

跨国公司反腐败合规政策难点分析

作者: 潘永建 / 钱大立

跨国公司在华子公司、分支机构(“在华跨国公司”)建立和实施完善的反腐败合规政策(Anti-Bribery Compliance Program, “ABCP”), 可以未雨绸缪, 预防公司商业腐败行为的发生, 降低商业腐败行为的法律风险。涉案公司是否建立并实施有效、完善的 ABCP 是美国《海外反腐败法》(FCPA)和英国《贿赂法》(The Bribery Act)执法机构确定处罚结果的重要考量因素之一。此外, 根据中国《刑法》和《反不正当竞争法》(包括现行有效的法律及其修订草案送审稿), 建立并实施有效、完善的 ABCP 也能成为帮助涉案公司证明其没有实施商业贿赂意图的间接证据。因此, 从在华跨国公司自身规范经营和法律规制的角度来看, 在华跨国公司制定并实施 ABCP 具有重大意义。

为保证 ABCP 的有效性和可执行性, 在华跨国公司需要结合自身的业务特点、公司运营所在地区的文化与商业惯例, 以及公司全球合规制度和文化量身定制其 ABCP。我们将结合为跨国公司提供多年合规法律服务的心得, 就制定与实施 ABCP 的若干难点进行探讨。

1. 风险评估

ABCP 应贴合公司自身运营的特点和常见风险。因此, 制定和实施适合公司的 ABCP 首先要对公司商业腐败的风险进行全面评估。

一般而言, 在华跨国公司在评估自身合规风险时可以参考以下因素:

- (1) 为业务经营的目的, 公司日常经营中是否需要与相关政府部门、事业单位和国有企业进行业务往来? 业务往来的频率、具体形式和内容如何?

如果您需要本出版物的中文本, 请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

If you would like other Llinks publications, please contact:

Roy Guo: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

Llinks Law Offices
www.llinkslaw.com

跨国公司反腐败合规政策难点分析

- (2) 公司业务经营所覆盖地区的整体合规文化与环境，当地政府部门的专业程度以及廉政实践如何？
- (3) 公司是否处于医药、医疗器械、汽车零部件、大型机械设备制造业等商业贿赂高风险行业？
- (4) 公司的经营模式是自销还是雇佣经销商、代理商进行销售？公司是否有长期固定的供应商和客户？第三方商业伙伴的合规状况？
- (5) 公司的产品或服务推广模式如何？是否有频繁的产品推广活动？是通过销售人员进行推广还是外包第三方代为推广？是否需要与行业机构进行合作推广产品或服务？
- (6) 公司的销售团队和采购团队的规模与人员构成如何？团队的日常管理系统如何？团队的培训机制如何？
- (7) 公司与员工之间的关系，以及公司和竞争者之间的关系如何？心存不满的员工或前员工以及竞争者进行(恶意)举报的可能性是否较高？
- (8) 公司境内境外的商业合规记录和文化。

除公司整体商业合规风险评估之外，公司亦应注重 ABCP 各环节流程的风险评估。针对公司腐败生成原因，笔者认可某国外研究机构给出的一个较为综合的公式：

Corruption (腐败) = Monopoly (权力垄断) + Discretion (自由裁量权) – Accountability (问责机制) – Salary (薪酬) + IOR (Ignorance of the Rules, 对规则的漠视) + LOD (Lack of Discipline, 缺失对不当行为的惩戒) + LOS (Lack of Scruples, 行为肆无忌惮) + LOG (Lack of Guts, 缺乏纠正不当行为的勇气)

公司可以根据上述各要素，对照发现公司 ABCP 中的各环节薄弱点，专门予以补漏加强。

2. 政策制定

制定内控制度的核心目的通常包括这几点：(1)建立及早发现和防范不合规行为的体系；(2)确立调查和惩戒违法违规员工的法律基础；(3)减少和消除不合规行为；(4)维持合规事务完整记录。为上述目的，内控制度应由在华跨国公司当地最高领导层代表负责，由法务、内审、财务、人力资源和工会等多部门协调总部各主管部门共同制定和实施。在制定 ABCP 中，需要特别关注以下事项：

(1) 合规部门的权限

通常，跨国公司总部的首席合规官(Chief Compliance Officer)直接汇报给公司董事会或首席执行官，但在华跨国公司可能会遇到其在中国当地的合规资源和权力阶位不及总部层面的情形。由

跨国公司反腐败合规政策难点分析

此造成的弊端是，在制定和实施跨不同事业部门、职能部门和不同法律实体的 ABCP 时缺乏统一的领导，而使得 ABCP 留于纸面而未能得以实际执行或不同部门实体以不同的方式理解执行 ABCP。为消除这些弊端，在跨国公司本地架构中，跨国公司可以考虑由跨国公司中国区法务合规部门总负责人同时担任跨国公司中国或亚太区管委会成员，并规定区域内各子公司的总经理就合规事务向该总负责人汇报。

(2) 公司劳动规章的配套制度

不同于公安机关和检察机关，公司对 ABCP 的违规案件进行调查时，无法对相关员工采取强制手段，而依赖于涉案员工的配合。实践中，公司开展内部调查时经常发生员工不配合导致调查无法正常进行的情形。例如，公司内部调查中，被询问员工可能会要求仅在其聘请律师在场的情况下，方接受公司询问调查。在此情形下，公司面临两难选择：如果公司接受员工要求，将导致调查延误和案件信息扩散；如果拒绝员工要求，员工将和公司对峙导致调查遭遇僵局。再如，为顺利开展内部调查，公司通常采取的措施之一是将涉案被调查员工暂时停职或转岗，以防止被调查员工利用继续履职的便利转移或毁灭相关证据。然而，如果被调查员工担任特殊职位，对其停职或转岗措施将会遇到法律障碍。譬如，按照相关法律规定，工会主席、副主席任期未满时，用人单位不得随意调动其工作。因工作需要调动时，应当征得本级工会委员会和上一级工会的同意。因此，当被调查员工为公司的工会主席或副主席时，公司可能无法自行在调查期间将其停职或转岗。在此情况下，公司应事先征得工会的支持，使得公司在对工会主席或副主席进行内部调查时，可以有权暂停其职务或将其转岗。

针对上述情形，为确保 ABCP 的有效实施(特别是对违规事件的调查)，公司应对其劳动人事规章做出相应规定，以确保公司员工配合调查。例如，公司宜在与员工的劳动合同中约定，接受公司依照规定程序而进行的内部调查是员工履行劳动合同的义务，拒不接受调查将被视为严重违反规章制度的行为，公司有权据此作出包括解除劳动合同在内的处罚措施。

事实上，中国劳动相关法律体系偏重保护员工的利益，如果员工劳动手册等用人单位规章制度未能与公司 ABCP 进行全面结合(如遵守该制度、配合调查和接受处罚结果等事项)，一旦员工和公司因实施 ABCP 而产生劳动纠纷，公司可能处于不利地位。因此，将 ABCP 与公司的人事政策进行无缝对接非常重要。为保障 ABCP 通过与奖惩措施挂钩而得到落实，公司在制定相关人事制度时应邀请公司工会或职工代表大会参与内控制度和人事制度的讨论，并将沟通协商过程记录在册。此外，由于工会成员或员工代表为公司员工民主选举得出，通常在公司员工中享有较高公信力，工会或职工代表大会积极参与 ABCP 的制定和执行，有助于员工主动接受 ABCP 并增强相关人事制度的效力，确保 ABCP 能够有效落实。

(3) 政策的可执行性

公司制定 ABCP 时，应避免过于严苛而实际无法执行的制度。以礼品招待为例，有公司直接规定，在业务经营中严格禁止员工赠与第三方礼品，无论金额和事由。这一规定看似严格但在现实商业环境中难以完全落实，久而久之，造成员工漠视 ABCP 的后果，致使该制度实际成为“纸面”

跨国公司反腐败合规政策难点分析

规定。可取的办法是，制定实际可执行的制度，例如针对赠送礼品的金额、次数、对象作出限制和程序规定，通过可执行的制度把员工的业务行为引导至公开、可管控、如实记录的合规渠道。

3. 内部举报

统计数据表明，公司遭受的 70%以上的商业合规行政调查是由公司员工或第三方举报而起。妥善处理公司内部人员或第三人对公司涉嫌的商业贿赂进行举报是公司防控商业腐败风险的重要环节。

多数跨国公司都设有内部举报热线，鼓励员工和第三方对其知晓的商业腐败政策和行为进行举报。然而，实践中确有部分员工或第三方为个人目的滥用内部举报制度报假案、报错案的情况，造成公司人力资源被浪费，被错误举报员工的积极性也受到了打击。此外，欧盟、美国和中国都相继颁布实施关于个人信息保护的法规。跨国公司接受内部举报和开展内部调查中收集、处理、转移个人数据必须遵从这些新法规。由于这些原因，部分跨国公司管理部门对鼓励举报制度心存疑虑。

毋庸讳言，内部举报制度是一把双刃剑。然而，综合利弊，笔者认为公司宜积极建立并实施举报人(奖励)制度。首先，内部举报奖励制度是公司 ABCP 的重要组成部分，公司制定完整的 ABCP 是公司合规纪录证据。其次，中国法律已提供了举报人保护和奖励制度，政府部门也开通了多个举报电话。对公司而言，积极引导鼓励员工或第三方首先向公司举报，有利于公司先于政府部门获取相关可能违法违规的信息，从而就可能遭受的行政或刑事调查风险做出预判和准备。

4. 调查

(1) 启动调查

实践中，公司对待是否启动调查的标准不一。公司通常会在启动调查前考虑相关不当行为的严重性，例如是否致使公司违法犯罪，是否涉及公司高管人员(高级经理或总监以上)，是集体行为还是员工的个人行为，是否涉及销售、采购或财务等敏感部门的员工。此外，公司启动调查的目的也决定了调查时采取的标准。

[案例]

B 公司是美资药企在华子公司，2016 年第三季度进行内部审计时发现某销售经理部分费用报销可疑，可能被用于向若干民营医院采购人员支付礼金和赠与礼品。B 公司内部审计部门将该可疑事件向法务部门进行报告，法务部门与外部律师对该事件的法律风险进行了评估。

实践中，美国法院和司法部在执行 FCPA 界定某国外机构是否为“instrumentality (视同政府机构)”时，通常考虑以下因素：(1)中国政府部门是否持有该机构股权权益；(2)中国政府部门是否有权向该机构任命、派出或解聘人员；(3)中国政府部门是否负责该机构盈亏；(4)除了缴纳税收之外，该机构是否有义务向中国政府部门支付任何收益；(5)即便不存在上述情形，该机构是否从存在

跨国公司反腐败合规政策难点分析

上述情形的“instrumentality (视同政府机构)”改制而来。该民营医院不构成上述条件，不构成 FCPA 定义的“instrumentality (视同政府机构)”，因此可基本排除 FCPA 在该可能案件中的适用。

B 公司在评估该事件在中国《反不正当竞争法》和《刑法》下涉嫌商业贿赂的责任后启动调查，但调查面临着诸多困难：首先，涉嫌员工已离职，因此公司没有有效手段要求该员工配合调查；其次，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》将对非国家工作人员行贿立案追诉的标准从原先规定的人民币 5 千元提高至 6 万元。B 公司依靠内部调查难以证实涉嫌员工对民营医院的贿赂金额达到 6 万元，因此 B 公司住所地公安机关不受理 B 公司的报案。在公司高层办公会讨论后，B 公司决定仍在公司范围内就该事件进行调查，对核查审批涉嫌员工报销款项失职的相关财务人员和该员工上级经理进行了纪律处分，对涉嫌员工发出书面函件并抄送其新雇主，此外 B 公司还对公司现行合规制度相关环节进行了审视，评估是否存在薄弱环节。B 公司此举是为了向全公司传递清楚无误的信息——公司对腐败行为采取零容忍政策。

值得说明的是，对于跨国公司高管个人而言，如发现公司出现腐败事件，其宜尽早开展调查。对于适用 FCPA 的在华跨国公司而言，若公司董事和总经理知悉可能的商业贿赂行为而不及时启动调查程序或采取处理措施，该等高管有可能会被认为合谋、渎职或协助该等腐败行为而承担行政或刑事责任。此外，公司股东亦可以违反忠实勤勉义务为由对高管怠于履行职务的行为提起民事诉讼。

(2) 法务参与

如果公司决定启动调查程序，通常应由法务、合规、内部审计和人事部门组成联合调查小组行为。其中，应由公司内部法务人员还是外部律师参与调查是各公司经常遇到的疑惑。

与外部律师相比，公司法务通常熟知公司沿革、组织架构和内部程序。同时，公司法务熟悉员工，在调查员工时可能更容易与被调查员工沟通。因此，公司指派内部法务调查有助于尽快开展调查并节省费用。但是，公司法务参与调查也存在一些不利，中国熟人社会的传统文化在跨国公司亦不同程度地存在，因此在中国由公司法务主导调查可能导致两个弊端：其一，公司法务非独立第三方，因此调查的公允性可能存在不足，实践中，监管部门往往倾向认为由独立第三方开展的调查更为客观可信；其二，在调查存在较明显对抗时，公司法务与被调查对象和部门后续的日常业务合作可能受影响。此外，由外部律师开展的调查中与被调查对象之间的信息交流还可以更加安全地享有“律师与当事人之间特权”(Attorney-Client Privilege)的保密权利。

笔者认为，最行之有效的方式是公司法务和外部律师相互配合：在案件暴露初期，除非牵涉公司高层或财务出纳等敏感部门人员，宜由法务独立开展前期调查，包括拟定被调查人员范围、调查方式和计划。若初期调查有证据显示商业贿赂存在导致公司违法的可能性，公司法务宜立即联系外部律师，将已有调查笔录交与外部律师，并由外部律师开展进一步调查并给出处理意见。

跨国公司反腐败合规政策难点分析

以上为笔者对在华跨国公司 ABCP 的一些浅见。现实商业环境中, 由于境内外监管环境的变化以及跨国公司在华业务模式的发展, 反腐败合规事务的重要性日益凸显, 跨国公司的管理层更需要结合公司情况制定并实施 ABCP。

如需进一步信息, 请联系:

作者	
潘永建 电话: (86 21) 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com	钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com
上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 21) 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: (86 21) 3135 8770 selenashe@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
潘永建 电话: (86 21) 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 10) 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: (86 10) 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营)	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com