



合伙人杨青赴欧洲出席法律联盟LAWorld年会

2017年5月2日至5日，国际大型法律联盟LAWorld 2017年年度会员大会在西班牙巴塞罗那Majestic酒店隆重举行。来自欧洲、非洲、北美、南美和亚太地区等30多个国家的近100名律师出席本次盛会。国际业务部合伙人杨青应邀出席，并作《海外投资与外商投资法律实务》主题分享。这是中豪加入该联盟后首次参加年会，并当选亚太地区董事。



合伙人刘文治、杨青和周鹏喜获市律协年度律师大奖



2017年5月10日，市律师协会“2017年度律师(律师事务所)大奖”颁奖典礼在重庆大剧院隆重举行，市电视台全程录制并在黄金时段播出。市律师协会经层层选拔，合伙人刘文治、杨青和周鹏从众多青年律师中脱颖而出，分别摘下“年度最佳法律顾问律师”、“年度最佳商业交易（非诉讼）律师”和“年度最佳青年律师”桂冠。与此同时，董事局主席袁小彬作为颁奖嘉宾颁发了“年度最佳公益服务律师”大奖。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第051期 2017年 第3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
宋 涛 王 辉
卜海军 陈 伟
涂小琴 李东方
俞理伟 朱 剑
祝 磊 郑 毅
孙万平 陈心美
汪 飞 张德胜
陈雪剑 刘 军
崔 冽 李 燕
傅达庆 梁 勇
周庭发 周 尽
文 建 郭平宜
何 静 李 静
柯海彬 邹树彬
马海生 王必伟
赵明举 郝红颖
李 永 青 苗
刘文治 肖 东
周 鹏 郑 鹏
陈任重 柴 佳
高玉林 绍兴全
谢 敏 黎莎莎
赵 晨

责任编辑：曹阳
美 编：王先
主 办：中豪律师集团

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

境内律师在“一带一路”法律风险防范中的价值与作用 杨青 2

造价鉴定若干实务问题 文建 11

诉讼时效中断的理论基础及实务探讨 梁勇 李修远 18

闲置土地行为对公司诚信档案的影响 明皓 24

法理天地 THEORY

《民法总则》VS公司法实务：法定代表人规则 绍兴全 31

2017年5月9日，2017年全球贸易投资与救援风险服务论坛暨广东省“走出去”跨国经营实务专题辅导第一期（粤东片区）在汕头帝豪酒店隆重举行。北京办公室章朝晖律师应邀出席会议，并作《企业走出去，尽职调查要先行》主题演讲。

2017年5月10日，合伙人郑鹏在会议室举办了《如何创建律师的特色执业领域》专题讲座，分享了执业律师在细分市场抓住客户的秘诀。

2017年5月17日，合伙人梁勇在会议室举办了《公司投资法律风险防范实务》讲座。他结合多年参与代理的诸多案例，讲解了公司对外投资过程中需要防范的主要风险、需要采取的主要措施和手段。

2017年5月17日，国际商会中国国家委员会（ICC China）仲裁与替代性争议解决委员会2017年上半年工作会议在北京国际商会大厦召开。ICC China仲裁委员会成员单位代表参加了本次会议。章朝晖律师作为ICC China仲裁委员会委员应邀出席会议。

2017年5月24日，合伙人陈晴在会议室举办《律师与客户沟通技巧》专题讲座。她分享了会见客户前、会见中、会见后和trouble case的沟通技巧，诚挚希望各位同仁都能成为律界的沟通大咖。

2017年5月26日，西安市委组织部副部长田周民、建设处处长熊伟、教育处处长邓攀等一行10人，在市区领导陪同下莅临中豪考察交流律师行业党建工作，并对我所党建工作点赞。董事局副主席宋涛、党委副书记陈晴、党委统战委员刘文治和宋琴律师进行了热情接待并开展调研座谈会。

2017年6月3日至4日，由中国人民大学法学院、中国国际贸易促进委员会、中国人民大学破产法研究中心和北京市破产法学会共同主办的“第八届中国破产法论坛暨企业破产法实施十周年纪念研讨会”在北京友谊宾馆召开。来自全国破产法理论界与实务界、法院系统和管理人系统、政府部门和金融机构的800多名专家学者参加了论坛。合伙人张涌应邀出席本次论坛。

2017年6月3日至4日，“第八届中国破产法论坛暨企业破产法实施十周年纪念研讨会”在北京友谊宾馆召开。中豪紧密联营伙伴香港柯伍陈律所资深合伙人田文锋发表主题演讲。

2017年6月7日，王刚律师在会议室举办了《破产重整实务热点解读》专题讲座。他对《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》、破产管理人制度、房企破产若干问题、预重整制度等破产热点问题进行了解读。

2017年6月12日至16日，由国家新闻出版广电总局与上海市政府主办的第23届上海电视节在上海展览中心隆重举行。郝红颖律师团队代表中豪上海办公室参会。

2017年6月14日，上海办公室王艳律师举办了《公司决议纠纷诉讼实务》专题讲座。她对公司决议效力确认纠纷和公司决议撤销纠纷等法律问题进行了全面解析。

2017年6月16日，中国海事仲裁委员会新一届仲裁员证书颁发仪式暨仲裁员培训会在北京国际商会大厦举行。北京办公室章朝晖律师继续受聘为中国海事仲裁委员会新一届仲裁员并参加本次培训。

2017年6月21日，合伙人柯海彬在会议室举办了《律师文书实务技巧》专题讲座。他全面讲解了律师文书写作技巧，以及利用精美专业的文书增加客户粘度和美誉度。

2017年6月24日，由中华全国律师协会主办的《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告》发布会暨“一带一路”建设法律服务合作研讨会在北京友谊宾馆隆重举行。北京办公室章朝晖律师应邀出席本次会议，并代表中豪与巴基斯坦HaidermotaBNR & Co律所签署法律服务合作备忘录。

2017年6月28日，新晋顾问律师曹阳举办了《职务侵占罪实务探讨》专题讲座。他立足在商业犯罪法律服务领域的执业经验，结合在公安系统工作多年的司法实践，从职务侵占罪立法渊源、犯罪主体和表现手段等方面分享其办案经验。

中豪新闻





境内律师在“一带一路” 法律风险防范中的价值与作用

◎ 文 / 杨青 / 重庆办公室

5月14至15日，“一带一路”国际合作高峰论坛（以下简称高峰论坛）在北京隆重举行，其间参会各方共签署了270多项具体成果，给“一带一路”沿线国家之间的合作带来新的历史性机遇。根据国家商务部公布的数据显示，2017年第1季度，境内企业共对“一带一路”沿线的43个国

家地区进行了非金融类直接投资29.5亿美元，占同期总额的14.4%。对外承包工程方面，境内企业在“一带一路”沿线61个国家新签对外承包工程项目合同952份，新签合同额222.7亿美元，占同期我国对外承包工程新签合同额的51.8%；完成营业额143.8亿美元，占同期总额的

49.2%，同比增长4.7%。国家主席习近平在高峰论坛上指出，中国将加大“一带一路”建设资金支持，向丝路基金新增资金1000亿元人民币，鼓励金融机构开展人民币海外基金业务，规模预计约3000亿元人民币。中国国家开发银行、进出口银行将分别提供2500亿元和1300亿元等值人民币



杨青 | 合伙人

专业领域：跨境投融资与并购、外商投资、基金
手机：+86 182 0309 3176
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com

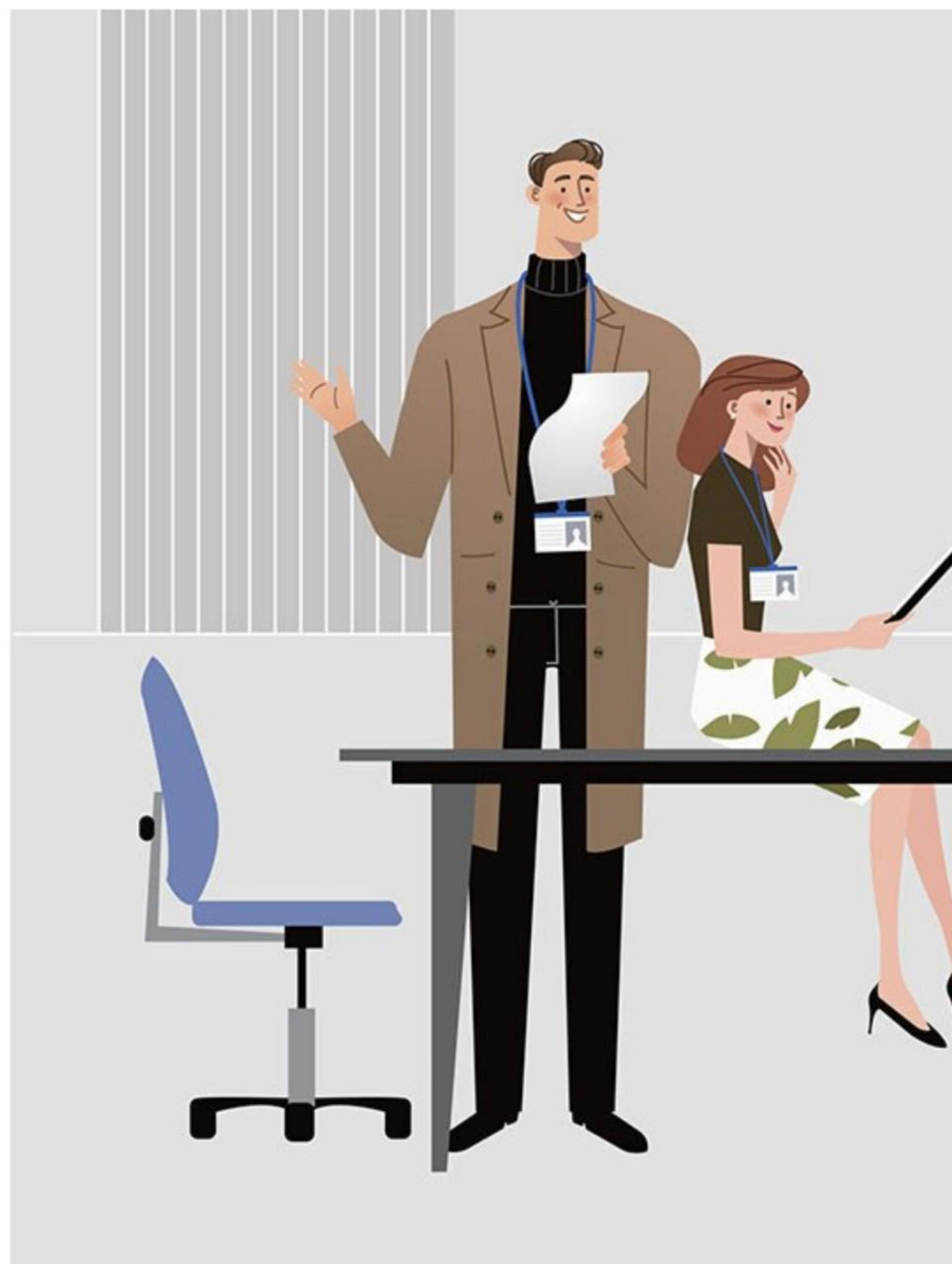
专项贷款，用于支持“一带一路”基础设施建设、产能、金融合作。可以预见，未来3-5年，“一带一路”沿线国家在基础设施建设、产能与金融领域的合作将会迎来前所未有的新机遇。

然而，机遇与挑战并存。由于“一带一路”沿线国家绝大部分都属于发展中国家，他们在文化、法律、政治、宗教信仰、经济发展水平等方面均存在着巨大区别，与到欧美等发达国家投资与开展经贸合作相比，境内企业到这些国家投资、承包工程和开展经贸合作要面临更大的风险。如果事前没有做好充分的尽职调查和采取有效的预防措施，事中缺乏有效的风险把控和监管，一旦发生纠纷，境内企业的投资很可能会遭受重大损失，甚至是血本无归。

2017年1月，司法部、外交部、商务部和国务院法制办公室联合印发《关于发展涉外法律服务业的意见》，指出发展涉外法律服务业，是适应经济全球化进程、形成对外开放新体制、应对维护国家安全稳定新挑战的需要，对于增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力，维护我国公民、法人在海外的正当权益具有重要意义。对于境内律师而言，这是前所未有的历史性机遇，在境内企业赴“一带一路”沿线国家投资、承包工程和开展经贸合作的过程中，我们可以发挥重要作用和价值。然而，境内律师的挑战也是前所未有的。虽然我们在境内企业多年“走出去”的过程中积累了一定的经验，但过去境内企业更多是到欧美国家投资与收购，这些国家法制健全、社会制度比较成熟、社会诚信度高，对投资风险具有更强的可预测性，从而更易于采取防范措施。然而，“一带一路”沿线国家的法制环境要差得多，加之这些国家和地区政治不稳定、宗教冲突频繁、经济发展乏力等风险因素，

使得我们在为境内企业提供法律服务的过程中需要更加谨慎，不仅仅只考虑法律方面的风险，而且还要兼顾其他各种风险，才能为境内企业设计出比较全面的法律风险防范服务方案。

由于境内企业与“一带一路”沿线国家可以开展的合作领域相当广泛，包括但不限于绿地投资与收购、基础设施建设、国际贸易、物流运输、跨境电子商务、金融与保险、高新技术产业、先进制造业、新兴产业、科研以及文化交流等。上述领域的合作都会涉及到法律服务，但鉴于文章篇幅，本文中，笔者主要就境内企业赴“一带一路”绿地投资、基础设施建设工程承包和大额国际贸易方面，境内律师可以为其提供的法律服务进行解析，包括帮助境内企业筛选境外律所、开展法律尽职调查、交易架构设计、交易文件草拟与审查、参与谈判、办理境外投资备案



与资金出境手续、协助涉外仲裁或诉讼等。

帮助境内企业筛选境外律所和降低律师服务费

由于不同国家有着不同的法律制度，境内企业在“一带一路”沿线国家投资、工程承包等经贸合作中可能涉及2个以上国家的法律适用，除可能涉及投资目标国和我国法律适用外，还可能涉及第三国法律适用。因为通常情况下，需要在诸如BVI、Cayman、Seychelles、香港等离岸法域设立SPV,则涉及第三国（地区）法律的适用。不同国家（地区）法律之间的差距非常大，仅仅了解投资目标国的法律是远远不够的，只有对该国法律非常熟悉而且处理过类似项目、

经验丰富的律师才能胜任。因此，境内企业在“一带一路”国家进行投资、承包工程等经贸合作中，均需要聘请境内外律师组成团队，共同提供法律服务，才能有效防范法律风险。缺少任何一方，都可能会对项目的顺利完成或争议的有效解决构成阻碍；而且可能因某些重要方面的疏忽，而留下重大法律风险。经过多年的积累，我们中豪团队与“一带一路”沿线国家的律所建立了紧密的合作关系。我们可以根据境内企业的需要和项目的实际需求，很快能向境内企业推荐多家不同规模的境外律所供其选择。同时，我们还可通过电话会议、视频会议、邮件沟通等方式，对境外律师的专业能力、服务水平与沟通效率等方面进行了解和确认，再综合考虑报价等各个因素，从而作出综合评判，通过这种方式选择的外国律所能最大程度上满足项目需求与保证服务质量。

很多境内企业误以为，同时聘请境内律师与外国律师肯定会支付更多的律师费。实际上，境内企业请境内律师不但不会增加律师费，而且还会降低律师费。这是因为中外律师的收费标准与方式存在重要区别，境内律师一般采用打包收费，而外国律师一般采用计时收费。一般情况下，如中外律师均采用计时收费的方式，相同的事项，相比境内律师的计时收费单价，外国律师的单价一般要高出许多。由于境内律师一般同意采取包干收费的方式，而外国律师一般都采取计时收费，最终结算下来，外国律师的收费可能是境内律师收费的好几倍。因此，某些事项，如中外律师都可以做，此种情况下，把上述事项交给境内律师来做，无疑会大大降低律

师服务费；或者中外律师通过分工合作也可以帮助境内企业降低律师费成本，比如把一些基础事项交由境内律师来完成，然后交由外国律师根据适用的外国法进行合法性审查，这样会大大降低境内企业的律师服务费。

帮助境内企业开展法律尽职调查

境内企业到“一带一路”沿线国家投资、承包工程、大金额国际贸易买卖等合作时，对标的项目、合资合作伙伴进行尽职调查，就如同医生给病人对症下药前需对病人进行体检一样，其重要性不言而喻。通过尽职调查，使得境内企业对标的项目、合资合作伙伴存续的合法性、履约能力、项目潜在风险等方面都会有一个更加详细的了解。尽职调查的过程就是一个风险识别与发现的过程，并为下一步进行风险评估和防范提供依据。

由于境内外法律上存在的巨大差异，使得海外投资与境内投资存在很大区别。对于一项交易来说，首先要考虑的就是其合法性风险，一旦交易存在法律上的重大瑕疵或合法性问题，那该交易给境内企业带来的风险可能就是致命性的。很多境内企业虽然知道境内外法律存在重大差异，但对其可能产生的严重后果仍然预估不足，而只有当为此付出沉重代价后，才对此引起足够重视。很多境外投资之所以会失败，其中一个重要原因就是境内企业缺乏法律风控意识，突出表现就是没有聘请专业律师对标的项目开展有效的法律尽职调查，他们更多关注的是商业上的可行性，但却往往忽略法律风险。法律风险虽然看似



无形，但其对交易产生的影响却是重大的，一旦交易存在合法性或重大法律瑕疵，则可能直接导致交易失败。

境外法律尽职调查要比境内尽调复杂得多，需要在充分理解境内企业的商业目的、时限要求、成本预算等因素的情况下，为其制定出可行且有效的尽职调查方案，其中包括法律尽职调查范围的确定、尽职调查方法的选择、尽职调查资料的获取及如何对尽职调查中遇到的问题快速作出应对等。只有处理好上述这些问题，才可能漂亮地完成尽职调查，从而通过尽职调查尽可能多地发现标的项目或合作伙伴潜藏的法律风险。

由于中外法律存在着非常大的差异，法律尽职调查一般需要中外律所组成团队共同完成。由于境内企业对境内律所更加信任，他们对境内律所的工作方式更熟悉，沟通起来会更加顺畅，境内律所更能准确、深刻理解他们的投资逻辑、商业目的，所以可由境内律所担任总法律顾问，与境外律所共同组成团队完成尽职调查。因为境外律所对当地法律、工会文化、企业文化更为熟悉，有当地律所的参与能更容易发现标的项目、合作伙伴存在的风险，并对尽职调查中发现的问题能更加有效地制定解决方案。

如对合资合作伙伴进行尽职调查，尽调的内容一般包括合作伙伴设立及存续的合法性、主要业务及运营情况、主要债权债务情况、主要资产情况、重大合同情况、知识产权情况、重大诉讼情况等可能影响合作伙伴履约能力的方面进行尽职调查。如对标的项目进行尽职调查，则主要是对项目权属的真实性，是否存在抵





押、质押等权利限制情况，项目的开发进度与周期，是否存在重大诉讼、诉讼威胁或重大法律瑕疵等进行调查。因此，做好一项海外尽职调查，是一项既需要战略，更要注重战术与方法的活儿。

帮助境内企业设计和搭建交易架构

海外投资与大额经贸合作中，交易架构的设计与搭建无疑是极其重要的一步，其不仅关乎交易本身的合法合规性、境内企业风险隔离、税收筹划，还会对境内企业后续能否实现便利退出产生重大影响。因此，交易架构图就是海外投资交易的总路线图，境内企业及其聘请的境内外中介机构团队，需要根据境内企业的商业目的、标的项目的实际运营情况，并充分考虑境内外法律法规与政策、财税制度、投资后标的项目的运营管理及境内企业后续退出等因素，为海外投资与合资合作设计出合法、可行且能实现境内企业税收筹划和商业目的的交易构架。但在海外投资与经贸合作实务中，很多境内企业由于缺乏风控意识和对交易构架重要性的充分了解，他们在海外投资与经贸合作中对交易架构搭建并未给予足够的重视，最终往往因此付出沉重代价后才明白其重要性。

交易架构设计极为重要的一步就是在离岸法域设立离岸公司，其对实现境内企业的商业目的具有重大价值与作用，可以帮助境内企业隔离法律风险、进行税收筹划和后续便利退出等。

（一）为境内企业搭建风险隔离“防火墙”

在海外设立离岸公司的首要目的是在标的企业与境内企业或实际控制人之间树立起一道风险防范的“防火墙”，即使标的企业出现法律风险，通常情况下，只有直接投资标的企业的离岸公司独立承担法律责任，而境内企业或实际控制人不会因此受到牵连。笔者曾代理一家境内企业处理一宗涉及“一带一路”沿线国家的国际贸易纠纷仲裁案件，因为境内企业未设立离岸公司隔离风险，而直接以境内集团公司作为交易主体，最终因此遭受重大损失。案件的基本信息如下：

境内A公司与新加坡B公司从事国际货物买卖交易，由于B公司提供的货物存在诸多质量问题，A公司发函要求损害赔偿，但双方一直未就赔偿事宜达成一致。后B公司提出因经营管理需要，要求用设立在BVI的B公司的关联企业C公司作为交易主体，A公司认为B公司与C公司的实际控制人为同一人，于是同意了B公司的要求。之后在A公司与C公司合作过程中，A公司欠C公司货款，但A公司认为C公司与B公司同属一个实际控制人，要求以其欠付C公司的货款与B公司应付给A公司的质量赔偿款进行抵销，C公司不同意，于是向约定的仲裁机构申请仲裁，最后仲裁机构裁定要求A公司向C公司支付货款、仲裁费及其他赔偿金等。具体交易结构如下图：（图1）

A公司觉得很冤，认为仲裁裁决很不公平。但其实主要还是因为A公司缺乏法律风险防范意识造成的。如当初A公司先在BVI设立一家离岸公

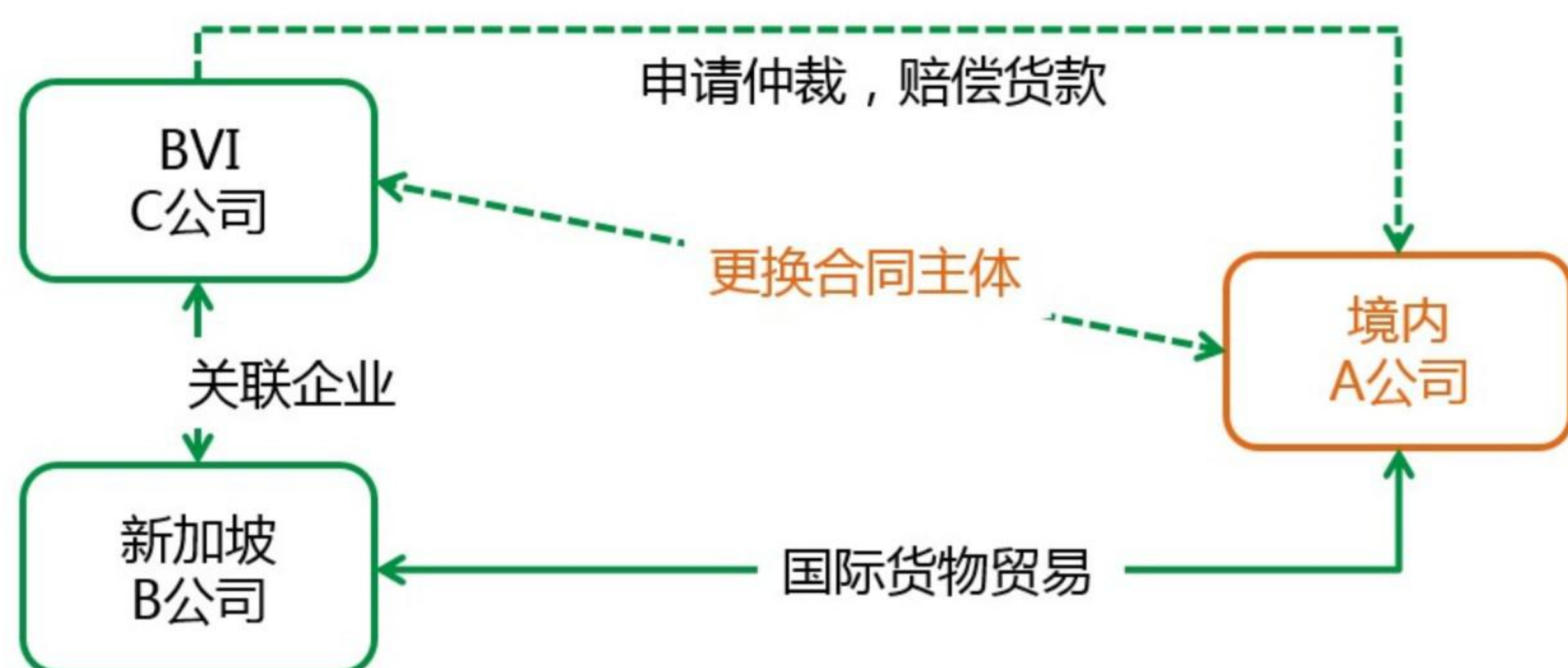


图 1

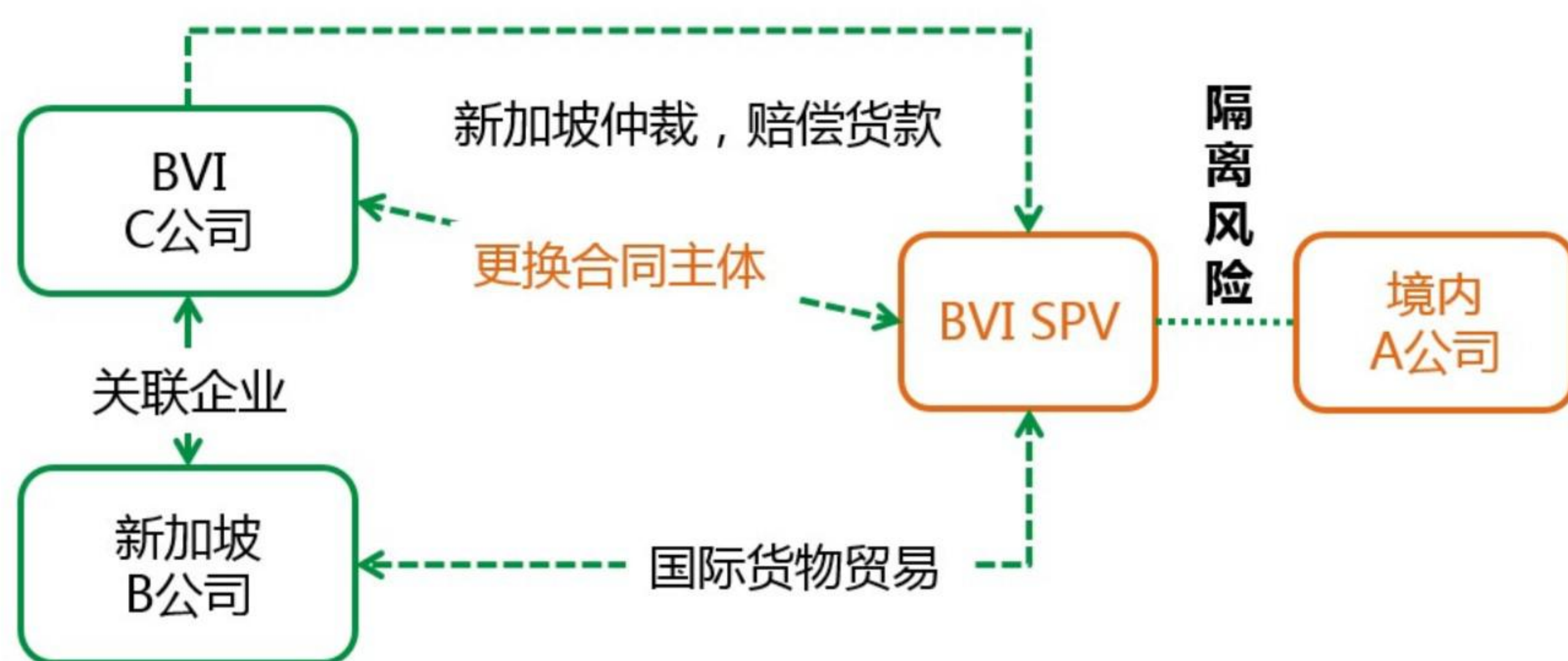


图 2

司，然后用该离岸公司作为交易主体，则即使发生后续争议，C公司也只能向BVI SPV主张支付货款的责任，于是BVI SPV为A公司有效隔离了风险。交易结构如上图：（图2）

由于SPV一般是空壳公司，即使C公司向BVI SPV主张赔偿责任并最终赢了仲裁，但仲裁裁决也无法得以实际执行，所以BVI SPV在A公司与C公司之间起到了风险隔离的“防火墙”作用。

（二）为境内企业进行合理的税收筹划

几乎所有适合设立离岸公司的法域，比如开曼群岛、BVI或塞舌尔等

均为“免税天堂”，即在上述离岸法域设立的公司的收益所得无需缴纳企业所得税。很多境内企业之所以在香港也设立一层离岸公司，是因为根据我国《企业所得税法》及其实施条例的规定，对外国企业在中国境内未设机构、场所，或者虽设有机构、场所，但取得的所得（比如利润、股息，红利、利息、租金等）与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得减按10%的税率缴纳企业所得税。但由于内地与香港有税收优化协定，只要按5%缴纳预提所得税即可。因此，设立离岸公司可为境内企业起到很好的税收筹划的作用。

（三）为境内企业后续便利退出提供通道

对缺乏海外投资经验的境内企业来说，他们更多关注投资本身的成功与否，但对投资完成后如何在适当时候顺利退出未给予充分重视。设立离岸公司的另一个重要作用就是便于投资者后续的便利退出。如以境内企业作为直接投资主体，这意味着后续投资者转让境外标的项目的任何股份或通过其他方式退出均需经我国海外投资监管机关的审批或备案，而且还可能涉及标的项目所在国政府机关的审批。由于办理上述手续会耽搁大量的时间，而且还存在未能通过审批或备案的风险，这会使得投资者很难在最适合的时机快速退出，或者因审批或备案耗时较长而错过商机。但如投资者通过转让离岸公司股份这种间接的方式实现退出，则可以规避上述风险。

在搭建交易架构时，我们还需要考虑中国是否与该“一带一路”沿线国家签署了避免双重征税协定。根据《企业境外所得税收抵免操作指南》第七条规定，居民企业从与我国政府订立税收协定（或安排）的国家（地区）取得的所得，按照该国（地区）税收法律享受了免税或减税待遇，且该免税或减税的数额按照税收协定规定应视同已缴税额在中国的应纳税额中抵免的，该免税或减税数额可作为企业实际缴纳的境外所得税额用于办理税收抵免。因此，除了确认是否签署避免双重征税协定，还要看协定中是否有税收优惠抵免条款，只有存在税收优惠抵免条款时，境内企业在投资目标国享受的免税或减税数额才能在我国进行相应的抵免。目前，我国已与大部分“一带一路”沿线国家签

署了避免双重征税协定，但很多协定中并没有约定税收优惠抵免条款，所以对于向未约定税收优惠抵免条款的国家进行投资时就一定要谨慎，在设计交易架构时则可以考虑先在和中国签署了税收优惠抵免条款的国家设立一层SPV，以起到避免双重征税的目的。

交易文件草拟、审查及参与谈判

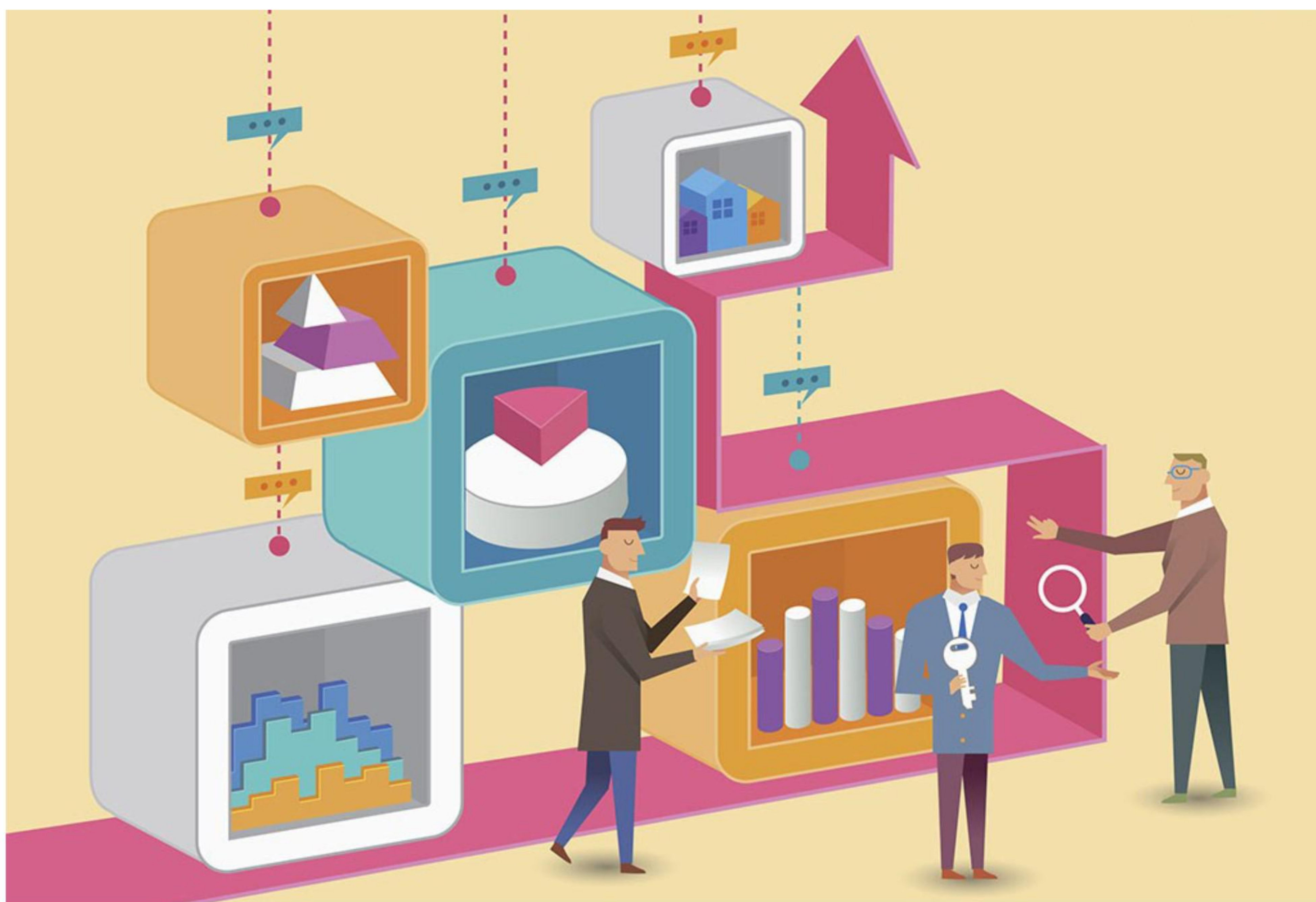
在对标的项目或合作伙伴完成尽职调查后，境内企业会根据尽职调查结果，对合作伙伴与标的项目是否存在履约风险和重大法律风险进行评估与分析，如果标的项目或合作伙伴不存在上述风险，或者虽存在上述风险，但经评估后境内企业认为这些风

险均可控，并决定进一步推进交易，则境内企业与合同相对方会签署一系列正式交易文件。由于各个项目的具体情况不同，则签署的正式交易文件类型与内容也存在较大区别。如果是与目标国当地企业设立合资或合作企业，则境内企业与合作伙伴需签署合资合同或合作协议、股东协议、公司章程等交易文件；如果是承包标的项目，境内企业则与标的项目的业主需签署施工承包合同或其他类似合同；如果境内企业是与合作伙伴进行货物贸易买卖，则双方需签署国际货物买卖合同。

为了给境内企业节约成本，提高沟通效率，上述交易文件一般由境内律师草拟初稿，根据境内企业的商业目的，以及尽职调查中

在上述协议中设计和设置相应条款，以帮助境内企业防范相关法律风险。比如，通过尽职调查发现合作伙伴可能缺乏履约能力，为了防范风险，境内企业可以要求境外合作伙伴提供相应履约担保，并在上述协议中约定违约责任条款，以防止境外合资或合作方随意违约。

通常情况下，一份协议需要经过各方多轮谈判、反复讨论和修改后才能定稿，谈判的过程就是各方利益博弈的过程。境内企业仅从商业角度考虑很难在谈判中取得好的效果，一般都需要境内外律师一并参与。境内外律师可以为境内企业提前制定好谈判策略、对方可能提出的谈判方案、对谈判过程中双方争执不下的问题提供解决的思路与建议，以及根据各方通



过谈判商定的内容以法律条款的形式在交易协议中作出约定。只有境内外律所全程参与合同谈判，才能为境内企业及时提供咨询建议和解决方案，如果仅仅是对交易协议进行书面审查，由于境内外律师对各方谈判争议的焦点内容不清楚，所以无法在书面审查协议时发现所有的风险并在协议中设置相关的条款防范上述风险。只有通过反复讨论，各方的利益诉求和让步妥协才能在交易文件中得以充分体现。虽然谈判的过程会花费较长的时间，但由于各方把协议内容谈透了，对交易文件实际履行过程中可能出现的问题和解决方案事先进行了明确约定，所以会更有利于协议后续的顺畅履行。

协助办理境外投资备案与资金出境手续

自去年年底开始，我国外汇政策收紧，资金出境受到严格监管，境外投资政府监管审查变得更加严格，严格限制投资房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等项目。过去只需要相对简单的备案程序，现在变成类似审核的复杂程序。根据普华永道统计的数据显示，今年一季度中国大陆企业海外并购交易142宗，交易金额212亿美元，相比创纪录的2016年同期交易数量下滑39%，交易金额下降77%。财务投资者受新规影响比较大，交易金额下降了91%，在142宗交易中完成了11宗。由此可见，自去年年底各监管机关加强境外投资监管后，境内企业的海外投资额出现了大幅的下降。向发改委、商务部门办理境外投资备案手续时，境内企业需要提交最新经审计的财务报表，前期工作落实情况说明，包括尽职调查、可

研报告、投资资金来源情况说明、投资环境分析评价等资料。尽职调查和可研报告可以使境内企业从商业、法律、财务等角度确保投资是真实、可行且不存在重大法律风险；最新审计财务报表与资金来源情况说明可以确保境内投资者都有能力和资金实力完成投资。同时，境内企业及其作出投资决策的所有人员还要共同签署《境外投资真实性承诺书》，对其提交的上述资料和投资项目的真实性和有效性作出承诺。由于发改委、商务部门和外汇局在审查上述资料时非常严格，所以对上述资料的专业性提出了很高的要求，不仅需要对我国有关境外投资的法律法规相当熟悉，而且还要对上述监管机关对资料的要求、审查要点把握得非常准。即使投资项目符合监管政策要求，但如提交的资料未能满足监管机关的要求，则可能需要经过多次修改和耗费很长时间才能通过备案手续，从而可能因此错失商业机遇。因此，境内律师可以帮助境内企业准备办理上述备案手续所需的全部资料，并与监管部门直接进行沟通与协调，从而帮助境内企业缩短通过备案所需时间。现行境外投资最为棘手的是获得外汇局审批的外汇额度和资金出境的付汇手续。因此，一开始境内企业就要聘请境内律师设计合法的资金出境通道和搭建好资金出境交易架构。

协助涉外仲裁或诉讼

由于“一带一路”沿线绝大部分国家的法制都不健全，加之社会制度、文化、企业管理理念与方式等方面存在的巨大差异，与到欧美国家投资与开展经贸合作相比，前者可能因交易文件约定不完善、履约时契约精

神缺乏、目标国经济发展乏力、政治不稳定等因素的影响，在履约的过程中更易发生争议。由于境内企业事先未采取有效的法律风控措施，很多投资与合作根本就没聘请律师把控风险，此种情况下，一旦发生争议，境内企业的处境将会很不利，境内企业因此遭受重大损失的情形时常发生。笔者在第三点中列举的境内A公司与新加坡B公司国际货物买卖纠纷仲裁案中，当新加坡B公司申请仲裁后，境内A公司聘请了新加坡律师向仲裁庭答辩后又撤销律师授权，并拒绝参加仲裁庭审，最终仲裁机构作出了对境内A公司很不利的裁定。这个案例比较典型地反映了很多境内企业不但



缺乏法律风控意识，而且对仲裁规则等国际规则也很缺乏了解。因此，一旦境内企业在境外的投资项目、经贸合作发生风险后，就应尽快聘请律师介入。境内律师可以为境内企业设计仲裁或诉讼前的谈判策略，参与与争议对方的诉前谈判；诉讼或仲裁过程中，可以和境外律师一起商讨案件代理思路和策略，共同审定诉讼或仲裁文书，参与与争议对方的庭审调解等服务。如果一开始境内A公司就聘请境内律师把控风险，则完全可以避免遭受此次重大损失；在对方申请仲裁后，如能采取正确的策略，也可以帮助境内A公司减少损失。

如境外仲裁机构作出的仲裁裁决对境内企业不利，当境外企业根据《纽约公约》向境内法院申请承认和执行上述仲裁裁决时，境内律师可以全程代理该诉讼程序。我们可从境外仲裁庭庭审程序是否存在瑕疵和违反仲裁规则的角度进行抗辩，如仲裁程序不存在违法、违规情况，则可利用我国法律法规的规定采取其他诉讼策略，争取在诉讼过程中迫使对方让步并达成庭外和解，以最大程度维护境内企业的合法权益。如果境外企业根据外国法院作出的判决申请在我国承认和执行，当我国与该“一带一路”沿线国家不存在民商事司法协助双边条约的情况下，则只能通过外交途径

解决，其程序将相当复杂，耗费的时间将会相当长。因此，我们可站在境内企业的立场，在最开始签署交易文件时，就设计一种更有利于保护境内企业权益的争议解决方式；但如果境内企业没有聘请律师，则很可能会落入对方律师设置的法律陷阱。

结束语

“一带一路”是造福于沿线国家乃至世界的世纪工程，它是推动全球经济复苏的新引擎，也是推动全球经济和文化进一步整合的伟大工程。但由于“一带一路”沿线国家之间在法律制度、文化、宗教信仰、风俗习惯等方面存在的巨大差异，在中国与沿线国家企业之间开展投资、工程承包与经贸合作的过程中，将会涉及诸多风险，其中法律风险是重中之重。如法律风控没有做好，后续一旦发生纠纷，则可能使各方遭受重大损失。无论是对标的项目和合作伙伴的尽职调查、交易结构的设计与搭建、交易文件的草拟和交易协议的实际履行，每个环节都可能产生重大法律风险；只有通过中外律所层层严格把控，才能有效防范法律风险和保障投资与合作的顺利进行，并最终实现境内企业的商业目的。在开展上述投资与经贸合作的过程中，境内企业只有秉承契约精神，严格遵守沿线国家的法律法规，遵守国际惯例和规则，并真正为沿线国家人民创造价值、谋福利，境内企业才可能获得沿线国家合作伙伴、政府和当地民众的信任和尊重，才能真正实现“一带一路”所倡导的政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通的美好愿景。





文建 | 合伙人

专业领域：建筑工程及房地产、公司
手机：+86 137 0832 7519
邮箱：clarkwen@zhhlaw.com

近年来，随着房地产市场的风云变幻，因建设工程纠纷而引起的民事诉讼案件逐年增多，这类案件往往争议标的额巨大、专业性较强、审理周期长、服判息诉率低，从而日益成为法院审判工作的重点和难点，直接影响到法院的司法权威和公信力。工程造价司法鉴定问题是建设工程纠纷中的常见问题，直接关系到工程价款的确定，往往是各方当事人争议的焦点所在。因此，客观、公正、科学地进行工程造价司法鉴定是建设工程纠纷案件审判质量的重要保证。

工程造价鉴定是指在诉讼活动或仲裁活动中由工程造价专业机构中的专业人员，根据委托方的要求，运用科学技术或者专门知识对诉讼或仲裁中需要解决的工程造价问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。因此，工程造价鉴定具有专业性强、程序复杂的特点。鉴定意见作为证据的一种表现形式，亦受到证据规则的约束。本文针对工程造价鉴定过程中的常见实务问题，结合笔者办理相关案件的经验，就代理人面对造价鉴定时常见的实务问题进行简单总结和阐述。

造价鉴定 若干实务问题

© 文 / 文建 / 重庆办公室



造价鉴定的立法现状

我国目前的立法中，并不存在直接规范工程造价鉴定的法律规定，但是工程造价鉴定作为司法鉴定的一种类型，法律关于司法鉴定的规定也适用于造价鉴定。2005年2月28日，全国人大常委会通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》，对司法鉴定的相关问题进行了较为详细的规定。除此之外，最高人民法院的司法解释、相关部委的规章及其他有关机构的相关文件对造价鉴定有所涉及。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》在第二十二条和第二十三条对造价鉴定的范围作了规定：当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持；当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。另外，司法部发布的《司法鉴定程序通则》、《司法鉴定机构登记管理办法》、《司法鉴定人登记管理办法》以及建设部发布的《工程造价咨询企业管理办法》和《注册造价工程师管理办法》等文件的规定也对工程造价鉴定均有所涉及。

在实践中，有关工程造价鉴定的程序和标准的相关规定，更多的是依据司法部司法鉴定管理局于2014年3月17日发布的《建设工程司法鉴定程序规范》（SF/Z Jd0500001-2014）和中国建设工程造价管理协会于2012年12月1日发布的《造价鉴定规程》（CECCA/GC 8-2012）进行规制。这两个文件对造价鉴定的委托、鉴定依据、鉴定资料、鉴定程

序、鉴定结论等均作了比较详细的规定，对于造价鉴定机构进行鉴定工作有重要的指导意义。

鉴定实务中的常见问题及处理对策

为了更好地说明工程造价鉴定实务中的常见问题及解决方案，笔者结合自己代理的建设工程诉讼仲裁案件中总结出的经验，并根据上述相关文件和重庆市高级人民法院有关工程造价鉴定的相关规定，从鉴定程序的启动、鉴定事项和方法的确定、鉴定依据的确定、鉴定报告的作出和采信四个方面，对工程造价鉴定法律实务进行了总结。

在对工程造价鉴定进行详细阐述之前，有必要在此作出特别提示：鉴定意见作为证据的形式之一，受到民事诉讼法等相关法律和司法解释有关证据规则的约束。

（一）鉴定程序启动过程中的常见法律问题

鉴定程序往往关系整个诉讼案件的进展方向和法官对其他证据甚至整个案件的倾向性意见，并且鉴定期间不计入审判程序。因此，是否启动鉴定程序对于双方当事人而言均具有重大影响，需根据案件需要促成或者阻止鉴定程序的启动。

1. 造价鉴定启动的方式、时间和条件

工程造价鉴定启动的前提条件是当事人举示的证据不能自行确定建设工程造价，从而向法院提出申请由专业机构和人员进行鉴定。一般而言，合同约定采用固定总价、固定单价、

成本加酬金以及可调价格方式确定工程造价的，均有可能需要通过鉴定确定工程造价。对于采用固定总价方式的，因为固定价款范围内的价格已经确定，故主要是针对风险范围外的工程造价进行鉴定。除此之外，在建设工程未完工，需要确定已完工程造价或者合同未约定工程价款的确定方法时，也会存在需要通过鉴定方式确定工程造价的可能性。

当事人申请工程造价鉴定适用有关证据规则的相关规定，故应当在举证期限届满前向法院提出。当事人逾期提供证据的，法院会责令其说明理由，并可以要求其提供证据。然后，由法院视情况决定是否准许并决定是否对其采取罚款、训诫等处罚手段。

根据民事诉讼法相关规定，二审法院查明原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审法院重审，或查清事实后改判。如当事人在一审中申请造价鉴定，一审法院应当予以准许而未准许，或一审法院应当向当事人释明申请造价鉴定而未释明，则表明本案基本事实即工程价款并未查明，故当事人在二审中又申请造价鉴定的，二审法院可以发回一审法院重审，由一审法院进行鉴定。

但是，根据举证规则，经一审法院释明后，当事人拒不申请鉴定，或者当事人拒不选择鉴定机构、交纳鉴定费用、提交完整的鉴定资料等，导致一审法院未能进行造价鉴定，当事人在二审中又申请鉴定，二审法院认为应当进行造价鉴定的，可以在二审中进行鉴定，同时可以参照逾期举证的相关规则予以处理。

值得当事人特别注意的是：在案件审理过程中，当事人未申请进行造价鉴定，但法院认为根据当事人举示的证据不能自行确定建设工程造价，确需进行工程造价鉴定的，此时法院一般会根据举证规则向承担举证证明责任的对方当事人进行释明，告知其提出鉴定申请。承担举证证明责任的对方当事人经释明后拒不申请鉴定的，法院可以根据举证规则，由承担举证证明责任的对方当事人承担不利后果。因此，当事人是否提请鉴定应当充分考量，谨慎行事！

2.当事人已办理结算又申请工程造价鉴定，或者诉前当事人委托工程造价机构作出咨询意见，如何处理？

当事人已经办理结算，形成结算文件，又申请通过鉴定方式确定工程造价，法院一般情况下不予准许。但有证据证明双方达成的结算文件无效或者被依法撤销时，说明原来的结算文件对当事人已经不具备法律约束力，在此情况下，法院应当准许当事人的工程造价鉴定申请。

对于一方当事人自行委托工程造价机构作出的咨询意见，法院可参照证据规则，原则上不予采信；但经质证，另一方当事人未提出异议，或者提出的异议明显不能成立的，法院对此可以予以采信。法院对咨询意见不予采信，且根据当事人举证不能自行确定工程造价，需进行造价鉴定的，法院会根据举证规则向承担举证证明责任的对方当事人进行释明，告知其提出鉴定申请。

双方当事人在诉前共同委托建设工程造价中介机构作出了咨询意见，

法院通过质证程序审查咨询意见是否客观、真实，鉴定程序是否合法，并决定是否采信。一方当事人在诉讼中请求进行司法鉴定的，因有违诚实信用原则，并且会造成诉讼资源浪费，故法院一般不予准许。但有证据证明存在当事人与建设工程造价中介机构恶意串通、损害对方当事人利益、鉴定事项与待证事实不具有关联性等形式，该咨询意见不应被采信，法院可根据举证规则确定由承担举证证明责任的对方当事人申请司法鉴定。对于双方共同委托工程造价机构作出的咨询意见存在算术性错误、个别鉴定资料采信不当等瑕疵的，法院认为可以补正的一般会予以补正，不能补正则可以准许当事人提起的鉴定申请。

3.当事人仅对部分工程造价存在争议，或者能够自行确定部分工程造价的，如何进行工程造价鉴定？

确定工程造价鉴定范围，是当事人对自身权利进行处分的表现形式。本着尽快解决纠纷和节约诉讼资源的原则，当事人仅对部分工程造价存在争议，或者法院根据当事人举示的证据能够自行确定部分工程造价，需要通过鉴定方式确定争议部分，或者法院无法确定部分工程造价的，则仅对当事人存在争议部分或者法院无法确定部分的工程造价进行鉴定。

但实务中存在当事人争议部分与无争议部分或者无法确定工程造价的部分与可以确定的部分不可分的情况，此时从客观上看，二者乃是一个整体，法院通常不会强行区分，而是根据客观需要对工程造价进行整体鉴定。工程造价是否可分，由法院在听取当事人、鉴定人意见后作出认定。

法院认为有必要时，也会向专业机构咨询。

4.鉴定申请人按约交纳鉴定费用是鉴定机构进行鉴定的前提条件

鉴定人申请鉴定，法院同意的，申请人应当预交鉴定费。鉴定人以当事人未按时交纳鉴定费用为由拒不出具鉴定意见，法院审查属实的，可以责令当事人在指定期限内交纳鉴定费用，并告知当事人拒不交纳鉴定费用的后果。当事人在指定期限内仍拒不交纳鉴定费用的，鉴定人可以退回鉴定，并由拒不交纳鉴定费用的当事人承担由此导致的不利后果。



交纳鉴定费是鉴定申请人的义务，申请人经法院告知拒不交纳鉴定费，鉴定人有权退回鉴定，由此造成的不利后果由申请人承担。申请人交纳鉴定费后，法院视鉴定意见和诉讼结果确定鉴定费由原告或被告承担。

5.法院审查当事人鉴定申请的要点

当事人提出鉴定申请后，法院会听取对方当事人的意见，并审查鉴定事项是否明确、鉴定事项与待证事实是否存在关联性、鉴定是否具有可行性、计价原则和计价方式如何确定等，然后确定是否准许。

(二) 鉴定程序启动后，鉴定事项、鉴定方法的确定

鉴定程序启动后，如何确定鉴定事项和鉴定方法直接关系鉴定意见的最终结果。当事人需根据案件争议焦点范围和自身需要，努力促成于己有利的鉴定事项和鉴定方法。

1.造价鉴定中，鉴定事项应当如何确定？当事人对鉴定事项有异议的，如何处理？

法院决定进行造价鉴定的，原则上会根据当事人申请进行鉴定。法院对当事人申请的鉴定事项是否符合合同约定或者相关法律、法规规定，是

否与待证事实具备关联性进行审查，指导当事人选择正确的鉴定事项并说明理由以及拒不变更鉴定事项的后果。经法院审查认为需要变更鉴定事项并向当事人说明后，当事人仍拒不变更的，一般对当事人的鉴定申请不予准许，并由其承担相应的不利后果。

造价鉴定过程中，当事人对鉴定事项有异议的，应当积极与法院进行沟通并提交书面意见说明理由。法院对当事人的异议进行审查后，决定是否变更鉴定事项。

2.造价鉴定中，鉴定方法如何确定？

建设工程的计量应当按照合同约定的工程量计算规则、图纸及变更指示、签证单等确定。因此，需要对固定总价合同与固定单价合同中的相关事项进行鉴定时，合同有约定的从其约定，未作约定的，一般参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。合同约定采用建设工程定额及相关配套文件计价，或者约定根据建设工程定额及相关配套文件下浮一定比例计价的，从其约定。

可调价格合同中，合同对计价原则以及价格的调整方式有约定的，从其约定；但是合同虽约定采用可调价格方式，却未对计价原则以及价格调整方式作出约定的，参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。

建设工程为未完工程的，应当根据已完工程量和合同约定的计价原则来确定已完工程造价。如果合同为固



定总价合同，且无法确定已完工程占整个工程的比例的，一般可以根据工程所在地的建设工程定额及相关配套文件确定已完工程占整个工程的比例，再以固定总价乘以该比例来确定已完工程造价。

造价鉴定过程中，当事人对鉴定方法有异议的，可以提交书面意见并说明理由。法院听取当事人意见后，对当事人的异议进行审查并决定是否变更鉴定方法。

3. 造价鉴定中，鉴定人认为需要对合同或者合同条款的效力、合同条款的理解、证据的采信等问题作出认定的，如何处理？

造价鉴定中，鉴定人应当对与建设工程造价相关的专门性问题出具鉴定意见。鉴定人在鉴定中认为需要对合同或者合同条款的效力、合同条款的理解、证据的采信等法律性问题作出认定的，需向法院提交书面意见，由法院作出认定。法院对相关问题作出认定后答复鉴定人。一般情况下，法院认为暂时难以对合同或者合同条款的效力、合同条款的理解、证据的采信等法律性问题作出认定，需要在庭审后结合其他证据作出综合认定的，可以要求鉴定人出具多种鉴定意见或者将有争议的事项予以单列。

（三）鉴定依据的相关实务问题

1. 鉴定资料的提交和确定

鉴定机构进行工程造价鉴定以当事人提交或者法院调取的鉴定资料为依据。鉴定程序启动后，法院与鉴定单位共同确定需要提交的鉴定资料，并形成鉴定资料清单向当事人送达。

鉴定资料的提交范围、提交主体原则上应当根据鉴定资料清单确定。

当事人应当在法院指定期限内提交鉴定资料，确难在指定期限内提交鉴定资料的，可在指定期限届满前，向法院申请延长提交期限，是否准许由法院决定。当事人逾期提交鉴定资料的，法院应当参照逾期举证的相关规则予以处理。

当事人也可以向法院提交鉴定资料清单外的资料。当事人认为鉴定资料与鉴定事项不具备关联性，应在质证环节进行查明。不具备关联性的，法院可在质证后予以剔除。当事人认为鉴定资料清单所列资料在对方当事人控制之下的，可以申请法院责令对方当事人提交。当事人认为鉴定资料由国家有关部门保存，或者涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私，因客观原因确不能自行提交的，可以申请法院调取或者向法院申请律师调查令，是否准许由法院决定。

当事人应当将鉴定资料提交给法院，由法院组织质证后提交给鉴定人，而不得直接提交给鉴定人。未经法院组织质证，鉴定人直接根据当事人提交的鉴定资料作出鉴定意见的，法院一般不予采信，并要求重新鉴定或者对相关鉴定资料质证后由鉴定人重新出具鉴定意见。

2. 造价鉴定过程中，认定鉴定资料应注意的要点

法院收到当事人提交的鉴定资料后，组织当事人进行质证。质证时，当事人应当围绕鉴定资料的真实性、合法性以及与鉴定事项的关联性陈述



意见。鉴定人可以参加质证程序。经法院允许后，鉴定人可就鉴定的相关问题向当事人发问。

质证后，法院通过当事人发表的质证意见，对当事人提交的资料能否作为鉴定资料作出认定，并将当事人无异议或者法院认为应当作为鉴定依



据的鉴定资料移交给鉴定人。法院对当事人提交的资料能否被采信暂时难以认定，需要在庭审后结合其他证据一并作出认定的，可以将存在争议的鉴定资料提交给鉴定人，由鉴定人就存在争议的鉴定资料所涉及的工程造价予以单列。

造价鉴定过程中，鉴定人认为需要补充提交鉴定资料的，应当向法院发送书面函件。是否需补充提交，由法院决定。法院收到当事人补交的鉴定资料后，应组织当事人进行质证，并对鉴定资料进行认定后移交鉴定人。

造价鉴定过程中，鉴定人认为需要对建设工程是否实际施工、实际施工的方式、数量以及施工现场状况等进行现场勘验的，应当告知法院。法院经审查决定是否组织当事人、鉴定人进行现场勘验。现场勘验笔录，由当事人、鉴定人以及法院工作人员签字后提交给鉴定人作为鉴定依据。



（四）鉴定报告作出后的应对方法

鉴定材料收集完毕，鉴定机构根据鉴定材料就待鉴定事项确定计价原则并出具初步的鉴定意见，征求法院和当事人的意见。作为当事人的代理律师，应当及时与鉴定机构联系和沟通，提出意见。

1. 法院对鉴定人出具的初步鉴定意见进行处理的要点

鉴定人在出具正式鉴定意见前，先行出具初步鉴定意见，征求法院和当事人的意见。法院收到初步鉴定意见并送达当事人，可以要求当事人在一定期限内提交书面意见。当事人应当就鉴定意见与鉴定事项是否相符、计价原则和计价方式是否科学、鉴定依据是否合法、鉴定意见是否存在错漏等提出意见。当事人提交书面意见后，法院认为有必要的，可以组织当事人、鉴定人进行听证，听取当事人、鉴定人的意见。鉴定人应当结合当事人提交的书面意见、听证意见对初步鉴定意见进行修正，并及时出具正式的鉴定意见。

鉴定人出具初步鉴定意见后，当事人又申请补交鉴定资料的，法院原则上不予同意。但当事人补交的鉴定资料对建设工程造价存在重大影响的，法院可以同意，并可以参照逾期举证的相关规则处理。

2. 鉴定意见作出后，当事人如何对鉴定意见进行质证？

鉴定意见应当经当事人质证后才能作为认定待证事实的根据。质证时，当事人应当对鉴定意见与鉴定事项是否相符、计价原则和计价方式是否科学、鉴定依据是否合法、鉴定意见是否存在错漏等发表质证意见。当事人对鉴定意见有异议或者法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经法院准许，当事人可以就鉴定意见向鉴定人发问。

对鉴定意见进行质证，是当事人的诉讼权利。特别是对于鉴定意见不利的一方当事人，对鉴定意见进行质证，对鉴定事项、计价原则、计价方式、鉴定依据等方面的瑕疵和错误提

出鉴定意见，甚至申请鉴定人出庭作证并进行发问，对于维护自身权利至关重要。

3. 鉴定意见存在问题的，如何处理？

法院发现鉴定意见存在鉴定依据采用不当、鉴定数据存在错漏等情形，可以由鉴定人通过出具补充鉴定意见方式予以纠正的，应当书面告知鉴定人，由鉴定人出具补充鉴定意见。法院认为存在鉴定意见与鉴定事项不符、未按照法院确定的鉴定方法鉴定、鉴定程序违法等情形，难以通过出具补充鉴定意见方式予以纠正的，重新鉴定。

结语

我国目前正处于经济快速发展时期。近年来，经济发展过程中的诸多问题也逐渐显现，房地产行业不景气导致许多开发商资金链断裂，难以为继，由此引发的建设工程合同纠纷十分常见。建设工程作为一种特殊的产品，决定了其价格的确必然与普通的商品存在诸多不同之处。因此，工程造价鉴定相较于一般的司法鉴定更加具有复杂性和专业性。客观、公正、科学地进行工程造价司法鉴定是当事人维护自身权利、代理人履行代理义务、法官提高案件审判质量的重要保证。

诉讼时效中断的 理论基础及实务探讨

摘要：诉讼时效制度体现了民法敦促权利人行使权利与维护法律关系稳定的价值。诉讼时效中断是其中的重要内容，直接关系到权利的实现能否得到国家强制力的保护。因此，诉讼时效中断是权利人最为关切的问题之一。本文从诉讼时效中断的法理与实务两个层面入手，以保障权利人有效实现权利为目的，对诉讼时效中断相关问题予以探讨。

◎ 文 / 梁勇 李修远 / 江北办公室





梁勇 | 合伙人

专业领域：金融、公司
手机：+86 139 0837 7991
邮箱：liangyong@zhhlaw.com



李修远 | 律师助理

专业领域：金融、公司
手机：+86 186 2316 6217
邮箱：abraham@zhhlaw.com

诉讼时效中断的法理基础

在民法时效制度里，存在取得时效与消灭时效两种类型。我国的立法未规定取得时效制度，仅规定了消灭时效制度。本文的研究对象系消灭时效中的诉讼时效。

诉讼时效是指权利人怠于行使权利的状态持续到法定期间，从而丧失依诉讼程序实现其权利公力救济的民事法律制度。诉讼时效具有强制性，当事人对时效的延长、缩短、放弃等约定都是无效的。诉讼时效的中断是指诉讼时效期间进行过程中，基于某些法定事由的发生阻碍时效期间的进行，致使已经经过的时效期间归于无效，待该事由消除后重新起算诉讼时效期间的制度。

在立法上设立诉讼时效制度的意义在于敦促权利人及时行使权利，避免其殆于行使权利导致法律关系处于不稳定的状态，其制度价值在于保护对长期形成的事实状态的信赖。依通说观点，诉讼时效中断的事由存在以下几种：

（一）起诉等相关行为

权利人提起民事诉讼是诉讼时效中断的首要事由，起诉表明权利人将私主体之间的纠纷提请国家审判机关予以裁判，属于积极主张权利的表现。与起诉具有同样性质的相关行为也能中断诉讼时效，包括向行政机关提出保护权利的请求、依督促程序申请支付令、依仲裁协议申请仲裁、提起债权人代位或撤销之诉等。

值得讨论的问题是，若起诉后被法院裁定不予受理或者驳回起诉能否发生诉讼时效中断的效果？一种观点认为，只要权利人向法院提起诉讼，则表明其积极主张权利，至于其起诉是否符合法定要件在所不问；另一种观点则认为，权利人因自身

起诉行为具有瑕疵，理应自负责任，无法产生中断诉讼时效的效果。笔者认为宜折中上述两种观点，区分情况予以处理。从立法的本意看，只要起诉行为体现权利人对权利积极主张的态度，即应中断时效。诉讼时效中断制度保护的是积极主张权利的人，而非精通法律的人，不能因为权利人对于法律规定的“无知”就否认其为实现权利的积极态度。因此，权利人的起诉只要具备明确的被告和诉讼请求即可达到中断时效的目的，诸如受诉法院没有管辖权等程序瑕疵不应阻碍时效中断的效果。

（二）权利人请求

权利人行使权利的方式既可以诉讼为之，亦可于诉讼外以意思表示为之，此处的



请求指权利人在诉讼外向义务人请求履行债务。根据《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效规定》）第10条第1款、第2款：“具有下列情形之一的……产生诉讼时效中断的效力：当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的”，可知《诉讼时效规定》对于非直接对话的当事人之间意思表示的生效方式在“发信主义”和“到达主

义”中选择了后者。“到达”是指权利人主张权利的意思表示确已到达相对人的实力支配范围之内，处于相对人得以知悉的状态；“应当到达”是指权利人主张权利的意思表示并不能确保真正到达相对人，但是依法律规定或当事人约定的合理方式，按通常情况推测，该意思表示应该能够到达相对人。“到达主义”避免了权利人提出请求的恣意性，在一定程度上体现了对义务人诉讼时效利益的保护。需要注意的是，权利人提出请求不仅表现为直接要求义务人履行，还包括要求义务人提供担保、扣留质物或留置物等间接行为。

（三）义务人承认

承认是指义务人向权利人作出的表明其认可权利人主张的权利的行为。承认的性质不同于意思表示，其仅为确认已发生的权利义务关系存在，而非凭借私法自治制度创设新的权利与义务，因此承认的性质为一种观念通知。义务人的承认表明曾经“沉睡”的权利义务关系被“唤醒”，从而打破权利无法得到确认的事实状态，诉讼时效自应中断。承认不以明示的方式为限，默示承认行为诸如请求缓期清偿、向权利人支付利息、部分履行等亦可发生中断时效的结果。根据通说观点，承认的内容不以义务人同意履行义务为必要，只要从其承认中推知义务人有确认权利人权利存在的意思即可。但是，《民法通则》与即将生效的《民法总则》均以“义务人同意履行义务”作为时效中断的事由，不难发现，“同意履行义务”在“承认”的基础上还要求债务人作出“同意履行”的表示，加大了诉讼时效中断的难度。

诉讼时效中断实务操作 细节问题分析

（一）权利人起诉后又撤诉

如上所述，起诉作为中断诉讼时效的事由，但是权利人在起诉后出现撤诉或者按撤诉处理的情形是否影响时效中断的效果呢？实务中存在三种观点：一是不中断说：对“起诉”作出严格的解释，认为起诉后撤诉，视为没有起诉，此情形不符合法律对诉讼时效中断的规定；二是绝对中断说：认为此情形属于权利人积极主张权利的表现，对法律规定的“起诉”宜作宽泛的理解，故应当发生阻碍时效经过的效果；三是有条件中断说，起诉而中断的时效视为未中断，但若起诉状副本送达义务人，则发生请求的中断效力。

我国司法实务的立场偏向“绝对中断说”，这可能与我国诉讼时效期间过短有关。鉴于仅有两年（《民法总则》生效后为三年）的诉讼时效对于债权人的权利保护较为不利，那么在诉讼时效的中断事由上就不应该采取严苛的态度。《最高人民法院关于四川高院请示长沙铁路天群实业公司贸易部与四川鑫达实业有限公司返还代收贷款一案如何适用法(民)复[1990]3号批复中“诉讼时效期间”问题的复函》指出：“我院经研究认为，根据《民法通则》第一百四十条的规定，天群贸易部向法院起诉，应视为诉讼时效中断，诉讼时效期间应从撤诉之日起重新计算。”据此，可知最高人民法院对起诉后又撤诉从而中断诉讼时效的做法是持肯定态度的。实务中，若义务人下落不明或住所不详，在媒体上刊登主张权利的公告又过于繁琐或出现诉讼时效期间即



将经过的紧急状况，出于节约实现债权成本的考虑，可先向法院起诉，然后不缴纳诉讼费按自动撤诉处理，从而实现中断诉讼时效的目的。但是，此举有浪费司法资源、滥用诉权之嫌，若非情况紧急，不宜轻易为之。

（二）金融机构向债务人账户存款又扣除

根据《诉讼时效规定》第10条第3款：“当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的”，很多金融机构为了节约成本，采取通过在债务人账户内扣款的方式中断诉讼时效，且因为大多数债务人账户余额所剩无几，往往每次仅扣除一分钱。但问题是，当债务人账户余额被扣完，金融机构可否故意向账户内存钱再行扣除呢？笔者认为，在私法领域，

“法无禁止即可为”，金融机构的上述行为实属主张权利的无奈之举，并且未对他人权益造成损害，应当认定此种“自存自扣”的方式可以产生中断诉讼时效的效果。为了防止将来可能引发的诉讼中对该行为的性质产生不同看法从而影响时效中断的效力，可对存入款项的方式予以变通，如金融机构不以自己名义存入款项，而是“委托”第三人在自动存款机上以不记名方式向债务人账户存入现金，而后再予以扣除。

（三）义务人住所地无人签收催收文书

若债务人是企业或其他组织，一旦其经营不善面临权利人的催收，往往出现人去楼空的场景，使得权利人送达主张权利文书并中断诉讼时效的目的落空。该情形表明义务人恶意逃避债务的动机，无人签收的事实不应

阻碍权利人送达权利文书的法律效果。但是，以后双方一旦就时效经过与否产生纠纷，权利人则难以举证证明，因此权利人可申请公证机构对送达的过程进行证据保全公证，避免因时效问题产生争议。并且此种情形符合《诉讼时效规定》第10条第4款：

“当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的”，为了确保诉讼时效能够中断，权利人亦可在媒体上发布主张权利的公告。

（四）诉讼时效期间届满后，债务人在送达的文件上签字

诉讼时效期间届满，原则上债务人对债权人的权利主张享有时效经过的抗辩权。尽管如此，债权人仍可能会向债务人寄送催款单、对账单等文件，依据文件性质的不同，债务人签收上述文件亦会产生不同的效果。

《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》指出：“对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或者盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护”；《最高人民法院关于债务人签收“贷款对账签证单”的行为是否属于对已经超过诉讼时效的原债务的履行进行重新确认问题的复函》指出：“安徽省投资集团有限责任公司2003年3月向债务人临泉县供电局发出的‘贷款对账签证单’，其名称和内容均无催收贷款的明确表示。临泉县供电局局长张修法在‘贷款对账签证单’上签署‘通知收到’，表明债



务人已经收到了‘贷款对账签证单’，但不能推定为其有偿还已过诉讼时效债务的意思表示。因此，既不能把本案所涉‘贷款对账签证单’简单理解为就是《批复》中的‘催款通知单’，也不能把双方当事人发出和签收‘贷款对账签证单’的行为视为对原债权债务的履行重新达成了协议。”据此，通过对比最高人民法院上述两个截然不同的回复，不难发现：若要在诉讼时效届满后取得债务人重新对债务进行确认的效果，那么在向债务人发函的内容上须表明对债务予以催收的意思，否则即使债务人签收亦无实际意义。

（五）保证期间届满后，保证人在催收通知上签字

不管是一般保证还是连带责任保证，均有保证期间，保证期间由债权人和保证人自行约定。如双方未对保证期间进行明确约定，则自主债务履行期届满之日起六个月内为保证期间。如债权人在保证期间内未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

如果保证期间届满后，债权人向保证人发出催收通知，保证人在该通知书上签字，此时并不意味着保证人就必然重新承担保证责任。《最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复》指出，“根据《中华人民共和国担保法》的规定，保证期间届满债权人未依法向保证人主张保证责任的，保证责任消灭。保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求承担保证责任或者清偿债务，保证人在催款通知书上签字的，人民法院不得认定保证人继续承担保证责



任。但该催款通知书内容符合合同法和担保法有关担保合同成立的规定，并经保证人签字认可，能够认定成立新的保证合同的，人民法院应当认定保证人按照新保证合同承担责任。”

（六）关于同一债务的分期履行的时效计算

实践中，金融机构往往对同一主体按先后顺序发放了多笔贷款，每一笔贷款均有独立的借款合同和相应的保证合同，正常情形下这些债务应按

照各自的合同约定分别履行，不属于同一债务。但是，债务人对前述多笔债务均未按约履行，金融机构除了采取诉讼手段处理以外，一种常见的做法是与债务人就之前存在的多笔债务达成和解，双方签订《还款协议》，并在该协议中对债务数额及还款方式予以明确。根据《诉讼时效规定》第5条：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算”。这就带来一个问题，上述多笔债务在还款协议中

是否转变为同一债务呢？几笔债务的诉讼时效是按照之前每一笔债务的借款合同约定分别计算，还是按照之后签署的《还款协议》中最后一期债务履行期限届满时统一计算？笔者认为：若《还款协议》仅是对多个债务的金额进行确认，没有变更原借款合同中对于还款期限、还款方式、利息与违约金等核心条款的约定，那么就意味着《还款协议》并未创设新的法律关系，此时多笔债务的诉讼时效应分别起算。若《还款协议》对上述多笔债务重新约定分期还款期限和还款方式等条款，那么意味着当事人经由意思自治创设了新的法律关系，此时多笔债务转化为“同一债务”，诉讼时效的起算点应当以最后一期债务履行期限届满时起算。

（七）时效中断对连带债务人的效力

根据《诉讼时效规定》第17条：“对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力”，基于连带关系的实质——多数债务人中一人或数人所发生的事项，效力及于全体债务人，因此不难理解该条规定。在实践中经常遇到的一种连带债务就是多个保证人提供连带责任保证担保的情形。根据上述规定，债权人在保证期间向保证人之一主张权利的效力及于其他连带责任保证人。最高人民法院在申请再审人中信信托有限责任公司与被申请人天津市粮油集团有限公司、天津市油脂（集团）有限公司、天津市油脂公司新港油脂库借款合同纠纷申请再审案中（案号为【2011】民提字第266号）重申了该原则，在判决书中指出“根

据上述规定（即《诉讼时效规定》第17条），天津办事处向保证人之一的新港油脂库催收债务，不仅中断了新港油脂库保证债务的诉讼时效，对另一连带共同保证人粮油集团也同样发生诉讼时效中断的效力”。

但问题是，对主债务人发生的时效中断效果能否及于连带责任保证人？根据《担保法司法解释》第36条第1款“一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断”，可知主债务诉讼时效中断对于一般保证和连带保证产生了不同的效果。因为一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁并就债务人财产依法强制执行前，对债权人可以拒绝承担保证责任，所以主债务诉讼时效中断的效力及于一般保证之债；连带责任保证的保证人没有先诉抗辩权，因此连带保证之债诉讼时效的中断不受主债务诉讼时效的影响。就其本质而言，主债务与连带保证债务诉讼时效起算点的不一致是其诉讼时效中断互不影响的原因。主债务的诉讼时效从履行期限届满起算，而连带保证之债的诉讼时效以债权人在保证期间内向连带保证人提出请求开始计算，若债权人未在保证期间内提出请求，则根本不会产生连带责任保证人的诉讼时效中断问题。

关于保障权利人诉讼时效利益的建议

（一）注意保存向义务人请求履行的证据。请求作为最常见的诉讼时

效中断事由，权利人向义务人直接请求履行比起诉或义务人承认更加容易实现中断诉讼时效的目的。但是，一旦双方当事人对簿公堂，义务人往往会声称没有在诉讼时效期间内收到权利人的请求。根据举证责任分配原理，主张积极事实的一方应当承担举证责任。因此，权利人若向法庭主张已在时效期间内主张过权利，应当提供证据予以证明，否则应承担举证不能的后果。因此，建议权利人发送催收文件时申请公证机构进行公证。

（二）主动创造诉讼时效中断的各种条件。权利人可参照《诉讼时效规定》的相关条款，积极创设时效中断的条件。例如，定期向义务人寄送催收单、要求义务人签署还款承诺书、重新与义务人商定分期还款计划等。

（三）诉讼时效届满后不轻易放弃权利。诉讼时效期满，债务人仅取得了抗辩权，债权实体并未丧失。因此，当事人超过诉讼时效后起诉的，人民法院应当受理。在诉讼中，法官无权主动释明并适用时效的规定，需要由当事人提出适用该制度。若庭审中债务人忽视了债务已过诉讼时效并未对此提出抗辩，债权人实体权利就能受到法律的保护。在诉讼外，权利人亦可向义务人发出催收文书，义务人一旦签收视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护。

一边是开发商在每次土拍上的“抢”地，另一边是闲置土地的“沉睡”，“供而未用”是闲置土地的真实写照。早在2012年，国土资源部就发布了《闲置土地处置办法》，对闲置土地行为进行整顿。企业清楚地知道闲置土地可能承担《闲置土地处置办法》及《中华人民共和国城市房地产管理法》中所规定的法律责任。但部分企业仍然认为上述条款所规定的法律责任太过严重，在良好沟通的情况下，政府一般不会上纲上线。另一方面，政府为保证社会稳定和经济发展，作出收回土地使用权这种上限处罚也会慎之又慎。



明皓 | 律师

专业领域：公司治理、涉外业务及
房地产

手机：+86 186 9672 3066

邮箱：reno@zhhlaw.com

闲置土地行为 对公司诚信档案的影响

◎ 文 / 明皓 / 重庆办公室





闲置土地的定义及其后果

根据《闲置土地处置办法》的规定，闲置土地是指国有建设用地使用权人超过国有建设用地使用权有偿使用合同或者划拨决定书约定、规定的动工开发日期满一年未动工开发的国有建设用地。已动工开发但开发建设用地面积占应动工开发建设用地总面积不足三分之一或者已投资额占总投资额不足百分之二十五，中止开发建设满一年的国有建设用地，也可以认定为闲置土地。

该办法第十四条第一款规定，“未动工开发满一年的，由市、县国土资源主管部门报经本级人民政府批准后，向国有建设用地使用权人下达《征缴土地闲置费决定书》，按照土地出让或者划拨价款的百分之二十征缴土地闲置费。土地闲置费不得列入生产成本；”第二款规定，“未动工

开发满两年的，由市、县国土资源主管部门按照《中华人民共和国土地管理法》第三十七条和《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十六条的规定，报经有批准权的人民政府批准后，向国有建设用地使用权人下达《收回国有建设用地使用权决定书》，无偿收回国有建设用地使用权。闲置土地设有抵押权的，同时抄送相关土地抵押权人。”

简而言之，非因政府原因造成闲置土地情况，要么额外收费，要么收回土地。

诚信档案系统的建立

闲置土地行为毕竟是违反相关合同约定和法律规定的行为，政府不能不作为。对于动辄几个亿的土地按照20%的比例征收土地闲置费甚至收回土地，对于企业来说代价都太大，而不到万不得已政府也不会使用上述

“杀手锏”。那如何在上述处罚和让企业切实感受到闲置土地给他们带来的“痛”之间寻找一个平衡点，成为政府需要考虑的问题。而诚信档案系统的建立与完善似乎是这个问题的答案。

早在2013年，国务院就下发了《国务院办公厅关于继续做好房地产市场调控工作的通知》，明确提出要加强房地产企业信用管理，研究建立住房城乡建设、发展改革、国土资源、金融、税务、工商、统计等部门联动共享的信用管理系统，及时记录、公布房地产企业的违法违规行为。随后，国务院于2016年出台《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》，进一步明确了相关要求与措施。

在地方层面，重庆市也出台了一系列文件与政策，包括《重庆市人民政府关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的实施意见》、《关于加强房地产开发行业信用体系建设的实施意见》、《重庆市人民政府办公厅关于进一步落实涉企政策促进经济平稳发展的意见》、《重庆市房地产开发行业信用体系建设与管理暂行办法》和《重庆市房地产行业诚信体系建设管理操作办法》等。部分区县也制定了相应的配套政策。上述文件较为全面地对诚信档案系统的建设与措施进行了规范。

中央和地方出台的这一系列政策如何对企业造成影响，主要体现在如

下方面。

失信对企业可能造成的影响

针对企业诚信体系的建立，政府的相关文件分别规定了激励机制和惩罚机制。激励机制一般是各种优惠政策，惩罚机制即各种处罚措施。对于企业来说，如果处罚成立，其面对的除了直接的处罚措施以外，还可能丧失优惠政策，这就像球类运动中的“里外里”丢分，不仅该得的没得到，失去的还更多。因此，企业必须清楚其可能面临的处罚和可能丧失的优惠政策。

（一）可能面临的处罚

1.《国务院办公厅关于继续做好房地产市场调控工作的通知》（国办发〔2013〕17号）第5条第2款：

加强房地产企业信用管理，研究建立住房城乡建设、发展改革、国土资源、金融、税务、工商、统计等部门联动共享的信用管理系统，及时记录、公布房地产企业的违法违规行为。对存在闲置土地和炒地、捂盘惜售、哄抬房价等违法违规行为的房地产开发企业，有关部门要建立联动机制，加大查处力度。国土资源部门要禁止其参加土地竞买，银行业金融机构不得发放新开发项目贷款，证券监管部门暂停批准其上市、再融资或重大资产重组，银行业监管部门要禁止其通过信托计划融资。

2.《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进

社会诚信建设的指导意见》第3条和《重庆市人民政府关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的实施意见》第2条第4项规定，作为不良诚信主体可能面临以下约束和惩戒：

（1）行政性约束和惩戒。从严审核行政许可审批事项，从严控制生产许可证发放，限制新增项目审批、核准、备案，限制股票发行上市融资或发行债券，限制从事互联网信息服务等。严格限制申请财政性资金补助，限制参与政府采购、政府购买服务和政府投资项目建设招投标等公共资源交易活动，限制参与基础设施和公用事业特许经营。对严重失信企业及其法定代表人、主要负责人和对失信行为负有直接责任的注册执业人员等实施市场和行业禁入措施。

（2）市场性约束和惩戒。商业银

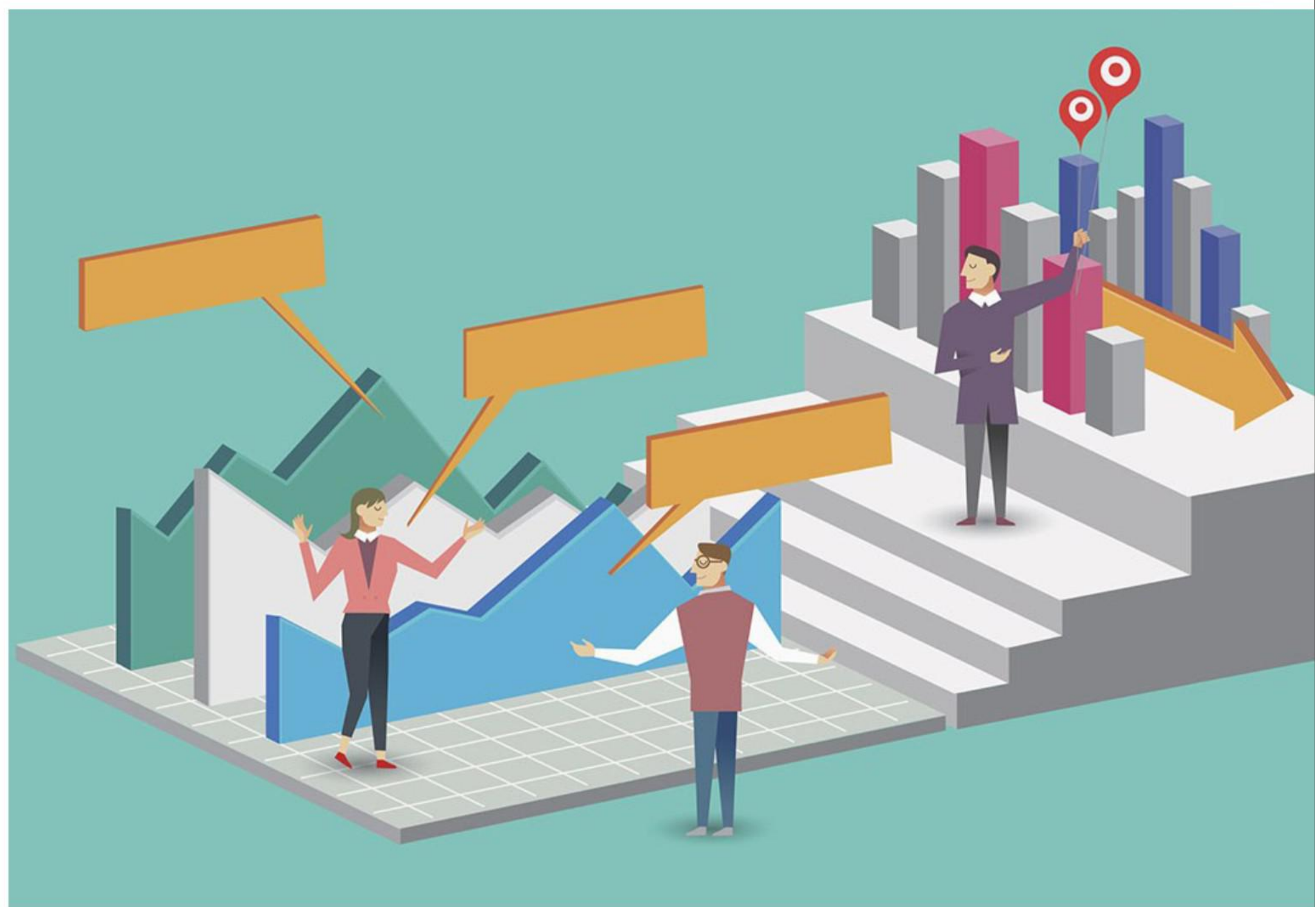
行、证券期货经营机构、保险公司等金融机构按照风险定价原则，对严重失信主体提高贷款利率和财产保险费率，或者限制向其提供贷款、保荐、承销、保险等服务。

（3）行业性约束和惩戒。行业协会商会按照行业标准、行规、行约等，视情节轻重对失信会员实行警告、行业内通报批评、公开谴责、不予接纳、劝退等惩戒措施。

（4）社会性约束和惩戒。鼓励公正、独立、有条件的社会机构开展失信行为大数据舆情监测，编制发布区县(自治县)、行业信用分析报告。

3.《关于加强房地产开发行业信用体系建设的实施意见》对企业失信行为的惩戒方式包括：

（1）约见企业法人代表或总经



经理（总裁），进行惩戒谈话；

（2）将企业失信行为记入企业信用档案，并在重庆市房地产开发网或新闻媒体上予以公示曝光；

（3）将企业失信行为通报相关管理部门，并建议冻结其相关手续；

（4）取消企业已获得的相关荣誉称号，并取消其参加当年由政府管理部门和行业组织的相关评比活动的资格；

（5）降低资质等级，或在资质证书换证时不予换证，或限制其在本市从事房地产开发经营活动；

（6）对违反法律法规的企业失信行为按照相关法律法规的规定予以处罚。

4.根据《重庆市人民政府关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的实施意见》、《重庆市人民政府办公厅关于进一步落实涉企政策促进经济平稳发展的意见》等规定，若企业被记入土地市场诚信档案存在不良信息，还可能导致企业被纳入严重失信主体黑名单体系，从而导致企业不能享有信用良好企业相关优惠政策，甚至影响企业投融资工作的开展。

5.根据《重庆市房地产开发行业信用体系建设与管理暂行办法》第16条第3款规定：信用综合测评结果靠后和有不良行为的房地产开发企业，可采取公示曝光、约谈企业负责人、取消

评优评强资格、严格资质审查、全额缴交农民工工资保证金和项目资本金、严格预售资金监管以及纳入黑名单企业管理、限制享受其他相关优惠政策等惩戒措施。

6.《重庆市房地产行业诚信体系建设管理操作办法》

被评定为B等诚信度的房地产企业，将列入年度房地产行业“诚信异常名录”；被评定为C等诚信度的房地产企业，将列入年度房地产行业“诚信黑名单”。“诚信异常名录”和“诚信黑名单”暂不对外公开，仅供房地产行政主管部门或其他相关行政主管部门查阅、参考。受理单位将针对具体不诚信行为，给予以下惩戒：

（1）对出现个别不诚信行为且不违法的，对企业进行行业提示或警告；

（2）对企业违规，行政管理部门多次要求整改而未整改或多家企业具有同一违规行为的，将在房地产行业内部进行通报；

（3）对企业被行政、司法处罚的，将在诚信信息平台上向社会公示，并建议国土房管行政主管部门或其他相关行政主管部门将其各项业务活动列为重点监督和检查对象，对其从事房地产开发和经营项目的立项、规划、用地、预售许可、资质审批等予以限制办理。

（二）可能丧失的优惠政策



1. 根据《重庆市房地产开发行业信用体系建设与管理暂行办法》第16条第2款规定：信用综合测评排名靠前的房地产开发企业，可享受公开表彰、重点扶持、减缴农民工工资保证金、缓存项目资本金、提高项目资本金抵扣比例、预售资金优惠使用、



推荐评优评强和信用等级评价授牌等激励政策。

2. 根据《重庆市人民政府办公厅关于进一步落实涉企政策促进经济平稳发展的意见》（渝府办发〔2016〕8号）第22条规定，企业原本可能享有

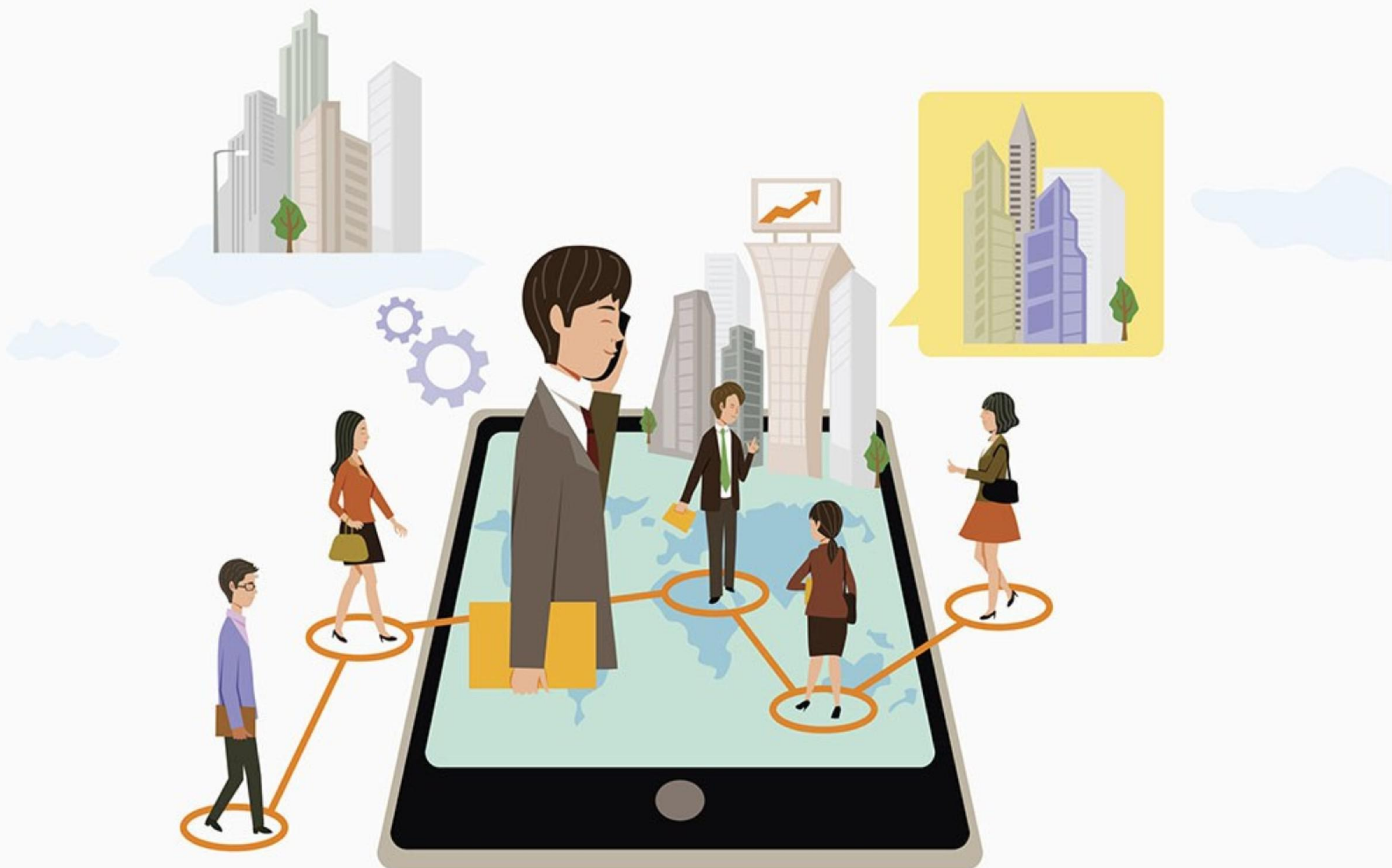
的下列优惠政策将可能丧失：

（1）暂停或下调金融机构对信用良好企业收取的按揭保证金比例；

（2）对全市房地产企业信用综合排名前50名企业给予的预售资金首付

款免于监管的支持。

3. 根据《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》第2条和《重庆市人民政府关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度



推进社会诚信建设的实施意见》第2条第3项的规定，企业原本可能享有的下列优惠政策将可能丧失：

(1) 在行政审批时，享有的书面申报材料不齐备时书面承诺即可受理的“绿色通道”；

(2) 在实施招商引资优惠政策、财政性资金补助、专项建设基金和政府引导性基金安排等各类政府优惠政策时，对诚信主体优先提供公共服务的便利；

(3) 在市场监管过程中，对诚信主体优化日常检查和专项检查频次等行政监管安排；

(4) 降低市场交易成本，对诚信主体支持授信融资、放开反担保条件、享有守信激励融资产品，提供融资便利和降低融资成本。

4.《关于加强房地产开发行业信用体系建设的实施意见》

凡建立和完善了企业信用档案、

遵守相关管理部门的规定、无不良行为记录，并在本届市级及市级以上行业协会企业信用等级评价活动中被评为A级及A级以上的企业或本届五十强企业享受以下优惠：

(1) 减缴农民工工资保证金：被评为AAA级的企业可按75%扣除后缴存；被评为AA级的企业可按70%扣除后缴存；被评为A级的企业可按65%扣除后缴存；

(2) 减缴项目资本金：被评为

AAA级的企业可按75%抵扣后缴存；被评为AA级的企业可按70%抵扣后缴存；被评为A级的企业可按65%抵扣后缴存；

(3) 纳入企业资质核定、延续、晋级考核的重要内容；

(4) 在经营业绩符合资质管理相关规定的前提下，企业资质证书换证时可免审换证；

(5) 纳入市级及市级以上政府管理部门和行业协组织的房地产开发企业评优、评强活动和驰名商标认定

推选考核的重要内容；企业负责人可推荐参加劳动模范、优秀企业家等各种评选。

对企业的建议

根据重庆市国土资源和房屋管理局网站的数据，2016年重庆市共有14块土地被收回，闲置原因均为“政府原因”，而非土地使用权人原因。退一步讲，即使企业土地闲置的原因并不属于《闲置土地管理办法》第八条规定的“政府原因”所列事项，政府也一般不会直接要求收回土地使用权。毕竟一块价值几亿元的土地，政

府按照法律说收就收，造成的影响还是需要审慎评估的。

在此背景下，通过上述有关诚信系统建立与完善的文件中所罗列的惩罚措施及取消的优惠待遇，能确实让企业感受到“痛”。如果说收回土地使用权对企业的具体项目是“死刑”的话，那么上述一系列措施真的可能让企业“生不如死”。如何应对？答案很简单：老老实实地推进项目，不要让闲置土地的情况发生。



《民法总则》VS公司法实务： 法定代表人规则

◎ 文 / 绍兴全 / 成都办公室



[阅读提示]

作为中国民法典的开篇之作，十二届全国人大五次会议通过了《民法总则》，并将于2017年10月1日起生效。从此，中国民事法律制度开启“民法典时代”。民法典将由总则编和各分编组成，立法机关目前考虑分编为物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等。而《民法总则》就民法基本原则、民事主体、民事权利、民事法律行为、民事责任和诉讼时效等基本民事法律制度作出规定，构建了我国民事法律制度的基本框架，为编纂民法典奠定了基础。

在民商合一的国家，由于不存在独立的商法典，而民法作为市民社会的基本法律，是公民参与经济社会活动的基本指引。即使在民商分立的国家，尽管对商人从事营利性活动由统一的商法典进行规范，但民法中的许多基本制度，依然指导着商人的经营活动。仅就公司法而论，虽然其作为

商法的重要组成部分，规范了公司从成立到消亡的整个过程。但公司作为营利性法人的典型代表，《民法总则》中的民事主体之法人制度，对其的影响不容小觑。当然，这种影响不是单向度，而是相互的。当您通读《民法总则》中的法人制度时，会隐约发现《公司法》的影子，甚至许多规则直接来源于《公司法》。

在《民法总则》中，将法人分为营利性法人与非营利性法人，这对《民法通则》中法人制度进行了重大创新。在这一分类下，公司自然归属于营利性法人。另外，目前我国《公司法》仅13章共218条，可谓“好用而极简”，这导致一些公司运作规则不健全，容易因理解问题而产生纠纷。而此次《民法总则》的通过，恰好填补了许多《公司法》规则的空缺，当《公司法》未对这些制度修订完善前，司法工作者完全可以引用《民法总则》中的相关规定来进行定纷止

争。那么，在《民法总则》中究竟有哪些规则，会对公司法实务产生影响呢？笔者认为，结合《公司法》中未明确规定的制度，在《民法总则》第三章“法人”中，法定代表人、登记的公示效力，清算义务人及优先清算权、设立人责任、法人人格否认、出资人的决议撤销权等规则将对公司法实务产生重要影响。为此，笔者将分六期，结合具体案例，对这些新规则进行解读，以期对公司法实务有所助益！



绍兴全 | 合伙人

专业领域：公司/商事、知识产权、投融资
手机：+86 139 8188 1253
邮箱：kirby@zhhlaw.com

法定代表人行为的相关规则

| 《民法通则》 | 《民法总则》 | 《合同法》 | 《公司法》 |
|---|---|--|---|
| <p>第三十八条 依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。</p> <p>第四十三条 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营管理活动，承担民事责任。</p> | <p>第六十一条 依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。</p> <p>第六十二条 法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。</p> | <p>第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。</p> | <p>第十三条 公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。</p> |

实务解析

法定代表人制，是关于法人对外代表权的一种制度安排。法人属于社会组织，其虽具有独立的法律主体资格，具有权利能力和行为能力，可以成为法律关系的主体，享有权利和承担义务；但所有这些都必须依靠其内设的机关即法人机关，尤其是需要通过其内设的代表机关，否则法人就无享有权利和承担义务之说，其权利能力和行为能力就无从实现，而所谓主体资格也会变为一句空话。关于法人的代表机关，传统民法一般采取的董事代表制。而我国《民法通则》规定“代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人”，具体到公司则由公司章程选择的董事长、执行董事或者经理担任。

我国的法定代表人制主要源于我国国有企业的管理体制，是国有企业改革中所推行的厂长经理负责制在民法上的表现。尽管这一制度因过分干预了公司选择代表人的自由而饱受非议，但新通过的《民法总则》还是保留了这一制度。此次立法借鉴了《合同法》第50条对法定代表人越权签订合同的法律效力的规定，相比较《民法通则》及《公司法》对法定代表人的规定，主要在两个方面进行了完善：其一，法定代表人越权行为效力的认定。具体规定“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”其二，法定代表人过错责任追偿。具体规定“法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。”

（一）代表人与代理人的区分

代表人是公司的组织机构或机关，代表人以公司名义所为之意思表示即公司本身的意思表示。在这一点上，代表不同于代理。代理人是自己为意思表示，而法律效果归属本人（即被代理人）。代理人限于从事法

律行为，而代表人除了作出法律行为外，还可以代表事实行为及侵权行为，但囿于代表与代理之间的类似，因此代表行为可以类推适用有关代理的法律规范。

公司代表人可分为法定代表人与



约定代表人。法定代表人指依照公司法规定，在公司登记机关登记的公司常任代表人，即由公司章程选择的董事长、执行董事或者经理担任。而约定代表人，则指公司授权法定代表人以外的人就特定事项代表公司。公司法对约定代表人未设规定。公司应依

照章程和民法、合同法规范处理。

（二）代表人越权行为

公司法定代表人逾越其权限，以公司名义从事的法律行为，称为越权行为。其一，对于法定代表人越权对外订立合同的效力，《合同法》有专

门规范，该条规范采取了保护善意相对人的立场：法定代表人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。主张代表行为无效的一方，应举证证明合同相对人知道或应当知道。其二，对于约定代表人的越权签订合同行为，应适用《合同法》第48条无权代理或第49条表见代理的相关规定。其三，《合同法》第50条仅对法定代表人越权对外订立合同的情形进行了规定，但对其作出单方法律行为、多方法律行为以及各种行政相对人行为的法律效力如何处理，没有明确规定。在《民法总则》中，对这些缺陷进行了弥补，即使法定代表人超越了法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，只要相对人是善意的，这种代表行为就是有效的。其四，对于相对何为善意？应在具体案件依据相应的证据而定，主要指相对人事实上对该法定代表人无代表权的行为确实不知。若相对人实际上明确知道与之从事行为的法定代表人并无代表法人从事该行为的权力，该行为就对法人不具有约束力。

（三）法定代表人过错责任追偿

由于我国公司法规定，法定代表人由董事长、执行董事或者经理担任，因此对于法定代表人的责任追究适用管理者义务规范。这类规范由概括性条款和禁止性细则组成。概括性条款规定，董事、监事、高管对公司负有忠实义务和勤勉义务，违反法律和公司章程给公司造成损失的，应当赔偿（第147、149条）。细则规定了董事和高管不得从事的若干行为（第



147条第2款，第148条)。此次《民法总则》第62条对于法定代表人责任追究，不但可以依法处理，还赋予公司章程个性化设计的空间，即股东可以依据具体情况，在公司章程中规定法定代表人的行为，只要法定代表人违反了这些行为且有过错，就应当向公司承担相应的赔偿责任，这不仅完善了法定代表人的责任规则，还为规范职业经理人的行为提供了指引。

典型案例

（一）案例一：某建材公司与某科技公司等担保合同纠纷案

案例来源：北京高院（2009）高民终字第1730号

实务指引：公司章程公开，不构成第三人应知和善意与否证据。有限责任公司的公司章程作为公司内部决议书面载体，并无对世效力，其公开行为不构成第三人应当知道的证据。

案情简介：2006年，科技公司法定代表人何某以公司名义为经贸公司所欠建材公司代理进口垫付款项偿还承诺承担连带保证责任。嗣后，科技公司以何某违反公司章程越权对外担保主张担保无效，并以建材公司未查阅其章程为由，认为应认定建材公司属于非善意。

法院认为：①有限责任公司的公司章程不具有对世效力，该章程作为公司内部决议的书面载体，其公开行为不构成第三人应当知道的证据。强加给第三人对公司章程的审查义务不具有可操作性和合理性，第三人对公司

章程不负有审查义务。②第三人的善意是由法律所推定的，第三人无须举证自己善意；如果公司主张第三人恶意，应对此负举证责任。故不能仅凭公司章程记载和备案就认定第三人应当知道公司的法定代表人超越权限，进而判定第三人恶意。故在科技公司不能举证证明建材公司存在恶意的情形下，应认定建材公司为善意第三人，建材公司已尽到合理审查义务。根据《合同法》第50条及最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第11条规定，对于法定代表人越权对外提供担保的，公司对外仍应对善意第三人承担民事责任，故科技公司出具的承诺书应认定构成合法有效的第三人保证，其应承担担保责任。

（二）案例二：北大学园教育投资有限公司与曹建伟上诉案

案例来源：陈景善等编著，《商法案例研习》，中国政法大学出版社2013年版。

实务指引：董事、经理向公司承担赔偿责任应具备以下两个条件：其一，行为应违反法律、行政法规或公司章程的规定；其二，行为给公司造成损害，即该行为与损害之间有因果关系。

案情简介：被告曹建伟在担任原告北大学园教育投资有限公司总经理期间，未经董事会、股东会批准，将原告资金300万元出借给第三人。借款到期后，第三人仅偿还50万元。原告起诉第三人，法院判定借款合同因违反禁止企业间拆借的“金融管理法

规”而无效，同时责令第三人向原告返还未还的本金。经强制执行，第三人尚有62万元未清偿，法院因其无可供执行财产而裁定终结执行。原告获得法院颁发的“债权凭证”，得随时申请法院继续执行。基于上述事实，原告起诉被告，要求其赔偿损失，包括62万元借款本金和起诉第三人所产生的案件受理费、律师代理费。

法院认为：董事、经理承担赔偿责任应当具备两个条件：一是执行公司职务时违反法律、行政法规或公司章程的规定；二是给公司造成损害。关于第一个要件，认为被告对外借款并未超出章程规定的总经理权限，但违反了禁止企业间拆借的“金融管理法律规定”，故被告行为具有违法性。关于第二个要件，认为应审查被告违法行为与原告主张的哪些损失存在因果关系。判决指出：尽管借款合同被判无效，但第三人依法仍须返还原告借款本金，因此原告不能收回借款本金之损失与被告令公司从事非法拆借行为没有因果关系；有因果关系的损失只是原告不能取得的借款利息，因为法律不保护无效借款合同的利息；此外，原告主张的诉讼费、差旅费、律师费等与被告违法行为亦无因果关系。最终，判决驳回原告诉讼请求。

中豪助力皖新传媒 巨资收购曼哈顿地产打造中国文化中心

2017年5月20日，国内知名上市公司安徽新华传媒股份有限公司耗时半年，斥资近5亿元收购的纽约曼哈顿中城西44街地产并打造中国文化中心项目终于尘埃落定，双方正式签约并完成交割，并于日前定成落户。中豪作为本项目的境内外主要法律顾问，由其上海、纽约和香港三个分所密切联动，整合境内外资源，为本项目法律尽职调查、交易架构搭建、商业谈判、资金出境通道搭建、项目交割及最终权属登记等提供了全程法律服务。



中豪成都办公室携手英国史密夫·斐尔律所 为国内企业投资澳洲提供服务



2017年5月，中豪受四川某大型国有企业委托，为其在澳大利亚墨尔本的投资项目遴选境外法律服务机构并提供法律服务。由合伙人郑毅、汪飞、李静组成专业律师团队，对多家国际顶级律所和澳洲本土律所进行全方位考察，最终选定全球领先且在商业房地产、房地产基金、澳洲境外投资等方面具有丰富经验的史密夫·斐尔律所（Herbert Smith Freehills LLP），共同为本次海外投资项目提供专业法律服务。



重庆

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

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 Email: HK@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 Email: sh@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号楼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 Email: cd@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 Email: gy@zhhlaw.com

江北

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 8388 Email: jb@zhhlaw.com

