

联系会员视角

VISION of CAPCO ASSOCIATE MEMBERS

聚焦市场热点话题
为上市公司提供专业视角解读

服务
■ 自律
■ 规范
■ 提高

■ 本期主办
联系会员——上海问道有诚律师事务所





中国上市公司协会联系会员名单 (按首字母排序)

CAPCO Associate Members List

北京大成律师事务所
北京德和衡律师事务所
北京德恒律师事务所
北京市环球律师事务所
北京市金杜法律研究院
北京市隆安律师事务所
北京市天同律师事务所
北京市盈科律师事务所
国浩律师（上海）事务所
上海问道有诚律师事务所

安永华明会计师事务所（特殊普通合伙）
天职国际会计师事务所（特殊普通合伙）

银河期货有限公司
中国国际期货股份有限公司
中信期货有限公司

南方基金管理股份有限公司
鹏华基金管理有限公司

北京乐瑞资产管理有限公司
北京枫叶誉驰投资管理有限公司
长江养老保险股份有限公司
财通证券资产管理有限公司
航天投资控股有限公司
上海景林资产管理有限公司
五矿国际信托有限公司

弗若斯特沙利文（北京）咨询有限公司
中国通用咨询投资有限公司
中智管理咨询有限公司

达信（中国）保险经纪有限公司
东方金诚国际信用评估有限公司
中诚信绿金科技（北京）有限公司

Contents

目录

01 政策解读 ----- 01

《刑法修正案（十二）（草案）》出台，民营企业反舞弊立法趋严

02 焦点延伸 ----- 02

《刑法修正案（十二）（草案）》视野下民营企业内部腐败治理问题研究

03 Wintao Global Focus ----- 12

Global View on Corporate Bribery and Corruption Governance

1 政策解读

《刑法修正案（十二）（草案）》出台， 民营企业反舞弊立法趋严

近年来，民营企业不断爆出严重的内部腐败问题，引起了社会各界的关注，为此许多企业也在积极探索建立企业内部的反舞弊机制，通过多种渠道、采用各类手段加强对企业内部人员舞弊行为的犯罪预防、线索发现、证据调查与法律处置。

现行法律体系下，企业希望对于公司内部员工违反忠实勤勉义务、故意损害公司利益的行为进行刑事追责较为困难。而《刑法修正案(十二)(草案)》的出台无疑将扭转这一局面，也彰显了立法层面对民营企业反舞弊问题的关注。《刑法修正案（十二）（草案）》的内容共计 8 个条文，涉及 7 个罪名，全部与舞弊行为密切相关。《刑法修正案（十二）（草案）》将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、出售企业资产罪和背信损害上市公司利益罪的犯罪主体皆由国有企业相关人员扩展到民营企业，强化了对民营企业公司权益的保护。同时，《刑法修正案（十二）（草案）》还将行贿罪的刑事处罚上限提高到与受贿罪同等的幅度，加大了对行贿行为的刑事打击力度，力求从源头遏制民营企业腐败的滋生。

2023 年 7 月 31 日，最高检随即印发了《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》（以下简称“《意见》”），强调检察机关要依法惩治影响民营企业健康发展的民营企业内部人员犯罪。《意见》指出，民营企业舞弊犯罪不仅



重损害民营企业合法权益，影响民营企业核心竞争力和创新发展，而且扰乱公平竞争市场秩序，破坏民营企业发展环境。检察机关要着重关注民营企业的高管及企业的采购、销售、财务部门人员等关键岗位腐败问题高发的现象。下一步，检察机关将依法加大对民营企业内部人员实施的职务侵占、挪用资金、受贿等腐败行为的惩处力度，同时推动健全办案全过程中对赃物的追缴处置机制，为涉案民营企业挽回损失等。

从作用上看，《意见》要求检察机关充分发挥在民营企业涉刑案件中的立案监督作用，回应了当前民营企业面临的报案立案难、查办难等问题；要求精准把握逮捕与起诉条件，准确适用起诉裁量权，有利于加强行政执法与刑事司法的有效衔接，最终形成惩治民营企业内部犯罪问题的合力。

2 焦点延伸

《刑法修正案（十二）（草案）》视野下民营企业内部腐败治理问题研究

· 前言

自党的十八大以来，我国反腐败斗争进入崭新阶段，腐败问题得到极大遏制，国家反腐制度和机制得到极大完善。相较于公共部门腐败备受社会关注，以民营企业为代表的私营部门内部腐败问题更为复杂。¹长期以来，民营企业内部腐败问题被认为是民营企业的“家务事”。民营企业内部腐败问题多发、易发，主要表现在侵占、挪用、受贿和背信等方面，其中背信问题较为突出。同时，民营企业内部治理不规范，缺乏有效监督，迫切需要加强针对性治理。²《刑法修正案（十二）（草案）》增加民营企业内部人员故意背信损害企业利益的相关犯罪条款，这既是对反腐败斗争认识的深化，也为民营企业内部腐败治理理论研究和实践探

¹ 时延安：《反腐：民营企业治理现代化的一场革命》，载《检察日报》2021年11月18日，第003版。

² 《全国人大常委会法工委刑法室负责人就刑法修正案(十二)草案答记者问》，载《法治日报》2023年7月26日，第002版。

索提出了新课题。

本文结合《刑法修正案（十二）（草案）》及其立法精神，通过分析民营企业内部腐败的治理困境，探讨民营企业内部腐败治理长效机制，以为民营企业防治内部腐败提供助益与参考。

一、当前民营企业内部腐败治理困境



民营企业“内部腐败”是指管理者及其员工在经营、管理中发生的收受贿赂、职务侵占、挪用资金、采购舞弊等不当行为，是相对于企业为规避管制或开拓市场而发生的压力型行贿行为而言的。³它的问题形成既有刑事立法、司法层面的原因，也有我国民营企业治理结构、营商环境等多方面的因素。⁴

1

我们认为，当前民营企业内部腐败治理困境主要包括以下三个方面。

◆（一）民营企业内部反腐动力不足

受外部营商环境和经营者经营策略等影响，部分民营企业在经营活动中主动或被动使用贿赂手段为本企业谋利，相关员工更容易发生腐败现象。比如，有的企业通过业务人员进行利益输送获得竞争优势，此种情形下，业务人员与相对方往往单线联系，企业只能进行总量控制，业务人员不仅获得了腐败机会，而且会在心理上将腐败作为一种风险补偿，使其行为合理化。其次，民营企业，尤其是中小型民营企业，通常缺少完备的内控制度，给行为人以可趁之机。再次，民营企业内部腐败人员常与企业经营者非亲既故，不到万不得已，企业经营者也不愿经公处理。最后，民营企业也担心公权力介入后会企业经营带来不便。因此，很多民营企业面对内部腐败大都采取息事宁人的做法。

³ 王田田：《中国民营企业的内部腐败治理：从公司治理到国家治理》，载《廉政学研究》2019年第1期。

⁴ 贾宇：《民营企业内部腐败犯罪治理的体系性建构——以〈刑法修正案（十一）〉的相关修改为契机》，载《法学》2021年第5期。



2

◆ （二）民营企业内部反腐手段有限

近年来，华为、万达、腾讯、360、阿里巴巴、京东等一些中国大型民营企业相继高调反腐，轻则解除涉事者的劳动关系，涉嫌犯罪的则移送司法机关。不同于上述实力雄厚的民营企业，大量民营企业内部腐败治理手段极其有限。预防难、发现难、调查难、立案难、追赃挽损难是民营企业内部腐败治理工作的痛点、难点。具体而言，涉腐败犯罪隐蔽性相对较高，行为人通常会使用巧妙的手段掩盖其行迹，腐败行为长时间难以被察觉，此为其一。其二，不同于公共部门已实现监察体系全覆盖，民营企业缺乏专业调查人员且调查手段极为有限。其三，囿于调查人员和手段的限制，民营企业通常只能获取一些腐败线索，缺少扎实完备的证据，报案时往往被告知证据不足，但不立案又无法取得证据，于是陷入死循环。其四，民营企业通过刑事控告程序追赃挽损的效果也不尽如人意。⁵

3

◆ （三）“公尊私卑”影响民企内部反腐治理效果

长期以来“公尊私卑”的体制和观念对市场政策、法律资源和反腐资源的配置产生着深刻影响，继而影响着民营企业内部腐败及其治理效果。《联合国反腐败公约》第二十条将私营部门的腐败行为纳入规

⁵ 浙江省W市检察机关受理的181件判决生效的案件中刑事诉讼程序中民营企业获赔偿情况，最终没有获得任何赔偿的案件占49.2%，部分赔偿、企业让步赔偿或赔偿协议仍在履行的案件占39.7%，完全赔偿的案件仅占11.1%。

制范畴，美国、新加坡、我国香港地区等也建立了相应的私营部门反腐败法律规制和运行体系。但在我国刑事立法和司法实践中，民营企业内部腐败犯罪问题没有受到应有的重视，缺乏从刑事立法与司法角度及犯罪预防层面的系统研究，仍是一个“被遗忘的角落”。这种“公尊私卑”的观念首先表现在民营企业内部腐败治理制度的供给不足，目前我国应对民营企业内部腐败的罪名主要包括职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪、挪用资金罪、侵犯商业秘密罪以及部分计算机类犯罪，很多严重损害民营企业的行为没有刑法规制，尤其是缺少对民营企业内部人员背信行为的规制。其次，“立案难”是民营企业反腐工作司法实践中遭遇的“通病”。一方面，民营企业自身调查手段的有限，加之对外经济往来复杂、财务制度混乱，民营企业报案时通常仅能提供一些线索，很难拿出充分的证据；另一方面，涉案人员与企业通常存在复杂的经济往来，致使办案人员对部分民营企业内部人员侵害企业的行为无法确定性，实践中出现了定性上向经济纠纷逃逸的倾向。



二、我国民营企业内部腐败治理的制度供给

民企概念产生于 20 世纪 80 年代，是一个具有中国特色的概念。所谓民企，从产权实质上来看，就是私营企业。在我国市场经济体制改革不断深化的过程中，包括民企在内的非公有制经济的法律地位得以确立。从理论上讲，从民企产生之时起，民企腐败就存在。但是，1993 年之前

关于腐败的法律制度并未将民企腐败纳入规制范围，刑事立法方面更是相对滞后，1997年《刑法》才明确将公司、企业人员的侵占、行贿和受贿行为等民企内部腐败纳入刑法规制范畴，但在公权力腐败的强大聚焦下，民企内部腐败始终无法摆脱其附属地位。⁶不过，国家已经开始关注到民营企业内部腐败问题，《刑法修正案（十一）》调整了部分民营企业内部腐败犯罪的刑罚配置。2022年4月，最高检、公安部修订《立案追诉标准（二）》降低了民营企业内部腐败犯罪的入罪门槛。此次，《刑法修正案（十二）（草案）》更是明确提出要惩处民营企业内部腐败问题，这既是我国反腐败斗争认识的深化，也是民营企业治理现代化的一场革命。



◆（一）由无到有：从反商业贿赂立法到《刑法修正案》专项规制 1

在我国法制建设历程中，民营企业内部腐败制度供给很长一段时间处于缺失状态，这与国家经济体制变革密切相关。直到上世纪九十年代，随着商业贿赂问题不断升温，1993年《反不正当竞争法》、《公司法》，1995年《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》、《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》和1996年的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》等开始在立法制度层面予以关注。1997年《刑法》明确将公司、企业人员的侵占、行贿和受贿行为纳入刑法规制范畴，规定了非国家工作人员受贿罪、非国家工作人员行贿罪、挪用资金罪、行贿罪等。随后，2006

⁶ 任建明、龙海娇：《政府治理民企腐败制度的历史回顾与前瞻》，载《河南社会科学》2019年第10期。

年《刑法修正案（六）》扩大了商业贿赂犯罪主体，2011年《刑法修正案（八）》进一步增加了针对贿赂外国公职人员的相关规定。2015年《刑法修正案（九）》进一步加大了对非国家工作人员行贿罪的处罚，特别是对于“数额较大”的行贿犯罪者提出了罚金的处罚。

这一时期，尽管民营企业腐败治理制度供给实现了“从无到有”，但其始终未能脱离“附庸”的地位。直到《刑法修正案（十一）》和修订后的《立案追诉标准（二）》出台前，仍存在着贪污罪、职务侵占罪、挪用公款罪与挪用资金罪、受贿罪与非国家工作人员受贿罪等存在入罪门槛、刑罚配置不平衡的现象，对涉及民营企业商业秘密、股权、上市利益等非传统型犯罪的打击力度明显不足。这导致了相关案件的受理零星化，出现了“现实侵害多，刑事规制少”、“企业损失惨重，刑事处罚轻微”的局面，都凸显了我国现行刑法在一些经济犯罪问题上仍带有时代烙印的问题。

2

◆（二）加强惩处：《刑法修正案（十一）》中的职务犯罪调整

《刑法修正案（十一）》对部分非国家工作人员职务犯罪的刑罚进行了适当修改，调整了挪用资金罪、职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪等罪名的刑罚配置。刑罚种类上，将非国家工作人员受贿罪和职务侵占罪中特别增设了罚金刑，进一步加重行为人的刑事责任；量刑档次上，将非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪的法定刑档次从两档增至三档，最高法定刑也从十五年有期徒刑提高至无期徒刑；量刑情节上，非国家工作人员受贿罪将不再仅以受贿数额作为量刑的标准，增加了对情节的考量因素，即使受贿金额未达到“数额巨大”或“数额特别巨大”的数额标准，也可以根据情节因素提升量刑档次进而加重刑罚。为贯彻《刑法修正案（十一）》立法精神，最高人民检察院、公安部于2022年4月修订《立案追诉标准（二）》，对非国家工作人员受贿罪等五种非国家工作人员职务犯罪的立案追诉标准，采用与受贿罪等国家工作人员职务犯罪相同的入罪标准。

《刑法修正案（十一）》和修订后的《立案追诉标准（二）》体现和落实国家对产权平等保护的時代精神，但仍有不足。后者主要表现为：现行刑法没有规定背信罪，只是将特殊的背信行为规定在《刑法》分则第三章，而且其行为主体限于国有公司、企业的相关人员，导致集体企业、民营企业内部人员侵犯单位财产的背信行为得不到刑法的规制。⁷



◆ （三）新增变化：《刑法修正案（十二）（草案）》中的非国有企业人员背信责任

3

针对企业人员的背信和渎职行为，现行刑法目前仅将国有企业高管人员的背信和渎职行为规定为犯罪，即第一百六十五条规定的非法经营同类营业罪、第一百六十六条规定的为亲友非法牟利罪和第一百六十九条规定的徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪。《刑法修正案（十二）（草案）》这次修改在上述三个条文中各增加一款，将现行对“国有公司、企业”等相关人员适用的犯罪扩展到非国有企业，从而将民营企业、外资企业等企业人员的背信和渎职行为纳入刑法规制的范畴。

⁷ 张明楷：《刑法修正的原则与技术——评〈刑法修正案（十二）（草案）〉》，载《中国刑事法杂志》2023年第5期。

三、反腐败合规体系：民营企业内部腐败治理长效机制的构建



治理民营企业腐败现象，不能单一倚赖刑事治理，更应当针对民营企业内部腐败犯罪特质，充分调动利用各方治理优势和资源，整体提升民营企业的生存免疫力和发展内生力。可以预见，随着《刑法修正案（十二）（草案）》后续正式落地将会出现一波控告潮，上下游企业的内部反腐很可能会风险外溢。因此，民营企业应提前构建反腐败合规体系，以事前、事中和事后自我监管为路径，⁸打造企业内部腐败治理的长效机制，从而更好地适应国家腐败治理战略转型的新动向。

◆ （一）设立独立、适当、权威的合规组织

1

组织保障是民营企业内部开展反腐败合规工作的前提。根据企业规模大小，企业可选择不同的组织模式，但都应以适当性、独立性和权威性为原则，搭建垂直领导、职责明确、层次清晰、上下联动、协同高效、管控严密的一体化合规管理组织架构。⁹比如，万达集团董事长王健林在其亲自编撰的《万达哲学》一书中称：万达建立了一支强大的审计队伍，我个人在集团不分管具体业务，唯一管的部门就是审计部，审计部相当于万达集团的纪委。这支团队忠诚、严谨、能力强，在集团内部树立了权威，具有很强的威慑力。



8 刘艳红：《从“强治标”到“强治本”构建“国家-企业”协同型非公领域腐败犯罪合规治理模式》，载《法制日报》2023年10月25日，第11版。

9 江必新、袁浙皓：《企业合规管理基本问题研究》，载《法律适用》2023年第6期。

2

◆ （二）制定明确、可操作的反腐败合规制度

反腐败合规制度是民营企业内部开展反腐败合规工作的基石。具体包括企业反腐败政策、道德操守及商业行为准则、合作伙伴反腐败政策、利益冲突申报与管理制度、举报人保护与奖励制度、礼品及馈赠申报制度、活动及宴请管理制度、腐败风险评估办法、合规培训制度等。这些制度应经过调研、编制、审核、签发、公示等过程，并且要与公司的核心价值观和业务运营相一致，确保员工理解并积极遵守。

3

◆ （三）打造强有力的反腐败合规运行机制

反腐败合规运行机制是反腐败合规制度有效实施的保障。反腐败合规运行机制应当包括事前的风险预警和识别机制、事中的风险应对机制以及事后的追责改进机制。治理腐败的关键是“管住人”“管住事”。企业在事前的人员录用，事中的岗位选任、人员晋升和事后的人员离任等关键节点应加强对相关人员的背景调查和审计工作。日常的风险预警和识别可以通过全面梳理寻租点、对员工进行访谈、分析同行业动态、数字信息系统监测等方式开展；事中的风险应对主要是对审计或内外部渠道举报线索的调查核实，有效的腐败调查包括计划、取证、访谈、还原、报告五个要素，企业可以根据自身实际情况，聘用有专业背景人员，或外部聘请专业机构开展相关工作；事后需根据调查结果合理选择刑事控告、民事追责、内部处分进行追责，在公司内部强化“不敢腐”的震慑，并通过制度设计或技术措施填补调查中发现的风险漏洞。

4

◆ （四）培育风清气正的企业廉洁文化

培育企业廉洁文化是民营企业内部腐败治理的柔性堤坝。企业廉政文化的核心是企业经营者的重视、承诺和示范。在国家反腐败斗争模式不断深化的大背景下，《刑法修正案（十二）（草案）》已明确

加大对行贿犯罪的惩治力度，企业经营者必须彻底改变以往通过贿赂规避监管或获取竞争优势的观念。企业可以通过系统的廉洁合规培训及测试、供应商及客户廉洁生态圈共建、司法机构及优秀同行交流、廉洁文化周边创作及主题活动、公众号及刊物等媒介推广等来营造企业廉洁文化氛围。同时，企业还应从关心员工生活、工作着手，让员工充分感受到被尊重、关心和爱护，增强员工对企业的归属感，加强员工对腐败的自觉抵制和打击腐败的责任感。

• 结语

《刑法修正案（十二）（草案）》是落实党中央关于反腐败和依法保护民营企业的决策部署，完善了民营企业内部腐败治理的制度供给。民营企业应以本次修法为契机，立足自身实际情况，积极构建反腐败合规体系，完善和优化企业内部治理结构，适应国家反腐败治理战略转型，实现企业的高质量健康发展，为国家经济繁荣和社会稳定贡献积极力量。



3 Wintao Global Focus

Global View on Corporate Bribery and Corruption Governance

• Overview

Nowadays, a broad consensus seems to exist on the multifaceted negative economic, social and political impact of bribery and corruption. Corruption and Bribery are regarded as major challenges for economically developed areas, including Northern America, Europe, and Developed Asia and Pacific. The United Nations has listed corruption and bribery as "one of the biggest impediments" to achieving its 2030 Sustainable Development Goals. Since the 1990s, countries around the world have joined efforts to address bribery and corruption collectively. This has led to the emergence of widely recognised international laws and standards, adopted in particular by the Council of Europe, the Organisation for Economic Co-operation and Development Corruption (GRECO), have been developed to monitor implementation of these rules.

International conventions, standards and guidelines adopted in particular by the Council of Europe, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the United Nations (UN), have had a strong impact on the laws and policies of the EU Member States. These instruments are the result of what has become global cooperation based on the consensus regarding the detrimental effects of corruption and bribery.

The EU has gradually adopted laws addressing a range of bribery-re

lated issues. These include a Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests, as well as directives on public procurement, whistleblowers and money-laundering. However, the legal framework thus created remains patchy, the lack of minimum rules on the definition of criminal offences and sanctions in the area of corruption being one important missing element.

Corruption is defined by Transparency International as “the abuse of entrusted power for private gain”, and the typical behaviours include abusing of the power given to an individual by another person or organisation, acting beyond the position or remitting of a person, and obtaining benefits for an employee’s personal gain rather than for their organisation. Bribery is a specific subset of corruption and is defined as the offering, promising, or giving of something to influence an official. Typical behaviours include payments to get a faster or better service, for example in clearance of goods or certifications, payments made to gain advantage in public procurement processes, providing or receiving gifts, entertainment and hospitality or other items of value such as donations, sponsorships and internships, and levels of hospitality disproportionate to a business transaction. Exposure to these risks varies significantly from one country to another. Researching thoroughly can help the parties with integrity, protecting the investors as well as the companies, and avoiding risks.

- **Governance of Bribery and Corruption in the United Kingdom**

Working with agents and distributors is a popular route into a new market. However, this can sometimes leave exporters vulnerable to corrupt practices, with third parties paying bribes on their partner’s

behalf. The UK Bribery Act incorporates liability for the actions of the partners operating overseas. The Bribery Act 2010, which commenced on 1 July 2011, replaces the offences at common law and under the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889, the Prevention of Corruption Act 1906 and the Prevention of Corruption Act 1916 (known collectively as the Prevention of Corruption Acts 1889 to 1916). These are replaced with a new consolidated scheme of bribery offences.

When companies get involve in trading and require some approval or licence provided by the government, it is very common for some companies to give small bribe offers for routine services, which is also known as facilitation payments. Nevertheless, it is worth noting that payments to officials to perform routine functions they would be obliged to perform anyway are bribes. UK businesses must comply with the UK Bribery Act, which prohibits all bribery and corruption. This law includes trading relationships and supply chains. UK businesses will deal with a company only if the company can show you are also trading free from bribery and corruption. UK businesses will be expected to be aware of the risks of bribery and corruption, and committed to communicating awareness to the employees as well as business partners of the company.

Businesses operating in the UK should be familiar with the regulatory expectations under the UK Bribery Act for establishing a system of compliance and internal controls. The principles underlying such a system are outlined in the UK Ministry of Justice Guidance to the Act, and include the development of proportionate procedures,

top-level commitment, risk assessments, due diligence, communication (including training), and monitoring and review. Companies that establish they have developed such controls can use an “adequate procedures” defense under the Act, if they are charged with corrupt activity.

In relation to risk-based due diligence and monitoring of third parties, companies are strongly advised to work only with reputable business partners. They should carefully screen their intermediaries, as well as require evidence of a compliance program and completion of anti-bribery training.

In recent years, the Serious Fraud Office (SFO) in the United States put much emphasis on the anti-bribery work. For instance, SFO has found Glencore Energy (UK) Ltd guilty of bribery, and the business pleaded guilty to several counts of bribery to gain access to oil and make illegal gains.

According to SFO’s investigation, Glencore had paid over £22.2m in bribery actions through its employees and agents in exchange for preferential condition in oil trading, including more valuable oil grades, larger cargoes, and preferred delivery dates. The firm gave the go-ahead for these activities across its oil operations in South Sudan, Equatorial Guinea, Nigeria, Cameroon, and the Ivory Coast. The company expects to pay around £1b to settle the bribery allegations. This case is recorded by SFO as one of the biggest bribery settlements in 2022.

• Governance of Bribery and Corruption in the United States

In US, the official has long been combating with corporate bribery and corruption. The FCPA, officially instituted in 1977, prohibits bribery and related accounting offenses to secure favors from foreign officials or entice them to act in opposition to their professional responsibilities. All companies with securities listed in the United States are legally responsible for ensuring that any branches, personnel or subsidiaries in foreign countries are FCPA-compliant.

Bribing foreign officials or professionals poses a myriad of legal and ethical risks. Among them are gaining an unfair advantage over compliant businesses with assets abroad, skewing the market, limiting consumer options and dangerously impacting politics and foreign policy.

Combating corporate corruption is a long-term battle, and it is not without complications. Fortunately, some legislative measures have been taken since the recession to uncover FCPA violations.

The Dodd-Frank act is an important piece of legislation, because it isn't as easy as it may seem for the government to spot this type of fraud, particularly when foreign officials are at the receiving end of the bribes. Bribes act not only as an incentive for government officials to favour the company in question; they are a sort of automatic "hush money." Government officials are unlikely to report a fraud scheme that they, themselves, participated in.

A sympathetic view of U.S.-based companies that violate this law would be that they are simply playing by the "rules" of the countries

in question. The fact is, though, that bribery is one of the most inherently corrupt and corrosive practices in business. It may facilitate matters in the short term, but over the long term it can have a damaging impact on everyone involved—including the fraudulent companies themselves.

Taking FirstEnergy as an example. FirstEnergy is an electrical utility based in Ohio, operates two aging nuclear plants that have proven to be enormously expensive to maintain. According to allegations raised in subsequent criminal proceedings, FirstEnergy successfully sought to have legislation passed by the Ohio legislature intended to bailout the company for the costs of maintaining its aging power generation facilities. It is alleged in the criminal proceedings that FirstEnergy was able to have this legislation passed by making massive payments, totalling as much as \$60 million, to the political campaign of Larry Householder, the Speaker of the Ohio House of Representatives, and to support other House candidates. According to a statement by the U.S. Attorney for the Southern District of Ohio, referring to the bribery allegations, “this is likely the largest bribery, money laundering scheme ever perpetrated against the people of the state of Ohio.”

In the criminal proceedings, prosecutors allege that FirstEnergy first bankrolled Householder’s 2018 election, and then bankrolled an effort led by Householder to pass House Bill 6, the \$1.3 billion bill subsidizing the two troubled FirstEnergy nuclear power plants, and then also financed a campaign to defeat a 2019 referendum to repeal the bill.

Following the revelation of the news surrounding the bribery scheme, a number of different civil actions were commenced against the company and its board.

Among the lawsuits was a securities class action lawsuit against the company and certain of its directors and officers in the Southern District of Ohio. The securities lawsuit remains pending.

In addition to the securities lawsuit, shareholder plaintiffs filed several shareholder derivative lawsuits against certain current and former directors and officers of the company, as well as against the company as nominal defendants. Separate derivative suits were filed in the Northern District of Ohio; the Southern District of Ohio; and the Ohio Court of Common Pleas in Summit County, Ohio. The plaintiffs in these actions allege that the individual defendants (or at least some of them) actively participated in the bribery scheme; allowed the company to make massive illegal payments; and covered up the scheme in violation of Ohio and federal law.

The consolidated complaint in the Southern District of Ohio action alleges that the defendant directors and officers breached their fiduciary duties; that the defendant officers received unjust enrichment; and that all of the defendants participated in corporate waste.

From the information available in court documents, it appears that the company appointed a special litigation committee to investigate the plaintiffs' allegations. It also appears that the parties to the proceeding participated in mediation.

On February 10, 2022, the company announced that the company, acting through the Special Litigation Committee of its board of directors, had agreed to a settlement term sheet to resolve the claims in the various derivative lawsuits. The settlement involved, among other things, the company's agreement to adopt certain specified corporate governance reforms, as well as the payment of \$180 million. According to the company's statement, the settlement fund is "to be paid by insurance after court approval, less any court-ordered attorney's fees awarded to plaintiffs."

The corporate governance reforms to which the company agreed include, among other things, that six members of the company's board will not stand for re-election in 2022; that a special committee of the board will initiate "a review process of the current executive team"; that the board will oversee the company's lobbying and political activities; that a committee of independent directors will oversee the implementation and third-party audits of the Board-approved action plans; that the company will implement enhanced disclosure to shareholders of political and lobbying activities; and that the company will align financial incentives for senior executives with proactive compliance with legal and ethical obligations.

The Settlement Term Sheet specifies that "within twenty (20) business days of entry of an order preliminarily approving the Settlement, Defendants shall cause their insurers to pay \$180,000,000 ... into an escrow account." The settlement amount, less costs and attorneys' fees, will be paid to the company within ten days of the settlement's effective date (as that term is defined in the term sheet).

One thing that is striking is how many of the largest settlements happened in just the last few years. This fact is in a sense not surprising because the settlement of shareholder derivative suits through payment of large cash amounts is relatively recent phenomenon. There used to be a time, not that long ago actually, when settlement of derivative suits involved an agreement to adopt corporate therapeutics and agreement to pay the plaintiffs' attorneys' fees. It has only been the last few years that it has become commonplace for derivative suit settlements to also involve large cash payments. As this settlement itself demonstrates, these settlements can be massive, large even by the scale of securities class action lawsuit settlements.

- **Governance Bribery and Corruption in India**

Bribery and Corruption in India has been a cultural issue compounded by historical events that skewed the level playing field for local businesses. After the country's independence, rampant corruption was seen as a way to legitimately compete for businesses in an otherwise closed and heavily regulated economy. After liberalisation in the 1990s, Indian businesses were finally able to compete on a relatively fair playing field in some sectors. Today, although many sectors have managed to curb corruption, its prevalence can be seen in legacy businesses that are still enhancing their competitiveness. Although millennials tend to shun malpractices at the workplace, the lure of making quick money can push them towards accepting and giving bribes. To ensure that the avenues for corruption are reduced, the government has taken several steps in the last decade.

Corporates are required to set up a comprehensive anti-bribery and corruption (ABC) compliance programme to ensure that a level

playing field is offered to all players in the private sector, and that ethical business practices are followed. The consequences of not having such a programme can be a violation of the legislation. A robust compliance programme can be a key factor taken into account by a regulator at the time of responding to allegations or suspicions of corrupt activities. This can help mitigate organisations from enforcing actions and consequent damage to reputation through negative publicity.

3 参考译文

全球视角下的企业贿赂和腐败治理

• 概述

如今，贿赂和腐败对经济、社会和政治的多方面负面影响似乎存在着广泛的共识。腐败和贿赂被认为是经济发达地区的主要挑战，包括北美、欧洲和发达的亚太地区。联合国将腐败和贿赂列为实现 2030 年可持续发展目标的“最大障碍之一”。自 20 世纪 90 年代以来，世界各国共同努力解决贿赂和腐败问题。这导致了广泛认可的国际法律和标准的出现，配合欧洲委员会，经济合作与发展组织 (GRECO) 等机构监督这些规则的实施。

特别是欧洲理事会、经济合作与发展组织 (GRECO) 和联合国采纳的国际公约、标准和准则，对欧盟成员国的本国法律和政策产生了重大影响。这些法律文件是基于全球各国在共同合作消除腐败和贿赂的有害影响问题上达成一致意见的结果。

欧盟已经逐步通过了解决一系列贿赂相关问题的法律。其中包括一项关于打击欧盟金融利益欺诈的欧盟法令，以及一项关于公共采购、举报和洗钱的欧盟法令。然而，这样建立的法律框架仍然是不完整的，缺乏对腐败的刑法定义及刑罚。

Transparency International 将腐败定义为“滥用授权谋取私利”，典型的行为包括滥用他人或组织赋予个人的权力，超越个人的立场行事，以及为员工个人利益而不是为其组织谋取利益。贿赂和腐败相辅相成，贿赂被定义为提供、承诺或给予某些东西来影响接受方。典型的行为包括为获得更快或更好的服务（例如清关货物或证书）而付款，为在公共采购过程中获得优势而付款，提供或接受礼品、娱乐和招待或其他有价值的项目（如捐赠、赞助和实习），以及与商业交易不相称的招待水平。面临这些风险的程度因国家而异。深入研究可以帮助交易各方保持诚信，保护投资者和公司，避免风险。

• 英国的商业贿赂与腐败治理情况

与代理商和分销商合作是进入新市场的常用途径。然而，这有时会使出口商容易受到腐败行为的影响，因为第三方会代表其合作伙伴行贿。英国《反贿赂法》纳入了对海外经营合伙人行为的责任。《2010年贿赂法》于2011年7月1日开始实施，取代了普通法和《1889年公共机构腐败行为法》、《1906年预反腐败法》和《1916年预反腐败法》（统称为《1889年至1916年预反腐败法》）下的违法行为。

当公司参与交易并需要政府提供一些批准或许可证时，一些公司为日常服务提供小额贿赂是很常见的，这也被称为便利费。然而，值得注意的是，支付给官员以履行他们无论如何都有义务履行的日常职能也是贿赂。英国企业必须遵守英国反贿赂法案，该法案禁止所有贿赂和腐败行为。这条法律包括贸易关系和供应链。只有当一家公司能证明其交易没有贿赂和腐败时，英国企业才会与这家公司打交道。英国企业逐渐意识到贿赂和腐败的风险，并致力于向员工和公司的商业伙伴传达这一意识。

在英企业应该熟悉英国《反贿赂法》对建立合规和内部控制体系的监管期望。英国司法部对该法案的指导概述了这一制度的基本原则，包括制定适当的程序、高层承诺、风险评估、尽职调查、沟通（包括培训）以及监测和审查。

根据该法案，如果公司被指控犯有非法行为，那么证明自己已经制定了此类控制措施的公司可以使用“适当的程序”进行辩护。

关于基于风险的尽职调查和对第三方的监控，强烈建议公司只与信誉良好的商业伙伴合作。他们应该仔细筛选他们的中介机构，并要求提供合规计划和完成反贿赂培训的证据。

近年来，英国 SFO 机构非常重视反贿赂工作。例如 SFO 认定嘉能可能源（英国）有限公司犯有贿赂罪，该公司承认了几项贿赂指控，以获得石油并获得非法收益。根据 SFO 的调查，嘉能可公司通过其员工和代理人支付了逾 2220 万英镑贿赂，以换取石油交易中的优惠条件，包括更有价值的石油品级、更大的货物和更优惠的交货日期。该公司在南苏丹、赤道几内亚、尼日利亚、喀麦隆和科特迪瓦的石油业务中批准了这些活动。该公司预计将支付约 10 亿英镑来解决贿赂指控。该案件被 SFO 记录为 2022 年最大的贿赂和解案之一。

• 美国的商业贿赂与腐败治理情况

在美国，官员长期以来一直在与企业贿赂和腐败作斗争。1977 年正式制定的《反海外腐败法》禁止贿赂和相关的会计违法行为，以获取外国官员的好处，或诱使他们违背自己的专业职责行事。所有在美国上市的证券公司都有法律责任确保其在国内外的分支机构、人员或子公司遵守 FCPA 的要求。

贿赂外国官员或专业人士会带来无数的法律和道德风险。其中包括与拥有海外资产的合规企业相比，它们获得了不公平的优势，扭曲了市场，限制了消费者的选择，并危险地影响了政治和外交政策。

打击企业腐败是一场长期的战斗。幸运的是，自经济衰退以来，美国已经采取了一些立法措施来揭露违反《反海外腐败法》的行为，例如西门子贿赂案。

《多德 - 弗兰克法案》(Dodd-Frank act) 是一项重要的立法，因为政府要发现这类欺诈行为并不像看上去那么容易，尤其是当外国官员收受贿赂时。贿赂不仅是政府官员偏袒相关公司的动机；它们是一种自动支付的“封口费”。政府官员不太可能报告他们自己参与的欺诈计划。

对于违反这一法律的美国公司，一种同情的看法是，它们只是在按相关国家的“规则”行事。然而，事实是：贿赂是商业中最本质的腐败和腐蚀性行为之一。它可能在短期内促进事情的发展，但从长远来看，它可能会对涉及的每个人产生破坏性影响，包括欺诈公司本身。

以 FirstEnergy 为例。第一能源是一家位于俄亥俄州的电力公司，运营着两座老化的核电站，事实证明，这两座核电站的维护成本非常高。根据在随后的刑事诉讼中提出的指控，第一能源公司成功地使俄亥俄州立法机构通过了一项法案，该法案旨在救助该公司，以维持其老化的发电设施的成本。在刑事诉讼中，第一能源公司被指控向俄亥俄州众议院议长拉里·豪斯霍尔德(Larry Householder) 的政治竞选活动以及其他众议院候选人支付了总计高达 6000 万美元的巨额款项，从而使这项立法得以通过。美国俄亥俄州南区检察官在一份声明中提到了贿赂指控，“这可能是有史以来针对俄亥俄州人民的最大的贿赂和洗钱计划。”

在刑事诉讼中，检察官声称第一能源公司首先资助了 Householder 2018 年的选举，然后资助了 Householder 领导的通过众议院第 6 号法案的努力，该法案是一项 13 亿美元的法案，用于补贴陷入困境的两个 FirstEnergy 核电站，而且还资助了一场运动，以挫败 2019 年废除该法案的公投。

围绕贿赂计划的新闻曝光后，针对该公司及其董事会的一系列民事诉讼开始了。在这些诉讼中，有一起针对该公司及其某些董事和高管在俄亥俄州南区提起的证券集体诉讼。证券诉讼仍在审理中。

除了证券诉讼外，股东原告还对公司的某些现任和前任董事和高级管理人员提起了几起股东衍生诉讼，并以名义被告的身份对公司提起了诉讼，分别在俄亥俄州北区提起了衍生诉讼；俄亥俄州南区以及俄亥俄州萨米特县的俄亥俄州普通法院。这些诉讼中的原告声称，个别被告积极参与了贿赂计划，允许公司进行巨额非法支付，并掩盖了违反俄亥俄州和联邦法律的计划。

俄亥俄州南区诉讼的合并投诉称，被告董事和管理人员违反了他们的受托责任；被告官员获得不正当利益。

从法庭文件中提供的信息来看，该公司似乎任命了一个特别诉讼委员会来调查原告的指控。诉讼各方似乎也参与了调解。

2022年2月10日，公司宣布通过董事会特别诉讼委员会，同意了一份和解方案，以解决各种衍生诉讼中的索赔。除其他事项外，和解协议还包括该公司同意采取某些特定的公司治理改革，以及支付1.8亿美元。根据该公司的声明，和解款项“将在法院批准后由保险公司支付，减去法院命令被告应支付给原告的律师费。”

公司同意的公司治理改革包括公司董事会的六名成员将不会在2022年竞选连任；董事会的一个特别委员会将启动“对当前执行团队的审查程序”；董事会将监督公司的游说和政治活动；由独立董事组成的委员会将监督董事会批准的行动计划实施和第三方审计；公司将加强向股东披露政治和游说活动；公司还将把对高管的财务激励与积极遵守法律和道德义务结合起来。

和解协议明确“在初步批准和解的命令生效后二十(20)个工作日内，被告应使其保险公司向托管账户支付1.8亿美元”，和解金额减去成本和律师费，将在和解生效日期(如协议中定义的期限)后十天内支付给公司。

这项和解是有史以来最大的股东衍生品诉讼和解之一。令人震惊的一点是，有多少最大的和解发生在过去几年。从某种意义上说，这一事实并不令

人惊讶，因为通过支付大笔现金来解决股东衍生诉讼是相对较新的现象。曾经有一段时间，实际上是不久以前，衍生诉讼的和解涉及一项协议既采用公司治理，并同意支付原告的律师费。直到最近几年，衍生品诉讼和解也涉及大笔现金支付才变得司空见惯。正如这项和解本身所表明的那样，这些和解可能是巨大的，甚至比证券集体诉讼和解的规模还要大。

• 印度的商业贿赂与腐败治理情况

印度的贿赂和腐败一直是一个文化问题，历史事件扭曲了当地企业的公平竞争环境。在国家独立后，猖獗的腐败被视为在封闭和严格监管的经济中合法竞争商业的一种方式。在 20 世纪 90 年代自由化之后，印度企业终于能够在一些行业相对公平的竞争环境中竞争。如今，尽管许多行业已经设法遏制了腐败，但在仍在提高竞争力的传统企业中，腐败依然普遍存在。虽然千禧一代倾向于避开工作场所的不法行为，但快速赚钱的诱惑可能会促使他们接受和行贿。为了确保减少腐败的渠道，政府在过去十年中采取了几项措施。

企业必须制定全面的反贿赂及贪污计划，确保私营机构的所有参与者都能享有公平的竞争环境，并遵守合乎道德的商业守则。公司没有这样一个方案的后果可能是违反立法。健全的合规计划可能是监管机构在应对腐败活动指控或怀疑时考虑的关键因素。这可以帮助减轻组织的强制行动，以及由此带来的负面宣传对声誉的损害。



上海问道有诚律师事务所成立于2006年5月，总部坐落于上海市陆家嘴金融中心，毗邻各大银行、证券公司上海总部及上海证交所，依托于上海的区位、资源、经济发展优势，聚焦核心业务领域，专注于经济犯罪案件代理与辩护、上市公司法律风险防控与化解、投资类民商案件代理、不良资产管理与处置、企业合规五大业务方向。

律所深耕厚植、研精覃思。组建刑事辩护与代理业务中心、投资类民商案件代理中心、不良资产处置与管理中心、企业合规研究院四大业务研究中心；对上市公司法律风险防控、金融犯罪、证券犯罪、涉税犯罪、票据犯罪、企业合规、投融资纠纷、不良资产处置法律问题深度研究，成功处理了上市公司一大批疑难复杂案件，化解了上市公司一大批重大法律风险。

律所目标坚定，顺势发展。在北京、深圳、南京、杭州、苏州设立分所或办事处，呈现出异军突起之势，加速成为业内新星。律所一直秉持“细节至美，服务至上”的经营理念，将法律专业知识、团队协作能力与信息科技技术相结合，依托人才和区位优势，借助市场和信息资源，助推团队效率和价值最大化，打造数字化、智能化律师事务所。

主编：柏利忠

副主编：王以成、李洋

编委会：柏利忠 王以成 李洋 何川 余晓 于百溪



扫码关注我们

☎ 电话：021-65663305

🌐 网址：<http://www.wintaolawyer.com>

✉ 邮箱：wintao@wintaolawyer.com

📍 地址：上海浦东新区银城路88号中国人寿金融中心43层





中国上市公司协会

CHINA ASSOCIATION FOR PUBLIC COMPANIES



服务 · 自律 · 规范 · 提高

重要声明, 本交流信息均来源于协会联系会员, 文中信息仅供交流参考, 我们致力于提供合理、准确、完整的资讯信息, 但不保证信息的合理性、准确性和完整性, 且不对因信息的不合理, 不准确或遗漏导致的任何损失或损害承担法律责任。