

# 跨国公司商业贿赂合规审查与风险防范探讨

●姚华

(华东政法大学,上海 200030)

**[摘要]**文章在简要介绍国内外商业贿赂立法的同时,对企业商业贿赂的公司治理与合规审查制度的建设与实施进行了比较详细的阐述,并就企业合规文化的建立给出了工作指引。最后,在商业贿赂风险防范问题上,笔者结合工作实践,从国内法角度论述了商业贿赂法律风险控制;针对我国企业在美上市,笔者在解读美国《反海外腐败法》最新指引的基础上,给出了合规运作的建议,对在美上市的中国企业具有一定参考作用。

**[关键词]**商业贿赂;公司治理;合规审查;合规文化

世界经济全球化的发展进程,为国内外企业带来了前所未有的机遇。随着我国改革开放的进一步深入,越来越多的跨国企业将我国作为其经营战略目标实施的核心战场,同时我们也应该注意到,在机遇的背后存在诸多法律风险,越来越令跨国企业关注的就是商业贿赂所带来的风险,原因在于跨国公司贿赂案件的频繁出现,如2005年雅芳“行贿门”、2008年“西门子案”、2009年“大摩案”和近期的葛兰素史克商业贿赂案等。合规事件的出现可归纳为三种情形:一是通过外部媒体的曝光,监管机构介入调查;二是通过企业内部调查发现;三是企业内部或者外部向企业合规审查部门或企业高层举报。通过以上三种情形的归纳,我们不难看出第一种情形所产生的后果是最为严重的,对企业的商誉影响巨大,跨国公司在我国应当开展内部尽职调查,以确保现有合规计划在我国得到正确地理解和执行。笔者将在下文就商业贿赂相关国内外法律、公约等做一个简单介绍,并就跨国公司商业贿赂风险防范与合规治理进行探讨。

## 一、国内外有关商业贿赂的法律文件

### (一)国内有关商业贿赂的法律法规

我国主要有两部法律明确禁止商业贿赂:《反不正当竞争法》以及国家工商总局为实施该法而颁布的《关于禁止商业贿赂的暂行规定》;《刑法》以及最高人民法院、最高人民检察院颁布的相关法规和司法解释。前者规定的贿赂案件由国家工商总局和地方工商局进行调查,并可能处以行政处罚;后者规定的具有更严重影响的案件由公安部门进行调查,或者由检察院进行调查、提起公诉,法院进行审理,定罪后可处以刑事处罚。

### (二)国外有关商业贿赂的主要法律文件

美国的《反海外腐败法》(英文全称“Foreign Corrupt Practices Act”,简称“FCPA”)颁布于1977年,分别在1988年和1998年进行了修订;本部法律有两部分组成,分别是反贿赂条款与账簿和记录条款,目的在于禁止美国企业通过邮件或者其他方式,直接或间接地向外国官员、外国政党或候选人进行非法支付。有关在美国证券交易委员会(SEC)登记备案的上市公司,其FCPA条款民事部分的执行,由美国证券交易委员会负责;对于“非发行企业”的FCPA条款的执行和涉及的所有刑事控诉,则由美国司法部来负责。

经济合作与发展组织(OECD)《关于反对在国际商事交易中贿赂外国公职官员的公约》(简称“OECD公约”),是第一个在国际领域对跨国商业贿赂作出约束的国际公约,OECD公约要求缔约国将以其法律管辖下的任何人向外国公共官员或通过第三方给与、承诺给与任何不当支付,以及此官员作为或不作为方式违反其法定职务,而获取、维持其商业业务或其他不正当商业利益,定为犯罪。

欧盟反腐败公约有两个:一是《欧盟刑法反腐败公约》,这项公约是内容最全面的反腐败公约之一,包含了公有和非公领域的腐败和其他一系列罪行;公约要求签约国对定义范围内的腐败进行起诉,在引渡和交换信息方面增加国际合作。另一个公约是《欧洲理事会民法反腐败公约》,公约要求签约国保证企业会计账簿记录完整和准确,并制定了相关赔偿和对举报者进行保护的法律。

《联合国反腐败公约》的适用范围十分宽泛,其犯罪构成没有局限于商业目的贿赂行为,也没有规定FCPA的两条抗辩条款,更加广泛地推动了对公共官员贿

贿行为的非法性认定。我国于 2003 年 12 月正式签署了《联合国反腐败公约》。

## 二、企业商业贿赂风险的公司治理与合规审查

公司治理是企业高层管理团队的责任,创建组织内部的透明度,通过设计一整套管理机制,保证企业组织的所有成员都能够遵守确定的程序,并监测和记录组织的商业活动;企业的合规部门或合规管理岗位通过识别、评估、防范、上报、追踪并检验企业合规风险,保证了公司治理系统的有效性。合规审查制度的建立,需要企业管理层的支持与参与,才能在企业中形成有效的合规管理文件,并在合规审查的工作中投入人力和财力,将企业合规项目落实到位。

企业经营活动的“合规”,通常包含两个层面的含义:一是遵守法律、法规及监管部门的规定;二是遵守企业内部伦理守则和规章制度以及社会规范、诚信和道德的行为准则等<sup>[1]</sup>。企业行为符合 FCPA 规定已经成为跨国企业的主要目标任务之一,并将合规审查纳入了企业内部常规审计的计划内。保证企业行为符合 FCPA 规定最有效的方式是对企业员工进行合规培训,而合规审查部门与法律部门的跨部门合作,被认为是取得成果最重要的因素。

合规风险评估是合规审查制度的重要组成部分,确保企业符合 FCPA 规定。目前跨国企业风险评估需要考虑的主要因素有:1. 企业活动的国家地区;2. 企业在非政府组织“透明国际”腐败报告中的排名;3. 第三方代理人或外包商行为触犯 FCPA 的可能性;4. 企业过去内部控制的脆弱性与缺陷;5. 企业内部调查涉及 FCPA 事件的调查结果;6. 行业与企业自身曾经违反 FCPA 的案例。

## 三、企业合规文化的建立

企业合规实施方案的目的在于有效地防范和阻止犯罪行为的发生,企业组织应当采取审慎的防范措施,并创造出企业“合规文化”。多数跨国企业采用的《道德和行为准则》,明确规定要遵守反腐败相关法律在内的一切法律法规及行业标准,通过《道德和行为准则》的宣传和普及,向所有员工、派遣人员和合作伙伴倡导和传递“合规文化”。《美国联邦宣判指南》中的企业“合规文化”的实施方案意见对国内外企业具有较强指引与参考作用,其主要意见有:

1. 企业建立标准和流程,来防范和追踪违反 FCPA 的行为;2. 企业管理层应该了解整个合规审查制度的内容与实施,并且对其实施过程进行监督;3. 确保有专

门人员来实施合规审查制度,并定期向某一专门负责 FCPA 的高层人员或委员会汇报;4. 企业应该通过合理的方式使全体股东、员工、代理商及合作伙伴纳入到企业的合规审查制度中,以防范这些人员参与到非法支付有关的活动中;5. 企业应该通过与之职权相适应的定期的培训,使企业及其分支机构的员工了解公司的合规审查标准、流程和更新;6. 企业应定期检查合规审查的有效性,并加以不断地改进;7. 企业应提供一种机制,使员工或代理商可以在匿名和保密的原则下,向高层检举 FCPA 问题;8. 企业应该通过有效的奖惩制度来激励合规审查制度的实施;9. 企业在发现 FCPA 违章事件后,应采取有效的措施加以处理,并且通过对原有制度的改进以防范类似事件的发生;10. 企业定期对合规风险进行评估,并根据评估结果设计、实施或改进合规审查制度,以减少或防止违规事件的发生。

## 四、合规审查的制度建设与实施

### (一) 合规审查制度的建立

建立一个有效运作的合规审查组织架构,需要企业最高管理层组成委员会,直接负责企业整体合规审查的实施和有效性,并对重大合规事件进行管理和审查,企业高层管理人员对合规工作的参与与责任的承担,是保证企业合规审查制度能够真正起到作用的必要条件。在企业高层管理人员的牵头组织下,企业内部应该建立起专门的合规部门和人员,专门负责具体的合规审查制度的落实,定期向企业合规委员会汇报合规工作的执行情况、监控状态、发现的问题。

合规审查部门及其合规人员应具有独立性,主要体现在合规工作人员不隶属于其他业务部门,不得在企业负责其他具体业务工作,以避免产生利益冲突,合规部门的报告层级应该是直接向最高负责人或者合规委员会来进行工作汇报,给予合规部门必要的经费和充分的授权。

合规审查部门制定的合规标准和流程文件,应当适用于企业的所有分支机构,和企业持有 50% 以上表决权的子公司,在一定条件下也适用于企业的派遣人员、代理商、中介机构,确保合规审查制度实施的全面性。一个完整的合规审查流程至少应该包括:合规风险的识别和评估、合规审查计划的制定和实施、合规问题的上报和监测、合规审查制度有效性的定期检查和更新、员工的培训和教育;此外合规部门根据企业自身情况制定的配套制度也是防范企业违规事件发生必不可少的部分,如匿名举报制度、违反合规政策的惩治制度等。

### (二) 合规审查的实施

合规审查的实施依据的标准和原则包括相关国内

外法律法规、企业的行业标准和最佳实践、社会责任和社会的普遍要求、企业内部的行为准则和规章制度。在合规审查的实施中,合规部门应当根据外部环境、法律法规、行业动态、业务发展等多种因素来制定调整新制度,这是一个不断改进的持续控制过程。

在企业常规审查中,不但要对企业原有业务范围内的客户、代理商等发生的重要变更进行审查,还要对企业新业务开拓的合规风险进行审查评估。在涉及企业重大项目和重大决策时,合规审查部门应当参与其中。企业高合规风险业务的日常审批是合规部门的主要工作内容,审批内容主要包括:涉及对政府官员的支付项目报销、礼物、娱乐招待项目、捐赠和赞助项目、第三方代理商的合规风险、疏通费的支付。

## 五、从国内法角度谈商业贿赂的法律风险控制

《反不正当竞争法》和《关于禁止商业贿赂的暂行规定》(以下简称为“暂行规定”),规定为了购买或销售商品,经营者提供金钱或财物贿赂任何组织或个人的行为将被视为进行商业贿赂。我们在判断提供金钱或财物是否构成商业贿赂时,关键要看提供或者给予背后的意图是否是为了诱使他人购买或者出售产品或者服务。在实务中,工商部门的考量因素有输送利益的金额、提供者财务记录的费用说明、被指控者在调查过程中与工商局配合的程度。作为企业在工商调查期间,要能够证明其账册如实地反映了正确、合法的成本费用,付款时基于实际交易而产生。同时,企业在工商部门调查期间,也应该积极配合,及时提供所需文件,如实回答工商部门的询问,如果确有商业贿赂问题,工商部门可以基于企业的配合程度,在法律允许的限度内减免处罚。

根据《刑法》,为了“获得不正当利益”给予任何官员或非官员“金钱或财物”则构成行贿罪。在确定是否构成贿赂罪时也主要看提供利益背后的意图,即提供金钱或财物是否为了获取违反相关法规或者国家政策的利益,是否有助于或促使收受人违反法规或国家政策。在确定提供或赠与构成刑事贿赂罪时,司法机关通常会考虑的因素有:1. 当事人之间的关系以及当事人之间的交易历史;2. 提供或给予的财物金额或价值;3. 金钱或财物赠与的原因、时间和方式;4. 收受人是否利用其职位为提供人谋取利益。

## 六、中国企业在美上市的合规性运作建议

在美上市的我国企业和关联公司都将受到美国《反海外腐败法》的规制,作为上市发行人,其在经济往来中的商业贿赂行为无论是否发生在美国,都有可能引起美国司法部和证券交易委员会的调查,触犯了《反海外腐败法》的相关规定将受到处罚。因此,在美上市的中国企业必须建立起一套完善的商业合规制度,以符合美国《反海外腐败法》等相关法律规定。

上市公司的组织机构有其特别之处,除了独立董事和董事会秘书,董事会应设立专门委员会,其中审计委员会的设立对企业合规审查工作的推动和协调尤为重要。审计委员会的主要职责是:提议聘请或更换外部审计机构;监督公司内部审计制度及其实施;负责内部审计与外部审计之间的沟通;审核公司财务信息及其披露;审查公司的内控制度<sup>[2]</sup>。

在解读美国《反海外腐败法》最新指引的基础上,笔者就我国在美国上市企业的合规运作提出的建议是:第一,企业应就礼品、商务招待、酬谢礼金等制定明确的企业内部管理规定,如《员工职业道德准则》、《员工商业往来行为及资金管理规定》等,通过企业内部的内控检查及处罚措施、内部举报制度等,防范商业贿赂行为的发生;第二,企业应根据《反海外腐败法》的会计条款与处罚措施,制定财务报表和内部会计控制,确保企业账务合规、风险可控;第三,企业和分支机构应建立健全企业风险管理与内部控制体系,降低母公司违法行为的可能性;第四,企业在跨国兼并业务中,应做好尽职调查工作,主动披露相关信息,保证跨国业务的流程符合相应规则;第五,企业应该履行社会责任,将履行社会责任意识上升为企业文化,提倡公平竞争的竞争环境。

最后,笔者认为在近几年我国发生的跨国公司商业贿赂案,从处罚对象上来分析,越来越多的案件追究了公司高管、董事、股东等的个人责任。从处罚力度来说是更为严厉了,个人接受处罚已经成为一种趋势。跨国公司在进行全球化发展的同时,应当最大限度地增进股东利益之外的其他社会责任,以反腐败为己任,杜绝商业贿赂法律风险,走可持续发展的道路。

## 参考文献

[1] 蒋倩.论美国《反海外腐败法》对中国企业合规审查的启示[D].CNKI 硕士学位论文,12.

[2] 施天涛.商法学[M].法律出版社 2010 年版,218.

[作者简介]姚华,华东政法大学硕士在读,研究方向:民商法学。