

★ 法学名家丛书 ★

YiWaiZaiHai YingJi MinFaJiuJi

意外灾害

应急民法救济

杨立新 \ 主编

院图书馆

2.182.34

人民法院出版社

· 法学名家丛书 ·

意外灾害应急民法救济

主 编	杨立新		
撰稿人	杨立新	王 竹	
	曹艳春	梁 清	
	陈龙业	朱 巍	
	刘召成		

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

意外灾害应急民法救济/杨立新主编. —北京: 人民法院出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 80217 - 722 - 2

I. 意… II. 杨… III. 灾害 - 社会救济 - 民法 - 研究 - 中国
IV. D922. 182. 34 D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 163632 号

意外灾害应急民法救济

主 编 杨立新

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550520(责任编辑) 67550516(出版部)
67550551 67550558(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 汉印印刷有限责任公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 224 千字

印 张 8.625

版 次 2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 722 - 2

定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

前言

在发生汶川大地震之前，民法上的不可抗力、情事变更原则，商业风险、不动产和动产的交易风险转移，宣告失踪、宣告死亡等概念，对于我们从事民法研究的职业者，都深谙它们的含义，它们具有什么样法律后果。但是，在汶川大地震发生之后，尤其是我们到了四川地震灾区考察之后，我们才真正懂得，这些民法上的概念的真实含义是什么——那都是一些血淋淋、惨不忍睹的事实！

可是，原来已经发生过的那些灾难包括唐山大地震，似乎都已经离我们太远了，有些逐渐被我们淡忘了，而在世界各国发生的类似灾难，尽管让我们痛心，但并没有引起我们的高度注意。因此，直到今天，当自己的骨肉同胞在刚刚发生的大灾难中血肉模糊，自己的国土在灾难中地动山摇、天崩地裂的时候，我们才发现，原来灾难离我们是那么近，近在咫尺，近在身边，那么深重灾难都必须由我们自己肩负和忍受！这时候，我们才发现，应急救济这句话，是多么的重要；我们才发现，在平和、安宁的生活中太久了，没有尽早地考虑到对突发的事变和灾难的应急救济措施；就拿民法来说，我们空谈了几十年的事变和不可抗力等概念，但是当灾难真正来临之时，我们才发现，我们并没有考虑好意外灾害民法应急救济问题。

我们能够想起的，是 32 年前的唐山大地震，那时候，我国应对意外灾害的紧急救援，并没有依照法律进行，而是依照命令，因为在那个时候国家正处在“文革”后期，尚无法治可言，强调的是

意外灾害应急民法救济

人治，一切都依照行政命令进行。可是在今天，国家有比较完善的法治，民法基本法律的《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》，等等，都是健全的，关于地震等意外灾害的民法应急救济，其实都有原则性或者专门性的规定，只是我们还没有进行很好的研究而已。例如，在地震等重大意外灾害的应急救济中，涉及民法的民事主体问题、诉讼时效问题、物权问题、债权问题、婚姻问题、继承问题等，都应当依法进行，即使是在地震中发生的损害赔偿责任问题，也有侵权法的基本规则可以遵循，都不是无法可依。然而，由于理论研究的薄弱和司法实践的空白，面对突如其来的灾难我们显得有些措手不及。把灾难救援以及灾后重建纳入我国的民法制度体系之中，才能够应对地震以及其他重大意外灾害的民法应急救济问题，才能够在抗震救灾、灾后重建中，坚持法治，保护好人民的权利，使民族和国家恢复生机。

正是在这样的指导思想下，我们组织了专门研究地震等意外灾害民法应急救济的课题组，在报纸、刊物以及网络上发表了一些研究文章和评论，受到广泛的好评，有的文章被多家报刊转载，在网络上，数千家网站有我们研究的成果或者报道。这说明，我们的这个研究是有着十分重要的价值的，不仅对本次地震中的救援和灾后重建具有重要价值，而且对今后发生的意外灾害民法应急救济也有着更为重要的意义和价值。

本书的主要内容，是以民法的基本制度和具体规则作为依据，结合地震等意外灾害的具体情况，分别进行民法救济的总体研究、民法基本制度的应急救济、物权法的应急救济、债权法的应急救济、亲属法和继承法的应急救济、侵权法的应急救济等问题，进行全面研究，提出了我们的意见。为了使我们的意见更切实可行，我们还专门组成调研小组，深入地震灾区进行考察调研，与诸多法官和律师以及企业家、政府官员等进行座谈，听取他们的意见，并且

检验我们提出的意见的可行性。因此，本书的成书尽管时间比较仓促，但确是经过反复思考和研究，基本内容是经得起检验的。现在奉献给广大读者，希望能够给今天的抗震救灾和灾后重建提供法律参考意见，也作为我们的实际行动，为抗震减灾和恢复重建工作贡献的一份力量。

本书的写作分工是：第一章（王竹加写了部分内容）、第二章和第九章由杨立新撰写，第三章由刘召成撰写，第四章由陈龙业撰写，第五章由朱巍撰写，第六章由王竹撰写，第七章由曹艳春撰写，第八章由梁清撰写。成稿后，刘召成进行全书统稿，最后由杨立新审阅和修改并最后定稿。

中国人民大学民商事法律科学研究中心

杨立新

二〇〇八年七月十六日

于中国人民大学明德法学楼

目 录

前 言	(1)
第一章 常态与应急:意外灾害背景下的民法思考	(1)
第一节 常态与应急:民事立法与司法的两种社会背景	(1)
第二节 地震等严重意外灾害的一般法律效果	(3)
第三节 民事主体、亲属法和继承法上的相关问题	(6)
第四节 物权法上的相关问题	(8)
第五节 《合同法》和债法总则上的相关问题	(14)
第六节 侵权法上的相关问题	(16)
第二章 意外灾害的一般民事法律后果	(24)
第一节 地震等意外灾害作为不可抗力事由的一般影响	(25)
第二节 地震等意外灾害引起的民事主体和时效期间制度上的法律后果	(36)
第三章 意外灾害引发的亲属法和继承法问题研究	(40)
第一节 意外灾害产生的监护问题	(40)
第二节 地震等意外灾害对于婚姻关系的影响	(44)
第三节 意外灾害对于父母与未成年子女之间关系的影响	(50)
第四节 地震等意外灾害引发的收养问题	(52)
第五节 意外灾害产生的遗产继承问题	(61)
第四章 意外灾害引发的物权法问题研究	(72)
第一节 标的物意外灭失的风险负担责任	(73)
第二节 所有权的消灭与新生	(93)

意外灾害应急民法救济

第三节	用益物权的消灭与重新分配·····	(104)
第四节	震后按揭房屋的灭失与其物保责任的消灭·····	(111)
第五节	抵押权存续期间的中止与留置物占有的丧失·····	(122)
第六节	其他物权法上的问题及对策·····	(129)
第五章	意外灾害引发的债法问题研究·····	(139)
第一节	意外灾害中的不可抗力、情事变更与 商业风险·····	(139)
第二节	意外灾害中的悬赏广告·····	(148)
第三节	意外灾害中的戏谑行为·····	(154)
第四节	意外灾害中的无因管理·····	(163)
第五节	意外灾害紧急情形下的其他债法问题·····	(170)
第六章	意外灾害引发的侵权法问题研究·····	(173)
第一节	严重意外灾害的一般法律效果·····	(173)
第二节	严重意外灾害应急社会背景下的法定义务·····	(174)
第三节	地震中建筑倒塌的侵权责任·····	(179)
第四节	“道德绑架”侵害名誉权·····	(192)
第五节	严重意外灾害应急社会背景下的特殊损失 分担规则·····	(194)
第七章	意外灾害中的工伤与医疗事故研究·····	(196)
第一节	意外灾害中的工伤赔偿事故处理·····	(196)
第二节	意外灾害中的志愿医疗专业人员及机构的 医疗事故责任研究·····	(210)
第八章	意外灾害引发的原因力问题研究·····	(230)
第一节	原因力概述·····	(230)
第二节	原因力的确定与比较·····	(241)
第三节	地震等意外灾害中的原因力·····	(253)
关键词索引	·····	(266)

第一章

常态与应急：意外灾害背景下的民法思考

地震等意外灾害所引发的民法问题大多属于应急社会背景下的新问题，为常态社会所少见。有些问题相当复杂和特殊，甚至此前看似基本完备的民法理论却从未涉及。我们希望将相关问题的研究扩展到严重意外灾害的背景下，进行系统的问题梳理和民法理论研究，为本次震后和今后类似严重意外灾害的灾后重建过程中的法律问题处理提供参考意见。

第一节 常态与应急：民事立法与司法的两种社会背景

历史上，地震等严重意外灾害对生物进化和整个人类社会发展进程有过巨大影响，因此，从罗马法开始法律就已经涉及了地震相关问题。^① 后世各国民法典一般通过不可抗力和意外事件相关的法

^① [古罗马] 查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张启泰译，商务印书馆 1989 年版，第二卷第四篇“用益权”。

意外灾害应急民法救济

律规范对地震等意外灾害所引发的法律问题进行调整，其法律效果主要体现为责任免除。在此立法技术处理基础上，各国民法典的制定以常态社会作为立法社会背景。但随着工业化进程的发展，人类社会对于意外灾害已经从完全被动的承受，发展到了积极预防和减轻损害的阶段；而随着现代社会人际交往密切程度的增加和社会结构单元的功能化，抗灾防灾已经从个人行为逐步转变为集体行为和社会行为，部分组织和个人基于在社会组织结构的特定功能位置而承担更多的防灾减灾义务。因此，在地震等严重意外灾害应急社会背景下，停留在前工业化时代的思维中，仍然简单地将意外灾害作为不可抗力或者意外事件处理，已经不能满足社会的要求。

上个世纪90年代中后期，我国其他法律部门已经针对应急社会背景进行了特别立法，如《防震减灾法》、《防洪法》和《破坏性地震应急条例》、《灾害事故医疗救援工作管理办法》等。2003年“非典”之后，全国人大常委会对《传染病防治法》进行了修订并通过了《突发事件应对法》，国务院颁布了《突发公共卫生事件应急条例》，卫生部颁布了《突发公共卫生事件与传染病疫情监测信息报告管理办法》、《传染病病人或疑似传染病病人尸体解剖检查规定》、《医疗机构传染病预检分诊管理办法》和《传染病信息报告管理规范》等部门规章。在本次汶川发生地震后，卫生部连续发布了《抗震救灾卫生防疫工作方案》、《地震灾区重点传染病疫情（霍乱、鼠疫、炭疽）应急处理预案》、《抗震救灾卫生防疫工作职责》、《紧急心理危机干预指导原则》和《汶川地震灾区医院感染防控指南》等文件。相比之下，对此问题民事立法稍显滞后，对此应该加强研究。未来《民法总则》和各编起草以及最后统合为民法典过程中，作为民事基本法无需对地震等意外灾害的法律适用作出特别的列举性规定，但应该考虑对应急社会背景下的注意义务提高和不作为义务的产生作出原则性的规定。

第二节 地震等严重意外灾害的一般法律效果

地震等严重意外灾害的一般法律效果，主要包括对不可抗力与意外事件和对诉讼时效与期间的影响。

一、地震等不可抗力与意外事件的法律效果

严重意外灾害在民法上的一般法律效果主要表现为不可抗力和意外事件。《民法通则》第107条采取合同和侵权一体规定的方法：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。”第153条对“不可抗力”的解释是“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”《合同法》又单独对此问题进行了规定，第117条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”“本条所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”第118条规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”按此体例，即将制定的《侵权责任法》中应该也要对此作出规定。

一般认为，不可抗力是指人力所不可抗拒的力量，独立于人的行为之外，并且不受当事人的意志所支配的现象。它是各国民法通行的抗辩事由，包括自然原因如地震、台风、洪水、海啸等和社会原因如战争等。^①各国民法通常在债的不履行效果中对不可抗力的免责法律效果进行规定，但并非所有的地震都是不可抗力。《埃塞

^① 王利明等：《民法学》，法律出版社2008年第2版，第763页。

意外灾害应急民法救济

俄比亚民法典》第1792条专门规定“如果该事件债务人通常能预见，或者该事件只是使债务人履行其义务变得更困难，不存在不可抗力”，明确规定即使是地震，也不一定一律认定为不可抗力，而是要达到具体的要求，才可以认定为不可抗力。这一立法例，应当是来源于法国民法司法实务中关于“仅仅使债务履行需要更大代价”的事件不为不可抗力的解释，^① 值得借鉴。另外，在法律有特别规定时，不可抗力不作为抗辩事由，不免除行为人的民事责任。例如，我国《邮政法》第34条的规定，汇款和保价邮件的损失，即使是由不可抗力造成的，邮政企业也不得免除赔偿责任。

笔者认为，本次地震具备了不可抗力所有的特征，构成不可抗力：第一，不可预见。本次地震确实为不可预见，直至发生地震之后才知道地震发生，事先地震局没有预报。第二，不可避免并且不可克服。本次地震的震级之高、烈度之大，都是罕见的，属于不可避免并且不可克服。第三，独立于人的意志之外，确实属于人的意志以外的客观情况。在具体案件中确定地震是否构成不可抗力，应当遵循以下三个标准：第一，将国家规定的地震灾区范围作为适用不可抗力规则的一般标准；第二，将特定地区的地震烈度及造成损害后果的确认作为损害程度的具体标准；第三，将当事人证明自己的地震损害应当适用不可抗力规则的要件作为适用不可抗力规则的证据标准。

法谚有云：“不幸事件只能落在被击中者头上”。意外事件，是指非因当事人的故意或过失，是由于当事人意志以外的原因而偶然发生的事故。我国民法没有明确规定意外事件的法律效果，但司法实践通常将意外事件作为免责事由对待。笔者认为，可以将初次地震和较大的余震视为不可抗力，较小的余震视为意外事件。这样区分的价值在于不可抗力和意外事件的判断标准和作为免责事由的适

^① 罗结珍译：《法国民法典》，法律出版社2005年版，第873页。

用范围不同：第一，意外事件是尽到合理的注意仍不可预见，而不可抗力是即使尽到高度的注意和谨慎也不可预见，后者的不可预见性更强；第二，意外事件虽然具有不可预见性，但它是能够避免和克服的，而不可抗力则是即使预见到也是不能避免和克服的；第三，意外事件只适用过错责任，而不可抗力在除法律特别排除外，是通用的免责事由。^①

二、地震对诉讼时效与期间的影响

地震对诉讼时效和除斥期间以及最长保护期也有较大影响，主要是中止和延长的问题：第一，诉讼时效期间计算。地震期间应当适用诉讼时效中止的规定，即在诉讼时效期间的最后6个月内发生地震不能行使民事权利的，诉讼时效中止，待地震作为影响权利行使的原因消除后，诉讼时效期间继续计算。^②第二，学说上一般认为除斥期间是不可变期间，是否因地震影响而将期间中止，法律没有规定，学说有不同意见。笔者倾向于可以适用中止的规定，以更好地保护权利人的利益。例如，在除斥期间的最后6个月内，对某个民事行为享有撤销权尚未行使的，发生地震，如果不准许除斥期间中止，则有悖于公平。第三，关于20年最长诉讼时效的期间可否因为地震而延长。一般认为，诉讼时效期间的延长适用条件较为严格，最高人民法院一般只在关于海峡两岸的民事关系中适用最长权利保护期间的延长制度。^③但就我们所知，在1998年抗洪救灾过程中，曾经对于参与抗洪抢险人员的相关案件适用过该规定，因此，在本次地震中，为了保护权利人的权利，如果有必要，也应当适用诉讼时效期间延长的规定，适当延长20年的诉讼时效期间。

① 杨立新：《侵权法论》（第3版），人民法院出版社2005年版，第269～271页。

② 王利明等：《民法学》，法律出版社2008年第2版，第155页。

③ 法发〔1993〕37号，最高人民法院《关于印发马原副院长在全国民事审判工作座谈会上的讲话》和《全国民事审判工作座谈会纪要》的通知。

第三节 民事主体、亲属法和继承法上的相关问题

在民事主体、亲属法和继承法上的相关问题，主要是地震造成的监护、收养、宣告失踪和宣告死亡问题以及继承问题。

一、监护和收养问题

地震造成的孤儿问题包括民政部门作为监护人和收养两个问题。对于地震中的孤儿，各级政府的民政部门作为国家职能部门，负有监护责任，所有事关孤儿的身份和财产问题，都必须由民政部门作为监护人，行使监护职责。民政部门应当利用现有的孤儿院，适当新建孤儿院或者地震孤儿庇护所，鼓励新建更多的 SOS 儿童村，尽可能地将地震孤儿予以收留，善尽对孤儿的照护、管理、教育之责。

对于符合条件的个人收养孤儿，民政部门应该鼓励。在孤儿被他人收养之后，收养人与被收养的孤儿之间发生父母子女关系，适用法律关于父母子女关系的所有规定。此时，民政部门的监护责任消灭，孤儿的收养人成为被收养孤儿的监护人，履行对被收养孤儿的身份照护义务和财产照护义务。收养一经成立，其强制性法律后果表现为两个方面：一是拟制亲属关系效力。在自收养关系成立之日，养父母与养子女之间发生父母子女之间的权利义务关系，同时，还发生养子女与养父母近亲属之间的权利义务关系，表现为养子女与养父母的近亲属以及养父母与养子女的近亲属之间发生的拟制效力，取得亲属的身份，发生权利义务关系。二是解消效力。是收养依法消灭原有的亲属关系及其权利义务的效力，养子女与生父母之间的身份关系消灭，其权利义务同时消灭。收养会导致亲属法上的重大强制性法律效果，应该慎重对待，我们更建议通过助养的

方式来帮助灾区的孤儿。

对地震中的孤寡老人和其他成年非完全民事行为能力人，民政部门也有责任进行救助。按照《民法通则》的规定，应当由民政部门担任监护人，在有条件的情况下，应当由有关部门指定监护人，使其能够行使民事权利负担民事义务。我国目前还没有规定成年监护制度，建议未来民法典亲属编进行规定，并在修订《老年人权益保障法》时予以补充。

二、宣告失踪和宣告死亡问题

在地震震后，会出现大量失踪人员，可能有较多请求宣告失踪和宣告死亡的案件。关于宣告失踪和死亡的期限计算，均应该适用意外事故的规定，期限应当为两年，公告期间按照《民事诉讼法》第168条和第169条的规定，人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪和死亡的公告期间均为3个月。公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。

三、遗产继承问题

由于震区出现大量遇难者，包括部分宣告死亡的情况，遗产继承问题将会大量出现。地震遇难者死亡，即发生遗产继承关系，继承人可以继承遗产。如果遇难者没有遗嘱，应当按照法定继承进行，由法定继承人继承遗产。在遗嘱继承问题上，遇难者在紧急情况下留有口头遗嘱，如果有人证明属实的，应当承认该遗嘱的效力，应当按照遗嘱实行遗嘱继承。在相互有继承关系的数个亲属在地震中死亡的，如果不能确定死亡的先

意外灾害应急民法救济

后时间的，推定没有继承人的人先死亡；死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人继承其遗产。

如果地震遇难者没有法定继承人，其遗产无人继承的，应当根据《继承法》第32条规定，收归国家所有或者集体组织所有。但这种情况也正好说明了我国《继承法》存在的两个问题，即继承人范围过窄和继承顺序过少，这实际上并不符合《继承法》的基本原则。因此，未来民法典继承编应该作出如下改进：第一，应当增列四亲等以内的亲属为第三顺序法定继承人，被继承人的曾祖父母、外曾祖父母、伯父、叔父、舅父、姑母、姨母、堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄甥子女、侄孙甥孙子女等；第二，原定的法定继承第一顺序和第二顺序不变，第三顺序中的继承人较多，可以实行“亲等近者优先”的原则，即只有在前一亲等的继承人死亡、丧失继承权或放弃继承权时，后一亲等的继承人才得以继承被继承人的遗产。

第四节 物权法上的相关问题

在物权法方面，地震等意外灾害涉及到的主要问题包括如下几个方面：

一、物权标的物的意外灭失风险负担规则

关于物权标的物意外灭失风险责任负担问题的基本规则，《合同法》第142条规定的是以交付为标准，交付之前由出卖人承担风险责任，在交付之后由买受人承担风险责任。这一规则设计的主要适用范围是动产。但在不动产交易的范围内，这一规则似乎存在问

题，笔者倾向于认为应当由所有权人承担风险，似乎更为妥当。^①其中的具体规则是：

第一，在地震中灭失的房屋，如果房屋已经交付，但业主并没有取得所有权，即没有进行过户登记取得房产所有权证书，其房屋的所有权尚在开发商手中的，应当由开发商承担物权标的物意外灭失风险。如果房屋的所有权已经办理了过户登记，业主取得了房屋所有权和土地使用权，则意外灭失风险应当由业主负担。房屋是否抵押，在所不问。如果是按揭贷款购房，业主尽管丧失了房屋的所有权，但其向银行的还款义务为合同上的义务，并没有因此而消灭。

第二，在建工程的风险负担问题。在建工程在地震中意外灭失，按照物权标的物意外灭失风险负担规则，应当由在建工程的所有人承担风险责任，即开发商自己负责损失。在建筑商方面，存在的问题是，无法按期竣工所要承担的合同责任问题，则应当按照《民法通则》关于不可抗力的规则，由于地震而无法按期履行合同，可以不可抗力原因而免除违约责任。开放商已经签订了商品房买卖合同，收取了房款，开发商因地震致在建工程意外灭失，无法按期交付房屋的，应当按照合同继续履行，扣除地震影响的期间，完成交付义务，不能交付的，应当承担违约责任。

第三，商品房交付过户后在地震中损坏，不在开发商保修范围内。不论是在保修期之内发生地震；还是在保修期之外，发生地震造成损坏，开发商有责任进行维修，但维修费用不应当由开发商负担，而应当在业主的共同维修资金中支付。如果房屋所有权没有过户，地震造成损害的，应当由开发商承担维修责任。

^① 这个意见有人反对，但笔者从地震纠纷调查中得知，例如都江堰市政府对此所采取的倾向性政策是，对每一户房屋毁坏或者造成危房的业主，一律无偿给予70平方米安置房的初步办法，但应当是本市居民，并且是已经取得房屋所有权证和土地使用权证的业主才有此待遇。如此看来，似乎笔者的意见也有根据。