



星瀚疫情法律特刊

2020.3



星瀚律師事務所
RICC & CO.

目录

行业应对

教育健身行业

- 疫情之下，旅游、教育培训、餐饮等重点行业如何应对停工停产、双倍工资等用工问题 **P1**
- 线下培训暂停，如何妥善处理在线授课和退费要求 **P6**
- 开展线上教育培训机构，必须知道的四件事 **P10**
- 健身机构如何在特殊时期处理好会员的会籍问题 **P14**

商业地产行业

- 商业地产在疫情后面临的风险和基本应对策略 **P17**
- 多重困局之下，“二房东”如何面对减免租金的请求 **P22**
- 商业地产的业主方应该如何审核免租申请材料？ **P26**
- 共享办公企业如何突破疫情困境 **P32**

融资租赁行业

- 疫情当前，承租人要求减免租金，融资租赁企业如何应对 **P35**
- 疫情期间，融资租赁合同的出租人能否主张加速到期或解除合同？ **P39**

其他行业

- 撤档、停工……影视企业如何应对“新冠”疫情的冲击 **P42**
- 新冠疫情对于特许经营行业有什么影响 **P44**
- 疫情期间，网络心理咨询法律风险防范 **P46**

复工用工

- 在家办公、待遇调整、工伤、医疗期...疫情之下，受到高频关注的用工问题实操建议 **P51**
- 复工后，企业疫情防控工作应包括哪些具体内容？ **P59**
- 浅析疫情对国内船员劳动合同履行的影响 **P62**

拓展知识

因疫情解除合同的，能否以不可抗力为由不承担违约责任	P66
一起战“疫”，慈善募捐和捐赠也应合法合规	P68
企业进行医疗物资捐赠时的四点注意事项	P72
企业捐赠检测医疗设备搭售试剂盒的法律风险	P76
“新冠”疫情期间，我们可能正在遭受“纯粹经济损失”！	P80
疫情所致风险，财产保险赔么？	P83
确诊人数持续增加，“钻石公主”号涉及哪些保险责任	P87

跨国研究

新冠疫情是否属于不可抗力？这里有东盟十国和印度律师的简答上	P92
新冠疫情是否属于不可抗力？这里有东盟十国和印度律师的简答下	P101
新冠疫情在日韩两国属于不可抗力吗？日韩律师浅谈其定义及影响	P108
在韩企业及个人如何妥善处理疫情期间的劳动人事问题	P111

疫情之下，旅游、教育培训、餐饮等重点行业如何应对停工停产、双倍工资等用工问题

徐沁芳

延迟复工等多种疫情防控措施的通知实施，对各个行业的打击都不小，尤其是很多中小企业将面临停工停产状态下高额工资、物业租金、贷款利息、上下游压力等各方面的压力，用工关系的管理和调整会成为企业关心的重点、难点。为此，我们为企业整理了一份复工小贴士，供企业参考。

一、延迟复工期间安排员工在家办公，企业是否应当支付双倍工资？

上海市人社局新闻发布会明确，延迟复工是出于疫情防控需要，这几天属于休息日。对于休息的职工，企业应按劳动合同约定的标准支付工资；企业这几天给职工安排工作的话需要安排补休或支付双倍工资。

但这一做法值得商榷，《宪法》第四十三条规定：“中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施，规定职工的工作时间和休假制度。”从上述规定以及由国务院颁布的《全国年节及纪念日放假办法》可见，休假的规定仅应由国务院制定，而地方政府的权力范围限于出于临时性目的安排企业停工停业并调休。因此上海市人社局关于双倍工资的答复是否能被法院、劳动仲裁接受，尚存在不确定性。

我们可以看到，除了上海之外的其他地区在这一问题上基本采取了按合同规定标准正常支付工资的做法。考虑到目前上海市人社局已明确双倍工资口径，建议企业安排职工在家灵活办公时，注意采取合理方式；如无需安排职工在家办公，也建议予以明确，避免产生用工风险。

二、如企业无法如期开工，工资按照什么标准发放？是否可以按照最低工资发放？

这次疫情影响较大的旅游、教育培训、餐饮等行业的企业，面临着更长久的员工工资、房屋租金、贷款利息等各方面问题的压力，可能需要处理更多劳动人事问题。

以旅游行业为例，根据文旅部下发的通知，全面暂停团队旅游及“机+酒”的旅游产品，旅游行业近几个月内将相对低迷，短期内将面临没有业务、没有收入的困境，但企业却仍需要负担较大金额的职工工资。

再比如，拥有众多门店的线下教育培训机构暂时也将无法开展线下授课活动，可能需要采取线上授课的方式来应对，还有的课程难以转为线上授课，这也必然将涉及人员岗位和工资调整等问题。

餐饮行业的损失更不必说，据报道，餐饮巨头“西贝”董事长贾国龙表示：“受疫情影响，2万员工待业，贷款发工资也只能撑3个月。”

根据上海市人社局《关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情实施人力资源社会保障支持

保障措施的通知》规定，企业因受疫情影响要求职工推迟复工，在一个工资支付周期内的，应按劳动合同规定的标准支付职工工资；超过一个工资支付周期的，支付的工资不得低于最低工资标准。

工资支付周期的计算我们认为应当自复工之日（2020年2月10日）起计算满一个月。2019年上海市最低工资标准为2480元，根据《上海市企业职工最低工资规定》，最低工资不包含职工社保缴费金额。

三、停工停产和裁员有什么区别，企业经营困难应该如何选？

考虑到行业重创的影响，不少企业可能会采取停工停产的方式缩减开支，也可能因此导致相关的岗位短期内没有工作量，甚至无法继续履行劳动合同。

可能的企业会产生疑问，公司停工停产和裁员到底有什么区别？停工停产是由于客观情况发生变化，企业对职工采取的调整工作安排或协商待岗等措施，这时工时、岗位、薪酬都可能发生变化，但企业与职工的劳动关系依然存续；而疫情时期下的裁员是劳动合同无法履行，企业与员工解除劳动合同。

考虑到无论是裁员还是停工停产，都需要有一个月的工资支付周期（裁员需要提前30天通知），为此，我们建议企业不要盲目裁员，应视情况采取不同的应对措施：

1、对于需要保留的或仍有一定工作量的岗位，建议与职工**协商调整工作内容、工时、工作方式及工资标准**，工资应不低于最低工资标准。例如教育培训行业中能够转为线上教学的，可以与职工协商调整工作方式。

2、对于暂时没有工作任务的岗位，如果打算继续保留劳动关系，**可以与职工签订《待岗协议书》，不低于最低工资标准支付工资**（停工停产后的第一个工资支付周期内需按正常标准支付）。

3、如果不打算保留劳动关系，**可优先与员工协商一致解除，如果无法达成一致，则依据《劳动合同法》第四十条第三款的规定来解除劳动合同**。需要注意的是，不论是协商一致解除还是根据《劳动合同法》第四十条的规定解除，都需要**依法向职工支付补偿金**。

4、如果企业因生产经营发生严重困难，或其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的情况，**需要裁员的人数达到《劳动合同法》第四十一条规定的经济性裁员的标准（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），还需要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，才可以裁减人员**。

同时，上述裁员情况发生时，**应优先留用已签订较长期限的固定期限劳动合同的职工、已签订无固定期限劳动合同的职工及家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的职工**。

最后，相关部门要求企业停工停产的，建议企业保存好相关部门通知文件，如果没有此类通知文件，或企业因经营状况等原因自行决定延迟复工的，建议采取发布通知公告等书面方式留存证据。

四、对确诊、疑似职工不得解除劳动关系

根据上海市人社局《关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情实施人力资源社会保障支持保障措施的通知》的规定，对已确诊感染新型冠状病毒肺炎的职工、疑似病人、密切接触者无法正常工作的，企业应正常支付工资，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，否则需要向职工支付赔偿金**。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。

五、企业如何申请稳岗补贴

这一轮疫情对中小企业影响较大，建议企业多渠道解决问题。根据人社部发布的《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》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。符合条件的企业，可按规定享受稳岗补贴。企业申请稳岗补贴，应同时具备以下条件：

- 1、生产经营活动符合国家及本市产业结构调整政策和环保政策；
- 2、参加失业保险并足额缴纳失业保险费 12 个月以上；
- 3、上年度未裁员或裁员率低于本市上年度城镇登记失业率。

2019 年上海市城镇登记失业率为 3.62%，也就是说符合条件的企业可以申请返还上年度实际缴纳失业保险费总额的 50%。今年的稳岗补贴的具体申请政策还需要关注上海市人社局公布的具体规定，届时企业可登录上海市人社局自助经办系统进行办理。

此外，根据上海市人社局在 2 月 3 日最新发布的《返还失业保险费，延长社保缴费...本市推出四项举措减轻企业负担》的通知，今年的社保缴费基数调整将推迟至 2020 年 7 月 1 日，也就是在这推迟的三个月中，单位和个人都按原基数缴纳社保，从而减轻了各方的缴费负担。企业社保缴费期也将适当延长，逾期缴纳社会保险费的，在向本市社保经办机构报备后，不收取滞纳金，不影响参保职工个人权益记录，补缴手续可在疫情解除后 3 个月内完成。

根据国家政策及上海人社局的文件精神，当下需要维护职工合法权益，保障企业正常生产经营秩序，促进劳动关系的和谐稳定。我们也鼓励企业通过与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等多种方式稳定工作岗位，与员工共渡难关。

（本文首发于 2020 年 2 月 4 日）

线下培训暂停，如何妥善处理在线授课和退费要求

卫新、赵晓波

上海继 1 月 23 日发布公告要求培训机构和托育机构在 2 月底前暂缓开展线下服务后，又于 2 月 18 日再次通知，3 月份起，各培训机构和托育机构仍不得开展线下培训和托育工作。

就疫情防控措施的法律定性问题，此前全国人大法工委及上海市高院课题组已明确了在新冠肺炎疫情防控期间，原则上可将政府采取的疫情防控措施理解为不可抗力。那么，**教育培训机构如因疫情影响无法如期如约履行合同的，是否有权将原定的线下课程转为线上课程或延期提供服务？家长或学员是否可以拒绝教育培训机构提出的替代方案，可否解除教育培训合同并要求退费？** 本文将对前述问题试做分析，以供参考。

一、教育培训机构能否将线下课程变更为线上课程？

教育培训合同通常会明确约定相关课程的具体授课形式，如网课或面授。基于面授班的场地、人力成本和受众学员规模的限制，面授班的收费通常高于网课。选择面授班的学员，在订立合同时的根本目的除了获取相应的培训知识外，往往还希望获得现场课堂管理、授课老师当面沟通、答疑等服务。

为了应对疫情导致的线下大面积停课危机，大量教育培训机构选择将线下课程转到了线上。我们认为，不可抗力所能产生的法效果仅限于全部或部分免责以及在合同目的不达时的法定解除权，并不能够产生基于公平原则对合同内容直接进行变更的法效果。因此，在线下停课措施本身构成不可抗力情形下，基于契约自由的原则，合同的变更必须经双方当事人同意，**从线下授课转到线上授课这种培训形式的变更，从本质上来说，是对合同主要条款的变更，未经当事人同意，培训机构无权单方决定变更培训形式。**

因此，如教育培训机构拟转换上课形式，务必通过书面协商（包括但不限于微信群通知、官网通知、邮件确认）的方式进行，同时注意保留学员同意此类变更的书面记录。

二、教育培训机构是否可以疫情影响为由，主张延期开课并免除延期履行的违约责任？

我们认为，若疫情及其防控措施并未导致无法继续履行或丧失继续履行之必要的，教育培训机构有权单方决定将相应课程予以延期且可免于承担迟延履行期间的违约责任，学员应对此类延期负有适度容忍义务。

但是，针对某些具有明确期限利益的教育培训合同，教育培训机构则无权径行调整授课时间的安排。比如 2020 年度上海春季高考辅导班、研究生面试辅导班、上海公务员培训面授班等，此类培训合同往往具有短期时效性，寒假经过或面试时间届满后，学员订立该合同时所期待实现的期限利益已丧失，教育培训机构再行履行对于学员而言已无必要。

同时，如果教育培训机构拟迟延履行，则在迟延履行期间，其还需适当履行下述义务：

1.通知义务。教育培训机构应及时以书面形式向学员发出通知，说明不可抗力和受阻碍

的详细信息，以及暂定的后续的课程安排。

2. 举证义务。 教育培训机构应当保留租赁房屋所在地商场、园区发布的停止展业的通知、当地教育主管部门或人民政府发布的暂停线下教育培训活动的红头文件等，作为受不可抗力影响的证明。

3. 减损义务。 基于诚实信用原则，不可抗力事件发生时，受影响的当事人负有采取积极措施尽量减少或避免损失扩大的义务。新冠疫情下，就教育培训合同而言，教育培训机构所负担的减损义务有限。

三、学员可否拒绝教培机构的延期履行或在线授课，要求解除合同？

根据《合同法》第九十四条第一款的规定，只有在不可抗力导致合同目的不能实现的情形下，当事人才可以解除合同。司法实践中，对于合同一方当事人因不可抗力事件而提出解约的态度通常较为谨慎，原则上，对于部分或者暂时不能履行的合同，法院一般不会直接判决解除合同，而是会结合当事人诉讼请求判决延期履行或部分履行。

就教育培训合同的履行而言，判定合同目的是否不能实现一般可以综合考查以下因素：

1. 在迟延履行中，时间因素对于合同目的实现的影响程度。 比如当事人订立的研究生复试面授培训合同，其订立合同的目的教育培训机构需在本年度学员所报考的高校组织研究生复试前，提供培训。如受疫情影响，临近或届至复试日，教育培训机构仍未完全提供培训，则可认定该学员的合同目的已然不能实现，合同可解除。

2. 授课形式或授课人对合同目标实现的影响程度。 例如，1对1小班面授或指定名师授课的教育培训合同中，基于此种教育培训合同强烈的人合性特征，教育培训机构变更授课形式或更换授课人时，就足以导致合同目的无法实现，合同可解除。

3. 违约部分的价值或金额在整个合同金额中的占比。 在不完全给付情形下，教育培训机构提供的不符合约定的培训课程价值占全部合同金额的大部分，一般可以认为构成根本违约。

我们建议，学员在拒绝教培机构延期或变更授课形式并主张解除合同前，务必先行核查合同原文或双方缔约时的聊天记录、往来沟通文件中是否有关于授课形式、授课时间、授课人、合同目的明确约定，避免因自身缺乏法定或约定解除权而引发纠纷。

四、家长或学员以不可抗力为由解除合同的，教培机构如何退费？

疫情防控措施本身属于不可抗力，如果因此导致合同目的无法实现，家长或学员提出解除合同的，教育培训机构应当同意解除合同。就退费处理问题，根据合同约定及履行情况的不同，实践中存在较大差异，以下对常见问题予以列举。

1. 概不退费条款是否有效？

部分教育培训合同中会明确约定概不退费，就此类概不退费的约定，司法实践中，多数法院往往会以该条款明显免除了教育培训机构的责任、排除学员的主要权利，且未采取合理的方式提示对方为由，判决该条款无效【(2017)京0108民初28296号、(2017)京01民终

7158号】。

我们建议，教培机构应在其提供的合同中以加黑标粗方式标明此类退费条款，同时应当避免出现概不退费的霸王条款。

2.退费时，就免费赠课部分，学员是否需要补充支付对价？

很多教育培训机构为了促成签单，会在出售正式课程时，一并向家长或学员赠送免费课程、暖身课程等，而在合同解除退费时，又转而要求就已上的免费课程支付一定对价。

针对此类情况，目前司法实践的态度是，就已上的免费课程，学员或家长无需补充支付对价，教育培训机构应按照未上的正式课程的价款予以返还【(2019)沪0114民初18018号】。

3.合同解除退费时，按原价还是优惠价退？

教育培训合同解除后，在计算退费时，一般需要扣除已经发生的教育培训费，这一点在实践中争议较少。容易引发争议的是当事人双方关于退费计算基数约定不明时的处理，教育培训机构往往希望以已收款项-**单次课程原价***已上课时数作为退款数额，家长或学员往往希望以已收款项-**单次课程优惠价***已上课时数作为退款数额。

从公平原则的角度来看，我们倾向于认为，按优惠价作为计算基数予以扣减更符合课程的真实价值，也属于事实上的成交价格，退费应当按照实际成交的价格进行。即便是在合同对于退款的计算方式有明确约定的情况下，如合同约定退款时应按照收据显示的课程原价计算并扣减已消耗的课时费用，仍存在被法院认定为该条款属于格式条款，被认定为无效的可能性【(2019)沪0112民初24247号】。为免争议，我们建议，教培机构应对退费规则进行明确设计，避免约定不明而产生大量的纠纷解决成本。

总体而言，在应对新冠疫情下的教育培训合同纠纷时，教培机构处置的基本思路应当是：

- 1.有线上授课条件时，先行协商转换授课形式；
- 2.如学员拒绝转换授课形式，则提出迟延履行并履行好通知、举证及减损义务；
- 3.如学员进一步拒绝迟延履行并提出解约的，仅对某些具有明确期限利益等足以导致合同目的不达的，教培机构应当同意解约。
- 4.积极开发新课程、新服务模式、给予原学员更多选择和优惠，通过商业创新和增值与客户达成新的业务合同，挽回损失。

近些年来，教育培训行业高速增长，机构数量激增。此次疫情对于教培行业的影响具体直接，但我们相信，教育服务是社会刚需，疫情过后，需求会得到释放，互联网时代，会促进服务方式的转变，这些都是趋势，只要机构的应对方案参照本文的思路和原则，一定会得到消费者的接受和认可。

同时，我们认为，风险中孕育机遇，那些短视、推诿、缺乏抗风险能力的机构将逐渐被淘汰。相反，能够直面客户诉求，主动协商、合理补偿、合法解决疫情带来的双方损失、有长远眼光、积极转型的机构将进一步扩大市场份额，这从近日来在线教育板块资本市场的表

现亦可看出。

新冠疫情终将过去，但其影响将深刻影响行业。在线教育风靡之下，如何妥善合规的转型线上发展？线上运营又将遇到哪些新的挑战？如何应对其他机构高薪挖角、如何预防核心商业秘密泄露？我们将在后续文章中予以介绍。

希望大家在防治疫情之余，及早谋划、妥善应对，争取将疫情造成的风险损失降到最低。

（本文首发于 2020 年 2 月 26 日）

开展线上教育培训机构，必须知道的四件事

赵晓波

近期，很多线下教育培训机构纷纷转型线上，开展了直播课、录播课等在线教育活动。相比于对场地、举办者资质、消防验收等有严格要求的线下教育培训机构而言，很多人会认为，开展线上教育培训的人力成本和租金成本更低，且开设门槛不高，经营风险也较为可控，似乎百利而无一害。但实际上，在线教育机构亦有其特定的法律风险。

1.取得必要的资质

一般来说，开展营利性线下教育培训活动，除了对举办者、办学规模、办学经营、办学场所、教学设施设备等方面有一定的要求外，还应当取得的核心资质文件即当地教育行政部门颁发的《办学许可证》。倘若转型线上的话，根据业务形态的不同，教育培训机构还应当取得相应的证照。

目前而言，在线教育主要的业务模式分为两种——自营模式和入驻模式，在这两种模式下，又有可能产生一定的变形。

对于资金有限的培训机构而言，入驻第三方平台参与线上经营的方式较为常见，相应的也免去了办理开展互联网经营所需的证照要求，但与第三方合作的过程中，往往需要支付一定的平台入驻费、技术服务费或需与第三方进行在线销售额的分成。因此，本身资金实力较为雄厚或已经取得大额融资的企业往往会选择自行开发平台，在此情形下，核心问题就在于开展线上教育活动相关经营资质的取得，具体如下：

序号	线上业务形态	证照要求
1	通过互联网向上网用户提供信息（经营性）	互联网信息服务增值电信业务经营许可证
2	通过互联网向学员提供课件或课件	互联网出版许可证
3	通过互联网将课件、课程制作成音视频产品并通过互联网向学员进行收费点播（经营性）	网络文化经营许可证
4	通过互联网提供录播课或直播课	信息网络传播视听节目许可证

2.审查教师资格

教育培训机构除了应取得符合自身经营模式的相关资质和许可外，其对平台内的培训老师资质亦有审查的义务。

对于与自身签订劳动合同的员工而言，《关于规范校外在线培训的实施意见》要求：“要在培训平台和课程界面的显著位置公示培训人员姓名、照片和老师资格证等信息”，因此教育培训机构有必要核实授课老师信息的真实性并予以披露。对于外籍老师，在线教育公司还应当为其办理合法的工作签证、外国人在华工作证等证件。

3.关注知识产权的保护

线下教学和线上教学都属于教育培训的形式,在退费、退课等争议方面会有一些的共性;但由于经营模式、组织结构的差异,也会产生差异化的法律风险。比如,基于互联网可复制、可隐藏等特点,在线教育中会出现大量的图书著作权、远程面授课件、网校课件、图片使用等侵权行为,之所以会产生此类现象,其背后的原因包括:

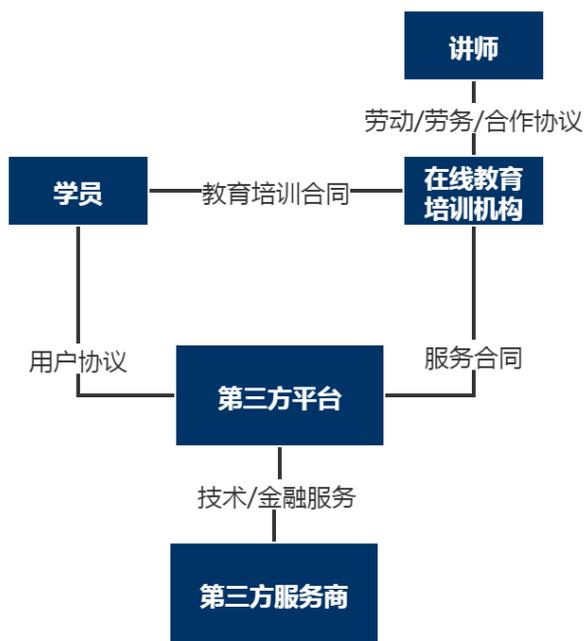
第一,老师跳槽率高,缺乏有效内控制度。教育培训机构属于典型的知识密集型产业,老师往往是培训机构最主要的资产,其中又有较高比例的老师仅为兼职老师。不同的机构之间互相挖老师或老师跳槽后自行创业的情况相当普遍,很多教育培训机构内部就核心课程、系统、排课方式、教育理念等均缺乏有效内控措施。

第二,调查取证难、持续时间长、侵权主体难判定、判赔金额低,促使侵权人敢于冒险。部分投机人士会通过QQ群、百度网盘形式进行非法出售课件、讲义等教学材料,由于互联网“无形”的特点,在未进行实名认证的情况下,网络著作权侵权的主体有隐蔽性,甚至还需要通过起诉平台的方式才获得实际侵权人的主体信息。网络信息传播速度快、信息存储和流转痕迹也可以删除,因此,在证据搜集方面也存在较大难度。

第三,在线教育课程制作周期长、成本高,促使权利主体勇于维权。优质课件的研发,往往是教学团队基于受众长时期研究后开发的,亦或是通过海外公司授权的方式获取的,对于在线教育培训机构而言,均是一大笔的研发或授权费用。同时,优质课件往往在一定程度上也是教育培训机构的核心竞争力。因此,作为权利主体的教育培训机构,往往具有较高的维权动力,这也导致了相关诉讼较多。

由此可见,在展业之初即设立有效的内控制度保护自身知识产权至关重要。我们建议:

一方面,**合理设计条款,妥善处理与授课老师、技术服务提供方之间的关系。**以网络直播课为例,授课老师是否具有作者身份或表演者身份进而享有著作权或邻接权?制片人或录制者制作的到底属于电影作品还是录像制品,是否对课程画面享有著作权或邻接权?这些问题都需要在合同中明确约定权利归属。鉴于教育培训行业兼职率高、跳槽率高的特点,有必要通过商业秘密保护制度、访问和授权政策、保密协议等规避自身员工离职带走商业秘密的风险。同时亦有必要在员工入职之初,即在劳务/劳动/合作协议中明确要求该员工承诺不存在侵犯前公司商业秘密及知识产权的行为,不负有竞业限制义务,以尽可能避免后续或有的不正当竞争纠纷。



（注：在线教育机构涉及的常见法律关系）

另一方面，发现侵权行为后应立即进行证据保全，申请诉前禁令，避免损失扩大。对于他人侵犯自身合法知识产权的行为，有关的教育培训机构亦应当通过公证、可信时间戳等方式实现对侵权证据的证据保全。同时，倘若发现相对方持续的侵权行为正在不断给自己造成严重损害（例如招生季严重影响己方招生等），亦可考虑在诉讼前即向法院申请对相对方采取诉前行为保全措施，禁止对方实施被控侵权行为。

4.妥善处理消费者维权问题

本月初，有新闻爆出在线教育公司“明兮大语文”轰然倒塌，公司资金链断裂、已报名的学员无法退费。其实，这并非第一家倒闭的在线教育公司，此前，上海理优、学霸1对1也早已出现“暴雷”、“跑路”现象，虚假宣传、虚假承诺、退费难、无证经营、教育贷等都是常见的导致纠纷的事由。

相较于传统的线下教育，在线教育由于普遍没有校址场地，老师与学员往往又分散在全国各地，相应的，发生纠纷的可能性更高、维权难度也越大。以在线教育机构“明兮大语文”为例，明兮大语文品牌方为北京有师科技有限公司，在其资金链断裂暴雷后，众多家长以纷纷以公司实控人涉嫌诈骗为由向公安报案。与此同时，亦有部分家长向北京有师科技有限公司所在地北京有管辖权的法院进行了民事立案。然而，对于并不在北京地区的学员而言，跨区域现场立案的成本与合同履行利益以及可期待的维权获益相比，是不合算的。因此，在线教育培训合同引发争议的情况下，如何有效的维权是实践中的难点。

对于在线教育培训机构而言，在《线下培训暂停，如何妥善处理在线授课和退费要求》一文中，我们已对于相关问题进行了阐述。比如，在教育培训合同合理设计退费条款，明确

退费计算依据、抵扣基数等；对于严重影响学员权利的条款以加粗、加下划线的方式予以明确提示，避免因格式条款无效等。另，上文中所述的相关资质、证照的取得也能为后续避免消费者投诉等做好准备。

在此，我们也额外提醒对于因在线教育履行障碍拟进行维权的家长，在通过刑事或民事途径追究在线教育培训公司法律责任之前，可先向教育、市场监管、消费者权益保护协会等有关部门投诉、向电子商务消费纠纷调解平台投诉、或关注微信公众号“网购投诉平台”在线投诉、向新浪微博“电商维权顾问”反映求助。前述路径均无效果时，基于在线教育培训合同在线签约、履行行为亦发生在互联网上的特点，如被告所在地存有互联网法院（北京、广州、杭州），可尝试以网络服务合同纠纷为由向相关互联网法院提起民事诉讼。实践中，北京互联网法院或会以教育培训合同不属于互联网服务合同为由，驳回立案申请；但广州互联网法院则明确了在线教育培训、在线会议、在线医疗、远程办公等网络服务产生的纠纷，其具有管辖权。同时，鉴于此类案件通常具有群体性多发的特点，建议有关维权群体推选出1至2位诉讼代表人，高效处理相应的群体性纠纷。

目前，全国范围内的互联网教育机构几乎都在“裸奔”，很多机构并未取得符合其经营模式要求的资质，亦有很多的互联网教育机构未设置与其规模相适应的内控制度。日常运营中存在的诸多管理漏洞，为该机构后续的扩大化发展埋下了一颗颗定时炸弹。

我们认为，随着在线教育行业的不断发展，相关立法及执法的强度必将上升。在因疫情转型的当下，把握窗口期，结合自身开展业务的特点，申请相应的经营资质并建立起配套的内控制度，可有效避免后续自身因无证经营而被处罚、或陷入侵权/维权泥潭。

（本文首发于2020年3月4日）

健身机构如何在特殊时期处理好会员的会籍问题

徐元昊

疫情期间，线下健身机构作为人群密集的公共场所，可能因为政府强制措施而关停；即使没有面临强制措施，部分健身机构也会鉴于防疫压力而主动选择暂停营业。此外，坚持正常营业的健身机构其效益势必下降，因为消费者会顾虑疫情因素选择减少外出……

在此情况下，对于资金雄厚的大机构而言，或可支撑其暂停营业直到疫情好转或结束，但对中小型健身房或健身工作室来说，经营压力陡增。不仅如此，疫情之下，会员也有主张自身权力的诉求，例如：要求解除合同、主张退会退课；或是希望延长会员期限、弥补不能健身的损失……在这艰难时期，各方该如何合法、合理的维护自身权力，还需细细思量。

一、健身机构决定永久关停后的会籍处理

1. 健身机构的责任承担

如果健身机构迫于各种压力，决定永久关停，此时健身机构与会员签订的会籍合同或私教合同事实上已无法履行，**会员有权依据合同要求健身机构承担违约责任、按照合同或法律的规定进行赔偿。**相应的，健身机构则寄希望于通过主张不可抗力或情势变更来减轻甚至免除自身的责任。

根据上海高院课题组在《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答（一）》所述，疫情环境下，政府的防控措施原则上可理解为不可抗力，其他地方的高院基本也持同样的观点。所谓“不可抗力”，即“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”**健身机构若要适用这一规定，应当及时通知其会员、避免进一步损失、并提供相应证据**（如政府部门出具的书面材料等）。如适用不可抗力，健身机构可在不可抗力的影响范围内全部或部分免除责任，但是，不可抗力发生前的迟延履行不在此列。此外，我们认为，**健身机构很难以此为由全部免除其责任，法院更可能仅是酌情部分免除健身机构的责任，原因如下：**

第一，政府管控措施通常要求暂时关闭部分公共场所，并不当然导致健身机构永久停业，这种情况下要求全部免除责任似不合理。

第二，众多中小健身房、健身工作室时常处于经营不善的状态，此次疫情可能是引发停业的导火索，但未必是主因或者唯一原因。同时，健身机构在举证上层面也存在一定难度。

第三，坊间大多主张类比适用“非典”时期的相关规定，但是此次疫情迁延时日尚短，政府措施从出台至今尚不足月（不计算法定假期）。相反，如果防控措施一直延续至更长的时间，我们认为彼时健身机构主张全部免责更为合理。

相较而言，**疫情导致的健身市场波动可能更符合情势变更**，即《合同法解释（二）》第26条规定的“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”的情形。同时，**政府措施不构成不可抗力、但继续履行合同对一方当事人明显不公平时**，可以参照情势变更原则处理，但是在适用程序上存在一定难度。如果法院适用情势变

更原则，且在此种变更合同已无必要的场合，会根据公平原则适当调整健身机构的责任。

综上，我们认为健身机构的违约责任可能会得到适当减轻，但是仍然应当承担诸如退费、赔偿损失等责任。结合业内常用条款，一般主要就期限内的会员期限/次数或者课程剩余部分进行退费。

此外，健身机构的会员合同一般采用“格式条款”，往往会在合同中写有“一经售出概不退款”或类似内容。就此类概不退费的约定，法院一般适用《合同法》第四十条之规定，认为提供格式条款一方（健身机构）利用该条款免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利，且未采取合理的方式提示对方，进而判决该条款无效。换言之，此类条款对于会员往往没有实际约束力，健身机构不能以此为由免除自身责任。倘若健身机构事先通知会员，且将重点条款通过下划线或者加粗的方式突出显示，在合同中亦添加诸如“会员已仔细阅读上述重点条款并得到健身机构方的充分提示”的确认项，则可能避免上述条款无效的窘境。

2.会籍剩余期限该如何计算？

首先需要考虑合同中的约定。一般而言，会籍合同中会就节假日暂停服务做出约定，这也属于合理范围内。若会员以健身机构没有事先说明为由主张此为无效格式条款，实践中存在一定难度。此时，可能需要将假节日的部分时间从剩余期限中扣除。

相反，若健身机构在会籍合同中明确承诺全年无休，则应根据具体案件中新冠肺炎疫情对合同履行、合同目的实现或当事人行使权利的实际影响来确定，即健身机构因疫情防控措施而关闭的具体时间。

上述时间可以参考合同履行地（健身机构所在地）或当事人住所地的省级人民政府启动和终止重大突发公共卫生事件响应的的时间，或者上海市人民政府启动和终止重大突发公共卫生事件响应的的时间来确定起止时间。同时，健身机构的通知内容以及同会员就此事项的沟通内容，同样可以在案件中用于确定具体起止时间。类似的，地方重大新闻报道同样也可以用于参考。

3.健身机构能否要求会员就附赠课程支付对价？

实践中，很多健身机构为促成客户签单，会在会员合同中一并向会员提供一定的免费私教课程。通常情况下，健身机构会在会员合同中约定“合同解除的情况下，已上的免费课程按照每节课原价计算”。但是实践中，法院会以该条款合约是健身房事先拟定的格式条款、加重了会员作为接受格式条款一方的责任、也没有采取合理方式提请会员注意该条款为由，判决该条款无效。换言之，此类条款对于会员而言无实际约束力。会员通常无须支付相关课程款项。

如果存在会员多次购买课程、得到赠送课程但是未用完全部次数的情况，法院可能会支持会员要求先抵充部分赠送课程的请求。

4.若会费享受打折优惠的，退费应当依据何种标准计算？

合同解除后，在计算退费时，一般需要扣除已经发生的教育培训费。从公平原则以及损

害填平的角度出发，退费应当按照实际成交的价格进行。换言之，法院不会支持会员按原价退赔的主张。

二、会员/学员主张解除合同，健身机构该如何处理

1. 会员/学员是否可以任意解除合同？

根据《合同法》及《九民纪要》相关规定，在解除合同时，法院均需要在个案中考虑合同目的是否受到根本性影响。换言之，会员或学员不能随意主张解除合同，须证明合同目的已受根本影响。

一般而言，健身会员合同的主要目的为在一定期限内获得可预期的、稳定的并可以用于开展身体锻炼活动的场所或设施，并可能包含就某一领域运动获得专业指导、监督及保护的

目的。

就会籍合同以及健身课程合同而言，判定合同目的是否不能实现可以综合考查以下因素：

第一，疫情迁延时日尚短。即便是一些有时间期限的课程，也可以通过延期履行而实现合同目的，解除合同似无依据。

第二，核心服务内容是否缺失。例如，某项服务内容（如高档的游泳池）是会员选择签订合同的主要因素，并且在合同签订时为双方所知晓的，健身机构虽然正常开放一般区域但是无法提供该项服务内容时（如关闭游泳区域），可能足以导致合同目的无法实现。

第三，履行违约金额在总对价中占比。例如，健身机构提供的不符合约定的某项健身课程或者私人教练服务的价值占全部合同金额的大部分，可以认为构成根本违约。相反，如果该内容在合同中仅占小部分或者没有在合同对价中得到体现的，很难认为构成根本违约。

当然，其他诸如合同履行期限、合同约定履行方式等因素同样也是判断合同目的是否能够实现的因素。

结合司法实践，无论适用不可抗力亦或是情势变更，对于部分不能履行或者一时不能履行的合同，法院原则上不会直接判决解除合同，而是会考虑引导当事人协商变更合同，采取替代履行或者延迟履行等方式履行合同义务。

倘若有会员提出解除合同的，我们建议健身机构可以这样操作：

第一，作为服务行业，与客户保持沟通最为重要。健身机构首先应当就相关事项向会员进行说明，争取会员的理解，同时也能够安抚会员情绪。而这些沟通内容，也能够为日后或有的合同纠纷中用作证明材料。

第二，作为健身行业，维持会员高留存率较为重要。就此事而言，健身机构可以主动提出一些替代措施以维持用户粘性，比如相应延长客户期限、和学员商讨是否可以转为线上健身指导或者提供其他优惠措施等。

第三，如果会员仍然主张解除合同并退款，若其要求公平合理，健身机构可以参考前文提及的一些退款标准主动向客户退款。一方面可以保持良好的品牌声誉，另一方面也可以避免诉累。

2.会员是否可以要求健身机构延长会员期限或提供其他替代措施？

我们认为，会员有权就会员期限延长向健身机构提出主张。

若政府防控措施构成不可抗力、且未导致合同目的无法实现时，原则上应考虑引导当事人协商变更合同，采取替代履行或者延迟履行等方式履行合同义务。通常而言，不可抗力所能产生的法效果仅限于全部或部分免责以及在合同目的无法实现时的法定解除权，并不能够产生基于公平原则对合同内容直接进行变更的法效果。但是实践中综合双方协商、法院调解以及健身房维持会员存留率等因素，会员期限延长的要求一般能够得到满足，这也是业内比较常见的做法。

若适用情势变更规定，人民法院可基于公平原则的考虑对合同进行适当变更，如合同标的数额的增减、标的物的变更、价格的调整、履行方式变换等。在健身会员合同中，可以表现为部分款项的退还、会员期限的延长、场馆使用次数的增加、相应课程的折扣以及部分费用的优惠等方式。此时法院会综合考量各种因素，平衡双方的权利义务，选择最为合适的替代方案。

结合前文，无论适用不可抗力抑或情势变更，均无法完全阻却会员要求健身机构延长会员期限或提供替代措施的权利。

3.对会员提出要赔偿的，是否有依据，如何处理？

结合前文所述，在健身机构主动提供会员延期或者其他替代措施的情况下，会员若提出其他赔偿主张很难得到支持。如果满足合同解除条件的话，会员可以就合同未履行部分主张退还相应款项，退费标准可以参照前文相关部分。同时，在一些情况下，健身机构也可以主张适用不可抗力或者情势变更的规定来减轻自身的责任。

三、如果健身机构计划疫情后开业的，现在应当履行哪些工作？

整体工作思路与前文应对客户解约请求类似，但也存在一定不同。

第一，及时通知客户相关情况。如果之前没有发出通知的，应当及时通过各种渠道，如短信、电话、微信群、QQ群等途径，及时向会员补发相关通知，说明相关情况，以及暂定的后续安排。这既是健身房援引不可抗力进行抗辩、获得免责的程序性前提，也是就通知后引发的损失扩大不承担责任的基础，还是认定相关法定事由起止时间的重要参考。

第二，及时搜集并向客户公布相关政策文件，包括并不限于政府主管部门、职能部门、检验检疫机构等出具的官方通知、公告，具有公信力的新闻媒体(尤其是官方媒体)的报道等。

第三，必要时，可以适当解释作出该决策的原因，争取会员的理解。具体而言，可能有以下理由：(1)健身机构响应政府防控措施而选择暂时停止经营的；(2)健身机构因无法落实防疫物资或防控举措而选择暂停提供部分服务的；或者(3)因疫情本身影响而带来的其他不属于不可抗力的非商业风险。

第四，尝试提供线上服务，此举既能够提高用户粘性、维持会员留存率，又能够给用户以信心、认为健身机构不会“捞一笔就跑”，减少会员要求解约、退费的可能性。如果发展成熟，则可以适当拓展线上健身服务业务、开拓市场。

第五，必要时健身机构可以主动提出延长会员期限的服务，向会员展示健身机构的诚意。此举同样可以维持用户留存率，同时可以减少会员大规模要求解约退款引发的资金链断裂的风险。

毫无疑问，疫情带来的影响尚未得到完全体现。随着防疫形势的变化，健身合同的履行情况也会收到更加严重的影响。

上述结论也可会随着局势的发展而有所不同。但是无论如何，面对如此严峻的情况，我们建议有关从业人员尽早准备、及时通知、保存证明，以应对局势发展。

（本文首发于 2020 年 3 月 3 日）

商业地产在疫情后面临的风险和基本应对策略

卫新、陈欣皓

“新冠”疫情大规模爆发至今已给经济造成了重大影响，商业地产作为核心资产必然成为风险转嫁的重要标的。星瀚律师认为，商业地产的运营模式众多、利益主体多元，需要有深度、有实操性的处理方案，因此，我们将陆续推出《商业地产“疫后”法律指南》系列文章，为解决不同类型的商业地产项目面临的实际问题提供一些思路。

商业地产行业风险的三大成因

过去一个多月以来，众多承租企业无法开业、收入断崖式减少，此时会寄希望于免租、降租，从而减少成本。根据承租企业受到政府对于疫情的管控措施及后果的不同，可区分为三个层次，这也是商业地产行业现阶段风险的产生原因：

1、商业地产承租人从事的业务与疫情中的政府禁令直接关联，被各级行政机关直接要求停止营业，无法获得经营收益。这类承租人大多从事文化娱乐行业，比如：电影院、线下教育培训机构、KTV、游乐园、网吧、展览馆、美术馆等。

2、商业地产承租人虽未受到政府禁令限制，但因各种原因选择主动暂停营业（如：为了防控疫情传播、疫情防控成本过高、员工无法按时返岗等），从而无法获得经营收益。这其中包括了健身房、一部分的餐饮企业、大型购物村等。

3、商业地产承租人虽未受到政府禁令限制且仍持续经营，但由于周边项目禁停或客流大幅度减少，从而导致营业收入大幅度降低。这部分主要是商业零售企业、已开业的餐饮企业，以及借助大型的商场作为经营依托的零售消费企业。

以上原因均导致商业地产承租人的经营收益减少，承租人因不希望一力承担进而开始风险转嫁。考虑到人力资源成本和租金是最主要的两大块“死成本”，且政府主管部门已明确疫情期间需要继续支付员工工资，于是，设法少交、迟交租金，就是承租人转嫁风险的主要措施，也是之后很长一段时间商业地产业主所需要面临的风险。

商业地产行业的七大风险

为减轻相关企业负担，多地政府陆续出台了包括减免国有企业经营性房产租金在内的减负举措，并鼓励其他商业地产业主为租户减免租金；各大行业协会亦纷纷发出“建议减免房租的倡议”……据报道，部分房企或商业地产商已出台了租金减免政策，与商户共克时艰，例如：

开发商 / 运营商	措施
万达商管	全国各地所有万达广场的商户，自 1 月 24 日 -2 月 25 日时间内的租金及物业费实行全免政策
华润置地	对全国各商业项目所有商户自 1 月 25 日至 2 月 9 日时间内（共计 16 天）的租金减免政策
万科	减半收取旗下在营的全部自持商业项目所有商户 2020 年 2 月 1 日至 2020 年 2 月 29 日期间租金，政策覆盖万科商业在南方区域所有的项目。
龙湖集团	旗下商场的商户，2020 年 1 月 25 日（农历大年初一）至 2020 年 3 月 31 日期间，租金费用（含物管费、推广费）减半。
大悦城	对全国旗下 13 个商业项目的入驻商户酌情减免春节期间的部分租金
星河商置	在管运营的 15 个购物中心年初一至十五期间，各品牌商户 15 天租金减半
保利	全国旗下 22 家购物中心年初一至年初六期间，减免品牌商户 6 天租金
招商蛇口	旗下在营购物中心实施租金减免优惠计划，具体措施详询各店
银泰集团	免除购物中心停业期间的全部租金，恢复营业时间不定
新城控股	旗下所有已开业的吾悦广场，自 1 月 25 日至 2 月 13 日期间对全体商户实施租金减半政策

（图源自戴德梁行《疫情对中国商业地产的影响及应对研究报告》）

前述背景下，政府和国企的减负政策虽然目的是降低商家的损失，但也加剧了风险进一步向商业地产行业转移的趋势，某些承租人更是理直气壮告知业主疫情属于不可抗力，要求免租、降租。

面对各种诉求，商业地产出租方陷入两难：一方面如果同意减免租金、退租，将直接使得他们收入大幅度降低，自身变得困难；另一方面，具体如何实施看起来也是个麻烦事；此外，如果不同意减免租金、退租，承租人亦可能拒付租金、解除合同，风险进一步扩大。商业地产业主和经营方面面临风险复杂、多元，主要包括：

1. 承租人逾期支付租金、甚至拒付租金；
2. 政府及国有业主的免租、免税的优惠政策，商业地产运营方因为业务模式无法享受；
3. 商业地产层层转租、承包，法律关系复杂，即使业主希望通过租金优惠促进合同履行达成和解方案，但是由于主体问题，无法有效达成；
4. 承租人在疫情发生前已经无力经营，或已经存在违约行为，但目前以疫情为借口，既不支付租金，亦不愿意退还房屋；
5. 实际经营方无力经营，虽然愿意腾退房屋，但退还房屋索要高额装修补偿、搬迁费和转让费用；
6. 业主的商业地产场地收益是以股权、投资、债权等多种模式投入经营方，相关权益受到损害；
7. 承租人本来就在免租期、过渡期等各类形式租金优惠阶段，仍然提出延长租期、减免后期租金等要求。

根据合作模式、合同内容的不同，承租人有可能采取的措施、提出的要求也不尽相同，但就其最终目的而言，都是为了转嫁一部分的风险，减少自身的损失。

商业地产运营方的九种处置措施

面对承租人提出的多元的诉求和未来的履约隐患，我们提供九种基本处理措施：

1.免除一定期限的租金

这是最直接，也是最受到承租人欢迎的一种做法，但直接免除租金，也将对于业主在短时间内的现金流造成直接负面影响，特别是对于一些个人业主而言，租金收益就是其支付购房贷款或民间资金成本的方式。

2.对一定期限的租金予以降低

对承租人可能遭受疫情影响而导致营业额减少阶段的租金进行调整，从而与承租人共担风险。大面积的减租与免租一样，也将对中小业主的短期，特别是在业主本身亦遭受疫情影响时的资金造成压力。

3.将租金的支付周期延后

不直接调整租金的支付金额，但通过延后付款周期的方式，减轻承租人的支付压力。

4.将减免的租金均摊在整体的租期内

将短期内需要减免的租金进行均摊，在共担承租人风险的同时，降低对于业主现金流的压力。

5.调整租金的递增率，或给予其他形式的优惠、权益或补偿

通过协商长期租赁利益层面的优惠和调整，来实现承租人与业主间更大的共赢，维持整体商业平衡，减少现金流损失。

6.将政府、上级业主给予的优惠予以转移

不直接减免房租，但承诺将政府补助和上级业主给予的优惠转移给商户，从而将直接损失变为附条件的优惠。

7.短期允许临时性变更租赁用途和阶段性转租

对于线下培训场所、电影院空置大厅、体育场馆这类因禁令明确闲置的场所，在条件和法规允许的情况下，短期允许商户临时性变更租赁用途和阶段性转租，弥补营业损失。

8.继续履行合同，租赁条件不予调整

对于未受疫情影响，或者疫情发生前已经出现违约的业主，严格执行合同，维护己方合法权益。

9.解除租赁合同，收回租赁房屋另行出租

对于没有信用和经营前景的商户，及时止损，收回房屋。

应对不履约行为的基本处置思路

商业地产运营方面对商业地产的商户、使用方的已出现的违约行为，运营方如何运用上述措施进行谈判、沟通和处置呢？我们认为，首先要区分商业地产的不同运营类型，尤其是对于固定租金、直接租赁意以外的特殊商业地产类型，要根据合同约定和收费模式进行区分，比如：

1.联合办公、共享办公的多元运营模式

联合办公、共享自习室等共享租赁模式的运营方既不是出租业主，也不是简单的“二房

东”。目前在网络舆情中，已有不少共享租赁的使用者提出了“出租人免租了，但共享办公的运营方一分钱都不免租，我是否能够起诉”的问题。

从合同性质上来讲，共享租赁的运营方不仅提供的是场地租赁服务，还会向承租人提供包括保洁、茶水饮料、会务、商业服务等在内的增值服务。共享租赁的租赁期限往往也短于一般租赁的期限。收费方式还存在按次收费、按时收费。月卡、年卡等等不同模式。

2.基础租金+提成租金模式

一部分商业地产运营采取基础租金+提成租金的方式，即在每个计租时段内，无论承租人营业情况如何，出租人都可以收取基础租金；而当根据承租人的营业额的一定比例计算所得的提成租金金额大于基础租金金额后，承租人还需要在基础租金之上，支付超出基础租金的提成租金。该模式下基础租金本来就是保障经营风险给出租方带来的损失，这类模式是否还需要减免需要特殊处理。

3.二房东、三房东该如何分担风险、承担责任

在商业实践中，转租、分租、多层转租的情况大量发生。各个主体之间性质不同（个人、事业单位、国企、民企）、租赁期限不同、租金标准甚至租金计算方式不同、租金支付期限不同、不可抗力和违约责任约定不同、利益格局不同。处置方案的设计必须周延、可执行。

4.“售后包租”中的运营方面临双重压力

与一般的出租方不同，“售后包租”模式中的运营方，不仅要面对承租人提出的减免租金的要求，同时还要面对向业主方支付收益款的压力。运营方与业主方签署的合同大概率并非租赁合同，而是承诺了固定收益的代运营性质的合同。

5.其他特殊的商业地产租赁问题

从传统的自动贩卖机、深受女性儿童喜爱的抓娃娃机、到带有射幸性质的“黑盒抽奖”，再到目前大火的各类“盲盒”贩售机，还有各种“快闪店”，商场如何面对这类新型“租客”所提出的减免租金的请求？

而另一个可能引发群体争议的特殊租赁问题，就是车位的租赁。不管是办公楼附属的车位，还是商场的长租车位、“分时包月”的车位等，承租人提出因为封路、无法返回租赁地等政策导致并没有实际停车时，出租人如何进行有效的抗辩？

在区分不同的商业类型之后，商业地产运营方在制定应对方案时，应有统筹的原则和清晰的取舍判断。囿于篇幅所限，我们将在后续发布的文章中详细探讨不同商业地产的不同方案，本文先提供一些**基本处置思路**：

1.不是所有商业地产合同和业务模式都可以适用不可抗力或情势变更，承租人逾期支付租金仍存在违约风险；

2.对于承租人提出减免租金、解除合同的请求不应随意表态或者长期不表态，要结合营业收入下降的原因、疫情趋势、政府发布的信息等详尽分析后，给出恰当明确的表态，务必避免不当的承诺，成为后期争议时对方的证据；

3.我们前文提出的处置方案并非择一使用，是可以根据实际情况组合使用，在与承租人协商过程中，也应注意谈判次序及方式方法；

- 4.严格检核合同中本方的义务，在符合疫情防控的前提下，正常履行本方的义务。
- 5.在各方未达成有效协议前，对于违约方的行为，应及时提出异议，催缴租金支付的通知应当保留好证据。
- 6.综合考虑实际经营方的经营能力和后续恢复能力，主动解除合同、或者协商解约，收回房屋亦可以挽回损失。
- 7.在处理过程中，充分考虑商业地产经营方的消费者、供应商、行业主管机关等多方主体，制定全面、合理、妥善的处置方案，逐步推进。

（本文首发于2020年2月25日）

多重困局之下，“二房东”如何面对减免租金的请求

卫新、占菊钗

商业地产在实践中普遍存在转租甚至是多层次转租的情况，面对疫情带来的商户减免租金的请求，“二房东”面临多重困局，左右为难：

次承租人（商户）提出减免租金要求，如果二房东率先给次承租人减免租金，后续业主（大房东）却拒绝减免租金，该怎么办？

二房东作为承租人如果先向大房东提出租金减免，但大房东却以二房东尚未给次承租人减免或者次承租人尚未提出减免要求，损失尚未发生为由，加以拒绝，该怎么办？

如果转租存在瑕疵，比如转租未经大房东同意、或者租赁房屋的实际用途与约定不符等，向大房东主张减免租金，可能面临违约责任的追索，该怎么办？

疫情之下，二房东究竟该如何应对并突破困局？

商业地产的二房东进行决策判断的因素

一、退租、减免租金的请求是否合理、合法

1.以“疫情”为由提前退租，较难获得支持

无论是次承租人，还是二房东，仅以“新冠疫情”为由，提出解除商业租赁合同，这种做法能否获得法院支持？

发布机关	文件名称	具体内容
浙江 高院	《关于规范新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）》	二、 依法妥善审理有关合同纠纷案件 ……7. 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。
上海 高院	《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答（二）》（“《问答二》”）	问题 1 处理涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的基本原则有哪些？……三是坚持公平公正原则， 审慎处理合同解除问题。 对于因疫情影响，合同目的无法实现或者继续履行合同对一方当事人明显不公，当事人请求法院变更或解除合同的，应综合考虑当事人的约定、疫情的发展阶段、疫情对当事人实际影响的时间、程度等因素，公平处理。

我们认为，从法律层面而言，次承租人或二房东该主张并不具有充分的依据。此观点亦可从最近各高院发布的相关意见中得到答案。

为何法院一般不予支持或对此审慎处理？这里涉及到主张退租时如果需要援引不可抗力、情势变更的，均需要满足“不能实现合同目的”要件。关于“合同目的能否实现”，具体到房屋租赁合同中，关键要判断疫情或政府防控措施是否对整个租赁期限履行造成根本性影响。由于租赁合同持续时间较长，而疫情影响期相对较短，疫情过后即可继续履行，并不会当然致使合同目的不能实现。

2.以疫情为由，主张减免租金有一定合理性

《合同法》司法解释二第 26 条规定了情势变更，结合一些地方高院疫情期间的意见，如上海高院《问答二》的问题 6，**如受疫情影响房屋无法正常使用或虽然疫情并未影响次承租人或二房东实际占有使用房屋，但对营收产生重大减损的，可依据公平原则酌情调整租金。**

总之，我们认为，就次承租人或二房东提出的租金减免问题，需要结合实际影响和公平原则共同分担损失还是比较合理的。

二、减免租金问题应兼顾“两端”

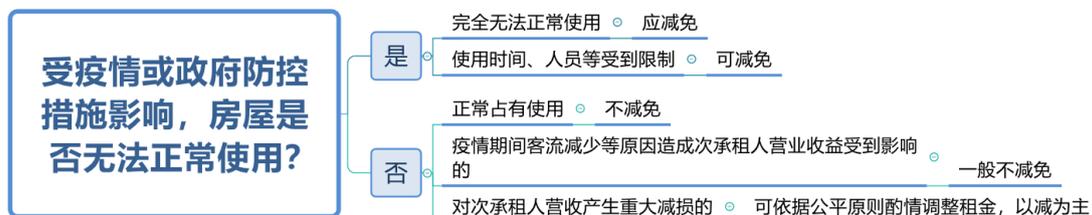
1.面对次承租人的请求分三个阶段进行应对与核查

第一，要求次承租人提交正式书面申请、说明具体事实和理由、提交必要的证明材料。

一方面可以回绝一些仅以疫情为借口实际未受影响的想要减免租金的次承租人；另一方面，提交材料为二房东赢得了相应的转圜时间和余地。有利于二房东核查相关情况为减免租金留痕，也便于后续与大房东进行协商，为将来的或有诉讼提前做好准备。

第二，核查次承租人提出减免的相关事实和理由。

需要明确，关于租金是否减免，首先要看双方在合同中是否有相应约定，若有约定，依约定执行。如双方事先并未约定，结合《上海高院问答（二）》和我们的工作经验，如下内容可作为二房东们关于是否要减免租金的考量因素，如次承租人是否受疫情或政府防控政策影响？租赁房屋在疫情期间是否无法正常使用？如无法正常使用，原因是什么？如使用，使用的情况如何？是正常使用？还是虽然使用，但营收产生重大减损？



第三，核查次承租人是否在疫情发生前存在其他违约情况。

例如，是否存在未经同意再次转租、逾期支付租金？如有，则次承租人将难以援引不可抗力或情势变更主张免责或减免租金。

2.从四个方面全面分析大房东

第一，分析大房东的主体性质，是否是国有（集体）主体。

以上海为例，如实际的大房东为上海市属、区属国有企业集团（含委托监管企业）及纳入合并报表范围内下属企业，比如各类开发区和产业园区、创业基地及科技企业孵化器等，可结合政府出台的相关强制减免房屋租金政策，申请减免租金。

第二，分析与大房东的合同性质、合同内容以及租赁合同背后的商业背景。

例如，二房东与大房东实际是否是合作经营关系？又如，大房东给到二房东的租赁价格是否相对市场价格畸低，该租赁价格是否实际相当于双方的一个保底价格约定，这部分保底价格是否本身已经排除了二房东的经营风险、疫情对二房东的影响？

第三，考虑大房东对于二房东的转租合同是否知情或者应当知情，大房东对于转租是否提出异议。这将决定转租的效力和二房东是否构成违约以及二房东是否有权向大房东主张减免租金。

第四，考虑实际租赁业态是不是符合合同约定的房屋用途。

比如租赁合同原来约定不能用于餐饮经营，结果，实际上次承租人就是将租赁房屋用作餐饮经营。此外，实操中，建议二房东还要考虑需不需要以及能不能向大房东披露次承租人的问题。

详解二房东的应对策略与实施步骤

合同相对性原则，要求二房东应当分别与商户、大房东进行协减免租金的协商，可以按照以下思路操作：

一、根据与大房东达成的租金减免方式应对商户请求

第一，若大房东对于转租是同意且知情的，且大房东也同意减免租金，我们建议二房东在与大房东确定下减免期间后，争取将该减免期间在与次承租人的减免期间里往后顺延。举例来说，比如大房东免除二房东2、3月份的租金，那二房东最好争取在与次承租人的协议里将免除租金的月份放在3、4月份，**并约定，若最终大房东未实际给二房东免除租金的，则二房东与次承租人的免除约定不予执行。**这样一方面能够确保大房东的减免政策落实下来，另一方面也可确保次承租人继续稳定的承租。

前述减免约定无论是与大房东的还是次承租人的均应以书面协议的方式进行固定。

第二，若大房东对于租金减免附有条件，比如需要二房东将最终的租金减免落实到次承租人，比如要求二房东提交证明疫情实际影响的相应材料、保证材料真实等。我们认为，二房东在与大房东实际签署相关承诺书前，可先行要求次承租人先行签署承诺书，如**次承租人应积极配合提供材料、保证提供材料真实、不存在虚假陈述、后续将继续租赁等，并设置相应的违约条款，如有违反，次承租人应补足原合同约定的租金。**同时，二房东与大房东的约定应签署相应补充协议，通过书面形式固定下来。

第三，若大房东不同意减免租金或以二房东尚未向次承租人减免租金，尚未遭受损失为由进行拒绝的，则二房东应保留好对次承租人进行租金减免的过程性文件，如将次承租人遭

受的损失情况、拟减免租金情况及时书面通知大房东。嗣后，二房东可再行向大房东主张，如大房东仍然拒绝，那么，可以通过法院诉讼实现权利。

第四，若二房东的转租存在瑕疵的，如实际上未经大房东同意进行了转租，此时建议二房东以自己名义去向大房东争取减免租金，如大房东拒绝的，则二房东应综合考虑违约责任与拟减免租金金额的情况，建议可先对次承租人予以租金减免或先行给予次承租人灵活的替代性优惠政策。

二、次承租人减免租金请求的应对

第一，二房东们应从整体商业利益出发，权衡疫情期间减免租金的损失，是否能够在后期次承租人恢复经营后租金利益中覆盖，如果二房东综合权衡后，认为疫情或租金减免对其整体利益影响较小的，此时，即便大房东拒绝后续租金减免，我们也建议二房东们从长远的眼光出发，着眼未来的商业利益，对符合一定减免情形的次承租人予以相应租金减免。

第二，一般而言，次承租人与二房东的租金价格会比二房东与大房东的租金价格更高，那么，面对疫情，即便大房东并不同意先行减免租金，我们也建议可以将以差价租金的金额作为心理底线对符合一定减免情形的次承租人进行减免的协商。

第三，采取其他灵活的替代性优惠政策，如将租金的支付周期延后，将减免的租金均摊在整体的租期内，协商长期租赁利益层面的优惠和调整，当然目前先搁置争议，避免激化矛盾导致更大损失，也是一个方法。

第四，考虑次承租人的履行情况，如疫情之前已发生违约的没有信用商户，或者根本没有经营前景的商户，建议及时止损：协商不减免租金，但解除租赁合同，收回房屋。

最后，大房东、二房东、次承租人，各方利益相关，一荣俱荣，一损俱损，建议各方共同友好协商，毕竟商户的实际经营利益才是租赁链条上的源头之水，唯有各方共克时艰，才能确保稳定的租金收益、维护各方长远利益。

（本文首发于 2020 年 2 月 27 日）

商业地产的业主方应该如何审核免租申请材料？

卫新、占菊钗

商业地产免租问题是近期的热门话题，对于业主们（出租人）来说，当下最希望了解的便是：如何回复免租请求并审核租户们（承租人）提交的免租材料。星瀚律师也收到许多相关咨询，我们认为，审核免租材料是一个多轮沟通的动态过程，亦是一个不断收集确认承租人真实信息、并据此作出分析决策的过程，本文将就此给出一些实操性建议。

业主审核免租材料的三个阶段

第一阶段 明确承租人请求

实践中，承租人提出租金减免请求的原因多种多样，有可能是真的受到疫情影响，也可能只是减免租金热潮下的“搭便车”行为。承租人提出租金减免的形式也很多样，有书面申请的，也有微信、电话告知出租人的，诉求往往表述不明，比如：要求减还是免、减多少、免多少、减免期间等都没有说清楚。甚至承租人把难题抛给业主：“XXX，疫情期间国家要求给商户免租金，请问我的租金如何减免？”

我们认为，对于免租请求，永远是以对方的要求为基础，除了大规模无差别的多商户租赁，不建议由出租方主动提供方案。如果承租人的请求未予明确和固定，则后续的减免审核无从谈起。因此，出租人第一阶段最为核心的工作便是明确和固定承租人请求。那么，当出租人收到承租人以口头、微信等非正式方式提出免租要求时，该如何具体回复呢？

我们建议回复内容应包含如下四个要点：

第一，要求承租人明确减免租金请求；

第二，要求承租人提供相应材料；

第三，明确出租人会依据承租人请求及提供的材料，进行反馈答复；

第四，明确在出租人同意免租前，承租人应按合同约定按时足额支付租金。

以下为我们草拟的回复模板，仅供参考。

回复（用以明确承租人请求）

XXX（承租人名称），你好，你方之前通过微信/口头提出的要求减免租金的事情，还需要你方提交一个书面的申请，申请中请写明要求减免租金的起止日期、减免租金的金额、减免租金对应的事实及理由，并附相应的证明材料，我们会在收到后根据你方提供的材料和你方的请求进行相应反馈，但请你方在我们同意免租前按时足额支付租金，以避免不必要的违约责任。

谢谢！

XXX（出租人名称）

日期：

第二阶段 收集承租人真实信息

若承租人已按照出租人的要求提交书面减免租金申请和材料，则出租人可进行初步审核，并根据具体情况与承租人就减免租金的情况、需要提供的材料多轮交互。

我们认为，此阶段最为关键的是要收集承租人真实信息，实际操作中，这是一个动态的过程，也是一个循环信息确认的过程，只有当承租人的信息越清晰越真实，才有助于出租人就免租事宜进行判断决策。

那么，出租人该如何要求承租人补充说明情况和补充提交材料呢？

我们认为，承租人的业态、租赁房屋的使用情况、受限制情况、损失情况、复工情况，如承租人未说明清楚的，可以作为补充说明的内容；需要补充提交的材料，则可以包括承租人主体的材料如营业执照、真实性承诺书，承租人经营情况、损失情况相关证明材料，以及如果是转租的，实际经营次承租人的情况、承租人和实际经营次承租人签署的同意减免租金的协议等。

需要注意的是，在与承租人交互的过程中应注意工作留痕，出租人在此过程中所有的表态应该努力为未来促进诉讼争议解决服务。

以下为我们草拟的两个用于要求承租人补充材料和指出材料问题的函件模板，仅供参考。

沟通函（用于要求承租人补充材料）

致：【】公司/承租人（“你方”）

你方关于新冠疫情期间租金减免的书面申请已收到，现我司作如下回复：

一、请你方补充说明如下具体情况（举例）：

1. 你方是否属于政府明令暂停营业的行业、企业？
2. 租赁房屋是否正常使用？
3. 如无法正常使用，请说明租赁房屋使用期间、人员受到限制的情形。
4. 请说明你方此前经营情况、疫情期间损失的具体情况。
5. 其他与合同履行相关需要说明的情况。

二、请你方补充提交如下材料（举例）：

1. 租赁房屋无法正常使用、受限制使用的证明材料。
 2. 疫情前经营情况、疫情期间损失的证明材料。
 3. 真实性承诺书。
 4. 政府禁令证明。
 5. 营业执照、租赁合同。
 6. 你方 2019 年经审计财务报表（资产负债表、利润表）、2019 年 12 月社会保险费缴纳通知书。
 7. 属于转租物业的，转租人在提交申请资料时，还需提供：
 - （1）转租空间里，实际经营次承租人清单及租赁合同；
 - （2）实际经营次承租人的营业执照、控股股东名单及股权比例、2019 年经审计财务报表（资产负债表、利润表）、2019 年 12 月上海市社会保险费缴纳通知书等相关资料；
 - （3）转租人收取实际经营次承租人 2020 年 2 月 1 日之前的 3 个月租金的收款记录；
 - （4）转租人和实际经营次承租人签署的同意减免租金的协议。
- 我司本着友好合作、互利共赢的原则，作出以上回复，请你方按照我司要求说明情况、提供材料为盼！同时，请你方在我们同意免租前按时足额支付租金。

顺颂商祺！

出租人（盖章）：
日期：

沟通函（指出材料问题）

致：【】公司/承租人（“你方”）

经初步审核你方关于租金减免申请的材料，现我司作如下回复：

【方案一】目前你方提交的材料存在如下问题，请予以说明和补充：

1. XX 材料未加盖公章。
2. XX 材料存在缺页。
3. XX 材料尚未签字。
4. 其他。

【方案二】请你方再行补充如下相关材料，以便我们进行审核：

1. 从你方提交的材料，尚无法说明疫情期间无法正常使用租赁房屋。
2. 从你方提交的材料，尚无法说明因无法正常使用租赁房屋导致你方遭受损失。
3. 其他。

【方案三】目前你方并未提供如下材料，请给予补充：

1. 租赁房屋无法正常使用、受限制使用的证明材料。
2. 疫情前经营情况、疫情期间损失的证明材料。
3. 政府禁令证明。
4. 你方 2019 年经审计财务报表（资产负债表、利润表）。

我司本着友好合作、互利共赢的原则作出以上回复，请你方及时按照以上要求补充材料，若截止至【】你方仍未补充提供或补充提供的材料不符合要求的，将视为你方主动放弃减免租金申请。请你方在我们同意免租前按时足额支付租金。我司保留对减免租金实施方案的最终解释权

顺颂商祺！

出租人（盖章）：
日期：

第三阶段 磋商谈判、方案设计、签署文本

在对承租人免租请求进行明确和固定、以及与承租人动态交互过程中收集真实信息后，出租人进入到了与承租人“磋商谈判、方案设计、签署文本”的阶段。结合工作经验，实际操作中出租人可能会遇到如下几个问题：

1.磋商过程中，如果承租人不付租金，出租人该怎么办？出租人能否要求承租人支付磋商期间的租金？

首先，根据合同约定，承租人负有按时足额支付租金的义务，此为租赁合同项下承租人的主义务，在出租人同意免租前或未有生效裁判文书确定承租人可以免付租金前，我们认为承租人应该继续支付租金。

其次，就租金减免性质而言，我们认为若最终出租人同意减免租金的，应是出租人的“主动减免”，这与因裁判机关判令出租人根据裁判文书所载明的减免金额、期限等要素被动进行的“被动减免”不同，实为业主自身租金权利的主动放弃。因此，我们认为，在出租人同意放弃其中某一部分租金权利前的磋商期间，出租人有权要求承租人继续支付租金。

最后，若承租人已经停付租金，为避免激化矛盾，我们建议出租人可以先暂时搁置争议，后续可通过寄发函件催促承租人支付租金，若双方最终无法协商解决，则进一步考虑向法院起诉要求承租人支付租金、承担违约责任。

2.承租人在磋商过程中不付租金，未来出租人起诉承租人违约，要求解除合同，承租人能否以“与出租人磋商租金免付问题且出租人亦没有回绝”为由，进行抗辩呢？

关于能否以此为由进行抗辩，目前司法实践并无明确的观点，但根据《九民纪要》第47条“违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持”，如果法院经审理后认为，承租人违约程度显著轻微，则很可能不支持出租人诉求。因此，为尽量避免出租人的相应风险，我们建议，出租人应在寄发给承租人的相关函件中明确告知磋商谈判期间承租人仍应按期足额支付租金。

3.承租人未按照出租人的要求及时说明情况、补充材料的，该怎么办？

如果承租人长时间对出租人要求补充说明情况、补充材料的要求置之不理，亦未撤回免租申请的，我们建议出租人向承租人再次寄发沟通函件，明确三个要点：一是承租人应按照合同约定支付租金；二是告知截至目前承租人仍未按照出租人要求提供材料；三是要求承租人先按照合同约定支付租金，后续（可设一个较为合理的截止日期）若承租人提交材料经审核符合减免条件的，承租人可以在后续的租金中抵扣已付租金等。以下为我们草拟的沟通函件模板，仅供参考。

沟通函（用于催促承租人补充材料、支付租金）

致：【】公司/承租人（“你方”）

你方于【】年【】月【】日向我司提出新冠疫情期间租金减免申请，经初步审核，我司于【】年【】月【】日向你方寄发沟通函，要求你方补充说明如下情况：【】，并补充提交如下材料【】。

然，截止至本函发出之日，你方仍未补充说明情况和补充提交材料。现我司再次通知你方：

1. 请你方于【】年【】月【】日前按照【】年【】月【】日沟通函和本函的要求向我司补充说明情况、补充提交材料，你方逾期仍未反馈的，将视为你方放弃减免租金申请。
2. 请你方在我司同意免租前按时足额支付租金，若你方擅自停付租金，将被视为违约。
3. 若你方按照我司要求提交材料，并经我司审核你方符合租金减免条件的，我司同意届时将和你方共同协商将你方已预付的租金用以部分或全部抵扣后续期次的租金。
4. 我司保留对减免租金实施方案的最终解释权。

顺颂商祺！

出租人（盖章）：

日期：

我们认为类似内容的回函，能够固定相关案件事实，亦能够说明出租人尽到了合理通知义务，有利于为将来的或有诉讼作好准备。

4.当出租人与承租人双方争执不下，例如出租人坚持只免一个月，承租人坚持要免三个月，该怎么办？

首先，我们建议双方可就双方无异议的部分率先达成合意。例如先就双方无异议的“免除一个月租金”的部分达成免租协议，协议约定继续支付租金，同时把争议范围固定，不再扩大。

其次，对于双方有争议的部分，出租人可以与承租人再次沟通协商，结合具体情况看双方最终能否达成诸如下列的替代性优惠方案。

租金减免替代性优惠方案

- 符合【XX】情况的，同意承租人将租金的支付周期延后。
- 符合【XX】情况的，双方协商将承租人减免的租金均摊在整体的租期内。
- 符合【XX】情况的，双方协商调整租金的递增率。
- 符合【XX】情况的，双方协商给予其他形式的优惠、权益或补偿。
- 符合【XX】情况的，短期允许临时性变更租赁用途和阶段性转租。
- 若业主本身是二房东，大房东系国有主体，承诺将政府、上级业主给予的优惠予以转移。
- 符合【XX】情况的，其他租金减免替代性优惠方案。

最后，如对于有争议的部分，双方最终亦未能就替代性优惠方案达成合意的，我们建

议双方在“免除一个月租金”的补充协议中明确，对于有争议的“两个月租金是否免除”部分，承租人应按照合同先行向出租人支付足额租金（或者根据谈判状态在继续履行的情况下，同意先暂缓支付），但后续双方均有权就此向法院起诉通过诉讼解决。

5. 出租人签署租金减免文本时有哪些需要注意的事项？

第一，建议出租人注意核查承租人在疫情发生前是否已发生违约。若疫情发生前承租人已欠付租金，因疫情与违约行为无因果关系，因此，疫情发生并不会当然产生违约责任减免的效果。

第二，建议在协议中明确租金减免原因或者性质，即租金减免应当仅基于出租人友好分担疫情对承租人带来的经营压力，而并非出租人有所过错。

第三，建议明确租金减免为一次性闭口减免，并增加制约条款，即后续承租人严重违约致使租赁合同提前终止的，承租人应当向出租人返还已减免租金。

大型商业地产内部操作规范统一问题

对于大型、整体性的商业地产业主而言，很可能要面对大量承租人提出减免租金请求的情形，此种“一对多”模式下，除前述所讲的三阶段应对策略以外，还应注意内部操作流程和规范的统一。

例如，可制作《内部材料规范》，以便在要求承租人提交和补充材料方面，内部会有一个较为统一的口径。再如就判断是否减免租金，亦可制作《减免参考因素》，以便于出租人内部讨论是否减免租金。以下为我们草拟的《内部材料规范》《减免参考因素》，仅供参考。

内部材料规范

●承租人需提交的材料（含对所提交资料真实准确完整的承诺），包括但不限于：

1. 承诺书
2. 租金减免申请书
3. 租赁合同
4. 承租人企业所属行业类型的相关证明材料
5. 承租人营业执照副本、控股股东名称及股权比例
6. 承租人2019年度财务报表（资产负债表、利润表）
7. 2019年12月上海市社会保险费缴纳通知书
8. 转租人须提供，其与间接租赁户的减免依据、间接租赁户的联系方式，以便后续核查，确保租金减免落到实处。若发现存在弄虚作假行为，将予以相应的处罚。
9. 其他必要的材料

●注意事项

1. 承租人提交的材料均须加盖公章
2. 对上述资料进行审核后符合减免条件的，将按规定通知承租人办理相关租金减免手续并与承租人签订租金减免补充协议。

●受理方式

1. 包括网络受理和现场受理，申请人提交的材料扫描件发送至指定邮箱，盖章原件于申请截止日前书面递交。

减免参考因素

一、如下情形一般不减免

- 租赁房屋正常使用，如仓储用房（疫情期间正常存储货物）、如群众生活必需（超市卖场、食品生产和供应等行业）。
- 租赁房屋能够使用但承租人自行决定不使用，如承租人因疫情产生恐惧导致不使用租赁房屋进行经营。
- 租赁房屋能够使用但经营受到一定影响，如非日常生活必需的经营业态客流减少导致租赁房屋正常使用但已无法恢复正常经营状态，影响承租人营业收入，如餐饮、酒店、共创空间、商场。

二、如下情形一般可减免

- 租赁房屋在一段时间被限制不能使用或需符合一定条件才能使用，导致租赁房屋无法正常使用，如承租人因政府防控措施、政府政策，延迟复工时间或因申请复工流程及防疫物资筹备而延缓复工。
- 租赁房屋因国家政策如延长假期、推迟复工无法使用房屋。
- 行业特性不宜复工，如影院、洗浴中心、游艺厅。
- 地方政府限制开业。

三、如下情形一般可减免，以减为主

- 租赁房屋不能正常使用，如商场店铺（疫情期间经营时段受限）。
- 租赁房屋能够正常使用但经营受到重大影响，承租人营收产生重大减损。
- 因员工受疫情影响难以返岗复工而未使用租赁房屋。
- 因承租人复工条件不具备如防疫物资、复工承诺、健康检查、自我隔离期等，而未使用租赁房屋。

此外，在审核承租人材料时、为便于统一内部口径，出租人亦可：

1.安排专人收集查询中央、行业、租赁房屋所在行政区划、管理片区、在疫情期间内出台的相关政策、操作指引和管理口径，并密切关注政策变化，做好保存固定工作。

2.安排专人查询租赁房屋周围类似业态的经营状态、相近租赁物的恢复营业及复工情况、劳动力市场变化以作参考。

3.安排专人核查承租人所陈述情况的真伪，如实地考察承租人的业态、房屋使用情况、复工情况，考察时注意保存相应证据。关于此点，我们认为，出租人最好在承租人一开始提交减免租金申请的同时，即可要求承租人提交真实性承诺书，并在承诺书中写明制约条款；或出租人提前准备好带有制约条款的相关真实性承诺书模板，让承租人签字。

以下为我们草拟的承租人承诺书模板，仅供参考。

承诺书

本申请人郑重承诺：如实、诚信填报相关信息材料，并对填写信息和提交材料的真实性、准确性和完整性负完全责任。如果本申请人填报信息材料存在不真实、不准确或不完整等情形，本申请人愿意无条件接受出租人的包括但不限于如下处置：出租人有权驳回申请人申请，不给予租金减免，要求申请人补交已减免的租金，直至提前解除与申请人的租赁合同。本申请人愿意按照与出租人签署的租赁合同承担违约责任。

申请人（承诺人）（盖章）：

日期：

最后，在材料审核完毕、对承租人的背景情况了解清楚后，再结合具体情况对于符合减免情形的承租人，争取通过协商方式以其他灵活的优惠方案替代简单的租金减免方式。具体个案中，也建议在内部讨论后形成统一口径再回复承租人。

（本文首发于 2020 年 3 月 10 日）

共享办公企业如何突破疫情困境

陈欣皓

2019年是共享办公的整合蛰伏年，WeWork上市受阻，创始人被买断退出；优客工场等国内企业的资本化道路也并没有想象中的顺利。进入2020年，突如其来的“新冠”疫情又使得整个实体经济行业遭受重大影响。共享办公作为众多小微企业的办公选择，其处境可想而知。共享办公企业如何有针对性的面对疫情展开自救；受到传统租赁和在线办公“前后夹击”的共享办公企业又当如何发展？本文将尝试探讨。

一、共享办公的特殊性

1. 共享办公“二房东”的身份

共享办公最基础的模式即将业主的大型办公场所整体租下、再行改造后，添加相应的办公设施转租给有需求的中小企业或者初创公司。而共享办公企业在与产权人签订协议时，一般都会明确告知产权人此后租赁房屋将用于共享办公行业，取得产权人同意转租的许可。

共享办公企业“合法二房东”的身份，导致其在本次疫情中，不仅要面对承租人提出的减免租金的要求，还要竭尽所能的去与产权人进行减免租金的谈判。由于共享办公产权人一般前手租金水平低、年限长，开业初期有长期的免租期，因此与业主再行沟通免租的难度比一般的商业地产高出很多。具体关于“二房东”进行减免租金谈判的一般技巧，可以参见前文。

2. 客户租期短，小微企业多

共享办公“小、快、灵”的特征天生就受到小微企业的青睐，小微企业也是共享办公的主要客户群体。一般来说，这些小微企业签订的共享办公协议很少超过一年。

较短的租赁期限造成了在疫情发生后，剩余租赁期限的长度也将短于一般的租赁关系，在合同是否仍然存在履行可能性的判断上，也即“租赁合同是否将因不可抗力或情势变更原则被解除”的重要问题上，共享办公企业面临的压力也将大于一般的出租人。

3. 商业模式即造成共享办公本身的重大损失

对于共享办公行业来说，其盈利来源不仅仅是其工位的出租，还有很大一部分来源于客户除租赁之外的衍生服务上。从办公配套设施（如打印机）的付费使用，到接待客户所产生的计时会议室的付费使用，再到更深层的对接投资人、配套提供FA服务等深度需求等等，衍生服务才是共享办公企业更丰厚的利润来源。然而受到疫情的影响，大部分的客户都无法正常复工，这就直接影响了共享办公企业增值服务的需求量，由此产生损失。

二、共享办公企业的应对策略

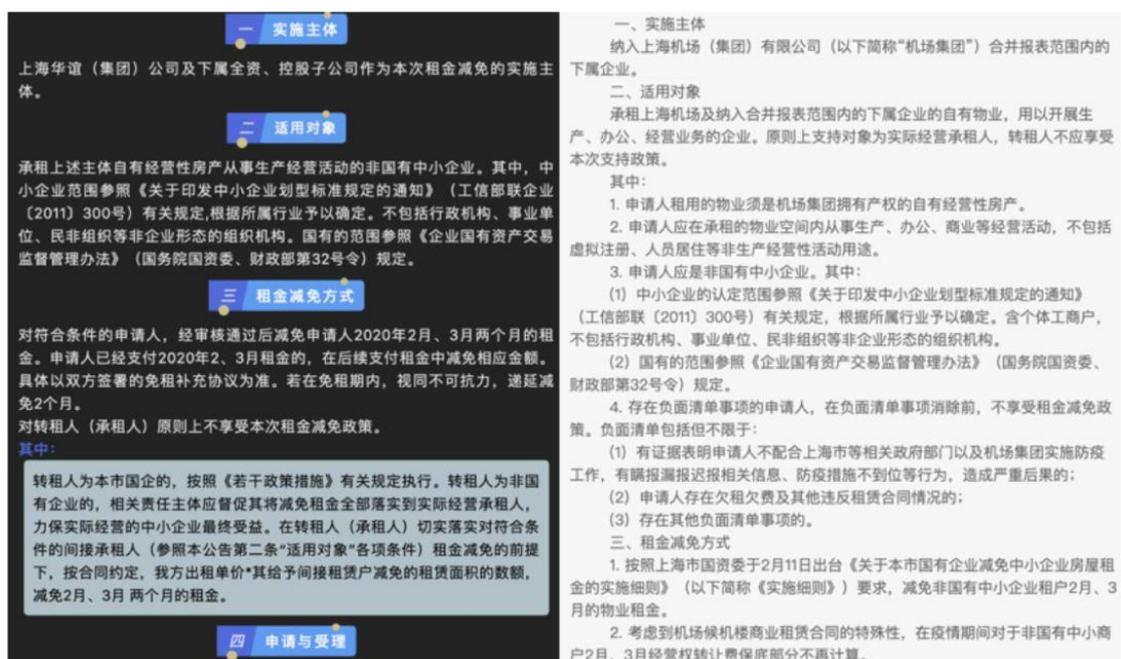
从上述分析看，共享办公企业在面临本次疫情时似乎全面处于不利局势。那么，共享办公企业可以如何破局，扭转局势呢？除了在系列文章中已经提及的相应应对措施外，针对联合办公企业这类特殊的主体，我们建议可以通过以下策略进行应对，共同抗击疫情，维持实体经济的稳定运行。

1. 积极了解政策，争取国企物业的免租优惠

共享办公企业一直是各级政府鼓励和扶持的行业，也是“大众创业、万众创新”政策的重要支持力量。共享办公企业有不少租赁的是国有企业的物业。在本次疫情处理的过程中，各地国资部门也指定了国企减免租金的政策。

以上海市为例，租赁市属、区属国有企业，以及与上述企业合并财务报表或委托管理的企业自有物业的中小企业，在满足一定条件的情况下，即可享受免除 2020 年 2 月、3 月房屋租金的政策。

而上海市国资委也已经汇总了 36 家市属国有企业减免租金的相关公告内容，并于国资委网站进行了公示（点击左下角阅读原文查看）。共享办公企业可以据此确认租赁的场地是否属于市属国企所有，并根据其要求提交相应材料，积极申请免租。



(图：华谊集团与机场集团优惠政策)

2. 制定多层次的优惠政策

针对不同的租赁周期、承租人的行业分类、承租的工位数量、受到疫情的具体严重程度等因素，合法、合理地制定多层次的优惠政策，通过诸如提供会议室租用抵用券、免费打印券、延长工位使用期限、升级办公配置等方式给予优惠，从而缓解共享办公企业自身的即时现金流压力。

根据报道，优客工场最近发布了首期“有爱”企业扶持计划，对 3 月 31 日前全国新签约的新客户，推出免押金直接入驻、8 折优惠价格、赠送免租期等优惠政策。米域空间则推出了老客免租 10 天，新签免租 15-30 天，续约免租 10 天的优惠政策……这些措施，一方面实实在在地减轻了承租人的部分资金压力，另一方面也是吸引潜在客户，确保共享办公企业自己能够生存下去。

3. 对现有业务模式进行创新，开放现有云办公资源

已有共享办公企业抓住目前疫情的契机，推出了“办公+住宿”的创新共享模式，与当地因疫情影响有空置客房的酒店合作，提供正常办公场所外，还为有需求的客户提供短期的隔离用房以及餐饮、生活用品配套的服务。

不仅如此，还可以推出承租人异地使用办公场地的服务，为承租人降低因跨省流动所产生的隔离时间所造成的损失，也提高了客户的满意度和用户粘性。

此外，可以将现有的办公会议系统、电话会议系统、网络存储空间系统等向承租人有条件地进行开放，使承租人在足不出户的情况下，也能享受到一部分共享办公企业提供的支持服务，不仅仅局限于提供租赁场地的“共享办公”，而是实现从线下到线上多层面的“共享办公”。

三、共享办公未来的发展机遇 从共享办公到云服务

尽管有媒体喊出了“在线办公毙了共享办公”的标题，但目前的主流观点仍然是，在经历本次疫情之后，对于人和性极强，需要创始人之间密切沟通的小微企业，反而更能够意识到现场集中办公的重要性，对于共享办公企业而言，是一个业务增长的爆发点。

正如前文所述，共享办公企业不应仅仅将自己定义为一个共享办公场地的服务商，而应当是真正能够满足小微企业、创业企业方方面面需求，提供从线下到线上，全方面支持服务的支持者。

在硬件上解决了小微企业、初创公司的需求后，能否在软件、或者服务上契合客户需求？如整合小微企业必不可少，但又往往囿于成本因素无法获得优质服务的人力资源、财务、法务、税务方面，是否也能整合企业需求，集中对接优质供应商，助力承租人更好的发展。

再者，是否能向小微企业提供整合了 OA 系统、文件云存储和协作处理系统、项目管理系统、在线即时交流系统的一体化的办公系统，以满足企业不仅是线下，还包括线上的“共享办公”系统？是否能将“在线办公”等云服务，整合到“共享办公的大框架内？”

在经历了疫情的打磨后，只要发挥自身“小、快、灵”的优势，能生存下来的共享办公企业势必将迎来一个新的发展契机，我们也将持续关注共享办公、共享自习室等创新的商业租赁模式，为相关企业提供优质的服务。

（本文首发于 2020 年 3 月 11 日）

疫情当前，承租人要求减免租金，融资租赁企业如何应对

李凤翔

2020年开年以来，新型冠状病毒肺炎疫情之凶猛，不可避免地影响着企业的生存发展。为尽力减少疫情带来的恶劣影响，诸多金融机构发布了贷款展期、减免罚息等措施。而自1981年中国首家融资租赁公司成立至今，越来越多的企业适应于通过融资租赁的方式扩大经营、改善资金状况。

疫情面前，这些通过融资租赁的方式进行企业融资的承租人能否以无法使用租赁物、遭受不可抗力或情势变更为理由，向出租人主张减免租金或免除违约责任呢？本文将就此问题进行分析。

一、此次疫情对融资租赁的承租人而言是否构成不可抗力或情势变更？

疫情爆发后，已经有许多学者、律师等法律工作者对此次疫情是否构成不可抗力事件这一问题进行了探讨，本文不再赘述。普遍认为，此次新型冠状病毒较17年前的非典，情形更加凶猛，远非一般公众可以预见、可以避免。疫情在法律性质上被认定属于不可抗力事件已无争议。

但是，即使疫情在法律属性上可以被认定为不可抗力事件，并不意味着在具体的合同履行中，当事人必然可适用关于不可抗力的相关法律规则。根据不可抗力事件对合同正常履行所产生的影响，在个案适用时可能会涉及到“不可抗力”与“情势变更”两种规则。

情势变更规定在《合同法》司法解释（二）第二十六条中，是指合同成立以后，当客观情况发生了无法预见的、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时，当事人可以请求人民法院变更或者解除合同。

情势变更与不可抗力最主要的区别在于两者对合同履行的阻却程度不同。不可抗力对于合同履行的阻却为导致合同不能履行；而情势变更是合同可以继续履行、但继续履行对一方当事人已经显失公平或者已经不能实现合同目的。

其次，不可抗力是法定免责事由，当事人仅需证明发生了不可抗力事件、且因为不可抗力事件，合同已经不能履行便可以主张免责、解除合同；而情势变更需要当事人在情势变更发生后向法院请求变更或解除合同，属于当事人的一种请求权。

笔者认为，此次疫情对合同当事人而言，可能会构成不可抗力、也有可能构成情势变更，具体适用哪一种规则，应当取决于该事件对于合同履行的阻碍程度。如果已经导致合同履行不能的，应当适用不可抗力，如导致合同出现履行障碍的，则宜从情势变更的角度进行分析。

在“非典”疫情期间，最高人民法院下发的《最高人民法院关于在防治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，也体现出类似的思路——通知明确，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，可根据具体情况，适用公平原则处理。而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”疫情影响致使合同当事人根本不能履行引起的纠纷，则按照《合同法》关于不可抗力的相关规定进行处理。

那么，因受此次疫情影响而不能正常使用融资租赁租赁物（如生产设备等）的企业，是否可以适用不可抗力或情势变更规则？又是否能够主张减免租金或违约责任呢？笔者将在下文结合案例加以分析。

二、承租人是否可以主张减免租金或违约责任？

不少企业受此次疫情影响，无法在年后及时复工或被迫停业，导致不能正常使用融资租赁的租赁物（如生产设备等），在这种情况下，承租人主张减免租金或迟延付款的违约责任是否有法律依据呢？

1. 承租人能否以疫情为理由，向出租人主张适用不可抗力的相关规定？

2017年徐州市铜山区人民法院作出的一份判决中（案号为：（2017）苏0302民初6733号），承租人承租的租赁物起重机因遭受雷击发生火灾，车辆受损严重。在出租人因承租人违约诉至法院，要求行使加速到期权益并向承租人主张违约责任时，承租人提出租赁物遭受雷击属于不可抗力事件，主张暂停支付租金并免除违约责任。法院审理后认为，雷击事件虽属于法定的不可抗力的范围，但该事件与融资租赁合同不能履行无直接因果关系。在原告已按照合同约定交付租赁物的情况下，被告的义务是按合同约定支付租金，雷击事件并未造成合同不能履行，不应适用不可抗力条款。

在2017年青海省西宁市城北区人民法院以及2017年江西省九江市中级人民法院的两则案例中（案号分别为（2016）青0105民初3337号及（2017）赣04民终1627号），承租人同样主张自身因遭受不可抗力因素无法支付租金。两法院在判决时指出，融资租赁合同中，承租人只要占有租赁物便实现了融资租赁合同的的目的，支付租金并不以承租人使用租赁物为前提条件。

这些案例充分体现出融资租赁合同与普通的租赁合同间的区别——融资租赁合同具有“融资”与“融物”的双重属性，出租人按照承租人的指示支付购买价款并向承租人交付租赁物后，即完成了出租人在融资租赁合同中的主要义务，实现了“融资”与“融物”的合同目的。也正是因此，《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第七条才会规定：“承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，出租人要求承租人继续支付租金的，人民法院应予支持。但当事人另有约定或者法律另有规定的除外。”

根据该规定，在租赁物因不可抗力因素灭失的情况下，除非双方另有约定，否则出租人也有权利要求承租人继续支付租金。

因此，如承租人仅仅因为疫情这种不可抗力原因一时不能使用租赁物的，并不会导致合同履行不能的后果，承租人难以因疫情而对出租人主张适用不可抗力的相关规定。

其次，《合同法》第117条规定的免除责任指因合同不能履行而产生的违约责任的免除。承租人即使可以主张不可抗力的免责，也是在主张免除自身因合同解除所产生的违约责任，并不能够产生减免租金的法律效果。

2. 承租人是否可通过情势变更规则主张变更或解除合同？

与不可抗力不同，情势变更并不属于合同法定解除事由。并且，由于承租人已经占有使用租赁物，融资租赁合同“融资”“融物”的合同目的已经实现，故承租人在该情况下并不享有合同的解除权。事实上，在这种情况下，合同解除需要承租人承担返还租赁物的法律后果，也并不利于改善承租人的经营困境。

那么，承租人是否可以主张变更合同，降低租金或减免违约责任呢？

在新疆维吾尔自治区高级人民法院（2019）新民终 413 号案件中，承租人因“天津港 8.12 事故”停产，后因政府要求搬迁，导致不能正常使用租赁物，并无法按时支付租金，被出租人诉至法院。承租人在本案中以“情势变更”为由进行抗辩。法院审理后认为，承租人如认为合同履行出现情势变更情形的，应当向人民法院请求变更或者解除合同。但本案承租人并未在合同履行期限届满前向人民法院作出上述请求，故其以情势变更为由，请求免除违约责任的主张不符合情势变更适用的条件，不能得到支持。同时，法院在判决时也认定，本案中的违约责任应当根据案件实际情况，按照公平原则综合衡量。并在公平原则的基础上酌情降低了承租人的违约责任。

结合上述案例与我国法律规定，笔者认为，由于融资租赁合同所具有的特殊属性，在交付租赁物后，出租人已经履行完毕了其在融资租赁合同中的主要义务，支付租金则是承租人在融资租赁合同中的主要义务。当一方主要义务已经履行完毕，合同主要目的已实现的情况下，对租赁物暂时的不能使用，不应阻却另一方履行合同的主要义务，承租人仍应支付租金。但租金的支付期限以及承租人应承担的违约责任，根据具体案件情形的不同，存在一定的调整空间。必须强调的是，这种调整并非承租人单方可行使的权利，需要承租人与出租人进行协商，或是向人民法院提出相应请求，由法院进行判断。

三、对融资租赁企业的建议

经济社会充满着联结，我们很难孤立地对某个事件作出评判，也很难仅因为法律的规定而断然作出商业上的决策。从商业角度出发，在融资租赁关系中，出租人与企业承租人之间的利益具有一定的一致性——企业的发展运作带来效益，而效益本身也是租金的来源。

因此，疫情面前，出租人是否可为承租人减免部分租金？是否应该同意承租人迟延支付租金的请求、免除其违约责任？在本质上取决于出租人对承租人未来偿债能力的商业判断。对此，除前述的法律分析外，我们建议融资租赁企业从以下几个角度进行综合分析：

1. 企业（承租人）所属行业、所在地区？

此次疫情严峻，对劳动密集型产业（如制造业）、消费行业（如餐饮业、娱乐业）、人群密集型行业（如旅游业、线下教育行业）的影响尤为突出。其中，制造业更常选择以融资租赁的方式租赁大型设备、设施。融资租赁企业在对受疫情影响的企业进行酌情考量时，对于这些受影响突出的企业可给予更多的关注。

此外，疫情在不同地区的严重程度也有所不同，融资租赁企业也需要综合承租人所属的行业及地区受疫情影响的程度进行分析与判断。

2.承租人的资金状况及履约状况

承租人在疫情影响下能维持多久的经营状态？承租人是否在疫情开始之前已经出现逾期或其他违约状况？疫情结束之后，承租人是否有能力及时恢复生产、恢复后的效益是否足以帮助承租人继续良好发展？企业可通过对以上问题的分析，判断减免或同意承租人延迟支付租金是否可以实现双方共同利益的最大化，避免疫情成为承租人逃避合同义务的借口。

四、结语

尽管此次疫情在法律属性上可被定性为不可抗力事件，但这一事件并不能阻却所有合同关系的正常履行，融资租赁合同便是其中一例。**承租人并不能单纯地以“不可抗力”或“情势变更”为理由，逃避其在合同中应承担的义务。**

另一方面，法律法规作为一种社会规范，并不能直接带来经济社会所追求的效益最大化的结果。在这样一段特殊时期里，我们建议融资租赁企业针对承租人的具体状况进行分析，判断是否可以适当延迟承租人支付租金的期限或减免承租人延迟支付租金的违约责任，以尽量减少纠纷，实现各方利益的最大化。

（本文首发于 2020 年 2 月 6 日）

疫情期间，融资租赁合同的出租人能否主张加速到期或解除合同？

李凤翔

在《疫情当前，面对承租人要求减免租金的要求，融资租赁行业应当如何应对》一文中，我们对融资租赁合同的承租人能否以受到疫情影响、无法使用租赁物、遭受不可抗力或情势变更为理由，向出租人主张减免租金或免除违约责任这一问题进行了探讨，并向融资租赁企业提供一些应对建议。

而在这个问题背后，有另一个问题也与融资租赁企业息息相关——在疫情期间，如果融资租赁合同的承租人出现了逾期支付租金的违约行为，出租人是否可以行使加速到期或解除合同的权利呢？本文将对这一问题进行分析与解答。

一、融资租赁企业是否可以主张加速到期或解除合同

根据《合同法》第 248 条，如果承租人在融资租赁合同约定的租期内未按时支付租金，且经出租人催告后在合理期限内仍不支付的，出租人有权解除合同或加速到期。此外，在《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 12 条中，司法解释对出租人解除合同的要求进行了进一步明确，如果融资租赁合同明确约定了欠付租金解除合同的情形，则符合合同约定即可解除。如果融资租赁合同没有明确约定，则承租人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金百分之十五以上，出租人可以解除合同。同时，根据该司法解释的要求，无论融资租赁合同是否对欠付租金解约情形进行了具体的约定，出租人因承租人欠付租金而主张解除合同的，都需要经过催告程序。

在实践中，融资租赁合同一般对承租人欠付租金解约、加速到期均进行了详细的约定，即使在承租人短期逾期的情形下，出租人也往往根据合同约定享有加速到期或解除合同的权利。

但另一方面，司法实践中出于平衡各方利益的考量，也会对出租人的权利加以适当限制。例如，在天津市高级人民法院审判委员会于 2019 年 12 月 13 日审议通过的《关于审理融资租赁合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要（一）》中，天津市高院明确，如融资租赁合同未明确约定加速到期的条件，且当事人无法达成一致意见的，仅在承租人欠付租金达到两期以上或者数额达到全部租金百分之十五以上时，出租人有权加速到期。同时明确，如合同约定承租人逾期支付一期租金或者承租人存在逾期支付保证金、租前息等非租金给付义务违约行为时，出租人有权宣布租金提前到期的，且出租人据此主张加速到期的，法院不予支持。

此外，针对疫情这一特殊情况，各地法院对疫情期间的民事纠纷案件审理思路也较为谨慎。2020 年 2 月 8 日，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》，对上海地区在疫情期间的司法工作提出十条意见 26 项具体举措。在该《指导意见》中，上海高院提出：“对因疫情影响，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。”并就金融借款类纠纷特别指出：“**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。**”

尽管融资租赁合同纠纷并不属于金融借款纠纷，但该指导意见对疫情期间融资租赁合同纠纷的处理仍有指导意义。继上海高院之后，**2月10日，浙江省高级人民法院民一庭也出台了《关于规范新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）》，其中提出“疫情期间合同可以继续履行的，鼓励合同继续履行，当事人主张解除合同的，一般不予支持。”**

根据前述两地高院出台的意见所反映出的审理态度来看，上海地区及浙江地区的司法实践对疫情期间承租人违约的融资租赁合同纠纷的审理将更加谨慎，**由于承租人的逾期违约行为将有可能是受到此次疫情影响，如出租人仅是以承租人在疫情期间的短期违约行为便主张加速到期或解除合同的，有不被法院支持的风险。**

综上，尽管在《疫情当前，面对承租人要求减免租金的要求，融资租赁行业应当如何应对》一文中，我们分析指出疫情期间，承租人仍有支付租金的义务，且实践中融资租赁企业与承租人之间签署的《融资租赁合同》也往往对出租人加速到期及解除合同的权益进行了较为全面细致的约定，明确在承租人短期逾期时，出租人也会享有加速到期及解除合同的权益。但在司法审判实践中，法院仍会以“逾期两期以上”、“欠付租金达到全部租金百分之十五以上”作为是否支持融资租赁企业行使加速到期或解除权的考量标准。并且，由于承租人逾期支付租金有可能确实是因此次疫情影响导致，承租人对于租金支付期间及违约责任的分担也具有一定的抗辩空间。出租人是否需要在承租人在疫情期间出现逾期支付租金这一违约行为之后，即刻选择进行加速到期或解除合同，仍需进行审慎判断。

二、疫情期间，承租人违约时的处理建议

1. 尽快发函催告，并了解详细情况

无论是加速到期还是解除合同，都明确要求是在承租人逾期支付租金后，经出租人催告后的合理期限内仍不支付的，出租人才可行使。因此，**如疫情期间承租人出现逾期违约行为的，建议融资租赁企业尽快向承租人进行书面催告，并详细了解承租人逾期支付租金的具体情况。**如书面催告后，承租人仍未支付租金、且未就逾期支付租金进行详细说明、未明确还款计划的，融资租赁企业也可尽快向承租人发出书面的解除函或加速到期的函件，在程序上首先做到完备。也为后续是否选择启动诉讼程序奠定基础。**融资租赁企业也可以通过承租人在收到催告函件后的态度判断承租人后续履约的可能性。**

1. 因时制宜，做好两手准备

此次疫情，对诸多中小企业影响巨大，甚至已关乎众多中小企业的存活。但对于其中一些运作良好、具备潜力的中小企业而言，如度过此次疫情带来的资金等运转危机，后续仍会获得较好的发展。因此，融资租赁企业也应当根据各承租人实际情况的不同，制定不同的应对方案。

其次，无论融资租赁企业后续是否计划启动诉讼程序，都可先按照诉讼程序所需要的标准及要求进行诉讼工作的前期准备。当融资租赁企业判断承租人后续仍难以正常履约时，我们仍建议融资租赁企业尽快启动诉讼程序，通过加速到期或解除合同维护自身的合法权益——毕竟，诉讼程序需经历较长的处理期间。而前期完备的准备工作，也可以为出租人后续维权最大化地争取时间效益。

（本文首发于 2020 年 2 月 12 日）

撤档、停工……影视企业如何应对“新冠”疫情的冲击

陈欣皓

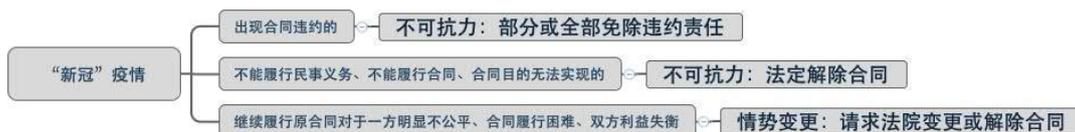
眼下，新型冠状病毒感染肺炎疫情可以说是全中国乃至全世界关注的焦点。广大医务工作者呕心沥血的付出，使疫情已逐步受到控制。然而，疫情将会在很长的一段时间内直接或间接的影响到社会的方方面面。

影视行业无疑受到本次疫情的严重打击。春节档电影全部撤档，春节间电影票房缩水惨烈，大量线下影院关门止损；《大江大河 2》、《有翡》等三十余个剧组，《青春有你 2》等广受关注的综艺，也因考虑到防止人群聚集而暂停了拍摄工作。星瀚律师事务所服务的数个影视企业都受到不同程度的影响，有的被迫调整电影的上映时间，有的则在即将建组前被迫暂停拍摄计划。

一部电视剧、电影的拍摄，需要编剧、导演、制片人、监制、演员、灯光、道具、摄影、化妆、场地、后期、宣发等多部门密切配合，并且牵一发而动全身。任何一个环节出现问题，都将影响到播出后的票房、收视率，严重的更可能直接导致电影、电视剧胎死腹中。那么，在受到本次疫情影响后，对于众多的合同及可能产生的纠纷，影视企业如何应对？

一、不可抗力？情势变更？看看法律如何规定

疫情发生以来，已有不少同行就本次“新冠”疫情是否属于不可抗力，是否能够适用情势变更原则进行了分析，星瀚也发布了专题文章，在此不再赘述，我们汇总了一张图表，便于读者理解：



可以看到，无论是引用不可抗力，还是情势变更，最终的法律后果无非是三种，即经由法院判决，变更、解除原合同，或免除违约责任。这对于相对简单的法律关系，如买卖合同、租赁合同、借贷合同等，或许可以解决一部分的问题，协调双方的法律地位，实现相对的公平。

然而，上述的结果，对于影视企业真的适用么？

二、解除？变更？影视企业需要的更多的是继续履行

正如前文所述，影视行业牵一发而动全身，在 2003 年的“非典”期间，就有剧组碰到好不容易协调到的演员“档期”，却因为防疫的需求无法开拍，导致错过原定演员的拍摄档期，造成被迫换人，或修改演员参演的角色。

并且，相较于 2003 年的影视行业，越来越多的社会资本介入到各类影视项目的运作过程中。在电影、电视剧的制片方与投资人签署的投资协议等法律文本中，一般都会对于影视项目的拍摄、制作、上映播放周期进行约定，一旦超出了原定的时间计划，制片方轻则需要承担按天计算的迟延履行金、承担按照投资人投资金额相应比例违约金；重则投资人有权单方面解除投资协议，要求制片方返还已经支付的全部投资款。

对于上述疫情造成的风险，绝非是变更、解除合同，或是免除违约责任就可解决的问题，特别是当影视项目开拍后，投资方支付的投资款项，早已用于项目的运作过程中，一旦投资方以违约为由“釜底抽薪”，极大可能导致整个项目毁于一旦，致使全部投入的资金、相应演职人员的心血均毁于一旦。

那么，在目前的情况下，有什么处置的预案么？

三、主动告知，积极沟通，携手面对风险

结合“非典”疫情之后最高人民法院出具的相关通知，目前疫情的传播性、严重性，特别在中国国际贸易促进委员会已将本次的“新冠”疫情列为不可抗力，并愿意为广大外贸企业开具《不可抗力证明》的前提下，本次的“新冠”疫情被认定为不可抗力的可能性较大。

我们建议，影视企业，特别是已经签署相关协议，建组着手拍摄的制片单位，一定要在第一时间将受到本次“新冠”疫情影响的情况向各个合作方进行书面说明，并留存相应证明，一方面及时与合作方取得联系，共商后续合作事宜，另一方面，一旦此后发生纠纷，也能留存证据，证明己方已尽告知义务。

影视项目开拍之后，投资方与制片人就已构成一个利益捆绑体。盲目终止合作，解除合同，于每一参与方都是巨大的打击。疫情之下，更应当同舟共济，共度难关。

其次，亦应当及时修改、调整拍摄计划、方案，采取集中多组拍摄、适当使用现代高科技拍摄手法等方式，在疫情结束后赶抢进度，将疫情的影响减少到最低程度。与档期紧张的演职人员尽早沟通，也有利于后续拍摄计划的调整和完善。

本次疫情影响范围之广、政府采取的控制力度之大，已有超越“非典”的迹象。多数媒体也均分析，即使疫情结束，后续的“次生灾害”也将在 2020 年内甚至是更长的时间影响到全国的经济形势。

近年来，影视行业蓬勃发展，政府部门也在加强监管的同时大力扶持。“新冠”疫情虽然严重，但终将过去。只要业内各方众志成城，一定能将本次疫情的影响减到最低，顺利度过难关。

在本文发表前夕，中国广播电视社会组织联合会电影制片委员会、中国广播电视社会组织联合会演员委员会联合发布《关于新冠疫情期间停止电视剧拍摄工作的通知》，要求所有影视制片公司、影视剧组及影视演员暂停影视剧拍摄工作。影视企业应当立即采取措施应对疫情，减少损失。

（本文首发于 2020 年 2 月 2 日）

新冠疫情对于特许经营行业有什么影响？

金秀福、崔贤姬

当前，疫情突袭，特许经营行业受到巨大打击，尤其是餐饮、线下教育、娱乐场所、食品零售等人员聚集、劳动密集型企业，因为疫情防控措施，可能近期一段时间都无法正常开业。

被特许人的生产经营困境也给品牌总部带来了潜在隐患——他们不仅要面对房屋租金、员工工资、贷款利息等各方面的压力，还可能需要面对各个加盟商提出的解除特许经营合同的纠纷。那么，加盟商能否以本次疫情为由向品牌总部要求解除特许经营合同呢？

一、本次疫情是否属不可抗力？

根据《民法总则》第 180 条及《合同法》第 117 条的规定，“不可抗力”是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。本次疫情是否属于不可抗力？

根据《中国人大》全媒体北京 2020 年 2 月 10 日快讯：全国人大常委会法工委发言人、研究室主任臧铁伟说，对于政府采取相应防疫防控措施而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。

2020 年 2 月 10 日，浙高院印发的《关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）》也提出，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。

据此，政府采取相应疫情防控措施导致不能履行合同的，属于不可抗力。全国人大及浙高院的意见也与早前司法界就本次疫情属于不可抗力的意见相一致。

二、加盟商能否以不可抗力为由要求解除特许经营合同？

根据《合同法》第 117 条规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。根据《合同法》第 94 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。

从规定中可以看出，不可抗力之情形的发生并不必然导致合同解除的法律后果。即只有不可抗力已达到致使特许经营合同当事人不能实现合同目的的严重程度，才可以解除合同。从浙江高院意见也可以看出，就本次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。

如确属因不可抗力不能履行合同，或以不可抗力为由主张部分或者全部免除责任的，仍应当及时通知对方，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。

就本次疫情来说，特许经营合同双方应当向对方发出政府及有关部门的各类防空措施通知，以及由此影响合同履行的详细说明等。如，品牌总部无法如期提供经营指导、技术支持

和业务培训等服务，无法如期提供经营资源或特许经营合同项下的货物，加盟商无法如期支付特许经营费用等情形均应当及时通知对方。

三、加盟商能否根据被特许人的单方解除权要求解除特许经营合同？

根据《商业特许经营管理条例》第十二条的规定：“特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定，被特许人在特许经营合同订立后一定期限内，可以单方解除合同”。

有些加盟商咨询，如果本次疫情期间不能以不可抗力为由主张解除合同，但是否可以根据上述规定的单方解除权解除特许经营合同呢？

笔者认为，上述规定实质上是对特许经营合同中“冷静期”的规定，目的是为了保护被特许人，以缓冲被特许人的投资冲动，赋予被特许人反悔的权利，这是特许经营合同与一般合同的合同解除权不同的地方。法律虽然赋予被特许人单方解除权，但为了避免加盟商滥用该权利恶意解除合同，司法实践中，行使单方解除权的期限的判断一般以特许人的经营资源尚未被被特许人掌握、利用时为宜。即，如果加盟商已经开始掌握或使用了特许人的经营资源，就很难以经营不善，收入不佳等理由行使单方解除权。

尽管特许经营行业身处困境，但近期也有一些好消息传来。一些餐饮行业已开始致力于发展外卖服务，以最大限度内弥补亏损。某酒店品牌总部也在推行特许加盟酒店减免扶持政策。另外据盒马消息，自2月3日微博发出“疫情期间采用劳务工用方式接收其他品牌的部分员工的”的消息以来，截至2月10日，已有来自餐饮、酒店、影院、百货等行业的32家企业共计1800余人临时到盒马“上班”等。品牌内部，品牌之间也开始互相帮扶，共度难关。

（本文首发于2020年2月18日）

疫情期间，网络心理咨询法律风险防范

沈大力

这次新冠肺炎疫情对社会生活产生了诸多影响，很多心理咨询师、咨询机构主动参与心理援助热线、网络心理咨询服务，希望通过自己的努力，为求助者提供公益服务。

很多律师、医生等专业人士也在此疫情期间，为需要法律援助、医疗服务的社会公众提供线上公益服务，也都有相通之处。大家都有热心去为社会、为公众做些什么，这恰恰显示我们的专业担当和使命情怀。

今天我想和大家分享的这个主题，从律师角度而言，当下律师业务逐渐细分化和专业化，疫情之下，对各行业都有影响，选一个点也可以关涉其他领域；对心理咨询师而言，在各种热线、平台推出之后，网络心理咨询、援助过程中也存在许多风险点，能明晰关键风险点，提早防范可能的法律责任，也有助于网络心理咨询、援助的顺利开展。

我主要从四个方面和大家分享。

一、疫情下心理咨询服务现实

网络心理咨询是咨询师和求助者之间运用电子邮件、网络文字、语音或网络视频等沟通方式，以特定咨询关系为基础的网络心理服务，是网络上持续性的即时或非即时远距互动过程，以帮助求助者解决心理困扰。这次疫情下，网络心理咨询服务有以下特点：服务组织，主要有心理咨询服务志愿者团队、心理咨询服务机构或个人、国家和地方卫健委等机构发起的。

服务形式，包括网站、热线、app 小程序、微信等文字、语音、视频形式。

服务内容，包括为感染、疑似患者、医护人员、学生、普通群众提供心理咨询援助，不同的团队、机构也有不同的服务对象要求。

我在这里和大家分享的心理咨询，包括热线，主要是方便一起进行分析和研究。而心理咨询服务是包括付费和非付费的，在这次疫情背景下，很多机构和团队提供的是非付费的公益性质的心理援助，这和通常的心理咨询服务也有一定区分，但本质上仍是心理咨询师为公众提供心理咨询，就法律风险防范部分，并不影响。

二、网络心理咨询服务规范性文件

网络心理咨询，也属于心理咨询，在提供服务之前，需要关注相关法律法规和规范性文件，包括：法律、行政法规、部门规章、地方性法规和规章及其他规范性文件。

第一个是《精神卫生法》，《精神卫生法》第 23 条规定了心理咨询师的基础要求，第 76 条规定了违反法律规定的责任内容。同时，第 14 条规定了心理援助的内容，在如此次疫情这样的突发事件发生时，各级人民政府和县级以上人民政府有关部门制定的突发事件应急预案，应当包括心理援助的内容。

第二个是 2016 年 12 月 30 日，国家卫计委等发布的《关于加强心理健康服务的指导意

见》(国卫疾控发〔2016〕77号)。其中规定：“6.重视心理危机干预和心理援助工作。建立和完善心理健康教育、心理热线服务、心理评估、心理咨询、心理治疗、精神科治疗等衔接递进、密切合作的心理危机干预和心理援助服务模式，重视和发挥社会组织和社会工作者的作用。”

第三个是2020年1月26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《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》(肺炎机制发〔2020〕8号)。其中规定：“二、基本原则。(一)将心理危机干预纳入疫情防控整体部署，以减轻疫情所致的心理伤害、促进社会稳定为前提，根据疫情防控工作的推进情况，及时调整心理危机干预工作重点。(二)针对不同人群实施分类干预，严格保护受助者的个人隐私。实施帮助者和受助者均应当注意避免再次创伤。”这是一个原则性规定，对各地而言仍需更加明确的指南和规范文件。

第四个是2020年2月10日，湖北省新型冠状病毒肺炎疫情防控指挥部发布的《湖北省新型冠状病毒肺炎疫情紧急心理危机干预实施方案》，该方案要求，“心理危机干预工作由各市州指挥部分级负责，组建各地心理救援专家组、心理救援医疗队，开通各市州心理援助热线，由各地精神卫生、心理健康相关协会、学会发动具有灾后心理危机干预经验的专家、志愿者，在卫生健康行政部门统一协调下，有序开展紧急心理危机干预和心理疏导工作。”当然，这个主要是湖北省地方规定，仅在湖北适用。其他省市也有相应规定，如2月2日，北京市卫健委发布了《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北京实施方案》。

第五个是2020年2月2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发布的《关于设立应对疫情心理援助热线的通知》(肺炎机制发〔2020〕18号)，规定：“为做好防控疫情的社会心理服务工作，向公众提供心理支持、心理疏导等服务，预防与减轻疫情所致的心理困顿，防范心理压力引发的极端事件，各地要在原有心理援助热线的基础上设立应对疫情心理援助热线”，并明确有关工作要求。

第六个是2020年2月7日，国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制发布《新型冠状病毒肺炎疫情防控期间心理援助热线工作指南》，是根据《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》《关于设立应对疫情心理援助热线的通知》等要求，制定的细致工作指南。

第七个是2020年2月11日，国务院办公厅转发国家卫生健康委、人力资源社会保障部、财政部的《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》。其中规定“(四)加强医务人员心理危机干预和心理疏导。开展医务人员心理健康评估，强化心理援助措施，有针对性地开展干预和心理疏导，减轻医务人员心理压力。”当然，该文件主要是面向医务人员的，但对于心理援助工作者而言，也需要关注，特别是文件所要求的负有组织责任的主体或组织者。

此外，还需要单独说明的一个规范性文件，行政法规《志愿服务条例》，第三条规定：“开展志愿服务，应当遵循自愿、无偿、平等、诚信、合法的原则，不得违背社会公德、损害社会公共利益和他人合法权益，不得危害国家安全。”其实这次心理咨询师参与心理援助，

律师参与公益法律咨询及医生参与在线医疗服务等公益活动，都属于志愿服务工作，所以也应当受《志愿服务条例》约束，在从事相应公益工作之前，也都需要关注学习此法规。

三、网络心理咨询服务中可能的法律风险点

就我关注目前网络心理咨询服务现实，初步梳理可能存在的主要法律风险点：

1. 咨询师资质与胜任力可能不合要求

当前网络心理咨询服务团队选拔志愿者时，可能对咨询师资质要求及审核存在一定难度，难以选到有经验、有胜任力的咨询师志愿者。

某报道记录，有记者问某心理援助团队如何选拔咨询师，该负责人回复“团队中 60%是持证咨询师，没有持证的志愿者也一直从事心理咨询的相关工作。招募志愿者时我们会进行审核，比如通过聊天可以了解他的专业性、经验性，是不是业内人，用不用专业术语，沟通的熟练程度等”。

部分高校心理援助团队招募通知要求，主要招募高校心理咨询老师或有明确咨询时长如 300 小时以上的咨询师，具有一定学历，接受过伦理培训、具有创伤治疗/心理急救/危机干预等方面的培训和实践经验的咨询师志愿者。

以上要求虽然都有一定资格或门槛限制，但对于申请人的资质审查和实际能力评估仍然存在较大困难。

对于咨询师是否具有疫情期间提供心理咨询和危机干预的胜任力，咨询师个人情绪控制力如何，均可能会影响咨询服务效果。

2. 危机干预不当可能产生不利后果

疫情期间，可能会有更多危机干预的情形，在遇到此种情形下，咨询师的处理也更加需要考验专业技能。如遇到求助者询问自己可能感染新冠肺炎如何处理，有自杀、自伤或报复他人和社会想法如何处理，通常咨询师会向自己的督导师、上级主管部门或司法机关上报，但对于求助者的咨询和求助是否明确需要以专业能力来考量，否则随意的上报，也可能会侵犯求助者的隐私权，甚至可能会被求助者反过来主张侵权损害赔偿。

而且，网络咨询，包括热线咨询，一般容易欠缺咨询协议及保密例外条款，如遇危机处理不当，咨询师也欠缺协议的初始保护，会更容易承担不利责任。

3. 心理援助与付费咨询服务的衔接漏洞

心理咨询一般是连续性的服务，这次疫情期间，大多机构和团队提供的 30 分钟或 1 小时短程心理咨询援助，多为支持性的帮助，可能并不能解决求助者的问题，如不做深入的问题解决，可能会涉及到求助者的回访及后续咨询。

就此种情形，心理援助团队、咨询师是继续提供援助或是进入付费咨询服务，需要事前规划清楚，否则可能会违反前述所提及的《志愿服务条例》规定而承担法律责任。对于某些机构、团队或个人在提供服务同时附加的广告宣传等内容，也需要进行审核，否则极易可能好心提供心理援助，回头被认定为付费咨询服务，而被要求担责。

4.知情同意内容不充分

网络咨询，包括热线咨询，容易受技术条件或现实情境影响，较难明确将知情同意内容转化为实际操作。有平台可能会提前设定知情同意页面，要求求助者点击确认，方可进入咨询服务页面。但很多平台没有做，特别是心理援助热线，志愿者也是随机分派的，在对接服务过程中，并未按照知情同意要求，告知求助者所属机构、姓名、资质、理论倾向等，特别是是否录音等内容，而直接进入咨询服务环节，如后续咨询师不当讨论或泄露求助者隐私等内容，也属于违反法律和行业伦理行为。

5.信息保密与网络安全缺乏

网络咨询有其优势，也有其弱点，如对求助者个人信息及咨询记录保密规定，数据安全及网络安全保护都有其不利点。部分咨询平台要求求助者先登录平台登记个人信息，在咨询服务后该信息如何处理，相应咨询记录是否保存或删除，如处理不当，可能违反《网络安全法》第12条规定，而承担法律责任。

6.对咨询师、机构的保护存在不足

目前网络咨询服务平台对于心理咨询师或部分心理咨询服务机构的保护事前防范存在不足，如要求的24小时热线服务，对求助者的信息审查会存在困难，求助者不限时咨询可能会给咨询师造成骚扰，也有可能未经咨询师同意录音录像而泄露出去，咨询师想要维权也存在一定障碍。且受限于网络咨询服务特点，咨询师、咨询机构也可能会由于自己不当行为而被追究法律责任。

四、具体法律风险防范参考建议

结合当前法律法规规定，就目前网络心理咨询主要法律风险点，我们提供如下风险防范参考建议：

- 1.建议具有公信力的机构组织为主提供心理援助，同时要选择具备资质与胜任力的咨询师，对咨询师资质进行审查和岗前培训和后续督导培训等。
- 2.重视危机干预事件报告及合法处理，在提供服务之前，要有完整的工作方案及转介流程，防止危机事件发生，以及危机干预也要注意平衡隐私权保护利益。
- 3.要做好心理援助与付费咨询服务的区分。
- 4.要尊重知情同意内容，尽量通过协议约定清楚，如要求求助者自主签署知情同意书，或至少首次咨询时与求助者讨论知情同意。
- 5.通过协议或技术手段，强调网络咨询的信息保密与网络安全保护。
- 6.提前明确心理咨询师、机构职责，事前防范参与公益志愿服务的法律风险。

以上也只是结合目前关注要点所提防范建议，我们也有看到国家和地方卫健委牵头组织工作，心理援助督导组为咨询师志愿者提供免费督导培训服务，注册系统发布《热线心理咨询伦理规范》、《网络心理咨询伦理规范》等内容，都在更好地支持网络心理咨询服务工作。

要做好心理咨询服务，需要安排好制度建设、管理建设、团队建设、工作流程、专业支持、危机管理和长期规划等问题，并强化法律风险防范意识，如遇专业问题，建议咨询律师提供专业法律意见，以尽可能防范法律风险。

结语

心理咨询师以助人为己任，疫情期间能够勇于担当，参加志愿服务工作，令人敬佩。我们也期待广大心理咨询师、机构能够注意咨询服务中的风险防控，依法开展相关服务工作，充分发挥专业作用，共同打赢这场抗疫战争。

（本文首发于 2020 年 2 月 18 日）

在家办公、待遇调整、工伤、医疗期...疫情之下，受到高频关注的用工问题实操建议

杨轶菡、季一玮

近期，新型冠状病毒感染引起的肺炎疫情牵动人心，为加强疫情防控工作，国务院、各省市人社办陆续发布了有关延长假期、延期复工、妥善处理疫情防控期间劳动关系等的通知，一时间信息量巨大。

我们也不断接到客户们就相关用工问题的咨询，遂整理出八大类被高频关注的问题，包括提前复工的法律风险、各情形下的工资计算、医疗期计算、员工感染能否认定为工伤等问题，以供企业和员工们参考。

一、各地复工时间汇总（统计截至 2020 年 2 月 4 日）

复工时间	地区
2月3日	青海、四川（泸州、自贡、南充、德阳、宜宾除外）
2月10日	北京、上海、重庆、河北、山西、辽宁、黑龙江、江苏、浙江（温州除外）、安徽、福建、江西、山东、河南、湖南、广东、海南、四川、贵州、云南、陕西、内蒙古、广西、宁夏、吉林、四川部分区域（泸州、自贡、南充、德阳、宜宾）
2月14日	湖北
2月15日	新疆八师石河子市
2月18日	浙江省温州市
尚未确定	天津

二、延迟复工期间，各地企业如何进行人员安排和工资发放？

1 月 31 日至 2 月 2 日

这三天假期系由《国务院办公厅关于延长 2020 年春节假期的通知》规定，前述通知中并没有明确这三天假期的性质，仅规定了对于“因疫情防控不能休假的职工”，应当安排补休。但并未说明在不能安排补休的情况下，如何支付加班工资。

从劳动合同法体系中对于休息休假补偿的整体规定来看，“补休”是员工在休息日加班时的补偿措施。如果员工在工作日延长工作时间或在法定节假日加班的，用人单位应当支付相应比例的加班工资，而不是补休。

另外，2015 年 9 月 3 日，为了纪念抗日战争暨反法西斯战争胜利 70 周年，全国放假一天。人社部门对于 2015 年 9 月 3 日上班的职工曾出具了书面通知，其中说明不能安排补休的，按 200% 的工资标准支付劳动报酬。此次假期的放假原因虽然与 2015 年 9 月 3 日不同，但是我们认为可以参照适用相应的处理方式。

因此，对于1月31日至2月2日期间因疫情防控不能休假的员工，我们建议用人单位优先根据内部规章制度和实际经营情况安排补休，不能补休的，可暂时按200%支付加班工资。如果人社部门后续作出了明确规定的，再予以相应调整。

后续的延迟复工期间

全国绝大部分地区政府在发布延迟复工的有关通知中并没有对延迟复工期间的性质作出明确界定。

我们仔细研读了各地的政策法规，并对各地通知中关于工资支付、加班工资支付标准和年休假安排等内容进行比对后，认为主要分为三种类型：

类型一：灵活工作期间（北京）

《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》第二条规定：“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，不得造成汇聚、集中。”

从前述政策的表述中，我们理解，在北京地区，2月3日至2月9日期间并非停工期间，而是灵活安排工作的期间。因此，2月3日至2月7日仍然保留其原有的工作日性质，2月8日至2月9日也仍然保留其原有的周末休息日性质。相应地：

北京	一般性企业		承担保障任务 未延迟复工的企业
	有线上办公条件的企业	无线上办公条件的企业（如工厂）	
2月3日至 2月7日/ 工作日	企业以线上办公的方式安排工作任务，按劳动合同约定支付工资即可； 可统一安排年休假和公司福利假； 员工不服从工作安排的，可根据内部规章制度作出相应纪律处分。	可向企业所在地人社部门申请执行综合计算工时制度，按照生产经营需要，实行轮岗调休。同时，需注意遵守工业园区作出的疫情防治相关的通知。	正常安排工作，并根据劳动合同约定支付工资； 员工拒绝工作安排的，可以根据内部规章制度给予纪律处分。
2月8日至 2月9日/ 休息日	如安排员工工作的，需按照劳动法相关规定支付加班工资。		

类型二：特殊休息日期间（上海）

上海市人社部门通过微信公众号在2020年1月28日发布的《关于延迟企业复工相关

问题，听市人社局权威解答》一文中明确表示：“延迟复工是出于疫情防控需要，这几天属于于休息日。对于休息的职工，企业应按劳动合同约定的标准支付工资；对于承担保障等任务上班的企业职工，应作为休息日加班给予补休或按规定支付加班工资。通俗的讲，就是两倍工资……职工按照企业要求在家上班的，应作为休息日加班，由企业给予补休或按规定支付加班工资。”

上海市人社部门虽然明确界定了延迟复工期间的性质为休息日，但是却造成了用人单位新的困惑。根据《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》第二条，“月计薪天数”中不包括休息日，由此我们一般认为休息日是不计薪的。在实践操作中，用人单位通常有两种核计税前月工资的方式，一是“减法”，即月实际工资=月应得工资全额—缺勤天数的工资—特殊天数（如病假）的工资差额；二是“加法”，即月实际工资=实际到勤工作天数的工资+特殊天数（如病假）的工资+加班工资+福利津贴等。

根据上述分析，对于适用“加法”核计月工资的用人单位，在理解和适用上海市关于延迟复工通知的规定时会有很大的困扰。既然2月3日至2月9日的性质是休息日，则不属于计薪日，如果用人单位在此期间并未安排工作任务的，在计算“实际到勤工作天数”时应当予以剔除，但上海市关于延迟复工通知的规定中却明确要求“企业应按劳动合同约定的标准支付工资”。因此，我们认为2月3日至2月9日的性质并非普通的休息日，而是“特殊休息日”。为了避免造成不必要的争议，建议上海的用人单位在核计2020年2月工资时适用“减法”的方式。

上海	一般性企业		承担保障任务
	未安排在家办公	安排了在家办公	未延迟复工的企业
2月3日至2月9日	按劳动合同约定支付工资； 不可抵扣年假和公 司福利假。	安排工作的，应当 给予补休或按规定 支付加班工资； 员工拒绝工作安排的， 不宜直接给予 纪律处分。	安排工作的，应当给予 补休或按规定支付加班 工资； 员工拒绝工作安排的， 可以根据内部规章制度 给予纪律处分。

类型三：停工停产期间（广东、重庆、天津、山东、湖北等大多数地区）

在大部分地区，虽然没有明确表示延迟复工期间的性质，但是通过出台政策解读或补充通知的方式说明在延迟复工期间，用人单位参照停工停产的规定支付工资。

以广东省为例，广东省人社局官网在2020年1月30日公布《春节假期延长期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取措施期间工资待遇相关问题解答》中明确规定：“2月3日至9日未复工期间，根据《广东省工资支付条例》、《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，企业应当按照劳动合同规定的标准支付劳动者工资。”

《传染病防治法》第42条规定“传染病爆发、流行时，县级以上地方人民政府……必要

时，报经上一级人民政府决定，可以采取停工、停业、停课的紧急措施并予以公告。”因此，我们认为大部分地区将延迟复工期间认定为停工停产期间是合理合法的，停工停产企业无须再根据工作日或休息日区分工资的计算，而应当统一按照停工停产相关的政策法规支付工资并进行人员安排。承担保障任务的企业仍按照正常工作制度安排工作并支付工资。具体如下：

广东等地	一般性企业	承担保障任务 未延迟复工的企业
延迟复工期间的原工作日 (如2月3日至2月7日)	在停工停产的 第一个工资支付周期内 ，无论是否安排了工作，均应按劳动合同约定支付工资； 超过一个工资支付周期的 ，按照当地政策规定支付工资； 员工拒绝工作安排的， 可根据内部规章制度给予纪律处分（但谨慎作出解除劳动合同的决定） ；	正常安排工作，并 根据劳动合同约定支付工资 ； 员工拒绝工作安排的，可以 根据内部规章制度给予纪律处分 。
延迟复工期间的原休息日 (如2月8日至2月9日)	是否可以安排 年休假 ，需参照当地政策规定； 是否可以安排 福利假 ，需参照公司内部规章制度。	如安排员工工作的，需按照劳动法相关规定 支付加班工资 。

关于年休假安排

在此次疫情事件发生之前，各地大多是在企业工资支付相关的条例或办法中规定了停工停产的相关规定，但并未明确说明在停工停产的情况下，用人单位是否可以安排法定年休假。各地对此的规定并不相同，比如：江西、辽宁、吉林、江苏常州和南通等地规定用人单位需与员工协商一致后方可安排年休假；湖北规定在停工停产期间可以优先考虑安排年休假。但大部分地区对该问题尚未出台明确的规定或解释，从已经出台的地方政策来看，用人单位不宜单方面直接扣减员工年休假的天数。

那么，员工已申请并获企业批准的年假申请（日期恰逢延期复工期间），员工能否要求撤销？

现未见针对性的法律法规规定，我们认为企业就此有自主管理权。

申请年假是员工享受休假的权利，批准休假是用人单位生产经营管理的权利，双方在并不知晓“因疫情而延期复工”这一特殊条件存在的情况下，已经达成的一致意见，于法不悖，故正常履行可以维持企业制度的稳定性，便于后续管理，对其他员工亦体现公平诚信的原则。

三、上海哪些企业不适用延迟复工的规定，这些企业员工复工的，工资如何支付？

《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》第一条：“本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、通讯等行业）、疫情防控必需（医疗器械、药品、防护用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）及其它涉及重要国计民生的相关企业除外。”

《关于延迟企业复工相关问题，听市人社局权威解答》（上海发布微信公众号于2020年1月28日发布）：“对于承担保障等任务上班的企业职工，应作为休息日加班给予补休或按规定支付加班工资。通俗地讲，就是两倍工资。”

四、提前复工的问题

Q1：企业要求提前复工，如员工拒绝，企业可否不支付劳动报酬，甚至解除劳动合同？

一般企业：员工有权拒绝到生产经营场所现场出勤。

承担保障任务的特殊企业：企业提前复工的原因是保障城市运行必需、疫情防控必需、群众生活必需及其它涉及重要国计民生。员工拒绝的，用人单位可根据内部规章制度予以处罚，如有旷工情形的，用人单位可不予支付旷工当日的工资。

Q2：延期复工期间，企业能否让员工在家工作；如员工拒绝，企业可否不支付劳动报酬，甚至解除劳动合同？

延期复工期间，企业可以让员工在家工作，这也是各地政府提倡的灵活工作方式。如果员工拒绝完成合理的工作任务的，用人单位需注意各地不同的政策规定：

北京地区：由于延迟复工期间为灵活工作期间，员工本应在工作日按照用人单位的要求完成工作任务，如果员工拒绝的，用人单位可根据内部规章制度予以处罚，如有旷工情形的，用人单位可不予支付旷工当日的工资。

上海地区：由于延迟复工期间为特殊休息日期间，员工在此期间工作为加班。根据《劳动法》第41条的规定，“用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间”，即员工有权拒绝加班（除非发生《劳动法》第42条规定的情形）。因此，即使员工拒绝加班，用人单位不宜直接作出纪律处分，也不能不予支付劳动报酬，可以在当期的绩效考核中予以反映。

广东等地区：由于延迟复工期间为停工停产期间，且系政府临时紧急措施所导致，虽然各地政府也表示了提倡在家在线办公的方式，但是如果员工拒绝在家工作的，用人单位可以适当作出纪律处分，也可以在当期的绩效考核中予以反映，但尽量不要仅以此为由直接作出解除劳动合同的决定。

Q3：延期复工期间，企业能否安排个别员工至公司轮岗值班？

如上所述，延迟复工目的是为了防止人员集聚，就此，我们认为员工有权拒绝到生产经营场所现场出勤，包括值班。

Q4：企业分、子公司所在地复工政策不同的，企业如何适用？

复工时间、延迟复工期间劳动报酬等方面的安排应该按劳动合同履行地标准执行，即按分、子公司所在地政策执行。

五、因疫情停工停产的企业，企业能否以劳动合同订立时的形势发生重大变更、经济性裁员等为由进行减员？

本次停工停产是政府采取的防疫措施，而不是企业本身因经营困难作出的停工停产。从目前来看，大部分地区因疫情停工停产的期间系2月3日至2月9日，即使是延迟复工期间最长的浙江省温州市，企业最迟在2月18日可复工。

因此，本次停工停产本身虽然是政府政令导致的客观情况变化，但是停工停产期间较短，在复工之日后，客观情况的变化自行恢复，并不会导致劳动合同无法履行的结果，用人单位不宜援用《劳动合同法》第四十条第三项规定的“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”的理由贸然解除员工的劳动合同。

另外，《劳动合同法》第四十一条规定的经济性裁员的前提是用人单位出现了下述四种情形：

依照企业破产法规定进行重整的；

生产经营发生严重困难的；

企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

停工停产不能直接构成上述任何一种情形。我们理解对于部分中小企业来说，本次停工停产确实对企业的现金流和经营状况造成了较大的影响，在复工之后，企业极可能发生生产经营困难的情况。

但是，进行经济性裁员本身还需经过严格的法律程序，即提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并在听取工会或者职工的意见后，向劳动行政部门报告裁减人员方案。经济性裁员也往往会引发集体劳动争议，让企业的生产经营状况雪上加霜。

多地政府也出台政策倡导企业秉持“同舟共济、共克时艰”的精神稳定工作岗位，尽量不裁员或少裁员。我们建议用人单位首先通过与员工协商一致调整薪酬、轮岗调休等方式减轻用人成本，并根据所在地的政策规定申请稳岗补贴和困难企业补助，尽量恢复生产经营。

六、在工作期间，或上下班途中感染新型冠状病毒肺炎，是否属于工伤？

特殊对象：

《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）明确，“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”。该文件系在特殊情况下对工伤认定范围的特定解释。其适用对象仅针对参与疫情预防、救治工作而感染的医护及相关工作人员。

另外，特殊时期，普通员工作为志愿者支援疫情防控而被感染，有可能依据《工伤保险条例》第十五条第（二）规定“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。

普通员工：

不属于上述人社部函[2020]11号《通知》中特指对象的普通员工，在工作期间或上班下

班途中被感染，我们认为难以被认定为工伤。

工伤认定应遵循《工伤保险条例》所规定的因果关系原则，如“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”。若不能举证具体且明确的感染源，难以查明患病者是否是在用人单位被感染新型冠状病毒，则难以认定工伤。

新型冠状病毒肺炎，属于乙类传染病，未列入我国现行的职业病目录，故也不能适用《工伤保险条例》第十四条第四项“患职业病的”情形。

《工伤保险条例》第十四条第六项规定，“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”，属于视同工伤情形。而上下班途中感染新型冠状病毒肺炎，不在此列。

七、员工被隔离观察、治疗期间的劳动关系及待遇？

Q1：劳动关系

《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）第一条明确规定“对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工，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（注：无过失性辞退）、四十一条（注：经济性裁员）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。”

Q2：员工被隔离观察期间的工资如何发放？

《传染病防治法》第四十一条第二款、《通知》（人社厅明电[2020]5号）均已明确：依法视为正常出勤，工资待遇不受影响。根据5号文件，除处于隔离观察期间的员工，其他因交通管制措施难以返回岗位、因疫情防控原因被当地政府要求采取居家隔离的员工，也都视为正常出勤。

Q3：员工如被确诊感染，治疗期间工资如何发放？

各地理解有不统一，但我们倾向认为根据法律法规规定，确诊感染患者的治疗期间，用人单位应按原工资标准支付。其依据同上文所援引的《通知》（人社厅明电[2020]5号）第一条以及《传染病防治法》第四十一条第二款。

需要注意的是，在隔离治疗结束后，仍需休病假的，相关工资待遇应根据各地病假工资支付标准执行。

Q4：医疗期如何计算？

员工因疫情防控措施要求被隔离，或被感染后病休，均有权享受医疗期待遇。

医疗期应从病休第一天起，连续或累计计算。

医疗期的期限，由于各地有差异，根据所在地相关规定执行。

全国大部分省、直辖市、地区根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（劳部发

[1994]479号)及《关于贯彻<企业职工患病或非因工负伤医疗期规定>的通知》之规定,根据员工本人实际参加工作年限和在本单位工作年限确定三个月到二十四个月的医疗期。

实际工作年限	10年以下		10年以上				
	5年以下	5年以上	5年以下	5年以上 10年以下	10年以上 15年以下	15年以上 20年以下	20年以上
本单位工作年限	3个月	6个月	6个月	9个月	12个月	18个月	24个月
医疗期	6个月	12个月	12个月	15个月	18个月	24个月	30个月
累计病休时间							

上海市的医疗期期限,则根据《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》(沪府发〔2015〕40号)第二条实施,“医疗期按照劳动者在本用人单位的工作年限设置。劳动者在本单位工作第1年,医疗期为3个月;以后工作每满1年,医疗期增加1个月,但不超过24个月。”(注:该规定的适用时效“自2015年5月1日起施行,有效期至2020年6月30日”。)

八、因疫情不能及时申请仲裁或起诉的,怎么处理?

《通知》(人社厅明电[2020]5号)第三条明确“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。”

应当注意到,该文件表述为时效“中止”而非“中断”。根据《民法总则》第一百九十四条规定,诉讼时效中止只能发生在诉讼时效期间的最后六个月内。因此,疫情影响消除时,诉讼时效还有6个月以上的,时效并不因疫情顺延。

(本文收发于2020年2月5日)

复工后，企业疫情防控工作应包括哪些具体内容？

占菊钗

近期，企业已开始陆续复工，而新型冠状病毒感染的肺炎疫情（“新冠疫情”）形势仍然相当严峻，对上海市的企业而言，如何切实做到“守牢自己门、管好自己人、做好自己事”，如何合法合规落实主管部门、所在楼宇、园区等对企业复工疫情防控的要求，已成“当务之急”。

一、企业疫情防控要求的相关规定

2月6日，上海市政府发布《致全市各企业书》提到“希望各企业切实履行本单位疫情防控责任，守牢自己的门，管好自己的人”。

2月7日，上海市人大常委会表决通过《关于全力做好当前新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的决定》，明确“企事业单位对本单位落实各项疫情防控措施负有主体责任，应当强化防控工作责任制和管理制度”。

2月9日，上海市经信委发布《关于做好企业复工复产工作的通知》（“《通知》”），通知要求落实企业疫情防控主体责任，建立复工复产及疫情防控工作机制等。

相关企业所在街道、楼宇、园区亦对企业复工提出相关要求，例如根据相关报道，上海市徐汇区要求，企业复工需向所在楼宇、园区业主或物业服务公司提出申请，并填报《正常复工申请表》；签署《企业疫情防控责任承诺书》等，其中部分内容甚至可能严于市级政府的相关规定。

疫情当前，企业疫情防控工作究竟该如何开展？

二、企业疫情防控应急响应机制

企事业单位对本单位落实各项疫情防控措施确实负有主体责任，我们认为，各企业应尽快启动疫情应急响应机制，成立疫情防控小组，制订疫情防控工作规划、应急预案、处置办法等。既做好企业内部疫情风险监测与预警工作，针对员工（疑似）感染新冠疫情，制定相关应急措施；也做好与当地政府、卫生行政主管部门、疾病预防控制中心等联系工作。

针对企业提出的所在楼宇、园区对企业复工要求相比官方规定更严的问题，我们建议，疫情当前，为维护员工健康和城市公共安全，企业应该以所在楼宇、园区的标准来要求和执行。

具体疫情防控应急相应工作试列举如下：

成立疫情防控小组。

制订疫情防控工作规划、应急预案、处置办法。

组织开展员工健康情况和春节期间去向情况排查，安排填写相应统计表格、掌握真实准确信息。

就所在楼宇、园区防护要求，员工自我防护、员工假期、复工安排等以书面方式通知全

体员工。

实施员工健康状况自主申报和承诺制度，要求员工填报相关复工表格、对身体状况、个人防护作出承诺。

做好（疑似）感染人员应急处理机制：对员工（疑似）感染新冠疫情情况进行跟踪与统计；对（疑似）感染新冠疫情但未主动就医的员工，发出建议接受隔离治疗及医学观察通知书，如员工拒绝接受建议，企业将报告相关政府部门对其采取强制措施。

落实督查报告制度。实施每日安全风险研判和通报制度，建立复工复产和疫情防控工作台账，落实信息报送机制，按时如实向所在楼宇物业、园区、街镇报送相关情况。要建立与街镇、社区等属地管理部门的沟通联动机制，发现重要情况妥善处置，加强群防群控、联防联控。

建议企业结合各自实际，安排员工错峰返沪，统筹调度、科学制定复工复产计划，灵活安排员工分批返岗，在做好疫情防控工作的前提下，有序组织复工复产。

建议企业结合各自实际，探索错峰上下班计划，采取弹性工时、轮流到岗、远程办公、居家办公、网上办公、变通考勤管理等措施。

三、企业办公场所的日常防控工作

就企业的办公场所日常防控工作而言，主要分为人员防护和工作区域防护工作，而其中人员防控工作又分为来访外来人员的防控以及企业内部员工的日常防控工作。

1. 人员防护

对于来访外来人员，企业可在办公场所张贴相应告示，要求其佩戴口罩，进入工作场所前应首先进行体温检测，介绍有无重点疫区接触史和发热、咳嗽、呼吸不畅等症状，并填写外来人员登记统计表格。

对于进出工作场所范围的企业员工，企业应实行健康报告管理及体温检测全覆盖工作。员工应报告其健康状况（员工还应承诺报告属实），并在进入工作场所时自觉接受企业安排的体温检测，进行洗手消毒，企业还应根据员工报告及企业检测结果填写每日健康检测统计表格。凡有发热及咳嗽等症状的，应阻止其进入工作场所。并加强人流管控，严控会议、聚餐、聚会、培训等群体活动，通过采用视频会议等形式，分时段进餐、就餐时相隔1米以上等方式，最大限度减少人员流动和聚集。

2. 工作区域防护

对于企业办公场地空间的防控主要是定期消毒，企业应按照所在园区、物业等的要求对门厅、楼道、会议室、电梯、楼梯、卫生间、餐厅等公共区域及班车（如有）等公务车辆进行消毒，每日消毒情况建议由相关责任人员对办公区域消毒情况进行统计并签名确认。

四、企业劳动人事问题

关于疫情期间的企业劳动人事问题，星瀚所已在此前的文章中进行过详细介绍。在此，我们再次提示各企业注意操作上的合规性。试举如下几例：

根据国务院及各地政府的相关通知，企业可能需要延迟复工。此时，企业该如何落实呢？

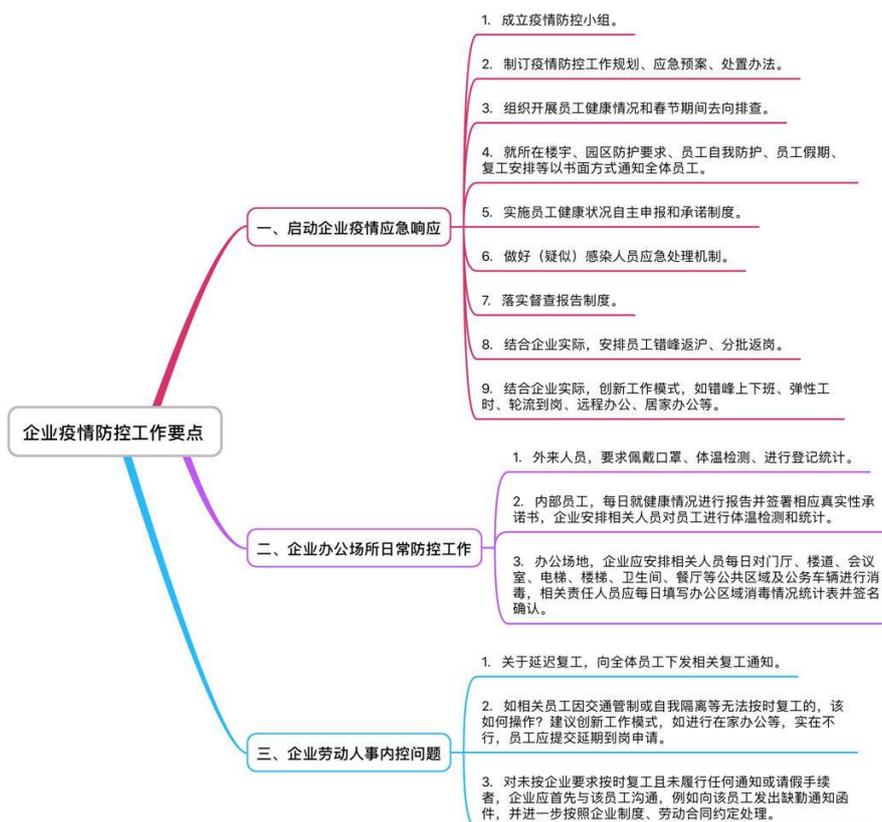
我们认为，企业可向全体员工通过企业办公系统、邮件、微信等下发书面复工通知，并就政府、园区、楼宇关于隔离等的要求（以其中较严格者）在通知中进行明确落实。

如有相关员工因特殊原因（交通管制或自我隔离等情况）导致无法按时复工的，企业该如何操作？我们认为，企业可创新工作模式，探索弹性工时、轮流到岗、在家办公、网上办公、变通考勤管理等有效方式，如果无法变更工作方式，则应注意要求员工提前通知并提交延期到岗申请。

对于未按企业要求按时复工且未履行任何通知或请假手续者，企业该如何操作？我们认为，企业应首先与该员工沟通，例如向该员工发出缺勤通知函件，并进一步按照企业制度、劳动合同的约定进行处理。

总之，建议企业在疫情下的各类防控举措尽量与员工做好沟通，并有明确的文件通知，避免后续产生纠纷。

小结：针对前述内容我们汇总整理了如下企业疫情防控工作要点：



冬天总会过去，春天必将到来。如各企业在处理内部疫情防控工作、起草相关文件等事宜中，需要专业协助，亦可随时与星瀚律师事务所联系，我们将竭诚提供相应法律服务。

（本文首发于 2020 年 2 月 13 日）

新冠肺炎疫情对国内船舶上船员劳动合同履行的影响

韩葳萍、高洁

国内水路运输行业是国民经济社会发展中的重要一环，沿海和内河船舶上的船员是水运业最重要的人力资源。为防控新冠肺炎疫情，交通运输部、人力资源和社会保障部、中华人民共和国海事局等陆续出台和发布了系列涉及到船员劳动合同履行的规章或者规范性文件。

时间	部门	文件
2020.1.23	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》
2020.1.23	人力资源和社会保障部、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相关工作人员有关保障问题的通知》
2020.1.24	人力资源和社会保障部办公厅	《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》
2020.2.5	中国海事局	《关于疫情防控期间船舶管理有关事宜的公告》
2020.2.7	人力资源和社会保障部、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》
2020.2.10	交通运输部海事局国际海事研究委员会 船员分会秘书处	《船舶防控新型冠状病毒疫情工作指南》
2020.2.11	人力资源和社会保障部、财政部	《关于新型冠状病毒肺炎疫情防控期间事业单位人员有关工资待遇问题的通知》
2020.2.12	长江海事局	《关于实施疫情防控期间特别服务举措的通告》
2020.2.12	交通运输部、国家卫生健康委员会	《关于切实简化疫情防控应急运输车辆通行证办理流程及落实对应急运输保障人员不实行隔离措施的通知》
2020.2.20	中国海事局	《新冠肺炎疫情防控期间海船船员任解职信息登记办理指南》

此次新冠肺炎疫情传染性强、影响面大、持续时间长，其对船员劳动合同的履行势必造成相应的影响，我们结合有关法律法规和新出台的规范性文件等，试针对如下问题作出分析：

一、关于船员工资支付问题

1、船员因疑似新型冠状病毒肺炎感染或密切接触被隔离的，隔离观察期间工资如何支付？

《传染病防治法》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；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。

《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。

按照上述法规，对于船员因疑似感染或密切接触而被隔离的，在隔离观察期间应视为提

供正常劳动，用人单位仍需正常支付其工资。

2、船员如被确诊感染新型冠状病毒肺炎的，治疗期间工资如何发放？

对于船员已经确诊感染新型冠状病毒肺炎而需要治疗的，船东公司或者用人单位应当如何向该船员支付工资报酬在各地规定中存在不一致的情形，主要有以下两种处理方式：

其一，正常支付工作期间的工资。例如广东省人社厅发布的《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）中就明确规定了职工在隔离观察期和确诊后的隔离治疗期内均按正常出勤支付工资报酬。

其二，执行医疗期待遇。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。如职工被确诊为感染新型冠状病毒肺炎的，在治疗期内可以享受医疗期政策。如四川省人社厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》对新型冠状病毒感染的肺炎确诊病人或其他疾病需要停工治疗的企业职工，应当享有医疗期，企业应按医疗期有关规定发放职工在此期间的病假工资。

3、受疫情影响，船东或者船员用人单位能否迟延发放船员工资？

根据人社部印发的《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》第三条第五款：“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。”此次为了疫情防控需要，国务院和地方政府相继出台了延长春节假期和延迟复工的政策，这是企业在春节假期前不能预见的，无法要求企业提前支付。如果企业确因延长假期导致无法在工资支付日及时支付工资的，并不能认定为无故拖欠工资。另外，考虑到船员（特别是海船高级船员）工资相对较高的实际情况，若船东或者船员用人单位确因疫情导致经济困难，可以与船员进行协商，延期支付。

二、关于船员劳动合同履行问题

1、待派船员无法上船，船员用人单位公司能否解除劳动合同？

为防止新冠肺炎疫情扩散，港口及主管部门均采取相应的疫情防控措施，严格控制船员的流动，致使大量待派船员无法上船，导致其与船员用人单位之间的劳动协议无法正常履行，但此种情形对于船员而言应该属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。船员用人单位不能单方面解除与待派船员的合同，仍应向待派船员们发放一定的工资，根据《船员条例》第二十九条，船员用人单位应当向在劳动合同有效期内的待派船员，支付不低于船员用人单位所在地人民政府公布的最低工资。

2、合同期满或在船上工作超过约定期间，但暂时无法下船，劳动合同是否应当继续顺延？

自2020年1月20日国家卫健委发布公告，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按甲类管理后，国内港口及各主管部门相继加强了管控，原则上已停止办理船员的更换，因此在船员协议期满，更换船员受到限制的情形下，船员用人单位应在征得船员本人的书面同意后，双方另行补充展期协议，明确船员劳动报酬的标准

并附上带薪年假延续计算和遣返权利延后的相关条款。

三、关于船员在船工作期间感染新冠病毒肺炎是否属于工伤问题

结合《工伤保险条例》第十四和第十五条、《广东省工伤保险条例》第十条第四款、浙江高院《关于规范涉新型冠状病毒肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）》第一条第五款等相关规定，我们归纳总结出船员在以下情形中可以或者可能被认定为工伤：

其一是船员在船期间直接参与了疫情的防控救治工作或因受用人单位指派前往疫区参加工作的，此种情况属于在疫情防控期间因履行工作职责而感染新型冠状病毒肺炎，应依法被认定为工伤。

其二是船员作为志愿者承担了向疫区运送或协助运送救灾物资等任务的，此时船员属于因支援防疫防控而被感染，符合在“抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的”的规定，可以视同为工伤。

因此，船员在工作期间被感染了新型冠状病毒肺炎并不一定构成工伤，但由于船员工作的特殊性，我国《船员条例》对船员职业保障做出了明确规定：“船员在船工作期间患病或者受伤的，船员用人单位应当及时给予救治；船员失踪或者死亡的，船员用人单位应当及时做好相应的善后工作。”因此，即使船员感染新冠病毒肺炎并不能依法认定为工伤，但是只要船员是在工作期间感染的，原则上应当由船东负责对其进行医疗救治，无须船员自行承担相应的费用。

四、关于船东公司/船员用工单位社保费用缴纳问题

根据人社部、财政部、税务总局联合制发的《关于阶段性减免企业社会保险费的通知》（人社部发【2020】11号）第一条和第三条的规定：全国中小微企业的养老、失业、工伤保险的三项社保的**单位缴费**实行免征，免征的期限不超过5个月。大型企业可减半征收，减征的期限不超过3个月。生产经营出现严重困难的企业可申请缓缴，缓缴的期限原则上不超过6个月。

对于船员用人单位而言，根据《关于印发中小企业划型标准规定的通知》（工信部联企业【2011】300号）规定，**对于交通运输业中，从业人员1000人以下或营业收入30000万元以下的为中小微型企业。**

总的来说，此次阶段性减免企业养老、失业、工伤保险单位缴费，除湖北外各省份，从2月到6月可对中小微企业免征上述三项费用，从2月到4月可对大型企业减半征收；湖北省从2月到6月可对各类参保企业实行免征。**需要注意的是，此次减免针对的是单位缴费部分，对于个人部分不减免，企业仍要依法履行好代扣代缴职工个人缴费的义务。**而对于2月份已缴社保费的企业，是采取退费还是抵扣的方式，目前仍没有明确的政策文件。目前的普遍观点认为，从操作上来讲采用抵扣的方式概率可能会大一些，究竟如何处理需等待各地政府出台具体的实施细则。

五、关于船舶防疫及船员保护措施的建议

2020年2月20日，交通运输部海事局发布关于征求《船舶新冠肺炎防控指南（征求意见稿）》意见的通知，2020年3月3日，中华人民共和国海事局正式发布《船舶船员新冠肺炎疫情防控操作指南（V1.0）》的通告，参照上述文件的内容，我们建议船东或者船员用人单位从以下几个方面采取防疫措施：

1、建立船舶疫情防控制度

（1）成立船舶疫情防控工作组，疫情防控工作组由船长担任组长，轮机长担任副组长；（2）建立疫情排查制度，排查2020年1月1日后上船的所有船员和乘客，对疫情排查工作和日常防控工作记录；（3）建立疫情防护培训制度，及时向船上提供相关疫情防护的知识培训资料，组织大家集中学习培训，增强人员的防疫意识。

2、落实船舶防控措施

（1）确保船舶防疫物资供应充足，及时为在船人员配备防护口罩、眼镜、手套等必要防护用品，在公共场所、厨房、生活区等场所区域应放置洗手液、消毒液等；（2）做好全船人员体温监测，由专人负责对在船船员和乘客进行体温测量，一旦发现船员有发热、咳嗽等类似症状，及时进行报告；（3）加强船舶梯口管控，减少人员流动。船舶靠泊作业期间，梯口值班人员应当严格佩戴口罩和防护手套及防护服，严格检查所有登轮人员证件，无关人员一律禁止登轮。疫情期间尽量减少船岸人员的交流活动，如非必要，禁止登轮参观访问和家属探望。

3、加强船员个人防护

（1）做好防护措施。船员应当正确佩戴符合防护要求的口罩，尤其在靠泊期间如需进行装、卸货等必要操作应严格全程佩戴口罩、手套和安全帽，在岸工作期间应与他人保持2米以上的距离，尽量避免接触野生动物等；（2）注意个人卫生与清洁。保持良好的卫生习惯，勤通风、勤洗手、打喷嚏或咳嗽时用纸巾或胳膊肘弯处捂住口鼻，防止飞沫喷溅，不随地吐痰，口鼻分泌物用纸巾包好，弃置于有盖垃圾箱内。

4、发现疑似疫情病例及时救治和报告

（1）在航期间，发现疑似病例应立即对病员实施隔离，防止船内人员交叉感染，及时向离岸最近的疫情防控部门请求远程医疗救助，接受远程医疗指导，并向公司和有关部门进行报告；（2）靠泊期间，应立即对病员实施隔离，第一时间联系当地代理或公司代表协助安排病员离船就诊，并向当地疫情防控部门报告。

5、重视船员心理健康

受疫情影响，许多船舶的正常换班被中止，导致船员不能上岸休假，加之船舶属于相对密闭的空间，活动区域有限，长时间呆在船舱内的船员难免会产生不良情绪。一方面应当确保船员睡眠时间充足，呼吁船员加强体育锻炼，提高身体素质，另一方面要及时向船员通报疫情的最新情况，鼓励大家保持健康愉悦的心态。对于出现心理问题的船员，应当提供专业心理咨询帮助，做好心理疏导和调节工作。

（本文首发于2020年3月5日）

因疫情原因解除合同的，能否以不可抗力为由不承担违约责任？

阮霭倩

近期“新型冠状病毒”疫情形势严峻，根据国务院和各级政府相关延长假期和延期复工的通知，大部分企事业单位都将延期开工。疫情已经导致很多企业面临不小的经济压力，特别是餐饮、酒店、旅游、零售等行业。

虽然我们看到很多物业都陆续发出了免租通知，免除几天到一个月不等的商户租金。但考虑到除了租金成本，受影响企业还有包括人员成本、采购成本在内的各项开支，有的企业在入不敷出的情况下，很可能会选择解除与物业签署的《租赁合同》。

那因为疫情原因承租方提前解除租赁合同，可以因为不可抗力而主张无需向出租方承担违约责任吗？我们选取了辽宁省高院 2004 年的一则再审判例，来看一下当年非典期间承租方为止损解除租赁合同后，法院是如何认定合同双方的责任承担问题。

一、案例简介

2002 年 10 月，A 餐饮公司与 B 酒店公司签订《租赁酒店协议书》，约定 A 餐饮公司承租 B 酒店公司位于大连的某假日大酒店，年租金 100 万元，保证金 10 万，租期为 5 年，自 2002 年 12 月 1 日至 2007 年 12 月 1 日止。若提前终止承租，A 餐饮公司要支付 B 酒店公司 50 万元的违约金。A 餐饮公司承租酒店后，对酒店进行了改造装修，并办理了餐饮经营相关许可手续。2003 年，非典爆发后，大连工商行政管理局下发了《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告》，A 餐饮公司因涉及经营蛇之类的野生动物，被迫停业并撤出。因对租赁合同的解除及相关款项结算未达成一致，B 酒店公司起诉 A 餐饮公司，要求 A 餐饮公司支付提前解约违约金 50 万元。A 餐饮公司不服，提起反诉，要求 B 酒店公司返还 10 万元的保证金。

法院审理该案后认为该案主要有以下两个争议焦点：

- 一，“非典”疫情是否构成不可抗力？
- 二，因为疫情解除合同的，双方责任应当如何认定？

二、“非典”疫情是否构成不可抗力？

关于非典是否构成不可抗力的问题。辽宁省高院认为根据《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》“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》第一百一十七条和一百一十八条的规定妥善处理”。而《合同法》第一百一十七条和一百一十八条主要是关于不可抗力的认定和通知及证明。因该案系当地工商管理部门防治非典疫情采取行政措施导致 A 餐饮公司无法正常经营，故应当认定为不可抗力的范畴。

值得注意的，该案被认定为不可抗力的因素是综合的，并非仅是因为相关租赁期间发生

“非典”疫情就可以认定为构成不可抗力。必须是因为“非典”采取相应的行政措施导致合同不能履行或合同当事人因为“非典”导致履行合同根本不能，才可以被认定为不可抗力。目前在“新冠”疫情下，很多物业都采取了减免部分租金的做法，延期复工也仅是导致大部分商户短暂停业，因此并不符合合同履行根本不能。但对于未采取减免租金的物业，商户可以基于疫情主张减免部分租金或延长租期。

三、因不可抗力原因解除合同的，双方责任如何认定？

《合同法》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。那根据《合同法》规定，A 餐饮公司是否能够在解除《租赁合同》的情况下，免除全部违约责任？

我们再看一下最高院当年发布的通知“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”。什么是“公平原则”？就是既要考虑到解约方因为不可抗力不能履行合同的“现实困境”，也要考虑到守约方因为解除合同可能面临的损失。

在该案原审中，法院一开始驳回了 B 酒店公司要求 A 餐饮公司支付违约金的请求，还要求 B 酒店公司返还 A 餐饮公司保证金 10 万元。该案后经辽宁省高院再审，认为原审法院未能考虑合同解除后导致诉争酒店空置给 B 酒店公司造成的损失，未能考虑双方利益，有失公平。

本案 B 酒店公司因合同解除，而导致合同履行的期待利益受到损失，从公平原则考虑，A 餐饮公司应分担 B 酒店公司所受损失。故仅应部分免除 A 餐饮公司的责任，而不能全部免除 A 餐饮公司的责任。最终酌定 A 餐饮公司仍需要承担提前解除租赁合同的违约责任，并向 B 酒店公司支付违约金 50 万元。

也就是说即使疫情被认定为不可抗力，但由于并不可归责于合同任何一方，故由此导致的合同无法履行所造成的损失应由合同双方分担。解除合同的违约责任并不能当然全部免除。

四、总结

此次疫情突发，最高院还未发布针对关于此次疫情法院相关的审判口径。企业目前仍可以参考《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》以及非典时期的部分生效判例。

疫情当前，给各企事业单位势必造成一定的经济损失，但相信众志成城，共同面对，彼此扶持，一定能够克服难关！

（本文首发于 2020 年 1 月 31 日）

一起战“疫”，慈善募捐和捐赠也应合法合规

苏宇吉

新冠疫情的迅速蔓延造成了疫情重区的许多医疗机构出现了口罩、防护服、防护镜等医疗物资的大量短缺的问题，严重影响到病人、一线工作人员的安危。社会各界纷纷向疫情重区伸出援手，捐赠了大量资金与短缺物资，有的通过红十字会、慈善基金会等捐赠；有的直接与医疗机构对接；还有的从境外组织物资运回，捐赠方式与渠道非常丰富。

在热心援助的背后，企业和个人可能忽略了捐赠行为的合法合规，如何有效地向受赠人进行捐赠，涉及到大量的法律问题，本文主要结合相关法规、各级政府及其管理部门、司法机关的通知，对捐赠资质及方式、捐赠后的监督、税费抵扣、境外捐赠等问题进行分析。

一、什么是慈善募捐、慈善捐赠、慈善专项基金以及慈善信托？

在讲合规开展慈善募捐、捐赠等行为前，我们先要区分一下两者的区别。

慈善募捐，是指以慈善组织为主体，面向社会公众或面向特定对象开展财产募集，再由慈善机构对捐赠的财物及物资进行归集与统筹分配。我们常见的慈善组织主要包括基金会（如 XX 爱心慈善基金会）、社会团体（如 XX 红十字会）和社会服务机构等。慈善组织的成立有两种方式，一种在设立时直接向县级以上人民政府民政部门申请登记为慈善组织，另一种则是在设立后向民政部门申请认定。根据“慈善中国”平台（<http://cishan.chinanpo.gov.cn/platform/login.html>）的公示，慈善组织的总数已经超过 6500 家，具有公开募捐资格的慈善组织已经近两千家。

慈善捐赠，则是一种广义上的捐赠方式，是所有的自然人、法人和其他组织基于慈善的目的，都可以自愿、无偿赠与财产的慈善活动，捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠。

慈善募捐和慈善捐赠的本质区别是，募捐原则上需要依托有资质的慈善组织，捐赠则不需要。

另外，除了以上通过慈善组织捐赠以及直接向受益人捐赠两种常见的捐赠方式以外，还可以**设立慈善专项基金**或者**设立慈善信托**。

设立慈善专项基金，是指在基金会或社会团体基本账户下设立专项基金财务科目，按照捐赠人的意愿，专款专用捐赠款项，这种方式下捐赠人可以对特定捐赠进行命名，并具有一定的参与度。

设立慈善信托，则是指捐赠人作为委托人基于慈善目的，将其捐赠的财产委托给信托公司或慈善组织，按照捐赠人的意愿，以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。

二、个人和企业能否自行组织慈善募捐？

像前文所说，**慈善募捐和慈善捐赠的本质区别是**，募捐原则上需要依托有资质的慈善组织，捐赠则不需要。那个人或企业自行组织慈善募捐是否合规？

根据《慈善法》的规定，只有取得公开募捐资格的慈善组织才可以发起公开募捐，个人或者企业如果希望自行开展公开募捐的，必须与具有公开募捐资格的慈善组织合作，由该慈善组织开展公开募捐并管理募得款物。

但个人或企业若希望自行在特定人群中进行定向募捐的，比如在校友会、朋友圈等发起募捐，是否也需要具有可公开募捐的慈善组织资质呢？

《慈善法》中虽然规定慈善组织以外的其他组织可以开展力所能及的慈善活动，且对于社会大众的慈善行为是支持且鼓励的，但并没有对没有公开募捐资质的个人与其他组织能否组织定向募捐予以明确规定，仅在第 101 条以及 107 条中提到：不具有公开募捐资格的组织或者个人开展公开募捐的，由民政部门予以警告、责令停止募捐活动，且募捐的财产应当退还捐赠人，且并处二万元以上二十万元以下罚款；若存在假借慈善名义或者假冒慈善组织骗取财产的，由公安机关依法查处。

因此个人或企业若自行在校友会、老友会、商会甚至朋友圈中发起募捐的，因为涉及的群体较广且存在较大的不确定性，仍然具有被认定为非法募捐甚至涉嫌违反刑法的可能，建议广大爱心人士在自行募捐时与慈善机构展开合作关系，并最大程度地确保对募集款项进行审慎的财务管理，按照募集用途合理、公开、透明的使用。

三、个人和企业募捐、捐赠时有哪些注意事项？

首先，作为捐赠人，个人和企业可以结合捐款金额的大小、捐款意愿以及自身参与度的考量，**选择合适的捐赠方式**。直接捐赠的方式对于捐赠人来说参与度最高，也可以最精准最高效地达到捐赠的目的，但直接捐赠受赠方（如个人、医疗机构等）在通常情况下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。而间接捐赠的方式在很大程度上依赖于慈善组织的执行能力，若慈善组织存在执行效率低下，信息披露不充分的情形，则会很大挫伤捐赠人的积极性与信赖度，因此捐赠人可以考虑以定向捐赠的方式在捐赠协议中明确约定捐赠款项用途或受益人等事项，以确保专款专用。

其次，在捐赠的过程中，捐赠人也要注意自身权利的保障以及捐赠的后续监督。捐赠人在捐赠资金时，应当在打款时**备注款项的性质**，如希望用于专项或指定单位的，也可一并备注清楚。且**相应的捐赠打款凭证我们也建议妥善保存**，以便后期作为税前抵扣的凭证，并作为后续监督、核查捐赠款物管理使用情况的凭证。

对于后续捐赠款物的监督，捐赠人也可以要求**与慈善组织或者受赠人签订捐赠协议**，在协议中对募捐程序、款物用途、信息公开、结余款项处理等作出具体约定；也可要求**慈善组织或者接受捐赠的企业、社会组织提供查询、复制其捐赠财产使用的有关资料，分立单独的账户对捐赠款项进行统一管理**；若慈善组织违反捐赠协议约定的用途，滥用捐赠财产的，捐赠人也有权要求其改正，在拒不改正的情况下也可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。

另外，捐赠人如果是国有企业，则要注意**要符合内部规章制度的要求，履行内部审批手续，还要报国资委进行备案**，国有上市公司还应按照上市规则在一定条件下履行董事会或者股东大会决策等流程，并按期及时进行信息披露。

而作为受赠人或者慈善组织，则应当及时向捐赠人告知募捐情况、募得款物的管理使用情况，严格按照募捐方案或者捐赠协议使用获得的捐赠款物，并做好相关的信息公开披露工作。

四、个人和企业的捐赠如何抵扣税费？

前文提到，在直接捐赠的情况下受赠方通常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，因此次疫情的特殊性，财政部、海关总署及税务总局相继出台了多个关于税费抵扣的通知。那针对此次疫情，在什么情况下可以进行税费抵扣，具体是怎么抵扣的呢？

1.通过公益性社会组织或国家机关捐赠的，允许企业所得税或个人所得税税前全额扣除。

根据《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》（2020年第9号）（以下简称“《第9号公告》”）的规定，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**。此处需要关注的是，这里的公益性社会组织应当具有**公益性捐赠税前扣除资质**。

2.直接向承担疫情防治任务的医院捐赠的，允许在计算应纳税所得额时全额扣除。

《第9号公告》规定，企业和个人直接向承担疫情防治任务的医院捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的物品，**允许在计算应纳税所得额时全额扣除**。捐赠人可以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。

3.将自产、委托加工或购买的货物直接捐赠或间接捐赠的，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。

《第9号公告》规定，单位和个体工商户将自产、委托加工或购买的货物，通过公益性社会组织和县级以上人民政府及其部门等国家机关，或者直接向承担疫情防治任务的医院，无偿捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的，**免征增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加**。捐赠人应当注意，对于免征增值税的部分，不得开具增值税专用发票；若已开具了，则应当开具对应红字发票或者作废原发票，再按规定适用免征增值税政策并开具普通发票

因此，个人或企业具有税前扣除的需求的，若通过慈善组织进行捐赠，**在捐赠前应当确认该慈善组织是否具有公益性捐赠税前扣除资质，并在捐赠后及时向慈善组织索要公益性捐赠票据或收据联，用于申请税前抵扣**；若通过直接捐赠的，则可以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。

五、境外的医疗物资怎样合法捐赠？

境外捐赠的口罩、防护服、防护镜等物资，根据医疗器械分类目录，属于注输、护理和防护器械，主要属于II类或I类医疗器械。根据《医疗器械监督管理条例》的规定，II类医疗器械需要获得行政许可，I类医疗器械需要备案，因此若由海外向国内进行医疗物资的捐赠则需要办理相应的行政许可、备案以及通关手续。

对于国内已经合法上市的医疗器械可以依法办理通关手续，但对于**目前国内尚未批准上市的医疗物资**，根据国家药品监督管理局1月27日发布的《关于紧急进口未在中国注册医疗器械的意见》，为满足防疫需求可以从国外紧急进口符合**美国、欧盟、日本相关标准的医疗器械**。因此，捐赠人在进行医疗物资的捐赠时也要关注医疗物资的产品质量标准，若捐赠医疗器械存在假冒伪劣、过期失效及其他不符合质量标准的情况，则可能出现无法办理通关手续，甚至使得使用该医疗器械的医疗机构面临罚款、停产停业等处罚。

另外，根据武汉市新冠肺炎防控指挥部1月23日发布第4号通告，慈善总会和红十字会暂不接受境外捐赠，若考虑从境外捐赠医疗物资的，可考虑其他的捐赠渠道与方式。

危难之际，更需要众志成城，合法合规地募捐与捐赠，切勿让好心办了坏事。

（本文首发于2020年2月19日）

企业个人进行医疗物资捐赠时的四点注意事项

来凯奇

新冠疫情下，多地医院急缺口罩、防护服、药品等物资，博瑞生物、西门子、修正药业等国内外医疗企业纷纷向疫情地多家医疗机构捐赠医疗器械和药品，为新冠肺炎的诊断、治疗带来巨大帮助，但是，本次捐赠风潮下，也有诸多负面新闻被曝出，本文将对这些不合规的现象进行分析，以供爱心人士参考。

一、受赠单位应合法合规

捐赠初期，武汉市场监督管理局曾发布“绕开红会捐赠，凡涉嫌违法违规的行为将依法处理”的通知，后因红十字会运营效率过低，诸多医院、一线工作人员被迫直接向社会各界求助物资，这也引发了大家的疑虑——为什么一定要经过红十字会？我们能否直接向医院或医生进行捐赠？

《捐赠管理办法》第二条明确了受赠单位包括各级卫生医疗机构以及卫健委和中医药管理部门业务主管的公益性社会团体、基金会和其他公益性社会组织。可见，医院明确属于受赠单位，而捐赠方如果无法直接对接疫区的医院，可以选择向红十字会、慈善总会、各类公益基金、疾病研究机构等非政府组织捐赠医护物资。因此，上述通知是具有误导性的消息，捐赠者可以自由选择捐赠给红十字会或者医院或者其他公益组织。

但应注意的是，捐赠物资应当由受赠单位统一接受，不得将物资交予受赠单位内部职能部门、个人或者受赠单位指定的其他单位接受。也即，如果是捐赠给医院的，不得将物资给予内部某科室或特定的医生，尤其是用于卫生计生人员培训和培养、卫生计生领域学术活动和科学研究等方面的捐赠，捐赠方不得指定受赠单位具体受益人选，否则涉嫌构成《反不正当竞争法》第七条的商业贿赂行为。

如果是捐赠给公益性社会团体分支（代表）机构，也应当经过社会团体总部的授权。受赠单位接受捐赠，应当按照实际收到的捐赠物资价值，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，以防止捐赠物资没有按照捐赠协议约定，用于非公益性或者营利目的。

二、捐赠医护物资应符合质量标准

在本次疫情中，出现了捐赠假口罩的事件，如内蒙古兴安盟突泉县红十字会等单位采购非产品标注厂家生产的口罩后进行捐赠，给一线工作者的防护安全带去了影响。因此，捐赠的企业及个人均应重点关注捐赠的药品、医疗器械的质量是否符合医用标准，避免出现问题、承担法律责任。

对于捐赠的药品，捐赠境内生产的药品，必须是经国家局批准生产、获得批准文号且符合质量标准的品种，有效期距失效日期必须在6个月以上。境外进口的，捐赠药品有效期限距失效日期须在12个月以上；药品批准有效期为12个月及以下，捐赠药品有效期限距失效

日期须在 6 个月以上；药品最小包装的标签上应加注“捐赠药品，不得销售”或类似字样，并附中文说明书。

对于医疗器械如医用口罩，捐赠境内生产的医疗器械应是经食品药品监督管理部门批准生产，获得《医疗器械注册证》且符合质量标准的产品，其中一次性使用无菌医疗器械有效期限距失效期必须在 6 个月以上；境外进口的，应当取得《进口医疗器械产品注册证》。

我们建议企业在购买医护物资进行捐赠时，必须检查供应商的《医疗器械生产许可证》、《药品生产许可证》等资质证明，保证捐赠药品、医疗器械的质量标准。如果医疗企业捐赠自产产品的，也要严格把关，否则将根据《慈善法》第三十六条承担产品质量担保责任。

三、遵守捐赠程序

虽然法律原则上允许医疗机构接受企业公益性质的捐赠，但同时捐赠的过程又规定了严格的捐赠预评估决策、捐赠协议、接受、财务管理、财产使用和信息公开等机制，以保证捐赠的医护物资按照约定的目的使用，下表将简析捐赠程序和注意事项。

程序	内容	注意事项
1. 内部决策	根据公司章程进行董事会或者其他机构的内部决议	如是国有企业，需按照中央或者地方的规定向对应的国资委备案或者事先审批
2. 受赠单位预评估	评估内容： （一）是否符合国家有关法律法规； （二）是否符合卫生计生单位职责、宗旨、业务范围和活动领域； （三）捐赠接受必要性； （四）捐赠人背景、经营状况及其与本单位关系； （五）捐赠实施可行性； （六）捐赠用途是否涉及商业营利性活动； （七）捐赠是否涉嫌不正当竞争和商业贿赂； （八）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； （九）捐赠物资质量、资质是否符合国家标准与要求等； （十）是否附带政治目的及其他意识形态倾向； （十一）是否损害公共利益和其他公民的合法权益； （十二）卫生计生单位认为必要的其他内容。	

3. 签署捐赠协议	<p>书面捐赠协议内容：</p> <p>(一) 捐赠人、受赠人名称（姓名）和住所；</p> <p>(二) 捐赠财产的种类、数量、质量和价值，以及来源合法性承诺；</p> <p>(三) 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；</p> <p>(四) 捐赠财产管理要求；</p> <p>(五) 捐赠履行期限、地点和方式；</p> <p>(六) 捐赠双方的权利和义务；</p> <p>(七) 解决争议的方法；</p> <p>(八) 违约责任。</p>	<p>卫生计生单位执行突发公共卫生事件应急处置等特殊任务期间接受捐赠的，可以根据情况适当简化书面捐赠协议。</p>
4. 接受捐赠	<p>由受赠法人单位统一接受，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。</p>	<p>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。</p>
5. 信息公开	<p>受赠单位应当向社会主动公开以下信息：</p> <p>(一) 捐赠接受管理制度；</p> <p>(二) 捐赠接受工作流程；</p> <p>(三) 捐赠管理部门及联系方式；</p> <p>(四) 受赠财产情况；</p> <p>(五) 受赠财产使用情况；</p> <p>(六) 受赠项目审计报告；</p> <p>(七) 受赠项目绩效评估结果；</p> <p>(八) 依照法律法规应当公开的其他信息。</p>	<p>公开时间为每一财年结束前公布上一年度本单位受赠财产使用和管理情况；受赠项目审计报告完毕后 30 个工作日内；捐赠协议约定的受赠信息社会公开时间。</p>
6. 监督管理	<p>应当定期开展捐赠管理检查和审计工作，并及时将检查、审计结果予以公开。对受赠金额大、涉及面广的项目，应当实施项目专项检查、审计和项目绩效考评。</p>	

四、根据相关政策妥善处理税务问题

目前财政部、税务总局与发改委等部门联合发布了疫情期间的捐赠税收优惠政策，以支持鼓励大家踊跃捐赠。

1. 增值税

一般来说，如果企业捐赠药品、医疗器械，视同销售货物，须按照商品的平均售价确认收入，缴纳增值税。

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

因此，企业无偿捐赠医护物资的，不计入增值税销项税额，但同时制造医护物资的原材料

料、制造费用等对应的增值税应作进项税转出处理，不予抵扣。

在此提醒捐赠企业，享受免征增值税优惠的，可自主进行免税申报，无需办理有关免税备案手续，且不得开具增值税专用发票，已开具的，应开具对应红字发票或者作废原发票，再按规定适用免征增值税政策并开具普通发票。已经完成捐赠并开具增值税专用发票，应当开具对应红字发票而未及时开具的，可以先适用免征增值税政策，对应红字发票应当于相关免征增值税政策执行到期后 1 个月内完成开具。

2. 企业所得税

根据我国《企业所得税法》第九条规定，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。

针对此次疫情，上述《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》中同样对捐赠企业给予了企业所得税优惠，企业和个人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。扣除的非货币性资产，价值应按公允价值计算。

值得注意的是，捐赠企业应向受赠单位索取捐赠凭证，只有提供省级以上（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，方予抵扣应纳税所得额。此外，对于捐赠医护物资，捐赠企业应提供公允价值的有效证明，受赠单位才予以开具捐赠凭证。

五、总结与建议

综合以上分析，我们建议企业将医护物资捐赠给经资格认定的公益性组织或者医院，不要捐赠给单位内部的个人、职能部门。在选择受赠单位时，尽量不要选择与捐赠企业有利益往来或者冲突的对象。

在外购药品、医疗器械用于捐赠时，从正规渠道购买，符合医用标准，以防因后续质量问题引发违约风险。

完成捐赠前，捐赠行为应经过正当的捐赠企业内部决策程序通过，并向社会公开，是国有企业且须经过国资委审批或者备案的，完成审批或备案程序。

最后，企业可向受赠单位出示物资公允价值证明，换取受赠单位出具的捐赠凭证，并及时进行税务申报以抵扣增值税和扣除企业所得税应纳税所得额。

（本文首发于 2020 年 2 月 24 日）

企业捐赠检测医疗设备搭售试剂盒的法律风险

来凯奇

由于新冠疫情导致的医疗设备不足，许多企业包括日立、碧桂园、蒙德尔生物科技等向湖北多家医院捐赠 CT 扫描仪、荧光定量 PCR 仪器、超声设备等急需医疗设备用于检测新型冠状病毒。上述设备的后续使用，需要消耗大量的试剂、耗材，例如核酸检测设备，需要搭配试剂盒一起使用。

企业在捐赠医疗设备时，如果捆绑相应的耗材如试剂盒进行销售，很容易产生合规风险。本文将对这些捐赠设备捆绑试剂盒等耗材的现象进行分析，给捐赠企业提供些许借鉴。

一、捐赠设备捆绑销售耗材的常见行为模式与典型案例

此前文章中，我们提到捐赠不得为营利之目的，而在实践中，有些企业采取名为赠送医疗设备但是实为搭售或捆绑销售医疗耗材的商业模式——即免费向医院提供医疗设备，但在协议中约定医院以固定的价格或者固定的数量向某个指定的供应商购买医疗耗材、配套设备，企业通过后续使用设备销售的耗材、配套设备盈利，达到排除其他设备供应商的竞争，占领市场的效果。因此，企业捐赠设备时，应注意与其他具有合规风险的商业行为所区分。

通过研究全国各地区的市场监督管理部门的处罚决定，我们总结出存在风险的两种设备捐赠行为模式，包括：

（一）将医疗设备所有权免费转移给医院，同时指定医院采购一定数量的医疗耗材、配套设备或从指定渠道购买，若不达标，则须按照约定部分支付或全部支付设备的对价；

（二）通过租赁或融资租赁方式将医疗设备的使用权免费租赁给医院，无须支付租金，同时指定医院采购一定数量的耗材、配套设备，若未按照约定购买达到最低数量或向竞争对手购买，则须按照约定支付使用费，在试用期届满后，设备按约定归医院所有或者返还给企业。下文，我们将通过两个案例来进一步分析。

1. 以赠送设备捆绑耗材销售的方式进行捐赠

兴市监案字 [2017] 00112 号

处罚机关：江苏省兴化市市场监督管理局

处罚时间：2017 年 4 月 24 日

处罚结果：罚款 20000 元

2015 年 5 月 29 日，当事人盐城市某医疗器械有限公司与兴化市第二人民医院签订一份合同，约定免费向兴化市第二人民医院投放价值一台 50 万元的美国进口全自动生化仪和一台价值 12 万元的国产桂林优利特五分类血球仪。当事人要求该医院在使用该两台仪器时所用的试剂全部从当事人处购进，合同期 5 年，每年该医院根据合同从当事人处购进的试剂金额不低于 47 万元。

兴化市市场监督管理局认为上述行为构成《反不正当竞争法》第八条第一款所指“经营

者不得得财物或者其他手段进行贿赂以销售商品或者购买商品”的商业贿赂行为。依据《反不正当竞争法》第二十条之规定，该局对当事人作出行政处罚。

2. 以免费租赁设备使用权捆绑耗材销售的方式进行捐赠

济历城市监检处字〔2017〕19号

处罚机关：山东省济南市历城区市场监督管理局

处罚时间：2018年1月26日

处罚结果：罚款20000元及没收违法所得17552.04元

当事人济南某科技有限公司为了获得交易机会，于2013年9月与章丘市妇幼保健院签订了《LJ-2000型大便常规分析仪合作协议书》，向该医院免费提供价值八万元的LJ-2000型大便常规分析仪一套。双方签订的协议中明确约定，当事人向章丘市妇幼保健院免费提供该设备后，该医院须从当事人处购买其提供的设备所用的试剂及耗材，不得从第三方或其他公司购买，排挤了其他竞争对手。双方合作期限为3年，现合作期满，根据协议约定，该设备所有权已归章丘市妇幼保健院。该设备自2013年9月投入使用后，当事人先后6次向章丘市妇幼保健院销售该设备所用试剂及耗材，销售金额39000元，购进金额18000元，缴纳税款3447.96元，违法所得17552.04元。

当事人上述行为，损害了其他经营者的利益，破坏了公平竞争的市场经营秩序，违反了修订前的《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条第一款“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的，以受贿论处。”和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第八条“经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的，视为商业贿赂行为。”的规定，构成行使商业贿赂的违法行为。

二、法律责任分析

由上述案例可见，对于企业医疗设备捐赠捆绑试剂盒等耗材销售的经营模式，执法机关采取了严格的执法态度，违规捐赠的企业可能面临以下法律责任。

1. 构成商业贿赂行为

从行政法的角度，医疗设备捐赠捆绑试剂盒销售可能构成现《反不正当竞争法》第七条“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：

（一）交易相对方的工作人员；（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”禁止的商业贿赂行为。2017年《反不正当竞争法》修订后，商业贿赂对象范围不再包括交易相对方本身，医院作为与捐赠企业签订协议的当事人和交易相对方，理论上被排除在商业贿赂对象的范围之外，但是根据实践中的一系列行政处罚案例，仍然存在合规风险，市场监督管理机构普遍性地认定医疗设备供应商将医疗设备捐赠捆绑耗材销售行为使得医疗机构无法选择其他性能、价格更优的产品，增加了更换供应商的成本和难度，破坏了公平竞争的市场环境，损害其他厂商和患者的利益，因此构

成商业贿赂行为，根据《反不正当竞争法》第十九条的规定，应没收违法所得，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照。

此外，根据《关于建立医药购销领域商业贿赂不良记录的规定》，对一次列入当地商业贿赂不良记录的医药生产经营企业及其代理人，本省级区域内公立医疗机构或接受财政资金的医疗卫生机构在不良记录名单公布后两年内不得购入其药品、医用设备和医用耗材，其他省级区域内公立医疗机构或接受财政资金的医疗卫生机构两年内在招标、采购评分时对该企业产品作减分处理。对五年内二次及以上列入商业贿赂不良记录的，全国所有公立医疗机构或接受财政资金的医疗卫生机构两年内不得购入其药品、医用设备和医用耗材。

2. 承担刑事责任

此外，如果捐赠设备的价值达到刑事立案标准，可能会触发行贿的一系列罪名，包括“对非国家工作人员行贿罪”、“行贿罪”、“对单位行贿罪”、“对有影响力的人行贿罪”等。

企业在捐赠医疗设备的情形下，要特别注意《刑法》第三百九十一条的“对单位行贿罪”，因为现实中，企业往往是把设备捐赠给公立医院，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于行贿罪立案标准的规定》的规定，单位对国有单位行贿超过人民币 20 万元或者在人民币 10 万-20 万之间，但存在“为谋取非法利益而行贿，向三人以上行贿，向党政机关、司法机关、行政执法机关行贿，致使国家或者社会利益遭受重大损失”的情形之一，将被立案追究单位及单位主管人员、直接责任人员的刑事责任。一台医疗设备经常价值成百上千万，很容易达到该标准。

三、愈发严苛的执法趋势

近年来，对于“医疗设备捆绑耗材进行投放”的认定，有日渐扩大的趋势，只要是设备所有权或是使用权免费或以不合理低价转移给医院，即便合同中没有绑定耗材的采购数量，实际也未对医院的采购数量进行要求，但医院和设备供应商只要存在某种形式的购销关系，都可能被认定为是“医疗设备捆绑耗材进行投放”。国家卫生计生委、国家中医药管理局制定的《加强医疗卫生行风建设“九不准”》要求“严禁接受附有影响公平竞争条件的捐赠资助，严禁将接受捐赠资助与采购商品(服务)挂钩”，而原国家工商总局发布的《关于进一步加强医药领域不正当竞争案件查处工作的通知》也规定“要明确严肃查处假借租赁、捐赠、投放设备等形式，捆绑耗材和配套设备销售等涉嫌商业贿赂的不正当竞争行为”。

例如，在山东省滨州市邹平县工商行政管理局出具的邹工商行处字[2018]0122 号行政处罚中，济南某医疗设备有限公司在签订的试剂销售协议中约定提供设备免费使用权，即使未约定最低销量或限制试剂购货渠道，仍被认定为商业贿赂行为。因此，只要医疗设备捐赠企业与受赠单位存在相关耗材的交易，就有可能成为行政执法机关重点监管对象。

四、建议

基于上述分析以及对于未来执法趋势的预测，我们建议为了避免法律风险，企业不要向有商业关联的医疗机构捐赠医疗设备，在选择受赠单位时，尽量不要选择与捐赠企业有利益往来或者冲突的对象。

在签订捐赠协议时，建议企业指定捐赠设备用于诊断、治疗患者的定向目的，不得附加

件约定其他和公益无关的商业条件,尤其是和后续试剂盒等耗材的有关获取交易机会或者优惠的条件和条款。

捐赠后,根据从医疗机构取得的捐赠凭证,切实入账,事后尽量不要和受赠单位发生不必要的商业往来,尤其是和捐赠设备有关的试剂盒等耗材购销关系,以避免被市场监督管理部门认定为商业贿赂。

(本文首发于 2020 年 2 月 26 日)

“新冠”期间，我们正在遭受何种经济损失？

韩葳萍

大疫当前，全国人民众志成城，纷纷以“家里蹲”的方式为祖国做贡献，毕竟延迟复工期间工资待遇不变，尚不至于人心惶惶。然而，当你细细地算上一笔账，就会发现即使没有染上病毒，普通人也难以摆脱经济损失。比如：一颗大白菜竟花了你几十块，境外旅行团不能退，租赁车辆被强制续租等等，不胜枚举。再想想你的老板，可能你会第一次觉得他比你更可怜……

所谓“万事皆有因”，如果疫情确系因某个吃蝙蝠的人而起，我们因疫情遭受的各项损失是否可以向其一一追讨呢？这个时候，我们需要认识一个名词——“纯粹经济损失”。

一、何谓“纯粹经济损失”

我国台湾学者王泽鉴认为，所谓“纯粹经济上损失”，系指被害人直接遭受财产上不利益，而非因人身或者物被侵害而发生。我所近期代理的一起民事诉讼案件，可以帮助大家理解这个名词。

案情简介：

某日，上海吴淞口水域因某货轮上 37 只集装箱落江导致航道封闭，几艘大型邮轮均被延误。保险公司向旅客赔付延误险后，向货轮的承租人、所有人、经营人等提起代位求偿诉讼。

法院认为，旅客因邮轮延误遭受的经济损失（包括旅客额外支出的住宿费、交通费以及因行程缩短带来旅游费用的变相损失等）“既不是因涉案事故使旅客的有形财产或人身遭受损害的损失，也不是因旅客的有形财产或人身遭受损害而造成的间接损失，而是所谓的纯粹经济损失”。（参见（2018）沪 72 民初 899 号民事判决书）

这个情况像不像早高峰的路上两车相撞导致交通堵塞，无辜的你却因此迟到而丢了全勤奖呢？所以，通俗地说，“纯粹经济损失”就是指，人没事儿，东西没事儿，钱却没了。

二、“新冠”期间几种典型的“纯粹经济损失”

纯粹经济损失在合同法领域和侵权法领域均存在，合同法领域表现为期待利益和信赖利益的损失等，我们在新冠期间遭受的损失显然不在此列。侵权法领域的纯粹经济损失，学者一般分为反射型损失、转移型损失、公用设施损害或关闭而导致的损失、错误信赖导致的损失、产品自损责任等。此种分类并不具有统一的划分标准，近似于对不同情况的列举。

我们每个人在“新冠”期间都或多或少地承担着一些纯粹经济损失，按照损失发生的直接原因区别，典型的有以下几种：

- 1.因丧失机会引起的损失，例如因为限制出行取消签约、演出、原定交易等；

- 2.因生产经营被阻断引起的损失，例如工厂停工、商场停业等；
- 3.因成本提高引起的损失，例如生活物资和生产原材料的价格抬高等；
- 4.因限制使用引起的损失，例如承租车辆、承租房屋的空置成本等。

三、“纯粹经济损失”的救济途径

我国法律中虽然没有直接使用“纯粹经济损失”这个概念，但在合同法中亦可以通过缔约过失责任和违约责任对期待利益和信赖利益的损失进行救济；至于纯粹经济损失能否作为我国侵权法领域的保护对象，尚且存在争议，目前主流观点认为我国《侵权责任法》中的“财产权益”并未将纯粹经济损失排除其外。审判实践中，法院对纯粹经济损失一般不予保护，除非有法律特别规定（如人身损害赔偿中死者生前抚养的人所必要的生活费、受害人亲属的误工费、住宿费、交通费等）或行为人恶意悖俗等。

相比较我国，瑞典、法国、德国、英国等国家“纯粹经济损失”有更深的研究和更为开放的立法模式。但纵观各国，对纯粹经济损失的救济，均存在比较严格的条件限制：

1.因果关系的直接性

纯粹经济损失通常伴随着因果关系链条过长的情形，加之损害对象的不确定性，常会阻断侵权法律关系意义上的因果关系。以上述“集装箱落水”一案为例，集装箱落水后，海事局发布交通管制的航行警告，随后大量船舶停航。首先，船舶停航虽然客观存在，却并不必然导致邮轮旅客行程延误，海事局出于航行安全的考虑发布临时交通管制的航行警告，才是船舶停航的直接原因；其次，大量船舶停航，使得集装箱落水事故的侵害对象具有不确定性，因此法院认定旅客损失与涉案事故之间不存在我国侵权法意义上的因果关系。

2.行为人与受害人之间的密切关联性

纯粹经济损失发生的时候，伴随较多的是“一对多”的关系，典型的如公共机构责任。判断行为人的注意义务之首，便在于判断行为人与受害人之间是否存在有密切关联性，即行为人在行为时是否有能力预见对受害人造成的损害。因此，密切联系性也是纯粹经济损失获得救济的条件之一。

3.行为人的故意心态

民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实、恪守承诺。如果行为人能够预见纯粹经济损失的发生，仍然采取故意行为，违背公序良俗，导致纯粹经济损失，行为人则应当承担侵权责任。（参见（2019）鄂12民终1375号民事判决书）

可见，纯粹经济损失并不能获得与绝对权同等的保护。咱们在“新冠”期间所遭受的种种纯粹经济损失，也只能自行消化。如果你那善良的房东竟然同意给予免租，请你一定珍惜他。

四、限制救济“纯粹经济损失”的价值观

当我们实实在在地承担着经济损失，却无从救济的时候，心中难免有些忿忿难平。为什么要对纯粹经济损失的救济作出如此严格的限制呢？表面看来对于受害者似为不公，实

则为了更大的社会公平。

事物是普遍联系的，谁都有可能成那只引起龙卷风的蝴蝶。如果一切损失皆去追本溯源，要求行为人承担，那么行为人将会面临无数未知的赔偿责任。以“集装箱落水”一案为例，如果封闭航道期间所有停航船舶的滞期损失皆由事故船舶承担，且不论能否承担得起，可想而知航运行业将面临怎样的风险。一个行业的风险，势必会演变为整个社会的风险。所以，对一般人可以自我容忍、自我承担范围内的纯粹经济损失切断救济，维护社会稳定和经济发展，才是真正的公平正义。

所以，在这场全民战“疫”中，我们每个人都是战士。即使不能奋战在医疗前线，即使没有紧缺物资可供捐赠，我们也正在以一己之力默默地承担着一份社会责任。我们只需相信，没有一个冬天不能逾越，没有一个春天不会到来。

（本文首发于 2020 年 2 月 14 日）

疫情所致损失，财产保险赔么？

阎冰

越来越多的人开始关注 COVID-19 疫情在经济层面的影响，保险作为分散风险的工具，很自然地成为谈论的话题，并被期望承担更多的社会责任。保险人群体也确实在积极的探讨现有保单下的责任，并积极开发有针对性的“防疫”保险产品，但大多是围绕健康类的人身保险产品，我们试着切换至财产保险的视角。

疫情所致经济损失到底有多少可能通过财产保险产品获得补偿，我们不妨从财产保险保什么，或者说财产保险的保险标的有哪些说起。

财产保险的保险标的十分宽泛，几乎涵盖所有可被评价的社会风险，它们通常被分为：财产权利（first party loss）、法律责任（third party liability）和交易信用(contractual liability)，财产权利可以简单理解为被保险人直接遭受的损失，而后两种都可归为被保险人应当对外承担的某种法律责任。各类保险标的并非泾渭分明，也不容易准确定义，但显而易见，财产保险承保的绝非限于有形物质。拿财产权利来说，它可能是知识产权、网络数据，也可能是营运收益；而有关责任和商业信用的承保标的，几乎要全面讨论侵权及合同之债了。这一分类可以为讨论具体险种、保单下的责任提供一些基础指引。

但具体风险和损失，需要通过具体保险产品，条款细化说明，保险合同是商事合同的一种，脱离合同约定很难解决具体问题。我们在以上分类的基础上，试着在险种的维度上做一些例举式的分析。

一、财产权利类

疫情直接导致有形财产损失的情况较为少见（货运险中或有涉及），更常见的是影响企业收益。对此，我们以企业财产险、工程保险以及货运险为例展开。

1、企业财产保险附加营业中断险

营业中断险具有从属性，这不仅意味着营业中断险只能在购买企业财产主险的基础上投保，还意味着其保单责任的成立，取决于主险保单责任成立，即“*被保险人因物质损失保险合同主险条款所承保的风险造成营业所使用的物质财产遭受损失*”。疫情不能造成有形厂房、设备、存货等损失的情况下，附加的营业中断保险责任也很难成立。

值得提及的是附加险（营业中断）基础上可另行附加投保的一个条款，

“谋杀等条款

兹约定，本保险合同所列明的“损失”一词应具有下列含义：

(1) 由于营业处所发生传染病，而取消客房预订或不能接受预订；

(2) 在营业处所发生谋杀或自杀；

(3).....；(4).....

本条除上述规定外，其他均以本保险合同所载条款为准。

“附加投保该条款对住宿、餐饮类企业有帮助。该条款不再强调主险责任必须成立，即

无须以“物质损失”为前提，但仍要注意“营业处所”的限制，从文意上严格解释，如果本店内地没有发现病例，保单责任仍难成立。

2、建筑/安装工程保险附加预期利润损失条款

工程保险本身不能完全归入财产权利类，其承保范围包括两个部分，除了“物质损失”，还有“第三者责任”，这种混合体在保险产品中比较常见，保险条款采用类似结构的还有“船舶保险”、“网络安全保险”等。工程险等第三者责任部分承保“工程直接相关的意外事故”导致的被保险人对第三者损失的赔偿责任，在疫情条件下似乎讨论空间不大。

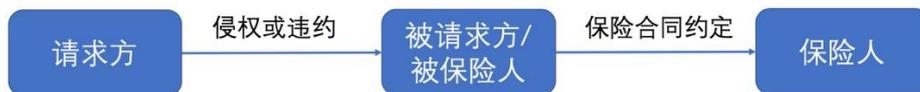
“预期利润损失”是主条款“物质损失”部分的附加条款，与前面提到的企业财产保险类似，强调主条款物质损失部分“承保的损失影响工程或调试进度，导致被保险人计划开业日延迟或干扰了被保险人（业主）营业”，换句话说，仍旧以主条款承保的有形财产损失为前提。

3、货物运输保险

疫情较低概率会直接污染货物，但可能造成运输受阻。在判断保险责任时，我们必须区分内贸运输综合保险和外贸运输一切险。内贸综合险仅承保保单列明的风险，而其中并不包括疫情，因此几乎可以说疫情不会导致内贸货运综合险责任。但外贸一切险承保范围更加宽泛，例如出口货物未能运抵最终目的地，即被进口国政府强制销毁的情况，就很难排除在保单责任之外；另一类争议可能是运输延迟导致的生鲜货物腐败，这在 ICC（伦敦保险人协会）条款中被明确排除，但我国国内保险人常用的一切险条款虽然仍有意将“运输延迟”导致的损失除外，碍于措辞过于简单，容易产生分歧。

二、责任、信用类

既然这类保险承保的是被保险人对外应当承担的法律责任或者应当履行的合同义务，所以讨论保单责任的前提是，还原被保险人与请求方之间的法律关系，如果请求方对被保险人的请求权不成立，就谈不上保单责任，保单是对被保险人对外责任的进一步规制。被保险人始终有义务积极对外行使抗辩权利，而保险人会在抗辩策略和费用上给予支持。



疫情本身并不凭被保险人的意志产生，换句话说，被保险人因疫情需要对外承担责任的情况并不多，那么大多数场景下，不会构成此类保险的保单责任，但具体问题要具体分析。

1、雇主责任保险

雇主责任保险条款版本较多，但有关责任险的原理应当适用。在劳动合同关系下，雇主责任相对严格，未必强调雇主过错，但雇主承担责任的事项，应当与雇员履行劳动合同有关。雇员遭受感染与其履职有关并非常态，员工恐怕需要负担举证责任证明用人单位没有依法依规做好劳动者保护措施，比如未采取措施隔离高危人员等，且用人单位的行为标准，以及该行为与员工感染之间的因果关系并不那么容易判断。

防疫工作人员，特别是医护人员情况特殊。人社部等三部委发布了《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),明确“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”。这相当于为“工伤”做了政策性的补充定义,但对非防疫人员,在保单条件没有发生变化的情况下,不宜据此做扩大解释。

目前市场上已针对本次疫情推出“附加传染病责任保险条款”,将进一步扩大雇主责任保险的承保范围,类似做法在“SARS”期间也曾出现过。通过雇主责任保险附加条款起到类似团体意外、医疗保险的作用虽然与原理不符,却已经是业内常态。

2、公众责任、校园方责任保险

这两个险种的共同点是,被保险人要对一定区域范围内不特定或者特定的人员承担“安全保障”义务。公众责任险的被保险人类型较多,例如宾馆、商场、饭店、体育场馆等,潜在受害方更具不确定性,而校园相对简单。被保险人未履行“安全保障”义务导致的责任,本质上仍旧是过错责任。在疫情防控的大背景下,被保险人有义务采取措施避免不特定的,或特定对人群遭遇感染,否则将被认为存在过错,但被保险人对义务判断标准需要根据特定被保险人的实际情况判断。

另一个问题是,遭受感染的人员,如何举证证明其感染发生在被保险人控制的场所内,比如特定商场,或者校园内,传染源和被传染者的界限也会存在争执。

有些公众责任险条款将传染病,或者特定类型的传染病,比如食源性传染病导致的第三方人身损害列为除外责任,还需要根据条款措辞讨论保单责任。

3、旅行社责任保险

旅行社对游客同样负有“安全保障”义务,旅客如果可以初步证明其在旅行期间遭受感染,且旅行社明知或应有感染可能的情况下未采取有效措施,旅行社恐怕要承担责任。更为特殊的是,当旅行社将旅游合同下的全部或部分义务转委托他人,比如地接社、酒店、交通工具经营者,在旅行社对受托方的选任、对受托方的指示等方面皆无过失的情况下,由于《旅游法》第七十一条的特别规定,旅行社仍需承担责任。

然而,常见的旅行社责任保险条款将被保险人“疏忽或过失”作为保单责任成立的前提,只有部分列明风险,例如食物中毒,可以不考虑旅行社过错的因素,此时保险责任是否成立存在讨论空间,需要结合保单具体措辞进一步判断。

另需要提及“附加旅行取消损失保险条款”不强调旅行社过错,若旅行社按照国家有关规定全额退回旅客旅游价款,导致其无法从航空公司退票,或产生退票手续费用,可以获得保险赔偿。

4、履约保证保险

信用、保证类的保险产品与责任险类最大的区别是,前者承保特定交易下,对特定主体的责任,通常是合同下的责任,而后者面对的权利主体通常不确定,且往往排除被保险人因约定额外增加的责任。保险人对信用、保证保险的承保政策比较谨慎。

履约保证保险可以为各种合同增信,其场景大致是:当被保险人(合同权利方)因投保人(合同义务方)违约导致损失,保险人向被保险人支付保险金。那么,问题回到疫情与合

同履行之间的关系。近日来有关“不可抗力”、“合同受阻”的讨论已经很多，如果疫情确实影响到合同的妥善履行，义务方因此无须承担责任，也就不存在保单责任问题。但实践中恐怕存在疫情不能免除或减轻投保人在基础合同下义务，却客观上影响其履约能力的情况，这在一定程度上增加了保单风险。

财产保险产品繁杂，我们不能逐一例举，也不能详细讨论条款细节和案例，只希望借疫情背景，从“保险标的”的角度介绍一些认识财产保险的方法，所以仍旧希望这是一篇“轻知识”。

保险人是以盈利为目的的商业主体，其愿意通过与投保人订立商业合同的方式收集社会风险的前提是该风险可以评价、管理和分散，因此在大灾面前，保险人一定是有责任边界的，这取决于业界对风险的认识程度，也取决于保险人自身的承保能力和再保人的态度，而保险人的责任边界，是通过保险合同定义的，所以我们仍要强调，解决具体问题的落脚点还是保险合同的具体约定，或者说具体的保单条款。

注释：

¹ 脑洞：如果是食品生产企业，承保范围内的半成品遭遇污染

² 脑洞：如果业主或施工单位违反防疫要求复工，导致人员感染，且附加“交叉责任拓展条款”

³ 参我国《旅游法》第七十一条，只有接受转委托的是“公共交通经营者”时，旅行社才有可能不直接对旅游者人身损害承担赔偿责任。

（本文首发于 2020 年 2 月 23 日）

确诊人数持续增加，“钻石公主”号涉及哪些保赔保险责任？

阎冰

英国旗邮轮“钻石公主”号（the cruise ship “Diamond Princess”）的遭遇已被广泛关注。船上共有 2666 名旅客和 1045 名船员，他们来自 56 个国家和地区，包括日本、中国、美国、加拿大、英国、俄罗斯、以色列、新西兰、韩国、印度等，旅客中 60 岁以上的占比约为 80%。据最新消息，截止 2 月 16 日，船上确诊人数已增加至 355 人，另有日本政府派出的检疫人员中也有已经确诊感染的。为避免邮轮外的人员遭受感染，隔离措施仍在持续。

邮轮船东必然因此遭受巨大损失，且相关损失和费用还会不断增加，然而其能够自主采取的措施相对有限。业内人士自然会想到保险的救济，而保险的概念过于宽泛，保险合同作为商事合同的一种，脱离具体险种和条款的讨论很难解决具体问题。我们试着从“船东保障和赔偿责任保险”（Protection and Indemnity Insurance），即“保赔保险”（P&I Cover）角度讨论潜在的保险人责任。

邮轮船东可能遭遇的损失需要结合保赔保险承保范围分类讨论。

一、因检疫、隔离而导致的额外费用

保赔保险通常承保“检疫费用”（Quarantine expenses），常见条款如下，

“Additional expenses incurred by the Owner of an entered ship as a direct consequence of an outbreak of infectious disease on that ship, including quarantine and disinfection expenses and the net loss to the Owner (over and above such expenses as would have been incurred but for the outbreak) in respect of the cost of fuel, insurance, wages, stores, provisions and port charges.

直接由于被保险船舶（入会船舶）上发生传染性疾病，而导致船东支出的额外费用，包括检疫和消毒费用，以及下列各项净损失（如果不是因为疫情便不会发生）：燃料、保险、船员薪资、物料、伙食补给和港口费用。”

该条款强调费用与传染性疾病之间的因果关系，“额外”（Additional）一词值得重视，例如正常悬挂“Q”旗等待港口国检疫期间产生的费用不会是承保范围。同时，条款列明了费用的种类，在一定程度上避免了对承保范围的扩大解释。是否存在未列明的费用，比如船舶在锚地隔离时产生的交通艇，或者直升机的费用，这些费用是否属于保单责任，仍会存在争执空间。

该条款措辞中“在入会船舶上”（on that ship）的表述值得进一步探讨。对于“钻石公主”而言，保单责任成立毋庸置疑，但因新冠疫情影响无处靠泊的另一条邮轮“威士特丹”号（“Westerdam”），至今未见报道称船上有确诊病例，但自 2 月 1 日离开香港后，遭遇日本、菲律宾、泰国当局的拒绝，无法靠泊港口，是否会触及该条款下的保险责任存在争议。从另一个角度讨论，如果船东有能力违反港口国的要求，可能会遭遇港口国的处罚，而罚款仍旧可能触及保赔保险责任。

有的协会条款会在“检疫费用”条款中做如下但书，

“unless the Members’ Committee in its sole discretion shall otherwise determine, in the case of an insured Ship, which is not already under contract, being ordered or chartered to proceed to a port where it is known or should be reasonably anticipated that such Ship will, as a result, be subject to quarantine there or elsewhere, there shall be no recovery of expenses arising at, or consequent upon the Ship having been at such port.

除非（协会的）会员委员会另有决策，否则被保险人船舶非因履行既有合同，被派往或者租赁至某一已知的，或者可合理预知的将遭遇检疫限制的港口，那么由此产生的费用不在承保范围。”

基于该但书，并考虑到多国对近期曾经挂靠中国港口的船舶已采取限制措施，可能受疫情影响的邮轮也不宜前往非既定挂靠的港口。即使不考虑这一但书，不恰当的航程安排也可能涉及船公司故意等保单除外事项，增加保单责任的不确定性。

谈到这里，有人会想到理赔保险中的“绕航费用”条款（*Diversion expenses*），当绕航以救治船上人命为目的（*for the purpose of securing treatment for an injured or sick person.....*），可触发保险责任。然而，在既定目的地有医疗条件的情况下，主张合理绕航的依据也很不充分。

稳妥起见，船公司应当就后续处理方案充分与协会进行沟通，一方面是为了获得协会的指导和支持，另一方面也是为了避免保单争议。

二、船上及检疫人员染病后的医治费用

日本首相安倍晋三在1月27日宣布，将把新冠肺炎认定为日本《感染症法》中的“指定感染症”，这意味着，感染者不论国籍，其医疗费用将由日本政府承担，这才很大程度上减轻了邮轮船东的压力，就日本政府已承担的部分，相应的避免了潜在的理赔保险责任。但无论是针对“钻石公主”，还是其他同类事件，这部分保单责任仍旧非常值得讨论。

理赔保险条款将船员和非船员的伤亡和疾病做了区别对待，旅客，以及检疫人员都应当被归为船员以外的人员。邮轮船东对船员和非船员承担责任的基础是不同的。理赔保险的保险标的，在大多数情况下就是被保险人（会员）应当对外承担的法律风险，因此，我们需要分别回归邮轮船东与旅客、检疫人员和船员之间的法律关系探讨这个问题。

1、非船员

“钻石公主”事件中遭遇感染的日本检疫人员是一个特例。邮轮船东与检疫人员之间显然不存在任何合同关系，检疫人员为履行公务登轮，虽然佩戴了口罩和手套，但未穿防护服，也没有佩戴护目镜，主张他的感染与邮轮船东、船员的过错有关比较困难，如果没有邮轮船东责任，也就无需讨论理赔保险保单的责任。

旅客与船东之间的关系具变数。实践中，旅客常与旅行社订立旅游合同，而非直接与邮轮船东之间建立合同关系，那么船东对旅客的责任仍旧应当以过错为归责原则。根据媒体报道，“钻石公主”号1月20日在横滨允许日后被确诊的那位香港旅客登轮是整个故事的开始，但该旅客被确诊是在1月25日从香港启德邮轮码头下船后，虽然登轮前，他已有咳嗽的症状，但就此认定邮轮船东允许其登轮存在过错有些牵强，毕竟世卫组织宣布新冠疫情属于“国际关注的突发公共卫生事件”(PHEIC)也要等到1月31日。

当然，旅客可以自行购买船票，或者旅行社只是作为旅客的代理人购买船票，邮轮船东与旅客之间可能直接存在合同关系，但邮轮船东在合同下的责任很大概率仍旧以过错为基础。这类合同很可能适用 1974 年《海上旅客及其行李运输雅典公约》（“《雅典公约》”，或者与此类似的国内法。我们也注意到“钻石公主”所属的“公主邮轮”品牌网站上提供的旅行合同范本约定了美国法律的适用，美国虽然不是《雅典公约》缔约国，但相关判例（*H.S. v. Carnival Corp.*, 2016 LEXIS 153615）在确认邮轮船东安全保障义务的同时，仍旧没有否定过错责任的基础，更何况，合同范本中的“健康、医护及其他私人服务”条款（Health, Medical Care and Other Personal Services）对邮轮船东的义务还做了限制性的约定。

在这个问题上，保赔保险责任是以过错为基础的，

“.....limited to liabilities arising out of a negligent act or omission on board or in relation to an entered ship or in relation to the handling of her cargo.....”

国内常见保赔保险中文条款同样明确，强调责任基于“*被保险船舶或与该船舶有关的过失或疏忽行为*”。

实践中的争议焦点是，船东过错的评价标准，或者说邮轮的安全保障义务如何平衡双方权义。公共场所的安全保障义务被各国法律普遍接受，以我国法律为例，《侵权责任法》第三十七条和《传染病防治法》第七十七条都有规定，有关安全保障义务的标准存在于不同的规范性文件中，例如中国建筑学会在疫情发生后公布了《办公建筑应对“新型冠状病毒”运行管理应急措施指南》（T/ASC 08-2020），涉及空调通风、给排水系统、系统清洁和保洁消毒、垃圾收集和暂存等方面。很多保险人对承保邮轮较其他货运船舶更加谨慎，也是基于这方面责任的不确定性。

回到“钻石公主”，邮轮船东是否存在过错是要依据具体事实进行分析的，这同时影响到保赔保险保险人责任的判断。

2、船员

在 *The Osceola* 案（189 U.S. 158, 23 S.Ct 483, 47L. Ed.760, 1903）中，Brown 大法官认为，船东对船员的救治是古老且明确的法律义务。2006 年《海事劳工公约》规则四，即“健康保护、医疗、福利和社会保障保护”一节中，对此规定更为详尽，包括英国、日本、中国等都是该公约缔约国。我国最高院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 11 条的规定也可做同样的理解。以上讨论是建立在船员劳务关系的基础上，或者说，船员是通过管理公司外派，而不是与船东直接签订劳动合同。如果船员与船东之间有直接劳动合同关系，船东义务不会因此削减。

保赔保险条款也与之相呼应的，对船员的救治无需以船东过错为前提，

“Liability to pay damages or compensation for illness and death resulting from illness of any seaman, and hospital, medical, funeral or other expenses necessarily incurred in relation to such illness or such death including expenses of repatriating the seaman and sending abroad a substitute to replace him.

任何入会船船员的伤、病或死亡支付赔偿金或补偿费的责任，以及因此项伤、病或死亡所产生的必要的医药、住院、丧葬费（包括尸体运送费用）及其他费用，包括该船员的遣返

费用和派遣替换船员的费用。”

3、因额外承诺产生的费用

过去一周，邮轮上的多名印度籍船员在社交网站上发布了视频和多条文字信息向外界求救，旅客们也产生不安情绪，并向媒体控诉，称房间内的清洁工作得不到保障，就像“被困在浴室里”，“船上的生活环境急速恶化”。邮轮船东是否会考虑在满足防疫要求的前提下，采取措施，包括替换未确诊的船员，或者寻求登岸隔离等，以平复船员和旅客的情绪。如果这些措施会增加费用的支出，将产生新的保单争议。

责任保险的保单责任通常将合同责任，或者说被保险人通过约定增加的责任排除在承保范围之外，保赔保险也是同样，将“*Liability arising under certain indemnities and contracts*”作为除外，除非合同或协议得到了保险人的认可。无论是对船员，或者非船员的责任，这一原则都是适用的。

4、致残导致的后续补偿

目前没有有关新冠康复后后遗症的报道，但回顾 SARS 时期的报道，似乎病毒，或者药物都有可能永久伤害部分人体功能，如果确实出现这样的情况，如何评价船东责任将是另一个话题，且保赔保险保单中没有针对这一情况的保障。

三、营运收入损失

营运收入损失是很难评价和管理的商业风险，保赔保险通常不会承保，但检疫、隔离期间邮轮船东的经营、管理船舶必然产生的营运成本，在条款有明确约定并经会员委员会同意的情况下，有可能得到保险人的补偿（*Liabilities, costs and expenses incidental to the business of owning, operating or managing ships which in the opinion of the Members' Committee fall within the scope of the Association.....*）。

“钻石公主”实践中，船东承诺退还所有客票收入，或可认为是一种收入损失；从另一个角度考虑，船东自愿，或者依协议额外承担的损失也不是责任保险的承保标的。

四、保险人责任的限制

前面已提到保险人责任收到两层法律关系的影响，第一层是船东对外的责任，在此基础上，保险合同的约定进一步规制了保险人责任的范围。所提到的船东对旅客救治费用的抗辩机会，以及没能展开讨论的海事赔偿责任限制等，都属于第一层次。第二层次的约定内容繁杂，微信推文不能逐一展开，但必须强调的是“先付原则”（*Pay first by the owner*，或者 *Pay to be paid*），如果损失和费用尚未由船东承担，保险人原则上也补偿义务，但这不排除给予法定或约定的除外情况。

小结

保赔保险显然在一定程度上可以帮助到“钻石公主”这样遭遇疫情影响的船舶，在检疫、隔离费用、对船员的救治等方面补偿船东损失。保险人通常还会为船东提供必要的指导，并承担为了避免和减少保单承保损失而产生的费用，例如相关的法律抗辩费用；但保险不能

覆盖船东的所有损失，例如营运收入损失，有关船东对非船员的责任也存在讨论空间。在遭遇困境时，船东应当积极的与保险人沟通处置，避免增加保单争议。具体案件处理结果不能脱离细节，无论是在事实层面，还是法律层面，例如船上生活区的通风系统运行为防疫需要做了哪些调整，船员或旅客在哪里对船东提起诉讼，以及基于怎样的理由等等，本文不能穷尽讨论，仅围绕热点提出问题，供业内人士参考、深入、指正。

（本文首发于 2020 年 2 月 18 日）

新冠疫情是否属于不可抗力？这里有东盟十国和印度律师的简答上

立杰亚洲×星瀚 RICC

新冠疫情必然影响国际经贸往来，依据当地的法律法规，疫情的发生可否视为不可抗力事件，并对当事人合同义务产生影响？我们访谈了海外同行，供各企业参考。本文涉及东盟十国即越南、老挝、柬埔寨、泰国、印度尼西亚、马来西亚、新加坡、马来西亚、缅甸、菲律宾和文莱，此外我们还采访了印度律师提供印度法律的答复。上篇涉及越南、柬埔寨、泰国、马来西亚、印度尼西亚的法律，下篇涉及老挝、新加坡、缅甸、菲律宾、文莱的法律。

1. Is the legal concept of “force majeure” recognised in your jurisdiction?

贵国法律体系内是否有“不可抗力”的法律概念？

Chinese Law 中国法

Yes.

Vietnamese Law 越南法

Yes.

Indonesian Law 印度尼西亚（“印尼”）法

Yes.

Cambodian Law 柬埔寨法

Yes.

Thai Law 泰国法

Yes.

Malaysian Law 马来西亚法

(a) There is no generally applicable concept of “force majeure” under Malaysian law. However, Malaysian law allows parties to a contract to provide for “force majeure” events;

(a) 马来西亚法律中并不存在普遍适用的“不可抗力”概念。但是，马来西亚法律允许合同当事人就“不可抗力”事件作出约定；

(b) contracting parties are free to incorporate “force majeure” clauses into contracts entered into to suspend the performance of the contracts or release of parties from performing their obligations in the circumstances specified in the

relevant clauses. “Force majeure” clauses may take a variety of forms and should be construed according to the words used, having due regard to the nature and general terms of the contracts;

(b) 缔约双方可在其订立的合同中自由加入“不可抗力”条款，以便在有关条款规定的情况下中止履行合同或免除缔约双方义务的履行。“不可抗力”条款有多种形式，应根据所使用的词语进行解释，并应适当考虑到合同的性质和一般条款；

(c) and typically, in the Malaysian context, contracts have “force majeure” clauses. It is up to the court to determine whether the scope of the “force majeure” clause present in a contract is wide enough to cover the particular contingency.

(c) 在马来西亚，合同中一般都有“不可抗力”条款。法院根据合同中所规定的“不可抗力”条款来确定是否足以涵盖所发生的事件。

2.What is the definition of force majeure under the law of your jurisdiction?

贵国法律中关于“不可抗力”的定义如何？

Chinese Law 中国法

According to the Contract Law of China, force majeure refers to any objective circumstance which is unforeseeable, inevitable and insurmountable.

根据我国《合同法》，不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

Vietnamese Law 越南法

Under Vietnamese laws, an event of force majeure is an event which occurs in an objective manner which is unforeseeable and insurmountable even if all necessary measures that are available have been taken (Civil Code, Article 156.1).

根据越南相关法律（越南《民法典》第 156 条第 1 款），不可抗力事件，是指即便已采取可获取的所有的必要措施，仍不可预见、不可克服的客观情况。

Indonesian Law 印尼法

While the concept of force majeure is recognized under Indonesian law, there is no legal definition of such phrase. It is generally understood that force majeure is the occurrence of an unforeseen event which is beyond the control of the parties which affect the ability of a party to perform its obligations under a contract.

尽管印尼法律中承认不可抗力，但法律上并无相应的定义界定。一般来讲，不可抗力是指发生不可预见，且非当事人一方或多方可以控制的，致使影响当事人履行其合同义务的事件。

Contracts typically have a force majeure clause which lists specific events which are defined as force majeure event such as weather, war, or strike, to provide more certainty as to what circumstances this clause can be invoked by a party to excuse non-performance.

通常，合同中会约定不可抗力条款，并在条款中列明可以被识别为不可抗力的具体的事件，例如气候、战争、罢工，以便为在何种情况下援引该条款作为不履行合同的理由提供更多的确定性。

Cambodian Law 柬埔寨法

While the concept of force majeure is recognized, there is no legal definition provided under Cambodian law and the parties are left to define certain events that shall be deemed as events of force majeure. Generally, “force majeure” is understood as “any event that occurs not within the parties” intent, and is unforeseeable and irresistible”.

虽然柬埔寨法律承认“不可抗力”，然而法律本身并没有明确定义不可抗力，而是交给当事人通过约定来明确哪些情况属于不可抗力。“不可抗力”通常被理解为“不受当事人意志影响，不能预见、不能抗拒的客观事件”。

Thai Law 泰国法

Pursuant to Section 8 of The Civil and Commercial Code of Thailand, force majeure is defined as any event the happening or pernicious result of which could not be prevented, even though a person against whom it happened or threatened to happen were to take an appropriate care as might be expected from him in his situation and such condition.

依据泰国《民商事法典》第8条，不可抗力被定义为当事人经妥善处置，仍旧不能避免其发生或造成有害后果的事件。

Malaysian Law 马来西亚法

(a) As explained above, there is no generally applicable concept of “force majeure” under Malaysian law. The scope of “force majeure” is dependent on the “force majeure” clause present in the contract concerned, having regard to the nature and general terms of the contract concerned;

(a)如上所述，马来西亚法律中没有普遍适用的“不可抗力”概念。“不可抗力”的范围取决于合同中约定的“不可抗力”条款，同时结合合同的性质和一般条款加以认定；

(b) accordingly, whether or not a “force majeure” event arises, and, where it does arise, the rights and obligations that follow, would depend on the construction

of the “force majeure” clause in light of the provisions of the contract as a whole.

(b)因此，“不可抗力”事件是否发生，以及如果确实发生，随之而来的权利和义务，将取决于按照整个合同对“不可抗力”条款的解释。

3.The World Health Organization (WHO) has declared that the Novel Coronavirus outbreak constitutes a public health emergency of international concern (PHEIC), does the current epidemic constitute a force majeure event under the law of your jurisdiction?

鉴于世界卫生组织已宣布新冠疫情构成“国际公共卫生紧急事件”，该疫情在贵国是否构成不可抗力事件？

Chinese Law 中国法

There is a good chance that the Chinese court will consider that the Novel Coronavirus epidemic constitutes a force majeure event if the performance of a contract is affected by the epidemic, but it shall be subject to the particular facts of each case.

如果合同的履行受到疫情影响，新冠病毒疫情有可能构成不可抗力，但要具体案件具体分析。

Vietnamese Law 越南法

The declaration of WHO does not automatically result in the constitution of a force majeure event due to the current Novel Coronavirus. Instead, force majeure events would be considered on a case-by-case basis by courts.

尽管世界卫生组织因武汉新冠病毒出具该声明，但疫情并不会理所当然的、自动的成立不可抗力事件。具体而言，法院会在个案的基础上判断武汉肺炎疫情是否构成不可抗力。

Particularly, while the current Novel Coronavirus is arguably an objective and unforeseeable circumstance, it is not clear whether the Novel Coronavirus is insurmountable for the performance of a specific obligation by a specific party and whether necessary and available measures have been taken. Further details would also need to be assessed (such as specific impacts of the current Novel Coronavirus on the contractual parties, the application of administrative decisions of the authorities restricting/preventing performance of a specific obligation, etc.) to determine if the current Novel Coronavirus is a cause resulting in a force majeure event in such specific case.

具体来说，尽管目前的武汉新冠肺炎疫情可论证为客观和不可预见的情况，但疫情是否构成不可抗力需进一步考虑新冠疫情是否对当事人一方履行某特定义务构成不可克服的阻力，同时，需在个案中考虑必要措施和可用手段的使用情况。此外，在处理具体案件中还需

进一步评估案件细节以便明确新冠肺炎是否会在个案中被识别为不可抗力。（例如，当前新冠疫情对合同方的特定影响，或行政命令对特定义务的限制/防止履行情况等）。

Indonesian Law 印尼法

The fact that it is declared a PHEIC by the WHO does not automatically make it a force majeure event for the performance of obligations under a contract. It will depend on how the force majeure clause is drafted in the contract. The epidemic would clearly be a force majeure event if specified as a force majeure event in the contract.

世界卫生组织宣布新冠疫情为“国际公共卫生紧急事件”的事实并不会理所当然的、自动的使其成为履行合同义务的不可抗力事件，还要看合同中不可抗力条款的措辞。如果合同中的不可抗力条款中罗列有传染病或类似表述，则该合同当事人将有较大机会援引不可抗力条款。

Cambodian Law 柬埔寨法

Not automatically and only if the parties to a contract expressly state that such pandemic shall be deemed as the event of force majeure, failing which any claim shall be brought to the court for its interpretation.

除非合同明确约定流行病构成不可抗力，否则不会自动构成不可抗力，需要法庭根据实际情况判断。

Thai Law 泰国法

No. This incident would not necessarily constitute a force majeure under Thai law. It is further noted that the definition of force majeure would be strictly interpreted by the court on a case by case basis.

这不必然在泰国法下构成不可抗力，法院会根据具体案件判断。

Malaysian Law 马来西亚法

This is a matter of construction of the “force majeure” clause present in the contract concerned.

这是对特定合同中“不可抗力”条款解释的问题。

4. Other than force majeure, does the current epidemic constitute any circumstance that releases the non-performing party to a contract from the liability of breach or mitigate such liability? If so, please briefly explain that circumstance.

除不可抗力外，新冠疫情是否有可能构成其他可减轻或免除未妥善履行合同一方当事人违约责任的事由？如有，请简要叙述。

Chinese Law 中国法

Yes. Other than force majeure, the current epidemic may also constitute "change of circumstances" and release the non-performing party from liability of breach. Under Chinese law, where there is a major change which (1) occurs after the signing of a contract, (2) is unforeseeable, (3) is not a business risk, and (4) is not caused by force majeure, and if the continuous performance is obviously unfair or cannot achieve the purpose of the contract, any party to the contract is entitled to request the court to modify or terminate the contract.

存在。除不可抗力外，新冠疫情同样可能构成“情势变更”，并可据此免除未履行合同一方当事人的违约责任。中国法下，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，当事人请求法院变更或者解除合同，法院可能根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

Vietnamese Law 越南法

Yes. Other than force majeure, if the Vietnamese authority declared a state of emergency due to this epidemic with subsequent application of administrative measures (e.g. operation suspension, restriction on trading and consumption, restriction of transportation, etc.), it may possibly constitute an exemption of liability on performance of contract due to implementation of the State's decisions. It is noted that the Vietnam authority has not yet declared the state of emergency presently.

存在。除不可抗力外，如越南行政当局因新冠疫情宣布紧急状态，并采取后续的行政措施（例如，行动禁止、限制贸易、限制消费、限制交通等），则有可能因政府措施介入构成对合同履行的免责事由。目前，越南行政当局尚未因新冠疫情宣布紧急状态。

Additionally, contractual parties may agree or even request the court to decide on amendment to or termination of contract due to a change of "basic circumstance". Under Vietnamese laws, a change of "basic circumstance" would be constituted when it meets the regulatory conditions, e.g. the circumstances change due to objective reasons occurred after the conclusion of the contract; at the time of conclusion of the contract, the parties could not foresee a change in circumstances; the circumstances change so fundamental that if the parties had known in advance, the contract would not have been concluded or would have been concluded, but with completely different terms and conditions; the continuous performance of the contract without the change in the contract would cause serious damage to one party; the party whose

interests are adversely affected has adopted all the necessary measures within his capability, but having regard to the nature of the contract, it can not prevent or mitigate the damage. As the current Novel Coronavirus situation may be an objective event which is unforeseeable, the party in default shall still bear the burden of proof to satisfy the other conditions.

此外，由于“基本情况”的变更，合同当事人可能会同意甚至要求法院决定合同的修改或终止。根据越南法律，在符合监管条件的情况下，新冠疫情可能构成“基本情况”的变更。例如，在订立合同后，由于发生的客观原因导致情况发生变化；在订立合同时，双方无法预见情况的变化；情况的变化极大，以至于当事各方如事先知道，可能不会缔结合同，或即便缔结，但其内容完全不同；继续履行合同会导致一方当事人明显受损；利益受到不利影响的当事方已采取了所有必要的措施，但因合同性质，无法阻止或减少其受损失的程度。目前，新冠疫情可能构成不可预见的客观事件，违约方仍应对其他条件是否满足承担举证责任。

The laws also allow an exemption of liability to the extent that it is expressly agreed in the parties' agreement. Accordingly, a mutual agreement of parties on performance of contract due to the current Novel Coronavirus situation would be considered in the first instance.

法律还允许在双方同意的情况下免除责任。因此，应当首先考虑双方因武汉新冠肺炎，而在合同履行方面达成的协议。

It is noted that written notices of the event and possible consequences to other contractual parties are compulsory for triggering any exemption of liability.

须注意，对于事件以及对其他合同方可能造成的后果的书面通知，对于任何免责条款来说均是强制性的要求。

Indonesian Law 印尼法

No.

Cambodian Law 柬埔寨法

No.

Thai Law 泰国法

No.

Malaysian Law 马来西亚法

(a) Malaysia recognises the doctrine of frustration of contracts;

(a) 马来西亚承认合同落空原则;

(b) section 57(2) of The Malaysian Contracts Act 1950 (“the Contracts Act”) provides that a contract becomes void if the performance becomes impossible or unlawful. The frustrating event should be a supervening event and subsequent to the formation of the contract concerned. And a party cannot rely on the doctrine of frustration of contract, if the event concerned was self-induced;

(b)根据 1950 年马来西亚《合同法》(以下简称《合同法》)第 57 条第(2)款规定, 如果合同的履行变得不可能或不合法, 则该合同即宣告作废。但该落空事件应发生于合同订立之后; 而且, 如果该事件是由当事人自己引起的, 则当事人不能主张合同落空原则;

(c) the Contracts Act does not define the word “impossible”. Case law suggests that the concept of impossibility only extends to circumstances where there is such a change of circumstances which results in a fundamental or radical change in the obligation(s) originally undertaken so as to make the performance of the contract something radically different from that originally undertaken – the mere fact that performance of the contract has become more onerous or more expensive for one party is not sufficient for the doctrine of frustration to be invoked;

(c)《合同法》并未对“不可能”一词进行定义。判例认为, 不可能的概念仅适用于特殊情况的变化, 这种变化会导致最初承担的义务发生根本改变或颠覆, 从而使合同的履行与原先承担的义务发生根本不同的情况。——仅仅因为合同的履行对一方当事人来说变得更加沉重或更加昂贵, 这并不构成合同落空;

(d)where frustration is established, the contract becomes void at the date of frustration and not *void ab initio* – accordingly, the parties will only be released from the performance of their future obligations under such a contract.

(d)一旦合同落空成立, 合同应自落空之日起宣告作废, 而不是自始无效。——因此, 双方免除的合同义务, 仅仅是导致履行合同落空的事实发生之后的义务;

(e) section 15(2) of Malaysian Civil Code 1956 provides for the adjustment of rights and liabilities of parties to a frustrated contract;

(e) 1956 年马来西亚《民法典》第 15 条第 (2) 款规定了落空合同当事人的权利和责任的调整;

(f) accordingly, if the requirement of impossibility of performance as provided for under section 57(2) of the Contracts Act is fulfilled (as the term “impossibility” is construed by the Malaysian courts), then the doctrine of frustration can be relied upon to release the non-performing party from performance of the relevant contract.

The alternative and probably a more viable route, is to rely on the “force majeure” clause present in the contract concerned (which typically should be present and normally drafted in wide terms).

(f)如果满足《合同法》第 57 条第(2)款规定，构成合同不可能履行，那么可以依据合同落空原则解除不履行合同方的履行义务。不过，最好的办法还是在合同中约定“不可抗力”条款，这种做法在实践中也比较普遍。

(本文首发于 2020 年 2 月 7 日)

新冠疫情是否属于不可抗力？这里有东盟十国和印度律师的简答下

立杰亚洲×星瀚 RICC

新冠疫情必然影响国际经贸往来，依据当地的法律法规，疫情的发生可否视为不可抗力事件，并对当事人合同义务产生影响？我们访谈了海外同行，供各企业参考。本篇中涉及新加坡、印度、菲律宾、老挝的法律。

1. Is the legal concept of “force majeure” recognised in your jurisdiction?

贵国法律体系内是否有“不可抗力”的法律概念？

Singapore Law 新加坡法

In Singapore, “force majeure” is a contractual creation – therefore, parties have to expressly agree in their contracts regarding what amounts to a “force majeure” event.

新加坡法下，“不可抗力”系合同术语。因此，合同各方需就类属不可抗力事项在合同中做出明确规定。

Indian Law 印度法

Yes. However, whether a particular contract can be subject to force majeure event is a matter of interpretation of each contract (see the answer to question 2 below). If the contract does not expressly or impliedly provide for a force majeure event, parties may still be able to rely on the doctrine of frustration (see the answer to question 4 below).

印度法下虽存在不可抗力的概念，但特定合同是否适用不可抗力取决于对具体合同的解释（请参下述第二个问题）。如果合同未明示或默示说明何为不可抗力事项，当事各方仍可援引合同落空原则以纾困。（请参下述第四个问题）

Philippine Law 菲律宾法

Yes.

Laos Law 老挝法

Yes.

2. What is the definition of force majeure in the law of your jurisdiction?

贵国法律中关于“不可抗力”的定义如何？

Singapore Law 新加坡法

There is no express definition of “force majeure”. Parties are free to agree as to:

- (a) What events will constitute “force majeure”; and
- (b) What are the consequences of a “force majeure” event occurring.

新加坡法下并无“不可抗力”的明确定义，而是交给合同各方去达成如下协议：

- (a) 何种事项类属“不可抗力”；以及
- (b) 发生不可抗力事项的后果为何。

Indian Law 印度法

The Indian Contract Act, 1872 does not provide for an express definition of “force majeure”. However, the Courts recognise and enforce force majeure clauses. Such clauses fall within the ambit of Section 32 of the Indian Contract Act, which recognises that parties’ obligations under an agreement may be contingent on the happening of certain events.

The terms of the agreement in this regard may be express or implied. It will be a matter of construction of the contract whether parties have agreed (expressly or impliedly) that they would stand discharged from their obligations on the happening of certain circumstances.

1872 年印度《合同法》没有明确定义不可抗力，但法院承认不可抗力条款的效力。该条款属于印度《合同法》第 32 条规定的情形，即合同各方在合同下的义务可能需视某些特定事项的发生而变化。

合同中关于此方面的条款可能是明示抑或默示的。发生特定事项时，合同各方是否可以终止履行其义务取决于对具体合同的解释。

Philippine Law 菲律宾法

A fortuitous event or force majeure refers to events that “could not be foreseen or which, though foreseen were inevitable”. It has also been defined as “an unexpected event or act of God which could neither be foreseen nor resisted”, and as an “accident, due directly and exclusively to natural causes without human intervention, which by no amount of foresight, pains or care, reasonably to have been expected, could have been prevented.”

偶然事件或不可抗力是指“无法预见或尽管可以预见但不可避免的事件”。它也被定义为“不可预见的事件或不可预见、不可抵抗的天灾”，也被定义为“在无人为干预的情况下完全由自然原因直接造成的意外，该意外无法通过任何合理预见或合理措施来避免”。

Laos Law 老挝法

According to Article 3 of *The Law on Contract and Tort* in Lao PDR, force majeure means “an unexpected and uncontrolled event, such as flood, thunder storm, earthquake that renders the debtor unable to perform his/her obligations”

根据老挝人民民主共和国《合同及侵权法》第三条，不可抗力，是指“意外的，不受控制的，以致使债务人无法履行其义务的事件，例如洪水，雷暴，地震”。

If either contracting party breaches the contract, the default party shall be liable to compensate the

other contracting party for the damage caused, except where such breach arises out of force majeure.”

除因不可抗力不能履行合同的，违约的当事人一方，应对另一方当事人承担赔偿责任的违约责任。

3. The World Health Organization (WHO) has declared that the Novel Coronavirus outbreak constitutes a public health emergency of international concern (PHEIC), does the current epidemic constitute a force majeure event under the law of your jurisdiction?

鉴于世界卫生组织已宣布新冠疫情构成“国际公共卫生紧急事件”，该疫情在贵国是否构成不可抗力事件？

Singapore Law 新加坡法

The question of whether such a PHEIC will constitute a “force majeure” event will depend on the terms of parties’ agreement.

尽管世卫组织宣布新冠疫情构成“国际公共卫生紧急事件”，但疫情是否构成不可抗力事件仍取决于合同的条款。

Indian Law 印度法

The question of whether such a PHEIC will constitute a “force majeure” event will depend on the terms (express or implied) of the parties’ agreement.

尽管世卫组织宣布新冠疫情构成“国际公共卫生紧急事件”，但疫情是否构成不可抗力事件仍取决于合同的条款。

Philippine Law 菲律宾法

Yes, it could constitute a force majeure event and excuse a breach of an obligation if the following requisites are met: (1) the cause of the breach of the obligation must be independent of the will of the debtor; (2) the event must be either unforeseeable or unavoidable.; (3) the event must be such as to render it impossible for the debtor to fulfill his obligation in a normal manner; and (4) the debtor must be free from any participation in, or aggravation of the injury to the creditor.

如满足下列条件，该事件可能构成不可抗力，并可使债务人免除违约责任：

- (a) 债务人对违约并无故意或过失；
- (b) 该事件不可预见或不可避免；
- (c) 该事件致使债务人无法正常的履行其合同义务；
- (d) 债务人并未致使或加重债权人的损失

Laos Law 老挝法律

The epidemic by itself would not “...render the debtor unable to perform his/her obligations”.

The position may change if the Government intervenes and implements measures which impair the ability of the parties from performing their obligations under the contract.

我们认为，疫情本身并不满足“致使债务人无法履行义务”的要件。但，如政府介入并采取措施致使当事人一方或多方无法履行其合同义务，我们的观点可能会随之改变。

4. Other than force majeure, does the current epidemic constitute any ground that releases the non-performance party to a contract from the liability of breach? If so, please briefly explain the ground.

除不可抗力外，新冠疫情是否有可能构成其他可减轻或免除未妥善履行合同一方当事人违约责任的事由？如有，请简要叙述。

Singapore Law 新加坡法

Singapore law recognises the doctrine of frustration, by which parties will be discharged from the contracts if the parties' agreement can be said to have been frustrated. To show that a contract has been frustrated, it is necessary to show that:

- a. Performance under the contract must have been rendered radically different from that which was originally undertaken.
- b. The frustrating event must not have been brought about by the act or default of the party seeking to rely on it; and
- c. The frustrating event must not have been foreseeable or foreseen.

Parties may be able to rely on the doctrine of frustration in respect of a PHEIC, provided that the all three elements above are satisfied. In this regard, whether PHEIC is a “foreseeable” or “foreseen” event may depend on the nature of the contract.

Courts will also take into consideration whether the “force majeure” provisions in the contract (if any) address a PHEIC or similar events in determining whether a PHEIC can be said to be a frustrating event. For example, if the contract expressly includes PHEIC as a “force majeure” event, then the doctrine of frustration will usually have no application. The effect of the PHEIC will then be determined in accordance with the “force majeure” clause.

新加坡法认可合同落空原则。如合同落空，各方可据此终止该合同。为证明合同落空，需满足下述标准：

- (a) 因该事项，此情况下履约与原定合同下履约有极大的区别；
- (b) 该合同落空事件非由寻求援引合同落空的当事人所致；
- (c) 该落空事项需不可预见或并未被预见；

如上述三个标准得以满足，则当事人在此次疫情中可援引合同落空原则。当然，该“国际公共卫生紧急事件”是否可预见或已被预见需视合同性质所定。

在决定疫情是否构成合同落空事项的时候，法院将考虑合同中是否将“国际公共卫生紧急事件”或类似情形列入不可抗力条款（如有）。举例来说，如合同明示“国际公共卫生紧急

事件”是一种不可抗力，则不需援引合同落空原则，而可以直接依据不可抗力原则处理相关纠纷。

Indian Law 印度法

Indian law recognises the doctrine of frustration by way of Section 56 of the Indian Contract Act, which provides that a contract becomes void if performance becomes impossible or unlawful due to a change in circumstances beyond the control of the parties after the contract has been executed. The word “impossible” is not a literal impossibility, but a practical impossibility. The Court will consider whether the event or change of circumstance that has occurred is one, which is so fundamental as striking at the root of the contract as a whole.

Therefore, even if a PHEIC does not fall within the ambit of a “force majeure” event, it is possible that parties may be able to rely on Section 56 of the Indian Contract Act.

印度《合同法》第五十六条规定有合同落空原则，根据该原则，如在合同订立后，因合同双方无法控制的情势变化，导致合同事实上不可履行或法律上不可履行，则合同无效。所谓“不可履行”并非字面上的“不可能履行”，而是实际上不可能履行。法院将考虑情势的变更是否从根本上影响了合同的履行。

Philippine Law 菲律宾法

Yes, it could potentially fall under the principle of *rebus sic stantibus* under Article 1267 of the Civil Code, which provides that “[w]hen the service has become so difficult as to be manifestly beyond the contemplation of the parties, the obligor may also be released therefrom in whole or in part.”

是的。此情况有可能适用《民法典》第 1267 条规定的情势变更原则。根据该条款，如合同的履行难度明显超出当事各方的合理预期，债务人有权全部或部分的免除因此导致的责任。

Laos Law 老挝法

Article 29 of *The Law on Contract and Tort* provides that “When difficulties arise in the performance of contract despite of having made all best efforts a contracting party cannot perform its contractual obligations in regular manner, such party shall inform the other party the causes of the difficulties in appropriate time prior to the expiration of the period of performance. Notification of such difficulties shall not release the debtor from its responsibilities. After such difficulties have ended, the debtor shall perform its contractual obligations”.

根据老挝人民民主共和国《合同及侵权法》第二十九条，“如已尽最大努力但履行合同仍存在困难，致合同一方仍不能按通常方式履行合同义务，该合同一方应在履行期限届满前的适当时间内将发生困难的原因通知另一方。对于阻碍履约的困难的通知并不解除债务人的合同义务。在该困难结束后，债务人有义务继续履行其合同义务。”

Article 30 of *The Law on Contract and Tort* provides that “A contracting party that has perform part of its contractual obligations may suspend its obligation performance by notifying immediately the other contracting party if it is deemed that the notified party is falling in such situation which may causes negative effects to oneself, such as:

根据老挝人民民主共和国《合同及侵权法》第三十条，“如其认为合同另一方存在下述情形，且对其造成不利影响，已部分履行合同义务的当事人，可立即通知合同另一方当事人以中止履行自身的合同义务：

- Being sued or requested for a bankruptcy;

被诉或申请破产

- Lack of reliability in business operation that may causes the incapacity to perform the contract.”

在经营活动中缺乏可靠性，致使无法履行该合同。”

The contracting party that has suspended its obligation performance shall be liable to the other contracting party for the damage resulting from such suspension in the absence of the above-mentioned situation.

在无上述情况发生的情况下，中止履行义务的合同当事人应对该中止履行行为对另一方合同当事人造成的损失承担赔偿责任。

If the notified contracting party to the contract performance suspension may certify or secure an appropriate capacity to fulfil its obligations under the contract, the contracting party that has suspended the performance of obligations shall continue to perform them. In case of failure to certify or to secure such appropriate capacity, the contracting party that has suspended the contract performance may terminate the contract.

如果合同履行中止的被通知方可以证明或担保其具有履行合同义务的适当能力，则中止履行义务的合同一方应继续履行其义务。如果未能证明或未提供适当担保的，中止合同履行的一方可以终止合同。

The notified contracting party on the contract performance suspension shall pay compensation for the obligations fulfilled by the contracting party.

如合同终止，被通知一方需对通知方已履行的合同义务承担赔偿责任。

The suspension of the contract performance can apply to contracts of any kind, except for the unilateral contract”.

除单务合同外，中止履行合同的约定适用于所有类型的合同。

Hence, if a party to the contract is actually affected by the epidemic, such party may notify the other contracting party of the difficulties and seek to suspend its obligations under the contract pursuant to Article 29.

因此，如合同一方受到新冠疫情的影响，可通知另一方合同当事人此困难事项，并依据第二十九条中止履行其义务。

Conversely, the other party may seek to suspend its obligations to the affected party if the other party is of the view that the affected party is incapable of performing its obligations due to the epidemic under Article 30.

相反，如合同一方当事人认为受疫情影响一方无法履行其合同义务，同样会依据第三十条，中止履行其向受影响一方的合同义务。

（本文首发于 2020 年 2 月 20 日）

新冠疫情在日韩两国属于不可抗力吗？韩日律师浅谈其定义及影响

金秀福、金香

此次新冠疫情已然对国际经贸往来产生影响，依据当地的法律法规，新冠疫情的发生可否被视为不可抗力事件？如被认定，对当事人合同义务会产生哪些影响？韩日企业们如何应对？本文访谈了韩日两国的律师同行。

韩国某知名律师事务所律师意见：

한국법에는 무엇이 불가항력이라는 정의 조항은 없습니다. 판례에서 일부 이를 언급하고 있는데 바로 “그 사업자의 지배영역 밖에서 발생한 사건으로서 그 사업자가 통상의 수단을 다하였어도 이를 예상하거나 방지하는 것이 불가능한 사건”이라고 정의한 것이 있습니다. 불가항력을 인정함에 있어 판례와 결부하여 불때 (1) 채무불이행에 대하여 당사자의 과실/책임/귀책사유가 없는 상태에서는 정부조치/명령을 불가항력으로 보는 듯 하고, (2) 당사자의 과실/책임이 명확하다면 정부조치/명령을 불가항력으로 보지 않고, (3) 당사자의 책임/과실이 명확하지 않은 상태에서 정부조치/명령이 있다면 이것이 불가항력인지 판단이 모호합니다.

또한 법적으로는 불가항력 개념/요건이 없지만 학자들은 (i) 외부성, (ii) 예측 불가능성, (iii) 회피 불가능성을 불가항력의 요소로 보고 있는 듯합니다.

따라서 상술한 내용을 종합해 보면 신종코로나라는 사실만으로 일률적으로 불가항력이라 인정하기는 어려울 것이고, 그것이 얼마나 채무불이행에 영향을 미쳤는지, 인과관계, 정부조치가 권고인지 강제인지(예: 14 일 간 격리가 의무사항인지 등), 당사자의 귀책사유가 있는지 등을 종합적으로 봐야 할 것 같습니다.

韩国法律中没有何为不可抗力的定义条款。但在判例中有部分涉及，即“这是在该经营者的支配领域以外发生的事件，即使该经营者尽了通常手段也无法预测或防止这一事件发生”作为其定义。结合判例，在认定是否属于不可抗力时，(1)对于不履行债务，在当事人没有过错/责任/归责事由的情况下，将政府措施/命令视为不可抗力；(2)如果当事人的过失/责任明确，则将政府措施/命令不视为不可抗力；(3)当事人的责任/过失不明确的情况下，政府措施/命令是否视为不可抗力，无法明确。

另，法律上虽然没有不可抗力的概念/要件，但是学者们认为(i)外部性，(ii)不可预测性，(iii)躲避不可能性是不可抗力的因素。

综上所述，目前，仅凭新型冠状病毒带来的疫情，很难一概认定为不可抗力，需综合考虑其对不履行债务产生了多大的影响、因果关系、政府措施是劝告还是强制(例如，14天的隔离是否为义务等)、当事人是否有责任等进行判断。

韩国法务法人（有限）大陆亚洲 李钟原律师意见：

WHO 의 비상사태 선포만으로는 불가항력에 해당된다고 단정하기는 어렵고,

구체적인 사안별로 불가항력 여부가 결정될 것으로 보입니다. 한국 법원은 2014 년 MERS 확산 사태로 인한 여행사의 호텔예약 취소에 관하여 불가항력에 의한 면책을 인정하지 아니한 바 있습니다. 다만, 이번 Novel Coronavirus 확산 사태로 인하여 대한민국 또는 관련 외국의 정부가 취한 조치가 불가항력에 해당될 가능성은 별도로 검토되어야 하며, 당사자간의 계약에서 불가항력의 정의를 어떻게 하였는지에 따라라도 불가항력 여부가 달라질 수 있음은 물론입니다.

仅凭 WHO 宣布进入紧急状态还不能断定属于不可抗力，需要根据具体情况进行判断是否属于不可抗力。韩国法院对于 2014 年因 MERS 扩散而取消旅行社酒店预定一案，未认定属于因不可抗力而免责的情形。因此，由于此次“Novel Coronavirus”扩散事件，韩国或相关外国政府采取的措施是否可能被认定为不可抗力，应另行判断，且根据当事人之间在合同中对不可抗力的定义，也会对认定是否属于不可抗力有所影响。

韩国施宪律师事务所 崔永徽律师意见:

상표불사용취소심판에서의 ‘불가항력’에 관한 한국 판례의 태도

상표취소심판의 신청인이 피신청인의 불사용을 이유로 취소심판을 제기하는 경우 피신청인은 항변사유의 하나로 ‘불사용’에 있어서 ‘정당한 이유’가 있다는 점을 주장, 입증하게 됩니다.

이 경우 어느 경우가 “정당한 이유”에 해당하는지에 관한 상표법의 규정은 없고, 학설 또는 판례에 의한 해석론으로 다루어지고 있는바, 그간 한국 법원의 판례에서는 1) 천재지변에 의한 경우, 2) 타 법령에 의한 허가 또는 인가의 지연에 의한 것으로서 그 사유가 허가 또는 인가기관의 사정에 의한 경우, 3) 타 법령에 의한 상품의 수입금지 또는 상표사용금지 등의 사유로 인한 경우로서 상표권자의 귀책사유가 없는 경우 등을 ‘정당한 이유’로 인정한 바 있습니다.

신종코로나 등 바이러스로 인해 각종 의약품의 수입제한 조치가 이루어지거나, 의약품의 동물성 원료 또는 식물성 원료에 대한 수입제한 조치가 이루어질 가능성이 높고, 일부 육류품, 과일 등에 대한 일부 수입제한 조치도 검토가 이루어지고 있는바, 만약 정부의 수출입규제에 의해 해당 지정상품의 한국 내 사용이 이루어지지 아니할 경우 불가항력에 의한 ‘정당한 사유’로 인정될 가능성이 크다고 사료되는 바, 기업 내 IP, 상표관리자는 이와 같은 점을 유념하여 한국 내 상표를 관리하여야 할 것입니다.

关于商标撤销审判当中的“不可抗力”意义的韩国判例之态度

商标撤销审判当中申请人以被申请人不使用为由提起撤销审判时，被申请人可以主张并举证不使用具有“正当理由”，以此作为抗辩理由之一。但韩国的商标法当中并没有对“正当理由”具体情形做出明确规定，实务中往往参考学术论点或者判例做出处理。以往的韩国法院判例中曾认定的“正当理由”可分为以下三种不可归责于商标权利人的情形：1) 因自然灾害导致的；2) 根据其他法令的许可或者审批迟延是因许可或者审批机关的原因导致的；3)

根据其他法令商标所适用商品被禁止进口或者禁止使用该商标的情形。

针对新型冠状病毒带来的疫情，韩国政府有可能对各种医药品采取限制进口措施，或对医药品所含的动物性原料或者植物性原料采取限制进口措施，以及关于部分肉类制品、水果等的限制进口措施也在审议当中。如果因政府颁布进出口限制规定，该规定中的指定商品无法在韩国境内使用的情形下，很可能被认定为“正当理由”。故企业的 IP、商标管理者在进行韩国境内商标管理业务时，应充分考虑这些问题。

日本某律师事务所律师意见：

1.日本では不可抗力に関する法律がありますか？ 不可抗力の法律規定の内容？

在日本有无关于不可抗力的法律规定？如果有，法律规定的內容是什么？

民法他、種々の法律に不可抗力に関する規定はありますが、不可抗力を定義した法律はありません。ただ契約などで不可抗力との概念を使用することはあります。通常、必要と認められる注意や予防方法を尽くしても、なお損害を防ぎきれないことであり、債務不履行・不法行為の責任を免れることとなります。

虽然日本民法以及其他各种法律当中均有不可抗力相关规定，但对不可抗力的定义做出明确规定的法律是没有的。不可抗力的定义仅在合同当中进行约定。通常在合同当中约定当事人即使尽到了必要的注意义务以及采取了预防措施，也未能防止损害的发生时，可以减免不履行债务或不法行为所产生的责任。

2.WHOがPHEICに認定してますが、貴国の法律で不可抗力事件に認定されますか？

WHO 已对这次新型冠状病毒带来的疫情，做出了 PHEIC 的结论。根据日本的法律，本次疫情能否被认定为不可抗力事件？

WHO の PHEIC 宣言により自動的かつ一律に契約上の不可抗力に該当するという事にはなりません。個別の事案で、不可抗力に該当すると判断される可能性はあると思います。

仅凭 WHO 已对这次新型冠状病毒带来的疫情做出了 PHEIC 的结论，不能一概认定构成合同上的不可抗力。个人认为只能在个别的案例中可以认定构成不可抗力。

3.不可抗力を除き、今回のコロナウィルス事件は契約当事者一方の違約責任減免の事由になる可能性はありますか？

除了不可抗力，这次的疫情能否成为减免合同当事人一方违约责任的事由？

事情変更の法理によりその可能性はあると思いますが、適用場面はかなり限定されると思います。

根据情形变更原则,可能性是有的。但觉得仅适用于个别情形。

(本文首发于 2020 年 2 月 17 日)

在韩企业及个人如何妥善处理疫情期间的劳动人事问题

金秀福、金香

疫情期间的劳动人事相关问题，可谓是各地区、行业都密切关注的“头等大事”。据央视新闻最新报道，韩国已经累计确诊 104 例，其应急处置本部表示，疫情在韩国已经进入社区传播阶段。这让不少在韩企业和个人感到不安。

近期，我们收到一些在韩置业的企业及个人的咨询，他们迫切想要了解韩国当地对于新冠疫情下处理劳动人事问题的规定或政策，因此，我们结合韩国施宪律师事务所崔永徽律师就韩国在疫情期间有关劳动人事问题作出的答复，将相关处理方案整理如下，供在韩企业及个人参考。

一、员工因确诊（疑似）感染新冠病毒或与相关人员接触而需要隔离，出现缺勤时，应如何处理？

1. 员工被确诊或接触相关人员导致住院或被采取隔离措施的情形。

根据韩国雇佣劳动部 2020 年 2 月 6 日发布的《为预防新型冠状病毒感染及防止扩散的工作场所应对指南（3 版）》（以下简称为“指南”），确诊患者及接触者住院或被隔离的，根据《传染病预防法》第 41 条 2 规定，国家计划向企业支付带薪休假的费用，企业收到国家的补助费用后，应当向员工给予带薪休假。

因此，此时公司需要向员工给予带薪休假，且相关费用可向国家申请补助。

2. 员工并非住院或被采取隔离措施，但，为了防止疫情扩大而自行采取隔离的情形。

根据“指南”规定，此时，公司可采取休假、停业、线上办公等措施。因此，如安排员工休假的，公司的《就业规则》、《集体协议》等有约定带薪病假等其他假期的，可给予员工带薪病假，如相关协议中未约定，尽量给予员工带薪病假。

那么是否可以在这一期间安排年休假呢？对此，“指南”中并没有明确，但，根据韩国施宪律师事务所崔永徽律师的答复，如公司的《就业规则》、《集体协议》等没有约定相关假期，也可以给予员工年休假。

同时，员工如果申请休职（请假期限超过 14 天时，经公司批准可休职）的，对于休假期间的待遇，除了病假或法律规定的休假（如育儿假期，家庭照顾假期）以外，是否有义务安排、假期期限以及是否需要支付工资等均没有进行规定，故公司可根据《就业规则》、《集体协议》的规定进行，如没有相关规定，可由公司酌情决定。

二、员工因需要给确诊的家属护理，或因停课等原因照顾子女而缺勤时，应如何处理？

如员工因家庭成员确诊需要护理，或因幼儿园、学校等停课需要照顾子女，而缺勤的，公司经员工本人的申请，可安排其休“家庭成员照顾假期”（关于男女平等工作和帮助家庭两立的法律第 22 条 2 项）。

自 2020 年 1 月 1 日起，韩国实施家庭成员照顾假期制度，如员工的祖父母、父母、配偶、配偶的父母、子女或者孙子女，因疾病、事故、高龄等原因需要员工照顾的，可申请家庭成员照顾假期护理或照顾其家庭成员。

家庭成员照顾假期一般可以以 1 天为休假单位，一年最多可申请 10 天，如需要申请家庭成员照顾休职的，一年内最长可以申请 90 天的家庭护理休职。

无论是休假还是休职，原则上均为无薪假期，但休假/休职期间包括在工作年限计算时间范围内，在计算员工晋升、退休金等时可以适用(平均工资计算期限除外)。

三、为防止新冠病毒的扩散而要求整个公司或部分部门停业的，期间工资待遇应如何支付？

根据韩国《劳动法》第 46 条第 1 项，因归责于公司的责任而停工的，公司应在停工期间支付其平均工资 70% 以上的津贴作为停业期间津贴。此处的“停业”是指，劳动者有意愿提供劳动合同中约定的劳动，但因违背其意愿而无法提供劳动或被公司拒绝提供劳动的情形。

作为支付停业期间津贴的要件，“归责于公司的责任”在韩国法律上的认定范围较广，即，除在韩国《民法》上认定为“归责责任”的故意或过失外，在公司的势力范围内发生的经营障碍也包含在内，如（1）因经济不景气等原因导致的经营上的停业；（2）原料不足，订单减少；（3）停电，产品销售不佳，资金周转困难；（4）工厂搬迁，消失，机器损坏等情况，均属于可以认定为“归责于公司的责任”的停业。相反，因天灾或其他自然现象等造成的停业不被认定为“归责于公司的责任”。这一点在“指南”中也已明确。

因此，在本次新冠疫情下，政府为防止新冠病毒扩散而要求整个公司或部分职能部门停工的，不属于“归责于公司的责任”，故公司无需向员工支付停业期间的停业津贴。但，根据“指南”，虽然员工没有提出休假申请，公司自行判断后采取停业的，应支付停业津贴。

综上，根据韩国法律规定及“指南”内容简要整理疫情当下在韩劳动人事相关问题，在韩企业及个人可参考上述内容进行处理。如有其它问题，亦可联系我们。

（本文首发于 2020 年 2 月 21 日）

热爱法律的技术派

☎ 上海总部：021-5109 6488
南京分所：025-5881 1373
武汉分所：027-8771 8809

✉ BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑