而非产品侵权责任，CD 错误。

## 【考查知识点】质量瑕疵担保责任

## 【BT 预测考点】

## (一) 质量瑕疵担保责任 ( 瑕疵 → 违约责任 )

产品质量的瑕疵担保责任，是指销售中交付的标的物不符合法定或者约定的品质标准，应承担违约责任。具体规则如下：

1. 售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：①不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；②不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准；③不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的，

2. 销售者承担修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（即供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者主张赔偿。

3.对销售时已明确告知的瑕疵，销售者可以免责。

### (二) 产品责任 (缺陷→侵权责任)

产品责任专指因产品缺陷引起的侵权赔偿责任，其中产品缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

生产者责任 无过错责任	缺陷产品造成人身、其他财产、他人财产损害，生产者应当承担赔偿责任除外情形：生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任： 1.未将产品投入流通的； 2.产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的； 3.将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。
销售者责任 过错推定	由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的或者销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应承担赔偿责任。
索赔选择	1.因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，是侵权责任，不受合同相对性的限制，受到侵权损害的受害人都可以起诉，可以要求产品的生产者赔偿，也可以要求产品的销售者赔偿。两者可以是共同被告。 2.生产者与销售者之间相互追偿：属于产品生产者责任，产品销售者赔偿的，产品销售者有权向产品的生产者追偿；属于产品销售者责任，产品生产者赔偿的，产生生产者有权向产品销售者追偿。
诉讼时效	1.因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为 2 年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算； 2.因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满 10 年时丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

【可考性】★★★★★

28.为大力发展交通，某市出资设立了某高速公路投资公司。该市审计局欲对其实施年度审计监督。关于审计事宜，下列哪一说法是正确的？

- A.该公司既非政府机关也非事业单位，审计局无权审计
- B.审计局应在实施审计 3 日前，向该公司送达审计通知书
- C.审计局欲查询该公司在金融机构的账户，应经局长批准并委托该市法院查询
- D.审计局欲检查该公司与财政收支有关的资料和资产，应委托该市税务局检查

【答案】B

【解析】

《审计法》第 2 条规定：“国家实行审计监督制度。国务院和县级以上地方人民政府设立审计机关。国务院各部门和地方各级人民政府及其各部的财政收支，国有的金融机构和企业事业组织的财务收支，以及其他依照本法规定应当接受审计的财政收支、财务收支，依照本法规定接受审计监督。”该公司虽非政府机关也非事业单位，但属于某市出资设立，对于该市的财政收支，审计局有权审计，A 错误。

《审计法》第 38 条第一款规定：“审计机关根据审计项目计划确定的审计事项组成审计组，并应当在实施审计三日前，向被审计单位送达审计通知书；遇有特殊情况，经本级人民政府批准，审计机关可以直接持审计通知书实施审计。”所以 B 正确。

《审计法》第 33 条第二款规定：“审计机关经县级以上人民政府审计机关负责人批准，有权查询被审计单位在金融机构的账户。”因此，不需要委托法院，审计局可直接查询，C 错误。

《审计法》第 32 条规定：“审计机关进行审计时，有权检查被审计单位的会计凭证、会计账簿、财务会计报告和运用电子计算机管理财政收支、财务收支电子数据的系统，以及其他与财政收支、财务收支有关的资料和资产，被审计单位不得拒绝。”因此，审计局有权直接查询，无须委托，D 错误。

### 【考查知识点】审计程序

#### 【BT 预测考点】

1. 审计前：实施审计 3 日前，向被审计单位送达审计通知书；遇有特殊情况，经本级人民政府批准，审计机关可以直接持审计通知书实施审计。

2. 审计中：审计人员向有关单位和个人进行调查时，应当出示审计人员的工作证件和审计通知书副本。

3. 审计后：

(1) 审计组对审计事项实施审计后，应当向审计机关提出审计组的审计报告。审计组的审计报告报送审计机关前，应当征求被审计对象的意见。

(2) 被审计对象应当自接到审计组的审计报告之日起十日内，将其书面意见送交审计组。审计组应当将被审计对象的书面意见一并报送审计机关。

(3) 审计机关按照审计署规定的程序对审计组的审计报告进行审议，并对被审计对象对审计组的审计报告提出的意见一并研究后，提出审计机关的审计报告；对违反国家规定的财政收支、财务收支行为，依法应当给予处理、处罚的，在法定职能范围内作出审计决定或者向有关主管机关提出处理、处罚的意见。

(4) 审计机关应当将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位。审计决定自送达之日起生效。

【可考性】★★★

29.根据《土地管理法》的规定，关于土地权益的纠纷，下列哪一选项是错误的？

A.村民甲与村卫生所发生土地使用权争议，协商不成可找乡政府处理，对乡政府处理决定不服还可向法院起诉

B.村民乙与邻居发生宅基地纠纷，应先向县土地主管部门申请行政调处，对调处决定不服的，可以土地主管部门为被告向法院提起行政诉讼

C.村民丙因土地承包经营权与村委会发生纠纷，协商调解不成可向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，对仲裁裁决不服还可以向法院起诉

D.村民丁因擅自占地建房被县土地主管部门处罚，如对行政处罚决定不服可以向法院提起行政诉讼

【答案】B

【解析】

A 正确，B 错误，《土地管理法》第 16 条规定：“土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决。；协商不成的，由人民政府处理。单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起三十日内，向人民法院起诉。”村民甲与村卫生所发生土地使用权争议属于个人与单位之间的争议，乙与邻居发生的宅基地纠纷属于个人之间的纠纷，皆由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。

C 正确,《农村土地承包法》第 51 条规定:“因土地承包经营发生纠纷的,双方当事人可以通过协商解决,也可以请求村民委员会、乡(镇)人民政府等调解解决。

当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的,可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。”《农村土地承包法》第 52 条规定:“当事人对农村土地承包仲裁机构的仲裁裁决不服的,可以在收到裁决书之日起三十日内向人民法院起诉。逾期不起诉的,裁决书即发生法律效力。”

D 正确,《土地管理法》第 83 条规定:“依照本法规定,责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的,建设单位或者个人必须立即停止施工,自行拆除;对继续施工的,作出处罚决定的机关有权制止。建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的,可以在接到责令限期拆除决定之日起十五日内,向人民法院起诉;期满不起诉又不自行拆除的,由作出处罚决定的机关依法申请人民法院强制执行,费用由违法者承担。”对行政处罚决定不服可以向法院提起的诉讼属于行政诉讼。

#### 【考查知识点】土地纠纷的解决

#### 【BT 预测考点】

土地确权纠纷	1.含义:土地确权纠纷是指不同主体间就土地所有权或土地使用权的归属或界限等问题产生异议而引发的争议纠纷。 2.土地确权纠纷处理程序:协商→政府处理(前置程序)→行政诉讼。 3.行政处理的主体: (1)单位之间的争议:由县级以上人民政府处理; (2)涉及个人的土地确权争议:乡级或县级人民政府。
土地侵权纠纷	1.含义:土地侵权纠纷是指因对他人已依法取得的土地所有权或使用权构成侵害,侵权人与被侵权人之间引发的争议。 2.土地侵权纠纷处理程序:先协商,协商不成的,可由土地行政主管部门进行行政调处;也可不经行政调处直接提民事诉讼。
土地承包经营权纠纷	1.含义:土地承包经营权纠纷是指因土地承包经营发生的纠纷,包括发包人与承包人之间、农村集体经济组织内部不同成员之间、本农村集体经济组织内部成员与外村承包户之间因土地承包经营发生的各类纠纷。 2.土地承包经营权纠纷处理程序: (1)可以协商解决,也可以请求村委会、乡镇人民政府等调解; (2)协商或调解不成的,可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。 (3)当事人如果申请仲裁的,对仲裁裁决不服的,可以自收到裁决书之日起 30 日内向人民法院起诉,逾期不起诉的,裁决书即发生法律效力。

规律总结	仅有土地侵权纠纷具有前置程序，即必须经过政府处理，对政府处理不服的，才可以提起行政诉讼。对于土地侵权纠纷、土地承包经营纠纷无前置程序。
------	---

【可考性】★★★★

30.关于税收优惠制度，根据我国税法，下列哪些说法是错误的？

- A.个人进口大量化妆品，应征消费税
- B.武警部队专用的巡逻车，免征车船税
- C.企业从事渔业项目的所得，可免征、减征企业所得税
- D.农民张某网上销售从其他农户处收购的山核桃，免征增值税

【答案】D

【解析】化妆品属于消费税征收范围，A 正确。捕捞、养殖渔船；军队、武警部队专用的车船；警用车船；依照法律规定应当予以免税的外国驻华使领馆、国际组织驻华代表机构及其有关人员的车船免征车船税，B 正确。企业从事农林牧渔项目的所得可免征、减征企业所得税，C 正确。农业生产者销售的自产农业产品免征增值税，张某网上销售从其他农户处收购的山核桃，不属于自产农产品，因此不能免征增值税，D 错误。

【考查知识点】财税法

【BT 预测考点】

纳税主体	中国境内车辆、船舶的所有人或管理人，为车船税的纳税人。
征税对象	乘用车、商用车（客车、货车）、挂车、其他车辆（如专用作用车和轮式专用机械车）、摩托车和船舶（机动船舶和游艇）
免征情形	1.捕捞、养殖渔船； 2.军队、武装武警部队专用车船； 3.警用车船； 4.依照法律规定应当予以免税的外国驻华使领馆、国际组织驻华代表机构及其有关人员的车船。
可以减征或免征	1.对节约能源、使用新能源的车船可以减征或者免征车船税； 2.对受严重自然灾害影响纳税困难以及有其他特殊原因确需减税、免税的，可减征或者免征车船税。 3.省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可对公共交通车船，农村居民拥有并主要在农村地区使用的摩托车、三轮车和低速载货汽车定期减征或免征。

【可考性】★★★★★

31.因连降大雨，某厂设计流量较小的排污渠之污水溢出，流入张某承包的鱼塘，致鱼大量死亡。张某诉至法院，要求该厂赔偿。该厂提出的下列哪些抗辩事由是依法能成立的？

- A.本市环保主管部门证明，我厂排污从未超过国家及地方排污标准
- B.天降大雨属于不可抗力，依法应予免责
- C.经有关机构鉴定，死鱼是全市最近大规模爆发的水生动物疫病所致
- D.张某鱼塘地势低洼，未对污水流入采取防范措施，其损失咎由自取

【答案】C

【解析】C 选项否定因果关系，可以主张免责，C 正确。

【考查知识点】环境民事责任

【BT 预测考点】

归责原则	无过错责任。 【注意】污染者以排污符合国家或者地方污染物排放标准为由主张不承担责任的，人民法院不予支持。
构成要件	侵权行为+损害后果+因果关系
免责事由	1.不可抗力造成+行为人及时采取了合理措施； 2.受害人故意自我致害。
连带责任	环境影响评价机构、环境监测机构以及从事环境监测设备和防治污染设施维护、运营的机构，在有关环境服务活动中弄虚作假，对造成的环境污染和生态破坏负有责任的，应当与造成环境污染和生态破坏的其他责任者承担连带责任。
责任形式	停止侵害、排除妨碍、赔偿损失
诉讼时效	3 年，从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。 注意：停止侵害、排除妨碍不受诉讼时效限制，赔偿损失才受到诉讼时效限制。
公益诉讼	对污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为，符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼： (1)依法在设区的市级以上的人民政府民政部门登记； (2)专门从事环境保护公益活动连续 5 年以上且无违法记录； (3)提起诉讼的社会组织不得通过诉讼牟取经济利益。

【可考性】★★★★★

32.某厂工人田某体检时被初诊为脑瘤，万念俱灰，既不复检也未经请假就外出旅游。该厂以田某连续

旷工超过 15 天，严重违反规章制度为由解除劳动合同。对于由此引起的劳动争议，下列哪些说法是错误的？

- A.该厂单方解除劳动合同，应事先将理由通知工会
- B.田某严重违反规章制度，无论是否在规定的医疗期内该厂均有权解除劳动合同
- C.如该厂解除劳动合同的理由成立，无需向田某支付经济补偿金
- D.如该厂解除劳动合同的理由违法，田某有权要求继续履行劳动合同并主张经济补偿金 2 倍的赔偿金

【答案】D

【解析】《劳动合同法》第 43 条规定：“用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。”因此，该厂单方解除劳动合同，应事先将理由通知工会，A 正确。“严重违反用人单位的规章制度”属于用人单位有权解除劳动合同的情形之一，无论是否在规定的医疗期内，因此，B 正确。如果因劳动者的过错导致用人单位解除劳动合同，用人单位无须支付经济补偿金，C 正确。《劳动合同法》第 48 条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”由此可见，继续履行劳动合同与赔偿金不能同时适用，D 错误。

【考查知识点】劳动合同的解除、终止与经济补偿

【BT 预测考点】

劳动合同解除包括协商解除、用人单位单方解除、劳动者单方解除。

1. 协商解除：用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

2. 劳动者单方解除

(1) 预先通知解除：劳动合同期限内：劳动者提前 30 日书面形式通知用人单位，可解除劳动合同；

劳动者在试用期内提前 3 日通知用人单位解除合同。

(2) 随时通知解除：用人单位有下列情形之一的，劳动者可随时解除合同：未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；未及时足额支付劳动报酬的；未依法为劳动者缴纳社会保险费的；用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的，包括：①用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立；②用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。

(3) 立即解除：在用人单位危及劳动者人身自由和人身安全的情形时，劳动者有权立即解除劳动合同，不需要事先告知用人单位。主要情形包括：用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动；用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

### 3. 用人单位解除

(1) 随时通知解除（劳动者过错）：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；劳动者严重违反用人单位的规章制度的；劳动者严重失职，徇私舞弊，给用人单位造成重大损害的；劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；劳动者的原因导致劳动合同无效的；劳动者被依法追究刑事责任的。

(2) 预先通知解除（劳动者非过错）：劳动者有下列情形之一的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同。主要情形包括：劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作；劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

(3) 经济性裁员：企业在经营困难等情况下批量解除与劳动者的合同。裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取

工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告。用人单位经济性裁员后，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

(4) 用人单位不得解除劳动合同的情形：劳动者存在下列情形之一的，用人单位不得以劳动者非过错原因或经济性裁员的规定解除劳动合同：A.从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；B.在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力；C.患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；D.女职工在孕期、产期、哺乳期的；E.在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的。

#### 4. 用人单位应支付经济补偿的情形

**【BT应试提醒】合同解除和终止情形下，哪些需要承担经济补偿金？**

解除	协商解除	只有用人单位主动提出的情况下，才可以(√)
	劳动者单方解除	1.预先通知解除（用人单位没错），不可以(×) 2.随时通知解除（用人单位有错）：可以(√) 3.立即解除（用人单位有错）：可以(√)
	用人单位单方解除	1.随时通知解除（劳动者有错）：不可以(×) 2.预先通知解除（劳动者没错）：可以(√) 3.经济性裁员：可以(√)
终止		1.劳动合同期满的；（用人单位不续签，或低于原标准签的，可以√） 2.劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；(×) 3.劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；(×) 4.用人单位被依法宣告破产的；(√) 5.用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的(√)

**【可考性】★★★★★**

33. 友田劳务派遣公司（住所地为甲区）将李某派遣至金科公司（住所地为乙区）工作。在金科公司按劳务派遣协议向友田公司支付所有费用后，友田公司从李某的首月工资中扣减了 500 元，李某提出异议。对此争议，下列哪些说法是正确的？

- A. 友田公司作出扣减工资的决定，应就其行为的合法性负举证责任
- B. 如此案提交劳动争议仲裁，当事人一方对仲裁裁决不服的，有权向法院起诉

- C.李某应向友田劳务派遣公司所在地甲区的劳动争议仲裁机构申请仲裁
- D.对于友田公司给李某造成的损害，友田公司和金科公司应承担连带责任

【答案】A

【解析】

根据“谁主张，谁举证”的原则，友田公司作出扣减工资的决定，应就其行为的合法性负举证责任，A正确。

关于一裁终局，《劳动仲裁法》第47条规定：“下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。”本案中，李某针对500元工资提出异议属于小额劳动仲裁，一裁终局。《劳动仲裁法》第48条规定“劳动者对本法第四十七条规定仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”因此，一裁终局仅针对用人单位，本案中，李某可以向法院起诉，单位不可以，B错误。

关于管辖，《劳动仲裁法》第21条规定：“劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。”甲区为用人单位所在地，乙区属于劳动合同履行地，因此，李某既可向甲区也可向乙区的劳动争议仲裁机构申请仲裁，C错误。

《劳动合同法》第92条第二款规定：“劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”友田公司时派遣单位而非用工单位，友田公司给李某造成的损害，金科公司不应承担连

带责任，D 错误。

### 【考查知识点】劳务派遣

#### 【BT 预测考点】

可派遣岗位	劳务派遣只是用工的一种补充形式，只能在临时性、辅助性或替代性岗位上实施。 1.临时性岗位：存续时间不超过 6 个月的岗位； 2.辅助性岗位：为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位 3.替代性岗位：用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位
五个禁止	1.禁止短期派遣 (1) 劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立 2 年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬。 (2) 不得将连续用工作期限分割订立数个短期劳务派遣协议。 (3) 被派遣劳动者在无工作期间内，劳务派遣单位应当按照所在地最低工资标准，向其按月支付报酬。 2.禁止再派遣：用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。 3.禁止自我派遣：用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或所属单位派遣劳动者。 4.禁止收费扣钱：劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。 5.禁止差别对待：被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。
责任承担	1.连带责任：用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。 2.补充责任：被派遣劳动者因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应补充责任。
被派遣劳动者的退回	1.因劳动者的原因导致退回：劳务派遣单位可以解除劳动合同； 2.因用工单位的原因导致退回：劳务派遣单位不可以解除劳动合同，并且，在无工作期限，仍应按照不低于所在地人民政府的最低工资标准，按月支付劳动报酬。

#### 【可考性】★★★★★

34.关于非全日制用工的说法，下列哪一选项不符合《劳动合同法》规定？

- A.从事非全日制用工的劳动者与多个用人单位订立劳动合同的，后订立的合同不得影响先订立合同的履行
- B.非全日制用工合同不得约定试用期
- C.非全日制用工终止时，用人单位应当向劳动者支付经济补偿
- D.非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日

【答案】C

【解析】A符合,《劳动合同法》第69条第2款规定:“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同;但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”B符合,《劳动合同法》第70条规定:“非全日制用工双方当事人不得约定试用期。”C不符合,并无此规定。D符合,《劳动合同法》第72条第2款:“非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。”

【考查知识点】非全日制用工

【BT预测考点】

非全日制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时,每周工作累计不超过24小时的用工形式。

- 1.非全日制用工可以签订书面协议,也可以签订口头协议。
- 2.劳动者可以与一个或者一个以上的用人单位签订非全日制用工合同,但后订立的劳动合同不得影响先订立劳动合同的履行。
- 3.非全日制用工双方当事人不得约定试用期。
- 4.非全日制用工双方当事人任何一方可以随时通知对方终止用工,且用人单位不需要向劳动者支付经济补偿金。
- 5.非全日制用工的计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准,且报酬的结算支付周期最长不得超过15日。

【可考性】★★★

35.根据《涉外民事关系法律适用法》和司法解释,关于外国法律的查明问题,下列哪一表述是正确的?

- A.行政机关无查明外国法律的义务
- B.查明过程中,法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见
- C.无法通过中外法律专家提供的方法获得外国法律的,法院应认定为不能查明

D.不能查明的，应视为相关当事人的诉讼请求无法律依据

【答案】B

【解析】

《涉外民事关系法律适用法》第 10 条第一款规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。”因此，行政机关有查明外国法律的义务，A 错误。

《〈法律适用法〉司法解释（一）》第 18 条规定：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。”因此，查明过程中，法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，B 正确。

《〈法律适用法〉司法解释（一）》第 17 条第一款规定：“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。”C 错误。

不能查明的，应当适用中国法律，D 错误。

【考查知识点】外国法查明

【BT 预测考点】

查明主体	当事人选的，当事人查明； 不是当事人选的，审案机关（法院、仲裁机构、行政机关）查明
查明方法	1.由当事人提供；2.由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；3.由我国驻该国使领馆提；4.由该国驻我国使馆提供；5.由中外法律专家提供。
无法查明的标准	应当由当事人查明，当事人在指定期限无正当理由未提供； 应当由审案机关查明，用尽各种可能的途径无法查明或该国法律没有规定。
无法查明的后果	适用中国法
对外国法有异议	由审案机关审查认定

【可考性】★★★★★

36.中国与甲国均为《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的缔约国，现甲国法院因审理一民商事案件，需向中国请求调取证据。根据该公约及我国相关规定，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲国法院可将请求书交中国司法部，请求代为取证
- B. 中国不能以该请求书不属于司法机关职权范围为由拒绝执行
- C. 甲国驻中国领事代表可在其执行职务范围内，向中国公民取证，必要时可采取强制措施
- D. 甲国当事人可直接在中国向有关证人获取证人证言

【答案】A

【解析】

A 正确，《关于从国外获取民事或商事证据的公约》(《海牙取证公约》)第二条规定：“每一缔约国应指定一个中央机关负责接收来自另一缔约国司法机关的请求书，并将其转交给执行请求的主管机关。各缔约国应依其本国法律组建该中央机关。请求书应直接送交执行国中央机关，无需通过该国任何其他机关转交。”因此，外国法院依据《海牙取证公约》在中国境内调取证据，相关外国法院可直接将调取证据请求书递交我国司法部。

B 错误，《关于从国外获取民事或商事证据的公约》第十二条规定：“只有在下列情况下，才能拒绝执行请求书：（一）在执行国，该请求书的执行不属于司法机关的职权范围；（二）被请求国认为，请求书的执行将会损害其主权和安全。执行国不能仅因其国内法已对该项诉讼标的的规定专属管辖权或不承认对该事项提起诉讼的权利为理由，拒绝执行请求。”因此，中国可以该请求书不属于司法机关职权范围为由拒绝执行。

C 错误，《关于从国外调取民事或商事证据的公约》第十五条第一款规定：“在民事或商事案件中，每一缔约国的外交官员或领事代表在另一缔约国境内其执行职务的区域内，可以向他所代表的国家的国民在不采取强制措施的情况下调取证据，以协助在其代表的国家的法院中进行的诉讼。”因此，甲国驻中国领事代表向中国公民取证，不可采取强制措施。

D 错误，我国原则上禁止当事人自行取证，未经我国相关机关批准，甲国当事人不可直接在中国向有关证人获取证人证言。

#### 【考查知识点】域外调查取证

【BT 预测考点】域外调查取证有四种方式：代为取证、使领馆取证、特派员取证、自行取证。其中，特派员取证、自行取证是我国不允许的，需要大家注意的是代为取证和使领馆取证。代为取证，即，让其他国家帮自己取证。有以下知识点需要注意：

应该以请求书方式进行，以条约为基础。

每个国家应指定一个中央司法机关。

拒绝理由：

在执行国，该请求书的执行不属于司法机关的职权范围；

被请求国认为，请求书的执行将会损害其主权和安全。

不能拒绝的情况：

被请求国对该案有专属管辖权；

被请求国法律不承认对该事项提起诉讼的权利。

使领馆取证，需要注意的考点：使领馆取证我国允许，但只能向其本国公民取证，并不得采取强制措施。

#### 【可考性】★★★★★

37.中国甲公司与德国乙公司进行一项商事交易，约定适用英国法律。后双方发生争议，甲公司在中国法院提起诉讼。关于该案的法律适用问题，下列哪一选项是错误的？

- A.如案件涉及食品安全问题，该问题应适用中国法
- B.如案件涉及外汇管制问题，该问题应适用中国法
- C.应直接适用的法律限于民事性质的实体法

D.法院在确定应当直接适用的中国法律时，无需再通过冲突规范的指引

【答案】C

【解析】

《〈法律适用法〉司法解释（一）》第 10 条规定：“有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：

- （一）涉及劳动者权益保护的；
- （二）涉及食品或公共卫生安全的；
- （三）涉及环境安全的；
- （四）涉及外汇管制等金融安全的；
- （五）涉及反垄断、反倾销的；
- （六）应当认定为强制性规定的其他情形。”

因此，应直接适用的法律不限于民事性质的实体法，法院在确定应当直接适用的中国法律时，无需再通过冲突规范的指引，C 错误。

【考查知识点】强制适用中国法

【BT 预测考点】强制使用中国法的内容：一个保护，两个反，三个安全，是强制。一个保护：劳动者权利；两个反：反垄断反倾销；三个安全：金融、环境、食品或公共卫生。

【可考性】★★★★★

38.根据《中华人民共和国保障措施条例》，下列哪一说法是不正确的？（130144）

- A.保障措施中“国内产业受到损害”，是指某种进口产品数量增加，并对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成严重损害或严重损害威胁
- B.进口产品数量增加指进口数量的绝对增加或与国内生产相比的相对增加

C. 终裁决定确定不采取保障措施的，已征收的临时关税应当予以退还

D. 保障措施只应针对终裁决定作出后进口的产品实施

【答案】D

【解析】

《保障措施条例》第 2 条规定：“进口产品数量增加，并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁（以下除特别指明外，统称损害）的，依照本条例的规定进行调查，采取保障措施。”A 正确。

《保障措施条例》第 7 条规定：“进口产品数量增加，是指进口产品数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加。”B 正确。

《保障措施条例》第 25 条规定：“终裁决定确定不采取保障措施的，已征收的临时关税应当予以退还。”C 正确。

保障措施原则上只应针对终裁决定作出后进口的产品实施，但也存在例外情况进行追溯，D 错误。

【考查知识点】保障措施

【BT 预测考点】

	进口数量增加（绝对增加 or 相对增加）
条件	对国内产业造成（严重）损害（严重损害 or 严重损害威胁）
	因果关系
措施	初步裁定：临时保障措施（提高关税）
	终局裁定：保障措施（提高关税 or 数量限制等）
限制	非歧视（针对产品，不区分来源）
期限	一般不超过 4 年，最长不超过 10 年；施期限超过 1 年应当按固定时间间隔逐步放宽

【可考性】★★★★★

39. 《服务贸易总协定》规定了服务贸易的方式，下列哪一选项不属于协定规定的服务贸易？

A. 中国某运动员应聘到美国担任体育教练      B. 中国某旅行公司组团到泰国旅游

- C. 加拿大某银行在中国设立分支机构      D. 中国政府援助非洲某国一笔资金

【答案】D

【解析】

D 当选，《服务贸易总协定》通过四种服务贸易方式来调整服务贸易：跨境供应、境外消费、商业存在、自然人存在。选项 A 属于自然人存在，选项 B 属于境外消费；选项 C 属于商业存在；选项 D 不属于四种服务贸易方式之一。

【考查知识点】服务贸易的方式

【BT 预测考点】

国际服务贸易	跨境交付	服务本身跨境
	境外消费	消费者跨境
	商业存在	服务提供者跨境且设立机构
	自然人存在	服务提供者跨境但不设立机构

【可考性】★★★★★

40. 甲国 T 公司与乙国政府签约在乙国建设自来水厂，并向多边投资担保机构投保。依相关规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙国货币大幅贬值造成 T 公司损失，属货币汇兑险的范畴  
 B. 工人罢工影响了自来水厂的正常营运，属战争内乱险的范畴  
 C. 乙国新所得税法致 T 公司所得税增加，属征收和类似措施险的范畴  
 D. 乙国政府不履行与 T 公司签订的合同，乙国法院又拒绝受理相关诉讼，属政府违约险的范畴

【答案】D

【解析】

A 错误，货币汇兑险指由于东道国的责任而采取的任何措施，使投资人无法自由将起投资所得，投资企业破产的清算收入及其他收益兑换成可自由使用的货币，或依东道国的法律，无法将相关收益汇出东道

国的风险。乙国的货币大幅贬值并非乙国的采取的措施，不属于货币汇兑险的范畴。

B 错误，战争内乱险承保影响投资项目的战争或内乱导致的风险，工人罢工不属于战争。

C 错误，东道国为了管辖境内的经济活动而采取的普遍适用的措施，不应被视为征收措施。乙国新所得税法具有普遍适用性，不属于征收措施。

D 正确，政府违约险，即东道国对担保权人的违约，且担保权人无法求助于司法或仲裁部门对违约的索赔做出裁决，或司法或仲裁部门未能在合理期限内做出裁决，或有这样的裁决而不能实施。因此，乙国政府不履行与 T 公司签订的合同，乙国法院又拒绝受理相关诉讼，属政府违约险的范畴。

#### 【考查知识点】多边投资担保机构

【BT 预测考点】多边投资担保机构中可以投保的保险种类，包括货币汇兑险（限制货币的兑换!!）、征收和类似措施险；战争内乱险（承保影响投资项目的战争或内乱而导致的风险）；政府违约险（即东道国对担保权人的违约，且无法求助于司法或仲裁）；其他非商业风险，应投资者和东道国联合申请和经机构董事会特别多数票通过。

#### 【可考性】★★★★

41.不同的审判程序，审判组织的组成往往是不同的。关于审判组织的适用，下列哪一选项是正确的？

A.适用简易程序审理的案件，当事人不服一审判决上诉后发回重审的，可由审判员独任审判

B.适用简易程序审理的案件，判决生效后启动再审程序进行再审的，可由审判员独任审判

C.适用普通程序审理的案件，当事人双方同意，经上级法院批准，可由审判员独任审判

D.适用选民资格案件审理程序的案件，应组成合议庭审理，而且只能由审判员组成合议庭

#### 【答案】D

#### 【解析】

A 选项错误。《民事诉讼法》第四十条第二款规定：“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。”因此，无论是简易程序，还是普通程序，当事人不服一审判决上诉后发回重审的，

不能由审判员独任审判，应另外组成合议庭进行审理。

B 选项错误。《民事诉讼法》第四十条第三款规定：“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。”无论是适应简易程序还是普通程序审理的案件，进入再审程序后，都不能由审判员独任审判。应另外组成合议庭进行审理。

C 选项错误。《民事诉讼法》第一百五十七条第二款规定：“基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。”由此可知，适用普通程序审理的案件，当事人可以约定适用简易程序，不需要得到上级法院的批准。因此，适用普通程序审理的案件，当事人双方同意，可适用简易程序进行审理。另外，《民事诉讼法》第三十九条规定：“人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。”适用简单程序的案件可由审判员独任审理，由普通程序审理的案件，必须组成合议庭审理。

D 选项正确。《民事诉讼法》第一百七十八条规定：“依照本章程序审理的案件，实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件，由审判员组成合议庭审理；其他案件由审判员一人独任审理。”选民资格案件应由审判员组成合议庭审理。

【考查知识点】普通程序、简易程序的审判组织制度；

【BT预测考点】

### 独任制度

1.概念：由一名审判员（法官）对案件进行审理的制度

2.适用范围：

（1）基层人民法院及其派出法庭审理简单的第一审民事案件，即简易程序适用独任制

（2）特别程序（宣告公民失踪、死亡案件，认定公民无、限制民事行为能力，认定财产无主，确认调

解协议效力，实现担保物权）

注意：重大疑难案件和选民资格案件适用合议制

（3）公示催告程序的公示催告阶段

（4）督促程序

总结：二审、再审一律只能用合议制，中级及其以上的法院只适用合议制；且当事人不能约定适用独任制。

【可考性】★★★★

42. 刘某与曹某签订房屋租赁合同，后刘某向法院起诉，要求曹某依约支付租金。曹某向法院提出的下列哪一主张可能构成反诉？

- A. 刘某的支付租金请求权已经超过诉讼时效
- B. 租赁合同无效
- C. 自己无支付能力
- D. 自己已经支付了租金

【答案】B

【解析】

反驳是被告对原告提出的诉讼请求和诉讼理由表示不同意，反诉是被告对原告提出的独立的诉讼请求。二者的区别在于被告提出的是不是一个独立的诉讼请求。本案被告曹某向法院提出的：支付租金请求权超过诉讼时效、自己无支付能力、自己已经支付了租金都属于对原告刘某提出的要求曹某支付租金的诉讼请求之上，是对刘某提出的诉讼请求的反驳。而被告曹某提出的“租赁合同无效”是独立于原告刘某提出的履行租赁合同的诉讼请求，主张的是对合同的效力性的确认之诉，抵消了原告提出的诉讼请求，是一个反驳。综上所述：B选项的主张构成反诉，A、C、D构成反驳。

【考查知识点】反诉制度；反诉与反驳

【BT预测考点】

反诉

1.概念：在本来进行的诉讼中，本诉被告起诉本诉原告并对法院提出了独立的诉讼请求

2.主体：由本诉的被告起诉本诉的原告，即本诉的被告是反诉的原告，本诉的原告是反诉的被告。

### 【注意】

(1) 因此当事人在本诉和反诉中的诉讼地位是同一的，但是不是相同的。

(2) 反诉的原告只能是本诉的被告。

### 3.时间

一审时：在一审辩论终结前提出；

二审时：二审法院可以进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉，若双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判（即当事人自己放弃审级利益时，人民法院可以审理）

【注意】当事人可以在二审、再审中提出反诉。

### 4.具有独立性：是一个独立的诉讼请求

	反诉	被告提出的是一个独立的请求
		【举例】：“借锅不还案中”，如果花花说之所以她不还这个昂贵锅，是因为栗子之前借了她2万块钱（或者之前的借用合同是无效的），此时，就构成反诉。
区分反驳 v. 反诉	反驳	被告提出的一个非独立请求，是对原告提出的诉讼请求或者诉讼理由表示不同意。
		【举例】：栗子让花花还她那个昂贵的锅，花花说“我根本没有跟你借过这个昂贵锅” / “锅子不见了我太穷，还不起”； / “我已经把锅还给栗子了” / “这个借用已经超过诉讼时效”，这是反驳。
区分反驳和反诉的意义		如果构成反诉，即原诉的撤销或者撤回不影响反诉的继续进行，而反驳会因为原诉的撤回而消失作用。
		【举例】：若是栗子此时跟法院撤诉，把让花花还锅的诉讼撤掉，此时花花提出来的栗子之前欠她2万块钱没有还的反诉还是要继续审理。

【可考性】★★★★★

43.住所在 A 市 B 区的甲公司与住所在 A 市 C 区的乙公司签订了一份买卖合同，约定履行地为 D 县。

合同签订后尚未履行，因货款支付方式发生争议，乙公司诉至 D 县法院。甲公司就争议的付款方式提交了答辩状。经审理，法院判决甲公司败诉。甲公司不服，以一审法院无管辖权为由提起上诉，要求二审法院撤销一审判决，驳回起诉。关于本案，下列哪一表述是正确的？

- A.D 县法院有管辖权，因 D 县是双方约定的合同履行地
- B.二审法院对上诉人提出的管辖权异议不予审查，裁定驳回异议
- C.二审法院应裁定撤销一审判决，发回一审法院重审
- D.二审法院应裁定撤销一审判决，裁定将案件移送有管辖权的法院审理

【答案】B

【解析】

解题思路：

第一步：合同履行地判断

合同纠纷的由合同履行地和被告住所地法院管辖。对于判断合同履行地，看合同是否履行。没有实际履行的，就看约定履行地是否与原被告所在地相重合，没有重合代表没有任何实际联系。合同实际履行了就以约定履行地为准，没有约定履行地的就根据法律规定的地点来决定。本题中，合同没有实际履行，约定的履行地与双方住所地不重合，此时以被告住所地法院管辖。即 A 市 B 区法院有管辖权，而约定履行地 D 区法院没有管辖权。

第二步：应诉管辖

应诉管辖的条件：管辖权异议的时间应当在提交答辩状期间提出，当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权。本案中，法院受理案件后，被告并未在规定期间提出管辖权异议，而且向法院提交了答辩状，已经符合应诉管辖的构成要件。D 法院因应诉管辖，取得了管辖权。综合所看，D 区法院没有管辖权，但是因为应诉管辖才取得了管辖权，而不是因其是约定履行地而享有管辖权。因此 A 选项错误。

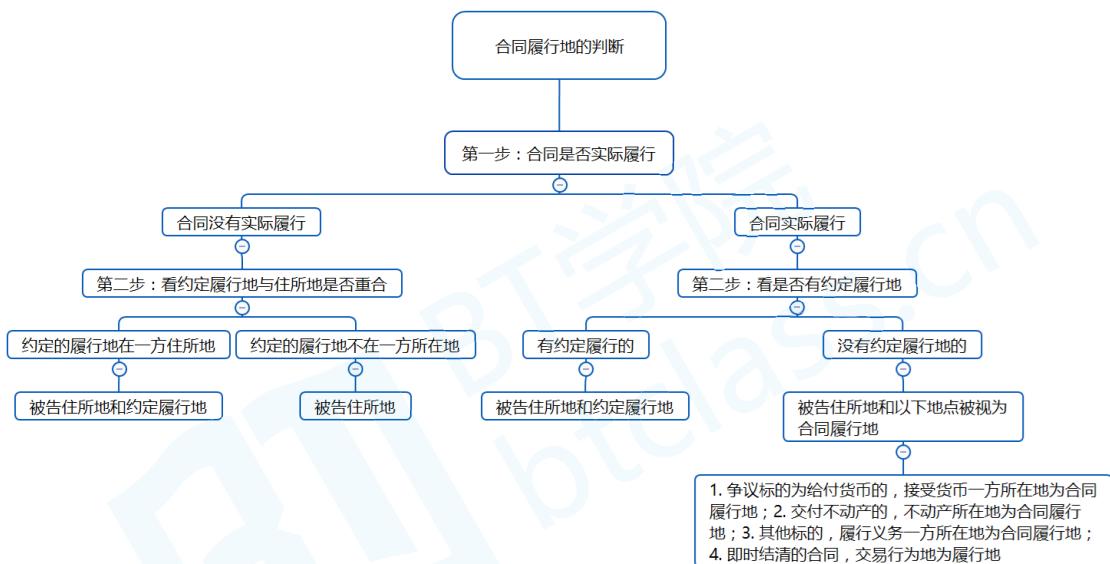
第三步：管辖权异议提出的时间是在答辩状期间。而公司在一审判决作出后才提出管辖权异议，此时已经构成了应诉管辖。因此二审法院对上诉人提出的管辖权异议应不予审查，裁定驳回异议。因此 B 正确，D 错误。

第四步：二审发现一审严重违反法定程序需要裁定撤销原判发回重审，指的是审判组织的组成不合法、应当回避的审判人员未回避、无诉讼行为能力的当事人未经法定诉讼代理人代为诉讼以及法院违法剥夺当事人辩论权，违反法定管辖不属于发回重审之事由，因此 C 错误。

### 【考查知识点】管辖

### 【BT 预测考点】

#### 如何判断合同履行地



### 【可考性】★★★★★

44. 某品牌手机生产商在手机出厂前预装众多程序，大幅侵占标明内存，某省消费者保护协会以侵害消费者知情权为由提起公益诉讼，法院受理了该案。下列哪一说法是正确的？
- A. 本案应当由侵权行为地或者被告住所地中级法院管辖
  - B. 本案原告没有撤诉权
  - C. 本案当事人不可以和解，法院也不可以调解
  - D. 因该案已受理，购买该品牌手机的消费者甲若以前述理由诉请赔偿，法院不予受理

### 【答案】A

## 【解析】

A 选项正确。《民诉解释》第二百八十五条第一款规定：“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。”据此，本案应当由侵权行为地或者被告住所地中级法院管辖。

B 选项错误。《民诉解释》第二百九十条规定：“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。”据此，公益诉讼案件原告的撤诉权并非完全被剥夺，而是被限制原告撤诉的时间。

C 选项错误。《民诉解释》第二百八十九条第一款规定：“对公益诉讼案件，当事人可以和解，人民法院可以调解。”本案当事人可以和解，也可以调解。

D 选项错误。《民诉解释》第二百八十八条规定：“人民法院受理公益诉讼案件，不影响同一侵权行为的受害人根据民事诉讼法第一百一十九条规定提起诉讼。”即使本案已经被人民法院受理，因购买该品牌手机的消费者还是可以根据该手机侵犯消费者知情权为由诉请赔偿。

## 【考查知识点】公益诉讼

## 【BT 预测考点】

## (一) 管辖

1. 原则：侵权行为地或者被告住所地中级人民法院

2. 例外：司法解释另有规定的除外，因污染海洋环境提起的公益诉讼，由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖

【注意】对同一侵权行为分别向两个以上人民法院提起公益诉讼的，由最先立案的人民法院管辖，必要时，由它们的共同上级人民法院指定管辖

## (二) 和解和调解

(可和可调，和完调完需要公告，公告还需要审查，审查标准是：是否违反公共利益)

1. 当事人可以和解，法院可以调解（先自己和、或者法院调）

2. 公告要求：和解和调解协议应当进行公告，公告期间不得少于 30 日（达成一致协议后，法院公告）

3.公告期满后，人民法院审查

不违反社会公共利益的，出具调解书

违反公共利益的，不出具调解书

撤诉（可撤诉，不过需要在法庭辩论终结前）

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。

（三）裁判效力（不允许再次公益诉讼，但是可以私益诉讼）

1.公益诉讼案件的裁判发生法律效力后，其他依法具有原告资格的机关和有关组织就同一侵权行为另

行提起公益诉讼的，人民法院裁定不不予受理，但法律、司法解释另有规定的除外。

2.不影响同一侵权行为的受害人另外提起私益诉讼

【可考性】★★★★★

45.丙公司因法院对甲公司诉乙公司工程施工合同案的一审判决（未提起上诉）损害其合法权益，向 A 市 B 县法院提起撤销诉讼。案件审理中，检察院提起抗诉，A 市中级法院对该案进行再审，B 县法院裁定将撤销诉讼并入再审程序。关于中级法院对丙公司提出的撤销诉讼请求的处理，下列哪一表述是正确的？

- A.将丙公司提出的诉讼请求一并审理，作出判决
- B.根据自愿原则进行调解，调解不成的，告知丙公司另行起诉
- C.根据自愿原则进行调解，调解不成的，裁定撤销原判发回重审
- D.根据自愿原则进行调解，调解不成的，恢复第三人撤销诉讼程序

【答案】C

第一步：判断再生程序；再审的时候，原来是第一审的，按照第一审审理。原来是第二审的或者是上级法院提审的，按照第二审程序设立。本案中是第三人针对 A 市 B 县法院一审生效判决提起的撤销诉讼，且又是提审。应当适用二审程序。

第二步：撤销诉讼并入再审程序后，第三人提出的诉讼请求应当适用二审程序审理。

第三部：第三人的诉讼请求并入再审程序按照二审程序审理的，人民法院可以调解，调解打不成协议的，应当裁定撤销原判决，发回一审法院重审，重审时应当列明第三人。

据此，C选项正确。

#### 【考查知识点】第三人撤销与再审

#### 【BT预测考点】

第三人撤销之诉与执行异议、再审之间的关系

救济申请顺序限制

(1) 第三人撤销之诉为1

(2) 执行异议为2

(3) 再审为3

申请公式=1+2 或者 2+3 (也就是第三人撤销之诉+执行异议，或者执行异议+再审，都不能为第三人撤销之诉+执行异议+再审)

“1+2”意味着第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书的执行的。此时还可以提出执行异议之诉，中止原判决的执行。执行法院对其提起来的执行异议进行应予审查。第三人不服驳回执行异议裁定的，申请对原判决、裁定、调解书再审的，法院不予受理。

“2+3”意味着三外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当申请再审，提起第三人撤销之诉的，不予受理。

当第三人提起撤销之诉后，遇上原案启动了再审程序时，此时得分情况处理：

1. 原则：再审优先，将第三人诉讼请求并入再审程序处理。本该作为原审有独三的，以有独三身份参加诉讼；本该作原审无独三的，以无独三身份参加诉讼。

2. 例外：原审当事人恶意串通损害第三人合法权益之时，第三人撤销之诉优先，中止再审程序。

#### 【注意】

- (1) .按照一审程序进行审理的，法院应当对第三人的诉讼请求进行一并审理，所作的判决可以上诉
- (2) .按照第二审程序进行审理的，法院可以调解，调解不成达成协议的，应当裁定撤销原判决、裁定、调解书，发回一审法院重审。

【可考性】★★★★★

46.甲公司诉乙公司专利侵权，乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托，丙鉴定中心出具了鉴定意见书，认定侵权。乙公司提出异议，并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。关于鉴定的说法，下列哪一选项是正确的？

- A.丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问当事人
- B.丙鉴定中心应当派员出庭，但有正当理由不能出庭的除外
- C.如果燕教授出庭，其诉讼地位是鉴定人
- D.燕教授出庭费用由乙公司垫付，最终由败诉方承担

【答案】A

【解析】

A 选项正确。《民事诉讼法》第七十七条规定：“鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。鉴定人应当提出书面鉴定意见，在鉴定书上签名或者盖章。”据此，丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问甲公司和乙公司。

B 选项错误。《民事诉讼法》第七十八条规定：“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。”丙鉴定中心应当派员出庭，即使有正当理由也需要出庭。

C 选项错误。《民事诉讼法》第七十九条规定：“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。”燕教授作为乙公司申请的专家，其身份是专家辅助人，

其作用是针对鉴定人作出的鉴定意见或者其他专业性问题发表意见。据此，鉴定人和专家辅助人是不一样的。

D 选项错误。专家辅助人的费用由申请方当事人自己负担，燕教授作为专家辅助人，其出庭费用由申请方乙自己负担，而不会最终由败诉方承担。

#### 【考查知识点】鉴定人和专家辅助人

##### 【BT 预测考点】

有专门知识的人（专家辅助人）---当事人的

（1）有专门知识的人，指代表当事人就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的人。

注意：专业的人干专业的事，不能参与专业问题之外的法庭审理活动。且其目的明确，就是针对鉴定人的意见来挑刺的，还不需要鉴定人资格。

（2）地位：专家辅助人的意见视为当事人的陈述

注意：专家是当事人请过来，代表当事人来提出专业意见的，不是一种法定证据。

（3）参加方式：依当事人申请参加

（4）程序：当当事人在举证期限内申请，由法院通知 1-2 名有专门知识的人出庭

（5）费用：当事人承担

（6）被告可对专家辅助人进行询问

鉴定人

人员要求	鉴定人需要有鉴定人资格，该鉴定资格为国家确认的。
鉴定的启动	（1）依当事人申请：在举证期限届满前提出申请（决定权依然掌握在法院手上） （2）法院依职权启动
鉴定人的选定方式	（1）依申请启动的：当事人协商→协商不成，法院指定 （2）依职权决定鉴定的，询问当事人意见→法院指定

鉴定意见	(1) 鉴定人应当在了解鉴定内容相关的案件材料基础上进行鉴定,可以询问当事人和证人。 (2) 鉴定人一定要在鉴定意见书上签名、盖章。 多名鉴定人对同一问题进行鉴定,出现不同意见的,应当在鉴定意见书中注明。	
鉴定人的出庭义务	应当出庭的两种情况	(1) 当事人对鉴定意见有异议; (2) 法院认为鉴定人有必要出庭。
	鉴定人拒绝出庭的	其鉴定意见不得作为认定案件事实的依据,支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用

【可考性】★★★

47. 大皮公司因买卖纠纷起诉小华公司,双方商定了 25 天的举证时限,法院认可。时限届满后,小华公司提出还有一份发货单没有提供,申请延长举证时限,被法院驳回。庭审时小华公司向法庭提交该发货单。尽管大皮公司反对,但法院在对小华公司予以罚款后仍对该证据进行质证。下列哪一诉讼行为不符合举证时限的相关规定?

- A. 双方当事人协议确定举证时限
- B. 双方确定了 25 天的举证时限
- C. 小华公司在举证时限届满后申请延长举证时限
- D. 法院不顾大皮公司反对,依然组织质证

【答案】C

【解析】

A 选项错误。《民诉解释》第九十九条第一款规定:“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。”本案中,大皮公司和小华公司在审理前商定举证时限,这是符合举证时限的相关规定的。A 选项说法正确,是错误选项。

B 选项错误。《民诉解释》第九十九条第二款规定:“人民法院确定举证期限,第一审普通程序案件不得少于十五日,当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。”双方协商举证时限为 25 天,满足法律要求。B 选项说法正确,是错误选项。

C 选项正确。《民诉解释》第一百条规定:“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。”小华公司要申请延长举证时限,应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。据此,C 选项说法错误,是正确选项。

D 选项错误。《民事诉讼法》第六十五条规定：“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。”据此，逾期提供证据的法律后果有两种：1.不采纳整改证据；2.采纳该证据，但予以训诫、罚款。本案中，法院对于小华予以罚款后人就组织质证的做法是合法的。

#### 【考查知识点】举证时限

#### 【BT 预测考点】

#### 举证

确定方式	(1) 当事人协商，并经人民法院的准许 (2) 法院指定
期限要求	(1) 第一审普通程序案件不得少于 15 日 (2) 当事人提供新的证据的第二审案件不得少于 10 日 (3) 简易程序案件：不得超过 15 日 (4) 小额诉讼案件：一般不得超过 7 日
延长期限	(1) 书面申请 (2) 举证期限届满前 (3) 没有次数限制
逾期举证的后果	法院应当责令当事人说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据 (1) 视为未逾期的 当事人因客观原因逾期提供证据 对方当事人对逾期提供未提出异议 (2) 有正当理由而逾期提供证据的，不产生不利后果，法院仍然应当采纳该证据 (3) 没有正当理由的 当事人因故意或者重大过失→法院不采纳。但是如果跟基本事实有关，法院采纳+训诫+罚款 当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，法院应当采纳+训诫 【解题技巧】若题目说“当事人没找到”，不算是故意或者重大过失。 (4) 当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，法院可予支持

#### 【可考性】★★★★

48.甲、乙两公司签订了一份家具买卖合同，因家具质量问题，甲公司起诉乙公司要求更换家具并支付

违约金 3 万元。法院经审理判决乙公司败诉，乙公司未上诉。之后，乙公司向法院起诉，要求确认该家具买卖合同无效。对乙公司的起诉，法院应采取下列哪一处理方式？

- A. 予以受理
- B. 裁定不予受理
- C. 裁定驳回起诉
- D. 按再审处理

【答案】B

第一步：重复诉讼的识别标准和在构成重复诉讼的情况下，对当事人重复起诉的程序处理。重复起诉的 3 个构成要件：1.后诉与前诉的当事人相同；2.后诉与前诉的诉讼标的是相同；3.后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定了前诉判决。4.经过了实体处理。本案中，后诉与前诉的当事人相同，甲乙公司没有变。诉讼标的相同，都是该买卖合同。后诉的诉讼请求实际上是否定了前诉判决，构成重复诉讼。且法院实体审理了该案件，而后面的确认家具买卖合同无效的说法实际上是否定了前诉判决，构成重复诉讼。---A 错误

第二步：当事人重复起诉的，裁定不予受理。已经受理的，裁定驳回起诉。本案后诉尚未受理，因此，应当裁定不予受理。B 正确，C 错误。

第三步：正确理解当事人申请再审的程序要件，避免混淆重复诉讼与再审两审程序制度的适用。当事人申请再审应当向原审法院的上一级法院申请，并且应当将当事人的起诉视为再审申请来处理。因此 D 错误。

【考查知识点】起诉条件，对重复诉讼的处理

【BT 预测考点】

起诉条件

1. 积极条件：

原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或者其他组织

有具体的诉讼请求和事实、理由

有明确的被告

属于法院受理民事案件的范围和受诉人民法院管辖（符合主管和管辖）

2. 消极条件：不能构成重复起诉

重复起诉

构成要件	<p>要件一：后诉与前诉的当事人相同（被告另外起诉，也算是当事人相同）</p> <p>要件二：诉讼标的相同</p> <p>要件三：诉讼请求相同或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果</p> <p>要件四：是否经过实体处理</p>	<p><b>【举例】</b>比如甲告乙，让乙履行合同并支付违约金；法院支持甲，给出了判决。但是现在乙又来告甲，请求确认该合同无效，此时就构成重复起诉。</p>
处理后果	<p>1. 原则上重复起诉的，不予受理</p> <p>2. 例外：重复起诉还是要受理</p> <p>裁定不予受理、驳回起诉、撤诉或按撤诉处理的，当事人以同一诉讼前请求再次起诉的，法院应予受理</p> <p>赡养费、抚养费、扶养费案件，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或者减少费用的，法院应作为新案件受理</p> <p>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，在 6 个月内再次起诉的，不予受理。</p> <p><b>【注意】：</b></p> <p>6 个月的禁诉期：6 个月后，即使重复起诉的，也要予以受理</p> <p>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，有新情况、新理由的，在 6 个月内再次起诉的，予以受理。</p>	

【可考性】★★★★★

49. 关于简易程序的简便性，下列哪一表述是不正确的？

- A. 受理程序简便，可以当即受理，当即审理
- B. 审判程序简便，可以不按法庭调查、法庭辩论的顺序进行
- C. 庭审笔录简便，可以不记录诉讼权利义务的告知、原被告的诉辩意见等通常性程序内容
- D. 裁判文书简便，可以简化裁判文书的事实认定或判决理由部分

【答案】C

【解析】

A 选项错误。《民事诉讼法》第一百五十八条规定：“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。”据此，简易程序可以当即受理，也可以另定日期进行审理。A 选项说法正确，是错误选项。

B 选项错误。《民事诉讼法》第一百六十条规定：“简单的民事案件由审判员一人独任审理，并不受本法第一百三十六条、第一百三十八条、第一百四十一条规定的限制。”即，简易程序不受一般程序的顺序审查，B 选项说法正确，是错误选项。

C 选项正确。《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第二十四条规定：“书记员应当将适用简易程序审理民事案件的全部活动记入笔录。对于下列事项，应当详细记载：（一）审判人员关于当事人诉讼权利义务的告知、争议焦点的概括、证据的认定和裁判的宣告等重大事项；（二）当事人申请回避、自认、撤诉、和解等重大事项；（三）当事人当庭陈述的与其诉讼权利直接相关的其他事项。”据此，虽然简易程序中可以简便程序，但是仍然需要将对当事人权利影响重大的程序性事项告知当事人，比如：告知当事人诉讼权利义务、原被告的诉辩意见等。据此，C 选项说法错误，是正确选项。

D 选项错误。《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第三十二条规定，人民法院可以对适用简易程序审理的民事案件时，可对裁判文书中的认定事实或者判决理由部分适当简化。据此，D 选项说法正确，是错误选项。

### 【考查知识点】简易程序

#### 【BT 预测考点】

##### 简易程序开庭审理

1. 审判组织：独任审判
2. 一次开庭、当庭审结、当庭宣判（仍然需要开庭）
3. 可以不按法庭调查、法庭辩论的顺序进行

4.开庭方式可视听传输

5.庭审笔录不简化

6.审限：3+X；（立案之日起3个月，可双方当事人合意继续适用简易程序的，由本院院长批准延长，延长后累计审理期限不得超过6个月）

简易程序裁判文书

概念：满足一定条件，可适当简化认定事实或者判决理由部分

1.当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的

2.一方当事人明确表示承认对方全部或者部分诉讼请求的

3.涉及商业秘密、个人隐私的案件，当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容，人民法院认为理由正当的

4.当事人双方同意简化的

【可考性】★★★★

50.石山公司起诉建安公司请求返还86万元借款及支付5万元利息，一审判决石山公司胜诉，建安公司不服提起上诉。二审中，双方达成和解协议：石山公司放弃5万元利息主张，建安公司在撤回上诉后15日内一次性付清86万元本金。建安公司向二审法院申请撤回上诉后，并未履行还款义务。关于石山公司的做法，下列哪一表述是正确的？

A.可依和解协议申请强制执行      B.可依一审判决申请强制执行

C.可依和解协议另行起诉      D.可依和解协议申请司法确认

【答案】B

【解析】

第一步：当事人不服一审判决提起上诉的，阻止了一审判决生效。一审判决未生效，但是还依然存在。

第二步：和解协议不具备强制执行力。达成和解协议后又两种处置方式：1.法院终结但是人的和解协

议后要制作调解书，送达当事人双方签收后即发生法律效力。2.达成和解协议后，但是人可以向法院申请撤回上诉而终结上诉程序。撤回后，一审判决发生法律效力。

### 【考查知识点】和解协议与撤回上诉

#### 【BT预测考点】

##### 撤回上诉

(1) 时间：二审判决宣告前

(2) 撤回效果

撤回上诉类型	撤回效果
上诉期内撤回上诉的	不得再次上诉； 但是判决要等上诉期满其他上诉人也没有上诉的，才生效。
上诉期满后、二审审理过程中撤回上诉	一审判决在法院准许撤诉后，立即生效

【注意】和解后，撤回上诉的：一审判决已经生效，如果不按照和解协议执行的，可请求法院执行一审判决。但是不可以再次提起上诉了

##### 撤回起诉

条件	其他当事人同意； 不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益；
结果	符合条件的，法院可以准许；准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判
法律后果	不得再次起诉

【注意】二审时，存在两个起诉：启动一审的起诉，启动二审的上诉。因此，“撤回上诉”指的是撤回这个启动二审的上诉，一旦撤回，一审的审判结果依然存在。撤回起诉意味着把启动一审的起诉撤回掉，此时一审的审判结果已经不存在了。

#### 【可考性】★★★★

二、多项选择题。每题所设选项中至少有两个正确答案，多选、少选、错选或不选均不得分。本部分含 51—85 题，每题 2 分，共 70 分。

51.乙向甲借款 20 万元，借款到期后，乙的下列哪些行为导致无力偿还甲的借款时，甲可申请法院予以撤销？

- A.乙将自己所有的财产用于偿还对他人的未到期债务
- B.乙与其债务人约定放弃对债务人财产的抵押权
- C.乙在离婚协议中放弃对家庭共有财产的分割
- D.乙父去世，乙放弃对父亲遗产的继承权

【答案】ABC

【解析】《合同法》第 74 条：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”《合同法解释二》第 18 条：“债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，人民法院应当支持。”ABC 属于撤销权适用范围，债权人可以选择撤销；D 选项，债权人撤销权的范围是债务人财产的不当减少，D 中继承权的放弃属于应当增加的而未增加，不属于撤销权的范围。综上所述，本题正确答案为 ABC。

【考查知识点】合同保全之撤销权

【BT 预测考点】

### 一、合同保全之撤销权

构成要件	1. 债权人对债务人的债权合法、有效（注意：撤销权不要求到期）； 2. 债务人负担债务后，实施的财产行为损害债权人的债权；具体包括以下行为：①放弃到期债权；②无偿转让财产；③以明显不合理低价转让财产或明显不合理高价收购他人财产，且受让人或出让人有恶意（知情）；④债务人放弃未到期的债权或放弃债权担保，或恶意延长到期债权的履行期；⑤债务人实施的其他减少财产的行为。
------	--

	<p>3.如果能够举证证明上述减少财产的行为不会损害到债权人的债权的，不可以撤销。</p> <p>【提示】明显不合理的低价是指转让价格低于交易时交易地物件部门指导价或市场交易价 70%；明显不合理的高价是指转让价格高于交易时交易地物件部门指导价或市场交易价 30%。</p>
行使	<p>1.行使方式：诉讼，管辖法院为被告住所地法院，其中，债权人为原告，债务人为被告，受益人或受让人为诉讼中的第三人。</p> <p>2.行使期间：自债权人知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内行使；且最长不超过自债务人上述减少财产行为发生之日起 5 年。</p>
法律效果	<p>1.被撤销的行为自始无效，也就是相当于债务人减少财产的行为就没有发生过，恢复原状；</p> <p>2.债权人无优先受偿权，也就是债权人行使撤销权追回的财产只是恢复原状，仍然归属于债务人本身，不能直接对债权人清偿。（区别于债权人的代位权的法律效果）</p> <p>3.债权人胜诉后，其行使撤销权的必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应适当分担。</p>

## 二、合同保全之代位权

### （一）合同保全一代位权

1.代位权的构成要件：

（1）债权人对债务人的债权合法、有效、到期。

【BT 应试提醒】第一，已经经过诉讼时效的债权无代位权；第二，非法债权（如赌债）无代位权。

（2）债务人对次债务人的金钱债权合法、有效、到期。考题中，需要注意债务人对次债务人的债权必须是金钱债权，换句话说就是债务人对次债务人的请求返还原物等非金钱债权是不可以代为的。

（3）债务人对次债务人的债权不专属于债务人自身。换句话说，以下专属于债务人的债权不可以代为行使，考试时直接排除。具体包括：基于扶养、抚养、赡养、继承关系产生的给付请求权、劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

（4）债务人怠于行使其到期债权，并且该行为对债权人的债权造成损害。这里的“怠于行使”仅指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼或仲裁方式向次债务人主张到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

2.代位权的行使

（1）行使方式：以诉讼的方式行使代位权，其中原告是债权人，被告是次债务人，可以追加债务人为无独三。同时，诉讼的管辖法院是被告（次债务人）住所地法院。

(2) 行使范围：债权人行使代位权的范围以次债务人欠债务人的债务为限。

### 3. 代位权行使的法律后果

(1) 实体法上的效果：债权人与债务人，债务人与次债务人之间的债权债务关系因次债务人对债权人履行在对等额内消灭。换句话说，债权人对行使代位权获得的财产具有优先受偿权。

(2) 程序法上的效果：债权人胜诉的，诉讼费用由次债务人负担，从实现的债权中优先支付；其他必要费用（如律师费、差旅费），由债务人负担。

【可考性】★★★★★

52. 张某因病住院，医生手术时误将一肾脏摘除。张某向法院起诉，要求医院赔偿治疗费用和精神损害抚慰金。法院审理期间，张某术后感染医治无效死亡。关于此案，下列哪些说法是正确的？

- A. 医院侵犯了张某的健康权和生命权
- B. 张某继承人有权继承张某的医疗费赔偿请求权
- C. 张某继承人有权继承张某的精神损害抚慰金请求权
- D. 张某死后其配偶、父母和子女有权另行起诉，请求医院赔偿自己的精神损害

【答案】ABCD

【解析】人格权破题线索秒杀，A 正确；医疗费用请求权是财产权，不具有专属性，可以发生继承，B 正确；根据《人身解释》第 18 条第 2 款之规定可知“精神损害抚慰金的请求权，不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外”。本题中，已经起诉，在法院审理阶段，因此，CD 正确。

【考查知识点】人格权和精神损害赔偿

【BT 预测考点】

判断是否可以主张精神损害赔偿，分三步走：

第一步，排除法人和非法人组织，精神损害赔偿只有自然人可以主张。命题人最喜欢在这里挖坑，因

此，第一步就从主体判断；

第二步，判断是否造成了严重的后果。老的司考真题中未考虑到这个情节，题目不够严谨，但近几年的真题均强调了“严重后果”这个构成要件。题目中未暗示造成严重后果的，排除；

第三步，再根据可以主张精神损害赔偿的范围进行判断。

【可考性】★★★★

53.甲欠乙 30 万元到期后，乙多次催要未果。甲与丙结婚数日后即办理离婚手续，在《离婚协议书》中约定将甲婚前的一处住房赠与知悉甲欠乙债务的丙，并办理了所有权变更登记。乙认为甲侵害了自己的权益，聘请律师向法院起诉，请求撤销甲的赠与行为，为此向律师支付代理费 2 万元。下列哪些选项是正确的？

- A.《离婚协议书》因恶意串通损害第三人利益而无效
- B.如甲证明自己有稳定工资收入及汽车等财产可供还债，法院应驳回乙的诉讼请求
- C.如乙仅以甲为被告，法院应追加丙为被告
- D.如法院认定乙的撤销权成立，应一并支持乙提出的由甲承担律师代理费的请求

【答案】BD

【解析】

《婚姻法》第 31 条：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。”再根据《民法总则》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。”《民法总则》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。”离婚协议区分为离婚的身份关系和房产赠与的财产关系。身份关系因资源而有效。因此，A 选项错误。

《合同法》第 74 条：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让

人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。

债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。”因此，B 选项正确。

《合同法解释一》第 24 条：“债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。”法院可以追加丙为被告。因此，C 选项错误。

《合同法解释二》第 26 条：“债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人由过错的，应当适当分担。”因此，D 选项正确。

#### 【考查知识点】无效的民事法律行为、合同的保全之撤销权

#### 【BT 预测考点】

##### 1. 无效的民事法律行为

产生原因（《民法总则》）	法律后果
<p>主要类型：</p> <p>无民事行为能力人实施的民事法律行为，无效</p> <p>恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为，无效</p> <p>违背公序良俗的民事法律行为，无效</p> <p>违反强制性规定的民事法律行为，无效</p> <p>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</p> <p>因欺诈、胁迫订立且损害国家利益的合同，无效</p> <p>【注意】双方通谋虚伪表示，对虚伪表示在外的行为认定为无效；对隐藏的真实意思表示，依法具体判断处理：</p> <p>A.被隐藏的行为本身符合民事法律行为的有效要件，则该行为有效</p> <p>B.被隐藏的行为本身欠缺民事法律行为的有效要件，则该行为无效</p>	<p>①自始无效：不能发生行为人意欲发生的法律效果，故无须履行，已经履行的，停止履行；</p> <p>②返还财产，不能返还的，折价补偿；</p> <p>③赔偿损失，按照过错大小承担。</p>

##### 2. 合同的保全之撤销权

构成要件	<p>1. 债权人对债务人的债权合法、有效（注意：撤销权不要求到期）；</p> <p>2. 债务人负担债务后，实施的财产行为损害债权人的债权；具体包括以下行为：①放弃到期债权；②无偿转让财产；③以明显不合理低价转让财产或明显不合理高价收购他人财产，且受让人或出让人为恶意（知情）；④债务人放弃未到期的债权或放弃债权担保，或恶意延长到期债权的履行期；⑤债务人实施的其他减少财产的行为。</p> <p>3. 如果能够举证证明上述减少财产的行为不会损害到债权人的债权的，不可以撤销。</p> <p>【提示】明显不合理的低价是指转让价格低于交易时交易地物件部门指导价或市场交易价 70%；明显不合理的高价是指转让价格高于交易时交易地物件部门指导价或市场交易价 30%。</p>

行使	1.行使方式：诉讼，管辖法院为被告住所地法院，其中，债权人为原告，债务人为被告，受益人或受让人作为诉讼中的第三人。 2.行使期间：自债权人知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内行使；且最长不超过自债务人上述减少财产行为发生之日起 5 年。
法律效果	1.被撤销的行为自始无效，也就是相当于债务人减少财产的行为就没有发生过，恢复原状； 2.债权人无优先受偿权，也就是债权人行使撤销权追回的财产只是恢复原状，仍然归属于债务人本身，不能直接对债权人清偿。（区别于债权人的代位权的法律效果） 3.债权人胜诉后，其行使撤销权的必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应适当分担。

【可考性】★★★★★

54. 出现下列何种情形时，一般保证的保证人不得行使先诉抗辩权？

- A. 债务人被宣告失踪，且无可执行的财产
- B. 债务人移居国外，但国内有其购买现由亲属居住的住宅
- C. 债务人被宣告破产，中止执行程序的
- D. 保证人曾以书面方式向主合同当事人表示放弃先诉抗辩权

【答案】ACD

【解析】《担保法》第十七条规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任，有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：（一）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；（二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。”《担保法解释》第二十五条规定：“担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生重大困难的情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。”因此 ACD 正确。

【考查知识点】先诉抗辩权的例外

【BT 预测考点】

先诉抗辩权的例外：

- ①债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难；
- ②债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行；
- ③法院受理债务人破产案件，中止执行程序；
- ④保证人以书面形式向主合同当事人表示放弃先诉抗辩权的。

【可考性】★★★

55.甲公司从乙公司采购 10 袋菊花茶，约定：“在乙公司交付菊花茶后，甲公司应付货款 10 万元。”丙公司提供担保函：“若甲公司不依约付款，则由丙公司代为支付。”乙公司交付的菊花茶中有 2 袋经过硫磺熏蒸，无法饮用，价值 2 万元。乙公司要求甲公司付款未果，便要求丙公司付款 10 万元。下列哪些表述是正确的？

- A.如丙公司知情并向乙公司付款 10 万元，则丙公司只能向甲公司追偿 8 万元
- B.如丙公司不知情并向乙公司付款 10 万元，则乙公司会构成不当得利
- C.如甲公司付款债务诉讼时效已过，丙公司仍向乙公司付款 8 万元，则丙公司不得向甲公司追偿
- D.如丙公司放弃对乙公司享有的先诉抗辩权，仍向乙公司付款 8 万元，则丙公司不得向甲公司追偿

【答案】ABC

【解析】首先，根据题目意思“丙公司提供担保函：若甲公司不依约付款，则由丙公司代为支付。”，注意其中的“不”字，从这句话可以推出两个信息：第一，丙公司是保证人；第二，丙公司提供的是一般保证责任。接着，再分析四个选项：

A 选项：乙公司交付的菊花茶中有两袋不能饮用，导致主债务由 10 万元缩减为 8 万元，而保证债务具有从属性，其担保的保证责任也相应缩减为 8 万元。此时，丙公司知道主债务已经为 8 万元了，仍然放弃物的瑕疵担保抗辩，那么，对多付的 2 万元不得向债务人主张追偿。因此，A 选项错误。

B 选项：如果丙不知情，则不丧失相应的追偿权，换句话说，丙可以全额向主债务人甲追偿 10 万元。但对于甲付给丙 10 万元后，多付的 2 万元可以向乙主张不当得利返还。因此，B 选项正确。

C 选项：根据《时效解释》第 21 条之规定可知，“主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的除外。”本题中，主债权债务诉讼时效已过，则可以主张诉讼时效抗辩，主债由 8 万元缩减为 0 元。而保证责任具有从属性，也相应缩减为 0 元。此时，保证人知道主债权债务诉讼时效已过，未主张诉讼时效的抗辩，主动清偿的，不能向主债务人追偿。因此，C 选项正确。

D 选项：保证人放弃自己的先诉抗辩权是放弃自己的权利，不影响其向主债务人追偿，因此，D 选项错误。

#### 【考查知识点】一般保证和连带保证的区别

【做题总结】基于保证债务的从属性，因此，保证人可以援引主债务人对债权人的抗辩权。知情而不援引的，保证人丧失相应部分的追偿权；不知情而未援引的，保证人不丧失相应部分的追偿权。但是，保证人对于自己作为一个保证人享有的抗辩权的放弃，不影响保证人对主债务人的追偿。

【BT 预测考点】一般保证与连带责任保证解决的是保证人与债务人之间的关系，换句话说就是保证人与债务人共同对外（债权人）以及内部的追偿关系。

（1）一般保证：当事人约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的。考题中，出现当事人约定债务人“不能”或“不”履行债务时，由保证人承担责任当事人，这句话就是暗示你这个是一般保证。

（2）连带责任保证：当事人约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，或当事人对保证方式没有约定或约定不明，一律认定为连带责任保证。

#### 【可考性】★★★★★

56. 甲向乙借款 300 万元于 2008 年 12 月 30 日到期，丁提供保证担保，丁仅对乙承担保证责任。后乙从甲处购买价值 50 万元的货物，双方约定 2009 年 1 月 1 日付款。2008 年 10 月 1 日，乙将债权让与丙，并于同月 15 日通知甲，但未告知丁。对此，下列哪些选项是正确的？

- A. 2008 年 10 月 1 日债权让与在乙丙之间生效      B. 2008 年 10 月 15 日债权让与对甲生效

- C.2008 年 10 月 15 日甲可向丙主张抵销 50 万元      D.2008 年 10 月 15 日后丁的保证债务继续有效

【答案】AB

【解析】《合同法》第 80 条规定：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”债权发生转让的效果不以通知债务人为要件。10 月 1 日，乙将债权让与丙，则债权让与在乙丙之间生效，A 正确。同月 15 日通知债务人甲，因此，2008 年 10 月 15 日债权让与对甲生效，B 正确。《合同法》第 83 条规定：“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。”债务人甲的债权 2009 年 1 月 1 日到期，转让的债权 2008 年 12 月 30 日到期，晚于转让的债权到期，因此不能主张抵销，C 错误。《担保法解释》28 条规定：“保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。”保证人丁提供保证担保时声明仅对乙承担责任，因此，丁不再承担保证债务，D 错误。

【考查知识点】债权让与

【BT 预测考点】

债权让与	债务承担
<p>1.须存在有效的债权。换言之，甲与乙之间的债权债务关系是真实合法有效的，而不能是虚构的、违法的债权债务关系。</p> <p>2.需要进行移转的债权是可以让与的。</p> <p>【注意】以下不得进行债权让与：①依当事人约定不得让与的债权；②依法律规定不得让与的债权；③依债权的性质不得让与的，包括：不作为债权、基于特别信任关系产生的债权（如提供劳务的债权）、因人身利益受到损害产生的债权等。</p> <p>3.须当事人就债权让与达成协议</p> <p>4.债权让与不需要取得债务人的同意，但需要将债权让与的事实通知给债务人，未经通知债务人的不对债务人发生效力。</p> <p>【做题技巧】对于债权让与，考试中记住两句话：第一句话，债权让与无须债务人同意。债权让与协议生效时，债权让与发生效力；第二句话，债权让与虽然不需要经过债务人的同意，但必须通知债务人，否则该债权让与行为对债务人不发生效力。</p>	<p>1.须存在有效的债务。</p> <p>2.须所移转的债务具有可移转性，不得移转的债务，比照不得让与的债权进行判断。</p> <p>3.须当事人就债务承担达成协议。</p> <p>4.在免责的债务承担中，必须经过债权人的同意；而并存的债务承担无需债权人同意。</p>

1. 债务人对受让人所承担的义务以对原债权人所承担的义务为限； 2. 债务人对原债权人的抗辩，可以向受让人主张； 3. 若债务人对原债权人享有债权，并且该债权先于转让的债权到期或同时到期，债务人可以向受让人主张抵销。	1. 受让人对债权人所承担的义务以原债务人所承担的义务为限； 2. 原债务人对债权人的抗辩，受让人也可对债权人主张。
--	---

【可考性】★★★★★

57. 甲公司借用乙公司的一套设备，在使用过程中不慎损坏一关键部件，于是甲公司提出买下该套设备，乙公司同意出售。双方还口头约定在甲公司支付价款前，乙公司保留该套设备的所有权。不料在支付价款前，甲公司生产车间失火，造成包括该套设备在内的车间所有财物被烧毁。对此，下列哪些选项是正确的？

- A. 乙公司已经履行了交付义务，风险责任应由甲公司负担
- B. 在设备被烧毁时，所有权属于乙公司，风险责任应由乙公司承担
- C. 设备虽然已经被烧毁，但甲公司仍然需要支付原定价款
- D. 双方关于该套设备所有权保留的约定应采用书面形式

【答案】AC

【解析】

A 选项：《合同法》第 142 条：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”甲乙公司的买卖合同属于简易交付（在合同成立时由买方占有标的物），风险自合同成立时转移给买方，因此即使标的物损毁，风险仍然由甲方承担。因此，A 选项正确。

BC 选项：《合同法》第 142 条：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”甲乙双方约定在甲公司完成支付价款之前，乙公司保留该套设备的所有权，甲公司仍然承担付款义务。因此，B 选项错误，C 选项正确。

D 选项：法律规定应当采用特定形式的合同，当事人应当采用特定形式。合同法并未对动产的所有权保留规定必须采用书面形式。因此，D 选项错误。

【考查知识点】买卖合同的风险负担

【BT预测考点】风险负担的承担规则

1. 原则：交付时间为风险负担转移的时间。

2. 特殊：

① 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的：买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险；

② 出卖人出卖交由承运人运输的在途货物的：除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担；

③ 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的：出卖人将标的物交付第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担；

④ 出卖人按约定或在标的物不需要运输的情况下将标的物置于交付地点，买受人违反约定未收取的：标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担；

⑤ 因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的：如果买受人拒绝接受标的物或解除合同，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担；

⑥ 债务人依照法律规定将标的物提存后，提存物毁损灭失的风险：由债权人承担。

【BT应试提醒】

风险负担规则：原则上，看交付，交付前卖方承担，交付后买方承担；特殊情形，看双方当事人谁存在过错，谁就承担。

【可考性】★★★★

58. 自然人甲与乙签订了年利率为 30%、为期 1 年的 1000 万元借款合同。后双方又签订了房屋买卖合同，约定：“甲把房屋卖给乙，房款为甲的借款本息之和。甲须在一年内以该房款分 6 期回购房屋。如甲不回购，乙有权直接取得房屋所有权。”乙交付借款时，甲出具收到全部房款的收据。后甲未按约定回购房屋，也未把房屋过户给乙。因房屋价格上涨至 3000 万元，甲主张偿还借款本息。下列哪些选项是正确的？

- A.甲乙之间是借贷合同关系，不是房屋买卖合同关系
- B.应在不超过银行同期贷款利率的四倍以内承认借款利息
- C.乙不能获得房屋所有权
- D.因甲未按约定偿还借款，应承担违约责任

【答案】ACD

【解析】

A 选项：根据题目的意思可以知道，甲乙之间先签订的是一个自然人之间的借款合同，之后为了担保乙债权的实现，又约定了一个“买卖合同”，但该“买卖合同”本质上是为了担保借款合同的实现，并不是真正的买卖合同，即双方当事人不存在定义买卖合同的意思表示，因此，A 正确。

B 选项：根据《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条之规定可知，民间借贷的利率可以适当高于银行利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍。所以，B 正确。

C 选项：关键线索在于，题干中明确告诉你房屋未办理过户登记，通过这句话可以秒选！始终记住，不动产要发生物权变动的效力，必须要登记!!!

D 选项：甲没有按照借款合同的约定按期偿还借款，违反了借款合同的义务，应承担违约责任，D 正确。

【考查知识点】意思表示、物权变动、民间借贷

【BT 预测考点】

1. 民间借贷合同的无效（《民间借贷规定》第 14 条规定）

- (1) 套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；
- (2) 向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；
- (3) 出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；

- (4) 违背社会公序良俗的；
- (5) 其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

**【BT应试提醒】**第一，法人或非法人组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于生产、经营，且不存在前述无效的原因，借款合同应认定为有效；第二，当事人的借贷行为构成犯罪，但合同本身不存在前述无效的原因，应认定为有效。

## 2. 民间借贷的利息问题

未约定利率=没有利息	
约定利率不明	①个人与个人借款约定利息不明=无利息 ②个人与单位借款或单位与单位借款约定利息不明=人民法院根据案情确定利息
约定利率	①约定利率不超过 24% 的，支持； ②约定利率在 24%-36% 之间的，约定有效；但是，对于超过 24% 的部分，不受法律强制力保护，即出借人主张该部分利息的，法律不予支持，但如果借款人自愿履行，不得要求返还。 ③约定利率超过 36% 的，超过部分的利息约定无效，借款人可请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息。
逾期利息	①约定逾期利率的，按照约定，但不得超过年利率 24% ②没有约定逾期利率，但约定了借款利率的，逾期利率=借款利率 ③既没有约定逾期利率，也没有约定借款利率的，逾期利率=年利率 6% ④既约定了逾期利率又约定了违约金或其他费用的，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过年利率 24% 的部分，人民法院不支持。

**【可考性】★★★★★**

59. 甲家盖房，邻居乙、丙前来帮忙。施工中，丙因失误从高处摔下受伤，乙不小心撞伤小孩丁。下列哪些表述是正确的？

- A. 对丙的损害，甲应承担赔偿责任，但可减轻其责任
- B. 对丙的损害，甲不承担赔偿责任，但可在受益范围内予以适当补偿
- C. 对丁的损害，甲应承担赔偿责任
- D. 对丁的损害，甲应承担补充赔偿责任

【答案】AC

【解析】

AB 选项：根据《人身损害赔偿解释》第十四条第一款之规定可知，帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。再根据《侵权责任法》第二十六条之规定，被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。本题中，丙因失误从高处摔下受伤，同时丙自身有过错，因此被帮工人甲对丙的损害负无过错责任，同时可以减轻甲的责任，丙自负一部分责任，A 正确，B 错误。

CD 选项：根据《人身损害赔偿解释》第十三条之规定可知，为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，人民法院应予支持。本题中，帮工人乙在帮工活动中致使丁受到损害，应当由被帮工人承担责任。所以，C 正确，D 错误。

【考查知识点】帮工活动中的侵权责任

【BT 预测考点】用人者责任（三种情形）

### 1. 用人单位的侵权责任

概念理解	指用人单位的工作人员因执行工作任务造成第三人损害所产生的侵权责任
归责原则	无过错责任原则
责任主体	由用人单位承担责任
特殊问题	劳务派遣中的侵权责任承担（劳务派遣单位、接受派遣的用工单位） ①被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害，由接受派遣的用工单位承担侵权责任 ②劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。

### 2. 个人之间劳务关系中的侵权责任

概念理解	指一方在为他方提供有偿劳务过程中导致第三人损害所产生的侵权责任
归责原则	无过错责任原则
责任主体	由接受劳务一方承担侵权责任
特殊问题	提供劳务一方因劳务使自己受到损害的→根据双方各自过错承担相应责任

### 3. 帮工活动中的侵权责任

概念理解	一方在为他方提供无偿劳务（帮工）过程中导致第三人损害所产生的侵权责任
归责原则	无过错责任原则
责任主体	原则上，由被帮工人承担侵权责任，但下列情形除外： ①被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任 ②帮工人存在故意或重大过失，和被帮工人承担连带责任
特殊问题	1.帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应承担赔偿责任；被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任，但可在受益范围内予以适当补偿。 2.帮工人因第三人侵权遭受人身损害的，由第三人承担赔偿责任；第三人不能确定或者没有赔偿能力的，可以由被帮工人予以适当补偿。

【可考性】★★★★

60.董楠（男）和申蓓（女）是美术学院同学，共同创作一幅油画作品《爱你一千年》。毕业后二人结婚育有一女。董楠染上吸毒恶习，未经申蓓同意变卖了《爱你一千年》，所得款项用于吸毒。因董楠恶习不改，申蓓在女儿不满1周岁时提起离婚诉讼。下列哪些说法是正确的？

- A.申蓓虽在分娩后1年内提出离婚，法院应予受理
- B.如调解无效，应准予离婚
- C.董楠出售《爱你一千年》侵犯了申蓓的物权和著作权
- D.对董楠吸毒恶习，申蓓有权请求离婚损害赔偿

【答案】ABC

【解析】

A选项：根据《婚姻法》第三十四条之规定可知，女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。本题中，女方申蓓因为男方董楠有吸毒恶习，且屡教不改可以向人民法院提起离婚诉讼，法院应当受理，A正确。

B选项：根据《婚姻法》第三十二条第三款第三项之规定可知，有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的。本题中，男方董楠有吸毒恶习，且屡教不改，符合上述条件，B正确。

C 选项：根据《著作权法实施条例》第九条之规定可知，合作作品不可以分割使用的，其著作权由各合作作者共同享有，通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。本题中，董楠和申蓓对该画共同享有著作权和物权，故董楠单方转让该画侵犯了申蓓的著作权和物权，C 正确。

D 选项：根据《婚姻法》第四十六条之规定可知，有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。吸毒不属于上述离婚损害赔偿的法定事由，申蓓无权请求离婚损害赔偿，D 错误。

#### 【考查知识点】离婚损害赔偿请求权

#### 【BT 预测考点】

条件	<p>1.前提：离婚（诉讼离婚或协议离婚）</p> <p>①法院判决不准离婚的案件，对离婚损害赔偿请求权不予支持；</p> <p>②当事人不起诉离婚，仅提起损害赔偿请求权的，人民法院不予受理。</p> <p>2.仅限于法定情形才可以提离婚损害赔偿请求：太黄+太暴力</p> <p>①重婚</p> <p>②同居（持续性共同生活，一夜情不算）</p> <p>③实施家庭暴力</p> <p>④虐待、遗弃家庭成员</p>
内容	<p>1.离婚损害赔偿请求权的权利义务人</p> <p>①权利人：无过错一方</p> <p>②义务人：具有过错的配偶</p> <p>③第三者（“二奶”、“二爷”）不承担赔偿责任</p> <p>2.赔偿请求权可以请求：物质损害赔偿+精神损害赔偿</p> <p>3.特殊情形：夫妻一方擅自处分夫妻共同共有的房屋造成另一方损失的，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。但是，因这个事由主张离婚损害赔偿的，赔偿范围仅限于物质损害赔偿，而无精神损害赔偿。</p>
时间	<p>1.无过错方作为离婚诉讼的原告时，须在离婚诉讼中提出；</p> <p>2.无过错方作为离婚诉讼的被告时，原则上须在离婚诉讼中提出，但有两个例外：①被告不同意离婚也没有提起损害赔偿请求的，可以在离婚后1年内就此单独提起诉讼；</p> <p>②一审时被告未提出损害赔偿请求权，二审期间提出的，法院应当调解，调解不成的，告知当事人在离婚后1年内另行起诉。</p> <p>3.协议离婚的：</p> <p>①已协议放弃损害赔偿请求权的，不得再主张；</p> <p>②未放弃的，可以于协议离婚后1年内提出。</p>

【可考性】★★★★★

61.甲公司委托乙公司开发印刷排版系统软件，付费 20 万元，没有明确约定著作权的归属。后甲公司以高价向善意的丙公司出售了该软件的复制品。丙公司安装使用 5 年后，乙公司诉求丙公司停止使用并销毁该软件。下列哪些表述是正确的？

- A.该软件的著作权属于甲公司
- B.乙公司的起诉已超过诉讼时效
- C.丙公司可不承担赔偿责任
- D.丙公司应停止使用并销毁该软件

【答案】CD

【解析】

选项 A 错误。《著作权法》第 17 条规定，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。据此可知，该软件的著作权属于受托的乙公司。

选项 B 错误。《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 28 条规定，侵犯著作权的诉讼时效为二年，自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过二年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为；侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。据此可知，丙公司的侵权行为一直在持续，乙公司的起诉没有超过诉讼时效。

选项 C、D 正确。《计算机软件保护条例》第 30 条规定，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。

【考查知识点】委托作品的著作权

【BT 预测考点】特殊作品的著作权

### 1. 演绎作品

- (1) 基于已有作品再创造，具体形式为改编、翻译、整理、注释等
- (2) 对作品进行演绎创作应征得作者同意
- (3) 演绎者享有演绎作品的著作权
- (4) 第三人使用演绎作品，应当征得演绎者和原作者双重许可

### 2. 合作作品

- (1) 两人以上直接产生智力成果的创作
- (2) 可分割的，作者对单独部分单独享有著作权
- (3) 不可分割的，作者共同享有，通过协商一致行驶
- (4) 不能协商一致，又无正当理由，任一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利

### 3. 汇编作品

- (1) 对作品、片段或其他数据材料选择编排体现独创性的新作品
- (2) 汇编有著作权的作品时应有著作权人授权，并支付报酬
- (3) 第三人使用汇编作品，应征得原作者和汇编作者双重许可

### 4. 影视作品

- (1) 著作权由制片人享有，其他人有署名权
- (2) 剧本、音乐等可单独使用的，作者有权行使著作权

### 5. 职务作品

- (1) 一般职务作品的著作权归作者，但单位在业务范围内有优先使用权
- (2) 特殊职务作品的著作权，作者仅享有署名权，著作权的其他权能由单位享有
- (3) 单位作品，单位主持，代表单位意志，单位视为作者

### 6. 委托作品

委托作品，合同未明确规定，著作权归受托人

#### 7. 美术作品所有权转移

绘画、书法、雕塑等美术作品的所有权转移不视为著作权转移，但展览权归所有权人享有

#### 8. 作者身份不明作品

所有权人行使署名权以外的著作权

#### 9. 个人传记作品

合同未明确规定，著作权归特定人物享有

#### 10. 领导发言稿

秘书编辑内容，领导享有著作权

【可考性】★★★

62. 范某的下列有关骨科病预防与治疗方面研究成果中，哪些可在我国申请专利？

- A. 发现了导致骨癌的特殊遗传基因      B. 发明了一套帮助骨折病人尽快康复的理疗器械  
C. 发明了如何精确诊断股骨头坏死的方法      D. 发明了一种高效治疗软骨病的中药制品

【答案】BD

【解析】

《专利法》第 25 条规定：“对下列各项，不授予专利权：（一）科学发现；……（三）疾病的诊断和治疗方法；……”本题中，A 项属于科学发现，不授予专利权，故不当选。C 项属于疾病的诊断和治疗方法，不当选；而 B、D 项不是方法，可授予专利。

【考查知识点】专利不保护的对象

【BT 预测考点】专利权客体

#### 1. 类型

（1）发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新技术方案

(2) 实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案

(3) 外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计

## 2. 不予保护的对象

(1) 科学发现

(2) 智力活动的规则和方法

(3) 疾病的诊断和治疗方法

(4) 动物和植物品种（生产方法，可授予专利）

(5) 用原子核变换方法获得的物质

(6) 对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计

【可考性】★★★

63. 关于有限责任公司和股份有限公司，下列哪些表述是正确的？

A. 有限责任公司体现更多的人合性，股份有限公司体现更多的资合性

B. 有限责任公司具有更多的强制性规范，股份有限公司通过公司章程享有更多的意思自治

C. 有限责任公司和股份有限公司的注册资本都可以在公司成立后分期缴纳，但发起设立的股份有限公司除外

D. 有限责任公司和股份有限公司的股东在例外情况下都有可能对公司债务承担连带责任

【答案】AD

【解析】A 正确，有限责任公司属于以人合为主但兼具资合性质的公司，大部分股份有限公司是典型的资合公司，但其中的非上市公司仍具有一定的人合性质。B 错误，《公司法》对有限公司和股份公司都规定了一定的强制性规范和任意性规范，至于两者强制性规范和任意性规范的多少并无明确地界定。C 错误，2013 年《公司法》修改，由实缴制改为认缴制，且对认缴时间无明确要求，由公司章程进行约定，因此 C

选项错误。D 正确,《公司法》第 20 条第 3 款规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”该条既约束有限公司也约束股份公司。

### 【考查知识点】公司的分类

### 【BT 预测考点】

分类标准	分类结果	备注
股东责任范围	股份有限公司 有限责任公司	1.有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。 2.股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。
股份的转让方式	封闭式公司 开放式公司	1.有限责任公司属于封闭性公司。 2.股份有限公司属于开放性公司,但股份有限公司中的非上市公司仍具有一定的封闭性,只有股份有限公司中的上市公司才是真正意义开放式公司。
公司的信用基础	人合公司 资合公司 人资两合公司	由人合到资合的过度:普通合伙企业(人合)→有限责任公司(人资两合)→非上市股份公司(资合为主,部分人合)→上市公司(资合)
公司之间的关系	本公司与分公司 母公司与子公司	1.子公司具有独立的法人资格; 2.分公司:两个没有+两个有。 ①“两个没有”:分公司没有独立财产,不能独立承担责任; ②“两个有”:分公司有缔约能力+有诉讼资格。但是,分公司经营范围不能突破总公司。 3.不管是设立子公司还是设立分公司,均应向公司登记机关申请登记,领取营业执照。 【BT 应试提醒】分公司与子公司的区分点是历年商法考试高频考点!

### 【可考性】★★★★

64.胡铭是从事进出口贸易的茂福公司的总经理,姚顺曾短期任职于该公司,2016 年初离职。2016 年 12 月,姚顺发现自己被登记为贝达公司的股东。经查,贝达公司实际上是胡铭与其友张莉、王威共同设立的,也从事进出口贸易。胡铭为防止茂福公司发现自己的行为,用姚顺留存的身份信息等材料,将自己的股权登记在姚顺名下。就本案,下列哪些选项是错误的?

- A.姚顺可向贝达公司主张利润分配请求权

- B. 姚顺有权参与贝达公司股东会并进行表决
- C. 在姚顺名下股权的出资尚未缴纳时，贝达公司的债权人可向姚顺主张补充赔偿责任
- D. 在姚顺名下股权的出资尚未缴纳时，张莉、王威只能要求胡铭履行出资义务

【答案】ABC

【解析】《公司法解释三》第 28 条规定：“冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的，冒名登记行为人应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。”姚顺并不是公司股东，无权向贝达公司主张利润分配请求权，也无权参与贝达公司股东会并进行表决，相应贝达公司的债权人不可向姚顺主张补充赔偿责任，ABC 错误。

【考查知识点】股东资格的取得和确认

【BT 预测考点】

2017 年考察了冒名股东的问题，则 2018 年极有可能考察实际出资人与名义股东的问题。因此，针对实际出资人与名义股东的知识点，考试中考题中经常会问同学们以下 5 个问题，掌握答题套路即可：

1. 问题一：实际出资人与名义股东之间签订的代持股协议的效力如何？

答：有效，不存在合同无效等效力瑕疵事由，代持股协议有效。

2. 问题二：谁是公司的股东？

答：名义股东。判断股东资格看股东名册。

3. 问题三：实际出资人可否依据“代持股协议”主张成为公司股东？

答：不能，实际出资人要成为公司股东必须经过公司其他股东半数以上同意变更公司股东才可以。

4. 问题四：名义股东未经实际出资人同意擅自处分股权，受让人可否取得股权？

答：名义股东擅自处分股权的行为是有权处分，但根据公司法相关司法解释可知，受让人要取得股权需要满足《物权法》善意取得制度的相关条件。名义股东以此造成实际出资人损失的，应承担赔偿责任。

5.问题五：名义股东需要对实际出资人的出资瑕疵承担责任吗？

答：需要，名义股东对实际出资人的瑕疵出资承担补充赔偿责任。名义股东承担赔偿责任后，可以向实际出资人追偿。

冒名股东

【可考性】★★★★★

65.茂森股份公司效益一直不错，为提升公司治理现代化，增强市场竞争力并顺利上市，公司决定重金聘请知名职业经理人王某担任总经理。对此，下列哪些选项是正确的？

- A.对王某的聘任以及具体的薪酬，由茂森公司董事会决定
- B.王某受聘总经理后，就其职权范围的事项，有权以茂森公司名义对外签订合同
- C.王某受聘总经理后，有权决定聘请其好友田某担任茂森公司的财务总监
- D.王某受聘总经理后，公司一旦发现其不称职，可通过股东会决议将其解聘

【答案】AB

【解析】《公司法》第 113 条规定：“股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。”对王某的聘任以及具体的薪酬，由茂森公司董事会决定，A 正确。《公司法》第 49 条规定：“有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：（一）主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；……”因此，经理就是负责公司的日常生产经营工作，当然有权以茂森公司名义对外签订合同，B 正确。财务负责人由董事会决定聘用，总经理由董事会决定解聘，CD 错误。

【考查知识点】董事会

【BT 预测考点】股东（大）会/董事会/监事会的职权。

【可考性】★★★★★

66.甲、乙、丙、丁以合伙企业形式开了一家餐馆。就该合伙企业事务的执行，下列哪些表述是正确的？

- A.如合伙协议未约定，则甲等四人均享有对外签约权

- B.甲乙丙三人可决定任命丙为该企业的对外签约权人  
 C.不享有合伙事务执行权的合伙人，以企业名义对外签订的合同一律无效  
 D.不享有合伙事务执行权的合伙人，经其他合伙人一致同意，可担任企业的经营管理人

【答案】AD

【解析】《合伙企业法》第 26 条第一、二款规定：“合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。”因此，如合伙协议未约定，对执行合伙事务享有同等权利的甲等四人均享有对外签约权（前提四人为普通合伙人），也可决定任命丙为该企业的对外签约权人，A 正确，B 错误。关于对善意第三人的保护，《合伙企业法》第 37 条规定：“合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。”因此，当第三人为善意时，不享有合伙事务执行权的合伙人，以企业名义对外签订的合同不能当然认定为无效，C 错误。关于经营管理人，《合伙企业法》第 31 条规定：“除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：……（六）聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人……”非合伙人经全体合伙人同意尚能担任经营管理人，合伙人更应可以，D 正确。

【考查知识点】合伙企业的执行

【BT 预测考点】

执行事务合伙人权利和义务	<p>1.权利：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 执行合伙事务，对外代表合伙组织；</li> <li>(2) 执行合伙事务产生的收益归合伙企业，费用和亏损由合伙企业承担；</li> <li>(3) 合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应当暂停该项事务的执行（异议权）。</li> </ul> <p>2.义务：执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况。  <b>【BT 应试提醒】</b>异议权享有的主体是执行事务合伙人，非执行事务合伙人无异议权。</p>
非执行事务合伙人权利义务	<p>1.权利：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 监督权：不执行合伙事务的合伙人有权监督执行事务合伙人执行合伙事务的情况；</li> <li>(2) 查阅权：有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料；</li> <li>(3) 撤销权：受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。</li> </ul> <p>2.义务：不再执行合伙事务。</p>

普通合伙人的忠实义务	1. 竞业的绝对禁止：合伙人不得自营或者与他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务； 2. 自我交易的相对禁止：未经全体合伙人同意，合伙协议也没有约定，不得与本合伙企业进行交易。
普通合伙企业盈亏负担	1. 分配顺序：合伙协议约定→协商→实缴出资比例→平均分配 2. 不得约定事项：合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

【可考性】★★★★★

67. 甲、乙、丙于 2010 年成立一家普通合伙企业，三人均享有合伙事务执行权。2013 年 3 月 1 日，甲被法院宣告为无民事行为能力人。3 月 5 日，丁因不知情找到甲商谈一笔生意，甲以合伙人身份与丁签订合同。下列哪些选项是错误的？

- A. 因丁不知情，故该合同有效，对合伙企业具有约束力
- B. 乙与丙可以甲丧失行为能力为由，一致决议将其除名
- C. 乙与丙可以甲丧失行为能力为由，一致决议将其转为有限合伙人
- D. 如甲因丧失行为能力而退伙，其退伙时间为无行为能力判决的生效时间

【答案】ABD

【解析】

A 选项：《合同法》第 9 条规定“当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。”《民法通则》第 58 条规定：“无民事行为能力人实施的法律行为无效”，2013 年 3 月 1 日，甲被法院宣告为无民事行为能力人，不满足订立合同的主体资格，合同无效。与丁是否知情无关，A 错误。

B 选项：关于对合伙人的除名，《合伙企业法》第四十九条规定：“合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（一）未履行出资义务；（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（三）执行合伙事务时有不正当行为；（四）发生合伙协议约定的事由。因此，除非合伙协议另有规定，乙与丙不可以甲丧失行为能力为由，一致决议将其除名，B 错误。

CD 选项：《合伙企业法》第 48 条第二款、第三款规定：“合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限

合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。退伙事由实际发生之日为退伙生效日。”因此，乙与丙可以甲丧失行为能力为由，一致决议将其转为有限合伙人，C 正确。如甲因丧失行为能力而退伙，其退伙时间为退伙事由实际发生之日而非法院宣告为无民事行为能力人时。D 错误。

### 【考查知识点】合伙企业的退伙和入伙

#### 【BT 预测考点】

##### (一) 入伙

入伙程序	有约定的，按约定； 没有约定的，需要满足以下条件： ①全体合伙人一致同意； ②订立书面入伙协议； ③向新的入伙人告知原合伙企业的经营状况和财务状况。
入伙后果	权利：入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利。入伙协议另有约定的，从其约定。 义务：新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。入伙协议中关于入伙人债权债务承担的约定不得对抗善意第三人，但对内具有效力。

##### (二) 退伙

自愿退伙	有经营期限的单方退伙	1.合伙协议约定的退伙事由出现； 2.经全体合伙人一致同意退伙； 3.发生合伙人难以继续参加合伙的事由； 4.其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。	违法退伙的应向合伙企业赔偿损失	
	无经营期限的通知退伙	合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以不经其他合伙人同意而退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。		
当然退伙	作为合伙人的自然人死亡或依法被宣告死亡； 个人丧失偿债能力； 作为合伙人的法人或其他组织依法终止； 法律规定或合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格； 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被法院强制执行； 合伙人被依法认定为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，而其他合伙人未能一致同意其转变为有限合伙人的。			
除名退伙	【BT 应试提醒】当然退伙的退伙日期是退伙事由实际发生之日。			
	合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名： (有过错)	第一，被除名人接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退伙； 第二，被除名人有异议的，可以		
	1.未履行出资义务； 2.因故意或重大过失给合伙企业造成损失；			

	3.执行合伙事务时有不正当行为； 4.发生合伙协议约定的事由。	自接到除名通知之日起 30 日内起诉。
法律后果	1.退伙人丧失合伙人的身份； 2.退伙导致合伙财产的清理与结算。（注意：不是清算） 3.退伙并不必然导致合伙的解散； 4.退货人对基于其退伙前原因发生的合伙企业的债务，承担无限连带责任。	

【可考性】★★★

68.思瑞公司不能清偿到期债务，债权人向法院申请破产清算。法院受理并指定了管理人。在宣告破产前，持股 20% 的股东甲认为如引进战略投资者乙公司，思瑞公司仍有生机，于是向法院申请重整。关于重整，下列哪些选项是错误的？

- A.如甲申请重整，必须附有乙公司的投资承诺
- B.如债权人反对，则思瑞公司不能开始重整
- C.如思瑞公司开始重整，则管理人应辞去职务
- D.只要思瑞公司的重整计划草案获得法院批准，重整程序就终止

【答案】ABC

【解析】

A 选项：《破产法》第 70 条第二款规定：“债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。”甲持股 20%，有权向人民法院申请重整，无须附有乙公司的投资承诺，A 错误。

B 选项：《破产法》第 84 条第二款：“出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。”第 86 条第一款：“各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。”第 71 条规定：“人民法院经审查认为重整申请符合本法规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。”因此，重整并不需要全部债权人得同意，B 错误。

C 选项：《破产法》第 90 条规定：“自人民法院裁定批准重整计划之日起，在重整计划规定的监督期内，

由管理人监督重整计划的执行。”因此，如思瑞公司开始重整，管理人不应辞去职务，C 错误。

D 选项：《破产法》第 86 条规定：“各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。自重整计划通过之日起十日内，债务人或者管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合本法规定的，应当自收到申请之日起三十日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。”因此，只要思瑞公司的重整计划草案获得法院批准，重整程序就终止，D 正确。

### 【考查知识点】破产重整程序

#### 【BT 预测考点】

重整原因	1.原因一：不能清偿到期债务+资不抵债； 2.原因二：不能清偿到期债务+明显缺乏清偿能力； 3.原因三：具有明显丧失清偿能力的可能性。 【BT 应试提醒】重整原因的范围要比一般破产原因的范围大。
重整启动	1.初始重整申请：破产案件受理前，由债务人或者债权人向人民法院申请对债务人进行重整。 2.后续重整申请：债权人申请对债务人进行破产清算的，在法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向法院申请重整。
重整期间	自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。即重整申请受理至重整计划草案得到债权人会议表决通过和法院审查批准的期间，不包括重整计划得到批准后的执行期。
权利受限	1.对担保物权的限制：在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向法院请求恢复行使担保权。 2.可以新借款：债务人或管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。 3.对取回权的限制：债务人合法占有的他人财产，该财产的权利人在重整期间要求取回，应当符合事先约定的条件。但是，因管理人或自行管理的债务人违反约定，可能导致取回物被转让、毁损、灭失或价值明显减少的除外。 4.对股东分红权的限制：债务人的出资人不得请求投资收益分配。 5.对董监高股权转让的限制：债务人的董监高不得向第三人转让其持有的债务人的股权。但是，经法院同意的除外。
重整计划	1.制定：债务人或管理人应当自法院裁定债务人重整之日起六个月内，同时向法院和债权人会议提交重整计划草案。期限届满后，经债务人或管理人请求，有正当理由的，法院可以裁定延期三个月。如果债务人或者管理人未按期制定重整计划的，法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。 2.表决：重整计划草案分组表决，出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的 2/3 以上的，即为该组通过重整计划草案。各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。（多重双数决） 3.批准：自重整计划通过之日起 10 日内，债务人或管理人应当向法院提出批准重整计划的申请。法院经审

查认为符合本法规定的，应当自收到申请之日起 30 日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

4. 执行：重整计划由债务人负责执行。债务人不能执行或不执行重整计划的，法院经管理人或利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。

【可考性】★★★

69. 下列哪些选项属于不正当竞争行为？

- A. 甲灯具厂捏造乙灯具厂偷工减料的事实，私下告诉乙厂的几家重要客户
- B. 甲公司发布高薪招聘广告，乙公司数名高管集体辞职前往应聘，甲公司予以聘用
- C. 甲电器厂产品具有严重瑕疵，媒体误报道为乙电器厂产品，甲厂未主动澄清
- D. 甲厂使用与乙厂知名商品近似的名称、包装和装潢，消费者经仔细辨别方可区别二者差异

【答案】AD

【解析】A 属于，《反不正当竞争法》第十四条规定：“经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”甲灯具厂捏造乙灯具厂偷工减料的事实，私下告诉乙厂的几家重要客户属于不正当竞争行为。B 不属于，甲公司发布高薪招聘广告，并未采取不正当手段“挖墙脚”，劳动者有自主择业的权利，乙公司数名高管集体辞职不违反劳动法，因此该行为不属于不正当竞争行为。C 不属于，乙电器厂产品有瑕疵系媒体误报道，甲电器厂对此并无过错，也无义务主动澄清。D 属于，《反不正当竞争法》第五条规定：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：（一）假冒他人的注册商标；（二）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；（三）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；（四）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。”

【考查知识点】不正当竞争行为

【BT 预测考点】

混淆行为	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。
商业贿赂行为	1.经营者不得采用财物或者其他手段贿赂相关单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势。 2.员工贿赂推定为经营者行为，除非举证反推翻。 3.明示且如实入账的回扣合法，不认定为商业贿赂。
虚假宣传行为	1.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； 2.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宣传或者引人误解的商业宣传。
侵犯商业秘密	1.以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密； 2.披露、使用或允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密； 3.违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密。其中，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。（不被知悉+商业价值+保密措施）
不正当有奖销售	1.所设奖项的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖； 2.采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售； 3.抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。
诋毁商誉行为	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和商品信誉
互联网领域不正当竞争行为	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。

【可考性】★★★★★

70.甲在乙公司办理了手机通讯服务，业务单约定：如甲方（甲）预付费使用完毕而未及时补交款项，乙方（乙公司）有权暂停甲方的通讯服务，由此造成损失，乙方概不负责。甲预付了费用，1年后发现所用手机被停机，经查询方得知公司有“话费有效期满暂停服务”的规定，此时账户尚有余额，遂诉之。关于此事，下列哪些说法是正确的？

- A.乙公司侵犯了甲的知情权
- B.乙公司提供格式条款时应提醒甲注意暂停服务的情形
- C.甲有权要求乙公司退还全部预付费
- D.法院应支持甲要求乙公司承担惩罚性赔偿的请求

【答案】AB

【解析】关于知情权，《消费者权益保护法》第 8 条第一款规定：“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。”公司有“话费有效期满暂停服务”的规定，但并未向甲传达说明，侵犯了甲的知情权，A 正确。《消费者权益保护法》第 26 条第一款规定：“经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。”因此，乙公司提供格式条款时应提醒甲注意暂停服务的情形，B 正确。甲的预付费对应乙公司的服务，甲切实享受到了乙公司的服务，因此甲无权要求乙公司退还全部预付费，C 错误。乙公司侵犯了甲的知情权，但并无欺诈消费者的行为，因此无需承担惩罚性赔偿，D 错误。

#### 【考查知识点】知情权

【BT 预测考点】消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。同时，消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务、或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

#### 【可考性】★★★

71. 曾某在某超市以 80 元购买酸奶数盒，食用后全家上吐下泻，为此支付医疗费 800 元。事后发现，其所购的酸奶在出售时已超过保质期，曾某遂要求超市赔偿。对此，下列哪些判断是正确的？
- A. 销售超过保质期的食品属于违反法律禁止性规定的行为
  - B. 曾某在购买时未仔细查看商品上的生产日期，应当自负其责
  - C. 曾某有权要求该超市退还其购买酸奶所付的价款
  - D. 曾某有权要求该超市赔偿 800 元医疗费，并增加赔偿 800 元

#### 【答案】AC

#### 【解析】

A 选项：《食品安全法》第 34 条规定：“禁止生产经营下列食品、食品添加剂、食品相关产品：（一）用非食品原料生产的食品或者添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康物质的食品，或者用回收食品作为原料生产的食品；（二）致病性微生物，农药残留、兽药残留、生物毒素、重金属等污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品、食品添加剂、食品相关产品；（三）用超过保质期的食品原料、食品添加剂生产的食品、食品添加剂；（四）超范围、超限量使用食品添加剂的食品；（五）营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品；（六）腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品、食品添加剂；（七）病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品；（八）未按规定进行检疫或者检疫不合格的肉类，或者未经检验或者检验不合格的肉类制品；（九）被包装材料、容器、运输工具等污染的食品、食品添加剂；（十）标注虚假生产日期、保质期或者超过保质期的食品、食品添加剂；（十一）无标签的预包装食品、食品添加剂；（十二）国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品；（十三）其他不符合法律、法规或者食品安全标准的食品、食品添加剂、食品相关产品。”因此，销售超过保质期的食品违反法律禁止性规定的行为，A 正确。

B 选项：销售超过保质期的食品，只要摆上货架进行销售，即违反了法律禁止性规定，消费者在购买时未仔细查看商品上的生产日期也不需要承担责任，B 错误。

CD 选项：《食品安全法》第 148 条第二款规定：“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。”因此，退赔底线为 1000 元，C 正确，D 错误。

【考查知识点】食品安全法

【BT 预测考点】

先行赔付责任	1.消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以要求经营者也可以要求生产者赔偿损失； 2.收到消费者赔偿要求的经营者或生产者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿； 3.经营者与生产者之间再内部过错追偿。
惩罚性赔偿	生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款 10 倍或者损失 3 倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足 1000 元的，为 1000 元。
知假买假：赔	生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。
赠品过期：赔	生产者、销售者不得以消费者未对赠品支付对价为由进行免责抗辩。
合格证+保质期非免责事由	食品、药品虽在销售前取得检验合格证明，且食用或者使用时尚在保质期内，但经检验确认产品不合格，生产者或者销售者以该食品、药品具有检验合格证明为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

【可考性】★★★★★

72.根据税收征收管理法规，关于从事生产、经营的纳税人账簿，下列哪些说法是正确的？

- A.纳税人生产、经营规模小又确无建账能力的，可聘请经税务机关批准的财会人员代为建账和办理账务
- B.纳税人使用计算机记账的，应在使用前将会计电算化系统的会计核算软件、使用说明书及有关资料报送主管税务机关备案
- C.纳税人会计制度健全，能够通过计算机正确、完整计算其收入和所得情况的，其计算机输出的完整的书面会计记录，可视同会计账簿
- D.纳税人的账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证以及其他有关涉税资料，除另有规定外，应当保存 10 年

【答案】ABCD

【解析】

A 正确，2013 年经修订，《税收征收管理法实施细则》第二十三条规定：“生产、经营规模小又确无建账能力的纳税人，可以聘请经批准从事会计代理记账业务的专业机构或者财会人员代为建账和办理账务。”

因此聘请对象要求是经批准从事会计代理记账业务的专业机构或者财会人员，所以 A 正确。

B 正确，《税收征收管理法实施细则》第二十四条第二款规定：“纳税人使用计算机记账的，应当在使用前将会计电算化系统的会计核算软件、使用说明书及有关资料报送主管税务机关备案。”

C 正确，《税收征收管理法实施细则》第二十六条第一款规定：“纳税人、扣缴义务人会计制度健全，能够通过计算机正确、完整计算其收入和所得或者代扣代缴、代收代缴税款情况的，其计算机输出的完整的书面会计记录，可视同会计账簿。”

D 正确，《税收征收管理法实施细则》第二十九条第二款规定：“账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证以及其他有关涉税资料应当保存 10 年；但是，法律、行政法规另有规定的除外。”

#### 【考查知识点】账簿凭证管理

#### 【BT 预测考点】

(1) 从事生产、经营的纳税人应当自领取营业执照或者发生纳税义务之日起 15 日内，按照国家有关规定设置账簿。

(2) 生产、经营规模小又确无建账能力的纳税人，可以聘请经批准从事会计代理记账业务的专业机构或者财会人员代为建账或办理账务。

(3) 纳税人、扣缴义务人会计制度健全，能够通过计算机正确、完整计算其收入和所得或者代扣代缴、代收代缴税款情况的，其计算机输出完整的书面会计记录，可视同会计账簿。

(4) 账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证以及其他有关涉税资料应当保存 10 年。

#### 【可考性】★★★

73. 某采石场扩建项目的环境影响报告书获批后，采用的爆破技术发生重大变动，其所生粉尘将导致周边居民的农作物受损。关于此事，下列哪些说法是错误的？

- A. 建设单位应重新报批该采石场的环境影响报告书
- B. 建设单位应组织环境影响的后评价，并报原审批部门批准

- C.该采石场的环境影响评价，应当与规划的环境影响评价完全相同  
D.居民将来主张该采石场承担停止侵害的侵权责任，受3年诉讼时效的限制

【答案】BCD

【解析】应当先申请环评，不可后补，B错误；项目环评与整体规划环评不是完全相同，而是应当简化，避免重复，C错误；停止侵害不受诉讼时效限制，D错误。因此，本题选择BCD。

【考查知识点】禁止重复环境影响评价

【BT预测考点】

- 1.建设项目的环境影响评价，应当避免与规划的环境影响评价相重复。
- 2.作为一项整体建设项目的规划，按照建设项目进行环境影响评价，不进行规划的环境影响评价。
- 3.已经进行了环境影响评价的规划且包含具体建设项目的，规划的环境影响评价结论应当作为建设项目环境影响评价的重要依据，建设项目环境影响评价的内容应当根据规划的环境影响评价审查意见予以简化。

【可考性】★★★

- 74.关于我国生态保护制度，下列哪些表述是错误的？
- A.国家只在重点生态功能区划定生态保护红线
  - B.国家应积极引进外来物种以丰富我国生物的多样性
  - C.国家应加大对生态保护地区的财政转移支付力度
  - D.国家应指令受益地区对生态保护地区给予生态保护补偿

【答案】ABD

【解析】《环境保护法》第29条第一款规定：“国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线，实行严格保护。”A的说法太过绝对，错误。《环境保护法》第30条规定：“开发利用自然资源，应当合理开发，保护生物多样性，保障生态安全，依法制定有关生态保护和恢复治理方案并

予以实施。引进外来物种以及研究、开发和利用生物技术，应当采取措施，防止对生物多样性的破坏。”为防止生物入侵，破坏我国的生物多样性，在引进外来物种时应采取严格的措施，不可盲目，B 错误。《环境保护法》第 31 条规定：“国家建立、健全生态保护补偿制度。国家加大对生态保护地区的财政转移支付力度。有关地方人民政府应当落实生态保护补偿资金，确保其用于生态保护补偿。国家指导受益地区和生态保护地区人民政府通过协商或者按照市场规则进行生态保护补偿。”所以 C 正确。国家指导受益地区和生态保护地区人民政府通过协商或者按照市场规则进行生态保护补偿，而非指令，D 错误。

#### 【考查知识点】生态保护制度

#### 【BT 预测考点】

生态保护	红线制度	(1) 类型：生态功能红线、环境质量红线、资源利用红线 (2) 国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线。
	生态保护补偿	国家加大对生态保护地区的财政转移支付力度，指导受益地区和生态保护地区政府通过协商或者按照市场规则进行生态保护补偿。
	生物多样性	(1) 开发利用自然资源，应当合理开发，保护生物多样性，保障生态安全，依法制定有关生态保护和恢复治理方案并予以实施。 (2) 引进外来物种以及研究、开发和利用生物技术，应当采取措施，防止对生物多样性的破坏。

#### 【可考性】★★★★★

75.某公司聘用首次就业的王某，口头约定劳动合同期限 2 年，试用期 3 个月，月工资 1200 元，试用期满后 1500 元。2012 年 7 月 1 日起，王某上班，不久即与同事李某确立恋爱关系。9 月，由经理办公会讨论决定并征得工会主席同意，公司公布施行《工作纪律规定》，要求同事不得有恋爱或婚姻关系，否则一方必须离开公司。公司据此解除王某的劳动合同。经查明，当地月最低工资标准为 1000 元，公司与王某一直未签订书面劳动合同，但为王某买了失业保险。

关于双方约定的劳动合同内容，下列符合法律规定的说法是：

- A. 试用期超过法定期限
- B. 试用期工资符合法律规定

C.8月1日起，公司未与王某订立书面劳动合同，应每月付其两倍的工资

D.8月1日起，如王某拒不与公司订立书面劳动合同，公司有权终止其劳动关系，且无需支付经济补偿

【答案】ABC

【解析】

《劳动合同法》第19条第一款规定：“劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。”某公司与王某口头约定劳动合同期限2年，法律规定试用期应不得超过两个月，其3个月的试用期超过了法定期限，A正确。

第20条规定：“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”试用期工资1200，高于当地月最低工资1000元，不低于其试用期满后工资1500元的80%，因此试用期工资符合法律规定，B正确。

第82条第一款规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”8月1日起，该公司自用工之日起已满一个月，未与王某订立书面劳动合同，应每月付其两倍的工资，C正确。

《劳动合同法实施条例》第6条第一款规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。”因此，8月1日起，即使是王某拒不与公司订立书面劳动合同，公司有权终止其劳动关系，但需支付经济补偿，D错误。

【考查知识点】劳动合同的订立

【BT预测考点】

劳动关系的确定	用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系
劳动合同书面化	建立劳动关系，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。
未订立书面劳动合同的法律后果	<p>1.用人单位的原因：</p> <p>(1) 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；</p> <p>(2) 用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。</p> <p>2.劳动者的原因：</p> <p>(1) 用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无须向劳动者支付经济补偿金，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。</p>

【可考性】★★★★

76.关于王某离开该公司后申请领取失业保险金的问题，下列说法正确的是：

A.王某及该公司累计缴纳失业保险费尚未满 1 年，无权领取失业保险金

B.王某被解除劳动合同的原因与其能否领取失业保险金无关

C.若王某依法能领取失业保险金，在此期间还想参加职工基本医疗保险，则其应缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付

D.若王某选择跨统筹地区就业，可申请退还其个人缴纳的失业保险费

【答案】ABC

【解析】《社会保险法》第 45 条规定：“失业人员符合下列条件的，从失业保险基金中领取失业保险金：（一）失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满一年的；（二）非因本人意愿中断就业的；（三）已经进行失业登记，并有求职要求的。”由于王某及该公司累计缴纳失业保险费尚未满 1 年，无权领取失业保险金，由上述条件可知，能否领取失业保险金与解除劳动合同的原因无关，AB 正确。第 48 条规定：“失业人员在领取失业保险金期间，参加职工基本医疗保险，享受基本医疗保险待遇。失业人员应当缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付，个人不缴纳基本医疗保险费。”因此，C 正确。第 52 条规定：“职工跨统筹地区就业的，其失业保险关系随本人转移，缴费年限累计计算。”因此，若王某选择跨统筹地区就业，其失业保险关系随本人转移，不可申请退还其个人缴纳的失业保险费，D 错误。

## 【考查知识点】失业保险

## 【BT预测考点】

1. 领取失业保险金的条件：失业人员符合下列条件的，从失业保险基金中领取失业保险金。（1）失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满1年的；（2）非因本人意愿中断就业的；（3）已经进行失业登记，并有求职要求的。

## 2. 领取失业保险金的期限：

缴费年限	领取失业保险金的最长期限
累计缴费满1年不足5年的	最长为12个月
累计缴费满5年不足10年的	最长为18个月
累计缴费10年以上的	最长为24个月

3. 停止领取失业保险待遇的情形：失业人员在领取失业保险金期间有下列情形之一的，停止领取失业保险金，并同时停止享受其他失业保险待遇：（1）重新就业的；（2）应征服兵役的；（3）移居境外的；（4）享受基本养老保险待遇的；（5）无正当理由，拒不接受当地人民政府指定部门或者机构介绍的适当工作或者提供的培训的。

## 【可考性】★★★★

77. 新加坡公民王颖与顺捷国际信托公司在北京签订协议，将其在中国的财产交由该公司管理，并指定受益人为其幼子李力。在管理信托财产的过程中，王颖与顺捷公司发生纠纷，并诉至某人民法院。关于该信托纠纷的法律适用，下列哪些选项是正确的？

- A. 双方可协议选择适用瑞士法
- B. 双方可协议选择适用新加坡法
- C. 如双方未选择法律，法院应适用中国法
- D. 如双方未选择法律，法院应在中国法与新加坡法中选择适用有利于保护李力利益的法律

## 【答案】ABC

## 【解析】

AB 正确,《法律适用法》第十七条规定:“当事人可以协议选择信托适用的法律。当事人没有选择的,适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第七条规定:“一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的,人民法院不予支持。”因此,双方可以协议选择适用法律,且不受限制。

C 正确, D 错误。当事人没有选择的,适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。本题信托财产所在地和信托关系发生地均在中国,因此应当适用中国法。

## 【考查知识点】法律适用

## 【BT 预测考点】代理、信托、时效和仲裁协议的法律适用

时效	与基础法律关系的准据法一致
代理	委托代理允许意思自治优先。 没有约定: 代理内部关系(被代理人与代理人的民事关系),适用代理关系发生地法律。 代理外部关系(代理行为效力之争),适用代理行为地法。
信托	意思自治优先—》无,则用信托财产所在地 or 信托关系发生地法。
仲裁协议	意思自治优先—》无,则用仲裁机构所在地 or 仲裁地法律。

## 【可考性】★★★★

78.上海甲公司作为卖方和澳门乙公司订立了一项钢材购销合同,约定有关合同的争议在中国内地仲裁。乙公司在内地和澳门均有营业机构。双方发生争议后,仲裁庭裁决乙公司对甲公司进行赔偿。乙公司未在规定的期限内履行仲裁裁决。关于甲公司对此采取的做法,下列哪些选项是正确的?

- A.向内地有管辖权的中级人民法院申请执行该仲裁裁决
- B.向澳门特别行政区中级法院申请执行该仲裁裁决
- C.分别向内地有管辖权的中级人民法院和澳门特别行政区中级法院申请执行仲裁裁决
- D.向澳门特别行政区初级法院申请执行该仲裁裁决

【答案】ABC

【解析】

A 正确，内地由中级法院受理认可和执行仲裁裁决申请的案件。

B 正确，D 错误，在澳门申请认可和执行内地仲裁裁决的，应向澳门中级法院提出申请，其认可申请后，交由初级法院执行。

C 正确，可以同时向内地和澳门申请执行涉澳仲裁裁决。

【考查知识点】仲裁裁决认可和执行

【BT 预测考点】

	涉港	涉澳	涉台
法律依据	2002 年双边安排	2008 年双边安排	2015 年最高法司法解释（单边文件）
机构	内地：被申请人住所地或财产所在地中院 香港：高等法院	内地：被申请人住所地、经常居住地或财产所在地中院； 澳门：认可和执行申请都向中级法院提出，中级法院认可后，由初级法院执行	内地：申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中院或专门法院
期限	依执行地法律规定（2 年）	依执行地法律规定（2 年）	同内地法律规定（2 年）
是否能同时向两地法院提出执行申请	不能	能（仲裁地法院先执行清偿）	

【可考性】★★★★★

79. 甲国 A 公司向乙国 B 公司出口一批货物，双方约定适用 2010 年《国际贸易术语解释通则》中 CIF 术语。该批货物由丙国 C 公司“乐安”号商船承运，运输途中船舶搁浅，为起浮抛弃了部分货物。船舶起浮后继续航行中又因恶劣天气，部分货物被打入海中。到目的港后发现还有部分货物因固有缺陷而损失。该批货物投保了平安险，关于运输中的相关损失的认定及赔偿，依《海牙规则》，下列选项正确的是（ ）

- A. 为起浮抛弃货物造成的损失属于共同海损
- B. 因恶劣天气部分货物被打入海中的损失属于单独海损
- C. 保险人应赔偿共同海损和因恶劣天气造成的单独海损

D. 承运人对因固有缺陷损失的货物免责，保险人应承担赔偿责任

【答案】AB

【解析】

A 正确，共同海损指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地和合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲，支付的特殊费用。运输途中船舶搁浅，为起浮抛弃了部分货，是为了货物与船舶共同安全，该部分货物损失属于共同海损。

B 正确，单独海损指货物由于意外造成的一部分损失，因恶劣天气部分货物被打入海中的损失属于单独海损。

C 错误，平安险下“单独海损不赔”，因恶劣天气造成的单独海损不属于平安险的承保范围，不赔。

D 错误，由于货物的固有瑕疵、性质或缺陷所造成的容积或重量的损失，或任何其他灭失或损害，承运人免责，因固有缺陷损失的货物不属于平安险的责任范围，保险人不承担赔偿责任。

【考查知识点】国际贸易术语解释通则、海运保险类别

【BT 预测考点】

贸易术语中常考的三个

FOB (装运地) 船上交货	装港船上	货装上船	买	买	卖	买	水上
CFR (目的地) 成本+运费	装港船上	货装上船	卖	买	卖	买	水上
CIF (目的地) 成本保险+运费	装港船上	货装上船	卖	卖	卖	买	水上

海运保险

	海上风险		外来风险		
	自然灾害	意外事故	一般外来风险	特别外来风险	特殊外来风险
平安险	全损√	√	×	×	×
	共损√				

	单损 ×				
水渍险	√	√	×	×	×
一切险	√	√	√	×	×

【可考性】★★★★★

80.根据《中华人民共和国反补贴条例》，下列哪些选项属于补贴？（140182）

- A.出口国政府出资兴建通向口岸的高速公路
- B.出口国政府给予企业的免税优惠
- C.出口国政府提供的贷款
- D.出口国政府通过向筹资机构付款，转而向企业提供资金

【答案】BCD

【解析】

BCD 正确，《反补贴条例》第三条规定：“补贴，是指出口国（地区）政府或者其任何公共机构提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

出口国（地区）政府或者其任何公共机构，以下统称出口国（地区）政府。

本条第一款所称财政资助，包括：

- (一) 出口国（地区）政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金，或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务；
- (二) 出口国（地区）政府放弃或者不收缴应收收入；
- (三) 出口国（地区）政府提供除一般基础设施以外的货物、服务，或者由出口国（地区）政府购买货物；
- (四) 出口国（地区）政府通过向筹资机构付款，或者委托、指令私营机构履行上述职能。”

【考查知识点】反补贴措施

【BT 预测考点】

适用的条件	专向补贴	出口国政府提供（直接或间接）的财政资助（现金或非现金）；接受者获得的利益。 专向性（给予特定对象：企业或产业）
	损害	实质损害、实质损害威胁或实质阻碍
	因果关系	专向补贴是损害的一个原因
调查程序	同反倾销	
措施	基本同反倾销；区别：承诺的主体包括出口国政府或出口经营者	

【可考性】★★★★★

81.住所在北京市 C 区的甲公司与住所在北京市 H 区的乙公司在天津市 J 区签订了一份买卖合同，约定合同履行发生争议，由北京仲裁委员会仲裁或者向 H 区法院提起诉讼。合同履行过程中，双方发生争议，甲公司到北京仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会受理并向乙公司送达了甲公司的申请书副本。在仲裁庭主持首次开庭的答辩阶段，乙公司对仲裁协议的效力提出异议。仲裁庭对此作出了相关的意思表示。此后，乙公司又向法院提出对仲裁协议的效力予以认定的申请。下列哪些选项是正确的？

- A. 双方当事人约定的仲裁协议原则有效
- B. 仲裁庭对案件管辖权作出决定应有仲裁委员会的授权
- C. 仲裁庭对乙公司的申请应予以驳回，继续审理案件
- D. 乙公司应向天津市中级法院申请认定仲裁协议的效力

【答案】BC

【解析】

仲裁协议的效力。考察了仲裁协议的有效条件、对仲裁协议效力的认定等

第一步。或裁或审，仲裁与诉讼是相互排除。双方约定既可以法院又可以仲裁的，仲裁协议无效。A 错误。

第二步：对仲裁协议的效力确认。有两个机关：仲裁委和法院。

对仲裁协议的效力确认属于仲裁委员会之职责范围，仲裁庭对仲裁协议效力或者仲裁管辖无决定权。

因此，仲裁庭对仲裁管辖作出决定需要有仲裁委员会的授权方可实施。B 选项正确

向法院申请效力确认的，应当找约定的仲裁机构所在地的中级法院管辖。本案，约定的是北京仲裁委，那么应当是北京的中级人民法院管辖。因此，D 错误。

第三步：仲裁协议无效，但是一方向仲裁机构申请仲裁，另外一方没有提出异议的，仲裁机构可以管辖该案。本案中，被申请人在仲裁开庭答辩阶段方才提出仲裁协议效力的意义，仲裁机构已经取得该案的管辖权。

#### 【考查知识点】仲裁协议效力的确定

#### 【BT 预测考点】

#### 效力确认

确认机构	人民法院和仲裁委员会。
管辖	(1) 向法院提出确认的：仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院；仲裁协议约定的仲裁机构不明确的，由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖 (2) 向仲裁委员会提出的：约定的仲裁委员会
时间	要求：应当在仲裁庭首次开庭前提出 没在开庭前提出的，法院或者仲裁庭应当裁定驳回起诉
法院确认优先	1.一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定 2.如果仲裁机构先于法院接受申请并作出决定的，法院不予受理 【注意】即使仲裁机构已经受理，但是只要没说仲裁庭经过审理作出决定的，人民法院就有权受理。
无效情形	1.以口头方式订立的仲裁协议无效 2.约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围，仲裁协议无效 3.无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议无效 4.一方采取胁迫手段迫使对方订立仲裁协议的，协议无效 5.仲裁协议对仲裁事项没有约定或约定不明，或者对仲裁委员会没有约定或约定不明，当事人对此又达不成协议的，仲裁协议无效

#### 【可考性】★★★★★

82. 兴源公司与郭某签订钢材买卖合同，并书面约定本合同一切争议由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。兴源公司支付 100 万元预付款后，因郭某未履约依法解除了合同。郭某一直未将预付款返还，兴源公司遂提出返还货款的仲裁请求，仲裁庭适用简易程序审理，并作出裁决，支持该请求。由于郭某拒不履行

裁决，兴源公司申请执行。郭某无力归还 100 万元现金，但可以收藏的多幅字画提供执行担保。担保期满后郭某仍无力还款，法院在准备执行该批字画时，朱某向法院提出异议，主张自己才是这些字画的所有权人，郭某只是代为保管。如果法院批准了郭某的执行担保申请，驳回了朱某的异议，关于执行担保的效力和救济，下列选项正确的是：

- A.批准执行担保后，应当裁定终结执行
- B.担保期满后郭某仍无力偿债，法院根据兴源公司申请方可恢复执行
- C.恢复执行后，可以执行作为担保财产的字画
- D.恢复执行后，既可以执行字画，也可以执行郭某的其他财产

【答案】CD

【解析】

《民事诉讼法》第二百三十一条规定：“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。”

A 选项错误。法院批准郭某的执行担保申请后，可以暂缓执行，而不是终结执行。

B 选项错误。《民诉解释》第四百七十一条规定：“被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。”本案中，被执行人郭某在担保期满后仍然无力偿还的，法院可以直接执行担保财产，不需要根据兴源公司的申请方可恢复执行。

CD 选项正确。恢复执行后，法院可以执行被申请人的其他财产，也可以执行担保财产。

【考查知识点】执行担保

【BT预测考点】

执行担保

条件	1.被执行人或第三人申请 2.获得申请执行人的同意 3.获得人民法院的准许
担保方式	1.被执行人自己提供担保 2.第三人为被执行人提供担保：财产担保或保证
法律后果	暂缓执行 暂缓期限：与担保期限一致，最长不超过一年。
被执行人拒不履行义务的后果	1.暂缓执行期间，被执行人或担保人对担保的财产有转移、隐匿、毁损、变卖等行为的，人民法院可以恢复强制执行 2.暂缓执行期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行被申请执行人提供担保的财产，或裁定执行担保人的财产（以担保人财产为限）

### 执行承担

主体	具体说明	
公民	公民死亡的	(1) 其遗产继承人没有放弃继承的，法院裁定变更被执行人，由该遗产继承人在遗产范围内偿还债务
		(2) 放弃继承的，法院直接执行被执行人的遗产
法人	法人组织合并、分立、注销	照实体法规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人
	法人不能清偿债务的	企业法人不能清偿债务的，追缴、变更未足额出租或者抽逃出资的股东、出资人在未缴纳出资或者抽逃出资的范围内承担责任
		一人有限责任公司不能清偿债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，可变更追加该股东为被执行人
	公司注销	可变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人
非法人组织	个人独资企业不能清偿债务的，追加、变更投资人为被执行人；个体工商户为被执行人的可以直接执行经营者的财产	
	个人合伙无能力清偿债务的，可裁定追加该合伙组织的合伙人为被执行人	
	合伙企业不能清偿债务的：(1) 变更追加普通合伙人为被执行人；(2) 变更、追回未足额出资的有限合伙人为被执行人	

【可考性】★★★★★

83. 韩某起诉翔鹭公司要求其依约交付电脑，并支付迟延履行违约金 5 万元。经县市两级法院审理，韩某均胜诉。后翔鹭公司以原审适用法律错误为由申请再审，省高院裁定再审后，韩某变更诉讼请求为解除合同，支付迟延履行违约金 10 万元。再审法院最终维持原判。关于再审程序的表述，下列哪些选项是正确

的?

- A.省高院可以亲自提审，提审应当适用二审程序
- B.省高院可以指令原审法院再审，原审法院再审时应当适用一审程序
- C.再审法院对韩某变更后的请求应当不予审查
- D.对于维持原判的再审裁判，韩某认为有错误的，可以向检察院申请抗诉

【答案】ACD

【解析】

A 选项正确。《民事诉讼法》第二百零七条规定：“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。”本案中，省高院按照亲自提审的，按照第二审程序进行审理。

B 选项错误。《民事诉讼法》第二百零四条第二款规定：“因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理，但当事人依照本法第一百九十九条的规定选择向基层人民法院申请再审的除外。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。”本案中，省高院可以指令原审法院再审。此案件经过了县市两级法院审理，原审法院为二审法院，因此也应当适用二审程序审理。

C 选项正确。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>审判监督程序若干问题的解释》第三十三条规定：“人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。当事人超出原审范围增加、变更诉讼请求的，不属于再审审理范围。但涉及国家利益、社会公共利益，或者当事人在原审诉讼中已经依法要求增加、变更诉讼请求，原审未予审理且客观上不能形成其他诉讼的除外。经再审裁定撤销原判决，发回重审后，当事人增加诉讼请求的，人民法院依照民事诉讼法第一百二

十六条的规定处理。”本案中，韩某在再审中变更诉讼请求的，再审法院对此请求应当不予审查。

D 选项正确。《民事诉讼法》第二百零九条第一款规定：“有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：（一）人民法院驳回再审申请的；（二）人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；（三）再审判决、裁定有明显错误的。”据此，对于维持原判的再审裁判，韩某认为有错误的，可以向检察院申请抗诉。

### 【考查知识点】再审

#### 【BT 预测考点】

##### 再审撤回起诉

###### 1. 条件

- （1）当事人同意
- （2）不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的

###### 2. 法律后果：撤诉后重复起诉的，法院不予受理

##### 再审的审理法院

法院启动的再审	谁启动，谁审理 1.本院启动的再审，由本院进行审理 2.上级法院启动的再审，由上级法院进行审理	
检察院启动的再审	原则	接受抗诉的法院进行再审（上一级法院）
	例外	有事实和证据相关的，可以交给下一级法院审理 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.原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的 4.原判决、裁定认定的基本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
当事人申请的再审	谁受理，谁再审	
	原则	中级以上法院审理
	例外	1.当事人依法选择向基层法院申请再审的由基层法院审理 2.最高法院或高级法院裁定再审的案件，由本院再审或交由其他法院再审，也可以交由原审

	法院再审
【提审】：作出原生效裁判的法院的上级法院是审理法院时，为提审。比如：如果此时出现一审法院（基层法院）的一审生效判决之后，当事人申请再审，此时没有当事人两边都是公民或者人数众多的情况，当事人必须向中级法院申请，此时由于一审判决是中级法院，原审法院的上一级法院，而一审生效判决是基层法院做出来的，此时中院审这个案子就是叫“提审”。	

【可考性】★★★★★

84.朱某诉力胜公司商品房买卖合同纠纷案，朱某要求判令被告支付违约金 5 万元；因房屋质量问题，请求被告修缮，费用由被告支付。一审法院判决被告败诉，认可了原告全部诉讼请求。力胜公司不服令其支付 5 万元违约金的判决，提起上诉。二审法院发现一审法院关于房屋有质量问题的事实认定，证据不充分。关于二审法院对本案的处理，下列哪些说法是正确的？

- A.应针对上诉人不服违约金判决的请求进行审理
- B.可对房屋修缮问题在查明事实的情况下依法改判
- C.应针对上诉人上诉请求所涉及的事实认定和法律适用进行审理
- D.应全面审查一审法院对案件的事实认定和法律适用

【答案】AC

【解析】

二审的审理是基于当事人请求之范围，体现了当事人的处分权，法院不会依照职权扩大审理范围。AC 正确。

BD 选项对范围修缮的问题进行审理，违反了处分原则

【考查知识点】二审审理范围

【BT 预测考点】

审理范围

- 1.只对上诉请求的有关事实和法律进行审查
- 2.审判组织：二审必须合议，合议必须全部由审判员组成

### 3. 审理方式

- (1) 开庭审理为原则
- (2) 符合以下条件可以不开庭
  - A. 经过阅卷、调查和询问当事人
  - B. 没有提出新的事实、证据或理由
  - C. 合议庭认为不需要开庭审理

#### 【注意】

- 1. 即使条件都符合，也可以开庭审理；
- 2. 不开庭审理不等于书面审理

#### 【可考性】★★★★

85. 杨青（15岁）与何翔（14岁）两人经常嬉戏打闹，一次，杨青失手将何翔推倒，致何翔成了植物人。当时在场的还有何翔的弟弟何军（11岁）。法院审理时，何军以证人身份出庭。关于何军作证，下列哪些说法不能成立？

- A. 何军只有11岁，无诉讼行为能力，不具有证人资格，故不可作为证人
- B. 何军是何翔的弟弟，应回避
- C. 何军作为未成年人，其所有证言依法都不具有证明力
- D. 何军作为何翔的弟弟，证言具有明显的倾向性，其证言不能单独作为认定案件事实的根据

#### 【答案】ABC

#### 【解析】

首先是把握证人的资格：正确表达意思的人+不适用回避（有利害关系的人也可以做证人）

第一步：证人能力不等于诉讼行为能力。证人是能正确表达意思的人。所以完全精神病，以及年幼不能在法庭上正确表述意思的人才不能作为证人。因此，11岁的何军对于被告杨青致其哥哥受伤的事实，完全能够正确表述，故而其可以作为证人。因此A选项的表述错误。

第二步：回避的对象不包括证人，证人不需要回避。B 说法错误

第三步：法律认可能够正确表达意思的未成年人的证人能力，其证人证言有相应的证明力。

第四步：但是其证明力受到影响，D 说法正确。

【考查知识点】证人能力、证人证言的证明力

【BT 预测考点】

证人证言

证人证言，指的是当事人之外了解案件有关情况的人向人民法院就自己知道的案件事实所作的陈述

1. 证人资格：

(1) 知道案件情况+能够正确表达意思（自然人和单位皆可）

(2) 无民事行为能力人和限制行为能力人都可以附条件的成为证人。条件是：能够正确表达意思（限制：未成年人所作的与其年龄、智力状况不相当的证言，不能单独作为认定事实依据）

(3) 具有利害关系的也可以为证人作证（限制：只要证人与当事人有利害关系，不论证言内容是否有利该方当事人，均不能单独作为认定案件事实的依据）

证人具有出庭作证的义务

义务	说明	
出庭作证义务	原则	有义务作证的证人应该出庭作证，有关单位的负责人应当支持证人作证（限制：无正当理由未出庭作证的，不能单独作为认定事实的依据）
	例外情况	证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。 (1) 年迈体弱或者行动不便无法出庭的； (2) 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) 有其他正当理由不能出庭。)
签署保证书的义务	原则	需要签署保证书，拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。
	例外情况	无民事行为能力人和限制民事行为能力人没签署保证书的，可以作证。

【可考性】★★★★★

三、不定项选择题。每题所设选项中至少有一个正确答案，多选、少选、错选或不选均不得分。本部分含 86—100 题，每题 2 分，共 30 分。

甲服装公司与乙银行订立合同，约定甲公司向乙银行借款 300 万元，用于购买进口面料。同时，双方订立抵押合同，约定甲公司以其现有的以及将有的生产设备、原材料、产品为前述借款设立抵押。借款合同和抵押合同订立后，乙银行向甲公司发放了贷款，但未办理抵押登记。之后，根据乙银行要求，丙为此项贷款提供连带责任保证，丁以一台大型挖掘机作质押并交付。

请回答第 86—88 题。

86. 关于甲公司的抵押，下列选项正确的是：

- A. 该抵押合同为最高额抵押合同
- B. 乙银行自抵押合同生效时取得抵押权
- C. 乙银行自抵押登记完成时取得抵押权
- D. 乙银行的抵押权不得对抗在正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人

【答案】BD

【解析】

选项 A 错误。该抵押合同应为动产浮动抵押合同。《物权法》第一百八十二条：“经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”题中甲公司以其现有的以及将有的生产设备、原材料、产品为前述借款设立抵押，符合动产浮动抵押合同的构成要件。

选项 BD 正确，C 错误。第一百八十九条：“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；

未经登记，不得对抗善意第三人。依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”

【考查知识点】浮动抵押

【BT预测考点】

动产抵押权/动产浮动抵押权的设立无须登记：抵押合同有效+处分权=基于法律行为的动产抵押权/浮动抵押权的设立。但是，未经登记的，不得对抗善意的第三人。

【可考性】★★★

87.如甲公司违反合同约定将借款用于购买办公用房，则乙银行享有的权利有：

- A. 提前收回借款
- B. 解除借款合同
- C. 请求甲公司按合同约定支付违约金
- D. 对甲公司所购办公用房享有优先受偿权

【答案】ABC

【解析】

《合同法》203条：“借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同”。因此，选项AB正确；甲公司违反合同约定，如果合同中约定了违约金条款，则乙银行有权请求甲公司按合同约定支付违约金，因此C正确。乙银行对甲公司所购办公用房享有优先受偿权无法律依据，因此D错误。

【考查知识点】借款合同

【BT预测考点】借款合同，借款人未按约定借款用途使用借款的，贷款人有权解除或提前收回借款。

【可考性】★★★

88.如甲公司未按期还款，乙银行欲行使担保权利，当事人未约定行使担保权利顺序，下列选项正确的

是：

- A.乙银行应先就甲公司的抵押实现债权
- B.乙银行应先就丁的质押实现债权
- C.乙银行可选择就甲公司的抵押或丙的保证实现债权
- D.乙银行可选择就甲公司的抵押或丁的质押实现债权

【答案】A

【解析】

本题考察的是混合担保，债务人自己提供动产浮动抵押，丙提供保证担保，丁提供质押担保。《担保法》

第二十八条：同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

《担保法解释第》三十八条第一款：同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

《物权法》第一百七十六条：被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。因此乙银行应当先就甲公司的抵押实现债权，债权的余额部分，乙银行可以选择就丙的保证或丁的质押实现债权。

【考查知识点】混合担保

【BT预测考点】

法考中，对于混合担保的考察主要是问：当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应按照何种规则实现其抵押权、质权和保证债权？

#### 【教你一招快速破题】

1. 实现顺序：

(1) 有约定的，一律约定优先，按照约定的内容来处理；

(2) 无约定时：

① 保证+债务人的财产提供的物保的，优先执行债务人的财产，不够的，再执行保证；

② 保证+第三人的财产提供的物保的，债权人随意选择，无顺序限制。

2. 追偿问题：

这个问题存在两种学说观点：第一种观点认为混合担保中第三人承担担保责任后，只能向债务人追偿，第三人之间无追偿权（12年卷三第55题、14年卷三第8题）；第二种观点认为第三人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以向其他第三人追偿（2015年卷四民法案例分析题第5问）。但是，2015年给出的答案，对于可以相互追偿的结论也是在括号中表明的，也就是说即使没有回答出来不扣分，这个观点是当年出题人李永军老师的观点。综上，对于我们以后做题要采何种观点？建议：客观题按照原来的观点，混合担保中第三人之间不可以相互追偿；主观题可以分别展示两种观点，得出两个结论。

#### 【可考性】★★★★★

甲公司、乙公司签订的《合作开发协议》约定，合作开发的 A 区房屋归甲公司、B 区房屋归乙公司。

乙公司与丙公司签订《委托书》，委托丙公司对外销售房屋。《委托书》中委托人签字盖章处有乙公司盖章和法定代表人王某签字，王某同时也是甲公司法定代表人。张某查看《合作开发协议》和《委托书》后，与丙公司签订《房屋预订合同》，约定：“张某向丙公司预付房款 30 万元，购买 A 区房屋一套。待取得房屋预售许可证后，双方签订正式合同。”丙公司将房款用于项目投资，全部亏损。后王某向张某出具《承诺函》：如张某不闹事，将协调甲公司卖房给张某。但甲公司取得房屋预售许可后，将 A 区房屋全部卖与他人。张某要求甲公司、乙公司和丙公司退回房款。张某与李某签订《债权转让协议》，将该债权转让给李某，通知了甲、乙、丙三公司。因李某未按时支付债权转让款，张某又将债权转让给方某，也通知了甲、乙、丙三公司。

请回答第 89—91 题。

89. 关于《委托书》和《承诺函》，下列说法正确的是：

A. 乙公司是委托人

B. 乙公司和王某是共同委托人

C. 甲公司、乙公司和王某是共同委托人

D. 《承诺函》不产生法律行为上的效果

【答案】AD

【解析】

ABC 选项：乙公司与丙公司签订《委托书》，委托丙公司对外销售房屋，虽然王某也是甲公司的法定代表人，但《委托书》中委托人签字盖章处只有乙公司的盖章和法定代表人王某的签名，并没有甲公司的公章。因此，应认定乙公司为委托人，而不是王某和甲公司，A 正确，BC 错误。

D 选项：《承诺函》仅仅是协调甲公司卖房，不是作出保证的意思表示，D 正确。

【考查知识点】委托合同、保证担保

【BT 预测考点】

#### (一) 受托人的主要义务

1.依委托人的指示亲自处理委托事务的义务，不得转委托。除非满足以下两个条件之一的，可以转委托：①经委托人同意转委托的；②因情况紧急，难以和委托人取得联系的，可以不需要委托人同意，但事后应当将该情况及时报告委托人。

2.不得以自己名义与第三人订立合同。但是，如果发生了受托人以自己的名义对外与第三人订立合同的情形时，要怎么办？这个才是法考命题人关注的问题。（与代理结合考察）

①第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的：该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

②第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的：

A.受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

B.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，第三人可以选择受托人或者委托人作为相对人主张权利。但是，一旦第三人选定后，就不能换了，没有反悔的机会。

3.赔偿义务（责任）

①有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

②无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿。

## (二) 委托合同双方任意解除权

1.委托人和受托人可以随时解除委托合同

2.因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于当事人的事由以外，应当赔偿损失。

【可考性】★★★★★

90.关于《房屋预定合同》，下列说法正确的是：

A.无效

B.对于甲公司而言，丙公司构成无权处分

C.对于乙公司而言，丙公司构成有效代理

D.对于张某而言，丙公司构成表见代理

【答案】B

【解析】

A 选项：张某与丙公司签订的《房屋预定合同》不存在合同法规定的无效情形，且后期已取得房屋预售许可证，因此不能认定为无效，A 错误。

BCD 选项：丙公司的委托人是乙公司，乙公司授予丙公司代理权，但甲公司并没有授予丙公司代理权，而房屋预定合同涉及他人的财产权利，未经授权而为之，对甲公司而言丙公司构成无权处分；而超过了授权范围的乙公司，构成无权代理。所以，B 正确，CD 错误。

【考查知识点】代理

【BT 预测考点】

## (一) 无权代理

无权代理，是指行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后作出的行为。无权代理的行为除欠缺代理权外，其他特征均符合有权代理的特点，也就是说，要构成无权代理也要具备三方结构，否则也不能构成无权代理，如冒名行为。换句话说，无权代理与有权代理的区别仅在于是否具备代理权。

狭义无权代理的法律后果	
追认	(1) 被代理人追认的,代理权得到补正,代理行为有效,代理之法律行为归属于被代理人承担,其中追认的形式包括:明示、默示。  (2) 相对人有“催告权”。相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。
撤销	“善意相对人”享有撤销权。追认生效前(即追认的意思表示到达追认的相对人之前),善意相对人有撤销的权利,一经撤销,无权代理实施的法律行为无效,其中撤销应当以通知的方式作出。
拒绝追认	被代理人拒绝追认或者未予追认的,因无权代理实施的法律行为,其法律效果不能归属于被代理人承担,其法律效果因相对人善意或恶意而有不同:  (1) 善意相对人有权请求无权代理人履行债务或者就其受到的损害请求无权代理人赔偿,但赔偿范围不得超过代理行为有效时所能获得的利益。  (2) 恶意相对人(相对人知道或者应该知道代理人无权代理的)因此遭受到的损失,由相对人和代理人根据各自的过错承担责任。

## (二) 表见代理

表见代理,是指代理人虽为无权代理,但善意第三人基于客观现象相信其有代理权并因此与之进行民事行为,可以主张有权代理后果的代理。构成要件如下:

1. 行为人必须是无权代理;
2. 第三人是善意的(不知代理人为无权代理);
3. 客观上存在外表授权。(是否存在外表授权的解题技巧:看题目中是否暗示存在以下情形:①持有法人公章的空白合同书;②单位工作人员离职后继续从事原职务行为,公司未对外告知该员工的离职;③其他存在外表授权的情况)

### 【可考性】★★★★

91. 关于 30 万元预付房款,下列表述正确的是:

- A. 由丙公司退给李某
- B. 由乙公司和丙公司退给李某
- C. 由丙公司退给方某
- D. 由乙公司和丙公司退给方某

### 【答案】A

### 【解析】

张某与丙公司签订《房屋预定合同》，但因甲公司将该房屋卖与他人，丙公司无法履行合同义务，因此丙公司应将 30 万元退给张某。再根据《合同法》第八十条之规定可知，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。本题中，张某与李某签订《债权转让协议》，将该债权转让给李某，并且通知了甲、乙、丙三个公司。因此，该债权让与对丙公司发生效力，丙公司应退还给李某。所以，A 正确，B 错误。而此时，张某已经不再享有债权，故不能再次将债权转让，CD 错误。

#### 【考查知识点】债权转让的效力

#### 【BT 预测考点】

债权让与	债务承担
<p>1.须存在有效的债权。换言之，甲与乙之间的债权债务关系是真实合法有效的，而不能是虚构的、违法的债权债务关系。</p> <p>2.需要进行移转的债权是可以让与的。</p> <p>【注意】以下不得进行债权让与：①依当事人约定不得让与的债权；②依法律规定不得让与的债权；③依债权的性质不得让与的，包括：不作为债权、基于特别信任关系产生的债权（如提供劳务的债权）、因人身利益受到损害产生的债权等。</p> <p>3.须当事人就债权让与达成协议</p> <p>4.债权让与不需要取得债务人的同意，但需要将债权让与的事实通知给债务人，未经通知债务人的不对债务人发生效力。</p> <p>【做题技巧】对于债权让与，考试中记住两句话：第一句话，债权让与无须债务人同意。债权让与协议生效时，债权让与发生效力；第二句话，债券让与虽然不需要经过债务人的同意，但必须通知债务人，否则该债权让与行为对债务人不发生效力。</p>	<p>1.须存在有效的债务。</p> <p>2.须所移转的债务具有可移转性，不得移转的债务，比照不得让与的债权进行判断。</p> <p>3.须当事人就债务承担达成协议。</p> <p>4.在免责的债务承担中，必须须经过债权人的同意；而并存的债务承担无需债权人同意。</p>
<p>1.债务人对受让人所承担的义务以对原债权人所承担的义务为限；</p> <p>2.债务人对原债权人的抗辩，可以向受让人主张；</p> <p>3.若债务人对原债权人享有债权，并且该债权先于转让的债权到期或同时到期，债务人可以向受让人主张抵销。</p>	<p>1.受让人对债权人所承担的义务以原债务人所承担的义务为限；</p> <p>2.原债务人对债权人的抗辩，受让人也可对债权人主张。</p>

#### 【可考性】★★★★★

高才、李一、曾平各出资 40 万元，拟设立“鄂汉食品有限公司”。高才手头只有 30 万元的现金，就让朋友艾瑟为其垫付 10 万元，并许诺一旦公司成立，就将该 10 万元从公司中抽回偿还给艾瑟。而李一与其

妻闻菲正在闹离婚，为避免可能的纠纷，遂与其弟李三商定，由李三出面与高、曾设立公司，但出资与相应的投资权益均归李一。公司于 2012 年 5 月成立，在公司登记机关登记的股东为高才、李三、曾平，高才为董事长兼法定代表人，曾平为总经理。

请回答第 92—94 题。

92. 公司成立后，高才以公司名义，与艾瑟签订一份买卖合同，约定公司向艾瑟购买 10 万元的食材。合同订立后第 2 天，高才就指示公司财务转账付款，而实际上艾瑟从未经营过食材，也未打算履行该合同。对此，下列表述正确的是：

- A. 高才与艾瑟间垫付出资的约定，属于抽逃出资行为，应为无效
- B. 该食材买卖合同属于恶意串通行为，应为无效
- C. 高才通过该食材买卖合同而转移 10 万元的行为构成抽逃出资行为
- D. 在公司不能偿还债务时，公司债权人可以在 10 万元的本息范围内，要求高才承担补充赔偿责任

【答案】BCD

【解析】A 错误，原《公司法解释（三）》第十五条规定，第三人代垫资金协助发起人设立公司，双方明确约定在公司验资后或者在公司成立后将该发起人的出资抽回以偿还该第三人，发起人依照前述约定抽回出资偿还第三人后又不能补足出资，相关权利人请求第三人连带承担发起人因抽回出资而产生的相应责任的，人民法院应予支持。但该条已经被删除，因此，法律并不一味禁止第三人代垫资金协助发起人设立公司的行为。B 正确，上艾瑟从未经营过食材，也未打算履行该合同，二人签订虚假合同目的是为了抽逃出资，属于恶意串通损害第三人的行为，合同应为无效。C 正确，《公司法解释（三）》第十二条规定，公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。高才通过该食材买卖合同而转移 10 万元的行为属于通过虚构债权债务关系将其出资转出，构成抽逃

出资。D 正确，《公司法解释（三）》第十三条第二款规定，公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

#### 【考查知识点】出资瑕疵的认定

#### 【BT预测考点】

	认定情形
出资违约	股东（发起人）未按期足额缴纳公司章程中规定的所认缴的出资额。
出资不实	设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额。 注意：出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或其他客观因素导致出资财产贬值，原出资人不承担补足责任，对公司仍然享有足额股权，但当事人有约定除外。
抽逃出资	公司成立后，股东有下列行为之一且损害公司权益，可认定为抽逃出资： ①制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配； ②通过虚构债权债务关系将其出资转出； ③利用关联交易将出资转出； ④其他未经法定程序将出资抽回的行为。
增资瑕疵	股东在公司增资时未履行或未全面履行出资义务。

#### 【可考性】★★★★

93.关于李一与李三的约定以及股东资格，下列表述正确的是：

- A.二人间的约定有效
- B.对公司来说，李三具有股东资格
- C.在与李一的离婚诉讼中，闻菲可以要求分割李一实际享有的股权
- D.李一可以实际履行出资义务为由，要求公司变更自己为股东

#### 【答案】AB

【解析】A 正确，D 错误，《公司法解释（三）》第二十五条第一款规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。”

前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”本题中，李一是实际出资人，李三是名义股东，二人的约定均系真实意思表示且无合同法第五十二条规定的情形，应当有效。李一作为实际出资人想获得股东资格，必须经公司其他股东半数以上同意。

B 正确，股东资格以登记在股东名册上为准，李三的名字登记在了股东名册上面，对公司来说，李三具有股东资格。

C 错误，《婚姻法解释（二）》第十六条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。”本题中闻菲并非公司股东，其想分割李一的股权应当按照上述规定，不能直接要求分割。

【考查知识点】实际出资人和名义股东

【BT预测考点】实际出资人与名义股东

【BT应试提醒】针对实际出资人与名义股东的知识点，考试中考题中经常会问同学们以下 5 个问题，掌握答题套路即可：

问题一：实际出资人与名义股东之间签订的代持股协议的效力如何？

答：有效，不存在合同无效等效力瑕疵事由，代持股协议有效。

问题二：谁是公司的股东？

答：名义股东。判断股东资格看股东名册。

问题三：实际出资人可否依据“代持股协议”主张成为公司股东？

答：不能，实际出资人要成为公司股东必须经过公司其他股东半数以上同意变更公司股东才可以。

问题四：名义股东未经实际出资人同意擅自处分股权，受让人可否取得股权？

答：名义股东擅自处分股权的行为是有权处分，但根据公司法相关司法解释可知，受让人要取得股权需要满足《物权法》善意取得制度的相关条件。名义股东以此造成实际出资人损失的，应承担赔偿责任。

问题五：名义股东需要对实际出资人的出资瑕疵承担责任吗？

答：需要，名义股东对实际出资人的瑕疵出资承担补充赔偿责任。名义股东承担赔偿责任后，可以向实际出资人追偿。

【可考性】★★★★★

94.2012年7月，李三买房缺钱，遂在征得其他股东同意后将其名下的公司股权以42万元的价格，出售给王二，并在公司登记机关办理了变更登记等手续。下列表述正确的是：

- A.李三的股权转让行为属于无权处分行为
- B.李三与王二之间的股权买卖合同为有效合同
- C.王二可以取得该股权
- D.就因股权转让所导致的李一投资权益损失，李一可以要求李三承担赔偿责任

【答案】BCD

【解析】A错误，D正确，名义股东李三的名字记载于股东名册，对于公司来说其具有股东资格，因此，李三的股权转让行为属于有权处分行为，至于对李一造成的损害，《公司法解释（三）》第26条规定：“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利

为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”

BC 正确，李三属于有权处分，二人意思表示真实，且无其他无效事由，股权买卖合同为有效合同。并在公司登记机关办理了变更登记等手续，因此王二可以取得该股权。

【考查知识点】实际出资人和名义股东

【BT预测考点】同上

【可考性】★★★★★

大洲公司超标排污导致河流污染，公益环保组织甲向 A 市中级法院提起公益诉讼，请求判令大洲公司停止侵害并赔偿损失。法院受理后，在公告期间，公益环保组织乙也向 A 市中级法院提起公益诉讼，请求判令大洲公司停止侵害、赔偿损失和赔礼道歉。公益案件审理终结后，渔民梁某以大洲公司排放的污水污染了其承包的鱼塘为由提起诉讼，请求判令赔偿其损失。

请回答第 95—97 题。

95.对乙组织的起诉，法院的正确处理方式是：

- A. 予以受理，与甲组织提起的公益诉讼合并审理
- B. 予以受理，作为另案单独审理
- C. 属重复诉讼，不予受理
- D. 允许其参加诉讼，与甲组织列为共同原告

【答案】D

【解析】

第一步：原告需要由法律明确规定。人民检察院也可以在法定条件下向法院提起诉讼。对于环境公益诉讼案件，相应环保公益组织可以提起公益诉讼。

第二步：环保组织提起公益诉讼后，另外一个提起诉讼的其他机关和有关组织，可以在开庭前向法院

申请参加诉讼，人民法院准许参加诉讼的，追加其为原告。而不是另案处理或者合并处理。因此 D 正确，AB 错误。

第三步：重复诉讼的判断标准。是前后诉讼当事人相同，前后诉讼的诉讼标的相同，前后诉讼的诉讼请求相同。本案中，乙提起的诉讼，不符合重复诉讼的构成要件。

#### 【考查知识点】公益诉讼的适格原告

#### 【BT 预测考点】

#### 公益诉讼的条件

##### 1. 法律规定的原告：

- (1) 获得法定授权的机关团体，个人不能成为公益诉讼的原告。
- (2) 检察机关可以在以上法定授权的机关团体没有提起诉讼的时候，提起民事公益诉讼。
- (3) 检察院还可以支持起诉

注意：原告的追加：可在开庭前向人民法院申请参加诉讼，人民法院准许参加诉讼的，列为共同原告

##### 2. 有明确的被告

##### 3. 有具体的诉讼请求

4. 有社会公共利益受到损害的初步证据；不以存在实际损害为前提，可以针对那些给社会公众或不确定多数人造成潜在危害的不法行为提起民事公益诉讼

##### 5. 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖

法定授权

环境保护机构：

1. 【BT 预测考点】依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记
2. 【BT 预测考点】专门从事环境保护公益活动连续五年以上
3. 【BT 预测考点】根据社会组织章程确定的宗旨和业务范围来看的

## 4. 【BT预测考点】无违法记录

消费者权益保护机构：

中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会

【可考性】★★★

96. 公益环保组织因与大洲公司在诉讼中达成和解协议申请撤诉，法院的正确处理方式是：

- A. 应将和解协议记入笔录，准许公益环保组织的撤诉申请
- B. 不准许公益环保组织的撤诉申请
- C. 应将双方的和解协议内容予以公告
- D. 应依职权根据和解协议内容制作调解书

【答案】BCD

【解析】

公益诉讼的审理不同于一般的民事诉讼的原理和特殊规则，当事人不能随意处分其程序权利和实体权利。法院在案件审理过程中享有更大的职权。

公益诉讼可和可调。但是需要公告：环境民事公益诉讼当事人达成调解协议或者自行达成和解协议后，人民法院应当将协议内容公告，公告期间不少于三十日。

公告期满后，人民法院审查认为调解协议或者和解协议的内容不损害社会公共利益的，应当出具调解书。但是当事人以达成和解协议为由申请撤诉的，不予准许。

调解书应当写明诉讼请求、案件的基本事实和协议内容，并应当公开。

因此应当选BCD。不予准许撤诉申请。

【考查知识点】公益诉讼的和解、撤诉

【BT预测考点】

公益诉讼的和解和调解

(可和可调，和解完需要公告，公告还需要审查，审查标准是：是否违反公共利益)

1. 当事人可以和解，法院可以调解（先自己和、或者法院调）

2. 公告要求：和解和调解协议应当进行公告，公告期间不得少于 30 日（达成一致协议后，法院公告）

3. 公告期满后，人民法院审查

不违反社会公共利益的，出具调解书

违反公共利益的，不出具调解书

撤诉（可撤诉，不过需要在法庭辩论终结前）

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。

裁判效力（不允许再次公益诉讼，但是可以私益诉讼）

1. 公益诉讼案件的裁判发生法律效力后，其他依法具有原告资格的机关和有关组织就同一侵权行为另行提起公益诉讼的，人民法院裁定不予以受理，但法律、司法解释另有规定的除外。

2. 不影响同一侵权行为的受害人另外提起私益诉讼

【可考性】★★★★

97. 对梁某的起诉，法院的正确处理方式是：

A. 属重复诉讼，裁定不予受理

B. 不予受理，告知其向公益环保组织请求给付

C. 应予受理，但公益诉讼中已提出的诉讼请求不得再次提出

D. 应予受理，其诉讼请求不受公益诉讼影响

【答案】D

【解析】

公益诉讼不影响私益主体提起诉讼。因此 D 正确。

【考查知识点】私益诉讼与公益诉讼

【BT 预测考点】

## 公益诉讼的条件

### 1. 法律规定的原告：

- (1) 获得法定授权的机关团体，个人不能成为公益诉讼的原告。
- (2) 检察机关可以在以上法定授权的机关团体没有提起诉讼的时候，提起民事公益诉讼。
- (3) 检察院还可以支持起诉

注意：原告的追加：可在开庭前向人民法院申请参加诉讼，人民法院准许参加诉讼的，列为共同原告

### 2. 有明确的被告

### 3. 有具体的诉讼请求

4. 有社会公共利益受到损害的初步证据；不以存在实际损害为前提，可以针对那些给社会公众或不确定多数人造成潜在危害的不法行为提起民事公益诉讼

### 5. 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖

法定授权

环境保护机构：

1. 【BT预测考点】依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记
2. 【BT预测考点】专门从事环境保护公益活动连续五年以上
3. 【BT预测考点】根据社会组织章程确定的宗旨和业务范围来看的
4. 【BT预测考点】无违法记录

消费者权益保护机构：

中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会

【可考性】★★★★

甲市 L 区居民叶某购买了住所在乙市 M 区的大亿公司开发的位于丙市 N 区的商品房一套，合同中约定双方因履行合同发生争议可以向位于丙市的仲裁委员会（丙市仅有一家仲裁机构）申请仲裁。因大亿公司迟迟未按合同约定交付房屋，叶某向仲裁委员会申请仲裁。大亿公司以仲裁机构约定不明，向仲裁委员会申请确认仲裁协议无效。经审查，仲裁委员会作出了仲裁协议有效的决定。在第一次仲裁开庭时，大亿

公司声称其又向丙市中级法院请求确认仲裁协议无效，申请仲裁庭中止案件审理。在仲裁过程中仲裁庭组织调解，双方达成了调解协议，仲裁庭根据协议内容制作了裁决书。后因大亿公司不按调解协议履行义务，叶某向法院申请强制执行，而大亿公司则以调解协议内容超出仲裁请求为由，向法院申请不予执行仲裁裁决。

请回答第 98—100 题。

98. 大亿公司向丙市中级法院请求确认仲裁协议无效，对此，正确的做法是：

- A. 丙市中级法院应予受理并进行审查
- B. 丙市中级法院不予受理
- C. 仲裁庭在法院就仲裁协议效力作出裁定之前，应当中止仲裁程序
- D. 仲裁庭应继续开庭审理

【答案】BD

【解析】

《最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》第三条规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议，一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力，另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效，如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定，人民法院不予受理；如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定，人民法院应予受理，同时通知仲裁机构终止仲裁。”在确认仲裁协议效力时，一般情况下，是法院优先于仲裁委员会，一方请求法院作出裁定，另一方请求仲裁委员会作出决定，仲裁机构受理申请但尚未作出决定前，法院应予受理并同时通知仲裁机构中止仲裁。但是，当仲裁机构先于法院接受申请并已经作出决定的，法院不予受理。本案中，仲裁委员会已经作出了仲裁协议有效的约定，而大亿公司再向丙市中级法院请求确认仲裁协议无效的，中级法院应不予受理，仲裁庭应当继续审理。据此，选项 B、D 正确。

【考查知识点】仲裁协议的效力；

【BT预测考点】

## 仲裁协议效力

### 1. 效力的体现：

- (1) 当事人只能选择仲裁
- (2) 仲裁机构拥有了仲裁权
- (3) 排斥法院的司法管辖权

【注意】仲裁协议一旦无效，当事人即可向法院起诉，法院应当受理

2. 效力的特征：仲裁协议具有独立性；仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止和无效，不影响仲裁协议的效力。

### 3. 拘束力扩张：

- (1) 当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效
- (2) 当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效
- (3) 债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效

【可考性】★★★★

99. 双方当事人在仲裁过程中达成调解协议，仲裁庭正确的结案方式是：

- A. 根据调解协议制作调解书
- B. 应当依据调解协议制作裁决书
- C. 将调解协议内容记入笔录，由双方当事人签字后即发生法律效力
- D. 根据调解协议的结果制作裁决书

【答案】AD

【解析】

A、D 选项正确；《仲裁法》第五十一条第二款规定：“调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”因此仲裁庭可以根据调解协议制作调解

书。

B 选项错误；根据以上法条规定，仲裁庭有两种结案方式：1.制作调解书；2.制作裁决书。因此仲裁庭并非“应当”只能制作裁决书来结案。

C 选项错误；《仲裁法》第五十二条规定：“调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。”据此，调解书是经过双方当事人签收后发生法律效力，而非经当事人在笔录上签字发生法律效力。

#### 【考查知识点】仲裁调解

#### 【BT预测考点】

##### 仲裁和解

###### 1.形式：和解协议

###### 2.和解协议法律效果

(1) 撤回仲裁申请：达成和解协议后反悔的，当事人可以依据原仲裁协议申请仲裁

(2) 请求仲裁庭根据和解协议制作裁决书

(3) 请求仲裁庭根据和解协议制作调解书

###### 3.和解协议法律效力：无强制执行力，不能作为执行根据

##### 仲裁调解

1.仲裁庭可先行调解，当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解

2.当事人达成调解协议之后：(1) 仲裁庭应当制作调解书；或者(2) 根据调解协议制作裁决书

#### 【注意】裁决书和调解书具有同等效力

3.调解协议的生效：当事人签收

4.调解协议的法律效力：当事人不得以同一事实和理由向仲裁委员会申请仲裁，也不得向人民法院起

诉

【可考性】★★★★

100. 大亿公司以调解协议超出仲裁请求范围请求法院不予执行仲裁裁决，法院正确的做法是：

- A. 不支持，继续执行      B. 应支持，并裁定不予执行  
 C. 应告知当事人申请撤销仲裁裁决，并裁定中止执行      D. 应支持，必要时可通知仲裁庭重新仲裁

【答案】A

【解析】

《仲裁法解释》第二十八条规定，当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。另外，《民事诉讼法》第二百三十七条规定了六种不予执行仲裁裁决的情形，而调解协议不属于此六种情形之内，因此，法院应该继续执行仲裁裁决，A 选项正确。

【考查知识点】仲裁裁决的执行

【BT 预测考点】

撤销仲裁裁决

适用情形	程序事项	(1) 没有仲裁协议的 (2) 超裁：仲裁事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的 (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的
	证据严重被干预	(1) 仲裁所根据的证据是伪造的 (2) 对方当事人隐瞒了足以影响公证裁决的证据的
	仲裁员个人品行问题	仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的
	【注意】证据不足、未经质证、适用法律错误都不是申请撤销或不予执行国内仲裁裁决的事由	

不予支持不予执行仲裁裁决的情形：

1. 当事人请求不予执行仲裁调解书
2. 当事人请求不予执行根据和解协议制作的裁决书
3. 当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以同样理由提出不予执行的中止执行

一方当事人申请执行裁决，一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行

【注意】当事人在仲裁程序中没有提出对仲裁协议效力的异议，此后以仲裁协议无效为由申请撤销或不予执行，法院不予支持。

【可考性】★★★★