

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

ZHH
ZHH & Robin

2020年 第4期 | 总第070期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



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】

股东提起强制
清算案件之法律浅析

行为保全的“那些事儿”

解除取保候审后
应及时终止侦查或撤销案件

新冠肺炎疫情下
中国企业在国际贸易交易中
援引不可抗力制度减免
违约责任的相关法律问题

【法理天地】

《民法典》
情势变更制度解读

华东政法大学郭为禄书记一行莅临中豪访问交流

2020年9月19日，华东政法大学党委书记郭为禄、党委副书记应培礼、党委常委杨忠孝一行莅临中豪访问交流，以答谢中豪对华政教育事业的关心和支持。董事局主席袁小彬及合伙人俞理伟、郭凌嘉等华政校友进行了热情接待并座谈交流。在互动交流中，郭为禄书记也表达了对中豪在华政设立“中豪律师奖学金”的感谢。他指出，“中豪律师奖学金”为华政许多莘莘学子提供了学业上的帮助，也感谢中豪为优秀的华政学子提供较好的成长空间和展翅高飞的职业平台，双方可以继续加强合作。



中豪获评重庆市涉外法律服务示范机构



为进一步提高重庆涉外法律服务的质量和水平，完善涉外法律服务机构建设，市司法局、市商务委员会、市律师协会、市公证协会联合开展了全市涉外法律服务示范机构评选工作，9月3日，重庆涉外法律服务示范机构授牌仪式成功举办，市律师协会会长袁小彬、市司法局律师工作处处长彭建军等领导出席仪式，中豪成功获选，成为重庆市首批涉外法律服务示范机构之一。中豪将持续为共建“一带一路”、加快建设内陆开放高地提供有力法治保障和优质法律服务，为重庆市打造市场化、法治化、国际化的营商环境贡献自身力量。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第070期 2020年 第4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 | 张晓卿 |
| 卜海军 | 陈伟 | 范珈铭 |
| 涂小琴 | 李东方 | 夏烈 |
| 俞理伟 | 朱剑 | 黎莎莎 |
| 汪飞 | 郑毅 | 吴红遐 |
| 崔冽 | 陈心美 | 郑继华 |
| 傅达庆 | 张德胜 | 郭凌嘉 |
| 文建 | 刘军 | 红天晓 |
| 柯海彬 | 李燕 | 邓辉 |
| 赵明举 | 梁勇 | 冉春红 |
| 李永 | 周静 | 宁思燕 |
| 刘文治 | 李静 | 杨敏 |
| 周鹏 | 王必伟 | 邓舒丹 |
| 陈任重 | 青苗 | 程地昌 |
| 谢敏 | 肖东 | 柴佳 |
| 赵晨 | 郑鹏 | 伍伟 |
| 文奕 | 高伟 | 蒋官宝 |
| 任远 | 曹阳 | 赵寅皓 |
| 曹一川 | 袁珂 | |

责任编辑：宋琴
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

律师论坛 FORUM

- 股东提起强制清算案件之法律浅析 宁思燕 李梦雪 2
- 行为保全的“那些事儿” 肖东 6
- 解除取保候审后应及时终止侦查或撤销案件 曹阳 12

- 新冠肺炎疫情下中国企业在国际贸易交易中援引不可抗力制度减免违约责任的相关法律问题 文奕 18

法理天地 THEORY

- 《民法典》情势变更制度解读 俞理伟 25

中豪新闻

6月4日，渝中区律工委开展了“抗疫同心、法律同行”征文大赛活动，中豪荣获组织奖，马海生、杨青、文奕、宋琴及周俊龙律师撰写的4篇文章分别荣获一等奖、三等奖及优秀奖。中豪律师疫期撰写了20篇针对疫情的实务性文章。此外，中豪还通过举办公益直播讲座等方式帮助企业共同渡过难关。

受疫情等因素影响，很多企业经营严重受挫，不良资产投资迎来了新的风口。8月5日，合伙人黎莎莎就不良资产处置的市场新局面进行法律探讨。她从目前不良资产处置市场的现状、处置方式、具体法律业务等诸多方面进行了分享和探讨。

纵览《民法典》，合同编几乎占据了半壁江山，本次《民法典》合同编在原来《合同法》基础上进行了全方位修订，补充完善民法理论，积极回应社会生活热点问题。8月12日，合伙人俞理伟在重庆办公室举办了“《民法典》合同编精要解析”专题讲座。

长期以来，我国担保领域的法律规范相当繁杂，且不同规范之间存在冲突，引发诸多适用问题。《民法典》统一了担保领域的法律适用，作出诸多重大变革。8月19日，合伙人梁勇在重庆办公室举办了“《民法典》担保制度新规解析”讲座，为律所同仁带来了详尽的《民法典》担保制度新规解析。

《九民纪要》首次明确了对赌协议的效力问题，针对公司法审理裁判实践中常见的热点难点问题提出解决方案。在此背景下，8月26日，合伙人邵兴全在成都办公室举办了“《九民纪要（公司法部分）》解读与适用”专题讲座。

8月28日，重庆仲裁委员会召开了涉外仲裁员专业委员会成立大会。来自全球的113名仲裁员入选涉外仲裁员专业委员会，并任命15名仲裁员为涉外仲裁员专业委员会委员，合伙人杨青被任命为涉外仲裁员专业委员会副主任。

近年由于中美“贸易战”和全球新冠疫情影响，跨境诉讼纠纷逐渐增多。9月2日，纽约办公室副主任吕睿鑫律师举办了“中美民事诉讼程序对比与法律实务”讲座，他从立案与送达、庭前程序、开庭与审判三个阶段，与国内的民事诉讼程序进行了详细对比与解析。

9月3日，中国信达资产管理公司重庆分公司姜伟总经理、华宇金控余江董事长一行到中豪参观交流，董事局主席袁小彬、合伙人陈晴、青苗、黎莎莎等进行了热情接待。姜总和余董表示，中豪作为长期为不良资产市场提供专业服务的第三方头部机构，借此次座谈交流之际，希望能够助推信达与华宇以及中豪各方的深度合作。

9月11日，山东众成清泰律师事务所监事会主席姚虎明一行8人到访中豪重庆办公室参观交流，合伙人肖东、杨青等进行了热情接待和友好交流。此次参观交流活动让嘉宾们对中豪的公司制管理、人才培养等各方面有了深入的了解。

由于法律制度的不健全和股权转让行为的不规范，有限责任公司的股权转让纠纷在近年来持续攀升。9月16日，合伙人高红刚在上海办公室举办了“股权转让常见法律风险解析”专题讲座，通过分析股权转让过程中的常见纠纷及法律风险，为相关业务处理提供参考。

9月16日，重庆汇桥通信技术有限公司第一次债权人会议在重庆市江北区人民法院第七审判庭顺利召开。中豪接受江北区法院指定担任管理人，合伙人宋琴担任本次一债会负责人，与周俊龙、张超凡、熊雅洁等律师组建了管理人工作团队，共同参与完成一债会工作。

遵义、铜仁、安顺、黔西南、黔东南及黔南6市州律师协会于9月19日至25日联合举办了2020年度申请律师执业实习人员培训班。20日下午，合伙人杨青受邀作为授课老师为参训实习律师作“国际化背景下青年律师如何开拓视野和提升涉外业务技能”3小时专题讲座。



摘要：受世界范围内的经济衰退影响，大量企业出现经营状况持续恶化，经营存续困难的情况。公司若停止经营但又未经清算程序、未办理注销以退出市场，公司的此种状态可能导致股东被工商、税务等列入黑名单，股东个人信用也会产生不良记录。而股东提起强制清算是打破公司僵局，清理不良投资的有效自救渠道。本文从清算的概念分类、强制清算与破产清算概念厘析、股东提起强制清算的申请条件及强制清算的两个实操问题四个方面入手，对于笔者近期办理的股东提起强制清算案件进行初步总结梳理，以供参阅探讨。

关键词：清算 股东强制清算 破产清算

股东提起强制清算案件之法律浅析

文 / 宁思燕 李梦雪 / 成都办公室





宁思燕 | 合伙人
 专业领域：基础建设和房地产
 手机：+86 130 7602 8050
 邮箱：sissi.ning@zhhlaw.com

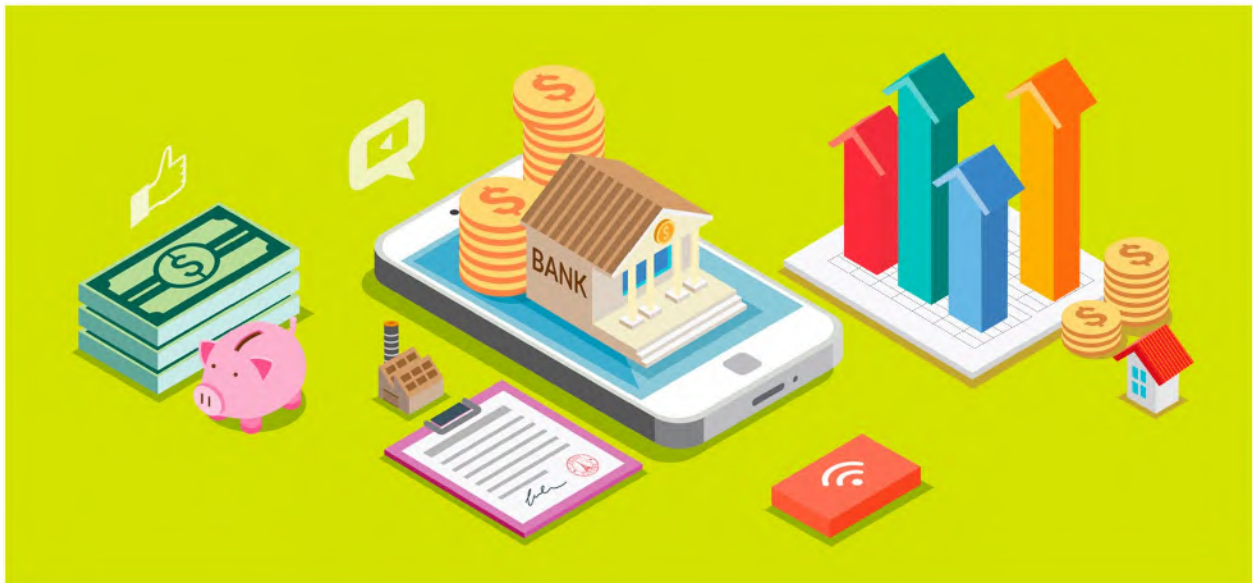
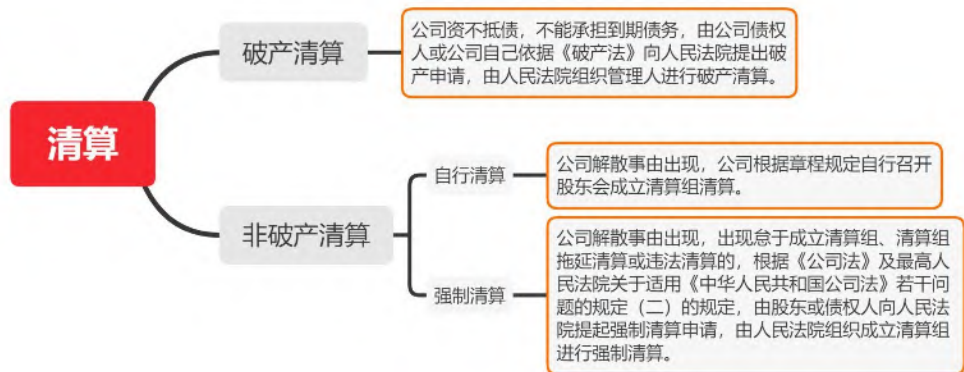
近年来，受中央对于市场经济主体救治和退出机制的重视，清算成为经营困难的企业或僵尸企业退出市场的有利选择，而其中股东提起强制清算更是打破公司僵局、清理不良投资的有效途径。就司法层面而言，自2016年《最高人民法院关于依法开展破产案件审理积极稳妥推进破产企业救治和清算工作的通知》出台后，北京、上海、深圳、江苏、浙江等法院陆续出台了审理公司强制清算案件的相关指导性文件，为依法开展清算案件审理、积极稳妥推进破产企业救治和清算工作提供了

法制基础。

强制清算概述

(一) 清算的概念与分类

根据《公司法》《企业破产法》等法律规定，公司清算是指在公司面临解散的情形下，负有清算义务的主体按照法律规定的程序清理公司债权债务，处理公司剩余财产，终止公司法律人格的行为。具体又可分为自行清算、破产清算和强制清算三种情形：



（二）强制清算与破产清算的区别与衔接

要厘清强制清算的概念，首先需要明确强制清算与破产清算的区别之处。强制清算的主旨在于解决公司解散事由出现而逾期清算的矛盾，侧重点在于解决公司僵局，处理股东与公司、股东与股东之间的直接利益冲突。而破产清算系企业生产经营困难、资不抵债时，由债权人或企业自己提起的司法程序，侧重点在于保护外部债权人利益，相应的司法程序也比强制清算更为严格。

强制清算中，清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足清偿债务的，除依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《〈公司法〉司法解释二》）第十七条的规定，通过与债权人协商制作有关债务清偿方案并清偿债务的外，还应依据《公司法》第一百八十八条和《企业破产法》第七条第三款的规定，向人民法院申请宣告破产。第三十三条：公司强制清算中，有关权利人依据《企业破产

根据《〈公司法〉司法解释二》第七条，股东提起强制清算需要满足以下条件：

1.公司发生解散事由。即《公司法》第一百八十条规定的公司解散事由发生或在特定情况下股东向人民法院提出公司解散之诉。

2.解散事由发生后未按法律规定清算。包括：逾期不成立清算组清算，清算组成立后故意拖延清算，违法清算严重损害债权人或股东利益。

3.发生前两种情况时，债权人未提起强制清算的情况，股东才可提出申请。

相较于债权人提起清算，股东提起强制清算的前提条件更为严苛，适用性也更局限。然而市场上往往有大量公司治理出现了僵局，难以形成有效决议解散公司的情况，此时股东需要先行提起解散公司之诉，再另行清算。

| 区别 | 强制清算 | 破产清算 |
|------|--|---|
| 适用法律 | 《公司法》第一百八十三条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》 | 《破产法》及相关司法解释 |
| 前提条件 | 公司解散事由出现，但逾期不成立清算组进行清算，虽成立清算组但故意拖延清算、违法清算。 | 不能清偿到期债务，且资产不足以清偿债务或明显缺乏清偿能力。 |
| 申请主体 | 公司债权人。若债权人未申请，则可由股东申请。 | 公司债权人或公司自己 |
| 清算程序 | 按《公司法》及其解释规定程序进行；相关诉讼、执行及保全等程序不中止；债权利息是否停止计算有不同观点；未设置债权人会议等。 | 严格按照《破产法》相关程序开展；诉讼及执行程序需中止，保全措施应当解除；债权利息自破产受理日停止计息；明确规定债权人会议及债权人委员会等。 |
| 利益保护 | 因不存在资不抵债的问题，侧重解决股东与公司、股东与股东之间的直接利益冲突。 | 公司已经资不抵债，保护债权人利益为优先，其次解决股东与公司的利益分配。 |

由于破产清算关系外部债权人的利益，因此从司法程序上，破产清算事由与强制清算事由同时出现时，往往优先适用破产清算程序。在强制清算程序中，清算组发现企业已经资不抵债时，也应当转入破产程序。根据最高人民法院发布的《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》（以下简称会议纪要）第三十二条：公司

法》第二条和第七条的规定，向人民法院另行提起破产申请的，人民法院应当依法进行审查。权利人的破产申请符合《企业破产法》规定的，人民法院应当依法裁定予以受理。人民法院裁定受理破产申请后，应当裁定终结强制清算程序。

（三）股东提起强制清算的申请条件

股东提起强制清算的一些实操问题

（一）强制清算申请的审查与受理

根据《会议纪要》的精神，人民法院审查强制清算申请时，应当重点审查申请人是否具备申请资格、被申请人是否已经发生解散事由、是否存在未按规定自行清算的事由，且一般应当召开听证会。笔

者经检索司法案例，就股东提起强制清算不予受理的案例中，法院的评述理由主要有以下情形：

1.公司组织形式并不属于《中华人民共和国公司法》调整范畴；

2.公司资产已经不足以清偿全部债务，应当另行提起破产清算；

3.公司存在故意拖延清算及违法清算情形的，申请理由缺乏充分的事实依据；

4.其他不符合股东提起强制清算条件的情形。

相较于第一种情形而言，第二和第三种情形更为常见。部分法院在受理强制清算案件后，往往会要求申请人或被申请人先行提供公司账册等财务资料，用于初步辨别公司是否有对外负债，是否存在资不抵债的情形，若确认公司对外负债较多，为避免外部债权人利益受损，此时法院通常会告知申请人另行提起破产清算并驳回强制清算申请。法院的此种举措避免了进入强清程序后清算组发现资不抵债而债权人不能对清算方案达成一致意见时转为破产清算的情形，客观上避免了司法资源的浪费，也最大程度保护了债权人的利益。但从另一个角度，清算的企业往往都经营困难，难以继续经营，出现对外负债的情况在所难免，若一味通过财务资料先行判断企业资不抵债，而判定应当进入破产清算程序，则强制清算程序

就失去了其司法价值。笔者认为，法院在受理强制清算申请后，对于可能有资不抵债风险的企业，可以在听证程序中通知公司外部债权人一同参加听证，在听证程序中对于企业负债初步情况、债权人是否有和解意愿、有无必要转入破产清算程序进行初步了解，再行判断是否应当转入破产清算程序，对于债权并不复杂，债权人有意愿的企业，继续走强制清算程序则能节省当事人时间成本，达成共赢。

对于第三种情形则难点在于证据组织。建议股东在提供的证据中，应当主要体现出申请人作为股东在组织自行清算过程中做出过合理努力，例如已经根据公司章程履行了召集、通知程序，但是公司其他股东仍然怠于配合成立清算组，或者虽然成立了清算组，其他股东故意拖延清算，以此来佐证已尽力履行清算义务。

（二）强制清算中的股东连带责任

根据《〈公司法〉司法解释二》第十八条第二款，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。因此，强制清算或可导致股东承担连带责任的风险，在实务中也存在大量债权人通过此路径恶意追索股东承担连带责任。但笔者认为不应当从严适用本条规定，导致此条滥用成为债权人突破相对性恶意追索股

东承担连带责任的依据。

根据最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称九民纪要)第十四条、第十五条的意见中，如果有限责任公司的股东举证证明其已经为履行清算义务采取了积极措施，或者小股东举证证明其既不是公司董事会或者监事会成员，也没有选派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理，以不构成“怠于履行义务”为由，主张其不应当对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院依法予以支持。九民纪要的规定主要加入了因果关系要件，即对于已采取积极措施或对于财产、账册灭失无法清算的结果没有原因关系的股东，不再一刀切地让他们承担责任，更为合乎情理。

【摘要】行为保全作为一种制止侵权行为的临时性措施，有着维权“及时雨”的功能。有别于传统财产权侵权，知识产权客体的易复制性与极易扩散性，使得知识产权人改变过去倚重事后救济来保护权利的习惯。在国家加大知识产权保护力度，建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度的背景下，及时有效地制止侵权比等到切实的损害结果发生后的救济更加有效。鉴于知识产权诉前行为保全对知识创新而言是把双刃剑，知识产权诉前行为保全的正确适用乃是关键。法院审查诉前行为保全之申请的要素，主要考虑侵权行为造成的情况是否紧急、申请人的权利基础是否稳定、是否存在难以弥补的损害等。

【关键词】知识产权 行为保全 情况紧急 难以弥补的损失 权利基础

行为保全的“那些事儿”

文 / 肖东 / 重庆办公室





肖东 | 合伙人

专业领域：建筑及房地产、金融、
公司业务

手机：+86 136 0830 9319
邮箱：tony.x@zhhlaw.com

对于专业律师而言，申请财产保全已经是轻车熟路的工作。但关于行为保全，相信大多数律师同仁（除了知识产权领域的小伙伴），还是相对陌生的知识领域，除个别专业法院外，大多法院也鲜有先例可循。笔者此前有幸参与了一起知名游戏的行为保全申请案件，对申请禁令的程序和要求有所研究，现将本人对于“行为保全”的粗浅认知分享如下：

典型案例操作分享

A公司和W公司同为知名网络游戏CQ的著作权共有权人。2001年—2017年期间，W公司均授权A公司代其行使在中国大陆的著作权人的一切权利，并同意A公司将该款游戏独家授权S公司在中国进行改编和运营。S公司通过巨大和艰辛的努力培育了CQ游戏良好的业界口碑及巨大的商业价值，使其成为中国大陆市场上游戏运营时间最长且玩家市场最为火爆的网络游戏之一，A公司和W公司亦从中获取了不菲的许可费用和市场分成。

但令人遗憾的是，W公司见利忘义，在看到CQ游戏巨大的市场价值后，便不满足原有授权协议中S公司分配的利益份额，未经与A公司协商，便私自对外授权牟取更大市场份额。同时，W公司为逃避法律制裁，通过公司分立的形式，将其享有的CQ游戏的著作权转移到IP公司名下，由IP公司继续对外单方授权第三方行使CQ游戏的相关权利牟取暴利。

为全面制止W公司和IP公司的侵权行为，笔者代理A公司向Y市中院申请诉前行为保全禁令，请求法院禁止W公司和IP公司

继续向第三方进行涉及CQ游戏的改编权授权。

Y市中院经审查后认为，W公司、IP公司应尊重A公司作为CQ游戏共同著作权人的合法权利，若未经协商即向第三方授权CQ游戏改编权的授权，涉嫌侵害A公司作为共同著作权人的合法权利，故作出诉前行为禁令，要求W公司、IP公司等公司立即停止在中国大陆地区向第三方进行涉及网络游戏CQ改编权的授权。

该诉前禁令裁定作出后，W公司、IP公司等公司随即向贵院提出复议申请。但法院审理后认为，W公司授权A公司一定期限内不可撤销地行使CQ游戏的所有著作权权利，能让A公司在对外行使著作权的时候有稳定的期待，进而激励其积极地开拓市场。证据亦表明该授权是经过双方慎重衡量的，可以相信是为实现著作权共有人的最大化利益，符合经济理性的基本准则。如动摇共同著作权人对授予A公司行使CQ游戏共同著作权人的一切权利的内容和范围，既可能与A公司已开展的对外授权产生冲突，也没有理由相信分别开展授权更有利于作品整体著作权利益。故法院作出复议裁定，依法驳回了W公司和IP公司的复议申请，维持了此前的诉前行为保全禁令。

行为保全的法律依据

同财产保全类似，行为保全也分为诉前行为保全和诉讼中行为保全两类。2012年，我国在新修订的《民事诉讼法》中第一百条、第一百零一条增设了“行为保全”措施，第一次在程序法层面确认了行为保全措施，并且将其扩大至与侵权相关的民事诉讼



领域，如环境污染、家暴人身保护、知识产权领域等。

2018年12月12日，针对知识产权领域的行为保全申请和裁判的相关问题，最高院发布了《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《行为保全规定》）发布，该规定是在总结知识产权纠纷案件审查经验和借鉴国外成熟制度的基础上，规范调整所有因知识产权纠纷引发的行为保全案件。至此，我国诉前行为保全措施拥有了较为成熟和完整的裁判机制。

知识产权行为保全的程序要求

（一）申请行为保全的条件

根据前述法律规定，知识产权行为保全的申请条件为：有正在或者即将实施侵犯知识产权的行为，不及时制止将会受到难以弥补的损害。对于诉前行为保全，还需要考虑“情况紧急”。行为保全措施的申请人包括知识产权权利人、利害关系人等。

（二）行为保全禁令的管辖

申请诉前行为保全，应当向被申请人住所地具有相应知识产权纠纷管

辖权的人民法院或者对案件具有管辖权的人民法院提出。

申请诉讼中行为保全，应当向审理该案件的法院提出。

（三）行为保全审查标准

1. 是否属于“情况紧急”

（1）申请人的商业秘密即将被非法披露。诺华（中国）生物医学研究有限公司诉贺某侵害商业秘密纠纷案件中，法院以商业秘密已经脱离申请人控制范围为由作出行为保全裁定，责令贺某不得披露、使



用或允许他人使用“申请人商业秘密文件列表”所列的879个文件。

(2) 申请人的发表权、隐私权等人身权利即将受到侵害。杨季康申请责令停止拍卖钱钟书书信手稿一案中，杨季康以公开拍卖的行为会侵犯著作权人的发表权与隐私权为由，请求法院责令中贸圣佳公司及李国强立即停止公开拍卖、开展展览、公开宣传杨季康享有著作权的钱钟书的书信手稿。

(3) 诉争的知识产权即将被非法处分。在知识产权权利归属尚未确定时，贸然处分可能会使权利人遭受巨大损害，因此保全具有紧迫性。

(4) 申请人的知识产权在展销会等时效性较强的场合正在或者即将受到侵害。展销会具有时效性、公开性，在展销会上，侵犯权利人的知识产权会带来巨大影响并且不利于权利人后续维权，因此可以判定为情况紧急。

(5) 时效性较强的热播节目正在或者即将受到侵害。在浙江唐德影视股份有限公司与上海灿星文化传播有限公司知识产权纠纷一案中，唐德影视向北京知识产权法院申请诉前禁令，请求法院责令被申请人立即停止在歌唱比赛选秀节目的宣传、推广、海选、节目制作、播出时使用包含“中国好声音”“the voice of China”名称。因为该节目一旦播出，大规模的传播和扩散将侵犯唐德

公司享有的商标独占许可使用权，导致相关公众对好声音歌唱选秀节目的来源产生混淆误认，增加唐德公司的维权成本和维权难度。

(6) 其他情况紧急的情形。

2. 申请人是否具备稳定的权利基础

法院审查申请人的请求是否有事实基础和法律依据，包括请求保护的知识产权效力是否稳定。在我国，胜诉可能性的程度达到优势可能性即可，并不要求可能性逼近确定性。否则，过高的标准将导致诉前、诉中行为保全形同虚设。《行为保全规定》第八条规定了知识产权稳定性的判断，所涉权利类型，是否具有权属争议等方面都需要综合考量。对于实用新型、外观设计专利类没有经过实质审查的权利类型，法院要求申请人提交由国务院专利行政部门作出的检索报告、专利评价报告或者复审委员会维持专利权有效的决定。

3. 侵权行为是否会导致难以弥补的损害或裁判文书无法执行

“难以弥补的损害”的情形包括被申请人的行为将会侵害申请人享有的商誉或者发表权、隐私权等人身性质的权利且造成无法挽回的损害；被申请人的行为将会导致侵权行为难以控制且显著增加申请人损害；被申请人的侵害行为将会导致申请人的相关市场份额明显减少或者对申请人造成其他难以弥补的损害等。例如：在广州医药集团有限公司与广东加多宝饮

料食品有限公司的知识产权纠纷中，广药集团多次申请责令广东加多宝不得使用“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”等虚假宣传广告语。

4. 采取禁令的利弊衡量

法院需要考虑责令停止侵权行为与防止权利滥用、保护社会公共利益之间的平衡。首先，考虑采取保全禁令给被申请人带来的损失是否超过不采取保全禁令给申请人带来的损失；其次，法院作出行为保全措施要考虑其是否影响公共健康、环境保护以及其他公共利益。

5. 申请人是否提供了足够的担保

《行为保全规定》第十一条第一款规定，申请人申请保全的，应当依法提供担保。因此，针对知识产权的行为保全措施，不论是诉前还是诉中，申请人均应当提供担保。“申请人提供的担保数额，应当相当于被申请人可能因执行行为保全措施所遭受的损失，包括责令停止侵权行为所涉产品的销售收益、保管费用等合理损失。”

(四) 作出裁定的时间

根据上述法律规定，人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行，且复议期间不影响裁定的执行。



行为保全被申请人的救济途径

（一）复议程序

《民事诉讼法解释》第一百七十一条及《知识产权纠纷行为保全的规定》第十四条规定，当事人可以自收到行为保全裁定书之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议，人民法院应当在收到复议申请后十日内审查。裁定正确的，驳回当事人的申请；裁定不当的，变更或者撤销原裁定。

一般而言，行为保全的复议应当开庭审理，法院对于双方提交的证据会非常审慎和仔细地研读，在不影响后续审判的基础上，力求作出较为稳妥和公正的裁决。

（二）申请反担保解除行为保全

人民法院采取的行为保全措施一般不因被申请人提供担保而解除，但是申请人同意的除外。行为保全制度

旨在预防性停止侵权人对权利人造成的损失，一般性提供反担保无法解除保全措施，但法院为了平衡双方利益或维护公共利益，有可能会协调双方接受反担保而解除保全，避免损失扩大。

行为保全的惩戒措施

虽然行为保全禁令并非最终的生效判决，但一经作出即发生法律效力，且效力一般可以维持到最终生效判决作出之日。因此，如拒不执行行为保全禁令，同样会引发妨害民事诉讼的违法责任，甚至是拒不执行判决裁定罪的刑事责任。

《知识产权纠纷行为保全的规定》第十五条规定：“人民法院采取行为保全的方法和措施，依照执行程序相关规定办理。”因此，当事人拒不执行行为保全措施的，适用现行民事诉讼法第十章对妨害民事诉讼中的

强制措施相关规定。对被申请人拒不执行法院作出的行为保全裁定的，直接适用拒不协助或履行法院裁定的规定。人民法院可以采取民事强制措施，罚款、拘留，构成犯罪的，应当追究其刑事责任。

【小结】

2018年12月12日，最高人民法院发布《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2018〕21号，以下简称《行为保全规定》），引起社会各界的高度关注，也为广大律师提供了介入互联网和知识产权纠纷的新通道。及时了解和准确把握“行为保全”的申请程序和审查要件，有助于权利人及时制止侵权行为，保护自身的合法权益，有助于维护社会公共利益，是一片律师业务的新蓝海，值得我们去深挖和细嚼。

【摘要】《刑事诉讼法》同时肩负着打击犯罪和保障人权的职责，就公安机关侦查的普通刑事案件而言，对犯罪嫌疑人解除取保候审后是否应当立即终止侦查或撤销案件，尚无明文规定。但相关法律规范均显示，应当对取保候审解除后侦查机关的侦查期限予以限制，以彰显《刑事诉讼法》保障人权的基本价值。笔者认为，鉴于普通刑事案件与经济犯罪的不同，对于普通刑事案件而言，对犯罪嫌疑人解除取保候审后应当立即终止侦查或撤销案件，以实现打击犯罪和保障人权的平衡。

【关键词】 取保候审 终止侦查 撤销案件

解除取保候审后应及时 终止侦查或撤销案件

——从公安机关侦查的普通刑事案件谈起

◎ 文 / 曹阳 / 重庆办公室





曹阳 | 合伙人

专业领域：商业犯罪辩护、知识产权诉讼

手机：+86 133 0835 8879

邮箱：joyous@zhhlaw.com

笔者在办理公安机关侦查的普通刑事案件中，经常发现存在犯罪嫌疑人被解除取保候审后并未终止侦查或撤销案件的情形。一方面导致犯罪嫌疑人无法及时恢复清白，生活工作遭到种种限制；另一方面导致公安机关在办理刑事案件中存在极大任意性，大量“僵尸案”长期悬而未诉，阻碍了执法规范化的建设。那么，在犯罪嫌疑人被解除取保候审后，到底是否应该及时终止侦查或撤销案件呢？笔者将从以下几个方面逐一论述：此后，香港政府持续通过各种渠道对新冠肺炎疫情的扩散趋势进行通报，并定时举行专家组会议进行讨论。香港政府针对新冠肺炎所采取的主要入境限制措施如下：

从强制措施的作用来看，取保候审的作用在于保障侦查活动顺利进行

所谓强制措施，是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼的顺利进行，依法对犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行限制或剥夺的各种强制性方法。根据《刑事诉讼法》的规定，强制措施的种类包括拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕5种。对公安机关而言，适用强制措施的目的是为了保障侦查工作的顺利进行，防止犯罪嫌疑人逃避侦查、起诉和审批，或者实施毁灭、伪造证据、继续犯罪以及其他妨碍侦查工作正常进行的行为。

故此，《刑事诉讼法》第六十六条规定：“公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人可以拘传、取保候审或者监视居

住。”第七十九条规定：“公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过12个月，监视居住最长不得超过6个月。在取保候审、监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审理。对于发现不应当追究刑事责任或者取保候审、监视居住期限届满的，应当及时解除取保候审、监视居住。解除取保候审、监视居住，应当及时通知被取保候审、监视居住人和有关单位。”

尽管《刑事诉讼法》第六十六条规定的是“可以”采取强制措施而非“应当”，该表述在于强调对于公安机关而言，享有采取强制措施的权力。实际上，在公安机关办理刑事案件的实践中，一旦对犯罪嫌疑人采取立案侦查措施，一般都会采取相应的侦查措施，该做法与《刑事诉讼法》第六十六条的规定并不矛盾，只是侧重于同一事物的不同方面而已。这意味着，在公安机关的侦查活动中，是否采取取保候审的强制措施往往意味着是否将当事人认定为犯罪嫌疑人。一旦对当事人没有采取强制措施或期限届满后未变更强制措施的，往往也意味着该当事人不应再认定为犯罪嫌疑人。

为了保障犯罪嫌疑人的基本人权，立法者在创设《刑事诉讼法》时，亦强调对司法机关权力的约束，体现在对于每一种强制措施均设置了具体的适用条件和具体的期限。以取保候审为例，《刑事诉讼法》第七十九条的规定，对犯罪嫌疑人取保候审最长不得超过12个月，且期间不得中断对案件的侦查。而对于解除取保候审的条件，包括发现不应当追究刑事责任或者取保候审期限届满，意味着公安机关在取



保候审期间可以继续侦查,也应利用该期间充分开展侦查活动,但在取保候审期限届满后,若未能移送人民检察院审查起诉的,则应终止侦查或撤销案件,否则与取保候审的保障作用不相符。

从现有法律规范来看,倡导对犯罪嫌疑人解除取保候审后应及时撤销案件的理念

2016年1月1日生效的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二条第2款规定,解除、撤销取保候审、监视居住、拘留、逮捕措施后,办案机关超过1年未移送起诉、作出不起诉决定或者撤销案件的,虽尚未撤销案件、作出不起诉决定或者判决宣告无罪,属于国家赔偿法第十七条第1项、第2项规定的终止追究刑事责任。

2018年1月1日生效的《最高人民法院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第二十五条规定,在侦查过程中,对犯罪嫌疑人解除强制措施之日起12个月以内,仍然不能移送审查起诉或者依法作其他处理的,应当及时撤销案件。

2019年12月30日实施的《人民检察院刑事诉讼规则》第二百五十三条规定:检察院在侦查过程中或者侦查终结后,发现没有犯罪事实,或虽有犯

罪事实,但不是犯罪嫌疑人所为的,应当制作拟撤销案件意见书,报请检察长决定;对于共同犯罪的案件,应当撤销对该犯罪嫌疑人的立案。检察院直接受理侦查的案件,应当在解除或者撤销强制措施后1年以内提出移送起诉、移送不起诉或者撤销案件的意见。

从上述法律规范来看,各司法机关均坚持解除取保候审后应及时撤销案件的理念。从《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定来看,不管是对于公安机关办理的经济犯罪案件、非经济犯罪案件,还是检察机关直接侦查的案件,只要在对犯罪嫌疑人解除取保候审后1年内未及移送审查起诉的,均应当认定为侦查已经终结,案件已经撤销。此外,尽管《人民检察院刑事诉讼规则》的规定只适用于检察院直接受理的案件,但从《刑事诉讼法》中关于公安机关、人民检察院、人民法院的约束来看,均体现出一致性原则。故此,公安机关立案侦查的案件,理应也应当按照上述原则处理。《最高人民法院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》中对此也予以认可,尽管对于公安机关办理的非经济犯罪的刑事案件尚没有作出明确规定,但从上述法律规范来看,均倡导解除取保候审后及时撤销案件的理念。



对于公安机关侦查的普通刑事案件，对嫌疑人解除取保候审后应立即终止侦查或撤销案件

（一）从取保候审的作用来看，对于公安机关侦查的普通刑事案件，解除取保候审后应立即终止侦查或撤销案件

如上所述，对犯罪嫌疑人采取强制措施的目的旨在保障侦查活动的顺利进行，从该角度看，对公安机关而言，采取取保候审系行使权力的表现；对取保候审的期限设置为最长不超过12个月，从该角度看，是对公安机关在法定期限内完成侦查工作系对其权力的约束，总体上体现了依法侦查与制约权力的平衡。故此，除了《最高人民法院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》中明文规定的经济犯罪案件外，对于普通的刑事案件，公安机关应当充分利用取保候审期间的侦查期限积极履职，收集证据，并在取保候审期限届满前作出是否移送审查起诉的决定，若不予移送审查起诉的，则应依法立即作出终止侦查或撤销案件的决定，不能滥用程序规定，无限期的放任，导致“僵尸案”丛生。

此外，鉴于取保候审的期限最长高达12个月，从时间长短来看，远远超过拘留的最长期限30天、逮捕的期限2个月（特殊案件经批准最长可达7个月），对于保障案件的侦查而言，已经十分充裕。如果在长达12个月的取保候审期限内尚不能完成侦查





工作，客观上该案件也不再具备侦查价值。故此，对于普通刑事案件在解除取保候审时立即终止侦查或撤销案件，并不会带来放纵犯罪的负面影响。

（二）从立法的目的解释来看，对于公安机关侦查的普通刑事案件，解除取保候审后应立即终止侦查或撤销案件

从立法目的解释来看，在《最高人民法院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》中，之所以对经济犯罪案件保留解除取保候审后1年的侦查期，在于经济犯罪案件较普通刑事案件而言，边界的模糊性更强，隐蔽性更深，对于公安机关的挑战更大，故而需要相对较多的时间来进行侦查。在《人民检察院刑事诉讼规则》中，之所以对检察机关直接侦查的案件保留解除取保候审后

1年的侦查期，在于检察机关直接侦查的案件主要系人民检察院在对诉讼活动实行法律监督中发现的司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪案件，该部分案件因侦查对象的特殊性，同样面临和经济犯罪案件的时间保障问题。

对于普通刑事案件而言，犯罪事实和犯罪后果相对而言更为显而易见。根据“举重以明轻”的解释原理，连更为复杂的经济犯罪案件和对司法工作人员犯罪的案件受到解除取保候审后一年内移送审查起诉的限制，对于普通的刑事案件而言，当然更应该受到该条限制。普通刑事案件相较于经济犯罪案件侦办难度相对较小，且取保候审期限更长，不至于受制于取保候审的期限而难以维护正义。故此，对于普通的刑事案件，只

要对犯罪嫌疑人解除取保候审的，则应立即终止侦查或撤销案件。

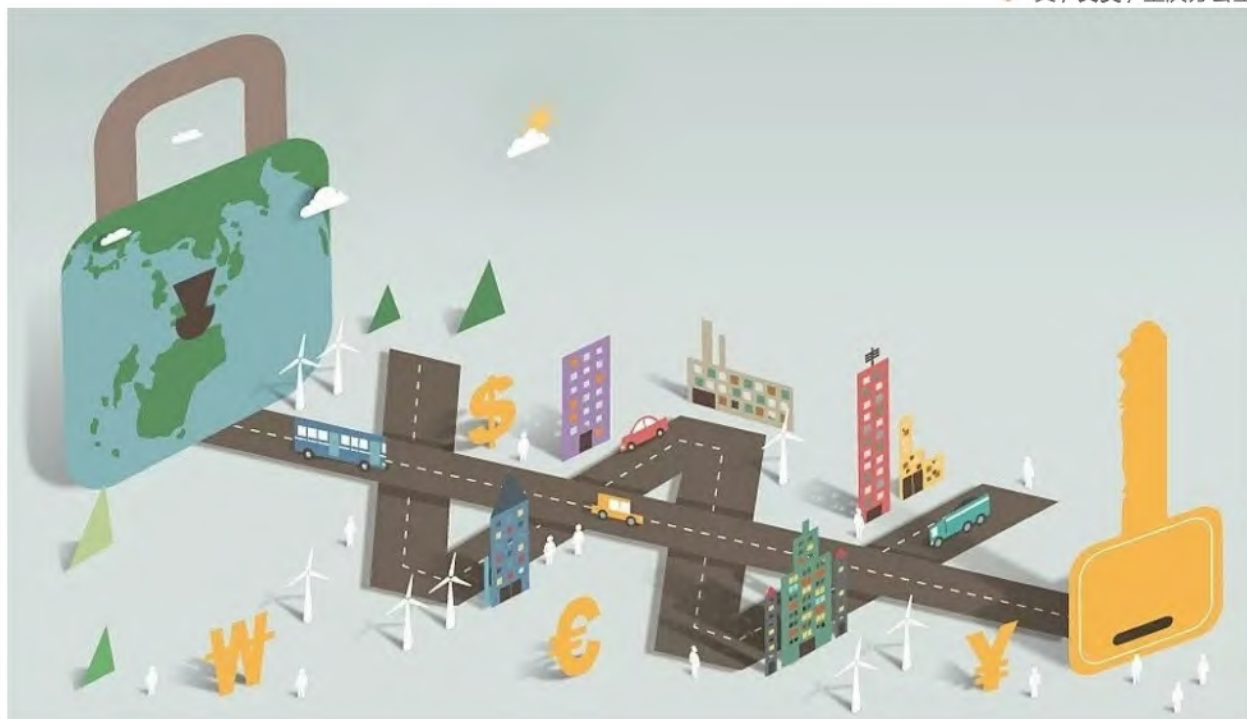
《刑事诉讼法》出台之初，就同时肩负着打击犯罪和保障人权的职责。为了平衡打击犯罪和保障人权的基本价值，对于公安机关侦查的普通刑事案件，在对犯罪嫌疑人解除取保候审时，应当立即终止侦查或撤销案件。对于犯罪嫌疑人的犯罪行为发现新的证据的，可以根据《刑事诉讼法》的规定重新立案侦查，不至于因此放纵犯罪。这样一来，一方面有利于公安机关积极履职，督促其充分利用取保候审的期限搜集证据；另一方面有利于犯罪嫌疑人能够及时洗清冤屈，恢复正常的生活，让《刑事诉讼法》彰显严酷面目的同时，亦可让人感受到关怀人性的温暖。

【摘要】新型冠状病毒感染的肺炎疫情的爆发,对很多中国企业履行国际贸易合同造成了不利影响,许多企业思考通过不可抗力制度减免贸易合同项下的违约责任。由于适用法律和合同不可抗力条款的差异,国际贸易合同能否将新冠肺炎疫情作为不可抗力援引并减免违约责任,需要具体问题具体讨论。笔者通过分析法律适用和合同约定对不可抗力制度影响,对认定不可抗力、合同方在不可抗力发生时的义务及相应的法律后果进行了阐述,并对企业谨慎适用不可抗力制度减免违约责任提出建议,望对企业在特殊时期规避相关法律风险有所参考价值。

【关键词】 新冠肺炎 不可抗力 国际贸易 违约责任

新冠肺炎疫情下 中国企业在国际贸易交易中 援引不可抗力制度减免 违约责任的相关法律问题

© 文 / 文奕 / 重庆办公室





文奕 | 律师

专业领域：外商投资、国际贸易、
公司治理

手机：+86 186 0236 5111
邮箱：yvonne@zhhlaw.com

新型冠状病毒感染的肺炎疫情（以下简称新冠肺炎疫情）爆发以来，引起了国际社会的广泛关注。2020年1月30日，世界卫生组织宣布新冠肺炎疫情构成国际关注的突发公共卫生事件（PHEIC），但不建议对中国实施任何旅行或贸易限制。中国作为广泛深入地参与国际贸易的大国，此次疫情对于中国跨境贸易的不利影响确实不小。一些国家撤侨、减少对中国的国际航班、加强进口检验检疫管控措施等行为，对于国际物流和我国进出口贸易影响重大；而另一方面，因为我们国家为了避免疫情扩散而采取的减少人员流动的措施，国际省际交通运输也受到一定限制，企业员工不能按时到位，部分企业临时停工停产。这些因素造成了很多中国企业履行相关国际贸易合同项下供货义务的一定难度，面临违约风险。为了避免承担违约责任，许多企业拟援引新冠肺炎疫情作为不可抗力，达到减免其在国际贸易合同项下违约责任的目的。

为了解除中国企业面临的现实困境，中国贸促会启动为企业出具新型冠状病毒肺炎疫情影响不可抗力事实性证明书，协助企业减轻不能履行合同的法律责任。2月10日，全国人大常委会法工委发言人、研究室主任臧铁伟表示，当前我国发生新冠肺炎疫情，为了保护公众健康，政府也采取了相应疫情防控措施，对于因此不能履行合同的当事人来说，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。但是，作为国际贸易的交易对方，很多境外企业对于中国企业援引不可抗力制度的行为却并不“买账”。据路透社2月7日报道，法国石油巨头道达尔就拒绝接受中国一家液化天然气买家的不可抗力通知。

对于不可抗力制度的适用，各个国家的法律规定不尽相同，国际贸易合同的约定千差万别，跨境贸易的参与方对其理解也不一致。在具体的交易中，针对新冠肺炎疫情，中国企业能否援引不可抗力制度以达到减免国际贸易合同项下的违约责任的目的，如下法律问题需要分析考量。

国际贸易合同适用法律对于认定不可抗力的影响

各个国家对于不可抗力制度的设置南辕北辙，我国的不可抗力制度不一定在他国的法律体系中能找到完全一致的对应的法律概念。我国法律下“不可抗力”的概念系在大陆法系国家法律制度下的衍生和发展，主要体现在《民法总则》和《合同法》中，均将其界定为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。在英国法下，类似的制度可能为合同受阻原则（Frustration Doctrine），但这一制度又和我国的情势变更原则有所近似。《联合国国际贸易合同公约》并未界定“不可抗力”（Force Majeure）的概念，该《公约》第七十九条所界定的类似情形为“某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果”，这与我国法律“不可抗力”的规定类似，但不完全一致。

鉴于不同国际贸易合同适用不同国家法律会导致不可抗力认定的重大差异，进而对于发生不可抗力时合同各方义务以及所导致的法律后果发生影响。在援引不可抗力制度作为违约责任的抗辩理由前，确认国际贸易

合同的适用法律非常重要。

根据我国《涉外民事关系法律适用法》下“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律”的规定以及国际同行的惯例，国际贸易合同属于民事合同法律关系，当事人有较大的意思自治的权利，在确定适用法时，遵循的首要原则是有约定从约定。如果合同各方没有约定的，则根据冲突规则确认合同适用法律。

例如适用我国冲突规则的情况下，根据《涉外民事关系法律适用法》，

“如果合同各方没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”，以确认合同适用法律。在实践中，并非每份国际贸易合同都明确约定了适用法律的，这个时候需要通过交易背景、交易主体、其他合同条款等因素综合判断合同的适用法律。通常情况下，合同签订地、合同履行地、货物交付地、货款支付地所在国家或地区

都可能是最密切联系的地点。

在确认了合同适用法律后，应当结合国际贸易合同下的不可抗力合同条款，综合判断能否援引不可抗力减免违约责任，以及援引的方式和步骤。如果国际贸易合同并不适用中国法，无论全国人大法工委、最高人民法院如何解读新冠肺炎疫情下的“不可抗力”制度，均不得作为认定不可抗力的依据。



国际贸易合同约定内容对于不可抗力援引的影响

新冠肺炎疫情的爆发属于客观的不能预见、不能克服及不能避免的客观事实，符合我国法律体系下不可抗力的认定范畴，但即便是适用我国法律的国际贸易合同，也不见得可以直接援引不可抗力制度主张减免违约责任。我国《民法总则》和《合同法》对于不可抗力制度的规定非常笼统。根据《合同法》第九十四条的规定，因不可抗力致使不能实现合同目的的情况下，当事人可以解除合同；根据《合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定，“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……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”。《民法总则》第一百八十条也规定了，“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任”。前述法律赋予了不可抗力发生时免责和解除合同的法定后果，但是具体操作步骤却不详尽，导致企业在实践操作中存在一定的障碍，也是容易引发纠纷的焦点。甚至有部分专家学者认为，在国际贸易实践中，即便存在法律规定，如果合同中没有不可抗力条款，即使某一情形完全符合不可抗力的构成要件，构成事实上的不可抗力，其也不具有可援引性。前述观点可能有些偏颇，但是合同是否存在不可抗力的约定以及约定的内容，对于合同方援引不可抗力减免责任有着至关重要

的影响。

不可抗力在国际贸易合同下如何援引，需要参考贸易合同的具体约定。不可抗力条款没有统一的表述方式，国际商会（ICC）、国际油、油籽和油脂协会（FOSFA）、谷物与饲

料贸易协会（GAFTA）等国际组织，在其格式的买卖合同中设置了不可抗力条款，供国际贸易的参与方参考适用。实践中，不可抗力条款在合同中主要包括三部分：不可抗力的界定；发生不可抗力时，合同方的权利义务；不可抗力发生后



的法律后果。

（一）部分或全部免除违约责任

通常情况下，界定不可抗力的方式分为列举式和定义式：列举式具体却不周延，导致有的不可抗力事件无法被纳入；定义式周延却过于宽泛，导致适用时边界模糊容易诱发争议。实践中，比较完善的贸易合同的版本

对不可抗力进行定义和列举，最后加兜底条款。

FOSFA第54号合同采用的就是列举法，其将不可抗力界定为“天灾、罢工、封锁、暴乱、骚乱、火灾或其他原因引起的不可抗力”，如果仅按照该合同版本定义的不可抗力，那么此次新冠肺炎疫情不能被视为约定的不可抗力情形，还需结合适用法律综合判断。而ICC的国际销售合同范本中，虽然也采取了列举的方式，但列举的情形较多，约定的不可抗力的情形涵盖了“政府行为，法律，政府命令，规章、法规或指令，宵禁，征收，强制收购，没收，征用，国有化等；天灾，瘟疫，传染病，自然灾害……”。此次新冠肺炎疫情既可以被政府命令所包含，又可以纳入瘟疫、传染病的范畴，符合合同约定的不可抗力的条件。

因此，新冠肺炎疫情是否可以纳入合同界定的不可抗力的范畴，需要参考具体的合同条款。

（二）发生不可抗力情况下，合同方的权利义务

通常情况下，不可抗力条款会约定合同方的减损义务、通知义务和证明义务。例如华南国际经济贸易仲裁委员会提供的《国际货物销售合同》中，第13条的不可抗力条款就约定了“13.2 主张免责的一方，尽其所能在知道该阻碍及其影响时，只要可行应将该阻碍及其影响通知另一方。当免责事由消除时，也要发出通知。未发

出两种通知中任一种通知的一方，应对本应可以避免的损失承担损害赔偿赔偿责任”，但前述内容未涉及证明义务的约定。

FOSFA第54号合同的约定则更为具体：“（不可抗力）在装运港货或其他地方发生导致阻碍货物的运输，则允许装运的时间应在前述不可抗力原因终止之日起延期30日……此种情况下，买方不得对卖方逾期装船提异议或者取消本合同，只要卖方在买方要求的情况下，提供了令买方满意的证据证明逾期或未履行合同属于本条款下可援引的正当事由”，该合同条款就包含了有时间期限的卖方的通知义务，以及卖方的证明义务。

（三）不可抗力发生后的法律后果

通常不可抗力条款中可能导致的法律后果包括合同中止履行、延期履行、终止或解除合同、违约责任减免等。例如GAFTA第88号合同的第19条不可抗力条款约定了，“……如果装运延误连续30天以上，买方有权利解除延迟部分的合同，这些由买家作出选择取消合同的决定，通知单应该在不迟于连续的30天的第一个营业日送达卖家……如果本条款项下的货物在下一个连续的30天取消运输了，合同应视为无效。买方无权对卖方由于延期提出索赔要求，卖方应向买方出示该条款，如果情况需要，卖方要提供充足的延迟或不履行的证据给买方”，前述内容就包括了一定条件满足后的延期履



行合同、合同解除和合同无效的法律后果，以及一定程度的卖方免责的法律后果。

有鉴于此，认定不可抗力情形后，合同状态及后续处理方式应根据合同约定进行具体判断。如果按照合同约定，不可抗力情形仅引起暂时的不能履行，从长期来说合同仍然具备履行的条件的，不一定会导致合同解除或终止的法律后果。此外，是否能免除不能履行合同一方的责任，也需根据合同约定具体判断。

除此以外，虽有关于不可抗力的合同约定，但并非合同约定高于法律的规定，如果合同没有约定的或者合同约定与适用法律冲突的，则适用法律规定。例如，即使在合同中没有约定无法履行合同一方的减损义务，但适用法对其有所规定，则法定的减损义务不能免除。

对援引不可抗力免责的企业建议

基于此次新冠肺炎疫情对于很多企业来说都是第一次遭遇，企业难免不知如何判断和援引不可抗力免责，也不知如何向对方发出不可抗力的通知和证明。笔者建议可参考如下步骤采取措施：

（一）首先，确认合同适用的法律，这是解决合同纠纷的效力层级最高的依据。不要想当然地将其理解

为中国法下的合同。目前，中国官方机构解读的新冠肺炎疫情属于不可抗力事件，均是在中国法下的解读，不一定适用于所有的国际贸易合同。

（二）查看合同约定的不可抗力条款。结合合同适用法律，综合确认此次新冠肺炎疫情是否属于不可抗力、该情形下合同各方的权利义务，

以及不可抗力发生的法律后果。新冠肺炎疫情作为一种不可抗力的客观情况，必须发生在合同成立以后、履行以前；若合同不能履行并非受到新冠肺炎疫情及防疫措施的影响，不具有因果关系，也不能适用不可抗力。

（三）根据上述合同约定和法



律规定，确定己方义务。尤其需要注意向对方发出不可抗力通知的时间、内容和形式要求，以及提供证明等材料的具体要求。关于时间限制，需要考虑的是不可抗力事件发生的起始时间的选定，到底是国务院或当地政府发文采取管制措施之日起，还是世界卫生组织宣布新冠疫情构成国际关注的突发公共卫生事件之日起，需要结

合具体事件对企业生产经营造成影响的关联关系进行判断。对于不可抗力通知所需附上相关的证明材料的组织问题，尽量组织能形成因果关系和关联关系的证据。除了《商务部办公厅关于进一步做好对外投资合作外派人员新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》《重庆市企业复工复产有关工作的通知》等部委或省市政府的发文以外，还需要提供相应的物流退订、航班延飞停运、交通受限、人员无法返岗的证据，必要的时候，还可以申请政府部门、检验检疫机构、贸促会等公信力较强的第三方机构出具证明。

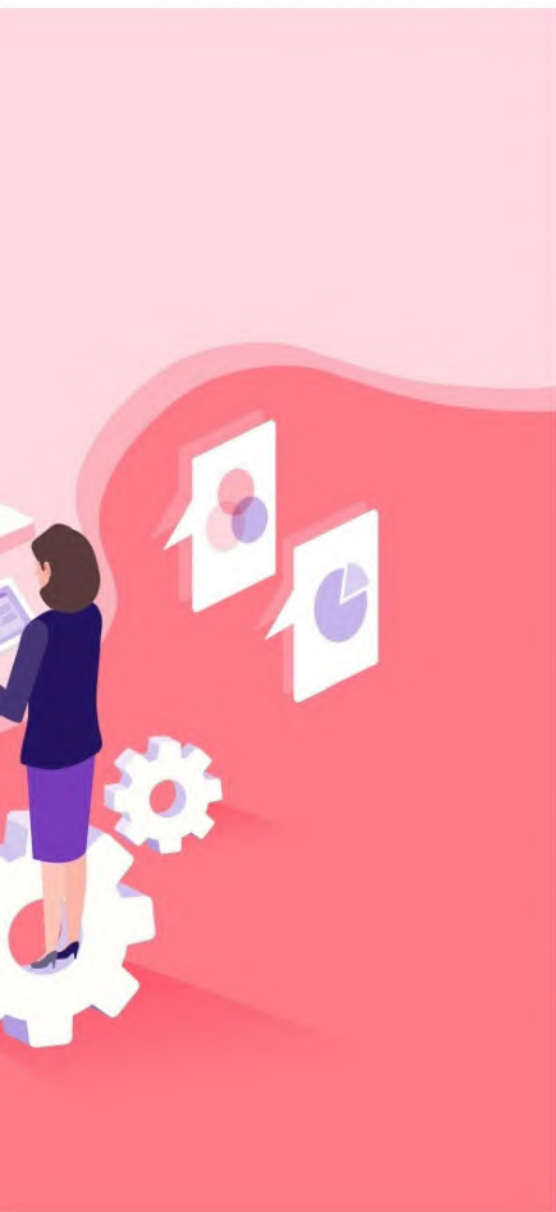
（四）在确保及时通知的同时，企业也要最大程度尽到对己方和合同对方的止损义务。尽量使双方受到此次疫情影响的损失最小化，以免合同对方以此为由主张未尽止损义务的赔偿责任。

（五）进行不可抗力通知，除了实现减免违约责任以外，还需考虑如合同履行的持续性。因不可抗力受阻、但尚未完全达到必须解除的严重程度的合同，应当尽早将相关情况向合同对方告知并协商，使双方及时对合同作出调整、寻找替代履行方式。在减少损失的同时，也有利于增加解决方案、提高协商解决问题的可能性。

（六）由于很多企业对于国际贸易合同下不可抗力的通知没有经验，如果对己方国际贸易合同下新冠

肺炎疫情是否构成不可抗力判断错误，或者不可抗力通知的方式或内容不正确，不但可能导致不能达到相应的目的，甚至造成企业的违约风险。笔者建议企业可以聘请专业律师咨询或代为拟定不可抗力通知。

综上，将新冠肺炎疫情作为不可抗力进行援引而主张减免违约责任，在认定和适用的法律和合同层面都有较高的要求，关键时刻需要作出准确及时的判断。如果经过适用法律和合同约定内容的综合考量，无法援引不可抗力减免违约责任，建议企业及时咨询律师，通过对交易背景、合同约定和法律体系评判，看是否有机会通过其他法定或约定事由规避违约责任。同时，也建议企业与合同对方保持良好畅通的沟通，协商对双方有利的解决路径。



【摘要】《民法典》的颁布是新中国立法史上一个里程碑式的事件，因为《民法典》堪称《宪法》以外的最重要的一部基本法，经过多年方才编撰而成。无独有偶，《民法典》合同编中的情势变更制度亦是在立法过程中孕育多年，并且最终在本次《民法典》中得以明确规定的制度，该制度的最终确定有助于解决不可抗力与情势变更之间的二元冲突，为调整、平衡合同当事人之间的权益提供更为妥善的法律依据。

【关键词】情势变更 不可抗力 再交涉义务

《民法典》 情势变更制度解读

◎ 文 / 俞理伟 / 重庆办公室



情势变更制度的立法沿革及立法目的

情势变更制度，是指在合同有效成立后，因不可归责于合同当事人原因发生的客观情况变化，致使合同订立之基础动摇或丧失，此时若继续维持合同原有效力将显失公平，法律故而允许当事人变更合同内容或者解除合同的制度。它的意义在于，通过司法权力的介入，强行改变合同已经确定的条款或解除合同，在合同当事人订约意志之外，重新分配交易当事方在交易中应当获得的利益和风险，其追求的价值目标是公平和公正。

在《民法典》颁布之前，我国立法中虽未明确规定情势变更制度，但情势变更制度在司法实践中时有适用，在相关立法、司法解释中也有类似规定。一般认为，最早关于情势变更制度的规定是1981年颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第27条第4项之规定：“凡发生下列情况之一者，允许变更或解除经济合同：……四、由于不可抗力或由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因，致使经济合同无法履行”。但在1993年修订《合同法》时，删除了“或由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因”之描述。在《中华人民共和国合同法》制定过程中，其征求意见稿也曾涉及情势变更制度，但因当时时机不成熟而最终未能将其写入《合同法》。

2009年5月13日，最高人民法院颁布实施《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下

简称《合同法司法解释（二）》，以司法解释的方式确立了情势变更制度，其中第26条规定，“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，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”。在实施过程中，对于《合同法司法解释（二）》将不可抗力和情势变更二元分割的做法引发了不少争论，加大了法院裁判的难度。

2021年1月1日即将实施的《民法典》第533条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”。这是我国第一次在民事基本法中对情势变更制度作出明确规定。

尽管情势变更制度在立法（含司法解释）上确立时间较晚，但学术界对情势变更基本上是有共识的，司法实践也不乏运用情势变更的先例。如2005年河北省高级人民法院就在保定三九济世生物药业有限公司与北京嘉林药业股份有限公司新药技术合同纠纷案二审中，事实上就适用了情势变更的原则，只不过当时只能援引《合同法》第五条的公平原则作为裁判依据。^①



俞理伟 合伙人

专业领域：房地产、建设工程与基础设施、收购兼并
手机：+86 138 0835 3116
邮箱：eric@zhhlaw.com

^① 转引自最高人民法院法官郭金城的案例评析，载于威科先行法律版网站。

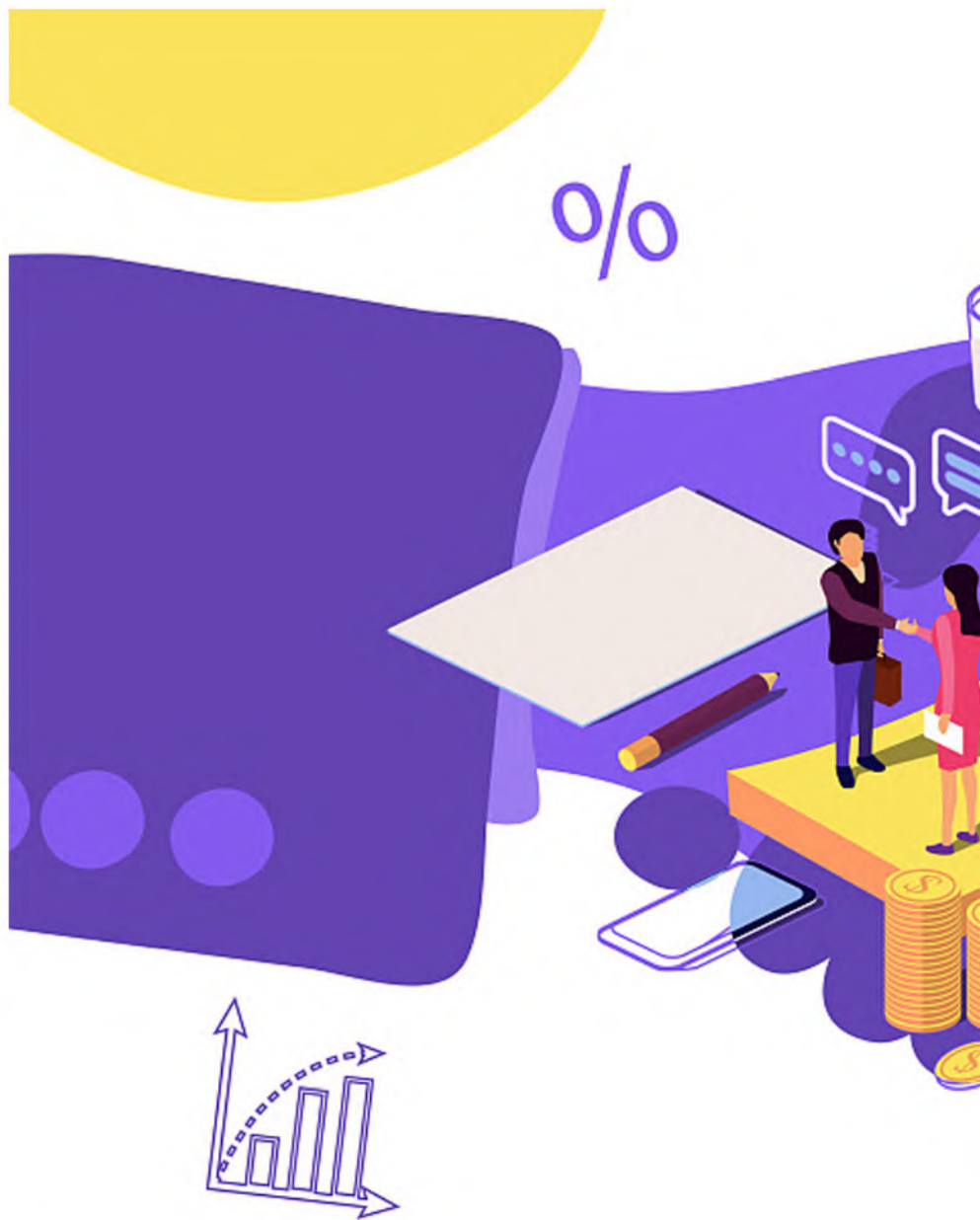
综上，情势变更制度的立法目的在于，当合同订立后因客观情势发生变化，将导致合同当事人之间的权利义务严重失衡的情形下，允许当事人通过变更或解除合同来实现公平原则，避免因严格契约主义所产生的不公平后果。

情势变更与不可抗力的关系

（一）不可抗力与情势变更的相关法律规定

我国法律^②对于“不可抗力”的规定主要体现在1986年制定的《民法通则》第一百零七条与第一百五十三条^③、1999年制定的《合同法》第九十四条第一款、第一百一十七条与第一百一十八条^④以及2017年制定的《民法总则》第一百八十条^⑤上述法律条款对不可抗力事由均未做列举式的规定，而是采取了原则性的规定，即将不可抗力界定为不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，以上列举的“三不”必须同时具备。

对于不可抗力事出后的法律后果，《民法通则》与《民法总则》均规定，因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法



^② 此处“法律”做广义理解，下文中提到“法律”二字，如无特别说明，均按广义理解。

^③ 《民法通则》第一百零七条：因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。

《民法通则》第一百五十三条：本法所称的“不可抗力”，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

^④ 《民法总则》第一百八十条：因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

^⑤ 《合同法》第九十四条：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的……

第一百一十七条：因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

第一百一十八条：当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。



律另有规定的除外。《合同法》规定，因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同；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，法律

另有规定的除外；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。

《民法典》颁布之前，《合同法司法解释（二）》第26条是唯一有效的关于情势变更制度的法律规定。《民法典》颁布后，其第533条明确了情势变更制度。

（二）情势变更与不可抗力不是相互排除的关系

《合同法司法解释（二）》第26条强调情势变更是指“非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”，将“不可抗力”与“情势变更”作为不能同时适用的相互排除的规则，这在理论和实务界造成的争论由来已久。《民法典》的颁布则解决了这一问题，《民法典》征求意见稿（一）曾经几乎照搬《合同法司法解释（二）》第26条之规定，但在最终稿中不再将不可抗力排除在外，明确了情势变更是指“无法预见的、不属于商业风险的重大变化”。自此之后，不可抗力与情势变更不再是相互排除的关系。

如因不可抗力导致完全的或永久地不能履行合同时，可援引不可抗力制度行使合同解除权，但不适用情势变更原则。如不可抗力只是导致合同履行十分困难，此时若按合同约定履行将显失公平，则可以适用情势变更原则，合同各方可以通过协商方式变更合同，调整当事方的合同关系，在不能达成新的变更合同的情况下，则可通过法院、仲裁机构作出公平的裁判，变更或解除合同。因此，在不可抗力导致的非完全或永久地不能履行情形下，两种制度可能会存在一定程度的竞合，如都可以作为合法解除合同的理由。两种制度也可能会构成因果关系，如因为不可抗力而要求对合同进行变更的，实则是以不可抗力发生之因，导致了合同按情势变更制度变更之果。

笔者认为，《民法典》对情势变

更制度的明确规定避免了以往司法解释所造成的困扰，有助于司法实践中更为准确地适用法律。

主张适用情势变更制度的操作流程

从《民法典》第533条的规定来看，主张适用情势变更制度会产生两个法律效果，一是产生再交涉义务；二是合同当事人在再交涉后仍无法达成一致的情况下，提请法院或仲裁机构变更或解除合同。因此，合同当事人应遵照这两个法律效果来主张适用情势变更制度调整合同的权利。

（一）首先履行再交涉义务

情势变更是为了调整合同当事人之间明显的权益失衡，而最直接的调整方式就是当事人之间自行就权利义务重新协商一致，再交涉义务就是要求受不利影响方与对方当事人进行重新谈判。相应的，对方当事人应配合进行交涉，如拒绝交涉的，则将被认定交涉无果，无法重新达成一致意见。

进行再交涉时，受不利影响方应及时提出并说明为何要进行再交涉的理由。如不及时提出或者未提出理由的，有可能被要求承担未能及时再交涉导致的扩大损失责任。

（二）再交涉无果的情况下要求裁决变更或解除合同

在受不利影响方再交涉无果的情况下，可以请求人民法院或仲裁机构变更或解除合同。在请求裁决变更或

解除合同时，宜本着维护交易稳定的目的出发，能变更的尽量申请变更，确实无法继续维护合同关系的方可请求解除。在请求变更合同时，变更的内容一般包括合同履行期限、履行方式和合同对价等实质性条款。

需要注意的是，由于再交涉是前置程序，如果受不利影响方跳过再交涉程序直接起诉或提请仲裁的，则有可能被裁决驳回诉讼/仲裁请求。

《民法典》即将于2021年1月1日起正式实施，在司法实践中必然会带来一些新的变化和挑战，笔者会继续关注情势变更制度在今后司法实践中的具体运用，并再适时展开讨论。

合伙人郑毅、杨青应邀为38个区县商务局作《外商投资法》及配套法规解读讲座

8月11日，合伙人郑毅、杨青应重庆市商务委邀请，在“2020年外商投资管理业务培训”系列讲座中担任演讲嘉宾，作《外商投资法》及配套法规解读的专题培训讲座，来自渝中、江北、万州等38个区县和两江新区、重庆高新区等开放平台商务（外资）、招商主管部门负责人共120余人参加此次培训。两位律师结合外商投资具体实务案例，对《外商投资法》及其配套法规进行了详细解读，为与会外资主管部门工作人员今后服务外国投资者及外资企业时提供了有价值的参考。



合伙人汪飞当选成都市破产管理人协会常务理事



8月初，成都市破产管理人协会第二届会员大会第一次会议顺利召开。成都市中级人民法院党组成员、副院长龚成亲临会议指导，成都办公室主任汪飞、合伙人邓舒丹、顾问律师文静参加了会议。大会选举产生新任会长、副会长、秘书长、常务理事及监事长、副监事长，合伙人汪飞成功当选成都市破产管理人协会常务理事。自2017年入选四川省高级人民法院企业破产案件管理人名册后，成都办公室于2019年再次获选为成都市中级人民法院管理人。



中豪律師集團

重庆

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

香港

香港中環花園道3号花旗銀行廣場ICBC大廈11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 E-mail: hk@zhhlaw.com

贵阳

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

纽约

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

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 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 E-mail: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 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 E-mail: bj@zhhlaw.com

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 邮编: 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 E-mail: cd@zhhlaw.com