

高等法律院校民商法案例系列教程

Gaodeng Falü Yuanxiao Minshangfa Anli Xilie Jiaocheng

新编民法总论 案例教程

总主编：赵万一

主 编：李 智 吴国喆

高等法律院校民商法案例系列教程

新编民法总论案例教程

总主编：赵万一

主 编：李 智 吴国喆

副主编：李江涛 李新荣

撰稿人（以姓氏拼音为序）：

陈 涛 李 华 李江涛

李新荣 李 智 倪大伟

王小莹 王玉飞 吴国喆

赵万一



中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

新编民法总论案例教程/李智 吴国喆主编. —北京:中国民主法制出版社,2008.8

(高等法律院校民商法案例系列教程)

ISBN 978-7-80219-466-3

I. 新… II. 李… III. 民法—案例—中国—高等学校—教材 IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 130522 号

书名/新编民法总论案例教程

Xinbian Minfa Zonglun Anli Jiaocheng

作者/李 智 吴国喆

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里7号(100069)

电话/63055022(法律室) 63057714(发行部)

传真/63056975 63056983

http://www.npc.gov.cn

E-mail:/MZfz@263.net

经销/新华书店

开本/16开

印张/24.5 字数/424千字

版本/2008年9月第1版 2008年9月第1次印刷

印刷/河北永清金鑫印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-80219-466-3/D·1410

定价/48.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

推荐序

民法作为市民社会的根本法,捍卫着“私权神圣”,体现了“意思自治”,追究“过错责任”。商法作为市场经济的基本法,确立市场主体,规范市场行为,引入操作机制。民法以其固有的伦理性而表现出强烈的人文关怀,而商法则以其技术性而凸显出浓烈的逐利情结。

由于现实生活的纷繁复杂,书斋里的民商法和现实中的民商法存在着很大的脱节,不仅民商事立法滞后于现实社会的需要,理论研究更是无法与现实发展同步。解决这一问题的出路之一是引进与加强民商法的案例教学。案例教学作为一个对接的桥梁,为校园里的学者和学子们打开一扇深入实务的窗口,也为实务界的律师和法官们开辟一条通往法学理论殿堂的捷径。

近年来,民商事立法活动频繁,继《公司法》、《证券法》、《企业破产法》修订之后,《物权法》也在千呼万唤中浮出水面。案例教学无疑也应该紧紧追踪民商事立法的发展。而市面上已有的案例教材大多比较陈旧,难以适应民商事立法的快速更新。有鉴于此,本丛书的编写应运而生。

本套丛书由中国法学会民法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院院长、上海大学法学院院长赵万一教授亲自挂帅、中国政法大学等大专院校的专家学者编写。专家学者们广泛的查阅、精心的挑选、巧妙的组织、独特的分析,使得本丛书能如愿与读者见面。

本套丛书追踪最新立法、紧扣核心教材、精选真实案件、创新编写体例,实为一套难得的理论性与实务性兼具的案例教材。本套丛书的问世,相信能为我国民商法的案例教学做出应有的贡献。

应其邀,欣然作序。



2008年9月

序

民法以其博大精深而源远流长,商法以其实践品格而与时俱进。进入 21 世纪以来,历史翻开了新的一页,民商事立法也迎来了新的春天:《公司法》、《证券法》、《企业破产法》的修改以及《物权法》的通过,法学同仁备感欣喜。

理论与立法的发展对民商法教学与实践提出了新的要求与挑战,案例教学作为法学教育中的一个重要环节,其重要性日益彰显。但市场上民商法案例教程不同程度上存在着内容陈旧、案件失真、引注失范等问题,中国民主法制出版社敏锐地关注到这一现象,邀请本人主编本系列案例教程。丛书由中国政法大学等大专院校的专家学者编写。本丛书秉承法学专业本科教程的核心内容,紧扣重点和难点,结合司法实务中的最新案例,聚焦案例的争议点,以为读者提供一套全新的系列案例教程。

本丛书不同于简易的教学式案例,也不同于冗长的实务性案例,本丛书具有如下特色:

一、同步性:以核心教材——法律出版社“21 世纪法学规划教材”最新版本为依据,以该教材章节为序,以其核心知识点为关键词“检索”案例,从理论的重要性和实务上的多发性来合理配置和协调章节中案例的安排。

二、真实性:本教程所选的案例大多数为司法实践中精选的真实案件。在本丛书编写之初,撰写人员即进行分工配合:一是从最高法院公报等出版物中挑选代表案例,二是深入企事业单位进行调研获取第一手的真实案例,三是从网络中筛选典型案例。在具体的编写过程中作者们力求按照学术规范进行引注。

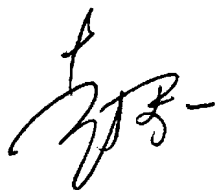
三、新颖性:不仅本丛书的案例绝大多数来源于近五年来司法实践中的最新案件,而且处理依据皆为最新修订或颁布的相关法律法规,为了配合对案例的理解,我们注意在案例后援引了最新的理论研究成果并在“争鸣”中做了进一步的探索。

四、创新性：编写体例上力求创新，继“案情介绍”之后，用“处理结果”提供法院或仲裁机构的实际判决结果或者参考判决结果，由“争议焦点”引出案例集中反映的法律争议点，经“法理分析”层层解剖相关的争议点，以“争鸣”对处理结果与法理分析不同之处作学理上的探讨。

本丛书为法学本科生、研究生、司考和考研考生量身定做，帮助他们以最少的时间和精力步入法学实务的殿堂；本丛书还可以作为司法实务界人士进行理论与实践沟通的桥梁；本丛书也可以作为法学爱好者领略民商法律魅力的参考读物。

当然，由于时间与水平有限，本丛书的缺点与错误在所难免，望各界贤达不吝指正。

最后，我谨代表作者向给予我们热情支持的中国民主法制出版社表示诚挚的谢意！



2008年9月

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 民法的渊源	(1)
案例 1 李某诉某典当有限责任公司典当关系纠纷案	(1)
第二节 平等原则	(7)
案例 2 广东雅信化妆品有限公司状告西安人人乐商业有限公司 “霸王合同”案	(7)
第三节 契约自由原则	(11)
案例 3 王某诉北京湘水之珠大酒楼强收开瓶费纠纷案	(11)
第四节 公平原则	(17)
案例 4 丁昌祥诉北京铁路局运输合同纠纷案	(17)
第五节 诚实信用原则	(22)
案例 5 陈某诉马某违约案	(22)
第六节 公序良俗原则	(27)
案例 6 郭某康与郭某英人身权纠纷案——子女一方行使母亲骨灰 落葬的权利是否侵犯了其他子女的知情权 和最后哀悼瞻仰权	(27)
第七节 权利滥用之禁止原则	(32)
案例 7 新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案	(32)
第八节 民法的适用范围	(38)
案例 8 重庆市渝北区供销合作社与重庆市渝北区统景五一综合商 店债务纠纷上诉案	(38)
第二章 民事法律关系	(44)
第一节 概述	(44)
案例 9 李强夫妇诉业主郭某案	(44)
案例 10 伦样成与广州洛民塑料有限公司、伦矿源买卖合同纠纷 上诉案	(49)

第二节 民事能力	(55)
案例 11 王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿案	(55)
案例 12 罗仕林申请宣告呈持续性植物状态的罗某某为无民事行为能力人案	(61)
第三节 民事权利	(66)
案例 13 全国首例地域歧视案	(66)
案例 14 世纪证券有限责任公司与天津市住房公积金管理中心、世纪证券有限责任公司天津世纪大道营业部、中国旅游国际信托投资有限公司天津证券交易营业部、中国旅游国际信托投资有限公司侵权纠纷案	(71)
第四节 民事责任	(77)
案例 15 吕绍俊诉焦作起重运输机械有限责任公司和焦作市殡仪馆遗体处分权赔偿纠纷案	(77)
案例 16 陆耀东诉永达公司环境污染损害赔偿纠纷案	(82)
第三章 民事主体——自然人	(89)
第一节 人格权	(89)
案例 17 郑厚均诉魏明学名誉侵权纠纷案——名誉权的保护	(89)
案例 18 刘翔诉《精品购物指南》报社等侵害肖像权案——肖像权的保护	(95)
案例 19 罗林诉广东飞乐影视制品有限公司等侵犯著作权及姓名权纠纷案——姓名权的保护	(102)
案例 20 刘甲等诉江苏教育电视台转播含有隐私内容的新闻侵犯名誉权案——隐私权的法律保护	(108)
第二节 住所	(114)
案例 21 张某诉陆某离婚纠纷案——自然人住所制度评析	(114)
第三节 监护	(120)
案例 22 吴凯诉朱超、曙光学校人身损害赔偿纠纷案——监护人的监护职责	(120)
案例 23 张静诉陈峰服兵役不能实际抚养子女要求变更监护关系原审按特别程序审理再审按普通程序审理案——未成年人监护制度	(127)
第四节 宣告死亡	(132)

案例 24 吴广德申请宣告其子吴加洪死亡案——宣告死亡在公法上的效力	(132)
案例 25 杨万翠申请宣告郑财银死亡案——宣告死亡制度	(138)
第四章 民事主体——法人	(145)
第一节 法人的民事能力	(145)
案例 26 汪洁飘与永川市胜利建筑工程有限责任公司买卖合同纠纷抗诉再审案	(145)
案例 27 贵州腾发建筑安装工程有限公司与贵阳联鑫物资有限公司买卖合同纠纷上诉案	(150)
第二节 法人的成立	(156)
案例 28 杨树朴等诉沈景花股东权纠纷案	(156)
案例 29 广饶县广饶镇十六村村民委员会与杨向利等饮食服务合同纠纷上诉案	(162)
第三节 法人的机关	(167)
案例 30 冯继明等诉南通市观音山供销社有限公司要求确认股东权案	(167)
第四节 法人的住所	(173)
案例 31 庄寿强诉高等教育出版社等侵犯著作权纠纷案	(173)
第五节 法人的消灭	(178)
案例 32 上海中艺国际储运有限公司与杭州康明电子设备有限公司等买卖合同纠纷上诉案	(178)
案例 33 刘志光等与南海市唐边海兴陶瓷厂等建设工程施工合同纠纷上诉案	(183)
案例 34 美国矿产金属有限公司与厦门联合发展(集团)有限公司债务纠纷上诉案	(189)
案例 35 中国农业银行昆明市经济技术开发区支行诉昆明西山西园特种耐火材料厂等借款合同纠纷案	(194)
第五章 民事权利客体	(201)
第一节 作为民事权利客体的物	(201)
案例 36 韩林以虚拟财产被盗为由诉上海盛大网络发展有限公司娱乐服务合同纠纷案	(201)
案例 37 鞠成美等诉金三明骨灰处分权案	(207)
第六章 法律行为	(212)

第一节 法律行为的分类·····	(212)
案例 38 周桂芬诉周金速确认离婚协议效力案·····	(212)
案例 39 赵芝彪与庄升鹏民间借贷纠纷上诉案·····	(218)
第二节 意思表示·····	(223)
案例 40 杨先福诉李常刚应按不可撤销的赠与合同给付打赌所得 车辆案·····	(223)
第三节 意思与表示不一致·····	(228)
案例 41 李伦等与冯淑兰等房屋赠与合同纠纷案·····	(228)
案例 42 黄玉凤与黄春荣劳务合同纠纷上诉案·····	(234)
第四节 意思表示不自由·····	(239)
案例 43 钱兵珍诉呼和浩特经济技术开发区蒙牛酒业有限公司销 售代理合同案·····	(239)
案例 44 王计旺与陈仕勇民间借贷纠纷上诉案·····	(244)
第五节 条件、期限·····	(250)
案例 45 陈伯祥诉谭建花婚约财产纠纷案·····	(250)
案例 46 广州市科传数码科技广告有限公司与珠海威丝曼服饰有 限公司技术服务合同纠纷上诉案·····	(255)
第六节 民事行为的无效与撤销·····	(261)
案例 47 张仕海诉刘勇等撤销权纠纷案·····	(261)
案例 48 北京戎信建筑装饰工程有限公司以居间保证光大国际建 设工程总公司获得公开招标工程为由起诉对方要求给付 保证中标费用被驳回案·····	(266)
案例 49 洪春南诉厦门信达股份有限公司房屋买卖合同纠纷案·····	(272)
第七章 代理·····	(278)
第一节 代理的分类·····	(278)
案例 50 湖北康泰药业有限公司与建始县长梁乡卫生院药品买卖 合同纠纷上诉案·····	(278)
案例 51 上海兰生国际货运有限公司诉上海东环国际货运有限公司、 无锡三洋毛织制品有限公司货运代理合同欠款纠纷案·····	(283)
第二节 代理行为·····	(289)
案例 52 河南东苑大厦诉李书存欠款纠纷上诉案·····	(289)
案例 53 于能正与虞根法买卖合同纠纷上诉案·····	(294)
第三节 无权代理·····	(300)

案例 54	郭景忠诉天泰公司、蓝星公司买卖合同纠纷上诉案	(300)
案例 55	董朝明与上海正广和江川饮料食品有限公司等买卖合同 纠纷上诉案	(305)
第四节	表见代理	(311)
案例 56	关汝坤、朱焕宜与朱时战定作合同纠纷上诉案	(311)
案例 57	刘春明与赵品康、陈芬、九寨沟高原食品有限公司商标 转让合同纠纷一案	(316)
第八章	诉讼时效	(323)
第一节	诉讼时效期间的起算	(323)
案例 58	于峰、王子文夫妇诉李兆辉返还代领款案	(323)
案例 59	杨俊和诉河南电力建设总公司和送变电建设公司人身损 害赔偿案	(328)
案例 60	中国建筑装饰工程公司诉孟庆霖承包合同纠纷案	(334)
第二节	诉讼时效期间的中止	(339)
案例 61	关闭海南发展银行清算组诉胡国文借款合同纠纷案	(339)
第三节	诉讼时效期间的中断	(345)
案例 62	航盛公司诉高明区政府及其对外贸易经济合作局拖欠码 头建设费超过诉讼时效后重新达成还款协议认定有效案 ...	(345)
案例 63	中国信达资产管理公司郑州办事处诉河南轮胎集团有限 责任公司借款担保纠纷一案	(350)
案例 64	连爱萍诉焦作市马村区待王镇靳作村民委员会人身损害 赔偿纠纷案	(355)
第四节	诉讼时效期间的延长	(361)
案例 65	孙华东夫妇诉通化市人民医院错给所生孩子致使其抚养 他人孩子达 20 余年要求找回亲子和赔偿案	(361)
第九章	期间、期日	(367)
第一节	期间的起算点	(367)
案例 66	济源市正兴玉米开发有限公司诉济源市城区农村信用合 作社借款纠纷案	(367)
第二节	期间最后一日之决定	(372)
案例 67	西周公司诉人保周至公司应按保险费交付时间顺延保险 期间承担在顺延期间发生的保险事故的保险责任案	(372)

第一章 导 论

第一节 民法的渊源

案例1 李某诉某典当有限责任公司典当关系纠纷案^①

【案情介绍】

原告（上诉人）：李某

被告（被上诉人）：某典当有限责任公司

原告李某是上海某珠宝有限公司的法定代表人，被告是经许可经营典当的有限责任公司。原告将一批K金饰品当给被告，被告出具当票一张，载明当金40万元，当期由2003年12月31日起至2004年1月31日止。当票当户联背面印有“典当须知”，其中第6条规定：“典当期及典当期届满5日内，经双方同意可以续当。续当时当户应当结清前期利息和当期费用。”该“典当须知”第9条规定：“绝当后，当户与典当行协议续当的，逾期费用由双方协商确定。”按照约定，原告将K金饰品交给被告保管，被告出具了收条并向原告给付了约定数额的当金。当期届满后，原告没有按期赎当，也没有在典当期届满后5日内办理续当手续。2004年2月11日，原告写下承诺书，承诺在2月20日前付清典当的综合费用。2月29日，被告收到上海某珠宝有限公司开具的现金支票两张，金额均为37450元，支票表明用途为“还款”。3月2日，银行以“存款不足”通知退票。3月12日，原告书面承诺：“同意先将以上K金饰品绝当，委托拍卖有限公司进行拍卖，用拍卖成交款支付首饰借款本金、息费、违约金、场地租赁费等相关费用按有关规定从拍卖所得中扣除。”3月20日，原告向上海市静安区人民法院起诉要求赎回当物。

原告李某诉称：2003年12月31日，原告将一批K金饰品当给被告，当期届满后，原告多次要求赎当，被告口头答应却不办手续。原告向被告要求赎回当

^① 案件来源：刘华主编：《2005年上海法院案例精选》，人民法院出版社2007年版，第45—50页。

物，被拒绝。按照有关规定所有权并不因绝当而转移，当物并不因绝当而由抵押物变成“抵债物”，原告仍是当物的所有权人。原告履行债务，被告应返还当物。法律并没有赋予被告自行委托拍卖绝当物品的权利，被告的行为侵犯了原告的权利，请求判令被告允许原告赎回当物。

被告某典当有限责任公司辩称：典当期限届满后，被告曾多次要求原告办理续当或赎当手续。但原告开具空头支票还款，表明其已无能力和诚意续当或赎当。按照约定，超过回赎期，该批当物即成为绝当物，由典当行按规定拍卖、变卖或折价。典当期限届满后过了回赎期，原告无权要求赎回绝当物，如果支持原告的请求将使典当行业的“绝当规则”形同虚设，法院应当驳回其诉讼请求。

法院经审理认为：当票，是典当行与当户之间的典当合同，是典当关系存在的书面凭证，也是确定双方权利义务的主要依据。根据本案查明的事实，双方签署当票是双方的真实意思表示，不违反法律、行政法规的禁止性规定，应当认定双方当事人之间的典当合同有效。当票上的约定对双方当事人均具有法律约束力，原、被告应当按照当票约定的内容履行自己的义务。从双方提供的证据分析，典当期限届满后被告并未拒绝原告办理续当手续。由于原告没有履行付清费用的承诺，被告为维护自身权益，拒绝为原告办理续当手续并无不当。根据《典当行管理办法》第36条的规定以及当票的约定，涉案当物已经绝当。而绝当后的赎当应是双方意愿的体现，并非一方意愿即可达成。

【处理结果】

上海静安区人民法院根据《中华人民共和国民法通则》第4条、《中华人民共和国合同法》第8条、《中华人民共和国担保法》第2条、第63条、第71条的规定判决：原告李某要求判令原告上海某典当有限责任公司允许其赎回当物的诉讼请求不予支持。

一审判决后，原告李某不服，提起上诉，但在收到原审法院催交上诉费的通知后，未能在规定期限内缴纳上诉费。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第107条、《人民法院诉讼收费办法》第13条第2款之规定，上海市第二中级人民法院裁定：按上诉人李某自动撤回上诉处理，双方当事人均应按原审判决执行。

【争议焦点】

习惯法是否可以成为我国民法的渊源？

【法理分析】

本案的关键就是民法的渊源问题，从不同的角度可以对民法的渊源作出不同

的解释,从民法与它调整的社会关系的角度讲,民法的渊源就是民法产生的根源。“但通说的民法的渊源,是指民法的效力渊源,即根据民法的效力来源划分的民法的不同形式,包括制定法、判例法、习惯法及法理等。”^①中国民法的渊源包括:

一、法律

(一) 民法通则

在大陆法系国家,民法典居于民事基本法的地位。中国尚未制定民法典,居于民事基本法地位的是民法通则。但是民法通则既不是民法典,也不同于民法典的总则编。

(二) 民事单行法

相对于民事基本法而言,民事单行法属于民事特别法。例如,现行民事单行法有:合同法、物权法、婚姻法等,以及在“大民法观”下的海商法、公司法、票据法、保险法等商事法性质的单行法。

(三) 行政法律中的民法规范

行政法律中也往往包含了民法规范,也属于民法之构成部分。如《消费者权益保护法》第六章、第七章关于民事责任的规定,属于民法规范。

二、行政法规

按照《立法法》第7条和第8条的规定,民事法律的指定和修改,属于国家立法权;有关民事基本制度的事项,只能由全国人民代表大会制定法律。按照该法第9条的规定,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院根据实际需要,对尚未制定法律的属于第8条规定的部分事项,先制定行政法规。此所谓行政法规,系指国务院所行使的立法权限的性质而言,但就其法规的内容,则有行政性法规和民事性法规的区别。例如,国务院1989年制定的《国内航空运输旅客身体损害赔偿暂行规定》即属于民事性行政法规。

三、有权解释

有解释权的机关对民事法律法规所做的解释,目的在于阐释民法规范的构成要件及法律效果以便于各级法院正确适用,甚至通过解释以补充现行法的漏洞,有创立规则的性质。其中最重要的就是最高人民法院的解释,例如《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》等。

四、习惯法

所谓习惯,是指多数人对同一事项,经过长时间,反复而为同一行为。因

^① 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年9月第1版,第13页。

此，习惯是一种事实上的惯例。各国民法多采习惯以补充法律规定之不足。如《瑞士民法典》第1条第2款规定：“无法从本法得到相应规定时，法官应依据习惯法裁判。”我国台湾地区的民法典第1条也规定，民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。但习惯须经国家，方成为习惯法。我国法律并没有对习惯的效力作出一般规定，但是1951年7月18日《最高人民法院西南分院关于赘婿要求继承岳父母财产问题的批复》，其中指出“如当地有习惯，而不违反政策精神者，则可酌情处理”。我国《合同法》第125条就规定可以用交易习惯来解释合同的歧义条款。这都是承认习惯法作为民法渊源的证明。

五、判例法

在英美法系国家，判例法作为民法渊源，并无争议。中国作为大陆法系国家，其民法理论原不承认判例法的地位。但是由于民事立法不够完善，于是给判例法留下了一定的空间。最高人民法院发布的批复、解答和判例中所形成的很多判例规则，无疑是中国民法的一部分。比如最高人民法院函（1992）第27号对民法通则第59条第1款“显示公平”概念进行解释确认情势变更原则，即其适例。

六、法理

所谓法理，指依据民法之基本原则所应有的原理。按照现行法律，所谓法理并无拘束力，因此不构成民法的渊源。但有解释权的机关在对民事法律解释时，及法官裁判案件遇法律无明文规定时，又往往以法理作为解释和裁判的依据。于是，法理通过解释或裁判获得了法律拘束力。解释或裁判引为根据的法理，因而成为中国民法之渊源。

七、学说

学说只代表学者个人的意见，作为学理解释，不能直接发生任何拘束力。但近年来最高人民法院遇有疑难案件，往往征求学者意见并采为判决依据。学说因被采为判决依据而发生拘束力，可谓为间接的渊源。^①

此外《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”由此可知，国家政策也是民法的渊源之一。另外，《民法通则》第142条第2款、第3款规定：“中华人民共和国缔结或者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。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”这个规定又表明，国家

^① 梁慧星著：《民法总论》，法律出版社2007年7月第3版，第26—30页。

条约和国际惯例也是中国民法渊源。同时《民法通则》第151条规定：“民族自治地方的人民代表大会可以根据本法规定的原则，结合当地民族的特点，制定变通的或者补充的单行条例或者规定。自治区人民代表大会制定的，依照法律规定报全国人民代表大会常务委员会批准或者备案；自治州、自治县人民代表大会制定的，报省、自治区人民代表大会常务委员会批准。”因此，民族自治地区的民事行单行条例或规定也是中国民法的渊源。

“需要注意的是，国务院所属各部（委）制定发布的规范性命令、指示和规章不是行政法规，在处理民事案件中仅具有参照作用，而且其内容不得与法律和行政法规相抵触。”^①部门规章不具有法律渊源的效力，我国最高人民法院1999年12月19日起施行的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条规定：“合同法实施后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”这一规定明确排除了部门规章和地方性法规作为法院适用的法律渊源。

以上是关于中国民法的渊源介绍，由此可知，习惯法可以作为民法的渊源。那么，民事采用习惯法应该具备什么条件呢？

新中国建立后，典当行业一度被取缔，改革开放后虽有所恢复，但长期没有专门的法律规范，原则上只能适用有关担保法的一般法律规定调整典当关系。但是，作为营业质的当又不同于一般的担保物权比如质权、抵押权，是一种特殊的担保物权，特别是在对待流质契约条款的效力上。我国《担保法》第66条明确规定流质契约为无效契约，不发生法律效力。流质契约是指在质权设定时在债权清偿期届满前，约定债权届清偿期而未受清偿时，质物所有权归质权人所有的契约或契约条款。一般的担保物权不允许设定流质契约，主要是为了保护债务人的利益，而很多数国家和地区的法律并不禁止流质条款在典当关系中的适用。理论界比较一致的看法是流质禁止的规则在当铺营业中并不适用，如日本学者三储信三认为“对于流质契约之禁止有例外，即质铺营业人之质契约，无本条之适用。”^②史尚宽先生也认为“典当营业之优先受偿权，原则上依变卖之方法，然流质之预约为有效。”^③

① 魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第13页。

② [日]三储信三著：《物权法提要》，孙芳译、韦浩点校，中国政法大学出版社2005年版，第318页。

③ 史尚宽著：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第422页。

为了规范和引导典当行业的发展，原国家经贸委于2001年8月颁布了《典当行管理办法》，国家商务部与国家公安部在此基础上又于2005年2月重新颁布了《典当管理办法》，并于同年4月1日起施行。本案发生在《典当行管理办法》施行之后，《典当管理办法》施行之前，因此应当参照前者来审理本案。《典当行管理办法》第36条规定：“典当期限或者续当期限届满后，当户应当在5日内赎当或者续当，逾期不赎当也不续当的，为绝当。”又综合本案的当票约定和其他相关证据可知，涉案当物已经绝当。至于绝当物如何处理，原被告之间存在分歧。原告援引《担保法》“流质禁止”条款，证明当物绝当后，所有权并不转移，出当人仍是当物的所有权人，所有权人当然有权利要求支付相关费用取回当物。这就涉及当绝当物所有权的问题。《典当行管理办法》第40条规定：“典当行应当按照下列规定处理绝当物品：（一）当物估价金额在3万元以上的，可以按《中华人民共和国担保法》有关规定处理，也可以双方事先约定绝当后由典当行委托拍卖行公开拍卖；当地无拍卖行的，应当在公证部门监督下公开拍卖。拍卖收入在扣除拍卖费用及当金本息后，剩余部分应当退还当户，不足部分向当户追索。（二）绝当物估价金额不足3万元的，典当行可以自行变卖或者折价处理，损益自负。（三）对国家限制流通的绝当物，应当根据有关法律法规，报有关管理部门批准后处理或者交售指定单位。”这一行政规章虽然没有明确表述绝当物所有权的转移与否，但是实际上是以当物估价金额3万元，作为绝当物品所有权是否转移至典当行的标准。

由于我国对典当没有用法律形式予以规制，实践中一般认为典当纠纷在法律适用上应当适用《担保法》中关于质押与抵押的规定，这样对于估价3万元以下的绝当物，虽然《典当管理办法》规定所有权转移，但是其属于部门规章，位阶低于法律，其规定与《担保法》中“流质禁止”条款存在冲突，而对于估价3万元以上的当物，虽所有权没有转移，但实践中在处置上也不是按照《担保法》规定进行，仍然存在冲突，这就是上述案例中典当行与出当人之间争议的原因。

在专门的典当法律出台前，适用《担保法》处理典当关系只是权宜之计。因此在实践中，更应当参照典当主管部门制定的特殊规定，尊重典当行业自己约定俗成的行业惯例。在我国，流质契约在民间有广泛的存在基础，在实践中发挥着一定的积极作用，我国典当行业从来没有禁止流质契约的规则。^①在典当行业中，逾期不赎当也不续当的，当户就丧失赎回当物的权利，绝当物由典当行按相关规定处分，这就是绝当规则。此外，绝当后经双方协议也可赎当。但本案中，

① 参见余能斌主编：《现代物权法专论》，法律出版社，2002年版，第641页。