

跨国公司合规政策在本地的适用——以 FCPA 和中国法为视角

作者：潘永建 / 孔焕志

总部在境外的跨国公司在华子公司、分支机构和已在境外投资经营的中国企业均因跨国经营而受到包括母国、东道国甚至第三国等多国法律和政府监管部门管制。面对多头管制，跨国公司普遍的做法是在反商业腐败领域制定一套自上而下(Top-down)适用于公司全球分支机构的合规政策(Anti-Bribery Compliance Program, ABCP)，旨在采用最高标准以满足相关各国法律监管要求。为便于 ABCP 在各经营地适用，ABCP 通常清晰明了，语言简洁易懂，并且翻译成主要经营地当地语言供当地员工和相关第三方使用。尽管如此，因为文化和法律的差异，照搬适用 ABCP 在中国仍面临困难而需要微调。本文拟从礼品招待和当地书面法律规则两个角度简析这一问题。

1. 商务招待和赠礼

欧美跨国公司受 FCPA 或 British Bribery Act 或类似域外法律监管，该等法律禁止或严格限制其在经营活动中招待政府机构官员或赠与礼物。因此，跨国公司通常在 ABCP 中明确这一原则。然而，较之欧美，包括中国在内的亚洲国家更加注重商务活动中的招待宴请和赠送礼物。这一商业文化积习已久，跨国公司在华分支机构普遍感觉严格执行 ABCP 商务宴请和赠礼政策将不利于其在中国的业务开展，因而请求总部能够允许对该政策进行微调而在商务活动中例外允许礼品招待。取决于中国管理层和总部之间的博弈和信任程度，跨国公司对是否需要微调和微调尺度态度不一。参考若干行业领导者跨国公司的实践，本所合规团队总结了微调问题的最佳做法(Best Practices)如下：

- (1) 应明确全球统一适用 ABCP 是大前提，在严格风险评估后在安全“阈值”范围内允许有限例外，同时要求中国分支机构制定时间计划表逐年减少直至消除其对政府机构官员

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

外跨国公司合规政策在本地的适用——以 FCPA 和中国法为视角

的宴请和赠礼。跨国公司通常由法务、合规和审计部门联合评估风险确定“阈值”，并由法务合规部门对例外宴请和赠礼的合理金额给予事前审批。

- (2) 无论对象为国家工作人员或非国家工作人员，例外允许的宴请和赠礼不得以利益交换(*quid pro quo*)为目的或产生这样的后果。
- (3) FCPA 规定，赠与政府机构官员的礼物应不得为现金或现金等价物(*cash equivalent*)。2016 年最高人民法院和最高人民检察院发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(“《**办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释**》”)对贿赂犯罪中的“财物”概念亦作出扩大解释，不仅包括货币、物品，也包括可以折算为货币的物质利益或需要支付货币才能获得的其他利益的财产性利益。在此背景下，ABC P 的本地化微调不能导致宴请和赠礼最终交付现金财产性利益。以中国的中秋月饼风俗礼品为例，：赠送的月饼票可兑换为一定金额货币，因此月饼票实质上是一种可有限流通的有价票券。鉴此，部分跨国公司在华分支机构的 ABC P 规定，原则上禁止赠送月饼等风俗礼品给予官员，例外情形下的赠与应为月饼实物而不得为月饼票券。
- (4) 针对上述限例外许可，ABC P 应根据合理的商业需要对宴请和赠礼的次数、规模和理由作出严格控制。按照《办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，多次受贿未经处理，按照累计受贿数额处罚。虽然通常对政府官员的宴请和小额赠礼不构成行贿，但仍然要充分注意被“累计”计算的风险。实践中有跨国公司规定，对同一对象(国家工作人员和非国家工作人员)，一年宴请或赠礼的次数不得超过两次。

2. 当地书面法律规则

FCPA 规定了“当地书面法律”条款，即若因当地书面法律(*Local Written Law*)要求美国公司向外国政府机构官员支付费用(如差旅费用等)，则该公司的支付行为可以免于承担违反 FCPA 的法律责任。该豁免条款的适用前提是当地书面法律明文规定该等支付行为合法。因当地行业惯例、地方习俗或政府机构单方要求而作出的支付行为不得援引“当地书面法律”原则免责。

在中国运营受 FCPA 规制的跨国公司通常在其 ABC P 中严格适用“当地书面法律”要求。然而，中国部分法规的含糊导致跨国公司适用这一原则时面临不确定性风险。

[案例]

A 公司为美国跨国公司的在华子公司，从事材料制造行业，受 FCPA 规制。A 公司因新建项目而需要进口数量较多的特种设备。A 公司收到其所在地甲市质量技术监督局(“**甲市质监局**”)要求，该局将派出以一名主管处长为组长的特种设备监检小组赴境外若干特种压力容器设备供应商做现场检验，费

外跨国公司合规政策在本地的适用——以 FCPA 和中国法为视角

用由 A 公司承担。检索相关法律和规定, A 公司发现中华人民共和国国家质量监督检验检疫总局(“**国家质检总局**”)发布的《压力容器监督检验规则》(TSG R7004-2013) - 《进口压力容器监督检验专项要求》D3(“**《压力容器监督检验规则》**”)规定:“进口压力容器的监检可以采用境外制造过程监检的方式进行……境外监测项目由监检机构与进口压力容器的使用单位或者境外压力容器的制造单位确定境外监检的时机, 派出监检员到境外进行检验, 填写监检记录等工作见证。”但该规则通篇没有明文规定, 相关监检费用应由哪一方承担。

甲市质监局要求由多人组成的监检小组需要多次赴境外进行监检, 差旅费用金额较大。面对这一要求, A 公司感到棘手: 如果支付这些费用, 是否会被认定为 FCPA 界定的对外国官员的支付行为(行贿)? 如是, A 公司可否援引“当地书面法律”原则而免责?

A 公司律师在分析解决方案时, 曾考虑由境外设备制造商承担并支付这些费用的思路, 但这一想法被否决。其理由是: 第一, 在明知政府部门要求承担费用的情况下, 如果 A 公司要求供应商支付, 按照 FCPA 的规定供应商的不当行为将由 A 公司承担责任; 第二, 由供应商直接支付质检官员境外差旅费用, A 公司难以控制这些支出的合理性, 反而增加了违反 FCPA 规定的风险。

在评估适用“当地书面法律”免责的可行性时, A 公司面临三重障碍: 其一, 中共中央办公厅、国务院办公厅 1989 年发布的《关于严格控制领导干部出国访问的规定》(“**《干部访问规定》**”)第 1 条规定,“(副省、部级)领导干部出访, 不得接受外商资助或境外中资企业邀请出访, 也不得授意外方邀请出访。”1991 年发布的《关于严格控制领导干部出国访问的补充规定》(“**《补充规定》**”)第 4 条规定“各地区、各部门对机关地、司级以下(含地、司级)干部及工作人员临时因公出国, 也要参照上述精神严格审批, 从严控制……”如果上述政策性文件适用于监检小组的出访, 则 A 公司的支付行为显然违反“当地法律”。其二, 作为技术规范《压力容器监督检验规则》是否属于“当地法律”? 其三, 即便其属于当地法律, 该规则并未明确要求 A 公司向质监局小组支付费用。

经过 A 公司内部和外部律师团队的反复研究, A 公司最终同意支付监检小组的差旅费, 但同时实施了以下措施以满足 FCPA 的要求:

- (1) A 公司与甲市外事办公室(“**甲市外事办**”)和甲市质监局进行了会谈, 两政府部门确认前文的《干部访问规定》和《补充规定》主要是为严格审查领导干部务虚性出访, 而此次监检小组的出境活动是依法履行法定的监管职责。因此, 监检小组的出访不违反《干部访问规定》。A 公司制作相关会议记录, 记载了政府部门的意见;
- (2) A 公司聘请外部律师出具法律意见书, 确认《压力容器监督检验规则》是国家质检总局按照《中华人民共和国特种设备安全法》和《特种设备安全监察条例》制定的技术规范性质的部门规章;

外跨国公司合规政策在本地的适用——以 FCPA 和中国法为视角

- (3) 甲市质监局召开的 A 公司境外设备监检工作的会议记录中说明，设备监检由甲市特种设备监督检验技术研究院(“**技术院**”)组织进行，监检小组成员包括甲市质监局特种设备处官员。A 公司与技术院协商具体费用并签订监检合同，并且 A 公司按照合同约定将费用支付给技术院而不是甲市质监局；
- (4) 甲市外事办出具的相关官员因公出国《出国、赴港澳任务批件》复印件交由 A 公司留存；
- (5) A 公司制定并保存监检小组各次赴境外监检的行程单，所有境外活动都属于监检公务而杜绝无关活动，相关费用合理而没有不适当支出。

以上案例说明，少数法律和规定的不明确和政府监管与事业服务职能重叠等特殊问题将可能导致跨国公司在适用 FCPA 规则面临不确定性。跨国公司律师团队需要谨慎分析处理这些不确定性对合规政策制定和实施的影响。

外跨国公司合规政策在本地的适用——以 FCPA 和中国法为视角

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	孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@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 selena.she@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

© 通力律师事务所 2017

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点, 不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。