

民商法

论丛

第14卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 14

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 14 卷

(1999 年第 2 号)

梁慧星 主编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛 第14卷/梁慧星主编.-北京:
法律出版社,2000.3
ISBN 7-5036-3021-3

I.民… II.梁… III.①民法-研究-文集
②商法-研究-文集 IV.D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第11996号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李跃	责任校对/杨昆玲
印刷/外文印刷厂	
开本/850×1168毫米	1/32 印张/26.625 字数/661千

版本/2000年4月第1版 2000年4月第1次印刷
印数/0,001—5,000

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层 (100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3021-3/D·2742
定价:42.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

本卷是民商法论丛第14卷(1999年第2号)。

【专题研究】栏选编四篇论文。其一是侯利宏的《取得时效研究》。民法时效制度包括取得时效和消灭时效,现行民法通则仅规定消灭时效,未规定取得时效。当时为什么不规定取得时效?是受苏联民法理论的影响,认为取得时效与社会主义道德相悖。改革开放20年后的今天,民法学界关于应当规定取得时效已经达成共识。学者受委托起草的《物权法草案建议稿》在第二章所有权的第一节一般规定中,规定了取得时效制度。本文有助于我们理解草案的规定。其二是陈辉萍的《票据背书伪造法律问题比较研究》。各国法制关于伪造的票据背书的效力,有截然对立的立场,形成日内瓦统一法体制与英美法体制的对立。英美法体制坚持任何人不能依伪造的背书取得票据权利,旨在保护真权利人,而日内瓦统一法体制认可伪造的背书具有背书的外观效力,旨在保护善意持票人和付款人的利益。本文对英美法体制和日内瓦统一法体制制作了细致的比较,值得一读。其三是傅静坤的《论中华人民共和国合同法中涉外合同的概念及其法律适用》。新合同法出于统一交易规则的理由,实现了三法合一。但涉外合同概念仍然存在,本文有助于我们对新合同法第126条的正确理解和适用。其四是梁展欣的《代理制度中因委托书授权不明而引起的民事责任归责问题》,是作者对现行民法通则第65条第3款规定的解释论,值得一读。

【判解研究】栏编入三篇文章:其一是张式华和谢耿亮的《诚实

信用原则在新合同法中的地位及其适用的述评》。作者对此前法院适用诚实信用原则的判例作了分析,然后论述新合同法关于诚实信用原则的规定,有助于我们理解和运用新合同法。其二是邹海林的《论保证责任期间——我国司法实务和立法的不同立场》。作者结合一件涉及保证人是否免除保证责任的判决,对关于保证期间的实务做法和立法规定的不同立场分析探讨,值得立法和实务参考。其三是王逸寒和卢文道的《输血感染丙肝赔偿纠纷案中的疑难法律问题探析》。近年来因输血感染丙肝的赔偿案件,成为社会和学界关注的热点。争论的一个焦点是:血液是否属于产品质量法上的“产品”?本文的分析论述,是有益的。

【学术论争】栏刊载关今华和陈永苗的《“一项判决,三点质疑”的驳论》,是对本刊第8卷刊载陈安教授评析香港高等法院1993年第A8176号案件判决的《一项判决,三点质疑》一文的反驳。学术自由与争鸣,是我国法律科学健康发展的前提条件,本刊正是法学争鸣的场所。

【域外法】栏选编四篇文章:徐国栋的长文《东欧剧变后前苏联集团国家的民商法典和民商立法》;陈华彬的《论德国私法上无因性概念的形成》;马新彦的《美国不动产法上的地役权研究》;张明远翻译的《英国合同法的最新发展》。

【硕士学位论文】栏选编四篇论文:它们是苏州大学国际经济法硕士武岗的《信用证欺诈例外原则研究》、中国人民大学国际经济法硕士何植松的《信用证止付及其司法实践》、复旦大学国际经济法硕士马忠法的《论建立证券交易中的民事赔偿制度》、中南政法学院民法硕士李政辉的《论浮动担保》,属于近年硕士学位论文的优秀之作。前两篇研究信用证欺诈问题,第三篇研究证券交易中的民事赔偿,后者研究英美法上的浮动担保制度,建议制定物权法时应予借鉴。这表明硕士论文选题,已从空泛理论转向立法和现实中的重大课题。

依据法律发展史,民法的发展轨迹,是由习惯法进到成文法,再进到法典法。人类历史上,先后发生过三次民法典编纂运动。第一次是发生在6世纪的罗马法编纂,产生了优士丁尼《罗马法大全》;第二次是发生在19世纪的欧洲民法典编纂热潮,产生了以法国民法典、德国民法典、瑞士民法典等为代表的一大批著名的民法典;第三次民法典编纂运动从20世纪90年代开始,产生了1992年的新荷兰民法典、1994年的俄罗斯民法典、1994年的蒙古民法典、1996年的越南民法典、1996年的哈萨克斯坦民法典、1996年的吉尔吉斯斯坦民法典、1998年的土库曼斯坦民法典等。据统计,现在世界上有113个国家有民法典。其中,欧洲32国,南北美洲24国,非洲34国,亚洲23国。此外,还有若干国家正在制定民法典。值得注意的是,1989年的欧洲议会已提出制定一部欧洲民法典的要求。依照欧洲议会的两个决议,1996年的欧洲合同法原则,将来要纳入该欧洲民法典。即使实行判例法制度的美国和加拿大,也有若干个州制定了自己的民法典,如加利福尼亚民法典和魁北克民法典。可见,制定民法典是现代法治的一个共同经验。

十五大报告已经确定要在2010年建成具有中国特色的社会主义法律体系。这个法律体系应当是一个金字塔形的结构,最上层是作为国家根本大法的宪法;其次是民法、刑法、民诉、刑诉等各基本法;再其次是各特别法;下面则是国务院制定的行政法规。其中,宪法和民法、刑法、民诉、刑诉等基本法应当制定成文法典。迄今,宪法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法均已制定了成文法典并在八届全国人大期间进行了修订,唯独民法未制定法典,只有一个民法通则和各单行法。虽说民法通则及各民事单行法,在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面,发挥了重大的作用,但民法通则毕竟不能起到民法典的作用,许多重要的、基本的民法制度欠缺,这种情况不能适应市场经济和社会生活的要求。中国要建设法治国家,当然

要制定自己的民法典。制定一部既符合我国改革开放和发展社会主义市场经济的实际,又符合法律发展潮流的,与国际社会相沟通的、完善的、现代化的民法典,是我们现在所面临的重大立法任务。

按照设想,中国民事立法的完善,分为三个步骤:第一步是制定统一合同法,以实现市场交易规则的统一;第二步是在本届人大期间制定物权法(将来民法典的物权编)和婚姻家庭法(将来民法典的亲属编或婚姻家庭编),以完善规范财产归属关系的基本规则和规范婚姻家庭关系的基本规则;第三步是在2010年之前完成中国民法典编纂。现在,第一步已经实现,统一合同法已由本届人大第二次会议通过,自1999年10月1日起生效。第二步计划制定的物权法和婚姻家庭法,尚在草案准备阶段。本卷【资料】栏特刊载《中华人民共和国婚姻家庭法》(法学专家建议稿)。另一个法律草案是刘俊海博士起草的《中华人民共和国投资基金法》(学者建议稿)。

编者

1999年10月

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版三卷，每卷60万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者精典论著；七、重要立法资料。

ABH 10/01

目 录

卷首语

专题研究

- | | | |
|----|--|-----|
| 1 | 取得时效研究 | 侯利宏 |
| 45 | 票据背书伪造法律问题比较研究 | 陈辉萍 |
| 65 | 论《中华人民共和国合同法》中涉外合同的概念及其法律适用 | 傅静坤 |
| 83 | 试论代理制度中因委托书授权不明而引起的民事归责问题
——评《民法通则》第65条第3款之规定 | 梁展欣 |

判解研究

- | | | |
|-----|--------------------------|---------|
| 112 | 诚实信用原则在新《合同法》中的地位及其适用的述评 | 张式华 谢耿亮 |
|-----|--------------------------|---------|

- 135 论保证责任期间 邹海林
——我国司法实务和立法的不同
立场
- 165 输血感染丙肝赔偿纠纷案中的 王逸寒 卢文道
疑难法律问题探析

学术论争

- 176 《一项判决,三点质疑》的驳论 关今华 陈永苗

域外法

- 184 东欧剧变后前苏联集团国家的民商法 徐国栋
典和民商立法
——法律史、民商法典的结构、土地
所有权和国有企业问题
- 350 论德国私法上无因性概念的形成 陈华彬
- 371 美国不动产法上的地役权研究 马新彦
- 406 英国合同法的 最新发展 【英】约翰森·纳什著 张明远译

硕士学位论文

- 431 信用证欺诈例外原则研究 武岗
- 510 信用证止付及其司法实践 何植松
- 560 论建立我国证券交易中的民事赔偿制
度 马忠法
- 685 论浮动抵押 李政辉

资料

- 770 中华人民共和国婚姻家庭法(法学专家建议稿)
- 800 中华人民共和国投资基金法(学者建议稿) 刘俊海

专题研究

取得时效研究

侯利宏

目 次

- 一、概 说
- 二、何谓取得时效？
- 三、取得时效的客体
- 四、取得时效的中断、中止
- 五、取得时效的援用和时效利益的放弃
- 六、所有权的取得时效
- 七、所有权以外其他财产权的取得时效

一、概 说

(一)历史渊源

研究取得时效前,有必要先考察一下时效制度。所谓时效,是

指一定的事实状态经过一定的期间之后,发生一定的法律效果的制度。时效之中,分为取得时效和消灭时效。前者为权利取得的原因,后者为权利消灭的原因。

时效制度,源自罗马法。罗马法上,取得时效与消灭时效为两种不同的制度。取得时效的规定,自十二铜表法开始。^①根据十二铜表法规定,动产所有权的时效期间为1年,不动产所有权的时效期间为2年。这就是所谓的“最古时效”,即时效中最古老的规定。最古时效原为市民法上的制度,仅适用罗马市民。至帝政初年,外省省长创制了适用于外国人和行省土地所谓长期时效,与市民法并行,以补救市民法的不足。根据长期时效,不论动产或不动产,当事人同住一省的经过10年,异省的经过20年,占有人即有权拒绝所有人的追诉。优帝时代,废除最古时效和长期时效的区别,建立统一的取得时效制度,动产取得时效的期间为3年,不动产的取得时效期间,当事人居住同省的为10年,异省的为20年。无正当理由的善意占有人或占有和平公然占有盗窃物的,不论动产或不动产,一律为30年。这就是取得时效制度的滥觞。^②

至于消灭时效,在罗马法上源自裁判官法,晚于取得时效。罗马古时,债权除个别例外,都是永久性的,且不许附加延期或解除条件,因此没有消灭时效制度。其后大法官规定,由他们保护的权利,如在其任期的1年内不起诉,该权利归于消灭,从而有永久诉和暂时诉的区别。后来东罗马帝国扩大了消灭时效的范围,凡市民法或裁判官法上的请求权依旧法不因30年以下的时效期间而

① 不过亨利·梅因爵士(Henry Sumner Maine)认为,取得时效早在“十二铜表法”之前的罗马法已经出现,它规定:凡是曾被不间断地持有有一定时期的商品即成为占有人的财产。占有的期间是极短暂的——1年或2年,根据商品的性质而定……。参见梅因:《古代法》,商务出版社1995年版,第161页。

② 周栢:《罗马法原论》(上),商务出版社1994年版,第320—332页。李宜琛:《民法总则》,正中书局1977年版,第358—359页。

消灭的,均因30年间不行使而消灭。

(二)其他国家或地区取得 时效制度的概况

1. 法国民法典、日本民法典和墨西哥民法典

法国民法典、日本民法典和墨西哥民法典等采取统一的时效制度,即将取得时效与消灭时效一起为规定。法国民法典,承袭注释法学派所谓取得时效与消灭时效具有共同本质的观念,将二者视为时效制度统一整体的两个部分,^①共同规定在第三编的最后一章(第2219条以下)。不过其中未区分取得时效和消灭时效概念,而是笼统地进行规定。取得时效期间有30年、10年和20年之分。其中30年为一般的时效期间,10年和20年为短期取得时效。^②日本民法典中的时效明确区分为取得时效和消灭时效,其中取得时效包括所有权的取得时效和其他财产权的取得时效。^③

^① 陈华彬:《民法学原理(多卷本)·物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第235页。

^② 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第233—234页。

法国民法典第2265条:基于正当权利证书及善意占有不动产的人,于真正所有人在不动产所在地国王法院(上诉法院)管辖区域内有住所的情形,经过10年时效而取得不动产所有权;于真正所有人在管辖区域以外有住所的情形,其时效期间为20年。同法第2267条:在真正所有人于不同的时间在管辖区域内并在管辖区域外有住所的情形,将居住于管辖区域内的年数以1年作为1年计算,加以居住于管辖区域外的年数,以两年作为1年计算。

^③ 日本民法典第162条(所有权的取得时效):以所有的意思,20年间平稳而公然占有他人物者,取得该物所有权。

以所有的意思,10年间平稳而公然占有他人不动产者,如果其占有之始系善意且无过失,则取得该不动产的所有权。

同法第163条(其他财产权的取得时效):以为自己的意思,平稳而公然行使所有权以外的财产权者,按前条区别,于20年或10年后取得该权利。

1928年制定的墨西哥民法典属法国法系,时效制度规定在第三编财产中的第七章,分为积极时效和消极时效。积极时效包括动产取得时效和不动产取得时效,又因善意之有无和占有是否以暴力取得而有时效期间的不同。^①

2. 德国民法典、瑞士民法典和我国台湾地区“民法”等

与以上各民法典不同的是,德国民法典、瑞士民法典、我国台湾地区“民法”、泰国民商法典以及意大利民法典等采取区分的时效制度,也就是说,将消灭时效和取得时效不再统一予以规定。德国民法典和瑞士民法典的取得时效制度,除去结构上的不同,^②在内容上是一致的,包括不动产登记取得时效、不动产取得时效和动产取得时效。所谓不动产登记取得时效,是指在不动产登记簿中登记为所有人的占有人,善意占有不动产经过一定期间,且该登记未被撤销时,将取得该不动产的所有权。瑞士民法典的所谓特殊取得时效,在德国民法典为依“公示催告程序”实现的不动产取

① 墨西哥民法典第1152条:以下情形,不动产取得时效完成:

1. 以所有权人的名义,善意、和平、连续并公开地占有该不动产,经过5年者;
2. 登记为所有人而占有不动产经过5年者;
3. 以所有权人的名义、和平、连续、公开、恶意占有,经过10年者;
4. 利害关系人若能证明,农村不动产的占有人,在其占有的大部分期间未对其耕种,或城市不动产的占有人,在其占有的大部分期间,未对不动产作必要维护,使财产无人居住,第1、3项中规定的期间延长1/3。

同法第1153条:善意、和平、连续地占有动产,经过3年者,取得其所有权。若非善意,时效为5年。

同法第1154条:占有系由暴力取得,但该暴力停止并开始连续、和平占有的,不动产的时效为10年,动产的时效为5年。时效自暴力停止之时起算。

② 德国民法典的不动产的登记取得时效规定在第二章(关于土地的权利的通则),不动产取得时效和动产取得时效则规定在第三章(所有权)。在瑞士民法典,不动产登记取得时效和特殊取得时效(未登记不动产的取得时效和原所有人不明或原所有人死亡、被宣告失踪的不动产的取得时效)都规定在第十九章(土地所有权),动产取得时效规定在第二十章(动产所有权)。

得时效。其具体内容包括:以所有的意思占有未登记的不动产,经过 30 年,则取得该不动产的所有权;当不动产原所有人不明或者时效开始时原所有人已经死亡或被宣告失踪的情况下,以所有的意思占有登记不动产经过 30 年的,取得该不动产的所有权。^① 它们的动产取得时效都严格限定以善意为要件,^② 这是与其他国家和地区立法例显著区别之处。

我国台湾地区“民法”,包括动产所有权取得时效、不动产所有权取得时效及其他权利的取得时效,集中规定在物权编的第二章(所有权通则)。动产所有权的取得时效,不以善意为要件,只要和

① 德国民法典第 927 条(公示催告程序)

(一)1. 自主占有他人土地 30 年者,得依据公示催告程序排除土地所有权人及其权利。2. 占有时间的计算方式与动产取得时效的期限的相同。3. 土地所有人已登入土地登记簿册者,仅限于该所有人死亡或失踪,而且 30 年间未办理需经土地所有人同意并在土地登记簿册中应进行登记的情形,始准许为公示催告程序。

(二)取得除权判决的人,因作为所有人登入土地登记簿册而取得所有权。

(三)在宣告除权判决之前,第三人曾作为所有人进行登记,或者因第三人的所有权,曾否认土地登记簿册的正确性,进行登记异议者,此判决对第三人不发生效力。

瑞士民法典第 662 条(特殊取得时效):以所有权人的地位,30 年间继续和平占有未为登记土地者,亦得请求登记为所有权人。

土地依不动产登记簿无法认定其所有权人,或 30 年取得时效开始时,其所有权人已经死亡或者被宣告失踪,占有人可以依据同样的条件,行使同样的权利。

但是无论何种情形,登记于公示催告期间内未提出异议或其异议被驳回时,依法院的判决始得登记。

② 德国民法典第 937 条(要件):自主占有动产经过 10 年者,取得其所有权(取得时效)。

取得人在取得自主占有时为非善意或在以后知悉所有权不属于自己的,不成立因时效而取得所有权。

瑞士民法典第 728 条(占有时效):善意地以所有人的意思占有他人的动产,且无争议、无间断地占有 5 年之久时,因时效而取得所有权。

被迫丧失占有的,时效不中断。但仅以占有人在 1 年内回复该物或在此期限内提起诉讼的为限。

本条期限的计算、时效的中断及停止,适用关于债权时效的规定。

平、公然占有他人动产经过5年,即可取得该动产所有权。不动产所有权的取得时效,根据占有人是否具有善意又区分为长期时效(20年)和短期时效(10年)。但其客体仅限于未登记的不动产,对他人已经登记的不动产不存在依时效取得物权的可能,而且也不承认登记取得时效。看来我国台湾地区“民法”取得时效的范围,也许是最狭窄的。

泰国民商法典中,取得时效主要规定在第四编的第三章(占有),第1382条是关于不动产和动产所有权的取得时效的规定,其中不动产所有权的取得时效为10年,动产所有权的取得时效为5年。第1383条规定的是关于不法行为人或恶意受让人的取得时效。第1386条规定的是关于对消灭时效的准用。^①

意大利民法典关于取得时效的规定与泰国民商法典的规定相似,第二章(所有权的取得方式)提到取得时效是取得所有权的一

① 泰国民商法典第1382条:以所有权人的意思,和平、公开、连续占有他人不动产经过10年或动产经过5年者,取得该不动产或动产的所有权。同法第1383条:物的占有以不法行为获取时,不法行为人或恶意受让人,仅在不法行为的消灭时效或前款规定的取得时效中较长期间完成以后,取得该物的所有权。同法第1386条:取得时效,准用关于消灭时效的规定。

在第四编第一章所有权中,还有一条关于取得时效的规定,这就是第1333条,“根据本编第三章的规定,通过时效可以取得所有权”。