



中伦文德律师事务所  
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

# 中伦文德

法律  
评论

2020年03月



中伦文德法律研究院

内部资料  
免费交流



◀ 天津分所温主任(中)到社区慰问志愿者



▲ 中伦文德杭州分所党支部副书记胡华辉律师积极参与余杭区志愿者防控



◀ 中伦文德深圳分所主任洪国安律师在远程办公



▲ 天津分所岳乾律师上岗前仔细阅读社区“抗疫”须知



▲ 深圳分所张金如同志在福田水务局提供法律服务



◀ 1月下旬，中伦文德太原分所冯峥、李文红、闫艳军、胡天亮、陈国辉、冀璿琳等律师，分别在山西省政府政务大厅、山西省法律援助中心法律援助便民服务接待大厅、太原总工会困难职工帮扶中心及驻民营企业法律援助工作站免费法律咨询。2月12日开始太原分所郑涵林律师多次在山西省政府政务大厅值班。



▲ 天津分所孙秋实律师与社区网格员交接班

# 目录

## CONTENTS

Zhonglun W&D  
Law Firm

03/2020

主 编：陈 文  
执行主编：方登发  
编 委：李 刚 甄庆贵 夏欲钦  
李 铮 林 威 王志坚  
李熙华 温志胜 王爱国  
刘银栋 余树林 洪国安  
王长江

责任编辑：熊美琦

电 话：64402232  
传 真：64402915  
网 址：www.zhonglunwende.com  
地 址：北京市朝阳区西坝河南路1号  
金泰大厦19层、10层、21层  
邮 编：100028

# 中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2020-03

### 月 度 人 物

- 3 | 李政明：从保险企业高管到保险律师，我不断求索的 30 年  
讲述 / 李政明 执笔人 / 熊美琦

### 疫 情 聚 焦 专 题

- 8 | 中伦文德冲锋在路上 编辑部
- 10 | 关于国家应尽快安排专门机构撰写新冠肺炎白皮书  
和建立新冠病毒纪念碑的建议 陈 文
- 12 | 乡村路已封，期盼灾后重建 王爱国
- 14 | 迎接新的法律业务高潮，你准备好了吗？ 陈 文
- 16 | 从“瑞德西韦”看针对新型冠状病毒在研药品的  
合法使用 王志坚 康 琪
- 19 | 解读新型冠状病毒肺炎疫情相关税费政策规定 冀云峰
- 23 | 妨碍疫情防控相关行为的刑法适用研究 许 波 陈 建
- 27 | “以危险方法危害公共安全罪”的“副作用” 孟唐西
- 30 | “新型冠状病毒肺炎”相关新政解读 朱向鸣
- 34 | 用人单位在新冠肺炎疫情防控期间  
有关劳动用工方面的实操指引 胡高崇
- 39 | 新型冠状病毒疫情与租赁合同履行相关法律问题 陈永兴
- 45 | 新冠肺炎疫情下的政府征收征用问题浅析 武 坚 张晓晨
- 49 | 疫情期间，各地区调整机动车限行措施  
的法律思考 娄 爽 刘 政
- 51 | 疫情中如何减少合同履行损失？  
不可抗力与情事变更 秦雯莉
- 55 | 重大疫情下中国保险业的  
风险应对及建议 武雪梅 贾 泽
- 61 | 新冠肺炎疫情对信托项目交易合同履行影响的  
简要法律分析意见及应对建议 李 敏 张冰梅 姚思婧

## CONTENTS

### 疫情聚焦专题

- 67 | 疫情状态下的工程总承包项目费用变更及索赔  
林 威 刘 灏
- 70 | 新冠疫情中的慈善信托及相关法律问题初探  
李 敏 姚思婧
- 

### 能源环保

- 77 | 天然气地下管道用地问题的法律探析  
王向阳 葛黎腾
- 

### 破产重整

- 82 | 论“实质合并”在破产重整程序中的适用  
武 坚 赵超群
- 

### 国企专栏

- 86 | 国有企业混合所有制改革律师操作实务研究  
娄 爽
- 

### 人文风采

- 91 | 白衣战士中华民族的守护神  
陈 文
- 93 | 西江月·庚子新春  
方登发
- 

### 事务所快讯

- 94 | 事务所快讯  
编辑部
-

## 李政明：从保险企业高管到保险律师， 我不断求索的 30 年

讲述/李政明 执笔人/熊美琦

### 执笔人手记：

当李政明听闻我想给他做一期人物访谈的时候，他格外开心。这位拥有三十多年国内外丰富阅历的法律人和保险人愿意打开他人生的一部分，让更多的朋友了解他以及他所从事的事业。

岁月给他留下年轮，却没有隐去他昔日的光彩。翻看李政明 2019 年留下的照片，无论是参访比利时高等法院，还是前往海牙国际法庭时在咖啡厅留下的身影，他脸上都在洋溢着笑容。笑起来的时候，眼部、眉毛以及额头的发际几乎都成一个弧度。在谈话中，他总是强调他是一个被时代眷顾的人。然而没有多少人的好运是毫不费力，背后可能是不为人知、持之以恒地探索与付出。

李政明现为北京市中伦文德律师事务所高级合伙人律师，中伦文德保险研究院院长。他在国内、海外、国有、民营、外资等保险机构都工作过，熟悉保险经营管理，为中国人保集团、中国人寿保险集团、中国太平保险集团、美国友邦保险公司等国内外顶级保险公司提供过法律服务。

我出生在湖南省沅江市南大膳镇。南大膳是湖南洞庭湖区一个具有较大辐射影响力的中心集镇。那里有“岳飞部将牛皋率兵镇压农民起义”的历史典故，是一个山清水秀的地方。

家乡虽有鱼米之乡的称谓，但在那个物质匮乏的年代，普通农家出生的我在少年时期还是要面临食不果腹的境地，这是我在家乡所经历的另一面。为了“吃饱饭”，自幼喜欢读书的我，不得不每年暑假早出晚归随同父亲到镇上卖辣椒、豆角和黄瓜，寒冷的冬天与父亲到河沟里捞鱼。

我中学考上了当地的重点中学，但上学的日子也不太好过。一两个月才回家一次，返校时我常常是一大早从家里出发，天黑才能到学校。途中除了步行以外，还需要乘船沿洞庭湖西行 4 个多小时，



李政明在中国法学会保险法学研究会 2019 年年会发言

可谓长途跋涉。

当时中学宿舍的周边环境，在那个年代很寻常，现在的我想起来就有点啼笑皆非。我们当时住的宿舍是学校食堂边的仓库改的，旁边有一个建的有点尴尬的厕所。有一天，班级团支书晚自习回来，不留神掉到粪坑里，整个宿舍足足臭了一个月，谁也不愿靠近团支书，说话时都离的远远的。

回顾我数十年所走的旅程，年少时的经历算是比较艰辛的那一段，主要是反映在物质匮乏上面。但也是因为我受家乡风水人情所孕育，被过往经历所滋养，我养成了“霸得蛮、吃得苦、耐得烦”的个性特征。

我依稀记得那个顶着 40 多度的高温在农田里插秧的少年，当担心被水蛇咬到，害怕蚂蟥钻进腿里的恐惧感逐渐褪去时，日落回家的路上，还一大帮蚊子在头顶上绕圈舞蹈。这不只是我的个人经历，也可能是许多同年人年少时的经历。现在这些都离我比较遥远了，但是也留在了我的记忆里。

这段艰苦的经历，终于画了一个圆满的句号。1985 年，17 岁的我以优异成绩考入中国人民大学法律系。**进入中国人民大学是我人生中最重大的转变。如果没有这次转变，我不可能成为今天的法律人和保险人，而洞庭湖就会多一位勤劳朴实的农民。**

能上北京的名牌大学，对我这种从农村沟沟里爬出来的人来说是多么了不得的事。我十分珍惜这来之不易的求学机会。

上大学后，除了正常的教科书和人大出版的书籍外，我还经常阅读国内外法律经典。如中国政法大学 1980 年代出版的白皮法律小读本《罗马法》、《罗马法的起源与发展》，孟德斯鸠的《论法的精神》、《波斯人信札》，卢梭的《社会契约论》和《论人类不平等的起源和基础》等。

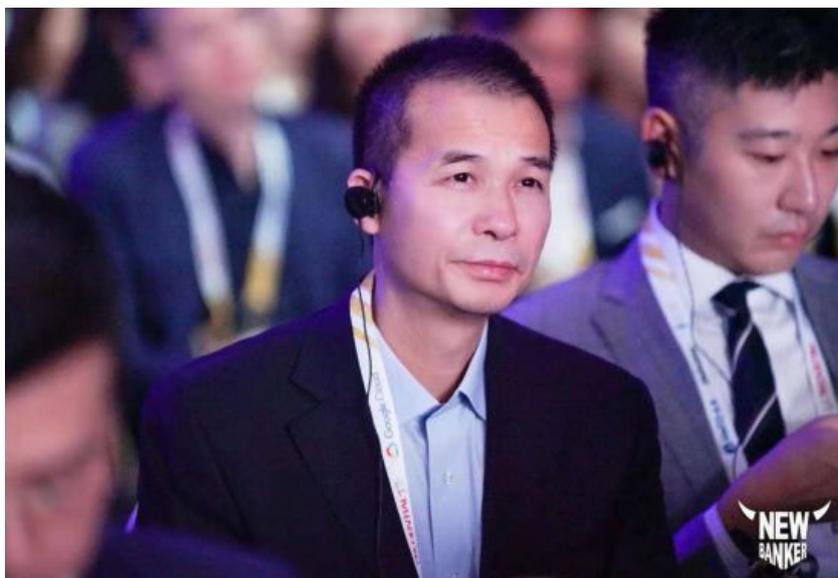
其实我在进入人大法律系以前，梦想是做一名文学家。我热衷于文字记录，初中时期的作文经常作为班级和全校的范文。**但在步入法律的殿堂后，文学家的梦想渐渐淡去**，进而转化为对法律知识的深挖和记录，我想这也是对昔日梦想的一种诠释和体现吧。

我们班级的民法老师是著名的民法学家王利明教授，当年王老师还是博士毕业不久的民法讲师。有一天，王老师讲到要约与要约邀请，我深受启发，意识到这一法律点在销售海报、广告实务中容易发生争议。我便向王老师请教，他当即鼓励我把所思所想写出来。

得到鼓舞的我，立即着手行动，我查找了大量的书刊资料。但那个时代没有电脑与网络，不论多长的文章都需要一笔一划地在稿纸上用手写出来，而且草稿还需要反复揣摩与修改，这种“爬格子”的形式十分消耗时间。晚上宿舍关灯后，我只能跑到厕所里继续写。

不久，我将这段时间的成果送到了王利明老师家中。王老师当时住的是平房，我还记得那天他家门口绿油油的蔬菜，长势特别喜人。

王老师非常认真地逐字逐句修改了我写的这篇法律研究论文，最后将题目确定为《论要约与要约邀请》。令我意外的是，王老师还把我的研究论文推荐到中国人民大学学报上发表了。



2018 年 11 月李政明律师出席 FINTECH 峰会



这段珍贵的记忆，并没有随时间消亡。30多年过去了，当年的写作情景仿佛就在我眼前。**为什么这件看起来不起眼的小事，在我生命里会留下如此重要的印记？**或许是在我最需要认可的年龄遇到了愿意认可我的人？或许是我在这件小事中得到的鼓舞与认可辐射到了我后来从事的职业生涯之中。

**我是幸运的，我感恩时代给予的机会。**我后来参与了相关的保险立法工作，还承办了大量典型的保险法律事务。我喜欢从实践中提炼素材，用文字进行梳理与记录。这在我出版的《怎样打好保险官司》、《海上保险合同的原理与实务》等专著和几十篇专业论文中有所体现，我在保险法律研究方面积累的研究成果超过160万字。

我现在是一位专业的保险律师。

保险对于社会经济的稳定具有很重要的意义，对于个人和家庭而言则是分散风险。保险运营中涉及大大小小许多合同，基本上每个保单背后都是合同在支撑。保险公司在筹备和发展过程中，需要受法律法规以及金融监管规则的约束，专业律师的参与有利于保险业健康可持续发展。保险公司也会将大量的诉讼案件交由外部律师处理。

律师对于保险业的意义不言而喻，**保险法律领域的这道“羹”看起来很美，但律师要吃好它，并不容易。**

一些保险诉讼案件，其实比其他诉讼要复杂许多。律师办案过程可谓是高负荷，“累得很，钱不好挣”。一些重大的保险法律项目相对普通诉讼来说收入高，但是门槛也很高，考验着律师对保险法律和保险实务的认知程度。

在保险律师成长过程中必然会面临三大考验，一是自身能力的考验，二是脱离市场的考验，三是合法合规的考验。

我之前在保险行业工作了20余年，在产险与寿险、业务端与管理端、国内与海外等都有阅历，熟悉保险业监管框架，所以我从事保险法律领域要相对容易。

我在保险实务上积累的经验要从“老人保”说起。

我21岁被分配到“老人保”的条法处工作，

“老人保”即早期的中国人民保险公司，今天已发展为我国的五大保险集团。当年“老人保”复业不久，业务迅猛发展，我承办了大量法律事务，如公司规章制度、保险争议处理。我还代表“老人保”参与了1989年-1994年期间国家相关法律法规的起草修改工作。1992年11月7日，第七届全国人大常委会审议《中华人民共和国海商法》草案，我作为起草单位专家列席，会议审议通过的《海商法》至今仍然有效。

作为一个被时代眷顾过的人，我当时也没考虑太多，追寻着中国改革开放的大潮一步步过来，收获很多。

我在条法处工作了五年，对我国法律体系、立法体系和国务院行政管理体系，有了比较多的接触和了解。我的两本保险专著也就是在“老人保”工作期间撰写的。

我后来获得了一个委派海外保险公司任职的机会。在海外分管法律、理赔和保险并购工作的同时，我需要经常与当地律师打交道。这些工作让我看到了中国保险业与国际保险业的巨大差距，也看到了中国保险业未来的发展潜力，这坚定了我将毕生精力致力于保险法律行业的决心。

**我在“老人保”踏踏实实的工作了13年，受益很多，实现了从一个法律学生向保险法律人的转变。**

21世纪以来，中国保险行业有了一些新的特点，我受一位老领导邀请，加入另一家新设的保险公司，开始尝试挑战保险公司高管的职场。这次起航，也是我另一个新的起点。

之后，我又先后在国内以及跨国性的保险公司中任职，均因各种原因最后退出。我带着满腔的期望不断探索，收获是有的，但终归没有达到我的预期，有的保险公司我进去了才发现和我原来了解的和设想的完全不一样。

时间飞逝，很快十年过去了，**我人生中最重要光阴我是用来不断求索、不断挑战。**我有努力过也有过茫然，但因为是从贫困农村出来，物质上过得去我也没感觉有太大的波折，好在我并没有被负面的情绪所牵累。

有人问过我，后悔那些选择吗？我不后悔，如果时光倒流，我想我还是会有一个不断尝试的

过程，我本来就是一个喜欢钻研、愿意探索未知世界的人。

因为负责过保险公司的筹备工作，打破了按部就班的工作节奏。在最后一家跨国保险公司没有找到归途的我，我压在箱底对律师职业、对自由职业的渴望彻底激发，毕竟在保险公司里经历的一切并不是我最想要的。我决定为自己打开这道门，因为我原本就是学法律的。

**2013年，我如愿进入北京一家律师事务所，我的履历再度翻篇。**之后，因为业务发展的需要，也基于对金融和涉外领域的狩猎，我于2014年加入北京市中伦文德律师事务所（以下简称中伦文德），成为一位专业的保险律师。

这次翻篇，我的办事模式较过去发生了颠覆性的变化。在企业时是上传下达，根据组织意志办事。但是现在作为专业律师，各项事务都是由自己来规划推动。我很清楚，个人发挥空间更大，也意味着责任更大。

身份上发生了转变的我，**不再局限于保险行业，而是以保险为基石，逐步扩展至资本市场、私募基金与股权投资、不动产与建设工程、家事**



2018年8月，李政明作为仲裁员在北京仲裁委员会审理案件

**与家族财富、诉讼与仲裁等多个法律服务领域。**我所服务的对象也由原来为特定企业服务演化为向众多的企业和个人服务。

加入中伦文德第二年，我便荣获“中国保险行业千人计划2015年度核心律师人才”荣誉称号，之后又先后获得“中国保险行业千人计划2016年度律师团核心人才”、“中国保险行业千人计划2017年度律师团核心人才”等称号，并当选为中国保险学会法律委员会副主任委员、中国法学会保险法学研究会理事、中国保险行业协会首席律师团律师、中国保险保障基金公司保险行业风险评估专家委员会委员等社会职务。

2017年下半年，受中伦文德律师集团陈文德董事长和执行委员会的指派，我牵头筹备中伦文德保险研究院，研究院于2018年1月4日正式成立，中伦文德聘任我为院长。

我们在北京的京城俱乐部举办了揭牌仪式，有点像办喜事，非常热闹。那天，业内一些保险专家、业内同行等过来鼓舞、助兴。

我还清楚的记得，当天晚宴上我的同事即中伦文德高级合伙人、执委会副主任**李铮律师即兴演唱京剧《苏三起解》**，为会议的召开增添了艺术氛围和无限的节日喜庆，现场响起嘉宾们雷鸣般的掌声。

我虽然有30余年保险行业和法律的从业经验，做专业律师在外人看起来很顺利和光鲜，但实际上迈入律师行业的前几年也会遇到一些困难。其中，我面临的最大难题是如何组建有悟性、懂专业的律师团队。

基于保险领域的专业性，熟悉保险业务或者愿意去学习相关保险知识的律师并不好找。我招聘的第一名律师，就是在好几十名应聘人员中考核筛选出来的。我比较看重悟性、学习能力和敬业精神，也乐于把几十年的得失经验分享给年青人，让他们能够在工作中独当一面。

现如今，我们的业务规模、团队建设都进入了稳定发展时期。有国内外几十家保险公司和保险中介与我们签署常年法律顾问协议或专项法律服务，涉及保险机构筹建与股权并购、保险常年法律顾问、保险诉讼仲裁和保险资金运用等业务。

其中，有一个突出案例是某保险公司的涉外



2019年11月李政明律师与国内律师同行参访比利时高等法院

海上运输保险追偿案。该保险公司就货物短量索赔后，根据我国《保险法》及保险合同条款的约定，上海海事法院向某承运人公司提起保险人代位求偿。因该船舶系巴拿马籍，我国与巴拿马尚无外交关系，故在法律文书的认证上颇费周折。经过努力，最终该保险公司与船东达成和解协议，获得了一个比较理想的诉讼成果。

近几年，随着我国商业保险资金的不断积聚，我们团队开始着手为保险机构的对外投资提供法律服务，其中一些投资项目是保险资金对国家或省级铁路、公路、基础设施建设的投资，事关国计民生，是金融支持实体经济的大项目。

2019年6月25日，在佛山保险业服务粤港澳大湾区建设论坛上，我发表了《保险在服务大湾区建设中的相关法律和政策问题》的专家分享。我谈到了大湾区保险争议的法律适用、大湾区特色保险业务的法律适用、我国保险业的对外开放政策以及保险资金在大湾区建设中的积极作用。

**伟大的科学家霍金先生说过，时间和空间可以折叠，也可以弯曲。有时候忙起来，我会有一种时空穿梭的感觉。**

记得2019年夏天，我承办的保险股权收购、仲裁案、两个独立董事项目集中到某个两三天，无法错开。

为了不辜负客户的信任，我必须要做到精确

规划。经过与各家客户沟通，我那几天在北京、南京、上海、石家庄、北京不断来回奔波，终于把这几个项目办妥，没有一个客户不满意。

“不敷衍、不拖延、不冒失、不放弃”是我在职业生涯中形成的四不习惯。在我看来“不冒失”就是要提前规划，未雨绸缪。**我自认为我是一个锐意进取的人，但我还经常被其他行业的大佬们的精神震撼到了。**

有一年，我们团队被选聘为保险资产管理公司投资某资本基金项目的法律顾问，

其中一个规定程序是对该资本的合伙人与高管做现场访谈。访谈中，我被震撼到了。

传说中顶级投资人都是高大上，各种名牌服饰，动动嘴动动手，巨额收益就到账了。原来他们也需要冲在第一线，有时候要夜以继日做方案审文件，焦头烂额的应付着几十个项目。

这些投资人坚毅而睿智的眼神，说话办事的飞快节奏，项目决策的严谨认真，让我至今难忘。从他们身上我仿佛看到了自己和团队的些许身影。

我见证了中国保险业从恢复国内业务、逐渐起步，到发展与繁荣的整个历程，**保险伴随我的人生、家庭和事业的每一个阶段。我对保险业有深厚的感情，喜欢探索新的未知领域**，也非常乐意分享我在这个领域里的一些成果。

苹果创始人乔布斯说过，人生没有限制，去你想去的地方，达到你想达到的高度。未来，我想在继续深耕保险法律服务的基础上，积极拓展团队已有一定优势和布局的资本市场、股权投资、不动产及诉讼仲裁业务；另外基于保险、法律这两个行业都具有社会公益性的特点，除了进行商业化的专业服务外，我希望有机会开展一些相关的社会公益活动。

2020年3月



## 中伦文德冲锋在路上

2019年12月初，湖北武汉市首次出现“不明原因的病毒性肺炎”。随后，新型冠状病毒肺炎疫情逐步从湖北蔓延到全国，全国人民陷入了一场没有硝烟的病毒抗战中。

当“宁封一座城，为护一国人”这句悲壮而无奈的豪言刷爆朋友圈，当公益歌曲《武汉伢》开始唱起“我的城市生病了……”，这股抗疫浪潮一次又一次的被推向新的高峰，我们就这样惶惶不安地**共同度过了一个非同寻常的春节和格外漫长的假期。**

在抗击疫情期间，中伦文德律师事务所北京总所及天津分所、武汉分所、杭州分所、常州分所、厦门分所、济南分所、重庆分所、太原分所等向湖北共捐款人民币35万余元。另外，中伦文德上海分所向**湖北捐助口罩9300个、桶面80箱、一次性雨衣100件、防护服150件、额温枪2把**，中伦文德成都分所向疫区捐助**杜邦医用防护服203套、口罩200个**（其中200个口罩由合伙人王自英律师个人筹集。）

为依法、有效应对疫情以及预防疫情可能延伸出的诸多社会问题，中伦文德北京总所及各分所分别从劳动法、租赁合同履行、刑事、行政法、保险法、建设工程合同、应急药品和医疗器械角度、信托等角度撰写了**50余篇疫情法律文章。**

北京总所合伙人武坚律师团队编撰完成9万余字的《**新冠肺炎疫情法律法规汇编**》、天津分所合伙人娄爽律师团队编撰完成35万余字的《**天**

**津市企业复工复产及扶持政策汇编**》、太原分所律师团队完成4万余字的《**新型冠状病毒肺炎疫情防控期间税费政策规定汇编**》、上海分所朱向鸣律师参与编撰上海律协十一届税法委员会《**疫情防控税收优惠汇编**》等等。

成都分所主任王志坚律师作为全国律协企业合规工作组成员，承担工作组完成了《**新冠疫情下企业复工复产的法律合规性分析**》中的企业劳动用工部分，律师助理马骅骅、谭光建律师、合伙人代渠阳律师为此提供了宝贵意见。另外，王志坚作为成都市医事法律专业委员会副主任，负责**开展了成都市律协组织的法律援助工作**，对成都市医药园区复工复产提供法律支持工作；上海分所主任陈永兴参与上海市律师协会房地产业务研究委员会编写《**新型冠状病毒疫情与租赁合同履行相关法律问题**》等等。

同时，北京总所及深圳分所、杭州分所、天津分所、常州分所、厦门分所等分所在疫情期间积极参与了其他公益法律服务，天津分所温志胜主任**到社区慰问志愿者**，天津分所董萌律



太原分所捐款证书

师、吕萌律师、姜红律师及行政张子坚等人员积极参与了社区志愿者服务；深圳分所主任洪国安律师**带领政府法务部员工坚持在第一线**，线上服务帮助客户渡过疫情难关；杭州分所党支部副书记胡华辉律师**参与余杭区志愿者服务**；山西省律协成立疫情防控期间企业复工复产律师公益法律服务团。太原分所多名律师加入服务团，共同为打赢疫情防控阻击战提供专业的法律支持。孟唐西律师任服务团副团长兼刑事组长、胡天亮律师任民事副组长、张改云律师为劳动法组员、李志萍律师为金融证券组员。3月9日和3月10日全天、3月18日和3月19日下午，太原分所郑涵林、李文红、陈国辉、闫艳军律师坚持在山西省人民政府政务大厅法律援助窗口值班；常州分所党员律师张鉴、于丽娟、杨照所**参加了社区的志愿者服务**，为社区出入人员做信息登记及测量体温，配合物业给所在小区的人员办理通行证。

在疫情爆发初期，上海市国资委下属企业东方国际集团及集团成员企业龙头股份在欧洲采购30余万枚N95级别防护口罩，以支援本市防疫医疗物资的供应。为落实采购目标，规避可能存在的法律风险，上海分所滕云律师及其团队**为客户跨国采购口罩提供了公益性法律服务**。为帮助企业复工复产，上海分所仇建律师团队在疫情初期为企业复工复产手续报批提供公益法律服务，**并通过多方联络，购买了口罩、耳温枪等防护物资，提供给有紧急需要的企业**，如向蓝天经济城内注册的上海圣剑网络科技股份有限公司免费提供了

1000个口罩，解决了该企业复工物资的燃眉之急。

中伦文德律师集团还有许多志愿者律师积极参与了这次抗疫，在此不一一列举。

此次疫情爆发，对服务行业包括律师行业带来了前所未有的挑战，为鼓舞带动团队共克时艰、积极应对，中伦文德律师集团陈文董事长在2月份和3月份先后撰写文章《**律师业务如何突破当前的困局？**》、《**迎接新的法律业务高潮，你准备好了吗？**》。2月3日，厦门分所在律所公众号发布《**致客户的一封信**》，提示客户做好延迟履约告知。2月26日，洪国安为深圳律所员工及家人送上一份关怀家书《**最牵挂的人是你呀！**》

新冠病毒突然爆发对我国武汉及湖北地区的人民生命安全造成了巨大的损害，有数万人被确诊感染了新冠肺炎，有数千人丧失了生命，我们国家的经济遭到了前所未有的巨大损失。2020年2月15日，**陈文向国务院提交了《国家应尽快安排专门机构撰写新冠肺炎白皮书和建立新冠病毒纪念碑的建议》的建议书**，提出两点建议：第一，国务院应尽快安排有关专门机构撰写“**新冠病毒及新冠肺炎**”白皮书。第二，建议国务院应该在**武汉及北京和各省会城市都要建立新冠病毒瘟疫纪念碑，并同时在武汉建立新冠病毒瘟疫纪念馆。意义在于纪念这次被新冠病毒瘟疫吞噬的数以千计的生命；纪念那些舍己为人，奋不顾身牺牲了生命的医护人员；纪念那些奔赴武汉及湖北地区提供紧急医疗援助的全国各省市的广大医护人员及表彰他们的献身精神等等。**

3月12日，中伦文德北京总部党支部响应中共北京市朝阳区律师行业委员会号召，积极参与党员捐款。

随着时间的推移，湖北新型冠状病毒肺炎新增病例逐步下降，国内疫情逐步得到控制，全国各地将陆续迎来复工潮，各个企业的复工复产需求量将逐步回升。**春回大地，愿山河无恙，人间皆安！**

2020年3月编辑部

中伦  
文德



袁伟明律师（右）与律师助理李浦



张世明律师



□ 陈 文/文

陈文律师，北京市中伦文德律师事务所创始合伙人、董事长。北京大学法学博士、司法部瑞士圣加仑大学国际经济法研究所访问学者；中国国际商会调解中心调解员；中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程与房地产专业仲裁员；北京市土地学会法律委员会主任；北京市优秀律师；北京市人民政府专家顾问团顾问；全国优秀律师；国家发改委促进一带一路工作中心法律顾问。

主要从事金融、房地产和公司的法律事务。

## 关于国家应尽快安排专门机构撰写新冠肺炎白皮书 和建立新冠病毒纪念碑的建议

国务院 李克强总理

尊敬的克强总理：

2019 年末及 2020 年之交我国武汉及湖北地区突然爆发新冠病毒并引发大面积冠状病毒肺炎，对我国广大人民的生命安全和健康造成了极大的威胁，对我们国家的经济发展及人民的正常生活造成了巨大的损失和影响。同时由于新冠病毒的扩散也对世界其他许多国家不同程度的造成了一定的影响。疫情起来后，党中央、国务院给予了高度重视，及时派遣解放军多支医疗队和全国多省的医疗队紧急赴武汉和湖北地区对当地的人民群众和新冠肺炎患者给予紧急医疗救助，同时在全国各省都安排专门医院和机构对新冠肺炎患者给予及时救助并同时采取紧急措施以防止病毒扩散。据专家估计，在 2020 年 3 月末或 4 月初在国内就能基本控制新冠病毒的蔓延。

这次武汉新冠病毒突然爆发对我国武汉及湖北地区的人民生命安全造成了巨大的损害，有数万人被确诊感染了新冠肺炎，有数千人丧失了生命，我们国家的经济遭到了前所未有的巨大损失，应该说这是我们中华民族的一场大灾难。虽然这场瘟疫大灾难在全国人民的共同努力下最终会被战胜，但这场灾难对我们中华民族和中国人民的心理造成的创伤却永远不会被抹掉。因此我向国务院提出两点建议：

第一，国务院应尽快安排有关专门机构撰写“新冠病毒及新冠肺炎”白皮书。

自从武汉爆发新冠病毒和新冠肺炎瘟疫后，关于新冠病毒的来源与成因，新冠病毒肺炎的零号患者，关于对新冠病毒的爆发与蔓延的吹哨人，还有疫情爆发前夕被武汉公安局处罚的那 8 个“被造谣”的年轻医护人员，以及武汉病毒研究所的有关传言和高福院士不及时上报疫情而只顾海外发表论文而延误阻止武汉疫情大爆发的最佳时机的说法在全国众说纷纭，莫衷一是，扰乱了人民的视线，搅乱了

人民的心灵。在这个特殊时期，国务院非常有必要在国家层面向世人澄清上面诸多全国人民关心的疑点，有利引导全国人民团结起来向前看，尽快恢复正常的社会秩序和经济建设，恢复人民的正常生活。国务院应安排有关专门机构向世人公布及说明武汉新冠病毒爆发的成因，新冠肺炎对武汉及湖北地区及全国造成的人民生命损害及损失，以及新冠病毒爆发及扩散对我国经济及社会各方面造成的影响。并向全世界介绍我国医疗界采取何种医疗方式治疗新冠肺炎患者，尤其是用中医中药方式治疗新冠肺炎患者，以及我们在隔离预防病毒爆发和防止扩散的经验和方法。

这本新冠病毒和新冠肺炎白皮书的意义非常重大，它不仅让全国人民也让全世界各国人民都能够了解和看到中国是如何战胜人类有史以来传染最猛烈的新冠病毒的全过程，同时它也是对人们一个永远的警示：危险致命的病毒就在我们身边，它们会随时侵入我们的生活，我们要警钟长鸣！

**第二，建议国务院应该在武汉及北京和各省会城市都要建立新冠病毒瘟疫纪念碑，并同时在武汉建立新冠病毒瘟疫纪念馆。**

其意义在于：

1. 纪念这次被新冠病毒瘟疫吞噬的数以千计的生命；
2. 纪念那些舍己为人，奋不顾身牺牲了生命的医护人员；
3. 纪念那些奔赴武汉及湖北地区提供紧急医疗援助的全国各省市的广大医护人员及表彰他们的献身精神；
4. 让全国人民牢牢永记就是这种新冠病毒差一点就对我们中华民族造成不可挽回损失的大灾难；
5. 让国人铭记要远离蝙蝠等野生动物，保持生态平衡，这是中国人民用无数生命及巨大的经济损失为代价换来血的经验教训；
6. 在武汉新冠病毒瘟疫纪念馆里向世人和后代永远展出有关新冠病毒及各种病毒知识及对新冠病毒的治疗方法与隔离预防方法和武汉及湖北地区新冠病毒战役全过程；
7. 展出钟南山院士和李兰娟院士及许多医护人员的伟大功绩与动人事迹；
8. 吸取 2003 年北京 SARS 瘟疫的经验教训，不要若干年以后就忘记了这次瘟疫大灾难，要警钟长鸣！这些致命病毒会随时卷土重来，稍不注意就会让国人或人类瞬间步入灾难，这决不是危言耸听；
9. 肯定和赞扬解放军医疗队在危难之时挺身而出救助成千上万武汉及湖北人民的英勇事迹和伟大精神；
10. 纪念并感谢全国及全世界各地志愿者的支持，奉献与投入。

对于没有记忆或很快忘掉记忆的国家或民族，灾难还会再次卷土重来。2003 年 SARS 瘟疫后直到 2019 年，16 年过去了大家几乎都忘掉了那场瘟疫，尤其 30 岁以下的年轻人几乎都不知道 2003 年还发生过一场 SARS 瘟疫，他们也不知道 SARS 瘟疫对人身体的损害。在国家层面上也没有建立 SARS 纪念碑，也没有设立相应的纪念馆，更没有在社会上进行广泛的预防冠状病毒教育与宣传，明知道 SARS 冠状病毒来源于野生动物，但却没有及时制定有关禁止食用和保护野生动物的法律，这就导致 2019 年末武汉华南海鲜市场食用野生动物交易而爆发的新冠病毒。已经发生过的并对人类生命安全造成巨大损失和危害的事情绝对不能忘记！有感于此本人特呈以上两点建议，望国务院给予重视并采纳！

中华人民共和国公民：陈文

工作单位：北京市中伦文德律师事务所

2020 年 2 月 15 日

编者手记：王爱国，中伦文德律师事务所武汉分所主任。撼动全国的新型冠状病毒肺炎疫情就发生在王爱国的家乡湖北，而疫情最严重的武汉市则是王爱国工作和生活多年的地方。

2020年2月5日，编辑部与王爱国联系的时候，王爱国正在湖北省某县的一个乡村里。此时，县里村里道路都已经封了，他正处于“避难”的状况。没有网络，只能使用手机。

2月11日，法律媒体《律新社》采访王爱国，向其询问中伦文德律师事务所（以下简称中伦文德）武汉分所律师的整体情况。

## 王爱国：乡村路已封，期盼灾后重建

我们中伦文德武汉分所办公地正位于武汉市汉口疫区的核心地段，全所共有五十名左右工作人员。值得庆幸的是，截至目前为止，我们尚未发生一例发热咳嗽等疑似产生感染的情况。事务所员工每天都会在微信群里互相通报身体健康状况，自封城以来，全部律师已平安度过第一阶段十四天隔离期。

在疫情之初，因武汉市政府多次辟谣不会“人传人”，所以我们刚开始没有足够重视这次疫情。但自1月18号和19号这两天，得知确诊人数激增以后，我们武汉分所开始逐步意识到疫情的严重性，并在武汉封城的前两天，我们就通知全所自1月21日起休假。

目前，我们中伦文德武汉分所一部分律师留在武汉的家里不能出门。武汉自1月23日起封城，自昨天（2月10日）开始全市居住小区封闭，凭出入证进出；另一部分律师，有的回到湖北省内各地的市县老家里，极少一部分律师在外省。湖北省除武汉市封城外，其余十七市均封城封村，封山封路，我们都尚在各自的武汉家里或者老家待命。

鉴于疫情仍然严重我们尚不能正常复工，初



□ 讲述/王爱国

步预计可能在2月20号以后，届时还要视疫情具体情况而定。

这次新型冠状病毒疫情对武汉市的法律服务业产生了比较大的影响，现在武汉本土的企业基本上都未上班，另外需要提供法律服务的外地企

业，因为都知道武汉市的疫情，基本上没有要求武汉分所立即提供法律服务。

但是，针对一些必要的业务比如银行业务，我们都是在网上通过微信、QQ、电邮等网络方式来提供线上的法律服务，至于现场的法律服务，为安全起见，基本上我们都已经停止了。

当前，武汉分所主要业务方向是房地产与建设工程业务，金融证券业务，投融资业务和民商事诉讼法律服务。我想疫情之后，因疫情因素影响，民商事合同纠纷及赔偿业务相信会大大增加。在这方面，我们会设立工作专班进行专门法律研究，以应对未来的法律需求。

回顾疫情期间产生的诸多问题，从法律层面上，我认为我们应尽快总结经验教训，在野生动物的保护制度、疫情的预警机制、疫情的报告制度、疫情发生的控制措施、医疗费用承担及赔偿制度以及责任追究制度等方面进行立法研究，以防微杜渐，尽最大努力防止疫情大面积发生，或

者疫情发生后有法可依有章可循，不至于造成全民恐慌。

疫情发生以来，北京总所及时向我们武汉分所发出了慰问信。中伦文德北京总所陈文董事长多次向我询问武汉分所人员抗疫情况，他也多次指示我向武汉市政府提出全城消毒，疫后建抗疫纪念碑、纪念馆等合理建议。当前，我们武汉分所律师自发向各地以个人名义捐款捐物，后期分所正式上班后我们将再集体组织捐款复建。

虽然疫情对武汉市当前的发展造成极大的影响，但是中国经济长期向好，而武汉在地理位置上是我国的中心城市。作为特大中心城市的武汉，一段疫情会对这个大都市造成一定影响但不会阻碍武汉的经济发展大势。我们相信，在疫情结束后，我们中伦文德武汉分所的法律服务会重新恢复，甚至服务面会更广，只不过时间也会更紧迫。

(2月11日，王爱国于湖北老家讲述，编辑部整理)

中伦  
文德



Wu  
Han  
Stay  
Strong

同江同湖 同舟共济



□ 陈 文/文

陈文律师，北京市中伦文德律师事务所创始合伙人、董事长。北京大学法学博士、司法部瑞士圣加仑大学国际经济法研究所访问学者；中国国际商会调解中心调解员；中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程与房地产专业仲裁员；北京市土地学会法律委员会主任；北京市优秀律师；北京市人民政府专家顾问团顾问；全国优秀律师；国家发改委促进一带一路工作中心法律顾问。

主要从事金融、房地产和公司的法律事务。

## 迎接新的法律业务高潮，你准备好了吗？

我在 2020 年 2 月 13 号曾撰文写过“律师业务如何突破当前的困局”文中曾经提到律师业务将在疫情中和疫情后会在 4 个方面有大的进展。第一是在网络法律服务方面；第二是会出现大量的诉讼和仲裁法律业务；第三国际法律业务会大幅度增长；第四大量企业破产案件会层出不穷，因为疫情会是压垮骆驼身上的最后一根稻草，使得原来就经营很不景气的企业更喘不过气来。现在看来，随着疫情引发的隔离情况的后延和疫情在全世界的不断蔓延，很多预料之中的事情开始不断的出现。海航集团开始步入破产重组的程序，方正集团也进入了破产重组的序列，接着还会有若干大小企业接踵而来。由于疫情在世界各国疯狂蔓延，导致很多国家之间的航运和海运业务暂停，同时也导致我国减少了许多宗能源交易合同，预料之中的国际仲裁案件会接二连三的出现。

这些都是预料之中的法律业务，关键还有很多我们没有预料到或是在我 2 月 13 号写那篇小文章时还没有发生而现在已经发生的事，这就是 3 月 4 日中共中央政治局常务委员会召开会议，指出要加快 5G 网络，数据中心等新型基础设施建设进度。据《21 世纪经济报道》报道，近期北京、河北等 22 个省市，公布了总投资额近 34 万亿的

“2020 年重点项目投资计划”，其中就包括了“新基建”项目。所谓“新基建”就是指发力于科技端的基础设施建设，涉及的领域全都是中国的朝阳产业，并且有的是经济未来发展的短板。“新基建”项目包含 7 大领域：

1. 特高压；
2. 新能源汽车充电桩；
3. 5G 基站建设；
4. 大数据中心；
5. 人工智能；
6. 工业互联网；
7. 城际高速铁路和城际轨道交通。

我个人理解政府这次要大力快速投资的所谓“新基建”项目其实也是和部分的传统基建有着密切的结合，只不过在这些传统的基建上都附着有最新的科技。例如 5G 基站，新能源汽车充电桩和高铁及城际轨道交通等都是和传统的土地整理，工程建设有着密切联系。而我们律师事务所里原来就有房地产与建筑工程法律方面的专业律师，在特高压，工业互联网和人工智能和大数据中心方面，我们还有 TMT 法律专业委员的律师，即 Telecommunication Media Technology。现在和未来我们的 TMT 法律委员会就会派上用场并且



会大有用武之地。由于这次的 34 万亿的超大规模的投资所需要的资金是来自各方面的，所以不动产资产证券化的启动将是中国资本市场下一个的大举措。而我们事务所早已具有了不动产资产证券化的专业队伍。这次疫情之后保险业和中医中药事业都会迎来跨越式的发展，而我们的保险法律委员会和保险研究院及医疗医事法律委员会正枕戈待发。尽管疫情暂时限制了我们的律师业务，困难暂时阻碍了我们的发展，但广阔的前景已经展示给了我们，所以我们要坚持住，要熬过这黎明前的黑暗。

这些“新基建”本来部分也是我们国家的短板并且是我们国家政府正要下决心要发展的领域，这次疫情后国家和政府更要大力促进经济的发展，加快推进“新基建”的建设。这“34 万亿投资计划”中的资金，一部分来自于政府或其投资平台，另一部分来自国企央企和民营企业。

我们可以想象，在这 34 万亿的投资计划实践活动中，将会有无数的法律关系的调整，有无数的公司会设立，会有数以万计的经济合同需要谈判签署。在履行这些合同时又会出现多少次法律纠纷、诉讼和仲裁。

据医疗专家估计，在四月末或五月初，中国国内的疫情就能基本控制住了，当然国际方面

疫情的控制由于各种原因可能还要推迟半年或更久，但由于我们国家是一个有着 14 亿人口的第一大市场国家，我们是国际上唯一一个有着全产业链的国家，我们是有着 41 个工业大类，207 个中类，666 个小类的全产业链国家。我们的内循环市场就足以撑起全国人民的一切需求，所以突发的疫情只会暂时搁置经济活动的正常发生，但疫情结束后的经济活动不但不会停滞反而会像雨后春笋般的涌出。

所以疫情结束后，不但国内法律服务市场的需求会聚集爆发出来，国际法律服务市场的需求也会随之而来。因此我们律师要做好迎接这些业务突然到来的准备。要抓紧学习与“新基建”有关的专业知识，同时律所还要吸引和招收具有科技专业背景并且具有法律学位的跨专业人才。无论是工业互联网还是人工智能、5G 技术或是大数据中心，对于我们律师来说都是崭新的领域，所以学习对于我们来说应该是非常重要的。今天已经是 3 月 9 日了，距离到 4 月份也就是一个月的时间，距离 5 月份也就是不到两个月的时间。所以留给大家的时间并不是太充足，面对这未来的大机遇，我们做好准备了吗？

**中伦  
文德**



□ 王志坚/文

王志坚律师，四川大学硕士，北京市中伦文德律师事务所一级合伙人、董事会董事、中伦文德医药健康专业委员会主任、北京市中伦文德（成都）律师事务所主任。10年医药企业工作经验，20年医药健康法律服务经验，连续7年钱伯斯医药健康领域领先律师。



□ 康琪/文

康琪，成都中医药大学中药学学士、药事管理硕士，医药知识产权博士在读。同时具有律师、专利代理人和执业药师资格。擅长专利申请及专利权纠纷、反不正当竞争等知识产权相关工作和药品医疗器械领域的法律服务。

## 从“瑞德西韦”看针对新型冠状病毒在研药品的合法使用

面对“新型冠状病毒肺炎”（简称“新冠肺炎”）重大疫情，目前尚没有现成的“特效药”。寻找对新冠肺炎患者的抗病毒“特效药”，成为大众关注的一个热点。是非常时期救人要紧不走法定程序，还是有既迅速取得和使用药品，又走合法审批程序的办法。本文从呼声很高的“瑞德西韦”的临床试验批准回顾和对如果试验成功后可能的继续使用路径，探讨针对新冠肺炎在研药品的合法使用问题。

### 一、“瑞德西韦”基于“同情用药”在美国治疗案例及国际顶尖论文报道

2020年1月31日，《新英格兰医学杂志》（NEJM）报道了美国第一例新冠肺炎病毒的案例情况，该报道指出美国一名35岁的男子在病情明显恶化治疗毫无进展的情况下，临床医生在第7天为其静脉注射了一款未上市的药物瑞德西韦

（remdesivir），后除了咳嗽外，其他所有症状都予以缓解<sup>[1]</sup>。在该临床治疗中使用的“瑞德西韦”是一款处于临床研发阶段的未上市药物。该案例中“瑞德西韦”基于“同情用药”（Compassionate Use，美国FDA于2009年出台的特别政策）用于患者出现紧急、危及生命的疾病并且无药可医时情况的使用。



## 二、“瑞德西韦”在中国的临床审批及试验情况

1. 2020年2月2日,吉利德(“瑞德西韦”的美国原研药企)和中国医科院药物所作为进口药品联合申报临床试验。

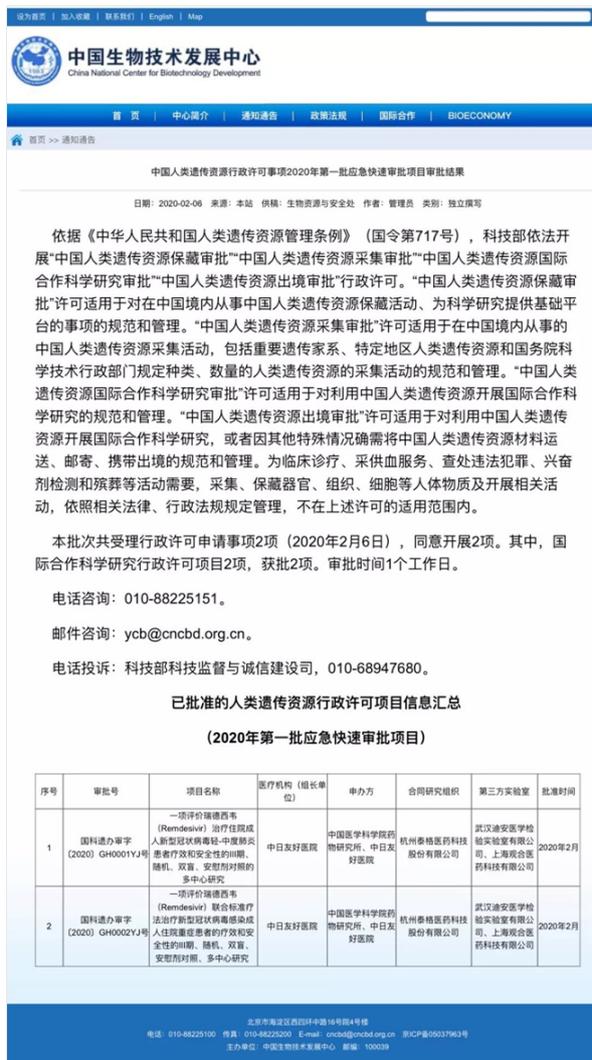


但不知何种原因,注册受理号从JXHL2000019变成了CXHL2000038,从代表进口的J变成了代表国产的C,申报者从吉利德和中国医科院药物研究所联合申报改为只有中国医科院药物所的单方申报。但目前,登录国家药品监督管理局药品审批中心(以下简称“CDE”)的官网时,已检索不到瑞德西韦的相关受理信息。

2. 2020年2月4日,在国家药品监督管理局(以下简称“NMPA”)网站上检索到注射用瑞德西韦的临床试验批件。



2020年2月4日,在国家食品药品监督管理局网站上查检索到注射用瑞德西韦的临床试验批件。但目前,登录国家药品监督管理局官网再次检索“2020年02月04日药品批件发布通知”



时也已经检索不到瑞德西韦的相关受理信息。

瑞德西韦从2020年2月2日受理,到2020年2月4日获得临床批件,只用了3天时间,应属于2019年12月1日生效的新修订《药品管理法》第二十六条规定的药品附条件审批程序。此次瑞德西韦落地中国直接跳过一二期临床试验,进入三期试验。

3. 2020年2月5日,瑞德西韦治疗新冠肺炎病毒感染患者临床研究正式启动

2020年2月5日下午,中日友好医院王辰、曹斌团队在武汉市金银潭医院宣布启动2项瑞德西韦相关的三期临床研究,分别为:研究评估瑞德西韦用于确诊感染2019-nCoV且已住院但未表现出显著临床症状的患者的治疗效果和研究则评

估瑞德西韦用于出现较严重临床症状的确诊病患的疗效。瑞德西韦在美国仅有一例有效性的数据，还不足以证明其治疗新冠病毒患者的安全有效，因此北京中日友好医院和中国医学科学院申请的临床试验目的，是确定使用瑞德西韦治疗新冠肺炎是否安全和有效。

本次临床研究由中国医学科学院药物研究申办，中日友好医院牵头，在武汉金银潭医院等多家临床一线接诊新型冠状病毒感染肺炎患者的医院中进行，入组 761 例患者，其中包括轻、中症患者 308 例，重症患者 453 例，研究采用随机、双盲、安慰剂对照方法开展。<sup>[2]</sup>

### 三、临床实验成功后的后续使用路径

如果瑞德西韦的临床试验确定使用瑞德西韦治疗新冠肺炎是安全和有效的，那么怎样将该药物合法地使用到其他新冠肺炎患者，可以通过以下合法路径：

#### 1. “同情使用”

对正在开展临床试验的用于治疗严重危及生命且尚无有效治疗手段的疾病的药物，经医学观察可能获益，并且符合伦理原则的，经审查、知情同意后可以在开展临床试验的机构内用于其他病情相同的患者。

#### 2. 增加临床试验机构

在 CDE 备案，增加临床试验机构，在增加的临床试验机构可以合法使用。

#### 3. 附条件批准

如果条件具备可以走附条件批准的绿色通道。2019 年 12 月 1 日生效的新修订《药品管理法》第二十六条规定：“对治疗严重危及生命且尚无有效治疗手段的疾病以及公共卫生方面急需的药品，药物临床试验已有数据显示疗效并能预测其临床价值的，可以附条件批准，并在药品注册证书中载明相关事项”。

关于附条件批准，目前还在征求意见中的《药品注册管理办法（征求意见稿）》有如下具体规定：

第三十四条（其他）对正在开展临床试验的

用于治疗严重危及生命且尚无有效治疗手段的疾病的药物，经医学观察可能获益，并且符合伦理原则的，经伦理委员会审查和知情同意后，可以按照相关部门有关要求，在开展临床试验的机构内用于其他病情相同的患者。

### 第二节 附条件批准程序

第六十七条（附条件批准范围）药物临床试验过程中，符合以下情形的药品，可申请进入附条件批准程序：（一）治疗严重危及生命且尚无有效治疗手段的疾病的药品，药物临床试验已有数据证实疗效并能预测其临床价值的；（二）公共卫生方面急需的药品，药物临床试验已有数据显示疗效并能预测其临床价值的；（三）应对重大突发公共卫生事件急需的疫苗或者国家卫生健康委认定急需的其他疫苗，经评估获益大于风险的。

第六十八条（申请程序）申请附条件批准上市注册的，申请人应当就附条件批准上市的条件和上市后续完成的研究工作等与国家局药品审评中心沟通交流。经沟通交流确认后，可提出药品上市注册申请。对符合条件的，国家局药品审评中心按程序公示后纳入。

经国家局药品审评中心审评，符合附条件批准上市注册要求的，在药品注册证书中载明附条件上市注册批准证书的有效期限、上市后需要继续完成的研究工作及完成时限等相关事项。

第六十九条（同时申请优先审评审批）申请附条件批准的，同时符合优先审评审批程序要求的，可申请纳入药品优先审评审批程序，同时享受优先审评审批政策。

综上所述，无论是瑞德西韦还是其它对新冠肺炎有效的在研药品，都有合法的渠道迅速惠及患者。

### 参考文献：

- [1] Michelle L. Holshue, M.P.H., Chas DeBolt, M.P.H., etc. First Travel-related Case of 2019 Novel Coronavirus Detected in United States[J]. The New England Journal of Medicine. 2020.1(31).
- [2] 吕进玉、马晓华、胥会云. 瑞德西韦来了！武汉金银潭启动临床试验 [DB/OL]. 第一财经日报. <http://news.hexun.com/2020-02-06/200198426.html>. 2020-02-07



□ 冀云峰/文

冀云峰律师，毕业于中国政法大学法律系，首都经贸大学经济法专业研究生，北京中伦文德太原律师事务所执行主任、太原仲裁委员会仲裁员；曾获山西省“五一劳动奖章”、“山西省先进律师”。冀云峰律师执业三十二年，在诉讼和非诉讼领域拥有丰富的执业实践经验，诉讼业务包括民商事、与公司有关纠纷、行政诉讼等。非诉讼包括建筑、房地产、金融保险、公司并购等。冀云峰律师专业、敬业高度负责的法律服务，赢得广大客户的信赖和认可。

## 法评 | 解读新型冠状病毒肺炎疫情相关税费政策规定

新型冠状病毒肺炎疫情发生以来，为抗击疫情，党中央、国务院审时度势，及时做出安排部署。习近平总书记强调“当前，疫情防控正处于关键时期，依法科学有序防控至关重要。疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控，在法治轨道上统筹推进各项防控工作，保障疫情防控工作顺利开展。”为打好抗击疫情攻坚战，国家财政部、发改委、海关总署、税务总局及各省、直辖市、自治区人民政府陆续出台税费政策支持规定，为依法防控提供法律支撑。

### 一、近期发布的税费主要规定

2020年2月3日，湖北省政府办公厅首当其冲发布《湖北省防控新型冠状病毒感染肺炎疫情财税支持政策》。

2020年2月1日，财政部、海关总署、税务总局发布《关于防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口物资免税政策的公告》(财政部、海关总署、税务总局公告2020年第6号)；2020年2月6日，财政部、税务总局发布《关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情

防控有关税收政策的公告》(财政部 税务总局公告2020年第8号)、《关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控有关捐赠税收政策的公告》(财政部、税务总局公告2020年第9号)、《关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控有关个人所得税政策的公告》(财政部、税务总局公告2020年第10号)；财政部、国家发展改革委发布《关于新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间免征部分行政事业性收费和政府性基金的公告》(财政部、国家发展改革委公告2020年第11号)；北



京市人民政府司法局发布《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》；山西省人民政府发布《山西省应对疫情支持中小企业共渡难关的若干措施》；2020年2月10日国家税务总局发布《关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控有关税收征收管理事项的公告》（国家税务总局公告2020年第4号）；其他省市自治区等地方政府也陆续发布相关税费措施。

各地国家税务局还陆续公布提供网上办理税收服务，非接触式办公等措施，为纳税人提供便利。

## 二、抗疫情税费规范性文件规定从物资供应、防护救治、公益捐赠、复工复产等方面具有前所未有的创新性规定，全力为对抗疫情需要提供有针对性的法律支撑

主要体现在以下方面：

1、疫情防控重点保障物资生产企业可以按月向主管税务机关申请全额退还增值税增量留抵税额。

之前增值税留抵税额退税政策，一般规定只能申请退还增量留抵税额的百分之六十。

2、单位和个体工商户将自产、委托加工或购买的货物，通过公益性社会组织和县级以上人民政府及其部门等国家机关，或者直接向承担疫情防治任务的医院，无偿捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的，免征增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加。

前述规定增加直接向承担疫情防治任务的医院无偿捐赠，免征增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加。此规定扩大了免税货物捐赠途径，在一定程度上激励货物捐赠行为，但公告未规定无偿捐赠服务的增值税免税政策。

3、对疫情防控重点保障物资生产企业为扩大产能新购置的相关设备，允许一次性计入当期成本费用在企业所得税税前扣除。

以往相关设备税前扣除政策一般规定，单位价值不超过500万元的，允许一次性计入当期成

本费用在企业所得税税前扣除。此次规定可以极大减少购置当期的应纳税所得额，降低当期的企业所得税。

4、受疫情影响较大的困难行业企业2020年度发生的亏损，最长结转年限由5年延长至8年。

困难行业企业包括交通运输、餐饮、住宿、旅游（指旅行社及相关服务、游览景区管理两类）四大类。为了防止企业滥用上述税收政策，进一步规定困难行业企业2020年度主营业务收入须占收入总额的50%以上，主营业务收入应剔除不征税收入和投资收益。

我国《企业所得税法》第五条规定的亏损弥补最长不得超过为五年，上述公告第四条规定突破了前述限制，有利于困难行业企业生存发展。

5、企业和个人直接向承担疫情防治任务的医院捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的物品，允许在计算应纳税所得额时全额扣除。

我国《企业所得税法》及其实施条例规定，企业通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门用于慈善活动、公益事业的捐赠，可以按规定在企业所得税税前扣除；个人所得税法及其实施条例规定，个人将其所得通过中国境内的公益性社会组织、国家机关向教育、扶贫、济困等公益慈善事业的捐赠，可以按规定在个人所得税税前扣除。之前在灾害发生后，有关企业和个人直接捐赠（未通过公益性社会组织、国家机关进行的捐赠）可以在企业所得税和个人所得税税前扣除。此次公告予以明确规定，企业和个人直接向承担疫情防治任务的医院捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的物品，允许在计算应纳税所得额时全额扣除。这是首次突破间接捐赠税前扣除的规定，将极大鼓励单位和个人的捐赠行为。

6、对参加疫情防治工作的医务人员和防疫工作者按照政府规定标准取得的临时性工作补助和奖金，免征个人所得税。对省级及省级以上人民政府规定的对参与疫情防控人员的临时性工作补助和奖金，比照执行。

上述规定基本延续了《关于非典型肺炎疫情发生期间个人取得的特殊临时性工作补助等所得免征个人所得税问题的通知》（财税〔2003〕101



号)第一条的规定;同时增加规定,对省级及省级以上人民政府规定的对参与疫情防控人员的临时性工作补助和奖金,比照执行。

7、单位发给个人用于预防新型冠状病毒感染的肺炎的药品、医疗用品和防护用品等实物(不包括现金),不计入工资、薪金收入,免征个人所得税。

上述规定延续了财税〔2003〕101号文第二条的规定。前述实物系疫情防控必需品,给予免征个税待遇,实为必需。

上述税费政策规定中,困难企业2020年亏损弥补期限延长至8年和直接向承担疫情防治任务的医院捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的物品可以全额在企业所得税和个人所得税税前扣除这两项政策,是前所未有的创新性规定。

### 三、此次发布的抗疫情税费规范性文件规定还具有如下显著特点:

1、此次税费政策出台效率高。此次疫情发生在临近春节假期,但各级政府节假日期间,审时度势,及时陆续出台抗疫情税费政策规定,充分体现政府工作的高效率。

2、针对性强。此次抗疫情税费规范性文件主要是针对防控新型冠状病毒肺炎疫情,针对性非常强,主要体现在以下几个方面:

(1)适用期限:2020年2月6日发布的上述公告自2020年2月1日起实施,截止日期视疫情情况由发布单位另行确定,即是适用于防控疫情期间。

(2)适用范围:适用于参加疫情防控工作的第一线医务和防疫工作者;适用于对捐赠用于疫情防控的进口物资包括试剂,消毒物品,防护用品,救护车、防疫车、消毒用车、应急指挥车均列入适用免征进口关税和进口环节增值税、消费税;适用于疫情防控重点保障物资生产企业、对纳税人提供公共交通运输服务、生活服务,以及为居民提供必需生活物资快递收派服务取得收入的企业、对受疫情影响生产经营的个体工商户业主、个人独资企业投资人、合伙企业个人合伙人等。

3、涉及税费种类广。涉及进口关税、进口

环节增值税、消费税;涉及增值税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加和个人所得税;涉及房产税、城镇土地使用税、契税等11项税费。

如湖北省政府特别规定:疫情防控期间,免征经营蔬菜的个体工商户应缴纳的增值税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加和个人所得税。对各非营利性医疗机构、各社区(村)用于疫情防控的房产和土地按规定免征房产税和城镇土地使用税。对各地购买房屋、土地用于疫情防控的按规定免征契税。全面落实《关于防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口物资免税政策的公告》(财政部、海关总署、税务总局公告2020年第6号),对捐赠用于防控疫情的进口物资免征进口关税和进口环节增值税、消费税,对卫生健康主管部门组织进口的直接用于防控疫情物资免征关税。

如财政部、国家税务总局2020年第9号公告第一条规定:企业和个人通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门等国家机关,捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的现金和物品,允许在计算应纳税所得额时全额扣除。而现行我国企业所得税政策一般规定公益性捐赠不超过利润总额12%的部分,可以在税前扣除;现行个人所得税政策一般规定公益性捐赠不超过应纳税所得额百分之三十的部分,可以在个人所得税税前扣除。

本次抗疫情税费规定企业和个人通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门等国家机关进行的捐赠,允许在计算应纳税所得额时全额扣除。此延续历史上如,2003年非典防治及2008年汶川、2010年玉树、2013年芦山和2014年鲁甸地震灾后税费政策规定,即企业和个人通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门等国家机关进行的捐赠,允许在当年企业所得税和个人所得税税前全额扣除。

疫情防控期间间接捐赠(指通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门等国家机关进行的捐赠)的全额扣除政策相对于限额扣除政策,可以极大鼓励单位和个人的捐赠行为,助力抗疫情工作。



#### 四、几点建议

1、为鼓励奋战在抗疫情第一线医护人员包括留守当地医护人员，建议进一步明确免征这些医护人员的抗疫情临时性补贴、加班工资的个人所得税。

2、对中小微企业免税。中小微企业长期存在融资难、税收困惑问题。而中小微企业抗风险能力较弱，这次疫情影响最大的是中国千千万万的中小企业，他们是中国经济的基石。为了中小企业的生死存亡，建议近期尽快宣布免除中小企业 2020 年第一季度的所得税，缓交增值税等其他税费，帮助企业度过疫情难关。国家应制定长期针对中小微企业的税费政策，特别是应对小微企业增值税问题进行改革，建议免除小微企业增值税以及相应的其他附加税费如免征消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加等税费。

3、建议国家制定长期、系统的针对我国公共卫生医疗事业发展的扶持税费政策规定。我国现在已经步入人均一万美元 GDP 国家行列，是

世界第二大经济体，中国建设速度已经是一张靓丽的世界品牌，被誉为“基建狂魔”，之前大桥、填海、高铁等工程已经向世人展示，此次云直播的武汉“火神山”、“雷神山”医院建设更为直观，但我国在公共卫生医疗事业发展方面投入欠账太多了。此次疫情已经为我国敲响警钟，我们看到包括武汉在内的我国很多医院，面对突发疫情的医疗设备、器械、物资还很匮乏，甚至没有配备必备的医疗防护用具、检查治疗的医疗设备。国家应制定长期、系统的配套政策包括税费政策规定，不能仅限于空洞的口号。

我们坚信有党中央、国务院的统一领导部署，全国人民的众志成城，我们一定能够打赢这场抗疫情人民战“疫”，但面对突如其来的疫情，给我们带来深深思考，在我国经济高速度发展的同时，我们要“青山绿水”，我们也需要满足人民群众需求的公共卫生医疗事业。

中伦  
文德



□ 许波/文

许波律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中伦文德刑事法研究院院长。国际刑法学协会（AIDP）注册会员；中国人民大学“商事犯罪研究中心”委员；北京市律师协会商事犯罪辩护委员会委员；央视社会与法频道《我是大律师》栏目“优秀公益律师”；凤凰卫视特邀嘉宾律师等。



□ 陈建/文

陈建，中伦文德刑事法研究院高级研究员、实习律师，北京师范大学刑事法律科学研究院法律硕士，曾任某上市公司法务主管，国际刑法学协会会员。曾在司法部司法协助外事司、意大利锡拉库扎刑事司法与人权国际研究院工作学习，擅长领域：刑事辩护与代理、刑民交叉与刑行交叉、刑事合规与刑事法律风险防控。

## 妨碍疫情防控相关行为的刑法适用研究

当前，新型冠状病毒阻击战正进入关键性阶段，与此同时一些公民法律意识淡薄，实施了一些违法行为，不仅扰乱了国家和社会的正常秩序，还侵犯了其他公民合法的人身权益和财产权益。为此，本文结合两高两部《关于依法惩治妨碍新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》、最高人民检察院发布的第一、第二批妨碍新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例以及相关法律法规、司法解释的规定，从刑法的角度，对造谣传谣、拒绝隔离、哄抬物价、制假售假、诈骗等一系列妨害疫情防控的行为定性进行梳理分析，在此和法律界的同行们共同探讨、交流。

### 一、编造或传播虚假的疫情信息，造谣传谣行为，涉嫌构成编造、故意传播虚假信息罪、寻衅滋事罪，严重的则构成煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪。

#### 1、典型案例

犯罪嫌疑人赵某某系无业人员，自2018年开始购置警用装备，并多次在社交平台发布其穿

戴警用装备的视频冒充警察。2020年1月26日，赵某某为满足虚荣心，扩大网络影响力，将自己身着警服的照片设为微信头像，同时将微信昵称设为“鞍山交警小龙”，并在微信朋友圈发布信息称：“鞍山交警小龙温馨提示大家！今天鞍山市城市公交车！全部停运！从明天开始长途客运站停止营运所有长途汽车！今晚我值班由我带队出去执勤！今晚从半夜12点开始！由我带队在鞍山所有的高速公路口全城封闭！所有的车辆不准进入我们鞍山！”“鞍山市今晚全城开始封路！请广大司机朋友们！没事请不要出门了”，并配发多张警察执勤图片。该条信息发布后，被多名网友转发至朋友圈和微信群，大量市民向相关部门电话咨询，鞍山市交通管理局接听95人次，鞍山市8890民生服务平台接听24人次，110接警中心接听78人次，引发社会不良影响，影响疫情防控工作的正常秩序。案发后，鞍山市铁西区人民检察院第一时间启动重大敏感案件快速反应工作机制，掌握案件进展与取证情况，就证据调取、适用法律问题与公安机关充分交换意见。2020年2月10日，铁西区人民检察院对犯罪嫌疑人赵某某以编

造、故意传播虚假信息罪批准逮捕。

## 2、法规速递

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《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》(法发〔2020〕号)

编造虚假的疫情信息,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是虚假疫情信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的,依照刑法第二百九十一条之一第二款的规定,以编造、故意传播虚假信息罪定罪处罚。

编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条第一款第四项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。

利用新型冠状病毒感染肺炎疫情,制造、传播谣言,煽动分裂国家、破坏国家统一,或者煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的,依照刑法第一百零三条第二款、第一百零五条第二款的规定,以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。

网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,致使虚假疫情信息或者其他违法信息大量传播的,依照刑法第二百八十六条之一的规定,以拒不履行信息网络安全管理义

务罪定罪处罚。

对虚假疫情信息案件,要依法、精准、恰当处置。对恶意编造虚假疫情信息,制造社会恐慌,挑动社会情绪,扰乱公共秩序,特别是恶意攻击党和政府,借机煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的,要依法严惩。对于因轻信而传播虚假信息,危害不大的,不以犯罪论处。

## 二、传播传染病行为,涉嫌构成妨害传染病防治罪,严重则构成以危险方法危害公共安全罪或过失以危险方法危害公共安全罪。

### 1、典型案例

2020年1月20日,湖北武汉市某医院从事护工工作的孙某某随妻子、儿子、儿媳和孙女驾车返回四川省南充市嘉陵区吉安镇。1月21日,孙某某在嘉陵区吉安镇3社吃坝坝席,期间接触多人。1月22日,孙某某出现发热咳嗽症状,其儿子开车送其到李渡医院就诊,后孙某某乘坐客车从李渡返回吉安老家,车上接触多人。

1月23日上午,孙某某病情恶化,其子开车将其送至南充市中心医院嘉陵院区就诊,医生怀疑其疑似“新型冠状病毒感染者”,让其隔离治疗,孙某某不听劝阻悄悄逃离医院,并乘坐客车返回吉安镇,车上接触多人。

1月23日14时许,工作人员将孙某某强制隔离治疗。其在被确诊和收治隔离后,仍隐瞒真实行程和活动轨迹,导致疾控部门无法及时开展防控工作,大量接触人员未找回。现21人被隔离观察,吉安镇2、3、4社三个社区被隔离观察。

2月5日,南充市公安局嘉陵分局对孙某某涉嫌妨害传染病防治罪一案立案侦查。南充市嘉陵区人民检察院第一时间派员提前介入,引导公安机关侦查取证。

### 2、法规速递

最高人民法院、最高人民检察院、



公安部、司法部《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》(法发〔2020〕号)

故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体,具有下列情形之一,危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定,以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚:

1. 已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者,拒绝隔离治疗或者隔离期满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具的;

2. 新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具,造成新型冠状病毒传播的。

其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施,引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的,依照刑法第三百三十条的规定,以妨害传染病防治罪定罪处罚。

以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员(含在依照法律、法规规定行使国家有关疫情防控行政管理职权的组织中从事公务的人员,在受国家机关委托代表国家机关行使疫情防控职权的组织中从事公务的人员,虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事疫情防控公务的人员)依法履行为防控疫情而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等措施的,依照刑法第二百七十七条第一款、第三款的规定,以妨害公务罪定罪处罚。暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的,以妨害公务罪定罪,从重处罚。

### 三、哄抬物价等非法经营行为,涉嫌构成非法经营罪。

#### 1、典型案例

2020年1月30日,广东省廉江市公安局经侦大队接到廉江市市场监督管理局的线索:市场监督投诉举报平台中发现,有北京市民举报廉江市福本医疗器械有限公司于武汉暴发新型冠状病毒肺炎期间,在天猫平台将平时销售价格为人民币五十元一盒(50个独立包装)的一次性医疗

口罩,提高销售价格至人民币六百元一盒,价格是平时的12倍。

1月31日,廉江市公安局立案侦查,并于同日在廉江市安铺镇将涉嫌非法经营的犯罪嫌疑人谭某某抓获。廉江市人民检察院对该案提前介入,从该罪的犯罪构成要件以及固定涉案数额证据等方面提出侦查意见,要求公安机关及时调取相关销售口罩的天猫订单信息及物流快递信息等证据材料,引导继续侦查取证,并依法履行法律监督职责。

2月5日下午,廉江市公安局将谭某某涉嫌非法经营一案提请批准逮捕。廉江市人民检察院通过网络远程提审了犯罪嫌疑人谭某某。经审查,谭某某违反国家在预防、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,情节严重(销售金额为人民币六万五千三百元),涉嫌非法经营罪犯罪。2月6日,廉江市人民检察院对犯罪嫌疑人谭某某作出批准逮捕决定。

#### 2、法规速递

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《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》(法发〔2020〕号)

在疫情防控期间,违反国家有关市场经营、价格管理等规定,囤积居奇,哄抬疫情防控急需的口罩、护目镜、防护服、消毒液等防护用品、药品或者其他涉及民生的物品价格,牟取暴利,违法所得数额较大或者有其他严重情节,严重扰乱市场秩序的,依照刑法第二百二十五条第四项的规定,以非法经营罪定罪处罚。

### 四、生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资行为,涉嫌构成生产、销售伪劣产品罪或生产、销售不符合标准的医用器材罪。

#### 1、典型案例

犯罪嫌疑人邵某某系外贸从业人员,得知新型冠状病毒肺炎疫情暴发市场急需口罩,便至义乌寻找货源转手卖出以赚取差价。2020年1月

25日，犯罪嫌疑人邵某某先后两次从田某某（另案处理）处购置劣质仿冒“3M”口罩共计2万个，并将上述口罩销售给犯罪嫌疑人毛某某，销售金额达十八万余元。犯罪嫌疑人毛某某通过微信又将该批口罩出售给他人，销售金额二十万余元。案发后，涉案劣质仿冒“3M”口罩在运输途中被截获。经浙江省轻工业品质量检验研究院国家纺织服装产品质量监督检验中心（浙江）检验，涉案口罩的标识、头带、过滤效率均不符合标准要求，系不合格产品。

1月25日晚，义乌市公安局经群众举报及舆情监控，在义乌市江北下朱查获涉嫌销售劣质仿冒“3M”防护口罩的犯罪嫌疑人邵某某、毛某某等人，1月27日对犯罪嫌疑人邵某某、毛某某等人刑事拘留。义乌市人民检察院在犯罪嫌疑人邵某某、毛某某被刑拘当天即主动对接义乌市公安局，于1月28日提前介入该案，提出完善证据、后续侦查和追诉上家的意见，上家田某某于1月29日被抓获到案。义乌市公安局于1月30日将该案提请检察机关批准逮捕，义乌市人民检察院同日以涉嫌生产、销售不符合标准的医用器材罪对犯罪嫌疑人邵某某、毛某某作出批准逮捕的决定。目前，义乌市人民检察院正引导公安机关对邵某某、毛某某销售伪劣产品案完善证据，将于近日对该案进行审查并提起公诉。该案系全国首例防疫期间“问题口罩”批捕案件，向社会发布后，被媒体广泛报道，相关短视频报道在抖音、快手等平台播放2.5亿次、转发1.25亿次，微博热搜阅读1.4亿次，引发社会高度关注。

## 2、法规速递

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《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》（法发〔2020〕号）

在疫情防控期间，生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资，或者生产、销售用于防治新型冠状病毒感染肺炎的假药、劣药，符合刑法第一百四十一条、第一百四十二条规定的，以生产、销售伪劣产品罪，生产、销售假药罪或者生产、销售劣药罪定罪处罚。

在疫情防控期间，生产不符合保障人体健康

的国家标准、行业标准的医用口罩、护目镜、防护服等医用器材，或者销售明知是不符合标准的医用器材，足以严重危害人体健康的，依照刑法第一百四十五条的规定，以生产、销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。

## 五、在疫情防控期间，假借研制、生产或者销售用于疫情防控的物品的名义骗取公私财物，或者捏造事实骗取公众捐赠款物数额较大的，涉嫌构成诈骗罪。

### 1、典型案例

2020年2月3日，浙江省宁波市鄞州区应某某通过微信、社交软件结识被害人吴某某，谎称自己系鄞州二院女护士，有获取医用口罩的特殊渠道，并使用另一微信号编造“鄞州二院仓库管理员”身份与吴某某交易，共骗得被害人吴某某六千余元。

2月5日，被告人应某某被公安机关查获。鄞州区人民检察院于当天第一时间提前介入，通过电话、视频指导并督促公安机关快速收集微信聊天记录、微信、支付宝转账记录等证据。2月6日下午，公安机关将该案移送审查起诉。2月7日上午，鄞州区人民检察院决定对应某某适用认罪认罚从宽制度提起公诉，并建议适用速裁程序。鄞州区人民法院当天适用速裁程序开庭审理该案，被告人应某某对指控事实、罪名及量刑建议没有异议，同意适用速裁程序且签字具结，在开庭审理过程中亦无异议。法院于当日作出判决：被告人应某某犯诈骗罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币一千元。

### 2、法规速递

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《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》（法发〔2020〕号）

在疫情防控期间，假借研制、生产或者销售用于疫情防控的物品的名义骗取公私财物，或者捏造事实骗取公众捐赠款物，数额较大的，依照刑法第二百六十六条的规定，以诈骗罪定罪处罚。



□ 孟唐西/文

孟唐西律师，兰州理工大学在读法律硕士。现为中伦文德太原律师事务所合伙人、刑事专业委员会主任，山西省律师协会刑事专业委员会秘书长，山西省律师协会公共与公益法律服务工作委员会副主任。专职从事刑事业务，成功辩护了无罪和数起免于刑事处罚案件，获得当事人广泛好评。

## “以危险方法危害公共安全罪”的“副作用”

为了预防新型冠状病毒的传播，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2020年2月6日联合下发了《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》(法发【2020】7号)，其中规定了恶意传播病毒将被按照“以危险方法危害公共安全罪”追究刑事责任。该《意见》的下发，又一次体现了《刑法》的打击与预防功能，具有强烈的社会性。曾经有学者指出，要预防刑法过度工具化的倾向，但不可否认的是，中国自古以来就有“治乱世用重典”的传统，在当前严重疫情的威胁之下，似乎只有将一些行为上升到用死刑惩处的高度，才可以与刑法这个工具的分量相匹配。

其实，早在2003年防治SARS期间，“两高”就出台了防治疫情传播的司法解释，对于恶意传播病毒的行为同样按“以危险方法危害公共安全罪”追究刑事责任。通过对中国裁判文书网上该罪名的搜索发现，近二十年来还没有一起因为传播病毒被按该罪来追究刑事责任的。似乎上述2003年的司

法解释对于扼制疫情的恶意传播起到了很好的预防作用。这应该是刑法作为社会治理工具的积极作用。希望这一次疫情中也不会有人被按该罪追究刑事责任。但，中国裁判文书网上近二十年的二千余份裁判文书显示，法院对于检察院该罪的起诉，支持率为59%，这意味着，还有41%的案件，法院并没有按照该罪来定罪量刑。这说明，对于同一行为的定性，公诉方与法院（也应该包括辩方）存在不小的分歧。而对于法院支持该罪的判决，同样存在诸多问题，并不意味着所有的判决



都是完全正确的。矫枉过正的判决，正是该罪的副作用。

本文在对该罪名进行梳理的基础上展开分析。

## 一、法律渊源

1、刑法第一百一十四条、第一百一十五条。

2、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）第一条。

3、关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释（法释【2014】14号）第七条。

4、关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释（法释【2017】3号）第十二条。

5、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（法发【2020】7号）

## 二、“以危险方法危害公共安全罪”相关罪状案例检索

### （一）车辆相关类

1、违规驾车；

（2018）新31刑终163号

（2017）京02刑终377号

（2018）沪0115刑初1283号

（2018）云2601刑初457号

2、驾车撞击；

（2018）苏刑终119号

（2014）湘高法刑一终字第246号

（2014）川刑终字第166号

3、拉动方向盘或干扰司机；

（2019）辽0102刑初617号

（2019）京0106刑初393号

（2019）粤0403刑初252号

4、碰瓷；

（2019）琼96刑终292号

（2015）海中法刑终字第674号

（2015）渝五中法刑终字第000398号

5、公路上抛掷或堆物；

（2018）鲁02刑初86号

（2018）鄂刑终375号

（2019）沪0112刑初2501号

6、操作重型车辆；

（2015）浙温刑初字第40号

（2019）粤14刑初12号

（2018）辽12刑终44号

7、拖行他人；

（2018）甘1022刑初53号

（2015）博刑初字第73号

### （二）危险物质类

8、燃料类；

（2016）晋02刑终168号

（2019）鄂07刑终89号

9、烟花爆竹类；

（2019）沪0109刑初569号

（2019）沪0109刑初92号

（2016）黔0323刑初239号

10、泼洒腐蚀或高温类液体；

（2018）鄂0116刑初707号

（2015）吉中刑终字第58号

（2018）桂0422刑初29号

### （三）公共设施类；

12、私设、私修电网；

（2014）渝高法刑终字第00043号

（2017）闽06刑终138号

（2018）黔06刑终139号

（2019）晋10刑终294号

13、埋放炸弹；

（2018）黔0423刑初108号

（2019）赣0822刑初151号

14、盗窃或毁坏公共设施；

（2019）豫16刑终736号

（2011）甬仑刑初字第93号

（2014）聊东刑初字第443号

（2013）杭江刑初字第552号

15、高压线旁堆物、放物；

（2019）豫0108刑初41号

#### （四）非法售卖毒害或危险物品

16、售卖麻醉飞镖；

（2013）湘法刑初字第 221 号

#### （五）危险性较高的其他行为

17、射击；

（2018）粤 15 刑终 201 号

（2018）吉 01 刑终 467 号

（2017）鄂 10 刑终 66 号

（2017）粤 01 刑终 561 号

18、抛物；

（2018）豫 1303 刑初 251 号

（2019）沪 0112 刑初 2501 号

（2015）大东刑初字第 00472 号

（2015）高新刑初字第 169 号

19、持刀捅刺；

（2017）皖 02 刑初 4 号

（2018）陕刑终 367 号

（2019）粤刑终 277 号

20、其他。

在家中囤积炸药：（2014）余刑初字第 53 号、

（2015）涪刑初字第 119 号

公共场所点燃液化气罐：（2016）京 01 刑终 230 号

邮寄自制燃爆装置：（2018）内 01 刑终 73 号

### 三、生效判决书中存在的共性问题

（一）行为涵摄过宽。部分不应该认定为本罪的行为：

1、认定为“其他危险方法”，但对公共安全不具有直接危险的，如盗窃消防水枪喷头等行为；

2、针对特定的人实施犯罪，未危及公共安全的，如针对特定的人射击或撞击等行为；

3、涉及公共安全而未构成其他犯罪，但不具有本罪行为所要求的危险性而认定为本罪的，如盗窃窨井盖等行为；

4、虽危及公共安全，但未达到本罪所要求的程度的，如行驶的车辆中乘客拉动方向盘或干扰司机但并未产生实质影响的行为。

上述行为的认定使得本罪逐渐成为了风险社会新生的口袋罪。

（二）同案不同判现象普遍存在。具体表现在：罪名认定不一；故意和过失认定不一；量刑轻重不一。

（三）文书说理简略。样本中多数判决的说理都不够充分，较为概括，对事实与“公共安全”、“其他危险方法”和“足以危害公共安全”的符合性常常一带而过。

### 四、本罪司法失范的原因剖析

1、法律规范的模糊性。本罪中“公共安全”、“其他危险方法”和“危害公共安全”的含义都存在争议，量刑范围较宽且缺少明确的等级划分，司法解释也没有具体规定，使得法官在适用本罪时缺少“参照系”，从而导致了上述行为认定模糊、刑罚适用不均等问题。

2、“以刑制罪”的司法模式。在适用其他罪名的量刑与行为后果难以匹配时，报复性刑罚的色彩显示出该罪的“用武之地”。如酒后驾驶引发的交通肇事案件，事故后果一般的，往往认定为交通肇事罪，造成恶性事故的，很多判决则认定为本罪。

3、司法舆论的“避风港”。近年来每遇到有重大的社会影响的案件，如乘客抢夺方向盘、某地的大爆炸等，社会公众的舆论往往是一片喊杀之声，似乎不处死几个人不足以平民愤。而本罪规定的模糊性、危险犯的非实害性和刑罚的严厉性，使其成了寻求重刑、疏解舆论的途径。

综上，本罪的抽象性既有其存在的价值，也是其失范的缘由，关键在于如何把握“抽象尺度”，既发挥其应有的作用，更要避免其“副作用”的产生。

中伦  
文德



□ 朱向鸣/文

朱向鸣，北京市中伦文德律师事务所上海分所合伙人律师，拥有外商投资企业设立、变更、股权转让、吸收合并、企业分立、清算业务的完整实务操作经验，擅长为客户设计最合理的投资以及业务整合方案；拥有担任多家万人规模生产型企业法律顾问的经验。执业领域：税法、公司 / 并购、劳动与雇员激励、国际投资与贸易。

## “新型冠状病毒肺炎”相关新政解读

己亥年末、庚子年初，始发于武汉的“新型冠状病毒肺炎”（以下简称“新型肺炎”）大范围爆发，各级政府连续下发多份文件，其中涉及劳动关系处理、延长春节休假的文件引起了企业负责人、人事部门等的广泛关注，我在此就一些企业关心的重点问题从法律角度对部分春节休假期间公布的文件做简要说明如下：

同时，鉴于本次面临的情况无相关先例可供借鉴，我们的相关意见谨供参考，建议与相关主管政府部门保持沟通，及时掌握政策最新动向或所在地主管部门的倾向性处理意见。

### 一、《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》

#### • 概况

人力资源和社会保障部 1 月 24 日发布了《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》（人社厅发明电 [2020]5 号，下称“《人社部 5 号通知》”），就特殊时期的劳动关系处理通知如下：

1、对于“新型肺炎”患者、疑似病人、密切接触者，在隔离治疗期、医学观察期、因政府

隔离措施或其他紧急措施不能提供正常劳动的：

（1）企业应当支付此期间工资；

（2）不得依据《劳动合同法》第四十条（无过失性辞退）、四十一条（经济性裁员）解除劳动合同；

（3）劳动合同期满的，顺延至相关状态结束后终止。

2、企业因“新型肺炎”影响导致生产经营困难的：

（1）可以与员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；

（2）停工停产在一个工资支付周期内的，应按劳动合同规定的标准支付职工工资；

（3）超过一个工资支付周期的，若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标准；职工没有提供正常劳动的，企业应当发放生活费，生活费标准按各省、自治区、直辖市规定的办法执行（各省市不同，较常见的为最低工资标准的 70%-100%，没有明确标准的地区建议与所在地劳动部门确认）。

3、劳动仲裁的时效、审理期限相应顺延。

4、各地劳动部门加强用工指导，加大劳动

监察力度。

### • 相关法律问题

#### 1、关于工资支付

(1) 对于“新型肺炎”患者、疑似病人、密切接触者，在隔离治疗期、医学观察期、因政府隔离措施或其他紧急措施不能提供正常劳动的期间，《传染病防治法》第四十一条中规定“在隔离期间，实施隔离措施的人民政府应当对被隔离人员提供生活保障；被隔离人员有工作单位的，所在单位不得停止支付其隔离期间的工作报酬”。《人社部5号通知》对此也明确应当正常发放，部分地区现行地方性法规也有类似规定，例如：《上海市企业工资支付办法》第15条规定：“在采取公共卫生预防控制措施时，劳动者疑似患传染病或者病原携带者的密切接触者，经隔离观察后排除的，企业应当视同劳动者提供正常劳动，支付其隔离观察期间的工资”。同时，我们认为企业有权要求员工就其处于相关状态提供证明，对于未能提供证明的员工企业可以考虑视情形暂缓或停止发放相关待遇，但做出相关决定时应当

审慎考虑员工所处地区及状态，并建议与企业工会、员工代表等形成会议纪要和在必要时向主管劳动部门进行报备。

(2) 对于不存在前述情形的员工，在停工（企业因生产等原因安排待岗等）期间：

《工资支付暂行规定》第十二条规定：非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

《人社部5号通知》关于工资支付的通知采取了前述原则，同时对于没有提供正常劳动支付工资的标准各地有不同规定，建议企业把握如下要点：

A. 注意所在地区的最新通知，例如：北京市1月23日发布的《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》明确对于安排员工待岗的按不低于最低工资标准70%支付基本生活费；



B. 注意所在地区的地方性法规规定，例如：《江苏省工资支付条例》第三十一条规定“用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的百分之八十支付劳动者生活费”；

C. 注意与企业工会、职工代表协商并保留会议纪要等记录，员工人数较多的企业建议就相关方案向所在地劳动主管部门进行报备；

D. 注意通过所在招商部门、商会等与所在地劳动主管部门妥善沟通，尽可能采取与大多数企业统一的处理标准。

(3) 非确诊为新型肺炎的病假员工，按相关法律法规及企业规章制度发放病假工资。

(4) 企业因特殊情况（财务部门无法出勤、客户付款迟延等）无法及时发放工资的，建议及时与工会、职工代表说明情况并就解决方案形成会议纪要等后及时通知员工，并在可能的情况下及时向所在地劳动或行业主管部门报备。

## 2、关于劳动合同的解除、终止

《劳动合同法》第四十二条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条（无过失解除）、第四十一条（经济性裁员）的规定解除劳动合同：

(1) 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

(2) 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；

(3) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

(4) 女职工在孕期、产期、哺乳期的；

(5) 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

(6) 法律、行政法规规定的其他情形。”

《劳动合同法》第四十五条规定：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行”。

《人社部5号通知》在前述法律框架下做出

了相同的要求，明确企业对于“新型肺炎”患者、疑似病人、密切接触者，在隔离治疗期、医学观察期、因政府隔离措施或其他紧急措施不能提供正常劳动的期间，不得依据《劳动合同法》第四十条（无过失性辞退）、四十一条（经济性裁员）解除劳动合同；劳动合同期满的应当顺延到相关情形消失。

但是，该通知也并非意味着企业与劳动者当前无法解除、终止劳动合同，在以下情形下劳动合同仍然可以依法解除或终止：

(1) 劳动者提出解除或终止劳动合同的；

(2) 企业与劳动者协商一致解除或终止劳动合同的；

(3) 企业依据劳动合同法第三十九条（过失性辞退）解除劳动合同的。

对于按前述第（3）种情形解除劳动合同的，基于当前的特殊情形，建议企业需要格外谨慎，保留好劳动者存在过失的相关证据，并及时通知工会和尽可能保留相关书面记录。

## 二、《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》

国务院办公厅于1月26日成文并于1月27日发布了《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》（国办发明电〔2020〕1号，下称“《延长春节假期通知》”），就延长本次春节假期通知如下：

1、延长2020年春节假期至2月2日（农历正月初九，星期日），2月3日（星期一）起正常上班；

2、各地大专院校、中小学、幼儿园推迟开学，具体时间由教育部门另行通知；

3、因疫情防控不能休假的职工，应根据《中华人民共和国劳动法》规定安排补休，未休假期的工资报酬应按照有关政策保障落实。

对于前述假期的性质目前尚无权威解读，人社部2019年7月公布的《我国法定年节假日等休假相关标准》中关于法定年节假日的定义“法定年节假日是由国家法律、法规统一规定的用以开展纪念、庆祝活动的休息时间，也是劳动者休息时间的一种。”并不能直接套用，而从通知第



三条中的“补休”这一措辞来看，与《劳动法》第四十四条关于休息日（双休日）的规定更为接近（休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬）。

基于当前的特殊情况，我们建议企业：

1、尽可能按通知安排休假（上海、苏州等地已出台地方性通知要求进一步推迟复工时间，上海当前通知为不早于2月9日24时，苏州为不早于2月8日24时）；

2、建议等待所在地劳动主管部门对休假性质的处理方式的进一步明确；

3、建议与工会、职工代表协商工资支付方案并形成会议纪要；

4、建议考虑与所在地劳动主管部门保持沟通，根据企业自身情况申请本年度实施综合计算工时制等特殊工时制度。

### 三、各地关于“延迟复工”的通知

1月27日各地陆续发布了“延迟复工”的通知，以长三角地区为例，上海市、浙江省要求区域内企业不得早于2月9日24时前复工；1月28日江苏省发文统一省内标准也为不得早于2月9日24时前复工。我国《传染病防治法》四十二条规定：“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：

（一）限制或者停止集市、影剧院演出或者其他人群聚集的活动；

（二）停工、停业、停课；

（三）封闭或者封存被传染病病原体污染的公共饮用水源、食品以及相关物品；

（四）控制或者扑杀染疫野生动物、家畜家禽；

（五）封闭可能造成传染病扩散的场所。

上级人民政府接到下级人民政府关于采取前款所列紧急措施的报告时，应当即时作出决定。紧急措施的解除，由原决定机关决定并宣布。”

鉴于本次新型肺炎已经被纳入乙类传染病并采取甲类防控措施，地级以上人民政府有权依据《传染病防治法》的前述规定作出“延迟复工”决定并予以公告，区域内的企业应当予以执行，拒不执行除需要依据《传染病防治法》第七十七条承担民事责任外，还存在因违反传染病甲类防控措施涉嫌《刑法》第三百三十条规定的“妨害传染病防治罪”及《刑法》第一百一十五条第二款规定的“以危险方法危害公共安全罪”的风险。

另一方面，各地“延迟复工”通知的性质与国家延长春节休假的性质有所不同，有观点认为企业可以通过安排带薪年假、“调休”等方式对于“延迟复工”期间的工作日进行消化，但上海市人保局1月28日明确作出解答认为也属于“休息日”，对此我们建议企业：

1、关注政府部门的进一步通知，并与所在地劳动主管部门保持沟通；

2、与企业工会、职工代表保持沟通，就相关决定及时书面形成会议纪要并通知员工；

3、在给员工的通知中备注“法律法规有不同规定或政府部门作出权威解释的，依据相关规定执行”等字样以便保留一定余地；

4、确有必要在“延迟复工”期限前恢复工作的，提前向相关政府部门进行报备。

中伦  
文德





□ 胡高崇/文

胡高崇律师，现任中伦文德律师事务所北京总所合伙人，主要业务领域涵盖争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。加入中伦文德之前，胡律师曾经长期在北京市某法院从事审判工作，审理千余起案件，类型涵盖合同纠纷、劳动争议等；胡律师连续三年被评为LEGAL 500中国劳动法领域“特别推荐”律师。

## 用人单位在新冠肺炎疫情防控期间 有关劳动用工方面的实操指引

### 前言

从2020年1月份开始，新型冠状病毒感染引发的肺炎疫情（以下简称“新冠肺炎疫情”），引发社会广泛关注。国家和地方层面均出台了一系列规范性文件，为疫情防控提供了强有力的政策保障。为确保用人单位在特殊时期也能采取符合法律规定的劳动用工方面的实践操作，积极预防和妥善应对各类劳动争议，笔者撰写了本文，仅供参考。

#### （一）安全管理方面的实操指引

##### 1、建章立制

根据《突发事件应对法》第三条的规定并结合实际情况，笔者认为本次“新冠肺炎”事件应该属于典型的突发事件；根据《突发事件应对法》第二十二条的规定，（在应对突发事件时）所有单位应当建立健全安全管理制度，定期检查本单位各项安全防范措施的落实情况，及时消除事故隐患；掌握并及时处理本单位存在的可能引发社会安全事件的问题，防止矛盾激化和事态扩大；

对本单位可能发生的突发事件和采取安全防范措施的情况，应当按照规定及时向所在地人民政府或者人民政府有关部门报告。

##### 2、检查排查

除建立健全安全管理制度外，用人单位还应当及时对本单位的安全防范措施进行全面检查排查，重点做好以下工作：

- 配备防护用品：对于在生产、工作中接触传染病病原体的人员，按照《传染病防治法》第六十四条之规定，有关单位应当采取有效的卫生防护措施，并给予适当津贴；对于其他工作人员，鼓励单位和工会共同为职工提供诸如口罩等防护用品。

- 收集个人信息：用人单位有权利在必要的限度内了解职工出行信息和健康状况，比如说职工在春节期间到过的地方、接触的人群、是否存在体温异常等，了解过程中应注意做好保密措施。

- 开启防护设施：如复工后办公区域的适当通风，或对中央空调等设施进行消毒处理等。

- 进行宣传教育：通过短信微信、电子邮件等多种方式，积极加强对传染病等方面的知识宣

传，教育广大职工积极做好安全防护。

### 3、报告与配合

根据《传染病防治法》第三十一条之规定，任何单位和个人发现传染病病人或者疑似传染病病人时，应当及时向附近的疾病预防控制机构或者医疗机构报告。根据《传染病防治法》第五十四条之规定，卫生行政部门在履行监督检查职责时，有权进入被检查单位和传染病疫情发生现场调查取证，查阅或者复制有关的资料和采集样本。被检查单位应当予以配合，不得拒绝、阻挠。由此可知，用人单位在发现本单位员工属于新冠肺炎病人或者疑似病人时，应该及时向相关单位报告；用人单位还应该配合相关卫生行政部门的监督检查工作。

## （二）灵活用工方面的实操指引

### 1、特殊工时制的审批

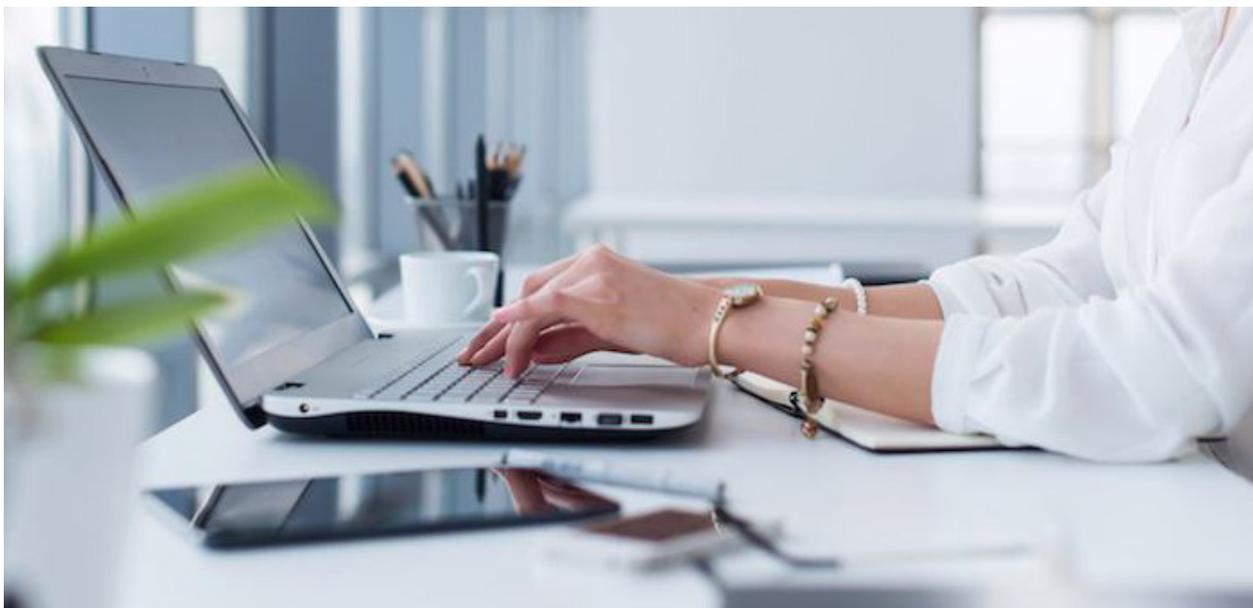
北京市人力资源和社会保障局《关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知》第三条明确规定“企业可以采取集中工作、集中休息方式保持正常生产经营；受疫情影响的企业，可以向人力资源社会保障部门申请执行综合计算工时制度，按照生产经营需要，实行轮岗调休”。上述通知第四条规定“（各区人力资源社会保障部门）要开辟绿色通道，依法及时做好企业特殊工时制度的行政许可工作。”

也就是说，受疫情影响，各个用人单位可以趁此机会采取更加灵活的工时方式，在确保疫情防控工作的前提下，能够尽全力保障生产和提供服务；但有两点提示意见值得注意：第一、用人单位申请综合计算工时制需获得人力资源社会保障部门的行政审批许可，之后方可以实施；（2）用人单位获批实行综合计时工作制后，在受疫情影响职工集中休息期间（通常是一个月内），用人单位仍需按照正常工资标准向职工支付工资待遇；在疫情影响消除职工集中工作期间，如职工虽然存在平时加点和休息日工作的情形，但总工作时间不超过综合计算工时周期内的法定工作时间，则用人单位无需向职工支付加班工资。

### 2、远程办公

在家办公属于一种典型的远程办公形式，即将从事日常办公室工作由用人单位集中办公场地转移到员工个人的居住场所。通常而言，用人单位应根据生产经营情况考虑适用在家办公的工作岗位、职务、人员及期间。例如，由于在家办公远离集中办公场所，对于需要使用集中办公场所专门设施、设备、资料等支持的人员一般不适用在家办公；对于无需前述特殊支持并较少与其他员工物理性接触的员工，则可以考虑在家办公。

在本次疫情防控期间，用人单位可按照北京市人民政府《关于在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间本市企业灵活安排工作的通知》的



规定，识别人员岗位，安排适合的人员在家办公，在保证满足政府防疫要求的同时，最大限度维护正常生产经营秩序。为有效执行在家办公政策，用人单位应考虑对在家办公的员工进行在线培训，宣讲相关制度，并留存记录。用人单位可以根据实际生产经营情况及疫情需要合理安排在家办公员工的具体工作。对于员工工作可通过日报、周报等形式监管。绩效管理原则上可以继续适用在集中办公场所执行的政策。员工在家办公期间，应继续遵守用人单位关于知识产权与保密的要求。由于员工脱离了集中工作场所监管，用人单位可以采用区块链等加强保密。

### 3、劳动合同的中止履行

由于《劳动法》和《劳动合同法》都没有规定劳动合同的中止（即劳动合同暂时停止履行），所以即使在疫情防控的特殊时期，用人单位也难以找到法律依据单方与员工中止履行劳动合同。但如果用人单位事先与员工在劳动合同中约定了中止履行条款，比如约定有“劳动合同因不可抗力暂时不能履行的，劳动合同可以中止。劳动合同中止期间，劳动关系保留，劳动合同暂停履行，用人单位可以不支付劳动报酬并停止缴纳社会保险费。劳动合同中止期间不计算为劳动者在用人单位的工作年限。”等内容的，或者用人单位与员工达成协商一致的，双方可以签订《劳动关系中止协议》或变更劳动合同，约定劳动关系中止期间工资待遇、社会保险缴费和工龄计算等事项。

## （三）返岗复工方面的实操指引与看护假的审批

1、对于外地返工人员，建议用人单位视情况确定是否强制劳动者进行隔离。

近期，陆续有外地人员返回用人单位所在地复工。具体是否全部人员必须居家隔离14天，由用人单位按照当地的政策规定并结合实际情况确定；原则上对国内其他地区人员返岗复工人员，应当于返回用人单位所在地之日起接受14日的监督性医学观察，每日早晚监测体温，不得外出。

2、用人单位应当要求劳动者披露感染、疑似新型冠状病毒肺炎相关情况，以及有关假期所在地、回岗路线等个人信息。

在疫情防控工作中，用人单位为落实政府部门的要求，可以向职工收集与疫情防控相关的信息，包括姓名、地址、邮件地址、位置信息、行踪轨迹、健康信息、出行计划、与特定人员接触情况、与野生动物接触情况等。企业在收集、处理、共享或者披露信息过程中应当符合我国个人信息保护的相关法律规定。如果职工拒绝向企业提供上述信息，我们认为用人单位对职工并无行政管理权限，无法强制职工提供信息；但此时，用人单位应当明确告知职工，如其拒绝提供信息或者隐瞒、缓报、谎报信息的，可能承担行政或刑事法律责任。依据《传染病防治法》、《突发公共卫生事件应急条例》规定，个人未履行报告职责，不配合调查的，可能承担行政处分或者纪律处分；造成传染病传播、流行，给他人人身、财产造成损害依法承担民事责任；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法予以处罚；如构成犯罪的，将承担刑事责任。

3、劳动者以担心传染病为由，未按时返回复工的，用人单位应在综合分析、全面判断后予以处理。

此时，用人单位要从社会责任、人性化管理和职工流失成本等角度综合考虑，根据实际情况采取灵活安排工作时间办法调整用工方式，安排其申请病假、事假等手续或安排其休年休假；鼓励有条件的用人单位安排职工在家办公，并视为正常出勤，依法支付职工工资；职工不同意休假安排或不适宜安排其复工的，双方可在协商一致的基础上签订《待岗协议》、《劳动关系中止协议》或变更劳动合同，约定待岗期间或者劳动关系中止期间工资待遇、社会保险缴费和工龄计算等事项；用人单位也可引导职工主动辞职或协商解除劳动关系。当然，如果劳动者拒绝复工缺乏任何合理理由、又无法与用人单位达成一致意见的，用人单位可以根据合法有效的规章制度依法依规予以处理，包括以严重违反规章制度为由与其解除劳动合同。

### 4、未成年子女看护假的审批

根据北京市人力资源和社会保障局、北京市教育委员会《关于因防控疫情推迟开学企业职工看护未成年子女期间工资待遇问题的通知》的规



定，北京市的各类企业职工可以申请未成年子女看护假，符合条件的企业应当批准该申请。根据上述通知的内容，看护假的适用条件为家中有未成年子女（不满十八周岁）以及配偶不具备看护条件或者看护能力（包括但不限于配偶正常上班、夫妻离异等）。

在实践操作中，如用人单位收到劳动者的上述看护假申请的，可以按照规章制度的规定要求劳动者遵守相应的请假流程和请假方式，并根据劳动者自身实际情况要求其提供相关证明文件的原件，包括但不限于：未成年子女的身份证明（出生证、身份证等）、未成年子女与劳动者同在一册的户籍证明或共同居住的证明、配偶单位出具的配偶在岗证明等。同时，如果用人单位对于劳动者请休看护假的必要性存疑的，建议用人单位要求劳动者提供书面承诺（包括但不限于电子邮件、微信短信等），让劳动者保证提供证明材料的真实性及存在看护未成年子女的必要；当然，如果劳动者因为客观原因暂时无法提供证明材料原件或者劳动者拒绝按照用人单位要求提供证明材料原件的，用人单位也不宜直接以存在旷工等严重违纪行为为由与其解除劳动合同，用人单位可以在慎重核查后，对劳动者作出相应处理。此外，需要提醒用人单位的是，如果具备条件的，用人单位也可以安排在家看护未成年子女的劳动者采用电话、网络等远程办公方式提供劳动或者经与劳动者协商一致后安排劳动者调班轮休或“综合调剂使用年度内的休息日”。

#### （四）工资支付

根据原劳动部《工资支付暂行规定》第七条规定：工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付。如遇节假日或休息日，则应提前在最近的工作日支付。受疫情影响，国务院发文延长春节假期至2020年2月2日。鉴于当前疫情无法事先预见，如因疫情防控原因导致用人单位错误工资发放日，用人单位未及时发放工资系因当前客观原因所致，用人单位要将有关情况及时通知员工，并应在复工后及时予以支付。通常情况下，用人单位此时无需承担未能及时支付工资报酬的不利后果。

而人力资源社会保障部等在《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》中也明确规定“对暂无工资支付能力的，要引导企业与工会或职工代表协商延期支付，帮助企业减轻资金周转压力”。此处的协商延期支付的主体从员工本人调整为工会或职工代表，拓展了用人单位的用工自主权。

#### （五）入职与离职

##### 1、招聘与录用

• 用人单位不可以拒绝录用新冠肺炎治愈人员以及疫区应聘人员。《就业促进法》第三条规定，劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。《就业促进法》第三十条规定，用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。因此，患有新冠肺炎人员被治愈的，用人单位不得以其曾经患有上述传染病为由对其拒绝录用，更不得针对疫区应聘人员实施任何就业歧视行为。

• 用人单位已向应聘人员发放录用通知书的，不得以疫情防控为由取消录用。用人单位向应聘人员发出录用通知书的民事法律行为，对用人单位具有约束力。从契约精神及用人单位公信力角度，我们不建议用人单位以疫情防控为由取消录用，否则可能需要承担缔约过失责任。如果确因疫情防控需要调整入职日期的（比如拟录用人员系湖北地区来京人士或者拟录用人员被隔离、治疗等），我们建议用人单位可以通过与应聘人员协商变更入职日期等方式解决。

##### 2、劳动者自行辞职的处理

《劳动合同法》第三十七条规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在春节前已提离职申请，现因疫情防控延长假期导致离职手续无法及时办理的，并不影响离职效力。按我国民法理论，单方行为发生法律效力称之为“形成权”，按形成权的基本理论，形成权行使后即发生法律效力。因此，在职工辞职表示符合其真实意愿的情况下（不存在欺诈胁迫趁人之危事由），职工辞职后因疫情防控延长假期导致离职手续无法办理的，不影响

此前辞职意思表示的法律效力。需要特别提示用人单位的是，离职手续建议延后办理，相应地，也建议用人单位与劳动者就离职日期进行协商变更，如变更后将涉及社保公积金缴纳事宜的，用人单位也应根据劳动关系存续情况依法缴纳。

### 3、用人单位单方解除劳动合同的路径选择

《劳动合同法》第四十二条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：……（六）法律、行政法规规定的其他情形。”职工因被确诊感染或疑似病人，被采取强制隔离措施，属于《传染病防治法》第三十九条规定的情形，符合上述第（六）项规定。因此，职工被隔离期间，用人单位不得依照《劳动合同法》第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。当然，患有新冠肺炎被隔离的员工，也并非就有了尚方宝剑，可以依据该理由随意而为，对于确实存在《劳动合同法》第三十九条规定的严重法定过错情形的，如未按规定提交相关病休假手续、无故未按规定复工、提供虚假请假证明材料等行为，用人单位亦可依法及相关制度单方解除劳动合同，并无需提前通知，无需支付补偿或赔偿。除此以外，若劳动者拒不接受检查建议、隔离治疗等医学措施的或者劳动者故意传播新冠肺炎病毒的，如果严重违反用人单位规章制度、甚至构成犯罪的，用人单位同样可以依据《劳动合同法》第三十九条的规定解除劳动合同。

若用人单位受疫情严重影响，在采取多种措施后确实难以继续生产经营的，可以最小限度的裁员。当企业生产经营出现严重困难时，可以与职工协商调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位，但协商后如果是个别劳动者不同意的，用人单位可以按照《劳动合同法》第四十条第（三）款的规定，依据客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行为由，提前三十日或额外支付一个月工资后，与劳动者解除劳动合同。但需要注意通知工会等法定程序，否则可能构成违法解除劳动合同。如果是较多劳动者不同意协商变更劳动合同，用人单位可以按照《劳动合同法》第四十一条的规定，按照法定程序进行裁员。但应当按照《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》第二条的规定，采取多种措施后，“尽量不裁员或者少裁员。”

### （六）社会保险的返还与减免缓

根据国务院《关于进一步做好稳就业工作的意见》的规定，对于坚持不裁员或少裁员的失业保险稳岗返还政策，实施期限均延长至2020年12月31日。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》中的规定，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。符合条件的企业，可按规定享受稳岗补贴。（北京、上海地区明确符合条件的用人单位返还单位及其职工上年度实际缴纳失业保险费总额的50%；广东地区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待遇，按照不超过该职工基本养老保险缴费基数50%补贴企业，所需资金在工业企业结构调整专项奖补资金中列支。）

人力资源社会保障部、财政部、税务总局在2020年2月20日出台了《关于阶段性减免企业社会保险费的通知》：一、自2020年2月起，各省、自治区、直辖市（除湖北省外）及新疆生产建设兵团（以下统称省）可根据受疫情影响情况和基金承受能力，免征中小微企业三项社会保险单位缴费部分，免征期限不超过5个月；对大型企业等其他参保单位（不含机关事业单位）三项社会保险单位缴费部分可减半征收，减征期限不超过3个月。二、自2020年2月起，湖北省可免征各类参保单位（不含机关事业单位）三项社会保险单位缴费部分，免征期限不超过5个月。三、受疫情影响生产经营出现严重困难的企业，可申请缓缴社会保险费，缓缴期限原则上不超过6个月，缓缴期间免收滞纳金。各地社保部门的实施细则尚未出台，用人单位可以密切关注此事项的进展，及时享受政策利好。





□ 陈永兴/文

陈永兴，北京市中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人、主任，自2004年开始执业，专长于房地产及相关投融资、上市公司兼并收购及合规管理等法律服务领域。陈永兴律师被ALB（亚洲法律杂志）评为ALB 2014 Top 15 Rising Lawyers in China。

## 新型冠状病毒疫情与租赁合同履行相关法律问题

### 一、相关疫情背景概要

#### 1、新型冠状病毒疫情发展至今简述

2019年12月27日武汉发现首例新型冠状病毒病例。

2020年1月20日，我国国家卫生健康委员会发布2020年1号公告，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，同时也纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定的检疫传染病管理。

同日，国务院常务会议进一步部署新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，并做出重要指示，包括要求按照多部门联防联控机制和突发公共卫生事件应急预案，进一步做好防控工作，坚决遏制疫情扩散。

此后，包括湖北、上海、北京在内有关省、直辖市等先后发布了有关疫情的防控工作通知，其中，湖北省武汉市自1月23日凌晨发布公告，于当日10点起全市城市公共交通停运，离汉通道暂时关闭。

2020年1月27日，上海市紧急通知企业（必需保障城市运行、疫情防控、群众生活及其他国计民生的除外）不得早于2月9日24时前复工，和各类学校不得于2月17前不得开学。

#### 2、疫情期间相关租赁行业情况概要

1月30日，广东省公寓管



理协会发布《致全省业主(房东)的减租倡议书》，向所有业主(房东)倡议:建议2020年2月1日-2月29日免租一个月，3月1日-4月30日租金减半两个月。

此外，广州市房地产租赁协会也发布了减租倡议书，呼吁业主减免2月份房租，3月份和4月份租金减半；同时，深圳市房地产协会、深圳市龙岗区坪地街道工作委员会、深圳市宝安区沙井街道工商联(商会)都发布了减租倡议书。

此外，商业地产企业，比如红星美凯龙、龙湖集团，到万达集团和保利商业，再到华润置地、星河商置和大悦城控股等出租方宣布各自的租金减免方案。

而更多出租方因疫情发展的趋势的不确定，而尚没有相关减免租金的计划，而承租人都纷纷向出租方提出减免租金的申请。

## 二、相关疫情与租赁合同履行相关法律问题

新型冠状病毒疫情爆发影响大量包括租赁合同在内的民商事合同的履行。就租赁合同履行而言，涉及到债务清偿责任(即租金的给付)和逾期履约的违约责任是否减免，以及租赁合同变更和解除的问题。而这就将可能适用到《民法总则》、《合同法》及相关司法解释所涉及到的关于“不可抗力”、“情势变更”和“公平原则”的法律规定。笔者就租赁合同履行涉及到的前述法律问题展开如下分析：

### (一) 相关疫情是否属于“不可抗力”，能否适用相关规定

笔者认为：根据目前国家及各地方政府对相关疫情的认定，以及参照《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》<sup>[1]</sup>(下称“有关‘非典’司法解释”)的规定和相关司法判例，目前相关疫情仍不宜被认定为“不可抗力”，仅应当在最高人民法院另行颁布适用相关疫情的司法解释后，并明确规定了按照“不可抗力”有关规定处理的具体情形后，再可进一步依法适用。

### 1、目前相关疫情不宜被认定为“不可抗力”

首先，目前国家及各地方政府对于疫情的认定并不符合“不可抗力”的法律定义。

根据《合同法》第一百一十七条第二款之规定，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。

然而，我国及各地方政府截至目前为止公开发表的意见均为“可防可控”。同时，我国外交部于2020年1月27日的对外表态为“疫情总体上可防、可控、可治”<sup>[2]</sup>。也就是说，在没有政府职能部门或/和司法机构来认定此次疫情已经达到或属于不能避免和不能克服的情况下，是不宜将相关疫情认定为“不可抗力”的；更何况，政府职能部门的认定又是与之相悖的。

其次，“有关‘非典’司法解释“没有规定“非典”属于不可抗力，仅是规定了按照“不可抗力”有关规定处理的情形。在法理上，“有关‘非典’司法解释”是比照“不可抗力”规定执行的法律依据。

最后，在“非典”期间，上海市第一、二中中级人民法院的有关租赁合同纠纷终审判决均明确“非典”并不属于法律界定的属于不可抗力情形。

比如，在上海亿大实业有限公司诉上海翊宇工贸有限公司租赁合同纠纷一案<sup>[3]</sup>中，原审长宁区人民法院认定，“嗣后遇“非典”疫情防治，翊宇公司因不可抗力不能履行合同，应免除翊宇公司的责任，同时对这一期间的租金及空调使用费，由于翊宇公司停止经营，应酌情减免。”；二审上海市第一中级人民法院终审认定，“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。”

魏敏、徐晓敏、魏美文诉上海新昌房产经营有限公司商品房预售合同纠纷案件<sup>[4]</sup>中，新昌房产公司以“非典”属于不可抗力为由提起上诉。二审上海市第二中级人民法院终审认定，“供电局停电和非典流行不属于不可抗力，新昌公司要求扣除延期交房7天的理由不成立。”

2、关于此后适用“不可抗力”规定的可能性的前瞻

“有关‘非典’司法解释”是在“非典”结束后2003年6月11日公布的。考虑到法律及有关司法解释颁布的滞后性，笔者认为：最高人民法院极有可能在今后针对此次疫情颁布相关司法解释，以指导各级法院处理疫情所导致的各类法律关系纠纷。若相关疫情日后被依法认定为“不可抗力”或规定按照“不可抗力”有关规定处理的，则对租赁合同履行中将涉及如下法律问题：

(1)“不可抗力”导致租赁合同不能履行的免责问题

根据《合同法》第二百一十二条之规定，租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

由此可见，租赁合同系双务合同，出租人的根本义务是交付符合租赁目的的房屋给承租人，而承租人的根本义务是按约定支付租金给出租人。

因此，当“不可抗力”导致租赁合同不能履行时，对出租人而言，“不能履行”是其无法交付租赁房屋或已交付的房屋不符合租赁合同目的的；而对承租人而言，“不能履行”是其无法按约定支付租金。

A、免除未能履行租赁合同的违约或赔偿的问题

根据《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。

笔者认为：本条法律规定是将“民事责任”与“民事义务”相对，则此处的“民事责任”应当作狭义的解释，即“不可抗力”导致不能履约而产生的民事违约或赔偿责任。而依据前述法律规定，当“不可抗力”导致租赁合同无法履行的（即“不可抗力”与租赁合同不能履行存在因果关系），则无论对于出租人，还是承租人而言，均应当依法不承担民事违约责任或赔偿责任。

除租赁合同外，还有租赁合同意

向书中约定的定金罚则，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百二十二条之规定，因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。

B、减免租赁合同清偿责任（给付义务）的问题

根据《合同法》第一百一十七条之规定，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。

笔者认为：在《合同法》径自使用“责任”一词的法条中，关于责任的涵义，其中一部分应作广义上的理解，即法条在形式上虽然使用的是“责任”，但实际上此处的责任不仅包括法律后果意义上的责任，而且还可能包括债务关系中的义务——债务人应为之给付。本条法律规定中的责任并非狭义（即法律后果意义上）的责任，而是因合同或者法律规定而产生义务。

上述认为是基于，因为作此区分的关键在于不可抗力发生在合同发展过程中的哪个阶段。如果不可抗力发生在合同履行期限届满前，当事人只负有合同义务而不承担合同责任，因为此时当事人尚未违反其义务，未违反义务则不产生责任，没有责任自无责任承担之说。而此时免除的只能是当事人履行合同的义务，并非责任。如果不可抗力发生在合同履行期限届满之后，当事人的合同责任业已产生，方有责任承担可言。也正是基于此种考量，本条法律规定进一步规定，当事人



迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任（这里的责任为狭义上的责任<sup>[5]</sup>）。

也就是说，若“不可抗力”导致租赁合同不能履行的，应根据不可抗力的情况，来部分或全部免除租金给付义务。

### C、“不可抗力”不能履约的法定附随义务

根据《合同法》第一百一十八条之规定，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。

因此，当出租人或 / 和承租人因不可抗力不能履行租赁合同的，则依法负有及时通知义务、减损义务和举证义务。

### 2、“不可抗力”导致租赁合同解除及相应法律后果的问题

根据《合同法》第九十四条之规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的。

租赁合同的目的，即为租赁房屋的用途。可以分为二类情况，（1）使用（比如，用于非营利性居住、仓储、办公）；和（2）使用及收益（比如，用于经营商铺、营利转租、酒店）。

因此，以“不可抗力”来解除租赁合同的，应当进一步区分租赁合同明确约定的用途来区分适用，以确定租赁合同目的是否无法实现。

同时，根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十一条之规定，若包括“不可抗力”在内的因不可归责于租赁合同双方的事由导致合同解除的，而承租人经出租人同意装饰装修，且双方对已形成附合的装饰装修物的处理没有约定的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。法律另有规定的，适用其规定。

由此可见，“不可抗力”导致租赁合同解除后，除了法律规定的免责外，仍还是按照“公平原则”来根据具体情况来处理各方损失。

## （二）相关疫情是否构成“情势变更”的问题

### 1、相关疫情目前可以被认定为“情势变更”

根据《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）》第二十六条之规定，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。

就本文之前题述的分析，相关疫情目前仍不宜被认定为法律界定上的不可抗力，及尚没有法律依据比照适用不可抗力的有关法律规定。但相关疫情是众所公认无法预见公共突发卫生事件，且造成对社会影响不属于商业风险的范畴。

因此，当相关疫情导致继续履行租赁合同对于出租人或 / 和承租人显示公平的，或租赁合同目的无法实现的，出租人或 / 和承租人可以请求人民法院变更或解除租赁合同。

### 2、“情势变更”与“不可抗力”的区别

一是两者虽均构成履行障碍，但程度不同。不可抗力已构成履行不能，而情势变更未达到履行不能的程度，仍属于可能履行，只是其履行极为困难并导致显失公平。

二是不可抗力属于法定免责事由，当事人只要举证证明因不可抗力导致合同履行不能，即可获得免责，法院对于是否免责无裁量余地；情势变更不是法定免责事由，其本质是使当事人享有请求变更或解除合同的请求权，而同时授予法院公平裁量权。

三是不可抗力的效力系当然发生，情势变更的效力非当然发生，是否构成情势变更、是否变更或解除合同及是否免责，须取决于法院的裁量。

四是情势变更是从合同效力角度出发，解决是否继续履行合同的问题，而不可抗力是从违约的角度出发，解决是否承担责任的问题，两个制度处于同一体系下，解决不同的问题<sup>[6]</sup>。

### 3、有关疫情适用“情势变更”变更或解除租赁合同应注意的问题

（1）“情势变更”是法律赋予合同当事人的请求权

也就是说，当目前相关疫情未被认定为“不可抗力”或没有法律依据比照“不可抗力”规定



处理的情况下，租赁合同的主体若要依据“情势变更”规定主张减免租金和有关违约责任，甚至解除租赁合同的，应当在诉讼时效内依法向人民法院提起诉讼予以请求；否则，租赁合同仍应当依约履行。

(2)适用“情势变更”在法律程序上的问题  
适用“情势变更”程序上的有关司法解释

根据最高人民法院《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》的规定，“为了因应经济形势的发展变化，使审判工作达到法律效果与社会效果的统一，根据民法通则、合同法规定的原则和精神，解释第二十六条规定：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。

对于上述解释条文，各级人民法院务必正确理解、慎重适用。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。”

上述规定旨在维护合同履行的稳定性。尤其是租赁合同，具有准物权的属性，更应注重及保护其的稳定性。因此，当租赁合同主体因相关疫情向人民法院依据“情势变更”来主张变更或解除租赁合同的，依法仍需要由不动产所在地高级人民法院，乃至最高人民法院的审核意见。

笔者认为：考虑到相关疫情波及到全国范围，而最高人民法院需要适时的就包括相关疫情是否适用“情势变更”及其他法律规定出具相关司法意见，以统一指导全国各地人民法院的审判工作；并在结合最高人民法院在2003年6月颁布的有关“非典”司法解释的情况来看，笔者才会认为最高人民法院极有可能出具相关疫情的司法解释。

(三)相关疫情适用“公平原则”的问题

1、“公平原则”是适用“情势变更”的前提条件及处理标准

当相关疫情导致合同主体以“情势变更”适用《合同法》司法解释二的有关规定主张变更或解除合同的，人民法院均需按照“公平原则”对于合同的依法处理。

因此，“公平原则”不但是法院按照“情势变更”依法调整合同主体有关权利义务的依据及标准，还是适用“情势变更”的前提条件之一，即相关疫情导致合同履行显失公平。

2、按“公平原则”应确保租赁合同主体各方的权益

笔者认为：(1)相关疫情是否导致租赁合同履行出现了有违“公平原则”的情形，不能简单因相关疫情爆发就纷纷作为申请减免租金或变更其他相应义务的理由，还应当根据租赁合同目的并结合具体情况来依法处理；(2)因相关疫情按照“公平原则”来调整租赁合同主体权利义务，不应偏重于一方，应当兼顾出租人和承租人共同的合法权益。毕竟在发生重大疫情的情况下，出租人和承租人谁都无法独善其身。只有按照“公平原则”处理，才能将相关疫情所造成的损失合理合法的予以分摊。

3、“公平原则”的独立适用问题

根据《合同法》第五条之规定，当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

笔者认为：在没有政府职能部门或司法部门对相关疫情有明确口径确定或法律依据适用“不可抗力”，和各地高级人民法院或最高人民法院出台对于相关疫情适用“情势变更”的统一司法意见以前，人民法院单独按“公平原则”来处理因相关疫情导致包括租赁合同在内合同履行显失公平，是有法律依据的。事实上，“非典”期间的诸多相关判例也是按“公平原则”依法判决的，是具备可操作性的。

### 三、相关疫情涉及经营性物业的有关法律问题

相关疫情导致租赁合同履行出现问题更多更复杂的还是体现在商业地产(经营性物业)上。笔者选择较为突出的问题，作如下分析。

1、因相关疫情导致商业地产营业中断的

## 保险理赔

商业地产企业常规都会购买《财产一切险下的营业中断险》。而相关疫情可以适用有关保险的传染病附加条款。而符合传染病导致营业中断的情形需同时满足以下几个条件：1) 在经营处的任何人员发现有感染传染病；2) 政府主管部门向营业处发出指示；3) 根据政府主管部门发出的指示，营业处被迫全部关闭或隔离。在符合上述情形的情况下，被保险人需通知保险人。

事实上，商场和租户可以通过已购买了营业中断险，来为在经营处发现相关疫情而被政府责令停业所产生的经营损失来提供保险补救措施。但是，相关保险理赔成就的情况还是偏少，不能最大程度上覆盖相关疫情给商业经营带来的影响。

### 2、商场开业时间调整是否导致减租的问题

上海各大商场因相关疫情纷纷调整了商场的营业事件，从原来的上午 10:00 至晚上 10:00 调整为上午 10:00 至晚上 8:00 点。

从“公平原则”的角度出发，因商场营业时间的减少，租金依法可适当调整。但是，值得注意的是，商场租赁合同一般都会明确约定出租方有权调整商场营业时间，而不承担相应责任。因此，租金是否能按商场营业时间的调整而相应调整，还是需要约定从约定履行的。

### 3、商户自行停业的损失问题

在疫情爆发后，有些租户为减少自身损失，而选择了歇业关门，并据此主张租金的免除。

参考“非典”期间的惠州市国航汽车贸易有限公司、连万生因诉广西航空有限公司租赁合同纠纷一案<sup>[7]</sup>中，广西壮族自治区高级人民法院终审认定，即“‘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。”

由此可见，相关疫情虽然给商场租户造成一

定影响，但不是必然导致承租及经营商铺的目的不能实现，而租户的停业属于经营策略，而不是相关疫情导致的必然结果。因此，相关疫情并没有对租赁合同履行的构成实质影响，则以擅自停业要求免除租金的理由并不能成立。

### 4、因政府要求停业的举证问题

有诸多承租沿街商铺的租户反应，在相关疫情爆发后，他们收到街道干部的通知，要求租户予以停业，待另行通知后方可开业。但是有关工作人员仅是口头通知，并没有提供任何书面文件。

笔者认为：租户因相关疫情及政府部门干预措施导致租赁合同直接无法履行。而政府的有关通知系租户与出租方协商及依法减免租赁合同相应责任的证据。租户可以通过聘请律师或进行公证等合法措施来做好相应的取证工作，以维护自身合法权益。

## 四、结语

为进一步明确相关疫情适用民商事的法律问题，期盼各地方高级人民法院及最高人民法院能尽快出台相应指导意见和司法解释，以统一相关疫情导致包括租赁合同在内民商事合同的履行纠纷的法律适用。在此之前，应当本着“公平原则”，结合“情势变更”，并根据具体情况，提出符合各方实际情况的解决方案，并能通过政府职能部门、人民调解等调解机制妥善解决履约的有关分歧及纠纷，且高效的解决当前所遇到的问题。（该稿由作者于 2020 年 2 月 4 日供稿给上海市律师协会房地产业务研究委员会）

### 注释：

- [1] 《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》于 2003 年 6 月 11 日发布生效，根据《最高人民法院关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的部分司法解释和司法解释性文件（第十批）的决定》于 2013 年 4 月 8 日废止
- [2] 新华社：《王毅同法国外长勒德里昂通电话》2020-01-27
- [3] 上海市第一中级人民法院(2004)沪一中民二(民)终字第 32 号民事判决书
- [4] 上海市第二中级人民法院(2006)沪二中民二(民)终字第 1006 号民事判决书
- [5] 李应 复旦大学法学院：《我国〈合同法〉中“责任”用语的规范分析》，《湖北警官学院学报》2014 年第 5 期，第 114 页。
- [6] 杨勃 北京市高级人民法院：《合同法中不可抗力与情势变更原则的区别》2010-09-03
- [7] 广西壮族自治区高级人民法院(2007)桂民四终字第 1 号民事判决书



□ 武 坚/文

武坚律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 张晓晨/文

张晓晨，中伦文德律师事务所律师助理，TMT专业委员会委员，南开大学经济学学士，管理学硕士，具有丰富的互联网行业经验，主要业务方向为公司并购和企业风险管理，涉及能源、电信和建设工程等领域。

## 新冠肺炎疫情下的政府征收征用问题浅析

2020年初爆发的新冠肺炎疫情，威胁着每个公民的身体健康，威胁着企业的存续经营，同时也是一次对政府行政能力的大考验。其中，疫情期间的几起征收征用事件，引起了舆论的广泛关注，如大理市卫生健康局征用口罩事件和湖北省征用高校宿舍事件。

### 一、行政征收、行政征用的概念

行政征收是指行政主体凭借国家行政权，根据国家和社会公共利益的需要，依法向行政相对人强制性征集一定数额金钱和实物的行政行为。行政征用是指行政主体出于公共利益的需要，依据法律、法规的规定，强制性的取得行政相对人财产所有权、使用权或劳务并给予合理经济补偿的一种具体行政行为。

征收和征用相同之处在于都是为了公共利益的需要，依据法律并在给予补偿的前提下，对公民财产权的限制或剥夺；它们的区别在于征收一般是指对公民财产所有权的限制或剥夺，而征用仅是指对公民财产使用权的暂时剥夺。

### 二、行政征收

#### (一) 法律依据

我国《宪法》对政府的征收征用行为的合法性进行了明确规定。《宪法》第十条规定，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或征用并给予补偿。《宪法》第十三条规定，公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。可见，公民的合法私有财产，无论动产与不动产，国家均有权在特定情况下征收、征用。除此之外，《国防法》第四十八条第一款规定，国家根据动员需要，可以依法征收、征用组织和个人的设备设施、交通工具和其他物资。

#### (二) 主体分析

我国宪法规定，行政征收行为的主体只能是国家。特别的，对于国有土地上房屋征收，《国有土地上房屋征收与补偿条例》第八条规定，为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有特定六种情形之一，确需征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定。《税收征收管理法》第五条规定，国务院税务主管部门主管全国税收征收管理工作。国家税务局和地方税务局应当按照国务院规定的税收征收管理范

围分别进行征收管理。《取水许可和水资源费征收管理条例》规定，县级以上人民政府水行政主管部门、财政部门 and 价格主管部门依照本条例规定和管理权限，负责水资源费的征收、管理和监督。《国防法》第四十八条第二款规定，县级以上人民政府对被征收、征用者因征收、征用所造成的直接经济损失，按照国家有关规定给予适当补偿。

### （三）适用情形

一般而言，认为行政征收包括对税收、资源费、排污费、滞纳金及建设资金的征收。特殊情况下，也包括了其他法律法规规定的征收内容，如对国有土地及地上房屋的征收等。

### （四）救济措施

作为一种具体行政行为，通用的行政救济手段包括听证、行政复议、行政诉讼和行政赔偿等多种形式。特别的，针对不同的具体行政行为，国家相关法律及国务院行政法规做出了详细的救济规定。例如，《税收征收管理法》第八十三条规定，违反法律、行政法规的规定，提前征收、延缓征收或者摊派税款的，由其上级机关或者行政监察机关责令改正，对直接负责的主管人员和其他直

接责任人员依法给予行政处分。第五十一条规定，纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还；纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款并加算银行同期存款利息，税务机关及时查实后应当立即退还。

## 三、行政征用

### （一）法律依据

对于行政征用，《宪法》中与行政征收一并进行了规定。除此之外，《传染病防治法》、《突发事件应对法》及《戒严法》中，均对行政征用的适用条件和事实主体进行了特殊规定。如，《传染病防治法》第四十五条规定：传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者储备物资，临时征用房屋、交通工具及相关设施、设备。《突发事件应对法》第十二条规定：有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返





还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

## （二）主体分析

我国宪法规定，行政征收行为的主体只能是国家。特别的，《传染病防治法》规定的征用主体为国务院及县级以上人民政府；《突发事件应对法》规定的征用主体为有关人民政府；《戒严法》规定的征用主体为戒严地区的县级以上人民政府。

## （三）适用情形

与行政征收有所区别的是，行政征用要求该征用行为不仅要出于公共利益的需要，而且要具有抢险救灾等紧急情况。《物权法》第四十四条规定，因抢险、救灾等紧急情况，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。而《传染病防治法》、《突发事件应对法》等，则对紧急征用做出了进一步规定。

## （四）救济措施

对于政府的征用行为，除上文提及的通用救济措施外，详细的救济措施在下位法中予以了具体规定。例如，《传染病防治法》第四十五条规定，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备的，应当依法给予补偿；能返还的，应当及时返还。《突发事件应对法》第十二条规定，财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

# 四、案例分析

## （一）大理市卫生健康局征用口罩事件分析

### 1. 事件回顾

2020年2月2日，大理市卫生健康局核发了《应急处置征用通知书（大市卫征〔2020〕1-61号）》。《通知书》明确指出，由于新冠肺炎防控形势严峻，大理市“决定对你（单位）由顺丰物流从云南省瑞丽市发往重庆市的9件口罩，依法实施应急征用”。2月3日，重庆新冠肺炎疫情防控小组向大理市卫健局发出《关于商请放行暂扣物资的函》：重庆市委托供应商购买的一批口罩，委托云南顺

丰速运有限公司大理分公司承运，2月1日被大理市卫健局暂扣。该批物资系重庆市新冠肺炎疫情防控小组指定企业采购，用于重庆市疫情防控的紧急物资，现恳请大理市卫健局予以放行。此后，云南省应对疫情工作领导小组指挥部对大理市政府及大理市卫健局征用疫情防控物资予以通报批评。2月6日，大理就征用口罩一事进行了道歉，并承诺“能退回的将全部退回并进行补偿”。2月24日，云南省纪委监委发布通报，决定对5个单位、8名责任人进行问责处理。

### 2. 事件分析

首先，该征收征用行为的相对人错误。从重庆新冠肺炎疫情防控小组发给大理市卫健局的《关于商请放行暂扣物资的函》可以看出，本批口罩是由重庆市委托供应商购买，云南顺丰速运有限公司作为承运人。因此，顺丰速运并不享有该批口罩的所有权，不享有该批口罩的处分权。

其次，《应急处置征用通知书（大市卫征〔2020〕1-61号）》中，对于其行政行为的性质认定错误。《通知书》中提到，经大理市人民政府研究，决定对你（单位）由顺丰物流从云南省瑞丽市发往重庆市的9件口罩，依法实施应急征用。而口罩作为易耗品，不存在使用后退还的可能性，因此，大理市人民政府的行政行为应当为征收，即征收主体国家基于公共利益需要，以行政权取得集体、个人财产所有权并给予适当补偿的行政行为。大理市人民政府通过取得口罩的所有权、而非使用权的方式达到其本次行政行为的目的。因此，《通知书》中对其行政行为的性质应当认定为“征收”而非“征用”。

无论是前述的《传染病防治法》之四十五条，还是《突发事件应对法》第十二条的规定，都未设定政府在特定条件下的征收权，仅仅设定了政府的征用权。可见，大理市政府借征用之名，行征收之实，为自己设定了宪法与法律规定之外的权力，其行政行为无法律上的依据。

再次，该批口罩作为跨省运输的物资，不属于大理市区域内的物资，不符合《传染病防治法》第四十五条规定的：“县级以上人民政府，只能征用本行政区域内的物资”之范畴。从这个意义上讲，即便认定其行政行为性质为征用，大理市政府的行为依旧是于法无据的。

## （二）湖北省征用高校宿舍事件分析

## 1. 事件回顾

2020年2月初，新冠肺炎防控指挥部向多所高校发出了关于征用学生宿舍楼的指挥部令。包括武汉船舶职业技术学院、江汉大学、武汉工商大学、武汉软件工程职业学院在内的四所高校，成为首批被征用单位。随之几所高校纷纷发布征用公告，并在公告中明确了征用依据，做出了妥善保管学生财物的承诺。然而在实际操作中，几所高校并未如其所承诺的派教师整理学生物品，而志愿者们对学生物品的粗暴处置，引起了学生们的强烈不满。而后，武汉商学院、湖北大学、三峡大学等多所湖北省高校学生宿舍，都被纳入了征用范围。

## 2. 事件分析

依法行政意味着政府在法律的框架性行使职权时，必须遵循合理行政与合法行政的原则要求。根据行政行为的分类，征用行为属于负担行政行为，会减损相对人的合法权益或增加相对人的义务。因此，行政机关如果要做出负担性行政行为，必须有法律的授权，即“法无授权不可为”。根据国家卫生和 Health 委员会在2020年1月20日发布的1号公告显示，经国务院批准，将新冠肺炎纳入《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。作为乙类传染病，湖北省或武汉市政府作为县级以上地方人民政府，当然可以依据我国《传染病防治法》第四十五条规定，在本行政区域内临时征用房屋。可见，从合法行政的角度来看，湖北省政府的征用行为，具有充分的法律依据。

但是，从实质行政法治范畴来看，行政行为还必须要遵循合理行政的原则要求。在合理行政的内涵中，比例原则是考量行政机关所实施行为的手段与目的相当性的重要原则。通常情况下，我们认为，当一个行政行为具备有效性、必要性和均衡性时，才符合比例原则。<sup>[1]</sup>其中，必要性要求行政机关实施行政管理时，应当避免采取损害当事人权益的手段，即应当采取影响当事人权益最小的手段（最小损害原则）。因此，湖北省政府有权征收学生宿舍用于新冠疫情的防疫与治疗，更加有义务确保各个行政相对人所受损失达到最小化。尽管新冠肺炎疫情的爆发具有突发性和紧张性，政府在执行行政令过程中仍旧要严格遵循最小损害原则。粗暴地处置、随意丢弃学生私人物品，

甚至在网上发布男性志愿者入住高校女寝室的视频等行为，侵犯了当事人的物权与隐私权。

公权力的滥用侵犯了当事人的合法权益，随时而来的问题是如何对行政相对人的权益进行救济。我国《物权法》第四十四条规定，被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。《传染病防治法》第四十五条规定，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备的，应当依法给予补偿；能返还的，应当及时返还。尽管事发突然且处于学生放假期间，行政机关或者高校无法在事前对学生物品一一进行登记梳理，其仍有义务对学生的财物予以保护，确保宿舍使用人不会因为此次突发的行政征用行为而遭受财产损失。因此，疫情结束后，行政主体有义务及时返还其所征用的宿舍，并就其使用宿舍期间造成的财物丢失、损害承担补偿义务。

## 五、结语

对于突发的应急性传染病事件，征收、征用的行政行为是广泛存在的。不仅仅是口罩与学生宿舍，武汉市还多批次征用民营医院作为疫病的定点诊疗医院、征用酒店、写字楼等不动产。征收征用行为本就涉及公权对私权的侵犯与补偿，双方的紧张性与对抗性在具体行政行为中表现得一览无余。因此，如何在法律的框架内，合法合理实施行政征收与征用，特别是在突发事件中妥善处理国家利益与公民权利之间的紧张关系，是对政府行政能力的大考验。口罩看似无关痛痒，却折射出了紧急状态下政府行政能力的漏洞，且造成了激烈的舆情反应。习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议强调，疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控，在法治轨道上统筹推进各项防控工作。对于政府的行政能力而言，疫情既是考验，也是锻炼。相信在党和政府的领导下，我们一定能够平稳度过这段特殊时期。

## 注释：

[1] 骆勇主编：《行政法、行政诉讼法与司法制度》，中国法制出版社，第7页及以下。



□ 娄爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，中国人民公安大学法学学士，南开大学经济法法学硕士，南开大学公共管理硕士，北海国际仲裁院仲裁员，天津市法学会经济法学分会理事，天津工业大学法律硕士校外导师。精通公安刑事法律和国资监管政策，熟悉公安业务和国资架构。专业领域：国企改革，民商事诉讼，刑事辩护，法律顾问。



□ 刘政/文

刘政，北京中伦文德（天津）律师事务所实习律师，毕业于吉林大学法学院，获法律硕士学位。专业方向为公司法律事务、金融法律事务、合同纠纷、国企改革等民商事诉讼和非诉业务，曾发表多篇学术论文，法学理论知识丰富。

## 疫情期间，各地区调整机动车限行措施的法律思考

为减缓交通压力，保持顺畅出行，自2007年北京实行机动车限行以来，全国多地实行了机动车限行措施（据不统计，截止目前，全国共有18个省市的59个城市实施了机动车限行措施）。今年1月，新型冠状病毒汹汹来袭，考虑到降低因人员流动而感染病毒的风险，各地交管部门纷纷出台了防止疫情扩散的交通措施，针对机动车限行政策进行了适当调整。

### 一、各地区对机动车限行措施的调整情况

据了解，目前针对疫情调整机动车尾号限行政策主要有三种情况。一是暂停实施机动车尾号限行。如天津市，就发布公告称：“在疫情防控期间本市暂停实施机动车尾号限行及外埠号牌机动车高峰限行措施，自2020年2月3日起执行。限行措施恢复时间，另行通知。此前，按照国务院延长2020年春节假期的统一安排，本市已延长不限行措施至2月2日24时。”据统计，截止2020年2月4日，全国共有19个城市发布了暂停实施机动车尾号限行的措施（详见表1）。

二是有些地区出台了临时交通管制措施，对机动车实施禁行管理，例如，在疫情多发地湖北地区，包括武汉市区、黄冈市、宜昌市、荆州市、

仙桃市等在内的多个城市即实施机动车禁行管理。

三是有些地区实行了机动车限行措施，以重庆市为例，重庆警方在2月1日发布通告称，自2月3日零时起对主城区道路全天24小时实施尾数单双号通行。值得一提的是，在2月2日，重庆警方又发布通告称，“关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间对主城区道路实施临时交通管制的通告”系公安机关紧急情况交通处置预案，根据目前情况，暂不执行。

### 二、各地调整机动车限行措施的法律分析

合法性原则与合理性原则是行政法治原则的重要组成部分。在重大疫情面前，相关部门及时调整了机动车限行措施，采取暂停限行、尾号限行甚至禁行的措施，是否符合合法性原则和合理性原则呢？

从合法性角度来看，根据《中华人民共和国突发事件应对法》第四十九条的相关规定，公共卫生事件发生后，人民政府可以采取实行交通管制以及其他控制措施。同时，根据《中华人民共和国道路交通安全法》第三十九条的规定，公安机关交通管理部门根据道路和交通流量的具体情

表 1

序号	城市	起止时间
1	河南洛阳	1月30日至2月9日
2	秦皇岛	1月30日起暂停执行,再次启动时间另行通告
3	山西晋城	1月31日起
4	河北邯郸	1月31日起暂停,恢复时间另行通知
5	河北石家庄	2月1日起暂停
6	河北雄安新区	2月1日起暂停,恢复时间另行通知
7	河北邢台	2月1日起暂停,恢复时间另行通知
8	河北保定	2月1日起暂停,恢复时间另行通知
9	河南焦作	2月1日至2月29日
10	北京	2月3日至2月9日
11	天津	2月3日起暂停,恢复时间另行通知
12	河南开封	2月3日至2月29日
13	河南许昌	2月3日起暂停,恢复时间另行通知
14	甘肃兰州	2月3日起暂停,恢复时间另行通知
15	四川成都	2月9日前
16	河南郑州	2月3日起,如有变化另行通告
17	河南鹤壁	2月3日起,如有变化另行通告
18	山西太原	2月3日至2月9日
19	陕西西安	2月3日至2月9日

况,可以对机动车、非机动车、行人采取疏导、限制通行、禁止通行等措施。遇有大型群众性活动、大范围施工等情况,需要采取限制交通的措施,或者作出与公众的道路交通活动直接有关的决定,应当提前向社会公告。可见,由于疫情原因,人民政府可以采取相应的交通管制措施,但人民政府、公安机关(交通管理部门)对交通管制措施进行实施,要提前向社会公告。

从合理性角度来看,各地之所以要调整机动车限行措施,就是要使管理措施符合当地在疫情期间的生产生活和交通出行的需要。由于各地疫情防控的情况存在差异,因此就不难理解为什么会出现暂停限行、尾号限行甚至禁行等不相一致甚至大相径庭的措施。以天津为例,由于该市疫情平稳,并且延期复工开学,因此市民纷纷减少外出,城市道路车辆较少,路面交通压力很小。采取暂停限行的措施,不仅不会出现交通拥挤的问题,还可以起到分流公共交通,降低疫情防控压力的目的,在一定程度上减少市民在密闭公共空间交叉感染的概率。同样,实施机动车禁行管

理的,主要是疫情重灾区和其他中小城市,其目的是为有效阻断新型冠状病毒传播途径,防止疫情扩散蔓延。至于重庆市出现的限行措施,笔者猜测,可能是为“限制市民外出、防止疫情扩散”的目的。但其随后意识到实施单双号限行后,可能会使更多市民选择公共交通出行,增加交叉感染的概率,故而又决定暂不执行。

### 三、各地调整机动车限行措施的启示

(一)特事特办,值得点赞。在新型冠状病毒重大疫情这一重大突发事件面前,许多地区根据本地疫情防控现状做出“特事特办”的探索,及时调整限行措施,这体现出政府应急应变能力的提高。同时,在全民抗疫的关键时期,铁路部门、教育部门等相关部门,也可以多一些“特事特办”的思考,进行政策微调,如“火车隔座售票”、中小学开设“免费线上课程”等。

(二)全盘考虑,个案平衡。大中小城市面临的疫情防控压力、人员流动压力、交通压力等存在着较大差异,为了做好疫情防控工作,政府相关部门在做出决策之前必须综合考虑本地的特定情形,市民的需求和利益,运用好个案平衡原则,结合具体情形在不同措施之间寻找平衡点,从而维护良好的社会秩序。

(三)周密安排,维护公信。政府的决策将对地区产生重大的影响,因此必须具有严格的科学性和稳定性。不利决策一旦公布,即便及时撤销或暂停,也会给社会产生带来负面影响。政府决策的朝令夕改,虽然在一定程度上体现了政府自身的纠错能力,但也严重损害政府的公信力。因此,必须加强法治政府建设,在政策出台之前,加强政府决策的合理性和可行性研判,使得相应政策经得起历史和实践的检验,并凸显政府管理的温暖度和人情味。



□ 秦雯莉/文

秦雯莉，北京市中伦文德律师事务所律师。业务领域：金融、股权投资融资、公司合规。

## 疫情中如何减少合同履行损失？ 不可抗力与情事变更

### 前言

2020年的新春假期期间爆发的新型冠状病毒2019-nCoV疫情对全国人民来说，是一场严峻的考验。截至2020年1月30日，全国确诊病例已经达到7742人，疑似病例12167人。全国上下已经采取了大量措施避免病毒的进一步传播。这些措施中既包括31省市启动重大突发公共卫生事件一级响应机制，也包括全国范围内将春节假期延长至2月2日。而上海、苏州等地更是将其行政区划内的企业复工时间延长至2月9日。

在采取措施防范病毒传播的同时，我们也要关注因为由于此次疫情导致的人口流动减少、消费降低、延迟生产等给企业生产、经营导致的影响。如生产性企业可能因为此次疫情而无法复工、生产，进而无法供货，导致违约。而消费零售企业则可能因为人流减少甚至商场停止营业而直接产生租金损失。

疫情中，企业究竟应该采取何种法律措施以尽可能减少相关损失？本文中，笔者将结合中国《合同法》《民法总则》以及相关司法解释、案例

具体分析并提供一份简要“自救手册”，供读者参考。

### 一、要点速读：疫情中减少合同损失的“自救手册”

鉴于读者们心系疫情，若时间紧张的读者，可以直接看本部分速读要点，快速了解可以采取的措施及步骤。需要强调的是，现在有很多文章认为本次疫情符合法律中规定的“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”，因此不能履行合同的债务人可以主张“不可抗力”以免除部分或全部合同义务。很多人甚至引用最高院在“非典”期间的文件来证明其观点。

恕笔者不能完全同意这一观点。若只考虑“不可抗力”处理疫情中的合同，不仅缩小了可以处理的路径。甚至，可能因为选择法律基础不当而造成进一步损失。

具体而言，合同能否适用“不可抗力”进而免除部分或全部义务，需要审查个案合同不能履行和疫情之间的“因果关系”。《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》中的规定，“由于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。”

因此，最高人民法院在“非典”时的规定并非“疫情”是“不可抗力”的证据。相反，该文件在强调裁判机关在审查合同履行时需要判断因果关系。而这种因果关系判断应当基于个案判断，并非简单的“将疫情认定成是不可抗力情况故所有合同都可适用不可抗力”（个案的因果关系判断可参见本文第二部分）。

因此，若在个案中忽视审查“合同不能履行”和“疫情”之间的因果关系而盲目使用“不可抗力”，不仅责任不能免除，还可能造成进一步损失。例如，构成“不可抗力”的案件，其解除合同是适用《合同法》第94条规定的法定解除，解除经通知到达相对方生效。而若个案不构成“不可抗力”贸然发送“解除通知”，不仅无法实现解除合同的法律效果，还可能因为自认解除后不再履行合同，而导致进一步损失。

因此，疫情中合同履行不能时，究竟应该如何“自救”才能尽可能减少损失，笔者归纳了如下步骤供读者参考：

第一步：审查合同中的“不可抗力”条款，是否有包含疫情、流行病等。若合同约定的“不可抗力”条款已经涵盖个案情况的，则适用合同条款变更合同（如延长履行期限或降低合同价格）或解除合同。

注意：此时适用“约定不可抗力”条款，属

于“约定变更/解除”合同。适用合同约定的变更、解除程序以变更、解除合同。原则上解除通知到达相对方时合同解除。

第二步：若合同“不可抗力”条款为概括表述条款（未约定“疫情、流行病”等不可抗力细节），则审查个案中合同不能履行与疫情情况或疫情管控是否具有直接因果关系。若有，则可主张“不可抗力”变更或解除合同（具体审查可参见本文第二部分案例）。

注意：此时的解除为法定解除，适用《合同法》第94条、95条、96条之规定，自当事人的解除通知到达相对人时合同解除。

第三步：若审查后发现与疫情或疫情管控不具有直接因果关系，则考虑适用“情事变更”，与合同相对方协商变更合同内容（如延长履行期限或降低合同价款）或解除合同。在无法协商一致的情况下，向裁判机构起诉，变更合同内容或解除合同。

注意：此情况下当事人没有法定或约定解除权，只能通过诉讼方式，请求裁判机构解除合同。当事人单方发出解除通知不产生合同解除之效力。

以上为要点速读，进一步法律分析及案例见下文。当然，约定和法定不可抗力的区别乃至不可抗力条款应当如何约定，又是另外一个故事。鉴于本文针对的情况是在疫情前已经签署了合同，故本文暂不分析不可抗力条款如何约定，待后续另文叙述。

## 二、你的合同未必适用“不可抗力”，谨慎选择法律基础，避免法律风险

在产生合同履行障碍，甚至履行不能时，债务人的第一诉求往往是减少义务甚至免责。而此时，很多人会自然想到《合同法》及《民法总则》中的“不可抗力”法律规则。根据《民法总则》及《合同法》的规定，一旦合同因不可抗力不能履行的，（债务人）可以部分或者全部免除责任。

因此，一种常见观点认为：本次疫情属于《民法总则》和《合同法》规定的“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”<sup>[1]</sup>，因此构成不可抗力。故债务人可以主张不能履行合同部分或全





部免责。甚至可以基于《合同法》第94条的规定，单方解除合同。

对于这种观点笔者持保留态度。结合相关法律规定及“非典”期间的司法实践分析，事实上疫情中并非所有可能产生损失的合同都可适用“不可抗力”法律制度来免责。合同当事人务必根据个案情况具体分析、决定究竟采取何种法律措施，以避免采取不当措施后，增加法律风险或责任。

### （一）适用“不可抗力”应关注因果关系

《合同法》第117条规定了不可抗力：“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。”本条显然强调了不可抗力和合同不能履行之间应当具备因果关系。

而这种因果关系应当怎么判断，法律没有做出明确规定。但我们可以参考前述提及的非典时期最高人民法院出台的《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》中的规定，“由于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。”亦即，或者是行政措施直接导致合同履行不能的，或者是疫情影响合同当事人根本不能履行合同的，方可视为具有因果关系，进而构成不可抗力。以本次疫情举例来说：

情况一：因为防控措施，全国范围内延长假期导致员工无法返工进而无法生产，这类情况显然属于由于防控行政措施直接导致的生产不能。这种情况下，疫情管控行政措施和无法生产显然有直接的因果关系。

情况二：假设一个工厂的大量员工是武汉及湖北籍人员，在本次疫情中大量工人感染肺炎。在法定可以复工期限后由于工人感染疫情无法返工的，导致工厂无法开工，无法生产。这种情况就属于疫情导致当事人无法履行合同的，属于有直接因果关系。

情况三：以笔者家乡成都的酒店为例。成都为著名旅游城市，春节假期原是旅游旺季，原本应有大量的收入。但因为本次疫情，舆论号召大家减少外出。全国人民响应号召，自发在家隔离，不再外出旅游。成都酒店生意清冷、收入减少。这种情况下，由于疫情防控措施并未要求成都的酒店停止营业，而员工也没有受到疫情影响，本案中若酒店租赁方以不可抗力希望出租方降低房租，就会存在法律风险。

上述三种情况为笔者简化处理的三种情况，显然，现实中的个案情况及其中因果关系判断可能比这些情况复杂更多。但简而言之，不能因为认为本次疫情构成“不可抗力”，故个体签署合同就可适用“不可抗力”予以免责，以求减小损失。合同当事人若自欺欺人，忽视对因果关系的审查而以不可抗力主张免除合同义务，则可能无法实现其诉求。

### （二）贸然主张“不可抗力”存在法律风险

其实，在“非典”期间的很多案件裁判可以为本次疫情中以及疫情后的合同履行提供借鉴意义。当事人在疫情中无法完全履行合同时，务必慎重选择请求权基础，尽量减少损失。笔者以常见的房屋租赁合同为例进行分析。

房屋租赁合同签署后，承租人有义务按合同约定支付租金、管理费、水电费等费用。但由于疫情的影响，承租人往往无法经营或经营业绩惨淡，进而就是否应当继续支付租金等产生争议。若此类案件进入审判程序，承租方往往以“不可抗力”主张不履行合同义务。此类合同是否可以适用“不可抗力”各地司法实践未能达成统一。在认为不适用“不可抗力”的司法实践中，其理由往往是承租人无法主张“因果关系”。

案例一：在案号为（2004）沪二中民二（民）终字第354号判决中，拍谱公司作为承租方，租赁新黄浦公司的房屋进行经营，在“非典”中停业。后双方因为是否应当支付租金产生争议。出租方新黄浦公司以拍谱公司拖欠租金等将其诉至法院。

本案中，一审法院认为：“本案拍谱公司并没有向法庭举证证明其在“非典”期间因政府及

有关部门采取行政措施而导致合同不能履行。因此不能适用“不可抗力”的免责规定。如果需要适用公平原则，拍谱公司也应该对因受“非典”影响而停业及营业时间、损失范围加以证明，拍谱公司要求见面租金缺乏相应的损失依据，不予采纳。”虽然二审改判同意减免租金，但二审法院也并非采用“不可抗力”改判，在本文后续将予以分析。

案例二：(2004)沪一中民二(民)终字第32号中，翊宇公司作为承租方，因拖欠出租人亿大公司的房租等双方诉至法院。诉讼过程中，翊宇公司主张因为“非典”原因故亿大公司应当减免其租金。

本案中，二审法院认为：“关于“非典”疫情，因非法律所界定的属于不可抗力情形，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。”即便暂且不论疫情是否属于“不可抗力”法律界有不同观点，即便认为属于的，也应当有严格的因果关系审查。而因为疫情停业的时间就是因果关系的指征之一。

### 三、疫情中，究竟如何降低合同损失？

如前所述，疫情中的合同并非都可以“不可抗力”来主张免责。而应当根据个案情况，分析疫情与合同履行之间的因果关系，进而判断是否能够适用“不可抗力”。若个案难以证明“直接因果关系”，贸然以“不可抗力”起诉，就会存在不能被认定为“不可抗力”的风险。

看到这里，读者可能有疑问了。如果根据个案判断无法适用“不可抗力”，是否就只能自认倒霉？对此，笔者认为，若个案因为缺乏因果关系而难以直接适用“不可抗力”的，还可考虑通过“情事变更”，请求人民法院依法更改合同内容甚至解除合同。

在评估后认为个案难以满足“不可抗力”因果关系证明时，更为稳妥的方式应当是一边搜集疫情对于合同履行产生影响的证据（此时不再限于直接因果关系）、损失的证据，一边和合同相

对方进行友好谈判，协商更改合同内容，如延长合同履行的期限（延迟交货期限）或降低履行的价格（协商降低租金）。

若在无法协商一致的情况，此时可依据《合同法》中情事变更的规定请求人裁判机关变更合同或解除合同。《合同法司法解释二》第26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解除。”

上述(2004)沪二中民二(民)终字第354号终审判决中，二审法院即回避了认定“非典”是否属于不可抗力而适用“公平原则”对合同进行了变更，免除了承租人3个月房租。

此外，在案号为(2008)民二终字第91号最高人民法院民事判决书中也采取了情事变更。其中最高人民法院论述：“鹏伟公司在履行本案《采砂权出让合同》过程中遭遇鄱阳湖36年未遇的罕见低水位，导致采砂船不能在采砂区域作业，采砂提前结束，未能达到《采砂权出让合同》约定的合同目的，形成巨额亏损。这一客观情况是鹏伟公司和采砂办在签订合同时不可能预见到的，鹏伟公司的损失也非商业风险所致。在此情况下，仍旧依照合同的约定履行，必然导致采砂办取得全部合同收益，而鹏伟公司承担全部投资损失，对鹏伟公司而言是不公平的，有悖于合同法的基本原则。鹏伟公司要求采砂办退还部分合同价款，实际是要求对《采砂权出让合同》的部分条款进行变更，符合合同法和本院上述司法解释的规定，本院予以支持。”

因此，若个案无法直接通过“不可抗力”而免除或部分免除合同义务的，可以采取情事变更的思路，主张客观情况与合同履行损失之间的关系以及损失的相关证据，请求人民法院通过变更合同的形式合理分配损失，以实现减少损失的目的。

#### 注释：

[1] 见《民法总则》第180条第2款及《合同法》第117条。



□ 武雪梅/文

武雪梅律师，中伦文德律师事务所金融保险法律服务团队成员，对外经济贸易大学国际法学硕士。执业十九年，拥有丰富的诉讼经验。专长于金融保险、知识产权、邮政电信、信息网络、房地产等领域的诉讼，以严谨加忠诚及热情服务客户。



□ 贾泽/文

贾泽，中伦文德律师事务所实习律师，中伦文德金融保险法律服务团队成员，中央财经大学法律硕士，从事法律工作，擅长保险资金运用、公司合规运作等法律服务工作。

## 重大疫情下中国保险业的应对及建议

### 引言

保险业作为提供风险防范的重要力量，在每一次重大事件及灾害面前都起到了举足轻重的作用。2020年春节期间，在我国湖北省武汉市爆发并蔓延到全国各地的新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“新冠疫情”或“疫情”），牵动了每一个中国人的心，新冠疫情的蔓延速度远快于2003年的“非典”疫情。在本次疫情爆发的第一时刻，中国保险业就采取了诸多措施和行动，全力应对疫情的发生，及时根据疫情特点做出了保险行业的积极反馈。本文在借鉴2003年“非典”疫情相关经验的基础上，分析解读中国保险业在本次疫情尚在持续发酵时的应对措施，并提出合理化工作建议，希望为中国保险业应对本次疫情提供有益的借鉴和帮助。

### 一、肺炎疫情发生过程

2019年12月29日，湖北省和武汉市卫生部门接到当地一家医院报告聚集性不明原因肺炎病例，4名患者均为华南海鲜批发市场从业人员；12月30日，湖北省和武汉市卫生部门启动调查和病例搜索工作；12月31日，国家卫生健康委

和中国疾控中心介入调查应对工作。2019年12月31日，武汉市政府向社会发布疾病暴发信息。

2020年1月1日，基于初步调查结果，武汉市关闭华南海鲜批发市场；1月3日，武汉市在全市启动不明原因病毒性肺炎监测、病例调查、华南海鲜市场环境及动物调查和标本采集工作，当日我国向世界卫生组织、周边国家和地区通报了相关信息；1月8日，我国确认新型冠状病毒为此次暴发的病原。2020年1月10日，中国疾控中心与世界卫生组织和各国分享了病毒的全基因序列。1月10日，中国疾控中心等机构和企业开发并测试了PCR检测试剂盒，用于对武汉疑似病例的检测、诊断。1月15日，国家卫生健康委印发新型冠状病毒感染的肺炎诊疗、防控方案，规范病例监测、报告、诊疗、管理、密切接触者管理、实验室检测。2020年1月20日，中共中央总书记习近平对新型冠状病毒感染的肺炎疫情作出重要指示；同日，国务院同意将新型冠状病毒肺炎纳入传染病法和卫生检疫法管理，并启动全国范围应急防控工作。1月21日，中国疾控中心发布PCR试剂的探针和引物序列。1月23日起，湖北武汉及其他地市采取不同程度停运城市公共交通。2020年1月25日，中共中央

成立应对疫情工作领导小组，在中央政治局常务委员会领导下开展新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，全面升级防控响应级别。<sup>[1]</sup>

## 二、中国保险业应对情况

本次新冠疫情来势凶猛，已经波及到中国及世界其他国家，并呈现出加速蔓延的趋势。中国银行保险监督管理委员会第一时间作出部署并下发通知，指示各银行保险机构有序开展应急响应工作。中国保险行业协会和中国保险资产管理业协会也下发倡议书，对疫情应对作出指导。各保险机构立即采用多种方式，主动开展各项工作，全面应对疫情。

### (一) 监管层面

2020年1月25日，湖北银保监局向全省各市州银保监分局、直管组、行业社团下发《关于切实做好新型冠状病毒肺炎相关应急响应及舆情监测等工作的通知》，明确系列防控疫情和优化保障措施，组织全省银行业保险业积极行动，切实保障人民群众生命安全，全面提高金融服务质效。

2020年1月27日，银保监会下发《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]，提出五点要求：

一是落实疫情防控要求。各银行保险机构要全力协助有关部门和地方政府做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控，坚决落实各项工作要求。

二是保障金融服务顺畅。各银行保险机构要根据疫情防控工作需要，合理安排营业网点及时

间，保障基本金融服务和关键基础设施稳定运行。

三是开辟金融服务绿色通道。各银行保险机构要进一步加大对疫区的支持，减免手续费，简化业务流程，开辟快速通道。对感染新型冠状病毒的出险理赔客户要优先处理，适当扩展责任范围，应赔尽赔。

四是强化疫情防控金融支持。各银行保险机构要主动加强与有关医院、医疗科研单位及企业的服务对接，积极满足卫生防疫、医药产品制造及采购、公共卫生基础设施建设、科研攻关等方面的合理融资需求。

五是做好受困企业金融服务。各银行保险机构要通过调整区域融资政策、内部资金转移定价、绩效考核办法等措施，提升受疫情影响严重地区的金融供给能力。

2020年1月27日，中国保险行业协会向全体会员单位发出倡议书，要求充分发挥保险保障功能全力支持疫情防控工作，并提出六点要求：一是深刻认识做好疫情防控的重要性和紧迫性，把疫情防控工作作为当前最重要的工作抓好落实；二是开通保险理赔绿色通道，确保及时高效做好理赔服务；三是加强保险创新，为疫情防控提供专属保险产品和服务；四是发挥专业优势，配合做好社会公众的知识宣导和心理疏导；五是发扬大爱精神，积极向重点疫区开展捐赠；六是加强安全防护，做好自身的疫情防控工作。

2020年1月29日，中国保险资产管理业协会向全体会员单位发出全力支持疫情防控倡议书，明确提出四点要求：一是提高政治站位，高度重视疫情防控；二是发挥行业优势，有效对接融资需求；三是履行社会责任，积极参与爱心捐助；四是落实防控要求，做好人员安全防护。

### (二) 保险机构层面

中国人寿、中国平安、人保健康、中国太保、泰康人寿、太平人寿、华安保险、中意人寿、国华人寿等多家保险公司在疫情发生的第一时间积极响应，按照《保险业重大突发事件应急处理规定》（中国保险监督管理委员会令第3号）文件要求及中国银保监会的部署，开展多种措施紧急应对疫情。





### 1、启动应急预案

各保险公司在疫情发生的第一时间启动了重大事件应急预案，迅速成立应急工作小组，实时关注疫情情况变化。同时，保险公司迅速增设或架构起多渠道全天候的报案服务，包括销售人员报案、柜面报案、微信报案、95519、95500、8008203588 电话报案等。<sup>[2]</sup>

### 2、发布紧急措施，其中包括：

(1) 为这次疫情的确诊人员与疑似人员的客户开通绿色理赔通道，开通绿色理赔服务。在保险理赔方面，各家保险公司采取了多项应对措施。一是开通理赔绿色通道，简化医疗险索赔资料，第一时间提供理赔服务；二是启动了特案预赔服务，为客户预付赔款；三是取消理赔医院的限制；四是取消用药限制，对相关医疗费用 100% 赔付。<sup>[3]</sup> 中国太保寿险在理赔方面，对确诊人员提供主动预付，特殊情况下提供现金支付方式。对于疑似人员提供人性化管理服务。

(2) 寿险公司宣布取消关于医疗险的赔付各项限制，自动将新冠肺炎纳入承保范围等。另外还扩大了承保范围：根据银保监会的要求，部分保险机构扩大了原有保险的承保范围，包括对参保医疗责任险统保项目的医疗机构的医务人员提供额外人身意外保障，即在原保险方案基础上免费扩展“医务人员感染法定传染病责任”保障。具体内容如下：一是在参保医疗机构，因工作原因确诊罹患新型冠状病毒（2019-nCoV）感染，一次性给付保险赔偿 20000 元人民币。二是在参保医疗机构，因工作原因罹患新型冠状病毒（2019-nCoV）感染且在 180 天内导致死亡，一次性给付保险补偿 20 万元。三是在参保医疗机构，因工作原因罹患新型冠状病毒（2019-nCoV）感染的肺炎且在 180 天内导致伤残，依据伤残程度对应的赔偿比例计算保险赔偿金额，最高补偿金额为 20 万元。<sup>[4]</sup>

中国太保承诺，对购买医疗险的新冠肺炎确诊客户采取五项取消限制：取消医院等级限制、取消等待期限限制、取消“特定传染病”等免责事项、取消医保范围限制、取消医疗险免赔额、免赔天数和免赔比例。友邦保险提供免保单赔付服务、取消医院限制及住院报案时效要求、住院方

式限制、药品诊疗项目限制、免赔额、等待期的限制。

### 3、部分保险公司提供的疫情期间的特殊服务：

#### (1) 提供疫情播报服务

在疫情发生的第一时刻，由平安智慧城市智慧医疗打造的全国新型肺炎疫情动态上线，帮助公众了解疫情的最新情况。该平台依托平安集团药品库、疾病库、处方库、健康因子库及医疗机构库等世界级领先医疗知识库，结合人工智能技术、专业的医学知识图谱自然语言处理技术，不仅能提供实时数据、防护问答和科普知识，还可提供疫情智能分析、新型肺炎智能筛查、疫情智能问答、用药智能问答等服务。<sup>[5]</sup>

#### (2) 提供专属保险

目前，部分保险公司已推出提供抗新型冠状病毒肺炎专属保险。险种类型包括疾病险和护理险。其中，疾病险为因新型冠状病毒感染导致的死亡和因抗击、防疫等相关工作发生的过劳死亡或猝死事故，支付身故保险金；护理险为因新型冠状病毒感染肺炎导致丧失日常生活能力，达到一定期间的，支付护理保险金。这两种专属保险均为短期险。<sup>[6]</sup>

#### (3) 积极捐款及赠送保险

多家保险公司已宣布向中国红十字基金会、中国社会福利基金会“2020 突发重大疫情防控项目”、湖北省慈善总会、武汉市红十字会、武汉市慈善总会等慈善组织进行捐款。同时，多家保险公司宣布向抗击新型冠状病毒肺炎一线人员、援助人员家属提供赠送保险服务，为他们提供有效的风险保障。<sup>[7]</sup>

友邦保险公司拨专款支持微医全国用户在线义诊，并为中山大学附属第一医院支援湖北医疗队提供专属风险保障。

## 三、2003 年抗击 SARS 时的保险业举措与利弊影响的事后测评

(一) 举措：2003 年，为了抗击 SARS 中国保监会先后向各地保监办、保险机构下发了《关于加强非典型肺炎预防工作的紧急通知》、《关于印发防治非典型肺炎应对方案的通知》、《关于做好保险销售人员非典型肺炎疫情防控及相关保险

服务工作的紧急通知》《保险业开发针对“非典”新产品的指导意见》等5项通知。其中,《保险业开发针对“非典”新产品的指导意见》明确指出:中国保监会及各保监办将积极支持保险公司开发新产品,按照特事特办的方法处理“非典”新产品的备案或审批手续,并积极与有关部门进行沟通协调,为保险产品投入市场支持防疫工作创造良好的环境。正是因为政策支持,原先须一个月到半年不等的保险条款备案时间压缩到几天,因而几十种“非典保险”可以在“非典”时期迅速上市,充分满足了公众购买保险的需要。<sup>[8]</sup>

保险公司积极应对 SARS 挑战,采取了四项措施。一是设立专项基金,对于出现了 SARS 风险的老客户给予特别的帮助和补偿。二是向战斗在抗击“非典”一线的医护人员赠送保险。三是对于在这段时间内购买长期寿险时赠送“非典”险种保障。四是推出针对“非典”的专项保险。<sup>[9]</sup>

在人身保险方面,平安寿险为抗击“非典”一线医疗员工提供团体保障计划。泰康人寿将“泰康个人住院医疗保险”、“泰康团体住院医疗保险”和“泰康团体综合医疗保险”的被保险人,因感染“非典”住院治疗的,取消一般住院日额的3天免责期;因感染“非典”就诊,一般疾病等待期由30天减为10天。<sup>[10]</sup>太平人寿推出了一款“非典”保险,凡是在2013年4月28日到5月28日之间购买该公司非医疗健康类保险的客户,公司都会赠送“非典”住院现金保险。泰康人寿规定凡投保公司旅行、意外伤害保险的客户,一旦染上“非典”,公司将承担一切医疗费用。<sup>[11]</sup>

在财产保险方面,中国人保推出“医务人员法定传染病责任保险”和“承运人 SARS 责任保险”。平安产险推出“雇主责任保险附加非典型肺炎特别保险条款”。一般的雇主责任险所保障的雇员职业病不包括非典型肺炎,雇主即使投保雇主责任保险也无法得到相应的保障。专门针对非典型肺炎的附加条款的问世,对企业雇主来说无疑是一个好消息:在其雇员罹患非典型肺炎时就可以得到住院津贴和身故保障,缓解企业的医疗、抚恤等各种经济压力。<sup>[12]</sup>

(二)利弊测评:通过回顾可知,当年“非典”时期保险业在重大疫情突发之时挺身而出,采取

了诸多有效措施为社会的稳定做出了卓有成效的贡献,成功地塑造了保险公司的光辉形象,加深了普通民众对保险的良好印象。

根据后来的实际情况,寿险公司对于实际赔付的人身保险,并没有出现预期中的赔付过重风险,整体赔付率并没有超出保险机构的预期。而保险机构推出的针对非典的医疗险,售卖情况并没有那么可观,确诊和疑似客户通过已购医疗险就已经可以实现理赔目的。短期针对非典的医疗险也是一次性消费性质,没有给保险公司带来持续性的投保效益与增长。可以得知,消费人群的争取仍然应该是保险公司一个长期的工作,而绝非冲动或者危机时刻的刺激能够促发的。财产保险方面,因为疫情属于传染病,使得民众尽量选择居家生活,尽量选择减少外出活动,交通事故发生率降低,车险赔付降低。

另外一个方面,由于非典持续时长约半年,因疫情导致的各需要人流的行业如商业、娱乐业、餐饮业、旅游业等产业在疫情期间损失巨大,相继引发物业等其他伴随行业的经济滑坡,经济滑坡也随即带来了企业倒闭、失业率增高等问题,从而也影响到了保险公司的投资收益以及客户保费的续保和退保事件的发生。

## 四、中国保险业为防治新冠肺炎已采取的相关措施

### (一) 监管应对方面

随着我国银行保险业的整合,监管机构对于重大突发事件的危机处理速度有了较大幅度的提升。在本次疫情中,银保监会第一时间就下发通知,全面部署各地银行保险的防疫工作。同时,各地监管部门也在第一时间发布和部署各项工作,全面应对和落实疫情工作。湖北省监管部门的反应时间还早于中国银保监会,这反映出当地监管部门在处理重大突发事件上高效的反应能力。中国保险行业协会和中国保险资产管理协会也在第一时间下发疫情防控倡议书,显示出中国保险自律组织在应对重大突出事件中的反应速度和准确性。



## （二）产品研发方面

部分保险公司在第一时间推出专属防疫保险。本次的专属防疫险体现出几个特点：一是保险期间较短，基本为一年期保险。疫情的周期一般在短期内集中爆发，因而1年的保险期间符合防疫险的特点。二是高保费低保额，开发理念是参照2003年非典疫情的先例推出针对疫情呈现高致死率，较高额的保费能对客户提供有效的风险保障。

## （三）网络技术应用层面

在本次新冠疫情中，平安保险提供的疫情监测和分析平台为本次疫情提供了有力的技术支持；广东省珠海市卫生健康局在其公众号上也上线了这一平台。当前，“互联网+医疗”是未来保险业的发展方向；国家有关部委相继发布《全国医疗卫生服务体系规划纲要（2015-2020年）》《“十三五”卫生与健康科技创新专项规划》等各项政策，智能医疗是其重点发展方向。通过本次疫情事件可以看出，疫情发展的速度十分迅猛，只有实时监测更新疫情数据，才能给公众提供及时知悉疫情最新情况可能性，以便民众在科学、权威的指导下加强防护意识。

# 五、重大疫情下中国保险业的应对建议

## （一）产品设计方面

相比于2003年“非典”疫情，新冠疫情的蔓延速度更快；“非典”时期疫情最多蔓延至25个省，而本次疫情从武汉市扩散出来到蔓延至全国各省市只用了不到一个月的时间。非典期间，保险公司共推出非典相关的产品20款之多。<sup>[13]</sup>在本次疫情事件下，保险公司应根据疫情特点快速开发多类型的保险产品，以满足疫情的需要，重点是针对本次疫情与非典疫情的不同之处加强专业研究，在可行性方面做好充分的市场调查。

需要留意以下几个方面：

1、新冠肺炎的危害性与发展事态。截至2020年1月31日止，新冠疫情的确诊人数已经超过非典疫情，而在短时间里增加的速度远远超

过非典疫情，据判断尚未到达高峰时期。所幸的是，该病毒的致死率低于非典疫情。有进一步的分析称，致死人群中有不少都有比较严重的基础病史，年龄偏大的死亡者仍然占多数。

2、新冠肺炎的传播性。以目前专业的医学观测来说，新冠肺炎传播的广泛性和传播速度强于非典疫情。中国所有省市自治区无一幸免都出现了确诊病例，并且迅速蔓延到国际上近十个国家。在2020年1月31日，世界卫生组织已经紧急召开了第二轮关于中国疫情的会议，新冠病毒疫情确定为国际关注的突发公共卫生事件。

3、新冠肺炎的治疗情况。与非典相同的是西医对新疫情仍然没有找到有效的治疗措施，而最大的不同是中医在应对新冠肺炎的确诊病人方面却取得了显著的成效。基于此，中国政府领导人明确指示要以中医为主，西医为辅作为此次战胜疫情的战略方针。而众所周知的是，中国刚刚于2019年宣布中西医并重的医疗改革政策，中医治疗成本大大低于西医成本。

以上这些基础疫情事实使得保险公司再照搬非典疫情经验推出十七年前的专属防疫保险产品，就不合时宜了。无论是从疫情本身还是从治疗发生费用考虑，都应该重新审视定夺。

4、在健康险方面，可重点开发短期护理险、失能保险以应对确诊患病人员及疑似病例人员因无法工作或丧失劳动能力而带来的风险。在年金险方面，可重点开发医护人员子女教育年金险，以保障因公殉职的医护人员子女的教育及生活。针对财险方面，可重点开发因重大疫情导致商业中断险。传统的商业中断险一般只保障特定情形下因停产、停业或营业受到影响所造成的利润损失和受灾的营业中断期间所需开支的必要费用，排除因流行病导致的营业损失<sup>[14]</sup>。但在本次疫情中，疫情爆发区域的企业不能正常开工，疫区的交通也受到了极大限制，陆路及航空运输公司的业务面临中断的风险。这部分停工的损失无法通过现有保险的形式进行分散。因此，财险公司有必要开发针对重大疫情的商业中断险，有效防范停工风险。

## （二）网络平台的建设与加强

截至2020年1月31日，本次新冠疫情的传播速度和覆盖范围已超过了2003年的SARS时期，造成了武汉疫区宣布封城、延期开学、春节假期延期、复工企业灵活办公的有关政策安排。在这次疫情中，党政机关、公检法纷纷出台通过专属线上平台、APP、微信公众号办理日常业务的各项业务与服务。

对于保险公司来讲，更应该强化自身的网络服务。对内实现企业管理，对外在销售、宣传和提供各项保险服务方面应大力运用互联网技术，迅速打造优质互联网服务平台。达到“无址办公”的高效性，让所有客户都享受到更便捷、更人性化的线上服务。这既是应对当前疫情的必要，也为应对类似的危机事件打下良好的网络技术基础。

## （三）强化重大突发事件监测平台建设

本次疫情发生后，我国保险业第一个可以供公众查询的疫情监测平台是由保险公司提供，而非银行保险业监管部门。这暴露出我国保险业在重大灾害监测的应用层面存在短板。随着“互联网+”的逐步深入，数字化生活已经必不可少的融入社会生活中。在此次疫情发生后，监测模式的单一化，传统的防控形式已经落后于当前的经济社会发展需要，因此有必要加快建立数字化的监测平台。在具体应用上，可以在现有监测平台上，完善监测的指标，融入人工智能、区块链、物联网等技术，提升监测平台的综合应用能力。

## （四）强化政策性保险和风险保障基金的作用

重大疫情具有突发性，快速性，风险非常大，一旦发生疫情涉及面较广，风险难以控制。对此，如果没有相关政策扶持，商业保险不愿意过多涉足这一高风险领域。这就需要政策性保险和风险保障基金为商业保险分担一部分风险，确保商业保险的平稳健康发展。

## （五）防范理赔风险

因新冠疫情爆发，保险公司在相关险种的理

赔支出方面可能会显著增大。按照银保监会的关于“适当扩展保险责任范围，应赔尽赔”的要求，与本次疫情相关的健康险、寿险的疾病范围将延伸至与疫情相关的疾病，因而健康险与寿险的理赔会随即产生。针对疫区交通线路的中断，交通延误险的理赔概率大幅上升；故应关注上述险种的理赔压力。

## （六）防范保险欺诈

在大灾大疫面前，保险消费者由于恐慌心理极可能产生非理性的消费心态，导致保险销售市场的火热。同时，在监管产品政策放宽以及保险公司承诺了诸多超过保险条款约定的保险服务情形下，个别人可能利用保险条款的复杂以及条款减免政策进行保险欺诈。因此，在本次疫情下保险欺诈的势头可能会有所上升。保险机构应采用各种措施开展保险欺诈预防和警示工作，有效防范欺诈风险。

### 注释：

- [1] 中国疾病预防控制中心发布《2019新型冠状病毒疫情进展和风险评估》，<http://china.caixin.com/2020-01-28/101508980.html>
- [2] 朱艳霞：平安养老险完成一例新冠病毒出险客户理赔，[http://xw.sinoins.com/2020-01/30/content\\_324447.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/30/content_324447.htm)
- [3] 康民：华安保险五项举措积极应对新型冠状病毒肺炎，[http://xw.sinoins.com/2020-01/21/content\\_323435.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/21/content_323435.htm)
- [4] 张爽：为“逆行者”保驾护航中华保险威海中支医责险项目扩大承保范围，[http://xw.sinoins.com/2020-01/26/content\\_323929.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/26/content_323929.htm)
- [5] 朱艳霞：全国新型肺炎疫情实时动态上线实现智能辅助筛查，<https://www.zhongboxinwen.com/shehui/bwyc/2020-01-30/37084.html>
- [6] 张爽：昆仑健康保险为五省医护人员提供专属保险，[http://xw.sinoins.com/2020-01/29/content\\_324363.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/29/content_324363.htm)
- [7] 张爽：中国人民保险1000万捐款到位抗击疫情服务举措全面升级，[http://xw.sinoins.com/2020-01/29/content\\_324311.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/29/content_324311.htm)；朱艳霞：汇丰人寿捐助100万元抗击疫情，[http://xw.sinoins.com/2020-01/30/content\\_324477.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/30/content_324477.htm)；大都会人寿捐赠300万元助力医护人员抗击疫情，[http://xw.sinoins.com/2020-01/30/content\\_324450.htm](http://xw.sinoins.com/2020-01/30/content_324450.htm)
- [8] 保险业直面“非典”，<http://www.cctv.com/financial/20030516/100147.shtml>
- [9] SARS撕破中国保险业稚嫩险皮热销背后有隐忧，<http://finance.sina.com.cn/b/20030509/0954338491.shtml>
- [10] 保监会直面“新兴风险”：赔与不赔的选择题，<http://finance.sina.com.cn/b/20030509/0954338491.shtml>
- [11] “非典”考验中国保险业，<http://www.china.com.cn/chinese/FI-c/325885.htm>
- [12] 马璐瑶：责任险非典时期觅商机，<http://insurance.hexun.com/2003-05-16/101951199.html>
- [13] 张响贤、陈凤、孟祥腾：《非典对保险业的影响及对策》，载《保险研究》2003年第6期。
- [14] Andy Xiong：《武汉疫情凶猛，航空业损失保险理赔分析》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1656573695449486840&wfr=spider&for=pc>



□ 李敏/文

李敏律师，本所高级合伙人，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。



□ 张冰梅/文

张冰梅，本所律师，毕业于对外经济贸易大学，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。



□ 姚思婧/文

姚思婧，本所实习律师，毕业于北京工商大学，主要从事房地产、信托等业务。

## 新冠肺炎疫情对信托项目交易合同履行影响的 简要法律分析意见及应对建议

2019年12月以来，我国各地陆续发生新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“新冠肺炎疫情”或“疫情”），截至2020年1月31日，大陆各省

市均已启动突发公共卫生事件一级响应，其中疫情最为严重的湖北省武汉市及其他相关城市，采取了不同程度的“封城”、企业延迟复工等措施。

这些措施可能会对部分民商事合同的履行产生重大影响，这其中包括对信托项目相关交易合同履行产生的很大影响。根据我们的经验，信托项目的履约义务方可能出现履约迟延甚至履约不能等情形，对此，信托项目中的履约义务方会选择“不可抗力”、“情势变更”等作为免除和减轻自身责任的抗辩理由。那么，在发生新冠肺炎疫情后，前述两种抗辩理由是否成立？信托公司应如何应对新冠肺炎疫情对信托项目所造成的影响？本文试着从我们参与大量信托项目的经验对信托项目交易端合同（信托项目交易合同）进行相应的法律分析，并从信托公司的角度提出相应的应对



建议。

## 一、新冠肺炎疫情对信托项目交易端合同是否构成不可抗力及相应法律后果

### (一) 不可抗力构成要素

《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《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。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》(以下简称“《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。”

根据上述规定,我国法律所界定的“不可抗力”由不能预见、不能避免并不能克服三要素构成[1]。不能预见,是指善意一般人对该客观情况的发生无法合理预见;不能避免,是指当事人虽然尽了合理的注意,仍不能使该客观情况不发生;不能克服,是指当事人已经尽到最大努力和采取一切可以采取的措施,仍无法克服该客观情形,并因此造成合同履行障碍或损害结果。

### (二) 新冠肺炎疫情是否构成不可抗力

为了控制疫情,各地各级政府纷纷启动了公共卫生事件的应急响应措施,其中包括停止交通运输,对本行政区域内传染病疫区实施封锁、限制或者停止集市、集会等人群聚集的活动,要求各企业停工、停业、学校停课等。对此,全国人大常委会法工委发言人、研究室主任臧铁伟于2020年2月10日表示,当前我国发生新冠肺炎疫情,为了保护公众健康,政府也采取了相应疫情防控措施,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。近期,江苏省高级人民法院于2020年2月13日发布的《关于为依法防控疫情和促进经济社会发展提供司法服务保障的指导意见》第二

条第5款规定:“因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于疫情影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,适用合同法关于不可抗力的规定处理”。

另外,从目前的情况来看,新冠肺炎疫情所导致的结果与我国2003年爆发的传染性非典型肺炎(以下简称“非典”)所导致的结果类似,而《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》(法〔2003〕72号)第三条第二款规定:“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。”虽然上述法〔2003〕72号通知已由《最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第十批)的决定》(法释〔2013〕7号)所废止,但其规定的精神一定程度上可以表明了我国司法机关的态度。而且,实践中包括最高人民法院[2]在内的法院在审理与非典有关的案件中确认非典属于不可抗力。综合上述情况,在新冠肺炎疫情中,如果由于政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于疫情影响致使合同当事人根本不能履行而引起的,应当可以构成不可抗力事件。

但需要注意的是,我国司法实践中对于不可抗力的理解和裁决可能不完全相同,新冠肺炎疫情发展本身也是一个不断变化的过程,政府对新冠肺炎疫情所采取的应对措施也在不断的变化,故新冠肺炎疫情在不同阶段对于不同类型的合同履行的影响是不同的。并且,不同当事人在不同的情况下对新冠肺炎疫情的预见能力可能也不完全相同。因此,我们认为新冠肺炎疫情并不必然导致合同当事人免责。例如与火神山医院、雷神山医院建设有关的合同,因合同当事人已经预见新冠肺炎疫情对合同履行所产生的影响,且政府通过各种举措支持医院的建设,届时建设合同当事人违约时不能以遭遇新冠肺炎疫情且新冠肺炎疫情属于不可抗力为由要求免责。简而言之,



虽然新冠肺炎疫情可以构成不可抗力，但是在具体的信托项目中，违约的合同当事人能否以此为由要求免责或减责还应结合个案中情况进行考虑。

### （三）信托项目交易端合同当事人是否可以新冠肺炎疫情为由要求免责或减责

2020年1月26日，中国银行保险监督管理委员会（以下简称“中国银保监会”）印发《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》，从银行保险机构自身落实疫情防控要求、保障金融服务顺畅、开辟金融服务绿色通道、强化疫情防控金融支持、做好受困企业金融服务等五个方面提出了具体措施。

2020年2月1日，中国人民银行会同财政部、中国银保监会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局等部门又出台了《关于进一步强化金融支持防控新冠肺炎疫情的通知》，就加大货币信贷支持力度，合理调度金融资源，保障金融服务，维护金融市场平稳有序运行等做了进一步强调；2020年2月10日，国务院扶贫办、中国银保监会联合印发了《关于积极应对新冠肺炎疫情影响切实做好扶贫小额信贷工作的通知》，提出从适当延长还款期限、简化业务流程手续、强化监测预防风险等六个方面积极应对新冠肺炎疫情影响、切实做好扶贫小额信贷工作。

尽管上述措施在推动银行业保险业管控好风险的同时，继续指导银行保险机构在支持发展直接融资、维护金融市场稳定方面主动作为，对于维护我国金融稳定发挥着积极作用。但不容忽视的客观事实是，此次新冠肺炎疫情及疫情引起的包括但不限于“封城”等行政管控措施仍可能会对信托项目交易端合同交易对手（以下简称“交易对手”）特别是对处于疫情严重地区的交易对手的财务状况产生负面影响，从而导致交易对手履约能力的下降，并进而导致交易对手出现逾期还本付息或其他不同的违约情况，此时，交易对手可能以遭受不可抗力并要求适用《合同法》第一百一十七条为由要求免责或减责。我们认为，对于因新冠肺炎疫情所导致的交易对手违约，具

体的信托项目交易对手届时能否以不可抗力为由要求免责或者减责，应从以下几个方面考虑：

1、具体的信托项目中交易端合同是否有特殊约定

如信托项目交易端合同中对发生疫情时当事人的相关责任、损失承担进行了特殊约定，则原则上按照信托项目交易端合同的约定处理。

2、新冠肺炎疫情对具体信托项目的交易端合同履行是否构成实质障碍

如交易对手因政府采取的一系列疫情防控措施而无法实际履行交易端合同约定的义务，应当可以认定为新冠肺炎疫情对合同履行构成重大甚至根本性障碍，从而构成不可抗力免责事由。例如在房地产信托项目中，信托公司与交易对手之间签署的合同有时会约定房地产项目的工程建设进度、销售进度，并约定如果房地产项目的工程建设进度、销售进度无法达到该等条件，交易对手需承担一定的责任。鉴于我国各地政府特别是疫情较为严重地区的各级政府采取了控制人员流动、人员聚集以及严禁企业复工及生产、暂停房地产销售活动等防控措施，如果这些防控措施客观上确实导致了该房地产项目停工以及停止销售，且继续建设、销售则会受到相关行政处罚，则信托项目的交易对手因此而提出的免责或减责要求存在被法院支持的可能性。但如果政府未明确下令严禁企业复工及生产、销售，而是要求企业在复工及生产、销售前具备一定的条件，且企业通过努力完全可以达到该等条件，或者合同中的相关约定是在政府采取“封城”等措施后达成的，则届时交易对手恐怕难以因此而提出免责或减责要求。

3、具体的信托项目中合同当事人是否履行了通知义务

《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”，因此在新冠肺炎疫情等不可抗力事件发生后及时通知对方是交易对手的法定义务，否则，交易对手要承担相应的责任。例如，兰州市中级人民法院在《张永斌与甘肃兰怡房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷二审民事判决书》【（2014）兰民一终字第434号】中提出：“《中华

《中华人民共和国合同法》第118条规定“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明”。本案中，被上诉人兰怡公司应当将其遭遇的上述不可抗力行为告知上诉人，但被上诉人并没有按照合同约定在60日内履行告知义务，故应承担相应的民事责任，以35%的民事责任为宜。”

## 二、新冠肺炎疫情对信托项目交易端合同是否构成情势变更及相应法律后果

### （一）情势变更构成要素

#### 1、情势变更的相关规定

我国相关法律法规未对情势变更作出明确规定，我国目前处于立法阶段的《中华人民共和国民法典（草案）》（2019年12月16日稿，以下简称“《民法典草案》”）第五百三十三条第一款规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。”

合同当事人主张情势变更的主要依据是《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）》（法释〔2009〕5号，以下简称“《合同法解释二》”）第二十六条，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的或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并根据案件的实际情况确定是否变更或者解除。”最高人民法院在发布《合同法解释二》三天后发布了《最高人民法院关于正确适用〈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），要求各级法院严格适用《合同

法解释二》第二十六条的程序，并规定如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用该条规定的，应当由高级人民法院审核，必要时应报请最高人民法院审核。同年，最高人民法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号，以下简称“《指导意见》”）第一条第4款再次强调，在调整尺度的价值取向把握上，人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则，适用情势变更原则并非简单地豁免债务人的义务而使债权人承受不利后果，而是要充分注意利益均衡，公平合理地调整双方利益关系，在诉讼过程中，人民法院要积极引导当事人重新协商，改订合同；重新协商不成的，争取调解解决，为防止情势变更原则被滥用而影响市场正常的交易秩序，人民法院决定适用情势变更原则作出判决的，应当严格履行适用情势变更的相关审核程序。

#### 2、情势变更构成要素

最高人民法院在《吴沛霖、王辰羽房屋租赁合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》【（2017）最高法民申3380号】中提出：“根据《合同法解释二》第二十六条的规定，构成情势变更需具备以下要件：一是应有情势变更的事实，也就是合同赖以存在的客观情况确实发生变化。二是须为当事人所不能预见的。如果当事人在订立合同时能够预见到相关的情势变更，即表明其知道相关情势变更所产生的风险，并甘愿承担，在这种情况下情势变更原则就不能适用。三是情势变更必须不可归责于双方当事人，也就是由除不可抗力以外的其他意外事故所引起。如果可归责于当事人，则应由其承担风险或违约责任，而不适用情势变更原则。四是情势变更的事实发生于合同成立之后，履行完毕之前。五是情势发生变更后，如继续维持合同效力，则会对当事人显失公平。”另外，最高人民法院在大宗集团有限公司、宗锡晋与淮北圣火矿业有限公司、淮北圣火房地产开发有限责任公司、涡阳圣火房地产开发有限责任公司股权转让纠纷案【（2015）民二终字第236号，最高法公报案例】二审民事判决书中提出：“是否属于所谓情势变更还是商业风险，需要参照合同约定，并从可预见性、归责性以及产生后果等

方面进行分析。”

## （二）不可抗力与情势变更的区别

根据前述法律法规规定，新冠肺炎疫情不可抗力与情势变更主要存在以下区别：

（1）表现形式不同。不可抗力的表现形式通常为地震、洪水等自然灾害、火灾、战争、恐怖活动等，而情势变更的表现形式通常为意外事件、社会经济形势的急剧变化、物价飞涨、金融危机和国家政策的转变等。

（2）适用范围不同。《民法总则》、《合同法》均对不可抗力作出了明确规定，故而不可抗力可适用于侵权责任、违约责任、诉讼时效的中止等，而情势变更仅由最高人民法院通过《合同法》司法解释的方式进行了规定，故仅适用于合同的违约责任。

（3）对合同履行的影响程度不同。不可抗力导致合同全部或者部分不能履行，而情势变更引起的履行障碍，主要表现为虽然可以继续履行合同，但合同履行较为困难、合同履行义务方的履行费用与其自身的履行利益之间的比例严重失衡、合同履行义务方克服履行障碍的费用过高，从而导致合同的履行显失公平。

（4）法律后果不同。发生不可抗力，合同当事人可在通知及证明不可抗力后主张免责或者减责或者主张合同解除，但是合同当事人以主张情势变更为由要求解除合同的，需先向人民法院起诉，并由人民法院最终确认是否适用情势变更。

## （三）信托项目交易端相关合同的履约义务方能否以新冠肺炎疫情主张情势变更

上述《江苏省高级人民法院关于为依法防控疫情和促进经济社会发展提供司法服务保障的指导意见》第二条第5款明确规定：“合同成立后因疫情形势或防控措施导致继续履行对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人起诉请求变更或者解除合同的，可以适用合同法关于情势变更的规定，因合同变更或解除造成的损失根据公平原则裁量”。具体的信托项目中，江苏省的前述规定是否意味着交易对手可以情势变更为由向法院起诉要求延期履行相关义务？我们

认为，答案不能一概而论，需要辩证地对此问题进行分析。

信托项目中，根据信托项目实务以及信托项目交易端相关合同的约定，交易对手作为信托项目交易端合同的主要履约义务方，通常负有向信托公司偿还相关款项例如还本付息的义务。参照最高人民法院在《韶关太保置业发展有限公司、中国长城资产管理股份有限公司广东省分公司金融借款合同纠纷二审民事判决书》【（2019）最高法民终119号】中提出的意见，“本案中，建行韶关分行与太保置业公司之间成立金融借款合同关系，建行韶关分行依约向太保置业公司发放了贷款。依据《贷款合同》第二条约定，本案贷款的还款来源并不局限于东莞大岭山（南雄）产业转移工业园扩园项目运营收入，还包括太保置业公司的其他收入和筹措资金。案涉项目是否被收回，并不会造成《贷款合同》的履行不能。在南雄市人民政府收购案涉项目时，太保置业公司也未向建行韶关分行提出解除或变更《贷款合同》。因此，太保置业公司主张本案应适用《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）》第二十六条关于情势变更的规定，没有依据。《贷款合同》也未约定在案涉项目被收回时，太保置业公司可免除按时还本付息的义务。故太保置业公司未按时偿还借款本金，已构成违约，应当承担违约责任。”

因此，我们认为，信托项目中，交易对手向信托公司偿还相关款项属于履行金钱债务，一般情况下交易对手应当以其现在及将来的一切财产承担全部的偿还责任，即使对于开发建设单一房



地产项目且疫情导致该房地产项目几乎无法销售的项目公司而言，其还款来源除了项目销售收入外，还应该包括股东投入资金、公司的其他收入等，故对于信托项目交易对手还本付息的义务，一般情况下法院倾向于不支持交易对手以情势变更为由提出的解除或者变更合同的请求。但需要注意的是，同样的，我国司法实践中对于情势变更也存在不完全相同的理解和裁决。信托项目中，如果交易对手因新冠肺炎疫情而收入骤减甚至收入为负，且交易对手无法通过其他合法合规手段融得资金，或者融得资金的成本远远超过法律法规规定的最高成本且交易对手无法承受该成本，则不排除法院支持交易对手诉讼请求的可能性。

### 三、信托公司应对新冠肺炎疫情的相关建议

#### （一）密切关注相关政策、及时审查交易端合同的相关约定

为了应对新冠肺炎疫情所造成的影响，中国银保监会于2020年2月1日发布了《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，以下简称“《通知》”），各地银保监局也随即发布相关通知，鼓励金融机构对受疫情影响的企业提供融资担保等金融支持。本所律师认为，信托公司作为金融机构，应密切关注相关法规及政策，在新冠肺炎疫情的特殊时期，遵循中国银保监会及各地银保监局的指示，履行金融机构的相关义务，积极承担社会责任。与此同时，信托公司应尽快对其正在履行中及将要履行的信托项目相关合同进行梳理并及时与交易对手进行沟通，客观、全面地判断合同的履行是否会受到新冠肺炎疫情的影响、合同目的能否实现、交易对手能否按时履行还本付息义务、能否按照合同约定工期完成项目建设或销售，并根据具体情况分别拟定应对方案。

#### （二）及时向委托人/受益人披露信托项目履约情况并协商相应应对措施

根据《信托公司管理办法》第二十八条相关规定，委托人、受益人有权向信托公司了解对其信托财产的管理运用、处分及收支情况，并要求信托公司作出说明。同时，根据《信托投资公司信息披露管理暂行办法》第五条相关规定，信托公司应当遵循真实性、准确性、完整性和可比性原则，规范、及时地披露反映其经营状况的主要信息。

对于信托公司而言，如交易对手因受新冠肺炎疫情疫情影响出现偿付困难，并向信托公司申请延期偿付或者申请减免利息时，信托公司应及时向委托人、受益人进行披露，与委托人、受益人协商相应应对措施，并在必要时根据委托人、受益人决定或者受益人大会决议采取相关措施，最大限度减轻新冠肺炎疫情对信托公司可能造成的履约风险。

#### （三）新签订合同时应注意评估疫情影响并进行相应约定

自2020年2月10日起，我国除湖北外的各个地区逐步开始复工、复产，但需要注意的是，信托公司在复工后对于开展新的信托项目，仍应结合交易对手行业、地域和信托项目本身实际情况，充分评估新冠肺炎疫情以及现行、后续的防控措施可能对信托项目以及交易对手履约能力所造成的影响，并在信托项目交易端以及信托端合同中约定相应应对措施。

以上仅为我们根据所参与大量信托项目的经验所整理，我国司法实践中对于不可抗力 and 情势变更等也存在不完全相同的理解和裁决，我们建议信托公司等相关单位进一步关注疫情的发展情况以及有关立法、司法机关的有关新的观点和文件，并关注对有关信托项目的影响，妥善应对本次疫情。

#### 注释：

[1] 参见崔建远：《不可抗力条款及其解释》，<http://www.civillaw.com.cn/lw/l/?id=35206>，最近访问时间【2020-02-21】。

[2] 最高人民法院在《新乡市恒升房地产开发有限公司与河南六建建筑集团有限公司建设工程施工合同纠纷再审民事裁定书》【(2011)民申字第199号】中明确：“本院认为：工程逾期交付，除“非典”不可抗力的影响外……”。



□ 林 威/文

林威，法国巴黎第二大学民商法博士、大连海事大学海商法硕士、厦门大学国际经济法学士。现任北京市中伦文德律师事务所上海分所管理合伙人、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任、香港胡百全律师事务所注册外地律师；法国巴黎第二大学、EMLYON 商学院、SKEMA 商学院、华东政法大学等院校兼职教授、校外导师。2019年入选司法部“全国千名涉外律师人才”。



□ 刘 灏/文

刘灏，北京市中伦文德律师事务所上海分所律师助理，主要从事建设工程、知识产权、银行与金融服务类案件的争议解决。进入中伦文德之前，本人在世界500强的中国交通建设集团下属二级子公司的法务部门有过5年工作经历，处理过近百起建设工程领域内的诉讼纠纷案件、投资并购项目以及PPP项目，总额度超过1000亿元人民币。

## 疫情状态下的工程总承包项目费用变更及索赔

2017年2月21日国务院办公厅下发《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号），工程总承包模式开始大量出现在建设工程领域。2019年12月23日，中华人民共和国住建部、发改委下发《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（以下称“《房屋市政总承包管理办法》”）。对工程总承包形式下工程勘察、设计、施工等各个环节需要注意的法律问题予以了更加明确的规定，并且在第十六条中规定：采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。

《房屋市政总承包管理办法》颁布后不久，新型冠状病毒感染导致的肺炎疫情开始在全国爆发，为避免大规模集聚疫情的爆发，大量的在建工程开始停工。尽管各地行政部门目前已经纷纷出台税收减免政策以减轻企业压力，但是因为建设工程项目体量较大，工程总额较高，现有政策可能难以彻底解决疫情状况下发生的工程造价变更纠纷。正是为了应对这样的局面，2020年2月26日，为加强房屋建筑和市政基础设施工程领域疫情防控，有序推动建设工程企业复工，中华人民共和国住建部颁布了《住房和城乡建设部办公厅关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业复工工作的通知》（建办

市〔2020〕5号）（以下称“《通知》”）。《通知》专门提及了此次新型肺炎疫情导致的工程费用上涨问题，要求“停工期间增加的费用，由发承包双方按照有关规定协商分担。”

无论是工程项目常规建设时期，还是特殊的疫情时期，工程项目费用变更及索赔都是工程总承包企业最为关心的问题，本文拟就该问题进行相关分析。

### 一、工程总承包定义及适用

依据住建部、国家工商总局下发的2011版《建设项目工程总承包合同示范文本（试行）》（以下称“《总承包示范文本》”）通用条款第1.1.4条的规定，工程总承包是指“承包人受发包人委托，按照合同约定对建设工程项目的设计、采购、施工（含竣工验收）、试运行等阶段实行全过程或若干阶段的工程承包”。《住房城乡建设部关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（建市〔2016〕93号）第一条也对工程总承包在“工程项目的设计、采购、施工等实行全过程的承包”这一特点予以了明确。

目前在政府投资项目以及装配式建筑项目领域中，国家明确规定应当适用工程总承包模式，在企业投资项目领域鼓励适用工程总承包模式。同时，

针对工程总承包承接模式下的企业资质进行了规定。《房屋市政总承包管理办法》规定工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。该规定内容对于以前“设计资质、施工资质”择一具备的情况进行了修改，很大程度上提高了工程总承包模式的进入门槛。

## 二、工程总承包项目费用组成及计价方式

### 1、项目费用组成

建设项目工程总承包费用项目一般由勘察费、设计费、建筑安装工程费、设备购置费、总承包其他费组成。

针对各项费用的具体定义，《住房城乡建设部办公厅关于征求房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价计量规范（征求意见稿）意见的函》（建办标函〔2018〕726号）（以下简称“《房屋市政计价规范》”）在第2.0.2-2.0.6条分别进行了规定：

- 勘察费：发包人按照合同约定支付给承包人用于完成建设项目进行工程水文地质勘察所发生的费用。

- 设计费：发包人按照合同约定支付给承包人用于完成建设项目进行工程设计所发生的费用。包括方案设计、初步设计、施工图设计费和竣工图编制费。

- 建筑安装工程费：发包人按照合同约定支付给承包人用于完成建设项目发生的建筑工程和安装工程所需的费用，不包括应列入设备购置费的设备价值。

- 设备购置费：发包人按照合同约定支付给承包人用于完成建设项目，需要采购设备和为生产准备的没有达到固定资产标准的工具、器具的费用，不包括应列入安装工程费的工程设备（建筑设备）的价值。

- 总承包其他费：发包人按照合同约定支付给承包人应当分摊计入相关项目的各项费用。主要包括：研究试验费、土地租用占道及补偿费、总承包管理费、临时设施费、招标投标费、咨询和审计费、检验检测费、系统集成费、财务费、专利及专有技术使用费、工程保险费、法律服务费等其他专项费。

### 2. 计价方式

《房屋市政计价规范》第3.1.5条规定：建设项目工程总承包应采用总价合同，除合同另有约定外，合同价款不予调整。《房屋市政总承包管理办法》第十六条中规定：企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同，政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。建设单位和工程总承包单位可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。

因此，目前针对总承包模式下的计价，大多数都是按照合同总价予以计价，除非出现合同约定的情形，否则一般不予调整计价方式和计价内容。

## 三、疫情期间工程总承包费用调整法律依据及各地调整标准

### 1. 工程总承包费用调整法律依据

此次疫情之前，并未有国家层面的法律文件具体规定因为疫情导致的建设工程总承包费用变化的具体调整方式。然而此次疫情爆发至今，包括全国人大法工委及一些地方法院在内的立法、司法机构对于此次新冠疫情的“不可抗力”的定性已经基本形成了共识。在此基础上，我们可以参照《建设工程工程量清单计价规范》第9.10条关于“不可抗力”导致的工程价款和工期调整的规定内容。9.10条包含下列两部分内容：

9.10.1 因不可抗力事件导致的人员伤亡、财产损失及其费用增加，发承包双方应按下列原则分别承担并调整合同价款和工期：

- 合同工程本身的损害、因工程损害导致第三方人员伤亡和财产损失以及运至施工场地用于施工的材料和待安装的设备损害，应由发包人承担；

- 发包人、承包人人员伤亡应由其所在单位负责，并应承担相应费用；

- 承包人的施工机械设备损坏及停工损失，应由承包人承担；

- 停工期间，承包人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应由发包人承担；

- 工程所需清理、修复费用，应由发包人承担。

9.10.2 不可抗力解除后复工的，若不能按期竣工，应合理延长工期。发包人要求赶工的，赶工费用应由发包人承担。



由此可见，此次疫情导致的工程总承包方承担的各项工程费用损失中，“承包人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”、“工程所需清理、修复费用”等内容是应当由发包人承担的，承包人可以依法提出索赔请求。并且因疫情延长的工期，不视为对合同工期的拖延。

## 2. 工程总承包各地调整标准

此次疫情发生后，多地政府部门依据《建设工程工程量清单计价规范》第9.10条的内容出台了各地具体的价格调整计算标准。

山东省《关于新型冠状病毒肺炎疫情防控期间建设工程计价有关事项的通知》中规定：根据工地施工人员和管理人员人数，按照每人每天40元的标准计取，列入疫情防控专项经费中，该费用只参与计取建筑业增值税。浙江省住建厅《关于全力做好疫情防控支持企业发展的通知》中规定：因疫情防控导致人工、材料价格重大变化，相应调整方式在合同中未有约定的，建设单位和施工企业、工程总承包企业可依据《浙江省建设工程计价依据（2018版）》中“5%以内的人工和单项材料价格风险由承包方承担，超出部分由发包方承担”的原则合理分担风险；对在疫情严重地区新承揽业务的建筑业企业暂不收取农民工工资保证金。《江苏省住房城乡建设厅关于新冠肺炎疫情影响下房屋建筑与市政基础设施工程施工合同履行及工程价款调整的指导意见》（苏建价〔2020〕20号）规定：受新冠肺炎疫情影响，工程延期复工或停工期间，留在施工场地的必要管理人员和保卫人员的费用由发包人承担；工程延期复工或停工所发生的工程清理、修复费用增加，由发包人承担；工程复工前疫情防控准备及复工后施工现场疫情防控的费用支出，包括按规定支付的隔离观察期间的工人工资，由承包人向发包人提供疫情防控方案，经发包人签证认价后，作为总价措施项目费由发包人承担。

## 四、工程总承包方索赔注意事项

尽管此次疫情发生后，各地政府针对工程承包方出台了支持性的行政文件，但是作为工程总承包方自身，依旧要做好工程索赔的准备，并且在现阶段以及全面复工后尽快做好索赔的谈判和其他准备工作。

## 1. 及时向发包人申请工期顺延

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第六条的规定：当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。由此可以看出，申请工期顺延的举证责任在于承包方而非发包方。因此，承包人要及时申请工期顺延，并且无论是否获得发包人的同意，都要保留好申请工期顺延的证据。

## 2. 针对疫情造成的具体损失或费用增加的，保留好证据，并及时向发包人提出索赔

《建设工程工程量清单计价规范》第9.14.4条规定：合同工程发生现场签证事项，未经发包人签证确认，承包人擅自施工的，除非征得发包人书面同意，否则发生的费用应由承包人承担。第9.14.6条规定：在施工过程中，当发现合同工程内容因场地条件、地质水文、发包人要求等不一致时，承包人应提供所需的相关资料，并提交发包人签证认可，作为合同价款调整的依据。尽管此次各地政府针对工程承包方出台了支持性的行政文件，但是一旦进入索赔程序，举证责任并不会发生转移，还是应当做好包括签证在内的证据搜集工作。

## 3. 及时采取必要措施止损

《建设项目工程总承包示范文本（试行）》（GF-2011-0216）第17.1.1条规定：根据本合同约定，工程现场照管的责任方，在不可抗力事件发生时，应在力所能及的条件下迅速采取措施，尽力减少损失；另一方全力协助并采取措施。《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）第17.3.2规定：不可抗力发生后，合同当事人均应采取措施尽量避免和减少损失的扩大，任何一方当事人没有采取有效措施导致损失扩大的，应对扩大的损失承担责任。因合同一方迟延履行合同义务，在迟延履行期间遭遇不可抗力的，不免除其违约责任。因此，承包人提出工期索赔和费用索赔的同时，应积极采取措施防止损失扩大，否则，就扩大的损失，承包人可能无法向发包人主张赔偿，甚至有可能面临发包人的反索赔。



□ 李 敏/文

李敏律师，本所高级合伙人，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。



□ 姚思婧/文

姚思婧，本所实习律师，毕业于北京工商大学，主要从事房地产、信托等业务。

## 新冠疫情中的慈善信托及相关法律问题初探

### 前言

慈善信托对很多人可能还比较陌生，但在本次抗击新冠疫情的过程中，与个别陷入各种巨大争议的慈善机构相比，慈善信托的表现可谓抢眼，这不由得让我们深思慈善信托有什么独门秘籍？又有哪些相关的法律问题？本文将主要从法律的角度试着探索这些问题，并从法律的角度将慈善信托与基金会慈善行为、家族信托进行相应的对比。

### 一、慈善信托在新型冠状病毒肺炎疫情中表现抢眼，中国信托行业已经具备良好的人才、经验等方面的积累，慈善信托在中国有远大的前景

自 2019 年底，新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“新冠疫情”）在我国弥漫、爆发以来，我国信托业人士也在积极行动，很多信托公司纷纷成立了相关慈善信托项目以抗击新冠疫情、援助湖北等疫情防控一线的医护人员和患者，充分体现了信托公司的人才优势以及强大的动员能力和创新能力。其中：

### （一）行业协会积极倡议发起疫情防控慈善信托

2020 年 1 月 26 日，中国信托业协会倡议并由国通信托有限责任公司担任受托人以发起设立“中国信托业抗击新型肺炎慈善信托”。仅两天时间，截至 2020 年 1 月 28 日，共计 61 家信托公司参与设立该专项慈善信托，共计募集人民币 3080 万元。截至 2020 年 2 月 1 日，该专项慈善信托完成了首批四个项目的资金投放：（1）向湖北省随州市各新冠肺炎救治医院捐赠核酸检测试剂盒；（2）向华中科技大学同济医学院附属同济医院捐赠防疫救助资金；（3）向华中科技大学同济医学院附属协和医院捐赠防疫救助资金；（4）向丹江口第一医院捐赠医用防护口罩。

### （二）部分信托公司积极发起设立疫情防控慈善信托

在中国信托业协会发起倡议的同时，部分信托公司勇于承担社会责任，充分发挥信托优势，积极踊跃设立慈善信托支持新冠疫情的防控工作。根据中国信托登记有限责任公司统计，截止 2020 年 2 月末，据不完全统计，中国信托登记

有限责任公司办理登记的定向“武汉加油”、“抗击新冠肺炎”等专项慈善信托计划募集金额累计达到 14.7 亿元，其他非定向社会保障和防范相关慈善信托计划募集金额累计超过 3390 万元，基本全部投向疫情防控领域，其中 29 笔慈善信托已完成了初始登记，涉及初始募集金额共计 4008.26 万元。例如光大信托与蓝帆医疗股份有限公司于 2020 年 1 月 27 日共同设立了国内首单医疗实物类慈善信托——“光信善·蓝帆医疗实物救援慈善信托”，蓝帆医疗股份有限公司捐献 100 万支医疗级防护手套作为慈善信托财产，全部用于武汉市及北京市的新冠疫情防控工作；同日，民生信托发起设立了“中国民生信托—民生有爱救助灾公益信托”，民生信托在职员工和高净值客户的捐款资金作为该慈善信托财产，全部用于武汉市新冠疫情的防疫工作；建信信托联合建信开太平、深圳市开太平公益基金会于 2020 年 2 月 25 日发起设立国内首单专注帮扶建筑工人的慈善信托——“建筑农民工关爱慈善信托”，将所筹集的信托财产专项用于向全国在岗的建筑农民工捐赠新冠肺炎防疫用品。由此可以看出，

慈善信托本身具有灵活、高效等制度优势，是汇聚社会力量支持开展慈善事业的重要途径。

新冠疫情爆发后，在极短的时间，中国信托业协会和很多信托公司发起了大量的慈善信托，这足以表明经过十几年的高速发展，目前的信托行业已经储备了大量优秀的人才，积累了丰富的行业经验，也具有非常强大的创新能力和实力。有了这些良好的基础，我们相信，慈善信托在中国一定会有非常远大的前景。

## 二、慈善信托在中国的发展及现状

### （一）国外的经验表明信托制度完全适合现代公益慈善事业的要求

慈善信托作为公益信托的一种，属于近几年在中国刚出现的一种新型信托制度，主要指委托人基于慈善目的，依法将其财产委托给受托人，由受托人按照委托人意愿以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。虽然慈善信托在中国的历史不长，但在国际上特别是英国，慈善信托是现代信托制度最早兴起的形式之一，1601



年英国颁布的《慈善用益法》是英国也是世界上慈善信托发展的起点，慈善信托发展至今已有400多年历史，并且直到今日，慈善信托仍是英国慈善事业的主体制度，在很多国家和地区（包括我国香港地区）都是慈善事业常用的形式。

随着慈善信托制度的不断发展、完善，以信托方式开展公益慈善事业的实践形式也逐渐获得更多国家的认可，也使得慈善信托从英国走向了世界，因此信托制度对于公益慈善事业的发展起到了积极的促进作用。慈善信托从其诞生至今，在解决世界各国的社会贫困问题、推进福利体系完善等方面都起到了重要的作用，是一项朝阳事业，具有广阔的发展前景。

## （二）慈善信托在中国的法律制度背景

我国于2001年颁布的《中华人民共和国信托法》（以下简称“《信托法》”）对我国建立公益信托起到了基础性作用，根据《信托法》相关规定，公益信托指的是为救济贫困、救助灾民、扶助残疾人、发展教育、科技、文化、艺术、体育事业，发展医疗卫生事业、发展环境保护事业和其他社会公益事业而设立的信托，同时《信托法》对公益信托的设立许可及监管、公益信托的存续与终止等方面均进行了相关规定。2016年9月，我国颁布了《中华人民共和国慈善法》（以下简称“《慈善法》”），对慈善信托进行专章规定，不但明确规定了慈善信托的受托人可以由慈善组织或者信托公司担任，也解决了慈善信托面临的审批机关不明确和投资范围受限等相关问题。《慈善法》和《信托法》作为慈善信托开展活动的主要法律依据，为我国慈善信托的发展创造了良好的制度环境。正因为这一制度安排，慈善信托自2016年9月1日《慈善法》开始实施之后备受业内关注，大概半年左右的时间，就有20多单慈善信托成功落地，截至目前，我国慈善信托的规模远超过当初的十倍，慈善信托在我国的发展态势非常迅猛。

随着慈善信托在我国的发展规模逐渐扩大，并且在《信托法》、《慈善法》等上位法的指导下，一系列慈善信托的相关法规、政策日臻完善。2007年1月1日发布的《中华人民共和国银行

业监督管理法》、中华人民共和国民政部、中国银行业监督管理委员会于2016年8月25日发布的《关于做好慈善信托备案有关工作的通知》、于2017年7月26日发布的《慈善信托管理办法》等法律法规均对慈善信托管理、备案等有关事项进行了明确的规定，中国慈善信托发展的法律制度基础基本已经建立。

## （三）慈善信托在中国的最新情况

1、2020年1月12日，中国慈善联合会发布了《2019年慈善信托发展报告》（以下简称“《发展报告》”），截至2019年12月31日，我国共备案慈善信托273单，财产规模共计29.35亿元，慈善信托数量逐年递增，2019年我国新增慈善信托119单，较2018年增长37%。在抗击新冠疫情的背景下，2020年我国慈善信托的数量和募集规模应该都会有长足发展。

2、根据中国慈善联合会发布的《发展报告》显示，我国慈善信托主要具有以下发展态势：

（1）慈善信托数量不断增长，可以满足不同群体的公益目的

根据《发展报告》显示，2019年我国新增慈善信托数量119单，较2018年增长37%。因为慈善信托的设立门槛较低，2019年我国慈善信托单笔募集规模多为百万以下级别，其中信托财产规模十万及以下级别的中小型慈善信托共69单，占比58%；信托财产规模为百万元级别的慈善信托共41单；信托财产规模为千万元级别及以上的慈善信托共8单。

近期我国慈善信托呈现快速发展态势主要有以下两方面原因：一方面，随着国家相关政策的大力支持，越来越多的社会公众释放出参与慈善事业的期望和热情，越来越多的人也希望通过中小规模的慈善信托探索出慈善信托在其专业领域内的可行性，信托公司也顺应趋势设计了更多小而专的慈善信托；另一方面，慈善信托设立门槛较低，灵活性很强，财产规模没有硬性要求，可以满足不同人群、多种行业的公益目的及个性化需求。

（2）慈善信托地域分布不均衡

根据《发展报告》显示，2019年我国新增



的慈善信托共分布在我国约 20 多个省、直辖市和自治区内。在慈善信托数量方面，甘肃省、浙江省和天津市分别以备案数量 20 单、17 单、12 单位列前三；在信托财产规模方面，甘肃省、河南省和江苏省分别以 5.6 亿、1 亿和 0.73 亿元的规模位居前三；另外，吉林省、新疆维吾尔自治区和云南省于 2019 年首次尝试并成功备案慈善信托。

但从我国经济区域分布看，2019 年有 65 单慈善信托备案单位集中在东部地区，40 单慈善信托备案单位集中在西部地区，中部和东北地区仅备案慈善信托 14 单。由此可以看出，我国慈善信托虽然处于逐步发展阶段，但地域分布仍略显不均衡，主要集中在东部和中部区域。

### （3）慈善信托期限仍以短期为主

根据《发展报告》显示，2019 年我国新增的慈善信托期限仍以短期为主，五年及以下的短期慈善信托共计 59 单，占比 50%，并且较 2018 年增长了 21 单。中长期、无固定期限及永续慈善信托较 2018 年数量略有增加，但增长速度低于短期信托。从慈善信托的实践案例看，中小规模的慈善信托期限通常较短，同时慈善信托的期限也与其信托目的相关，例如国家特定扶持政策指导下的定点扶贫类慈善信托的期限多为 3 年，便于其完成国家特定扶持政策的阶段性任务。

### （4）慈善信托受托人仍以信托公司为主

根据《发展报告》显示，2019 年我国慈善信托的受托人为信托公司、慈善组织以及双受托人三种形式，其中 87.4% 的慈善信托由信托公司单独担任受托人，11.8% 的慈善信托由信托公司及慈善组织担任双受托人，仅有 0.8% 的慈善信托由慈善组织单独担任受托人。信托公司担任受托人具有其特有优势，信托公司具有专业的金融知识，可以根据委托人的公益需求、财产规模、可承受的风险及流动性等要求，设计满足不同人群不同需求的慈善信托产品。

### （5）慈善信托配套制度日渐完善

2001 年《信托法》的颁布、2016 年《慈善法》的颁布以及 2017 年《慈善信托管理办法》的实施为我国慈善信托奠定了基本法律框架，随后我国地方性相关部门均立足各地发展实际，陆续出

台了相关规范，例如 2017 年 10 月 23 日，江苏省民政厅发布了《江苏省慈善信托备案管理暂行办法》，2019 年 2 月 21 日，广东省民政厅发布了《广东省慈善信托备案管理工作实施细则》，均对现有的慈善信托规范进行了一定程度的细化。

另外，2020 年 1 月 8 日民政部发布了《慈善信托信息公开管理办法》（征求意见稿），该征求意见稿在慈善信托信息公开的主体、公开平台、公开的具体内容和时限等多个方面对上位法的规定进行了细化，如果实施后会进一步有效促进慈善信托的规范运作，提升社会公信力，我们相信也将进一步促进中国慈善信托的发展。

## 三、慈善信托和基金会慈善行为之间的对比以及慈善信托相较基金会慈善行为的优势

### （一）慈善信托和基金会慈善行为之间主要情况对比

1、在法律关系上，慈善信托是信托的一种类型，开展慈善信托须遵守《信托法》、《慈善信托管理办法》等法律法规的规定，属于委托人依法将其财产委托给受托人，由受托人按照委托人意愿以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为；而基金会慈善行为是指赠与人基于慈善目的，自愿、无偿向基金会捐赠财产的赠与行为，赠与人与基金会之间是一种赠与法律关系。

2、在设立方式上，慈善信托应当采取信托合同等书面形式设立；基金会慈善行为属于赠与行为，可以采用书面、口头或其他形式设立。

3、在财产所有权方面，慈善信托一旦设立，受托人需开立慈善信托资金专用账户，对信托资金进行保管，因此信托财产既不同于委托人未设立该慈善信托的其他财产，也不属于受托人的固有财产，成为独立的财产，专门用于该慈善信托的公益目的。而在基金会慈善行为中，赠与人将财产捐赠给基金会后，该笔捐赠财产就成为了基金会的固有资产，无法与基金会的其他固有资产、其他捐赠人的捐赠财产相隔离。

4、在财产的筹集方面，根据《信托法》的

相关规定，慈善信托可以以追加委托人的方式筹集信托资金，但原则上不得公开募集；而根据《慈善法》相关规定，基金会自登记之日起可以面向特定对象进行定向募捐，依法登记满两年后，可以向登记部门申请公开募捐资格，也就是说，基金会开展慈善行为可以采取公开筹集的方式。

5、在外部监管方面，慈善信托的备案、设立、登记、运行、终止等事项均在各级民政部门和信托主管机关中国银行保险监督管理委员会（以下简称“银保监会”）的共同监管之下。同时根据《信托法》的相关规定，慈善信托应当设置信托监察人，信托监察人由信托文件规定或由公益事业管理机构指定，监察人对受托人的行为进行监督，并有权以自己的名义向人民法院提起诉讼，目前，我国慈善信托多由慈善团体、律师事务所、会计师事务所、慈善组织、商业银行甚至信托公司等承担监察人，因前述监察人具有审计、监督、独立性等特点，大大提升了慈善信托的专业性和透明度。而根据《慈善法》相关规定，慈善基金会属于社会组织，仅由我国各级民政部门进行监管，若基金会违反捐赠协议约定的用途，捐赠人有权要求其改正，若不改正的，捐赠人可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。

## （二）慈善信托相较基金会公益行为的优势

根据前述慈善信托与基金会公益行为差异的相关分析，我们认为，慈善信托具有以下几点优势：

1、慈善信托财产的独立性更强，能够更有效地实现信托财产的破产隔离功能，更有利于实现其公益目的

信托财产与属于受托人的固有财产相区别，不得归入受托人的固有财产，实现了信托财产的破产隔离功能，即使当受托人出现破产、清算等极端情况时，其捐赠财产也不会被列入破产财产，更有利于实现其公益目的。此外，慈善信托设立后，如果出现受托人违反信托义务或难以履行职责的情形，慈善信托可依法更换受托机构，从而不会影响慈善信托的存续、运转以及慈善目的的最终实现。

2、慈善信托财产的规模、种类、存续期限

等更加灵活，设立门槛较低

慈善信托的财产规模、种类及存续期限等均由信托文件自行约定，委托人可以根据自己的财产状况与意愿，与受托人协商确定信托财产规模，并约定慈善信托的存续期限和终止条件等。根据《发展报告》显示，2019年我国信托公司多以设立规模为百万元以下级别的慈善信托为主，其中规模最小的“千心千元意定监护慈善信托”的受托财产仅为5000元。而根据《基金会管理条例》第八条相关规定，全国性公募基金会的原始基金不低于800万元人民币，地方性公募基金会的原始基金不低于400万元人民币，且原始基金必须为到账货币资金。相较而言，慈善信托财产的规模、种类、存续期限等更加灵活，设立门槛较低，可以满足不同群体、多种领域的个性化需求。

## 3、慈善信托的保值、增值功能更加显著

根据《慈善信托管理办法》相关规定，如委托人和信托公司无特殊约定，信托财产可以运用于银行存款、政府债券、中央银行票据、金融债券和货币市场基金等低风险资产。因此在慈善信托中，委托人可以通过低风险的投资方式实现信托财产的保值增值，并且慈善信托的新增财产依然属于慈善信托财产的一部分。但是我国相关法律法规对基金会等慈善组织的投资范围和方式的管理更加严格，例如对于政府资助的财产和捐赠协议约定不得投资的财产均不得用于任何形式的投资，另外通过对捐赠财产进行投资所获得的新增财产与赠与人不再有直接关系。

4、慈善信托的内部治理结构更加完善、信息披露制度更加公开透明

随着《信托法》、《慈善信托管理办法》等一系列法律法规的出台，慈善信托构造了以受托人义务为核心的内部治理机制。根据前述法律法规的规定，慈善信托中受托人应履行忠诚义务，即不得采取通过关联交易、在职消费等方式损害受益人利益和信托财产；受托人还应履行注意义务，即受托人应该本着行业的审慎标准和符合公益慈善目的的做法严格管理信托财产，违反受托人义务的受托人除了不得担任受托人外，还应以其固有财产承担赔偿责任，赔偿金额全部归属于信托财产。同时，根据《慈善信托管理办法》相关规



定,受托人还应当根据信托文件和委托人的要求,及时向委托人报告慈善信托事务处理情况、信托财产管理使用情况。相比较近年来我国相关慈善基金会在运营过程中暴露出的捐赠财产管理、运用、年检、信息公开等方面的弊端,慈善信托的内部治理结构更加完善、信息披露制度更加公开、透明。

#### 5、慈善信托的外部监管措施更加完善

根据《慈善信托管理办法》相关规定,我国银行业监督管理机构和民政部门均根据各自的法定管理职责,对慈善信托的受托人应当履行的受托职责、管理慈善信托财产及其收益的情况、履行信息公开和告知义务等活动进行监督检查,其中银行业监督管理机构负责信托公司慈善信托业务和商业银行慈善信托账户资金保管业务的监督管理工作,县级以上人民政府民政部门负责慈善信托备案和相关监督管理工作。同时,我国银行业监督管理机构和民政部门还可以通过联合或委托第三方机构的方式对慈善信托的规范管理、慈善目的的实现和慈善信托财产的运用效益等进行评估。因此,我们分析认为,慈善信托具有更加完善的外部监管措施,有利于促进慈善信托财产管理、信息公开等方面的公开、透明。

## 四、慈善信托和家族信托之间的差异与联系

### (一) 家族信托的概念

2018年8月17日,中国银行保险监督管理委员会信托监督管理部发布了《关于加强规范资产管理业务过渡期内信托监管工作的通知》(信托函[2018]37号,以下简称“37号文”),根据37号文的相关规定,家族信托指信托公司接受单一个人或者家庭的委托,以家庭财富的保护、传承和管理为主要信托目的,提供财产规划、风险隔离、资产配置、子女教育、家族治理、公益(慈善)事业等定制化事务管理和金融服务的信托业务。家族信托财产金额或价值不低于1000万元,受益人应包括委托人在内的家庭成员,但委托人不得为惟一受益人。单纯以追求信托财产保值增值为主要信托目的,具有专户理财性质和资产管

理属性的信托业务不属于家族信托。

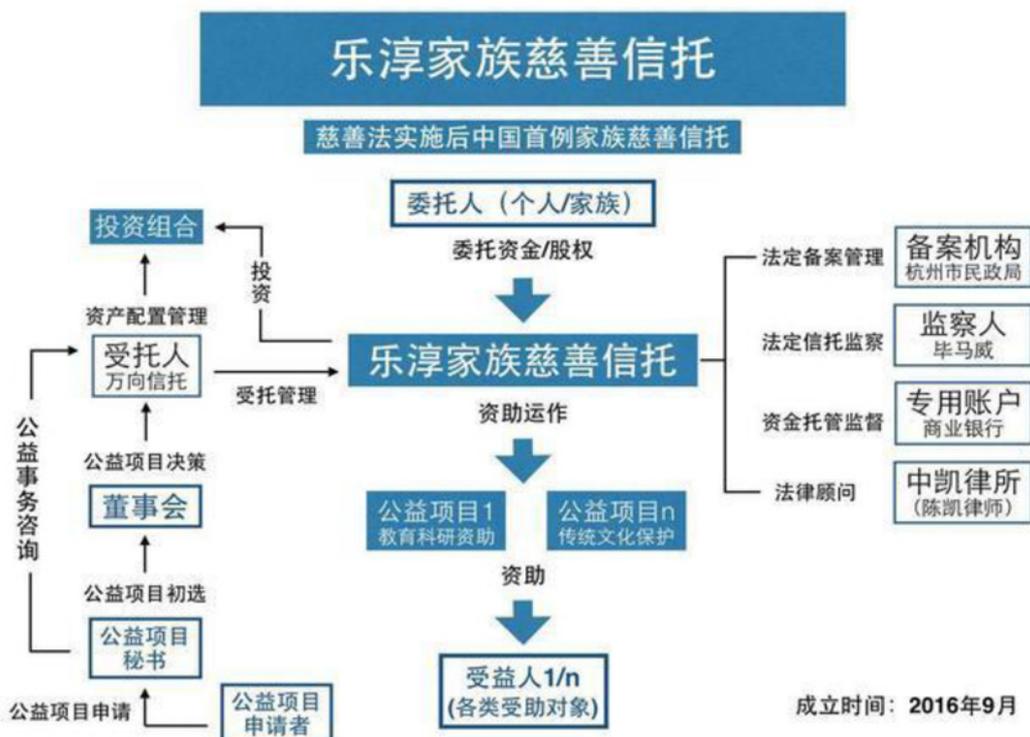
### (二) 慈善信托与家族信托的主要差异

根据本文前述对慈善信托和家族信托的相关分析,可以看出,慈善信托与家族信托的差异主要有以下几点:

1、信托目的不完全相同,根据《慈善信托管理办法》第七条相关规定,设立慈善信托,必须有合法的慈善信托目的,其中包括扶贫、济困;扶老、救孤、恤病、助残、优抚;救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害;促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展;防治污染和其他公害,保护和改善生态环境以及符合《慈善法》规定的其他公益活动。而根据37号文相关规定,家族信托的目的主要是家庭财富的保护、传承和管理。家庭财富的保护,是指将家庭财富的一部分转化为信托财产,按照信托文件的约定单独进行管理、运用和处分,这样就可以利用信托财产独立性的制度优势,使该部分家庭财产免受其他风险的影响,保证家族财富的传承。家庭财富的传承,是指家庭财富在家庭成员间进行代际的承继。家庭财富的管理,是指纳入该家族信托的信托财产必须以受托人的名义进行管理,受托人的管理权限由委托人在信托文件中予以明确且不得随意更改,同时受托人应恪尽职守,严格按照信托文件约定的家族成员共益、家族财富保护传承之目的来管理该部分家庭财产。

2、受益人不同,慈善信托中的受益人具有不确定性,根据我国慈善信托实践,慈善信托受益人可以为最终的受益对象,例如受资助的失学儿童、患者、残障人士、受灾民众等;但如果该慈善信托不存在最终取得信托利益的个人,也可以是最终取得信托利益的机构,例如以扶持科研为目的的慈善信托中的学校和科研机构、以支持环保为目的的慈善信托中的环保组织等。而家族信托的受益人相对具有特定性,指包括委托人在内的家庭成员。

(三) 慈善信托与家族信托之间的联系将日益紧密



随着我国慈善信托与家族信托的逐步发展，越来越多具有社会责任意识的企业家及高净值人士等在向家族后代传承物质财富的同时，也希望更多地承担社会责任，由此产生了在家族信托中嵌入慈善意愿的需求，根据信托合同约定，定期将家族财富的部分收益用于慈善目的。因此，我国信托行业已经开展了多个家族慈善信托的尝试。2016年9月26日，万向信托设立了我国首例家族慈善信托——“万向信托-乐淳家族慈善信托”并成功备案，该家族信托初始信托财产为2000万元人民币，主要用于支持发展教育、科技、文化、医疗卫生、环境等公益事业以及用于扶贫、扶老、救孤、恤病、助残、救助灾害事件等公益活动。该家族慈善信托将家族信托与慈善信托进行有机结合，委托人和其家族成员均可以参与慈善资助的决策过程，充分实现慈善精神在家族中的传递。（“万向信托-乐淳家族慈善信托”具体交易结构详见下图）。

中信信托等信托公司在家族财富与慈善信托的结合方面也进行了积极探索及尝试，2017年，中信信托与何享健家族合作设立了“中信—何享

健慈善基金会 2017 顺德社区慈善信托”，一些慈善信托项目实现了将高净值人群的家族财富管理需求与慈善信托的公益目的相结合。

因此，我们分析认为，慈善信托与家族信托虽然存在着差异，但随着我国高净值客户、家族企业等日益增加的慈善需求，未来慈善信托与家族信托之间的联系将日益紧密。一方面，家族慈善信托既可以发挥慈善信托在风险隔离、信托财产独立、信托交易结构设计等方面的优势；另一方面，家族慈善信托有利于优化家族内部治理，有助于传承家族精神和家族财富，进一步承担社会责任。

综上，我们认为，慈善信托是满足社会慈善需求，以金融助力我国慈善事业发展的积极有利的制度。依托于信托制度的优势，也许能够较好的解决我国目前慈善事业面临的一些问题，这也许是中国慈善事业未来发展的一条可行制度，值得我们重点关注和研究。





□ 王向阳/文

王向阳律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，北京大学法律硕士。曾被评为区“优秀专业律师”，北京市律协国有资产法律委员会副主任，中国能源法研究会委员，上市公司独立董事。王向阳律师主要从事公司并购、投融资及诉讼（仲裁）法律事务，擅长以及业务多集中于石油燃气、新能源、电力、私募基金、金融信托、建设工程、文化演艺等领域。王律师同时担任多家央企、国有事业单位常年法律顾问，熟悉国资管理。



□ 葛黎腾/文

葛黎腾，毕业于中国农业大学，获民商法学硕士学位，在读研期间，与导师合作撰写《农村集体经济组织的民事主体地位辨析》一文并顺利被《农村经济》（CSSCI）收录。曾在检察院、法院、私募股权投资机构有过实习和工作经历。现为中伦文德律师事务所实习律师。主要工作领域为：民商事争议解决、能源与环保、股权投资、土地与新农村建设。

## 天然气地下管道用地问题的法律探析

### 一、天然气地下管道用地问题的研究背景

随着我国能源结构向低碳转型的不断推进，天然气在我国能源消费结构中愈发占据重要地位。天然气管道作为保证天然气行业发展的重要基石，目前我国已建成由跨境管线、主干线与区域联络线、省内城际管线、城市配气网与大工业直供管线组成的全国性天然气管网，目前已初步形成“横跨东西、纵贯南北、联通境外”的格局。截止至2018年底，我国运行的长输天然气管线总里程达到7.6万公里，国内油气长输管道主要集中在三大石油公司，中国石油、中国石化和中国海油分别占比69%、8%和7%，其他公司占比约16%。干线管道总输气能力约3500亿立方米/年。

2019年3月19日，中央全面深化改革委员会第七次会议审议通过了《石油天然气管网运营机制改革实施意见》，提出组建国有资本控股、投资主体多元化的石油天然气管网公司。2019年

12月9日，国家石油天然气管网集团有限公司正式挂牌成立，中石油、中石化、中海油三大石油公司全资和控股（参股）的4MPa以上国家干线管网、省级管网、LNG接收站、储气库、管网调度业务等资产及相关员工将被纳入国家管网公司。国家管网公司主要职责包括：全国油气干线管道投资建设；负责干线管道互联互通及与社会管道联通，形成“全国一张网”的战略格局。

然而，在我国天然气管道建设规模不断扩大、管道运营主体不断整合的背景下，天然气地下管道用地的制度设计与法律适用却存在一定滞后，严重制约着天然气管道作为一项国家战略性工程的快速发展。

### 二、天然气地下管道的用地问题的现状

天然气管道是指将天然气（包括油田生产的伴生气）从开采地或处理厂输送到城市配气中心或工业企业用户的管道，又称输气管道，而线型分布与埋地敷设是天然气管道的两大主要特征，

同时管道设施的建设、使用、维护均依附于土地。因此，天然气地下管道用地问题是开展天然气管道工程建设面临的重要法律问题。

由于我国《物权法》、《土地管理法》主要以块状土地进行立法设计，天然气工程中的门站、增压站、清管站、分输站等地上块状用地应该以建设用地使用权形式通过出让或划拨交付管道使用方使用，涉及集体土地的，由国家先办理征收，管道使用方支付征地补偿费用，转为建设用地进行使用；部分较小或零星用地的，比如阀室等，现实中多是以租赁集体土地的方式解决。

对于以地下线型敷设的天然气管道而言，通过建设用地使用权的方式取得天然气管道用地的权利证明，不管在理论上或在实践中均存在较大的障碍，不具备可行性，原因在于：1、天然气地下管道仅对土地一部分地下空间进行利用，施工完成后，土地的所有权人、使用权人仍可以继续使用土地。2、天然气地下管道穿越集体农用地的，若采用征收方式取得建设用地使用权，不仅使管道使用方需要承受征地补偿及出让金等经营成本，而且使得集体土地被截断，造成集体土地集约程度降低，另外，征收过程中的耕地转用可能引发耕地保护问题，土地相关方及地方政府部门对征收土地的方式均没有积极性，难以操作。

对此，管道使用方在实践中主要采取以下应对措施：

### （一）办理临时土地证作为权利证明

实践中，管道使用方常根据《土地管理法》和《土地管理法事实条例》的相关规定办理临时用地，但在完成临时施工后，管线被永久地埋在相应地块下，而根据《天然气管道保护法》的相关规定，管道中心线两侧 5-1000 米范围内的土地利用存在着永久性限制 [1]，因此管道使用方通常需要以高于临时占地补偿的标准进行“准征收”，但是临时土地证书一般不超过 2 年，证书到期后，管道使用方和土地权利人的法律关系又处于不确定的状态，为了延续管道用地权利，管道使用方只好定期签订土地租赁协议。

### （二）签订土地租赁协议作为权利证明

管道使用方常通过与土地权利人签订土地租赁协议取得天然气地下管道用地权，天然气管道敷设后由于使用期限长、施工成本高，管道使用方不会轻易调整和改变，但租赁协议由《合同法》规范，其对管道使用方用地权的保障程度仍然较弱，存在较大风险：首先，合同期限不得超过 20 年，实践中一般在 1-5 年；其次，在合同履行



期间内解除合同的条件可由双方意定，出租方也可通过支付违约金不再履行租赁合同，出租方解约成本较低；最后，出租方若将土地权利转让给第三方，管道使用方存在无法继续承租管道用地的可能。对于已经通气使用的管线，常发生土地权利人要求增加租金标准或增添其他要求，而为难管道使用方，给天然气正常经营增添不确定性。

### （三）以规划许可证作为权利证明

实践中，有管道使用方根据《城乡规划法》办理管道规划许可证，以此作为用地权利证明。尽管持“公共地役权”观点 [2] 的学者主张将建设工程规划许可证作为线型工程通过土地的权利凭证，但我国尚无“公共地役权”的相关立法，目前“公共地役权”仅属于一种理论主张。因此，建筑工程规划许可证建设工程现阶段只能作为管线工程符合城乡规划要求的法律凭证，而非用地权利凭证。

综上，天然气地下管道用地权需要物权化的法律保障，但管道使用方目前采取的主要做法均无法满足该权利需求。正确的思路应是通过现有物权法律制度探讨天然气地下管道用地权的法律适用，为管道使用方提供一个可行且通用的操作方式，以此规范天然气地下管道用地权、推动权利的逐步构建和完善。

## 三、天然气地下管道用地权法律适用的讨论

天然气地下管道用地权作为一种天然气地下管道相关的权利束，主要包括以下内容：1、长期使用土地地下空间的权利。2、为埋设管道、保障管道安全而进行检查和施工的权利；3、要求土地权利人在土地范围承受管道中心线两侧 5-1000 米一定的永久性权利限制 [3]。

结合天然气地下管道线型分布及埋地敷设的特征，天然气地下管道用地权可与地上土地权利共存，但地上土地权利因地下管道用地权的存在，地上土地权利人需承受一定的权利负担，在物权法上只有“地下建设用地使用权”及“地役权”这两类物权比较符合，本文对其适用性加以讨论：

### （一）地下建设用地使用权

根据《物权法》第 136 条：“建设用地使用

权可以在土地的表面、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。”《物权法》虽然认可地下建设用地使用权，但将地下管道用地权适用为地下建设用地使用权仍存在以下问题：1、地上与地下建设用地使用权相互独立，分属不同的权利人，现行法律并未规定地下建设用地使用权人取得权利须经原益物权（地上建设用地使用权）人同意，但作为地下建设用地使用权人的管道使用方，因铺设管道必然使地上建设用地使用权人承受权利负担，则管道完工后，必然构成对已设立用益物权的损害，违反法律规定。2、天然气地下管道常需要经过集体土地，但在耕地或集体经营建设用地下设立地下建设用地使用权，仍存在一定法律障碍。3、实践中一些地区的地下空间建设用地审批登记制度将管线铺设工程等利用地下空间的情形排除在外，如《苏州市地下（地上）空间建设用地使用权利用和登记暂行办法》第 4 条 [4]。

作为用益物权的地下建设用地使用权目前多适用于城市大型地下空间的利用，天然气地下管道用地权尚不具备适用地下建设用地使用权的条件。

### （二）地役权

根据《物权法》第 156 条：“地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。前款所称他人的不动产为供役地，自己的不动产为需役地。”地役权根据合同取得，双方可以通过协议约定土地利用的方法、期限、权利负担及对应费用等事项，较为自由，同时法律并未规定地役权的具体种类，这为天然气地下管道用地权的适用留下空间。

## 四、天然气地下管道用地权适用地役权的优势

相较于其他类型的权利，通过地役权的方式取得天然气地下管道用地权的优势主要体现在以下方面：

### （一）地役权设定较为自由

1、适用土地类型自由。地役权的设立对土地的权利类型没有特殊要求，不管是国有土地或是集体所有土地、农用地或是建设用地、土地所

有权或是土地用益物权，均可由管道使用方与土地所有权人、用益物权人签订地役权合同的形式设立地役权。

2、可通过协议约定双方的权利义务。双方不仅可以通过协议约定土地利用的方法、期限、权利负担及对应费用等事项，还可以通过地役权协议作出特殊的权利义务安排，例如，《天然气管道保护法》对管道的保护体现为对破坏管道安全行为的事后处罚，而不是事前预防。此时，双方可通过地役权协议约定当事方共同以物权人的身份及时排除他人对权利的妨害，进行权利救济。

3、可通过谈判形式确定补偿金额。天然气地下管道用地一方面不需要地面土地的完全征收，另一方面又永久性地限制了地面土地的利用，天然气地下管道的这种特性，导致永久性征地补偿或是临时用地补偿均无法真实反映实际补偿金额，双方可将补偿金纳入地役权合同，将其作为地役权对价的一部分进行谈判。

## （二）地役权可随土地权利一并转移

地役权具有从属性，根据《物权法》第164条、166条、167条，地役权可随供役地和需役地的转让而一并转移，这意味着若供役地权利人转让供役地，受让人仍需要承担供役义务（但地役权未经登记不得对抗善意第三人）；若管道使用方整体转让管道工程，受让人依然可以继续享有作为地役权的天然气地下管道用地权。

## （三）地役权更为稳定

1、地役权可设立期限较长。根据《物权法》第161条：“地役权的期限由当事人约定，但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权剩余期限。”一般而言，地役权可设立的期限比租赁合同可约定的期限更长。

2、合同的解除条

件更为严苛。根据《物权法》第168条，只有在两种情况下，供役地权利人才有权解除地役权合同，地役权消灭：第一、地役权人违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；第二、有偿利用供役地的，地役权人未及时支付费用。由此可见，作为一项物权性质的权利，法律侧重维护地役权的稳定性，限制供役地权利人恣意解除合同。

## （四）权利登记法律制度相对完善

根据《物权法》第158条，地役权自地役权合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。《不动产登记暂行条例》第5条明确地役权可以在土地管理部门进行登记，并由《不动产登记暂行条例事实细则》第四章第八节，对地役权的首次登记、变更登记、注销登记等事项作出了明确规定。福建省政务服务平台甚至将“因铺设电线、电缆、水管、输油管线、暖气和燃气管线利用他人不动产的”明确为申请地役权首次登记的条件之一。地役权配套法律制度较为完善。

## 五、天然气地下管道用地权适用地役权的建议

### （一）建议权力机关将天然气地下管道用地权明确为一项典型的地役权

由于《物权法》对地役权的规定十分宽泛且



抽象，凡符合地役权合同设立之要件，地役权均可成立，如前文所述，这对天然气地下管道适用地役权是一种优势，但由于《物权法》对地役权的典型类型未进行任何划分，却又十分不利于地役权在实践中的适用，目前全国各地国土资源行政部门的地役权登记数量屈指可数，相较于房屋登记，民众和登记机关都对地役权制度并不十分熟悉。正因如此，天然气地下管道用地权在实践中也较少适用地役权。

建议立法机关或行政机关通过法律或行政法规的形式将宽泛而抽象的地役权明确为几个典型类型加以规范，同时将天然气地下管道用地权作为一项典型的地役权进行指引，以此普及管道使用方利用地役权保障其管道用地权，并以此保障管道使用方作为地役权人依法进行登记的权利。

## （二）建议管道使用方签订规范的地役权合同

为避免未来发生用地权权利性质纠纷并顺利办理登记，管道使用方应与土地权利人签订名为《XXX地役权合同》，同时该协议内容须满足《物权法》第157条的要求，应至少具备下列条款：

1、当事人姓名或名称和住所。

2、供役地和需役地位置。建议将管线末站或距供役地最近门站作为需役地。

3、利用目的和方法。利用目的：对天然气地下管道的敷设、使用和检测维修。利用方法：敷设施工和管道使用。

4、利用期限。根据双方谈判确定，为保障地役权的稳定，建议约定更长的利用期限。

5、费用及支付方式。根据双方谈判确定，建议将用地补偿金纳入地役权对价进行约定。

6、争议解决的方法。可约定仲裁或诉讼，若选择诉讼，地役权纠纷是《民事案件案由规定》所明确的民事案由，其管辖法院应为纠纷不动产所在地的人民法院管辖。

除此之外，建议管道使用方通过《地役权协议》约定：1、地役权后续登记事项，要求供役地权利人配合办理地役权首次及变更登记。2、供役地权利人承诺，在其权力范围内，自愿承受《天然气管道保护法》规定的管道中心线两侧 5-1000

米范围内的土地永久性限制。

## （三）建议管道使用方办理地役权登记手续

根据《物权法》第158条，地役权自地役权合同生效时成立，通过登记可产生公示对抗效力。因此，为避免供役地权利转让后，受让人以“善意第三人”为由拒不履行供役地权利人义务，建议管道使用方在签订《地役权合同》后，尽快与供役地权利人赴供役地或需役地土地管理部门办理地役权登记，由此产生对抗善意第三人的效力，确保地役权不因供役地权利的变动而受到影响。

## 六、小结

在我国天然气管道建设规模不断扩大、管道运营主体不断整合的背景下，天然气地下管道用地权作为天然气工程中重要的法律问题，在实践中仍存在权利保障不足的现象。结合天然气管道线型地下敷设的特点，将天然气地下管道用地权理解为一种地役权具备一定优势，能够满足天然气地下管道用地权作为一项物权的权利需求。建议立法或行政机关将天然气地下管道用地权明确为一项典型的地役权加以指引，同时建议管道使用方签订规范的地役权合同、依法进行地役权登记，以此保障其天然气地下管道用地权。

## 参考文献：

- 1、油气长输管道通过权研究.[D].华中科技大学.张耀东.2008.5.29
- 2、石油管道通过用地的法律分析——以“兆隆诉中航油案”为视角.[D].西南政法大学.王雪梅.2014.9.26
- 3、油气管道铺设中的用地问题及解决思路——从公共地役权理论到空间建设用地使用权.[J].法治研究.马强伟.2017.6
- 4、论油气长输管道项目的用地管理.[J].国际石油经济.张耀东.陈元鹏.2010.7
- 5、论我国地役权立法的完善.[D].湖南师范大学.黄悦欣.2018.5

## 注释：

- [1]《天然气管道保护法》第三十条、第三十三条、第三十五条。
- [2] 公共地役权：指为了公共利益的需要，在相关不动产上设定负担或不利益，权利人对此负有容忍义务
- [3]《天然气管道保护法》第三十条、第三十三条、第三十五条。
- [4]《苏州市地下(地上)空间建设用地使用权利用和登记暂行办法》第4条：“本办法适用于本市行政区域内地下、地上空间建设用地使用权的审批和土地登记，但属于管线铺架、桩基工程等利用地下、地上空间的情形除外。”



□ 武 坚/文

武坚律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 赵超群/文

赵超群，中伦文德律师事务所律师，中国青年政治学院法律硕士，山西省法学会破产与重组研究会第一届理事会理事，擅长领域为：企业破产清算及重整、并购重组法律服务、诉讼仲裁法律服务等。

## 论“实质合并”在破产重整程序中的适用

### 引言：

随着我国破产重整案件的增多，实质合并破产重整越来越受到实务界和理论界的关注。《中华人民共和国企业破产法》及其他法律、司法解释并未对“实质合并破产重整”概念进行界定，各地人民法院在实践中尝试性地将实质合并规则运用到关联企业破产重整案件中，并对该规则进行了积极、有益的探索。关联企业合并破产重整有别于传统的单方主体重整，是挽救危难企业、使企业重获新生的一种创新方法，在启动主体、启动方法、审查标准、具体操作中均具有特殊性。为此，需要对关联企业实质合并破产进行深入研究，从而为破产重整活动提供指导和立法建议。

### 一、运用“实质合并”规则审理破产重整案件的正当性

#### （一）“实质合并”规则的渊源

“实质合并”规则是美国破产法官根据衡平法则创造出的一种公平分配破产财产的救济措施，是法官在长期司法实践中逐步确立完善起来的，体现了浓厚的英美法系烙印。美国破产法典中的第 105

条授予法院“发布任何命令……只要是为了贯彻相关法律规定所以要并且‘适当’的规定，对某些商事破产案件发布合并的命令”，此条是唯一涉及实质合并的规定。“实质合并”规则的确立主要源于 1941 年的萨姆塞尔诉英派报业和卡勒公司案，随后被其他地区和国家纷纷仿效，法院依据该规则作出了一系列的裁决，该规则逐渐成为处理集团公司破产的一个重要方法。

根据 Phillip. Blumberg 教授 [1] 的定义，“实质合并”是将已破产之多数关联的资产和债务合并计算，并且去除掉关联间彼此之债权和担保关系，完成前述“合并”后，即将合并后之破产财团，依债权比例分配予该集团所有债权人，并不细加追究该债权是哪一家从属公司所引起的。联合国《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分“破产集团对待办法”指出：“实质性合并”是将集团两个或两个以上成员的资产和负债作为单一破产财产的组成部分对待。

#### （二）我国司法实践的需求

我国破产法体系存在严重的滞后性，已有的法律制度无法解决破产重整中的一系列特殊问题。

关联企业作为一种普遍的经营模式，内部存

在着密切的联系，但也有着不可调和的矛盾，其联系和矛盾在关联企业单个或部分破产案件中更为突出。由于关联企业之间法律关系较为复杂，在人员、资产、财务、管理机构方面存在着高度的混同，如其互相之间存在的纠纷（如互保关系）都需要逐个通过法律手段解决，无疑于陷入了互相追讨的恶性闭环，严重阻碍了破产重整程序的进程，延长了重整的时间。而实质合并不但可以简化重整程序，减少查明资产权属和发现恶意交易的时间，还能维持关联企业内部的协同关系，完善企业结构，优化资产配置，从而提升企业的整体价值。

最高人民法院在2018年3月4日公布的《全国法院破产审判工作会议纪要》第六部分明确：人民法院审理关联企业破产案件时，要立足于破产关联企业之间的具体关系模式，采取不同方式予以处理。既要通过实质合并审理方式处理法人人格高度混同的关联关系，确保全体债权人公平清偿，也要避免不当采用实质合并审理方式损害相关利益主体的合法权益。从会议纪要可以看出，我国已基本承认关联企业实质合并的合法性，并且正在不断运用到司法实践中。

## 二、裁定实质合并重整的审查标准

结合各地区人民法院裁定实质合并重整的案例，目前法院适用合并重整的审查标准主要有以下几项：

### （一）法人人格混同标准

破产重整程序中由于法人人格混同导致适用实质合并，与公司法中由于人格混同导致股东承担公司债务（即“揭开公司面纱”）的处理存在重大区别。

根据《公司法》第二十条第三款：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”的规定，在法人人格混同的情况下，股东具有连带承担公司债务的义务，其目的是为了防止公司主观上或客观上逃避债务的行为。这种自上而下揭开公司面纱的形式，与破产程序中因各关联企业之间资产混同、关联交易等横向揭

开公司面纱的情形不同，公司法中的“揭开公司面纱”是对单个事项或特定行为在一段时期内的否定，只要在公司单个交易中发生人格混同现象即可，并作为保护个别债权人利益的手段和工具，从程序上必须通过诉讼解决。公司法中的“揭开面纱”规则无法在庞大的集团企业下各关联企业之间适用，无法保证整体债权人的清偿公平，这与“实质合并”在破产重整程序中的运用目的不同。另外，实质合并是对法人人格的彻底否定，即使不存在逃避债务的情况下也可以由法院裁定适用，其程序适用非诉程序，以法院裁定方式确认，实质合并“使关联企业成员之间的所有债权债务关系完全消灭，财产完全合并，强调对全体债权人利益的保护，这在处理高度混同的关联企业破产案件中是一种更有利的手段”[2]。

浙江纵横集团有限公司合并重整案件，是《企业破产法》实施后国内最大的民营企业合并破产重整成功案例。浙江纵横集团有限公司与其名下五家重要子公司，即浙江倍斯特化纤有限公司、绍兴市涌金纺织有限公司、浙江星河新合纤有限公司、绍兴纵横聚酯有限公司、绍兴纵横高仿真化纤有限公司发生巨大的经营困难与财务危机，并分别向法院申请破产重整。绍兴市中级人民法院于2009年6月12日分别裁定受理六公司提出的破产重整申请，并于第二次债权人会议上表决通过六公司合并重整的决议。

法院审查六家公司合并重整的标准主要为：首先六家公司财务混同，六家公司在资金调配、财务账簿、银行账号等方面均存在混同，其资金结算统



一由集团公司融资部运作，且各子公司没有单独的银行出纳，形式上看是独立核算的子公司，实质上财务由集团公司统一支配；其次是人员混同、办公场所混同，各子公司的总经理、董事长、法定代表人由集团公司的高管兼任，且同一办公场所存在两个及以上的子公司；再次是资产混同，子公司的资产和负债难以单独梳理和区分，资产权属关系混乱，一个子公司的资金借贷用于关联子公司的情况较为普遍；另外，子公司注册资本抽逃现象严重，各子公司的注册资本由集团公司融资实缴后，验资完成后一段时间内即开始抽逃；互保现象严重，主要是集团公司融资后由子公司进行担保，或子公司融资后由集团公司或其他关联子公司进行担保。

## （二）有利于债权人利益标准

关于此项标准，有些学者认为有利于债权人利益标准，指的是实质合并将有利于全体债权人利益，即实质合并对每个主体下（集团公司及其他关联子公司）的债权人不会造成任何损失，只有更大地实现其债权利益。上述标准要求较高，法院无需再行进行衡量，应当直接裁定作出关联公司合并重整的决定。但在司法实践中此种情况较为少见，大多数情况为从整体债权人利益上看，实质合并产生的利益大于其造成的损失，但对小部分债权人而言可能仍然会造成损失，其损失只是一种牺牲，不会超过其他债权人因此获得的利益。此种情况下，法院需要谨慎、客观、公平、合理地作出裁定，审查的标准可能来自于以下几个方面：首先因关联企业实质合并导致资产得以合并处置；其次因关联企业实质合并导致集团价值和运营能力得以提升，如集团各关联企业之间在经营业务、公司结构和财务上的互惠关系，或关联企业之间在生产过程中产生的知识产权及其他共有资产价值得以保留和增值，从而作为一个整体更吸引投资者的进入，使债权人得到更高的清偿率；再次因实质合并免除了各关联企业之间的债权债务关系，降低了区分资产权属性质和清理的成本，降低了破产费用从而使债权人受益等。

尽管整体债权人利益标准从整体看保障了对债权人的清偿公平，但笔者认为此项标准不能单独适用，应当同时符合法人人格混同的适用标准进行补充，此外实质合并是否能使整体债权人受益是专业机构模拟计算的结果，需要专业中介机构出具模拟

分析报告，保证各项数据及依据材料的真实性和准确确定，并将分析结果告知关联企业的每位债权人，赋予其提出异议的权利。

目前仅在【2017】渝 0116 破 5 号裁定文书中，法院将“保护债权人公平清偿利益”标准作为决定的单独因素，法院认为“若两公司进行单独破产重整和清算，预估债权清偿率分别为 31.1%、30.6%；若两公司进行实质合并重整，预估债权清偿率达 76.9%”，因此对两公司裁定实质合并重整，从而提高债权人清偿率。但大部分法院仅将此标准作为辅助认定标准，在满足人格混同标准的情况下，预估对单独重整和合并重整的债权清偿率，并将此作为实质合并重整的结果。

## （三）重整需要标准

作为集团公司，其关联子公司之间往往存在着明确的分工，有着一套从生产、采购、研发到销售的完整产业流程，将单个主体进行重整将会导致产业链的断裂，不但耗费工作时间且难以保障单个主体挽救成功。实质合并可以提高重整的效率，促进优势资源进行重新整合，从而提高企业的重整价值，更有利保障企业得到挽救机会。重整需要标准，其实是法院为了保障企业重整成功而适用实质合并，美国破产法第 1123 条（a）款第（5）项（c）规定，法院可以采取一定的手段促进重整计划的实施，如“将一个或多个债务人进行合并”。

## 三、债权人利益保护程序

随着我国关联企业合并案件的增多，各地人民法院在审查合并重整案件时，逐步放宽了审查标准，越来越多的关联企业破产案件纳入到合并重整的程序中。由于破产法及相关司法解释并未对实质合并规则进行规定，法官审查合并重整的标准随意性较大，立法的缺失进一步导致了司法实践的不统一。实质合并审查标准的宽泛，不仅违背了实质合并规则的初衷，且会造成规则滥用从而损害债权人的利益，因此从程序上赋予债权人异议权利就显得尤为重要。

从目前各地裁定案例中，债权人尝试通过以下方式提出异议：

债权人以第三人撤销之诉提出异议。安徽省淮南市中级人民法院于 2014 年 10 月 28 日裁定受理

淮矿现代物流有限责任公司的重整申请，后法院以四个全资子公司与母公司之间存在法人人格高度混同，且均处于亏损状态为由，将四个全资子公司纳入母公司重整程序中。淮矿现代物流有限公司及子公司被法院裁定合并重整后，作为债权人的江苏长强钢铁有限公司认为损害了其利益，并提出第三人撤销之诉，法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第297条“对下列情形提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理：（一）适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序处理的案件……”之规定裁定对起诉不予受理。

债权人以破产确认之诉提出异议。此种情况在债权由关联公司提供担保的情况下容易发生。在单个主体破产重整时，债权不但可以向债务人申报债权，也可以向作为保证人的关联企业申报债权，而实质合并后债权人只能向合并后的主体申报一次债权。比如华夏银行作为债权人，对浙江玻璃相关公司转为合并重整时提起破产债权确认之诉，但同样没有得到法院支持。

债权人以向上一级法院复议的形式提出异议。2018年3月4日发布的《最高人民法院印发〈全国法院破产审判工作会议纪要〉的通知》第三十四条第一次对债权人救济途径进行了规定：“裁定实质合并时利害关系人的权利救济。相关利害关系人对受理法院作出的实质合并审理裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十五日内向受理法院的上一级人民法院申请复议”，由于在会议纪要之前，债权人无法通过诉讼或其他途径得到救济，会议纪要发布之后债权人向上一级法院申请复议的情况越来越多。如惠州市惠阳区鸿裕实业发展有限公司、惠州市惠阳区鸿凌土石方工程开发有限公司、惠州市惠阳区鸿凌房地产开发有限公司三家关联公司实质合并破产重整案件，债权人不服惠州中院的裁定向上一级法院申请了复议，二审法院认为：原审法院裁定除认定三家公司独自享有申请人资格不当外，其他处理正确，应予维持。从目前的案例看，二审法院基本上会予以维持一审裁定。

#### 四、运用“实质合并”规则审理破产重整案件的相关建议

统一实质合并的裁定标准，严格适用条件。通

过立法和司法解释对实质合并的裁判标准进行进一步明确，并综合运用法人人格混同、有利于债权人利益、重整需要三个标准进行审查。法人人格混同层面，需要达到高度混同才可适用合并重整程序，即关联企业之间的财务、人员、业务、资产等核心生产要素存在高度重合和交叉，若只是短暂或个别轻微的混同情形，不应该直接否认单个主体的独立性，在确认资产混同时建议委托专业的第三方机构出具报告，从而得出资产是否可以区分和分离的结论；有利于债权人利益层面，需要由管理人和专业机构出具单独破产重整和合并破产重整情形下债权人清偿率的评估报告，确定在何种情形下债权人可以获得较高的利益，法院根据评估结果判断实质合并是否对整体债权人有益；重整需要层面，法院需要综合考虑集团公司和各关联子公司之间的专业分工和经营模式，将司法效率、重整成本和时间、不同重整形式下企业的价值与再生能力作为考量标准。

充分保障债权人的知情权和救济途径。各关联企业在向法院提出实质合并重整时，应提前对单独重整和合并重整情形下债权人的清偿率做出计算，并将结论告知债权人，供其审阅和查询，如债权人质疑可适当做出解释。合并重整事项由各关联企业债权人会议进行表决，表决程序可参考《企业破产法》第六十四条的相关规定。目前债权人无法通过诉讼途径提出异议，向上一级法院提起复议往往无法得到支持，笔者认为，应对上一级法院复议的审查标准进行明确和公开，从而更好地保障司法公正，维护债权人的权益。

#### 参考文献：

- 1、联合国贸易法委员会破产法立法指南第三部分《破产企业集团对待办法》，联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科，2012年8月。
- 2、陶蛟龙、史和新：《关联公司合并破产重整若干法律问题研究》，人民司法（应用），2012年3月。
- 3、王欣新、周薇：《论中国关联企业合并破产重整制度的确立》，第53页，北京航空航天大学学报（社会科学版）第25卷第2期，2012年3月。

#### 注释：

- [1] Phillip. Blumberg, The law of Corporate groups, Little Brown & Co Law & Business, May, - 402 (1985)
- [2] 王欣新、周薇：《论中国关联企业合并破产重整制度的确立》，第53页，北京航空航天大学学报（社会科学版）第25卷第2期，2012年3月。





□ 娄爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，中国人民大学法学学士，南开大学经济法法学硕士，南开大学公共管理硕士，北海国际仲裁院仲裁员，天津市法学会经济法学分会理事，天津工业大学法律硕士校外导师。精通公安刑事法律和国资监管政策，熟悉公安业务和国资架构。专业领域：国企改革，民商事诉讼，刑事辩护，法律顾问。

## 国有企业混合所有制改革律师操作实务研究

国有企业混合所有制改革，是指通过产权转让、增资扩股、新设企业、收购股权或出资入股等方式，引进战略投资者，从而在国有企业中实现国有资本、集体资本、非公有资本交叉持股、互相融合的新形式，以促进国有企业转换经营机制，放大国有资本功能，提高国有资本配置和运行效率，实现各种所有制资本取长补短、互相促进、共同发展。国有企业的混合所有制改革工作，是新形势下国有企业改革的必然选择，是二十余年来国企改革的延续和深化，具有十分重大的意义。

但同时，国企混改工作作为一项新兴的改革工作，仍然处于探索阶段，针对国有企业混改的专门性法律法规尚未出台，配套的政策制度又缺乏统一性、及时性和全面性，特别是每个企业的具体情况不甚相同，要求必须“一企一策”来操作，这就造成国企混改工作缺乏统一的法律支撑和操作指引，为国企混改前沿战线的践行者提出了新的挑战，稍有不慎便会带来法律风险，影响混改进程和效果。因此，以法律为工具，重视国企混改工作中法律的价值，将为国企混改的依法依规推进奠定坚实基础，

是国企混改顺利进行的重要保障。在实务操作中，为国企混改提供法律服务的律师需要根据不同的流程阶段，开展相应的律师业务，履行相关职能，开展重点工作，发挥积极作用。

### 一、国企混改中的律师业务类型

在国有企业混合所有制改革的实践中，律师服务将从混改工作确定立项开始，直到工商变更交易完成为止，涵盖了全部工作的整个过程，涉及到每项流程的方方面面。

（一）制定混改工作方案。混改工作方案不同于混改实施方案，是开展混改工作的整体方案。与混改实施方案相比，混改工作方案不仅更加宏观笼统，而且还要有“混改进度安排”等方面的内容，对混改工作的组织领导和分阶段推进予以明确。在制定混改工作方案的工作中，律师的主要工作在于参与起草、修改或者审核混改工作方案。工作中，律师通过对改制企业的尽职调查，了解企业的基本情况和混改需求，结合相关法律、法规和规范性文件的具体要求，按照混改目标企业的要求，对其混改工作方案进行起草制定、修改完善或者审核把



关，确保混改工作方案内容完整、合法，具有可操作性。

**(二) 资产清查。**在此项工作中，要求对混改目标企业各项资产进行全面清理、核对和查实，对清查出的各种资产盘盈和盘亏、报废及坏账等损失进行分类排队，为清产核资打好基础。在资产清查过程中，律师的主要作用在于辅助资产管理部门或专业的资产清查机构，核实企业资产的情况，调查资产权属和权利限制情况，以助于企业资产能够达到底数清、情况明。

**(三) 选聘审计、评估等中介机构。**审计、评估等中介机构由审批改制方案的单位予以选聘，为保证选聘公平公正性，中介机构的选聘往往采取差额竞争的方式确定。按照《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意见》(国办发〔2005〕60号)的相关规定，企业实施改制必须由确定的中介机构进行财务审计和资产评估。确定中介机构必须考察和了解其资质、信誉及能力；不得聘请改制前两年内在企业财务审计中有违法、违规记录的会计师事务所和注册会计师；不得聘请参与该企业上一次资产评估的中介机构和注册资产评估师；不得聘请同一中介机构开展财务审计与资产评估。律师的作用在于，按照上述规定，对选聘的公告进行审核，对选聘的程序进行督导，并对中标的中介机构和相关人员的资质进行审核，防止违规问题的发生。

**(四) 清产核资。**对于混改目标企业的资产损失要进行认定与核销，对资金要予以核实。清产核资工作包括账务清理、损溢认定、资金核实等内容。在此期间，律师可以就在诉资产、涉诉后未执行的资产等出具鉴证意见，辅助会计师事务所依法开展清产核资工作。

**(五) 财务审计。**在清产核资的基础上，会计师事务所按照审计准则的规定对企业资产、负债、损溢的真实、合法、效益进行审计监督，对被审计企业会计报表反映的会计信息依法做出客观、公正的评价，形成审计报告。对于审计报告，律师将进行法律审核，并在《法律意见书》中发表意见。

**(六) 划定范围。**由于有些国有企业历史悠

久，情况复杂，经过清产核资和财务审计，很可能会发现一些权属不明、情况不明、暂时无法界定和裁判的资产、股权或者债权债务。这些都需要在资产评估之前予以剥离，从而保持混改企业的资产清晰，防止国有资产流失。此时，律师的职能是，对剥离的资产进行认定，辅助企业构建资产转让的路径，起草或者审核资产转让的协议等。

**(七) 资产评估。**按照《关于进一步规范国有企业改制工作实施意见》(国办发〔2005〕60号)和《企业国有资产评估管理暂行办法》(国资委12号令)的相关规定，在清产核资和财务审计的基础上，要请资产评估师事务所对纳入混改范围的全部资产、股权等进行评估，形成资产评估报告，并按要求进行专家评审、修改调整、公示和核准。对于资产评估报告，律师将进行法律审核，并在《法律意见书》中发表意见。

**(八) 制定混改方案和职工安置方案。**混改方案是国有企业混改工作的核心文件，职工安置方案涉及到每名职工的切身利益，关系到混改工作的成败，都非常重要。与混改工作方案不同，混改方案规定得更加细致、具体，包括公司基本情况、实施混改的必要性、基本原则和目标任务、混改主要内容、妥善安置职工、战略发展规划及预期效果、关于划拨土地的处置、下一步主要工作等内容。职工安置方案包括职工安置的原则、安置对象及人员情况、职工年龄及工龄计算时点的确定、安置办法、费用来源及管理、职工安置方案的实施等方面的内容。作为律师而言，在制定上述方案的过程中，应该起到全程把关的作用，确保上述方案的内容符合法律法规和相关国资监管制度的规定，具有操作性和可行性。此外，在此阶段，混改企业将有可能着手起草《合资合作协议》、《混改后公司章程》、《员工持股方案》、《择优方案》等文件，律师也将参与起草，或者进行法律审核和修改完善。

**(九) 开展社会稳定风险评估。**根据《关于建立国有企业改革重大事项社会稳定风险评估机制的指导意见》(国资发〔2010〕157号)的规定，社会稳定风险评估是国有企业改制重组等重大

改革事项执行过程中的必要环节，要科学识别、评价、应对和控制国有企业改革中的社会稳定风险，形成《社会稳定风险评估报告》，确保在风险可控的前提下推进改革。在开展社会稳定风险评估工作中，律师应对风险评估工作的主体、程序、内容进行法律审核把关，并在《法律意见书》中发表意见。

**(十) 召开职代会或职工大会。**召开职代会或职工大会，对混改实施方案和职工安置方案进行审议，是国企混改工作的必经阶段，也是维护职工权益的有效手段。在此阶段，律师可以通过审议职代会或职工大会决议或者全程参会的方式，监督职代会或职工大会召开的程序、参加的人员组成、会议的进程、表决的方式和比例等各个方面，从而确保职代会或职工大会的召开符合法律、法规和相关制度的规定，并在《法律意见书》中发表意见。

**(十一) 离任审计。**《关于进一步规范国有企业改制工作实施意见》(国办发[2005]60号)规定，改制为非国有的企业，必须在改制前由国有产权持有单位组织进行法定代表人离任审计。律师将对企业领导人员离任审计情况进行法律审查，并在《法律意见书》中发表意见。

**(十二) 出具法律意见书。**《法律意见书》是律师服务国有企业混改的核心文件，也是企业集体决策的前提。《法律意见书》对于企业的主体资格，股权结构，方案合法性，职工安置方案，清产核资、财务审计和资产评估，债权债务处理，涉及土地使用权事项，重大决策事项社会稳定风险评估报告，混改方式及交易管理等方面均要发表法律意见，是律师参与混改项目的核心工作成果。

**(十三) 履行内部决策程序。**按照《关于进一步推进国有企业贯彻落实“三重一大”决策制度的意见》，企业改制需要经过党委会、董事会等领导层集体讨论决定。如果律师是改制企业的专项法律顾问，其出具的法律意见书是改制企业的领导层履行内部决策程序的前置程序，因此不可能对内部决策程序作出法律评价。但是，如果律师作为改制企业国有产权持有单位的专项法律顾问，则需要对改制企业党委会、董事会等领导层集体讨论进行法律审核，重点审查该企业内部决策程序履行的合法性，并在《法律意见书》中发表意见。

**(十四) 产权持有单位审核。**按照规定，混改企业在履行内部决策程序后，要将混改工作



的全部文件（包括但不限于：企业混改实施方案、企业混改人员安置方案、潜在合作方情况简介、剥离企业名单、清产核资报告、财务审计报告、资产评估报告摘要、经营者经济责任审计报告、职工代表大会决议、法律意见书、党委会决议、董事会决议等）上报给国有产权持有单位进行审核。在审核过程中，律师作为改制企业国有产权持有单位的专项法律顾问，可以参与审核，提出法律意见，确保相关文件内容合法，审核工作程序合法。

**（十五）进场交易。**通过产权交易中心，对混改企业的产权进行进场交易。在进场交易之前，改制企业需要签署《产权交易合同》，该合同中，将对产权转让的标的及价格，产权转让的方式及相关费用，产权转让涉及企业职工安置，产权转让涉及债权、债务的承继和清偿办法，产权转让中涉及资产处置，产权转让总价款的支付方式、期限、条件、地点，产权交割事项，权证的变更，产权转让的税收和费用，违约责任，争议的解决方式，合同的变更和解除以及承诺进行约定，并作为挂牌的披露事项。作为改制企业国有产权持有单位的专项法律顾问的律师将有责任对该协议进行审核把关，维护企业国有产权持有单位的合法利益。此外，进场交易时，按照相关规定，需要进行信息披露。在《企业国有资产交易监督管理办法》（国务院国资委、财政部 32 号令）中，对于信息披露的期限、内容和形式都有明确规定，因此，律师应结合相关规定，对信息披露情况进行法律审核，确保信息披露依法合规。

**（十六）工商变更及国有产权登记。**按照《公司法》和《国家出资企业产权登记管理暂行办法》（国资委 29 号令）的相关规定，混改后的企业应该进行工商变更，并且纳入国有产权登记范围。这是整个混改工作的最后环节，律师可以协助办理相关事宜。

## 二、国企混改中律师的主要作用

在全面依法治国的当下，法律服务作用越发突出和重要。国有企业混合所有制改革，关系到企业的未来发展，也关系到职工的切身利

益，更关系到国民经济的进步壮大。在这项意义重大、充满挑战的工作中，为混改工作提供法律服务的律师将发挥非常重要的积极作用，为国企混改、经济发展、社会稳定保驾护航。

**（一）法律法规政策解读。**通过收集整理混改方面的法律、法规和政策文件，制定混改汇编，根据委托人的需求，向企业经营者、职工及相关人员进行讲述介绍，答疑解惑。

**（二）前期调查咨询服务。**在混改的开始阶段，对混改目标企业开展摸底性调查，根据调查情况对混改的初步方案提出建设性意见，并对混改过程中可能涉及的法律问题提供专业咨询意见。

**（三）尽职调查出具报告。**根据委托人的需求，按照审慎原则，对潜在合作方企业开展尽职调查，从法律专业角度对有关资料、文件、信息以及其他事实情况进行调查、研究、分析和判断，并出具《尽职调查报告》。

**（四）参与谈判提供支持。**根据委托人的需求，全面参与混改工作中中国有企业与各潜在合作方企业的重大商务谈判活动，出具书面或口头法律意见，审核会议纪要，提供法律支持。

**（五）起草审查相关文件。**根据委托人的委托，对混改实施方案、职工安置方案、员工持股方案、合资合作协议、混改后公司章程、择优方案、产权交易合同等重要文件进行拟订、审查及修改完善，发表明确的结论性意见，并应委托人需求出具《法律意见书》。

**（六）提供律师鉴证服务。**根据委托人的委托，对混改过程中企业的清产核资、财务审计、资产评估等专项工作提供法律服务，依法协助产权主体或混改企业进行清产核资、财务审计、资产评估，对所涉及的核准或备案程序问题提供咨询意见、出具鉴证意见。

**（七）审查内部决策程序。**协助国有企业完成各项内部决策程序，重点审查与规范企业是否按照“三重一大”的决策要求严格履行相关程序，确保相关交易的内部决策程序符合公司法、国资监管制度、公司章程和企业内部管理制度。

**（八）协助混改方案申报。**根据委托人的委

托，依法协助混改企业进行《混改实施方案》等相关材料的报批工作，对材料清单、报批程序提供咨询意见，并对申报过程中出现的问题，提出合法合理的解决方案。

**（九）审查信息披露情况。**按照相关国资监管规定，对混改企业履行信息披露义务的情况进行法律审核，审核相关的信息内容是否披露全面完整，期限是否符合规定，流程是否依法合规，并及时提出相关建议。

**（十）协助完成产权交易。**根据委托人的委托，协助混改企业完成国有产权转让、增资扩股等国有产权交易挂牌的相关工作，审查择优方案、产权交易合同等相关文件，产权交易前出具产权交易中心挂牌的法律意见书等。

**（十一）协助办理工商登记。**协助混改后的企业按照混改实施方案、《公司法》《公司登记管理条例》及工商行政管理部门的有关规定，完成混改后新公司的设立或股权变更登记等各项工作。

**（十二）代理相关案件诉讼。**在混改过程中或混改工作结束后，混改企业可能会出现产权界定、产权交易等混改相关的纠纷案件，需要通过向法院或者仲裁机构诉讼予以解决，对于这些纠纷案件，可以提供代理诉讼法律服务。

**（十三）其他相关法律服务。**根据委托人的需求，提供其他与国有企业混合所有制改革相关的法律服务。（本文节选自娄爽律师著作《国有企业混合所有制改革法律操作实务》。）

## 参考文献

- [1] 国家发展改革委体改司：《国企混改面对面——发展混合所有制经济政策解读》，人民出版社2015年10月版。
- [2] 李锦：《新时代国企改革策》，中国经济出版社2017年11月版。
- [3] 国务院国资委新闻中心《国资报告》出版社，中国经济出版社2016年9月版。
- [4] 李俭：《法律尽职调查完全手册》，法律出版社2017年3月版。



## 《从入门到精通：国有企业混合所有制改革法律操作实务》书评

该著作将国企混改的历程回顾、操作模式与流程、所涉各项文书、存在的风险及预防、相关的规范性文件等娓娓道来，体例完善、详简得益，以国内外典型案例寓教于理，内容新颖，引人入胜，令人读后若甘之如饴，收获颇丰。

该书可作为“工具书”，对混改理论和实务的详细解析、对案例指引的诠释对大家都有很强的实践借鉴意义。

——赵鹏（曾任天津市国资委副主任，现任天津能源投资集团有限公司总经理）

当下国有企业混合所有制改革正进行得如火如荼，但是有关国有企业混改的理论和实践研究却差强人意。在此背景下，本书从国企混改的规范体系和法律服务入手，提出了国企混改的可能模式，对国企混改提供了有价值的观察和思考。继而，梳理出了国企混改的工作及操作流程，从全局出发，以有说服力的论证，探讨了依法推进国企混改的进路。随后，就国企混改的相关文件、文书及其法律服务和风险防范等进行的阐述，对国企混改的法律操作实务中亟待解决的问题进行了全面和深入的分析和解答。

——刘晓纯（天津大学法治政府研究基地主任、天津大学法学院教授）



## 白衣战士 中华民族的守护神

陈 文/文

仿佛是一场噩梦，  
狰狞的新冠病毒不知何时从哪里冒出。  
当武汉人民还沉浸在要欢度春节的前夕，  
它悄悄地潜入人们的喉鼻，  
像魔鬼般地要扼住人们的呼吸。  
一时间许多人突然被病魔缠身不能自理。  
男人，女人，儿童，少年，一直到耄耋老人，  
数以万计的家庭，  
成千上万的生灵，  
顿时挣扎在与新冠病毒缠斗的危难之中。  
武汉三镇陷落在新冠肺炎的雾霾笼罩之下。  
协和医院，同济医院，金银潭医院和华中医院  
及全国各省和解放军医院的众多医生与护士，

他们临危受命，  
挽狂澜于既倒，  
他们不顾个人的安危，  
他们中有身怀六甲的准妈妈，  
有新婚燕尔的小夫妻，  
有马上就要举办婚礼的情侣，  
还有在襁褓中没有断奶婴儿的年轻母亲。  
更有那年逾花甲的老院士和老大夫。

疫情就是命令，  
病房就是战场，  
病魔就是敌人。

就是这些可敬可爱的白衣战士，  
在致命病毒前面，  
他们义无反顾，

用他们的汗水，泪水，鲜血和生命，  
筑起了一道道铜墙铁壁！

他们经受了多少次死亡病毒的威胁，  
他们熬过了多少个难眠的日夜，  
又经历过多少次几经撑不住的时刻，

他们不仅要承担治疗众多患者的繁重压力，  
而且还要忍受自身生病

和家庭成员生病所带来的精神痛苦和身体痛苦。

同时还要忍耐那些歇斯底里病人家属的骚扰所带来的委屈。

是什么意志和精神，

让他们能够坚持到今天？

是坚定的信念和意志！

是医生的誓言，

是希波克拉底的誓言在心底里激励着我们的医生，

是南丁格尔的精神和誓言在无时不刻的勉励着

我们的白衣天使！

今天，你们是最可爱的人！

是你们的坚持、奉献与守护，

使我们中华民族免于了一场大灾难！

我们要铭记：在2020庚子年，

是这些平凡而又普通的

医护人员挽救了我们的国家，

是他们的献身精神拯救了我们的人民！

我们应该从心里尊重他们！

从此希望天下再不应该有伤医害医现象发生！

因为只有他们才是我们中华民族的守护神！

## 西江月·庚子新春

方登发/文

庚子新春才至，江汉疾疫心惊。早已森严壁垒，更加众志成城。以《西江月·庚子新春》一首为家乡祈祷，为国人祝福。我们每一个人，都从我做起，从现在做起，管控好风险。我们可爱的家乡，我们坚强的人民，一定能早日战胜疾疫。中华民族历经艰险而永葆青春，胜利属于我们。祝我们的家人朋友、父老乡亲们新年大吉、平安健康！



残雪消融昨夜，  
微云扫去今朝。  
新桃换了百灾销。  
何惧春寒料峭。

四面驰援重镇，  
八方谨守城壕。  
东风万里柳花飘。  
忽报荆江春晓。

## 事务所快讯

### ▲中伦文德北京总所成功中标国家移民管理局 2020 年度常年法律顾问服务项目

2020 年 1 月 2 日，国家移民管理局对《国家移民管理局购买法律顾问服务项目》发布了成交公告。中伦文德北京总所凭借专业的律师团队、完善的服务体系、丰富的法律服务业绩，成功中标国家移民管理局常年法律顾问服务项目。本次投标由中伦文德北京总所党支部书记、副主任、高级合伙人朱登凯律师牵头并携同团队，联合北京总所高级合伙人夏欲钦律师、田磊律师、李铮律师、武坚律师、郝伟律师、合伙人王向阳律师共同合作完成。

### ▲中伦文德律师承办的“佩蒂股份非公开发行 A 股股票项目”获中国证监会审核通过

2020 年 1 月 2 日，中伦文德律师承办的佩蒂动物营养科技股份有限公司（证券简称：“佩蒂股份”；证券代码：300673）非公开发行 A 股股票项目获中国证监会发行审核委员会审核通过。中伦文德律师事务所高级合伙人张彦周律师、合伙人张晓霞律师以及陈宏杰、李帅律师等组成的项目团队，为本项目提供了全程法律服务。

### ▲中伦文德甄庆贵律师团队历时三年代理“咖啡伴旅”商标权纠纷案获胜

在雀巢产品有限公司（以下简称“雀巢公司”）诉昆明后谷咖啡销售有限公司（以下简称“后谷公司”）侵害商标权纠纷案件中，中伦文德律师事务所甄庆贵律师团队代理后谷公司参加该案一审、二审。两级法院均认定：后谷公司使用“咖啡伴旅”标识不构成对雀巢公司“咖啡伴侣”商标权的侵犯。甄庆贵律师团队代理该案后，历经一审、二审，历时三年，最终维护了委托人后谷公司的合法权益。

### ▲中伦文德天津分所律师荣获“全国公共法律服务工作先进个人”称号

2020 年 2 月，司法部印发《关于表彰全国法律援助和公共法律服务工作先进集体、先进个人的决定》（司发通〔2020〕9 号），表彰了一批全国领域法律援助和公共法律服务方面的先进集体和先进个人。根据该文件，中伦文德天津分所高级合伙人郭明律师以及兼职律师李德华博士获得了“全国公共法律服务工作先进个人”的荣誉称号，成为天津市 17 名获得该称号的代表之一。

### ▲首届女性国际仲裁研讨会在中伦文德律师事务所成功举办

2020 年 1 月 16 日，主题为“女性仲裁员的挑战：成为国际仲裁新星领袖”为主题的首届女性国际仲裁研讨会在上海成功举办。该研讨会由国际女仲裁员协会主办，中伦文德律师事务所协办，上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）、英国皇家特许仲裁员协会（Chartered Institute of Arbitrators, CI Arb）、马来西亚律师事务所 Lee Hishammuddin Allen & Gledhill 作为支持单位。

### ▲中伦文德文章入选《助力深圳建设中国特色社会主义先行示范区》成果集

2019 年 12 月，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所副主任、高级合伙人周力思律师和实习律师欧阳俊发表的《中外在线争议机制（ODR）在实践中的运用》一文入选《助力深圳建设中国特色社会主义先行示范区——深圳涉外律师领军、后备人才首期境外培训成果集》

### ▲中伦文德助力民营企业顺利完成“市场化债转股”项目

在各方对项目进行充分调研、分析的基础上，历经六个月的不懈努力，通过各方积极地沟通协调，该民营企业市场化债转股项目最终落地，各方近日顺利签约。该项目债转股金额超过 1 亿元。北京中伦文德律师事务所高级合伙人张彦周律师及其团队为该项目提供了全程法律服务。



◀ 走向深蓝，走向国际！1月16日晚19时，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）2020年会盛典在金茂北京威斯汀酒店宴会厅隆重举行。中伦文德200余同仁，在盛会旋律中互送祝福，携手步红毯入场。



◀ 2020年1月16日，中伦文德破产管理人小组成立大会在第一会议室召开，这标志着中伦文德破产管理人小组正式成立。大会由破产重组法律专业委员会主任刘培峰主持，陈文董事长、方登发主任出席大会并发表讲话，合伙人武坚、张显峰、于斐、李敏、史志敏、王楠、吕焱参加了本次成立大会。

## 中伦文德律师事务所北京总所 2020 年度新晋及新加入合伙人风采



邹健 合伙人

毕业于中国人民大学和英国布里斯托大学  
擅长领域：公司证券、房地产及金融行业



魏大忠 合伙人

中央企业涉外法律人才库第一批入选专家  
擅长领域：国有资产管理、公司法律事务、矿产资源、刑事辩护等



桂少华 合伙人

毕业于中国政法大学和韩国国际法律经营大学  
擅长领域：能源、房地产及金融行业



孙晓恒 合伙人

毕业于中国政法大学（法学硕士）  
擅长领域：公司法务、投融资、反垄断等



杨尚达 合伙人

毕业于中国青年政治学院  
擅长领域：房地产、争议解决及金融行业等



唐颖 合伙人

擅长领域：金融、制造、服务、电信、化工、医疗健康、房地产、汽车、能源矿产、农业和公用事业等领域



张家健 合伙人

毕业于英国莱斯特大学（LL.M）  
擅长领域：能源、医药、金融

主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：李 刚 甄庆贵 夏欲钦 李 铮 林 威 王志坚 李熙华 温志胜 王爱国 刘银栋 余树林 洪国安 王长江

# 中伦文德律师事务所

## ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·上海·广州·深圳·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·西安·南京·厦门·前海·香港·伦敦·巴黎·里昂·利雅得·柏林·汉堡

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层

19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing, 100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

[www.zhonglunwende.com](http://www.zhonglunwende.com)