

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2020年 第1期 | 总第067期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH
ZHH & Robin



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

破产重整程序中
债务人自行管理财产及
营业事务的实务经验

《九民纪要》背景下
对物权期待权与抵押权
冲突适用法律的理解

浅析对破产管理人
待履行合同解除权
溯及力的限制

从疫情看保险合同
的有效性审查

【法理天地】

新冠疫情确定为PHEIC后
对中国走出去企业的影响
及应对建议

中豪荣膺 Legal 500 2020年度亚太领先律所

2020年1月16日，国际权威法律评级机构Legal 500发布了2020年度亚太地区领先律师事务所和律师的评选名单。中豪被评选为2020年度亚太领先律师事务所；董事局主席袁小彬荣获2020年度亚太领先律师。中豪曾多次入选Legal 500亚太领先律所，袁小彬也多次入选Legal 500亚太领先律师榜单，彰显了中豪律师界的影响力，也是对中豪持续推进专业化、规模化、国际化的充分认可。



中豪荣膺《商法》“卓越综合实力律所”大奖

CHINA BUSINESS  LAW JOURNAL

《商法》卓越律所大奖
China Business Law
Awards Winner

2020

2020年4月8日，亚洲著名法律杂志《商法》（China Business Law Journal）公布了2020年度卓越律所获奖名单，中豪凭借在西部地区的卓越综合实力，荣膺“卓越综合实力律所（西部）”奖项。此外，凭借在国际贸易和保险与再保险领域的杰出表现，中豪蝉联国际贸易法律领域、保险与再保险行业领域“年度卓越律所”大奖（China Business Law Awards），这是中豪继2015年、2016年和2019年之后，第四次在多个领域荣膺《商法》“年度卓越律所”大奖。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第067期 2020年 第1期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬
执行主编：杨 青
编 委：

张 涌	陈 晴	邵兴全
宋 涛	王 辉	宋 琴
卜海军	陈 伟	张晓卿
涂小琴	李东方	范珈铭
俞理伟	朱 剑	夏 烈
汪 飞	郑 毅	黎莎莎
崔 冽	陈心美	吴红遐
傅达庆	张德胜	郑继华
文 建	刘 军	郭凌嘉
柯海彬	李 燕	红天晓
赵明举	梁 勇	邓 辉
李 永	周 尽	冉春红
刘文治	李 静	宁思燕
周 鹏	王必伟	杨 敏
陈任重	郝红颖	邓舒丹
谢 敏	青 苗	程地昌
赵 晨	肖 东	柴 佳
文 奕	郑 鹏	伍 伟

责任编辑：曹 阳
美 编：王 先
主 办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com
Twitter: @zhhlawfirm
Weibo: weibo.com/zhhlawfirm
Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

破产重整程序中债务人自行管理财产及营业事务的实务经验 宋琴 2

《九民纪要》背景下对物权期待权与
抵押权冲突适用法律的理解 柴佳 甘雨辰 7

浅析对破产管理人待履行合同解除权溯及力的限制 张席祯 13

从疫情看保险合同的有效性审查 崔冽 18

法理天地 THEORY

新冠疫情确定为PHEIC后 杨青 24
对中国走出去企业的影响及应对建议

2020年1月14日，渝中区副区长兼区公安局长鲁荣锋带领区公安局一行10余人到访中豪解放碑办公室，合伙人张涌、郑毅、赵明举、宋琴进行了热情接待并座谈交流。此次到访，鲁副区长及同行领导真诚表达了对中豪的春节祝福及关心，希望中豪为渝中区的发展做更多贡献。

2019年9月29日至11月3日，根据十一届八次会长会议决定，上海市律协52个业务研究委员会面向全体个人会员公开招募委员。2020年1月11日，十一届十一次会长会议召开，会议讨论并通过了入选名单。上海办公室郝红颖、王辉等多名合伙人和律师凭借其在相关领域的专业素养和行业认可度入选上海市律师协会第十一届业务研究委员会副主任、委员。

新冠疫情发生以来，中豪在积极捐款捐物之外，更注重用专业成就更好的公益，律师们积极撰写了各个领域的专业实务文章20余篇，并于2月24日至4月15日，推出10场法律实务直播讲座，由杨青、刘文治、肖东、郝红颖、俞理伟、梁勇、张涌、青苗、汪飞、郑毅10位不同领域的资深合伙人向企业分享新冠疫情下如何应对相关风险及各专业领域的实务经验。

自新冠疫情发生以来，律师行业以高度的责任心与使命感，投身疫情防控，四川省律师行业党委决定对新冠肺炎疫情防控工作中的先进单位、先进集体和优秀个人予以表扬。经四川省律师行业党委决定，中共中豪律师集团（四川）事务所支部委员会表现突出，评为四川省律师行业新冠肺炎疫情防控工作先进集体。

中豪新闻



2020年4月，自然资源部不动产登记中心（自然资源部法律事务中心）秉承公开、公平、公正的原则，经过严格的遴选程序，与中豪律师集团（四川）事务所签订合同，聘请中豪律师集团（四川）事务所作为2020年度法律顾问。该项目主要负责人为中豪律师集团合伙人邵兴全博士及其团队律师杨爱。

为了让国内口罩出口贸易企业或中间商了解欧盟与美国对口罩的基本准入要求，以及出口贸易中基础的法律知识和防范相关风险，2020年4月15日下午，中豪董事局副主席郑毅律师举办了“新冠疫情期间口罩出口贸易法律风险要点”线上直播讲座，为口罩出口贸易企业或中间商答疑解惑。

2020年4月17日，四川省律师协会对2019年四川省专业律师名单进行了公告，本次四川省共计评定688人次，中豪成都办公室合伙人汪飞、柴佳、红天晓等10名律师在公司法、行政法、建筑房地产、金融证券保险、涉外领域通过四川省专业水平评审委员会专业评审。

为了让更多企业了解香港IPO新政策与机遇、香港投资并购和私人财富管理实务方面的内容与实操经验，2020年4月22日下午，由香港投资推广署主办，中豪协办的“香港IPO、并购及私人财富管理实务”线上专题讲座成功举办。香港投资推广署商业及专业服务行业主管谢宇文为此次讲座致辞，中豪香港办公室副主任合伙人杨青作“内地企业香港并购法律实务及风险防控”的精彩分享。

【摘要】 债务人自行管理财产及营业事务在破产重整中运用得越来越多。本文从重整企业自行管理财产及事务的条件、审批程序、管理方案的主要内容、终止程序的条件和程序四个方面对重整企业自行管理财产的问题进行剖析。

【关键词】 破产、重整、自行管理财产及营业事务

破产重整程序中 债务人自行管理财产及 营业事务的实务经验

◎ 文 / 宋琴 / 重庆办公室





宋琴 | 合伙人

专业领域：破产、房地产、资产并购与重组
手机：+86 151 0231 5918
邮箱：song@zhhlaw.com

根据我国《破产法》的规定，在重整程序中可以由管理人管理债务人的财产和营业事务，也可以由债务人自行管理。债务人自行管理是美国破产法首创的重整管理方式，它能够最大限度调动债务人的积极性，发挥债务人对企业与经营情况熟悉的优势，减缓重整程序对债务人持续经营的冲击，增加重整成功的可能性。本文从重整企业自行管理财产及事务的条件、审批程序及管理方案的主要内容、终止程序的条件和程序四个方面对重整企业自行管理财产的问题进行剖析。

重整企业自行管理财产及营业事务的条件

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（2019.11.8版，以下简称九民纪要）第111条规定：“重整期间，债务人同时符合下列条件的，经申请，人民法院可以批准债务人在管理人的监督下自行管理财产和营业事务：1.债务人的内部治理机制仍正常运转；2.债务人自行管理有利于债务人继续经营；3.债务人不存在隐匿、转移财产的行为；4.债务人不存在其他严重损害债权人利益的行为。”此乃重整企业申请自行管理财产及营业事务的积极条件。

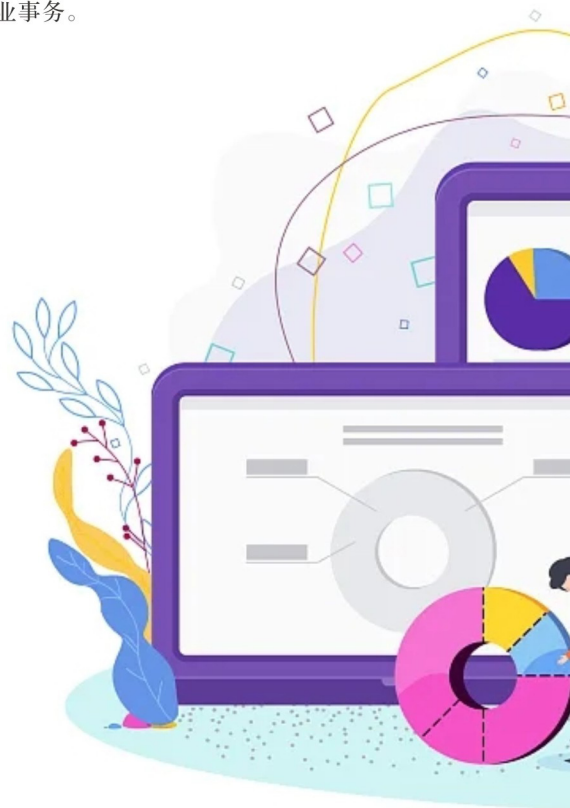
《深圳市中级人民法院审理企业重整案件的工作指引（试行）》第56条规定：“在重整期间，债务人可以申请自行管理财产和营业事务。管理人应当对债务人自行管理的申请进行审查并提出意见。债务人有下列情形之一的，对其自行管理申请不予批准：1.法人治理结构存在问题的；2.有《中华人民共和国企业破产法》第31条至第33条规定的行为，情节严重的；3.存在

其他不适合自行管理情形的。”此乃重整企业申请自行管理财产及营业事务的消极条件。

综合上述规定，重整企业自行管理财产及营业事务的条件包含三个方面：具有管理的能力；有利于重整企业的继续经营；重整企业不存在转移、隐匿财产的行为及其损害债权人利益的行为。重整企业有意申请自行管理财产及营业事务的，应尽早围绕这三个方面进行准备。

重整企业自行管理财产及营业事务的审批程序

《破产法》第73条第1款规定，在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。



《九民纪要》第111条第2款规定，债务人提出重整申请时可以一并提出自行管理的申请。

综合上述规定，重整企业在申请重整时及重整期间，均可以向人民法院提出自行管理财产和营业事务的申请，无需债权人会议的表决，也无需征求债权人的意见。人民法院经审查认为符合自行管理财产及营业事务条件的，可直接作出准许重整企业在管理人的监督下自行管理财产及营业事务的决定书。

重整企业自行管理模式 中与管理人的职责分工

《破产法》第25条规定：“管理人履行下列职责：1.接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；2.调查债务人财产状况，制作财产状况报告；3.决定债务人的内部管理事务；4.决定债务人的日常开支和其他必要开支；5.在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；6.管理和处分债务人的财产；7.代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；8.提议召开债权人会议；9.人民法院认为管理人应当履行的其他职责。”

《破产法》第73条第2款规定：“有前款规定情形的，依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务，本法规定的管理人的职权由债务人行使。”

《破产法》第80条规定：“债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。”

《九民纪要》第111条第2款规定：“经人民法院批准由债务人自行管理财产和营业事务的，企业破产法规定的管理人职权中有关财产管理和营业经营的职权应当由债务人行使。”

综合上述规定，在重整企业自行管理财产及营业事务时，管理财产及营业事务、制定重整计划的职责由重整企业在管理人的监督下履行，管理人的其他职责仍由管理人履行。

重整企业申请自行管理 财产及营业事务的材料 及主要内容

根据《破产法》的规定，重整企业需向人民法院申请自行管理财产及营业事务。司法实践中，为了明确管理人及重整企业在自行管理财产及营业事务模式中的具体管理方式及责任，审批法院会要求重整企业或者管理人提交管理方案。深圳及北京明文要求提供管理人与债务人分工管理的方案。同时，为了保证重整企业在依法、合规、规范管理财产及营业事务，重整企业还需要向管理人及法院提交具体的管理方案。根据申请重整企业自行管理财产及营业事务的实务经验，债





务人在申请时一般需要递交申请、管理工作方案、印章管理方案及财务管理方案。主要内容如下：

（一）申请书

首先，在请求部分明确表达自行管理财产及营业事务的意愿。

其次，阐述重整企业符合申请自行管理财产及营业事务的条件，如

企业治理结构完善，具备良好决策力和执行力，不存在损害债权人及其他利害关系人利益的行为。

再次，阐述重整企业自行管理财产及营业事务的优势，包括但不限于以下方面：

1.有利于资产的价值增值。与管理人相比，重整企业相对更为了解公

司资产的状况、质量和分布情况等，能够有针对性地发挥其中优质资产的潜力，或者采取措施弥补瑕疵资产之不足，最大限度实现公司财产的价值增值，以充分维护广大债权人的合法权益。

2.有利于引进重组方。与破产清算程序以财产的变现、分配为核心目标不同，重整程序以公司复兴为

目标，涉及重组方的引进及营业的恢复等事务，该事务本质上并非法律事务而属于商业事务，需要具备良好的商业判断能力，包括重组方的选定、谈判、公司经营方案的确定以及对国家经济政策的把握等。与管理人相比，重整企业在企业经营与管理方面更具有优势。

3.有利于高效推进重整程序。重整企业具有积极推进重整程序、尽早恢复公司活力的强烈意愿，且亦具备高效推进重整程序的基础条件和能力。除此之外，重整企业在公司运营管理、员工安置及调配、利益相关方沟通与协调、寻求行政支持与配合方面，均具有明显的优势。

最后，需要在申请书中明确重整企业与管理人的职责分工。

（二）自行管理工作方案

一般债务人提交的自行管理工作方案应包含如下几个方面：

1.重整企业的基本情况，包括工商登记的情况、资产与负债的基本情况、公司运营的情况以及需要特别说明的其他情况。

2.财产及营业事务的管理原则，一般包括合法合规原则、高效有序原则、保值增值原则、保密原则。

3.重整企业的组织机构设置，包括企业现有工作机构的设置及工作职责，以及另外设立重整事务工作组并明确其职责。

管理财产及营业事务的工作内容及安排，包括第一阶段对财产进行全面清理并稳定运营事务，第二阶段保证财产的保值增值并改善运营事务，第三阶段制定重整计划草案并通过重整计划的执行保证企业重生。

（三）印章管理方案

印章管理方案的主要内容包括印章的种类及保管部门、印章的使用审批程序以及印章的保管及使用的责任。

（四）财务管理方案

财务管理方案的主要内容包括财务管理组织机构、货币资金及结算资金管理、存货管理、固定资产管理、投资管理、负债管理、费用管理、税收及利润管理、外币业务管理、发票和收据的使用管理、财务会计报告、会计档案管理等内容。

申请。”

根据上述规定，若债务人的自行管理存在严重损害债权人利益的行为或者其他不适宜继续管理的情形，人民法院根据管理人或者债权人等利害关系人的申请，可以决定终止重整企业的自行管理。

综上，笔者认为，破产重整企业熟悉、了解自行管理财产及营业事务的规定，能够增加人民法院批准的可能性。重整企业运用好自行管理财产及营业事务制度，能够发挥企业重整的主动性及管理优势，增加企业重整成功的可能性。

重整企业自行管理财产及营业事务的终止

《九民纪要》第111条第3款规定：“管理人应当对债务人的自行管理行为进行监督。管理人发现债务人存在严重损害债权人利益的行为或者有其他不适宜自行管理情形的，可以申请人民法院作出终止债务人自行管理的决定。人民法院决定终止的，应当通知管理人接管债务人财产和营业事务。债务人有上述行为而管理人未申请人民法院作出终止决定的，债权人等利害关系人可以向人民法院提出

近年来，银行金融借贷合同纠纷中时常会面临案外第三人执行异议之诉的情况，而其中争议较大的就是在银行的抵押权执行过程中，面临买受人的物权期待权的情形。该情况一般是：房屋所有权人将房屋出售给了案外人，但并未办理不动产权变更登记；房屋所有权人又将房屋抵押给了银行（该抵押登记手续有的是在签订《房屋买卖合同》之前已经办理，也有情况是在之后办理的），而当银行申请执行时，案外人主张执行异议或提起执行异议之诉。此时，案件的焦点就在于如何解决物权期待权与抵押权的冲突问题。

《九民纪要》背景下 对物权期待权与抵押权 冲突适用法律的理解

◎ 文 / 柴佳 甘雨辰 / 成都办公室



对法律规定、司法解释的分析与理解

目前，针对涉及物权期待权及抵押权的冲突问题的法律主要包括《物权法》第十四条、第十六条、第一百九十一条、《担保法》第四十九条及相关司法解释，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十七条，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十七条、第二十八条，《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定(2008调整)》第十七条。

在上述条文中，最重要的是理清物权期待权及抵押权的冲突问题的司

法解释即《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称《执行异议和复议案件若干问题的规定》)第二十七条、第二十八条。

第二十七条规定：“申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，但法律、司法解释另有规定的除外。”

第二十八条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

(一)在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

(二)在人民法院查封之前已合法占有该不动产；

(三)已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

(四)非因买受人自身原因未办理过户登记。”

按照对《执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十七条规定的理解，除非法律、司法解释另有规定，那么抵押权作为优先受偿权的情况下，案外人的要求排除抵押权人作为

申请执行人的执行异议将不被支持。

然而，在《执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条又做了例外规定。针对第二十八条这种“例外规定”是否是第二十七条的“但书”。司法实践中，一直存在分歧，即便在最高人民法院的判例中，也存在截然不同的两种裁判思路。

(一)认为第二十八条是第二十七条的“但书”

在这种理解下，案外人证明其享有一般买受人物权期待权时，可以阻却享有抵押权的金钱债权执行。即在满足下列条件的情况下，即便债权人具备合法有效的抵押权，买受人的物权期待权也可以排除人民法院的强制执行：

1.在人民法院查封之前，已签订合法有效的书面买卖合同；

2.在人民法院查封之前，已合法占有该不动产；

3.已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

4.非因买受人自身原因未办理过户登记。

对于该观点，最高人民法院不乏案例予以支持。例如：在再审申请人新疆聚鼎典当有限责任公司因与被申请人沈翠荣、新疆普瑞铭房地产开发

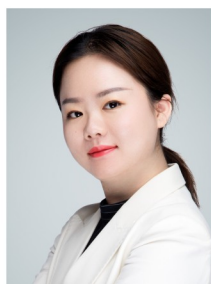




柴佳 | 合伙人

专业领域：金融、地产、公司并购
重组

手机：+86 138 8070 1953
邮箱：angela@zhhlaw.com



甘雨辰 | 律师

专业领域：公司事务、金融、房地产、
医疗及争议解决

手机：+86 181 1165 9628
邮箱：rachel.gan@zhhlaw.com

有限公司克拉玛依分公司申请执行人执行异议之诉一案中（（2017）最高法民申2255号），最高院维持了二审判决的意见，认为第二十八条是“对申请执行人实现抵押权与案外人主张所有权即无过错不动产买受人物权期待权的保护进一步作出了规定”，进而认定“对于不动产买受人有无排除执行的实体权利，主要看其是否满足以下条件：在人民法院查封之前，是否已签订合法有效的书面买卖合同；是否已合法占有该不动产；是否已支付全部价款或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求将交付执行；是否非因买受人自身原因未办理过户登记。”

同样的裁判观点也可见“再审申请人重庆市渝中区兴农投小额贷款有限公司因与被申请人李佰富、陈兴会、王文全、王智勇、王海清案外人执行异议之诉纠纷一案”（（2019）最高法民申784号）。在此案中，法院同样认为第二十八条“所规定的无过错房屋买受人对房屋所享有的不动产权期待权即属于前述第二十七条所规定的除外情形”。

在这种观点项下，唯独存在争议的是《执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条的第四款“非因买受人自身原因未办理过户登记”的理解。何为“非因买受人自身原因未办理过户登记”，在不同的案例中有着不同的认定，部分案例认为：抵押登记的办理时间早于买受人购买房屋的时间的，属于买受人存在过错。

（二）认为第二十八条并非第二十七条的“但书”

在最高人民法院的判例中，我们也看到了有相当部分的案例认为第二十八条并非第二十七条的“但书”。比如，最高人民法院法官王毓莹在《人民法院报》2019年2月21日第七版理论周刊《不动产买受人提起的执行异议之诉的处理》中，就非常明确地提出：第二十七条的但书条款对应的是《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权的批复》中的消费者购房人的权利，而并非第二十八条^①。

根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，权利排序应为：房屋消费者的物权期待权 > 建设工程价款优先受偿权 > 抵押权 > 一般买受人的物权期待权。在该观点项下，一般买受人物权期待权不能阻却享有抵押权的金钱债权执行。

例如，在“再审申请人李跃因与被申请人衡阳农村商业银行股份有限公司、衡阳市华湘房地产综合开发有限公司申请执行人执行异议之诉(2018)最高法民申5078号”中，法院就认为“《执行异议和复议规定》第二十八条规定了在金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，获得人民法院支持所要满足的四个要件，但该条规定仅能对抗对被执行人享有普通债权的债权人。”

这样的观点在最高院另一案件“再审申请人葫芦岛渤海海洋化工有限公司（以下简称渤海化工公司）因与被申请人葫芦岛渤海海洋经贸实业有限公司（以下简称渤海化工公

① 《人民法院报》2019年02月21日 不动产买受人提起的执行异议之诉的处理。



司)因与被申请人葫芦岛渤海海洋经贸实业有限公司(以下简称渤海经贸公司)、中国农业银行股份有限公司葫芦岛龙港支行(以下简称农行龙港支行)等的案外人执行异议之诉案件”[(2019)最高法民申1489号]中也有体现。最高人民法院在本案中认为:农行龙港支行已办理抵押登记,案涉土地抵押权的设立合法有效,不属于侵权行为;渤海化工公司仅依据未办理过户登记的《土地使用权转让协议》不能产生受让案涉土地使用权的法律效力,不能办理过户登记是其在签订合同时既已明知的商业风险和法律障碍,不能归咎于他人的合法行为,更不能阻碍行使抵押权。

基于上述理由,最高人民法院认定:农行龙港支行对案涉土地依法享有抵押权,渤海化工公司对案涉土地不享有足以排除强制执行的民事权益。

基于上述分析,第二十七条和第二十八条的争议即便在最高人民法院也没有一个定论。

《九民纪要》下第二十七条和第二十八条的理解与适用

2019年11月14日,最高人民法院出台《关于印发〈全国法院民商事审

判工作会议纪要〉的通知》(法〔2019〕254号),简称《九民纪要》。

《九民纪要》第一百二十六条:“【商品房消费者的权利与抵押权的关系】根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条、第2条的规定,交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权……但应当特别注意的是,此情况是针对实践中存在的商品房预售不规范现象为保护消费者生存权而作出的例外规定,必须严格把握条件,避免扩大范围,以免动摇抵押权具有优先性的基本原则。因

此……买受人不是本纪要第一百二十五条规定的商品房消费者，而是一般的房屋买卖合同的买受人，不适用上述处理规则。”

尽管《九民纪要》第一百二十六条针对的是商品房消费者的物权期待权问题，但在该部分的阐述中也明确了非因生存权考虑，不得突破抵押权的优先性原则，并且明确了不是商品房消费者，不适用该原则的意见。那么，我们是否能理解，除开商品房消费者以外的买受人，对标的房屋的权利都不能排除抵押权人对标的房屋的执行呢？

对该问题，最高人民法院民事审判第二庭出版的《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》（最高人民法院民事审判第二庭编著，人民法院出版社出版，2019年版）第636页最后两行载明：“二手房购买人的权利不应当优先于抵押权人，除非抵押权人同意出卖人转让涉案房屋。”第637页第三段载明：“出售在先，抵押权设定在后，购房人的权利优先还是抵押权优先？应当区分是否为消费者购房人，如果是一般购房人，其取得的不是物权期待权，本质是债权，并不优先于抵押权。”^②

最高人民法院王毓莹更为直接地指出：“《异议复议规定》第二十七条但书条款的规定，包括《异议复议规定》第二十九条^③的规定，而不包括第二十八条的规定”。

基于上述，本所律师倾向性地认为，《执行异议和复议案件若干问题的规定》第



② 《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》【最高人民法院民事审判第二庭编著，人民法院出版社出版，2019年版】。

③ 《人民法院报》2019年02月21日《不动产买受人提起的执行异议之诉的处理》。



第二十八条并不是第二十七条的“但书”；非十七条的“但书”；非消费者购买的买受人的权利并不能排除抵押权人的执行。在《九民纪要》出台后，《执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条的适用范围就更为清晰，该情况应适用于在没有抵押权情况下的，对于房屋的查封。在不存在第二十八条的情况下，首查封人可以直接依据对于房产的查封对房产进行强制执行；但在存在第二十八条规定情况的情形下，可以阻却对于查封物的执行。

在该种情形下，存在争议的就仅为第二十八条第四款的认定方式。所以，《九民纪要》第一百二十七条就仅针对《执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条第四款的理解做出进一步解释，即“一般而言，买受人只要有向房屋登记机构递交过户登记材料，或向出卖人提出了办理过户登记请求等积极行为的，可以认为符合该条件。买受人无上述积极行为，其未办理过户登记有合理的客观理由的，亦可认定符合该条件。”

对于上述观点，我们对《九民纪要》出台后，即2019年11月14日后的裁判文书进行检索，尚无最高人民法院相关判例结果。这点上，司法实践中尤其是最高人民法院的裁判意见还需要静待观察。

【摘要】 对在市场竞争中“劣汰”的企业，我国建立破产制度作为其退出市场的机制。在债务人破产之前，其合同相对人对债务人享有的合同之债的债权可以依靠合同法规则保证其利益点的平衡。而随着债务人进入破产程序，使得双方基于合同法建立的利益关系就此被打破，合同相对人债权的实现需要受到破产程序之制约。依照《企业破产法》第十八条之规定，破产管理人在处理待履行合同的的问题上，更是被赋予了选择权——可以选择继续履行合同或者解除合同。尽管该制度使破产债权人可以从一些负担沉重的合同关系中“解放出来”，似乎可以达到破产财产最大化；但由于实践中，管理人也可能出现“误判”，从而选择对债务人不利之合同或放弃掉对其有利之合同。并且由于解除待履行合同的溯及力问题并未明文规定，若在现有规定下处理待履行合同溯及力问题，结果不仅表现为对既有交换关系的干扰，而且可能减少债务人的破产财产，降低全体债权人的清偿比例。^① 因此，建议对于管理人就待履行合同行使解除权的溯及力限制为对待履行合同向将来生效，且不允许其对过往具有溯及力。

【关键词】 待履行合同 破产管理人 解除权 溯及力 限制

浅析对破产管理人待履行合同解除权溯及力的限制

◎ 文 / 张席祯 / 贵阳办公室



① 庄家园、段磊：《待履行合同解除权之反思》，清华法学2019年第5期，第132页。

“待履行合同”的概述

（一）词源及定义

“待履行合同”一词源自1978年版《美国破产法》第365条中的“Executory Contract”。一些国家的立法对于待履行合同也有着相应的规定。根据《德国支付不能法》第103条第1款规定，“待履行合同”是指，“在支付不能程序开始时，双务合同未为债务人和另一方当事人履行、或未为其完全履行的”合同；根据《日本破产法》第53条规定，待履行合同是指，“在破产程序开始之时……双方均未履行完各自义务”的“双务合同”。该词在各国均有应用，且为我国大多学者认可。

我国破产法中，对“待履行合同”也做了界定。在我国现行的《企业破产法》第十八条第一款规定中，对“待履行合同”界定为“破产申请受理前成立而当事人履行双方均未履行完毕的合同”。破产管理人亦基于此，对于待履行合同被赋予了选择权。

（二）待履行合同解除的情形及法律效果

1.待履行合同的解除程序：管理人对待履行合同行使解除权具有较高“自治”性，其不需经法院或债权人会议进行实质审核亦无需担保，根据《企业破产法》第十八条之规定，存在如下解除情形：

（1）明示解除：管理人决定履行合同，且通知合同相对人待履行合同解除。

（2）默示解除：

a.管理人没有明确作出决定，但在破产开始后，管理人2个月内均未通知合同相对

人的，视为待履行合同解除；

b.管理人未明确决定，但在破产开始后，经合同相对人催告30天内未答复的，视为待履行合同解除；

c.管理人虽决定了选择继续履行合同，但管理人未就该合同提供担保的，视为待履行合同解除。

2.待履行合同解除的法律效果：经以上程序之一被解除的待履行合同则被解除。转而适用《企业破产法》第五十三条之规定，合同相对人有权对该合同解除生发的损害赔偿请求权向破产管理人申报债权。而对于待履行合同解除后的法律效果，并未明确规定。反观我国《合同法》的规定，合同解除对已履行部分产生的效果是，恢复原状、采取其他补救措施和损失赔偿。

（三）讨论待履行合同解除溯及力问题的意义

1.我国并未明确规定待履行合同解除后的法律效果。如前所述，虽然我国破产法对待履行合同的否定选择了解除模式，但我国破产法并未像日本破产法一样明确规定待履行合同解除后的法律效果^②。

2.待履行合同解除的溯及力问题关系到破产程序中，合同相对人、债务人、其他利益相关人各方的利益平衡。具体而言，其关系到当事人之间恢复原状请求权的性质，进而关系到合同相对方请求破产方返还其已履行部分时的受偿顺位。^③



张席祯 | 律师助理

专业领域：公司法、知识产权、金融
手机：+86 187 9876 2095
邮箱：cachita@zhhlaw.com

^② 参见《日本破产法》第54条，参见李飞：《当代外国破产法》，中国法制出版社2006年版，第739页。

^③ 参见王欣新、余艳萍：《论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果》。

3.对于待履行合同溯及力问题,实务中存在较大争论。在法院审理认定待履行合同的案件时,有法院将其认定为普通债权,也有法院将其认定为取回权。

实务争议案例展示

(一) 案例索引:沈阳市中级人民法院(2012)沈中民二终字第2027号民事判决书

1.案情概要

2006年6月26日,A公司作为甲方,被告作为乙方,签订了《协议书》一份。协议约定,被告购买A公司目前尚未恢复商品房销售证件的涉案房屋。但被告至今未支付剩余购房款。此后,被告未经A公司向其履行正式交付手续,擅自对诉争房屋进行装修改造。2008年7月18日,A公司进入破产清算程序,并指定原告作为A公司的管理人。

2.裁判观点

本案中,A公司与被告签订《协议书》后至人民法院受理沈阳荷兰村房产开发有限公司破产申请前,被告未支付剩余房款,而且被告也未能提供诉争房屋已经竣工,且经A公司向其履行正式交付手续的相关证据;故本院认定,A公司与被告就上述协议书,双方均未履行完毕。因此,原告作为A公司破产清算的管理人,诉请解除沈阳荷兰村房产开发有限公司与

被告签订的《协议书》,符合相关法律规定,本院予以支持。但被告交纳的房款,以及被告擅自对诉争房屋进行的装修改造价值,属个人财产,依法享有取回权。

(二) 案例索引:娄底市娄星区人民法院(2010)娄星民二初字第930号民事判决书

1.案情概要

2006年12月28日,原告与被告签订《定购协议》,约定:由被告将其开发的涉案商铺出卖给原告;双方于2007年元月5日前在被告营业中心签订《商品房买卖合同》。同日,原告向被告缴纳了购房定金20000元。此后,原、被告双方均未能原商定的基础上签订正式的商品房购买合同。2008年10月17日,被告被宣告破产,原告即向被告破产管理人申报债权,但管理人对其所申报的债权经审查后未予认定,亦未能向原告发出解除或者继续履行合同的通知,原告遂诉至本院。

2.裁判观点

原、被告所签订的《定购协议》是双方真实意思表示,合法有效,但被告宣告破产后,管理人未能向原告发出解除或者继续履行合同的通知,根据《中华人民共和国破产法》第十八条之规定,原、被告所签订的定购协议应视为解除。原告向被告所缴纳的定金在被告被宣告破产时即成为破

产债权,管理人对原告申报债权未予认定,明显不当。

学术观点展示^④

对于待履行合同解除的效果,是否适用《合同法》第九十七条之规定,学界主要存在两种观点:

(一) 直接效果说

直接效果说认为可以直接适用《合同法》第九十七条之规定,其是我国民法学界的通说,也是《日本破产法》第五十四条中的做法^⑤。若对待履行合同采取直接效果说:

1.对于合同相对人的影响:对于已经履行部分,应当返还,或转为不当得利返还,或对其占有物主张返还。

2.对于债务人的影响:该种处理方式无法增加或维持债务人财产,反而会减少债务人之破产财产。

3.总体评价:与《企业破产法》增加或维持债务人财产之立法初衷,似乎有些背道而驰。

(二) 折中说

1.对于合同相对人的影响:对于尚未履行的债务自解除时归于消灭(与直接效果说中尚未履行债务的看法相同),对于已履行的债务并不归

^④ 王欣新、余艳萍:《论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果》,法学杂志·2010年第6期,第53-54页。

^⑤ 李飞:《当代外国破产法》,中国法制出版社2006年版,第739页。



于消灭，而是生发新的返还请求权。

2.对于债务人的影响：其可保有债务人破产财产。

3.总体评价：该主张不仅可以使陷于合同困境中的相对人均从合同中“解放”出来，可以在兼顾债务人破产财产的“保值”“增值”的同时，

也可以能够实现处境相似债权人的公平受偿。因此，笔者倾向于同意该观点。

他山之石——美国破产法之做法

《美国破产法》第365条(a)规定，若托管人不承担待履行合同，则

可以选择拒绝债务人的待履行合同；该条(g)规定，拒绝债务人的待履行合同构成对该合同的违约，并且该违约被视为发生在破产申请之前。^⑥

据此，《美国破产法》对于托管人决定不承担待履行合同的权力，其设置为对于该整个合同“拒绝履行”。这样的好处在于，若托管人拒

⑥ [美]大卫·G·爱泼斯坦、史蒂夫·H·尼科勒斯、詹姆斯·J·怀特：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社2003年版，第239页。

绝履行合同的，合同不因此而丧失有效性；拒绝履行合同后，对已经履行部分没有影响，而对于未履行部分是有影响的——合同相对人对托管人拒绝履行所造成的该部分损失享有赔偿请求权，赔偿请求权作为无担保债权参加破产分配。^⑦

总结

综上，对于破产管理人就待履行合同行使解除权的溯及力，因我国未对此明确相应的法律效果，其作为《企业破产法》程序条款需要与《合同法》等其他部门法结合以平衡各方的利益；对于待履行合同溯及力问题，在实务中存在较大争论。因此，建议我国对于破产管理人就待履行合同行使解除权效力的问题，可以采取“折中说”观点，以限制其因行使合同解除权导致的效力溯及既往，防止与《企业破产法》第十八条立法初衷相悖之同时，也可以平衡合同相对人之利益。且我国可以借鉴《美国破产法》中相关规定对破产管理人就待履行合同行使解除权之效力采用“缓和”方式——拒绝，而非直接对合同效力认定，将破产管理人拒绝履行合同之影响限定在未发生的合同事项中。相对人有权基于合同保有其已获得的履行利益，省去返还义务的辛劳。这样的结果正是在最大程度上维护当事人约定的既有交换关系，尊重破产法之外的实体法秩序。^⑧



^⑦ 王治江：《美国破产法中的待履行合同》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2003年第2期。

^⑧ 庄加园、段磊：《待履行合同解除权之反思》，清华法学2019年第5期，第141页。

【摘要】 从捐赠保险、捐赠保费到目前官方所说的捐赠保险产品，保险捐赠都是一个极具争议的话题。传统捐赠行为基本上只考察捐赠合同的问题，保险捐赠还需要符合保险合同的要求。疫情肆虐，一场没有硝烟的战争中不可能完全按照保险法律文字要求来完成保险合同的订立。由此可见，对保险合同的效力做一些例外性规定并不违反保险法的立法目的。

【关键词】 捐赠 赠与合同 保险合同效力 道德风险

从疫情看 保险合同的有效性审查

◎ 文 / 崔冽 / 上海办公室



崔冽 | 合伙人
专业领域：公司、金融、侵权
手机：+86 186 0168 6598
邮箱：cuijie@zhhlaw.com

前言

2020年年初，在新冠病毒带来的疫情严重影响着我们的生活之际，中国的许多保险公司向一线的抗疫人士捐赠了大量的保险产品，疫情期间“保险捐赠”也成了保险业内热门的话题。保险产品捐赠与传统的公益捐赠存在较大的差别，疫情期间保险公司捐献保险产品体现了捐赠合同和保险合同的双重性。根据《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）第三十四条的规定，以死亡为给付条件的保险合同，被保险人的同意并确认保险金额是保险合同有效的法定条件，且属于司法审判中法官主动审查的范围。司法实践中，对于《保险法》第三十四条的如何适用存在较大的争议，疫情的特殊性也给该规定的适用提供了更加明晰的独特视角，让我

们可以从疫情出发来讨论第三十四条的适应标准。对于一些特殊的情况，是否可以放宽对保险合同效力的认定，设定一些例外情形，也使得法律和现实更加一致，这也是本文探讨的主要目的。

保险合同关于效力的特别规定

2018年10月29日，张某带领妻女一同去普吉岛旅游，随后被发现死亡，后经精神审讯，张某承认其是为了巨额保单亲手杀害了妻子，这就是轰动世人的泰国酒店杀妻骗保案。据相关报道，张某陆续为妻子购买了多达18份寿险，保额达3326万元，而其妻子对此却毫不知情。这是未经被保险人同意并确认金额而导致被保险人被杀害的典型案例。为保护被保险人的合法利

益，法律对以死亡为给付保险金条件的合同进行了严格的限制，明确了被保险人的知情权。

《保险法》第三十四条规定以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（三）》第三条明确，人民法院审理人身保险合同纠纷案件时，应主动审查以死亡为给付保险金条件的合同是否经过被保险人同意并认可保险金额。从上述规定可以看出，保险法明确规定了被保险人同意并认可保险金额是以死亡为给付保险金条件的合同生效的必要条件，最高人民法院也通过司法解释的形式再次强调了司法审判中法院必须主动审查第三十四条的规定，这充分说明了此类保险合同中被保险人知情权的重要性。

《保险法》之所以对被保险人同意投保并认可保险金额作为保险合同生效的条件，并严格贯彻执行，主要是基于对道德风险的担忧。保险合同中的道德风险是指保险合同当事人在获得保险保障后对保险事故风险通过主观选择行为改变其风险发生的概率而产生的不正当的风险。在人身保险中，被保险人死亡后由保单产生的保险金应由其受益人或者法定继承人获得，因此相关利益人有可能通过损坏被保险人利益点的方式获得非法利益。时任最高人民法院民二庭副庭长的刘竹梅曾指出，这一条文的核心在于人民法院应主动审查，而不是根据

院





当事人的请求,以此强化各级人民法院防范道德风险的意识,以更好地保护被保险人。

司法审判中保险合同效力审查困境

《保险法》第三十四条规定的保险合同无效属于合同的法定无效。根据法律规定,合同无效应该是自始无效,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

司法实践中,法院在审理被保险人发生保险事故死亡的案件时,遇到申请理赔方主张保险合同有效,法院一般会推定投保时被保险人同意,特别是在一些单位为投保人的团体意外保险的保险合同纠纷中。法院倾向于认定此种情形下的保险合同有效,主要基于以下几个原因:第一,在保险合同实践中存在大量的被保险人没有同意的情形,假使在这种情况下认定保险合同无效,将导致大量的保险合同被推定为无效。第二,认定保险合同效力的问题在司法实践处理中相对比较复杂。由于投保过程证据相对较少,法院存在对过程的查证困难。第三,有人认为实践中保险业务人员为承揽业务的需要,在订立保险合同时忽视审查死亡险是不是经过被保险人同意这一法定条件,甚至明知没有经过被保险人同意依然选择承保。第

四,即使法院认为保险公司作为专业的保险机构,相较于被保险人而言,其更具备专业优势,因此保险人在核实被保险人以其死亡为给付保险金条件的保险合同是否经被保险人同意并认可保险金额时,应尽谨慎审核义务。由于法律规定被保险人同意系投保人应知的范畴,投保人因违背法律规定确实应该承担一定的责任,但实践中投保人可能的确不知该法律的规定。因此,司法审判的结果和法律规定的文意就可能发生严重的背离,这不仅会损害法律的权威性,也可能会影响对被保险人正当利益的保护。

从另一方面来看,在一些团体意外保险中,特别是公益捐赠的团体保单中,发生道德风险的概率事实上也是比较小的,要求被保险人明确同意有时可能属于多此一举。此外,对于保险公司来说,仅仅因为未经被保险人同意或者确认保险金额的情况就进行保险拒赔往往也是很少出现的情况,更多情况对于保险公司来说,这仅仅是拒赔的理由之一,同时这种理由与对被保险人的保护无关。因此,该条法律是否需要所有情况下都要认真审查被保险人的明确表示,并作为认定合同效力的依据可能还有待商榷。原因在于,表面上保险人全面审查虽然看上去对被保险人很负责,但实际上可能因审查太广而导致审查不严,最终也使得该条失去了其本来应有的作用。因此,探讨一下在哪些情况下进行审查,或者是排除一些不需要审查的情形,显然是十分必要的。应该注意的是探讨第三十四条适用条

件的唯一出发点应该是更有利于保护被保险人的人身安全。

疫情下捐赠保险效力研究的新视角

鉴于不需要进行审查的情形难以论证,本次疫情下公益捐赠保险就给了我们一个新的探讨视角。疫情的特殊性可以更清楚地看出不审查也符合被保险人正常的主观愿望和利益,并且没有减弱对被保险人的保护。

本次疫情特殊性在于,新型冠状病毒给人们带来的是一场没有硝烟的战争,病毒传播隐蔽,病毒携带者情况多样,在我们已经对新型冠状病毒的传播取得良好控制的今天,病毒的一些特性仍然还在研究之中。无论病毒感染性如何特殊、传播性如何强烈,但其带来的严重后果显然是此次疫情的一个重要特点。在这种情况下,正常的保险业务开展也受到了极大影响,严格要求疫情期间被保险人确认也是不现实的。

团体意外保险投保时,被保险人难以确认的原因主要包括:第一,团单虽然整体费用较高,但个体费用较低,要求每一个被保险人签字必然增加业务成本,而且人员越多,签字难度越大;第二,团单往往存在人员变动的情况,新的人员变动使得签字管理存在困难;第

三，保险业务的弱需求性导致投标单位没有签字的动力，不签字的业务人员的存在也导致被保险人的不确认是主流，确认是例外，因此就大大挤压了正常履行法定合同义务的空间。从上述的原因来看，如果严格按照法律的字面意思，有可能大部分团单都会被认定无效。

这次疫情期间的保险捐献更能体现这种特点，这种捐献往往是通过公益组织、医院和卫生管理部门进行

捐赠，捐赠者往往在捐赠时并不知道有多少被保险人，以及被保险人的相关信息，而接受的公益组织也很难确切掌握所有医护人员的信息。另外，由于疫情的客观性，人为改变保险概率的道德风险基本上不存在。因此，此类法律行为不要求被保险人的确认完全是可行的，当然，如果被保险人明确拒绝这种捐赠的保险产品的除外。

保险合同效力审查可以进行例外规定

从疫情期间的保险产品分析以及司法判例可以看出，可以对一些特殊情况下的法定生效情形进行例外规定，可以免除一些由被保险人确认的情况，并确定被保险人可以保留拒绝接受保险产品的权利。《保险法》第三十四条的规定是对被保险人安全利益的保护，而保护被保险人的安全显然也是保险合同





的根本价值所在。对于保险效力审查之例外情况，应该根据立法的目的做出严格的规定，确定其范围，明确其认定方法。另一方面，也要结合司法实践的现实，对可能存在损害被保险人安全的案件加大审查力度。具体而言：

首先，我们可以确定效力审查例外情况的一些基本原则。例如：对于投保人员无法进行获利的，可以放宽审查要求；我国保险法已经规定单位投保的，单位不能作为受益人。其次，对于投保人可以获利的投保，应限定投保限额，建立保单总额的审查制度，比如现有的父母为未成年子女进行投保就有明确的限制。再次，做好实际投保人和名义投保人的一致性审查，一些人身险的投保行为从表面上来看是被保险人自己投保，但实际上的投保人并非被保险人，往往是其亲属，如本文中提到的泰国酒店杀妻骗保案中张某就是实际投保人，其妻子对投保事项并不知情。最后，对于有初步证据或者是明显反常的保险事故，法院应该加大审查力度，对投保的情况作为重点审查的对象，确定是否为被保险人自己真实的投保意愿。

首先，我们可以确定效力审查例外情况的一些基本原则。例如：对于投保人员无法进行获利的，可以放宽审查要求；我国保险法已经规定单位投保的，单位不能作为受益人。其次，对于投保人可以获利的投保，应限定投保限额，建立保单总额的审查制度，比如现有的父母为未成年子女进行投保就有明确的限制。再次，做好实际

投保人和名义投保人的一致性审查，一些人身险的投保行为从表面上来看是被保险人自己投保，但实际上的投保人并非被保险人，往往是其亲属，如本文中提到的泰国酒店杀妻骗保案中张某就是实际投保人，其妻子对投保事项并不知情。最后，对于有初步证据或者是明显反常的保险事故，法院应该加大审查力度，对投保的情况作为重点审查的对象，确定是否为被保险人自己真实的投保意愿。

此外，根据司法实践及保险产品的特性，可以确定一些免除被保险人的确认的投保情形。一是公益捐赠保险，如本次疫情期间针对医护人员捐赠的保险产品；二是单位为自己单位的职工投保的团单，除非有证据材料说明相关投保人可能涉嫌减轻其责任或者企图获利的除外。

当然上述基本原则和例外规定还需要进一步探索论证，并规定一些具体的认定方法。比如，在保险公司能证明争议的保险事故存在骗保风险时，给予其充分的调查举证空间，并加大对其投保流程的审查力度，避免被保险人的利益受到不必要的伤害。

结 语

保险产品属于专业设计的金融产品，需要具备一定的专有知识才能理解和运用。另一方面，保险又是建立在最大诚信基础上的多方法律关系，由于信息的不对称，保险人虽然

实力强但无法了解所有被保险人的信息。因此，法律考虑到两者的信息不平衡的情况，作了很多的限制以保护各方的利益，但在众多的利益关系中，被保险人的利益永远是最为核心的利益，也是保险行业存在和发展的基础。因此，任何改进措施都应该是以加强而非削弱其保障力度为目的。其实，从我国保险法最初投保行为必须经过被保险人书面确认到被保险人可以以多种方式来认可保险合同及保险金额，再到本文的探索，都可以说是为了实现对被保险人的保护这一根本目的。

2020年，对我国来说注定是极不平凡的一年。春节伊始，在这个本是喜庆、团圆和欢聚的传统节日里，全国都在为抗击新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称新冠疫情）全力以赴。自1月21日，钟南山院士告知新型肺炎存在人传人现象时开始，每天看着直线式上升的全国新增病例，大家才逐渐意识到，这场新冠疫情远比我们想象的严重。在大家祈福新冠疫情早日结束时，1月30日，世界卫生组织总干事谭德赛博士（Tedros Adhanom Ghebreyesus）宣布，新冠疫情构成国际关注的突发公共卫生事件（Public Health Emergency of International Concern, “PHEIC”），PHEIC的确定标志着新冠疫情正式被确认为国际性事件。随即，不少国家相继采取了针对中国公民的入境管制措施，其对我国抗击新冠疫情及我国企业，包括走出去企业都将产生重大影响。本文笔者旨在通过解析PHEIC及其对我国走出去企业可能产生的影响，提出应对措施建议，以供参考。

新冠疫情确定为PHEIC后对中国走出去企业的影响及应对建议

◎ 文 / 杨青 / 重庆办公室



PHEIC及临时建议浅析

世界卫生组织总干事谭德赛基于突发事件委员会（以下简称委员会）提出的建议，对我国、所有国家及国际社会均提出了临时建议（Temporary Recommendations）。结合《国际卫生条例（2005）》的相关规定及对比世界卫生组织对2019年埃博拉疫情与中东呼吸系统综合征冠状病毒（Middle East respiratory syndrome coronavirus, 以下简称中东冠状病毒）采取的措施，笔者就新冠疫情确定为PHEIC后可能产生的深刻影响及临时建议作如下浅析：

（一）我们需充分认识新冠疫情确定为PHEIC后可能产生的影响

自《国际卫生条例》2005通过实施以来，一共宣布了6起PHEIC事件，即2009年甲型H1N1流感病毒、2014年野生型脊髓灰质炎病毒（Polio）、2014年西非埃博拉病毒（Ebola in West Africa）、2016年巴西寨卡病毒（Zika）、2019年刚果埃博拉病毒病（Ebola in Congo）以及这次新冠疫情。根据世界卫生组织总干事2019年7月17日发布的关于刚果埃博拉病毒病《国际卫生条例》突发事件委员会会议的声明，总干事宣布刚果埃博拉病毒病为PHEIC时，共有确认与可疑病例2512例，其中136名医务人员被感染、40人死亡，每周新增病例80例。相比之下，此次新冠疫情病例的增长速度、人数规模和广泛性则要严重得多，当然此次新型肺炎的病死率要比埃博拉病毒病低很多。再看看中东冠状病毒，自2012年9月至今，全球27个国家一共有2494病例，其中858例死亡。自2013年7月开始一直到2015年6月，委员会一共开了10次会议，但都认为

中东冠状病毒不构成PHEIC。1月28日，钟南山院士接受媒体采访时表示，疫情在1周或10天左右达到高峰，不会大规模增加了，但从后续披露的数据来看，疫情的发展态势仍然十分严峻。因此，世界卫生组织总干事宣布新冠疫情为PHEIC，我们需对新冠疫情的严重性和后续防疫工作的艰巨性有充分认识，并做好充分准备。

（二）总干事谭德赛不建议实施任何旅行或贸易限制并不表明疫情的发展态势比较乐观

《国际卫生条例（2005）》规定，其目的旨在“以针对公共卫生风险，同时又避免对国际交通和贸易造成不必要干扰的适当方式，预防、抵御和控制疾病的国际传播，并提供公共卫生应对措施”。总干事谭德赛提出的临时建议也体现了《国际卫生条例》的上述目的，在对所有国家的建议中提出，委员会不建议实施任何旅行或贸易限制，各国必须按照《国际卫生条例》的要求，向世界卫生组织通报所采取的任何旅行措施。根据《国际卫生条例》第3条中的原则，请各国不要采取可能助长侮辱或歧视的行动。对国际社会的建议中提出，采取明显干扰国际交通额外卫生措施（指拒绝国际旅行者、行李、货物、集装箱、交通工具、物品等入境或出境或延误入境或出境24小时以上）的缔约国有义务在采取措施后48小时内向世界组织报告相关公共卫生依据和理由，世界卫生组织将审查这些理由，并可能要求有关国家重新考虑其措施。总干事2019年7月17日确定刚果埃博拉病毒病为PHEIC时，同样也提出了类似于上述内容的临时建议。《国际卫生条例》的目的旨在预防、抵御和控制疾病的国际传播，并提供公共卫生应对措施，但在各国使用的方式上则要避免对国际交通



杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商
投资、基金

手机：+86 182 0309 3176

邮箱：eagleyang@zhhlaw.com

和贸易造成不必要干扰。因此，总干事不建议实施任何旅行或贸易限制并不表明疫情的发展态势比较乐观。

（三）PHEIC有效期虽为3个月，但存在被延长3个月的可能，且不排除总干事根据疫情发展情况提出长期建议的可能

总干事在声明中表明，其将酌情决定在3个月后（或者更早）再次召集突发事件委员会会议。《国际卫生条例》第15条第3款规定，临时建议可根据该条例规定程序随时撤销，并应在公布3个月后自动失效。临时建议可修改或延续3个月。同时，《国际卫生条例》第16条和53条规定，如果总干事认为长期建议对于某个特定的公共卫生风险是必要和适当的，世界卫生组织可提出关于常规或定期采取适宜卫生措施的长期建议。因此，总干事目前提出的临时建议的期限长短及是否会进一步提出长期建议，均取决于后续疫情的发展情况，接下来的抗疫工作可能更加艰巨。

（四）临时建议虽然对各国不具有约束力，但PHEIC的定性，可能引发各国纷纷对我国货物及人员采取入境限制措施，这将对我国抗击疫情和经济发展产生深刻影响

虽然临时建议不具有国际法上的约束力，但世界卫生组织委员会基于对新冠疫情现状与发展态势的分析确认其为PHEIC时起，已给世界各国提供了更充分的理由对我国的货物与人员采取入境限制措施。在未确定为PHEIC时，部分国家可能还有所顾忌



和犹豫，但在确定为PHEIC后，各国为了防范新冠疫情传播风险，必然会采取极为严格的入境限制措施加以防范。比如当年SARS爆发时，世界上有110个国家限制中国人入境。在总干事宣布确定新冠疫情构成PHEIC后，多个国家马上采取针对中国公民入境的限制措施。比如：澳大利亚宣布除澳大利亚公民或居民外，自2月1日起，任何离开中国或从中国大陆过境的人都将拒绝入境；美国宣布自2月2日起，开始实施限制入境措

施。此外，多个国家航空公司宣布暂时取消与中国的往来航班，后续肯定还会有更多国家在交通与贸易等方面对我国货物与人员入境采取限制措施，这无疑将对我国的经济发展产生深刻影响。而限制措施持续多久，也将取决于我国能否有效控制疫情。

通过上述分析可以看出，新冠疫情的严重性和后续抗击任务的艰巨性可能比预期更严峻。除了抗击疫情，



企业更为担心的是如何防范和减轻因此受到的影响。企业停产停业，但租金等着要付，员工工资等着要发，已经签署的合同违约可能需要承担违约责任等等，笔者本文主要分析疫情对我国走出去企业可能产生的影响及应对建议。

新冠疫情确定为PHEIC后，对我国走出去企业带来的影响及应对建议

我国走出去企业根据其性质不同，可以分为境外投资并购企业、贸易出口企业、境外承包工程企业与对外劳务合作企业几类。由于上述几类企业的业务存在较大区别，新冠疫情与PHEIC认定对其影响也会不同。新冠疫情必然对走出去企业产生多方面影响。笔者下文中主要从对合同履行、境外工程项目实施及人员派遣三个方面的影响进行解析。

（一）对合同履约的影响及应对建议

如上所述，世界卫生组织总干事确定新冠疫情为PHEIC后提出的临时建议有效期为3个月（如总干事后续宣布延期3个月，则为6个月），也不排除总干事根据疫情的发展情况可能提出长期建议的可能。因此，新冠疫情确定为PHEIC后，对我国走出去企业的合同履约将产生直接和深刻影响。

1.及时评估新冠疫情确定为PHEIC后对履约可能产生的影响和风险

对于已经签约的项目，无论是直接投资与并购项目合同、外贸合同，还是境外工程承包合同，我国企业要尽快根据签署的交易文件和考虑新冠疫情可能持续的时间长短，认真评估其对履约可能带来的风险。比如在投资并购项目中，一般会对项目交割、境内买方办理备案登记的时限、资金出境与支付时限等约定具体期限。境内企业要及时评估是否能在交易文件约定期限内完成上述重要节点事项。外贸合同中，企业需要评估新冠疫情对货物准备与生产、运输及海关检查等方面可能产生的影响，如未能如期交货，则需评估逾期的期限需多长。交易合同是一个整体，任何重要条款的变更都可能会对整体交易合同产生风险。因此，企业在评估风险时，不能仅仅从商务与财务角度进行评估，而要从法律、交易履行过程中及之后可能产生的相关风险方面进行综合考虑全面评估，只有这样才可能为制定应对方案提供充分依据。建议企业与法律顾问及时商量与评估新冠疫情确

定为PHEIC后对交易可能产生的影响和相关风险。

2. 制定可行且有效的应对方案

对风险作出全面评估后，境外企业需与法律顾问共同制定可行和有效的应对方案。比如，境内企业原计划向金融机构贷款用于支付交易款，但新冠疫情确定为PHEIC后，可能导致境内或境外银行或贷款方无法继续提供资金，从而不得不通过其他途径寻找资金。此种情况下，则境内企业要拿出合理的期限与交易对方进行沟通，而不能在没有确定新的资金来源之前便匆忙设定很紧的期限，从而避免后续被动。新冠疫情也可能会影响外汇额度的充足性，加之新冠疫情和PHEIC的持续期限存在不确定性，在向银行申请外汇额度的期限方面也可能存在诸多不确定性因素。因此，在设定资金支付期限时，要留有足够的时间。又比如，在制定外贸合同逾期交货方案时，需要考虑新冠疫情可能持续的时间长短，分不同情况制定应对方案；在设定具体延长期限时，需要考虑期限的合理性与公平性。虽然各国法律对不可抗力可能有不同规定，在缺乏法律明确规定和合同约定的情况下，交易各方对评估新冠疫情确定为PHEIC后是否构成不可抗力事件也可能存在不同理解。根据一般国际惯例，交易各方一般会接受PHEIC为不可抗力事件，但在制定应对方案时，一定要考虑交易各方的利益，从公平和相互谅解的角度提出建议方案，而不能只考虑自己一方如何规避风险，否则各方将很难协商一

致。

3. 注重与交易相对方的沟通技巧与方法

自新冠疫情发生以来，习近平总书记强调要把人民群众生命安全和身体健康放在第一位，整个民族众志成城抗击疫情。但作为交易的相对方，他们国家并没有经历这样的苦难，他们难以感同身受。即使能够理解，但在交易文件约定对他们有利的情况下，他们一般也不会轻易作出让步。加之文化等方面的差异，境内企业在制定应对方案后，在与交易相对方、

合作方进行沟通时，也要注意方法。比如，境内企业不宜一开始就直截了当地提出，新冠疫情被世界卫生组织确定为PHEIC就应属于不可抗力事件，交易双方解决问题的方案就应当以此为前提条件。而建议境内企业一开始时通过详实的数据，着重解释新冠疫情的严重性及境内企业因此遭受的严重影响，并积极寻求交易对方的理解与支持。





相信即使不提不可抗力，交易相对方或合作方也会将其当作不可抗力事件对待处理。基于相互理解和信任达成的应对方案，肯定会更有利于交易的后续履行。同时，定期向境外交易方或合作方告知新冠疫情的发展情况，以及境内企业在履约方面作出的努力，让对方看到境内企业在整个过程中作出的努力，必定能增加对方的理解和促进交易的推进。

4. 协商过程做到规范，并注意保留好相关证据

在与境外交易方或合作方沟通过程中，境内企业应尽可能做到规范，比如尽可能通过邮件进行沟通，召开电话会议时，会后应形成会议纪要并让各方签署和确认。通过协商谈判，就变更事项达成一致意见后，建议让法律顾问草拟正式的补充协议并签署。如上所述，交易文件任何重要条款的修改可能涉及需要对交易文件其他诸多条款进行相应修改。实务中，部分企业仅对直接涉及条款内容作出修改，但对其他可能涉及的条款并未相应进行调整，需要另行补充的条款未相应补充，从而使得交易文件与补充协议内容之间发生冲突。另外，境内企业与境外交易方或合作方商谈新方案或补充文件过程中，还要有证据保留意识，比如境内企业定期向境外交易方或合作方发送报告疫情，以及境内企业为履行合同和积极采取应对措施及减少因此产生损失作出的努力。后续双方一旦发生争议，当双方对新冠疫情确定为PHEIC后是否构成不可抗力事件产生争议时，争议解决机构可能依据上述邮件或函件作出对境内企业有利的认定。特别是在跨国

交易中，在缺乏适用法律明确规定的情况下，如境内企业能提供更为充分的证据，证明确定为PHEIC的新冠疫情确属不可预见和无法克服的不可抗力事件，争议解决机构根据衡平法原则作出对境内企业有利认定的可能性更高。

(二) 对境外工程项目实施的影响及应对建议

如项目为绿地投资新建项目或境外工程承包项目，在新冠疫情确定为PHEIC后，其影响将会更为复杂。由于新建项目或境外工程承包项目位于境外，项目建设中会涉及诸多第三方合同的履行与执行问题。部分项目中，相关设备需要从我国运送过去，部分高管和劳务人员需从我国派遣出去。在新冠疫情确定为PHEIC后，已经有很多国家对我国货物与人员入境采取了限制措施，很多航空公司宣布暂停与我国的往返航班。各国采取的上述措施，对境外项目的实施与执行产生多方面影响。除了按上述第一条建议内容及时采取措施外，境内企业还需要聘请境外律师和相关专业机构共同评估风险和制定应对方案。由于项目实施涉及诸多合同、诸多当事方和相关政府机构，其处理的复杂程度和需要考虑的问题要多很多。就与第三方签署的合同方面，需要根据合同的不同性质、涉及金额和违约后可能承担的法律 responsibility 进行评估和分析，并聘请境内外律师共同商量和制定应对方案。涉及向相关当地政府机关办理相关手续的，可通过聘请当地员工或授权当地合作方协助处理。涉及需要从我国购买的设备，如果时间紧急，则可考虑在当地或第三国进行采购。

(三) 对外派人员的影响及应对建议

由于境外工程承包项目很多员工是从我国派遣到境外，在新冠疫情确定为PHEIC后，很多国家对我国人员采取限制入境措施。春节假期回家过年的员工，短期来看无法继续派遣到境外了，但工程项目不能等到相关国家解除入境限制后再过去施工。此种情况下，建议境内企业考虑采取替代方案，暂时从当地招聘员工替代。由于各个国家的劳工法律制度差别非常大，越是欠发达的国家和地区，其法律对劳动者的保护越严，即在聘请当地员工后，企业在解聘员工的难度及解聘员工时支付的赔偿金和补偿金越高。如境内企业拟从当地招聘员工替代，则建议聘请当地劳动法方面的专业律师提供建议，对后续解聘劳动合同及用工可能产生的风险要有充分的评估，并在聘请当地员工的数量及用工的合法性方面做好风险防范措施。

正如世界卫生组织总干事在宣布PHEIC时强调：这个决定并非是对中国没有信心，相反的，世界卫生组织对中国控制疫情的能力十分有信心！并充分认可中国方面的努力及信息的透明程度，相信我们会取得胜利！在全民抗击新冠疫情的同时，笔者也希望走出去企业结合自身实际情况，对新冠疫情确定为PHEIC后可能产生的影响与带来的风险进行充分评估，并及时制定可行有效的应对方案，从而把风险降到最低，做到抗击新冠疫情与有效防范企业风险两不误。

(注：此文完成于2020年2月3日)

市高级法院苏福副局长一行莅临中豪调研指导

今年“两会”期间，中豪董事局主席袁小彬提出了《关于深入推进律师参与执行工作的建议》，市高级人民法院对该建议高度重视，2020年4月16日，执行局副局长苏福、五中院执行局副局长汤伟及江北区、渝中区、渝北区法院执行局领导等一行到中豪调研，通过座谈听取意见。会上，苏福副局长指出，袁小彬会长提出的律师参与司法拍卖线下服务等建议，对推动律师参与执行工作有着积极意义，有助于律师协助司法机关完善执行工作，促进社会力量走入法院。



中豪助力成功发行148亿元重庆市政府专项债券

中央国债登记结算有限责任公司
CHINA CENTRAL DEPOSITORY & CLEARING CO., LTD.

热烈祝贺
2020年重庆市政府债券成功发行

发行日期	债券代码	债券简称	债券类型	发行规模 (亿元)	发行期限 (年)	票面利率 (%)
2月28日	2005150	20重庆债01	一般债券	98	30	3.68
	2005151	20重庆债02	专项债券	10.75	5	2.88
	2005152	20重庆债13	专项债券	223.25	30	3.68

2020年2月28日，中国债券信息网发布了2020年重庆市第一批政府债券发行结果公告。公告内容显示，2020年重庆市政府专项债券（一期）、2020年重庆市政府专项债券（二期）已完成招标工作，共计148亿元政府专项债券成功发行。合伙人王必伟、刘文治、宋琴担任负责人，杨兆惠、施雯、李曼玲、袁珂、周俊龙等多名律师共同组成的专业服务团队为本项目提供全程法律服务。



中豪律师集团

重庆

重庆市渝中区邹容路68号大都会广场22层 400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu, 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808

江北

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568

两江

重庆市两江新区金开大道1230号4幢7层 400112
7/F, Tower No.4, 1230 Jinkai Ave, Liangjiang New Area, Chongqing 400112, PRC
Tel: +86 23 6739 0877 Fax: +86 23 6739 0877