



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

七方法研

2020年1期 总第1期



众志成城 抗击疫情

目录CONTENTS

主任寄语

主任寄语-----	01
-----------	----

创刊词

创刊词-----	03
----------	----

民商纵横

新型肺炎疫情影响下，企业可否要求免租免责？ 也谈万达免租声明-----	05
如何应对“新冠”疫情对在建工程的影响-----	09
疫情防控下的商业物业租赁合同纠纷处理-----	13
大数据助力“新冠”疫情防控 如何把握个人信息保护的边界？-----	19
疫情防控中如何为中小企业减免租金《上海市全力防控 疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施》解读-----	23
疫情防控期间，请关注您的解除权行使期限-----	26
不可抗力是万能挡箭牌吗？ ——谈疫情防控期间相关合同纠纷处理-----	29

家长里短

湖北脑瘫儿离世之痛

疫情防控期间如何做好特殊人群的监护工作-----32

疫情之下，抚养权如何确定？探望权如何行使？-----35

疫情过后可能出现离婚潮？请收下这份心理调适小贴士-----38

一次特殊的采访

抗击“新冠”疫情之物业防疫工作篇-----40

返沪人员居家隔离应该了解的七个问题 -----44

社区防疫法律实务七问七答-----47

浅谈防疫期间的业主自治-----53

商业物业复工战“疫”九大重点提示-----56

罪与罚

疫情当前别乱跑，恶意出门罪难逃-----61

引发新冠肺炎传播危险的行为该如何定性？-----64

财税金融

共抗疫情，善行捐赠

捐赠时应关注的法律问题-----72

“抗疫”税收优惠来了——解读财税第8号公告	77
抗击疫情公益捐赠的“正确姿势”——解读财税第9号公告	81
疫情面前，捐赠财产的合规说明	85
直接向有关单位捐赠，涉嫌违法违规？	95

聚焦劳动法

“延长春节假期”和“不得提前复工”区别何在？	99
关于《“延期春节假期”和“不得提前复工”的区别何在》 的七点说明	103
受疫情影响经营困难的企业如何调整员工薪酬支付	105
企业复工后请对员工温柔以待	108
上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的 若干政策措施重点内容解读	110
京沪“疫情防控措施”之大比拼	114
上海市应对疫情防控期间四大企业减负措施详解	119
员工患新冠肺炎的八种情形，能否算工伤？	122

知产知否

抗击疫情有良药，专利实施可强制	126
-----------------	-----



学无止境 方有未来

寄语《七方法研》（电子期刊）创刊

主任：李华平



七方律师事务所自创所伊始，就对自身发展有着清晰的定位，即致力于创办一家专业化、综合型的精品化律师事务所，为当事人提供专业、优质、高效的法律服务。

构建学习型组织，是坚持事务所专业化发展的必由之路。2017年7月，事务所创办了“七方学堂”，每两周举办一期专题业务学习，至今已经举办60余期；2017年8月，事务所开设了“七方法苑”微信公众号，每周至少发表两篇原创文章，至

今发表专业文章400余篇；2017年9月，事务所和上海社科院法学所达成战略合作，共同举办“七方高端法律讲坛”，邀请国内外知名法学家前来主讲法学前沿讲座，至今讲坛举办有7次。

理论与实务相结合，是夯实事务所专业化发展的强所之基。2018年1月，事务所协办了由中国法学会民法学研究会、中国人民大学法学院主办的“民法典物权编草案立法研讨会”，邀请全国人大法工委、最高人民法院以及全国数十家高校法



学院所等 50 余名民法学专家学者进行立法论证。2018 年 8 月，事务所和徐汇区消费者权益保护委员会共同举办“七方模拟法庭”，由事务所年轻律师对真实案件进行庭审模拟对抗，提升律师庭审业务能力。2019 年 5 月，事务所协办由上海市法学会刑法学研究会主办的“扫黑除恶视域下民间借贷和套路贷犯罪的届分”研讨会，来自上海各高校、公检法和律师界代表 30 余人参加。2019 年 8 月，事务所举办首届“七方青年律师执业技能特训营”，由资深合伙人主讲，为青年律师分享执业技能，倾囊相授。

事务所在专业化发展的行进过程中，《七方法研》（电子期刊）应运而生。《七方法研》将立足律师法律实务，研究法律法规，研讨专业技能，解决实际问题，分享知识成果；理论与实务兼收并蓄、观点与争鸣百花齐放，充分展示事务所在各专业领域上的业务能力和研究水平。

相信在社会各界的关心下、在事务所全体同事的支持下，在编辑部人员的精心

呵护下，《七方法研》这颗幼苗定能茁壮成长，必将成为事务所同事之间相互成就的基石、客户之间相互沟通的桥梁，同行之间相互交流的平台。

学无止境，方有未来。只争朝夕，不负韶华。愿《七方法研》越办越好。



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任、高级合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员
上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院导师
上海律协规划与规则委员会委员
《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向： 劳动法与员工关系管理、企业合规、
企业常年法律顾问



医者仁心 律者思方

《七方法研》创刊词

主编 王晓鹏

春日和暖，复始更新，七方律师事务所《七方法研》（电子期刊）和大家正式见面了。《七方法研》是事务所今年新推出的法律研究双月刊，定期汇总事务所全体同仁的法律研究成果。

为了这份期刊的面世，我们已经策划了很久，也憧憬过很多创刊时的场景，却没有想到创刊之时恰逢全国抗击疫情的“战时”，非常时期赋予了这期新鲜面世的《七方法研》以非凡的意义，我们更愿意称其为一份战斗的号角，是七方法律人向疫情宣战的檄文。

今年一月起，一场新冠病毒感染肺炎

突然爆发，自荆楚大地肇始，蔓延至九州四方，紧急时刻全国上下团结一致，打响了一场抗击疫情的阻击战。在这场战役中，我们感佩众多可敬的“逆行者”，特别是坚守在最前线的医者，他们用专业精湛的医术解救病患，驱逐病魔，守护各方安宁。

医者和律者某种意义上是战友，是同仁，事务所的名称“七方”二字就源于《黄帝内经》。医者，根据患者的病症的不同，施以大方、小方、急方、缓方、奇方、偶方、复方等七种不同的药方，对症下药，除疴济世；律者，以所学之长，根据当事

人委托事项的轻重缓急、难易程度不同，给出不同的解决之方，出谋划策，排忧解难。医者仁心施术，以七方救治病人；律者沉心思方，以法律定分止争。可谓“医者仁心，律者思方”。

共抗疫情，责无旁贷，事务所全体同仁以自己的法律专业知识结合疫情防控的实际，为社会公众提供力所能及的法律服务：在微信公众号“七方法苑”发表各类专业的文章，解读疫情防控法规政策，进行普法宣传；举办抗击疫情的系列法律公益微课堂，讲授疫情防控所涉的相关法律实务；为企业、社区居民提供在线或现场法律咨询。在此期间，事务所的公益服务覆盖线上和线下，涵盖了劳动用工、建设工程、合同履行、婚姻家庭、知识产权、税务金融、社区管理等多个专业领域。

在这个特殊的时刻，我们把共抗疫情期间撰写的多篇专业文章，汇聚成《七方法研》的首发专刊。我们用律者的责任和担当写下了一个大大的一，一生二，二生三，三生万物，从这里起步，我们希望她能够茁壮成长；希望通过她建立一座对外交流的桥梁；更希望通过这个“一”，向外界传递一种理念：律者不是术者，律者更应胸怀仁心，为民思方。

“以法律研究为支撑，以解决问题为导向”，这是我们创办《七方法研》的初衷，自此以后，在这份期刊中，我们愿用微小但坚定的力量，与各位一起守护公平正义的法律理想，让我们共同见证。

迟日江山丽，春风花草香，没有一个冬天不可逾越，没有一个春天不会到来，愿大家安好如常。

2020年2月于上海



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海七方律师事务所企业合规法律服务中心 副主任
《七方法研》电子期刊 主编

业务方向：合同纠纷、房地产、企业合规、
企业常年法律顾问

新型肺炎疫情影响下，企业可否要求免租免责？

——也谈万达免租声明

作者：李伟锋

近日，突如其来的新型冠状病毒感染肺炎疫情爆发，国务院宣布春节假期延长，上海等多地宣布企业不得在政府规定期限前复工，并采取各种交通限制等措施。为了避免病毒感染，人们尽量不外出不聚餐聚会。这些无疑对许多企业的生产经营尤其是餐饮、酒店、旅游、娱乐、零售等行业将造成相当的影响。

2020年1月28日，万达集团宣布从2020年1月24日至2020年2月25日为止，将减免旗下万达广场所有商户一个月的租金和管理费。那么，企业如果受疫情影响，是否可以“不可抗力”为由要求减免类似缴纳租金的合同义务？或要求免除合同违约责任？或者要求解除合同呢？

一、新型肺炎疫情是否属于不可抗力

《民法总则》第180条规定，“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”根据通常的法律理解，不可抗力的事项主要由两种事项组成，一种是由于自然原因引起的自然现象，如地震、海啸、暴风雨等，另外一种是社会原因引起的社会现象，如战争、罢工、政府禁令等。

由于受新型冠状病毒感染肺炎疫情影响，政府部门明令采取了各种不得提前复工、禁止交通、停运停飞、隔离等措施。这些情况是在此前不能预见，也不能避免，不能克服的客观状态，通常理解倾向认为属于不可抗力范围。

二、不可抗力对合同履行的影响

违约责任的全部免除或部分免除。

《民法总则》第180条规定，“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”

《合同法》第117条第1款规定，“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”第118条规定，“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”

解除合同

《合同法》第94条规定“因不可抗力致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。”

三、司法实践对类似疫情是否属于不可抗力的认定。

此次的新型冠状病毒疫情与2003年曾经发生的“非典”疫情有很大的相似性，我们可以探究对比非典时期的司法实践。

1. 最高法院的认定：最高人民法院曾经在2003年6月发布《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》，其中第三条第三款规定，“由于“非典”疫情原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况，适用公平原则处理。因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”

虽然上述通知中并未直接表述“非典”疫情属于不可抗力，但采取了公平原则，并援引了合同法关于不可抗力不能履行的规定，基本上认可了将“非典”疫情作为不可抗力处理。（2016）最高法民再

220号民事判决书中也有确认“非典”属不可抗力因素的表述。

2. 地方法院：各地判决中，对非典疫情是否属于不可抗力，并未完全一致。比如浙江法院的判决中基本认定非典疫情属于不可抗力，而上海法院的一些判决中则认为“非典不属于法律意义上的不可抗力”（见上海市长宁区人民法院（2004）长民三（民）初字第328号民事判决）。上海市第一中级人民法院在（2004）沪一中民二（民）终字第32号民事判决书中也认为“关于“非典”疫情，因非法律所界定的属于不可抗力的情形……原审均以不可抗力而免除翊宇公司的责任，于事实认定及法律适用均有不妥。”

四、受疫情影响的典型合同纠纷：要求免除租金

从司法实践看，对于在非典期间受影响的企业作为承租人能否要求免除租金，各地法院判决不一。

有法院判决支持承租人免除租金。绍兴市中级人民法院（2008）绍中民一终字第143号民事判决书中认定：依据当地文化主管部门规定，“非典”期间停止营业，在特定的历史事件条件下，被上诉人要求免除此期间的租金是合理的，结合双方在此事件前后均按义务履行，上诉人也未立即追索此期间租赁款等情况，一审法院认

定上诉人同意减免租赁费用符合情理。

有法院判决承租人或承包人根据公平原则承担一半费用。最高人民法院（2016）最高法民再220号民事判决书中认定，“非典”属于不可抗力，基于公平原则白俊英所承包的宾馆因“非典”停业，对于“非典”造成的损失双方各承担50%，因此，土左旗政府应返还白俊英承包费2.5万元。

有法院认为属于企业经营风险不能免除。辽源市中级人民法院（2017）吉04民终441号民事判决书认定，“2003年因非典期间造成升华宾馆停业4个月的经济损失，因该损失是姜玉阁经营升华宾馆期间遭遇的不可抗力，属于正常的经营风险，该经营风险不应由巨源公司承担。”

五、企业处理受疫情影响合同的法律注意点

实际上，除了租金以外，企业还可能碰到其他受疫情影响的合同问题。比如由于生产计划受影响产生交货迟延，比如计划中的展览会将明显达不到预期效果是否要解除等。企业在考虑是否能适用不可抗力处理时应注意以下问题。

1. 注意界定受疫情影响而不能履行的事项范围：从司法实践上看，如果因为疫情，政府采取了相关措施如勒令停业，勒令不得复工而造成的直接行为，当属于

受影响的范围，一般受到法院支持。比如原定的演出活动，因受政府部门要求而取消。比如政府明定的要求停业的期间所不能履行的合同内容。

如果不是疫情期间的政府行为直接导致，而只是由于受疫情的间接影响，造成经营亏损，由此要求减少合同价款或不履行合同义务。此种情况下合同实际仍然能够履行，只是履行的效果差异问题，很可能被认为是属于经营风险。

2. 注意合同签订的时间与疫情影响的关系：如果合同签订是在疫情发生之前，那么主张不可抗力理所当然。但如果合同签订是在疫情发生之后，则属于合同方应当预见的情况，就不能以不可抗力来进行抗辩。例如沈阳市中级人民法院在（2005）沈民（2）房终字第726号判决书中认为，“虽然2003年春夏之间我国爆发非典疫情，但新中城公司在与刘晓菊签订《协议书》时（2003年4月25日）应当预见“非典”疫情可能对其正常施工造成



影响,但其仍然在《协议书》中约定在 2003 年 9 月底将商品房交付刘晓菊”,“不能免除其逾期交房的责任”。

3. 注意合同履行与疫情之间的因果关系:如果合同一方主张不可抗力,应证明违约行为与疫情这一不可抗力的影响间存在因果关系,而不能简单地把在疫情期间发生的合同履行问题都归于是受不可抗力影响。(2004)松民二(商)初字第 1002 号民事判决书中指出“被告未提供证据证明其未完成销售数量与不可抗力之间存有因果关系,故被告关于其未完成销售数量的原因系非典造成,系不可抗力的辩称意见,本院不予采信”

六、企业当前可采取的措施

1. 企业首先应进行合同排查:审查在与交易对方签署的合同中,是否存在相关的类似肺炎疫情的不可抗力条款的约定。

法律允许合同双方对不可抗力的内容进行约定,如果合同中已经有了明确约定,将避免对疫情是否属于不可抗力的适用争议。

2. 受疫情影响的企业如果是履行义务的一方:应当首先排查自身的生产运营状况,确定疫情对企业可能产生的影响范围。如果发现可能因疫情影响产生违约情况,如无法及时供货等,应及时通告客户,

告知可能的影响程度,与客户及时协商或告知对方按照不可抗力的规定来要求免除责任。如果发现因疫情影响而已经从根本上无法履行合同,合同目的无法实现的,希望依照法律规定解除合同,应及时依照法律规定发出解除通知书。在相关通告时应依照法律规定提供相关政府要求不得复工或停业等出现不可抗力的证明。

3. 如果企业本身并未受疫情影响:也可及时与交易对方进行沟通,了解对方是否存在受疫情影响,是否会产生延迟或无法履行等状况,从而确定是否需要继续履行合同或者需要及时找第三方另行交易,以确保自身的运营不受影响。



李伟锋
律师

上海七方律师事务所 合伙人
上海律协民事业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所民商事和保险法律服务部 主任

业务方向: 合同法、公司法、保险法、
网络纠纷、企业法律风险控制

如何应对“新冠”疫情对在建工程的影响

作者：席绪军



为了加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，有效减少人员聚集，阻断疫情传播，更好地保障人民群众生命安全和身体健康，国务院办公厅和上海市人民政府先后下发了延长春节假期和延迟企业复工的相应文件规定，上海市住建委和招标投标管理部门及建设工程交易中心也发布相关通知。

上海市住房和城乡建设管理委员会2020年1月27日发布《关于进一步做好建筑工地新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》沪建办综[2020]2号，规定：本市各类建筑工地不早于2月9日24时复工或新开工，相关务工人员

复工前不提前返回工地。因涉及保障城市运行必需、疫情防控必需以及其它涉及重要国计民生的相关项目，若需在此之前复工或新开工，应报市建设行政主管部门审批同意后方可施工。属于市重大工程的，应向市重大办提出申请，经同意后方可施工。加强工地现场管理。严格落实务工人员实名制管理制度，最大限度地减少工地现场人员流动。建筑工地的疫情防控工作统一纳入属地监管，服从属地管理部门关于疫情防控工作的统一调度、统一监管。

上海市建设工程招标投标管理办公室和上海市建设工程交易中心2020年1月28日联合发布《关于暂停本市建设工

程开标评标活动的紧急通知》，规定：在本市统一的建设工程招标投标交易场所（含市政府派出的委托管理单位、绿化工程等）进行的开标、评标活动自2020年1月31日起暂停至2月9日24时。

一、本次肺炎疫情是否为不可抗力事件

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。”《合同法》明文规定的不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。本次肺炎疫情当属不可抗力事件。

但鉴于2003年我国已经发生过全国性的“非典”事件，之后也发生过多起地方性的突发传染病事件，从当事人订立合同的意思自治来说，如果可以预见到未来突发性传染性疫情所产生的影响（并非完全不能预见，这样的疫情未来还有可能发生），并对合同的签订和履行做出相应的预设，或者当事人自愿承担该可能发生疫情所带来的损失，则当事人不能依据不可抗力事件的影响而免责。这不在本文讨论之列。

二、本次肺炎疫情对建设工程的影响

针对本次突发传染病疫情，上海市住建委发布通知规定：本市各类建筑工地不早于2月9日24时复工或新开工。从建设工程的施工规律可以看出，本来在春节前基本停工，来年开复工的时间也大多也

是在元宵节之后。如本次疫情在2月9日前得到有效控制，公历2月10日为农历正月十七，可复工或新开工，则对大多数建设工程的影响不会太大，甚至微乎其微。对建设项目的招投标工作的影响并不大。

该不可抗力事件对建设工程的影响，要结合疫情延续的时间长短来看，如果后续疫情持续得不到有效控制，则对几乎所有的建设工程施工甚至招投标活动都会产生不利影响。

三、发包人和承包人如何应对这一不可抗力事件

1. 发包人应当遵守当地政府和行政主管部门发布的通知规定，不得违规要求承包人违反政府法令强行施工，配合承包人做好建筑工地防疫工作，配合承包人做好建筑工人的紧急遣散工作，避免因拖欠工程款或农民工工资，而引发群体性事件。

2. 承包人应当安排现场留守人员，做好疫情期间的成品或半成品的守护工作，严禁无关人员进入建筑工地，避免人员聚集，做好对留守人员的疫情防护工作。随时做好重新开工的准备工作，尽量减少疫情对建设工程的不利影响。

3. 发包人、承包人及监理等需要特定资质的管理人员和施工人员，如果在建设工程可以复工时，仍在治疗期间或者隔离期间，为确保复工工作顺利展开，则各方应当尽早安排相关人员隔离，并及时安

排相关符合要求的健康人员替换，并向行政管理部门报备，避免由于人员安排不当导致停工期间的不当延长。

四、此次疫情会给建设工程造成哪些损失？

1. 鉴于此次疫情事件不同于地震、洪水类等自然灾害，并不会对工程实体和施工机械设备及临时设施造成损坏，因在建项目大量使用民工，为防治疫情蔓延、传染，政府限制民工流动，或民工被隔离等原因造成工期延误，不能及时竣工。因此，最大的影响无非就是工期损失及停工期内材料价格变动、机械台班损失和留守人员工资等直接费损失，以及管理费等间接费损失。如果疫情发展存在反复，复工后政府又再次发布停工令，则还会有额外的人员窝工费用损失。

2. 因不可抗力影响承包人履行合同约定义务，已经引起或将引起工期延误的，应当顺延工期，由此导致承包人停工的费用损失由发包人和承包人合理分担，停工期间必须支付的工人工资由发包人承担；因不可抗力引起或将引起工期延误，发包人要求赶工的，由此增加的赶工费用由发包人承担；承包人在停工期间按照发包人要求照管、清理和修复工程的费用由发包人承担。

3. 不可抗力发生后，合同当事人均应采取措施避免和减少损失的扩大，任何一方当事人没有采取有效措施导致损失扩大的，应对扩大的损失承担责任。因合同一方迟延履行合同义务，在迟延履行期间遭遇不可抗力的，不免除其违约责任。



也就是说，如果承包人在此次疫情发生前已经工期逾期了，则无论此次疫情会持续多久，都不会免除或减轻承包人的违约责任。

五、如何做好此次不可抗力的索赔与反索赔工作

不可抗力发生后，发包人和承包人应收集证明不可抗力发生及不可抗力造成损失的证据，并及时认真统计所造成的损失。

承包人的索赔工作

1. 按照合同约定方式，承包人遇到不可抗力事件，使其履行合同义务受到阻碍时，应立即通知发包人和监理人，书面说明不可抗力和受阻碍的详细情况，并提供必要的证明，并将建筑工地的人、材、机情况一并报告，作为日后计算损失的依据，如政府持续发布通告严令禁止复工或新开工的期间。

2. 如果疫情持续发展，后续仍不能复工，则仍然要按照合同约定发出中间报告，并将建筑工地的人、材、机变动情况一并报告，作为日后计算损失的依据。并于不可抗力事件结束后 28 天（或合同约定时间内）内提交最终报告及有关资料。如承包人未能按照合同约定的期间及时提交索赔报告，则丧失索赔权利。

3. 应当在不可抗力事件结束后尽快复工，以确认工期顺延的准确期间，并针对发包人的赶工要求重新制定施工组织设计方案，根据人、材、机费用的调整，提出赶工费用索赔请求。

4. 在停工期间和复工后注意搜集人材机的价格信息，做好与发包人协商分担损失的信息准备工作。

发包人的反索赔工作

1. 判断承包人是否已经在疫情发生前构成工期逾期的违约责任，本次疫情是否构成承包人提出的不可抗力免责事由，如原施工组织设计计划的春节后复工时间就在政府法令禁止复工期之后，而此时疫情已经得到有效控制，则此次疫情并未对建设工程造成实质性影响，也就不属于不可抗力免责事由。

2. 注意收集停工期内和复工后人、材、机的价格信息，对建筑工地的人、材、机情况了解清晰，做好核对工作，做好与承包人协商分担损失的信息准备工作。

3. 确认工期顺延的天数，并要求承包人在合理赶工措施下制定新的施工组织设计，优化施工网络关键线路，合理调配人材机，尽量减少赶工费用的发生。

4. 在政府发布通告禁止复工期限之后，承包人拒不复工，也不采取积极措施减少损失的，此后的损失不能再以不可抗力事件为由提出免责或要求发包人承担。

六、争议解决

双方协商不成的，可以通过合同约定方式或者法律规定，依法提起仲裁或诉讼，由裁判机构个案认定此次疫情对具体建设工程是否构成不可抗力事件，依法裁判双方对此次疫情事件承担的责任和损失分担。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所建设工程法律服务部 主任
注册一级建造师
注册监理工程师
注册投资咨询工程师
商务部评标专家
上海市工商联房地产分会法律专业委员会委员
湛江国际仲裁院仲裁员

业务方向：建设工程、房地产开发、
房地产交易、公司事务



疫情防控下的商业物业租赁合同纠纷处理

作者：李伟锋

在目前全国上下齐心协力防控新冠肺炎疫情的大环境下，很多商业物业租赁合同的承租方很可能出现收入锐减、停业等情况，当出现这些情况时，承租方能否要求出租方减免租金或解除合同？如何才能尽可能的减少损失，解决纠纷？本文将对上述问题进行简要的分析并提出相关建议。

目前的疫情防控对许多企业的生产经营造成了相当的影响，尤其是餐饮娱乐等行业。企业在员工不能正常上班，企业无法正常经营甚至没有收入的情况下，还要承担着人工、租金等费用。西贝老总发出感叹，企业账上的现金活不过三个月。2020年2月8日，上海市政府“沪28条”中宣布，国有企业的经营性用房免收2、3月份的租金，其它各省也多有此做法。在

疫情影响下，企业生产经营受到影响，能否要求减免租金或解除租赁合同呢？

一、应对疫情影响的法律措施

应对疫情，在法律上的措施有两个：一个是不可抗力，另一个是情势变更。

不可抗力，是指不能预见不能避免不能克服的客观情况，典型的例子比如地震、战争等。当合同履行受到不可抗力影响，根据《合同法》第一百一十七条规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。此外，根据《合同法》九十四条规定，因不可抗力致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。

对于不可抗力的规定，主要见于合同法第94条、117条、118条，《民法总则》第180条，《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（已废除）

情势变更，指的是“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，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，”（见合同法司法解释二第二十六条），发生情势变更时“当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”需注意的是，民法典草案中删除了其中“非不可抗力”及“不能实现合同目的”的表述。

对于情势变更的规定，主要见于合同法司法解释二第二十六条，最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》《民法典草案第533条，最高人民法院《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（已废除）、

二、租赁案件中，不可抗力和情势变更，到底用谁？

从目前情况来看，理论普遍倾向认为新型冠状病毒疫情符合不可抗力的特征。但是在疫情情况下，笼统地谈一句不可抗力，就试图去要求减免租金或解除合同，并不合适。要减免租金或解约，往往需要考虑多种因素，也完全可能适用情势变更。

上海高院于2020年2月8日出台了规定，“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，应当依照公平、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。”

可以看出，在疫情情况下，不可抗力和情势变更都有可能适用，而能否适用的相关因素是很多的。笔者梳理了非典时期的商业租赁合同的案件发现，相关案例和大家第一印象认为的引用不可抗力来对抗有很大差异。在13起主张因受非典

影响要求免除租金或承包费的案例中，只有3起以不可抗力得到法院支持，有4起以情势变更得到法院支持，6起主张不可抗力或情势变更的并未得到法院支持。

所以，在实际案例中，不可抗力与情势变更均有适用的可能。如果案件中有政府相关部门的行为因素，那么可以先考虑适用不可抗力，反之则可更多地可以考虑适用情势变更。

当然，随着时代的发展，大家对不可抗力和情势变更的共识可能会加强，而这一次的新型肺炎疫情的影响面会更广，某种程度上会推动对相关纠纷的研究，也有可能推动在案件中更多地适用这两个法则

三、商业租赁合同履行中可能出现的问题

1. 承租方应政府要求停工停产可以减免租金吗？

因为疫情防控的需要，比如上海地区政府要求2.10号前不能复工，2.3-2.9企业不能进行运营。对于政府限令，大家都

必须遵守。承租方虽然占有房屋，但客观上无法使用租赁房屋场地进行经营。这种政府行为本身虽然不是疫情，但是由于疫情这一不可抗力事件而导致的，并直接造成不能使用房屋的后果。对这段时间内租金可以以不可抗力要求减免。

2. 承租方收入锐减或自己歇业可以减免租金吗？

(1) 企业还在继续经营但收入锐减。

此种情形的出租人已按照约定交付租赁房屋，承租人也能够使用房屋，也能够开门营业，并非在政府限令下无法使用经营，适用不可抗力的难度比较大。我们查阅以前案例，没发现有类似的对开业期间的租金要求减免的案例。但是笔者认为也可以考虑适用情势变更原则，对在疫情期间的房屋租金要求减免。因为疫情还未结束，考虑到疫情防控下的各种地区、小区、外来人员隔离，人员不得聚集，这些超出预期的客观情况的变化，要求根据公平原则对疫情防控期间的租金予以适当减免。但在此情况下，商户肯定需要有比较高的

举证责任，包括证明疫情期间的经营收入的降低，疫情防控对客源的影响，往年同期的经营收入情况，所在商厦的运营情况，其他商户的经营情况等等多方面的因素综合判断，确实证明肺炎疫情对其经营有重大影响。

(2) 承租人的歇业或停业。这里可能分两种情况，一种自身情况的，比如承租人他由于各种原因，比如主观原因害怕被感染，比如员工不能来上班，或者承租人自己交通问题等不能来上班，由于承租人自身的原因所造成的，要求减免的话缺乏依据。

另一种是企业生意清淡或者说开门也没有收入开业成本高，企业先歇业或者说停业一段时间，等疫情结束了再进行经营。对这种情况，从以往的判例，有的法院比较倾向认为这是一种经营策略或者说这是属于市场的经营风险。上海法院有过支持的判例，（2004）沪二中民二（民）终字第354号认为“娱乐行业基于我国在2003年春夏季节发生“非典”疫情一事众

所周知，而且当时娱乐行业响应政府部门防治“非典”的要求而停业也是公知的事实，因此，根据公平原则，上诉人提出其停业3个月的租金应免除的理由成立”这里适用的实际是情势变更的公平原则。但我们要注意的是，该案二审的时候其实出租方自身也表态提出同意减免。

而我们查看来其它能够支持诉请的案例，会发现这些案例中存在这样的情况：1、当地政府部门的要求，比如（2008）绍中民一终字第143号判决书认为“依据当地文化主管部门的规定，‘非典’期间停止营业，在特定的历史事件条件下，被上诉人要求免除此期间的租金是合理的，结合双方在此事件前后均按义务履行，上诉人也未立即追索此期间租赁款等情况，一审法院认定上诉人同意减免租赁费用符合情理。”2、案件相关方的曾经参与认可：（2014）厦民初字第275号判决书认为“2003年5月28日，厦门市政府关于野生动物救护有关问题形成会议纪要，对于受‘非典’影响，海沧野生动物园旅游

景点的门票收入急剧下降，旅游园区内饲养的野生动物因饥饿面临着生存危机引起厦门市政府的高度重视，会议要求海沧管委会免收厦门海沧野生动物园从 2003 年 4 月 1 日至 9 月 30 日半年的土地租金。海沧管委会也派人参加，因此，该会议形成的纪要，海沧管委会应自觉履行。”

(2018)鲁 06 民终 268 号判决书认为“‘非典’疫情系不可预知的灾害，上诉人李培艳承租的宾馆停业，造成经济损失是客观存在的，并有西关居委会两委成员签字确认，该损失超出了市场风险的范围，原审适用情势变更原则适当减免部分租赁费，于法有据。”

所以，在主张停业损失时，如果有政府部门文件可主张不可抗力，如果没有则可能主张情势变更为佳。处理具体案件时，要注意考察处于同一地段、同一时期或同一商厦的相同企业的履行情况。

3. 承租方受疫情影响可以要求提前解除合同吗？

合同本身是双方的自愿的意思表示，

一般情况下均应严格遵照履行。不可抗力本身又不是双方的自身因素，出租人本身也不存在过错，司法实践中，法院对援引不可抗力请求解除合同的审查标准普遍比较严格，依照法律规定，如果不可抗力没有达到致使合同目的不能实现的程度，则当事人无权解除合同。换句话说，要解除合同的难度是很大的。在“非典”类的租赁或承包案件中并无支持解除合同的先例。有一个支持的类似疫情案例，福建莆田中院 (2019) 闽 03 民终 2606 号判决认为，在“非洲猪瘟”疫情发生之后，生猪被全部无害化处理，政府也对疫区进行封锁，承租人确认无法继续养殖生猪，导致租赁合同目的无法实现，故判决支持承租人解除合同的请求。

实践中，如果承租方要求提前解除合同，具体是适用不可抗力还是情势变更，能不能提前解除，笔者认为需要看具体情况的。其中需要考量的因素包括承租方的经营连续性、承租方的损失情况、解除合同与疫情的发展阶段等因素。如果疫情很

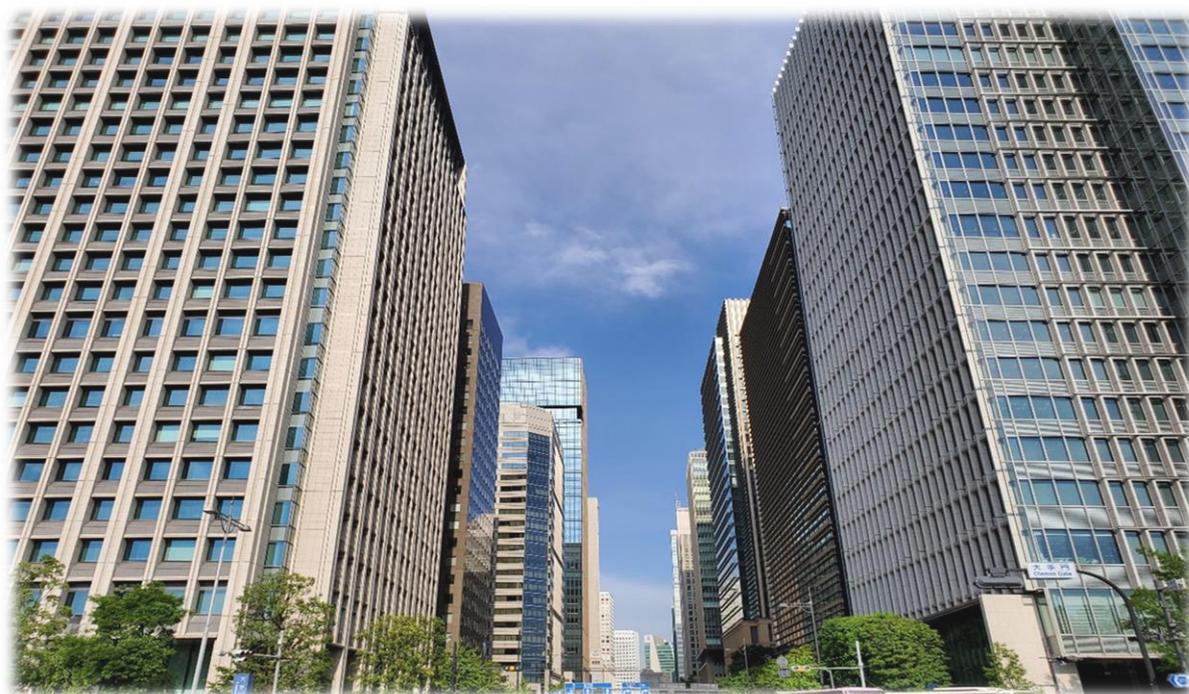
严重，合同租期就在疫情严重的这段时间，主张要求解除合同是有可能性的。或者合同履行的期间虽然比疫情时间长，但疫情时间占了相当部分，剩下的租期所占时间不多，那也可以考虑主张解除

四、给商业租赁合同承租方的意见

第一、在疫情面前，很多企业都会碰到困难。对于租赁合同而言，承租方固然会遭受损失，但要求完全免租，那等于要求把这期间的风险完全转嫁给出租方，也未必是合适的。双方协商共度难关，采取延长租期延期支付或适当减免，维持稳定的租赁关系，可能会更为合理。

第二、对于承租方而言，诉讼本身有举证要求和不确定性，建议把和出租方协商放在第一位来进行考虑。同时如果在这期间能够争取到出租方相关的减免表示或确认损失的书面文件，对后面的诉讼也是有利的。

第三、承租方在协商过程中，仍然要注意收集相关证据，并按照法律规定履行相关的通知义务，减少损失扩大的义务，进行要求协商的程序等。这些属于细节内容，具体如何落实，需注意根据具体个案中情况进行处理。



大数据助力“新冠”疫情防控 如何把握个人信息保护的边界？

作者：程伟



“新冠肺炎”爆发以来，全国多省市地区相继启动了重大突发公共卫生事件一级响应，迅速采取各项严密防控举措，全力遏制“新冠肺炎”继续蔓延。

以上海市为例，上海市规定：所有进入上海的公路社会车辆所载人员均需填写《来沪健康信息登记表》；社区更是部署严密疫情防控网，由专人把守小区进出口，凡进入小区均需登记并测量体温，外地返沪人员需填写《基本情况登记表》，包括姓名、身份证号、离沪返沪时间、乘坐车次（私家车填写主要途经区域）、个人及家庭成员健康状况；国家及地方卫健委每日更新全天疫情数据；近日，各地政府陆续开始更新确诊病例涉及区域和场所情况，如公布出现确诊、疑似病例的小区（村）及病例数。

与此同时，各科技企业联防联控，充分发挥自身数据积累及技术优势，为疫情防控部署、疫情趋势预测提供了强有力的大数据支持。如百度地图基于下载了该 APP 的用户地理数据，并结合大数据分析等技术，绘制出“全国春运人员迁徙热力图”，得出武汉从 1 月 10 日到 23 日流出了 500 万人口及从武汉流向各城市人流量排名；又如 360、阿里开发出“新型肺炎确诊患者相同行程查询工具”，用户输入行程日期、车次和地区，即可查询是否为已披露有新型肺炎确诊患者同行的火车、飞机、长途汽车、轮船、地铁、出租车；再如三大运营商利用手机归属地、长期使用地和漫游出行路线可精准定位其移动路线，锁定感染源及密切接触者。

疫情猛于虎，而相较于 17 年前的 SARS，有了大数据的加持，我们对打赢这场抗疫阻击战更添信心。但不少人也隐隐担忧，如此庞大精准的大数据会不会泄露我的个人信息？近日，也确实发生一些拒绝配合相关部门疫情调查、排查工作的事件。那么疫情防控数据收集运用与个人信息保护的边界在哪？我们来逐一分析。

一、疫情防控期间， 国家有权收集、处理与疫 情相关的个人信息

目前，我国尚无单独成文的《个人信息保护法》，对个人信息保护集中在《民法总则》、《网络安全法》中。《民法典(草案)》三审稿第四编“人格权”中亦对隐私权和个人信息保护做出了规定，明确自然人的个人信息受法律保护，收集、处理自然人个人信息的，需经其“同意”(法律、行政法规另有规定的除外)并“明示”收集、处理信息的目的、方式、范围，但同时亦规定，为维护公共利益，免除行为人的上述责任。《传染病防治法》第十二条规定，“在中华人民共和国领域内的一切单位和个人，必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施，如实提供有关情况”。故在当前举国上下众志成城防控疫情期间，我们每个人都应放

弃一部分个人利益，有义务接受相关机构对个人与疫情相关信息的收集、调查、处理，以同心协力、共克时艰。

二、公民有义务配合 居委会、村委会的相关调 查工作

正如大家切身体会到的，街道、居委会、村委会已经成为社区防疫的中坚力量，但是他们并非疾病预防控制机构、医疗机构，那么我们是否能拒不配合他们对我们个人信息采集工作呢？根据《突发公共卫生事件应急条例》，街道、乡镇以及居委会、村委会是传染病爆发期间，疫情信息的收集和报告的基层力量。而每个公民均有义务参与突发事件应对工作，应当服从人民政府、居民委员会、村民委员会或者所属单位的指挥和安排，否则轻则可能被行政处罚，重则可能触及刑事犯罪。

三、劳动者有义务向 用人单位如实说明疫情防



程伟 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：婚姻家庭、民间借贷、
合同纠纷、公司股权纠纷

控期间行动轨迹及身体状 况

疫情防控不仅需要跨区域、跨行业、跨部门联防联控，更需要发动全社会、全区、全民上下群防群治，用人单位也是落实疫情防控排查重要力量之一。且随着春节假期结束，大规模返工潮将至，劳动者聚集在办公场所时，一旦有人携带“新冠肺炎”病毒，将可能导致集体感染的严



重后果。《劳动合同法》第八条规定，“用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明”，而劳动者是否来自或途径重点疫区、是否有发热症状、是否与确诊或疑似患者有密切接触等情况属于上述“基本情况”，劳动者有义务向用人单位如实说明。

四、相关机构应遵循个人信息收集最小范围原则，且对收集的信息严格保密

正如本文第一点所述，疫情期间基于公共利益的需要，才会对个人信息保护的边界有所限缩，但无论何时均应把握好公共利益与个人合法权利的平衡。相关机构在收集信息时应限于“与疫情相关”，如教育背景、疫情发生前等个人相关信息应排除在外。且为疫情防控收集的个人信息不得用于其他用途。另外，疾病预防控制机构、医疗机构应对患

者涉及个人隐私的信息严格保密，否则将可能被依法追究行政甚至刑事责任。

五、科技企业应采取技术手段，在法律框架内合理运用大数据

在国家信息化专家咨询委员会委员、电子政务专家汪玉凯看来，在当前非常时期，“借助大数据对整个疫情进行防控，对整个社会而言是当务之急”。大数据运用在疫情防控所取得的重大成效也是有目共睹。那么，科技企业收集、使用大数据与个人信息保护的边界又在哪里呢？

根据《电信和互联网用户个人信息保护规定》第5条：“电信业务经营者、互联网信息服务提供者在提供服务的过程中收集、使用用户个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则。”《网络安全法》第41条同样采纳了这一原则：

网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，第42条规定，未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。就在今天，中央网信办官网也发布《关于做好个人信息保护利用大数据支撑联防联控工作的通知》，《通知》指出，“为疫情防控、疾病防治收集的个人信息，不得用于其他用途。任何单位和个人未经被收集者同意，不得公开姓名、年龄、身份证号码、电话号码、家庭住址等个人信息，因联防联控工作需要，且经过脱敏处理的除外。”

从上述法律法规及文件可以看出，科技企业运用大数据要谨遵上述原则或经技术处理，百度地图就是一个很好的典范，其分析所用的数据皆为脱敏数据，所有处理环节均不

涉及个人隐私。

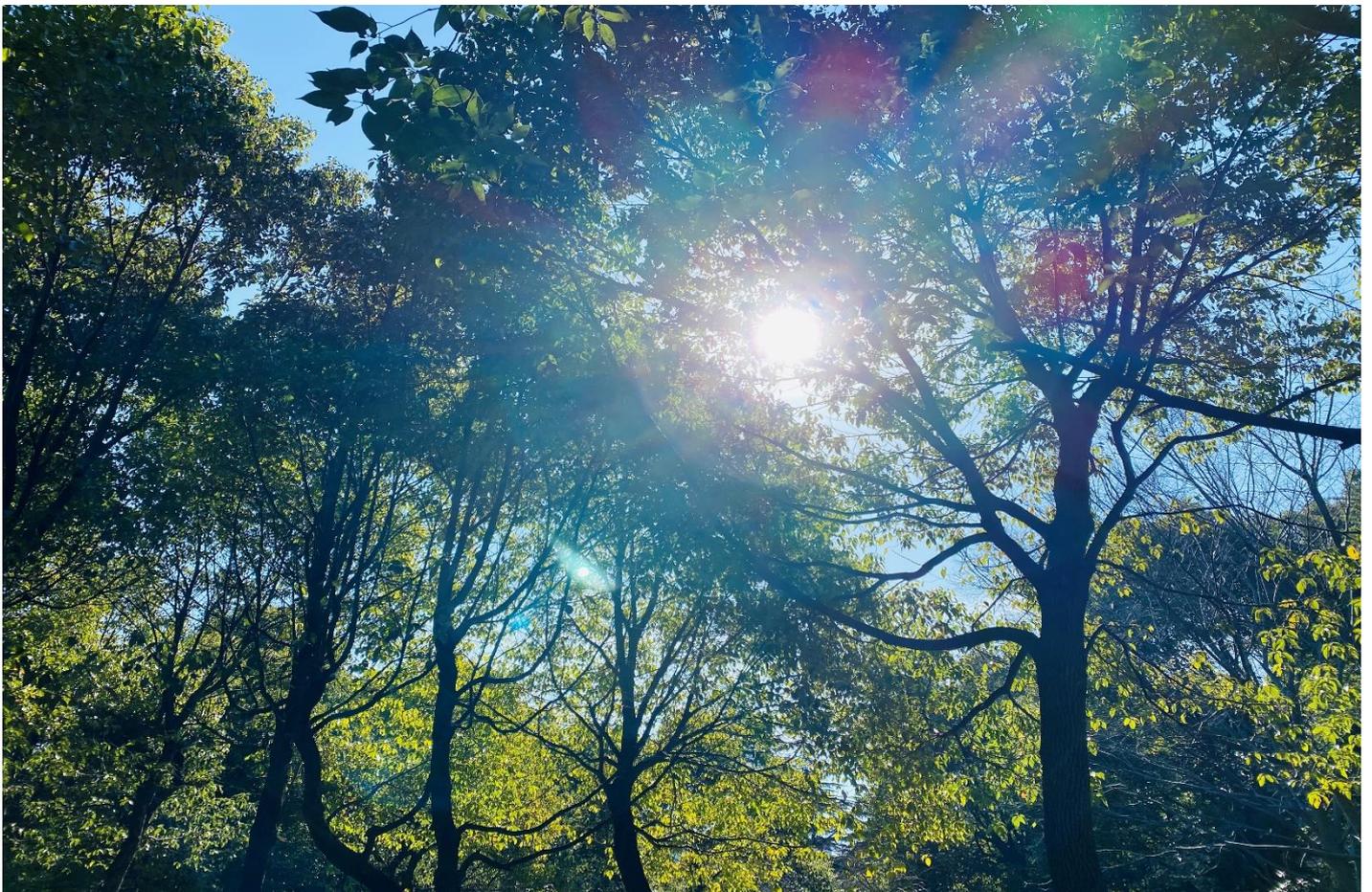
六、任何人不得随意散布获悉的公民个人信息

近日，有些网友称因其有武汉旅居史，返乡配合登记调查后，个人信息被制成表单在各同学群、老乡群之间传播，还有一些密切接触者个人信息被恶意泄露，严重影响这些公民的日常生活。根据《侵权责任法》、《治安管理处

罚法》，侵权行为人需为其散布他们个人信息的行为承担相应民事、行政责任，严重的可能还要承担刑事责任。任何人都应当尊重他人的个人信息，尤其是在当前防控疫情的严峻形势下，更应当遵纪守法。

疫情面前，没有人是孤岛，只有牺牲一部分小我，才能早日打赢疫情防控阻击战。但与此同时，个

人利益与公共利益之间需尽力找到平衡，无论是有权机关还是科技企业，在收集、使用个人信息时，应当遵循最小范围原则及合法、正当、必要的原则。相信在科技的力量下精准施策，在法律框架内有序推进，众志成城、守望相助，春暖花开日就在不远处。



疫情防控中如何为中小企业减免租金

《上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施》解读

作者：李伟锋

2020年2月7日，上海市出台了《上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施》，其中第九项规定，由国企对中小企业实施免租政策。2020年2月11日，上海市国有资产监督管理委员会（以下简称上海市国资委）迅速出台《关于本市国有企业减免中小企业房屋租金的实施细则》（以下简称《实施细则》），规定了减免租金的相关范围和操作方式等。

本次减免租金将对许多中小企业形成实际帮助，现根据已经公布的细则内容，作如下个人解读，仅供参考

一、减免租金的实施主体

本市市属、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。

解读：

1. 哪些国有企业集团实施免租？

本次实施减免租金政策的为上海市市属和区属两级国有企业集团（含委托监管企业）。根据公开资料，上海市市属国有企业集团有42家，如上汽集团、城投集团等。

2. 哪些是纳入合并报表范围内下属企业？

简单可理解为国有企业集团持股比例超过50%的下属企业。具体确定按照《企

业会计准则第 33 号——合并财务报表》第七条规定：合并财务报表的合并范围应当以控制为基础予以确定。控制，是指投资方拥有对被投资方的权力，通过参与被投资方的相关活动而享有可变回报，并且有能力运用对被投资方的权力影响其回报金额。

是否纳入报表，对国有企业属于已经确定的事宜，在此不多展开。

二、适用对象

承租上述主体自有经营性房产从事生产经营活动的非国有中小企业。

解读：

1. 哪些是本次免租的房产范围？

本次免租的范围为实施主体自有经营性房产，经营性房产包括了各类开发区和产业园区、创业基地及科技企业孵化器。所以，非自有房产和非经营性房产不属于本次减免房租的范围。

2. 哪些是生产经营活动？

生产经营活动包括从事生产、办公、商业配套等经营活动。

3. 哪些是非国有企业？

可与前述国有企业作反向理解，简单理解为国有控股 50% 以下的，不在市属、区属国有企业集团（含委托监管企业）纳入合并报表范围内的企业。

4. 哪些是中小企业？

中小企业划分为中型、小型、微型三种类型，具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合行业特点制定。按照细则规定，中小企业范围参照《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）有关规定，根据所属行业予以确定。

三、减免租金的范围

对于已签约承租实施主体自有经营性房产从事生产、办公、商业配套等经营活动的中小企业，由房产所属国企免除 2020 年 2 月、3 月两个月租金。

解读：

1. 哪些月份可以免租？

由房产所属国有企业免除 2020 年 2 月、3 月两个月租金。对免除 2 个月租金后仍有较大困难的中小企业，各企业集团根据实际情况，明确减免缓收标准，进一步给予支持。

2. 哪些主体可以获得免租？

实际经营承租人。根据规定，存在间接承租本市国企经营性房产情形的，原则上转租人不应享受本次减免政策，其中：转租人为本市国企的，按照《鼓励支持监管企业在新冠肺炎疫情防控工作主动担当作为的若干政策措施》有关规定执行；转租人为非国有企业的，相关责任主

体应督促其将减免租金全部落实到实际经营承租人，力保实际经营的中小企业最终受益。

四、如何办理

根据细则，在本次减免范围内拥有房产所有权的国有企业将进行主导，按照摸底、告知、受理、审批、反馈、报备的流程进行。房产所有权人在实施减免租金前应查清具体的实际承租人。

五、间接承租中可能存在问题

间接承租时，由于实际承租人并不与房产所有权人直接发生合同关系，且其缴纳的租金数额与转租人获得的免租数额上有所差异，可能会存在一些操作上的问题。

1. 间接承租时，实际承租人可以获得免租额度？

律师建议：本次免租是由房产所有人的国有企业免除租金，其免除的是对转租人的租金，所以实际承租人是按转租人的标准获得相应的免租租金额度。比如 A 租赁给 B，每月租金 30 万元，B 转租给实际承租人 C，每月租金 35 万元。当 A 免租后，C 可获得的免租租金额为 30 万元，C 还需负担 5 万元租金。

2. 转租人有义务为实际承租人补足租金差额吗？

律师建议：本次免租是国有企业在特殊疫情下实施的政策，对于实际承租人 C 相差的 5 万元租金，转租人 B 在本次免租政策中没有法律义务去补足。如果实际承租人 C 要求减免的，应按照合同法的不可抗力或情势变更来向 B 主张。

3. 转租人不对实际承租人进行免租怎么办？

根据细则的表述，转租人为非国有企业的，相关责任主体应督促其将减免租金全部落实到实际经营承租人，力保实际经营的中小企业最终受益。

律师建议：房产所有权人应与转租人签署协议，甚至可与实际承租人一起签署三方协议，以保证免租租金落实。

4. 实际承租人为多人如何处理？

如实际承租人为多个主体，比如 B 将房产转租给了 C、D、E 三人。C 认为自己的经营受到影响最大，要求分配最多的免租额度。

律师建议：在各方经营情况不一致的时候，无法做到绝对公平的，只能追求相对公平。可统一标准，按照公平原则，以各实际承租人的承租面积为标准，对免租租金进行平均分配。

疫情防控期间，请关注您的解除权行使期限

作者：张茜



疫情当下，各地已经开始陆续复工，疫情虽未结束，但是有些权利仍需积极行使。前不久，有客户咨询想解除一份合作协议，双方并未约定解除权的行使期限，对方也未进行过催告，但对方违约之日距今已逾一年之久，其是否仍享有解除权？

一、我国关于解除权行使期限的主要规定

根据《合同法》第九十五条，法律规定或者当事人约定解除权行使期限，

期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖合同司法解释》）第十五条，根据《合同法》第九十四条的规定，出卖人迟延履行交付房屋或者买受人迟

延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。

二、解除权行使期限主要分为两种情形

1. 法律有规定或者当事人有约定解除权行使期限的情形

在此种情形下，可直接依据《合同法》第九十五条的规定处理，超过法律规定或者当事人约定的解除权行使期限的，权利消灭。但是对同一事项，法律有规定，当事人也有约定解除权行使期限的，如当事人的约定未违反法律法规强制性规定的，应以当事人约定的解除权行使期限为准，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

2. 法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限的情形

(1) 经对方催告后，解除权行使的“合理期限”为多长？

笔者认为，如当事人约定了合理的期限或对方当事人在催告函中确定了合理期限的，应以此期限为准；如当事人未约定“合理期限”的，法官应当综合合同性质、履行情况及对方的合理信赖利益等因素，根据公平原则和诚实信用原则予以认定。

(2) 对方当事人没有催告的，解除权是否存在行使期限，行使期限为多长？

在一般情况下，对方会主动催告的情形非常少，那么对方没有催告的，解除权行使期限是否存在主要分两种观点：

一种观点认为，《商品房买卖合同司法解释》虽然是针对商品房买卖合同纠纷的特别规定，但其他类型的合同也可以参照适用，即经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使。如(2018)最高法民申4614号民事裁定书认为，“根据类推适用的民法基本原理，本案是股权转让合同，尽管与商品房买卖合同不同，但股权转让合同与商品房买卖合同在性质上均属于价值较大的转移财产所有权的合同，具有一定的参照性。”

另外一种观点认为，《商品房买卖合同司法解释》第十五条只是针对商

品房买卖合同纠纷的特别规定，在法律没有明文规定其他类型合同可以参照适用的情况下，不应扩大该条规定的适用范围。故当事人主张解除权行使超过一年消灭的不予支持。如(2015)民申字第382号民事裁定书认为，“本院《商品房买卖合同司法解释》中‘关于买卖合同的有关规定’，系指该司法解释的相关适用问题。案涉合同解除权问题，亦无相关司法解释指向适用《商品房买卖合同司法解释》的相关规定。因此，沈杰再审申请中主张本案应当适用本院《商品房买卖合同司法解释》的规定，没有法律依据。沈杰提出本案所涉解除权已经消灭，其理由不能成立，本院不予支持。”

(2012)民申字第1591号民事裁定书认为，“本案福州三建行使合同解除权并不存在超出权利行使期限问题，只要合同约定的解除条件成就，福州三建就有权提出解除合同。再者，本案《商场买卖合同》主体福州三建并非开发商，买

卖标的金马大厦第三层亦非商品房，本案不属于《商品房买卖合同司法解释》的适用范围。”

三、观点解析

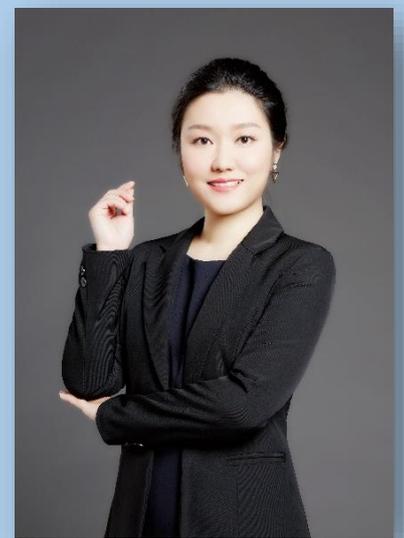
从最高院的判例来看，目前支持上述第二种观点的占多数。笔者认为，首先，法律不保护权利上的睡眠者，即法律只保护那些积极主张权利的人，而不保护怠于主张权利的人。任何人在合法权益受到侵害时，应当在法律规定的时效期间内主张权利，否则有可能丧失胜诉的权利；其次，解除权人知道解除事由发生后长期不行使解除权，继续履行合同的行也可以视为放弃行使解除权，是一种对方当事人继续履行合同的默认，如对解除权行使期限不加限制，则会使合同的履行长期处于不确定性，不利于市场交易的进行，对方当事人的利益也得不到保护；最后，解除权是形成权，其应于其他形成权的行使期限相当，《合同法》规定了撤销权的除斥期间为一年，因此解除权的行使期限也

应受到限制，将解除权的除斥期间定为一年也较为合理。但因为在民法领域“法无明文禁止即为可行”，我国法律对除商品房买卖合同领域外解除权行使的期限并未明文规定，因此多数判例认为不应适用《商品房买卖合同司法解释》及撤销权的除斥期间限制解除权行使期限亦未有错。

但是值得注意的是，2019年12月28日全国人民代表大会常务委员会公布了《中华人民共和国民法典（草案）》，其中第五百六十四条规定，“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。”

可见，立法者已经肯定了法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限的，解除权是存在行

使期限的，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年。而且，解除权的行使期限是不同于诉讼时效的，不适用中止、中断和延长的规定，也就是说，在疫情严峻的当下，也不能主张因不可抗力中止、中断或者延长解除权行使期限。因此，在《民法典》即将生效之际，如果您的解除权即将超过一年的，应尽快行使解除权，不然将面临解除权消灭，无法行使的法律后果。



张茜 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

曾任某人民法院法官，具有丰富的商事审判和执行事务处理经验

业务方向：公司业务、民商事合同纠纷、执行案件

不可抗力是万能挡箭牌吗？ ——谈防控疫情期间相关合同纠纷处理

作者：李伟锋

近期，相关媒体报道，长租公寓蛋壳的大量房东及租客在各大社交网络进行曝光，吐槽蛋壳利用疫情来袭的“不可抗力”，强制要求房东免租，却只对部分租客进行“定向免租”，双倍获取免租期内的收益。

无独有偶，2月15日，宁波海曙法院通过移动微法院，办结两起因新冠肺炎疫情引发的租赁合同纠纷。租客以受疫情影响为由要求解除合同，但实际在该两案中，疫情结束后两份租赁合同均可继续履行，合同目的可以实现，故承租人以不可抗力为由要求解除合同并未获得法院支持。

实际上，疫情或不可抗力并非万能的尚方宝剑，也不应成为任意变更合同的挡箭牌。随之疫情发展，类似纠纷可能会增多。我们有必要厘清疫情对合同的影响，正确地适用不可抗力等法则。本文结合上海、浙江、江苏等地高院近期的相关意见，对受疫情影响的合同纠纷的相关问题进行探讨。

一、冠疫情影响的合同可适用的法律规则：

将新冠肺炎疫情定位于不可抗力的官方说法，首见于全国人大法工委在2020年

2月10日的发言。

近期各地高院在相关意见或表态中，有些将新冠疫情称为不可抗力，有些多未直接表态，但基本秉承了最高人民法院2003年6月发布《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》的精神，均以不可抗力及情势变更法则对待相关合同纠纷。

例如江苏高院发布的《关于为依法防控疫情和促进经济社会发展提供司法服务保障的指导意见》中认为“因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于疫情影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，适用合同法关于不可抗力的规定处理。合同成立后因疫情形势或防控措施导致继续履行对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人起诉请求变更或者解除合同的，可以适用合同法关于情势变更的规定，因合同变更或解除造成的损失根据公平原则裁量”

所以，处理新冠疫情影响的相关合同，可适用的法律规则包括了不可抗力与情势变更。

二、哪些情况属于不可抗力，哪些情况属于情势变更？

在同样的疫情下，为何既可能是不可抗力，又可能是情势变更呢？笔者认为，但是，新冠疫情虽属不可抗力，但其影响并非都在不可抗力范围内，其适用规则最主要的区别在于合同本身所受的影响来源。

如前所述，江苏高院的意见中，在适用不可抗力一节中突出了“因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施”的情况下可以使用不可抗力。

上海高院在2020年2月16日新闻发言中提出“因依法采取疫情防控措施造成合同不能履行的，可以认定属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。”

浙江高院在相关审判意见中认为：“2020年1月20日，国家卫健委发布公告，将新冠肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施；1月30日，世界卫生组织（WHO）宣布新冠肺炎疫情为“国际关注的突发公共卫生事件”（PHEIC）；各地政府也采取了具有行政强制力的疫情防控措施。故对因此不能履行合同的当事人而言，属于《民法总则》和《合同法》所规定的不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。”其表述中，同样突出了政府疫情防控措施。

所以，虽然，新冠疫情属于不可抗力范畴，但疫情本身的影响不能简单等同于不可抗力的影响。在疫情发生后，受由此相

关法律所规定的及政府所采取的具有行政强制力的疫情防控措施下，所受的影响，属于受不可抗力的影响。而其它类型的或间接的影响，则很可能纳入情势变更的范畴。

三、处理受新冠疫情影响的合同的考量要素

对于受疫情影响的合同，在实际处理中，主张不可抗力或情势变更时，应考虑哪些要素呢？

上海高院提出，应“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”。笔者认为可以将考量因素细化分析如下：

1. 当事人之间的约定：

（1）如果当事人在合同中原有约定，将肺炎疫情所产生的相关影响均列为不可抗力，这虽然与法律上的认定有所区别，但作为双方的特殊约定，仍然有效，性质上属于双方的免责约定，则合同方可以直接按照不可抗力的法则，主张相关免责或解除合同。

（2）如果当事人双方就疫情期间的免责问题达成了一致约定，则应当按照约定执行。例如一方当事人承诺了给对方减免租金，应当按此执行。

2. 疫情的发展阶段：

如果在疫情发生前订立的合同，可以适用不可抗力或情势变更。但如果是疫情发生后订立的合同，虽然疫情发展的防控措施有宽严的变化，但当事人是否预计法

律上难以对此进行细分，只能按照推理进行认定当事人已经预见。浙江高院就认为“可以推定当事人在缔约时，对疫情这一特定事件及其变化和后果已有预判，故原则上对当事人提出的不可抗力或情势变更主张不予支持。”

那么，以什么标准作为疫情的开始和结束的时间点以及疫情的发展阶段呢？可以以当地省级政府宣布采取和终止重大突发公共卫生事件响应措施作为时间点，以当中的措施等级变化，例如从二级到一级或从一级到二级作为疫情的相应发展变化时间。

3. 疫情与履约的因果关系及疫情影响的程度：

(1) 疫情对合同履行没有影响的，显然不应以疫情为借口，双方均应当按约继续履行。如果合同方在疫情发生前已经迟延履行，则不能主张不可抗力为由免责。

(2) 疫情对合同履行虽有一定影响，但未导致合同不能履行或未导致履行对一方当事人明显不公平、不能实现合同目的等情形的，则不应当简单地以解除合同来进行主张，更多地考虑要求变更合同内容，合同的履行方式、履行期限等。例如在疫情发生后迟延履行，但是迟延履行对合同相对方合同目的实现没有实质性影响，也构不成解除合同。

(3) 确实因为疫情影响，尤其是政府及有关部门采取的疫情防控措施导致合同根本不能履行，可以要求以不可抗力解除合同。

(4) 确实因为疫情影响严重，虽然能够履行，但履行对一方当事人明显不公平、不能实现合同目的，则可以考虑以情势变更为由要求变更或解除合同。需要注意的是，对于情势变更，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条和《最高人民法院关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》在具体适用上有相关规定。

四、疫情期间，诚信履约、公平处理仍为法律原则。

虽然在疫情期间，很多合同的履行或多或少会受到影响，但并不是以不可抗力或情势变更大而化之。法院在处理中，仍会以诚信履约为基础，如上海高院在新闻发布会中提出，“坚持合同严守原则，鼓励合同按约正常履行。对于疫情防控期间合同可以履行的，我们鼓励合同按照原有约定继续履行；对于一方可以履行而拒绝履行，另一方要求其承担相应违约责任的，一般予以支持”。

疫情影响、不可抗力，本是合同违约方或受损方请求免责的抗辩事由。但在这个特殊时刻，也出现了某些如长租公寓等合同方利用自己的强势地位，打着不可抗力的旗号，损害另一方的合法权益，这是不可取的。善用法律规则，合理使用法律规则，才是正确之道。



湖北脑瘫儿离世之痛

疫情防控期间如何做好特殊人群的监护工作

作者：胡晓萍

突发的疫情，让 2020 年的春年过得异常揪心，人们不得不蜗居在家，靠着上网和刷朋友圈度日。1 月 29 日，一篇题为《家人疑似新冠肺炎被隔离 湖北 17 岁脑瘫儿独自在家 6 天后死亡》的文章在朋友圈流传，这名生于非典年，死于新型肺炎年的男孩叫鄢成，他的不幸遭遇让人们真正意识到什么是人间惨剧。

事件经过

据媒体报道，鄢成出生后就患有脑瘫，不仅智力低下，而且四肢瘫痪无力，他还有个患自闭症的弟弟，都由父亲鄢小文一人打工挣钱照顾。2020 年 1 月 20 日，鄢小文带着两个孩子从武汉回黄冈华家河镇老家过年，可是三天后，鄢小文就出现发热症状，他和小儿子被送到集中收治场所隔离，鄢成独自留在家中。1 月 29 日

下午，鄢成在家中死亡。

事件发生后，当地立即成立调查组调查鄢成的死因。民政部在 1 月 31 日下午回应称，近日下发的相关文件已提出更加明确的要求，对有成员接受隔离治疗的家庭加强关心帮扶。而 2 月 1 日刚刚发布的消息显示，华家河镇党委、政府在新型冠状病毒肺炎疫情防控期间，存在工作不

实、作风不实，免去该镇党委书记、镇长职务。

不管怎样，鄢成的悲剧已无可挽回，但是，各地都有大量孤寡、失独或者心智障碍的人，如何对这些特殊人群更好监护，避免类似悲剧重演，是我们亟需思考的问题。

法律规定

我国法律对未成年人以及无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人规定了监护制度。

《民法总则》第 27 条规定：父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或没有监护能力的，由其祖父母、兄姐或其他个人、组织担任监护人。

《民法总则》第 28 条规定：无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由配偶、父母子女、其他近亲属或其他个人、组织担任监护人。

可见特殊人群有相应的法定监护人，但如果所有的法定监护人都缺失，该怎么办？

《民法总则》第 32 条进一步规定：没有法定监护人的，由民政部门或被监护人住所地的村委会、村委会担任监护人。

鄢成事件中，鄢成的法定监护人是其父亲，父亲被隔离后，没有其他近亲属可以担任监护人，这时根据《民法总则》第

32 条规定，应由民政部门或者鄢成住所地的村委会担任监护人。但是，在突发疫情面前，人人自顾不暇，要分出精力照料别人并不容易，基层政府部门工作人员亦是如此。这时就不能仅靠个体自觉和道德觉悟了，而需要更全面、更周密的制度安排。

律师建议

一、完善立法，建立机制

应该说，国家对于监护制度是比较重视的，《民法总则》、《未成年人保护法》、《老年人权益保护法》中都有相关规定，但这次疫情仍然暴露出监护制度存在的不足。武汉“封城”、隔离之后，陷入类似困境的家庭有不少，比如襁褓中要吃配方奶粉的婴儿，年纪大要吃高血压心脏病药的老人、生病却无法就医的空巢夫妻等等，万一他们出现监护真空，政府部门应当如何具体实施临时监护？因此，立法部门应尽快出台关于民政部门、村委会、村委会临时监护的实施细则，对启动临时监护的条件、流程、期限等细节作出规定，并留出专款保证临时监护制度的实施。

二、未雨绸缪，事先安排

对于有孤寡、失独、心智障碍等特殊人群的家庭本身，应当具备风险防范意识，懂得运用法律武器做事先安排。

1. 遗嘱指定监护。父母可以事先订立遗嘱，为未成年子女或心智障碍的成年子女指定监护人，慎重选择最可信任和

能保护子女的人担任监护人，将有效保护子女的权益。对于遗嘱的形式，即将颁布的民法典草案规定，公证遗嘱不再是效力最高的遗嘱。因此，条件允许的可以选择公证遗嘱；如果条件所限，其他符合法定形式要件的自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱甚至危急情况下的口头遗嘱都可以达到指定监护人的目的。

2. 成年人意定监护。有完全民事行为能力的成年人，可以事先按照自己的意愿为自己指定监护人，避免将来自己行为能力缺失时，出现法定监护人不具备监护能力或者无人监护的窘境。对于意定监护，《民法总则》第33条和《老年人权益保障法》第26条都有规定，意定监护人的选择不受法定顺序的限制，也不受身份的限制，可以是个人或单位、机构。指定意定监护人必须通过书面形式，同遗嘱一样，可以选择公证或者不公证。

3. 遗嘱信托。除了寻找合适的监护人之外，还应该尽量为特殊人群提供长期稳定的经济保障，这时就可以利用保险金信托、家族信托等工具，配合遗嘱文件，作出长期有效的信托安排。信托计划不受信托委托人身故的影响，从而给特殊人群提供持续的资金流，保障其生活。

结语

在天灾人祸面前，要让大家各司其职，比正常时期更加尽心尽力，需要不断完善的社会制度、法律制度，也需要我们每个人的自律和忧患意识。只有国家层面和个人层面双管齐下，才有可能真正做到临危不乱。



胡晓萍
律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协婚姻家庭业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所婚姻家庭法律服务部 主任
上海市女律师联谊会 副秘书长
普陀区人民法院特邀调解员
ACI 国际注册心理咨询师
普陀区首届优秀女律师

业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、财富管理

疫情之下，抚养权如何确定？探望权如何行使？

作者：李宁



新型冠状病毒感染肺炎疫情从爆发至今，事态愈发严峻，随着确诊人数的不断增加，受到影响的不只是一个个增加的个体，背后更多的是一整个家庭。在离婚案件中，绝大部分案件都涉及到子女的抚养及探望权问题，子女是父母的心头肉，双方都希望子女能与自己生活，但在疫情影响之下，抚养权的归属该如何确定？疫情又会对探望权的行使产生什么影响？

一、离婚时，如何确定子女的抚养

离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务，在确保子女利益的大原则下，《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》对此进行

了具体规定，两周岁以下的子女，一般随母亲生活；两周岁至十周岁的子女，一般随母亲生活；两周岁至十周岁的子女，需结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决；十周岁以上的子女，需考虑到子女的意见；同时该意见指出，法院在审理时应考虑到父母双方是否患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病。

司法实践中，法院在确定子女抚养权时，通常会考虑到子女是否处在哺乳期、子女从小的成长经历、生活环境、及父母双方的经济收入、身体状况、工作性质、陪伴状况、（外）祖父母的照顾能力、子

女意见等多重因素，从而进行判决。

在新型冠状病毒疫情影响之下，父母一方如果生活在重点疫区或感染病毒，可能会对子女的健康造成不利影响，法院在审理时，也会对此种情况予以考量。但疫情影响并不属于长期影响因素，感染病毒也并不属于久治不愈的传染性疾病，因此，父母一方生活在疫区或感染病毒并不能成为确定子女抚养权的决定性因素，但会成为法院的考量因素之一。

此种情况，主要分为三种类型：

1. 父母双方条件基本相同，无论哪一方抚养均不会对子女造成不利影响，但从更有利于子女身心健康成长的角度出发，法院可能会将子女判由未生活在重点疫区或未感染病毒一方抚养；

2. 生活在重点疫区或感染病毒一方本就对子女陪伴较少，且抚养条件相对另一方较差，那么在很大概率上，子女将被判由未生活在重点疫区或未感染病毒一方进行抚养；

3. 子女长期跟随生活在重点疫区或感染病毒一方共同生活，改变成长环境将

不利于子女的健康成长，生活在重点疫区或感染病毒一方各方面条件长期来看明显更适宜抚养子女，只是暂时不适合照顾子女，在最终的结果上，法院极有可能将子女判由生活在重点疫区或感染病毒一方进行抚养，但在疫情期间，可能会灵活处理，先交由另一方暂时抚养。

二、抚养权的变更

在子女的抚养权确定之后，若抚养子女一方出现其他不利于子女健康成长的情形，另一方则可向法院起诉要求变更子女抚养关系。根据《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第16条，一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持。（1）与子女共同生活的，一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；（2）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的；（3）十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；（4）有其他正当理由需要变更的。

直接抚养子女一方生活在重点疫区

或感染病毒，可能会因此无力继续抚养子女，或者对子女的健康成长产生不利影响，虽然目前感染病毒能够痊愈，但后续是否会有其他影响尚未明确。因此法院在审理变更子女抚养关系的案件时，可能也会将此作为考量因素进行综合判定。

三、探望权的行使

《婚姻法》规定，离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利。探望子女是法律所赋予的权利，任何人不能随意剥夺，但探望权的行使，必须有利于子女的健康成长。

中止探望权的唯一条件是不利于子女的身心健康，实践中，导致探望权中止的事由通常包括：（1）探望权人是无行为能力人或者限制行为能力人；（2）探望权人患有严重传染性疾病或者其他严重疾病，可能危及子女健康的；（3）探望权人在行使探望权时对子女有侵权行为或者犯罪行为，损害子女利益的；（4）探望权人与子女感情严重恶化，子女坚决拒绝探望的；（5）其他不利于子女身心健康情形的。

在疫情期间，探望权人若生活在重点疫区或感染了病毒，直接抚养子女的一方认为探望权人行使探望权会对子女的健康成长造成不利影响的，直接抚养子女一方可向法院提出中止探望权的诉请。疫情过后，探望权人未感染病毒，或者有证据证明已被治愈，探望权人则可向法院提出恢复探望权的诉请。

不管是抚养权，还是探望权，其设立的初衷都是为了保障未成年子女的健康成长，父母行使抚养权和探望权的目的是为了子女更好的成长。但在当前的疫情之下，我们不得不考虑疫情对子女的影响，合理的确定抚养权和探望权，以保障子女的身心健康发展。



李宁 律师

上海七方律师事务所 律师
业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、抚养纠纷

疫情过后可能出现离婚潮？ 请收下这份心理调适小贴士

作者：胡晓萍



2020年伊始，突如其来的新冠病毒肺炎疫情肆虐神州大地，为了阻止疫情传播，专家们呼吁大家少出门、不串门、不扎堆、不聚会，居家隔离成了抗击疫情的重要措施。

天天宅在家中，从刚开始的紧张担忧，到后来的无聊抓狂，曾经梦寐以求的假期反而成了一种煎熬。而对于某些家庭来说，这种居家隔离状态甚至会引发婚姻家庭矛盾。很多社交媒体、网络平台上都出现了“疫情过后，想要离婚”的声音，甚至有专家警告：疫情过后，可能出现一波离婚潮。

这样的警告并非全无依据。我们认为，疫情、宅家确实可能在一定程度上引发家庭矛盾，矛盾的起因主要有以下三个方面：

一、负面情绪爆棚

新冠肺炎疫情来势汹汹，在这样重大压力事件下，很多人都会出现焦虑、紧张、恐慌、愤怒、悲伤等负面情绪。而长期宅在家中，负面情绪难以自我消化，它们持续存在，不断加深，这时容易向身边最亲近的人宣泄，从而引发矛盾。

二、生活空间重叠

很多夫妻结婚以后，生活节奏很快，各自忙碌奔波，共处的时间并不多。但春节期间的一场疫情把夫妻俩甚至原本并不同住的父母都困在狭小的空间内，生活资源的冲突、同住习惯的差异都会涌现出来，如果处理不当，极易引发矛盾。

三、潜在矛盾激化

有些夫妻可能平常就已感情淡漠、无话可说，居家防疫期间的烦闷，会让吵架频率越来越高，矛盾点越来越多。如果在以前，吵架之后一人选择暂时回避，还能一定程度上缓和矛盾；但如今因为疫情，双方只能在相互厌烦又忍无可忍的状态下被迫延续共同居家生活的状态，使原本潜在的矛盾激化，引发纠纷甚至家庭暴力行为。

疫情还在持续，保持心理健康其实和勤洗手同样重要！以下向大家介绍四个心理调适小贴士，帮助大家有效地避免家庭矛盾，共度疫情难关。

Tips 1 接纳心理反应

中国社会科学院有调查显示，在这次新冠病毒肺炎疫情下，九成以上民众或多或少存在着焦虑、担心、恐惧的情绪。从人类的生物学本能上来看，当人类遇到突如其来、危及生命，并带来很大不确定感的情况时，自然而然就会有这样的心理反应，这是一个很正常的现象。因此，不要给自己贴上负面标签，也不要压抑自己的负面情绪，而是要接纳它。

Tips 2 合理调节情绪

学会一些安抚情绪的小技巧，比如腹式呼吸放松法：先用鼻子缓慢深吸气，同时腹部最大限度凸起，把自己想象成一个皮球，越来越鼓；然后用嘴缓慢吐气，同时腹部最大限度凹入，把自己想象成一个泄气的皮球，越来越瘪，如此反复多次。呼吸是我们生命的根本，坚持做腹式呼吸，可以有效降低压力，改善情绪，提高注意力。

Tips 3 寻找共同话题

利用宅家的时间，跟家人一起来钻研一件事情，比如厨艺。最近朋友圈上的微友们都已经开发出各类美食，包子饺子面包蛋糕葱油饼，应有尽有，各行各业的人都被生生逼成了厨师。其实这样也蛮好的，把所有想吃现在却买不到的东西都做出来，既满足了味蕾，又融洽了感情。

Tips 4 改变沟通方式

家人之间由于亲近，反而会不注意沟通方式。我们看到很多离婚案件的当事人双方，言语之间都是情绪，根本不说事情本身，这样怎么会不闹矛盾呢？

美国首位家庭治疗大师萨提亚女士曾提出一个非常有效的沟通方式——“一致性沟通”，就是在沟通的过程中不仅要真实表达出自己的观点，也要关注到对方的感受，同时还要兼顾当下的情境，做到你、我、他三者一致。举个小例子：对方洗手马虎，如果你说：“你怎么不好好洗手，总是这么不讲卫生！”可能会引起对方的情绪反弹而发生口角。但如果用一致性沟通方式，你可以这样说：我知道一直洗手很麻烦，冬天水也比较冷（对方的感受），但防控疫情必须勤洗手，以保证我们健康（我的观点），如果给你开热水洗手会不会好一点？（当下的情境）可见，好好说话，是化解矛盾的有效方式。

结语：

疫无情，人有情。在居家隔离期间除了认真做好自己和家人的防护措施外，还需要调整心理状态，保持心理健康，做好夫妻情感的维护和疏导。这样居家防疫的这段日子会变成增进夫妻感情、促进婚姻和谐的黄金时间。衷心希望每个家庭都能团结一心，共度难关。

一次特殊的采访

抗击“新冠”疫情之物业防疫工作篇

作者：廖潇歌

时间：2020年2月3日星期一

地点：各自家中

方式：微信采访

参与人：

七方所公共法律服务团队负责人廖潇歌律师（廖律师）

ABC物业公司总经理（牛总）

公共法律服务团队助理卫夏清、邵弘高娃（云小编）

采访人：云小编

云小编：大家好，这里是七方法苑抗击“新冠”疫情特别访谈节目——物业服务企业防疫工作篇。现在全社会最关心的问题，莫过于新冠肺炎疫情。因为这不仅关系到每个人的生命安全，也涉及到各行各业的发展。为了落实疫情防控工作，我们了解到现在都是以社区为单位，由社区基层组织居委会、村委会和物业服务企业共同推进此项工作。但是，很多人并不清楚，其实物业服务企业在防疫工作中承担了很大的压力，并且物业服务企业在开展工作的过程中，也有一些疑虑亟待解决。为此，七方所公共法律服务团队组织了本

次采访，邀请到的嘉宾是七方所公共法律服务团队负责人廖潇歌律师，ABC物业公司负责人牛总，并由公共法律服务团队的助理卫夏清、邵弘高娃担任采访人，共同探讨这些问题。廖律师好、牛总好。

廖律师、牛总：你们好。

云小编：大家都知道最近是“新冠疫情非常时期”，在我们各自居住的小区里，看到物业对小区公共区域进行消毒，微信提醒居民不要出门，除此之外物业还有哪些工作要做？

牛总：在疫情形式比较严峻的情况下，物业要做的事情非常多。除了大家都

能观察到的定时定点消毒、出入人口测温登记、小区疑似病例及隔离情况上报等，我们还要随时关注疫情发展情况，并将这些信息及时传达给管理区域内的居民、公司对接人。对于特殊的重点关注人群，为了保障他们的生活不受太大影响，还要协助居委会运送食物、生活物资上门，并安抚他们的情绪。

云小编：看来物业确实需要做很多的工作，压力非常大吧？在此我们要对奋战在一线的物业工作人员表示感谢，没有你们的辛苦付出，社区防疫工作的开展效果就没有这么好。

牛总：特殊时期，这些都是应该做的，而且居委会的同志们也和我们一样在基层一线工作，随时响应号召。

云小编：我们最近看到一则新闻，某省有一家物业公司，因为拒不配合疫情防治，无人接收和管理疫情信息，导致小区防疫工作无法开展，物业负责人因此被拘留了。牛总您对这件事有什么看法？

牛总：我认为之所以发生上述情况，可能存在两方面的原因。一方面，这个公司对当前的疫情不够重视，忽视了居民的生命安全，也产生了扩大疫情的风险，这是很不应该的；另一方面，有些居民不配合物业的工作，物业也没办法强迫他。

云小编：廖律师，上面所说的物业公司负责人被拘留，是有法律依据的吗？

廖律师：是的。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定，拒不执行紧急状态下依法发布的决定、命令，情节严重的，可处以行政拘留。

云小编：那你认为牛总刚才提到的居民不配合的问题，有什么好的解决方法吗？

廖律师：这要分情况而言。比如最近有新闻报道，有人不愿意测量体温而殴打保安，或是堵住出入口不让别人通过，就可能触犯《中华人民共和国治安管理处罚法》规定的侵犯人身权利、扰乱公共秩序而受到处罚。若因上述行为出现扩大疫情的严重后果的，可能还会按照《中华人民共和国刑法》规定的过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。所以，在出现居民不配合的情况下，先进行耐心劝导，必要时可报警处理，这样既可以避免矛盾扩大化，及时处理问题，也可以保护物业工作人员的安全。

云小编：好的，那廖律师这边对于物业工作人员开展防疫工作有什么建议吗？

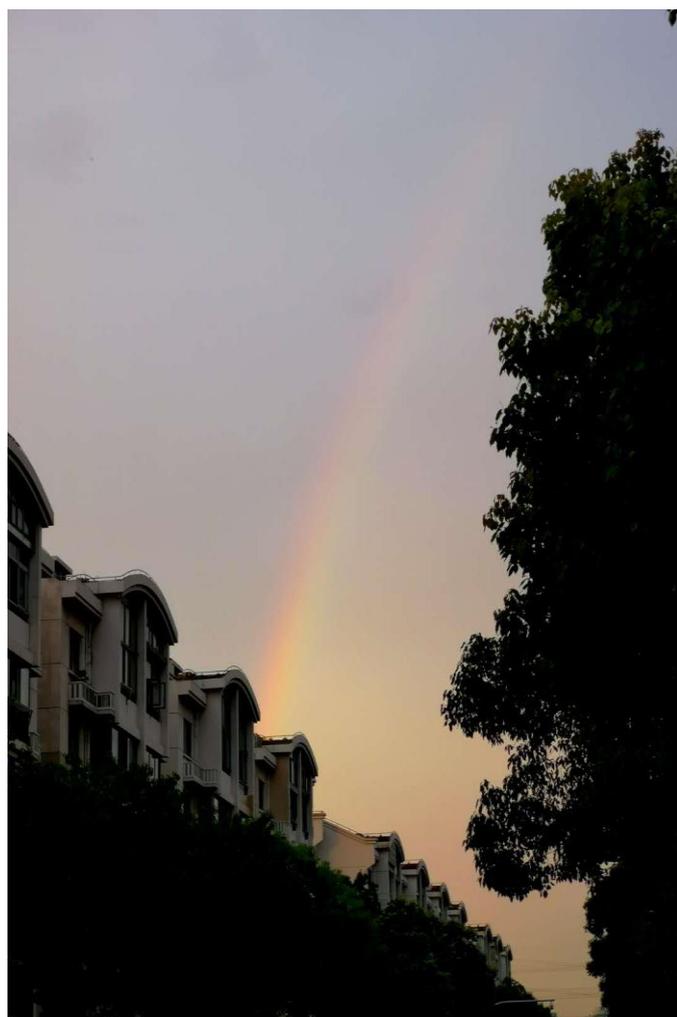
廖律师：我认为需要做到以下几点：一、积极响应政府部门的防疫要求，遵守法律法规；二、建立完善的消毒、人员登记和信息采集、管理机制，对于重要的信息要在小区公告栏贴出，并通过微信、电话等点对点的方式传达到每个人，及时沟

通和更新信息并上报；三、建立物业从业人员每日健康检查制度，保障员工的安全和待遇；四、不造谣、不信谣、不传谣，随时了解居民的心理情况，避免恐慌。

牛总：嗯，学习了，谢谢廖律师。

云小编：牛总您这边还有什么问题吗？

牛总：有的。我们公司提供物业服务的一个小区，物业合同就快要到期了，但是目前受疫情的影响，不适合召集业主大会进行表决，这该怎么办？



廖律师：的确，物业的选聘需要通过业主大会的同意。如果业主大会的《议事规则》里有约定通过电子平台召开会议和表决的，您可以书面督促业委会通过微信群的方式进行选聘，但需要注意的是，要对投票人的身份进行有效识别，证实其的确是业主，以保证决议有效；如果《议事规则》没有规定的，鉴于目前情况特殊，也可以与业委会协商以更灵活的方式处理。

牛总：如果合同到期了还没续签，我们公司还要提供物业服务吗？

廖律师：特殊情况下，可以先与业委会协商处理。如果物业服务企业不愿意续签，也要提前告知业委会，方便业委会采取应对措施。像现在的情况下，如果你们退出而业主大会无法召开选定新的物业服务企业，业委会可以根据《上海市住宅物业管理规定》第五十二条的规定，由业主委员会报乡、镇人民政府或者街道办事处在预选库中选定物业服务企业提供临时服务。未成立业主委员会的，经百分之二十以上业主提请，由居民委员会或者村民委员会报乡、镇人民政府或者街道办事处在预选库中选定物业服务企业提供临时服务。临时服务期不得超过六个月。

牛总：原来是这样。但有的业主物业费还没有交。

廖律师：根据《中华人民共和国合同法》的相关规定，只要物业公司依照合同约定履行了主要义务，即使合同履行期限届满，业主仍然有义务履行付款义务的。但一定要通过书面形式进行催收并保留证据，避免超过诉讼时效。

牛总：那我就放心了。对了，关于最近的延期上班后工资支付等的规定我还没有完全搞清楚。

云小编：牛总，您的这个问题，也是企业和员工都十分关注的问题，我们事务所公众号刚刚发表了专文《【七方解读】“延长春节假期”和“不得提前复工”有何区别？》，今天由于时间关系就不展开说了，您可以先阅读这篇文章，如果有疑问可以再交流。

另外，我们七方律师事务所针对本次疫情，还成立了防控疫情公益法律服务咨询团。在疫情防控期间，如果您和您朋友有法律问题，随时欢迎您进群向我所律师咨询。

牛总：那太好了，非常感谢。

云小编：通过这次的访谈，我们对于物业服务企业在疫情防控工作中应尽的义务、对于居民的各类问题处理都有了一定的了解。相信在政府的指导下，通过基层组织、物业工作人员和居民的共同努力，一定可以早日战胜此次疫情。也希望物业服务企业的付出能够被看见，与居民

建立更加良好的关系。最后，元宵节快到了，请两位说说自己的愿望和对大家的祝福吧！

牛总：相信国家，相信政府。疫情一定能尽快得到控制的，我们也会一如既往地更加努力做好份内的工作。希望今年大家一起加油共度难关。

廖律师：愿每个人都平安、健康，明日立春，春天即将来临，希望就在眼前。

云小编：本次节目到此结束，谢谢大家！



廖潇歌 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
上海律协社会公共服务业务委员会 副主任
上海七方律师事务所公共法律服务部 主任
上海铁路运输法院 特约调解员

业务方向：行政法、不动产征收、
社区治理、物业管理

返沪人员居家隔离应该了解的七个问题

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃

新冠肺炎疫情牵动着每个国人的心，但同时生活仍在继续。随着假期的结束，离沪返乡的人们又将陆续回到各自的工作岗位。可以预见随着返沪人员的增加，防疫的压力又将进一步加大。

2月4日，上海发布公布了市卫健委关于居家隔离的注意事项，对于返沪人员是否需要居家隔离，隔离期限到底是多久……种种问题，本文将予以解答。

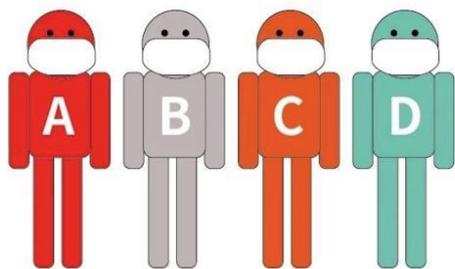
问题一：为什么隔离如此重要？

回答：隔离是为了更加稳妥的保护自己，保护别人，有效的遏制病毒的传播。

如下图所示：

A：有武汉接触史，目前分散在全国各

我们把现在的人群分为四类：
A、B、C、D。



地；B：可能与确诊或疑似病例通过公共场所等接触，但未知且未发生疫情症状的人；2B：与B类人群二次接触的人；C：与A有接触的家人、朋友、同事、邻居等；D：居家没有外出的人。

A：就像在朋友圈热传的ABCD图一样，目前在疫情防控中最需要注意的是B类人

群的发现，以及防止2B类人群的形成。隔离能够筛查出B的存在以及减少2B的产生，对疫情控制有着极大的帮助。

另外，需要指出的是，隔离目前是分为集中隔离和居家隔离两种。

问题二：哪些人需要居家隔离？

哪些人需要居家隔离？

条件1（符合以下条件之一者）：

- ❶来自、途经湖北省，或到过湖北省等。
- ❷近距离接触过来自湖北省的发热伴有呼吸道症状患者。
- ❸近距离接触过新型冠状病毒感染的肺炎疑似或确诊患者。
- ❹其他特定情况（随疫情发展，可能会调整需要隔离的人员范围）。

条件2：

无发热等症状。

条件3：

以上情况出现在抵达上海前的14天内。

如果您上述3个条件都满足，在本市有固定居住场所、且场所符合居家隔离观察要求，就需要居家隔离。

回答：从上图可知，并非所有返沪人员都需要居家隔离。与此同时，市卫健委2月4日发布了《来沪（返沪）人员健康

管理通知书》，要求所有来沪（返沪）人员在进入本市各交通口岸和道口时，必须配合开展体温测量，如实填写健康状况信息登记表；进入本市后，必须向所在社区、单位或酒店等居住场所主动报备，每日自测体温，尽量不要外出。

因此次疫情来势汹汹，从张贴在各个小区门口的告示就能看出，各个社区的防疫意识空前提升，居家隔离标准也是水涨船高。

问题三：居家隔离的观察期是几天？

隔离观察期为14天

目前判断新型冠状病毒感染的肺炎的潜伏期是在14天以内。因此，观察期限为被观察对象与病例或者感染者末次接触后14天或者抵沪之日起14天。观察期满，未发病者可恢复正常的学习、工作和生活。

回答：如上图回答，观察期满未有异常情况的，可恢复正常的学习、工作和生活。

问题四：如果返沪人员居家隔离场所为承租房屋，房东要求其搬离，如何处理？

答：如果房东宁可支付违约金也执意要提前解除租赁合同让租客搬离，宜先调解，面对疫情，应以大局为重。如调解不成，该返沪人员已不具备居家隔离的条件，应向社区报告后由防疫部门进行安排。

问题五：需要居家隔离的，应做些什么？

回答：居家隔离的注意事项，我们在下面这张图片中告诉大家。当您感觉自己无法缓解心理压力时，可通过“上海健康云”APP、“上海发布”微信公众号的“加油上海”栏目或者12320-5上海市心理援助热线，向专业心理咨询师寻求帮助。

居家隔离注意事项

- ❶ 不得擅自外出，如实回答隔离观察点工作人员的健康询问。
- ❷ 积极配合医务人员每日上、下午各一次体温测量并做好记录。
- ❸ 最好拥有独立房间，尽可能减少与其他家庭成员的接触，保持房门随时关闭。如条件不具备，请至少保证一米以上的距离。生活用品与其他家庭成员完全分开，避免交叉污染。
- ❹ 隔离人员与同住的家人均应佩戴口罩，避免密切接触。佩戴新口罩前、处置完使用过的口罩后均需要及时洗手。
- ❺ 开窗通风，使室内空气直接与室外空气交流，避免使用空调，尤其是中央空调。
- ❻ 保持充足的休息，食物要清淡、多样化，保证营养充足。
- ❼ 用过的纸巾、口罩及生活废弃物丢入专门的带盖垃圾桶内，交由相应工作人员专门处理。垃圾桶要每天清理。
- ❽ 及时做好物品消毒，可使用消毒剂擦拭、清洗等。
- ❾ 出现发热、咳嗽、气促等急性呼吸道症状，立即电话联系隔离观察点工作人员。

问题六：居家隔离期间，家人可以配合做些什么？

居家隔离时，家人也要做好防护

当家里有人被要求居家隔离观察时，其他人需要支持与配合：

- ❶ 最好给被观察者一个独立的房间，减少家人与他的接触。
- ❷ 最好固定一个身体健康状况好且没有慢性疾病的家属来照看被观察者。
- ❸ 不与被观察者共用生活用品、餐具等，避免交叉传染。
- ❹ 与被观察者接触，或进入被观察者房间，都应佩戴口罩。口罩要及时更换，佩戴前和摘下后都要用流动水和肥皂或洗手液洗手。
- ❺ 不要直接接触被观察者的分泌物，特别是痰液和粪便。使用一次性手套处理被观察者的衣物、尿便和其他废物，摘掉手套后也需要洗手。
- ❻ 做好室内消毒，经常通风。不使用中央空调。
- ❼ 做好家庭经常接触物品消毒，使用消毒剂擦拭、清洗等。
- ❽ 观察自身健康状况，出现发热、咳嗽、乏力等症状时，请佩戴口罩及时就诊。

回答：当家中有人居家隔离时，其他家庭成员除了可以按照上图所示进行陪护以外，还可考虑如何有效利用这段特殊时间，做一些有意义的思考，做一些以前想做但没时间做的事。

问题七：关于居家隔离，大家还有哪些疑问？

回答：关于居家隔离，还有很多问题，包括不满足条件一、无法确定是否与确诊或疑似人员有过接触、居住场所不满足居家隔离条件等各种情况如何解决？

我们的建议是在防疫的特殊时期，应

当将谨慎细致牢记心头，尤其是在落实隔离措施上。如果条件允许，尽可能采取严格的防疫措施即是对自身的保护，也是对其他人的负责。在防疫期间发生的情况，要及时与社区的工作人员取得联系，保持沟通，争取能够将问题妥善解决。

在抗疫防控阻击战中，每个人都有各自的角色和职责，而每个人的付出和努力，是我们必然能够打赢这场战“疫”的信心所在！



卫夏清
实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
具有多年政府部门工作经验，具备丰富的政府法律事务、公共法律事务处理经验

业务方向：政府法律事务、公共法律服务、动拆迁（征收）纠纷



邵弘高娃
实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：政府法律事务、公共法律服务、动拆迁（征收）纠纷

社区防疫法律实务七问七答

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃

2019年年末，一场新型冠状病毒肺炎疫情在武汉蔓延。很快全国各地都打响了抗击疫情的防控阻击战。上海市在1月24日宣布启动重大突发公共卫生事件一级响应机制，全市各区、各部门都采取了相应举措，细化落实各项联防联控措施，坚决遏制疫情扩散，切实保障市民健康和城市公共安全。

在抗击病毒队伍中，逆行者不止医务工作者，还有一直守卫在最基层的社区工作者，他们冒着风险奋斗在保护社区居民健康安全的一线，是默默无闻的英雄。现就社区防疫工作中的法律实务进行梳理

问题一：社区防疫的主体是谁？

答：在《中华人民共和国传染病防治法》和《中华人民共和国突发事件应对法》等法律中，没有明确提到“社区”这一概念，只提到了居、村等基层组织的工作职能。在本次疫情防控中，国家卫健委发布的《关于加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控社区防控工作的通知》中出现了“社区”的定义：是指街道办事处或乡镇人民政府所辖的城乡社区（即城市社区和村）。社区防疫的主体主要包括街道（乡镇）和社区（村）干部、社区卫生服务中心和家庭医生。根据开展工作的便利，物业服务企业、志愿者也作为社区防疫的重要参与者。

问题二：社区防疫的工作职责来源于哪些法律法规？

答：自疫情发生以来，社区工作者在第一时间就自发投入到防疫工作中，并没有人特别关注他们的职责来源。实际上，关于社区防疫的职责在《中华人民共和国传染病防治法》和《中华人民共和国突发事件应对法》都有列明。

《传染病防治法》第九条第二款：居民委员会、村民委员会应当组织居民、村

民参与社区、农村的传染病预防与控制活动。

《突发事件应对法》第五十五条：突发事件发生地的居民委员会、村民委员会和其他组织应当按照当地人民政府的决定、命令，进行宣传动员，组织群众开展自救和互救，协助维护社会秩序。

2月7日，上海市人大常委会通过的《关于全力做好当前新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的决定》，进一步授权市政府可以在医疗卫生、防疫管理、隔离观察、道口管理、交通运输、社区管理、市场管理、场所管理、生产经营、劳动保障、市容环境等方面，采取临时性应急管理措施，制定政府规章或发布决定、命令、通告等。

法律法规中对防疫工作的具体规定比较笼统，要了解此次疫情防控中社区防疫的具体工作内容，还需要结合国务院、各级政府及职能部门出台的文件和规定。

例如，湖北省人民政府《关于进一步强化新冠肺炎疫情防控的通告》就强化属地防控责任、强化城乡社区（村）封闭管理、强化车辆通行管控、强化重点区域管理、强化居民健康全面排查、强化重点人群管理和服务、强化居民生活必需品保

障、强化医用防护物质保障、强化环境卫生管理、强化单位主体责任、强化下沉社区（村）党员干部、强化个人法定责任、强化示范带动、强化工作纪律、强化投诉监督等做了详细规定。

问题三：根据不同疫情，社区管理应当采取哪些不同的措施？

答：国家卫健委发布的《关于加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情社区防控工作的通知》规定了根据不同的疫情，采取不同的预防措施。

（一）社区未发现病例，指在社区居民中，未发现新型冠状病毒感染的肺炎确诊病例。（二）社区出现病例或暴发疫情。社区出现病例，是指在社区居民中，出现1例确诊的新型冠状病毒感染的肺炎，尚未出现续发病例。暴发疫情是指14天内在小范围（如一个家庭、一个工地、一栋楼同一单元等）发现2例及以上确诊病例，病例间可能存在因密切接触导致的人际传播或因共同暴露感染的可能性。（三）社区传播疫情。指在社区居民中，14天内出现2例及以上感染来源不清楚的散发病例，或暴发疫情起数较多且规模较大，呈持续传播态势。

不同社区疫情的防控策略及措施

疫情情形	防控策略	防控措施
社区未发现病例	外防输入	1. 组织动员； 2. 健康教育； 3. 信息告知； 4. 疫区返回人员管理； 5. 环境卫生治理； 6. 物资准备；
社区出现病例或暴发疫情	内防扩散、外防输出	上述1-6措施； 7. 密切接触者管理； 8. 消毒；
社区传播疫情	内防蔓延、外防输出	上述1-8措施； 9. 疫区封锁； 10. 限制人员聚集。

上图为不同社区疫情的防控策略及措施

问题四：社区防疫措施从哪些方面开展工作？

答：在疫情防控期间，各省市都出台了关于社区防疫工作的文件，包括北京的《关于进一步加强社区（村）疫情防控工作的通告》、山东的《关于进一步加强近期社区（村）疫情防控工作的通告》等。从文件中可以看出，社区防疫的主要重点在于小区的封闭式管理、人员信息的登记、开展集中隔离、管理公共空间、房屋租赁管理、民生物资保障等。

但与其他省市的规定较为不同的是，上海于2月14日发布的《本市居民区(村)疫情防控管理操作导则》，该导则不仅是针对社区防控出台的文件，而且提供了更详细、更具体的防疫措施指引，能够对社区防疫正在采取以及将要采取的措施提供方向。主要有以下几点：

1. 小区住宅入口管理：明确所有住宅小区的出入口都需要设置检查点，同时采取全天候值守的方式。进入小区的人员必须测温 and 记录。对于体温异常，采取“全链条处置机制”。为了方便居民生活，设置指定区域供快递、外卖进行无接触式配送。有围墙的小区，严格控制小区入口数量，做到“一小区一入口”；没有围墙的小区，由物业负责道口登记、检测等。无物业的小区，由街镇组织力量负责小区入口、道口力量配置。对于农村宅基居住区，原则上一个自然村落只保留一个出入口。

2. 来沪返沪人员登记和重点人群管理：居(村)委加强辖区的巡逻和排产，做到人员排查的全覆盖和无遗漏。及时告知小区来沪、返沪人员报告健康情况，配合完成个人信息登记；协助落实居家隔离健康观察人员的医院监测和集中隔离的衔接。小区发现确诊病例后，居(村)委

会要配合做好病例发生的环境监测、终末消毒、病例密切接触者集中隔离等工作。对治愈出院的确诊病例，做好两周的健康观察。

3. 社区公共场所和设备管理：物业服务企业要按市疾控中心要求做好共用部分、设施设备和公共场所的清洁消毒，通风换气，环境整治和居家隔离家庭的垃圾专门处理等工作。非生活必需的文体娱乐休闲等公共场所一律关闭，暂停一切文化娱乐等聚集性活动。

4. 对相关人员的关心关爱：街镇、居(村)委要做居家隔离家庭的生活保障，对困难老人、残疾人、重大病患者等做好生活服务保障。保证租约期体温正常的返沪人员可以正常入住。对短期向疫情重点区域运送物资的司机、装卸工等保障人员，原则上不采取隔离14天的措施，并做好健康关心。

5. 开展社区宣传教育：居(村)委利用各种载体和形式宣传防疫知识，倡导“无事不出门、不串门、不聚会”，遵守在公共场所佩戴口罩的规定。

6. 群防群控机制：建立以居村党组织为核心，居(村)委会为主导，业委会、物业公司、社区民警、志愿者等共同参与

的网络体系，建立家庭、楼组、小区、片区的组织体系。

问题五：没有落实社区防疫工作需要承担哪些责任？

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

（一）未按规定采取预防措施，导致发生严重突发事件的；

（二）未及时消除已发现的可能引发突发事件的隐患，导致发生严重突发事件的；

（三）未做好应急设备、设施日常维护、检测工作，导致发生严重突发事件或者突发事件危害扩大的；

（四）突发事件发生后，不及时组织开展应急救援工作，造成严重后果的。

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

《突发公共卫生事件应急条例》第五十一条：在突发事件应急处理工作中，有

关单位和个人未依照本条例的规定履行报告职责，隐瞒、缓报或者谎报，阻碍突发事件应急处理工作人员执行职务，拒绝国务院卫生行政主管部门或者其他有关部门指定的专业技术机构进入突发事件现场，或者不配合调查、采样、技术分析和检验的，对有关责任人员依法给予行政处分或者纪律处分；触犯《中华人民共和国治安管理处罚法》，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

上述法律法规都规定了在突发事件中导致严重后果的法律责任，责任主体是处理突发事件的所有单位和个人，对于社区防疫工作者同样适用，目前并没有针对社区防疫事件及社区防疫工作者作出特别规定。

问题六：社区防疫工作者在工作中能否受到法律保护？

答：能受到法律保护。最高法、最高检、公安部、司法部于2月6日联合发布的《〈关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见〉的通知》中第二条第二款明确规定“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员（含在依照法律、法规规定行使国家有关疫情防控

行政管理职权的组织中从事公务的人员，在受国家机关委托代表国家机关行使疫情防控职权的组织中从事公务的人员，虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事疫情防控公务的人员）依法履行为防控疫情而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等措施的，依照刑法第二百七十七条第一款、第三款的规定，以妨害公务罪定罪处罚。”社区防疫工作者是按照政府发布的决定、命令，从事疫情防控公务。在疫情期间阻碍社区防疫工作者采取的防疫措施，同样按照妨碍公务罪定罪处罚，体现出对社区防疫工作者的保护。

问题七：面对企业复工带来更多的人员流动，社区防疫更需要注意什么？

答：从启动重大突发公共卫生事件一级响应机制至今，上海市出台的关于防疫的要求都是按不同的疫情进行管理，最新的《操作导则》对社区层面的防疫工作进行了进一步明确，其中包括“对所有的住宅小区，出入口要设置检查点，全天候值守；人员逢进必测温、必记录”、“对重点地区来沪、返沪人员中无发热等症状的，严格实行为期 14 天的居家隔离健康观察，配合相关管理服务，在此期间一律不得外出。”

这些规定中，使用了“所有、必、一律”等用语，让严格的操作措施能够得以统一，也侧面反映了严重的疫情局势。

同时，需要注意采取的防疫措施是否适度。社区属于居民自治范畴，除了根据政府要求采取的管控措施外，居（村）民委、业委会等自治组织可以根据疫情防控需要，采取必要的控制人员进出等防控措施。但封闭式管理不能成为隔绝和封锁，超出必要的管控限度。

另外对于企业复工，仍然应该按照严格的复工流程，一般企业需要向所在街镇备案后才可开展复工。在此过程中，街镇应当结合疫情发展形势、企业管理水平、疫情防控能力等情况进行判断，作出是否同意复工的决定。

当下的疫情依然严峻，社区工作者们仍需继续奋战在一线做好各项防疫工作。尽管严格的防疫措施多少会对居民生活带来不便，但为了所有人的身体健康和生命安全，希望社区工作者、居民在特殊时期能互相理解和配合，共同按照国家及政府发布的法律法规文件，执行社区采取的各项防疫措施，共克时艰、共同打赢这场战“疫”。

浅谈防疫期间的业主自治

作者：卫夏清

2020年春节这场突如其来的疫情，给我们每个人的生活和工作都带来了很大影响，其中最有意思的影响莫过于让大部分人都体验了居家休息的“快乐”。作为同样宅家的一员，通过看电视、玩微信等“细致观察”，总结出防疫期间的业主自治主要内容围绕人员流动管理展开。

上海启动重大突发公共卫生事件一级响应机制后，在一段时间里人员流动并不频繁，各项防疫措施都能很好落实。随着一段时间疫情的严重和带来的焦虑情绪，再到2月10日企业复工的临近，人员流动逐渐频繁。这让一部分居民不再淡定，希望通过业主自治的方式给小区竖起一座高墙，禁止一切人员进出，断绝小区与外界的一切往来。但这样做真的可行吗？通过以下五个问题来进一步探讨。

一、能否禁止业主进入小区？

不能！比如下图中，某小区的业主微信群中群中，某些人“谈毒色变”，对来自重点地区的业主、甚至是医护人员的业主想通过业主表决的形式禁止其进入小区。已达到“隔离病毒传播”的目的。



然而，除非这些业主存在需要采取集中隔离、就诊等配合政府部门开展的防疫措施外，限制业主进入小区是严重的违法行为！不仅是对这部分业主财产权的损害，更是对人身权益的损害。《物权法》第四条：国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。第七条：物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。

虽然《物业管理条例》规定了业主有遵守管理规约、遵守物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度以及执行业主大会的决定和业主大会授权业主委员会作出的决定的义务，但遵守和履行这些义务的前提必须是前述规约、制度或决定符合法律规定，并且不损害他人合法权益。

二、已经作出的决定如何纠正？

禁止业主进入小区的决定如果确实由业主大会或业委会作出了，而这一决定明显违法，该如何来纠正呢？

《物业管理条例》第十九条规定：“业主大会、业主委员会作出的决定违反法律、法规的，物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府，应当责令限期改正或者撤销其决定，并通告全体业主。”



在上一个情形中，该业主群的讨论图片经过网上流传后，很快引起了相关部门

的注意。物业所在地的街道办事处第一时间对该错误行为进行了及时纠正，也算是对奋战在一线医务人员的宽慰。

三、业主能否设定罚款？

在不能作出禁止性规约的情况下，很多业主调转枪头，想通过设立惩罚性规约，即传统意义上的罚款来对业主的行为进行规制，但这同样是不行的。《上海市物业管理规定》第七十九条：“对违反管理规约的，业主委员会应当予以劝阻、制止；对不听劝阻的，业主委员会可以在物业管理区域内就相关情况予以公示；相关业主可以依法向人民法院提起民事诉讼。”因此，可以看出对于违反业主违反管理规约的责任承担方式比较有限，不能采取设立罚款的形式来进行处罚。

防疫期间，各小区大多采取了封闭式管理的模式，即非本小区业主和住户原则上不得进入小区。因为处于防疫的特殊时期，这一政策也得到了大部分业主的认可。但同时，有业委会作出决定对没有按照法律、行政性法规规定进行备案的合同认定为无效，进而禁止承租人进入小区。

个人认为这样的决定难以得到法理支持，尤其是在防疫期间有些过于严苛，不利于承租人的权利保护。根据《中华人民共和国合同法》第四十四条：“依法成立的合同，自成立时生效。”在不存在第五十二条合同无效的法定情形等情况下，合同仍然是有效的。另外根据《最高人民

法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第四条：“当事人以房屋租赁合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持”。从上述法律规定都可以看出，租赁合同的有效与否与行政备案不存在必然关系。但有人认为没有经过备案的合同仍然有效，会让行政性规定的效力降低，其实不然。在法律上，通常会采用行政、民事分别处理的情况，即便违反行政规定需要承担行政责任，包括责令改正、罚款等，但并不意味着合同的必然无效。在履行了行政责任的情况下，仍然应该对合法的承租人放行。

四、业主大会作出的所有决定都有效吗？

业主大会做出的决定是否有效，需要从几个方面进行审核：

首先，需要审查业主大会和业委会之间的职责范围，业主大会的职责在《物业管理条例》第十一条：“下列事项由业主共同决定：（一）制定和修改业主大会议事规则；（二）制定和修改管理规约；（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；（四）选聘和解聘物业服务企业；（五）筹集和使用专项维修资金；（六）改建、重建建筑物及其附属设施；（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。”而业委会作为执行机构，主要职责是贯彻业主大会形成的议事规则和管理规约以及监督落实业主大会决定。

其次是召开程序和作出决定程序。业主大会的决定需要有严格的程序，除了要在 15 日前通知全体业主，以及通知房管机构和居（村）委派代表参加并听取意见。业主大会决定的如果是第十一条中除第五、第六条规定的其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

五、特殊时期，业主大会的召开形式能否多样化？

业主大会会议的召开形式根据法律规定，可以采用集体讨论的形式，也可以采用书面征求意见的形式。在疫情期间，集体讨论的形式显然不符合疫情防控的要求，书面征求意见的形式更为合适。在疫情期间，线上办公软件和线上会议系统大放异彩，即便在家也能召开会议让业主大会会议在将来可以有更灵活的形式和更高的效率。针对这一情况，已经有走在前面的互联网企业开发出了业主 APP，主要针对小区事宜进行管理。尤其是表决系统解决了身份验证、投票比例、投票结果公开等问题，可以给以后的业主决议方式带来借鉴。

防疫期间，业主们除了配合政府部门的要求做好防疫各项工作，同时也可通过各种方式关心和做好本小区的防疫措施。在依法合规行使权利的时候，仍然不能忘共抗疫情的温情。敌人只有一个，那就是病毒，而不是感染病毒的人。

商业物业复工战“疫”九大重点提示

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃

春天来了，上海开始回暖，天气晴好。每个人的心里，也多了一丝温暖。朋友圈不再仅仅是宅家打卡、疫情播报，而是有花，有草，有出行的记录了，甚至还有对出门上班迫不及待的期许。毕竟，当疫情得以稳步控制后，每个人都要回归原本的生活。

在防止疫情扩散的大目标下，面对“复工潮”，物业服务企业承受了巨大的压力。根据使用功能的不同，物业通常又分为居住物业、商业物业（包括对购物广场、百货商店、超市等构成的商服物业以及写字楼构成的办公物业两种）、工业物业、政府类物业、其他物业五种。今天我们主要谈谈在疫情当下，商业物业服务企业（以下简称商业物业）管理的重点提示。

为了保障企业复工顺利，商业物业各显神通，想出了形形色色的办法。在此进行一一梳理，来自上海七方律师事务所团队对其中可能存在的法律风险作出提示及改进意见，以供各位参考，择其善者而从之，其不善者而改之。

一、关于明确自身的重要责任

上海市住建委在2月6日的发布会上表示，在整体纳入“属地防控”原则的基础上，对由商业物业管理的商务楼宇，物业要切实承担主体责任，按照市疾控部门明确的办公楼宇消毒要点及其他疫情防控

的要求做好各项工作，各级房管部门也会加强监管工作。

律师团队提示：作为复工后投入防疫工作第一线的商业物业，首先需要明确自身即为防疫工作重要环节中的责任主体，如果出现商务楼宇防疫不到位的情况，不仅是楼宇内相关企业（公司）要承担责任，商业物业也同样需要承担责任。在社区防疫工作中，就出现物业的公司主体及其负责人因防疫不力而受到行政处罚的情况。相较于社区，商圈的人口流动性更大，一旦出现问题，产生的后果会更为严重。因

此，商业物业一定要重视防控政策、提高防控意识、切实落实防控工作。

二、关于复工报备通知制度

鉴于目前疫情的防控阶段，国家和各地政府投入大量人力、物力防止疫情扩散。就上海市而言，市经信委与市应急管理局于近日发布《上海企业复工指南》，其中明确复工应当遵循“四个优先类”“白名单”的原则，重点企业优先复工，一般企业有序复工。企业需要通过“一网通办”或“健康云”平台，一般企业向所在街道（镇）、园区备案，重点企业向区经委（科经委、商务委）、园区管委会备案，并得到通知后方可复工。

同时，还需遵循各个区的要求。比如徐汇区，区发改委和消防救援支队就在复工的消防安全责任方面做了更加具体的指南，分别从岗位补缺、隐患自查整改、设备保养、预案培训等方面提出整改建议，以确保企业复产期间的消防安全；区市监局则在每日一巡的基础上，督促商户使用“沿街商铺管理系统”小程序，做好“一填报一承诺四自查”，筑牢疫情防控的“结界”。

律师团队提示：无论是哪类企业，复工均需向相关部门报备并获取书面通知文件。商业物业应当向所辖大厦内的企业（公

司）作出提示，要求复工前先进行备案，备案通过后向商业物业报备，方可复工。由于复工报备时需要提供复工申报表、承诺书、防控方案、拟返工员工网上登记信息等材料，这也在一定程度上要求企业（公司）做好防疫措施，可以减轻商业物业管控的压力，减少商业物业受到连带责任的风险。

三、关于线上登记+线下核对

很多商业物业目前采用的是预约制度，即无论是大厦内企业（公司）的员工复工，还是进入大厦的访客，都需要先通过物业管理平台进行线上登记，审核通过后凭登记信息进行核对后放行。

律师团队提示：线上预先登记对于商业物业进行人员管理而言的确高效、实用，有的商业物业通过内部物业平台进行登记，还有的商业物业通过外部软件 app 或微信公众号平台等进行登记。需要注意的是，无论采用哪一种方式，均需对被登记者的信息进行隐私保护，告知经手信息的部门和员工，未经被登记者许可，不得向第三方透露或用于其他用途，避免发生侵犯个人隐私的情况。如使用外部软件或平台的，还应注意核查软件、平台的正规性、合法性，认真阅读使用协议，避免因疏忽造成被登记者的隐私泄露。

就线下核对而言，主要是把握人、证相符合一致原则，切不可因为已通过线上审批就掉以轻心，使线下审核这个重要环节流于形式。

四、关于外来车辆严格核查

外来车辆内的人员（如司机）不一定会进入大厦，且具有一定的不确定性，部分商业物业仍按照常规进行停车场管理，不另行登记；部分商业物业对于外地车牌，特别是重点地区车牌的车辆不允许进入停车场。

律师团队提示：地下停车场的使用有几个风险。1、地下停车场由于相对较为封闭，车内人员在等待期间可能会打开空调外循环系统换气。2、车内人员与进入大厦的共乘者算密切接触者。3、进入大厦的人员自己开车的，车内可能曾搭乘过其他人员。为了保障防疫工作的有效，建议进入停车区域的车辆及人员，也要进行消毒、测温、登记。

在做好停车场的防控措施后，也不必过度紧张。以车牌限制准入的做法没有法律依据，可能侵犯公民的人身自由权利并引发社会矛盾。

五、关于餐饮、零售业服务模式转变

随着企业员工陆续到公司上班，三餐的供应是无可避免的问题。有的餐饮企业

由提供餐厅内用餐改为提供集体订餐服务，有的商业物业鼓励人员错峰就餐，或协助制定员工就餐时间计划，分批、分段、分隔就餐。

律师团队提示：对于大厦内有餐饮、零售行业的商业物业，管理上难度更大。如果该类企业已获得复工批准通知，原则上不能阻碍其复工。提供集体订餐、配送服务是目前解决该问题的最好方式，但需要注意的是，以餐厅、零售店内原有的人员配置未必能够满足集体订餐的配送要求。

因而，餐饮业、零售店可能会采用外包部分服务的方式来达到目的。对于商业物业而言，可以与上述公司签署承诺书，一要告知上述公司做好自身的质检管理，对工作人员的健康、食材的采购和处理过程严格把控；二要对进入大厦的外包人员进行监督和登记、进出大厦的时间进行合理安排；三要要求餐饮企业、零售业通过与正规的、具有相关经营资质的外包服务公司进行合同签署并挑选经过专业培训的人员，并告知任意用人的风险，防止出现问题时无法找到相关责任主体。

六、关于公共区域消毒及废弃口罩处理

公共区域消毒的重要性不言而喻，但

对于商业物业而言，消毒产品紧缺涨价却必须大量购入的现状，大大增加了商业物业的经营成本。同时，废弃口罩属于哪类垃圾，是否需要单独分类处理，每个商业物业的处理方式又各有不同。

律师团队提示：从短期来看，消毒及防疫产品的购入的确会增加商业物业的经营成本，但是，一套完善的消毒防疫机制，是此时能让业主立刻感受到安心的方法，改变过往部分人认为物业“无事可做”的观念。因此，无论从防疫角度还是品牌建设角度，都建议商业物业通过正规渠道、正规公司购买消毒防疫产品，切不可因为贪便宜购买低价产品，也不要耍小聪明而不按照消毒标准进行消毒。否则，不仅可能影响企业声誉，还可能因不配合防疫工作而受到处罚。当然，如果在购买产品的过程中，发现有哄抬物价、以次充好的情况，应当及时向有关部门举报。

另一方面，由于高浓度酒精及部分消毒物品具有一定的易燃性，空气中乙醇浓度超过3%即可引发火灾，酒精挥发后的室内乙醇浓度可能过高，遇明火或静电时即可能燃烧。因此，商业物业在使用和存储过程中应当严格遵守消防法规的规定。

废弃口罩会依附一部分污染物，具有

一定传播病毒的危险。虽然普通民众佩戴过的口罩，沾染新型冠状病毒的风险较低，不属于医疗垃圾的范围，但为了尽可能降低传播风险，建议单独设立一个垃圾桶用于丢弃口罩、手套、护目镜等废弃防护用品，也便于后续的垃圾处理。

七、关于外卖、快递区域管理

复工之后，商业物业必然需要面临快递和外卖的接收问题。为了减少人员的接触和聚集，多数商业物业采用的是划分区域进行快递和外卖的摆放，并通知人员自行领取的方式。

律师团队提示：商业物业在划分区域进行外卖、快递的存放时，同时即承担了上述物品的保管责任。虽然商业物业是在特殊时期临时提供无偿的保管，商业物业仍应当积极、认真地履行保管义务，做好登记、通知领取、监查的工作。因为在出现保管物毁损、丢失的情况时，如果商业物业能够证明自己没有重大过失行为的情况下，是不需要承担责任的。当然，如果商业物业原本就将收快递的服务包含在物业服务之列，则保管义务的要求会更加严格。

八、关于宣传与保障并行

近几日疫情确诊、疑似人数均有大幅下降，部分地区的市民开始出门逛街，某市某商厦数小时即创下 1000 万元的销售额；有的商业广场人流涌动，热闹程度更胜以往。

律师团队提示：由于国家的大力呼吁、管控及人民的配合，目前疫情得到了良好控制，遏制疫情蔓延的“机会窗口”出现了。如果此刻掉以轻心，很可能会功亏一篑，再次出现疫情大幅蔓延的情况。商业物业此时不能放松警惕，应向市民进行宣传劝导，减少出行；同时可采用限时、限人数开放购物等方式，保证消毒能够跟上需求，且单位面积内的人员密度符合要求。

九、关于关注内部员工健康

多地商业物业负责人、员工放弃假期，连续加班，部分基层人员因工资低、压力大、工作忙而辞职。

律师团队提示：如商业物业内部安排、管理措施不当导致员工因工作原因感染的，也将被认定为工伤，还可能导致整个企业停工。因此，关注员工的健康和防护措施非常重要。

物业服务企业的压力，最终会转变为员工的压力。在目前的情况下，重新招工

培训不太容易，基层员工需要付出双倍甚至多倍的时间去完成纷至沓来的工作，他们的权利也应当得到保障，否则可能引发劳动相关的纠纷。工资发放、社保、加班费、调休……劳动法律法规规定的，一样都不能少；如有需要调整的内容，及时与员工协商并达成书面一致后才可实行。

值此特殊时期，商业物业在做好现有工作的同时，更加值得思考的是，如何通过处理此次疫情中所产生的问题，总结经验教训，在未来面临相似突发事件时，能够积极响应政府的号召，迅速作出恰当的应急方案。



疫情当前别乱跑，恶意出门罪难逃

作者：张伯乐



2020年1月20日，中华人民共和国国家卫生健康委员会发布公告(2020年第1号)将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。在疫情防控形势严峻之时，每个公民应当自我约束，在保护自己的同时，也避免危害他人。如果被采取预防、控制措施的疫情感染者恶意脱离管控(出门)、或者造成病毒传播、或者有严重传播危险的，情节严重者，将可能触犯刑法，处以刑事责任。

在疫情防控的关键时期，无论是否接触感染者，不出门乱跑，就是对自己和他人负责，为防止疫情进一步蔓延贡献自己

的力量。相反，如果在疫情防控的关键时期，普通百姓尤其是被感染者或疑似感染者，对相关部门的警示置若罔闻，擅自外出，既是对自己不负责任，也是对他人、对国家的不负责，一不小心就可能触犯法律，严重的可能构成犯罪。为避免一些人稀里糊涂犯错，本文对疫情防控时期随意出门可能涉嫌的罪名作如下简单梳理。

案例一：某社区安排工作人员对从湖北返回家中的居民叶某开展宣传劝解工作，告诫其不要外出且按时报告体温，在此过程中，叶某多次对工作人员进行辱骂、威胁，之后又多次出门，叶某因涉嫌妨碍公务罪被公安机关刑事拘留。

涉嫌罪名：刑法第二百七十七条 妨害公务罪

以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务的，依照前款的规定处罚。在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的，依照第一款的规定处罚。故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的规定从重处罚。

案例二：叶某返回社区4日内，患有发热、乏力、干咳等症状，工作人员立即采取积极措施对其控制，并确定在家对其进行初步诊断治疗。期间，叶某趁工作人员不备，逃离家门前往亲戚家，其涉嫌妨害传染病防治罪。

涉嫌罪名：刑法第三百三十条 妨害传染病防治罪

违反传染病防治法的规定，有下列情形之一的，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。其中条件之一的第（四）项为“拒绝执行疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的”。

案例三：叶某返回社区7日后，工作人员将其确定为疑似患有新型冠状病毒肺炎患者，但是其拒绝配合隔离并强行脱离隔离和治疗，出门走亲访友，其涉嫌过失以危险方法危害公共安全罪。

涉嫌罪名：刑法第一百一十四条、第一百一十五条第二款 过失以危险方法危害公共安全罪

过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。（本条款结合情形四）

案例四：叶某返回社区10日后，医疗人员确诊其为新型冠状病毒肺炎患者，被强制隔离进行治疗。但其想报复社会，于是夜晚趁医护人员不备逃离医院，前往车站、商场等人员聚集地方流窜，其涉嫌构成以危险方法危害公共安全罪。

涉嫌罪名：刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款 以危险方法危害公共安全罪

放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

综上，在疫情防控的关键时期，无论是病毒感染者，还是尚未感染者，不服从管理，随意出门，将会给自己和他人增加负担，带来潜在的危险，情节严重者还将陷入牢狱之灾。作为普通公民，我们要充分相信党和政府正想尽一切办法进行防控和救治，不随意出门就是对自己负责，对国家做贡献。从相关报道可知，在前期定点医院诊断有肺炎症状的发热病人和新型肺炎病人的密切接触者，由政府安排车辆分别送至隔离观察点，进行医学观察、治

疗或者采取其他预防措施，隔离期间，免费提供食宿，医学观察或治疗。所以，请广大人民群众务必相信党和政府，积极配合工作和治疗，只有团结一致，众志成城，才能更快的以最小的代价战胜疫情！

律师也借此机会呼吁大家，不要因为没感染或隔离就心存侥幸，务必要听从专家建议，大家再坚持一段时间，否则党和政府及防疫一线工作人员前期所做的大量防控工作，很可能会前功尽弃。为了你、我、他，为了更快的迎接春天的到来，切记不要随意出门！



张佰乐 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、
廉洁从业保障机制研究

引发新冠肺炎传播危险的行为 该如何定性？

作者：傅建平、张伯乐

疫情防控时期，行为人违反管控措施，导致新冠肺炎传播危险的行为该如何定性？构成以危险方法危害公共安全罪？还是构成过失以危险方法危害公共安全罪？抑或是构成妨害传染病防治罪？

当前，新冠肺炎疫情防控工作仍居全国各项工作之首，只有全国上下一心、同舟共济，方能攻坚克难，早日战胜病毒，打赢这场战役。然而，在当前严峻形势下，也有极少部分人因为认知水平、侥幸心理、心态失衡，担惊受怕等种种原因，故意或过失违反疫情防控规定，不仅严重影响了妨害疫情防控工作的开展，危害社会公共安全，而且可能危及自身安全，甚至触犯刑事法律风险，应予以坚决打击。为此，各地公安机关重拳出击，从快从严打击相关违法犯罪行为。根据媒体的公开报道，多人因严重违反疫情规定，被公安机关以“以危险方法危害公共安全罪”、“过失以危险方法危害公共安全罪”或“妨害传染病防治罪”立案侦查。为依法准确惩

治疫情期间有关的违法犯罪，两高两部于2020年2月6日出台了《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》（以下简称“意见”），就如何适用上述罪名给予相对明确的规定。为便于理解《意见》精神，使社会公众准确理解和适用相关法律规定，笔者结合当前疫情期间的相关案例，拟对上述三个罪名的适用条件和法律规定做一简单梳理，供大家参考。

一、通报案例

案例一：孙某，男，66岁，嘉陵区吉安镇人。1月20日与其家人从武汉驾车回到吉安镇老家，次日参加农村坝坝宴聚会。22日上午因有发烧咳嗽等症状，到李渡镇医院就诊后乘客车回家。23日孙某感觉肚子“气鼓气胀”，全身乏力，又到嘉陵区人民医院就诊，医生诊断为疑似新型冠状病毒感染，要求其隔离治疗。但孙某不听劝阻悄悄逃离医院乘坐客车回家，后被强制隔离治疗并于26日被确诊为新型冠状病毒感染的肺炎。2月5日下午痊愈出院，医院专门派车将其送回吉安镇。经查，孙某逃离医院那几天内接触大量人员，导致数十名与其密切接触人员被隔离观察。目前，公安机关依法对孙某以涉嫌妨害传染病防治罪立案侦查。

案例二：黄某某，男，45岁，武汉东运制版有限公司销售部门负责人，平陆县常乐镇平高村人。黄某某于2020年1月21日驾驶鄂A牌照车辆携带家人从武汉返回平陆过年，其明知自己是武汉疫区返乡人员，却没有按照山西省、运城市、平陆县新型冠状病毒肺炎防控领导小组办公室和其工作单位要求，主动到居住地的村支部、社区或社区卫生服务中心报告、登记；也没有居家隔离十四天，而是多次出入公共场所，参加家庭聚会，特别是2月5日在其发现自己出现发热症状的前提下，仍未按要求到指定医院发热门诊就诊，并让其密切接触者薛某某到药店购药。2月10日被确诊为新型冠状病毒肺炎病例。黄某某的行为已造成其接触过的24人被集中隔离观察、85人被居家隔离观察的严重后果。目前平陆县公安局对黄某某涉嫌过失以危险方法危害公共安全罪立案侦查。

案例三：刘某某，男，现年49岁，汉族，现住许昌市东城区半截河办事处某小区。2020年1月23日，刘某某为其儿子在许昌东城区某大酒店举办婚宴，女儿等亲朋参加婚宴。2月5日，刘某某女儿确诊为新型冠状病毒感染的肺炎病例。在社区排查时，刘某某拒不配合调查工作，隐

瞒其女儿密切接触人员及其儿子婚宴的情况，且拒不提供参加婚宴人员名单，造成疫情防护措施不能及时落实。2020年2月11日，许昌市公安局东城分局依法对刘某某以涉嫌妨害传染病防治罪立案侦查。

二、法理分析

从以上三个案例通报情况来看，疫情时期，行为人违反疫情规定，产生的法律后果不同，承担的法律 responsibility 也存在差异，我们有必要先来看看几个罪名的差异。

（一）以危险方法危害公共安全罪

我国《刑法》第一百一十四条规定，放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。第一百一十五条第一款规定，放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。此外，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案

件具体应用法律若干问题的解释》【法释[2003]8号】（以下简称“解释”）明确，故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。另外，为严厉打击新冠肺炎传播行为，严格区分不同行为的性质，《意见》再次明确下两类行为将以危险方法危害公共安全罪定罪处罚：一是已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具的；二是新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播的。结合当前疫情，根据上述规定，我们来分析以下疫情防控时期哪些人的何种行为将被刑法以以危险方法危害公共安全罪定罪。

1. 主体要件

从《意见》规定来看，该罪犯罪主体可以简单地概括为“确诊”和“疑似”新冠肺炎感染者两类，该主体必须经过医学程序加以认定，即根据国务院卫生行政部门发布的《传染病防治法规定管

理的传染病诊断标准》，符合传染病病人和疑似传染病病人诊断标准的人。案例一中的孙某已被医生诊断为疑似新冠肺炎感染者并要求其隔离治疗，符合该罪的主体要件。

2. 客观要件

首先，根据同类解释规则和刑法体系解释原理，结合目前新冠肺炎的病毒性、传染性以及危害性来看，新冠肺炎的传播与放火、决水、爆炸、投放危险物质具有“等质性”。

其次，行为人只有同时满足拒绝隔离治疗或者在隔离期满擅自脱离隔离治疗，并且进入公共场所或者乘坐交通工具等这两个条件，才有可能造成危害公共安全的可能性。

例如，拒绝隔离治疗或者在隔离期满擅自脱离隔离治疗的两类主体，并没有进入到公共场所或者没有乘坐任何公共交通工具，而是做好防护、独自驾车前往自己居住的地方进行自我隔离，该行为不宜以本罪规制。

案例一中的孙某不听劝阻悄悄逃离医院乘坐客车回家，且与不特定多数人接触，符合该罪的客观要件。

3. 主观要件

该罪主观上只能是故意，过失不构成本罪。故意又分为直接故意和间接故意，直接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种危害结果发生的心理态度；间接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且放任这种危害结果发生的心理态度。对于新冠肺炎的传播，无论行为人希望或是放任危害结果的发生，其主观恶性都比较大，必须严惩不贷。案例一中的孙某明知自己是“疑似”新冠肺炎患者，仍然脱离隔离治疗，并多次与不特定人接触，其对危害结果持放任态度，主观上是故意的，符合该罪的主观要件。

4. 危害结果

危害结果包含实害结果和危险状态，既可以是引起新冠肺炎传播的实害后果，也可以是引起传播的危险后果。但其本身具有“法定性”，即只有当刑法对它们做出了明文规定以后，它们才具有犯罪构成要件的意义，才能够成为某些特定犯罪在客观上的必备条件。根据意见内容，对于确诊感染者，属于行为犯，只要实施了《意见》规定的行为，

即可入罪，并不必然造成新冠肺炎大量传播这一危害结果发生；对于疑似感染者，则不仅要求实施上述行为，而且客观上造成了新冠肺炎传播的事实，才能构成本罪。案例一中的孙某逃离医院后接触大量人员，导致数十名与其密切接触人员被隔离观察，如果上述人员被确认因其感染新冠肺炎，便符合该罪的危害结果要件。

综上，对于确诊患者主体在同时满足前三个要件时即可构成本罪；而对疑似感染者，则需要同时满足以上四个要件时才构成此罪。据此，笔者认为，根据《意见》规定，案例一中的孙某虽以“妨害传染病防治罪”立案侦查，但如果最后证实与其密切接触的多人因其感染新冠肺炎，就应以“以危险方法危害公共安全罪”定罪处罚。

（二）过失以危险方法危害公共安全罪

笔者注意到，新出台的《意见》中对于疫情防控期间，对于过失造成新冠肺炎大量传播的情况如何定性并未作出明确规定。笔者认为，对于疫情防控期间，确实存在重大过失，导致不特定多数人感染新冠肺炎的行为，可以以

“过失以危险方法危害公共安全罪”予以处罚。

我国《刑法》第一百一十五条第二款规定，过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。《解释》规定，患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗，过失造成传染病传播，情节严重，危害公共安全的，依照刑法第一百一十五条第二款的规定，按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。结合上述规定及疫情期间的特殊情况，我们来分析以下该罪的构成要件。

1. 主体要件

笔者认为，鉴于疫情时期的特殊严厉政策，该罪主体应限定为特殊主体，该主体应符合如下特征。其一，行为人与“确诊”或“疑似”感染者有过密切接触史或者生活在“重疫区”者，其中“密切接触者”及“重疫区”应以各个地方政府及相关部门所发布的通告内容为准；其二，行为人被确定为病毒携带者、传播者之前并未出现疑似感染症状。案例二中的黄某从武汉返回平陆过

年，属于武汉疫区返乡人员，符合该罪的主体要件。

2. 客观要件

行为人符合明知自己符合上述主体要件的前提下，客观上未按规定自行申报、自我隔离，并实施多次出入公共场所、参加聚会、走亲访友等行为。案例二中的黄某明知其符合主体要件，却未按照山西省、运城市、平陆县新型冠状病毒肺炎防控领导小组办公室和其工作单位要求，主动到居住地的村支部、社区或社区卫生服务中心报告、登记，也未居家隔离十四天，其间多次出入公共场所，参加家庭聚会，特别是发现自己出现发热症状的前提下，仍未按要求到指定医院发热门诊室就诊，并让其密切接触者薛某某到药店购药，符合该罪的客观要件。

3. 主观要件

该罪主观上只能是过失，这也是区别于“以危险方法危害公共安全罪”的主要特征。过失包括过于自信的过失和疏忽大意的过失。过于自信的过失，是指行为人已经预见到自己行为可能发生的危害公共安全的危害结果，但轻信

能够避免，导致危害结果的发生；疏忽大意的过失，是指行为人应当预见危害结果可能发生，因为疏忽大意而没有预见，以致发生了这种危害结果。二者在主观上都是不希望危害结果的发生。案例二中的黄某显然并不希望自己的行为导致大量人员被新冠肺炎感染，但是作为疫区返乡人员且有发热症状的前提下，应该预见到危害结果的发生，因为疏忽大意而没有预见，导致危害结果的发生，符合该罪的主观要件。

4. 危害结果

该罪属于结果犯，只有造成严重后果才能以该罪论处。笔者认为，此危害结果只能是引起了新冠肺炎传播的实害后果才可以构成本罪。案例二中黄某的行为虽然造成其接触过的 24 人被集中隔离观察、85 人被居家隔离观察的严重后果，且被公安机关立案侦查，但如果上述被隔离人员最终未被诊断为新冠肺炎感染者，其行为就不构成该罪；如最终证实上述被隔离者有部分或全部感染了新冠肺炎，便符合该罪的危害结果要件。

综上，笔者认为行为人的行为同时满足以上构成要件时，应以“过失以危

险方法危害公共安全罪”定罪处罚。

（三）妨害传染病防治罪

我国《刑法》第三百三十条规定，违反传染病的规定，有下列情形之一的，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。其中，该条第一款第（四）项规定，拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。第二款规定，单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

最新出台的《意见》规定，其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施，引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的，依照刑法第三百三十条的规定，以妨害传染病防治罪定罪处罚。现结合疫情和法律规定，对该罪名简单分析如下：

1. 主体要件

该罪主体为一般主体，包括单位和个人，既包括确诊病毒感染者和疑似感染者，也包含在疫情防控工作中有特定

职责和义务的个体和单位。案例三中的刘某，符合该罪的主体要件。

2. 客观要件

违反传染病防治法的规定而拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施。2020年1月20日，国家卫健委根据国务院批准发布了1号公告，第一条规定，将新冠肺炎纳入乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。既然是甲类管理，在疫情控制方面，将参照《传染病防治法》对甲类传染病的防治措施。所谓的防治措施应包括隔离治疗、居家隔离、登记报告等现行的一系列措施。需要注意的是，虽然《刑法》规定构成此罪要求必须引起甲类传染病传播或者有传播严重危险，法定的甲类传染病仅包括鼠疫和霍乱两种。但是，2008年6月最高检、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》第49条对此作出扩大解释：单位或者个人违反传染病防治法的规定，引起甲类或者按照甲类管理的传染病传播或者有传播严重危险的，应当按照妨害传染病防治罪立案追诉。据此，妨害甲类传染病管理的行为同样受本罪规则。案例三中的刘某拒不配合调查工作，隐瞒其女儿密切

接触人员及其儿子婚宴的情况，且拒不提供参加婚宴人员名单的行为，符合该罪的客观要件。

3. 主观要件

一般认为，该罪的主观方面只能是过失，虽然行为人抗拒疫情防控措施的行为是故意的，但其主观上并不希望危害结果的发生，过失形态上多为过于自信的过失。此情况类似于交通肇事罪，虽然违反交通规则是故意，但并不希望危害结果的发生。案例三中的刘某符合该罪的主观要件。

4. 危害结果

构成此罪要求必须引起冠状病毒肺炎传播或者有传播的严重危险，既可以是引起新冠病毒传播的实害后果，也可以是引起传播严重危险的后果。该罪此处有别于前两个罪名。案例三中的刘某造成疫情防护措施不能及时落实，符合该罪的危害结果要件。

综上，笔者认为，行为人在同时满足以上构成要件时，才能以“妨害传染病防治罪”定罪处罚。

三、余论

需要指出的是，笔者虽然针对上述三个罪名结合案例，从主体要件、客观要件、主观要件和危害结果四个方面进行了分析区分，但并未面面俱到。实际上，三个罪名在法定刑、侵犯的法益方面也有所区别，比如，以危险方法危害公共安全侧重保护社会公共安全、妨害传染病防治罪则侧重维护社会管理秩序。实践中，对行为人的行为如何定性，需要结合行为人的事实证据和法律规定来综合衡量，做到罪刑法定和罪责刑相适应。

此外，《意见》还规定：以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员（含在依照法律、法规规定行使国家有关疫情防控行政管理职权的组织中从事公务的人员，在受国家机关委托代表国家机关行使疫情防控职权的组织中从事公务的人员，虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事疫情防控公务的人员）依法履行为防控疫情而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等措施的，依照刑法第二百七十七条第一款、第三款的规定，以妨害公务罪定罪处罚。暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，以妨害公务罪定罪，从重处罚。妨害公务罪的适用与上述三个罪名基

本不存在疑问，但四个罪名的适用都旨在保护疫情防控工作顺利进行，本文不做赘述。

疫情当前，守护自己就是保家卫国，每个公民都应当主动配合有关部门做好疫情防控工作，严格遵守疫情防控相关规定，主动报告，主动隔离，减少外出，切实对自己和他人的生命健康负责，否则可能害人害己。与此同时，我们在从严政策下，对妨害疫情防控措施的行为，既要严厉打击，也要严格遵守罪刑法定、罪责刑相适的原则，做到罚当其罪。

最后，祝福中国，静等花开！



傅建平 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务委员会 副主任
上海市法学会刑法学研究会 理事
上海七方律师事务所刑事辩护与刑事合规部 主任
华东政法大学文伯书院校外导师

业务方向：刑事辩护、企业刑事合规、
企业刑事风险防控、企业法律顾问

共抗疫情，善行捐赠

捐赠时应关注的法律问题

作者：王黎君

2020年春节前夕，湖北武汉爆发了新型冠状病毒感染肺炎的疫情，疫情牵动着人心，更有很多爱心人士在组织发起捐赠或进行直接捐赠。前不久上海七方律师事务所及律所工会也对湖北省武穴市第三人民医院进行定向直接捐赠，非常时期，大家众志成城、共抗疫情！

公益捐赠是社会责任积极承担的一种表现，也是减轻政府压力，缓解社会需求，体现捐赠人善良本愿，是倡导的社会爱心传播的正能量行为，任何善念善行都应当被法律所确认和保护，我国法律对捐赠有什么样的法律法规呢？捐赠行为会不会涉及损害其他人的权益呢？

一、哪些财产可以捐赠？

根据《中华人民共和国慈善法》规定捐赠人捐赠的财产应当是其有权处分的合法财产。捐赠财产包括货币、实物、房屋、有价证券、股权、知识产权等有形和无形财产。捐赠人捐赠的实物应当具有使用价值，符合安全、卫生、环保等标准。

捐赠人捐赠本企业产品的，应当依法承担产品质量责任和义务。

捐赠可以直接赠与受赠人，也可以通过慈善组织转赠。

二、谁可以接受捐赠？

1999年9月1日起实施的《中华人民共和国公益事业捐赠法》的第2条规定：“自然人、法人或者其他组织自愿无偿向依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位捐赠财产，用于公益事业的，使用本法。该法规定了公益捐赠的捐赠人主体，受赠主体须是公益性社会团体和非营利的事业单位，像上海七方律所向湖北省武穴市第三人民医院的捐赠，医院是合格的受赠主体。网上热传的一名不愿留名的口罩哥向派出所捐赠一箱口罩挥手就走的暖心视频，派出所是公安局（行政机关和司法机关）的派出机构，如果向公安局捐赠，作为行政单位是受赠的适格主体吗？

《中华人民共和国公益事业捐赠法》第十一条 在发生自然灾害时或者境外捐赠人要求县级以上人民政府及其部门作为受赠人时，县级以上人民政府及其部门

可以接受捐赠，并依照本法的有关规定对捐赠财产进行管理。

县级以上人民政府及其部门可以将受赠财产转交公益性社会团体或者公益性非营利的事业单位；也可以按照捐赠人的意愿分发或者兴办公益事业，但是不得以本机关为受益对象。

《救灾捐赠管理办法》第三条，“本办法所称救灾捐赠受赠人包括：

（一）县级以上人民政府民政部门及其委托的社会捐助接收机构；

（二）经县级以上人民政府民政部门认定的具有救灾宗旨的公益性民间组织；

（三）法律、行政法规规定的其他组织。”

由上述规定可见，在特定情形下，县级以上行政机关是可以作为受赠人的，可以管理受赠财产，也可以较交给公益社会团体或非营利的事业单位，但不得作为受赠财产的受益对象。

三、捐赠会侵害债权人权益、股东权益吗？

2003年我国财政部下发了《关于加强企业对外捐赠财务管理的通知》认为企业捐赠是，“企业自愿无偿将其有权处分的合法财产赠送给合法的受赠人用于与生产经营活动没有直接关系的公益事业的行为。”只要是企业有权处分的合法财产，赠送出的财物被用于与捐赠人生产经营活动无直接关系仅用于专项公益事业的

赠送，是被国家所认可为善意的公益捐赠。

可是，企业的财产除部分是设立时的出资财产，还有经营性收入，企业资产不仅关乎股东的权益，更直接关系公司债权人的权益。公司资产的减少会影响股东的分红，从而减少股东的应得利益，那么公司对外捐赠是经股东会决策还是董事会（执行董事）决策呢？是否有企业主感叹：我太难了……

其实，企业对捐赠决策还是有充分的自治权的。比如公司章程、出资协议、财务制度等规范性文件对非经营性支出有限制性约定，应先遵其约定，毕竟《公司章程》、各类协议、制度都是规范执行的硬性要求。如公司章程、出资协议、财务制度等未对捐赠作出约定，捐赠决策可以经股东会作出决议，设董事会的公司可经董事会决议，未设董事会的公司可由执行董事决议。

捐赠是善心善为，应当不违背社会公德，不危害国家安全、不损害社会公共利益和他人合法权益。是不影响生产经营的对外援助的意思自治行为，此处企业决策者可以团结，可以高度自治。

企业资产的减少会相应减少公司的可担保财产，从而影响债权人债权的实现，公司股东或董事做出公司捐赠的决定，有时可能顾及不到债权人的利益。那么公司应该是先进行捐赠还是先履行债

务保证债权人债权呢？这些问题企业如何平衡呢？

2003年3月14日发出的《关于加强企业对外捐赠的财务管理的通知》关于捐赠的原则和要求中规定，企业已经亏损或者由于对外捐赠将导致亏损或者影响企业生产经营的，除特殊情况外，一般不能对外捐赠。

可见，虽然捐赠是好事，但须“量力而行”。

在有其他可担保财产实现债权时，企业可以进行量力而行的捐赠。债务毕竟是法律责任，捐赠或是道德责任。在上层建筑层面，法律是最低的道德底线，还是要顾全法律责任再顾及道德修养的提升。

如股东或债权人认为企业捐赠行为损害自身权益，且足够认定为恶意捐赠证明，即使捐赠行为已完成，捐赠标的已交付，股东及债权人仍享有依法救济的途径和权利。

四、捐赠财产有税收优惠吗？

有，《中华人民共和国公益事业捐赠法》第二十四条、第二十五条的规定个人和公司企业捐赠享有税收优惠的法律依据。

企业捐赠税前扣除规定：《企业所得税法》第九条规定，“企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除。”

《财政部、国家税务总局、民政部关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》(财税〔2008〕160号)第一条规定,“企业通过公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门,用于公益事业的捐赠支出,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。”

公益性捐赠支出,不超过年度会计利润总额12%的部分,准予据实扣除,超过部分和非公益性捐赠支出不允许税前扣除,应调整纳税所得额。

公益事业的捐赠支出,《中华人民共和国公益事业捐赠法》有严格的法定范围,向公益事业的捐赠支出,具体范围包括:

(一)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动;

(二)教育、科学、文化、卫生、体育事业;

(三)环境保护、社会公共设施建设;

(四)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。

个人捐赠的税前扣除规定:

《中华人民共和国个人所得税法》第六条第三款规定,“个人将其所得对教育、扶贫、济困等公益慈善事业进行捐赠,捐赠额未超过纳税人申报的应纳税所得额百分之三十的部分,可以从其应纳税所得额中扣除;国务院规定对公益慈善事业捐赠实行全额税前扣除的,从其规定。”

根据《国家税务总局关于个人捐赠后申请退还已缴纳个人所得税问题的批复》(国税函〔2004〕865号)规定:根据《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例的有关规定和立法精神,允许个人在税前扣除的对教育事业和其他公益事业的捐赠,其捐赠资金应属于其纳税申报期当期的应纳税所得;当期扣除不完的捐赠余额,不得转到其他应税所得项目以及以后纳税申报期的应纳税所得中继续扣除,也不允许将当期捐赠在属于以前纳税申报期的应纳税所得中追溯扣除。

根据《中华人民共和国个人所得税法》、《中华人民共和国个人所得税法实施条例》及其相关规定,个人通过非营利性的社会团体和国家机关向红十字事业、农村义务教育以及公益性青年活动场所的公益性捐赠,在计算缴纳个人所得税时,准予在税前的所得额中全额扣除。

这些税收优惠政策是善行的善果!

五、捐赠还要注意什么问题?

1. 募捐

捐赠有直接捐赠和转交捐赠,自然也有有用自有财产捐赠和发起募捐募得财产再捐赠。但是,对发起募捐,尤其是开展公开募捐的(公开:向不特定的主体公开募),我国规定必须要取得公开募捐资格:依法登记满二年的慈善组织,可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格。

2. 履行捐赠义务和捐赠承诺。

《慈善法》第四十一条规定，“捐赠人应当按照捐赠协议履行捐赠义务。捐赠人违反捐赠协议逾期未交付捐赠财产，有下列情形之一的，慈善组织或者其他接受捐赠的人可以要求交付；捐赠人拒不交付的，慈善组织和其他接受捐赠的人可以依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼：

（一）捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的；

（二）捐赠财产用于本法第三条第一项至第三项规定的慈善活动，并签订书面捐赠协议的。

《救灾捐赠管理办法》第三十三条不仅规定了受赠人有权向捐赠人追要捐赠款物，还可以通过适当方式向社会公告说明。

3. 承诺捐赠，而实际未履行捐赠义务的，受赠人可以要求捐赠人交付赠与。”

《合同法》第一百八十八条规定受赠人对具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，受赠人可以要求赠与人交付赠与财产。

当然捐赠是爱心自愿行为，还是要量力而行，如果赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。（《合同法》195条）

双方可以约定捐赠受益人和受赠用途。受赠人对捐赠的财产，应当登记造册，

严格管理，按照募捐方案或者捐赠协议专款专用捐赠财产。确需变更募捐方案规定的捐赠财产用途的，应当报民政部门备案；确需变更捐赠协议约定的捐赠财产用途的，应当征得捐赠人同意。

有权查询、复制捐赠财产管理使用的资料。有权查阅捐赠财务使用情况，有权复制捐赠财物的登记造册，捐赠的重点不仅仅在捐，还应关注怎么用。援助要有意义，就要落实捐赠财物管理使用信息的公开，捐赠人有知情权。

一方有难，八方支援。疫情倍速增长，仅依靠政府的行动是不够的，政府也有“布道未及处”，你、我、企业团体组织都是重要的市场经济主体，捐赠也是社会责任的承担，众志成城，才能齐心协力、才能共度难关！



王黎君 律师

上海七方律师事务所 律师
上海律协法律合规业务研究委员会 委员

业务方向：法律合规、私募股权基金业务、
公司法业务、投融资法律服务

“抗疫”税收优惠来了 ——解读财税第8号公告

作者：周松涛

新型冠状病毒引发的肺炎疫情仍在神州大地上肆虐，丝毫没有显露出减弱的趋势。在此谨向奋战在一线的白衣天使们表示致敬，向昨晚被疫病夺去生命的“吹哨人”李文亮医生表示沉痛的哀悼，英雄一路走好！

律师在眼下的疫情中作用有限，除了捐款外，能做的就是利用专业来分析一些与疫情相关的法律问题。作为七方所研究公司与税务业务的负责人，我就来逐条解读一下财政部和税务总局今天刚发布的疫情防控税收系列政策之一的8号公告。

第一条

【原文】

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

【解读】

1. 这条适用的企业范围是疫情防控重点保障物资的生产企业，非此类企业不适用。

2. 适用的物资范围是为扩大产能新

购置的相关设备，这里其实还隐含了一个限定，就是为扩大产能必须是为扩大疫情防控物资的产能，而不能是其他非主营业务产能。另外，相关设备是指哪些设备？与生产紧密相关的设备应该都算，比如生产设备、生产辅助设备等等。那与生产不直接关联的设备算不算呢？比如空调。个人理解，这要分情况，如果空调是用于保障防控物资生产的（比如有些物资有温控要求），那就应当算；如果空调是用在管理部门的，这与扩大产能不直接相关，不能算。

3. 一般的设备购买后是需要计提折旧分年度扣除的，一次性扣除是一种特殊的加速折旧的处理方式，不作分摊，而是一年内一次性折旧到位，全部作为成本费用在计算所得额时扣除。现行政策是《关于设备器具扣除有关企业所得税政策的通知》（财税〔2018〕54号）规定的，企业在2018年1月1日至2020年12月31日新购进的设备、器具，单位价值不超过500万元的，都允许一次性扣除。因此，企业购入的设备价值在500万元以上的，此条规定才会发挥特殊效用，而低于500万元

的，企业本来就可以享受一次性扣除。

第二条

【原文】

“疫情防控重点保障物资生产企业可以按月向主管税务机关申请全额退还增值税增量留抵税额。本公告所称增量留抵税额，是指与2019年12月底相比新增的期末留抵税额。本公告第一条、第二条所称疫情防控重点保障物资生产企业名单，由省级及以上发展改革部门、工业和信息化部门确定。”

【解读】

1. 这条适用的企业范围仍然是疫情防控重点保障物资生产企业。

2. 什么是增值税留抵税额？这个问题恐怕很多人搞不明白。所谓增值税留抵税额，简单来讲，就是增值税进项税额大于销项税额的部分，当月没法抵扣。按照一般规定，这部分留抵税额不能退，但可以结转到下一期抵扣。此次规定允许直接全额退还给企业，而不是只能结转抵扣，这样能给到企业更多流动资金用于生产、运营。

3. 这里所称的增量留抵税额中的增量，是指与2019年12月底相比的增量，因为这个规定从2020年1月1日开始实施，所以1月份就有相比上年度12月份

的增量。

4. 注意，不是生产疫情防控物资的企业都能算做这里的重点企业。这里的疫情防控重点保障物资生产企业，实行名单管理，必须由省级及以上发展改革部门、工业和信息化部门确定。经查上海市发展和改革委员会、上海市经济和信息化委员会网站，目前暂时还没有公布相关名单。

第三条

【原文】

“对纳税人运输疫情防控重点保障物资取得的收入，免征增值税。疫情防控重点保障物资的具体范围，由国家发展改革委、工业和信息化部确定。”

【解读】

1. 这条没有限定适用企业的范围。可以理解为，凡是取得此类运输收入的企业都适用。

2. 适用的情形是运输了疫情防控重点保障物资。

3. 优惠措施是免征增值税。企业在操作时需要注意，如果是小规模纳税人，那就直接这块销项税免交；如果是一般纳税人，那除了这块销项税免交外，还要把这块的进项税额作转出处理。

4. 疫情防控重点保障物资的具体范围，由国家发展改革委、工业和信息化部

确定。经查上海市发展和改革委员会、上海市经济和信息化委员会网站，目前暂时也没有公布相关物资范围信息。

第四条

【原文】

“受疫情影响较大的困难行业企业2020年度发生的亏损，最长结转年限由5年延长至8年。困难行业企业，包括交通运输、餐饮、住宿、旅游（指旅行社及相关服务、游览景区管理两类）四大类，具体判断标准按照现行《国民经济行业分类》执行。困难行业企业2020年度主营业务收入须占收入总额（剔除不征税收入和投资收益）的50%以上。”

【解读】

1. 这条适用的企业是受疫情影响较大的困难行业企业，困难行业企业限定在交通运输、餐饮、住宿、旅游四大类。经查《国民经济行业分类》，交通运输业包括：铁路运输业、道路运输业、水上运输业、航空运输业、管道运输业、多式联运和运输代理业；住宿和餐饮业包括住宿业和餐饮业；没有专门的旅游业，而是括号内专指的其他商务服务业下的旅行社及相关服务和公共设施管理业下的游览景区管理这两类。

2. 按照现行规定，企业亏损结转弥

补的最长年限为5年。也就是说企业当年度发生的亏损，可以在此后的5年内逐年弥补，如果超过5年还没有弥补完，那么余额就再也不能弥补了。此次规定，将结转年限由5年延长到了8年，给企业更多的弥补机会。但要注意，这里仅限于2020年度发生的亏损，此后年度的亏损不在范围内。

3. 对于企业范围的限制还要加上主营业务占比的条件，为什么？这是为了限制某些企业虽然属于上述行业，但主营业务占比较低，借机蹭享优惠政策。所以要求2020年度的主营业务收入必须占收入总额的50%以上，但是收入总额可以剔除不征税收入和投资收益，换句话说这里的分母收入总额主要包括主营业务收入和除去了不征税收入外的其他业务收入。

第五条

【原文】

“对纳税人提供公共交通运输服务、生活服务，以及为居民提供必需生活物资快递收派服务取得的收入，免征增值税。公共交通运输服务的具体范围，按照《营业税改征增值税试点有关事项的规定》（财税〔2016〕36号印发）执行。生活服务、快递收派服务的具体范围，按照《销

售服务、无形资产、不动产注释》（财税〔2016〕36号印发）执行。”

【解读】

1. 这条适用的企业范围是交通运输服务、生活服务和为居民提供必需生活物资快递收派服务。经查《营业税改征增值税试点有关事项的规定》，公共交通运输服务包括轮客渡、公交客运、地铁、城市轻轨、出租车、长途客运、班车。经查《销售服务、无形资产、不动产注释》，生活服务是指为满足城乡居民日常生活需求提供的各类服务活动，包括文化体育服务、教育医疗服务、旅游娱乐服务、餐饮住宿服务、居民日常服务和其他生活服务；收派服务是指接受寄件人委托，在承诺的时限内完成函件和包裹的收件、分拣、派送服务的业务活动，包括收件服务、分拣服务和派送服务。这里要注意，收派服务限定在为居民提供必需生活物资的范围内，这在实际操作中，要区分居民必需生活物资和非必需物资还是有一定难度的，或者说要完全区分开，工作量会很大，快递企业需要在日常管理中做好分类。生活服务类包含的范围还是比较广的，与居民日常相关的服务基本都包括在内了。

2. 这条免征的是增值税，操作上的注意事项同第三条。

第六条

【原文】

“本公告自2020年1月1日起实施，截止日期视疫情情况另行公告。”

【解读】

1. 该文件的效力追溯至2020年1月1日。
2. 这个政策是阶段性的特殊政策，截止日期未定，需要视疫情情况而定。



周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
上海律协财税业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所公司与税务法律服务部 主任

业务方向：公司业务、税法、企业并购、商业诉讼

抗击疫情公益捐赠的“正确姿势”

解读财税第9号公告

作者：周松涛

政策快讯

新冠疫情下，财政部和税务总局发布了疫情防控的系列文件。本人前两天解读了8号公告，今天来解读一下9号公告。

9号公告主要是针对此次疫情下的捐赠给与特殊税收优惠的政策规定。这是国家对爱心人士和企业的肯定和鼓励，既然他们做出了奉献，就应当给他们减免相应的赋税。这项政策出台很必要，也很及时，为全社会共同抗击疫情提供了有力的政策支持。下面我们就来作一些分析和解读，以便大家能充分领会政策精神，并学习掌握好捐赠的“正确姿势”。

一、享受税收优惠的主体

享受本项政策税收优惠的主体包括企业和个人，且没有限制。

二、捐赠渠道

只有通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门等国家机关进行

的捐赠才符合税收减免要求。

1. 公益性社会组织的要求

《关于公益性捐赠支出企业所得税税前结转扣除有关政策的通知》（财税【2018】15号）中规定：“本条所称公益性社会组织，应当依法取得公益性捐赠税前扣除资格。”

此处的公益性社会组织也应当作相同理解，即必须依法取得公益性捐赠税前扣除资格。而根据《关于公益性捐赠税前扣除资格确认审批有关调整事项的通知》（财税【2015】141号）的规定，公益性捐赠税前扣除资格由财政、税务、民政等部门结合社会组织登记注册、公益活动情况联合确认，并以公告形式发布名单。

因此，捐赠前可以先上网查询一下拟捐赠渠道是不是已被列入了公益性捐赠税前扣除资格的名单，而且一定要注意是当年度的名单，因为名单每年都会调整，以往名单中的机构在最新名单中可能会有变化。如果在名单中，那么可以放心捐赠，后期能够享受税收减免；如果不在名单中，也并非就不能捐，只不过将来不能

办理税收减免，这需要捐赠人自行考量。

2. 向受赠单位索要相关票据

根据《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的补充通知》（财税〔2010〕45号）的规定，对于通过公益性社会团体发生的公益性捐赠支出，企业或个人应提供省级以上（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，方可按规定进行税前扣除。公益性捐赠票据的样式可以参照以下百度到的图片（仅作参考）：



3. 政府机关的要求

如果是通过政府机关捐赠，请注意必须是县级以上。那包括县级吗？本项政策中没有特别说明，但是《关于公益性捐赠支出企业所得税税前结转扣除有关政策的通知》中规定是包括县级的，因此本项政策应当也包括县级。此外，通过县级以上政府的部门捐赠也是符合要求的。

根据《关于公益性捐赠税前扣除有关

问题的补充通知》的规定，县级以上人民政府及其组成部门和直属机构的公益性捐赠税前扣除资格不需要认定。

三、直接向医院捐赠

如果直接向医院捐赠，要享受本项政策的税收减免，必须对象是承担疫情防控任务的医院，并且仅限物品。

1. 医院的要求

受赠医院必须是承担疫情防控任务的医院。如果捐给其他医院，那就属于一般捐赠，不按本规定享受优惠。

2. 仅限物品

直接捐给医院时，只有捐赠物品才符合减免条件，如果捐赠的是现金或其他形式的资产，则不符合此次税收减免的条件。

为什么直接给医院捐款就不行呢？并不是说捐款不行，愿意直接向医院捐款也是鼓励的，但可能是因为考虑到规范的捐赠渠道需要维护，口子不宜开太大，因而此类捐款未被列入税收减免的范围。

3. 要向医院索要捐赠接收函

捐赠人凭医院开具的捐赠接收函才能办理税前扣除事宜，所以要记得向医院索要捐赠接收函。捐赠接收函的样式可以参照以下百度到的图片（仅作参考）：

捐赠物资接收函

四川 [] 基金会
州妇联于 2014 年 1 月 2 日收到 [] 基金会
2013 “新衣心意” 学生温暖过冬公益慈善活动的新羽绒服 47 套
及其他过冬衣物，该物资由四川 [] 生物科技有限公司捐赠。
我们将妥善保管并按约定用途使用受捐赠物资，捐给指定学校的
学生。

签收机构（盖章）
签收人（签字）：
2014 年 1 月 2 日

四、所得税减免

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，捐赠用于应对疫情的现金和物品，以及直接向承担疫情防治任务的医院捐赠用于应对疫情的物品，允许在计算应纳税所得额时全额扣除。

按照《关于公益性捐赠支出企业所得税税前结转扣除有关政策的通知》的规定，企业当年发生及以前年度结转的公益性捐赠支出，准予在当年税前扣除的部分，不能超过企业当年年度利润总额的 12%，结转年限不能超过三年。此次规定，则突破了这个限制，捐赠是可以全额扣除的，不用考虑是否超过了年度利润总额的 12%。

按照《关于公益慈善事业捐赠个人所得税政策的公告》（财税 2019 年第 99 号）的规定，居民个人发生的公益捐赠支出，在综合所得、经营所得中扣除的，扣除限额分别为当年综合所得、经营所得应纳税所得额的 30%；在分类所得中扣除的，扣除限额为当月分类所得应纳税所得额的 30%。此次规定，则突破了这个限制，个人捐赠也是可以全额扣除的，不用考虑是否超过了应纳税所得额的 30%。

五、流转税减免

现金捐赠不涉及流转税，只有物品捐赠才涉及流转税，因为物品的赠与在税法上被界定为视同销售，涉及缴纳流转税。所以文件将流转税减免的范围限定在货物。

这里的货物，我们最常见的是捐赠人直接购买后捐出的，但除此之外，还有捐赠人自行生产的和委托加工的货物。这几类都在流转税减免范围内。

可以减免的流转税具体包括哪些呢？包括了增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加，这些税全部免征。对于除增值税外的消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加而言，企业可以直接享受到免征的利益。就增值税而言，小规模纳税人因为不

存在抵扣，直接可以免除掉 3% 的销项税；一般纳税人存在进项抵扣问题，免除销项税后，进项税额必须要作转出处理。如果货物是一般纳税人购买的，那么销项和进项没有差额，销项免除，进项转出后，其实对纳税人没有什么影响；如果货物是一般纳税人自产或委托加工的，那么销项和

进项有差额，销项免除，进项转出后，纳税人实际是被免除了差额部分的增值税。

六、政策起止时间

本项政策文件的效力追溯至 2020 年 1 月 1 日。这个政策是阶段性的特殊政策，截止日期未定，需要视疫情情况而定。

附：

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

为支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，现就有关捐赠税收政策公告如下：

一、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。

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

捐赠人凭承担疫情防治任务的医院开具的捐赠接收函办理税前扣除事宜。

三、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。

四、国家机关、公益性社会组织和承担疫情防治任务的医院接受的捐赠，应专项用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，不得挪作他用。

五、本公告自 2020 年 1 月 1 日起施行，截止日期视疫情情况另行公告。

财政部 税务总局

2020 年 2 月 6 日

疫情面前，捐赠财产的合规说明

作者：王黎君

捐赠是慈善行为，捐赠人的权利应当予以肯定和保护。

不能因为仅仅部分基金会处理后置或者不规范的做法，退缩了我们向善的本愿。

疫情面前法律人所为有限，法律法规被遵守才有制定的意义，法律更应当被尊重！

前几日各大媒体报道武汉疫情，出现湖北省内部分医院医疗物质吃紧，红十字会、韩红基金会、韩红基金会不再收取社会捐款等热点新闻霸屏，引起部分民众热议：这些慈善性质的组织机构，接受捐赠的财产后是如何合理分配的？受赠财产怎样公平合理的发挥援助的使命呢？

我国 1999 年 9 月 1 日施行《中华人民共和国公益事业捐赠法》，2016 年 9 月 1 日施行《中华人民共和国慈善法》两部法律都对规范捐赠，保护捐赠人、受赠人和受益人的权益有着严格的规定。

一、捐赠人

捐赠主体，在本作者上一篇《善行捐赠》中有提到，《中华人民共和国公益事业捐赠法》第九条、《中华人民共和国慈善法》第三十四条中均有规定自然人、法人或者其他组织均可以作为捐赠主体，对有权处理的合法财产进行无偿、自愿的捐赠。

捐赠主体可以直接的对受赠主体捐赠，例如国外留学生和华人华侨组织直接

向武汉协和医院捐赠。也可以通过慈善中介（例如红十字会）进行非定向或定向捐赠，新闻报道湖北省红十会给武汉协和医院分配 3000 个口罩是捐赠主体定向捐赠，而备受争议的，分配给武汉仁爱医院的 1.8 万个的捐赠口罩，红十会官网回应系此部分物质系根据仁爱医院紧急求助后统筹分配了非定向捐赠物质。

捐赠人通过捐赠财物给慈善组织，慈善组织进行捐赠财物汇集后再捐赠的，慈善组织是公益捐赠的媒介，是受赠人，又是捐赠主体。《中华人民共和国慈善法》（《慈善法》）对慈善组织有如下定义：是指依法成立、符合本法规定，以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织。

慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。

二、受赠主体

受赠人可以是公益性社会团体和公益性非营利的事业单位，在自然灾害或是境外捐赠时，政府及其部门也可以接受捐赠。

《中华人民共和国公益事业捐赠法》

第十条规定，公益性社会团体是指依法成立的，以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。

公益性非营利的事业单位是指依法成立的，从事公益事业的不以营利为目的的教育机构、科学研究机构、医疗卫生机构、社会公共文化机构、社会公共体育机构和社会福利机构等。

第十一条规定，在发生自然灾害时或者境外捐赠人要求县级以上人民政府及其部门作为受赠人时，县级以上人民政府及其部门可以接受捐赠，并依照本法的有关规定对捐赠财产进行管理。

县级以上人民政府及其部门可以将受赠财产转交公益性社会团体或者公益性非营利的事业单位；也可以按照捐赠人的意愿分发或者兴办公益事业，但是不得以本机关为受益对象。

为何要引申出上述法律规定？旨在讨论绕开红十字直接向医院或政府部门捐赠合不合法，不可行？中国经济周刊最近有篇热文《财政部说鼓励直接捐赠，武汉为何仍坚持红会统筹？》，文中报道：在2月7日财政部副部长余蔚平在国新办新闻发布会上表示：鼓励社会各界踊跃捐款捐物，缓解医疗救助物资资金的压力，扩大接收捐赠的单位范围，允许直接向医院捐赠享受优惠。同时取消税前扣除比例的限制，对企业和个人捐赠给予全额的税前扣除。但同一天，武汉市市场监督管理局提示：尽量通过红十字会统筹实现捐

赠，以免绕开红十字会定向捐赠后，增加医院查验负担，带来安全风险。对绕开红十字会直接向有关单位捐赠的防护用品，凡涉嫌违法违规的行为将依法处理。

财政部继新闻发布会上发言后，财政部和税务总局于2020年2月6日配套的《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号公告出台，公告指出公益性社会组织（公益性社会组织，应当依法取得公益性捐赠税前扣除资格）或者县级以上人民政府及其部门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、向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。虽然9号公告主旨是捐赠物品可予应纳税所得额时全额扣除，但是公告也明确了可以直接向医院捐赠物质，公告效力追溯至2020年1月1日，武汉市市场监督管理局也仅仅是提示（提示不属于地方政府规章或地方性法规），而根据《中华人民共和国公益事业捐赠法》规定，医疗卫生机构是公益性非营利的事业单位，是合法有效的受赠主体。根据这部《捐赠法》第十二条规定可以定向捐赠（捐赠人可以与受赠人就捐赠财产的种类、质量、数量和用途等内容订立捐赠协议。捐赠人有权决定捐赠的数量、用途和方式。）

同时根据《慈善法》三十五条捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠。所以，直接向医院或政府捐赠

有合法依据，是否通过红十字会捐赠还是直接向医院或政府部门捐赠物质，**捐赠人有选择权！**

需要注意，《慈善法》四十条规定 捐赠人与慈善组织约定捐赠财产的用途和受益人时，不得指定捐赠人的利害关系人作为受益人。

此条规定意在防止定向捐赠时捐赠人变相利益输送。

三、捐赠的财产

捐赠的财产须是捐赠人有权处分的合法财产，可以是资金，也可以是物质。但不仅限于此，只要可以资产评估的财产，都可以捐赠，包括知识产权、无形资产、股权、实物、有价证券和房屋。

《慈善法》规定捐赠人捐赠的实物应当具有使用价值，符合安全、卫生、环保等标准。捐赠人捐赠本企业产品的，应当依法承担产品质量责任和义务。

捐赠的财产可以是慈善组织发起人捐赠的财产（例如韩红爱心慈善基金会的原始基金），或是对已受捐赠的财产保值增值的孳息，也可以重新募捐所得财物。

四、募捐

募捐分为面向社会公众的公开募捐和面向特定对象的定向募捐两种形式。

公开募捐必须取得公开募捐资格。依法登记满二年的慈善组织，可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格，符合公开募捐资格的，民政部门直接发给公开募捐资格证书。

公开募捐可以采取在公共场所设置募捐箱，也可以向社会公众的义演、义赛、义卖、义展、义拍、慈善晚会等，通过广播、电视、报刊、互联网等媒体发布募捐信息等方式进行。

公开募捐必须制定募捐方案包括募捐目的、起止时间和地域、活动负责人姓名和办公地址、接受捐赠方式、银行账户、受益人、募得款物用途、募捐成本、剩余财产的处理等。募捐方案在开展募捐活动前须报慈善组织登记的民政部门备案。

公开募捐须在募捐活动现场或者募捐活动载体的显著位置，公布募捐组织名称、公开募捐资格证书、募捐方案、联系方式、募捐信息查询方法。

定向募捐，是指募捐的对象是定向的，仅在发起人、理事会成员和会员等特定对象的范围内进行，并向募捐对象说明募捐目的、募得款物用途等事项，不得采取在公共场所或利用公共途径向社会公众发布募捐信息。

五、受赠财产的处理

受赠人接受捐赠财产后，应当登记造册、妥善保管，向捐赠人出具合法、有效的收据。

《慈善法》规定慈善组织接受捐赠的，应当向捐赠人开具由财政部门统一监（印）制的捐赠票据。如捐赠人匿名或者放弃接受捐赠票据的，慈善组织应当做好相关记录。

1. 受赠的非现金捐赠的处理

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中规定基金会接受非现金捐赠，应当按照以下方法确定入账价值：

（1）捐赠人提供了发票、报关单等凭证的，应当以相关凭证作为确认入账价值的依据；捐赠方不能提供凭证的，应当以其他确认捐赠财产的证明，作为确认入账价值的依据；

（2）捐赠人提供的凭证或其他能够确认受赠资产价值的证明上标明的金额与受赠资产公允价值相差较大的，应当以其公允价值作为入账价值。

（3）捐赠人捐赠固定资产、股权、无形资产、文物文化资产，应当以具有合法资质的第三方机构的评估作为确认入账价值的依据。无法评估或经评估无法确认价格的，基金会不得计入捐赠收入，不得开具捐赠票据，应当另外造册登记。

（4）基金会接受食品、药品、医疗器械等捐赠物品时，应当确保物品在到达最终受益人时仍处于保质期内且具有使用价值。

（5）基金会接受企业捐赠本企业生产的产品，应当要求企业提供产品质量认证证明或者产品合格证，以及受赠物品的品名、规格、种类、数量等相关资料。

（6）基金会应当将接受的捐赠财产用于资助符合其宗旨和业务范围的活动和事业。对于指定用于救助自然灾害等突发事件的受赠财产，用于应急的应当在应

急期结束前使用完毕；用于灾后重建的应当在重建期结束前使用完毕。

对确因特殊原因无法使用完毕的受赠财产，基金会可在取得捐赠人同意或在公开媒体上公示后，将受赠财产用于与原公益目的相近似的目的。

所以，有公众对湖北红十字会在武汉协和医院发放其告急求助的时候，没有第一时间向其发放受捐赠的医疗物资提出质疑，是具有法律依据的。

2. 基金会工作人员的支出和办公费用的支出从受捐财产中开支吗？

这一问题要看当事人有无约定。

2012年07月29日公布的《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中规定捐赠协议和募捐公告中约定可以从公益捐赠中列支工作人员工资福利和行政办公支出的，按照约定列支；没有约定的，不得从公益捐赠中列支。同时，基金会工作人员工资福利和行政办公支出应当符合《基金会管理条例》的要求，累计不得超过当年总支出的10%。

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》对工作人员工资福利规定限制在以下范围：

（一）全体工作人员的工资、福利费、住房公积金、社会保险（障）费（含离退休人员）；

（二）担任专职工作理事的津贴、补助和理事会运行费用。

而行政办公支出一般包括：组织日常运作的办公费、水电费、邮电费、物业管理费、会议费、广告费、市内交通费、差旅费、折旧费、修理费、租赁费、无形资产摊销费、资产盘亏损失、资产减值损失、因预计负债所产生的损失、审计费、以及聘请中介机构费和应偿还的受赠资产等。

《基金会管理条例》第二十条 基金会设理事会，理事为 5 人至 25 人，但在基金会领取报酬的理事不得超过理事总人数的 1/3。

《慈善法》第六十条 慈善组织应当积极开展慈善活动，充分、高效运用慈善财产，并遵循管理费用最必要原则，厉行节约，减少不必要的开支。慈善组织中具有公开募捐资格的基金会开展慈善活动的年度支出，不得低于上一年总收入的百分之七十或者前三年收入平均数额的百分之七十；年度管理费用不得超过当年总支出的百分之十，特殊情况下，年度管理费用难以符合前述规定的，应当报告其登记的民政部门并向社会公开说明情况。

为贯彻落实《慈善法》内容，明确慈善组织开展慈善活动支出和费用，在 2016 年 10 月民政部、财政部和国家税务总局共同颁布了民发【2016】189 号，其中第 5 条对慈善组织的管理费用有如下定义：

“慈善组织的管理费用是指慈善组织按照《民间非营利组织会计制度》规定，为保证本组织正常运转所发生的下列费用：

（一）理事会等决策机构的工作经费；
（二）行政管理人员的工资、奖金、住房公积金、住房补贴、社会保障费；（三）办公费、水电费、邮电费、物业管理费、差旅费、折旧费、修理费、租赁费、无形资产摊销费、资产盘亏损失、资产减值损失、因预计负债所产生的损失、聘请中介机构费等。”

从上面两个管理费用规定可以看出，在人员工资方面，并不是基金会全体工作人员的工资计入管理费用，只有行政管理人员的工资才算在管理费用里面。

根据《中华人民共和国公益事业捐赠法》第二十三条，公益性社会团体应当厉行节约，降低管理成本，工作人员的工资和办公费用从利息等收入中按照国家规定的标准开支。

由此可见，捐赠协议和募捐公告中约定可以从公益捐赠中列支工作人员工资福利和行政办公支出的，按照约定列支；没有约定的，不得从公益捐赠中列支，可以从公益投资收益中支出。而二部一局颁布的民发【2016】189 号，比《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》作出了更精准的管理费定义，只有行政管理人员的工资才能算在管理费用中。

3. 必须公示的内部制度内容

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中还指出基金会应当在内部制度中对下列问题做出规定：

(1) 各项工作人员工资福利和行政办公支出（以下简称日常运作费用）的支付标准、列支原则、审批程序，以及占基金会总支出的比例；

(2) 开展公益项目所发生的与该项目直接相关的运行成本（以下简称项目直接成本）的支付标准、列支原则、审批程序，以及占该项目总支出的比例；

(3) 资产管理和处置的原则、风险控制机制、审批程序，以及用于投资的资产占基金会总资产的比例。

基金会的内部制度，应当在登记管理机关指定的媒体或者本组织网站等其他便于社会公众查询的媒体上予以公开。

六、受捐财产的保值升值、途径、决策

1. 为何要保值升值？

基金会不可能在募集或受捐的第一年就将资金使用殆尽。实践中通常的做法是发起金额基本保持不动，每年需要资助活动的经费都是从这个发起金额的收益或新募集的款项中支出。众所周知的诺贝尔基金会就是这样，1900年成立的诺贝尔基金会，除了支付诺贝尔奖的各项活动经费以外，投资收益也是奖金来源。《基金会管理条例》第二十八条规定，“基金会应当按照合法、安全、有效的原则实现基金的保值、增值”。这也为受捐财产需保值升值提供了法律依据。

明确一个概念：**交换交易**，用以区别

保值升值的财产范围。笔者理解是指按照等价交换原则实施的交易，即当某人取得资产、获得服务或者解除债务时，需提供大致等值的货物、服务等等的交易，如《若干规定》二条一项的，出售物资、提供服务、授权使用或转让资产包括无形资产的交易活动。

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》二条，基金会的交易、合作及保值增值中规定：

(一) 基金会应当严格区分交换交易收入和捐赠收入。通过出售物资、提供服务、授权使用或转让资产包括无形资产等交换交易取得的收入，应当记入商品销售收入、提供服务收入等相关会计科目，不得计入捐赠收入，不得开具公益事业捐赠票据。

(二) 基金会进行交换交易，应当保护自身和社会公众的合法权益。不得以低于公允价值的价格出售物资、提供服务、授权或者转让无形资产；不得以高于公允价值的价格购买产品和服务。

(三) 基金会不得将本组织的名称，公益项目品牌等其他应当用于公益目的的无形资产用于非公益目的。

(四) 基金会不得直接宣传、促销、销售企业的产品和品牌；不得为企业及其产品提供信誉或者质量担保。

(五) 基金会不得向个人、企业直接提供与公益活动无关的借款。

（《若干规定》对基金会开展交易、

社会活动作出的五个禁止，用意是规范基金会社会活动和交易，目的是除了开展公益活动外，对受捐财产保值升值也是基金会应履行义务。）

（六）基金会进行保值增值活动时，应当遵守以下规定：

基金会进行保值增值应当遵守合法、安全、有效的原则。符合基金会的宗旨，维护基金会的信誉，遵守与捐赠人和受助人的约定，保证公益支出的实现；

基金会可用于保值增值的资产限于非限定性资产、在保值增值期间暂不需要拨付的限定性资产；

基金会进行委托投资，应当委托银行或者其他金融机构进行。

2. 保值增值的途径

2017年7月10日，银监会、民政部联合印发《慈善信托管理办法》，明确信托方式也是一种委托投资方式。

2014年8月21日，中国证监会第105号令发布的《私募投资基金监督管理暂行办法》第十三条规定，将社会保障基金、企业年金等养老基金，慈善基金等社会公益基金视为“合格投资者”。

虽根据民政部的统计数据，目前中国90%的慈善基金会的钱都是存在银行。公益慈善组织还是可以选择风险较低、流动性强的金融产品实现投资，例如国债、股票、债券、投资基金等。

3. 投资决策须经出席理事会的理事2/3表决权通过

《基金会管理条例》第二十一条 理事会是基金会的决策机构，依法行使章程规定的职权。

理事会每年至少召开2次会议。理事会会议须有2/3以上理事出席方能召开；理事会决议须经出席理事过半数通过方为有效。

下列重要事项的决议，须经出席理事表决，2/3以上通过方为有效：

（一）章程的修改；

（二）选举或者罢免理事长、副理事长、秘书长；

（三）章程规定的重大募捐、投资活动；

（四）基金会的分立、合并。

七、怎样做到受赠财产的公开透明

关键词：信息公开

《救灾捐赠管理办法》二十六条三款：发放救灾捐赠款物时，应当坚持民主评议、登记造册、张榜公布、公开发放等程序，做到制度健全、账目清楚，手续完备，并向社会公布。

《基金会信息公开办法》第四条 信息公开义务人应当向社会公布的信息包括：

（一）基金会、境外基金会代表机构的年度工作报告；

（二）公募基金会组织募捐活动的信息；

（三）基金会开展公益资助项目的信息。

第五条 信息公布义务人应当在每年3月31日前,向登记管理机关报送上一年度的年度工作报告。登记管理机关审查通过后30日内,信息公布义务人按照统一的格式要求,在登记管理机关指定的媒体上公布年度工作报告的全文和摘要。

信息公布义务人的财务会计报告未经审计不得对外公布。

第六条 公募基金会组织募捐活动,应当公布募得资金后拟开展的公益活动和资金的详细使用计划。在募捐活动持续期间内,应当及时公布募捐活动所取得的收入和用于开展公益活动的成本支出情况。募捐活动结束后,应当公布募捐活动取得的总收入及其使用情况。

第七条 基金会开展公益资助项目,应当公布所开展的公益项目种类以及申请、评审程序。评审结束后,应当公布评审结果并通知申请人。公益资助项目完成后,应当公布有关的资金使用情况。事后对项目进行评估的,应当同时公布评估结果。

第八条 对于公共媒体上出现的对信息公布义务人造成或者可能造成不利影响的,信息公布义务人应当公开说明或者澄清。

第九条 除年度工作报告外,信息公布义务人公布信息时,可以选择报刊、广播、电视或者互联网作为公布信息的媒体

第十条 信息公布所使用的媒体应当能够覆盖信息公布义务人的活动地域。公

布的信息内容中应当注明信息公布义务人的基本情况和联系、咨询方式。

第十一条 信息公布义务人应当建立健全信息公布活动的内部管理制度,并指定专人负责处理信息公布活动的有关事务。对于已经公布的信息,应当制作信息公布档案,妥善保管。

《基金会管理条例》三十六条 基金会、境外基金会代表机构应当于每年3月31日前向登记管理机关报送上一年度工作报告,接受年度检查。年度工作报告在报送登记管理机关前应当经业务主管单位审查同意。

年度工作报告应当包括:财务会计报告、注册会计师审计报告,开展募捐、接受捐赠、提供资助等情况以及人员和机构的变动情况等。

上述法规的详细规定可见捐前、捐中、捐后的信息都要公布,大致概要如下:

捐前:

1. 慈善组织基本组织结构信息形成之日起30日内、基本信息发生重大变更情形后30日内,均在民政部门提供的统一的信息平台公布(下称:统一信息平台);

2. 年度公开在本组织领取报酬从高到低排序前五位人员的报酬金额;本组织出国(境)经费、车辆购置及运行费用、招待费用、差旅费用的标准均需统一平台公布。

捐中：

1. 公开募捐活动，应当在募捐活动现场或者募捐活动载体的显著位置，公布组织名称、公开募捐资格证书、备案的募捐方案、联系方式、募捐信息查询方法等，并在统一信息平台向社会公开；

2. 募捐持续期间公布募捐取得的收入和用于开展公益活动的成本支出情况、募捐结束公布募捐活动取得的总收入及其使用情况，需在统一信息平台、本组织网站和其他媒体上详细公布；

捐后：

1. 公开募捐活动结束后三个月内在统一信息平台公开下列信息：

募得款物情况；已经使用的募得款物的用途，包括用于慈善项目和其他用途的支出情况；尚未使用的募得款物的使用计划。如公开募捐周期超过六个月的，至少每三个月公开一次上述信息；

2. 募得资金后拟开展的公益活动和资金的详细使用计划须公布，基金会开展公益资助项目的信息应当公布、开展的公益项目种类以及申请、评审程序须公布、公益资助项目完成后，应在统一信息平台公布有关的资金使用情况；

3. 慈善项目终止后三个月内，在统一信息平台向社会公开慈善项目实施情况，包括：项目名称、项目内容、实施地

域、受益人群、来自公开募捐和其他来源的收入、项目的支出情况，项目终止后有剩余财产的还应当公开剩余财产的处理情况。项目实施周期超过六个月的，至少每三个月公开一次项目实施情况。

4. 公共媒体上如出现的对信息公布义务人造成或者可能造成不利影响的消息，信息公布义务人应当本组织网站公开说明或者澄清。

公布的信息还包括财务会计报告、注册会计师审计报告，公开的平台除民政部门统一信息平台外，还有慈善组织网站平台。

八、什么是公募基金会？

公募基金会是可以面向公众公开募捐且经行政许可有公开募捐资质基金会。

《基金会管理条例》中明确划分基金会分为面向公众募捐的基金会(以下简称“公募基金会”)和不得面向公众募捐的基金会(以下简称“非公募基金会”)。

第二十九条 公募基金会按照募捐的地域范围，分为全国性公募基金会和地方性公募基金会。公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年总收入的 70%；非公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年基金余额的 8%。基金会工作人员工

资福利和行政办公支出不得超过当年总支出的10%。

近期媒体争相报道韩红基金会自2020年2月1日起不再接受捐赠的热点新闻，也有小部分质疑声音说韩红基金会的公益事业支出未达到上一年总收入的70%，韩红基金会官网给出的答复是：“捐款数额过大，我们的执行能力有限。”

按基金会管理条例，韩红基金会在2020年1月31日已接收各方捐款1.43亿元，韩红基金会需要2021年1月31日前用于公益事业支出不得低于1.43亿元的70%，现在武汉最缺的是医疗物质，韩红基金会可能还要将资金转化为物质，确实考验执行力。质疑韩红基金会2018年公益支出仅占上年余额的45.87%，公益事业支出未达到上一年总收入的70%，其公益支出不符合法律规定。据媒体报道，韩红基金会是2019年8月才取得公募基金会资质的，即在2019年8月前，韩红基金会适用《基金会管理条例》第二十九条“非公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年基金余额的8%”的公益支出”的规定。

九、重点解释定向捐赠和非定向捐赠

定向捐赠是指根据捐赠人的捐赠意愿，为特定的对象进行捐赠和资助而实施的慈善活动，是慈善捐赠的一种形式。接受定向捐赠，应与捐赠人签订捐赠协议；

受赠人应出具合法、有效的收据。定向捐赠的款物，按捐赠者意愿发放给指定单位或个人后要记录在案，接受捐赠人监督。

非定向捐赠是指由受赠人根据灾区救灾工作实际需要，统筹安排使用，主要用于抢险救灾、救治生命、紧急采购急需物资和灾后恢复重建。

定向捐赠一般不能改变用途。

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中规定：基金会与捐赠人订立了捐赠协议的，应当按照协议约定使用受赠财产。如需改变用途，应当征得捐赠人同意且仍需用于公益事业；确实无法征求捐赠人意见的，应当按照基金会的宗旨用于与原公益目的相近似的目的。

笔者有感，国人一心向善是值得弘扬的民族传统精神。捐赠本是慈善行为，捐赠人的权利应当予以肯定和保护。不能因为仅仅部分基金会处理后置或者不规范的做法，打消了我们向善的本愿。捐赠到受赠人再到特定受益主体的落实，不能仅靠法律来规定，还要紧紧依靠地方政府、组织机构结合实际情况的大力配合。法律法规被遵守才有施行的意义，当然法律更应当被尊重！

律师建议，捐赠人要理性看待现象和问题，受赠财产的分配处理更要明确、合理、公正、公示，不要让善行因信任危机而阻却在路上。

直接向有关单位捐赠，涉嫌违法违规？

作者：李剑、张春球

今年以来，我国突然爆发新冠病毒感染肺炎疫情，湖北各地，特别是武汉地区成为疫情的重灾区，一方有难、八方支援，一时间，全国各地纷纷伸出援手，支援湖北，支援武汉。

就在大家积极捐款捐物的时候，笔者注意到，2020年2月7日，武汉市市场监督管理局通过官方微博“武汉发布”，发布消息称：“对绕开红十字会直接向有关单位捐赠的防护用品，凡涉嫌违法违规的行为我们将依法处理。”随后不久，“武汉发布”将该条微博删除。

这条微博，很容易让读者理解为“绕开红十字会直接向有关单位捐赠防护用品的行为，涉嫌违法违规，将被监管部门依法处理。

那么，直接向有关部门捐赠防护用品，真的涉嫌违法违规吗？捐赠需要注意哪些法律问题呢？

一、捐赠区别于一般的民事赠与行为，本质上是公益捐赠，是为了公共利益的赠与行为，具有不可撤销性，受《公益事业捐赠法》和《慈善法》等特殊法律的保护和规范

捐赠一词最早出现在《公益事业捐赠法》（1999年9月1日起生效实施）的第二条，“自然人、法人或者其他组织自愿无偿向依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位捐赠财产，用于公益事业的，适用本法”。而第三条亦明确了“公益事业”的范围，包括“（一）救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的

社会群体和个人的活动；（二）教育、科学、文化、卫生、体育事业；（三）环境保护、社会公共设施建设；（四）促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业”。

《慈善法》（2016年9月1日起生效实施）中亦有类似的规定，用的也是“捐赠”一词，对捐赠的公益性用途亦作了明确规定。【见《慈善法》第三条，“本法所称慈善活动，是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式，自愿开展的下列公益活动：（一）扶贫、济困；（二）扶老、救孤、恤病、助残、优

抚；（三）救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害；（四）促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；（五）防治污染和其他公害，保护和改善生态环境；（六）符合本法规定的其他公益活动”】。

根据上述法律条款的规定，捐赠是为促进公益事业发展，鼓励和规范捐赠并保护捐赠人和受益人合法权益而出现的法律术语，捐赠是为了公共利益的公益活动，因而又可称为公益捐赠，其所捐赠财产的最终受益对象，一般是公益组织或者慈善组织的服务对象，因而一般是不特定的受益人。显然，用途涉及公共利益的赠与行为，不管是捐赠，还是受赠，都应当纳入《公益捐赠法》和《慈善法》等特殊法律的保护和规范范围内的，为公共利益的捐赠，此赠与行为具有不可撤销性。

而一般的民事赠与行为并不具备上述特点。《民法总则》第一百三十三条规定，民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为，赠与即是典型的民事法律行为。《合同法》在第一百八十五条等条文中亦明确规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，

《合同法》还规定赠与人与受赠人根据双方约定建立的赠与法律关系，赠与可以附义务，除了经过公证的赠与合同和依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同外，赠与人可以在符合法定条件或者约定情形下撤销赠与。

因此，一般的民事赠与法律行为，以遵照双方的约定作为原则，法律并不作过多的限制性规定。而出于公共利益目的的捐赠行为，应受《公益捐赠法》和《慈善法》特殊法律的保护和规范。为了更好的保护捐赠人、受赠人和受益人的合法权益，自然人、法人和其他组织，把财产捐赠给公益性组织，比如红十字会，更有利于监管部门对受赠人合法行为和受赠财产的监管。在新冠肺炎的特殊“疫”情下，绕开红十字会的捐赠，客观上增加了对疫情防控 and 医用物资合格查验的难度。

二、红十字会并非唯一合法的受赠对象，捐赠人自愿向受益人捐赠的，亦不违法违规

根据《公益事业捐赠法》第十条规定，公益性社会团体和公益性非营利的事业单位可以依照本法接受捐赠。本法所称公益性社会团体是指依法成立的，以发展公

益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。本法所称公益性非营利的事业单位是指依法成立的，从事公益事业的不以营利为目的的教育机构、科学研究机构、医疗卫生机构、社会公共文化机构、社会公共体育机构和社会福利机构等。

中国红十字会是非营利性的社会人道主义救援组织，属于公益性社会团体，是影响广泛的慈善机构，当然可以作为受赠对象。而作为公益性非营利的事业单位之一的医疗卫生机构，根据法律规定，亦是合法的受赠对象。前述微博所称“定向捐赠给指定的医疗机构”，就是合法的捐赠行为，并不涉嫌违法违规。

此外，根据《慈善法》第三十五条“捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠”的规定，捐赠人将财产直接捐赠给受益人，比如本次新冠疫情的感染者家庭，亦是合法的捐赠行为，并不涉嫌违法违规。

三、新冠肺炎疫情下，善行捐赠、规范捐赠，加强对受赠人与受赠财产的管理、使用和监督，既是鼓励捐赠，又是对受益人权益和有效防控疫情负责

《公益事业捐赠法》第十七条规定，公益性社会团体应当将受赠财产用于资助

符合其宗旨的活动和事业。对于接受的救助灾害的捐赠财产，应当及时用于救助活动；公益性非营利的事业单位应当将受赠财产用于发展本单位的公益事业，不得挪作他用。又根据《公益事业捐赠法》第二十九条和第三十一条规定，挪用、侵占或者贪污捐赠款物的，由县级以上人民政府有关部门责令退还所用、所得款物，并处以罚款；对直接责任人员，由所在单位依照有关规定予以处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任；受赠单位的工作人员，滥用职权，玩忽职守，徇私舞弊，致使捐赠财产造成重大损失的，由所在单位依照有关规定予以处理；构成犯罪的、依法追究刑事责任；依照前款追回、追缴的捐赠款物，应当用于原捐赠目的和用途。

因此，考虑到“新冠肺炎”飞沫传播和接触式传播的强传播性，完全有必要加强对医用物资的安全检测，采取有力措施阻断医用物资捐赠过程的人员聚集，我们呼吁捐赠人善行捐赠和规范捐赠，将捐赠的医用物资，尽量集中捐赠给当地红十字会，或者直接捐赠给当地一线抗“疫”的大型医疗机构，有助于当地政府集中管控和阻断疫情传播！

同时，我们更加希望有关部门加强对慈善机构和医疗机构等公益性组织使用受赠财产的合法性、公益性、公开性进行有力的监管，对于媒体质疑部分慈善机构未依法使用受赠财产的行为，有关部门应当依法予以强力监督，规范管理，该追责的追责，莫给公民集体战“疫”的热情降温。比如前文微博中，如果市场监管局在公告中承诺，对于直接捐赠给医疗结构的抗疫医用物资，会主动派出工作人员进行现场查验和检疫，防止假冒伪劣产品流入医疗机构，既能凸显市场监管局依法抗疫，又能鼓励公民热心公益、善行捐赠！



李剑 律师

上海七方律师事务所 管理合伙人、高级合伙人
上海律协公司与商事业务研究委员会 委员

业务方向：公司法、民商事诉讼、
企业并购、法律顾问和合规审查

锦上添花世间多，雪中送炭人间少！
在武汉人民遭受全所未有的灾难之际，来自祖国四面八方的爱心捐赠，犹如刺破新冠阴霾的缕缕阳光！

四时更替，季节轮回。目前抗疫斗争正处在关键时刻，数以万计逆行的医护战士依然奋战在抗疫一线，只要我们万众一心、众志成城，定会抗击疫情的最终胜利！

没有一个冬天不可逾越，没有一个春天不会来临。期待所有的爱心都被善待，期待新冠疫情的阴霾早日烟消云开！期待所有的医护及抗疫英雄平安归来，期待早日登黄鹤、游东湖、远眺楚天台！



张春球 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
曾在多家国有企业从事法务、培训师工作，
具备丰富的企业经营及管理经历，
具有丰富的实务经验和缜密的商业思维

业务方向：民商事诉讼仲裁业务、投资并购、
金融、公司法领域非诉及诉讼业务、

“延长春节假期”和“不得提前复工”

区别何在？

作者：李华平



为了加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，有效减少人员聚集，阻断疫情传播，更好保障人民群众生命安全和身体健康，国务院办公厅和上海市人民政府先后下发了延长春节假期和延迟企业复工的相应文件规定。

国务院办公厅于2020年1月26日发布的《关于延长2020年春节假期的通知》（国办发明电【2020】1号）规定：**延长2020年春节假期至2月2日（农历正月初九，星期日），2月3日（星期一）起正常上班；**因疫情防控不能休假的职

工，应根据《中华人民共和国劳动法》规定安排补休，未休假期的工资报酬应按照有关政策保障落实。

上海市人民政府2020年1月27日发布《关于本市延迟上海市企业复工和学校开学的通知》中规定：**上海市区域内各类企业不早于2月9日24时前复工。**涉及保障城市运行必需（供水、供气、供电、通讯等行业）、疫情防控必需（医疗器械、药品、防护品生产和销售等行业）、群众生活必需（超市卖场、食品生产和供应等行业）及其它涉及重要国计民生的相关企

业除外。用人单位须依法保障员工合法权益；各相关企业和学校要切实落实本通知要求，强化主体责任，把各项防控和服务保障措施落实落细，确保社会平稳有序。

根据国务院和上海市政府发的两则通知，律师作如下个人解读，仅供参考（具体相关政策以官方规定为准）：

一、延长春节假期

国务院因为疫情防控的需要，将春节假期延长至2月2日（农历正月初九，星期日），因为2月2日本身就是休息日，实际上是延长了2天工作日的假期（1月31日和2月1日）。对于延长的春节假期，企业必须遵守，对企业具有强制性，员工在此期间休息的，企业应向员工发放正常工资。

由于延长春节假期的决定属于临时性措施，该延长期间的休假并不属于《全国年节及纪念日放假办法》规定的法定节假日，应属于特殊假期。如果在此期间上班的，并不是执行法定节假日上班发300%的工资规定。

该延长的假期类似于“休息日”，因

工作需要而上班的，相当于周末加班，企业应首先另行安排员工补休，不能安排补休的，则应按照200%的日工资标准向员工支付加班工资。所不同的是，休息日属于无薪，但延长的春节假期则属于有薪休假。

二、不得提前复工

上海市人民政府发布规定，除涉及保障城市运行必需、疫情防控必需、群众生活必需及其它涉及重要国计民生的相关企业外，上海市区域内各类企业不于2月9日24时前复工。

那么2月3日至2月7日这五天的正常工作日企业不能正常复工，算什么性质呢？这个和国务院延长的春节假期有区别吗？

笔者认为是有区别的。

涉及保障城市运行必需、疫情防控必需、群众生活必需及其它涉及重要国计民生的相关企业，如果在2月3日至2月7日期间正常复工的，员工在此期间上班是没有补休的，也不算作加班，这是正常出勤；而在国务院延长春节假期期间（1月

31日至2月2日)上班的,企业是需要安排补休的,如果不能安排补休,则需要另行支付加班工资。

上海市政府通知要求企业不能提前复工,这是从减少人员聚集的角度来考量的,而不是从增加员工的春节假期的角度来考量的。

企业既然不能提前复工(2月3日至2月7日),那么企业能否统一安排员工在此期间休法定年休假呢?这个在通知中并没有明确,先来看一看年休假的法律规定吧:

国务院《职工带薪年休假条例》第五条规定,单位根据生产、工作的具体情况,并考虑职工本人意愿,统筹安排职工年休假。职工休年休假是由单位根据生产、工作具体情况来统筹安排的,单位有年休假安排的自主权。当然在安排过程中要考虑职工本人意愿的因素。因此,如果企业由于疫情防控的原因不能正常生产,而统一安排员工在此期间休年休假,个人认为并不违反上海市政府的规定。实际上企业如此安排具有一定的合理性,既响应政府号

召不提前复工,又不会额外增加企业用工成本。

如果企业能够承担更多社会责任,直接宣布春节放假至2月9日,而不占用年休假,让员工多休几天有薪假期,那是最好的做法。

三、有关复工的几个问题

1. 问:企业能不执行“不得提前复工”的规定吗?

答:有这个想法是很危险的,上海市政府发布的通知不是儿戏,疫情防控事关人民群众生命安全和身体健康,企业必须要执行该规定。

2. 企业要求员工提前复工,员工如拒绝复工,能算旷工吗?

答:不能算旷工。员工身体健康应放在第一位。

3. 企业员工自愿放弃休假而提前复工,可以吗?

答:员工有这个觉悟很好,但是企业还得遵守政府有关不得提前复工的规定。

4. 员工不到企业上班而在家工作,这样可以吗?

答：要看具体岗位，有的岗位确实可以适合在家工作。在家期间上班的，企业无需另行支付加班工资。这和涉及保障城市运行必需、疫情防控必需、群众生活必需及其它涉及重要国计民生的相关企业员工在2月3日至2月7日期间正常上班的性质是一样的。

5. 问：企业不执行“不得提前复工”的规定，有什么后果吗？

答：这是个好问题！《中华人民共和国传染病防治法》第七十七条规定，单位和个人违反本法规定，导致传染病传播、流行，给他人人身、财产造成损害的，应当依法承担民事责任。

《中华人民共和国刑法》第三百三十条规定，违反传染病防治法的规定，有下列情形之一的，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：……（四）拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员

和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。甲类传染病的范围，依照《中华人民共和国传染病防治法》和国务院有关规定确定。而本次“新型冠状病毒感染的肺炎”纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。

如果企业不执行该规定导致传染病传播或者有传播严重危险的，则涉嫌刑事犯罪。还是不要以身试法为好！



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任、高级合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员
上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院导师
上海律协规划与规则委员会委员
《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向： 劳动法与员工关系管理、企业合规、企业常年法律顾问

关于《“延期春节假期”和“不得提前复工”的区别何在》 的七点说明

作者：李华平

2020年1月27日晚8点，我在“聚焦劳动法”微信公众号上发表了一篇文章：《“延期春节假期”和“不得提前复工”的区别何在？》（以下简称“前文”），该篇文章一经发布，阅读量始料未及，截至目前，已经超过60万+的点击量。

撰写该篇文章所依据的是2020年1月26日国务院办公厅发布的《关于延长2020年春节假期的通知》和2020年1月27日上海市人民政府1月27日发布的《关于延迟上海市企业复工和学校开学的通知》，依据这两份规范性文件，笔者作了一些个人解读。

考虑到政策在执行层面中的不可预知性，我特别在文中写了这么一句话：**根据国务院和上海市政府发的两则通知，作如下个人解读，仅供参考（具体相关政策以官方规定为准）。**

果不其然，第二天（2020年1月28日）下午，在上海市新冠肺炎疫情防控工作领导小组举行的新闻发布会上，上海人社局给出了权威解答：延迟复工期间明确为休息日，对于休息的职工，企业应该按劳动合同约定的标准正常支付工资，对于承担保障等任务，上海的企业职工应视作为休息日加班给予补休，或者按规定支付加班工资。倡导企业安排员工在家办公，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。

鉴于此，为了避免读者在阅读前文后在政策执行上的理解出现偏差，有必要对前文作简要的说明：

一、国务院办公厅发布的“延长春节假期”，属于临时性措施，是特殊休假。员工在特殊假期是不用上班，如果安排员工上班的话，需要给予补休或支付加班工资的。该特殊假期，是带薪休假。

二、上海人社局给出的权威解答中，对于“延迟复工期间”明确定义为休息日，并表示对于休息的职工，企业应该按照劳动合同约定的标准正常支付工资。可是，如果是

休息日，企业和员工在劳动合同中约定的是无薪水的，何来的“按照劳动合同约定的标准正常支付工资”？如果按照合同约定的标准，休息日支付的工资是零啊！显然，权威解答不是这个意思！权威解答是认为就是休息日，但是要正常支付薪水的！可是，这又与劳动合同约定不符啊！

三、上海人社局给出的权威解答中指出，“企业不得提前复工”是基于减少人员聚集的角度考量的，这一点完全赞同！可是，2月3日至2月7日本来就是正常工作日，如果员工在家上班的话也不违反减少人员聚集的要求啊。但是权威解答说，即使在家上班也要补休或给加班工资。这样的解答，基于减少人员聚集的角度考量不存在了，那是基于什么呢？有同仁说，是利益平衡吧，休息的正常给钱，来上班的总得多给吧，不能让老实人吃亏。也许如此吧！

四、从上海人社局给出的权威解答中可以看出，延迟复工期间和国务院的“延长春节假期”在实质上没有任何区别的。都是员工不提供劳动，企业要给员工发工资，哪怕在家工作也不行，企业安排年休假也不行。不给企业任何用工自主权，却实实在在增加了企业的用工成本和负担，而这个已经远远偏离了减少人员聚集的初衷了。

五、有朋友在微信公众号后台留言说，上海权威解答和你的解读不一样，怎么理解？笔者回答，按照权威解答的要求执行就是，我撰文的时候就说是个人观点，仅供参考，以官方规定为准。最好的话，不要以权威解答的方式，能否发个红头文件来了，大家执行起来更有依据。

六、这几天，大家都看到了，各省市先后发通知，基本上都是要求不得早于2月9号24时前复工。但是，其他省市都不是上海人社局权威解答的那样，对于2月3日至2月7日之间，企业有用工自主权，可以安排休年假，也可以安排员工在家办公而无需支付加班工资。而这些省市和我的解读是基本一致的。都说长三角一体化，看看苏州、无锡、南京的发文是怎么规定的吧？也可以看看北京、广东、深圳的规定。

七、上海人社局的权威解答已然这样，因为对员工有利的，员工自然赞成，网络一片欢呼！但是有没有想过作为用人单位的一方呢？延迟复工影响生产经营不说，要支付员工正常工资、缴纳社保不说，延迟复工期间安排员工年休假也不行，安排员工在家上班还得支付加班工资，这样真的好吗？

再次向大家郑重说明：上海企业的用工，得按照上海人社局的权威解答来执行。

受疫情影响经营困难的企业如何调整员工薪酬支付



作者：李华平

这几天，国务院办公厅、人力资源和社会保障部办公厅、上海市人民政府、上海市人力资源和社会保障局相继发布了有关延长春节假期、推迟复工以及疫情防控期间劳动关系处理等内容的通知，企业和劳动者都非常关注。

有关不得提前复工期间的工资如何发放问题，1月28日在上海市肺炎疫情防控工作领导小组举行的新闻发布会上给出了权威解答：延迟复工期间明确为休息日，对于休息的职工，企业应该按劳动合同约定的标准正常支付工资，对于承担保障等任务，上海的企业职工应视作为休息日加班给予补休，或者按规定支付加班工资。

由于受疫情影响，部分旅游、餐饮服务行业等企业即使到了政府部门允许复

工的日期，估计也难以恢复正常的生产经营。那么对于受疫情影响导致经营困难的企业，在复工后能否对员工进行降薪、轮休、缩短工时降低用工成本共度时艰呢？如何操作才合法呢？首先来看相关规定：

人力资源社会保障部办公厅2020年1月24日发布的《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电【2020】5号）规定：企业因受疫情影响导致生产经营困难的，可以通过与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位，尽量不裁员或者少裁员。符合条件的企业，可按规定享受稳岗补贴。企业停工停产在一个工资支付周期内的，企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。超过一个工资支付周期的，若职工

提供了正常劳动,企业支付给职工的工资不得低于当地最低工资标准。职工没有提供正常劳动的,企业应当发放生活费,生活费标准按各省、自治区、直辖市规定的办法执行。

上海市人力资源社会保障局 2020 年 1 月 27 日发布的《关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情实施支持保障措施的通知》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,尽量不裁员或者少裁员。

上面两则通知规定的内容完全一样,都是希望企业尽量不裁员或少裁员,而是采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式来稳定工作岗位。而企业采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式,又必须满足一个前提,即与职工协商一致。

该如何与职工协商一致呢?

调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时直接涉及到员工有关劳动报酬、工作时间、休息休假等切身利益的重大事项,企业应当采取集体协商方式进行。职工方与企业就劳动关系有关事项进行平等协商,所依据的法规是《上海市集体合同条例》。

首先,需要产生协商代表。职工方的协商代表由本企业工会选派,建立女职工委员会的,应当有女性协商代表,首席代表由工会主要负责人担任;尚未建立工会

的企业,职工方的协商代表由上级工会指导职工民主推荐,并经企业半数以上职工同意,首席代表由协商代表民主推荐产生。企业一方的协商代表由企业法定代表人指派,首席代表由法定代表人或者其书面委托的人担任。

协商代表具体人数由双方协商确定,每方协商代表人数不得少于三人,企业方的协商代表不得多于职工方的协商代表。考虑到协商事项的专业性,集体协商双方可以聘请律师等专业人员担任本方协商代表,但人数不得超过本方协商代表人数的 1/3。

其次,明确集体协商内容。企业在提出薪酬标准、薪酬结构的调整项目及比例、涉及轮岗轮休岗位的范围,缩短工时后的工资结算标准、调整的时间段等集体协商内容时,要把握以下几个原则:

依法依规:按照《劳动法》、《劳动合同法》、《工会法》、《企业民主管理规定》、《上海市职工代表大会条例》、《上海市集体合同条例》等法律法规,通过开展集体协商、召开职代会的形式进行;

利益兼顾:企业要向员工说明经营困难的真实情况,诚实守信、坦诚相待,在调薪、轮岗轮休、缩短工时过程中也要尊重员工的实际困难和感受,相互尊重;

规范有序：企业要充分听取员工意见，畅通员工利益诉求表达渠道，发挥律师、公司法律顾问等专业人士的作用；

注重实效：要让绝大多数员工理解和支持企业的调整决定，实现不裁员或少裁员的目标，真正起到共克时艰、抱团取暖等目的；

确保稳定：企业在实施调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等集体协商过程中，要事先对劳动关系矛盾风险进行评估，避免引发群体性劳资纠纷，尤其是国有企业还要充分发挥企业党组织的领导协调作用；

最后，签订专项集体合同：企业和职工方就调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时内容签订专项集体合同草案，作为草案的正式文本提交职代会或者全体职工讨论。

集体合同草案经全体职工代表半数以上或者全体职工半数以上同意，方获通过。集体合同草案经职工代表大会或者全体职工讨论通过后，报送人力资源社会保障部门备案无异议后生效。

通过以上集体协商民主程序后，企业就可以根据集体合同内容对员工采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时的方式，即为合法合规。

附：有关集体协商的几个小问题：

1、集体协商过程中不能达成一致怎么办？

作为职工方，可以向上级工会寻求帮助。由上级工会指导职工方与企业进行集体协商，或派员观察职工方与企业的集体协商活动，或者直接受聘担任职工方的协商代表；作为企业方可以提请企业联合会等组织进行指导。如仍未能达成一致的，集体协商的任何一方可以提请人力资源社会保障部门协调处理。

2、企业能否不通过民主程序，而是和每一个员工进行协商并达成协议呢？

当然可以。企业可以选择一对一协商，也可以选择集体协商。问题是如果人数众多的员工，采取一对一协商的方式，要实现目标难度很大。

3、员工不同意履行专项集体合同的内容，要坚持按原合同履行怎么办？

集体协商的内容就是对劳动合同进行协商变更的内容，企业按照该集体协商内容支付员工调整后的薪酬，并不属于未足额支持劳动报酬的情形，员工主张补足工资差额不会得到裁判部门的支持。企业也可以按照《劳动合同法》第四十条第三项的规定，单方面解除员工的劳动合同。而这个不属于企业经济性裁员的范畴。

企业复工后，请对员工温柔以待

作者：李华平

为了加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，有效减少人员聚焦，阻断疫情传播，更好地保障人民群众生命安全和身体健康，除了国务院发布的延长春节假期外，各省市也先后发布了推迟复工的通知，很多省市都要求企业不得早于2月9日24时前复工。自1月24日春节放假开始到2月9号，大家众志成城、共克时艰，度过一个非同寻常的超长假期。

等到企业正式复工后，员工们将从四面八方回到各自工作岗位，企业为应对即将到来的复工及复工伊始，做好相应的员工人文关怀工作，善待员工，希望本文能对企业有所帮助：

一、做好复工前准备工作，制定疫情防控预案。

企业复工前，做好办公场所、车间、食堂、职工宿舍等重点区域的消毒处理工作，配备相应的体温检测仪器、口罩等医用防护物资。复工后并不是万事大吉，疫情防控工作并不能放松。企业、车间、班组的疫情防控工作应当层层落实，**明确相应防控责任，制定相应的传染病预防、检查、报告及应急处置预案**，确保员工的生命安全和身体健康。

二、做好复工后的员工人文关怀，温柔以待。

1. 对于准时到岗的人员，应做好相应登记，对其进行体温测量，身体健康的员工才能上岗。对来自重点疫区的外来从业人员，应对要求其在居住地自我隔离，隔离结束后身体状况良好的再正式复工，**隔离期间企业发放其正常工资**。

2. 对于未能准时到岗的人员，要**主动电话联系，询问原因，不要简单粗暴、草率行事**。如果是因为身体健康原因或正处于隔离期的员工，可要求其事后补相应请假手续或证明材料，企业按照规定发放工资；如果是因交通管制等原因等没有及时到岗的，不宜按旷工处理，可按事假或调休等方式处理；如果员工无正当理由而拒绝到岗的，应发书面通知再次提醒，员工仍拒绝到岗的，可按企业规章制度处理。

3、因休假时间太长以及对疫情恐慌等原因，员工如未能及时进入工作状态的，企业应当给予一定的理解和帮助，不宜直接以不能胜任工作而对其进行调岗降薪等处理。对个别员工存在恐慌心理的，有条件的单位可给予对其相应的心理健康疏导及咨询，帮助员工克服心理障碍。

4. 对来自重点疫区的外来从业人员，解除隔离措施正常复工后，不能对其有歧视或孤立行为，要公平对待员工，企业工会等部门应对加强对这些人员的关心与慰问，让其感受到企业大家庭的温暖。复工后的招聘新员工工作，同样不能有就业歧视，不能出现“来自重点疫区人员一律不录用”等违反《就业促进法》的行为。

5. 复工后如因工作需要，要安排员工到重点疫区出差的，在疫情未解除前如出现员工出现畏难情绪或直接拒绝的，应以沟通和尊重为主，取得员工的理解和配合，而不宜直接以不服从工作安排为由予以纪律处分或开除。企业的党员同志、管理人员应身先士卒起到带头和表率作用，优先安排党员同志、管理人员前往出差。

6. 复工后如需安排员工加班的，应与员工协商一致，取得员工理解和配合，加班时间不得违反《劳动法》的规定，及时足额支付加班工资。如员工拒绝加班的，企业不得强迫其劳动或者以不服从工作为由予以纪律处分。

7. 复工后如有员工出现发烧、咳嗽等症状的，应启动应急处置预案，及时送往指定医院就诊，并及时向相关疫情防控部门报告，对密切接触人员采取相应的隔离措施，在疫情防控部门的指导下进行有效处置，并视情况决定是否停工停产。

8. 本次疫情解除后，企业可对在员工在疫情防控中表现突出的员工给予慰问和奖励，精神奖励和物质奖励相结合，在企业评优、绩效考核、晋升、加薪等方面作为重要的参考因素。

“多难兴邦”，在疫情等灾难面前，企业的员工人文关怀工作做的好，就能够彰显良好的企业文化和价值观，更能够凝心聚力，更能够实现企业和员工共发展，化危为机。

同样，作为员工也应体会到企业在本次疫情当中面临的压力、承担的企业责任和社会责任，应与企业同舟共济、共克时艰，不要斤斤计较，积极主动、勤勉尽职工作。“小河有水大河满，大河无水小河干”、“辅车相依，唇亡齿寒”，这样的道理大家都懂！

上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的 若干政策措施

重点内容解读

作者：李华平



2020年2月7日，上海市政府召开新闻发布会，介绍了全力支持企业抗击疫情，切实减轻企业负担，上海市人民政府发布的《上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展的若干政策措施》（沪府规【2020】3号）（以下简称《“沪28条”》）。

对于《“沪28条”》，从企业劳动用工管理的角度来看，最大的亮点是**实施灵活用工政策**。原文如下：

因受疫情影响导致生产经营困难的企业，可通过调整薪酬、轮岗轮休、弹性工时、综合调剂使用年度内休息日等方式稳定工作岗位，具体方式由企业与企业员工协商确定。

重点解读

对于劳动用工政策来讲，本次措施中最大的亮点是：**弹性工时、综合调剂使用年度内休息日**。

一、关于弹性工时

从现有劳动法律规定的工时制度来讲，一共有三种工时：一种是标准工时制，每周工作五天，每天8小时，这是最常见

的；一种是综合计算工时工作制，就是指企业因工作情况特殊或受季节和自然条件限制，需要安排职工连续作业，无法实行标准工时制度，采用以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间的工时制度；一种是不定时工作制，就是指企业因工作情况特殊，需要安排职工机动作业，无法实行标准工时制度，采用不确定工作时间的工时制度。

其中，综合计算工时工作制和不定时工作制，属于特殊工时制，执行特殊工时的岗位是需要经过劳动人事行政主管部门审批的。可见，从目前的工时制中，并没有弹性工时这么一种工时。

什么叫“弹性工时”呢？

这是一种约定俗成的叫法，就是指员工的上下班时间不固定，具有弹性和灵活性，可早可晚、可长可短，员工能够根据工作内容和工作安排自主安排上下班时间。

有的人问，这不就是不定时工作制吗？确实，不定时工作制是具有相当大的弹性和灵活性，是弹性工时，但是因为经

过了审批程序，是“官方”认可的。而没有经过审批程序的“弹性工时”，是“民间”俗称。

需要注意的是，不是所有岗位都可以申请不定时工作制的，根据原劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》（劳部发【1994】503号）规定，企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制：

（一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；

（二）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；（三）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

对于没有通过不定时工作制审批的岗位，假如实行“弹性工时制”的岗位，最容易发生的是加班工资争议，因为如何认定具体的工作时间就非常困难，而由于没有获得审批，裁审机构一般都不会认可企业和员工之间的有关弹性工时的约定，

这种情况发生争议的话，往往对企业不利，可能会要企业另行支付加班工资。而经过审批执行不定时工作制的员工，只有在法定节假日上班，才会存在企业支付加班工资的情形，基本上不会有争议。

在这个防控疫情的特殊时期，上海市政府为了全力支持企业抗击疫情，切实减轻企业负担，允许企业和员工约定执行弹性工时制的灵活用工政策，对企业来讲确实是一个福音。

企业可以根据工作任务、工作岗位安排员工执行弹性工作，比如为了避免员工聚集而实行错峰上下班，比如分批次员工九点、十点、十一点等不同时间上班，五点、六点、七点等不同时间下班，或者是根据员工的工作性质不同，安排部分时间在家办公、部分时间在单位办公等等，这项措施既能减少人员聚集，又不影响企业生产。申请不定时工作制，只能部分岗位才可以；而执行弹性工时制，企业和员工都有相应自主权，不受行政许可的约束。

在特殊时期，“弹性工时制”尽管突破了不定时工时需要经审批要求的范围，但是从防控疫情的实际出发，是非常有必

要和及时的。对于复工在即的企业来讲，赶紧把这个惠企政策领会好，用好。

二、综合调剂使用年度内休息日

可以这么说，当看到“综合调剂使用年度内休息日”这几个字的时候，切实感受到了政府对企业的关切，可以讲，这是28条举措当中，最大的亮点，没有之一。

何谓“综合调剂使用年度内休息日”？

这13个字蕴含了很多层意思，逐一分解如下：1、休息日：从标准工时来看，现在国家执行的是“做五休二”，星期六、星期日是休息日；2、年度内：全年有52周，每周两个休息日，一共有104个休息日；3、综合调剂使用：这6个字信息量太大了！也就是说，企业可以把这个休息日集中起来，综合调剂使用；4、休息日是无薪日！

举一个最简单的例子，比如2月10号到14号，这五天本来是工作日，单位发通知，说这五天是综合调剂过来的休息日，大家在家休息。然后说2月17日正式复工，接下来的五周，每天工作6天，不要支付第6天的加班工资。因为是综合

调剂，所以呢，可以把后面的休息日都放到前面来，后面补工作日就是。各位，你看到这里，是不是对企业来讲，是最大的福音呢？

需要提醒的是，《劳动法》规定，要保障劳动者的休息权，企业后续综合调剂的时候，要至少保证劳动者每周休息一天。

执行了这个政策以后，大家还会特别关心居家隔离工资怎么发吗？简单一句话，先安排年休假、再执行综合调剂使用休息日。

作为员工来讲，上海市政府出台这样的临时性措施，确实考虑到企业受到的冲击是最大的，同舟共济、共克时艰！这个政策并没有损害劳动者合法权益，只是真切地帮助企业减轻负担。

最后要说一句，这个只是临时性政策，执行到什么时候呢？《“沪28条”》规定，本政策措施执行期自印发之日起（2月7日）施行，有效期至新型冠状病毒感染的肺炎疫情结束后再顺延3个月（具体政策措施已明确执行期限的，从其规定）。

春暖花开，战“疫”必胜！

京沪“疫情防控措施”之大比拼

作者：李华平

为了加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，有效减少人员聚集，阻断疫情传播，更好保障人民群众生命安全和身体健康，国务院办公厅于2020年1月26日发布《关于延长2020年春节假期的通知》延长2020年春节假期至2月2日的规定。在此基础上，各省市先后出台了针对企业的延迟复工的相应通知，其中京沪两地出台的防控措施最具特色，在此特作个比较，看看哪个措施对企业影响更大。

第一轮 规范性文件发布大比拼

北京

2020年1月23日，北京市人力资源和社会保障局发布《关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知》。

2020年1月31日，北京市人民政府发布《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》。

2020年1月31日，北京市人力资源和社会保障局发布《关于进一步做好疫情防控期间本市人力资源和社会保障相关工作的通知》。

2020年2月1日，北京市人力资源和社会保障局、北京市教育委员会发布《关于因防控疫情推迟开学企业职工看护未成年子女期间工资待遇问题的通知》。

上海

2020年1月27日，上海市人民政府发布《关于本市延迟上海市企业复工和学校开学的通知》。

2020年1月27日，上海市人力资源和社会保障局发布《关于应对新型冠状病毒感染肺炎疫情实施支持保障措施的通知》。

2020年1月28日，上海市人力资源和社会保障局在上海市肺炎疫情防控工作领导小组举行的新闻发布会上的权威解答。

经过对规范性文件发布的时间和形式进行对比，得出如下结论：

一、北京于2020年1月23日就发布了关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知，早于上海发布的时间，甚至比人力资源和社会保障部发布的时间还早（人力资源和社会保障部办公厅2020年1月24日发布《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》）。

二、北京于2020年1月23日就发布了关于做好疫情防控期间维护劳动关系稳定有关问题的通知，早于上海发布的时间，甚至比人力资源和社会保障部发布的时间还早（人力资源和社会保障部办公厅2020年1月24日发布《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》）。

三、对于延迟复工期间的待遇支付的规定上，北京以规范性文件发布的形式确定，而上海以发布会权威解答的方式确定，显然北京更为规范。

第二轮 2月3日至2月9日的对企业能否复工的安排

北京

没有宣布过延迟复工，而是改为要求企业对职工灵活安排工作，具体为：

一、在2020年2月9日24时前，本市行政区域内疫情防控必需（药品、防护用品以及医疗器械生产、运输、销售等行业）、保障城市运行必需（供水、供电、油气、通讯、市政、市内公共交通等行业）、群众生活必需（超市卖场、食品生产和供应、物流配送、物业等行业）、重点项目建设施工以及其他涉及重要国计民生的相关企业应当安排职工正常到单位上班。

二、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的方式，不得造成人员汇聚、集中。

三、对于企业要求职工通过网络、电话等灵活方式在家上班的，按照正常工作期间的工资收入支付工资。

上海

一、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。用人单位须依法保障员工合法权益。

二、倡导企业安排员工在家办公，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。

三、2月3日至2月9日延迟复工期间明确为休息日，对于休息的职工，企业应按劳动合同约定的标准正常支付工资，对于承担保障等任务，上班的企业职工应视为休息日加班给予补休，或者按规定支付加班工资。在此期间，企业不得安排员工休年假。

经过对2月3日至2月9日企业复工情况安排的对比，得出如下结论：

一、北京规定2月9日24时之前是正常工作日（2月8日、9日是休息日），但是要遵循人员不汇聚、不集中的要求即可。企业可以灵活安排工作，可以安排职工通过电话、网络等灵活方式在家上班完，对不具备安排职工在家上班的企业可以采取错时、弹性等灵活计算工作时间的的方式上班；上海规定把2月3日至2月9日明确定义为休息日，职工就是在家休息，无需上班。

二、北京在正常工作日，安排职工工作的（无论是执行保障任务的或者灵活安排在家办公的），按照正常工作期间的工资标准支付工资；上海则无论是执行保障任务的或者灵活安排在家办公的，均视为加班，应另行给予补休，或者按规定支付加班工资。

三、同样是为了达到减少人员聚集的目的，但从尊重企业用工自主权以及不额外增加企业成本的角度而言，显然北京的做法对企业的影响更小，企业也更能接受和理

解；而上海把原本为正常工作日的延迟复工期间定义为休息日，显然是一剂猛药，希望通过加大企业的用工成本的角度，让企业不得、不敢提前复工，哪怕是安排员工休年假或安排在家办公都不行。显然，从这方面对比，上海对企业采取的防控措施要严格得多。

第三轮 与中小学推迟开学相关联

北京

一、每户家庭可有一名职工在家看护未成年子女，视为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情形，期间的工资待遇由职工所属企业按出勤照发。

二、职工看护未成年子女期间，企业不得解除劳动合同；劳动合同到期的，顺延至政府隔离措施或采取其他紧急措施结束。

三、鼓励在家看护职工采用电话、网络等灵活办公方式提供劳动；鼓励职工之间调班轮休，发扬互助友爱精神，保证工作和生产正常运转。

上海

暂无相应规定

因为上海尚无出台相应规定，无法进行对比。仅对北京出台的新规作个人简要解读：由于北京没有宣布延迟复工的决定，实际上对于只要达到人员不聚集、不集中的目的，企业是可以进行生产经营的。除了执行保障任务的企业应对安排职工正常上班外，其他的企业执行的是灵活安排工作的，主要就是指通过采用电话、网络等在家办公的方式进行。而对于在家办公的职工，同时在家看护未成年子女的，企业支付的还是一份工资，并不会显著增加企业的用工成本（要看护孩子，一定程度上会影响在家办公的质量而已）。

简单来说，规定每户家庭可有一名职工在家看护未成年子女，期间的工资待遇由职工所属企业按出勤照发，但该规定并不是给职工真正放“看护假”。在此期间，企

业是可以安排职工在家同时采用电话、网络等灵活办公方式提供劳动的，这一定程度上更加能确保减少人员聚集和集中的目的，有利于防控。

从目前防控疫情推出开学来看，中小学不早于2月17日开学。假设是2月17号开学的话，自2月3日至2月17日期间共计10个工作日。北京在这10个工作日期间，可以安排职工在家看护小孩同时让其在家办公，需要支付10天的正常工资；上海安排职工前5个工作日在家办公，后5个工作日在单位上班的，需要支付15个工资日的工资，可见上海需要多支付50%的工资。实际上上海企业安排职工在家办公的同时，也同时在看护小孩，只是没有明文规定而已。

还需要进一步说明的是，在2月3日至2月7日期间，上海是不允许企业安排员工休年休假的，就是让员工在家休息，哪怕在家工作也算加班；而北京则可以在此期间优先安排员工休年假，休年假的同时看护小孩，也不会增加成本。

结论

看上去北京似乎规定了“看护假”，但由于企业有灵活安排工作的自主权，在疫情防控中小学推迟开学期间，这样的规定既让作为家长的员工比较安心，也不会显著增加企业用工成本，相对上海强制规定不得复工期间属于休息日、不允许安排休年假以及安排在家办公需要支付上班工资相比，还是更温和的，企业接受度也更高。

当然，无论是出台任何的政策和防控措施，目的都是为了人民群众的生命安全和身体健康，企业利益和公共利益相比，公共利益应为第一位，牺牲一些企业利益都能理解。但是，在疫情防控减少人员聚集的前提下，给予企业有更多的灵活用工安排自主权，不显著增加企业用工成本，把疫情对企业的影响降到最低，应当是更为理性和实际的做法，也更容易接受。

上海市应对疫情防控期间 四大企业减负措施详解

作者：李华平

春节节后首个工作日，上海市委、市政府就给企业送来了开门红包，市人社局会同市医保局、市财政局等相关部门，共同研究出台了本市企业减负的相关政策。以下对4大措施逐一进行解读，看看企业都能得到哪些实惠：

一、实施失业保险稳岗返还政策

政策原文：

为切实减轻疫情对企业生产、经营的影响，2020年，本市将继续对不裁员、少裁员、符合条件的用人单位返还单位及其职工上年度实际缴纳失业保险费总额的50%。该项政策实施后，预计2020年将会有约14万家用人单位受益，减负约26亿元。

解读：

1. 这个并不是新政策，是继续执行稳岗返还政策。2018年05月18日《上海市人力资源和社会保障局等关于实施失业保险援企稳岗“护航行动”的通知》（沪人社规【2018】20号）就规定了符合条件的用人单位可以申请享受稳岗补贴。稳岗补贴标准为用人单位及其职工上年度实际缴纳失业保险费总额的50%，所需资金从失业保险基金中列支。相关补贴发放至用人单位社会保险缴费卡账户。

2. 并不是所有企业都可享受，要符合条件的才可以。根据沪人社规（2018）20号规定：享受稳岗补贴的本市企业、民办非企业、社会团体等用人单位需要同时

满足以下 4 项条件：（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）依法参加失业保险并足额缴纳失业保险费；（3）上年度未裁员或裁员率低于本市上年度城镇登记失业率（上年度的城镇登记失业率为 3.6%）；（4）财务制度健全，管理运行规范。

3. 目前执行的失业保险缴费比例为 1%，其中单位缴纳 0.5%、个人缴纳 0.5%。符合条件的单位，可以算一下本单位能够实际享受到的失业保险返还费用。

4. 对不符合产业发展方向、技术落后、没有市场前景、生产经营恢复无望的“僵尸企业”，不符合国家及本市环保法规和相关政策的企业，以及根据发改委、人力资源和社会保障部等部门签署的联合奖惩备忘录确定的各类严重违法失信企业等失信责任主体，不发放稳岗补贴。

二、推迟调整社保缴费基数

政策原文：

从今年起将本市职工社会保险缴费年度(含职工医保年度)的起止日期调整为当年 7 月 1 日至次年 6 月 30 日，推迟 3 个月(2019 年职工社会保险缴费年度顺延至 2020 年 7 月 1 日)。据测算，预计当年度将为本市企业减轻社保缴费负担 101 亿元。其中，企业养老保险基金约为 64 亿元，医疗保险含生育保险基金约 33.4 亿元。

解读：

1. 正常情况下，职工社会保险缴费

年度为（当年 4 月 1 日至次年 3 月 31 日）。2019 年 2 月上海公积金管理中心市住房公积金管理委员发布通知将 2019 年度上海住房公积金基数调整从 7 月 1 日提前到 4 月 1 日起，**公积金缴费年度和社会保险缴费年度同步**。

2. 该措施将缴费年度调整至当年 7 月 1 日至次年 6 月 30 日，推迟 3 个月。相信过几天公积金管理中心也会发通知，将公积金缴费年度也会调回去，会回归到自 7 月 1 日起计算缴费年度，还是会和社会保险的缴费年度保持一致。

3. 延迟 3 个月计算缴费年度，**企业减轻社保缴费负担是很明显的**。因为每年的 3 月份会公布上一年度的职工月平均工资（上一年度的职工平均工资为 8765 元，缴费基数按 8211 元计算，下限 60%、上限 300%），按照这几年的规律，职工平均工资要增加大约 10%左右，如果自 3 月份开始调整，企业确实要增加较大的用工成本。可以说，这个政策措施惠及到所有企业，减轻成本是实实在在的。

三、可延长社会保险缴费期

政策原文：

因受疫情影响，对本市社会保险参保单位、灵活就业人员和城乡居民未能按时办理参保登记、缴纳社会保险费等业务的，允许其在疫情结束后补办。参保单位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，相关补缴手续可在

疫情解除后3个月内完成。

解读：

1. 人力资源社会保障部办公厅《关于切实做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间社会保险经办工作的通知》

(人社厅明电【2020】7号)规定,因受疫情影响,用人单位逾期办理职工参保登记、缴费等业务,经办机构应及时受理。对灵活就业人员和城乡居民2020年一次性补缴或定期缴纳社会保险费放宽时限要求,未能及时办理参保缴费的,允许疫情结束后补办,并在系统内标识。逾期办理缴费不影响参保人员个人权益记录,补办手续应在疫情解除后三个月内完成。

2. 上海实施该措施是严格执行人力资源社会保障部的规定,并不是上海独有的政策措施。允许社会保险参保单位、灵活就业人员和城乡居民未能按时办理参保登记、缴纳社会保险费等业务的,允许其在疫情结束后补办。这是在疫情防控期间的临时性措施,疫情结束3个月内完成,后续还应回归到及时足额缴纳的要求上来。

四、实施培训费补贴政策

政策原文：

对受疫情影响的本市各类企业,对在停工期间组织职工(含在企业工作的劳务派遣人员)参加各类线上职业培训的,纳入各区地方教育附加专项资金补贴企业

职工培训范围,按实际培训费用享受95%的补贴。平台企业(电商企业)以及新业态企业可参照执行。

解读：

1. 2019年12月13日,国务院发布《关于进一步做好稳就业工作的意见》(国发【2019】28号)规定,落实完善职业技能提升行动政策措施,按规定给予职业培训补贴和生活费补贴。

2. 上海市人力资源和社会保障局、上海市财政局、上海市教育委员会、上海市总工会共同发布《关于区县使用地方教育附加专项资金开展职工职业培训的指导意见》(沪人社职【2015】78号)规定,资金使用范围:自2014年起,市财政通过转移支付下达区县的专项资金主要用于区县企业职工职业培训补贴。在确保补贴资金需求的基础上,各区县可按最高不超过当年下达资金10%的比例统筹一部分资金,用于职工职业培训相关支出;资金使用对象:专项资金用于企业职工职业培训补贴的对象主要为本市各类内外资企业在职从业人员(含企业实际用工的劳务派遣人员等)。区县统筹资金使用对象也可以是其他单位和组织中的在职从业人员。

3. 本次措施把平台企业(电商企业)以及新业态企业也纳入补贴范围,确实不错。

员工患新冠肺炎的八种情形，能否算工伤？

作者：王余婷、马怡坤

自2020年2月10日起，受新冠肺炎疫情影响的许多企业陆续复工。在疫情的笼罩下不少企业心惊胆战，除自身生产经营遭受重创外，复工时还必须确保防控措施到位。作为员工，复工后也特别做好上下班途中和工作过程中的自我防护工作。假如员工不幸患上新冠肺炎，能否算工伤呢？以下这些问题，企业和员工等非常关心，本文对涉及新冠肺炎有关的工伤问题进行相应分析，希望对大家有所帮助：

一、员工复工回程途中被感染新冠肺炎，能否算工伤？

解析：不算工伤。员工复工返程途中，应当做好自我防护。如果感染新冠肺炎，在治疗和隔离期间，由企业按照正常出勤工资标准发放工资；当员工被确诊后，自确诊之日起开始计算医疗期，由企业按照医疗期规定发放病假工资。

二、员工上下班途中乘坐公共交通工具被感染新冠肺炎，能否算工伤？

解析：根据《工伤保险条例》第14条第6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，应当认定为工伤。该条款已明确，在上下班途中，只有因非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故才可认定为工伤。而被感染新冠肺炎，并不符合该法定情形。另外，新冠肺炎的潜伏期较长，员工是否在上下班途中被感染，也难以认定。故此类情形不算工伤。

三、员工在企业上班期间被感染新冠肺炎，能否算工伤？

解析：根据《工伤保险条例》第14条第1项规定，在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，应当认定为工伤。对员工在企业上班时被感染新冠肺

炎，能否认定为工伤，核心在于对“工作原因”的认定。

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

对于非医护人员，但是从事与新冠肺炎预防和救治的相关工作人员，如果因履行工作职责被感染，也应当认定为工伤。例如医院的保洁人员、餐厅工作人员等。

对于企业当中专门从事新冠肺炎预防工作的，如：消毒公用设施、监测员工体温、对接隔离人员等工作职责的，被感染属于履行工作职责，也应当按照工伤处理。尽管上海目前无明确规定，但从其从事工作的职责、性质来讲，认定属于“工作原因”具有合理性。

对于企业中从事与疫情防控工作职责无关的其他员工能否认定为工伤，目前而言，有一定争议。倾向性认为，新冠肺炎的潜伏期较长，员工是否在上班期间被感染，也难以认定，不应认定为工伤。

四、员工在居家办公期间感染新冠肺炎的，能否算工伤？

解析：为了加强对疫情的防控，减少人员聚集，因此企业安排员工居家办公，企业的防控责任已经到位。员工居家办公时，工作场所、生活场所、工作时间和休息时间都是在家里，个人应做好相应的疫情防控工作。能否算工伤，目前而言，有一定争议。倾向性认为，在居家办公时被感染新冠肺炎的，难以认定是“工作原因”所致，不应认定为工伤，应按照患病处理。可以预见，员工居家办公的，出现工伤争议的纠纷会比较多，企业有必要引起足够的重视。

五、员工出差感染新冠肺炎的，能否算工伤？

解析：根据《工伤保险条例》第14条第5项规定，因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，应当认定为工伤。员工因工外出认定工伤应

当具备以下要件：一、因工外出期间，应为职工接受用人单位指派；二、由于工作原因受伤。

目前而言，仅有广东省有地方性法规有相应的规定。《广东省工伤保险条例》第十条规定，职工由用人单位指派前往依法宣布为疫区的地方工作而感染疫病的，视同工伤。该规定明确，出差地为宣布为疫区的地方，是特殊的工作环境，感染与工作原因有着必然之间的因果关系。对于出差去非疫区的，并不纳入视同工伤范畴。

六、员工工作期间被同事传染，能否算工伤？

解析：如果企业有员工感染了，企业应当及时启动应急处置措施，对密切接触人员进行隔离，如果因为企业防控疫情不利，导致传染病传播扩散，企业根据情节不同，可能承担相应的行政处罚、民事赔偿甚至刑事责任。《传染病防治法》第七十七条规定，单位和个人违反本法规定，导致传染病传播、流行，给他人人身、财产造成损害的，应当依法承担民事责任。但是，对于能否认定工伤问题，倾向性认

为，还是应回到是否履行工作职责的要件上来，此类情形应不予认定为工伤。

七、员工在抗击疫情活动中提供公益志愿服务被感染，能否算工伤？

解析：《工伤保险条例》第15条第2项规定，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。员工为抗击疫情投身公益活动，是维护国家利益和公共利益，是值得鼓励的。如在提供公益服务中被感染，倾向性认为应当算工伤。

八、员工因感染新冠肺炎死亡的，能否认定工伤？

解析：除了以上分析的情形外，《工伤保险条例》第15条第1款规定：在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤。对于在公司上班的员工，工作时间和工作岗位比较容易界定。而对于居家隔离还同时在居家办公的，对于发病是否在工作时间和工作岗位上，认定将会很困难，争议较大。倾向性认为，如果员工在居家办公的时间里发病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，应当认定为工伤。



王余婷 律师

上海七方律师事务所 合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 干事

业务方向：劳动法、企业用工管理、
合同法、公司法



马怡坤 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：劳动法、企业用工管理、
合同法

附：《工伤保险条例》

第十四条 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- (一) 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- (二) 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- (三) 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- (四) 患职业病的；
- (五) 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- (六) 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；
- (七) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十五条 职工有下列情形之一的，视同工伤：

- (一) 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；
- (二) 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- (三) 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第（一）项、第（二）项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第（三）项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

第十六条 职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

- (一) 故意犯罪的；
- (二) 醉酒或者吸毒的；
- (三) 自残或者自杀的

抗击疫情有良药，专利实施可强制

作者：谢茂林



2020年春节前夕，新型冠状病毒感染肺炎的疫情突然爆发，武汉封城，举国抗疫，我们每一个人的工作、生活都受到直接影响。可喜的是，在广大医务工作人员和科研人员艰苦卓绝的努力下，能够有效抑制新型冠状病毒的药物陆续被临床发现和确定，抗疫胜利曙光在望。如此危急关头，对于某些对症的专利药品，可以启动药品专利实施的强制许可，确保相关药品的充足供应。

专利实施的强制许可，又称为非自愿许可，是指不经专利权人的同意，国家行政机关直接许可具备实施条件的单位或者个人实施发明或实用新型专利的一种行政措施。其目的是为了促进获得专利的发明创造得以实施，防止专利权人滥用专利权，以维护国家利益和社会公共利益。专利实施的强制许可分为三类：

1. 一般强制许可。基于专利权人在合理时间内自己不实施，也不许可他人在合理条件下实施专利，而授予的强制许可；

2. 特殊强制许可。国家行政机关在法律规定的特定情况发生时，主动颁布的一种强制许可。

3. 从属专利实施的强制许可。后一专利权人在一定情况下可以请求国家行政机关对前一专利的实施颁发强制许可。

在我国《专利法》、《专利法实施细则》和《专利实施强制许可办法》等相关法律法规的基础上，2018年3月，国务院办公厅印发了《关于改革完善仿制药供应保障及使用政策的意见》，其中第十二条规定，“明确药品专利实施强制许可路径。依法分类实施药品专利强制许可，提高药品可及性。鼓励专利权人实施自愿许可。具备实施强制许可条件的单位或者个人可以依法向国家知识产权局提出强制许可请求。在国家出现重特大传染病疫情及其他突发公共卫生事件或防治重特大疾病药品出现短缺，对公共卫生安全或公共健康造成严重威胁等非常情况时，为了维护公共健康，由国家卫生健康委员会会同工业和信息化部、国家药品监督管理局等部门进行评估论证，向国家知识产权局提出实施强制许可的建议，国家知识产权局依法作出给予实施强制许可或驳回的决定。”

根据以上规定以及我国现行的相关制度安排，我国药品专利实施的强制许可制度大致可以概括成以下几个方面：

一、五种启动前提

药品专利实施的强制许可由我国知识产权局负责审查和决定，启动前提仅限于以下五种情形：

1. 药品专利权人自专利权被授予之日起满三年，且自提出专利申请之日起满四年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利的；

2. 药品专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的；

3. 国家出现紧急状态或者非常情况，或者为了公共利益的目的；

4. 为了公共健康目的，对取得专利权的药品，知识产权局可以给予制造并将其出口到符合中华人民共和国参加的有关国际条约规定的国家或者地区的；

5. 取得专利权的药品比之前已经取得专利权的药品具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一专利的实施，知识产权局根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一药品专利的强制许可。

二、四类启动主体

1. 任何具备实施条件的单位或者个人。在未实施或未充分实施药品专利或被认定存在垄断行为两种情形下，具备实施条件的单位或个人可以根据《专利法》第48条的规定，申请国家知识产权局给予强制许可。

2. 具备特定药品制造和出口等实施条件的单位。为他国公共健康目的制造并出口特定专利药品的情形下，相应进口国协商确定的药品出口单位可以向国家知

知识产权局提出药品专利实施的强制许可申请。

3. 国家卫生健康委员会。在国家出现重特大传染病疫情及其他突发公共卫生事件，或防治重特大疾病药品出现短缺，对公共卫生安全或公共健康造成严重威胁等非常情况时，为了维护公共健康，由国家卫生健康委员会会同工业和信息化部、国家药品监督管理局等部门进行评估论证，向国家知识产权局提出实施强制许可的建议，国家知识产权局依法作出给予实施强制许可或驳回的决定。

4. 从属专利的专利权人或前一专利权人。取得专利权的药品比之前已经取得专利权的药品具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一药品专利的实施的，该专利权人可以根据《专利法》第 51 条的规定请求给予实施前一专利的强制许可。应当注意的是，如果国家知识产权局给予实施前一专利的强制许可的，前一专利权人也是可以请求给予实施后一专利的强制许可。

三、三项审查程序

我国对药品专利实施的强制许可的审查实际上包括三项审查程序，第一项是针对是否授予药品专利强制许可的审查和决定，第二项是针对药品专利强制许可使用费的审查和决定，第三项是针对终止强制许可请求的审查和决定。

1. 药品专利实施的强制许可审查

如果提出的主体是第一类、第二类和第四类主体，该主体应当提交强制许可请求书、附加文件，并根据不同情形提交相

关证据、相关行政或司法裁判等。如果提出的主体是第三类主体，国务院有关主管部门建议文件形式一般为公文，且只需列明相关事项及强制许可必要信息即可。国家知识产权局受理强制许可请求或建议的，应当及时将请求书副本送交专利权人。除另有指定的外，专利权人应当自收到通知之日起 15 日内陈述意见；期满未答复的，不影响国家知识产权局作出决定。国家知识产权局应当对请求人陈述的理由、提供的信息和提交的有关证明文件以及专利权人陈述的意见进行审查；需要实地核查的，应当指派两名以上工作人员实地核查。如果请求人或者专利权人要求听证的，由国家知识产权局组织听证。经审查认为请求给予强制许可的理由成立的，国家知识产权局应当作出给予强制许可的决定，并通知双方当事人。

2. 药品专利实施的强制许可使用费审查。在药品专利强制许可使用费的裁决程序中，双方当事人均可以向国家知识产权局提交强制许可使用费裁决请求书及相关资料。国家知识产权局受理强制许可使用费裁决请求的，应当及时将请求书副本送交对方当事人。除另有指定的外，对方当事人应当自收到通知之日起 15 日内陈述意见；期满未答复的，不影响国家知识产权局作出决定。国家知识产权局应当自收到请求书之日起 3 个月内作出强制许可使用费的裁决决定，并自作出之日起 5 日内通知双方当事人。

3. 终止药品专利实施的强制许可审查。如果给予强制许可的决定规定的强制

许可期限届满或者被给予强制许可的专利终止或者被宣告无效，那么该强制许可自动终止。但如果专利权人认为在给予强制许可的决定中规定的强制许可期限届满前强制许可的理由消除并不再发生，那么专利权人也有权向国家知识产权局提出请求终止强制许可的决定，并提交终止强制许可请求书及相关附加文件。国家知识产权局受理终止强制许可请求的，应当及时将请求书副本送交取得强制许可的单位或个人。除另有指定的外，取得强制许可的单位或者个人应当自收到通知之日起15日内陈述意见；期满未答复的，不影响国家知识产权局作出决定。经审查认为请求终止强制许可的理由成立的，国家知识产权局应当作出终止强制许可的决定，并通知被许可人。

四、注意事项

1. 被许可人不享有独占实施权。取得药品专利实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。

2. 应当支付专利使用费。取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由知识产权局裁决。

五、司法救济途径

药品专利权人对知识产权局关于专利实施强制许可的决定不服的，专利权人和取得实施强制许可的单位或者个人对

知识产权局关于实施强制许可的使用费的裁决不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

本次疫情的严重性和紧迫性，已经得到举世公认。为了更好地医治病患、防控疫情，如要必要，知识产权局完全可以根据适格主体的申请或者建议作出相关药品专利实施的强制许可决定，确保相关对症药品的充分供应。

发达的医学科技和先进的法律制度，是我们战胜疫情的两大利器。中华儿女万众一心，全力抗击来势凶猛的新型冠状病毒肺炎疫情，胜利一定能够较快实现。

武汉加油！中国加油！



谢茂林 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协社会矛盾化解业务委员会 委员
上海七方律师事务所知识产权服务部 主任

业务方向：企业经济纠纷、风险防控、知识产权
房地产买卖、租赁和征收补偿

附录：

《中华人民共和国专利法》（节选）

第六章 专利实施的强制许可

第四十八条 有下列情形之一的，国务院专利行政部门根据具备实施条件的单位或者个人的申请，可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可：

（一）专利权人自专利权被授予之日起满三年，且自提出专利申请之日起满四年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利的；

（二）专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的。

第四十九条 在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。

第五十条 为了公共健康目的，对取得专利权的药品，国务院专利行政部门可以给予制造并将其出口到符合中华人民共和国参加的有关国际条约规定的国家或者地区的强制许可。

第五十一条 一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。

在依照前款规定给予实施强制许可的情形下，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，也可以给予实施后一发明或者实用新型的强制许可。

第五十二条 强制许可涉及的发明创造为半导体技术的，其实施限于公共利益的目的和本法第四十八条第（二）项规定的情形。

第五十三条 除依照本法第四十八条第（二）项、第五十条规定给予的强制许可外，强制许可的实施应当主要为了供应国内市场。

第五十四条 依照本法第四十八条第（一）项、第五十一条规定申请强制许可

给予实施强制许可的决定，应当根据强制许可的理由规定实施的范围和时间。强制许可的理由消除并不再发生时，国务院专利行政部门应当根据专利权人的请求，经审查后作出终止实施强制许可的决定。

第五十六条 取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。

第五十七条 取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院专利行政部门裁决。

第五十八条 专利权人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的决定不服的，专利权人和取得实施强制许可的单位或者个人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的使用费的裁决不服的，可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。



医者仁心 律者思方

主编：王晓鹏

编辑：顾芸、吕新雅、薛克拉提·塔依尔

主办单位：上海七方律师事务所

电话：021-56782789

网址：www.7-dimension.com

地址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼0座