



中豪律师事务所
ZHH LAW FIRM

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2024年 第1期 | 总第088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】

“商砼联营”反垄断
行政处罚案评析

涉案企业合规整改
——单位犯罪的新型辩护模式

新《公司法》
董事信义义务探析

对破产法第五十九条
第二款规定的理解

【法理天地】

香港内地民事判决
相互强制执行条例与
配套新规全面解读

中豪再次荣膺 ALB China 年度雇主

2024年4月23日，国际权威法律媒体ALB发布了2024年度雇主获奖名单，15家中国律所及5家在中国内地设有办公室的国际律所获奖。中豪作为15家中国律所之一，再次荣获ALB China年度雇主。ALB是世界500强汤森路透旗下专注于前沿法律商业资讯和律所专业评级的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一。中豪始终将人才视为律所最宝贵的财富，坚持将引进和培养人才作为提升行业竞争力、保持领先优势的关键。中豪再度荣获ALB China年度雇主，彰显在律师界的影响力，也是业内对中豪持续推进专业化、公司化、规模化、国际化的充分认可。

汤森路透ALB 2024
ALB CHINA 年度雇主

CHINA LEGAL RANKINGS

海外(香港)资产配置及投资管理论坛(沙龙)成功举办



为了让内地企业与（超）高净值人士对香港在海外资产配置、财富规划和投资管理等方面的优势、实务操作有更多了解，2024年4月9日，中豪（香港）律师事务所与重庆市对外投资和经济合作企业协会主办，香港特区政府投资推广署、香港贸易发展局等支持的“海外（香港）资产配置及投资管理”论坛在重庆举办。10日下午，中豪（成都）律师事务所与四川省对外经济贸易

午，中豪（成都）律师事务所与四川省对外经济贸易商会主办，香港特区政府投资推广署、成都市工商业联合会、四川省对外投资企业商会支持的“海外（香港）资产配置及投资管理”沙龙在成都举办。

本次论坛及沙龙活动邀请香港政府部门、投行、财富管理、地产、法律、税务等领域专家围绕相关主题作精彩演讲，进行深度探讨和交流。参会嘉宾反响热烈，媒体予以广泛报道。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第089期 2024年 第2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 | 范珈铭 |
| 卜海军 | 陈 伟 | 夏 烈 |
| 涂小琴 | 李东方 | 吴红遐 |
| 俞理伟 | 郑 毅 | 郑继华 |
| 汪 飞 | 张德胜 | 邓 辉 |
| 傅达庆 | 刘 军 | 宁思燕 |
| 文 建 | 李 燕 | 邓舒丹 |
| 柯海彬 | 马海生 | 柴 佳 |
| 赵明举 | 梁 勇 | 伍 伟 |
| 李 永 | 周 尽 | 吕睿鑫 |
| 刘文治 | 王必伟 | 赵寅皓 |
| 周 鹏 | 青 苗 | 黎莎莎 |
| 赵 晨 | 肖 东 | 张晓卿 |
| 任 远 | 郑 鹏 | 文 奕 |
| 张 龙 | 高 伟 | 刘卉灵 |
| 蒋官宝 | 曹一川 | 张 磊 |
| 王冠男 | 冯 杰 | 陈 序 |
| 孙剑颖 | 江小舟 | 袁 珂 |
| 保亚飞 | 黄 昊 | 苟 静 |
| 卢 露 | 路 斐 | 黄 宇 |

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

“商砼联营”反垄断行政处罚案评析 王必伟 2
(最高人民法院2023年反垄断典型案例)

涉案企业合规整改——单位犯罪的新型辩护模式 汤伟佳 8

新《公司法》董事信义义务探析 赵明举 13

对破产法第五十九条第二款规定的理解 宋 涛 23

法理天地 THEORY

香港内地民商事判决相互强制执行条例与 杨 青 李慕乔 29
配套新规全面解读

香港立法会颁布的《内地民商事判决（相互强制执行）条例》（香港法例第645章）及《内地民商事判决（相互强制执行）规则》于2024年1月29日在香港生效。在此背景下，2024年4月19日，香港韦业显律师行的创办人及资深合伙人韦业显律师受邀在重庆办公室举办了“中国内地与香港民商事判决相互执行法律实务”专题讲座，对判决跨境相互执行的新发展及跨境争议解决实务等相关内容作了精彩分享。

2024年4月17日下午，中豪联手两江大地（国际）生命科学园、用友软件共同举办“新公司法热点法律实务解析暨企业税务风险防范”沙龙。高级合伙人涂小琴作为主讲嘉宾之一，介绍了新《公司法》出台的背景，归纳了新《公司法》在公司资本、股东出资、股东权利保护、董监高责任、公司设立退出、简易减资、强制注销及股份有限公司有关方面的变化，逐一解读了新《公司法》十大亮点及相应条款。

2024年4月15日、16日，重庆市律师协会发布入选第八届理事会37个专业委员会和20个专门委员会的委员名单。为了充分发挥专业与专门委员会的引领作用，各专业和专门委员会委员向全市律师公开选聘。中豪29名合伙人当选各专业与专门委员会负责人及委员，充分体现了律师行业对中豪律师专业能力、行业影响力的充分认可。各位当选的合伙人将严格按照专业与专门委员会工作规则要求，勤勉履职，为律师行业规范和高质量发展发挥更大作用。

2024年4月10日，顾问律师汤伟佳为江北嘴实验学校举办了预防校园欺凌法制讲座，江北嘴实验学校共有1000余名师生通过现场或直播方式收听讲座。讲座内容丰富有趣，同学们积极互动，现场学习氛围热烈。

中豪新闻



2024年3月27日，合伙人卢露在事务所分享了“商标侵权案件法律实务”，结合承办的大量商标侵权案件实务经验，从商标概况、商标侵权案件应对思路、商标侵权真实案例解读等方面进行了精彩分享。

为加强成渝律师同行之间的交流合作，进一步探索律所品牌建设、提升专业服务能力 and 深入推进党建工作，2024年3月21日，成都市律协金牛分会会长蔡泽文一行到访中豪参观交流。渝中区律工委主任、中豪党委书记肖东，渝中区律工委副主任吴天福、副秘书长谢明华，中豪党委副书记宋琴、合伙人刘卉灵等热情接待并座谈交流。

在国家出台多项政策鼓励国有企业开展中长期激励、国企改革不断深化的大背景下，国企努力探索适合企业自身经营和发展情况的中长期激励方式，寻求合法合规途径建立起有效的中长期激励机制，激发员工的积极性和创造性，提高国有资本配置和运行效率。在此背景下，2024年3月20日，成都办公室主任、资深合伙人汪飞在事务所举办了“国有企业股权跟投实务操作要点”专题讲座，对国有企业中长期激励工具、股权激励模式、股权激励人员及对价确定、跟投收益及退出以及相关实务操作要点等相关内容作了精彩分享。

新《公司法》在公司管理制度、公司注册登记和公司行政监管方面均作了较大幅度修改调整。近年来，股权投资市场呈现出前所未有的蓬勃发展态势，股权投资高收益与高风险相伴而生。2024年3月1日下午，江北青商会联合中豪、市清洁服务行业协会在中豪重庆办公室举办了“新《公司法》亮点解读及股权投资法律实务”沙龙，合伙人涂小琴作为主讲嘉宾，向参会嘉宾作了精彩分享。

【摘要】《反垄断法》关于垄断协议具体情形的认定作了固定或者变更商品价格、分割销售市场或者原材料采购市场等行为的列举。但实践中，行政监管机关及司法机关如何认定当事人达成垄断协议，行政相对人提出的豁免理由是否成立，在本案中均可得到借鉴。本案系最高人民法院发布的2023年人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例。

【关键词】 反垄断 垄断协议 行政处罚

“商砼联营” 反垄断行政处罚案评析

最高人民法院2023年反垄断典型案例

◎ 文 / 王必伟 / 重庆办公室





王必伟 | 合伙人

专业领域：行政诉讼、公司法律服务
及民事争议解决

手机：+86 138 0830 0491

邮箱：wangbiwei@zhhlaw.com

案情回放

江都公司与建典公司是重庆市的两家相互独立的商砼生产企业，两公司为避免展开价格战于2019年4月达成固定商品价格、分割销售市场、分配商砼方量和销售利润及确定互相监督方式的协议。嗣后，双方互派人员到对方企业现场监督，主要工作为收集对方商砼销售合同及票据并进行核对，统计商砼销售方量及价格并制作各类统计报表，以确保协议得到执行。

重庆市监局于2019年10月对江都公司和建典公司涉嫌垄断行为立案调查，经调查认定了以下事实：（一）2014年初，江都公司和建典公司为了不相互杀价、消除恶性竞争，开始磋商联营事宜，江都公司与具有竞争关系的经营者达成“固定或者变更商品价格、分割销售市场或者原材料采购市场”的垄断协议。（二）江都公司与具有竞争关系的经营者建典公司约定了商砼销售价，并互派监督人员，如发现对方公司因特殊情况低于标准价进行销售会将销售情况向自己公司负责人汇报、请示，并在前期通过全球定位系统（GPS）对商砼罐车的行车轨迹进行监督，收集商砼销售方量及数据后进行利润分配，实施了固定商品价格及分割销售市场的行为，两公司达成并实施固定销售价格、分割商砼销售市场的行为违反了反垄断法的规定。江都公司在听证程序中发表了陈述申辩意见，重庆市监局经集体讨论后决定对江都公司（建典公司另案处罚）作出上一年度销售额5%计12,149,260.88元罚款的行政处罚决定。

江都公司不服行政处罚决定，向重庆

市第一中级人民法院提起行政诉讼，请求撤销行政处罚决定。中豪律师事务所王必伟律师代理重庆市监局参加诉讼。一审法院经审理后判决驳回江都公司的诉讼请求。江都公司不服，提起上诉。

中豪律师事务所王必伟律师受托作为重庆市监局的委托代理人参加诉讼。最高人民法院审理认为，江都公司和建典公司达成固定商品价格、分割销售市场的协议并予以实施，直接导致所在区域没有价格竞争，明显具有排除、限制价格竞争的效果。被诉行政处罚决定对江都公司的行为定性准确，作出程序合法，处罚结果符合过罚相当原则。最高人民法院二审判决，驳回上诉人江都公司上诉，维持原判。

律师策略

（一）争议聚焦

本案的争议焦点主要聚焦在以下三个方面：（1）行政机关在执法程序中是否存在程序重大违法；（2）江都公司主张豁免理由是否成立；（3）行政处罚决定中的上一年度销售额及5%的比例计算罚款认定是否正确。

（二）双方意见

1.关于行政机关在执法程序中是否存在程序重大违法的问题

江都公司称：重庆市监局提交的证据无法证明其作出的被诉行政行为遵守制作调查终结报告、撰写案件审核意见和建议的程序性问题，因调查终结报告、案件审查材料系行政机关作出行政处罚行政行为的内部程序所形成的材料，行政机关未向江都公司进行展示而被质疑为材料缺失，



程序重大违法。

我方辩驳意见：构成重大程序违法情形的认定须与行政行为实施主体不具有行政主体资格、减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据等情形的程度相当，而调查终结报告、案件审核材料等未在法定举证期限内提交显然不属于重大程序违法情节，并未对江都公司依法享有的申请听证、陈述、申辩、质证等重要程序性权利造成实质损害。故江都公司上诉称程序重大违法的理由不能成立。

2.关于江都公司主张豁免理由是否成立的问题

江都公司称：在经济不景气时，由于市场会供大于求，造成销售量下降，出现生产过剩的现象。在这种特定情况下，对经营者达成的限制产量或者销量等垄断协议予以豁免，可以避免对社会资源和生产造成巨大损害，有利于恢复经济。

我方辩驳意见：江都公司提供的证据并不能证明涉案协议签订时丰都县的高砭销量出现严重下降或者已经出现产能过剩的情况。江都公司提供证据反映的是2010年第一季度至2018年第四季度重庆市的经济发展情况，并非丰都县的经济发展情况；而且从该份证据显示的各项指标可以

看出，该期间重庆市的地区生产总值呈现逐年上升的趋势，虽然增速呈放缓状态，但仍处于增长态势，且增速放缓亦与我国经济发展从高速增长过渡到高质量增长的大背景相契合。故上诉人举示的证据不能达到江都公司的证明目的，江都公司主张的垄断协议豁免情形的理由不能成立。

3.关于行政处罚决定中的上一年度销售额及5%的比例计算罚款认定是否正确的问题

江都公司称：行政处罚决定确定的处罚基数和比例均明显不当。不应将江都公司在丰都县外的石柱



县销售额计入罚款基数，采用5%计罚比例过罚不相当。

我方辩驳意见：垄断行为的危害不仅限于其违法经营的范围，还损害市场竞争机制和经济运行效率，对垄断行为科处罚款并没收违法所得处罚系法律的明确规定。在《反垄断法》（2007年8月30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过）并未对“上一年度销售额”的内涵作出限缩性规定的情况下，将上一年度销售额认定为被行政管理相对人上一年度的全部销售额方具合理性。江都公司未主动报告其实施涉案协议，其工作人员有销毁、隐匿相关财务票据、资料的违法行为，致违法所得无法准确计算；同时考虑到江都公司工作人员实施销毁、隐匿重要证据的违法行为发生在对江都公司进行立案调查之前，且在调查期间其尚能配合提供部分证据材料，行政机关经内部集体讨论后认为其并不具有法定从重、从轻、减轻或免除处罚的情节，故对其适用5%的罚款裁量基准合理适当。

裁判观点

（一）行政机关并不承担过程性文件的举证义务

行政机关在行政诉讼中的举证责任，应当限于其作出行政行为所依据的证据和所依据的规范性文件，也即行政机关应当就其作出的对公民、法人、其他组织等行政相

对人的合法权益产生实质性影响的行政程序的正当性负有举证责任。但法律法规并未规定行政机关负有向行政相对人举示作为行政执法内部工作流程形成的过程性文件的法定义务。因此，在行政机关不存在就行政处罚执法内部工作流程形成的过程性文件负有举证义务的情况下，江都公司以重庆市监局在一审行政诉讼程序中未在法定举证期限内提交上述材料构成逾期举证为由，认为符合行政诉讼法第三十四条规定的“视为没有相应证据”，进而认为被诉行政处罚决定的作出程序存在重大违法，该主张于法无据。

（二）豁免情形并不存在

江都公司提供的证据并不能证明涉案协议签订时重庆市丰都县的商砼销量出现严重下降或者已经出现产能过剩的情况。相反，江都公司二审补充提交的证据显示，其在涉案协议实施期间进一步扩大了搅拌装置的持有规模，进一步提升了搅拌装置的年产输出能力。由此可见，涉案协议并不是为应对经济不景气而签订，况且涉案协议亦不是关于限制产量或销量的约定，而是关于“固定或变更商品价格”和“分割销售市场”的约定。因此，江都公司主张的垄断协议豁免情形在本案中并不存在。

（三）从严处罚契合立法目的，且已考虑违法情节

从反垄断法立法目的的解释角

度看，反垄断法的直接立法目的是预防和制止垄断行为。鉴于垄断行为的危害不仅限于其违法经营的范围，还损害市场竞争机制和经济运行效率，故垄断行为通常对市场经济的危害性较大，总体上对垄断行为应当处以较为严厉的处罚，方能起到有效的威慑作用，否则难以实现反垄断法预防和制止垄断行为的立法目的。就江都公司从事的涉案垄断行为而言，行政机关原本应当根据其垄断违法销售情况计算其违法所得予以没收，并同时处以罚款，但行政机关并没有直接没收违法所得，而是笼统按照江都公司2018年度销售额的5%处以罚款，本身已经考虑江都公司垄断行为性质（属于典型的横向垄断协议）、垄断行为持续时间（涉案横向垄断协议自2014年4月达成直至2019年3月停止实施，时间跨度长达将近五年）、垄断行为危害程度（江都公司在涉案协议存续期间会同建典公司持续、反复、多次以直接或间接方式实施了固定或变更商品价格和分割销售市场的行为）、抗拒行政查处（江都公司有关工作人员因涉嫌故意销毁会计账簿、会计凭证罪已被重庆市相关司法机关移送审查起诉）等情节。

审判研究

横向垄断协议，指生产或销售过程中处于同一阶段的经营者之间（如生产商之间、批发商之间、零售商之间）达成的垄断协议。具体



形式包括：固定或者变更商品价格；限制商品的生产数量或者销售数量；分割销售市场或者原材料采购市场；限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；联合抵制交易；国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

本案对如何根据法律规范判断具体交易行为是否属法律所禁止的横向垄断行为作出了指引，对生产经营企业具有重要预警作用。相较于法条规定的“固定或者变更商品价格”“限制商品的生产数量或者销售数量”内容，将约定价格变动幅度、采用标准公式或算法计算价格的、未经协议方同意不得变更价格等情形亦认定为“固定或者变更商品价格”，将约定

划分市场份额、销售对象、销售收入、销售利润等情形亦认定为“分割销售市场”。

除了列举式确定横向垄断协议形式，《反垄断法》也对垄断行为的豁免作出规定。对于具有竞争关系的经营者需要达成价格、市场、生产或销售数量相关的协议的，需满足为改进技术、研究开发新产品；为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业分工；为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力；为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益；因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩；因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生

产明显过剩等条件，才可能以此排除横向垄断嫌疑，降低垄断风险。

横向垄断协议在垄断行为中属于严重的限制竞争行为，其直接限制横向竞争对手之间的竞争并往往带来价格上涨、产量下降等市场损失，扰乱了市场公平竞争秩序，故对于垄断行为的认定应当做适当扩大理解，充分分析表象行为背后的本质含义，判断是否达到排除、限制竞争的效果。

政处罚外，行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的，必须全面、客观、公正地调查，收集有关证据；必要时，依照法律、法规的规定，可以进行检查。

【摘要】传统的刑事辩护模式中，律师以会见、阅卷、取证等方式获取案件信息，从中挖掘对当事人有利的证据、情节，提出当事人无罪、罪轻、轻罪等辩护意见。涉案企业合规整改，是在认罪的前提下，通过合规整改方式创造新的情节，从而实现对涉案企业及涉案人员从宽处理的效果。涉案企业合规整改是单位犯罪的“后悔药”，本质是以“合规”换“出罪”。本文将结合《最高人民检察院关于开展企业合规试点工作方案》、《关于建立企业合规第三方监督评估机制的指导意见》（试行）、《涉案企业合规建设、评估和审查办法》（试行）等规范性文件，梳理涉案企业合规整改的适用对象、适用条件、启动程序、监督组织、整改效果，以期帮助涉案企业化解刑事风险。

【关键词】 单位犯罪 合规整改 第三方组织 不起诉

涉案企业合规整改

——单位犯罪的新型辩护模式

◎ 文 / 汤伟佳 / 重庆办公室





汤伟佳 | 顾问律师

专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 158 2331 5949
邮箱：andrew@zhhlaw.com

涉案企业 合规整改的适用对象

涉案企业合规整改适用对象较为广泛。从公司类型上看，既适用于国有企业，也适用于民营企业；既适用于上市公司，也适用于中小微企业。涉案企业合规整改对企业性质及企业规模未做严格限制。从涉及罪名上看，包括串通投标、虚开增值税发票、假冒注册商标、对非国家工作人员行贿、污染环境、重大责任安全事故、走私等犯罪。从涉案主体来看，既包括公司、企业等实施的单位犯罪案件，也包括公司、企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施的与生产经营活动密切相关的犯罪案件。

涉案企业 合规整改的适用条件

涉案企业合规整改的适用条件较为严格。具体而言，企业需要满足以下条件：1.涉案企业或个人认罪认罚；2.涉案企业能够正常生产经营；3.承诺建立或者完善企业合规制度；4.具备启动第三方机制的基本条件；5.涉案企业自愿适用第三方机制。

同时，对于下列情形，不适用涉案企业合规整改：1.个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业的；2.公司、企业设立以后实施犯罪为主要活动的；3.公司、企业人员盗用单位名义实施犯罪的；4.涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪的涉案案件，与生产经营活动无关，不符合保障经济社会高质量发展的立法目的的；5.其他不适宜适用的情形。

涉案企业 合规整改的启动程序

涉案企业合规整改原则上在审查起诉阶段启动，公安机关、监察机关等办案机关可以向检察机关提出适用合规整改程序的建议。从改革态势来看，涉案企业合规整改的基本方向是全流程适用，一审及二审阶段也可以启动合规整改工作。启动方式主要分为两种：一种是检察机关依职权启动，检察机关办理企业涉经营类犯罪案件时，经初步审查认为符合企业合规整改适用条件，涉案企业同意企业合规整改，检察机关可以主动启动合规整改。实践中，通常由检察机关对符合适用条件的案件进行初审，逐级上报至省级人民检察院经批准后决定启动涉案企业合规整改。另一种是涉案企业、涉案人员主动申请启动，涉案企业、诉讼代理人或者其他相关单位在案件被移送审查起诉后，可以主动向检察机关提出合规整改申请，承诺限期进行合规整改、由检察机关依法受理并进行审查，这是企业和律师可以发挥主观能动性的重要前提。申请启动合规整改，需要提交合规整改申请书、合规整改计划书、合规整改承诺书等相关材料。

（一）合规整改申请书

合规整改申请书是表明企业具有合规整改的主动性、积极性、必要性，主要从以下三个角度进行论述：一是企业基本情况，从企业设立、经营状况、员工数量、纳税情况、社会贡献、科研进展、技术创新、所获荣誉、公益贡献、现有项目、发展前景等方面，说明涉案企业正常存续、具备价值，有必要挽救；二是企业犯罪成因及涉案经过，从企业的犯罪动因、犯罪

目的、犯罪行为、犯罪后果、到案过程、认罪态度、退赃退赔、立功表现等方面展开论述，重点分析涉案违法行为与企业经营管理中内部控制的缺陷、合规风险识别能力欠缺的关联性；三是企业合规的必要性和可行性，从企业及决策层开展合规建设主观意愿、体制基础、制度基础、员工素质、资源配置、预期目标等方面展开。此外，还可以结合《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》等政策性文件，争取对涉案企业及个人依法从宽处理。

（二）合规整改计划书

合规整改计划书主要从完善合规管理组织架构、建立合规政策制度、构建企业合规文化、改造企业涉案业务、实施方案及配套措施等角度，论述企业如何进行整改。在企业内部建立专门的企业合规管理机构，配置合规专员，并明确合规管理机构及成员的工作职责和绩效考核奖惩机制。合规政策制度层面，召开股东会将合规经营写入公司章程，修改公司章程制度，明确高管权责，为企业合规诚信经营提供制度保障。根据企业的具体情况建章立制，包括《合规管理制度》《员工合规手册》《合同管理制度》《风险控制管理办法》等制度。合规文化层面，通过企业主要领导共同签署合规承诺，带动全员遵守合规承诺，加强合规意识培训，便于员工识别违规现象。业务合规改造层面，着重分析涉案犯罪行为涉及企业经营各关联业务风险点的识别、成因分析、合规依据、解决措施，实现杜绝

该类犯罪行为的目标。结合企业涉案类型等因素，提出合理的合规整改期限及分步分项的工作计划，提出定期向第三方监督评估组织和检察机关报告合规整改进展的机制。企业可以聘请律师事务所、会计师事务所等专业机构担任企业合规建设辅导机构，帮助企业实施合规计划方案。

（三）合规整改承诺书

合规整改承诺书主要是表明企业具备合规整改的自愿性，企业签署书面文件承诺愿意接受人民检察院及第三方监督评估组织的考察与监管，企业愿意根据第三方监管评估组织汇总的专项风险因素进行对照整改，分析合规整改进度及存在的问题和原因，逐步完善实施合规整改方案，配合第三方监督评估组织出具总结性监管报告，确保合规整改获得监管部门验收。需要注意的是，第三方监督评估组织费用通常由企业支付，对于企业自愿支付上述费用也需要在承诺书中予以说明。

涉案企业 合规整改的评估组织

企业聘请的合规整改辅导团队担任的是合规整改的辅导者、执行者角色，而第三方监督评估组织在涉案企业合规整改中担任的是监督者、考察者角色。根据《关于建立企业合规第三方监督评估机制的指导意见》（试行）的规定，第三方监督评估组织是负责对涉案企业的合规承诺及其完成情况进行调查、评估、监督和考察的

临时性组织。第三方机制管委会建立第三方机制专业人员名录库，并根据案件具体情况以及涉案企业类型，从专业人才名录库中分类随机抽取人员组成第三方组织。由律师、会计师、税务师及其他专业人员3-7名组成第三方组织（小微企业的第三方组织可以由2名专业人员组成），确定人员后进行不少于5日的公示，并报送负责办理案件的检察机关备案。第三方监督评估组织的具体工作职责包括：

一是对涉案企业提交的合规计划进行审查并提出完善建议，审查合规计划的可行性、有效性、全面性。二是确定合规考察期限。改革试点地区的整改期限通常不超过一年，实践中多数案件的合规考察期限为3个月。三是在合规考察期内，第三方组织要进行定期和不定期对合规计划的履行情况进行审查，要求涉案企业定期书面报告合规计划的执行情况，并对报告作出评估和整改意见。四是合规考察期限届满后，对涉案企业合规计划完成情况进行检查、评估和考核，并制作书面考察报告。主要内容包括：涉案企业履行合规承诺、落实合规计划情况；第三方组织监督评估的程序、方法、依据；监督评估结论及意见建议等内容。五是向负责办理案件的检察机关及第三方机制管委会报送涉案企业合规计划、定期书面报告、合规考察报告，参与检察机关召开的听证会并发表意见，接受第三方机制管委会的日常监督和



巡回检查。

涉案企业 合规整改的基本效果

对于拟作不批准逮捕、不起诉、变更强制措施等决定的单位犯罪案件，检察机关可以组织进行公开审查听证，参与听证各方评估涉案企业合规整改是否有效。主要从以下几个角度评估合规整改的有效性：对涉案企业合规风险的有效识别、控制；对违规违法行为的及时处置；合规管理机构或人员配置的合理配置；合规管理制度机制建立及人力物力的充分保障；检测、举报、调查、处理机制及合规绩效评价机制的正常运行；整改机制与合规文化的基本形成。合规整改的有效性直接影响最终处理结果，对于“虚假整改”及“纸面合规”的情况，合规考察结果认定为不合格，检察机关会依法提起公诉。

检察机关将根据第三方监督评估组织出具的评估意见进行审查并作出最终处理决定，如果涉案企业按要求完成合规整改，在考察期内没有发生违反监管协议要求的情形，原则上应当对涉案企业及直接负责的主管人员或其他直接责任人员作出不起诉决定。从目前涉案企业合规整改的结果来看，涉案企业与涉案人员双重不起诉所占比较高。即使最终仍提起公诉，涉案企业合规整改合规的，检察机关也可以对涉案企业和涉案人员建议从轻、减轻处罚。对尚需进行行政处罚的，也可以建议从宽处理。

涉案企业 合规整改的回顾展望

推进企业合规整改，具有维护经济安全稳定、服务高质量发展、优化营商环境的重要意义。经过三年多的探索实验，涉案企业合规整改程序取得了积极成效。截至2023年9月，全国检察机关共办理涉案企业合规整改案件7815件，目前月均办案量300-400件。涉案企业如面临刑事追诉，可以主动把握合规整改的“司法红利”。从企业立场出发，如何有效启动合规整改程序，化解检察机关考虑时间成本或经验储备而不愿启动整改程序的风险；如何增强合规整改从宽激励的确定性，避免企业投入资金、时间而未能兑现预期结果；如何做好行刑衔接，避免在整改后仍面临吊销证件、巨额罚款等行政处罚，导致企业在整改后仍无法生存，功亏一篑。要解决这些问题，或许需要在今后的探索中进一步的制度化、规范化。

【摘要】 2023年12月29日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过了对现行《公司法》（以下简称《2018年公司法》）的修订并依法定程序予以公布，新修订的《公司法》（以下简称《新公司法》）将于2024年7月1日正式实施。《新公司法》全文出现“董事”一词的频率一共279处，较《2018年公司法》全文出现“董事”一词的频率214处，增加了65处。立法修订的变化，一方面体现了立法机关就公司治理模式由股东会中心主义向董事会中心主义逐步过渡的倾向；另一方面也体现了立法机关强化对包括董事在内的公司实际经营管理者们的法律责任，以求合理平衡公司、股东、董事、公司债权人等主体的权利和义务，防止董事作为大股东和实际控制人的代言人，滥用经营管理权，损害公司其他利害关系人权益。本文就《新公司法》中董事所涉信义义务（包括忠实义务和勤勉义务）的变化，提出董事相应的履职建议，以防董事个人承担无法承受之重的法律责任。

【关键词】 忠实义务 勤勉义务 董事

新《公司法》 董事信义义务探析

◎ 文 / 赵明举 / 重庆办公室



2021年11月12日，广州中院就投资者诉康美药业股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷特别代表人诉讼案做出一审判决，判决（部分判决项）：康美药业对投资者损失24.59亿元承担直接的赔偿责任；康美药业部分董事、监事、高级管理人员虽未直接参与造假，但签字确认财务报告真实性，应根据过失大小分别在投资者损失的20%、10%及5%范围内承担连带赔偿责任。该判决引发了强烈的市场连锁反应，上市公司出现了密集的董事、独立董事辞职潮，对中国上市公司治理产生了深远的影响。《新公司法》对该案所确立的董事过错赔偿责任规则进行了完善和确认，且对董事的忠实义务和勤勉义务进行了细化，为公司规范治理提供了法律保障。作为公司的董事，了解《新公司法》对董事权利义务规制的新变化，对于我们履职尽责，防范职业风险具有重要意义。

公司和董事的法律关系界定

公司与董事之间的法律关系该如何界定，最高人民法院在孙起祥与吉林麦达斯轻合金有限公司劳动争议纠纷再审案【（2020）最高法民再50号】中确立了相应裁判规则：公司依据章程规定及股东会决议聘任董事行使法定职权，董事同意任职并依法开展委托事项，公司与董事之间形成委任关系，从双方法律行为角度看，实为委托合同关系。由此可见，目前司法实践通说观点认为，公司和董事属于委托代理关系（或委任关系），可以比照《民法典》委托代理合同规则来处理双方之间的法律关系。

根据《民法典》第929条的规定，有偿的委托合同，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。受托人超

越权限造成委托人损失的，应当赔偿损失。

结合《新公司法》第179条的规定，董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。该规定相对于《民法典》第929条来说，是特别法与一般法的关系。董事的职权权限来源于法律、行政法规和公司章程的法定授权或意定授权，如其执行职务违反了法律、行政法规或公司章程，给公司造成损失的，结合委托代理合同规则，自然对公司负有赔偿责任。

作为董事，理清董事和公司、股东之间的基本法律关系，对其依法、合规履职具有基础性意义。董事正确理解了该层身份关系后，在协助实际控制人瑕疵出资、抽逃出资或实施其他侵害公司利益行为时，对公司或债权人可能承担的风险就伴随而来，董事在采取上述不当行为时就有了重新评估自身职业风险的考量。

《新公司法》对董事忠实义务和勤勉义务规制的新变化

（一）明确界定董事对公司信义义务（忠实义务和勤勉义务）的内涵

根据《新公司法》第一百八十条的规定，董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。

董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款



赵明举 | 合伙人

专业领域：公司业务、破产重整、
金融保险税务筹划

手机：+86 135 0835 2991

邮箱：jason.zhao@zhhlaw.com

规定。

解读：该条款是以立法的形式第一次明确董事对公司所负的忠实义务和勤勉义务的基本内涵，是对《2018年公司法》第一百四十七条第一款原则性规定的董事对公司负有忠实义务和勤勉义务的补充和完善。

根据该规定，所谓“忠实义务”，要求董事避免自身利益和公司利益发生冲突，严禁利用董事职务便利牟取不当利益。与此同时，《新公司法》第一百八十一条对“忠实义务”通过行为禁止的列举式立法形式阐述“忠实义务”在公司实务中的六种情形。

所谓“勤勉义务”，要求董事在执行职务中以公司合法利益最大化，尽到一个管理者的合理注意义务，该合理注意义务必须基于两个前提“公司合法利益最大化”和“董事管理者身份”，而非公司一般工作人员的注意义务。该条款借鉴了民法理论中的善良管理人制度，值得肯定。

“忠实义务”和“勤勉义务”内涵的立法界定，为司法实践中裁判者在个案中认定董事是否尽到忠实义务和勤勉义务提供了相应的裁判标准，一定程度上限制了裁判者对该问题的自由裁量空间。

该条款第三款将虽不担任公司董事但实际执行公司事务的控股股东和实际控制人也纳入“忠实义务”和

“勤勉义务”的规制范围，回应了公司治理中“幕后老板”（俗称“影子董事”）借董事之手损害公司、其他股东或公司债权人利益但却无法要求其承担相应法律责任的困境，为相关权利主体依法追究影子董事法律责任提供了法律支持。

（二）确立了董事对股东出资核查、催缴义务及怠于履行义务的赔偿责任

根据《新公司法》第五十一条的规定，有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。

未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。

解读：该条款虽然规定了董事会是股东出资核查的义务主体，但实际执行核查义务的主体实为董事。如董事未能履行相应催缴义务的，负有责任的董事需承担赔偿责任。我们认为，董事会出资核查义务及催缴义务的履行需要关注以下三点：

1. 出资核查范围不仅包括公司发起设立时股东的出资情况，也包括公司增资时的出资情况。

2. 出资核查的内容主要包括以下几个方面：出资形式是否符合法定形式；货币出资是否转入指定账户；非

货币出资是否经过法定程序进行评估；非货币出资是否办理了相应的产权转移手续；非货币出资是否已交付公司实际使用；出资后是否存在抽逃出资等情况。

3. 如果董事履行了书面催缴义务，是否就可以免责？即便董事履行了书面催缴义务，但股东的出资始终未能到位，董事也未要求公司采取司法诉讼途径追缴出资，在此情况下，不排除司法机关仍认定董事对此要负一定的责任，需对公司承担相应的赔偿责任。

（三）确立了对股东抽逃出资负有责任的董事与股东承担连带责任制度

根据《新公司法》第五十三条的规定，公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

解读：该规定是在《公司法司法解释（三）》第十四条规定的基础上修订调整演化而来。根据《公司法司法解释（三）》第十四条的规定，股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。本条款较《公司法司法解释（三）》第十四条有以下几点新

变化，需引起大家的关注：

1.将董事承担股东抽逃出资连带责任的条件由“协助抽逃”变更为“负有责任”。相对而言，董事面对股东抽逃出资，即便没有实施积极的协助行为，但如在股东抽逃出资过程中实施了消极不作为的行为，可能也面临担责的风险。比如，你明明知道股东将出资到公司的机动车辆没有实际交付公司使用，但却视而不见，听之任之，根

据《新公司法》上述条款规定，该董事也面临被追责的风险。

2.将董事与股东承担连带责任的主债权扩大到“给公司造成的损失”，该损失不限于股东抽逃出资的本金和利息，也包括因股东抽逃出资给公司造成的其他间接损失。比如，因股东抽逃出资，导致公司无法按时支付货款对卖家所承担的违约赔偿责任。

（四）新增董事就利益冲突事项的主动报告义务及同意程序

根据《新公司法》第一百八十二条的规定，董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

董事、监事、高级管理人员的





近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。

解读：该条款确立了董事在面对利益冲突事项时的报告义务及同意程序。较《2018年公司法》而言，有以下几个变化需要引起董事的关注：

1.将董事的利益冲突禁止行为由“直接自我交易”扩大到“直接或间接自我交易”，防止董事利用他

人挂名与公司进行自我交易损害公司利益，填补了《2018年公司法》就此问题的立法漏洞。

2.本条第二款明确了关联交易的范围，新增董事关联交易的主动报告义务和同意程序。

3.公司法并不禁止董事的自我交易或关联交易，禁止的是董事借自我交易和关联交易损公肥私的行为。即，只要董事就自我交易或关联交易履行了法定的主动报告义务，且自我交易或关联交易符合公司的商业利益，降低了公司的交易成本，不损害公司的利益，并经公

司章程规定的董事会或股东会决议同意，董事也可以进行自我交易或关联交易。

（五）明确董事正当利用公司商业机会、同业经营的例外豁免条件

根据《新公司法》第一百八十三条的规定，董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：（一）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；（二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。

根据《新公司法》第一百八十四条的规定，董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

解读：上述两个条款赋予了公司股东会或董事会就董事是否可以利用公司的商业机会或同业经营进行自主评估判断的权利。如董事在面临利用公司商业机会时，如履行了主动报告义务和同意程序，董事也可有效利用公司的商业机会谋取合法利益。董事是否可以进行同业经营，公司法也将该事项的决定权交由公司的决议机关。

根据《刑法修正案（十二）》的规定，修改了刑法第165条的规定，在该条款中增加了一款作为第2款，“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益受到重大损失的，依照前款规定处罚”，将非法经营同类营业罪的主体由国有企业人员扩展到民营企业的董事、监事和高级管理人员。如果董事依照《新公司法》上述规定主动履行了报告义务并获得股东会或董事会的决议同意，董事依法可以避免被科以“非法经营同类营业罪”。

（六）新增股东双重代表诉讼制度，股东可对公司全资子公司未尽信义

义务的董事提起股东代表诉讼

根据《新公司法》第一百八十九条的规定，董事、高级管理人员有前条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东，可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼；监事有前条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会向人民法院提起诉讼。

监事会或者董事会收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员有前条规定情形，或者他人侵犯公司全资子公司合法权益造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东，可以依照前三款规定书面请求全资子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

解读：本条第四款确立的股东双重代表诉讼是本次公司法修订的一大亮点。所谓“股东双重代表诉讼”（又称“股东双重派生诉讼”），是指母公司的全资子公司未能通过诉讼追究全资子公司董监高成员责任或维护公司其他权利时，母公司股东为了维护全资子公司利益，依照法定程序直接代表该全资子公司起诉有关主体的派生诉讼制度。股东双重代表诉讼制度是相对股东单一代表诉讼制度（《2018年公司法》采用的制度）和股东多重代表诉讼制度而言，其立法目的在于，当母公司控股股东、实际控制人利用全资子公司滥用股东权利损害其他股东利益时，赋予母公司其他股东在履行了法定的前置程序后，可直接代表全资子公司对有关侵权主体提起股东代表诉讼的权利。

受大股东委派在全资子公司担任的董事在《2018年公司法》体系下，如违反法律、行政法规或全资子公司章程的规定，母公司股东不能通过股东代表穿透方式来追究其法律责任，这就在一定程度上放纵了大股东通过多层公司架构滥用股东权力损害小股东利益的行为，成为小股东采取穿透式维权的一大法律障碍。

但《新公司法》未能采取股东多重代表诉讼制度，该制度的设立是否能够达到预期的社会效果或法律效果，仍有待观察。



（七）新增董事重大过错履职对第三人的直接赔偿责任制度

根据《新公司法》第一百九十一条的规定，董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

解读：该条款作为新增条款，确立了第三人对于董事的直接诉讼制度。根据传统民法理论，法人工作人员执行职务所产生的法律后果由法人承受，也即公司董事因执行职务侵害了第三人权益的，一般情况下，应当由公司对第三人承担侵权赔偿责任。但董事如在执行职务时存在故意或重大过失的，致使第三人受到损害的，第三人同时有权选择要求公司和董事共同承担侵权赔偿责任。

该制度的设立，使得存在故意或重大过失执行职务致第三人损害的董事面临第三人直接追索的风险。该制度的设立，也解决了第三人在面对“穷庙富方丈”时，无法穿透式追究董事责任的现实困境。

（八）确立了影子董事和名义董事共同侵权致公司或股东受损的连带赔偿责任制度

根据《新公司法》第一百九十二条的规定，公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

解读：该条款确立了影子董事指示名义董事从事损害公司或股东利益需和董事承担连带责任制度。针对公司治理过程中，很多实际控股股东或实际控制人指示董事从事损害公司或股东利益，责任却由没有实际清偿能力的挂名董事来承担，导致公司或股东利益即便通过司法程序也无法得到最终补偿。该制度为公司或其他股东追究影子董事滥用权力提供了法律保障。

（九）新增对违法分配利润负有责任的董事应负赔偿责任制度

根据《新公司法》第二百一十一条的规定，公司违反本法规定向股东分配利润的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

解读：根据《新公司法》的规定，对公司进行利润分配既要符合法定实质要件，也要符合法定程序要件：

1.实质要件。即公司分配利润时，要分别依此弥补以前年度亏损、预留缴纳税款、提取法定公积金、任意公积金（如根据股东会决议需要提取）后，如仍有净利润，股东才可向公司请求进行利润分配。

2.程序要件。根据《新公司法》有关规定，公司进行利润分配一般遵循以下法定程序：董事会制定利润分配方案-股东会对利润分配方案进行

决议-董事会具体实施利润分配方案等系列程序。

据此规定，如董事在无利润可分情况下提交所谓的利润分配方案上会表决（实为变相帮助股东抽逃出资或转移公司财产），或者违反股东会通过的利润分配方案进行不当分配，为此给公司造成损失的，负有责任的董事、其他主体和股东需要对公司承担赔偿责任。

（十）确立了董事的清算义务主体资格及怠于履行清算义务的赔偿责任制度

第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。

清算组由董事组成，但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。

清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

解读：该条款正式统一确立了有限公司和股份有限公司董事的清算义务主体资格，和《民法典》第七十条规定的“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人”保持了有效衔接。

根据《新公司法》第二百三十二条的规定，公司因本法第二百二

十九条第一款第一项、第二项、第四项、根据《2018年公司法》第一百八十三条的规定，有限公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。然而在有限公司清算实践中，部分从未参与公司经营管理的中小股东作为法定清算义务人，在大股东、董监高恶意跑路的情况下，经常面临清算不能的尴尬境地，且面临被公司债权人以怠于履行清算义务为由提起诉讼，造成了权利义务的严重失衡。本次公司法修订将董事作为法定清算义务主体，将有效解决这一问题。

根据本条第二款的规定，就清算组成员的组成，公司法尊重公司的意思自治，即如果公司章程或股东会决议对清算组的组成成员另有规定或约定的，从其规定或约定。

董事如未能及时履行清算义务的，给公司或债权人造成损失的，面临被公司债权人提起侵权之诉的风险。

（十一）明确董事辞任法定程序及届满前被解聘请求赔偿的权利

根据《新公司法》第七十条第三款的规定，董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效，但存在前款规定情形的，董事应当继续履行职务。

根据《新公司法》第七十一条的规定，股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。无正当理由，

在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。

解读：这两个条款实际确认了公司和董事之间的委托代理关系。基于委托代理关系，公司和董事都享有对委托代理合同的任意解除权，即双方均可以随时选择解除委托代理关系。

董事选择辞任的，需要履行法定的书面通知程序。但同时为了保障公司治理的稳定性，如存在“董事任期届满未及时改选”或“董事任期内辞任导致董事会成员低于法定人数”的，在改选出的董事就任前，原董事负有继续履职的责任。

《新公司法》第七十一条确立了股东会解聘董事的无因性规则，即股东会在董事任期届满前有权无理解任董事，但董事可要求公司予以赔偿。

《新公司法》下董事的职业风险防范建议

（一）协助实现公司资本维持原则

董事在公司初始出资、增资过程中，需要积极履行出资核查义务，并就股东的瑕疵出资积极履行书面催缴义务，同时保留董事履职证据，以便后期有效免责。

（二）利益冲突时及时履行报告义务

如存在可能的自我交易、关联交

易、利用公司商业机会、同业经营等重大事项，公司的利益和董事的利益发生冲突时，董事需积极履行报告义务。如能够争取获得股东会或董事会的同意豁免，则可以进行有关商业活动。如未能获得股东会或董事会的同意豁免，则及时停止有关商业活动，否则不仅面临对公司的民事赔偿责任，也面临被科以“非法经营同类营业罪”“为亲友非法牟利罪”“徇私舞弊低价折股、出售企业资产罪”等刑事责任的风险。

（三）对于控股股东和实际控制人要求董事违法履职善于说“不”

董事履行职务遵循法律、行政法规和公司章程是基本底线，当公司的控股股东或实际控制人借用董事来实现非法利益时，董事要有善于说“不”和“辞任”的勇气，否则董事和控股股东、实际控制人对公司、公司债权人或第三人承担连带赔偿责任的风险增加。

（四）及时履行清算义务主体责任

当董事知道或应当知道公司因法定事由解散后，应当及时书面通知其他董事成立清算组，对公司依法进行清算。如其他董事怠于成立清算组，董事也可申请法院指定有关人员成立清算组，依法开展对公司的清算工作。

（五）请求公司为董事履职投保责任险，但要认识到董责险保障范围的局限性



《新公司法》第一百九十三条倡导公司为董事履职投保责任险。为此，董事任职后及时请求公司为自身投保董责险尤为必要，以转移或分散自身履职不当对外承担的赔偿责任。但根据目前保险公司推出的董责险条款来看，董责险约定的保险责任赔偿范围是有限的，一般仅限于董事因履职过失行为对外产生的损害赔偿責任。如董事因履职故意行为对外产生

的赔偿责任不在保险责任范围之内，比如协助大股东进行财务造假、协助抽逃出资等行为，均是保险责任免赔事项。

小结

本次公司法的修改对于优化营商环境、加强产权保护、促进资本市场健康发展、完善现代公司治理结构具

有重要意义。董事作为公司治理中的重要主体，如何合法合规履职，防范化解职业风险，是董事永远的必修课。我们期待上述分享能够对朋友们有所启发，也欢迎对此问题感兴趣的同行或公司董监高与我们一起交流和探讨。

【摘要】破产程序中，对债权人所申报的债权审核后，对于当前既不能确认也不能不予确认的债权，管理人通常会按待定债权处理。而对于待定债权是否享有表决权，管理人会根据破产案件具体情况给破产案件受理法院提出是否给上述债权人临时确定债权额的意见。此外，债权人就此也可以向法院提出临时确定债权额的申请。

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第五十九条第二款规定，债权尚未确定的债权人，除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外，不得行使表决权。如何理解上述规定，在破产案件处理中对相关方有重大影响。本文拟结合A公司重整案（以下简称本案）相关问题处理，对此发表一管之见。不当之处，请各位批评指正。

【关键词】 破产 待定债权 临时债权额

对破产法第五十九条第二款规定的理解

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室



本案基本情况

（一）债务人A公司进入破产程序

2022年6月，A公司重整案被B法院裁定受理。债权人C公司向管理人申报借款债权，债权人D公司、E公司、F公司分别向管理人申报工程款及其他债权。但是，债权人C公司与债务人借款纠纷案尚在诉讼过程中，债权人D公司、E公司、F公司与债务人尚未办理工程款结算。

（二）一债会上，上述4位债权人按照管理人初步确认的债权金额行使表决权

为尽可能缓和债务人与债权人之间的矛盾，审核债权申报材料后，管理人在一债会《债权表》中初步确认上述4位债权人部分债权，其余债权作为待定债权。一债会时，B法院对债权尚未确定的债权人没有确定临时债权额。

（三）一债会后，上述4位债权人及债务人均对管理人提出债权审核异议。债权人提出，其申报的债权金额及性质管理人均应当予以确认。债务人则提出，管理人对上述4位债权人申报的全部债权均不应予以确认

债务人就管理人对C公司所申报债权初步审核意见提出如下异议：第一，案涉借款合同是否有效有争议。债权人C公司向管理人申报借款债权，但债务人认为案涉借款合同无效。第二，案涉借款是否存在砍头息有争议。债务人认为，案涉借款存在砍头息。按照最高人民法院相关规定，上述砍头息应当冲抵借款本金。第三，案涉借款还款金额有争议。债务人提出，其支付C公司的还款金额已超过案涉借款合同约定的借款本息。第四，C公司是否应当对案涉项目施工存在的质量问题承担责任有争议。债务人认为案涉项目存在施工质量问题，而C公司按约应

当对案涉项目施工质量问题承担赔偿责任。针对上述异议主张，债务人还给管理人提交了相关证据材料。

债务人就管理人对D公司、E公司、F公司所申报债权初步审核意见提出如下异议：第一，债权人申报主体是否适格有争议。上述3位债权人分别向管理人申报工程款及借款债权，而债务人却认为其与3位债权人签订的工程总承包合同并未实际履行，案涉各方实际履行的是债务人与案外人签订的合作协议。第二，案涉工程款权利主体有争议。债权人向管理人申报工程款债权，债务人认为案涉项目均不是上述3位债权人施工，实际施工单位是按照债务人与案外人签订的合作协议约定通过招投标方式确定，之后中标单位再与上述3位债权人签订施工合同。而签订上述施工合同的目的，就是为了实现合作协议约定的管理费、利息及加成费用。针对上述异议主张，债务人亦给管理人提交了相关证据材料。

（四）二债会时，上述4位债权人按照管理人复核确认的债权金额行使表决权

审核债权人及债务人异议主张及证据材料后，管理人在二债会《债权表》中调整了对上述4位债权人所申报债权的审核意见，除确认D公司对A公司部分借款债权之外，对D公司、E公司、F公司申报的工程款债权及C公司申报的借款债权均调整为待定债权。二债会时，上述4位债权人向B法院申请要求给予其临时表决权，但B法院延续一债会做法，对债权尚未确定的债权人仍然没有确定临时债权额。

（五）A公司重整案及上述4位债权人维权被社会公众关注



宋涛 | 合伙人

专业领域：房地产、公司、劳动争议
手机：+86 139 8383 1899
邮箱：jerold@zhhlaw.com

二债会后，上述4位债权人认为管理人不应将一债会时已初步确认的部分债权调整为待定债权，并提出没有给予待定债权表决权损害了其合法权益。为此，上述4位债权人多次向B法院及上级法院投诉，但其主张未获得两级法院支持。与此同时，上述4位债权人还持续通过媒体反映其诉求。一时间，A公司重整案及上述4位债权人维权被社会公众关注。

上述4位债权人投诉涉及的法律问题是：破产法第五十九条第二款的规定应如何理解。

（六）重整计划批准及执行情况

二债会上，A公司重整计划草案经债权人分组表决通过后，B法院于2023年3月底裁定批准A公司重整计划，终止A公司重整程序。

重整计划批准以来，项目遗留问题逐步解决，工程复工续建顺利进行，部分住宅、配套设施已于2023年6月按期交付。重整计划正在有序执行中。2023年11月，案涉项目业主代表将一面“心系百姓公正裁决”的锦旗送至B法院，感谢法院推动项目开发企业A公司重整，助力项目复工续建，依法保障广大购房户权益。

管理人对上述4位债权人投诉的意见：管理人复核债权异议后有权将一债会《债权表》中对

债权人初步确认的部分债权调整为待定债权

（一）按照最高人民法院司法解释规定，管理人复核债权异议后有权调整债权审核意见

最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）（2019年2月25日最高人民法院审判委员会第1762次会议通过，自2019年3月28日起施行）第八条规定，债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，应当说明理由和法律依据。经管理人解释或调整后，异议人仍然不服的，或者管理人不予解释或调整的，异议人应当在债权人会议核查结束后十五日内向人民法院提起债权确认的诉讼。当事人之间在破产申请受理前订立有仲裁条款或仲裁协议的，应当向选定的仲裁机构申请确认债权债务关系。

（二）本案中，债权人C公司与债务人借款纠纷案尚在诉讼中，债权人D公司、E公司、F公司与债务人之间还未办理工程款结算，故管理人将诉讼中的异议债权及未办理工程款结算的异议债权调整为待定债权合法有据

1.管理人上述做法符合下列法院文件相关规定：

按照《广东省高级人民法院关于审理企业破产案件若干问题的指引》（粤高法发【2019】6号）第七十七条之规定，暂缓认定的债权，包括管理人尚未作出审查结论或复核结论的债权、管理人作出审查结论或者复核结论后债权人提出诉讼的债权、附条件但条件尚未成就的债权等。

《云南省高级人民法院破产案件审判指引（试行）》（2019年5月20日云南省高级人民法院审判委员会2019年第2次全体会议通过）第九十一条规定，下列债权，管理人可暂不予确认：（一）管理人尚未得出审查结论或复核结论的债权；（二）管理人作出审查结论或复核结论后，债权人提起诉讼的债权；（三）附条件但条件未成就的债权；（四）诉讼和仲裁未决的债权；（五）债务人的保证人或其他连带保证债务人以将来求偿权申报的债权。

《福建省泉州市中级人民法院破产案件债权审核工作指引（试行）》第三十四条规定，对于涉及诉讼或仲裁且人民法院、仲裁机构尚未作出生效法律文书的，管理人应对申报人所申报的债权进行实质审查，但暂缓确认该债权，积极参加相关诉讼程序和仲裁程序，并根据相关的裁判结果以及债权的客观情况，决定是否上诉、申诉、申请撤销仲裁裁决、不予执行仲裁裁决等，并报告债权人会议或债权人委员会。如果涉及破产费用支出的，需经债权人会议表决同意。如果申报人撤回起诉或仲裁申请，管理人应及时进行债权审查认定。

2.管理人的上述做法符合下列管理人文件相关规定：

按照《成都市破产管理人协会破产案件债权审核认定指引（试行）》（2020年5月6日经成都市破产



管理人协会理事会讨论通过)第二十四条之规定, 暂缓认定的债权包括: 管理人尚未作出审查结论或者复核结论的债权; 管理人作出审查结论或者复核结论后债权人提起诉讼的债权; 附条件但条件尚未成就的债权; 诉讼和仲裁未决的债权; 债务人的保证人或者其他连带债务人对债务人将来求偿权申报的债权; 涉及事实、法律关系复杂, 短时间内难以形成审查意见的债权等。

《北海管理人协会破产案件债权申报和审查工作指引》第二十二条【诉讼、仲裁未决债权】规定, 对债权人申报的正在诉讼、仲裁尚未裁决的债权, 管理人不需对该债权进行实

质审查, 但需对其进行申报登记, 待法院或仲裁机构作出裁决后, 依据裁决结果认定其债权是否成立以及债权金额。

上述 4 位债权人的投诉未获得 B 法院及其上级法院支持

(一) B 法院未给上述 4 位债权人确定临时债权额, 这种做法符合《企业破产法》之规定

按照《企业破产法》第四十四条及第五十六条之规定, 人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人, 依照本法规定的程序行使权利。债权人未依照本法规定申报债权的,

不得依照本法规定的程序行使权利。《企业破产法》第五十九条第二款规定, 债权尚未确定的债权人, 除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外, 不得行使表决权。

(二) B 法院未给上述 4 位债权人确定临时债权额, 这种做法符合最高人民法院司法文件之规定

《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第110条【受理后有关债务人诉讼的处理】规定, 人民法院受理破产申请后, 已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼, 在管理人接管债务人财产和诉讼事务后继续进行。



债权人已经对债务人提起的给付之诉，破产申请受理后，人民法院应当继续审理，但是在判定相关当事人实体权利义务时，应当注意与企业破产法及其司法解释的规定相协调。

上述裁判作出并生效前，债权人可以同时向管理人申报债权，但其作为债权尚未确定的债权人，原则上不得行使表决权，除非人民法院临时确定其债权额。上述裁判生效后，债权人应当根据裁判认定的债权数额在破产程序中依法统一受偿，其对债务人享有的债权利息应当按照《企业破产法》第46条第2款的规定停止计算。

（三）B法院未给上述4位债权人确定临时债权额，这种做法符合破产法权威学理解释

全国人大法工委编写的《破产法释义》对《企业破产法》第五十九条第二款中“确定”含义有解释。“债权尚未确定大体包括两种情况：一是债权是否存在尚未确定，二是债权数额不能确定。这些债权人一般不能享有表决权。但如果法院能够临时确定其债权数额的，则可享有表决权。”

（四）B法院未给上述4位债权人确定临时债权额，这种做法符合最高人民法院另案答复意见

在《最高人民法院关于沈阳特种环保设备制造股份有限公司破产重整一案请示的答复》（2013）中也明确：“原则上只有债权已经确定的债权人才能参加债权人会议并依法享有表决权。债权尚未确定的债权人，在

债权确定前一般不享有表决权，只有在特殊情况下，如当事人虽然对整体债权存在争议，但对其中部分内容无异议，受理破产案件的人民法院可以就各方无异议的部分先行临时确定债权额，债权人可以就该无异议部分的债权行使表决权。”

破产法第五十九条第二款规定应当如何理解

第一，从对该法条的文义解释看，可以得出如下结论：除非法院给债权人确定临时债权额，债权尚未确定的债权人不享有表决权。

第二，结合最高人民法院司法文件之规定看，也可得出上述结论。

第三，从全国人大法工委对破产法第五十九条第二款规定的学理解释看，亦可得出上述结论。

第四，从最高人民法院另案答复意见看，可以得出如下结论：只有在特殊情况下，受理破产案件的法院可以就各方无异议的部分先行临时确定债权额。

综上所述，破产法第五十九条第二款规定应当这样理解：破产程序中债权尚未确定的债权人没有表决权是原则，有表决权是例外。

总结

2023年5月，债权人C公司与债务人A公司借款纠纷开庭审理后，G法院判决驳回C公司对A公司的诉讼请求。C公司不服一审判决向二审法院提起诉讼，现二审诉讼仍在进行中。

举重以明轻，从一审判决看，管理人在二债会时对诉讼中的异议债权及未办理工程款结算的异议债权作为待定债权及B法院没有给债权人临时确定债权额的处理符合司法审慎原则，并不存在损害上述4位债权人合法权益问题。相反，则可能会损害其他债权人及债务人的合法权益。

基于多种原因考虑，管理人在一债会《债权表》中初步确认债权人部分债权，其余债权作为待定债权处理。虽然管理人的初衷是好的，但结果却不尽如人意。事后看来，管理人在一债会《债权表》中对于符合待定的债权均应当按照待定债权处理。

【摘要】 相互认可与执行判决作为司法协助的一种方式，在解决内地和香港区际法律冲突上发挥着重要作用。继内地与香港在民商事司法文书送达、仲裁保全安排、仲裁裁决执行、协议管辖民商事案件判决的互认、民商事委托提取证据、婚姻家庭案件判决的互认执行等安排签署后，最高人民法院和香港特别行政区政府律政司于2019年1月18日签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（以下简称新安排），新安排由最高人民法院颁布司法解释的方式已于2024年1月29日在内地生效。与此同时，香港立法会颁布的《内地民商事判决（相互强制执行）条例》（香港法例第597章）（以下简称新条例）也于2024年1月29日在香港生效。新条例废除目前根据《内地判决（交互强制执行）条例》（香港法例第597章）（以下简称旧条例）执行的于2008年8月1日生效的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（以下简称旧安排）。与新条例同时生效的还有《内地民商事判决（相互强制执行）规则》（以下简称新规则）及《实务指示38-“内地与香港民商事判决的相互强制执行”》（以下简称实务指示）。本文拟采取对比的方式，对新条例、新规则及实务指示的核心亮点、主要变化及其对内地企业今后开展投资、经贸活动与解决民商事纠纷可能产生的重大影响进行详细解读，以期对内地企业有所助益。

【关键词】 内地与香港司法协助 民商事判决认可和执行 跨境争议解决

香港内地民商事判决 相互强制执行条例与 配套新规全面解读

◎ 文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室



新条例生效前，内地判决在香港执行的法律实践

尽管新安排已于2019年签署，但相关内容需要在新条例生效后才能正式执行。因此，2024年1月29日之前内地判决在香港执行的法律实践，主要依据旧安排所对应的香港旧条例，或者普通法规则进行。

（一）根据旧条例规定，内地判决在香港的认可和执行

根据旧条例规定，内地判决必须符合以下条件，才能在香港认可与执行：

- 判决所涉争议的协议中需指明由某内地法院处理该争议且其他司法管辖区法院无权处理该争议；
- 判决必须是内地指定法院作出的判决；
- 判决对判决各方而言是最终及不可推翻的判决；
- 判决是可以在内地强制执行的判决；
- 判决命令缴付一笔款项（而这笔应付款项既非就税款或类似性质的其他收费而缴付，亦非就罚款或其他罚则而缴付）。

对于上述条件，实践中许多案件受限于缺失明确的内地法院专属管辖权条款而无法根据旧条例在香港法院认可和执行内地法院判决。而且，内地指定法院仅受限于旧条例规定范围内的法院，对于基层人民法院的判决，只有香港法院认可的基层人民法院才能满足条件。此外，对于最终及不可推翻的判决，香港法院判例中也存在因内地存在审判监督程序而对判决终局

性产生争议，使得很多内地法院判决无法或难以根据旧条例规定在香港法院认可和执行。因此，司法实践中，内地法院判决根据旧条例成功在香港得以认可和执行的案件很少。

（二）根据普通法规则，内地判决在香港的认可和执行

在无法根据旧条例在香港法院认可和执行内地法院判决时，根据普通法规则，内地法院判决判项下的权益人可以将内地判决作为在香港法院起诉的诉因并取得香港法院判决后在香港法院执行。该种情况下，内地判决应当是：

- 责令缴付固定金额钱款的判决；
- 最终及不可推翻的判决；
- 由拥有司法管辖权的内地法院作出的判决。

同样，因内地存在审判监督程序而对判决终局性产生争议，使得很多内地法院判决也难以根据普通法规则在香港法院认可和执行。因此，司法实践中，内地法院判决基于普通法规则成功在香港得以认可和执行的案件则更少。

新旧条例主要变化对照

相较于旧条例内容，新条例在多个方面都做出了全新而重大的突破。这反映了两地人员交往日益频繁密切，经贸合作不断拓展深化，法律纠纷数量日渐增多、类型日益多元的现状。总体而言，新旧条例的主要变化体现在适用条件、不适用与适用的民商事判决范围及是否包括金钱判项、非金钱判项、惩罚性赔偿等方面。具



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



李慕乔 | 顾问律师

专业领域：海外投资与并购、国际贸易与运输、跨境争议解决
手机：+86 158 0233 2710
邮箱：james.li@zhhlaw.com

体如下：

| 针对的问题 | 旧条例 | 新条例 |
|---------------------------|---|---|
| <p>适用条件</p> | <ul style="list-style-type: none"> • 必须以书面形式明确约定内地人民法院具有唯一管辖权，其他司法辖区的法院无权处理该等争议； • 必须为民商事案件； • 判决必须为作出须支付款项的具有执行力的判决书、裁定书、调解书或缴付令。 | <p>无需具有书面管辖协议，可包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> • 刑事案件中有关民事赔偿的生效判决； • 有关知识产权的判决(不包括发明专利或实用新型专利的专利侵权案件，确认标准必要专利许可费率的案件，以及不属于版权、商标、地理标志、工业外观设计专利集成电路的布局设计(拓扑图)、保护未被披露资料的权利、《民法总则》第 123 条第 2 款第 7 项或香港《植物品种保护条例》规定的权利人就植物新品种享有的权利的案件)；有关商业秘密侵权纠纷案件。 |
| <p>不适用的民商事判决范围</p> | <ul style="list-style-type: none"> • 不适用任何无书面排他性管辖协议的争议或者不属于支付款项的判决； • 不适用雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的判决。 | <p>取消了书面排他性管辖协议的限制，但不适用于如下特定类型的民商事判决，包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> • 有关公司破产和债务重组及个人破产的判决； • 前述可适用的知识产权案件范围以外的案件； • 部分有关婚姻或家庭事宜的判决； • 与继承、管理或分配死者遗产有关的事宜； • 涉及海洋环境污染、海事索赔责任限制、共同海损、紧急拖航的判决； • 和救助、船舶优先权及海上旅客运输有关的判决； • 有关仲裁协议效力和撤销仲裁裁决的判决，以及就认可和执行其他国家或地区作出的判决或仲裁裁决作出判定的判决； • 就自然人的选民资格作出判定的判决； • 宣告自然人失踪或死亡的判决； • 就自然人法律上的民事行为能力作出判定的判决。 |

| 针对的问题 | 旧条例 | 新条例 |
|----------------------|--|--|
| 适用的民商事判决范围 | <ul style="list-style-type: none"> • 最高人民法院作出的判决； • 高级人民法院、中级人民法院作出的第二审判决； • 高级人民法院、中级人民法院及香港特区宪报公布的受认可的基层人民法院作出的依法不准上诉或者已过法定期限没有上诉的第一审判决； • 依照审判监督程序由上一级人民法院提审后作出的生效判决。 | <ul style="list-style-type: none"> • 最高人民法院作出的判决； • 高级人民法院、中级人民法院作出的第二审判决； • 高级人民法院、中级人民法院及基层人民法院作出的依法不准上诉或者超过法定期限没有上诉的第一审判决； • 依照审判监督程序作出的上述判决。 |
| 是否包括金钱判项、非金钱判项、惩罚性赔偿 | <ul style="list-style-type: none"> • 包括金钱判项； • 不包括非金钱判项； • 不包括惩罚性赔偿。 | <ul style="list-style-type: none"> • 包括金钱判项； • 包括非金钱判项； • 一般不包括惩罚性赔偿部分，但符合新条例适用条件的知识产权侵权纠纷且侵权行为在内地实施的案件，以及在内地实施的不正当竞争行为的不正当竞争纠纷案件，则包含惩罚性赔偿部分。 |

新条例亮点解读

新条例主要在以下几个方面对旧条例做出了重大调整与补充：

（一）案件类型：除了8类案件外，将民商事纠纷全部案件类型纳入互认范围

在案件类型上，新条例几乎将所有“民商事生效判决”都纳入到了适用范围内，并且进一步拓展到“刑事案件中有关民事赔偿的生效判决”。新条例对民商事案件类型作了部分限制，要求新条例适用的

“民商事案件”必须在两地均属于民商事性质，同时排除了暂不适用的8类民商事案件类型，包括部分婚姻家庭案件、继承案件、部分专利侵权案件、部分海事海商案件、破产（清算）案件、确定选民资格案件、与仲裁有关案件、认可和执行其他法域裁决的案件等。

（二）判决范围：突破管辖协议的限制，明确实体裁判的边界

旧条例将判决互认和执行的范围限定在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有

执行力的终审判决，新条例删除了前述所有限制，意味着认可和执行范围扩展至法定管辖，这几乎涵盖了所有传统意义的民商事判决的范畴。而且，新条例将原“具有执行力的终审判决”改为“生效判决”，在立法技术层面上，与我国民事诉讼领域两审终审制度更加契合。

同时，新条例以列举的方式对判决的类型做了明确界定：在香港，判决在原有的基础上新增了判令以及劳资审裁处、土地审裁处、



作出的已经发生法律效力判决，排除了禁诉令、临时济助命令。这一规定明确了互认和执行判决的边界以实体裁判为限。

（三）判项内容：将金钱判项、非金钱判项均纳入互认范围，部分知识产权侵权及反不正当竞争类案件的赔偿范围包括了惩罚性赔偿

旧条例中互认的判决需是“支付款项的”具有执行力的终审判决，即限于金钱判项；而新条例将金钱判项和非金钱判项全部纳入互认范围，同时明确金钱判项中的惩罚性赔偿原则上不予认可和执行，但符合新条例适用条件的知识产权侵权及反不正当竞争类案件除外。之所以在知识产权侵权案件判决的认可与执行方面采取了比国际公约更为前瞻性的规定，将惩罚性赔偿纳入互认范围，主要是为了更好地服务于内地创新驱动发展。同时，新条例将迟延履行金及迟延履行利息也明确纳入了金钱判项中的财产给付范围。上述规定显然极大地提高了两地司法协助的深度和广度。

新规则及实务指示的主要内容解析

2024年1月29日，新规则与实务指示和新条例同步生效。新规则主要规定程序性事项，作为新条例的补充。而实务指示则从实务角度为根据新条例和新规则提出申请的当事人提供文书格式样本及应当载明

内容方面提供指引。

（一）新规则要点解读

新规则主要通过明确内地判决在香港登记和执行的详细要求和具体程序对新条例进行补充，主要包括：

1. 登记申请。登记申请须采用香港《高等法院规则》附录A表格11的原诉传票单方面向原讼法庭提出，并由遵照新规则规定作出的誓章作为支持文件。

2. 支持誓章。规定不同情形下，申请人用以支持其登记判决的申请而作出的誓章需要载明的内容及所附的文件。这些情形包括各方及内地判决的详情、部分就民事商事作出的内地判决、禁止或限制履行作为的内地判决、规定支付款项或履行作为的内地判决、一方缺席审讯下作出的内地判决以及曾获登记的内地判决等。

3. 登记。登记令须指明可就登记提出寻求作废申请的限期，高等法院司法常务官须在高等法院登记处备存已登记判决的登记册，并就登记通知书等应当载明的内容作出规定。

4. 将登记作废。明确原讼法庭审理与申请作废登记有关争议的权利。

5. 执行已登记判决。规定在判

决得到登记后在香港执行判决的程序及发出执行程序文件等内容。

6. 香港判决的经核证文本及证明书。规定用于在内地执行的香港判决如何在香港法院取得经核证文本和证明书的要求和程序事项。

（二）实务指示要点解读

实务指示旨在规管两方面内容：一是内地和香港判决相互执行的常规及程序，包括按新条例和新规则就2024年1月29日或之后作出的内地判决进行登记；二是关于根据新条例及新规则申请香港判决的经核证文本及司法常务官证明书，便于在内地承认及强制执行香港判决。实务指示列出了用于申请登记判决的原诉传票所需要的誓章样本、登记令样本、登记通知书样本、载明内地判决详情的表格样本以及讼费陈述书的格式样本。相关内容请参阅香港司法机构网站：<https://legalref.judiciary.hk/doc/npd/chi/PD38.htm>

新条例及配套新规的重大影响

一直以来，香港都是内地最大的外资来源地。近几年，越来越多的内地企业到香港或通过香港到境外投资、并购与开展经贸合作。企业相互投资与经贸合作过程中，不可避免会产生争议。一旦发生争议后，如何采取有效方式解决争议和



保护自身的合法权益是企业最为关心的问题。新条例及配套新规的生效，将对两地企业尤其是内地企业今后到香港或通过香港到境外投资、并购与开展经贸合作产生重大影响。

（一）为内地企业在跨境交易中选择争议解决方式与机构提供了更多选择

通常情况下，企业在境外投资、并购与经贸合作签署交易文件时，便需要设置专门条款对争议解决方式与机构作出明确约定。新条例及配套新规的生效将实质改变企业及律师在约定争议解决条款时的整体思路，比如是选择诉讼或是仲裁方式更有利于保护自身权益时，对内地企业而言则有了更多选择，可根据交易实际情况及己方在交易中的强弱地位等因素综合权衡后，选择更有利于保护自身权益的争议解决方式和机构。

（二）发生争议后，内地企业在制定争议解决策略与思路时，需要综合考虑对方在香港的资产情况，便于后续判决得到有效执行

如前所述，无论是根据旧条例规定，还是通过普通法规则到香港法院申请认可和执行内地法院判决，因受制诸多因素使得很多内地法院判决无法或难以在香港法院得以认可和执行。新条例及配套新规生效后，为内地各类民商事案件判决在香港法院认可和执行建立起顺畅和便捷路径。因此，一旦发生争

议后，企业和代理律师在制定争议解决策略与思路时，就必须要了解被告在香港是否拥有资产，以及对如何到香港认可和执行法院判决等进行总体筹划和设计，而不仅限于调查和执行被告在内地拥有的财产。因此，新条例及配套新规生效后，将对发生争议后内地企业和律师解决争议的策略与思路设计产生实质影响。

（三）将有效降低两地企业通过诉讼方式解决争议所需成本

新条例生效后，内地的各类民商事案件判决基本可以在香港实现异地“流通”，极大减少当事人讼累和重复诉讼，节省两地司法资源，并对两地企业通过诉讼方式解决争议带来诸多便利。同时，也将实质降低两地企业到内地和香港认可和执行法院判决所需成本。

但遗憾的是，根据新条例，当事人在起诉前或诉讼中仍无法申请对被告在香港拥有的财产采取临时救济措施，只能在申请认可和执行法院判决时，被请求方法院在受理申请之前或者之后，才可以申请采取保全措施，这使得被告可能在法院判决作出前已将其在另一地拥有的财产进行转移或隐藏，从而使得在法院判决作出后无法有效执行被请求方在另一地拥有的财产。对此，两地在仲裁领域的互助安排下签署的《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《仲裁保全安排》）明

确了内地仲裁程序申请人可以向香港法院申请保全，同时对向香港法院提出保全的范围、管辖法院、保全程序及保全担保等事项均作出明确指引。因此，相比于诉讼方式中无法在诉前或诉中向香港法院申请临时措施等保全方式，如果选择仲裁，则可根据《仲裁保全安排》在仲裁裁决作出前申请对被申请人在香港拥有的财产采取保全措施，从而为后续仲裁裁决的有效执行提供了更多保障。相信上述问题随着两地经贸往来的进一步深度融合，在不久的将来会得到有效解决。

对内地企业与律师的建议

为了使内地企业在境外投资、并购与经贸合作及内地诉讼中更好地利用新条例机制防范风险和保护自身合法权益，特提出如下建议：

（一）内地企业需要重新思考香港在搭建境外投资交易架构中的

价值及优化交易架构设计。新条例对企业到境外投资、并购与开展经贸合作设计交易架构时，即是否需要到香港搭建架构层及如何搭建架构层会产生重大影响。因为在香港设立离岸公司的主要目的之一是为了隔离风险，但在新条例体系下，内地企业到境外投资、并购与开展经贸合作时，在香港设立离岸公司是否仍然能起到隔离法律风险的作用，以及如何搭建交易架构以起到隔离风险的作用，需要结合项目具体情况进行分析，甚至需要考虑通过其他离岸法域搭建多层架构的方式增强风险隔离的效果。

（二）对已在香港持有股票、股权、资产、银行账户等资产的内地企业，建议商请专业律师梳理漏洞与可能存在的风险，并采取措施事先做好风险隔离与防范措施。

（三）增强香港法律知识尤其是资产调查方面实务的学习和了解，以便有效在香港执行内地法院

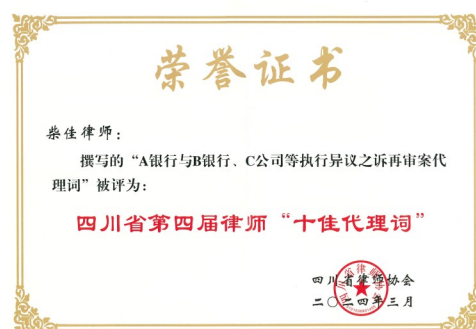
判决。对于寻求在香港执行内地判决的债权人而言，考虑到内地与香港法律体制、社会制度等存在较大差异，建议加强对香港法律制度、规定与司法实务方面的了解，特别是了解如何查询内地企业在香港持有股票、股权、资产、银行账户等资产信息的途径、方法，以便在代理涉及香港资产或法院判决需在香港法院执行的案件中，能快速调查到内地企业或个人在香港持有的上述资产。有关如何在香港调查资产，请参考笔者撰写的《新机制下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决与民商事判决》一文。

（四）内地法院作出生效判决后，内地企业应及时聘请专业律师到香港法院申请认可和执行法院判决，就判决登记、申请临时措施、强制执行等方面提供专业法律意见，以便高效采取保全和执行措施，更大程度维护自身的合法权益，使得内地法院判决能在香港法院得到有效执行。



合伙人柴佳荣获四川省第四届律师“十佳代理词”奖

为切实增强律师业务的专业性和规范性指导，充分发挥优秀代理词、辩护词的示范引领作用，全面展示律师良好职业形象，2024年3月28日，四川省律师协会对荣获第四届律师“十佳代理词”“十佳辩护词”的获奖律师进行表彰。合伙人柴佳的《A银行与B银行、C公司等执行异议之诉再审案代理词》荣获“十佳代理词”。



高级合伙人王必伟当选 重庆市人民政府行政复议委员会专家委员

2024年4月3日，《重庆市人民政府办公厅关于调整重庆市人民政府行政复议委员会组成人员的通知》发布。高级合伙人王必伟当选重庆市人民政府行政复议委员会专家委员。



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 8388 E-mail: cq@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

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

北京

北京市朝阳区光华路远洋光华国际 AB 座 7 层 邮编: 100020
7/F, Tower AB, Yuanyang Guanghua International, Guanghua Road, Chaoyang District, Beijing 100020, PRC
Tel: +86 10 2173 7325 Fax: +86 2173 7325 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

香港

香港金钟道 95 号统一中心 32 层
32/F, United Centre, 95 Queensway, Admiralty, Hong Kong
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



[@zhhlawfirm](https://www.whatsapp.com/channel/00299a61111111111111)



[@zhhlawfirm](https://twitter.com/zhhlawfirm)



www.zhhlaw.com