



X I N G U A N F E I Y A N

新冠肺炎

疫情法律问题与

依法应对

Y I Q I N G F A L Ü W E N T I

Y U Y I F A Y I N G D U I

国浩律师事务所 编著

 上海科学出版社

编委会：吕红兵 李 淳 张敬前 沈田丰 刘 维
宋 茵 李世亮 于宁杰 马国强 王民生
刘 继 白 敏 车 捷 周世虹 杜玉松
冯 帆

执行编辑：尤 越 张 文 陆天盈

执行秘书：张 璐

目 录

一、总论	001
1. 战“疫”之责 ——简析新冠肺炎疫情下相关主体的法律职责	003
2. 新冠肺炎疫情防控主体的法律义务与责任	014
3. 防控新冠肺炎的若干法律问题	024
4. 新冠肺炎疫情防控引起的社会问题漫谈	035
二、政府职责篇	043
5. 新冠肺炎疫情防控下政府采购面临的八大法律问题剖析	045
6. 战“疫”时期,如何依法应急征用?	051
7. 疫情防控期间紧急措施及应对风险相关法律问题分析	056
8. 揭开“训诫”的神秘面纱 ——《训诫书》的行政法释义学分析	065
三、医疗教育篇	073
9. 同情用药制度:问题·借鉴·完善	075
10. 浅析中科院武汉病毒研究所申请的瑞德西韦新用途专利	086
11. 武汉病毒研究所申请瑞德西韦新用途专利值得肯定	093
12. 新冠肺炎疫情背景下口罩处置法律问题梳理	097
13. 新冠肺炎疫情下的学校安全防护	106
14. 新冠肺炎疫情之下的校外培训何去何从?	114
四、财税金融篇	121
15. 新冠肺炎疫情期间税收优惠政策对比解读	123
16. 医院作为接受捐赠主体的适格性、程序及所得税扣除问题分析	132
17. 新冠肺炎疫情下国企对外捐赠的法律问题解析	139
18. 新冠肺炎疫情对资本市场若干影响之研究	149
19. 新冠肺炎疫情对银行的影响及法律应对	158

五、公司运营篇	171
20. 中小企业的“疫情困境”与应对探讨	173
21. 疫情下科学恢复生产,高效建立灾备计划方法研究 ——小议以合规理念构筑企业运营灾备计划	181
22. 小议新冠肺炎疫情期的股东大会召开方式	187
23. 新冠肺炎疫情防控下相关破产程序的应对	189
24. 疫情防控下服务行业如何应对	199
25. 新冠肺炎疫情期间城镇污水处理的特殊要求	208
六、劳动用工篇	215
26. 新冠肺炎疫情所致相关劳动争议问题详解 ——以上海为例	217
27. 新冠肺炎疫情下“共享员工”用工模式的法律分析及建议	229
28. 山西企业疫情防控人力资源操作指引	236
29. 新冠肺炎疫情下广东省工资待遇问题浅析	249
30. 浅析新冠肺炎疫情所涉工伤问题 ——以李文亮医生工亡赔付为视角	257
七、民商合同篇	265
31. 新冠肺炎疫情下的合同履行问题研究(一):以不可抗力为视角	267
32. 新冠肺炎疫情下的合同履行问题研究(二):以情势变更为视角	275
33. 新冠肺炎疫情对于民商事合同效力及履行的影响	282
八、建工房产篇	289
34. 新冠肺炎疫情引起的工期变化与费用补偿	291
35. 疫情之下工程总承包停工损失的分担分析	298
36. 施工企业疫情防控费的请求思路	302
37. 疫情期间商业物业租金减免事宜之探讨	308
九、对外贸易篇	319
38. 新冠肺炎疫情对出口贸易的影响及法律应对分析	321

39. 新冠肺炎疫情防控物资进口合规	330
40. 新冠肺炎疫情下外贸企业进出口风险提示	341
十、法律责任篇	345
41. 解读各省法院防控疫情司法政策文件(商事部分)	347
42. 浅述多元化解新冠肺炎事件引发民商事纠纷	355
43. 疫情防治时期刑事法律适用问题探讨(一般公众篇)	365
44. 突发事件中的刑事司法 ——解读《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》.....	373
45. 疫情相关谣言的刑事规制	382
附录	389
附录一 新型冠状病毒肺炎疫情防控相关主要法律法规摘编	391
附录二 新型冠状病毒肺炎疫情防控相关法律法规政策目录索引	424
附录三 国浩战“疫”特稿	462
后记	468



一、 总论

1. 战“疫”之责

——简析新冠肺炎疫情下相关主体的法律职责

◎ 施 蕾

新型冠状病毒感染的肺炎疫情暴发后,党中央、国务院迅速出台并组织开展了一系列防控工作。国家卫生健康委员会将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《传染病防治法》^[1]规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施。截至2020年1月29日,全国已有三十一个省(自治区、直辖市)启动重大突发公共卫生事件一级响应。

此次疫情防控阻击战,无疑是我国应急管理体系和社会治理能力现代化的一次重要实践和检验。在现行法律框架下如何最大程度地凝聚政府、企业、个人的力量,严格履行法定职责和义务,衔接好“防”和“救”的责任链,是“坚持全面依法治国”语境下打赢这场疫情阻击战的关键所在。笔者结合现有法律法规及相关规定,对政府、企业、个人三大主体在疫情防控中的职责、义务、法律责任进行分析总结,以期对战“疫”有所裨益。

一、政府主体

(一) 政府的法律职责

1. 及时、准确地公开疫情信息。习近平总书记指出:“疫情是魔鬼,我们不能让魔鬼藏匿。”防止“藏匿”最有效的方法便是信息公开。《传染病防治法》第三十八条规定:“国家建立传染病疫情信息公布制度。”传染病暴发、流行时,国务院卫生行政部门负责向社会公布传染病疫情信息,并可以授权省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门向社会公布本行政区域的传染病疫情信息,且公布信息应当及时、准确。此外,本次疫情还属于《突发事件应对法》^[2]定义的突发事件,该法第四十五条规定,发布一级、二级警报,宣布进入预警期后,县级以上地方各级人民政府应及时向社会发布有关采取特定措施避免或者减轻危害的建议、劝告。同时,《政府信息公开条例》^[3]第二十条规定,“突发公共事件的应急预案、预

警信息及应对情况”属于行政机关应当主动公开的政府信息。

依照法律,当前疫情处于重大突发公共卫生事件一级响应机制下,县级以上人民政府应该主动作为,及时、准确地公布与本次疫情相关的,包括但不限于应急预案、预警信息、应对情况、减轻危害的建议劝告等信息。

2. 依法储备、配送和征用应急物资。我国建立了应急物资储备保障制度,设区的市级以上人民政府和突发事件易发、多发地区的县级人民政府都对应急救援物资、生活必需品和应急处置装备进行储备。同时,县级以上人民政府还可根据疫情防控工作需要,临时征用社会团体、企业 and 个人的房屋及相关设施设备。《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者跨省、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调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。”第六十三条规定:“县级以上人民政府负责储备防治传染病的药品、医疗器械和其他物资,以备调用。”《突发事件应对法》第四十九条规定,公共卫生事件发生后,履行统一领导职责的人民政府可启用本级人民政府设置的财政预备费和储备的应急救援物资,必要时调用其他急需物资、设备、设施、工具。

需要注意的是,人民政府根据防控疫情需要进行紧急调用或者征用时,应注意程序的合法性,避免违法调用或者征用。如,紧急调集人员的,应当按照规定给予合理报酬;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。另外,此次疫情防控工作中我们还应清醒地看到,在疫情和春节长假“叠加”的复杂情况下,相关应急储备物资的调用、发放工作面临了巨大挑战,也产生了一系列因协调组织不力出现的“中梗阻”“堵在最后一公里”等尴尬局面。“战时高于平时,严于平时”,此次疫情结束后,各级政府应以此为鉴,真正以“战时思维”对各项应急机制进行重新检视、复盘和完善,并组织开展演习演练,以确保在任何关键时刻均能“拉得出、用得上、打得赢”,真正发挥出应急储备物资的“应急”作用。

3. 及时为传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人(以下统称“相关群体”)提供帮助和救治。《传染病防治法》第十六条规定:“国家和社会应当关心、帮助传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人,使其得到及时救治。任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人。”第四十一条规定:“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。”

上述法律条文的出发点是维护社会公共利益的同时更要保护好公民个人权利这一立法理念。具体来说,就是在对相关群体采取隔离等限制措施的同时,更

应保护其得到公平对待和及时救治的权利。从国际法层面来看,尊重并保障相关群体的合法权利是国际社会的统一认知。《国际卫生条例》(2005)第三章第三十二条规定,在向旅行者实施包括检疫、隔离、医学检查在内的公共卫生措施时,缔约国应当秉持尊重的态度,并为旅行者提供足够的生活保障及适当的医疗帮助。

4. 采取紧急措施。《传染病防治法》第四十二条规定:“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;……(五)封闭可能造成传染病扩散的场所。”

紧急措施必然会对企业或公民的权利产生一定影响,因此,在采取紧急措施时,应严格按照法定程序进行,还应积极做好说明解释等配套工作,并在情况允许的条件下尽快解除相关紧急措施。例如,采取紧急措施前应当经上一级人民政府决定;采取限制、停止、封闭相关场所等行政强制措施的,应遵循《行政强制法》^[4]的相关程序规定,避免因违反法定程序而导致紧急措施无效;采取停产、停业等措施时,应当对企业与职工之间的用工关系作出说明。

5. 医疗机构有权在公安部门协助下采取强制隔离治疗措施。《传染病防治法》第三十九条第一款规定:“医疗机构发现甲类传染病时,应当及时采取下列措施:(一)对病人、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定;(二)对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;(三)对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。”

国务院卫生行政部门对新型冠状病毒感染的肺炎采取的是甲类传染病的预防、控制措施。在采取强制隔离治疗时,需要注意以下几点法律事项:

(1) 强制隔离的范围。仅限于传染病病人、病原携带者、疑似病人,不包括与其密切接触者。

(2) 采取强制隔离的情形。并非在任何情况下都可以对相关主体采取强制隔离治疗措施,只有当发生“拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的”,方可进行强制隔离。

(3) 采取强制隔离的具体程序。一般应由医疗机构向所在地的县级人民政府卫生行政部门报告,由该卫生行政部门通知同级人民政府公安机关予以协助;公安机关在配合采取强制隔离措施时,应注意对相关证据进行搜集和固定,并按

照“适度原则”谨慎使用警械,保障被强制隔离人合法权利。

(二) 政府的法律责任

1. 各级政府及其工作人员的行政法律责任

(1)《传染病防治法》项下各级政府及其工作人员的行政法律责任。根据《传染病防治法》第六十五条规定,地方各级人民政府未依照该法的规定履行报告职责,或者隐瞒、谎报、缓报传染病疫情,或者在传染病暴发、流行时,未及时组织救治、采取控制措施的,由上级人民政府责令改正,通报批评;造成传染病传播、流行或者其他严重后果的,对负有责任的主管人员,依法给予行政处分。需要指出,《传染病防治法》仅对地方各级人民政府的法律责任进行了规定。

(2)《突发事件应对法》项下各级政府及其工作人员的行政法律责任。《突发事件应对法》第六十三条对各级人民政府不履行法定职责的情形及法律责任进行了列举式规定:“地方各级人民政府和县级以上各级人民政府有关部门违反本法规定,不履行法定职责的,由其上级行政机关或者监察机关责令改正;有下列情形之一的,根据情节对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分:(一)未按规定采取预防措施,导致发生突发事件,或者未采取必要的防范措施,导致发生次生、衍生事件的;(二)迟报、谎报、瞒报、漏报有关突发事件的信息,或者通报、报送、公布虚假信息,造成后果的;(三)未按规定及时发布突发事件警报、采取预警期的措施,导致损害发生的;(四)未按规定及时采取措施处置突发事件或者处置不当,造成后果的;(五)不服从上级人民政府对突发事件应急处置工作的统一领导、指挥和协调的;(六)未及时组织开展生产自救、恢复重建等善后工作的;(七)截留、挪用、私分或者变相私分应急救援资金、物资的;(八)不及时归还征用的单位和个人的财产,或者对被征用财产的单位和个人不按规定给予补偿的。”

2. 卫生行政部门及其工作人员的行政法律责任

卫生行政部门作为传染病防治的主管部门,承担着更多的法律责任。《传染病防治法》第六十六条规定:“县级以上人民政府卫生行政部门违反本法规定,有下列情形之一的,由本级人民政府、上级人民政府卫生行政部门责令改正,通报批评;造成传染病传播、流行或者其他严重后果的,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)未依法履行传染病疫情通报、报告或者公布职责,或者隐瞒、谎报、缓报传染病疫情的;(二)发生或者可能发生传染病传播时未及时采取预防、控制措施的;(三)未依法履行监督检查职责,或者发现违法行为不及时查处的;

(四) 未及时调查、处理单位和个人对下级卫生行政部门不履行传染病防治职责的举报的;(五) 违反本法的其他失职、渎职行为。”

3. 政府部门工作人员的刑事法律责任

(1) 传染病防治失职罪。从事传染病防治的政府卫生行政部门工作人员,有未按要求预防、控制,或者预防、控制措施不当,隐报瞒报、不执行应急处理指挥机构的决定、命令等行为,严重不负责任,造成新型冠状病毒感染范围扩大或者疫情、灾情加重的,情节严重,根据《刑法》^[5]第四百零九条的规定,应当以传染病防治失职罪定罪处罚,处三年以下有期徒刑或拘役。

(2) 滥用职权罪、玩忽职守罪。在防控疫情的过程中,负有特定职责的国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,可依据《刑法》第三百九十七条的规定,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。

(3) 破坏交通设施罪。例如一些地方政府作出的擅自设卡拦截、断路阻断交通等违法行为,导致足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险的,其主管人员可能会因触犯《刑法》第一百一十七条破坏交通设施罪,被处三年以上十年以下有期徒刑。

二、企业主体

(一) 企业的法律义务

1. 配合卫生行政部门的监督和检查。《传染病防治法》第五十四条规定:“县级以上人民政府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。”

2. 建立健全管理制度,及时报告疫情信息。《突发事件应对法》第二十二条规定:“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。”《传染病防治法》第三十一条规定:“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。”

特别需要注意的是,企业在收集前述信息后,应当对该等信息采取必要的保

密措施,以确保职工信息不被泄露。除发现职工为传染病病人或疑似传染病病人,必须向疾病防控机构或医疗机构进行披露外,企业不得随意对任意第三人披露收集的前述信息。

3. 严格执行国务院和当地县级以上政府关于延迟复工的相关规定。以上海为例,企业需要关注的法律问题有如下几方面:

(1) 建立提前复工审核报备制度。上海因特殊原因确需提前复工的企业,需提供相关说明材料(含外来职工流动信息情况)、应对疫情预案措施以及确保不出现疫情的承诺等,报镇(街道)疫情防控指挥部或园区,经核查批准后予以复工,同时报区疫情防控指挥部办公室备案。一旦出现不符合规范的情形或发现确诊病例,将立即责令停产停业,并按规定追究企业相关责任。

(2) 正常支付职工隔离观察期间的工资。《传染病防治法》第四十一条第二款规定,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。人力资源和社会保障部在2020年1月24日的通知中也对此作了明确说明^[6]。地方层面上,《上海市企业工资支付办法》^[7]第十五条规定:“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。”

(3) 停产停业期间先正常支付职工工资,后仅需支付职工生活费。企业因受疫情影响导致停产停业的,未超过一个工资支付周期的(一般为一个月),应当按照正常工作时间支付职工工资。超过一个工资支付周期的,若职工正常提供了劳动,则企业支付职工的工资不得低于当地最低标准;若职工未提供正常劳动,则企业按照不低于当地最低工资标准的一定比例支付职工生活费(以上海为例,生活费一般不得低于当地的最低工资),生活费发放至企业复工、复产或者解除、终止劳动关系。

(4) 上海市要求企业对延迟复工期间(2月3日至2月9日)提供劳动的职工支付双倍工资或给予补休。关于延迟复工期间职工工资的支付问题,按照上海市人社局的解读,延迟复工是出于疫情防控需要,2月3日至2月9日这七天属于休息日,对于休息的职工,企业应按劳动合同约定的标准支付工资;对于承担民生保障等任务而上班的企业职工,应计作休息日加班给予补休或按规定支付200%加班工资。

4. 医药类企业合法开展生产经营活动。医药销售公司、连锁企业、药店等医药经销商应当遵守《价格法》^[8]、《关于商品和服务实行明码标价的规定》^[9]、《禁止价格欺诈行为的规定》^[10]等法律法规,加强价格自律,严格遵循公平、合法、

诚实守信定价原则,为消费者提供价格合理商品和服务;各类医药生产企业应当规范生产经营行为,严控产品质量,严防产品以次充好;各类药品经营单位也应严格建立起采购、销售、储存等全过程的质量控制体系,保证经营行为合法合规。

(二) 企业的法律责任

1. 民事法律责任

《突发事件应对法》第六十七条规定,单位或者个人违反该法规定,导致突发事件发生或者危害扩大,给他人人身、财产造成损害的,应当依法承担民事责任。在应对此次疫情的过程中,如果企业未做到建立健全管理制度、及时报告疫情信息而导致危害扩大的,企业依法应当承担相应的民事赔偿责任。

2. 行政法律责任

(1) 责令停产停业、暂扣或吊销许可证、罚款等。《突发事件应对法》第六十四条规定:“有关单位有下列情形之一的,由所在地履行统一领导职责的人民政府责令停产停业,暂扣或者吊销许可证或者营业执照,并处五万元以上二十万元以下的罚款;构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予处罚:(一)未按规定采取预防措施,导致发生严重突发事件的;(二)未及时消除已发现的可能引发突发事件的隐患,导致发生严重突发事件的;(三)未做好应急设备、设施日常维护、检测工作,导致发生严重突发事件或者突发事件危害扩大的;(四)突发事件发生后,不及时组织开展应急救援工作,造成严重后果的。”

(2) 罚款、拘留。《治安管理处罚法》^[11]第五十条规定:“有下列行为之一的,处警告或者二百元以下罚款;情节严重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:(一)拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的;(二)阻碍国家机关工作人员依法执行职务的;……”因此,如果企业违反国家或者地方政府的规定提前复工,或者妨碍国家机关的执法检查的,可能会被处以罚款;情节严重的,法定代表人和主要负责人可能会被处以行政拘留。

执法实践中,已出现企业因拒不执行政府发布的疫情防控措施决定,其经营人被处以行政拘留的案例。为控制疫情,四川省仁寿县发布了《关于暂停茶楼经营活动的通告》等防控措施决定,该县某茶楼拒不执行相关防控决定,仍对外营业,其经营者已于近日被仁寿县公安局依法作出五日行政拘留的处罚。^[12]

(3) 通报批评、行政处分。《传染病防治法实施办法》^[13]第七十条规定,有该条列举的行为之一的单位和个人,县级以上政府卫生行政部门报请同级政府批准,对单位予以通报批评;对主管人员和直接责任人员由所在单位或者上级机关给予行政处分。

3. 刑事法律责任

(1) 妨碍公务罪。疫情期间,企业如果以暴力、威胁的方法妨碍行政机关检查、防疫、检疫的,可能会触犯《刑法》第二百七十七条妨害公务罪,行为人可能被处以三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

(2) 妨害传染病防治罪。行为人违反传染病防治法的规定,有《刑法》第三百三十条规定的情形之一,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的,处三年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法处罚。

由于此次新型冠状病毒肺炎系乙类传染病,并采取甲类传染病的预防和控制措施,如果由于企业未执行政府部门的规定,提前复工,并导致病毒传染或有传染严重危险的,将可能因触犯妨害传染病防治罪被追究刑事责任。

(3) 非法经营罪。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》^[14](以下简称“《两高司法解释》”)第六条规定:“违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十五条第四项的规定,以非法经营罪定罪,依法从重处罚。”即处五年以下有期徒刑或拘役,并处或单处违法所得一倍以上五倍以下罚金。

(4) 其他罪名。在防控疫情期间,各类企业(尤其是医药类企业)在生产、经营、销售过程中出现假冒、劣质的药品、医疗器材等医用物资的,都将可能触犯《刑法》及《两高司法解释》的相关罪名,从而被追究相关刑事责任。

三、个人主体

(一) 个人的法律义务

1. 不造谣、不传谣。疫情防控期间,若发布或者传播谣言涉及疫情状况、涉及污蔑国家对疫情管控不力、涉及捏造医疗机构对疫情处置失控、治疗无效等信息,造成社会秩序混乱,情节严重的,国家将依法予以处理。民众关注疫情进展时,有关疫情的处置与疾病的治疗信息应以国家的权威信息渠道公布的信息为准。

2. 配合卫生行政部门的监督和检查,如实提供有关情况。《传染病防治法》第五十四条规定:“县级以上人民政府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。”第十二条第一款规定:“在中华人民共和国领域内的一切单位和个人,必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施,如实提供有关情况。”

3. 报告义务。《传染病防治法》第三十一条规定:“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。”个人在生活或工作中若发现新型冠状病毒肺炎病人或疑似传染病病人,尤其是自身可能感染新型冠状病毒时,应当及时向相关机构进行报告。

(二) 个人的法律责任

1. 民事法律责任

与前述企业的民事法律责任类似,《突发事件应对法》第六十七条规定,在应对突发事件的过程中,个人也可能承担民事赔偿责任。例如,个人未履行相应的报告义务而导致疫情危害扩大的,个人依法应当向其他受损主体承担相应的民事赔偿责任。

2. 行政法律责任

罚款、拘留。与企业的法律责任类似,个人违反《治安管理处罚法》第五十条时同样需要承担相应的行政责任。例如,个人拒绝执行国家或者地方政府的相关措施决定,或者妨碍国家机关开展检查检疫的,可能会被处以罚款,情节严重的,可能面临行政拘留。

3. 刑事法律责任

(1) 寻衅滋事罪。根据两高《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》^[15]第五条的规定,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、指使人员在网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,可按寻衅滋事罪定罪处罚,可处以五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

(2) 以危险方法危害公共安全罪,过失以危险方法危害公共安全罪。《两高司法解释》第一条规定,明知自己患有传染病,故意传播传染病病原体,危害公共安全的,可依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定,按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,处以三年以上十年以下有期徒刑。而明知自己患有或疑似患有传染病,拒绝接受检疫、强制隔离、治疗,过失造成传染病传播,情节严重、危害公共安全的,则可依照刑法第一百一十五条第二款的规定,按

照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,最高可处以七以下有期徒刑。

(3) 妨害公务罪。已感染新型冠状病毒的病人以及密切接触者应当无条件地配合政府部门或医疗机构采取的隔离治疗措施,若在隔离治疗过程中,以暴力、威胁方法抗拒隔离的,可能会违反《刑法》第二百七十七条的规定,涉嫌妨害公务罪,处以三年以下有期徒刑、拘役、管制或罚金。

法律,本就是体现着人类对于和谐、有序、团结、协作等价值追求的产物,本就是社会关系的“调节器”、社会生活的“指引图”。在这场抗击新型冠状病毒的严肃斗争中,我们坚信,只要政府、企业、个人及每个社会主体都能在法治总框架下,依法行使法定职责、严格履行法定义务、勇于承担法定责任,将自己铸成全社会“防”“救”责任链条中最为坚固、最为紧密的一环,我们必将取得这场疫情防控阻击战的全面胜利。

注释及参考文献

- [1] 《中华人民共和国传染病防治法》(2013 修正),全国人大常委会 2013 年 6 月 29 日发布,同日生效,现行有效。文中简称“《传染病防治法》”。
- [2] 《中华人民共和国突发事件应对法》,全国人大常委会 2007 年 8 月 30 日发布,同年 11 月 1 日生效,现行有效。文中简称“《突发事件应对法》”。
- [3] 《中华人民共和国政府信息公开条例》(2019 修订),国务院 2019 年 4 月 3 日发布,同年 5 月 15 日生效,现行有效。文中简称“《政府信息公开条例》”。
- [4] 《中华人民共和国行政强制法》,全国人大常委会 2011 年 6 月 30 日发布,2012 年 1 月 1 日生效,现行有效。文中简称“《行政强制法》”。
- [5] 《中华人民共和国刑法》(2017 修正),全国人民代表大会 2017 年 11 月 4 日发布,同日生效,现行有效。文中简称“《刑法》”。
- [6] 《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》,人社厅明电〔2020〕5 号,人力资源社会保障部 2020 年 1 月 24 日发布。
- [7] 《市人力资源社会保障局关于印发〈上海市企业工资支付办法〉的通知》,沪人社综发〔2016〕29 号,上海市人力资源和社会保障局 2016 年 6 月 27 日发布。
- [8] 《中华人民共和国价格法》,全国人大常委会 1997 年 12 月 29 日发布,1998 年 5 月 1 日生效,现行有效。文中简称“《价格法》”。
- [9] 《国家发展计划委员会关于商品和服务实行明码标价的规定》(2001),中华人民共和国国家发展计划委员会令 8 号,2000 年 10 月 31 日发布,2001 年 1 月 1 日实施,现行有效。文中简称“《关于商品和服务实行明码标价的规定》”。

- [10]《禁止价格欺诈行为的规定》，中华人民共和国国家发展计划委员会令第15号，2001年11月7日发布，2002年1月1日生效，现行有效。
- [11]《中华人民共和国治安管理处罚法》（2012修正），全国人大常委会2012年10月26日发布，2013年1月1日生效，现行有效。文中简称“《治安管理处罚法》”。
- [12]四川茶楼老板拒不执行防控决定执意营业 被拘5天，<https://news.china.com/social/1007/20200128/37743615.html>，2020年1月29日。
- [13]《中华人民共和国传染病防治法实施办法》，卫生部令第17号，原卫生部1991年12月6日发布，同日生效，现行有效。文中简称“《传染病防治法实施办法》”。
- [14]《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，法释〔2003〕8号，最高人民法院、最高人民检察院2003年5月14日发布，次日生效，现行有效。
- [15]《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》，法释〔2013〕21号，最高人民法院、最高人民检察院2013年9月6日发布，同年9月10日生效，现行有效。

[作者 施蕾：国浩律师事务所律师（上海），华东政法大学行政法学博士，
美国乔治城大学法学硕士]

[审稿人 姚仲凯：国浩律师事务所合伙人（福州）]

2. 新冠肺炎疫情防控主体的 法律义务与责任

◎ 栾涛 王进 张勇 侯梦溪

一、新型冠状病毒肺炎的法律定性

(一) 新型冠状病毒肺炎属采取甲类传染病预防、控制措施的乙类传染病

根据《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称“《传染病防治法》”)第三条第三款的规定,乙类传染病是指:传染性非典型肺炎、艾滋病、病毒性肝炎、脊髓灰质炎、人感染高致病性禽流感、麻疹、流行性出血热、狂犬病、流行性乙型脑炎、登革热、炭疽、细菌性和阿米巴性痢疾、肺结核、伤寒和副伤寒、流行性脑脊髓膜炎、百日咳、白喉、新生儿破伤风、猩红热、布鲁氏菌病、淋病、梅毒、钩端螺旋体病、血吸虫病、疟疾。同时,根据《传染病防治法》第四条第一款的规定,对乙类传染病中传染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽和人感染高致病性禽流感,采取本法所称甲类传染病的预防、控制措施。其他乙类传染病和突发原因不明的传染病需要采取本法所称甲类传染病的预防、控制措施的,由国务院卫生行政部门及时报经国务院批准后予以公布、实施。

国家卫生健康委员会于2020年1月发布2020年第1号公告,经国务院批准,将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施。

(二) 新型冠状病毒感染的肺炎属特别重大突发公共卫生事件

按照《国家突发公共卫生事件应急预案》,根据突发公共卫生事件性质、危害程度、涉及范围,突发公共卫生事件划分为特别重大(Ⅰ级)、重大(Ⅱ级)、较大(Ⅲ级)和一般(Ⅳ级)四级。特别重大突发公共卫生事件主要包括:(1)肺鼠疫、肺炭疽在大、中城市发生并有扩散趋势,或肺鼠疫、肺炭疽疫情波及2个以上的

省份,并有进一步扩散趋势;(2) 发生传染性非典型肺炎、人感染高致病性禽流感病例,并有扩散趋势;(3) 涉及多个省份的群体性不明原因疾病,并有扩散趋势;(4) 发生新传染病或我国尚未发现的传染病发生或传入,并有扩散趋势,或发现我国已消灭的传染病重新流行;(5) 发生烈性病菌株、毒株、致病因子等丢失事件;(6) 周边以及与我国通航的国家和地区发生特大传染病疫情,并出现输入性病例,严重危及我国公共卫生安全的事件;(7) 国务院卫生行政部门认定的其他特别重大突发公共卫生事件。特别重大突发公共卫生事件的应急处理工作由国务院或国务院卫生行政部门和有关部门组织实施,开展突发公共卫生事件的医疗卫生应急、信息发布、宣传教育、科研攻关、国际交流与合作、应急物资与设备的调集、后勤保障以及督导检查等工作。

新型冠状病毒肺炎疫情发生后,目前中国内地已有 30 个省(自治区、直辖市)启动特别重大突发公共卫生事件的一级响应。启动一级响应后,各级人民政府及相关部门和机构可采取划定控制区域、疫情控制措施、流动人口管理、交通卫生检疫等多项应急反应措施。这些措施能有效预防、及时控制和消除突发公共卫生事件及其危害,最大程度地减少突发公共卫生事件对公众健康造成的危害,保障公众身心健康与生命安全。在控制突发疫情的同时,亦可稳定人心,促进社会稳定。

二、新型冠状病毒肺炎疫情防控中政府可采取的措施

(一) 应急处置措施

根据《中华人民共和国突发事件应对法》第四十九条规定,自然灾害、事故灾难或者公共卫生事件发生后,履行统一领导职责的人民政府可以采取一项或者多项应急处置措施,如迅速控制危险源、标明危险区域、封锁危险场所、划定警戒区、实行交通管制以及其他控制措施,等等。

(二) 人员隔离措施

1. 针对特定区域人员依法实施隔离措施

根据《传染病防治法》第四十一条规定,对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员,所在地的县级以上地方人民政府可以实施隔离措施,并同时向上一级人民政府报告;接到报告的上级人民政府应当即时作出是否批准的决定。上级人民政府作出不予批准决定的,实施隔离措施的人民政府应当立即解除隔离措施。

2. 对传染病病人及疑似传染病病人依法实施隔离措施

疫情发生地的县级以上人民政府应当对传染病病人和疑似传染病病人,采取就地隔离、就地观察、就地治疗的措施。

街道、乡镇以及居民委员会、村民委员会有权协助卫生行政主管部门和其他有关部门、医疗卫生机构进行人员分散隔离工作。

法律依据:

《突发公共卫生事件应急条例》第四十一条规定,对传染病暴发、流行区域内流动人口,突发事件发生地的县级以上地方人民政府应当做好预防工作,落实有关卫生控制措施;对传染病病人和疑似传染病病人,应当采取就地隔离、就地观察、就地治疗的措施。对需要治疗和转诊的,应当依照本条例第三十九条第一款的规定执行。

《中华人民共和国传染病防治法实施办法》(以下简称“《传染病防治法实施办法》”)第五十二条规定,在传染病暴发、流行区域,当地政府应当根据传染病疫情控制的需要,组织卫生、医药、公安、工商、交通、水利、城建、农业、商业、民政、邮电、广播电视等部门采取下列预防、控制措施:(一)对病人进行抢救、隔离治疗;……

《突发公共卫生事件应急条例》第四十条规定,传染病暴发、流行时,街道、乡镇以及居民委员会、村民委员会应当组织力量,团结协作,群防群治,协助卫生行政主管部门和其他有关部门、医疗卫生机构做好疫情信息的收集和报告、人员的分散隔离、公共卫生措施的落实工作,向居民、村民宣传传染病防治的相关知识。

(三) 抢救治疗、医学观察等医疗措施

针对新型冠状病毒感染的肺炎疫情,医疗机构可对病人、病原携带者、疑似病人及前述病人的密切接触者采取隔离治疗、指定场所医学观察等措施。拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。

法律依据:

《传染病防治法》第三十九条规定,医疗机构发现甲类传染病时,应当及时采取下列措施:

- (一) 对病人、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定;
- (二) 对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;
- (三) 对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场

所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。

拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。

《突发公共卫生事件应急条例》第三十九条第三款规定,医疗卫生机构应当对传染病病人密切接触者采取医学观察措施,传染病病人密切接触者应当予以配合。

(四) 交通卫生检疫措施

交通卫生检疫措施指的是:对人员、交通工具及物资进行查验;实施临时隔离、医学检查及其他应急医学措施;对被污染物体实施控制和卫生处理;对交通工具及其停靠场所实施紧急卫生处理等。

县级以上地方人民政府卫生行政部门或者铁路、交通、民用航空行政主管部门的卫生主管机构有权实施强制检疫措施。

法律依据:

《传染病防治法》第四十四条规定,发生甲类传染病时,为了防止该传染病通过交通工具及其乘运的人员、物资传播,可以实施交通卫生检疫。具体办法由国务院制定。

《国内交通卫生检疫条例》第十条规定,对拒绝隔离、治疗、留验的检疫传染病病人、病原携带者、疑似检疫传染病病人和与其密切接触者,以及拒绝检查和卫生处理的可能传播检疫传染病的交通工具、停靠场所及物资,县级以上地方人民政府卫生行政部门或者铁路、交通、民用航空行政主管部门的卫生主管机构根据各自的职责,应当依照传染病防治法的规定,采取强制检疫措施;必要时,由当地县级以上人民政府组织公安部门予以协助。

(五) 征用物资

县级以上人民政府有权在其管辖行政区域范围内紧急调用人员、物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。

法律依据:

《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者跨省、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调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。

紧急调集人员的,应当按照规定给予合理报酬。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。

(六) 可采取的其他紧急措施

《传染病防治法》第四十二条规定,传染病暴发、流行时,县级以上地方人民政府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:(1) 限制或者停止集市、影剧院演出或者其他人群聚集的活动;(2) 停工、停业、停课;(3) 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;(4) 控制或者扑杀染疫野生动物、家畜家禽;(5) 封闭可能造成传染病扩散的场所。

《突发事件应对法》第四十九条规定,公共卫生事件发生后,履行统一领导职责的人民政府可以采取下列一项或者多项应急处置措施:(一) 组织营救和救治受害人员,疏散、撤离并妥善安置受到威胁的人员以及采取其他救助措施;(二) 迅速控制危险源,标明危险区域,封锁危险场所,划定警戒区,实行交通管制以及其他控制措施;(三) 立即抢修被损坏的交通、通信、供水、排水、供电、供气、供热等公共设施,向受到危害的人员提供避难场所和生活必需品,实施医疗救护和卫生防疫以及其他保障措施;(四) 禁止或者限制使用有关设备、设施,关闭或者限制使用有关场所,中止人员密集的活动或者可能导致危害扩大的生产经营活动以及采取其他保护措施;(五) 启用本级人民政府设置的财政预备费和储备的应急救援物资,必要时调用其他急需物资、设备、设施、工具;(六) 组织公民参加应急救援和处置工作,要求具有特定专长的人员提供服务;(七) 保障食品、饮用水、燃料等基本生活必需品的供应;(八) 依法从严惩处囤积居奇、哄抬物价、制假售假等扰乱市场秩序的行为,稳定市场价格,维护市场秩序;(九) 依法从严惩处哄抢财物、干扰破坏应急处置工作等扰乱社会秩序的行为,维护社会治安;(十) 采取防止发生次生、衍生事件的必要措施。

三、新型冠状病毒肺炎疫情中公民的主要义务与责任

针对前述政府机关在新型冠状病毒肺炎疫情中的主要应对措施,公民应当给予充分的理解和配合。任何公民拒不履行法定义务,可能被追究相应的法律责任。

(一) 公民的主要义务

1. 配合疏散、隔离、封锁、检疫等措施的义务

疫情发生时,政府机关有权对特定区域人员、对传染病病人及疑似传染病病

人依法实施隔离措施,并可实施卫生检疫、交通管制、临时封锁、禁止集会等措施。对此,公民有义务予以理解和配合。

2. 配合财产征用措施的义务

疫情发生后,县级以上人民政府有权在其管辖行政区域范围内紧急调用人员、物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。对此,公民亦有理解和配合的义务。

(二) 在疫情防控中可能涉及的行政处罚

1. 拒绝或者擅自脱离隔离治疗的病人、疑似病人面临的行政处罚

拒绝或者擅自脱离隔离治疗的病人、疑似病人可能会受到罚款、拘留的行政处罚。《传染病防治法》第三十九条规定:“医疗机构发现甲类传染病时,应当及时采取下列措施:(一)对病人、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定;(二)对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;(三)对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。医疗机构发现乙类或者丙类传染病病人,应当根据病情采取必要的治疗和控制传播措施。”《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称“《治安管理处罚法》”)第五十条规定:“有下列行为之一的,处警告或者二百元以下罚款;情节严重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:(一)拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的;(二)阻碍国家机关工作人员依法执行职务的;(三)阻碍执行紧急任务的消防车、救护车、工程抢险车、警车等车辆通行的;(四)强行冲闯公安机关设置的警戒带、警戒区的。”

因此,对于拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。对于行为人存在拒绝隔离或擅自脱离隔离治疗的,医疗机构可以请求公安机关予以协助。公安机关对阻碍国家机关工作人员依法执行职务的行为可以依据《治安管理处罚法》第五十条第二款进行治安处罚。

2. 谣言制造者和传播者面临的行政处罚

制造谣言或不加区分擅自传播谣言,扰乱公共秩序,包括但不限于通过网络、书刊、报道、口头传播等方式,需要承担相应的行政责任。根据《治安管理处罚法》第二十五条的规定,散布谣言,谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款;情节较

轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。

(三) 在疫情防控中可能触犯到的刑事法律问题

1. 危险方法危害公共安全罪

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款规定:“故意传播突发传染病病原体,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,按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。”

《中华人民共和国刑法》(以下简称“《刑法》”)第一百一十四条规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。”《刑法》第一百一十五条第一款规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”

通过上述规定可知,新型冠状病毒携带者或其密切接触者,包括患有或疑似患有新型冠状病毒肺炎者,明知自己患病或疑似患病可能导致病毒传播,仍不履行报告、隔离等防疫义务,仍然出入公共场所,甚至向他人、餐厅、食堂饭菜吐口水等,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,可按照以危险方法危害公共安全罪追究刑事责任。

2. 过失以危险方法危害公共安全罪

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第二款规定“患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗,过失造成传染病传播,情节严重,危害公共安全的,依照刑法第一百一十五条第二款的规定,按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。”《刑法》第一百一十五条第二款规定“过失犯前款罪的,处三年以上七年以下有期徒刑;情节较轻的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”

危险方法危害公共安全罪在主观上必须出于故意,既可以是直接故意,又可以是间接故意。因此,行为人虽非故意,但明知自己患有或疑似患有新型冠状病毒肺炎,或与患者有过密切接触,应履行防疫义务(包括但不限于接受检疫、强制隔离或治疗),却因害怕隔离等而不履行防疫义务,比如,患者密切接触者在患者被确诊为新型冠状病毒肺炎后,逃回家中或其他地方躲藏,如过失造成新型冠状病毒传播,情节严重,危害公共安全的,涉嫌过失以危险方法危害公共安全罪,可

适用《刑法》第一百一十五条第二款的规定,进行定罪处罚。

3. 妨害公务罪

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定:“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、红十字会工作人员依法履行为防治突发传染病疫情等灾害而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等预防、控制措施的,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。”

《刑法》第二百七十七条第一款规定:“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”《刑法》第二百七十七条第三款规定:“在自然灾害和突发事件中,以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的,依照第一款的规定处罚。”

通过以上规定可知,在疫情防控期间,行为人暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员等依法执行检疫、强制隔离、隔离治疗等疫情防控职务或职责的,将依照《刑法》第二百七十七条第一款、第三款妨害公务罪的规定追究刑事责任。另外,应当指出的是,妨害公务罪的行为对象,既非仅限于国家机关工作人员等的人身,也非专指国家机关工作人员等依法履行职责所使用的财产设施,而是依法进行的国家公务活动或其辅助延伸。所以,行为人只要以暴力、威胁方式阻碍了疫情防控国家公务的依法正常进行,不管公务活动的实施者是否具有国家机关工作人员等身份,均系妨害公务行为。

4. 寻衅滋事罪

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十一条规定:“在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物情节严重,或者在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条的规定,以寻衅滋事罪定罪,依法从重处罚。”

《刑法》第二百九十三条规定:“有下列寻衅滋事行为之一,破坏社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制:(一)随意殴打他人,情节恶劣的;(二)追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,情节恶劣的;(三)强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物,情节严重的;(四)在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的。纠集他人多次实施前款行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金。”

通过以上规定可知,在疫情防控期间,行为人或其亲属随意殴打医务人员,情节恶劣的;追逐、拦截或以暴力或者其他方法公然侮辱、恐吓医务人员,情节恶

劣的;强拿硬要或者任意损毁、占用疫情防控物资,情节严重的;在医疗机构起哄闹事,例如,在医疗机构摆放花圈、焚烧纸钱、悬挂横幅、堵塞大门、聚众闹事或者以其他方式扰乱医疗秩序,造成医疗秩序严重混乱的,依据《刑法》第二百九十三条的规定,涉嫌寻衅滋事罪。

5. 编造、故意传播虚假恐怖信息罪

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定:“编造与突发传染病疫情等灾害有关的恐怖信息,或者明知是编造的此类恐怖信息而故意传播,严重扰乱社会秩序的,依照刑法第二百九十一条之一的规定,以编造、故意传播虚假恐怖信息罪定罪处罚。”

《刑法》第二百九十一条第二款规定:“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,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,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑。”

每个公民都应当做到不造谣、不信谣、不传谣,尤其是网络日益发达的今天,我们必须对自己的言论负责,网络不是法外之地,公然散播谣言,严重扰乱社会秩序的,依据《刑法》第二百九十三条的规定,涉嫌编造、故意传播虚假恐怖信息罪。

6. 可能涉及的其他刑事犯罪

在全社会众志成城,全力防控疫情时,总还会有个别单位、个人趁防疫之机或借防疫的名义,大肆抬高急需物资的价格,发国难财、扰乱正常的社会秩序。这些行为在刑法中都有相关罪名予以规制,并且因为是在特殊时期,社会危害后果大,会受到从重处罚。

(1) 生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资,或者生产、销售用于防治传染病的假药、劣药,构成犯罪的,分别依照《刑法》第一百四十条、第一百四十一条、第一百四十二条的规定,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。

(2) 生产用于防治传染病的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料,或者销售明知是用于防治传染病的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料,不具有防护、救治功能,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。

(3) 医疗机构或者个人,知道或者应当知道系前款规定的不符合保障人体

健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买并有偿使用的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。

(4) 广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定,假借预防、控制突发传染病疫情等灾害的名义,利用广告对所推销的商品或者服务做虚假宣传,致使多人上当受骗,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照《刑法》第二百二十二条的规定,以虚假广告罪定罪处罚。

(5) 违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照《刑法》第二百二十五条第四项的规定,以非法经营罪定罪处罚。

(6) 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,假借研制、生产或者销售用于预防、控制突发传染病疫情等灾害用品的名义,诈骗公私财物数额较大的,依照《刑法》有关诈骗罪的规定定罪处罚。

(7) 利用疫情等灾害,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。

(8) 未取得医师执业资格非法行医,具有造成突发传染病病人、病原携带者、疑似突发传染病病人贻误诊治或者造成交叉感染等严重情节的,依照《刑法》第三百三十六条第一款的规定,以非法行医罪定罪处罚。

[作者 栾涛:国浩律师事务所合伙人(济南),山东科技大学工学学士

王进:国浩律师事务所律师(济南),中南财经政法大学民商法学硕士

张勇:国浩律师事务所律师(济南),山东财经大学民商法学硕士

侯梦溪:国浩律师事务所合伙人(济南),山东大学法学学士]

[审稿人 姚仲凯:国浩律师事务所合伙人(福州)]

3. 防控新冠肺炎的若干法律问题

◎ 姚仲凯 王晓昉 张桂泰 陈光卓

一、新型冠状病毒肺炎及其疫情的法律界定

(一) 新型冠状病毒肺炎属于乙类传染病,按照甲类传染病来进行预防和控制

《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称“《传染病防治法》”)规定的传染病分为甲类、乙类和丙类。其中,甲类传染病是指鼠疫、霍乱;乙类传染病是指传染性非典型肺炎、艾滋病、病毒性肝炎、脊髓灰质炎、人感染高致病性禽流感、麻疹、流行性出血热、狂犬病、流行性乙型脑炎、登革热、炭疽、细菌性和阿米巴性痢疾、肺结核、伤寒和副伤寒、流行性脑脊髓膜炎、百日咳、白喉、新生儿破伤风、猩红热、布鲁氏菌病、淋病、梅毒、钩端螺旋体病、血吸虫病、疟疾。

该法明确规定乙类传染病中传染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽和人感染高致病性禽流感,采取该法所称甲类传染病的预防、控制措施;其他乙类传染病和突发原因不明的传染病需要采取该法所称甲类传染病的预防、控制措施的,由国务院卫生行政部门及时报经国务院批准后予以公布、实施。

2020年1月20日,经国务院批准同意,国家卫生健康委员会公告将新型冠状病毒肺炎纳入法定乙类传染病,但采取甲类传染病的预防、控制措施。

(二) 新型冠状病毒感染的肺炎疫情属于Ⅰ级特别重大突发公共卫生事件

根据《中华人民共和国突发事件应对法》《国家突发公共卫生事件应急预案》规定,突发公共卫生事件划分为特别重大(Ⅰ级)、重大(Ⅱ级)、较大(Ⅲ级)和一般(Ⅳ级)四级。截至1月25日,共30个省、自治区、直辖市启动重大突发公共卫生事件Ⅰ级响应,将新型冠状病毒肺炎疫情确定为特别重大突发公共卫生事件。

二、新型冠状病毒肺炎疫情期间的民商事法律问题的处理

（一）疫情影响到合同的履行,当事人可援引合同法的不可抗力免责条款主张部分或全部免责

本次疫情属突发性的特别重大公共卫生事件,难以预见、避免及克服,法律上应认定为“不可抗力”事件。近日,全国人大常委会法工委也对外表示“因疫情防控不能履行合同属不可抗力”。因疫情对于企业的生产经营及产品的销售等均产生重大影响,若因疫情导致企业无法依约按期履行交付货物等合同义务,企业可依《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,根据不可抗力影响程度,主张部分或全部免责。但根据该法第一百一十八条规定,企业应及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应收集疫情影响企业正常生产经营的证明及其他凭证,在合理期限内提供给对方当事人。

（二）疫情期间,可变更相关合同的履行

疫情期间,居民的收入、企业的资金流等都会受到影响,对于因受疫情影响而无法按期还贷的个人和企业,不构成违约,银行等金融机构不得以借款人未按期还款为由提前收贷。亦即,合同的履行时间、履行方式等可依据疫情影响程度予以合理变更,履约双方可通过协商方式确定变更内容。为此,银保监会下发的《关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》(银保监办发〔2020〕10号)要求:“对受疫情影响暂时失去收入来源的人群,要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排、合理延后还款期限。对感染新型冠状病毒等出险理赔客户要优先处理,适当扩展责任范围,应赔尽赔。”“对于受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业,以及有发展前景但暂时受困的企业,不得盲目抽贷、断贷、压贷。鼓励通过适当下调贷款利率、完善续贷政策安排、增加信用贷款和中长期贷款等方式,支持相关企业战胜疫情灾害影响。”

（三）疫情影响到合同目的实现的,当事人可解除合同

本次疫情来势汹汹,对于批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业影响较大,且影响将持续一段时间。如酒楼等餐饮企业因无客源,无法继续营业,其可援引《合同法》第九十四条关于“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”之规定,要求供货方停止食材供应并

解除合同。解除合同应通知对方当事人,合同自通知到达对方时解除。

对于房屋租赁合同能否解除问题,因房屋租赁属于长期性合同,对于合同的解除判断应当审慎。即根据疫情持续时间,对于行业的影响程度、租赁合同的履行期长短等因素,综合判断是否导致合同目的无法实现,进而判断当事人能否解除合同。

(四) 疫情产生诉讼时效中止的法律后果

本次疫情属于不可抗力,根据《中华人民共和国民法总则》第一百九十四条关于“在诉讼时效期间的最后六个月内,因下列障碍,不能行使请求权的,诉讼时效中止:(一)不可抗力……。自中止时效的原因消除之日起满六个月,诉讼时效期间届满”之规定,当事人请求权的诉讼时效中止,自疫情结束之日起满六个月,诉讼时效期间届满。

三、新型冠状病毒肺炎疫情期间劳动用工问题的处理

(一) 处理疫情人员待遇:给予适当津贴、享受工伤保险待遇

根据《传染病防治法》第六十四条规定,对从事传染病预防、医疗、科研、教学、现场处理疫情的人员,以及在生产、工作中接触传染病病原体的其他人员,有关单位应当按照国家规定,采取有效的卫生防护设施和医疗保健措施,并给予适当的津贴。

根据《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(人社部函〔2020〕11号),在新型冠状病毒肺炎预防和救治工作中,医护及相关工作人员因履行工作职责,感染新型冠状病毒肺炎或因感染新型冠状病毒肺炎死亡的,应认定为工伤,依法享受工伤保险待遇。

(二) 患者待遇:用人单位应支付报酬,不得终止劳动合同

根据《传染病防治法》第四十一条第二款关于“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”及《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》(人社厅明电〔2020〕5号,以下简称“人社部5号文件”)关于“对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,企业应当支付

职工在此期间的工作报酬,并不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与职工解除劳动合同”的规定,新型冠状病毒肺炎患者被隔离治疗、医学观察及采取其他紧急措施期间,企业应当支付职工工作报酬,劳动合同到期,属于《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定中的法律、行政法规规定的其他情形,用人单位不得因劳动合同到期而终止劳动合同,劳动合同应当续延至劳动者被解除隔离治疗、医学观察及其他紧急措施情形时终止。

(三) 疫情产生仲裁时效中止、审理期限顺延的法律后果

根据人社部5号文件的规定,因受疫情影响造成当事人不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的,仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。因受疫情影响导致劳动人事争议仲裁机构难以按法定时限审理案件的,可相应顺延审理期限。

四、新型冠状病毒肺炎疫情期间行政机关控制疫情可采取的措施

(一) 疫情防治监管部门

根据《传染病防治法》规定,国务院卫生行政部门主管全国传染病防治及其监督管理工作。县级以上地方人民政府卫生行政部门负责本行政区域内的传染病防治及其监督管理工作;县级以上人民政府其他部门在各自的职责范围内负责传染病防治工作;各级疾病预防控制机构承担传染病监测、预测、流行病学调查、疫情报告以及其他预防、控制工作;医疗机构承担与医疗救治有关的传染病防治工作和责任区域内的传染病预防工作。城市社区和农村基层医疗机构在疾病预防控制机构的指导下,承担城市社区、农村基层相应的传染病防治工作。

(二) 疫情控制主要措施

1. 对病人、病原携带者、疑似病人、疑似病人的密切接触者的控制及处罚措施

根据《传染病防治法》第三十九条和第五十条、《传染病防治法实施办法》第六十六条、《突发公共卫生事件应急条例》第四十四条等规定,县级以上人民政府应当指定具备传染病救治条件和能力的医疗机构承担传染病救治任务,或者根据传染病救治需要设置传染病医院。医疗机构发现甲类传染病时,对病人、病原携带者、疑似病人予以隔离治疗。对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人

的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。需要接受隔离治疗、医学观察措施的病人、疑似病人和传染病病人密切接触者在卫生行政主管部门或者有关机构采取医学措施时应当予以配合;拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施,强制执行。甲类传染病病人、病原携带者或者疑似传染病病人拒绝进行隔离治疗的,由县级以上政府卫生行政部门责令限期改正,可以处五千元以下的罚款;情节较严重的,可以处五千元以上二万元以下的罚款,对主管人员和直接责任人员由其所在单位或者上级机关给予行政处分。

2. 切断传染病传播途径的紧急措施

根据《传染病防治法》第四十二条、四十三条等规定,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,可以采取限制或者停止集市、影剧院演出或者其他人群聚集的活动,停工、停业、停课,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,控制或者扑杀染疫野生动物、家畜家禽,封闭可能造成传染病扩散的场所,宣布本行政区域部分或者全部为疫区、实施封锁,对出入疫区的人员、物资和交通工具实施卫生检疫的紧急措施并予以公告。

3. 物资调用措施

根据《传染病防治法》第四十五条等规定,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者跨省、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调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。紧急调集人员的,应当按照规定给予合理报酬。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。

五、妨害预防、控制新型冠状病毒肺炎疫情的相关刑事责任

如前所述,本次新冠肺炎疫情与2003年暴发的“非典”疫情类似,都属于乙类传染病,但按甲类传染病来进行预防和控制。2003年“非典”疫情期间,两高颁布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕8号),严厉打击妨害预防、控制疫情的相关刑事犯罪。2020年2月6日,为依法及时、从严惩治妨害疫情防控的各类违法犯罪行为,“两高两部”出台《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〕7号)。现结合上述司法解释及规范性法律文件,将本次疫情期间可能涉及的刑事罪名梳理如下:

(一) 以危险方法危害公共安全罪

已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未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;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未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。

上述行为构成故意传播突发传染病病原体,危害公共安全,依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定,按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

(二) 妨害传染病防治罪

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。

(三) 生产、销售伪劣产品罪;(四) 生产、销售假药罪;(五) 生产、销售劣药罪

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、销售用于防治传染病的假药、劣药,构成犯罪的,分别依照刑法第一百四十条、第一百四十一条、第一百四十二条的规定,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。

(六) 生产、销售不符合标准的医用器材罪

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。

医疗机构或者个人,知道或者应当知道系前款规定的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买并有偿使用的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。

(七) 国有公司、企业、事业单位人员失职罪;(八) 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪

国有公司、企业、事业单位的工作人员,在疫情防控工作中,由于严重不负责任或者滥用职权,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的,依照刑法第一百六十八条的规定,以国有公司、企业、事业单位人员失职罪或者国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪定罪处罚。

(九) 虚假广告罪

在疫情防控期间,违反国家规定,假借疫情防控的名义,利用广告对所推销的商品或者服务作虚假宣传,致使多人上当受骗,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十二条的规定,以虚假广告罪定罪处罚。

(十) 非法经营罪

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。

违反国家规定,非法经营非国家重点保护野生动物及其制品(包括开办交易场所、进行网络销售、加工食品出售等),扰乱市场秩序,情节严重的,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。

(十一) 诈骗罪

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。

(十二) 妨害公务罪

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,以妨害公务罪定罪处罚。

(十三) 故意伤害罪;(十四) 故意杀人罪;(十五) 聚众哄抢罪

在疫情防控期间,故意伤害医务人员造成轻伤以上的严重后果,或者对医务人员实施撕扯防护装备、吐口水等行为,致使医务人员感染新型冠状病毒的,依照刑法第二百三十四条的规定,以故意伤害罪定罪处罚。

在疫情防控期间,聚众“打砸抢”,致人伤残、死亡的,依照刑法第二百八十九条、第二百三十四条、第二百三十二条的规定,以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

聚众哄抢公私财物特别是疫情防控和保障物资,数额较大或者有其他严重情节的,对首要分子和积极参加者,依照刑法第二百六十八条的规定,以聚众哄抢罪定罪处罚。

(十六) 编造、故意传播虚假信息罪

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。

(十七) 拒不履行信息网络安全管理义务罪

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。

(十八) 煽动分裂国家罪;(十九) 煽动颠覆国家政权罪

利用新型冠状病毒感染的肺炎疫情,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。

(二十) 寻衅滋事罪;(二十一) 侮辱罪;(二十二) 非法拘禁罪

在疫情防控期间,强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物情节严重,或者在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。

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。

随意殴打医务人员,情节恶劣的,依照刑法第二百九十三条的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。

采取暴力或者其他方法公然侮辱、恐吓医务人员,符合刑法第二百四十六条、第二百九十三条规定的,以侮辱罪或者寻衅滋事罪定罪处罚。

以不准离开工作场所等方式非法限制医务人员人身自由,符合刑法第二百三十八条规定的,以非法拘禁罪定罪处罚。

(二十三) 非法行医罪

未取得医师执业资格非法行医,具有造成突发传染病病人、病原携带者、疑似突发传染病病人贻误诊治或者造成交叉感染等严重情节的,依照刑法第三百三十六条第一款的规定,以非法行医罪定罪,依法从重处罚。

(二十四) 重大环境污染事故罪

违反传染病防治法等国家有关规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,造成突发传染病传播等重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的,依照刑法第三百三十八条的规定,以重大环境污染事故罪定罪处罚。

(二十五) 传染病病毒种扩散罪

从事实验、保藏、携带、运输传染病菌种、毒种的人员,违反国务院卫生行政部门的有关规定,造成新型冠状病毒毒种扩散,后果严重的,依照刑法第三百三十一条的规定,以传染病病毒种扩散罪定罪处罚。

(二十六) 贪污罪;(二十七) 侵占罪;(二十八) 挪用公款罪;(二十九) 挪用资金罪;(三十) 挪用特定款物罪

国家工作人员,受委托管理国有财产的人员,公司、企业或者其他单位的人员,利用职务便利,侵吞、截留或者以其他手段非法占有用于防控新型冠状病毒感染肺炎的款物,或者挪用上述款物归个人使用,符合刑法第三百八十二条、第三百八十三条、第二百七十一条、第三百八十四条、第二百七十二条规定的,以贪污罪、职务侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪定罪处罚。挪用用于防控新型冠状病毒感染肺炎的救灾、优抚、救济等款物,符合刑法第二百七十三条规定的,对直接责任人员,以挪用特定款物罪定罪处罚。

(三十一) 滥用职权罪;(三十二) 玩忽职守罪

在疫情防控工作中,负有组织、协调、指挥、灾害调查、控制、医疗救治、信息传递、交通运输、物资保障等职责的国家机关工作人员,滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,依照刑法第三百九十七条的规定,以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。

(三十三) 传染病防治失职罪

卫生行政部门的工作人员严重不负责任,不履行或者不认真履行防治监管职责,导致新型冠状病毒感染肺炎传播或者流行,情节严重的,依照刑法第四百零九条的规定,以传染病防治失职罪定罪处罚。

(三十四) 煽动暴力抗拒法律实施罪

在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施的,依照刑法第二百七十八条的规定,以煽动暴力抗拒法律实施罪定罪处罚。

(三十五) 破坏交通设施罪

在疫情防控期间,破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险的,依照刑法第一百一十七条、第一百一十九条第一款的规定,以破坏交通设施罪定罪处罚。

(三十六) 非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪;(三十七) 非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪;(三十八) 非法狩猎罪;(三十九) 掩饰、隐瞒犯罪所得罪

非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的,或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的,依照刑法第三百四十一条第一款的规定,以非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪或者非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪定罪处罚。

违反狩猎法规,在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎,破坏野生动物资源,情节严重的,依照刑法第三百四十一条第二款的规定,以非法狩猎罪定罪处罚。

知道或者应当知道是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品,为食用或者其他目的而非法购买,符合刑法第三百四十一条第一款规定的,以非法收购珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪定罪处罚。

知道或者应当知道是非法狩猎的野生动物而购买,符合刑法第三百一十二条规定的,以掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪处罚。

六、结语

本文仅以现行法律法规为依据,针对本次新型冠状病毒肺炎疫情所可能涉及的法律问题进行剖析,仅为助力各主体在本场“战疫”中妥当处理所涉法律问题,维护个体与社会的共同利益。

诚然,随着政府及社会各界的共同努力,新型冠状病毒肺炎疫情正逐步得到控制,但仍可能随时发生变化。鉴于此,中央及地方各级政府随时可能进一步明确针对性的政策,我们将实时关注疫情动态,并争取及时精进前述法律分析,供读者参考。

[作者 姚仲凯:国浩律师事务所合伙人(福州),厦门大学法学学士
王晓昉:国浩律师事务所合伙人(福州),中南财经政法大学法学学士
张桂泰:国浩律师事务所合伙人(福州),厦门大学法学学士
陈光卓:国浩律师事务所律师(福州),厦门大学民商法学硕士]
[审稿人 杨征宇:国浩律师事务所合伙人(北京)]

4. 新冠肺炎疫情防控引起的社会问题漫谈

◎ 陈楚欣

面对疫情防控期间纷繁复杂的社会问题,需要政府部门抽丝剥茧的一一矫正。本文试图从本次疫情防控期间引起的典型社会问题出发,梳理现行的法律法规,观察中央及地方政府的应对举措,以期寻找相应的矫正之道。

一、疫情防控引发的政府信息公开问题

2020年1月27日,武汉市市长周先旺对于记者提出的“前期信息披露是否不及时”问题,做了这样的回答:“因为它是传染病,传染病有传染病防治法,它必须依法披露。作为地方政府,我获得这个信息以后,授权以后,我才能披露。”这段话引发社会热议,周市长的回答是否具有法律依据呢?

(一) 疫情信息披露的相关法规梳理

1. 疫情公布主体

根据《中华人民共和国传染病防治法》(下称“《传染病防治法》”)第十九条规定,国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府根据传染病发生、流行趋势的预测,及时发出传染病预警,根据情况予以公布。

根据《突发公共卫生事件应急条例》(下称“《突发事件应急条例》”)第二十五条的规定,国务院卫生行政主管部门负责向社会发布突发事件的信息。必要时,可以授权省、自治区、直辖市人民政府卫生行政主管部门向社会发布本行政区域内突发事件的信息。

2. 疫情信息的报告、通报与公布

根据《传染病防治法》第三十条、第三十三条规定,传染病疫情应当遵循疫情报告属地管理原则,在发现传染病暴发、流行时,疾病预防控制机构等主体应当立即报告当地卫生行政部门,由当地卫生行政部门立即报告当地人民政府,同时

报告上级卫生行政部门和国务院卫生行政部门。

根据《突发事件应急条例》第十九条、第二十条规定,传染病流行等突发事件发生时,采用逐级上报制度:突发事件监测机构、医疗卫生机构和有关单位发现发生或者可能发生传染病暴发、流行时应当在2小时内向所在地县级人民政府卫生行政主管部门报告;接到报告的卫生行政主管部门应当在2小时内向本级人民政府报告,并同时向上级人民政府卫生行政主管部门和国务院卫生行政主管部门报告。县级人民政府应当在接到报告后2小时内向设区的市级人民政府或者上一级人民政府报告;设区的市级人民政府应当在接到报告后2小时内向省、自治区、直辖市人民政府报告,省、自治区、直辖市人民政府应当在接到报告1小时内,向国务院卫生行政主管部门报告。

3. 公布疫情信息应当及时、准确

《传染病防治法》第三十八条明确规定,国务院卫生行政部门定期公布全国传染病疫情信息。对于本行政区域内的传染病疫情信息,由省级人民政府的卫生行政部门予以公布,传染病暴发、流行时,国务院卫生行政部门负责向社会公布传染病疫情信息,并可以授权省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门向社会公布本行政区域的传染病疫情信息,且公布传染病疫情信息应当及时、准确。《突发事件应急条例》第二十五条亦强调,突发事件的信息发布应当及时、准确、全面。

(二) 本次疫情披露的分析

回归到本次疫情,根据《传染病防治法》及《突发事件应急条例》的规定,疫情公布主体在不同情况下分别是国务院卫生行政主管部门以及省、自治区、直辖市人民政府卫生行政主管部门,的确不包含地市级人民政府,武汉市无权决定是否公布传染病疫情确有法律依据。

但是,无权公布并不意味着武汉市政府在本次疫情中无须承担责任。周市长关于“未经授权不得披露”系对《传染病防治法》《突发事件应急条例》的片面理解。本次疫情最初仅暴发于武汉市,但是由于整体疫情信息公开明显滞后,对于疫情信息的报告制度是否合法,有待商榷。

值得注意的是,无论是《传染病防治法》还是《突发事件应急条例》,公布信息的首要准则均是“及时”,即使是个体的普通疾病,医生均是在与时间抗争,更何况是如此重大的传染病疫情。故各级政府部门必须深入理解立法本意,在发生疫情时,必须依法报告、公布,不能因僵化的行政授权的思维,导致上报不及时或内部流程冗长等原因造成疫情的大范围扩散和防治延误。

(三) 疫情防控引发的政府信息公开问题反思

相较于十七年前“非典”疫情,尽管本次疫情处理过程中,政府的总体反应速度、宣传力度较“非典”时期有了大幅提高,但是仍存在诸多问题,各地方政府应当借此时机,系统学习、掌握我国突发公共卫生事件的应对办法,笔者认为,万不可在疫情发生后再回头找法律,亦不可一味将披露职责、防控职责向上转移,更不可为了“维稳”,对类似信息予以压制。

二、疫情防控引发的哄抬物价社会问题

商家“哄抬物价”的社会问题并非在本次“新冠肺炎”期间才出现,早在“非典”期间,“哄抬价格”情形就普遍存在,为此国家发改委在“非典”防治期间就对于该问题有过专门答复,很多省、自治区、直辖市物价部门也都出台过价格干预措施。最高人民法院、最高人民检察院亦在该期间紧急出台《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》,目的在于遏制疫情防控期间的市场失衡情形。但是,本次疫情中,类似的问题却仍然再次出现。

(一) 本次疫情防控期间,面对部分商家“哄抬物价”行为,各地行政执法利剑出鞘,部分行政处罚如下

地 区	企 业 名 称	行 政 违 法 行 为	行 政 处 罚
北京市	北京济民康泰大药房有限责任公司丰台区第五十五分店	进价为 200 元/盒的 3M 牌 8511CN 型口罩(十只装),大幅提价到 850 元/盒对外销售,而同时期该款口罩网络售价为 143 元/盒。	罚款 300 万元
南昌市	进贤县益民堂大药房有限公司	脱脂纱布口罩 224 件,消毒液 320 瓶。经查明,当事人以牟取暴利为目的,在进货成本无明显变化的前提下,于 22 日始,在之前售价的基础上分别加价 0.5 倍至 13 倍不等,对外销售与疫情防控相关的商品。	罚款 300 万元
长沙市	湖南海王星辰健康药房连锁有限公司人民中路分店	邦纳日用防护口罩(颗粒物带阀均码 1+1)进货价 18 元/盒,以 35 元/盒对外销售;一次性使用防雾霾静电吸附口罩(成人款)进货价 48 元/包,以 78 元/包对外销售。	罚款 50 万元

续 表

地 区	企 业 名 称	行 政 违 法 行 为	行 政 处 罚
北京市	北京百好堂医药经营有限公司第七分店	进价为 15 元/个的进口 N95 口罩,大幅提价到 48 元/个对外销售,进销价差率超过 200%。	罚款 50 万元
张家口市	张家口润佳药房医药连锁有限公司怀来登隆店	该店口罩进价为 16 元/个,对外销售价格为 25 元/个,且未明码标价。	责令立即改正,罚款 67 000 元
武威市	武威市凉州区益生堂大药房	将前一日进货价为 15 元/只的 KN95 折叠式防颗粒物呼吸器以 30 元/只的价格销售,将前一日进货价为 10 元/包的一次性口罩以 20 元/只的价格销售。	没收违法所得 11 350 元,并处罚款 56 750 元

(二) “哄抬物价”行为相关法规梳理

根据《中华人民共和国价格法》第十四条及第四十条、《中华人民共和国突发事件应对法》第四十九条、《价格违法行为行政处罚规定》第六条,以及《市场监管总局关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为的指导意见》的相关规定,对于“哄抬物价”的定义,并不存在统一的认定标准,一般“由市场监管部门综合考虑经营者的实际经营状况、主观恶性和违法行为社会危害程度等因素,在案件查办过程中结合实际具体认定”,针对本次新冠病毒肺炎疫情,各地相继出台一系列相关文件对可能涉及价格管控的财产类型和哄抬价格的认定作出相应的界定。

根据各地市场监督管理局所发布的对于新型冠状病毒感染的肺炎疫情期间哄抬价格违法行为认定相关指导文件,各地对于“哄抬物价”所涉及的商品类型和涨价程度标准梳理如下,供参考:

地 区	文 件	商 品 类 型	认 定 标 准
湖北省	《省市场监管局关于新型冠状病毒感染的肺炎防控期间有关价格违法行为认定与处理的指导意见》	与疫情防控相关的医用商品、防护消毒商品,与人民群众日常生活密切相关的果蔬、畜禽产品等食用农产品,米面油等食品,交通费	(1) 以 2020 年 1 月 21 日前商品销售价格或者提供服务的价格为原价,在 1 月 22 日后超出原价销售或者提供服务的; (2) 商品进货成本发生变化,购销差额未与 1 月 21 日前保持一致并扩大的; (3) 所售商品无参照原价,购销差价额超过 15%的。

续 表

地 区	文 件	商 品 类 型	认 定 标 准
浙江省	《浙江省市场监管局价监竞争分局关于新型冠状病毒感染的肺炎防控期间有关哄抬价格违法行为认定指导意见的函》	口罩、消毒水、药品等防疫药械产品	一、价格主管部门认定哄抬价格违法行为时,应着重把握经营者有否实施“捏造、散布涨价信息”“生产成本或进货成本没有发生明显变化、以牟取暴利为目的提高价格”“在一些地区或行业率先提高价格”“囤积居奇、导致商品供不应求”等行为。 二、经请示省政府同意,经营者具有上述违法行为之一,而且涨价幅度在 20% 以上或者高于同类商品价格 20% 以上的,构成哄抬价格违法行为。 三、我省或各市已采取价格干预措施的商品,经营者违反价格干预措施的,按《价格法》第三十九条规定定性、处罚。
海南省	《关于新型冠状病毒感染的肺炎防控期间哄抬价格违法行为认定与处理的指导意见》	与疫情防控相关的口罩、消毒用品、温度计等商品	1. 以 2020 年 1 月 23 日前商品销售价格为原价,在 1 月 24 日后超出原价销售的; 2. 商品进货成本发生变化,购销差额未与 1 月 23 日前保持一致并扩大的; 3. 所售商品无参照原价,购销差价额超过 15% 的。
湖南省	《关于新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间哄抬价格违法行为认定有关问题的通知》	与疫情防控相关的口罩、消毒水、药品等防疫用品,以及与人民群众日常生活密切相关的肉、蛋、菜、米、面、油等生活必需品	以我省启动重大突发公共卫生事件一级响应日(2020 年 1 月 24 日)前销售价格为原价,从即日起商品进货成本没发生变化而超出原价销售的;商品进货成本发生变化,购销差额较 1 月 24 日前扩大的;所售商品无参照原价,购销差价额超过 15% 的

续 表

地 区	文 件	商 品 类 型	认 定 标 准
青海省	《关于在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间有关价格违法行为认定与处理的指导意见》	与疫情防控相关的医用商品、防护消毒商品,与人民群众日常生活密切相关的果蔬、农畜等食用农产品,米、面、油等食品,交通费等	1. 捏造、散布涨价信息,大幅度提高价格的; 2. 生产成本或进货成本没有发生明显变化,以 2020 年 1 月 25 日前商品销售价格或者提供服务的价格为原价,在 1 月 25 日后超出原价销售或者提供服务的; 3. 商品进货成本发生变化,购销差额未与 1 月 25 日前保持一致,明显扩大差价的; 4. 所售商品无参照原价,购销差价超过 15% 的; 5. 囤积居奇,导致商品供不应求而出现价格大幅度上涨的。

从上述各省市相关文件的规定可以看出,“哄抬物价”涉及的商品类型主要包括了与疫情相关的医用防控商品和日常生活衣食住行相关的商品两种类型,对于“哄抬物价”的认定标准主要有如下几类:

1. 故意散布虚假信息,造成民众心理恐慌,产生不合理的价格预期的;
2. 生产成本不变的情况下,故意提高原价的;
3. 生产成本变化的情况下,提价差额明显扩大的;
4. 无参考原价,购销差价超过 15%~20% 的;
5. 囤积居奇,导致商品供不应求的。

(三) 企业应当及时矫正可能存在的“哄抬物价”行为

从具体数字上而言,禁止“哄抬物价”的商品的涨价空间应当控制在 20% 以内,但因为各地政府规定各有差异,因此各企业在考虑自身经营情况的同时,应当同步保持与当地政府最新规定和文件一致,保证所出售商品合法合规。

建议各企业商户在经营时务必秉持诚信为本、合法经营原则,应当避免使用引起歧义的广告宣传手段,严格遵守《中华人民共和国广告法》的规定。疫情尚在蔓延中,结束之日无法明确,各企业务必应提高自身成本测算和记录水平,防止积货囤货,正确对待市场变化,不囤积居奇。

三、疫情防控引发的中小企业危机

相比非典期间,目前第三产业占经济总量的比例明显增高,本次疫情对于餐饮业、旅游业等行业打击严重,春节期间本是各中小企业集中盈利的时节,但因疫情的发生,大部分的中小企业在此期间均是亏损状态。而随着春节假期的延长及防控措施的增强,租金、工资等损失将进一步加大。在此情形下,政府应当承担起扶持责任。

(一) 疫情突如其来,中小企业岌岌可危,即使是各行各业的龙头企业,亦难以幸免,部分行业危机情况如下

行 业	企 业 品 牌	危 机
餐饮业	西贝	西贝莜面村创始人贾国龙:“相比 2003 年的‘非典’,今年的疫情对于西贝的冲击极为强烈和直观”“我们的现金流按照发工资的极限,我们现在贷款还不多,即使贷上款发工资,我觉得撑不过三个月。”
旅游业	马蜂窝	马蜂窝旅游联合创始人、CEO 陈罡:“因此次疫情造成的机票、酒店等旅游产品退改,至 1 月 30 日,马蜂窝已为消费者即时退款垫资 5 亿多人民币。”

(二) 总体而言,中央及各地政府在本次疫情中针对中小企业的危机应对较为得当,中央及各地政府部门均出台相应的支持举措,据不完全统计,截至 2020 年 2 月 5 日,国务院各部委共出台 5 个相关通知,且共有 16 地政府出台支持政策,挑选其中具有较为突出意义的文件供参考

主 体	文 件 名 称	亮 点
中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局	《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》	从中央层面明确了金融支持疫情防控工作的部署安排。
江苏省苏州市政府	《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十条政策意见》	1. 各地市政府中最早颁布政策意见,被网友称为“硬核政府”; 2. 在全国最早落地国有资产减租、小微企业贷款贴息等措施。

续 表

主 体	文 件 名 称	亮 点
山东省人民政府	《关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情支持中小企业平稳健康发展的若干意见》	最先在省级层面出台政策支持中小企业的省份。
上海市嘉定区人民政府	上海市嘉定区出台 12 条新政	新增 1 000 个短期租房补贴专项额度,补贴标准为 800 元/人/月,用于补贴上述中小企业吸引留住核心团队。

(三) 助力中小企业安稳度过本次危机具有重要意义

如前所述,中小企业由于自身抗风险能力差,在本次疫情中遭遇重大危机。但中小企业负担着社会中大部分的劳动力,若中小企业倒闭,则将导致失业的劳动力推向市场,对于我国经济的影响将是不可估量的。西贝餐饮董事长贾国龙表示:“企业负责任了,就需要国家在关键时期托底,如果国家不托底,那最终负责任的企业、好人就吃亏了”,尽管该句话是否完全正确有待商榷,但亦道明国家政府在此时应当承担的责任。各地政府必须依据服务指导原则及时予以指导、干预,通过财政补贴、税金减免等途径及时做好中小企业的扶持工作。

四、结语

本次新冠肺炎疫情防控过程中,诸多“非典”时期的关键词成为疫情防控工作之外公众所关注的焦点。尽管政府部门在应对此次疫情时更快地解决了诸多问题,但仍然存在许多值得反思、探讨之处。正如 2020 年 2 月 3 日中共中央政治局常务委员会召开会议时所强调的,“要针对这次疫情应对中暴露出来的短板和不足,健全国家应急管理体系,提高处理急难险重任务能力”,政府依法高效应对突发公共卫生事件之路任重而道远。

[作者 陈楚欣:国浩律师事务所律师(福州),福建师范大学法律硕士]

[审稿人 杨征宇:国浩律师事务所合伙人(北京)]



二、政府职责篇

5. 新冠肺炎疫情防控下政府采购面临的八大法律问题剖析

◎ 李世亮 邓永嘉

2020年1月,湖北省武汉市暴发了严重的新型冠状病毒感染肺炎疫情(以下简称“新冠肺炎疫情”或“疫情”),且疫情蔓延至全国其他地区。鉴于目前新冠肺炎疫情的严峻形势,根据中央及地方政府的各项要求,全国各地的单位均在不断加强疫情的防控工作。为保证防控工作的顺利开展,从财政部到各省、区、市财政部门均针对疫情防控期间的政府采购活动出台了相应的规范性文件。

国浩成都办公室(以下简称“本所”)对上述规范性文件进行研究后,再结合长期为各级政府部门提供政府采购法律服务的经验,现就新型冠状病毒疫情防控形势下政府采购的相关法律问题分析如下,供各方政府采购当事人及监管部门在决策时参考。

一、关于“紧急采购”的相关问题

为贯彻落实习近平总书记对新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作作出的重要指示批示精神,财政部办公厅于2020年1月26日发布了《关于疫情防控采购便利化的通知》(以下简称“《通知》”),明确了“使用财政性资金采购疫情防控相关货物、工程和服务的,应以满足疫情防控工作需要为首要目标,建立采购‘绿色通道’,可不执行政府采购法规定的方式和程序,采购进口物资无须审批”。

各省市财政部门也相继针对疫情防控期间的政府采购活动出台了文件,如四川省财政厅在《四川省财政厅关于新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作实行紧急采购的通知》中也明确了“在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作中,四川省各级国家机关、事业单位和团体组织(以下简称采购单位),使用财政性资金采购新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作有关货物、工程和服务的,可以实行紧急采购”。

根据上述规范性文件可以确定,凡是使用财政性资金采购新型冠状病毒感

染的肺炎疫情防控工作有关货物、工程和服务的,皆属于《中华人民共和国政府采购法》(以下简称“《政府采购法》”)第八十五条“紧急采购”的情形。虽然“紧急采购”不适用《政府采购法》及《中华人民共和国政府采购法实施条例》(以下简称“《政府采购法实施条例》”)等法律法规,可不执行政府采购法规定的方式和程序,但笔者认为采购人应当注意以下法律风险:

1. 采购人应严格把控“新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作有关货物、工程和服务”的范围,切忌以新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作为名违反政府采购规定实施其他采购。

2. 采购人在“紧急采购”中,应同样参照《政府采购法》及《政府采购法实施条例》等法律法规的规定,严格完成履约验收工作,并加强疫情防控采购项目采购文件和凭据的管理,留存备查。

3. 采购人在“紧急采购”中,如遇采购标的所涉价格畸高或畸低的,在采购前应当主动向监管部门请示汇报后再行采购。

二、关于未开标、评标的政府采购项目的相关问题

经查询各省市政府采购官网后发现,各省市均针对疫情防控期间的政府采购活动发布了相关通知,比如四川省发布了《四川省财政厅关于疫情防控期间暂停政府采购开标评审活动的通知》,明确暂停政府采购项目的开标、评审、专家抽取(含借用)工作。恢复时间将通过“四川政府采购网”另行通知。

本所认为就未完成开标、评标工作的政府采购项目按各自所属地区的规定执行即可。

三、关于已完成开标、评标工作,但未签订《政府采购合同》的政府采购项目的相关问题

(一) 如采购任务未取消,则应依法继续开展采购活动

根据《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》第一条,“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”。2020年2月3日即为春节假期后的第一个工作日,采购人应从2月3日起恢复法定期间的计算,按《政府采购法》及《政府采购法实施条例》等法律法规的规定在法定期间内完成中标通知书发放、发布中标公告以及签订《政府采购合同》等程序性事项,否则将承担相应法律责任。

（二）如采购任务取消，则依法废标并发布公告

根据《政府采购法》第三十六条：“在招标采购中，出现下列情形之一的，应予废标：……（四）因重大变故，采购任务取消的。废标后，采购人应当将废标理由通知所有投标人。”

第三十七条，“废标后，除采购任务取消情形外，应当重新组织招标；需要采取其他方式采购的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门或者政府有关部门批准。”

采购人若认为由于目前的疫情防控工作导致采购目的已无法实现，决定取消采购任务的，则应立即作出废标决定并及时发布公告，避免造成进一步的损失。

四、关于已完成开标、评标工作，且已签订《政府采购合同》的政府采购项目的相关问题

根据《政府采购法》第五十条，“政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的，双方当事人应当变更、中止或者终止合同。有过错的一方应当承担赔偿责任，双方都有过错的，各自承担相应的责任。”

1. 若当前的疫情防控工作对已签订的《政府采购合同》的履行不产生影响，则采购人与中标、成交供应商之间仍应依法履行《政府采购合同》。

2. 若采购人认为由于目前的疫情防控工作将导致《政府采购合同》无法继续履行或继续履行《政府采购合同》也无法实现采购目的，继续履行合同只是浪费财政性资金的，采购人则应依法与合同相对方解除《政府采购合同》，以免造成进一步的损失。

3. 若采购人认为待疫情防控工作结束后可以继续履行《政府采购合同》，或者只要适当调整《政府采购合同》部分内容即可继续履行《政府采购合同》的，采购人也可与合同相对方协商签订相关《补充协议》。但值得注意的是，采购人仍应本着公平、公正和公开的原则与合同相对方签订《补充协议》，不可通过《补充协议》给予合同相对方不正当利益。

五、关于中标、成交供应商是否有权拒绝签订《政府采购合同》的相关问题

根据《政府采购法实施条例》第七十二条，“供应商有下列情形之一的，依照

政府采购法第七十七条第一款的规定追究法律责任：……（二）中标或者成交后无正当理由拒不与采购人签订政府采购合同……”

由于供应商无正当理由拒不与采购人签订政府采购合同，应承担相应法律责任，故对“正当理由”的理解和认定就成为判断供应商拒绝签订政府采购活动是否合法的关键。

由于目前政府采购法律法规体系未对“正当理由”进行明确的定义和界定，再加上《政府采购法》第四十三条明确规定，政府采购合同适用合同法，所以在实务操作中，财政部门往往是以《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第一百一十七条关于“不可抗力”的定义来认定“正当理由”。而根据《合同法》第一百一十七条的规定：“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。”

新冠肺炎疫情作为一种突发性的传染病事件，不仅当事人不能预见，而且具有专业知识的病毒学和医学专家也无法预见。且其从暴发至今，尚未有特效药能有效治疗或阻止其传播。从构成要件上看，新冠肺炎疫情符合前述不可抗力的定义。

综上所述，我所认为如果中标、成交供应商认为目前疫情防控工作导致其已经无法履行《政府采购合同》，其有权拒绝签订《政府采购合同》。

六、关于中标、成交供应商是否有权解除《政府采购合同》的相关问题

根据《政府采购法》第四十三条，“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”

《合同法》第九十四条第一款规定：“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。”

新冠肺炎疫情符合前述不可抗力的定义已在前文中阐述，这里就不再赘述。那么根据《合同法》以及《政府采购法》的上述规定，如果中标、成交供应商确因疫情防控工作导致其无法履行合同，则其有权解除《政府采购合同》。

七、关于《政府采购合同》当事人违约责任的相关问题

根据《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

行后发生不可抗力的,不能免除责任。”《中华人民共和国民法总则》第一百八十条规定:“因不可抗力不能履行民事义务的,不承担民事责任。法律另有规定的,依照其规定。”

根据前述规定,鉴于不可抗力作为法定免责事由,《政府采购合同》当事人因新冠肺炎疫情造成的延迟履行等违约后果,通常不需要承担民事责任。但应提请各方政府采购当事人关注以下四种例外情形:

1. 疫情发生后签订的合同。在此情况下,合同当事人应当预见疫情对合同履行的影响,故合同当事人主张据此免责存在无法得到全部或部分支持的风险。就本次新冠肺炎而言,笔者倾向于认为,以2020年1月20日钟南山教授正式宣布新冠肺炎具备“人传人”特性作为“疫情发生后”的时间节点较为合理。

2. 疫情与违约不存在因果关系。若新冠肺炎疫情对履行合同未造成实质性影响,或者当事人的违约并非疫情导致,那么违约方不得以新冠肺炎疫情构成不可抗力为由主张免责。

3. 疫情发生在迟延履行期间。根据《合同法》第一百一十七条规定,若合同当事人在疫情发生前存在迟延履行行为,导致迟延履行期间遭遇新冠肺炎疫情,那么该违约方不得以新冠肺炎疫情构成不可抗力为由主张免责。

4. 一方当事人导致的扩大损失。依据《合同法》第一百一十八条规定,若一方当事人在新冠肺炎疫情发生后,未采取适当的减损措施,导致损失扩大的,对于扩大部分的损失,该方当事人不得以新冠肺炎疫情为由主张免责。

八、关于政府采购争议解决时效性的相关问题

政府采购争议解决方式所涉的询问、质疑以及投诉程序都有严格的时效性要求,如采购人或代理机构必须在收到供应商的书面质疑后七个工作日内作出质疑答复等。那么疫情防控事件是否能作为上述程序所涉期限中止、中断(参考《民事诉讼法》)以及延期的法定事由就成为关乎监管部门和各方采购当事人权益的问题所在。

笔者认为,由于《政府采购法》及《政府采购法实施条例》等法律法规未就不可抗力对询问、质疑以及投诉程序所涉期限是否造成影响做出规定,所以疫情防控事件不能作为上述程序所涉期限中止、中断(参考《民事诉讼法》)以及延期的法定事由,即政府采购当事人以及监管部门仍以2020年2月3日作为春节假期后的第一个工作日,来计算相关程序的时效问题。

另外笔者也注意到,部分省市的政府采购官网也已就上述问题发布了相关

文件,如上海市财政局发布的《关于疫情防控期间政府采购投诉举报工作安排的
通知》,明确了自文件发布之日起,上海市财政局不再现场接待外来人员办理政
府采购投诉举报事宜,暂停现场受理、质证等工作,相关业务改为网上办理。现
场业务恢复时间另行通知。

[作者 李世亮:国浩律师事务所执行合伙人(成都),西南政法大学法学硕士,
四川大学工商管理硕士

邓永嘉:国浩律师事务所律师(成都),西南政法大学法律硕士]

[审稿人 李世亮:国浩律师事务所执行合伙人]

6. 战“疫”时期,如何依法应急征用?

◎ 施 蕾

近日来,某地“征用”其他省市口罩一事持续发酵。不可否认,抗击新冠肺炎疫情期间,各地防疫物资和医疗资源日趋紧缺,但依法、合理、科学地开展应急征用工作,更能体现一级政府在特殊时期法治化、精细化的治理水平和能力。2月5日,习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议上强调:“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,保障疫情防控工作顺利开展。”按照“依法防控”的指示精神,本文仅就疫情防控时期应急征用过程中尤为需要关注的几点问题进行探讨。

一、作出应急征用决定的主体应为县级以上各级人民政府

根据《中华人民共和国宪法》(以下简称“《宪法》”)第十三条和《中华人民共和国物权法》(以下简称“《物权法》”)第四十四条之规定,国家有权基于抢险、救灾或其他公共利益需要,依法征用相关财产(含动产及不动产)并给予补偿。1月20日,国家卫健委发布2020年第1号公告,宣布将此次新型冠状病毒感染的肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病并采取甲类传染病的预防、控制措施。基于此,国家有权依据《宪法》《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》中相关规定,根据疫情防阻工作需要,适时进行应急征用。

需要注意的是,县级以上各级人民政府是作出应急征用决定的法定主体。《中华人民共和国立法法》第八条明确规定,对于非国有财产的征收、征用只能通过制定法律进行规定,因此,应急征用属于典型的“法律保留”事项。立法实践中,《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者跨省、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调用储备物资,应急征用房屋、交通工具以及相关设施、设备”。依照该法,疫情防控期间,应急征用决定的作出主体应为县级以上各级人民政府,换句话说,县级政府的职能部门及其派出

机构、乡镇人民政府、基层群众自治组织等无权作出此决定。

在明确各级政府是应急征用决定作出主体的基础上,还有两方面问题需要阐明。一是当应急征用工作涉及两个以上行政区域的,由有关行政区域共同的上一级人民政府负责,或者由各有关行政区域的上一级人民政府共同负责。比如,对省内跨市物资的征用应当由各市共同的上一级省级人民政府负责管理,而跨省物资的征用应当由国务院负责统筹管理。二是应急征用工作交由具体职能部门开展实施的,同级人民政府应依法进行委托。各地根据具体情况,通常由地方职能部门(如卫生健康局、防疫工作领导小组等)具体落实征用措施,职能部门对应急征用的目的、需求有着更为清晰明确的认识,由其实施征用工作确实更为高效、便利。然而,地方职能部门等并非应急征用决定的法定实施主体,只有经地方人民政府依法委托后,相关职能部门方能按照委托权限范围开展应急征用工作。

二、应急征用需符合“法定程序”

目前,有关应急征用的程序,国家层面尚未出台统一的程序性规定,而《突发事件应对法》《传染病防治法》等单行法中也未提及具体实施程序。经对现行有效的二十部关于应对突发事件的地方性法规进行分析,同时结合一般意义上的行政程序法定原则,我们建议,应急征用实施过程至少应当符合以下程序。

第一,征用单位应当制作应急征用告知书。告知书中应当载明应急征用的依据、事由、被征用财产的名称及数量、被征用对象的名称及联系方式、征用单位的名称、执行人员的姓名及联系方式等要点。同时,由于应急征用属于具体行政行为,涉及被征用对象的权利义务,因此在告知书中还应载明申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限。

第二,应急征用前,征用单位应当向被征用对象发出应急征用告知书,向被征用对象阐明配合义务。具体实施应急征用的工作人员不得少于两人,并署名备查。

第三,情况特别紧急时,征用单位可以依法先行征用,事后应当及时补办制作、发出应急征用告知书的手续。

第四,征用单位及时做好被征用财产的登记造册及公示工作。

第五,被征用对象拒不执行应急征用相关决定的,征用执行人员在情况紧迫并且没有其他替代方式时可以强制征用。

三、应急征用需符合“比例原则”

即使在紧急状态下,政府的征用行为也应恪守在适度、必要的范围内。正如《突发事件应对法》第十一条规定,“有关人民政府及其部门采取的应对突发事件的措施,应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应;有多种措施可供选择的,应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施”。在应急征用过程中,征用单位应遵循紧急必要、先公后私、就近征用、均衡负担等原则,在衡量公共利益与私人利益的基础上,选择对被征用对象权益侵害最小的方式进行征用。

以征用宾馆作为隔离观察点为例,当地政府首先需要评估本行政区域内疫情紧急程度和防疫设施的紧缺程度,如果当地医院的隔离区域或者可用床位尚未达到紧缺的话,不宜征用当地宾馆作为隔离观察点。其次,征用前还应充分考虑宾馆的权利属性,在同样能满足疫情防控需求的前提下,出于公益需要应当优先征用国有宾馆。再次,必须征用民营宾馆时,应当优先考虑距离医院较近、旅客入住率较低、既有配套设施相对完善的宾馆,劣后考虑后续影响大、价值减损不可逆的宾馆。

四、应急征用结束后及时返还、补偿

应急征用是紧急状态下采取的临时性措施,征用结束后,政府应当及时返还单位或个人的财产并给予补偿。综合《宪法》《物权法》《传染病防治法》《突发事件应对法》的相关规定,“能返还的,及时返还”是首要原则,被征用的财产恢复到没有被征用时的状态后应当及时返还给被征用对象。即使能够返还,政府也应当根据被征用财产的耗损情况,给予被征用对象相应的折旧或损耗补偿。比如征用宾馆、酒店的,应当根据应急征用情况发生时租用同类场所的市场价格,给予被征用对象补偿。

此外,如果被征用的财产无法恢复到被征用时状态的,如出现毁损或者灭失等情况,建议可按照下列方式进行处理:财产毁损但经维修能够恢复使用功能的,补偿金额在考虑必要的维修费用支出后确定;财产无法维修或经维修无法恢复使用功能、灭失或维修费用超过财产毁损前价值的,补偿金额应当在综合考虑财产重置成本、综合成新率、净残值等因素后确定。

五、被征用对象负有配合及容忍义务

《传染病防治法》第四十五条规定,县级以上地方人民政府采取调集储备物资、应急征用房屋、交通设备及相关设施、设备等措施时,相关企业应予以最大程度的配合。《突发事件应对法》第十一条第二款规定:“公民、法人和其他组织有义务参与突发事件应对工作。”同时,该法第六十六条还规定:“单位或者个人违反本法规定,不服从所在地人民政府及其有关部门发布的决定、命令或者不配合其依法采取的措施,构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予处罚。”

从上述规定可知,被征用对象负有配合政府开展征用工作的义务,并在一定限度范围内负有容忍义务。换言之,被征用对象不服从应急征用决定或者不配合应急征用的,一旦构成违反治安管理的行为,可由公安机关依法给予治安管理处罚。

六、被征用对象的救济措施

《行政诉讼法》第十二条第一款规定,人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的“对征收、征用决定及其补偿决定不服的”诉讼。《行政复议法》第六条第一款规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益的,可申请行政复议。

从救济途径来看,如果被征用对象对应急征用或相关补偿不服,可以通过行政复议或者行政诉讼的方式维护自身的合法权益。我们注意到,不少应急征用告知书的落款盖章主体为政府职能部门,即具体实施应急征用措施的部门。从征用行为的法律归责角度来说,由于可以作出征用决定的主体只能是县级以上人民政府,即使政府委托职能部门具体落实征用措施的,被委托主体所作行政行为的法律后果也应归于本级人民政府。

简而言之,被征用对象可依法向作出应急征用决定或补偿决定的地方各级人民政府的上一级地方人民政府提起行政复议(对省、自治区、直辖市人民政府的应急征用决定不服的,向作出该决定的人民政府申请行政复议),或者依法向具有管辖权的人民法院提起行政诉讼。

七、其他

有别于其他突发事件,考虑到新冠疫情的高传染性和长期潜伏性,政府在紧急征用的同时也应视情向被征用对象提供一定的指导或培训。如,征用宾馆、酒店等场所用作隔离点、观察点、医护人员休息区的,应当对该类场所的工作人员进行基本的防疫培训、传授基本的医疗常识,包括如何对场所消毒、如何进行日常的健康监测与记录、如何合理使用医疗防护用具等。

[作者 施蕾:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学行政法学博士,
美国乔治城大学法学硕士]

[审稿人 李世亮:国浩律师事务所执行合伙人]

7. 疫情防控期间紧急措施及应对 风险相关法律问题分析

◎ 柯 晨

2020 年的农历春节笼罩在新型冠状病毒肺炎的阴云之下,为抗击新型冠状病毒肺炎疫情,各地政府陆续采取了诸多紧急措施,例如“封城”、“延长春节假期”、“延期复工”、“强制隔离”等。在此期间,持续关注各地防控新举措、在微信群里互相交流、遵守限行管控等疫情防控措施,已成为市民在家“自我隔离”期间的日常必修课。但随着“抗疫”战役进入胶着状态,部分企业迫切希望恢复生产经营活动,部分市民急盼“离家出走”,也不乏以身试法之人,因提前复工、擅自营业、拒不配合隔离措施等行为被制裁的新闻屡见报端。那么,究竟各级政府以及防控工作应急指挥部等主体可以采取哪些紧急措施?拒不执行疫情防控措施要承担什么样的法律后果?因执行防控措施所产生的损失如何分担?接下来笔者将逐一予以介绍。

一、疫情防控期间可采取的主要紧急措施(见下表)

主要紧急措施	实施主体	适用情形	法律依据
关闭或者限制使用易受突发事件危害的场所,控制或者限制容易导致危害扩大的公共场所的活动	县级以上地方各级人民政府	发布一级、二级警报,宣布进入预警期后	《中华人民共和国突发事件应对法》第四十五条
对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员可以实施隔离措施	县级以上地方人民政府	已经发生甲类传染病病例	《中华人民共和国传染病防治法》第四十一条
限制或者停止集市、影剧院演出或者其他人群聚集的活动	县级以上地方人民政府	传染病暴发、流行时,报经上一级人民政府决定	《中华人民共和国传染病防治法》第四十二条
停工、停业、停课			

续 表

主要紧急措施	实施主体	适用情形	法律依据
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	县级以上地方人民政府	传染病暴发、流行时,报经上一级人民政府决定	《中华人民共和国传染病防治法》第四十二条
控制或者扑杀染疫野生动物、家畜家禽			
封闭可能造成传染病扩散的场所			
对患者、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定	医疗机构	发现甲类传染病时	《中华人民共和国传染病防治法》第三十九条
对疑似患者,确诊前在指定场所单独隔离治疗			
对医疗机构内的患者、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施			
宣布本行政区域部分或者全部为疫区,在疫区内采取紧急措施;对出入疫区的人员、物资和交通工具实施卫生检疫	县级以上地方人民政府	甲类、乙类传染病暴发、流行时;报经上一级人民政府决定	《中华人民共和国传染病防治法》第四十三条
对本行政区域内的甲类传染病疫区实施封锁	省、自治区、直辖市人民政府	甲类、乙类传染病暴发、流行时;已宣布疫区	《中华人民共和国传染病防治法》第四十三条
在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备	县级以上地方人民政府	传染病暴发、流行时,根据传染病疫情控制的需要	《中华人民共和国传染病防治法》第四十五条
在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内紧急调集人员或者调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备	国务院	传染病暴发、流行时,根据传染病疫情控制的需要	《中华人民共和国传染病防治法》第四十五条

如上表所述,根据《中华人民共和国突发事件应对法》《中华人民共和国传染病防治法》的规定,在发生新型冠状病毒肺炎疫情这类重大突发性公共卫生事件

时,按照法定程序,县级以上地方人民政府有权实施封闭场所、强制隔离等紧急措施,县级以上地方人民政府报上一级人民政府有权决定实施停工、停业、停课等紧急措施。故非县级以上地方人民政府例如乡镇人民政府、防控工作应急指挥部、社区防疫工作单位等以自己名义作出或予以公告的关于强制隔离,限制出入小区、村庄、堵截公共道路等决定,无法律依据。同时还要注意到紧急措施适用的区域范围,如跨省、自治区、直辖市范围内征用物资权在国务院,像大理市征用其他省市的物资,不仅不合情理,而且于法无据。

在疫情防控工作尚在持续的当下,建议政府部门从作出紧急措施决定的行为主体、行为程序以及比例原则等方面对各地仍继续采取的紧急措施的合法性、必要性进行审查,决定下一阶段的防疫工作方向,以平衡疫情防控与恢复经济生产之间的关系。

二、拒不执行疫情防控期间政府紧急措施决定的法律后果

(一) 民事责任

根据《中华人民共和国传染病防治法》第七十七条、《中华人民共和国突发事件应对法》第六十七条的规定,违反规定导致传染病传播、突发公共卫生事件危害扩大,给他人人身、财产造成损害的,应当依法承担民事责任。

以企业违反疫情防控紧急措施,提前复工或不满足复工条件擅自复工可能产生的民事责任举例。若企业提前复工或未按复工要求采取劳动保护措施而擅自复工的,该行为属于可能对他人人身、财产造成损害的危害行为,若因为劳动者聚集、生产经营活动、上下班途中对外接触不特定人员等原因导致劳动者感染新型冠状病毒肺炎或者导致传染他人新型冠状病毒肺炎的,应当承担人身损害赔偿赔偿责任。若因为提前复工、擅自复工出现确诊病例导致营业场所(例如写字楼等)被封闭等,造成周边经营者停产停业损失的,应当承担财产损害赔偿赔偿责任。

(二) 行政责任

根据《中华人民共和国突发事件应对法》第六十四条的规定,有关单位未按规定采取应急措施,造成严重后果的,面临被责令停产停业、暂扣或者吊销许可证或者营业执照的行政处罚。

根据《中华人民共和国突发事件应对法》第六十六条、《中华人民共和国治安管理处罚法》第五十条第一款第一项的规定,拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的,面临被警告或者处以二百元以下罚款的行政处罚,

情节严重的,面临被处以五日以上十日以下拘留,并处五百元以下罚款的行政处罚。

目前各地已经报道若干起因“拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的”而被处罚的案件。从报道的情况看,违法情形五花八门,包括提前复工、擅自营业、擅自出行、为他人的聚集活动提供聚集场所、拒不配合测量体温等,应当引起社会各界的重视。但在警示之余,建议行政机关在查处此类案件时,对行为人拒绝或不配合行为是否属于违反政府依法发布的决定、命令应进行审慎审查,例如前述提及的限制出行、体温测量等是属于政府依法发布的决定、命令,还是仅属于政府倡议的措施,应加以区分。

(三) 刑事责任

拒不执行疫情防控期间政府紧急措施决定,情节严重构成犯罪的,还将被依法追究刑事责任。例如拒不执行紧急措施决定,造成传染病传播,情节严重,危害公共安全的,可能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;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有传播严重危险的,可能构成妨害传染病防治罪;以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、红十字会工作人员依法履行防疫、检疫、强制隔离等预防、控制措施的,可能构成妨害公务罪。

实践中也已陆续出现了拒不执行紧急措施决定而被公安机关以危险方法危害公共安全罪立案侦查的案件,如近期被网民们口诛笔伐的“晋江毒王”一案。笔者认为,武汉返乡人员未自行隔离,参加聚集性活动固然令人深恶痛绝,但“以危险方法危害公共安全罪”是一重罪,实践中对此类行为以“以危险方法危害公共安全罪”定罪应谨慎。对此类妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪行为,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2020年2月10日联合发布《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》,明确规定仅确诊病人拒不执行隔离措施,进入公共场所或者公共交通工具的;疑似病人拒不执行隔离措施,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等两种情节严重的行为,才以“以危险方法危害公共安全罪”定罪处罚,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,以妨害传染病防治罪定罪处罚。

综上所述,拒不执行疫情防控期间政府紧急措施决定将可能承担民事责任、面临行政处罚、被依法追究刑事责任,尤其在新型冠状病毒疫情尚未控制、全国上下严防死守防止疫情扩大的当下,疫情防控期间的紧急措施切不可违反、疫情

防范切不可掉以轻心。

三、因执行疫情防控期间政府紧急措施决定而产生的损失分担问题

执行疫情防控期间政府紧急措施决定固然是行政相对人应当履行的义务,但这些紧急措施中无论是强制隔离,还是延期复工、暂停营业等,均不可避免的将对执行政府紧急措施决定的行政相对人造成损失,故对因执行疫情期间紧急措施而造成的损失进行合理的分担,将成为疫情之后定纷止争的主要工作之一。

其中,有些损失分担已经明确,例如福州市人民政府印发的《关于帮助中小微企业应对疫情共渡难关若干措施的通知》,规定加大信贷支持、对承租国有资产类经营用房的中小微企业以及个体工商户免收、减收房租、减免税费等,明确了由政府以及国有企业主动承担责任分担部分损失;又如,在劳动关系中明确规定劳动者工作报酬由用人单位承担损失,即企业停工停产在一个工资支付周期内的,企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资,劳动者被采取隔离措施的,所在单位不得停止支付其隔离期间的工作报酬。

但除此之外,平等主体间的合同关系中仅将不可抗力作为免责事由,但对相关损失分担尚不明确,本部分以延期复工、暂停营业紧急措施决定下的租赁合同关系举例提供一个解决思路。在政府发布决定要求延期复工、暂停营业的情况下,主要产生了两部分损失:一部分是租赁场所空置的损失;另一部分是停业而导致的利润损失、员工工资支出、货物折旧等损失,其中因为该情形属于不可抗力,承租人不得向出租人主张其未按约定保证租赁场所在租赁期限内均可正常经营使用的违约责任,但根据“双务合同牵连性”以及“同时履行抗辩权”的原理,在执行紧急措施的“停业期间”出租人未按约定提供租赁服务,基于权利义务相统一的原则,承租人有权据此抗辩出租人提出的支付租金请求。这样一来,执行紧急措施的“停业期间”的租赁场所空置损失实际上由出租人承担,停业损失由承租人承担,在一定程度上达到公平分担损失的效果。当然,执行疫情防控期间政府紧急措施决定而产生的损失,因法律关系的不同而存在显著区别,不能一概而论,但均应当秉承公平原则,在法律关系主体之间进行合理分担,并可考虑由相关部门出台指导性意见。

疫情之下,政府应依法防控,遵守政府依法防控措施也是每个公民刻不容缓的义务。同时如何保障市场主体的合法权益,合理分担因疫情所造成的损失,也是当下急需解决的问题。我们坚信,全国上下凝心聚力,共克时艰,终将战胜疫

情、迎来美好的新生活！

参考资料：

《中华人民共和国突发事件应对法》

第四十四条 发布三级、四级警报，宣布进入预警期后，县级以上地方各级人民政府应当根据即将发生的突发事件的特点和可能造成的危害，采取下列措施：

- （一）启动应急预案；
- （二）责令有关部门、专业机构、监测网点和负有特定职责的人员及时收集、报告有关信息，向社会公布反映突发事件信息的渠道，加强对突发事件发生、发展情况的监测、预报和预警工作；
- （三）组织有关部门和机构、专业技术人员、有关专家学者，随时对突发事件信息进行分析评估，预测发生突发事件可能性的大小、影响范围和强度以及可能发生的突发事件的级别；
- （四）定时向社会发布与公众有关的突发事件预测信息和分析评估结果，并对相关信息的报道工作进行管理；
- （五）及时按照有关规定向社会发布可能受到突发事件危害的警告，宣传避免、减轻危害的常识，公布咨询电话。

第四十五条 发布一级、二级警报，宣布进入预警期后，县级以上地方各级人民政府除采取本法第四十四条规定的措施外，还应当针对即将发生的突发事件的特点和可能造成的危害，采取下列一项或者多项措施：

- （一）责令应急救援队伍、负有特定职责的人员进入待命状态，并动员后备人员做好参加应急救援和处置工作的准备；
- （二）调集应急救援所需物资、设备、工具，准备应急设施和避难场所，并确保其处于良好状态、随时可以投入正常使用；
- （三）加强对重点单位、重要部位和重要基础设施的安全保卫，维护社会治安秩序；
- （四）采取必要措施，确保交通、通信、供水、排水、供电、供气、供热等公共设施的安全和正常运行；
- （五）及时向社会发布有关采取特定措施避免或者减轻危害的建议、劝告；
- （六）转移、疏散或者撤离易受突发事件危害的人员并予以妥善安置，转移重要财产；
- （七）关闭或者限制使用易受突发事件危害的场所，控制或者限制容易导致危害扩大的公共场所的活动；
- （八）法律、法规、规章规定的其他必要的防范性、保护性措施。

《中华人民共和国传染病防治法》

第三十九条 医疗机构发现甲类传染病时，应当及时采取下列措施：

- （一）对病人、病原携带者，予以隔离治疗，隔离期限根据医学检查结果确定；

(二) 对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;

(三) 对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。

拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。

医疗机构发现乙类或者丙类传染病病人,应当根据病情采取必要的治疗和控制传播措施。

医疗机构对本单位内被传染病病原体污染的场所、物品以及医疗废物,必须依照法律、法规的规定实施消毒和无害化处置。

第四十一条第一款 对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员,所在地的县级以上地方人民政府可以实施隔离措施,并同时向上一级人民政府报告;接到报告的上级人民政府应当即时作出是否批准的决定。上级人民政府作出不予批准决定的,实施隔离措施的人民政府应当立即解除隔离措施。

第四十二条 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。

第四十三条 甲类、乙类传染病暴发、流行时,县级以上地方人民政府报经上一级人民政府决定,可以宣布本行政区域部分或者全部为疫区;国务院可以决定并宣布跨省、自治区、直辖市的疫区。县级以上地方人民政府可以在疫区内采取本法第四十二条规定的紧急措施,并可以对出入疫区的人员、物资和交通工具实施卫生检疫。

省、自治区、直辖市人民政府可以决定对本行政区域内的甲类传染病疫区实施封锁;但是,封锁大、中城市的疫区或者封锁跨省、自治区、直辖市的疫区,以及封锁疫区导致中断干线交通或者封锁国境的,由国务院决定。

疫区封锁的解除,由原决定机关决定并宣布。

第四十四条 发生甲类传染病时,为了防止该传染病通过交通工具及其乘运的人员、物资传播,可以实施交通卫生检疫。具体办法由国务院制定。

第四十五条 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者跨省、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

或者调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。

紧急调集人员的,应当按照规定给予合理报酬。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。

《中华人民共和国传染病防治法》

第七十七条 单位和个人违反规定,导致传染病传播、流行,给他人人身、财产造成损害的,应当依法承担民事责任。

《中华人民共和国突发事件应对法》

第六十七条 单位或者个人违反本法规定,导致突发事件发生或者危害扩大,给他人人身、财产造成损害的,应当依法承担民事责任。

《中华人民共和国突发事件应对法》

第六十四条 有关单位有下列情形之一的,由所在地履行统一领导职责的人民政府责令停产停业,暂扣或者吊销许可证或者营业执照,并处五万元以上二十万元以下的罚款;构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予处罚:

- (一)未按规定采取预防措施,导致发生严重突发事件的;
- (二)未及时消除已发现的可能引发突发事件的隐患,导致发生严重突发事件的;
- (三)未做好应急设备、设施日常维护、检测工作,导致发生严重突发事件或者突发事件危害扩大的;
- (四)突发事件发生后,不及时组织开展应急救援工作,造成严重后果的。

前款规定的行为,其他法律、行政法规规定由人民政府有关部门依法决定处罚的,从其规定。

第六十六条 单位或者个人违反本法规定,不服从所在地人民政府及其有关部门发布的决定、命令或者不配合其依法采取的措施,构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予处罚。

《中华人民共和国治安管理处罚法》

第五十条 有下列行为之一的,处警告或者二百元以下罚款;情节严重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:

- (一)拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的;
- (二)阻碍国家机关工作人员依法执行职务的;
- (三)阻碍执行紧急任务的消防车、救护车、工程抢险车、警车等车辆通行的;
- (四)强行冲闯公安机关设置的警戒带、警戒区的。

阻碍人民警察依法执行职务的,从重处罚。

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》

第二条第一款 依法严惩抗拒疫情防控措施犯罪。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:

(一)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未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;

(二)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未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。

《工资支付暂行规定》

第十二条 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。

《中华人民共和国传染病防治法》

第四十一条第二款 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。

《中华人民共和国合同法》

第六十六条 当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。

[作者 柯晨:国浩律师事务所律师(福州),西南政法大学法学学士]

[审稿人 李世亮:国浩律师事务所执行合伙人]

8. 揭开“训诫”的神秘面纱

——《训诫书》的行政法释义学分析

◎ 方 彪

训诫在我国法律体系中于不同的法律渊源中均有出现,在行政法律规范中训诫的性质颇有争议。在新冠病毒肺炎肆虐的阴霾之下,曾被武汉公安机关以散播谣言为由“训诫”的李文亮医生去世的消息刺痛了每一个人。《训诫书》也重新曝光在我们眼前,更激起了大家对其性质的讨论,一方面我们为英雄的不幸罹难悲痛,另一方面我们也对某些机关的不作为、乱作为感到愤慨。在此背景下,厘清训诫的性质显得格外重要。

一、法律谱系中的“训诫”

从法律渊源中考察,“训诫”在我国《刑法》《民事诉讼法》《破产法》等不同法律规范中均有出现,在不同的语境下其含义和性质也不尽相同。

(一) 刑法体系中作为非刑罚处置方式的“训诫”

《刑法》中的训诫是指法院、公安机关、检察院针对违法犯罪分子所作的批评教育,是一种非刑罚的处置措施,其适用的前提是犯罪情节轻微不需要判处刑罚,作为一种非刑罚处置措施和责令具结悔过等措施并列。该措施不同于行政处罚、行政处分,行政处罚、行政处分的主体是行使行政权的行政机关,而这里的“训诫”的主体是法院或侦查起诉阶段的公安、检察院,行使的权利分别是司法权、刑事侦查权,而非行政权。如我国《刑法》第三十七条、《反家暴法》第三十四条中均由此规定。

(二) 诉讼法律体系中作为批评、教育方式的“训诫”

我国诉讼法中的训诫是指人民法院对妨害民事、行政和刑事诉讼行为情节较轻的人,予以批评、教育,并责令其改正。针对的是违反法庭规则的违法行为,

例如无正当理由拒绝出庭、未在期限内提供证据等；行使的主体是人民法院，是对违法行为的一种法律制裁。有此规定的如《民事诉讼法》第六十五条、第一百一十条、《刑事诉讼法》第一百九十三条和《行政诉讼法》第五十九条。

（三）其他实体法中作为惩处方式的“训诫”

除上述外，还有众多法律中有“训诫”的身影，一般和罚款、拘留等并列出现，视违法行为选择适用、并用，是对违法行为的处罚。如《中华人民共和国企业破产法》第一百二十九条规定：“债务人的有关人员违反本法规定，擅自离开住所地的，人民法院可以予以训诫、拘留，可以依法并处罚款。”类似的还有《中华人民共和国企业破产法》第一百二十九条，《中华人民共和国社区矫正法》（2020年7月1日起施行）第二十八条，《预防未成年犯罪法》第四十九条、第五十条等。

上述“训诫”是对特定违法行为的惩处方式，由法定的主体作出，如法院、社区矫正机构等，主体不是行政主体，行使的不是行政权，针对的行为也不是违反行政法律规定的行为，因此并非行政行为。

（四）行政法律体系中性质存在争议的“训诫”

我国的法律渊源构成复杂，除了有法律外，还有行政法规、规章等，行政法规、规章是构成我国法律体系尤其行政法律体系的重要组成部分。我国《预防未成年犯罪法》《信访条例》等法律法规中都出现了“训诫”，针对的是尚未违反治安管理的不良行为，将“训诫”作为非治安管理处罚方式的措施，可以单独适用或和“警告”等措施选择适用、并用。如《预防未成年犯罪法》第三十七条、《信访条例》第四十七条等^[1]。关于训诫具体怎么进行，有据可查的是公安部《关于公安机关处置信访活动中违法犯罪行为适用法律的指导意见》，该《意见》要求各地公安机关要规范训诫书的制作和使用，训诫书应当载明违法行为事实并加盖公安机关印章。

公安机关作为承担治安管理职能的行政主体，根据《治安管理处罚法》，治安管理处罚的种类分为：（一）警告；（二）罚款；（三）行政拘留；（四）吊销公安机关发放的许可证。对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境。由此可见，立法中并未将“训诫”作为治安管理处罚的方式之一。

关于训诫的是否属于行政处罚有不同的观点。有的观点从上述立法角度出发，认为训诫是行政事实行为，对当事人的权利义务不产生实际影响；也有观点认为训诫是一种行政处罚的方式，有人认为是“警告”的一种实施方式，也有人认为是除警告、罚款等之外的新的处罚方式。笔者认为，对于非常见的类型化的行

政行为,我们要从其规范构成判断其性质,而不能只看其“外貌”。我国《行政处罚法》对行政处罚的设立有严格的规定,行政处罚只有法定主体在法定权限内才能创设新的处罚方式。目前行政法律法规中将“训诫”作为一种非治安管理处罚的方式,我们要警惕假借“训诫”之名行行政处罚之实的行为,这涉嫌违法增设行政处罚。对于实践中普遍存在的没有任何法律依据的“训诫”,我们更不能让其大行其道,要将之纳入法律的框架之内,对于公权力来说法无授权不可为。因此,“训诫”的性质亟待厘清。

二、行政处罚谱系中的“训诫”

(一) 什么是行政处罚

行政处罚是指行政机关为了维护行政管理秩序,对违反行政法上义务的行政相对人给予的一种法律制裁^[2]。从法理上来说,行政处罚有两层法律规范结构,第一层是“违反行政法规范”,第二层是“制裁”,即法律对违反义务的行为人处以惩罚。在行政法理论中,一般将行政处罚分为申诫罚、财产罚、能力罚、人身罚四种^[3]:

1. 申诫罚是指行政主体对违反行政法律规范但尚未构成犯罪的相对人,在一定范围内予以训诫、谴责,使其精神上产生某种压力,防止其重犯的行政处罚,包括通报批评、责令具结悔过和警告等。法律、法规和行政规章都可以规定申诫罚的罚则、应受申诫罚制裁的违法行为和实施申诫罚的行政主体。

2. 财产罚是行政机关或法定组织要求违法者缴纳一定数额的金钱,或者限制、剥夺其某种财产权的处罚,常见的如罚款、没收(财产)。

3. 能力罚又叫行为罚,是限制或者剥夺行政违法者某些特定行为能力和资格的处罚,如吊销证照、责令停产停业、限期整顿、关闭企业和限制出境等。

4. 人身罚又叫自由罚,在我国即为治安拘留,是公安机关依法对违反行政法律规范的人,在短期内限制其人身自由的一种处罚。

我国《行政处罚法》第八条规定,行政处罚有以下几种方式:(一)警告;(二)罚款;(三)没收违法所得、没收非法财物;(四)责令停产停业;(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(六)行政拘留;(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚。

上述第一项警告属于申诫罚,第二项、第三项属于财产罚,第四项、第五项属于行为罚,第六项属于人身罚,第七项是一种例外规定,只有“法律、行政法规”才有权规定其他行政处罚,地方性法规、规章等无权创设其他行政处罚。

（二）“训诫”符合行政处罚的构成要件

判断一个行政行为不仅仅要看其形式要件,更重要的是要剖析其法律规范的内涵。公安机关作出的《训诫书》虽然未被称作是行政处罚,也未明确说明法律依据,但是不代表其实质不是行政处罚。判断行政机关作出的具体行政行为是否属于行政处罚的标准应该是其法律规范结构是否与行政处罚的法律规范结构相同。

以武汉市公安局武昌分局中南路派出所出具的《训诫书》为例,其内容如下:

武汉市公安局武昌分局中南路街派出所

训诫书

违法行为:2019年12月30日在微信群“武汉大学临床04级”发表有关华南水果海鲜市场确诊7例SARS的不属实的言论。

现在依法对呢在互联网上发布不属实的言论的违法问题提出警示和训诫。你的行为严重扰乱了社会秩序。你的行为已超出了法律所允许的范围,违反了《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定,是一种违法行为!

公安机关希望你积极配合工作,听从民警的规劝,至此中止违法行为。你能做到吗?

答:能(注:被训诫人手写)

我们希望你冷静下来好好反思,并郑重告诫你:如果你固执己见,不思悔改,继续违法活动,你将收到法律的制裁!你听明白了吗?

答:明白(注:被训诫人手写)

从《训诫书》的内容来看,其规范构成如下:

首先,明确判断被训诫人的行为违反行政法律规范。训诫书明确载明被训诫人的言论“严重扰乱了社会秩序。你的行为已超出了法律所允许的范围,违反了《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定,是一种违法行为!”这是行政机关基于法定职权对相对人之行为作出的法的负面评价,公安机关作为维护社会治安秩序、保障公共安全的法定主体,有权对某种行为是否符合治安管理秩序作出判断。此处,符合行政处罚的第一层要件,即“违反行政法规范”。

其次,对违法行为作出制裁。首先,《训诫书》明确载明其对相对人的不法行为提出“警示和训诫”,公安机关“希望”被训诫人“听从民警的规劝,至此中止违

法行为”，如果相对人经批评教育不思悔改，“将会受到法律的制裁”，这是对行为人进行批评、教育，是处罚和教育相结合原则的体现，制裁效果和“警告”相同。其次，“训诫”行为本身会使相对人精神上产生压力，具有申诫罚的制裁效果。再次，国家公权力机关对公民行为的否定性评价会减损行为人的“声誉”，在社会评价中相对人会成为被警察带走、进过派出所、被训过的人，是一个“犯过事”甚至是“有前科”的人。从客观事实来看，新闻大规模的报道“散布谣言者被查处”，客观上对相对人的社会评价有一定的负面影响，具有制裁效果。

以此观之，“训诫书”对相对人的行为既有法的否定性评价，又具有惩罚性的制裁效果，符合行政处罚的构成要件。而且，从功能上来看，训诫的功能和行政处罚相符，旨在防止违法行为人再犯^[4]。从分类来看，训诫给通过相对人的精神制造压力，防止其重犯，应属于“申诫罚”。实践中这种不具有行政处罚的名称但实质是行政处罚的行为并不少见，如《房地产经纪管理办法》第三十五条规定：“违反本办法第二十四条，房地产经纪机构擅自划转客户交易结算资金的，由县级以上地方人民政府建设（房地产）主管部门责令限期改正，取消网上签约资格，处以3万元罚款”，这里的“取消网上签约资格”实质上是一种行政处罚，虽然其并不具有行政处罚名称^[5]。我国多个城市的网约车治理中在没有上位法依据的情况下，擅自增设或者变相设定了罚款、收回经营权、暂停新增注册、责令停业整顿、吊销许可证等行政处罚^[6]，这中间的“收回经营权、暂停新增注册”也是如此。

三、“训诫”是否合法——兼评典型案例

（一）“训诫”的合法性判断

行政行为的合法性判断需要满足主体要件、事实要件、依据要件和程序要件^[7]，行政处罚要由法定主体在权限内按照法定程序作出，有明确的事实基础和法律依据。具体到本文讨论的《训诫书》：1. 主体要件方面，由武汉市公安局武昌分局中南路派出所作出，在行政主体的理论中派出所属于公安的派出机构，是依法具有治安管理职能的主体；但是，从权限上来说，根据《治安管理处罚法》的规定派出所只有权作出警告、500元以下罚款的行政处罚，除此之外均属于超越了法定权限；2. 从事实要件来说，《训诫书》中提到了被训诫人违反了《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定，但却未明确告知被训诫人具体违反了什么法律规范，也没有明确告知作出训诫的依据，该法中并没有规定公安机关有权作出“训诫”，公安机关的行为缺乏法律依据；3. 从依据要件来说，公安机关没有明确的法律依据作出上述训诫行为，是擅自增设行政处罚的违法行为；4. 从程序

要件来看,行政处罚程序的一般步骤为立案、调查、听证(有的行政处罚不属于听证范围)、作出决定、送达,因掌握的信息有限无法判断该行为的程序是否合法。综上,笔者认为武汉市公安局武昌分局中南路派出所出具《训诫书》是主体超越了法定权限、依据的事实错误、缺乏法律依据,假借“训诫”之名行行政处罚之实,是擅自增设行政处罚的违法行为。

(二) 对“训诫”的救济——兼评若干典型案例

对于违法的行政行为,行政机关可以依法予以撤销。根据《公安机关内部执法监督工作规定》第十三条的规定:“在执法监督过程中,发现本级或者下级公安机关已经办结的案件或者执法活动确有错误、不适当的,主管部门报经主管领导批准后,直接作出纠正的决定,或者责成有关部门或者下级公安机关在规定的时限内依法予以纠正。”如信宜市公安局作出的《关于撤销信公行罚决字[2018]00373号行政处罚决定的决定》,该局自行撤销了其作出的信公行罚决字[2018]00373号改处罚决定。

对于违法的行政行为,行政相对人或其近亲属也可以依法通过行政复议、行政诉讼来实现救济。我国《行政诉讼法》第二十五条规定:“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼。有权提起诉讼的公民死亡,其近亲属可以提起诉讼。”

实践中,有不少因受到训诫不服向人民法院起诉的案例。根据相关法律文书,最高法认为“训诫”不属于行政处罚,是一种规劝措施,理由是“根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第十条的规定,治安管理处罚的种类只有警告、罚款、行政拘留及吊销公安机关发放的许可证,并无训诫,因此,李明所受训诫行为不是行政处罚措施,而是现场劝诫措施”^[8]。笔者认为,最高法仅仅根据训诫不属于《治安管理处罚法》规定的形式就判断其不属于行政处罚的判断路径错误,对行政行为性质的判断要从其法律规范构成的实质内容判断,否则面对“披着羊皮的狼”我们永远无法认清其真实面目,如劳动教养制度虽然不是行政处罚的法定种类,但是大多数学者都将其视为行政处罚^[9]。经过多年的努力,该制度终于在2013年12月28日被全国人大常委会废除。

在“训诫”是否属于行政诉讼的受案范围上,最高法认为因其不对相对人的权利义务产生影响,所以不属于行政复议、行政诉讼的受案范围。最高法的说理方式有以下三种:1. 训诫书的内容“仅为告知俞建莉相关法律规定等事项,并未对俞建莉的权利义务产生实际影响”^[10],2. 训诫书的内容“是公安机关在履行治安管理职责过程中对申请人信访活动作出的指导、劝阻、批评、教育,对申请人权

利义务未产生实际影响”^[1],3.“该训诫行为对其并不具有强制力,亦未对其权利义务产生实际影响,不属于行政复议的范围,也不属于行政诉讼的受案范围”^[2]。如果某行政行为只是告诉相对人相关法律规定之事项,比如司法局的普法宣传活动,不会对当事人的权利义务产生影响,那么该行为属于行政事实行为,不属于行政复议、行政诉讼的受案范围。但实际上“训诫”如最高法所言是“批评、教育”,会对当事人产生心理的压力和名誉的减损,应理解为相对人的权利义务有影响为宜。否则,行政机关为了突破行政处罚权限制等原因将会创设更多各种名义的措施以规避审查和监管。

四、代结语——依法行政是对美好生活最好的护航

正如边沁所言,“一个细小的、瞬息即逝的期望可以经常地从纯自然的环境中产生出来,而一个强烈而持久的期望,则只能来自法律”。握有国家公权力的行政机关应严格依法行政,公权力每一次轻轻扇动翅膀都可能诱发致命的龙卷风。在行政事务中,行政机关按照法律规定的权限、内容、程序行使职权,是建立诚信政府的基础。否则,会有越来越多的假借各种名义行侵害公民权益之实的行为出现,它们虽然有着不一样的名字,但是都一样的肆意飘荡在我们的社会之中,一点点侵蚀我们对美好生活的期望,而依法行政,是对美好生活最好的护航。

注释及参考文献:

[1]《预防未成年人犯罪法》第三十七条:未成年人有本法规定严重不良行为,构成违反治安管理行为的,由公安机关依法予以治安处罚。因不满十四周岁或者情节特别轻微免于处罚的,可以予以训诫。

《信访条例》第四十七条:经劝阻、批评和教育无效的,由公安机关予以警告、训诫或者制止;违反集会游行示威的法律、行政法规,或者构成违反治安管理行为的,由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

类似的还有《拘留所条例》第二十三条、《看守所条例》第三十六条、《保安服务条例》第四十五条等。

[2]参见章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社,2014年版,第182页。

[3]参见叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社,2007年版,第206—208页。

[4]参见王学辉:《公安机关对李文亮的“训诫”行为的行政法分析》,发表与微信公众号“公法之声”。

[5]同注[1]。

- [6] 中国政法大学发布的《国法治政府发展报告(2017)》中的《地方网约车和顺风车政策专题研究报告》,转引自法制网:《逾六成地级市发布网约车实施细则 违法擅自增设行政处罚的有 70 个》, http://www.legaldaily.com.cn/government/content/2018-04/03/content_7513428.htm?node=81787。
- [7] 章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社,2014 年版,第 158—161 页。
- [8] (2019)最高法行申 423 号,相同观点的还有(2017)最高法行申 7408 号。
- [9] 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法(第五版)》,北京大学出版社、高等教育出版社,2012 年版,第 273 页。
- [10] (2016)最高法行申 1435 号、(2016)最高法行申 1443 号裁定书,相同观点的还有(2016)最高法行申 4465 号、(2016)最高法行申 2410 号。
- [11] (2017)最高法行申 1914 号。
- [12] (2018)最高法行申 9253 号。

[作者 方彪:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学宪法学与行政法学硕士]

[审稿人 李世亮:国浩律师事务所执行合伙人]

张琦:国浩发展研究院编辑]



三、 医疗教育篇

9. 同情用药制度：问题·借鉴·完善

◎ 朱奕奕 邵 锴 公惟韬 钟茜

一、引言

近期新型冠状病毒肺炎疫情牵动人心，全国人民万众一心抗击疫情。根据武汉病毒研究所 2020 年 2 月 4 日发布的信息，武汉病毒研究所与军事医学研究院国家应急防控药物工程技术研究中心的研究人员通过联合研究，在抑制新型冠状病毒药物筛选方面取得重要进展，同时研究表明，瑞德西韦(Remdesivir)在细胞水平上能够有效抑制新型冠状病毒感染，但其在人体上的作用上则有待临床验证。

(一) 瑞德西韦的用药现状

瑞德西韦是美国制药公司吉利德公司在研的广谱抗病毒药物，在世界任何国家都尚未获得批准。该款药物原本是针对埃博拉病毒研发的，但作用并不明显。然而，该药物对 SARS 冠状病毒、MERS 冠状病毒均显示出具有潜在的治疗活性。虽然瑞德西韦在美国尚未获批，且正处于对埃博拉病毒的三期临床试验中，但根据美国的“同情用药”原则，该药被用于美国首例确诊新型冠状病毒肺炎患者的治疗中，并取得了成效。

2020 年 2 月 5 日，北京中日友好医院专家团队在武汉市金银潭医院召开科技部应急攻关“瑞德西韦治疗 2019 新型冠状病毒感染研究”项目启动会，宣布启动对在研药物瑞德西韦治疗新型冠状病毒肺炎患者的临床研究。美国制药公司吉利德公司表示将无偿提供研究所需的药物，并为研究的设计和开展提供支持。该药物在科技部、国家卫健委、国家药监局等多部门支持下，已经完成临床试验的注册审批工作。目前，药品运输、分组编盲等前期准备工作也已准备就绪，将采用随机、双盲、安慰剂对照方法展开。

据报道，2020 年 2 月 6 日，瑞德西韦在武汉金银潭医院开启临床试验，第一批新型冠状病毒感染的重症患者开始接受用药。此次临床试验是在新型冠状病毒病

毒肺炎疫情严重的特殊情况下,在开展临床试验的机构内使用尚未得到批准上市的药物,属于“同情用药”制度的范畴。

(二) “同情用药”的考量

一方面,由于此次用作治疗的药物还是临床试验产品,并不是通过审批上市的药物,而且细胞实验上的成效并不能代表临床效果,因此,治疗的结果具有不确定性。在这种情况下,制药方和临床试验机构必须在伦理上有更充分的考量,以保护患者的权益作为首要任务。此次临床试验对于各方均是一项挑战,需要充分权衡利益与隐患。

另一方面,制药方、医疗机构和患者之间也将由于治疗结果的不确定而产生相应的矛盾纠纷。对于制药方来说,虽然通过试验获取有效的临床数据,对于后续药品的研究开发和获批有一定作用,但制药方需要进行临床试验申报、设计给药方案等一系列工作,并实时监控医疗机构“同情用药”的具体情况,主要包括患者用药后的情况等,这些工作需要大量的成本投入,对企业来说考验巨大。

对于医疗机构来说,试验药品的临床使用经验有利于该药品上市后使用,但试验阶段如何用药、用药剂量等问题也是其面对的一大难题。对于患者来说,患者应有权知悉相关情况,并签署知情同意书,但获益与风险并存。

(三) 本文的研究内容

我国 2019 年修订的新《中华人民共和国药品管理法》第二十三条对同情用药制度作出了原则性规定,虽然明确了使用药物的条件为“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”,但适用对象局限于“在开展临床试验的机构内用于其他病情相同的患者”,并且规定中未对“同情用药”制度的申请人、申请程序及责任承担等后续问题进行明确。

“同情用药”制度在国际上已践行多年,积累了相当丰富的经验。^[1]美国是全世界最早建立同情用药制度的国家,从 20 世纪 60 年代至今,美国的同情用药制度在经历不断地修改补充后,已经形成了一个完善的体系,此外,加拿大、英国等国也建立了同情用药制度。我国 2017 年发布的《拓展性同情使用临床试用药物管理办法(征求意见稿)》(以下简称“《同情用药办法(征求意见稿)》”)虽然针对拓展性临床试验,较为详细的规定了同情用药制度的目标人群、适用情形、申请人和适用程序等,但目前该项规定并未正式颁布,而 2019 年修订的新《中华人民共和国药品管理法》第二十三条则仅对我国的同情用药制度作出了相对原则的规定。对此,本文将从我国现有的法律规定出发,借鉴国外“同情用药”制度的发

展经验,并结合《同情用药办法(征求意见稿)》,对我国“同情用药”制度的细化与完善提出建议。

二、我国现行法律框架下的“同情用药”制度

(一) 我国“同情用药”制度的历史沿革

从目前检索的我国现行药品管理制度的规定来看,我国“同情用药”制度规范的历史沿革呈现出以下脉络:

2017年10月8日,中共中央办公厅、国务院办公厅出台《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》(以下简称“《意见》”),就深化我国药品和医疗器械审评审批制度的改革问题,在《意见》中首先提出要“改革临床试验管理”,其中指出:“(七)支持拓展性临床试验。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疾病的药品医疗器械,经初步观察可能获益,符合伦理要求的,经知情同意后可在开展临床试验的机构内用于其他患者,其安全性数据可用于注册申请。”从目前来看,上述《意见》要求是我国“同情用药”制度规范逐步形成和发展的开端。^[2]

为配套中央出台的上述《意见》要求,数月后,国家食品药品监督管理总局办公厅于2017年12月15日发布了《同情用药办法(征求意见稿)》,其中第二条规定:“拓展性同情使用临床试验用药物是指在一些情况下,患者不能通过参加临床试验来获得临床试验用药物时,允许在开展临床试验的机构内使用尚未得到批准上市的药物给急需的患者。拓展性同情使用临床试验用药物是临床试验的一种形式,也称拓展性临床试验。”将同情用药制度规定为临床试验的一种形式,并称之为拓展性临时试验。《同情用药办法(征求意见稿)》较为详细地规定了同情用药制度(拓展性临床试验)的目标人群、适用情形、申请人和适用程序等。但遗憾的是,目前该项规定自征求意见结束后并未正式颁布。

直到约两年后,《中华人民共和国药品管理法》的最新修订版本(即“新《药品管理法》”)于2019年8月26日公布,并自2019年12月1日起正式施行。借助这次大修,新《药品管理法》将旧法中没有规定的多项药物临床试验新制度上升为法律规定,其中就包括同情用药制度。新《药品管理法》第二十三条规定:“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。”自此,我国初步的“同情用药”制度规范得以落地。

（二）目前我国“同情用药”制度的规范解析

根据新《中华人民共和国药品管理法》第二十三条的规定,可以对我国“同情用药”规则的适用进行解构分析,但同时由于新《中华人民共和国药品管理法》第二十三条仅对“同情用药”制度进行了初步规定,因此,笔者进一步结合《同情用药办法(征求意见稿)》中的相关规定,对新《中华人民共和国药品管理法》第二十三条的内容进行初步分析:

1. “同情用药”的药物范围: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

根据新《中华人民共和国药品管理法》第二十三条的规定,相关药物必须同时符合“正在开展临床试验”“用于治疗严重危及生命”和“用于尚无有效治疗手段的疾病”三个要件才属于“同情用药”的药物范围。根据《同情用药办法(征求意见稿)》第七条的规定,“药审中心在临床试验用药物已取得的安全性和有效性数据的基础上,来决定是否批准拓展性临床试验申请”,根据该项规定,相关药物在进行“同情用药”前,还必须已取得相关的安全性和有效性数据。

2. “同情用药”的适用前提:经医学观察可能获益,并且符合伦理原则,经审查并由患者知情同意

新《药品管理法》第二十条规定:“开展药物临床试验,应当符合伦理原则,制定临床试验方案,经伦理委员会审查同意。伦理委员会应当建立伦理审查工作制度,保证伦理审查过程独立、客观、公正,监督规范开展药物临床试验,保障受试者合法权益,维护社会公共利益。”第二十一条规定:“实施药物临床试验,应当向受试者或者其监护人如实说明和解释临床试验的目的和风险等详细情况,取得受试者或者其监护人自愿签署的知情同意书,并采取有效措施保护受试者合法权益。”“同情用药”作为拓展性药物临床试验,属于药物临床试验,亦应当符合上述规定有关“符合伦理原则并经审查”及“患者知情同意”的要求。

除此之外,“同情用药”适用还有一个要求,即“经医学观察可能获益”。《同情用药办法(征求意见稿)》第六条规定:“参加拓展性临床试验的患者需经医生评估患者的临床获益超过潜在风险并签署知情同意书。”第十四条规定:“研究者应对患者的病情进行判断,基于研究药物已获得的数据,评估患者使用该药物的获益大于风险,并在取得受试者的书面知情同意后,参考GCP(《药物临床试验质量管理规范》)的要求,按照给药方案开展临床治疗工作,同时收集临床治疗过程中的药物发放和使用信息、不良事件等。”

综上所述,“经医学观察可能获益”“取得患者的知情同意”以及“符合伦理原

则并通过审查”构成“同情用药”的适用前提。

（三）目前我国“同情用药”制度存在的问题

由于目前我国关于“同情用药”的现行规范中真正落地的只有新《药品管理法》第二十三条,作为一个初步规范,对于“同情用药”制度的很多细节问题未能给出及时有效的回应。此外,国务院《中华人民共和国药品管理法实施条例》在新《药品管理法》发布施行以来尚未进行修订,因此,关于我国“同情用药”制度的细节规定也未能在其中找到更多规范依据。结合《同情用药办法(征求意见稿)》的相关规定,笔者认为,目前我国“同情用药”制度存在的主要问题如下:

1. “同情用药”的申请人和适用程序仍不明确

新《药品管理法》将“同情用药”制度的适用对象局限于“在开展临床试验的机构内用于其他病情相同的患者”,相对而言,该对象范围较小,并且也未就紧急情况作出分类规定。此外,该规定也并未明确“同情用药”的申请人,亦未对申请需要提供的资料以及有关药物有效性、安全性的初步数据进行规定,“经医学观察可能获益”的判断标准和伦理审查的程序和原则并不明确。

关于上述问题,新《药品管理法》中并未有详细规定,但有些问题已在《同情用药办法(征求意见稿)》中有了初步规定。比如,《同情用药办法(征求意见稿)》第五条规定:“注册申请人需向国家食品药品监督管理总局药品审评中心(以下简称药审中心)申请开展拓展性临床试验,获得批准后方可实施。”以该规定而言,“同情用药”制度的申请人限于药品注册申请人,通常是指药物研发企业或研究机构而不包括相关疾病患者。又如,《同情用药办法(征求意见稿)》第九条规定:“注册申请人应提交申请资料,包括原注册临床试验申请或上市申请受理号、申请拓展性同情使用临床试验用药物的背景及给药方案、前期临床试验总结等。”对申请“同情用药”的申请资料进行了初步规定。

2. 患者保护权益方面的细节规定仍不明确

上述“同情用药”的申请和适用程序自然在很大程度上可以影响患者权益的维护,同时,上述申请和适用程序规则设计的目的之一就应该是保护患者权益。

除此之外,有关患者权益保护还应该包括“同情用药”制度的很多细节设置,比如“同情用药”的药物费用患者是否需要支付、患者的个人信息和疾病情况如何保密和使用披露等等。比如,《同情用药办法(征求意见稿)》第十三条就规定:“在拓展性临床试验期间,原则上不允许注册申请人对临床试验用药物收费。”第十五条规定:“患者应本着自愿的原则参与拓展性临床试验,并仔细阅读、理解、签署知情同意书。在治疗过程中,患者有权在任何时间终止使用药物。”

3. 有关“同情用药”可能引起的相关情况处置及相关主体法律责任的规定仍不具体

从法理上来说,“同情用药”作为拓展性的临床药物试验,新《药品管理法》有关“药物临床试验”法律责任的规定应可适用在“同情用药”中,比如新《药品管理法》第一百二十五条及第一百二十六条的相关规定。

但是“同情用药”作为一项拓展性的临床药物试验,应在前述基础上有其区别性或更加具体的针对其适用后相关情况出现的处置程序或相关主体法律责任的规定。比如,《同情用药办法(征求意见稿)》第十一条就规定:“注册申请人……对药物的分发、剩余药物的收回进行记录,保证药物的可追溯性。及时和临床医生沟通,监督、管理临床医生对药物的使用。试验结束后向药审中心提交药物使用的总结。如试验超过一年则需向药审中心递交年度报告。”第十七条第三项中就规定:“申请人需确保注册临床试验的顺利开展以收集充分的有效性和安全性数据以支持产品顺利上市惠及更多的患者。如果拓展性临床试验影响到注册临床试验的顺利开展则药审中心有权要求停止拓展性临床试验。”

三、国外对同情用药制度的规定与发展

(一) 美国的同情用药制度

在美国,同情用药的内涵被界定为对于患有严重或危及生命疾病的患者,在无法通过现有药品或入选临床试验来得到有效治疗时,可以申请在临床试验之外使用未经上市许可的试验用药物进行治疗。^[3]最初,美国同情用药制度的程序是由重症或绝症患者的医生向美国食药局(Food and Drug Administration, FDA)请求为该患者获取某种试验用药物,再由机构的审批人员来判断是否应该批准该医生的请求,该程序在支气管肺部疾病相关的临床试验中取得了较好的效果,但是由于20世纪80年代艾滋病在美国的暴发,前述程序在1987年为美国食药局建立的新监管途径取代,后者允许大量重症和晚期患者在临床试验之外获得试验性药物。^[4]

在同情用药的适用对象从临床试验扩展到临床试验外之后,美国食药局在2009年8月大幅度修订了同情用药的准入规定,对适用对象即患者进行了分类。根据患者人数的不同,美国将同情用药划分为三种不同类型,分别为“单个患者”“中等规模患者”和“广泛使用”,不同类型的申请有不同的审批时间。对于“中等规模患者”和“广泛使用”这两种情况,由于人数较多,需要申请者向美国食药局提交书面申请材料,美国食药局会在收到申请的30天内做出答复。美国同

情用药制度为“单个患者”设立了一种紧急程序,在单个患者急需救治的情况下,患者的医生无须提交书面申请,可直接通过电话等便捷方式向相关部门提出申请,答复日期也无须 30 天,美国食药局可直接通过电话授权药物的紧急使用。针对不同情形三种类型的准入方式所需的不同审批时间,有效的保障患者权益,使患者能够及时获取药物。从中可见,美国同情用药制度对患者进行了明确的分类,并关注到紧急情况的加急处理,申请人是患者的医生,监管审查机构为美国食药局。

(二) 其他国家的同情用药制度

1. 加拿大的同情用药制度: 特别使用计划 (Special Access Program, SAP) ^[5]

通过 SAP,罹患威胁生命疾病的重症患者在运用常规治疗方法但却未获治愈的前提下,由医生通过信件、电话、发传真或发电子邮件等方式,为患者向 SAP 申请使用尚未被允许上市销售流通的各类处于研究阶段的非上市药物,包括化学药品、生物药品和放射性药品等;该申请由加拿大药品监管部门审核批准。从中可见,加拿大 SAP 的适用对象也并不局限于临床试验,申请人为医生,并由医生向 SAP 提出申请,最终的监管审查机构为加拿大药品监管部门。

然而,由于 SAP 授权协议中并不包含确保药物安全、有效或高质量的全面评估和保证,为了平衡病人利益与适度风险,因此 SAP 要求申请医生在使用同情用药前,获得患者的同意,从保障患者知情权的角度保护患者权益。

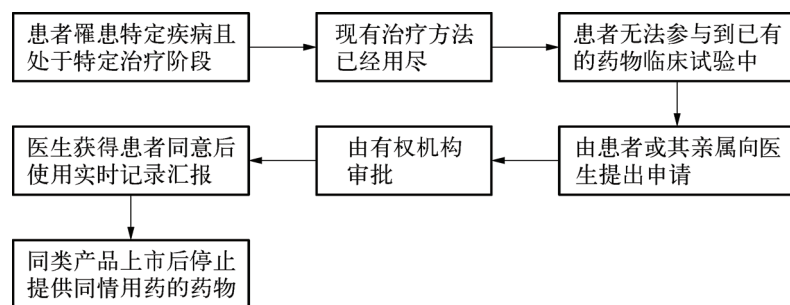
2. 英国的同情用药制度

和我国对于药品的管理和规定一样,英国的《药品管理法案》要求医药产品上市前应先获得监管部门的授权,但是,授权药物有时可能存在不能满足部分特殊临床需求的病人,为此《药品管理法案》允许根据医生的需求,制造和供应未经授权的针对特殊病症的医药产品即“特药”,并专门应用于这些针对特殊需求的病患,在“特药”的使用过程中,医生必须保留基本的医疗记录,并向“英国药品管理局”报告药物的副作用。

如果“特药”是在英国制造,则要求制造者持有由“英国药品管理局”签发的特殊许可证。对于“特药”不得进行宣传,并且如果有经过授权的同类产品上市,“特药”也就不得再提供了。

(三) 小结

从上述各国的相关规定中可见,一般同情用药的程序如下:



四、国外同情用药制度对我国的启示

目前,我国新《药品管理法》第二十三条仅对同情用药规则作出了初步的规定,明确了同情用药制度的适用药物,即为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,但是适用对象较为局限,仅限于在开展临床试验的机构内用于其他病情相同的患者,此外,新《药品管理法》并未就其申请人、申请程序及监管制度、责任承担等问题作出明确,对此可借鉴国外的既有规定,以及尚未正式颁布的《同情用药办法(征求意见稿)》,以进一步明确同情用药制度的相关细节。

(一) 明确同情用药制度的适用对象和申请人

一方面,结合《同情用药办法(征求意见稿)》第三条规定:“拓展性临床试验的目标人群是患有危及生命或严重影响患者生活质量需早期干预且无有效治疗手段的疾病的患者。”第四条规定:“下列情况可考虑使用尚未得到批准上市的药物给急需的患者:(一)患者因不符合试验入组/排除标准而不能参加新药注册临床试验;(二)因地域或时间限制等原因无法参加新药注册临床试验;(三)注册临床试验已经结束但该研究药物尚未获批在中国上市,且已有的研究数据初步显示该药在中国拟注册适应症人群中可能的有效性和安全性。”另一方面,借鉴美国、加拿大等国对于“同情用药”适用对象的规定,相关患者不应局限于临床试验,而应是罹患特定疾病且处于特定治疗阶段,但现有治疗方法已经用尽,且无法参与到已有的药物临床试验中的患者。

此外,根据《同情用药办法(征求意见稿)》的规定,用药申请人为药品申请人,即由药品申请人向药审中心申请开展拓展性临床试验,获得批准后方可实施。然而,应关注到药品申请人虽熟悉药物的作用,但对于患者的病理和体征并

不熟悉。在国外,美国、加拿大和英国等国都将申请人规定为患者的医生。由患者的医生作为申请人具有合理性,因为患者的医生对于患者病情较为熟悉,而且又具有专业性,了解相关药物与患者体质的适配度,并一定程度上能够全面考虑到药物对于不同患者的副作用。

因此,“同情用药”的目标人群不应局限于临床实验对象,还应包括患有“同情用药”药物范围内相关疾病,但是因相关情况不能通过参加临床试验获得试验药物的其他患者,申请人应是相关患者的医生。

(二) 明确申请程序

美国、加拿大、英国等国“同情用药”的申请程序均是由相应患者的医生向有权机构进行申请,并等待机构的审批。其中,美国还根据患者的不同情形作出审批期限的区分,并关注到紧急情况下的有权机构的加急答复。

结合《同情用药办法(征求意见稿)》,我国“同情用药”的申请程序应由申请人向国家食品药品监督管理总局药品审评中心,提交申请拓展性同情使用药物的背景及给药方案、前期临床试验总结(若有)等申请材料。同时应根据患者的不同情形作出区分,针对病危患者或其他无法长时间等待书面审批结果的情形,应提供电话、邮件、线上等更简洁方法进行申请、审批与答复,使患者能够快速获得所需药物,进而通过多种情形、多种申请条件的方式,在注重患者风险效益平衡的基础上,为“同情用药”建立一个快速、有效的申请程序。

(三) 建立严格的监管制度

1. 患者知情同意权的保障

“同情用药”制度是为了在相关药物尚未通过临床试验、未获审批上市的情形下,但却对于特殊患者或特殊病症具有潜在的治疗活性时,能够通过“同情用药”的灵活制度安排,将相关药物及时给到急需用药的患者手中,因而,为患者建立一个完备的安全保障制度至关重要,患者的知情同意权与程序的公开透明由此构成该制度的核心。患者及其家属都应有机会充分了解试验用药物潜在的风险,并且患者除了享有知情同意权之外,还应自主作出选择,对于该试验用药物无论是否使用都不受来自他方力量的干扰^[6]。

2. 医生和制药方的相互监督

从医生和制药方的角度来说,正是由于“同情用药”的适用药物尚未上市,其风险及对不同人群的不良反应均尚不明确,因而,在监管与责任承担中,需要充分发挥制药方和医生的作用,由医生判断并审核患者是否满足同情用药的使用

条件,制药方则应向医生和患者提供药物以及所使用的药物的安全报告、年度报告,帮助医生判断患者使用药物的风险,充分保障患者的知情同意权^[7]。

同时,可借鉴英国的规定,在“同情用药”的过程中,要求医生和制药方进行基本的医疗记录,并及时向药审中心上报不良反应、副作用等情况,从而形成医生和制药方相互监督的机制,平衡双方权利与义务,避免由于其中一方的不配合而阻碍患者的用药。

3. 药审中心的审批与严格监管

结合《同情用药办法(征求意见稿)》的规定,我国接受“同情用药”申请的有权机构应是药审中心,即国家食品药品监督管理局药品审评中心。药审中心应负责审核申请,并在“同情用药”使用的整个过程中,进行实时督导,通过严格的监管机制,确保患者的知情权等相关权益,以及整个过程的公开、透明,保障用药的有效和安全,并在同类产品上市后停止提供同情用药的非上市药物。

除此之外结合《同情用药办法(征求意见稿)》对伦理委员会的规定,在患者及其家属面临关乎生命的选择时,为了避免其做出过于冲动的决定,应由伦理委员会介入,由其判断、审批“同情用药”的使用是否出于合理的判断,以达到保障患者利益的目的。

五、总结

新《药品管理法》确立的同情用药制度较为原则,而且适用对象相对局限,并未明确相应的申请人、申请程序及监管、责任承担问题。未经批准上市的药物直接给到患者,不仅要“冷思考”,还应“且行且珍重”。一方面,接受“同情用药”的患者不是一般的受试者,而是正面临严重生命威胁的患者;另一方面,用作治疗的药物还是临床试验产品,治疗的结果具有不确定性^[8]。在这种情况下,应当建立完善的申请、审批及监管程序,确保患者的知情同意权等相关权益,同时保障用药的有效、安全。

首先,借鉴国外经验并结合《同情用药办法(征求意见稿)》,可建议将适用对象扩展至患有“同情用药”药物范围内相关疾病,但是因相关情况不能通过参加临床试验获得试验药物的其他患者,并将申请人明确为相关患者的医生。

其次,申请程序中应当分类分析,考虑到紧急情况的特殊处理,针对无法长时间等待书面审批结果的情形,应提供简洁方法进行申请、审批与答复,建立一个快速、有效的申请程序。

最后,对于监管制度,应充分保障患者的知情同意权,并应要求医生和制药

方进行基本的医疗记录,并及时向药审中心上报不良反应、副作用等情况,从而形成医生和制药方相互监督的机制;药审中心应负责同情用药的审核申请,在“同情用药”使用的整个过程中实施实时督导,确保患者的知情权等相关权益,以及整个过程的公开、透明,保障用药的有效和安全。

注释及参考文献:

- [1] 参见中国医药报:《“同情用药”制度建立提上日程:患者有望使用尚未上市新药》,载一点资讯,<http://www.yidianzixun.com/article/0I2YG9TC/amp>,最后访问日期:2020年2月7日。
- [2] 参见赵晨阳,杨焕,高晨燕(国家药品监督管理局药品审评中心):《美国拓展性使用试验药物的现状及对我国的启示》,载《中国新药杂志》2019年第28卷第15期。
- [3] 参见王璁,冷滨,于丹丹,管宇萌,张雪:《美国同情给药制度及其对我国的启示》,载《中国医学伦理学》2018年第12期。
- [4] 参见王璁,冷滨,于丹丹,管宇萌,张雪:《美国同情给药制度及其对我国的启示》,载《中国医学伦理学》2018年第12期。
- [5] 参见刘颖,杨健,宋文质:《同情用药及其实施程序初探》,载《法治与社会》2012年第12期。
- [6] 参见王璁,冷滨,于丹丹,管宇萌,张雪:《美国同情给药制度及其对我国的启示》,载《中国医学伦理学》2018年第12期。
- [7] 参见刘颖,杨健,宋文质:《同情用药及其实施程序初探》,载《法治与社会》2012年第12期。
- [8] 参见中国医药报:《“同情用药”制度建立提上日程:患者有望使用尚未上市新药》,载搜狐网,http://www.sohu.com/a/214242661_387211,最后访问日期:2020年2月7日。

[作者 朱奕奕:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学民商法学博士

邵锴:国浩律师事务所律师助理(上海),华东政法大学民商法学硕士

公惟韬:国浩律师事务所律师助理(上海),乔治城大学法学院法学硕士

钟茜:国浩律师事务所律师助理(上海),华东政法大学民商法学硕士]

[审稿人 白敏:国浩律师事务所执行合伙人]

10. 浅析中科院武汉病毒研究所申请的 瑞德西韦新用途专利

◎ 栗晓南 奚慧芬

近日,中国科学院武汉病毒研究所在其官方网站上发布的《我国学者在抗 2019 新型冠状病毒药物筛选方面取得重要进展》一文引起热烈讨论。该文提到:

中国科学院武汉病毒研究所/生物安全大科学研究中心与军事科学院军事医学研究院国家应急防控药物工程技术研究中心开展联合研究,在抑制 2019 新型冠状病毒(2019-nCoV)药物筛选方面取得重要进展。……对在我国尚未上市,且具有知识产权壁垒的药物瑞德西韦,我们依据国际惯例,从保护国家利益的角度出发,在 1 月 21 日申报了中国发明专利(抗 2019 新型冠状病毒的用途),并将通过 PCT(专利合作协定)途径进入全球主要国家。如果国外相关企业有意向为我国疫情防控做出贡献,我们双方一致同意在国家需要的情况下,暂不要求实施专利所主张的权利,希望和国外制药公司共同协作为疫情防控尽绵薄之力。^[1]

该文在网络上引发热议,更有人提出该所“抢注”美国药企吉利德公司的科研成果。笔者不从道德苛责性层面进行评价,仅试从我国专利法的角度简要分析武汉病毒研究所是否“抢注”了美国药企吉利德公司的研究成果,并厘清涉及该专利申请的若干法律问题。

一、武汉病毒研究所是否“抢注”了美国吉利德公司的科研成果

首先,根据《中华人民共和国专利法》(以下简称“《专利法》”)第六条和第八条的规定,如无法律强制性规定或特别约定,完成或合作完成发明创造的单位或个人有申请专利的权利。因此,中国科学院武汉病毒研究所和军事科学院军事医学研究院合作完成了将瑞德西韦用于抑制 2019 新型冠状病毒(以下简称新型冠状病毒)这一研究,它们有权按照法律规定或双方约定,就其研究内容申请专

利。由武汉病毒研究所发布的信息来看,其于2020年1月21日就该项研究成果积极申请了发明专利,是重视保护其知识产权的表现,在一定程度上值得肯定。

其次,包括我国在内的绝大多数国家和地区的专利法实行先申请制度,即两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的,专利权授予最先申请的人。该项制度旨在敦促申请人完成发明创造后尽快提出专利申请,以利于发明创造尽早公开,避免重复研究。从这一角度,武汉病毒研究所在确定了瑞德西韦能够体外抑制新型冠状病毒后及时提出专利申请,积极就其研究成果请求专利保护,并无不当。

第三,根据我国《专利法》规定,申请人向国家知识产权局提出发明专利申请后,需要经历审查程序,在满足新颖性、创造性、实用性,说明书公开充分,权利要求清楚、简要并能够得到说明书支持等要求后,则会被授予专利权。可见,专利申请并非一经提出就得到权利,因此“抢注”一词并不准确。

第四,对于药品的专利保护而言,我国《专利法》对不同的主题类型给予保护,如药物化合物(对于生物药而言,肽、蛋白、核酸等)、化合物晶型、药物制备方法、药物组合物、药物的制药用途等。例如,药物化合物的主题保护药物化合物本身,通常以化学结构等进行限定,而药物的制药用途的主题可以保护化合物用来制备用于治疗某种疾病的药品的用途,侧重保护化合物的新制药用途。所谓“老药新用”的研究成果就可以参用药物的新制药用途的主题来保护。武汉病毒研究所研究表明瑞德西韦能够有效抑制新型冠状病毒,可以作为用于抑制新型冠状病毒的药物或者药物组合物组分使用。由于新型冠状病毒是一种新发现的病毒,尽管美国吉利德公司之前就研究发现了瑞德西韦这种化合物本身,但并没有研究其对新型冠状病毒的效果。因此,武汉病毒研究所就其研究发现的瑞德西韦能够用于抑制新型冠状病毒的科研成果申请专利,并不属于“剽窃”美国吉利德公司的研究成果。

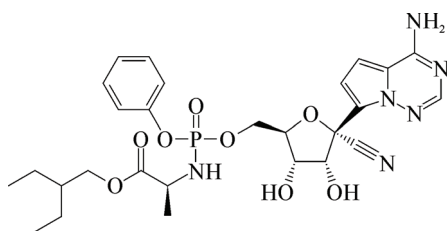
因此,所谓武汉病毒研究所“抢注”美国吉利德公司的科研成果这种观点并不准确。中国科学院武汉病毒研究所(和军事科学院军事医学研究院)就其合作完成的关于使用瑞德西韦抑制新型冠状病毒(2019-nCoV)的研究成果申请专利在法律层面并无不妥。

二、武汉病毒研究所该项专利申请的授权可能性

由于武汉病毒研究所就其该项研究申请专利的申请文件尚未公开,该专利

申请中请求保护的权利要求主题无法知晓,笔者仅就关于瑞德西韦用于治疗新型冠状病毒的用途的主题(该主题的具体形式可能会根据不同国家的专利法规定进行适应性调整)的授权可能性进行分析。

笔者查阅了吉利德公司关于瑞德西韦在中国的部分相关专利布局情况。在吉利德科学公司的申请日为2011年7月22日,专利号为ZL2011800357761,名称为“用于治疗副黏病毒科病毒感染的方法和化合物”的中国发明专利中,具体披露了瑞德西韦的化学式:



并且其化合物权利要求获得了授权。在吉利德科学公司的该专利文献中,披露了使用瑞德西韦来治疗副黏病毒科病毒感染,相应权利要求已获得授权。

在吉利德科学公司的申请日为2015年10月29日,申请号为2015800596116,名称为“治疗丝状病毒科病毒感染的方法”的发明专利申请中,披露了使用瑞德西韦来治疗丝状病毒科感染,特别是马尔堡病毒、埃博拉病毒和奇瓦病毒感染。该中国发明专利申请目前处于实质审查阶段。

在吉利德科学公司的申请日为2016年9月16日,申请号为2016800667968,名称为“治疗沙粒病毒科和冠状病毒科病毒感染的方法”的发明专利申请中,披露了使用瑞德西韦(在其申请文件中为化合物32)来治疗沙粒病毒科感染和以SARS-CoV、MERS-CoV为例的冠状病毒感染。在该专利申请文件中,吉利德概括性地描述了可以使用瑞德西韦治疗冠状病毒科感染,并具体验证了瑞德西韦对SARS-CoV和MERS-CoV的抗病毒活性。该中国发明专利申请目前处于实质审查阶段。

目前热议的问题之一是,武汉病毒研究所提出的关于使用瑞德西韦治疗新型冠状病毒的用途专利申请,可能因为吉利德科学公司之前在专利申请中披露的可以使用瑞德西韦治疗冠状病毒感染的相关公开内容而无法被授权。

目前,武汉病毒研究所提交的申请文件尚未公布,笔者认为,在不清楚申请文件的具体撰写情况,未全面了解瑞德西韦、新型冠状病毒的相关现有技术的情况下,仅由吉利德公司的专利公开并验证了瑞德西韦(化合物32)可以用于治疗

SARS-CoV、MERS-CoV 病毒感染,而断定瑞德西韦用于治疗新型冠状病毒的用途专利不具备创造性而无法得到授权是不严谨的。在此,笔者提出一些可以尝试争辩该新用途具备创造性的角度以供讨论和交流。

吉利德科学公司提出的上述“治疗沙粒病毒科和冠状病毒科病毒感染的方法”的专利申请公开文本中,仅验证了瑞德西韦能够抑制 MERS-CoV 和 SARS-CoV 病毒活性。冠状病毒科包括很多种类型,仅仅通过瑞德西韦能够抑制 MERS-CoV 和 SARS-CoV 病毒活性的实验结果,本领域技术人员无法推断其是否对其他冠状病毒也有效。

更重要的是,新型冠状病毒为一种新发现的病毒种类,在申请日 2020 年 1 月 21 日前,已知的新型冠状病毒相关信息很少。纵然是于 2020 年 1 月 29 日(申请日后 8 天)发表的论文“Genomic characterisation and epidemiology of 2019 novel coronavirus: implications for virus origins and receptor binding”,其中披露的新型冠状病毒与申请日(2020 年 1 月 21 日)前已知的冠状病毒 SARS-CoV 和 MERS-CoV 也只有 79% 和 50% 的序列相似性^[2]。

以 SARS-CoV 为例,在生物学领域,79% 的序列相似性并不算高,79% 的序列相似性还并非序列同一性。新型冠状病毒与 SARS-CoV 只有 79% 的序列相似性,两者之间存在哪些差异在申请日前尚未可知。

上述“治疗沙粒病毒科和冠状病毒科病毒感染的方法”专利申请披露了瑞德西韦通过作用于 SARS-CoV 的 RNA 聚合酶发挥作用。生物领域公知的是,酶的氨基酸序列对酶活性起到重要作用,一种酶氨基酸序列中的一个氨基酸突变就有可能造成酶活性的丧失。两种病毒基因组低于 79% 的序列同一性会对两种病毒的 RNA 聚合酶的活性、作用机理等产生哪些影响对于所属领域技术人员而言均是未知数。MERS-CoV 与新型冠状病毒的序列相似性更低,仅为 50%。需要提醒的是,即便是如上提及的序列相似性信息也是申请日后 8 天才公布的。

因此,在申请日 2020 年 1 月 21 日,在面对知之甚少的新新型冠状病毒,仅仅通过瑞德西韦能够抑制 MERS-CoV 和 SARS-CoV 病毒活性的实验结果,本领域技术人员无法预期瑞德西韦对新型冠状病毒的效果。

换一角度,所属领域技术人员在申请日 2020 年 1 月 21 日之前,面对新型冠状病毒这一新发现且了解甚少的病毒种类,在欲从众多已知抗病毒药物,哪怕是已知对某些特定冠状病毒有效的药物中筛选可能对其有效的药物时,面对的是众多不同的潜在可能药物,所属领域技术人员也没有动机将目标锁定到瑞德西韦。

再者,如武汉病毒研究所和军事科学院军事医学研究院在《细胞研究》上发

表的相应论文中所验证的,并非所有的抗病毒药物均对新型冠状病毒有良好的抑制作用^[3]。从药物研发创新角度来看,从潜在可能的候选药物中筛选有效药物本身就是药物研发过程中的一种重要的创新性工作。

因此,武汉病毒所研究发现,瑞德西韦对新型冠状病毒能够起到有效的抑制作用,对于所属领域技术人员而言是基于现有技术无法预期的技术效果,在一定程度上取得了出乎意料的技术效果。

另外,再看近期关于使用瑞德西韦治疗新型冠状病毒的报道。2020年1月31日《新英格兰医学杂志》在线发表了一篇论文,介绍美国首例确诊新型冠状病毒病例使用吉利德公司提供的试验性药物瑞德西韦治疗及其临床表现^[4]。2020年2月3日,吉利德公司与中国合作,开启瑞德西韦治疗武汉新冠肺炎的临床实验。不难发现,这些报道均晚于武汉病毒研究所的公布相应专利的申请日2020年1月21日。因此,这些报道并不会影响武汉病毒研究所的该专利的创造性。

人们热议的另一个问题是,对于中国科学院武汉病毒研究所(和军事科学院军事医学研究院)提交的该项专利申请,武汉病毒研究所和军事科学院军事医学研究院仅仅完成了体外细胞实验,不应“抢”先申请专利。对此,根据生物医药类专利的申请实践,医药用途发明要求在说明书中记载所涉及的物质和产品对相应适应症的实验数据,如果通过其实验室活性实验能够预期其治疗相关适应症疾病的用途时,可以只记载实验室实验数据^[5]。可见,从说明书应满足充分公开的要求的角度,说明书中并不必然需要记载相关动物模型或临床试验数据。

就以上提及的角度来看,笔者认为,武汉病毒研究所提出的该项专利申请具有被授权的可能性。

三、需要澄清的几个误解

(一) 专利申请≠专利授权

发明创造完成后,完成该发明创造的单位或个人享有决定对该发明创造是否申请专利以及如何申请专利的权利,即有权就其完成的发明创造提交专利申请。提交专利申请后,经过国家知识产权局的审查,若符合或修改后符合《专利法》及其相关规定,则可授予专利权。据2020年1月14日国家知识产权局就2019年主要工作统计数据及有关情况举行的新闻发布会公布的相关数据,我国2019年度发明授权率为44.3%^[6]。就武汉病毒研究所提交的该项发明专利申请而言,提交申请并不必然能够获得授权。

（二）药物的化合物专利≠药物的新用途专利

药物专利有化合物专利、化合物晶型专利、药物组合物专利、药物制备方法专利、药物的制药用途专利等（美国还对疾病治疗方法给予保护），分别保护不同的主题类型。就瑞德西韦而言，美国吉利德公司已就瑞德西韦化合物等基础专利及其治疗 SARS-CoV、MERS-CoV、副黏病毒科病毒、马尔堡病毒、埃博拉病毒和奇瓦病毒等病毒感染的应用提出申请或已获得授权。但对于瑞德西韦对新型冠状病毒的治疗应用，美国吉利德公司未特别请求保护，更未获得授权。对于已知化合物药物，寻求新的适应证是药物研发过程中重要的创新性步骤，需要科学的实验设计和严格的实验验证等。因此，虽然瑞德西韦化合物是已知化合物，但寻求其新的治疗用途并申请新的治疗用途专利（在中国能保护的相应主题为化合物制药用途）并无不妥。

（三）如若武汉病毒研究所的新用途专利获得授权，生产治疗新型冠状病毒感染的瑞德西韦药品还需要美国吉利德公司的实施许可吗？

由于美国吉利德公司的瑞德西韦化合物专利等基础专利已经获得授权，因此如若武汉病毒研究所的新用途专利顺利获得授权，中国药企生产用于治疗新型冠状病毒的瑞德西韦药品除了需要获得武汉病毒研究所（和军事科学院军事医学研究院）的实施许可外，还需要获得美国吉利德公司的实施许可。当然，美国吉利德公司如果在中国（或武汉病毒研究所获授权的其他国家）生产用于治疗新型冠状病毒的瑞德西韦药品，除了使用其自身的专利技术外，也需要获得武汉病毒研究所的专利实施许可。

（四）如若武汉病毒研究所的新用途专利获得授权，其专利以及美国吉利德公司的瑞德西韦基础专利有可能实施专利强制许可吗？

我国《专利法》第六章规定了专利实施的强制许可制度。在专利权人不实施或未充分实施其专利、专利权人行使专利权被认为构成垄断行为时，或者国家出现紧急状态、非常情况（如传染型流行疾病）、为了维护公共利益（如公共健康出现问题）等情况下，专利主管部门根据申请人的专利许可申请，可以不需要经过专利权人同意，由国家专利主管部门许可申请人实施专利（例如药品或者仿制药品生产），但被许可人需向专利权人支付一定使用费。

尽管目前为止，我国还未使用过专利实施的强制许可，但从立法上，《专利法》为我国解决公共健康危机提供了切实可行的制度保障。

如若武汉病毒研究所的新用途专利获得授权,该专利以及美国吉利德公司的瑞德西韦基础专利有没有可能被实施专利强制许可呢?在武汉病毒研究所的新用途专利获得授权时,用于治疗新型冠状病毒的瑞德西韦药品经批准上市时,此次疫情极大可能已经成为过去时,毕竟春天已经来了。

注释及参考文献

- [1] 《我国学者在抗 2019 新型冠状病毒药物筛选方面取得重要进展》,中国科学院武汉病毒研究所首页/科研进展, http://www.whiov.ac.cn/kjyz_105338/202002/t20200204_5497136.html,最后访问日期 2020.2.5。
- [2] Roujian Lu 等: Genomic characterisation and epidemiology of 2019 novel coronavirus: implications for virus origins and receptor binding, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30251-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30251-8)。
- [3] Manli Wang 等: Remdesivir and chloroquine effectively inhibit the recently emerged novel coronavirus (2019 - nCoV) in vitro. <https://www.nature.com/articles/s41422-020-0282-0.pdf>。
- [4] Michelle L. 等: First Case of 2019 Novel Coronavirus in the United States. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa2001191>。
- [5] 欧阳石文,张清奎:《医药生物领域发明专利申请文件撰写与答复技巧》,知识产权出版社,2017 年版,第 152 页。
- [6] 《国家知识产权局就 2019 年主要工作统计数据及有关情况举行新闻发布会》,国家知识产权局首页/访谈直播, <http://www.cnipa.gov.cn/twzb/2019nzygztjsjjyqkxwfbh/index.htm>,最后访问日期 2020.2.5。

[作者 栗晓南:国浩律师事务所合伙人(北京),北京大学法学院法学学士
奚慧芬:国浩律师事务所律师(北京),中国科学院研究生院生物学博士]
[审稿人 谢湘辉:国浩律师事务所合伙人(深圳)]

11. 武汉病毒研究所申请瑞德西韦 新用途专利值得肯定

◎ 邱奎霖

在全国全力抗击新冠肺炎的背景下,任何与治病良药相关的消息都牵动人心,2月4日武汉病毒研究所发布的一则关于抑制病毒药物筛选的消息就引来众多关注。也有网友对武汉病毒研究所申请药品用途专利的行为和目的发出了质疑。笔者趁着“禁足”家中之际,写篇小文,谈谈一己之见。

一、引发争议的消息是什么?

准确理解被评价的对象,是开始评价的正确“姿势”。武汉病毒研究所官网首页科研进展栏目刊登了《我国学者在抗 2019 新型冠状病毒药物筛选方面取得重要进展》一文^[1],简单归纳起来有三点内容:

1. 武汉病毒研究所“在抑制 2019 新型冠状病毒(2019 - nCoV)药物筛选方面取得重要进展”,发现瑞德西韦和磷酸氯喹能在体外有效抑制新型冠状病毒,并以此为题发表在《细胞研究》上。

2. 对在我国尚未上市,且具有知识产权壁垒的药物瑞德西韦,武汉病毒研究所依据国际惯例,从保护国家利益的角度出发,在 1 月 21 日申报了中国发明专利(抗 2019 新型冠状病毒的用途),并将通过 PCT(专利合作协定)途径进入全球主要国家。

3. 武汉病毒研究所声明,如果国外相关企业有意向为我国疫情防控做出贡献,双方一致同意在国家需要的情况下,暂不要求实施专利所主张的权利,希望和国外制药公司共同协作为疫情防控尽绵薄之力。

其中,武汉病毒研究所在 1 月 21 日就瑞德西韦可以用于抗 2019 新型冠状病毒的用途申请中国发明专利引发众多质疑。如在瑞德西韦药品已经申请专利的情况下,武汉病毒研究所能否对其抗新型冠状病毒用途再申请专利,该专利申请能否获得授权,武汉病毒研究所申请专利的用意何在等。

二、武汉病毒研究所申请药品用途专利错了吗？

如果还是岁月静好，我想武汉病毒研究所申不申请专利，申请何种专利可能都不会有这么多人关心。特殊时期又加上双黄连事件及其引发的幕后猜想，导致武汉病毒研究所这次专利申请很难不引起质疑。实际上，不管质疑以何种方式进行，归根结底都要回答好以下几个问题。

（一）申请药品用途专利有问题吗？

武汉病毒研究所就瑞德西韦抗新型冠状病毒申请专利有问题吗？尤其是在瑞德西韦并不是其发明的情况下。即便这个药不是武汉病毒研究所发明的，已知药品的新用途发明都是专利法的保护客体，在中国是，在美国也是。通俗点讲，就是可以申请专利，可以获得专利法的保护。而且对于已知产品的新用途专利秉持的原则是，谁发现、谁先申请，专利就归属谁。

有些人不解：这怎么可以获得专利？这是对产品发明人不公。实则不然，以药品为例，首先发现某些药品的新用途并非想象中那么简单，这需要大量研究、观察、试验，是有投入的。其次在原有用途之外发现新的用途对整个社会都是有利的。比如说，阿司匹林，原来用途是治疗风湿性关节炎，但后来发现它还可以用来治疗心肌梗死等。

回归到武汉病毒研究所，发现瑞德西韦具有抑制新型冠状病毒的用途，需要做大量试验和分析，结论来之不易。作为一项科研成果，武汉病毒研究所申请专利无可厚非，不存在窃人之功，即所谓抢注的问题。

（二）现在评估授权前景是否妥当？

很多文章指出，武汉病毒研究所申请的这件抗新型冠状病毒用途专利不具有授权前景。主要理由是，瑞德西韦的研发方吉利德科学公司在先申请的相关专利（也包括在中国申请的专利）已经披露了该药品可用于治疗冠状病毒。

对此，本文认为，首先武汉病毒研究所提交的专利申请文件尚未被公开，对其技术方案目前尚不清楚；其次目前对于2019新型冠状病毒也并未完全搞清楚，相关研究还在进行中。在此情况下，评估武汉病毒研究所的该件专利申请能否授权为时尚早。

此外，专利审查本身充满不确定性。比如说，发明专利申请要想获得授权必须要具有创造性。什么是创造性，我国《专利法》有极为细致的规定。通俗点说，

就是专利方案相对于现有技术是非显而易见的。虽然在审查实践中已经积累了大量的审查规则和经验,但不可否认专利审查主观性依然很大。

因此,在专利正常申请(与非正常申请相对)中,申请人在申请专利时一般很难准确判断出授权前景。如果以专利授权前景评判武汉病毒研究所专利申请行为的正当性明显是不恰当的。

(三) 武汉病毒研究所如果不申请该专利会怎样?

如今武汉病毒研究所申请该专利受到了很多质疑,但不妨试想:如果他们沒有及时申请该专利,可能会面临什么后果?

首先,2019 新型冠状病毒肆虐始自中国,中国是抗击新型冠状病毒的主战场,也是相关抗击药品的最大需求地。而关于瑞德西韦可以抑制新型冠状病毒的研究或应用并非中国一家在做。2020 年 1 月 31 日,《新英格兰医学杂志》发表了一篇美国使用瑞德西韦治愈一名新型冠状病毒感染者的文章;2 月 2 日,瑞德西韦(Remdesivir)的研发方吉利德公司在一份声明中指出,瑞德西韦(Remdesivir)针对其他冠状病毒的有效数据给了大众使用它治疗新型冠状病毒感染者的希望^[2]。

如果武汉病毒研究所没有在发现瑞德西韦新用途后及时申请专利,极有可能被瑞德西韦的制造商或者域外其他机构抢先申请。届时一旦这些专利进入中国并获得授权,中国在使用瑞德西韦治疗新型冠状病毒感染者时将不得受制于人。因为世界上绝大多数国家对于专利申请采取的是“先申请制”,而非“先发明制”。也就是说,专利授权给最先申请的人,而非最先发明出来的人。而且一旦获得专利权,未经专利权人同意,任何人都不得实施该专利。由此可见,武汉病毒研究所申请该用途专利可谓意义重大,避免了域外主体在我国布局该用途专利的风险。

其次,如果武汉病毒研究所申请的用途专利最终获得授权,而且保护范围严密,则有可能与瑞德西韦的制造商达成专利交叉许可,从而大大降低我国使用瑞德西韦药品治疗新型冠状病毒感染者的成本。因为,一旦该用途专利获得授权,使用瑞德西韦治疗新型冠状病毒感染者的控制权就掌握在我国,瑞德西韦制造商如果想将其用于治疗新型冠状病毒就需要获得武汉病毒研究所的许可。

如此一来,双方彼此开放瑞德西韦药品相关专利成为可能。这就是武汉病毒研究所之所以在消息稿中声称“如果国外相关企业有意向为我国疫情防控做出贡献,我们双方一致同意在国家需要的情况下,暂不要求实施专利所主张的权

利,希望和国外制药公司共同协作为疫情防控尽绵薄之力”的原因。

试想,如果武汉病毒研究所首先发现瑞德西韦可以用于抗新型冠状病毒但未及时申请专利,只是发表了论文,而在论文公开之前域外主体在中国申请了这一用途专利并最终获得授权,武汉病毒研究所该何以自处?

三、点赞武汉病毒研究所:对于科研成果,这才是正确的操作

武汉病毒研究所就其发现的瑞德西韦抗 2019 新型冠状病毒用途申请专利无疑是专业且正确之举,具体体现在以下四点:

1. 有专利保护意识,能够意识到已知药品新用途可以通过专利保护,这种意识并不是目前我国所有科研机构都具有的。

2. 能够协调好论文发表与专利保护的关系,在论文公开发表之前申请专利,避免因论文公开导致专利申请丧失新颖性,这一点是很难得的,目前国内先发表论文后申请专利的科研机构不在少数。

3. 有海外专利布局意识,不仅是在中国申请专利,而且有意识通过 PCT 专利国际申请在其他国家布局专利。

4. 有专利交叉许可意识,通过自己掌握新用途专利寻求与相关药品制造商进行交叉许可。

诚然,武汉病毒研究所在本次抗击新冠肺炎疫情中有很多可以质疑的地方,但就这次药品用途专利申请而言,应该获得高度肯定。

注释及参考文献

[1] http://www.whiov.ac.cn/kyjz_105338/202002/t20200204_5497136.html,最后访问时间 2020 年 2 月 5 日。

[2] https://www.sohu.com/a/370968078_118622,最后访问时间 2020 年 2 月 5 日。

[作者 邱奎霖:国浩律师事务所合伙人(南京),南京大学法律硕士]

[审稿人 谢湘辉:国浩律师事务所合伙人]

12. 新冠肺炎疫情背景下口罩处置 法律问题梳理

◎ 谭 琪

2020年1月20日,国家卫生健康委员会发布2020年第1号公告,将新型冠状病毒感染的肺炎(以下简称“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。国家卫生健康委员会疾病预防控制局指导、中国疾病预防控制中心编著的《新型冠状病毒感染的肺炎公众防护指南》显示,新冠肺炎传播途径主要为直接传播、气溶胶传播和接触传播。直接传播指患者喷嚏、咳嗽、说话的飞沫、呼出的气体近距离直接吸入导致感染;气溶胶传播指飞沫混合在空气中,形成气溶胶,吸入后导致感染;接触传播指飞沫沉积在物品表面,接触污染手后,再接触口腔、鼻腔、眼睛等黏膜,导致感染。

2020年1月30日,国家卫生健康委员会发布《关于印发新型冠状病毒感染的肺炎不同风险人群防护指南和预防新型冠状病毒感染的肺炎口罩使用指南的通知》,明确口罩是预防呼吸道传染病的重要防线,可以降低新型冠状病毒感染风险。口罩不仅可以防止病人喷射飞沫,降低飞沫量和喷射速度,还可以阻挡含病毒的飞沫核,防止佩戴者吸入病毒。由此可知,佩戴口罩系防止新型冠状病毒感染的简便、有效的措施,口罩成为人们在新冠肺炎疫情期间的必备品。

一、新冠肺炎疫情期间使用后废弃口罩处置的政策梳理

新冠肺炎疫情期间,为有效阻止新型冠状病毒传播,防止口罩使用及废弃口罩处置不当造成新型冠状病毒传播或污染,国家及各省区市出台了一系列针对口罩佩戴和废弃后处置的规定,主要有:

2020年1月28日国家卫生健康委办公厅《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情期间医疗机构医疗废物管理工作的通知》(国卫办医函〔2020〕81号)

2020年1月28日生态环境部《新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗废物应急处置管理与技术指南(试行)》

2020年1月30日疫情防控组、国家卫生健康委疾控局《关于印发新型冠状病毒感染不同风险人群防护指南和预防新型冠状病毒感染的肺炎口罩使用指南的通知》

2020年1月30日国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制《关于印发公共场所新型冠状病毒感染的肺炎卫生防护指南的通知》(肺炎机制发〔2020〕15号)

2020年2月3日国家卫生健康委办公厅《关于加强疫情期间医用防护用品管理工作的通知》(国卫办医函〔2020〕98号)

2020年2月4日国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制《关于印发不同人群预防新型冠状病毒感染口罩选择与使用技术指引的通知》(肺炎机制发〔2020〕20号)

2020年2月6日国家卫生健康委办公厅《新型冠状病毒肺炎防控方案(第四版)》(国卫办疾控函〔2020〕109号)

各省区市亦出台了相应规定,如:《广东省关于加强废弃口罩管理做好新型冠状病毒感染的肺炎防范有关工作的紧急通知》《湖南省住房和城乡建设厅关于做好新型冠状病毒疫情防控期间废弃口罩等特殊有害垃圾的收集、运输和处置工作》《福建省生态环境厅关于做好新冠肺炎疫情期间废弃口罩等环境监管的紧急通知》《贵州省城乡建设厅关于做好新冠病毒感染肺炎疫情期间居民废弃口罩等特殊垃圾收运处置工作的紧急通知》《黑龙江省住房和城乡建设厅关于做好疫情时期城乡公众废弃口罩监督管理工作的通知》《南京市关于规范废弃口罩收集处置工作方案(暂行)》,以及中共云南省委云南省人民政府应对新型冠状病毒感染肺炎疫情工作领导小组指挥部《关于进一步加强废弃口罩处置管理的通告》等。

二、新冠肺炎疫情期间使用后废弃口罩的法律属性

根据新冠肺炎防疫现状及相关指导性意见,新冠肺炎疫情期间口罩佩戴人群可分为三类:健康人群、疑似病例和确诊患者。如果以使用后废弃口罩处置要求为依据进行分类,口罩佩戴人群可分为两类:新型冠状病毒感染者或接触者、未携带或接触新型冠状病毒者。本文主要讨论新型冠状病毒防疫期间使用后口罩的处置,故以后者两分法进行论述。

(一) 医务人员在工作期间佩戴的口罩废弃后为医疗废物,属于危险废物

《国家危险废物名录》第二条、第三条^[1]规定,医疗废物属于具有感染性的固

体废物,属于危险废物。根据《医疗废物管理条例》第二条规定^[2],医疗废物指医疗卫生机构在医疗、预防、保健以及其他相关活动中产生的具有直接或者间接感染性、毒性以及其他危害性的废物。《医疗废物分类目录》将医疗废物分为感染性废物、病理性废物、损伤性废物、药物性废物、化学性废物^[3]。医务人员在工作期间佩戴的口罩废弃后为携带病原微生物具有引发感染性疾病传播危险的医疗废物,属于危险废物。

(二) 未携带新型冠状病毒或未接触新型冠状病毒携带者的健康人群佩戴的口罩废弃后属于一般生活垃圾

根据《城市市容和环境卫生管理条例》《城市生活垃圾管理办法》等规定,生活垃圾指单位和个人在日常生活或者为日常生活提供服务的活动中产生的固体废弃物,以及法律、法规规定视为生活垃圾的固体废弃物。《预防新型冠状病毒感染的肺炎口罩使用指南》规定,健康人群使用后的口罩,没有新型冠状病毒传播的风险,一般在口罩变形、弄湿或弄脏导致防护性能降低时更换,废弃后按照生活垃圾分类的要求处理,即未携带新型冠状病毒或未接触新型冠状病毒者的健康人群所佩戴的口罩废弃后属于生活垃圾。

未感染新冠病毒的医务人员本身属于健康人群,其在非工作期间佩戴的口罩废弃后亦应当按一般生活垃圾处理。

(三) 新型冠状病毒感染者或者接触者就医后佩戴的口罩废弃后为医疗废物,属于危险废物

新冠肺炎作为乙类传染病,新型冠状病毒感染者或者接触者就医后,根据治疗方案佩戴的口罩,属于被病人感染的物品,为携带病原微生物具有引发感染性疾病传播危险的医疗废物,根据《国家危险废物名录》和《医疗废物分类目录》规定,在废弃后属于危险废物。《预防新型冠状病毒感染的肺炎口罩使用指南》亦规定,疑似病例或确诊患者佩戴的口罩,不可随意丢弃,应视作医疗废弃物,严格按照医疗废弃物有关流程处理,不得进入流通市场。

(四) 新型冠状病毒感染者或者接触者就医前佩戴的口罩性质认定

根据国家卫生健康委员会发布的信息,截至2020年2月10日24时,全国累计报告确诊病例42 638例,累计死亡病例1 016例,累计治愈出院病例3 996例,全国各省、自治区、直辖市均有确诊病例。但钟南山团队最新论文^[4]指出,新型冠状病毒的中位潜伏期为3.0天,发病潜伏期最短为0天,最长可达

24 天。即潜伏期的新冠肺炎患者可能比预计潜伏期最长 14 天时的情况更多,且关于新冠肺炎的全国统计数据仅为已追踪到且得到管控的数据,对于尚未被发现或者追踪到的新型冠状病毒感染者,此部分人群使用后的口罩或者其他物品携带着新型冠状病毒,其性质应当属于危险废物,因其危险性较为隐蔽,并未按照危险废物处置,存在新型冠状病毒二次传播或污染的重大风险。若随意丢弃或者仅按照生活垃圾的处置方式放置在指定地点,将不利于疫情的有效防控。

按照前述规定,在医疗卫生机构产生的相关废物为医疗废物,新冠病毒感染者或接触者就医前佩戴的口罩的危险性较为隐蔽,并非医疗卫生机构相关医疗活动中产生的,不属于医疗废物。

三、新型冠状病毒防疫期间使用后废弃口罩的处置

不论是作为危险废物或者生活垃圾,口罩均属于固体废物,《固体废物污染环境防治法》第五条规定固体废物污染环境防治实行污染者依法负责的原则,产品的生产者、销售者、进口者、使用者对固体废物依法承担污染防治责任,产生固体废物的单位和个人,应当采取措施防止或者减少固体废物对环境的污染。

2020 年 1 月 30 日,国家卫生健康委员会《关于印发新型冠状病毒感染不同风险人群防护指南和预防新型冠状病毒感染的肺炎口罩使用指南的通知》明确了使用后口罩的处理原则:1. 健康人群佩戴过的口罩,没有新型冠状病毒传播的风险,一般在口罩变形、弄湿或弄脏导致防护性能降低时更换。健康人群使用后的口罩,按照生活垃圾分类的要求处理即可。2. 疑似病例或确诊患者佩戴的口罩,不可随意丢弃,应视作医疗废弃物,严格按照医疗废弃物有关流程处理,不得进入流通市场。以下是具体分析。

(一) 作为危险废物的废弃口罩处置方式

作为危险废物的废弃口罩主要产生在医疗机构运营过程当中,医疗机构作为废弃口罩这一危险废物产生单位,应当制定包括口罩在内的危险废物管理计划,并向所在地生态环境主管部门申报危险废物的种类、产生量、流向、贮存、处置等信息,对危险废物的容器和包装物以及收集、贮存危险废物的设施、场所,应当设置危险废物识别标志^[5],不得擅自倾倒、堆放。同时,根据《传染病防治法》第三十九条、第四十二条规定^[6],被传染病病原体污染的相关物品还应当封闭或者封存,被传染病病原体污染物品及医疗废物应实施消毒,并且在交医疗废物集中处置单位处置前完成就地消毒。国家推行危险废物集中处置,要求医疗废物

集中无害化处置^[7]。根据《固体废物污染环境防治法》第五十七条、《医疗废物管理条例》第二十二条以及《危险废物经营许可证管理办法》等规定,从事医疗废物集中处置活动的单位,应当向县级以上人民政府环境保护行政主管部门申请经营许可证,应当至少每两天到医疗卫生机构收集、运送一次医疗废物,并负责医疗废物的贮存、处置。

2020年1月29日,生态环境部印发《新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗废物应急处置管理与技术指南(试行)》,明确了新冠肺炎疫情医疗废物应急处置管理要求,地方各级生态环境主管部门应在本级人民政府统一领导下,协同卫生健康等部门完善应急处置协调机制,共同组织好新冠肺炎疫情医疗废物应急处置工作;提出了新冠肺炎疫情医疗废物应急处置技术路线,各地因地制宜,在确保处置效果的前提下,可以选择可移动式医疗废物处置设施、危险废物焚烧设施、生活垃圾焚烧设施、工业炉窑等设施应急处置新冠肺炎疫情医疗废物,实行定点管理;指出了新冠肺炎疫情医疗废物应急处置技术要点。

医疗废物集中处置单位运送医疗废物,应当遵守国家有关危险货物运输管理的规定,使用有明显医疗废物标识的专用车辆。医疗废物专用车辆应当达到防渗漏、防遗撒等要求,运送医疗废物后应当在医疗废物集中处置场所内及时进行消毒和清洁。同时,医疗废物集中处置单位应当安装污染物排放在线监控装置,并确保处于正常运行状态。

(二) 作为一般生活垃圾的废弃口罩处置方式

按照生活垃圾的性状和是否可以再利用等,可以将生活垃圾分为不同类别,虽然存在着不同的分类^[8],但《生活垃圾分类制度实施方案》(国办发〔2017〕26号)强调,必须将有害垃圾作为强制分类的类别之一。有害垃圾主要指对人体健康或者自然环境造成直接或者潜在危害的生活废弃物。新冠肺炎疫情期间,作为一般生活垃圾的口罩废弃物应当归属于有害垃圾,应按照有害垃圾的管理规定投放暂存、收运处置,按照便利、快捷、安全原则,设立专门场所或容器,并在醒目位置设置有害垃圾标志。因此,作为一般生活垃圾的废弃口罩同样应当遵循减量化、资源化、无害化原则,按照《固体废物污染环境防治法》《城市生活垃圾管理办法》等规定收集、运输、处置。

四、对新冠肺炎疫情期间使用后废弃口罩处置的建议

国家及各省区市已经出台的各种政策对规范口罩使用、处置起到了积极作

用,基于疫情现状,综合政策文件及相关法律法规的规定,笔者对使用后废弃口罩的处置提出以下完善建议:

(一) 加强医疗机构危险废物的监管及转运、处置力度,降低废弃口罩无害化处理不到位风险

鉴于新型冠状病毒的传播特点,相关部门应加大对废弃口罩等医疗废弃物的监管力度,对属于危险废物的废弃口罩,严格按照法律规定进行存放、收集、转运、处置,严格消毒,实现无害化处理,并且要提高收集转运频率。同时,对属于一般生活垃圾的口罩,严格按有害垃圾进行管理,坚持分类投放及收集,实行定期或预约收集,落实小区或单位责任人,对收集、清运、处置单位实行财政补贴等,降低废弃口罩处置不到位的风险。

(二) 加大疫情期间废弃口罩处置的宣传

目前,国家到乡(镇)、村均在有效开展疫情的防控工作,从各地政策及实践情况可看出,疫情防控的宣传及措施主要在于通过设检查点、限制出入、量体温等方式发现病例或者疑似病例,防止人与人之间的直接传播,对于使用后的废弃口罩处置宣传不够,甚至有些地区的疫情防控宣传内容中尚未包含废弃口罩处置方法。因此,建议从如何佩戴口罩、在何种场合佩戴何种口罩、口罩如何消毒及重复使用、废弃后如何丢弃和处理等方面进行科学宣传,增加宣传途径、方式和频率。

(三) 增设废弃口罩收集装置及收集点,提高农村地区垃圾转运频率

新冠肺炎疫情期间,人们日常生活、工作中佩戴后的废弃口罩应当按照有害垃圾进行分类收集、处置。根据各地实际情况,建议在居民小区、村委会、垃圾收集点、机关企事业单位、公共场所等合理增设或改设废弃口罩等特殊垃圾专用收集装置及收集点。针对农村,可在村委会、村卫生室等场所设置有明显文字标识的废弃口罩等特殊垃圾收集点,引导村民集中丢弃废弃口罩,因地制宜指导农村地区安全、有效处理废弃口罩。同时,针对春节期间农村生活垃圾明显增多的特点,应加大农村垃圾清运频率,做好农村生活垃圾收转运工作。

(四) 加强废弃口罩转运的消毒工作

对废弃口罩等特殊垃圾专用收集容器、收集设施、中转设施和运输车辆等生活垃圾收转运设施设备做到经常性清洁、消毒和杀菌,防止病毒二次传播或

污染。

（五）加强废弃口罩处置作业人员的健康防护

疫情期间收集、转运、处置废弃口罩等固体废物的企业应为其作业人员配备防护口罩、防护手套、防护服、洗手液、消毒液等必要的防护用品，做好收集、转运、处理作业人员自身安全卫生防护，积极开展从业人员安全意识、防护用具和作业程序的专业培训，广泛普及防护知识，增强相关作业人员的自我保护意识。

（六）有计划调配口罩等物资，保障医疗机构口罩需求，满足日常需要，避免口罩过度重复使用

医疗机构处于防控疫情第一线，医疗人员属于高危人群，承担着防控疫情的重担，应当优先保障口罩等防护物资供给医疗机构。

另一方面，口罩并非人们平时常备的日常生活物资，却在新冠肺炎疫情期间成了人们日常生活、工作的必需品。疫情暴发初期，抢购、囤积口罩现象严重，造成目前一般民众购置口罩较为困难。在此情况下，有部分人群没有口罩，或者过度重复使用已被污染的口罩，或者购买了劣质口罩根本起不到防护作用。为此，建议由政府根据各地需求，合理调配口罩等防护物资，避免口罩过度重复使用。

注释及参考文献

- [1] 《医疗废物分类目录》第二条：具有下列情形之一的固体废物（包括液态废物），列入本名录：（一）具有腐蚀性、毒性、易燃性、反应性或者感染性的一种或者几种危险特性的；（二）不排除具有危险特性，可能对环境或者人体健康造成有害影响，需要按照危险废物进行管理的。

第三条：医疗废物属于危险废物。医疗废物分类按照《医疗废物分类目录》执行。

- [2] 《医疗废物管理条例》第二条：本条例所称医疗废物，是指医疗卫生机构在医疗、预防、保健以及其他相关活动中产生的具有直接或者间接感染性、毒性以及其他危害性的废物。医疗废物分类目录，由国务院卫生行政主管部门和环境保护行政主管部门共同制定、公布。

- [3] 感染性废物指携带病原微生物具有引发感染性疾病传播危险的医疗废物，例如被病人血液、体液、排泄物污染的棉球、棉签、引流棉条、纱布及其他各种敷料，一次性使用卫生用品、一次性使用医疗用品及一次性医疗器械，废弃的被服等物品；医疗机构收治的隔离传染病病人或者疑似传染病病人产生的生活垃圾；病原体的培养基、标本和菌种、毒种保存液；各种废弃的医学标本；废弃的血液、血清；使用后的一次性使用医疗用品及一

次性医疗器械视为感染性废物等。

病理性废物指诊疗过程中产生的人体废弃物和医学实验动物尸体等,例如手术及其他诊疗过程中产生的废弃的人体组织、器官;医学实验动物的组织、尸体;病理切片后废弃的人体组织、病理蜡块等。

损伤性废物指能够刺伤或者割伤人体的废弃的医用锐器,例如医用针头、缝合针;解剖刀、手术刀、备皮刀、手术锯等各类医用锐器;载玻片、玻璃试管、玻璃安瓿等。

药物性废物指过期、淘汰、变质或者被污染的废弃的药品,例如废弃的一般性药品,废弃的细胞毒性药物和遗传毒性药物,可疑致癌性药物,免疫抑制剂,废弃的疫苗、血液制品等。

化学性废物指具有毒性、腐蚀性、易燃易爆性的废弃的化学物品,例如医学影像室、实验室废弃的化学试剂,废弃的过氧乙酸、戊二醛等化学消毒剂,废弃的汞血压计、汞温度计等。

- [4] 信息来源于新浪财经。根据国际期刊论文相关发布规则,该论文目前还属预印稿,处于投稿阶段,还需全球同行评议。
- [5] 《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第五十二条:对危险废物的容器和包装物以及收集、贮存、运输、处置危险废物的设施、场所,必须设置危险废物识别标志。
第五十三条:产生危险废物的单位,必须按照国家有关规定制定危险废物管理计划,并向所在地县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门申报危险废物的种类、产生量、流向、贮存、处置等有关资料。前款所称危险废物管理计划应当包括减少危险废物产生量和危害性的措施以及危险废物贮存、利用、处置措施。危险废物管理计划应当报产生危险废物的单位所在地县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门备案。本条规定的申报事项或者危险废物管理计划内容有重大改变的,应当及时申报。
- [6] 《中华人民共和国传染病防治法》第三十九条:医疗机构对本单位内被传染病病原体污染的场所、物品以及医疗废物,必须依照法律、法规的规定实施消毒和无害化处置。
第四十二条: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。
- [7] 《医疗废物管理条例》第四条:国家推行医疗废物集中无害化处置,鼓励有关医疗废物安全处置技术的研究与开发。县级以上地方人民政府负责组织建设医疗废物集中处置设施。国家对边远贫困地区建设医疗废物集中处置设施给予适当的支持。
- [8] 《生活垃圾分类制度实施方案》(国办发〔2017〕26号)将生活垃圾分为三类:1. 有害垃圾。主要包括废电池(镉镍电池、氧化汞电池、铅蓄电池等),废荧光灯管(日光灯管、节能灯等),废温度计,废血压计,废药品及其包装物,废油漆、溶剂及其包装物,废杀虫剂、

消毒剂及其包装物,废胶片及废相纸等;2. 易腐垃圾。主要包括相关单位食堂、宾馆、饭店等产生的餐厨垃圾,农贸市场、农产品批发市场产生的蔬菜瓜果垃圾、腐肉、肉碎骨、蛋壳、畜禽产品内脏等;3. 可回收物。主要包括废纸,废塑料,废金属,废包装物,废旧纺织物,废弃电器电子产品,废玻璃,废纸塑铝复合包装等。

《北京市生活垃圾管理条例》第三十三条:产生生活垃圾的单位和个人是生活垃圾分类投放的责任主体,应当按照下列规定分类投放生活垃圾:(一)按照厨余垃圾、可回收物、有害垃圾、其他垃圾的分类,分别投入相应标识的收集容器;(二)废旧家具家电等体积较大的废弃物品,单独堆放在生活垃圾分类管理责任人指定的地点;(三)建筑垃圾按照生活垃圾分类管理责任人指定的时间、地点和要求单独堆放;(四)农村村民日常生活中产生的灰土单独投放在相应的容器或者生活垃圾分类管理责任人指定的地点;(五)国家和本市有关生活垃圾分类投放的其他规定。

《上海市生活垃圾管理条例》第四条:本市生活垃圾按照以下标准分类:(一)可回收物,是指废纸张、废塑料、废玻璃制品、废金属、废织物等适宜回收、可循环利用的生活废弃物;(二)有害垃圾,是指废电池、废灯管、废药品、废油漆及其容器等对人体健康或者自然环境造成直接或者潜在危害的生活废弃物;(三)湿垃圾,即易腐垃圾,是指食材废料、剩菜剩饭、过期食品、瓜皮果核、花卉绿植、中药药渣等易腐的生物质生活废弃物;(四)干垃圾,即其它垃圾,是指除可回收物、有害垃圾、湿垃圾以外的其它生活废弃物。生活垃圾的具体分类标准,可以根据经济社会发展水平、生活垃圾特性和处置利用需要予以调整。

[作者 谭琪:国浩律师事务所律师(贵阳),西南政法大学经济法硕士]

[审稿人 白敏:国浩律师事务所执行合伙人]

13. 新冠肺炎疫情下的学校 疫情防控

◎ 夏晓云 祝 玮

新年伊始,突如其来的新型冠状病毒肺炎疫情席卷了整个中华大地,引起了社会各界的高度警惕。党中央第一时间作出“坚持依法防控,在法治轨道上统筹推进各项防控工作”“全面提高依法防控、依法治理能力,为疫情防控工作提供有力法治保障”等一系列指示。贵州省教育厅响应党中央统一部署,以保障师生身体健康和生命安全为根本目标,结合校园疫情防控的特殊性发布了《关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》《2020年春季学期延期开学的紧急通知》等一系列通知,要求“疫情重视到位、防控措施到位”“延迟开学”“停课不停课、不停教”等,提出了“服务大局、社会稳定,统筹规划、分步实施,保基本、倡个性,重发动、强责任”等工作要求。

面对来势汹汹、瞬息万变的疫情,学校作为教育和守护学生的重要单位,要时刻保持战“疫”的高度警惕,执行应有职责。针对学校如何科学合法地在疫情防控期间及疫情结束后采取有效的措施,防范法律风险,笔者根据相关法律法规及政策规定,结合从事相关法律服务的经验,提出以下建议。

一、学校在疫情防控中的应尽之责

(一) 依法采取预防和控制措施

根据《中华人民共和国突发事件应对法》第六十四条、《中华人民共和国传染病防治法实施办法》第六十六条和《中华人民共和国刑法》(以下简称“《刑法》”)第一百六十八条的规定,学校首先应当采取必要的防控措施严密排查学生及教职工的健康状况,并积极预防疫情的发生及扩散;在发现新冠肺炎感染者、疑似感染者后,应当按照卫生防疫机构的要求及时上报并实施必要的卫生处理。否则学校主要负责人可能会承担相应的民事责任、行政责任;情节严重的,还将依法承担刑事责任。

（二）教育责任

根据《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称“《传染病防治法》”)第十条要求,各级各类学校必须对学生进行健康知识和传染病预防知识的教育。学校作为一线教育单位,应当向全校师生及家长传播正确的疫情防治知识,树立科学的防治理念,切实做到“守好责任田,护好一校人”,以“学校—学生—家长及亲友—社会”为链接,全面增强防控意识。

（三）及时报告

根据《突发公共卫生事件应急条例》第二十条和第五十一条规定,学校在发现相关疫情信息时,应当在两小时内向所在地县级人民政府卫生行政主管部门报告,若未按规定履行报告职责,隐瞒、缓报或者谎报的,学校有关责任人员将可能受到行政处分或者纪律处分;构成犯罪的,将依法被追究刑事责任。

（四）信息保密

根据《中华人民共和国侵权责任法》《最高人民法院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》等相关规定,侵害他人隐私权的,应当承担侵权责任;向特定人提供公民个人信息,以及通过信息网络或者其他途径发布公民个人信息的,应当认定为刑法规定的“提供公民个人信息”,情节严重的可能构成侵犯公民个人信息罪。因此,建议学校在发现新冠肺炎感染者、疑似感染者后,除向相关部门履行正常上报义务外,应做好未成年人及病患的信息保护工作,并向相关教职工进行保密教育,以免事后引发民事或刑事纠纷。

（五）遏制疫情蔓延

根据《传染病防治法》第四十二条规定,传染病暴发、流行时,为控制疫情蔓延可以采取“停工、停业、停课”的紧急措施。依照教育部及贵州省教育厅的整体部署,各级各类学校及教育培训机构均应遵照执行,不得提前安排学生到校,暂停学校集中活动,把师生的生命安全和身体健康放在第一位,制定周密防控方案,采取切实有效的防控措施,坚决遏制疫情蔓延势头。

（六）不提前组织教职工及学生到校

根据教育部《关于在疫情防控期间有针对性地做好教师工作若干事项的通知》以及贵州省教育厅《关于切实做好“阳光校园·空中黔课”工作坚决打赢疫情

防控阻击战的通知》，全省各级各类学校（含各高等学校、中等职业学校、中小学、特殊教育学校、幼儿园）开学时间不得早于3月1日，且不得组织教师参加线下集中面授培训、集中职称评审、大型会议等集聚性活动。因新冠肺炎病例中存在潜伏期长且无症状的感染者，学校若未依照规定提前开学，则可能存在师生大规模感染的风险，让管理者承担不必要的责任。因此，建议学校在贵州省教育厅未发布正式开学通知前，不要擅自组织教职工、学生提前到校，也不要组织任何形式的线下教学（教辅）及集体活动。

（七）不违规开展线上教学

根据教育部办公厅、工业和信息化部办公厅联合印发的《关于中小学延期开学期间“停课不停学”有关工作安排的通知》第8条以及贵州省教育厅发布《关于切实做好“阳光校园·空中黔课”工作坚决打赢疫情防控阻击战的通知》第二条规定，延期开学期间，“各地不得提前开始新学期课程网上教学”，“不得强行要求学生每天上网‘打卡’、上传学习视频等，防止增加学生不必要的负担”。因此，建议学校在延期开学期间，不要提前组织未达到教育厅校历原计划正式开学日期的新学期网上教学，避免承担不必要的责任。

二、分阶段可采取的防控措施

（一）开学前

1. 成立学校疫情防控工作小组

由学校校长担任疫情防控的第一责任人，全面统筹学校的各项疫情预防控制管理工作；由校长、分管领导、各相关部门负责人、校医/保健教师等组成疫情预防控制工作小组，全面落实学校的各项防控工作；指定了解疫情防控知识的工作人员（最好为学校校医）作为疫情报告人，主要负责本校疫情的报告工作，协助建立健全学校疫情监测、发现及报告等工作制度和流程等。坚持“外防输入，内防扩散”的基本原则，全面统筹全校疫情防控工作。

2. 建立健全学校防疫预案及制度

按照教育部门要求，学校应当结合本次疫情制定相应的防疫预案及相关制度，包括：疫情应急预案、疫情报告制度、教职工卫生健康管理制度、学生晨午检制度、因病缺勤的病因追查与登记制度、传染病预防控制的健康教育制度、通风消毒制度、责任追究制度等。在制度的指导下，部署和开展相关防控工作，做到责任落实到具体到人。

3. 以班主任为主体,做好学生日常通知、监测、学习等工作

(1) 班主任可利用微信群、QQ群、钉钉等网络通信工具,将延期开学教学安排、防疫最新情况等向每名学生及其家长进行通告,做到有通知、有反馈、无遗漏。

(2) 建立学生健康及流动监测台账,班主任可通过微信、QQ、钉钉等途径,每日与每名离校学生(家长)联系一次,对学生每日的住所、身体健康状况、接触人员等进行摸排统计,尤其是有外省及重点地区人员接触经历的,应重点进行统计,实行“日报告、零报告”制度。

(3) 践行“停课不停学”,可通过多种教育教学方式,如“阳光贵州,空中黔课”、钉钉打卡、微信等移动终端,开展网上教学、自主学习和在线辅导答疑,组织好学生在家期间的学习生活。

4. 加强思想教育和心理指导

通过推送视频、音频、影像资料等方式对学生开展卫生健康、爱国主义、危机应对等正能量的思想教育及宣传,并积极加强对学生的心理指导工作。学校若有心理健康咨询中心,可安排心理老师提供在线咨询,帮助学生消除对疫情的焦虑、恐慌情绪。

5. 熟悉疫情报告路径

发现感染人员或疑似人员时,学校应当建立由学生→班主任(或教师→分管领导)→学校疫情报告人→学校领导→属地疫情防控机构及教育行政主管部门的报告制度。根据国家卫生健康委员会公告,新冠肺炎已纳入《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,因此发现新冠肺炎患者、疑似患者时须以最快捷的通讯方式(电话、微信、邮箱、传真等)进行报告。将发病时间、地点、患者人数、主要症状、密切接触者、已采取的措施等完整记录,并在两小时内上报至主管部门。

(二) 开学准备期间

1. 加强师生学习与培训

学校要积极组织人员学习学校传染病防控相关知识,并向全体师生普及《传染病防治法》、《学校卫生工作条例》、新冠肺炎防治等相关医疗和法律知识,建立相关制度,明确传染病报告工作要求,严格执行疫情报告制度。最好以具备专业知识的学校校医或医疗保健人员为主,首先向主要负责教师进行专业知识培训,在开学后向各级各类学生普及和强调防治疫情相关知识,实现人人重视疫情,防控疫情从我做起。

2. 营造清洁卫生环境

在开学检查中要做好食堂、饮用水的安全监管。严格落实食堂从业人员持有效健康证明上岗,做好食堂从业人员的健康体检和晨检工作;食堂进货严格落实索证索票,不使用来源不明的家禽家畜,不使用野生动物。学校要落实通风消毒制度,加强对校园环境卫生管理,对教室、阅览室、学生宿舍等人员聚集的区域做到经常通风、换气,保证空气流通。全面对校园环境、班级教室进行大扫除,消除卫生死角,保证室内外环境卫生。加强厕所的卫生管理,完善管理制度,定期对厕所进行消毒,厕所必须配备肥皂或洗手液。

3. 调整教师工作及教学方案

若因疫情影响导致学生无法返校学习,学校可提前启动在线教学应急预案。第一阶段:对全校教师进行培训,教师选择适合自己的线上教学方法,并对教学设计进行调整;第二阶段:逐步推行在线教学,并及时总结经验,调整教学方案,同时通过直播的方式向全体教职员工分享经验;第三阶段:疫情结束,教师根据实际情况逐步过渡到正常教学模式。

4. 完备应急设施保障工作

学校应设立应急隔离室,添置有关设备,尤其是足量的体温计和体温枪、消毒剂、口罩、毛巾、紫外线消毒灯等。为妥善处置突发公共卫生事件提供物资和资金保障。

5. 加强学生及教职工返校途中安全监测

(1) 加强疫情疫情防控教育。可以通过微信群、QQ群、邮件、公众号等网络工具发送文字或图片,对返校的学生及教职工进行安全卫生教育,帮助大家了解在返程途中如何正确预防新冠肺炎。

(2) 及时掌握返校学生及教职工信息。对于返校学生及教职工,学校要第一时间监测体温,详细了解并登记其途经地区和人员接触情况。

(3) 实施留观措施。对于外地返校学生,应落实为期14日的居家隔离观察,对于学生在校住宿的高校或者中学建议采取单人单间、点对点送餐等做法,避免可能发生的病毒传染;对于外地返校的教职工,及时登记流动轨迹和接触情况,并落实为期14日的居家隔离观察,如有异常及时上报。

(4) 落实审批制度。对确有特殊情况需提前返校的学生和教职工,学校要严格落实审批制度,了解具体原因,安排专人负责登记、监测、报告。

(三) 开学后

1. 持续进行疫情监控

开学后疫情监测工作的重点:一是积极做好疫情防控人员的培训工作,卫

生室及有关工作人员做到熟练掌握传染病知识,明确法定报告内容。二是落实晨午检制度,每天早晨中午对学生身体健康情况进行调查,做到早发现、早报告、早隔离、早治疗。如发现有疑似病例,要及时登记,并上报校医,做到“一日一报”。三是落实因病缺课追踪制度,班主任负责每天班内因病缺课同学的联系工作,如有因传染性疾病缺课的,要将病情及时报告校医,并进一步进行家庭联系。四是加强门卫值班管理,不许校内人员擅自离校及校外人员随意进校。来访人员确有需要进学校的,要问清来人身份,取得相关工作负责人同意,测量体温,无问题后方可进校。

2. 加强疫情报告工作

从加强疫情报告入手,及时掌握疫情动态,开展重点防控,有效控制疫情发生与流行。严格执行“日报告、零报告”制度,完善学校内部疫情报告制度:校医作为学校疫情报告人负责疫情上报工作;各年级要设置疫情报告人,各班级负责班级疫情的发现和上报工作;一旦发现有传染病患者或疑似传染病患者,立即上报校医,校医进行初步判断,按照程序上报教育行政主管部门与同级卫生主管部门、疾控机构。

3. 疫情控制

(1) 班主任若发现各类传染病疑似患者,第一时间利用学校隔离室进行隔离观察,不得让其与其他人接触,并及时联系医院医生前来会诊,经确认后,送定点医院诊治。

(2) 及时通知学生家长,送疑似患者到医院就诊(护送人员需穿好防护服,戴口罩、手套)。患者在医院接受治疗时,禁止任何学生、教职工前往探望。

(3) 学校对患者所在班级教室或办公室及所涉及的公共场所进行消毒,对与患者密切接触的学生、教职工进行隔离观察。防止疫情扩散,迅速切断感染源。对疑似症状者去过的地方进行消毒,对与疑似患者的密切接触者采取健康体检、医学观察等措施,杜绝二代发病。

(4) 经治愈后复学、复工的,必须持医院开出可以回校上学、上班的证明和病历,办理手续,方可回校上学、上班,并要做好定期检查。

(5) 若发现有新冠肺炎患者或疑似患者,在对密切接触者进行隔离观察的同时,对患者或疑似患者所在班暂停集中上课,学生在家进行医学观察14日后,如无新发患者或疑似患者,再行复课。若学校发现多个班有学生感染,学校报告请示教育局批准后,予以全校停课。学生停课放假期间,学校领导和教师要坚守岗位,注意加强学校与家长的联系,要求学生不要到公共场所活动。对于家庭确有困难不能离校的学生,学校要给予关心并作妥善安排。

三、疫情期间的法律风险提示

(一) 法律责任

学校是疫情防控的重要前沿阵地之一,为了打好这一场战役,学校必须在了解所承担义务的前提下开展各项工作,自上而下地履行好应尽职责。同时,也应当认识到若未尽职尽责落实疫情防控相关工作要求,将依法承担法律责任。如《传染病防治法》第七十七条规定,单位和个人违反本法规定,导致传染病传播、流行,给他人人身、财产造成损害的,应当依法承担民事责任。《刑法》第三百三十条妨害传染病防治罪规定,违反传染病防治法的规定,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的,处三年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定,国有公司、企业、事业单位的工作人员,在预防、控制突发传染病疫情等灾害的工作中,由于严重不负责任或者滥用职权,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的,以国有公司、企业、事业单位人员失职罪或者国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪定罪处罚,致使国家利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑。

(二) 牢固树立证据意识

因学校面对的师生家长是庞大的社会群体,难免会有一些纠纷产生,如何避免学校履行主体职责时的风险,教育团队律师建议从“诉讼证据规则”入手,牢固树立证据意识。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条规定:“当事人向人民法院提供证据,应当提供原件或者原物。”因此,学校在履行法定职责的同时应当重视相关证据的收集和留存。若发生纠纷,学校能够第一时间提供充足的证据证明自身切实履行了法定职责,依法免除自身的责任。因此,学校在疫情防控和教育管理活动中,应该要求每一位教师员工树立证据意识,做到事事有痕、事事留痕,有助于学校在履行主体责任时避免风险。

(三) 履职记录收集与留存的几个法律建议

1. 依据国家教育部要求,疫情期间做好相关通知工作,并将通知内容、时间、方式备注留存。

2. 按照教育主管部门要求,对师生进行专门培训,并保留培训内容和培训现场照片。

3. 按要求、按时限做好排查上报工作,并将报告材料 and 内容整理入档。

4. 开学前,对学校的防疫物资采购及配备情况进行梳理记录,留存物资采购、放置、派发的相关照片。

5. 请专业人员对校园环境展开消毒防疫,并留存各个时间段的消毒记录和现场照片。

6. 开学期间,本校学生、教职工的晨午检记录做到无错误、无遗漏,并逐一留档。

7. 留存非本校人员的出入校详细记录,含体温测试记录。

8. 开学期间发现疫情的,做好处置情况汇报,对告知家长的方式、时间和开展班级排查等事宜进行记录。

9. 留存复学、复工人员的相关医学证明及审批材料等。

防止疫情向学校扩散、守护师生安康、维护校园稳定,是学校当前最重要的工作。随着新冠肺炎疫情的发展和开学的临近,校园安全工作处于经受考验的时刻,高度的责任心和危机感是抓好安全责任落实的前提。因此,学校必须时刻把校园安全放在心头,切实筑牢校园安全防线,守住校园这片净土,确保师生生命安全,助力打赢这场防疫阻击战!

[作者 夏晓云:国浩律师事务所律师(贵阳),贵州民族大学经济法学硕士]

祝玮:国浩律师事务所律师(贵阳),贵州大学法律硕士]

[审稿人 白敏:国浩律师事务所执行合伙人]

14. 新冠肺炎疫情之下的校外培训何去何从？

◎ 刘小进 陈虹 马涛

2020年伊始，新型冠状病毒肺炎疫情从武汉向全国蔓延开来。2020年1月27日，为进一步有效防控疫情，教育部发布《关于2020年春季学期延期开学的通知》，要求各大高校、中小学校、幼儿园适当推迟2020年春季开学时间，除此之外还要求学生在家做到“不外出、不聚会、不举办和参加集中性活动”；2月12日，教育部办公厅、工业和信息化部办公厅联合发布《关于中小学延期开学期间“停课不停学”有关工作安排的通知》，要求教育部整合国家、有关省市和学校优质教学资源，在延期开学期间开通国家中小学网络云平台和电视空中课堂，免费提供有关学习资源；2月14日，国务院教育督导委员会办公室发布《关于严禁任何校外培训机构近期以任何形式开展线下培训的紧急预警》，严禁在疫情期间开展任何形式的线下培训，不得举办任何形式的聚集性培训活动……

受疫情影响，学校、培训机构陆陆续续均将教学内容调整到线上进行。很多家长犯了愁：已经报名的线下校外培训该怎么处理？可以进行线上培训吗？为了解决广大家长及校外培训机构的疑惑，本文就疫情之下校外培训的相关问题进行了法律分析，以供参考。

一、已报名线下培训课程如何处理

自教育部下发了延期开学的通知后，四川省、山西省、河南省等多个省份纷纷下发通知，暂停校外培训机构所有线下课程及集体活动以防疫情蔓延。很多中小学生已报名参加的校外培训课程，因新冠肺炎疫情暴发，无法通过线下方式继续开展。就已报名参加的校外培训课程，可根据具体的培训课程内容，参照下述三种方式进行处理：

（一）退课退费

因新冠肺炎是在全国范围内爆发且影响至其他国家的疫情,属于重大突发公共卫生事件,且截至目前未有特效药可对症治疗,满足《中华人民共和国民法总则》、《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)中“不可抗力”的构成要件,属于不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。针对中小學生报名参加的具有一定时效性的寒假校外培训,该不可抗力的发生已导致培训无法开展,且延期开展亦无实际意义,不能实现合同目的,故此种情况下,家长依据《合同法》第九十四条规定享有解除权,可向培训机构提出解除合同退还费用的要求,校外培训机构应当予以配合。除此之外,家长亦可与校外培训机构进行协商,达成一致意见后解除合同,退还费用。

（二）延期开课

就周期较长(一学年、一学期)的校外培训课程以及舞蹈、绘画等身体互动性较强的综合素质培训课程,新冠肺炎疫情的影响并不会导致课程完全无法开展,具备延期实施的可行性。故我们建议,报名上述课程的家长可与校外培训机构进行友好协商,通过延期开课的方式进行调整,待疫情解除后恢复上课。在此种情况下,因履行原培训约定具备可行性,并非无法实现合同目的,故解除合同退还培训费的解决方式较难实现。

（三）线上培训

对于英语、数学、语文等学科类校外培训,具备线上培训的可能性,且教育部亦提出“停课不停学”的要求。故具备线上教学条件的校外培训机构,经过与家长协商,在形成一致意见后,可将原线下培训转移至线上,通过变更授课方式,继续履行原培训合同约定。

除上述建议外,还需要特别提醒培训机构的是,转为线上培训必须以自愿为原则,因疫情防控形势,确需由线下培训调整为线上培训的,必须以学生及家长自愿选择为前提,不得有强制性、绑架性收费行为。

二、校外培训机构如何开展线上培训

那么校外培训机构需要满足哪些条件才能开展线上培训呢?

(一) 线上培训资质要求

根据国务院办公厅 2018 年 8 月 6 日发布的《关于规范校外培训机构发展的意见》(国办发〔2018〕80 号)(以下简称“《培训机构发展意见》”),校外培训机构指的是针对中小学生学习开展非学历教育的培训机构。

1. 是否需要办学许可证?

按照《中华人民共和国民办教育促进法》(以下简称“《民促法》”)第十九条的规定,民办学校均需取得办学许可证。不仅如此,《培训机构发展意见》也进一步明确,校外培训机构需取得县级教育部门审批颁发的办学许可证。

但针对线上学科类教育培训机构,2019 年 7 月 15 日教育部等六部门印发了《关于规范校外线上培训的实施意见》(教基函〔2019〕8 号)(以下简称“《线上培训实施意见》”),考虑到线上培训扁平化、覆盖广、规模大、变化快等特点,该文件将线上培训机构与线下培训机构进行了区别对待,线上培训机构无须取得办学许可证,但需向机构住所地的省级教育行政部门提交相关材料,申请备案。省级教育行政部门会同有关部门对提交的材料进行审查核实,对符合相关规定的校外线上培训机构列入白名单,对存在违规行为的列入灰名单并限期整改,对拒不整改或逾期未完成整改的列入黑名单。

对于其他的(非学科类)线上培训机构,目前的政策要求应取得办学许可证,即需报县级教育部门批准。在未来,随着素质教育通过线上方式培训的不断普及,对于线上教育培训机构,很可能会统一改为备案制。我们注意到,在《民办教育促进法实施条例(送审稿)》中已提出对于利用互联网技术在线实施非学历的培训教育活动,应向省级人民政府教育行政部门备案。

针对目前已取得办学许可证的线下培训机构,受疫情影响转为线上培训,以及既开展线下培训也开展线上培训的机构,是否需要同时取得办学许可证并在省级教育部门备案,尚需教育主管部门进一步予以明确。

2. 是否需要互联网经营许可?

根据《互联网信息服务管理办法》的要求,从事经营类的互联网信息服务,需要向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证。那么线上开展培训是否需要取得互联网经营许可呢?我们认为要根据提供的培训服务是否属于经营类的互联网信息服务来予以判断:(一)若培训机构向中小学生学习提供的线上培训服务是有偿的,则需要按照《互联网信息服务管理办法》的要求,向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值

电信业务经营许可证；(二) 如果提供的线上培训服务是无偿的,则仅需要向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门办理备案手续。

3. 是否需要办理法人登记?

根据《民促法》的规定,民办学校需办理法人登记。故无论是线上培训机构还是线下培训机构,均需要取得法人主体资格。据我们了解,校外培训机构基本上属于营利性民办学校,按照《民办学校分类登记实施细则》的要求,应当到工商行政管理部门登记为公司,并依法取得营业执照。

(二) 线上培训重点关注事项

《线上培训实施意见》对线上培训机构的培训内容、师资配备、经营管理等提出了更高的要求,对于线上培训机构而言,有哪些监管要求是需要重点关注的呢? 我们认为有以下几方面。

1. 严格审查培训内容

校外线上培训的培训内容是广大家长及教育监管机构关注的重中之重,按照《线上培训实施意见》的规定,培训内容要传播正确价值观,应当在思想性、科学性和适宜性等方面符合党的教育方针和立德树人要求,体现素质教育导向,不得包含淫秽、暴力、恐怖、赌博以及与学习无关的网络游戏等内容及链接等,不得出版、印刷、复制、发行非法出版物,不得从事侵权盗版活动。课程设置符合中小学生身心发展规律和认知能力,学科类课程培训内容不得超出相应的国家课程标准,须与招生对象所处年级相匹配、与学生个体能力相适应。培训内容和培训数据信息须留存1年以上,其中直播教学的影像须留存至少6个月。

国家教育部亦明确要求:“全国各地的所有校外培训机构,都要深刻认识疫情防控工作的极端重要性和紧迫性,自觉服从大局,把人民群众生命安全和学生健康放在第一位。线上培训也要严格按照有关规定规范开展,不得违规组织开展超前超限超纲在线教学。”疫情期间,有个别地区的校外培训机构打着“响应教育部号召”的旗号向幼儿园推广付费超纲网课,已被当地教育部门依法取缔查处。

2. 合理安排培训时间

校外培训是在学校教育之外的时间进行培训,因此培训时间的安排不仅需要满足培训课程内容要求,亦要结合听课学生的作息时间安排。首先,校外培训机构培训时间不得与当地中小学校教学时间相冲突。其次,应当根据学生年龄、年级合理设置课程培训时长,每节课持续时间不得超过40分钟,课程间隔

不得少于 10 分钟。若属于面向境内义务教育阶段学生的直播类培训,则活动结束后时间不得晚于 21 时。据我们向本地教育主管部门了解,疫情期间,在其接到的投诉中,培训时间超时问题突出。

3. 规范收费管理

培训机构是营利性机构,收费不仅是家长关注的重点问题,亦是监管部门的重点检查事项。培训机构应在培训平台的显著位置公示收费项目、标准及退费办法。收费时段应与教学安排协调一致,收取的预付资金总规模应当与服务能力相匹配,不得超出服务能力收取预付资金,预付资金只能用于教育培训业务,不得用于其他投资,保障资金安全。其中,按课时收费的,每科不得一次性收取超过 60 课时的费用;按培训周期收费的,不得一次性收取时间跨度超过 3 个月的费用。

4. 确保师资合格

培训机构的“王牌”是教师,机构师资力量量的优劣往往决定着机构的生死存亡。因此,线上培训机构需要制定完善的教师招聘、审查、培训等管理办法,不得聘用中小学在职教师,并应保持师资队伍的相对稳定。除此之外,为保证教学质量,从事语文、数学、英语、思想政治、历史、地理、物理、化学、生物等学科知识培训的人员应当具有国家规定的相应教师资格。若存在聘用外籍人员的情况,外籍人员须符合国家有关规定。最后,培训机构需要在培训平台和课程界面的显著位置公示教师姓名、照片和教师资格证等信息,公示外籍培训教师的学习、工作和教学经历。

5. 保护信息安全

近年来,个人信息泄露问题广泛存在于各类网络、手机运营平台,因此线上培训机构还需要特别重视信息安全的问题。培训机构应严格遵守《网络安全法》的要求,落实网络安全等级保护制度、网络安全预警通报制度和用户信息保护制度,配备完善的安全保护技术措施。做好培训对象信息和数据安全防护,防止泄露隐私,并不得非法出售或者非法向他人提供培训对象信息,用户行为日志须留存 1 年以上。

三、疫情之后线上培训的几点建议

(一) 立规范

做好新冠肺炎疫情防控工作,是当前全党全国人民的首要任务,也是教育系统的首要任务。教育部疫情防控工作领导小组在学习贯彻中央政治局常委会精

神的会议中指出：“今年是教育战线的大考之年，坚决打赢疫情防控阻击战是当前的的大考之战，现在正逢战役最吃劲的大考之时，每个人都要当好大考之人。”“线上教育、线上培训”是为应对突发公共卫生事件而采取的有效措施之一，既保障了公众身体健康与生命安全，维护了正常的社会秩序，也为取得“教育战线大考”的胜利奠定了基础。但截至目前，我国尚未针对“线上教育、线上培训”出台相关法律法规，且线上培训现实情况较为混乱。为保障“线上教育、线上培训”的健康发展，规范培训机构，相关立法迫在眉睫。

（二）强监管

2020年的新型冠状病毒肺炎疫情，打破了生活的“常态”。但“不破不立”，正如在2003年的“非典”疫情期间，大家也是同样出不了门，刘强东就把中关村的实体店搬到了线上，马云顺势创立了淘宝。经历这次疫情，很多人已经习惯了在家里学习，传统的学习/培训机构必须加速转型。开展线上培训使优质的教育资源平民化，必将创造教育变革。与此同时，线上培训的监管，也成了教育主管部门面临的监管“新难题”。

就线上教育培训的监管，我们不妨大胆建议，考虑由教育监管部门建立线上教育培训的“淘宝”平台，由省级教育主管部门主办并负责监督管理，网信、电信、公安等部门进行协同支持，平台准入门槛以备案要求为基准，资料线上审核，审核通过后可在平台开展相关教育培训。如此操作除便于教育主管部门对培训内容进行监管外，亦可对线上培训机构收费标准按照相关规定进行限制，建立第三方管理账户，解决家长退费难问题，防止培训机构圈钱跑路，让家长买得放心，孩子学得开心，监管部门管得省心。

[作者 刘小进：国浩律师事务所合伙人(成都)，

四川大学法律硕士，法国南特高等商学院工商管理博士

陈虹：国浩律师事务所律师(成都)，西南财经大学经济学硕士

马涛：国浩律师事务所律师(成都)，西北政法大学法律硕士]

[审稿人 白敏：国浩律师事务所执行合伙人]



四、财税金融篇

15. 新冠肺炎疫情期间税收优惠政策对比解读^{*}

◎ 阴帆超

一、疫情期间税收优惠政策依据

1. 国家税务总局《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)
2. 财政部 海关总署 税务总局《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》(财政部公告 2020 年第 6 号)
3. 财政部 税务总局《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 国家税务总局公告 2020 年第 8 号)
4. 财政部 税务总局《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 国家税务总局公告 2020 年第 9 号)
5. 财政部 税务总局《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 国家税务总局公告 2020 年第 10 号)

二、涉及税收优惠的范围

(一) 生产类企业

1. 优惠税种：企业所得税，允许一次性计入当期成本费用在企业所得税税前扣除

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	《关于设备器具扣除有关企业所得税政策的通知》(财税〔2018〕54 号) 《国家税务总局关于设备器具扣除有关企业所得税政策执行问题的公告》(2018 年第 46 号)	《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)

^{*} 本文成文于 2020 年 2 月 12 日

续 表

	常 规 政 策	疫情期间政策
适用主体	全部企业	疫情防控重点保障物资生产企业,适用于缴纳企业所得税的企业。详细企业名称由省级及以上发展改革部门、工业和信息化部门确定
政策内容	新购进的设备、器具,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计算应纳税所得额时扣除,不再分年度计算折旧;单位价值超过 500 万元的,仍按企业所得税法实施条例,或加速折旧相关政策执行。(具体参见财税〔2014〕75 号,财税〔2015〕106 号)	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
适用期间	2018 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日	2020 年 1 月 1 日起实施,截止日期视疫情情况另行公告

2. 优惠税种: 增值税,可申请全额退还增值税增量留抵税额

	常 规 政 策	特殊行业政策	疫情期间政策
政策依据	《关于办理增值税期末留抵税额退税有关事项的公告》(国家税务总局公告 2019 年第 20 号)	《关于明确部分先进制造业增值税期末留抵退税政策的公告》(财政部 税务总局公告 2019 年第 84 号)	《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)
适用主体	全部企业	部分先进制造业纳税人	疫情防控重点保障物资生产企业。详细企业名称由省级及以上发展改革部门、工业和信息化部门确定
政策内容	(一) 自 2019 年 4 月税款所属期起,连续六个月(按季纳税的,连续两个季度)增量留抵税额均大于零,且第六个月增量留抵税额不低于 50 万元; (二) 纳税信用等级为 A 级或者 B 级;	1. 增量留抵税额大于零; 2. 纳税信用等级为 A 级或者 B 级; 3. 申请退税前 36 个月未发生骗取留抵退税、出口退税或虚开增值税专用发票情形;	与 2019 年 12 月底相比新增加的期末留抵税额 无其他限制条件

续 表

	常 规 政 策	特殊行业政策	疫情期间政策
政策内容	(三) 申请退税前 36 个月未发生骗取留抵退税、出口退税或虚开增值税专用发票情形的; (四) 申请退税前 36 个月未因偷税被税务机关处罚两次及以上的; (五) 自 2019 年 4 月 1 日起未享受即征即退、先征后返(退)政策的。 增量留抵税额,是指与 2019 年 3 月底相比新增加的期末留抵税额	4. 申请退税前 36 个月未因偷税被税务机关处罚两次及以上的; 5. 自 2019 年 4 月 1 日起未享受即征即退、先征后返(退)政策。 增量留抵税额,是指与 2019 年 3 月底相比新增加的期末留抵税额	与 2019 年 12 月底相比新增加的期末留抵税额 无其他限制条件
增量留抵税额退还比例	允许退还的增量留抵税额=增量留抵税额×进项构成比例×60%	允许退还的增量留抵税额=增量留抵税额×进项构成比例	按月申请全额退还增值税增量留抵税额
适用期间	2019 年 5 月起执行	2019 年 7 月起执行	2020 年 1 月 1 日起实施,截止日期视疫情情况另行公告

(二) 运输类企业

优惠税种: 增值税, 运输疫情防控重点保障物资取得的收入, 免征增值税

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税[2016]36 号) 《关于深化增值税改革有关政策的公告》(财政部 税务总局 海关总署公告 2019 年第 39 号)	《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)
适用主体	全部运输类企业	承担疫情防控重点保障物资运输的纳税人
适用税率	9%	免税
适用期间	自 2019 年 4 月 1 日起执行	2020 年 1 月 1 日起实施, 截止日期视疫情情况另行公告

注: 疫情防控重点保障物资的具体范围, 由国家发展改革委、工业和信息化部确定。

(三) 困难行业企业(四大行业)

优惠税种：企业所得税

	常 规 政 策	特殊行业政策	疫情期间政策
政策依据	企业所得税法	《关于延长高新技术企业和科技型中小企业亏损结转年限的通知》(财税〔2018〕76号)、《关于延长高新技术企业和科技型中小企业亏损结转弥补年限有关企业所得税处理问题的公告》(国家税务总局公告2018年第45号)	《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)
适用主体	一般企业	高新技术企业、科技型中小企业	困难行业企业,交通运输、餐饮、住宿、旅游
政策内容	企业纳税年度发生的亏损,准予向以后年度结转,用以后年度的所得弥补,但结转年限最长不得超过五年	2018年之后具备资格的,之前5个年度发生的尚未弥补完的亏损,准予结转年限由5年延长至10年	2020年度发生的亏损,最长结转年限由5年延长至8年
适用期间	2008年1月1日起执行	2018年1月1日起执行	2020年1月1日起实施,截止日期视疫情情况另行公告

(四) 公共交通运输服务、生活服务、快递收派服务

优惠税种：增值税

1. 公共交通运输服务

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税〔2016〕36号)附件2《营业税改征增值税试点有关事项的规定》 《关于深化增值税改革有关政策的公告》(财政部 税务总局 海关总署公告2019年第39号)	《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)
适用税率	9%;可选择按照简易计税,征收率为3%	免税

续 表

	常 规 政 策	疫情期间政策
适用期间	自 2019 年 4 月 1 日起执行	2020 年 1 月 1 日起实施,截止日期视疫情情况另行公告
具体范围	公共交通运输服务,包括轮客渡、公交客运、地铁、城市轻轨、出租车、长途客运、班车。其中,班车,是指按固定路线、固定时间运营并在固定站点停靠的运送旅客的陆路运输	

2. 生活服务

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税〔2016〕36 号)附件 1《营业税改征增值税试点实施办法》之《销售服务、无形资产、不动产注释》	《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)
适用税率	6%	免税
适用期间	自 2016 年 5 月 1 日起执行	2020 年 1 月 1 日起实施,截止日期视疫情情况另行公告
具体范围	是指为满足城乡居民日常生活需求提供的各类服务活动。包括文化体育服务、教育医疗服务、旅游娱乐服务、餐饮住宿服务、居民日常服务和其他生活服务	

3. 为居民提供必需生活物资的快递收派服务

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税〔2016〕36 号)附件 1《营业税改征增值税试点实施办法》之销售服务、无形资产、不动产注释	《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)
适用主体	物流辅助服务-收派服务纳税人	为居民提供必需生活物资的快递收派服务纳税人
适用税率	6%	免税
适用期间	自 2016 年 5 月 1 日起执行	2020 年 1 月 1 日起实施,截止日期视疫情情况另行公告
具体范围	收派服务,是指接受寄件人委托,在承诺的时限内完成函件和包裹的收件、分拣、派送服务的业务活动	

(五) 疫情捐赠

1. 境内捐赠优惠税种：企业所得税、个人所得税税前扣除优惠

(1) 企业所得税

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	企业所得税法及其实施条例； 《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》(财税〔2009〕124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)
受捐赠主体	公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门。 根据《关于确认中国红十字会总会等群众团体 2019 年度公益性捐赠税前扣除资格的公告》(财政部税务总局公告 2019 年第 89 号), 2019 年符合公益性捐赠税前扣除资格的群众团体是： 1. 中国红十字会总会；2. 中华全国总工会； 3. 中国宋庆龄基金会；4. 中国国际人才交流基金会	1. 公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门 (现金和物品) 2. 承担疫情防治任务的医院 (物品)
扣除比例	年度利润总额 12% 以内的部分, 超过 12% 的部分, 准予结转以后三年内	全额扣除
办理扣除凭证	公益性群众团体在接受捐赠时, 应按照行政管理级次分别使用由财政部或省、自治区、直辖市财政部门印制的公益性捐赠票据或者《非税收入一般缴款书》收据联, 并加盖本单位的印章	增加: 捐赠人凭承担疫情防治任务的医院开具的捐赠接收函办理税前扣除事宜; 扣除依据自行留存备查
适用期间	2008 年 1 月 1 日起执行	2020 年 1 月 1 日起实施, 截止日期视疫情情况另行公告

(2) 个人所得税

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	个人所得税法； 《关于公益慈善事业捐赠个人所得税政策的公告》(财政部 税务总局公告 2019 年第 99 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)

续 表

	常 规 政 策	疫情期间政策
受捐赠主体	公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门。 根据《关于确认中国红十字会总会等群众团体2019年度公益性捐赠税前扣除资格的公告》(财政部 税务总局公告2019年第89号),2019年符合公益性捐赠税前扣除资格的群众团体是: 1. 中国红十字会总会;2. 中华全国总工会; 3. 中国宋庆龄基金会;4. 中国国际人才交流基金会	1. 公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门 (现金和物品) 2. 承担疫情防治任务的医院 (物品)
捐赠主体	自然人、个体工商户、个人独资企业、合伙企业	
扣除比例	在综合所得、经营所得中扣除的,扣除限额分别为当年综合所得、当年经营所得应纳税所得额的百分之三十;在分类所得中扣除的,扣除限额为当月分类所得应纳税所得额的百分之三十;国务院规定对公益慈善事业捐赠实行全额税前扣除的,从其规定。	全额扣除
办理扣除凭证	公益性群众团体在接受捐赠时,应按照行政管理级次分别使用由财政部或省、自治区、直辖市财政部门印制的公益性捐赠票据或者《非税收入一般缴款书》收据联,并加盖本单位的印章	增加:捐赠人凭承担疫情防治任务的医院开具的捐赠接收函办理税前扣除事宜;扣除依据自行留存备查 机关、企事业单位统一组织员工开展公益捐赠的,纳税人可以凭汇总开具的捐赠票据和员工明细单扣除
适用期间	2019年1月1日起执行	2020年1月1日起实施,截止日期视疫情情况另行公告

2. 境内捐赠优惠税种:增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加

根据《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》《中华人民共和国消费税暂行条例实施细则》相关规定,单位或个体工商户将自产、委托加工或购买的货物无偿赠送其他单位或者个人的行为,应“视同销售货物”,应按照规定缴纳增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加。

根据《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)规定,在疫情期间,单位或个体工商户将自产、委托加工或购买的如医用防护服、医用护目镜和眼罩、医用口罩、消杀

用品、负压救护车、红外体温计等用于防疫的货物,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冠肺炎疫情的,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。

3. 境外捐赠优惠税种: 进口关税、进口环节增值税、消费税

	常 规 政 策	疫情期间政策
政策依据	财政部、海关总署和税务总局联合发布的《慈善捐赠物资免征进口税收暂行办法》(公告2015年第102号)	《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》(财政部公告2020年第6号)
捐赠主体	境外的自然人、法人或者其他组织	增加国内有关政府部门、企事业单位、社会团体、个人以及来华或在华的外国公民从境外或海关特殊监管区域进口并直接捐赠;境内加工贸易企业捐赠
受捐赠主体	1. 国务院有关部门和各省、自治区、直辖市人民政府; 2. 中国红十字会总会、中华全国妇女联合会、中国残疾人联合会、中华慈善总会、中国初级卫生保健基金会、中国宋庆龄基金会和中国癌症基金会; 3. 经民政部或省级民政部门登记注册且被评定为5A级的以人道救助和发展慈善事业为宗旨的社会团体或基金会。	增加省级民政部门或其指定的单位 省级民政部门将指定的单位名单函告所在地直属海关及省级税务部门
物资范围	1. 衣服、被褥、鞋帽、帐篷、手套、睡袋、毛毯及其他生活必需用品等; 2. 食品类及饮用水(调味品、水产品、水果、饮料、烟酒等除外); 3. 医疗类包括医疗药品、医疗器械、医疗书籍和资料。其中,对于医疗药品及医疗器械捐赠进口,按照相关部门有关规定执行; 4. 直接用于公共图书馆、公共博物馆、各类职业学校、高中、初中、小学、幼儿园教育的教学仪器、教材、图书、资料和一般学习用品; 5. 直接用于环境保护的专用仪器; 6. 经国务院批准的其他直接用于慈善事业的物资。	增加试剂,消毒物品,防护用品,救护车、防疫车、消毒用车、应急指挥车

续 表

	常 规 政 策	疫情期间政策
办理手续	由受赠人向海关申请办理减免税手续,海关按规定进行审核确认。经审核同意免税进口的捐赠物资,由海关按规定进行监管	未申报增值税进项税额抵扣的,可凭主管税务机关出具的《防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口物资增值税进项税额未抵扣证明》,向海关申请办理退还已征进口关税和进口环节增值税、消费税手续; 已申报增值税进项税额抵扣的,仅向海关申请办理退还已征进口关税和进口环节消费税手续
时间要求	——	2020年9月30日前向海关办理退税手续

(六) 个人补助、奖金税收优惠

优惠税种: 个人所得税

1. 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。

2. 参与疫情防控人员

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,免征个人所得税。

3. 其他个人

单位发给个人用于预防新冠肺炎的药品、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。

[作者 阴帆超: 国浩律师事务所律师(太原),天津商业大学法理学硕士]

[审稿人 刘维: 国浩律师事务所执行合伙人]

16. 医院作为接受捐赠主体的适格性、程序及所得税扣除问题分析

◎ 朱奕奕 公惟韬

新型冠状病毒肺炎疫情发生以来,武汉市各大医院的医护物资告急,很多医院开始在網上直接募捐,全社会的爱心人士也开始行动起来,积极捐赠物资和善款。^[1]然而,紧接着,武汉市政府要求,所有物资都需要通过红十字会来捐赠,2020年1月27日,在湖北省疫情防控工作例行新闻发布会上,时任湖北省委副书记、武汉市委书记马国强说:“所有捐赠的物资一定要通过红十字会,以保证捐赠物资和资金的使用能够及时准确登记在案,统一归口,避免在疫情防控防治过程中,由于混乱被人钻空子。”^[2]但是,只有这一条捐赠渠道,会给捐赠者带来很多不便,降低效率。1月31日,武汉市红十字会专职副会长陈耘报请指挥部同意,境内外单位或个人如有定向捐赠医院,可直接与定向捐赠医疗机构对接,确认后可直接将物资发往受捐单位。^[3]2月1日,火神山医院现场接受捐赠的负责人称他们直接接收捐赠物资,可不经武汉市红十字会,属于“特事特办”。^[4]

由此,带来一系列问题:医院作为医疗机构是否能够成为接受捐赠的主体?个人或企业如果想要将善款和物资捐赠给医院,在现行政策下应该经过怎样的程序?医院应出具何种凭证?以及,捐赠的相关税收扣除应如何解决?

一、医院作为接受捐赠主体的适格性

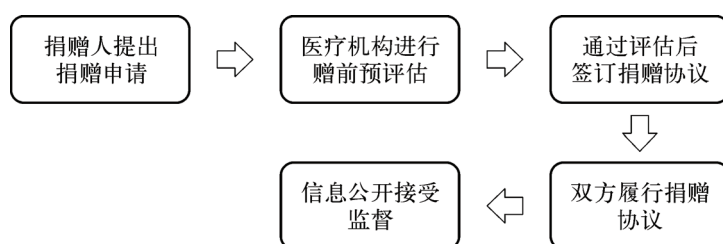
《卫生计生单位接受公益事业捐赠管理办法(试行)》(以下简称“《捐赠管理办法》”)第二条也对各级各类卫生计生事业单位接受捐赠作出了相应的规定。卫生类事业单位主要包括各级各类医院、乡镇卫生院、妇幼儿童医院等。^[5]此外,《公益事业捐赠法》第十条规定:公益性社会团体和公益性非营利的事业单位可以依照本法接受捐赠,其中所称的公益性非营利的事业单位是指依法成立的,从事公益事业的不以营利为目的的教育机构、科学研究机构、医疗卫生机构、社会

公共文化、社会公共体育机构和社会福利机构等。医疗卫生机构一般指的是从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所(室)以及急救站等取得《医疗机构执业许可证》的机构^[6],意即医院是可以依照公益事业捐赠法接受捐赠的主体。

《捐赠管理办法》规定捐赠财产应当由受赠法人单位统一接受,而且医疗机构应当明确承担捐赠组织协调管理的牵头职能部门,负责管理日常事务(下称“捐赠管理部门”)。因此,捐赠人应当避免捐赠给某个科室、内部职能部门、医生个人或者是受赠单位指定的其他单位。^[7]

医院作为卫生计生单位和医疗卫生机构,可以作为接受社会捐赠资助的主体,接受捐赠人自愿无偿提供的资金、物资等形式的公益性支持和帮助,并接受社会公众捐助的口罩等医用器具,用以抗击新型冠状病毒肺炎疫情这一公益性活动。^[8]捐赠人向医疗机构捐赠,应当由捐赠管理部门统一受理,医疗机构其他内部职能部门或个人不得直接接受。

二、现行政策下向医院捐赠的程序



(图片来源^[9])

(一) 提出捐赠申请后的预评估

《捐赠管理办法》对预评估程序做出规定:捐赠预评估是卫生计生单位收到捐赠人捐赠申请后,在接受捐赠前对捐赠项目开展的综合评估。卫生计生单位应当建立接受捐赠预评估制度。预评估的重点内容如下:(1)是否符合国家有关法律法规;(2)是否符合卫生计生单位职责、宗旨、业务范围和活动领域;(3)捐赠接受必要性;(4)捐赠人背景、经营状况及其与本单位关系;(5)捐赠实施可行性;(6)捐赠用途是否涉及商业营利性活动;(7)捐赠是否涉嫌不正当竞争和商业贿赂;(8)捐赠方是否要求与捐赠事项相关的经济利益、知识产权、科研成果、行业数据及信息等权利和主张;(9)捐赠物资质量、

资质是否符合国家标准与要求等;(10)是否附带政治目的及其他意识形态倾向;(11)是否损害公共利益和其他公民的合法权益;(12)卫生计生单位认为必要的其他内容。

捐赠管理部门将会同单位财务、资产、审计等部门,以及相关业务部门,建立评估工作机制,及时对捐赠申请提出评估意见。必要时,可以引入第三方机构及有关监管部门参与评估,就捐赠者的适格性、捐赠过程的合法性和捐赠物资是否合格做出预评估。

(二) 签订书面捐赠协议

卫生计生单位接受捐赠应当与捐赠人协商一致,自愿平等签订书面捐赠协议。捐赠协议由单位法定代表人或经法定代表人书面授权与捐赠人签订,并加盖受赠法人单位公章。书面捐赠协议应当明确以下内容:(1)捐赠人、受赠人名称(姓名)和住所;(2)捐赠财产的种类、数量、质量和价值,以及来源合法性承诺;(3)捐赠意愿,明确用途或不限定用途;限定捐赠用途的,应当附明细预算或方案;(4)捐赠财产管理要求;(5)捐赠履行期限、地点和方式;(6)捐赠双方的权利和义务;(7)解决争议的方法;(8)违约责任。

值得注意的是,《捐赠管理办法》关注到突发公共卫生事件应急处置等特殊任务期间接受捐赠的情况,并规定可以根据情况适当简化书面捐赠协议。

(三) 双方履行捐赠协议

《捐赠管理办法》对于接受货币方式捐赠的,原则上要求捐赠人采用银行转账方式汇入受赠法人单位银行账户;接受非货币方式捐赠,鼓励受赠单位委托第三方评估机构对非货币捐赠财产价值进行评估、确认或公证。受赠单位接受捐赠,应当按照实际收到的货币金额或非货币性捐赠财产价值,开具财政部门统一印制并加盖受赠法人单位印章的公益事业捐赠票据,及时将捐赠票据送达捐赠人。

对于实施货币捐赠的,就《捐赠管理办法》的规定而言,捐款凭证为财政部或省级财政部门印制并加盖受赠单位印章的公益性捐赠票据;对于捐赠物资的,公益性社会组织还需要依据捐赠方提供的捐赠物资公允价值的证明,确认受赠资产价值并开具捐赠票据。

此外,《捐赠管理办法》还对捐赠财产使用管理作出规定,受赠单位应根据捐赠协议是否限定用途,对货币和非货币捐赠财产的使用进行管理,受赠单位不得支付与公益活动无关的费用,不得擅自扩大开支范围,提高开支标准,亦不得将

不得捐赠财产用于开展非公益活动。

(四) 信息公开接受监督

受赠单位应当建立健全受赠信息公开制度,通过便于公众知晓的方式,如通过单位门户网站或当地主要新闻媒体等,真实、准确、及时、完整地向社会公开受赠信息,提高受赠使用和管理工作的透明度。受赠单位应当向社会主动公开以下信息:(1)捐赠接受管理制度;(2)捐赠接受工作流程;(3)捐赠管理部门及联系方式;(4)受赠财产情况;(5)受赠财产使用情况;(6)受赠项目审计报告;(7)受赠项目绩效评估结果;(8)依照法律法规应当公开的其他信息。对公众和捐赠人查询或质疑,受赠单位应当依法及时、如实答复。受赠单位应当对其公开信息和信息答复的真实性负责。

(五) 小结

总的来说,医院在接受捐赠人的捐赠前,应当先对捐赠人的适格性、捐赠财物是否合格、捐赠过程是否合法作出预评估,通过预评估后,医院应与捐赠人签订书面捐赠协议,确定捐赠管理部门,由捐赠管理部门统一受理捐赠物资。由于此次新型冠状病毒肺炎疫情为突发公共卫生事件,所以,接受社会捐赠可适当简化捐赠书面协议,但仍应出具加盖法人单位财务专用章的合法票据,同时,接受的捐赠财产应当全部纳入单位财务部门集中统一管理、单独核算,非经捐赠人书面同意不得擅自改变捐赠的口罩等医用器具的用途,并应当真实、准确、及时、完整地向社会公开受赠相关信息。

三、涉税问题:货币捐赠或非货币捐赠财产与个税、企业所得税的抵扣

(一) 关于个人捐赠的税额扣除问题

《个人所得税法》第六条规定:个人将其所得对教育、扶贫、济困等公益慈善事业进行捐赠,捐赠额未超过纳税人申报的应纳税所得额百分之三十的部分,可以从其应纳税所得额中扣除;国务院规定对公益慈善事业捐赠实行全额税前扣除的,从其规定,对于未超过应纳税所得额30%的予以抵扣,对于超过部分仍进行抵扣。从《慈善法》第三条的规定中可见,慈善活动包括为救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害而进行的公益活动。

（二）关于企业捐赠的税额扣除问题

《企业所得税法》第九条规定：企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除；超过年度利润总额12%的部分，准予结转，以后三年内在计算应纳税所得额时扣除。

值得注意的是，除通常公益性捐赠有所得税限额扣除的规定之外，企业捐赠物资、捐赠服务还可能涉及“视同销售”的处理，即一般以市场价格或公允价值确认视同销售收入，相应确认成本及按市场价格确认捐赠费用。不过，借鉴此前抗击非典疫情、支持灾后重建时的经验，财税部门将积极研究疫情期间捐赠相关的支持政策，鼓励社会各界的公益捐赠。^[10]

（三）个人和企业的捐赠与所得税抵扣的一般规则及本次疫情捐赠的特殊政策安排

对于个人所得税，《财政部税务总局关于公益慈善事业捐赠个人所得税政策的公告》第一条对有关个人所得税扣除的受赠人作出明确，仅在个人向公益性社会组织，包括依法设立或登记并按规定条件和程序取得公益性捐赠税前扣除资格的慈善组织、其他社会组织和群众团体进行捐款时，方可在计算应纳税所得额时进行扣除。

同样，根据《企业所得税法实施条例》的规定，对于符合条件的公益性捐赠，企业捐赠人可以进行所得税税前扣除，但是扣除的前提是通过向境内依法设立或登记的、具有公益性捐赠税前扣除资格的公益性社会组织，或者县级以上人民政府及其部门等国家机关进行捐赠。^[11]

然而，一般情况下，医院并不属于上述公益性社会组织的范围，并不具有公益性捐赠税前扣除资格，无法向捐赠人开具可抵扣的捐赠票据，因而捐赠人无法享受公益性捐赠税前扣除。^[12]因此，医院虽然作为医疗机构可以接受捐款，但直接捐赠给医院的货币款项和非货币财产不能直接抵扣税费。对此，如果捐赠人考虑将捐赠款项或非货币财产等额转化为所得税税前扣除金额，可以通过如下方式：通过符合条件的公益性社会组织向相关医疗机构进行“定向捐赠”，可适用所得税税前扣除政策，如果捐赠人将捐献物资直接发往受捐医疗单位，之后再向已组织定向捐赠的公益性社会组织补办定向捐赠手续，获取捐赠凭证^[13]的，也可以享受公益性捐赠税前扣除。^[14]

此外，除前述个人和企业所得税公益性捐赠税前扣除的规则外，国家税务总局也会根据特殊情况制定全额扣除的规则，如针对此次疫情，2020年2月6日，

财政部、税务总局《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)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。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。捐赠人凭承担疫情防治任务的医院开具的捐赠接收函办理税前扣除事宜。”

综上所述,医院符合接受社会资助的捐赠主体资格,在接受捐赠的过程中应与捐赠人签订捐赠协议,并出具捐赠凭证。个人或企业在捐赠后有税前扣除的需求,则应当向慈善组织索要“省级以上(含省级)财政部门印制并加盖接受捐赠单位印章的公益性捐赠票据,或加盖接受捐赠单位印章的《非税收入一般缴款书》收据联”,用于申请税前抵扣。^[15]在现行政策下,针对此次疫情,个人和企业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的,允许在计算应纳税所得额时全额扣除,除此之外的情形,个人和企业应通过符合条件的公益性社会组织向相关医疗机构进行“定向捐赠”,在现阶段“前线”医院物资缺乏、大量企业和个人都将货币或非货币财产直接捐赠给医院的情况下,则应在疫情之后向已组织定向捐赠的公益性社会组织补办定向捐赠手续,获取捐赠凭证,从而获得公益性捐赠的税前扣除。

注释及参考文献

- [1] 参见《与武汉红会探讨: 应不应该允许医院, 接受社会直接捐赠?》, 载搜狐网, http://www.sohu.com/a/369827269_117018, 2020 年 2 月 6 日。
- [2] 参见《武汉市委书记: 捐赠物资一定要通过红十字会, 避免被人钻空子》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1656888490243093868&wfr=spider&for=pc>, 2020 年 2 月 6 日。
- [3] 参见《武汉红十字会回应六大质疑! 定向捐赠调整: 可直接与武汉医院对接》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1657460436864014000&wfr=spider&for=pc>, 2020 年 2 月 6 日。
- [4] 参见《火神山医院直接接收捐赠, 不经过武汉红会》, 载腾讯网, <https://new.qq.com/omn/20200201/20200201A0KEBH00.html>, 2020 年 2 月 6 日。
- [5] 参见《什么是卫生事业单位》, <http://www.med66.com/weishengdanweizhaopin/zhengce/zz1804211434.shtml>, 2020 年 2 月 6 日。
- [6] 参见《疫情时期医药企业捐赠医疗机构的合规提示》, 载锦天城律师事务所, <https://>

mp.weixin.qq.com/s/SseTyQF14sVlO5aH1-TH1A,2020年2月6日。

- [7] 参见《疫情时期医药企业捐赠医疗机构的合规提示》,载锦天城律师事务所,https://mp.weixin.qq.com/s/SseTyQF14sVlO5aH1-TH1A,2020年2月6日。
- [8] 参见《慈善组织“管理费”该怎么收、捐赠为何要通过特定慈善组织、医疗机构募捐是否合法……这些问题法律怎么说?听律师解答!》,载搜狐网,http://www.sohu.com/a/370964388_782515,2020年2月6日。
- [9] 参见《疫情时期医药企业捐赠医疗机构的合规提示》,载锦天城律师事务所,https://mp.weixin.qq.com/s/SseTyQF14sVlO5aH1-TH1A,2020年2月6日。
- [10] 参见《【防疫应变】企业及个人捐赠涉税处理要点》,https://mp.weixin.qq.com/s/dkQSVZVGHaeWFTnaLBRKbg,2020年2月6日。
- [11] 参见普华永道中国:《【防疫应变】企业及个人捐赠涉税处理要点》,https://mp.weixin.qq.com/s/dkQSVZVGHaeWFTnaLBRKbg,2020年2月6日。
- [12] 参见陈汉,李来祥,胡晓毅,姜晓雨:《疫情防控系列|慈善捐赠指南(捐赠人视角)》,载,汉坤律师事务所,https://mp.weixin.qq.com/s/LdUof_WHF0u_BPaecBfJUg,2020年2月6日。
- [13] 参见普华永道中国:《【防疫应变】企业及个人捐赠涉税处理要点》,https://mp.weixin.qq.com/s/dkQSVZVGHaeWFTnaLBRKbg,2020年2月6日。
- [14] 参见普华永道中国:《【防疫应变】企业及个人捐赠涉税处理要点》,https://mp.weixin.qq.com/s/dkQSVZVGHaeWFTnaLBRKbg,2020年2月6日。
- [15] 参见《疫情防控系列|慈善捐赠指南(捐赠人视角)》,载汉坤律师事务所,https://mp.weixin.qq.com/s/LdUof_WHF0u_BPaecBfJUg,2020年2月6日。

[作者 朱奕奕:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学民商法学博士
公惟韬:国浩律师事务所律师助理(上海),乔治城大学法学院法学硕士]

[审稿人 刘维:国浩律师事务所执行合伙人]

17. 新冠肺炎疫情下国企对外捐赠的法律问题解析

◎ 刘小进 何志文

2020年1月,湖北省武汉市爆发的新型冠状病毒肺炎疫情(以下简称“疫情”)迅速蔓延至全国各地。在重大疫情和困难面前,全国人民及社会群体、企业群策群力,以捐赠为主要形式,积极投身抗击疫情。作为国民经济支柱的国有企业勇于担当、快速行动,持续向湖北疫情防控一线捐款捐物,在本次疫情中发挥了重要作用。本文中,笔者将就国有企业基于疫情对外捐赠可能产生的法律问题进行解析。

一、国有企业对外捐赠的社会责任

国有企业作为国有资本出资企业,其性质决定了其比一般民营企业更加关注国家的政策目标,在开展生产经营活动中必须兼顾国家利益和社会利益,承担更高标准的社会责任。其中,关注社会公益和慈善事业是国有企业履行社会责任的积极体现,对外捐赠是国有企业承担社会责任的重要方式。

近年来,国有企业捐赠项目数量和数额逐年攀升,呈现出以大额捐赠和积极捐赠为主要特征的新趋势。根据《2018年度中国慈善捐助报告》^[1],国有企业全年捐赠310.90亿元,占全年总捐赠数的20%,同比增长7.25%。据初步统计,截至2020年1月30日,共有41家中央企业通过国务院国资委专用账户向湖北疫情防控一线捐款10.78亿元,多家央企还通过其他渠道向湖北直接捐款,捐款总额累计达到17.57亿元。此外,全国各地方国有企业也积极捐款捐物,捐赠总规模已达数十亿元,充分反映了国有企业在抗击疫情中的社会责任担当和重要作用。

二、规范国企对外捐赠的主要规定

不同于民营企业,国有企业对外捐赠涉及国有资产处分,必须符合现行法律法规的规定。对此,笔者进行了梳理:

(一) 国家层面的规定

文件名称	条 文
中华人民共和国公益事业捐赠法	第二条 自然人、法人或者其他组织自愿无偿向依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位捐赠财产,用于公益事业的,适用本法。
	第六条 捐赠应当遵守法律、法规,不得违背社会公德,不得损害公共利益和其他公民的合法权益。
	第八条 国家鼓励自然人、法人或者其他组织对公益事业进行捐赠。
	第九条 自然人、法人或者其他组织可以选择符合其捐赠意愿的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位进行捐赠。捐赠的财产应当是其有权处分的合法财产。
	第十条 公益性社会团体和公益性非营利的事业单位可以依照本法接受捐赠。本法所称公益性社会团体是指依法成立的,以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。本法所称公益性非营利的事业单位是指依法成立的,从事公益事业的,不以营利为目的的教育机构、科学研究机构、医疗卫生机构、社会公共文化机构、社会公共体育机构和社会福利机构等。
中华人民共和国慈善法	第四十三条 国有企业实施慈善捐赠应当遵守有关国有资产管理的规定,履行批准和备案程序。
中华人民共和国企业国有资产法	第三十条 国家出资企业合并、分立、改制、上市,增加或者减少注册资本,发行债券,进行重大投资,为他人提供大额担保,转让重大财产,进行大额捐赠,分配利润,以及解散、申请破产等重大事项,应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定,不得损害出资人和债权人的权益。
财政部关于加强企业对外捐赠财务管理的通知	一、对外捐赠的定义和途径 对外捐赠是指企业自愿无偿将其有权处分的合法财产赠送给合法的受赠人用于与生产经营活动没有直接关系的公益事业的行为。企业对外捐赠应当遵循《中华人民共和国公益事业捐赠法》以及国家其他有关法律、法规的规定,通过依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位或者县级以上人民政府及其组成部门进行。特殊情况下,也可以通过合法的新闻媒体等进行。
	二、对外捐赠的原则和要求 企业对外捐赠一般应当遵循以下原则和要求:(一)自愿无偿。企业对外捐赠后,不得要求受赠方在融资、市场准入、行政许可、占有其他资源等方面创造便利条件,从而导致市场不公平竞争。(二)权责清晰。企业经营者或者其他职工不得将企业拥有的财产以个人名义对外捐赠,企业对外捐赠有权要求受赠人落实自己正当的捐赠意愿。(三)量力而行。企业已经发生亏损或者由于对外捐赠将导致亏损或者影响企业正常生产经营的,除特殊情况以外,一般不能对外捐赠。(四)诚实守信。企业按照内部议事规范审议决定并已经向社会公众或者受赠对象承诺的捐赠,必须诚实履行。

续 表

文件名称	条 文
财政部关于加强企业对外捐赠财务管理的通知	三、对外捐赠的类型和对象 企业一般可以按照以下类型进行对外捐赠：（一）公益性捐赠，即向教育、科学、文化、卫生医疗、体育事业和环境保护、社会公共设施建设的捐赠。（二）救济性捐赠，即向遭受自然灾害或者国家确认的“老、少、边、穷”等地区以及慈善协会、红十字会、残疾人联合会、青少年基金会等社会团体或者困难的社会弱势群体和个人提供的用于生产、生活救济、救助的捐赠。
	四、对外捐赠的范围 企业可以用于对外捐赠的财产包括现金、库存商品和其他物资。企业生产经营需用的主要固定资产、持有的股权和债权、国家特准储备物资、国家财政拨款、受托代管财产、已设置担保物权的财产、权属关系不清的财产，或者变质、残损、过期报废的商品物资，不得用于对外捐赠。企业对外捐赠的受益人应当为企业外部的单位、社会弱势群体或者个人。对企业内部职工、与企业在经营或者财务方面具有控制与被控制关系的单位，企业不得给予捐赠。
	五、对外捐赠的内部管理程序 企业对外捐赠，应当由经办部门和人员提出捐赠报告，捐赠报告应当包括以下内容：捐赠事由、捐赠对象、捐赠途径、捐赠方式、捐赠责任人、捐赠财产构成及其数额以及捐赠财产交接程序。企业财务部门应当对捐赠方案进行审核，并就捐赠支出对企业财务状况和经营成果的影响进行分析，提出审核意见后，按照企业内部管理制度提交企业董事会或者经理（厂长）办公会议审议决定。对于重大的对外捐赠事项，国有及国有控股企业应当提交职工代表大会审议，上报国有资本持有单位备案后实施；公司制企业应当按照《中华人民共和国公司法》以及公司章程等有关规定执行。
关于中央企业履行社会责任的指导意见	（十五）参与社会公益事业。积极参与社区建设，鼓励职工志愿服务社会。热心参与慈善、捐助等社会公益事业，关心支持教育、文化、卫生等公共福利事业。在发生重大自然灾害和突发事件的情况下，积极提供财力、物力和人力等方面的支持和援助。
国务院国有资产监督管理委员会关于加强中央企业对外捐赠管理有关事项的通知	一、加强对外捐赠行为规范管理。随着我国公益事业的发展，企业对外捐赠支出的范围和规模不断扩大，各中央企业要加强对外捐赠事项的管理，认真履行社会责任，积极参与救助捐赠活动，规范对外捐赠行为，有效维护股东权益。集团总部应当制订和完善对外捐赠管理制度，对集团所属各级子企业对外捐赠行为实行统一管理，明确对外捐赠事项的管理部门，落实管理责任，规范内部审批程序，细化对外捐赠审核流程；要根据自身经营实力和承受能力，明确规定对外捐赠支出范围，合理确定集团总部及各级子企业对外捐赠支出限额和权限；应将日常对外捐赠支出纳入预算管理体系，细化捐赠项目和规模，严格控制预算外捐赠支出，确保对外捐赠行为规范操作。

续 表

文件名称	条 文
国务院国有资产监督管理委员会关于加强中央企业对外捐赠管理有关事项的通知	二、规范界定对外捐赠范围。企业对外捐赠范围为：向受灾地区、定点扶贫地区、定点援助地区或者困难的社会弱势群体的救济性捐赠，向教科文卫体事业和环境保护及节能减排等社会公益事业的公益性捐赠，以及社会公共福利事业的其他捐赠等。各中央企业用于对外捐赠的资产应当权属清晰、权责明确，应为企业有权处分的合法财产，包括现金资产和实物资产等，不具处分权的财产或者不合格产品不得用于对外捐赠。中央企业经营者或者其他职工不得将企业拥有的资产以个人名义对外捐赠。除国家有特殊规定的捐赠项目之外，中央企业对外捐赠应当通过依法成立的接受捐赠的慈善机构、其他公益性机构或政府部门进行。对于有关社会机构、团体的摊派性捐赠，企业应当依法拒绝。企业对外捐赠应当诚实守信，严禁各类虚假宣传或许诺行为。
	三、合理确定对外捐赠规模。各中央企业对外捐赠应当充分考虑自身经营规模、盈利能力、负债水平、现金流量等财务承受能力，坚持量力而行原则，合理确定对外捐赠支出规模和标准。中央企业对外捐赠支出规模一般不得超过企业内部制度规定的最高限额；盈利能力大幅下降、负债水平偏高、经营活动现金净流量为负数或者大幅减少的企业，对外捐赠规模应当进行相应压缩；资不抵债、经营亏损或者捐赠行为影响正常生产经营的企业，除特殊情况外，一般不得安排对外捐赠支出。
	四、严格捐赠审批程序。各中央企业应当加强对外捐赠的审批管理，严格内部决策程序，规范审批流程。企业每年安排的对外捐赠预算支出应当经过企业董事会或类似决策机构批准同意。对外捐赠应当由集团总部统一管理，所属各级子企业未经集团总部批准或备案不得擅自对外捐赠。对于内部制度规定限额内并纳入预算范围的对外捐赠事项，企业捐赠管理部门应当在支出发生时逐笔审核，并严格履行内部审批程序；对于因重大自然灾害等紧急情况需要超出预算规定范围的对外捐赠事项，企业应当提交董事会或类似决策机构专题审议，并履行相应预算追加审批程序。
	五、建立备案管理制度。国资委对中央企业对外捐赠事项实行备案管理制度。以下情况应当专项报国资委（评价局）备案，同时抄送派驻本企业监事会：（一）各中央企业应当结合本通知要求，对本企业对外捐赠管理制度进行修订或完善，并于2009年12月31日前报国资委备案。以后年度需要对管理流程、支出限额等关键因素进行调整的，应当对管理制度进行修改完善，并及时报国资委备案。（二）中央企业对外捐赠支出应当纳入企业年度预算管理，并形成专项报告，对全年对外捐赠预算支出项目、支出方案及支出规模等预算安排作出详细说明，并对上年捐赠的实施情况及捐赠预算执行情况进行总结。中央企业对外捐赠预算专项报告随年度财务预算报告报送国资委。（三）中央企业捐赠行为实际发生时捐赠项目超过以下标准的，应当报国资委备案同意后实施：净资产（指集团上年末合并净资产，下同）小于100亿元的企业，捐赠项目超过100万元的；净资产在100亿元至500亿元的企业，捐赠项目超过500万元的；净资产大于500亿元的企业，捐赠项目超过1000万元的。（四）对于突发性重大自然灾害或者其他特殊事项超出预算范围需要紧急安排对外捐赠支出，不论金额大小，中央企业在履行内部决策程序之后，及时逐笔向国资委备案。

(二) 四川省及成都市层面的规定

四川省国资委和成都市国资委分别出台了《四川省政府国有资产监督管理委员会关于加强省属监管企业对外捐赠事项管理的通知》《成都市市属国有企业对外捐赠事项管理暂行办法》^[2]、《成都市国资委授权放权清单(2019年版)》(以下简称“《授权放权清单》”)等文件,对省属、市属国有企业对外捐赠事项进行了规制,涵盖内部决策、外部审批、监督管理等方面。由于篇幅所限,此处不再展开。

综上,目前各层面对于国有企业捐赠持肯定和鼓励态度,但基于国有资产管理的特殊要求,在履行程序和审批备案方面仍然有着较强的监管属性。近年来,国有企业积极捐赠,勇于承担社会责任,在重大社会问题及社会突发事件方面的社会影响力随之提升,加之国有企业捐赠作为公司自主经营权的范畴,国资部门对国企对外自主捐赠方面的监管逐渐松绑,给予了更多的自主选择 and 自主决定权。

三、国有企业对外捐赠的合规性要求

国有企业对外捐赠的合规性要求是企业风险控制的重点,涉及企业国有资产的处分,对国家利益和社会公众利益有重大影响,除依法捐赠外,还要严格遵循公司内部治理和国有资产管理的程序和要求。

(一) 建立企业捐赠管理制度

建立和规范企业对外捐赠管理制度,构建起“统一管理、预算控制、协调配合、分项报批”的管理模式,是完善公司治理结构和体制机制建设的重要部分,也是高效决策和有效执行的关键前提。

1. 确立对外捐赠总体原则

(1) 自愿无偿原则

企业对外捐赠是践行社会公益价值和履行社会责任的无偿行为,不得以获取受赠方所提供的各种利益或要求第三方创造各种便利条件为前提。企业捐赠要充分以自主决策和自愿捐赠为前提,对于有关社会机构、团体的摊派性捐赠,企业应当依法拒绝。

(2) 权责明确原则

一方面,各企业用于对外捐赠的资产应当权属清晰、权责明确,应为企业有权处分的合法资产,包括现金资产和实物资产等,企业不具处分权的财产或者不

合格产品不得用于对外捐赠。企业也不得将拥有的资产以个人名义对外捐赠,更不得强行要求或变相摊派给个人进行捐赠。另一方面,除国家有特殊规定的捐赠项目之外,企业对外捐赠应当通过依法成立的接受捐赠的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位或政府部门进行。企业有权要求受赠人按照公司真实的捐赠意愿,在符合公益目的的前提下使用捐赠财物,不能将捐赠财物挪作他用。

(3) 量力而行原则

企业对外捐赠应当充分考虑自身经营规模、盈利能力、负债水平、现金流量等财务承受能力,坚持量力而行原则,合理确定对外捐赠支出规模和标准。企业对外捐赠支出规模一般不超过企业内部制度规定的最高限额;盈利能力大幅下降、负债水平偏高、经营活动现金净流量为负数或者大幅减少的企业,对外捐赠规模应当进行相应压缩;资不抵债、经营亏损或者捐赠行为将影响正常生产经营的企业,除特殊情况外,一般不安排对外捐赠。

(4) 诚实守信原则

企业对外捐赠应当诚实守信,已按照企业内部决策程序审议决定并向社会或受赠对象承诺的捐赠,须诚实履行,同时也要禁止各类虚假宣传或许诺行为,树立良好的企业形象。

2. 组建内部管理职能机构

(1) 日常管理部门

组建日常管理部门,负责对外捐赠方案的提出、对外捐赠项目的组织协调、决策审批,公开披露对外捐赠的信息事项以及对外宣传等工作。

(2) 财务管理部门

组建财务管理部门,负责对捐赠报告进行预审,并就捐赠支出对企业财务状况和经营成果的影响进行分析,提出审核意见;组织年度对外捐赠预算编制、财务管理、会计核算及捐赠项目的审计监督等工作。

以上部门可由各国有企业根据内部机构组成进行设置,包括综合部门、财务部门、文宣部门及风控部门等,根据部门职责协调配合、统筹安排和具体分工。

3. 完善捐赠财务管理

(1) 编制年度捐赠预算

企业对外捐赠支出应当纳入企业年度预算管理,对全年对外捐赠预算支出项目、支出方案及支出规模等预算安排作出详细说明,并对上年捐赠的实施情况及捐赠预算执行情况进行总结。根据《成都市市属国有企业对外捐赠事项管理暂行办法》(以下简称“《暂行办法》”),成都市属国有企业对外捐赠预算还应当形成专项报告并随年度财务预算报告报送市国资委。

（2）确定捐赠总额规模

企业对外捐赠在纳入年度预算管理时,应该根据企业财务状况确定其捐赠总额规模,下设各级子公司的,子公司的捐赠规模纳入上级集团公司总规模中。《暂行办法》中,成都市属国有企业的对外捐赠规模依据各集团当年净资产规模,限定了不同层次的捐款规模。

（3）规范捐赠支出管理

发生拟捐赠事项时,由负责部门提出捐赠方案,待履行内部决策和外部审批备案程序后,由财务管理部门按照内部资金管理的相关规定,逐项审核,逐笔拨付和发放。

（4）加强财务监督管理

捐赠事项完成后,由经办部门就捐赠执行情况形成书面报告,财务管理部门建立备查账簿,将捐赠证明、资金拨付凭证、受赠方出具的财政部门统一制式的发票或捐赠财产交接清单等存档。同时,对外捐赠事项应当按照财务会计制度进行财务处理,对于通过公益性社会团体发生的公益性捐赠支出,可按财政部相关规定进行税前扣除。

（二）遵循企业内部决策程序

国有企业对外捐赠系公司资产的无偿转让,影响着公司的正常经营运转,也关系国有资产有效利用和监管,要严格地按照企业内部决策程序进行。一般来说,有以下两方面内容:

1. 拟定对外捐赠方案

捐赠方案由负责的职能部门拟定并提出,应当就捐赠事由、捐赠对象、捐赠途径、捐赠方式、捐赠财产及其内容、捐赠程序、捐赠责任人进行说明。同时,经办部门应向企业决策机构提起对外捐赠决策流程,按照公司内部决策制度履行程序。

2. 规范履行内部决策程序

（1）内部决策要求及履行

内部决策要求包括两方面,其一是应在公司章程中确定公司董事会和股东会针对不同的捐赠数额的审批权限,以及需向国资委核准或备案的数额标准;其二是应明确下级公司是否拥有捐赠的自主权及其权限大小,如果下级公司拥有自主权,应当严格规范其数额规模和报批核准程序。《暂行办法》中规定,成都市属国有企业对所属各级子企业的对外捐赠行为实行统一管理,合理确定对外捐赠的权限。成都市属国有企业所属各级子企业未经集团总部批准或备案不得擅自对外捐赠。

企业对外捐赠数额在本年度预算范围内的,应严格按照上述决策要求,根据捐赠方案和捐赠规模及不同决策机构的审批权限履行决策程序。遇有突发性重大自然灾害或其他特殊事项超出预算范围的,需要紧急安排对外捐赠的,不论金额大小,要严格控制预算外捐赠支出,企业应当逐笔提交决策机构专题审议,并履行相应预算追加审批程序,如果涉及国资程序的,还应当及时逐笔向国资委履行相应的程序。

(2) 上市公司之特殊决策程序

根据《上海证券交易所股票上市规则》第9.1条第(七)项规定,捐赠属于应当披露的交易范畴。另根据9.3条规定,达到下列标准的,还应当提交股东大会审议:(一)交易涉及的资产总额(同时存在账面值和评估值的,以高者为准)占上市公司最近一期经审计总资产的50%以上;(二)交易的成交金额(包括承担的债务和费用)占上市公司最近一期经审计净资产的50%以上,且绝对金额超过5000万元;(三)交易产生的利润占上市公司最近一个会计年度经审计净利润的50%以上,且绝对金额超过500万元;(四)交易标的(如股权)在最近一个会计年度相关的营业收入占上市公司最近一个会计年度经审计营业收入的50%以上,且绝对金额超过5000万元;(五)交易标的(如股权)在最近一个会计年度相关的净利润占上市公司最近一个会计年度经审计净利润的50%以上,且绝对金额超过500万元。上述指标涉及的数据如为负值,取绝对值计算。因此,上市公司国有企业对外捐赠符合上述规定的,除应当对外披露外,还应当提交股东大会审议履行内部决策程序,与一般的非上市公司国有企业对外捐赠决策程序要求存在较大的差异。

(三) 严格履行国资审批及备案要求

目前各地对于国有企业的国资审批及备案要求尚未统一。根据《暂行办法》及《授权放权清单》的规定,成都市属国有企业对外捐赠事项已下放其按照资产规模由董事会自行决定后,需报成都市国资委备案,但无须履行国资委审批程序。

对于其他地区国企对外捐赠决策审批事宜,笔者建议:

首先,要严格履行国资程序。不同地区国资委对于国有企业对外捐赠的直接规定存在差异,主要集中在核准和备案两种审批方式上。笔者通过研究各地国资程序发现,目前大部分采用备案制,即企业事先将该年捐赠规模纳入年度预算范围内,报送至国资委,国资委将一定金额规模的捐赠决策权限直接授权给公司董事会或其他决策机构,公司在履行完毕内部决策程序后向国资委进行专项

备案。但也有采用核准制的,如新疆国资委规定对外捐赠单笔金额或年度捐赠总规模达到相应标准的,就须报国资委进行核准。无论采取核准或备案制,都需要按照当地国资管理要求履行程序,准备和报送以下基本材料:1. 对外捐赠报告或请示,并列明捐赠事由、捐赠对象、捐赠途径、捐赠资产类型和捐赠金额等;2. 内部决策程序决议,包括总经理办公会决议、董事会决议或股东会决议等;3. 已超过年度财务预算的,还需报送追加预算的申请及材料;4. 当地国资委要求的其他材料。

其次,要做好与国资委的沟通衔接工作,一方面国有企业要事先征求国资委对于企业进行捐赠的意见,获知本地其他国有企业捐赠的情况,并取得国资委支持,有利于后续顺利履行国资程序;另一方面要与国资委及时沟通当地政策法规的新要求,关注国资监管程序的新变化。

(四) 加强执行监督工作

加强对外捐赠工作执行情况的监督检查,有助于提升企业内部落实捐赠工作的执行力度,又有利于消除捐赠不透明的负面影响,增强国有企业的社会影响力。

1. 进行信息公开

国有企业应注重捐赠事项公开的重要性,从三个层次进行信息公开:首先,明确应当公开的信息内容,包括决策主体、捐赠规定、捐赠数额、受赠对象、捐赠的支出情况等,涉及支出事项的,还应当附有相应的支付凭证和账目明细;其次,应当公开从决策到下发再到分发的全过程及每个环节的信息;最后,畅通信息公开渠道,国有企业可以通过企业门户网站、信息公开服务平台等拓宽公开覆盖面,及时向社会公众公开和披露捐赠相关信息。

2. 落实检查监督

(1) 持续跟进捐赠项目

国有企业应当重视对外捐赠项目实施效果的后续跟踪,有条件的企业,应当组织对重大捐赠项目进行现场检查,督促受益对象发挥捐赠的最大效益。企业捐赠经办部门应该形成捐赠项目专项报告,对捐赠项目实施情况和预算执行情况进行总结和备案,做好备查工作。

(2) 专项检查捐赠工作

各国有企业应当加强对外捐赠工作的专项检查工作,定期组织审计部门、检查部门对本企业的对外捐赠事项进行监督检查。对于未按规定而擅自进行捐赠的,视情节予以处分。对在捐赠工作中存在营私舞弊、滥用职权、转移国有资产等违法违纪行为的,应当依法处理。

国资监管部门有权对企业捐赠管理情况进行抽查或进行专项审计,对企业捐赠制度不健全、未按规定程序决策、未及时向国资监管部门报备等不规范行为,督促企业及时整改;对在对外捐赠过程中存在违法违规行为的,依法依规追究有关人员的责任。

综上,笔者认为,国有企业对外捐赠既要承担社会责任,体现社会担当,又要依法合规进行,严格遵循国有企业和国有资产的监督管理制度和规定,在抗击本次疫情中贡献真正的国家力量!

注释及参考文献

- [1] 人民日报社:《2018年度中国慈善捐助报告:现金捐助首次突破千亿》,载《人民日报》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1645270902044195567&wfr=spider&for=pc>, 2020年2月4日。
- [2] 《成都市市属国有企业对外捐赠事项管理暂行办法》于2016年6月14日颁布,有效期两年,目前有效期已届满,暂无新文件出台。
- [3] 付一津.国有公司捐助法律问题研究[D].绵阳:西南科技大学,2012.
- [4] 四川省政府国有资产监督管理委员会.关于加强省属监管企业对外捐赠事项管理的通知[EB/OL]. <http://gzw.sc.gov.cn/scsgzw/c100104/2011/2/17/0c90b1156c734c57824f0b3987989028.shtml>, 2011-2-17.
- [5] 成都市国有资产监督管理委员会.成都市市属国有企业对外捐赠事项管理暂行办法[EB/OL]. http://gzw.chengdu.gov.cn/cdgzw/c107975/2018-10/25/content_702178b1e33e4668a9853690b08f4cf5.shtml, 2016-6-21.
- [6] 成都市国有资产监督管理委员会.成都市国资委授权放权清单(2019年版)[EB/OL]. http://gzw.chengdu.gov.cn/cdgzw/c107975/2019-12/30/content_802f92256832474ebfb11fde39072e4c.shtml, 2019-12-30.
- [7] 新疆维吾尔自治区人民政府国有资产监督管理委员会.新疆维吾尔自治区国有资产监督管理委员会监管企业对外捐赠管理暂行办法[EB/OL]. <http://www.xjgz.gov.cn/zcglmnr.jsp?urltype=news.NewsContentUrl&wbtreeid=1049&wbnewsid=1337>, 2013-9-11.

[作者 刘小进:国浩律师事务所合伙人(成都),四川大学法律硕士,
法国南特高等商学院工商管理博士

何志文:国浩律师事务所律师(成都),西南政法大学法学学士]

[审稿人 管建军:国浩律师事务所合伙人(上海)]

18. 新冠肺炎疫情对资本市场 若干影响之研究

◎ 朱 峰 胡子豪

2020 年初,新型冠状病毒肺炎疫情来势汹汹。2020 年 1 月 20 日国家卫生健康委员会公布的 2020 年第 1 号公告规定,将新型冠状病毒感染的肺炎正式纳入《中华人民共和国传染病防治法》第三条规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施。鉴于新冠病毒的高传染性以及春运期间人口流动的高强度,国务院和各地方政府均出台了文件要求各地延长春节假期,部分地方政府进一步要求在此基础上当地企业延缓复工、学校延缓开学。在这一特殊时期,疫情不仅会对人民群众的身体健康产生重要影响,亦会对众多企业的“身体健康”产生重要影响,本文将以资本市场为视角,研究分析特殊时期下疫情带来的若干影响并提出相关建议。

本次疫情对如下资本市场的主体产生影响:资本市场的投资者、上市公司、拟上市公司、上市公司股东以及其他相关主体。其中,对于二级市场的投资者来说,疫情影响是最明显的,因为突发的疫情已超出了疫情暴发前投资者对春节期间资本市场的预期。

一、对信息披露的影响

(一) 对业绩预告、业绩快报披露的影响

对于上市公司而言,疫情对信息披露产生了较为直接的影响。2020 年 1 月 28 日,中国证监会下发《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》(以下简称“《证监会通知》”)指出,上市(挂牌)公司要从保护投资者知情权出发,依法依规做好相关信息披露工作,真实、准确、完整、及时地披露投资者决策所需信息。而《关于调整 2020 年春节休市相关安排的公告》通知上市公司 2019 年度业绩预告最晚披露日顺延至 2 月 3 日,这一时间的顺延有利于上市公司在疫情期间有更充裕的时间对业绩预告等每年定期报告事项作出更合理的安

排。为了保护中小投资者的知情权,监管机构要求上市公司在特殊时期也应当真实、准确、完整、及时地披露投资者决策所需信息,这在任何时期都应当是不能违反的原则。

(二) 对年度报告披露的影响

考虑到当前各省大范围限制甚至是封闭航空、铁路、道路运输的客观情况,且部分地区存在延迟复工情况,上述问题如后续因疫情影响而一直无法缓解,则不仅是对上市公司披露业绩预告有影响,更多还在于对后续上市公司应当定期举行的年度股东大会的召开、年度报告等定期报告的及时披露有影响。《上市公司信息披露管理办法》第二十条规定:“年度报告应当在每个会计年度结束之日起4个月内,中期报告应当在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内,季度报告应当在每个会计年度第3个月、第9个月结束后的1个月内编制完成并披露。第一季度季度报告的披露时间不得早于上一年度年度报告的披露时间。”须知,如果无正当原因延期披露年度报告,对于上市公司会造成极大不利影响。以上交所的上市公司为例,《上海证券交易所股票上市规则》第12.7条规定:“公司未在法定期限和本规则规定的期限内披露年度报告或者中期报告,公司股票及其衍生品种应当停牌,直至公司披露相关定期报告的当日开市时复牌。公告披露日为非交易日的,则在公告披露后的第一个交易日开市时复牌。公司因未披露年度报告或者中期报告的停牌期限不超过两个月。停牌期间,公司应当至少发布3次风险提示公告。”而公司股票停牌两个月以上且未按时披露年度报告的,上交所将对该股票实施退市风险警示。

虽然目前来看离年度报告规定的披露期限还有一段时间,但年度报告披露前有大量工作要提前做,而且还得上市公司配合审计机构完成,整个过程需要投入的时间、人力成本是非常高的。从实务角度考虑,当前新冠病毒肺炎疫情期间尽量减少人员流动的情况下,年审的会计师大多难以赴审计对象所在地执行规定的审计程序,审计过程中涉及财务证据如银行函证、往来对账单等也会随之难以取得。在此情况下,笔者建议监管机构对确有困难的上市公司及审计机构适当延缓审计报告的出具时间及上市公司年度报告等信息披露的时间限制,做到特殊情况特殊对待,从而保障好上市公司、审计机构职工的生命健康安全。

有鉴于此,中华全国律师协会金融专业委员会、中国注册会计师协会等行业协会都已经向决策层及监管机构提出了相关建议,中国注册会计师协会于2020年1月31日发布了《关于2019年年报审计工作中应对新型冠状病毒感染肺炎疫情的专项提示》,要求“各会计师事务所要尽早与疫情严重地区审计客户

沟通,及早谋划未能按计划时间表完成审计工作的应对措施,必要时提请客户及时与有关监管部门沟通,申请延期披露年度报告,确保审计质量。对于延期将导致超过法定披露期限的,应关注监管部门的最新通知,并提请客户及时按照相关法律法规的规定办理”。

二、对年度股东大会召开的影响

(一) 延期召开股东大会

根据证监会制定的《上市公司股东大会规则》第四条规定,股东大会分为年度股东大会和临时股东大会。年度股东大会每年召开一次,应当于上一会计年度结束后的6个月内举行。公司在上述期限内不能召开股东大会的,应当报告公司所在地中国证监会派出机构和公司股票挂牌交易的证券交易所,说明原因并公告。

由于疫情期间交通不便,可能导致上市公司延迟召开股东大会或无法在现场召开股东大会履行决策程序,目前很多上市公司已经发出了延期召开年度股东大会的通知。

(二) 网络形式召开股东大会

上市公司也可以选择网络形式召开股东大会,《上市公司股东大会规则》第二十条的规定:“公司应当在公司住所地或公司章程规定的地点召开股东大会。股东大会应当设置会场,以现场会议形式召开,并应当按照法律、行政法规、中国证监会或公司章程的规定,采用安全、经济、便捷的网络和其他方式为股东参加股东大会提供便利。股东通过上述方式参加股东大会的,视为出席”。

虽然股东大会可以通过互联网方式召开,但会使得部分不熟悉互联网络操作方法或不便使用互联网的中小股东不能通过股东大会表达股东的意见。此外,《上市公司股东大会规则》第四十六条规定:“股东大会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起60日内,请求人民法院撤销。”在疫情期间召开股东大会,部分存在异议的中小股东可能会以疫情期间公司召集程序、表决方式存在违法情形为由起诉公司,要求撤销股东大会决议,从而产生很多不必要的诉讼纠纷,增加法院负担。

（三）法律建议

在此,笔者建议监管机构适当批准确有困难的企业经申请推迟年度股东大会的召开时间。而如果上市公司选择网络方式召开股东大会,必须保证每一位参加股东大会的股东身份经过合理的验证程序,每一位股东都可以即时清晰地了解到股东大会的发言内容并完整表达自己的观点。此外,建议投资者保护机构也可以考虑允许律师代为征集中小股东出席网络股东大会的意见,并代为出席股东大会就各股东意见投出同意、反对或弃权的投票,从而减少中小股东的人员流动,保护其生命健康安全。

三、对并购交易的影响

（一）证监会：材料线上申报

疫情对于上市公司正在进行中的重大资产重组或并购行为也产生了一定的影响。2020年1月28日,《证监会通知》提出:“各证券基金期货经营机构和上市(挂牌)公司等市场主体,向证监会申请行政许可的,请尽可能通过互联网方式提交申请材料。证监会将改进服务方式,做好受理和批文送达的服务工作。”将一部分行政许可事项放到线上进行,一定程度上可以避免上市公司、中介机构的人员流动。

（二）对并购交易尽职调查的影响

《中华全国律师协会律师从事证券法律业务尽职调查操作指引》第三条规定:“本指引是对律师从事证券法律业务尽职调查的一般要求,不论本指引是否有明确规定,凡涉及发行条件或对投资者作出投资决策有重大影响的法律事项,律师均应当勤勉尽责地进行查验。”

受到新冠肺炎疫情的影响,全国绝大多数省区市先后启动了重大突发公共卫生事件一级响应,为控制人口流动和避免人群聚集,多地均采取了延期复工、交通管制等措施。在这种情况下,律师进行实地调查必然会受到严重影响,需要审慎评估实地调查程序对尽职调查工作的重要性,是否存在其他的可替代程序,如果实地调查程序是必须且缺乏其他可替代程序的,律师应当尽快与委托人进行沟通,延长尽职调查报告的出具时间。

（三）对并购重组期限的影响

但在此规定下仍旧存在无法避免的线下工作。比如,虽然监管机构规定可

通过互联网方式提交行政许可申请材料,但是对于上市公司正在进行的并购重组等项目,其董事会审议通过重组预案并经公告后召开股东大会的时间是有期限的,一般来说一旦超过期限,则前期很多工作都将作废而要重做一遍。《关于规范上市公司重大资产重组若干问题的规定》第三条规定:“发行股份购买资产的首次董事会决议公告后,董事会在6个月内未发布召开股东大会通知的,上市公司应当重新召开董事会审议发行股份购买资产事项,并以该次董事会决议公告日作为发行股份的定价基准日。”财务数据的有效期限也是有严格规定的。《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第26号——上市公司重大资产重组申请文件》第六条规定:“上市公司披露的重大资产重组报告书中引用的经审计的最近一期财务资料在财务报告截止日后6个月内有效;特别情况下可申请适当延长,但延长时间至多不超过1个月。”

疫情期间交通不便必然会耽误中介机构到上市公司进行尽职调查并出具相应审计报告、评估报告、意见书等文件的进度,如果耽误时间过长可能会导致前期工作前功尽弃的后果。而对于已经进入反馈阶段的项目,也可能面临着延期进行反馈回复的问题。

目前很多上市公司的重大资产重组项目在2020年春节前就已经公告,且正在进行过程中,如因此次疫情导致的交通不便致使各项目中中介机构无法按照既定计划安排开展工作,可能会导致财务资料超出有效期、项目评估基准日变动、公司净资产、净利润等财务指标变动,进而导致重大资产重组、重组上市认定变化及各式各样复杂情况的产生,严重的可能会导致部分上市公司重组交易的终止,部分经营状况不佳的上市公司甚至会有退市风险。

(四) 监管机构的应对措施

截至本文定稿前,人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局联合出台了《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(以下简称“《五部委通知》”)就该问题作出了正式的决定,《五部委通知》提出:“适当放宽资本市场相关业务办理时限。适当延长上市公司并购重组行政许可财务资料有效期和重组预案披露后发布召开股东大会通知的时限。如因受疫情影响确实不能按期更新财务资料或发出股东大会通知的,公司可在充分披露疫情对本次重组的具体影响后,申请财务资料有效期延长或股东大会通知时间延期1个月,最多可申请延期3次。疫情期间,对股票发行人的反馈意见回复时限、告知函回复时限、财务报告到期终止时限,以及已核发的再融资批文有效期,自本通知发布之日起暂缓计算。已取得债券发行许可,因疫情影响未能在许可有效期内完成发

行的,可向证监会申请延期发行。”这对于上市公司及中介机构的工作开展无疑是好消息,也充分体现了国家部委对疫情期间保护上市公司、中介机构等人员生命安全的负责态度。

四、对正在履行的重大资产重组业绩承诺的影响

(一) 监管机构对业绩承诺的规定

在当前的上市公司并购重组过程中,交易双方多会采取签订业绩承诺协议这一做法来保证交易标的在未来一定期间的业绩,而业绩承诺也逐步成为重组方案中的重要内容,甚至业绩承诺金额也会影响到标的企业的交易估值。根据《上市公司重大资产重组管理办法》第三十五条,采取收益现值法、假设开发法等基于未来收益预期的方法对拟购买资产进行评估或者估值并作为定价参考依据的,上市公司应当在重大资产重组实施完毕后3年内的年度报告中单独披露相关资产的实际盈利数与利润预测数的差异情况,并由会计师事务所对此出具专项审核意见;交易对方应当与上市公司就相关资产实际盈利数不足利润预测数的情况签订明确可行的补偿协议。

此次疫情对于因重大资产重组与上市公司签订业绩承诺协议的股东或重组相对方而言,无异于飞来横祸,因为疫情不仅会影响标的企业的正常生产经营,也会影响其2020年第一季度的收入与利润,一旦今年标的企业业绩不达标,那么股东或重组相对方就需要向上市公司支付现金或者股份来进行业绩补偿。而此次疫情势必会对该业绩承诺协议的履行产生实质性影响,一般来说,遇到此种情况,协议双方会协商对协议进行适当调整。但是,重大资产重组中的业绩承诺却和其他诸如承诺解决同业竞争、资产注入、股权激励、解决产权瑕疵等承诺事项不同,监管层的要求是业绩承诺一般是不允许变更的。根据证监会于2016年6月17日发布的《关于上市公司业绩补偿承诺的相关问题与解答》,“上市公司重大资产重组中,重组方的业绩补偿承诺是基于其与上市公司签订的业绩补偿协议作出的,该承诺是重组方案的重要组成部分,因此,重组方应当严格按照业绩补偿协议履行承诺。重组方不得适用《上市公司监管指引第4号——上市公司实际控制人、股东、关联方、收购人以及上市公司承诺及履行》第五条的规定,变更其作出的业绩补偿承诺”。因此,业绩承诺协议看似只是一个具备法律效力的合同,但因为监管机构的指引文件要求,实际上更加复杂。

那能否双方协商提前终止业绩承诺协议呢?在实践中,除2016年《关于上市公司业绩补偿承诺的相关问题与解答》发布前融捷股份(证券代码:

002192)因地震不可抗力导致提前终止履行重大资产重组业绩补偿承诺的案例外,目前上市公司与股东就业绩承诺协议的协商一致解除的案例非常少。例如2019年大北农(证券代码:002385)与原承诺人(已身故)因承诺人身故原因导致提前解除业绩承诺协议,但承诺人的继承人仍旧支付了当年标的公司未达业绩的补偿款。

(二) 司法机关对业绩承诺中“不可抗力”的认定

2019年11月8日,最高人民法院印发《九民纪要》明确:“人民法院在审理‘对赌协议’纠纷案件时,不仅应当适用合同法的相关规定,还应当适用公司法的相关规定;既要坚持鼓励投资方对实体企业特别是科技创新企业投资原则,从而在一定程度上缓解企业融资难问题,又要贯彻资本维持原则和保护债权人合法权益原则,依法平衡投资方、公司债权人、公司之间的利益。”对于投资方与目标公司的股东或者实际控制人订立的对赌协议,如无其他无效事由,认定有效并支持实际履行,实践中并无争议。

在司法实践中,法院对业绩承诺协议因不可抗力违约作出的裁判案例也非常少,在首都信息发展股份有限公司与北京亿思瑞德科技发展有限公司、北京华夏永鑫信息技术有限公司合同纠纷案((2009)海民初字第26101号民事判决书)中,标的公司北京首信创安公司未能完成对赌协议的相关利润要求,股权转让方就曾以业绩下滑主要是由于“金融危机”且该事件属于无法预见且不可避免的不可抗力为由对抗投资者的股份回购请求,但上述理由并未得到法院的支持。

因此,虽然本次疫情构成不可抗力,但并不意味着参与业绩对赌的股权转让方可以据此为由拒绝履行全部对赌义务,甚至解除合同。疫情并不必然导致投资目的的落空,且疫情的持续时间较短,影响有限,即使构成不可抗力,在合同履行过程中也应当遵循合同的公平原则,合理地承担不可抗力所带来的不利后果。

(三) 法律建议

基于上述情况,笔者在此建议,参与业绩对赌的股权转让方如因疫情影响无法履行或无法按期履行承诺的,首先应及时披露相关信息;其次应当及时与收购方进行积极磋商,采取延长业绩承诺期限等方式变更方案,并按权限重新表决签署;最后双方在解决上述问题时应尽量按照有利于维护上市公司利益的原则进行处理。

五、对股东履行中的股权质押协议的影响

其实本条影响产生的原因部分也与市场及投资者有关,因为一旦开市后股票持续大跌,那么势必会引发股权质押平仓,原大股东控制权大受影响,从而导致上市公司股权不稳定,并进一步引发上市公司融资困难。诚然,一般而言除非遇到大股灾,不然证券公司不会将上市公司股东质押的股票强行平仓,但这毕竟也是可能存在的风险,面对此次疫情,不得不全面考虑种种风险。

(一) 能否主张不可抗力免责

本次疫情与2003年的“非典”疫情相似,因此2003年“非典”疫情期间的司法实践活动对判断本次疫情是否构成不可抗力提供了重要的参考依据。2003年6月11日,最高人民法院在《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》中指出,由于“非典”疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理;因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。

但是本次疫情中股权质押协议履行不能的不可抗力免责的主张恐怕难获法院支持,根据《合同法》的相关规定,主张股权质押协议因不可抗力免责须是由于发生的不可抗力事由导致协议的一方当事人实质无法履行协议,而疫情等不可抗力引发的股价下跌并不会导致协议的一方当事人实质无法履行协议,相反,股价下跌反而是股权质押协议约定好的权利人实现质权的约定条件,已经经过双方达成合意。疫情、天灾等因素都是股票市场中实际存在的系统性风险。所谓系统性风险即指对整个股票市场或绝大多数股票普遍产生不利影响,不能通过分散投资相互抵消或者消除的风险。这类风险在投资者进行投资时就应当做好了承受其发生的心理准备与预期,反观“非典”疫情期间,也没有出现因为不可抗力原因使得上市公司股东诉请·股权质押协议违约免责胜诉的案例。

(二) 监管机构的准备措施

对于该问题,监管机构已经准备了应对预案,在2月2日记者对证监会相关部门负责人询问时,证监会相关部门负责人表示将会做出如下安排:股票质押协议在疫情防控期间到期,客户由于还款困难申请展期的,如是湖北地区客户,

可申请展期 6 个月,由证券公司协助办理展期事宜;如是其他地区客户,可与证券公司协商展期 3 至 6 个月。疫情解除前,对于湖北地区融资融券客户,以及因疫情实施隔离或者接受救治的其他地区融资融券客户,证券公司不主动实施强行平仓。对银行和信托公司提供的股票质押贷款,银保监会也会做出相应安排。

可见,在疫情面前,决策层及监管机构已经做好了疫情对金融、资本市场造成重大影响的防范工作,经济的稳定在特殊时期下对树立市场信心、鼓舞士气有着无比重要的意义。

六、结语

疫情期间,医学角度的“抗疫”“防疫”是首要任务,但也不可忽视疫情对我国经济产生的重要影响,而疫情对于资本市场的影响更是证券律师应当着重关注的问题。资本市场涉及的主体广泛、多样,且资本市场的态势将一定程度上影响我国经济的发展整体。当前,决策层与监管机构乃至相关行业协会都对疫情可能对资本市场带来的影响提前作出了预判与部署,相信通过各方的协同发力,我国资本市场受疫情的冲击影响会尽可能减小,我国经济也将在疫情结束后尽快恢复平稳、快速、健康地发展。

[作者 朱峰:国浩律师事务所合伙人(上海),上海交通大学民商法学硕士]

胡子豪:国浩律师事务所律师助理(上海),华东政法大学诉讼法学硕士]

[审稿人 刘维:国浩律师事务所执行合伙人]

张琦:国浩发展研究院编辑]

19. 新冠肺炎疫情对银行的影响及法律应对

◎ 苏德栋 程先权 朱禹静

2020 年 1 月以来,湖北省武汉市暴发了新型冠状病毒肺炎疫情(以下简称“新冠肺炎疫情”),并迅速扩散至全国范围。为了应对突如其来的新冠肺炎疫情,银保监会等金融监管部门迅速发布了强化金融支持、加强银行业保险业金融服务配合、做好春节假期后金融服务工作等通知。本文主要针对本次疫情对银行的影响及其可能产生的主要法律问题,结合法律规定及本次疫情防控期间发布的与银行相关最新监管政策内容,进行法律应对分析,以期抛砖引玉。

一、最新监管政策内容梳理

就本次新冠肺炎疫情防控,我们对截至 2020 年 2 月 20 日银保监会等金融监管部门发布的与银行相关的主要监管政策重点内容进行梳理,现列表如下:

序号	文件名	发文机关与法律层级	生效日期	相关重点内容摘要
1	《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新型冠状病毒疫情防控工作的通知》(银保监办发〔2020〕10 号)	中国银行保险监督管理委员会/部门规范性文件	2020.1.26	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。对受疫情影响暂时失去收入来源的人群,要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排,合理延后还款期限。 各银行保险机构对于受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业,以及有发展前景但暂时受困的企业,不得盲目抽贷、断贷、压贷。鼓励通过适当下调贷款利率、完善续贷政策安排、增加信用贷款和中长期贷款等方式,支持相关企业战胜疫情灾害影响。

续 表

序号	文 件 名	发文机关与法律层级	生效日期	相关重点内容摘要
2	《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(银发〔2020〕29号)	中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局/部门规范性文件	2020.1.31	金融机构对受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业,以及有发展前景但受疫情影响暂遇困难的企业,特别是小微企业,不得盲目抽贷、断贷、压贷。对受疫情影响严重的企业到期还款困难的,可予以展期或续贷。通过适当下调贷款利率,增加信用贷款和中长期贷款等方式,支持相关企业战胜疫情灾害影响。 对因感染新型肺炎住院治疗或隔离人员、疫情防控需要隔离观察人员、参加疫情防控工作人员以及受疫情影响暂时失去收入来源的人群,金融机构要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排,合理延后还款期限。
3	《中国人民银行银保监会证监会外汇局关于做好春节假期后金融服务工作的通知》(银发〔2020〕30号)	中国人民银行、银保监会、证监会、外汇局/部门规范性文件	2020.2.01	各单位可结合当地地方政府防控疫情要求,实行弹性工作制,灵活调整作息时间,采取轮换上班、错时上班,也可利用网络办公方式在家上班,尽可能减少人员聚集。同时,要切实做好员工疫情防控,加强员工体温检测和防护,做到全体员工健康保护全覆盖。可结合当地地方政府防控疫情要求,实行弹性工作制,灵活调整作息时间,采取轮换上班、错时上班,也可利用网络办公方式在家上班,尽可能减少人员聚集。同时,要切实做好员工疫情防控,加强员工体温检测和防护,做到全体员工健康保护全覆盖。
4	《国务院扶贫办中国银保监会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》	国务院扶贫开发领导小组、中国银行保险监督管理委员会/部门规范性文件	2020.2.10	各级扶贫部门和银行保险监管部门要尽快摸排本地区受疫情影响情况,指导承办银行机构结合本地实际,适当延长到期日在2020年1月1日后(含续贷、展期)、受疫情影响出现还款困难的贫困户扶贫小额信贷还款期限。延期最长不超过6个月,期间继续执行原合同条款,各项政策保持不变。鼓励承办银行机构适当降低延期期间贷款利率。

续 表

序号	文 件 名	发文机关与法律层级	生效日期	相关重点内容摘要
5	《中国银保监会办公厅关于进一步做好疫情防控金融服务的通知》(银保监办发〔2020〕15号)	中国银行保险监督管理委员会/部门规范性文件	2020.2.14	做好辖内小微企业和个体工商户的服务对接和需求调查,对受疫情影响暂时遇到困难、仍有良好发展前景的小微客户,积极通过调整还款付息安排、适度降低贷款利率、完善展期续贷衔接等措施进行纾困帮扶。

就上述文件所涉监管政策内容,表述用语上使用“应当”“不得”等的规定,属于约束性条款,属地银行应遵守并执行;表述用语上使用“可”“鼓励”等的规定,属于倡导性规定,理论上属地银行可根据实际情况选择是否遵照执行。考虑到该等倡导性规定一定程度上反映了监管部门的倾向性意见,如无特殊情况,建议属地银行尽可能执行。

二、新冠肺炎疫情对银行经营影响及法律应对

(一) 新冠肺炎疫情对银行信贷业务影响及法律应对

1. 借款人可能主张本次新冠肺炎疫情为不可抗力,要求银行变更或者解除借款合同

受本次新冠肺炎疫情影响,部分企业和个人的偿债能力可能下降,是否可以新冠肺炎疫情属于不可抗力,进而要求银行变更或者解除借款合同? 对于此问题,应从不可抗力的法律规定入手进行分析。

(1) 不可抗力的法律规定

《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”)第一百八十条及《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第一百一十七条均规定,不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。据此,不可抗力的成立必须具备三个核心特征:不能预见、不能避免、不能克服。

《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。《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。《合同法》第九十四条规定,因不可抗力致使不能实现合同目的,当事人可以解除合同。

（2）新冠肺炎疫情是否属于不可抗力的法律分析

就何谓不可抗力,《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》认为:“不可抗力是指人力所不能预见、不能避免、不能克服的客观情况,是一种外来的不可抗拒的力量。诸如地震、台风、洪水、海啸等自然现象,以及诸如战争等社会现象,属于通常意义上不可抗力的范围。”本次疫情并不属于通常意义上的不可抗力范围。

我国曾在2003年暴发过“非典”疫情,由于“非典”疫情和本次新冠肺炎疫情类似,且所涉问题法理相同,故人民法院对因“非典”疫情导致借款合同“无法履行”时能否以“不可抗力”条款主张免责的裁判案例,对判断本次新冠肺炎疫情是否属于不可抗力具有一定的参考价值。因此,我们对因“非典”疫情导致借款合同“无法履行”时以“不可抗力”条款主张免责的裁判案例进行了检索,目前的检索结果显示,借款合同纠纷案例均不认可将“非典”疫情认定为“不可抗力”,进而对借款人逾期还款的违约行为进行免责(参考案例:“(2004)沪一中民三(商)初字第258号”中国农业银行上海市青浦支行与上海大盈肉禽联合有限公司、上海大盛食品有限公司借款合同纠纷案^[1],“(2004)昆民四初字第385号”昆明市西山区海口农村信用合作社与云南威亚克实业有限公司借款合同纠纷案^[2],“(2005)穗中法民二终字第1150号”王挺、王应隆、杜铁鸣与中国农业银行广东省分行营业部、广州天启房地产有限公司借款合同纠纷上诉案^[3])。

我们认为,本次疫情虽是不可预见、不可避免的,但对借款合同的履行而言并非当然不可克服的。就银行发放的贷款而言,若借款人逾期还款,原则上其不能主张本次疫情属于不可抗力,进而要求银行免除其逾期还款的违约责任或者解除借款合同,除非其有足够证据证明新冠肺炎疫情确实导致了其无法还款,且无法还款系其不能克服的客观情况。

为维护银行的合法权益,防止部分贷款债权超出诉讼时效的问题发生,我们建议,银行宜尽快梳理已到期贷款债权,对于即将超出诉讼时效的案件,若不能及时向法院或仲裁机构起诉立案的,建议先行通过EMS邮件形式,催告对方履行,以此中断诉讼(仲裁)时效,并留存好邮寄凭证,便于后续举证银行已向其主张权利。

在新冠肺炎疫情持续期间,当借款人提出新冠肺炎疫情属于不可抗力,进而要求银行变更或者解除借款合同时,建议银行按照以下步骤进行处理:

① 建议银行要求借款人提供新冠肺炎疫情属于“不可抗力”的证据资料。根据借款人提供的“不可抗力”证据,结合借款合同的约定,银行从严判断新冠肺炎疫情对借款合同履行而言是否构成不可抗力。此外,还需要重点审查新冠肺

炎疫情与借款人无法还款之间是否具有因果关系,若无因果关系,则仍然不能适用不可抗力条款而减轻或者免除其逾期还款的责任。如借款人逾期还款后才发生新冠肺炎疫情的,由于新冠肺炎疫情与借款人无法还款之间不具有因果关系,故借款人不得再以新冠肺炎疫情属于不可抗力为由主张免责。

② 若借款人无法提供证据或者提供的证据不足以证明本次疫情构成不可抗力的,建议银行根据借款合同是否还能继续履行分情况处理。若借款合同仍可继续履行,则银行可要求借款人继续履行合同,按时足额进行还款,否则其将承担逾期还款的违约责任;若借款合同实际上已无法履行,建议银行收集借款人违约的证据,并按照借款合同约定,通过邮寄书面函件的方式宣布贷款提前到期、进行催收(注意留存相关邮寄签收凭证),要求借款人在合理期限内还款,并做好法律清收准备。

③ 若借款人提供的证据已足以证明本次疫情构成不可抗力且使借款合同难以继续履行的,银行可与借款人协商变更或解除借款合同。若借款人延期履行借款合同已导致合同目的无法实现的,建议银行及时通知借款人解除合同;若借款人虽迟延履行借款合同,但其资信良好,且变更贷款期限等内容后其仍可继续履行借款合同的,则可与其协商,变更贷款期限等内容。

2. 借款人可能以本次疫情发生后借款合同已具备适用情势变更的条件,要求银行变更或者解除借款合同

本次疫情暴发后,因各地发布停工令、执行交通管制等紧急措施,部分借款人正常的生产经营活动可能会受到影响,但其能否以该情形已具备适用情势变更的条件为由,要求银行变更或者解除借款合同?

(1) 情势变更的法律依据

我国法律上目前并无对情势变更的明确规定,但在2009年5月13日发布的《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)》(以下简称“《合同法司法解释二》”)中,其第二十六条规定:“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。”

(2) 本次疫情发生后借款合同能否适用情势变更的法律分析

“(2018)最高法民终387号”淮北矿业(集团)有限责任公司与新光集团有限公司股权转让纠纷案中,最高人民法院认可了一审法院提出的“情势变更的适用需具备以下要件:① 应有情势变更的事实,即合同赖以存在的客观情况确实发

生变化。② 须为当事人订立合同时所不能预见。③ 情势变更必须不可归责于双方当事人,即由除不可抗力以外的其他意外事件所引起。④ 情势变更的事实发生于合同成立之后,履行完毕之前。⑤ 情势变更使履行原合同显失公平或者不能实现合同目的”。

结合《合同法司法解释二》第二十六条的规定,参考最高人民法院在上述案件中的裁判思路,我们认为,在借款合同履行过程中,借款人因本次疫情无法按期还款时,若借款人有证据证明其收入、偿债能力等确因本次疫情受到重大影响,且继续履行借款合同确实对其明显不公平或者无法实现合同目的的,银行可与其协商变更或解除借款合同。

需要说明的是,根据《合同法司法解释二》的规定,借款人以情势变更为由主张变更或者解除借款合同的,应当通过诉讼或仲裁方式提出。

我们注意到,为做好新冠肺炎疫情的防控工作,就因新冠肺炎疫情影响较大致无法按期还款的企业或者个人,中国银行保险监督管理委员会等监管部门原则上鼓励银行合理变更相关贷款合同的履行期限及方式,且不得盲目抽贷、断贷、压贷。

中国银行保险监督管理委员会《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新型冠状病毒疫情防控工作的通知》(银保监办发〔2020〕10号)第三条提出:“对受疫情影响暂时失去收入来源的人群,要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排,合理延后还款期限。”该通知第五条提出:“对于受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业,以及有发展前景但暂时受困的企业,不得盲目抽贷、断贷、压贷。鼓励通过适当下调贷款利率、完善续贷政策安排、增加信用贷款和中长期贷款等方式,支持相关企业战胜疫情灾害影响。”

中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、国家外汇管理局《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(银发〔2020〕29号)(以下简称“中国人民银行等五部门《强化金融支持防控肺炎疫情通知》”)第一条第(三)款中提出:“对受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业,以及有发展前景但受疫情影响暂遇困难的企业,特别是小微企业,不得盲目抽贷、断贷、压贷。对受疫情影响严重的企业到期还款困难的,可予以展期或续贷。通过适当下调贷款利率、增加信用贷款和中长期贷款等方式,支持相关企业战胜疫情灾害影响。该通知第一条第(四)款提出:“对因感染新型肺炎住院治疗或隔离人员、疫情防控需要隔离观察人员、参加疫情防控工作人员以及受疫情影响暂时失去收入来源的人群,金融机构要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活

调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排,合理延后还款期限。感染新型肺炎的个人创业担保贷款可展期一年,继续享受财政贴息支持。”

根据上述规定,我们建议,对因新冠肺炎疫情影响导致无法按期还款的借款人,追究其违约责任时,宜谨慎把关,原则上不宜按照相关借款合同约定及《贷款通则》第七十一条的规定以借款人未按期还款为由提前收回部分或全部贷款。如借款人确受本次疫情影响较大无法按时还款,已具备情势变更条件的,建议银行依据本次疫情对借款人的影响程度,通过双方协商的方式,尽可能对相关借款合同的履行时间、履行方式等予以合理变更。

需要说明的是,如借款人无证据证明本次疫情的发生对其还款能力产生负面影响,或者其虽受本次疫情影响,但尚不构成情势变更时,则其不能以情势变更为由主张变更或解除借款合同。此时若其逾期归还借款,建议银行发函催告其继续履行合同,并可依据借款合同的约定追究其逾期还款的违约责任。

3. 对因本次疫情影响致逾期还款的人员,银行可不作逾期记录报送

中国人民银行等五部门《强化金融支持防控肺炎疫情通知》第二条第(十四)款提出:“要合理调整逾期信用记录报送,对因感染新冠肺炎住院治疗或隔离人员、疫情防控需要隔离观察人员和参加疫情防控工作人员,因疫情影响未能及时还款的,经接入机构认定,相关逾期贷款可以不作逾期记录报送,已经报送的予以调整。对受疫情影响暂时失去收入来源的个人和企业,可依调整后的还款安排,报送信用记录。”据此,对因本次疫情影响致未及时还款的人员,经接入机构认定后,银行可不作逾期记录报送。

4. 鼓励银行加大对新冠肺炎疫情防控专项贷款的投放

中国人民银行等五部门《强化金融支持防控肺炎疫情通知》第一条第(二)款提出:“金融机构要主动加强与有关医院、医疗科研单位和相关企业的服务对接,提供足额信贷资源,全力满足相关单位和企业卫生防疫、医药用品制造及采购、公共卫生基础设施建设、科研攻关、技术改造等方面的合理融资需求。”据此,银行宜主动与有关医院、医疗科研单位及企业进行服务对接,了解其在新冠肺炎疫情防控方面的融资需求,并对符合信贷条件的企业和个人提供专项贷款,加大扶持力度。

(二) 建议建立银行账户防疫“绿色通道”

中国人民银行等五部门《强化金融支持防控肺炎疫情通知》第二条第(十二)款提出:“银行业金融机构要在风险可控的前提下,做好与防控疫情相关的银行账户服务工作,简化开户流程,加快业务办理。要积极开辟捐款‘绿色通道’,

确保疫情防控款项第一时间到达指定收款人账户。”据此,建议银行建立银行账户防疫“绿色通道”,以确保有关单位和个人的防控疫情相关款项能够第一时间到达指定收款人账户等,更好地满足疫情防控需要。

(三) 建议加大电子支付服务保障力度

中国人民银行等五部门《强化金融支持防控肺炎疫情通知》第二条第(十三)款提出:“支持银行业金融机构、非银行支付机构在疫情防控期间,采用远程视频、电话等方式办理商户准入审核和日常巡检,通过交易监测强化风险防控。鼓励清算机构、银行业金融机构和非银行支付机构对特定领域或区域特约商户实行支付服务手续费优惠。银行业金融机构、非银行支付机构要强化电子渠道服务保障,灵活调整相关业务限额,引导客户通过电子商业汇票系统、个人网上银行、企业网上银行、手机银行、支付服务 APP 等电子化渠道在线办理支付结算业务。”据此,在本次疫情防控期间,建议银行加大电子支付服务保障力度,积极引导客户通过网上银行、手机银行、支付服务 APP 等在线办理业务,避免人员聚集。

三、新冠肺炎疫情对银行管理影响及法律应对

(一) 梳理日常业务合同,做好通知、证据保存等合同管理工作

梳理日常业务合同,包括但不限于借款合同、托管合同、租赁合同、买卖合同等,评估本次疫情对个案合同履行的影响,并做好日常沟通、证据留存等工作。

1. 评估本次疫情对个案合同履行的影响。根据复工安排、各地疫情情况等,评估新冠肺炎疫情对银行个案合同履行的现实和潜在影响。区分银行是履行义务方还是履行义务方的相对方,分情况尽快采取合理的措施,最大限度减少本次疫情对银行日常业务合同履行的不利影响。

2. 若银行属于履行义务方,且在个案中本次疫情对个案合同履行构成不可抗力或者已具备情势变更条件的,应及时通知相对方,协商变更或者解除合同。

《合同法》第一百一十八条规定:“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。”据此,银行作为当事人一方,在因不可抗力无法履行合同时,不管合同是否有通知的约定,均应当通知合同相对方,并在合理期限内提供证明材料。

我们建议,若本次疫情对合同履行构成不可抗力或者具备情势变更条件的,银行可与合同相对方就后续履行方案等事宜进行沟通,争取签订补充协议等书

面文件对相关事项进行确认,以免后续产生争议。同时,银行应尽可能采取合理措施避免和减少损失的扩大,并做好以下工作:

① 按照合同约定的通知方式、通知程序等,发出书面通知,并提供相应证明材料(包括但不限于当地疫情情况说明、延期复工通知、有关政府部门或机构开具的证明等);

② 确保通知已被合同相对方有效签收,并留存邮寄签收凭证。

3. 若银行属于履行义务方,但在个案中本次疫情对合同履行不构成不可抗力且不具备情势变更的条件,银行应积极履行合同,尽力避免违约。

4. 若银行属于履行义务的相对方,且在个案中本次疫情对合同履行已构成不可抗力或者具备情势变更条件的,银行可要求变更或解除合同。

如果履行义务方的迟延履行已导致合同目的不能实现的,银行可向履行义务方发送书面通知,要求解除合同。如果合同还有继续履行必要和可能的,则银行可与履行义务方积极沟通,协商变更履行方式、履行期限等合同内容。

5. 若银行属于履行义务方的相对方,且本次疫情对合同履行不构成不可抗力且不具备情势变更条件的,银行可要求履行义务方继续履行合同,否则银行可依据合同约定追究其违约责任。

需要特别提示的是,在银行与合同相对方沟通过程中,应注意留存好双方之间协商的证据(包括但不限于书面信函、往来邮件、微信记录、电话录音、快递往来),以备发生诉讼或者仲裁时,用以证明并支持银行的主张。

(二) 新冠肺炎疫情对银行劳动用工管理影响及法律应对

1. 因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的银行员工,其隔离治疗期间或医学观察期间的工资待遇银行应按正常工作期间工资支付。

《传染病防治法》第四十一条规定:“对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员,所在地的县级以上地方人民政府可以实施隔离措施,并同时向上一级人民政府报告;……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》(人社厅明电〔2020〕5号)第一条指出:“对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企

业职工,企业应当支付职工在此期间的工作报酬。”

根据上述规定,因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的银行员工,对其隔离治疗期间或医学观察期间的工资待遇,银行应按正常工作期间工资支付。

2. 银行不得依据《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称“《劳动合同法》”)第四十条、第四十一条的规定,解除或终止其与新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者之间的劳动合同。

根据《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》(人社厅明电〔2020〕5号)第一条规定,“对新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间,以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,企业应当支付职工在此期间的工作报酬,并不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与职工解除劳动合同。在此期间,劳动合同到期的,分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束”。

根据上述规定,对新冠病毒肺炎患者、疑似病人、密切接触者在隔离治疗期间、医学观察期间、政府采取的隔离措施或其他紧急措施期间,银行不得依据《劳动合同法》第四十条、四十一条的规定,与其员工解除劳动合同。在此期间劳动合同到期的,劳动合同应顺延至该期间结束之日。

3. 银行员工如被确诊患新冠肺炎,能否认定为工伤问题?

根据人力资源社会保障部、财政部、国家卫生健康委《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(人社部函〔2020〕11号),在新冠肺炎预防和救治工作中,医护人员及相关工作人员因履行工作职责,感染新冠肺炎或因新冠肺炎死亡的,为工伤。

前述“相关工作人员”是指参与新冠肺炎疫情预防和病患救治工作的隔离组织、实施人员。

对于出差致感染新冠肺炎的银行员工,各省区市政府及此前的司法判例倾向于认定为工伤。银行其他人员不幸感染新冠肺炎的原则上不认定为工伤,但如果在工作场所工作时间发现感染且在48小时内医治无效死亡的,可申请认定为视同工伤。

(三) 应配合属地各级政府加强应急管理

银行应当积极配合属地各级政府的要求,做好组织协调,及时处理应急突发

事件;服从属地各级政府的防疫安排,对防控疫情需要征用的人员、车辆、物资、设备设施等,优先予以满足;严格执行应急值守制度,确保政令畅通。

(四) 提供符合防控新冠肺炎疫情要求的营业环境

建议银行准备口罩、手套、洗手液、消毒液、体温计等个人防护品,并设定出入检查点、体温测量点,做好相应的登记。重点加强各营业网点的卫生防疫管理,所有员工上班时必须佩戴口罩,及时做好网点场所的消杀工作,做好做细金融服务工作;营业网点实行分片运营,适当缩短运行时间,提前向社会公布并主动说明邻近正常营业的网点;疫情防控期间,不举办任何形式的促销活动,避免人员聚集。

(五) 加强防控新冠肺炎疫情的机制建设,就劳动争议事项与员工做好沟通

我们建议,银行加强防控新冠肺炎疫情的机制建设,包括但不限于在疫情期间的防控宣传机制、工资发放机制、请销假制度、物品领用机制、出入检查机制以及员工出现发热、咳嗽等症状时的应急预案等。

另外,银行员工返岗后,可能因工资发放、休息休假等事由,与银行产生不同意见,建议银行成立以工会代表为主要成员的沟通小组,为员工做好解释、答疑工作,尽量避免劳动争议发生。

注释及参考文献

-
- [1] 在该案中,被告上海大盈肉禽联合有限公司(以下简称“大盈公司”)以“其公司经营受到‘非典’和禽流感等不可抗力影响,无法支付到期债务,且在债务到期时被告大盈公司已向原告提出展期申请,故被告大盈公司的还款义务应予免除”为由进行抗辩,但上海市第一中级人民法院认为,因被告大盈公司的展期申请未得到原告批准,故其还款义务不能免除,且被告大盈公司称其因不可抗力导致还款不能的主张也不能成立,故未采纳其答辩意见。
- [2] 在该案中,被告以“逾期还款是由于受‘非典’疫情及高海公路修建的不可抗力影响和被告自身经营财务状况不好导致的,故依法不应承担违约责任”为由进行抗辩,但云南省昆明市中级人民法院认为,被告答辩中所提到的“非典”疫情以及高海公路的修建均不属于不可抗力范畴,这些情况也不属于法定的免责情况,故未采纳被告的答辩意见。
- [3] 在该案中,三上诉人以“其未按合同约定还款是因‘非典’、禽流感疫情的不可抗力和周

边市政建设导致,且迟延还款行为远未导致合同目的不能实现,故农行营业部无权解除合同”为由进行抗辩,但广东省广州市中级人民法院认为,“众所周知,‘非典’疫情大规模暴发于2003年上半年,本案贷款发放时‘非典’疫情已经暴发,故对本案当事人而言,‘非典’疫情不具备不可抗力‘不可预见’的条件;同时,不论是‘非典’、禽流感疫情还是市政施工,可能影响的只是宏观的经营环境,对本案借款合同的履行并不产生任何直接、必然的影响,故不应认定为是导致三上诉人违约的原因,因此,三上诉人以不可抗力为由上诉主张减免民事责任,不符合《中华人民共和国合同法》第一百一十七条的规定,本院不予支持。至于三上诉人此后是否有能力继续履行合同,依法并不影响农行营业部依约行使提前收回贷款、处置抵押物的权利”。

- [4]《关于调整北京市2019年最低工资标准的通知》第一条规定:“我市最低工资标准由每小时不低于12.18元、每月不低于2120元,调整到每小时不低于12.64元、每月不低于2200元。”

[作者 苏德栋:国浩律师事务所合伙人(北京),北京大学法学院法学硕士

程先权:国浩律师事务所律师助理(北京),中国青年政治学院法学硕士

朱禹静:国浩律师事务所律师助理(北京),福特汉姆大学公司与金融法硕士]

[审稿人 管建军:国浩律师事务所合伙人(上海)]



五、公司运营篇

20. 中小企业的“疫情困境”与应对探讨

◎ 管建军 刘旭星

一、疫情背景下企业经营所面临的困境

在近年来全球经济下行、国内经济增速放缓的大背景下,国内企业经营所承受的压力也逐渐增大。而面对突如其来的新型冠状病毒肺炎疫情,从各地方政府出台地方规定继续推迟复工,再到多地采取“封闭式”疫情防控管理措施,中小企业所面临的困难也在逐步升级,这使得在国际、国内经济下行大背景下本就正在“负重前行”的中小企业经营更加举步维艰,市场上已出现企业面临停业、裁员甚至破产的案例^[1]。国内中小企业当前面临的压力和困难主要来自包括但不限于以下方面。

(一) 资金短缺,周转困难

中小企业资金短缺问题早已进入大众视野,从企业的角度而言,企业本身可能并无过多资产用以提供借贷担保,而从银行内部控制风险的角度来看,如此资质的企业贷款比较难通过内部审核。疫情发生以来,企业一方面面临用工成本、原材料价格上涨等压力,另一方面,在伴随“封闭式”疫情防控措施而出现的消费疲软状况下,除了特定类型产品如口罩、体温计等防护品,社会对于企业产品或服务的需求整体急剧下降,使得短期内企业的资金压力进一步凸显。

(二) 复工推迟,劳动成本增高

劳动用工方面,国务院和各地方政府先后发布延迟复工的通知。由于用工紧张,用工市场的薪资也“水涨船高”,企业短期内面临着额外的用工成本,根据学者调查部分中小企业的情况,关于疫情期间公司面临的主要支出压力,其中员工工资和“五险一金”占到62.78%之多^[2]。

（三）采购受限，原材料成本增加

在企业本身面临压力的同时，上游原材料供应商同样身处疫情影响当中，因供应紧缺而导致原材料价格上涨，且各地基于疫情防控需要而加强了交通管制，相关物资的运输受到影响，这也直接导致企业的采购成本上涨。

（四）销售下降，客户需求量锐减

春节期间民众响应政府号召，减少外出及集体聚集活动，而随着疫情发展，各地陆续实行“封闭式”管理，限制居民及车辆出行，除生活必需品外，居民其他各方面消费需求锐减，企业当中尤其是依赖客流量获得收入的餐饮、影院剧院等消费导向型行业的，疫情期间的营收情况受到巨大冲击。

（五）跨境业务等其他方面

2020年1月30日，世界卫生组织宣布中国此次新型冠状病毒肺炎疫情构成“国际关注的突发公共卫生事件”（PHEIC）^[3]，各国纷纷采取相关应对措施，例如新西兰规定自2月3日起所有外国公民在自中国大陆离境或中转后14天内不能入境，意大利宣布进入国家紧急状态并取消中意直飞航班（后于2月7日恢复部分商业航班），其他各国也采取了一定的入境限制措施^[4]，这无疑将对中国企业境外业务的开展造成不利影响。

此外，因疫情防控而造成的营业暂停和场地空置也形成了企业的额外成本，同时因疫情原因，社会舆情走向、民众情绪等或也将对企业当下的经营状况造成潜在影响。

二、政府在各领域出台的应对政策

为减少和缓解疫情给企业经营带来的冲击和负面影响，国家多部门相继出台特殊时期的扶持政策，同时各地方政府也陆续推出地方性扶持政策，这些政策的出台对相关企业尤其是中小企业的发展尤为重要。

（一）财政税收

政府关于财政方面的应对政策主要包括给予财政贴息、加大对融资担保服务的扶持以及减免行政事业性收费，而在税收方面主要包括企业/个人所得税相关项目扣除、增值税相关税额退还、部分特定增值税免征以及延长企业亏损结转

年限等,这些财政税收方面的政策将一定程度上帮助企业降低成本,减轻企业在特殊时期的成本压力。

财政部2020年2月1日发布的《关于支持金融强化服务 做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的通知》(财金〔2020〕3号)中,提出了包括对疫情防控重点保障企业贷款给予财政贴息支持、加大对受疫情影响个人和企业的创业担保贷款贴息支持力度、优化对受疫情影响企业的融资担保服务等财政扶持政策;财政部、税务总局2020年2月6日发布的《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)提出,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,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,纳税人运输疫情防控重点保障物资、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的收入免征增值税等。

此外,地方政府发布的扶持政策中亦有财政税务方面的体现,例如《北京市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响促进中小微企业持续健康发展的若干措施》(京政办发〔2020〕7号)中包含给予小微企业研发补贴、房租补贴、运营补贴,对受影响较大的中小微企业停征污水处理费、占道费等部分行政事业性收费,为经营困难企业办理延期纳税等措施;浙江省扶持政策规定对确有特殊困难而不能按期缴纳税款的小微企业可申请延期缴纳税款。

(二) 金融信贷

给予税收优惠可被称为帮助企业“节流”,加大金融信贷方面的扶持力度则可谓帮助企业“开源”。金融信贷方面的政策,从国家宏观层面主要表现为保持流动性充裕,加大货币信贷支持力度,完善受疫情影响的社会民生领域的金融服务,提高金融服务效率,加大开发性、政策性银行的信贷支持力度。外汇方面的政策包括支持企业合理用汇需求,简化疫情防控相关跨境人民币业务办理流程等。从地方层面而言,例如《关于印发上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展若干政策措施的通知》(沪府规〔2020〕3号)中提出,鼓励当地大型商业银行加大对抗击疫情和受疫情影响较大行业及中小微企业的信贷投放,降低贷款利率。

而就上市公司、债券市场等金融领域而言,央行、财政部等五部门联合发布的《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情的通知》(银发〔2020〕29号)提出加强金融基础设施服务保障,稳妥开展金融市场相关交易、清

算、结算、发行等相关业务工作,提高债券发行等服务效率,对募集资金主要用于疫情防控以及疫情较重地区金融机构和企业发行的金融债券、资产支持证券、公司信用类债券建立注册发行“绿色通道”等,上市公司的信息披露监管则可适当灵活调整,并放宽资本市场相关业务办理时限。此外,上海证券交易所、深圳证券交易所、中国银行间市场交易商协会也相继发布相关文件,在各自领域具体细化国家相关扶持和应对政策。

(三) 劳动人事领域

劳动者作为企业开展生产经营活动的基本要素之一,劳动人事同样也是需要重点关注的领域,尤其是对于劳动密集型、劳动依赖型企业而言。国家关于劳动人事领域的扶持政策,主要包括确保重点企业的用工需求,通过加大失业保险稳岗返还力度、培训补贴及工业企业结构调整专项奖补资金等方式支持小微企业稳定就业,同时鼓励企业做好返岗复工的疫情防控工作,疫情期间在推进就业工作方面进行相应调整,例如暂停举办现场招聘会而推行视频招聘、远程面试等形式。

地方层面也主要从用工补贴、社保返还等方面着手,广东、浙江、上海等地相继推出相应政策。其中,上海“沪府规〔2020〕3号”文件中提出实施灵活用工政策,“因受疫情影响导致生产经营困难的企业,可通过调整薪酬、轮岗轮休、弹性工时、综合调剂使用年度内休息日等方式稳定工作岗位,具体方式由企业与企业协商确定”。这些政策措施都将对缓解企业在疫情特殊时期下用工方面的压力带来积极作用。

(四) 原材料供应及产品销售

原材料市场供应方面,国家扶持政策主要包括稳定原材料供应市场的价格,保证重点领域原材料供应,加强物资的交通运输管理,为涉及疫情的重点地域、重点物资开通“绿色通道”;产品销售方面,鼓励企业创新销售模式,鼓励企业通过互联网开展相关销售及活动。此外,针对国内的外贸企业可能面临的生产经营及合同履行方面的困难,商务部办公厅在《关于帮助外贸企业应对疫情克服困难减少损失的通知》中提到,充分发挥纺织、轻工等行业商会的作用,例如商会应协助有需求的企业无偿出具因疫情导致未能按时履约交货的不可抗力事实性证明,协调国内外组展机构,帮助因疫情无法出国参展的企业妥善处理已付费等。

各地方政府也同样结合所辖区域内的实际情况,制定了相关扶持政策来保

障企业生产经营所涉及的原材料供应及产品销售活动。例如浙江适当下调工业用电用水价格、工业用天然气价格,对承租国有资产类经营用房的小微企业进行减租或免租;北京则加大政府采购和中小微企业购买产品服务支持力度,全市预算单位在满足机构自身运转和提供公共服务基本需求的前提下加大对中小微企业的政策倾斜力度,进一步提高面向中小微企业采购的金额和比例。

(五) 司法保障及行政执法措施

从司法机关的角度,在最高人民法院、最高人民检察院召开的相关党组会议、发布的相关疫情防控期间办理刑事案件指导意见等表明,司法机关要准确适用法律,依法严惩抗拒疫情防控措施、暴力伤医、制假售假、哄抬物价、诈骗、聚众哄抢、造谣传谣、疫情防控失职渎职、贪污挪用、破坏交通设施、破坏野生动物资源等各类违法犯罪,保障社会大局稳定有序;同时也提出要保障疫情期间当事人在司法机关参与的相关司法活动有序进行。地方法院也同样提出相关指导意见,例如上海市高级人民法院出台《关于充分发挥审判职能作用为依法防控疫情提供司法保障的指导意见》,提出加强网络司法服务,大力推行在线诉讼服务等方便当事人办理相关诉讼事务,高效化解与疫情防控有关的民商事纠纷,保障当事人相关诉讼时效利益,同时提出从司法的角度积极缓解企业融资难题,加大对危困企业申请诉讼费用减、免、缓的支持力度,适当调低申请财产保全的危困企业的保证金比例或采取灵活担保方式。

从行政执法的角度,市场监管部门对哄抬物价、价格欺诈、产品质量不合格等扰乱市场秩序的违法行为加大查处力度,维护防疫用品及涉及生活必需品市场价格秩序。

(六) 国际关系处理

疫情发生以来,中国政府本着认真负责的态度,加强与包括世界卫生组织在内的国际组织及其他国家和地区在医疗、物资、商贸、人员流动等领域的协作与沟通,为中国企业争取了有利的外部环境和条件,为尽快控制疫情作出了外交及国际关系方面的努力。2020年1月28日国家主席习近平会见世界卫生组织总干事谭德塞时,谭德塞表示在疫情面前中国政府采取了及时有力的举措,“世界卫生组织坚定支持中国抗击疫情采取的举措,愿同中方加强沟通合作,提供一切必要协助”。^[5]

三、进一步建议

(一) 政府层面

截至目前,国家各部门及多个地方政府相继出台了一系列如前述的疫情应对及企业扶持政策,但同时也应当看到,部分政策尚有进一步细化和改进的空间。首先,目前部分扶持政策仅侧重针对受疫情影响较大的重点区域、行业、领域,而未覆盖更广范围的其他地区、行业、领域,例如部分税费的减免政策仅适用于疫情防控重点保障物资生产企业,但本次疫情波及的行业及领域范围较大,建议后续进一步出台能够适用于更多地区、行业、领域的税收优惠等扶持政策,帮助更多企业,尤其是众多中小企业渡过难关。其次,部分政策目前处于宏观指导意见阶段,有待具体负责的主管部门、地方政府对相关政策做进一步的细化规定,如此方能使得中小企业获得更具体、更广泛的扶持和优惠条件。

此外,可在条件成熟时,设立受疫情影响中小企业扶持基金,这是出于目前无法估量本次疫情影响的持续时长而作出的长远打算。

(二) 金融机构

目前看来,参与信贷等金融扶持政策的银行主要为国有银行、地方大型国资银行。为使得国家相关金融信贷优惠政策能够更好地发挥效能,建议各地区中小型城市商业银行、信用合作社等金融机构,在有效控制自身风险的情况下,都能切实制定相关支持中小企业减轻资金负担的措施,加强对中小企业特殊时期的信贷资金支持。

(三) 企业本身

尽管政府及相关金融机构的支持非常重要,但企业本身的努力是根本性的,是解决问题的主要着力点。面对疫情,企业应当制定应对疫情特殊时期的经营战略,灵活调整经营方式,传统行业可充分利用现代互联网技术,开拓业务新渠道。此外,还可加强行业与行业之间、企业与企业之间的协助与配合,目前市场上已有先例。线上生鲜零售企业“盒马鲜生”与传统餐饮企业“云海肴”“青年餐厅”“西贝”等进行协作,开展员工“共享”(法律关系上或为临时劳务聘用),传统餐饮企业部分员工在经面试、培训、体检等程序并确认劳务合同后,入驻“盒马鲜生”各地门店参与打包、分拣、上架等工作^[6]。这将一定程度上改善短期之内不同业态企业之间劳动力资源临时分布不均的尴尬局面,有利于缓解企业在劳动

用工方面受本次疫情的负面影响。此外,企业应努力提升自身实力,重视科技创新,同时增强法律意识,做到特殊时期亦能合法合规开展经营,积极配合政府部门的疫情防控工作,以尽早遏制疫情,恢复正常的生产生活。

(四) 企业职工

从企业职工的角度而言,疫情期间在遵守国家疫情防控相关工作要求的前提下,可开展灵活就业或兼职,同时应加强与所在企业的沟通,做到合法合理表达自身诉求。

四、结语

广大中小企业虽说从个体角度来看规模和体量相对较小,但它们是中国经济的重要组成部分,涉及中国社会的就业稳定、消费水平、民众日常生活等方方面面。而疫情发生以来,中央及地方政府采取了大量措施严防严控,在全球经济逐渐成为“共同体”的今天,一国发生经济波动,将无可避免影响到其他与之具有经济联系的国家,从目前来看,国际社会充分肯定了中国政府在抗击疫情方面所做的工作。中小企业要走出本次“疫情困境”,需要依靠来自国家政府、金融机构、市场服务机构、企业自身以及企业职工等各方面的共同努力,尽早结束“暂停”状态,早日恢复正常生产生活。期待疫情和中小企业的困境早日过去,雨过天晴。

注释及参考文献

- [1] 有媒体报道娱乐行业北京“K歌之王”《总经理致全体员工的一封信》中提及将全体裁员;此前有“西贝”创始人贾国龙在接受媒体采访时透露企业正面临巨大的经营困难和考验。
- [2] 参见朱武祥、刘军、魏炜:《995家中小企业调研:85%的企业撑不过3个月》,发表于《中欧商业评论》,转引自公众号“中欧众创平台”,https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzIzNDE5NTM0Mw==&mid=2651376772&idx=1&sn=feed49cafaee0950f92725222385dff&chksm=f3067c64c471f5726d609c53bbfee7dfcf2bbbc715bc52d5c6d237a73b7f19db7086192bf1c2&mpshare=1&scene=1&srcid=0208U4YGSbNXltMAMlJb7G0Z&sharer_sharetime=1581212231446&sharer_shareid=3e9d1b91ca824df559952b617f1f221d&key=3aacd39aea694f76d1b30b7c787c4af086121e85f7eb00df3114afcae95b0f3e4756f1ee4c4fb36ad349915e9f4a86e8938ccfe402987315e27765ca4f9a0e05464b

77583da79ab25b9ea071a167c1a5&scene = 1&uin = MTA5ODk2OTgwMg%3D%3D&devicetype = Windows + 10&version = 6208006f&lang = zh_CN&exportkey = Aafs0o0vHsnKQ6buTnxw0FM%3D&pass_ticket = 9tHY2IkSP2H705On8Zr2wIL8StMMxGa5rmwI8quQYdiIlpcxMMhvPY7t7hA56sZR。

- [3] 参见世界卫生组织官方网站:《关于 2019 新型冠状病毒疫情的〈国际卫生条例(2005)〉突发事件委员会第二次会议的声明》, [https://www.who.int/zh/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/zh/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))。
- [4] 信息来源于国家移民局网站:《近期有关国家入境管制措施提醒(2020.2.9)》, <https://www.nia.gov.cn/n741440/n741542/c1241630/content.html>。
- [5] 资料来源于外交部网站:《习近平会见世界卫生组织总干事谭德塞》, <https://www.fmprc.gov.cn/web/tpxw/t1736790.shtml>。
- [6] 资料来源于腾讯新闻, <https://xw.qq.com/cmsid/20200208A02L8B00?f=newdc&scene=2&clicktime=1581169286&enterid=1581169286&from=timeline&isappinstalled=0>。

[作者 管建军:国浩律师事务所合伙人(上海),
华东政法大学国际经济法法学硕士

刘旭星:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学国际经贸法律硕士]

[审稿人 孙敬泽:国浩律师事务所合伙人(北京)]

21. 疫情下科学恢复生产,高效建立灾备计划方法研究

——小议以合规理念构筑企业运营灾备计划

◎ 李海嘉

2019年12月以来,湖北省武汉市暴发了严重的新型冠状病毒感染肺炎疫情(以下简称“新冠肺炎疫情”或“疫情”),受春节返乡潮影响,疫情迅速蔓延至全国其他地区。为保证防控工作的顺利开展,全国各地的民众积极响应国家号召,过了一个“宅在家”的春节,根据中央及地方政府的各项要求,全国各地的企事业单位也都纷纷推后开复工。目前空前漫长的2020年的春节假期将结束,全国绝大部分地区的企事业单位均将迎来集中开复工潮,而四川等地区已经于2020年2月3日正式开复工的机构也将取消“远程办公”“轮值办公”等弹性工作制,恢复正常工作状态。尽快恢复生产,降低疫情对经济的不良影响是全社会的责任,但如何在恢复生产的同时做好防疫工作,也给各企事业单位提出了很大挑战。

因为长期为各类企业提供法律服务,对企业的运营体系具有较为深入的了解,我们结合企业内控及合规管理经验就新型冠状病毒疫情防控形势下企业如何迅速建立灾备计划,避免由于开复工后发现新增病例而较大范围工作人员被隔离导致被迫停产停业,提出如下建议,供各企业及相关监管部门在决策时参考。

灾备的概念最初是用于数据和系统等的备份,但随着经济社会的发展,该理念获得了诸多跨国企业的认可,逐渐发展演变成为覆盖企业关键运营环节的灾难备援体系,即利用科学的理念和方法,搭建出系统化的应急方式来应付可能发生的灾难。

灾备计划必须依据各个企业的实际情况具体识别关键运营环节了作出特殊安排,没有统一的“模板”可供套用。但凭借我们长期为企业提供企业合规管理、风险管理及内控体系建设服务中积累的经验,在当前的紧急情况下,可充分应用相对成熟和成体系的合规管理理念,快速识别不同性质机构的关键运营环节,并及时作出针对性安排。

一、借鉴合规理念设计高质量灾备计划

科学制定灾备计划所需要的全面覆盖、重点突出、高效培训、信息畅通等必备要素都在2017年12月中国国家质量监督检验检疫总局、中国国家标准化管理委员会发布的ISO 19600《合规管理体系指南》，以及2018年11月，国务院国资委印发的《中央企业合规管理指引（试行）》中有较为清晰的界定和描述。而从企业内部风险防控的角度来看，企业内部合规风控体系也是制定并高效执行的灾备计划的组织保障。考虑到目前很多企业还未建立严密的内部风险防控体系，我们结合全面合规管理思维，提示高效建立企业灾备计划的要点如下：

（一）摸清家底，要事优先

企业在进行合规管理体系建设中，必须考虑合规成本投入的有效性，首要的任务是准确识别本企业最为关键的业务环节和面临的风险，根据自身的风险偏好和成本承受能力，决定所要优先满足的义务，对合规风险分别采取消除、降低、控制、监督、警惕五种基本态度。灾备计划的制定同样适用该理念，灾难状况下各方面资源受到很大的限制，必须“好钢用在刀刃上”。将“提升合规成本效用比”的思路应用到企业灾备计划的迅速建立中，则是要快速地圈定最可能受疫情影响而发生问题的业务环节、业务板块，并准确地识别可能根本性影响这些业务环节、业务板块正常运转的人员变动风险。找准风险点，并按照风险发生可能性的大小，以及一旦发生风险的危害程度，将各个风险点进行轻重缓急排序，以确定有限的灾备资源应如何高效投放。该“找出关键问题”步骤是制定合理高效的灾备计划的基础。

（二）整体联动，全面覆盖

企业运转是一个有机整体，任何关键环节的缺失或失能都会影响整个企业的顺利运转，造成巨大损失。面对疫情威胁紧急建立灾备计划时，亦可借鉴合规管理体系建设中的“全面覆盖”理念，以合规视角全面审视排查企业的各个运营环节，快速梳理覆盖经营决策、生产运营，以及内控领域的核心运转流程。只有在建立灾备计划时就设计好能全面覆盖企业正常运转所需的各个经营环节的替代性方案，当真正出现问题时才能确保企业有效运转，将损失降至最低。

另一方面则是需要全面考虑人员配置的替代性方案。该问题较之流程识别与替代性流程设计更为复杂，需对灾备计划中替代性方案的全流程各环节需要

的最低人员配备进行评估,设计出满足不同生产力保持水平的人员配备方案,并充分考虑人员兼职的可能性与可持续性。从当前新冠肺炎疫情引致的隔离期要求来看,将 14 天作为人员替代的灾备周期是最低要求。

(三) 提高认识,全员培训

灾备计划作为企业在面临严重灾害时的备份操作方案,需要企业全体员工,尤其是管理人员对其有相当的熟悉度和可获得性。即需要在灾难发生时,各相关人员能有条不紊地按照灾备计划操作,尽快平复灾难带来的情绪恐慌和生产运营混乱,将灾害对企业生产运营的影响降至最低程度,也利于在灾害被控制后尽快恢复正常企业运营。因此,灾备计划制定后必须在企业内部广泛宣传,确保全体员工,尤其是关键岗位人员和管理层能熟知灾备计划的内容,以及在灾备计划中自身的职责。合规管理系统也非常强调全员知悉合规要求,以及关键岗位关键人员重点培训和重点考核。

灾备计划的全员培训中,可借鉴合规培训的经验与要求,将需要重点掌握灾备计划的人员单独列出,重点组织培训并重点考核,培训频次也应相应提高。而其他一般人员,则可以充分利用线上培训系统,并通过发放宣传资料等方式向其培训到位。为了保障培训的有效性,各类培训都应配合实施必要的抽查与考核。

(四) 专人汇报,信息通畅

灾备计划作为企业生产运营的特殊情况下替代方案,其执行的有效性以及执行中发生的问题是需要被密切关注的,一旦发生问题需及时解决。因此,在灾备计划中应参考合规体系中“合规联络员”的安排,在各个关键生产运营环节设立灾备情况联络员,负责将灾备计划执行过程中遇到的问题第一时间反映给企业决策层,从而争取能在最快时间得到解决,避免本来就比较脆弱的灾备计划生产运营替代方案无法顺利运转。

二、灾备计划制定的实务建议

新冠肺炎疫情当前,企业开复工后面临重大挑战,科学、高效地制定企业运营灾备计划刻不容缓。结合我们长期为各类企业提供内部风险管控的经验,分享制定灾备计划中通用性较强的操作性要点如下:

（一）疫情期间实施严格的倒班制，控制人员往来

就当前新冠肺炎疫情对企业可持续运营带来的风险的防控需求来看，最关键的灾备措施是确保万一在返岗员工中发现确诊病例，不会导致整个生产环节的瘫痪，不会导致整个职能部门人员成建制地被隔离。

为防范这一风险，最有效的方式是“分组工作制”，即将灾备方案中全面覆盖企业正常运转所需的各个经营环节的各职能部门的人员都至少分为两组，不同组人员间错时办公、错时生产，严格执行“不同组人员不得见面”的制度，并且在两组人员工作交接的间隙对工作场所进行消毒、通风等防疫处理。

考虑到“分组工作制”可能会突破与员工签署的《劳动合同》中约定的工作时间安排，为避免产生不必要的纠纷，企业应将应对新冠肺炎疫情而启动的灾备计划和“分组工作制”向全体员工公告，并组织员工签署《同意函》。当然，该签署工作也应该在严密的“分组工作制”下进行，避免发生因返岗人员中发现新冠肺炎确诊病例而导致大规模人员隔离，影响生产运营的情况。此外，从目前全国各地相继推出的抗击疫情、支持企业发展的政策性文件来看，也都是支持企业在疫情期间根据实际情况调整工作时间安排的。

（二）建立高韧性的灾备计划备岗制度

考虑到即便在实行了“分组工作制”的情况下，也存在部分员工可能因为成为新冠肺炎确诊患者的密切接触者而按照政府防疫要求被隔离的情况，存在突发性部分减员的可能性，企业还应对各个灾备计划中的必要生产运营环节的备岗方案进行评估和安排，建立“灾备计划的灾备计划”。

与很多企业都已实际在执行的“关键岗位备岗”制相比，新冠肺炎疫情下的灾备计划备岗制度应更加关注突发性减员对企业生产运营的影响。为应对突发情况，企业需要对生产运营的关键环节、关键部门的“运营维持人员配备最低标准”进行评估和安排。在测算出维持某运营环节或部门的最低人员配备标准后，应在已实行“分组工作制”的同组人员中再行细化每个人的职责，一方面是灾备情况下如何履行本职工作，另一方面是应对突发事件的备岗职责如何履行。考虑到因疫情而被隔离人员的不确定性，为确保生产运营，应保证每个关键岗位有两名可备岗的人员安排。

为了保证备岗人员在确需顶岗时能顺利投入工作，在安排备岗人员时应尽量安排对该备岗工作职能较为熟悉的人员，除此之外，建议企业人力资源部门将关键岗位的职责及工作要求以书面提示等方式发送给备岗人员，并安排备岗协

助人员指导协助。在“分组工作制”的情况下,备岗协助人员可以由另一组的该工作岗位人员远程担任,提供咨询和指导。

(三) 建立远程办公信息安全保障体系

新冠肺炎疫情期间,充分发挥线上办公系统的功能,工作内容能远程在线完成的人员尽可能推后集中办公时间是企业的明智选择。而在较多人员远程办公的情况下,除了保障远程办公的信息流畅之外,建立合理的信息安全保障体系也是当务之急。针对当前的新冠肺炎疫情,建议从三个方面建立灾备计划信息安全保障体系。

一是应该再次快速梳理识别各项关键信息的涉密等级,建立或重申强调各类关键信息的保密范围,强化相关人员的保密责任。应强调不同层级的“工作群”人员范围并严格执行,尤其应关注由于重要涉密信息、涉密文件等通过微信、QQ等社交软件发送带来的信息安全隐患,并制定有效应对措施。

二是需强调文件信息的备份。由于远程办公需大量利用各类信息技术和办公系统软件,各类信息的保存载体也是电子文件、电子信息,存在由于系统原因、网络传输原因等意外丢失、损坏的风险,灾备计划中有必要向远程工作人员强调及时保存、备份文件信息的重要性。

三是需要建立“信息接收确认制度”。远程办公中必然面临的情况是信息发送与接收存在非同步性,从而可能导致重要信息被滞后处理,甚至由于网络传输、系统障碍等原因导致信息接收方没有接收到信息。因此,在灾备计划中也应该建立并强调“信息接收确认制度”,即由信息发送者负责确认信息接收方已经及时、准确地接收到信息,并且将该确认留底备查。

考虑到确有部分工作需要现场办理、协作完成,以远程工作为主的人员可能临时性返回办公区域集中办公。所以,也有必要让以远程办公为主的人员实行严格的“分组工作制”,保证非同组人员疫情期间绝不见面。

三、律师助力高效灾备计划制定与执行

虽然企业灾备计划的主体内容是企业自身的生产运营灾备方案,但其作为企业风险防控体系的重要组成部分,其制定与实施更需要严格贯彻风险管理思维,才能做到紧急情况下“忙而不乱”,避免执行过程中产生其他风险。除灾害情况带来的外部风险、企业自身经营管理的固有风险之外,考虑到灾备计划应用的特殊情况,还应格外关注灾备计划制定与执行中的合规风险、法律风险。

在新冠肺炎疫情期间,国家及地方各级政府纷纷出台了系列针对性的疫情防控政策要求,企业在制定和执行灾备计划时应严格贯彻这些疫情防控政策,并落到具体工作中,避免灾备计划中的操作方案违反了疫情防控政策而招致处罚,甚至导致疫情蔓延。此外,疫情到来并不免除企业在正常情况下应当遵守的各项法律法规、监管制度的义务,灾备计划的制定和执行同样需要满足正常的合规标准,不能有所疏漏。所以,企业在制定及执行灾备计划时有必要引入专业的律师提供灾备计划合规服务,确保企业灾备计划“简而不陋”,不会产生更多的风险暴露。

在灾害发生的紧急情况下如何防控法律风险集中爆发,避免“雪上加霜”也是企业在制定和实施灾备计划时必须考虑的问题。从实务的角度来看,引入专业律师参与企业面临的风险评估,尽快识别在特殊情况下企业面临的风险,是防范法律风险集中爆发的有效措施。以当前的新冠肺炎疫情影响为例,引入专业律师参与企业风险评估,尽早发现由于工作安排变化、人员变化等带来的自身履约能力的变化,并客观评估疫情带来的交通物流、原料供应,订单变化等影响,及时识别风险并找到应对举措,是避免企业在灾害中承受更多损失的有效方法。

此外,近期各地方政府也相继出台了系列抗击疫情扶持企业的优惠政策,如何准确把握政策精神,为企业争取最大化政策扶持利益,也是近期企业应该重点关注的问题。而律师作为专业的制度研究和实务工作者,也能在该方面为企业提供极大帮助。

著名投资人、畅销投资哲学图书作家纳西姆·尼古拉斯·塔勒布在其名作《反脆弱》中反复强调这样一个观点:每个组织或个人都会从波动得到利益或承受损失。脆弱是指因为波动和不确定而承受损失,反脆弱则是让自己避免这些损失,甚至因此获利。既然新冠疫情这一“黑天鹅”事件已无可避免,那我们正确的思维角度应该是想办法从中获取最大利益。企业如果能在本次疫情中及时建立并高效践行灾备计划,便能有效提高企业的整体风险管理水平,在压力和危机中增强维持生存与繁荣的韧性,实现“杀不死我的,将使我更强大”。

[作者 李海嘉:国浩律师事务所律师(成都),
西南财经大学经济法硕士,四川大学管理学博士]
[审稿人 万志尧:国浩律师事务所合伙人(上海)]

22. 小议新冠肺炎疫情期的 股东大会召开方式

◎ 刘 维

目前正值新冠肺炎疫情期,各地众志成城采取种种措施抗疫,按医学专家的建议,减少人群聚集是一项重要的防控措施。因此,作为上市公司,如能推迟股东大会的召开自然是上策。但从目前事态来看,要完全取得抗疫胜利可能还需一段时间,而有的上市公司既定的年度股东大会召开日迫在眉睫,有的上市公司因重大事项决议依规则不得不召开临时股东大会,因此为数不少的上市公司近期仍将召开股东大会。

有鉴于此,笔者建议近期上市公司尽量采取视频会议方式召开股东大会,减少人员聚集,防止新冠肺炎的交叉感染。那么以视频会议方式召开股东大会的合法性如何呢?笔者特意查阅了中国证监会2016年修订的《上市公司股东大会规则》(以下简称“《规则》”),《规则》第四章即是对股东大会召开的规定。

《规则》第二十条规定:“公司应当在公司住所地或公司章程规定的地点召开股东大会。股东大会应当设置会场,以现场会议形式召开,并应当按照法律、行政法规、中国证监会或公司章程的规定,采用安全、经济、便捷的网络和其他方式为股东参加股东大会提供便利。股东通过上述方式参加股东大会的,视为出席。”因此,在上市公司必要人员以现场会议方式参加,其他股东和人员以网络视频方式参加股东大会完全是合法的。

《规则》第二十一条还指出:“公司股东大会采用网络或其他方式的,应当在股东大会通知中明确载明网络或其他方式的表决时间以及表决程序。股东大会网络或其他方式投票的开始时间,不得早于现场股东大会召开前一日下午3:00,并不得迟于现场股东大会召开当日上午9:30,其结束时间不得早于现场股东大会结束当日下午3:00。”

那么,哪些人必须以现场会议方式参会呢?是否法定的参会人员都必须以现场会议方式参加股东大会呢?笔者认为不必然。通常而言,股东大会的主持人是应当现场参加股东大会的,其主持股东大会的过程通过网络视频方式传送

给所有以网络视频方式参会的人员。而其他所有普通股股东(含表决权恢复的优先股股东)或其代理人,均可以以视频会议方式出席股东大会。

依据《规则》,上市公司召开股东大会,全体董事、监事和董事会秘书应当出席会议,经理和其他高级管理人员应当列席会议。但《规则》并没有限定其出席、列席会议的方式,因此上述人员同样可以以网络视频会议的方式出席、列席股东大会。

股东大会的见证律师依法应当依据证券登记结算机构提供的股东名册共同对股东资格的合法性进行验证,并登记股东姓名或名称及其所持有表决权的股份数。只要在股东大会召开通知中明确因疫情所有股东均以网络投票方式参与表决,则见证律师完全可以通过网络投票系统对股东资格的合法性进行验证,并登记股东姓名或名称及其所持表决权的股份数。因此见证律师也可通过视频和网络方式完成律师见证工作。同样,计票人、监票人也可以通过网络投票系统在网络服务方的配合下完成计票、监票工作。

当然,上述分析是依据《规则》所规定的股东大会召开方式而进行的,适用于一般情况,如上市公司章程另有规定,且该规定不与《规则》相冲突,则须依据上市公司章程具体分析。

[作者 刘维:国浩律师事务所执行合伙人,上海交通大学法律硕士]

[审稿人 万志尧:国浩律师事务所合伙人(上海)]

23. 新冠肺炎疫情防控下相关 破产程序的应对

◎ 国浩杭州重整重组团队

前言

2020年1月起,新冠肺炎疫情在湖北省爆发,并蔓延至全国各地。中央及地方政府根据《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称“《传染病防治法》”)采取了强有力的紧急措施遏制新冠肺炎疫情的蔓延,如限制或停止各类人群聚集活动,停工、停业、停课等。此外,还根据《中华人民共和国突发事件应对法》(以下简称“《突发事件应对法》”)制定相应应急预案,并实施各类应急处置措施,如关闭或者限制使用有关场所,实行交通管制等。该等各项疫情防控措施极有成效地控制了新冠病毒的传播,却也对社会的经济活动以及人们的日常生活造成了不同程度的影响。

伴随着该等疫情防控措施的实施,也产生了实体和程序上的法律效果。《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”)第一百八十条第二款规定,不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。疫情的发生对社会而言应属不能预见之事,但并不当然构成不可抗力,而为遏制疫情蔓延,政府所采取的一系列紧急措施或应对措施,在客观上对于民事主体而言构成无法避免且无法克服的困难。近期,全国人大常委会法工委在针对疫情防控法律问题的解答中明确,政府采取的疫情防控措施属于不可抗力。因此,根据《民法总则》和《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)的规定,如果因疫情防控措施导致破产程序相关各方权利无法行使,义务无法履行的,应可免除相应的民事责任,或在不可抗力因素消除(疫情防控措施撤销或降级)后再行使权利和履行义务。又根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)第八十三条和《突发事件应对法》第十三条,在程序上,不可抗力事由可以构成程序中止的法律效果。由此意味着,当各项疫情防控举措导致程序活动无法正常开展时,该等程序可予以暂停,待不可抗力事由消除(疫情防控措施撤销或降级)后再恢复

进行。

破产程序是牵涉法院、管理人、债权人、债务人、职工、投资人等一系列相关方的司法程序。本文根据相关法律规定,结合疫情防控现实及破产工作实际,提出破产程序中相关各方可采取的应对措施,旨在为破产工作提供参考,为坚决打赢疫情防控阻击战提供服务。

一、破产案件的受理

按《中华人民共和国企业破产法》(以下简称“《企业破产法》”)及司法解释规定,法院审查受理破产案件的标准为企业不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力(受理重整还包括有明显丧失清偿能力可能的情形)。受疫情及防控举措的影响,较多的社会经济活动被迫停滞,在疫情防控期间企业入不敷出的情况时有发生。众多中小型民营企业资金链紧张,抗风险能力薄弱,极有可能面临资不抵债或者明显丧失清偿能力的困境。在疫情防控期间,甚至在疫情结束后的一段时间内,法院审查债权人破产申请时应重点审查企业面临清偿能力不足的原因,对主营业务良好或疫情发生前生产经营正常但受疫情影响而暂时不能清偿到期债务的企业,人民法院应综合把握,对确实受疫情影响短时间内不能清偿到期债务的企业,一般不应认定该企业具备破产原因,不受理对该等企业的破产申请。同时,人民法院应当严格落实《企业破产法》第十条规定的债务人企业异议程序,债务人企业对破产申请无异议的,在符合破产受理条件的情况下,人民法院依法裁定受理;债务人企业对申请有异议的,人民法院应当依法审慎审查,尽可能引导申请人和债务人通过和解、调解等方式化解纠纷。对于债务人因受疫情影响而自行申请破产的,建议尊重债务人的意愿,对符合受理标准的破产申请予以受理,及时通过破产程序维护各方权益。

此外,对于在疫情发生前已向人民法院提交破产申请但未正式受理的案件,由于疫情防控措施可能对法院审查工作、债务人异议、案件影响力广泛而需召开听证等程序工作造成影响,对于该类型破产申请,法院在审查过程中应酌情考虑疫情防控措施的影响,以充分保障相关各方的权利。

二、债务人的接管及调查

《企业破产法》第二十五条规定,管理人应当履行“接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料;调查债务人财产状况,制作财产状况报告”的职责。但在疫

疫情防控期间,由于各种防控措施,管理人正常开展现场接管债务人工作存在一定的障碍。针对此种情况,管理人应先向法院报告相关情况,征得法院同意后延期接管,待疫情结束或得到有效控制后再行开展接管工作。但同时应在第一时间向债务人相关人员释明财产、印章、资料妥善保管等相关义务及法律责任,并要求其定期经常向管理人报告保管情况。如果可通过邮寄等方式进行接管的,管理人可以考虑予以接管。如果发生违法违规行为或特别紧急情况的,在报告法院后应对债务人的财产、印章、资料采取保全措施。

在疫情防控期间,管理人各项现场调查工作同样存在障碍。对此,管理人可借助线上申请、网络查询、电话查询等非现场渠道对债务人的房产、车辆等资产状况、债权债务关系、涉诉涉执情况开展尽职调查工作。如有条件借用执行网络查控系统进行调查的,可以请求法院予以协调。

三、债权申报和审查

《企业破产法》规定了债权申报期限最短 30 日,最长 3 个月。在该期间内债权人应当向管理人申报债权,管理人收到债权申报材料后应当登记造册,并进行审查,编制债权表。

鉴于前述疫情防控的紧急措施,现场债权申报工作在疫情防控期间应当暂停。管理人可通过各种渠道通知债权人以电子邮件、网络债权申报平台、微信、邮寄等非现场的方式进行债权申报。《最高人民法院关于企业破产案件信息公开的规定(试行)》(以下简称“《破产案件信息公开规定》”)第十条规定,债权人在破产重整案件信息网实名网上申报的债权与其他方式具有同等法律效力。债权申报在之前已开始但疫情防控期间仍未结束的,管理人可根据破产案件的具体情况结合债权申报情况,根据《民事诉讼法》第八十三条规定向法院申请顺延债权申报期限。若疫情严重及各项紧急措施导致债权现场和非现场申报都无法进行的,根据《突发事件应对法》第十三条,管理人可向法院申请中止债权申报期限,待相关措施取消后恢复债权申报工作。

疫情防控期间,债权审查工作可通过电子化的方式进行。纸质版债权申报材料登记造册后应及时扫描成电子档案,以供管理人远程审核。对于法律关系复杂、证据材料较难认定的债权,管理人可以采取视频询问、网络调取证据材料等方式予以核查固定。在客观条件下审查后难以确认的债权可暂缓确认,待疫情结束后再行审查。

四、债权人会议召开

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》(以下简称“《破产法司法解释三》”)第十一条规定,债权人会议表决既可采取现场形式,也可采取非现场形式。此外,《破产案件信息公开规定》第十一条规定,在破产重整案件信息网召集债权人会议形成的表决结果与现场投票形成的表决结果具有同等法律效力。在疫情防控期间,现场形式的债权人会议作为人群聚集性活动不宜召开。因此,对于尚未确定时间地点的债权人会议,可通过通信、邮寄、网络等非现场形式召开,表决相关决议事项。

对于已经公告且即将召开的现场债权人会议,经人民法院同意后,可暂停疫情防控期间的现场债权人会议。在做好公告和债权人通知工作后,可以借助网络或信息化手段召开线上债权人会议,也可以推迟债权人会议召开时间。

五、管理人职权行使

《企业破产法》及其司法解释对管理人的各项职权进行了规定。《企业破产法》第十八条规定了管理人决定合同继续履行或解除的权利,管理人对双方均未履行完毕的合同有权决定继续履行或解除。管理人自破产申请受理后2个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起30日内未答复的,视为解除合同。《企业破产法》第三十一、三十二条规定,对涉及债务人的相关行为,管理人可以请求法院予以撤销。《企业破产法》第十六、三十三条规定,管理人可以就债务人的个别清偿、隐匿转移财产、虚构或承认不真实债务的行为确认无效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第四十一条规定,针对债权人的抵销主张,管理人如有异议,应当在约定的异议期限或自收到通知之日起3个月内提出诉讼。

根据各项规定,针对有行权时间限制的管理人职权,如合同的继续履行或解除、抵销异议的主张,在疫情防控期间,管理人也应在规定时间内通过邮寄书面文件或诉讼方式及时行权。如果管理人需通过诉讼方式行权的,则应当按照破产法庭的指示安排,通过网上立案平台、移动微法院、12368司法服务热线等各种渠道进行网上立案或开展诉讼活动。相较而言,破产撤销和确认债务人行为无效的期限较为宽裕。在破产程序持续期间,管理人可随时提起破产撤销或确认债务人行为无效的诉讼。在破产程序终结后,根据《企业破产法》第一百二十

三条规定,破产撤销和确认债务人行为无效的除斥期间为2年。因此,针对该两种状况,为妥善安全起见,管理人可在疫情防控结束后及时履行职权。

六、债务人合同履行

如前所述,管理人对双方均未履行完毕的合同有权决定继续履行或解除。由于新冠肺炎疫情的扩散及防控措施的影响,应当重点评估和审查疫情和防控措施对合同履行及对债权人利益的影响,从实际情况出发依法采取应对措施。如双方均未履行完毕合同涉及与疫情防控相关的应急救援物资、生活必需品和应急处置装备的生产、供给的,根据《突发事件应对法》第三十二条第三款规定,应当根据协议条款、防疫需求,积极履行协议并保障应急救援物资、生活必需品和应急处置装备的生产、供给。

而对于在破产程序内债务人与相对方新签订的合同,或是已明确继续履行的合同,在疫情防控状态下,该等合同的履行势必受到影响,可能出现履行迟延甚至履行不能的状况,债务人及相对方应当根据合同履行受影响的状态及早应对。总体上,该等合同如能继续履行的,建议债务人或相对方继续履行合同,审慎以不可抗力或情势变更为由解除合同。

《合同法》第九十四条规定,因不可抗力致使不能实现合同目的的,当事人可以解除合同。破产程序中针对此类合同,应当结合债务人和相对方的预期、新冠肺炎疫情的发展等实际情况判断疫情是否构成不可抗力。此外,在新冠肺炎疫情属于不可抗力的情况下,还需判断该等不可抗力是否达到了致使合同目的不能实现的程度,如若没有,则债务人和相对方无权解除合同。

《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)》(以下简称“《合同法司法解释二》”)第二十六条引入了情势变更制度,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。根据该规定,新冠肺炎疫情也并不当然构成情势变更,应当结合合同履行的实际状况,新冠肺炎疫情的发展变化、债务人及相对方的预见性、合同履行的公平性来综合确定是否构成情势变更。如若新冠肺炎疫情构成情势变更的,受疫情不利影响的一方可以与对方重新就合同内容及履行事宜进行协商。如果协商不成,则可通过诉讼的方式请求变更或解除合同。

七、债务人营业管理

根据《企业破产法》等规定,在破产程序中只有两种债务人营业模式:一是在一定条件下债务人在管理人的监督下自行管理财产和营业事务,二是管理人负责债务人财产管理和营业事务。

在债务人自行管理财产和营业事务的模式下,针对新冠肺炎疫情,管理人要切实履行好监督职责。一方面需正式通知债务人相关人员严格按照《传染病防治法》《突发事件应对法》的规定履行义务,遵守当地政府关于企业复工、疫情防控的各项规定和要求,并明确告知相应的法律责任。另一方面,管理人应要求债务人做好新冠肺炎疫情防控工作方案,并报告该等方案的进展情况。与此相对应的,管理人应适时对疫情防控工作方案提出反馈意见,并检查疫情防控工作方案的执行情况。如果发现债务人存在未按相关规定落实疫情防控责任,未按政府要求履行相应职责,未及时制定或落实疫情防控工作方案的,管理人应当及时报告法院和政府,根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第一百一十三条第三款规定,必要时管理人可以向人民法院申请终止债务人自行管理的决定。

在管理人负责债务人财产管理和营业事务的模式下,虽然根据《企业破产法》规定管理人可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务,但管理人将成为破产企业疫情防控的实际负责人,全面牵头负责债务人开展疫情防控工作。管理人应当根据《传染病防治法》、《突发事件应对法》的规定履行相应的法律义务:(1) 根据《传染病防治法》第三十一条规定,管理人发现债务人营业场所内存在疑似病人时,应当第一时间向卫生防疫部门履行告知义务并采取隔离等防控措施;(2) 根据《传染病防治法》第十二、五十四条规定,管理人应当配合卫生行政部门的调查取证、检疫防控、监督检查;(3) 根据《突发事件应对法》第二十二条规定,管理人应当根据政府疫情防控的要求,制定债务人疫情防控工作方案或应急预案,切实落实贯彻疫情防控工作方案的各项任务,并及时将该等方案和落实情况报告法院和政府。

八、职工处理

在新冠肺炎疫情期间,国务院办公厅发布了关于延长2020年春节假期的通知,此外人力资源社会保障部就新冠肺炎疫情相关的职工劳动关系问题、劳动薪酬问题多次发文。在疫情持续期间,较多企业,特别是中小型企业因经济活动受

限而举步维艰,难免出现职工利益受损的情况。如该等企业最终因疫情影响进入破产程序的,管理人在按《企业破产法》第四十八条第二款规定调查职工债权时,还应根据人力资源社会保障部以及当地政府部门公布的文件调查计算职工债权。

破产企业如果继续营业的,经营活动同样可能因疫情影响愈加困难。对此,管理人应综合衡量判断破产企业的境遇以及疫情结束后经营恢复的可能,并结合实际情况灵活处理疫情防控期间的用工,适当情况下可以与职工协商疫情期间的工资待遇问题。

此外,如果在调查职工债权过程中因疫情防控受到障碍或不便的,鉴于职工债权的核查并无相应的时限,稳妥起见管理人可暂停职工债权的调查,待疫情结束后再行开展调查工作。对于职工债权的公示,除在债务人营业场所张贴公示职工债权外,在疫情防控期间,为避免职工聚集至现场查阅职工债权,管理人应利用微信群、邮件、短信等各种电子方式公示职工债权,并引导职工通过邮寄、微信、短信等方式提交职工债权异议等文件。

九、破产财产变价处置

《企业破产法》第一百一十一、一百一十二条对破产财产变价进行了规定,但在疫情防控时期,管理人在变价处置破产财产时应当充分考虑疫情的影响,遵守当地政府关于疫情防控的要求,尽量避免人群聚集活动。

对于已经公告即将举行的现场拍卖活动,应当延期举行,待疫情结束后再行恢复现场拍卖活动。与此同时应当采取电话、短信、邮件等适当的方式及时公告和通知,尽可能告知潜在竞买人。能够通过网络平台采取线上拍卖方式进行变价拍卖的,应尽量选择线上拍卖。针对线上拍卖的看样问题,首先应当避免集中看样,防范疫情扩散风险。在适当情况下,建议借助网络平台,引入在线直播、VR展示等技术,为意向买受人提供线上看样渠道。若仍能为竞买人提供单独的现场看样的,管理人可继续如期推进拍卖工作。但如果无法组织、提供看样的,建议延长公告、拍卖期限,甚至是中止或撤回拍卖,待疫情结束后或看样条件成熟时再酌情恢复启动拍卖程序。

如已拍卖成交的,因疫情防控措施导致尾款支付、办理拍卖成交手续、破产财产交付、过户登记等存在困难的,建议管理人报告法院、债权人委员会(如有设立)后适当予以延迟。

十、重整计划草案的制定

目前,多地法院出具相关意见,认为重整投资人招募、重整企业尽职调查、重整计划草案制定等工作可能因受疫情影响而无法正常开展,加剧了重整的不确定性。法院、管理人、债权人、债务人等各方应秉持债务人资产价值最大化原则,在法律允许的范围内,适当放宽投资人招募和重整计划草案制定的期限限制,同时加强与债权人、债务人、潜在重整方的联系沟通,最大程度维护债权人和债务人合法权益。

《企业破产法》第七十九条规定,重整计划草案的提交期限为6个月,最迟不超过9个月,如未按期提交,法院应当终止重整程序并宣告破产。但若管理人或债务人确受新冠肺炎疫情影响无法按时提交重整计划草案的,根据《民事诉讼法》第八十三条及《突发事件应对法》第十三条规定,既可适用不可抗力或正当事由申请顺延重整计划草案提交时间,也可考虑到破产重整程序作为诉讼的特别程序,向法院申请重整程序的中止。

除在程序上适当放宽外,各方在判断和保障债务人重整价值时也应当更为审慎和主动。债务人因受疫情影响而经营困难进入破产程序的,疫情作为非常状态,在一定条件下分析重整价值时应当排除疫情的负面影响。在重整程序中债务人遭遇疫情的,一方面需确保在疫情防控得当的前提下,尽可能采取相应措施逐步恢复经营状态,另一方面应及时对接政府出台的与疫情相关的优惠政策和减负措施,降低破产成本,提升债务人重整价值。

此外,应为重整计划的执行充分预留灵活空间,债务人或管理人在制定重整计划过程中可考虑预估疫情或其他特殊状况发生对重整计划执行的影响,在重整计划中提前设置在特定条件下的替代或变更方案,并进行充分解释和说明,避免重整计划被迫变更产生繁琐、复杂的程序。

十一、重整计划执行

受疫情影响期间,重整计划的执行势必遇到更大的障碍。除如前文所述应充分及时对接政府出台的有关金融、财政、税收等各项优惠政策和减免措施外,还应按《全国法院破产审判工作会议纪要》第二十一条的规定,加大重整企业恢复经营的工作力度,修复信用记录,尽快恢复企业正常生产经营,平缓度过新冠肺炎疫情这一困难时期。必要情况下,也可考虑延长重整计划的执行期限和监

督期限。

若是重整计划确因受到疫情影响暂时无法继续执行的,各方应充分理解疫情这一特殊原因,保障重整企业的生产力和重整价值,避免贸然向法院申请重整计划执行不能而宣告破产。《全国法院破产审判工作会议纪要》第十九条规定,因出现国家政策调整、法律修改变化等特殊情况导致重整计划无法执行,债务人或管理人可以申请变更重整计划一次。因此,一方面债务人或管理人在制定或变更重整计划过程中,宜调整受疫情影响的经营计划和偿债方案,在新情势下平衡各方利害关系主体之间的利益;另一方面在社会和政府都倡导同舟共济、共度时艰的情况下,各方债权人也可考虑适当让步,共同分担疫情这一特殊事件产生的不利后果。

十二、管理人工作在疫情防控期间的变化发展

1. 破产工作期限的变化

《企业破产法》对破产程序中很多工作和权利都有期限(期间)的规定,原则上管理人等各方应严格按《企业破产法》规定开展工作和履行职责。但在疫情防控期间,该等工作的开展可能因疫情防控措施而受到限制。根据《突发事件应对法》第十三条、《企业破产法》第四条、《民事诉讼法》第八十三条规定,管理人在开展工作中应当详细评估疫情防控期间各项举措对各项破产工作期限的影响,积极与法院沟通,结合案件和疫情防控举措的实际状况,对破产工作的期限作出适当处理,避免破产工作无法在法定期限内完成的问题。

2. 防疫物资费用的定性

基于疫情防控的职责需要,需要购置一定的防疫物资,但对于该等物资购置所需费用的定性,尚无相应的法律规定予以说明。基于疫情防控系所有单位的职责和义务,债务人及管理人工作现场的疫情防控可以理解为管理人执行职务的一部分,根据《企业破产法》第四十一条规定,该部分费用可作为破产费用。如债务人处于持续营业状态的,债务人营业同样需遵守疫情防控的要求,根据《企业破产法》第四十二条规定,债务人营业状态下为疫情防控支出的费用可作为共益债务。如果债务人财产不足以供管理人承担防疫职责的,既可寻求政府和人民法院的帮助,也可考虑通过各地破产管理人协会或相关互助资金进行保障。

3. 管理人信息化办公的发展

在破产程序持续期间,管理人工作现场需要时常应对债权人、债务人、职工、合同相对方等利害关系方的事务处理。在疫情防控期间,管理人的现场办公面

临一定的挑战和障碍,网络远程办公成为一种紧急需求。《全国法院破产审判工作会议纪要》专列“破产信息化建设”章节,要求提升破产工作的透明度和公信力,提高案件处理的质量和效率;《破产法司法解释三》确定债权人会议可以通过非现场方式召开,进行网络投票;《破产案件信息公开规定》对破产工作的网络化、信息化予以强力推进。新冠肺炎疫情防控期间,管理人的信息化办公可能成为新常态,不仅应利用线上平台进行债权申报及债权人会议召开,更可以考虑利用线上平台处理各种破产程序中的矛盾、纠纷,推进破产工作。甚至在新冠肺炎疫情结束后,管理人工作的网络化、信息化可能会有长足的发展。

结语

从辩证的角度考虑,一场灾难的降临既是危机,也是机遇。新冠肺炎疫情的蔓延和防控举措的实施,对破产工作的开展有相当大的影响和挑战,债务人营业遭遇障碍,部分破产工作开展被迫停滞,现场工作受到限制,债权人和管理人等各方主体的权利行使可能有所阻碍,等等。但这样的特殊状态也是一种挑战,若在医院主导下,发挥法院、政府、管理人、债务人、债权人等相关方的主观能动性,积极寻找和探索解决途径,必定能够较好应对疫情防控状态下的破产工作。同时,当前的新冠肺炎疫情也是对破产工作中相关各方的一次锻炼和考验,在解决问题中优化工作方式,推进信息化、网络化办公,提高破产工作的质量和效率,待新冠肺炎疫情过去后,破产审判工作和管理人的破产管理工作能力和水平一定能够得到显著的提升。

[作者 国浩杭州重整重组团队]

[审稿人 孙敬泽:国浩律师事务所合伙人(北京)]

24. 疫情防控下服务行业如何应对

◎ 朱 纓 何李璇 艾燕美

自2020年1月以来,新型冠状病毒肺炎疫情蔓延多地,受其影响最大的便是服务业,需求的大量下降外加政策倾斜会周期性打击供给,影响服务业的恢复速度,进而造成企业压力以及人员就业压力。本文针对餐饮、旅游企业和酒店企业可能面临的法律问题以及应对处理进行分析。

一、餐饮、旅游企业篇

新冠肺炎疫情暴发后,餐饮、旅游行业首当其冲受到影响。这两个行业人口密集度高,容易产生聚集性感染疫情,因此,餐饮、旅游类企业几乎同时被迫按下暂停键。对于餐饮企业,与日俱增的商铺租金,以及日常人员薪资、社保、税费、囤积的原材料损耗等,都是沉重的负担。对于旅游业,以往春节期间是消费高潮期,携程网此前发布的《2020春节“中国人旅游过年”预测报告》显示,春节或将有4.5亿人次出游,但这次疫情直接斩断了出游的可能,旅游业几乎处于完全冻结的状态。

餐饮、旅游企业如何积极应对才能减损?在寻找有效经营措施的同时,防范因疫情带来的内外风险也至关重要。为此,我们将对新冠肺炎疫情背景下餐饮、旅游企业可能面临的法律问题提供相应分析和处理建议。

(一) 有关商铺租金

1. 新冠肺炎疫情下,企业是否可以减免支付房屋租金?

新冠肺炎疫情可以作为企业减免租金的合法理由。

租金减免实际属于对租赁合同中租金条款的变更,在合同未事先约定的情况下,必须符合合同法定变更的情形。根据我国法律法规,新冠肺炎疫情可构成不可抗力或情势变更,企业据此可依法请求变更租赁合同,以实现租金减免。

另外,全国各地均出台租赁房屋减免租金的政策,对于租赁国有资产、集体

资产名下的厂房、商铺、房屋等均有租金减免的政策。企业可以积极使用好政府给予的政策补助。

2. 减免租金的范围？

租金可能减免的范围，仅限于因新冠肺炎疫情导致无法正常营业的期间，并且需要由企业提供未正常营业的相关证明，对于非疫情期间以及正常营业的企业并不适用。

如企业租用的是国有资产或集体资产名下的商铺，则可根据各地方政府对于租金减免的政策来享受规定范围内的租金减免。

3. 疫情期间拒不支付租金或延期支付租金是否要承担违约责任？

疫情期间需要缴纳的到期租金应分段考虑：在疫情发生之前产生的到期应缴纳租金应当按时足额支付，否则应当承担相关的违约责任；对于疫情期间产生的房屋租金，有理由暂不支付并不承担违约责任，具体仍建议与出租方友好协商后签署变更协议。

(二) 有关与终端消费者的合同

1. 2020年1月24日除夕以及2月14日情人节预定的节日订餐、跟团旅游，是取消还是继续履行？

在新冠肺炎疫情期间，从餐饮、旅游企业角度来说，受到政府管控，企业被停工停产，无法正常营业并履行合同；从消费者角度来说，因新冠肺炎疫情影响导致不能出门或不敢出门，无法就餐或出行。

因此，合同双方均可以根据不可抗力或情势变更的规定取消订餐或退团。

2. 退餐或退团后，双方是否需要承担违约责任？

退餐或退团实际上属于合同解除，而因新冠肺炎导致合同解除属于法定免除违约责任的事由，无论谁先提出，合同双方均可免除违约责任。

3. 退团后，旅行社因退费产生的巨大资金缺口如何弥补或挽救？

旅行社可以考虑从如下几个方面进行救济：

(1) 因旅行社收取的消费者参团费用可能已经支付给履行辅助人，旅行社应第一时间与履行辅助人包括地接社、航空公司、铁路部门、酒店等主体沟通退款事宜；

(2) 集中向消费者退款压力巨大，旅行社可及时向消费者做好解释工作，在取得消费者同意的前提下与消费者就延长退款时限事宜达成补充协议；

(3) 截至目前，全国有31个省区市启动重大突发公共卫生事件一级响应，而突发性公共卫生事件属于旅行社责任险的赔付范围，因此旅行社可以启动旅

行社责任险救济途径,第一时间与保险公司取得联系,结合实际情况开展索赔工作。

(三) 有关与供应商之间的合同

1. 供应商依据合同已供应的货物或已提供的服务,企业是否可以退货或退订服务?

在新冠肺炎疫情发生前,供应商依据合同已供应的货物或已提供的服务,应当视为供应商已经按照合同约定履行义务,企业不宜退货或退订服务。

2. 针对供应商依据合同已供应的货物或已提供的服务,企业能否延期结算?

该等问题类似于房屋租金的支付,需视费用发生时间而定:如在疫情发生之前产生的到期应支付款项应当按时足额支付,否则应当承担相关的违约责任;对于疫情期间产生的到期应支付款项,有理由暂不支付并不承担违约责任,具体仍建议与供应商友好协商后签署变更协议。

3. 供应商尚未发货或尚未提供的服务,企业是否可以取消?

对于已经订购,但新冠肺炎疫情发生前尚未供货或尚未提供服务的,企业可以情势变更为由,中止、延期合同的履行。

4. 是否可以直接解除合同,具体需要如何操作?

对于合同的解除首先应当确定合同中是否有明确约定,如未约定则难以达到法定解除的条件。因此建议:

(1) 仔细查阅相关合同,寻找关于退订、不可抗力、违约等关键条款,并查询相关部门有无出台最新退订政策;

(2) 与对方沟通协商解决,以尽量减轻可能造成的损失;

(3) 若无法达成一致,留存协商证据、提前书面通知证据,同时充分利用不可抗力条款,采取包括但不限于诉讼等途径维护合法权益。

(四) 有关劳动用工

1. 因疫情防控影响企业延迟发放工资的,是否构成未及时支付劳动报酬?

因政府推迟复工的要求以及疫情防控的需要,都属于企业不能预期的情形,在此情况下由于未能复工,在推迟复工期间不能发放工资属于不可抗力,不可归咎于企业,应当不属于法定的未及时支付工资的情形。但企业复工后应及时结算应当支付但尚未支付的员工工资。

2. 企业将员工“出借”给其他单位的,“出借”期间餐饮行业是否需要承担用工风险?

该种情况属于一般企业间的临时劳务出借,企业与出借员工之间仍存在劳动关系,因此,如企业在疫情的特殊背景下,为保障员工实现按期领取工资的目的而“出借”员工的,建议与员工及接收方签订三方协议,就工作岗位职责、劳动报酬、期限、劳动保护、休息等问题进行明确约定,明确员工出现工伤、因公致第三人损害时的责任承担问题。

3. 因受疫情影响,企业已暂时不经营,如何安置员工?

旅游、餐饮企业受疫情影响无法开展经营活动,员工可进行集中放假,用之后的休息日进行提前调休,第一个工资支付周期支付正常的工资;如第二个月正常开展经营活动,仍正常支付工资,且因提前调休后导致对第二个月、第三个月的加班可无需支付加班工资。如第二个工资支付周期仍无法开展经营活动,则向员工发放生活费,生活费的标准可参考各地的工资支付政策。

因企业未进行裁员,则可根据当地对稳岗补贴的政策享受稳岗补贴的返还,具体可参考各地的稳岗补贴返还政策。

(五) 有关税费、社保等各项费用的免缴、缓缴

1. 针对餐饮、旅游企业有无特殊政策?

根据财政部、税务总局发布的《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》,包含餐饮、旅游在内的受疫情影响较大的四大类困难行业企业在2020年度发生的亏损,最长结转年限由5年延长至8年。这意味着,因疫情发生亏损的部分餐饮、旅游企业可以把亏损额向未来8年分摊,用以冲抵以后几年的所得额,进而降低税负。

2. 如何合法合理免缴、缓缴?

建议各餐饮、旅游企业密切关注本省(直辖市、自治区)区域内的政策文件,发现关乎自身切身利益且符合条件的,务必及时通过官网、官微、邮件等非接触性方式,向各部门、机构申请。

(六) 有关疫情防控要求

1. 疫情防控期间,旅行团不配合检疫或者抵制卫生监督可能会承担什么法律责任?

对拒绝接受检疫或者抵制卫生监督,拒不接受卫生处理的,处以警告或者100元以上5000元以下的罚款。违反《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定,

引起检疫传染病传播或者有引起检疫传染病传播严重危险的,依照刑法有关规定追究刑事责任。

2. 消费者不幸在就餐、旅游过程中感染新冠肺炎,餐饮企业或旅行社是否应当承担法律责任?

消费者在就餐、旅游过程中感染新冠肺炎,餐饮企业或旅行社是否应当承担法律责任取决于餐饮企业或旅行社是否已履行必要的安全措施。如因餐饮企业或旅行社未切实履行必要的安全措施等合同和法定义务而导致的,消费者有权依合同或侵权责任的相关法律择一主张权利;如果餐饮企业或旅行社已履行必要的安全措施,则无须承担民事责任。

3. 餐饮、旅游过程中发现消费者为新冠肺炎患者的,餐饮企业或旅行社应当如何处理?

餐饮企业或旅行社在提供旅行或者餐饮服务过程中,发现新冠肺炎患者的,企业应当立即解除合同,并且及时向公安机关、主管部门、附近的疾病预防控制机构或者医疗机构报告。

旅行社因前款规定情形解除合同的,应当在扣除必要的费用后,将余款退还消费者;给旅行社造成损失的,消费者应当依法承担赔偿责任。

4. 疫情防控期间,如何加强人员防控措施?

各餐饮、旅游企业作为防控一线的单位,应该高度关注国家和地方的疫情通告和防范要求,加强对员工的防疫宣传、线上培训和提醒;提前准备好防护物资,工作场所定时消毒,保证安全卫生;严格排查管控,加强检疫查验,确保全覆盖、不遗漏;强化主体责任,将疫情防控工作落实落细;并完全配合有关部门的疫情防控措施和对人员、物资的征调。

二、酒店企业篇

酒店是劳动密集型服务企业,集食、住、娱、购于一体,人员流动性高是这一行业的突出特点,随着疫情的发展,继暂停或取消人员聚集的文旅活动和文化演出等系列防控措施后,住宿业、旅游业是最早采取应对措施,锦江都城、开元酒店等酒店企业针对疫情均推出退改保障政策。在抗击疫情的过程中,酒店需要考虑如何在人员流动量大的情况下,保证员工及入住宾客的人身安全,同时在运营过程中,也应重视自身面临的法律风险。

我们结合疫情防控现状,对酒店服务业在疫情防控之下如何从容应对所涉及的法律问题以及实务操作等进行了分析,并提供法律意见供酒店服务经营者

参考。

（一）受疫情影响，酒店可能面临的劳动用工问题

受疫情影响，多地针对劳动用工问题已经出台了一些政策及指导意见。作为劳动力密集型企业，基于目前疫情的影响及相关法律规定，酒店应重点关注以下问题：

1. 疫情期间酒店如何减轻用工压力

根据人社部2020年1月24日发布的《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》，酒店因疫情影响经营困难，首先应当稳定就业，不可轻易裁员。可以与劳动者协商，通过调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位。若是出现减产乃至停产的，停工的第一个月工资应当正常发放，但若超出了一个工资支付周期而员工未能提供正常劳动的，酒店可以适用各地区应当发放生活费标准发放工资。但在超过工资支付周期内劳动者提供了劳动的，发放的工资不应低于当地最低工资标准。

根据人社部、财政部、国家发改委、工信部《关于失业保险支持企业稳定岗位有关问题的通知》（人社部发〔2014〕76号）规定，对采取有效措施不裁员、少裁员，稳定就业岗位的企业，由失业保险基金给予稳定岗位补贴（简称“稳岗补贴”）。

酒店同时具备以下条件时，可以申请稳岗补贴：

- （1）生产经营活动符合国家及所在区域产业结构调整政策和环保政策；
- （2）依法参加失业保险并足额缴纳失业保险费；
- （3）上年度未裁员或裁员率低于统筹地区城镇登记失业率；
- （4）企业财务制度健全、管理运行规范。

现各地就稳岗补贴返还政策的实施陆续出台文件，酒店企业可根据各地文件获得相应的稳岗补贴。

2. 对未及时返岗的酒店员工的应对之策

- （1）对隔离期间无法提供劳动的酒店员工，酒店能否解除劳动合同？

国家卫生健康委员会经国务院批准，将新冠肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》（以下简称“《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。根据《传染病防治法》第四十一条第二款规定，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，且工资待遇应当由其所属企业按照正常工作期间的工资支付；若其劳动合同在此期间到期的，亦应相应

顺延。但是如果员工不遵守政府防控措施导致被隔离治疗或者接受医学观察，酒店无须支付该期间劳动报酬。

(2) 假期结束，员工未及时返回单位上班，酒店是否可以单方解除劳动合同？

酒店首先应核实员工未及时返岗的原因，并请员工提供相关的证据。若确因接受有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防控制措施，或因政府采取其他紧急措施导致无法提供正常劳动的，根据人社部办公厅发布的《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》的相关规定，酒店不得依据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）第四十条、四十一条规定而单方面解除劳动合同。

3. 对确诊感染新型冠状病毒的员工，酒店是否可以解除劳动合同？

对于被确诊为新冠肺炎的员工，可以被视为处于医疗期内，企业不得依据《劳动合同法》第四十、四十一条规定单方面解除劳动合同，而且劳动合同期限应当顺延至治愈为止。

新冠肺炎患者如果医疗期满，在劳动合同期内的不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位可以与其解除劳动合同；医疗期满时劳动合同也已期满的，用人单位可以终止劳动合同，按《劳动合同法》的规定支付经济补偿。

（二）在当前疫情防控情形下，酒店作为公共场所应当履行的社会及法律责任

文化和旅游部办公厅于2020年1月22日发布《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》，要求各地要督促文化和旅游市场主体制定应急处置预案，要求一线从业人员掌握相关城市疾控中心及医院的有关信息；密切关注游客身体状况，发现疑似病人后及时就近联系医院，按指导送医；按要求对疑似病人及时采取临时隔离措施，就地停止旅游活动，做好善后工作。改通知还督促星级饭店的对客区域及后台操作区域按要求落实通风、消毒等措施，加强内部清洁卫生管理，排查并消除病毒传播隐患。

酒店作为公共场所应当履行的社会及法律责任如下：

1. 住宿旅客的管控和安全保障及法律责任

(1) 疫情宣传方面：加强疫情防控知识宣传，酒店行业应充分利用网站、公众号、张贴宣传海报等方式加强对疫情防控的宣传。

(2) 信息登记方面：严格住宿旅客登记制度，做到一人一证，并严格落实住

宿旅客实名登记,密切关注旅客健康状况,一旦发现旅客有干咳、发热、乏力等症状,及时上报疾控部门,积极配合各地区公安、商务、文旅部门,掌握客人相关信息动态与情况。

(3) 安全保障方面:酒店对客人所住的房间具有安全保障义务,若因酒店过失,导致客人在入住期间感染了病毒,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》第十一条规定,“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的,享有依法获得赔偿的权利。”酒店应按照相关法律规定赔偿客人的医疗费、误工费等损失。

(4) 正确测量体温:使用额温枪测量体温时,当被测人来自与测量环境温度差异较大的地方,应至少在测量环境内停留5分钟以上,待与环境温度一致后再测量,否则将会影响测量结果;使用水银温度计的,要对使用过的体温计进行规范消毒。

(5) 应急处理方面:加强从业人员的健康管理,做好从业人员健康监测和个人防护,不得带病上岗。酒店行业经营单位应根据公共卫生疫情应急处置的相关要求,做好突发情况的应急处置。

2. 客户(包括感染者)个人信息泄露的责任承担

根据《中华人民共和国民法总则》第一百一十一条以及《传染病防治法》第六十八、六十九条的规定,公民个人信息(包括疾病患者信息)均受法律保护,任何人任何组织未经法定程序,不得向任何第三方泄露任何信息。

违反上述规定的,酒店企业可能遭致行政处罚,对于负有责任的主管人员和其他直接责任人员,如构成犯罪,还应依法追究刑事责任。

3. 酒店被应急征用及相关操作

《传染病防治法》第四十五条规定,县级以上地方人民政府采取调集储备物资、应急征用房屋、交通设备及相关设施、设备等措施时,相关企业应予以配合。《突发事件应对法》第十一条第二款规定,“公民、法人和其他组织有义务参与突发事件应对工作”;该法第六十六条还规定,“单位或者个人违反本法规定,不服从所在地人民政府及其有关部门发布的决定、命令或者不配合其依法采取的措施,构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予处罚”。

对疫情期间的应急征用,酒店企业应予以最大程度的配合。如果酒店未能按照要求做好征用工作,一旦构成违反治安管理的行为,可由公安机关依法给予治安管理处罚。

4. 疫情造谣、传谣的法律责任承担

按照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病

疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,如果利用突发传染病疫情等灾害,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,以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。

如酒店编造虚假恐怖信息在公众场合传播,造成秩序大乱,人员伤亡,且明知或足以认识到其行为会造成人员伤亡,但仍希望或放任该危害结果发生的,还可能构成以危险方法危害公共安全罪。

(三) 受疫情严重影响,根据现有的法律及政策规定,酒店对现有订单的处理

文化和旅游办公厅于2020年1月24日发布紧急通知,明确要求暂停或取消人员聚集的文旅活动和文化演出等,要求全国旅行社及在线旅游业暂停团队旅游业务,妥善处理好退团退费问题。酒店订单可视为酒店客人与酒店之间订立的服务预订合同,对春节期间甚至日后大量订单取消问题,酒店应如何应对?

虽然根据全国人大常委会法工委相关负责人在2020年2月10日就疫情防控中社会普遍关心的法律问题进行解答,政府采取的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可抗力,但不可抗力并不当然导致酒店客人有权无责解除合同,还需考量是否出现了导致不能履行合同或者不能实现合同目的的客观情况。是否可以免责应当根据双方合同目的、合同履行情况进行严格确认。

(四) 后记

正常营业的酒店企业处于疫情防控的一线,所面对的防控风险及防控压力较为严峻,在承担相应社会责任的同时,也面临着疫情带来的经济损失。各地方政府对受疫情影响的企业出台了相关的“惠企”政策,酒店企业应当保留好疫情防控期间作出的各类疫情防控举措的证明,用好各地政府的惠企政策,减少并弥补企业损失。

[作者 朱纓:国浩律师事务所合伙人(苏州),南京大学法律学士

何李璇:国浩律师事务所律师助理(苏州),

苏州大学管理学及法学双学士学位

艾燕美:国浩律师事务所律师助理(苏州),西南政法大学法律硕士]

[审稿人 孙敬泽:国浩律师事务所合伙人(北京)]

25. 新冠肺炎疫情期间城镇污水处理的特殊要求

◎ 郑世红

2020年1月20日,国家卫生健康委员会发布2020年第1号公告,将新型冠状病毒肺炎纳入《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。为有效应对新冠肺炎疫情,防止新冠病毒通过污水传播扩散,生态环境部办公厅于2020年2月1日发布了《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗污水和城镇污水监管工作的通知》(环办水体函〔2020〕52号),要求高度重视医疗污水和城镇污水监管工作,将其作为疫情防控工作的一项重要内容抓紧抓实,防止新冠病毒通过污水传播扩散;进一步加强医疗污水收集、污染治理设施运行、污染物排放等监督管理;主动加强与卫生健康、城镇排水等部门的协调配合,健全联动机制,形成工作合力等。

一、新冠肺炎疫情防控将增加城镇污水中的污染物,需要对城镇污水进行特殊处理

2020年2月6日,国家卫生健康委员会办公厅印发了《新型冠状病毒肺炎防控方案(第四版)》(国卫办疾控函〔2020〕109号),根据该方案,新冠病毒对紫外线和热敏感,56℃ 30分钟、乙醚、75%乙醇、含氯消毒剂、过氧乙酸和氯仿等脂溶剂均可有效灭活病毒。新冠病毒主要传播途径为经呼吸道飞沫和接触传播,气溶胶和粪口等传播途径尚待明确;人群普遍易感。由此可见,新冠肺炎疫情必将导致医疗机构、公共场所及居民大量增加消毒剂的使用,而粪口传播同样对城镇污水处置提出了新要求,需要对污水中的新冠病毒进行消毒处理,加强相应的监督检测等。

一方面,医疗机构产生的医疗废水含有新冠病毒,需要进行特殊处理。另一方面,人们在日常生活也大幅增加了消毒频次,特别是公共场所的消毒,导致生活污水中的消毒剂含量大量增加。为指导宾馆、商场、影院、游泳馆、博物馆、候

车(机)室、办公楼等人群经常聚集活动的公共场所和工作场所开展预防性卫生防护措施,严防新冠肺炎疫情扩散和蔓延,国务院应对新冠肺炎疫情联防联控机制于2020年1月30日印发了《关于印发公共场所新型冠状病毒感染的肺炎卫生防护指南的通知》(肺炎机制发〔2020〕15号),对公共场所、工作人员及流动人员的卫生防护进行了规定,其中多个环节均涉及使用含氯消毒剂及洗手液。

二、新冠肺炎疫情期间医疗机构污水处理的特殊要求

(一) 医疗机构污水未纳入危险废物管理,由医疗机构自行处理达标后排入城镇污水管网

医疗机构产生的污水包括病区污水和非病区生活污水。根据《医疗机构水污染物排放标准》(GB 18466-2005),医疗机构污水特指医疗机构门诊、病房、手术室、各类检验室、病理解剖室、放射室、洗衣房、太平间等处排出的诊疗、生活及粪便污水,即病区污水。当医疗机构其他污水与上述污水混合排出时一律视为医疗机构污水。《危险废物分类名录》规定医疗废物属于危险废物。根据《医疗废物管理条例》^[1]和《医疗废物分类目录》规定,医疗废物包括感染性废物、病理性废物、损伤性废物、药物性废物、化学性废物^[2],未包含医疗机构污水,即医疗机构污水未纳入危险废物管理。

对医疗机构污水的处理,《医疗废物管理条例》第二十条规定,医疗卫生机构产生的污水、传染病病人或者疑似传染病病人的排泄物,应当按照国家规定严格消毒;达到国家规定的排放标准后,方可排入污水处理系统。由此可见,医疗机构污水由医疗机构按规范处理达标后排入城镇污水管网,进入城镇污水处理系统。对于医疗机构办公区、非医疗生活区等非病区产生的生活污水,则直接排入城镇污水管网进入城镇污水处理系统。

根据《城镇排水与污水处理条例》第二十一条等规定^[3],医疗机构向城镇污水管网排水应当取得污水排入排水管网许可证。

(二) 已发生新冠肺炎疫情地区的医疗机构污水处置应当遵循特殊要求

生态环境部办公厅2020年2月1日发布了《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗污水和城镇污水监管工作的通知》(环办水体函〔2020〕52号),此后,各地也相继出台了对医疗机构污水及城镇生活污水管理的规定^[4],对已发生疫情地区的医疗机构污水处置提出了特殊要求:

1. 加强指导和督促。已发生疫情的地区,当地生态环境部门要指导督促接收新冠肺炎患者或疑似患者诊疗的医疗机构、临时隔离场所及研究机构严格执行相关标准,严格按照《医疗机构水污染物排放标准》规定,对相关处理设施排出口和污水外排口开展水质监测和评价。

2. 增加技术要求。医疗机构污水处置除遵守《医疗机构水污染物排放标准》(GB 18466-2005)、《医院污水处理技术指南》(环发〔2003〕197号)、《医院污水处理工程技术规范》(HJ 2029-2013)规定外,还要符合《新型冠状病毒污染的医疗污水应急处理技术方案(试行)》的要求。

3. 结合实际,分类管理。对没有医疗污水处理设施或污水处理能力未达到相关要求的医疗机构,应参照《医院污水处理工程技术规范》及《医院污水处理技术指南》,因地制宜建设临时性污水处理罐(箱),采取加氯、过氧乙酸等措施进行杀菌消毒。

4. 强化消毒灭菌,控制病毒扩散。隔离区对外排粪便和污水要进行必要的杀菌消毒,采用含氯消毒剂(如次氯酸钠、漂白粉、漂白精、液氯等)消毒、过氧化物类消毒剂(如过氧乙酸等)消毒、臭氧消毒等措施,确保达到消毒效果并经检测后再外排。

5. 对污泥进行消毒处理。医疗机构污水处理站或临时污水处理设施产生的污泥应按危险废物处理处置要求,由具有危险废物处理处置资质的单位进行集中处置。同时,医疗机构的贮泥池有效容积应不小于处理系统24小时产泥量,且不宜小于1立方米,应当自行在贮泥池中进行消毒,贮泥池内需采取搅拌措施,以利于污泥加药消毒。尽量避免进行与人体暴露的污泥脱水处理。

6. 强化污水处理站废气管理。医疗机构要加强污水处理站废气的控制和管理,防止病原体在不同介质中转移。位于室内的污水处理工程必须设有强制通风设备,并为工作人员配备工作服、手套、面罩、护目镜、防毒面具、酒精等消毒用品以及必要的急救用品。

7. 加强农村医疗机构污水监管。加大农村医疗污水处置的监管力度,生态环境部门要指导督促卫生院(所)因地制宜采取加氯、过氧乙酸等措施进行专门的灭菌消毒,防止病毒通过医疗污水扩散。严格污水灌溉的环境管理,禁止向农田灌溉渠道排放医疗污水。

8. 严格临时隔离场所污水管理。临时隔离场所的建立应考虑污水排放的接纳,应当安装临时污水处理设施确保达标排放。确实无法安装应急污水处理设施的,务必进行消毒处理,不得直接排放。

9. 加强监督检查。加强对医疗污水消毒情况的监督检查,严禁未经消毒处

理或处理未达标的医疗污水排放。不得将固体传染性废物、各种化学废液弃置和倾倒排入下水道。同时,生态环境部门应当主动加强与卫生健康、城镇排水等部门的协调配合,健全联动机制,形成工作合力,及时了解接收新冠肺炎患者或疑似患者诊疗的定点医疗机构、临时隔离场所及研究机构情况,对这些机构的污水排入市政污水管道情况进行排查,严禁未经消毒处理或处理未达标的医疗污水排入市政污水管道。应采取的措施,一是排查定点医疗机构污水排入市政管道的排口;二是排查定点医疗机构是否严格执行《医疗机构水污染物排放标准》(GB 18466-2005)和《新型冠状病毒污染的医疗污水应急处理技术方案(试行)》等有关要求,对其所产生的污水进行处理达标排放;三是排查隔离区外排进入市政污水系统的粪便和污水是否进行杀菌消毒。

三、新冠肺炎疫情期间对城镇生活污水处置的特殊要求

医疗机构、公共场所和家庭为防控疫情多采用含氯消毒剂进行消毒,导致排入城镇污水处理厂的污水余氯含量势必偏高,影响生化处理单元正常运行等。为此,《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗污水和城镇污水监管工作的通知》(环办水体函〔2020〕52号)以及各地的政策文件均对新冠肺炎疫情期间城镇生活污水处置提出了新要求。

(一) 强化意识,提高政治站位

将城镇生活污水运营监管作为疫情防控的一项重要内容,作为贯彻落实党中央、国务院关于打赢疫情防控阻击战决策部署的具体措施。

(二) 加强协调配合,统筹推进

城镇生活污水处理厂主管部门要主动加强与卫生健康、生态环境等部门的协调配合,信息共享,联防联控,形成合力,统筹加强生活污水处理厂运营、污水处理达标排放等事项的监督管理。

(三) 加大排水管网巡查力度

重点巡查涉及疫情医疗机构、临时隔离场所及研究机构产生的医疗污水排入管网情况,强化农贸市场、集贸市场、超市、车站、机场、码头、宾馆、商场、影院、游泳馆、博物馆、候车(机)室、办公楼等重点场所污水收集处理的现场监督检查。

(四) 落实污水处理厂主体责任,强化运营监管

城镇污水处理厂运营单位要关注 SS、色度、COD、BOD5、氨氮及粪大肠菌群数等日常检测指标值的变化,结合实际加密检测频率;切实做好出水消毒工作,根据需要采取投加消毒剂或臭氧、紫外线消毒等措施,确保消毒措施到位,出水达到《城镇污水处理厂污染物排放标准》(GB 18918-2002)的要求。

(五) 对污泥进行消毒处理

城镇污水处理厂运营单位对污泥应当采取必要的消毒措施,按规范进行无害化处置,防止病毒扩散。

(六) 加强出水水质监测频次

城镇污水处理厂运营单位要密切关注进水余氯指标的变化情况,增加进出水余氯指标检测频次,及时采取有针对性的应对措施,确保出水达标。

(七) 加强工作人员防护

城镇生活污水处理厂运营单位要加强现场作业人员的安全防护工作,为工作人员配备手套、口罩、面罩、护目镜等必要的防护用品和酒精等消毒用品。

注释及参考文献

- [1] 《医疗废物管理条例》第二条:本条例所称医疗废物,是指医疗卫生机构在医疗、预防、保健以及其他相关活动中产生的具有直接或者间接感染性、毒性以及其他危害性的废物。医疗废物分类目录,由国务院卫生行政主管部门和环境保护行政主管部门共同制定、公布。
- [2] 感染性废物指携带病原微生物具有引发感染性疾病传播危险的医疗废物,例如被病人血液、体液、排泄物污染的棉球、棉签、引流棉条、纱布及其他各种敷料,一次性使用卫生用品、一次性使用医疗用品及一次性医疗器械,废弃的被服等物品;医疗机构收治的隔离传染病病人或者疑似传染病病人产生的生活垃圾;病原体的培养基、标本和菌种、毒种保存液;各种废弃的医学标本;废弃的血液、血清;使用后的一次性使用医疗用品及一次性医疗器械视为感染性废物等。
- 病理性废物指诊疗过程中产生的人体废弃物和医学实验动物尸体等,例如手术及其他诊疗过程中产生的废弃的人体组织、器官;医学实验动物的组织、尸体;病理切片后废弃的人体组织、病理蜡块等。

损伤性废物指能够刺伤或者割伤人体的废弃的医用锐器,例如医用针头、缝合针;解剖刀、手术刀、备皮刀、手术锯等各类医用锐器;载玻片、玻璃试管、玻璃安瓿等。

药物性废物指过期、淘汰、变质或者被污染的废弃的药品,例如废弃的一般性药品,废弃的细胞毒性药物和遗传毒性药物,可疑致癌性药物,免疫抑制剂,废弃的疫苗、血液制品等。

化学性废物指具有毒性、腐蚀性、易燃易爆性的废弃的化学物品,例如医学影像室、实验室废弃的化学试剂,废弃的过氧乙酸、戊二醛等化学消毒剂,废弃的汞血压计、汞温度计等。

- [3] 《城镇排水与污水处理条例》第二十一条:从事工业、建筑、餐饮、医疗等活动的企业事业单位、个体工商户(以下称排水户)向城镇排水设施排放污水的,应当向城镇排水主管部门申请领取污水排入排水管网许可证。城镇排水主管部门应当按照国家有关标准,重点对影响城镇排水与污水处理设施安全运行的事项进行审查。排水户应当按照污水排入排水管网许可证的要求排放污水。
- [4] 如贵州省住房和城乡建设厅发布了《省住房和城乡建设厅关于做好疫情防控期间城镇生活污水处理运营监管工作的通知》(黔建城字〔2020〕11号),辽宁省生态环境厅与省卫生健康委、省住房和城乡建设厅联合下发了《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗污水和城镇污水监管工作的通知》,成都市生态环境局联合成都市卫健委和成都市水务局共同印发了《关于进一步加强成都市新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗污水和城镇污水监管工作的函》(成环函〔2020〕12号)。

[作者 郑世红:国浩律师事务所合伙人(贵阳),贵州大学法学硕士]

[审稿人 万志尧:国浩律师事务所合伙人(上海)]



六、劳动用工篇

26. 新冠肺炎疫情所致相关劳动 争议问题详解

——以上海为例

◎ 叶茵茵 刘 滔

2020年1月,新冠肺炎疫情自武汉扩散蔓延至全国。国家卫生健康委员会颁布2020年第1号文,将新冠肺炎纳入乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施,国务院也发布通知延长春节假期,中央各部委、各级政府部门纷纷宣布除特殊行业外企业延迟复工,并及时发函发文,就新冠肺炎疫情期间可能导致的法律问题予以规定。因疫情影响也致使劳动争议领域出现了特殊情况,故笔者挑选了几个争议问题,结合相关法律、司法解释和司法实务做一些分析解答。

一、因疫情所导致的工资、加班费问题

(一) 延长假期期间和延迟复工期间如何分别支付工资或加班费

2020年1月26日,国务院办公厅发布《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),决定延长2020年春节假期至2月2日,2月3日起正常上班。

2020年1月27日,上海市人民政府发布《上海市人民政府关于本市延迟上海市企业复工和学校开学的通知》,明确规定:上海市区域内各类企业不早于2月9日24时前复工;涉及保障城市运行必需(供水、供气、供电、通信等行业)、疫情防控必需(医疗器械、药品、防护品生产和销售等行业)、群众生活必需(超市卖场、食品生产和供应等行业)及其他涉及重要国计民生的相关企业除外。

我们认为,在标准工时制下,如果企业安排加班或者指示居家办公的,可以参照下表支付工资或加班费:

时 间	性 质	支 付 标 准	法 律 依 据
1.25—1.27	法定节假日	按照 300% 日或时工资标准支付加班费，不能用补休来替代	《劳动法》第四十四条、《上海市企业工资支付办法》第十三条
1.24、28—30	休息日	安排补休或按照 200% 日或时工资标准支付加班费	
1.31—2.1	特殊假期		参照适用《劳动法》第四十四条、《上海市企业工资支付办法》第十三条
2.2	休息日		《劳动法》第四十四条、《上海市企业工资支付办法》第十三条
2.3—2.7	参照适用“停产、停业”期间待遇	按照劳动合同约定正常支付工资	《中华人民共和国传染病防治法》第四十二条，非劳动者原因的停工。原本系工作日，居家办公的亦不宜认定为加班。
2.8—2.9	休息日	安排补休或按照 200% 日或时工资标准支付加班费	参照适用《劳动法》第四十四条、《上海市企业工资支付办法》第十三条

详细解读：

计算本次疫情期间的工资或加班费，首先要正确理解国务院延长春节假期和各地方政府延迟复工的不同性质。国务院延长春节假期系根据《中华人民共和国突发事件应对法》（以下简称“《突发事件应对法》”）第八条的规定为应对新冠肺炎疫情采取的防控措施，系对重大突发公共卫生事件采取的一级响应，该延长假期并非法定节假日，系特殊的全民假期。而上海地区的延迟复工则是根据《中华人民共和国传染病防治法》（以下简称“《传染病防治法》”）第四十二条的规定，在传染病暴发、流行时，经县级以上人民政府报上一级人民政府决定，采取的停工、停课等应急措施。二者的法律依据明显不同，导致的法律后果也不同。各地政府对延迟复工期间的性质是否系休息日认定不统一。

我们认为，首先，关于休息日的认定，权力归属于国家层面，依据《国务院关于职工工作时间的规定》第四条的规定，在特殊条件下从事劳动和有特殊情况需要适当缩短工作时间的，按照国家有关规定执行。故有权界定休息日的法律渊源应为法律或者国务院的行政法规。

其次，上海市人民政府发布的《上海市人民政府关于本市延迟上海市企业复工和学校开学的通知》就其法律层级而言，无权自行规定休息日，而且其措辞与

国务院延长春节假期的通知有明确的区分,并非延长假期,而是用延迟复工来表述。

再次,如果延迟复工期间均被认为是休息日,可能引发全年月平均工作天数、月计薪天数的计算是否需要相应调整的问题。根据原劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》的规定,全年月平均工作日为: $365 \text{ 天} - 104 \text{ 天(休息日)} - 11 \text{ 天(法定节假日)} = 250 \text{ 天} \div 12 \text{ 月} = 20.83 \text{ 天/月}$ 。月计薪天数为: $(365 \text{ 天} - 104 \text{ 天}) \div 12 \text{ 月} = 21.75 \text{ 天}$ 。这些计算基数具有法定性,不应调整,否则会造成实务中对各类劳动报酬的计算的混乱。

最后,本次延迟复工系因突发疫情,属于不可归责于劳动者或用人单位的不可抗力,由此导致的后果应由政府、单位、个人合理分担,否则对于用人单位尤其是一些中小企业而言将造成极大的负担,疫情过后可能出现的大量破产和裁员更不利于社会的稳定,毕竟保企业就是保就业,保就业就是保民生。

综上,我们认为延迟复工期间不宜都认定为休息日,要区分对待,2月3日至2月7日原本系工作日,在此期间单位指示员工居家办公的,正常支付工资即可,无须支付双倍工资,而2月8日和9日原本系周末休息日,安排居家办公的应按照休息日加班的标准安排调休或支付双倍工资。

(二) 综合计算工时制和不定时工时制下是否需要支付加班工资?

综合计算工时制和不定时工时制下不存在休息日加班工资,但如果企业安排在法定节假日(1月25至1月27日)工作的,应按照不低于工资的300%的工资报酬支付法定节假日加班工资。综合工时制下还需注意计算延时加班工资。

详细解读:

因企业生产特点或者岗位性质的需要,无法实行标准工时制度的,经人力资源社会保障行政部门批准,某些企业或企业中的某些岗位可以实行不定时工时制,或按照周、月、季、年等为周期综合计算工作时间,但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

虽然综合计算工时制下无休息日的区分,不存在休息日加班工资的问题,但是仍有可能存在延时加班工资的问题。劳动者综合计算工作时间超过法定标准工作时间的,应当视为延长工作时间,参照标准工时制下的规定计算出勤小时数,超出部分按照150%标准支付加班费。如以月为周期综合计算工时的企业或岗位,每月工作时间不得超过 $20.83 \times 8 = 166.64$ 小时,按照以季度为周期综合计算工时的,每个季度不得超过 $62.5 \times 8 = 500$ 小时。

风险提示:

按照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第九条的规定,劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据,用人单位不提供的,由用人单位承担不利后果。在仲裁和诉讼中,劳动者主张加班费的,首先要证明有加班的事实,所以加班需是按照单位的指示,劳动者自行居家办公没有单位的批准的,不能视为加班。为避免纠纷,各方需保存好加班的证据,有条件的企业可要求线上打卡或其他加班审批手续,采取方式灵活计算加班时间,居家工作的劳动者也需要合理保存相关证据,如加班通知、交接班记录等,便于加班费的计算。

(三) 劳动者被政府强制隔离期间、自行居家隔离期间工资如何计算?

劳动者被强制隔离期间和延迟复工期间居家隔离的,支付正常出勤工资。2月10日复工后,劳动者仍需要隔离的,要区分情况对待。

详细解答:

根据《中华人民共和国传染病防治法》第四十一条第二款规定,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。此处的“工作报酬”,应理解为劳动者正常出勤提供劳动应取得的报酬,即劳动者被隔离观察期间,用人单位应正常发放工资。

但是复工之后,劳动者可能仍需要居家隔离的,如何支付工资需区别对待。上海市倡导返沪人员自行居家隔离14天,企业也应当配合落实,在此期间尽可能安排员工居家办公并按照正常出勤支付工资报酬。若员工因不确定返程途中是否感染,基于健康考虑自行隔离的,应向企业提出申请,企业可自主决定批准与否,批准后可优先安排居家方式办公,也可协商用年休假冲抵或安排调休,协商不成,可按事假处理。还有一些地区采取没有法律依据的“硬核”封路、封村措施导致劳动者不能及时返岗的,劳动者应及时与单位沟通,履行相关的请休假手续。

(四) 疫情隔离期间,发放的工资包括奖金和补贴(津贴)吗?

发放工资应当是劳动者正常出勤提供劳动应取得的报酬,至于是否包括奖金和补贴,要具体看奖金和补贴的性质,如果虽然名义上系补贴或者奖金,但是系每月固定发放,不因劳动者的出勤情况或者工作绩效等浮动的,应视为固定的工资构成,应予以发放。当月实际发生的一些补贴和奖金,劳动者可以根据实际产生的票据报销,但企业自主决定的一些福利性待遇,企业可以不发放。劳动合

同或公司规章制度对支付条件有特别约定或规定的,从其约定或规定。

要注意的是加班工资和假期工资的计算基数需扣除特殊补贴津贴。依据《上海市企业工资支付办法》第九条的规定,加班工资和假期工资的计算基数为劳动者所在岗位相对应的正常出勤月工资,不包括年终奖、上下班交通补贴、工作餐补贴、住房补贴、夜班津贴、夏季高温津贴、加班工资等特殊情况下支付的工资。

风险提示:

司法实务中,考察奖金和补贴的性质主要看双方劳动合同的约定、工资条记载的工资构成、缴纳社保的基数等,企业应合理设计薪酬结构,约定基本工资构成时,应明确各种奖金和补贴的内容和发放条件,对于属于固定工资构成的部分,单位应足额及时发放,避免承担工资少发的法律风险。

(五) 疫情隔离期间或停工、停产期间,用人单位何时支付工资?

通过银行发放工资的单位,应按照合同约定发放工资,未通过银行发放工资的用人单位,建议在复工后及时发放工资,最迟不得超过一个工资支付周期。

详细解读:

根据《中华人民共和国劳动法》第五十条、《上海市企业工资支付办法》第六条规定,工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人,不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。如遇法定节假日或休息日,通过银行发放工资的,不得推迟支付工资;直接发放工资的,应提前支付工资。

但本次延长春节假期及上海市禁止提前复工的通知均系在春节假期期间发出,用人单位无法提前知晓,无法在约定工资支付日之前提前支付工资,若工资发放日恰好在延迟复工期间,可能导致用人单位无法及时向劳动者发放工资,此时,用人单位主观上并没有迟发工资的恶意,在复工后的合理时间内及时支付工资即可;但最迟不得超过一个工资支付周期,避免因迟发工资引发法律纠纷。对于因疫情资金周转紧张,导致生产经营困难,暂时无法按时支付工资的,经与本单位工会协商一致,可以延期在一个月内支付工资。延期支付工资的时间应告知全体劳动者,并报主管部门备案,无主管部门的报市或区、县劳动保障行政部门备案。

另外,对于2月9日后,因客观原因不能及时复工的企业,也要按照规定支付停工、停产期间的职工工资。依据《上海市企业工资支付办法》第十二条规定,企业停工、停产在一个工资支付周期内的,应当按约定支付劳动者工资;超过一个工资支付周期的,企业可根据劳动者提供的劳动,按双方新的约定支付工资,

但不得低于本市规定的最低工资标准。

风险提示：

虽用人单位错过工资发放日并非自身过错，仍建议不通过银行发放工资的用人单位在复工后第一个工作日尽快补发工资；因经营困难无法及时支付工资的，在一个月内延期支付工资的，也需要与工会、劳动者协商并保存协商的证据，通过企业官网、发送邮件等员工可以获得的方式及时通知，避免发生法律纠纷。

二、因疫情导致的劳动关系存续事宜

（一）因疫情治疗或隔离期间，劳动合同期满可以终止吗？

不能，劳动合同到期之日顺延至医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

详解解答：

依据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）第四十四条、第四十五条的规定，劳动合同期满的劳动合同终止，但是如果劳动合同期满，存在《劳动合同法》第四十二条规定的情形之一的，劳动合同应当顺延至相应的情形消失时终止。第四十二条规定了如劳动者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的或患病、非因工负伤在规定的医疗期内的等情形。《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》（人社厅明电〔2020〕5号）（以下简称“《5号文》”）也明确规定，在劳动者因感染、疑似感染或密切接触新冠病毒隔离治疗期间或医学观察期间、政府实施隔离措施或采取其他紧急措施期间劳动合同到期的，劳动合同分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。所以劳动合同的到期日应顺延至“职工医疗期期满之日”“医学观察期结束之日”“隔离期结束之日”或“当地人民政府宣布解除紧急措施之日”。

风险提示：

用人单位应及时梳理疫情期间已经到期或即将到期的劳动合同，对于合同到期日顺延的情况应及时与劳动者协商并书面确认，虽然用人单位不能因合同期满自行终止合同，但劳动者要求或双方协商一致仍然可以终止合同，此时要注意签订书面的终止劳动关系协议，注意劳动者工资是否结清，是否需要支付经济补偿金，并及时办理退工手续等。在出现《劳动合同法》第四十四条规定的其他情形时，如劳动者开始依法享受养老保险待遇的、用人单位依法宣告破产等，用人单位也可以依法终止劳动合同。

（二）劳动者受疫情影响，不能正常提供劳动的，用人单位可以解除劳动合同吗？

1. 劳动者系确诊患者正在治疗的，若在医疗期内，用人单位不得以无过失性辞退或经济性裁员为由与劳动者解除劳动合同。

2. 劳动者因疑似感染或密切接触新冠病毒处于隔离治疗期间或医学观察期的，此时不能正常劳动并非劳动者的主观故意，用人单位不得以无过失性辞退或经济性裁员为由与劳动者解除劳动合同。

3. 劳动者因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的，系客观原因所致，用人单位不得以无过失性辞退或经济性裁员为由与劳动者解除劳动合同。

4. 劳动者存在《劳动合同法》第三十九条规定的过错情形，用人单位仍可以依法解除劳动合同。

详细解读：

在疫情期间，劳动关系并非一律处在无法解除的状态。劳动者可以申请辞职，或与单位协商一致解除劳动关系；在劳动者存在《劳动合同法》第三十九条的过错情形时，用人单位也可以依法解除劳动合同，如：劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；严重违反用人单位的规章制度的；严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效的；被依法追究刑事责任的。

风险提示：

鉴于疫情的特殊情况，对于《劳动合同法》第三十九条需从宽适用，比如对于复工后也未能及时返岗的劳动者，不宜轻易以严重违反劳动纪律为由解除劳动关系，应及时掌握劳动者的身体情况和所处区域，不能及时返工的，了解不能返工的理由，提醒员工办理好延时返工和其他请休假手续。

（三）因疫情影响生产经营困难的，用人单位能解除劳动关系吗？

1. 原则上尽量不裁员和少裁员，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、延期支付工资等方式稳定工作岗位。盒马鲜生“共享员工”案例可供各企业借鉴。

2. 对于因疫情影响而不能正常提供劳动的，不能实行非过失性辞退和经济

性裁员,但是可以依据《劳动合同法》第三十九条规定解除劳动关系。(详解如上文)

3. 对于未受疫情影响的其他劳动者,企业因疫情导致经营严重困难的,可以依据《劳动合同法》第四十条、第四十一条中的对应条款解除劳动合同。

详细解读:

《劳动合同法》第四十条规定,劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的,用人单位可以提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同。本次疫情对企业经营状况的冲击,系劳动合同订立之时无法遇见的情势变更,在客观情况发生变化使企业经营严重困难,致使劳动合同无法履行时,可以解除劳动合同;但是在解除时,应注意遵守解除劳动合同的程序要求,否则亦构成违法解除,需要承担恢复劳动关系或支付违法解除赔偿金等法律风险。程序如下:

首先,用人单位需与劳动者协商,并保留好协商的记录,记录需体现协商变更劳动合同的内容,不能名为协商实为通知解除。

其次,协商未能达成一致的,应及时向劳动者发送解除劳动合同通知书,结清工资等劳动报酬,一次性支付经济补偿金,未能提前一个月通知的,还需支付一个月工资的代通知金;对于与用人单位签订过竞业限制协议的劳动者,注意提醒劳动者竞业限制的义务,明确补偿金的支付方式。

再次,办好工作交接,及时为劳动者办理解除手续。

最后,设立工会的用人单位,就解除事宜应及时通知工会,听取工会意见,未设立工会的用人单位可以向地区工会组织发函。

企业因疫情严重经营困难,需要大规模裁员的,可以适用《劳动合同法》第四十一条实行经济性裁员,但是也需遵守相关解除的程序,并将裁减人员方案向劳动行政部门报告。

三、因疫情影响的工伤、医疗期等问题

(一) 劳动者感染新冠肺炎,在何种情况下可以申请工伤认定?

1. 医护及相关工作人员因履行工作职责,感染新型冠状病毒肺炎,可以申请工伤认定。

2. 非医护企业的劳动者受指派去疫情重点工作、提供志愿活动而被感染,能证实工作与染病因果关系的,原则上可按视同工伤申请工伤认定。

3. 非医护企业的劳动者在工作场所感染原则上不能直接认定工伤(劳动者在工作场所发现感染肺炎送医在 48 小时内医治无效死亡的除外)。

详细解读:

人社部、财政部、国家卫健委印发《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(以下简称“三部委通知”)中明确指出:在新冠肺炎预防和救治工作中,医护及相关工作人员因履行工作职责,感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的,应认定为工伤,依法享受工伤保险待遇。

新冠肺炎属于乙类传染病,尚未列入职业病目录,所以无法适用《工伤保险条例》第十四条第四项以“患职业病的”认定工伤。因“三部委通知”不属于法律、行政法规,也难以适用该条款第七项的兜底条款,即法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形来认定工伤,所以造成司法实务中法律渊源的缺位。为此,我们认为基于目前重大疫情影响,为保障抗击在一线的医护工作者的利益,医护及相关工作人员在预防及治疗等履行工作职责时感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的,确属于“在工作时间”“在工作场所”“因工作原因”,可以对“事故伤害”作出扩大解释,适用《工伤保险条例》第十四条第一项认定工伤。

对于非医护领域的劳动者,若因所属单位的指派去疫情重点地区工作或被指派提供志愿活动而被确诊感染新冠肺炎,我们认为,可以按“因工外出期间,由于工作原因受到伤害”及“在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害”的情形,申请认定为工伤。值得注意的是,认定工伤需明确系因履行工作职责而染病,但本次新冠肺炎的感染初期大多数人并无明显反应,潜伏期最长可达 14 日,接触人员也众多,非医护领域的劳动者难以证明其感染新冠肺炎系从事企业指派的工作或志愿活动时导致,在认定为工伤时存在障碍,需要在司法实务中合理分配举证责任。

“三部委通知”的适用对象无法扩大到全体职工,非医护领域相关工作人员在工作场所感染新冠肺炎,属于疾病,但不属于职业病,享受病假待遇,原则上不应直接认定为工伤。若劳动者感染肺炎在 48 小时内医治无效死亡的除外,但从目前新冠肺炎的发病情况来看,出现该种情况的可能性较小。

(二) 隔离治疗期间或医学观察期间以及政府实施隔离措施或采取其他紧急措施期间是否计入医疗期?

劳动者并未确诊为新型肺炎且无需停工休息的,其被隔离、进行医学观察或者因政府采取的其他紧急措施期间并非医疗期;若劳动者确诊感染新型冠状病毒

毒肺炎需要停止工作治疗的,医疗期自其被确诊之日起开始计算。

详细解读:

医疗期系法定期间,劳动者患病或非因工负伤停止工作治病休息,医疗期按照员工在本用人单位的工作年限设置。首先,劳动者未被确诊为新型肺炎,而是因为政府强制性措施而停工休息的或因系亲密接触者被隔离观察的期间不符合医疗期的适用情形;其次,若劳动者感染新型冠状病毒肺炎后已过隔离期或医学观察期,仍需要停止工作治疗的,涉及计算医疗期的问题,存有争议的是医疗期的起算点系开始隔离之日、就诊之日还是确诊之日?依据人社部《5号文》的规定,新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,企业应当支付职工在此期间的工资报酬。该规定中明确了新冠肺炎患者在隔离治疗期内的工资不是病假工资,而是和疑似病人、亲密接触者一样系正常工资,我们认为依据对劳动者有利的原则和实务操作中方便,从确诊之日计算医疗期比较合理,从结果上看确诊之后、痊愈之前必然需要停工治疗,确诊之后开始适用病假工资平衡了劳动者的合法权益和实务操作的统一性。

最后,依据2015年上海市政府颁布的《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或非因工负伤的医疗期的标准的规定》,劳动者享有的医疗期计算方式如下:(1)医疗期按照劳动者在本单位的工作年限设置,劳动者在本单位工作第一年,医疗期为3个月,以后工作每满一年医疗期增加一个月,原则上不得超过24个月;(2)经鉴定完全丧失劳动能力但不符合退休、退职条件的,应当延长医疗期,延长的医疗期由双方约定,延长的医疗期与前款医疗期合计不得低于24个月;(3)集体合同、劳动合同、内部规章制度特别约定长于上述约定的,从其约定。

另外,注意在计算医疗期时,职工疾病或非因工负伤休假日数应按实际休假日数计算,连续休假期内含休息日、节假日的应予剔除。

(三) 疫情是否导致劳动仲裁时效的中止、起诉期的顺延?

1. 因受疫情影响造成当事人不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的,仲裁时效中止。

2. 从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。

3. 对仲裁裁决不服向法院提起诉讼的,起诉期限届满之日相应顺延。

详细解读:

依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称“《劳动争议调解仲

裁法》”)第二十七条第三款规定,因不可抗力或者有其他正当理由,仲裁时效中止;从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。本次新型冠状病毒感染的肺炎已被纳入乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施,当事人如因疫情影响不能及时提起仲裁的可以被认定为“不可抗力”,仲裁时效中止。当然当事人需提供证据,如病例、政府文件等证明疫情影响。

依据《劳动争议调解仲裁法》第五十条的规定,除一裁终局的裁决外,当事人对仲裁裁决不服的,自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼;期满不起诉的,裁决书发生法律效力。因春节假期的延长,如果裁决书起诉届满日在1月24日至2月2日的,起诉期限届满日当然顺延至2月3日。但我们认为上海市对于2月10日才复工的企业,起诉期限届满日可从宽顺延至2月10日。

四、给企业的几点建议

依据《中华人民共和国刑法》《传染病防治法》《突发事件应对法》《中华人民共和国治安管理处罚法》等法律规定,企业应及时履行疫情预防与控制义务,否则企业或相关责任人可能承担相应的民事、行政或刑事责任。对于疫情期间企业的风险,我们提示如下:

1. 除医用防护服、N95口罩、医用护目镜、负压救护车、相关药品等疫情防控重点物资生产企业以及涉及重要国计民生的特殊企业外,其余企业不得提前复工。
2. 收集与疫情相关的信息,对于发现的被感染员工及疑似人员及时上报。
3. 对所采集的信息采取必要的保密措施,不得随意向其他第三人披露采集的信息、泄漏员工个人信息。
4. 及时支付疫情假期和延迟复工期间工资、加班费,关注疫情期间劳动关系的变动,提醒员工办好请休假手续。
5. 对于已经感染新冠肺炎需要治疗的员工,企业提醒员工办好病假手续,及时发放病假工资。构成工伤的,及时申报工伤。
6. 对于复工后,仍不能及时返岗的员工,有条件的企业安排员工通过线上办公的方式开展工作;无法实行网上办公的,可以与员工协商安排年休假或者复工后做六休一方式调休,在此期间正常支付工资。对于超过一个工资支付周期仍不能返岗的员工长期待岗期间的工资待遇,上海市规定不得低于本市最低工资水平。
7. 探索积极灵活的用工方式,需要对企业经营结构进行调整的,注意在变

更工作岗位时与员工协商一致,并保留好协商的记录,需要解除劳动关系的,注意解除的理由和程序,以免发生劳动争议。

8. 积极关注各地政府出台的财政补贴政策,如社保的延迟缴纳、租金减免补贴、低息贷款政策等,缓解企业的资金流动性紧张问题。

9. 及时关注并配合政府发布的各类临时管控措施。

10. 提供安全有效的卫生防护措施、医疗保健措施,并给予适当的津贴。在复工之后配备体温测量仪,每日定期测量;为劳动者提供口罩、酒精等防护、消毒用品;定期对工作场地消毒等,也可适当给予员工津贴,以支持员工自行配备防护物资。

[作者 叶茵茵:国浩律师事务所合伙人(上海),华东政法大学法学硕士

刘滔:国浩律师事务所律师(上海),西南政法大学法学硕士]

[审稿人 王晓昉:国浩律师事务所合伙人(福州)

谷景生:国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

27. 新冠肺炎疫情下“共享员工”用工模式的法律分析及建议

◎ 王 芳 王薇娜

2020年2月3日,阿里巴巴盒马鲜生宣布,联合北京心正意诚餐饮公司旗下品牌云海肴、青年餐厅,合作解决现阶段餐饮行业待岗人员的收入问题,缓解餐饮企业成本压力以及商超消费行业人力不足的难题。截至2月10日,已有餐饮、酒店、影院、百货、商场、出租、汽车租赁等32家企业加入“共享员工”计划,企业员工1800余人已在盒马正式上岗。多家企业纷纷效仿,顿时掀起一场新冠肺炎疫情防控背景下“共享员工”的风潮。这种“共享员工”的用工模式是否合法合规?是否存在用工法律风险?笔者拟结合现行法律法规等规定作简要分析。

本文所探讨的“共享员工”^[1],指代的是企业将一定时间内闲置的人力资源调配至具有需求缺口的企业,同时实现输出企业降低人力成本、输入企业增强生产能力、待岗员工获取劳动报酬三赢局面的用工模式。受新冠肺炎疫情影响,以西贝莜面村为代表的传统餐饮企业“闲得慌”,而以盒马鲜生为代表的生鲜电商因供不应求和人员未全部到位出现严重的用工短缺现象。餐饮和电商企业通过“共享员工”的方式实现人力资源互补,既减轻“溢出员工”企业的人力成本压力,又满足电商、新零售企业的短时期用工需求,同时保障停业待岗人员的工资待遇,是各方优势互补、合作共赢的用工模式,值得发扬与推广。

一、对“共享员工”用工模式的法律分析

生鲜电商与传统餐饮企业在“共享员工”上的合作,不是新型雇佣关系,而是临时的过渡措施,具备临时性、短期性的特点,符合《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)提倡企业采取灵活用工方式稳定工作岗位的精神,应受到积极评价。但我们也必须认识到,对员工的“共享”客观上会产生两个用人单位与同一位劳动者之间的复杂关系,而“我国劳动法在预设主体模型时,无论是用人单位还是劳动者,都采

用了单一主体模型”^[2],因我国劳动法律体系仅对特殊情形下成立的双重劳动关系予以认可^[3],面对“共享员工”模式,现行劳动法律框架下的许多规定都难免出现“水土不服”的问题。

解决“共享员工”在法律层面的合规性问题,关键在于处理好输入企业与输出企业、员工与输出企业以及员工与输入企业三个层面的法律关系。

(一) 输出企业与输入企业的关系界定

“共享”指的是输出企业和输入企业对人力资源的共享,是企业之间自行调配人力资源的方式。这种对人力资源的调配,不同于针对某个相对独立项目提供全部劳务服务的劳务外包,输入企业并未将业务外包给输出企业进行经营管理;也不同于调配人力资源并按人数向接收方收取费用的劳务派遣,输出企业不具备劳务派遣单位的营利性质。

不同于传统的劳动力使用结构,“共享员工”用工模式实质是在一定期间内将劳动力的雇佣和使用分属不同的主体,这种企业之间借用、“租赁”员工的用工模式并非创设,在现行劳动法律框架内可以与借调劳动关系相匹配。借调劳动关系,指用人单位通过借调或劳务协议,将劳动者于一定期间内,安排到另一用人单位,接受该单位的指示与管理而形成的法律关系^[4]。根据《工伤保险条例》第三十四条规定以及《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十四条^[5]规定,借出单位只是暂时使用该劳动力,原用人单位仍应对劳动者承担法定义务。

(二) 输出企业与“共享员工”的关系界定

目前已达成共识的是,“共享员工”并未终止或解除与输出企业的劳动合同,双方劳动关系属于持续状态。输出企业将员工派往输入企业工作,实际是短期变更了员工的工作地点、工作岗位和工作内容,需与员工平等协商达成一致。若未经员工同意,输出企业无权将员工抽调至输入企业工作。至于共享用工期间输出企业是否正常履行向员工支付工资报酬、缴纳社会保险等义务,我们认为,若员工基于与输出企业的合意向输入企业提供劳动,三方主体可以对共享期间员工的薪资待遇进行协商调整,一般是由输入企业对员工的劳动报酬进行结算后通过输出企业向员工发放,由输出企业继续为员工缴纳社会保险费。

需要注意的是,若员工未经用人单位统一调派,在待岗期间到其他单位提供劳动,属于员工的个人行为,该员工与求职单位或用工平台形成全日制或非全日

制的劳动关系、劳务关系,这个过程并未体现两个企业对人力资源的“共享”,与本文所讨论的“共享员工”存在区别。

(三) “共享员工”与输入企业的关系界定

输入企业与“共享员工”之间较为理想的用工模式,应具备以下特征:一是输入企业有权对员工进行用工管理,以保障员工提供劳动的质量以及维护企业自身的经营管理秩序;二是员工的薪资待遇、保险福利、健康安全在共享期间应受到法律保障;三是减轻输入企业暂停营业或经营困难期间的人力成本,缓解现金流压力;四是基于“共享员工”临时性、短期性的特点,劳动合同法关于用人单位的一系列义务性规定不宜适用于输入企业,输入企业对“共享员工”的用工成本应是符合预期且可控的。

近日,生鲜传奇、沃尔玛、步步高等多家公司发出了“共享员工”的邀请,欢迎暂时待岗的员工前去“上班”,京东 7FRESH 发布了“人才共享”计划,邀请临时歇业的餐饮、酒店、影线及零售联营商户员工前去“打短工”。很多媒体将这类员工定义为“共享员工”,报道并未介绍具体的法律文件签署、合作模式等细节,若仅从报道内容上看,企业直接向员工发布“上班”“打短工”的招用信息,如前文所述,此种用工模式不具备“共享”的特征,实质是员工直接与用人单位外的第三方建立用工关系。此类灵活用工在保障待岗员工收入的同时也解决了零售等企业的用工需求,但其中伴随的用工风险亦不容忽视。

零售企业与临时招用的员工通常会采取签订劳务合同、兼职协议、非全日制用工或以完成一定工作任务为期限的劳动合同、外包给第三方人力资源公司等短期用工模式,“劳务关系”是目前的主流方式,契合“共享员工”临时性和短期性的特征。但在劳务关系范畴下,一方面,劳动者的合法权益得不到充分保障,用工争议也没有强有力的法律判决依据,特别是因工受伤时无法享受工伤保险待遇;另一方面,基于劳务合同双方主体的平等地位,用工企业不能依据规章制度对员工进行监督管理。反之,若企业对劳动者提供劳务的过程进行指挥控制,如培训考核、奖励惩戒等,双方主体的从属关系凸显,或者劳动者的工作内容明显具备持续性和长期性,在司法实务中用工企业则容易被认定为与劳动者建立事实劳动关系,进而承担一系列用工主体责任。企业招用与其他单位尚未解除劳动关系的员工若给原用人单位造成损失,根据《合同法》第九十一条规定,还将与劳动者承担连带赔偿责任。

“共享员工”的突出优势在于缓解战“疫”时期餐饮企业用人成本高的难题,但员工自行到其他企业打零工获取报酬的行为,从法律层面并不能减轻原企业

向员工发放薪资的资金压力。基于上述分析,用工企业与待岗员工“一对一”建立用工关系,并不能实现为餐饮企业减负、商超企业增强生产能力、待岗员工增加收入的三赢局面。

二、对“共享员工”用工模式的探索建议

“共享员工”用工模式应体现输出企业、输入企业与共享员工三方主体的合意,三方主体均应参与到“共享员工”的法律结构中。商超企业与餐饮企业之间可考虑通过借调模式实现用工成本的转移和人力资源的及时调动。

从劳动法层面看,工作调动包括用人单位内部调动与用人单位外部调动两种方式,前者是工作岗位或工作地点的变更,后者是对劳动者指挥监督主体的变更^[6]。依据劳动者与原用人单位是否保持劳动关系,用人单位外部调动又可分为保持原有劳动关系下的调动,如借调、抽调,以及终止原有劳动关系后的调动,即劳动者与新的用人单位建立劳动关系。我国劳动法律法规并未对“员工借调”进行限制,通常情况下,只要借出单位、借入单位与被借人员三方之间签署的借调协议明确约定了借调期间的权利义务,很大程度上可以避免用工争议。借调模式的特点和优势具体论述如下。

(一) 实现“共享员工”的权益保障

借调期间,被借人员与借出单位的劳动关系存续,与借入单位不建立劳动关系;被借人员的劳动报酬及福利待遇仍由借出单位发放,社会保险和住房公积金^[7]仍由借出单位缴纳,借出单位与借入单位通过协议的方式进行社保费用、工资报酬等人工成本的转嫁或分摊。

若员工发生工伤,根据《工伤保险条例》第四十三条规定,“职工被借调期间受到工伤事故伤害的,由原用人单位承担工伤保险责任,但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。”该规定既解决了工伤员工的权益保障问题,借出单位也可以与借入单位协商进行费用分摊。对于在借调期间感染新冠肺炎的员工,若符合《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(人社部函〔2020〕11号)中认定为工伤的情形,员工可以享受工伤保险待遇,若不符合,在治疗期间也可以有工资保障。

(二) 实现对“共享员工”的规范管理

借出企业、借入企业与被借员工可以签订三方协议对借调期间用工管理权

的分配和行使作出详细约定。基于借调模式中劳动者的雇佣和使用相分离的特点,原则上借出企业应对员工进行人力资源方面的管理,如档案管理、工资、福利保险等;借入企业可以对员工进行生产性事务管理,如工作岗位安置、工作内容安排、安全卫生管理、劳动纪律制定和实施等。基于新冠肺炎疫情防控形势,借入单位应对所有“共享员工”进行防护措施规范培训,做好卫生安全防护工作。

(三) 实现企业之间的用工调剂

通过借调协议安排,对于借出企业而言,可以将停产停业期间部分员工的人力成本转移给借入企业;对于借入企业而言,可以防范被认定为与借入人员存在事实劳动关系从而承担用工主体责任的法律风险。特别是,相较于用工企业与待岗员工“一对一”零散地建立用工关系,企业之间的用工调剂可以实现一定数量和标准的人力资源输出,节省招聘成本,实现规模效益。双方主体也可以事先对各自的权利义务作出约定,避免争议出现时相互推诿法律责任。

基于上述分析,借调更符合企业之间短期合作用工的需求,在规避用工风险的同时保障被借人员的权益,与“共享员工”的法律结构高度契合。建议三方主体在借调协议或合作协议中详细约定各方的权利义务,如合作形式、共享员工人数、用工期限、工作岗位、工作内容、岗位要求、培训安排、工作制度、食宿标准、劳动报酬、劳动保护、员工管理等事项予以明确约定,以最大限度保护各方权益,避免产生纠纷后无据可依的情形。

三、对“共享员工”用工模式的展望

通过“共享员工”实现商超和餐饮跨行业互助合作,是危机之下市场自身迸发出来的自救方法。我们也应认识到,商超和餐饮企业之所以能短期内实现共享员工,原因在于两个行业同属大消费,基础岗位用工模型和能力要求十分接近,比如餐饮企业的服务员,简单培训之后就能胜任超市的售货员。而对于不同行业的员工共享,如何解决员工对新岗位技术操作不熟练的问题,将培训成本控制在一定范围内,需要包括企业在内的多方主体在实务中进一步探索研究。

“共享员工”在本次疫情中焕发生机有其偶然性,但这种用工模式本身顺应了共享经济兴起的背景下灵活用工的大趋势。劳动力资源具有很强的交换优势,基于需求与供给的契合,“共享员工”有利于劳动力的合理流动和优化配置,

实现了员工价值的再创造,对于员工自身、企业发展、保障民生、社会安定等均有助益。

在“共享员工”模式的推动下,灵活用工对人力资源高效分配和利用的优势进一步凸显。“共享员工”的价值不应仅仅局限于疫情之下的企业自救,在当前多种非标准劳动关系用工形式中,“共享员工”具有诸多积极的社会经济价值,值得规范推广。当前我国企业招工难问题一直没得到有效解决,不同行业的企业之间存在生产淡旺季的不同,可以通过“共享员工”模式协商短期互借员工,以解决企业生产淡旺季员工富余与短缺问题^[8]。政府可以委托第三方搭建用工资源信息平台,鼓励企业参加用工调剂,调配企业之间的用工需求,引导“共享员工”模式有序发展。

注释及参考文献:

- [1] “共享员工”不是法律概念,是一种企业之间调剂人员的用工模式,目前法律法规对进行人力资源调配的用人单位没有专门的称谓,本文中“输出企业”泛指调配员工至具有需求缺口企业的用人单位,“输入企业”泛指接收其他企业闲置员工提供劳动的用工单位。
- [2] 郭砚:《从单一走向多元:〈劳动合同法〉主体模型的解析和重构》,载《现代法学》2013年7月第4期,第181页。
- [3] 原劳社部《关于非全日制用工若干问题的意见》(劳社部发〔2003〕12号)以规范性文件的形式对从事非全日制用工的劳动者与多个用人单位之间建立的双重劳动关系给予了一定承认,在此基础上,《中华人民共和国劳动合同法》也明确认可非全日制用工条件下的双重劳动关系。最高人民法院于2010年9月14日出台的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第八条规定也明确了特定人员可以与用人单位成立双重劳动关系。但是我们也必须认识到,我国劳动法律体系对劳动关系的认定,除去非全日制用工和《司法解释(三)》第八条规定的特定人员外,均未突破单一劳动关系的确认理念。
- [4] 参见《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》第五条。
- [5] 《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十四条:“派出到合资、参股单位的职工如果与原单位仍保持着劳动关系,应当与原单位签订劳动合同,原单位可就劳动合同的有关内容在与合资、参股单位订立的劳务合同时,明确职工的工资、保险、福利、休假等有关待遇。”
- [6] 参见侯玲玲:《论用人单位内工作调动》,载《法学》2013年第5期,第1页。
- [7] 国家机关事务管理局于2019年10月22日发布的《住房公积金业务热点问答》第七条第(四)项规定:“被借调、外派的职工,由与职工确立劳动关系的单位负责落实住房公积金的缴存。”
- [8] 参见甘满堂,黄美扬:《员工短期外借——企业用工调剂可行性探索》,载《中国劳动关系

学院学报》2018年10月第5期,第118—124页。

[作者 王芳:国浩律师事务所律师助理(海南),中南大学法学学士

王薇娜:国浩律师事务所律师(海南),西南民族大学法学硕士]

[审稿人 王晓昉:国浩律师事务所合伙人(福州)

谷景生:国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

28. 山西企业疫情防控人力资源操作指引

◎ 常 乐 王笑梅 赵 鼎 张 俊

前 言

对于中国人而言,2020 年的春节是不平常的。一场疫情来势汹汹,波及华夏大地各个角落。1 月 20 日,国务院卫生行政部门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。国务院及地方各级政府出台了诸多疫情防控应急政策。武汉封城,春节假期延长,各地企业复工时间延期,这必然关系到千万企业与万千劳动者的切身利益。在社会各界众志成城,积极投入到这场没有硝烟的战争中时,我们对山西企业在疫情期间应注意的系列问题进行了梳理,以期对企业人力资源管理有所帮助。

需要说明的是,当前,疫情仍在不断发展变化中,有关法律、法规、政策及相关文件亦在不断更新、完善中,本文主要参照山西地区有关规定和相关司法实践,结合对有关法律、政策的理解,提出的法律分析意见。如后续有关法律法规政策文件发生变化或与本文内容不一致的,以最新的规定和有关立法、司法、行政部门的最新解释为准。

第一篇 招聘篇

疫情期间,大部分企业复工延迟,对于新员工的需求不足。但是一般之外,总有特殊。对于保障疫情防控、公共事业运行、群众生活必需及其他涉及重要国计民生、重大工程的企业,依然会有人力资源需求。本文通过查找相关法律法规,对疫情期间企业招聘中的相关问题进行以下梳理:

1. 疫情期间,怎么招聘员工?

律师解答:2020 年 1 月 26 日,山西省人社厅通过山西省人力资源市场对外发布公告,山西省暂停举办全省所有现场招聘会,具体恢复时间另行通知。这

就意味着,山西省招聘服务将转为线上服务。有招聘需求的企业可以联系本地就业和人才服务机构或登陆机构网站、微信公众号、手机客户端等渠道,按照提示注册单位基本信息,发布招聘岗位信息(山西招聘网: www.sxzipw.net; 山西人才网: www.sjrc.com.cn; 中国公共招聘网: www.job.mohrss.gov.cn 等)。

2. 用人单位在发布招聘信息时是否可以发布拒绝招录疫情严重地区劳动者的招聘信息?

律师解答:根据人力资源社会保障部等5部门《关于做好疫情防控期间有关就业工作的通知》中,明确规定维护劳动者合法权益,各类人力资源服务机构和用人单位不得发布拒绝招录疫情严重地区劳动者的招聘信息。各类用人单位不得以来自疫情严重地区为由拒绝招用相关人员。对因疫情导致劳动者暂不能返岗提供正常劳动的,企业不得解除劳动合同或退回劳务派遣用工。

3. 对于曾经患有新型冠状病毒肺炎但已被治愈的人员,用人单位能否拒绝录用?

律师解答:根据《中华人民共和国就业促进法》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;第六十二条规定,违反本法规定,实施就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼。《传染病防治法》第十六条规定,任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人。因此,患有新型冠状病毒肺炎后被治愈的,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,更不得实施任何就业歧视行为。

4. 用人单位已向应聘人员发放录用通知书,是否可以疫情防控为由取消录用?

律师解答:不可以。录用通知书是用人单位向决定录用的员工单方面发出的愿意与其建立劳动关系的一种意思表示,依据《合同法》第十四条之规定,其性质为要约。用人单位向应聘人员发出录用通知书,系其单方法律行为,对用人单位具有约束力。若应聘人员收到录用通知书,则要约生效,任何一方不得轻易违反相关约定,否则将承担不利的法律后果。从诚信及用人单位公信力角度,我们不建议用人单位以此为由取消录用,一方面有违诚信原则,另一方面如果因疫情防控取消录用,可能承担缔约过失赔偿责任。为此,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。双方劳动关系的建立从实际用工之日起开始。

第二篇 员工管理篇

一、工作时间和休息休假

1. 延长春节假期和延迟复工时间的法律性质是什么？

律师解答：国务院将本次春节假期延长至2月2日（农历正月初九），2月3日上班，1月31日和2月1日属于增加的假期（2月2日为周日，本来就为休息日），因此实际增加的休息时间为2天。根据《国务院关于职工工作时间的规定》第四条规定，本次延长假期属于有特殊情况需要缩短工作时间，由此形成的休息时间，应该属于休息日。

继春节假期延长之后，各省纷纷出台延迟复工通知。2020年2月1日，山西省政府办公厅发布《山西省人民政府办公厅关于延迟企业复工的通知》，规定除涉及保障城乡运行必需、群众生活必需等行业外，原则上省内各类企业不早于2月9日24时前复工。对于该延迟复工时间的法律性质，各省都有不同解读。比较一致的意见为根据《中华人民共和国传染病防治法》第四十二条规定，该停工紧急措施产生的延迟复工期为停工期。

2. 2月3日至2月9日可否安排在家办公，如果安排的话，工资如何发放？

律师解答：根据山西省政府办公厅的通知，企业原则上应该不早于2月9日复工。但是，企业人事工作人员应完整理解文件精神，延迟复工是为了更好防治“新型肺炎”疫情工作，并不代表企业不能安排员工在家办公。相反根据人社部发〔2020〕8号文件精神，鼓励有条件的企业安排职工通过电话、网络等灵活的工作方式在家上班完成工作任务。因此，2月3日至2月9日企业可安排员工在家办公，如果安排的话，工资应当正常发放。

3. 延迟复工期间能否作为职工带薪年假？

律师解答：《职工带薪年休假条例》第五条规定，单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。根据2020年2月7日人社部发〔2020〕8号文件精神，对不具备远程办公条件的企业，可与职工协商优先使用带薪年假、企业自设福利假等假期，在兼顾企业与劳动者双方合法权益的基础上，帮助企业尽可能减少受疫情影响带来的损失。因此，延迟复工期间，企业可以安排职工休年假，但最好考虑本人意愿。

4. 企业可否提前复工？

律师解答：不可以。疫情防控事关人民群众生命健康安全，任何企业和个

人都有义务严格遵守国家各级政府采取的疫情防控隔离措施。企业提前复工,将可能面临承担行政责任、民事责任和刑事责任的风险。基于本次疫情的防控考量,企业应当避免将自身和员工暴露在疫情风险中。提前复工被举报或发现的,甚至因为提前复工引发疫情扩散或爆发的,企业将承担重大的法律责任。

5. 哪些企业可以不执行延迟复工?

律师解答:保障性企业。

- (1) 保障城市运行所必需的行业:如供水、供电、供气、通信等;
- (2) 疫情防控所需的行业:如医疗器械、药品、防护用品生产和销售等;
- (3) 群众生活所必需的行业:如超市卖场、食品生产和供应等;
- (4) 其他涉及重要国计民生的相关企业,煤炭、电力、煤层气生产等企业。

二、薪酬管理

1. 员工在疫情期间被隔离治疗,工资该怎么发放?

律师解答:根据《中华人民共和国传染病防治法》的规定,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。该规定意味着被隔离期间,应当正常发放职工工资。

2. 企业受疫情影响停工停产期间待遇如何计算?

律师解答:对于用人单位停产停工的劳动者,根据人社部办公厅《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》的规定,企业停工停产在一个工资支付周期内的,企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。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。根据《山西省人力资源和社会保障厅关于做好新型冠状病毒疫情防控期间劳动关系有关工作的通知》,生活费标准为当地最低工资标准的80%,生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系。

最低工资标准 (元)	生活费 (元)	行 政 区 域
1 700	1 360	太原市迎泽区、尖草坪区、杏花岭区、万柏林区、晋源区、小店区、古交市,大同市城区、矿区、南郊区,阳泉市城区、矿区、郊区,长治市城区、襄垣县,晋城市城区、高平市、阳城县、泽州县,朔州市朔城区、平鲁区,晋中市介休市,吕梁市孝义市,运城市盐湖区、河津市

续 表

最低工资标准 (元)	生活费 (元)	行 政 区 域
1 600	1 280	太原市清徐县,大同市新荣区,长治市郊区、潞城市,晋城市沁水县,朔州市怀仁县、山阴县,忻州市忻府区、原平市,吕梁市离石区、汾阳市、柳林县,晋中市榆次区、昔阳县、寿阳县,临汾市尧都区、侯马市、霍州市、古县,运城市永济市
1 500	1 200	太原市阳曲县,大同市左云县、浑源县、大同县,阳泉市盂县、平定县,长治市长治县、屯留县、沁源县、长子县,晋城市陵川县,朔州市应县、右玉县,忻州市定襄县、代县、宁武县、河曲县、保德县,吕梁市交口县、交城县、兴县、方山县,晋中市灵石县、左权县、和顺县、太谷县、祁县、平遥县,临汾市翼城县、襄汾县、洪洞县、古县、汾西县、乡宁县、蒲县、隰县、曲沃县,运城市临猗县、稷山县、绛县、新绛县、芮城县
1 400	1 120	太原市娄烦县,大同市阳高县、广灵县、天镇县、灵丘县,长治市平顺县、沁县、武乡县、壶关县、黎城县,忻州市繁峙县、神池县、五寨县、偏关县、岢岚县、静乐县、五台县,吕梁市岚县、临县、中阳县、石楼县、文水县,晋中市榆社县,临汾市大宁县、永和县、安泽县、浮山县,运城市闻喜县、平陆县、垣曲县、夏县、万荣县

3. 因疫情影响企业延迟发放工资是否构成未及时支付劳动报酬?

律师解答: 不构成。推迟复工的要求是防控疫情的需要,不属于在春节前就能预期到的情形,因此,不可能苛求单位能够及时发放。在此情况下,由于未能复工,在推迟复工期间不能发放工资属于“不可抗力”,不可归咎于单位,应当不属于法定的未及时支付工资情形。当然,单位应当在复工后第一天就立即向职工补发工资。

4. 员工因疫情防控未及时返岗(如交通停运),工资该怎么发放?

律师解答: 疫情防控之下,不少城市采取封城以及暂停公共交通运输的紧急应对措施,对于不少员工返岗确实存在困难。企业安排职工通过电话、网络等灵活方式在家上班完成相应工作的,应该正常发放工资。对于因疫情防控未能返岗且无法安排远程办公的员工工资发放问题,详见本篇问答 6。

5. 企业自行发布通知在国家及地方规定的基础上继续延长假期,但是不带薪,合法吗?

律师解答: 不合法。企业自行发布通知继续延长假期,实际上属于企业自行采取停工停产措施,属于企业的自主权。但企业应该按照相关规定,负担职工

的生活费(山西省生活费标准为当地最低工资标准的80%)。

6. 延迟复工期间,提供劳动的员工和未提供劳动的员工的工资支付是否相同?

律师解答:从目前官方规定来看,在一个工资支付周期内并无不同。但是,在未提供劳动也可享受工资的背景下,让提供劳动和未提供劳动两类员工享受一样的待遇,难免有失公平。我们建议企业人事工作人员应综合考虑疫情防控、员工激励、公平效益等因素,使提供劳动员工的工资组成方面高于未提供劳动的,按照薪酬总额计划,充分使用优秀表彰、绩效奖励、精神奖励等正向激励方法,在奖金和绩效方面使提供劳动员工的工资待遇高于未提供劳动的员工。

三、社会保险

(一) 医疗保险

1. 职工感染肺炎被治疗隔离期间,计算在医疗期吗?

律师解答:应当计算在医疗期内。根据原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》,医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。根据劳动者实际参加工作年限和在本单位工作年限享受三个月至二十四个月的医疗期,特殊疾病的医疗期则有单独规定。

2. 职工因感染新冠肺炎而治疗的医药费用如何解决?

律师解答:根据《国家医疗保障局 财政部关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗保障的通知》,对于确诊新型冠状病毒肺炎患者发生的医疗费用,在基本医保、大病保险、医疗救助等社保基金按规定支付后,个人负担部分由财政给予补助,实施综合保障。所以,企业不需要垫付或支付确诊新型冠状病毒肺炎的员工的医疗费。

(二) 工伤保险

1. 医护及相关工作人员因工作感染新冠肺炎,可否认定为工伤?

律师解答:根据《人力资源社会保障部 财政部 国家卫生健康委关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》,在新型冠状病毒肺炎预防和救治工作中,医护及相关工作人员因履行工作职责,感染新型冠状病毒肺炎或因感染新型冠状病毒肺炎死亡的,应认定为工伤,依法享受工伤保险待遇。此处需要提醒企业,该通知认定工伤范围仅指医护人员。普通员工在工作中如果不慎被传染新冠肺炎,能否认定工伤,还要看具体情况。

2. 普通员工在抗击疫情的志愿活动中感染新型冠状病毒肺炎或遭受意外伤害的,可否被认定为工伤?

律师解答:员工若因参与抗击疫情的志愿活动,感染新型冠状病毒肺炎的,原则上可以按视同工伤申请工伤认定。根据《工伤保险条例》规定,员工在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的视同工伤,按照工伤保险条例的有关规定享受工伤保险待遇。员工若在参与抗击疫情的志愿工作中,遭受意外伤害,若能够证明所受伤害与抗击疫情的志愿工作存在因果关系的,原则上也可以按视同工伤申请工伤认定。

3. 劳动者在上下班途中感染新型冠状病毒肺炎是否属于工伤?

律师解答:不属于工伤。根据《工伤保险条例》第十四条第六款规定,在上下班途中,受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的属于工伤。据此,劳动者在上下班途中非因上述原因受到伤害的,不属于工伤。

4. 疫情期间,工伤认定可否进行?

律师解答:根据山西省人社厅2月5日发出的通知,从即日起暂停组织全省劳动能力现场鉴定,恢复时间疫情解除后另行通知。当然这并不意味着申报工伤工作停止。各劳动鉴定机构会通过网站(山西政务服务平台:www.sxzwfw.gov.cn/icity/public/index?record=istrue,部门选择“市人社局”,根据所在地区选择地市名称及服务内容,但仅有部分地市开通了在线申报功能)、微信、手机APP、电话咨询等方式实现申请受理。

(三) 其他保险

疫情期间,企业是否必须按时缴纳社保费用?

律师解答:根据2020年2月5日,山西省人社厅、财政局、税务局发布的通知,因受疫情影响,全省参加社会保险的企业2020年一季度社会保险费可以延迟缴纳,之后根据疫情情况再做调整。具体内容:2020年1至3月份应缴纳的养老、失业和工伤保险费,可以延迟三个月补缴,即:从4月份开始要缴纳本月并补缴1月份社会保险费,依此类推,6月份完成延期补缴手续。延迟缴费期内,不影响个人权益记录,不征收滞纳金。

第三篇 变更解除劳动合同篇

1. 用人单位能否与疑似患有新型冠状病毒肺炎的劳动者解除劳动合同?

律师解答:不可以。用人单位与劳动者解除劳动合同,取决于解除事由是

否符合法律规定,不能随意而为。根据相关规定,对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或者采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的职工,企业应当视同提供正常劳动并支付其工资,不得解除劳动关系。

2. 劳动者因防控措施等客观原因,无法按时返岗复工,能否按旷工处理?

律师解答:不可以。根据相关规定,疑似病人及密切接触者,经隔离、医学观察排除是病人或者病原携带者后,隔离、医学观察期间的工资待遇由所属企业按正常工作期间工资支付。即根据不同情况应按正常出勤对待。对于因疫情未及时复工的职工,企业可以优先考虑安排职工年休假。除因员工个人主观原因未如期复工的以外,不能按旷工处理。

3. 企业安排职工在家完成工作,职工拒绝提供劳动的,能否解除劳动合同?

律师解答:可以。我们应完整理解文件精神,延长假期及延迟复工均是为了更好地开展新冠肺炎疫情防控工作,“不得提前复工”不是代表员工不能在家办公。企业有用工自主权,且任何员工都有服从企业安排工作的义务。如企业安排职工在家完成工作,并未影响员工的人身安全且系工作需要,职工拒绝的,企业可依据相关规章制度予以单方解除劳动合同。但律师提醒,仍需通知工会(企业工会或地方工会、行业工会),并将解除通知送达本人。特殊时期,建议通过EMS邮寄的方式送达,同时保留送达回执。

4. 用人单位能否以劳动者故意传播传染病病毒为由解除劳动合同?

律师解答:可以。如劳动者故意传播传染病病毒构成犯罪依法被追究刑事责任的,可根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第六项规定与解除劳动合同。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,故意传播突发传染病病原体,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,按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

5. 用人单位可否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?

律师解答:可以。《中华人民共和国劳动合同法》第八条规定,用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。虽然该类信息属于建立劳动合同之后的,但与履行劳动合同直接相关,用人单位有权了解。根据目前的特殊情况及政府相关要求,用人单位完全可以依法向员工收集与疫情防控相关的信息,这些信息对劳动合同的履行有着重要的联系,包括但不限于地址、轨迹、健康信息等,属于“用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相

关的基本情况”。但是用人单位不得收集与疫情防控无关的信息,且收集、处理或者披露应当符合个人信息保护的相关法律规定。

6. 劳动者因疫情防控被隔离期间劳动合同到期的,用人单位可否终止劳动合同?

律师解答:不可以终止,劳动合同期限应当依照规定予以顺延。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》的规定,在劳动者因感染、疑似感染或密切接触新型冠状病毒隔离治疗期间或医学观察期间、政府实施隔离措施或采取其他紧急措施期间劳动合同到期的,劳动合同分别顺延至医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

7. 用人单位可以因疫情原因进行裁员吗?

律师解答:我们不建议用人单位在此种情形下进行经济性裁员。根据《中华人民共和国劳动合同法》规定,用人单位发生生产经营发生严重困难等原因时,需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的,用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见后,裁减人员方案经向劳动行政部门报告,可以裁减人员。在当前情况下,即使因疫情原因导致用人单位生产经营发生严重困难需要裁员,我们仍然不建议用人单位进行经济性裁员。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》,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(一般标准为企业及其职工上年度实际缴纳失业保险费总额的50%^[1])。

8. 企业在2月9日后仍然不能复工怎么办?

律师解答:目前,尚未收到山西省人社厅继续延长复工期间的相关通知。律师建议,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。符合条件的企业,可按规定享受稳岗补贴。如企业确实无法复工或无须复工的,建议企业及时向员工下发《停工通知》,最大限度地减少人力资源成本。根据相关法律规定,企业停工停产在一个工资支付周期内的,企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。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。

9. 劳动者因疫情原因无法按时返工或者用人单位决定推迟复工期间,应如何安排?

律师解答:建议用人单位充分与员工协商,达成一致:(1)优先安排员工休法定年休假,如果用人单位有福利年休假或者员工有调休的(限于之前已经在周六日加班且未安排调休的;不能现在先安排调休,疫情结束后让员工周六日上班),可以安排福利年休假或调休。(2)待岗:员工未复工时间较长的,企业经与员工协商一致,可以安排职工待岗。(3)中止劳动合同。双方签订《中止劳动合同协议书》,明确中止期间员工无须提供劳动,用人单位无须支付工资报酬、缴纳社会保险等。当然,签订方式还应灵活把握,并注意留存。

10. 单位发现职工有新冠肺炎疑似症状要求接受检查而拒不配合的,能否以此解除劳动合同?

律师解答:如果劳动者拒绝配合检疫、治疗的行为情节严重构成犯罪的依法追究刑事责任的,可根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第六项规定依法与其解除劳动合同;如劳动者的行为情节较轻,尚未构成犯罪(包括不服从管理,在有关机构采取医学措施时不予以配合,或阻碍应急处理工作人员执行职务),其行为如果严重违反了用人单位的规章制度规定的,用人单位可以依法与其解除劳动合同。律师解析:配合检疫、治疗是每个公民的义务。根据《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定,若疑似员工拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗,过失造成传染病传播,情节严重,危害公共安全的,构成犯罪。若员工有该行为,用人单位可以向卫生部门或公安机关举报。

第四篇 劳动争议解决篇

1. 因受疫情影响造成用人单位不能在法定仲裁时效申请劳动人事争议仲裁的,仲裁时效如何计算?

律师解答:仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》第三条:因受疫情影响造成当事人不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的,仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。

2. 因受疫情影响导致劳动人事仲裁机构难以按照法定时限审理案件的,审限如何计算?

律师解答:可相应顺延审理期限。《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》第三条:因受疫情影响导致劳动人事争议仲裁机构难以按法定时限审理案件的,可相应顺延审理期限。

3. 受疫情影响已定于疫情期间开庭的案件,如何处理?

律师解答:因疫情原因无法出庭参加庭审的,可根据相关法律规定,向法院或仲裁机构申请延期开庭审理。

4. 推迟复工期间,上诉期间、举证期限等诉讼期限是否停止计算?

律师解答:不停止计算。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第八十二条规定,期间届满的最后一日是节假日的,以节假日后的第一日为期间届满的日期。期间不包括在途时间,诉讼文书在期满前交邮的,不算过期。因疫情蔓延,本年度春节假期延长至2020年2月2日,若上诉期或举证期在法定假期内届满的,应顺延至2020年2月3日。因此,当事人或诉讼代理人,应当在法定期限内进行诉讼活动,否则应承担相应不利后果。

5. 劳动人事争议时效最后一天处于禁止复工期间的,是否超过时效?

律师解答:不超过时效。依据《中华人民共和国民法总则》第二百零三条规定,期间的最后一日是法定休假日的,以法定休假日结束的次日为期间的最后一日。期间的最后一日的截止时间为24时;有业务时间的,停止业务活动的时间为截止时间。依据此规定,若劳动人事争议时效最后一天处于禁止复工期间的,即2020年2月9日为时效最后一日的,应以2020年2月10日为时效最后一日。

第五篇 企业在疫情期间应采取的措施

1. 复工前及复工后企业应当做哪些准备及防护工作?

律师解答:除疫情防控、城乡运行、城市生活及重要国计民生必需企业,绝大部分企业依据《山西省人民政府办公厅关于延迟企业复工的通知》及企业内部安排目前尚未复工,员工处于家中休假或居家办公状态,企业应积极响应政府的防控举措,有序复工。建议企业采取如下具体措施:

(1) 成立疫情应对小组,密切关注国家权威发布以及疫情进展,能够快速响应疫情防控政策,为接下来的具体防护工作,提前做好信息的准备。以人力资源

部门为首,成立跨部门快速高效响应小组,了解国家及地方疫情政策并快速响应。

(2) 复工在即,企业需提前采购防护物资,包括:口罩、医用消毒水/酒精、洗手液等防护用品配备以及体温计、抗病毒口服液等常用器械及药品配备,以便节后员工上班能够使用这些防护物资。

(3) 企业应当对全部员工健康状况按照“一人一档”进行管理,详细掌握每名职工及家庭成员健康状况和春节假期出行信息,按照政府要求加强检疫检查和健康防护,及时报告相关信息。对于与确诊和疑似感染者有接触的职工,严格执行隔离观察措施,确认健康后方可返岗。

(4) 企业应当提醒所有员工上班途中正确佩戴一次性医用外科口罩或KN95口罩及其他符合防护标准的口罩。尽量不乘坐公共交通工具,建议步行、骑行或乘坐私家车、班车上班。如必须乘坐公共交通工具时,务必全程佩戴口罩。途中尽量避免用手触摸车上物品。

(5) 企业应该保持办公区环境清洁,建议每日通风3次,每次20—30分钟,通风时注意保暖。并提醒员工:人与人之间保持1米以上距离,多人办公时佩戴口罩。保持勤洗手、多饮水,坚持在进食前、如厕后按照六步法严格洗手。接待外来人员时双方必须佩戴口罩。

(6) 疫情期间,企业应减少或者避免聚集性会议,建议采取视频会议形式。如果必须开会,须要求员工佩戴口罩,进入会议室前洗手消毒。开会人员间隔1米以上。减少集中开会,控制会议时间,会议时间过长时,开窗通风1次。会议结束后场地、家具须进行消毒。茶具用品建议开水浸泡消毒。

(7) 企业如有公务出行的情况,应给与出行员工配备消毒液等防护用品,提醒员工专车内部及门把手建议每日用75%酒精擦拭1次。乘坐班车须佩戴口罩,建议班车在使用后用75%酒精对车内及门把手擦拭消毒。

(8) 严格进出管理,实行门卫登记检查制度,来访者须佩戴口罩。进入工作区域前首先进行体温检测,并介绍有无湖北接触史和发热、咳嗽、呼吸不畅等症状。无上述情况,且体温在37.2℃正常条件下,方可进入。

(9) 企业要制定应急处置预案,建立快速响应机制。对出现发热、干咳等症状的职工,立即送医疗机构就治确诊。出现新型冠状病毒感染肺炎确诊或疑似病例的,及时联系当地疾控部门对相关人员和场所进行处理,协助开展相关调查处置工作。

关于太原市企业复工的相关要求,太原市人民政府办公室于2020年2月8日下发了《太原市人民政府办公室关于做好疫情防控期间企业复工复产工作的通

知》，该文件对于企业复工提出相关要求，企业应当充分重视，在复工前严格按照该文件执行。

注释及参考文献

[1] 《关于失业保险支持企业稳定岗位有关问题的通知》(晋人社厅发〔2015〕20号)。

[作者 常乐：国浩律师事务所律师(太原)，山西广播电视大学法学学士

王笑梅：国浩律师事务所律师(太原)，山西大学宪法行政法法学硕士

赵鼎：国浩律师事务所律师(太原)，山西大学法律硕士

张俊：国浩律师事务所律师(太原)，上海商学院法学学士]

[审稿人 王晓昉：国浩律师事务所合伙人(福州)

谷景生：国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

29. 新冠肺炎疫情下广东省 工资待遇问题浅析

◎ 黄兰芳

新型冠状病毒感染的肺炎疫情发生以来,国务院办公厅及各地方政府相继发布了关于延长假期及延迟复工的相关规定。本文旨在依据相关规定,为广东省境内企业如何支付延长假期及延迟复工期间工资待遇问题提供参考意见。

一、2020年春节假期延长假期期间(1月31日至2月2日)工资待遇

(一) 延长假期(1月31日至2月2日)

根据国务院办公厅2020年1月26日发布《关于延长2020年春节假期的通知》(国办发明电〔2020〕1号)^[1],该通知第一条规定,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。鉴于2月2日(周日)为周末休息日,实际延长的假期只有1月31日(周五)和2月1日(周六,按原春节假期规定应上班)。笔者认为,1月31日及2月1日不属于法定的11天节假日,只能认定为休息日,2月2日原本就是休息日。

(二) 延长假期期间的工资待遇

按照国务院办公厅《关于延长2020年春节假期的通知》第三条规定,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。

因此,企业安排职工在春节假期延长假期期间(1月31日、2月1日、2月2日)工作又不能安排补休的,按照不低于劳动者本人日或小时工资的200%支付工资报酬。对于在春节假期延长假期期间未工作的职工不计薪。

二、广东省 2020 年延迟复工期间(2 月 3 日至 2 月 9 日)工资待遇

国务院办公厅颁布国办发明电〔2020〕1 号文后,各地方政府根据疫情防控情况,又进一步制定了“延期复工”的相关规定,广东省人民政府于 2020 年 1 月 28 日发布《关于企业复工和学校开学时间的通知》^[2],该通知第一条及第二条规定除保障城乡运行必需、疫情防控必需、群众生活必需和其他涉及国计民生、供港供澳急需复工的企业除外,广东省行政区域内各类企业复工时间不早于 2 月 9 日;广东省行政区域内中小学、幼儿园 2 月 17 日前不开学,大专院校、中职学校、技工院校 2 月 24 日前不开学。对于延期复工期间的待遇,广东省人力资源和社会保障厅先后发布多个文件鼓励企业积极与员工协商处理劳动关系及工资待遇问题,笔者现列举数种常见情形,分析如下:

(一) 病患隔离者的工资待遇

文件规定:广东省人力资源和社会保障厅 2020 年 1 月 25 日作出的《关于积极应对新型冠状病毒感染肺炎疫情做好劳动关系相关工作的通知》(粤人社明电〔2020〕13 号)第二条之规定^[3],对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的职工,企业应当视同提供正常劳动并支付职工正常工作时间工资。

法律建议:对于新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,比如确诊病人、疑似病人、被政府实施隔离者、湖北疫区封路(应当视为政府采取紧急措施)导致不能正常提供劳动的职工,企业应当按正常工作时间的工资,支付职工在此期间的工作报酬,并不得依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条、四十一条与职工解除劳动合同。隔离期结束后,对仍需停止工作进行治疗的职工,按医疗期有关病假工资的规定支付工资。

(二) 未返岗未提供劳动的职工工资待遇

文件规定:广东省人力资源和社会保障厅 2020 年 1 月 25 日作出的《关于积极应对新型冠状病毒感染肺炎疫情做好劳动关系相关工作的通知》(粤人社明

电〔2020〕13号)第五条保障职工停工停产期间待遇规定,企业因受疫情影响导致停工停产的,未超过一个工资支付周期(最长三十日)的,应当按照正常工作时间支付工资。超过一个工资支付周期的,可以根据职工提供的劳动,按照双方新约定的标准支付工资;企业没有安排职工工作的,应当按照不低于当地最低工资标准的80%支付职工生活费,生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系。

广东省人力资源和社会保障厅2020年1月31日公布《春节假期延长假期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取隔离措施期间工资待遇相关问题解答》第2条我省延迟复工期间工资待遇如何确定的问题,按照《广东省人民政府关于企业复工和学校开学时间的通知》要求,除特殊情形外,本行政区域内各类企业复工时间不早于2月9日24时。2月3日至9日未复工期间,根据《广东省工资支付条例》、人社部办公厅《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》(人社厅明电〔2020〕5号)关于停工、停产期间工资支付相关规定^[4],企业应当按照劳动合同规定的标准支付劳动者工资。符合规定不受延迟复工限制的企业,在此期间安排劳动者工作的,应当依法支付劳动者工资。其中,企业在休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的200%支付工资报酬。

人力资源社会保障部、全国总工会中国企业联合会、中国企业家协会、全国工商联2020年2月7日发布的《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》(人社部发〔2020〕8号)第三条第四款^[5]:支持协商未返岗期间的工资待遇之规定,在受疫情影响的延迟复工或未返岗期间,对用完各类休假仍不能提供正常劳动或其他不能提供正常劳动的职工,指导企业参照国家关于停工、停产期间工资支付相关规定与职工协商,在一个工资支付周期内的按照劳动合同规定的标准支付工资;超过一个工资支付周期的按有关规定发放生活费。

法律建议:从上述规定可以看出,广东省人力资源和社会保障厅关于工资待遇相关问题的解答以及人社部发〔2020〕8号文均规定,对于2月3日至9日延迟复工期间的工资待遇可参照停工、停产期间工资支付,鼓励支持企业与员工协商未返岗期间的工资待遇。对于未返岗或自行居家隔离仍处于休假状态的职工,建议企业先通过休年休假、调休、事假等方式安排员工休假,对用完各类休假仍不能提供正常劳动或其他不能提供正常劳动的职工,企业可参照《广东省工资支付条例》关于停工、停产期间工资支付相关规定与职工协商,在一个工资支付周期内的按照劳动合同规定的标准支付工资,依据劳动合同约定,对于职工未提

供劳动企业无须支付提成、绩效工资、奖金的,企业可以不予支付;超过一个工资支付周期的,可以根据职工提供的劳动,按照双方新约定的标准支付工资;企业没有安排职工工作的,应当按照不低于当地最低工资标准的80%支付职工生活费,生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系。

(三) 正常提供劳动的职工的工资待遇

文件规定:广东省人力资源和社会保障厅2020年1月31日《春节假期延长假期期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取隔离措施期间工资待遇相关问题解答》第二条规定^[6],符合规定不受延迟复工限制的企业,在此期间安排劳动者工作的,应当依法支付劳动者工资。其中,企业在休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的200%支付工资报酬。

法律建议:此条是针对不受延迟复工限制的企业,对于在此期间正常提供劳动的职工,应当按正常工作时间支付职工劳动报酬;如存在加班的,应当支付加班工资。

(四) 未复工采用居家远程办公方式的职工工资待遇

文件规定:《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》(人社部发〔2020〕8号)第一条鼓励协商解决复工前的用工问题的规定,对因受疫情影响职工不能按期到岗或企业不能开工生产的,要指导企业主动与职工沟通,有条件的企业可安排职工通过电话、网络等灵活的工作方式在家上班完成工作任务;对不具备远程办公条件的企业,与职工协商优先使用带薪年假、企业自设福利假等各类假。要指导企业工会积极动员职工与企业同舟共济,在兼顾企业和劳动者双方合法权益的基础上,帮助企业尽可能减少受疫情影响带来的损失。

法律建议:对于企业不能复工但安排员工采用居家远程办公方式的,企业可以与职工协商就远程办公期间约定具体工作目标、工作时间、薪资待遇重新达成一致,如居家办公时间较长的,企业可以制订重大疫情下居家办公的规章制度,经全体员工或职工代表大会讨论并经三分之二以上的员工或职代会代表表决同意通过,讨论和表决的方式也可通过互联网实施。对于工作时间、薪资待遇有变化的,建议与职工达成书面的远程办公协议,以免日后产生劳动合同纠纷。

（五）被派遣劳动者的工资待遇

文件规定：广东省人力资源和社会保障厅发布的《春节假期延长假期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取隔离措施期间工资待遇相关问题解答》第4点规定用工单位不得以出现《中华人民共和国劳动合同法》第四十条、四十一条规定的情形，将新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者或者因政府采取隔离措施以及其他紧急措施导致不能提供正常劳动的人员中的被派遣劳动者退回劳务派遣单位。被派遣劳动者在用工单位期间的工资待遇等参照用工单位直接用工的相关政策。

法律建议：依据上述文件解答，对于被派遣劳动者用工单位不能以《中华人民共和国劳动合同法》第四十条关于“无过失性辞退”、第四十一条“经济性裁员”为由将其退回劳务派遣单位。被派遣劳动者在用工单位期间的工资待遇应当参照用工单位直接用工的相关政策。笔者认为，关于被派遣劳动者的工资报酬由《劳动合同》《劳务派遣协议》约定，实践中，被派遣劳动者的劳动报酬也要遵从同工同酬的原则，此解答中要求参照用工单位直接用工的相关政策与劳务派遣的相关规定一致。

（六）发生工伤职工的特别规定

文件规定：广东省人力资源和社会保障厅、广东省财政厅、广东省卫生健康委员会转发《人力资源社会保障部 财政部 国家卫生健康委关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》（粤人社函〔2020〕17号）第一条规定^[7]，对于参与新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控处置的医护、防疫等有关工作人员因履行工作职责而感染新型冠状病毒肺炎的，应参照《广东省工伤保险条例》第九条第一项规定认定为工伤。对于用人单位指派到湖北省出差（工作）的职工感染新型冠状病毒肺炎的，应参照《广东省工伤保险条例》第十条第四项规定视同工伤。因新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控处置和救治等特殊原因的，用人单位申请工伤认定时限予以适当延长。

法律建议：对于参与疫情防控的医护、防疫等有关工作人员及被用人单位指派到湖北省出差（工作）的职工感染新型冠状病毒肺炎的，应参照《广东省工伤保险条例》第十条第四项规定视同工伤，参考《广东省工伤保险条例》享受工伤保险待遇。因此，前述职工感染新冠病毒肺炎的，依据《广东省工伤保险条例》第二十五条规定，因工伤需要暂停工作接受工伤医疗的职工，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。对于不能认定为工伤的职工，依据劳动

部发布《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》的通知(劳部发〔1994〕479号)第五条规定,职工患病或非因工负伤治疗期间,在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费,病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付,但不能低于最低工资标准的80%。

三、2020年2月10日至17日未正式复工期间工资待遇

根据《省疫情防控指挥部办公室关于实施企业提前复工报备制度的通知》《广东省住房和城乡建设厅关于对房屋市政工程申请提前复工实施报备管理的通知》和《深圳市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部办公室关于实施企业复产复工报备制度的通知》等文件相关要求,对于企业复产复工实行报备制度,仅有符合复工要求的企业方可获批复工,因此,仍有部分企业在2月10日至17日未正式复工,甚至有部分企业至2月18日仍无法恢复正常经营。对于未正式复工的企业,其职工工资待遇问题符合本文第二点具体情形的,可以参考上述法律建议。

但如企业因疫情导致生产经营困难的,依据人力资源社会保障部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》第二条规定,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。企业停工停产在一个工资支付周期内的,企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。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。

因此,对于广东省地区的企业因疫情导致生产经营困难的,有如下几种方式可参考:1. 发布停工停产通知,在一个工资支付周期内按劳动合同规定的标准支付工资,未产生提成、绩效工资、奖金的可以不予支付,超过一个工资支付周期的,可以根据职工提供的劳动,按照双方新约定的标准支付工资;企业没有安排职工工作的,应当按照不低于当地最低工资标准的80%支付职工生活费。2. 与员工协商一致通过中止劳动合同、待岗等方式,不予支付此期间的工资,但应当依法为职工缴纳社会保险及公积金,请留意此方式应当与员工书面协商一致。3. 通过民主程序与职工协商采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位;对暂无工资支付能力的,企业与工会或职工代表协商延期支付,减轻企

业资金周转压力。

上述关于迟延复工期间工资待遇问题,广东省文件规定要求参照停工、停产待遇支付工资,北京市规定职工未复工时间较长的,企业经与职工协商一致,可以安排职工待岗。待岗期间,企业应当按照不低于本市最低工资标准的70%支付基本生活费。参考北京的做法,从公平原则的角度出发,笔者认为,如职工未提供任何劳动,却与正常提供劳动的职工享有同等的待遇,则有违公平,也不利于调动员工的积极性,如果对正常提供劳动的员工支付加班费,则无疑加重企业的负担。因此,笔者建议,企业可以根据自身实际经营情况,结合上述规定和建议向职工支付工资,如若工资支付减少的,应当告知员工并与员工协商一致,取得员工书面认可,并保留此过程中的相关证据,以免员工届时以未足额发放工资或克扣工资为由发生劳动争议。

法外之音:笔者建议,政府和企业都应该鼓励劳资双方协商解决复工前的用工和工资待遇问题。对因受疫情影响,职工不能按期到岗或企业不能开工生产的,要倡导企业主动与职工沟通,有条件的企业可安排职工通过线上工作方式居家上班完成工作任务;对不具备远程办公条件的企业,与职工协商优先使用带薪年假、企业自设福利假等各类假,也要指导企业工会积极动员职工与企业同舟共济,在兼顾企业和劳动者双方合法权益的基础上,帮助企业尽可能减少受疫情影响带来的损失,为国家打赢这场抗疫攻坚战作出自己的贡献。

注释及参考文献

- [1] 国务院办公厅《关于延长2020年春节假期的通知》。
- [2] 广东省人民政府《关于企业复工和学校开学时间的通知》。
- [3] 广东省人力资源和社会保障厅《关于积极应对新型冠状病毒感染肺炎疫情做好劳动关系相关工作的通知》(粤人社明电〔2020〕13号)。
- [4] 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》(人社厅明电〔2020〕5号)。
- [5] 人力资源社会保障部/全国总工会/中国企业联合会/中国企业家协会/全国工商联《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》(人社部发〔2020〕8号)。
- [6] 广东省人力资源和社会保障厅《春节假期延长假期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取隔离措施期间工资待遇相关问题解答》。
- [7] 广东省人力资源和社会保障厅 广东省财政厅 广东省卫生健康委员会转发人力资源社会保障部 财政部 国家卫生健康委《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护

及相关工作人员有关保障问题的通知》(粤人社函〔2020〕17号)。

[作者 黄兰芳：国浩律师事务所律师(深圳)，湖南科技学院法学学士]

[审稿人 王晓昉：国浩律师事务所合伙人(福州)]

谷景生：国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

30. 浅析新冠肺炎疫情所涉工伤问题

——以李文亮医生工亡赔付为视角

◎ 周苏嘉

2月7日,经武汉市中心医院申请,根据《工伤保险条例》及《人力资源社会保障部财政部国家卫生健康委关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》,武汉市人力资源与社会保障局作出武人社工险决字(2020)第010001号《认定工伤决定书》,认定李文亮医生作为医护人员在抗击新型冠状病毒感染肺炎疫情(以下简称“新冠疫情”)工作中不幸感染并经抢救无效去世,属于《工伤保险条例》第十四条第(一)项规定的“在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害的”情形,认定为工伤。

武汉市中心医院在李文亮医生生前已依法为其参加并缴纳了工伤保险,上述工伤保险待遇由工伤保险基金支付。笔者以李文亮医生工亡赔付为视角,就此次新冠疫情所涉工伤认定及工伤保险待遇赔偿问题,从新冠疫情下的工伤认定标准、赔偿标准、是否可以获得商业保险和工伤保险待遇双重赔付等方面,做如下浅析。

一、新冠疫情下的工伤认定“新标准”

李文亮医生被认定为工伤的依据,除常规的《工伤保险条例》规定外,还有人力资源社会保障部、财政部、卫生健康委于2020年1月23日针对新冠疫情发布的《人力资源社会保障部、财政部、国家卫生健康委关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(人社部函〔2020〕11号,以下简称“人社部11号通知”)。根据该通知,在新型冠状病毒肺炎(以下简称“新冠肺炎”)预防和救治工作中,医护及相关工作人员因履行工作职责,感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的,应认定为工伤,依法享受工伤保险待遇。同时,该通知亦明确了财产补助单位因此发生费用,由同级财政予以补助。

除上述文件外,人力资源社会保障部于2020年1月30日发布的《人力资源社会保障部关于进一步做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》(人社部明电〔2020〕1号)、卫生健康委于2020年1月27日发布的《关于印发近期防控新型冠状病毒感染的肺炎工作方案的通知》(肺炎机制发〔2020〕9号)均确认了医护人员及抗击疫情的工作人员因履行工作职责感染的,应认定为工伤,同时对上述人员的工伤认定、赔付事宜开通绿色通道,缩短工伤认定时间及工伤保险待遇支付时间。

上述文件出台后,各地行政机关亦陆续出台了具体实施文件,如福建省人力资源和社会保障厅、福建省财政厅、福建省卫健委共同发布的《关于支持做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控劳动保障工作的通知》(闽人社文〔2020〕16号),成都市人力资源和社会保障局、成都市财政局、成都市卫生健康委员会联合发布《关于做好因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》等。

其中,北京市人民政府办公厅于2020年2月3日发布的《关于进一步支持打好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控阻击战若干措施》(京政办发〔2020〕5号),将工伤认定时间由原来的60日压缩为3日,同时将《新型冠状病毒感染的肺炎诊疗方案》覆盖的药品和医疗服务项目临时纳入工伤保险基金支付范围;河南省人力资源和社会保障厅会同省财政厅、省卫生健康委员会印发《关于转发人社部函〔2020〕11号文件妥善解决在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作中医护及相关工作人员工伤保险有关问题的通知》确定,新冠肺炎救治定点医院可作为工伤保险临时定点医院并由各级工伤保险经办机构预拨资金用于救治。

上述文件,为医护人员及抗击疫情的工作人员提供了强有力的保障,为其认定工伤、快速获取工伤保险待遇提供了相应的依据。同时,通过财政补贴的形式加强了工伤保险待遇的给付能力,减轻了医护人员及抗击疫情工作人员的经济负担,亦保障了相关单位的正常经营。

二、非参与新冠疫情防控工作的职工,感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的,是否属于工伤?

如上所述,上述文件系针对医护人员及疫情防控的相关工作人员,对于非参与新冠疫情防控工作的职工,因执行工作任务或履行工作职责前往疫区,导致感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的,笔者认为,属于《工伤保险条例》第十四条第五款规定的“因工外出期间,由于工作原因受到伤害”的情形,应当认定为工

伤,享受工伤保险待遇。广东省发布的《转发关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(粤人社函〔2020〕17号)增加了用人单位派出人员前往湖北(出差)工作的职工感染新型冠状病毒视同工伤的规定,亦印证了笔者的上述观点。

因新冠肺炎属于疾病,但不属于职业病,对于在上班期间或上班前后,在工作场所内感染新冠肺炎的,不属于《工伤保险条例》中认定工伤的情形。但员工在工作时间和工作岗位,因感染新冠肺炎在48小时内医治无效死亡的,仍应当认定为工伤。

而职工为新冠疫情防控提供志愿活动中感染新冠肺炎或应感染新冠肺炎死亡的,首先应当明确是否为职工个人行为,若是用人单位组织的志愿活动,应当按上文所述认定为工伤;若系职工个人行为,在经过用人单位确认后,通说认为属于《工伤保险条例》第十五条规定的在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害应当视为工伤的情况。但用人单位与职工就志愿活动有明确约定的,应当以双方约定为准。

需要说明的是,由于新冠肺炎潜伏期较长,此种情况下,认定职工感染新冠肺炎系在前往疫区期间,存在一定困难,故由行政主管部门统一认定标准较为妥当。

三、李文亮医生被认定为工伤后,其亲属可以取得哪些工伤保险待遇赔偿项目? 多少赔偿金额?

根据《工伤保险条例》第三十九条、《湖北省工伤保险实施办法》第三十四条及第四十二条等相关法律的规定,李文亮医生工亡,其近亲属可以取得的工亡赔偿共三项,即:丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金,具体的赔偿金额如下:

(一) 丧葬补助金

根据《工伤保险条例》第三十九条的规定,丧葬补助金的赔付标准为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。因武汉市尚未公布2019年度职工月平均工资数额,故笔者暂按2018年度职工月平均工资进行计算。根据武汉市人力资源和社会保障局办公室于2019年7月1日公布的《关于2018年度工伤保险有关待遇采用统计数据的通知》(武人社办〔2019〕8号)文件,武汉市核定工伤保险有关待遇涉及的2018年度职工月平均工资为6139元,故丧葬补

助金金额应当为36 834 元。

（二）供养亲属抚恤金

根据《工伤保险条例》第三十九条的规定，由李文亮医生生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属，按照李文亮医生工资数额一定比例予以支付，具体标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。具体供养亲属的范围由统筹地区社会保险经办机构依照《因工死亡职工供养亲属范围规定》第二条、第三条的规定核定。因笔者无法知晓李文亮医生的月工资数额，亦无法确定其符合领取供养亲属抚恤金的亲属范围及领取比例，故笔者暂无法计算该部分金额。

（三）一次性工亡补助金

根据《工伤保险条例》第三十九条^[1]及《实施〈中华人民共和国保险法〉若干规定》第十一条^[2]的规定，一次性工亡补助金的标准为发生工伤时上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。根据2020年1月17日国家统计局公布的最新数据，2019年度全国城镇居民人均可支配收入为42 359元，故李文亮医生近亲属可领取的一次性工亡补助金为847 180元。

除上述款项外，其近亲属可享有李文亮医生在工伤治疗期间的工资福利待遇、伙食补助费等工伤医疗待遇。

四、作为普通职工，被认定工伤后，相应的工亡赔付标准及赔付金额是否与李文亮医生不同？

（一）丧葬补助金

根据规定，丧葬补助金的标准按统筹地区即地级行政区的职工月平均工资标准计算，即赔付标准按地级行政区进行区分。故：

1. 若用人单位所在地为武汉市或下属县、区、县级市的职工，相应丧葬补偿金均按照6个月的武汉市上年度职工月平均工资标准进行计算。被认定为工伤时，武汉市2019年度职工月平均工资尚未发布的，按照2018年度的平均工资计算，即与李文亮医生的赔付金额一致；已经发布的，按2019年度的平均工资计算。

2. 若用人单位所在地为武汉市行政区范围外的职工，则应当按所在地（地级）上年度职工月平均工资标准进行计算。以福州市为例，若李文亮医生所在医

院位于福州市或下属县、区、县级市,因福州市尚未公布 2019 年度职工月平均工资数额,故笔者暂按福州市 2018 年度职工月平均工资 6 931.25 元进行计算,丧葬补助金为 41 587.5 元。若工伤发生时,福州市 2019 年度职工月平均工资已经公布的,按 2019 年度的平均工资计算。

（二）供养亲属抚恤金

根据规定,供养亲属抚恤金需核定供养亲属的具体数量、人员,按照个人的工资标准按一定比例赔付。故供养亲属抚恤金的支付标准因个人工资数额的不同产生变化,相应支付比例、供养亲属范围则由社会保险经办机构予以核定。

（三）一次性工亡补助金

因《工伤保险条例》在全国统一执行,故 2020 年发生的工伤,一次性工亡补助金全国统一标准为 847 180 元,该标准没有地域、人员之分。

综上所述,除一次性工亡补助金为全国统一外,其他工亡赔付金额与用人单位所在地、职工个人工资数额有关,其中供养亲属抚恤金还需由社会保险经办机构核定范围、比例后发放,但与职工的工作性质、工龄、工伤保险缴费比例等无关。即使用人单位未缴纳工伤保险的,职工被认定为工伤后,仍有权依据《工伤保险条例》第六十二条第二款的规定,要求用人单位按照法律法规规定的工伤保险待遇进行赔偿。

五、若李文亮医生个人或所在医院为其购买商业保险,是否能在保险公司赔付后要求享受工伤保险待遇,即取得双重赔偿?

首先,根据《工伤保险条例》第二条第一款^[4]、第六十二条第二款^[5]的规定,用人单位为职工缴纳工伤保险费是法定义务,该法定义务不得通过任何形式予以免除或变相免除。在用人单位未为职工缴纳工伤保险费的情况下,用人单位应直接向职工或工亡职工的近亲属支付工伤保险待遇。因此,职工被认定为工伤的,即享有工伤保险待遇,该权利不因其他任何原因丧失。

其次,《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条第一款、第三款^[6]的规定,社会保险经办机构不得以职工已对第三人提起民事诉讼为由,作出不予受理工伤认定申请、不予认定工伤决定或拒绝支付工伤保险待遇。因此,法律法规及司法解释并不禁止受工伤的职工或其近亲属获得双重

赔偿。

最后,受工伤的职工或其近亲属获得双重赔偿已由最高人民法院公报案例予以确认。《最高人民法院公报》2017年第12期收录的安民重、兰自姣诉深圳市水湾远洋渔业公司工伤保险待遇纠纷案中,审理法院认为,用人单位为职工购买的商业保险,性质上是用人单位为职工提供的一种福利待遇,不能免除用人单位负有的法定的缴纳工伤保险费的义务或支付工伤保险待遇的义务。在法律及司法解释未禁止受工伤的职工或其家属同时获得民事赔偿和工伤保险待遇赔偿的情况下,用人单位称职工家属同时获得保险金和工伤保险待遇属一事二赔、违反公平原则,没有法律依据,不予支持。

因此,若李文亮医生个人、武汉市中心医院或其他第三方为李文亮购买了商业保险且符合保险合同中约定的赔付条件,无论保险公司是否已经向被保险人或受益人进行赔付,李文亮医生的近亲属均有权取得工伤保险待遇赔偿。

需要说明的是,若系用人单位为职工购买的是雇主责任险,因该保险的投保人及被保险人均为用人单位,该保险的受益人仅为用人单位或用人单位指定的第三方,而非职工或职工指定的第三方;若用人单位或个人为职工购买的是意外险等人身险,则受益人为职工个人或职工指定的第三方。同时,因部分保险产品对特定疾病、传染病免责,用人单位及职工在购买保险时应当注意,保险合同内是否明确约定了对特定疾病、传染病的免责条款。

注释及参考文献

[1]《因工死亡职工供养亲属范围规定》

第二条 本规定所称因工死亡职工供养亲属,是指该职工的配偶、子女、父母、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹。

本规定所称子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女,其中,婚生子女、非婚生子女包括遗腹子女;

本规定所称父母,包括生父母、养父母和有抚养关系的继父母;

本规定所称兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有抚养关系的继兄弟姐妹。

第三条 上条规定的人员,依靠因工死亡职工生前提供主要生活来源,并有下列情形之一的,可按规定申请供养亲属抚恤金:

(一) 完全丧失劳动能力的;

(二) 工亡职工配偶男年满60周岁、女年满55周岁的;

- (三) 工亡职工父母男年满 60 周岁、女年满 55 周岁的;
- (四) 工亡职工子女未满 18 周岁的;
- (五) 工亡职工父母均已死亡,其祖父、外祖父年满 60 周岁,祖母、外祖母年满 55 周岁的;
- (六) 工亡职工子女已经死亡或完全丧失劳动能力,其孙子女、外孙子女未满 18 周岁的;
- (七) 工亡职工父母均已死亡或完全丧失劳动能力,其兄弟姐妹未满 18 周岁的。

[2] 《工伤保险条例》

第三十九条 职工因工死亡,其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金:

- (三) 一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍。

[3] 《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》

第十一条 社会保险法第三十八条第八项中的因工死亡补助金是指《工伤保险条例》第三十九条的一次性工亡补助金,标准为工伤发生时上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍。

[4] 《工伤保险条例》

第二条 中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户(以下称用人单位)应当依照本条例规定参加工伤保险,为本单位全部职工或者雇工(以下称职工)缴纳工伤保险费。

[5] 《工伤保险条例》

第六十二条 依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

[6] 《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》

第八条 职工因第三人的原因受到伤害,社会保险行政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔偿为由,作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的,人民法院不予支持。

职工因第三人的原因导致工伤,社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由,拒绝支付工伤保险待遇的,人民法院不予支持,但第三人已经支付的医疗费用除外。

[作者 周苏嘉:国浩律师事务所律师(福州),华侨大学法学学士]

[审稿人 王晓昉:国浩律师事务所合伙人(福州)

谷景生:国浩律师事务所合伙人(石家庄)

张琦:国浩发展研究院编辑]



七、民商合同篇

31. 新冠肺炎疫情下的合同履行问题 研究(一): 以不可抗力为视角

◎ 朱奕奕 邵 锴 吴亦为

一、引言

近期,新型冠状病毒疫情牵动亿万人心,该疫情的出现让人不禁想起“非典”疫情。2020年1月31日,世界卫生组织(WHO)宣布,将新型冠状病毒疫情列为“国际关注的突发公共卫生事件”。其实,在2003年的“非典”疫情过后,2005年通过的新版《国际卫生条例》中对“国际关注的突发公共卫生事件”(Public Health Emergency of International Concern, PHEIC)进行了规定,PHEIC是指:(一)通过疾病的国际传播构成对其他国家的公共卫生危险;(二)可能需要采取协调一致的国际应对措施^[1]。本次新型冠状病毒疫情被世卫组织列为PHEIC,对该疫情的防控要求、提前准备的应急措施、病例隔离等事宜及可能造成的经济损失都需要严加重视。由于疫情而采取的延期复工、开学和交通限制等应急措施可能会导致已经订立的合同无法履行或无法及时履行,因此,若继续履行合同义务会对一方当事人明显不公平,当事人如何处理合同义务成为大家普遍关注的话题。因疫情严峻,影响重大,在法律法规角度上,大家首先想到的就是不可抗力与情势变更,为此,本次研究将分两篇文章分别立足于不可抗力与情势变更两层视角而展开。本文拟从不可抗力规则适用的角度讨论疫情下的合同义务履行问题,因本次疫情的某些情况与2003年的“非典”疫情相似,故在实证研究上,本文将主要借鉴并参考当时“非典”疫情的一些案例进行分析并检视。

二、不可抗力的现行规定与适用分析

（一）不可抗力的现行规定与要素分析

《民法总则》第一百八十条第二款规定：“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”《合同法》第一百一十七条第二款规定：“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。”据此，不可抗力的认定主要依靠三项要素，包括主观要素的“不能预见”以及客观要素的“不能避免”和“不能克服”。以现行法律规定而言，三项要素必须同时具备方可构成不可抗力，通常以自然灾害、战争、罢工等为其适例。

所谓“不能预见”，是指合同订立之前当事人无法合理预见的情形。对于“不能预见”应限定在缔约当时及合理范围内而不应过分严格把握，否则可能会导致所有会发生的“不可抗力”事项在一定程度上都可以被当事人预见的错误结论^[2]。所谓“不能避免”，是指当事人不能使该客观情况不发生或予以规避。而所谓“不能克服”则是指该客观情形发生后所造成的合同履行障碍和损害后果无法克服^[3]。在《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)中还要求在合理范围内也没有其他替代履行措施^[4]，因此，“不能克服”需要结合不同的合同类型、客观情形造成的影响程度、替代措施的成本等进行综合判断。

（二）不可抗力适用的要点

1. 不可抗力与债务不履行的因果关系

从不可抗力的构成要素来看，不可抗力的认定本身是一个具体化和个案化的过程，不能一概而论，其适用也同样体现了这一点。《合同法》第一百一十七条第一款规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”《合同法》第九十四条规定：“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……”

据此，援引不可抗力进行免责、减轻责任或解除合同的前提是债务不履行或不能实现合同目的系不可抗力所致。有学者指出，不可抗力与履行义务受阻之间存在因果关系，是不可抗力引起预定法律效果的核心，且不可抗力应是债务履行受阻的关键原因^[5]。这种因果关系的判断亦需结合案件的具体情况才能确定，因此，不可抗力的认定和适用需要经个案判断才能得出相对准确的结论。

2. 不可抗力与迟延履行发生的时间

根据《合同法》第一百一十七条第一款的规定,当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任,也即债务不履行行为的发生时间与不可抗力发生时间密切相关,如果迟延履行合同期间发生不可抗力事项,在该案中相关事项则不能认定为不可抗力或不能适用不可抗力进行免责,盖因该期间发生的不可抗力事项致使合同产生履行障碍系当事人迟延履行所引发的后果,自然不能据此免责。

三、在合同履行中疫情与不可抗力适用的类型化分析

(一) 案例实证检索

在上述规定和理论分析的基础上,进一步的实证研究有助于我们了解实践中如何对疫情作为不可抗力进行认定与适用。为此,我们对 2003 年发生的“非典”疫情所引起的合同履行案例进行了系统检索,为尽可能贴合个案判断,对检索的主要案例按照合同类型进行了分类,并对其裁决意见进行了如下总结:

序号	类型	案 号	“非典”疫情与不可抗力认定及其适用	判决意见总结
1	买卖合同	(2005)沪高民二(商)终字第 159 号	被上诉人提交的有关政府机构文件能够证明被上诉人在 2003 年“非典”期间根据政府要求需备足库存,实际上未能满足包括上诉人在内很多客户的要货需求,被上诉人对其在 2003 年 5 月少供货的行为可以不承担违约赔偿责任	在疫情及政府要求下对按约履行供货义务造成障碍不承担违约责任
2		(2017)晋民终 93 号	关于华垦公司上诉所称的 2003 年发生“非典”这一不可抗力事件,应予免责问题,华垦公司并未举证证明通知伦达公司不能履行合同,且“非典”期间并未封锁交通、限制货物交易,故对华垦公司这一上诉理由,本院不予采信	在未采取封锁措施、限制货物流通的情况下,疫情本身不足以构成买卖合同履行障碍,不予免责
3	租赁合同	(2004)沪一中民二(民)终字第 32 号	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	疫情属于不可抗力,依法减免承租人的租金支付义务
4		(2004)沪二中民二(民)终字第 354 号	基于我国在 2003 年春夏季节发生“非典”疫情一事众所周知,而且当时娱乐行业响应政府部门防治“非典”的要求而停业也是公知的事实,因此,根据公平原则,上诉人提出其停业 3 个月的租金应免除的理由成立,本院予以支持,故上诉人所欠租金中应扣除 3 个月的租金	因疫情停业,根据公平原则减免租金

续 表

序号	类型	案 号	“非典”疫情与不可抗力认定及其适用	判决意见总结
5	租赁合同	(2017)吉 04 民终 441 号	2003 年因“非典”期间造成升华宾馆停业 4 个月的经济损失,因该损失是姜玉阁经营升华宾馆期间遭遇的不可抗力,属于正常的经营风险,该经营风险不应由巨源公司承担	疫情及宾馆停业虽属不可抗力,但属正常的经营风险,不构成租金支付义务的障碍
6		(2007)鄂民四终字第 47 号	平均每艘涉案游船受“非典”疫情影响的期间所占百分比至多约为 45%,与停航后涉案五艘游船剩余营运天相比,所占百分比至多约为 50%,虽然“非典”疫情对涉案租船合同的履行造成了较大影响,但这一影响尚未达到令合同目的不能实现的程度,东江公司以“非典”疫情之发生单方面行使合同解除权的做法本院不予支持	疫情未导致合同目的不能实现,租船合同不予解除,但可免除部分欠付租金及其违约赔偿责任
7	服务合同	(2005)三 亚民二终字第 2 号	“非典”疫情,对房屋销售有一定的影响,但并不是法律上规定的不可抗力,至少“非典”不是造成对房屋销售的不可抗力,房屋销售可以通过网上及电话等其他方式销售	疫情不构成房屋销售服务中的不可抗力
8	建设工程合同	(2005)三 亚民一终字第 79 号	该疫情的发生是不可预见、不可避免,并且在当时卫生医疗技术条件下为不可克服的,由此导致政府采取必要的行政措施禁止录用岛外民工。要求施工企业或长源公司在海南本地另行招募人员完成施工系对长源公司及施工企业的过分苛求,不予支持。客观上本案涉及的标的物施工人员(民工)主要来自岛外,对民工流动的控制客观上导致了各建筑企业进场施工的迟延,应认定“非典”疫情对项目各项施工的完成构成不可抗力因素,导致工期延误发生的迟延交房可免责。	“非典”及政府对民工流动的控制造成了施工迟延且要求仅招募本地人员完工不具有合理性,因此疫情构成不可抗力,相应时段内的交房时间延误可免责
9	借款合同	(2005)穗中法民二终字第 1150 号	不论是“非典”、禽流感疫情还是市政工程,可能影响的只是宏观的经营环境,对本案借款合同的履行并不产生任何直接、必然的影响,故不应认定为是导致三上诉人违约的原因,因此,三上诉人以不可抗力为由上诉主张减免民事责任,本院不予支持	疫情通常不构成金钱债务中还款义务履行的不可抗力,债务人迟延还款构成违约

（二）实证分析

从上述司法判例中可见,法院在认定和适用不可抗力时仍然以把握不可抗力的三个要素,及不可抗力与不同类型合同债务不履行之间的因果关系为核心要点,并从严把握;在涉及合同解除问题时,对“合同目的不能实现”亦严格把握,尽量减少因合同解除可能引发的法律关系不稳定的情形。此外,值得注意的是,《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》(以下简称“《通知》”)中规定:“由于‘非典’疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”虽然上述规定目前已失效,但实际上这种处理思路与上述案例所展现的各地法院判决基本面向是一致的,对于我们了解最高人民法院在疫情处置与合同履行中的司法倾向性意见,仍有参考意义。

司法实践中较多争论及不同判决观点的问题,主要集中在租赁合同中的租金支付义务可否主张不可抗力以减免支付。从司法实践来看,直接支持或完全反对疫情构成租金支付义务的不可抗力的观点均在少数,多数司法判决系通过公平原则对租金支付义务进行调整。通常而言,金钱给付义务可能发生履行迟延但在法律上不产生履行不能的问题,债务人对其金钱债务负有无限责任^[6]。因而不可抗力的主张通常不对债务人的金钱给付义务发生完全免除作用,这一点在上述案例9借款合同纠纷一案中也有所体现。回到租金支付的问题上来,租金支付同样系金钱债务的履行,正是考虑到前述原因,多数法院在租金支付义务的调整时,不再过分强调不可抗力,而是通过疫情对租金支付的影响和公平原则在出租人和承租人之间进行利益平衡,即更符合《通知》中所提及的第一种方式。此种方式在实质上更倾向于系按照情势变更原则[最高人民法院研究室《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]对租金支付义务进行调整。

四、不可抗力在新冠肺炎疫情下的认定及适用分析

回归到本次新冠肺炎疫情,因其产生和暴发本身难以为当事人合理预见,其影响以及为控制疫情而实施的相关政策也不能为当事人所避免,若经个案判断

由于交通限制、复工延期等情形导致当事人难以克服按合同约定履行债务所面临的各种障碍,从而导致债务不能履行的,则本次疫情在该案中可构成法律意义上的不可抗力。

在此基础上,当事人可援引《合同法》第一百一十七条不可抗力条款要求免责或减轻责任;而当不可抗力已导致合同目的根本无法实现时,当事人则可援引《合同法》第九十四条来解除合同。

(一) 责任减免

《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。”《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。”显然,上述条款已经明确了不可抗力为法定责任减免事由。然而,如前文所言,在现实中,不可抗力对个案的影响存在极大的差异,部分免除或全部免除,需根据不可抗力与合同实际履行之间的影响力大小进行判断。

具体而言,在不可抗力的出现构成合同不能履行唯一原因的情况下,若不可抗力导致合同全部不能履行的,则应免除全部责任;若仅导致合同部分不能履行的,则仅应免除该部分的法律责任。需要注意的是,在不可抗力仅会导致合同迟延履行,不可抗力消失后合同仍能继续履行的情况下,当事人仍应当继续履行合同义务,但该部分迟延履行的责任应予免除。例如在上文案例8中,法院即以“非典”疫情及政府对民工流动的控制造成了施工迟延构成不可抗力为由,认定三亚长源物业发展有限公司对“非典”疫情期间导致工期延误发生的迟延交房免责。

在不可抗力的出现仅构成合同不能履行原因之一的情况下,即不可抗力与其他原因结合造成合同不能履行时,应当结合不可抗力与其他原因对最终结果的影响力确定免除责任的比例^[7]。如“大连鹏程假日大沐有限公司与大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷再审一案”中^[8],辽宁省高级人民法院经审理认为,正典公司租赁鹏程公司场地,用于经营餐饮(包括蛇类等野生动物)、客房两项业务,在“非典”疫情暴发后,野生动物经营活动停止。正典公司没有按照合同约定期限支付租金,已构成违约,然而正典公司在本案中的违约行为,毕竟与“非典”疫情的发生所导致的部分经营活动不能完全正常进行有一定的关系,且其自身也遭受了较大的经济损失,故违约金的数额应适当减少给付。

（二）合同解除

《合同法》第九十四条第一款规定：“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；……”因此，即使存在不可抗力事由，合同是否能够解除依然有赖于对合同目的是否能够实现为判断基础。仅在合同目的因为不可抗力而无法实现时，才有可能构成合同解除。例如，在上文案例6中，法院通过比较“非典”疫情对租船影响的期间与整个租船或营业期间的对比，认为虽然“非典”疫情对涉案租船合同的履行造成了较大影响，但这一影响尚未达到令合同目的不能实现的程度，从而对承租人以“非典”疫情之发生单方面行使合同解除权的请求未予支持。

五、当事人在新冠肺炎疫情下可采取的有效措施及相关建议

在当前新冠肺炎疫情下，当事人可在专业人士的帮助下结合自身目前情况综合评估判断违约风险和不可抗力的适用可能，特别是违约行为与本次疫情发生的时间先后关系、履约受本次疫情的影响程度等。若当事人已预见本次疫情将对履约能力产生较大影响且拟主张不可抗力进行免责的，建议当事人可以提早采取相关措施，以期减少或免除自身可能承担的法律风险。

首先，当事人可积极联系合同相对方，进行相关事项的磋商。合同的订立、变更及终止皆有赖于双方当事人的意思自治。若双方当事人可协商达成一致，对合同进行变更，则会大大降低日后可能的诉讼导致的成本，并有效化解诉讼带来的风险，无疑对双方当事人而言皆是最优的选择。需要注意的是，双方当事人最终商定的结果应以书面方式留存，并进行签章，以保障合同形式上的完备性，防止相对方反悔的风险。

其次，若当事人无法就相关事项达成一致，当事人可寻求适用不可抗力以减免自身法律责任。《合同法》第一百一十八条规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”因此，当事人应及时通知合同相对方其因疫情不能履行合同，并提供相关证明。视具体情况，相关证明可以包括病例报告、政府等权威机构出具的文件、发布的公告等，以证明疫情或政府针对疫情作出的防控措施导致合同无法履行。当事人发出上述证明文件时，应注意留档，以应对未来可能的诉讼。需要注意的是，在主张不可抗力免责的同时，当事人还应当积极采取措施避免或减少因本次疫情违约而可能导致的扩大损失，否则，当事人可能仍需就扩大损失

承担责任。

最后,若因为疫情导致合同目的无法实现,当事人也应根据《合同法》第九十六条“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的,应当通知对方”的规定,及时向合同相对方发出通知,并留存相关证据。若相对方提出异议,则当事人应及时向人民法院或者仲裁机构提起诉讼或仲裁申请,请求确认解除合同。

注释及参考文献

- [1] 参见《人民日报解读:什么是国际关注的突发公共卫生事件》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1657205728381295558&wfr=spider&for=pc>, 最后访问日期: 2020年2月2日。
- [2] 参见崔建远:《不可抗力条款及其解释》,参见《环球法律评论》2019年第1期。
- [3] 参见叶林:《论不可抗力制度》,载《北方法学》2007年第5期。
- [4] 参见[德]英格博格·施文策尔:《国际货物销售合同中的不可抗力和艰难情势》,杨娟译,载《清华法学》2010年第3期。
- [5] 参见叶林:《论不可抗力制度》,载《北方法学》2007年第5期。
- [6] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年第1版。
- [7] 参见杨立新:《大地震以后的民法制度应对之策——地震作为民法不可抗力事由的一般影响》,载《政治与法律》2008年第8期。
- [8] 参见(2013)辽审二民抗字第14号民事判决书。

[作者 朱奕奕:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学民商法学博士
邵镨:国浩律师事务所律师助理(上海),华东政法大学民商法学硕士
吴亦为:国浩律师事务所律师助理(上海),华东政法大学法学院法学硕士]
[审稿人 陈学斌:国浩律师事务所合伙人(上海)]

32. 新冠肺炎疫情下的合同履行问题 研究(二): 以情势变更为视角

◎ 朱奕奕 邵 锴 钟 茜

在前一篇以不可抗力为视角讨论了新冠肺炎疫情下的合同履行问题后,本文拟从情势变更规则实证适用的角度继续讨论疫情下的合同履行问题,因本次疫情的某些情况与2003年的“非典”疫情相似,故在实证研究上,本文将主要借鉴并参考当时“非典”疫情的一些案例进行分析并检视。

一、情势变更的现行规定及构成要件的认定

(一)《合同法司法解释二》:情势变更是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

从《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)》(以下简称“《合同法司法解释二》”)第二十六条的规定可见,情势变更规则适用于“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”。

由于情势变更规则的法律依据是前述《合同法司法解释二》的第二十六条,《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”)中既没有否定情势变更,也没有否定《合同法司法解释二》,因此,《民法总则》出台后,若合同约定的履行条件发生变化,继续履行合同对一方明显不公平或不能实现合同目的时,当事人一方仍然可以情势变更规则要求变更合同或者解除合同。

(二) 情势变更与不可抗力在疫情法律问题适用中的区别

1. 我国法律关于情势变更和不可抗力的规定与变化

我国相关法律规定对不可抗力和情势变更的适用情况和结果分别进行了规定。不可抗力规定主要在《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第九十四条及第一百一十七条,《民法总则》第一百八十条第二款,不可抗力指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

情势变更则在上述的《合同法司法解释二》第二十六条中进行了规定。从我国《合同法司法解释二》的规定中可见,情势变更须发生在合同成立后履行完毕前,为当事人在缔约时所不可预见的,排除了商业风险的影响,且进一步明确情势变更系非属于不可抗力的重大变化^[1]。

然而,在现实中,情势变更和不可抗力情形难以做到泾渭分明,存在交叉地带^[2]。最高人民法院在《合同法司法解释二》第二十六条中之所以力图对两者进行区分,完全系当时的错误认识,认为不可抗力与情势变更系完全排斥的概念。殊不知,情势变更与不可抗力系不同层面的问题,情势变更规则解决的是合同履行问题,尤其是当客观情势的变化导致合同履行可能产生不公的情境,在概念上,情势变更规则应和契约严守规则对应,本质上属于契约严守规则的例外;而反观不可抗力,不可抗力系产生合同履行障碍的原因,非法律效果,也不属于合同履行规则,其解决的是合同履行障碍发生后违约责任的减免问题(因其导致合同障碍的发生不可归责于当事人)。本质上而言,因不可抗力导致的法律效果可能是发生履行不能,减免违约责任,也可能是需要对合同权利义务关系进行调整,即适用情势变更规则来继续履行合同,如此,两者不属于直接相对应的概念,更不应刻意区分甚至相互排斥。在现行规范下,由于两者的相互排斥,不可抗力产生的法律效果只有履行不能,从而减免违约责任,完全排斥调整合同权利义务关系亦即情势变更规则的适用,由于该排斥直接导致现行法下的适用困境为:某些由于不可抗力导致的履行障碍(没有达到履行不能,只可能引起继续履行产生不公)无法适用情势变更规则进行权利义务的调整,于是产生实证上的乱象,也直接导致实践中法院以结果为导向的裁判思维。如针对“非典”疫情的认定,当裁判者需要免责或者部分免责的结果时,便将“非典”疫情作为不可抗力,如海南省三亚市中级人民法院(2005)三亚民一终字第79号民事判决及广东省广州市中级人民法院(2004)穗中法民二终字第1472号民事判决;当裁判者需要调整或者变更合同内容时,便将“非典”疫情作为情事变更,如江苏省丹阳市人民法院(2003)丹民初字第2371号民事判决;甚至有些法院为免争议直接基于公平或诚

实信用原则调整合同约定或者违约责任,如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。

当然,对于上述误区,可喜的是《民法典(草案)》进行了纠正,其中,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。”该条规定中删去了“非不可抗力造成的”字样,而且进行了统一规定。这一变动不仅是纠错,更是考虑到情势变更和不可抗力两项制度具有相似性,规范的均为当事人无法预见的、支配领域外的风险因素^[3],具有客观性、偶然性,为当事人订约时不可预见且当事人无过错^[4]。

《民法典(草案)》删去了“非不可抗力造成的”这一规定后,对情势变更与不可抗力的适用结果也会产生影响。有学者认为《民法典(草案)》并未将不可抗力排除在情势变更的事由之外,即便发生了不可抗力,也可以成为情势变更的事由,当继续履行合约对当事人不公平时,不论其属于不可抗力还是其他客观原因,都是使得合同难以履行的客观原因,都可能构成情势变更;如果因不可抗力导致合同履行不能,则不应当构成情势变更,而应当允许当事人依法解除合同^[5]。这就是说,除了因不可抗力导致合同履行不能而主张解除合同这一情形外,其他情况都可以主张情势变更作为救济。《民法典(草案)》的规定在一定程度上体现出淡化对事件本身进行归类的裁判趋势,未来法院或更多地以事件本身是否导致合同不能履行或导致合同履行对一方明显不公为出发点,来裁判解除合同或变更合同。这种处理方式也弥补了现行规范下不可抗力导致的履行困难、显失公平的情况在《合同法》不可抗力制度中未规定的法律漏洞^[6]。

2. 情势变更与不可抗力在疫情语境下的适用情形不同

不可抗力导致合同不能履行,而情势变更并非导致合同不能履行,只是履行合同对一方较为困难,或需付出过高的代价因而显失公平。有学者对于“非典”疫情下情势变更与不可抗力的适用做出过类型化分析。

首先,对于因感染“非典”而致其民事行为的实施不能达到合同预期目的的,可视为《中华人民共和国民法通则》第一百三十九条的“其他障碍”和《民法总则》第一百九十四条的“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”,并通过权利人主张诉讼时效中止来维权,或者义务人可主张非因自身过错却要承担后果而显失公平的情势变更^[7]。

其次,对于政府为防治非典所采取的措施而导致的合同纠纷,如隔离、旅游暂停警告、强制关闭人数较多的活动等,导致一些合同不能履行或部分不能履行,相关的防控措施对于合同当事人来说是不能预见、不能避免且不能克服的,系不可抗力,对此,应根据不可抗力的影响程度和给债务人造成的困难程度来具体处理。如果合同已不可能履行,则可解除合同并免除违约方的违约责任;如果是造成合同履行暂有困难的,可要求债务人迟延履行但应免除相应的违约责任。但即使认为政府相关防控措施构成不可抗力,在合同具备履行可能性的情况下,仍可以通过变更合同等方式促成合同之履行,以平衡当事人利益^[8]。

最后,对于排除前两种情况之外的其他情形,应考虑疫情作为引起情势变更的事由。即合同的履行困难不是源于合同当事人患上疫情相关疾病,也并非直接接受防控措施影响,而是由于疫情导致客观情势发生变化,此时当事人继续履行合同显失公平,那么应根据公平原则适当运用情势变更予以处理^[9]。

三、司法实践中对于“非典”疫情是否构成情势变更之裁判认定

根据实证考察,我们发现,对于“非典”疫情在合同案件中是否构成情势变更,在司法实践中,出现过不同判决:

(一) “非典”疫情在订立合同时当事人已经预见:不构成情势变更

在大庆筑安建工集团有限公司曲阜分公司、大庆筑安建工集团有限公司与曲阜市建筑工程公司建设工程施工合同纠纷一案中,双方在签订合同时,已经对“非典”疫情时期的特殊情况作出了明确的预见和约定,后因“非典”疫情导致的图纸变更和工程价款减少不属于合同签订后发生的情势变更^[10]。

(二) “非典”疫情中法院对构成情势变更情形的认定

在李培艳、莱州市永安路街道西关居民委员会追偿权纠纷一案中,法院认为“非典”疫情系不可预知的灾害,承租的宾馆停业造成经济损失是客观存在的,该损失超出了市场风险的范围,适用情势变更原则适当减免部分租赁费,于法有据^[11]。

在上海拍谱娱乐有限公司与上海新黄浦(集团)有限责任公司房屋租赁合同纠纷上诉案中,基于“非典”疫情一事众所周知,而且当时娱乐行业响应政府部门防控“非典”的要求而停业也是公知的事实,适用情势变更免除停业3个月的租金的理由成立^[12]。

在2003年的一起中国消费者协会维权案例中,由于“非典”疫情,杭州某婚庆公司与程某签订的婚庆协议无法履行,对于为该协议提前支付的信用金,婚庆公司拒绝退还给程先生,程先生于是诉至法院。法院认为,“情势变更原则”指的是产生效力的法律行为或事实的基础和环境因不归责于当事人的事由,发生了当事人预料不到的变更,如果仍使其发生原有效力的行为实则显失公平,即应根据公平和诚信的法律价值目标重新调整其行为或事实中的权利与义务,使之免除不履行义务一方当事人责任的原则;“非典”疫情应构成情势变更,“非典”疫情的突发性以及国家、社会为控制非典疫情所采取的措施使合同成立时存在的客观事实和状况发生异常突变,这是个人主观不能逆转的一种巨大变化,且对履行该合同必然带来明显不利的结果^[13]。事实上,在“非典”疫情期间,客观条件已经根本不可能组织一场程先生与婚庆公司约定的婚礼,因为婚礼作为特殊的纪念庆祝方式,有不可重复性,一旦未能如期举行,并不是通过再次组织就能达到预期效果的^[14]。由此,“非典”疫情所构成的情势变更可以产生合同解除的后果,合同双方应按照公平原则分担相应的损失。

(三)“非典”疫情并不必然导致经营目的落空,而且即使构成情势变更也应适用公平原则,合理承担不利后果

从“(2007)桂民四终字第1号”一案中可见,“非典”疫情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”疫情导致的必然结果,故“非典”疫情对上诉人与广升公司之间租赁合同的履行基础不构成实质影响,不能成为可变更或解除租赁合同的情势变更状况,而且即使构成情势变更,双方亦应通过合理协商,合理分担由此导致的不利后果,合同变更能够实现公平的,不允许当事人主张解除合同^[15]。

四、情势变更在新冠肺炎疫情下的适用分析

如前所述,对于此次新型冠状病毒肺炎疫情也可以做出类似的类型化分析。自理论而言,此次新型冠状病毒肺炎疫情而导致的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的情形,可以适用情势变更规则。对于由于自身患病所致的合同不能履行或不能及时履行,权利人可援引诉讼时效,义务人可援引情势变更规则;对因政府疫情防控措施所致的合同纠纷,适用不可抗力,但应结合合同履行的可能性选择救济路径;对于非因政府疫情防控措施,亦

非因自身患病所致的其他不可预见的且非不可抗力的重大变化,可将此次疫情作为引发情势变更的事由,适用公平原则进行处理。此外,从《民法典(草案)》的规定中可见,情势变更将可在一定程度上弥补不可抗力规则的漏洞,除了因不可抗力导致的合同履行不能而主张解除合同的情形外,可以主张情势变更作为救济。

从实务中可见,对于一般性的政策调整导致的市场价格变动,一般不被认定为情势变更,但是对于举办奥运会、各种峰会等活动造成的当地某种产品的市场价格急剧上升的情形,是可以适用情势变更予以调整的^[16]。

根据对上述“非典”疫情时期参考案例的整理,我们可以得出以下几点启发:首先,适用情势变更规则需要明确合同的签订时间必须在新型冠状病毒肺炎疫情暴发之前,疫情带来的影响是当事人在订立合同时无法预见到的,如果合同对此类突发性公共卫生事件的特殊情况做出了明确的预见和约定,则按合同约定处理。其次,需要对具体情况进行分析,即疫情是否对合同履行产生了实质性的影响,继续履行是否会对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,并根据疫情是否导致合同丧失履行可能性而选择救济路径。最后,即使疫情产生的影响属于情势变更,也应当从公平原则出发,优先合理变更合同内容,尽可能维持合同债权债务关系,实现合同当事人预期的合同目的;变更合同不能解决的,才考虑解除合同,并注意显失公平情形的消除^[17]。

在情势变更的具体适用程序上,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》,对于该解释第二十六条情势变更规则,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,必要时应报请最高人民法院审核。

注释及参考文献

-
- [1] 参见王洪,张伟:《情势变更规则适用要件的探究——以法释〔2009〕5号第26条为中心的释论》,载《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2014年第1期。
 - [2] 参见韩世远:《不可抗力、情势变更与合同解除》,载《法律适用》2014年第11期。
 - [3] 参见韩世远:《情势变更若干问题研究》,载《中外法学》2014年第3期。
 - [4] 参见王利明:《聚焦民法典合同编编纂情势变更制度若干问题探讨——兼评〈民法典合同编(草案)〉(二审稿)第323条》,载《法商研究》2019年第3期。
 - [5] 参见王利明:《聚焦民法典合同编编纂情势变更制度若干问题探讨——兼评〈民法典合

同编(草案)》(二审稿)第323条》,载《法商研究》2019年第3期。

- [6] 参见韩强:《情势变更原则类型化研究》,载《法学研究》2010年第4期。
- [7] 参见谢秋红:《突发公共卫生事件的民法调整》,载《探索》2003年第5期。
- [8] 参见谢秋红:《突发公共卫生事件的民法调整》,载《探索》2003年第5期。
- [9] 参见谢秋红:《突发公共卫生事件的民法调整》,载《探索》2003年第5期。
- [10] 参见(2017)鲁民申3251号民事裁定书。
- [11] 参见(2018)鲁06民终268号民事判决书。
- [12] 参见(2004)沪二中民二(民)终字第354号民事判决书。
- [13] 参见“岑丹评案(三十一)非典疫情构成情势变更 新郎告赢婚庆公司”,载中国消费者协会网,<http://www.cca.org.cn/tsdh/detail/13290.html>,2020年2月1日。
- [14] 参见“岑丹评案(三十一)非典疫情构成情势变更 新郎告赢婚庆公司”,载中国消费者协会网,<http://www.cca.org.cn/tsdh/detail/13290.html>,2020年2月1日。
- [15] 参见(2007)桂民四终字第1号民事判决书。
- [16] 参见万方:《我国情势变更制度要件及定位模式之反思》,载《法学评论》2018年第6期。
- [17] 参见付冬梅:《因“非典”影响引起的合同纠纷处理与情势变更的适用》,载《前沿》2004年第2期。

[作者 朱奕奕:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学民商法学博士

公惟韬:国浩律师事务所律师助理(上海),乔治城大学法学院法学硕士

钟茜:国浩律师事务所律师助理(上海),华东政法大学民商法学硕士]

[审稿人 陈学斌:国浩律师事务所合伙人(上海)]

33. 新冠肺炎疫情对于民商事合同效力及履行的影响

◎ 陈光卓

新型冠状病毒肺炎(以下简称“新冠肺炎”)疫情属特别重大突发公共卫生事件,其来势凶猛,对于民事主体的民商事活动已产生重大影响,对批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游、教育培训等行业影响尤甚。现就疫情对于民商事合同效力及履行的影响进行梳理。

一、新冠肺炎疫情影响合同履行的法律性质认定

(一) 认定为“不可抗力”

新冠肺炎属于新型传染病,具有突发性,当事人缔约时难以预见,且疫情对经济民生产生了巨大影响,当事人不能避免及克服,故新冠肺炎疫情符合《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、《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第一百一十七条关于“不可抗力”的法律界定,依法可认定为“不可抗力”。对此,全国人大常委会法工委发言人于近期亦发表意见,认为新冠肺炎疫情对于不能履行合同的当事人来说属于不可抗力。

需注意的是,“不可抗力”系就某事件进行法律上评价。关于“不可抗力”在具体合同履行中的适用,应结合缔约时间、疫情在不同地区及不同行业的影响程度、疫情与合同不能履行及造成的损失之间是否具有直接或间接的因果关系等,做出具体认定,而不能不加区别地将其适用所有合同的履行。

(二) 属于“情势变更”

最高人民法院通过司法解释规定方式,确立了情势变更规则。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十六条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或

者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”为避免情势变更规则在审判实践中被滥用,而破坏合同自由及交易秩序,最高人民法院于2009年印发《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),明确要求应“严格适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)第二十六条。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。必要时应报请最高人民法院审核”。

从上述规定可知,情势变更与不可抗力虽较为类似,但对于应认定为不可抗力的,则排除情势变更规则的适用。并且,情势变更规则适用要求严格,且须报请高级人民法院甚至最高人民法院审核,故在实践中法院较少适用。对于本次新冠肺炎疫情而言,若某地疫情对于某具体类型的合同履行尚不能认定构成不可抗力,但又符合情势变更规则规定之情形的,亦可按情势变更规则处理,所涉合同纠纷的审理法院应履行报核程序。

(三) 适用“公平原则”

根据《合同法》第五条规定,公平原则系当事人缔约并确定双方权利义务时应遵循的法律原则。对于当事人协商确定的合同条款,法院一般不能直接援引公平原则进行干预调整,但可适用具体的法律规制规则。如对于格式合同条款明显违背公平原则,应按照《合同法》第三十九、四十、四十一条关于格式条款规制规则处理。亦即公平原则在合同履行方面需谨慎适用。

在2003年“非典”疫情期间,最高人民法院颁布的《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》(法〔2003〕72号)(已失效)曾规定,“由于‘非典’疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理”即规定了可直接适用公平原则处理相关合同纠纷。该解释虽已失效,但因本次新冠肺炎疫情与“非典”疫情类似,在新冠肺炎疫情特殊背景情况下,法院直接适用《合同法》规定的公平原则对于当事人权利义务进行适当调整,符合法律精神,亦避免了适用情势变更规则程序繁琐,以及机械适用不可抗力规则而对合同

稳定性造成影响。

综上,新冠肺炎疫情对于合同履行的影响,应根据具体情况分别适用不可抗力免责规则、情势变更规则以及公平原则。处理结果应注意平衡合同当事人的利益,避免将风险过度转嫁由一方承担。

二、疫情对于民商事合同影响应考察的要素

(一) 疫情与合同履行障碍间因果关系

关于合同的迟延履行及履行不能,是按照不可抗力规则还是按情势变更规则或公平原则处理,均应考察疫情与合同履行障碍之间是否存在因果关系。亦即疫情与合同履行障碍及造成的损失之间是否存在因果关系,是疫情被认定为不可抗力,或合同履行按照情势变更规则或是公平原则处理的前提。若疫情与合同履行障碍间不存在因果关系,则不必再对疫情的法律性质及对合同履行产生何种法律后果做进一步评价。即便疫情构成不可抗力,但若疫情并非造成合同无法履行或迟延履行的唯一原因,不可抗力亦仅能部分免除当事人的责任^[1]。

(二) 国家和社会公共利益

疫情防控是当前国家最为重要紧迫的任务,任何妨碍、破坏疫情防控的行为均可能被认定为损害国家利益及社会公共利益。在疫情发生后,相关合同的签订和履行若妨碍到疫情的防控,属于违反社会公共利益,依法应认定为无效。在合同履行过程中,政府相关部门为保障社会公共利益,依据《中华人民共和国物权法》第四十四条关于“因抢险、救灾等紧急需要,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”之规定,征用急需物资而影响到相关当事人合同履行的,当事人之间合同履行问题可按照不可抗力规则处理。

(三) 合同稳定和利益平衡

疫情持续时间及最终影响程度目前尚不明确,为最大限度减少疫情对市场秩序造成的负面影响,在处理合同纠纷时应注重维护合同稳定及实现当事人之间的利益平衡。若可变更合同的,如推迟交货、减免租金等,则尽量不解除合同。对于合同主要履行义务的变更,如租金的调整,则应从实现当事人利益平衡的角度进行判断,以共同分摊疫情所带来的风险和损失。对于受疫情影响引发保险

理赔纠纷的,应按“平衡保护,适度倾斜(被保险人)”保险法规定精神,认定相关事件是否构成保险事故,以发挥保险保障功能。

三、疫情对于典型民商事合同影响之认定

(一) 疫情对于租赁合同效力的影响

疫情防控期间,人员流动必然产生住房租赁需求。为有效摸排流动人员信息,做好疫情防控工作,有法院发布告知书,参照《中华人民共和国城市房地产管理法》第五十四条以及《租赁房屋治安管理规定》第六条规定,要求出租人出租房屋应当向房屋所在地的房屋登记管理部门登记备案,且应就承租人的身份信息向房屋所在地的公安派出所登记备案。对于未按要求进行登记备案,妨碍到疫情防控工作的,签订的租赁合同将可能损害社会公共利益而被认定为无效^[2]。

房屋租赁登记制度在实践中通常被认定为管理性强制性规范,不影响合同效力。但在疫情防控的特殊期间,对房屋租赁进行强制登记有利于落实国家疫情防控政策,实质上已涉及公共利益。故法院的上述创新举措,活用了法律规则,不仅符合最高人民法院2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(简称“《九民会议纪要》”)关于“强制性规定识别”的规定精神,且对于疫情防控具有重大意义。

(二) 疫情影响下的解除租赁合同及调减租金的认定规则

疫情对于商场、酒店、餐饮等行业影响巨大,疫情过后房屋租赁合同纠纷有可能激增。因疫情影响到承租人对于租赁物使用和收益的,承租人能否要求减租或免租,甚至要求解除租赁合同?对此,应审慎审查认定。

租赁合同系双务有偿合同,亦系长期性履行合同,约定的租赁期间从数月到二十年最长期限不等。租金通常亦根据房屋租赁的具体市场行情,由双方事先协商确定。因此,就租赁合同的履行而言,新冠肺炎疫情是否构成不可抗力,还是应适用情势变更规则或是公平原则处理,应慎重认定。可从以下方面进行判断。

其一,优先适用合同约定。若合同明确约定严重传染病疫情或类似事件可构成不可抗力,当事人有权据此解除合同,则应优先适用合同约定。

其二,租赁期间长短。对于疫情的持续时间,当前尚无法做出判断。如从事餐饮的店面因受疫情影响无法开业经营,对于租赁期间已不足一年的,允许当事人优先协商处理,并按照公平原则对于疫情期间的租金进行调减;对于当事人援

引不可抗力条款要求解除合同的,原则上应允许。但对于租期较长的合同,在疫情持续时间以及疫情结束后影响尚不明确的情况下,为维持合同稳定,原则上不应认定合同目的已落空,当事人不能以不可抗力为由主张解除合同,但应允许承租人要求在疫情影响期间内根据公平原则减免相应租金。

其三,疫情对于租赁市场影响程度。如租赁房屋系用于经营超市、销售医药用品、仓储等,疫情对于该租赁物的使用并不产生直接负面影响,承租人不能要求调减租金及解除合同;如疫情导致租赁房屋无法正常使用,如景区关闭,景区附近的店面均无法营业,亦即该区域房屋租赁的市场价值在短期内归零,则可要求免除该期间的租金;若房屋仍在正常使用,则根据疫情对营业影响程度,按相应影响比例酌减租金。概言之,对于租金能否调减及调减幅度,应结合租赁用途、疫情对租赁市场的影响程度及持续时间,按照公平原则进行认定。如有政府发布措施,减免承租国有资产类经营用房的中小微企业及个体工商户的租金,鼓励业主(房东)为租户减免租金^[3]。

(三) 买卖合同的变更和解除

受疫情影响,企业推迟复工、交通出行受阻及市场交易停滞,对企业的生产经营及产品的销售等均产生重大影响。若因疫情导致企业无法依约按期履行买卖合同的交货义务,但其仍有履约能力的,双方可协商变更买卖合同关于标的物数量、交付时间等的约定。企业受疫情影响未能按期履约的,其可依《合同法》第一百一十七条规定,根据不可抗力影响程度主张部分或全部免责,并根据该法第一百一十八条规定,及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应收集疫情影响企业正常生产经营的证明及其他凭证,在合理期限内提供对方当事人。

生产型企业受疫情影响已无法供货,或零售、餐饮等企业受疫情影响已无法购买货物继续营业,应认定合同目的已无法实现,其均可援引《合同法》第九十四条关于“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……”之规定,要求解除合同,终止供货。但解除通知应送达相对人,并提供已无法履约的相关书面凭证。

(四) 借款合同中还贷期限的变更

疫情期间,居民的收入、企业的现金流等都会受到影响,对于因受疫情影响而客观上无法按期还贷的个人和企业,原则上不应认定为构成违约,银行等金融机构不能以借款人未按期还款为由提前收贷。故金融借款合同的履行时间、履行方式等可依据疫情影响程度予以适当合理变更,双方可通过协商方式确定。

为此,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),要求“对受疫情影响暂时失去收入来源的人群,要在信贷政策上予以适当倾斜,灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排、合理延后还款期限”,“对于受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业,以及有发展前景但暂时受困的企业,不得盲目抽贷、断贷、压贷。鼓励通过适当下调贷款利率、完善续贷政策安排、增加信用贷款和中长期贷款等方式,支持相关企业战胜疫情灾害影响”。各大金融机构亦已陆续响应。

当然,金融借贷的还款方式及期限等履约内容根据疫情影响适度变更,并不意味着有还贷能力的个人和企业可据此拒不还款。对于合同能否变更及变更内容,仍应根据疫情影响程度、借款人履约能力,并应兼顾金融安全的保障,做出综合认定。

对于民间借贷,亦鼓励当事人依公平原则协商处理,原则上亦可参照上述金融借贷处理方式进行处理。

(五) 疫情对于保险理赔的影响

疫情对于群众的生命健康、民事主体的民商事活动均造成了严重负面影响,涉及人身保险、责任保险、信用保险、保证保险等各类险种均可能发生保险事故。确诊新冠肺炎患者能否主张重大疾病险的保险赔偿,受疫情影响的企业能否主张信用保险赔偿等,均涉及保险理赔问题。因新冠肺炎疫情引发的风险,属保险保障范围,故在保险理赔方面,应从保险转嫁社会风险的制度功能、被保险人获得保险理赔的合理期待出发,保障被保险人的保险理赔权益的实现。

具体而言,在投保人如实告知义务审查方面,应关注保险人对于投保人是否进行了合理的询问、相关询问条款是否合理,避免保险人随意以投保人未尽如实告知义务为由解除合同拒付保险赔偿金。如患者虽自身曾患有其他疾病且未告知,但其系因新冠肺炎引发保险事故,则保险公司不宜以投保人未如实告知有其他疾病史为由拒付保险金。

关于保险责任免除条款,应就保险人是否履行了提示及明确说明义务进行严格审查认定;若保险责任免除条款内容存在实质不公平情况,亦应按照保险格式条款解释规则,根据公平原则进行审查认定。对于保险责任范围及其他保险条款的理解存在争议的,应适用保险法关于不利于保险人的解释规则进行处理。如信用保险中,债务人及其担保人均在疫情严重的湖北且客观上已无法履行付款及担保义务,保险公司则不能以被保险人应先行起诉担保人承担责任等格式

条款内容为由,设置保险理赔障碍。此类条款则应认定为保险公司免除其义务而加重被保险人责任的格式条款而无效。保险公司嗣后可向债务人及担保人行使保险人代位求偿权。

银保监办发〔2020〕10号文明确提出,“对感染新型冠状病毒等出险理赔客户要优先处理,适当扩展责任范围,应赔尽赔”,实质上要求保险公司不应机械适用保险条款中关于保险责任范围的限制性规定,而应发挥保险在疫情防控特殊阶段保障作用。上述规定亦可作为处理此类保险纠纷的重要政策依据。

注释及参考文献

[1] 最高人民法院(2016)最高法民终347号民事判决

[2] 《闽侯法院疫情防控期间未经登记备案擅自出租房屋的法律风险告知书》

[3] 《福州市人民政府关于帮助中小微企业应对疫情共渡难关若干措施的通知》

[作者 陈光卓:国浩律师事务所法律顾问(福州),厦门大学民商法学硕士]

[审稿人 孙敬泽:国浩律师事务所合伙人(北京)]



八、建工房产篇

34. 新冠肺炎疫情引起的工期变化与费用补偿

◎ 孙玉军

2020年1月,新型冠状病毒肺炎疫情暴发。其间正值春节假期,鉴于新型冠状病毒的高传染性,国务院和各地方政府发文延长春节假期,延迟企业复工和学校开学,防止因人口流动和人口聚集引发疾病传染。部分地区的政府部门(如上海市住建委)直接发文规定建设项目不得在2020年2月9日24时前复工或新开工。由于感染新型冠状病毒的疑似病例和确诊病例仍处于增加状态,2月9日前复工难度很大,此次疫情导致工期延长和费用增加已成定局,故笔者从工程承包商的视角探讨此次疫情引起的工程项目工期变化和费用索赔问题。

一、疫情是否必然导致工程工期顺延

疫情造成工程项目不能复工的原因基本可以归结为两类,一类是地方政府根据疫情发布禁止复工命令;另一类是虽然地方政府没有直接规定工程项目禁止复工,但是由于疫情引起的原材料供应短缺或劳动力不足,造成项目无法施工。如果存在这两种情况之一的,应当认定疫情引发项目难以正常施工,工期将会发生顺延。

反之,如果地方政府没有规定禁止复工生产,且疫情没有影响生产要素发挥作用的,则疫情不能导致工期顺延,承包商无权以疫情向发包人主张工期延长。

另外,由于疫情期间与春节期间的放假停工时间恰好重叠,承包商还需要说明其应复工时间。实际复工时间与应复工时间的时间差,为停工时间。

二、疫情应当属于不可抗力

不可抗力是一种免责事由,《中华人民共和国民法总则》第一百八十条和《中

华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第一百一十七条将“不可抗力”定义为“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。施工合同一般将瘟疫约定为不可抗力事由之一。

《标准施工招标文件》第 21.1.1 条规定:“不可抗力是指承包人和发包人在订立合同时不可预见,在工程施工过程中不可避免发生并不能克服的自然灾害和社会性突发事件,如地震、海啸、瘟疫、水灾、骚乱、暴动、战争和专用合同条款约定的其他情形。”《建设工程施工合同示范文本》第 17.1 条规定:“不可抗力是指合同当事人在签订合同时不可预见,在合同履行过程中不可避免且不能克服的自然灾害和社会性突发事件,如地震、海啸、瘟疫、骚乱、戒严、暴动、战争和专用合同条款中约定的其他情形。”

此外,此次新冠病毒肺炎疫情与 2003 年“非典”疫情类似,可以参考 2003 年“非典”疫情时期我国对于“非典”疫情是否属于不可抗力的认定。《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,已失效)指出:“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。”《合同法》第一百一十七条和第一百一十八条即为针对不可抗力的规定。通过案例检索,多个案例显示“非典”属于不可抗力,如最高院在《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)中表示:“本院认为:工程逾期交付,除‘非典’不可抗力的影响外,双方均有责任。”最高院在《白俊英、土默特左旗人民政府合同纠纷再审民事判决书》([2016]最高法民再 220 号)中认为:“关于白俊英要求土左旗政府退还‘非典’期间承包费 5 万元的诉讼请求,‘非典’属于不可抗力,基于公平原则,白俊英所承包的宾馆因‘非典’停业,对于‘非典’造成的损失双方各承担 50%,因此,土左旗政府应返还白俊英承包费 2.5 万元。”根据上述通知和相关案例可以看出,最高院将“非典”疫情认定为不可抗力。

因此,因疫情导致的项目无法施工,应属于不可抗力。

三、不可抗力导致停工期间的损失分摊

不可抗力首先是一种免责事由,承包商可以根据不可抗力条款免除一定的合同责任,主要是工期责任,即工期顺延。针对不可抗力给当事人造成财产损失

和费用增加,原则上应当按照各自损失各自承担的原则处理。根据《建设工程施工合同》(GF-2017-0201)第 17.3.2 条规定:“不可抗力导致的人员伤亡、财产损失、费用增加和(或)工期延误等后果,由合同当事人按以下原则承担:

1. 永久工程、已运至施工现场的材料和工程设备的损坏,以及因工程损坏造成的第三人人员伤亡和财产损失由发包人承担;
2. 承包人施工设备的损坏由承包人承担;
3. 发包人和承包人承担各自人员伤亡和财产的损失;
4. 因不可抗力影响承包人履行合同约定的义务,已经引起或将引起工期延误的,应当顺延工期,由此导致承包人停工的费用损失由发包人和承包人合理分担,停工期间必须支付的工人工资由发包人承担;
5. 因不可抗力引起或将引起工期延误,发包人要求赶工的,由此增加的赶工费用由发包人承担;
6. 承包人在停工期间按照发包人要求照管、清理和修复工程的费用由发包人承担。”

因此,在新冠病毒疫情下,承包商可以向发包人主张上述第 4、6 点提到的费用。至于第 5 点中的赶工费用,应视发包人是否有赶工需求而定。

四、工期延长和费用补偿的建议路径

(一) 提前做好策划,算好劳务成本

由于疫情暴发正值春节放假期间,承包商应格外重视工期延长和费用索赔的策划工作,既要充分考虑新冠病毒疫情给项目施工造成的技术性影响,也要充分考虑在当前政策法规环境下对劳务单位的损失补偿问题。

1. 关于停工期间的工资问题

根据人社部 1 月 24 日发布的《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》,企业停工停产在一个工资支付周期内的,企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。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。

因此,在工程停工期间,劳务工人仍有权利获得工资。

2. 关于承包人对农民工工资支付责任问题

根据《保障农民工工资支付条例》,建设工程领域实行农民工实名制、农民工

工资总包单位代发制,而且开设劳务工人工资专户,劳务费用由发包人支付到工资专户后只能专项用于工资支付,承包商不能也无法挪用。

因此,停工期间劳务工人的工资仍需要总包单位代为支付。

(二) 固定计划复工时间、测算工期延长时间

工期延长计算,应按照实际工期与计划工期对比进行测算。没有计划工期则无法计算延长工期。因此,承包商首先要固定春节后的计划开工时间。关于春节后的计划开工时间,如果有春节停复工的计划安排并且报送发包人 or 施工监理审批的,以专项计划为准;没有专项计划的,施工组织安排或进度计划中有相应规定的以施组安排、进度计划为准;都没有规定的以行业惯例为准。

(三) 找到工期延长理由,固定不可抗力

1. 从政府文件中找工期延长理由

1月27日,上海市人民政府发布《上海市人民政府关于延迟本市企业复工和学校开学的通知》,要求上海市各类企业不早于2月9日24时前复工。1月28日,广东省人民政府发布《广东省人民政府关于企业复工和学校开学时间的通知》,要求广东省各类企业复工时间不早于2月9日24时。

1月27日,上海住建委发布《关于进一步做好建筑工地新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》,要求上海市各类建筑工地不早于2月9日24时复工或新开工,相关务工人员复工前不提前返回工地。除上述文件外,多地住建部门如山东临沂沂南县、山西孝义市、四川泸州市江阳区、湖南长沙市望城区、福建福州市、江苏南通市等发文要求辖区内建设、施工、监理企业不得擅自开、复工,复工时间另行通知;广东省也发文支持工地延迟开工。

2. 准确解读政府文件规定

虽然很多政府文件都将复工时间指向2月9日,但是不同文件对2月9日的规定并不一致。有的文件只是规定了2月9日24时之前不得复工,有的文件规定2月9日24时之前不得组织工人返回工地,有的文件则规定2月9日之后复工的需要向地方政府申请。

由于申请复工到审批同意需要时间,审批同意复工到人员到位需要时间,人员到位到具体施工需要时间,因此准确理解政府文件中的规定有利于测算实际复工时间,进而有利于向发包人申请工期顺延和相应的费用索赔。

3. 从生产要素中找工期延长理由

生产要素主要是人、材、机,如果项目所用的劳务工人涉及疫情重点地区,则

劳务工人无法返乡,项目无法继续施工。另外项目所用材料设备,如果是生产厂家被禁止生产,有替代品牌或者替代材料设备可用的,则承包商需要向发包人申请变更,并申请重新批价;没有替代品可用或者发包人不同意替代的,则工程因缺少施工材料设备不得不停工。

(四) 通知不可抗力事件

《合同法》第一百一十八条规定:“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。”《建设工程施工合同》(GF-2017-0201)17.2条“不可抗力的通知”规定:“合同一方当事人遇到不可抗力事件,使其履行合同义务受到阻碍时,应立即通知合同另一方当事人和监理人,书面说明不可抗力和受阻碍的详细情况,并提供必要的证明。”

根据上述规定可以看出,在不可抗力事件发生后,承包商作为不能履行合同的一方,需要通知发包人并提供相应的证明。

不可抗力事件证明,对不可抗力成立与否具有重要作用。

证明文件包括:

1. 地方政府关于延期复工、停止开工的文件;
2. 地方住建部门或卫生部门关于延期复工、停止开工的文件;
3. 主要原材料因疫情影响不能及时供应的证明资料;
4. 劳务工人因疫情不能返回工地的情况证明。

(五) 递交停复工方案,申请施工监理、发包人审批

方案应该考虑:

1. 预计复工时间;
2. 复工的审批程序;
3. 停工期间工地和工程看护安排;
4. 停工期间仍需要支付的人工费用。

关于复工程序中,有部分复工申请可能需要发包人向政府部门申请,方案中应一并予以说明。

(六) 疫情结束后提交不可抗力最终报告

根据《建设工程施工合同》(GF-2017-0201)17.2条“不可抗力的通知”第二款规定:“不可抗力持续发生的,合同一方当事人应及时向合同另一方当事人

和监理人提交中间报告,说明不可抗力和履行合同受阻的情况,并于不可抗力事件结束后 28 天内提交最终报告及有关资料。”根据该规定可以看出,在此次新冠肺炎疫情发生过程中,承包商应及时向发包人和监理提交中间报告,并在疫情结束后 28 天内提交最终报告。

除此之外,承包商还应仔细研读合同,查看合同中是否有针对不可抗力或者疫情的特殊规定,若有规定,承包商应判断规定对自身的影响,并采取相应的措施。

(七) 和发包人协商复工时间,形成书面一致

根据多地住建主管部门的发文来看,很多地方项目的复工时间无法确定,因此,承包商及发包人都无法确定工程复工时间。在这种情况下,笔者建议承包商除了按照合同约定履行自身的通知义务和报告义务外,还应和发包人协商复工时间,并争取与发包人就此次疫情对工程造成的工期延长和各自损失达成一致,并形成书面文件,以防在未来的履约中出现争议,影响工程施工。

(八) 书面申请工期延长,并上报相关费用

若承包商无法与发包人就此疫情导致的工期延长达成一致,承包商应书面向发包人申请工期延长,并按照合同约定要求发包人承担相应费用。

对于因不可抗力造成停工的损失分摊问题,首先需要研究合同约定。合同没有约定的,适用交易惯例。承包商可以将《建设工程施工合同》(GF-2017-0201)相关规定作为行业交易惯例使用,根据示范文本,停工期间的人工费由发包人承担,其他停工费用由双方协商处理。据此,建议承包商将所有费用一并报送发包人,请求发包人承担。具体谈判时宜酌情处理。

(九) 复工后发包人要求赶工,应要求赶工费

《工程量清单计价规范》第 9.10.2 规定:“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。”《建设工程施工合同》(GF-2017-0201)17.3.2 规定:“不可抗力导致的人员伤亡、财产损失、费用增加和(或)工期延误等后果,由合同当事人按以下原则承担:……(5) 因不可抗力引起或将引起工期延误,发包人要求赶工的,由此增加的赶工费用由发包人承担。”因此,在此次疫情结束后,若发包人要求承包商赶工,承包商应编制赶工方案并上报赶工费用,在发包人同意赶工方案及赶工费用后,承包商

才能赶工。

[作者 孙玉军：国浩律师事务所合伙人(上海)，中国政法大学经济法硕士]

[审稿人 孙玉军：国浩律师事务所合伙人(上海)

谷景生：国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

35. 疫情之下工程总承包停工 损失的分担分析

◎ 高攀恒 马 稼

2020年1月,湖北省武汉市暴发了严重的新型冠状病毒肺炎疫情。为此,多个省区市先后启动了重大突发公共卫生事件一级响应,陆续出台文件推迟施工企业的复工时间,并规定了严格的复工条件。随着这些文件的出台,各种在建工程项目势必无法在短期内复工,从而带来工期延误损失如何分担等一系列问题。

对于疫情能否构成不可抗力等问题,全国人大常委会法工委发言人、研究室主任臧铁伟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。根据合同法的相关规定,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。”回应了理论界和实务界关于疫情能否构成不可抗力的争论。但对于因疫情导致的停工损失如何分担这一问题,理论界和实务界虽然一致认可该损失如何分担属于当事人意思自治范畴,但对在合同没有约定或者约定不明的情况下,应当如何进行损失分担,仍然存在一定的争议。尤其是对于工程总承包项目,因为“总包负总责”等特征性概念的存在,导致风险如何分担的分歧更大。

有鉴于此,本文将结合《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(以下简称“《工程总承包管理办法》”)的相关规定以及《建设项目工程总承包合同示范文本(试行)》(GF-2011-0216)(以下简称“《工程总承包合同》”)等相关内容,以工程总承包为视角,对疫情之下施工单位的停工损失应如何分担进行分析论证。

一、“总包负总责”并未确定因不可抗力引发的风险分担原则

在工程总承包领域,一般观点认为根据《工程总承包管理办法》第三条“承包

单位按照与建设单位签订的合同,对工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包,并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式”的规定,工程总承包人应当对工程的各方面全面负责,即所谓的“总包负总责”原则。在该原则的影响下,有不少人倾向于认为,只要采用工程总承包模式,因不可抗力造成的损失等一切风险,均应由工程总承包方全部承担。

笔者认为,这是对“总包负总责”的片面解读。“总包负总责”中的“总”所对应的是非工程总承包模式下的责任承担方式。例如,按照之前的非工程总承包模式,施工单位虽然是(工期)损失的主要责任人,但是施工单位依然有权以设计单位未能及时提供图纸或者确认图纸进行抗辩,并要求建设单位承担因工期延误造成的损失。但是在工程总承包模式下,因为总承包单位的承包范围包括了设计、施工等多个阶段,故其不能再以设计单位未能及时提供或者确认图纸等理由进行抗辩,要求建设单位承担因工期延误造成的损失。也就是说,工程总承包中的“总”是指之前由设计单位、施工单位等分别承担的(例如工期延误损失)责任,在工程总承包中“汇总”由总承包单位一家来承担。但这并不意味着,之前应由建设单位承担的部分责任,因为采用了工程总承包的模式便当然地全部转嫁给总承包单位承担。

二、《工程总承包管理办法》第十五条不能作为确定因不可抗力引发的风险分担的依据直接援引

有观点认为,《工程总承包管理办法》第十五条规定了工程总承包项目中的风险分担原则,明确了应由建设单位承担的风险包括“不可抗力造成的工期和费用变化风险”等。因此,如果总包合同中没有约定停工损失如何分担,承包方可以请求法院参照该条规定判决建设单位承担因不可抗力带来的工期及费用等损失。但是笔者认为,不论是从该条款的效力层级还是文义解释来看,都不能简单地将该条款视为损失分担的规定。

一方面,《工程总承包管理办法》效力层级较低,无权就风险分担做出规定。《中华人民共和国立法法》第八十条规定:“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范……”据此,部门规章在无依据的情形下,尚且不能对当事人的权利义务作出减损或者增加的规定,《工程总承包管理办法》作为效力层级低于部门规章的规范性文件,更无权对当事人的权利义务作出减损或者增加的规定。因此,在当事人未明确援引该条款规定的情况下,不能直接适用该条款。

另一方面,从文义解释和体系解释的角度来看,该条款均难以被解释为(风险)损失分担条款。从文义解释方面,如果该规定系(风险)损失分担条款,那么一般应当表述为“建设单位应承担的风险主要包括”或者“应由建设单位承担的风险主要包括”,而非此处的“建设单位承担的风险主要包括”。另外,该条款仅部分列举了建设单位的风险,而未明确承包单位的风险,显然不是一般意义上的风险分担条款。从体系解释角度,结合该条款第一款“建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理,合理分担风险”,以及第三款“具体风险分担内容由双方在合同中约定”等表述,可以看出该条款仅作为指导和提示风险之用。事实上,鉴于工程总承包模式下的“总包负总责”等特点,为了引导工程总承包的健康发展,住建部在此特将可能出现的风险进行列举,提示合同当事人充分考虑该部分风险如何分担,并且鼓励当事人使用保险等手段增强风险防范能力。

综上所述,《工程总承包管理办法》第十五条不能视作对(风险)损失分担规定,在当事人没有明确约定的情况下,不能直接引用或者参照该条款作为损失承担的划分依据。

三、因不可抗力引发的工程总承包合同风险分担处理原则

有观点认为,既然法律并未明确规定(风险)损失如何分担,那么根据“穷尽法律规则,方得适用法律原则”,应当按照公平等民事法律原则,由各方当事人合理分担损失。但是本文认为,虽然现有法律没有明确规定(风险)损失如何分担,但并非意味着存在需要适用法律原则填补的法律漏洞。

风险如何分担作为意思自治范畴的事项,如果合同没有约定,则应当属于合同漏洞填补之情形。《中华人民共和国合同法》第六十一条规定:“合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”在当事人没有约定或者约定不明确的情况下,应当按照“合同有关条款或者交易习惯”来确定。

就交易习惯而言,《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)》第七条规定:“下列情形,不违反法律、行政法规强制性规定的,人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’: (一) 在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法……某一行业或领域通常采用的,并且交易双方订立合同时应当知道的做法,就可以认定为交易习惯。在工程总承包领域,由于行业特殊性,政府有关部门颁

布的指导性示范文本是业内通常采用的合同文本,如住建部颁布的《工程总承包合同》、国家发展改革委联合九部委发布的《标准设计施工总承包招标文件》中的损失分担条款[例如《工程总承包合同》通用条款第 17.2 条关于“不可抗力的后果”的约定:“因不可抗力事件导致的损失、损害、伤害所发生的费用及延误的竣工日期,按如下约定处理:(1) 永久性工程和工程物资等的损失、损害,由发包人承担;(2) 受雇人员的伤害,分别按照各自的雇用合同关系负责处理;(3) 承包人的机具、设备、财产和临时工程的损失、损害,由承包人承担;(4) 承包人的停工损失,由承包人承担;(5) 不可抗力事件发生后,因一方迟延履行合同约定的保护义务导致的延续损失、损害,由迟延履行义务的一方承担相应责任及其损失……”]等均可作为交易习惯来确定双方的风险分担。

四、结论

如前所述,因疫情(不可抗力)导致的损失分担属于当事人意思自治的范畴。在当事人没有约定或者约定不明的情况下,应当根据《合同法》第六十一条之规定,按照交易习惯或合同相关条款进行合同漏洞的填补。在工程总承包领域,当事人可以援引合同示范文本中的相关条款等作为交易习惯进行风险划分,而不能直接引用《工程总承包管理办法》第十五条或者直接适用法律原则。

[作者 高攀恒:国浩律师事务所律师(成都),武汉大学法律硕士]

马稼:国浩律师事务所律师助理(成都),上海交通大学法律硕士]

[审稿人 孙玉军:国浩律师事务所合伙人(上海)]

谷景生:国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

36. 施工企业疫情防控费的请求思路

◎ 孙玉军

2020 年伊始,一场突如其来的新型冠状病毒肺炎疫情在武汉爆发,并迅速扩散蔓延。为了遏制疫情的扩散蔓延,多地政府与住建部门纷纷发布紧急通知,要求推迟施工项目的开复工时间。工程项目迟迟不能复工生产,必然给投资方造成经济损失,故在政府要求的禁止复工期满后,各建设单位又要求施工企业在加强疫情防控的前提下积极完成复工准备工作。本文将探讨施工企业在复工前后因疫情防控发生费用该如何向业主请求支付的问题。

一、防控工作内容

此次疫情暴发后,若施工项目需要复工,则需要做好充足的防护工作,避免疫情在工地传播。防护工作内容一般包括成立疫情防控小组、对工地所有人员的防护、对施工现场的防护、准备防疫物资、现场安全管理、安全防护教育等。从具体行为上包括编制疫情防护和紧急情况的预案、成立疫情防控小组、设立健康观察点、施工现场配备专职卫生员、对施工现场人员实行分区分时管理、对所有进入施工工地的人员进行健康检测、人员进出场登记全覆盖、人员体温检测全覆盖、施工现场 24 小时全封闭管控、对施工区域和生活区域分别管控、建立隔离观察区、对施工现场和生活区域消毒、张贴防疫宣传广告、配备足够的口罩、测温计、消毒液等疾病控制用品等,因此会产生相应的疫情防控费。

二、防控费用分摊

防控费用是在疫情没有完全解除的情况下,项目复工恢复生产所发生的疫情防控行为所产生的费用。由于疫情不可预见,所以一般施工合同不会直接约定防控费的分摊方式,承发包双方容易发生争议。在分析费用应当由谁承担之前,有必要先对防控行为进行分类。

（一）应业主要求的防控行为

在项目因新冠肺炎疫情停工后,业主可能会为了保障项目人员的安全,保障项目的顺利复工,从而采取向施工企业发送指令、书面要求等形式要求施工企业采取一定的防控措施,产生防控费用。业主要求既包括要求施工企业直接接受业主指示采取防控行为和防控措施,也包括业主指示施工企业遵守某某文件的规定做好防控行为和防控措施。

（二）应政府要求的防控行为

如本文开头所述,在疫情发生后,多地政府及住建部门发文要求施工项目做好疫情防控工作,如上海市住建委发布《关于进一步加强建筑工地疫情防控措施的通知》、北京市住建委发布《北京市住房和城乡建设委员会关于印发〈施工现场新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作管理规定〉的通知》等,都要求建筑工地应严格做好复工前的疫情防控准备工作,采取一定的防控措施。施工企业按照政府要求采取防控措施,产生疫情防控费。

（三）实际需求

在实践中,可能存在部分地方政府及住建部门未发布通知,要求工期复工前采取相应的防控措施,且业主也未要求施工企业采取防控措施,但是施工企业用工多为流动用工,为了项目安全,防止疫情扩散,施工企业根据项目实际不得不采取一定的防控措施,保障业主、施工企业、施工人员的安全,从而产生防护费用。

三、不同分类的主张理由

（一）因业主指令增加工作量

适用于包括固定总价等在内的一切合同形式。

根据施工合同的一般原理,施工企业按照业主要求进行施工,业主按照约定的计价方式向施工企业支付价款,在施工过程中因业主指令导致施工企业增加工作内容时,业主应当就增加工作内容向施工企业支付相应价款。

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》第十九条规定:“当事人对工程量有争议的,按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工,但未能提供签证文件证明工程

量发生的,可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”

另外建设工程示范文本也有同样规定,如《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)第10.1“变更的范围”规定:“除专用合同条款另有约定外,合同履行过程中发生以下情形的,应按照本条约定进行变更:(1)增加或减少合同中任何工作,或追加额外的工作;……”业主要求施工企业采取防控措施可以认定为“增加合同中的工作或者追加额外的工作”,施工企业可以按照工程变更请求业主支付相应费用。

因此,有业主明确指令要求施工企业进行疫情防控的,按照合同“变更估价”程序主张防控费用较为有利。

(二) 因法律法规变化主张防控费

适用于业主承担法律法规变化风险的施工合同。

施工企业在项目投标后,有可能因法律变化造成费用增加。因此一般将法律法规变化作为工程“变更”的内容之一,除了部分总价包干合同外,大部分施工合同都约定变更产生费用由业主承担。在具体适用时要注意以下两点。

1. 合同中对法律法规变化造成的费用增加由谁承担?

如果合同约定由施工企业承担,则难以采用该方式主张防控费用。法律法规变化增加的费用由谁承担,应当分析合同约定。如《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201),该合同文本第11.2条“法律变化引起的调整”约定:“基准日期后,法律变化导致承包人在合同履行过程中所需要的费用发生除第11.1款[市场价格波动引起的调整]约定以外的增加时,由发包人承担由此增加的费用;减少时,应从合同价格中予以扣减。基准日期后,因法律变化造成工期延误时,工期应予以顺延。”

2. 防护费的增加是否因法律法规变化而引起? 该问题又分为以下两个层面。

(1) 何为“法律法规”?

示范文本第1.3条“法律”规定:“合同所称法律是指中华人民共和国法律、行政法规、部门规章,以及工程所在地的地方性法规、自治条例、单行条例和地方政府规章等。”如广东省人民政府颁布的《广东省人民政府关于企业复工和学校开学时间的通知》,该通知第四条提出:“各类企业、学校及用人单位要落实防控主体责任,加强职工和师生健康监测,完善相应设施设备,提供卫生用品和隔离观察场所,开展环境卫生整治和重点场所消毒,把各项防控和服务保障措施落实落细。”

示范文本除了通用条款外,专用条款也留有对“法律”解释的空白,如专用条款 1.3“法律”条可以约定:“适用于合同的其他规范性文件:_____。”很多施工合同会将地方政府相关部门颁发的文件、通知列为“其他规范性文件”,如此当地住建部门的文件也可以视为合同所约定的“法律”。

在施工合同没有对法律进行定义的情况下,施工企业也可以引用《工程量清单计价规范》的相关条款进行说理。如《建设工程工程量清单计价规范》(GB 50500-2013)第 3.4.2 条规定:“由于下列因素出现,影响合同价款调整的,应由发包人承担:1. 国家法律、法规、规章和政策发生变化……”如此,对于一些不是法律法规和规章的地方政府部门文件,可以往政策的方向考虑,作为主张防控费的依据。

(2) 何为“变化”?

规范与示范文本均没有对变化进行解释,笔者认为以前规范性文件没有防控行为要求,而新的规范性文件要求增加防控行为,应当视为法律法规变化。所以施工企业在主张法律法规变化时不仅仅需要阐述法律法规的规定,还要阐述这些防控要求是新规定。

(三) 施工企业提出变更建议被业主采纳主张防控费

还有一些疫情防控行为,既无业主要求,也无符合合同约定可以变更价款的“法律法规变化”的情形。

笔者认为,施工企业采取疫情防控措施的原因是为了保障项目的顺利复工以及项目人员的安全。因此,施工企业可以考虑按照“施工企业提出变更建议、业主同意执行”的思路向业主主张该笔费用。如《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)第 10.5 条“承包人的合理化建议”规定:“承包人提出合理化建议的,应向监理人提交合理化建议说明,说明建议的内容和理由,以及实施该建议对合同价格和工期的影响。”该条第二款规定:“……监理人应在收到承包人提交的合理化建议后 7 天内审查完毕并报送发包人,发现其中存在技术上的缺陷,应通知承包人修改。发包人应在收到监理人报送的合理化建议后 7 天内审批完毕。合理化建议经发包人批准的,监理人应及时发出变更指示,由此引起的合同价格调整按照第 10.4 款〔变更估价〕约定执行……”

综合以上几种情形,显然通过“业主指令”主张防控费依据最充分;“合理化建议”的方式则存在风险,即如果业主审批通过了,则建议变为业主指令,如果业主没有审批同意则主张费用难度很大。而“法律法规变化”引起的防控费主张,理论上可行,只是实际案例不多。

四、防控费的请求思路

（一）编制方案

施工企业编方案的目的有二,一是形成可量化的工作量,二是经业主审批后可以视为业主指令。

施工企业应充分利用疫情防控和应急处理的预案。根据各地政府要求,项目复工前应当编制疫情防控和应急处理的预案,业主一般将这项工作交给施工企业。施工企业应在预案中写明:1. 疫情防控的具体工作,这些具体工作应该是可量化的且能够计算出费用的;2. 防控用品的标准、数量、更换次数等;3. 完备的防控工作虽然能够达到复工目的,但施工进度下降、施工效率降低;4. 防控行为发生的费用希望业主予以支付。

笔者之所以建议方案具备上述内容,是因为前述三种主张费用的方法都是合同的变更程序。其中的第一、三种变更都属于业主指令变更。在业主指令变更情况下,一方面业主的指令多数情况下并不清晰,另一方面根据示范文本相应约定,业主指令变更均需要阐述变更对工期和价款的影响,故编制方案有利于将业主指令明晰化、可量化,有利于业主确认方案后强化指令性质,在方案中简单描述工期和价款有利于业主接受。需要注意的是示范文本只是要求写出对工期和价款的影响,而非让施工企业明确工期延长的天数和增加价款的具体金额,故方案中不需要写明增加防控费用的金额。具体金额需要等变更确立后,按照合同约定的变更计价程序办理。

（二）计价原则

施工合同计价中一般不会约定防控费的计算方式,因此在计算防控费时,建议按照“成本+酬金”计算方式。参考依据《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)10.4.1“变更估价原则”规定:“……(3) 变更导致实际完成的变更工程量与已标价工程量清单或预算书中列明的该项目工程量的变化幅度超过15%的,或已标价工程量清单或预算书中无相同项目及类似项目单价的,按照合理的成本与利润构成的原则,由合同当事人按照第4.4款〔商定或确定〕确定变更工作的单价。”

（三）及时申报

现阶段很多建筑工地都已经着手项目复工程序,为了防止复工后施工企业

与业主因疫情防控费发生争议,建议施工企业及时按照合同约定在复工前向业主申报方案及相关费用。相关合同约定有《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)第10.4.2条“变更估价程序”规定:“承包人应在收到变更指示后14天内,向监理人提交变更估价申请。监理人应在收到承包人提交的变更估价申请后7天内审查完毕并报送发包人,监理人对变更估价申请有异议,通知承包人修改后重新提交。发包人应在承包人提交变更估价申请后14天内审批完毕。发包人逾期未完成审批或未提出异议的,视为认可承包人提交的变更估价申请。”第10.5条规定:“合理化建议经发包人批准的,监理人应及时发出变更指示,由此引起的合同价格调整按照第10.4款〔变更估价〕约定执行。发包人不同意变更的,监理人应书面通知承包人。”第11.2条规定:“因法律变化引起的合同价格和工期调整,合同当事人无法达成一致的,由总监理工程师按第4.4款〔商定或确定〕的约定处理。”

(四) 协商落地

若项目需要在近期复工,根据疫情影响情况,疫情防控费的支出不可避免。因疫情防控费作为因复工产生的费用,建议施工企业与业主进行协商,尽量通过协商的方式确定疫情防控费用的承担主体、支付方式等,并通过会议纪要、补充协议等书面方式确定,以免在未来履约过程中产生争议。

(五) 保留证据

施工企业应保留此次疫情防控费的相关证据,以防业主在同意施工企业复工方案后,在费用上发生分歧。证据一方面指政府部门针对项目需要采取防护措施的相关规定;另一方面,疫情防控费多为施工企业采购的防护用品的费用,以及因此导致的增加的人工费用(如24小时值班、增设检测点、人工消毒等),施工企业应保留相应的费用支出证据,如复工方案、采购合同、物资领用单、工人工资发放凭证、复工安排计划、人员进出情况表等,尽量做到向业主报送的所有费用都有翔实的证据资料作为支撑。

[作者 孙玉军:国浩律师事务所合伙人(上海),中国政法大学经济法硕士]

[审稿人 孙玉军:国浩律师事务所合伙人(上海)]

谷景生:国浩律师事务所合伙人(石家庄)]

37. 疫情期间商业物业租金 减免事宜之探讨

◎ 彭艾林 李懿雄 常 敏

2020年1月以来,全国各地出现了新型冠状病毒肺炎疫情(以下简称“新冠疫情”或“疫情”),各地政府相继出台延长春节假期、推迟复工、暂停娱乐场所等公共场所经营等方面的措施,众多企业因此遭受程度不一的损失,疫情期间商业物业租金是否因此减免是大多数企业关注的重点。我们根据国家相关法律法规、政策以及案例对此进行探讨。

一、疫情期间租金减免的依据

(一) 法律依据

疫情对商业物业租赁合同履行、合同责任产生何种法律效果,首先应遵从当事人的约定。

如果当事人没有约定或者约定不明,则疫情可能对商业物业租赁双方构成不可抗力或情势变更。

最高人民法院于2003年6月11日印发的《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》(法〔2003〕72号)(以下简称“《2003 最高院 72 号通知》”)规定:“由于‘非典’疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,适用公平原则处理。因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行,或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”根据该表述,因疫情影响引发的合同纠纷案件中,因疫情影响导致原合同的继续履行会对一方当事人的权益产生重大影响的按类似情势变更处理;因疫情影响致使合同不能履行的,认定为不可抗力。

1. 不可抗力

根据《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第一百一十七条及第一百一十八条规定,不可抗力是指“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。

基于《2003 最高院 72 号通知》的原则,并结合《合同法》及其司法解释,如果因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施直接导致租赁合同不能履行,则疫情对租赁合同的不能履行构成不可抗力。例如,某地区网吧、KTV、酒吧、商场、电影院、超市、餐饮场所、农贸市场被政府强制关停,或因政府出台政策延长假期导致工厂无法开工并进行正常生产经营等情况。

疫情在构成不可抗力的情况下,将产生以下法律效果:

(1) 部分或全部免除违约责任。《合同法》第一百一十七条第一款规定:“因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外”,免责范围与程度应与不可抗力的影响相适应。

(2) 不可抗力致使合同目的不能实现时,可以解除合同。《合同法》第九十四条规定:“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……”但需注意的是,仅当不可抗力的影响程度达到合同目的不能实现时,才能解除合同,且双方均享有合同解除权。

此外,《合同法》第一百一十八条规定:“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。”对受到疫情影响的承租人,及时通知出租人和提供证明是承租人减免责任、减小损失的重要条件。证明内容一般应包括政府部门通知、公告、命令等,以证明因疫情防控措施导致合同不能履行。

2. 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)(以下简称“《合同法解释二》”)第二十六条规定^[1],构成情势变更应满足以下几个条件:(1)合同成立后的客观情况发生重大变化;(2)重大变化在当事人订立合同时无法预见;(3)重大变化不属于商业风险;(4)继续履行合同对于一方当事人明显不公平。

在疫情期间,如果承租人一直占有并使用租赁物用于经营活动,或在无政府强制措施情况下自行关停的,此时不构成不可抗力。但是因疫情对生产经营产生了明显的影响,如因疫情给社会公众造成的恐惧或政府限制人员外出导致商场人流明显减少,或因疫情导致物流、交通不畅严重影响生产经营,导致承租人收益明显减少甚至亏损的,承租人可以“情势变更”为由要求减少疫情期间部分

租金。

在疫情构成情势变更的前提下,结合《合同法解释二》第二十六条和《民法典》(草案)第五百三十三条的规定,将主要发生以下两项法律效果:

(1) 受疫情不利影响的当事人可以与对方重新协商。如果疫情构成情势变更,受影响一方当事人不愿继续履行原合同,则该当事人可与对方重新协商。

(2) 合理期限内协商不成的,受疫情不利影响的当事人可以请求变更或者解除合同。需注意,因情势变更而请求变更或者解除合同,必须以提起诉讼或仲裁的方式进行。即当事人不能仅以通知等方式主张变更或者解除合同,否则可能构成违约。这也与不可抗力致使不能实现合同目的时,当事人可以通知方式解除合同不同。

需注意,如疫情并未影响承租人生产经营甚至导致其经营收益明显高于日常情况的(如开设药店或销售防护用品的承租人获得了比往常更大的收益),或继续使用租赁物用于经营活动,其收益减少不明显的,承租人不可请求减免租金。

(二) 各地政府出台关于减免租金的规范性文件

1. 北京市人民政府办公厅发布应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响而出台的《促进中小微企业持续健康发展的若干措施》

文件规定:中小微企业承租京内市及区属国有企业房产从事生产经营活动,按照政府要求坚持营业或依照防疫规定关闭停业且不裁员、少裁员的,免收2月份房租;承租用于办公用房的,给予2月份租金50%的减免。对承租其他经营用房的,鼓励业主(房东)为租户减免租金,具体由双方协商解决。对在疫情期间为承租房屋的中小微企业减免租金的企业,由市区政府给予一定资金补贴。鼓励在京中央企业参照执行。

2. 上海市国资委发布《关于本市国有企业减免中小企业房屋租金的实施细则》

文件规定:对于已签约承租实施主体自有经营性房产从事生产、办公、商业配套等经营活动的中小企业,由房产所属国有企业免除2020年2月、3月两个月租金。对免除2个月租金后仍有较大困难的中小企业,各企业集团根据实际情况,明确减免缓收标准,进一步给予支持。对政策性减免租金其他未尽事项,由各监管企业、委托监管单位、区国资委明确操作办法,根据实际情况采用“一企一策”“一事一议”方式予以支持。

3. 其他地区的减免租金政策

2月2日,苏州市印发苏十条,规定减免中小企业房租,对承租国有资产类

经营用房的中小企业,1个月房租免收、2个月房租减半。对租用其他经营用房的,鼓励业主(房东)为租户减免租金,具体由双方协商解决。

2月3日,深圳市福田区发布《深圳市福田区防控疫情同舟共济“福企”十一条》,规定区政府、区属国有企业物业对符合条件租户2020年1月份减租金50%、2月份租金全免,3月份减租金50%。国有物业带头减免租金,同时鼓励福田区15家股份合作公司对租户减免租金,对为符合条件的企业减免租金的,在2020年股份合作公司支持政策中依照减租规模予以专项支持;鼓励支持商业街区、园区、综合体业主减免租金,对为符合条件的企业减免租金的,在2020年产业资金政策中依照减租规模予以专项支持。

2月3日,宁波市鄞州区人民政府发布支持中小企业平稳发展十条政策意见,规定减免中小企业房租,对承租鄞州区国有资产类经营用房的中小企业(包括个体租户),房租免收2个月。

1月30日,广州市房地产租赁协会发出通知,建议所有业主(房东)2月1日至2月29日免租,3月1日至4月30日租金减半。

1月31日,长沙市房地产中介协会向全市业主、房东建议,免去2020年2月份租金,3月份租金减半。

需注意,各地政府出台的租金减免政策仅对当地市属及区属国有物业具有强制性。

(三) 商业集团发布的租金减免公告

美凯龙、万达广场、招商蛇口、保利商业、红星美凯龙、大悦城控股、新城控股、美的置业、华润置地、星河控股等多家房地产企业纷纷发布减免租金的公告,商业集团发布的租金减免公告对其构成约束力。

二、司法实践中对于“非典”疫情期间租金纠纷的裁量

司法实践中,关于“非典”疫情期间租金损失分担的裁判结果大致分为全部免除、各自分担50%、减免部分违约金及完全不予减免几种情形。我们理解,未来关于新冠肺炎疫情期间的租金纠纷在各地法院的自由裁量之下依然会存在不同的裁判结果,但认定疫情属于不可抗力或情势变更对疫情期间租金或违约金予以减免应为主流裁判观点。

(一) 酌情减免租金的案例

序 号	案 号	裁 判 观 点	减免金额的认定依据
案例 1	(2018)晋 04 民终 2272 号	本案承租人刚经营酒店不久, 2003 年 4 月酒店抗击“非典”关门歇业, “非典”是订立合同时不可预见、不可避免、不可克服的客观情况, 属不可抗力, 不可抗力期间承租人没有经营收入, 依法应免除承租人“非典”停止营业期间 5 个月的租金。	根据承租人提交证据确认停业期间为 5 个月: 1. 2003 年 6 月 20 日襄垣县地方税务局襄地税政〔2003〕103 号转发《关于防治“非典”期间对部分行业减免规费有关问题的通知》的通知。 2. 长治市地方税务局长地税规发〔2003〕3 号《长治市地方税务局关于防治“非典”期间对部分行业减免规费有关问题的通知》, 证明自 2003 年 5 月 1 日至 2003 年 9 月 30 日受“非典”影响, 酒店关门停业。 3. 2008 年 6 月 25 日承租人致出租人的“阳光大酒店关于交纳承包费用的意见”, 证明因受“非典”和修路影响, 出租人领导批准减免 2 年的承包租金。
案例 2	(2006)佛中法民二终字第 5 号	“非典”期间是公共卫生突发事件时期, 酒楼的经营业绩受到一定的影响, 但并未导致全面停止对外营业, 承租人在“非典”期间仍有承包经营金泮岛海鲜楼, 且承租人并没有举证在“非典”期间的损失数额, 金泮岛海鲜楼又未曾同意在“非典”期间减免承租人的承包费, 故酌情减免承租人应交纳给金泮岛海鲜楼 3 个月承包费的 50%。	法院认定 2003 年 7—9 月 3 个月为“非典”期间。
案例 3	(2008)洛民终字第 2021 号	2003 年 4—9 月发生在全国各地的“非典”属非常时期, 在此期间, 双方均遭受到了经济损失, 按照法律规定的公平原则, 其损失应由双方共同承担, 故出租人应按“非典”时期 6 个月的租金 188 299.9 元的 50% 退还承租人租金 94 149.95 元。	法院认定 2003 年 4—9 月 6 个月为“非典”期间。

续 表

序 号	案 号	裁 判 观 点	减免金额的认定依据
案例 4	(2007)桂民四 终字第 1 号	情势变更是指因不可归责于当事人的原因,使合同赖以成立的基础或环境发生当事人预料不到的重大变化,若继续维持合同原有效力则显失公平,受不利影响的一方当事人有权请求变更或解除合同的法律制度。“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,但不能必然导致承租人承租大厦经营酒店目的的落空,承租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”对承租人与出租人之间租赁合同的履行基础不构成实质影响,不能成为可变更或解除租赁合同的情势变更状况。经双方协商,出租人已经减收因“非典”停业三个月期间的一半租金,已合理分担了“非典”事件对承租人经营带来的不利影响,体现了公平的原则。	出租人同意减半收取承租人 2003 年 5—7 月 3 个月的租金。
案例 5	(2018)鲁 06 民终 268 号	关于“非典”期间扣减租赁费的争议。“非典”疫情,是突发的、不可预知的灾害。在“非典”期间,承租人租赁的宾馆停止营业,造成经济损失是现实存在的,该损失是双方订立租赁合同时无法预计的,超出了“市场风险”的范围。因此减免二个月租赁费 24 167 元符合情势变更原则,且有西关居委会两委成员签字认可,对此应予认定。	1. 2003 年 5 月 19 日莱州市公安局与租户签订的《旅馆业防控非典工作责任状》。 2. 2003 年 5 月 12 日财政部与国家税务总局联合下发的《关于调整部分行业在非典疫情期间税收政策的紧急通知》。 3. 西关居委会两委成员签字确认同意减免二个月租赁费 24 167 元。

(二) 未减免租金,酌情减免违约金的案例

序 号	案 号	裁 判 观 点	减免承租人违约金的认定依据
案例 1	(2013)辽审二民抗字第 14 号	本案的案情不符合《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》中所指出的由于非典疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷的情形,故本案不能据此认定为双方合同的解除系不可抗力原因所致。承租人没有按照合同约定定期支付租金,行为构成违约,应承担违约责任。但承租人在本案中的违约行为,毕竟与“非典”疫情的发生所导致的部分经营活动不能完全正常进行有一定的关系,且其自身也遭受了较大的经济损失,故 违约金的数额应适当减少给付 。	1. 大连市林业局、大连市工商行政管理局于 2003 年 5 月 13 日下发《关于严格控制野生动物经营利用和驯养繁殖活动的紧急通知》。 2. 蛇城酒店的经营范围为“中餐加工零售;烟、酒、饮料零售”。
案例 2	(2005)沪一中民二(民)终字第 2390 号	“非典”期间,国家确实处于一种非常状态,对娱乐服务业的经营活动造成很大的冲击,但商业经营活动本身就具有一定风险,且“非典”持续时间也较短,兰天星海浴场不能因此拒付租金和物业管理费,英达方物业要求兰天星海浴场支付 2003 年 5 月至 6 月租金和物业管理费的诉讼请求应予支持,但考虑到“非典”这一特殊情况,英达方物业要求兰天星海浴场支付违约金的诉讼请求 不予支持 。	1. 上海市公安局长宁分局新华路派出所通知:为更有效地开展防治“非典”工作,兰天星海浴场已被纳入自 4 月 27 日起暂时歇业的行业范围。 2. 兰天星海浴场收到公安部门通知后,于 2003 年 4 月 25 日将通知内容函告英达方物业
案例 3	(2004)昆民一初字第 48 号	由于 2003 年 4 月到 6 月全国遭遇“非典”影响,承租人在经营影视业中受到一定影响, 根据公平原则,酌情减免承租人违约金 10 万元 。	诉讼中,法院依职权到昆明市政府办公厅调取 2003 年 4 月 27 日中共昆明市委办公厅(通知)昆办通[2003]19 号中共昆明市委办公厅、昆明市人民政府办公厅《关于成立昆明市非典型肺炎防治工作指挥部的通知》;2003 年 6 月 28 日非典指挥部作出昆防治指[2003]26 号《昆明市非典型肺炎防治工作阶段性总结》。

(三) 不支持减免租金及违约金的案例

序 号	案 号	裁 判 观 点
案例 1	(2017)吉 04 民终 441 号	一审法院观点认为：2003 年“非典”期间造成宾馆停业 4 个月，虽然承包合同中约定由乙方(姜玉阁)自主经营、自负盈亏，而该事由属于姜玉阁在承包经营过程遇到的不可抗力事由，若发包方不考虑此种特殊情形，仍收取相关费用，则有违公平原则，故姜玉阁的该项反诉请求予以支持。 二审法院认为：2003 年因“非典”期间造成升华宾馆停业 4 个月的经济损失，因该损失是姜玉阁经营升华宾馆期间遭遇的不可抗力，属于正常的经营风险，该经营风险不应由巨源公司承担，故一审判决中关于支持姜玉阁主张减免“非典”期间相应承包费 18.266 7 万元的判决内容错误，应予纠正。
案例 2	(2005)三亚民一再二 字第 7 号	法院认为，虽然在 2003 年“非典”期间，蔡多基停业二个月，但其未经南湾酒店同意，不属不可抗力免除交费的因素，蔡多基仍应交纳该二个月的使用费。
案例 3	(2004)沪一中民二(民)终字第 1289 号	关于佰恒公司提出其拖欠租金系“非典”影响经营所致，应当免除或部分免除拖欠租金的违约责任的抗辩，鉴于“非典”不属法律所规定的不可抗力，佰恒公司上述拒绝支付租金的抗辩理由不能成立。佰恒公司主张其因“非典”逾期未支付租金不属违约，缺乏依据，本院不予支持。
案例 4	(2011)白民初字第 107 号	鼎鑫公司主张 2003 年非典期间减免租金 81.336 万元，2004 年至 2008 年夏季因限电减免租金 40 万元，及 2005 年至 2008 年期间因施工给其造成的停业损失 412.05 万元，因超过诉讼时效，不予支持。

三、应对疫情对房屋租赁合同履行造成影响的建议

基于上述分析，我们认为疫情可能对商业物业租赁合同构成不可抗力或情势变更，具体如何认定必须结合个案情况进行。对于租赁合同主体而言，一方面应当争取尽量通过友好协商解决相关问题，另一方面应当树立以诉讼或仲裁解决纠纷的底线思维，在此基础上做好各项应对和准备工作，争取最好结果。我们对于租赁合同主体在面对疫情期间租金纠纷给出如下建议：

1. 首先查阅租赁合同中是否有对特殊事件、特殊情况(如全国性重大事件、疫情等非一方控制且不可避免发生的情况)下的租金协商或减免的约定。如

有约定,应从其约定。

2. 及时关注物业所在地政府出台的相关政策或文件,承租人应及时向出租人提交租金减免请求及减免所依据的政府规定、疫情对经营造成损失的相应证据,如证明损失的经审计的财务报表、证明客流减少的商场照片、视频等。

3. 双方就租金支付及减免事宜进行协商。

(1) 根据各地政府具体规定确定各地物业的承租人遭受疫情影响的期间

目前,上海市、重庆市、浙江省、江苏省、广东省都已发布通知,要求各类型单位不得早于2月9日24时前复工。北京市的要求^[2]与上述地区不同,北京市要求市区内除涉及疫情防控必需、群众生活必需、重点项目建设施工以及其他涉及重要国计民生企业的其他企业,2月9日24时前,如具备条件,应当安排职工在家上班;不具备条件的企业,应当采取错时、弹性等灵活计算工作时间的方式,不得造成人员汇聚、集中。

(2) 承租双方本着公平原则协商减免租金方案

双方协商减免房租时,可根据承租人因疫情遭受的损失及公平原则确定疫情期间房租损失的分担比例。如可以协商将2020年营业收入与2019年营业收入对比减少的财务指标比例作为支付前提条件,或参照各地国有出租人的租金减免比例,或协商免除疫情期间迟延交付租金的违约金。

4. 双方协商一致后应及时签署补充协议,如双方就租金调整、减免协商一致,可按协商后的约定执行;如双方无法协商一致,疫情过后,可将租金纠纷诉诸法院或仲裁机构,由司法机关根据具体情形裁判。

注释及参考文献

[1] 《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
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。

[2] 1月31日北京市人民政府官网发布《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》,通知指出,在2020年2月9日24时前,本市行政区域内疫情防控必需(药品、防护用品以及医疗器械生产、运输、销售等行业)、保障城市运行必需(供水、供电、油气、通讯、市政、市内公共交通等行业)、群众生活必需(超市卖场、食品生产和供应、物流配送、物业等行业)、重点项目建设施工以及其他涉及重要国计民生的相关企业应当安排职工正常到单位上班。在2020年2月9日24时前,

其他企业具备条件的,应当安排职工通过电话、网络等灵活方式在家上班完成相应工作;不具备条件安排职工在家上班的企业,安排职工工作应当采取错时、弹性等灵活计算工作时间的方式,不得造成人员汇聚、集中。

[作者 彭艾林:国浩律师事务所合伙人(北京),北京大学法律硕士

李懿雄:国浩律师事务所合伙人(北京),云南大学法学硕士

常敏:国浩律师事务所律师(北京),美国天普大学法律硕士]

[审稿人 孙玉军:国浩律师事务所合伙人(上海)

谷景生:国浩律师事务所合伙人(石家庄)]



九、对外贸易篇

38. 新冠肺炎疫情对出口贸易的影响及法律应对分析

◎ 徐文莉 孙保国

突如其来的新型冠状病毒感染的肺炎疫情(“新冠肺炎疫情”)来势凶猛,打乱了整个社会的生活和经营活动,全国各地都相应采取了延长假期、推迟企业复工时间、减少人员流动和聚集、对密切接触人群采取隔离医学观察等措施。尤其是2020年1月31日世界卫生组织(WHO)根据《国际卫生条例(2005)》宣布将“新冠病毒疫情”列为“国际关注的突发公共卫生事件”(PHEIC),并发布临时建议,要求各国加强防控,但不推荐限制人员流动和贸易。诸多国家陆续采取了加强体温监测、签证政策收紧、采取隔离医学观察、限制入境等防控措施,对来自中国的航班、船舶检验检疫也采取了更严格的检疫措施。

由于物流、原材料价格、人工成本等各方面因素在短期内都发生了较大变化,我国广大出口企业也面临着严峻的挑战。总体看,受疫情影响的出口企业可能面临如下几类问题:

1. 受影响的企业是否有权要求延迟交货?
2. 受影响的企业是否有权要求涨价?
3. 受影响的企业是否有权单方要求解除合同?
4. 受影响的企业交货后货物发生风险,责任由谁来承担?
5. 客户是否有权单方要求解除合同?
6. 受影响的企业应该如何应对,才能最大限度减少损失?

从法律实务角度分析,不同法律体系对这些问题的定义、法律后果、适用条件是不同的,必须要结合“疫情防控措施”对合同履行的影响程度、合同约定和适用法律进行具体分析和判断,不能一概而论,误认为疫情一定构成免责金牌,造成不必要的损失。本文将根据我国法律、国际公约及国际惯例和公告案例,结合目前企业普遍反映的问题,对“新冠肺炎疫情”对出口贸易的影响及法律对策进行分析。

一、不同法律体系下的几个相关概念、法律后果和适用条件

(一) 不可抗力(Force Majeure)

我国《合同法》第一百一十七条第二款和《民法总则》第一百八十条第二款将不可抗力定义为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。法国、德国、日本等大陆法系国家对不可抗力也做出了大体相似的规定。

法律后果：根据不可抗力的影响程度，部分或全部免责。

判定依据：

1. 不可预见：当事人按照正常标准无法事先预见到事件的发生。从中可以推理出不可抗力的时间限定：事件应发生在“合同签订后，履行完毕前”。如果在签约之前即已发生，或者合同已经履行完毕之后才发生，是无法构成“不可抗力”的。

2. 不能避免：当事人即便采取及时合理的措施，也不能阻止这一意外事件的发生。

3. 不能克服：对于已经发生的意外事件，当事人无法通过自身努力来克服该意外事件的负面影响。

4. 客观情况：事件的发生是当事人之外的因素造成的，而不是自身原因造成的。

(二) 情势变更(Fundamental Change of Circumstances)

我国法律中没有对“情势变更”作出定义，但《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)》[简称“《合同法司法解释(二)》”]中，其第二十六条规定：“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。”这是对《合同法》的重大突破，相当于大陆法系中比较普遍适用的“情势变更”原则，目的在于通过司法权力的介入，使交易双方的利益和风险重新达到平衡，使合同履行变得公平合理。

法律后果：一是变更合同；二是在变更合同仍无法消除双方显失公平的结果时，则解除合同。

适用条件：

1. 应有情势变更的事实。即合同赖以存在的客观情况确实发生变化。
2. 须为当事人所不能预见的。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。
3. 必须不可归责于双方当事人。也就是说,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。
4. 情势变更的事实发生于合同成立之后,履行完毕之前。这是一个重要的时间要件。如果在订立合同时就已经发生情势变更,就表明相关当事人已经认识到合同的基础发生了变化,且对这个变化自愿承担风险。
5. 继续维持合同效力,则会对当事人显失公平。

(三) 合同落空(Frustration of Contract)

此为英美法系中的概念,与大陆法系中的情势变更、不可抗力既有相似之处,也有明显不同,其中最明显的一个区别就在于:“合同落空”理论之下,其后果通常是解除合同,“情势变更”后果中的“变更合同”“不可抗力”后果中的“延迟履行免责”,是无法得到“合同落空”理论体系支持的,在这种情况下,一般要靠合同中的“不可抗力条款”来得到支持。这也就意味着,在合同适用英美法系国家的法律时,当事人一定要在合同中约定尽量完善的“不可抗力条款”,以便得到更完整的法律保护。

(四) 障碍(Impediment)

此概念来自《联合国国际货物销售合同公约》第七十九条。由于公约的成员国既有大陆法系国家,也有英美法系国家,因此,公约采用了一个更为中性的词语——障碍。

法律后果与适用条件与我国法律中的“不可抗力”基本相似,不可预见、不可避免、不能克服等关键词一致。值得注意的是:

1. 该公约强调了两个时间概念:在订立合同时不能合理预见;免责仅对障碍存在的期间有效;
2. 该公约强调了受影响的一方要确保对方在合理的时间内收到关于不可抗力的通知;
3. 该公约对因第三方不履行义务而主张免责时做出了较严格的限制。

(五) 艰难情势(Hardship)

此概念来自《国际商事合同通则》第六章第二节。该通则由国际统一私法协会 1994 年编撰,并于 2004 年进行了重大修订。它既可以被称为示范法、也可以被称为国际惯例。如果当事人在合同中约定适用该通则,或者约定适用国际惯例时,该通则是可以适用的,或者至少可以用来解释和补充某一国内法。

该通则将“艰难情势”定义为:发生的事件使当事人履约成本增加或者使当事人所获履约价值减少,并使合同均衡发生了重大改变。这与大陆法系的“情势变更”原则基本相同。

法律后果:遭受艰难情势的一方可以要求重新谈判(但重新谈判要求本身不能赋予遭受艰难情势的一方停止履行合同的权利),重新谈判不成,则可以要求法院或仲裁庭要求修改或终止合同。

适用条件:

1. 该事件是合同订立之后发生的或被当事人所知的;
2. 在订立合同时当事人不能合理地预见事件的发生;
3. 该事件超出了当事人的控制能力;
4. 该事件不属于当事人应当承担的风险(即商业风险)。

二、“新冠病毒疫情”可能带来的进出口贸易争议情形及分析

在 2003 年国际商会发布的不可抗力示范条款中,首先定义了不可抗力“障碍”事件(impediment)的三大构成要件,即“不能合理的控制”“不能合理的预见”“不能避免或不能克服”。示范条款进一步将“plague”(瘟疫)、“epidemic”(传染病)列为“障碍”情形,在当事人没有相反约定,或不存在相反证据的情况下,“瘟疫和传染病会被认为满足不可抗力构成要件中的‘不能控制’和‘不能预见’两个因素(但受影响方仍应证明‘不能避免’‘不能克服’)”^[1]。

根据近期解答企业咨询情况、“非典”期间相关案例情况,我们大致梳理出“新冠病毒疫情”给出口企业带来的潜在争议情形主要有如下几类:

(一) 因为疫情,导致出口商无法按期交货

因疫情导致出口商无法按期交货通常包括以下几种情形:

1. 口罩、防护服、酒精、消毒剂等疫情防控用品的生产企业,其现有库存成品、半成品、原材料被国家相关部门紧急调用,甚至连全部产能也由相关部门控

制,导致该企业无法对外供货。

2. 因为各地政府部门通知延期复工,或因为职工中出现确诊或疑似病例、密切接触者而被大面积隔离治疗或居家医学观察,导致企业无法按期完成订单生产。

3. 相关船舶因为港口延长假期、加强检验检疫、限制船舶停靠等原因无法按期到达装货甚至取消航次,相关航空公司则可能因为相关管控措施而造成延误甚至取消航班,导致出口商无法按期装运。

4. 因为相关部门或单位延长假期,导致出口方无法按期办理相关许可证、检验报告或审批手续。

5. 因为订不到卡车或者物流管控措施,出口企业无法按期装运,导致交货延迟或无法交货。

对于上述5种情形,在适用中国法律或《联合国国际货物销售合同公约》的情况下,无论合同中是否约定了“不可抗力条款”,均可按照“不可抗力”或“障碍”的构成要件、法律后果去分析认定。不可预见性、不可避免性相对简单,核心在于确定疫情防控措施到底在多大程度上影响了合同的履行(即是否可以克服困难按期履行),技术上主要看如何搜集证据来证明要求延迟履行的期限适当性。

前4种情形相对比较容易找到证据,当事人主张因“不可抗力”或“障碍”延迟供货,较易得到客户的认可。即便发生争议,出口方的免责主张也较易得到法庭或仲裁庭的支持;而第5种情形,举证比较困难,得到客户认可或被法庭/仲裁庭认定构成免责理由的可能性较小。

但如果在合同约定适用英美法系国家法律的情况下,则应当注意从合同中寻找明示的或默示的“不可抗力条款”作为依据,否则,当事人基于“合同落空”原则去主张解除合同,则必须要证明上述延期已经足以导致合同目的无法实现才行,举证难度会非常大。

(二) 因为疫情,导致出口商成本大幅上升

疫情发生后,企业面临原材料、人工、物流等生产成本急剧上涨的压力,可能并不是“不能”履行合同,而是继续履行合同会造成利润大幅压缩甚至大额亏损。通常,这种情况很难按照“不可抗力”“障碍”去主张免责,而是可以依据“情势变更”或“艰难情势”原则去要求重新谈判,谈判不成再向法庭或仲裁庭主张修改合同或解除合同。

从目前的联合国贸法会统计的《联合国国际货物销售合同公约》第七十九条适用案例的情况看,当事人不履行合同,因市场波动、价格急剧上涨/下跌等因素而主张免责,各国法院或仲裁庭通常倾向于此类风险属于卖方/买方应该承担的

正常风险(特别是钢铁、大宗农产品等本身价格波动比较大的交易),不构成“不可抗力”或“障碍”。但是,如果合同适用公约时,各国法院在认定时还是严格考察第七十九条的各项要件。

鉴于目前大多数原材料价格未见大幅波动,也未发现因为疫情管控导致物流等成本大幅度上升,因此,以此理由主张“情势变更”或“艰难情势”,或英美法系背景下的“合同落空”,均存在较大难度。如果个别原材料确实出现了供应短缺或价格大幅上涨,或发生其他导致合同双方利益风险严重不平衡的情形,在提供充分证据的情况下,当事人可以基于“情势变更”原则要求修改合同或取消合同。

(三) 因为疫情,出口商交货后货物发生风险

此次疫情暴发时间为2019年12月底,存在部分企业货物在疫情暴发时已发货、目前未到港的情形,而该批货物到港后,可能面临货物目的港所在国家因为加强检验检疫措施,造成货物在目的港延迟通关,甚至被禁止入境的情形。因检验检疫措施而延迟通关应当属于一种不可抗力事件,但在国际贸易中采用C组、F组价格术语的情况下,货物在目的港通关延迟的风险一般已经转移给买方承担了,出口企业通常无须通过“不可抗力”而主张免责。而在一些采用D组价格术语的交易中出现延迟通关,或者导致货物被禁止入境,出口企业则可以根据所适用的不同法律,选择适用“不可抗力”“障碍”或“艰难情势”来主张免除延迟交货的违约责任或要求修订合同、解除合同。但目前尚未发现有目的国海关采取禁止入境等贸易限制。

有一种情况需要区别对待,即因为消毒或防疫措施导致货物受到污染,甚至被销毁,具体分析到底属于承运人在消毒防疫过程中存在过错或疏忽导致货物被污染,还是因为官方部门因为疫情防控措施而采取的必要的措施而被污染甚至销毁。前者应该与承运人、保险公司进行交涉,不属于本文所导论的范畴;而后者应可以根据所适用的法律依据和具体情形,通过“不可抗力”“障碍”或“合同落空”原则,去主张免责、修改合同或解除合同。

(四) 疫情导致的合同无法履行

如果确有证据证明因为疫情防控,导致出口合同根本无法履行,出口方可以根据所适用的法律,选择适用“不可抗力”“障碍”“艰难情势”或“合同落空”规则来主张解除合同。

此外,因为诸多国家采取的人员流动管控措施,会有不少出口企业的业务人员无法按期参加国外展会或开展其他营销活动,可能会产生如下问题:“能否要

求展览公司或组委会退展位费？或能否要求航空公司、旅行社、酒店退差旅费？”从法理上讲，当事人是可以根据所适用的法律，选择适用“不可抗力”“合同落空”规则来主张解除合同，但具体能否得到支持，还需要结合相关合同、展会组织方为该展位投入情况等进行具体分析。

（五）因为疫情，买方要求取消订单

针对国外客户因出于担忧，而要求取消订单或延迟发货的情形，则需要进行具体个案分析。目前没有证据证明中国出口货物会导致疫情传播，因此，作为国外买方应当无权仅因为货物来自中国而主张“不可抗力”，随意要求取消订单或延迟发货。

（六）因为疫情，第三方不履行义务，影响出口合同的履行

比如在疫情发生后，某乳胶手套生产企业提出，因其上游原材料供应商所在的湖北孝感地区全部停工，因此不能按期采购原材料导致生产困难不能按时发货。此种情形按照《联合国国际货物销售合同公约》第七十九条第二款的规定及相关法律实践不能得到支持。

《联合国国际货物销售合同公约》第七十九条第二款规定，如果当事人不履行义务，是因为履行合同的全部或部分规定的第三方不履行义务所致，且在满足一定条件的情况下，才可主张免责。但是，根据“秘书处评论”（Secretariat Commentary），原材料供应商不属于《公约》第七十九条第二款的“第三方”，此处的“第三方”必须是“履行合同的全部或部分规定的第三方”，通常指分包或转包关系，而原材料供应商不包括在内^[2]。

三、受疫情影响的企业应如何处理？

在申请认可和执行 ICC 仲裁裁决的审理中，主要涉及以下几个法律问题：

（一）及时通知义务

无论是 2003 年国际商会不可抗力示范条款，还是我国合同法及《联合国国际货物销售合同公约》，均规定受到不可抗力影响的一方应当及时通知合同对方。如果对方未能在合理时间内收到通知，则受影响一方不得主张免责。如果出口企业没有及时通知进口方遭受了疫情防控措施的影响，而贸然发运了货物，导致出现交货延迟、货物无法通关、货物质量受到影响等情况，有可能因为没有及时通知对方而丧失了主张免责的权利。

（二）提供证明义务

对于符合不可抗力情形,企业应当提供相关证据来证明其确实遭受了不可抗力事件影响。对于不可抗力事实证明,目前由中国贸促会系统出具的“不可抗力事实证明”在国际上已经具备较高的权威性和公信力,有助于取得国外客户的信任,有利于与客户就修订或解除合同达成一致;根据一些适用英美法系国家法律的合同“不可抗力条款”的约定,贸促会或商会出具的不可抗力证明属于必备的通知材料,在这种情况下更需要及时申请办理;在将来的诉讼或仲裁中,不可抗力证明也可以与其他证据共同作为免责主张的依据。

（三）“避免损失扩大”的义务

如不履行该义务,将无法对扩大的损失主张免责。无论是我国合同法还是《联合国国际货物销售合同公约》,均对发生不可抗力后,受影响一方应及时采取措施避免损失扩大进行了规定。因此,无论疫情是否对合同履行构成不可抗力,我国出口企业都应该采取积极措施避免损失的扩大。比如原定的上游原材料生产商所在地区因疫情停工,则应尽快寻找替代货源,并保存已采取尽力降低损失的措施的相关证据,以作为日后发生争议的主张权利或抗辩的依据。

四、面对当前形势,企业当前采取的整体应对策略

（一）全面梳理订单,排查相关风险

一是梳理有哪些受到影响的订单,确定是否需要与客户进行沟通协商;如果确实属于不可抗力事由,应尽快申请中国贸促会系统办理“不可抗力事实证明”,并及时通知合同对方。中国贸促会已于2020年2月2日出具了第一份新型冠状病毒疫情的不可抗力事实证明。各省贸促会也根据当地企业申请陆续出具新型冠状病毒疫情的不可抗力事实证明。

二是梳理供应链,相关生产及物流尽量排除疫区城市。如属于前述因原材料企业不能供货可能影响合同履行,应尽快寻找替代货源,以保证合同履行,避免损失的扩大。

三是对产品包装风险进行排查,确定是否有必要采用更可靠的包装以避免因消毒或防疫措施而使货物遭受污染。

（二）密切关注相关政策措施变化

我国合同法和《联合国国际货物销售合同公约》均规定,免责有效期是障碍

存续期间。因此,企业应密切关注政府相关文件,包括我国及其他各国贸易政策、海关政策、扶持政策的变化以及 WHO 有关疫情防控的相关动态,一旦公开媒体公布疫情得以控制或政府文件要求复工,如果合同尚未解除,应尽最大可能履行合同。同时,通过“领事直通车”“文旅之声”等微信公众号关注各国对人员流动管控政策的变化。

(三) 提前与客户做好沟通,征得客户同意后再发货

如与外方发生争议,可申请贸促会出具不可抗力证明或协助进行沟通协商。

(四) 留意各船公司、航空公司相关防控措施,做好已交货物的即时追踪查询

对于可能因检验检疫造成通关困难或延迟的情况,应提前做好准备。如有可能,可与买方或运输方签订补充协议,明确货物检验、检疫、消毒、除污等事项的义务分配。

(五) 与相关疾控部门保持密切沟通,留好相应的防疫措施证明文件

(六) 如因疫情问题出现无法与国外客户达成一致,甚至出现拒收、拒付等情形,立刻联系专业律师协助进行处理

处理因疫情导致的合同履行延迟或不能问题是比较复杂的法律和实务问题,远非一篇或几篇文章可以解决。建议企业遭遇这类问题时及时寻求法律专业机构和专业人士协助,将疫情给企业造成的影响和冲击降到最低。

注释及参考文献

- [1] 中国贸促 2020 年 2 月 7 日《新型冠状病毒疫情是否构成国际货物买卖中的“不可抗力”及企业应对建议》
- [2] 中国贸促 2020 年 2 月 7 日《新型冠状病毒疫情是否构成国际货物买卖中的“不可抗力”及企业应对建议》

[作者 徐文莉:国浩律师事务所管理合伙人(石家庄),
中国人民大学民商法法学硕士]

孙保国:国浩律师事务所律师(石家庄),中国政法大学国际经济法法学学士]

[审稿人 陈学斌:国浩律师事务所合伙人(上海)]

39. 新冠肺炎疫情防控物资进口合规

◎ 刘 杰 郭壮伟 程 畅

一场突如其来的新型冠状病毒肺炎疫情扰乱了中国传统的鼠年春节。随着这场战“疫”愈演愈烈,口罩、消毒液、医用酒精这些平日里随处可见的物品,成了人们四处抢购的必需品。全国上下各类防疫物资一夜之间全部告急。虽然目前大部分物资生产企业都在全力复产中,但短时间内市场仍“一罩难求”,从境外进口防控物资无疑是解决当前燃眉之急的重要途径。近期,国家相关部门机构也出台了多项鼓励进口疫情防控物资的优惠政策。若要更好地开展具体进口业务,需要了解疫情防控物资的范围、进口监管规则、相关优惠政策以及具体进口操作流程,同时也要认识到进口疫情防控物资中潜在的法律风险。本文将对合规进口疫情防控物资涉及的上述问题进行梳理。

一、疫情防控物资进口监管规则要点

目前,大量进口的疫情防控物资既包含医用器械,也包含非医用器械。防控物资的进口主体主要有慈善机构、政府指定采购单位和一般企业,不同种类物资、不同进口主体所对应的监管措施均有所不同。

(一) 疫情防控物资范围

“疫情防控物资”并非一个法定概念,目前也没有政策文件明确其具体范围。笔者参考各类文件中的叙述,认为疫情防控物资主要包括防护用品、消毒物品、检测物品、相关车辆四类。其中,防护用品包括各类口罩、丁腈手套、医用连体防护服、防雾护目镜、防护面罩、医用帽子、医用靴套、隔离衣、全面型呼吸防护器等;消毒物品包括消毒剂、酒精等;检测物品包括试剂、测温仪等;相关车辆包括救护车、防疫车、消毒用车、应急指挥车等^[1]。

对于不在上述范围内也用于疫情防护的物品,可以在进口前向现场海关咨询确认是否可以归入疫情防护物资,适用相关优惠政策。

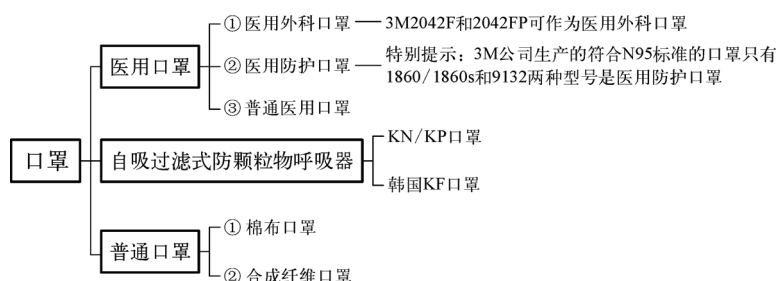
(二) 根据类别适用对应进口监管规则

对于上述物资,从进口通关角度看,有些属于普通货物,有些属于医疗器械,前者以普通货物报关即可,后者则应按照医疗器械标准进行报关。所以,区分物资类别是通关进口的第一步。

1. 区分医疗器械与非医疗器械

根据我国法律规定,医疗器械是指直接或者间接用于人体的仪器、设备、器具、体外诊断试剂及校准物、材料以及其他类似或者相关的物品,包括所需要的计算机软件^[2]。

以口罩为例,分为医用口罩、自吸过滤式防颗粒物呼吸器和普通口罩三类,详见下图:



其中,只有医用口罩属于医疗器械,进口时需要遵守相关监管规定。

2. 确认医疗器械对应管理类别

我国对医疗器械按照风险程度实行分类管理,第一类医疗器械实行产品备案管理,第二类、第三类医疗器械实行产品注册管理。为了更准确地判断进口物资是否属于医疗器械以及属于哪类医疗器械,可以登录国家药品监督管理局网站查询医疗器械分类目录^[3]。

3. 医疗器械进口监管一般规则

在确认管理类别后,针对不同管理类别医疗器械应如何提交证明材料? 对于第一类医疗器械,进口主体需要向海关提交《医疗器械备案凭证》,对于第二类和第三类医疗器械,需要向海关提交《医疗器械注册证》。常见的医用外科口罩、医用防护口罩、防护服均属于二类医疗器械,进口时需要向海关提交《医疗器械注册证》。

第一类	风险程度低	实行常规管理可以保证其安全、有效的医疗器械	《第一类医疗器械备案凭证》
第二类	具有中度风险	需要严格控制管理以保证其安全、有效的医疗器械	《医疗器械注册证》
第三类	具有较高风险	需要采取特别措施严格控制管理以保证其安全、有效的医疗器械	《医疗器械注册证》

4. 近期防控物资进口特殊规定

针对此次疫情,国家药监局、海关总署等部门均出台了多项便利措施,加快医疗器械类物资的通关速度,具体如下:

(1) 暂停境外捐赠医疗器械备案登记,对于未在我国注册/备案的捐赠医疗器械,直属海关凭当地医疗器械政府主管部门的证明快速放行;

(2) 从国外紧急进口的符合美国、欧盟、日本相关标准的医疗器械,企业能够提供境外医疗器械上市证明文件和检验报告,并作出产品质量安全承诺的,由地方食品药品监督管理部门出具证明文件,可以应急使用。

(三) 疫情防控物资进口单位资质要求

目前进口主体主要为慈善机构、卫健部门指定单位以及一般企业,不同主体对应不同的资质要求。

1. 捐赠物资进口单位资质要求

在捐赠条件下进口疫情防控物资,海关免征关税、增值税、消费税。捐赠方没有特别要求,但国内的受赠方均为政府以及指定单位,具体如下:

捐赠方的范围极为广泛,包括:(1) 中华人民共和国关境外的自然人、法人或者其他组织;(2) 国内有关政府部门、企事业单位、社会团体、个人以及来华或在华的外国公民从境外或海关特殊监管区域进口并直接捐赠;(3) 境内加工贸易企业。

受赠方范围相对严格,多为政府部门或者指定的社会团体,具体为:(1) 国务院有关部门和各省、自治区、直辖市人民政府;(2) 中国红十字会总会、中华全国妇女联合会、中国残疾人联合会、中华慈善总会、中国初级卫生保健基金会、中国宋庆龄基金会和中国癌症基金会;(3) 经民政部或省级民政部门登记注册且被评定为5A级的以人道救助和发展慈善事业为宗旨的社会团体或基金会。民政部或省级民政部门负责出具证明有关社会团体或基金会符合本办法规定的受赠人条件的文件;(4) 省级民政部门或其指定的单位。省级民政部门将指定的

单位名单函告所在地直属海关及省级税务部门。无明确受赠人的捐赠进口物资,由中国红十字会总会、中华全国妇女联合会、中国残疾人联合会、中华慈善总会、中国初级卫生保健基金会、中国宋庆龄基金会或中国癌症基金会作为受赠方接收。

2. 政府采购物资进口单位资质要求

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^[4],具体操作中要求省级财政厅(局)会同省级卫生健康主管部门,确定进口单位名单、进口物资清单,函告所在地直属海关及省级税务部门。以浙江省为例,2020年2月1日即明确对浙江省医药保健品进出口有限责任公司、浙江省纺织品进出口集团有限公司、浙江省粮油食品进出口股份有限公司等11家单位进口的防护服、护目镜、口罩等防疫物资免征进口关税。

3. 销售或自用物资进口企业资质要求

(1) 企业进口防控物资用于销售,同时属于前文所述的医疗器械,进口企业需要以下资质:

- ① 自营进出口经营权(可委托外贸代理公司);
- ② 医疗器械经营备案凭证。进口防疫物资属于二类管理的医疗器械,应当有设区的市级食品药品监督管理部门签发的第二类医疗器械经营备案凭证;
- ③ 营业执照(经营范围包括销售医疗器械);
- ④ 《进口医疗器械注册证书》或地方药品监督管理部门的证明文件。

目前海关对于所有防疫物资均加快通关速度,相关医疗器械注册凭证可以先放行,后补办。如进口医用口罩,企业申报时应申报医用口罩,并获得《中华人民共和国进口医疗器械注册证书》;对于未取得医疗器械注册证书的医用口罩,海关可凭地方药品监督管理部门的证明文件进行入境验证。

(2) 企业自用口罩

对于企业自用口罩,海关监管的要求比对外销售更为宽松。如上海海关规定,对于口罩、防护服、医用手套等防疫物资,即日起,除捐赠物资外,均需提供医疗器械证明;如果是企业进口自用的口罩作为普通防护用品,由企业出具情况说明,承诺此批次口罩进口报关后为企业自用(非流通销售),则海关即可不要求提供注册证明。

不同种类、不同用途防疫物资进口具体情况如下表所示:

急需防疫物资进口信息一览表

	类别 1	类别 2	具体防疫物品名称	商品编码	管理类别	捐 赠	政 府 采 购	自 用	销 售
医 用	防护用品	帽子	手术帽	4505903000	一类	1. 免 征 关 税、增值 税、消 费 税； 2. 没 有 医 疗 器 械 注 册 或 备 案 的，可 以 凭 地 方 食 药 品 监 管 部 门 出 具 的 证 明 放 行	1. 免 征 关 税 人； 2. 没 有 医 疗 器 械 注 册 或 备 案 的，可 以 凭 地 方 食 药 品 监 管 部 门 出 具 的 证 明 放 行	部 分 海 关 可 以 凭 自 用 承 诺、地 方 食 药 品 监 管 部 门 出 具 的 证 明 放 行	1. 工 商 登 记； 2. 二 类 医 疗 器 械 备 案； 3. 注 册、备 案 材 料； 4. 可 以 先 行 放 行 补 材 料
		护目镜	医用护目镜	9004903000	一类				
		口罩	医用口罩(包括医用外科口罩、医用防护口罩、医用护理口罩)	9007900000	二类				
		防护服	防护服	9010403000	二类				
			成套防护隔离服	9010403000					
		手套	外科手套(硫化橡胶)	4017100000	二类				
	医疗用手套(硫化橡胶)		4017301000						
	聚氧乙烯手套(塑料材质)		3924901100						
	消毒用品	棉棒棉签	酒精棉球及酒精棉签	3603901000	二类				
		酒精	酒精浓度在 50% 及以下的未改性乙醇	2905300000	无				
			酒精浓度在 50% 及以上的未改性乙醇	2907100000	无				
消毒剂		消毒剂	3808904000	无					
试剂			新型冠状病毒检测试剂盒	9004903000	无				
		α-干扰素	9004100000	无					
非医用	口罩	口罩		9007900000	无				

二、特殊时期疫情防控物资进口优惠政策

为了支持疫情防控工作,财政部、海关总署、税务总局联合发文出台税收优惠政策,各地政府也陆续出台补助措施,鼓励进口防控物资,减轻企业经济负担,全力支持防控物资生产、流通。

(一) 便捷通关措施

为了提高效率,解决防控物资紧缺困境,海关总署紧急出台关于疫情防控物资便捷通关的措施^[5],多个直属海关也针对属地口岸具体情况出台相应的便捷通关措施,概括如下:

1. 属于医疗器械的疫情防控物资便捷通关措施,区分捐赠方式进口和非捐赠方式进口:

(1) 对于捐赠物资,暂停医疗器械备案登记,对于未在我国注册/备案的捐赠医疗器械,直属海关凭当地医疗器械政府主管部门的证明快速放行;

(2) 对于非捐赠物资,企业能够提供产品境外上市证明文件和检验报告,并作出产品质量安全承诺的,由地方食品药品监督管理局出具证明文件,可以应急使用。

2. 药物和医疗试剂等快速通关措施。除了医疗器械,针对用于防控的医疗用品,海关也出台了便利措施:

(1) 对用于防控疫情的涉及国家进口药品管理准许证的医用物资,海关可凭医药主管部门的证明先予放行,后补办相关手续;

(2) 对用于治疗、预防、诊断新型冠状病毒感染的肺炎疫苗、血液制品、试剂等特殊物品,可凭相关主管部门证明予以放行。

(二) 减免进口税款

1. 捐赠物资

对于捐赠物资,免除其关税、增值税和消费税;对按照防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口物资免税政策进口且原产于美国的物资,不实施对美加征关税措施,已加征税款予以退还。

2. 政府采购物资

对于卫生健康主管部门组织进口的、直接用于防控疫情的物资免征关税,但是不免除增值税和消费税。

3. 企业自用或者销售

正常征收关税、增值税和消费税,同时不免除对原产于美国的相关物资加征关税。

(三) 适度放宽行邮渠道自用合理数量认定标准

对于旅客携带个人物品中涉及疫情防控物资的,可以在自用合理数量范围内适度从宽掌握^[6];对于价值五千元以下的货物类快件进境,声明涉及防疫物资的,海关予以优先办理报关,进口主体需提交医疗器械注册证并缴纳税款。

(四) 政府财政补助

面对来势汹汹的疫情,各地政府纷纷出台补助政策,尽可能降低疫情对企业造成的损失,稳定社会秩序,关注保障民生。

例如,广东省对相关疫情防控物资企业的生产和进口予以资金支持,对疫情防控重点保障企业的2020年新增贷款部分,由财政按照人民银行再贷款利率的50%予以贴息^[7]。吉林省对进口疫情防控物资所产生的国际、国内物流费用予以全额补助,同时按进口疫情防控物资金额给予一定比例的补助奖励^[8]。这些补助措施无疑是为疫情中遭受损失的企业雪中送炭。

三、疫情防控物资进口通关流程

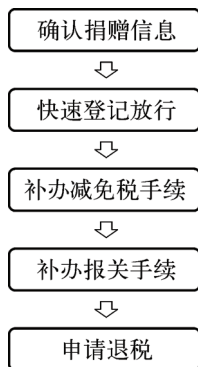
防控物资的进口渠道主要为货运渠道和行邮渠道,不同主体可选择最为便利的途径开展物资运输,与疫情“赛跑”。

(一) 货运渠道物资通关流程

1. 捐赠物资通关流程

在海内外热心人士的踊跃支援和各地海关的高效作业下,数量庞大的捐赠物资涌入境内,其完整的通关流程可分为“五步走”:

第一步,确定是否属于慈善捐赠物资。不能仅凭免费赠送来进行判断,更需要结合捐赠双方资质、捐赠物资范围等方面进行认证,境外公司为国内公司员工免费邮寄的防护物资、个人对个人免费赠送的物资,都因捐赠主体不符而不属于慈善捐赠物资范围。而捐赠物资如不属于《慈善捐赠物资免征



进口税收暂行办法》或“6号公告”规定的范围,则也不能认定为慈善捐赠物资,需按其他通关方式进口。

第二步,快速登记放行。为贯彻“即到即提”的宗旨,各直属海关在相关通关现场设立进口捐赠物资快速通关专门受理窗口和绿色通道,实施快速验放,紧急情况下可先登记放行,再按规定补办减免税手续和报关手续^[9]。

关于登记放行所需材料及办理流程,各直属海关政策根据实际情况略有不同,企业若有需求,可通过各直属海关网站、微信公众号平台进行咨询。

第三步,补办减免税手续^[10]。根据中华人民共和国海关总署公告2016年第17号对于慈善捐赠物品办理减免税事宜的要求,办理减免税证明的海关为受赠人所在地海关,如由使用人向其所在地海关办理减免税手续,应当提交受赠人委托其办理进口捐赠物资减免税手续的委托书。受赠人或使用人申请补办免表时,通过“单一窗口”标准版减免税申报模块,采用无纸化方式办理并提交材料。

第四步,补办报关手续。对于监管方式为“捐赠物资(代码:3612)”,对应征免性质为“慈善捐赠(代码:802)”的进口货物报关单,需根据2015年第102号联合公告和2020年第6号联合公告填制。

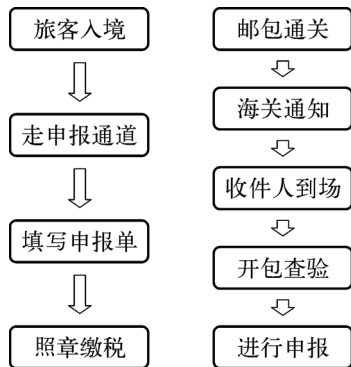
第五步,对已征收的应退税款予以退还^[11]。自2020年1月1日至3月31日,已征税进口且尚未申报增值税进项税额抵扣的,可凭主管税务机关出具的《防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口物资增值税进项税额未抵扣证明》,向海关申请办理退还已征进口关税和进口环节增值税、消费税手续;已申报增值税进项税额抵扣的,仅向海关申请办理退还已征进口关税和进口环节消费税手续。同时,对于进口且原产于美国的物资,不实施对美加征关税措施,已加征税款同样予以退还。有关进口单位应在2020年9月30日前向海关办理退税手续。

2. 非捐赠物资通关流程

对于一般贸易(非捐赠)的防控物资进口,海关将综合运用两步申报、提前申报、汇总申报、担保放行等作业模式,为企业提供多元化服务,对于涉税涉证的货物,海关会对其照章征税,并要求提供相关证件。特殊情况下,一般贸易进口物资也可先登记放行,再补办相关手续。

(二) 行邮渠道物资通关流程

对于行邮渠道防控物资的监管,一般来说通关流程如下图所示:



为助力疫情防控,海关总署明确肺炎疫情防控物资可快速通关^[12],对声明涉及疫情防控物资货物类快件,可以采取个案处理方式,优先办理报关手续,但需提交医疗器械注册证并缴纳税款。对于通过旅客携带进境的疫情防控物资,给予通关便利,一对一指导办理报关手续。

四、疫情防控物资进口法律风险提示

疫情之下,虽然迫切需要快速进口各项防控物资,但是进口行为仍需在法律和政策许可范围内进行。根据经验判断,疫情防控物资进口过程中可能会出现以下违法违规情形,各进口单位需引起重视。

(一) 伪报贸易方式进口防控物资

企业进口防控物资实际为自用或销售用途,但由于自身没有相应资质或为享受优惠税收政策,在通关时伪报贸易方式为捐助,则会造成国家进口税款流失,可能被认定为走私行为,个人偷逃税款超过 10 万元(单位对应数额为 20 万元)的将构成走私普通货物罪,被依法追究刑事责任。

(二) 疫情防控物资免税进口后擅自改变用途

捐赠物资通关入境后,属于海关监管的减免税货物,受到海关监管,应当按照申报用途交付受赠对象。如果在以捐助贸易方式进口防控物资后,改变用途擅自销售或自用,轻则补税及被处以罚款,重则可能构成走私犯罪^[13]。

（三）进口假冒疫情防控物资

某些进口的疫情防控物资涉及到知识产权海关保护。如果进口物资涉及假冒注册商标等情形,侵犯他人知识产权,可能会被海关扣留,轻则涉及民事赔偿,被追究行政违法责任,没收货物处以罚款等;重则涉嫌构成刑事犯罪,被追究刑事责任。

（四）销售进口疫情防控物资时哄抬物价

销售进口疫情防控物资应当保持合理利润空间,否则存在较大法律风险。如果经营者实施了捏造散布防疫用品涨价信息、囤积防疫用品、在销售防疫用品过程中强制搭售其他商品等行为的,可以认定为哄抬价格,将被市场监督管理机关处以行政处罚^[14]。其中,严重扰乱市场秩序,则可能构成非法经营罪^[15],被追究刑事责任。

病毒肆虐,全国上下都被卷入这场“战疫”。值此艰难之时,需社会各界齐心协力,各显其能,集全球资源共抗疫情,但仍需遵法守则,方能众志成城、共克时艰,不留后患。

注释及参考文献

-
- [1] 财政部、海关总署、税务总局《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》第一条。
 - [2] 《医疗器械监督管理条例》第七十六条。
 - [3] 国家药品监督管理局医疗器械数据查询: http://app1.sfda.gov.cn/datasearchcnda/face3/base.jsp?tableId=139&tableName=TABLE139&title=医疗器械分类目录&bcId=15480410465161303373_9874139064,最后访问日期:2020年2月19日。
 - [4] 财政部、海关总署、税务总局《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》第二条。
 - [5] 海关总署公告2020年第17号《关于用于新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口捐赠物资办理通关手续的公告》《海关总署关于全力保障涉及新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控物资快速通关的通知》(署综发〔2020〕19号)。
 - [6] 《海关总署关于全力保障涉及新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控物资快速通关的通知》(署综发〔2020〕19号)第五条。
 - [7] 《广东省人民政府关于印发应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业复工复产若干政策措施的通知》。

- [8]《吉林省商务厅财政厅关于鼓励企业扩大疫情防控物资进口的通知》。
- [9]海关总署公告2020年第17号《关于用于新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口捐赠物资办理通关手续的公告》(海关总署公告2020年第19号)第二条。
- [10]海关总署2016年第17号公告《关于实施〈慈善捐赠物资免征进口税收暂行办法〉有关事宜的公告》。
- [11]参见《财政部、海关总署、国家税务总局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》(财政部公告2020年第6号)第三条。
- [12]《海关总署关于全力保障涉及新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控物资快速通关的通知》。
- [13]《中华人民共和国公益事业捐赠法》第三十条规定,在捐赠活动中,有下列行为之一的,依照法律、法规的有关规定予以处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)逃汇、骗购外汇的;(二)偷税、逃税的;(三)进行走私活动的;(四)未经海关许可并且未补缴应缴税额,擅自将减税、免税进口的捐赠物资在境内销售、转让或者移作他用的。
- [14]《市场监管局关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为的指导意见》。
- [15]《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定,违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪,依法从重处罚。

[作者 刘杰:国浩律师事务所合伙人(上海),同济大学管理学硕士
郭壮伟:国浩律师事务所律师(苏州),中国人民公安大学诉讼法学硕士
程畅:国浩律师事务所律师(上海),武汉大学刑法学硕士]
[审稿人 陈学斌:国浩律师事务所合伙人(上海)]

40. 新冠肺炎疫情下外贸企业 进出口风险提示

◎ 徐衍修

北京时间1月31日凌晨,世界卫生组织(WHO)总干事谭德塞宣布新型冠状病毒感染的肺炎疫情构成“国际关注的突发公共卫生事件”(PHEIC, Public Health Emergency of International Concern),但不建议对中国采取旅行和贸易限制。随着新型冠状病毒肺炎疫情的发展,外贸企业对其进出口业务存在的违约风险日渐关注。国浩宁波涉外法律团队就可能的风险点进行简要分析,并对外贸企业作一提示。

一、出口贸易业务

(一) 交货迟延

随着疫情扩散,上至中央下至地方政府出台了许多针对相关企业的疫情防控工作文件和规定,内容涉及政府管制、交通管制、企业开复工延迟等等,这势必会使部分外贸企业在原材料采购、工人返厂等存在困难,由此导致国外客户的订单生产无法按时完成,从而存在交货迟延的情形。对此我们认为企业应当首先仔细审查双方签订的合同中对于交货时间的约定,特别是对于合同中是否存在因卖方交货迟延导致国外买家可以行使合同解除权,如有,则应通过邮件或书面函件等形式积极与国外客户协商,提供中国国际贸易促进委员会宁波市委员会(以下简称“宁波贸促会”)出具的《不可抗力事实性证明书》,对与不可抗力有关的事实进行证明,尽力维护好与客户的长期良好合作关系,力争说服客户不要解除合同、取消订单或拒绝收货,必要情况下,可以做出适当价格调整来继续履行合同,以减少利润或保本来避免给自己造成更大的损失。

至于此次疫情可否作为不可抗力的免责条件,虽然目前普遍观点持肯定态度,但由于每个国家的法律体系、司法环境、文化背景等存在差异,对于不可抗力的理解同样也存在着差异,故我们认为国内出口方不能仅仅寄希望于通过不可

抗力的理由来免除自己的责任,而应当通过书面及邮件形式及时向客户解释、阐明无法按时交货的原因及提出一些积极有效的补救措施,并注意保留相关交流过程中形成的诸如电邮、微信、传真等证据,为日后万一发生诉讼或仲裁准备对我方有利的证据。

(二) 运输迟延

目前国际上已经有部分国家对我国采取入境管制和启运自中国的船舶加强疫情防控限制,由此可能导致货物在海上运输时间变长,或者货物到港前需隔离一段时间并增加检验检疫流程。随着现代运输技术的飞速进步,运输时效的精准性越来越高,而额外增加的检验检疫流程无疑会导致出口产品的交货时间迟延。对此,我们认为出口企业应主动与货代、船公司和客户保持时刻的联系,确定具体的到港时间,通过加快卸货、清关等时间弥补前期迟延来取得客户的理解和信任。在船舶到港前做好目的国检验检疫所需的一切证明材料,特别需要提醒货代和船公司务必留意目的国政策可能随时变化而造成的无法靠港卸货,力争在政策变化前靠港卸货。

(三) 客户弃货

虽然如因迟延交货导致客户弃货的可能性比较低,但实践中因部分货物具有时效性、特殊意义等导致客户弃货的情形还是存在,特别是受此次疫情影响,国外客户以疫情为由要求弃货更存在可能性。对于客户在目的港弃货的情形,我们认为出口企业对此必须高度重视,切不可置之不理,因为货物在目的港无人收货会导致长期占用船公司集装箱、码头堆场等,相应会产生滞箱费、堆存费甚至货物销毁费等各种费用,在客户弃货的情形下,船公司会将上述费用转嫁到国内出口企业上,时间一长,该笔费用可能会超过货物本身的价值。所以,国内出口企业必须积极面对弃货的事实,抓紧时间联系新的买家,争取尽早出货,或转运至第三地,以避免损失的进一步扩大。

二、进口贸易业务

由于此次疫情在国内造成的影响,相应地医疗物资、防护消毒用品等成为稀缺资源,除了国内积极生产之外,从国外进口部分物资也成为国内企业的新业务,但我们认为从国外进口物资,存在货物在出口国被临时限制出口的风险。

从前几天日本等国家口罩被疯狂抢购一空的情形来看,防疫所需的口罩等

物资短缺的影响正逐步蔓延至海外市场,因担忧疫情扩散和出口国物资供给不足,可能会导致出口国临时限制某类特殊产品的出口。而按照商业惯例,国内进口方可能已经与出口方签订了采购合同,并预付了部分或者全部货款,甚至已经向船公司或航空公司订舱付费,而一旦采购的货物被限制出口,则就意味着该合同可能无法继续履行,如果解除合同就会涉及货款退还、已经产生的采购成本、预付运费等由谁承担的一系列法律问题,考虑到国际纠纷不管采取仲裁还是诉讼,均漫长且耗费成本高,故我们建议国内企业在与国外客户签订合同时,对由于出口国临时限制货物出口而导致的合同无法继续履行时,将上述问题的承担责任在双方的合同中予以明确,以便发生纠纷时有约可循,避免让自己陷入被动之中。

国际贸易业务纷繁复杂,可能会遇到各种实际情况和法律问题,特别受此次疫情影响,许多新的法律问题也会随之产生,故我们建议外贸企业在遇到问题时,及时咨询律师以便获得专业解答,无论如何,及时与您的律师协商永远是明智之举。

[作者 徐衍修:国浩律师事务所管理合伙人、主任(宁波)]

[审稿人 黄宁宁:国浩律师事务所合伙人(上海)]



十、 法律責任篇

41. 解读各省法院防控疫情 司法政策文件(商事部分)

◎ 陈光卓

近日,全国各地法院陆续出台司法政策文件,为防控新冠肺炎疫情提供司法保障。现就司法政策文件所涉商事部分进行类型化梳理与解读。

一、合同纠纷一般处理规则

新冠肺炎疫情对于合同履行将产生重大影响,多数法院要求在审理受新冠肺炎疫情影响的合同纠纷时应遵循公平原则,注重平衡当事人间的利益。在具体个案中根据疫情影响程度等因素,适用不可抗力或情势变更规则。以下为部分省市的处理规则。

(上海)因疫情影响,当事人不能履约或履约对当事人权益造成重大影响的,应依照公平、诚实信用等原则,综合考量当事人之间的约定、疫情的发展阶段、疫情与履约不能或履约困难之间的因果关系以及疫情影响的程度等因素,根据不可抗力或情势变更等相关规定,并结合案件具体情况,妥善处理。

(四川)强化涉疫情合同纠纷的双向保护。对于因疫情导致无法履行的旅游、餐饮等服务合同纠纷,要更加注重衡平双方利益,依法妥善在消费者与经营者之间分配风险,避免加剧旅游、餐饮经营者的经营困难。因受疫情影响,导致厂房、场地承租人经营受损,承租人请求出租人减免租金或者提前解除租赁合同的,要结合具体情形进行判断,尽可能促进租赁合同继续履行。对于买卖、建设工程施工等领域发生的合同纠纷,确因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施导致合同不能履行或者不能及时履行,或者因疫情影响致使合同当事人不能履行或者不能及时履行的,应当按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定,妥善处理当事人减免违约责任的主张。对于因疫情导致按原合同履行对一方当事人权益有重大影响的合同纠纷,可以根据具体情况,进行利益衡平,公平处理。

(黑龙江)正确认定“不可抗力”,妥善审理因疫情防控导致的履行合同纠纷。对于当事人主张因不可抗力导致合同不能履行等问题,可依照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条规定,结合个案具体情况,依法准确认定是否符合“不可抗力”情形,妥善处理此次疫情关涉的合同履行期限、当事人之间权利义务确定以及当事人是否构成违约等重大问题,依法保护各类市场主体合法权益。

(广东)妥善处理合同纠纷。因疫情发生以及防控疫情应急措施等原因,导致买卖、租赁、旅游、住宿、餐饮、运输等合同不能履行,或者按合同履行对一方当事人权益有重大影响的,可以根据约定解除或者变更合同;没有约定的,鼓励和支持双方当事人协商解决,经济损失按公平原则合理分担。

(湖北)依法审理好合同纠纷案件。当事人主张根据新型冠状病毒疫情原因减免违约责任的,人民法院应当予以审查。确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,或者由于疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,应当按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。由于疫情原因,按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件,可以根据具体情况,进行利益衡平,公平处理。

(浙江)依法妥善审理有关合同纠纷案件。

1. 疫情期间合同可以履行的,鼓励合同继续履行,当事人主张解除合同的,一般不予支持。一方可以履行而拒绝履行的,另一方可依照《中华人民共和国合同法》相关规定,要求其承担相应违约责任。

2. 由于疫情原因,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,依照《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)》等规定对相关情形进行认定。

3. 确因政府及有关部门为防控疫情而采取行政措施导致合同不能履行,或者由于疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷,当事人主张减轻或者免除自身的法律责任的,应当依法按照《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。

4. 当事人以不可抗力为由主张部分或者全部免除责任的,仍应提供证据证明其已尽到通知义务,以减轻可能给对方造成的损失。当事人违约后,对方没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿。

(福建)妥善处理因疫情引发的合同纠纷案件。充分发挥民商事审判职能,

弘扬诚实信用,保障公平正义,积极引导和推动相关合同纠纷的协商解决。对因疫情原因,继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的的,要准确认定不可抗力、情事变更等的适用情形,正确区分责任,依法变更或者解除合同。确因政府及有关部门为防控疫情采取行政措施导致合同不能履行,或者因疫情影响致使合同根本不能履行而引起纠纷,当事人主张部分或者全部免除责任的,依法予以支持。对利用疫情影响处于危困状态等情形成立的显失公平的合同,要准确认定当事人的真实意思表示,依法认定合同效力。坚决遏制利用疫情哄抬物价等行为,依法维护正常经济社会秩序。

(福建某基层法院)妥善审理因受肺炎疫情影响无法正常履约引发的建设工程施工合同、租赁合同、买卖合同等民商事纠纷,对符合不可抗力法定情形的,依法作出认定,并公正、合理地确定当事人权利义务,维护交易稳定。对继续按原合同履行将对当事人权益产生重大影响的,应当引导双方当事人重新协商达成新的协议,若无法达成新协议的,可以视情解除合同或适用公平原则依法处理。

二、借款合同纠纷

疫情已对大量企业的生产经营活动产生影响,为避免企业资金链断裂,在借款合同纠纷审理方面,法院一般不支持金融机构提前解除合同,并严格规制金融机构不当收取高息,打击“职业放贷”“套路贷”等,以支持企业渡过难关。

(上海)对企业受疫情影响较大引发的金融借款纠纷,依法审慎审查金融机构提出的借款提前到期、单方解除合同等主张,促进金融机构以展期续贷、分期还款协议等方式协商解决纠纷,努力降低企业融资、解纷成本。依法规范商业银行、融资租赁公司、保理公司、典当公司、小额贷款公司等金融机构和市场主体经营行为,对金融机构变相收取高额利息等情形的,就超出法律、法规和司法解释允许范围的利息部分,依法不予保护。

(四川)妥善审理涉疫情融资借贷纠纷。准确把握疫情对金融借款、民间借贷、融资租赁等合同的影响,依法严格审查金融机构“抽贷”“断贷”行为,以及小额贷款公司等以不合理费用变相收取高息的行为,有效减轻中小微企业融资负担。

(广东)落实中小微企业帮扶政策。因疫情致使企业按期还款存在困难,企业要求延期还贷、减免利息的,按照公平原则妥善处理,积极促成双方达成新的还贷协议,努力化解金融借款、融资租赁等纠纷,减轻中小微企业融资负担。依法严格审查金融机构“抽贷”“断贷”“压贷”行为,无正当理由不得提前收回贷款

或延迟发放贷款。

(福建)支持财政金融监管部门针对疫情防控出台的各项扶持政策。疫情防控期间,金融机构以疫情对企业经营造成困难为由请求提前解除合同的,在不具备法定和约定事由的情况下,不予支持;金融机构以疫情为由提前收回贷款、合同签订后停止或者迟延发放贷款,借款人请求判令金融机构承担违约责任的,予以支持。债务人举证证明因疫情原因导致迟延履行给付义务的,应当根据个案情况结合政府及相关部门发布的支持性政策,依据公平原则作出处理。对疫情影响其收入来源的个人,引导金融机构灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排,力促协商解决纠纷。

(福建某基层法院)在涉新冠肺炎疫情相关案件的审理中,严防虚假诉讼,保护合法借贷。坚决打击“职业放贷人”等相关主体趁机实施高利贷、“套路贷”、虚假诉讼等行为,涉嫌犯罪的,及时移送公安机关处理。依法支持金融机构针对肺炎疫情防控及中小微企业扶持的金融创新行为。对因受新冠肺炎疫情影响致还贷困难的企业,加大调解力度,争取金融机构支持给予展期或续贷,给企业以喘息机会。

三、保险合同纠纷

对于受疫情影响引发保险纠纷,适度放宽人身保险的保险责任范围,严格审查人身及财产险的相关免责事由,以发挥保险保障功能。

(福建)对因疫情引发的人身保险纠纷,不机械适用保险条款中关于保险责任范围的限制性规定,依法合理确定保险责任范围。对因疫情引发的财产保险纠纷,严格审查保险拒赔事由,依法保障被保险人的合法权益。

(四川)依法维护涉疫情被保险人、受益人的合法权益。受客观条件限制,被保险人感染新型冠状病毒后并未在保险合同约定的医疗服务机构就诊,保险人以被保险人未在保险合同约定的医疗服务机构接受治疗为由拒绝给付保险金的,应当根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(三)》第二十条的规定,不予支持。

四、旅游等服务合同纠纷

在旅游等服务合同纠纷审理方面,注重平衡保护消费者和经营者之间的权益,尽量减少对旅游等服务业造成的损害。

(黑龙江)坚持平等保护,统筹兼顾疫情之下的旅游者权益保护与对旅游企业的发展激励。要将司法服务阵地前移,加大对因疫情影响而产生的旅游服务合同纠纷调解力度,强化行业调解、专业调解、律师调解工作协调,力争在平衡各方利益的前提下实质性化解纠纷,为企业减轻诉讼负担。要坚持依法裁判,对因疫情影响导致旅游合同无法履行产生的退费纠纷,恰当判定履行不能,准确认定“不可退还费用”“未实际发生费用”“旅游者滞留费用”等案件事实,公平、合理、妥当分配旅游者和旅游经营者损失负担,在保护旅游者合法权益的同时,尽量避免造成对旅游经营服务的打击和创伤。

(浙江)确因受疫情影响而致使餐饮、旅游、住宿等服务合同无法履行,合同一方请求解除的,依法予以支持。并按照《中华人民共和国合同法》有关规定合理确定双方应承担的民事责任。

五、租赁合同纠纷

对于受疫情影响的租赁合同纠纷的处理,法院原则上不支持解除合同,以维护租赁市场秩序的稳定,但可根据公平原则依法调减租金。

(黑龙江)有效防止损失扩大,依法促进受疫情防控影响的租赁合同持续有效履行。对于因政府为控制疫情要求企业延迟复工、关停商户等疫情防控政策影响导致租赁标的物闲置,出租人与承租人发生的租金纠纷或提前终止、解除租赁合同等案件,要积极引导双方当事人重新协商达成新的协议,推动受疫情影响的厂房、场地租赁合同持续履行。对于当事人以继续履行租赁合同导致企业运营成本过高为由,请求变更或解除合同的,要根据公平原则,结合案件实际情况,确定是否变更或者解除合同。

(浙江)租赁房屋因疫情防控需要暂时无法使用的,承租人要求延长租期、减免相应期间的租金或解除合同,如确系不可归责于承租人、出租人的原因所致,可根据公平原则视情适当延长租期、减免租金,合理分担因疫情防控导致的不利后果。承租人以此要求解除合同的,一般不予支持。

六、买卖合同纠纷

疫情对于买卖合同的履行影响较大,对于买卖合同纠纷,主要按照上述合同纠纷的一般规则处理,有地方法院对于一些具体情形也做了规定。

(浙江)相关消费服务、买卖合同已经签订并可以履行,但服务、商品提供方

主张因疫情影响需增加商品、服务价款的,一般不予支持。对于口罩、防护服、消毒用品等防疫紧缺资源,买卖合同已经成立并生效,但因受政府调配而延迟发货或无法发货的,买受人主张出卖人承担违约责任的,一般不予支持。

七、建设工程合同纠纷

疫情对于建设工程的影响,主要涉及工期延误问题,应适用不可抗力等相关规则处理。

(浙江)确因执行疫情防控需要,造成工程项目停工的,一般可以顺延工期。疫情防控期间订立合同,且防控未发生实质性变化,当事人以疫情防控为由主张顺延工期,一般不予支持。对于因劳动者返程迟延等与本次疫情相关原因导致工期延误的,承包人应及时按照合同约定向发包人提出工期顺延申请。双方对是否属于工期顺延存在争议的,人民法院依据签证资料等证据,依法确定是否免除延误责任。

八、担保物权纠纷

疫情对于担保物权的实现也会造成负面影响,在当前国家金融监管机构发文要求银行不得“抽贷”“断贷”,并鼓励银行等金融机构采取展期、续贷等方式支持企业的政策背景下,个人认为,对于展期、续贷等情形下担保物权的登记公示,以及新类型担保的效力认定等方面问题,不应拘泥于物权法的传统理论,在符合法律精神及商事实践需求,宜适度放宽公示方式的认定,确认新类型担保效力。通过保障金融债权的安全,鼓励、推动金融机构积极为企业渡过危机提供融资支持。

(黑龙江)及时进行权利登记和风险提示,保障企业抵押权、质押权等定限物权的合法实现。在疫情持续的特殊情况下,要做好当事人行使权利的记载和管理,以适当方式加强与涉诉企业的沟通释明,及时采取有效措施,防止抵押权、质押权等定限物权的法律期间经过。对主债权诉讼时效存在中断事由,或者是因为疫情障碍无法主张债权从而符合中止条件的,要依法支持企业行使担保物权的请求,保障企业相关实体权利合法实现。

(福建某基层法院)除《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效情形外,应当依法确认新类型担保合同的效力;符合《中华人民共和国物权法》有关担保物权规定的,依法认定物保效力,以增强中小微企业融资能力,维护其正

常的生产经营。

九、企业破产案件的审理

在企业破产案件审理方面,法院要求严格审查受疫情影响企业的破产受理条件,不轻易适用《中华人民共和国企业破产法》关于破产原因的相关规定。对于有挽救希望的企业,尤其是防疫物资生产经营企业,要求发挥预重整、重整等制度功能,尽快实现复产。

(上海)依法积极稳妥推进破产案件审理,加强涉疫情防控物资生产经营企业的重整、和解工作,促使企业恢复信用和活力,依法、灵活、及时处置涉疫情重要物资。

(四川)积极挽救停产的防疫物资生产企业。在破产案件审理中,要审时度势、勇于担当,针对可以生产医用防护服、医用口罩、医用护目镜、抗疫药品等防疫物资的企业,根据破产企业实际情况和疫情防控需求,积极采取许可相关企业恢复、扩大生产经营,或快速处置与防控疫情相关的破产财产等紧急措施,有效激活企业产能,释放市场要素,并充分利用破产重整的制度优势,积极协调推动实现破产重整。

(黑龙江)稳妥办理破产案件,促进企业生产要素的优化组合和企业转型升级。慎重受理企业破产案件。对主营业务良好但受疫情影响暂时无法清偿到期债务的企业,一般不认定该企业具备破产原因,债权人申请企业破产的,依法不予支持。在办理破产案件中充分考量疫情因素。疫情防控期间,企业破产重整投资者招募困难或者无法制定可行重整计划草案的,破产重整时间可适当延长。及时挽救防疫物资生产企业。在防疫防护物资困乏的特殊时期,对以防疫物资生产企业为债务人的案件,要充分利用破产重整制度优势,积极协调债务人推动破产重整的实现,挽救陷入困境的防疫物资生产企业,发挥此类企业的产能优势,使企业尽快恢复生产得以维持和更生。依法维护企业债权人合法权益。依法适用破产程序中的关联企业合并破产、行使破产撤销权和取回权等手段,查找和追回债务人财产。严厉打击隐匿财产、违法转移财产、逃废债务、故意销毁会计凭证、会计账簿等犯罪行为。

(福建)妥善处理因疫情引发的破产案件。对资不抵债、挽救无望的非生产防疫物资企业,依法裁定受理破产清算,使“僵尸企业”尽快出清。对虽具备破产原因,但主营业务良好且疫情发生前资金流正常,仅因疫情影响导致短期内资金困难不能清偿到期债务的企业,债权人申请破产的,应严格依照有关法律审慎认

定破产条件,原则上不予受理债权人对该类破产清算申请,鼓励、倡导债权人与债务人通过协商达成债务清偿和解等方式共克时艰。审理防疫物资企业为债务人的破产案件,应当充分利用破产重整制度优势,积极协调债务人推动破产重整实现,使其尽快恢复生产。已经受理的破产案件中,涉及有防疫物资生产能力破产企业的,积极做好与破产管理人和政府相关部门的沟通协调工作,依法许可符合生产条件的该类企业紧急恢复生产,切实保障防疫物资供给。

(福建某基层法院)对研发生产防控肺炎疫情物资的或主营良好、有发展前景但因肺炎疫情影响而暂时出现《中华人民共和国企业破产法》规定的破产原因的中小微企业,可暂不受理破产申请,启动预重整机制。对有重整价值的企业,司法服务关口前移,指导债权人与债务人、出资人等利害关系人通过谈判,达成商业重整。各方一致请求将预重整计划草案提交法院审查批准的,依法确认。预重整过程中需要启动府院联动的,人民法院积极介入并推动府院联动。

参考文献目录

- 《上海市高级人民法院关于充分发挥审判职能作用为依法防控疫情提供司法服务和保障的指导意见》
- 《四川省高级人民法院关于充分发挥审判职能作用为打赢疫情防控阻击战提供有力司法保障的指导意见》
- 《黑龙江省高级人民法院关于充分发挥司法职能支持企业应对疫情服务保障企业健康发展的意见》
- 《广东省高级人民法院关于依法审理新冠肺炎疫情防控期间民事、行政诉讼案件的通告》
- 《湖北省高级人民法院为新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控提供司法保障和服务的意见》
- 《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见(试行)》
- 《福建省高级人民法院关于充分发挥审判职能作用 为坚决打赢疫情防控阻击战提供有力司法服务保障的指导意见》
- 《福建省闽侯县人民法院关于应对新冠肺炎疫情 发挥审判职能 积极“稳企、护企、助企”的十条意见》

[作者 陈光卓:国浩律师事务所法律顾问(福州),厦门大学民商法学硕士]

[审稿人 杨征宇:国浩律师事务所合伙人(北京)]

42. 浅述多元化解新冠肺炎事件 引发民商事纠纷

◎ 许贵淳

一、前言

“新型冠状病毒感染的肺炎”(简称新冠肺炎)牵动着全国人民的心,人们正常活动受到限制。除关乎防疫急救物资有关的企业恢复生产忙得不可开交外,交通、旅游、餐饮、文化娱乐等行业均遭受重创。2003年,我国发生过一次“非典”疫情,当时国务院及相关部门也相继出台一些政策文件,为妥善处理矛盾和纠纷起到了依据和指导作用,同时在司法实践中也积累了一定的经验,亦为本次新冠肺炎疫情所引发的争议或者纠纷的处理,起到借鉴作用。例如:2003年7月24日国务院办公厅《关于妥善处理因防治非典型肺炎引发的矛盾和纠纷的通知》(现行有效),2003年6月11日最高人民法院《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(已废止)。此次新冠肺炎疫情距“非典”疫情时隔十七年,其间我国从立法、司法等方面发生了巨大变化,当事人的法律意识有了很大提高,随着维权行为不同形式的发生,争议或者纠纷解决也有不同的方式。2020年1月15日,最高人民法院下发了《关于进一步完善委派调解机制的指导意见》,指出以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,坚持和发展新时代“枫桥经验”,完善诉源治理机制,切实把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,满足广大人民群众多元、高效、便捷的解纷需求。要在充分尊重当事人合同自愿的前提下,鼓励和引导当事人本着互谅互让、诚实信用和公平的原则,尽量通过平等协商的方式,实事求是地解决矛盾、纠纷。笔者基于职业习惯思考因疫情引发民事争议或者纠纷的同时,意在推动通过多元化解纠纷机制和方法,明法律、明政策、明规则、明事理、主动宣传,充分发挥律师在化解民商事争议中的积极作用,尽量减少通过诉讼、仲裁方式解决纷争,努力实现有事好商量、遇事多商量、有难题共同解决的方式解决争议或者纠纷。

二、新冠肺炎疫情认定为不可抗力

“新型冠状病毒感染的肺炎”,暂被命名为“新型冠状病毒肺炎”,简称新冠肺炎^[1]。世界卫生组织将新冠肺炎疫情列为“国际关注的突发公共卫生事件”^[2]。

新冠肺炎疫情作为一种突发性的异常事件(突发事件)^[3],当事人无法预见,就连医学专家也无法预见,从其暴发至今,还没有更有效的方法阻止其传播,尽管有许多新冠肺炎患者经过治疗病愈出院,但到目前医学界提出有效药物尚在临床试验阶段。因此,这种异常的事件,至少在目前,是人类无法预见、不可避免、不能克服的客观情况,其性质属于法律上规定的不可抗力事件。

2020年2月10日,全国人大常委会法工委发言人、研究室主任表示,“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。”

三、新冠肺炎疫情构成不可抗力事件影响当事人民事权利义务案件的处理

(一) 不可抗力认定和处理的法律及政策依据。不可抗力作为债务人免除或减轻债务责任的条件和免责事由或抗辩事由,是法律人所众知的。《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^[4]、《中华人民共和国民法通则》(以下简称“《民法通则》”)第一百零七条^[5]、《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第一百一十七条^[6]都对不可抗力做了概况性规定。此外,2003年07月24日国务院办公厅《关于妥善处理因防治非典型肺炎引发的矛盾和纠纷的通知》,该通知现行有效对于处理因新冠肺炎疫情引发的矛盾和纠纷仍然具有政策性指导作用。2003年6月11日最高人民法院《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),虽然此通知已失效,笔者认为其中有关案件审判、执行的指导思想仍有借鉴价值。

(二) 正确处理新冠肺炎疫情构成不可抗力免责事由案件应当注意的问题

1. 正确适用法律关于不可抗力构成条件的规定,从严把握新冠肺炎疫情构成不可抗力免责事由的认定标准。如果当事人以新冠肺炎疫情作为债务不能履行的抗辩事由,应当坚持既要保护债务人的合法权益,又要保护债权人的合法权益的基本原则,应客观、公正地考虑新冠肺炎疫情对当事人债权债务的影响。新

新冠肺炎疫情作为一种不可抗力的客观情况,必须发生在合同成立以后、履行之前。如果新冠肺炎疫情发生之后才签订的合同,或者当事人已经迟延履行合同,在此迟延履行期间发生新冠肺炎疫情,不履行合同一方不能以不可抗力进行免责抗辩。另外,新冠肺炎疫情作为不可抗力事件,必须真实地影响到合同的正常履行,在合同履行中虽然遇到新冠肺炎疫情,但实际并没有对合同履行产生直接影响,就不能视为不可抗力。例如:转账汇款不一定必须到银行办理,通过互联网可以完成转汇款行为。

2. 妥当处理延期履行、部分履行与不履行的法律后果。合同不能履行可分为:全部不能履行、部分不能履行和不当履行。根据不能履行的情况所导致的法律后果也有所不同,即合同的变更或解除。是解除合同还是对合同条款进行变更,需要根据合同不能履行的情况,并从促成交易、降低交易成本的角度出发,遵循诚实信用原则,真实客观地提出诉求。对于一时不能或部分不能履行的合同,债权人要求变更合同或延期履行的,应采取变更合同、延期履行或部分履行的方式解决;对于全部不能履行或者延期履行或部分履行不能实现合同目的,债权人要求解除合同的,应当考虑采取解除合同。要正确理解《民法总则》第一百八十条和《合同法》第一百一十七条完全免责和部分免责的规定。对于不可抗力与债务人的责任共同构成损害发生的原因的情形,则应本着“原因与责任相适应”的原则,可采取按比例免责方式解决。

3. 合同当事人均应履行避免损失扩大的义务。既然新冠肺炎疫情可以作为不可抗力事件,合同当事人对这一疫情发生是周知的,作为债权人也应关注到合同是否能够履行的这一环节,积极与合同相对方联系,避免合同不能履行造成的损失扩大。作为债务人也应采取积极措施尽量减少或避免损失扩大的义务。基于诚实信用原则,不可抗力事件发生时,如果债务人在新冠肺炎疫情发生时能够采取措施避免或减少损失的扩大而未采取的,则可以推定债务人有过错,根据其过错程度承担相应的损失赔偿责任。

4. 要强化债务人的及时通知义务和提供新冠肺炎疫情构成不可抗力证据的证明义务。《合同法》第一百一十八条^[7]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,并且应当在合理期限内提供证明。通知对方新冠肺炎疫情构成不可抗力事件情况和理由并提供证据,是债务人基于诚实信用原则产生的附随义务,债务人必须履行该义务,否则,要承担相应的责任。例如,2020年2月3日,中国国际贸易促进委员会开出四份不可抗力证明书,用以减免违约责任,尽可能减少疫情带来的损失。对于债务人是自然人的,如果债务人是新冠肺炎患者住院治疗的,病愈后要向对方当事人提供住院证明、诊断证明、

出院证明;被隔离观察的,要提供隔离留观的证明。如果债务人不能提供证据证明的,不能将新冠肺炎疫情认定为不可抗力。如果在疫情期间合同可以正常履行,而债务人以怕被传染上新冠肺炎为由拒绝履行合同或迟延履行合同而援引不可抗力条款要求免责的,不应得到支持。

5. 充分保护弱者的合法权益和企业履行社会责任相结合。对于因新冠肺炎疫情构成不可抗力引起的劳动争议案件,要注意保护作为弱者的劳动者的合法权益,用人单位以新冠肺炎疫情构成不可抗力要求提前解除劳动合同的,或者进行大量裁员的,是不允许的。有关疫情期间因生产经营受到严重影响,调整薪酬的,应在法律、法规及政策允许的范围内,通过与员工协商一致予以调整。此节笔者在后文简述。

四、正确适用法律关于不可抗力的规定,保护当事人的程序利益

(一) 新冠肺炎疫情导致的诉讼时效中止。严格执行《中华人民共和国民事诉讼法总则》第一百九十四条^[8]规定的条件,在诉讼时效期间的最后六个月内,因新冠肺炎疫情构成不可抗力导致债权人不能行使请求权的,适用诉讼时效中止的规定。我国《突发事件应对法》第十三条^[9]也有类似的规定,因采取突发事件应对措施,诉讼、行政复议、仲裁活动不能正常进行的,适用有关时效中止和程序中止的规定。

(二) 劳动争议仲裁时效中止。2020年1月24日发布的《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》,规定因受疫情影响造成当事人不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的,仲裁时效中止;从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。因受疫情影响导致劳动人事争议仲裁机构难以按法定时限审理案件的,可相应顺延审理期限。

(三) 新冠肺炎疫情作为不可抗力事件,对当事人程序利益的影响主要体现在期间利益上。根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)第八十三条^[10]的规定,当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,在障碍消除后的十日内,可以申请顺延期限;是否准许,由人民法院决定。无论是法定期间还是指定期间,遇有不可抗力事件发生时,只发生期间的顺延,不发生重新计算问题。如果争议或者纠纷诉讼到法院,当事人应关注并合理利用申请顺延的权利。

五、新冠肺炎疫情引发的几类争议或者纠纷的处理原则

(一) 提供劳务、服务为内容的合同引发的争议。提供劳务类合同主要是指那些依附于债务人人身上的合同,如演出合同、出版合同、劳动合同、雇佣合同等。这类合同具有较强的人身依附性和不可代替性,必须由债务人亲自履行,一旦债务人患有新冠肺炎,或者因为被隔离、政府取缔大型演出等原因导致合同不能履行。提供服务类合同主要是指旅游合同、运输合同、保管合同、中介合同等。因疫情暴发,最为明显的是原本春节假期后正常上班时间政府通知延长,之后又再次延长,且还要自行隔离;航班、高铁、部分公共跨区域交通停运;旅行团取消等等。受新型冠状病毒感染肺炎疫情影响,劳动关系领域面临新情况新问题,部分行业企业面临较大的生产经营压力,劳动者面临待岗、失业、收入减少等风险,劳动关系不稳定性增加,劳动关系矛盾逐步凸显。引导企业与职工共担责任共渡难关。要充分发挥三方机制在保企业、保就业、保稳定中的独特作用,需要相对统一的规则解决或者处理因此引发的争议或者纠纷。

1. 新冠肺炎疫情期间,劳动用工处理原则。企业不得依据《劳动合同法》第四十、第四十一条与职工解除劳动合同。2020年1月24日人力资源社会保障部办公厅发布《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》。2020年2月7日人力资源社会保障部、全国总工会、中国企业联合会、中国企业家协会、全国工商联联合发布《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》。根据人社部上述《通知》规定,对于新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,企业不得依据《劳动合同法》第四十、第四十一条与职工解除劳动合同。在此期间,劳动合同到期的,分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。用人单位以《劳动合同法》第四十、第四十一条无过失性辞退或经济性裁员为由与上述处于特殊期间的劳动者解除劳动合同,或未顺延至相应期限届满终止劳动合同,劳动者向法院起诉的,人民法院可按照《劳动合同法》第四十八条之规定认定属于违法解除或者终止劳动合同。用人单位以客观情况发生重大变化为由与劳动者解除劳动合同,劳动者提起诉讼的,人民法院应要求用人单位提供相应证据,审理时应注意考察同一时期、相同地区、相同性质的用人单位是否能正常履行劳动合同,若仅因单位自身原因与劳动者解除劳动合同的,不属于客观情况发生重大变化的情形,同时需要

审查解除劳动合同前是否履行了必要的协商程序。

2. 关于疫情期间薪酬调整问题。以共担责任共渡难关为要旨,以不降低薪酬为原则,以协商降薪为方法。天灾人祸,无论是用人单位还是劳动者都是不愿遇到的,因此需要用人单位和劳动者相互理解和体谅,共担责任共渡难关。作为劳动者不能以“不是我不提供劳动,是单位不让我提供劳动”或者“不提供劳动不是我的责任”等观点对待薪酬下调,应当理解取得劳动报酬的前提是付出劳动。用人单位也不能以“员工没有干活凭什么拿工资”或者“我是企业不是慈善机构,员工没有工作不能获取工资报酬”为借口,擅自单方决定不支付疫情期间工资。的确,用人单位经济实力再雄厚,在无情的自然灾害和社会突发事件面前都可能显得无能为力,而不可抗力免责的制度价值正是在于基于衡平思想解决此种情况之下的责任分担问题。在生存的压力之下,任何程度的妥协都是有可能发生的。

笔者认为,员工与企业是“唇”与“齿”、“皮”与“毛”间相生共存关系。人社部等部门下发了《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》,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。企业停工停产在一个工资支付周期内的,企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。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。对受疫情影响导致企业生产经营困难的,鼓励企业通过协商民主程序与职工协商采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位;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。对于因疫情而未及时返岗复工的劳动者,用人单位应优先安排其年休假,劳动者在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。劳动者未复工时间较长的,用人单位经与劳动者协商一致,可以安排劳动者待岗。待岗期间,用人单位应当按照不低于当地最低工资标准的70%支付基本生活费。由此可见,用人单位根据企业自身情况,通过一定的议决程序,是能够与员工协商一致对在疫情期间不能提供正常劳动的情况,实现下调薪酬降低企业负担和压力的结果的。

(二) 商业楼宇、门脸房屋租赁问题。此类合同也称转移财产使用权的合同,主要是写字楼租赁、承包酒店、旅店、商场从事服务业的合同。随着疫情逐渐平稳,媒体上有关减免租金的文章报道也多了起来,如“全国24地出台了减免房

租新规”(“华商网”文章)。某省《关于坚决打赢疫情防控阻击战促进经济平稳健康发展的意见》中规定“疫情期间,对承租国有资产类经营用房的中小微企业,减免3个月租金”。

2020年2月5日北京市人民政府办公厅《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响促进中小微企业持续健康发展的若干措施》中规定,“减免中小微企业房租。中小微企业承租京内市及区属国有企业房产从事生产经营活动,按照政府要求坚持营业或依照防疫规定关闭停业且不裁员、少裁员的,免收2月份房租;承租用于办公用房的,给予2月份租金50%的减免。对承租其他经营用房的,鼓励业主(房东)为租户减免租金,具体由双方协商解决。对在疫情期间为承租房屋的中小微企业减免租金的企业,由市区政府给予一定资金补贴”。通过上述各地方政府文件可以看出,涉及承租国有企业房产从事经营活动的租金予以减免,对承租其他经营用房的,鼓励业主(房东)为租户减免租金。基于上述,笔者建议涉及此类争议或者纠纷通过以下方式处理。

1. 租赁合同中对于不可抗力条款中特殊事件(如政府管制、流行性疾病、疫情等)有约定处理方法的按照约定协商处理。

2. 租赁合同中对不可抗力条款没有约定或者虽有不可抗力条款,但没有明确特殊事件(如政府管制、流行性疾病、疫情等)内容的,可就春节政府规定假期日至承租人实际开工日期期间的租金协商减免。

3. 可以通过免除违约金、顺延租期、延期支付租金等方式协商解决。2020年2月11日“北京市首起涉疫情不可抗力抗辩租赁案”承租人有逾期支付租金违约行为,经法官调解,双方各退一步,握手言和,承租人支付逾期租金,出租人放弃违约金要求,租赁合同继续履行。

4. 当事人协商同意的其他方式。

(三) 转移财产所有权的合同。主要是买卖合同,表现为债务履行期限在新冠肺炎疫情发作期间,因债务人员工患新冠肺炎型肺炎住院或被隔离、工厂转产等原因不能如期交付;或债务人本人患新冠肺炎住院、被隔离,无法如期履行合同等。笔者在前文已经就合同纠纷的处理原则进行了表述,在此主要针对交易合同成立在新冠肺炎疫情发作之前,因疫情影响合同履行情况而形成争议或者纠纷的情形,笔者建议可以采取以下方式处理。

1. 交易合同中对于不可抗力条款中特殊事件(如政府管制、流行性疾病产生的疫情等)有约定处理方法的按照约定协商处理。

2. 交易合同中对不可抗力条款没有约定或者虽有不可抗力条款,但没有明确特殊事件(如政府管制、流行性疾病产生的疫情等)内容的,并且因新冠肺炎疫

情真实地影响到了合同的正常履行,互不承担违约责任,交易合同继续履行。

3. 履行了不可抗力通知提供证据义务的,且尽到了避免损失扩大义务的,应采取变更合同、延期履行或部分履行的方式解决。

4. 对于确实全部不能履行或者延期履行或部分履行不能实现合同目的,债权人要求解除合同的,应当考虑采取解除合同。

5. 当事人协商一致的其他方式。

(四) 不动产等大型工程建设合同、加工承揽合同。这类合同主要是工程承包合同,因在建项目大量使用民工,为防治新冠肺炎疫情蔓延、传染,各地方政府限制人员流动,或民工被隔离等原因造成工期延误,不能及时施工竣工。除了国家重点工程外,如武汉“火神山”医院、“雷神山”医院和河北雄安新区相关工程等,在做好人员防护继续施工外,诸多民用建设工程大多处于停工状态,势必造成不能按期竣工和工期迟延问题,由此形成的争议或者纠纷,笔者建议可以采取下述方式处理。

1. 《建设工程施工合同(示范文本)》通用条款第十七条约定了不可抗力条款,其中不可抗力确认中包含了“社会性突发事件”,并约定了不可抗力的通知、不可抗力后果承担、不可抗力解除合同,承包人应按照第十九条约定向发包人、监理人履行通知义务,及时减损,并承担收集固定提供证据的义务。承包人免除影响工期及逾期竣工违约责任。

2. 当事人没有采用示范合同签订且没有不可抗力条款或者虽有不可抗力条款但没有约定特殊事件(如政府管制、疫情等),只因新冠肺炎疫情暴发导致项目无法按计划开复工、项目人员组织受限、材料设备运输受限、土石方运输受限等,承包人应当履行通知义务和提供不可抗力影响工程项目正常实施的证据,书面向发包人及监理单位提出免责报告,协商免责事宜。

(五) 侵权类争议

1. 受害人以到医院就诊、乘坐交通工具、到商场购物被传染上新冠肺炎为由,要求后者承担侵害身体健康权的赔偿责任。或以被他人传染上新冠肺炎为由,要求侵权人承担赔偿责任。

2. 受害人以医院、医生没有及时履行救助义务为由,要求医院或医生承担赔偿责任。

3. 受害人以出租车司机、公交车司乘人员在知道其患有新冠肺炎后拒载未履行救助义务为由要求其承担赔偿责任。

此类争议或者纠纷相对比较复杂,应根据《中华人民共和国传染病防治法》《中华人民共和国侵权责任法》的相关规定,行为人违反疫情防控规定,引致他人

被强制隔离或被感染的行为构成民事侵权行为,依法应向被侵权人承担民事侵权赔偿责任。应从侵权主体、行为人实施的加害行为、行为人主观上存有过错、损害后果和加害行为与损害后果存在因果关系等侵权责任构成的要件进行研判,尽量通过协商方式化解争议或者纠纷。

六、结语

我国民商事纠纷的多元化解机制已经初步建成,当事人能够通过协商、沟通方式对存在的争议或者纠纷达成和解,或者通过调解化解纷争,一个非常重要的前提是当事人本着互谅互让、诚实信用和公平的原则,明法律、明政策、明规则、明事理,有遇事好商量、遇事多商量、有难题共同解决的思维意识。突如其来的新冠肺炎疫情,已经给国家经济、民生、百姓福祉等方面造成了巨大影响,也必然会在民事主体的权利义务方面体现;解决纷争途径很多,尽量通过沟通协调方式,充分发挥律师在民商事争议中化解纷争的作用,尽量减少不必要的诉讼、仲裁案件,降低诉讼成本,构建和谐社会关系是应有之义,同时笔者相信,民商事纠纷多元化解机制一定會在司法实践中取得长足的进步。

注释及参考文献

-
- [1] 国家卫生健康委《关于新型冠状病毒肺炎暂命名事宜的通知》,成文日期:2020年2月7日。
 - [2] 2020年1月30日下午,世界卫生组织总干事谭德塞在日内瓦世卫组织总部再次召集2019-新型冠状病毒突发事件委员会会议,并在会后决定将新型冠状病毒疫情列为“国际关注的突发公共卫生事件”。
 - [3] 《中华人民共和国突发事件应对法》第三条 本法所称突发事件,是指突然发生,造成或者可能造成严重社会危害,需要采取应急处置措施予以应对的自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件。
 - [4] 《中华人民共和国民法总则》第一百八十条【不可抗力】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。
 - [5] 《中华人民共和国民法通则》第一百零七条因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的,不承担民事责任,法律另有规定的除外。
 - [6] 《中华人民共和国合同法》第一百一十七条【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。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。

- [7]《中华人民共和国合同法》第一百一十八条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。
- [8]《中华人民共和国民法总则》第一百九十四条 【诉讼时效中止】在诉讼时效期间的最后六个月内,因下列障碍,不能行使请求权的,诉讼时效中止:(一)不可抗力;自中止时效的原因消除之日起满六个月,诉讼时效期间届满。
- [9]《中华人民共和国突发事件应对法》第十三条因采取突发事件应对措施,诉讼、行政复议、仲裁活动不能正常进行的,适用有关时效中止和程序中止的规定,但法律另有规定的除外。
- [10]《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条 当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,在障碍消除后的十日内,可以申请顺延期限,是否准许,由人民法院决定。

[作者 许贵淳:国浩律师事务所合伙人(北京),
香港公开大学中国法律硕士,天津大学 EMBA]

[审稿人 杨征宇:国浩律师事务所合伙人(北京)]

43. 疫情防治时期刑事法律适用 问题探讨(一般公众篇)

◎ 刘 鑫 吴 悦

一、造谣、传谣的罪与罚

1. 造谣、传谣类行为的法律责任:

- 编造、传播的信息在实质上内容虚假,才可能构成违法犯罪;
- 只有严重扰乱公共秩序的造谣传谣行为才可按犯罪追究;如果扰乱公共秩序未达严重程度的,予以行政处罚;
- 一般公众因认知能力局限而不知信息有假,并不具有故意扰乱社会公共秩序目的,在社交媒体上传播的,不构成违法犯罪。

2. 相关罪名的法律后果:

- 编造、故意传播与重大疫情有关的不实信息,造成法定的6项严重后果(如致使卫生检疫等职能部门采取紧急措施)的,涉嫌编造、故意传播虚假信息罪,最高刑15年;
- 编造、故意传播虚假信息,起哄闹事的,涉嫌寻衅滋事罪,最高刑10年;
- 编造、故意传播虚假信息,严重扰乱社会秩序的,涉嫌编造、故意传播虚假信息罪,最高刑7年。

每当重大灾难突然降临之际,正是谣言之翼暗中展开之时。此次疫情也不例外,自疫情暴发以来,各种信息铺天盖地,真假掺杂,其中有的一眼便知是假,有的则事后才被验证为假;有的带有恶意,有的则是出于戏谑或者善意;有人出于各种用心而故意造谣、传谣,有人则因无知而以讹传讹。真实有效的信息传播,无疑有助于疫情防控;假信息,尤其是恶意的谣言,则会扰乱人心和秩序,以致严重妨害疫情防控,对于此类造谣、传谣者,有必要绳之以法。

但是,与诈骗、妨害公务等常见罪名相对较易识别不同,造谣、传谣类罪名的适用较为复杂,存在很多问题,例如:什么样的信息属于谣言?在社交媒体如微信朋友圈上转发的消息事后被证明为假,传播者有无法律责任?什么样的造谣、

造谣行为应当追究行政责任乃至刑事责任？在追究刑事责任的情形下，三种罪名具体应当如何适用？这在理论和实践上均有较大争议，近日广受关注的武汉李文亮等八位医生因发布病毒信息受公安机关处理的事件集中反映了这一点。以下就结合该事件以及相关案例，对相关问题进行探讨。

（一）造谣的法律界定——何为行政法、刑法打击的造谣

根据法律规定，造谣、传谣行为有可能受到行政处罚、刑事处罚。无论施加何种处罚，前提均为制造、传播了谣言。因此，如何认识法律意义上的造谣，是解决此类法律问题的关键，我们结合李文亮等八位武汉医生因发布病毒信息受处罚事件对此进行分析。

【案例 1】

2019 年 12 月底，武汉市李文亮等八位医生在微信中发布了“武汉市确诊了 7 例 SARS”的消息，武汉警方迅速对八人做出处理，并在 2020 年 1 月 1 日发出公告：“一些网民在不经核实的情况下，在网络上发布、转发不实信息，造成不良社会影响。公安机关经调查核实，已传唤八名违法人员，并依法进行了处理。”此后，武汉疫情暴发，李文亮等医生的“谣言”也被证实仅是发布的病毒名称不对，但对病毒流行性、严重性的描述无误。由于此事引起社会广泛关注，1 月 29 日，公安机关对此事作了进一步解释，表示处理上述八人的法律依据是《中华人民共和国治安管理处罚法》。

随着疫情的发展，李文亮事件成了舆论关注的焦点，尤其是 2 月 7 日李文亮医生的因病离世，更是彻底引爆了公众情绪。从舆情来看，包括法律界、医学界、一般公众，一边倒地认为公安机关对此事处理失当，八位武汉医生不但不是造谣，而且是为防疫工作做出了重大贡献。例如最高院微信公众号发文指出，如果当时公众听信了这个“谣言”，并且出于谨慎采取了防护措施，反而有利于防控新型肺炎。

那么从法律的角度如何审视该起事件中八位医生发布的信息呢？相关信息将新型冠状病毒描述为 SARS 病毒，并不符合实际情况，为什么包括法律界权威人士在内的社会公众均认为不属于造谣？

我们同样认为，八位医生发布信息的行为不构成行政法和刑法意义上的“编造虚假信息”，理由如下：

第一，应从实质角度，判断信息是否实质虚假。从生活常识解读，把新型冠状病毒说成 SARS 病毒，由于不符合事实，当然具有虚假性。但是，对于可能通过国家强制力课以处罚的法律概念的解读，应从实质角度进行解释。对虚假信

息的判断,亦应秉持实质解释的标准。将新型冠状病毒传成 SARS 病毒,唯一不符的只是病毒的名称,但由于新冠肺炎疫情与 2003 年的 SARS 疫情均属突发性传染病疫情,信息在传染性、严重性等实质内容上与事实相符,故八名医生传播的信息与事实之间并无实质差异。与此类似的情况是,有些谣言与实际情况相比较,也仅有数字上的较小差异,例如某地区新增了 80 例新型肺炎感染,却被传成新增百余例。在这种情形下,信息与事实之间亦无实质差异。对于此类信息,不宜认定为法律意义上的“虚假信息”。

第二,应从主观方面,考察信息发布者是否明知自己发布的信息有假,以及是否具有主观恶意。在该起事件中,武汉医院当时并不清楚新发生的肺炎系新病毒所致,由于病情与 SARS 病例很相似,相关医院向疾控中心报告时,也使用了“疑似 SARS 病例”的称谓。直到 1 月中旬,新型病毒才得到官方确认并正式命名。可见,当时八位医生根本不可能准确描述这种新型肺炎病毒的名称。因此,事件中信息的“假”,并非蓄意编造。反观一些虚构、夸大疫情或者编造某地某时开始全面封城的谣言,造谣者明知自己描述的情况是子虚乌有,但仍然故意编造、传播,其主观恶意就十分明显。对该类行为应当认定为“造谣”。

(二) 对造谣、造谣行为追究刑事责任、行政责任、不予处罚的区分

在各地报道的相关事件中,有些造谣、造谣行为并未受到刑事追责,而是被处以行政拘留等行政处罚。还有一些网民通过微信、微博等社交媒体传播虚假信息,但司法机关未予追究。那么,造谣、造谣行为的行政责任与刑事责任之间的界限在哪里? 哪些造谣、造谣行为无需追究法律责任?

关于刑事责任与行政责任的界限。从法律规定来看,区分的标准非常清晰,即视行为的危害后果而定,如果严重扰乱了公共秩序,应以犯罪追究;如扰乱公共秩序的程度一般,则可处以行政处罚。问题在于,对于什么情况属于“严重扰乱公共秩序”,相关司法解释虽列举了一些情形^[1],但在实际认定上还是存在较大弹性,这就使执法者具有更大的自由裁量权。我们认为,尽管目前是防疫关键时期,但在打击造谣、造谣行为上,总体上仍应坚持刑法的谦抑性,审慎采取刑事手段。对于情节相对较轻的初犯、偶犯,如果通过行政拘留等行政处罚能起到震慑、教育作用,一般予以行政处罚即可。

关于不予追究法律责任的造谣、造谣行为。对于一些普通民众因认知能力的局限而不知是假,在散布时并无恶意,有的还是出于善意,也没有造成危害后果的,不宜追究法律责任。例如,在春节期间出现了很多关于如何防病的谣言,

如有网民发信息声称在人中处涂上风油精,可有效预防新型冠状病毒肺炎;还有人称,抽烟产生的烟雾可以阻隔新型冠状病毒肺炎的传播。传播此类信息者在主观上一般并无恶意,且由于认知能力的限制无法判断真假,在客观上也未导致妨害疫情防控、扰乱公共秩序的后果,故不宜追究法律责任。

(三) 此罪与彼罪的界限

对于应当追究刑事责任的造谣、传谣行为,还有如何适用罪名的问题。从这段时间各地发布的警情通报来看,编造、故意传播虚假疫情信息的情况时有发生,但各地公安机关适用的罪名却并不一致,上述三种罪名均有适用。

【案例 1】

通州警方通报,网民刘某发帖称自己感染了新型肺炎,并准备故意前往人员密集场所,以传染给他人。经警方调查,刘某身体健康,并未感染病毒,其供述自己是出于恶作剧心态编造散布虚假信息。目前,刘某因涉嫌编造、故意传播虚假恐怖信息罪被刑事拘留。

【案例 2】

山东某公安分局通报,1月22日,网民张某在微信群转发“古城今天去了一家武汉人,得了禽流感死了,现在在区医院隔离,亲们不要来台儿庄古城附近”的不实信息。经调查,张某是道听途说,未经核实,编撰上述内容,转至微信群,引发网民关注转发,给社会造成一定不良影响。目前,警方以涉嫌编造、故意传播虚假信息罪将张某刑事拘留。

【案例 3】

南京市公安局通报,孙某编造“南京自1月27日0时起交通停运、全面封城”等谣言,并发布在多个网络群组中,被快速转发扩散,造成恶劣社会影响。26日当晚,孙某因涉嫌寻衅滋事犯罪被刑事拘留。

上述三起案件中,三名涉事者均系因编造、传播谣言涉嫌犯罪而被刑事拘留,但罪名并不相同,分别是寻衅滋事,编造、故意传播虚假恐怖信息罪和编造、故意传播虚假信息罪。同样是编造、传播谣言,为什么涉嫌的罪名会不同?这里主要把握以下两点,即可分清三罪的界限:

一是编造、故意传播虚假恐怖信息罪和编造、故意传播虚假信息罪的根本区别在于信息内容不同,前者为恐怖信息,在疫情防控时期,根据两高2003年《两高关于办理涉非典刑事案件司法解释》第十条的规定,“恐怖信息”是指与突发传染病疫情等灾害有关的信息;后者则是疫情信息之外的其他信息。在案例1中,犯罪嫌疑人刘某编造自己感染了新型病毒,并将有意前往公共场所感染他人的

谎言,从内容上看,属于与突发传染病疫情有关的信息,故应认定为恐怖信息。而在案例3中,孙某编造的是所在地封城、封路的信息,属于恐怖信息之外的其他信息。因此,两案涉嫌的罪名是不同的。

二是编造、故意传播虚假信息罪与寻衅滋事罪的区别在于客观上是否利用信息网络,主观上是否出于起哄闹事的目的。就客观方面而言,根据相关法律规定,因造谣、传谣行为构成寻衅滋事罪的,必须是在信息网络上实施。因此,如果造谣传谣是通过口口相传、散发、张贴传单等传统方式进行,自然不构成寻衅滋事罪,而是构成编造、故意传播虚假信息罪。当然,随着信息网络的普遍运用和智能手机的普及化,造谣、传谣一般都是通过信息网络实施,故极少案件能以此标准来区分罪名。就主观方面而言,我们知道,实践中造谣、传谣的目的不尽相同,有的是出于起哄闹事的反社会心态;有的则有具体的功利目的,如通过夸大疫情以推销自己销售的营养品、日用品等。根据相关法律规定,因在信息网络上造谣、传谣行为而构成寻衅滋事罪的,应当以起哄闹事为目的,因此,如果能够查实行为人主观目的是起哄闹事,则可认定为寻衅滋事罪,否则只能认定为编造、故意传播虚假恐怖信息罪。应当指出的是,相较而言,由于寻衅滋事罪处罚更重,因此,在认定行为人是否具有起哄闹事目的时应当慎重,应当有充分的证据方可认定。案例3中,孙某编造的南京全面封城的谣言,是其无中生有自行编造的,显系出于恶作剧心态,故南京警方以寻衅滋事罪对其刑事拘留;而在案例2中,从警情通报看,暂不能认定张某具有起哄闹事的目的,故对其以编造、故意传播虚假信息罪追究,并无不妥。

需要说明的是,如果造谣、传谣行为同时构成两个以上罪名的,这种情形刑法理论上称为想象竞合犯,应按处罚更重的罪名来处理。

二、一般公众不当行为可能涉及的其他刑事责任

- 假借销售口罩、慈善募捐等名义诈骗财物,涉嫌诈骗罪,最高刑无期徒刑;
- 以暴力或威胁方法阻碍公务人员开展疫情防治工作,涉嫌妨害公务罪,最高刑3年;
- 故意破坏封路设施、医疗设施等,涉嫌故意毁坏财物罪,最高刑7年。

除了与造谣、造谣有关的三项罪名之外,以下几项罪名也是疫情防控期间比较多见的犯罪行为。

(一) 诈骗罪

在此次防疫时期,各地还发生了多起与疫情相关的诈骗案件。如有的以销售口罩为名诈骗财物,如近日宁波法院宣判的全国首例相关诈骗案(见下述案例1);有的冒充航空公司或旅游平台,以办理“退改签”退费为由,诱骗被害人提供银行卡和密码等重要信息,进而盗取银行卡内钱款(见下述案例2);还有的冒充红十字会或民政部门进行虚假募捐等。从公安部刑侦局官方公众号发布的信息看,截至2月1日20时,全国公安机关已累计侦破利用疫情实施电信网络诈骗的案件326件,抓获犯罪嫌疑人104名。

【案例1】

被告人应某假冒医院护士身份,通过微信结识了受害人吴某,向其透露自己有获取医用口罩的特殊渠道。吴遂向应提出购买1万个医用口罩。随后,应某换上另外一个微信号,谎称是医院仓库管理员,待吴支付了6000余元钱款后,即停止了联络。2月3日,宁波鄞州公安分局接到受害人报案,于2月5日将应某抓获。2月7日,公诉机关向鄞州法院提起公诉。法院经审理后认为,被告人应某在预防、控制突发传染病疫情期间,假借销售用于预防突发传染病疫情用品的名义,诈骗他人财物,构成诈骗罪,依法应从重处罚。决定判处被告人应某有期徒刑六个月,并处罚金人民币一千元。

【案例2】

被害人董某在珠海工作,为了与家人团聚,在春节前较早购买了回家的机票,到临近乘机日期收到了一条退票短信。董某即拨打了短信上提供的办理退票手续的电话,电话里“客服人员”让她绑定自己的银行卡号,声称退票后可以给予一定金额的“退票补偿款”,随后发来了“改签专网络链接”网址。根据网页提示,董某输入了自己的银行卡号、密码和手机验证码。谁知,等来的不是得到的“退票补偿款”,而是银行提示卡内余额全部被转走的一条短信。

《刑法》第二百六十三条规定的诈骗罪,是指以非法占有为目的,采用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。根据相关司法解释的规定,骗取财物金额达到3000元以上即可按犯罪处理,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;如诈骗金额达50万元以上,可处10年以上有期徒刑直至无期徒刑。根据2003年《两高关于办理涉非典刑事案件司法解释》(以下简称《“非典”司法解释》)第七条的规定,在疫情防治期间实施的诈骗行为要从重处罚。

在上述两案中,行为人利用防疫时期的特殊形势,以出售口罩或办理机票退票为名,骗取他人财物,均已构成诈骗罪。对于社会公众而言,在防疫特殊时期,

对于上述利用对口罩等紧缺物品的需求、因行程改变而办理退款等理由进行诈骗的,也需要保持警觉。

(二) 妨害公务罪

在疫情防治期间,每一名普通民众都应当积极配合有关部门做好出入登记、测量体温、隔离观察等工作,如以暴力或者威胁方法阻碍公务人员开展疫情防治工作的,可能成妨害公务罪。实践中,多地出现了这样的情况,如下述案例。

【案例 3】

2020 年 1 月 26 日下午 2 点,湖南某地派出所安排人员到辖区内由湖北返乡过年的居民叶某家中,开展隔离相关宣传劝解工作。在此期间,叶某多次辱骂工作人员,并持刀将工作人员赶出家门。随后,叶某还开车冲进派出所,持菜刀追砍民警,后被民警制服。目前,叶某已因涉嫌妨害公务罪被刑事拘留。

《刑法》第二百七十七条规定的妨害公务罪是指以暴力、威胁方法阻碍国家工作人员依法执行公务的行为。根据 2003 年两高非典司法解释第八条的规定,以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、红十字会工作人员依法履行为防治突发传染病疫情等灾害而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等预防、控制措施的,以妨害公务罪定罪处罚。犯本罪的,最高可处 3 年有期徒刑。

在案例 3 中,叶某以暴力、威胁手法抗拒防疫工作,情节恶劣,其行为显然已构成妨害公务罪。

(三) 故意毁坏财物罪

在疫情防治期间,很多地方都采取了非常措施,比如封路、封村等。有些人由于生活安排受到影响,情绪烦躁,故意毁坏封路的卡车、路卡等设施。还有人对来自疫情较重地区的人员心怀不满,故意打砸其车辆、店铺等财物等。上述行为,一旦毁坏的公私财物价值达到 5 000 元,就可能构成故意毁坏财物罪。如下述案例:

【案例 4】

1 月下旬,湖北某村根据疫情防控命令在村口设置了临时封控点,并用一辆卡车将进村道路隔断。1 月 26 日,发现卡车的玻璃被人故意砸坏。经公安机关调查,发现该村村民胡某有重大作案嫌疑,经讯问,胡某交代了其骑摩托车行驶至封控点无法通行,一气之下将封控点卡车玻璃砸坏的事实。

《刑法》第二百七十五条规定的故意毁坏财物罪,是指故意毁灭或者损坏公私财物,数额较大或者有其他严重情节的行为。根据相关规定,数额较大是指造

成损失 5 000 元以上;“其他严重情节”,是指毁坏公私财物 3 次以上的,或者纠集 3 人以上公然毁坏公私财物等情形。构成本罪的,如果情节特别严重,最高可处 7 年有期徒刑。在案例 4 中,胡某的行为属于故意毁坏财物的性质,只是由于未达到入罪标准,故公安机关对其作了行政拘留 5 日的处罚决定。

注释及参考文献

[1] 见《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第 2 条:

编造、故意传播虚假恐怖信息,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百九十一条之一的“严重扰乱社会秩序”:

(一)致使机场、车站、码头、商场、影剧院、运动场馆等人员密集场所秩序混乱,或者采取紧急疏散措施的;

(二)影响航空器、列车、船舶等大型客运交通工具正常运行的;

(三)致使国家机关、学校、医院、厂矿企业等单位的工作、生产、经营、教学、科研等活动中断的;

(四)造成行政村或者社区居民生活秩序严重混乱的;

(五)致使公安、武警、消防、卫生检疫等职能部门采取紧急应对措施的;

(六)其他严重扰乱社会秩序的。

[作者 刘鑫:国浩律师事务所合伙人(上海),华东政法大学刑法学博士

吴悦:国浩律师事务所律师(上海),华东政法大学刑法学硕士]

[审稿人 万志尧:国浩律师事务所合伙人(上海)]

44. 突发事件中的刑事司法

——解读《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》

◎ 寇树才 虞佳臻

2020年2月6日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(下称“《意见》”),为司法机关打击相关犯罪做出部署,明确了司法原则,解释了相关罪名的构成要件,对当前争取抗疫斗争早日取得胜利具有重大意义。

一、保障人民群众利益是刑事司法的目的

《意见》开宗明义地指出,本《意见》的制定是“为了依法惩治犯罪,保障人民群众生命安全和身体健康,保障社会安定有序,保障疫情防控工作顺利开展”,契合了我国刑法的目的和任务,是特殊时期刑法原则的具体化。

刑法及其实施,具有保护法益和保障权利两大功能,尤以保障权利为主。近代刑法滥觞于对刑罚擅断的防止,使国家刑罚权的适用受到规范和限制,因而也被称为“犯罪人的大宪章”,又由于对犯罪构成要件法定化,一般公民也不会受到任意追究,因而又被称为“善良人的大宪章”。刑法的首要目的不是为了打击犯罪,如果仅仅是为了打击犯罪,没有刑法会更有利于实施打击目的。

突发事件是突然发生,造成或可能造成“严重社会危害,需要采取应急措施的情形”。在此情形下,政府必须实施应急处置权力,超出平时的行政权力,公民权利会受到相应的限制,公民义务也会增加,势必产生因不当行使权利和未履行义务而产生的法律责任,包括刑事责任;又由于处于紧急状态,公民违法行为可能造成的危害后果也会加大,相应的入罪标准可能降低,刑罚幅度可能提升。

但是,基于刑法的保障公民权利的目的,刑法的基本原则必须坚持,这是依法治国的根本要求。

首先,罪刑法定原则应当得到贯彻。何种行为是犯罪,应处以何种刑罚,是

刑事立法的原则,也是刑事司法的原则,无论基于何种理由,也不能法外定罪、法外量刑。

其次,应坚持主客观相统一原则。犯罪行为是基于主观恶性的严重危害社会的行为,突发事件可能导致公民认知上的变化,或者影响其认知能力,或者影响其行为控制能力,也可能导致特殊情形下犯罪恶意的扩大,应根据其主观恶性的有无、大小,以及危害后果的有无、大小,综合判断其刑事责任的有无和大小。

再次,应坚持量刑均衡原则。即量刑的结果应当与行为人的犯罪行为所产生的社会危害性相当。小错究而大错放,罚不当罪,势必失了公允,损了威严。量刑均衡原则不仅仅体现在刑法上,而是体现在整个公法当中,量刑均衡一方面可以让人们心中建立起恶行与制裁之间的直接联系;另一方面也使得案件结果可期且合理。

最后,应坚持刑法谦抑原则。即在行政处罚和民事责任不足以制止有害行为发生,或不足以达到社会防控目的的时候,才可动用刑事手段予以打击。刑罚作为最严厉的法律制裁手段,在惩治和防范犯罪的同时,也因严重限制公民的人身和财产权利而具有副作用,刑罚过度会产生不良的社会公众心理反应。

刑罚是应对突发事件的猛药,就像对待新型冠状病毒,须应对得当,治疗手段适中,防止用药过量导致严重的后遗症。

二、相关罪名的解读

《意见》列举了十类妨害疫情防控的犯罪行为,各类犯罪行为又分别触犯数个罪名,《意见》对各罪名的构成及处罚作出了规定。下文将作一梳理。

(一) 以危险方法危害公共安全罪

1. 《意见》的有关规定

《意见》:“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,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未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未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。”

2. 对《意见》的解读:

第一,已确诊病人的犯罪行为为:拒绝隔离治疗或擅自脱离隔离治疗,且进

入公共场所和交通工具。从文理解释的角度上看,“进入”行为不仅仅和擅自脱离隔离治疗紧密相连,也与拒绝隔离治疗密不可分,即单纯的拒绝隔离治疗而没有进入公共场所和交通工具,不应当认定为以危险方法危害公共安全。

此种行为不以实际发生传播他人的危害后果为构成要件,在刑法理论上属于危险犯。

第二,疑似病人拒绝隔离治疗或擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或公共交通工具,造成新型冠状病毒传播的。

此种行为除了具备拒绝、脱离、进入三个行为之外,还必须造成病毒传播的后果,即以危害结果的发生为构成要件,属于实害犯。但我们认为,造成病毒传播仅指在公共场所或公共交通工具中传染他人,如果是在家中或私家车里传染给家庭成员(也可能包含进入其家庭的他人),不构成此罪。

第三,已确诊病人的认定,应当以医生临床诊断为准,疑似病人应以出现新型冠状病毒感染肺炎的临床症状为准,对于无症状且无诊断的病毒携带者,不应认定为构成此罪。

第四,对于已确诊病人,医生未告知的,如有症状,则应视为疑似病人;如无症状则不应认定构成此罪。

(二) 妨害传染病防治罪

1. 《意见》的有关规定

《意见》:“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。”

2. 对《意见》的解读:

第一,该罪名的犯罪行为包括两种情形:一种是拒绝执行卫生防疫措施,造成传播的危害后果;一种是拒绝执行卫生防疫措施,造成传播的危险,但并未引起传播,两种行为均构成犯罪。

第二,《刑法》第三百三十条规定的罪状描述,引起传播或传播危险的病毒,仅限于甲类传染病,而按照《中华人民共和国传染病防治法》的规定,甲类传染病仅限于鼠疫、霍乱两种,并不包括新型冠状病毒肺炎。该规定作为司法解释有行使立法权之嫌。

第三,根据《刑法》第三百三十条的规定,该罪主体应为具有决定和执行卫生防疫措施的特定义务的主体,即负有决定或执行义务的单位和个人,一般公众只有遵从的义务而无“执行”的责任,此罪的犯罪主体应为特殊主体。

（三）妨害公务罪

1. 《意见》的有关规定

《意见》指出：“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。”

2. 对《意见》的解读：

第一，暴力和威胁是本罪的行为特征和构成要件。

如果行为人不具有暴力和威胁的行为，那么不应该构成本罪。需要注意的是，此处的暴力不包括致人重伤或者死亡的暴力程度，原因在于，从法定刑上看，本罪的法定最高刑为三年以下有期徒刑，而故意杀人罪的法定最高刑为死刑；致人重伤的法定刑为三年以上十年以下有期徒刑，若致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，因此依照罪刑相适应原则，如果在妨害公务的过程中实施了杀人行为或者故意伤害致人重伤、死亡的，应当构成故意杀人罪或者是故意伤害罪，而不是妨害公务罪。因此，妨害公务罪中的暴力程度有上限。关于本罪暴力、胁迫程度的下限，并没有法律规定。但《刑法》中规定的犯罪行为是严重危害社会的行为，即便没有规定暴力、胁迫的构成程度，也应当区别于一般生活中的推搡等。

我国《中华人民共和国治安管理处罚法》（以下简称“《治安管理处罚法》”）第五十条也规定了妨害公务行为的行政处罚规定，“有下列行为之一的，处警告或者二百元以下罚款；情节严重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款：（一）拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的；（二）阻碍国家机关工作人员依法执行职务的；（三）阻碍执行紧急任务的消防车、救护车、工程抢险车、警车等车辆通行的；（四）强行冲闯公安机关设置的警戒带、警戒区的。阻碍人民警察依法执行职务的，从重处罚。”

因此，并非只要存在暴力就一定是刑事犯罪，执法者和司法者均应当考虑《治安管理处罚法》与《刑法》之间的边际问题。

第二，《意见》对国家工作人员作了扩大解释，按照从事公务的性质来制定国家工作人员的身份。

《意见》的行为方式和措辞实际上参照的是全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》，即“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任”。其中的关键是“从事公务”。《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中规定，“从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务”。同时，该《纪要》对“其他依照法律从事公务的人员”也作了认定：“其他依照法律从事公务的人员”应当具有两个特征：一是在特定条件下行使国家管理职能；二是依照法律规定从事公务。具体包括：（1）依法履行职责的各级人民代表大会代表；（2）依法履行审判职责的人民陪审员；（3）协助乡镇人民政府、街道办事处从事行政管理工作的村民委员会、居民委员会等农村和城市基层组织人员；（4）其他由法律授权从事公务的人员。因此，在处理这类问题时，应当对犯罪对象的身份问题着重分析认定。

第三，暴力袭击依法执行公务的人民警察，按妨害公务罪从重处罚。

司法解释的这条规定属于注意规定，根据我国《刑法》第二百七十七条第五款的规定，已经明确了暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的规定从重处罚，而不应理解为从重后再从重。但即便如此，笔者也希望大家能够众志成城，积极配合防疫工作的顺利展开。

（四）故意伤害罪

1. 《意见》的有关规定

《意见》：“在疫情防控期间，故意伤害医务人员造成轻伤以上的严重后果，或者对医务人员实施撕扯防护装备、吐口水等行为，致使医务人员感染新型冠状病毒的，依照《刑法》第二百三十四条的规定，以故意伤害罪定罪处罚。”

2. 对《意见》的解读：

《意见》规定了两种行为：其一是故意伤害医护人员，造成轻伤以上的严重后果；其二是对医务人员实施撕扯防护装备、吐口水等行为，致使医务人员感染

新型冠状病毒。对于前一种行为不难理解,根据我国《刑法》的规定,故意伤害致人轻伤就要追究其行为人故意伤害罪的刑事责任。但对于第二种行为来说,笔者认为应当做限缩解释。

我国的犯罪构成包括犯罪主观方面和犯罪客观方面,在主观上来说,行为人必须具有犯罪故意或者过失,其客观上必须实施了危害社会的行为。对于撕扯防护装备、吐口水的行为是否构成故意伤害罪,应当从故意伤害罪的犯罪构成去限制和规范,否则入罪范围将扩得非常大。

首先,关于主观状态。行为人撕扯医护人员的防护装备、吐口水必须是基于其有伤害他人故意的基础上作出的,主观故意包括认识因素和意志因素,即行为人需要认识到自己撕扯医护人员的防护装备、吐口水的行为必然会导致他人感染新型冠状病毒的结果,其意志因素要求行为人在具有认识因素的基础上仍然撕扯医护人员的防护装备,对其吐口水,以追求医护人员被感染的结果。

其次,客观行为的社会危害性行为值得商榷,单纯的撕扯防护装备的行为是直接对物的暴力,应当构成的是故意毁坏财物罪。然而在司法解释中认定为故意伤害罪,则是有了病毒的加入。因此,行为隐藏的情况是“在于极易被感染的环境下”,即防护装备被破坏就会被感染。同理,吐口水和感染病毒的关系问题,笔者认为,可能隐藏的情况是新型冠状病毒携带者吐口水。因此,我们认为该行为规定欠缺条件。笔者认为,在非易感环境中的撕扯行为只能构成故意毁坏财物罪;无病毒携带者的吐口水,仅能做行政处罚处理。

最后,介入因素的问题。司法解释中用了“致使”,这表达因果关系的词既已明确撕扯防护装备或者吐口水与医护人员感染冠状病毒之间具有因果关系。但从种种报道中,新型冠状病毒的传播令人防不胜防。因此,行为人撕扯行为、吐口水行为与医护人员感染病毒之间的因果关系的证明就非常困难。此外,该病毒具有潜伏期,该潜伏期还不是固定的,是否是因他人撕扯防护装备、吐口水的行为导致的感染实则很难证明。

（五）寻衅滋事罪、侮辱罪、非法拘禁罪

1. 《意见》的规定

《意见》：“随意殴打医务人员，情节恶劣的，依照《刑法》第二百九十三条的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。

采取暴力或者其它方法公然侮辱、恐吓医务人员，符合《刑法》第二百四十六条、第二百九十三条规定的，以侮辱罪或者寻衅滋事罪定罪处罚。

以不准离开工作场所等方式非法限制医务人员人身自由，符合刑法第二百

三十八条规定的,以非法拘禁罪定罪处罚。”

2. 对《意见》的解读:

该条规定属于法律中的注意规定范畴,即原来法条已有规定,特做提醒。

第一,关于寻衅滋事中的“情节恶劣”,应当参考最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)的补充规定》:

“随意殴打他人,破坏社会秩序,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的;(二)引起他人精神失常、自杀等严重后果的;(三)多次随意殴打他人的;(四)持凶器随意殴打他人的;(五)随意殴打精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人,造成恶劣社会影响的;(六)在公共场所随意殴打他人,造成公共场所秩序严重混乱的;(七)其他情节恶劣的情形。”

追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,破坏社会秩序,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)多次追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,造成恶劣社会影响的;(二)持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的;(三)追逐、拦截、辱骂、恐吓精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人,造成恶劣社会影响的;(四)引起他人精神失常、自杀等严重后果的;(五)严重影响他人的工作、生活、生产、经营的;(六)其他情节恶劣的情形。”

第二,虽然随意采取暴力或者其他方法公然侮辱医务人员的,符合《刑法》第二百四十六条、第二百九十三条规定的构成侮辱罪,但是该罪名属于不告不理,医护人员只能通过自诉方式去追究侮辱者的刑事责任,除非到了严重危害社会秩序和国家利益的情况。

第三,非法拘禁的入罪标准。根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》的规定,即有组织地多次短时间非法拘禁他人的,应当认定为《刑法》第二百三十八条规定的“以其他方法非法剥夺他人人身自由。非法拘禁他人三次以上、每次持续时间在四小时以上,或者非法拘禁他人累计时间在十二小时以上的,应当以非法拘禁罪定罪处罚。”

(六) 生产销售假药罪、生产销售劣药罪

1. 《意见》的有关规定

《意见》:“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》第一百四十条、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。”

2. 对《意见》的解读：

《中华人民共和国药品管理法》(以下简称“《药品管理法》”)第二条第二款规定：“本法所称药品，是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质，包括中药、化学药和生物制品等。”我国新的《药品管理法》于2019年12月1日已经生效，它对假药和劣药的认定进行了彻底的修改，其第九十八条规定：“禁止生产(包括配制，下同)、销售、使用假药、劣药。有下列情形之一的，为假药：(一)药品所含成份与国家药品标准规定的成份不符；(二)以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品；(三)变质的药品；(四)药品所标明的适应症或者功能主治超出规定范围。

有下列情形之一的，为劣药：(一)药品成份的含量不符合国家药品标准；(二)被污染的药品；(三)未标明或者更改有效期的药品；(四)未注明或者更改产品批号的药品；(五)超过有效期的药品；(六)擅自添加防腐剂、辅料的药品；(七)其他不符合药品标准的药品。”

因此，只有品质坏了的药才能称之为假药，而对于手续欠缺但质量符合规定的药品来说，已经不能认定为假药了。而对于劣药来说，劣药属于含量欠缺，药效欠缺的药品。

对于生产、销售假药罪来说，只要主观上具有生产、销售假药的故意，客观上实施了生产、销售假药的行为，就构成了生产、销售假药罪，要被处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

根据最高人民法院、最高人民检察院《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》的规定：

生产、销售劣药和生产、销售假药中“对人体健康造成严重危害”一样，即(一)造成轻伤或者重伤的；(二)造成轻度残疾或者中度残疾的；(三)造成器官组织损伤导致一般功能障碍或者严重功能障碍的；(四)其他对人体健康造成严重危害的情形。

生产、销售假药罪中“其他严重情节”包括：(一)造成较大突发公共卫生事件的；(二)生产、销售金额二十万元以上不满五十万元的；(三)生产、销售金额十万元以上不满二十万元，并具有本解释第一条规定情形之一的；(四)根据生产、销售的时间、数量、假药种类等，应当认定为情节严重的。

生产、销售假药罪中“其他特别严重情节”包括：(一)致人重度残疾的；(二)造成三人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的；

(三)造成五人以上轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;(四)造成十人以上轻伤的;(五)造成重大、特别重大突发公共卫生事件的;(六)生产、销售金额五十万元以上的;(七)生产、销售金额二十万元以上不满五十万元,并具有本解释第一条规定情形之一的;(八)根据生产、销售的时间、数量、假药种类等,应当认定为情节特别严重的。

生产、销售劣药罪中“后果特别严重”是指致人死亡或者具有生产、销售假药罪中“其他特别严重情节”所列举的第一至第五项规定情形。

值得注意的是,根据该司法解释,在自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等突发事件期间,生产、销售用于应对突发事件的假药的,应当被酌情从重处罚,劣药亦是如此。

(七) 生产、销售不符合标准的医用器材罪

1.《意见》的有关规定

《意见》:“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。”

2. 对《意见》的解读:

该罪名规制的是医用器械的生产者和销售者,只要在市场上生产或者销售,就可以构成本罪。因此,不论是微商、线下销售还是电商等等,都需要对自己销售的医用器械负责。作为生产者来说,一定要严格按照标准生产;对于销售者来说,一定要尽到谨慎审查的义务,对于商品的来源、商品的质量等进行全面把关再投放市场。

[作者 寇树才:国浩律师事务所合伙人(上海),华东政法学院刑法学硕士]

虞佳臻:国浩律师事务所律师(上海),华东政法学院刑法学硕士]

[审稿人 万志尧:国浩律师事务所合伙人(上海)]

45. 疫情相关谣言的刑事规制

◎ 孙 超

目前,国家相关部门发布了关于防范 2019 新型冠状病毒(也称“2019-nCoV”)肺炎的通告,自此全民进入到抗击该新型冠状病毒的防疫战役中。随着疫情的发展,针对疫情的各种声音此起彼伏,尤其是由于国家和地方政策对全民居家隔离的要求,网络成为广大民众了解疫情,发表观点的重要途径,各种网络“谣言”也同时开始蔓延,特别是随着武汉中心医院微博披露“李文亮医生在抗击新型冠状病毒感染的肺炎疫情工作中不幸感染,经抢救无效,已于 2020 年 2 月 7 日凌晨 2 点 58 分去世”的信息,网络上各种关于疫情的言论甚嚣尘上。言论是自由的,但也是有边界的,特别是通过网络所传播的言论,言论不当不仅仅是治安处罚,更可能触犯刑法。日前最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部也专门联合发文《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》(下称“《防控意见》”)对“谣言”相关问题进行刑事规制。

一、“谣言”在刑法上的性质和认定

“谣言”在法律上的表述为“虚假信息”或“虚假恐怖信息”,对此,我国《刑法》第二百九十一条之一规定:“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,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,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑”;而“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息,或者明知是编造的恐怖信息而故意传播,严重扰乱社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处五年以上有期徒刑”。

(一) 虚假信息与虚假恐怖信息

如上所述,“谣言”在刑法上可能属于“虚假信息”,也可能属于“虚假恐怖信息”,二者在其结果上具有共同性,即“严重扰乱社会秩序”,但二者也存在明显的

区别。按照《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称《虚假恐怖信息司法解释》)的规定,本解释所称的恐怖信息是指编造、故意传播以发生爆炸威胁、生化威胁、放射威胁、劫持航空器威胁、重大灾情、重大疫情等严重威胁公共安全的事件为内容,可能引起社会恐慌或者公共安全危机的不真实信息。也就是说,“恐怖信息”通常需要达到足以使社会公众产生恐惧并可能在一定范围内引起公众恐慌,严重扰乱社会秩序的程度。

单纯从条文文义来看,虚假恐怖信息的内容主要与恐怖活动有关,具体为爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息,即“行为人编造假的要发生爆炸、生物化学物品泄露等信息”^[1],而“虚假信息”所涉虚假的险情、疫情、灾情、警情,其内容不涉及恐怖活动,而是与社会秩序直接相关。从二者的后果上来看,虚假恐怖信息主要引发群众对公共安全方面的恐慌,担心爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等发生危及不特定多数人的生命、健康、财产安全;而虚假信息主要引发公众在社会秩序方面的恐慌^[2]。

例如,胡某在得知其工作的公司与上海博某方略股权投资基金管理有限公司有纠纷,为泄愤,遂至本市××路×××号附近的中国电信电话亭内,拨打“110”报警,编造上海××中心71楼博某公司内有炸弹的虚假恐怖信息。致公安机关出动警力10余人次,与物业等部门联合采取应急措施,对相关区域搜爆排查,严重影响了××中心的正常经营活动和秩序,被认定构成编造虚假恐怖信息罪^[3]。而在高某某编造、故意传播虚假信息一案中,被告人高某某于2017年7月16日20时至21时许,为提高关注度、增加粉丝量,在吉林市丰满区旺起镇四方村八社其家中,使用手机登录“快手”直播平台,通过网络直播的方式,向观看直播的观众编造并传播吉林市7月13日晚的洪水灾害死亡一百余人、政府故意屏蔽造成丰满区旺起镇通信中断、救灾物资未全部发放到灾民手中的虚假灾情信息,直播共持续19分钟26秒,累计在线观看人数169人,严重扰乱社会秩序^[4]。

另外,参考“非典”期间就编造他人患有“非典型肺炎”症状的虚假事实的司法认定,由于“非典型肺炎”的传染性和治疗的困难性,行为人又在“非典型肺炎”疫情流行期间,编造他人患有“非典型肺炎”的症状,在客观上已经引起有关人员的恐慌心理,严重影响了正常社会秩序,应当认定为编造虚假恐怖信息^[5]。结合当前新型冠状病毒疫情而言,如目前并未发生任何疫情,而相关行为人发布了发生疫情等信息,则可能构成虚假信息。而由于目前疫情确已发生,此时如行为人恶意夸大疫情结果、编造他人感染的虚假信息,则实际上属于《刑法》上的“恐怖

信息”。

值得注意的是,恐怖信息可能与警情、疫情存在交叉,但由于刑法对编造、故意传播虚假恐怖信息已有专门规定,且法定刑更重,故对于虚假恐怖信息不再纳入虚假信息的范畴,而是直接适用编造、故意传播虚假恐怖信息罪。

(二)“虚假”的刑法认定

从刑法相关规定来看,就“虚假”的认定,至少需从两方面予以考察:主观认识和虚假的程度。

就主观认识方面,最高人民法院的唐兴华在“治理有关新型肺炎的谣言问题,这篇文章说清楚了”一文中指出,“虚假信息起源于个体认知能力的局限,不同个体基于认知水平的差异,对同一事物,完全可能产生不同程度的虚假信息,我们应该理解法律对个体的适度宽容态度”,并进一步以武汉市公安机关处罚的8名发布“华南水果海鲜市场确诊7例SARS”的案件为例,强调“应充分考虑信息发布者、传播者在主观上的恶性程度,及其对事物的认知能力”^[6]。

就虚假程度而言,刑法条文表述为“严重扰乱社会秩序”,如因散布谣言造成人员伤亡、造成公私财产损失的结果,则相对可以量化确定,而对于单纯的社会秩序严重破坏的认定则存在难以量化的困境。《虚假恐怖信息司法解释》则对该问题做了细化规定,其在司法实践中具体表现为:(1)致使人员密集场所秩序混乱,或采取紧急疏散措施的;(2)致使国家机关、社会团体、企事业单位的正常工作、生产、经营、教学、科研等活动被迫中断,如导致商场停止营业、航班无法正常起降的;(3)引起一定范围内的社会公众心理恐慌,感到自身安全受到威胁,无法正常生活,生活秩序严重混乱的,如编造虚假地震信息导致居民举家搬迁的;(4)公安、武警、消防、卫生检疫等职能部门正常工作秩序受到严重干扰、破坏,如采取紧急应对措施等。在沈燕仁编造虚假恐怖信息罪一案中^[7],法院就案件事实对沈燕仁所涉事实的性质进行了梳理和认定,“原判认定的第1—3、6、8—13起犯罪事实中,沈燕仁编造的均为爆炸威胁或重特大车祸等威胁公共安全的内容,或毁损天安门国旗,可能引起社会恐慌的不真实信息,符合《虚假恐怖信息司法解释》关于虚假恐怖信息的界定;原判认定第4、5起犯罪事实,沈燕仁编造的为自杀的不真实信息,没有明确的危害公共安全的内容,上述两起事实的信息并不威胁公共安全,也不会引起社会恐慌,因此不符合《虚假恐怖信息司法解释》关于虚假恐怖信息的界定;原判认定的第7起犯罪事实,沈燕仁通过寄信的方式给漳州市中级人民法院院长,信中没有明确的威胁公共安全的内容,亦不符合《虚假恐怖信息司法解释》关于虚假恐怖信息的界定。”再举个简单的例子,如果

将某地没有“封城”说成“已封城”，将“物资充足”说成“断粮断水”，属于“虚假”；如果将“小疫情”说成“大疫情”，能否定性为“虚假”，则应作具体分析。比如目前疫情造成某地1人死亡，如说成2人或3人死亡可能并不构成“虚假”，而如果将1人死亡说成百人乃至千人死亡，则可能因对实际死亡率作过高的夸张，脱离了基本事实，使社会造成恐慌而构成“虚假”^[8]。因此，考察行为人对疫情的夸大是否超出合理范围是能否认定为散布谣言的关键。

二、疫情相关网络言语的刑事认定

（一）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的司法适用

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（下称“《疫情司法解释》”）第十条规定，编造与突发传染病疫情等灾害有关的恐怖信息，或者明知是编造的此类恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，依照《刑法》第二百九十一条之一的规定，以编造、故意传播虚假恐怖信息罪定罪处罚。该罪名为结果犯，即行为人实施的编造、故意传播虚假恐怖信息行为只有达到严重扰乱社会秩序的程度，才能追究刑事责任，而对于客观上虽然造成一定危害后果，但尚未达到严重扰乱社会秩序的，不宜认定为犯罪行为，可以依照《中华人民共和国治安管理处罚条例法》有关规定对行为人处以行政处罚。《防控意见》中也指出，“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”。

而对于是否造成严重后果（也就是按五年以上有期徒刑处罚的情形），一般要从人员伤亡、财产损失、社会恐慌程度等方面认定。在熊毅编造虚假恐怖信息案中^[9]，法院认定行为人构成“严重扰乱社会秩序”而未达到“造成严重后果”的程度，其理由包括：（1）行为人的犯罪行为未造成人员伤亡；（2）没有在社会公众中造成恐慌。因为行为人仅向深圳机场编造传递了虚假信息，对象特定，且由于相关部门处置保密、应对及时得当，影响范围较小；（3）没有造成重大经济损失。可见，司法实践中对“造成严重后果”的认定是较谨慎的，对于犯罪对象特定、影响范围有限，即使因新闻、网络等夸大报道引起公众恐慌的，也并不必然认定其符合“造成严重后果”的情形。

（二）编造虚假信息在网络上散布的刑事规制

就行为人编造虚假信息,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,《防控意见》规定“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”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称“《信息网络案件司法解释》”)第五条也有类似规定。《刑法》上的该内容表述为“(四)在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的”。

网络具有明显的公共属性和社会属性,网络信息会对现实社会造成直接、实在的影响,特别是在信息网络发展迅速,微信、微博等传播速度飞快的信息时代,编造虚假信息在网络上散布、传播,极易造成现实社会中公众正常生活的影响,具有现实的社会危害性。但需要注意,该规定中的虚假信息所针对的是不特定的主体,或公共事件,而如果针对的是特定主体,则属于利用信息网络辱骂、恐吓他人的情形,系《信息网络案件司法解释》第五条第一款的规制内容。另外,“造成公共秩序严重混乱”指的是行为已导致现实社会公共秩序的严重混乱,也就是说,本罪的认定需建立虚拟网络和现实社会方面的连接。

（三）散布疫情相关信息可能构成的其他犯罪

按照《防控意见》及《疫情司法解释》的规定,如果利用突发传染病疫情等灾害,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,则以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。

如行为人以编造虚假恐怖信息的方式实施敲诈勒索的,还会涉及敲诈勒索犯罪,但由于行为人只实施了一个行为,该行为具有多重属性,触犯了两个罪名,在刑法理论中符合想象竞合犯的特征,应当按该行为所触犯的罪名中的一个重罪论处^[10]。

如行为人编造虚假恐怖信息在公众场合传播,造成秩序大乱,人员伤亡,且行为人明知或足以认识到其行为会造成人员伤亡,但仍希望或放任该危害结果发生的,还可能构成以危险方法危害公共安全罪^[11]。

此外,《防控意见》还对网络服务提供者提出了要求,如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,将以拒不履行信息网络安全管理义务罪定罪处罚。

三、结论

言论自由是被规定在宪法中的公民所享有的基本权利,但言论并非是毫无界限的自由,谣言不仅会影响公众的正常生活,也会摧毁一个民族抗击疫情的决心。从刑法的角度来说,刑事规制是谦抑性的,是最后的法律约束,不是所有的不实信息都要被刑法所打击,但是在决战新型冠状病毒的特殊防疫时刻,有些谣言应当受到严厉打击,如谣言涉及疫情状况,不当夸大疫情危害,捏造负面的所谓医生“自述”等行为,造成社会秩序混乱的;污蔑国家对疫情管控不力,涉及所谓“阴谋论”等信息;捏造医疗机构对疫情处置失控、治疗无效等信息。在当前防控疫情的重要攻坚时刻,除了戴口罩、少出门、勤洗手,还要加强对疫情相关言论的清醒认识,不造谣、不信谣、不传谣,坚信伟大的中国人民必将打赢这场没有硝烟的战役!

注释及参考文献

- [1] 参见全国人大常委会法工委刑法室编:《中华人民共和国刑法·条文说明·立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第603页。
- [2] 沈德咏主编:《〈刑法修正案(九)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第293—294页。
- [3] 见上海市长宁区人民法院(2016)沪0105刑初802号刑事判决书。
- [4] 见吉林省吉林市丰满区人民法院(2017)吉0211刑初196号刑事判决书。
- [5] 见《刑事审判参考》2006年第3集(总第50集)。
- [6] 见唐兴华:“治理有关新型肺炎的谣言问题,这篇文章说清楚了”,上海市法学会微信公众号,2020年1月28日最后访问。
- [7] 见福建省漳州市中级人民法院(2013)漳刑终字第285号刑事判决书。
- [8] 见卢勤忠:“非典时期的典型犯罪分析”,载于《法学》2003(5)。
- [9] 见《刑事审判参考》2013年第4集(总第93集)。
- [10] 见《刑事审判参考》2005年第6集(总第47集)。
- [11] 见《刑事审判参考》2005年第6集(总第47集)。

[作者 孙超:国浩律师事务所律师(上海),韩国成均馆大学法学硕士]

[审稿人 万志尧:国浩律师事务所合伙人(上海)]



附录

附录一

新型冠状病毒肺炎疫情防控相关
主要法律法规摘编

目 录

一、法律 392

1. 中华人民共和国民法总则(主席令第 66 号) 392

2. 中华人民共和国传染病防治法(2013 修正)(主席令第 5 号) 392

3. 中华人民共和国国境卫生检疫法(2018 修正)(主席令第 6 号) 399

4. 中华人民共和国治安管理处罚法(2012 修正)(主席令第 67 号) 399

5. 中华人民共和国突发事件应对法(主席令〔2007〕第 69 号) 400

6. 中华人民共和国刑法(2017 修正)(主席令第 80 号) 400

二、行政法规 403

7. 中华人民共和国政府信息公开条例(2019 修订)(国务院令第 711 号)
..... 403

8. 突发公共卫生事件应急条例(2011 修订)(国务院令第 588 号) 405

9. 国家突发公共卫生事件应急预案 407

三、司法解释 410

10. 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 410

11. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等
刑事案件适用法律若干问题的解释(法释〔2013〕21 号) 415

12. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病
疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释(法释〔2003〕
8 号) 415

四、地方规定 419

13. 武汉市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控暂行办法 419

一、法律

1. 中华人民共和国民法总则(主席令第 66 号)

时 效 性: 现行有效

发文机关: 全国人民代表大会

文 号: 主席令第 66 号

发文日期: 2017 年 03 月 15 日

生效日期: 2017 年 10 月 01 日

第一百八十条 【不可抗力】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。

2. 中华人民共和国传染病防治法(2013 修正)(主席令第 5 号)

时 效 性: 现行有效

发文机关: 全国人大常委会

文 号: 主席令第 5 号

发文日期: 2013 年 06 月 29 日

生效日期: 2013 年 06 月 29 日

第三条 本法规定的传染病分为甲类、乙类和丙类。

甲类传染病是指: 鼠疫、霍乱。

乙类传染病是指: 传染性非典型肺炎、艾滋病、病毒性肝炎、脊髓灰质炎、人感染高致病性禽流感、麻疹、流行性出血热、狂犬病、流行性乙型脑炎、登革热、炭疽、细菌性和阿米巴性痢疾、肺结核、伤寒和副伤寒、流行性脑脊髓膜炎、百日咳、白喉、新生儿破伤风、猩红热、布鲁氏菌病、淋病、梅毒、钩端螺旋体病、血吸虫病、疟疾。

丙类传染病是指: 流行性感冒、流行性腮腺炎、风疹、急性出血性结膜炎、麻风病、流行性和地方性斑疹伤寒、黑热病、包虫病、丝虫病,除霍乱、细菌性和阿米巴性痢疾、伤寒和副伤寒以外的感染性腹泻病。

国务院卫生行政部门根据传染病暴发、流行情况和危害程度,可以决定增加、减少或者调整乙类、丙类传染病病种并予以公布。

第四条 对乙类传染病中传染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽和人感染高致病性禽流感,采取本法所称甲类传染病的预防、控制措施。其他乙类传染病和突发原因不明的传染病需要采取本法所称甲类传染病的预防、控制措施的,由国务院卫生行政部门及时报经国务院批准后予以公布、实施。

需要解除依照前款规定采取的甲类传染病预防、控制措施的,由国务院卫生行政部门报经国务院批准后予以公布。

省、自治区、直辖市人民政府对本行政区域内常见、多发的其他地方性传染病,可以根据情况决定按照乙类或者丙类传染病管理并予以公布,报国务院卫生行政部门备案。

第五条 各级人民政府领导传染病防治工作。

县级以上人民政府制定传染病防治规划并组织实施,建立健全传染病防治的疾病预防控制、医疗救治和监督管理体系。

第六条 国务院卫生行政部门主管全国传染病防治及其监督管理工作。县级以上地方人民政府卫生行政部门负责本行政区域内的传染病防治及其监督管理工作。

县级以上人民政府其他部门在各自的职责范围内负责传染病防治工作。

军队的传染病防治工作,依照本法和国家有关规定办理,由中国人民解放军卫生主管部门实施监督管理。

第七条 各级疾病预防控制机构承担传染病监测、预测、流行病学调查、疫情报告以及其他预防、控制工作。

医疗机构承担与医疗救治有关的传染病防治工作和责任区域内的传染病预防工作。城市社区和农村基层医疗机构在疾病预防控制机构的指导下,承担城市社区、农村基层相应的传染病防治工作。

第十三条 各级人民政府组织开展群众性卫生活动,进行预防传染病的健康教育,倡导文明健康的生活方式,提高公众对传染病的防治意识和应对能力,加强环境卫生建设,消除鼠害和蚊、蝇等病媒生物的危害。

各级人民政府农业、水利、林业行政部门按照职责分工负责指导和组织消除农田、湖区、河流、牧场、林区的鼠害与血吸虫危害,以及其他传播传染病的动物和病媒生物的危害。

铁路、交通、民用航空行政部门负责组织消除交通工具以及相关场所的鼠害和蚊、蝇等病媒生物的危害。

第十四条 地方各级人民政府应当有计划地建设和改造公共卫生设施,改善饮用水卫生条件,对污水、污物、粪便进行无害化处置。

第十五条 国家实行有计划的预防接种制度。国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门,根据传染病预防、控制的需要,制定传染病预防接种规划并组织实施。用于预防接种的疫苗必须符合国家质量标准。

国家对儿童实行预防接种证制度。国家免疫规划项目的预防接种实行免费。医疗机构、疾病预防控制机构与儿童的监护人应当相互配合,保证儿童及时接受预防接种。具体办法由国务院制定。

第十七条 国家建立传染病监测制度。

国务院卫生行政部门制定国家传染病监测规划和方案。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家传染病监测规划和方案,制定本行政区域的传染病监测计划和工作方案。

各级疾病预防控制机构对传染病的发生、流行以及影响其发生、流行的因素,进行监测;对国外发生、国内尚未发生的传染病或者国内新发生的传染病,进行监测。

第十八条 各级疾病预防控制机构在传染病预防控制中履行下列职责:

- (一) 实施传染病预防控制规划、计划和方案;
- (二) 收集、分析和报告传染病监测信息,预测传染病的发生、流行趋势;
- (三) 开展对传染病疫情和突发公共卫生事件的流行病学调查、现场处理及其效果评价;
- (四) 开展传染病实验室检测、诊断、病原学鉴定;
- (五) 实施免疫规划,负责预防性生物制品的使用管理;
- (六) 开展健康教育、咨询,普及传染病防治知识;
- (七) 指导、培训下级疾病预防控制机构及其工作人员开展传染病监测工作;
- (八) 开展传染病防治应用性研究和卫生评价,提供技术咨询。

国家、省级疾病预防控制机构负责对传染病发生、流行以及分布进行监测,对重大传染病流行趋势进行预测,提出预防控制对策,参与并指导对暴发的疫情进行调查处理,开展传染病病原学鉴定,建立检测质量控制体系,开展应用性研究和卫生评价。

设区的市和县级疾病预防控制机构负责传染病预防控制规划、方案的落实,组织实施免疫、消毒、控制病媒生物的危害,普及传染病防治知识,负责本地区疫情和突发公共卫生事件监测、报告,开展流行病学调查和常见病原微生物检测。

第十九条 国家建立传染病预警制度。

国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府根据传染病发生、流行

趋势的预测,及时发出传染病预警,根据情况予以公布。

第二十条 县级以上地方人民政府应当制定传染病预防、控制预案,报上一级人民政府备案。

传染病预防、控制预案应当包括以下主要内容:

- (一) 传染病预防控制指挥部的组成和相关部门的职责;
- (二) 传染病的监测、信息收集、分析、报告、通报制度;
- (三) 疾病预防控制机构、医疗机构在发生传染病疫情时的任务与职责;
- (四) 传染病暴发、流行情况的分级以及相应的应急工作方案;
- (五) 传染病预防、疫点疫区现场控制,应急设施、设备、救治药品和医疗器械以及其他物资和技术的储备与调用。

地方人民政府和疾病预防控制机构接到国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市人民政府发出的传染病预警后,应当按照传染病预防、控制预案,采取相应的预防、控制措施。

第二十一条 医疗机构必须严格执行国务院卫生行政部门规定的管理制度、操作规范,防止传染病的医源性感染和医院感染。

医疗机构应当确定专门的部门或者人员,承担传染病疫情报告、本单位的传染病预防、控制以及责任区域内的传染病预防工作;承担医疗活动中与医院感染有关的危险因素监测、安全防护、消毒、隔离和医疗废物处置工作。

疾病预防控制机构应当指定专门人员负责对医疗机构内传染病预防工作进行指导、考核,开展流行病学调查。

第二十二条 疾病预防控制机构、医疗机构的实验室和从事病原微生物实验的单位,应当符合国家规定的条件和技术标准,建立严格的监督管理制度,对传染病病原体样本按照规定的措施实行严格监督管理,严防传染病病原体的实验室感染和病原微生物的扩散。

第三十条 疾病预防控制机构、医疗机构和采供血机构及其执行职务的人员发现本法规定的传染病疫情或者发现其他传染病暴发、流行以及突发原因不明的传染病时,应当遵循疫情报告属地管理原则,按照国务院规定的或者国务院卫生行政部门规定的内容、程序、方式和时限报告。

军队医疗机构向社会公众提供医疗服务,发现前款规定的传染病疫情时,应当按照国务院卫生行政部门的规定报告。

第三十三条 疾病预防控制机构应当主动收集、分析、调查、核实传染病疫情信息。接到甲类、乙类传染病疫情报告或者发现传染病暴发、流行时,应当立即报告当地卫生行政部门,由当地卫生行政部门立即报告当地人民政府,同时报

告上级卫生行政部门和国务院卫生行政部门。

疾病预防控制机构应当设立或者指定专门的部门、人员负责传染病疫情信息管理工作,及时对疫情报告进行核实、分析。

第三十九条 医疗机构发现甲类传染病时,应当及时采取下列措施:

(一)对病人、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定;

(二)对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;

(三)对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。

拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。

医疗机构发现乙类或者丙类传染病病人,应当根据病情采取必要的治疗和控制传播措施。

医疗机构对本单位内被传染病病原体污染的场所、物品以及医疗废物,必须依照法律、法规的规定实施消毒和无害化处置。

第四十条 疾病预防控制机构发现传染病疫情或者接到传染病疫情报告时,应当及时采取下列措施:

(一)对传染病疫情进行流行病学调查,根据调查情况提出划定疫点、疫区的建议,对被污染的场所进行卫生处理,对密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施,并向卫生行政部门提出疫情控制方案;

(二)传染病暴发、流行时,对疫点、疫区进行卫生处理,向卫生行政部门提出疫情控制方案,并按照卫生行政部门的要求采取措施;

(三)指导下级疾病预防控制机构实施传染病预防、控制措施,组织、指导有关单位对传染病疫情的处理。

第四十一条 对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员,所在地的县级以上地方人民政府可以实施隔离措施,并同时向上一级人民政府报告;接到报告的上级人民政府应当即时作出是否批准的决定。上级人民政府作出不予批准决定的,实施隔离措施的人民政府应当立即解除隔离措施。

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。

隔离措施的解除,由原决定机关决定并宣布。

第四十二条 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。

第四十三条 甲类、乙类传染病暴发、流行时,县级以上地方人民政府报经上一级人民政府决定,可以宣布本行政区域部分或者全部为疫区;国务院可以决定并宣布跨省、自治区、直辖市的疫区。县级以上地方人民政府可以在疫区内采取本法第四十二条规定的紧急措施,并可以对出入疫区的人员、物资和交通工具实施卫生检疫。

省、自治区、直辖市人民政府可以决定对本行政区域内的甲类传染病疫区实施封锁;但是,封锁大、中城市的疫区或者封锁跨省、自治区、直辖市的疫区,以及封锁疫区导致中断干线交通或者封锁国境的,由国务院决定。

疫区封锁的解除,由原决定机关决定并宣布。

第四十五条 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者跨省、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调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。

紧急调集人员的,应当按照规定给予合理报酬。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。

第五十三条 县级以上人民政府卫生行政部门对传染病防治工作履行下列监督检查职责:

- (一) 对下级人民政府卫生行政部门履行本法规定的传染病防治职责进行监督检查;
- (二) 对疾病预防控制机构、医疗机构的传染病防治工作进行监督检查;
- (三) 对采供血机构的采供血活动进行监督检查;
- (四) 对用于传染病防治的消毒产品及其生产单位进行监督检查,并对饮用水供水单位从事生产或者供应活动以及涉及饮用水卫生安全的产品进行监督

检查；

（五）对传染病菌种、毒种和传染病检测样本的采集、保藏、携带、运输、使用进行监督检查；

（六）对公共场所和有关部门的卫生条件和传染病预防、控制措施进行监督检查。

省级以上人民政府卫生行政部门负责组织对传染病防治重大事项的处理。

第五十四条 县级以上人民政府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。

第六十条 县级以上地方人民政府按照本级政府职责负责本行政区域内传染病预防、控制、监督工作的日常经费。

国务院卫生行政部门会同国务院有关部门，根据传染病流行趋势，确定全国传染病预防、控制、救治、监测、预测、预警、监督检查等项目。中央财政对困难地区实施重大传染病防治项目给予补助。

省、自治区、直辖市人民政府根据本行政区域内传染病流行趋势，在国务院卫生行政部门确定的项目范围内，确定传染病预防、控制、监督等项目，并保障项目的实施经费。

第六十二条 国家对患有特定传染病的困难人群实行医疗救助，减免医疗费用。具体办法由国务院卫生行政部门会同国务院财政部门等部门制定。

第六十五条 地方各级人民政府未依照本法的规定履行报告职责，或者隐瞒、谎报、缓报传染病疫情，或者在传染病暴发、流行时，未及时组织救治、采取控制措施的，由上级人民政府责令改正，通报批评；造成传染病传播、流行或者其他严重后果的，对负有责任的主管人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十六条 县级以上人民政府卫生行政部门违反本法规定，有下列情形之一的，由本级人民政府、上级人民政府卫生行政部门责令改正，通报批评；造成传染病传播、流行或者其他严重后果的，对负有责任的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）未依法履行传染病疫情通报、报告或者公布职责，或者隐瞒、谎报、缓报传染病疫情的；

（二）发生或者可能发生传染病传播时未及时采取预防、控制措施的；

（三）未依法履行监督检查职责，或者发现违法行为不及时查处的；

（四）未及时调查、处理单位和个人对下级卫生行政部门不履行传染病防治

职责的举报的；

（五）违反本法的其他失职、渎职行为。

第六十七条 县级以上人民政府有关部门未依照本法的规定履行传染病防治和保障职责的，由本级人民政府或者上级人民政府有关部门责令改正，通报批评；造成传染病传播、流行或者其他严重后果的，对负有责任的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十八条 疾病预防控制机构违反本法规定，有下列情形之一的，由县级以上人民政府卫生行政部门责令限期改正，通报批评，给予警告；对负有责任的主管人员和其他直接责任人员，依法给予降级、撤职、开除的处分，并可以依法吊销有关责任人员的执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）未依法履行传染病监测职责的；

（二）未依法履行传染病疫情报告、通报职责，或者隐瞒、谎报、缓报传染病疫情的；

（三）未主动收集传染病疫情信息，或者对传染病疫情信息和疫情报告未及时进行分析、调查、核实的；

（四）发现传染病疫情时，未依据职责及时采取本法规定的措施的；

（五）故意泄露传染病病人、病原携带者、疑似传染病病人、密切接触者涉及个人隐私的有关信息、资料的。

3. 中华人民共和国国境卫生检疫法(2018 修正)(主席令第 6 号)

时 效 性：现行有效

发文机关：全国人大常委会

文 号：主席令第 6 号

发文日期：2018 年 04 月 27 日

生效日期：2018 年 04 月 27 日

第三条 本法规定的传染病是指检疫传染病和监测传染病。

检疫传染病，是指鼠疫、霍乱、黄热病以及国务院确定和公布的其他传染病。

监测传染病，由国务院卫生行政部门确定和公布。

4. 中华人民共和国治安管理处罚法(2012 修正)(主席令第 67 号)

时 效 性：现行有效

发文机关：全国人大常委会

文 号：主席令第 67 号

发文日期：2012 年 10 月 26 日

生效日期：2013 年 1 月 1 日

第二十五条 有下列行为之一的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款：

（一）散布谣言，谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序的；

（二）投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、腐蚀性物质或者传染病病原体等危险物质扰乱公共秩序的；

（三）扬言实施放火、爆炸、投放危险物质扰乱公共秩序的。

5. 中华人民共和国突发事件应对法(主席令〔2007〕第 69 号)

（2007 年 8 月 30 日第十届全国人民代表大会常务
委员会第二十九次会议通过）

时 效 性：现行有效

发文机关：全国人大常委会

文 号：主席令〔2007〕第 69 号

发文日期：2007 年 08 月 30 日

生效日期：2007 年 11 月 01 日

第五十四条 任何单位和个人不得编造、传播有关突发事件事态发展或者应急处置工作的虚假信息。

6. 中华人民共和国刑法(2017 修正)(主席令第 80 号)

时 效 性：现行有效

发文机关：全国人民代表大会

文 号：主席令第 80 号

发文日期：2017 年 11 月 04 日

生效日期：2017 年 11 月 04 日

第一百一十四条 【放火罪】【决水罪】【爆炸罪】【投放危险物质罪】【以危险方法危害公共安全罪】放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

第一百一十五条 【放火罪】【决水罪】【爆炸罪】【投放危险物质罪】【以危险方法危害公共安全罪】放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体

等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

【失火罪】【过失决水罪】【过失爆炸罪】【过失投放危险物质罪】【过失以危险方法危害公共安全罪】过失犯前款罪的,处三年以上七年以下有期徒刑;情节较轻的,处三年以下有期徒刑或者拘役。

第一百四十条 【生产、销售伪劣产品罪】生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,销售金额五万元以上不满二十万元的,处二年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;销售金额二十万元以上不满五十万元的,处二年以上七年以下有期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;销售金额五十万元以上不满二百万元的,处七年以上有期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;销售金额二百万元以上的,处十五年有期徒刑或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

第一百四十一条 【生产、销售假药罪】生产、销售假药的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;致人死亡或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。

本条所称假药,是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。

第一百四十二条 【生产、销售劣药罪】生产、销售劣药,对人体健康造成严重危害的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;后果特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

本条所称劣药,是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于劣药的药品。

第一百四十五条 【生产、销售不符合标准的医用器材罪】生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料,或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料,足以严重危害人体健康的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;对人体健康造成严重危害的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;后果特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

第二百二十五条 【非法经营罪】违反国家规定,有下列非法经营行为之一,

扰乱市场秩序,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产:(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的;(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的;(三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的,或者非法从事资金支付结算业务的;(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

第二百七十三条 【挪用特定款物罪】挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物,情节严重,致使国家和人民群众利益遭受重大损害的,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。

第二百九十一条之一 【投放虚假危险物质罪】【编造、故意传播虚假恐怖信息罪】投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质,或者编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息,或者明知是编造的恐怖信息而故意传播,严重扰乱社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处五年以上有期徒刑。

【编造、故意传播虚假信息罪】编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,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,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑。

第三百八十二条 【贪污罪】国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员,利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的,以贪污论。

与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。

第三百八十四条 【挪用公款罪】国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动的,或者挪用公款数额较大、进行营利活动的,或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的,是挪用公款罪,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的,从重处罚。

第三百九十七条 【滥用职权罪】【玩忽职守罪】国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的,依照规定。

国家机关工作人员徇私舞弊,犯前款罪的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的,依照规定。

第四百零九条 【传染病防治失职罪】从事传染病防治的政府卫生行政部门的工作人员严重不负责任,导致传染病传播或者流行,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役。

二、行政法规

7. 中华人民共和国政府信息公开条例(2019 修订)(国务院令第 711 号)

时 效 性: 现行有效

发文机关: 国务院

文 号: 国务院令第 711 号

发文日期: 2019 年 04 月 03 日

生效日期: 2019 年 05 月 15 日

第二条 本条例所称政府信息,是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。

第三条 各级人民政府应当加强对政府信息公开工作的组织领导。

国务院办公厅是全国政府信息公开工作的主管部门,负责推进、指导、协调、监督全国的政府信息公开工作。

县级以上地方人民政府办公厅(室)是本行政区域的政府信息公开工作主管部门,负责推进、指导、协调、监督本行政区域的政府信息公开工作。

实行垂直领导的部门的办公厅(室)主管本系统的政府信息公开工作。

第四条 各级人民政府及县级以上人民政府部门应当建立健全本行政机关的政府信息公开工作制度,并指定机构(以下统称政府信息公开工作机构)负责本行政机关政府信息公开的日常工作。

政府信息公开工作机构的具体职能是:

- (一) 办理本行政机关的政府信息公开事宜;
- (二) 维护和更新本行政机关公开的政府信息;
- (三) 组织编制本行政机关的政府信息公开指南、政府信息公开目录和政府

信息公开工作年度报告；

（四）组织开展对拟公开政府信息的审查；

（五）本行政机关规定的与政府信息公开有关的其他职能。

第六条 行政机关应当及时、准确地公开政府信息。

行政机关发现影响或者可能影响社会稳定、扰乱社会和经济管理秩序的虚假或者不完整信息的，应当发布准确的政府信息予以澄清。

第七条 各级人民政府应当积极推进政府信息公开工作，逐步增加政府信息公开的内容。

第十条 行政机关制作的政府信息，由制作该政府信息的行政机关负责公开。行政机关从公民、法人和其他组织获取的政府信息，由保存该政府信息的行政机关负责公开；行政机关获取的其他行政机关的政府信息，由制作或者最初获取该政府信息的行政机关负责公开。法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的，从其规定。

行政机关设立的派出机构、内设机构依照法律、法规对外以自己名义履行行政管理职能的，可以由该派出机构、内设机构负责与所履行行政管理职能有关的政府信息公开工作。

两个以上行政机关共同制作的政府信息，由牵头制作的行政机关负责公开。

第十九条 对涉及公众利益调整、需要公众广泛知晓或者需要公众参与决策的政府信息，行政机关应当主动公开。

第二十条 行政机关应当依照本条例第十九条的规定，主动公开本行政机关的下列政府信息：

（一）行政法规、规章和规范性文件；

（二）机关职能、机构设置、办公地址、办公时间、联系方式、负责人姓名；

（三）国民经济和社会发展规划、专项规划、区域规划及相关政策；

（四）国民经济和社会发展统计信息；

（五）办理行政许可和其他对外管理服务事项的依据、条件、程序以及办理结果；

（六）实施行政处罚、行政强制的依据、条件、程序以及本行政机关认为具有一定社会影响的行政处罚决定；

（七）财政预算、决算信息；

（八）行政事业性收费项目及其依据、标准；

（九）政府集中采购项目的目录、标准及实施情况；

- (十) 重大建设项目的批准和实施情况；
- (十一) 扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业等方面的政策、措施及其实施情况；
- (十二) 突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况；
- (十三) 环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况；
- (十四) 公务员招考的职位、名额、报考条件等事项以及录用结果；
- (十五) 法律、法规、规章和国家有关规定规定应当主动公开的其他政府信息。

8. 突发公共卫生事件应急条例(2011 修订)(国务院令 第 588 号)

时 效 性：现行有效

发文机关：国务院

文 号：中华人民共和国国务院令 第 588 号

发文日期：2011 年 01 月 08 日

生效日期：2011 年 01 月 08 日

第二条 本条例所称突发公共卫生事件(以下简称突发事件),是指突然发生,造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情、群体性不明原因疾病、重大食物和职业中毒以及其他严重影响公众健康的事件。

第三条 突发事件发生后,国务院设立全国突发事件应急处理指挥部,由国务院有关部门和军队有关部门组成,国务院主管领导人担任总指挥,负责在全国突发事件应急处理的统一领导、统一指挥。

国务院卫生行政主管部门和其他有关部门,在各自的职责范围内做好突发事件应急处理的有关工作。

第四条 突发事件发生后,省、自治区、直辖市人民政府成立地方突发事件应急处理指挥部,省、自治区、直辖市人民政府主要领导人担任总指挥,负责领导、指挥本行政区域内突发事件应急处理工作。

县级以上地方人民政府卫生行政主管部门,具体负责组织突发事件的调查、控制和医疗救治工作。

县级以上地方人民政府有关部门,在各自的职责范围内做好突发事件应急处理的有关工作。

第五条 突发事件应急工作,应当遵循预防为主、常备不懈的方针,贯彻统一领导、分级负责、反应及时、措施果断、依靠科学、加强合作的原则。

第六条 县级以上各级人民政府应当组织开展防治突发事件相关科学研究,建立突发事件应急流行病学调查、传染源隔离、医疗救护、现场处置、监督检查、监测检验、卫生防护等有关物资、设备、设施、技术与人才资源储备,所需经费列入本级政府财政预算。

国家对边远贫困地区突发事件应急工作给予财政支持。

第八条 国务院有关部门和县级以上地方人民政府及其有关部门,应当建立严格的突发事件防范和应急处理责任制,切实履行各自的职责,保证突发事件应急处理工作的正常进行。

第十条 国务院卫生行政主管部门按照分类指导、快速反应的要求,制定全国突发事件应急预案,报请国务院批准。

省、自治区、直辖市人民政府根据全国突发事件应急预案,结合本地实际情况,制定本行政区域的突发事件应急预案。

第十一条 全国突发事件应急预案应当包括以下主要内容:

- (一) 突发事件应急处理指挥部的组成和相关部门的职责;
- (二) 突发事件的监测与预警;
- (三) 突发事件信息的收集、分析、报告、通报制度;
- (四) 突发事件应急处理技术和监测机构及其任务;
- (五) 突发事件的分级和应急处理工作方案;
- (六) 突发事件预防、现场控制,应急设施、设备、救治药品和医疗器械以及其他物资和技术的储备与调度;
- (七) 突发事件应急处理专业队伍的建设和培训。

第十二条 突发事件应急预案应当根据突发事件的变化和实施中发现的问题及时进行修订、补充。

第十三条 地方各级人民政府应当依照法律、行政法规的规定,做好传染病预防和其他公共卫生工作,防范突发事件的发生。

县级以上各级人民政府卫生行政主管部门和其他有关部门,应当对公众开展突发事件应急知识的专门教育,增强全社会对突发事件的防范意识和应对能力。

第十七条 县级以上各级人民政府应当加强急救医疗服务网络的建设,配备相应的医疗救治药物、技术、设备和人员,提高医疗卫生机构应对各类突发事件的救治能力。

设区的市级以上地方人民政府应当设置与传染病防治工作需要相适应的传染病专科医院,或者指定具备传染病防治条件和能力的医疗机构承担传染病防

治任务。

第二十条 突发事件监测机构、医疗卫生机构和有关单位发现有本条例第十九条规定情形之一的,应当在2小时内向所在地县级人民政府卫生行政主管部门报告;接到报告的卫生行政主管部门应当在2小时内向本级人民政府报告,并同时向上级人民政府卫生行政主管部门和国务院卫生行政主管部门报告。

县级人民政府应当在接到报告后2小时内向设区的市级人民政府或者上一级人民政府报告;设区的市级人民政府应当在接到报告后2小时内向省、自治区、直辖市人民政府报告。

第二十一条 任何单位和个人对突发事件,不得隐瞒、缓报、谎报或者授意他人隐瞒、缓报、谎报。

第三十八条 交通工具上发现根据国务院卫生行政主管部门的规定需要采取应急控制措施的传染病病人、疑似传染病病人,其负责人应当以最快的方式通知前方停靠点,并向交通工具的营运单位报告。交通工具的前方停靠点和营运单位应当立即向交通工具营运单位行政主管部门和县级以上地方人民政府卫生行政主管部门报告。卫生行政主管部门接到报告后,应当立即组织有关人员采取相应的医学处置措施。

交通工具上的传染病病人密切接触者,由交通工具停靠点的县级以上各级人民政府卫生行政主管部门或者铁路、交通、民用航空行政主管部门,根据各自的职责,依照传染病防治法律、行政法规的规定,采取控制措施。

涉及国境口岸和出入境的人员、交通工具、货物、集装箱、行李、邮包等需要采取传染病应急控制措施的,依照国境卫生检疫法律、行政法规的规定办理。

第四十条 传染病暴发、流行时,街道、乡镇以及居民委员会、村民委员会应当组织力量,团结协作,群防群治,协助卫生行政主管部门和其他有关部门、医疗卫生机构做好疫情信息的收集和报告、人员的分散隔离、公共卫生措施的落实工作,向居民、村民宣传传染病防治的相关知识。

第四十一条 对传染病暴发、流行区域内流动人口,突发事件发生地的县级以上地方人民政府应当做好预防工作,落实有关卫生控制措施;对传染病病人和疑似传染病病人,应当采取就地隔离、就地观察、就地治疗的措施。对需要治疗和转诊的,应当依照本条例第三十九条第一款的规定执行。

9. 国家突发公共卫生事件应急预案

时 效 性: 现行有效

发文机关: 国务院

发文日期：2006 年 02 月 26 日

生效日期：2006 年 02 月 26 日

1.3 突发公共卫生事件的分级 (1) 肺鼠疫、肺炭疽在大、中城市发生并有扩散趋势,或肺鼠疫、肺炭疽疫情波及 2 个以上的省份,并有进一步扩散趋势。

1.5 工作原则

(1) 预防为主,常备不懈。提高全社会对突发公共卫生事件的防范意识,落实各项防范措施,做好人员、技术、物资和设备的应急储备工作。对各类可能引发突发公共卫生事件的情况要及时进行分析、预警,做到早发现、早报告、早处理。

(2) 统一领导,分级负责。根据突发公共卫生事件的范围、性质和危害程度,对突发公共卫生事件实行分级管理。各级人民政府负责突发公共卫生事件应急处理的统一领导和指挥,各有关部门按照预案规定,在各自的职责范围内做好突发公共卫生事件应急处理的有关工作。

(3) 依法规范,措施果断。地方各级人民政府和卫生行政部门要按照相关法律、法规和规章的规定,完善突发公共卫生事件应急体系,建立健全系统、规范的突发公共卫生事件应急处理工作制度,对突发公共卫生事件和可能发生的公共卫生事件做出快速反应,及时、有效开展监测、报告和处理工作。

(4) 依靠科学,加强合作。突发公共卫生事件应急工作要充分尊重和依靠科学,要重视开展防范和处理突发公共卫生事件的科研和培训,为突发公共卫生事件应急处理提供科技保障。各有关部门和单位要通力合作、资源共享,有效应对突发公共卫生事件。要广泛组织、动员公众参与突发公共卫生事件的应急处理。

4.2 应急反应措施

4.2.1 各级人民政府

(1) 组织协调有关部门参与突发公共卫生事件的处理。

(2) 根据突发公共卫生事件处理需要,调集本行政区域内各类人员、物资、交通工具和相关设施、设备参加应急处理工作。涉及危险化学品管理和运输安全的,有关部门要严格执行相关规定,防止事故发生。

(3) 划定控制区域:甲类、乙类传染病暴发、流行时,县级以上地方人民政府报经上一级地方人民政府决定,可以宣布疫区范围;经省、自治区、直辖市人民政府决定,可以对本行政区域内甲类传染病疫区实施封锁;封锁大、中城市的疫区或者封锁跨省(区、市)的疫区,以及封锁疫区导致中断干线交通或者封锁国境的,由国务院决定。对重大食物中毒和职业中毒事故,根据污染食品扩散和职业

危害因素波及的范围,划定控制区域。

(4) 疫情控制措施: 当地人民政府可以在本行政区域内采取限制或者停止集市、集会、影剧院演出,以及其他人群聚集的活动;停工、停业、停课;封闭或者封存被传染病病原体污染的公共饮用水源、食品以及相关物品等紧急措施;临时征用房屋、交通工具以及相关设施和设备。

(5) 流动人口管理: 对流动人口采取预防工作,落实控制措施,对传染病病人、疑似病人采取就地隔离、就地观察、就地治疗的措施,对密切接触者根据情况采取集中或居家医学观察。

(6) 实施交通卫生检疫: 组织铁路、交通、民航、质检等部门在交通站点和出入境口岸设置临时交通卫生检疫站,对出入境、进出疫区和运行中的交通工具及其乘运人员和物资、宿主动物进行检疫查验,对病人、疑似病人及其密切接触者实施临时隔离、留验和向地方卫生行政部门指定的机构移交。

(7) 信息发布: 突发公共卫生事件发生后,有关部门要按照有关规定作好信息发布工作,信息发布要及时主动、准确把握,实事求是,正确引导舆论,注重社会效果。

(8) 开展群防群治: 街道、乡(镇)以及居委会、村委会协助卫生行政部门和其他部门、医疗机构,做好疫情信息的收集、报告、人员分散隔离及公共卫生措施的实施工作。

(9) 维护社会稳定: 组织有关部门保障商品供应,平抑物价,防止哄抢;严厉打击造谣传谣、哄抬物价、囤积居奇、制假售假等违法犯罪和扰乱社会治安的行为。

4.2.2 卫生行政部门

(1) 组织医疗机构、疾病预防控制机构和卫生监督机构开展突发公共卫生事件的调查与处理。

(2) 组织突发公共卫生事件专家咨询委员会对突发公共卫生事件进行评估,提出启动突发公共卫生事件应急处理的级别。

(3) 应急控制措施: 根据需要组织开展应急疫苗接种、预防服药。

(4) 督导检查: 国务院卫生行政部门组织对全国或重点地区的突发公共卫生事件应急处理工作进行督导和检查。省、市(地)级以及县级卫生行政部门负责对本行政区域内的应急处理工作进行督察和指导。

(5) 发布信息与通报: 国务院卫生行政部门或经授权的省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门及时向社会发布突发公共卫生事件的信息或公告。国务院卫生行政部门及时向国务院各有关部门和各省、自治区、直辖市卫生行政部门

以及军队有关部门通报突发公共卫生事件情况。对涉及跨境的疫情线索,由国务院卫生行政部门向有关国家和地区通报情况。

(6) 制订技术标准和规范:国务院卫生行政部门对新发现的突发传染病、不明原因的群体性疾病、重大中毒事件,组织力量制订技术标准和规范,及时组织全国培训。地方各级卫生行政部门开展相应的培训工作。

(7) 普及卫生知识。针对事件性质,有针对性地开展卫生知识宣教,提高公众健康意识和自我防护能力,消除公众心理障碍,开展心理危机干预工作。

(8) 进行事件评估:组织专家对突发公共卫生事件的处理情况进行综合评估,包括事件概况、现场调查处理概况、病人救治情况、所采取的措施、效果评价等。

三、司法解释

10. 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

时 效 性: 现行有效

发布机构: 最高人民法院;最高人民检察院;公安部;司法部

文 号: 法发〔2020〕7 号

发布时间: 2020-02-06

生效时间: 2020-02-06

为依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪行为,保障人民群众生命安全和身体健康,保障社会安定有序,保障疫情防控工作顺利开展,根据有关法律、司法解释的规定,制定本意见。

一、提高政治站位,充分认识疫情防控时期维护社会大局稳定的重大意义

各级人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关要切实把思想和行动统一到习近平总书记关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的系列重要指示精神上来,坚决贯彻落实党中央决策部署、中央应对新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作领导小组工作安排,按照中央政法委要求,增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”,始终将人民群众的生命安全和身体健康放在第一位,坚决把疫情防控作为当前压倒一切的头等大事来抓,用足用好法律规定,依法及时、从严惩治妨害疫情防控的各类违法犯罪,为坚决打赢疫情防控阻击战提供有力法治保障。

二、准确适用法律,依法严惩妨害疫情防控的各类违法犯罪

（一）依法严惩抗拒疫情防控措施犯罪。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未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未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。

（二）依法严惩暴力伤医犯罪。在疫情防控期间，故意伤害医务人员造成轻伤以上的严重后果，或者对医务人员实施撕扯防护装备、吐口水等行为，致使医务人员感染新型冠状病毒的，依照刑法第二百三十四条的规定，以故意伤害罪定罪处罚。

随意殴打医务人员，情节恶劣的，依照刑法第二百九十三条的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。

采取暴力或者其他方法公然侮辱、恐吓医务人员，符合刑法第二百四十六条、第二百九十三条规定的，以侮辱罪或者寻衅滋事罪定罪处罚。

以不准离开工作场所等方式非法限制医务人员人身自由，符合刑法第二百三十八条规定的，以非法拘禁罪定罪处罚。

（三）依法严惩制假售假犯罪。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条、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。

(四)依法严惩哄抬物价犯罪。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。

(五)依法严惩诈骗、聚众哄抢犯罪。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。

在疫情防控期间,违反国家规定,假借疫情防控的名义,利用广告对所推销的商品或者服务作虚假宣传,致使多人上当受骗,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十二条的规定,以虚假广告罪定罪处罚。

在疫情防控期间,聚众哄抢公私财物特别是疫情防控和保障物资,数额较大或者有其他严重情节的,对首要分子和积极参加者,依照刑法第二百六十八条的规定,以聚众哄抢罪定罪处罚。

(六)依法严惩造谣传谣犯罪。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。

(七) 依法严惩疫情防控失职渎职、贪污挪用犯罪。在疫情防控工作中,负有组织、协调、指挥、灾害调查、控制、医疗救治、信息传递、交通运输、物资保障等职责的国家机关工作人员,滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,依照刑法第三百九十七条的规定,以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。

卫生行政部门的工作人员严重不负责任,不履行或者不认真履行防治监管职责,导致新型冠状病毒感染肺炎传播或者流行,情节严重的,依照刑法第四百零九条的规定,以传染病防治失职罪定罪处罚。

从事实验、保藏、携带、运输传染病菌种、毒种的人员,违反国务院卫生行政部门的有关规定,造成新型冠状病毒毒种扩散,后果严重的,依照刑法第三百三十一条的规定,以传染病菌种扩散罪定罪处罚。

国家工作人员,受委托管理国有财产的人员,公司、企业或者其他单位的人员,利用职务便利,侵吞、截留或者以其他手段非法占有用于防控新型冠状病毒感染肺炎的款物,或者挪用上述款物归个人使用,符合刑法第三百八十二条、第三百八十三条、第二百七十一条、第三百八十四条、第二百七十二规定的,以贪污罪、职务侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪定罪处罚。挪用用于防控新型冠状病毒感染肺炎的救灾、优抚、救济等款物,符合刑法第二百七十三条规定的,对直接责任人员,以挪用特定款物罪定罪处罚。

(八) 依法严惩破坏交通设施犯罪。在疫情防控期间,破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险的,依照刑法第一百一十七条、第一百一十九条第一款的规定,以破坏交通设施罪定罪处罚。

办理破坏交通设施案件,要区分具体情况,依法审慎处理。对于为了防止疫情蔓延,未经批准擅自封路阻碍交通,未造成严重后果的,一般不以犯罪论处,由主管部门予以纠正。

(九) 依法严惩破坏野生动物资源犯罪。非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的,或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的,依照刑法第三百四十一条第一款的规定,以非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪或者非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪定罪处罚。

违反狩猎法规,在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎,破坏

野生动物资源,情节严重的,依照刑法第三百四十一条第二款的规定,以非法狩猎罪定罪处罚。

违反国家规定,非法经营非国家重点保护野生动物及其制品(包括开办交易场所、进行网络销售、加工食品出售等),扰乱市场秩序,情节严重的,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。

知道或者应当知道是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品,为食用或者其他目的而非法购买,符合刑法第三百四十一条第一款规定的,以非法收购珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪定罪处罚。

知道或者应当知道是非法狩猎的野生动物而购买,符合刑法第三百一十二条规定的,以掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪处罚。

(十)依法严惩妨害疫情防控的违法行为。实施上述(一)至(九)规定的行为,不构成犯罪的,由公安机关根据治安管理处罚法有关虚构事实扰乱公共秩序,扰乱单位秩序、公共场所秩序、寻衅滋事,拒不执行紧急状态下的决定、命令,阻碍执行职务,冲闯警戒带、警戒区,殴打他人,故意伤害,侮辱他人,诈骗,在铁路沿线非法挖掘坑穴、采石取沙,盗窃、损毁路面公共设施,损毁铁路设施设备,故意损毁财物、哄抢公私财物等规定,予以治安管理处罚,或者由有关部门予以其他行政处罚。

对于在疫情防控期间实施有关违法犯罪的,要作为从重情节予以考量,依法体现从严的政策要求,有力惩治震慑违法犯罪,维护法律权威,维护社会秩序,维护人民群众生命安全和身体健康。

三、健全完善工作机制,保障办案效果和安全

(一)及时查处案件。公安机关对于妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控的案件,要依法及时立案查处,全面收集固定证据。对于拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的人员,公安机关要依法协助医疗机构和有关部门采取强制隔离治疗措施。要严格规范公正文明执法。

(二)强化沟通协调。人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关要加强沟通协调,确保案件顺利侦查、起诉、审判、交付执行。对重大、敏感、复杂案件,公安机关要及时听取人民检察院的意见建议。对社会影响大、舆论关注度高的重大案件,要加强组织领导,按照依法处置、舆论引导、社会面管控“三同步”要求,及时向社会通报案件进展情况,澄清事实真相,做好舆论引导工作。

(三)保障诉讼权利。要依法保障犯罪嫌疑人、被告人的各项诉讼权利特别是辩护权。要按照刑事案件律师辩护全覆盖的要求,积极组织律师为没有委托辩护人的被告人依法提供辩护或者法律帮助。各级司法行政机关要加强对律师

辩护代理工作的指导监督,引导广大律师依法依规履行辩护代理职责,切实维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,保障法律正确实施。

(四) 加强宣传教育。人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关要认真落实“谁执法谁普法”责任制,结合案件办理深入细致开展法治宣传教育工作。要选取典型案例,以案释法,加大警示教育,震慑违法犯罪分子,充分展示坚决依法严惩此类违法犯罪、维护人民群众生命安全和身体健康的决心。要引导广大群众遵纪守法,不信谣、不传谣,依法支持和配合疫情防控工作,为疫情防控工作的顺利开展营造良好的法治和社会环境。

(五) 注重办案安全。在疫情防控期间,办理妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控案件,办案人员要注重自身安全,提升防范意识,增强在履行接处警、抓捕、羁押、讯问、审判、执行等职能时的自我保护能力和防范能力。除依法必须当面对面的情形外,可以尽量采取书面审查方式,必要时,可以采取视频等方式讯问犯罪嫌疑人、询问被害人、证人、听取辩护律师意见。人民法院在疫情防控期间审理相关案件的,在坚持依法公开审理的同时,要最大限度减少人员聚集,切实维护诉讼参与人、旁听群众、法院干警的安全和健康。

11. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释(法释〔2013〕21号)

时 效 性: 现行有效

发文机关: 最高人民法院,最高人民检察院

文 号: 法释〔2013〕21号

发文日期: 2013年09月06日

生效日期: 2013年09月10日

第五条 利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。

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。

12. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释(法释〔2003〕8号)

时 效 性: 现行有效

发文机关: 最高人民法院,最高人民检察院

文 号：法释〔2003〕8 号

发文日期：2003 年 05 月 14 日

施行日期：2003 年 05 月 15 日

为依法惩治妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的犯罪活动，保障预防、控制突发传染病疫情等灾害工作的顺利进行，切实维护人民群众的身体健康和生命安全，根据《中华人民共和国刑法》等有关法律规定，现就办理相关刑事案件具体应用法律的若干问题解释如下：

第一条 故意传播突发传染病病原体，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，按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗，过失造成传染病传播，情节严重，危害公共安全的，依照刑法第一百一十五条第二款的规定，按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

第二条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间，生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资，或者生产、销售用于防治传染病的假药、劣药，构成犯罪的，分别依照刑法第一百四十条、第一百四十一条、第一百四十二条的规定，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，依法从重处罚。

第三条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间，生产用于防治传染病的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是用于防治传染病的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，不具有防护、救治功能，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，依法从重处罚。

医疗机构或者个人，知道或者应当知道系前款规定的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买并有偿使用的，以销售不符合标准的医用器材罪定罪，依法从重处罚。

第四条 国有公司、企业、事业单位的工作人员，在预防、控制突发传染病疫情等灾害的工作中，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，依照刑法第一百六十八条的规定，以国有公司、企业、事业单位人员失职罪或者国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪定罪处罚。

第五条 广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，假借预防、控制突发传染病疫情等灾害的名义，利用广告对所推销的商品或者服务作虚假宣传，致

使多人上当受骗,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十二条的规定,以虚假广告罪定罪处罚。

第六条 违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪,依法从重处罚。

第七条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,假借研制、生产或者销售用于预防、控制突发传染病疫情等灾害用品的名义,诈骗公私财物数额较大的,依照刑法有关诈骗罪的规定定罪,依法从重处罚。

第八条 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、红十字会工作人员依法履行为防治突发传染病疫情等灾害而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等预防、控制措施的,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。

第九条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,聚众“打砸抢”,致人伤残、死亡的,依照刑法第二百八十九条、第二百三十四条、第二百三十二条的规定,以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪,依法从重处罚。对毁坏或者抢走公私财物的首要分子,依照刑法第二百八十九条、第二百六十三条的规定,以抢劫罪定罪,依法从重处罚。

第十条 编造与突发传染病疫情等灾害有关的恐怖信息,或者明知是编造的此类恐怖信息而故意传播,严重扰乱社会秩序的,依照刑法第二百九十一条之一的规定,以编造、故意传播虚假恐怖信息罪定罪处罚。

利用突发传染病疫情等灾害,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。

第十一条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物情节严重,或者在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条的规定,以寻衅滋事罪定罪,依法从重处罚。

第十二条 未取得医师执业资格非法行医,具有造成突发传染病病人、病原携带者、疑似突发传染病病人贻误诊治或者造成交叉感染等严重情节的,依照刑法第三百三十六条第一款的规定,以非法行医罪定罪,依法从重处罚。

第十三条 违反传染病防治法等国家有关规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,造成突发传染

病传播等重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的,依照刑法第三百三十八条的规定,以重大环境污染事故罪定罪处罚。

第十四条 贪污、侵占用于预防、控制突发传染病疫情等灾害的款物或者挪用归个人使用,构成犯罪的,分别依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条、第二百七十一条、第三百八十四条、第二百七十二条的规定,以贪污罪、侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪定罪,依法从重处罚。

挪用用于预防、控制突发传染病疫情等灾害的救灾、优抚、救济等款物,构成犯罪的,对直接责任人员,依照刑法第二百七十三条的规定,以挪用特定款物罪定罪处罚。

第十五条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害的工作中,负有组织、协调、指挥、灾害调查、控制、医疗救治、信息传递、交通运输、物资保障等职责的国家机关工作人员,滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,依照刑法第三百九十七条的规定,以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。

第十六条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,从事传染病防治的政府卫生行政部门的工作人员,或者在受政府卫生行政部门委托代表政府卫生行政部门行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入政府卫生行政部门人员编制但在政府卫生行政部门从事公务的人员,在代表政府卫生行政部门行使职权时,严重不负责任,导致传染病传播或者流行,情节严重的,依照刑法第四百零九条的规定,以传染病防治失职罪定罪处罚。

在国家对突发传染病疫情等灾害采取预防、控制措施后,具有下列情形之一的,属于刑法第四百零九条规定的“情节严重”:

(一) 对发生突发传染病疫情等灾害的地区或者突发传染病病人、病原携带者、疑似突发传染病病人,未按照预防、控制突发传染病疫情等灾害工作规范的要求做好防疫、检疫、隔离、防护、救治等工作,或者采取的预防、控制措施不当,造成传染范围扩大或者疫情、灾情加重的;

(二) 隐瞒、缓报、谎报或者授意、指使、强令他人隐瞒、缓报、谎报疫情、灾情,造成传染范围扩大或者疫情、灾情加重的;

(三) 拒不执行突发传染病疫情等灾害应急处理指挥机构的决定、命令,造成传染范围扩大或者疫情、灾情加重的;

(四) 具有其他严重情节的。

第十七条 人民法院、人民检察院办理有关妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件,对于有自首、立功等悔罪表现的,依法从轻、减轻、免除处罚

或者依法作出不起诉决定。

第十八条 本解释所称“突发传染病疫情等灾害”，是指突然发生，造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情、群体性不明原因疾病以及其他严重影响公众健康的灾害。

四、地方规定

13. 武汉市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控暂行办法

时 效 性：现行有效

发文机关：武汉市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部

发文日期：2020 年 01 月 29 日

生效日期：2020 年 01 月 29 日

为依法科学有序防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情，规范疫情应急处置工作，保护人民群众生命安全和身体健康，维护社会稳定，根据《中华人民共和国突发事件应对法》《中华人民共和国传染病防治法》《突发公共卫生事件应急条例》等法律法规，结合实际，制定本办法。经市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部同意，现予以公布。

第一章 总则

第一条 为有效防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情，规范疫情应急处置工作，保护人民群众身体健康与生命安全，维护社会稳定，根据《中华人民共和国突发事件应对法》《中华人民共和国传染病防治法》《突发公共卫生事件应急条例》等法律法规，制定本办法。

第二条 本市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控与预防控制(以下简称防控)适用本办法。

第三条 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，采取甲类传染病管理措施实施管控。

新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控应当遵循统一领导、分级负责、依法管理、科学规范、快速反应、高效处置的原则。

第四条 本市设立新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部，由市委市政府主要领导任指挥长，相关领导任副指挥长，市委市政府有关单位为成员。

市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部(以下简称“市防控指挥部”)全面负责全市肺炎疫情防控工作；市防控指挥部成员单位按照各自职责做好防控工作；市防控指挥部办公室设在市政府办公厅，负责指挥部的日常工作。

各区党委和政府(含武汉东湖新技术开发区管委会、武汉经济技术开发区管委会、市东湖生态旅游风景区管委会,下同)成立相应指挥机构,按照属地管理原则,统一负责本区域内新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作。

第五条 市、区人民政府应当对参与新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控的医疗救护及相关人员,按规定给予补助;对新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作作出突出贡献的人员,给予表彰和奖励;对因参与新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作致病、致残、死亡的人员,按照国家有关规定,给予相应的补助和抚恤。

第二章 疫情报告

第六条 医疗机构应当及时向所属辖区疾病预防控制机构报告新型冠状病毒感染的肺炎病例和疫情发展最新情况,疾病预防控制机构应当及时组织开展病例的流行病学调查。

第七条 社区(村民委员会)应当全面排查辖区发热人员,并登记造册,将统计排查情况及时如实报告本区防控指挥部指定的部门。区防控指挥部应当迅速配齐必要设备,组织队伍开展相关防控工作。

第八条 疫情报告实行属地化管理,军队、武警、企业、学校等单位及所属医疗卫生机构发现疫情,应当按规定报告当地疾病预防控制机构。

第九条 零售药店、个体诊所工作人员,对前来购买治疗发热、咳嗽药品的人员,应当登记并详细询问、了解有关情况,劝导患者及时到医疗机构就诊;发现新型冠状病毒感染的肺炎病例或疑似病例,应当以最快方式向当地疾病预防控制机构报告。

第十条 鼓励公众对新型冠状病毒感染的肺炎疫情进行监督,发现有疑似人员或密切接触者,应当及时向当地疾病预防控制机构或指定部门报告。

第十一条 定点医疗机构、疾病预防控制机构、各级政府办公室、公安、卫生健康等部门,应当向社会公开咨询、投诉、求助电话,所有电话24小时值守,并按规定及时处理相关信息。

第十二条 任何单位和个人对新型冠状病毒感染的肺炎疫情,不得隐瞒、缓报、谎报或者授意他人隐瞒、缓报、谎报。

第十三条 疾病预防控制机构依照本办法规定接到报告后应当立即组织力量对报告事项调查核实、确证,并采取必要的控制措施。

第三章 预防与监测

第十四条 疾病预防控制机构、医疗机构、从事新型冠状病毒感染的肺炎研究机构,应当严格执行相关管理制度、操作规程,防止医源性感染、医院内感染、实验室感染和致病性微生物的扩散。

第十五条 对从事新型冠状病毒感染的肺炎预防控制、医疗救治、科学研究的人员,所在单位应当根据有关规定,采取有效的防护措施和医疗保障措施。

第十六条 有关部门应当加强流动人口管理,对检测发现有疑似症状的人员,实施临时隔离,进行医学观察,必要时移交指定的医疗机构。

第十七条 学校、企事业单位及机场、车站、码头、超市等公共场所应当设立体温检测点,对进入人员实行体温检测,检测认定发烧或者不予配合的,应当阻止其进入。

第十八条 有关单位和个人应当按照相关要求,对新型冠状病毒感染的肺炎病原体污染的污水、污物、粪便等进行严密消毒后处理。任何单位和个人不得销售废弃的口罩、防护服等防护物品和医疗废弃物。

第四章 医疗救治

第十九条 按照“集中病例、集中专家、集中资源、集中救治”的原则,建立完善医疗救治运行机制,将确诊病人集中安排在定点医院救治。

对确诊病人、疑似病人以及密切接触者应当按规定采取医学观察、隔离治疗、分类管理等医疗措施。

第二十条 各指定医疗机构应当设立发热门诊和隔离观察室,收治可疑发热病人,实行首诊负责制;对收治的确诊病人或者疑似病人,应当严格按照国家卫生部门公布的诊疗方案进行治疗。

第二十一条 市防控指挥部指定具有防护条件、符合收治呼吸道传染病病人要求的医院,或通过新建、改建具备上述条件的医院作为定点医院,并指定有条件的医院作为后备医院,做好随时收治新型冠状病毒感染的肺炎病人或疑似病人的准备。

定点医院和后备医院由市防控指挥部统一调配、使用和管理,医疗机构和人员应当服从市防控指挥部统一安排。

第二十二条 市、区防控指挥部指定专门机构对医疗物资实行统一管理、统一调度、统一分配,畅通运输渠道,理顺分配机制,保障医疗物资供应充足,优先满足医疗救治需要。

第二十三条 市、区防控指挥部指定专门机构维护正常的医疗秩序,确保定点医院医疗机构 24 小时接诊,应收尽收、应治尽治、应检尽检。

第二十四条 需要接受隔离治疗、医学观察的病人、疑似病人以及密切接触者,在医疗机构或者有关机构采取医学措施时应当予以配合;拒绝配合的,由公安机关依法协助强制执行。

第二十五条 需要接受隔离治疗、医学观察的病人、疑似病人以及密切接触者,在接受医疗救治时,不得侮辱、伤害医务人员和扰乱正常医疗秩序;侮辱、伤害医务人员或扰乱正常医疗秩序的,由公安机关依法从严处理。

第五章 社会面防控

第二十六条 市防控指挥部在新型冠状病毒感染的肺炎疫情期间,根据需要实施下列措施并公告:

(一) 禁止大型群众性活动,包括:演唱会、音乐会等文艺演出,大型体育赛事,撞钟、庙会、敬香祈福等民俗活动,展览、展销和人才招聘等;

(二) 暂停影剧院、娱乐场所、网吧、浴室、体育场馆等场所营业;

(三) 关闭图书馆、博物馆、文化馆(站)、美术馆等文博场馆,暂停开放动物园、风景区等场所;

(四) 停止培训机构(含托幼机构)开展线下服务;

(五) 禁止所有农(集)贸市场、超市等各类经营场所销售活禽,暂停宠物商店(医院)营业;

(六) 禁止大规模操办婚丧喜事;

(七) 要求所有人员出入公共场所佩戴口罩;

(八) 其他紧急措施。

第二十七条 市防控指挥部根据疫情防控需要,依法采取停产、停业和停课等措施并公告。

第二十八条 市防控指挥部根据疫情防控需要,依法实施交通管制并公告。

第二十九条 市防控指挥部根据疫情防控需要,依法组织对相关人员进行疏散或者隔离。

鼓励公众减少出行,取消聚餐、聚会,做好个人防护措施。

第三十条 各类超市、农贸市场、养老机构等人员密集场所应当严格消毒,做好防护措施;必要时可以对养老机构实施封闭管理,对农贸市场实施关闭。

第三十一条 社区、学校、企业和相关单位应当组织开展老年人群、返校师生及返岗人员的健康提示和健康管理工作。

第三十二条 大力开展爱国卫生运动,全面清理重点地带、重点场所的环境卫生,清除病媒孳生地。发动社会力量群防群控,切断疫情传播途径。

街道办事处、乡镇政府、社区(村民委员会)等组织应当加强新型冠状病毒感染的肺炎防治宣传,提高公众防治意识。

第三十三条 禁止交易、运输、携带、寄递野生动物及其制品,禁止食用野生动物及其制品,禁止发布销售利用野生动物及其制品的广告。

任何单位和个人发现与野生动物及其制品有关的违法行为,有权依法举报。

第三十四条 新型冠状病毒感染的肺炎病人死亡后,尸体应当按照《中华人民共和国传染病防治法》的有关规定,立即消毒、火化。

第六章 保障措施

第三十五条 市、区防控指挥部根据疫情防控需要,依法调集人员和征用医疗机构、医疗用品、交通工具、房屋等物资和场所,相关人员和单位应当积极配合。

第三十六条 市、区财政部门应当按照国家有关规定负责保障疫情防控工作所需资金,落实患者救治政策。

第三十七条 市、区防控指挥部指定专门机构组织做好药品、消毒物品、防护用品、医疗器械、检测试剂等医疗用品的生产、储备和供应工作,保障各类生活必需品的供应。鼓励本地相关企业积极生产,保障物资供应。

禁止囤积居奇、哄抬物价等行为。

第三十八条 市、区防控指挥部应当做好医护人员、参与防控工作的人员的后勤保障工作。妥善安排外地来汉支援的医疗人员和其他防控人员的交通、住宿、饮食等生活保障。

第三十九条 鼓励单位和个人以捐赠、资助等形式支持疫情防控工作。市、区防控指挥部指定专门机构公布接受捐赠的电话和渠道,负责捐赠物资和资金的使用管理监督,并对捐赠物资使用情况及时进行公布。

第四十条 鼓励志愿者积极参加防控工作,市、区防控指挥部指定专门机构为志愿者提供服务,做好防护措施和后勤保障。

所有志愿者应当服从市、区指挥部的统一管理和调配。

第四十一条 市、区防控指挥部指定专门机构为公众提供心理疏导和咨询服务。

鼓励有资质的各类社会组织和人员参与心理疏导和咨询服务。

第四十二条 有关医疗机构、科研单位应当加强新型冠状病毒研究工作,组织技术攻关,提出有效防治措施。

第七章 附则

第四十三条 违反本办法规定,由相关部门依法查处。

第四十四条 本办法自公布之日起施行。

附录二

新型冠状病毒肺炎疫情防控相关 法律法规政策目录索引

法律

1. 中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法
[全国人民代表大会常务委员会][2019-12-28]
2. 中华人民共和国传染病防治法(2013 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2013-06-29]
3. 中华人民共和国突发事件应对法
[全国人民代表大会常务委员会][2007-08-30]
4. 中华人民共和国红十字会法(2017 修订)
[全国人民代表大会常务委员会][2017-02-24]
5. 中华人民共和国公益事业捐赠法
[全国人民代表大会常务委员会][1999-06-28]
6. 中华人民共和国慈善法
[全国人民代表大会常务委员会][2016-03-16]
7. 中华人民共和国野生动物保护法(2018 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-10-26]
8. 中华人民共和国动物防疫法(2015 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2015-04-24]
9. 中华人民共和国食品安全法(2018 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]
10. 中华人民共和国药品管理法(2019 修订)
[全国人民代表大会常务委员会][2019-08-26]

11. 中华人民共和国执业医师法(2009 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2009-08-27]
12. 中华人民共和国中医药法
[全国人民代表大会常务委员会][2016-12-25]
13. 中华人民共和国固体废物污染环境防治法(2016 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2016-11-07]
14. 中华人民共和国大气污染防治法(2018 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-10-26]
15. 中华人民共和国水污染防治法(2017 修正)
[全国人民代表大会][2017-06-27]
16. 中华人民共和国税收征收管理法(2015 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2015-04-24]
17. 中华人民共和国价格法
[全国人民代表大会常务委员会][1997-12-29]
18. 中华人民共和国旅游法(2018 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-10-26]
19. 中华人民共和国消费者权益保护法(2013 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2013-10-25]
20. 中华人民共和国侵权责任法
[全国人民代表大会常务委员会][2009-12-26]
21. 中华人民共和国产品质量法(2018 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]
22. 中华人民共和国网络安全法
[全国人民代表大会常务委员会][2016-11-07]
23. 中华人民共和国海关法(2017 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2017-11-04]
24. 中华人民共和国出境入境管理法
[全国人民代表大会常务委员会][2012-06-30]
25. 中华人民共和国国境卫生检疫法(2018 修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-04-27]
26. 中华人民共和国进出口商品检验法(2018 第二次修正)
[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]
27. 中华人民共和国进出境动植物检疫法(2009 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2009-08-27]

28. 中华人民共和国劳动法(2018 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]

29. 中华人民共和国劳动合同法(2012 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2012-12-28]

30. 中华人民共和国社会保险法(2018 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]

31. 中华人民共和国民法通则(2009 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2009-08-27]

32. 中华人民共和国民法总则

[全国人民代表大会][2017-03-15]

33. 中华人民共和国物权法

[全国人民代表大会][2007-03-16]

34. 中华人民共和国合同法

[全国人民代表大会][1999-03-15]

35. 中华人民共和国刑法(2017 修正)

[全国人民代表大会][2017-11-04]

36. 中华人民共和国治安管理处罚法(2012 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2012-10-26]

37. 中华人民共和国行政强制法

[全国人民代表大会常务委员会][2011-06-30]

38. 中华人民共和国行政处罚法(2017 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2017-09-01]

39. 中华人民共和国行政复议法(2017 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2017-09-01]

40. 中华人民共和国城市居民委员会组织法(2018 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]

41. 中华人民共和国村民委员会组织法(2018 修正)

[全国人民代表大会常务委员会][2018-12-29]

行政法规

42. 突发公共卫生事件应急条例(2011 修订)

[国务院][国务院令 第 588 号][2011-01-08]

43. 公共场所卫生管理条例(2019 修订)

- [国务院][国务院令第 714 号][2019-04-23]
44. 城市市容和环境卫生管理条例(2017 修订)
[国务院][国务院令第 676 号][2017-03-01]
45. 重大动物疫情应急条例(2017 修订)
[国务院][国务院令第 687 号][2017-10-07]
46. 中华人民共和国药品管理法实施条例(2019 修订)
[国务院][国务院令第 709 号][2019-03-02]
47. 医疗机构管理条例(2016 修订)
[国务院][国务院令第 666 号][2016-02-06]
48. 医疗器械监督管理条例(2017 修订)
[国务院][国务院令第 680 号][2017-05-04]
49. 医疗废物管理条例(2011 修订)
[国务院][国务院令第 588 号][2011-01-08]
50. 疫苗流通和预防接种管理条例(2016 修订)
[国务院][国务院令第 668 号][2016-04-23]
51. 血液制品管理条例(2016 修订)
[国务院][国务院令第 666 号][2016-02-06]
52. 病原微生物实验室生物安全管理条例(2018 修订)
[国务院][国务院令第 698 号][2018-03-19]
53. 中华人民共和国中医药条例
[国务院][国务院令第 374 号][2003-04-07]
54. 中华人民共和国护士条例
[国务院][国务院令第 517 号][2008-01-31]
55. 医疗事故处理条例
[国务院][国务院令第 351 号][2002-04-04]
56. 医疗纠纷预防和处理条例
[国务院][国务院令第 701 号][2018-07-31]
57. 中华人民共和国国境卫生检疫法实施细则(2019 修订)
[国务院][国务院令第 709 号][2019-03-02]
58. 中华人民共和国国境口岸卫生监督办法(2019 修订)
[国务院][国务院令第 709 号][2019-03-02]
59. 中华人民共和国进出口关税条例(2017 修订)
[国务院][国务院令第 676 号][2017-03-01]

60. 中华人民共和国海关事务担保条例(2018 修订)
[国务院][国务院令第 698 号][2018-03-19]
61. 中华人民共和国海关稽查条例(2016 修订)
[国务院][国务院令第 670 号][2016-06-19]
62. 中华人民共和国海关统计条例
[国务院][国务院令第 454 号][2005-12-25]
63. 中华人民共和国海关行政处罚实施条例
[国务院][国务院令第 420 号][2004-09-19]
64. 中华人民共和国海关对出口加工区监管的暂行办法(2011 修订)
[国务院][国务院令第 588 号][2011-01-08]
65. 中华人民共和国植物检疫条例(2017 修订)
[国务院][国务院令第 687 号][2017-10-07]
66. 中华人民共和国进出境动植物检疫法实施条例
[国务院][国务院令第 206 号][1996-12-02]
67. 国务院关于贸易性动物产品出境检疫管理体制的通知
[国务院][国函〔1991〕76 号][1991-11-15]
68. 国务院关于进出境动植物检疫有关问题的通知
[国务院][国函〔1991〕84 号][1991-10-10]
69. 保税区海关监管办法(2011 年修订)
[国务院][国务院令第 588 号][2011-01-08]
70. 中华人民共和国食品安全法实施条例(2019 修订)
[国务院][国务院令第 721 号][2019-10-11]
71. 国内交通卫生检疫条例
[国务院][国务院令第 254 号][1998-11-28]
72. 中华人民共和国劳动合同法实施条例
[国务院][国务院令第 535 号][2008-09-18]
73. 志愿服务条例
[国务院][国务院令第 685 号][2017-08-22]
74. 职工带薪年休假条例
[国务院][国务院令第 514 号][2007-12-14]
75. 工伤保险条例(2010 修订)
[国务院][国务院令第 586 号][2010-12-20]
76. 价格违法行为行政处罚规定(2010 修订)

[国务院][国务院令第 585 号][2010-12-04]

77. 中华人民共和国政府信息公开条例(2019 修订)

[国务院][国务院令第 711 号][2019-04-03]

国务院规范性文件

78. 国务院办公厅转发国家卫生健康委、人力资源社会保障部、财政部关于改善一线医务人员工作条件切实关心医务人员身心健康若干措施的通知

[国务院办公厅][国办发〔2020〕4 号][2020-02-10]

79. 国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制关于加强新型冠状病毒肺炎疫情防控期间孕产妇疾病救治与安全助产工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕25 号][2020-02-08]

80. 国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制关于印发新型冠状病毒肺炎疫情防控期间心理援助热线工作指南的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕24 号][2020-02-07]

81. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于切实为基层减负全力做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕21 号][2020-02-05]

82. 国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制关于全力做好一线医务人员及其家属保障工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕23 号][2020-02-05]

83. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于印发不同人群预防新型冠状病毒感染口罩选择与使用技术指引的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕20 号][2020-02-04]

84. 国务院联防联控机制印发《新型冠状病毒感染的肺炎疑似病例轻症患者首诊隔离点观察工作方案》

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕19 号][2020-02-03]

85. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制医疗物资保障组关于疫情期间防护服使用建议的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制医疗物资保障组]
[工信明电〔2020〕10号][2020-02-03]

86. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于做好儿童和孕产妇新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕17号][2020-02-02]

87. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于设立应对疫情心理援助热线的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕18号][2020-02-02]

88. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于印发公共场所新型冠状病毒感染的肺炎卫生防护指南的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕15号][2020-01-30]

89. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于进一步做好农村地区新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕14号][2020-01-30]

90. 国务院办公厅关于组织做好疫情防控重点物资生产企业复工复产和调度安排工作的紧急通知

[国务院办公厅][国办发明电〔2020〕2号][2020-01-29]

91. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于印发公共交通工具消毒操作技术指南的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕13号][2020-01-29]

92. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于做好老年人新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕11号][2020-01-28]

93. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制关于印发近期防控新型冠状病毒感染的肺炎工作方案的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕9号][2020-01-27]

94. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控工作机制关于加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情社区防控工作的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕5号][2020-01-24]

95. 国务院农民工工作领导小组办公室关于进一步做好春节后农民工返城服务保障工作的通知

[国务院农民工工作领导小组办公室][国农工办发〔2020〕1号][2020-02-06]

96. 国务院办公厅关于征集新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作问题线索及意见建议的公告

[国务院办公厅][2020-01-24]

97. 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][国办发明电〔2020〕1号][2020-01-26]

98. 国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控工作机制关于严格预防通过交通工具传播新型冠状病毒感染的肺炎的通知

[国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制][肺炎机制发〔2020〕2号][2020-01-23]

99. 国务院办公厅关于加强传染病防治人员安全防护的意见

[国务院办公厅][国办发〔2015〕1号][2015-01-06]

100. 国务院办公厅关于施行《中华人民共和国政府信息公开条例》若干问题的意见

[国务院办公厅][国办发〔2008〕36号][2008-04-29]

101. 国务院办公厅关于印发突发事件应急预案管理办法的通知

[国务院办公厅][国办发〔2013〕101号][2013-10-25]

102. 国家突发公共卫生事件应急预案

[国务院][2006-02-26]

103. 国家突发公共事件医疗卫生救援应急预案

[国务院][2006-02-26]

104. 国家突发公共事件总体应急预案

[国务院][2006-01-08]

105. 国务院办公厅关于建立健全基层医疗卫生机构补偿机制的意见

[国务院办公厅][国办发〔2010〕62号][2010-12-10]

106. 国务院办公厅关于印发建立和规范政府办基层医疗卫生机构基本药

物采购机制指导意见的通知

[国务院办公厅][国办发〔2010〕56号][2010-11-19]

107. 国务院办公厅转发发展改革委财政部卫生部关于清理化解基层医疗卫生机构债务意见的通知

[国务院办公厅][国办发〔2011〕32号][2011-07-05]

108. 国务院办公厅关于巩固完善基本药物制度和基层运行新机制的意见

[国务院办公厅][国办发〔2013〕14号][2013-02-10]

109. 国务院办公厅关于加强基层应急队伍建设的意见

[国务院办公厅][国办发〔2009〕59号][2009-10-18]

110. 国务院办公厅关于加强基层应急管理工作的意见

[国务院办公厅][国办发〔2007〕52号][2007-07-31]

司法解释及“两高”规范性文件

111. 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

[最高人民法院；最高人民检察院；公安部；司法部][法发〔2020〕7号][2020-02-06]

112. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释

[最高人民法院；最高人民检察院][法释〔2003〕8号][2003-05-14]

113. 最高人民法院审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释

[最高人民法院][法释〔2000〕37号][2000-11-27]

114. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释

[最高人民法院；最高人民检察院][法释〔2001〕10号][2001-04-09]

115. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释

[最高人民法院；最高人民检察院][法释〔2013〕21号][2013-09-06]

116. 最高人民法院审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定

[最高人民法院][法释〔2014〕11号][2014-08-21]

117. 最高人民法院执行局关于做好防控新型冠状病毒感染肺炎疫情期间履行工作相关事项的通知

[最高人民法院执行局][2020-01-31]

118. 最高人民法院关于新型冠状病毒疫情防控期间诉讼服务和申诉信访工作的通告

[最高人民法院][2020-01-30]

119. 最高人民检察院关于新型冠状病毒疫情防控期间以来信、网络和电话方式接待群众来访工作的公告

[最高人民检察院][2020-01-29]

120. 最高人民法院知识产权法庭关于疫情防控期间诉讼活动、诉讼服务工作的公告

[最高人民法院知识产权审判庭][2020-01-29]

121. 最高人民法院知识产权法庭关于疫情防控期间来访接待事宜告知书

[最高人民法院知识产权审判庭][2020-01-29]

部委规章

122. 公共场所卫生管理条例实施细则(2017 修正)

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销)][国家卫生和计划生育委员会令第18号][2017-12-26]

123. 消毒管理办法(2017 修订)

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销)][国家卫生和计划生育委员会令第18号][2017-12-26]

124. 医疗机构管理条例实施细则(2017 修正)

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销)][国家卫生和计划生育委员会令第12号][2017-02-21]

125. 医疗质量管理办法

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销)][国家卫生和计划生育委员会令第10号][2016-09-25]

126. 人间传染的高致病性病原微生物实验室和实验活动生物安全审批管理办法(2016 修订)

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销)][2016-01-19]

127. 中华人民共和国传染病防治法实施办法

[卫生部(已撤销)][卫生部令第17号][1991-12-06]

128. 医疗机构传染病预检分诊管理办法

[卫生部(已撤销)][卫生部令第41号][2005-02-28]

129. 可感染人类的高致病性病原微生物菌(毒)种或样本运输管理规定

- [卫生部(已撤销)][卫生部令第45号][2005-12-28]
130. 传染病病人或疑似传染病病人尸体解剖查验规定
[卫生部(已撤销)][卫生部令第43号][2005-04-30]
131. 抗菌药物临床应用管理办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第84号][2012-04-24]
132. 药品不良反应报告和监测管理办法(2011)
[卫生部(已撤销)][卫生部令第81号][2011-05-04]
133. 人间传染的病原微生物菌(毒)种保藏机构管理办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第68号][2009-07-16]
134. 医院感染管理办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第48号][2006-07-06]
135. 关于卫生监督体系建设的若干规定
[卫生部(已撤销)][卫生部令第39号][2005-01-05]
136. 预防接种异常反应鉴定办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第60号][2008-09-11]
137. 突发公共卫生事件交通应急规定
[卫生部(已撤销);交通部(已撤销)][卫生部令、交通部令 2004 年第 2 号]
[2004-03-04]
138. 医疗卫生机构医疗废物管理办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第36号][2003-10-15]
139. 医疗事故技术鉴定暂行办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第30号][2002-07-31]
140. 卫生行政处罚程序
[卫生部(已撤销)][卫生部令第53号][1997-06-19]
141. 卫生监督员管理办法
[卫生部(已撤销)][卫生部令第20号][1992-05-11]
142. 国境口岸传染病监测试行办法
[卫生部(已撤销)][1980-06-18]
143. 医疗废物管理行政处罚办法(2010 修订)
[环境保护部(已撤销)][2010-12-22]
144. 进出口化妆品检验检疫监督管理办法(2018 第三次修正)
[海关总署][海关总署第 243 号令][2018-11-23]
145. 进口可用作原料的固体废物检验检疫监督管理办法(2018 第三次

修正)

[海关总署][海关总署令 2018 年第 243 号][2018-11-23]

146. 保税区检验检疫监督管理办法(2018 第三次修正)

[海关总署][海关总署令 2018 年第 243 号][2018-11-23]

147. 出境水生动物检验检疫监督管理办法(2018 第四次修正)

[海关总署][海关总署令 2018 年第 243 号][2018-11-23]

148. 进出境转基因产品检验检疫管理办法(2018 第三次修正)

[海关总署][海关总署令第 243 号][2018-11-23]

149. 进境水果检验检疫监督管理办法(2018 第二次修正)

[海关总署][海关总署令 2018 年第 243 号][2018-11-23]

150. 出入境检验检疫报检规定(2018 第四次修正)

[海关总署][海关总署令第 243 号][2018-11-23]

151. 出入境快件检验检疫管理办法(2018 第三次修正)

[海关总署][海关总署令 2018 年第 243 号][2018-11-23]

152. 国际航行船舶出入境检验检疫管理办法(2018 第三次修正)

[海关总署][海关总署第 240 号令][2018-05-29]

153. 出入境检验检疫报检企业管理办法(2018 第二次修正)

[海关总署][海关总署第 240 号令][2018-05-29]

154. 进出境粮食检验检疫监督管理办法(2018 第二次修正)

[海关总署][海关总署第 240 号令][2018-05-29]

155. 进出境非食用动物产品检验检疫监督管理办法(2018 第二次修正)

[海关总署][海关总署第 240 号令][2018-05-29]

156. 出口蜂蜜检验检疫管理办法(2018 修正)

[海关总署][海关总署令第 238 号][2018-04-28]

157. 出入境检验检疫封识管理办法(2018 修正)

[海关总署][海关总署令第 238 号][2018-04-28]

158. 进出境集装箱检验检疫管理办法(2018 修正)

[海关总署][海关总署令第 238 号][2018-04-28]

159. 国境口岸突发公共卫生事件出入境检验检疫应急处理规定(2018 修正)

[海关总署][海关总署令第 238 号][2018-04-28]

部委规范性文件

160. 国家卫生健康委办公厅关于加强新冠肺炎首诊隔离点医疗管理工作

的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕120号][2020-02-10]

161. 国家卫生健康委办公厅、国家中医药管理局办公室关于印发新型冠状病毒肺炎诊疗方案(试行第五版 修正版)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅;国家中医药管理局办公室][国卫办医函〔2020〕117号][2020-02-08]

162. 国家卫生健康委办公厅关于进一步加强疫情期间医用防护服严格分级分区使用管理的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕118号][2020-02-08]

163. 国家卫生健康委办公厅、住房和城乡建设部办公厅关于印发新型冠状病毒肺炎应急救治设施设计导则(试行)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅;住房和城乡建设部办公厅][国卫办规划函〔2020〕111号][2020-02-08]

164. 国家卫生健康委关于新型冠状病毒肺炎暂命名事宜的通知

[国家卫生健康委员会][国卫医函〔2020〕42号][2020-02-07]

165. 国家卫生健康委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于做好新型冠状病毒肺炎疫情防控期间保障医务人员安全维护良好医疗秩序的通知

[国家卫生健康委员会;最高人民法院;最高人民检察院;公安部][肺炎机制发〔2020〕23号][2020-02-07]

166. 国家卫生健康委员会办公厅、国家中医药管理局办公室关于推荐在中西医结合救治新型冠状病毒感染的肺炎中使用“清肺排毒汤”的通知

[国家卫生健康委员会办公厅;国家中医药管理局办公室][国中医药办医政函〔2020〕22号][2020-02-06]

167. 国家卫生健康委办公厅关于印发新型冠状病毒肺炎防控方案(第四版)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办疾控函〔2020〕109号][2020-02-06]

168. 国家卫生健康委办公厅关于在疫情防控中做好互联网诊疗咨询服务工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕112号][2020-02-06]

169. 国家卫生健康委员会办公厅、中央军委后勤保障部卫生局关于做好新型冠状病毒肺炎疫情期间血液安全供应保障工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅;中央军委后勤保障部卫生局][国卫办医函

〔2020〕113号〕〔2020-02-05〕

170. 国家卫生健康委办公厅关于印发新型冠状病毒感染的肺炎防控中居家隔离医学观察感染防控指引(试行)的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅〕〔国卫办医函〔2020〕106号〕〔2020-02-04〕

171. 国家卫生健康委办公厅、国家中医药管理局办公室关于印发新型冠状病毒感染的肺炎诊疗方案(试行第五版)的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅;国家中医药管理局办公室〕〔国卫办医函〔2020〕103号〕〔2020-02-04〕

172. 国家卫生健康委办公厅关于部分消毒剂在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间紧急上市的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅〕〔国卫办监督函〔2020〕99号〕〔2020-02-03〕

173. 国家卫生健康委办公厅关于加强信息化支撑新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅〕〔国卫办规划函〔2020〕100号〕〔2020-02-03〕

174. 国家卫生健康委办公厅关于加强疫情期间医用防护用品管理工作的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅〕〔国卫办医函〔2020〕98号〕〔2020-02-03〕

175. 国家卫生健康委办公厅关于加强重点地区重点医院发热门诊管理及医疗机构内感染防控工作的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅〕〔国卫办医函〔2020〕102号〕〔2020-02-03〕

176. 国家卫生健康委办公厅、民政部办公厅、公安部办公厅关于印发新型冠状病毒感染的肺炎患者遗体处置工作指引(试行)的通知

〔国家卫生健康委员会办公厅;民政部办公厅;公安部办公厅〕〔国卫办医函〔2020〕89号〕〔2020-02-01〕

177. 新型冠状病毒防控指南(第一版)

〔中国疾病预防控制中心〕〔2020-02-01〕

178. 国家卫生健康委基层司关于进一步做好基层医疗卫生机构防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情工作的通知

〔国家卫生健康委员会〕〔国卫基层运行便函〔2020〕1号〕〔2020-01-31〕

179. 国家卫生健康委疾控局关于印发新型冠状病毒感染不同风险人群防护指南和预防新型冠状病毒感染的肺炎口罩使用指南的通知

〔国家卫生健康委员会疾控局〕〔2020-01-30〕

180. 国家卫生健康委办公厅、国家中医药管理局办公室关于做好应对2020年春节假期后就诊高峰工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅;国家中医药管理局办公室][国卫办医函〔2020〕86号][2020-01-29]

181. 国家卫生健康委办公厅关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情期间医疗机构医疗废物管理工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕81号][2020-01-28]

182. 国家卫生健康委办公厅关于印发新型冠状病毒感染的肺炎防控方案(第三版)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办疾控函〔2020〕80号][2020-01-28]

183. 国家卫生健康委办公厅关于进一步加强县域新型冠状病毒感染的肺炎医疗救治工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕83号][2020-01-28]

184. 国家卫生健康委关于做好托育机构相关工作的通知

[国家卫生健康委员会][国卫人口函〔2020〕23号][2020-01-28]

185. 国家卫生健康委员会关于印发新型冠状病毒感染的肺炎诊疗方案(试行第四版)的通知

[国家卫生健康委员会][国卫办医函〔2020〕77号][2020-01-27]

186. 国家卫生健康委办公厅关于印发新型冠状病毒感染的肺炎病例转运工作方案(试行)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕76号][2020-01-27]

187. 国家卫生健康委办公厅关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作中表现突出个人和集体即时性表彰的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办人函〔2020〕78号][2020-01-27]

188. 国家卫生健康委办公厅关于加强基层医疗卫生机构新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办基层函〔2020〕72号][2020-01-26]

189. 国家卫生健康委办公厅关于印发新型冠状病毒感染的肺炎防控中常见医用防护用品使用范围指引(试行)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕75号][2020-01-26]

190. 国家卫生健康委员会关于印发新型冠状病毒感染的肺炎疫情紧急心理危机干预指导原则的通知

[国家卫生健康委员会][肺炎机制发〔2020〕8号][2020-01-26]

191. 国家卫生健康委办公厅关于进一步加强全力防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情中医务工作者感人事迹宣传的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办宣传函〔2020〕55号][2020-01-24]

192. 国家卫生健康委办公厅关于印发新型冠状病毒实验室生物安全指南(第二版)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办科教函〔2020〕70号][2020-01-23]

193. 国家卫生健康委员会、国家中医药管理局关于印发新型冠状病毒感染的肺炎诊疗方案(试行第三版)的通知

[国家卫生健康委员会;国家中医药管理局][国卫办医函〔2020〕66号][2020-01-22]

194. 国家卫生健康委员会办公厅关于印发医疗机构内新型冠状病毒感染预防与控制技术指南(第一版)的通知

[国家卫生健康委员会][国卫办医函〔2020〕65号][2020-01-22]

195. 国家卫生健康委办公厅关于加强新型冠状病毒感染的肺炎重症病例医疗救治工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办医函〔2020〕64号][2020-01-22]

196. 国家卫生健康委员会公告 2020 年第 1 号——关于将新型冠状病毒感染的肺炎纳入法定传染病管理的公告

[国家卫生健康委员会][国家卫生健康委员会公告 2020 年第 1 号][2020-01-20]

197. 新型冠状病毒感染的肺炎防控方案(第二版)

[国家卫生健康委员会疾控局][2020-01-22]

198. 国家卫生健康委办公厅关于县级疾病预防控制等专业公共卫生机构指导基层开展基本公共卫生服务的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办疾控函〔2019〕817号][2019-11-08]

199. 国家卫生健康委办公厅关于印发卫生健康领域基层政务公开标准指引(试行)的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办政务函〔2019〕698号][2019-08-27]

200. 国家卫生健康委办公厅关于进一步加强秋冬季重点传染病防控工作的通知

[国家卫生健康委员会办公厅][国卫办疾控函〔2019〕764号][2019-

09-30]

201. 国家卫生健康委员会、教育部关于发布《普通高等学校传染病预防控制指南》行业标准的通告

[国家卫生健康委员会;教育部][2019-01-23]

202. 国家卫生计生委关于印发突发急性传染病防治“十三五”规划(2016-2020年)的通知

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销)][国卫应急发〔2016〕35号][2016-07-15]

203. 国家卫生计生委、国家中医药管理局关于印发卫生计生单位接受公益事业捐赠管理办法(试行)的通知

[国家卫生和计划生育委员会(已撤销);国家中医药管理局][国卫财务发〔2015〕77号][2015-08-26]

204. 卫生部关于印发《群体性不明原因疾病应急处置方案》(试行)的通知

[卫生部(已撤销)][卫应急发〔2007〕21号][2007-01-16]

205. 突发公共卫生事件与传染病疫情监测信息报告管理办法(2006修改)

[卫生部(已撤销)][卫疾控发〔2006〕332号][2006-08-22]

206. 卫生部关于大力宣传认真实施《突发公共卫生事件应急条例》和《传染性非典型肺炎防治管理办法》的通知

[卫生部(已撤销)][2003-05-21]

207. 国家中医药管理局办公室关于加强信息化支撑新型冠状病毒肺炎疫情防控中医药防控工作的通知

[国家中医药管理局办公室][国中医药办规财函〔2020〕25号][2020-02-08]

208. 国家中医药管理局发布关于新型冠状病毒感染的肺炎诊疗方案(试行第五版)的解读

[国家中医药管理局][2020-02-06]

209. 国家药监局关于严厉打击制售假劣药品医疗器械违法行为切实保障新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控药品医疗器械安全的通知

[国家药品监督管理局][国药监法〔2020〕3号][2020-02-04]

210. 国家医疗保障局、财政部关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗保障的通知

[国家医疗保障局;财政部][2020-01-22]

211. 国家医疗保障局办公室、财政部办公厅、国家卫生健康委办公厅关于

做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗保障工作的补充通知

[国家医疗保障局办公室;财政部办公厅;国家卫生健康委员会办公厅]
[2020-01-27]

212. 住房和城乡建设部、国家发展改革委关于批准发布《传染病医院建设标准》的通知

[住房和城乡建设部;国家发展和改革委员会][建标〔2016〕131号]
[2016-06-19]

213. 科技部关于发布新型冠状病毒(2019-nCoV)现场快速检测产品研发应急项目申报指南的通知

[科学技术部][国科发资〔2020〕28号][2020-02-08]

214. 科技部办公厅关于做好在华工作外国专家防控新型冠状病毒疫情服务工作的通知

[科学技术部办公厅][国科办专〔2020〕4号][2020-01-31]

215. 生态环境部办公厅关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗污水和城镇污水监管工作的通知

[生态环境部办公厅][环办水体函〔2020〕52号][2020-02-01]

216. 生态环境部办公厅关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控中医医疗机构辐射安全监管服务保障工作的通知

[生态环境部办公厅][环办辐射函〔2020〕51号][2020-02-01]

217. 生态环境部办公厅印发《新型冠状病毒感染的肺炎疫情医疗废物应急处置管理与技术指南(试行)》

[生态环境部办公厅][2020-01-28]

218. 财政部办公厅、教育部办公厅关于切实做好学校疫情防控经费保障工作的通知

[财政部办公厅;教育部办公厅][财办教〔2020〕11号][2020-02-07]

219. 财政部、税务总局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;国家税务总局][财政部、税务总局公告 2020 年第 10 号]
[2020-02-06]

220. 财政部、税务总局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;国家税务总局][财政部、税务总局公告 2020 年第 8 号][2020-02-06]

221. 财政部、税务总局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;国家税务总局][财政部、税务总局公告 2020 年第 9 号][2020 - 02 - 06]

222. 财政部、国家发展改革委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;国家发展和改革委员会][财政部、国家发展改革委公告 2020 年第 11 号][2020 - 02 - 06]

223. 财政部办公厅关于疫情防控期间开展政府采购活动有关事项的通知

[财政部办公厅][财办库〔2020〕29 号][2020 - 02 - 06]

224. 财政部关于疫情防控期间切实做好会计服务工作的通知

[财政部][财会〔2020〕2 号][2020 - 02 - 05]

225. 财政部关于对支持金融强化服务做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作工作的通知

[财政部][财金〔2020〕3 号][2020 - 02 - 03]

226. 财政部、海关总署、税务总局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;国家税务总局][财政部、海关总署、税务总局公告 2020 年第 6 号][2020 - 02 - 01]

227. 财政部关于支持金融强化服务做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的通知

[财政部][财金〔2020〕3 号][2020 - 02 - 01]

228. 财政部关于延长 2020 年彩票市场春节休市时间的公告

[财政部][财政部公告 2020 年第 5 号][2020 - 01 - 28]

229. 财政部办公厅关于疫情防控采购便利化的通知

[财政部办公厅][财办库〔2020〕23 号][2020 - 01 - 26]

230. 财政部、国家卫生健康委关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控有关经费保障政策的通知

[财政部;国家卫生健康委员会][财社〔2020〕2 号][2020 - 01 - 25]

231. 财政部、发展改革委、工业和信息化部、人民银行、审计署关于打赢疫情防控阻击战强化疫情防控重点保障企业资金支持的紧急通知

[财政部;国家发展和改革委员会;工业和信息化部;中国人民银行;审计署][财金〔2020〕5 号][2020 - 02 - 07]

232. 财政部关于做好疫情防控期间彩票发行销售工作有关事宜的通知

[财政部][财综〔2020〕2号][2020-02-07]

233. 财政部、海关总署、国家税务总局公告 2015 年第 102 号——慈善捐赠物资免征进口税收暂行办法

[财政部;海关总署;国家税务总局][财政部、海关总署、国家税务总局公告 2015 年第 102 号][2015-12-23]

234. 审计署关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控财政资金和捐赠款物审计监督工作的通知

[审计署][审财发〔2020〕3号][2020-02-07]

235. 国家税务总局关于充分发挥税收职能作用、助力打赢疫情防控阻击战若干措施的通知

[国家税务总局][税总发〔2020〕14号][2020-02-10]

236. 国家税务总局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][国家税务总局公告 2020 年第 4 号][2020-02-10]

237. 新冠肺炎疫情防控税收优惠政策指引

[国家税务总局][2020-02-10]

238. 国家税务总局关于优化纳税缴费服务配合做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的通知

[国家税务总局][税总函〔2020〕19号][2020-01-30]

239. 中国人民银行金融市场司关于疫情防控期间金融机构发行债券有关事宜的通知

[中国人民银行金融市场司][银市场〔2020〕5号][2020-02-07]

240. 中国人民银行、银保监会、证监会、外汇局关于做好春节假期后金融服务工作的通知

[中国银行保险监督管理委员会][银发〔2020〕30号][2020-02-01]

241. 中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、国家外汇管理局关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[中国人民银行;财政部;中国银行保险监督管理委员会;中国证券监督管理委员会;国家外汇管理局][银发〔2020〕29号][2020-01-31]

242. 中国证监会办公厅关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[中国证券监督管理委员会办公厅][证监办发〔2020〕9号][2020-01-27]

243. 中国银行保险监督管理委员会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

[中国银行保险监督管理委员会][银保监办发〔2020〕10号][2020-01-26]

244. 国家外汇管理局综合司关于建立外汇政策绿色通道支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[国家外汇管理局综合司][汇综发〔2020〕2号][2020-01-27]

245. 海关总署公告 2020 年第 21 号——关于临时延长加工贸易手册(账)册核销期限和有关注册登记备案事宜的公告

[海关总署][海关总署公告 2020 年第 21 号][2020-02-06]

246. 海关总署公告 2020 年第 18 号——关于临时延长汇总征税缴款期限和有关滞纳金、滞报金事宜的公告

[海关总署][海关总署公告 2020 年第 18 号][2020-02-03]

247. 海关总署公告 2020 年第 17 号——关于用于新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口捐赠物资办理通关手续的公告

[海关总署][海关总署公告 2020 年第 17 号][2020-01-25]

248. 海关总署公告 2020 年第 16 号——关于重新启动出入境人员填写健康申明卡制度的公告

[海关总署][海关总署公告 2020 年第 16 号][2020-01-25]

249. 海关总署、国家卫生健康委员会公告 2020 年第 15 号——关于防控新型冠状病毒感染的肺炎的公告

[海关总署;国家卫生健康委员会][海关总署、国家卫生健康委员会公告 2020 年第 15 号][2020-01-24]

250. 中华人民共和国出入境管理局关于暂停部分内地往来香港口岸人员通行的公告

[中华人民共和国出入境管理局][2020-02-03]

251. 国务院关税税则委员会关于防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情进口物资不实施对美加征关税措施的通知

[国务院关税税则委员会][税委会〔2020〕6号][2020-02-01]

252. 国家发展改革委办公厅关于积极应对疫情创新做好招投标工作保障经济平稳运行的通知

[国家发展和改革委员会办公厅][发改电〔2020〕170号][2020-02-08]

253. 国家发展改革委办公厅关于疫情防控期间做好企业债券工作的通知

[国家发展和改革委员会办公厅][发改办财金〔2020〕111号][2020-

02-08]

254. 国家发展改革委、财政部、工业和信息化部关于发挥政府储备作用支持应对疫情紧缺物资增产增供的通知

[国家发展和改革委员会; 财政部; 工业和信息化部][发改运行〔2020〕184号][2020-02-07]

255. 国家发展改革委办公厅关于疫情防控期间采取支持性两部制电价政策、降低企业用电成本的通知

[国家发展和改革委员会办公厅][发改办价格〔2020〕110号][2020-02-07][2020-01-29]

256. 国家发展改革委办公厅、人力资源社会保障部办公厅、工业和信息化部办公厅、全国总工会办公厅关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情 支持鼓励劳动者参与线上职业技能培训的通知

[国家发展和改革委员会办公厅; 人力资源和社会保障部办公厅; 工业和信息化部办公厅; 中华全国总工会办公厅][发改办就业〔2020〕100号][2020-02-05]

257. 国家发展和改革委员会关于暂停政务服务大厅窗口服务, 推行政务服务网上办理的通告

[国家发展和改革委员会][2020-02-01]

258. 工业和信息化部关于应对新型冠状病毒肺炎疫情帮助中小企业复工复产共渡难关有关工作的通知

[工业和信息化部][工信明电〔2020〕14号][2020-02-09]

259. 工业和信息化部信息技术发展司关于请软件和信息技术服务企业提供疫情防控期间存在困难和有关意见建议的函

[工业和信息化部][2020-02-04]

260. 商务部办公厅关于积极应对新冠肺炎疫情加强外资企业服务和招商引资工作的通知

[商务部办公厅][2020-02-07]

261. 商务部办公厅、国家卫生健康委办公厅关于印发《零售、餐饮企业在新型冠状病毒流行期间经营服务防控指南》的通知

[商务部; 国家卫生健康委员会][商办流通函〔2020〕43号][2020-02-06]

262. 商务部办公厅、国家发展改革委办公厅关于保障流通企业防护用品需要做好市场保供工作的通知

[商务部办公厅; 国家发展和改革委员会][商办建函〔2020〕42号][2020-

02-06]

263. 商务部办公厅关于做好疫情防控期间生活物资对接调运保供有关工作的通知

[商务部][2020-02-06]

264. 商务部办公厅印发关于切实做好疫情防控期间进一步便利企业申领进出口许可证件有关工作的通知

[商务部办公厅][2020-02-06]

265. 商务部办公厅、国家卫生健康委办公厅关于做好生活服务企业新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的通知

[商务部;国家卫生健康委员会][商办流通函〔2020〕44号][2020-02-06]

266. 商务部办公厅关于组织做好商贸企业复工营业工作的通知

[商务部办公厅][2020-02-05]

267. 商务部办公厅印发《关于帮助外贸企业应对疫情克服困难减少损失的通知》

[商务部办公厅][2020-02-05]

268. 商务部办公厅关于疫情防控期间进一步便利技术进出口有关工作的通知

[商务部办公厅][2020-02-03]

269. 商务部办公厅关于进一步强化生活必需品市场供应保障工作的通知

[商务部办公厅][2020-02-01]

270. 国家煤矿安监局关于切实做好春节后煤矿复工复产工作有关事项的通知

[国家煤矿安全监察局][煤安监行管〔2020〕5号][2020-02-01]

271. 国家能源局综合司关于做好疫情防控期间煤炭供应保障有关工作的通知

[国家能源局][国能综通煤炭〔2020〕7号][2020-02-01]

272. 国家烟草专卖局关于积极做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[国家烟草专卖局][国烟办〔2020〕32号][2020-01-24]

273. 市场监管总局关于依法从重从快严厉打击新型冠状病毒疫情防控期间违法行为的意见

[国家市场监督管理总局][国市监法〔2020〕27号][2020-02-06]

274. 市场监管总局关于调整疫情防控期间接待等工作方式的公告

[国家市场监督管理总局][国家市场监督管理总局公告 2020 第 6 号]
[2020-02-07]

275. 市场监管总局关于疫情防控期间严厉打击口罩等防控物资生产领域价格违法行为的紧急通知

[国家市场监督管理总局][国市监竞争〔2020〕24 号][2020-02-05]

276. 市场监管总局办公厅关于在新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间实施好质量认证相关工作的通知

[国家市场监督管理总局办公厅][市监认证〔2020〕9 号][2020-02-04]

277. 市场监管总局办公厅关于做好疫情防控期间电梯安全监管工作的通知

[国家市场监督管理总局办公厅][市监特设函〔2020〕10 号][2020-02-04]

278. 市场监督管理总局关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为的指导意见

[国家市场监督管理总局][国市监竞争〔2020〕21 号][2020-02-01]

279. 市场监管总局办公厅关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间做好市场主体登记注册工作的通知

[国家市场监督管理总局办公厅][市监注〔2020〕8 号][2020-02-01]

280. 市场监管总局、农业农村部、国家林草局关于禁止野生动物交易的公告

[国家市场监督管理总局;农业农村部;国家林业和草原局][国家市场监管总局公告 2020 年第 4 号][2020-01-26]

281. 市场监管总局关于坚决维护防疫用品市场价格秩序的公告

[国家市场监督管理总局][国家市场监督管理总局公告 2020 年第 3 号]
[2020-01-25]

282. 市场监管总局、农业农村部、国家林草局关于加强野生动物市场监管积极做好疫情防控工作的紧急通知

[国家市场监督管理总局;农业农村部;国家林业和草原局][国市监明电〔2020〕2 号][2020-01-21]

283. 交通运输部关于贯彻落实习近平总书记重要指示精神统筹做好疫情防控加快公路水运工程复工开工建设加大交通投资力度的通知

[交通运输部][交公路明电〔2020〕49 号][2020-02-08]

284. 交通运输部关于疫情防控期间免收农民工返岗包车公路通行费的通知

[交通运输部][交公路明电〔2020〕52号][2020-02-07]

285. 交通运输部、国家发展改革委、国家卫生健康委、国家铁路局、中国民用航空局、国家邮政局、国家铁路集团关于统筹做好春节后错峰返程疫情防控和交通运输保障工作的通知

[交通运输部;国家发展和改革委员会;国家卫生健康委员会;国家铁路局;中国民用航空局;国家邮政局;中国国家铁路集团有限公司][交运明电〔2020〕44号][2020-02-03]

286. 交通运输部职业资格中心关于切实做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间交通运输职业资格考试(鉴定)工作有关问题的通知

[交通运输部职业资格中心][2020-02-03]

287. 交通运输部办公厅关于暂停接待群众来访的公告

[交通运输部办公厅][2020-02-02]

288. 交通运输部关于切实保障疫情防控应急物资运输车辆顺畅通行的紧急通知

[交通运输部][交运明电〔2020〕37号][2020-02-01]

289. 交通运输部关于统筹做好疫情防控和交通运输保障工作的紧急通知

[交通运输部][交运明电〔2020〕33号][2020-01-29]

290. 交通运输部关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控物资和人员应急运输优先保障工作的通知

[交通运输部][交公路明电〔2020〕27号][2020-01-24]

291. 交通运输部关于做好进出武汉交通运输工具管控全力做好疫情防控工作的紧急通知

[交通运输部][交运明电〔2020〕24号][2020-01-23]

292. 中国民用航空局关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[中国民用航空局][2020-01-23]

293. 国内交通卫生检疫条例实施方案

[中国民用航空局;卫生部(已撤销);交通运输部;铁道部(已撤销)][卫疾控发〔1999〕第425号][1999-09-16]

294. 铁路实施中华人民共和国传染病防治法细则

[国家铁路局][铁卫保〔1992〕108号][1992-09-05]

295. 铁路交通检疫管理办法旅客列车检疫实施细则

[国家铁路局][铁卫〔1986〕1219号][1986-12-30]

296. 文化和旅游部市场管理司关于延期公布 2019 年全国导游资格考试结果的通知

[文化和旅游部市场管理司][2020-02-06]

297. 文化和旅游部办公厅关于暂退部分旅游服务质量保证金支持旅行社应对经营困难的通知

[文化和旅游部办公厅][2020-02-05]

298. 文化和旅游部办公厅关于全力做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作暂停旅游企业经营活动的紧急通知

[文化和旅游部办公厅][2020-01-24]

299. 文化和旅游部办公厅、国家文物局办公室关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[文化和旅游部办公厅;国家文物局办公室][2020-01-22]

300. 国家新闻出版广电总局关于疫情防控期间新闻出版行政许可事项受理试行在线提交和承诺制的说明

[国家新闻出版广电总局][2020-02-07]

301. 国家体育总局办公厅关于大力推广居家科学健身方法的通知

[国家体育总局办公厅][2020-01-30]

302. 教育部应对新型冠状病毒感染肺炎疫情工作领导小组办公室关于在疫情防控期间做好普通高等学校在线教学组织与管理工作的指导意见

[教育部][教高厅〔2020〕2 号][2020-02-04]

303. 教育部办公厅关于加强流感等传染病防控和学校食品安全工作的通知

[教育部办公厅][教体艺厅〔2019〕1 号][2019-01-23]

304. 国家留学基金管理委员会关于支持新型肺炎疫情防控有关措施的通知

[国家留学基金管理委员会][2020-01-27]

305. 国家知识产权局关于可通过互联网办理专利及集成电路布图设计业务的通知

[国家知识产权局][2020-02-03]

306. 国家知识产权局关于专利、商标、集成电路布图设计受疫情影响相关期限事项的公告

[国家知识产权局][国家知识产权局公告第 350 号][2020-01-28]

307. 国家自然科学基金委员会关于推迟 2020 年度项目申请与结题时间等

相关事宜的通知

[国家自然科学基金委员会][国科金发计〔2020〕5号][2020-02-02]

308. 民政部办公厅关于印发《养老机构新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指南(第二版)》的通知

[民政部办公厅][民电〔2020〕18号][2020-02-07]

309. 民政部社会组织管理局关于全国性行业协会商会进一步做好新型冠状病毒肺炎防控工作的指导意见

[民政部社会组织管理局][2020-02-05]

310. 民政部办公厅关于印发《殡葬服务机构新型冠状病毒感染的肺炎患者遗体处置及疫情防控工作指引(试行)》的通知

[民政部办公厅][民办发〔2020〕2号][2020-02-03]

311. 民政部办公厅关于切实做好殡葬服务、婚姻登记等服务机构新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的紧急通知

[民政部办公厅][民电〔2020〕14号][2020-01-30]

312. 民政部、国家卫生健康委关于进一步动员城乡社区组织开展新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的紧急通知

[民政部;国家卫生健康委员会][民发〔2020〕9号][2020-01-29]

313. 民政部社会组织管理局关于印发《社会组织登记管理机关疫情防控工作实施方案》的通知

[民政部社会组织管理局][民社管函〔2020〕5号][2020-01-29]

314. 民政部关于动员慈善力量依法有序参与新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的公告

[民政部][民政部公告第476号][2020-01-26]

315. 农业农村部办公厅关于维护畜牧业正常产销秩序保障肉蛋奶市场供应的紧急通知

[农业农村部办公厅][2020-02-04]

316. 农业农村部办公厅、交通运输部办公厅、公安部办公厅关于确保“菜篮子”产品和农业生产资料正常流通秩序的紧急通知

[农业农村部办公厅;交通运输部办公厅;公安部办公厅][农办牧〔2020〕7号][2020-01-30]

317. 人力资源社会保障部、全国总工会、中国企业联合会、中国企业家协会、全国工商联关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见

[人力资源和社会保障部;中华全国总工会;中国企业联合会;中国企业家协会;中华全国工商业联合会][人社部发〔2020〕8号][2020-02-07]

318. 人力资源社会保障部办公厅关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间人力资源市场管理有关工作的通知

[人力资源和社会保障部办公厅][人社厅明电〔2020〕8号][2020-02-06]

319. 人力资源社会保障部、教育部、财政部、交通运输部、国家卫生健康委关于做好疫情防控期间有关就业工作的通知

[人力资源和社会保障部;教育部;财政部;交通运输部;国家卫生健康委员会][人社部明电〔2020〕2号][2020-02-05]

320. 人力资源社会保障部办公厅关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间高校毕业生“三支一扶”计划有关工作的通知

[人力资源和社会保障部办公厅][人社厅明电〔2020〕9号][2020-02-05]

321. 人力资源社会保障部办公厅关于公布失业保险金网上申领平台的通知

[人力资源和社会保障部办公厅][2020-02-03]

322. 人力资源社会保障部办公厅关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间社会保险经办工作的通知

[人力资源和社会保障部办公厅][人社厅明电〔2020〕7号][2020-01-30]

323. 人力资源社会保障部关于进一步做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知

[人力资源和社会保障部][人社部明电〔2020〕1号][2020-01-30]

324. 人力资源社会保障部办公厅印发《关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间事业单位人事管理工作有关问题的通知》

[人力资源和社会保障部办公厅][人社厅发〔2020〕8号][2020-01-30]

325. 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

[人力资源和社会保障部办公厅][人社厅明电〔2020〕5号][2020-01-24]

326. 人力资源社会保障部、财政部、国家卫生健康委关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知

[人力资源和社会保障部;财政部;国家卫生健康委员会][人社部函〔2020〕11号][2020-01-23]

327. 企业职工患病或非因工负伤医疗期规定

[劳动部(已撤销)][劳部发〔1994〕479号][1994-12-01]

328. 国家公务员局关于推迟中央机关及其直属机构 2020 年度公务员考试录用、公开遴选和公开选调面试时间的公告

[国家公务员局][2020-01-28]

329. 中央国家机关住房资金管理中心关于配合做好疫情防控工作加强中央国家机关住房公积金服务保障的通知

[中央国家机关住房资金管理中心][2020-02-03]

330. 国家保密局关于暂停办理一级(甲级)保密资格(资质)行政许可事项的通告

[国家保密局][2020-02-04]

331. 国家档案局关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间档案工作的通知

[国家档案局][2020-02-07]

地方政府政策

北京市

北京市人民政府办公厅 关于进一步支持打好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控阻击战若干措施

北京市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响促进中小微企业持续健康发展的若干措施

北京市经济和信息化局关于贯彻落实《北京市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情影响促进中小微企业持续健康发展的若干措施》的具体措施

北京税务局关于防范新型冠状病毒传播办税提示的通告

北京市医疗保障局发布《关于防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情期间全面优化医疗保障经办服务的通知》

关于应对疫情影响支持中小微企业稳定就业岗位有关问题的通知

关于发布参保单位(个人)延长社会保险缴费具体办法的通告

北京市社会保险基金管理中心 北京市医疗保险事务管理中心关于新型冠状病毒疫情 疫情防控期间延长我市社会保险缴费工作的通告

京人社劳字[2020]11 号,关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知

京人社办发[2020]2 号,关于进一步做好疫情防控期间本市人力资源和社会保障相关工作的通知

北京经济技术开发区关于支持企业控疫情稳增长若干措施

关于支持科技“战疫”、促进企业持续健康发展有关工作的通知

北京经开区关于支持中小企业抗疫情云办公稳发展的若干措施

北京市石景山区关于共同应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业发展的若干措施(暂行)

上海市

上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施

上海支持企业平稳健康发展的税收政策措施怎么操作? 来看权威答疑

上海市国资委制定并印发《关于本市国有企业减免中小企业房屋租金的实施细则》

上海市科委发布《关于全力支持科技企业抗疫情稳发展的通知》

上海银保监局出台 18 条举措,支持企业复工复产

上海市高级人民法院出台《关于充分发挥审判职能作用为依法防控疫情提供司法保障的指导意见》

浦东新区、长宁区、普陀区、闵行区公布进一步为企业减负、共抗疫情的政策

徐汇区全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的实施办法

松江区关于全力防控疫情支持 G60 科创走廊企业发展的若干政策措施

虹口区、金山区、崇明区公布进一步为企业减负、共抗疫情的政策

临港新片区发布 16 条政策,支持服务企业全力防控疫情和平稳健康发展

宝山、奉贤区公布进一步为企业减负、共抗疫情的政策

黄浦、青浦区公布进一步为企业减负、共抗疫情的政策

嘉定、静安、杨浦区制定出台进一步为企业减负、共抗疫情的政策

广东省

广东省政府正式印发《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业复工复产的若干政策措施》

国家税务总局广东省税务局发布关于加强落实税务支持政策措施、坚决打赢疫情防控阻击战的十项措施

国家税务总局广东省税务局关于防范新型冠状病毒传播的办税(费)提示

广州市人力资源和社会保障局关于印发《关于疫情防控期间支持服务企业发展的若干措施》的通知

广州市关于支持中小微企业在打赢疫情防控阻击战过程中健康发展的十五条措施

广东省佛山市人民政府办公室关于印发积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业 共渡难关十条政策意见的通知

广东省珠海市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的若干政策意见

广东省茂名市关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小微企业平稳健康发展的意见

深圳市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业共渡难关的若干措施

深圳市南山区携手企业勠力同心共渡难关坚决打赢疫情防控阻击战专项支持措施

深圳海关帮扶企业防控疫情复工复产二十条措施

深圳海关关于全力保障新型冠状病毒肺炎疫情防控物资快速通关的公告

江苏省

江苏省税务局出台《国家税务总局江苏省税务局关于主动作为精准施策切实帮助企业解决实际困难坚决打赢疫情防控阻击战的通知》[苏税发 2020 (4)号]

江苏省人力资源社会保障厅关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间社会保险经办工作的通知

关于做好疫情防控期间人力资源和社会保障相关工作的通知

苏州市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十条政策意见

苏州市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业发展金融政策实施细则的通知

苏州市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持外贸企业稳定发展的政策意见

南京市委市政府发布《中共南京市委南京市人民政府关于促进中小微企业稳定发展的若干措施》

江苏无锡关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业共渡难关保障经济平稳运行的政策意见

江苏省常州市关于应对新冠肺炎疫情助力企业恢复生产的意见

江苏省常州市关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持园区公共研发机构和小微企业共度难关的政策意见

江苏省南通市出台《关于全力应对疫情支持企业发展的“十二条”政策意见》

江苏省徐州市出台 21 条！支持中小企业渡难关！

江苏省镇江市关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业共渡难关的政策意见

浙江省

中共浙江省委 浙江省人民政府关于坚决打赢新冠肺炎疫情防控阻击战
全力稳企业稳经济稳发展的若干意见

浙江省新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控领导小组关于支持小微企业渡过
难关的意见

浙江银行业保险业建立疫情防控期间惠企政策清单(附明细)

浙江省自然资源厅印发《关于全力做好疫情防控和企业复工复产资源要素
保障服务的通知》

浙江省市场监管局印发《关于贯彻落实〈中共浙江省委浙江省人民政府关于
坚决打赢新冠肺炎疫情防控阻击战 全力稳企业稳经济稳发展的若干意见〉服
务举措的通知》

浙江省文化和旅游厅下发了《关于全力支持文化和旅游企业战胜疫情稳定
发展的通知》

浙江省人社厅组织出台《新型冠状病毒感染的肺炎疫情期间企业用工
服务指南》

浙江对省内家禽和生鲜牛奶重点收购加工企业实施一次性临时补助

中共杭州市委 杭州市人民政府关于严格做好疫情防控帮助企业复工复产
的若干政策

杭州市“冠状病毒肺炎”防控指挥部关于数字赋能线上审批服务远程办公的
通告

国网杭州供电公司出台了“战疫情保供电、促发展增动能”十六条举措

宁波市制订《关于打赢疫情防控阻击战帮扶中小企业共渡难关的十八条
意见》

宁波市北仑区人民政府关于打赢疫情防控阻击战帮扶中小企业共渡难关的
实施意见

温州出台关于应对新冠肺炎疫情,支持中小企业共渡难关的 28 条举措

绍兴市出台《关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情支持中小企业共渡难关
的二十条政策措施》

嘉兴市人民政府关于应对疫情支持企业稳定健康发展的意见

湖州市人民政府关于应对疫情支持企业健康发展的八条意见

山东省

山东省出台《关于积极应对新冠肺炎疫情加快恢复农业生产确保重要农产
品 稳产保供的若干措施》

山东省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情支持中小企业平稳健康发展的若干意见

山东省财政出台《贯彻鲁政办发【2020】4 号文件支持中小企业平稳健康发展相关政策实施细则》

青岛市关于应对新型冠状病毒感染肺炎支持中小企业发展稳定就业的实施意见

青岛市关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情金融支持中小企业发展的通知

水电气“欠费不停供”，青岛市发改委推出疫情期间惠企利民八项措施

济南市委办公厅、市政府办公厅下发《关于积极应对疫情促进中小微企业健康发展的若干政策意见》

保经营 稳发展 济南高新区 14 类补贴助力小微企业共克时艰

泰安市人民政府办公室发布《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业渡难关稳发展的实施意见》

济宁市出台 24 条措施支持中小企业平稳健康发展

临沂市发布《临沂市人民政府关于积极应对新型冠状病毒疫情帮助中小企业纾困解难的十条措施》

天津市

天津市打赢新型冠状病毒感染肺炎疫情防控阻击战进一步促进经济社会持续健康发展的若干措施

天津港保税港区发布《天津港保税区关于支持企业控疫情稳增长的政策措施》

天津经济技术开发区关于支持中小企业控疫情稳增长的第一批措施

重庆市

重庆市人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的二十条政策措施

重庆市制定《重庆市进一步加强金融支持疫情防控做好实体经济金融服务实施细则》

重庆银保监局出台《关于加强重庆银行业保险业金融服务配合做好疫情防控工作的通知》

国家税务总局重庆税务局关于支持打赢新型冠状病毒感染的肺炎疫情阻击战优化税收服务的通知

重庆市人民政府办公厅关于印发支持疫情防控重要物资生产措施的通知

两江新区出台“抗疫暖企八条”干货满满的政策举措

河北省

关于打好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控阻击战促进经济社会平稳健康发展的若干措施

河北省财政厅 河北省税务局关于落实支持企业应对疫情共克时艰十条税收措施的通知

河北省廊坊市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十二项措施

河北省石家庄市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业健康发展的若干措施

河北省秦皇岛市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小微企业共渡难关的意见

河北省张家口市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十项措施

沧州市金融支持企业有效应对疫情冲击 有序复工复产的九条措施

河北省承德市人民政府关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情支持企业稳定经营持续发展的政策措施

河北省邢台市人民政府关于应对疫情支持企业健康发展的十八条措施

河北省唐山市人民政府关于应对新冠肺炎疫情影响支持中小企业共渡难关的若干措施

安徽省

安徽省政府出台《关于应对新型冠状病毒肺炎疫情支持中小微企业平稳健康发展的若干措施》

安徽省印发应对新型冠状病毒肺炎疫情若干政策措施

安徽省税务局关于强化落实税费支持政策措施助力打赢疫情防控阻击战的通知

芜湖市人民政府关于应对疫情支持企业发展的政策意见

中共合肥市委办公室 合肥市人民政府印发《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情鼓励中小企业持续发展若干意见》

合肥高新区关于支持中小企业抗疫情、渡难关、促发展的政策措施

安徽省铜陵市人民政府关于应对肺炎疫情帮助中小微企业共渡难关的若干政策意见

安徽省马鞍山市人民政府印发关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持

中小企业共渡难关政策意见的通知

安徽省宣城市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十一条政策意见

湖南省

国家税务总局湖南省税务局、湖南省地方金融监督局、湖南省商务厅、湖南省工业和信息化厅、国网湖南省电力公司扶持政策

长沙多部门出台“硬核”政策,帮扶企业迅速复工复产

湘潭市人民政府出台《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情 支持中小企业平稳健康发展的若干意见》

岳阳市人民政府办公室印发《岳阳市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业平稳健康发展的十五条措施》

山西省

山西省人民政府出台应对疫情支持中小企业共渡难关若干措施

太原市人民政府关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情支持中小微企业发展的意见

长治市税务局强化新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作 10 项措施

运城市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业发展的意见

晋中市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的十条措施

福建省

中共福建省委办公厅 福建省人民政府办公厅福建省应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情扎实做好“六稳”工作的若干措施

厦门市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业共渡难关若干措施的通知

泉州市人民政府关于疫情防控期间支持中小微企业生产经营九条措施的通知

福州市人民政府印发关于帮助中小微企业应对疫情共渡难关若干措施的通知

漳州市关于应对新冠肺炎疫情促进“六稳”工作十八条措施的通知

莆田市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小微企业共渡难关的十条措施

四川省

四川省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒肺炎疫情缓解中小企业生产

经营困难的政策措施

四川省人民政府办公厅关于印发全力加快疫情防控物资生产十条措施的通知

四川省国资委关于印发支持引导国有企业积极投入新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作相关政策措施的通知

四川省人力资源和社会保障厅等四部门关于认真贯彻落实《四川省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒肺炎疫情缓解中小企业生产经营困难的政策措施》有关问题的通知

成都市印发《关于有效应对疫情稳定经济运行 20 条政策措施》

陕西省

陕西省人民政府关于坚决打赢疫情防控阻击战促进经济平稳健康发展的意见

西安市人民政府有效应对疫情 促进经济平稳发展的若干措施(暂行)

西安出台稳定劳动关系支持企业复工复产“12 条”

榆林:企业享受 10 项税费支持,防疫产品政府兜底收储

辽宁省

辽宁省人民政府关于印发辽宁省应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业生产经营若干措施的通知

大连市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业稳定生产经营的政策措施

沈阳市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业经营发展若干政策措施的通知

鞍山市关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的若干政策

吉林省

吉林省人民政府关于进一步支持打好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控阻击战若干措施的通知

吉林省商务厅关于有效应对疫情促进商务领域企业平稳健康发展 18 条政策措施的通知

吉林省财政厅支持疫情防控相关政策解读

长春市应对疫情支持中小企业共渡难关的政策措施

黑龙江省

黑龙江省人民政府办公厅关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业健康发展的政策意见

黑龙江省农业农村厅关于落实政策措施促进农业农村发展的意见

哈尔滨市政府印发《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小微企业共克时艰政策措施的通知》

云南省

云南省人民政府关于应对新冠肺炎疫情稳定经济运行 22 条措施的意见

云南省人力资源社会保障厅制定出台《疫情防控期间稳就业工作行动方案》

云南省联社制定下发疫情防控及金融服务保障十条措施

云南省昆明安宁市人民政府关于印发安宁市应对疫情支持中小企业共渡难关十条措施的通知

贵州省

关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情促进中小企业平稳健康发展的通知

贵州政策支持企业在疫情防控期间稳定发展

贵州省国资委出台十条措施鼓励监管企业积极投身新冠肺炎疫情防控

贵阳市金融机构支持新冠肺炎疫情防控政策汇编

广西壮族自治区

广西壮族自治区人民政府办公厅印发《关于支持打赢疫情防控阻击战促进经济平稳运行的若干措施》

南宁市发布《南宁市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业保经营稳发展若干措施》

桂林市人民政府印发《桂林市应对新型冠状病毒肺炎疫情支持中小企业发展若干措施》

梧州市印发《关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情鼓励中小企业持续发展的若干意见》

柳州市政府出台了支持中小微企业企稳发展十条政策措施

玉林市出台《应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的 16 条政策措施》

崇左市人民政府印发《崇左市应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业生产经营的若干政策措施》

贺州市人民政府印发《关于应对疫情保障中小企业稳定发展若干政策措施的通知》

钦州市出台 15 条措施支持中小企业共渡难关

内蒙古

内蒙古自治区人民政府关于支持防控疫情重点保障企业和受疫情影响生产

经营困难中小企业健康发展政策措施的通知

海南省

海南省政府印发《海南省应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的八条措施》

海南省扶贫开发领导小组印发《海南省抗疫情 保增收 防返贫十五条措施》

海南省应对新型冠状病毒肺炎疫情支持海南旅游企业共渡难关六条措施

海南省市场监管局出台 6 项 21 条措施,支持全省中小企业疫情防控期间平稳健康发展

海南省农信社出台十条措施强化金融服务支持疫情防控阻击战

海口市支持中小企业应对新型冠状病毒肺炎疫情的政策措施

三亚市关于有效应对疫情支持旅游企业发展十条政策措施

三亚市公布《三亚市冬季瓜果蔬菜产销扶持政策措施》

河南省

河南省政府公布《河南省应对疫情影响支持中小微企业平稳健康发展的若干政策措施》

河南省人社厅、河南省税务局、郑州市人社局企业支持政策(全文)

郑州市委市政府印发《郑州市关于应对新型冠状病毒肺炎疫情促进经济平稳健康发展的若干举措》

洛阳市政府印发《洛阳市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持实体经济全面发展的意见》

许昌市人民政府关于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持企业健康发展的若干政策意见

江西省

江西省政府出台《关于有效应对疫情稳定经济增长 20 条政策措施》

南昌市关于有效应对疫情稳定经济增长 25 条政策措施的通知

九江市关于积极应对疫情支持企业发展 稳定经济增长 26 条政策措施

赣州市关于有效应对疫情稳定经济增长 30 条政策措施

上饶市关于有效应对疫情稳定经济增长 26 条政策措施

甘肃省

兰州市高新区印发《兰州市高新区应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情支持中小企业共渡难关的政策措施》

附录三 国浩战“疫”特稿

国有所需 浩然之爱

——国浩抗击疫情行动纪实

病毒无情人间有情,抗击疫情我们同行。新型冠状病毒肺炎疫情暴发,国浩各地办公室的工作人员时刻心系疫区人民和医护人员的健康和安全,纷纷伸出援助之手。据不完全统计,国浩律师事务所及其工作人员已为抗击疫情捐赠价值达 300 万余元的药品及善款。

“国浩公益基金”向疫区捐赠价值近百万元的一万盒

抗感染 1.1 类新药“苹果酸奈诺沙星胶囊”

2020 年 1 月 28 日,“国浩公益基金”向疫区捐赠价值近百万元的一万盒抗感染 1.1 类新药“苹果酸奈诺沙星胶囊”(药品名称“太捷信”)。该药由浙江医药集团股份有限公司生产,是武汉协和医院治疗方案指南中重症感染者重点使用的推荐药品。在浙江医药集团股份有限公司协助下,“国浩公益基金”通过湖北省黄冈市红十字会向疫区捐赠。

国浩各个办公室慷慨解囊,携手战疫

一隅有难,八方来援。国浩各地办公室的工作人员们纷纷伸出援助之手,向疫区人民和医护人员奉献爱心,相关捐赠情况包括但不限于:

- 国浩上海办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院捐款 15 万元
- 国浩武汉办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院捐款 12 万元
- 国浩太原办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院捐款 5 万元
- 国浩重庆办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院捐款 5 万元
- 国浩石家庄办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院等捐款 5 万元
- 国浩苏州办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院捐款 4 万余元
- 国浩成都办公室向湖北省黄冈市黄州区人民医院等捐款 14 万元
- 国浩昆明办公室向黄冈市黄州区慈善总会捐款 15 万元
- 国浩天津办公室向黄冈市黄州区慈善总会捐款 3.58 万元

- 国浩北京办公室向汉川慈善总会捐款 7 万元
- 国浩宁波办公室向宁波市慈善总会捐款 5 万元
- 国浩福州办公室向福建省红十字会捐款 9 万余元
- 国浩青岛办公室向青岛红十字会捐款 10 万元
- 国浩合肥办公室向合肥市红十字会捐款 8.7 万元
- 国浩深圳办公室向深圳市红十字会捐款 8 万元
- 国浩乌鲁木齐办公室向新疆维吾尔自治区红十字会捐款 5 万元
- 国浩济南办公室积极响应济南市律师协会倡议捐款 10 万元
- 国浩杭州办公室向杭州市西溪医院捐款 14 万余元
- 国浩贵阳办公室向湖北孝昌及贵州省医院捐助款物 10 万余元
- 国浩南宁办公室向湖北荆州石首市人民医院捐款 5 万余元
- 国浩长沙办公室捐赠价值 5 万元的一次性医用外科口罩
- 国浩海南办公室捐赠海南医院 10 万余元的 10 000 瓶医用消毒液
- 国浩南昌办公室向江西省红十字会捐款 1 万元用于购买防疫物资
- 国浩广州办公室向广州市慈善会捐款 0.85 万元

还有各地的国浩律师以其个人名义向疫区捐赠了 12 万元左右的善款及物资

国浩女律师工作委员会向国浩武汉产期女员工献爱心

国浩女律师工作委员会心系身在疫情最为严重地区的国浩武汉女员工。2 月 9 日,女工委成员捐款 1 550 元,为国浩武汉办公室的四名在产假期期间的女员工购买了取暖器、纸尿裤等物资。

同时,国浩女律师工作委员会还以国浩公益基金的名义为国浩武汉全体员工购买了保险,充分体现了国浩大家庭的温暖和互助友爱的精神。

涓涓细流汇成大海,点点星光照亮银河。愿我们的微薄之力汇聚起来,化成一股击溃疫情的洪流,冲散阴霾。愿疫情早日平息,病人早日康复,医护人员身心无损,国家繁荣昌盛。

非常时期,两大律所联手必智, 向全国律师赠送“远程办公平台”

面对防疫抗疫复杂严峻的形势,全国律师行业党委于 2020 年 2 月印发了《关于充分发挥律师职能作用为坚决打赢疫情防控阻击战提供法律服务和法治保障的通知》。根据该通知要求,律师行业既要按照习近平总书记的要求“强化

疫情防控法律服务,加强疫情期间矛盾纠纷化解,为困难群众提供有效法律援助”,又要从疫情防控大局出发,遵守政府规定的各项疫情防控规定。为此,律师行业要做好未来相当长的一段时间内以远程线上办公的方式进行律所管理和开展法律服务的充分准备,确保律师行业可持续健康发展。

由于突发疫情,相当多的律所猝不及防,目前急需合适且安全稳定的律师行业远程办公系统。为解决律师行业的这一普遍难点,由瑛明律师事务所和国浩律师事务所提供资金支持和帮助,并由必智科技提供技术支持和保障的“律师远程在线协同办公平台公益版”已快速集成研发完成。作为非常时期的特殊福利,该平台将提供给律师行业免费使用,以确保在防疫抗疫期间能够持续为当事人提供便捷、高效、顺畅的法律服务,最大限度上降低对律所管理和运营的影响。

“律师远程在线协同办公平台公益版”包含协作和管理两个基础模块,供律师免费使用(工具和盖章两个增值模块为第三方应用,律师可选择付费使用)。律师事务所、团队和律师个人均可以作为用户注册并按照实际情况选择使用,实现安全防护少出门,在家也能高效协同提供法律服务的目的。

疫情就是命令,防控就是责任! 国浩律师连夜撰写了什么样的建议?

防疫抗疫形势依然严峻。国浩律师一方面履行社会责任,捐赠药品和资金;一方面研究事态并发布专业文章,向社会公众提供法律咨询和服务。与此同时,他们从更广阔的层面、以更专业的视角分析形势,向国家相关部门提出决策意见和建议。疫情就是命令,防控就是责任!国浩律师夜以继日在行动。

—

1月31日17点44分,中华全国律师协会官方网站发布中华全国律师协会金融专业委员会向中国证监会法律部提交的“关于新冠病毒的应对建议”。这个建议是由国浩律师事务所执行合伙人、中华全国律师协会金融专业委员会主任沈田丰执笔于1月30日晚彻夜不眠起草的。

“建议”分析到,目前由于时间正值年度跨期,是各上市公司年度审计以及股东大会(含年度股东大会与临时股东大会)召开的集中时期,因此,新冠病毒疫情可能会对中介机构的年度审计工作、上市公司的信息披露工作,以及上市公司股东大会(含年度股东大会与临时股东大会)的召开产生不利影响。因此,为避免

上市公司年度审计工作与上市公司权力机构的重大决策受到新冠病毒的不利影响,结合现有法律规定,中华全国律师协会金融委员会提出此建议,供中国证监会决策参考。

二

新华社1月31日10点57分发布消息:“外交部发言人华春莹表示,考虑到近日湖北特别是武汉中国公民在海外遇到的实际困难,中国政府决定尽快派民航包机把他们直接接回武汉。”知悉这一消息,全国政协委员、全国律协副会长、国浩律师事务所执行合伙人吕红兵于1月29日深夜写下“关于迅速妥善处理海外武汉游客回国的相关建议”,并通过全国政协“移动履职”平台将“建议”报送全国政协;上海市政协《联合时报》第一时间编发了这项建议。

在“建议”中,吕红兵律师认为,目前疫情防控形势严峻复杂,“这场‘阻击战’的‘前线’在湖北,‘火线’是武汉,‘主战场’是中国各大中城市,其实还有一个非常重要、影响极大的‘局部战线’,即在海外旅游的中国人群,尤其是病毒潜伏期内的武汉游客。实事求是地讲,从某种角度说,武汉游客‘在路上’,意味着病毒传染的风险‘在路上’”。他建议,政府呼吁甚至要求在海外旅游的武汉游客尽快提前返程,由外事部门及旅游公司排查这些旅客旅游目的地及原订的返程日期,安排专门的航空公司确定专门的航班,让这些旅客集中搭乘(当然,检测出的发烧者要按医学标准处理),返回武汉。即“由政府安排国内航空公司‘接武汉游客回家’”,希望“从政府层面统筹考虑,实事求是,力求实效,果断采取行动,迅速妥善处置”。

目前,疫情防控形势依然严峻复杂。国浩律师事务所将继续努力,切实履行社会责任、发挥专业优势、主动建言献策,为坚决打赢疫情防控“阻击战”作出国浩律师应有的贡献!

你援驰前线英勇“战疫”, 我坚守后方默默支持

越是艰险越向前!

连日来,为了打赢这场“敌人在暗我在明”的战争,无数的白衣战士们从各地驰援湖北,令人动容。他们不仅是战“疫”英雄,更是我们身边最爱的亲人。其中就有不少国浩家属,他们在疫情发生后“舍小家顾大家”,一往无前地冲向疫情防控的最前线。下面的三个故事记录了国浩家属前线抗疫的感人事迹,让我们向这群最美“逆行者”致敬。

一次依依不舍的送别

国浩天津律师赵志强的妻子夏英毅,天津市卫生健康委合作交流处处长,作为天津市援助湖北恩施州医疗队的一员从天津奔赴对口支援的湖北省恩施州,开展疫情防控工作。当天,赵志强律师为妻子默默准备好随身物品,送妻子到机场,依依不舍地送别。

他在朋友圈写道:

“大疫当前,湖北危急!中国危急!此时你挺身而出,请缨援鄂,践行了医者的誓言!2003 SARS、2008 汶川地震、2020 新冠肺炎,你都冲在一线!请允许我向你致敬!我也为有这样伟大的妻子自豪!期待你早日凯旋!”

赵志强律师说:“我觉得她作为医务工作者在危机时刻挺身而出是职责所在,我应该全力支持。我和孩子等待胜利的消息。”

一封感人肺腑的家书

国浩苏州律师郭壮伟的亲姐姐郭宏丽系山东大学齐鲁医院保健科老年心血管病专业主管护师,国家首批老年专科护士。今年1月24日她第一批报名支援武汉抗疫。2月7日,隔离期结束后,郭宏丽作为第四批援鄂医疗队队员被派往武汉。郭壮伟律师在姐姐到达武汉的第四天给她写了一封家书。

家书中,他向姐姐说道:“在疫情当前,恐惧笼罩着所有人的情况下,你带着我们所有人的担心,用你们的担当把恐惧压下,选择了逆行,你和你的同事,都是英雄!”

你们去了48小时,就编出了《武汉方言使用手册》,解决湖北抗疫一线的方言沟通问题,我看着对照表,觉得既有意思,又很骄傲,姐,你们所到之处皆齐鲁,真是好样的,我为你骄傲,一定要保重自己的安全,期待你们早日战胜疫情,平安回济南!”

一次次温暖的接送

国浩石家庄办公室律师宋永前的爱人是一名急诊科的医生,每日面对各种急症,奋斗在救治及防控的一线。由于疫情期间交通不便,宋永前律师每天坚持接送妻子上下班,不论她加班到几点,都默默地等待和接送。有时迎着朝阳出发,有时头顶星星回家。为了让妻子能够安心工作,宋永前律师在家安抚老人照顾孩子,做好后勤工作。宋律师说:在这个全国“抗疫”的关键时期,作为医护人员的亲人,在自己积极投入本职工作的同时,更要做好爱人的坚强后盾并承担家庭重担,有信心有决心打赢疫情防控阻击战。宋律师的爱人已经报名支援湖北,目前在等待医院的统一安排,随时待命准备出发。

国浩石家庄办公室律师冯程的母亲是位妇产科医生。在疫情期间,在产妇

难产和大出血的情况下,她常常顾不上吃完饭就急忙去医院接生,在过年休假期间先后做了多台手术,并积极响应医院的号召坚守在一线。冯程律师根据母亲每日行程,坚持在上下班时间并在有紧急手术时接送妈妈,解决了交通不便和手术应急的问题。

在国浩家属中,还有更多的白衣天使正在与时间赛跑、与病魔斗勇。作为他们坚强的后盾,我们也要给予他们信任、配合和尊重,照顾好家人,让他们在前线战斗时无忧无惧,早日得以凯旋。

后 记

突如其来的新型冠状病毒疫情，令国人亦使国浩猝不及防。但于霎那间我们定下神来，稳住阵脚，依法制体系、以法治思维、做法律思考，全力以赴投身到依法战“疫”这场人民战争之中。

一方面，作为社会的一个组织、国家的一个公民，我们为疫区捐资助药；另一方面，向我们自己在武汉的国浩家人送上温暖，并也以这种温情灌溉整个律师行业。与此同时，我们国浩的行业管理者、人大代表、政协委员，从不同角度、以独特视角，为政府决策建言献策：

作为法律人的我们，虽不能如医务工作者上火线攻城拔寨，然奋起在大后方摇旗呐喊，以自己的一支笔、一页纸、一张屏，分析时事、解读法律、论证规则、传播政策，为政府、为企业、为个人，提供律师咨询，送上法律帮助，宣传法治精神，而所涉及的范围涵盖了政府职责、医疗教育、财税金融、公司运营、劳动用工、民商合同、建工房产、对外贸易、法律责任等全方位热点、全过程难题。急就章中，文笔或许不那么精炼，观点也有可能存有争议，道理也不是完全精准充分，但字里行间却闪烁着国浩律师的智慧、彰显着国浩律师的专长、浸润着国浩律师的情怀。

此番战“疫”，无异战役！是“医疗之战”，也是“法律之战”。如习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议上讲话强调的：“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。”而我们法律人匹夫有责，当义不容辞、定横刀立马，以立功、立言、立德。

感谢作者们夜以继日，挑灯夜战。感谢审稿者和编辑人专注专业，精心尽心。感谢世纪出版集团和上海辞书出版社的领导们，目光敏锐，高瞻远瞩，以迅疾之势编辑出版此书！

“沉舟侧畔千帆过，病树前头万木春。”此时，这场总体战和阻击战已经胜利在望。我们的防疫抗疫工作不可松劲，按照习近平总书记《在中央政治局常委会会议研究应对新型冠状病毒肺炎疫情工作时的讲话》中一手抓防疫抗疫、一手抓“改革开放稳定”工作的精神，必须严防死守，确保万无一失，在打好抗疫“阻击战”的同时，为经济“保卫战”做好法律服务工作。

“俏也不争春，只把春来报。待到山花烂漫时，她在丛中笑。”国浩人无须扬

鞭,自奋疾蹄,将继续在依法战“疫”以及决胜全面建成小康社会、决战脱贫攻坚中做出中国律师应有的努力!

吕红兵

全国律师行业党委委员

中华全国律师协会副会长

国浩律师事务所首席执行官

2020年2月23日

