**北大法学院2011级民法总论期末考试成绩汇总与评析（后附原题）——葛云松**来源：[邓溥\_❤Alice的日志](http://blog.renren.com/GetEntry.do?id=803970746&owner=310600422)

**【总体说明】**

**修读本课程并取得成绩的同学，共有201位。其中，总分85分以上的同学有65位，占32.3%，60分以下的同学有15位，占7.5%。总的来说，大多数同学的表现不错，体现了对有关基本概念的比较扎实的掌握，以及运用法律知识处理具体案例的能力。**

**对于同学们在学习中的表现、作业以及期末考试的情况，我总体上感到满意，也非常骄傲。从学习效果来看，这一届同学的总体表现是非常突出的。这主要归功于同学们的努力。同学们的学习负担，也是我讲过的课程中最重的一次。当然，问题也不少。请大家对照参考答案和试卷评析，看看自己的状况如何。课程的课时量少，民法内容艰深，练习量不够，授课方法仍然不够成熟，等等，都是原因。**

**很遗憾，也有多达15位的同学不及格。我在给出不及格的成绩的时候，是非常慎重的。当然，如果这些同学对于成绩有疑问，可以按照学院规定的程序查分。显然，这些同学会感到不快，甚至可能会影响部分同学给我做教学评估时的“打分”。但是，教学不能以讨好学生为目的。考得好就是好，不好就是不好。否则，对于其他同学是一种不公平。从老师的角度，学术研究要有诚实的态度，教学和评分也要有诚实的态度。“人而无信，不知其可也”。**

**部分同学的学习效果和成绩不理想，我感到十分抱歉。大学老师不可能像中学老师那样管得紧，也不可能在平时就注意到每位同学学习中的问题并有针对性地提出要求，只能由每位同学平时自己发现问题，并且，如果需要，主动找老师来解决。很遗憾，这些不及格的同学中，可能大多数没有在office hour的时候来找过我。希望这些同学以妥当的态度对待不理想的成绩。**

**以下评析，是在茅少伟、殷秋实、严学安三位助教的协助下完成的。**

**【第一题评析】**

本题主要有关对于法律行为与非法律行为、处分行为与负担行为以及法律行为成立生效问题的辨析，涉及民法最核心的内容。整体而言，大部分同学们答题效果较为理想，尤其是对于法律行为的特征和处分行为与负担行为的区分等，都有较为妥当的理解。

回答这样的题目有三点需要注意：

第一，要细致。案情是用生活语言描述的，如何从中观察到并准确描述相关的法律行为及其性质，是一件考验眼光同时考验细心的事情。一个要点就是抓住当事人和行为时间，按部就班，步步推进，一点一点分析。例如在本题中，甲在2月15日找到乙后有一系列行为，声称、夺玉、扔钱、短信等，这些行为是什么性质，都要细致分析。

第二，要紧扣处分行为与负担行为的区分，根据两者的核心特征，考察法律行为。因此，特别是有些行为，从生活事实看是一个整体，从法律角度看却包含丰富的内容。例如本题中，乙给甲发短信提出一些要求，甲同意，这里面有订立解约协议的内容，但也有物权行为的内容（针对前面的11万元和玉器所有权），大部分同学都没有很清晰地指出这一点。

第三，对于法律行为的成立、生效，尤其是效力状况，也要作比较细致地分析，特别是对于可撤销法律行为和效力未定法律行为，要注意考察其原因。

从阅卷情况来看，有以下几个典型问题需要大家注意：

1．  法律行为的成立、生效与履行。

成立生效与履行是两个不同的阶段。例如，一个合同，只有先成立、生效了，依据合同享有债权的当事人才能要求对方履行，债务人也才有义务履行。在答题中，有些同学认为合同成立是指合同“签订成功”，生效是指“履行成功”，显然是不正确的。

2．  处分行为和负担行为的基本概念。

处分行为与负担行为是对法律行为中的财产行为的基本划分，也是最具思路启发性的划分。处分行为核心特征在于直接产生权利变动，负担行为核心特征在于仅产生当事人之间债权债务。物权行为是处分行为最重要之一种。有些同学对此认识还是不太清楚。

此外，无论是处分行为还是负担行为，都是法律行为，因此其核心仍然是意思表示，涉及多个当事人的，一般还要求意思合致。有些同学对此也理解不深。如本题中甲找到乙后，扔下11万元钱，很多同学认为是处分行为。但是，我们可以考虑一下，第一，既然是法律行为，甲的意思是什么，是抛弃么？显然不是，而是想将其所有权转移给乙。那么，以转让给所有权为内容的处分行为，是一个单方行为还是双方行为（物权合同）？是后者。因此，还需要乙的意思表示一致，这个法律行为才能够成立。那乙表示同意了么？没有。因此，这个法律行为（处分行为）并未成立。

3．  欺诈问题。

无论是欺诈还是胁迫，作为法律行为相关的制度，其针对的都是法律行为中的意思表示。准确地说，并不存在“欺诈”制度或者“胁迫”制度，而是受欺诈而为的意思表示的效力问题，以及受胁迫而为的意思表示的效力问题。

在本题中，甲找到乙，说要照相留念，然后把玉器抢走了。这当然是生活中的欺骗，乙受了骗。但是，乙受骗的结果是把玉器拿出来。乙并没有因为受骗而做出任何意思表示（乙并没有因为受欺骗而同意转让玉器所有权）。所以，这里并不发生欺诈问题。

4. 胁迫。

胁迫也是有关法律行为中的意思表示的制度。我们学习胁迫制度时，讲了手段不法、目的不法或手段与目的牵连不法的，简而言之，要求胁迫具有不法性。

在本题中，乙后来发短信给甲说，如果不接受其条件，就去打官司。很多同学认为，这是胁迫。但是，这真的是胁迫么？有些同学分析得就很好，他们认为乙的目的（和解）没有不法，手段（打官司）也无不法，开出的条件也很合理；同时，非常重要的是，他们分析说，甲答应条件并非由于是害怕乙去起诉，而是认为这样仍然有利可图。换言之，乙的行为并没有给甲造成压迫性的结果，使其产生恐惧因而为意思表示。

在谈判中威胁提起诉讼，是极为常见的现象。协商不成可能起诉，即便在谈判时没有明说，显然也是当事人的正当权利。那些认为此情节使得威胁行为构成不法的同学，显然欠缺对生活的领悟。如果这也构成胁迫，日常的谈判还怎么进行呢？

5. 可撤销与效力未定。

很多同学混淆了可撤销法律行为与效力未定法律行为。上课的时候我说过：法律行为的效力状况有四种：有效、无效、可撤销、效力未定。后两者最终要成为有效或者无效。不少同学在分析构成欺诈或者胁迫后，都认为这种行为是效力未定。从概念上来说，这是不扎实的。

纯粹从文字含义来说，这种理解似有其合理的一面，即可撤销法律行为可能由于撤销权人行使撤销权而丧失效力，从这个角度讲，可撤销法律行为的效力确实也不那么笃定。但是，这是一个生活语言化的理解。在民法里，可撤销法律行为和效力未定法律行为都有特别的含义。可撤销法律行为在被撤销之前，是确定生效的，只是由于欺诈、胁迫等因素而具有瑕疵，可能在一定期间内被撤销；效力未定法律行为则是欠缺生效要件，主要是当事人没有相应的权利能力或欠缺代理权，因此，在被追认之前，该法律行为并未生效。从这个角度看，两者的区分还是比较清晰的。

6. 有关案情本身的一个问题。

本案中，甲抢夺已经属于乙的玉器，可能构成犯罪行为。这一情节可能影响甲、丙之间负担行为和处分行为的效力。大部分同学忽略了这一点——从考题设置来说，这是一种合理的忽略，因为这确实不是本题考查的重点。也有少数同学注意到了这一点，认为甲丙之间合同无效，因此影响了最后的结论。两种结果我们都予以认可，不影响分数。

**【第二题评析】**

本题是整份试卷中相对最简单、也是同学们得分最高的一题，考查的理论主要是显失公平和诉讼时效。就显失公平而言，主要结合《民法通则》和《民通意见》的相关规定，从其构成要件入手进行判定；就诉讼时效而言，主要是抓住诉讼时效期间（注意有没有适用特殊诉讼时效的情形）的确定以及诉讼时效期间的起算（同时也要注意“期间”的计算）。

1．就第一问来看，大部分同学都能结合显失公平的构成要件，从主观和客观两方面对案情做出正确的分析。

本题中，最重要的是要搞清题目中出现的三个价位（100RMB、2000RMB、1500RMB）的关系。部分同学从此手机价值仅为100元出发，最后以1500元卖出，认为两相对比足以构成“双方权利与义务明显违反公平、等价有偿原则”，因而做出了“显失公平”的结论。

我在第二次计分作业中，分析违反《饲料和饲料添加剂管理条例》第13条时提及，合同标的违法，是指“约定”的给付，而非实际发生的给付。“也就是说，假如合同债务人完全适当地履行了其债务，该行为构成违法，这才是第52条第5项意义上的违法。约定的债务违法、而后实际发生的给付不违法，合同仍然是无效的。比如甲、乙订立合同买卖手枪，可是甲实际交付的却是木制的玩具枪。此合同仍然因为违反刑法而无效。同样，约定的债务合法、而后实际发生的给付违法，合同仍然是有效的。例如，甲、乙订立合同买卖木制的玩具枪，而后甲实际交付的却是真的手枪。这个合同仍然有效，甲的行为构成违约，应当承担违约责任而已。”

显失公平的合同，是指合同所约定的双方的债务显失平衡。因此，需要探究甲的债务是什么、甲的这个债务的价值（对乙的价值）是多少。按照约定，甲的债务是给一部新手机，甲的债务的价值是2000元。乙的债务的价值是1500元。所以，这个合同并没有给乙带来不公平。

当然，甲的行为构成欺诈。大部分同学都注意到了“欺诈”的问题，并指出乙可以以“欺诈”为由而撤销合同，这是正确的。

但在“欺诈”问题上，也有不少同学陷入了一个误区，其代表性观点为“乙因受欺诈而使得合同显示公平，故可撤销合同”。此种观点将“欺诈”视为“显失公平”的“因”，甚至当成了其构成要件。从法律条文以及讲义可以看出，欺诈和显失公平是两种并列的法律行为可撤销事由。这种理解，一方面是概念不扎实。因为欺诈的构成要件中并不考虑公平与否。另一方面是思维混乱。我说过，每种影响法律行为效力的事由，都是一种“病”。这些同学的逻辑就如同：医学上，癌症和肺炎都能致人死亡。**一个因病死亡的人，他的症状符合肺炎的特征，因此他是患癌症去世的。**你听说过这样讲话的吗？

2．关于第二问，重点是诉讼时效期间的确定和起算，同时要留意细节问题。在诉讼时效期间的确定上，大部分同学都判定此案由于是物品交易情形，故应当适用《民法通则》第136条第二款的特殊诉讼时效规定；也有同学对该款规定中的“质量不合格”进行解释，认为本案中的“旧手机”不属于“质量不合格”的范畴，因而排除此款的适用。由于立法不甚明了，也缺乏明确的司法解释，故在判卷的过程中，我们对适用两年普通诉讼时效和一年特殊诉讼时效这两种结论都予以认可。但在解释上，考虑到诉讼时效期间太短，故应作限缩解释，限定为商品经营者出售商品的行为，故本案不适用136条第二款之特殊规定。

关于起算点，依据“诉讼时效期间自知道或应当知道权利被侵害之日起”，不难确定为2011年6月1日。细心的同学注意到，在期间的具体计算上，“开始的当天不算入，从下一天开始计算”，故实际起算时间为2011年6月2日（在表述上，可以是2011年6月2日0时）。由于系两年诉讼时效，故应当到2013年6月1日24点（即2013年6月2日0点）届满。在此，还有一些同学很“敏锐”地想到了截止日是否为星期日或者是其他法定休假日的问题，有兴趣的同学不妨结合此点作进一步思考计算（判卷时不做要求）。

另外，由于这里系针对“主张违约责任的权利”，故对“撤销权”的行使期间问题不予考虑。这也是同学们审题时要注意的一个细节，切莫“张冠李戴”。

**【第三题评析】**

本题目主要的理论点是代理，包括职务代理、代理人、代理的效力等问题。本题目大多数同学回答不错。主要表现在能够综合运用法人和代理的知识点作答，体现了对代理制度较好的把握和理解。

答题时，如第一题评析所指出的。有部分同学在答题中使用的语言过于口语化、生活化。应当注意使用法言法语，以及使用构成要件——法律效果的分析方法。而不要简单罗列事实后就得出如“A无代理权”这样模糊的结论。此外还要注意概念的清晰。有同学在本题的作答中，对A与丙公司签订的合同的效力，同时做出了有效、无效和可撤销的判断，这种判断显示对法律行为效力的掌握有待加强。另外，还有同学在答题过程中混淆了效力未定合同与可变更可撤销合同。效力未定合同和可撤销合同各有其特定的构成要件和法律效果，在答题中应避免混用。这点第一题评析已经指出，在此不赘。

本题的关键点，如同法院审理中提出的观点，分为两部分，即保证合同效力的判断和赔偿责任的问题。主要理论点在于A经理行为的性质和效力的判断，这是回答责任问题的基础。具体思路可参见答案。同学们在回答中出现了一些有共性的问题，简要列举如下：

1.代理人与被代理人的判断问题

在本题的回答中，大多数同学能够正确判断甲公司、北京分公司和A之间的关系。由于北京分公司是分支机构，其虽然可以成为诉讼主体，但其并非具有民事权利能力，可以享有实体权利、承担实体义务的民事主体。而无论代理人还是被代理人，其都应该是“人”，是一个独立主体。北京分公司虽有公司之名，但在此时并不具有实际意义。因此，不少同学回答的A是北京分公司的代理人，或者北京分公司是甲公司的代理人，均属认识不清。分公司并不是一个“人”，怎样成为别人的代理人？

本题中，A作为经理，实际上是甲公司的代理人。如果在开头没有明确A和甲公司之间的关系，其后的思路就很有可能出差错。如有同学认为分公司是代理人，其属于无权代理，应承担责任，但又依此得出分公司责任应由总公司承担，因此应由甲公司承担责任的结论，就属于这种情况。

分支机构的法律地位，上课时曾经明确提及并作分析。答题不理想的同学，要好好反思一下。

2.表见代理的判断问题

问题之一是，在本题中，在无权代理之后，应分析其是否可能构成表见代理。部分同学的问题在于思路不够清晰，忽略了表见代理问题，径直得出了结论，或去分析其他方面。

问题之二是，对表见代理构成要件的判断有问题。有不少同学或详或略的论证，由于这里丙公司是善意的，存在合理信赖，为了保护丙的利益，应该认为此时A构成表见代理。实际上，表见代理的构成要件中需要相对人无过失。在本案中，《担保法》第10条明确规定企业法人分支机构原则上不能提供保证。因此，丙公司没有理由认为A有代理权。丙公司也没有审查甲公司北京分公司的有关资格问题。所以，丙此时很难认为是没有过失的，因此，表见代理并不构成。请同学们分析时候严格按照构成要件来分析，而不要凭感觉或印象答题。

3.经营范围

有部分同学回答时引用了合同法司法解释（一）第10条和/或合同法第50条的规定。认为公司超越经营范围，或者法定代表人、负责人超越权限订立的合同，只要第三人善意，可以有效。

就经营范围问题，一方面，本题和经营范围关系不大；另一方面，不管有没有超出经营范围，都要判断A的代理行为的效力，不可回避问题。

就法定代表人、负责人超越权限的问题，实际上回到了无权代理/表见代理的分析框架。A并非甲公司的法定代表人。分公司不是法人，也不存在法定代表人问题。引用法条分析问题时，应该注意有针对性的展开分析，注意法条的构成要件。

4.关于《合同法》第52条第5项的适用

很多同学在回答时以《合同法》第52条第5项为基础，分析《担保法》第10条的规定是效力性强制性规定还是管理性强制性规定。进而认为是效力性规定，因而合同无效。

这个分析是完全错误的。

52条第5项是法律行为无效的事由之一。法律行为还有其他的无效或者可撤销事由，而关于这些事由的规定，都是强制性的。例如，一个受欺诈而订立的合同（可撤销），是不是应当再以52条第5项为由，使其无效？一个无权处分的物权行为，是不是也因为第52条第5项而成为无效？

第52条第5项的规定，带有“引致规定”的性质，因此，需要解释哪些规范可以被“引致”进来。这主要是指公法规范，当然也包括部分的私法规范。但是特别需要注意的是，既然第52条第5项是影响法律行为效力的事由之一，其他影响效力的法定事由必然被排除在外。否则，影响法律行为效力的事由就变成唯一的一个。法律行为制度上显然不能做这种解释。

无权代理是影响法律行为效力的事由之一，因此，有关无权代理的规范，不属于第52条第5项所称“强制性规定”的范围，进而，根本无须分析它是效力规定还是管理规定。

《担保法》第10条是关于企业法人分支机构（实质是它的工作人员）的代理权的规定。这一规定是强制性的（当事人不能排除其适用）。但是，违反该条规定，只构成无权代理，因此应适用《合同法》第48或者49条的规定。

还有部分同学，一方面讨论了无权代理认为，认为依照《合同法》第48条合同效力未定，又分析了第52条第5项，认为《担保法》第10条不是效力性强制规定，合同有效。然后，总括地认为合同有效。这里的思维也是非常混乱的。我上课的时候强调过，法律行为有多种影响其效力的事由，就如同一个人，可能患有各种致命性的疾病。一个人要想好好活着，必须不患有任何致命性的疾病。所以，体检的时候才需要一样一样地检查。就算A违反《担保法》第10条的行为导致《合同法》第52条第5项上的问题，但是认为它只是管理规定，这也只是得出合同并不因此而无效的结论，而非得出合同因此就有效（即便存在其他无效事由）的结论。就好像：一个人疑似有肝癌和艾滋病，经诊断，确诊了艾滋病，但排除了肝癌，于是，医生得出结论：既然这个人没有肝癌，他的艾滋病也就不用考虑了，可以放心地健康长寿了。你会不会想揍这个医生？

5.无权代理的效果判断

这是一个小问题。无权代理的情况下，如果本人拒绝，则合同确定无效。在本题中，很多同学依据两点认为代理无效。一是甲公司明令禁止分公司经理提供担保，所以甲公司肯定不会追认A的行为；二是甲公司分公司拒绝丙公司的请求。这两点都不够充分，关于第一点只是对代理权的限制，不能将其等同于无权代理的拒绝（它发生在无权代理行为发生之后），否则无权代理的规定就没有意义了。关于第二点，由于被代理人是甲公司，因此只有甲公司或者有相应权限的代理人可拒绝，但是分公司并不符合以上两点之任何一点。这个问题不大，意在提醒同学在分析的时候应该细致一些。

6.雇主责任、缔约过失

很多同学在回答时候提到了由于无权代理确定无效应由A承担赔偿责任，但是甲公司应为其负雇主责任。或者分析认为甲公司应该承担缔约过失责任。

在现阶段，由于这两部分问题现阶段尚未学习，分析不足也在所难免。雇主责任主要是侵权法讨论的问题，在本案中，A承担的无权代理的责任，一般认为是缔约过失责任，通说认为缔约过失是一种法定责任，不同于合同责任和侵权责任，此时甲公司不必为其负责。如果A还有其他情况，构成侵权行为，也仍旧要判断A的行为是否是职务行为。

附录：

**2011—2012学年第一学期**

**北京大学法学院期末考试试卷**

考试科目：民法总论                任课教师：葛云松

考试方式：开卷考试                课程性质：必修

**答题要求：**

1、将答案写在答题纸上，写在试卷上无效，答题纸正面不够可以用背面。

2、试卷已装订妥当，不得拆开，否则视为作弊。

3、考试结束，请将本试卷与答题纸一并上交，否则没有成绩。

**试题：（满分70分）**

**说明：（1）如果你认为题中所给定的事实不充分，不足以回答所提出的问题，请分别设想出各种可能的事实状况，并据以分别回答问题。（2）除非特别说明，必须依据法条或者《讲义》、教材或者其他著作的内容作为理由。（3）援引法条时，可以只写条文序号（“第××条”），条文内容以省略号替代，不必抄写条文内容（以节约时间），除非分析上确有必要。（4）如果你的观点源于特定文献（包括教材），除非行文上有必要，可以不必抄写，注明出处即可。**

1．（本题25分）甲有一块祖传的玉器，在参加中央电视台的“寻宝”节目时，被现场的文物专家鉴定为价值约为10万元。看到节目后，乙联系上了甲，有意购买。2011年2月1日，经协商，双方同意以11万元成交。2月5日，双方当面付款、交付。

2月10日，丙联系到甲，表示愿意以15万元购买。甲十分心动，但是告知其已经卖出。丙给甲出了一个主意。按照丙的建议，甲于2月15日找到乙，声称想再看看这块玉器，拍一个照片留念。当乙把玉器拿出来之后，甲抓过玉器夺门而逃，并扔下11万元现金，乙追赶不及。甲向乙发短信表示取消合同、退还价款，并表达歉意。

2月16日，甲、丙见面，甲将玉器交给丙，丙支付了15万元。

乙多次联系甲，甲均不理睬。2月17日，无奈之下，乙给甲发短信：如果甲愿意赔偿2万元，此事可以了结，否则要到法院去打官司。甲回短信表示同意。2月18日，甲将2万元送到乙的家里，乙接受。

**请分析本案中所涉及的所有法律行为及其效力，并说明玉器所有权的最终归属。**

注：本案分析可以不必援引法条。

2．（本题15分）甲将一部价值仅为100元的旧手机，换了一个新的外壳，样子与新手机无异。甲向乙声称：这是一款刚买的新手机（市价2000元），因为不再需要它，愿意以1500元的价格出售。乙信以为真。于是双方于2011年5月1日订立了合同。5月2日，双方当面付款、交付手机。乙使用中，手机性能尚好，但6月1日无意中发现了上述事实。

**请分析：（1）乙是否可以主张该合同显失公平并撤销该合同？（2）乙对甲主张违约责任的权利的诉讼时效期间何时届满？**

3．（本题30分）甲公司是一个在上海登记的有限责任公司。公司章程规定：公司的分支机构（分公司）不得对外提供担保。甲公司在北京开设了一个分公司，经当地工商行政管理部门登记，取得了《营业执照》。甲公司任命A为北京分公司经理，全面负责其日常事务。甲公司多次明确告知各分公司经理，不得对外提供担保。

乙公司要向丙公司购买货物，丙公司要求先付款、后交货，但是乙公司缺乏相应的资金。经协商，丙公司同意，如果乙公司找到合适的公司提供保证，可以先交货、后付款。因为乙公司的法定代表人B与A相熟，A同意提供保证担保。

于是，乙、丙公司订立了买卖合同。同时，A以甲公司北京分公司的名义与丙公司（由法定代表人C签字）订立了“保证合同”，约定：如果乙公司不能按照约定在交货后的2个月内支付200万元货款，甲公司北京分公司愿意向丙公司承担保证责任。订约之前，丙公司没有审查甲公司北京分公司的有关资格问题。

丙公司交货后，乙公司在2个月内未支付货款，并很快被宣告破产，丙公司的货款仅收回20万元。丙公司要求甲公司北京分公司承担保证责任。遭到拒绝后，丙公司向法院起诉。

法院审理中，有一种观点认为：根据《担保法》第10条的规定，甲公司北京分公司未经法人书面授权提供保证，保证合同无效；但是，甲公司北京分公司应当对债权人丙公司承担赔偿责任。

**请根据有关法律规定和理论，分析甲公司（或者其北京分公司）与丙公司之间的法律关系，以及相关的赔偿责任问题。其中，应当对法院审理中提出的上述观点做出评论。**

说明：分析时所依据的法律，以本学期曾经涉及的法条为限（《民法通则》、《合同法》），并参考下面所附法条。请勿涉及其他规定。

**参考法条：**

《担保法》第10条：“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。/企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。”

《担保法》第6条：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”

《公司法》第14条：“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。”

《民事诉讼法》第49条第1款：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第40条：“民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：……　（5）法人依法设立并领取营业执照的分支机构。”

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第78条第1款：“被执行人为企业法人的分支机构不能清偿债务时，可以裁定企业法人为被执行人。企业法人直接经营管理的财产仍不能清偿债务的，人民法院可以裁定执行该企业法人其他分支机构的财产。”

**【第一题】**

（1）2011年2月1日，甲、乙订立买卖合同。其性质是债权行为，有效。

（2）2011年2月5日，甲将玉器交付给乙，双方并且有让与合意，双方之间成立一个以让与所有权为内容的处分行为，有效。玉器所有权移转至乙。

同日，乙对甲有转让价款的行为。题目中没有具体说明付款方式，这里暂时假定为支付现金。就每一张纸币，双方发生一个以让与所有权为内容的处分行为。数目不详。处分行为有效。

（3）2月10日，丙与甲达成买卖合同，是一个债权行为。由于题意不够明确，合理想象当时的情境及当事人的意思，亦可能是2月10日仅为初步磋商，2月16日正式成立合同（甚至，也可能，2月10日达成一个附条件的合同）。债权行为为有效。

注意：这里是一个过分简化的分析。尽管丙诱使甲去抢夺乙之玉器这个情节不太可能作为条款写入合同中，但仍然会影响该合同的效力。考虑到甲抢夺乙的玉器的行为的性质，该合同可能因为违反强制性法律（甲为抢夺，违反刑法，可能构成抢夺罪，因此该玉器为赃物，甲乙均明知）或违反公序良俗（丙唆使甲为抢夺，双方均明知）而无效。

（4）2月15日，甲抢走玉器，并扔下11万元现金逃跑。结合甲的短信，可以认为，甲有解除合同的意思，并有取得玉器所有权的意思，以及转让11万现金所有权的意思。但是，这三个法律行为（其性质均为处分行为）的成立均以意思表示一致（合意）为要件。甲的行为，仅仅是发出了三个要约，而乙并未表示同意，因此双方之间没有成立任何法律行为。

（5）2月16日，甲将玉器交给丙，是一个处分行为，双方有让与合意并交付，但甲并没有处分权，因此该处分行为效力未定，丙没有取得玉器的所有权。

同日，丙支付15万元给甲，是转让价款的处分行为。题目中没有具体说明付款方式，这里暂时假定为支付现金。就每一张纸币，双方发生一个以让与所有权为内容的处分行为。数目不详。就该处分行为的生效要件而言，丙有处分权，而且双方之间的买卖合同有效。因此，该处分行为有效。甲取得15万元现金的所有权。

（6）2月17日，乙给甲发短信表示如甲愿意赔偿2万元就了结此事。解释其意思，乙的短信包含四项意思，第一是订立解除合同之协议的意思（如果甲愿意赔偿2万元，则买卖合同解除），第二是转让玉器所有权的意思，第三是获得11万现金所有权的意思。应当认为，这里构成了三个要约。甲回短信表示同意，构成了对这三个要约的三个承诺。

第一，双方达成了解约协议，根据该协议，甲负有返还11万元价款并赔偿2万元的义务，乙负有返还玉器所有权的义务。（注：解约协议的性质，在理论上可能比较复杂。在此不作详论。）

第二，就玉器的所有权，双方就此达成一个让与所有权的合意。并且，由于之前甲已获得占有，处分行为生效。玉器的所有权溯及至2月10日移转于甲。

第三，就11万元现金的所有权，双方就此达成一个让与所有权的合意。并且，由于之前乙已经取得占有，处分行为生效。现金所有权溯及至2月10日转移于乙。

（7）由于甲溯及至2月10日取得玉器的所有权，因此，就甲、丙之间2月16日的让与玉器所有权的处分行为而言，甲溯及地取得了处分权。该处分行为溯及至此时生效，丙取得玉器所有权。但是双方并未发生新的处分行为。

（8）2月18日，甲将2万元送到乙的家里，是履行解约协议的行为。甲有转让2万元价款所有权的意思，乙接受，双方达成让与合意，并完成交付。双方成立了处分行为，并生效。

**【第二题】**

（1）乙不可以主张该合同显失公平并撤销该合同。

《民通意见》第72条规定，“一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。”因此，判断是否构成显失公平，从其客观要件来看，要考察的是因法律行为而发生的双方的权利义务之间是否公平。根据双方的买卖合同，甲所负担的合同义务，是出售一部新手机，其价值是2000元。因此，甲所负担的债务的价值是2000元。乙所负担的义务是1500元，并且，这是甲明确愿意的情形下给乙的“恩惠”。因此，双方的债权债务并未不公平。（甲所出售的手机实际上是一部旧手机，这只是甲对标的物的质量作出了虚假陈述，构成欺诈，乙可以以此为由主张撤销合同；并且，乙可以主张甲所交付的标的物不符合约定，构成违约，从而要求甲承担违约责任。）

（2）首先，本案中，出卖人系将“旧手机”谎称为“新手机”而转让给乙，故因标的物的瑕疵而构成违约。

在诉讼时效期间的确定上，虽然《民法通则》第136条第2项规定，“出售质量不合格的商品未声明”的，诉讼时效期间为1年。但是解释该规定，其表述为“出售……商品”，考虑到该诉讼时效期间太短，应当做限缩解释，限定为商品经营者出售商品的行为，因此本案不适用。因此，应当适用《民法通则》第135条规定的2年时效期间。

其次，根据《民法通则》第137条的规定，诉讼时效期间从知道或者当事人应当知道权利被侵害时起计算。本案中乙系于2011年6月1日发现了甲卖给自己的手机乃为旧手机。由于手机功能尚好，一般人显然不会拆开手机来检查，也就是，乙没有理由在6月1日之前发现手机的问题。因此，诉讼时效期间从6月1日起算。

《民法通则》第154条第2款规定：“……规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。”因此，本案的诉讼时效期间，6月1日不算入，从6月2日开始计算。因此，2年期间，应当到2013年6月1日24点届满。

**【第三题】**

1．《民法通则》第63条第2款规定：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。”解释上，代理行为的生效要件包括：（1）有本人存在；（2）代理行为具有容许性；（3）代理人有代理权；（4）代理人以本人名义为代理行为；（5）代理人有民事行为能力；（6）代理人所代理进行的法律行为，符合其原本应具备的生效要件。

A以甲公司北京分公司的名义和丙公司之间签订了一份保证合同。其中，第3个要件，也就是A是否有代理权，需要特别讨论。

由《公司法》第14条规定可知，公司的分支机构不是独立的法律主体。所以，从实质上看，以法人分支机构名义订立的合同，就是以法人的名义订立合同。企业法人分支机构的性质问题的具体讨论，参见魏振瀛、楼建波：《企业法人分支机构若干法律问题的探讨》。

《担保法》第10条规定，企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人；企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。根据企业法人分支机构的性质，该条实质上规定的是企业法人分支机构的工作人员的代理权问题。也就是，原则上，分支机构的工作人员（包括负责人）均不享有与他人订立保证合同的代理权，除非获得法人的书面授权。

需要注意的是，该条表面上规定的是“企业法人的分支机构”的代理权问题，但是分支机构并非独立的民事主体，不能独立地享有任何权利，包括不能取得代理权。必须在理解分支机构的性质基础上，才能理解该条的含义。

本案中，甲公司的北京分公司没有获得法人的书面授权，因此，A没有与丙公司订立保证合同的代理权。A的行为构成无权代理。无权代理的法律行为的效力，须根据《合同法》第48、49条判断。

2．《合同法》第49条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”可知，表见代理的构成要件是：（1）代理人无代理权；（2）本人的行为使相对人有理由相信无权代理人有代理权；（3）相对人善意无过失。

本案中，由于法律明确规定，除非有明确授权，否则分支机构不能对外提供保证。丙公司没有审查甲公司和北京分公司有关资格的问题，是有过失的。甲公司也没有任何可以让丙公司相信A有代理权的行为。因此，《合同法》第49条的要件不满足，A的行为不构成表见代理，而构成《合同法》第48条规定的狭义无权代理。

《合同法》第48条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。……”本案的保证合同，满足该条规定的要件。根据该条，合同的效力是效力未定。如果本人（甲公司）追认合同，则合同有效；如果本人（甲公司）拒绝、或者善意相对人（丙公司）撤销合同，则合同不生效力。如此，则法院认为甲公司北京分公司未经法人书面授权提供保证，合同无效的观点是错误的。

3．在狭义无权代理的情况下的合同效力以及赔偿责任。

《合同法》第48条第1句规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”

本案中，如果甲公司追认，则保证合同有效，合同双方当事人是甲公司北京分公司和丙公司，甲公司北京分公司承担保证责任。如果甲公司北京分公司的财产不足以清偿债务，根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第78条第1款的规定，法院可以直接执行甲公司的其他财产。

如果甲公司拒绝追认，或者经丙公司催告后甲公司未作表示，根据《合同法》第48条，合同成为确定无效。根据《合同法》第48条第1句的规定，“由行为人承担责任”，也就是，由无权代理人承担责任。就同一问题，《民法通则》第66条第1款第2句规定：“……未经追认的行为，由行为人承担民事责任。”解释上，无权代理人对相对人承担的是赔偿责任，但是相对人知道其无代理权的除外（恶意相对人不享有赔偿请求权）。如果无权代理人知道或者应当知道其无代理权，应赔偿履行利益。如果无权代理人不知道（且没有理由知道）其欠缺代理权，应赔偿信赖利益。本案中，A应当赔偿丙公司的损失。由于丙公司应当知道A没有代理权，因此A应当赔偿丙公司的信赖利益。

基于以上分析，那种认为甲公司北京分公司应当赔偿丙公司损失的观点，并无法律依据。

注意：我们本学期并未具体涉及缔约过失责任问题。缔约过失责任的一种类型是合同无效后的赔偿责任。《合同法》第58条规定：“合同无效或者被撤销后……有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”其他立法、最高法院的各种司法解释，以及司法实务中，常常在判定合同无效后，非常简单化地认定缔约一方的过错并判决其承担赔偿责任。

狭义无权代理并最终导致合同无效的情形下，的确发生缔约过失责任问题。《合同法》48条所规定的无权代理人（行为人）的责任，就是这种性质。

但是，就企业法人分支机构提供保证的问题，法律还有特别的规定。**《担保法》第29条**规定：“企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效，债权人和企业法人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任；债权人无过错的，由企业法人承担民事责任。”**《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》**第17条规定：“企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。”（**《担保法》第5条第2款**规定：“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”）根据上述规定，似乎只要企业法人分支机构未经书面授权而提供保证，就一律认定为企业法人分支机构有过错。通常要赔偿债权人的全部损失（这样，其实际效果与保证合同有效并无差别）。在债权人也有过错的情况下，保证人的责任不超过二分之一。（注：《担保法司法解释》第7条规定：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”）

从理论上来说，《担保法》第29条以及最高法院的司法解释，与《民法通则》以及《合同法》第48条（以及《民法通则》第66条第1款第2句）的规定有冲突。对于《合同法》第48条，各种教科书上的解释也非常清楚。但是，《担保法》的立法者以及最高法院从来没有意识到企业法人分支机构未经授权而订立保证合同的行为，就是一种无权代理行为，因此《合同法》第48条适用于此。当然，从有关研究来看，学者们对此的认识也非常不足。其根本原因，是没有认识到以“企业法人分支机构”的名义订立的合同之所以发生法律效果，是代理制度适用的结果。

在代理人订立合同的情况下，如果是因为无权代理而最终导致合同无效，本人对于这种无效原因（无权代理）的“过错”，唯一可能的体现是，其行为使相对人误以为代理人有代理权。但是，这在很多情况下已经构成表见代理（《合同法》第49条），合同有效，因此不发生缔约过失责任问题。如果其行为不足以使得相对人相信代理人有代理权，或者相对人根本是恶意，那么相对人就更无值得保护的地方。

从实质的角度分析，如果企业法人要承担赔偿责任，其实际效果与承担保证责任并无区别。这种立法或者法律解释，无非是鼓励无权代理人在缺乏授权的情况下提供保证。即使只承担1/2的赔偿责任，也有鼓励的效果。对于商人（比如本案中的丙公司）来说，他并不关心自己最终拿到钱的具体法律依据，只要拿到钱就好了，不管法律人把它叫做保证责任还是保证责任无效后的赔偿责任。

出这个题目，是考察同学们对于课堂上反复强调的代理以及企业法人分支机构的性质的理解，并且，理解民法制度的体系性。什么是体系性？就好像人的身体，构成一个统一的整体。不能认识这一点，就会带来立法（或者解释）之间的冲突。考试时没有提供《担保法》第29条以及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第17条的内容，是为了减轻考试难度，避免这些以法律规定面目出现的内容妨碍大家对基本概念的理解。

当然，狭义无权代理导致合同无效时，本人有另外一种向相对人承担赔偿责任的可能性。那就是侵权法上的雇主责任。像本案之中，A是甲公司的工作人员，并且是在执行工作任务过程中与丙公司订立合同。《侵权责任法》第34条第1款可能适用。但是，该款的构成要件，首先是用人单位的工作人员本身的行为构成侵权行为，进而才根据该款由用人单位承担责任。那么，A的行为是否构成侵权行为？我们下学期的债权法中将会学习到，丙公司所受损失是“纯粹经济损失”，而A的行为很难认为构成侵权行为，进而，甲公司也不应对此承担赔偿责任。