



中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM



# 中倫战“疫” 法 | 律 | 文 | 集

LEGAL SOLUTIONS FOR CLIENT  
IN RESPONSE TO THE COVID-19 CRISIS



中倫研究院出品

# Preface



# /前言

庚子年初,随着新冠疫情的发展,对于大多数一直在忙碌的国人来说,生、死突然变得如此之近,让人感到恐惧和窒息。窒息也许是因为戴着口罩,而恐惧则是因为——生命可以是如此的孱弱,无论这是指人的安康,还是指企业的存亡。在一个清华教授针对中小企业的调查中,竟然发现,有85%的企业撑不过3个月。企业仿佛比人更难以抵御病毒。

达尔文说过,能够生存下来的物种,并不是那些最强壮的,也不是那些最聪明的,而是那些对变化作出快速反应的。

磨难往往是最好的试金石。就像突然来一次随堂考,胜出的一定是那些本来就很优秀的考生。2月初,神车五菱首家宣布将空余厂房改成生产车间,成为全球第一家做口罩的汽车企业。2天下线20万只口罩,76小时造出第一台口罩机。吉利汽车着手N95标准空调滤芯的研发,30天内达成量产并捐赠于疫区汽车运用。腾讯视频打破中国云计算史上的

记录,8天扩容超超10万台云主机100万核算力。新东方7天内将上百万线下师生搬到线上“新东方云教室”。

唯一不变的,就是变化——这句话真的对吗?我认为,世界上还有一些,应该恒久不变。

首先,要想成就卓越,必须要有自律和开放性思维,能敬畏自然,敬畏规律,敬畏市场。而人的自我毁灭,往往在于自己的愚痴和狂妄,从贪吃野生动物,到固步自封地觉得人定胜天,人类压到一切,高于一切。对于企业和风险,则是抱着固化的思维,带着侥幸心理,认为自己不用改变,情况会自动地好起来。

作为律所和客户服务,一样要恒久不变地拥抱这样的思维。客户对于服务的需求的确在变化,但是只会对律所的要求越来越高,而不是越来越低,变得突然哪一天喜欢起质次价高的律师服务。所以,我们就必然要有强大的自律和开放性思维,不断严格要求自己,保持开放的头脑,不断学习和吸纳新鲜的知识,扩充新的认知边界,提升对客户的服务。

第二个不会改变的,就是我们得不断努力精进,提升自己的生存能力。虽然我们无法预测不确定性的灾变将在何时何地以何种方式呈现,但是我们能够提

升自己的抗风险能力,做好各种拨备和预案,采取科学的方法,来尽量对冲和管理好这样的风险。稻盛和夫曾提到自己经营的京瓷公司,57年间没有出现过一次年度亏损,那么多年也经历过多次严重的经济萧条。能够挺过来,并且能够更加发展壮大,是在于平日里打造企业高收益的经营体制,高收益预防萧条的最佳策略,从而形成多年积累的、丰厚的内部留存(京瓷随时可以使用的现金就有7000亿日元),当遭遇萧条期,企业长期没有盈利也能承受得住。

如塔勒布在《反脆弱》中所说,“风会熄灭蜡烛,却能使火越烧越旺。对于随机性、不确定性和混沌也是一样:你要利用它们,而不是躲避它们。你要成为火,渴望得到风的吹拂。”

第三个应该恒久不变的道理就是,我们要懂得感恩,学会担当,以及持续的利他。当意识到生命的孱弱,我们就更懂得感恩自己的拥有,健康比熬夜获得的快感更重要,亲情和家人比所谓的业绩更重要,那些珍稀动物的生命比自己口腹之欲更重要。我们需要有所担当,你的善良也要有锋芒——你要用行动去珍惜这个正在走向衰竭的地球,对那些和我们一样生存在这个世界上的动物以及我

们的生存环境——心怀慈悲之心。

疫情到来不久,中伦的同仁在第一时间发起募捐,募集资金超过400万元人民币。向武汉市、黄冈市及孝感市各一家收治新型冠状病毒肺炎患者的定点医院捐赠300万元善款。与此同时,中伦公益基金会还将另100万元善款用于与湖北省律师协会共同设立“同业关爱”专项基金,旨在为湖北省律师同行采购口罩等防护用品,并向湖北省感染新型冠状病毒肺炎的律师提供帮助等用途。

疫情之下,企业面对巨大的挑战,中伦的同仁第一时间开始撰写文稿,帮助我们的客户,朋友以及更多不认识的陌生企业和企业主、员工,解决他们的可能遭遇的法律困境。我们的能力也许绵薄,作用也许有限,但这是一丝关爱,一项赋能,一份担当。

当曙光破晓,春光明媚之时,我们摘下口罩回想起这段共同度过的艰难时光,我们都会为自己的这份担当而感受骄傲和自豪——只因你我携手,用些许的努力,让阳光照进灰霾,让世界变得更美好。

龚乐凡 张炯

---

# Contents

---

/目录

004

LEGAL SOLUTIONS  
RESPONDING TO COVID-19



## > 资本市场

CAPITAL MARKET

- 008 疫情对PE/VC融资以及并购交易的影响：  
估值调整，暂缓交割还是解除合同？
- 015 疫情防控背景下科创板生物医药企业上市重点关注事项
- 024 行善亦应合规，上市公司捐赠战“疫”应防范违规
- 029 助力上市公司抗击疫情、恢复生产——上市公司再融资新规解析

## > 企业管理

CORPORATE MANAGEMENT

- 041 各地助中小微企业抵御疫情扶持政策解读
- 051 一文详解企业复工实操及合规管理
- 063 疫情期间企业处理与价格法、反垄断法相关注意事项
- 071 与疫情有关的复工和工资
- 079 关于北京K歌之王发文要求与全体员工解除劳动合同的法律分析
- 087 灵活工作制度下企业数据合规体系建设
- 094 浅析新型冠状病毒疫情对财产险保险责任的影响
- 098 新冠疫情下，酒店行业焦点法律问题解析
- 105 隐瞒病情构成犯罪吗？

## > 产业新机遇

INDUSTRIAL OPPORTUNITIES

- 112 新冠肺炎疫情下的互联网医疗和互联网医药企业合规研究
- 123 “瑞德西韦”被抢注？关于药品专利的八大问题
- 129 疫情之下在线教育的知识产权保护
- 140 新用工形态下的法律问题——“借用员工”十大要点
- 147 疫情下的交易方式升级——法律角度看区块链加持电子签名

> 合同缔结与履行

CONTRACT EXECUTION & PERFORMANCE

- 155 疫情防控情形下异地签约方式及法律风险防范
- 163 疫情之下的合同履行不能——论不可抗力与情势变更
- 170 新冠肺炎疫情下工程承包合同的履约与风险分担
- 178 案例热点：房企延期交房的免责事由与天数
- 186 “新冠”疫情对商品房买卖合同履行的影响
- 192 疫情面前，对商业物业的租赁合同履行影响几何？

> 争议解决

DISPUTE RESOLUTION

- 200 浅析“新冠肺炎”疫情防控对诉讼程序的影响
- 206 从新冠疫情谈如何进行网上仲裁
- 213 疫情期间，专利和商标期限延误如何处理
- 222 新冠疫情导致工期延误的证据保全思路——以建设单位为视角

> 跨境和国际贸易业务

CROSS-BORDER & INTERNATIONAL TRADING

- 230 特殊时期进出口企业面临的法律问题及应对
- 237 解读WTO货物贸易与WHO疫情防控法律措施
- 244 新型冠状病毒疫情下香港合同法的不可抗力
- 250 浅谈日本、韩国关于不可抗力的法律规定及适用
- 258 从英国劳动法分析，在英投资企业如何应对新型冠状病毒疫情对劳动用工的影响
- 262 从“钻石公主号”事件评海上“隔离”措施

---

OI\_

# Capital Market

资本市场



# 疫情对PE/VC融资 以及并购交易的影响： 估值调整, 暂缓交割 还是解除合同？



- ▶ 当疫情给企业的生产经营带来重大不利影响时, PE/VC项目和并购交易中的投资方、收购方是否可以主张调整估值、暂缓交割甚至要求原股东回购?借款合同中的债务人是否可以请求暂缓还本付息?2008年美国次贷危机引发金融海啸, 为什么特朗普作为房地产项目的借款方起诉包括德意志银行在内的贷款方?基于中国的司法实践和案例, 不可抗力或者情势变更如何适用在投融资和并购的协议之上?
- ▶ 新冠肺炎疫情为融资、并购交易蒙上不确定性的阴影。还没签约的, 会放慢节奏, 观望事态的发展, 因为估值可能面临影响和调整。已经签约但尚未交割(付款)的, 各方会紧张地判断疫情对公司业务、运营、财务以及资产价值上的影响, 评估是否触发某个合同条款, 以至于交易的相对方可以此暂缓甚至拒绝交割, 终止合同?假如合同已经完成交割、付款, 针对疫情, 是否可以作为对赌、估值调整, 或者回购的理由, 限于篇幅, 我们将在下一期的文章探讨。
- ▶ 本文则重点探讨疫情对已签约但未交割的PE/VC项目以及并购交易的影响。除了中国的案例, 我们也会借鉴比较美国的司法实践, 包括一起特朗普及其地产公司在08年金融危机之后诉德意志银行等债权人的案例。我们将从以下几个角度入手:(一)交割前提条件未满足和重大不利影响的发生;(二)不可抗力;(三)情势变更及公平原则。

## /01/ 交割前提条件和“重大不利 影响”

在投资协议或并购(转股)协议中,通常会约定,在投资人或收购方进行交割和付款之前,必须满足一系列的前提条件——除非投资人或收购方予以豁免。这些前提条件通常包括,公司和创始股东在协议中给出的陈述与保证仍然真实准确,目标公司没有发生重大不利变化或者重大不利影响,没有发生法律法规的变化导致项目无法进行或政府存在禁令禁止本项交易等等。

其中,和疫情最为相关的是,疫情的产生是否构成所谓的“重大不利影响”,如果构成,则可能导致交割前提条件的不满足,因此无法交割。

在合同谈判中,“重大不利影响”如何定义?对于投资人来说,“重大不利影响”的定义越广越好,比如:“对目标公司经营、运营、发展、运营结果、财务或其他状况、财产(包括无形财产)、资产(包括无形资产)、管理层、债务或前景有或可能有重大不利的事件、事实、条件、变化或影响”。

对目标公司、创始人而言,上面的定义显得范围过广,其律师就会要求限缩“重大不利影响”的定义和范围,比如要求增加“重大不利影响”的例外事项(比如全球或国内经济的变化、战争等不可抗力事项不得视为“重大不利影响”),或者要求设定“重大不利影响”达到总投资金额或收购价

格的一定比例(例如5-20%,具体由双方协商谈判),或者要求删除“重大不利影响”定义中的模糊性语言(比如删除“可能有”或“前景”等模糊性用词),避免给对方留下无限的解释空间。

那么,新冠肺炎疫情是否构成“重大不利影响”?投资人或收购方能否以此为由不完成交割、不付款?这里要分为几种不同的情况看待。

首先,是否“重大不利影响”的约定明确排除了不可抗力等情形?如果是,那么即便新冠肺炎造成了对目标公司的重大不利影响,很可能作为例外已经排除,投资人或收购方至少无法以此疫情为理由拒绝交割或终止协议。

第二,假如“重大不利影响”并未排除“不可抗力”所造成的影响,投资人或收购方的确有可能以疫情对目标公司产生“重大不利影响”为由认为交割前提条件没有满足,拒不支付对价。

然而,对于寻求融资的目标公司和创始人来说,律师站在他们的立场,则可以从另外一个角度出发,强调疫情对公司来说尚不构成“重大不利影响”——例如,疫情所产生的影响是短暂的,影响尚不构成“重大不利”。

这时候,“重大不利”的标准究竟是什么,双方往往各执一词,最后不得不请求法院或者仲裁庭来进行判断。不妨看一下中国和美国在类似情形下法院的认定情况。

**美国案例#1和#2:**在IBP Inc. Shareholders Litigation v. Tyson Foods案中,特拉华州法院认为,“发生重大不利影响必须是实质性且在一段较长时间内威胁到目标公司的整体预期收入”,为此,特拉华州法院在该案中对“重大不利变化”的解释放在更长的时间周期内进行评估,而非在短期内发生变化即认定构成发生“重大不利变化”<sup>[1]</sup>。在另一个并购争议的判例中,特拉华州法院认为收购方必须举出相当充分的理由才能适用重大不利影响的条款免除其交割的义务,要求“重大不利影响”必须是“对于目标公司在商业上合理的期限内的长期收入产生重要影响”才行,而“商业上合理的期限”应该是“数年而不是数月”。<sup>[2]</sup>

**中国案例#1:**2016年5月17日,出售方与馥坊公司(收购方)就转让目标公司100%股权签订《备忘录》。《备忘录》将“目标公司及其业务或资产不存在重大不利变化或者影响”作为交割先决条件之一。之后,收购方要求解除合同,理由是,在尽职调查中发现目标公司部分建筑为违章建筑,不能获得糕点类生产许可证,情况属于交割先决条件中规定的重大不利变化和影响。从公开的判决上看,目标公司是一家食品加工企业,包括肉制品加工、蔬菜加工等,法院认为,是否可以搭建糕点间,搭建后是否可以获得糕点类生产许可证,并非协议的合同目的,所以法院不支持收购方解除合同的请求。(参见(2016)沪0104民

初30241号)

**中国案例#2:**在张成伟与《中国经济信息》杂志社股权转让纠纷案件中,张成伟主张杂志社未按时交接丰利公司资产等资料、丰利公司被证券投资基金协会列为异常机构、未披露重大不利事项等,故要求解除《产权交易合同》。法院基于公司净资产变化不足20万元,认定该事项不属于出现重大不利影响。(参见(2019)京02民终10197号)

这一案件的启示在于,在交易文件中,应对重大不利影响的标准进行明确定义。这一案件的总对价为177万元(对应收购目标公司51%股权),目标公司的净资产少了20万元,也占了整个交易对价的11%,这个比例其实不小。张成伟要求解除合同未能获得支持,除了要支付对价外,将来仍要与被告共同经营公司。如果合同没有约定有利的回购条款,张成伟在很长时间内难以退出。由此可见,“重大不利影响”这一法律定义和范围,在合同的草拟和谈判中有多重要。

**中国案例#3:**2013年12月3日,广安爱众、华澳电力及云南昭通公司(“目标公司”)签订协议,第3.3条约定在2015年底前,广安爱众按约定的价格收购华澳电力持有目标公司的股权。在协议约定的收购股权期间的2014年8月3日,云南省鲁甸县发生6.5级地震,目标公司所属电站所有资产受到严重毁损,目标公司已不能发电,所有经营全部停止。(参见(2016)川16

[1]特拉华州法院在该案中提出,重大不利影响必须“在一个持续的时间内对于目标公司的整体盈利能力在很大程度上会有一个严重的威胁”(“substantially threaten the overall earnings potential of the target in a durationally significant manner”)。特拉华州的判例法对于重大不利影响的适用,限制在资产的长期价值(long-term value)遭受到根本性的损害(fundamentally impaired),而不估计商业周期所带来的短期影响(short-term effects from business cycles)。

[2]见Hexion Specialty Chemicals vs. Huntsman Corp.

想要以不可抗力为由免除履约责任,就需要证明疫情构成不可抗力,并且导致其无法付款。

民初15号)

收购方广安爱众认为:签订协议时,目标公司可以生产经营,股权价值相应稳定,现因不可抗力致使股权价值状态发生变化,已不能实现合同目的,请求法院解除协议第3.3条。

法院认为,目标公司所有者权益从110,228,583.43元降为-36,585,113.14元,确实因地震资产遭受严重损失,其股权价值相应也发生了减损。根据双方当事人签订的协议约定:因不可抗力或双方协商一致,可以变更、中止或解除本协议,广安爱众请求解除协议的条件成立,其诉求应当予以支持。

这个案例很有意思的一点是,从公开的信息看,并未提及“重大不利影响”这个在并购交易和融资交易中的常见条款,不排除双方所订立的收购协议条款过于简单,忽略了对于收购方极为重要的“交割前提条件”和“重大不利影响”条款,最后只能依据不可抗力导致合同目的无法实现来要求终止协议(该举证责任要求更高),处于相对被动局面。

实践中“重大不利影响”条款往往不太为交易各方重视,但有经验的律师则会认为,合同的措辞可谓字字千钧,差之毫厘失之千里。

## /02/ 不可抗力:交易方能否以此为由拒绝交割或解除合同?

《民法总则》第180条和《合同法》第117条均将不可抗力定义为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。因不可抗力造成不能履行合同的,可以部分或者全部免除责任。如果因不可抗力致使不能实现合同目的,当事人可以行使法定合同解除权,解除合同。

对于PE/VC融资交易以及并购交易而言,如果交易一方想要以不可抗力为由免除履约责任,需要及时通知对方并在合理期限内提供证明,对不可抗力造成了其不能履行的事实有举证责任。对于投资人或收购方,如果合同约定的交割前提条件均已满足,其只是剩下交割和付款的义务,想要以不可抗力为由免除履约责任,就需要证明疫情构成不可抗力,并且导致其无法付款。当然,如果合同对于“交割”行为的地点、内容和方式等有明确的约定,由于疫情导致无法进行该等交割,那么这可能成为一个其延迟履行该义务的理由。

那么,交易方是否可能以“疫情构成不可抗力”致使不能实现合同目的而要求行

使合同解除权?实务中,对于不可抗力是否达到“不能实现合同目的”,法院持有一个较高的标准。

在前文的云南电力公司收购案中,由于地震导致发电站遭遇严重毁损,净资产由正变负,法院认定“合同目的不能实现”。

**中国案例#4:**在辽宁省高级人民法院的一个针对租赁合同纠纷的判决中,法院认为,“非典”仅对部分经营活动造成影响,不足以导致合同根本无法履行的,不能据此认定合同解除系不可抗力原因所致(参见(2013)辽审二民抗字第14号)。

**中国案例#5:**在广西高院的一个案例中,法院认定,“非典”这一突发事件的发生,虽然给酒店业的经营造成一定的影响,但不能必然导致上诉人承租大厦经营酒店目的的落空(参见(2007)桂民四终字第1号)。

### /03/ 情势变更及公平处理原则: 目标公司遭遇重创,或交易 方遭遇付(还)款困难怎么办?

如果我们换一个场景和角度看待疫情下的融资或者收购合同:假如投资人或者收购方是一家民营企业,由于疫情遭遇经营收入上的重创,无力支付对价,或者在一个贷款协议中,作为借款方由于疫情或者金融海啸还款能力遭受重创,无力按期支付本息,这该如何处理?或者,投资人或收

购方发现,由于疫情,目标公司的行业遭遇重创,前景堪忧,客观情况发生了无法预见的重大变化,一定要按照原来的价格完成收购或者投资,已经明显对其不公平,是否有机会调整合同?

这时候,可以考虑适用的则是合同法项下的情势变更条款以及公平处理原则。情势变更和不可抗力在概念上和责任承担方式均有所不同。“不可抗力”是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况,而“情势变更”是合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化。根据法律规定,因不可抗力致使合同目的不能实现的,当事人可以解除合同<sup>[3]</sup>;因不可抗力不能履行合同的,可部分或者全部免除责任<sup>[4]</sup>。对于情势变更,当事人可以请求人民法院变更或者解除合同,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。<sup>[5]</sup>

**美国案例#3:**情势变更原则(Force Majeure),在英美法和大陆法中都存在。例如由于08年金融危机而产生的情势变更:2008年11月,特朗普及其项目公司(作为借款人)对包括德意志银行在内的一系列贷款人提起诉讼,认为“世纪仅有的金融海啸”导致了信贷市场前所未有的失控和停滞,构成了不在借款人合理控制之内的“情势变更”,因此请求法院延长贷款的还款期限。该案后来于2010年7月和解,贷款人给了特朗普方5年的延长还

[3]《中华人民共和国合同法》第九十四条

[4]《中华人民共和国合同法》第一百一十七条

[5]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十六条。此外,在2003年SARS爆发时,《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(已失效)规定,由于“非典”疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。

[6]《最高人民法院关于当前形势下审理民事合同纠纷案件若干问题的指导意见》[法(2009)40号]: 人民法院在实践中合理区分情势变更和商业风险。商业风险即从事商业活动中的固有风险, 诸如供求关系变化、价格涨跌等即属典型商业风险。而情势变更是指当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。

款期。

如果中国企业以疫情导致情势变更为由要求延期归还本息, 想要获得法院支持可能存在一定难度, 因为疫情与无法按期归还本息之间的因果关系较难举证。一方面疫情对企业的影响与企业所处的行业、地区有关, 另一方面也与企业的现金储备有关。在这一点上, 就必须关注一个重要测试: 适用情势变更原则时, 需要严格区分情势变更和商业风险。<sup>[6]</sup>

**中国案例#6:** 渝信公司与建盟公司在2012年9月28日签订了一份《资产转让协议》, 由渝信公司收购建盟公司资产。协议签署后, 渝信公司主张: “新余市在建房地产项目、混凝土市场方量需求、市内混凝土生产企业、混凝土市场供应等与约定时的情况均发生重大不利变化, 导致渝信公司在资产转让协议中的目的无法实现, 要求解除合同。”法院的判决认为, 商业风险即从事商业活动中的固有风险, 诸如供求关系变化、价格涨跌等即属典型商业风险。而情势变更是指当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险, 渝信公司所主张的重大不利变化既无证据证实, 也不属于情势变更, 且渝信公司未在合理期间提出解除合同, 对渝信公司的请求不予支持。(参见(2014)余民二初字第70号)

**中国案例#7:** 另一起案例中, 法院认为, “非典”疫情系不可预知的灾害, 上诉人李培艳承租的宾馆根据当地公安局下发文件要求而停业, 造成经济损失是客观存

在, 该损失超出了市场风险的范围, 原审适用情势变更原则适当减免部分租赁费, 于法有据。(参见(2018)鲁06民终268号)

## /04/ 小结

疫情是否构成不可抗力, 产生对企业的影响是否构成情势变更, 最终能否作为理由延迟履约, 这取决于因果关系的举证, 影响的重大性, 是否有别于一般的商业风险等因素。往往需要加以个案的具体分析。相对而言, 合同中约定的交割的前提条件以及“重大不利影响”的定义和范围, 则是对于交割是否应当进行更为直接的条款。

优秀、高效的律师, 一方面需要在合同谈判的时候, 充分预想到各种情况的变化, 将合同条款往对客户最为有利的方向进行调整, 字斟句酌, 乃至咬文嚼字。另一方面, 在客户面临纠纷的时候, 则要善于在合同条款的细节, 事实以及法律规定的原则和适用中找到突破口, 将案子朝对客户最为有利的方向进行争取。

---

龚乐凡  
合伙人  
资本市场部  
上海办公室  
+86 21 6061 3608  
lefangong  
@zhonglun.com

---

---

作者：陈益文/李盖/常小宝

---

# 疫情防控背景下 科创板生物医药企业 上市重点关注事项





新冠肺炎疫情肆虐,我国各行各业均为抗击疫情做出了巨大努力。作为与疫情关联最紧密的行业之一,生物医药企业为抗击疫情作出了重要贡献,近期,我们注意到已在科创板上市的生物医药企业的如下信息:

序号	企业	新冠肺炎疫情相关事项
1	东方生物	完成新型冠状病毒(2019-nCoV)系列检测试剂产品盒产品的研发
2	硕世生物	研发出新型冠状病毒核酸检测试剂盒
3	博瑞医药	完成了对瑞德西韦仿制技术的研发并批量生产
4	热景生物	研发出15分钟快速诊断结果的胶体金免疫检测试剂和上转发光免疫检测试剂

注:上述事项来源于相关企业的公告文件或新闻资讯。

同时,我们也注意到沪深交易所已对相关事项向公司核实情况,关注相关信息披露的合规性,对于“蹭热点”等行为及时进行监管。

2020年2月16日,上海证券交易所(以下简称“上交所”)发布《同舟共济 精准施策——上交所筑起“人民战疫”金融防线》,该文说明:“优化科创板审核工作”、“正常推进受理和审核,支持鼓励与疫情防控相关的科技创新企业在科创板上市,相关企业申请材料齐备的即报即受理,组织熟悉生物医药行业的专业审核人员集中攻关、快速审核”等。上交所上述举措将进一步促进注册制下生物医药企业在科创板成功上市。

本文对截至目前生物医药企业科创板上市的相关案例进行了梳理,从研发、生产、销售三个业务环节,总结了生物医药企业在科创板上市过程中的重点关注事项,以期为拟在科创板上市的生物医药企业提供相应参考。

## 01/ 生物医药企业科创板申报概况及上市标准选择

根据《上海证券交易所科创板企业上市推荐指引》，在生物医药领域，保荐机构应重点推荐生物制品、高端化学药、高端医疗设备与器械及相关技术服务等领域的科

技创新企业，即目前科创板受理的生物医药企业并不限于狭义理解的疫苗、血液制品、诊断试剂、单克隆抗体、重组蛋白、生物医药器械。根据上交所网站披露的科创板申报企业数据统计，截至2020年2月15日，科创板已申报企业208家，其中医药制造业企业28家，占比13.46%。具体如下：

序号	企业	主营业务	上市标准	上市进度
1	南新制药	化学药物的研发、生产与营销	上市标准一	已上市
2	仁会生物	内分泌、心血管及肿瘤治疗领域内创新生物药自主研发和产业化	上市标准五	已受理
3	赛科希德	血栓与止血体外诊断领域的检测仪器、试剂及耗材的研发、生产和销售	上市标准一	已问询
4	艾迪药业	探索、研发和销售创新性化学药物以及人源蛋白产品	上市标准二	已问询
5	科前生物	兽用生物制品研发、生产、销售及动物防疫技术服务	上市标准一	提交注册
6	复旦张江	生物医药的创新研究开发、生产制造和市场营销	上市标准一	暂缓审议
7	三生国建	抗体药物的研发、生产和销售	上市标准四	已问询
8	君实生物	创新驱动型生物制药公司	上市标准五	已问询
9	安必平	体外诊断试剂和仪器的研发、生产、销售	上市标准一	已问询
10	吉贝尔	药品研发、生产、销售	上市标准一	已过会
11	康希诺	疫苗的研发、生产和销售	上市标准五	已受理
12	百奥泰	致力于开发新一代创新药和生物类似药	上市标准五	注册生效
13	神州细胞	专注于单克隆抗体、重组蛋白和疫苗等生物药产品的研发和产业化	上市标准五	已问询
14	泽璟生物	专注于肿瘤、出血及血液疾病、肝胆疾病等多个治疗领域的创新驱动型化学及生物新药研发	上市标准五	已上市
15	东方生物	体外诊断产品研发、生产与销售	上市标准一	已上市
16	特宝生物	重组蛋白质及其长效修饰药物研发、生产及销售	上市标准四	已上市
17	浩欧博	体外诊断试剂的研发、生产和销售	上市标准一	终止
18	前沿生物	研究、开发、生产及销售针对未满足的重大临床需求的创新药	上市标准五	已问询
19	赛伦生物	抗血清抗毒素产品研发、生产和销售	上市标准一	终止
20	硕世生物	体外诊断试剂、配套检测仪器等体外诊断产品的研发、生产和销售	上市标准一	已上市
21	普门科技	治疗与康复产品、体外诊断设备和配套试剂的研发、生产和销售	上市标准一	已上市
22	博瑞医药	医药中间体、原料和制剂产品的研发和生产	上市标准一	已上市
23	吴海生科	应用生物医学材料技术和基因工程技术进行医疗器械和药品研发、生产和销售	上市标准一	已上市
24	华熙生物	研发、生产和销售透明质酸等生物活性物质原料产品及生物医用材料终端产品	上市标准一	已上市
25	申联生物	兽用生物制品研发、生产、销售，主要产品为猪口蹄疫苗	上市标准一	已上市
26	热景生物	研发、生产和销售体外诊断试剂及仪器	上市标准一	已上市
27	苑东生物	化学原料药和化学药制剂的研发、生产和销售	上市标准一	终止
28	微芯生物	为患者提供可承受的、临床亟需的原创新分子实体药物	上市标准一	已上市

如上表所示,除第三套上市标准外,已申报生物医药企业在其他四项上市标准中均有分布。统计数据显示,截至2020年2月15日,选择第五套上市标准的8家已申报科创板的企业中,7家为生物医药企业。这说明上交所鼓励不同发展阶段、不同行业类型企业上市的理念及包容性的上市标准,使得科创板已成为生物医药企业上市很好的选择。

就科创板生物医药企业选择的不同上市标准,我们注意到审核过程中重点关注第五套上市标准,审核部门要求:(一)发行人逐项说明论证发行人符合第五套上市标准的理由和依据,并结合研发型公司的特点和信息披露、持续监管的特殊规定,更有针对性地揭示风险,并对重大事项提示内容进行完善;(二)结合现有核心且研发进入后期的产品管线布局、产品研发阶段、潜在患者市场容量、产品上市后面临的激烈竞争情况、发行人的研发阶段产品预计渗透率等因素,说明判断发行人是否符合第五套上市标准“市场空间大”的原因、具体判断标准以及相关依据。同时,选择第五套上市标准的企业通常需要就“产品尚未上市销售,公司尚未盈利并预期持续亏损”、“产品管线较多,预期未来持续较大规模研发投入”、“无法保证取得新药上市批准,核心在研药品上市存在不确定性”、“无法保证未来几年内实现盈利,公司上市后亦可能面临退市风险”等内容进行重大风险提示。

## /02/ 科创属性及研发能力

### (一)是否具备技术实力和核心竞争力

申报科创板的企业需要有关键核心技术及科技创新能力,主要从以下四个方面关注:

#### 1.核心技术及专利的来源及其形成过程(自主研发、合作研发或外部采购)

生物医药企业普遍存在合作开发,需关注合作方的基本情况(资质、背景、规模)、合作研发的具体模式、主要协议约定、研发主要项目、发行人和合作方在研发和临床试验中各自的具体贡献、研发成果及所有权归属等,是否存在利润分享的安排,是否存在未来不能继续的风险;关注发行人对合作方是否存在重大技术依赖,《新药证书》项下权利的行使是否存在纠纷或潜在纠纷,是否与其他机构或研发人员存在纠纷及潜在纠纷。

2.现有核心技术中能够衡量发行人核心竞争力或技术实力的关键指标、具体表征及可比公司的比较情况,如在研产品管线、研发团队结构,专利(数量及质量,法律状态:如审查阶段、授权国家和地区、专利权属,是否存在潜在的侵权纠纷)、专利未获批的原因以及相关事项对发行人生产经营和面临的市场竞争的影响、药品已过监测期其他药企仿制药获批情况、技术秘密及其保护、产品是否属国内独家品

种或独家剂型、承担国家科研项目、所获奖项或荣誉。

### 3. 核心技术的使用情况

报告期内通过核心技术开发产品的情况及各产品对应的技术,核心技术产品的生产和销售数量、销售收入及占比,进而体现核心技术对于发行人生产经营的贡献程度,市场情况及市场占有率情况。

### 4. 持续创新能力和核心技术先进性程度

关注发行人现有研发体系是否具备持续创新能力或发行人技术持续创新的机制;发行人现有核心技术的先进性程度;核心技术或产品是否存在被国际、国内其他技术替代、淘汰的风险。

需要注意的是,由于科创板对企业科技创新能力有较高要求,申报企业在申请文件中可能存在夸大技术实力的描述,审核部门对此较为关注,要求企业对相关描述提供依据,如说明与其他国内已上市药物的优劣势、国家卫健委相关诊疗方案及手册中是否作为首选药物推荐,不能提供依据的需删除夸大性描述,比如对产品有诸如“首个XX药物”“将实现进口替代”等描述的需提供客观依据。关注相关事项能否支持“公司是一家创新型制药企业”等信息披露。

## (二) 产品的研发进展

1. 重点关注发行人是否已就产品的审批和测试阶段等进行了充分披露,以便

全面了解发行人真实的研发水平及其技术先进性,相关信息包括公司候选药物、治疗领域、商业化权利安排、研发状况(临床前、已提交临床研究申请、临床研究申请已受理、临床I期、临床II期、临床III期、已提交新药申请、准许时点等)。

2. 关注发行人已有或研发药品面临的竞争格局以判断发行人的持续经盈利能力,比如公司核心药品及其作用机理、对同一靶点、适应症的市场在研项目情况、公司的竞争能力以及商业优势。I期临床后的研发及产业化过程是否主要由发行人完成。

为避免发行人进行误导宣传,还需关注消极信息的披露情况,如治疗相关不良事件等。

## (三) 核心研发团队

关注报告期内研发人员占比、核心研发人员的变动情况以及发行人对核心研发团队的激励及制度安排是否能有效保障团队的稳定性和竞争力,从而了解发行人核心研发团队的稳定性以及部分核心研发人员离职对公司研发的影响、公司是否存在对核心技术人员的重大依赖,关注相应的股份支付会计处理是否符合《企业会计准则》的要求。

## (四) 与科创属性相关的财务指标及会计处理

下述指标通常被关注:产品毛利率、

目前科创板对科创属性审核包容性很强,关注发行人对是否符合科创板定位的审慎评估判断是否客观、中介机构的核查把关和专业判断是否合理、相关信息披露是否适当尤其是风险提示是否充分等。

发行人核心技术产品收入口径及占主营业务收入的比例、研发投入及占营业收入的比例、委托研发费用占研发投入比例、研发费用归集及占比、无形资产来源情况及确认依据、商誉减值等。

重点关注研发开发资本化时点及相关处理是否符合会计准则的规定,是否存在将与研发无关的费用在研发支出中核算的情形。关注公司的内部研究开发支出的会计政策是否充分考虑了不同类别药物研发各阶段的特征,是否符合行业的惯常认定:发行人对于新药内部研究开发支出开始资本化的时点与同行业是否一致,即进入III期临床试验时开始资本化;对需开展IV期临床项目的资本化政策与同行业是否一致;公司对除新药外的研发支出资本化政策是否与同行业一致,即在取得临床试验批件时开始资本化。

从已审核的案例看,目前科创板对科创属性审核包容性很强,关注发行人对是

否符合科创板定位的审慎评估判断是否客观、中介机构的核查把关和专业判断是否合理、相关信息披露是否适当尤其是风险提示是否充分等。

## /03/ 生产

### (一)资质

药品的生产主要涉及药品生产许可、药品注册批件、GMP认证、新药证书、在研产品临床试验批文,境外GMP认证及上市许可等资质、委托生产的合规性。发行人需要披露已取得相关证书的具体情况,未取得相关证书的原因、办理进度及对发行人生产经营的影响。

如仿制药收入占比较高,则关注发行人是否具有仿制药的研发能力,是否掌握关键核心技术,发行人仿制药产品中,未通过仿制药质量和疗效一致性评价的具体产品、目前的销售收入及占比情况、一致性评价申请和进展情况,说明未来在规定时间内开展一致性评价是否有实施障碍,是否对生产经营产生重大不利影响,结合发行人仿制药通过一致性评价情况、同类药品通过一致性评价和在带量采购中的降价情况,关注发行人仿制药的未来市场前景。

### (二)药品质量

药品质量直接关系到患者生命安全,是医药企业生产和管理的重中之重。审核

中关注：(1)是否有伪劣药遭行政处罚和媒体曝光、是否曾导致医疗事故及医疗纠纷，此项关注的不应当仅仅是报告期内，而应关注历史上是否存在上述情形；(2)处罚产品是否涉及主导产品，从而影响持续盈利能力；(3)发行人关于原材料采购、药品生产、包装、运输等方面的产品质量内控制度是否健全并得到有效执行，发行人相关内控制度是否存在重大缺陷。

### (三) 安全生产

关注发行人是否发生过重大安全事故，是否对持续经营能力产生重大影响；发行人安全生产如实验室研发和生产阶段的生物安全等内控制度是否建立健全；报告期内发行人是否存在安全生产相关重大行政处罚，发行人采取的整改措施及整改效果。

### (四) 环保

就环保事项关注：(1)是否存在污染事故或隐患，环保措施是否到位；(2)报告期内主要污染物种类及排放量、环保投入与排放量匹配情况，危险废物产生量及处理情况、处置单位及其拥有的资质；(3)是否存在重大环保违法行为，相关处罚对发行人生产经营和财务状况是否构成重大影响；(4)发行人环保设施建设和运行情况，相关工艺流程是否符合相关要求并得到有效实施，是否与生产规模相匹配；(5)发行人关于环保的内控制度是否健全有效，是

否得到了有效执行。

## /04/ 销售

### (一) 医药行业政策对发行人产品销售的影响

关注：(1)现有产品是否纳入医保目录及适应症限定的变更，对发行人产品销售及价格、竞争者产品销售及价格带来的影响；(2)“带量采购”政策对公司的影响，公司药品品种纳入集中采购目录的药品情况，公司已中标集中采购的药品情况；(3)“两票制”实施后对发行人经销商以及经销模式、销售单价、销售费用和销售规模的影响；(4)DRGs对发行人主要产品可能产生的影响，披露 DRGs付费政策相关风险。

### (二) 不正当竞争或商业贿赂

生物医药企业在药品销售过程中可能存在商业贿赂或不正当竞争，该问题关注度极高，基本所有的生物医药企业都会被问到，部分企业的问询中甚至有多个问题涉及商业贿赂。

需要关注与“两票制”相关的部分供应商成立不久即注销的情况、部分医药企业销售模式由招商代理类模式逐步转变为专业化学术推广类模式情况；关注报告期内发行人的产品销售费用、市场以及学术推广的成本费用，学术教育费支出情况及变动情况、学术教育费主要支付对象、会议费

构成、销售费用率与同行业的比较,关注报告期内学术教育活动是否真实,是否与业务特征相符,是否与学术教育服务机构存在关联关系;是否存在商业贿赂等情形,是否有股东、董事、高级管理人员、主要销售人员因商业贿赂等违法违规行为受到处罚或者被立案调查;主要营销人员的职能、管理层级以及与经销商之间的关系;涉及推广费用成本在推广主体、代理商、包销商三者之间的划分情况,仪器与试剂“联动销售”的合规性及设备的会计处理。

### (三)销售模式的变化及其真实性

发行人采取经销商销售模式的,中介机构应重点关注其收入实现的真实性。需关注经销商的销售模式、价格公允性;是否存在第三方付款的情形,发行人是否存在相应的内控制度以及资金管理制度等;主要经销商的股东情况,与发行人是否存在不正当的关联关系;需要对发行人经销商进行函证及走访(在发行人收入真实性问题上,审核部门会要求列明核查手段、核查比例、核查结论等)。同时,建议取得发行人报告期内各期实际控制人及其主要关联方银行流水、经销商清单,核查报告期各期经销商进入、退出及存续情况,报告期内与发行人持续存在业务往来的经销商数量及销售收入,发行人是否存在期末新增经销商的情形,发行人对单个经销商的销售收入占比,是否存在对单个或者少数经销商的依赖情况。

发行人是否受“两票制”的影响导致销售模式转变,变动情况与“两票制”对同行业公司的影响是否一致,即报告期内产品售价、毛利率逐步提高,销售费用率同步上升,主要客户由代理经销商转变为全国性大型医药配送经销商,应收账款金额及周转率有所提高等。关注发行人报告期内收入是否真实,销售至经销商的产品是否实现了最终销售,是否存在经销商囤货的情况。

关注报告期内发行人不同销售模式之间的毛利率差异原因,应收账款的变动情况、账龄情况、逾期情况、坏账准备计提情况,应收账款周转率与同行业存在显著差异的原因。

## /05/ 结语

生物医药属于科创板重点支持的六大行业之一。科创板上市规则规定了差异化的5+2套上市标准,满足不同类型科创企业的发行上市需求,其中第五套上市标准允许亏损企业上市,这对研发周期长、前期研发投入大的生物医药企业较为有利。基于上市规则的包容性、上交所出台鼓励政策的引导,生物医药企业申请科创板上市正当其时。

生物医药企业有其本身的特殊性,我们建议拟上市生物医药企业在上市的过程中对本文所述事项进行重点关注。在上市标准的选择上,尽管第五套上市标准完全

---

取消了财务指标,但并未明确是否仅适用于无收入企业,且“市场空间大”的上市条件缺乏量化指标,第二套标准也未明确研发投入的具体核算范围。建议拟上市生物医药企业根据其业务特点、同行业情况、报告期的相关财务和经营指标及对未来的预期合理选择上市标准。

注册制改革基本理念是以市场化、法治化为导向,以充分信息披露为核心,增强市场包容性。科创板大幅精简了发行上市显性和隐性门槛,原发行上市中相关习惯性实质判断转化为严格信披要求。相关事项在充分披露原因和风险提示后,不再成为发行上市的实质障碍。为此生物医药企业申请科创板上市,需要摒弃一些传统理念和做法,重新进行规范和规划,发行人“讲清楚”、中介机构“核清楚”,坚持信息披露真实、准确、完整,有效披露与投资者价值判断和投资决策密切相关的信息。

---

陈益文  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2106  
chenyiwen  
@zhonglun.com



作者：张保生/牛馨雨

# 行善亦应合规， 上市公司捐赠战“疫” 应防范违规



近期,新型冠状病毒导致的肺炎疫情蔓延,全国上下均投身到“疫情防控阻击战”中,上市公司在此次疫情防控中更是掀起了一场“爱心接力赛”。截至2020年2月3日,已有690家上市公司通过捐款、捐物、参与应急工程建设等形式大力驰援战“疫”,值得称道。<sup>[1]</sup>然而,行善亦应合规,上市公司在热火朝天的捐赠中,亦应注意合规风险,防止行善“违法”。

[1] 中国上市公司协会:“抗击疫情,上市公司在行动——上市公司驰援一览表”,[http://www.capco.org.cn/xh-dt/xhyw/202002/20200203/j\\_2020020323183600015807431297588887.html](http://www.capco.org.cn/xh-dt/xhyw/202002/20200203/j_2020020323183600015807431297588887.html),最后访问时间2020年2月4日。

当上市公司单次捐赠金额或近12个月内的累计捐赠金额达到公司总资产的10%，或者达到净资产10%且金额超过1000万元时，上市公司就应当立即披露。

## /01/ 上市公司对外捐赠信息是否必须披露？

——对外大额捐赠可能构成需临时披露的重大事件，定期报告未披露小额捐赠可能引发监管问询

上市公司对外捐赠信息是否必须披露？在证券法的框架下，上市公司不仅需要依法披露定期报告，还应就重大事件披露临时报告。根据沪、深证券交易所股票上市规则的相关规定，上市公司发生的交易所涉资产总额占上市公司最近一期经审计总资产10%以上的应当披露，上市公司发生的交易所涉成交金额占其最近一期经审计净资产10%以上且金额超过1000万元的也应当披露。<sup>[2]</sup>此处“交易”的定义明确包括“赠与资产”。<sup>[3]</sup>

需注意，上述计算标准采取连续12个月内累计计算的原则，<sup>[4]</sup>当上市公司单次的捐赠金额或近12个月内的累计捐赠金额

达到公司总资产的10%，或者达到净资产10%且金额超过1000万元时，上市公司就应当立即披露。

此外，在监管实践中亦不乏证券交易所对上市公司的小额捐赠事项出具年报问询函，要求详细说明对外捐赠的捐赠对象、捐赠事由、相关会计处理、审批程序及信息披露等具体情况。因此，对于未达临时公告披露标准也未自愿披露的捐赠，建议上市公司在年报等定期报告中予以说明。

可见，上市公司是否披露捐赠情况绝不仅是做好事应否留名、行善是否低调的问题，更涉及上市公司依法必须履行的信息披露义务的问题，不能任意而为。

## /02/ 上市公司对外捐赠信息能否通过微博、微信公众号等渠道披露？

——上市公司须在法定媒体首先进行信息披露，避免违反公平披露要求或泄露内幕信息

上市公司在微博、微信公众号等渠道披露捐赠信息是否可行？根据证券法及相关规定，上市公司进行信息披露不仅应做到真实、准确、完整、及时，还需遵循公平披露原则，即信息披露义务人应同时向所有投资者公开披露信息，确保所有投资者可以平等地获取同一信息，不得向单个或

[2]《深圳证券交易所股票上市规则》及《上海证券交易所股票上市规则》第9.2条。

[3]《深圳证券交易所股票上市规则》及《上海证券交易所股票上市规则》第9.1条。

[4]《深圳证券交易所股票上市规则》第9.12条，《上海证券交易所股票上市规则》第9.10条。

[5]参见《上市公司信息披露管理办法》第二条，《上海证券交易所股票上市规则》第2.4条，《深圳证券交易所股票上市规则》第2.8条。

部分投资者透露或泄漏。<sup>[5]</sup>

在公平披露原则下,上市公司披露的信息不能通过任意渠道公布,而应在巨潮资讯网、《中国证券报》等法定媒体发布。<sup>[6]</sup>

2020年3月1日起施行的新证券法虽不要求上市公司在证监会“指定的媒体”披露信息,但仍然要求应在“证券交易所的网站和符合国务院证券监督管理机构规定条件的媒体发布”。<sup>[7]</sup>因此,如果上市公司仅在微博、微信公众号等平台发布捐赠信息或以新闻发布、答记者问等形式替代本应依法通过临时公告形式进行信息披露的,属于违反法定形式披露。

那么,首先在微博、微信公众号等平台披露捐赠信息、而后在法定渠道补充披露捐赠公告的做法是否合规呢?公平披露原则对于披露的顺序也有严格要求,上市公司和相关信息披露义务人在其他公共媒体发布的重大信息不得先于指定媒体。<sup>[8]</sup>也就是说,上市公司即使在法定渠道进行了对外捐赠信息的依法披露,只要其发布时间晚于其他渠道信息披露的时间,也构成违法披露。上市公司在微博、微信公众号等平台上发布捐赠信息之前应当首先保证已在法定渠道披露了相关信息,或至少通过法定渠道同时发布信息。

此外,通过新闻发布会、答记者问、接待前来调研的投资者等形式透露未公开的重大信息,不仅会违反公平披露原则,更可能构成泄露内幕信息。因此,如果上市公司在非法渠道对部分受众透露了

重大捐赠信息,除可能被认定为信息披露形式违法外,还有涉嫌泄露内幕信息的风险。

综上,对于应当依法披露的捐赠信息,上市公司不能随意选择平台发布,而应依法通过法定渠道率先发布,否则不仅会违反公平披露原则,还可能构成泄露内幕信息。

### /03/ 上市公司公布捐赠决定后 未实际履行承诺是否存在 风险?

——公益性赠与不得撤销,而且未履行承诺且未披露实际进展情况的可能构成虚假陈述

一方面,根据合同法的规定,尽管普通的赠与合同在赠与财产的权利转移前可以任意撤销,但具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同不得撤销。<sup>[9]</sup>因此,上市公司捐赠“战疫”,不得撤销。

另一方面,根据证券法的规定,信息披露义务人披露的信息,应当真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。如果上市公司披露的对外捐赠数额并未实际履行,可能导致已经披露的捐赠信息构成虚假记载或误导性陈述。

而且,上市公司在披露临时报告后还有持续披露义务,如披露重大捐赠的进展情况等。因此,上市公司在披露对外捐赠

[6]参见《证券法》(2014修订)第七十条、《上市公司信息披露管理办法》第六条、《上海证券交易所股票上市规则》及《深圳证券交易所股票上市规则》第2.14条。

[7]《证券法》(2019修订)第八十六条。

[8]《上海证券交易所股票上市规则》及《深圳证券交易所股票上市规则》第2.15条。

[9]《合同法》第一百八十六条。

[10]《上海证券交易所股票上市规则》及《深圳证券交易所股票上市规则》第7.1条。

[11]《上海证券交易所股票上市规则》及《深圳证券交易所股票上市规则》第9.3条。

信息后,如在实际履行中发生重要变化,需及时进行信息披露,否则或可因隐瞒捐赠情况的进展变化而构成重大遗漏,从而构成新的信息披露违法事项。

## /04/ 上市公司对外捐赠是否应当履行内部决策程序?

——在遵守公司章程的前提下,符合临时信息披露的需经董事会决议,达到特定标准的还需交由股东大会审议

根据沪深交易所的股票上市规则,上市公司有关交易的内部决策程序同样适用于对外捐赠。如果上市公司章程对于公司的对外捐赠或交易有程序要求、数额限制等规定,上市公司在对外捐赠时应当遵守公司章程的规定,不得违反相关程序和限制要求。

在满足公司章程的情况下,上市公司的对外捐赠还应符合法定要求。一般来说,董事会应当确定对外投资、收购出售资产、资产抵押、对外担保事项、委托理财、关联交易的权限,建立严格的审查和决策程序。<sup>[10]</sup>而且临时报告应由董事会发布。<sup>[11]</sup>因此,达到临时披露标准的对外捐赠应由董事会决议通过。

而且,当上市公司交易金额涉及资产总额占最近一期经审计总资产的50%以上,或者占最近一期经审计净资产50%以上且超过5000万元的,还应当提交股东大会审议,该标准同样适用12个月累计计算

的原则。<sup>[12]</sup>

## /05/ 央企对外捐赠有无特殊要求?

——捐赠数额有一定限制且应报国资委备案

根据《国务院国有资产监督管理委员会关于加强中央企业对外捐赠管理有关事项的通知》(国资发评价[2009]317号)的相关规定,国资委对中央企业对外捐赠事项实行备案管理制度。捐赠项目超过以下标准的,还应报国资委备案同意后方可实施:净资产小于100亿元的央企,捐赠项目超过100万元的;净资产在100亿元至500亿元的企业,捐赠项目超过500万元的;净资产大于500亿元的企业,捐赠项目超过1000万元的。因此,属于央企的上市公司在对外捐赠时除应注意信息披露合规外,还应遵守国资的特殊规定。

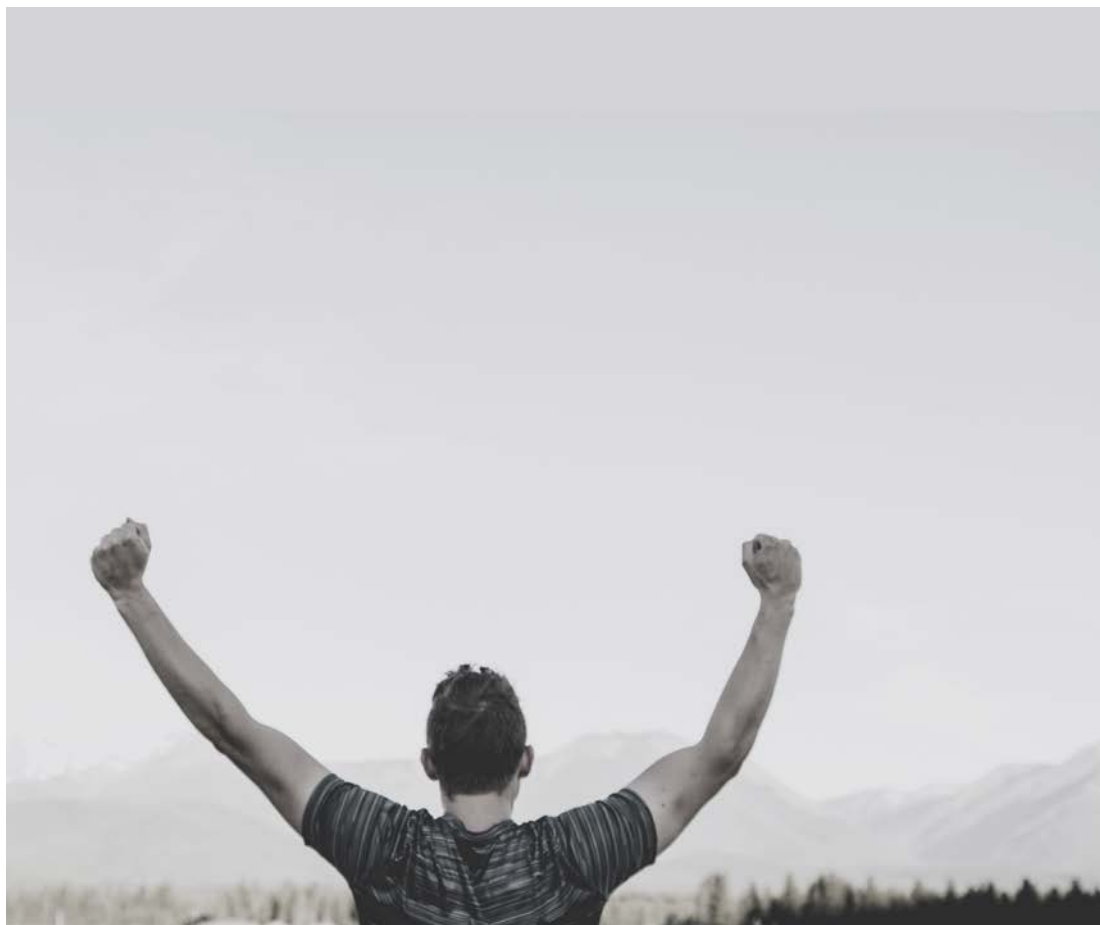
总之,上市公司对外捐赠亦应注意合规,不仅应遵守内部决策程序,而且在达到法定要求时需进行信息披露,且需在法定平台依法披露;在作出捐赠承诺后不得任性反悔,及时披露相关进展情况。抗击疫情,众志成城,愿上市公司的这场爱心接力赛在依法合规的跑道中进行,愿每一位行善者都不会因方式违法而面临违规法律风险。

---

作者： 唐周俊/慕景丽

---

# 助力上市公司抗击疫情、恢复生产 ——上市公司再融资新规解析



▶ 为深化金融供给侧结构性改革,完善再融资市场化约束机制,增强资本市场服务实体经济的能力,助力上市公司抗击疫情、恢复生产,证监会于2020年2月14日正式推出了修订后的《上市公司证券发行管理办法》《创业板上市公司证券发行管理暂行办法》《上市公司非公开发行股票实施细则》以及《发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求》(以下统称“再融资新规”),旨在进一步深化金融供给侧结构性改革,完善再融资市场化约束机制,增强资本市场服务实体经济的能力,助力上市公司抗击疫情、恢复生产。再融资新规也进一步落实了证券市场的市场化、法治化的改革方向,从制度层面进一步落实、贯彻《证券法》确立的以信息披露为核心的注册制理念,进一步提升上市公司再融资的便捷性和制度包容性,这无疑是对资本市场的一大利好,更给在疫情中全力抗击疫情、恢复生产的上市公司增添了新的动力。

▶ 再融资新规对A股资本市场,尤其是对上市公司再融资及并购重组均影响巨大。本次再融资规则的修订系结合当前再融资市场化改革的总体需求,本着降低限制性门槛,提高融资便利性、促使市场化发展等原则,旨在调整再融资市场化发行定价机制,充分发挥市场对资源配置的决定性作用,形成买卖双方充分博弈,市场决定发行成败的良性局面,提升再融资的便捷性,有利于引进更多机构资金入场,帮助优质的上市公司获得更多增量资金并充分利用资本市场以做大做强,同时,也进一步考验资本市场的各参与中介机构,尤其是投行的定价、承销能力。

▶ 此外,本次再融资新规不仅适用于非公开发行,当上市公司发行股票购买资产与募集配套资金同步操作时,本次再融资新规还适用于募集配套资金部分。募集配套资金与发行股份购买资产虽属同一个交易,但募集配套资金部分与上市公司发行股票购买资产部分的发行视为两次发行,分别定价,因此本次再融资规则修订也对上市公司重大资产重组有着重要影响。

▶ 本文主要针对本次再融资新规与原再融资规则的差异之处进行分析,与诸位交流、探讨再融资业务实施及审核方面的变化。

/01/

## 《上市公司证券发行管理办法》的修订要点解析

### 1、非公开发行股票的特定对象的数量调整

原规则	本次修订
<p>第三十七条 非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定：</p> <p>(一)特定对象符合股东大会决议规定的条件；</p> <p>(二)发行对象不超过十名。</p> <p>发行对象为境外战略投资者的，应当经国务院相关部门事先批准。</p>	<p>第三十七条 非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定：</p> <p>(一)特定对象符合股东大会决议规定的条件；</p> <p>(二)发行对象不超过三十五名。</p> <p>发行对象为境外战略投资者的，应当遵守国家的相关规定。</p>

**解析：**本次修订将主板(中小板)、创业板非公开发行股票发行对象的数量由分别不超过10名和5名，统一调整为不超过35

名，使更多的投资人有机会参与到上市公司非公开发行的过程中，从而有利于上市公司进行融资。

### 2、非公开发行底价和锁定期的调整

原规则	本次修订
<p>第三十八条 上市公司非公开发行股票，应当符合下列规定：</p> <p>(一)发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之九十；</p> <p>(二)本次发行的股份自发行结束之日起，十二个月内不得转让；控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，三十六个月内不得转让；</p> <p>(三)募集资金使用符合本办法第十条的规定；</p> <p>(四)本次发行将导致上市公司控制权发生变化的，还应当符合中国证监会的其他规定。</p>	<p>第三十八条 上市公司非公开发行股票，应当符合下列规定：</p> <p>(一)发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之八十；</p> <p>(二)本次发行的股份自发行结束之日起，六个月内不得转让；控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，十八个月内不得转让；</p> <p>(三)募集资金使用符合本办法第十条的规定；</p> <p>(四)本次发行将导致上市公司控制权发生变化的，还应当符合中国证监会的其他规定。</p>

**解析：**本次修订降低了非公开发行价格底价，并且锁定期均相应减半。对发行对象、发行底价、锁定期的实质性调整，均不同于对过往非公开发行相关制度从严格限定到适当调整、回归。本次修订是自2006年《上市公司证券发行管理办法》颁布以

来，实质性调整了非公开发行的相关要求，凸显了从制度层面对上市公司非公开发行的支持，有利于上市公司积极利用上市公司平台融资，促进行业整合，更好地推动实体经济的发展。



### 3、延长证监会批文的有效期

原规则	本次修订
第四十七条 自中国证监会核准发行之日起,上市公司应在六个月内发行证券;超过六个月未发行的,核准文件失效,须重新经中国证监会核准后方可发行。	第四十七条 自中国证监会核准发行之日起,上市公司应在十二个月内发行证券;超过十二个月未发行的,核准文件失效,须重新经中国证监会核准后方可发行。

**解析:**本次修订将证监会的批文有效期从6个月延长至12个月,有利于上市公司更好地选择发行时机,并在一定程度上提

高了上市公司的融资成功率,避免因批文有效期短导致发行失败的情形。

### 4、明确减持新规不适用于非公开发行对象

原规则	本次修订
—	第七十五条 依据本办法通过非公开发行股票取得的上市公司股份,其减持不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的有关规定。

**解析:**《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》对非公开减持的严格规定,极大的增加了非公开发行参与者的减持压力,这也是影响投资者参与非公开发行的的重要原因之一。本次修订明确规定非公开

发行股票的参与者不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的减持规定,减少投资者通过非公开发行取得股份的减持限制,在一定程度上鼓励投资者参与非公开发行,降低上市公司融资难度。

## /02/ 《创业板上市公司证券发行管理暂行办法》的修订要点解析

### 1、创业板上市公司公开发行证券取消资产负债率要求及非公开发行取消盈利要求



原规则	本次修订
<p>第九条 上市公司发行证券,应当符合《证券法》规定的条件,并且符合以下规定:</p> <p>(一)最近二年盈利,净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算依据;</p> <p>(二)会计基础工作规范,经营成果真实。内部控制制度健全且被有效执行,能够合理保证公司财务报告的可靠性、生产经营的合法性,以及营运的效率与效果;</p> <p>(三)最近二年按照上市公司章程的规定实施现金分红;</p> <p>(四)最近三年及一期财务报表未被注册会计师出具否定意见或者无法表示意见的审计报告;被注册会计师出具保留意见或者带强调事项段的无保留意见审计报告的,所涉及的事项对上市公司无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除;</p> <p>(五)最近一期末资产负债率高于百分之四十五,但上市公司非公开发行股票的除外;</p> <p>(六)上市公司与控股股东或者实际控制人的人员、资产、财务分开,机构、业务独立,能够自主经营管理。上市公司最近十二个月内不存在违规对外提供担保或者资金被上市公司控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形。</p>	<p>第九条 上市公司发行证券,应当符合《证券法》规定的条件,并且符合以下规定:</p> <p>(一)最近二年盈利,净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算依据;但上市公司非公开发行股票的除外;</p> <p>“(二)会计基础工作规范,经营成果真实。内部控制制度健全且被有效执行,能够合理保证公司财务报告的可靠性、生产经营的合法性,以及营运的效率与效果;</p> <p>“(三)最近二年按照上市公司章程的规定实施现金分红;</p> <p>“(四)最近三年及一期财务报表未被注册会计师出具否定意见或者无法表示意见的审计报告;被注册会计师出具保留意见或者带强调事项段的无保留意见审计报告的,所涉及的事项对上市公司无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除;</p> <p>“(五)上市公司与控股股东或者实际控制人的人员、资产、财务分开,机构、业务独立,能够自主经营管理。上市公司最近十二个月内不存在违规对外提供担保或者资金被上市公司控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形。</p>

**解析:**本次修订取消了创业板上市公司公开发行证券的资产负债率的要求,为资产负债率相对较低的创业板上市公司通过公开发行证券进行融资提供了通道;取消非公开发行股票对上市公司最近二年盈利的要求,有利于一些盈利状况不太好的

创业板上市公司进行融资。上述修订在一定程度上降低了发行门槛,也充分回应了创业板板块上市公司的不同点,可以有效促进创业板上市公司进行融资,更多地将盈利情况等非公开发行所存在的风险交由市场判断。

## 2、删除对前次募集资金使用完毕的要求

原规则	本次修订
<p>第十一条 上市公司募集资金使用应当符合下列规定:</p> <p>(一)前次募集资金基本使用完毕,且使用进度和效果与披露情况基本一致;</p> <p>(二)本次募集资金用途符合国家产业政策和法律、行政法规的规定;</p> <p>(三)除金融类企业外,本次募集资金</p>	<p>第十一条 上市公司募集资金使用应当符合下列规定:</p> <p>(一)本次募集资金用途符合国家产业政策和法律、行政法规的规定;</p> <p>(二)除金融类企业外,本次募集资金使用不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财</p>

原规则	本次修订
<p>使用不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；</p> <p>(四)本次募集资金投资实施后，不会与控股股东、实际控制人产生同业竞争或者影响公司生产经营的独立性。</p>	<p>等财务性投资，不得直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；</p> <p>(三)本次募集资金投资实施后，不会与控股股东、实际控制人产生同业竞争或者影响公司生产经营的独立性。</p>

**解析:**解析:本次修订删除了前次募集资金使用完毕的规定,能够使创业板上市公司的融资进度不会掣肘于前次募投项目的建设情况,且在一定程度上加快创业板

上市公司再融资的频率。此外,也适当放宽了对前次募集资金使用情况的要求,更多的交由市场判断企业前次募集资金使用情况以及效果。

### 3、创业板其他相关修订

原规则	本次修订
<p>第十五条 非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定:</p> <p>(一)特定对象符合股东大会决议规定的条件;</p> <p>(二)发行对象不超过五名。</p> <p>发行对象为境外战略投资者的,应当遵守国家的相关规定。</p>	<p>第十五条 非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定:</p> <p>(一)特定对象符合股东大会决议规定的条件;</p> <p>(二)发行对象不超过三十五名。</p> <p>发行对象为境外战略投资者的,应当遵守国家的相关规定。</p>
<p>第十六条 上市公司非公开发行股票确定发行价格和持股期限,应当符合下列规定:</p> <p>(一)发行价格不低于发行期首日前一个交易日公司股票均价的,本次发行股份自发行结束之日起可上市交易;</p> <p>(二)发行价格低于发行期首日前二十个交易日公司股票均价但不低于百分之九十,或者发行价格低于发行期首日前一个交易日公司股票均价但不低于百分之九十的,本次发行股份自发行结束之日起十二个月内不得上市交易;</p> <p>(三)上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联方以及董事会引入的境内外战略投资者,以不低于董事会作出本次非公开发行股票决议公告日前二十个交易日或者前一个交易日公司股票均价的百分之九十认购的,本次发行股份自发行结束之日起三十六个月内不得上市交易。</p> <p>上市公司非公开发行股票将导致上市公司控制权发生变化的,还应当符合中国证监会的其他规定。</p>	<p>第十六条 上市公司非公开发行股票,应当符合下列规定:</p> <p>(一)发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之八十;</p> <p>(二)本次发行的股份自发行结束之日起,六个月内不得转让;控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份,十八个月内不得转让;</p> <p>(三)本次发行将导致上市公司控制权发生变化的,还应当符合中国证监会的其他规定。</p>
<p>第三十八条 上市公司应当自中国证监会核准之日起六个月内发行证券。超过六个月未发行的,核准文件失效,须重新经中国证监会核准后方可发行。</p>	

原规则	本次修订
—	第三十七条 上市公司应当自中国证监会核准之日起十二个月内发行证券。超过十二个月未发行的,核准文件失

**解析:**本次修订将创业板上述关于发行对象数量、发行价格、锁定期及相关批文

的有效期的修订均与《上市公司证券发行管理办法》保持一致。

## /03/ 《上市公司非公开发行股票实施细则》的修订要点解析

### 1、再融资定价机制的调整

原规则	本次修订
<p>第七条《管理办法》所称“定价基准日”,是指计算发行底价的基准日。定价基准日为本次非公开发行股票发行期的首日。上市公司应按不低于发行底价的价格发行股票。</p> <p>.....</p>	<p>第七条《管理办法》所称“定价基准日”是指计算发行底价的基准日。定价基准日为本次非公开发行股票的发行期首日。上市公司应当以不低于发行底价的价格发行股票。</p> <p>上市公司董事会决议提前确定全部发行对象,且属于下列情形之一的,定价基准日可以为关于本次非公开发行股票的董事会决议公告日、股东大会决议公告日或者发行期首日,认购的股份自发行结束之日起十八个月内不得转让:</p> <p>(一)上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人;</p> <p>(二)通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者;</p> <p>(三)董事会拟引入的境内外战略投资者。</p> <p>.....</p>

**解析:**上市公司董事会决议提前确定全部发行对象且为特定对象的,定价基准日可以为本次非公开发行的董事会决议公告日、股东大会决议公告日或者发行期首日。董事会决议公告日或股东大会决议公告日曾作为非公开发行中最为常见的定价基准日之一,在2017年2月修订的《上市公

司非公开发行股票实施细则》中取消,本次修订有条件地予以恢复,限定在提前确定全部发行对象且属于特定的发行对象,不同于2017年的修订的《上市公司非公开发行股票实施细则》,本次修订中并未恢复不属于上述特定情形的发行对象的定价基准日。

通过调整再融资市场化发行定价机制,支持上市公司引入战略投资者,充分发挥市场对资源配置的决定性作用,有助于提升再融资的便捷性。从政策的制订角度来看,对过往阻碍再融资的定价方式予以

调整且通过《上市公司证券发行管理办法》进一步扩大非公开发行的定价折扣,把定价及其博弈交给市场,这是修订后的再融资规则再融资新规则的明显特征,也是监管机构用于激发市场活力重要手段。

## 2、非公开发行股票定价基准日、锁定期的调整

原规则	本次修订
<p>第七条 《管理办法》所称“定价基准日”,是指计算发行底价的基准日。定价基准日为本次非公开发行股票发行期的首日。上市公司应按不低于发行底价的价格发行股票。</p> <p>《管理办法》所称“定价基准日前20个交易日股票交易均价”的计算公式为:定价基准日前20个交易日股票交易均价=定价基准日前20个交易日股票交易总额/定价基准日前20个交易日股票交易总量。</p> <p>第九条 发行对象属于下列情形之一的,具体发行对象及其定价原则应当由上市公司董事会的非公开发行股票决议确定,并经股东大会批准;认购的股份自发行结束之日起36个月内不得转让:</p> <p>(一)上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人;</p> <p>(二)通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者;</p> <p>(三)董事会拟引入的境内外战略投资者。</p> <p>.....</p>	<p>第七条 《管理办法》所称“定价基准日”是指计算发行底价的基准日。定价基准日为本次非公开发行股票的发行期首日。上市公司应当以不低于发行底价的价格发行股票。</p> <p>上市公司董事会决议提前确定全部发行对象,且属于下列情形之一的,定价基准日可以为关于本次非公开发行股票的董事会决议公告日、股东大会决议公告日或者发行期首日,认购的股份自发行结束之日起十八个月内不得转让:</p> <p>(一)上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人;</p> <p>(二)通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者;</p> <p>(三)董事会拟引入的境内外战略投资者。</p>
<p>第十条 发行对象属于本细则第九条规定以外的情形的,上市公司应当在取得发行核准批文后,按照本细则的规定以竞价方式确定发行价格和发行对象。发行对象认购的股份自发行结束之日起12个月内不得转让。</p>	<p>第八条 发行对象属于本细则第七条第二款规定以外的情形的,上市公司应当在取得发行核准批文后,按照本细则的规定以竞价方式确定发行价格和发行对象。发行对象认购的股份自发行结束之日起六个月内不得转让。</p> <p>董事会决议确定部分发行对象的,该部分发行对象不得参与竞价,但应当接受竞价结果;并应当明确在没有通过竞价方式产生发行价格的情况下,是否继续参与认购、认购数量及价格确定原则。</p>

**解析:**本次修订将锁价发行的36个月锁定期缩减为18个月,将竞价发行的12个月锁定期缩减为6个月,并明确在同时存在锁价发行及竞价发行的情况下,锁价发行对象不得参与竞价,但应当接受竞价结果,且应当明确在没有通过竞价方式产生发行价格的情况下,是否继续参与认购、认购数量及价格确定原则。

本次修订对股份锁定期的放松,将大幅提升投资者,尤其是定增基金参与定增的热情,明显降低投资者在定增投资方面的不确定性,从而明显改善上市公司的融

资环境。对定增基金而言,在“减持新规”的限制下,实际持有期实际延长至两年,本次修订将12个月锁定期调整为6个月,且不再对定增股份锁定期结束后的减持作出限制,将显著降低因基金持有期较长及减持阶段面临的不确定性,大幅提升定增投资基金的资金周转效率。此外,非公开发行定价机制的调整,原均价九折底价调整为八折底价,也使得定增投资获得的安全边际明显增加,可能明显改善定增投资者的收益水平。

### 3、非公开发行股票发行对象数量的调整

原规则	本次修订
<p>第八条 《管理办法》所称“发行对象不超过10名”,是指认购并获得本次非公开发行股票的法人、自然人或者其他合法投资组织不超过10名。</p> <p>证券投资基金管理公司以其管理的2只以上基金认购的,视为一个发行对象。</p> <p>信托公司作为发行对象,只能以自有资金认购。</p>	<p>第九条 《管理办法》所称“发行对象不超过三十五名”是指认购并获得本次非公开发行股票的法人、自然人或者其他合法投资组织不超过三十五名。</p> <p>证券投资基金管理公司、证券公司、合格境外机构投资者、人民币合格境外机构投资者以其管理的二只以上产品认购的,视为一个发行对象。</p> <p>信托公司作为发行对象,只能以自有资金认购。</p>

**解析:**本条修订明确了基金公司、证券公司、QFII和RQFII以其管理的二只以上产品认购定增股份视为一个发行对象,实际上是对国家外汇管理局于2019年9月取

消QFII和RQFII投资额度限制的配套措施,对于A股市场传达出重大利好消息,本次修订系对此的进一步落实。

#### 4、定价基准日的重新确定

原规则	本次修订
—	<p>第十五条 定价基准日为本次非公开发行股票的董事会决议公告日或股东大会决议公告日的,非公开发行股票的董事会决议公告后,出现以下情况的,应当由董事会重新确定本次发行的定价基准日:</p> <p>(一)本次非公开发行股票股东大会决议的有效期已过;</p> <p>(二)本次发行方案发生变化;</p> <p>(三)其他对本次发行定价具有重大影响的事项。</p>

**解析:**本条新增条款系对再融资定价机制调整的配套措施,明确采用董事会决议公告日或股东大会决议公告日作为定价基准日的,在超出股东大会决议有效期(实

践中一般为12个月)、发行方案变更及其他有实质影响的情况下,应当重新确定定价基准日,考虑到股价波动因素,本条新增确有其合理性。

#### 5、明确对发行对象的保底保收益承诺的禁止

原规则	本次修订
—	<p>第二十九条 上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得向发行对象作出保底保收益或变相保底保收益承诺,且不得直接或通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者补偿。</p>

**解析:**本条新增条款系为了加强对明股实债行为的监管,也是第一次在发行的相关规范性文件中明确该等要求,对发行股票中存在的“明股实债”等现象将起到了遏制作用。不仅如此,相对证监会2019年11月8日发布的《关于修改〈上市公司非公开发行股票实施细则〉的决定(征求意见稿)》更为全面,征求意见稿第二十九条规定:“上市公司及其控股股东、实际控制人、

主要股东不得向发行对象作出保底保收益或变相保底保收益承诺,且不得直接或间接向发行对象提供财务资助或者补偿。”同征求意见稿相比,正式稿中进一步将“间接向发行人对象提供财务资助或者补偿”明确为“通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者补偿”的限制,从而避免控股股东、实际控制人、主要股东借助关联方规避该条规定。

/04/

## 《发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求》的修订要点解析

原规则	本次修订
上市公司申请非公开发行股票的,拟发行的股份数量不得超过本次发行前总股本的20%。	上市公司申请非公开发行股票的,拟发行的股份数量原则上不得超过本次发行前总股本的30%。

**解析:**次修订适度放宽了非公开发行股票融资规模限制,由此前的不得超过20%调整为原则上不超过30%,给予上市

公司更多再融资空间,助力于上市公司的资金需求进一步得到满足。

唐周俊  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5087 2866  
tangzhoujun  
@zhonglun.com

慕景丽  
非权益合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5087 2725  
mujingli  
@zhonglun.com



02\_

# Corporate Management

企业管理

---

作者：乔文骏/谢静/吴轶/肖璐璐

---

# 各地助中小微企业 抵御疫情扶持政策解读



- ▶ 2020年农历新年前夕,新型冠状病毒肺炎疫情爆发,直接影响大量企业无法正常复工复产。尤其住宿餐饮业和文化旅游业受到严重影响,该等行业又是中小微企业较集中的领域,本次疫情的持续给众多中小微企业带来了严峻的挑战。
- ▶ 众志成城、抗击疫情。各级政府发挥“有形的手”调节作用,出台各类优惠政策扶持中小微企业的生存和发展,主要通过以下方面为企业提供支持(1)金融支持:积极提供贷款,不盲目抽贷、断贷、压贷;(2)稳定职工队伍:对不裁员、少减员的部分企业返还一定金额的失业保险费,推迟社保缴费期限,下调部分社保缴费费率;及(3)减轻负担:减租降租、减税降费、提供补贴。
- ▶ 2020年2月1日,人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局发布《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》。同日,苏州市人民政府发布《苏州市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十条政策意见》。2月5日,北京市政府发布《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响促进中小微企业持续健康发展的若干措施》,支援疫情下的中小微企业。
- ▶ 据不完全统计,截至2月8日,10余个省市发布了支援中小微企业“抗疫”的相关文件,包括北京、上海、广东、浙江、山东、重庆、湖南、四川、山西、海南、福建、江西、黑龙江等地,以及苏州、南京、海口、福州、济南、青岛、宁波、厦门、佛山、唐山、湖州、泰州、盐城、晋江、滨州等城市和上海的十个区。哪些企业可以适用该等扶持政策,判断是否属于中小微企业的标准是什么?

## /01/

### 中小微企业的划型标准

根据工业和信息化部、国家统计局、国家发展和改革委员会及财政部于2011年6月联合颁布的《关于印发中小企业划型标准规定的通知》以及国家统计局于2017年12月颁布的《关于印发统计上大中小微型企业划分办法(2017)的通知》，中小企业划分为中型、小型、微型三种类型，具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合行业特点制定。企业属于下述情况的为中小微型企业：

农、林、牧、渔业：营业收入20,000万元以下；

工业：从业人员1,000人以下或营业收入40,000万元以下；

建筑业：营业收入80,000万元以下或资产总额80,000万元以下；

批发业：从业人员200人以下或营业收入40,000万元以下；

零售业：从业人员300人以下或营业收入20,000万元以下；

交通运输业和邮政业：从业人员1,000人以下或营业收入30,000万元以下；

仓储业：从业人员200人以下或营业收入30,000万元以下；

住宿业及餐饮业、软件和信息技术服务业：从业人员300人以下或营业收入10,000万元以下；

信息传输业：从业人员2,000人以下或

营业收入100,000万元以下；

房地产开发经营：营业收入200,000万元以下或资产总额10,000万元以下；

物业管理：从业人员1,000人以下或营业收入5,000万元以下；

租赁和商务服务业：从业人员300人以下或资产总额120,000万元以下；

其他未列明行业：从业人员300人以下。

截至目前，北京、山东和宁波等地出台的疫情扶持政策明确适用上述中小企业划型标准，其余各地虽未在政策中明确“中小微”企业的标准，各企业可考虑参照上述标准初步判定其是否可适用各地疫情扶持政策，同时建议积极与当地政府部门沟通。

## /02/

### 重点省市中小微企业扶持政策汇总

受限于篇幅，本篇文章选取了北京、上海、广州、深圳、浙江、山东、四川等主要省市，梳理支援中小微企业“抗疫”政策的主要内容。在本文末尾另附《全国主要省市及地区扶持政策全文链接汇总》，供进一步查阅。

序号	地域	文件名称	主要内容	施行期限
1	北京	《北京市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响促进中小微企业持续健康发展的若干措施》	<p>1. 减小企业负担</p> <p>(1) 停征部分行政事业型收费;</p> <p>(2) 承租市及区属国有企业房产从事生产经营活动, 不裁员、少裁员的, 免收2月份房租; 承租用于办公用房的, 减免2月份租金50%;</p> <p>(3) 为困难企业办理延期纳税, 不超过3个月;</p> <p>(4) 补贴部分小微企业研发成本: 不超过20万元;</p> <p>2. 金融支持</p> <p>(1) 国有大型银行普惠型小微企业贷款增速不低于20%; 不抽贷、不断贷, 可展期续贷;</p> <p>(2) 中小企业股票质押协议在疫情防控期间到期, 可协商展期3至6个月;</p> <p>3. 保障正常经营</p> <p>(1) 部分企业可返还失业保险费; 部分企业可获3个月应缴纳社保费30%或50%的补贴及提升培训补贴(1000元/人);</p> <p>(2) 部分招聘困难群体就业企业可申请岗位补贴、社保补贴;</p> <p>(3) 企业采购远程办公、法律咨询、网络销售等指定产品的, 补贴不超过合同额50% (不超过20万)。</p>	至2020年底
2	上海	《上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施》	<p>1. 减小中小微企业负担</p> <p>(1) 减免租金: 承租本市国有企业的经营性房产的, 先免收2个月租金; 主动减租的其他企业可申请减免房产税、城镇土地使用税;</p> <p>(2) 延期申报纳税: 最长期限不超过3个月;</p> <p>(3) 部分企业可申请减免房产税、城镇土地使用税;</p> <p>(4) 免除定期定额个体工商户缴纳定额税款;</p> <p>2. 金融支持</p> <p>不抽贷、不断贷、不压贷, 建立线上续贷机制;</p> <p>3. 援企稳岗</p> <p>(1) 不裁员、少减员的部分企业, 返还单位及其职工上年度实缴失业保险费总额的50%;</p> <p>(2) 社保(含医保)缴费年度起止日期调整为当年7月1日至次年6月30日, 推迟3个月;</p> <p>(3) 延长社保缴费期: 补缴手续在疫情解除后3个月内完成;</p> <p>(4) 下调2020年职工医疗保险单位缴费费率0.5%;</p> <p>4. 有序复工复产电信运营企业为受疫情影响严重的中小企业免费提供6个月以上的云上办公服务。</p>	至疫情结束后再顺延3个月

序号	地域	文件名称	主要内容	施行期限
3	广州	《关于支持中小微企业在打赢疫情防控阻击战中健康发展的十五条措施》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.金融机构:不抽贷、不断贷,2020年中小微企业融资成本低于2019年;</li> <li>2.降低房租成本:承租市和区属国有企业物业用于线下商业实体店经营的中小微企业,减免2个月租金;用于经营的专业市场开办方应减免2个月商铺租金;</li> <li>3.缓缴社保费:申请至疫情解除后3个月内缴费;</li> <li>4.不裁员少裁员等条件的企业返还其上年实缴失业保险费的50%;</li> <li>5.房产税、城镇土地使用税可减免。</li> </ol>	至2020年底
4	深圳	《深圳市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业共渡难关的若干措施》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.减免物业租金:租用市、区政府以及市属、区属国有企业持有物业商户,免除2个月租金。对承租市、区两级公租房、人才住房的非国有企业或家庭,免除2个月租金;</li> <li>2.延期至疫情结束后3个月内缴纳社保费;</li> <li>3.降低企业住房公积金缴存比例:低至3%,期限不超过12个月;或申请缓缴,期限不超过12个月;</li> <li>4.减轻工商企业用电成本:延期缴纳期限不超过3个月;</li> <li>5.免征3个月的房产税、城镇土地使用税;</li> <li>6.对不裁员或少裁员的企业,返还上年度实缴失业保险费的50%。对不裁员或少裁员的困难企业,按企业及其职工上年度缴纳社保费的25%返还。对职工因疫情接受治疗或被医学观察隔离期间企业所支付的工资,按照不超过其基本养老保险费缴纳基数的50%补贴。</li> </ol>	至2020年底

序号	地域	文件名称	主要内容	施行期限
5	浙江省	《浙江省新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控领导小组关于支持小微企业渡过难关的意见》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.为小微企业减负,工业用水价格、用天然气价格均下调10%,期限为3个月;</li> <li>2.减免房产税、城镇土地使用税;</li> <li>3.延期缴纳税款:最长不超过3个月;</li> <li>4.缓缴社会保险费:补缴手续可在疫情解除后3个月内完成;</li> <li>5.不裁员或少裁员的参保小微企业,可返还其上年度实际缴纳失业保险费的50%;</li> <li>6.减免房租:承租国有资产类经营用房的小微企业,自疫情防控后的第1个月房租免收,第2、第3个月房租减半;</li> <li>7.不抽贷、断贷、压贷,部分困难企业予以展期、续贷;</li> <li>8.力争2020年普惠小微贷款综合融资成本降低0.5个百分点左右。</li> </ol>	至2020年4月30日
6	山东省	《山东省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情支持中小企业平稳健康发展的若干意见》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 金融支持 <ol style="list-style-type: none"> <li>(1)普惠型小微企业贷款综合融资成本低于去年同期0.5个百分点;</li> <li>(2)中小企业应急转贷费率降低至0.08%以下;</li> </ol> </li> <li>2. 减轻负担 <ol style="list-style-type: none"> <li>(1)减征/免征城镇土地使用税、房产税;</li> <li>(2)延期缴纳税款:最长不超过3个月;</li> <li>(3)缓缴社保费:最长6个月;</li> </ol> </li> <li>3. 降低成本 <ol style="list-style-type: none"> <li>(1)减免房租:承租国有企业经营性房产的中小企业,可以减免或减半征收1-3个月的房租或延迟租金;</li> <li>(2)水电气可在疫情结束3个月内补缴;</li> </ol> </li> <li>4. 稳岗 不裁员或少裁员的企业,返还其上年度实缴失业保险费的50%;对不裁员且正常发放工资的中小企业延长社保补贴和岗位补贴。</li> </ol>	至2020年5月3日

序号	地域	文件名称	主要内容	施行期限
7	四川省	《四川省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒肺炎疫情缓解中小企业生产经营困难的政策措施》	<p>1.减免房租:对承租国有资产类经营用房的中小企业,减免1至3个月房租;对减免租金的业主给予适度财政补贴;</p> <p>2.金融支持:中小微企业续贷或展期,利率下浮10%,新增贷款利率下浮10%;不抽贷、断贷、压贷、罚息;确保2020年中小微企业综合融资成本下降0.5个百分点;</p> <p>3.部分企业可申请延期缴纳税款,最长不超过3个月;</p> <p>4.缓缴养老、失业和工伤保险费,最长不超过6个月;对不裁员或少裁员的企业,可按6个月的当地月人均失业保险金和参保职工人数确定的标准,或按6个月的企业及其职工应缴纳社保费的50%返还。</p>	至省疫情指挥部撤销

鉴于上述扶持政策均系应对当前紧急环境下的临时性举措,有待当地政府部门进一步细化后实施,建议各企业针对自身所在行业就所适用的相关政策与当地政府部门充分沟通,争取尽早将各项政策红利

落实到位。

万人操弓,共射一招,招无不中。我们坚信,只要我们举国上下万众一心,共同抗“疫”,疫情最终一定能被我们攻克。

附件:《全国主要省市及地区扶持政策全文链接汇总》

序号	地域	文件名称	链接
1	北京	《北京市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情促进中小企业持续健康发展的若干措施》	<a href="http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/06/content_5475133.htm">http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/06/content_5475133.htm</a>
2	上海	《上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施》	<a href="http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw12344/u26aw63478.html">http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw12344/u26aw63478.html</a>
3	广州	《关于支持中小微企业在打赢疫情防控阻击战过程中健康发展的十五条措施》	<a href="http://www.gz.gov.cn/gkmlpt/content/5/5657/post_5657069.html">http://www.gz.gov.cn/gkmlpt/content/5/5657/post_5657069.html</a>



序号	地域	文件名称	链接
4	深圳	《深圳市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业共渡难关的若干措施》	<a href="http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/06/content_5475133.htm">http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/06/content_5475133.htm</a>
5	浙江	《浙江省新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控领导小组关于支持小微企业渡过难关的意见》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/rhhC-TJfjyI2fE-da3bHR5w">https://mp.weixin.qq.com/s/rhhC-TJfjyI2fE-da3bHR5w</a>
6	广东	《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业复工复产若干政策措施》	<a href="http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/07/content_5475760.htm">http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/07/content_5475760.htm</a>
7	山东	《山东省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业平稳健康发展的若干意见》	<a href="http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/06/content_5475267.htm">http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/06/content_5475267.htm</a>
8	重庆	《重庆市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的二十条政策措施》	<a href="http://www.gov.c/xinwen/202002/05/content_5474722.htm">http://www.gov.c/xinwen/202002/05/content_5474722.htm</a>
9	四川	《四川省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情缓解中小企业生产经营困难的政策措施》	<a href="http://www.sc.gov.cn/zcwj/xxgk/NewT.aspx?i=20200205213409-989944-00-000">http://www.sc.gov.cn/zcwj/xxgk/NewT.aspx?i=20200205213409-989944-00-000</a>
10	江西	《关于有效应对疫情稳定经济增长20条政策措施》	<a href="http://drc.jiangxi.gov.cn/art/2020/2/5/art_14651_1496115.html">http://drc.jiangxi.gov.cn/art/2020/2/5/art_14651_1496115.html</a>
11	福建	《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情 扎实做好“六稳”工作的若干措施》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/25YGklMt_1-muFcJI_Hbfqg">https://mp.weixin.qq.com/s/25YGklMt_1-muFcJI_Hbfqg</a>
12	海南	《海南省应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关八条措施》	<a href="http://www.hainan.gov.cn/hainan/szfw-j/202002/56d6686674284e589c645f52598f7b2b.shtml">http://www.hainan.gov.cn/hainan/szfw-j/202002/56d6686674284e589c645f52598f7b2b.shtml</a>

序号	地域	文件名称	链接
13	河北	《关于打好新型冠状病毒肺炎疫情防控阻击战促进经济社会平稳健康发展的若干措施》	<a href="http://info.hebei.gov.cn/hbszfx-gk/6806024/6807473/6806589/6903671/index.html">http://info.hebei.gov.cn/hbszfx-gk/6806024/6807473/6806589/6903671/index.html</a>
14	山西	《山西省应对疫情支持中小企业共渡难关的若干措施》	<a href="http://www.shanxi.gov.cn/yw/sxyw/202002/t20200206_763758.shtml">http://www.shanxi.gov.cn/yw/sxyw/202002/t20200206_763758.shtml</a>
15	辽宁	《辽宁省应对新型冠状病毒肺炎疫情影响支持中小企业生产经营若干政策措施》	<a href="http://www.ln.gov.cn/zfxx/zfwj/szfwj/zfwj2011_140407/202002/t20200206_3735311.html">http://www.ln.gov.cn/zfxx/zfwj/szfwj/zfwj2011_140407/202002/t20200206_3735311.html</a>
16	吉林	《吉林省市场监管厅关于疫情防控期间支持中小企业健康发展的通知》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/SbyakZldL7h1-NufMwLeMyg">https://mp.weixin.qq.com/s/SbyakZldL7h1-NufMwLeMyg</a>
17	黑龙江	《黑龙江省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒肺炎疫情影响支持中小企业健康发展的政策意见》	<a href="http://www.hlj.gov.cn/gkml/detail.html?t=2&amp;d=386057">http://www.hlj.gov.cn/gkml/detail.html?t=2&amp;d=386057</a>

## 江浙沪主要城市政策

序号	地域	文件名称	链接
1	南京	《关于中小微企业稳定发展的若干措施》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/H-nO6_p1QctWD8rrVNFIEH">https://mp.weixin.qq.com/s/H-nO6_p1QctWD8rrVNFIEH</a>
2	苏州	《苏州市人民政府关于应对新型冠状病毒肺炎疫情影响支持中小企业共渡难关的十条政策意见》	<a href="http://www.suzhou.gov.cn/szsrnzf/zwg-g/202002/539b3ebddf26497396c407fb8ee0edec.shtml">http://www.suzhou.gov.cn/szsrnzf/zwg-g/202002/539b3ebddf26497396c407fb8ee0edec.shtml</a>
3	宁波	《宁波市人民政府关于打赢疫情防控阻击战帮扶中小企业共渡难关的十八条意见》	<a href="http://www.nftz.gov.cn/art/2020/2/7/art_135687_9967981.html">http://www.nftz.gov.cn/art/2020/2/7/art_135687_9967981.html</a>

乔文骏  
合伙人  
房地产和基础设施部  
上海办公室  
+86 21 6061 3688  
anthonyqiao  
@zhonglun.com

谢静  
非权益合伙人  
房地产和基础设施部  
上海办公室  
+86 21 6061 3100  
xiejing  
@zhonglun.com

上海市各区政策			
序号	地域	文件名称	链接
1	静安区	《静安区出台为中小微企业减负、共抗疫情政策》	<a href="http://www.jingan.gov.cn/xwzx-/002007/002007002/20200206/b8c52fd6-d50a4d19af8021cdcf55d2f6.html">http://www.jingan.gov.cn/xwzx-/002007/002007002/20200206/b8c52fd6-d50a4d19af8021cdcf55d2f6.html</a>
2	浦东新区	《浦东出台支持服务企业平稳健康发展的18条措施》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/4nymENUK-jY_BL13dM3O11Q">https://mp.weixin.qq.com/s/4nymENUK-jY_BL13dM3O11Q</a>
3	黄浦区	《黄浦区人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小微企业平稳健康发展的工作意见》	<a href="https://www.shhuangpu.gov.cn/x-w/001005/20200205/6280f30d-d3764d35b345521668abd357.html">https://www.shhuangpu.gov.cn/x-w/001005/20200205/6280f30d-d3764d35b345521668abd357.html</a>
4	嘉定区	《重磅!嘉定出台12条新政为中小企业“雪中送炭”》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/1F9gWlR632fc05mymlfRQQ">https://mp.weixin.qq.com/s/1F9gWlR632fc05mymlfRQQ</a>
5	长宁区	《长宁出台应对疫情帮扶15条,助力企业共渡难关》	<a href="http://www.shcn.gov.cn/art/2020/2/6/art_6988_554029.html">http://www.shcn.gov.cn/art/2020/2/6/art_6988_554029.html</a>
6	杨浦区	《杨浦区发布关于支持中小企业共抗疫情的十条政策 着力为减轻企业负担》	<a href="http://www.cnr.cnshanghai/tt/20200205/t20200205_524961553.shtml">http://www.cnr.cnshanghai/tt/20200205/t20200205_524961553.shtml</a>
7	宝山区	《权威发布!宝山区出台八条新政帮助中小企业减负》	<a href="http://www.shbsq.gov.cn/shbs/rdt-j/20200206/228913.html">http://www.shbsq.gov.cn/shbs/rdt-j/20200206/228913.html</a>
8	普陀区	《普陀区关于支持中小企业共抗疫情共渡难关的十二条措施》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/zKsGaeaO-InyyD2TGvdAXaw">https://mp.weixin.qq.com/s/zKsGaeaO-InyyD2TGvdAXaw</a>
9	奉贤区	《奉贤区出台十条政策降低困难企业成本,支持中小企业共渡难关》	<a href="https://mp.weixin.qq.com/s/K23KGdKn2fK-ShcEgpXOwOw">https://mp.weixin.qq.com/s/K23KGdKn2fK-ShcEgpXOwOw</a>
10	青浦区	《青浦区发布应对疫情支持企业健康发展青“惠”十七条》	<a href="http://www.shqp.gov.cn/shqp/qpy-w/20200207/625676.html">http://www.shqp.gov.cn/shqp/qpy-w/20200207/625676.html</a>

---

作者： 丁恒/崔贤今/王诗梦/陈珂/段怡芊

---

# 一文详解 企业复工实操及合规管理



新型冠状病毒感染的肺炎疫情(以下简称“疫情”)发生以来,中央及各级政府为防控疫情采取了延长假期、迟延复工等措施。近期,随着各地企业的复工复产,各级政府陆续出台了关于企业复工的各项政策。本文对各地复工政策、企业在复工前后应当采取的疫情防控措施、复工后的劳动用工措施进行了整理,以期协助企业防范疫情带来的风险,尽快恢复正常生产经营。



## 01/ 企业如何复工

### (一) 复工备案

地区	政策依据	备案准备主要内容
上海市	《新版上海企业复工指南》(上海市经信委、上海市应急管理局制定)	<p>新版复工指南(2月28日)相较于旧版复工指南的主要变化:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 不再强调白名单的重点企业和一般企业之分, 只要是做好防疫条件准备的企业皆可复工。</li> <li>2. 一网通办从过去的人员信息报备平台变为复工工作申请办理平台。</li> <li>3. 复工申请无需审批, 企业只需通过一网通办上的企业复工人员网上登记报备系统填报企业相关信息, 上传防控方案, 就复工有关疫情防控措施内容承诺进行确认即完成备案, 可以复工。</li> <li>4. 将国务院印发的《企事业单位复工复产疫情防控措施指南》的有关内容补充完善到新版内容中。</li> </ol>
广东省 广州市(天河区、越秀区、南沙区、海珠区、黄埔区、番禺区、白云区等)	《广东省疫情防控指挥部办公室关于实施企业提前复工报备制度的通知》、各区关于企业复工备案相关规定	<p>申请提前复工的企业, 须至少提前2日向企业所在地县级指挥部备案。</p> <p>各区规定不同, 如:</p> <p>越秀区全区各企业、楼宇复工复业, 在具备复工复业条件的前提下, 登录“越企康”微信小程序, 按照程序如实、完整填报有关信息, 并全面落实好疫情防控措施, 提交企业承诺书, 提前2天(自然日)报备, 有序开展复工复业。</p> <p>黄埔区各类企业复工复产, 要在具备复工条件的前提下, 在开工前须至少提前1日(自然日)向行业行政主管部门报备, 提交复产复工备案表、疫情防控承诺书。报备实行分类管理, 工业企业、科技企业通过网络在线向区应急管理局报备。</p> <p>白云区全区各类复工复产的企业, 在做到“五个到位”(防控机制到位、员工排查到位、设施物资到位、内部管理到位、宣传教育到位)的前提下, 可直接向企业实际办公和经营所在镇街提交复工备案。</p>
广东省 深圳市	《深圳市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部办公室关于实施企业复产复工报备制度的通告》	<p>全市各类企业复产复工, 要在具备复产复工条件的前提下, 在开工前至少提前5日(自然日)向所在辖区疫情防控指挥部报备, 提交复产复工备案表、疫情防控承诺书。</p> <p>报备根据企业的人数实行分级管理, 员工人数300人以上(含300)的企业, 向所在区疫情防控指挥部备案; 员工人数300人以下的企业, 向所在街道疫情防控领导机构报备。其中, 建筑、交通、水务等建设工程项目, 由施工单位统一向市有关建设主管部门办理报备手续。</p>

地区	政策依据	备案准备主要内容
天津市	《关于启用“天津市工业企业复工服务平台APP”有关事项的通知》(天津市工业和信息化局制定)	复工企业按照《企业端操作使用手册》的操作说明,按要求落实疫情防控措施“8个必须到位”和应具备的7项安全生产条件,通过各区的现场核查后,利用“天津工业企业复工服务平台”APP向各区提交复工备案数据。开工前完成员工健康信息卡填报(一次性填报),开工后进行每日健康打卡(一日两次)、工业企业复工日报表(一日一次)填报。
重庆市	《关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间企业复产复工有关工作的通知》	企业复产复工前必须提交复产复工申报表、疫情防控承诺书,园区内企业向园区报备,其他企业向所属乡镇(街道)报备,个体工商户等向所在村(社区)报备,行业有其他规定的从其规定。企业要向复产复工员工作出安全承诺。
江苏省	《关于进一步做好新型冠状病毒肺炎疫情防控期间各类企业复工工作的紧急通知》	进一步加强复工企业备案管理。各地要严格落实拟复工企业在复工前须将本企业疫情防控工作方案、复工生产方案和疫情防控主体责任承诺书等相关材料报所在县(市、区)相关行业主管部门备案的要求,以县(市、区)为实施主体,进一步明确备案材料具体格式,充分利用政务网、手机App等信息化手段开展网上备案、远程备案、电子备案,尽量减少人员接触,提高工作效率。
江苏省南京市	《关于优化疫情防控措施加快复工达产的通告》	加快复工达产。达到防护标准、符合防控要求的企业和经营户,实行备案制复工复产,网上提出申请视同备案完成,即可复工。
江苏省苏州市(太仓市等)	《关于加快推进货运物流企业复工的八项措施》、各地通知	太仓上线“速复通”平台,提供企业网上复工通道和返太人员报备通道。企业法人单位(酒店餐饮业、专业市场、建筑企业等的复工、复产另行规定)按照要求提交备案材料成功后即可复工。 执行复工承诺备案。对全市货运物流企业和物流园区、仓储转运中心、保税物流园等货运场站,在做好疫情防控工作的基础上,承诺备案即可复工。对国有或国有参股大型货运物流企业和货运场站经营者,积极支持提前复工复运。
江苏省无锡市	《关于进一步优化疫情防控措施 加快推进企业复工复产的通告》	全力支持复工。取消事前现场核查环节,企业应强化疫情防控主体责任,凡落实各项防控措施、符合各项防控要求的,即可自行复工。
浙江省	《浙江省促进中小企业发展工作领导小组关于加快推进小微企业复工复产的指导意见》	根据“疫情图”,对本地区疫情情况进行风险评估;结合风险评估结果和行业特点,实施差异化的小微企业复工复产策略。低风险和较低风险地区要实施外防输入的策略,全面恢复生产生活秩序,实施承诺制管理,不得对企业复工复产设置条件,不得以

地区	政策依据	备案准备主要内容
		审批、备案等形式为借口拖延企业复工复产的时间。中风险地区要实施外防输入、内防扩散的策略，对小微企业复工复产实行“负面清单+承诺制”管理，尽快有序恢复正常的生产生活秩序，做到疫情防控与企业复工复产同步推进。各地要及时制定并向社会公布负面清单，并随着疫情防控形势好转及时调整对小微企业复工复产的管控措施。
浙江省 杭州市	《关于加快推进企业和建设工程复工复产的通知》	简化复工手续。企业按照复工复产疫情防控工作导则要求，通过线上企业有序复工申报备案数字平台或线下方式，将复工方案、复工员工防疫承诺书、责任承诺书、防疫应急预案、食堂防控措施、宿舍防控措施报属地乡镇(街道)、管委会即可自行复工，不需再备案审核通过
浙江省 宁波市	《关于进一步加快复工复产并调整企业复工复产流程的通知》 《宁波市外贸企业产业链复工复产工作方案》	企业复工实行“备案制+负面清单+承诺制”。所有企业(项目)在落实防控举措、向乡镇(街道)或行业部门报备后即可复工。企业只需提交申请书(含防疫方案和员工汇总表)和承诺书。取消事先勘定环节和出具勘定意见的环节。 明确外贸企业产业链复工重点。以已复工的2019年度外贸出口超过1亿美元企业为产业链优先复工重点，实施企业名单分批管理，每20家为一批，以2天为一个周期，复工一批，销号一批，滚动推进。1亿美元以下的重点外贸企业产业链复工由各区县(市)参照市里做法推进。
湖南省 长沙市 (高新区、开福区、岳麓区、经开区等)	《关于做好全市企业、工地开复工有关工作的通知》、各区关于企业复工备案相关规定	企业开复工将相关方案进行报备，满足防疫措施条件下可以开复工。 各区规定不同，如： 高新区凡复工企业须采取相关防疫措施并经区防控领导小组现场确认后方可复工。 岳麓区、开福区凡复工企业必须采取相关防疫措施并经园区或街道现场确认后方可复工。 经开区园区企业复工必须报园区备案，未备案的不得复产。
福建省 福州市 (仓山区、晋安区等)	《仓山区关于进一步加强企业复工复产管理工作的公告》及其他各区关于企业复工备案相关规定	各区规定不同，如： 仓山区企业复工复产必须提前3天向所在镇(街)、园区提出申请，经审核符合疫情防控条件后方可复工复产。 晋安区企业复工复产需通过企业复工复产平台上报数据信息，联系各楼宇、村(社区)、街镇复工管理员，获取对应的“钉钉”二维码，注册“钉钉”账号完成组织认证，加入“福州市晋安区企业复工平台”，填写复工备案申请表并按相关要求提交。



地区	政策依据	备案准备主要内容
福建省 厦门市	<p>《厦门市人力资源和社会保障局关于及时报送企业复工情况的通知》</p> <p>《同安区企业复工复产及外来人员入住办理指南》</p>	<p>为有效落实上级疫情防控要求,及时掌握全市各企业用人单位复工复产情况,全力保障企业用工需求,根据市疫情指挥部厦指防控组【2020】4号文关于企业复工复产应具备5项条件的精神要求,厦门市人力资源和社会保障局要求各企业用人单位在组织复工复产后,及时登陆“厦门市产业企业人力资源服务平台(app.hrss.xm.gov.cn/xmhr)”,每日填报复工复产情况相关信息。</p> <p>同安区:辖区企业向区工信局和各镇街企业复工服务组提交复产备案表、疫情防控承诺书进行备案。其中,规模(限额)以上企业将复产备案表、疫情防控承诺书报送区工信局,规模(限额)以下企业将复产备案表、疫情防控承诺书报送所属镇街的企业复工服务组(镇街企业服务中心)。所有材料按要求签字盖章后,扫描成PDF版本,发送到相应电子邮箱。</p> <p>思明区:凡拟复工的企业,必须在确保符合第4号通告关于企业复工条件,且各项疫情防控措施具备的前提下,规模以上且用工规模达50人以上的企业向行业主管部门申请备案,其余向所在园区或税收所属街道申请复工备案,同时应符合行业从业人员健康防护手册要求,方可复工复产。(软件园企业不分规模,统一向园区报备)</p> <p>集美区:凡拟复工的企业,必须在符合复工条件下,工业企业产值3亿元以上的向区工信局复工备案,3亿元以下向所在镇街复工备案。商贸企业限额以上的,向区商务局复工备案,限额以下向所在镇街复工备案。其他行业按原有管理体制向管理部门复工备案。</p>
山东省	<p>《关于贯彻落实习近平总书记重要讲话精神统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作的若干意见》</p>	<p>所有企业复工复产,一律取消审批。对1268家企业,建立省市县三级服务对接组,实时掌握企业运行动态,一企一策精准服务、解决难题。落实支持企业和项目建设复工达产财政奖励政策,鼓励各市精准复工达产。对规模以上工业企业、外商投资企业,“一对一”设立驻企服务员,上门对接服务,协调解决复工企业原材料、生产设备、流动资金、员工返岗等方面的困难问题。对支持复工复产、经营运行重要政策,形成清单,打包推送给企业。县(市、区)工业、商务及相关部门,建立中小微企业服务员制度,畅通企业诉求渠道。疏通员工返岗堵点,确保保持健康通行卡人员便捷通行。加快建设数字政府,优化“爱山东”APP服务,推动更多事项网上办、掌上办,便企利民。</p>

地区	政策依据	备案准备主要内容
辽宁省 大连市	《关于做好全市企业疫情防控期间复工生产的通知》等	企业复工应制定本企业复工生产和疫情防控工作方案和工作制度并报各区市县、先导区指挥部备案,同时提交《疫情防控承诺书》(由各区市县、先导区指挥部自行制定模板)。此外,大连市企业复工复产服务管理系统已上线运行,全市企业可以登录大连市工业和信息化局网站首页,扫描“大连市企业复工复产服务管理系统”二维码,在线注册后登录系统,提交《疫情防控承诺书》,填写《重大事项报告》,实现网上提交企业开工的相关信息。
四川省 成都市 (、温江区 高新区等)	《成都市新型冠状病毒肺炎疫情防控指挥部办公室关于调整部分已发布指挥部通告有关内容的通知》 各区关于企业复工备案相关通知	第3号通告第三条中“要把职工安全健康放在第一位,在严格落实疫情防控措施的前提下,根据自身情况报市、区(市)县行业主管部门批准后,可有序组织复工”,调整为:“要把职工安全健康放在第一位,在满足防疫工作和安全生产要求下,根据自身情况有序复工复产”。各区具体规定如下: 温江区:温江区现已开通温江区工业企业复工服务平台,登录温江区工业企业复工服务平台,在线填写申请资料,并上传《企业复工方案》、《企业日常管理方案》、《企业返岗人员健康台账》、《企业疫情防控责任承诺书》,实现网上提交企业复工的相关信息。 高新区:为进一步加强企业对企业的复工服务及管理水平,动态掌握、跟踪企业返岗员工健康信息,推动区域企业安全有序复工复产,按照成都高新区新冠肺炎疫情防控领导小组要求,高新区企业复工改为报备制,请高新区辖区内企业通过“高新通”微信小程序进行复工报备,动态管理复工员工。报备即可复工,相关部门进行事中、事后指导。
安徽省 合肥市	《关于有序做好全市企业复工复业的通(第10号)》、《合肥市中小微型工业企业复工复产工作指引》(合肥市经信局制定)	企业复工复业实施报备制。具备复工复产条件的规上企业向属地经信部门进行备案,规下企业向属地乡镇(街道)进行备案。在建立疫情防控工作机制的前提下,须提交“两案一表一承诺”等相关备案材料,即复工复产和疫情防控工作方案、应急处置方案、职工健康状况表、承诺书等。以电子通讯渠道(QQ、微信、邮箱等形式)报送。属地主管部门对企业落实情况进行督导检查。
河南省	《河南省新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部关于进一步加强复工复产工作的通知》(豫疫情防指〔2020〕13号)	全面清理企业复工复产前置条件。推动“事前审批”转向“事中事后监管”,具备复工复产条件的企业和项目单位,在严格落实我省《企业复工复产新冠肺炎疫情防控工作方案》的前提下,向属地政府提交疫情防控承诺书后,即可自行复工复产,各地、各部门一律不得设置审批、核准、备案等前置条件,已经设置的予以取消,确保应复尽复。

## (二)复工前准备

### 1.加强与社区等部门的信息对接

各地政府对企业复工的条件及具体疫情防控措施的要求不一,且对复工企业的指导与监管权限一般会下放至各社区、街道、园区等,各社区、街道及园区会通过微信群、邮件、电话、现场访问等方式对企业复工进行指导与监管。因此,建议企业在复工前积极与社区、街道、园区疫情防控部门沟通,了解具体的复工条件及防控措施要求。

### 2.组建疫情防控领导小组

设立由企业负责人、人事部门负责人、生产部门负责人、后勤部门负责人等组成的疫情防控领导小组,进行本企业人员管控、环境消毒、疫情宣传、防控物资筹备等方面的工作。

### 3.做好复工前员工信息管理工作

开展员工健康状况和复工前出行情况排查,掌握真实准确信息。根据员工流动情况、近期疫区往来情况、与确认或疑似患者接触情况等,并结合当地有关部门的要求及企业自身情况进行居家或集中隔离、在家办公、复工复岗等分类管理。

### 4.制定疫情防控应急预案

(1)在遵守《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称《传染病防治法》)、《突发公共卫生事件应急条例》《中华人民共和国突发事件应对法》、《中华人民共和国安全生产法》等法律法规的基础上,结合中央及地方政府出台的复工和疫情防措施、各部

委发布的行业监管要求、国家卫健委发布的《新型冠状病毒防控指南》、各地疾控中心发布的防控指南及企业自身情况等制定。

(2)可以从应急指挥机构及其职责、预防与预警、监测、信息报告、应急响应、后期处理、应急保障等方面制定应急预案。也可以分岗位(与人接触岗位、非与人接触岗位)、分场景(员工班车、大厅、公共会议室、展厅、工厂、食堂、快递中心、宿舍等)制定复工后管理措施。

### 5.提前完备企业防护基础及防控物资

(1)复工前对所有区域进行全面消杀防护,确保安全卫生条件达标。

(2)组织排查口罩、测温仪、消毒水等必要的防控物品库存量和核算近期使用量,安排提前采购,按需发放给员工。如企业在口罩采购等方面遇到困难,可与当地有关部门积极沟通、寻求帮助。

(3)在办公区域及员工宿舍设立隔离观察场所并设置不同区域间固定的进出通道。

## /02/ 企业复工后的应对措施

### (一)疫情防控方面

#### 1.人员管理

(1)每天对所有员工身体情况进行申报和登记,并对外来送货人员、来访客户、外包服务商、其他访客等进行管控。

(2)如发现发热、干咳、乏力等症状的

员工,企业应通过立即隔离、专人报送、即刻送医等步骤,确保身体有异常情况的员工第一时间得到治疗。

(3)如有员工被采取相关强制措施,企业应安排专人跟进了解员工后续治疗情况,并及时通知员工家人、相关亲属或紧急联系人等。

(4)招工详细了解应聘者居住环境和健康状况,做好症状筛查,在项目外包或劳务派遣中督促其负责人做好人员防疫。

### 2.灵活安排复工形式

(1)实行错峰上下班;有条件的企业尽量采用电话、网络等灵活办公方式;召开会议优先采取视频方式,现场会议要减少参会人数、缩短会议时间、避免召开聚集性大会。

(2)减少人员外派出差,非必要不安排员工到疫情重点地区出差。

### 3.保障办公环境卫生安全

(1)尽量降低办公室、生产车间、食堂、宿舍密度;暂停使用图书馆等人员密集场所;加强上述场所及单位车辆等的消毒和通风;及时清理垃圾,集中处理废弃口罩。

(2)要求与人接触岗位的员工必须佩戴口罩,非与人接触岗位的员工尽量佩戴口罩。

(3)倡导安全就餐,实行错峰就餐、独立用餐,并协调大型餐饮企业提供送餐服务或者订餐自提服务等。

## 4.开展宣传教育

(1)加强对员工的健康教育和健康提示,利用宣传栏、微信群等多种形式科普疫情防控知识;督促其做好自我防护,如佩戴口罩,勤洗手,保持个人卫生;鼓励员工减少公共交通通勤,降低在途感染风险。

(2)关注员工的心理健康,舒缓疫情带来的恐慌等负面情绪;教育引导员工不信谣、不传谣。

(3)对于不配合疫情防控措施的员工,企业应尽可能做好沟通和安抚工作,积极协调相关事宜;对于态度强硬的员工,在及时完成报备工作的同时,可根据规章制度给予其一定处罚,明确告知其因拒不配合可能承担的民事、行政及刑事责任。

## 5.配合疾病预防控制机构、医疗机构的疫情防控措施

(1)企业应接受疾病预防控制机构、医疗机构有关疫情的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施,如实提供有关情况,积极配合,不得拒绝、阻挠。

(2)企业发现感染病人或者疑似感染病人时,应当及时向附近的疾病预防控制机构或者医疗机构报告。企业报送、报告突发事件信息,应当做到及时、客观、真实,不得迟报、谎报、瞒报、漏报。

## (二)劳动用工方面

企业以在家工作无法达到正常工作效果为由,认为员工无法胜任工作,得到裁判机构支持的可能性不是很大,建议谨慎使用。

### 1.企业具备在家办公条件时,可以安排下列员工在家办公

(1)在复工日前的14天内未离开过工作所在地,且不属于确诊患者、疑似病人、密切接触者的员工;

(2)在复工日前的14天内离开过工作所在地,且不属于确诊患者、疑似病人、密切接触者的员工;

(3)因政府采取的紧急措施(如交通管制等)尚未回到工作所在地,且不属于确诊患者、疑似病人、密切接触者的员工;

(4)非因政府采取的紧急措施(如非法封路、封村等)尚未回到工作所在地,且不属于确诊患者、疑似病人、密切接触者的员工;

(5)员工返回工作所在地后,因居家隔离或集中隔离而无法及时复工,可与员工协商一致后安排在家办公或调剂使用年休假或休息日;

(6)员工出于自身顾虑要求自行隔离的,企业可根据自身情况并与员工协商一

致后,安排在家办公或调剂使用年休假或休息日。

### 2.员工在家办公时的考勤管理

由于在家办公期间无法对常规考勤进行明确统计和管理,我们建议企业制定在家办公期间的特殊工作制度和考核要求,在积极与员工协商的基础上,以邮件、微信等形式安排每日或每周的工作任务,以完成每个周期的工作任务代替正常出勤时的考勤管理。

关于员工在家工作期间无法达到正常工作效果,企业是否可以无法胜任工作等为由对员工进行处分、调岗或解除劳动关系的问题,我们认为,以“无法胜任工作”为由对员工进行处理,在实践中对企业的举证要求非常高。而且,因疫情原因而安排在家工作,属于特殊情况下的变通处理,企业以在家工作无法达到正常工作效果为由,认为员工无法胜任工作,得到支持的可能性不是很大,建议谨慎使用。

### 3.在家办公期间的工资支付

根据人力资源社会保障部、全国总工会等联合发布的《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》(以下简称“《复工复产意见》”)第2条、北京市、沈阳市等地区的规定,有条件的企业可安排职工通过电话、网络等灵活的工作方式在家上班完成工作任务。员工在家上班的,按照正常工作期间的工资收入支付工资。

另外,关于在家办公期间的除员工基

本工资以外津贴(交通补贴、餐补等)、奖金支付,则需要根据企业的劳动管理制度及劳动合同具体分析。我们认为,如员工的职务津贴、奖金等属于工资的固定部分,对于其发放没有特殊限制条件,正常情况下只要出勤都会支付,且金额比较固定的,则仍应发放。但是,如果劳动合同、经适当民主公示的员工手册或企业劳动规章制度对于奖金等发放的条件作了具体规定,例如需要员工需达到一定的业绩指标才能够发放的,如员工在家办公期间并不符合奖金等发放的前提条件,则可以不予发放。

#### 4. 未成年子女看护问题

由于疫情仍然严峻,个别地方政府考虑到学校延期开学的情况,出台了疫情防控期间的未成年子女看护相关政策。例如,在北京,根据京人社劳字〔2020〕13号、京人社劳字〔2020〕17号规定,因中小学和幼儿园推迟开学,每户家庭可有1名职工在家看护未成年子女,期间工资待遇按出勤照发等。辽宁也出台了类似规定,对有未成年子女的家庭,可有1名职工在家看护,期间企业不得解除劳动关系。

对于其他没有明确未成年子女看护问题的地区企业而言,若企业员工有需求在此期间看护在家的未成年子女的,建议企业可以结合自身复工情况、员工岗位性质等特点,并在与员工协商一致的基础上,协调此类员工的看护需求。通过错时错峰上下班、灵活计算工作时间等方式,合理满足其照顾子女的需求;需要长时间看护的,

企业也可以如上文所述,要求员工通过远程办公等方式完成工作、提供正常劳动,或综合调剂使用年休假等。

#### 5. 复工后仍处于隔离期的员工的工资支付问题

首先,针对被采取医学隔离措施的员工,企业应当支付其正常工资。根据《传染病防治法》第41条第2款的规定,及人社部《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》第1条规定,对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业员工,企业应当支付员工在此期间的工作报酬。同时,北京、上海、广东、重庆等各地相关部门也纷纷出台通知,同样明确了上述要求。

其次,对于来自或途径疫情重点地区的员工,大部分地区,如上海、深圳、广西、海南、河南、江苏、天津、安徽、黑龙江、贵州、吉林、四川等地均要求该类员工返回工作地后强制或自觉进行居家隔离或集中隔离。我们认为,这属于政府采取的“其他紧急措施”,企业应当支付员工在此期间的工作报酬。

而对于自疫情重点地区以外的地区返岗人员,重庆、辽宁、陕西、上海金山区等地政府都出台了居家隔离等的规定。针对上述疫情期间政府的相关隔离要求,企业应

当予以落实,如上文所述,通过安排居家隔离的员工在家办公的方式完成工作、达到提供正常的劳动效果,企业应按照员工的正常工资标准支付其工资。

另外,《复工复产意见》中也规定,企业可以与员工协商优先使用带薪年假、企业自设福利假等各类假。因此,针对居家隔离无法工作的员工,企业可以安排年休假等。但我们建议,企业对于优先使用年休假时,为避免不必要的纠纷,尽量与员工协商一致。

#### 6. 确诊或疑似感染的员工异地就医费用问题

关于被确诊感染或被列为疑似感染的员工的异地就医问题,根据国家医疗保障局办公室、财政部办公厅、国家卫生健康委办公厅联合发布的《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗保障的通知》、《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗保障工作的补充通知》的规定,异地就医医保支付的费用由就医地医保部门先行垫付,要做好异地就医参保患者信息记录和医疗费用记账,疫情结束后全国统一组织清算。对确认患者和疑似感染患者的医疗费用,在基本医保、大病保险、医疗救助等按规定支付后,确诊患者的个人负担部分由财政给予补助,实施综合保障;疑似感染患者的个人负担部分由就医地制定财政补助政策并安排资金,实施综合保障,中央财政视情给予适当补助。

另外,在地方层面,例如北京,根据京

医保发〔2020〕2号规定,明确了对异地确诊患者的个人负担部分由中央财政负担60%,市级财政负担40%;对疑似患者的,则由市级财政予以补助。

以上分析不属于正式的法律意见,随本次疫情的发展,国家及各级政府部门今后可能会陆续出台相应的政策规定,企业危机管理时应严格遵循该等政策规定。本次疫情期间企业危机管理的具体问题可随时与我们联系,我们会根据最新的政策法规为企业提供免费法律支持。

本所会陆续就本次疫情期间的热点问题的应对策略进行解读,并及时提供给企业和客户参考,希望有所助益,共克时艰!

---

丁恒  
合伙人 公司一部  
上海办公室  
+86 21 6061 3736  
dingheng  
@zhonglun.com

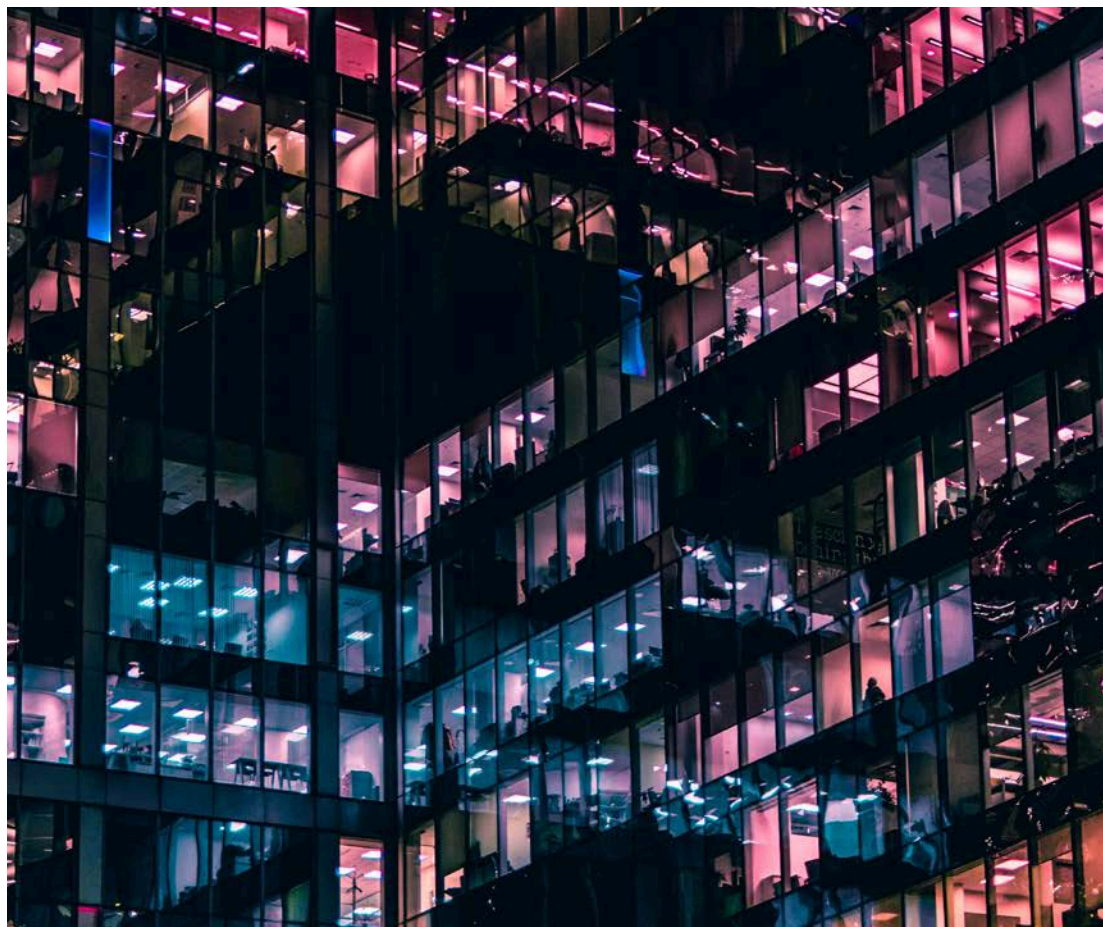
---

---

作者：吴鹏/程诚/马成豪/董柯

---

# 疫情期间企业处理 与价格法、反垄断法相关注意事项





- ▶ 自新型冠状病毒感染肺炎疫情爆发以来,在疫情防控期间,根据公开报道,一些地区出现了大量违反市场经营、价格管理等规定,哄抬日用(粮油肉蛋菜)、食品、口罩、抗病毒药品等物价,牟取暴利和扰乱市场竞争秩序的行为。
- ▶ 据国家市场监管总局副局长甘霖,自疫情发生以来至2月1日,全国市场监管系统共出动价格执法人员39万人次,立案查处价格违法案件1413件。例如,2020年1月23日,丰台区市场监管局对某药品经营企业大幅度抬高N95口罩价格行为立案调查。依据《价格法》等法律法规,拟处以300万元罚款,适用了顶格处罚;2020年1月28,上海某超市有限公司徐汇店销售的多种蔬菜涉嫌哄抬物价,上海市场监管局执法总队抓紧对该案立案查处,拟作出罚款200万元的行政处罚。
- ▶ 上述情形涉及价格法、反垄断法在内的多重法律问题。因此,本文将从价格法和反垄断法出发,结合新出台的相关规定和具体案例,提出疫情期间企业处理与反垄断法、价格法相关问题的注意事项,供企业参考。

## /01/ 新法速递

### 1. 国家层面

《市场监管总局关于坚决维护防疫用品市场价格秩序的公告》(以下简称“《公告》”)

国家市场监督管理总局于2020年1月25日就加强口罩、消毒杀菌用品、抗病毒药品及相关医疗器械等防疫用品市场价格监管,维护防疫用品市场价格秩序的有关事项发布《公告》。《公告》对于捏造、散布涨价信息,大量囤积市场供应紧张的防疫用品等违反价格法律法规的行为,要求依法从重从快查处,典型案例及时公开曝光;要求广大经营者合法合理行使自主定价权。不排除未来《公告》规制的商品范围会进一步扩大,也不排除执法部门在执法时会有一定的扩大裁量。

《市场监管总局关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为的指导意见》(以下简称“《指导意见》”)

2020年2月1日发布的《指导意见》主要是在《价格法》和《价格违法行为行政处罚规定》之下,对认定其中的价格违法行为的具体情形和处罚规则做进一步详细列举和规定。

本次《指导意见》中也对违反价格规定的行政处罚和刑事责任进行了衔接。《指导意见》第九条规定,市场监管部门发现经营者哄抬价格违法行为构成犯罪的,应当依

法移送公安机关。2003年5月出台的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定,违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪,依法从重处罚。

### 2. 地方层面

国家市场监督管理总局发布《公告》和《指导意见》之后,包括湖北省、山东省在内的部分省市根据各地区的具体情况进一步确立了各地区对于商品销售价格违法行为的认定和处罚细则,对哄抬价格的情形认定和涨价幅度界定问题在市场监管总局的《指导意见》之下又进一步做细化规定。

[1]不排除其他省市也会出类似的细化规定,因此企业需要根据自身所在地做相关跟踪,并及时掌握相关信息。

## /02/ 疫情期间与价格法相关的注意事项

我国《价格法》第十四条规定了八项不正当价格行为<sup>[2]</sup>。《价格违法行为行政处罚规定》(以下简称“《处罚规定》”)的第四条

[1]湖北省市场监督管理局发布《省市场监管局关于新型冠状病毒肺炎疫情防控期间有关价格违法行为认定与处理的指导意见》(鄂市监竞争[2020]3号);山东省发改委和山东省市场监督管理局发布《关于新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间哄抬价格违法行为认定有关问题的通知》(鲁发改价格[2020]58号)。

[2]分别是:相互串通,操纵市场价格;低于成本价倾销;捏造、散布涨价信息,哄抬价格;利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者和其他经营者进行交易;价格歧视;采取抬高等级或者压低等级等手段收购、销售商品或者提供服务,变相提高或者压低价格;违反法律、法规的规定牟取暴利;法律、行政法规禁止的其他不正当价格行为。

[3]《处罚规定》第六条第(一)项规定了经营者不得捏造、散布涨价信息,扰乱市场价格秩序。

[4](一)虚构购进成本的;(二)虚构本地区货源紧张或者市场需求激增的;(三)虚构其他经营者已经或者准备提价的;(四)虚构可能推高防疫用品、民生商品价格预期的其他信息的。

[5](一)散布捏造的涨价信息的;(二)散布的信息虽不属于捏造信息,但使用“严重缺货”“即将全线提价”等紧迫性用语或者诱导性用语,推高价格预期的;(三)散布言论,号召或者诱导其他经营者提高价格的;(四)散布可能推高防疫用品、民生商品价格预期的其他信息的。

[6]具体可参见本文第三部分第二(二)项

[7](一)生产防疫用品及防疫用品原材料的经营者,不及时将已生产的产品投放市场,经市场监管部门告诫仍继续囤积的;(二)批发环节经营者,不及时将防疫用品、民生商品流转至消费终端,经市场监管部门告诫仍继续囤积的;(三)零售环节经营者除为保持经营连续性保留必要库存外,不及时将相关商品对外销售,经市场监管部门告诫仍继续囤积的。

至第八条在《价格法》之下对认定前述不正当价格行为的每项具体情形和行政处罚标准做了进一步的规定。

本次市监局出台的《指导意见》结合本次疫情防控期间的情形和特点,对防疫用品和基本民生商品在适用《价格法》第十四条第(三)项的捏造、散布涨价信息,哄抬价格,推动商品价格过高上涨的具体情形进行细化列举和规定,以下对本次《指导意见》中的法规要点分别进行介绍,并就企业注意事项提出相应建议。

## (一)有捏造或散布涨价信息的任一行为即可构成哄抬价格

### 1.法规要点解析

此次《指导意见》规定,经营者有捏造或者散布的任意一项行为,即可认定构成《处罚规定》第六条第(一)项<sup>[3]</sup>所规定的哄抬价格违法行为。

《指导意见》第二条对于认定捏造涨价信息的具体情形分别进行了列举<sup>[4]</sup>;第三条对于认定为散布涨价信息的具体情形分别进行了列举<sup>[5]</sup>。

### 2.企业注意事项

在此要特别提示企业注意以下几点:

严格执行明码标价,在不捏造、不散布相关言论;

在疫情防控期间应严格管控其产品价格信息、数量信息的对外发布,包括对经销商、代理商的信息发布,避免使用、传播或发布“严重缺货”、“即将全线提价”等可能

导致消费者产生恐慌心理或推高市场价格预期的用语;

在不诱导其他经营者提高价格的前提下,还应避免与其他经营者交流价格信息,避免构成垄断协议行为<sup>[6]</sup>;

如在经营过程中发现针对其产品价格的不当不实价格信息,企业应及时澄清并向相关市场监管部门举报,避免受到牵连。

## (二)超出正常存储和囤积商品造成价格过高过快上涨的具体情形

### 1.法规要点解析

《处罚规定》第六条第(二)项规定了经营者不得除生产自用外,超出正常的存储数量或者存储周期,大量囤积市场供应紧张、价格发生异常波动的商品,经价格主管部门告诫仍继续囤积的。

秉承了《处罚规定》的意旨,本次《指导意见》第四条针对防疫用品超出正常存储和囤积做了具体规定。<sup>[7]</sup>

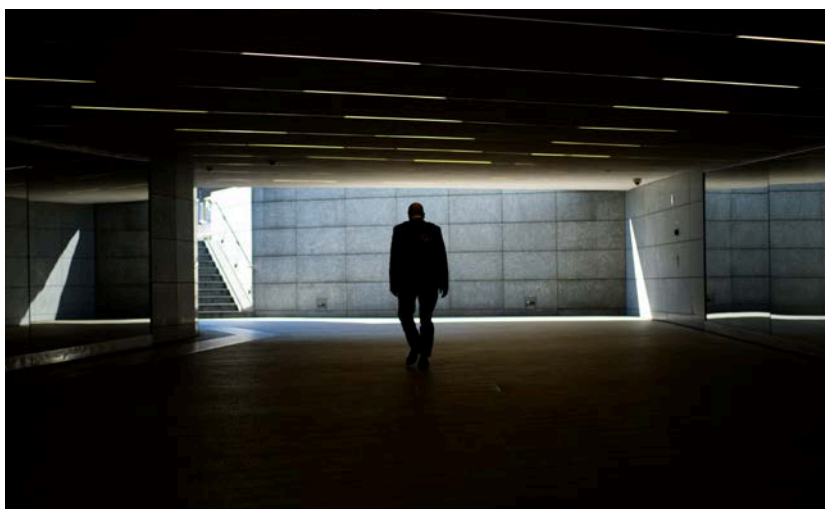
### 2.企业注意事项

在此要特别提示企业注意以下几点:

合法的安排、规划产品库存,零售环节经营者除生产自用外和保存库存外,及时将产品对外销售,避免大量存储和囤积市场供应紧张、价格异常波动的敏感商品,尤其是生产防疫用品及防疫用品原材料;

批发环节经营者及时将产品流转至消费终端,尤其是生产防疫用品及防疫用品原材料;

如发现上游供应商、下游销售商存在



[8]（一）在销售防疫用品过程中，强制搭售其他商品，变相提高防疫用品价格的；（二）未提高防疫用品或者民生商品价格，但大幅度提高配送费用或者收取其他费用的；（三）经营者销售同品种商品，超过1月19日前（含当日，下同）最后一次实际交易的进销差价率的；（四）疫情发生前未实际销售，或者1月19日前实际交易情况无法查证的，经营者在购进成本基础上大幅提高价格对外销售，经市场监管部门告诫，仍不立即改正的。

囤货行为，企业也应第一时间向相关市场监管部门反映相关情况，避免受到不必要的牵连。

### （三）通过强制搭售、提高配送费等方式变相提高商品价格的方式可能构成利用其他手段哄抬价格

#### 1. 法规要点解析

《处罚规定》第六条第（三）项规定了经营者不得利用其他手段哄抬价格，推动商品价格过快、过高上涨的。

对于该项规定的其他手段，本次《指导意见》第五项也针对防疫用品进行了具体规定。<sup>[8]</sup>

#### 2. 企业注意事项

在此要特别提示企业注意以下几点：

疫情期间企业在进货成本之外可能还面临其他经营成本增加的问题，但是疫情的严峻形势下，为从严、从重、从快查办相关案件，市场监管部门舍弃计算方式复杂

的综合经营成本而以进货成本为依据也具有相当的合理性。鉴于此，建议企业根据规定自行积极做好成本测算和记录工作。

对于经营者在1月19日前无同品种商品销售，存在进销差价率不可用的情况，因此，认定哄抬价格违法行为的标准是“大幅度提高售价”。大幅度提高售价的认定则尚无明确规定，市场监管部门存在一定的自由裁量权，这同时也意味着企业对于是否构成“大幅度涨价”可能存在一定的抗辩空间，目前各地市场监管部门所发布的案例中的大幅提价的表现仅可作为企业的参考，市场监管部门在执法过程中会根据情况进行个案认定，因此建议企业持续关注后续相关规定和案例的发布。

### （四）各省市关于哄抬价格的具体规定存在不同

关于哄抬价格的手段和具体认定，各省市也有一些具体的规定。

地区	湖北	山东	天津
文件	《省市场监管局关于新型冠状病毒感染的肺炎防控期间有关价格违法行为认定与处理的指导意见》	《关于新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间哄抬价格违法行为认定有关问题的通知》	《市市场监管委转发<市场监管总局关于新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为指导意见>的通知》
相关内容	自2020年1月22日起,销售商品或者提供服务存在下列情形之一的,依法认定为哄抬价格行为:(一)以2020年1月21日前商品销售价格或者提供的价格为原价,在1月22日后超出原价销售或者提供服务的;(二)商品进货成本发生变化,购销差额未与1月21日前保持一致并扩大的;(三)所售商品无参照原价,购销差价超过15%的。	对与疫情防控相关的口罩、消毒水、药品等防疫用品,以及与人民群众日常生活密切相关的肉、蛋、菜、米、面、油等生活必需品价格实行涨价幅度控制,上述商品购销差价超过35%的,按照哄抬价格行为依法查处。	经营者在疫情发生前已实际销售防疫用品或蔬菜等生活必需品,能够提供1月19日前(含当日,下同)最后一次实际交易的进销差价率(进销差价除以进货价格乘以100%)的,自1月19日起至疫情结束前,未超过提供的进销差价率的,不认定为哄抬价格违法行为;超过提供的进销差价率的,可认定为哄抬价格违法行为。

建议企业在各地区经营时需要了解和遵守当地具体的规定。

### /03/ 疫情期间与反垄断法相关的 注意事项

目前为止,国家市场监督管理总局尚未在疫情防控背景下出台与反垄断法相关的具体细则或规定,尽管目前尚未出现与企业因疫情相关的市场行为遭致反垄断调查和反垄断诉讼的案件,但是违反价格管理规定的市场行为在一定条件下可能引发反垄断风险,另外根据《反垄断法》的规定,行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,强制经营者从事本法规定的垄断行为。企业需要谨慎应对具有违反反垄断法风险的相关行为,以下具体分析。

#### (一)一定条件下的价格违法行为可能涉及垄断协议

##### 1.法规要点解析

《反垄断法》第十三条禁止具有竞争关系的经营者之间达成横向垄断协议,具体来说有:固定或者变更商品价格;限制商品的生产数量或者销售数量;分割销售市场或者原材料采购市场;限制购买新技术;新设备或者限制开发新技术、新产品;联合抵制交易等。

《反垄断法》第十四条禁止经营者与交易相对人达成纵向垄断协议,具体来说有:固定向第三人转售商品的价格;限定向第三人转售商品的最低价格等。

##### 2.企业注意事项

疫情防控期间,口罩、抗病毒药品、消毒杀菌用品、相关医疗器械等防疫用品的需求量显著增大,很多地区存在供不应求的局面,在此情况下,要特别提示企业注意以下几点:

- 避免与具有竞争关系的企业交流商品价格、数量等敏感信息;
- 注意跟涨行为的风险;
- 避免组织或参与有竞争关系的企业进行的商品或服务的涨价行为;
- 避免向经销商固定或限定商品的转售价格。

## (二)具有市场力量的企业实施的价格违法行为可能构成滥用市场支配地位

### 1.法规要点解析

《反垄断法》第十七条禁止具有市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位的行为,具体来说有:以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;无正当理由低于成本价销售商品;无正当理由拒绝交易;无正当理由限定交易;无正当理由搭售或者附加其他不合理的交易条件;无正当理由进行差别待遇等。关于每一种行为的具体内容及可予以抗辩的正当理由规定在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中。

### 2.企业注意事项

在当前情况下,企业如被认定在相关市场具有支配地位,则其哄抬物价、强行搭售的行为不仅仅具有违反价格法的风险,

还具有构成滥用市场支配地位行为的风险,可能面临着反垄断调查和反垄断诉讼的风险。一旦相关行为被认定,甚至面临巨额罚款。在此要特别提示企业注意以下几点:

结合《反垄断法》第十八条关于市场支配地位认定因素的规定,分析和评估企业在相关市场的市场力量,如有需要,可向外部律师咨询;

在相关市场上具备市场力量的企业在销售包括防疫用品在内的商品的过程中如强制搭售其他商品、大幅度提高配送费用、直接或变相收取其他费用的行为,不仅具有违反价格法的风险,还可能构成反垄断法上的搭售和附加其他不合理交易条件的行为;

在相关市场上具有市场力量的企业提供报告防疫用品在内的相关商品或服务时,如对具有同等交易条件的其他经营者存在实行价格歧视的行为可能构成反垄断法上的差别待遇;

建立健全企业反垄断合规制度,加强反垄断合规培训。

## (三)疫情期间关于经营者集中审查、反垄断诉讼等工作方式的改变

疫情防控期间,国家市场监督管理总局发布通知,经营者集中反垄断审查工作改由非现场方式进行。申报人将经营者集中申报材料及补充问题回复电子版发送至反垄断局邮箱进行网上申报与提交。

北京、上海、广州等地各级法院纷纷发布通知,在疫情防控期间,对立案、诉讼服务和信访接待工作方式作出调整,暂停现场立案、诉讼服务和信访接待工作,改为网上立案、邮寄立案的方式等等。目前在进行中的反垄断诉讼等案件进程可能会有所延缓。

## /04/ 结语

整体来看,国家对于疫情期间趁机哄抬价格相关行为仍将持续、坚决打击,遵循从严、从重、从快查办相关案件的原则。在该等背景下,相关企业应当特别注意合法合规经营,行使自主定价权,避免踏入哄抬物价的违法雷区。后续各地区各级市场监管部门可能还会就执法中发现的各类违法行为发布规定和案例,企业应当关注市场监管总局和其所在地区的相关文件和相关执法案例,及时跟进自查,审慎作出上调价格决策,与当地市场监管部门保持良好的沟通,必要时主动寻求指导,以及第三方机构的协助。

---

吴鹏  
合伙人  
公司二部  
北京办公室  
+86 10 5957 200  
wupeng  
@zhonglun.com

程诚  
非权益合伙人  
公司二部  
北京办公室  
+86 10 5957 2437  
chengcheng  
@zhonglun.com

---



---

作者：张根旺

---

## 与疫情有关的复工和工资





自2019年12月首次发现人类感染2019新型冠状病毒并大范围传播以来,全世界的目光都聚焦在中国湖北、尤其是武汉地区。恰逢农历新年,举国上下都无心享受悠闲的假期,根据政府的倡导闭门不出,时刻关注疫情的发展。1月27日凌晨,国务院办公厅发布了《关于延长2020年春节假期的通知》(以下简称“延长假期通知”),将春节假期延长至2020年2月2日。北京、上海、江苏等地亦陆续出台了相关地方性文件,就疫情防控期间的薪资发放、返工安排以及延迟复工期间的劳动关系处理等相关事宜予以明确,进一步为疫情防控保驾护航。现将企业关心的热点问题总结如下:

## /01/

**Q1:延长休假是否强制?企业出于经营管理需要,是否可以自行决定如期或提前复工?**

很多企业的开工日期一般定在原假期结束日(1月30日)前,那么该等企业能否要求所有员工如期于该日或之前复工/开工?延长的假期是否必须强制执行?笔者倾向于认为,除了医疗机构、医疗器械生产企业等少数与疫情防控密切相关的企业外,如无特殊情形,其他企业不应在国家及地方政府最新通知的复工日期前提前复工。根据上海市政府的最新通知,上海市辖区的企业(涉及保障城市运行必需、疫情防控必需、群众生活必需及其他涉及重要国计民生的企业除外)应延迟复工至不早于2020年2月9日24时。

国务院于2020年1月27日发布的延长假期通知应当视为中央政府已经决定全国范围内的企业停工至2020年2月2日。另外,苏州市于2020年1月26日发出的通知中明确要求,辖区内企业复工的时间不得早于2020年2月8日24时。上海市于1月27日下午发布通知,企业的复工日期不得早于2020年2月9日24时。因此,以上中央和地方政府发出的通知已经明确要求企业停工至指定的日期(根据现有的通知,苏州市、上海市辖区内企业的复工日期应根据苏州市和上海市政府部门已经发出的通知为准,全国其他区域的企业复工日期应以

国务院的通知为准)。

## /02/

**Q2:企业提前复工是否会被追究法律责任?**

《传染病防治法》第四十二条第一款规定,传染病暴发、流行时,县级以上地方人民政府应当立即组织力量,按照预防、控制预案进行防治,切断传染病的传播途径,必要时,报经上一级人民政府决定,可以采取下列紧急措施并予以公告:

.....

(二)停工、停业、停课;

.....

《传染病防治法实施办法》第七十条规定,有下列行为之一的单位和个人,县级以上政府卫生行政部门报请同级政府批准,对单位予以通报批评;对主管人员和直接责任人员由所在单位或者上级机关给予行政处分。(一)传染病暴发、流行时,妨碍或者拒绝执行政府采取紧急措施的;.....

《治安管理处罚法》第五十条规定,有下列行为之一的,处警告或者二百元以下罚款;情节严重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:(一)拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的;.....

因此,如果企业提前复工,可能会被责令停工;情节严重的,法定代表人和主要负责人可能会被处以行政拘留。

《刑法》第三百三十条规定,违反传染

病防治法的规定,有下列情形之一,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的,处三年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑:

.....

(四)拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。

甲类传染病的范围,依照《中华人民共和国传染病防治法》和国务院有关规定确定。

本次2019新型冠状病毒系乙类传染病,并采取甲类传染病的预防和控制措施。如果由于企业未执行规定、提前复工,并导致病毒交叉感染或有感染严重危险的,将可能被追究刑事责任。

对于国有企业的工作人员,如果通知职工提前复工,可能需要防范失职罪和滥用职权罪的法律风险(具体请参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2003]8号))。

### /03/ 本次国务院的延长假期通知中延长的三天假期是否为法定节假日?

根据《全国年节及纪念日放假办法》

的规定,全年法定节假日为11天,本次春节假期中仅有三天(初一、初二、初三)属于法定节假日。尽管本次延长假期通知由国务院办公厅发布,笔者认为,该延长的三天春节假期不属于法定节假日。而且,根据通知中明确要求,要安排不能休假的职工“补休”。如果是法定节假日,则企业必须向职工支付300%的加班工资而不是补休。

关于这三天假期的性质,有待人社部门的进一步通知。对于相关待遇,笔者认为,根据通知的精神,以及避免企业承担过重负担的角度,给予这三天的延长假期参照周休息日待遇可能更为合适。从实务操作的角度,为了避免劳动争议,对于这三天上班的职工(除了防疫相关的职工,还包括供水、供电、通讯、超市等保障城市运行必需、群众生活必需及其他涉及重要国计民生的相关的行业的职工),企业应优先安排员工补休;不能补休的,可暂按200%支付加班工资,待政策进一步明确后,再斟酌是否需要完善相关待遇。2015年为纪念抗日战争暨反法西斯战争胜利70周年,全国于9月3日放假一天。该假期与本次假期类似,属于临时假期,当年对于9月3日上班的职工,人保部门曾书面通知,不能安排补休的,按200%的工资标准支付劳动报酬。

/04/

## Q4:隔离期间、医学观察期间的工资如何支付?

《传染病防治法》第四十一条第二款规定,用人单位应当向职工支付隔离期间的工作报酬。人力资源和社会保障部在2020年1月24日的通知中也对此作了明确。北京市人力资源和社会保障局《关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知》(京人社劳字[2020]11号,2020年1月23日发布)进一步规定,隔离、医学观察期间的工资待遇由所属企业按正常工作期间工资支付。《上海市企业工资支付办法》第十五条也明确规定,企业应当视同职工提供正常劳动,支付其隔离观察期间的工资。

/05/

## Q5:根据政府部门的通知,职工自行隔离的14天,企业是否应当支付工资?

目前,很多地方政府都要求从外地返岗工作的人员先自行隔离14天。在14天里,企业应当落实隔离的要求,安排员工在家远程办公或安排员工带薪年假,企业也应当按照其正常出勤的工资标准向职工支付劳动报酬。



/06/

## Q6:确诊2019新型冠状病毒感染后,职工的工资待遇如何支付?

除医护及相关工作人员外,其他职工感染新型冠状病毒的,企业应根据其工龄核定其医疗期,并按当地规定支付医疗期的病假工资。医护人员感染新型冠状病毒的,按工伤处理并享有停工留薪期待遇。

/07/

## Q7:因疫情停工停产的,企业如何计发工资?

用人单位停工停产在一个工资支付周期内的(一般都是一个月,但不一定是自然月),用人单位应按劳动合同约定的标准支付工资;停工停产超过一个工资支付周期的,如果职工提供了正常劳动,企业支付给职工的工资不得低于当地最低工资。职工没有提供正常劳动的,企业应

当发放生活费。生活费的计算标准各地迥异,北京市、安徽省、山东省生活费的标准是最低工资的70%,广东省、江苏省、浙江省、河南省、河北省生活费的标准是当地最低工资的80%,上海市、天津市的生活费一般不得低于当地的最低工资。

### /08/ Q8:劳动合同在隔离或观察期间届满,能否终止劳动合同?

人力资源社会保障部在人社厅发明电[2020]5号的通知中明确规定,劳动合同到期的,分别顺延至职工医疗期满、医学观察期期满、隔离期期满或政府采取的紧急措施结束。

### /09/ Q9:疫情的发展方向不明确,企业应当如何安排生产经营?

结合2020年1月27日国家卫生健康委就《关于加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情社区防控工作的通知》有关情况举行的发布会,延长后的春节假期在2月2日结束后,是否会再次延长假期存在不确定性,企业的生产经营遇到很大的挑战。为此,企业可以积极向劳动行政部门申请综合计算工时制度,以实现集中工作、集中休息、轮岗调休的目标。对此,北京市人社部门已经发出了这样的倡议。

### /10/ Q11:企业实行综合计算工时,对于延长假期期间的三天(2020年1月31日至2020年2月2日),企业能否通过调休倒班的方式用以后的加班工时抵消?

不可以。延长的三天假期是职工的休息日,对于综合计算工时的岗位而言,职工应出勤时间相应的减少了24个小时。举个例子,如果企业一直是以每月20.83天计算月度应出勤时间,企业的综合工时统计周期是2020年1月1日~2020年3月31日,如果没有延长假期通知,则职工一季度的应出勤时间是499.92小时;在延长假期通知发布后,职工一季度的应出勤时间就减少为475.92小时,超出这个时间的,企业应按150%的标准支付加班工资(法定节日工作的,按300%支付加班工资)。当然,实践中有一部分企业选择按当月/当季应出勤的天数计算是否有加班,这种实践操作也没有问题,但是,企业一旦选择了以上一种计算方式,就不能随意变更。

### /11/ Q11:延迟复工期间,职工能否在家远程工作?企业是否会因违反复工日期的通知被追究法律责任?

笔者认为,政府决定延迟复工的初衷是为了减少人员聚集、阻断疫情传播,因

此,在家办公既满足了防疫需要,也满足了企业运营的需要,企业在延迟复工期间安排职工在家办公的,应当不会被追究法律责任。另外,上海市人社局还在2020年1月28日的新闻发布会中提倡企业安排职工在家办公,也一定程度上代表了地方政府的支持态度。

### /12/

## Q12:延迟复工期间,职工在家远程工作的,应按什么标准支付工资?

延迟复工期间如何定性,目前还没有统一的认识,全国绝大多数地方政府在发布延迟复工的通知中均未对此作明确界定。但是根据上海市的政策,延迟复工期间被定性为休息日。若职工按照企业要求在家办公的,应作为休息日加班给予补休或按规定支付加班工资(向标准工时制职工支付两倍工资);广东省、苏州市和无锡市人社局则在各自的通知中规定,在此期间,只需要向仍在工作的职工支付正常工资(不需要支付加班工资,休息日除外),企业可自主决定以适当的方式另行给予关怀和奖励(广东省人社厅在2020年1月30日晚发布的通知中未提及另行给予关怀和奖励)。

### /13/

## Q13:延迟复工期间,如果职工拒绝远程工作的,企业是否可以按旷工给予纪律处罚?企业能否扣发工资?企业能否用年假、加班时间抵扣?

延迟复工是政府根据《传染病防治法》采取的防疫措施,职工有权拒绝到生产经营场所现场出勤。对于在家办公的工作指令,如果职工拒绝的,笔者不建议直接给予纪律处罚,而应以协商为主,实在协商不成的,企业可在今后的绩效考核中将拒绝远程工作作为一个考量因素。由于延迟复工期间的性质未定,所以能否扣发工资、能否用年假、加班时间抵扣仍存在不确定性。但是在已公布细则的上海市、苏州市和无锡市,如果职工在延迟复工期间拒绝在家工作的,企业不能扣发工资,也不能用年假、加班时间抵扣。

### /14/

## Q14:职工因自行隔离、封路等原因,已经用完了2020年的年休假,企业能否安排职工休2021年的带薪年假?

企业不宜直接安排职工休2021年度的带薪年假。《职工带薪年休假条例》第五条第二款规定,企业可以跨一个年度安排职工的年休假,但是,《企业职工带薪年休假实施办法》第九条明确规定,跨1个年度安排年休假的,应征得职工本人同意。因

此,企业在实践操作中应提前征求职工本人对于休2021年度年休假的意见。

### /15/ Q15:总部在北京或上海的外地分、子公司,复工时间、劳动报酬等方面的安排应该按何地标准执行?

防控疫情实行属地管理,因此,复工时间、劳动报酬等方面的安排应该按劳动合同履行地标准执行,即按分、子公司所在地政策执行。

### /16/ Q16:因延长假期和延迟复工,企业不能按时支付工资的,应该怎么办?

《工资支付暂行规定》第十八条虽然规定了企业拖欠工资的法律 responsibility,但是原劳动部在《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》第四条中明确,“用人单位遇到非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因、无法按时支付工资”,不属于“无故拖欠”。2019新型冠状病毒的爆发和大范围传播,应该可以视作非人力所能抗拒的原因。企业如果因延长假期和迟延复工不能按时支付工资的,应当积极主动的向职工说明情况并在复工首日按照劳动合同的约定支付工资。

### /17/ Q17:企业承担假期和延迟复工期间的费用和其他成本后,能否获得房租以及人工方面的补偿?

疫情当前,已经有很多商业地产企业和中小业主宣布减免商户和工厂的房租,这是一个值得提倡的做法,大家一起共度时艰。当然,疫情能否作为不可抗力要求出租方减免租金还有待论证。2020年1月24日,人社部在《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》中明确,符合条件的企业可按规定申请和享受稳岗补贴。

### /18/ Q18:企业复工后的注意事项有哪些?

与疫情有关的注意事项大体可以分为两大类:

**防疫:**企业可采取的防疫措施包括:对生产经营场所作及时消毒;配备必要的卫生防护用品,如口罩、体温计等;对职工出访外地及接触确诊、疑似病例的信息及时登记等。有条件的大中型企业还应制定完备的疫情防控预案。

**员工关系:**企业除了按照相关规定支付工资外,还应做好职工日常的生理和心理健康管理,直至疫情消除、职工完全融入工作和社会。

张根旺  
合伙人  
公司一部  
上海办公室  
+86 21 6061 3191  
andersonzhang  
@zhonglun.com

---

作者：康铎/陈恒俊/肖萌

---

# 关于北京K歌之王发文 要求与全体员工解除劳动合同的法律分析







2020年2月8日,中新社官方微博“国是直通车”披露北京K歌之王于2020年2月7日发布的《总经理致全体员工的一封信》(以下简称“一封信”),其中称公司2019年度的效益较前几年明显下降,而2020年疫情期间国家政策造成的其持续闭店状态给公司现有财务造成了巨大的压力,因此决定与公司全体员工解除劳动合同。关于后续处理方案,北京K歌之王称将于2020年2月底发放1月工资的50%,待复工后2个月内补足剩余工资的50%,2020年1月份的员工社保已经缴纳,在劳动合同解除后将及时转出。如公司30%以上员工不同意该方案,则公司将被迫进入破产清算程序。该一封信的内容在网络上引起了较大反响,被多个渠道转载,笔者在此将对其中涉及的法律问题进行分析。

## /01/ 北京K歌之王的 持有单位主体

根据K歌之王KTV娱乐品牌官方网站介绍,该娱乐品牌的持有主体为上海中贯汇都餐饮娱乐有限公司<sup>[1]</sup>,该公司主要管理上海K歌之王。K歌之王于2013年6月登陆上海后,在全国开设分店。其中,2015年12月前后在北京工体北路50号楼开设北京K歌之王,笔者从企查查获知北京K歌之王的管理主体为<sup>[2]</sup>北京瞅聘马文化发展有限公司(以下简称“瞅聘马公司”)。此次分析意见的前提为北京K歌之王全体员工劳动合同均与其管理单位瞅聘马公司签订。

## /02/ 瞅聘马公司可以与员工解除 劳动合同关系的情形

根据《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称“《劳动合同法》”)第三十六条的规定,瞅聘马公司可以与劳动者协商一致解除劳动合同,即协商解除。根据《劳动合同法》第八十七条,用人单位如希望单方解除劳动合同,应当符合法律规定的条件,否则将构成违法解除劳动合同,将承担相应的法律责任(如支付等同于经济补偿标准二倍的赔偿金或恢复原劳动合同关系),而《劳动合同法》规定的用人单位单方解除劳动合同的情形包括“过失性辞退”(《劳动

合同法》第三十九条)、“无过失性辞退”(《劳动合同法》第四十条)及“经济性裁员”(《劳动合同法》第四十一条)三种情况。

### (1) 协商解除

《劳动合同法》第三十六条规定“用人单位与劳动者协商一致,可以解除劳动合同。”该种情形下,即瞅聘马公司与员工就解除劳动合同事宜达成一致意见,其中包括解除劳动合同后的经济补偿、竞业禁止、未来恢复开业后优先聘用等条款,形成书面文件。根据《劳动合同法》第四十六、四十七条规定,瞅聘马公司首先提出协商解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的情况下,应向劳动者支付经济补偿。根据《劳动合同法》第四十七条规定,经济补偿计算方式为“按劳动者在本单位工作的年限,每满一年支付一个月工资。六个月以上不满一年的,按一年计算;不满六个月的,支付半个月工资。”若劳动者主动提出协商解除劳动合同,根据法律规定则无上述经济补偿。

但须注意的是,一封信中提到的“2020年02月08日24:00后未答复者,我们将理解为默认同意”,笔者认为其并无法律效力,即使员工未按时答复一般也不能证明员工的任何意思表示,既不能表示员工与企业就解除劳动合同协商达成一致,也不能说明员工没有任何异议。

[1] K歌之王官方网站,  
<http://www.kingofparty.com.cn/page/index.php?id=1>,  
最后一次访问于2020年2月9日。

[2] 企查查查询信息,  
[https://www.qichacha.com/creport\\_699f9f302a78a8f9fa11f376015d4bca](https://www.qichacha.com/creport_699f9f302a78a8f9fa11f376015d4bca),  
最后一次访问于2020年2月9日。

## (2) 过失性辞退

根据一封信的内容可以得知, 瞰聘马公司的解约理由是公司2019年度的效益较前几年明显下降, 而2020年疫情期间国家政策造成的其持续闭店状态给公司现有财务造成了巨大的压力。可以推知, 其解约理由并非是员工的过失。但若员工确实存在《劳动合同法》第三十九条规定的过失(例如在试用期内被证明不符合录用条件; 严重违反用人单位的规章制度; 严重失职, 营私舞弊, 给用人单位造成重大损害; 同时与其他单位建立劳动关系, 对完成本单位的工作任务造成严重影响, 或者经用人单位提出, 拒不改正; 被依法追究刑事责任等), 用人单位可以单方解除劳动合同。但是需注意, 该种情形解除劳动合同, 应当事先将理由通知工会或者在起诉前补足该程序, 否则根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第十二条的规定, 若劳动者请求用人单位支付违法解除赔偿金, 法院会予以支持。

## (3) 无过失性辞退

根据《劳动合同法》第四十条, “无过失性辞退”包括三种情形: a. 劳动者患病或者非因工负伤, 在规定的医疗期满后不能从事原工作, 也不能从事由用人单位另行安排的工作的; b. 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作的; c. 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行,

经用人单位与劳动者协商, 未能就变更劳动合同内容达成协议的。

瞰聘马公司主张的理由并非其中的第a、b两项, 那么其是否满足第c项情况? 根据《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十六条, “客观情况发生重大变化”中的“客观情况”指“发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况, 如企业迁移、被兼并、企业资产转移等”。而本次新型冠状病毒肺炎疫情(以下简称“新冠病毒疫情”)作为一种突发性的传染病事件, 一种全国范围甚至在全球其他国家也爆发的疫情, 不仅当事人不能预见, 而且具有广博医学知识的医学专家也无法预见。从其爆发至今, 还没有特效药能有效治疗并阻止其传播, 甚至还没有搞清楚确切的传染源。至少从目前来看, 根据国家公布的信息, 本次国内新冠病毒疫情将比非典疫情更为严重, 影响范围更广。新冠病毒疫情应当属于人类无法预见、不能避免、不能克服的客观事件, 结合《中华人民共和国民法总则》第一百八十条、《中华人民共和国合同法》第一百一十七条中关于“不可抗力”的定义以及有关“非典”的司法通知、案例及相关报道, 笔者倾向于认为新冠病毒疫情的性质属于不可抗力事件。

但是即使新冠病毒疫情构成不可抗力事件, 其是否能导致瞰聘马公司与公司全体员工间的劳动合同均无法履行, 则需要视个案的情况根据具体事实分析。例如, 笔者认为新冠病毒疫情导致的闭店对于公

司门店中服务人员的劳动合同履行的影响程度和非服务人员(如财务人员)的劳动合同履行的影响程度将有不同,不能一概而论。

且国家宏观政策方面,并不支持企业直接与劳动者解除劳动合同。根据《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》第二条,国家关于新冠病毒疫情期间的劳动关系的处理要求是“企业因受疫情影响导致生产经营困难的,可以通过与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位,尽量不裁员或者少裁员”。根据《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》第二、三条规定,企业首先应当通过安排远程办公等方式开始处理工作;对不具备远程办公条件的企业,与职工协商优先使用带薪年假、企业自设福利假等各类假;企业不得在疫情期间解除受相关措施影响不能提供正常劳动职工的劳动合同;关于受疫情影响的延迟复工或未返岗期间工资支付,企业可参照停工停产期间工资支付规定与职工协商,超过一个工资支付周期的,仅发放生活费。(北京生活费标准目前为每月1540元,依据为北京人社局《关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知》第二条规定“待岗期间,企业应当按照不低于本市最低工资标准的70%支付基本生活费”以及《关于调整北京市2019年最低工

资标准的通知》规定“北京市每月最低工资标准为2200元”);暂无能力支付的,可以与工会或职工代表协商延期支付。但是企业在没有采取任何措施的情况下,径行决定与全体员工解除劳动合同的行为,明显有悖于疫情期间的国家政策。

另外,如果瞅聘马公司希望适用《劳动合同法》第四十条第三款解除劳动合同,应当满足法定的程序性条件,即“用人单位需与劳动者协商,且未能就变更劳动合同内容达成协议的”以及“用人单位需提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资”。而瞅聘马公司于2019年2月7日发布一封信,仅是让员工决定是否同意后续处理方案,而未经过与员工协商变更劳动合同的程序,并且称其决定于2019年2月9日解除全体员工劳动合同,未提前一个月通知,也未在一封信中的后续方案中提出额外支付一个月工资,故瞅聘马公司解除劳动合同的主张不符合《劳动合同法》第四十条“无过失性辞退”的规定。

#### 4)经济性裁员

根据《劳动合同法》第四十一条,公司生产经营发生严重困难的,可以裁减人员。则如瞅聘马公司希望适用本条解除劳动合同,首先,其应当举证证明生产经营发生严重困难,一封信内容并不足以支撑其主张,还需提供进一步证据;其次,因其希望解除全体员工的劳动合同,已经达到

对于患者、疑似病人、密切接触者  
在隔离治疗期间或医学观察期间  
以及因政府实施隔离措施等不能  
提供正常劳动的企业职工,企业  
也不得依据无过失辞退和经济性  
裁员方式解除劳动合同。

法定的“裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上”的条件,故应当履行法定程序,即其应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见后,裁减人员方案还需向劳动行政部门报告。但从瞰骋马公司的一封信中并不能看出其履行了该等程序,如其未履行法定程序而解除劳动合同,则同样不符合《劳动合同法》第四十一条“经济性裁员”的规定。

另《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》第二条规定“对采取相应措施后仍需要裁员的企业,要指导企业制定裁员方案,依法履行相关程序,妥善处理劳动关系,维护企业正常生产经营秩序”,其要求企业首先应当有所作为,根据国家政策指引,首先进行自救,尽全力采取“与员工协商办公方式与时间、工资支付”等方式后,仍然需要裁员的,方可依法定程序进行。

同时需注意,此种情形下,用人单位在六个月内重新招用人员的,应当通知被裁减的人员,并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

此外,依据《劳动合同法》第四十二条的规定,企业不得依据无过失辞退和经济性裁员的方式解除受法律特别保护员工的劳动合同,此类员工包括:在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的员工、在医疗期内的员工、“三期”女职工等。根据《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》第一条的规定,对于新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,企业也不得依据无过失辞退和经济性裁员方式解除劳动合同。

综上,根据现有事实情况,瞰骋马公司单方解除劳动合同,存在违反法律规定的可能性极大,员工有权要求其承担相应的法律责任。

### 103/ 在员工不同意后续方案情况下,瞰骋马公司是否可以进入破产清算程序

根据《中华人民共和国企业破产法》(以下简称“《破产法》”)第二条及第七条,

债务人在“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的”情形下，可以向法院提出重整、和解或者破产清算申请。而瞅聘马公司是否有权申请进入破产清算程序，取决于其是否满足法定的上述申请条件。而对于此，从一封信的内容中并不能获知。

另需注意的是，企业申请破产只有在确实“资不抵债、经营无法维系”的情况下，方可申请，不能为规避社会责任而破产。《破产法》及相关规定，对于可能被认定为企业不合理地处分财物的行为均赋予了法院认定无效或撤销的权利，例如无偿转让、低价交易、担保无担保债务、提前清偿、放弃债权、为逃避债务而隐匿、转移财产、虚构债务、高管获取非正常收入等情况，均面临被追回的风险。

综上，能否进入破产程序，并非因员工是否同意解除劳动合同的比例而决定，也不是瞅聘马公司单方面可以决策的，主要决定因素为公司的实际经营状况是否满足进入破产程序的条件。即使瞅聘马公司进入破产程序，其仍有法定义务因终止劳动合同而向员工支付经济补偿金，如瞅聘马公司没有能力支付经济补偿金的，则职工债权人也将有权参与到破产程序中。

## /04/ 企业何处去

从一封信的内容推断，瞅聘马公司并非准备彻底关闭，其采取相关措施，主要是为了规避疫情期间的支出，避免损失进一步扩大。在疫情结束之后，再重新开店。因此，其可能并不符合破产清算的条件。在此期间，更符合停工停产的情形。

承上所述，国家充分考虑到特殊时期企业经营困难的情况，为了平衡用人单位和员工的利益，已出台多种举措：疫情期间，允许企业与员工协商劳动方式、工资数额及支付时间、企业对于因疫情未及时复工时间较长且协商一致待岗员工可以仅支付1540元每月的生活费（北京地区）；甚至北京人社局2月8日发布《关于发布参保单位（个人）延长社会保险缴费具体办法的通告》允许1、2月的社保缴纳延长至3月底，对“属于旅游、住宿、餐饮、会展、商贸流通、交通运输、教育培训、文艺演出、影视剧院、冰雪体育行业且经市级相关行业主管部门确认的企业”则延长至7月底；另有北京市人民政府办公厅发布《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情促进中小微企业持续健康发展的若干措施》，对于房租、税费、部分行政事业性收费，均进行了一定程度的减免、延期。同时国家鼓励和支持企业与员工相互扶持、共渡艰时，允许企业在采取各种措施，仍无法支持的情况下，最后方可依法采取裁员

措施。

因此疫情期间,企业亦当勇于承担社会责任,能与国共荣亦能与国共难,建立良好的社会口碑和文化品牌,尤其是娱乐文化行业。特殊时期,采用极端方式规避责任,可能会为自身招致诉累,处理不当更极有可能承担行政责任。

北京K歌之王只是这场疫情中千千万万中小企业的缩影,未来将有更多企业采取各种方式减少损失,甚至真正“入不敷出”走向破产。但无论如何,在疫情面前,真诚希望政府、企业与员工能守望相助,直至战胜疫情,恢复生产和生活秩序。

---

作者：高俊/杨瑾煜舟

---

# 灵活工作制度下 企业数据合规体系建设





新冠疫情爆发以来,人们出行及工作深受影响。虽然部分企业已经逐渐进入开工状态,但考虑到抗击疫情的战争可能还将持续一段时间,大部分企业都以允许员工在家办公的方式开启了如此特殊的一年。值此之际,多名客户就员工在家办公期间企业如何管控经营信息、商业秘密和/或涉个人隐私数据的问题向笔者进行咨询与讨论。

考虑到接下来一段时间员工在家办公的政策可能仍需持续,且允许员工在家办公也是目前许多企业正在推广的灵活工作制的具体体现,笔者决定就与此相关的数据合规问题进行粗浅梳理,以期能为企业就灵活工作制度下建设数据合规体系提供一些启发。

企业对其管控经营信息、商业秘密和/或涉个人隐私数据等问题产生焦虑,我们认为原因主要在于:1)宏观上,没有对自己所掌握和/或涉及的数据有清晰的框架性/结构性认识;2)微观上,没能对自己应遵守的法律法规进行细节认知;3)对内,无力掌控员工行为;4)对外,无法管控业务伙伴;最终在面对繁杂的合规要求时感觉一团乱麻,无从下手。

针对上述症结,我们认为如果企业可以构建以横向数据种类为基础,纵向法律要求为依据,细分行业领域,责任落实到个人,任务分解到单位的数据合规体系,那么无论灵活工作制给予员工多少程度的自由,企业都不用过于担心数据合规出现系统性风险和/或企业数据得不到基本的保护。

## /01/ 以横向数据种类为基础

所谓以横向数据种类为基础,指的是无论企业掌握和/或涉及多少数量的数据,这些数据总是可以按其性质进行分类,而企业首先应当做的就是对自身掌握和/或涉及的数据种类按照一定标准进行梳理与分类,并以此为基础开展接下来的数据合规体系建设。这是因为,清晰的框架性/结构性认知对于企业来说就像是合规的目录和/或大纲,如果将来出现任何有关合规的问题,企业只要将对应问题投射到这个目录和/或大纲上,就能迅速定位问题所在及其所对应的合规要求和/政策,而不至于在茫茫的合规要求中大海捞针。

就数据种类而言,我们认为企业经营过程中可能掌握和/或涉及的数据主要可以划分为以下几类:一般经营信息<sup>[1]</sup>、个人信息<sup>[2]</sup>、商业秘密,以及国家秘密。

## /02/ 以纵向法律要求为依据

所谓以纵向法律要求为依据,指的是企业在对自身掌握和/或涉及的数据进行分类之后,应当严格按照法律法规对每种数据的要求制定细致的合规政策,以确保企业能合法合规地处理相关数据,和/或企业相关数据能得到法律的有效保护。受限于篇幅,笔者在此仅就一般经营信息、个人信息、商业秘密以及国家秘密的部分合规

要点进行初步梳理:

### 一般经营信息

就企业的一般经营信息而言,其受到的合规限制相对较少。一方面,很多企业经营信息是被要求强制公开的。另一方面,许多企业出于各类目的,也乐于将自己的部分经营信息进行披露与分享。

但这里需要注意的是,对于上市企业,其经营信息的公开可能需要遵循一定的程序。除此以外,上市企业还需对公开信息的内容、形式等要素有所关注。上市企业不当披露和/或泄露经营信息的,企业及企业相关人员可能会面临相应民事、行政甚至刑事责任。

### 个人信息

个人信息保护是近年来的热点问题。现行法律法规对个人信息从收集、使用、存储到披露各个环节都有程度不同的规范。企业应当根据自己所涉及的个人信息处理环节分别制定细致的合规政策,并对员工进行培训教育以使其熟悉相应要求。

根据我们的观察,企业对于其客户的个人信息保护开始逐渐重视。但对于如何处理自身员工的个人信息,有时候却陷入迷茫。对于这个问题,我们认为,为保障企业的正常经营与日常业务开展,企业有权利要求员工提供和/或使用员工个人信息。但企业对员工个人信息的要求提供和/或

[1]既包括企业自身的基本信息,例如办公地、股东信息等,也包括企业在经营过程中取得的经营信息,如销售数据等(我们不建议将企业在经营过程中取得的客户个人信息纳入此类别)。

[2]既包括客户个人信息也包括企业员工个人信息等。

使用应仅限于正常经营活动和日常业务的开展,且企业应确保对员工个人信息的收集、使用、存储和披露等行为均符合法律法规的要求。简单来说,面对员工个人信息,企业除了可以在必要和/或合理的经营与业务限度内适当扩宽信息收集的范围外,其他合规要求应与处理企业客户的个人信息要求无异。

### 商业秘密

对于商业秘密,我们理解企业其实最关心的是在灵活工作制度下如何确保自己的商业秘密不被外泄。我们认为,管控商业秘密,需要从制度建设方面和人员管理同时入手。具体来说,制度建设上:1)应明确企业商业秘密的内容、范围及保密期限;2)在商业秘密及其载体上加注显著标识;3)采取制度和技术手段加强对商业秘密及其载体的管控。人员管理上:1)应加强对员工的保密教育;2)加强员工入职和离职审查。

### 国家秘密

涉及国家秘密的行业和/或企业总体上还是少数,但如果企业确实在经营过程中接触到国家秘密,我们建议企业严格按照《保守国家秘密法》等法律法规的要求以及相关政府部门的指导进行处理。另外,如果企业需要参与涉外诉讼和/或仲裁程序,在证据开示前,可以考虑主动进行国家秘密筛查,避免因任何疏漏和/或过失产生难以挽回的损失并承担相应责任。

## /03/ 细分行业领域

企业完成了横向的数据种类梳理和纵向的合规政策制定后,数据合规体系就基本有了雏形。但是,这只是一个通用模板。如果要让数据合规体系这棵大树枝繁叶茂,那么企业还需要就自己所处的行业、所采取的业务模式以及企业性质进行针对性的数据合规梳理。

以行业特殊性为例,如果企业涉及生命健康行业,我们国家对于病患信息、生物遗传信息等数据有着更严格的规定。以业务模式特殊性为例,以前猎企、房地产销售/租赁等行业对于潜在客户的信息管理相对粗放,应聘者简历被传阅、房客手机号码被共享等现象屡见不鲜。但随着个人信息保护相关法律的出台,相应企业业务模式也需要进行调整,否则随时都可能触及相关法律红线。

除此以外,以企业性质特殊性为例,我们在此主要对外资企业数据合规的几个重要问题进行简单讨论:

### 1. 外资企业数据出境如何合规操作?

起初,根据《网络安全法》,“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全

评估”。接下来,2017年的《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》将上述义务主体由关键信息基础设施的运营者扩大到了全部网络经营者。但根据2019年的《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》,重要数据和个人信息可能会分离管理。

虽然与数据出境相关的内容暂时没有尘埃落定,但企业不应抱有“既然没有落地,那就等生效后再说”的懈怠心理。我们认为企业至少可以从以下几个方面着手数据出境合规建设:

a) 确被列为关键信息基础设施的运营者的企业应当严格按照《网络安全法》的要求进行数据本地化操作。但我们理解,一般外企被认定为关键信息基础设施的运营者的情况是极少数;

b) 针对一般业务数据(例如,一般经营信息,业务活动信息等),出于企业日常经营与业务开展之目的,我们认为可以向境外传输,企业不必杯弓蛇影。

c) 对于重要数据<sup>[3]</sup>,企业暂时可参照2017年的《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》和《信息安全技术数据出境安全评估指南(征求意见稿)》进行合规梳理。

d) 对于个人信息,企业暂时可参照2019年的《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》进行合规梳理。具体来说,企业需要对个人信息出境进行安全评估、与境外个人信息接收者签订合同和/或其他有

法律效力的文件,并出具个人信息出境安全风险及安全保障措施分析报告。

## 2. 外资企业员工不幸感染新冠病毒是否可以向境外总部报送相关信息?

如果外资企业员工不幸感染新冠病毒,我们认为原则上可以向境外总部报送受感染员工数量、是否有出差经历、是否已采取隔离措施等基本情况。但是,不建议向境外总部报送受感染员工的具体个人信息(如住院医院、家庭地址等)。这是因为,如果外资企业向境外总部过度披露不幸感染新冠病毒的员工个人信息,至少可能会面临两个问题:a) 未取得个人信息主体同意;b) 与企业日常经营和业务开展之目的无关(即,个人信息处理的必要性与最小化原则未能被遵守)。

除此以外,我们还希望提醒战斗在抗击疫情一线的企业,如果在参与抗击疫情的过程中接触到任何病患信息、生物遗传信息以及其他涉及生命健康和/或药物使用的敏感信息,请务必严格按照相关部门指导意见进行工作,并时刻保持与相关部门的顺畅沟通。

## 3. 外资企业如何应对数据跨境时的多法域合规监管要求?

外资企业在进行数据跨境传输时,经常遇到的另一困难在于如何同时满足多国或多法域数据合规监管要求。企业之所以感到困难,我们认为很多时候其实是没

[3] “重要数据”一般是指与国家安全、经济发展,以及社会公共利益密切相关的数据库。

[4]《中国企业全面合规体系建设实务指南》，刘相文、王德昌、刁维侯、赵超、王涛

有做到“不重不漏”，最后导致工作没少做，但结果却事倍功半。

所谓“不重”，指的是尽管各国各地区的数据立法都不尽相同，但各国各地区关于数据流动性和数据保护的基本原则与目的是相通的。对于不同法域下数据合规要求中一致的部分，企业应争取做到花一份精力满足多个要求。所谓“不漏”，指的是外资企业在数据合规上不能有类似“GDPR的要求比国内相关法律法规要求更高，只要满足了GDPR的要求就到哪都肯定是合规了的”懈怠和错误思想。这是因为，如果只在深度上关注某个严格的监管要求，那么就可能忽视其他监管体系在广度上做出的要求。最后，如果多法域监管要求不幸出现冲突，在中国境内，我们建议优先适用和考虑中国法律法规的要求与行为规范。

#### 4. 责任落实到个人

合规义务主体，可以细分为三类：1) 企业本身；2) 企业工作人员，如股东、管理层、普通员工等；3) 与企业经营管理发生联系的第三方，如供应商、承包商、中间商等<sup>[4]</sup>。截至本部分之前，我们主要讨论的是企业本身应当如何做好合规。接下来的一部分，我们将与各位就其他两个合规义务主体的相关内容进行简单分享。

所谓责任落实到人，指的是企业合规除了意味着要建章立制外，还需要对其员工行为进行管控。某种意义上，员工行为是否合规将直接决定企业合规工作的成败。

因此，我们建议：1) 持续进行员工培训与风险教育，确保员工清晰的知道企业的合规要求以及不合规行为可能给其自身及企业带来的风险；2) 通过对数据接触、使用、披露等行为进行权限制度设计和技术保障，从而帮助员工被动合规；3) 还需注意对高级管理人员及股东等人员的合规管控，例如，当年SEC诉马斯克事件就曾给马斯克本人及特斯拉公司带来不小的负面后果。

#### 5. 任务分解到单位

所谓任务分解到单位，这里的单位主要指的就是与企业经营管理发生联系的第三方。简单来说，这部分问题讨论的是企业在与第三方合作中如何有效管控第三方数据行为的合规性。我们认为：

**首先**，与第三方合作前可以进行尽职调查，尽调内容包括但不限于：1) 第三方是否拥有提供该等服务的相应资质或牌照；2) 第三方是否存在滥用个人信息、数据泄露、监管部门处罚，或有类似重大风险事件等不良记录；3) 第三方的管理制度是否满足网络安全相关法律法规的要求；4) 第三方的技术能力、设备标准是否满足网络安全相关法律法规的要求。

**其次**，企业可以在与第三方合作的合同中放入数据合规管控条款以适当分配相应风险，包括但不限于以下几方面的内容：1) 行为合规保证条款；2) 合规责任分配条款；3) 合规危机处置条款。

---

## /04/ 总结

本文尝试从基本方法出发, 结合实践经验, 向企业提供了一份数据合规体系搭建原则, 即: 构建以横向数据种类为基础, 纵向法律要求为依据, 细分行业领域, 责任落实到个人, 任务分解到单位的数据合规体系。

如果将数据合规体系比作一颗大树, 那么对企业所掌握的数据进行分类就是树枝。根据分类整合后的数据类型依据法律制定合规制度就是每个树枝上的枝叶。大树要茂盛生长, 还需要根据细分的行业领域、业务模式以及企业性质进行特殊合规设计。而企业每个员工就像是树根, 树根是否能吸收养分(遵守合规要求)直接决定了大树的生死。最后, 企业还需要扎好护栏, 隔绝外部风险, 将数据合规任务在每个项目中分解到第三方合作伙伴手中, 由大家共同呵护大树的健康成长。

---

高俊  
合伙人  
争议解决部  
上海办公室  
+86 21 6061 3575  
gaojun  
@zhonglun.com

---



作者：李晨飏/梁健

# 浅析新型冠状病毒疫情 对财产险保险责任的影响



时下,新冠病毒感染的肺炎疫情肆虐,不仅给人们的生活造成诸多不便,也对各行业造成不同程度的影响,而保险业亦不例外。本文现就部分可能受到较大影响的财产保险之保险责任及其新近变化情况,进行简要的梳理和分析。

## 01/ 营业中断保险

营业中断保险又称利润损失保险,通常是指在保险期间内,被保险人因财产损失保险合同主险条款所承保的风险造成营业所使用的物质财产遭受损失,导致被保险人营业受到干扰或中断,保险人对被保险人由于营业中断而导致的预期利润损失及必要支出的损失进行补偿的保险。营业中断保险通常是企业财产保险(主险)的附加险,即保险人赔付营业中断损失的前提是发生了财产保险(主险)所承保的物质损失。

为了切断新冠病毒肺炎的传染途径,国家或地方政府采取了不同程度的推迟或者限制企业复工的措施。该等措施的施行,必然使得相当部分的企业,尤其是生产型企业会因复工迟延而产生利润损失。尽管该等利润损失也系营业中断所致,但是,营业中断的原因(疫情及政府推迟或限制复工措施)并不属于财产保险(主险)所承保的物质损失,因此,企业因上述原因产生的利润损失在常规的营业中断保险项下无法

获得保险人的赔付,除非保险合同双方在保险合同中对因“传染病”所导致的营业中断损失作了例外约定。

笔者注意到,部分保险公司为应对疫情并减轻对企业经营的不利影响,采取了一些惠企措施,如平安财险浙江分公司“增加营业中断险附加险‘谋杀、传染病责任’,保障内容增加因传染病导致营业场所被政府暂时封锁导致的营业中断损失。”<sup>[1]</sup>这与中国银行保险监督管理委员会(下称“银保监会”)分别于2020年1月26日、2020年1月31日和2020年2月3日发布的《关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》(银保监办发〔2020〕10号)、《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(银发〔2020〕29号)、以及《关于做好财产保险业新型冠状病毒感染肺炎疫情保险理赔服务和保险产品开发有关工作的通知》中要求的保险机构“适当扩展责任范围”的规定一致。当然,上述惠企措施,并不能普遍适用,需被保险人与其保险人个案沟通可否扩展适用。

## 02/ 货物运输保险

同样,为了应对疫情,不少地方政府还采取了道路限行等会对交通运输业造成直接影响措施。道路限行必然会对运

[1]《浙江肺炎疫情防控期间惠企机构特色政策一览》  
(<http://hz.bendibao.com/news/2020211/79543.shtml> 2020年2月12日星期三访问)





运输的时效性产生不利影响。如货物因限行而迟延交付或腐烂(如生鲜食品)等情形而产生损失,货物运输保险对该等损失是否赔付呢?

货物运输保险,是指对运输过程中的货物因遭受保险责任范围内的自然灾害或意外事故所造成的损失进行赔偿的保险。很明显,货物运输险承保的风险,通常是指“自然灾害或意外事故”,而近期疫情或限行等措施难以归于上述自然灾害或意外事故的范畴,因此所致的迟延交付或货物腐烂等损失难以获得保险赔付。

当然,对于货物运输保险的被保险人,笔者也建议与其保险人进行及时沟通,以便确定保险人能否扩展承保上述损失。

## /03/ 雇主责任保险

对于雇员在履行职务过程中感染新型冠状病毒肺炎或因感染新型冠状病毒肺炎死亡,是否构成工伤或者雇主是否需要承担雇主责任,存在不同理解:

对于医护及相关工作人员,《人力资源社会保障部 财政部 国家卫生健康委 关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(人社部函〔2020〕11号)规定:“在新型冠状病毒肺炎预防和救治工作中,医护及相关工作人员因履行工作职责,感染新型冠状病毒肺炎或因感染新型冠状病毒肺炎死亡的,应认定为工伤,依法享受工伤保险待遇。”

对于非医护相关工作人员,如快递员、店员等在从事本职工作,而非疫情防控工作的过程中,感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的,从上述通知及其他现行法律法规来看,难以被认定为工伤。那么,此种情况下,雇主应否承担责任呢?《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》(下称“人身损害赔偿解释”)第十一条规定:“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任……”

笔者认为,由于新冠肺炎的潜伏期较长,在感染初期或者轻症患者通常没有明显的症状,无法判断是在工作时间、

工作地点因工作原因而感染,即难以确定是在“从事雇佣活动中遭受”伤害,因此,即使雇员在春节假期复工后被确诊感染新冠病毒肺炎或者因感染该肺炎而死亡的,也难以根据上述《人身损害赔偿解释》的规定,要求雇主承担赔偿责任。即使雇主曾投保雇主责任保险,也难以要求保险人赔付,因为,雇主责任保险所承保的雇员伤害,通常要求发生在受雇过程中,且发生在从事与被保险人(雇主)的业务有关的工作时,而如前述,于受雇过程中且在工作时发生的要求很难满足。

不过,近期不少有保险公司积极响应或执行前述银保监会关于“适当扩展责任范围”的要求而在雇主责任保险的保险责任扩展至传染病或新冠病毒肺炎。如“英大财险要求分支机构在原雇主责任保险保单项下,扩展承保‘附加传染病保险条款’,或在新出具雇主责任险保单的同时,附加‘传染病保险条款’。”<sup>[2]</sup>人保财险上海分公司、太保财险上海分公司、华安保险等也有类似安排。

## /04/ 结语

尽管前文提及的相关险种的被保险人在通常情况下或难对因疫情所致的损失获得保险赔付,但是,基于上述银保监会的最新文件以及相关保险人的惠企措施,被保险人应及时与保险人沟通,尝试

取得保险人对既有责任范围的扩展。而新近投保的被保险人,则更应充分考虑疫情的不利影响而与保险人约定扩展保险责任范围以规避相应风险。

[2]《银行业保险业快速反应为复工复产提供高品质服务》  
([http://xw.sinoins.com/2020-02/18/content\\_328769.htm](http://xw.sinoins.com/2020-02/18/content_328769.htm) 2020年2月20日访问)



作者：王丽华/张中华

# 新冠疫情下， 酒店行业焦点法律问题解析

098



▶ 受新型冠状病毒引发的肺炎疫情冲击,今年春节市场开局惨淡,众多行业深受其累,其中酒店行业受到的冲击尤为明显。针对近期受疫情影响的酒店行业的一些焦点法律问题,我们在此结合相关法律法规及最新政策进行简要分析与解答,以期对处于阶段性困境中的酒店行业及相关从业方能有所参考意义。

/01/

## 问题一:受疫情严重影响,春节期间大量酒店订单被取消,并且该情况还会持续一段时间。根据相关法律法规及近期最新政策,酒店应当如何处理现有订单?应当注意哪些问题?

答:文化和旅游部办公厅于2020年1月24日印发紧急通知,明确要求全国旅行社及在线旅游企业暂停经营团队旅游及“机票+酒店”旅游产品业务,并要求妥善处理好游客行程调整和退团退费等合理诉求。为响应该通知要求,各地已相应出台落地政策,携程、飞猪等OTA(即“Online Travel Agency”,在线旅游产品/服务代理商)平台相继推出了相应的订单退改政策;众多酒店集团也纷纷出台相应的订单退改保障政策。关于酒店订单取消的具体细节,包括由此而产生的费用承担以及赔偿等问题,目前争议焦点在于,酒店订单(包括客房、餐饮等订单)是否可因此次疫情影响而直接无责取消,即可否“无损退订”。

前述酒店订单可视为酒店客人与酒店(或与旅行社、OTA等预订方)之间订立的酒店服务预订合同。有观点认为,此次新冠肺炎疫情属于中国法律项下的不可抗力,因受疫情影响而导致合同履行不能的应当免责;也有观点认为,此次疫情应属于情势变更,不能导致合同义务和责任的必然免除,需根据公平原则确定是否变更或解除合同。

关于不可抗力,根据我国法律规定,“不可抗力”是指不能预见、不能避免并且不能克服的客观情况;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;因不可抗力致使不能实现合同目的的,当事人可以解除合同。针对旅游行业,我国《旅游法》及相关司法解释亦有类似规定,因不可抗力等不可归责于旅游经营者(注:包括为旅游者提供住宿、餐饮等服务的经营者)、旅游辅助服务者的客观原因导致旅游合同无法履行,旅游经营者、旅游者有权请求解除旅游合同且不承担违约责任,旅游者有权请求旅游经营者退还尚未实际发生的费用。上述规定对于酒店和酒店客人退单提供了一定的法律依据,并就费用退还做了合理而中立的规定。前述文化和旅游部通知要求妥善处理退团退费等合理诉求的用词基调同样也较为审慎。

然而,新冠肺炎疫情能否直接被认定为“不可抗力”并作为免责事由,则需要结合个案具体情况来考量是否出现了导致“不能履行合同”或“不能实现合同目的”的“不能预见、不能避免并且不能克服”的客观情况。而且,不可抗力亦不必然导致当事人有权无责解除合同,还需具体分析、评估和判断不可抗力对于具体合同履行的实际影响及其程度,以及是否存在因果关系及其关联程度。因此,并不建议“一刀切”式地直接将此次疫情认定为可无责终止合同的不可抗力。在2003年我国非典

疫情期间,以及2015年韩国MERS疫情期间,关于该等疫情能否被认定为不可抗力而作为免责事由,在我国司法实践中存在不同判决结果的案例。

关于情势变更,根据法律规定,合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。然而,对于情势变更,各级法院被要求慎重适用;如确需在个案中适用的,还应由高院审核,必要时应报请最高院审核。

在当前形势下,酒店可参考上文谨慎处理酒店客人退单事宜。以此类推,此次疫情同时可能会影响到酒店与供应商、施工方、设计方、管理方等主体之间合同的履行,相关方亦可参考上文来具体分析相关争议。在处理此类合同争议时,各方应当针对个案具体情境下的履约困难程度进行具体分析和判断,在遵守相关法律法规及特定政策的前提下,妥善处理,以尽量降低其不利影响。

## /02/ 问题二:当前形势下,湖北境内及全国其他地区的酒店运营及业绩将受到不同

## 程度的影响。从法律角度来看,酒店可能需要在哪些方面做相应调整?酒店业主和酒店管理公司应当注意哪些问题?

答:此次疫情必然会对我国酒店在一定期限内的日常运营及业绩造成负面影响。面对挑战,酒店及其产权方(即业主)、管理方、品牌许可方可能需要重点关注酒店运营中的下列问题:

(1) **年度经营计划/预算。**此次疫情爆发于新年伊始,2020年度酒店经营计划及预算通常已制定完成或正在最终定稿中。面临疫情带来的冲击和不确定的负面预期,酒店经营计划和预算可能需要进行相应的调整。在酒店管理合同中,通常对于经营计划和预算的落实和执行会有一定的弹性条款约定,有的合同会约定当发生意外事件、不可抗力等情况时的预算调整机制。如果没有合同依据,相关方也可依据法律项下的公平原则等规定提议各方协商是否及如何调整经营计划和预算。由于目前很难预估疫情持续时间及其影响,在调整经营计划和预算时建议设置相应的弹性机制,同时也建议酒店业主与管理公司本着公平合理、实事求是的原则就经营事宜进行协商,以使经营计划和预算能够发挥其应有的作用。

(2) **业绩考核/测试。**随着疫情的持续,业主对于酒店运营的业绩考核可能也需做相应调整。在酒店收入可能大幅减少

的情况下,某些酒店成本却不可避免地仍会发生,势必会影响到酒店效益及各方利益。在有的管理合同中,明确约定当发生不可抗力等特殊情况下,针对管理公司的业绩考核条款将不予适用或者考核机制和目标应相应调整。如果没有合同依据,则可援引公平原则、不可抗力、情势变更等法律规定来讨论是否及如何合理适当地调整考核条款。如何在特殊时期内对酒店经营进行合理而有效的督促和考核,需要酒店业主和管理公司等各方共同探讨。

**(3) 各方利益分配。**随着疫情的发展,在个别酒店项目中出现管理公司减收管理费和品牌加盟费的情况。如果酒店管理合同或许可合同中对于合同商业条件的变更未做明确约定,则变更合同商业条款需要各方另行协商签订补充协议,或者存在单方可要求变更合同的法定事由(该等法定事由较少,此次疫情中可能会适用到的例如前文所述情势变更等)。是否存在法定事由,需结合法律规定和个案情形具体分析 and 判断。建议各方充分考虑此次疫情可能造成的影响以及酒店和各方长远利益,共体时艰,协力渡过难关。

**/03/**  
**问题三:受疫情影响,有的酒店可能因经营困难或政府强制要求而暂停营业,有的酒店员工延迟复工。在此情况下,酒店可能会面临哪些劳动方面的法律问题?酒**

## 店应当如何妥善处理?

答:针对本次疫情影响下的劳动法律问题,有关部门已经出台了一些政策及指导意见。作为劳动力密集型企业,酒店面临的劳动方面的问题相对会较多。基于目前疫情的影响及相关法律规定,酒店应重点关注以下问题:

### (1) 如何对待受疫情影响的酒店员工?

酒店应根据员工的具体情况做区别对待。如果员工被确诊为新冠肺炎感染者、疑似患者或密切接触者,在隔离期间无法提供劳动,根据人力资源和社会保障部的最新规定,用人单位应按照正常出勤支付工作报酬,不得根据《劳动合同法》项下的“医疗期满、不胜任及客观情况发生重大变化”、“经济性裁员”等事由单方解除劳动合同;若其劳动合同在此期间到期的,亦应相应顺延。

对于受疫情影响延迟复工的相关劳动问题,各地劳动部门的规定不尽相同,对于延迟复工期间的性质也存在不同解读。例如,上海地区将延迟复工期间视为休息日,对于休息的员工,按照合同约定支付工资,对于工作的员工,则安排补休或支付双倍工资;广东省和山东省则将该期间视为停工停产,未超过一个工资支付周期的,按合同约定支付工资;苏州市和无锡市将该期间视为员工提供正常劳动并支付工资。根据北京市的最新规定,对

于因疫情未及时返京复工的职工,企业可优先考虑安排职工年休假(河南省和海南省亦有类似规定);职工未复工时间较长的,企业经与职工协商一致,可安排职工待岗;待岗期间,企业应支付基本生活费(不低于北京市最低工资标准的70%)。广东省、浙江省和山东省规定,经与职工协商一致,企业可优先考虑安排职工带薪年休假。

随着疫情形势的变化,各地劳动政策可能会做进一步调整和补充,建议酒店密切关注国家和当地劳动法律法规及政策规定。

## (2) 酒店如何减轻因疫情影响而造成的用工压力?

受疫情影响,酒店用工压力将愈发突出。虽然法律规定,企业发生生产经营严重困难时,可根据有关规定及要求裁减部分人员,但考虑到有关政策要求以及酒店用工特点,我们并不建议酒店在现阶段将裁员作为缓解用工压力的首选方案。

以北京市为例,根据北京市的最新政策规定,企业可以采取集中工作、集中休息方式保持正常生产经营,受疫情影响的企业,可以向人力资源和社会保障部门申请执行综合计算工时制度,按照生产经营需要,实行轮岗调休。根据我国人力资源和社会保障部的规定,用人单位因受疫情影响导致生产经营困难的,可通过与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短

如果员工被确诊为新冠肺炎感染者、疑似患者或密切接触者,在隔离期间无法提供劳动,根据人力资源和社会保障部的最新规定,用人单位应按照正常出勤支付工作报酬。

工时、待岗等方式稳定工作岗位,尽量不要裁员或者少裁员;符合条件的企业,可按规定申请失业保险费部分返还等稳岗津贴。对于停工停产的企业,在一个工资支付周期内的,应按劳动合同规定标准支付员工工资;超过一个工资支付周期的,若员工提供了正常劳动,员工工资不得低于当地最低工资标准;若员工没有提供正常劳动,企业应当发放生活费(各地标准不同,通常为当地最低工资的70%至100%)。

面对疫情,在遵守法律法规及政策的前提下,酒店可合理安排员工通过轮岗轮休、缩短工时等方式进行工作,在降低人员成本和稳定工作岗位之间寻求平衡。同时,我们也呼吁国家及地方政府对于酒店等劳动力密集型企业进行针对性帮扶或出台优惠及补贴等政策,以帮助企业缓解用工压力,顺利渡过危机。



## /04/

### 问题四:在当前疫情防控形势下,酒店作为公共场所承担着一定的社会责任。酒店应当采取哪些防控措施以符合法律合规性要求?

答:文化和旅游部办公厅于2020年1月23日下发《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》,要求各地要督促文化和旅游市场主体制定应急处置预案,要求一线从业人员掌握相关城市疾控中心及医院的有关信息;密切关注游客身体状况,发现疑似病症后及时就近联系医院,按指导送医;按要求对疑似病人及时采取临时隔离措施,就地停止旅游活动,做好善后工作。并督促星级饭店的对客区域及后台操作区域按要求落实通风、消毒等措施,加强内部清洁卫生管理,排查并消除病毒传播隐患。后续各地文化和旅游部门陆续出台了更为具体的措施。

结合各地出台的相关政策以及酒店运营实践,酒店目前需重点关注以下问题:

**(1) 应急处理方案。**酒店作为人群密集型的公共场所,需要根据有关法律政策及政策要求准备相应的应急处理方案,以实现从宏观上对疫情防控工作的规划和管理。为此,酒店可能需要与当地旅游及住宿主管部门进行密切沟通,并尽力配合政府主管部门的防疫工作,以保证酒店相关处理方案符合地区形势要求。

**(2) 订单处理方面。**如前文分析,面对

此次受疫情影响的订单等对外合同,酒店需结合个案具体情况,依法妥善处理其与各方之间的争议和纠纷,以尽量降低此次疫情的负面影响。

**(3) 信息登记方面。**尽管受疫情冲击,酒店客流受到严重影响,但针对疫情期间入住的人员,酒店需要按照有关要求做好相关登记及信息报送工作。同时,酒店也需要考虑对于客人隐私的必要保护,相关信息披露行为须遵守相关法律法规。

**(4) 卫生清洁方面。**卫生清洁工作属于酒店日常工作,在此次疫情特殊形势下,酒店应按照当地疫情防控的要求对清洁方式、清洁程度进行升级。针对卫生防疫部门的定期及不定期检查,酒店也需做好相应的准备工作,以确保酒店符合卫生防疫标准。

此外,自疫情爆发以来,部分地区采取征用酒店作为隔离场所的方式来控制疫情扩散。为此,除做好上述法律合规工作之外,被征用的酒店还需根据当地政府的具体征用要求采取特殊措施,例如建立临时隔离区域,进行更高等级的卫生防疫工作等。

以上是我们针对近期新冠疫情下酒店行业内的一些焦点法律问题作出的分析和解答,我们将持续关注相关问题,希望我们的解答能够为酒店行业各方尽快走出困境提供一些参考思路。

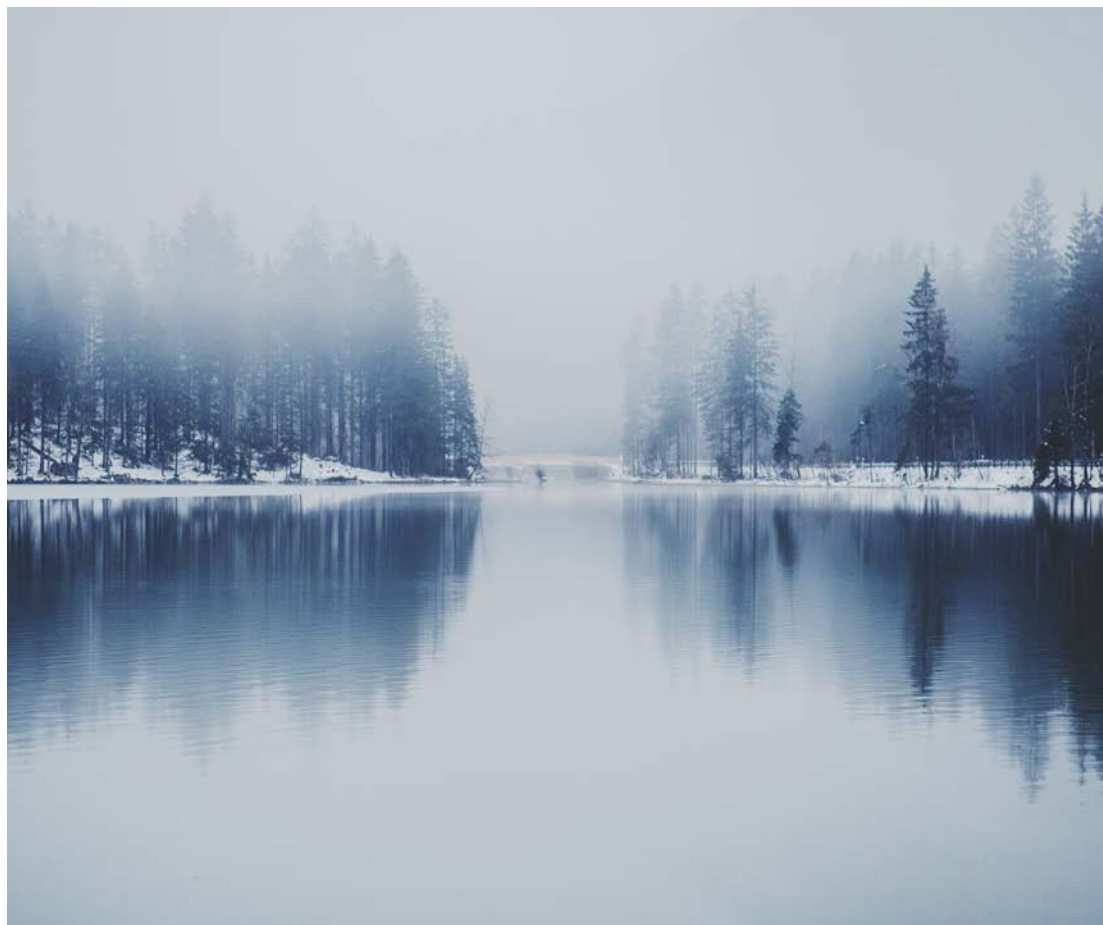
愿此次疫情尽快过去,2020年属于酒店行业的春天早日重启!

---

作者：王峰/王潜

---

## 隐瞒病情构成犯罪吗？



根据近期的新闻报道,已有多人因故意隐瞒新型冠状病毒病情而被追究刑事责任。而对企业来说,特殊时期,国家对企业生产经营活动的监管将更加严格,企业所面临的刑事风险也骤然上升,企业经营管理中的不当行为极易触及非法经营罪、虚假广告罪、生产、销售伪劣产品罪及拒不履行信息网络安全管理义务罪等诸多罪名。与此同时,企业还需要履行法定义务,对员工的身体健康状况进行筛查,并如实报告疫情。如果企业在筛查中存在审查不严或弄虚作假,最终出现漏报、瞒报或者谎报疫情的后果,企业及其主管人员也同样会面临牢狱之灾。基于篇幅限制,本文将着重探讨企业涉及隐瞒病情相关行为的刑事法律风险。

## /01/

# 隐瞒行为何以构成犯罪

据湖北日报统计,目前,全国已有超过20例因故意隐瞒病情或密切接触史而被公安机关以涉嫌以危险方法危害公共安全罪立案侦查的案件。根据《中华人民共和国传染病防治法》(下称:《传染病防治法》)第十二条的规定,个人必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施,如实提供有关情况。本次疫情中,有疫源地接触史的人群具有较高的发病风险,相关人员如果未履行规定的传染病报告义务,并且同时符合以下三个条件的,就极易被追究以危险方法危害公共安全的刑事责任。

## 1、故意隐瞒有关到访疫区或与疫区人员密切接触等情况

此次新型冠状病毒感染的肺炎潜伏期较长,并具有极强的传染性。因此,有在疫源地停留经历的人群极有可能成为病原携带者。根据《传染病防治法》第三十九条的规定,对病人、病原携带者,疑似病人及其密切接触者应当予以隔离治疗、在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。全国多个省市对此也纷纷提出从疫情高发区返乡的人员需向社区(村)登记备案,并主动居家隔离的要求。如果有疫情高发区接触史的人员对已有发热、咳嗽等症状刻意隐瞒,故意隐瞒或谎报真实行程和

活动轨迹,编造虚假返乡日期,司法机关可通过行为人的隐瞒行为认定其知道或应当知道自身存在携带病原体的可能,并根据其具体行为推定行为人具有过失或间接故意的主观心态,进而追究其过失以危险方法危害公共安全罪或以危险方法危害公共安全罪的刑事责任。

## 2、危害不特定人或多数人的身体健康与生命安全

危害公共安全犯罪的本质在于行为人对不特定人或多数人生命健康权的侵害。和放火、爆炸、驾车冲撞等典型危害公共安全行为不同,疫情传播本身往往不具有暴力性和显像性;但是,传染性疾病的危险却恰恰体现在,病毒在无声无息中急剧扩散,最终导致难以控制的后果。相较于其他典型的危害公共安全行为,疫情传播极易对社会公众造成更为严重的危害后果。

对于隐瞒者而言,其在隐瞒病情或密切接触情况后,又出入社区、车站、商场、影院、工作单位等公共场所,与大量人员密切接触,无疑将急剧升高疾病传染的可能,严重危及不特定人或多数人的生命健康。值得注意的是,由于新型冠状病毒本身具有较强的传染性和扩散性,因此在对隐瞒行为社会危害性的判别标准上,司法机关也极易降低认定标准,即使行为人所处空间有限或所接触人员固定,但是考虑到疾病传染的蔓延性,新型冠状病毒亦会

扩散至公共空间,并进而对社会公众的生命健康造成威胁,此时即使行为人人未进入公共空间,或未与大量人员接触,其仍有可能被追究以危险方法危害公共安全的刑事责任。

### 3、最终被认定为确诊病例

如前文所述,本次疫情的严重程度体现在新型冠状病毒的传染性上,一旦行为人被确诊,就意味着其此前进入公共场所或与他人接触的行为已经对社会公众的生命健康造成现实、紧迫的危险,其隐瞒行为的社会危害性已上升至刑事违法的程度。因此一旦行为人被确诊,其瞒报行为即达到犯罪构成标准。

当然,对于经过潜伏期没有被确诊的有疫源地接触史的人群,也不可抱着侥幸之心——尽管其隐瞒事实、拒不接受检疫或隔离的行为,虽最终不致危害公共安全,但相关行为也会因违反国家传染病防治制度而被追究行政法律责任。

因此,疫情当下,企业复工人员如果在休假期间恰好到访过疫区或与疫区人员密切接触,就应及时向排查人员如实报告情况、接受健康监测,配合企业对员工的筛查与信息登记,切忌故意隐瞒实情、随意出入公共场所,放任病毒传播,否则极有可能导致先入病房后入牢房的双重恶果。

## /02/ 企业因筛查不力所诱发的 刑事风险

依据《传染病防治法》的规定,单位必须接受疾病预防控制机构、医疗机构关于传染病的调查、检验、隔离治疗等防控措施,如实提供有关情况。因此,在疫情防控时期,企业有审查、报告病原体携带者、疑似病人信息情况的义务。如果企业违反规定,导致传染病传播的,需承担民事责任及行政法律责任。更为严重的是,在刑事合规视角下,如果企业对员工疫情情况筛查不力,企业自身及其相关责任人员亦会面临刑事指控。在当前的疫情防治中,企业的刑事风险行为表现为以下两个方面:

**1、企业对疫情情况知情不举。**根据《传染病防治法》的规定,企业有向卫生防疫机构如实报告疫情的义务。如果企业事先已掌握员工有疫情高发地区旅居史以及其他与疫区人员密切接触的情况,但隐瞒不上报并放任员工返岗的,极有可能造成疫情扩散的恶果。

**2、企业未认真履行审查职责。**为应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情,支持企业复工复产,各地出台了有关加强疫情防控的通知,对企业复工后的防疫工作提出了较高的要求,复工企业必须采取测量体温、出入登记、实时监测并上报员工身体情况等防控措施。如果企业未认真履行法

定排查职责,造成人员漏管、漏控、漏报的,亦可能导致传染病扩散的后果。

从刑事法理上看,当义务主体不履行法定义务而造成严重危害后果时,如符合特定犯罪的构成要件,其将构成不作为犯罪。就法律责任而言,无论是知情不举,还是审查疏漏,都可能造成病毒扩散;一旦出现危害社会公众生命健康的后果,企业的主管人员及直接责任人员亦会面临构成危害公共安全犯罪的刑事风险。同时,对于国有公司、企业的工作人员,如果严重不负责任,未尽审查义务或滥用职权、弄虚作假的,还可能面临国有公司、企业人员失职罪及国有公司、企业人员滥用职权罪的刑事风险。

同时,根据《中华人民共和国刑法》第三百三十条的规定,单位违反传染病防治法的规定,拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的,构成妨害传染病防治罪。值得注意的是,虽然本次新型冠状病毒系乙类传染病,但由于采取甲类传染病的预防和控制措施,因此,司法机关在对涉案行为是否属于“引起甲类传染病传播或者有传播严重危险”进行法律解释时,有一定自由裁量的空间。从目前严厉打击疫情防控期间违法犯罪的刑事政策上看,对于知情不举或审查疏漏的企业,司法机关亦有可能认定其构成本罪,并对企业判处罚金,同时追究直接负责的主管人员和其他直接责任人

的刑事责任。

## /03/ 企业防疫工作的刑事合规要点

从法律合规的角度看,为有效防治疫情、避免法律风险,企业在开展防疫工作时应特别注意如下三个刑事合规要点。

### 1、按照法律规定全面筛查员工健康情况

企业复工前,应当及时、全面统计员工的健康状况及休假期间的出行情况,对包括日期、行程、接触人员、是否离开暂居地等在内的重要信息进行统计整理,要求员工如实填报,并承诺所申报情况全部属实。同时,企业对上述信息需做好留档备查工作,并与卫生行政部门和应急管理部门做好工作对接。在复工后的日常防控期间,企业还应加强进出人员体温检测并进行实名登记,严格要求进出人员佩戴口罩,定期开展办公场所的消毒通风工作,实行错峰上班、错时用餐,鼓励居家远程办公,及时追踪员工的身体健康状况。

### 2、企业主管人员及责任人员要实时监督防疫工作

企业在开展防疫工作时,企业主管人员与部门负责人亦应当加强监督管理,一方面,企业需要明确管理人员及不同部门在疫情防控中的权责配置和工作分工,

对企业涉及疫情防控的工作会议、现场检查、通知发布等活动进行留痕处理;另一方面,企业及主管人员还需要加强对疫情防控工作质量的监督和复查,防止出现因排查工作不到位而带来病毒传播的情形,兼顾监督管理工作的有效性和可视化。

### 3、制定突发事件应急预案

疫情当前,企业应当制定办公场所发生员工发烧、呼吸困难等紧急情况的应急处置措施、隔离措施以及应急交通送医治疗路线、定点医院联系等预案,并向卫生行政部门实时通报突发事件情况。对于居家隔离或在家办公的员工,企业亦应当跟进员工的健康状况,在出现突发状况时做好通报及就诊协助工作。

随着节后企业的复工复产,疫情防控工作将迎来新的关键期。2020年2月5日,中央全面依法治国委员会召开第三次会议,再次强调依法防控疫情的重要性,并明确指出,要加大对危害疫情防控行为的司法力度。2020年2月6日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》,明确了“依法及时”、“从严惩治”的刑事规制原则。可以预见,妨害疫情防控的行为将成为特殊时期的刑事政策打击重点。

共同战“疫”,既需要企业和个人众志成城,做好疫情防控,也需要企业和个人识别法律底线、守住刑事防线,为疫情防控创造安全稳定的社会环境。

---

王峰  
合伙人  
争议解决部  
上海办公室  
+86 21 6061 3165  
fengwang  
@zhonglun.com

---

---

03\_

# Industrial Opportunities

产业新机遇





---

作者：李荔/常天行

---

# 新冠肺炎疫情下的 互联网医疗和互联网医药企业合规研究





- ▶ 2020年伊始,随着新型冠状病毒肺炎(下称“新冠肺炎”)疫情爆发,各地疫情防控措施不断升级,疫情最严重的湖北武汉地区确诊病例和疑似病例的收治、检测能力不足,抗击疫情所需的防疫物资告急。根据新闻报道,武汉地区出现发热病人无处就医、各大医院发热门诊外排长队就医的情况,相关专家也指出大量病患聚集发热门诊存在病患之间交叉感染的风险。
- ▶ 面对当前的疫情,在线医疗、医药平台优势凸显,成为最坚强的后盾之一。我们关注到,平安好医生、丁香园、春雨医生、微脉等在线医疗平台也在疫情发生的第一时间开通了网上问诊专区,制定线上预防机制,从而判定疑似病例,告知应对举措以及预防隔离措施,提供答疑和健康宣讲。鉴于此,本文总结了互联网诊疗相关政策规定,以期帮助互联网医疗企业合规经营,并帮助广大读者甄别网上问诊渠道。

## /01/ 互联网诊疗服务相关政策支持

2014年8月,原国家卫生和计划生育委员会(下称“原国家卫计委”,现已并入国家卫生健康委员会(下称“国家卫健委”)和国家医疗保障局)发布并实施《国家卫生和计划生育委员会关于推进医疗机构远程医疗服务的意见》,首次明确远程医疗服务的定义和服务范围,同时明确非医疗机构不得开展远程医疗服务:

远程医疗服务是一方医疗机构(下称“邀请方”)邀请其他医疗机构(下称“受邀方”),运用通讯、计算机及网络技术(下称“信息化技术”),为本医疗机构诊疗患者提供技术支持的医疗活动。医疗机构运用信息化技术,向医疗机构外的患者直接提供的诊疗服务,属于远程医疗服务。

远程医疗服务项目包括:远程病理诊断、远程医学影像(含影像、超声、核医学、心电图、肌电图、脑电图等)诊断、远程监护、远程会诊、远程门诊、远程病例讨论及省级以上卫生行政部门规定的其他项目。

自此,互联网诊疗服务正式从政策层面得到明确的支持,互联网+医疗模式逐渐放开。自2018年以来,我国互联网诊疗领域政策密集出台,截至目前有效的主要文件如下:

### 1.《进一步改善医疗服务行动计划(2018-2020年)》

2017年12月,原国家卫计委、国家中医药管理局联合发布《进一步改善医疗服务行动计划(2018-2020年)》,明确要求从2018年起,以“互联网+”为手段,建设智慧医院,提出建立预约诊疗制度、远程医疗制度等五大医院制度。

### 2.《促进“互联网+医疗健康”发展的意见》

2018年4月,国务院办公厅发布《促进“互联网+医疗健康”发展的意见》,该意见指出要发展“互联网+”医疗服务,并提出了更为具体的实施指导意见。该意见提出,“鼓励医疗机构应用互联网等信息技术拓展医疗服务空间和内容,构建覆盖诊前、诊中、诊后的线上线下一体化医疗服务模式。允许依托医疗机构发展互联网医院。医疗机构可以使用互联网医院作为第二名称,在实体医院基础上,运用互联网技术提供安全适宜的医疗服务,允许在线开展部分常见病、慢性病复诊。医师掌握患者病历资料后,允许在线开具部分常见病、慢性病处方。支持医疗卫生机构、符合条件的第三方机构搭建互联网信息平台,开展远程医疗、健康咨询、健康管理服务,促进医院、医务人员、患者之间的有效沟通。”

值得注意的是,该意见明确了为适应“互联网+医疗健康”发展,需进一步完善

医保支付政策,首次提出“逐步将符合条件的互联网诊疗服务纳入医保支付范围,建立费用分担机制”。

### 3.《互联网诊疗管理办法(试行)》

2018年7月,国家卫生健康委员会(下称“国家卫健委”)、国家中医药管理局联合发布《互联网诊疗管理办法(试行)》,从法规层面明确了互联网诊疗的定义,对互联网诊疗活动准入、执业规则、监督管理等方面做出了基本规范。同时,该办法对医疗机构提供互联网诊疗健康服务的准入程序、诊疗服务人员信息管理、诊疗服务人员进行互联网健康服务的规范和管理机构提出要求并要求主管机关向社会公布允许开展互联网诊疗活动的医疗机构名单。

值得注意的是,该办法明确规定,不得对首诊患者开展互联网诊疗活动。

### 4.《互联网医院管理办法(试行)》

2018年7月,国家卫健委、国家中医药管理局联合发布《互联网医院管理办法(试行)》,从法规层面明确了互联网医院的定义,对互联网医院的准入、执业规则、监督管理等方面做出了基本规范。同时,作为该办法的附录发布的《互联网医院基本标准(试行)》规范了互联网医院设置的标准,使互联网医院设置和运行切实可行。

### 5.《远程医疗服务管理规范(试行)》

2018年7月,国家卫健委、国家中医药管理局联合发布《远程医疗服务管理规范(试行)》,从法规层面明确了远程医疗服务的定义,明确远程医疗服务不仅包括医疗机构之间远程提供医疗服务,也包括医疗机构和第三方机构合作提供诊疗服务。该办法对开展远程医疗服务的基本条件、流程、管理和监管做出了规范,使互联网医院提供诊疗服务过程有法可依。

### 6.《关于完善“互联网+”医疗服务价格和医保支付政策的指导意见》

2019年9月,国家医疗保障局发布《关于完善“互联网+”医疗服务价格和医保支付政策的指导意见》,该意见首次明确互联网诊疗服务提供所需费用的医保支付政策,价格服务形成机制,使互联网诊疗价格体系更加规范,同时也使线上就诊人员同样享受医保红利,增加就诊患者线上就诊的动力。

### 7.各地主要政策

随着国家各政府部门积极推动,各省市也陆续出台了针对本地区互联网发展的鼓励政策。截至目前,已有浙江、湖南等18个省份陆续出台了相关文件,综合来看,主要围绕健全互联网诊疗服务体系、完善互联网诊疗支持体系和加强行业监管和安全保障三个主要方面因地制宜做出规范。截

至目前,主要的地方性规定罗列如下:

地区	发布时间	政策名称
山东	2019.11	关于完善“互联网+”医疗服务价格和医保支付政策的实施意见
	2019.7	推进“互联网+医疗健康”示范省建设行动计划(2019-2020)
上海	2019.9	上海市互联网医院管理办法
福建	2019.8	关于完善“互联网+远程医疗”收费有关问题的通知
	2019.7	福建省药品监督管理局综合处关于鼓励通过信息技术开展执业药师远程审方的意见
重庆	2019.7	重庆市加快“互联网+医疗健康”发展行动计划(2018-2020)
黑龙江	2019.7	关于发展“互联网+医疗”促进“看病不求人”的实施意见
甘肃	2019.6	甘肃省互联网医院管理办法
四川	2019.4	推进“互联网+医疗健康”便民惠民服务行动计划(2019-2020)
云南	2019.4	关于促进“互联网+医疗健康”发展的实施意见
新疆	2019.3	关于促进“互联网+医疗健康”发展的实施意见
海南	2019.3	海南省关于促进“互联网+医疗健康”发展的实施方案
青海	2019.2	关于青海省促进“互联网+医疗健康”发展的实施意见
安徽	2019.1	安徽省智慧医疗工作三年提升计划(2018-2020年)实施方案
宁夏	2019.1	“互联网+医疗健康”示范区建设规划(2019-2020年)
河北	2019.1	河北省互联网医院管理办法实施细则(试行)
陕西	2019.1	关于促进“互联网+医疗健康”发展的实施意见
山西	2019.1	关于做好互联网医疗服务工作的通知
湖南	2019.1	关于促进“互联网+医疗健康”发展的实施意见
浙江	2019.1	浙江省卫生健康委关于做好互联网医疗服务工作的通知

## /02/ 互联网诊疗模式与经营合规性

我国现行法律法规并未对互联网医院设立独立的资格证照,但根据互联网医院平台提供的服务不同,其所应具备的资

质也不相同,以下就提供互联网诊疗的模式和所需资质进行分析。

### 1. 互联网诊疗服务模式

根据《国务院办公厅关于促进“互联网+医疗健康”发展的意见》,互联网医院有

两种发展模式：一是医疗机构在实体医院基础上，运用互联网技术提供安全适宜的医疗服务；二是医疗机构与符合条件的第三方机构搭建互联网信息平台。

从实践中看，随着本次新冠肺炎疫情爆发，华中科技大学同济医学院附属同济医院、安徽省立医院等大型三甲医院开通网上“发热门诊”，丁香园、微医、阿里健康、1药网等网络平台也在第一时间开设了发热病人在线医疗通道。

## 2. 远程医疗服务所需资质

根据《互联网诊疗管理办法(试行)》，互联网诊疗活动应当由取得《医疗机构执业许可证》的医疗机构提供。

拟新设置互联网诊疗活动的医疗机构应当向卫生健康行政部门提交申请材料，已经取得《医疗机构执业许可证》的医疗机构拟开展互联网诊疗活动，应当向其《医疗机构执业许可证》发证机关提出开展互联网诊疗活动的执业登记申请，经同意后方可开展互联网诊疗活动。

据此，不论何种方式设立互联网医院，提供互联网诊疗服务的机构应当取得《医疗机构执业许可证》，且提供互联网诊疗服务需卫生健康行政部门批准。

## 3. 互联网医院的诊疗范围

根据《互联网医院管理办法(试行)》，患者未在实体医疗机构就诊，医师只能通

过互联网医院为部分常见病、慢性病患者提供复诊服务；当患者病情出现变化或存在其他不适宜在线诊疗服务的，医师应当引导患者到实体医疗机构就诊。根据《互联网诊疗管理办法(试行)》，医疗机构不得对首诊患者开展互联网诊疗活动，且互联网诊疗活动应当与其诊疗科目相一致。未经卫生健康行政部门核准的诊疗科目，医疗机构不得开展相应的互联网诊疗活动。

据此，互联网医院目前只能于卫生健康行政部门核准的诊疗科目范围内为部份常见病、慢性病患者提供复诊服务，不得对首诊患者开展互联网诊疗活动。

## 4. 执业医师多点执业

根据《互联网诊疗管理办法(试行)》，医师开展互联网诊疗活动应当依法取得相应执业资质，具有3年以上独立临床工作经验，并经其执业注册的医疗机构同意。根据《医师执业注册管理办法》，对医师执业地点采取注册登记制，将执业地点定义为执业医师执业的医疗、预防、保健机构所在地的省级行政区划和执业助理医师执业的医疗、预防、保健机构所在地的县级行政区划(第七条)，并且允许医师跨执业地点增加执业机构(第十七条)。

据此，通过互联网医院提供医疗服务的医师应当具备执业资质和3年以上独立临床工作经验，除了在其执业的实体医疗机构所在地注册外，还需在批准互联网医

院执业的行政主管部门进行注册。

## /03/ 互联网医药品流通

### 1. 互联网医药品流通相关政策支持

现行法律法规仅允许提供互联网药品交易服务的企业在网上销售本企业经营的非处方药,对向公众销售处方药持否定态度,但随着信息技术的发展,利好政策的不断出台,互联网销售处方药品限制也呈现初步放开的趋势,截至目前主要规定如下:

#### (1)《互联网药品信息服务管理办法》

2004年7月,原国家药品监督管理局(现已并入中华人民共和国国家市场监督管理总局(下称“国家市监总局”))发布并于2017年11月修订《互联网药品信息服务管理办法》,对通过互联网向上网用户提供药品(含医疗器械)信息的服务活动的准入限制、信息发布要求、监督管理规定等方面做出规范。

#### (2)《互联网药品交易服务审批暂行规定》

2005年12月,原国家药品监督管理局发布实施《互联网药品交易服务审批暂行规定》,首次从法规层面对互联网提供药品交易服务的范围、服务主体以及监管管理等方面做出规范。该规定明确向个人消费者提供互联网药品交易服务的企业只能在网上销售本企业经营的非处方药。

值得一提的是,有关《互联网药品交易服务审批暂行规定》中规定的互联网药品交易服务资格证审批事项已由《国务院关于第三批取消中央指定地方实施行政许可事项的决定》、《国务院关于取消一批行政许可事项的决定》予以取消。

#### (3)《关于加强互联网药品销售管理的通知》

2013年10月,原国家食品药品监督管理局(现已并入国家市监总局)发布实施《关于加强互联网药品销售管理的通知》,更为具体地明确了零售连锁企业只能网上销售非处方药,且可以使用符合GSP认证的配送系统自行配送。至此,互联网销售药品的零售和配送过程均有政策和法规支持。

#### (4)《医疗器械网络销售监督管理办法》

2018年3月,原国家食品药品监督管理局发布实施《医疗器械网络销售监督管理办法》,对从事医疗器械网络销售、提供医疗器械网络交易服务的准入限制、信息发布要求、销售流程以及监督管理规定等方面做出规范。

#### (5)《促进健康产业高质量发展行动纲要(2019-2020年)》

2019年8月,国家发展改革委、教育部、科技部印发《促进健康产业高质量发展行动纲要(2019—2022年)》的通知,从国家发展战略层面提出“积极发展‘互联网+药



品流通’”，同时提出“建立互联网诊疗处方信息与药品零售消费信息互联互通、实时共享的渠道，支持在线开具处方药品的第三方配送。”

在实践中，全国医保电子凭证发布于2019年11月24日在山东省济南市举行。全国医保电子凭证将在河北、吉林、黑龙江、上海、福建、山东、广东七个省(市)的部分城市陆续开通使用，民众看病可以不用再带医保卡。与此同时，甘肃省在全国率先上线了电子处方流转平台，均为互联网诊疗和互联网药品流通一体化提供了可行基础。

#### (6)《中华人民共和国药品管理法》

2019年12月，全国人大常委会发布实施新修订的《中华人民共和国药品管理法》，本次修订中规定“疫苗、血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、药品类易制毒化学品等国家实行特殊管理的药品不得在网络上销售”，相较此前出台的法律法规而言，该法并未直接规定处方药物不得在网络上销售。

至此，处方药的线上流通虽然在法律法规层面还没有正式放开，但已提高至国家发展战略层面并逐步呈现放开趋势。随着网络信息的发展，处方电子化的普及，笔者相信，互联网销售处方药得到法律法规层面的明确认可也指日可待。

处方药的线上流通虽然在法律法规层面还没有正式放开，但已提高至国家发展战略层面并逐步呈现放开趋势。

## 2.互联网医药企业经营合规性

### (1)提供药品(含医疗器械)信息服务模式

根据《互联网药品信息服务管理办法》，互联网药品信息服务分为经营性和非经营性两类。经营性互联网药品信息服务是指通过互联网向上网用户有偿提供药品信息等服务活动的。非经营性互联网药品信息服务是指通过互联网向上网用户无偿提供公开的、共享性药品信息等服务活动的。

实践中，大多提供药品(含医疗器械)信息服务的企业提供的服务属于“经营性互联网药品信息服务”，因此，本文也围绕经营性互联网药品信息服务探讨互联网医药企业经营合规性，提供非经营性互联网药品信息服务企业的合规性亦可据此参考。

### (2)提供药品(含医疗器械)交易信息服务企业所需资质

根据《互联网药品信息服务管理办法》，拟提供互联网药品信息服务的网站，



应当在向国务院信息产业主管部门或者省级电信管理机构申请办理经营许可证或者办理备案手续之前,按照属地监督管理的原则,向该网站主办单位所在地省、自治区、直辖市食品药品监督管理部门提出申请,符合条件的核发《互联网药品信息服务资格证书》。

根据《中华人民共和国药品管理法》,药品网络交易第三方平台提供者应当按照国务院药品监督管理部门的规定,向所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门备案。

根据《医疗器械网络销售监督管理办法》,医疗器械网络交易服务第三方平台提供者应当依法取得《互联网药品信息服务资格证书》,应当向所在地省级食品药品监督管理部门备案。

根据《中华人民共和国电信条例》和《电信业务分类目录》,若互联网医药企业不仅发布药店和药品(含医疗器械)信息,还提供药品(含医疗器械)交易服务,则属于“B21在线数据处理与交易处理业务”,应当取得该业务的《增值电信业务经营许可证》。

据此,提供药品(含医疗器械)交易信息服务的企业应取得《互联网药品信息服务资格证书》、《增值电信业务经营许可证》并应在所在地省级食品药品监督管理部门备案。

### (3) 互联网自营药品(含医疗器械)企

### 业所需资质

根据《中华人民共和国药品管理法》,从事药品批发、零售活动,应分别取得省级药品监管部门、县级以上地方药品监管部门的批准,未经核发《药品经营许可证》,不得经营药品。

根据《医疗器械经营监督管理办法》,国家对医疗器械经营实施分类管理,其中经营第一类医疗器械(指风险程度低,实行常规管理的)不需要许可和备案,经营第二类医疗器械(指具有中度风险,需要严格控制管理的)实行备案管理,经营第三类医疗器械(指具有较高风险,需要采取特别措施严格控制管理的)实行许可管理。第二类备案和第三类许可单位均为经营企业所在地设区的市级食品药品监管部门。

据此,互联网自营药品(含医疗器械)企业应取得《药品经营许可证》,可能需要取得医疗器械备案或许可(视是否经营医疗器械)。同时,与提供药品(含医疗器械)交易信息服务企业所需资质相同的是,还需取得《互联网药品信息服务资格证书》、《增值电信业务经营许可证》并应在所在地省级食品药品监督管理部门备案。

新冠肺炎疫情使得口罩成为了市场上紧缺的物质,那么口罩是否属于医疗器械呢?根据《医疗器械生产日常监督管理规定》,医用口罩产品(医用防护口罩、医用外科口罩和普通医用口罩)已纳入《国

家重点监管医疗器械目录》，属于第二类医疗器械。根据《医疗器械监督管理条例》中对第二类医疗器械的规定，互联网销售医用口罩产品，销售企业需取得《第二类医疗器械经营备案凭证》，生产企业应取得《医疗器械生产企业许可证》，销售的口罩商品应具备《医疗器械注册证》，且该等资质证件应当于销售时公示。

## /04/ 互联网医疗和互联网医药企业可能涉及的其他经营事项合规性

### 1. 在线预约挂号业务

根据《中华人民共和国电信条例》和《电信业务分类目录》，互联网医疗平台发布合作医疗机构的科室、医生的门诊安排，患者通过网站或APP进行预约挂号，属于“B25信息服务业务”，应根据是否向医疗机构或向患者收取费用，办理相应的《增值电信业务经营许可证》或域名备案。

### 2. 医疗科普节目业务

根据《互联网视听节目服务管理规定》，互联网视听节目服务，是指制作、编辑、集成并通过互联网（包括移动互联网）向公众提供视音频节目，以及为他人提供上传传播视听节目服务的活动。从事互联网视听节目服务，应当取得广播电影电视

主管部门颁发的《信息网络传播视听节目许可证》。

据此，如互联网医疗和互联网医药企业通过APP或网站播放医疗科普节目，需要取得《信息网络传播视听节目许可证》。自《互联网视听节目服务管理规定》于2008年1月31日实施以来，只有国有独资企业或国有控股单位能取得《信息网络传播视听节目许可证》。根据《广电总局、信息产业部负责人就〈互联网视听节目服务管理规定〉答记者问》，《互联网视听节目服务管理规定》发布之前依法开办、无违法违规行为的，方可重新登记并继续从业。因此，2008年1月31日以后，非国有企业如须从事互联网视听节目服务，无法以新申请方式取得《信息网络传播视听节目许可证》，只能通过收购已持证公司的方式取得资质。但是，收购已持证公司在操作上也存在一定难度，实践中，相关企业可能仍处于未取得许可证而擅自开展的状态，存在被广播电影电视主管部门予以警告、责令改正并给予罚款，被电信主管部门关闭网站、吊销相应电信许可证或撤销备案的法律风险。

### 3. 广告发布业务

根据《互联网广告管理暂行办法》、《互联网药品信息服务管理办法》，提供互联网药品信息服务的网站发布的药品（含医疗器械）广告，必须经食品药品监



管部门审查批准,且发布的广告中应注明“广告”字样和广告审查批准文号。同时,根据《中华人民共和国广告法》,互联网信息服务提供者不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品广告,即互联网医疗平台的推广文章、视频中指明药品、医疗器械厂家的,并说明使用功效,会被认定为药品或医疗器械广告,该等推广文章和视频也应经审查批准。

根据《中华人民共和国广告法》、《互联网广告管理暂行办法》、《互联网药品信息服务管理办法》,网站不得发布麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品和医疗机构制剂的产品信息,不得发布处方药广告。

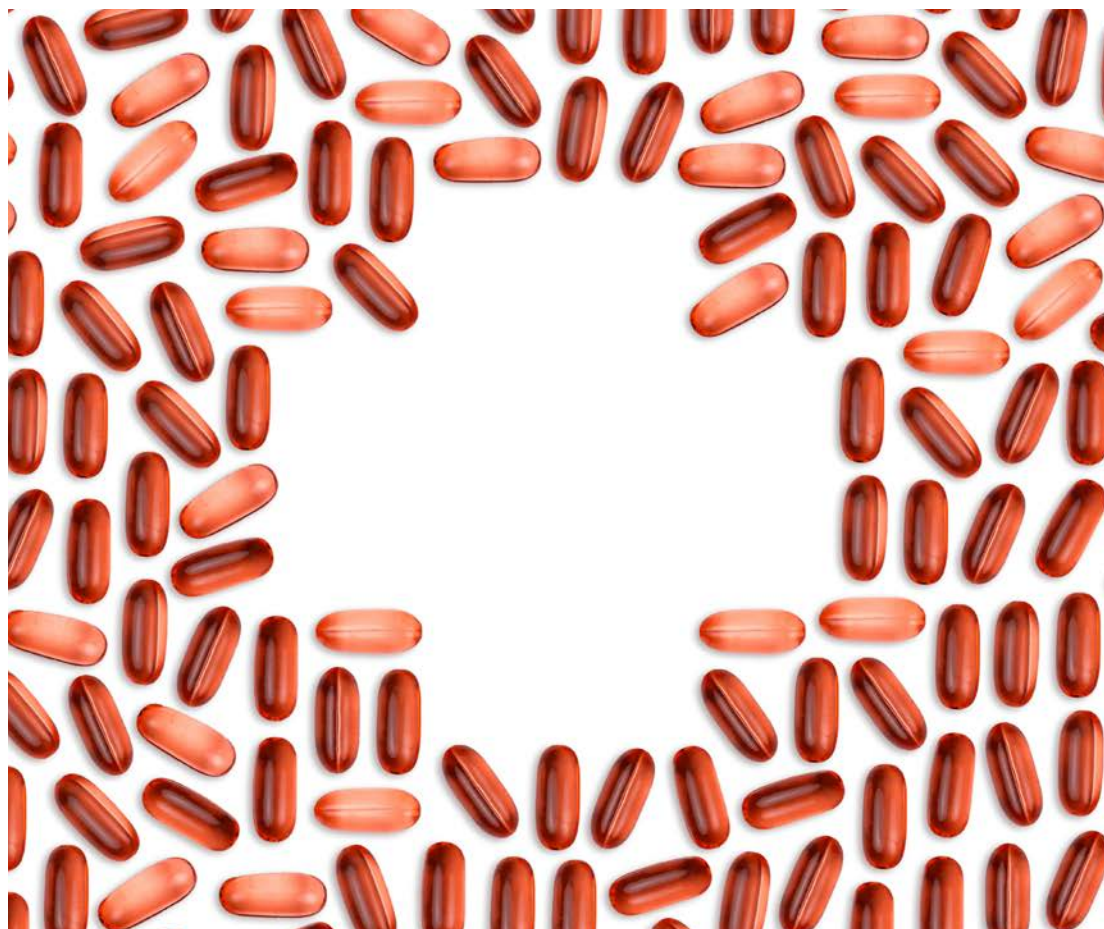
据此,目前互联网医疗和互联网医药企业只能发布非处方药广告,且发布前应经食品药品监管部门审查批准。

---

作者：程芳/张骏翔/代明心

---

# “瑞德西韦”被抢注？ 关于药品专利的八大问题





2020年2月5日一早, 微信朋友圈被一篇名为“震惊! ‘瑞德西韦’ 被武汉病毒研究所抢注了发明专利”的文章称, 武汉病毒研究所2月4日晚间发布消息称: “对在我国尚未上市, 且具有知识产权壁垒的药物‘瑞德西韦’, 我们依据国际惯例, 从保护国家利益的角度出发, 在1月21日申报了中国发明专利(抗2019新型冠状病毒的用途), 并将通过PCT(专利合作协定)途径进入全球主要国家”。“瑞德西韦”不是美国吉利德科学公司(Gilead Science)的产品吗? 怎么武汉病毒所又申请注册了专利? 一石激起千层浪, 一时间关于“瑞德西韦”专利被“抢注”的全网大讨论沸沸扬扬……“瑞德西韦”到底是谁的? 专利有没有被抢注? 作者借“瑞德西韦”专利事件梳理了药品专利的八大问题, 以飨读者。

## /01/

### 问题1: 瑞德西韦是吉利德公司的产品吗? 在中国有专利保护吗?

**答:** 瑞德西韦是吉利德公司的产品, 在中国有专利保护。

瑞德西韦 (Remdesivir, 江湖译名“人民的希望”) 是吉利德公司2013年开发的一款逆转录RNA病毒的药物, 这款药物最早是为了治疗埃博拉病毒, 但是疗效不甚理想, 进而尝试用于SARS和MERS这样的冠状病毒治疗。最近发现有可能是治疗新冠病毒的特效药, 2020年2月4日已经在中国开始临床试验。

根据国家知识产权局网站公开的信息, 吉利德公司有六项与瑞德西韦相关的专利或专利申请, 分别为 ZL201180035776.1、ZL201510615482.6、CN201580059613.5、CN201580059611.6、CN201680066796.8和CN201880028988.9。

其中, ZL201180035776.1和ZL201510615482.6号专利已经获得授权, ZL201180035776.1保护瑞德西韦化合物、药物组合物及其针对副黏病毒科病毒感染的制药用途; ZL201510615482.6保护与瑞德西韦结构相似的卤代化合物、药物组合物及其针对副黏病毒科病毒感染的制药用途。CN201580059613.5、

CN201580059611.6、CN201680066796.8和CN201880028988.9仍在专利申请过程中, 分别保护瑞德西韦的制备方法、针对丝状病毒科、沙粒病毒科、冠状病毒科病毒感染感染的制药用途以及瑞德西韦的晶型结构。类似的药物化合物、组合物、制药用途、制备方法与晶型组合的专利保护方式在医药行业非常常见, 有利于形成专利保护网、排除竞争对手。

## /02/

### 问题2: 既然瑞德西韦已经有专利保护, 武汉病毒所还能够申请专利吗?

**答:** 同一个药品可以同时存在多个专利, 武汉病毒研究所也可以申请专利。

药品专利包括很多类型, 同一个药品有多个专利保护非常常见。瑞德西韦属于化学药物, 业内常会把化药专利分为一级专利和二级专利, 一级专利通常是指保护药物化合物的专利, 而二级专利则指围绕着药物化合物衍生出来的一系列专利, 包括药物组合物、制药用途、制备方法、晶型结构等等。

就直接相关的一级专利以及相应二级专利的申请主体, 法律并无相应禁止性规定。一个专利能否授权, 仅考察其是否符合《专利法》所规定的“新颖性、创造性、实用性”等授权标准, 而不会审查申请主体是谁。也就是说, 即便没有化合物这样的一级专利, 也可以申请相应的二级专利。

在化学药物领域,当某个有价值的化学结构出现后,相关研发会很活跃。参与研发的主体不仅包括该化学结构的发现者,也包括很多其他机构。对于其他机构的研发,只要有新的改良、发现,能够达到专利法规定的“新颖性、创造性、实用性”等可专利性标准,就可以获得专利授权。当然,这种在已有化学结构基础上的“再研发”在在创新度和价值上往往不能与化学结构相提并论,且经将来的实施也要经化学结构发现者的授权。武汉病毒研究所申请的专利,是瑞德西韦化合物的用途专利,属于基于瑞德西韦化合物的二级专利。

### /03/ 问题3:在吉利德公司已经有专利和专利申请的情况下,武汉病毒研究所的专利申请还能获得授权么?

**答:**存在授权的可能性。

此前提到瑞德西韦有一项专利申请已经公开了瑞德西韦治疗冠状病毒科病毒感染用途,而武汉病毒研究所的专利申请请求保护抗2019新型冠状病毒的用途。2019新型冠状病毒属于冠状病毒科病毒的一种,两者属于上位概念和下位概念的关系。

根据《专利审查指南》的规定,已公开的上位概念并不破坏下位概念的新颖性。也就是说,虽然吉利德专利公开了冠状病毒的相关方案,但就冠状病毒的一种——2019新型冠状病毒,武汉病毒研究所的申

请存在授权的可能性。当然,专利是否能够获得授权,还需考量武汉病毒研究所专利申请是否符合前述“三性”的要求。

### /04/ 问题4:如果武汉病毒所的专利也能授权,其他制药厂家使用瑞德西韦治疗新型冠状病毒感染,是不是需要同时得到吉利德公司和武汉病毒所的专利授权?

**答:**是的。

药品既要使用瑞德西韦这一化合物,同时也要注明适应症包括新型冠状病毒。就使用瑞德西韦化合物而言,需要获得吉利德公司的许可,就治疗新型冠状病毒感染这一适应症而言,需要武汉病毒研究所的许可。

### 05/ 问题5:我想看看武汉病毒研究所申请的专利,如何查询这篇专利申请?

**答:**目前无法进行公开查询。

根据《专利法》规定,发明专利申请的审批程序包括受理、初审、公布、实审以及授权5个阶段,专利申请公布之前,公开渠道均无法查询。《专利法》第34条规定了发明专利申请公布的时间,即国务院专利行政部门经初步审查认为发明专利申请符合专利法要求的,自申请日起满18个月即行公布,也可以根据申请人的请求提前公

布其申请。而根据武汉病毒研究所网站上公布的信息,其提出专利申请的时间是2020年1月21日,目前应当仍处于初步审查阶段,尚未进行公布,因此,无法通过国家知识产权局等公开渠道查询到相关信息。

## 06/ 问题6:实用新型专利不是能很快授权吗?为什么武汉病毒研究所不申请瑞德西韦的实用新型专利呢?

**答:**药品发明不符合实用新型的定义,通常只能申请发明专利。

中国《专利法》规定了发明、实用新型、外观设计三种专利类型。其中,发明专利的保护期是20年,实用新型和外观专利的保护期是10年,均自专利申请日起算。发明专利的授权需要经过实质审查,判断是否符合新颖性、创造性、实用性及其他授权条件后才能获得授权。实用新型和外观专利申请不需要经过实质审查即可以授权,所以实用新型的授权速度的确大大快于发明专利。

虽然实用新型专利授权速度快,但是药品的特殊性决定了药品专利只能申请发明专利。《专利法》第2条规定,发明专利用于保护产品、方法或者其改进,实用新型专利用于保护产品的形状、构造或者其结合,换言之保护有确定形状、构造且占据一定空间的实体。医药领域的发明无论是化合物结构,组合物的组分和配比,还是制备方法、剂型、晶型、制药用途,都不

涉及“产品的形状、构造或其结合”,不符合中国专利法实用新型的定义。所以,除了药品包装可能申请外观设计专利之外,其他涉及药品的专利都是发明专利。

## 07/ 问题7:吉利德公司掌握了“瑞德西韦”的核心专利,如果吉利德公司拒绝许可怎么办?新型冠状病毒的患者就不能使用这个药品了吗?

**答:**在出现流行病、传染病等重大疫情的情况下,如果专利权人拒绝许可,政府可能启动专利强制许可。

专利权是一种具有国家强制执行力的排他性私有权利,医药行业是一个高度依赖专利保护的行业,因为药品研发耗时费力、投入巨大,原研药厂需要通过药品专利的排他保护排除竞争对手,收回研发成本并获益。但是,在出现流行病、传染病等重大疫情的情况下,如果药品的专利权人拒绝许可,则可能对生命安全和公共健康造成严重威胁。为了防止涉及公共利益时可能出现的药品排他性垄断,TRIPS协议规定了在“发生全国性紧急状态或其他极端紧急状态或为公共的非商业性目的”,成员国政府可以通过启动专利强制许可实施专利药物,达到救助公共安全的目的。

中国已经建立了较为完备的强制许可制度,《专利法》、《专利实施强制许可办法》和《关于改革完善仿制药供应保障及使用政策的意见》等法律法规对强制许可的审查、强制许可费用的裁决及强制许可



的终止程序等进行了详细的规定。因此,在国家出现重大传染病疫情及其他突发公共卫生事件、防治重大疾病药品出现短缺等非常情况时,国家卫健委等医药主管部门可以向国家知识产权局提出建议,启动专利的强制许可程序。

综观世界,印度、泰国、台湾地区等均有颁发过药品强制许可的实例。然而,自从强制许可制度进入立法以来,中国尚未以任何理由颁发过任何强制许可。总体上,中国对强制许可持审慎态度。美国作为原研药厂密集且药品产能巨大的国家,对药品专利强制许可持强烈的反对态度,因为强制许可会破坏专利制度下的创新激励机制,打击了原研药厂创新药品研发的积极性。

“瑞德西韦”当下不存在颁发强制许可的必要。吉列德与中国政府的谈判非常顺利,应该已经达成了一揽子协议。目前,瑞德西韦在中国的绿色审批通道下,顺利进入三期临床试验。

## /08/ 问题8: PCT申请是“国际专利”吗?是否享有全球范围内的专利保护?

**答:**不是,不享有。

PCT(Patent Cooperation Treaty)是一个简化专利申请流程的国际条约,中国于1994年1月1日加入。PCT的主要作用在于简化申请流程,即,权利人要在多个国家申请专利的时候,不必分别向每个国家分别提起申请,而仅需向所在国(假定

为PCT的成员国)的专利审查机构提交一次申请即可。

需要说明的是, PCT仅仅是对申请程序的简化,而不涉及“专利申请是否符合授权条件”等实质内容的判断。因此,尽管大家常常把“PCT国际申请”称为“国际专利”,但是PCT国际申请仅仅是未经审查、处于PCT国际阶段的专利申请,不涉及专利的实质性授权和保护。PCT国际申请是否能够最终获得授权,需要在PCT国际申请进入具体国家后,根据各个国家的专利法进行实质性判断,并且授权以后对专利排他性保护也仅限于该国境内。比如,某中国申请人通过PCT途径进入了美国和日本,专利是否能够授权,需由美国、日本的专利机构进行实质审查,授权后也仅能在美国、日本获得保护,不会及于其他国家。

因此,从简化程序、向一个国家提交即具有多国指定效力的角度而言,“PCT申请”是有国际化性质。但是,鉴于PCT国际申请必须进入各个指定国之后才具有授权的可能性,PCT国际申请不是国际专利,也不享有全球范围内的专利排他保护。

尽管吉利德已经完成了“瑞德西韦”在中国的专利布局,其中既包括“瑞德西韦”核心化合物专利、组合物专利,也包括制备方法、晶型结构、用途等二级专利,但是武汉病毒研究所仍然快速提出了新的专利申请,这件申请是否能够突破重围、获得授权?会不会引发一轮关于药品专利授权标准的大讨论?让我们拭目以待。



---

作者：舒海/李俊杰/桂爽

---

## 疫情之下在线教育的知识产权保护





- ▶ “我知道老师还得洗头, 给你们添麻烦了! 我知道各位少侠假期不想那么充实, 难为你们了!” 2月16日钉钉在其bilibili官方账号发布了一个名为《钉钉本钉, 在线求饶》的视频, 向广大给钉钉打一星的用户们求饶, 博得大家一笑的同时也引起了大众对在线教育的热议。
- ▶ 虽说近些年在线教育机构早已开始相互角逐, 但突发的新冠疫情, 直接推动了这一行业的迅猛发展。全国中小学校推迟开学、非必要不举办聚集性活动等一系列管控措施, 使得在线教育市场的竞争更加白热化, 新东方、学而思网校、猿辅导、作业帮等均各显神通来吸引流量。
- ▶ 但在这场在线教育的狂欢中, 各种法律风险也逐渐显露, 本文将着重对在线教育中的知识产权问题进行探讨, 以期对实践提供一定的帮助。



## 01/ 权利客体及归属篇

在线教育运用互联网、人工智能等现代信息技术进行教与学互动的新型教育方式,是教育服务的重要组成部分<sup>[1]</sup>。对于其中的知识产权问题,最为基础的即在线教育具体涉及哪些知识产权以及相关权利的归属问题。

### 一、哪些标志需注册为商标?注册类别怎么选?

任何能够将商品/服务与他人的商品/服务相区别开的、有显著性的标志均可以作为商标申请注册。对于在线教育机构,其企业名称的主要部分(如字号)、起识别作用的字样或LOGO、微信公众号及APP的名称和LOGO等,都是较为重要的标志。我国商标制度采用先申请先注册原则,因此建议各机构尽早申请商标注册,以免被他人恶意抢注。

对于商标注册的类别主要是依据企业实际经营需求,按照《类似商品和服务区分表》进行选择。就在线教育机构而言,较为核心的类别有:第9类(可下载的计算机软件 and 电子出版物)、第16类(印刷出版物、教具)、第35类(广告)、第41类(教育、培训)、第42类(计算机编程及相关服务)等。需要注意,商标注册申请应以使用为目的,目前对于不以使用为目的的恶意注册,《商标法》明文规定应对予以驳回<sup>[2]</sup>,因此各大

教育机构在申请商标注册时,尽量以经营需求及可能使用的范围为限,避免批量过度申请。

### 二、在线教育涉及的哪些内容可以通过《著作权法》保护?

我国《著作权法》所称作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果<sup>[3]</sup>。所有符合前述独创性及可复制性特征的智力成果,均属于我国《著作权法》所保护的客体。

具体到在线教育,主要包括以下几项:

[1]2019年9月19日《教育部等十一部门关于促进在线教育健康发展的指导意见》。

[2]《商标法》第四条。

[3]《著作权法实施条例》第二条。

1)在线授课内容	在线授课内容指授课老师基于教学提纲、课件,在教学过程中口述出来的内容,这种口述内容一般构成《著作权法》意义上的口述作品。
2)教学课件	目前的教学课件大多以PPT形式出现,里面包含了大量文字、图片甚至视频,因此一般教学课件也是受《著作权法》所保护的客体,基于其形式的不同,可能会被认定为文字作品、美术作品、电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品等。
3)授课视频	有些在线课程,是通过特定的摄像师或者制片人,将老师讲课过程录制下来后对外传播,或者在老师直播过程中予以录制。取决于该视频独创性的大小,授课视频可能会被认定为《著作权法》下的电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,或录像制品。
4)教材或题库	在线教育的教材多为按照教学大纲分章节对知识点进行介绍并附以各种题目设置,如其中的章节内容、试题为他人作品,在线教育机构或老师仅是将其选择编排,此时需依据《著作权法》第十四条对汇编作品的规定,如汇编人对教材内容或试题的选择或者编排具有独创性,教材或题库可归属汇编作品而获得《著作权法》的保护。在学而思诉乐课力等一案中[(2015)徐民三(知)初字第1324号。],法院就是通过分析涉案教材在章节选择、顺序编排以及各知识要点和题目的设置上,是否体现了编写者选择与编排上的独创性,



最终判定涉案教材属于汇编作品。

#### 5)在线教育软件

在线教育所使用的软件是其立身之本,各教育机构根据其具体需求对在线教育软件进行定制化的设计和开发。对于在线教育软件中所含有的计算机程序及其有关文档如符合独创性要求,则构成《著作权法》下的计算机软件作品。

[4]《著作权法》第十六条;《著作权法实施条例》第十二条。

### 三、在线教育所涉作品之上的著作权归属是如何规定的?

#### 1.权利归属作者

按照《著作权法》第十一条的规定,除本法另有规定外,著作权属于作者,即创作作品的公民。因此,对于在线教育中涉及的

#### 2.职务作品权利归属单位

《著作权法》第十六条规定了职务作品的权利归属,按此规定,老师如是在线教育机构的员工,是为完成教学这一工作任务所创作的课件等作品,应属于职务作品。职务作品的权属规定具体又分以下情况<sup>[4]</sup>:(见下图)

需要注意的是,职务作品必须限于是为了完成单位的工作任务而产生的,如果老师仅是个人爱好,在业余时间利用自有物质技术条件编写的课件等,并不能被认定为职务作品,应属于其个人享有著作权的作品。

1)一般职务作品	著作权由作者(即老师)享有,但在线教育机构有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内,未经单位同意,作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品;经单位同意,作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬,由作者与单位按约定的比例分配。
2)利用在线教育机构的物质技术条件创作,并由在线教育机构承担责任的课件、教材、题库以及计算机软件等职务作品	作者享有署名权,著作权的其他权利由在线教育机构享有,机构可以给予作者奖励。
3)法律、行政法规规定或者合同约定著作权由在线教育机构享有的职务作品	作者享有署名权,著作权的其他权利由在线教育机构享有,机构可以给予作者奖励。

作品,如无特殊情况,著作权应归属创作者享有,例如老师自行创作的课件、口述的授课内容等之上的著作权,如无法定或约定的例外,应归老师享有。

#### 3.委托作品

受委托创作的作品,著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的,著作权属

于受托人<sup>[5]</sup>。此时如委托人的使用范围没有特别约定的,委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品<sup>[6]</sup>。如在线教育机构委托第三人(非员工)创作一份课件或其他作品,有合同则按合同约定,没有约定的则作品的著作权依法归属于第三人。

#### 4. 汇编作品

如上文所述,在选择编排上具有独创性的在线教育教材或试题库构成汇编作品,汇编作品的著作权由汇编人享有,但行使著作权时,不得侵犯原作品的著作权。在线教育机构在汇编教材或试题库时,需注意应经过其中涉及的原作品著作权人的许可,未经许可汇编的行为构成侵权。

#### 5. 教学视频

对于构成电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的教学视频,其著作权由制片者享有<sup>[7]</sup>;电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品均为录像制品<sup>[8]</sup>。实践中,如仅是对教学过程进行简单无创造性的记录,拍摄者在教学视频录制过程中对机位的设置、场景的选择、镜头的切换等只进行了简单的调整,或在录制后只对画面、声音进行了简单的剪接等,即创作高度较低,属于运用通常技能即可完成的成果,这样拍摄的教学视频一般会被认定为独创性较低的录像制品,录像制作者对其制作的录像制品享有

许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。

需要指出的是,目前很多人头脑中还存在一种误区,认为在网络上找到的作品就可以随意使用和传播,其实不然。一方面网络上很多作品是未经著作权人许可被上传的,此种情况下当然不能擅自使用;另一方面,即使是权利人自行将作品上传至公开网络平台,这一行为也不代表其对作品权利的放弃,未经其许可的商业性使用行为仍然构成侵权。

需特别注意的是,作为录像制品的教学视频一般是对老师(表演者)的授课行为进行的录制,如他人拟复制、发行、通过信息网络向公众传播录像制品,不仅需获得录像制作者的许可,还应当取得录制的作品(如课件、口述授课内容)著作权人以及表演者(老师)的许可,并支付报酬。

## /02/ 侵权篇

根据上文可知,在线教育涉及多种多样的受保护客体,随之产生的即是层出不穷的侵权现象,关注较多的有以下几方面。

### 一、商标侵权具体指什么?

“VIPABC”与“ABC”商标侵权案件想必教育界均不陌生。2016年底北京市高级人民法院对该案做出“驳回上诉,维持原判”的终审判决,这也意味着法院认定上海

[4]《著作权法》第十六条;《著作权法实施条例》第十二条。

[5]《著作权法》第十七条。

[6]《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条。

[7]《著作权法》第十五条。

[8]《著作权法实施条例》第五条。



[9] (2016)京民终291号。  
[10]《著作权法》第二十二条。  
[11] (2003)高民终字第1393号。

麦奇公司和北京创意麦奇公司对“VIPABC”的使用行为侵犯了北京ABC学校基于“ABC”商标享有的合法权益，应赔偿北京ABC学校100万元<sup>[9]</sup>。这场耗时良久的案件明确了商标侵权的要件，也引起了大众对在线教育商标侵权问题的重视。

未经授权在相同或类似商品/服务上使用相同或近似商标，以及消费者的混淆是判断商标侵权的基本要件。在线教育机构在日常运营中、在组织老师制作课件时，以及在宣传推广过程中，均应注意商标合规，规范使用注册商标，避免使用尚未成功注册的商标，特别是在相同或类似商品/服务上已存在相同或近似商标时，以避免商标侵权风险。

## 二、制作课件时可能出现的著作权侵权情况有哪些？

为生动形象地向学生讲授知识，授课老师一般会使用各种素材制作课件，包括各种图片、视频、音频等，在使用时的基本原则即避免未经授权使用他人受保护的作品，以免构成著作权侵权。例如，通过网络搜索到的图片，在没有清晰的权利人信息且明确免费使用的情况下，应避免使用。

需特别讨论的是，在课件中使用他人作品的行为是否能被纳入“合理使用”的情况？目前我国《著作权法》有关于“合理使用”的明确规定<sup>[10]</sup>，其中包括“为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已

经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行”；《信息网络传播权保护条例》第六条也规定了“通过信息网络提供他人作品，属于下列情形的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬：…(三)为学校课堂教学或者科学研究，向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品。”

但所谓“合理使用”，本质是对著作权的一种限制，因此在司法实践及学界通说中，均认为要构成“合理使用”必须满足“三步检验标准”，即只能在特殊情况下做出、与作品的正常利用不相冲突，以及没有不合理地损害权利人合法权益。如果使用超过必要限度，导致了替代原作品的效果，则不应被视为“合理使用”。例如，在美国教育考试服务中心诉新东方学校一案<sup>[11]</sup>中，法院即认为“新东方学校未经著作权人ETS许可，以商业经营为目的，以公开销售的方式复制发行了TOEFL试题，其使用作品的方式已超出了课堂教学合理使用的范围”。

另外，《著作权法》并没有明确规定“学校”的范围，在现实生活中，“学校”的类型众多，比如公立学校、私立学校甚至网络学校等等。本文认为，并非所有的“学校”都可以援引“合理使用”的规定。比如，营利性的教育机构应该排除在《著作权法》的“合理使用”范围之外；另一方面，如果非营利性教育机构从事营利性的行为，也应该予以排除。因此本文倾向于认为，如果是营利性的培训机构举办的培训，包括网上课程，

已经超出了课堂教学的范畴,不属于合理使用。

### 三、如何判定著作权侵权?

如上文分析,教材或试题库等作品如在选择编排上具有独创性,是受《著作权法》所保护的客体,他人未经授权擅自抄袭,在抄袭的内容与原作品实质性相似且其有接触到原作品的可能性时就应当由被告来证明其所使用的作品的合法来源,否则构成著作权侵权,应承担侵权赔偿责任,这就是我国司法实践中判定著作权侵权普遍适用的“接触加实质性相似”规则。

在之前提及的学而思案中,法院首先分析了涉案教材与被控侵权教材之间的实质相似之处:“经比对,被控侵权教材的知识要点、课后精炼与涉案教材的知识要点、家庭作业完全相同...涉案教材对于该知识要点的选择和编排上承载了编写者创造性的劳动,打上了编写者个性化的烙印,因而被控侵权教材使用与涉案教材同样选择和编排的知识要点,构成侵权”,然后法院根据在案证据,推断出被告有接触原作品的可能:“涉案教材交印刷公司的封样时间为2015年9月29日,可以认定涉案教材迟于封样之日已定稿。据查,编写教材的七位老师中的六位已陆续加入乐课力文化公司,而上海学而思公司的代理人系2015年11月18日取得侵权教材,上述事实能够推定,乐课力文化公司在其教材形成之前存

在接触涉案教材的可能性,而乐课力文化公司提出其教材早于涉案教材的形成时间并无相应证据证实”,因此,在没有合理解释以及法定或约定的例外情况下,法院认为被告未经学而思公司许可,将他人享有著作权相关权利的涉案教材中的部分内容用于其制作的教材之中,并发放给学员的行为侵害了作品著作权。

在线教育行业的抄袭行为大多是直接全文搬用或大面积复制,对侵权认定争议不大,但实践中有时两件作品的相同或近似之处并非一目了然,因此讨论何谓“实质性相似”就有一定必要性。在整体抄袭较为明显的情形下,从整体上很容易做出构成实质性相似的结论。比如在朱成玉与福建海峡文艺出版社有限责任公司、博库网络有限公司著作权权属、侵权纠纷案中,法院认为两件文字作品“在整体结构安排、具体叙述语言等方面均基本相同,被控侵权文章仅对极少量词句进行了删减、替换和重新划分了一个段落,以整体观感、综合判断的比对视角来看,两者构成实质性相似”;在郭强诉上海电影(集团)有限公司侵害作品摄制权纠纷案中,法院对两件作品是否构成实质性相似的判定思路是“从确定两部作品中的相似部分、相似部分中具有独创性的表达部分,以及相似的独创性表达是否构成实质性相似三方面进行评析”。在司法实践中,独创性表达相似部分的数量、在作品中所起





[12](2018)京0108民初11865号。

的作用及重要性、比例以及受众体验等都是判断两件作品是否构成实质性相似的重要考量因素。

由此可知,如果两件作品相同之处并非显而易见,原告需承担明示被告抄袭其作品的具体部分的义务,而被告则可通过表达不相同近似、占比极少或有合理来源等进行抗辩,最终法院将基于双方的举证、论证等作出是否构成实质性相似的裁决。

另外,实践中可能存在老师制作的题库或课件,教育机构是否可以安排其他老师使用的问题。在这种情况下,需要结合上文权属认定原则,确认该等题库或课件著作权归属情况,如是归属教育机构或属于职务作品,则教育机构有权进行使用或安排其他老师使用;如该等作品并非职务作品且归属制作的老师所有,则教育机构无权擅自安排其他老师使用。

#### 四、发现销售盗版课件或教学视频的行为该如何维权?

因通过互联网复制电子课件或视频方法简单、成本低廉,不少不法企业甚至个人为牟利制作盗版教学视频或课件,在其他平台低价销售。在新东方与51Talk侵权一案<sup>[12]</sup>中,新东方就因51Talk在其天猫旗舰店以1元低价大量销售多个新东方享有著作权的在线英语教学视频,将51Talk告上法庭。法院认为,51Talk未经许可,在其经营的天猫店铺出售涉案课程,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得涉案视频课程,系对新东方公司对其享有的信息网络传播权的侵害,应对其侵权行为承担经济损失等相应的法律责任。

除基于著作权向侵权方提起民事诉讼外,著作权人还可通过刑事司法渠道维护自身权益。《刑法》第二百一十七条规定了“侵犯著作权罪”,即“以营利为目的,有下列侵犯著作权情形之一,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:(一)未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的;...(三)未经录音录像制作者许可,复制发行其制作的录音录像的...”,苏州工业园区法院在颜某销售沪江网校“破解版”课件刑事



案<sup>[13]</sup>中即判定,被告人颜某通过自己开设的淘宝网店,在未经著作权人的授权下,以出售“破解版”课件的形式向淘宝买家销售著作权人所有的“沪江网校”学习课件,情节严重,其行为构成侵犯著作权罪,判处有期徒刑一年,缓刑一年,并处罚金六万元。

## 五、擅自在其他平台上传教学课程,平台方是否需要承担责任?

他人未经授权擅自在平台上传播受著作权保护的教学课程,则上传者构成著作权侵权基本毋庸置疑,但此种情况下涉案作品上传的平台其经营者是否需要承担责任呢?

在高等教育出版社与某网络平台的侵害作品信息网络传播权纠纷案<sup>[14]</sup>中,高等教育出版社主张其依许可协议获得了涉案课程的相关著作权,某网络平台未经授权传播涉案课程,故起诉至法院。该网络平台辩称“XX课堂”为在线学习平台,平台上内容均由免费入驻的个人或机构提供,涉案课程由用户名为“精品在线”的入驻机构上传,该网络平台仅提供平台服务,为网络服务提供者,且在收到本案诉讼材料后,立即删除全部涉案课程,已充分尽到网络服务提供者应尽的义务,不应承担任何责任。法院认为由于无法当庭核实上传机构的基本真实信息以证明涉案课程是由入驻的机构上传,因此无法证明

其提供的是存储空间服务而非内容本身。故认为该网络平台未能完成其举证责任,应承担举证不利的后果。由此,法院推定该网络平台在本案中为网络内容提供者,涉案作品系由该网络平台提供,侵犯了原告就涉案课程享有的信息网络传播权。

但在北京和君公司与马功、该亚科技侵害作品信息网络传播权纠纷案<sup>[15]</sup>中,马功未经原告许可擅自在该亚科技运营的“掌门APP”中传播涉案课程,对于“掌门APP”运营者该亚科技是否需承担侵权责任,法院认为:“第一,该亚科技公司在“掌门APP”应用详情介绍、掌门(社群)掌门号服务协议、掌门号内容版权保护约定均说明了“掌门APP”属于提供信息存储空间服务,内容由掌门号用户生产和发布,由用户自行对社群进行管理,在内容介绍中设置了举报按钮;第二、根据观看涉案课程所支付的资金流向,可以确认该亚科技公司提供了代收服务,掌门号社群的运营者享有最终收益。该亚科技公司有偿提供掌门号、设定转播收益规则的行为并非针对特定的传播内容,属于技术上的一般性安排,不构成法律意义上从侵权内容中直接获取利益的行为;第三,和君公司主张权利的涉案课程系掌门号社群中发布,和君公司在取证时是以关键词搜索的方式查找到涉案课程并进行播放,没有证据显示涉案课程被置于“掌门APP”首页或者其他主要页面等能够为该亚科技公

[13] (2014)园知刑初字第00004号。

[14] (2017)京0102民初7497号。

[15] (2018)京0105民初72540号。

[16]第二十二条网络服务提供者  
为服务对象提供信息存储空间，  
供服务对象通过信息网络向公众  
提供作品、表演、录音录像制品，  
并具备下列条件的，不承担赔偿  
责任：（一）明确标示该信息存储  
空间是为服务对象所提供，并公  
开网络服务提供者的名称、联系  
人、网络地址；（二）未改变服务  
对象所提供的作品、表演、录音  
录像制品；（三）不知道也没有  
合理的理由应当知道服务对象  
提供的作品、表演、录音录像制  
品侵权；（四）未从服务对象提  
供作品、表演、录音录像制品中  
直接获得经济利益；（五）在接  
到权利人的通知书后，根据本  
条规定删除权利人认为侵权的  
作品、表演、录音录像制品。

司明显感知的位置；第四，和君公司未举证证明该亚科技公司对涉案课程主动进行了选择、编辑、整理或推荐；第五，和君公司未举证证明其起诉前曾向该亚科技公司发送过权利通知或进行过举报，在接到起诉后，该亚科技公司及时删除了涉案课程。综上，该亚科技公司对于涉案课程的传播不存在主观过错，符合《信息网络传播权保护条例》规定的免责条件，对于和君公司要求该亚科技公司与马功承担连带赔偿责任的主张，本院不予支持”。

根据上述两个相反结果的案例可看出，对于平台是否需承担责任主要基于平台是否能举证其属于网络内容提供者还是网络服务提供者。如其无法证明网络内容提供者另有其人，则平台会被推定为网络内容提供者而承担侵犯信息网络传播权的责任；若能证明其仅提供网络存储服务，且满足《信息网络传播权保护条例》第二十二条规定的免责条件，则不承担赔偿责任。

## /03/ 知识产权保护建议篇

在纷繁复杂的在线教育市场中，教育机构在采取各种新颖多样的形式和内容为学生们传道授业的同时，也日益重视对知识产权的保护。基于上述分析内容，本文整理了以下知识产权保护建议，为在线教育机构规避潜在的风险提供参考。

## 一、商标布局需先行

我国采取先注册制度，因此为避免经营中被认定商标侵权或被他人恶意抢注核心商标，建议在业务开展初期，甚至在起步之前即做好商标布局，将核心商标进行注册申请。若已存在有风险的在先注册商标，可采取更换商标图样、与在先注册商标权利人协商共存、转让，或对在先注册商标采取撤销、无效等方式尝试解决。

## 二、重视著作权权属证据的收集

我国采取著作权自动取得制度，作品一经创作完成即自动产生著作权，虽然我国著作权登记并非强制，但著作权登记证书是取得著作权的有利证据之一，建议教育机构对较为重要的作品均进行著作权登记。另外，对于较为重要的作品的创作底稿、原件、合法出版物等均应注意保存，以佐证著作权归属。

我们也建议，在线教育机构与老师等员工签署合同，约定其在工作期间创作的作品权利归属教育机构，此类合同也是证明权属的重要证据。需要注意的是，签署对象范围要广，不仅包括授课老师，对于课件、教材等的撰写人员、辅助人员、教学视频的制片人、录制者也建议与其签署相关权利归属合同；另外合同约定要明确，建议有明确约定员工在任职期间所做出的属于业务范围内的任何作品著作权由教育机构享有（除署名权）等内容。



### 三、采取技术手段保护著作权

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条规定,在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人,但有相反证明的除外。因此,对于教学视频、教材等电子文档,可采用加水印、打LOGO等方式来佐证著作权归属。另外,也可采取限制未经权利人许可进行复制的技术措施等,以保护著作权。

### 四、发现侵权行为时积极维权

互联网环境下侵权简单易行,在线教育课件、教学视频制作研发投入大、耗时长,侵权取证难、赔偿低,这些因素都导致了在线教育知识产权侵权事件屡见不鲜。但随着法制环境的不断完善,国家对知识产权的日益重视,这一问题已得到一定程度解决,在这种情况下,权利人更应积极行动,主动维权,以进一步遏制猖獗的侵权行为。从操作层面上,我们建议主要从3个方面入手:

**1. 给第三方平台发警告函。**因互联网环境的隐蔽性,很多侵权方我们难以具体定位,另外考虑到数量也着实较多,因此建议直接告知第三方平台侵权事实,通过警告函明示侵权行为,其为了避免自身承担责任,一般都会积极采取措施。

**2. 筛选侵权范围广、数额高的侵权者,进行民事诉讼。**民事诉讼不仅可以达到停

止侵权目的,还能获取赔偿,且也有一定的社会效应。但因其耗时长、投入大,建议针对有一定规模的侵权者采取。另外,为提高判赔的数额,在准备诉讼之时如无法找到对方获利证据,应着重收集有关自身损失方面的证据,如投入的创作成本、广告宣传成本、对外许可使用等相关证据,供法院参考。

**3. 尝试追究刑事责任。**目前我国知识产权犯罪的起刑点较低,在民事责任赔偿不高的情况下,刑事责任的威慑力更大,因此如果相关行为符合侵犯知识产权罪的相关要件,可尽量尝试刑事程序。

对于因新冠疫情异军突起的在线教育行业来说,2020年似乎迎来了一个发展的好时机。在迅猛发展的同时,积极稳妥应对其中的知识产权问题显得尤为重要。期待在线教育行业能抓住好时机,与千万学子一起健康成长!

---

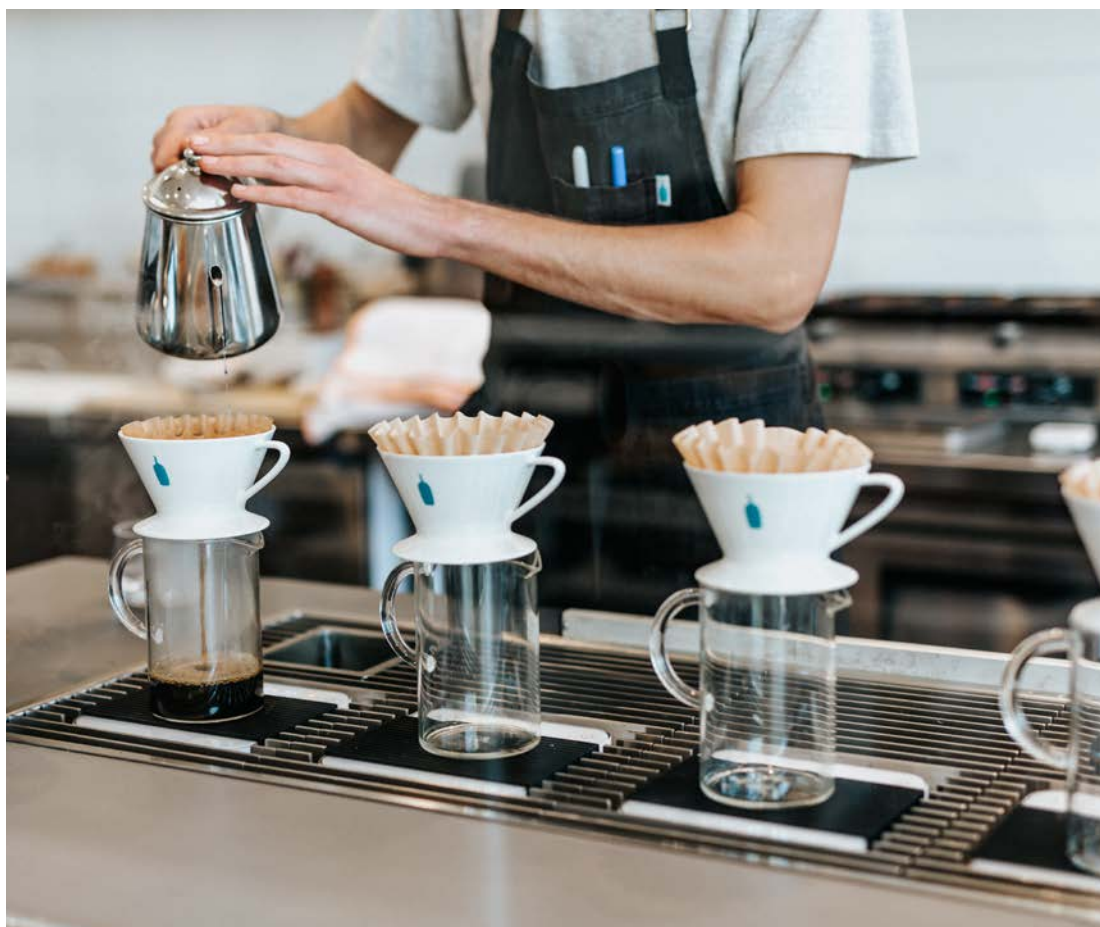
舒海  
合伙人  
知识产权部  
上海办公室  
+86 21 6061 3650  
michaelslu  
@zhonglun.com

---



作者：王维众/严静安/杨宁宁

## 新用工形态下的法律问题—— “借用员工”十大要点





- ▶ 受新冠肺炎疫情影响, 餐饮行业正遭受经济寒冬, 面临餐厅停业、大量员工待岗的危机。比起餐饮业的萧条, 商超等生活消费行业却是异常火爆, 出现人力不足。面对此次疫情给劳动关系带来的新挑战, 某大型连锁超市联手多家餐厅探索“借用员工”这一妙招, 携手共渡难关, 网友也亲切地称之为“共享员工”。
- ▶ 对于“共享员工”在劳动法下的定性, 鉴于并没有披露签署文件以及更多的实质性材料和信息, 笔者不做详细探讨。但是, 对于企业间因市场供需变化导致的短期人力流动, 互相借用员工的举措, 或将成为企业适应瞬息万变的市场经济、满足生产经营需要的一剂良方, 值得我们深入探讨。



## /01/ 问题一：何为“借用员工”？

我们此文中讨论的“借用员工”，在劳动法项下常称之为借调。现行劳动法律法规对借调的规定有限，并未做详细的规制。根据我们的经验，所谓借调，系用人单位之间为满足经营需要借用员工的一种行为。具体而言，即原用人单位（借出单位）将自己雇佣的员工临时或短期地指派至借用单位提供劳动的安排。在此安排下，借调人员与借出单位保留原有劳动关系，但在借调期间实际在借用单位提供劳动，服从借用单位管理，与借用单位不建立劳动关系。

## /02/ 问题二：为何“借用员工”？

此次某大型连锁超市“借员工”的举动引起企业界、律师界等各行业的广泛关注，这一举措可谓灵活用工的又一成功典范。一来缓解了餐饮企业眼下燃眉之急，降低人工成本，最大限度避免裁员；二来解决了超市特殊时期用工难的问题，满足了弹性、短时用工需求，缩减了招聘录用成本，也使得企业无需担心疫情结束后员工过剩问题；三来也给本来面临着失业、待岗困境的员工带来了新的工作机会，促进了社会稳定，可谓创造了一举三得、三方共赢的局面。

## /03/ 问题三：“借用员工协议”法律效力如何？

对于借用员工这一安排，至少涉及了三方的权利义务，即借出单位、借用员工以及借用单位。为更好保护各方权益，三方协议的签署尤为重要，那么该三方协议的法律效力如何呢？

首先，劳动法并未否认借调这一用工安排，根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（下称“劳部发[1995]309号文”）第七条，用人单位应与其长期被外单位借用的人员签订劳动合同，但在外借期间，劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更。由此可见，现行劳动法体系下有借调的一席之地。

其次，司法实践中也是认可依法签订的借调协议的效力的。通过下述案例，我们可以略窥一二。

【案件名称】董存玉与北京石大万嘉新材料科技有限公司劳动争议二审案件

【审理法院】北京市第一中级人民法院

【案号】(2018)京01民终313号

法院观点：借用（调）关系是用人单位、借用单位与劳动者三方协商一致，由用人单位与劳动者保留劳动关系，劳动者在借用单位实际提供劳动并领取报酬的一种特殊用工形式。借用（调）关系多出现于存



在关联关系或合作关系的公司之间,我国现行法律法规并未禁止此种用工形式,还针对此种用工形式规定了相应的权利义务及责任主体。

就本案中三方签署的协议性质,分析如下:

**第一:**石大万嘉公司与化大天华公司及该公司四名劳动者签订的《员工借调协议》的内容不违反法律、行政法规的强制性规定;

**第二:**石大万嘉公司、化大天华公司及董存玉亦未提供证据证明存在欺诈、胁迫或者乘人之危的情形。

因此,北京市一中院对《员工借调协议》的真实性、有效性予以确认,进而认定《员工借调协议》对石大万嘉公司、化大天华公司及董存玉均具有法律约束力。

## **/04/** 问题四:签署“借用员工协议”需注意哪些要点?

除上述案例中法院指出的可能使员工借用协议无效的情形外,借用协议在实践中较大的法律风险是构成事实劳动关系、构成无资质派遣,或者借用单位与借出单位之间对员工的责任承担约定不清问题。为最大程度上避免劳动争议和纠纷,员工借用协议需对借用这一行为作出详细的安排和规定。我们特此提醒,在企业想要借

用员工并签署借用员工协议时,需特别关注以下要点:

### **要点一:多方签署,效力保障**

因借用协议不仅涉及借出单位和借用单位的权责划分,更常常涉及借用员工的切身利益,因此我们建议该协议由借出单位、借用单位以及借用员工三方签署,避免借用员工日后提出自己从未见过该协议,不对自己产生约束力的主张,从而使借用协议的效力产生瑕疵。

### **要点二:社保关系,稳定不变;社保费用,约定承担**

从上述对于借调安排的描述以及北京市一中院对于借调的定义可以看出,借调安排下并未改变原有的劳动关系,即借出单位作为用人单位,仍应承担社保的缴纳义务。劳部发[1995]309号文第七十五条亦对此进行了明确,企业外借人员,其社会保险费仍按规定由原单位和个人继续缴纳,缴纳保险费期间计算为缴费年限。

社保缴纳义务的主体已经明确,但社保费用的最终承担主体却是可以协商确定的。鉴于借调安排期间,借用员工将为借用单位提供服务,因此社保费用由借用单位最终承担显得更为合理。此种操作方式建议明确在员工借用协议中。





### 要点三：工伤责任，雇主承担；补偿办法，从其约定

根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条，单位指派到其他单位工作的职工因工死亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位。本条文主要指的是指派或借调关系中的工伤处理，其明确规定由派出单位承担工伤保险责任，这个与劳动关系的主体保持一致。

但是，由于借调员工系在借用单位工作期间受伤，借出单位可能觉得非常“无辜”。在借出单位依法承担工伤保险责任后，是否可以向借用单位进行追偿呢？根据《工伤保险条例》第四十三条第三款的规定，职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。由此可见，如双方就此有约定的话，答案是肯定的。

### 要点四：福利待遇，约定明确

对于借调期间借用员工的福利待遇问题，法律未做过多限制。由于不同企业之间薪酬体系以及薪酬结构不同，借调期间借用员工可保持原有薪资待遇不变，亦可以根据提供劳动的具体情况进行调整，只要三方达成一致即可。对于其他福利待遇，借调期间是否适用借用单位的相关规定亦可明确约定在借用协议中。

对于薪资发放主体，亦可遵循双方之间的约定。此处也提醒企业注意，借调区别于劳务派遣的重点之一为借出单位非以劳务派遣为经营业务，不以盈利为目的，而是基于自身生产经营需要做出的相关安排。因此，借出单位不得因借用员工收取额外费用。

### 要点五：员工管理，权责分明

在借调期间，借用员工需至借用单位的办公场所提供劳动，为保顺利、有序开展工作的，无疑需要遵守借用单位的考勤等各项规章制度。因此，对于借调员工的管理系重中之重。就员工管理，根据以往的经验，笔者提出以下几个建议：

借用员工协议里需要重点明确借用单位在此期间的管理权限（例如在现场听取谁的指挥？如何考勤？）；

建议明确借用员工同时遵守借用单位以及借出单位规章制度的义务（实践中需注意让借用员工签收借用单位的规章制度，但两个制度会存在矛盾与冲突之处，为避免争议，企业应尽量厘清）；

明确借用员工违反借用单位规章制度的，视同违反借出单位规章制度，借出单位有权立即单方解除其劳动关系；

明确借用员工违反借用单位规章制度，借用单位是否可以主动退回员工。



## 要点六:召回方式,提前明确

借调安排下,对于借用人员的退回、召回机制亦需要做出详细约定。此次某大型连锁超市借用餐饮企业员工,如何召回以及何时召回我们不得而知,假设疫情短时间内得到控制,餐饮行业急需员工复工恢复营业,是否有权立即召回自己的员工,则要看他们之间就此如何约定了。

对于借出单位而言,也可能面临自己的员工召而不回的尴尬境地。劳动合同依然有效,自己的员工却拒绝回来,该如何是好?以不服从管理为由单方解除?那么可能将面临员工仲裁的诉累。即使赢得了官司,也将耗费不少的人力物力。该笔损失最终由谁来承担,建议协议中予以明确。

## 要点七:侵权责任,谁来承担?

对于借用员工在为借用单位提供劳动的过程中造成第三人损害应该如何处理的问题,根据《侵权责任法》对于侵权责任形态的划分,该种情形属于用人单位对员工的替代责任。《侵权责任法》第三十四条明确,用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。该条款也对劳务派遣用工模式下的责任承担做了明确规定,即由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任,劳务派遣单位有过错的,承担相应的补充责任。

在借调模式下,法律并没有特殊规定,因此法定的侵权责任承担主体仍为用人单

对于借用员工在为借用单位提供劳动的过程中造成第三人损害应该如何处理的问题,根据《侵权责任法》对于侵权责任形态的划分,该种情形属于用人单位对员工的替代责任。

位,但是企业之间是否可以约定损害赔偿的最终承担主体呢?笔者认为答案是肯定的。就损害赔偿的方式,可以明确约定在借用协议中。

## 要点八:劳动合同,注意期限

借用员工在借调期间,借出单位需注意其劳动合同到期的时间节点,及时做出相应的安排和处理,避免劳动合同到期了员工仍然在借调的情况。

## 要点九:协议期限,不宜过长

上文中笔者已经提到,借调系企业之间临时性的短期安排,因此建议协议期限不宜过长,双方可约定协议到期前多少天内协商确定是否延长借调期限。借出单位考虑到自己可能的用工需求变化,也可以约定提前多少天通知可以单方解除员工借用协议。



## 要点十:争议解决, 机制明确

在借调安排下,如借用员工与用人单位或借用单位就劳动关系产生争议,应适用仲裁前置规则,向有管辖权的劳动仲裁委提起仲裁。如借出单位与借用单位就借用协议产生争议,则属于商业纠纷,应直接向有管辖权的法院起诉。再复杂一点,如果借用员工属于高级技术人才,与用人单位和/或借用单位之间产生了有关商业秘密/不正当竞争的纠纷,则员工与单位之间的纠纷也可能直接去有管辖权的法院进行诉讼解决。由此可见,如果三方之间发生争议,企业可能面临双线或多线作战的情形,引起诉累。这也充分体现了事先在协议中约定清楚的重要性,可以说再怎么谨慎也不为过。

以上十大要点,企业如果能够反复研读消化,将避开不少所谓“共享员工”的法律风险。目前看来,借用员工仍是一个短期过渡措施,而并未构成劳动法体系下新的主要用工模式,但是这一发展趋势伴随着疫情汹涌而来,值得后期持续关注。

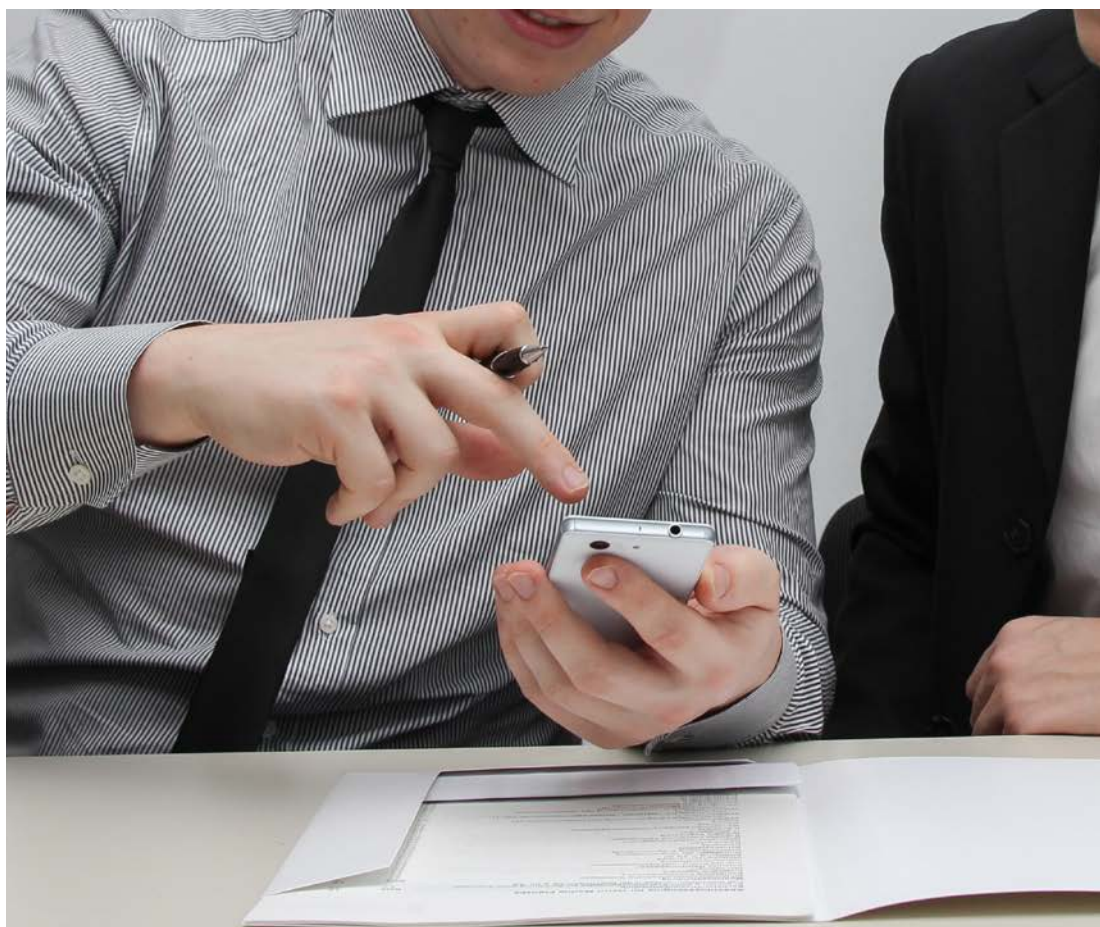


---

作者：樊晓娟

---

## 疫情下的交易方式升级 ——法律角度看区块链加持电子签名





2020年开年,一场突如其来的肺炎疫情席卷全球。历经这场“战役”,众多行业遭受重大打击在所难免,已经有企业开始倒闭;除了医药行业坚挺之外,另一个迅猛增长的是电商行业。由于隔离需要,线下消费市场几乎停摆,相信这是电商行业旺盛的主要原因。以生鲜电商为例,据报道,春节期间,各生鲜电商app迎来了销售额井喷。其中,京东到家销售额同比增长470%,每日优鲜销售额同比增长321%,盒马鲜生日均蔬菜供应量是平常6倍,叮咚买菜日均订单增长3-4倍。

电商与消费者之间通过网络购物合同建立买卖关系,而网络购物合同的一个重要组成部分就是电子签名。电子签名的法律效力及安全性,关系到合同的成立、生效从而衍生到电子商务的交易安全和交易效率。本文试从法律角度分析区块链加持,会为电子签名的应用带来什么?



## /01/ 境外各法域关于电子签名的 立法概况

早在区块链技术被广泛应用前,电子签名已经被广泛应用多年。在很多法域,对区块链也早有立法。

### (一)美国

2000年6月30日,美国联邦层面出台了《关于全球和国内商业中的电子签名法》(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act,以下简称“ESIGN”),并于同年10月1日正式生效。ESIGN为跨州以及跨国贸易中涉及电子记录(Electronic Record)和电子签名(Electronic signature)的有效性提供了原则性法律依据。ESIGN规定任何跨州或跨国贸易中的合同、签名、记录都不会仅仅因为它们电子形式而被认定为无效。同样的,合同也不会仅因在其生效时使用电子记录或电子签名而无效。但是,与个人身份密切相关的家庭婚姻法领域、涉及基本生活保障的供水、供暖、供电合同,特别是对延续/长期性的合同的终止、以及法庭命令或者通知等除外。

美国统一法律委员会(Uniform Law Commission Executive Committee,“ULC”)在2019年1月的年中会议上,发布了一项指引Guidance Note Regarding The Relation Between The Uniform

Electronic Transactions Act And Federal Esign Act, Blockchain Technology And Smart Contracts(统一电子交易法、ESIGN、区块链技术和智能合约的关系指引)。该指引阐述了法律适用上的技术中立原则,认为无需因为区块链技术修改现行电子交易法和ESIGN,区块链技术的应用也不因成为影响合同效力的理由。

### (二)新加坡

新加坡于1998年颁布了有关电子商务的综合性法律文件《电子交易法》。2010年,新加坡对该法进行了修订。

新加坡的《电子交易法》明确信息、签名等不会因为其电子形式而被取消法律效力,但遗嘱、信托、不动产等被除外。另外2010年修订还增加了有关数字签名、认证机构、网络服务提供商、用户、政府使用电子记录和电子签名等方面的规定。

### (三)欧盟

2018年的9月29日,欧盟在2014年颁布的《电子身份认证与签名条例》(Electronic Identification and Authentication Services Regulation,“eIDAS”,910/2014 Regulation)正式生效,取代了1999年颁布的《电子签名统一框架指令》(eSignatures Directive 1999/93/EC)。



eIDAS认可电子签名具有法律约束力,并将其分三个不同的级别,以便在不同的场合下采用。

#### a) 普通电子签名 Standard Electronic Signature (ES)

赋予包括各类电子形式的签名形态法律效力,如:邮件、含有手写签名笔迹图片的合约等简单电子签名形式,并要求司法体系不应单纯因为其电子的形式而否认它。但这种电子签名易被证伪,不宜用于高交易金额、高违约风险场景。

#### b) 高级电子签名 Advanced Electronic Signatures (AdES)

高级电子签名要求采用级别高的技术,通常要求采用基于数字证书的电子签名。电子签名要求签名数据确定的指向签署方,并且采用签名数据保护文档,并且可以通过签名数据来验证文档的完整性。

#### c) 可信电子签名 Qualified Electronic Signatures (QES)

在高级电子签名的要求之上,还要求采用可信的数字证书。可信数字证书由欧盟成员国认证和监管的权威认证机构(CA)颁发。可信的数字证书必须存储在一个可信的电子签名生成设备(QSCD)上,如:UKey、智能卡等。

### (四)中国香港

香港于2010年通过了《香港电子交易条例》。

就电子签名(electronic signature)的效力而言,《香港电子交易条例》明确在第六条规定,合同一方使用电子签署、数码签署等,只要符合以下情况,就是有效的:

- a)使用某方法使该电子签署与某电子记录相连或在逻辑上相关,以识别自己和显示自己认证或承认包含与以该电子记录形式存在的该文件内的资讯;
- b)就传达包含与该文件内的咨询的目的而言,在顾及所有有关情况下,所使用的该方法是可靠和适当的;
- c)合同对方同意其使用该签署方式。

但是,遗嘱、信托、物业转让等不适用电子签名。

### (五)电子签名效力的普遍立法原则

从以上介绍来看,各法域均认可电子签名的应用。除一些特殊场景,如涉及人身关系或水电煤供应等公用事业的合同例外,通常不会因为以电子签名方式签署合同而否认合同效力。较为普遍适用的原则是,如果一个电子签名具有以下特点的,应当认为该电子签名是有效的:

- 1.可用于识别签字人身份并将签字人与他人区别出来;
- 2.电子签名与电子记录记载的合同内容可以在逻辑上被联系起来;
- 3.电子签名本身是可靠可信的。

## /02/ 中国内地关于电子签名的法律问题

### (一) 认可电子签名的法律效力

中国内地关于电子签名效力的规定，与普遍原则一致。

中国内地的《电子签名法》第三条规定：“民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。”但是，涉及人身关系和停止供应公用事业服务的文书属于除外情形。

### (二) 中国内地对电子签名的真实性要求

从前文的分析可以看出，电子签名具有法律效力的前提是“可靠”。而中国内地的《电子签名法》第十三条定义了什么是“可靠的电子签名”：“(一)电子签名制作数据用于电子签名时，属于电子签名人专有；(二)签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制；(三)签署后对电子签名的任何改动能够被发现；(四)签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。”

《电子签名法》第八条对于审核数据电文的真实性提出了要求。即将于2020年

5月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2019修正)》(“2019证据规则”)的第九十三条和第九十四条对如何认定电子数据的真实性有更明确的规定。《电子签名法》和2019证据规则的规定归纳起来的要点就是电子数据的生成、存储、传输、传输及其方法和环境均应当安全可靠，方可认定该等电子数据的真实性。

### (三) 电子签名相关的司法实践

#### 1. 举证责任的分配

在中国内地，证据规则秉持谁主张谁举证的原则。《民事诉讼法》第六十四条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”

而既有的案例也印证了这一原则。广东省广州市中级人民法院于“陈军营、北京知了蝉鸣商务咨询有限公司仲裁程序案件民事裁定书(2019)粤01民特335号”中认为：“陈军营(申请人)在本案中提交的材料







不足以证明《借款协议》及其中显示为“陈军营”的电子签名是伪造的,其应承担举证不能的法律后果。”相反的,在港联融资租赁有限公司与益阳爱万家家居建材有限公司、蔡坤书、祝腊群民间借贷纠纷一案二审民事判决书(2019)湘09民终2407号中认为“港联公司提供的各《债权转让协议》中没有债权转让方和受让方手写的签名或盖章,也没有债权人认可的信息截图,港联公司不能证明其提供的电子签名为可靠的电子签名,故一审对该债权让与行为的真实合法有效性不予认可正确,本院予以维持。”

从现行有效的司法解释和既有的案例可以看出,中国内地的司法实践也是按此原则分配举证责任,即对于电子签名真实性提出主张的一方有责任举证。发生争议时,一方对于电子签名的真实性提出异议但没有足以反驳的相反证据和理由的情况下,符合电子签名法第五、六条规定的的数据电文由于满足法律、法规规定的原件形式及文件保存要求,法院应当确认其具有真实性。

## 2. 电子认证服务

在中国内地《电子签名法》中,还提到了电子认证服务。有资质的电子认证服务提供者可以为提供电子签名认证证书,并保证电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事

项。电子认证服务,并非证明电子签名真实性的必要条件。但是,实践中,持有经过电子认证服务有加强证据效力的作用,经电子认证的电子签名之真实性更容易被法院认可。

## /03/ 基于区块链的电子签名

### (一) 基于区块链的电子签名的技术特点

区块链技术的发展同时推动了电子签名技术的发展,基于区块链的电子签名业务以其安全性高、传输快捷和成本低廉等技术特点被迅速接受和广泛应用。JUR的JUR Ink、法大大、SignRequest等都已推出基于区块链的电子签名系统服务。

基于区块链技术的电子签名如何在技术上实现上述特点呢?首先,服务平台可以通过接入KYC,认证签字方的真实性,将签字方身份与合同内容建立联系;其次,利用区块链上记录不易被篡改的特点,可以认证合同是未被篡改的原件和合同的签署日,无需基于第三方信任;第三,签署方自行保管私钥,确保合同高度保密;第四,从现有技术条件来看,私钥破解难度很高,只要私钥未泄露,大幅降低了伪造签名的可能性。

### (二) 区块链电子签名的法律依据

毕竟在法律领域,区块链还算是一个



新生事物。区块链技术的应用也对现行法律框架带来新问题和挑战。比如,基于区块链的电子签名,法律怎么看?

那么中国内地对于基于区块链的电子签名的真实性认定有无法律依据呢?《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第十一条第二款规定:“当事人提交的电子数据,通过电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段或者通过电子取证存证平台认证,能够证明其真实性的,互联网法院应当确认。”从最高法院的司法解释可以看出,基于区块链的电子签名的认定,在中国内地已经有明确的法律依据。

### (三) 基于区块链电子签名的优点

从上述分析来看,基于区块链的电子签名,其生成、传输、储存、提取的均能做到安全可靠,也可以满足法律对于电子签名可靠性的要求。应用区块链技术的电子签名的真实性也更易被证实而不易被推翻。

另外,由于区块链技术的分布式特征,基于区块链的电子签名可以省却中心化电子认证服务,从一定程度上降低电子签名的应用成本。

## /04/ 结语

病毒肆虐固然给经济发展带来了重大困难,但是人类的智慧必定会克服重重困难。区块链等先进技术加持的电子签名,突破了传统交易方式的当面交易的限制,又升级了既有电子签名技术的安全性能,降低了交易成本,为疫情之下的交易效力和交易安全提供了更有力的解决方案。

---

04\_

# Contract Execution & Performance

合同缔结与履行



---

作者：冯东/陈青/李佳华

---

# 疫情防控情形下 异地签约方式及法律风险防范



为遏制新型冠状病毒疫情的扩散,许多有条件的企业选择安排员工通过电话、网络等方式居家远程办公。在这种工作模式下,如何选用安全、快速、便捷的合同签订方式是值得重视的问题。为此,本文介绍几种异地签约方式及相应的法律风险防范措施,希望对采取远程办公的各类企业有所帮助。

## /01/ 采用电子合同进行异地签约

电子合同,也叫网络协议、在线协议,是平等主体的自然人、法人、其他组织之间以数据电文为载体,并利用电子通信手段设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。对于电子合同的订立方式,中国法律并无明确具体规定,理论上讲,只要能够确定签约人主体的真实性、合法性,能够确认电子数据符合法定的形式要求及存储要求,能够确定电子签名的真实性、可靠性的电子合同,即属于符合合同法要求的合同形式。

### (一)电子合同的签订方式

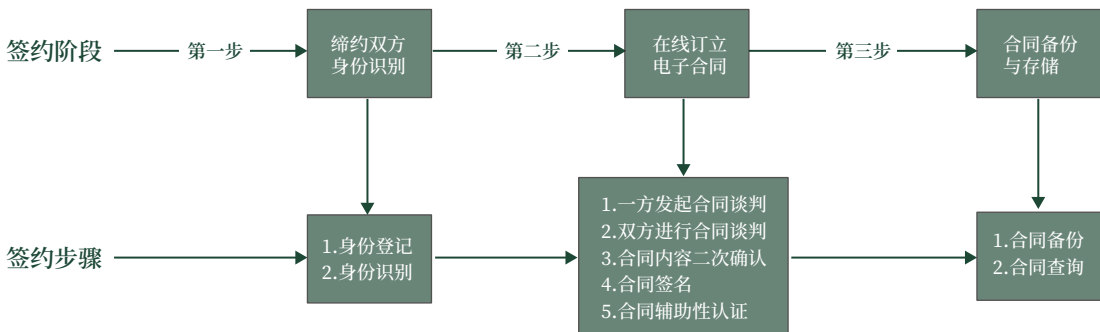
目前,电子合同的签订,通常是通过电子合同服务平台来实现的。

商务部在2018年7月6日发布《电子合同在线订立流程规范(征求意见稿)》(以下简称“《订立流程规范》”),推荐合同缔约人采用电子签名并使用符合《订立流程规范》要求的方式订立合同。

尽管《订立流程规范》目前仍为征求意见稿阶段,但作为现阶段指导电子合同签订流程的参考规范是具有实际意义的。

首先,需要使用电子合同订立系统的企业应和电子合同订立系统的设立人签订使用协议,就系统的使用、电子签名的应用、商业信息的保密和电子合同的存储保管等问题达成一致。如果电子合同订立系统由订约一方当事人提供,使用该系统与对方签订合同时,应当将该情况明确告知签约相对方并应取得相对方的认可与接收。

按照前述《订立流程规范》的指引内容,电子合同的签订流程通常包括如下阶段:



## 1. 签订主体身份的识别及认证

(1) 身份登记。初次使用电子合同签订合同的企业,应当在初次使用时如实填写自己真实的身份信息,并在身份信息发生变动时及时办理变更登记。

(2) 身份验证。电子合同服务平台的合同订立系统会对使用人的真实身份进行验证或核实。对于使用人身份信息无法验证或核实的,系统通常会以醒目方式予以提示或告知合同缔约的相对人。

## 2. 电子合同的订立

(1) 合同谈判的发起。电子合同订立系统的使用人在注册身份信息后,便可以加密方式进入电子合同订立系统,发起谈判。此时系统会提示查询对方身份状况。

(2) 合同谈判。在缔约双方进入商业谈判阶段后,电子合同订立系统会自动实时记录双方的交流文字,并为签订合同的双方当事人提供视频、语音等多种通讯方式进行合同谈判。

(3) 电子合同内容的确认。经过谈判后形成的电子合同文本,需要得到电子合同订立各方当事人的确认。通常,电子合同订立系统会对合同内容的确认过程进行两次或多次确认,确认后进入电子合同签名阶段。

(4) 电子合同的订立。使用电子合同订立系统签订的电子合同必须附加合同签署各方的电子签名后才具有与纸质书面合同相同的效力。对于电子合同的签订时间及生效时间,根据《中华人民共和国合同法



法》第十六条“要约到达受要约人时生效。”及《中华人民共和国电子签名法》第十一条“数据电文进入发件人控制之外的某个信息系统的时间,视为该数据电文的发送时间。收件人指定特定系统接收数据电文的,数据电文进入该特定系统的时间,视为该数据电文的接收时间;未指定特定系统的,数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为该数据电文的接收时间。当事人对数据电文的发送时间、接收时间另有约定的,从其约定”,附加签署各方的电子签名的合同在收件人收到数据电文的时间点即为电子合同订立并且生效的时间,依法具有与纸质书面合同相同的效力。

## 3. 电子合同的备份与查询

经过电子签名后的电子合同最终文本会同步在电子合同订约系统或第三方存储服务商服务器中备份,以便在发生纠纷时调用查询。对于电子合同的备份存储期

[1]<https://www.yunsign.com/>

[2]<https://www.fadada.com/defense.html>

[3][https://www.esign.cn/utm\\_campaign=%E7%99%BE%E5%BA%A6SEM&utm\\_medium=cpt&utm\\_source=baidu&tsign\\_source\\_type=0&LINE\\_PROMOTION&tsign\\_source\\_detail=pz](https://www.esign.cn/utm_campaign=%E7%99%BE%E5%BA%A6SEM&utm_medium=cpt&utm_source=baidu&tsign_source_type=0&LINE_PROMOTION&tsign_source_detail=pz)

[4][https://www.best-sign.cn/?id=pinzhuan-qipaxianpcbtaoti&utm\\_source=baidupe](https://www.best-sign.cn/?id=pinzhuan-qipaxianpcbtaoti&utm_source=baidupe)

[5]<https://www.yunhetong.com/>

[6]中华人民共和国工业和信息化部行政许可结果公开系统 <https://zfwfw.miit.gov.cn/miit/resultSearch?categoryTreeId=318>, 2020年2月6日最后访问。

[7]《订立流程规范》第4.2条 电子合同订立系统设立人是合同缔约的一方当事人时,该设立人不得同时作为第三方存储该电子合同。

[8]《订立流程规范》5.4.2条 电子合同订立系统经由缔约一方当事人提供时,应在首次使用该系统前明确告知缔约相对方。

限,除电子合同订立系统本身允许的存储期限外,签约双方可以另行予以约定。

#### 4.可供选用的电子合同服务平台

目前可供选用的电子合同服务平台较多,经公开检索,有云签<sup>[1]</sup>、法大大<sup>[2]</sup>、e签宝<sup>[3]</sup>、上上签<sup>[4]</sup>、云合同<sup>[5]</sup>等,这些电子合同服务平台的原理,功能和使用流程大同小异。其作用主要是代理合同签订人,同时与电子认证服务机构和可信时间戳服务中心协作,完成签约主体身份认证、电子签名认证、加盖时间戳、电子合同存储等工作。

根据公开裁判显示,人民法院对于当事人通过电子服务平台签订的电子合同效力是持认可态度的,如北京市朝阳区人民法院在(2017)京0105民初63431号民事判决中确认双方当事人通过中国云签电子合同服务平台([www.yunsign.com](http://www.yunsign.com))签订的电子合同《融资租赁回租合同》具备法律效力,可以作为确认双方权利义务的依据。类似案例还有河北省石家庄市裕华区人民法院作出的(2019)冀0108民初3714号民事判决书。

## (二)签订电子合同的法律风险防范

电子合同的签订全程都是通过网络在线完成,在实践中有以下法律风险需要注意防范:

### 1.需核实提供电子合同订立系统的电子合同服务平台是否具备合法资质

在订立电子合同过程中,需要涉及的服务商包括电子合同订立系统服务商、电

子签名与认证服务提供商以及电子合同第三方存储服务商。无论是单独从事其中一项或多项服务,均依法需要事先取得相关行政许可。其中,经营电子认证服务的平台,需要预先取得国家工信部颁发的《电子认证服务许可证》。目前,全国有48家企业具有电子认证服务资质,具体可以通过中华人民共和国工业和信息化部行政许可结果公开系统<sup>[6]</sup>进行查询。而经营电子合同订立系统的平台,可由合同缔约一方自行建造,也可委托第三方进行建造,但需要明确的是,如果该电子合同订立系统系由合同一方缔约人设立时,该设立人不得同时作为第三方存储该电子合同<sup>[7]</sup>,且应在首次使用该系统前明确告知缔约相对方<sup>[8]</sup>。对于经营电子合同第三方存储业务的服务商,由于其负责提供电子合同信息保存服务,因此需要独立于电子合同缔约各方,并且通常应具备ISO 27001信息安全管理体系统认证和取得工信部门的服务认证,其存储系统还应当取得公安部门的信息安全等级认证。企业在使用电子合同订立系统签约时,应对前述资质予以核实。

### 2.需核实签约主体资格是否合法

采取电子合同形式缔约,一般通过电子签名的方式实现,因此电子签名人与实际使用主体不一致、系统自动生成电子签名等情形,极易引发对电子合同效力的争议。因而,在使用电子签名订立合同时,一定要注意鉴别缔约对方电子签名的真实性和可靠性,必要时可在缔约过程中引入第



三方电子平台进行验证,以证明电子签名的真实性,或直接要求与相对方在签订电子合同时所使用的电子签名必须是经行政许可经营电子认证服务企业核发并经过认证的电子签名。

### 3.注意保留证明真实意思表示的相关证据

除了按照法律规定的要求保存电子合同原件<sup>[9]</sup>外<sup>[10]</sup>,建议企业应注意留在电子合同签订、履行过程中与签约方之间的往来电子邮件、通信记录、通话录音、银行转账记录、微信记录等,以便在就合同内

国《合同法》明确规定的合同订立方式之一。

### (一)采用电子邮件方式签约的一般流程(见下图)

### (二)采用电子邮件签约的法律风险防范

#### 1.应核实、确定电子邮件发送主体的身份

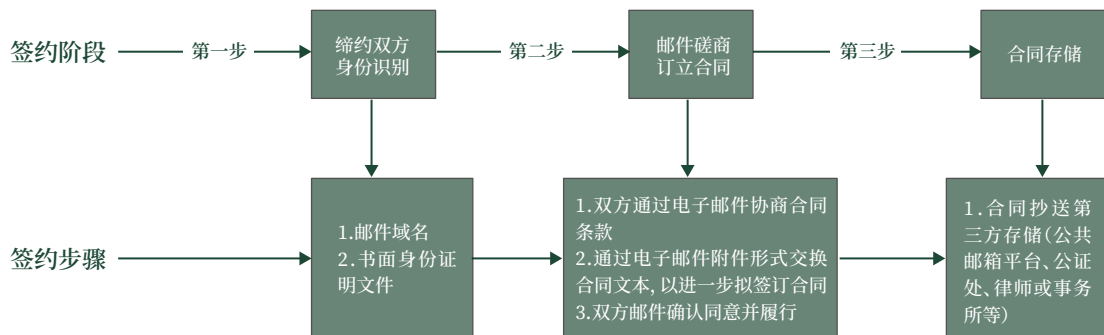
实践中,有的企业是使用自建服务器的企业邮箱,而有的公司、个人使用的是

[9]《电子签名法》第五条符合下列条件的数据电文,视为满足法律、法规规定的原件形式要求:

(一)能够有效地表现所载内容并可供随时调取查询;  
(二)能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。但是,在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。

[10]《电子签名法》第六条符合下列条件的数据电文,视为满足法律、法规规定的文件保存要求:

(一)能够有效地表现所载内容并可供随时调取查询;  
(二)数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同,或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容;  
(三)能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。



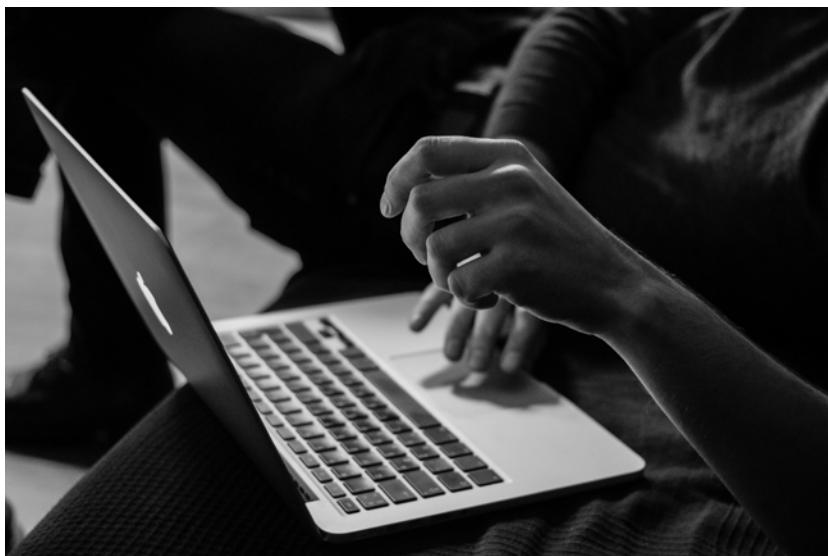
容出现争议时,使用该些材料作为补充证据来确定缔约各方的真实意思表示,从而增强电子合同的证据效力。

## /02/ 采用电子邮件方式进行异地签约

通过电子邮件来订立商务合同是我

互联网公用邮箱服务,这就导致实践中利用电子邮件签约之前需要核实邮件发送主体的身份。对于使用自建服务器的企业邮箱,因其以企业自身域名为后缀,可以通过查看企业官网载明的联系方式,并进行相应的网页证据固定,从而认定签约人所使用的电子邮箱为企业有效邮箱。而对于使用互联网公用邮箱服务的企业,则建





议要求缔约方提供书面《电子邮箱地址确认书》的方式固定签约主体合法身份。

### 2.注意约定合同的签订地

合同的签订地涉及到合同的法律适用及纠纷发生时的法院管辖问题。根据《合同法》第三十四条规定,除了双方当事人明确约定外,以最后一方确认合同成立生效的收件人的主营业地为合同签订的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同签订的地点。因此,在采用电子邮件签约的过程中,企业如果对合同签订地有特别安排的,可以在合同中另行约定合同签订地或明确约定争议解决的管辖法院。

### 3.注意在交易过程中同步收集、保存历史往来电子邮件

电子邮件属于我国《民事诉讼法》规定的法定证据的一种,因此对其真实性和

存储均有相应的法律要求。在司法实践中,电子邮件的真实性往往是争议焦点,结合目前的司法经验,从增强电子邮件真实性的角度出发,企业可以利用独立第三方邮件系统(如网易邮箱、腾讯邮箱等),或指定公证机构或律师事务所作为独立第三方,同步收集、保存交易往来的电子邮件。具体的操作方式是,企业在发送电子邮件时,将所有往来邮件同步抄送一个公共平台邮箱或抄送公证机构或执业律师、律师事务所,由这些独立第三方作为同步保管交易数据电文和交易证据的主体。

### 4.注意同时保留辅助证据

在合同签订只有电子邮件作为证据时,企业一方面要在合同履行过程中对于制作的出库单、收货单、汇款凭证等文件在编号、内容方面应保持与通过电子邮件所签订的合同的编号、内容有所对应,另



一方面,企业应当注意保留这些与合同有关的证据,以便未来一旦发生争议时,可以作为辅助证据用来证明电子邮件签约的事实。

### /03/ 采用快递方式异地签约

采用快递方式签约,实际上仍然是采取纸质合同签约的方式,只不过双方是在就合同中的各种条款协商之后,采取一方先盖章签字,并通过快递的方式邮寄给另一方,另一方盖章签字之后再发回而已。这种签约方式,由于存在需要第三方转递的情况,客观上存在着他人冒签、物流运输过程中出现合同遗失、损坏等风险。为此,可以考虑采取如下的风险防范措施:

1. 尽量选择EMS邮政特快专递,并在快递面单上注明所邮文件全称。邮寄地址应当选择对方的法定住所地,如果对方的收件地址不是其法定地址,应当在合同中将其实际营业地址予以明确。在邮寄后,务必留存好加盖邮局邮戳的快递底单,并及时跟进投递情况。

2. 提前或者同步将己方已盖章拟投递的合同、快递底单通过电子邮件、短信、微信等方式告知对方,并要求对方在收悉后即时回复,注意保留该告知与回复的内容。

3. 留存涉及合同磋商、合同履行的往

来电子邮件、通信记录、通话录音、银行转账记录、补充协议、微信记录等。

### /04/ 使用合同扫描件,通过QQ、微信等即时联络工具进行异地签约

采取这些方式进行异地签约,最大的法律风险在于,签约方身份难以核实,扫描件容易通过技术手段进行修改,或存在冒签、使用虚假印章等情形。例如在一宗涉及进口货物委托报关合同纠纷案件中,A公司仅仅基于自然人B在其微信号中的备注名为C公司业务经理,便认为自然人B为C公司员工,有权代表C公司签约。随后,A公司与自然人B通过微信签订了委托C公司负责货物进口报关的委托合同。后A公司委托报关进口的货物在通关过程中意外丢失,A公司于是向C公司提出索赔,然而,在诉讼过程中,C公司明确否认B为其公司职员,C公司从未授权B代表其与A公司签订涉案合同,C公司也从未实际履行该合同。最终,由于A公司无法提供可以进一步认定自然人B具有C公司合格代表人身份的证据,人民法院依法驳回了A公司对C公司的索赔请求。因此,对于使用合同扫描件,或通过QQ、微信等即时联络工具进行异地签约,我们建议可以考虑采取如下的风险防范措施:

- 要求签约方在签约前提供书面的主



体证明文件,其中自然人需要提供身份证复印件,企业需要提供加盖公章版本的营业执照副本、法定代表人身份证复印件,授权签约的授权委托书,并要求在这些主体证明文件上明确指定双方拟用来磋商联络及签约使用的QQ号码、微信号码。

注意妥善留存合同磋商、履约前后准备工作的相关证据,如出入库单、提单、银行转账凭证等。对于整个交易过程要尽量使用文字形式进行,对于主要问题要避免采取电话或口头沟通方式。

涉及指示付款和指示交货时,务必要求合作对方通过QQ号码、微信号码等已经明确约定的沟通方式来提供确定的书面文字指令,或提供书面的指示指令,其中法人需盖章,个人需签字。

一旦发生争议,可委托律师向人民法院申请律师调查令,及时向深圳市腾讯计算机系统有限公司等渠道收集、调查相关QQ、微信的使用人实名信息、注册时间、注销时间(如已注销)以及绑定的手机号码等。



---

作者：孙彬彬/徐卓

---

# 疫情之下的合同履行不能 ——论不可抗力与情势变更





- ▶ 2020年农历新年伊始,一场席卷全国的疫情来袭。1月29日,西藏确诊首例新冠肺炎病例后,疫情地图上中国全境变红。为了应对这场危机,疫情最为严重、处于风暴中心的湖北省武汉市及其他城市,均采取了不同程度的“封城”措施。交通及部分公共场所的封禁、企业延迟开工等因素将对诸多合同的履行产生影响。
- ▶ 不可抗力和情势变更是在发生不可预见的“重大情况”后,当事人用于免除和减轻自身不能履行合同义务之责任的抗辩理由。那么在发生疫情后,此两种抗辩理由具体该如何适用呢?



## /01/ 不可抗力与情势变更的法律 规定及区别

### 1. 不可抗力

《民法总则》第180条和《合同法》第117条均将不可抗力定义为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”在最新的《民法典》草案中，亦沿用了现有法律对不可抗力的规定。

不可抗力是法定的免责事由之一，因不可抗力造成不能履行合同的，可以部分或者全部免除责任。如果因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以行使法定合同解除权，解除合同。《合同法》第118条还对不可抗力的通知与证明做了相应规定：“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。”

### 2. 情势变更

情势变更的主要法律依据是《合同法司法解释二》第26条，该条规定：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”

相较不可抗力，情势变更制度在我国法律中被明确规定则显得“姗姗来迟”。1999年的《合同法》即对不可抗力做出明确规定。而直到2009年，最高人民法院才在《合同法司法解释二》中对情势变更进行了正式规定。但同时，最高人民法院在《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》中明确提出需要对该条款进行严格适用。

### 3. 不可抗力与情势变更的区别

对比项	不可抗力	情势变更
严重程度	更为严重，通常构成履行不能。	相对较轻，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的。
法律后果	法定的免责和合同解除事由，无需司法介入。	需当事人向法院请求，由法院根据公平原则和案件情况，确定是否解除合同，并不当然免除当事人责任。
表现形式	例如地震、台风、洪水、海啸、旱灾等自然灾害，也包括社会事件，如战争、暴动等。	表现为意外事件、社会经济形势的急剧变化、物价飞涨、货币严重贬值、金融危机和国家政策的转变等。
适用范围	不仅规定于《合同法》，还在《民法总则》中予以明确。可以适用于违约责任、侵权责任，还可以中止诉讼时效。	仅规定于《合同法》。

可以看到，尽管不可抗力和情势变更制度均可以用来解除合同，但是此两种制度间仍有着显著的区别。我国法律对于不可抗力的规定，也比情势变更的规定要成熟许多。

借鉴美国合同法的履行不能之免责事由来理解,不可抗力 and 情势变更类似“impossibility”和“impracticability”两种不同的抗辩理由,也即“不可能”和“不实际”的区别。不可抗力事件更多的体现为“该事件导致在现实中根本不可能履行合同义务”,而情势变更事件则表现为“该事件导致需要花费巨大的代价来履行合同义务”。例如,A工厂生产铝锭,如果突发地震,导致工厂坍塌而无法生产,这通常属于不可抗力,而如果是因为国家政策导致原材料价格暴涨10倍,继续生产需要付出极高成本,则一般归属于情势变更。

## /02/ “非典”时期的案例参考

在疫情之下,因合同履行不能而产生纠纷,法院将如何认定呢?2003年,中国也曾遭遇一场严重的传染病危机——“非典”。法院对“非典”时期合同纠纷的裁判观点,可以给未来因疫情导致的合同纠纷该如何裁判提供一定的借鉴和指引作用。

最高院在2003年6月11日发布《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》中指出,由于“非典”疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合

同不能履行,或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《合同法》第117条和第118条的规定妥善处理。如前所述,此两条正是关于不可抗力之规定。

在《白俊英、土默特左旗人民政府合同纠纷再审民事判决书》中,一审和二审法院均认定“非典”属不可抗力因素。最高人民法院在再审判决中也予以维持。

由此看来,“非典”已经被定性为属于不可抗力。在司法实践中,各地法院在此基础上,也做出许多有参考价值的判例,笔者整理了部分判例如下:

### 1、“非典”不构成情势变更,并不会必然导致承租人承租酒店的目的落空。

**【案件名称】**惠州市国航汽车贸易有限公司等与广西航空有限公司租赁合同纠纷上诉案

**【审理法院】**广西壮族自治区高级人民法院

**【案号】**(2007)桂民四终字第1号

**法院观点:**法院认为,情势变更是指因不可归责于当事人的原因,使合同赖以成立的基础或环境发生当事人预料不到的重大变化,若继续维持合同原有效力则显失公平,受不利影响的一方当事人有权请求变更或解除合同的法律制度。上诉人承租广升公司航空大厦从事酒店经营,双方签订的《航空大厦财产租赁合同》、《航空大厦房屋租赁合同》及《补充协议》,是

当事人真实意思表示,未违反法律和行政法规的强制性规定,合法有效,对合同双方具有约束力。“非典”这一突发事件的发生,虽然给酒店业的经营造成一定的影响,但不能必然导致上诉人承租大厦经营酒店目的的落空,上诉人申请停业是其经营策略而非“非典”导致的必然结果。故“非典”对上诉人与广升公司之间租赁合同的履行基础不构成实质影响,不能成为可变更或解除租赁合同的情势变更状况。而即使“非典”对租赁合同的履行构成情势变更,上诉人有权要求的是对合同作合理的变更,以体现公平原则。经双方协商,广升公司已经减收上诉人因“非典”停业三个月期间的一半租金并免除派驻人员的全部工资,已合理分担了“非典”事件对上诉人经营带来的不利影响,体现了公平的原则。相反,如果免除上诉人“非典”三个月期间全部租金,其实质是让广升公司承担“非典”所致的全部不利后果,反而有失公平。

**2、“非典”仅对部分经营活动造成影响,不足以导致合同根本无法履行的,不能据此认定合同解除系不可抗力原因所致。**

**【案件名称】**大连鹏程假日大沐有限公司与大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷再审民事判决书

**【审理法院】**辽宁省高级人民法院

**【案号】**(2013)辽审二民抗字第14号

**法院观点:**因“非典”疫情和政府有关部门因此而下发的停止野生动物经营的通知,只是对正典公司的部分经营活动造成影响,尚不足以导致其与鹏程公司之间的租赁合同“直接”或“根本”不能履行,本案的案情不符合《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》中所指出的“因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷”的情形,故本案不能据此认定为双方合同的解除系不可抗力的原因所致。

**3、因不可抗力不能履行合同需及时通知并提供证明,如不可抗力未对合同履行产生影响,不可据此要求免除责任。**

**【案件名称】**华垦国际贸易有限公司与山西伦达肉类工业有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书

**【审理法院】**山西省高级人民法院

**【案号】**(2017)晋民终93号

**法院观点:**关于华垦公司上诉所称的2003年发生“非典”这一不可抗力事件,应予免责问题。根据双方合同的约定和合同法118条的规定,因不可抗力不能履行合同的应当及时通知对方,并应该在合理期限内提供证明。本案中,华垦公司并未举证



证明通知伦达公司不能履行合同,且“非典”期间并未封锁交通、限制货物交易,故对华垦公司这一上诉理由,本院不予采信。

**点评:**总结来看,根据《合同法》第94条,依据不可抗力解除合同的前提是致使合同目的无法实现,第117条也规定需根据不可抗力的影响,部分或全部免除责任。因此,法院在面对因“非典”而产生的合同纠纷时,也主要依据公平原则,平衡双方损失和合同是否能够继续履行情况,做出判决。

《合同法》第118条有关不可抗力的通知与证明,是为了防止当事人滥用不可抗力作为免责事由,逃避履行义务。同时,也是为了防止当事人放任事态,导致损失扩大。法院在适用不可抗力时,还需要根据实际情况分析,不可抗力事件对合同履行产生的具体影响,来判断遭受不可抗力一方应当承担的责任。

而对于某事件是否属于情势变更,法院则通常采取较为审慎的态度予以认定,从广西高院的案例也可以看到,法院并不认为“非典”属于情势变更。另外,在该案中也可以看出,法院认为即便认定此事件属于情势变更,也不意味着当事人就可以据此免除自身责任。法院仍需依据公平原则,判断双方责任。

## /03/ 疫情之下合同履行不能,如何实现救济

尽管国家尚未对“新冠肺炎事件”进行定性,但是山西省市场监督管理局《关于疫情防控期间停止聚集性就餐活动的通告》已将本此疫情定性为不可抗力,中国旅行社协会根据文化和旅游部办公厅下发的《关于全力做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作暂停旅游企业经营活动的紧急通知》认定此次疫情属于不可抗力,中国国际贸易促进委员会亦表示可以为企业出具不可抗力证明。

相较上次“非典”,此次,国家在应对疫情时,采取了更为严格的交通及公共场所管制、延长休假等措施,对合同履行的影响也更为显著。笔者认为,在此次疫情之下,运用不可抗力作为抗辩理由有更大的适用空间。对于旅游、餐饮、交通等受疫情影响较大的活动,如果合同订立于疫情爆发之前,又因为疫情及政府部门的政策和管理规定,导致相关活动无法进行和开展的,即满足不可预见、不可避免且不可克服之定义,也就可以依据不可抗力之规定,要求解除合同,并且免除违约责任;对于受疫情影响较小,仅导致轻微履行瑕疵,而不会导致合同目的无法实现的,虽然符合不可抗力之规定,当事人也可能无法据此要求解除合同,但是可以要求免除部分或全部违约责任;对于不受疫情影响



的合同,当事人在部分法院则可能无法依靠不可抗力规定进行救济。

同时,结合判例来看,如依靠不可抗力进行救济,当事人需要根据《合同法》之规定,履行及时通知相对方、提供证据证明不可抗力对合同履行产生影响、避免损失扩大等义务,否则法院仍然可能判令遭受不可抗力一方承担责任。

在无法运用不可抗力进行救济时,可以考虑依靠情势变更之规定,要求法院酌情裁量,予以补偿。然而,由于情势变更必须由司法机关进行认定,且情势变更制度法律依据不足,从司法实践上看,法院在认定情势变更时较为严格和审慎。最高人民法院认可原审法院在《淮北矿业(集团)有限责任公司与新光集团有限公司股权转让纠纷二审民事判决书》中认为情势变更需同时具备如下条件:1、应有情势变更的事实,即合同赖以存在的客观情况确实发生变化。2、须为当事人订立合同时所不能预见。3、情势变更必须不可归责于双方当事人,即由除不可抗力以外的其他意外事件所引起。4、情势变更的事实发生于合同成立之后,履行完毕之前。5、情势变更使履行原合同显失公平或者不能实现合同目的。较高的判定标准和较大的司法裁量权,致使当事人在依靠情势变更寻求救济时,证据的证明力要求较高,困难较大。

---

孙彬彬  
合伙人  
争议解决部  
上海办公室  
+86 21 6061 3021  
sunbinbin  
@zhonglun.com

---



作者：郝利/夏煜鑫

# 新冠肺炎疫情下 工程承包合同的履约与风险分担





突如其来的新冠肺炎疫情将对工程承包合同的履行产生重大影响, 本文将分析新冠肺炎疫情是否构成不可抗力, 以及新冠肺炎疫情下工程承包合同后续履行中应注意的事项。

## /01/ 新冠肺炎疫情是否构成不可抗力

根据我国《合同法》第一百一十七条和《民法总则》第一百八十条的规定，“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。具体而言，不可抗力主要是指合同当事人在签订合同时无法预见，在合同履行过程中不能避免且不能克服的自然灾害和社会性突发事件，如地震、海啸、瘟疫、骚乱、戒严、暴动、战争和合同条款中约定的其他情形。

新冠肺炎疫情作为一种突发性的传染病事件，在全国范围甚至在全球其他国家也爆发的疫情，不仅当事人不能预见，而且具有广博医学知识的医学专家也无法预见。从其爆发至今，还没有特效药能有效治疗并阻止其传播，甚至还没有搞清楚确切的传染源。据此，笔者认为，至少在目前，新冠肺炎疫情是人类无法预见、不能避免、不能克服的客观事件，其性质应属于不可抗力事件。

与新冠肺炎疫情相似的是2003年爆发的非典疫情(百度百科中已将“非典疫情”纳入了“瘟疫”的范畴)，非典疫情发生后，司法实践中法院也普遍持非典疫情构成不可抗力的观点。比如最高人民法院在(2007)民一终字第52号民事判决中，明确认定“此期间正值非典期，为众所周知的事实，属不可抗力”。根据目前国家公布的信

息，本次国内新冠肺炎疫情将比非典疫情更为严重，影响范围更广。为此，新冠肺炎疫情的法律性质更应当被认定为不可抗力。

## /02/ 新冠肺炎疫情是否能构成工程合同履行免责事由

我国《合同法》第一百一十七条规定，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。《民法总则》第一百八十条规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

根据上述《合同法》和《民法总则》的规定，不可抗力均为免责事由，在法律无另行规定的情况下，承包人因不可抗力造成工期延误等违约后果的，通常不需要承担民事责任。但本次新冠肺炎疫情对具体合同的履行是否构成合同项下的不可抗力事件，还需要结合该工程合同签订和履行的具体情形予以判断，并不意味着任何工程合同的履行都可以以新冠肺炎疫情为由主张免除责任，具体如下：

### 1. 合同签约与疫情的先后

不可抗力指的是合同当事人在签订合同时不能预见，如果新冠肺炎疫情发生后签订的合同，作为有经验的承包商对于

疫情和可能对合同履行产生的影响已有一定程度的知晓,在这种情况下,新冠肺炎疫情通常不构成该合同项下的不可抗力事件,存在不能主张全部免责的风险。

本次公众对于疫情信息存在逐渐获得的过程,虽然2019年底新冠肺炎疫情已发生,但直到2020年1月20日国家卫健委才发布公告将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施,在此之前合同当事人理应无法预见新冠肺炎疫情的发生及其严重性。为此,笔者认为新冠肺炎疫情可构成在国家卫健委发布公告之前所签订的合同项下的不可抗力,对于公告发出后签订的合同,还需要结合有关法律规范和当事人的预见能力综合判断是否构成合同项下的不可抗力事件。

## 2. 是否存在因果关系

依据《合同法》和《民法总则》的规定,只有合同不能履行是不可抗力导致的,合同当事人才能以不可抗力为由主张免责。因此,由于新冠肺炎疫情导致的工期延误应该是可以免责的。但如果新冠肺炎疫情对于工程合同的履行未造成实质性影响,或者合同当事人违约并非新冠肺炎疫情导致的,则该当事人不得以新冠肺炎疫情构成不可抗力为由主张免责。比如,承包人不得以发生新冠肺炎疫情为由要求对工程质量不合格予以免责;发包人也不能以发生

新冠肺炎疫情为由要求对其已经发生的逾期付款予以免责。

## 3. 疫情发生前是否存在迟延履行

依据《合同法》第一百一十七条规定,当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。国家发改委等部门发布的《标准施工招标文件》(2007年版)所附的施工合同条款以及住房城乡建设部等部门发布的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)中均有类似表述。如果合同当事人因在新冠肺炎疫情发生前存在迟延履行行为,导致迟延履行期间遭遇新冠肺炎疫情,则该当事人不得以新冠肺炎疫情构成不可抗力为由主张免责。比如,工程合同约定的工程竣工日期为2019年10月31日,但由于承包人的原因导致工期拖延正好赶上了疫情,则承包人不能以新冠肺炎疫情构成不可抗力为由主张免责。

## 4. 发包人逾期付款能否主张免责

通常而言,不可抗力不会导致发包人无法付款,发包人通常不得以不可抗力主张免除其逾期付款的违约责任。但本次新冠肺炎疫情国务院已延长春节假期,部分地方政府明确企事业单位延迟复工,因假期延长和延迟复工导致发包人逾期付款的,发包人仍可以新冠肺炎疫情构成不可抗力导致其无法进行付款为由主张免除逾期付款责任,但免除的只能是逾期利息而不能免除付款义务。



## 5.扩大的损失不能主张免责

依据《合同法》第一百一十八条的规定,当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应采取适当的措施,减少不可抗力造成的损失。如该方当事人在新冠肺炎疫情发生后,未采取适当的减损措施,导致损失扩大的,对于扩大部分的损失,该方当事人不得以新冠肺炎疫情为由主张免责。国家发改委等部门发布的《标准施工招标文件》(2007年版)所附的合同条款以及住房城乡建设部等部分发布的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)中均有类似表述。

另外,笔者注意到,部分项目的发包人利用自身的优势地位,在签署的合同中约定不可抗力情形不予免责,对于该种约定是否有效,实践中存在不同的观点。笔者认为,《合同法》《民法通则》均规定只有法律另有规定的情形,不可抗力才不予免责,不可抗力免责的规定属于法律强制性规定,不允许当事人约定排除不可抗力的免责事由,因此即使当事人做了此类约定,该约定也是无效的。

## /03/ 当事人能否以新冠肺炎疫情为由解除合同

从目前披露的疫情信息来看,本次新冠肺炎疫情发生后,国家和部分地方政府均发文要求企事业单位延迟复工,并对交通进行一定的管制,势必将导致工程项目

无法及时开工,设备材料的生产和运输成本增加和进度滞后,将对很多工程合同履行产生不同程度的影响,严重的还将导致合同无法履行。具体影响后果可分为:全部不能履行、部分不能履行和延迟履行。

依据《合同法》第九十四条的规定,不可抗力致使合同目的无法实现的,当事人才享有合同解除权。即使新冠肺炎疫情构成不可抗力影响合同履行,只有疫情导致合同全部不能履行,或者延期履行、部分履行不能实现合同目的,才能据此解除合同。比如工程具有特定用途必须在2月中旬建成,而由于发生新冠肺炎疫情导致工程无法按时竣工,则发包人有权以不可抗力为由解除合同。如果疫情仅导致合同部分不能履行的,则当事人仅可主张解除该不能履行的部分合同。如果疫情仅导致合同迟延履行,并不影响合同目的实现的,从促成交易、降低交易成本的角度出发,通常当事人不享有合同解除权,只能要求变更或延期履行合同。

合同一方当事人以新冠肺炎疫情构成不可抗力导致合同目的无法实现解除合同,依据《合同法》第九十五条的规定,如果法律规定或合同约定该种情形下合同解除权的行使期限的,当事人应及时在法律规定或合同约定的行使期限内解除合同,避免合同解除权的丧失。

如果当事人对于合同能否解除发生争议的,被解除方应当依据《合同法》第九十六条、《最高人民法院关于适用〈中华人



民共和国合同法>若干问题的解释(二)》第24条的规定,在收到解除合同通知后及时提出异议,争议无法解决的,可请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

工程合同因新冠肺炎疫情解除后,双方应及时对工程价款进行结算并完成费用支付,具体费用通常包括:合同解除前承包人已完成工作的价款;承包人为工程订购的并已交付给发包人,或承包人有责任接受交付的材料、工程设备和其他物品的价款;发包人要求承包人退货或解除订货合同而产生的费用,或因不能退货或解除合同而产生的损失;承包人撤离施工现场以及遣散承包人员人员的费用;按照合同约定在合同解除前应支付给承包人的其他款项;扣减承包人按照合同约定应向发包人支付的款项;以及双方商定或确定的其他款项。

## /04/ 新冠肺炎疫情引起的后果和损失的分担

建筑业是劳动密集型行业,工程项目实施过程中需要大量的施工作业人员。为防止新冠肺炎疫情的蔓延,政府部门要求工地延迟复工、限制人员流动或工人被隔离等原因可能造成工期延误;疫情还可能导致工程管理人员无法履约,施工现场人员染病甚至死亡;疫情的蔓延和设备材料供应商的延迟复工和政府交通管制还会导致设备材料价格的上涨和交货期限的延

如果当事人对于合同能否解除发生争议的,被解除方应当依据《合同法》相关规定,在收到解除合同通知后及时提出异议,争议无法解决的,可请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

长。这些因素都会给发包人和承包造成不同程度的损失。发包人和承包人可依据法律规定和合同约定,对新冠肺炎疫情导致的人员伤亡、财产损失、费用增加和(或)工期延误等后果和损失进行合理分担。

### 1. 工期延误的责任

工程合同通常会对承包人的工期延误约定一定的违约责任,像风电、光伏等新能源项目为确保项目能取得预期的电价,除约定承包人工期延误需承担工期延误违约金外,还约定需赔偿不能按时并网导致无法取得约定电价的电费损失赔偿责任。如因新冠肺炎疫情导致承包人不能按时竣工,根据上文分析,承包人应予以免责,无需承担工期延误的违约责任,包括合同约定的违约金及赔偿金。

对于工期延误产生的费用损失应当由发包人和承包人合理分担。对于停工工损失,参考《2013年建设工程工程量清单





计价规范》(GB50500-2013)第9.11.1款的规定,应由承包人承担。对于工期延误应发包人要求留在施工场地的必要的管理人员及保卫人员的费用,参考上述条款的规定,应由发包人承担。如发包人要求承包人赶工的,应向承包人支付相应的赶工费用。

## 2.人员伤亡和无法履职的责任

对于因新冠肺炎疫情导致的人员伤亡,参照《2013年建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)第9.11.1款的规定及《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)通用条款第17.3.2款的约定,承包双方人员的伤亡损失,分别由其所在单位负责,并承担相应费用。

另外,很多工程合同会对项目经理、项目技术负责人等主要现场管理人员的现场工作时间提出明确要求,如果上述人员的现场工作时间低于考核时间要求的,承包人需要支付相应的违约金。由于新冠肺炎疫情的高度传染性,政府部门对于疑似病例和与确诊病例有过接触的人员采取了强制隔离措施的。如果现场管理人员由于被隔离导致无法按照合同约定履职,承包人应及时采取措施更换人员,且不应因此承担违约责任。

## 3.设备材料价格上涨的损失分担

新冠肺炎疫情预期将在一定范围内对国民经济造成较大的影响,一方面短期内可能导致工程设备材料的价格上涨,另

一方面可能造成运输费用的增加,这些都会导致工程造价的增加。而工程承包合同通常都是采用固定综合单价或者固定总价的价格模式,承包人难以直接依据合同约定要求调增合同价格。目前,国家法律法规层面也较少涉及此种情形下的工程费用调整问题。参考住建部和国家发改委发布的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(建市规〔2019〕12号)第十五条的规定,不可抗力造成的工程费用的增加属于建设单位的风险。因此,新冠肺炎疫情导致的设备材料价格上涨的费用主要由承包人承担较为合理,发承包双方可以根据实际情况协商后通过补充协议的方式确定费用的承担比例。

## /05/ 新冠肺炎疫情发生后承包人应注意的事项

新冠肺炎疫情发生后,虽然合同当事人可据此主张免责,但还需依据《合同法》第一百一十八条“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”的规定,并结合工程合同的约定,适格履行以下义务。

### 1.通知义务

新冠肺炎疫情对工程合同履行造成影响,承包人应及时向发包人发出书面通知,说明不可抗力和受阻碍的详细情况,



并提供必要的证明。由于新冠肺炎疫情不同于地震、海啸等自然灾害，其发生具有一定的持续性，参照《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）通用条款第17.2款的约定，承包人还应及时向发包人和监理人提交中间报告，说明不可抗力及履行合同受阻的情况，并于事件结束后28天内提交最终报告及有关资料。同时，承包人还应注意合同是否有未在一定期限通知即视为不可抗力事件未对合同履行造成影响，当事人不得以此为由要求免责等类似约定，避免丧失主张免责的权利。

## 2. 减损义务

基于诚实信用原则，不可抗力事件发生时，受影响的当事人负有采取积极措施尽量减少或避免损失扩大的义务。如果承包人在新冠肺炎疫情发生时能够采取措施避免或减少损失的扩大而没有采取，比如明知短期内无法复工仍然购买或租赁新的施工机具导致损失增加，则推定承包人有过错，根据其过错程度判令其承担责任。

## 3. 举证责任

承包人因受新冠肺炎疫情影响或执行政府防控新冠肺炎疫情命令而导致工期延误、工程费用增加，并据此主张免责和要求发包人承担费用损失的，除众所周知以及其他无需证明的情形外，承包人应负责提供相应证据材料予以证明，否则需承担举证不能的法律后果。

具体而言，对于新冠肺炎疫情造成工期延误的天数，承包人应提供政府要求延期开工和准许复工的各项文件和命令；对于新冠肺炎疫情增加的工程费用，承包人应提供工期延误导致各项设备、材料上涨前和上涨后的具体数值的证据材料；对于工期延误应发包人要求留在施工场地的必要的管理人员及保卫人员的费用，承包人应提供人员考勤表和工资发放记录等证明工期延误期间对工程进行管理所发生的人员费用金额的证据材料等。

始于武汉的新型冠状病毒感染肺炎疫情的发展牵动着每一个国人的心。也许当下很多建筑企业的负责人还来不及静下心来思考后续合同履约的法律问题，但问题迟早是要面对的。灾难无情人有情，在法律的框架内，通过友好协商的方式，让最有能力承担风险的一方来承担主要风险应该是不可抗力发生时合同各方最优的选择。

希望疫情早些过去，愿天佑中华！

---

郝利  
合伙人  
房地产和基础设施部  
杭州办公室  
+86 571 5692 1386  
haoli@zhonglun.com

夏煜鑫  
非权益合伙人  
房地产和基础设施部  
杭州办公室  
+86 571 5692 1389  
xiayuxin  
@zhonglun.com

---



---

作者：吴方荣/吴晓敏/郑晗

---

## 案例热点： 房企延期交房的 免责事由与天数





自2019年底新型冠状病毒肺炎疫情发现并蔓延至今,国家采取延长春节假期、各省市地区采取延迟复工等措施加强防控,切断传播途径。很多房企对因疫情防控期间政府管制措施导致的工期延误和延期交付能否免责的问题尤为关注。期间我们陆续接到的房企客户电话咨询,问题主要集中在:1.当前疫情是否构成不可抗力事件;2.因延期复工等导致的项目延期竣工及交房能否免责;3.如可免责,按照现有法律及裁判尺度,免责期间是多久。故此,我们对2003年非典时期的相关案例作了研究,提炼了相关裁判规则及裁判尺度,以期为企业降低开发经营风险提供一些有效的指导。

[1] 关于非典疫情适用于不可抗力还是情势变更原则理论和司法实践中均存在争议和不同。可参见韩世远：《不可抗力、情势变更与合同解除》，载《法律适用》2014年第11期。

## /01/ 新型冠状病毒肺炎疫情的 法律性质

新型冠状病毒肺炎(以下简称肺炎疫情)在武汉爆发,并陆续传播到其他省市。肺炎疫情作为一种突发异常事件,是房企和施工单位不能预见、不可避免且不能克服的客观存在,符合《合同法》第117条以及《民法总则》第180条对不可抗力的定义。<sup>[1]</sup>但在司法裁判实践中,因案由及肺炎疫情阶段不同,裁判尺度并不统一。

肺炎疫情对房企延期交房的影响主要体现在:工期延误影响建设进度从而导致延期交付。若能够认定施工企业工期延误属于不可抗力并可予以顺延,则房企亦可向买受人主张顺延交付期限而不承担违约责任。因疫情造成的工期延误涉及多种因素,不仅是民工流动受限,还包括因政府采取禁行、禁运、禁业等干预行为,社会资源倾斜,造成部分商品正常供需关系剧烈波动,房企的重大关键采购以及房屋审批、验收等环节遭受不利影响导致的交付时间延长。

## /02/ 房企引用不可抗力事由的具 体免责情形

### (一)房企因政府防控措施引起延迟复 工导致的延期交付

《最高人民法院关于在防治传染性非

典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》第3条第3款第2项规定:“因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”参照该通知,政府关于延迟复工的通知文件属于政府及有关部门为防治疫情而采取的行政措施,我们认为由此直接导致的工期延误及延期交付可以被认定为因不可抗力导致合同不能履行的情形,施工单位或房企可以主张顺延相应期间而不承担违约责任。在(2005)三亚民一终字第79号商品房预售合同纠纷一案中,三亚中院就认为:“2003年4月,我国暴发了大规模的‘非典’疫情,国家禁止人员随意流动,海南省虽然未发现一例‘非典’病例,但也采取了禁止录用岛外民工的防范措施,鉴于海南省建筑行业的民工大部分来自省外,‘非典’疫情的流行对海南省的建筑行业还是有一定的影响,长源公司以因‘非典’禁止省外技术工人流动作为迟延交房的抗辩理由有事实根据和法律依据,应予采信”。

故参照上述通知、案例,对于肺炎疫情防控期间,因政府采取行政措施要求延期复工进而导致工期延误的,房企主张该期间延期交付不构成违约的,法院应当支持房企顺延交房时间以及不构成违约责任的抗辩理由。

## （二）房企为防止疫情集中爆发采取停工及分散施工等措施导致的延期交付

我们认为，施工单位在疫情爆发期间响应政府号召避免疫情集中传染而作出停工或分散施工作业的行为导致工期延误的情形亦应属于不可抗力。此时应当首先回顾双方签订的合同中关于不可抗力约定的相关内容，如果当事人对不可抗力的范围、法律后果和责任分担等作出约定，一般应优先适用当事人约定。在当事人约定不明或没有约定的情况下，应适用法律规定对此作出责任分配。在（2011）浙民终字第34号民事判决中，台州中院一审认为：“根据施工合同通用条款13.1款的规定，因不可抗力造成工期延误，可以顺延工期。考虑到2003年‘非典’疫情严重，属于众所周知的事实，二建公司为避免‘非典’疫情在建设工地爆发而暂停施工，并及时向监理报告了该情况，故对属于不可抗力范畴的‘非典’疫情期间停工，应予顺延工期30天。”浙江高院二审予以维持。在（2010）豫法民再字第00024号民事判决中，河南高院认为：“《施工合同》中对不可抗力的约定属于概括性约定，应做广义解释，非典对人员、材料购买等造成的影响以及暴雨对室外施工的影响的确影响了工程的进度，且二者均属于台兴公司与有色院在签订合同时不可预见的因素，因此，对台兴公司认为非典、暴雨构成不可抗力的主张，本院予以采纳。”在（2004）善民一初字第402号民事判决中，一审法院认为：“众所周知，2003年

上半年，因发生‘非典’使各方面的工作在不同程度上受到了一定影响。本案被告亦不例外，在工程建设上，为分散人员施工，造成了工期延期，是在情理之中。”

从上述案例可以看出，若肺炎疫情导致房企工期延误且有证据能够证明双方已约定或一方因采取防范措施而导致合同履行不能的，则构成不可抗力事件，房企可向买受人主张延期交付免除违约责任。

## （三）因疫情影响的其他因素导致的延期交付

《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》第3条第3款第1项规定：“由于‘非典’疫情原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况，适用公平原则处理。”据此，疫情发生后按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响，适用公平原则。此种处理更符合情势变更原则。可以理解为因不可抗力无法按约履行的一方可以豁免其责任，但为了维护市场秩序和稳定，对于可以继续履行但对一方显失公平的合同，法院可通过变更部分合同内容来维持双方的合同关系，实现双方订约目的，从而有效平衡不可抗力对双方造成的损失，依据公平原则进行分配。<sup>[2]</sup>根据目前检索到的案例，适用公平原则的案件大多涉及酒店文旅业的房屋租赁合同纠纷，有的法院认为，非典疫情虽

[2]（2016）最高法民再220号民事判决书中将疫情认定为不可抗力事件但对于损失的分配采取了公平原则

[3]参见(2013)辽审二民抗字第14号民事判决书、(2004)沪一中民二(民)终字第32号民事判决书、(2007)桂民四终字第1号民事判决书、(2004)昆民一初字第48号民事判决书。

[4]参见《正确处理“非典”疫情构成不可抗力免责事由案》，载《法律适用》2003年第6期。

对该类产业造成限制和影响,但对于酒店文旅业经营者与出租人而言,并未完全停止经营和出租,只造成了部分影响,尚不足以导致租赁合同根本不能履行,非典疫情未完全阻断该租赁合同继续履行的条件,不能据此认定合同解除系不可抗力的原因所致。但因非典疫情确实对经营者造成了重大负面影响,故从公平原则的角度对双方损失进行分摊平衡。<sup>[3]</sup>

回归到房企因疫情影响的其他因素导致延期复工和交付的情形,如复工后因政府管制导致交通受限运输费用增加,或社会资源倾斜导致市场采购价格波动需重新谈判或另寻供应渠道导致工期延误延期交付的,若房企提供有效证据证明人、财、物因疫情产生变化和履行障碍导致延期交付,则法院有可能支持不可抗力的主张;但若工期顺延超过合理期限且对买受人造成较大不利影响或法院认为疫情与工期延误没有因果关系的,则法院可根据公平原则处理案件,对工期顺延酌情予以认定。

#### (四)不予免责的特殊情形

针对非典疫情时期的民事案件审理,北京二中院课题组曾在文章<sup>[4]</sup>中指出:“要从严把握非典型肺炎疫情构成不可抗力免责事由的认定标准,即:非典型肺炎疫情作为一种不可抗力的客观情况,必须发生在合同成立以后,履行以前。如果当事人一方在合同订立以前发生非典型肺炎疫情,

或者在迟延履行合同期间发生非典型肺炎疫情,不能认定为不可抗力。而且,非典型肺炎疫情作为不可抗力事件,必须影响到合同的正常履行。”

应用到本次肺炎疫情,该疫情作为不可抗力事件必须是发生在合同成立后履行前,且迟延履行期间发生在疫情阶段的不能认定为不可抗力。在(2005)沈民(2)房终字第802号民事判决中,沈阳中院对开发商因非典疫情主张延期交付的抗辩认定:“虽然2003年春夏之间我国爆发‘非典’疫情,但新中城公司在与张晓薇签订《协议书》时(2003年5月26日)应当预见‘非典’疫情可能对其正常施工造成影响,但其仍然在《协议书》中约定在2003年9月底将商品房交付张晓薇,且新中城公司自认‘2003年9月初,工程基本完工,只差验收’,其在2003年9月26日与张晓薇签订的《商品房买卖合同》亦约定‘交房日期为2003年9月30日前’,表明‘非典’疫情并未对其交付房屋造成影响,故在本案中不能免除新中城公司承担全部逾期交房的违约责任。”故,若房企因肺炎疫情导致延期交付主张免责,则前提是该合同须在疫情发生前签订。疫情发生后,当事人已能够预见疫情带来的合同履行风险,但仍签订合同,则不能据此免除房企延期交付的责任。



## /03/ 不可抗力情形下的免责期间 (天数)认定

### (一)对于房企延迟复工导致的延期交付的免责天数

首先,国务院发布的延长假期通知中的三天假期的性质,有待人社部门通知进一步明确,但无论其是法定节假日还是视为休息日,均应予以顺延。对于延迟复工的期间,以浙江省为例,浙江省政府明确省内各类企业(特殊企业除外)不早于2月9日24时前复工。按照企业一般开工日期定在原假期结束日(1月30日)后,则自1月31日起至2月9日该期间的工期均应进行顺延,延误的工期在逾期交付时间中也应扣除。在前述(2005)三亚民一终字第79号案件中,鉴于疫情防控措施出台早于合同约定的交房时间,国家宣布疫情结束的时间点已超过约定交房时间,故法院在计算延期交付天数时综合了疫情本身的延误天数和合理的工期顺延天数,认定:“由于‘非典’疫情发生于‘天涯一方城’项目建设的装修阶段,政府发文禁止录用岛外民工至双方当事人合同约定的交房日期还有54天,而长源公司与各装修施工企业约定的合同工期最长的为50天,如未发生‘非典’疫情,项目装修应在该合理期限内完成,因而计算‘非典’疫情造成的交房迟延的免责时间应为疫情发生期间的全部(即2003年5月8日至2003年7月17日,共计71天)并补足被延

若在合同正常履行期间政府就疫情出台防控措施,则延期交付天数应包含自政府限制民工流动通知下达之日起至国家宣布疫情防控工作取得阶段胜利之日的的所有天数,以及正常施工情况下根据合同约定被延误的天数。

误的合理施工工期54天,合计为125天。因此,由于‘非典’疫情构成阻碍按期交房的不可抗力因素,根据双方合同约定应顺延交房时间至2003年7月17日后的第54天,即2003年9月9日止。”由此可知,若在合同正常履行期间政府就疫情出台防控措施,则延期交付天数应包含自政府限制民工流动通知下达之日起至国家宣布疫情防控工作取得阶段胜利之日的的所有天数,以及正常施工情况下根据合同约定被延误的天数。但鉴于延期交付纠纷涉及因素较为复杂,故对于此类不可抗力的免责期间认定法院也会较为谨慎和严格。

### (二)房企为防止疫情集中爆发等自主采取停工、分散施工等措施导致的延期交付的工期顺延天数认定

若企业自行采取停工措施预防疫情集中爆发而造成工期延误和延期交付的,在相关案例中,因施工企业并未提出明确



[5] 参见(2018)粤03民终10909、10910号民事判决书、((2019)辽01民终1771号民事判决书。

停工的期限和有效的书面资料,故法院仅酌情顺延工期。故对于房企及施工单位而言,应保存好关于疫情防控的政府文件、公告、命令以及企业采取停复工或分散施工等措施导致工期拖延的相关证据资料。

### (三)因疫情产生的其他因素导致延期交付的免责天数认定

疫情发生后因政府管制导致运输成本及采购成本增加,企业寻找新的交易渠道或解决方法导致工期延误和延期交付的,对于该免责或顺延期间的认定,法院并未形成统一的标准。一般分为两种情形:一是主张因疫情遭受不可抗力的一方顺延工期必须在合理范围内。如在(2010)豫法民再字第00024号民事判决中,河南高院认为“非典对人员、材料购买等造成的影响的确影响了工程的进度,且属于台兴公司与有色院在签订合同时不可预见的因素,因此,对台兴公司认为非典、暴雨构成不可抗力的主张本院予以采纳”,但有色院已对遭受不可抗力的台兴公司顺延了4个月的工期,故河南省高院认为:“与原工期相比,已延长近4个月,即有色院已对台兴公司的工期予以合理的延长,在此情况下,门面房工程仍于2004年2月16日通过竣工验收,应当认定台兴公司对门面房工程已构成工期违约。故对于台兴公司要求有色院返还工期违约金20万元的主张,不予支持。”二是若施工单位能够证明全部延误工期系因该不可抗力事件造成的,则存在工期顺延主

张获得支持的可能。如在(2008)浙民一终字第255号民事判决中,浙江高院认为:“工程于2003年2月9日开工,2005年1月18日经竣工验收合格,实际总天数709天,已超过双方合同约定的工期538天。原审法院根据项目部、监理单位等证明,以及施工期间发生‘云娜’‘非典’等不可抗力及停电等事由,认定陈子兵并未延误工期,并无不当。温岭一建要求陈子兵承担工期违约金,缺乏依据,本院不予支持。”

因疫情影响政府对工程审批验收导致延期交付的案例较少,根据检索到的案例,非不可抗力情况下,若因行政机关内部原因如具体行政行为未落实、部门合并导致职能和审批流程调整或相应档案丢失等导致行政审批迟延,可以免除开发商的延期办证违约责任。<sup>[5]</sup> 举轻以明重,若因肺炎疫情导致政府部门决定推迟项目审批验收或因政府原因导致房屋验收出现障碍的情形,在企业能够证明系因政府行为导致相应延期的情形下,则法院应支持房企的免责抗辩。

## /04/ 结论与建议

### (一)关于不可抗力事件及延期的证据

据上,在当前严峻复杂的疫情形势下,若房企或施工单位能够提供因疫情防控导致工期延误的监理单位及工程联系单等工程进度证明文件、就相关审批验收等



事项与政府部门沟通的函件以及政府部门相应的通知和措施规范文件、影响相关物资采购的证明文件、因疫情导致市政配套设施建设延误及办理有关房屋权属登记证书延误的证明文件、企业调整人员、设备、资金等为此做出应对措施的相关资料等，从而建立起延期交付与疫情应对之间的因果关系，将有利于房企主张交付顺延的期限认定。

### (二)关于不可抗力事件及延期的通知

面对可能产生的延期交付情形，房企应做好与买受人的充分沟通和协商，若无法按时交付的可能性较大，则房企应当立即向买受人发送书面《延期交付告知函》，将肺炎疫情对企业和项目生产经营造成影响的事实及致使合同无法如约履行的障碍和后果详细说明，并向买受人提供政府部门的延长春节假期和延迟复工通知以及相应证明资料予以佐证。

### (三)及早防范、共克时艰、要有信心

鉴于目前肺炎疫情的防控工作依然持续加强，日后可能因疫情产生的延期交付等形势存在变数，上述分析仅基于已有的类似案例和相关文件精神，若日后出台相应的规范性文件和裁判指引，则应按照具体的规范进行操作。在全国人民众志成城的并肩奋斗下，疫情终将过去，对于企业因疫情产生的经营风险和困难也应及早防范，采取适当减损措施，避免产生更大的损失。

---

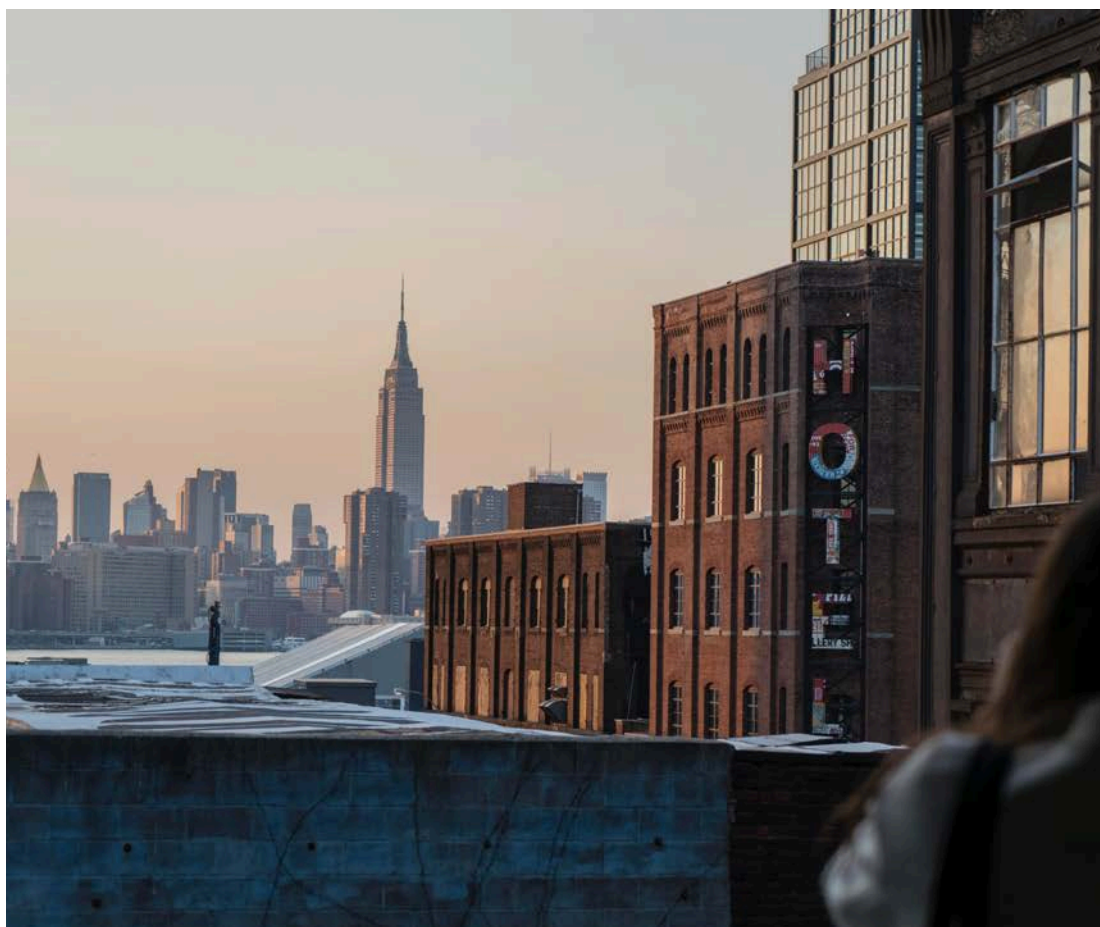
吴方荣  
合伙人  
房地产和基础设施部  
杭州办公室  
+86 571 5692 1277  
wufangrong  
@zhonglun.com

---



作者：刘娜/李洋/姜琪

## “新冠”疫情 对商品房买卖合同履行的影响





- ▶ 2020年的新春注定是令人难忘的,席卷全国的“新冠”疫情给经济生产带来巨大挑战,各级政府也相应出台各项行政措施,这些情况对经济社会中各类合同的履行产生影响。
- ▶ 《中华人民共和国民法总则》(下称“《民法总则》”)第一百八十条规定:“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”《中华人民共和国合同法》(下称“《合同法》”)第一百一十七条规定:“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。本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”对于“新冠”疫情,虽然有相关专家认为疫情“可防可控”,但尚无确切有效的治疗方法,我们认为此次“新冠”疫情具备“不能预见、不能避免和不能克服”的构成要件,应属于不可抗力。
- ▶ 基于“新冠”疫情这一不可抗力事件,针对商品房买卖合同项下义务的履行,本文拟围绕合同当事人可能关心的以下几个问题进行分析和探讨。

[1]北京市住房和城乡建设委员会于2020年1月29日发布《关于施工现场新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》，详见网址<http://zjw.beijing.gov.cn/bjjs/xxgk/qtwj/gc-jstz/1692187/index.shtml>。

[2]例如“王雅静与保利(北京)房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷”[(2018)京0112民初40453号]一案中,北京市通州区人民法院认为:“被告保利公司未能提交充足的证据证明其停工与天气因素存在直接关联性,且雾霾、大风等天气因素可以在一定程度上进行预测,且可以通过调整工作安排最大限度的降低对工程施工的影响,不构成不可抗力因素,且并无相关部门的明确限制施工、停止施工的通知。对于冬季扬尘治理工作行动方案中仅针对土方施工等扬尘工程予以限制,涉案房屋的工程施工至2017年底已经接近尾声,施工内容按照治理方案严格操作即可,不存在停工必要性。故本院综合案情,认定被告保利公司的合理停工时间为133日,则被告实际延期交房时间为53日。”

[3]例如“刘晓菊与沈阳新中城房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷”[(2005)沈民(2)房终字第726号]一案中,沈阳市中级人民法院认为:“虽然2003年春夏之间我国爆发‘非典’疫情,但新中城公司在与刘晓菊签订《协议书》时(2003年4月25日)应当预见‘非典’疫情可能对其正常施工造成影响,但其仍然在《协议书》中约定在2003年9月底将商品房交付刘晓菊,且新中城公司自认‘2003年9月初,工程基本完工,只差验收’,其在2003年9月19日与刘晓菊签订的《商品房买卖合同》亦约定‘交房日期为2003年9月30日前’,表明‘非典’疫情并未对其交付房屋造成影响,故在本案中不能免除新中城公司承担全部逾期交房的违约责任,所以新中城公司的此项上诉主张,本院不予支持。”

## /01/ 关于因工期延期引起的逾期交付问题

因“新冠”疫情,已引起春节假期延长、各地开工时间延后,例如北京市住房和城乡建设委员会发布《关于施工现场新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》(2020年1月29日发布)要求“全市房屋建筑和市政基础设施项目不早于2月9日(正月十六)24时复工或新开工”<sup>[1]</sup>,该等情形将引起建筑工程工期延期,从而可能导致出卖人逾期向买受人交付房屋。

我们倾向于认为,“新冠”疫情对于一般商品房买卖合同的当事人而言,是“不能预见、不能避免和不能克服”的突发性异常事件,如因疫情导致工期延误,性质应属于不可抗力,由此引起建筑工程工期延期,进而导致出卖人逾期向买受人交付房屋的,开发商可在计算逾期交付违约金时,扣除该等不可抗力原因延误的天数。

但需提示注意的是,在计算因不可抗力原因延误的天数时,应与事实相符且有相应证据证明,除疫情导致的工期延误可视为不可抗力外,一般而言,对于特殊天气,例如雾霾、大风、高温等可以在一定程度上进行预测的因素,造成的限制施工、停止施工等情形,因往年亦常有发生,法院可能认为开发商作为专业单位,应做到提前预期和知晓(即不具备不可预见的要件),并对工期进行前期判断,该等事项不属于

不可抗力<sup>[2]</sup>,无法以不可抗力原因扣除,开发商可能仍需承担相应的违约责任。此外,对于疫情发生后,开发商与买受人签署的房屋买卖合同,开发商应预见到疫情可能对其正常施工造成影响,此种情况下,合同中约定的交付日将被视为已考虑了疫情可能的影响,因此亦不属于不可抗力。<sup>[3]</sup>

如涉诉讼,开发商可能负有证明停工情形真实发生(通常以停工报告证明)、停工必要性、停工与相关因素存在关联性等的证明责任。当然因本次疫情的广泛性和严重性,“新冠”疫情引起的假期延长、行业停工可能被视为是公知的,出卖人的举证责任相应减轻,但仍建议房地产企业就此次疫情造成停工的相关证据予以收集和保存。

## /02/ 关于延期办理权属登记的问题

如前所述,不可抗力是指“不能预见、不能避免和不可克服”的事件,具体就延期办理权属登记能否适用不可抗力,需视情况和个案而定。

因“新冠”疫情发展,国务院办公厅发布《关于延长2020年春节假期的通知》(国办发明电〔2020〕1号,2020年1月26日发布)延长春节假期,房产部门延迟办公,导致开发商无法在买卖合同承诺的期限内为买受人办理不动产权证书的,该等疫情发展、春节假期延长的事件是合同双方在签

署买卖合同时无法预见,且国务院办公厅发布后无法避免和克服的,开发商在假期延长、房管部门延迟办公的范围内可以不可抗力为由主张免除相应违约责任;但如疫情爆发并未对申办权属登记造成影响,相关部门正常对外办公,则无法由此免除出卖人的违约责任。例如在“广州名盛房地产实业有限公司与黄月明商品房预售合同纠纷”〔(2005)穗中法民四终字第738号〕一案中,法院认为:“非典疫情的爆发并不影响名盛公司向房管部门申办权属登记,而且房管部门也没有明文规定不对外办公。故名盛公司辩称2004年2月10日已履行了合同约定的办证义务及受非典疫情原因导致迟延办理权属登记的意见,不予采纳。”

针对因疫情房管部门无法正常办公,导致出卖人迟延办理权属登记的,建议开发商及时搜集和保存相应的证据。

### /03/ 关于及时通知与减损的问题

《合同法》第一百一十八条规定:“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。”

《民法总则》《合同法》规定的不可抗力免责并非绝对的,《合同法》同样赋予遭受不可抗力一方及时通知合同对方的义务,其目的在于使得合同对方及时了解和知晓不可抗力情形,以采取相应补救措施,

实现减损、止损的目的。基于公平原则和诚实信用原则,当事人未及时通知,从而导致对方未能减轻损失的,针对该部分损失(如对方采取措施可以减轻的损失)不能适用不可抗力避免承担责任。除《合同法》规定的通知义务外,通常商品房买卖合同及其补充协议中亦会约定发生不可抗力时的通知条款,通知的期限、条件、方式等,我们提示合同当事人关注商品房买卖合同中约定的相应通知义务。

例如在“南宁童乐乳业有限责任公司与林月群商品房预售合同纠纷”〔(2019)桂01民终8707号〕一案中,南宁市中级人民法院认为:“虽然大雨、‘两会一节一赛’等符合不可抗力的情形,但不论依据合同约定,还是根据法律规定,童乐公司均应将因不可抗力而停止施工的事由告知买受人。涉案《南宁市商品房买卖合同》预留有双方的联系方式,但童乐公司并未在约定期限内履行告知义务,亦未能举证证明其未能通知买受人系因客观原因不能所致。因此,童乐公司要求在逾期交房天数中扣除因不可抗力造成停工的天数无依据,童乐公司的上诉请求,本院不予支持。”

根据《合同法》规定的遭受不可抗力一方当事人的通知义务,及商品房买卖合同中对于发生不可抗力时通知义务的约定,我们建议开发商如发生因“新冠”疫情导致工期延误、交付延迟、无法及时办理权属登记等情况时,审查商品房买卖合同的相应约定,并及时向买受人书面通知和留存相应证据,通知内容应不仅限于“新冠”



[4] 该种情形亦可能构成不可抗力情形,即履行困难与履行不能的区分,例如有学者认为“金钱之债一般不适用不可抗力”(参见曹守晔:“最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》之情势变更问题的理解与适用”,载《法律适用》2009年第8期44-49页),本文无意就该等立法尚未完全明确的内容进行学理分析,故不再赘述。

疫情的发生,还应包括因“新冠”疫情导致开发商无法履行合同具体义务的原因、情形,开发商为减损已采取的积极措施(如有)。

通常而言,可能包括的证据材料有:

(1)不可抗力情形实际发生的客观证明,例如停工报告,政府部门出具的官方书面通知、公告,官方媒体(或其他有公信力媒体)的报道等;(2)向买受人通知的证明,例如书面通知的寄送文件、回执,录音录像,双方就不可抗力事宜确认签署的书面文件等;(3)积极采取措施减损、止损的证明材料,如开发商及时采取了相应措施减损、止损,建议固定和保留相应证据,可能对合同双方权责划分具有重要意义。

## /04/ 关于买受人要求变更合同或解除合同的问題

疫情发生后,买受人可能向出卖人提出变更买卖合同或解除买卖合同的主张,例如要求调整价款、延期支付或退房。买受人可能的理由包括受疫情影响收入下降、标的房屋位置恰处于疫区、因隔离等原因未能及时付款等,该等原因是否构成不可抗力,需视情况和个案而定。

如前所述,《合同法》第一百一十七条规定:“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。”不可抗力系针对合同义务履行方,因不可抗力事件的发生导致其履行不能,例如买受人确因疫情隔

离无法履行付款义务,我们认为亦属于不可抗力情形,可免除相应的违约责任,但买受人需就“因隔离无法履行付款义务”这一事实承担举证责任;而如买受人提出其收入下降、标的房屋位于疫区等理由,我们倾向于认为该等原因不会导致合同双方“不能履行合同”的后果,即买受人仍可按照合同约定向出卖人支付房屋价款(虽然可能履行困难或造成不公平),不属于适用不可抗力条款的范围。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(2009年5月13日实施,下称“《合同法司法解释二》”)第二十六条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”该条是我国法律法规中关于情势变更规定的规定,根据该条规定,在“新冠”疫情这一不可预见的重大变化发生后,双方继续履行合同对于一方“明显不公平”或者“不能实现合同目的”的,该方有权向法院请求变更或者解除合同,例如因疫情影响买受人完全失去收入来源无法负担房屋价款<sup>[4]</sup>,或标的房屋恰位于疫情严重的区域导致房屋价值波动较大,在该等情形下,买受人认为继续履行合同无法实现其合同目的,法律赋予其依情势变更之理由诉请法院请求



变更或者解除合同的权利。

需要注意的是,情势变更规则适用的权利是“向法院请求”的权利,也即,买受人可基于前述理由向人民法院请求解除或变更合同,但不能以单方向出卖人发送不予支付房价款的通知的方式实现法律效力(不仅无效,且可能构成违约),这一点与不可抗力适用是不同的。显而易见的,情势变更规则的适用中法院将享有较大自由裁量权,是人民法院对民法公平原则的司法掌控,因此最高人民法院于《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》(法[2009]165号,2009年4月27日发布)中强调针对《合同法司法解释二》第二十六条,“如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时提请最高人民法院审核。”根据实践经验,司法实践中对情势变更原则的适用是较为谨慎的。

但谨慎适用并不意味着不适用,特别是面对“新冠”疫情这种重大不可预见事件的发生,如继续履行合同确实将造成明显不公平或致使合同当事人无法实现合同目的的,法院可能支持买受人要求变更或解除合同的诉讼请求。参照已失效的《非典期间法院工作通知》(2003年6月11日发布,2013年4月8日废止)第三条第(三)款规定:“由于‘非典’疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。”此次“新冠”疫情与“非典”疫情有一

定相似性,该等规定具有较高的参考意义。

## /05/ 结语

在“新冠”疫情的严重性下,社会的各类经济活动都将受到影响,如开发商交付房屋、办理房屋权属登记确已受到影响,我们建议开发商及时审查商品房买卖合同的相关约定,并及时向买受人发送书面通知和留存相应证据,采取必要措施减少损失扩大。

中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局已联合发布《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(银发[2020]29号,2020年1月31日发布)<sup>[5]</sup>,规定“对因感染新型肺炎住院治疗或隔离人员、疫情防控需要隔离观察人员、参加疫情防控工作人员以及受疫情影响暂时失去收入来源的人群,金融机构要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排,合理延后还款期限。”出卖人与买受人在商品房买卖合同中是相对方,但在面对“新冠”疫情的战役中亦是同一阵营的战友,我们建议买受人与出卖人能够换位思考、互相体谅,针对出现资金困难的买受人,采取适当放宽付款节奏等方式友好协商解决,避免讼累,共克时艰。

[5] 中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局于2020年1月31日联合发布《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》,详见网址:<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=888977&itemId=915>.

---

刘娜  
合伙人  
房地产和基础设施部  
北京办公室  
+86 10 5957 2152  
liuna@zhonglun.com

---





---

作者：郝瀚/卢宇浩/林冠岑

---

# 疫情面前， 对商业物业的 租赁合同履行影响几何？





- ▶ 疫情期间承租商业物业的商户运营将明显遭受重大损失。而众所周知, 商户运营成本中占比最大的是租金, 在此情况下, 商业物业租赁合同的履行将势必受到严重影响, 疫情期间及过后, 预计全国范围内将出现众多解除租赁合同或要求业主减免租金的纠纷。
- ▶ 本文从新冠疫情是否构成不可抗力、商业物业的承租人是否有权据此要求业主减免租金或解除合同的角度, 就新冠疫情对商业物业租赁合同履约影响相关问题进行解读。

## /01/ 各地政府针对疫情采取的政策措施

就新冠疫情，国家卫生健康委员会已将其纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。截至目前，武汉、北京、上海等地方政府主管部门对涉及商业物业经营的主要政策性规定如下：

### 1. 武汉地区

《武汉市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控暂行办法》第二十六条规定：“市防控指挥部在新型冠状病毒感染的肺炎疫情期期间，根据需要实施下列措施并公告：（一）禁止大型群众性活动，包括：演唱会、音乐会等文艺演出，大型体育赛事，撞钟、庙会、敬香祈福等民俗活动，展览、展销和人才招聘等；（二）暂停影剧院、娱乐场所、网吧、浴室、体育场馆等场所营业；（三）关闭图书馆、博物馆、文化馆（站）、美术馆等文博场馆，暂停开放动物园、风景区等场所；（四）停止培训机构（含托幼机构）开展线下服务；（五）禁止所有农（集）贸市场、超市等各类经营场所销售活禽，暂停宠物商店（医院）营业；（六）禁止大规模操办婚丧喜事；（七）要求所有人员出入公共场所佩戴口罩；（八）其他紧急措施。”第二十七条规定：“市防控指挥部根据疫情防控需要，依法采取停产、停业和停课等措施并公告。”第二

十八条规定：“市防控指挥部根据疫情防控需要，依法实施交通管制并公告。”

湖北省人民政府于2020年1月21日发布《关于加强新型冠状病毒感染的肺炎防控工作的通告》，规定各地严格限制举办大型活动、要切实做好公共场所、集贸市场、餐饮食品生产经营单位的卫生管理和消毒工作。商场、餐饮、理发店等密切接触服务对象的工作人员，必须严格执行戴口罩上岗和其他必要的防护制度。

### 2. 北京地区

北京市人民政府于2020年1月24日发布《关于进一步明确责任加强新型冠状病毒感染的肺炎预防控制工作的通知》，主要规定宾馆、饭店、旅店、文化娱乐场所、商业经营单位、公共交通工具等公共场所或者其他人员密集场所的经营者、管理者应当落实公共场所、人员密集场所的消毒、通风等防控措施，并对进入公共场所、其他人员密集场所的人员进行提醒和防控知识的宣传教育。建筑施工单位要加强对施工人员生活居住场所的防控管理，落实防控措施，严格人员登记。

### 3. 上海地区

中共上海市委上海市人民政府于2020年1月24日发布《关于进一步加强我市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》，主要规定教育部门要严格落实各类教育培训机构线下培训活动一律暂缓开

展。……公共场所或者其他人员密集场所的经营者、管理者要落实消毒、通风等防控措施,并对进入人员进行健康宣传教育。

上海市于2020年1月25日宣布启动重大突发公共卫生事件一级响应机制后,上海市各地区各部门采取最严举措细化落实联防联控,其中包括市公共图书馆、美术馆、博物馆、文化馆、社区文化活动中心、歌舞娱乐场所、游艺娱乐场所等文化旅游设施将实行闭馆或停止开放;上海动物园、东方明珠、海昌海洋公园等A级景区停止开放,迪士尼乐园于1月25日闭园,其他非A级重点景区陆续关闭;浦江游览全面停航;取消春节期间相关营业性演出活动,演出场馆发停演公告并配套公布退票方案;停止组团赴武汉旅游,计划前往武汉旅游的团组已全部取消,相关旅游费用全额退还游客;市各宗教活动场所暂停开放并停止集体宗教活动;市体育局直属场馆及各区体育局所属体育场馆暂停开放,在此期间不再举行体育赛事活动。

## /02/ “新冠疫情”是否构成不可抗力事件?

《中华人民共和国民法总则》(下称“《民法总则》”)第一百八十条规定:“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”《中华人民共和国合同法》(下称“《合同法》”)第一百一十七条规定:

“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。本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”

本次“新冠疫情”自2019年底起迅速爆发,具有突发性,一般公众无法预见,且疫情爆发至今尚无有效治愈方法,一般公众亦不能避免。可以看出,“新冠疫情”已符合不可抗力认定原则的两项,只有在“不能克服”方面存在不确定性。如何认定,需要结合实际情况确定。

从司法实践角度,由于本次“新冠疫情”与2003年“非典”疫情具有一定的相似性,因此我们简要回顾在司法实践层面,各级法院对于“非典”疫情法律性质的认定,以对本次“新冠疫情”的法律性质的认定提供参考。

最高人民法院(以下简称“最高院”)于2003年6月11日发布的《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(法[2003]72号)(以下简称“《非典期间法院工作通知》”)(已于2013年废止,但具有较高的参考价值)第三条第(三)款规定:“由于‘非典’疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非

典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”简言之,对于因政府部门应对“非典”疫情采取的行政管理措施导致的合同不能履行的情况,最高法院认为应按不可抗力导致合同不能履行的情形处理。在此后最高法院的相关裁判案例中,也遵循了这一指导意见。

北京市第二中级人民法院课题组在其发出的《正确处理“非典”疫情构成不可抗力免责案件》中认为:“.....尽管医学专家对非典型肺炎的症状、成因等存有不同的看法,但从法律上分析,我们认为,非典型肺炎作为一种突发性的异常事件、一种世界范围内爆发的疫情,不仅当事人不能预见,而且具有广博医学知识的医学专家也无法预见;从其爆发至今,还没有有效的方法阻止其传播,甚至还没有确定确切的传染源;尽管有许多非典型肺炎病人经过治疗病愈出院,但到目前医学界还没有确定确切有效的治疗方法,因此,这种异常的事件,至少在目前,是人类无法预见、不可避免、不能克服的客观存在,其性质属于法律上规定的不可抗力事件,是一种自然灾害。”

但是司法实践亦有不同观点,例如上海市第一中级人民法院在(2004)沪一中民二(民)终字第32号民事判决书中认为:“关于‘非典’疫情,因非法律所界定的属于不可抗力的情形,且翊宇公司因防治‘非

典’而实际停业的时间系在2003年4月,故对翊宇公司在停业前应履行支付租金之义务,原审均以不可抗力而免除翊宇公司的责任,于事实认定及法律适用均有不妥。.....对‘非典’时期的租金,原审已酌情予以减免,现翊宇公司要求全部免除,缺乏依据。”

由上可见,司法实践对于不可抗力免责在适用范围上较为谨慎,需要根据具体情况判定。

### /03/ 适用不可抗力免责的处理原则

结合相关法律规定及司法实践,我们认为,商业物业的承租人只有符合下述条件,才有权以不可抗力为由,向出租人主张解除合同或酌情减免受“新冠疫情”影响期间的租金:

租赁合同在“新冠疫情”发生之前已经签署生效,且在“新冠疫情”爆发前正常履行,没有迟延履行的情形。

租赁合同的履行受到了“新冠疫情”的直接影响,且因政府行政部门采取的措施导致了租赁合同无法履行。以“非典”疫情为例,一般要求因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷的情形下方适用“不可抗力”的减免责任

规定。

承租人确因“新冠疫情”遭受严重损失,且可以提供相关证据。

对于商业物业租赁合同,承租人的主要合同义务是向出租人缴纳租金,出租人的主要合同义务是向承租人提供符合约定条件的租赁物业。如果政府管理部门为防治疫情,明令封闭、查封特定经营场所,在此种情况下,因为政府管理部门的明确规定,导致承租人无法继续使用上述租赁物业,该承租人可以被认为是受到了直接影响,有权主张不可抗力免责,免除相应租金的缴纳义务,甚至解除租赁合同。

虽然“新冠疫情”客观上影响了商场承租人的经营收入,但与租赁合同的履行并无直接关系,在出租人可以继续提供租赁物业的情况下,承租人仍应继续履行租赁合同。承租人无权以“新冠疫情”导致经营收入减少为由,主张不可抗力免责,即解除租赁合同或减免租金。

尽管在适用不可抗力免责方面存在不确定性,但承租人因为“新冠疫情”受到不利影响并承受经营损失是显而易见的事实,从公平角度出发,要求出租人适当减免租金以分担损失也有法律依据并合情合理。以“非典”疫情为例,在审判实践中人民法院对于不可抗力免责的适用较为谨慎,但对于确实受到疫情影响的承租人,审理法院倾向于适用公平原则,适当减免部分租金或免除其迟延履行租金的违约责任。

以上海市第二中级人民法院“(2004)

沪二中民二(民)终字第354号”民事判决书为例:“基于我国在2003年春夏季节发生‘非典’疫情一事众所周知,而且当时娱乐行业响应政府部门防治‘非典’的要求而停业也是公知的事实,因此,根据公平原则,上诉人提出其停业3个月的租金应免除的理由成立,本院予以支持,故上诉人所欠租金中应扣除3个月的租金。

上海市长宁区人民法院在“(2005)长民三(民)初字第260号”的民事判决书中认为:“‘非典’期间,国家确实处于一种非常状态,对娱乐服务业的经营活动造成很大的冲击,但商业经营活动本身就具有一定风险,且‘非典’持续时间也较短,兰天星海浴场不能因此拒付租金和物业管理费,英达方物业要求兰天星海浴场支付2003年5月至6月租金和物业管理费的诉讼请求应予支持,但考虑到‘非典’这一特殊情况,英达方物业要求兰天星海浴场支付违约金的诉讼请求不予支持。”该案二审法院维持原判。



## /04/ 结论及建议

根据上述司法实践的意见及判例,基本可以认为,如商业物业的承租人未因政府部门采取的应对“新冠疫情”的行政措施而无法继续履行租赁合同的,则不能以不可抗力为由,主张解除租赁合同或免除“新冠疫情”期间的租金。但受到间接影响的承租人,可以根据公平原则,要求减免部分租金或迟延缴纳租金。

大疫面前,全社会的经济活动势必受到限制,经营收入下降不可避免,业主与承租人是相互依存的共生体,只有在疫情面

前互相体谅、共同扶持才可能在疫情过后共同发展。因此,针对可能出现的纠纷,我们建议业主与承租人均应本着公平合理原则,从对方角度出发换位思考,对于受疫情影响的承租人,通过减免部分或延迟支付租金的方式共克时艰,继续履行租赁合同以避免诉累。

思虑长远者谋一世,风雨过后是彩虹,我们相信,疫情期间相互扶持的业主与承租人,在疫情过后,彼此之间的信任将会得到进一步加强,双方的合作也会更为长久!

祝愿全国人民众志成城抗击疫情,早日取得最后的胜利!

---

郝瀚  
合伙人  
房地产和基础设施部  
北京办公室  
+86 10 5957 2010  
haohan  
@zhonglun.com

---

---

05\_

# Dispute Resolution

争议解决





作者: 张粒/万佩/马依娜

# 浅析“新冠肺炎”疫情防控 对诉讼程序的影响

200



LEGAL SOLUTIONS  
RESPONDING TO COVID-19



新型冠状病毒感染的肺炎疫情爆发以来, 国务院以及各地政府均陆续采取了一系列疫情防控措施以最大限度减少人员聚集流动, 降低感染风险, 如交通管制、人员隔离、延迟复工、远程办公等等。上述防控措施在一定程度上影响当事人如期提起诉讼或仲裁以及正常应对人民法院业已受理的民事案件, 亦对生效判决的强制执行带来诸多不便。那么, 当事人能否以疫情防控为由主张诉讼时效中止? 对于法院业已受理的案件, 当事人能否以疫情防控无法按期出庭或无法进行充分应诉准备为由申请延期开庭或者中止审理? 对于已申请强制执行的案件, 负有履行义务的一方当事人受疫情影响难以按期履行生效法律文书确定的义务, 如何避免被追究迟延履行法律责任的风险? 当事人在采取相关措施时又应当注意何种事项, 以最大程度争取法院的认可? 针对上述问题, 笔者将结合相关法律规定及案例进行分析, 供大家参考。



## /01/ 疫情防控对审判程序的影响 和应对策略

根据最高人民法院发布的《关于新型冠状病毒疫情防控期间诉讼服务和申诉信访工作的通告》规定的精神,各地区高级人民法院如湖南省、湖北省、河北省、山西省等先后出台暂停或者延迟开庭活动的通知。例如,湖北省高级人民法院于2020年1月29日发布《关于新型冠状病毒感染疫情防控期间有关诉讼活动调整事宜的公告》,规定“暂停所有开庭、调查、听证等诉讼活动,具体恢复时间视疫情防控需要,另行公告”。但是,上述关于暂停诉讼活动的公告属于法院在具体诉讼程序之外作出的事务性案件管理行为,而不是审判程序中审判组织作出的具有程序法后果的案件审理行为。鉴于每一个审判程序都是独立的,法院发出的暂停诉讼活动的公告并不当然构成审判程序的中止,各案当事人还应及时联系法院沟通确认开庭时间安排。如有必要,可书面申请延期开庭或中止诉讼。

此外,经网络检索发现,并不是所有地区法院都发布了上述通知,例如西藏自治区、新疆维吾尔自治区等。那么在未明确通知暂停诉讼活动的地区,当事人受疫情影响无法按期开庭的,应如何应对呢?

**(一) 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人如因感染新型冠状病毒或疑似感**

**染者被隔离治疗或观察、或者因疫情交通管制无法在法院通知时间达到开庭地址等正当理由没有到庭的,可申请延期开庭审理**

如无法出庭的当事人属于必须到庭的当事人,例如离婚案件的原被告、民间借贷纠纷案件中必须到庭说明情况的当事人等,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第146条第(1)款“有下列情形之一的,可以延期开庭审理:(一)必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的”的规定,可以据此向法院申请延期开庭。如无法出庭的当事人并非法定必须到庭的当事人,同时已委托诉讼代理人的,庭审应如期进行,但存在当事人被隔离或者交通管制导致无法取得证据原件等影响案件审理的情形除外。

如当事人委托的律师无法到庭应诉,根据《关于依法保障律师执业权利的规定》第25条第1款、《最高人民法院<关于依法切实保障律师诉讼权利的规定>的通知》(法发[2015]16号)第3条的规定,人民法院确定案件开庭日期时,应当为律师出庭预留必要的准备时间并书面通知律师,律师因正当理由请求变更开庭日期的,法官可在征询其他当事人意见后准许。据此,可向法院申请变更开庭日期。

**(二) 本次“新冠肺炎”疫情属于不可抗力,一方当事人因此事由不能参加**



## 诉讼的,可申请中止诉讼

虽然目前最高人民法院尚未出台文件对“新冠肺炎”疫情的性质进行定性,但中国国际贸易促进委员会多地分会发布通知可办理《新型冠状病毒疫情不可抗力事实性证明书》、山西省市场监督管理局发布的《关于疫情防控期间停止聚集性就餐活动的通知》规定“本次重大疫情属于不可抗力”等。同时,参照《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(已失效)第3条的规定,因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第117条和第118条的规定即不可抗力事件妥善处理。针对本次事件,中国国家卫生健康委员会于2020年1月20日发布公告将“新冠肺炎”纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病,并且采取了相较于“非典”疫情更加严格的甲类传染病预防、控制措施。据此,笔者认为,本次发生的“新冠肺炎”疫情属于《民法总则》第180条和《中华人民共和国合同法》第117条规定的“不能预见、不可避免并不能克服的客观情况”,即不可抗力。

虽然“新冠肺炎”疫情属于《中华人民共和国合同法》和《民法总则》规定的不可抗力,但是不可抗力制度不只是适用于合

同交易行为,也应当适用于诉讼行为。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第150条第(4)款的规定,一方当事人因不可抗拒的事由不能参加诉讼的,中止诉讼。可见,民事诉讼法规定的法定中止诉讼的情形就包含了不可抗力事件。据此,如一方当事人因感染新冠肺炎病毒或疑似新冠肺炎感染者被隔离治疗或者观察,或者因疫情交通管制无法到庭的,可以向法院申请中止诉讼,同时应提交因疫情导致不能参加诉讼的相关证据。

可见,必须到庭的当事人和其他诉讼参与人因受“新冠肺炎”疫情影响不能参加诉讼活动的,当事人可选择向法院申请延期开庭或中止诉讼。但考虑到疫情何时得到控制、社会各行各业何时恢复正常运转存在不确定性,如申请延期开庭,当事人无法向法院提供确定的预期开庭时间。故笔者建议当事人向法院申请中止诉讼,待符合条件时再行申请恢复审判程序。当然,若延期开庭或中止诉讼的申请未获法院准许,当事人仍应按期出庭,以避免人民法院按撤诉处理或缺席判决。

此外,受疫情影响导致延期开庭或者中止审理而发生的费用支出,如一方当事人提前预订机票、酒店等费用损失,应由哪方承担呢?根据《诉讼费用交纳办法》和《民事诉讼法》的相关规定,诉讼费用包括案件受理费、申请费和证人、鉴定人、翻译人员、理算人员等在人民法院指定日期出庭发生



的交通费、住宿费、生活费和误工补贴,其中诉讼费用和证人出庭作证发生的相关费用由败诉方负担,胜诉方自愿承担的除外;鉴定、公告、勘验、翻译、评估、拍卖等费用,原则上由提出主张的一方当事人承担。而我国法律法规并未对疫情导致延期或者中止开庭而发生的费用损失的承担原则作出明确规定。对此,笔者认为,各方当事人对该等费用的产生均不存在过错,鉴于该行为系为实现一方当事人按期参加庭审的自身利益,参照行政法规确定的鉴定、公告、勘验等费用的承担原则,应由费用支出一方自主承担。

## /02/ 疫情防控对执行程序的影响和应对策略

各地政府针对本次“新冠肺炎”疫情采取了严格的交通管制措施,病毒爆发地湖北省辖区内的多个市区如武汉市、黄冈市等甚至采取了封城措施,这势必对执行法院或者被执行人、被执行财产位于疫情爆发区的执行案件造成一定影响。针对此种情形,当事人能否申请中止执行呢?

最高人民法院于2020年1月31日发布的《关于做好防控新型冠状病毒感染肺炎疫情期间执行工作相关事项的通知》第6条规定,“各级法院因防控、抗击疫情导致暂停、暂缓实施相关执行措施或事项的,要依照法律、司法解释规定及时办理案件期限

延期手续。”该规定并未赋予当事人以疫情防控影响执行为由申请法院中止执行的法定权利,而由法院自由裁量确定。显然,在未出现一方当事人的公民因感染新型冠状病毒肺炎死亡的极端情形下,上述情形不属于《民事诉讼法》第256条前四款规定的人民法院应当裁定中止执行的法定情形,例如申请人表示可以延期执行、案外人对执行标的提出确有理由的异议等。那么,能否适用《民事诉讼法》第256条第(5)款关于“人民法院认为应当中止执行的其他情形”的兜底规定呢?

对比《民事诉讼法》第150条关于中止诉讼的规定和第256条关于中止执行的规定,二者存在相通之处。笔者认为,《民事诉讼法》第256条第(5)款关于中止执行的兜底规定应包含一方当事人因不可抗拒的事由无法按期执行的情形。如被执行人确因感染或疑似感染肺炎被隔离治疗或观察、或因交通管制无法出行、或者执行配合单位如财产评估、拍卖机构等未正常运营等导致无法按期履行法律文书规定的义务,则被执行人可申请法院中止执行。

但必须提醒当事人注意的是,以强制执行标的物种类为区分,法院针对各案裁定中止执行的可能性有所不同。如若执行标的物为金钱债务,则疫情并不构成中止执行的当然事由,应具体问题具体分析。虽然疫情交通管制或者银行暂停营业导致被执行人无法前往金融机构办理划款



手续,但不排除可以通过手机银行、网上转账等方式进行操作,然而被执行人举证证明不会操作该等系统的情形除外。参照广州市中级人民法院作出的[2005]穗中法民二终字第1150号《民事判决书》的裁判观点,二审法院认定非典疫情可能影响的只是宏观的经营环境,对该案借款合同的履行并不产生任何直接、必然的影响。如若执行标的物为非金钱债务,如办理不动产的权属登记、继续履行合同交付货物等,因疫情将对相应的强制执行行为产生直接、必然的影响,则当事人以疫情防控属于不可抗力为由向法院申请中止执行存在较高的被采纳的可能性。

### /03/ 疫情防控对诉讼时效的影响和应对策略

虽然诉讼时效属于实体问题,但诉讼时效如何处理关系到法院是否受理案件、启动诉讼程序或者执行程序,因此笔者在此亦进行相应分析。

根据《民法总则》第194条规定,在诉讼时效期间的最后6个月内,因不可抗力障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止;自中止时效的原因消除之日起满6个月,诉讼时效期间届满。《突发事件应对法》第13条规定,“因采取突发事件应对措施,诉讼、行政复议、仲裁活动不能正常进行的,适用有关时效中止和程序中止的规定,但法律另有

规定的除外。”人力资源社会保障部办公厅于2020年1月24日发布的《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》(人社厅明电[2020]5号)第3条规定,“因受疫情影响造成当事人不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的,仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。”

前已分析,笔者认为本次“新冠肺炎”疫情属于不可抗力。根据上述规定,当事人可主张诉讼时效中止。同时,当事人应注意积极保存疫情发生以及导致未能在诉讼时效期间内提起相应程序的证据,并在疫情消除后及时向债务人书面主张履行债务或提起诉讼或仲裁。

### /04/ 结语

“新冠肺炎”疫情作为重大公共卫生事件,在全国范围内对各行各业、每一个体都产生巨大影响。就民事诉讼案件的审理、执行程序而言,如何在疫情防控期间积极应对,最大限度争取己方权益,尽早规划,避免延误时机,必将成为涉诉企业和个人关注的重点。凡事欲则立,不立则废。希望本文提供的分析和建议可以帮助当事人掌握人民法院决定延期开庭、裁定中止诉讼和中止执行的判断标准并预判其可能性,从而做好相应的证据准备及应对工作。

---

张粒  
合伙人  
房地产和基础设施部  
武汉办公室  
+86 27 5942 5199  
zhangli  
@zhonglun.com

---



---

作者：牛磊

---

## 从新冠疫情谈 如何进行网上仲裁





## /01/

### 网上仲裁的定义及优势

2020年春节前夕,新型冠状病毒肺炎以迅猛之势在全国蔓延开来,这场突如其来的疫情对各个行业影响甚巨,争议解决领域亦不例外。为了确保能在疫情防控期间有效解决争议、维护当事人利益同时保障庭审工作顺利运行,目前已有不少仲裁机构开始以网上仲裁或网上开庭的方式进行仲裁。

网上仲裁通常可被理解为线下仲裁的电子化,是网上争议解决机制ODR(Online Dispute Resolution)中的一种。ODR通常被认为是ADR(Alternative Dispute Resolution)在网络环境中的应用,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)在《跨境电子商务网上争议解决:程序规则草案》中将ODR定义为借助电子通信以及其他信息和通信技术解决争议的一种机制。与传统仲裁模式相比,网上仲裁将网络和信息运用到仲裁程序中,一方面将纸质材料转化为电子材料,另一方面将传统的面对面开庭转换为通过在线视频等方式进行。本次疫情前,实践中的网上仲裁主要应用于互联网金融、电子商务及域名等纠纷,此次由于疫情的影响,网上仲裁也为其他商事仲裁案件提供了解决之道。

在疫情防控时期,网上仲裁的优势是显而易见的:首先,网上仲裁避免了各方当

事人及仲裁庭的面对面接触,保证了各方人员的安全和健康;其次,网上仲裁一定程度节约了提交纸质文档的打印和快递费用,省去了线下开庭的差旅费用,节约了仲裁成本;再次,网上仲裁解决了疫情期间人员出行管控造成的开庭延期,降低了协调各方开庭时间的难度;最后,网上仲裁实现了各方的实时在线互动,提升了仲裁效率和便利度。

## /02/

### 网上仲裁目前可能存在的法律障碍

目前国内很多仲裁机构如中国国际经济贸易仲裁委员会(下称“贸仲”)、中国海事仲裁委员会(下称“海仲”)、深圳国际仲裁院(下称“深国仲”)等均已出台了网上仲裁规则,但网上仲裁普及率依然不高,除非当事人各方均自愿同意按照有关机构的网上仲裁规则将争议提交网上仲裁外,网上仲裁程序依旧存在一些与中国《仲裁法》规定不符的潜在法律风险和障碍。

实际上,无论是《中华人民共和国仲裁法》(“《仲裁法》”)还是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》对于仲裁的程序架构和设计目前都是建立在传统仲裁方式上的。例如,《仲裁法》第39条规定“仲裁应当开庭进行,只有在当事人协议不开庭的情况





下,仲裁庭才可以根据双方提交的材料作出书面裁决。”第40条规定“仲裁不公开进行,当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。”尽管从文义解释上来看,上述条文中的“开庭”可被解释为包含“网络开庭”的方式,但是,由于网络开庭存在一些传统开庭不具有的风险,例如如何核查屏幕后是否存在未被授权参与庭审的人员、如何查验当事人身份等涉及仲裁保密性的问题,而且,网上开庭是否能直接等同于传统意义上的开庭尚需得到法律上的确认。

此外,《仲裁法》第45条规定“证据应当在开庭时出示,当事人可以质证”。举证质证制度的设计在于保障当事人提交证据真实可靠,能够帮助仲裁庭查清案件事实。实践中,为了方便质证,当事人应携带证据原件出庭参与质证。然而,网上仲裁的当事人主要以网络上传文件的方式将证据提交仲裁庭,而这些证据在理论上不属于原始证据,有违证据法中的“最佳证据”原则,且此种证据的质证缺乏了对证据原件进行真实性审查的环节,存在伪造和变造证据的可能性。根据《仲裁法》第58条的规定,当事人如能证明仲裁程序违反法定程序、裁决依据的证据是伪造的等情况,则可以向有管辖权的中级人民法院申请撤销裁决。

正是由于网上仲裁存在上述与《仲裁法》规定不完全相符的潜在风险,且《仲裁法》没有充分授权仲裁庭采用其认为适当

的方式审理案件的权力,才导致网上仲裁无法在更为广阔的范围开展,一定程度上束缚了中国网上仲裁的发展。

### /03/ 互联网以及各地法院网上审判及开庭实践对网上仲裁的借鉴意义

相比较而言,互联网法院及其他法院的网上审判及开庭实践发展相对成熟,对于网上仲裁的实践具有借鉴意义。最高人民法院在2018年9月发布并施行《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》(“《规定》”),此规定成为网上审判的主要依据。下文仅对网上开庭的规定和实践进行介绍。

首先,《规定》确立了在线庭审规则,要求在线审理也需要符合庭审亲历性和直接言辞原则。《规定》第12条同时还要求“……存在确需当庭查明身份、核对原件、查验实物等特殊情形的,互联网法院可以决定在线下开庭,但其他诉讼环节仍应当在线完成。”

其次,《规定》确立了在线举证规则。《规定》第9条要求“互联网法院组织在线证据交换的,当事人应当将在线电子数据上传、导入诉讼平台,或者将线下证据通过扫描、翻拍、转录等方式进行电子化处理后上传至诉讼平台进行举证,也可以运用已经导入诉讼平台的电子数据证明自己的



主张。”

最后,《规定》确立了在线质证规则。首先,《规定》第10条要求对于当事人身份证明、委托代理文件以及书证、鉴定意见、勘验笔录等证据材料进行电子化处理后提交的,经互联网法院审核通过后,视为符合原件形式要求。如果对方当事人对上述材料的真实性提出了合理质疑,则法院应当要求当事人提供证据原件。其次,第11条要求互联网法院应当结合质证情况,审查判断电子数据生成、收集、存储、传输过程的真实性。此外,当事人提交的电子数据,通过电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段或者通过电子取证存证平台认证,能够证明其真实性的,互联网法院应当确认。同时,当事人也可以申请具有专门知识的人对电子数据提出意见,法院也可以依申请或者依职权,进行鉴定等方式对电子数据进行质证。

在疫情防控时期,各地法院同样在探寻网上开庭的“最佳打开方式”。以上海市为例,2020年2月7日,上海市高级人民法院在微信公众平台上发布了《上海法院在线庭审操作指南》,2月11日,上海市第一中级人民法院也在微信公众平台上推送了《互联网法庭使用指南(暂行)》。通过对两篇指南进行总结并结合《规定》以及目前的在线庭审实践,我们可以得出现阶段法院对于在线庭审的原则性要求:

如果双方当事人有证据提供,应在开庭前将证据转换为电子数据,上传网上系统由双方下载,完成证据交换,并由法官在庭审时进行展示,由双方在线进行质证。

首先,当事人双方应该同意采取网络视频的方式进行开庭审理,并由书记员在网络系统中排期后及时通知当事人开庭时间及开庭方式等相关信息;

其次,当事人应准备身份证明文件,在庭审前通过生物识别系统或书记员视频核对身份。

再次,如果双方当事人有证据提供,应在开庭前将证据转换为电子数据,上传网上系统由双方下载,完成证据交换,并由法官在庭审时进行展示,由双方在线进行质证。如果当庭需要进行证据补充,需要向法庭申请,并将证据提交在线系统或当庭演示。

最后,在庭审结束书记员完成庭审笔录的制作后,双方当事人和法官应对庭审笔录进行确认并通过系统线上签名,表示对庭审笔录的认可,如果有异议,由书记员在线修改。

通过对上述法院网上审判及开庭规



定的总结研究,可以发现法院网上庭审(视频开庭)基于与传统审判方式不同,原则上也是应征得双方当事人的同意,且在保证网上庭审优越性的同时,也是尽可能满足传统庭审要求的亲历性、直接性的要求,并尽可能保证当事人对包括证据真实性在内的证据形式和内容进行质询的权利。然而,仲裁与诉讼不同,虽然仲裁可以借鉴诉讼网上庭审对于当事人意思自治的尊重及诉讼在线庭审规则的安排,但仲裁还应发挥其不同于诉讼的程序简便灵活的特点,更加尊重当事人意思自治,并强化仲裁庭独立审理案件的权力。

## /04/ 目前各个仲裁机构关于网上仲裁的规定及实践

目前,为充分发挥网上解决争议的优势,许多仲裁机构在避免上文提到的法律风险的前提下,都推出了网上仲裁规则,尽可能为争议解决当事人提供方便。以下以贸仲、海仲和深国仲等机构的网上仲裁规则和实践为例,对网上仲裁的程序和规定进行概要介绍。

贸仲在《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则》中规定,当事人可以约定适用网上仲裁规则进行仲裁。原则上仲裁庭只对案件进行书面审理,而仲裁庭认为有必要开庭审理的案件,应当采用以网络视频会议及其他电子或者计算机通讯形式

所进行的网上开庭方式,而证据应当在开庭时出示,由当事人质证。对于庭审前已经交换且双方无异议的证据,仲裁庭可以在征求当事人同意后,简化质证程序,但应当记录在案。

在疫情防控期间,在双方当事人均接受网上仲裁或网上开庭的前提下,贸仲允许双方和仲裁员分别在就近的贸仲分会准备的庭审室参加庭审,并由经办秘书在场核验当事人身份,防止庭审过程中有他人在场以保证仲裁的保密性。为保证庭审的完整性和真实性,整个过程通过电脑录屏和庭审室监控录像的方式进行采集,庭审结束后将速记笔录发送给各个分会由出庭人员确认后签字,保证当事人均对开庭过程表示认可。

海仲在《中国海事仲裁委员会网上仲裁规则》中规定,当事人可以约定适用网上仲裁规则或在海仲受理案件后约定网上仲裁。原则上网上仲裁不开庭审理,仲裁庭认为必要时,可以通过网络视频庭审、电话会议等适当的方式审理案件,而证据应在开庭时出示,当事人可以质证。庭审记录可以运用语音识别技术同步生成,也可以通过人工方式完成,以在线方式核对确认后,与书面笔录具有同等法律效力。

深国仲在《深圳国际仲裁院网络仲裁规则》中同样规定,因网络交易产生的争议及其他商事争议,当事人可以约定将争



议提交仲裁院通过网络仲裁。网上仲裁原则上不开庭审理,仲裁庭认为必要时,可以通过网络视频庭审、网络交流、电话会议等适当的方式审理案件,也可以决定在线下开庭,但其它环节仍在线上进行。庭审过程中运用语音识别技术同步生成庭审记录,也可以通过人工方式完成庭审记录。庭审记录以在线方式核对确认后,与书面笔录具有同等法律效力。

疫情防控期间,深国仲不光实现了异地多方远程视频开庭,而且参照国际仲裁惯例,依据仲裁规则建设了证据交换存储平台,并鼓励当事人通过该平台相互送达证据,还在2020年2月6日发布了《关于共同应对疫情 减免部分案件仲裁费的特别决定》,大幅减免使用网上仲裁的案件的仲裁费。

综合各机构关于网上仲裁的规定和做法,我们可以总结出各机构网上仲裁的以下特点:

(1)网上仲裁的选择遵从当事人意思自治,可以由当事人在仲裁协议或条款中约定适用,也可以在仲裁机构受理案件后由当事人约定适用网上仲裁;

(2)网上仲裁原则上书面审理,除非当事人约定或仲裁庭认为有必要才会在网上开庭审理,极特殊情况下才会需要现场开庭,极大地节省了人力物力;

(3)网上仲裁的全部流程均可以在网上进行,仲裁申请、证据提交、庭审质证均

可以在网上平台进行,当事人及代理人大多数情况下不需要前往仲裁机构所在地;

(4)当事人可以在仲裁条款中约定或跟仲裁机构确认电子邮箱等电子送达地址进行文件发送,如果当事人未约定也未跟仲裁机构确认,仲裁机构应通过能获得传送记录的网络电子方式发送,送达时间以数据电文进入收件人任何系统的首次时间为准;

(5)对比同一家仲裁机构的网上仲裁规则和普通仲裁规则规定的收费表,多数机构的网上仲裁收费相比普通程序会更加便宜。

## /05/ 开展网上仲裁的建议

综合上文提到的网上仲裁的特点及优势,我们建议当事人可以根据案件具体情况考虑选择适用网上仲裁,尤其在疫情发生的特殊时期,为保证争议及时得到解决,在不能及时实现线下开庭的情况下,可以根据仲裁规则申请要求网上仲裁或开庭。

目前,各个仲裁机构的仲裁规则均要求当事人在仲裁协议中约定适用网上仲裁规则,或在提交仲裁以后,协议选择网上仲裁,并提供了网上仲裁示范条款。

因此,如果双方签订合同时确认希望通过网上仲裁解决潜在纠纷,可以在合同中约定网上仲裁条款。此处推荐贸仲委的



网上仲裁示范条款作为参考:凡当事人之间因本合同所发生的或者与其有关的任何争议,均应当提交中国国际经济贸易仲裁委员会,按照申请仲裁时该会现行有效的网上仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。

在仲裁委员会受理案件后,当事人同样可以通过达成协议约定适用网上仲裁规则进行仲裁。如果纠纷已经发生并已经按已有仲裁协议提交仲裁,则可以向对方当事人或仲裁院或仲裁庭提出网上仲裁的建议,在对方当事人确认同意后,同样可以适用网上仲裁。

最后需要提醒的是,网上仲裁的进行应严格遵守我国仲裁法和仲裁机构的网上仲裁规则,避免出现程序上的瑕疵导致仲裁裁决被法院撤销或不被法院承认和执行。

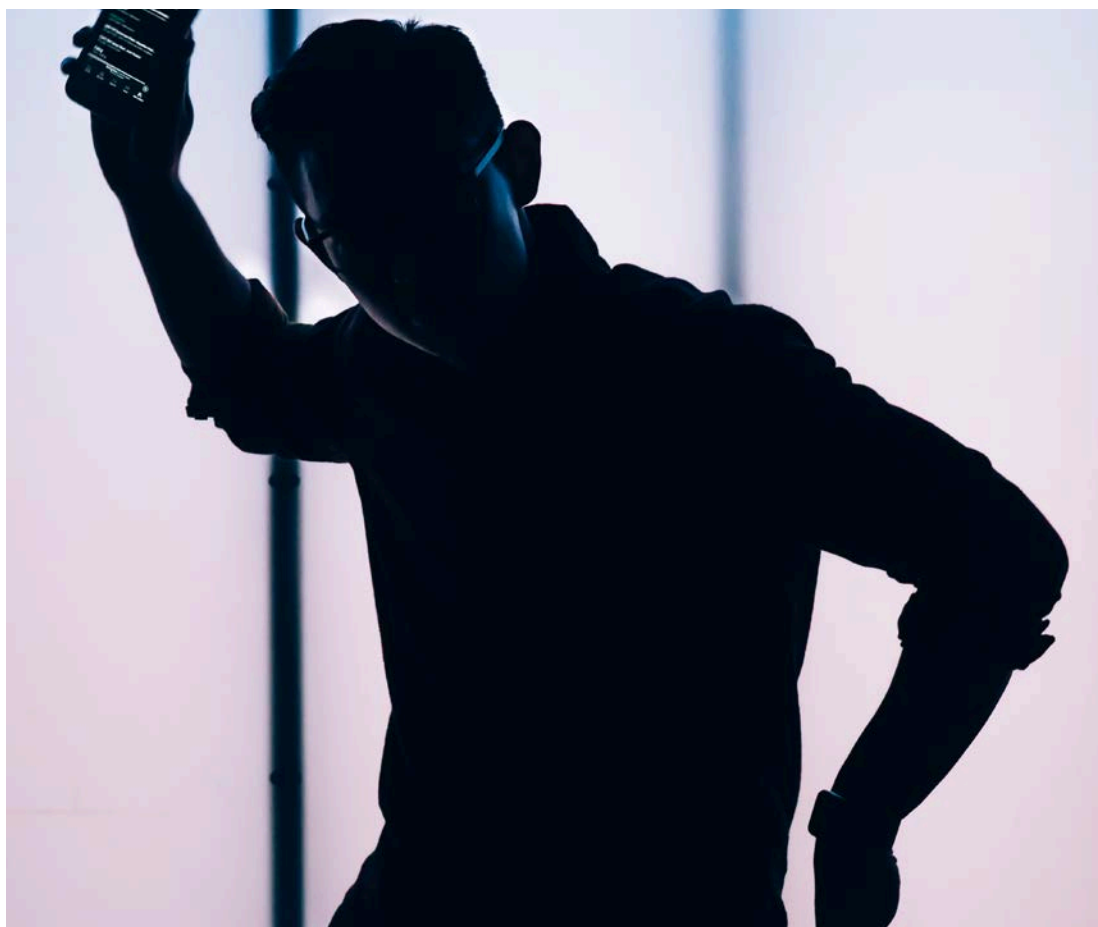


---

作者：郑书发/马东晓

---

# 疫情期间， 专利和商标期限延误如何处理





▶ 专利和商标法律事务办理过程中, 会涉及到很多流程, 而每一个流程都存在时间期限, 一旦错过了, 就会失去相应机会或者资格, 影响后续授权确权甚至丧失权利, 最终不能实现权利保护。因此, 时限管理往往是知识产权法律服务机构的重中之重。目前, 新型冠状病毒(2019-nCoV)疫情防控已经成为了全国各地的头等大事, 也受到了国际社会的高度重视, 为防控疫情, 从国家机关到企事业单位都采取了延期复工或者在家办公的方式, 很多城市以及居住的社区也采取了封城、禁足等措施。

▶ 那么, 疫情防控期间, 当事人办理专利和商标法律事务不可避免地会受到影响, 无法在法定期限内完成相应程序事项怎么办呢? 本文尝试对各种专利和商标办理期限在疫情期间的处理规定进行梳理, 以期避免当事人由于逾期而导致权利受损。



## /01/ 专利期限的处理

专利法及其实施细则对专利办理规定了两种期限,即法定期限和指定期限。法定期限是指专利法及其实施细则明确规定的各种期限。例如,申请程序中的实质审查请求期限、主动修改期限、无效宣告程序的补充证据期限等等。指定期限是指审查员

在根据专利法及其实施细则发出的各种通知中,指定当事人作出答复或为某种行为的期限。例如:答复审查意见通知书或者补正通知书的期限、要求当事人提交中文译文的期限等。专利法及其实施细则对于这两种不同期限的延误,规定了不同的救济方式,下表列出了各种专利事项的期限和内容。

时间	项目	内容
15日	缴纳申请费	申请人应当自申请日起2个月内或在收到受理通知书之日起15日内,缴纳申请费、公布印刷费、申请附加费,要求优先权的,同时缴纳优先权要求费
	专利侵权纠纷	专利局认定侵权行为成立的,可以责令侵权人立即停止侵权行为,当事人不服的,可以自收到处理通知之日起15日内向法院提起行政诉讼
1个月	专利无效补充证据	在复审委受理无效宣告请求后,请求人可以在提出无效宣告请求之日起1个月内增加理由或者补充证据
	缴纳专利费用	著录事项变更费、专利权评价报告请求费、无效宣告请求费应当自提出请求之日起1个月内缴纳
2个月	提交证明文件	申请专利的发明创造有专利法24(1)项或(2)项所列情形的,申请人应当在提出专利申请时声明,并自申请日(国际申请进入中国日)起2个月内提交有关国际展览会或者学术会议、技术会议的组织单位出具的有关发明创造已经展出或者发表,以及展出或者发表日期的证明文件
	主动修改	实用新型或者外观设计专利申请人自申请日起2个月内,可以对实用新型或者外观设计专利申请主动提出修改
	办理登记手续	专利局发出授予专利权的通知书后,申请人应当自收到通知之日起2个月内办理登记手续
	缴纳申请费	申请人应当自申请日起2个月内或者在收到受理通知书之日起15日内,缴纳申请费、公布印刷费、申请附加费。要求优先权的,同时缴纳优先权要求费
	主动修改	要求获得实用新型专利权的国际申请,申请人可以自进入日起2个月内对专利申请文件主动提出修改



时间	项目	内容
2个月	转交文件	国际申请在国际阶段被有关国际单位拒绝给予国际申请日或者宣布视为撤回的,申请人在收到通知之日起2个月内,可以请求国际局将国际申请档案中任何文件的副本转交专利局,并在该期限内向专利局办理本细则103条规定的手续
	要求优先权	申请人要求优先权的,应当在申请的时候提出书面声明,并且在3个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本
	主动修改	发明专利申请人在提出实质审查请求时以及在收到专利局发出的发明专利申请进入实质审查阶段通知书之日起的3个月内,可以对发明专利申请主动提出修改
3个月	请求复审	专利申请人对专利局驳回申请的决定不服的,可以自收到通知之日起3个月内,向复审委请求复审
	行政诉讼	当事人对复审决定、无效决定、实施强制许可决定、实施强制许可的使用费的裁决不服的,可以自收到通知之日起3个月内向法院起诉
	许可备案	专利权人与他人订立的专利实施许可合同,应当自合同生效之日起3个月内向专利局备案
4个月	生物材料样品	申请专利的发明涉及新的生物材料,申请人在申请时或者最迟自申请日起4个月内提交保藏单位出具的保藏证明和存活证明
	保藏	涉及生物材料样品保藏的专利申请应当在请求书和说明书中写明该生物材料的分类命名(注明拉丁文名称)、保藏该生物材料样品的单位名称、地址、保藏日期和保藏编号;申请时未写明的,应当自申请日起4个月内补正
6个月	不丧失新颖性	申请专利的发明创造在申请日以前6个月内,有下列情形之一的,不丧失新颖性: (1)在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的; (2)在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的; (3)他人未经申请人同意而泄露其内容的
	国际优先权	申请人自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起6个月内,又在中国就相同主题提出专利申请的,依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照相互承认优先权的原则,可以享有优先权
	补缴专利年费	授予专利权当年的年费应当在上一年度期满前缴纳。专利权人未缴纳或者未缴足的,专利局应当通知专利权人自应当缴纳年费期满之日起6个月内补缴,同时缴纳滞纳金



时间	项目	内容
12个月	国际优先权	申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起12个月内,又在中国就相同主题提出专利申请的,依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照相互承认优先权的原则,可以享有优先权
	国内优先权	申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起12个月内,又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请的,可以享有优先权
30个月	国际申请进入中国	国际申请的申请人应当在优先权日起30个月内,向专利局办理进入中国国家阶段的手续
32个月	国际申请进入中国	申请人未在优先权日起30个月内办理该手续的,在缴纳宽限费后,可以在自优先权日起32个月内办理进入中国国家阶段的手续
3年	实质审查	发明专利申请自申请日起3年内,专利局可以根据申请人随时提出的请求,对其申请进行实质审查
	办理退款手续	当事人对多缴、重缴、错缴的专利费用,可以自缴费日起3年内,向国家知识产权局提出退款请求

## 1、可以请求延长的期限

根据专利法实施细则第六条第四款的规定,当事人因正当理由不能在期限内进行或者完成某一行为或程序时,可以请求延长期限。但是,可以请求延长的期限仅限于指定期限。对于这种指定期限,当事人需要在期限届满日前提交延长期限请求书,说明理由并缴纳延长期限请求费。

需要注意的是,在无效宣告请求程序中,复审和无效审理部指定的期限不适用延长期限的规定。如:答复补正通知书期限、答复无效宣告请求期限、答复无效宣告请求审查通知书等。

因此,在疫情期间,对于可以请求延长期限的各种指定期限,在条件允许的前

提下,当事人应当尽量通过专业的专利代理机构或者律师事务所提交延长期限请求书,说明理由取得同意,避免丧失权利。

## 2、可以请求恢复权利的期限

专利法实施细则第六条第一款和第二款规定了当事人因延误期限而丧失权利之后,请求恢复其权利的条件,当事人可以适用的请求恢复权利的事由分为不可抗拒的事由和其他事由两种情形。因不可抗拒的事由延误期限导致权利丧失的,自障碍消除之日起2个月内,最迟至期限届满之日起2年内,可以请求恢复权利;而因其他事由延误期限导致权利丧失的,自收到国务院专利行政部门的通知之日起2个月



[1] 详见国家知识产权局网站公告, <http://www.cnipa.gov.cn/zfgg/1145684.htm>

[2] 详见国家知识产权局网站微信公众号文章, [https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1580985088&ver=2142&signature=yXYOFowSqpetWT6SxcccFBGAVOMM715bOTcxFRYczPNw-jGmpDNGWldGUVOga5Boxb9jgdq\\*1dpZXFfQ0MX8AZgnyX9KrxlQyDV0rV7b75dmz-TxfylwOi95Qu0C435I&new=1](https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1580985088&ver=2142&signature=yXYOFowSqpetWT6SxcccFBGAVOMM715bOTcxFRYczPNw-jGmpDNGWldGUVOga5Boxb9jgdq*1dpZXFfQ0MX8AZgnyX9KrxlQyDV0rV7b75dmz-TxfylwOi95Qu0C435I&new=1)

[3] 《最高人民法院关于新型冠状病毒疫情疫情防控期间诉讼服务和申诉信访工作的通告》, 详见 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-218771.html>

内, 可以请求恢复权利。

可以请求恢复权利的期限不但包括法定期限, 也包括指定期限, 如: 各类缴费期限、提交实质审查请求期限、答复审查意见通知书或补正通知书期限(包括延期后的期限)、办理优先权手续期限、提交各类证明文件期限、提出复审请求期限、办理专利登记期限、提交无效意见陈述的期限等等。

但是, 不丧失新颖性的宽限期、优先权期限、专利权期限和侵权诉讼时效这种种期限被延误而造成的权利丧失, 不能请求恢复。

针对本次疫情, 国家知识产权局于2020年1月28日发布了《关于专利、商标、集成电路布图设计受疫情影响相关期限事项的公告》<sup>[1]</sup>(第350号), 明确当事人因疫情相关原因延误期限属于不可抗拒的事由, 请求恢复权利的, 无需缴纳恢复权利请求费, 但需提交恢复权利请求书, 说明理由, 附有相应的证明材料, 同时办理权利丧失前应当办理的相应手续。进一步, 国家知识产权局在其官方微信公众号发表了文章《实用! 与疫情相关的恢复权利手续具体问题解答来了》<sup>[2]</sup>, 明确证明材料可以是当事人所在地政府出具的证明、发布的公告等, 或者当事人因疫情被隔离、感染新型冠状病毒肺炎等证明; 而对于当地政府公开发布延迟复工通知的, 当事人无需提交证明材料。除此之外, 如果当事人所在的小

区、楼房等因疫情被封闭、隔离等, 可以提供所在地的街道、物业或者单位的封闭或隔离公告以及证明。

由于不丧失新颖性的宽限期、优先权期限不适用请求恢复权利的规定, 如果当事人需要在疫情期间申请专利并需要请求不丧失新颖性的宽限期或请求优先权的, 仍然应当按期办理相关手续。如当事人需要要求宽限期的话, 则应当在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出之日、在规定的学术会议或者技术会议上首次发表之日或者他人未经申请人同意而泄露其内容之日起的六个月内提交申请文件; 同样, 如果当事人需要主张优先权的话, 也应当在优先权之日起十二个月内提交申请文件。

### 3、专利案件诉讼期限

与专利法律事务有关的诉讼期限主要是指专利行政诉讼和专利侵权诉讼的期限, 特别是专利侵权诉讼和专利行政诉讼的起诉期限和上诉期限。

对于这类期限, 一方面, 各级人民法院已经通过通知的形式对疫情防控期间的诉讼服务作出了原则性的相关规定。例如, 最高人民法院规定当事人可以通过最高人民法院诉讼服务网或者邮寄方式提交诉讼材料<sup>[3]</sup>; 北京市高级人民法院规定全市各级法院在疫情防控期间可以通过北京法院审判信息网、“北京移动微法院”信息平台



网上立案,也可选择邮寄方式立案<sup>[4]</sup>。因此,当事人应当尽量在期限内通过网上平台或邮寄方式办理相关程序。另一方面,民事诉讼法和行政诉讼法的相关规定,“当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,在障碍消除后的十日内,可以申请顺延期限”。如果当事人在疫情期间即便是通过网上平台或邮寄方式仍然无法按期办理相关程序,仍然可以不可抗拒的事由为理由并提供相关证明材料,请求人民法院顺延期限。例如,在因疫情障碍消除之后,当事人在立案或上诉时可以一并提交顺延期限的请求和证明材料,证明材料的形式可以参照国家知识产权局所要求的类似方式。但是,这种方式是否被人民法院接受,存在一定的不确定性,如果当事人提供的证明文件的证明力不足或者证据瑕疵,可能有顺延期限不被人民法院准许的风险。因此,除非不得已,尽量不要采用这种方式,采取这种方式时,也应当在律师指导下进行。

## /02/ 商标期限的处理

与专利法一样,商标法及其实施条例也同样规定了各种期限,当事人延误期限也会产生相应不利后果。<sup>[5]</sup>但与专利法不同的是,商标法及其实施条例没有对当事人延误期限提供额外的法定救济程序。因此,当事人对商标法律事务中的各类期限

尤其应当重视。

### 1、商标申请阶段的期限处理

在疫情期间,为了便利当事人办理各类商标行政手续,国家知识产权局商标局于2020年2月5日发布了《国家知识产权局商标局关于疫情防控期间商标申请办理的通知》<sup>[6]</sup>。根据该通知,当事人既可以通过商标网上服务系统办理手续并缴纳费用,也可以通过邮寄的方式办理,还可以通过前往各地方商标受理窗口、京外商标审查协作中心受理大厅办理。因此,当事人应当尽量通过这些便利的手段,避免直接到国家知识产权局商标注册大厅提交,也避免延误期限。

上述情况下,如果仍然出现延误期限的情形。国家知识产权局已经在《关于专利、商标、集成电路布图设计受疫情影响相关期限事项的公告》中对疫情期间的期

[4]《北京市高级人民法院关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间全市法院调整立案、诉讼服务和信访接待工作方式的通告》,详见<http://bjzcfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2020/02/id/4785424.shtml>

[5]详情参见[https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&time\\_stamp=1581052723&ver=1&signature=kpDskZOQ0ElaTPCKTtqDvZwcbwq0unZLcUvLj2PQwLLVHNEz668QtHsOgeWtmGqsRRJEIjhFjv\\*F6noFfoFdmozJmqLLYc-eQbL-oygciML0AsGctdArsAk-OYCZAiR3tbG4sfrRdvf9JTEGfS09Q=>](https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&time_stamp=1581052723&ver=1&signature=kpDskZOQ0ElaTPCKTtqDvZwcbwq0unZLcUvLj2PQwLLVHNEz668QtHsOgeWtmGqsRRJEIjhFjv*F6noFfoFdmozJmqLLYc-eQbL-oygciML0AsGctdArsAk-OYCZAiR3tbG4sfrRdvf9JTEGfS09Q=>)

[6]详见<http://www.cnipa.gov.cn/gztz/1145823.htm>





[7] 详见国家知识产权局发布的《与疫情相关的办理商标业务期限相关问题解答》, <http://www.sipo.gov.cn/zcf-g/zcjd/1145836.htm>

限延误特别作出了期限中止的相关规定,即“当事人因疫情相关原因延误商标法及其实施条例规定的期限或者国家知识产权局指定的期限,导致其不能正常办理相关商标事务的,相关期限自权利行使障碍产生之日起中止,待权利行使障碍消除之日继续计算,法律另有规定的除外;因权利行使障碍导致其商标权利丧失的,可以自权利行使障碍消除之日起2个月内提出书面申请,说明理由,出具相应的证明材料,请求恢复权利。”

实践中,可以适用这种方式对期限延误进行办理的项目有:办理商标业务补正、审查意见书回文、商标规费缴纳、同日申请提供使用证据和协商回文、撤销连续三年不使用注册商标提供使用证据,办理商标异议、商标驳回复审、不予注册复审、无效宣告复审、撤销复审的申请、答辩、补充证据,以及请求无效宣告的答辩、补充证据等;当事人可以在办理上述商标业务时,一并提交适用期限中止的书面申请,列明当事人疫情期间所在地区、权利行使障碍原因和消除时间,并提交相应的证明材料;其中,权利行使障碍产生之日是指当事人因新型冠状病毒感染肺炎开始住院、隔离,或者因所在地区疫情防控措施不能正常办理商标业务之日,权利行使障碍消除之日是指当事人因新型冠状病毒感染肺炎住院治疗、隔离结束,或者所在地区开始复工、人员管控结束之日;当事人提交的证明材料

不但包括当事人所在地区政府公开发布的延迟复工通知,也可以是当事人感染治疗、被隔离或者被管控期限等证明材料<sup>[7]</sup>。但是,这种通过申请期限中止的办理方式不但要求当事人及时办理,还需要提供证明材料来证明权利行使障碍产生之日和权利行使障碍消除之日,存在诸如证明文件的证明力不足、相关日期计算错误等原因而不被准许的法律风险。

## 2、商标案件诉讼期限

与专利诉讼相同,对于商标诉讼法律事务中有关的诉讼期限,当事人一方面应当尽量在各级人民法院的规定在期限内通过网上平台或邮寄方式办理相关程序,以避免延误期限的情形出现。另一方面,当事人在疫情期间仍然可以不可抗拒的事由为理由并提供相关证明材料,请求人民法院顺延诉讼期限,具体做法与专利诉讼并无实质差异。

疫情当前,如何使自己的知识产权顺利有效地走完申请、无效以及诉讼等程序,避免出现影响自己实体权利的情形,需要当事人、代理机构、行政机关以及各级法院共同努力。由于延误期限的法律后果是丧失相关法律权利,例如专利无法获得授权、商标无法获得注册,而各种救济手段也存在不被准许的法律风险,因此,当事人和代理人在疫情期间还要对期限充分重视,尽



---

量避免期限延误的情形出现,如果一旦出现,也不必惊慌,应当及时咨询知识产权律师或者专利代理师,积极准备证明材料,及时提交主管机构,确保在疫情过去以后迅速取得应当享有的权利,以便有效地维护自己的知识产权。

最后,疫情防控,人人有责,大家共同努力打赢这场疫情防控战。



---

作者：邓国林/黄靖然

---

# 新冠疫情导致工期延误的 证据保全思路 ——以建设单位为视角

222

LEGAL SOLUTIONS  
RESPONDING TO COVID-19





发端于2019年12月的新型冠状病毒疫情(下称“**新冠疫情**”),至今仍处于全民抗疫的关键阶段。疫情的发生和发展在企业中也广泛引发了关于合同履行的争议。由于建设工程合同履行周期长、金额大、建设过程中从业人员密集、原材料市场波动风险大等原因,建工行业无疑是受到疫情影响最大的行业之一。在本次疫情的影响下,建设单位普遍面临工期延迟的问题。本文将从建设单位的视角,以问答方式探寻在疫情下如何提前做好相应的证据保全工作,以应对可能发生的争议和风险。





### /01/

## 问题一：新冠疫情是否构成不可抗力的定义要件？

答：抽象层面，本次新冠疫情符合不能预见、不能避免并不能克服的客观情况之特征，符合《合同法》第一百一十七条关于“不可抗力”的定义规定。但与此同时不能忽视对具体合同履行影响的考察，比如针对在疫情爆发后签订的合同，原则上疫情并不构成“不能预见”的条件。

### /02/

## 问题二：为什么要进行新冠疫情导致工期延误的证据保全??

答：答：本次疫情发生后，春节后有序复工被打乱，许多开发企业已收到来自施工单位、供应商的延迟履行函。由于项目施工工期直接关系到已销售房地产项目中开发企业未来能否向购房人按时交付房屋的问题，如果不重视疫情对工期造成影响的证据保全，可能导致开发企业未来不能按时交房的违约后果。同时，对于施工单位向建设单位提出的工期顺延诉求乃至费用增加诉求，也离不开对新冠疫情具体如何影响工期的证据收集和评估。

### /03/

## 问题三：因新冠疫情导致工期延误从而免除合同违约责任的法律依据是什么？

答：不可抗力免责条款，即《合同法》第一百一十七条规定的“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”、《合同法》第一百一十八条规定的“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”，以及《民法总则》第一百八十条规定的“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定”。

### /04/

## 问题四：疫情影响与工期延误之间存在因果关系的证明标准是什么？

答：从法律层面来看，《合同法》与《民法总则》并未具体规定构成不可抗力与后果之间因果关系的证明标准，只规定了“因不可抗力不能履行合同”这一原则性标准。

从审判指导意见层面来看，早在2003年的非典疫情期间，最高院于2003年6月11日发布了《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(下称



“最高院2003年通知”),其中规定:“因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”本次新冠疫情的感染人数、影响范围均较非典时期更严重,根据举轻以明重的原则,笔者认为最高院上述意见具有一定参考意义。最高院针对非典疫情合同履行纠纷的免责证明标准为“行政措施直接导致合同不能履行”或“疫情致使当事人根本不能履行”,从“行政措施直接导致”、“当事人根本不能履行”等措辞可见,最高院在非典时期的审判指导意见采取的是较为严格的证明标准。

本次新冠疫情发生后,各地也有法院相继出台关于新冠疫情下合同履行纠纷的审判指导意见。比如,2020年2月7日四川省高级人民法院发布了《关于充分发挥审判职能作用为打赢疫情防控阻击战提供有力司法保障的指导意见》,其中规定:“对于买卖、建设工程施工等领域发生的合同纠纷,确因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施导致合同不能履行或者不能及时履行,或者因疫情影响致使合同当事人不能履行或者不能及时履行的,应当按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定,妥善处理当事人减免违约责任的主张。对于因疫情导致按原合同履行对一方当事人权益有重大

影响的合同纠纷,可以根据具体情况,进行利益衡平,公平处理”。我们注意到,四川省高院的该指导意见较之于最高院2003年通知,证明标准要更为宽松一些,采取的是“行政措施导致合同不能履行”或“疫情影响致使合同当事人不能履行或者不能及时履行”的标准;又如,2020年2月10日浙江省高级人民法院民事审判第一庭印发的《关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见(试行)》,其中采取的证明标准与最高院2003年通知基本一致,即“确因政府及有关部门为防控疫情而采取行政措施导致合同不能履行,或者由于疫情的影响致使合同当事人根本不能履行”。

由此可见,不可抗力免责条款的适用,在证明标准上包含了疫情与不能履行或不能及时履行之间在逻辑和事实上的因果关系。这表明虽然疫情的存在是客观事实,但针对疫情对合同履行不构成客观障碍的情形,是不能主张免责的。此外,在具体的证明尺度上,各地的司法标准不尽一致,除了行政措施的直接影响相对可以客观量化以外,疫情影响致使当事人不能履约或及时履约这一证明标准则属于法官综合评估证据与事实后进行自由裁量的范围。建设单位应密切留意其建设项目所在区域的地方性审判指导意见,并结合自身情况扎实做好证据保全工作,以便将来在可能发生的纠纷中不至于陷入举证上的被动。



## /05/ 问题五：目前证明疫情影响工期在举证方面有哪些不利因素？

答：根据梳理目前的有关政策，大致有以下举证的不利因素：

1、目前的行政措施直接影响的工期时间跨度有限，但农民工短缺、原材料短缺、复工准备困难、价格波动纠纷等实际问题的影响跨度可能远大于行政措施直接影响的时间跨度。

疫情发生后，国务院办公厅《关于延长2020年春节假期的通知》将原本的春节假期延长至2020年2月2日。北京、上海、江苏、重庆、成都等地均出台了有关建筑工地开工、复工方面的地方性规定，但截止到目前，政府明令不得复工的期限比较有限，成都市要求2020年2月3日起企业根据自身情况有序复工，其他很多城市将不得复工的截止时间放宽至2020年2月9日，上述期

限自然满足行政措施直接引发停工这一标准。然而，疫情实际影响的时间跨度却可能会远远大于上述时间段，包括但不限于农民工短缺、原材料短缺、复工准备困难、价格波动纠纷等实际问题。上述问题一方面现阶段可能尚未完全暴露出来，另一方面将来一旦发生，在短期内可能很难得到有效解决。那么针对上述问题导致的工期延误完成“不可抗力导致合同履行延迟”的举证，对于建设单位来说既重要也充满了挑战。

2、在经过行政措施下的禁止复工期之后，企业在理论上可以复工，但各地主管部门设置了相当严格的复工条件，并广泛实行复工审批以及将工地疫情防控落实情况与企业安全事故责任挂钩，很多企业复工非常谨慎，客观上也会影响工期，但是否构成法律上的不可抗力导致工程延期，也存在举证上的复杂性。

例如，成都市除了2020年2月3日之前不得复工的硬性规定之外，还发布了《关于做好成都市建设工程项目新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》，其中要求施工单位增加疫情防疫措施并向主管部门提出复工申请，经主管部门审查后，合格一家复工一家。这样的规定也使得因果关系的举证复杂化，因为政府并未直接要求停工，而是列出了复工要求，企业只要满足条件便能够复工。如果企业自身不满足防疫要求等复工条件，由此导致的工期延误，究竟属于不可抗力免责还是企业自身承担责



任,便存在一定争议。此外,2020年2月7日成都市住房和城乡建设局发布的《关于将新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作纳入住建领域市场主体信用评价管理的通知》明确规定:“住建领域从业单位未落实主体责任,违反疫情防控相关规定,造成疫情传播的严重后果,由住建主管部门参照《生产安全事故报告和调查处理条例》实施信用扣分:造成1人以下疫情确诊,3人以下被隔离的,视为一般安全事故;造成1人以下疫情确诊,3~10人被隔离的,视为较大安全事故;造成1人以上疫情确诊的,视为重大安全事故。造成3人以上疫情确诊的,依法依规予以一定期限市场禁入。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”如此严格的管理措施,使得企业在项目复工问题上慎之又慎,客观上也会影响到工期进度,但在法律上是否构成工期延期的充分理由,存在一定的不确定空间(同理,政府在这里并未要求停工,只是设定标准)。此外,也需要考察施工单位原本的施工进度计划(许多工地原本在春节元宵后才会正式复工,因此法定春节假期的延长本身并不构成影响),由此来量化具体受影响的工期天数。

## 06/ 问题六:建设单位如何做好现阶段证据保全工作?

答:承上分析,针对项目工期受疫情影响的证据保全,从建设单位角度具体建

议如下:

1、跟进和收集关于中央和地方政府层面因疫情原因而发布的延长假期、停工、复工等方面相关政策、文件,作为证明政府因防治疫情而采取行政措施从而直接导致的工期延期时间。

2、跟进和收集关于疫情下有关地方对人流和交通进行管制方面的政策、措施和实际情况等证据,比如复工所涉及到的管理人员、农民工等因其所在城镇或社区执行“交通管制”或“封城”等措施导致无法按时返回项目所在地的证据,包括当地相关政策、文件以及所在社区、居委会、村委会开具的证明等,或相关人员因确诊或疑似患病被隔离治疗而无法返工的证据等。

3、应特别重视合同履行的证据。

首先,建设单位须证明在工期问题上积极善意履约,并在沟通过程中借助合同相对方完成有关疫情实际影响合同履行的举证。实操层面,可向施工单位、供应商等发函,要求其按照合同进行履约,同时将地方政府发布的复工条件、复工后的防疫措施要求等纳入到复工要求中,要求合同相对方按照要求履行复工准备工作。正常情况下,施工单位或供应商收到上述函件后,会回函提出疫情对履约的实际影响或存在的客观困难,进而可能提出相应的证据、解决方案和诉求。如果有关合同相对方仅仅回复履约受影响而无进一步的信息,建设单位应书面敦促其及时提供充分证据、解



决方案和诉求。当然,所有问题和困难的暴露是带有阶段性的:比如现阶段复工面临的第一个问题可能是主管部门要求的防疫措施是否落实到位;在满足防疫措施要求并复工后,下个阶段可能面临的问题是民工短缺、原材料短缺等问题。但在任何阶段,体现建设单位善意积极履约的过程十分重要,疫情之下的人为、主观拖延所引发的工期延迟,很可能将不被法院所认可。另一方面,施工单位、供应商为了自身免责,也会极力提供证据(如民工短缺、原材料短缺、行政审批缓慢等),疫情影响工期的举证工作就从建设单位开始呈树状分布一样层层分解下去,最后汇总至建设单位。

其次,企业根据地方政府主管部门的要求进行复工准备、复工申请方面的工作,应做好证据保全,包括按要求落实复工防疫措施及相关条件所完成的工作及花费的时间,向主管部门申请复工的时间及提交的申请材料,以及主管部门的审批时间和情况等。

再次,建设单位作为商品房出卖人,应注意在约定交付时间之前向买受人发函说明当前特殊情况下交付延期事宜等,及时向买受人发出关于受疫情影响延期交房的通知书,或就延期交房签订书面补充协议。建设单位向买受人发送延期交房通知书时,应充分考虑疫情的实际影响,在复工方案和预计竣工时间相对明朗的情况下,可告知买受人预计的顺延交付时间,若尚不能确定复工方案和预计竣工时间,可以先

向买受人告知因疫情原因可能导致逾期交付,具体交付时间待另行通知。

综上所述,本次新冠疫情对建设项目工期的影响,既涉及到建设单位如何处理施工单位工期顺延诉求的问题,也涉及到建设单位自身在未来向购房人延期交付商品房能否免责的问题。建设单位应当充分重视并做好现阶段的证据保全工作,以证明在工期问题上建设单位的善意积极履约过程以及疫情如何具体实际影响工期进度,从而避免将来发生纠纷时陷入被动。

---

06\_

# Cross-border & International Trading

跨境和国际贸易业务

229



作者：闵敏/阴虹

## 特殊时期进出口企业 面临的法律问题及应对





距世界卫生组织宣布将新型冠状病毒疫情列为国际关注的突发公共卫生事件至今,新冠疫情对进出口贸易产生的影响正在陆续显现,由于各种国内国际的政府禁令与限制,已出现并预计将持续出现买方主张物资污染、收货人弃货、原材料价格急剧上升/下跌、清关难度增加、船期/航班受影响、物流限制措施、海关要求进一步检验检疫、入港管制等情形。这种情况下,受影响一方能否援引不可抗力规则主张免责?笔者根据法律规定并结合相关业务经验,就特殊时期进出口企业面临的法律问题进行初步分析并提出若干建议,供读者参考。





[1]《<联合国国际货物销售公约>适用评释》，高旭军著，中国人民大学出版社，第79条译文。

[2]《<联合国国际货物销售公约>适用评释》，高旭军著，中国人民大学出版社，第79条4.1。

[3]《<联合国国际货物销售公约>适用评释》，高旭军著，中国人民大学出版社，第79条5.2。

[4]中国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/c/c30834/202002/23100ec6c65145eda26ad6dc288ff9c9.shtml>

## /01/

# 新冠肺炎疫情仅为当下国际贸易领域若干影响履约事件的起因或原点，与疫情有关各类事件可能构成不可抗力，但亦存在例外情形，实践中需具体问题具体分析，不可一概而论。

对进出口贸易纠纷中不可抗力的认定，原则上仍然以尊重双方当事人的意思自治为先。有些贸易合同对不可抗力事件的内涵做出了明确约定（列举、概括或列举与概括并存），此时，与新冠疫情有关各类事件是否构成不可抗力，一般仍以双方约定为准（并考虑该合同适用法律）。

在案涉合同没有做出具体约定，也未约定适用法律时，实践中可能适用《联合国国际货物销售公约》（CISG）或中国法律。CISG第79条第（1）款规定，如果一方当事人没有履行任何义务，但他能证明此种不履行是由于某种非他所能控制的障碍造成的，而且没有任何合理的理由期待他能在签订合同时考虑到这一障碍，或能避免或克服它或其后果，那么该当事人对该不履行不负责任。<sup>[1]</sup>该条规定要求此障碍在签订合同时不能合理预见，且免责仅限于障碍存在期间，即障碍消失，当事人应按约定履行义务<sup>[2]</sup>。值得注意的是，关于通知义务，CISG第79条第（4）款采用的是送达原则。也即对方当事人应该“在未履行义务的一方当事人已知或应知此障碍后一段合理时间内”收到该通知；若未收到，不影响

未履行义务当事人享有的免责权，但其必须承担责任，赔偿对方当事人“因未收到通知而造成的损害”。<sup>[3]</sup>此外，CISG第79条第（2）款对因第三方不履行义务而主张免责设置了严格的限制性条件。

就中国法而言，《民法总则》第一百八十条第二款及《合同法》第一百一十七条第二款规定，不可抗力指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。我们认为，如仅将新冠疫情做单一、孤立且静态化理解，此次新冠疫情具有突发性，且为人类无法预见、无法避免亦不能克服。从法律角度分析，其符合不可抗力的特征，该判断亦与北京市第二中级人民法院在《正确处理“非典”疫情构成不可抗力免责事由案件》中的观点相契合。《中国人大》全媒体北京2020年2月10日讯，全国人大法工委发言人、研究室主任臧铁伟亦认为，政府应对新冠肺炎采取的疫情防控措施，对于因此不能履行合同的当事人来说，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。<sup>[4]</sup>

但我们需进一步指出，新冠肺炎仅为不可抗力问题的起因或原点。究竟影响国际贸易合同履约的直接原因是什么，该直接原因是否属于法律规定的不可抗力事件，能否进一步以不可抗力为由主张解除合同、免除或减轻责任，仍然需要根据不可抗力的内涵并结合具体案情进行综合考量，而非仅凭新冠肺炎疫情一言即以蔽之。

首先，若交易对方声称履约过程中发



生不可抗力事件,己方应当对其真实性予以核实,要求对方提供书面证据等。例如,在出口贸易合同项下要求海外采购方提供所在国颁布的禁止中国物资入境的政府禁令,在进口贸易合同项下要求海外供应商提供所在国颁布的禁止防疫物资出口或采取物流限制措施的政府禁令等。不排除部分交易对方谎称不可抗力,但实系故意违约或商业风险。同时,我方亦可网络查找相反证据(如有)并留存,作为后续要求对方履约或诉讼、仲裁活动中的证据。

其次,可考虑从不能预见、不能避免、不能克服三角度对该事件做进一步分析。只有三个条件同时具备方为法律框架下的不可抗力事件,对于不符合其中任一条件的事件,均可能面临交易对方的挑战,在诉讼或仲裁活动中承担败诉的风险。

例如,若疫情爆发后双方当事人第一时间延长交货期限,后一方当事人再次迟延履行,假设此时距离疫情爆发已数月之久,如卖方再次主张因不可抗力迟延履行,我们认为其主张可能不符合“不能预见”这一法律特征,这与CISG第79条第(1)款规定的“障碍应在签订合同时不能合理预见”的原则亦相吻合。又如,在Metalagro-trade公司与桦厦公司买卖合同纠纷案中<sup>[5]</sup>,法院认为,乌克兰工业银行的证明仅说明将暂停满足贷款人的要求,而非冻结存款人的账户,银行账户被冻结虽为不能预见、不能避免,但是可以克服。故合议庭对当事人主张其不能支付余款是不可抗力的

观点不予采信。此外,疫情导致物流限制政策出台从而影响运输时,若运输路线、承运方式等存在替代解决方式(改变航线、更换承运工具、变更港口等),我们理解,该情形亦有可能不构成不可抗力事件。

## /02/ 若构成不可抗力,可能产生合同解除、部分或全部免除责任的法律效果,但仍需结合案情做进一步分析。

若与疫情有关事件构成不可抗力事件,那么该事件对合同履行及责任产生何种法律效果,首先仍然尊重双方意思自治原则。

若合同无约定,当适用中国法时,当事人可考虑根据《合同法》第九十四条第(一)款主张解除合同,唯前提是主张解除合同一方须证明与疫情有关的不可抗力事件与合同目的不能实现之间具有因果关系。司法实践中,法院或仲裁机关可能从多角度衡量不可抗力事件对合同履行的影响程度。只有在不可抗力对合同履行构成重大甚至根本性障碍时,裁判机关方可能认定因果关系成立,从而裁判解除合同。例如,在钦州鑫鑫矿业有限公司与广西宝盛国际贸易有限公司买卖合同纠纷案中<sup>[6]</sup>,法院认定南非发生全国大罢工属不可抗力,由于该突发事件的发生致使宝盛公司与南非OREBAGCC公司的合同无法按时履行,因此也造成鑫鑫公司与宝盛公司合

[5](2010)沪一中民四(商)终字第2509号。

[6](2011)南市民二终字第54号。



同无法正常履行, 鉴于不可抗力与合同目的无法实现之间具有因果关系, 故判令解除合同。若与新冠疫情有关的不可抗力事件对合同履行虽有一定影响, 但未导致合同不能履行或未导致履行对一方当事人明显不公平、不能实现合同目的等情形, 裁判机关可能对当事人解除合同的要求不予支持, 本着维护交易的目的, 引导当事人通过变更合同的方式继续履行。

此外, 不可抗力部分或者全部免除违约责任的法律效果, 仍存在一定限制。《合同法》第一百一十七条第一款规定: “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。”当事人主张适用该条规定需注意, 当事人迟延履行后发生不可抗力的, 不能免除责任。其次, 免责范围应与不可抗力的影响相适应。当事人在具体合同下可能承担若干项合同义务, 若不可抗力事件仅对其履行部分合同义务产生实质性影响, 免除责任范围一般应限于未履行该部分合同义务而产生的违约责任。最后, 违约方应尽到通知和举证义务, 即及时通知对方以减轻可能给对方造成的损失, 并在合理期限内提供证明。当事人亦承担减损义务, 若当事人对损害的发生有扩大作用, 则其不可依据不可抗力来完全免责。

### /03/

**若当事人判断较难运用不可抗力进行救济, 亦可考虑依据情势变更之规定, 通过友好协商的方式主张变更合同或向裁判机构提出请求。**

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十六条规定, 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化, 继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的, 当事人请求人民法院变更或者解除合同的, 人民法院应当根据公平原则, 并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。经检索非典时期案例, 法院在处理不同个案时呈现了不同立场, 存在根据案件具体情形适用不可抗力、情势变更规则甚或适用一般性公平原则等多种情形。鉴于此情况, 若当事人判断严格适用不可抗力规定进行救济存在法律风险, 亦可考虑根据情势变更规定主张变更或者解除合同。浙江、北京、江苏等多地法院发布的审理新冠疫情有关案件的意见提出了适用情势变更原则的总体建议, 具有参考意义。



## /04/

# 新冠疫情下与进出口贸易相关的若干建议

## (一)防疫物资进口贸易应审慎识别交易对方,防范信用及政策风险。

目前我国防疫物资仍然处于短缺状态,部分企业寻求海外途径采购并支付高额预付款。我们建议国内进口方关注海外供应商的企业信用及履约能力,预防国际贸易欺诈风险,可参考中国出口信用保险公司发布的全球医疗用品供应商信息报告以及全球提单报告。

与此同时,为确保预付款资金安全,企业亦可选择进口预付款保险服务。在符合保险人适保范围的前提条件下,若国外供应商出现破产或者无力偿付债务、拖欠应退还的预付款的商业风险,或其他保单约定的政治风险时,由保险人承担保险责任。

对于因物资紧缺导致的临时涨价、拒绝发货、变更合同等行为,企业则可明确拒绝并要求交易对手方严格按照合同约定执行。

此外,我们提示进口企业动态关注海外国家发布的政府命令,部分国家(如印度、尼泊尔)已经发布了限制防疫物资出口政府禁令,部分国家(如俄罗斯)正在讨论制定该禁令的可行性。<sup>[7]</sup>鉴于相关国家的企业可能以该等禁令为由主张不可抗力免责,进口方宜时刻关注此类信息,避免因未留意此类信息导致承担法律风险。

## (二)对于本次新冠疫情爆发后拟签署的合同,宜采取谨慎态度。

国际关注的突发公共卫生事件定性将在未来一段时间内持续对国际贸易产生不确定性影响,包括对中国商品提高准入门槛或禁止进入、对来源于中国的货物或交通工具增加检验检疫措施、清关时间延长、仓储费用增加、取消航班、中断交通等。对于疫情发生后新签订的合同,裁决机构可能推定当事人对疫情的可能影响具有合理的预期,若当事人提出关于不可抗力或情势变更的主张,存在不被支持的可能性。

非常时期,国际贸易通常采取的以形式发票替代贸易合同的方式极易产生纠纷,我们建议交易双方应尽量签署书面协议,重点关注合同中不可抗力的定义、法律后果及由此带来的责任划分。

当事人亦可考虑投保海外出口信用保险,在满足适保范围的前提下,若限额买方出现破产或无力偿付债务、拖欠货款、拒绝接受货物,或信用证支付方式下开证行破产、停业或被接管、开证行拖欠、开证行拒绝承兑以及其他政治风险,由保险人承担保险责任。

## (三)对于已经签署且受疫情影响的合同,充分履行通知义务以及协商义务。

建议企业梳理可能或已经受疫情影响的国际贸易合同,评估履约风险。如果判断疫情已经影响到合同的履行,应当履行通知义务,通知的时间以双方约定为先,如无

[7]中国出口信用保险公司,  
<https://mp.weixin.qq.com/s/KulAZHblfQsZ5-Ba-9hJTIw>。



约定宜尽快通知(避免损失扩大)。同时亦应积极举证,包括向交易对手方提供相应地区贸促会出具的不可抗力事实性证明书、政府发布的停工通知等。

如前所述,与本次疫情有关的影响履约事件具有多样性,该事件是否构成法律规定的不可抗力事件、当事人是否可以主张解除合同不可一概而论。企业应谨慎衡量该不可抗力事件与无法实现合同目的之间的因果关系,不可贸然解除合同,避免承担违约责任的风险。若判断短时间内难以履行但解除合同风险较大,可以考虑与交易对手方协商变更合同,延长交付期限,积极寻找可替代性的解决方案。

此外,我们提示企业亦应重点关注政府发布的官方文件,在障碍消除后尽快恢复履行。若判断可以继续履行,建议企业密

切关注港口、机场、海关等相关信息,尽快履行发货/收货义务,避免迟延。

对于已经投保出口信用保险的被保险人,建议密切关注交易对手方的履约情况。在出现风险的情况下,及时按照约定履行申报可损、申请索赔义务,避免出现保单约定的被保险人违约情形。

#### (四)注意保留证据

新冠疫情带来的交易不确定性将持续一段时间,部分纠纷若无法协商解决,双方可能诉诸诉讼或仲裁。为此,建议当事人妥善保存证据,包括但不限于双方往来的邮件、短信、微信、电报、语音通话记录、文字记录、官方书面凭证、协议文本、网页截图等。



---

作者：蒲凌尘

---

# 解读WTO货物贸易 与WHO疫情防控法律措施





▶ 新型冠状病毒肺炎2019年12月出现在武汉,并在2020年春节之际随大规模人口流动扩散至全国、乃至其他国家。随着疫情形势发展,我们注意到很多贸易、生产性企业已经遇到国外买方拒收国内企业出口货物或收货后拖欠支付出口国内企业货款的情形。

▶ 据我们的实践经验,中国企业可能关注的问题如下:

1. WTO和WHO以及两者针对货物贸易与突发疫情的有关规定;
2. WHO宣布针对此次新冠疫情发布的声明对目前国际贸易的影响;
3. 疫情是否构成不可抗力,相关买方是否可以依据不可抗力解除合同;
4. 国内出口企业在与国外买方交涉过程中有何可采取的应对措施。



/01/

## 针对货物贸易与突发疫情，WTO和WHO有哪些相关规定？

### 1.WTO《实施卫生与植物卫生措施协议》(SPS协议)

在WTO的一揽子协议中，各成员就《实施卫生与植物卫生措施协议》(SPS协议)达成共识，为防止货物贸易导致突发不可控的疫情事件，允许进口国的成员采取临时、必要的措施。协议旨在规制货物贸易可能发生的危害人类生命或健康的突发事件，是以货物本身为协调管控目的。任何进口成员不得采取缺乏足够证据的过度措施，或依此达到隐含的贸易保护目的；采取的措施一定是“必要的”、“合理的”、“证据的”、“有限的”。SPS协议允许所有实施保护人类、动物和植物生命或健康的措施；指导WTO各成员制定、采用和实施卫生与植物卫生措施，将这些措施对贸易的影响减少到最低程度；建立由规则和纪律构成的多边框架，以引导卫生和植物检疫措施的制订、采用和实施，尽量减少其对贸易的负面影响。

### 2.世界卫生组织(WHO)《国际卫生条例(2005)》

发生在我国境内的2003年的“非典”，即严重急性呼吸综合征(SARS)，是21世纪第一次全球公共卫生突发事件。公共卫生安全不再是一个国家或地区自己的事情，

已经成为需要全球协作解决的问题。为了再次面对相似事件时，各国能有效预防和应对，世界卫生大会在2005年将旧条例修订为《国际卫生条例(2005)》。

条例(2005)是一项具有约束力的国际法律协议，对包括世卫组织所有会员国在内的全球196个国家适用。它要求各缔约国应当发展、加强和保持其快速有效应对国际关注的突发公共卫生事件的应急核心能力。相对于WTO而言，WHO所关注解决的问题与病、健康、卫生、生物标准相关，并非涉及物品(货物贸易)。

### 3.WTO和WHO有关规定的关系

WHO并不直接规定WTO体系内的国际贸易规则。国际贸易规则主要是依据SPS协议，该协议规定了各成员可以实施或维持比现有的有关国际标准、准则或建议更高标准的措施，提供保护水平更高的动植物卫生检疫措施，但要有科学依据。当然，在WTO框架下，实施卫生与植物卫生措施不得构成任意的或不合理的差别待遇，或构成对国际贸易的变相限制，同时还需要有科学依据。

### 4.国际公共卫生紧急事件(PHEIC)的影响

WHO所建议采取的措施是有条件的、有限的，即防控人员流动、货物流通，并规定了以什么样的方式、什么条件下、采取何种防范措施。不能武断地、毫无依





据地实施限制措施。根据《国际卫生条例(2005)》第十八条,针对PHEIC发布的建议将人与货物区分对待。

对人员的建议包括:审查在感染地区的旅行史、对疑似感染者实行检疫或者其他卫生措施、追踪疑似感染者、对确诊感染者进行隔离治疗等措施。

对“行李、货物、集装箱、交通工具、物品和邮包”的建议包括:审查载货清单和航行路线、审查离境或过境时采取消除感染或污染措施证明、如果现有的一切处理或操作方法均不成功,则在监控的情况下查封和销毁受感染或污染或者嫌疑的行李、货物、集装箱、交通工具、物品或邮包、不准离境或入境等措施。

## /02/ PHEIC的具体建议及对目前国际贸易的影响

2020年1月31日,WHO召开新闻发布会,宣布中国本次新冠肺炎疫情构成国际关注的突发公共卫生事件PHEIC。WHO总干事还宣布,不建议对中国进行旅行和贸易限制。

### 1.WHO发布的PHEIC声明的有效期

世界卫生组织提出PHEIC是为了面对公共卫生风险时,既能防止或减少疾病的跨国传播,又不对国际贸易和交通造成不必要的干扰,使相关国家地区遭受经济损失。就本次2019新型冠状病毒疫情发布

的临时建议,总干事将酌情决定在三个月后(或者更早)再次召集突发事件委员会会议。

### 2.WHO PHEIC声明对于目前国际贸易的影响

#### (1)拒收中国货物违反WTO和WHO的规则?

根据世界卫生组织针对新冠疫情发布的现有临时建议,我们理解任何国家不能以不合理的、无依据的、武断措施限定、封闭中国货物的流通。SPS协定有一系列的标准和规则约束WTO的成员针对货物贸易所采取的措施,即不能以不合理标准,或以任何理由,实为暗含阻碍正常贸易之目的,而采取进口限定措施。尽管WHO所要解决的是突发性的疫情、可能性的病菌传播与如何有效地防控,在这一点上,与SPS稍有区别。但是,防控疫情不能“干扰”货物贸易的流通;采取措施也是应对疫情,不是封闭或拒收货物。

因此,如果某国武断出台拒收所有中国货物的规定,与WHO规则和倡导的建议不相符 - 这不是采取合理的应对措施,而是封闭拒绝货物的进口。

#### (2)如果进口国没有出台法律或政策,可否直接适用的WTO和WHO的规则?

在WTO框架下,SPS协议允许实施保护人类、动物和植物生命或健康的措施。协议第2.1条规定,各成员有权采取为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的



卫生与植物卫生措施,只要此类措施与本协定的规定不相抵触;SPS协议第2.2条规定,各成员应保证任何卫生与植物卫生措施应以科学原理为依据。各国实施的措施"不得构成任意的或不合理的差别待遇,或构成对国际贸易的变相限制"。

因此,根据SPS协议,进口国可实施保护人类、动物和植物生命或健康的必要措施,但采取的措施应与SPS协议协调一致,并以科学原理为依据,不得与SPS协议的规定相抵触。

### (3) 相关规则的溯及力和时限

就本次2019新型冠状病毒疫情发布的临时建议,总干事将酌情决定在三个月后(或者更早)再次召集突发事件委员会会议。

## /03/ 疫情是否构成不可抗力,相关买方是否可以依据不可抗力解除合同?

不可抗力一般包括由自然原因引起的自然现象(如火灾、旱灾、地震、风灾、大雪、山崩等)以及由社会原因引起的社会现象,如战争、动乱、政府干预、罢工、禁运、市场行情等。

由于我国内地31个省区市均已就此次疫情启动突发公共卫生事件一级响应,且贸促会已宣布能够为相关企业就此次疫情遭受不可抗力的证明,根据《民法总则》和《合同法》的规定,结合我国法院在

不可抗力一般包括由自然原因引起的自然现象(如火灾、旱灾、地震、风灾、大雪、山崩等)以及由社会原因引起的社会现象,如战争、动乱、政府干预、罢工、禁运、市场行情等。

非典时期出台的相关判例,我们认为目前疫情可被认为属于“不能预见、不能避免且不能克服”的客观情况,有可能被认定为不可抗力。但具体能否适用,必须结合个案判断。

### 1.不可抗力的法律效果

#### (1)合同变更权和解除权的产生

若发生不可抗力合同不能正常履行的,当事人可以协商一致变更合同,协商不成的可以依据交易习惯确定合同内容,如果仍然不能解决问题,则可以通过诉讼或仲裁解决,法院或仲裁机构一般会区分以下情况进行判决、裁决:

a)暂时不能履行的,可由当事人延期履行;

b)部分不能履行的,可由当事人变更合同后继续履行;

c)对于因不可抗力致使合同目的不能实现(如标的物损毁),或者遇不可抗力导致迟延履行或部分履行影响到实现合



同目的的,当事人要求解除合同的,应当判决合同解除。

## (2) 不可抗力的免责效果

根据《合同法》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,部分或全部免除责任,但法律另有规定的除外。

在中国法下,发生不可抗力不可以当然免责,不可抗力免责还需要考虑以下因素:

a)发生不可抗力事件应该在合同正常履行期间;

如果不可抗力发生在当事人迟延履行后并且造成了对方损失,此时非但不能免除责任,而且应由该当事人承担全部责任。

b)仅在不可抗力影响范围内可免责;

依据不可抗力免责,必须是不可抗力成为损害发生的唯一原因,如果当事人对损害的发生也有过错,或者不可抗力事件发生后,损害因当事人的过错而扩大,应当按照不可抗力影响的程度,结合当事人导致损害的责任大小,按照“原因与责任成比例”的精神分配责任。

c)遭受不可抗力影响的一方是否履行及时通知义务和提供构成不可抗力的证明;

不可抗力产生后会有一系列附随义务,一是通知义务,即因不可抗力不能履行合同时应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失;二是证明义务,即因不可抗力违约的一方,应当在合理期限内提供有关机构出具的证明,出具证明的机关可

以包括相关政府机关或公证机关。

d)当事人是否尽到了及时采取措施避免损失扩大的义务

如果当事人对损害的发生有扩大作用,则其不可依据不可抗力来完全免责。

我们理解各国有关不可抗力的法律制度不同,如德国的给付不能制度与我国的不可抗力制度类似,而普通法中没有与大陆法的不可抗力制度相同的规定,但美国法下与不可抗力制度类似的三大法律原则为“履行不可能规则”、“商业上不可行规则”和“合同目的落空规则”。因此国外买方是否可以以不可抗力或类似法律制度为依据主张因受新冠疫情影响解除合同需要结合具体贸易合同和适用法律判断。

## /04/ 国内出口企业在与国外买方 交涉过程中有何可采取的 应对措施

由于此次疫情形势已扩展至全国范围,执行相关疫情控制措施会对国内企业的生产经营带来极大的不便,可能影响国内企业作为卖方在相关商务合同项下的履约行为。

国内卖方可以采取下述措施规避相关风险:

(1)学习国内控制疫情法规、制度和措施的要求,梳理企业自身的生产经营能力和确认上下游合作企业的配合程度,结合已签订商务合同的具体约定安排生产计



划, 排查相关商务合同是否还能如期履行, 是否存在违约风险;

(2) 了解相关出口国家针对疫情作出的进口限制法令, 停止向已经出台足以影响出口货物的国家和地区发送货物;

(3) 若国内企业由于原材料供应匮乏、生产能力不足、交通运输条件限制或由于受到出口国家针对疫情作出的限制进口的法令影响而无法继续履行商务合同的, 国内企业应将此次疫情造成其无法继续履约的情况及时通知买方, 并附上相关政府文件(春节延长假期的通知和不可抗力证明等)或其他证明文件;

(4) 梳理商务合同中有关不可抗力、情势变更、商业目的落空的条款, 结合商务合同的约定与买方协商解决方案; 在买方提出受疫情影响无法支付货款或拒绝接受货物时, 依据商务合同的约定向买方主张权利。

(5) 若买方主张解除商务合同, 可要求买方提供可支持其主张的证据, 包括:

a) 买方所在国官方发布的关于禁止接收来源于中国出口货物的行政命令或文件;

b) 买方的下游供应商已明确表示拒绝接收来源于中国的货物, 或者买方所在国消费者已有拒绝购买来源于中国商品的倾向, 买方继续接收涉案货物将导致其遭受销售利润损失;

c) 若买方主张出口企业所提供的货物中存在疫情病毒且可能导致买方及买方的

客户受感染, 买方须提供权威医疗机构作出的鉴定报告。

(6) 与买方保持良好的沟通, 协商有利于促进双方长期合作和共同实现商业利益的合作方案;

除上述应对建议外, 对于尚未正式签署商务合同的采购意向审慎考虑, 在谈判时争取达成可减少疫情防控措施给合同履行带来的负面影响的合同条款。



作者：许卓杰/梁子谦

# 新型冠状病毒疫情下 香港合同法的不可抗力





自2003年沙士在香港爆发疫潮,十七年后的今天,香港再次受到疫情影响,在新型冠状病毒肺炎疫情持续蔓延的情况下,各行各业的商品交易均承受严重冲击。根据1月27日中央政府的指示,中国的春节假期延长至2月2日,所有在中国大陆的公司于2月中旬之前都不复工。前往武汉或湖北省的人员将被再隔离14天,城市之间的行车道路仍部分封闭。企业和工厂持续停产,生产能力下降,随着劳动力状况不稳定,很多生产及商品交易会出现延误。

根据各大消息报道,中国海洋石油(0883)刚宣布对部分天然气合约启用「不可抗力条款」(Force Majeure clause),对部分供应商已表明暂时不会接收天然气。疫情为商业环境带来了不确定性。鉴于这些担忧,一些公司开始质疑疫情是否可能被解释为不可抗力事件,从而使它们或其商业伙伴无法履行合同义务。那么在香港合同法的层面来看,合同中的「不可抗力条款」又有怎么样的解释及应用呢?



[1] [1993] HKC 132

## /01/ 普通法与大陆法的不可抗力

普通法系和大陆法系对不可抗力原则的观点有着显著的区别,在香港所采用的普通法系下,法例并没有定义或规定不可抗力原则,而大陆法对于不可抗力则有所定义。

香港合同可以包含不可抗力条款,规定缔约方可因合同中明确订立的某些干预事件发生而免于履行合同。这类不可抗力条款一律受普通法原则(common law principles)和合同解释规则(contractual interpretation rules)所约束,而且在一般没有这一规定的情况下,其他法律原则如受挫失效(frustration)或履行不能(impossibility)将适用于质疑合同的有效性。

反之,根据大陆法,即使在合同未作相当规定的情况下,不可抗力原则在发生此类干预事件的时候也具有法定基础,并有可能产生免除履行责任的法律效果。

## /02/ 「不可抗力条款」 (Force Majeure clause)

上述提到香港法例对于不可抗力原则并没有定义,法庭判例亦没有解释在合同无约定的情况下可以推定适用不可抗力规则。例如香港案例Sun Wah Oil & Cereals Ltd. v. Gee Tai Trading Co.,

Ltd<sup>[1]</sup>中,香港上诉法院认为货物买卖合同中的“不可抗力/仲裁:适用标准条款”毫无意义,如果没有明确的不可抗力条款,在香港法下并没有不可抗力的“标准条款”可供适用。因此,缔约方若想撇除争议,透过启动不可抗力免除合同义务,该合同必须规定一项明确的不可抗力条款,其中得列举免除或推迟履行义务的触发事件,如自然灾害、天灾、战争、暴动等双方不能预期的事情。

在启用不可抗力条款时,依赖条款的一方必须证明:

(i) 发生了不可抗力条款中所提及的其中一项触发事件,并且该方因该触发事件而被阻止、阻碍或延迟履行合同;

(ii) 合同的不履行是由于超出其控制范围的情况造成的;及

(iii) 该缔约方并没有可采取的合理步骤来避免或减轻事件及其后果。

条款的措辞将是法庭裁决的首要考虑因素。

## /03/ 合同受挫失效 (Frustration of Contract)

若合同并没有约定不可抗力条款,合同的履行性将受合同受挫失效法则(doctrine of frustration)的影响。在香港合同法下,当各缔约方签订合同的基础是一些基本的事情将继续存在,而在合约结束及没有任何一方违约之前,发生了一



个使履行无法或只能以与预期完全不同的方式进行的事件,导致合约无法如约定履行,此时,“受挫”法则将可能成为免除进一步履行合同的理由。例如在经典英国案例 Taylor v Caldwell 一案中,原告举办音乐会的场地被大火烧毁,使得演出无法进行。此案的当各缔约方签订合同的基础是音乐会的场地于音乐会举行之时将继续存在,但这场大火构成了使履行无法的事件,导致合约无法履行。

不过,由于判定合同受阻而导致的合同义务的不能履行是一项重大的决定,应用受挫法则一般需要较高的证据门槛。在 Li Ching Wing v Xuan Yi Xiong<sup>[2]</sup> 一案中,当时淘大花园沙士疫情严重,香港政府对公寓所在的淘大花园实行隔离措施,租客因此试图以合同受挫为论点避免租约,但最终法庭认为,“租约没有因隔离令受挫,原因是租客仅不能使用该住所2年租期中的10天租期,并没有实际改变双方在订立租赁时合理地预料(reasonable contemplation)的义务。”这次裁决显示了在一般情况下,受挫法则是很难被成功地援引来解除商业合同的,因此,缔约方不应简单地将受挫法则视为风险管理的工具。

## /04/ 冠状病毒的爆发是不可抗力事件吗?

在2003年沙士爆发期间,中国最高人民法院发布公告称沙士疫情构成不可抗力事件,也有法院判例确认沙士构成不可抗力,所有由中国法律管辖的合同将可以不可抗力作为免除合同义务的理由,当然依赖方仍须证明直接因果关系。就现在的疫情,人民法院很大机会会效法2003年沙士的判例,相同地定义冠状病毒的疫情为构成不可抗力。事实上,中国商务部认可的中国国际贸易促进委员会目前正在应要求向受病毒爆发的影响在华企业发放不可抗力证书。企业能否依靠不可抗力证书来宣布不可抗力将取决于对事实的仔细分析和不可抗力条款的措辞。

然而,在香港法律体系下,要分析疫情爆发是否属于不可抗力事件,能否援引此以解除缔约方的义务,就首先必须看合同中是否有不可抗力条款。有的话,疫情爆发是否可以定义为不可抗力则取决于合同条款的措辞。

不可抗力条款根据不同的起草方式可能会有所出入,其中许多不可抗力条款会包括一系列的具体事件清单。一般事件清单会包括自然灾害(natural disaster)、天灾(acts of God)、战争(act of war)、政府干预(government intervention)、暴动(riots)、或双方无法控制的其他情况等一般事件,但有的条款未必有具体包括疾





[3] [2006] 1 Lloyd's Rep 441

[4] [1988] 1 Lloyd's Rep 323

[5] [2018] EWHC 1640 (Comm)

病、流行病或检疫(epidemic)为不可抗力事件。冠状病毒的爆发本身存在不确定性,因为它既有机会包含自然灾害的成分,即病毒本身,也有机会包含政府行动的成分,即包括隔离措施和为应对爆发而采取的其他措施等,这些都对不可抗力条款的可启用性造成不确定性。所以,在不可抗力条款对传染性疾病没有明确指明的情况下,对不可抗力事件的证明更加困难。

香港没有一套完整的针对不可抗力解释的案例判决,有着悠久历史的英国法相比起来却丰富的多,英国法作为香港法律源头,这对香港法具有重要的参考价值。根据英国法律,只有阻止(prevent)而不仅是阻碍(hinder)缔约方履行义务的事件才是真正的不可抗力事件,否则只会被判为为方便而终止(termination for convenience)。在Thames Valley Power Ltd v. Total Gas & Power Ltd<sup>[3]</sup>一案中,由于合同的履行只是变得“经济上更加繁重”,天然气供应合同中的不可抗力条款并不判以适用来免除合同义务。所以,譬如香港政府对于冠状病毒实施了局部封关,送货人员出入有所限制,货物不能从正常途径按时或以正常成本运送,缔约方必须证明该政府政策在没有其他途径运送货物的情况下阻止了运送,使他不能履行合同义务,而不能仅仅是因无利可图或利润低而寻求终止合同,因此,声称该政府政策使货物运送成本高于正常水平一般不会构成不可抗力从而免除其合同义务。

此外,由于不可抗力条款无法具体规定所有可能性,在这种情况下,缔约方可在某些具体事件发生时以事件“超出合理控制”(beyond reasonable control)为理由援引该不可抗力条款。在Channel Island Ferries Ltd v Sealink UK Ltd<sup>[4]</sup>一案中,判决任何条款中包括提及“超出有关当事缔约方控制范围”事件的措辞,只供已采取一切合理步骤避免其运作或减轻其结果的缔约方才能作为依据。然而,有些情况即使已可确定发生了不可抗力事件,也不代表条款可立即产生作用。在Seadrill Ghana Operations Ltd v. Tullow Ghana Ltd<sup>[5]</sup>一案中,尽管事实上加纳政府实施的“暂停钻探”是既定的不可抗力事件,但这并不是未能履行合同义务的唯一原因,故不被判可免除义务。

换言之,法院一般在判决不可抗力时都会设定较高的门槛,确保除裁定不可抗力外没有其他方法实际地履行合同义务。疫情爆发和相关政府措施,如指示延长公共假期、关闭企业等,确实可能构成不可抗力。但这并不意味着所有合同和相关义务都会自动因不可抗力而免除。依赖方都需要证明由于疫情的爆发出现了不能预见、不能避免、不能克服的事件,而导致他实际上不可能履行其合同义务。因此,缔约方在援引不可抗力条款时必须考虑条款的措辞,以及一切可避免或补救的事情。具体合同和合同义务是否真正符合了不能预见、不能避免和不能克服等客观要求还须



由法庭判决。

另一方面,如果合同并没有明确规定传染性疾病为不可抗力事件,那么一般缔约方将需要证明冠状病毒爆发使合同受挫失效(frustrated),从而令合同义务无法履行。而要判断合同有否受挫失效将取决于合同义务履行的实际情况和疫情的影响,这亦将是一个由法庭来判断的问题。然而,香港法院对于这方面的解释难以预测,所以在合同沉默的情况下不可抗力是很难确定地适用。

客户在考虑疫情爆发及其延伸出来的不可预测事件是否属于不可抗力事件时,应该考虑一切会对约定交易情况有所影响的问题。例如,事件有导致合同义务不能履行吗?如果合同可以在不对一方或其他人造成实质性影响的情况下履行,则疫情很难被认定为是不能履行合同的原因。譬如一缔约方指因银行不开放柜台服务导致无法履行付款义务高几率不足以构成合理理由;但如因为政府封关而导致无法出席约定地点将有机会触发不可抗力的启用。

## /05/ 如何避免不可抗力无效的风险?

经过这一疫后,如果签订新的合同,条款草案应确保明确而全面,以涵盖诸如目前冠状病毒爆发等不测事件,例如在不可抗力条款中明确包含“流行病”或“疫情”

等一词,无疑有助于进一步论证发生了不可抗力事件。详细的不可抗力条款可包括检疫、入境和出境限制、各种政府政策、流行病以及对政府实施的各种运输限制等为不可抗力事件。当然,双方也可以根据自己的需要缩小不可抗力事件的范围。

若已签订合同,客户应该审查适用的不可抗力条款,以确定条款允许的内容以及是否涵盖当前情况。此外,有些不可抗力条款对不可抗力事件发生后的报告有时间限制,所以应确保已满足条款规定的通知要求。

突发事件发生后,客户应该考虑是否有其他方法履行合同义务,例如可及时寻找替代买家或供应商等以减轻损失,但亦必须了解另一方的权利,例如对方拒绝与替代方合作而终止合同或要求赔偿的权利。此外亦应该最大化地提供或获取关于不可抗力索赔的信息,包括时间、受影响的程度、以及不可抗力事件的预计结束时间。

---

许卓杰  
合伙人  
争议解决部  
香港办公室  
+852 2298 7126  
frederickhui  
@zhonglun.com

---



作者：宋成哲

# 浅谈日本、韩国关于 不可抗力的法律规定及适用





▶ 突发的新冠肺炎疫情来势迅猛,为应对我国政府及有关部门颁布了相应禁令。目前看来,疫情仍将在一段时间内严重影响企业的正常生产经营活动,很多企业需援引不可抗力条款来主张合同免责。相信在近期的国际贸易与合作中,将会出现更多类似的纠纷。

▶ 日本和韩国,与我国有非常密切的贸易往来关系。本文从日韩法律中对不可抗力的规定,以及日韩司法实践中对于不可抗力的认定和企业应注意的问题等方面进行简要介绍,希望对读者在处理类似的跨境法律问题时有所帮助。



## /01/ 日韩关于不可抗力的法律 规定

### (一)日本关于不可抗力的法律规定

对于不可抗力,日本相关法律中并无明确定义。虽然日本《民法》以及其他各种

法律当中均有不可抗力的相关规定,但是并无明确的不可抗力通用条款。在此简单介绍日本民法和商法中关于不可抗力的规定。

#### 1、日本《民法》中的相关规定:

法条	条文内容
第275条	永佃权人因不可抗力连续三年全无收益的,或五年以上只获得少于佃租的收益时,可以抛弃其权利。
第348条	质权人,于其权利存续期间,可以以自己的责任转质质物。于此情形,因转质发生的损失,即使因为不可抗力,质权人也应该承担相应责任。
第415条	当债务人没有按照债务目的履行以及债务履行不能之时,债权人可以请求由此产生的损害的赔偿。但根据合同和其他债务的发生原因及交易上的社会共通观念,债务不履行是由无法归责于债务人的事由所造成的情况不在此限。(2020年4月1日生效)
第419条	不履行以金钱为标的债务时,其损害赔偿额,依法定利率确定。但是,约定利率超过法定利率时,以约定利率确定。 关于前款的损害赔偿,债权人无须提出损害证明 关于前款的损害赔偿,债务人不得以不可抗力进行抗辩
第609条、 610条	以收益为目的的土地承租人,因不可抗力使所得收益少于租金时,可以以收益额为限度请求减少租金。但宅地的租赁,不受此限制。 在前条情形下,租赁人因为不可抗力,连续两年以上取得的收益少于租金时,可以解除合同。

#### 2、日本《商法》中的相关规定

法条	条文内容
第596条	旅馆、餐饮店、浴场等经营人员,对于客户寄存的物品的灭失或毁损的,除非证明是不可抗力造成的,否则不能免除损害赔偿責任。
第828 (海上保险)	航海途中,因不可抗力作为保险标的物的货物被出售的,保险人应负责赔偿 以下第一项金额扣除第二项金额所得金额 一 保险价值(有约定保险价值时,为该约定保险价值) 二 该货物出售所得货款减去运费及其他费用



通过上述法律条文可以看出,除日本《民法》第415条的规定以外,日本《民法》、《商法》中关于不可抗力的规定均为特定领域的规定,并无广泛、通用性。例如,第419条是对于金钱债务的特别规定,即:对于以金钱给付为目的债务不履行,债务人不得以不可抗力为由进行抗辩。该内容也是与我国关于不可抗力在金钱债务领域的规定相一致的。另外,需要特别说明的是,日本法对于债务不履行采取的是过错责任原则,对于债务不履行有过错时承担责任,无过错时可以免责。因此,对于日本《民法》第415条的规定,学术界和司法界普遍认为为该处的“根据合同和其他债务的发生原因及交易上的社会共通观念,债务不履行是由无法归责于债务人的事由”也包括不可抗力事由。所以,普遍认为该条款在大多数情况下可以作为不可抗力适用的依据条款。

## (二) 韩国关于不可抗力的法律规定

和日本法律一样,韩国法律中也没有关于不可抗力的统一定义,但是韩国民法、商法、行政法及法院判例中有关于不可抗力的规定,在此就韩国民法和商法中的不可抗力规定做简要介绍。

### 1、韩国关于不可抗力的法律规定

#### 韩国《民法》中的相关规定

法条	条文内容
第314条	传贯权标的物的全部或部分因不可抗力灭失的,其灭失部分的传贯权予以消灭。 解释:“传贯权”是指传贯权人向房东支付较高的保证金后,可以使用该房屋,使用房屋期间不缴纳租金的制度。
第308条	传贯权人将传贯权标的物转传贯或转租给第三人后发生不可抗力损失,如果在没有转传贯或转租的情况下本可以避免不可抗力损失的,传贯权人应当对该损失承担责任。
第336条	质押权人在其权利范围内可以转质押。转质押后发生不可抗力损失,如果在没有转质押的情况下本可以避免不可抗力损失的,质押权人应当对该损失承担责任。

另外,韩国理论界对《民法》第390条的相关规定是否应作为不可抗力的依据存有争议,根据该条规定“债务人没有按照债务内容履行债务的,债权人可以要求赔偿损失;但是非因债务人故意或过失的情形导致债务人无法履行的情况除外”。比较主流的观点认为,虽然该条款规定的是非因履行义务方的原因导致无法履行下免除义务方责任的情形,但是这里的“非因义务方原因”可以包括不可抗力,因此可以在大多数情况下将该条款作为不可抗力的依据条款。<sup>[1]</sup>

[1]《关于不可抗力的反思》,韩国釜山大学法学专门大学院,尹龙硕(윤용석)教授

### 2、韩国商法对于不可抗力的规定

韩国对于不可抗力的适用最广泛的为商法领域。虽然在商法中也没有统一的不可抗力条款,但是在海运和航空运输领域规定了承运人对不可抗力事件的免责情形和不可免责情形等。针对《商法》中对不可抗力的不同认定,韩国理论界及司法界均认为,对这些不可抗力的规定应根据其立法背景和立法意图来个案分析。(见下图)



法条	条文内容
第796条 (承运人的免责事由)	承运人若能证明下列事项存在,并能证明运输物的损害通常是由此引起的,则可免除赔偿责任。 ..... 2、不可抗力
第913条 (运输物灭失、损坏的责任)	承运人对因运输物灭失或损坏造成的损失,只有在航空运输途中发生损害时,才承担责任。但是,若承运人能证明运输物的灭失或损坏是由以下各项原因引起的,则免除责任。 ..... 5、不可抗力
第931条 (免责事由)	航空器承运人因第930条第一款发生的死亡、伤残或者财产损失,若符合以下任何一项,则不承担责任: ..... 4、不可抗力
第810条 (运输合同终止的原因)	运输合同因以下原因终止: ..... 4.运输物因不可抗力而灭失时

## /02/ 日韩司法实践对于不可抗力的认定

### (一)日韩司法实践中对不可抗力的认定

#### 1.日本司法实践对于不可抗力的认定

(1)具体到对“不可抗力”的法律认定,日本并没有具体的规定但是从日本民法的第415条第1款的债务履行原则的但书(“但根据合同和其他债务的发生原因及交易上的社会共通观念,债务不履行是由无法归责于债务人的事由所造成的情况不在此限。”)中可以看出不可抗力的认定主要是从债务人责任方面去判断,如是否具有预见可能性、结果回避可能性。

(2)具体到判例中,日本法院对于是否属于不可抗力免责事项主要是从两个方面来判断。一是债务人是否存在过失,二是是否存在因果关系。在不可抗力发生时,若债务人不存在过失,不可抗力和损害的发生也存在因果关系,那么基本上可以认定为不可抗力免责事项。在此介绍一个阪神淡路大地震时的判例。在阪神淡路大地震发生时,某仓库内的化学药品发生倾倒,化学药品流出并和散落在地上的水分引起了化学反应从而引起了火灾,火灾又把仓库内的货物烧毁。保险公司在向货主赔偿之后代位向货物仓储方提起了赔偿诉求。最后法院判决“虽然日本属于多地震国家,但是仓储方预想到此次地震的



强度比较困难。仓储方已经按照预想的普通事态做了防倒措施,故很难认定本次火灾的发生是由仓储方的过失导致的。”<sup>[2]</sup>

## 2. 韩国司法实践对于不可抗力的认定

(1) 具体到对“不可抗力”的法律认定,韩国《民法》第390条将不可抗力表述为“非因债务人故意或过失的情形导致债务人无法履行的情况”。相对于中国对不可抗力的认定,韩国法律中对不可抗力的要求及程度更为宽松。从韩国大法院检索到的承包合同纠纷案例中提到:因天灾或类似于此类灾难而发生经济环境急剧变动等不可抗力情况导致竣工延误的,承包人无支付滞纳金义务。而与此相比,中国法律将自然灾害、政府行为及社会异常事件明确地界定为不可抗力之典型情形,从此角度讲,韩国法院法官对不可抗力的认定有着更为自由的司法裁量权。

(2) 具体到判例中,有的判例将不可抗力认定为“在该经营者的支配领域以外发生的事件,即使该经营者尽了通常手段也无法预测或防止这一事件发生”。韩国法律界通常在认定是否属于不可抗力时,按照如下方式予以认定:①对于无法履行合同的情形下,如当事人没有过错或无法归责于当事人的情况下,将政府措施/命令视为不可抗力;②对于无法履行合同的情形下,如当事人具有过错,则即使存在政府强制措施或命令也不视为不可抗力,不能以不可抗力进行抗辩;③如无法判断当事人是否具有过错或责任,政府强制措施或命令

能否视为不可抗力,目前无明确的规定及判例。<sup>[3]</sup>

[2]《不可抗力在合同责任中的地位》,获野奈绪

[3]韩国法律界的观点

## (二) 对此次新冠肺炎疫情在日韩能否以不可抗力进行抗辩

### 1. 日本

综上,本次新冠肺炎疫情导致的纠纷并不必然会认定为不可抗力免责事由,需要根据不同的案件情况综合分析判定,一般是可以从如下几点进行抗辩:

#### (1) 合同中双方对于不可抗力的约定

若合同中双方对于不可抗力的范围、程度、法律后果等都做了明确的约定,那么就可以按照合同中的约定对于本次疫情是否属于不可抗力进行分析和抗辩。

#### (2) 债务人是否存在过失

新冠肺炎疫情的发生并不会导致所有合同履行不能。若损害的发生除了新冠肺炎疫情外还存在债务人的过失,那么也不能被认定为不可抗力免责事项,法院会根据具体情况发挥其自由裁量权。

(3) 损害的发生是否与疫情有因果关系。

虽然新冠肺炎疫情的发生导致多种纠纷的出现,但是若损害的发生并不和疫情有因果关系,即使不发生疫情,损害结果仍然会出现,那么法院一般不会支持**免责或减责**。

### 2. 韩国

综上,韩国法院对不可抗力的认定采取十分谨慎的态度。笔者认为,如因本次





[5] 中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局于2020年1月31日联合发布《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》，详见网址：<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=888977&itemId=915>。

新冠肺炎疫情发生导致的纠纷诉诸于韩国法院，主张疫情为不可抗力的一方至少应从如下方面综合考虑：

### (1) 合同中对不可抗力的约定

如上所述，韩国法律中没有通用的不可抗力条款，因此首先应该考虑合同中对不可抗力定义的具体约定，如有些合同在不可抗力条款中明确约定疫情的发生属于不可抗力。

### (2) 疫情发生与合同无法履行是否存在因果关系及受疫情影响的程度等

因韩国法院对不可抗力的认定标准较高，通过如上判例可以看出韩国法院会综合考虑疫情发生与合同无法履行之间是否存在因果关系及疫情对合同履行造成的影响程度等诸多因素。所以如果要主张新冠肺炎发生导致合同无法履行从而主张免除或减少责任时，应从上述方面考虑，特别是对中国及韩国政府采取的相关措施(如进出口限制)导致合同无法履行来举证

### (3) 当事人是否有过错责任

结合韩国法院判例可以看出，韩国法院对于因当事人的过错导致的合同无法履行，当事人不能以不可抗力事由，对自身过错导致的合同无法履行部分进行抗辩。因此如果当事人对于合同无法履行本身具有过错责任，即使新冠肺炎疫情发生导致合同无法履行，当事人也不能以此作为抗辩事由。

## /03/

# 本次疫情引发的法律思考- 从企业角度

## (一) 建立应急风险防控和应对机制

本次疫情的突然出现，国家地区管控的不断升级让很多企业无所适从，陷入了困境。但是若在本次疫情出现之前企业拥有良好的应急风险防控和应对机制，可以将本次疫情的影响降到最低。例如：疫情出现之前是否有能应对的必要物资储备。疫情出现时，是否有能立即启动的员工安置和与突发情况配备工作机制。

## (二) 重视细化合同相关条款

### 1. 细化合同中的不可抗力条款

在本次疫情出现之前，很多企业的对外合同和对内的劳动合同等都没有关注或者说重点关注不可抗力。对于不可抗力，大多数合同里可能只是一笔带过或者有的合同里根本就没有此条款。建议企业在之后签订的合同中根据合同的不同而选择不同程度的具体细化不可抗力条款。如什么情况算是不可抗力，在出现不可抗力时双方该如何解决等。

### 2. 关注合同中的纠纷适用法律和解决方式

首先在合同中要明确适用的法律。通过此次疫情爆发的几个案件我们可以看出不同国家对于不可抗力的规定和解读都有不同。所以一定要明确适用的法律，



尤其是跨境合同。

另外还要注意纠纷解决方式。争议应当提交法院诉讼还是提起仲裁,是国内管辖还是境外管辖,约定不同纠纷解决的方式,程序、成本都会产生很大的差异,所以在签订合同之前一定要做到选择有利于自己的适用法律和纠纷解决机制。

### (三)主动合理应对,寻求专业人士的帮助

当企业受到此次疫情影响时,建议向境内外专业的法律人士咨询。在专业法律人的帮助下主动合理应对,以期将此次疫情的影响降到最低。

例如中国企业向境外企业通知不可抗力时,应该采取书面方式通知,并注意保留往来电子邮件、信件等书面证据材料。有条件的企业,建议向当地政府部门或贸促会申请出具不可抗力事实证明。

#### 【引用】

- 1.《关于不可抗力的反思》,韩国釜山大学法学专门大学院,尹龙硕(윤용석)教授
- 2.《不可抗力在合同责任中的地位》,获野杂绪

---

宋成哲  
合伙人  
公司二部  
青岛办公室  
+86 532 5572 8666  
songchengzhe  
@zhonglun.com

---



作者：许明睿/王泰博

# 从英国劳动法分析， 在英投资企业如何应对 新型冠状病毒疫情对劳动用工的影响

258



LEGAL SOLUTIONS  
RESPONDING TO COVID-19



随着新型冠状病毒(COVID-19)(以下简称“**新冠病毒**”)在全球迅速的蔓延,越多的外国企业同样面临因疫情而产生的劳动用工问题。在英投资的中国企业(以下简称“**雇主**”)是否已经做好疫情对劳动用工影响的防范?为协助中资企业更好地应对疫情影响,中伦伦敦办公室结合英国政府以及英国国家卫生部门(NHS)发布的与新冠病毒疫情相关的指引,从英国劳动法角度提出若干建议,供在英企业参考。



## /01/ 如何安排滞留英国境外及近期返回英国的员工

受到疫情的影响,某些员工可能滞留于受疫情影响较为严重的地区(包括中国大陆、香港、澳门、台湾、新加坡、马来西亚、日本、泰国及韩国等)而暂时无法返回英国工作。根据英国政府发布的指引,我们建议雇主与受影响的员工进行充分沟通,在条件允许的情况下,安排员工在其所在地区进行远程办公。另外,某些员工可能即将或刚刚从前述地区返回英国,雇主应当及时与相关员工取得联系并与其进行充分沟通,在条件允许的情况下安排员工在家进行一段时间的自我隔离,同时进行远程办公。

雇主在安排员工远程办公前,需要充分考虑因时差所导致的沟通延迟或工作监督及核查不便等不利因素,并制作一套符合相关企业实际情况的、切实可行的临时性政策,确保公司的正常运营。此外,如雇佣合同中无特殊约定,雇主应当确保员工在远程办公期间的工资足额按时支付。

## /02/ 如何应对疫情期间的病假

如某员工身体不适且有咳嗽、发烧、呼吸困难等症状(即新冠病毒的类似症状),雇主应当立即安排员工回家休息并建议其根据NHS发布的指导,联系相关人员或全科医生,以确定其是否感染了新冠

病毒。

此外,根据英国法,任何因身体不适而无法工作的员工均有权获得约定或法定的病假工资。通常雇佣合同中会明确约定支付病假工资的标准和支付期间,例如在一定期间内(如3或6个月)按正常工资或正常工资的一半进行支付。某些雇主也会直接在雇佣合同中以法定病假工资为基准约定病假工资。因此,在上述情形发生时,雇主应当仔细审阅与该员工签订的雇佣合同,向员工支付相应的病假工资。在笔者撰写本文之时,法定病假工资为每周£94.25,支付期间最多不超过28周。

如果雇主希望对因病休假的员工在其复职之前进行体检并提供体检报告,以评估该员工是否可以复职,雇主首先应当仔细审阅与该员工签订的雇佣合同。除非雇佣合同中进行了明确约定,否则雇主无权向员工提出此要求。另外,雇主需要注意,即使依据雇佣合同雇主有权要求员工提供体检报告,由于体检报告中包含的健康信息在《通用数据保护条例》(GDPR)中被归类于“特殊类别数据”,雇主在合法情况下才能处理此类数据。同时雇主也要确保其处理行为符合《获取医疗报告法1988》规定的相关要求。

## /03/ 对工作场所进行健康与安全评估

根据英国健康和安全的法律规



定，雇主有义务且必须采取合理可行的措施来保证其员工（或任何其他可能接触工作场所人）的健康、安全与福利。根据英国《劳动健康与安全法1974》，雇主有义务维护并确保办公场所的安全，确保没有影响员工健康的风险存在。另外，雇主也有义务为员工提供与健康和安全相关的信息、指导及培训，确保员工的健康与安全。

基于上述要求，雇主应当及时对办公场所的安全状况进行评估，判断其是否可能受到当下疫情的影响，进而影响（或可能影响）到相关人员（既包括全职或兼职员工，也包括任何前来办公场所的客户、顾客或其他到访人员）的健康与安全。

一旦雇主在评估后发现工作场所存在（或可能存在）影响相关人员的健康与安全的隐患，则雇主应当进一步考虑采取相关措施（例如制定保护员工健康及安全的临时性政策）从而控制并消除相关隐患。

此外，如果某些员工担心办公场所可能存在影响其健康与安全的风险，因而向雇主申请远程办公或临时休假，雇主应当与相关员工进行充分沟通，了解员工产生担忧的原因。如员工的担忧属实且合理，我们建议公司在尝试安抚员工的同时尽量满足员工的相关要求。总体来说，我们建议雇主在当下特殊时期灵活变通，将员工的健康与安全置于首位，以避免不必要的风险。

## /04/ 建议

综合上述各种考虑，中伦建议雇主应尽量减少甚至避免安排员工前往受疫情影响较为严重的地区出差，并视情况安排从受疫情影响较为严重的地区撤离英国员工（无论是否有咳嗽、发烧、呼吸困难等症状），暂时居家远程工作，进行一段时间的自我隔离。对于那些有新冠病毒类似症状的员工，雇主也应当建议其依据NHS发布的指引联系相关人员进行身体检查，并时刻关注相关员工的健康状况，给予其充分的支持。

疫情期间，雇主仍需要严格履行雇佣合同下的义务和其他法定义务。如果雇主希望发布及实行一些临时性政策（如禁止某些员工来公司办公或全面禁止员工前往受疫情影响较为严重的地区等政策），我们建议雇主在发布及实行任何临时政策之前，与受影响的员工进行充分沟通、征求相关员工意见，以免招致不必要的风险。

此外，雇主应当灵活地安排员工的工作方式，不定期对办公场所进行安全与健康风险评估，对员工进行不定期的宣传教育并为员工（尤其是受疫情影响的员工）提供足够的支持。

最后，我们建议雇主时刻关注英国政府及NHS不定期发布及更新的与新冠病毒相关的指引，并根据疫情在英国的发展情况采取灵活变通的措施。

英国政府实时发布的与新型冠状病毒相关的指引，请参阅以下网站：[https://www.gov.uk/guidance/wuhan-novel-coronavirus-information-for-the-public?gclid=Cj0KCQiAyp7yBRcWARIsABfQsnSgij7\\_1O8HBYyGggrxe86r0Vo7B8uLhEIH-RrItIVb4z9GtaBSNMajHtEALw\\_wcB](https://www.gov.uk/guidance/wuhan-novel-coronavirus-information-for-the-public?gclid=Cj0KCQiAyp7yBRcWARIsABfQsnSgij7_1O8HBYyGggrxe86r0Vo7B8uLhEIH-RrItIVb4z9GtaBSNMajHtEALw_wcB)



作者：徐珊珊/张弛/李晓露

## 从“钻石公主号”事件评海上“隔离”措施





截止2020年3月1日,载有约3700人的日本“钻石公主号”邮轮累计确诊新型冠状病毒肺炎(“新冠”)病例705例<sup>[1]</sup>,第一批乘客开始下船。此前,日本厚生劳动省(“厚劳省”)确定“海上隔离”的方针,隔离期限至2月19日<sup>[2]</sup>。然而,厚劳省2月11日确定较为宽松的新方针——即日起“钻石公主号”乘客中感染新冠风险较高群体(如老年人、有基础疾病的乘客等)可以下船,他们将被转移至日本境内的医院等处接受治疗观察<sup>[3]</sup>,厚劳省原预计2月21日所有人员将下船,现证实“钻石公主号”上最后一批人员(包括船长、船员,共131人)于3月1日最终完成下船<sup>[4]</sup>。

无法忽视的是,“钻石公主号”上的乘客、船员已经被隔离于船舱内超过两周,期间不断有乘客、船员被确诊为新冠患者,船内交叉感染风险升高,室内生活条件下降,紧张气氛蔓延。在全球共同打击新冠疫情的当下,“钻石公主号”上的乘客却饱受病毒感染的威胁,使以下问题浮出水面——日本“海上隔离”的举措是否得当?面对该疫情,国际通行的做法应当如何?下文将从法律角度对以上问题展开探讨。

[1]《“钻石公主号”全员下船,最后60名乘务员将进行2周医学观察》, [https://news.online.sh.cn/news/gb/content/2020-03/02/content\\_9511101.htm](https://news.online.sh.cn/news/gb/content/2020-03/02/content_9511101.htm), 最后访问日期2020年3月3日。

[2]《直击日本“钻石公主号”邮轮:已确诊135例》, <https://military.china.com/global/37490091.html>, 最后访问日期2020年2月19日。

[3]《钻石公主号疫情扩大 新冠肺炎易感人群将下船留观》, <http://news.163.com/20/0211/16/F54AJP2A0001899N.html>, 最后访问日期2020年2月19日。

[4] 同上注1。





[5]「検疫法」(昭和二十六年六月六日法律第二百一十号),以下称日本《检疫法》。

[6]「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」(平成十年法律第十四号),以下称日本《传染病法》。

[7]《新型肺炎を「指定感染症」に閣議決定》,

<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200128/k10012261771000.html>,最后访问日期2020年2月19日。

[8]《联合国海洋法公约》,<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/UNCLOS-1982.shtml>,最后访问日期2020年2月19日。

[9]《百度词条:钻石公主号》,<https://baike.baidu.com/item/钻石公主号/8892193?fr=aladdin>,最后访问日期2020年2月19日。

[10] 日本《检疫法》第5条 对于外国来日船舶或外国来日的飞机(以下简称“船舶等”),其船长在没有得到检疫合格证或临时检疫合格证之前,不能让任何人离船上岸或卸货,且飞机不能离开各检疫机场检疫所所长指定的地点,或搬运出货物。但是,有符合下述各款之一者不在此限。……第3款、在不得已的紧急情况下得到检疫所长批准时。

[11] 同上注7。

[12] 同上注3。

[13] 同上注2。

[14] 日本《检疫法》第十四条第一项 对于从检疫对象传染病流行地区起航或在该地区停靠过的来日船舶等、在航行中出现检疫对象传染病的患者或死者的船舶等……,在认为合理的必要的限度内,检疫所长可以全部或部分采取下述措施。第1款、将第2条第1款所规定的传染病或霍乱的患者隔离,或由检疫官将其隔离。第2款、扣留有可能已感染了第2条第1款所规定的传染病病原体的人员,或者由检疫官对其进行扣留(仅限在外国发生该款规定的传染病,其病原体侵入国内可能会对国民的生命及健康产生重大影响时)……

[15] 日本《检疫法》第十四条第一项第2款 扣留……,仅限在外国发生该款规定的传染病,其病原体侵入国内可能会对国民的生命及健康产生重大影响时……

## 01/ 日方“海上隔离”措施存在何法律依据?

日本内阁于1月28日通过了政令,根据日本《检疫法》<sup>[5]</sup>以及日本《传染病法》<sup>[6]</sup>,将新型冠状病毒肺炎列为“检疫传染病”和“指定传染病”,政令从2月7日起施行<sup>[7]</sup>。以上两部法律是日本作出“海上隔离”决定的主要法律依据。笔者将从该两部法律的具体法条展开,讨论日方的“海上隔离”措施是否具有充分的法律基础。

值得说明的是,《联合国海洋法公约》<sup>[8]</sup>的“旗国主义”并不排除以上两部日本法的适用。“钻石公主号”的船籍国为百慕大(自治的英国海外领地)<sup>[9]</sup>,因此船舶在公海及领海不受日本法管辖,但是并不代表日本法对“钻石公主号”在任何情形下均不适用。目前,“钻石公主号”在母港日本横滨靠岸,并希望令船上人员在日本登录上岸,因此日方必须依据日本《检疫法》对含新冠船舶进行检疫。至于日本《传染病法》,乃是致力于对应“钻石公主号”的新冠患者,使其在日本国内得到完全收治,亦不排除适用。

### (一)日本《检疫法》——预防新冠的境外输入

1、新冠被日本列为“检疫传染病”,则要求携带病毒的“钻石公主号”遵守日本一般检疫规定。也就是说,对于检疫传染病可能存在的场合,在机场、港口等检疫所,入

境者应当根据法律指示检查和诊察是否存在规定的传染病。根据日本《检疫法》第5条<sup>[10]</sup>的规定,“钻石公主号”作为外国来日船舶,其船长在没有得到检疫合格证或临时检疫合格证之前,不允许任何人离船上岸。但是,如果船上已经爆发疫情,则属于该条第3款所规定的“紧急情况”<sup>[11]</sup>,此时患者和其他人员(如厚劳省2月11日新增的“感染新冠风险较高群体”<sup>[12]</sup>)在得到检疫所长批准后可以离船上岸,并被送往日本境内的指定医疗机构就医。由此,“钻石公主号”上确诊的患者以及乘客中感染新冠风险较高群体可以在得到检疫所长批准下下船,而其他乘客仍需留在船内隔离至指定日期(日本内阁原先定为2月19日<sup>[13]</sup>)才可能使全船通过检疫,从而取得船舶的检疫合格证或临时检疫合格证,使船上的乘客可以离船上岸。

2、检疫所长对于“钻石公主号”采取的措施存在依法“裁量”的空间。根据日本《检疫法》第14条第1项<sup>[14]</sup>，“钻石公主号”属于“在航行中出现检疫对象传染病的患者或死者的船舶”，因此检疫所长对于具体采取何种措施存在依法“裁量”的空间——在检疫所长认为合理必要的限度内，可以全部或部分采取下述措施：①隔离患检疫传染病的患者，②扣留有可能已感染传染病的人员。“扣留”是比“隔离”更具有强制力的措施，因此日本法对于扣留行为的适用设定了更为严格的条件——根据日本《检疫法》第14条第1项第2款<sup>[15]</sup>，扣



留只能适用于在日本国外发生规定的传染病,并且其病原体侵入日本国内可能会对国民的生命及健康产生重大影响。对于新冠而言,该传染病最初发生于中国,符合“在日本国外发生”这一要件。同时,新冠传染性强于2003年的SARS<sup>[16]</sup>,当前致死率大致在2%至4%之间<sup>[17]</sup>,且被世界卫生组织(WHO)列为“国际公共卫生紧急事件”(PHEIC)<sup>[18]</sup>,因此可以合理认为新冠病毒病原体侵入日本国内可能会对国民的生命及健康产生重大影响。对于“钻石公主号”,日本检疫所长同时采取了隔离、扣留两项措施,此举符合日本《检疫法》规定的合法“裁量”范围。

**3、扣留权是“海上隔离”措施最直接的法律依据。**首先,根据日本《检疫法》第14条第1项第2款,扣留的对象是“有可能已感染传染病的人员”<sup>[19]</sup>,即只要有感染新冠的可能,就可以被作为扣留的对象,可以看出扣留对象的适格标准较低。理论上,“钻石公主号”中所有人员都有感染新冠的可能性,因此都可被责令扣留于指定地点。其次,扣留的地点之所以可以在“钻石公主号”船内,也源于扣留权对于扣留地点的特殊规定——根据日本《检疫法》第16条第1项<sup>[20]</sup>,扣留的地点通常是特定传染病指定医疗机构;但是,在紧急情况或不可抗拒的情况下,可以委托检疫所长认为合适的医院或诊所进行住院治疗,也可以在征得船长的同意后在船上收容。“钻石公主号”即属于最后一种“船内收容”情形。至于为何

在多个选项中选择了“船内收容”,厚劳省曾对此作出解释,称日本尚无可以收容约3700人的居住隔离设施(东京最大的酒店也只能收容1400人<sup>[21]</sup>,且酒店基本为民间设施,政府不得擅自征用<sup>[22]</sup>);另一方面,“钻石公主号”停靠的横滨港所处神奈川县内指定医疗机构数量有限<sup>[23]</sup>,因此船上收容是目前最为可行之计,这一决定使“海上隔离”措施最终成型。

**4、造成格外漫长的“海上隔离”期间,日方检测病毒的相关设施和试剂不完备是关键因素。**中国香港的“世界梦号”邮轮与“钻石公主号”同样受到本次新冠疫情的影响,被香港特区卫生署采取了“海上隔离”措施<sup>[24]</sup>。虽可谓“同病相怜”,但是“世界梦号”仅在海上漂泊了4天左右就完成了船上所有人员的检疫,迅速解除隔离,使乘客得以下船登陆<sup>[25]</sup>。相比之下,日方检测病毒的相关设施和试剂不完备,直接导致了“海上隔离”期间的“拖延”。日本厚劳省大臣加藤胜信于2月12日表示将对邮轮上所有人进行病毒检测<sup>[26]</sup>,但是该表态备受质疑——目前由于试剂检测用时长、特定检验所数量少且距离远、运送检验样本物流标准高等因素,日方每天可完成的检测样本数量约为300个,其中还包括部分重复检测的数量,因此于2月19日之前对邮轮上所有人员完成检测并不实际<sup>[27]</sup>。然而,这一“拖延”只是相对香港特区的高效检疫而言所形成的客观感受,其本身并不违反任何法律规定。根据日

[16]《专家道实情“新冠肺炎”防控为何不能与SARS相比》, <https://military.china.com/news/37488547.html>, 最后访问日期2020年2月19日。

[17]《科普:新型冠状病毒问答》, [http://www.qstheory.cn/2020-02/02/c\\_1125522290.htm](http://www.qstheory.cn/2020-02/02/c_1125522290.htm), 最后访问日期2020年2月19日。

[18] Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV), [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-nCoV\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-nCoV)), 最后访问日期2020年2月19日。

[19] 同上注。

[20]日本《检疫法》第十六条第一项……扣留是指,在规定的时间内,委托特定传染病指定医疗机构或第1种传染病指定医疗机构进行住院治疗。但是,在紧急情况或不可抗拒的情况下,可以委托特定传染病指定的医疗机构或第1种传染病指定的医疗机构以外的检疫所长认为合适的医院或诊所进行住院治疗。另外,也可以在征得船长的同意后在船上收容。

[21]《徐静波:感染人数不断攀升,钻石公主号乘客为何不能下船?》, <https://baijia-hao.baidu.com/s?id=1658300417143086197&wfr=spider&for=pc>, 最后访问日期2020年2月19日。

[22]同上注18。详见张韵声:《征用补偿制度比较研究——以美、德、日为参照》,对外经济贸易大学,2006年。

[23] 同上注18。

[24]《“世界梦号”邮轮检疫完成:测试结果全部呈阴性,乘客已下船》, <https://baijia-hao.baidu.com/s?id=1658120819363961070&wfr=spider&for=pc>, 最后访问日期2020年2月19日。

[25] 同上注20。

[26]《“钻石公主号”邮轮新增新冠肺炎44例确诊 日本检测试剂盒存告急》, <https://baijia-hao.baidu.com/s?id=1658392428071967467&wfr=spider&for=pc>, 最后访问日期2020年2月19日。

[27] 同上注22。



[28]日本《检疫法》第16条之一“扣留”第2项 上一项所规定的期间是,在第2条第1款规定的传染病中鼠疫不能超过144小时,除鼠疫外,该款所规定的传染病都不能超过504小时,考虑到各种传染病的不同潜伏期,绝对不能超过政令所规定的期限。

[29] 同上注2。

[30]日本《传染病法》第六条第八项 本法所规定的“指定传染病”是指目前尚未被认知的传染性疾(一类传染病、二类传染病、三类传染病以及新型流感等传染病除外),准用本法第三章至第七章的部分规定,因该疾病的蔓延可能导致国民的生命和健康受到重大影响时由政令的形式确立。

[31]《日本における感染症対策—感染症法》, <https://www.seirogan.co.jp/fun/infection-control/infection/japan.html>, 最后访问日期2020年2月19日。

本《检疫法》第16条之一第2项的规定<sup>[28]</sup>, 扣留检疫的期间只要“不能超过政令所规定的期限”即可, 该法及相关法律不存在其他关于检疫期限的规定。对于新冠疫情, 日本政令规定的期限暂时为14天, 至2月19日止<sup>[29]</sup>, 这意味着在2月19日之前, 日方都可以合法扣留“钻石公主号”的人员, 直到完成检疫或者隔离期满通过检疫为止。日方对于大型邮轮防病治病的处理速度较慢, 但是该情形的出现是由于日方缺乏邮轮防疫经验, 而并不因为日方存在主观故意或者过失。进一步而言, 即使因为日方处理速度较慢从而导致船内交叉感染现象的升级, 该“海上隔离”措施仍然没有违背日本法律规定, 且受日本内阁政令规定的隔离期限的保护, 因而不能成为追责的对象。

## (二) 日本《传染病法》——保障新冠的境内收治

为了全面完善新冠的对应, 日方将新冠确立为“检疫传染病”的基础上, 还将其确立为“指定传染病”。如果说日本《检疫法》下的“检疫传染病”面向的是新冠的预防输入工作, 那么日本《传染病法》下的“指定传染病”则致力于新冠输入后的治疗与善后工作。

根据日本《传染病法》第6条第8项<sup>[30]</sup>规定, “指定传染病”的确立需要满足以下条件: 属于未被法律确立的传染病、该传染病的蔓延可能会对国民的生命与健康

造成重大影响、通过政令形式确定。日本内阁的政令符合以上条件, 使新冠被确立为“指定传染病”, 在日本国内的全面收治成为可能——首先, “指定传染病”的医疗费适用公费负担制度, 无论患者的国籍是否属于日本, 凡是在日本进行新冠治疗的患者都无需负担医疗费; 同时, 新冠被列为“指定传染病”后, 可参照日本《传染病法》危险程度较高的一至三类传染病采取应对措施(与新冠同属冠状病毒的呼吸道传染病SARS和MERS属于法定的二类传染病<sup>[31]</sup>), 这一参考标准将有效控制新冠在日本的蔓延。

综上所述, 日方“海上隔离”措施存在充分的日本法基础。该措施符合日本《检疫法》的规定——日本内阁有关“检疫传染病”政令的制定、检疫长官的“裁量”范围、检疫长官隔离与扣留的决定等都有法可依。与此同时, 日方又将新冠确立为“指定感染病”, 以保证患者在日本境内得到全面收治、免费收治。在“钻石公主号”问题上, 日本《检疫法》与日本《传染病法》共同作用, 使“海上隔离”措施具备充分的日本法基础, 并且配有完善的善后措施。

虽然如此, 日本法并非“密不透风、独善其身”的法律体系。正如前文多处指出, 日方的检疫官员在法条创设的多种选择中, 普遍选择了最为严格、限制性最高的措施, 使得“海上隔离”措施最终成型。虽然存在横滨港附近医疗机构有限、日本检疫速度客观上较为缓慢等事实, 但是仍然



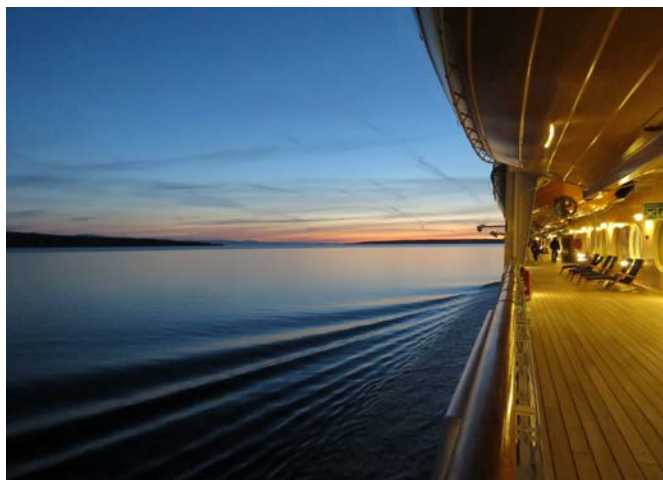
不能论证日方如此“顶格处理”是确有必要的。与此同时，“钻石公主号”并非唯一爆发新冠疫情的邮轮。对于其他爆发疫情的邮轮，抛开不同的检疫速度这一客观因素，停泊港口国检疫部门的处理方式与日方存在一定差异。因此有必要结合同一疫情中其他国家的处理方式，以及面对类似疫情国际通行的做法，以进一步衡量日方“海上隔离”措施是否得当。

## /02/ 新冠疫情下，他国如何应对“疫情邮轮”？

在“钻石公主号”游轮被日方“海上隔离”这一事件闹得沸沸扬扬时，受新冠病毒侵袭的香港也遭遇了类似事件——“世界梦号”游轮因疑似染有新冠病毒而在香港海关被整船海上隔离。另外，中国作为新冠病毒的爆发国，不久前曾处理过另一疑似带有新冠病毒的大型游轮——“歌诗达赛琳娜号”。因此，笔者将中国大陆和香港特区的相关法律与日本进行比较，分析海上隔离措施的合理性、特殊性及不足之处。

### （一）中国大陆——突出了疑似患病者的自由选择权

1月20日经报国务院批准，中国国家卫生健康委员会（“国家卫健委”）发布2020年第1号公告，依法将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、



控制措施（甲类传染病的预防和控制措施严于乙类传染病）；同时纳入《国境卫生检疫法》规定的检疫传染病管理<sup>[32]</sup>。根据《国境卫生检疫法》第三条的规定<sup>[33]</sup>，对于载有新冠病毒的感染者或者疑似感染者的交通工具的出入境管理应依据《国境卫生检疫法》以及《国境卫生检疫法实施细则》（《实施细则》）进行。

### 1. 中国大陆法律对于类似疫情检疫的一般规定

由《国境卫生检疫法》第七条、第十条、第十二条<sup>[34]</sup>可得，入境的交通工具和人员，必须在指定地点接受检验，未经检疫人员许可，任何人不得上下交通工具。但这存在例外情况，即在国境口岸发现检疫传染病、疑似检疫传染病时，有关单位应申请临时检疫，并且对检疫传染病染疫人立即进行隔离，防止任何人遭受感染。另外，根据《实施细则》第二条<sup>[35]</sup>及第九十五条<sup>[36]</sup>的规定，隔离的地点指“指定的处所”，且指定的处所并不包含在船上（由下

[32]《中华人民共和国国家卫生健康委员会公告2020年第1号》，[http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-01/21/content\\_5471164.htm](http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-01/21/content_5471164.htm)，最后访问日期2020年2月19日。

[33]根据《国境卫生检疫法》第三条的规定，本法规定的传染病是指检疫传染病和检测传染病。

[34]《国境卫生检疫法》第七条 入境的交通工具和人员，必须在最先到达的国境口岸的指定地点接受检疫。除引航员外，未经国境卫生检疫机关许可，任何人不准上下交通工具，不准装卸行李、货物、邮包等物品。

《国境卫生检疫法》第十条 在国境口岸发现检疫传染病、疑似检疫传染病，或者有人非意外伤害而死亡并死因不明的，国境口岸有关单位和交通工具的负责人，应当立即向国境卫生检疫机关报告，并申请临时检疫。

《国境卫生检疫法》第十二条 国境卫生检疫机关对检疫传染病染疫人必须立即将其隔离，隔离期限根据医学检查结果确定；对检疫传染病染疫嫌疑人应当将其留验，留验期限根据该传染病的潜伏期。

[35]《国境卫生检疫法实施细则》第二条 “隔离”指将染疫人收留在指定的处所，限制其活动并进行治疗，直到消除传染病传播的危险。

[36]《国境卫生检疫法实施细则》第九十五条 受留验的人员必须在卫生检疫机关指定的场所接受留验；但是有下列情形之一的，经卫生检疫机关同意，可以在船上留验：（一）船长请求船员在船上留验的；（二）旅客请求在船上留验，经船长同意，并且船上有船医和医疗、消毒设备的。



[37] 同上注31。

[38] 同上注32。

[39]《国境卫生检疫法实施细则》第六条 卫生检疫机关应当阻止染疫人、染疫嫌疑人出境,但是对来自国外并且在到达时受就地诊验的人,本人要求出境的,可以准许出境;如果乘交通工具出境,检疫医师应当将这种情况在出境检疫证上签注,同时通知交通工具负责人采取必要的预防措施。

[40] 同上注17。

段分析可得)。因此,若该情况下“钻石公主号”进入中国内地港口,新冠染疫人将立即离开邮轮到“指定的处所”接受隔离。这一点中国的《国境卫生检疫法》及《实施细则》同日本《检疫法》的规定基本相同。

### 2. 疑似感染者只在特殊情形下才在船上留验

根据《国境卫生检疫法》第十二条<sup>[37]</sup>以及《实施细则》第九十五条<sup>[38]</sup>的规定,对染疫嫌疑人应当将其留验,即将其收留在指定的处所进行诊察和检验。一般情形下,染疫嫌疑人必须在指定的场所接受留验,特殊情形下,经检疫卫生机关同意,可以在船上留验。这里的“特殊情形”是指(1)船长请求船员在船上留验,(2)旅客请求在船上留验,经船长同意,并且船上有船医和医疗、消毒设备的。由此可以得出,若旅客未请求在船上接受诊察和检验,则应当在船舶之外的指定场所接受诊察和检验。

因此,不同于日本《检疫法》所规定的“在合理必要的限度内,检疫所长有权扣留有可能已感染传染病的人员”,中国法律规定染疫嫌疑人是否在船上进行隔离的决定权由染疫嫌疑人自己享有,而非由卫生检疫机关负责人决定。

### 3. 外籍疑似感染者享有离开邮轮出境的权利

根据《实施细则》第六条<sup>[39]</sup>规定,若外籍疑似感染者在到达港口时进行了诊察和检验,本人要求出境的,可以准许离开。但是需要一个附加条件,即检疫医师应当将

其染疫的嫌疑在其交通工具的出境检疫证上签注,同时通知交通工具负责人采取必要的预防措施。

相比较而言,日本《检疫法》中规定检疫所长在特定情况下对染疫嫌疑人享有扣留权<sup>[40]</sup>,目的是为了法定防止传染病原体侵入本国,对日本国民的生命及健康产生重大影响。从保护国民的生命和健康的角度来看,日本防疫法规定的扣留权似乎更能达到此种效果,但是这大大增加了染疫嫌疑人被传染的几率。

从保护人权角度来看,中国《实施细则》的规定则更有优势,因为其规定外籍染疫嫌疑人能够离境的前提是经过诊察和检验,且其出境检疫证上已经签注了相关情况,检疫医生也需通知交通工具负责人采取必要的预防措施。这在最大程度上保证了染疫嫌疑人不会对其所乘坐交通工具上的乘客生命及健康产生重大威胁。因此,在保护染疫嫌疑人的人权的角度上,中国的《实施细则》对于染疫嫌疑人人身自由的规定更加人性化,人权保护的色彩更加浓重。

综上,中国大陆的法律对于染有疫情的交通工具入境管控的规定,形成了一套“以一般规定为主,特殊情形为辅”的法律体系。在防止疫情对本国国民生命健康出现重大威胁的情况下,和日本《防疫法》所规定的较为严格的“扣留权”相比较,显得更为温和、人道。但是,这种法定的理想状态的实现需要一定的条件,即国内拥有足



够数量的指定医疗机构或者检疫场所，能够容纳在船舶以外地点进行医学观察的染疫嫌疑人，以及快速的疫症检测技术来提高检测效率。这一点在2020年1月25日发生的天津港排查“歌诗达赛琳娜号”游轮新冠肺炎染疫者的事件中得到充分的验证，由于港口提前部署、速递检测样本，成功地在一天之内将游轮上的4000多人检测完毕，从而使得全部乘客、船员免于在船上隔离<sup>[41]</sup>，而日本目前尚不具备同样的检疫条件。

## (二)中国香港——近似日本的“裁量权”

2020年1月15日香港特区政府刊宪，将“新型冠状病毒肺炎病毒”纳入法定须呈报传染病<sup>[42]</sup>，当日生效，因此新冠病毒符合《香港检疫及防疫条例》（《检疫及防疫条例》）“传染病”的规定<sup>[43]</sup>，以及《防止传染病蔓延规例》“具传染性”（infectious）的特征<sup>[44]</sup>。对于载有新冠病毒的感染者或者疑似感染者的钻石公主号邮轮的入境管理应依据《检疫及防疫条例》及《防止传染病蔓延规例》实施。

### 1.未取得无疫通行证——禁止交接

根据《检疫及防疫条例》第二十三条、第三十八条、第五十二条<sup>[45]</sup>的规定，当载有染疫患者的邮轮无法在香港临岸港口取得无疫通行证时，其无权与岸上交接。若检疫机关在入境处发现染疫且意欲入境的人，有权让其离开船只并将其扣留检疫站。这一措施既不影响船只的正常通行，还能

保证染疫患者的隔离效果，维护了船上乘客及境内国民的健康安全。

## 2.疑似感染者的隔离地点——近似日本防疫长官的“裁量权”

《检疫及防疫条例》赋予香港检疫机关对于确定感染疫症或者怀疑感染疫症的船只，将其全部乘客或者部分乘客送往检疫站并接受检疫站的护理或检测的权力。另外，同日本类似，检疫机关对于隔离的地点同样拥有“裁量权”——视案件的迫切情况决定在船舶或者检疫站进行隔离。因此，在遇到传播感染极为严重、关系到国计民生的紧急事件时，香港的检疫机关才拥有将隔离地点选择在船上的决定权<sup>[46]</sup>。发生在2020年2月6日香港海关将可能载有新冠患者的“世界梦号”邮轮整船“海上隔离”的权限即来源于此。

虽然香港和日本法律对于疑似感染者的规定有一定的相似性——二者均有隔离地点的决定权，但是就采取措施的程度而言，日本稍显严格。具体表现在日本法律对“扣留权”有明确规定，这是作为日本实施“海上隔离”措施最直接的法律依据，而香港法律对于在船舶上行使“扣留权”并未有相关规定。

## (三)国际通行的做法——紧急情况下允许隔离

根据《国际卫生条例》第二十七条<sup>[47]</sup>的规定，一般情况下，若检疫机关认为交通工具受染，即舱内存在着感染和污染源，可以

[41]《“歌诗达赛琳娜号”邮轮排查处置纪实：24小时！生死竞速》，<http://tj.people.com.cn/G-B/n2/2020/0129/c375366-33749155.html>，最后访问日期2020年2月19日。

[42]《香港政府修例刊宪 防止新型冠状病毒蔓延》，<http://news.ifeng.com/c/79E1IOPbBA>，最后访问日期2020年2月19日。

[43]《香港检疫及防疫条例》“传染病”指附表1指明的任何疾病 附表1 传染病 19A.严重急性呼吸系统综合症

[44]《香港防止传染病蔓延规例》“具传染性”（infectious）指能够传播传染病。

[45]《香港检疫及防疫条例》第二十三条（1）每艘进入香港水域的船只均须显示第35条订明的适当检疫讯号，而且不得与岸上交接，直至获生主任藉明书而命令准许无疫通行证为止（由1993年第86号第17条修订）

《香港检疫及防疫条例》第三十八条 生主任可将任何意欲在香港入境但在抵境时被发现有传染病的人扣留于检疫站，直至其疾病不再可传染给他人为止。（由1993年第86号第17条修订）

《香港检疫及防疫条例》第五十二条 未受感染或情况良好的船只或飞机，须立即获发给无疫通行证。

[46]《防疫条例》第六条 在本条例所述的所有“监察”个案中，当有关的人不能提供足够的保证以保证该人会忠实地切实遵守其获准接受监察所须给予的承诺的所有条件时，卫生主任可以隔离代替。这类隔离可按照有关个案的迫切情况而在船舶上或在检疫站执行。

[47]《国际卫生条例》第二十七条 ……主管当局可执行补充卫生措施，包括必要时隔离交通工具，以预防疾病传播。应当向《国际卫生条例》国家归口单位报告这类补充措施。



[48]《专家道实情“新冠肺炎”防控为何不能与SARS相比》，<https://military.china.com/news/37488547.html>，最后访问日期2020年2月19日。  
[49]《科普：新型冠状病毒问与答》，[http://www.qstheory.cn/2020-02/02/c\\_1125522290.htm](http://www.qstheory.cn/2020-02/02/c_1125522290.htm)，最后访问日期2020年2月19日。  
[50] 同上注2。  
[51] 同上注3。  
[52]《游轮新增40名感染者4人重症 拒绝入境对象扩大》，[http://www.keguanjp.com/kgjp\\_gong-tong/pt20200213000023.html](http://www.keguanjp.com/kgjp_gong-tong/pt20200213000023.html)，最后访问日期2020年2月19日。  
[53]《“钻石公主号”再增44例新冠肺炎感染病例 累计确诊达218例》，<https://baijia-hao.baidu.com/s?id=1658391917612350957&wfr=sponsor&for=pc>，最后访问日期2020年2月19日。

采取对交通工具进行消毒等措施，以预防疾病传播。必要时，“主管当局可执行补充卫生措施，包括隔离交通工具”。由于这里的补充卫生措施——“隔离交通工具”是比普通措施更加严厉的方式，因此，只有当检疫机关认为该传染病极为危险时，才有必要以隔离来代替普通措施。由于新冠传染性强于2003年的SARS<sup>[48]</sup>，且当前致死率大致在2%至4%之间<sup>[49]</sup>，确实符合“存在重大传播感染的危险”这一条件，因此从这个角度来说，日方的海上隔离措施符合国际卫生条例的规定。

以往在国际上不乏类似的做法，2009年6月17日，委内瑞拉一艘客轮上发现3名甲型H1N1患者，1600多人在船上接受医学观察，直到全部人确诊之后才被允许上岸；2019年5月4日，“山达基教”游轮发生麻疹疫情，船上318人被迫在加勒比海上库拉索岛的游轮上进行隔离不得上岸，直到当局确定该船的318名乘客中感染了麻疹的人数为止。结合以上先例，日方“海上隔离”的措施符合国际规定。

## /03/ 总结

日本官方目前对于“钻石公主号”疫情应对的方式正在不断更新。原先，日本采取严格的“海上隔离”措施，即除开确诊患者，其他乘客一律隔离至2月19日才可下船<sup>[50]</sup>。2月11日，日方措施稍有缓和，允许乘客中

感染新冠风险较高群体（如老年人、有基础疾病的乘客等）下船，并被转移至日本境内的医院等处接受治疗观察，降低交叉感染的可能。<sup>[51]</sup>不过，日本首相安倍晋三在2月12日的对策总部会议上表示，将对游轮的乘客和船员加强病毒检测态势。<sup>[52]</sup>考虑到日本检疫速度较为缓慢、日本医疗收治条件有限、东京奥运会即将举办等种种因素，日本的检疫、防疫措施始终慎之又慎——2月19日，首批约500名乘客已离开“钻石公主号”，最后一批人员于3月1日完成下船。

与此同时，世界卫生组织总干事谭德塞当地时间2月12日称，WHO将与国际海事组织（IMO）一起，根据《国际卫生条例》，向所有国家发布一份公报，敦促各国尊重船舶的检疫证明原则和对所有旅客提供适当照顾的原则。<sup>[53]</sup>若公报发出，将对全球的疫情邮轮停靠港所属国家起到引导作用。希望日方在稳步进行检疫的同时，考虑到世界卫生组织的呼吁，适当扩大对于旅客的照顾力度，多角度为旅客提供便利。

在本次新冠疫情中，日本与中国守望相助，向中国送来祝福与支持，使两国人民切实感受到了“山川异域，风月同天”。外交部发言人华春莹曾对此表示：“在当前抗击疫情艰难时刻，我们对其他国家人民给予中国的同情、理解和支持表示衷心感谢，铭记在心。”在此笔者衷心祝愿中国与日本以及其他存在新冠疫情的国家早日阻击疫情，共同渡过难关。

---

徐珊珊  
合伙人  
公司一部  
上海办公室  
+86 21 6061 3311  
xushanshan  
@zhonglun.com

---



中伦研究院出品

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。