

# 大成涉外争议解决法律资讯

## Dacheng Newsletter Cross-border Dispute Resolution

2014年9月 Sep. 2014



主编：谭家才

本期责编：谭家才

编委（按姓氏拼音排序）：刘蓉蓉 刘逸星 李振宏 李飞鹏 黎智勇 马乃东 潘激鸿 韦龙艳 张冰 周姣璐

# 目录

## ★新法资讯

### Laws & Regulations Update

#### 一、境外投资管理办法修订

##### Amendment to Administrative Measures for Overseas Investment

#### 二、葛兰素史克中国公司案一审宣判

##### First-instance Judgment on GSK China Investment Co. Ltd (GSKCI) case

## ★律师视点

### Lawyer's Viewpoints

#### 三、中国反商业贿赂法体系及评述

##### Brief Introduction and Commentary on Chinese Anti-commercial Bribery Law

#### 四、外国公司股东在中国境内进行派生诉讼案例评析

##### Case analysis: a foreign company's shareholder files shareholder derivative suit in China

## ★大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍

### Brief Introduction of Dacheng (Shanghai) Cross-border Dispute Resolution Lawyers' Team

## 【新法资讯】

### 境外投资管理办法修订

据商务部网站消息，9月9日，商务部发布了新修订的《境外投资管理办法》。此《办法》旨在进一步贯彻落实党的十八届三中全会决定和国务院关于减少行政审批、加大简政放权力度精神，确立企业对外投资主体地位，提高境外投资便利化水平，并在广泛征求各界意见的基础上修订的。

新修订《办法》的主要内容包括：一是确立“备案为主、核准为辅”的管理模式，对我企业在敏感国家和地区、敏感行业的投资实行核准管理，其余均实行备案。二是缩小核准范围、缩短核准时限，取消了对特定金额以上境外投资实行核准的规定，并将核准时限缩短了5个工作日。三是明确备案要求和程序，企业只要如实、完整地填报《备案表》，即可在3个工作日内获得备案。四是规定省级商务主管部门负责地方企业境外投资开办企业的备案管理，自行印制并颁发《企业境外投资证书》。五是在明确政府将继续为企业提供服务的同时，加大了对企业境外投资行为进行指导和规范的力度。

（摘自新华网[http://news.xinhuanet.com/legal/2014-09/09/c\\_126967460.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2014-09/09/c_126967460.htm)）

## 葛兰素史克中国公司案一审宣判

央视网消息(新闻联播):湖南省长沙市中级人民法院9月19日下午对葛兰素史克(中国)投资有限公司和马克锐等5名被告人对非国家工作人员行贿、非国家工作人员受贿案进行了公开宣判。

法院经审理查明,被告单位葛兰素史克(中国)投资有限公司和被告人马克锐、张国维、梁宏、黄红、赵虹燕等公司高管的行为均已构成对非国家工作人员行贿罪。被告人黄红的行为还构成非国家工作人员受贿罪。

法院认定,各被告人具有自首情节,且均自愿认罪,依法可以减轻处罚。法院最后判处被告单位葛兰素史克(中国)投资有限公司罚金人民币30亿元;马克锐等5名被告人分别被判处有期徒刑二到三年,缓刑二到四年。宣判后,被告单位的诉讼代表人及各被告人均当庭表示认罪服判,不提出上诉。

随后,葛兰素史克总公司发表了致歉声明,表示要吸取教训,尽一切努力,重新赢得中国人民的信任。有专家认为,此案依法处理,不但说明开放的中国不是法外之地,同时也表明了中国厉行法治、创造稳定和可预期投资环境的坚定决心。

(摘自中国法院网<http://tv.chinacourt.org/3259.html>)

## 【律师视点】

### 中国反商业贿赂法体系及评述

文/谭家才

2014年9月19日，长沙市中级人民法院审判决，以对非国家工作人员行贿罪判处被告单位葛兰素史克(中国)投资有限公司（以下简称葛兰素史克中国）罚金人民币30亿元；判处被告人马克锐有期徒刑三年，缓刑四年，并处驱逐出境。30亿的天价罚单让人们的眼光再度聚焦葛兰素史克事件。反商业贿赂问题在中国变得炙手可热，本文拟梳理中国现行有效反商业贿赂法律法规并予以评述。

#### 1. 葛兰素史克事件

2013年7月11日，公安部的一则通报成为国内外医药界的一枚重磅炸弹：因涉嫌严重商业贿赂等经济犯罪，葛兰素史克中国部分高管被依法立案侦查。葛兰素史克中国为达到打开药品销

售渠道、提高药品售价等目的，利用旅行社等渠道，向政府部门官员、医药行业协会和基金会、医院、医生等行贿。涉案的葛兰素史克中国高管涉嫌职务侵占、非国家工作人员受贿等经济犯罪。旅行社相关工作人员则涉嫌行贿并协助上述高管进行职务侵占。继中国警方2013年7月拘捕了葛兰素史克的四名中国籍高管后，美国司法部也正在对此案进行调查，以查明该公司是否违反了《反海外贿赂法》。虽然葛兰素史克是一家英国公司，但因为股票在美国交易所挂牌上市，该公司的行为也受《反海外贿赂法》管辖，据此美国执法机构对该公司也有司法权。2014年9月19日，长沙市中级人民法院对葛兰素史克中国处以罚金人民币30亿元，这是迄今为止中国开出最大罚单。

葛兰素史克中国之所以发生这样的违规，并不是其公司内部没有明确的合规制度。主要是因为其相关制度的运行机制失灵，有制度不执行，最终导致不合规的行为发生，进而被处以30亿的天价罚单。在探究其内部合规制度的同时，我需要讨论中国的反商业贿赂法律体系。

## 2. 中国现行反商业贿赂国内法体系

中国反商业贿赂的立法是分散式的，目前并无统一的《反商业贿赂法》或者《反腐败法》法典。就法律渊源而言，其主要包括国内立法及国际规定。国内部分主要集中在以下方面：

### 2.1 行政法下反商业贿赂

行政法下的商业贿赂的主要集中在《反不正当竞争法》以及《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》的规定中。此外，《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国价格法》、《中华人民共和国政府采购法》、《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国合同法》、《国务院关于在对外活动中赠送和接受礼品的规定》、《治理产权交易中商业贿赂工作实施方案》、《中国保险业监督管理委员会关于明确保险机构不正当竞争行为执法主体的复函》以及《中国银行业监督管理委员会办公厅关于银行业金融机构不正当竞争有关问题的批复》等法律、法规甚至规范性文件也有相应的规定。

#### 2.1.1 《反不正当竞争法》

1993年12月1日生效的《反不正当竞争法》是一部旨在规范社会主义市场经济秩序，倡导公平有序竞争的法律。该法第8

条规定：“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的，必须如实入帐。接受折扣、佣金的经营者必须如实入帐。”该条明确界定了商业贿赂行为，同时该法第22条也规定了相应的行政处罚措施。如，经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收。

#### 2.1.2 《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》

1996年11月15日，国家工商行政管理总局公布并实行《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，使得商业贿赂的界定更具有可操作性。该规定第2条分别对“商业贿赂”以及“财物”、“其他手段”进行定义。即“商业贿赂”，是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。“财物”，是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或者个人的财物。“其他手段”，是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给

付财物以外的其他利益的手段。此外，对“回扣”“折扣”“佣金”等进行了定义。该规定第5条，“回扣”，是指经营者销售商品时在帐外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。第6条规定“折扣”，即商品购销中的让利，是指经营者在销售商品时，以明示并如实入帐的方式给予对方的价格优惠，包括支付价款时对价款总额按一定比例即时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例予以退还两种形式。第7条规定“佣金”，是指经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营资格中间人的劳务报酬。并明确经营者“可以以明示方式给予对方折扣”，但给予方以及接收方必须如实入帐。

## 2.2 刑法下的反商业贿赂

刑法下的商业贿赂规定主要集中在是《刑法》以及相关的刑事立法解释、司法解释中。例如，《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》、《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》、《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规（二）》、《最高人民法院、最高人民检察院关于行贿罪立案标准的规定》以及《最高人民法院、最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》等。具体罪名如下：

### 2.2.1 非国家工作人员受贿罪（刑法第163条）

公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为，可能构成该罪名。量刑幅度：数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；

### 2.2.2 对非国家工作人员行贿罪（刑法第164条）

为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的行为，可能构成该罪名。量刑幅度：数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；

### 2.2.3 受贿罪（刑法第385条）

国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。量刑幅度：数额在十万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。数额在五万元以上不满十万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。数额在五千元以上不满五万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处七年以上十

年以下有期徒刑。数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。数额不满五千元，情节较重的，处二以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次未经处理的，按照累计数额处罚。

#### 2.2.4 单位受贿罪（刑法第 387 条）

国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的，构成单位受贿罪。前款所列单位，在经济往来中，在帐外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，以受贿论，依照前款的规定处罚。量刑幅度：情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

#### 2.2.5 行贿罪（刑法第 389 条）

为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。量刑幅度：处五年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，

处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

#### 2.2.6 对单位行贿罪（刑法第 391 条）

为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，构成对单位行贿罪。量刑幅度：处三年以下有期徒刑或者拘役。单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。

#### 2.2.7 介绍贿赂罪（刑法第 392 条）

向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的，可以构成介绍贿赂罪。量刑幅度：情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚；

#### 2.2.8 单位行贿罪（刑法第 393 条）

单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，构成单位行贿罪。量刑幅度：情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照行贿罪的规定定罪处罚；

### 2.2.9 利用影响力受贿罪（刑法第 388 条）

国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。量刑幅度：数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；

### 2.2.10 对外国公职人员或者国际组织官员行贿罪（刑法第 164 条）

为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的，构成对外国公职人员或者国际组织官员行贿罪。量刑幅度：数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。



#### 作者介绍：

谭家才律师，毕业于中国社会科学院法学研究所，获法律硕士学位，后就读于美国天普大学法学院，获得该校法学硕士学位。现任北京大成(上海)律师事务所合伙人，上海政法学院东盟比较法研究中心主任、研究员。主要业务领域：公司法律事务、知识产权以及涉外争议解决等。

### 3. 评述

中国关于反商业贿赂的立法是分散式的，没有一部统一适用的法典。基础内容大部分已涵盖。葛兰素史克中国事件充分证明并不是没有法律依据追究其责任，关键是执法力度问题。中国的反贿赂司法实践由打击职务犯罪为主到打击商业贿赂、职务犯罪并重，且呈日益国际化态势。立法层面而言，我们需要进一步完善中国反商业贿赂法律体系，使其统一及具有更强的操作性。与此同时，我们更应该关注司法实践，加强执法力度，做到有法必依。就公司实践而言，需要建立和完善与中国法律法规相适应的合规制度。



《公司法》（2013年修订）第一百五十一条规定股东派生诉讼制度，即董事、高级管理人员或者他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，在公司拒绝或者怠于行使诉权的，法律赋予具备法定资格的股东代表公司对侵权人提起诉讼并追究其法律责任。股东派生诉讼究其本质是侵权之诉。我国《民事诉讼法》和《公司法》对股东派生诉讼的管辖地并无明确规定。理论界对股东派生诉讼的管辖有两种观点，第一种观点认为，根据《民事诉讼法》规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。另一种观点认为，因股东派生诉讼涉及到股东资格确认的问题，应当适用《民事诉讼法》第二十六条“因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。”笔者支持第二种观点，尤其在类似于本案这种涉及外国公司股东的派生诉讼。

本案中，原告是否拥有T公司的股东身份是启动本案的前提条件。原告在被告之一D公司住所地人民法院提起T公司股东派生权诉讼，而T公司系根据瑞士法律在瑞士设立的瑞士公司，中国法院的法官如何能够准确判断一个中国公民在瑞士公司是否拥有股东身份？庭审中，原告向法院递交了T公司在瑞士的公司注册文件用以证明原告系T公司的股东。但因该套文件未经过公证、认证程序，代理人就该份证据材料的真实性提出质疑。主审法官又当庭询问T公司代理人，原告是否是T公司的股东？该代理人回答，T公司的各方股东正在瑞士境内就股东资格问题进行诉讼。

这样一来，主审法官仅依照有限的未经公证的公司注册资料来定夺原告是否为T公司股东的相关事实略显依据不足。

笔者非常赞同奚晓明、金剑锋法官在其撰写的《公司诉讼的理论与实务问题研究》<sup>2</sup>中的观点，如由侵权行为地或者被告住所地法院管辖，股东派生诉讼中往往由于被告人数众多，确定管辖较为困难。股东派生诉讼适用于专属管辖，由公司所在地的法院管辖，这样的规定有利于公司或其他股东参加诉讼，有利于法院查明事实。笔者猜测，如将本案放在T公司的注册地瑞士P市法院审理或者仲裁机构裁决，则上述有关股东资格审查的问题将迎刃而解。

## （二）适用法律

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条规定，当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。本案中，虽然根据T公司设立时股东签订的合作协议及T公司章程约定，与合作协议相关的争议应适用瑞士法律，但最终因主审法院表示无法查明瑞士法律，且征询原被告意见后，适用中华人民共和国法律审理本案。

- 2 -- 2 -- 2 -1414-----

<sup>2</sup> 《公司诉讼的理论与实务问题研究》，奚晓明、金剑锋著，2008年12月第1版，2010年2月第2次印刷。书号：ISBN 978-7-80217-764-2。

### （三）股东派生诉讼的前置程序

根据《公司法》第一百五十一条的规定，股东在以公司名义提起诉讼前应当履行一系列前置程序，而本案原告并未向法院递交任何证据证明原告在起诉前穷尽了一切内部救济手段。代理人就此提出抗辩。但主审法院认为，“T公司在瑞士，侵权行为涉及公司签署业务合同的事项，不立即提及诉讼将会使T公司利益受到难以弥补的损害，故原告未经前置程序提起诉讼符合我国《公司法》上述的相关规定”，即符合《公司法》中“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，股东有权为了公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼”的情况。

本案主审法院最终判决认定：1) 原告系T公司的股东；2) 原告未经前置程序提起诉讼符合我国《公司法》的相关规定；3) 原告主张本案三被告侵害T公司利益应承担侵权责任，证据不足。因此，法院判决驳回原告的诉讼请求。



#### 作者介绍：

周姣璐，北京大成（上海）律师事务所律师。持有美国纽约州律师执照和中国律师执业证。华东政法大学法学学士，美国伊利诺伊理工学院芝加哥肯特法学院法学硕士。2008年加入大成律师事务所，2011年曾作为访问律师在美国Ulmer&Berne LLP律师事务所工作。主要执业领域：内、外商投资法律服务、商事诉讼及仲裁。

笔者认为，主审法院以一般管辖原则受理本案本无可厚非，但是在调查原告是否具有瑞士公司股东资格等案件事实的过程中，其的确遇到了一定阻碍，如本案由公司注册地法院管辖则不存在此类问题。我国有关股东派生诉讼管辖的法律规定或有待改善。本案的亮点在于主审法官在对原告提起股东派生诉讼前是否需要履行前置程序的要求行使自由裁量权，并明确提出了衡量标准，即因被告侵权行为涉及到公司正在准备签订的业务合同的事项比较紧急，因此无需履行前置程序。该标准可为诉讼律师在今后的股东派生诉讼前是否需要履行前置程序提供了参考依据。是法律适用条款，还是管辖约定条款都会先请律师进行法律审核，出具法律意见后再做定稿签署。

## 【大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍】

### 我们的优势

- 团队中的大部分律师具有海外留学背景，部分律师获得了国外律师执业资格
- 核心律师皆具有 7 年以上诉讼执业经验，处理了大量涉外仲裁/诉讼案件
- 能够熟练运用英语、日语等作为工作语言。
- 部分律师具有在中国的法院、检察院、公安机关以及其他政府机关的工作经验
- 部分律师已被选聘为 CIETAC, SHIAC、SAC 等仲裁机构的的仲裁员
- 有广泛的全球网络，大成律师事务所在国内 42 家分所，海外 9 分所，是 World Services Group 的会员单位，且与世界很多中心城市的律师事务所建立了协作关系，可以为客户在全球范围内提供全方位、多层次的法律服务

大成（上海）涉外争议解决团队由 13 名核心律师组成，其中合伙人 4 名，律师 6 名，律师助理 3 名。伴随客户对法律服务的要求和需求不断提升，大成（上海）涉外争议解决团队不再仅仅提供传统意义上代理当事人/客户参加诉讼、仲裁等争议解决法律服务，而是在企业风险管理、交易框架规划，或在争议发生前尽早尽快地介入其中，以事前规划、协商、谈判等方式解决未来可能发生或者当前已经发生的争议。

## 主要服务范围

- 参与交易架构设计及相关文本起草
- 内资/外资企业风险控制
- 监管合规
- 诉前/仲裁前谈判
- 境内仲裁/诉讼
- 海外账款催收
- 国际贸易争议解决
- 跨境诉讼/仲裁

非常感谢您的阅读,

本资讯由大成（上海）涉外争议解决团队编辑。

如有任何问题, 请通过电邮 [cdr@dachenglaw.com](mailto:cdr@dachenglaw.com) 联系我们。