



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2018年 第1期 | 总第055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

合伙人杨青应邀 为欧盟商会主讲《网络安全法解读》

2018年2月，中国欧盟商会西南分会在成都举办《网络安全法解读》讲座。美国驻成都总领馆、德国驻成都总领馆、波兰驻成都总领馆等官员及ADEN Group、Balluff Sensors、CDHT、D'Andrea& Partners、ITO YOKADO EC、Start up Boot Camp、川航发动机维修公司、法兰特（成都）商务咨询公司等知名企业代表参加了讲座。合伙人杨青受邀担任主讲人，以流利的英文讲解该法的颁布、亮点、对境外人士与外资企业的影响，并提出有益的合规性建议。



合伙人傅达庆论文入选 第十届中国律师论坛《精选论文集》



2018年1月，中华全国律师协会主办、深圳市律师协会承办的第十届中国律师论坛在深圳经济特区隆重开幕。司法部部长张军、副部长熊选国，最高人民检察院副检察长徐显明，最高人民法院审委会副部级专职委员刘贵祥，中华全国律师协会会长王俊峰、副会长吕红兵和章靖忠等领导出席会议。境内外代表共800余人参与此次盛会。合伙人傅达庆应邀出席论坛，其撰写的论文《刑事辩护业务在商事领域的拓展》入选《第十届中国律师论坛精选论文集》。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第055期 2018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
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 李 静
何 静 邹树彬
柯海彬 王必伟
马海生 郝红颖
赵明举 青 苗
李 永 肖 东
刘文治 郑 鹏
周 鹏 柴 佳
陈任重 绍兴全
高玉林 黎莎莎
谢 敏 吴红遐
赵 晨 夏 烈
文 奕 李 爽
曹 阳 郑继华
伍 伟 宋 琴
张晓脚

责任编辑：郭凌嘉
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

如何合法合规开展“内保外贷”业务 杨青 郭凌嘉 2

连带保证人享有债务人的时效抗辩权适用分析 梁勇 李修远 9

小股东善用知情权制衡大股东操作实务要点 赵明举 14

企业国有资产交易合同效力问题探析 吴红遐 19

法理天地 THEORY

A2驾证实习期驾驶牵引挂车出险 崔冽 李飞 27

为帮助企业更好地了解破产程序，充分利用破产法对债权人及债务人的破产保护功能，协调各方利益关系，依法维护相关主体合法权益，2018年1月4日，中豪律师培训学校举办《以重钢为例解析困境企业如何利用破产制度重生》专题讲座，合伙人张涌担任主讲人。来自建设银行、农业发展银行、光大银行、汉口银行、工商银行、富民银行，以及重庆粮食集团、重钢集团、瀚华担保、万科集团、华宇集团、深圳奎木、东银控股集团、四川信托、长安国际信托等知名银行、金融机构和企业高管及法务部负责人共计70余人出席了本次讲座。

随着经济形势的持续下滑，披着各式外衣的经济犯罪逐渐浮出水面。这类案件不同于普通的暴力性犯罪，同一个案件往往同时涉及民事程序和刑事程序，并存在民事清偿责任和刑事退赔责任的交叉，以及案件事实认定、行为性质认定、执行程序中的刑民交叉。因此，在错综复杂的法律关系背景下，投资人一旦卷入此类案件将会遭受巨大的损失。2018年1月17日，新晋合伙人曹阳举办《刑民交叉案件的类型化处理》专题讲座，讲解刑民交叉案件涉及的相关法律法规和类型化处理方式等内容，帮助同仁熟悉把握法律制度并利用法律规则为客户挽回损失。

近年来，高净值客户关注的焦点渐渐从创造财富、积累财富转向财富安全与传承，家族观念也从“如何建立家族”逐渐向“如何延续家族”过渡。为帮助诸君厘清个人与家庭、企业与家族财富的“楚河汉界”，做到“泾渭分明”，让专业律师为您的家族资产运营和家族企业打理保驾护航，实现财富稳健传承；2018年1月18日，中豪律师培训学校举办《依法规划财富 守护幸福婚姻》专题讲座，顾问律师钟冬蕾以鲜活的案例作了精彩分享。

中豪新闻



随着我国社会的深刻变革，家庭结构、家庭财产等方面与传统的家庭模式相比，出现了很多新的变化。现阶段的家事纠纷，呈现出案件量巨大、案情复杂等一系列困境。其中，很多案件处理难度大，常常案结事未了。同时，在家事纠纷身份、财产不分的司法程序下，由于案多人少、审限等程序限制，法院在家事纠纷化解的审判活动中呈现出“力不从心”的态势。自2016年以来，最高人民法院对家事审判方式及工作机制进行了一系列的改革，探索符合家事审判特点的家事审判程序，构建专门的家事审判机构，推进队伍专业化改革。2018年1月24日，新晋合伙人钟冬蕾举办了《家事纠纷审判改革中律师的机遇与挑战》专题讲座，从家事审判方式和机制改革角度进行探究，对律师的责任与应对提出看法和建议。

2018年2月1日，中豪律师培训学校举办《企业如何培育品牌这棵摇钱树》讲座，50余位企业家、企业法务部负责人、高级管理人员及品牌战略负责人、创业家参会。合伙人李爽分析当下产品品牌效益对产品本身的价值提升，强调在当今企业激烈的市场竞争中，企业创建品牌才是打造企业可持续发展的核心竞争力；通过对企业品牌与商标的关系、企业商标注册、企业商标使用、企业商标资本化运作和企业商标保护等法律知识和实务案例的讲解，帮助企业打造和培育企业品牌，并通过品牌战略实现快速发展。

2018年2月27日，新岁之初，成都市锦江区副区长李刚、区司法局局长张文、区司法局党委书记蔡承尧、律师公证工作科科长汪真真一行5人，莅临中豪位于国际金融中心22层的成都办公室视察、慰问和指导工作。成都办公室合伙人汪飞、李静及柴佳进行了热情接待并座谈交流。



如何合法合规开展“内保外贷”业务

◎ 文 / 杨青 郭凌嘉 / 重庆办公室



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



郭凌嘉 | 合伙人

专业领域：新加坡资本市场业务、海外投资与并购、外商投资、基金
 手机：+86 152 1320 6746
 邮箱：pamela@zhhlaw.com

自2016年年底开始，我国监管部门不断加强企业境外投资监管。虽然企业的境外投资热情遭受“重创”，但2016年企业境外投资额的暴增已充分调动起了企业境外投资的“欲望”。监管政策趋严的背景下，对企业来说，境外投资监管各环节中，最为棘手的并不是发改委和商务部门的审批或备案环节，而是是否能获得外管局的外汇登记和当地银行的外汇额度。即使境外投资项目“根正苗红”，通过了发改委和商务部门的核准或备案，但如果未能获得外汇额度，也就无法实现资金出境以完成交割，境内企业很可能因逾期未能支付交易款而需承担违约责任。在此背景下，境内企业纷纷把希望寄托给内保外贷，以期实现资金出境。虽然2014年6月1日国家外汇管理局出台的《跨境担保外汇管理办法》（汇发〔2014〕29号，以下简称29号文）对银行开展内保外贷业务作出了规定，但内保外贷真正成为企业境外投资“掌上明珠”是在2016年年末我国全面加强境外投资监管以后，特别是很多上市公

司开展境外收购交易时都是采取内保外贷的方式实现资金出境的。但在具体实务操作过程中，银行在具体开展内保外贷业务时出现了诸多乱象，由于少数银行疏于严格审核，出现了少数企业以内保外贷的合法形式掩盖违反国家外汇监管政策实现资金出境的不良情况。

为了进一步规范内保外贷业务的开展，2017年12月5日，国家外汇管理局（以下简称外管局）正式发布了《关于完善银行内保外贷外汇管理的通知》（汇综发[2017]108号，以下简称108号文）对办理内保外贷业务管理提出了更为明确的监管要求。为了准确理解该新规内容，合法合规地开展内保外贷业务，本团队就内保外贷新规的要点内容及其对境内企业开展境外投资可能带来的影响进行梳理与解读，以期对企业开展境外投资时采取内保外贷方式顺利实现资金出境有所帮助。



内保外贷的基本结构以及功能

内保外贷是指担保人注册地在境内，而债务人和债权人的注册地在境外，当债务人需要向债权人融资时，由担保人在境内为债务人提供担保，用于担保境外债务的偿还，当境外债务人无法清偿境外债务时，境内担保人履行担保义务，将资金汇出境外以

向境外债权人偿还被担保的境外债务。在实践中，由于境外主体往往是新设主体，存续时间短、业务尚未经营，再加上人生地不熟、现金流不足，境外主体很难以自身实力获得融资，往往需要境内主体的支持。内保外贷的交易结构为境外融资方获得担

保时提供了便利，境外实体能够借助境内实体的资信、偿付实力进行融资，故成为了中国企业“走出去”过程中所热衷的一种担保融资的方式。

具体结构如图所示：



内保外贷监管政策变迁

（一）29号文之“去审批”阶段

为推动简政放权和职能转变，2014年6月1日，外管局正式出台29号文，取消了内保外贷的审批环节、担保额度控制以及担保人和被担保人财务指标及股权关联等限制性条件，便利了内保外贷业务的开展。根据29号文的规定，银行自身的内保外贷业务无须到外管局逐笔办理登记，银行内部尽职审查通过后，通过资本项目信息系统向外管局报送担保数据，外管局进行事中事后核查和检查。同时，29号文也明确规定内保外贷项下的资金不能直接或者间接回流境内，并列举了多种视为回流境内的情形，这在一定程度上限制了内保外贷安排在跨境交易中的使用。

（二）3号文的“扩流入时期”

在2017年1月，外管局发布《关于进一步完善外汇管理改革完善真实性合规性审核的通知》（汇发〔2017〕3号，以下简称3号文）前，针对限制内保外贷项下资金回流境内的问题，29号文不仅概括地对此进行了规定，并且29号文附件2《跨境担保外汇管理操作指引》中还具体列举了四种不得直接或者间接以股权、债权投资回流境内的限制情形：

- 债务人使用担保项下资金直接或间接向在境内注册的机构进行股权或债权投资；
- 担保项下资金直接或间接用于获得境外目标公司的股权，且目标公司

50%以上资产在境内的；

- 担保项下资金用于偿还债务人自身或境外其他公司承担的债务，而原融资资金曾以股权或债权形式直接或间接调回境内的；

- 债务人使用担保项下资金向境内机构预付货物或服务贸易款项，且付款时间相对于提供货物或服务的提前时间超过1年、预付款金额超过100万美元及买卖合同总价30%的。

然而，随着2016年下半年国家的外汇政策开始转向“鼓励流入，控制流出”的管理思路，为引导境外资金有序流入，2017年1月，外管局发布了3号文，允许内保外贷项下主债务资金以外债和直接投资等方式调入境内使用，从而突破了29号文有关内保外贷资金不得回流的政策限制。

同年4月，外管局发布的3号文政策问答中进一步明确了下列内容：

- 内保外贷主债务资金回流不包括证券投资形式的回流；
- 担保履约币种与担保币种原则上应保持一致；
- 银行发生担保履约时，银行不得使用反担保人资金履约，应先使用自有资金履约；
- 担保履约后造成本外币资金不匹配需要结售汇的，需经所在地外管局备案后才能办理结售汇相关业务。

3号文及其政策问答对银行开展内保外贷业务的审核要点作出了更为明确的规定。

（三）108号文：打造健康有序的内保外贷新局面

实践中，一旦发生境外主体无法履行债务偿还义务，担保履约，将导致境内资金出境。在29号文实施的这3年里，部分银行对于内保外贷业务的真实性、合规性审核有所松懈，一些异常履约的行为开始出现，成为了利用内保外贷的安排实现资金跨境转移的目的。2016年下半年，国家外汇管理政策转向控制资本流出并鼓励资金流入，在此情况下，外管局对于内保外贷交易的履约可能性的审核逐渐趋严，108号文的颁布正是这一监管趋势的体现。

2017年12月1日，外管局发布了《关于外汇违规案例的通报》，集中通报了对内保外贷业务不合规进行的处罚，其中存在的问题主要是被担保人主体资格不合法、存在履约倾向、对主债务资金未能进行有效监督等。比如：案例8中，中国民生银行泉州分行在办理内保外贷签约及履约时，未对债务人主体资格、担保资金来源、担保项下资金用途、计划还款资金来源及相关交易背景进行尽职审核和调查，违规办理购付汇业务；案例9，厦门国际银行珠海分行在办理内保外贷签约及履约时，未对境外债务人还款能力和还款资金来源进行尽职审核和调查，也未对贷款资金用途进行持续监督和跟踪，违规办理购付汇业务，上述行为均违反了《跨境担保外汇管理规定》第12条及第28条的规定。为引导内保外贷业务的健康有序发展，支持真实合规的投融资活动，针对前

期的一些突出问题，外管局出台了108号文，以进一步完善内保外贷业务的管理。

108号文新规要点解读

108号文首先对29号文与3号文有关内保外贷管理要求进行了重申和强调，并对内保外贷交易中担保履约可能性的审核原则及要点作出了更为细化的规定。因此，108号文并没有对29号文与3号文作出实质变更，主要是针对29号文与3号文在实际实施过程中，特别是在审查担保履约可能性时存在的漏洞通过细化规定的方式进行完善，以防范企业与银行进一步利用29号文与3号文存在的担保履约可能性审核要点上的漏洞变相实现资金出境的目的。下面笔者根据108号文规定，对境内企业在办理内保外贷业务时，银行对债务主体资格的真实合规性、担保项下资金用途和相关交易背景的真实合规性、还款来源和担保履约可能性，以及在发生担保项下主债务违约的情况下如何履约等内容进行介绍与解读。

（一）主体资格真实合规性审查要求

108号文第一条规定，银行在办理内保外贷业务时应严格审核债务人主体资格的真实合规性，并留存相关审核材料备查。如果债务人为境内居民直接或间接控制的境外机构，重点审查其是否符合境外投资的相关管理规定。29号文也规定银行应对债务人主体资格进行审查，但不同的是，29号文并没有明确债务人为境内居民直接

或间接控制的境外机构时的情形。108号文的该条规定包括如下2层含义：

其一，债务人（被担保人）应办理外汇登记。根据外管局对108号文的解读，对主体资格的审核不仅仅需要根据债务人（被担保人）注册登记地法律法规对其设立和存续的合法性进行审核，而且还应根据穿透原则审核最终实际投资人是否为境内机构或个人。在境外投资交易架构设计中，最终实际投资人一般会在境外设立一层或多层SPV，以实现防范法律风险、进行税收筹划等目的。根据现行外汇法规要求，境内机构或个人到境外投资，应到外汇管理局办理外汇登记，只有办理了外汇登记，被担保人的主体资格才合法合规。



其二，境内企业境外投资应符合发改委、商务部门和外汇管理局的监管要求；如果是国企，则还涉及国资委审批。根据现行法规，就发改委审批或备案而言，企业境外投资应按2017年12月26日新出台的《企业境外

投资管理办法》规定获得发改委的审核或备案，或向其履行报告义务；就商务部门审批或备案而言，应按2014年3号令《境外投资管理办法》和《对外投资备案（核准）报告暂行办法》规定获得商务部门的核准或备



案，或向其履行报告义务。就外汇登记而言，境内企业的第一层实体应到外管局办理外汇登记。因此，只有境内投资主体符合上述监管要求的情况下，债务人（被担保人）的主体资格才符合法律法规规定的真实合规性要

求。

（二）资金用途与交易背景真实合规性审核要求

108号文第二条对银行办理内保外贷业务时对担保项下资金用途和相关

交易背景真实合规性审核要求作出了明确规定，具体内容包括：

1.内保外贷项下资金应用于债务人正常经营范围内的相关支出，不得用于支持债务人从事正常业务范围以外的相关交易，不得构造交易背景进行套利或进行其他形式的投机性交易。实务中，少数境内企业采取内保外贷方式获得的境外资金并不是真正用于债务人正常的经营用途，而是用于进行套利或其他投机性交易。针对该种违反法规行为，108号文进一步强调内保外贷项下资金应用于债务人正常经营范围内的相关支出。

2.未经国家外汇管理局批准，内保外贷项下资金不得直接或间接以证券投资方式调回境内使用。29号文规定，债务人不得通过内保外贷向境内进行借贷、股权投资或证券等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用。3号文对该限制作出了部分调整，允许通过向境内进行放贷、股权投资将担保项下资金直接或间接调回境内使用，只是不允许向境内进行证券方式将资金调回境内使用，108号文与3号文在该点内容上保持一致。

3.内保外贷项下资金如用于直接或间接获得对境外其他机构的股权（包括新设境外企业、并购境外企业和向境外企业增资）或债权，该投资行为应当符合国家关于境外投资的相关政策导向，并符合国内相关部门有关境外投资的规定。根据该项规定，投资行为应符合《关于进一步引导和

规范境外投资方向的指导意见》与《企业境外投资管理办法》规定境外投资产业方向要求。不得投资《境外投资敏感行业目录》（2018年版）中规定的敏感行业。

4.内保外贷项下担保责任为境外债务人债券发行项下还款义务时，境外债务人应由境内机构直接或间接持股。根据该款规定，境内企业只能为其直接或间接持股的境外公司提供担保，而不能为其他不存在关联关系的企业提供担保，即“母为子保”。

5.内保外贷项下担保责任为境外机构衍生交易项下支付义务时，境外债务人从事衍生交易应以止损保值为目的，符合其主营业务范围且经过适当授权。

6.银行应加强内保外贷项下资金用途管理，以适当方式监督债务人按照其合同约定的用途使用内保外贷项下资金。根据该规定，银行应采取适当方式监管债务人按约定使用内保外贷项下资金，这进一步增加了银行的监管职责。

（三）担保履约可能性审核要求

108号文第三条明确要求“切实加强第一还款来源和担保履约可能性的审核”，不得在明知或者应知担保履约义务确定发生的情况下签订跨境担保合同，判断担保合同是否具备明显的担保履约意图，外管局列举的情形如下：

1.签订担保合同时，债务人自身是否具备足够的清偿能力或可预期的还款资金来源。对于债务人预计的还款资金来源不明或者有明显瑕疵的，银行不得为其办理内保外贷业务；对于债务人虽有明确的还款资金来源，但经营状况不良或负债率过高的，银行应谨慎为其办理内保外贷业务。

2.主债务合同规定的融资条件与债务人声明的借款资金用途是否存在明显不符。

3.担保当事各方是否存在通过担保履约提前偿还担保项下债务的意图。

4.担保当事各方是否曾经以担保人、反担保人或债务人身份发生恶意担保履约或债务违约。

从上述要求可以看出，108号文强调首先要关注债务人自身是否具备足够的清偿能力或可预期的还款资金来源。此前，部分银行在开展内保外贷业务时，仅依赖境内关联公司的反担保或其他方提供的反担保，而未能对债务人自身的清偿能力和可预期还款来源进行仔细审核，或忽视了预期还款来源中的重大瑕疵，从而让内保外贷成为了资金转移出境的一道工具。

（四）主债务违约时，要求银行先用自有资金履约

如上文所述，企业采取内保外贷交易结构时，一旦发生境外主体无法履行债务偿还义务，担保履约，将导

致境内资金出境，从而让内保外贷成为企业资金转移出境的工具。因此，对于拟实现资金出境目的的境内企业来说，在采取内保外贷方式时，可能就有担保履约的安排，而银行对债务人主体资格真实合规性、内保外贷项下资金用途与交易背景真实合规性、担保履约可能性等进行审核就变得尤其重要。虽然29号文对银行的上述审核义务作出了明确规定，但在实际执行过程中，因为各个境内投资项目不同，而且境内企业又向银行提供的足值担保，从银行角度来说，债务人是否最终违约都不是很重要，银行的债权已有了保障，即使境外主体无法偿还债务，银行通过执行境内企业提供的担保可以很快获得追偿。因此，银行可以在承担很小风险的情况下，通过开展内保外贷业务获得丰厚的收益。因此，在29号文实施之后，特别是2016年年末开始我国加强外汇监管后，少数银行在办理内保外贷业务过程中，并未尽到其审核职责，最终出现担保履约而导致资金直接出境。为了促使银行加强内保外贷审核，108号文进一步规定：3号文实施后银行新办理的内保外贷业务，如果发生担保项下主债务违约，银行应先使用自有资金履约，不得以反担保资金直接购汇履约；银行履约后造成本外币资金不匹配的，需经所在地分局备案后，方可办理结售汇相关手续。该条规定迫使银行在履行审核职责时更加认真、严格，以防止一旦境外主体违约担保履约时应先通过自有资金进行履约的风险。

108号文对境外投资的影响

108号文的颁布，旨在提高银行办理内保外贷业务的合规意识，降低担保履约风险，防范内保外贷项下的异常跨境资金流动风险，促进内保外贷业务的规范开展。在当前境外投资监管趋严的背景下，境内企业采取内保

外贷方式拟实现资金出境用于支付境外投资或收购对价的难度会更大。按照108号文要求，银行在审查内保外贷业务时也会更加规范、谨慎与严格。根据笔者操作过的内保外贷业务，银行会对债务人主体资格真实合规性、内保外贷项下资金用途与交易背景真实合规性、担保履约可能性等进行严

格审查，要求境内企业提供的资料会更多、更完整。因此，境内企业向银行申请办理内保外贷业务之前，要事先与银行进行充分沟通，明确其要求提供的具体资料，以便事先做好准备；而且企业不要抱有任何侥幸心理，而应站在银行的立场，结合境内投资项目的具体情况，尽可能充分准备好所需资料，并在资料初稿准备好后与银行进行预先确认，认为符合其要求后再正式提交，从而避免提交资料不符合要求后反复补充资料或修改资料，这样会进一步增加获得审批的难度，且大大延长获准时间。

因此，境内企业应充分认识到当前境内投资监管趋严的情况下，银行办理内保外贷业务会朝着更加规范、预期性更强的方向发展，审核会越来越严。但更加规范的审核程序并不意味着以后内保外贷业务做不了了，只要是真实、合规且符合国家产业政策的境外投资与收购项目，加上充分的事先准备和与银行的充分、有效沟通，内保外贷仍然是企业境外投资资金快速出境的有效方式。



连带保证人享有债务人的 时效抗辩权适用分析

——对《民通意见》第173条第2款效力的证伪

◎ 文 / 梁勇 李修远 / 江北办公室



大陆法系民法理论是一个自治的体系，对其内部偶尔出现的某种冲突，往往能够很好地发挥体系的包容性，以衡平的观念、严密的逻辑消弭纷争。然而在制定法领域，无论是民事法律本身还是与之配套的司法解释，一旦出现一个不合理的规定往往会导致司法实践当中出现无法逾越的鸿沟，造成规范体系的严重混乱。究其缘由，在制定法领域，不管是作为司法者的裁判法官，还是当事人委托的代理律师，均将制定法的条文作为不可置疑的前提。但如果由于立法者的疏漏或立法技巧的不成熟，导致作为判案依据的制定法规范内部出现矛盾，那么不同的法官可能会对同一事实的纠纷径行作出两份结论相反的判决，并且都可以主张“法律就是这样规定的”。笔者在办理某担保合同纠纷案中，就发现最高法院在不同年代制定的两份司法解释中出现了明显的冲突，现简析如下：



梁勇 | 合伙人

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

观念的判断

实务中出现了这样的情形：债权人持续对连带保证人主张权利，致使保证人的诉讼时效中断，但债权人却一直未对债务人主张权利。此时，主债务的诉讼时效是否届满，连带保证人是否可以主张债务人诉讼时效经过的抗辩权呢？

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》（以下简称《民通意见》）第173条第2款规定：“权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的，可以认定诉讼时效中断。”该条款表达的意思是债权人对债务人的保证人、代理人、财产代管人进行催收，可以中断债务人的诉讼时效。需要说明的是，《民通意见》制定于1988年，距今已有30年，现在的经济环境与立法理念与当时已经发生了天翻地覆的变化。但《民通意见》第173条第2款并未被废止，至今仍然是有效的，根据我们进行的案例检索，目前全国仍有相当多的各级法院依据该条进行审理判案。

由于债务人的代理人或者财产代管人的内涵和外延均不明晰，债权人向所谓的债务

人的代理人或者财产代管人进行催收的情况极为罕见，因此法院据此认定诉讼时效中断的判决基本没有。目前，实践中比较常见的是向债务人保证人进行催收的情况，保证人的诉讼时效因此而中断当无争议，但债务人的诉讼时效也因为向保证人的催收而中断的主张就值得商榷了。因为此条款根本不符合主债务和保证债务之间的主从关系的事实和原理，保证之债是主债务的从债务。如果说债权人对债务人主张权利，效力及于保证之债，尚可理解为保证债务从属性的体现的话，那么债权人仅对保证人主张权利，效力是无论如何都不应及于主债务的。更何况在连带保证中，债务人与连带保证人之间没有“先诉抗辩权”的牵连，彼此在时效的适用上更应相互独立。《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36条：“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。”由此可见，债务人与连带保证人的诉讼时效具有相对独立性。

如前所述，《民通意见》第173条第2款并未被废止，这是不是意味着最高院认可向债务人的保证人进行催收可以中断债务人的诉讼时效？我们的回答是否定的。



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

首先，该主张不符合债务人与连带保证人的诉讼时效具有相对独立性的普遍共识。该观点在前面已经分析，在此不再赘述。

其次，《最高人民法院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《民事诉讼时效规定》）第17条第2款针对同一债务存在多个保证人的情形规定了，“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”。假设催收保证人在中断其他连带保证人诉讼时效的同时，还能中断债务人的诉讼时效，那么对于这样有效保护债权人的手段，最高院没有理由不广为宣传。但除了《民通意见》）第173条第2款这个孤例之外，再没有其他法律法规或者司法解释对此进行规定。最高院在《民事诉讼时效规定》中详细列举了多种中断债务人诉讼时效的方式，其中既有对以往规定的再次强调，如提起诉讼、申请仲裁等；也有新增的保护债权人的条款，如金融机构扣收本息，债权人向人民调解委员会等提出维权请求等。但在该司法解释中并没有向保证人催收可以中断债务人的诉讼时效的规定，这当然不会是最高院的疏忽，只可能解释为最高院不认可这种中断诉讼时效的方式。

最后，通过对最高院的权威司法解释的相关条款进行逻辑分析，可以得出《民通意见》）第173条第2款不应再适用的结论。内容详见下文。

逻辑的论证

《民事诉讼时效规定》第21条第1款规定：“主债务诉讼时效期间届满，保证人享有债务人的诉讼时效抗辩权”。《民事诉讼时效规定》生效于2008年9月1日，相较于20年前1988年4月2日生效的《民通意见》，不仅司法

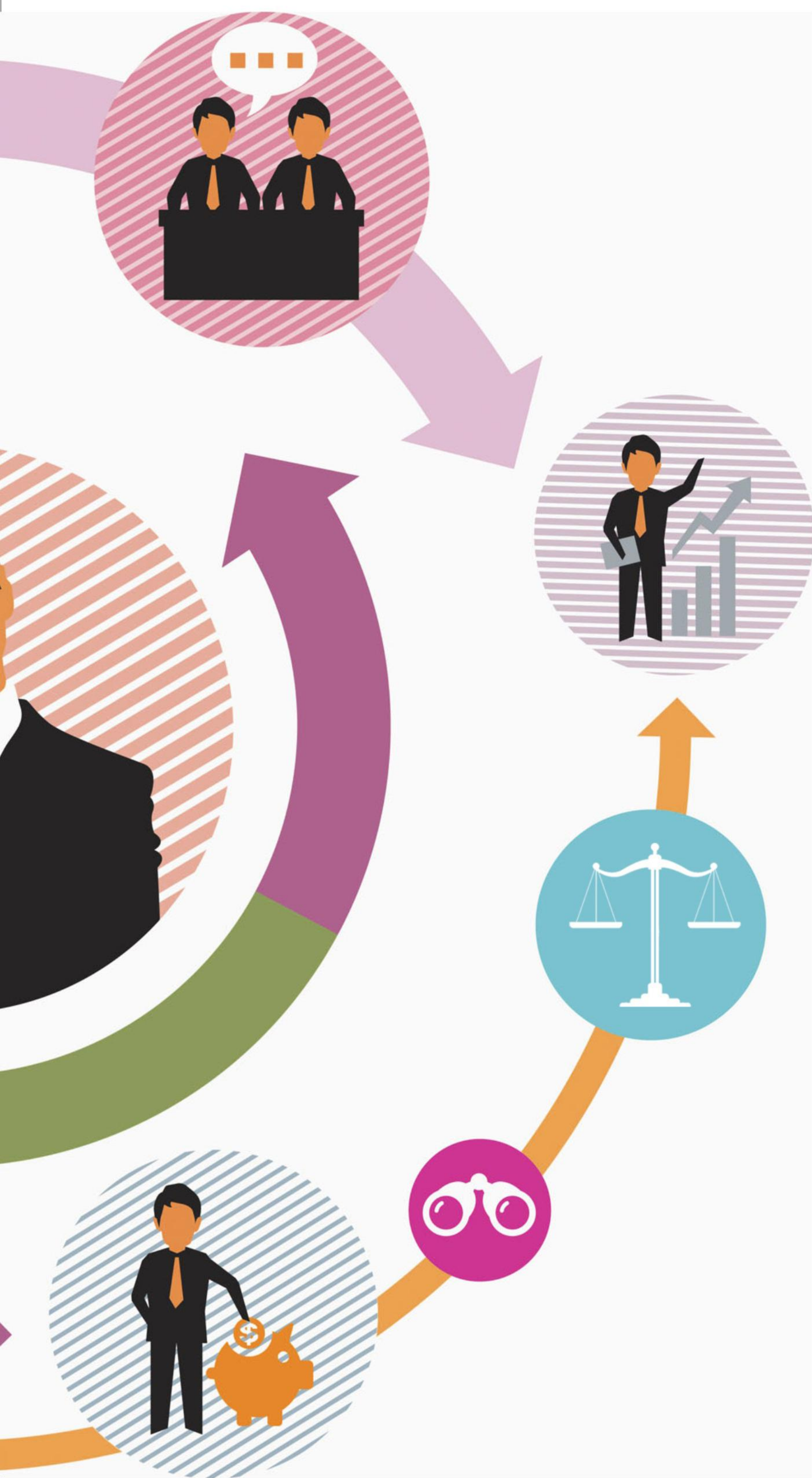


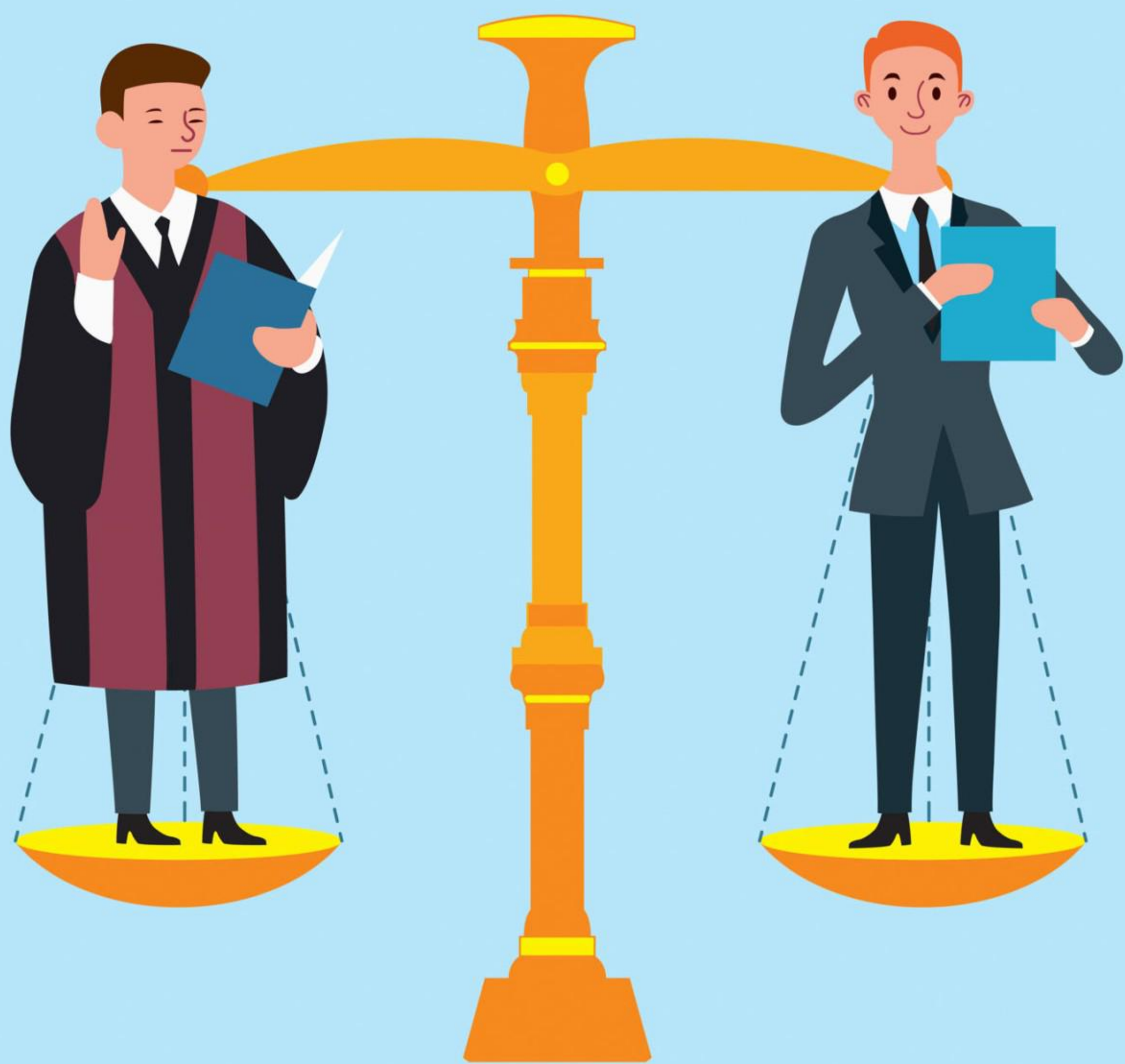
解释的技术显著提高，并且是最高人民法院对于诉讼时效问题做出的专门规定，因此《民事诉讼时效规定》第21条第1款规定的效力肯定是毋庸置疑的。

现在笔者从纯粹逻辑的方法，以连带责任保证为切入点论证《民通意见》第173条第2款规定是无效的。命题A——《民事诉讼时效规定》第21条第1款：“主债务诉讼时效期间届满，保证人享有债务人的诉讼时效抗辩权”。命题A是公认的真命题。命题B——《民通意见》第173条第2款：“权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的，可以认定诉讼时效中断。”我们假定命题B也是真命题。我们将通过逻辑分析来论证两个命题是矛盾的，只能有一个为真。

适用命题A的事实前提是债权人殆于对债务人进行催收，导致其对债务人的诉讼时效届满；但是债权人却对连带保证人主张了权利，导致其对连带保证人的诉讼时效中断，此时连带保证人方可依据命题A主张债务人的诉讼时效经过的抗辩权。

连带保证人诉讼时效的计算无法回避保证期间的问题，鉴于我国民法规范体系中该问题极其繁杂，本文不作重点讨论，直接将学界与实务界主流权威见解作为论证的前提。债务人的诉讼时效在债务履行期限届满时起算，连带保证人的诉讼时效在保证期间内债权人向连带保证人主张权利时起算。关于连带保证人的保证期间，有约定从其约定（约定的保证期间不得早于债务履行期限），未约定的则适用法定6个月的保证期间。如果约定的保证期间短于6个月或长于2年，按照目前学界的通说观点，这类约定并





不违反法律法规的强制性规定，属于当事人意思自治的范畴，应属有效。在债权人均未对债务人进行催收的情况下，我们按保证期间的不同，分三种情形进行分析：

情形一：债权人与连带保证人适用6个月的法定保证期间（较常见情形）

为了使保证之债不因保证期间经过而消灭，此时假定债权人在履行期限届满后6个月内直接向连带保证人主张权利，从其主张权利那一天起，开始计算保证之债的诉讼时效。与此同时，根据命题B，主债务的诉讼时效因为债权人向保证人催收而中断，于是该情形下主债务与连带保证债务的诉讼时效期间合二为一了。此后债权人每次对连带保证人主张权利，就

同时导致主债务和保证债务的诉讼时效中断。此时就不可能出现主债务诉讼时效届满，保证债务时效未届满的情形。换言之，命题A完全丧失了适用的前提。

情形二：债权人与连带保证人约定的保证期间在2年内（最常见情形）

此种情形实际上包含了情形一，鉴于情形一也经常发生，为了方便讨论，笔者单独讨论了情形一。若债权人与保证人约定了保证期间在2年内，意味着保证期间届满时，主债务的诉讼时效无论是按照《民法总则》施行前的2年还是目前的3年均未届满。此时，若债权人向连带保证人主张权利，保证人诉讼时效开始起算。根据命题B，主债务诉讼时效中断后

亦重新开始起算，两个时效期间合一，命题A仍然丧失了适用的前提。

情形三：债权人与连带保证人约定的保证期间长于2年（罕见情形）

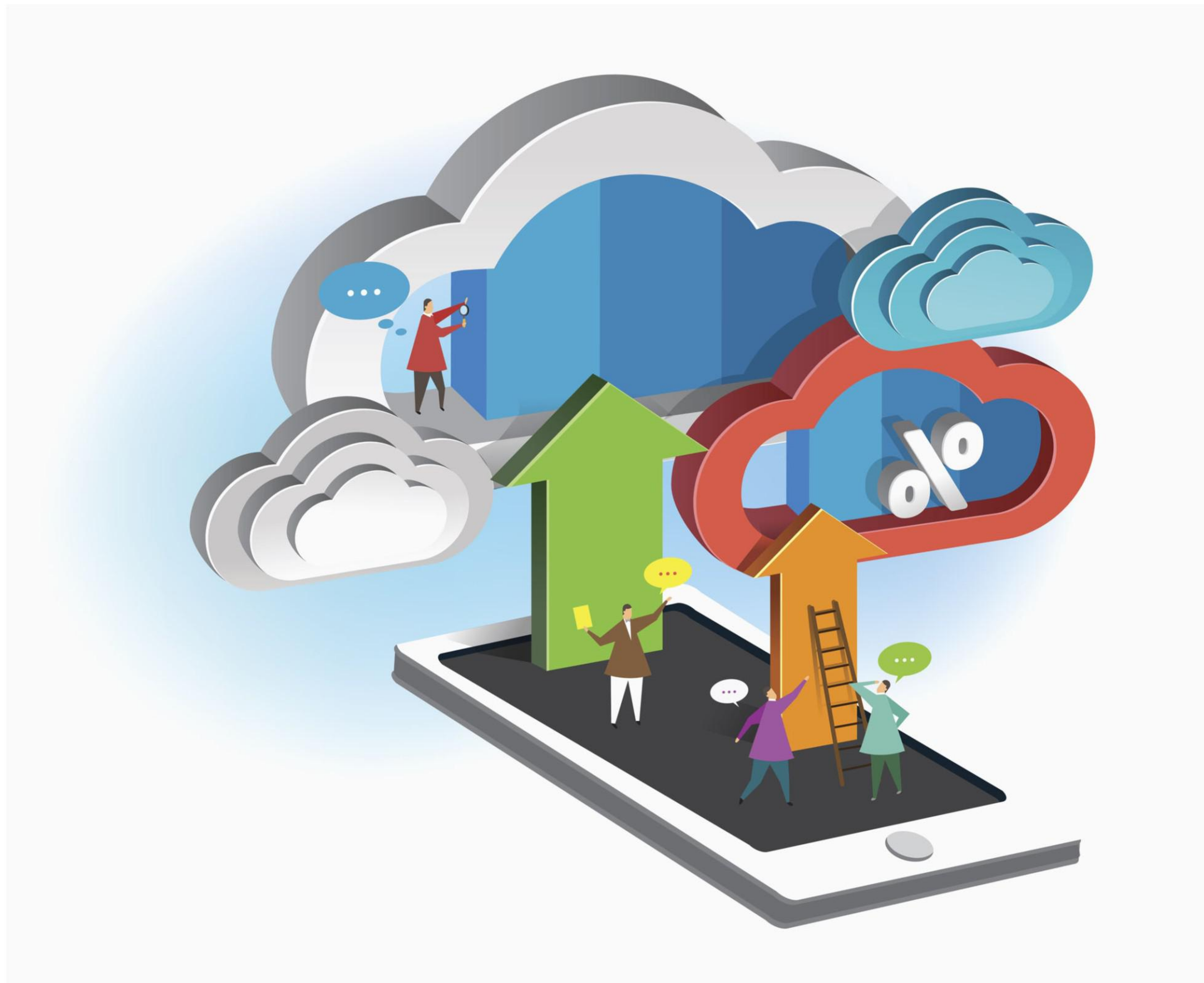
若债权人与保证人约定了保证期间长于2年，意味着主债务按照《民法总则》施行前的2年诉讼时效先于保证期间而届满。若债权人在2年内向保证人主张权利，则结论同情形二，此处不赘述。若债权人在2年后的保证期间内向保证人主张权利，此时主债务诉讼时效已届满，连带保证债务的诉讼时效才开始起算，这就符合了命题A的适用前提，保证人可依据命题A主张主债务诉讼时效经过的抗辩。但新的矛盾出现，此时就无法适用命题B，因为当主债务诉讼时效届满后不可能再次发生诉讼时效的中断。

综合上述情形一、二、三，我们可以得出一个结论：命题A和命题B无法同时为真命题。根据我们的前提，命题A毋庸置疑是真命题，命题B系假设为真命题，那么逻辑论证的结论只能是：之前命题B为真的假设是错误的。《民通意见》第173条第2款的规定由于不符合目前债务人与连带保证人的诉讼时效具有相对独立性的普遍共识，也与最高院后续出台的《民事诉讼时效规定》的第21条第1款相矛盾，不应再在审判实践中适用。

“赵律师，我和朋友合作开了一家公司，我占股30%，朋友占股70%，朋友一人兼执行董事和总经理。公司初创时，大家和和气气，现在公司已经走入正轨，且盈利能力较强，但朋友近几年给我报的公司财务报表均是亏损的，我怀疑财务报表的真实性，我作为小股东，对重大事项没有决策权，我可以申请查公司账吗？我该如何维权？”该问题在笔者多年公司业务执业生涯中经常碰到。

小股东善用知情权 制衡大股东操作实务要点

◎ 文 / 赵明举 / 重庆办公室





赵明举 | 合伙人

专业领域：公司治理、金融保险、
政府顾问

手机：+86 135 0835 2991

邮箱：jason.zhao@zhhlaw.com

在现代公司治理结构下，公司的所有权与经营权经常发生分离已成为常态。实际未参与公司日常经营管理的股东（通常都是小股东）如何才能有效行使所有者权益，保障其获取公司信息、了解公司情况的权利，在现代公司治理中就显得尤为重要。笔者遇到的上述咨询凸显了小股东和大股东的利益冲突。笔者认为，小股东要防止大股东滥用股东权利，需善用公司法赋予的知情权。考虑有限责任公司作为一种较为普遍的公司形式，本文讨论股东知情权的范围限于有限责任公司。考虑在现实中小股东行使知情权的对象大多侧重于通过查阅会计账簿的方式来和大股东进行博弈，本文讨论知情权的对象也限定在会计账簿的查阅权方面。

根据《公司法》第33条第2款的规定，股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。该条规定从法律层面原则上确立了股东查阅公司会计账簿的权利、行使程序及权利行使受阻的司法救济程序。参考最高人民法院《关于适用中华人民共和国公司法若干问题的规定（四）》（以下简称《公司法司法解释四》）的相关规定，笔者结合公司实务操作经验，就小股东行使查账权需要关注的实务要点分享如下。不当之处，欢迎同行批评指正。

行使查账权的主体以现有股东为原则，以非现有股东为例外

根据公司法第33条第2款的规定，行使查账权的主体限于具有公司股东身份的法人、自然人或其他组织。为了降低公司的管理成本、保护公司商业秘密，查账请求权人如在查账时不具备股东身份，原则上不享有对公司的查账请求权。但现实经济生活较为复杂，比如原股东在转让股权后发现，其在持股期间，大股东存在虚增公司成本，降低公司利润，从而使得自身利润分配受损情形，如依据《公司法》第33条的规定，其在转让股权后就不享有对其持股期间公司会计账簿的查账权。为了弥补这一法律漏洞，最高院在《公司法司法解释四》第7条对此作了扩张性解释，即原告（查账请求权人）有初步证据证明其在持股期间其合法权益受到



损害，其有权请求依法查阅其持股期间的公司特定文件材料（包括会计账簿）。

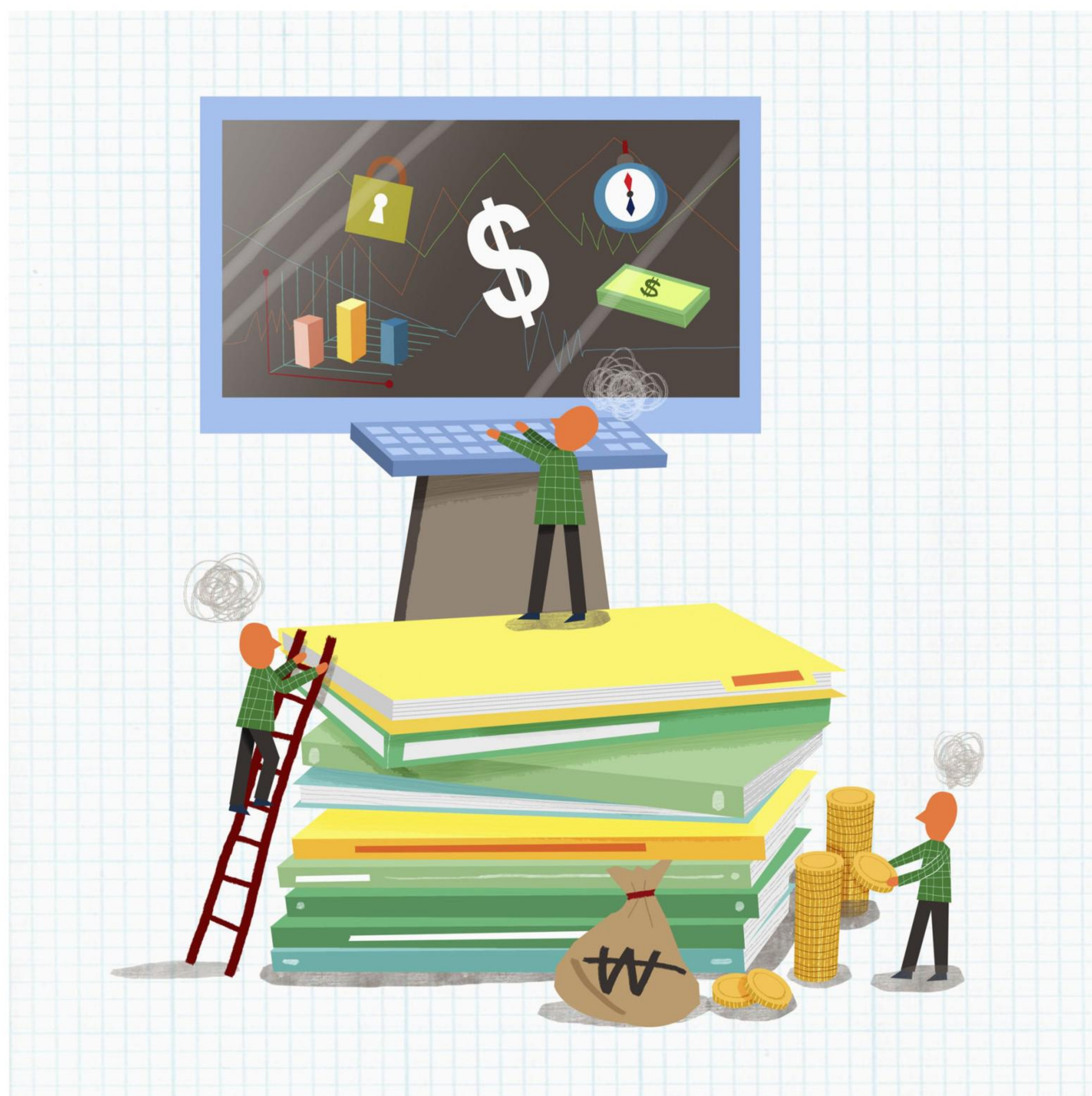
如股东与公司的查账权纠纷进入司法诉讼程序，作为原告的公司现有股东需要通过股东名册、公司章程、出资证明等文件资料证明其具备股东身份，否则面临法院裁定不予受理或判决驳回诉请的不利法律后果。对于非公司现有股东，则需要证明其持股期间的股东身份及在原持股期间自身利益受损的初步证据材料。

股东行使查账权的内容限于会计账簿

笔者通过梳理我国《公司法》及相关司法解释，股东行使查账权的内容限于财务会计报告、会计账簿，而没有把制作会计账簿所依据的会计凭证纳入查账权的范围。

根据《会计法》（2017修订版）的有关规定，会计档案包括会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料。股东在行使查账权时，必须了解这几个会计术语的概念和内涵，才可能了解哪些会计档案可以查阅，哪些无法查阅。

会计凭证是指记录经济业务发生或者完成情况的书面证明，是登记账簿的依据。会计凭证按其编制程序和用途的不同，分为原始凭证和记账凭证。其中，原始凭证是指在经济业务最初发生之时即行填制的原始书面证



明，如销货发票、款项收据、合同等；记账凭证是指以审核无误的原始凭证为依据，按照经济业务的事项的内容加以归类，并据以确定会计分录后所填制的会计凭证，是登入会计账簿的依据。

会计账簿是以会计凭证为依据，对全部经济业务进行全面、系统、连续、分类地记录和核算的簿籍，是由专门格式并以一定形式联结在一起的账页所组成。会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿。

财务会计报告是指单位会计部门根据经过审核的会计账簿记录和有关资料，编制并对外提供的反映单位某一特定日期财务状况和某一会计期间经营成果、现金流量及所有者权益等会计信息的总结性书面文件。财务会计报告包括会计报表、会计报表附注和财务情况说明书。

根据公司法第33条的规定，股东行使查账权可以查阅和复制财务会计报告，查阅会计账簿，但无法查阅会计原始凭证和记账凭证。结合最高院在草拟《公司法司法解释四》时对该

问题所持意见，即并未突破《公司法》第33条的股东查账限于财务会计报告和会计账簿。该问题在实务中当事人经常会产生误解，以为股东行使查账权可以查阅公司所有会计档案，这点有必要做一澄清。为此，股东作为原告在通过司法途径请求行使知情权（查账权）时，需要明确诉讼请求的范围，而不是笼统地请求查阅公司所有会计档案。

股东行使查账权的程序问题

（一）股东行使查账权在内部救济受阻时，才可启动司法程序

根据《公司法》第33条第2款的规定，股东要求查阅公司会计账簿，必须满足以下程序要件：股东向公司提出查阅公司会计账簿限于书面请求，并在书面请求中说明正当目的。

如股东未履行上述法定内部救济程序，而径行向法院提起诉讼，法院一般会以股东未经内部救济程序而直接裁定或判决驳回知情权（查账权）诉请。为此，笔者建议，股东在行使查账权时，务必先履行内部救济程序，并固定权利行使受阻的证据，在内部救济程序受阻后，再行通过司法途径维护自身权益。

（二）司法判令股东行使查账权的生效判决履行的程序问题

根据《公司法司法解释四》第10条第2款的规定，股东依据人民法院生效判决查阅公司文件材料的，在

该股东在场的情况下，可以由会计师、律师等依法或者依据执业规范负有保密义务的中介机构执业人员辅助进行。据此，当法院判令公司在特定的时间、地点准许股东查阅会计账簿的情况下，股东可以自行单独查阅，也可委托特定的负有保密义务的中介

人员协助股东现场查阅。在中介机构专业人员协助查阅的情况下，股东必须到场，否则公司有权拒绝。

根据《公司法》第33条的规定，股东对会计账簿的知情方式限于“查阅”。为此，在实践中出现公司以判



判决书判令“查阅”为由，阻挠股东对相关资料的摘抄。目前，司法实践的主流观点认为，考虑到会计账簿包含大量会计数据信息，如不允许股东摘抄，仅仅是查看，则达不到股东行使知情权的目的。为此，公司法第33条规定的“查阅”应当做广义理解，即

包括查看和摘抄。股东在依据生效判决行使知情权（查账权）时，需要做好与执行法院、目标公司的沟通，必要时可请求法院强制执行。

作为小股东，行使知情权（查账权）只是手段。我们不能为查账而查

账，我们的终极目的是通过查账，了解公司大股东或控股股东是否存在抽逃出资、虚列成本费用、变相分配利润、隐瞒或转移公司利润、转移公司资产、不当关联交易、职务侵占、挪用资金等违法违规情形，从而根据查账情形确定对大股东相应的应对方案。

股东行使查账权所要实现的终极目的

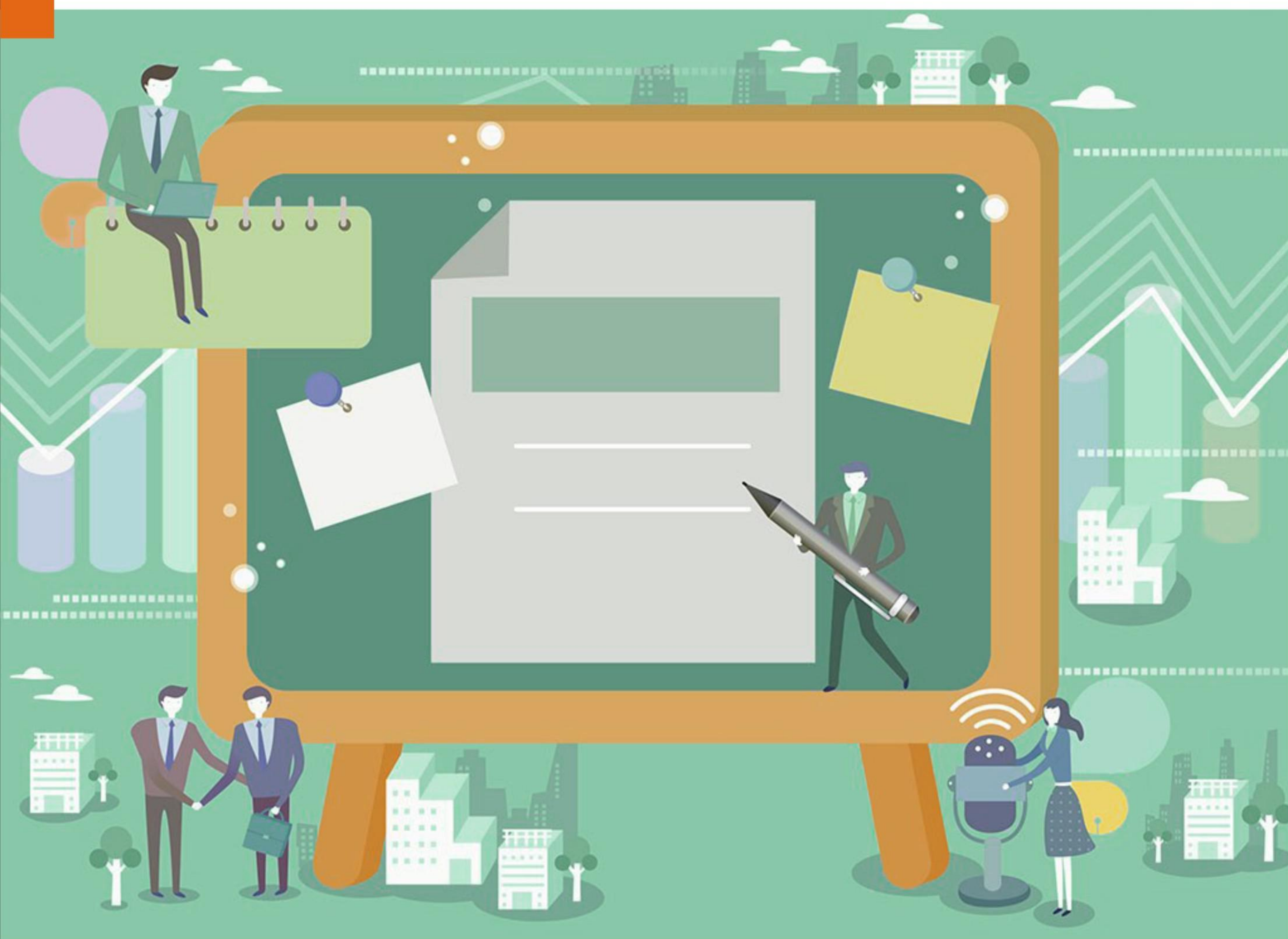
如通过行使查账权，小股东可根据查账结果要求大股东承担对公司或其他股东的民事赔偿责任；触犯刑法的，可通过司法机关追究其刑事责任。即便不追究大股东法律责任，通过查账也可以增加小股东与大股东谈判的筹码，赢得应有的话语权，为小股东合法权益的捍卫奠定基础。



企业国有资产交易 合同效力问题探析

——以案例解析影响合同效力的几个常见问题

◎ 文 / 吴红遐 / 重庆办公室



由于监管缺失，特定历史条件、特地背景等因素，国有企业资产交易中常常出现程序不完善、不规范等情形，极易引起合同纠纷。本文就国有企业资产交易过程中常见的未经审批、未评估、未进场交易对合同效力的影响进行分析。

认定合同无效的相关法律规定

（一）可能导致合同无效的情形

《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”

根据上述规定，只有符合《合同法》第五十二条规定的五种情形，才可能被认定为无效。需要特别指出的是，《合同法》第五十二条第（五）款中的“强制性规定”仅指“效力强制性规定”。与“效力强制性规定”相对应的是“管理强制性规定”。这一组概念系理论界和实务界对强制性规定的分类进行探讨形成的，二者的区别是：违反效力性强制规定，合同无效；违反管理性强制规定，合同未必无效。《合同法》司法解释二则直接引用了这一概念，但是对于如何识别区分并无明确规定，因此司法实践中对某一法条性质的认定出现不同的观点。笔者比较赞同从三方面来把握识别“效力强制性规定”：一是法律或行政法规是否明确规定违反该规范的后果必将导致合同无效，如果规

定了违反的后果是导致合同无效，则可以确定该规范为效力性强制性规范；二是法律及行政法规虽未明确规定违反的后果必将导致合同无效，但违反该规范若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益，也可以确定该规范为效力性强制性规范；三是此类规范不仅对违反该规定的行为进行处罚，而且还要否定其在民商法上的效力。

（二）认定合同无效的法源仅限于法律和行政法规

《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（一）》第四条规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”根据该规定，认定合同无效的依据只能是法律或行政法规，部门规章、地方性法规或其他法律政策文件均不能作为认定合同无效的依据。

未经审批是否导致合同无效

（一）中南公司与蔡青买卖合同纠纷案基本情况

中信工程设计建设有限公司为中南公司的唯一出资人。中信工程设计建设有限公司的公司章程载明，中信工程设计建设有限公司为法人独资的一人有限责任公司，股东为中国中信股份有限公司。2015年8月25日，蔡青（买方）通过协议转让方式，向中南公司



吴红遐 | 合伙人

专业领域：建筑与房地产、PPP、
股权并购、公司业务
手机：+86 151 0232 6766
邮箱：vivian.wu@zhhlaw.com



(卖方)购买位于深圳市福田区的xx大厦x栋x号房屋,转让成交价为650万元,定金80万元,其余款项通过银行贷款支付。合同履行过程中,中南公司向其股东中信工程设计建设有限公司报请审批出售上述房屋,中信工程设计建设有限公司回复称上述房屋属于国有资产,应遵守国家有关法律法规以及政策和程序的规定,不能直接协议转让。2015年10月中旬,中南公司提出无法继续履行合同,并退回蔡青定金80万元。2015年10月20日,蔡青付至银行托管的首期款420万元划转回蔡青账户。之后,合同未再继续履行。于是,蔡青起诉到法院要求中南公司赔偿2倍定金,中南公司认为涉案房产转让系国有资产转让,涉案合同的签订违反国有资产转让相关规定,合同应为无效。

(二) 本案裁判观点

法院认为,由于《企业国有产权转让管理暂行办法》《国有资产评估管理办法实施细则》均非《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项所规定的法律、行政法规,而《中华人民共和国企业国有资产法》《国有资产评估管理办法》《企业国有资产监督管理暂行条例》《国有资产评估管理办法》的相关规定并非效力性强制性规定,中南公司主张涉案合同违反法律及行政法规的强制性规定而无效,于法无据,本院不予采纳。中南公司还主张涉案合同损害社会公共利益而无效。本院认为,损害公共利益是指损害公共秩序和善良风俗的行为。涉案房产登记在中南公司名下,

中南公司对房产具有完全处分权,中南公司将不存在权利瑕疵的涉案房产以合理的市场价格转让给蔡青,属于正常的市场交易行为,并不对公共秩序和善良风俗构成损害,中南公司主张涉案合同损害公共利益,不符合法律规定。而本案亦无证据显示涉案合同的签订存在蔡青与中南公司恶意串通损害国家利益等其他导致合同无效的情形。故综合前述,中南公司关于涉案合同无效的主张,均缺乏事实和法律依据,本院不予采纳。此外,中南公司还提出根据《中华人民共和国

企业国有资产法》第三十八条、第五十三条,《企业国有产权转让管理暂行办法》第二十六条、第三十二条的规定,涉案合同须经批准生效,故合同未生效。本院认为,本案并不存在适用《中华人民共和国企业国有资产法》第三十八条、第五十三条的情形,而《企业国有产权转让管理暂行办法》并非法律、行政法规,不具有适用《中华人民共和国合同法》第四十四条第二款的前提。因此,中南公司关于合同未生效的抗辩理由,本院亦不予采纳。



（三）笔者分析

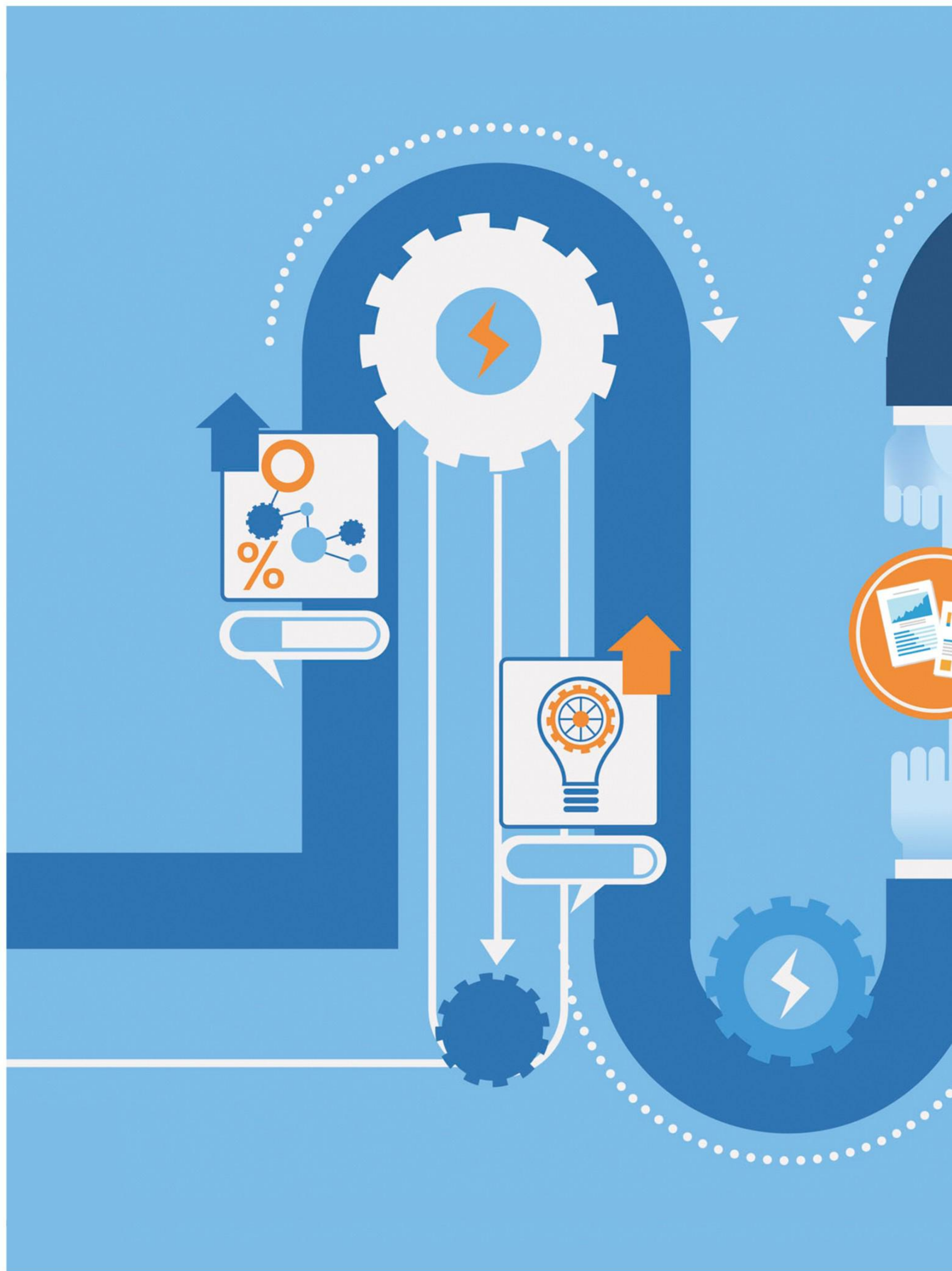
笔者认为，对于国有资产交易进行国资监管审批，属于国资监管部门对国有资产管理主体是否尽职履责、是否有效保护国有资产增值保值、是否损害出资人利益的监管手段，主要是约束国资管理主体的，而不约束交易相对方。因此，未经审批并直接不否认交易的合法性，否则对交易相对方来说不公平。

未经评估直接交易是否导致合同无效

（一）化建公司与华尔公司借款合同纠纷案基本情况

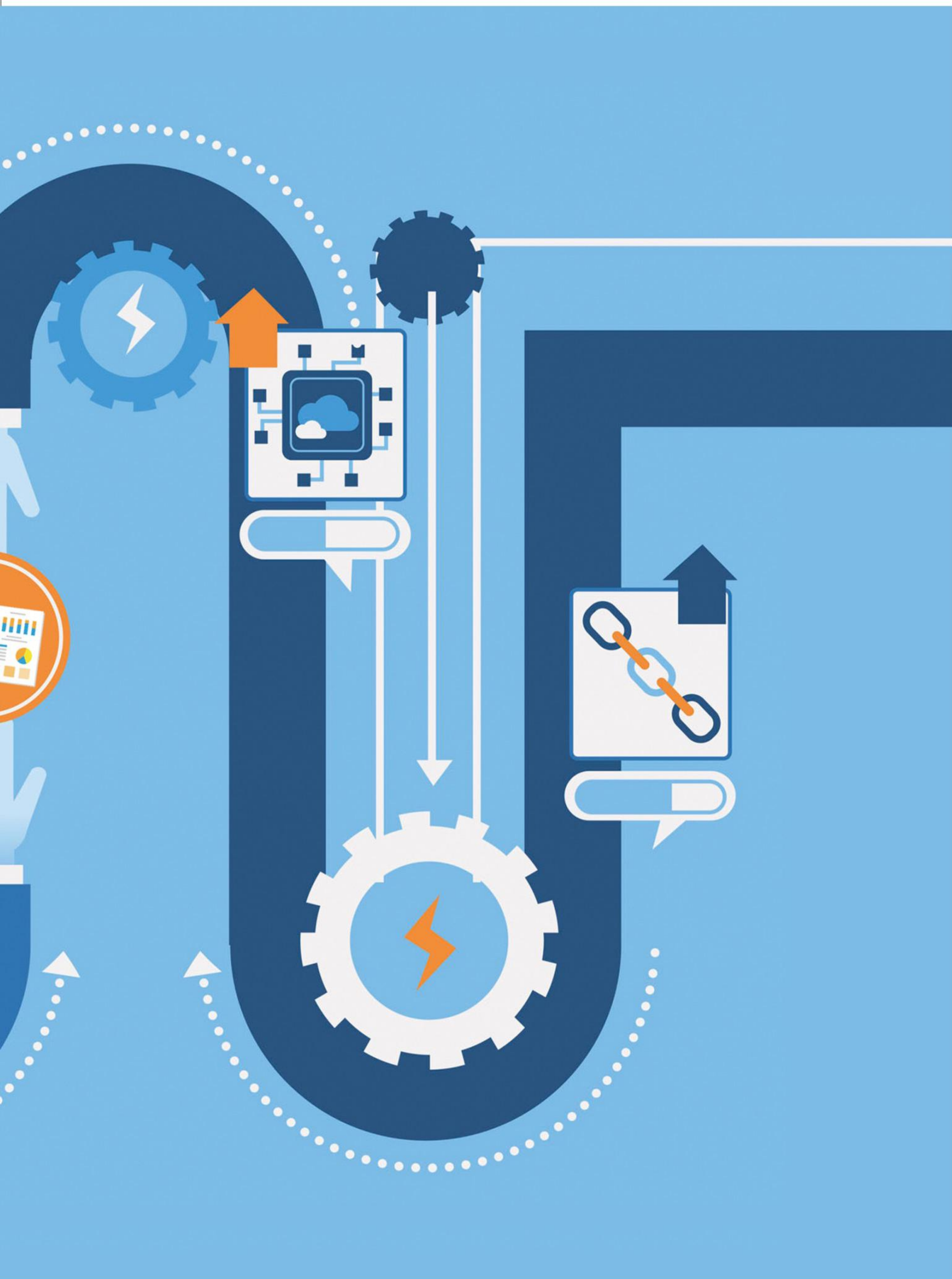
1999年12月1日，化建公司向交行南岗支行借款502万元，借款期限自1999年12月1日至2000年7月1日，月利率5.1188‰，哈尔滨化工二厂承担连带责任保证。2004年6月7日，南岗支行将该笔债权转让给信达资产公司，随后信达资产公司向法院起诉，各方在法院主持下达成调解。随后，信达资产公司将该债权转让给哈投公司，哈投公司又转让给华尔公司。2012年4月5日，华尔公司将该债权转让给加州公司。

2013年11月19日，哈尔滨市道外区工业信息商务局向香坊区人民法院致函表示：华尔公司系国有企业，该笔债权属于国有资产，华尔公司作为国有企业处置并转让该国有资产时，未按《国有资产管理法》和黑龙江省人民政府国有资产监督管理委员会关于印发《企业国有产权转让程序》的



通知等相关法律的规定执行，也未公开债权时，未进行债权评估，未进行备案，未履行进场公开挂牌交易等程序，根据《企业国有资产评估管理暂行办法》（国务院国资委令第12号）第二十七条第（一）、（四）款等规

定，应确认其相应的经济行为无效。化建公司诉至原审法院，要求确认加州公司与华尔公司签订的债权转让协议无效。



（二）本案裁判观点

关于加州公司与华尔公司签订的债权转让合同是否有效的问题。华尔公司是国有企业，其将债权转让给加州公司属于处置国有资产。《中华人民共和国企业国有资产法》第五十五

条规定“国有资产转让应当以依法评估的、经履行出资人职责的机构认可或者由履行出资人职责的机构报经本级人民政府核准的价格为依据，合理确定最低转让价格。”《国有资产评估管理办法》第三条规定“国有资产

占有单位有下列情形之一的应当进行资产评估：（一）资产拍卖、转让……”和《企业国有产权转让管理暂行办法》第四条“企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行，不受地区、行业、出资或者隶属关系的限制，国家法律、行政法规另有规定的，从其规定。”根据上述规定，国有资产转让应当履行上报、评估、备案及公开挂牌交易等程序，上述规定属于强制性规定，而非任意性规定。华尔公司转让债权时未履行上述程序，依据《中华人民共和国合同法》第五十二条（五）项，违反法律、行政法规的强制性规定，合同无效，案涉债权转让协议应确认无效。

（三）笔者分析

司法实践中，普遍认同《国有资产评估管理办法》《企业国有资产评估管理暂行办法》不属于法律或行政法规，不能以此作为认定合同无效的依据这一观点。那么未经评估，企业国有资产交易合同是否仍然有效呢？笔者认为不能一概而论。虽然《国有资产评估管理办法》《企业国有资产评估管理暂行办法》不是法律或行政法规，但《企业国有资产法》对资产评估也有相应的规定。《企业国有资产法》明确规定了企业改制和国有资产转让应当评估，笔者倾向于认为该规定属于效力强制性规定。因此，若属于企业改制、国有资产转让事宜未进行资产评估而签订的交易合同，则应认定为合同无效。若属于合并、分立等其他重大事项的交易，虽然其他

非法律或行政法规的文件中规定应当评估，但由于文件层级较低，故不当以未经评估认定合同无效。

未在依法设立的产权交易场所公开交易是否导致合同无效

（一）巴菲特公司与上海水务公司股权转让纠纷案基本情况

自来水公司于2006年12月26日召开一届二次董事会会议，会议形成一份由全体董事签名的决议。该决议载明：“自来水公司持有的16985320股光大银行法人股，经评估并报国资委备案，评估价值为人民币28,365,484.40元。自即日起，公司全权委托上海水务公司办理转让该笔投资有关事宜，委托期限3个月。”

2007年1月24日，上海水务公司就自来水公司名下的光大银行法人股，委托金槌拍卖公司进行了拍卖，由巴菲特公司以最高价买受。转让合同签订后，巴菲特公司通过金槌拍卖公司向上海水务公司交付全部股权款52,654,492元。办理股权过户登记手续过程中，自来水公司以上海水务公司无权处分该司财产，及处分程序不合法为由，决定中止光大银行股权变更手续。于是，巴菲特公司以自来水公司不予办理股权变更手续为由，诉请自来水公司将系争光大银行国有法人股转让给巴菲特公司；自来水公司反诉请求确认该协议无效。

（二）本案裁判观点

本案中，法院认为根据《企业国有产权转让管理暂行办法》《上海市产权交易市场管理办法》之规定，企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行。《企业国有产权转让管理暂行办法》《上海市产权交易市场管理办法》虽然不是行政法规，但均系依据国务院的授权对《企业国有资产监督管理暂行条例》的实施所制定的细则办法，符合上位法的精神，不违背上位法的具体规定，应当在企业国有产权转让过程中贯彻实施。而且，国有产权转让应当进场交易的目的，在于通过严格规范的程序保证交易的公开、公平、公正，最大限度地防止国有资产流失，避免国家利益、社会公共利益受损。因此，法院依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（四）项、第五十六条的规定确认转让协议无效。

（三）笔者观点

国有资产的转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则。进入产权交易机构公开交易，更公开透明，对恶意串通损害国有资产有一定的防止作用，同时充分竞争，使交易价格更趋于公平合理。但是，进场交易的规定并非法律或行政法规所规定的制度，且不属于强制性规定。因此，笔者倾向于认为未进场交易原则不能认定为合同无效。不过需要考虑的一点是，交易是否存在损害公共利益的行为，比如价格是否公允等。

综上，企业国有资产交易过程

中，认定交易合同无效主要需要考虑作为法律依据的文件是否符合属于法律或行政法规，同时满足效力强制性规定的情形。不过在个别案例中，我



们也发现并非依据法律或行政法规的规定认定合同无效的情形。其中，有两个最主要的突破口：一是下位法虽不是法律、行政法规，但其是根据法

律或行政法规的授权指定的具体规则，且内容不与上位法相冲突；二是是否损害公共利益。



A2驾驶证 实习期驾驶牵引挂车出险

——保险公司可以拒赔

◎ 文 / 崔冽 李飞 / 上海办公室



案情介绍

原告某运输公司，代理人上海某律师事务所庞律师；被告某保险公司，代理人中豪律师集团（上海）事务所崔冽、李飞律师。

2013年6月28日，原告某运输公司驾驶员孙某某持准驾车型为A2驾驶证实习期内驾驶车辆沪B9XXXX/沪E6XXX挂行驶至新疆富蕴县时发生自翻，造成驾驶员孙某某死亡、李某某受伤、车辆损坏的重大交通事故。该车辆在某保险公司投保交强险12.2万，车损险23.88万，商业三者险100万，车上人员险司机10万、乘客10万及不计免赔险；事故发生在保险期内。事故发生后，原告某运输公司与孙某某之父及第三人李某某达成赔偿协议，并按照赔偿协议赔偿了受害人损失，且将受损车辆予以维修，总计支出人民币187694元。原告某运输公司与某保险公司就保险金赔偿事宜未予达成一致意见，故将某保险公司诉至法院。

本案争议焦点及双方抗辩理由

（一）争议焦点

本案主要争议在于：其一，原告某运输公司驾驶员孙某某在实习期内驾驶机动车牵引挂车是否属于系争免责条款中依法禁止的情形；其二，某保险公司是否已就系争免责条款向原告作提示说明；其三，某保险公司是

否应当承担商业险的赔偿责任。

（二）双方抗辩理由

针对上述争议，原、被告的主张与抗辩理由如下：

1. 原告认为：孙某某虽然持准驾车型A2实习期内驾驶机动车牵引挂车，但该情形不属于系争免责条款中所述的依法禁止的情形，且被告某保险公司未就系争免责条款向其作提示和说明，未尽到保险法规定的提示与说明义务，故被告某保险公司应当承担保险金的赔偿责任。

2. 对于原告主张，被告提出以下抗辩意见：

（1）根据相关规定，驾驶员在实习期间驾驶机动车牵引挂车，属于法律禁止性行为。

《道路交通安全法实施条例》第二十二条第三款规定：“机动车驾驶人在实习期内不得驾驶公共汽车、营运客车或者执行任务的警车、消防车、救护车、工程救险车以及载有爆炸物品、易燃易爆化学物品、剧毒或者放射性等危险物品的机动车；驾驶的机动车不得牵引挂车。”《机动车驾驶证申领和使用规定》第六十五条规定：“机动车驾驶人在实习期内不得驾驶公共汽车、营运客车或者执行任务的警车、消防车、救护车、工程救险车以及载有爆炸物品、易燃易爆化学物品、剧毒或者放射性等危险物品的机动车；驾驶的机动车不得牵引





崔冽 | 合伙人

专业领域：保险、公司
手机：+86 136 5199 5725
邮箱：cuilie@zhhlaw.com



李飞 | 律师

专业领域：私募股权基金、工伤赔偿、物业服务合同纠纷
手机：+86 186 0175 2169
邮箱：lifei@zhhlaw.com

挂车。”

根据上述规定，本案事故发生时，驾驶员孙某某的驾驶证在实习期内，且驾驶机动车牵引挂车，该行为明显属于法律规定的禁止性行为。

(2) 根据保险合同约定，实习期内驾驶机动车牵引挂车发生事故造成人身损害和财产损失的，保险人有权在商业险范围内拒绝赔偿。

《某保险公司机动车车上人员责任保险条款》第五条约定：“被保险机动车造成下列人身伤亡或财产损失，不论在法律上是否应当由被保险人承担赔偿责任，保险人均不负责赔偿：……（七）驾驶人有下列情形之一者：……3.实习期内驾驶的被保险机动车牵引挂车。”根据上述约定，实习期内驾驶机动车牵引挂车发生交通事故造成车上人员损失的，保险人有权在车上人员险范围内拒绝赔偿。《某保险公司营业用汽车损失保险条款》第六条约定：“下列情况下，不论任何原因造成被保险机动车损失，保险人均不负责赔偿：……（七）驾驶人有下列情形之一者：……3.实习期内驾驶的被保险机动车牵引挂车……”根据上述约定，实习期内驾驶机动车牵引挂车发生交通事故造成被保险车辆损失的，保险人有权在车损险范围内拒绝赔偿。

本案，挂靠于原告的被保险车辆，由实习驾驶员孙某某驾驶，并牵引挂车，发生了交通事故，致使车上人员孙某某死亡、车上人员李某某受伤及造成车辆损坏，该情况属于上述保险条款免责的范围，故对于本案事故造成第三者人身及本车的车辆损失，被告

某保险公司有权依据保险合同的约定拒绝承担赔偿责任。

(3) 根据最高人民法院的司法解释，法律禁止的规定情形作为保险合同免责条款的，保险人只需要对该条款进行提示。



《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（二）》第十条规定：“保险人将法律、行政法规中的禁止性规定情形作为保险合同免责条款的免责事由，保险人对该条款作出提示后，投保人、

被保险人或者受益人以保险人未履行明确说明义务为由主张该条款不生效的，人民法院不予支持。”如上所述，本案驾驶员孙某某在A2驾驶证实习期内驾驶机动车牵引挂车的行为违反了《道路交通安全法实施条例》第

二十二条第三款“驾驶人在实习期内驾驶机动车不得牵引挂车”的规定，该条例属于“行政法规”的范畴，且《某保险公司机动车车上人员责任保险条款》和《某保险公司营业用汽车损失保险条款》均将“实习期内驾驶



的被保险机动车牵引挂车”之情形约定为保险公司的免赔条款。故，该免责条款保险人只需要对其进行提示即生效。

(4) 从保险单的提示内容及投保单附页的告知事项可知，某保险公司已经就免责条款向原告尽到了提示说明的义务。其一，保单中重要提示栏有，请仔细阅读承保险种对应的保险条款，特别是责任免除和投保人、被保险人义务和赔偿处理的部分。从该重要提示内容看，某保险公司已就保险条款中的免责条款向投保人、被保险人做了明确书面特别提示，已经尽到了保险人的提示说明义务。其二，投保单中的盖章虽然被原告否认，但原告在被告处长期使用该公章，应该作为被告已进行明确说明的依据。其三，鉴定意见也说明原告存在多个公章，原告自身提供的材料就存在明显的不一致性，进一步间接证明了原告在被告处使用的公章应该系

原告自己的公章。其四，附于投保单之后的告知事项，说明保险公司已经就保险条款中相关的责任免除（即不能赔偿）部分，进行了特别告知。故，本案情形，属于保险公司列明的免责范围，被告有权拒绝赔偿。

法院判决结果

最终，法庭采纳了被告某保险公司的意见，认为原告某运输公司的诉讼请求缺乏法律和合同依据，保险事故涉及法律禁止性事项，且属于保险合同免责范围，依法判决驳回原告的诉讼请求。一审判决后，原告未提起上诉，该判决生效。

本案启示

本案法院判决保险公司不承担保险责任的原因在于，驾驶员孙某某在持有准驾车型A2驾驶证的实习期内驾

驶机动车牵引挂车的行为，既违反法律的强制性规定，又违反了商业险保险合同的约定。

鉴于上述情况，笔者认为，对于被保险人来讲，购买商业保险以后，应仔细阅读保险条款中，保险人责任免除和投保人、被保险人义务及赔偿处理的部分，尤其用加黑加粗字体约定的免除保险人责任的部分，对于保险合同约定的被保险人应尽的义务，被保险人应依约履行，否则将面临保险人拒赔的风险。有时，即使保险人未尽到对免责条款的明确说明义务，但其能举证证明尽到了提示义务，而该条款内容又属于法律法规明确禁止的，则保险人依据法律规定和保险条款的约定抗辩拒赔，亦能获得法院的支持。

对保险人来讲，出险后，如果保险人根据保险条款中的免责条款在商业险范围内抗辩拒赔，则法院往往要求保险公司举证证明保险人对于免责条款已尽到了提示和明确说明义务。对此，保险公司的业务部门在受理车辆投保时，需要求投保人或被保险人在投保单上签名或盖章，以利于被保险车辆发生属于免赔事故时，保险人可根据投保单上的签名或盖章主张其已尽到了保险法规定的明确说明义务。



合伙人柴佳荣获“四川省优秀律师”称号

2018年1月，四川省第九次律师代表大会在成都隆重举行。四川省委、政法委书记邓勇等领导出席会议。四川省司法厅厅长陈明国主持大会开幕式，281名正式代表和63名特邀代表聚首，共商四川律师事业发展大计。四川办公室合伙人汪飞作为代表参加本次会议，在会上，合伙人柴佳荣获“2015-2017年度四川省优秀律师”称号。



合伙人宋琴荣获市律协“2017十大商业交易经典案例”

2018年2月，市律师协会“2017年度十大经典案例”颁奖仪式在市律协召开，市司法局副局长蒋继华等领导出席仪式。自开展评选以来，市律协评选办公室收到申报经典案例共48个。经各专业评审组审定，合伙人宋琴和合伙人张涌共同承办的《联合国大厦项目处置专项法律咨询服务》一案成功摘获“2017年度十大商业交易（非诉讼）法律服务经典案例”。





ONC Lawyers
柯伍陳律師事務所



中豪律師集團

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