

民法思维

方志平 © 编著

教学版

一方主张权利

民事法律关系破案法为框架

对方提出抗辩

民事法律关系破案法

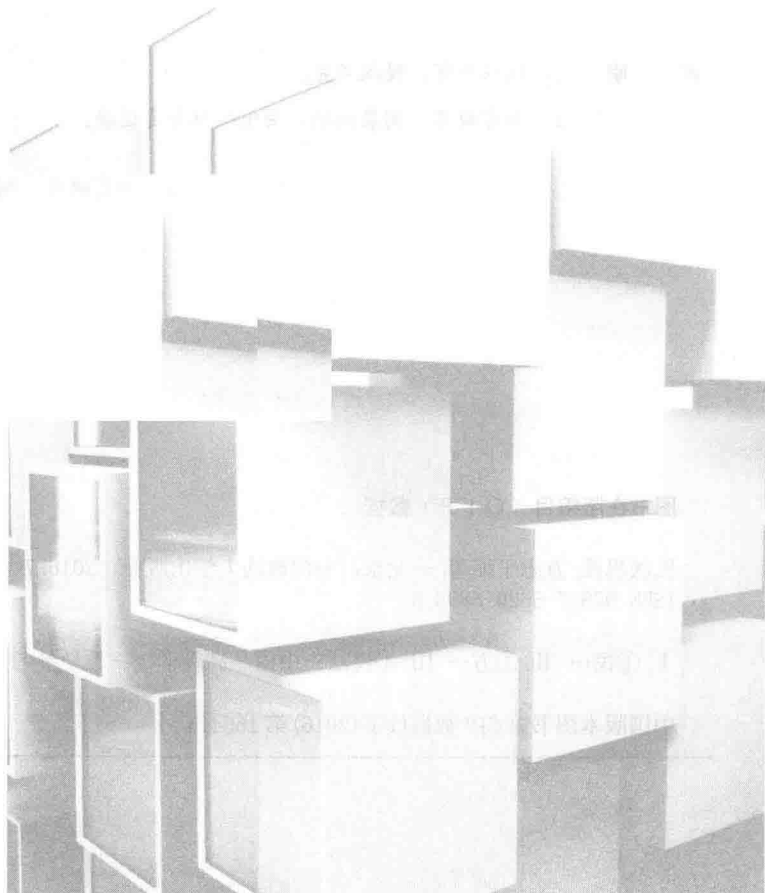
请求权基础破案法

万能大厦



中国政法大学出版社

请求权基础破案法为工具



民法思维

方志平 ◎ 编著

教学版



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民法思维/方志平编著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 7
ISBN 978-7-5620-6893-8

I. ①民… II. ①方… III. ①民法—中国—高等学校—教学参考资料 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 166414 号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京华正印刷有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 28.5
字 数 600 千字
版 次 2016 年 7 月第 1 版
印 次 2016 年 7 月第 1 次印刷
定 价 58.00 元

自序

写作《民法思维》，准确地讲是司法考试中的《民法思维》一书，起源于两点：第一，受考试试题类型中实例题的启发。如果能有效地运用实例题，将之串联或者穿插到民法教材中，就足可启发读者的民法思维。因为司法考试或者将来的法律职业资格考试中的试题，相比较而言，是目前中国最为考究、最经得起推敲、最能够反映法学研究和司法实务的测试题型。将考试中的实例题切入民法教材中，既可以使得民法教材生动活泼一些，又能够以知识点带动实例，以实例印证知识点。读者来回穿插于知识和例题之间本身就是一种民法思维。第二，鉴于提炼和萃取民法知识的考量。民法体系庞杂，内容丰富，需要有所取舍、有所压缩。为使民法知识更加精炼，故提炼民法的重要知识和规则，由她们串联和构建民法大厦。

《民法思维》的读者需要具有一定的民法背景知识，这种背景知识的积累可以通过以下三种渠道完成：法学专业；非法学专业但曾参加过司法考试；非法学专业未曾参加司法考试但是已经将民法知识学习过一遍。与此同时，《民法思维》也有配套音频，读者可以将书面文字与口语讲授这两个方面的内容结合起来学习，一步一个脚印，通过例题验证知识，日积月累，定当有所精进。

民法测试，测试的是民法思维；民法思维，仰仗测试进行培养。高质量的民法测试，其桂冠落于“司考真题”当无疑义。如您能将民法真题进行拆解，自由组合，然后弄明白、摸透彻，您的民法思维定已悄然形成！

成稿仓促，学海无涯，错漏之处请不吝指点，路径如下：

新浪微博@民法方志平；微信订阅号 minfangzhiping；个人微信号：minfangzhiping

方志平

2016年7月7日

目 录

导 论	1
第一编 民法总则	21
第一章 民事法律关系	21
第二章 自然人	26
第一节 能力制度(宣告+监护)	26
第二节 个人合伙	30
第三章 法 人	32
第四章 法律行为	37
第一节 法律事实	37
第二节 意思表示	38
第三节 附条件、附期限法律行为	40
第五章 代 理	42
第六章 诉讼时效和除斥期间	53
第二编 人身权法	65
第七章 人身权	65
第一节 人格权	65
第二节 精神损害赔偿	72
第三编 民法物权	76
第八章 物权概述	76
第一节 物	76

第二节	物 权	79
第三节	物权的变动	83
第四节	物权的保护	98
第五节	占 有	103
第九章	所有权	110
第一节	业主的建筑物区分所有权	110
第二节	相邻关系	112
第三节	所有权的特别取得方法	113
第十章	共 有	123
第十一章	用益物权	129
第一节	土地承包经营权	129
第二节	地役权	130
第十二章	担保物权	133
第一节	担保物权通论	133
第二节	抵押权	140
第三节	质 权	147
第四节	留置权	151
第四编	债法总则	156
第十三章	债的概述	156
第一节	债的概念和要素	156
第二节	债的发生	159
第三节	债的分类	166
第十四章	债的履行	171
第一节	债的履行原则	171
第二节	债的履行规则	171
第三节	涉及履行的抗辩及抗辩权	172
第十五章	债的保全和担保	180
第一节	债的保全	180
第二节	债权人代位权	181
第三节	债权人撤销权	186
第四节	保 证	192
第五节	定 金	208
第十六章	债的移转和消灭	211
第一节	债的移转	211

第二节	债权让与	211
第三节	债务承担	215
第四节	债的消灭	218
第五编	民法合同	223
第十七章	合同的订立、效力、内容和解释	223
第一节	合同的订立	223
第二节	合同的效力	227
第三节	合同的解释	252
第十八章	合同的变更和解除	256
第一节	合同的变更	256
第二节	合同的解除	258
第十九章	合同责任	268
第一节	违约责任	268
第二节	缔约过失责任	282
第二十章	转移财产权利的合同	284
第一节	买卖合同	284
第二节	赠与合同	299
第三节	借款合同	302
第四节	租赁合同	304
第五节	融资租赁合同	316
第二十一章	完成工作成果的合同	319
第一节	承揽合同	319
第二节	建设工程合同	323
第二十二章	提供劳务的合同	330
第一节	运输合同	330
第二节	保管合同	332
第三节	仓储合同	334
第四节	委托合同	335
第五节	行纪合同	339
第六节	居间合同	342
第七节	旅游纠纷	343
第二十三章	技术合同	346

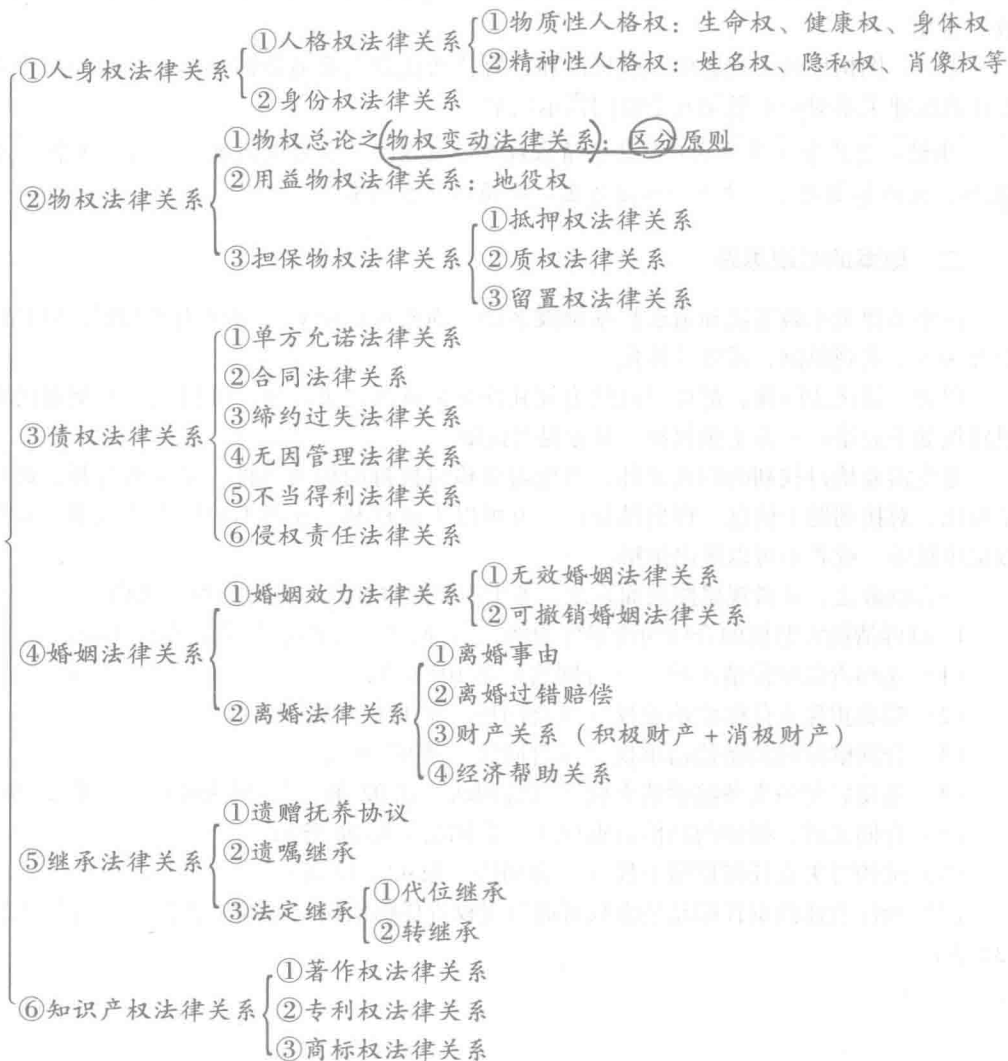
第六编 婚姻继承	354
第二十四章 婚姻家庭	354
第一节 有效婚姻、无效婚姻、可撤销婚姻	354
第二节 离 婚	357
第三节 父母子女关系	368
第二十五章 继 承	371
第一节 继承开始和继承权	371
第二节 遗嘱处理遗产	375
第三节 法定继承	380
第四节 遗产的分割和债务清偿	384
第七编 侵权责任	390
第二十六章 侵权责任法	390
第一节 归责原则	390
第二节 加害行为	399
第三节 民事权益被侵害	400
第四节 因果关系	400
第五节 多数人侵权	401
第六节 监护人责任	402
第七节 教育机构责任	402
第八节 用人者责任	403
第九节 网络服务提供者责任	407
第十节 违反安全保障义务责任	408
第十一节 产品责任	409
第十二节 机动车交通事故责任	413
第十三节 医疗损害责任	415
第十四节 环境污染责任	416
第十五节 饲养动物损害责任	417
第十六节 物件损害责任	418
第十七节 侵权责任承担	424
附录 1	426
附录 2	430

导 论

民法思维的两大工具，即民事法律关系破案法和请求权基础破案法，这两大破案法，是宏观层面的思维，体系化的思维，考生大脑中需要先搭建这个“万能大厦”，有了这个框架，再组建微观思路。

一、破案的宏观思路

(一) 民事法律关系破案法



(二) 请求权基础破案法

- ①合同上请求权
- ②无权代理、缔约过失等类似合同关系请求权
- ③无因管理上请求权
- ④物权请求权
- ⑤不当得利返还请求权
- ⑥侵权责任请求权
- ⑦其他请求权：如遗失物拾得的奖金请求权

(三) 民事法律关系破案法、请求权基础破案法和本题设问在民法案例题中的关系
第一，民事法律关系破案法为框架，请求权基础破案法为工具，两相配合，用来图构案例，梳理本案涉及的基本法律关系。

第二，民事法律关系破案法和请求权基础破案法，必须结合本题设问，才能发挥“有效”作用。

第三，图构民法主观题中，应将谁和谁有什么法律关系清楚标示出来，且应将谁和谁有什么法律关系对应本题第几个设问标示出来。

小结：将民事法律关系破案法、请求权基础破案法、本题设问结合起来，才能快刀斩乱麻，提高答题效率；才不会离题万里，提高回答准确率。

二、破案的微观思路

民事法律关系破案法和请求权基础破案法，固然可以应对一切民法案例题，但是这两个方法属于宏观思路，需要具体化。

因为一切民法问题，都可以归结为权利冲突的解决之道。故，可将民法案例题的微观思路做如下总结：一方主张权利，对方提出抗辩。

考生需要检讨权利的构成要件；考生需要检讨抗辩的构成要件。检讨的过程，即将所学知识，对接到题干信息，得出结论：一方可以主张权利，或者不可以主张权利；对方可以提出抗辩，或者不可以提出抗辩。

一言以蔽之，从微观思路层面言之，考生需要建立权利与抗辩的思维结构。

1. 以诉请损害赔偿的合同纠纷案件为例，《合同法》上的损害赔偿请求权基础有：^{〔1〕}

- (1) 违约责任赔偿请求权（《合同法》第107条）；
- (2) 瑕疵担保责任赔偿请求权（《合同法》第111、112条）；
- (3) 合同解除后的赔偿请求权（《合同法》第97条）；
- (4) 违反后契约义务赔偿请求权（《合同法》第92条、《合同法解释二》第22条）；
- (5) 合同无效、撤销的赔偿请求权（《合同法》第58条）；
- (6) 缔约过失责任赔偿请求权（《合同法》第42、43条）。
- (7) 须注意违约责任赔偿请求权可能与侵权责任赔偿请求权发生竞合（《合同法》第122条）。

〔1〕 引自梁慧星老师之《怎样进行法律思维》一文。

2. 如一方选择违约责任赔偿请求权, 对方可能主张以下的抗辩(权):

- (1) 合同不成立抗辩(《合同法》第25、32条);
- (2) 合同未生效抗辩(《合同法》第44条);
- (3) 合同无效的抗辩(《合同法》第52条);
- (4) 合同已撤销的抗辩(《合同法》第54条);
- (5) 合同已解除的抗辩(《合同法》第91条(二));
- (6) 合同已履行的抗辩(《合同法》第91条(一));
- (7) 合同债务已抵销的抗辩(《合同法》第99条);
- (8) 同时履行抗辩权(《合同法》第66条);
- (9) 先履行抗辩权(《合同法》第67条);
- (10) 不安抗辩权(《合同法》第68、69条);
- (11) 诉讼时效经过的抗辩(《民法通则》第135条);
- (12) 不可抗力免责抗辩(《合同法》第117条);
- (13) 损失扩大的抗辩(《合同法》第119条);
- (14) 违约金过高的抗辩(《合同法》第114条第2款);
- (15) 不可预见规则抗辩(《合同法》第113条第1款末句)。

3. 对方抗辩的细化分类:

(1) 首先, 应当考虑“适用范围抗辩”, 即主张本案事实不符合原告方提出的“法律规范”的“适用范围”

①针对权利方以《合同法》第107条为请求权基础的违约责任赔偿诉讼, 抗辩方主张合同不成立、合同未生效、合同无效、合同已撤销、合同已解除、合同已履行、合同债务已抵销, 均属于“适用范围抗辩”;

②针对权利方以《消费者权益保护法》为请求权基础的惩罚性赔偿的消费者诉讼, 抗辩方主张权利方购买商品不是为了“生活消费的需要”;

③针对权利方以《产品质量法》为请求权基础的产品责任诉讼, 主张“不属于产品”, 亦属于“适用范围抗辩”;

④如抗辩成功, 法庭将驳回权利方的“诉讼请求”。

(2) 其次, 应考虑“构成要件抗辩”, 即主张本案事实不符合该“法律规范”的“构成要件”

①在违约责任诉讼中主张不构成违约;

②在瑕疵担保责任诉讼中主张标的物质量合格(无瑕疵), 主张买受人未在约定的或者合理的检验期间内发出异议通知;

③在过错侵权诉讼中主张“无过错”、主张“不存在因果关系”;

④在侵犯名誉权诉讼中, 主张所传播的事实“基本真实”、主张“未造成原告社会评价降低”;

⑤在请求双倍赔偿的诉讼中, 主张“不构成欺诈行为”;

⑥在产品责任诉讼中, 主张“产品无缺陷”等, 均属于“构成要件抗辩”;

⑦如经审查认为抗辩理由成立, 法庭将认定本案事实不符合“法律规范”的构成要件, 并作出权利方败诉、抗辩方胜诉的判决。

(3) 再次, 应考虑“免责抗辩”, 即主张被告有“免除责任”的正当理由

- ①主张“诉讼时效经过”；
- ②主张“不可抗力免责”；
- ③主张合同有“免责条款”；
- ④主张有“法定免责事由”；
- ⑤如果抗辩成功，法庭将判决抗辩方不承担责任。

(4) 最后，还应当考虑“减轻责任的抗辩”，即主张被告有减轻责任的正当理由

- ①主张“受害人有过失”、“监护人有过失”；
- ②主张合同约定的“违约金过高”；
- ③主张权利方未及时采取措施避免“损失扩大”；
- ④在违约责任诉讼中主张“不可预见规则”；
- ⑤如果抗辩成功，法庭将判决减轻抗辩方的赔偿责任。

(5) 区分事实理由的抗辩与法律规范的抗辩理由

①主张“适用范围抗辩”和“构成要件抗辩”，是以“事实”作为“抗辩理由”，法庭有主动审查的义务。即使抗辩方未主张“适用范围抗辩”、“构成要件抗辩”，法庭亦应主动审查本案是否符合该法律规范的适用范围，是否具备该法律规范的构成要件。如果法庭疏于审查，将构成适用法律错误，是上诉审或者再审撤销原判的理由；

②主张“免责抗辩”和“减责抗辩”，则是用另一个“法律规范”作为“抗辩理由”，法庭无主动审查义务，如抗辩方未予主张，法庭将视为“放弃权利”而不予审查。有免责事由或者减责事由，抗辩方在一审未主张免责抗辩或减责抗辩，一审判决抗辩方承担全部责任，不构成适用法律错误。一审未主张免责抗辩或减责抗辩，将被视为放弃权利，此后在上诉审和再审将不得再行主张。

三、图构破案示例

(一) 开放式设问：2012年卷四民法主观题，22分

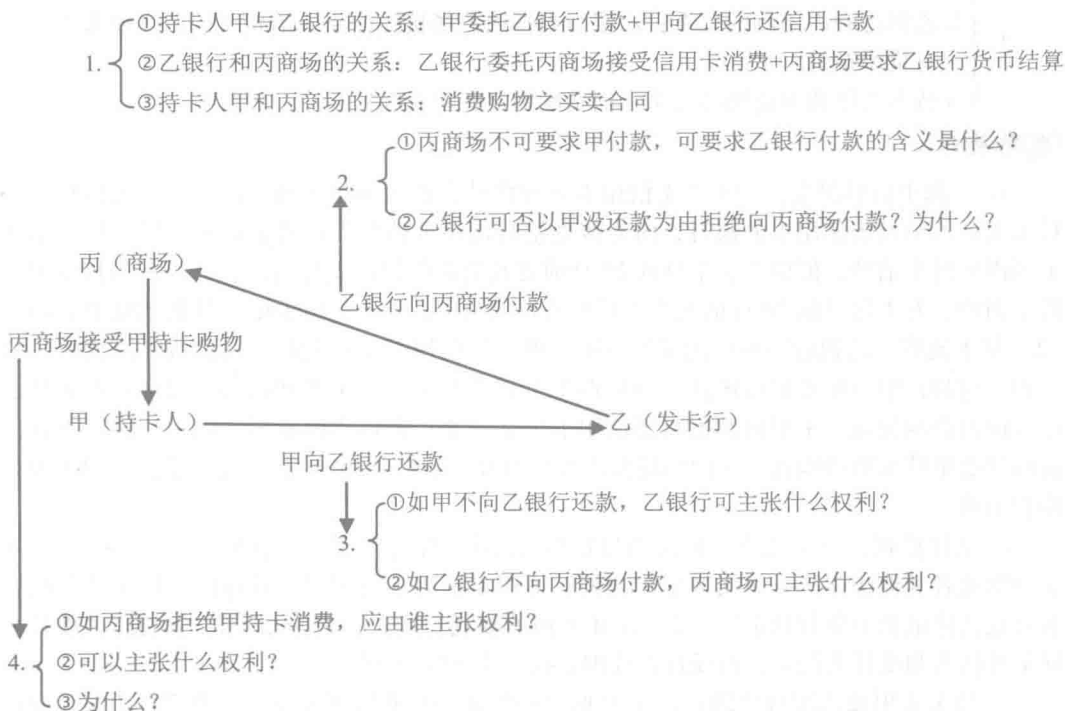
案情：信用卡在现代社会的运用越来越广泛。设甲为信用卡的持卡人，乙为发出信用卡的银行，丙为接受银行信用卡消费的百货公司。甲可以凭信用卡到丙处持卡消费，但应于下个月的15日前将其消费的款项支付给乙；丙应当接受甲的持卡消费，并于每月的20日请求乙支付甲消费的款项，丙不得请求甲支付其消费的款项。

2012年3月，甲消费了5万元，无力向乙还款。甲与乙达成协议，约定3个月内还款，甲将其1间铺面房抵押给乙，并作了抵押登记。应乙的要求，甲为抵押的铺面房向丁保险公司投了火灾险，并将其对保险公司的保险赔偿请求权转让给了己。

2012年4月，甲与张某签订借款意向书，约定甲以铺面房再作抵押向张某借款5万元，用于向乙还款。后因甲未办理抵押登记，张某拒绝提供借款。

2012年7月，因甲与邻居戊有矛盾，戊放火烧毁了甲的铺面房。在保险公司理赔期间，己的债权人庚向法院申请冻结了保险赔偿请求权。

双层图构之一：



说明：图构中1、2、3、4指向本题的前四个小设问。为简洁需要，将丙百货公司简称为丙商场。

1. 2012年3月之前，甲与乙之间存在什么法律关系？乙与丙之间存在什么法律关系？甲与丙之间存在什么法律关系？

2. 丙有权请求乙支付甲消费的款项但不得请求甲支付其消费的款项，其法律含义是什么？乙可否以甲不支付其消费的款项为理由，拒绝向丙付款？为什么？

3. 如甲不向乙支付其消费的款项，乙可以主张什么权利？如乙不向丙支付甲消费的款项，丙可以主张什么权利？

4. 如丙拒绝接受甲持卡消费，应由谁主张权利？可以主张什么权利？为什么？

设问1. 2012年3月之前，甲与乙之间存在什么法律关系？乙与丙之间存在什么法律关系？甲与丙之间存在什么法律关系？

答：(1) 甲乙之间：①甲持卡在丙处消费，由乙向丙付款，这是一种无名合同关系，参照委托合同的规定处理。②甲应依其消费金额向乙还款，甲乙之间还形成借款合同法律关系（或形成还款关系）。(2) 乙丙之间：①丙负有接受符合条件的持卡人的消费，即丙受乙的委托向第三人（消费者）为给付，有与第三人订立合同的义务，这是一种类似于委托的关系（或无名合同关系）。②乙在丙完成对第三人的给付之后，丙有要求乙付款的权利。(3) 甲丙之间：甲与丙之间构成买卖合同关系。

考点：无名合同、法律关系基本原理

1. {
- ①持卡人甲与乙银行的关系：甲委托乙银行付款 + 甲向乙银行还信用卡款
 - ②乙银行和丙商场的关系：乙银行委托丙商场接受信用卡消费 + 丙商场要求乙银行货币结算
 - ③持卡人甲和丙商场的关系：消费购物之买卖合同

思路展开

1. 从题干信息出发：(1) “①信用卡在现代社会的运用越来越广泛。设甲为信用卡的持卡人，乙为发出信用卡的银行，丙为接受银行信用卡消费的百货公司。②甲可以凭信用卡到丙处持卡消费，但应于下个月的15日前将其消费的款项支付给乙；③丙应当接受甲的持卡消费，并于每月的20日请求乙支付甲消费的款项，丙不得请求甲支付其消费的款项。”(2) 基本流程：乙银行→发信用卡给→甲；甲→持信用卡消费购物→丙商场；丙商场→找乙银行付款；甲→向乙银行还款。(3) 两个类似委托关系：①甲和乙银行之间：甲委托乙银行向丙商场付款。+甲向乙银行还信用卡欠款。②乙银行和丙商场之间：乙银行委托丙商场接受甲持卡消费购物。+丙商场找乙银行结算。(4) 一个买卖合同关系：甲到丙商场购物消费。

2. 法律依据：(1) 无名合同适用最相类似法律规定之规则：《合同法》第124条，“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”。(2) 最相类似的委托合同：《合同法》第396条，“委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同”。

3. 持卡人甲和乙银行之间：(1) 从两个层次来剖析其法律关系：①甲委托乙银行向丙商场付款之类似委托合同关系：甲持信用卡在丙百货公司处消费，却由乙银行向丙百货公司付款，就此而言，甲与乙之间形成类似于委托的法律关系，即甲委托乙银行对丙百货公司付款。②甲须向银行还信用卡之借款关系：甲需在下个月的15日前将其消费的款项支付给乙银行，故甲与乙银行之间形成了借款合同法律关系。(2) 小结：无名合同：持卡人甲和乙银行之间的法律关系即合并①+②的关系，即委托合同+借款合同，“均不像”，该合同关系为无名合同，适用借款合同和与其最相类似的委托合同来处理。

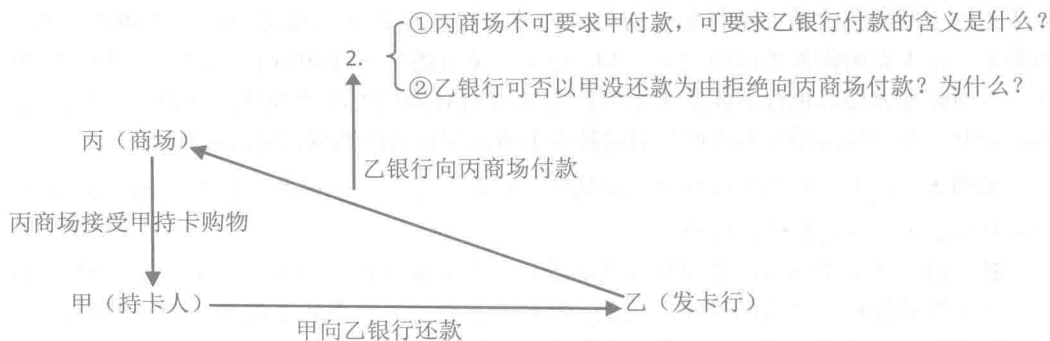
4. 乙银行和丙商场之间：(1) 也需要从两个层次来剖析其法律关系：①乙银行委托丙商场接受持卡人甲消费之类似委托合同关系：乙银行委托丙商场接受持卡人的消费，丙商场有与第三人即本案中的甲订立合同的义务，故乙银行和丙商场之间形成了类似于委托的法律关系。②丙商场接受持卡人甲消费后只能向乙银行主张款项的免责债务承担关系：在丙商场履行了对第三人甲的给付之后，丙商场有要求乙银行付款的权利。(2) 小结：无名合同：乙银行和丙商场之间的法律关系即合并①+②的关系，即委托合同+免责债务承担，“均不像”，该合同关系为无名合同，启动《合同法》第124条。

5. 持卡人甲和丙商场之间：形成了买卖合同关系。(1) 甲在乙银行开设信用卡之初，甲乙丙三方就形成了特定的三方法律关系，在甲与丙百货公司之间是买卖合同法律关系。(2) 该买卖合同中，属于由第三人履行付款义务。(3) 启动《合同法》第65条，坚持合同相对性。“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任”。(4) 我们也注意到，另一种观点认为，甲与丙之间不存在买卖合同。

设问2. 丙有权请求乙支付甲消费的款项但不得请求甲支付其消费的款项，其法律含义是什么？乙可否以甲不支付其消费的款项为理由，拒绝向丙付款？为什么？

答：(1) 甲在丙处的消费的付款义务，由乙承担。(2) 这是就将来可确定的债务，甲与乙订立债务承担协议。(3) 而且是经债权人同意的免责的债务承担，即免责的由乙承担，丙不得向甲主张权利。(4) 乙不可以甲不付款为理由拒绝向丙付款。因为甲与乙、乙与丙之间的债的关系是独立的，而且债务承担具有无因性。

考点：免责的债务承担



思路展开

1. 从题干信息出发：(1) “丙应当接受甲的持卡消费，并于每月的 20 日请求乙支付甲消费的款项，丙不得请求甲支付其消费的款项。”(2) 指向免责的债务承担，就消费款项而言，丙商场是债权人；持卡人甲是原债务人；乙银行是新债务人。(3) 甲完全退出债务关系，为免责债务承担。(4) 乙银行承担债务后，不得以乙银行与甲之间的关系对抗丙商场，是为债务承担无因性。

2. 学理依据：(1) 免责债务承担概念：免责的债务承担，是指债务人经债权人同意，将其债务部分或者全部地转移给第三人负担。(2) 免责债务承担效果：①免责债务承担中，原债务人不再对所转移的债务承担责任，承担人成为新的债务人，对所承受的债务负责。②免责债务承担有无因性。只要债务承担合同有效，债务承担人承担债务的原因无效、不成立、被撤销的，不能作为承担人的抗辩事由，不得对债权人主张。譬如本题持卡人甲不向乙银行还信用卡，不能成为免责债务承担人乙银行拒绝向债权人丙商场付款结算的理由。(3) 免责债务承担的四种方式：①债权人甲、债务人乙、免责承担人丙三方协议（合意随意）。②债权人甲和债务人乙协议，由免责承担人丙承担（属于为第三人丙设定义务）。③债权人甲和免责承担人丙协议，由丙向甲承担（属于为第三人甲利益）。④债务人乙和免责承担人丙协议，由丙免责向债权人甲承担，须经债权人甲同意。

免责债务承担的四种方式

- ①债权人甲和债务人乙和免责承担人丙
- ②债权人甲和债务人乙
- ③债权人甲和免责承担人丙
- ④债权人甲同意，债务人乙和免责承担人丙

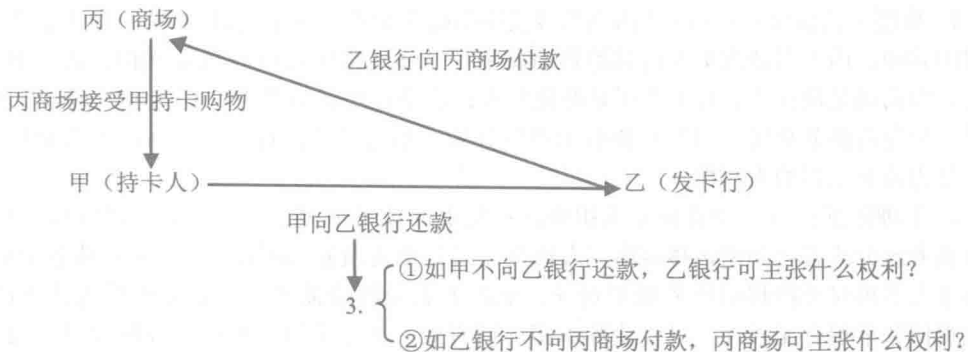
3. 具体到本题：(1) 三方达成免责债务承担协议：债权人丙商场、债务人甲持卡人和免责承担人乙银行三方达成了免责债务承担的协议。①持卡人甲在丙商场消费，是丙商场的债务人。②但是，甲乙丙三方约定，该债务由乙银行全部承担，即丙商场有权请求乙银行支付甲消费的款项，并不得请求甲支付其消费的款项。③这属于典型的免责的债务承担，即债务人甲将债务转移给了乙银行，甲彻底地退出了原债务关系，乙银行取得债务人的法律地位，成为新的债务人。(2) 免责债务承担的法律效力：债务人“换人”+无因性。

①债务人“换人”：如果乙银行不履行债的义务，债权人丙商场不得再请求原债务人甲承担债务，只能请求乙银行承担债务不履行的损害赔偿责任或者诉请人民法院强制执行，原债务人甲对乙银行的偿还能力并不负担担保责任。②无因性：A1. 乙银行愿意免责承担持卡人甲的债务的原因是：“（甲）应于下个月的15日前将其消费的款项支付给乙”。A2. 但是，乙银行的这个原因，不能用来对抗债权人丙商场，是因为免责债务承担是无因性。A3. 只要甲乙丙之间的免责债务承担协议有效，即使乙银行免责承担债务的原因不成立、无效、被撤销，也不影响债务承担的效力。A4. 小结：免责的债务承担具有无因性，没有特别约定，则新债务人即乙银行不能基于原因行为的事由对债权人丙商场进行抗辩。当然，乙银行可以基于所承担的债务本身所具有的抗辩事由向债权人丙商场行使抗辩权。

设问3. 如甲不向乙支付其消费的款项，乙可以主张什么权利？如乙不向丙支付甲消费的款项，丙可以主张什么权利？

答：（1）如果甲不向乙支付其消费的款项，乙可依甲乙之间的还款关系要求甲支付其所消费的款项及利息（违约责任）。（2）如果乙不向丙支付甲所消费的款项，丙可依乙丙之间的还款关系要求乙支付甲所消费的款项及利息（违约责任）。

考点：合同的相对性和违约责任（甲欠乙，乙欠丙的“三角债”）



读题技巧

本题考查合同的相对性，即甲乙之间和乙丙之间的法律关系。这一问是第一问的进一步延伸，添加了一个假设条件即如果任何一方违反约定义务，当如何处理。考生要做对此题，须先明了第一题所问的各方当事人的法律关系。

思路展开

1. 从题干信息和小设问信息出发：（1）题干信息：“甲可以凭信用卡到丙处持卡消费，但应于下个月的15日前将其消费的款项支付给乙；丙应当接受甲的持卡消费，并于每月的20日请求乙支付甲消费的款项，丙不得请求甲支付其消费的款项。”（2）小设问信息：“如甲不向乙支付其消费的款项” + “如乙不向丙支付甲消费的款项”。（3）指向：①持卡人还不银行钱。②银行不向商场付钱。③发生两个违约责任：A1. 甲对乙银行负违约责任。A2. 乙银行对丙商场负违约责任。

2. 甲对乙银行负违约责任：（1）甲乙银行之间既存在类似于委托的法律关系（甲委托乙银行向丙商场付款），还存在借款法律关系。（2）如果甲不向乙银行支付其在丙百货公司消费的款项，则乙银行有权依据其与甲之间的还款关系要求甲承担违约责任。（3）信用卡逾期，

你懂的!

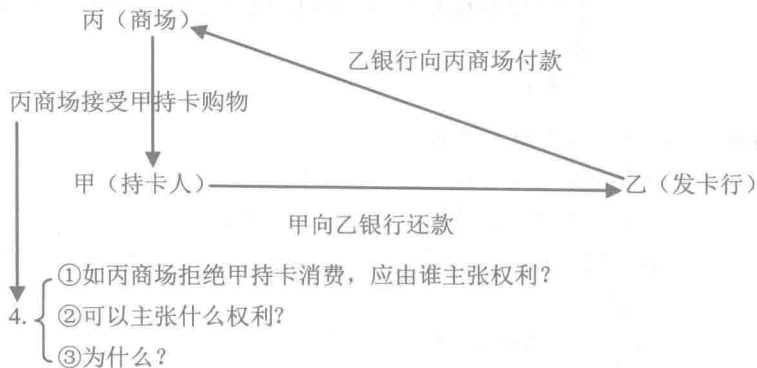
3. 乙银行对丙商场负违约责任: (1) 乙银行和丙商场之间既存在类似于委托的法律关系 (乙银行委托丙商场接受甲持卡消费购物), 还存在还款法律关系 (乙银行免责承担持卡人甲的债务)。 (2) 如果乙银行不向丙商场支付甲所消费的款项, 则丙商场可以依据其与乙银行之间的还款关系, 要求乙银行承担违约责任。 (3) 乙银行为免责债务承担人, 有银行保底, 商场才可以让你随意购物消费“信用”, 实际上消费的是银行的信用!

4. 继续脑洞大开: 把 2 和 3 连接起来, 不就是著名的三角债么? 持卡人甲是次债务人, 乙银行是债务人, 丙商场是债权人。这是银行不保底时, 由债权人代位权制度保障债权人丙商场的利益。但是, 银行会欠缺偿债能力么……

设问 4. 如丙拒绝接受甲持卡消费, 应由谁主张权利? 可以主张什么权利? 为什么?

答: (1) 应当由乙主张权利。 (2) 乙可以依据其与丙之间的委托关系对丙主张不履行合同的违约责任。因为在乙与丙之间的丙负有接受符合条件的持卡人的消费, 即丙受乙的委托向第三人 (消费者) 为给付, 有与第三人订立合同的义务。在这一合同关系中, 甲不是其当事人。

考点: 合同的相对性和违约责任 (向第三人“订立”合同; 向第三人履行)



思路展开

1. 从题干信息和小设问信息出发: (1) 题干信息: “丙应当接受甲的持卡消费, 并于每月的 20 日请求乙支付甲消费的款项, 丙不得请求甲支付其消费的款项。” (2) 小设问信息: “如丙拒绝接受甲持卡消费”。 (3) 指向丙商场不接受甲持信用卡消费购物。发生两个层次意义: ①乙银行委托丙商场向甲履行义务 (订立合同)。②丙商场不听话, 则坚持合同相对性, 丙向乙负违约责任。与甲无关。

2. 类推适用: 《合同法》第 64 条, “当事人约定由债务人向第三人履行债务的, 债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定, 应当向债权人承担违约责任”。

3. 具体到本题: (1) 乙银行和丙商场之间存在类似委托的法律关系, 即丙商场受乙银行所托, 有接受甲持卡消费的义务。简言之, 乙银行和丙商场是合同当事人, 乙银行是债权人, 丙商场是债务人, 而持卡人甲是利益第三人。 (2) 如果丙商场拒绝接受甲持卡消费, 则丙商场违反了其对乙银行负担的与第三人 (甲) 订立合同的义务, 而非违反其对甲负担的义务。 (3) 结论: 甲不是丙商场所违反义务的当事人, 故应由乙银行依据其与丙商场之间类似于委托的法律关系, 向丙商场主张违约责任。