

“东北林业大学优秀教材及学术专著
出版与奖励专项资金”资助出版



民法总论案例教程

MINFAZONGLUN ANLI JIAOCHENG

主 编 丁 亮

副主编 项定宜 王丽华



东北林业大学出版社
Northeast Forestry University Press

“东北林业大学优秀教材及学术专著
出版与奖励专项资金”资助出版

民法总论案例教程

主 编 丁 亮

副主编 项定宜 王丽华

东北林业大学出版社
Northeast Forestry University Press

• 哈尔滨 •

版权专有 侵权必究

举报电话：0451-82113295

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总论案例教程 / 丁亮主编. — 哈尔滨 : 东北林业大学出版社,
2017.5

(东北林业大学优秀教材系列丛书)

ISBN 978-7-5674-1073-2

I. ①民… II. ①丁… III. ①民法-中国-高等学校-教材
IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 115068 号

责任编辑：于之承

责任校对：许 然

封面设计：乔鑫鑫

出版发行：东北林业大学出版社（哈尔滨市香坊区哈平六道街 6 号 邮编：150040）

印 装：哈尔滨市石桥印务有限公司

开 本：787mm×1092mm 1/16

印 张：8.25

字 数：185 千字

版 次：2017 年 5 月第 1 版

印 次：2017 年 5 月第 1 次印刷

定 价：18.50 元

如发现印装质量问题，请与出版社联系调换。（电话：0451-82113296 82191620）

前言

目前的案例教材大多以高年级本科生及研究生为对象，而针对本科生特别是初学民法的低年级本科生撰写的案例教材还很少。本书面向低年级本科生，选取了百余个中外经典案例，帮助学生通过案例加深对理论知识的理解，同时通过经典案例描述、图片等多种方式，帮助学生对经典的民法案例有所了解，更重要的是激发学生对民法学的浓厚兴趣。同时，辅之以部分历年司法考试的真题，以满足学生的不同需要。

本书最大的特点就是将理论讲解与相关案例紧密结合。因为主要面向低年级本科生，在案例分析的部分，既注重把握案例的焦点问题，同时也注意把握分析的深度，既“点到为止”，又不“浅尝辄止”，把案例中涉及的、需要学生掌握的基本理论讲清楚、讲透彻，案例的其他部分不做过多引申。

本书以《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国继承法》《中华人民共和国侵权责任法》等现行民事法律法规为依据，较为系统地论述了民法总论部分的基本理论、基本制度和基本知识。本书共包括民法的概述、民法的基本原则、民事法律关系、自然人、法人、其他非法人组织、物、民事行为、代理、时效十个部分，每个部分均包括基本理论讲解、经典案例回顾、案例分析以及例题等内容。本书撰稿分工如下：第一至第四章由丁亮编写；第五至第八章由项定宜编写；第九到第十章由王丽华编写。

编者

2016. 12

目 录

第一章 民法的概述	(1)
第一节 民法的概念与含义	(1)
第二节 民法的调整对象	(4)
第三节 民法的法源	(6)
第四节 民法的性质	(9)
第五节 民法的本位	(11)
第二章 民法的基本原则	(13)
第一节 民法基本原则的概念与特征	(13)
第二节 基本原则的功能	(13)
第三节 基本原则的内容	(15)
第三章 民事法律关系	(21)
第一节 民事法律关系的概念	(21)
第二节 民事法律关系要素	(22)
第三节 民事能力	(28)
第四节 民事权利	(30)
第五节 民事义务	(37)
第六节 民事责任	(39)
第四章 自然人	(44)
第一节 自然人的民事权利能力	(44)
第二节 自然人的民事行为能力	(48)
第三节 宣告失踪与宣告死亡	(50)
第四节 监护	(55)
第五节 自然人的住所	(58)
第五章 法人	(60)
第一节 法人制度概述	(60)
第二节 法人的分类	(62)
第三节 法人的成立、变更、终止	(66)
第四节 法人的民事权利能力与民事行为能力	(70)
第五节 法人机关	(72)
第六节 法人的分支机构	(74)
第七节 法人登记	(76)

第六章 其他非法人组织	(77)
第一节 非法人组织概述	(77)
第二节 合伙	(78)
第三节 其他非法人组织	(82)
第七章 物	(84)
第一节 物的概述	(84)
第二节 物的分类	(85)
第三节 货币和有价证券	(88)
第八章 民事行为	(89)
第一节 民事行为概述	(89)
第二节 意思表示	(96)
第三节 民事行为的成立与生效	(103)
第四节 附条件的民事行为与附期限的民事行为	(105)
第五节 民事行为的效力	(107)
第九章 代理	(110)
第一节 代理制度的概述	(110)
第二节 代理的分类	(112)
第三节 代理权	(114)
第四节 无权代理与表见代理	(115)
第十章 时效	(118)
第一节 时效概述	(118)
第二节 诉讼时效	(119)
第三节 除斥期间	(121)
第四节 期间与期日的计算方法	(122)
参考文献	(123)

第一章 民法的概述

第一节 民法的概念与含义

一、民法的概念

法律的主要作用是调整社会关系，不同的法律部门，可以通过其所调整的不同的社会关系进行区分。在以下案例中，你认为涉及谁与谁的关系？

案例一：许某在一家商业银行的 ATM（自动取款机）上取款的过程中，发现 ATM 系统出现错误，本想取款 100 元，结果 ATM 出钞 1 000 元，而银行卡存款账户里却只被扣除 1 元。于是，许某连续用自己的借记卡取款 54 000 元。当晚许某的同伴郭某得知后，两人结伙再次用银行卡取款 16 000 元，随后两人离开现场。凌晨，两人第三次返回上述地点，本次许某取款 10 万余元，连同前两次总计取款 17.5 万余元。

对于本案，存在不同的认识，而不同的观点体现了案件中实际上包含的刑法、民法两种法律关系：（1）有人认为许某的行为属于侵犯公私财物的盗窃行为，其行为应受到国家追诉，被国家强制力所约束，表现为刑法上的许某和国家的关系。（2）有人认为本案涉及许某和银行的关系，由于银行的管理疏忽，从银行获益，银行受损，属于民法中的不当得利关系。这两种法律关系最主要的不同，在于刑法所调整的关系是国家对公民的管理关系，如在本案中，基于对盗窃行为的法律制裁权，国家有权要求许某退赃和对许某进行人身自由的限制，许某只能服从，而不享有同样的权利。民法所调整的主体间法律关系是平等的，即双方权利义务相同对等，如本案中，银行有权基于所有物返还请求权请求许某返还现金，而许某在类似情形之下也将同样享有这一权利。

既然民法调整平等主体之间的关系，那么平等主体之间，都会产生哪些关系？是不是所有这些关系都交由民法进行调整呢？

案例二：朱某，男，已婚，膝下有一女 6 岁。一日陪友人喝酒，8 个人共饮完 6 瓶白酒、11 瓶啤酒。席间由于被不断劝酒，朱某喝得酩酊大醉。酒后朱某在下楼梯时不慎摔伤，不治身亡。

案例分析：本案中至少涉及三种关系：（1）喝酒，或为联络工作，或为表情达意，表现为情谊关系，情谊关系不产生法律上的权利义务，不受法律调整。（2）劝酒导致对方摔伤致死，构成民法中侵权赔偿法律关系，赔偿的结果导致了财产关系的变动，属

于民法调整的范围。(3) 死亡导致的婚姻关系、父女关系终止,是民法中的人身关系的变动,也属于民法调整的范围。因此,从本案可以看出,民法既调整平等主体间的人身关系,也调整平等主体间的财产关系。

在上述案例中,民法调整的主体包括自然人,如案例一中的许某、案例二中的朱某等;也包括法人,如案例一中的银行;此外,民法中的主体还可能包括不具有法人资格的其他组织。因此,一般认为,民法是调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

二、民法与民法典

民法典是大陆法系的民法。大陆法系,师承罗马法,因影响欧洲各国而得名,又称“罗马法系”。其代表是法国 1804 年《法国民法典》,以及被称为“法学家的民法典”的《德国民法典》。大陆法系民法形式上的特征就是民法的法典化。英美法系,又称普通法法系,由英国普通法发展而来。其源自巡回审判及陪审制度,后来也吸收了罗马法系的许多术语和法律原则。其特点是以判例法为主,辅之以制定法。

案例三:美国一个 11 岁的小孩,踢了一个 14 岁少年的大腿几下。这个 14 岁少年的脚碰巧有旧患,不堪一击,结果成了一个跛脚。小孩辩解说,他并没有要严重伤害对方的意图,谁料到踢腿三两下可以让人残废。可是法官不同意。法官认为,伤害超出预计,并不是一个可以减轻罪行的理由。况且,伤人的行为是在学校发生的,而不是户外的操场,小孩的行为是明显不当的。小孩必须向对方做出赔偿。本案中,法官的判决所依据的并不是成文法,而是遵循先例,适用了被称为“蛋壳脑袋”规则的判例法。

英美法系判例法过于零散,找法困难,甚至专门有事务律师为出庭律师做这种找法的案头工作。大陆法系与英美法系相比不够灵活,因为法官的自由裁量权不多。如今两大法系有相互融合之势。

民法典是形式民法。形式民法是专门指系统编纂成为民法典的民法,如《中华民国民法典》《日本民法典》及 1804 年《法国民法典》。拿破仑曾说:“我一生打过 40 多个胜仗,可是滑铁卢一役都抹杀了,只有《民法典》让我不朽。”足见《法国民法典》的颁行对于法国的重大意义。

实质民法是指具备民法的实质内容的民事法律规范的总称。我国目前还不存在“民法典”,我国的民法包括《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)和大量单行民事法律、法规,是典型的实质民法。

案例四:城管廖某在行政执法过程中,遭邓某及其妻的阻拦和谩骂,当邓某用秤杆戳向廖某时,其他 4 名城管遂抢夺秤杆,并对邓某进行殴打,城管的殴打行为诱发了邓某小脑与脑干桥延沟交汇处畸形血管破裂,致其因蛛网膜下腔广泛出血死亡。

案例分析:在本案中,受害人邓某血管先天性畸形,正属于英美判例法中的“蛋壳脑袋”,但由于我国民法属于大陆法系的民法,以制定法为裁判的依据,又由于我国尚没有“民法典”,是适用实质民法的国家,因此,最终本案家属依据《民法通则》以及《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等单行法律法规,获得死亡赔偿金、丧葬费、精神抚慰金等共计 89.7 万元的赔偿。

三、民法与商法

商法是调整商事关系的法律规范的总称,如公司法、破产法等。这些法律的特点是调整平等主体间的关系,但是又不涉及一般自然人,只涉及从事生产经营的商人,所以在有民法典的国家,这些涉及特别的平等主体的民法也被称为“特别民法”或“商事特别法”,是指没有收入民法典之中、特别针对民法某一领域或针对某一特别的主体制定的法律。

依据民法典编纂体例的不同,民法又可分为民商分立之民法,以及民商合一之民法。民商分立是指民法与商法分开,既有民法典,又有商法典(如法国、德国、日本等)。民商合一是民法和商法合为一体,只有民法典,没有商法典。例如《荷兰民法典》:第一编,人法和家庭法(包括夫妻财产法);第二编,法人(总则,社团,有限责任公司,基金会);第三编,财产法总则(即适用于后几编的规定);第四编,继承法;第五编,财产和物权;第六编,债法的一般规则;第七编,具体合同(特别履行合同);第八编,运输法。注意,无论是民商分立还是民商合一,民法均为基本法。也就是说,一方面,民法的基本原理、基本原则和基本规定适用于商法,如《德国民法典》总则的部分,也适用商法典,《民法通则》适用所有商法规范;另一方面,关于商事行为的规范,商法无规定,适用商业惯例,无商业惯例则适用民法。

案例五:下岗女工李某为谋生,经街道办事处许可,在一公共娱乐城前面场地看管车辆和收费,并向办事处交一定的管理费。一天夜晚,某老板王某带朋友开一辆帕萨特轿车(价值20万元)来娱乐城消遣,李某收5元看车费。两小时后,王某出来准备回家却发现自己的车不见了。经查问得知并没有发现异常现象,可能是有人不知用什么方法打开车门启动而去。王某责怪李某看车不严,向其索赔。李某却称自己一向很认真负责,车是如何被开走的,她无法得知和阻止,让她赔车没有道理,也赔不起。经办事处调解无果,王某便起诉到法院,请求判令李某赔偿车辆丢失损失20万元。

案例分析:对于本案,如果一定要让李某承担任何情况下的赔偿责任,这是一种职业的高风险,就应当让李某提高收费标准,依看管财物的贵贱而定,50元、500元、5000元甚至5万元不等,使李某的行为具有营利性,具有抵御风险的积蓄和基金——营利的目的之一即在于此。这样,李某就成为营利性的商事主体而不同于一般的民事主体,此种情况下李某自应承担车辆丢失的赔偿责任,这样安排才较为合理和公平,这也是一般民事主体和民法与商事主体和商法理念的区别和不同。而本案中,李某只收费5元,可见其从事的是一项公益性事业,收费低廉,近似免费,5元钱也只是为了养家糊口,没有抵御意外风险和赔偿的经济能力,因此,应被视为一般民事主体,而非商事主体,应适用《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)中的相关规定,由于其履行了约定义务(认真看管车辆),因此并不承担违约责任。

第二节 民法的调整对象

依据《民法通则》，中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系，即民法调整的对象就是平等主体之间的财产关系和人身关系。

一、财产关系

(一) 财产的概念

案例六：李某有房屋两处，一处价值 30 万元，自住；另一处价值 50 万元，出租，月租金 1 000 元。另通过贷款购价值 50 万元轿车一部，本息共计 65 万元。又向银行借贷 50 万元进行经营活动。后因本地区经济泡沫破裂，经营状况恶化，李某最终无法偿还其贷款本息 90 万元，远逃他乡。李某邻居张某出于好心，在其远逃期间对其车辆进行照看。

案例分析：在本案中，人们可能通常会说，李某的财产是“房屋、租金以及车辆”。之所以上述被称之为财产，究其原因，是因为其可利用、有价值，李某对其具有使用权和收益权，而且被侵犯时可主张。因此，民法中财产的本质是权利。民法上的财产有广义和狭义之分。狭义的财产指有金钱价值的权利的总和，包括物权、债权、知识产权等。上例中李某对两处房屋以及车辆的所有权，以及李某出租房屋获得的租金支付的请求权，均为其狭义的财产。广义的财产指财产权利和财产义务的总和，又称为总财产。上述案例中，李某需向银行偿还 90 万元的债务，就是财产义务。因此，李某广义的财产是两处房屋以及车辆共计价值 130 万元并减去 90 万元的债务，共计 40 万元。可见，当财产义务大于财产权利时，总财产甚至可能是负数。

(二) 财产关系

财产关系是基于财产而形成的社会关系。财产关系分为平等主体间的财产关系和不平等主体间的财产关系。案例六中，李某的房产所有关系、租赁关系、借贷关系等，都是财产关系。这些财产关系都是自愿的，具有非强制性的特点。同时，上述的财产关系也都发生在平等主体之间，是平等主体间的财产关系。也有一些财产关系，如税收，发生在不平等的主体之间，因此是非自愿的，具有强制性的特点，是不平等主体间的财产关系。民法调整的是平等主体间的财产关系。

(三) 财产关系的分类

1. 静态支配财产关系

静态支配财产关系中的关系是人与人之间的关系，静态支配是指物为静态，占有人有支配权，从而与他人产生排斥的关系，包括物质财产的占有支配关系（所有权限制物权占有）和智慧财产的专有支配关系（表现为智力成果的专有支配）。其中，物质财产的占有支配关系又包括所有权（对物有权进行占有、使用、收益、处分，是完全的

物权)、担保物权(是不完全的物权,也叫限制物权,类似的还有用益物权,如租赁关系)以及占有(物的事实支配状态)。

案例六中,李某对房屋车辆的所有关系,就是静态支配财产关系中的所有权,李某向银行贷款购车,从而银行享有所购车辆的担保物权;李某将房屋出租,承租人对房屋构成事实支配状态,形成占有关系。

2. 动态交易流转财产关系

动态交易流转财产关系是当事人之间交易流转财产发生的关系。民法中全部的动态交易流转关系共同构成了民法的债权体系,其中包括契约买卖合同、无因管理、不当得利以及侵权行为。

案例六中,李某购车,形成了契约买卖合同;邻居张某对其车辆看管维护构成无因管理关系。但如邻居张某不知此车为李某车辆,以为弃车,拾得后据为己有,则为不当得利;或如其邻居张某若嫌该车长期占据车位将其损毁,则为侵权行为。

二、人身关系

(一) 人格关系

案例七:吉文贞为新中国成立之前红极一时的女艺人,病故时年仅19岁。20世纪80年代,传记作者魏某在对吉文贞生平资料进行搜集整理时,向其亲属索要了吉生前照片,撰写了以吉为主人公的小说,并以吉照片作为小说插图。小说中使用了吉文贞的真名和艺名,并虚构了吉文贞先后同三人恋爱、做人小妾、被奸污以及患性病等情节。小说完稿后,魏某未征求吉亲属的意见,即投稿于某报社进行连载刊登。吉文贞亲属看到后,认为作者魏某在小说中故意歪曲并捏造事实,侵害了已故的吉文贞及其亲属的名誉。

人格关系是指人基于彼此的人格或者人格要素而形成的以人身利益为内容的社会关系。人格或人格要素主要包括生命、身体、健康、姓名、肖像、名誉等。在此人身利益主要是上述人格要素所带来的用益,社会关系主要指上述人身利益的保护与行使关系。案例七中传记作者魏某侵犯的就是人格关系中的名誉权。

人格关系具有以下三个特点。

(1) 人格关系与人身密不可分。如果人身灭失,也就是说,如果人格关系中的人死亡了,那么就谈不上对其人格利益进行的保护。在案例七中,由于吉文贞早已经死亡,因此,民法对吉文贞的名誉权不再予以保护,但可以对吉文贞亲属的名誉权予以保护。

(2) 没有直接经济内容。生命、身体、健康、姓名、肖像、名誉等这些人格要素没有直接经济内容,也就是说不能够通过交易直接获得交换价值,但有些可以转化为经济利益,同时,对人格权的侵犯也可能造成经济利益的损失。如在案例七中,吉文贞的肖像本身不能买卖,但她的照片可以被授权使用并获得报酬;魏某小说对吉文贞名誉的侵害可能造成吉文贞的影视作品或书籍价格下跌、销量下降等后果。

(3) 法人也享有人格权。法人所享有的人格权包括名称权、名誉权、荣誉权等。

（二）身份关系

案例八：甲与乙结为夫妻，婚后育有一女丙。结婚7年后，二人因故离婚，在争夺抚养权时，甲才得知丙并非乙与自己所生。

身份关系指自然人基于彼此的社会身份而形成的以人身利益为内容的社会关系。基于社会身份形成的人身利益主要包括在家庭成员间应享有的权利，形成身份关系的社会关系主要包括亲属关系（包括配偶关系）和继承关系。

身份关系的特点主要有以下三个：首先，身份关系基于先天的血缘或后天的社会活动而产生，包括血亲和姻亲；其次，身份关系仅存在于一定的自然人之间，即不包括社会组织，这一点与人格权不同；最后，身份关系是社会组织结构中的地位身份标志，不得抛弃和转让。需要注意的是，由身份关系取得的某些权利可以抛弃或转让，尤其是财产内容的权利，如继承权。

案例分析：如本案中，甲与乙的身份关系就是基于结婚而形成的夫妻关系，属于身份关系中的配偶关系。基于甲和乙的身份关系，二人都享有作为配偶的忠诚权利，以及获得陪伴的权利等。乙之女丙则基于与乙之间的母女关系，形成与乙的继承关系。

甲和乙之间的夫妻关系就是基于后天社会活动（结婚）产生的姻亲关系，乙之女丙与其母乙之间基于先天的血缘形成血亲关系，而与甲则不构成血亲关系。如果甲在与乙结婚时已知乙怀了丙，并愿意接纳丙，则甲与丙之间基于甲与乙的婚姻关系形成了继父子关系，也属于姻亲。在本案中，甲与乙的夫妻关系在存续期间不能抛弃或转让；同样，乙与其女的母女关系也不能以任何方式抛弃或转让。

第三节 民法的法源

一、法源以及民法的渊源的涵义

法源，指法律效力的来源，即法官裁判的准据。如果说法律是规范行为的“框”，这个“框”就是由法律规范构成的。所以，法源实际就是法律的规定，或者称作是法律的表现形式。而民法的法源，就是实质意义民法的存在形式。实质意义民法，如前所述，就是指实质具备民法的实质内容的民事法律规范的总称。

二、我国民法的渊源

（一）制定法（正式渊源）

（1）宪法中有关民法的规定。宪法是国家的根本法，一般不能直接作为民事案件的裁判准则。但也有学者认为宪法上规定的基本权利可以通过民法上的概括条款或不确定性概念在司法领域产生效力。

（2）民事法律，指由全国人民代表大会及常务委员会制定颁布的民事方面的规范性文件。主要包括民事基本法（即《民法通则》）以及一些民事单行法，如婚姻法、

收养法、侵权责任法、物权法等。

(3) 民事法规,指由国家最高行政机关,即国务院制定的民事方面的规范性文件,包括行政法规和部门规章。

(4) 地方性法规中的民事规范,指省、自治区、直辖市和较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规中有关民事方面的规范。应予以注意的是,这些规范不能与宪法、法律和行政法规相抵触。

(5) 特别行政区的民事规范,指港澳地区原有的民事法规。

(6) 国家机关对民事法律规范的解释,主要指最高人民法院对民事法律法规所做的解释。

(7) 国际条约中的民事法律规范。根据《民法通则》第一百四十二条第二款的规定,中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。

案例九:某女在外语培训班学习,急于提高自己的英语成绩,看到一个澳大利亚籍的中国某男英语很好,就随其回家学习英语,结果遭其强奸。在刑事审判过程中,某女提出附带民事诉讼,要求精神损害赔偿。

本案终审依据《中华人民共和国刑事诉讼法》规定判决驳回了某女诉讼请求,但告知其可以通过另外提起民事诉讼来解决。于是某女又提起民事诉讼,一审法院判决某男赔偿8万精神损害赔偿金。然而,在上诉期间,最高人民法院于2002年7月15日出台了《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿的诉讼问题的批复》(以下简称《批复》),该《批复》从民法的渊源上看就属于国家机关对民事法律规范的解释。在该解释中规定,在刑事附带民事诉讼当中,不准提起精神损害赔偿的请求,而且不允许刑事诉讼之后另行提起民事诉讼。于是依据这个司法解释,二审法院就驳回了原告的诉讼请求。对于本案,我们认为,某女的贞操权受到侵犯,人格利益受到侮辱,加害人理应承担精神损害赔偿。由此可见,人民法院的解释是民法的重要渊源,然而,客观地来看,有些解释却局限了法官的自由裁量权,甚至使法官无法对案件做出更加合理的判决。

(二) 习惯

在民法中的习惯是指经有权的国家机关认可,赋予其民事法律规范效力的习惯。其中有权的国家机关主要指立法机关或司法机关。

案例十:本案发生于江苏泰州地区,该地区仪文繁多,生活习俗多在江苏乃至更大范围具有共性,不少延续至今。丁某女与赵某男婚后性格不合,丁某女遂上法院起诉离婚。法官判决离婚,双方共同居住的房屋由赵某男所有,而丁某女的嫁妆,因属其婚前财产,由其悉数带走。然而,基层法院在对该判决执行时,却遭到当地近百名村民的阻挠,执行人员被围困两个多小时。阻挠的原因是,丁某女结婚时与其他嫁妆一同带过来的一只“子孙桶”(即马桶),无论如何不让拿走。

案例分析:一只马桶在市场上仅卖100元钱,为什么在执行时会遇到如此大的阻力?原来,法院的判决和执行触犯了当地的一个习俗。当地女儿出嫁,总得陪上“三圆一响”,这“三圆”中有“一圆”叫作“子孙桶”,寓意子子孙孙繁衍生息、人丁兴

旺。在当地农村，这种风俗延续至今，“子孙桶”寓意世代传承。所以，谁从男方家拿走“子孙桶”，就意味着男方家要断子绝孙。经过本案之后，泰州中级人民法院发动基层法官对民间习俗进行系统收集，仅姜堰法院就收集到各种民俗上千条，并形成了10多万字的文字资料。他们将收集的各种民俗进行分类、筛选，识别良莠，去粗取精，剔除“恶俗”，对照审判工作的实际需要，先后制定了数个参照良俗裁判的指导意见，其中就包括对于离婚析产案件判决过程中“子孙桶”的处理意见。通过上述司法机关的认可，民间习惯亦成为民事案件的裁判准则，成为民法的重要渊源。

（三）判例

判例是指法院先前的某一判决具有法律的效力，从而成为以后审判同类案件的依据。我国民法属于大陆法系，因此主要渊源是民法典及成文民法。然而，由于我国民事立法尚不完善，就给判例法的发展留有很大余地。尤其是一些具有典型意义的判决，无疑会成为其后出现的类似案件判决的主要考量依据。2010年案例指导制度推行，按照2010年《关于案例指导工作的规定》，对于最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时“应当参照”。2015年，最高人民法院又出台《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》，其中规定法官办案时“应当查询相关指导性案例”，并且应当在判决中对当事人等提出的引述理由做出回应，这就进一步明确了指导性案例的判例地位。

案例十一：影片《秋菊打官司》系青年电影制片厂和香港银都机构有限公司合作摄制。1992年2月，该片摄制组在陕西省宝鸡市以偷拍的方法拍摄体现当地风土人情的场景时，将正在街头贩卖棉花糖的贾某摄入镜头，并在制成的影片中使用。此画面共占胶片104格，放映时间为4秒。影片《秋菊打官司》1992年8月通过广电部电影事业管理局审批，在国内外公开发行放映，发行放映影片未征得贾某本人同意。

案例分析：本案被称为我国“肖像权诉讼第一案”。该案事实清楚，被告的确在未征得原告同意的情况下就使用了其肖像。然而，对于本案，法官需要考虑的恐怕不仅仅是侵权行为是否成立，而更应该考虑作为肖像权诉讼的首案，其可能会对今后同类判决产生的影响，以及进而对全体影片制作与发行市场产生的影响。正如被告律师庭中所述，如果今天贾某赢了，那么，今后的中国电影人，就再没有人敢去呈现最真实的社会，真实的场景将从电影中消失。正因为如此，该案判决：故事影片创作的纪实手法具有其他艺术表现方式所不同的特点，采取偷拍暗摄以实现客观纪实效果的需要，也是常用的手法，只要内容健康，符合社会公共准则，不侵害他人合法权益，就属合法行为，因此不构成侵权，驳回了原告的诉讼请求。该案的判决，实是考虑到了判例对后续判决可能产生的效果。

（四）法理

法理是由立法精神演绎而形成的处理民事关系的原理。法理本身并无约束力，但有权机关可能依据法理对民事法律进行解释，同时，法官在裁判案件遇到法无明文规定的情况时，也往往以法理作为解释和裁判的依据。由此，法理就以这种非正式或间接的方式成为民法的法源。

案例十二：远在新加坡务工的王子强接到赣州老家妻子的电话，称她听人说王子强

的父亲去世了。因平日里与两个哥哥没什么来往,为核实这个消息,王子强向家乡的表哥打听情况,才得知父亲确实因病于当天去世了,并且已“装进棺材盖棺了”。王子强当即把要回来参加葬礼的要求“拜托”给了表哥,要表哥向自己的两个哥哥转达。随后,他即刻订购回国的机票,从新加坡飞往广州,再从广州飞到赣州。5月23日,王子强顺利回到了老家,但他依然“来晚了一步”,父亲已被安葬了。花了几千元路费回家奔丧,却连父亲最后一面都没有见到,甚至连父亲埋葬在何处也不知道,这让王子强心里无法接受。王子强认为,哥哥们的行为让自己在承受着丧父之痛的同时,又承受了不能祭祀的苦楚。另外,两个哥哥不等自己到场便将父亲埋葬,他们的行为已经剥夺了自己对家人的祭祀权。为此,王子强一纸诉状将哥哥王子锋和王子华告上法庭,诉讨自己的祭祀权。他请求法院判令哥哥公开向他道歉,消除影响,并赔偿原告精神抚慰金1万元整。

案例分析:对于本案,有两种思考路径。第一种路径是可以考虑习惯,因为我国在传统上的确有父母死亡后子女“奔丧”的习俗,但该习俗尚未得到立法或司法确认,所以是否能成为判决依据,是存在疑问的;第二种路径就是因为本案没有明确的法律规定,也就是法律没有规定祭祀权,但是法律规定了人身权,根据人身权的内涵,祭祀权应属于人身权的一种,或称之为一般人格权,因此,祭祀权侵权责任应按一般侵权责任,适用过错原则。

第四节 民法的性质

一、民法是私法

划分公法与私法的标准目前有三种主要学说,分别是利益说、意思说和主体说。利益说认为用于规定国家利益的法律为公法,用于规定私人利益的法律为私法。意思说认为用于规范权力者和服从者的意思的法律为公法,规范对等者的意思的法律为私法。主体说认为法律主体中至少有一方是国家或国家授予公权者的法律为公法,法律主体的地位平等的法律为私法。三种学说多有争论,实际上是从不同角度去阐释公法与私法的关系。民法规范主要规定私人利益,民法的基本原则确认了私人之间权利对等,同时民事主体地位一律平等。

二、民法是调整市民社会关系的基本法

市民社会是与政治国家相对应的概念,前者是特殊的私人利益的总和,关注私人利益;后者是普遍的公共利益的总和,关注公共利益。民法作为调整市民社会关系的基本法,首先,要明确民法的目的是保护私权,保障私人利益的最大化实现;其次,市场经济社会是当前市民社会的主要反映,因此,民法要反映市场经济发展规律,促进市场经济健康发展。

三、民法是调整市场经济关系的基本法

民法主要调整财产关系和人身关系，从其所调整的财产关系的性质上看，民法是调整市场经济关系的基本法。民法规定了民事主体是进行商品生产和商品交换的行为人；民法的客体，绝大部分是可以被生产并进行市场交换的商品；民法的债权制度则规定了商品与货币交换的主要规则。因此，进行商品生产和商品交换的三个基本要素的基础性法律问题都是民事规定的核心内容。

案例十三：某市商业区丁字路口建了一座商厦。商厦主楼部分面临繁华街道，售价为每平方米7 000元人民币；配楼部分面临一条不大的街道，售价为每平方米4 000元。本案原告在每平方米4 000元这一侧买了一套300平方米的商铺，装修后开始营业。后来，原告在商铺中安装设施，对商铺进行测量，发现该商铺的面积只有200平方米，遂找到开发商。经双方共同测量，确认房屋面积少了100平方米。对如何解决少给的面积，双方意见不同：原告主张其将200平方米商铺退回开发商，由开发商另行交付一套300平方米的商铺。开发商则主张现有商铺已经都卖出去或者租出去了，只同意向原告退还100平方米的购房款。双方发生争议，原告遂以开发商为被告向法院起诉，要求开发商交付300平方米的商铺。该案由某高级人民法院做出终审判决，认为，原告购买的是300平方米的商铺，只要商厦中还有一套300平方米的房子，就应该卖给业主。因开发商的确尚有一套300平方米的商铺，该商铺售价为7 000元每平方米，于是判决被告退租，将这套300平方米、每平方米售价为7 000元的商铺交付给原告，并且不找差额。

案例分析：本案针对房屋的租赁关系纠纷做出处理，体现了民法对市场关系做出的调整。同时也体现了民法作为市民社会的法对市场经济社会的规范和干预。然而，正是因为如此，民法要更加注重反映市场经济发展规律，促进市场的繁荣。在本案中，法官坚持要求被告将300平方米的房子卖给原告，旨在敦促合同继续履行，其目的看上去是为了鼓励市场交易，促进市场繁荣，然而实际上，因为已经没有符合条件的商铺，这个合同已经无法继续履行了，该判决只能导致将一个不公平的交易继续进行，进而将其他租赁房屋的合理交易阻断，鼓励了用不合理的交易扼杀一个合理交易，这并不符合市场经济的规律，扰乱了市场交易秩序，是一个不合适的判决。

四、民法主要是任意性规范

任意性规范指法律允许民事主体在法律许可的范围内，通过双方共同意志或一方当事人的意思表示即可设立、变更和消灭。任意性规范的特点就是任意性，即既不强令人们必须做出一定行为，也不禁止人们做出一定行为，人们可以在行为与否之间做出自由的选择。应该注意的是，民法也有强制性规范。强制性规范指法律的规定具有刚性的约束力，民事主体只能遵守和服从，不得任意创设、变更和消灭。例如《合同法》中的法律规范的性质基本上是任意性法律规范，但对于合同责任的规定则是强制性的。

案例十四：邝教授为我国著名医学家，与前妻育有两个儿子。老伴去世后，他一直把精力投放在医学研究和教学上，已经孤身多年。于是，儿子儿媳妇帮他找了个保姆朱

某照料其生活。朱某体贴聪明，深得邝教授喜爱。然而，意想不到的，在朱某来家里一年多后，邝教授不顾家人反对，毅然决定与朱某结婚。虽然这一决定在家人中掀起了轩然大波，可是，两人最终还是冲破阻碍，走到了一起。一日，邝教授在家里的卫生间意外跌倒，不幸去世。在追悼会上，他生前的代理律师宣读了一份遗嘱，将属于邝教授名下的动产、不动产悉数赠与朱某，他人无权主张任何权利。正是这份“悉数赠与”的遗嘱，使得邝教授的两个儿子丧失了继承权，这意味着邝教授名下价值1000万元的房产和钱款全部归其妻子朱某所有。邝教授的两个儿子对这份遗嘱提出质疑，向法院提起诉讼。经过旷日持久的两次诉讼，均以二人失败、保姆朱某胜诉告终。

案例分析：本案争论的焦点就在于邝教授的遗嘱是否有效。《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）的法律规定主要是任意性规范，也有一部分为强制性规范。根据该法，继承的情形分为法定继承和遗嘱继承。《继承法》的任意性体现在，如果有遗嘱，那么以遗嘱内容处理遗产；如果没有遗嘱，就依《继承法》中法定继承的规定处理遗产。《继承法》的强制性则体现在适用遗嘱分配遗产时，如果遗嘱内容违反了《继承法》中强制性规范，则该部分内容无效。因此，对于本案，首先要确认对于邝教授遗产的分配，应根据其遗嘱来进行，而不是根据法律的规定进行；其次要考察遗嘱的效力，看遗嘱的内容中是否有违反法律强制性规定的内容。如果没有，那么这份遗嘱就是完全有效的，邝教授的遗产就应由朱某全部继承。

第五节 民法的本位

民法通过赋权的方式调整平等主体间的关系。民法作为权利法是逐渐确定下来的。

一、义务本位

民法在中世纪前是义务本位的法。义务本位是以义务为法律的中心观念，义务本位的立法都为禁止性规定和义务性规定，目的在于对不同身份的人规定不同的义务，以维护身份秩序，最典型的就是“夫为妻纲，父为子纲，君为臣纲”。例如在《十二铜表法》第四表“家长权”中有这样的规定：“对畸形怪状的婴儿，应即杀之。”“家属终身在家长权的支配下。家长得监察之、殴打之、使作苦役，甚至出卖之或杀死之；纵使子孙担任了国家高级公职的亦同。”“夫得向妻索回钥匙，令其随带自身物件，将其逐出。”

所以这种义务与今天的抚养等家庭义务不同，今天的人之所以具有赡养义务，是因为父母对孩子的幼年的抚养，是维护社会善良风俗和伦理，也就是孩子与父母在法律上是平等关系；而义务本位时期子女对父母承担义务，主要原因是维护自上而下（尤其是统治者）的身份秩序（我为什么能统治你，是因为身份，身份是统治与管理的原因），而子女与父母是归属关系。中世纪之后，社会进步，家庭解体，个人的意思与自由逐渐凸显出来。