

国际贸易法律热点问题

主动披露可免于刑事处罚--美国司法部最新修订《商业组织的出口管制和贸易制裁的执法政策》解读

“保护国家敏感技术和受制裁主体的交易安全是我们司法部的首要目标，但我们需要企业和我们一同努力。主动披露制度就是向企业保证，当他们确实有效地向司法部进行了主动披露，将对企业产生重大而切实的益处。”——美国司法部助理部长John C. Demers

2019年12月13日，美国司法部 (The Department of Justice, 下称“DOJ”) 发布了新修订的《商业组织的出口管制和贸易制裁的执法政策》(下称“**执法新政策**”)，主要针对2016年首次建立的DOJ刑事调查阶段的主动披露制度进行了修改。此次的修订最大的亮点在于，DOJ明确主动披露的企业在不存在加重情节的时候可以适用推定不起诉以及不罚款。这一好处以前从来没有被确认过，以往在实践中企业对此多有顾虑。

一、美国主动披露制度

主动披露制度 (Voluntary Self-Disclosure) 是美国的行政及司法机构通过减轻处罚鼓励主动披露行为的重要手段，指当企业或个人存在违反法律法规的行为时，通过向合适的政府机关主动披露潜在违规行为，获得减轻行政和刑事处罚的制度。

主动披露广泛存在于美国出口管制及经济制裁领域中。基于美国出口管制及经济制裁法律体系的庞杂，主要涉及的法律法规及负责处理主动披露

的具体部门也各有不同，主要包括：

行政处罚：

出口管制范围内

- 美国商务部工业与安全局 (Bureau of Industry and Security, 下称“BIS”) 负责处理有关违反《出口管制条例》(Export Administration Regulations) 行为的主动披露；
- 美国国务院国防贸易控制局 (Directorate of Defense Trade Controls) 负责处理有关违反《武器国际运输条例》(International Traffic in Arms Regulations) 行为的主动披露；

经济制裁范围内

- 美国财政部外国资产管理办公室 (Office of Foreign Assets Control, 下称“OFAC”) 负责处理有关违反《国际紧急经济权力法案》(IEEPA) 及其他行政命令行为的主动披露；

刑事处罚

- 美国司法部的国家安全局 (National Security Division) 下属的反情报和出口管制办公室 (Counterintelligence and Export Control Section, 下称“CES”) 负责处理的主动披露范围则最广。包括出口管制及经济制裁的违规行为均能够主动披露至CES。

DOJ作为唯一具有刑事管辖权的机构，对于主

动披露制度在刑事责任上的影响有着重要意义。历史以来DOJ一直鼓励企业/个人进行主动披露。2016年10月2日, DOJ在其《关于商业组织在出口管制及制裁调查中自愿披露合作及救济的指南》(以下简称“《2016主动披露指引》”)中就进一步明确了主动披露下的相关执法政策和指引。在DOJ执法处罚的自由裁量中, 主动披露作为考虑因素之一有利于企业获得较轻的处罚。

《2016主动披露指引》中已经对主动披露中的一些概念做出了解释, 明确了何为“主动披露”(Voluntary Self-Disclosure)、“充分配合”(Full Cooperation)、“补救措施”(Remediation)、“加重情节”(Aggravating Circumstance), 但并未明确列举主动披露对于企业刑事责任的具体减轻程度, 仅表明主动披露能使DOJ在综合考虑案件整体情况后作为企业的减轻情节之一。

此次发布的《执法新政策》虽然篇幅更短, 但简洁明了, 直接地阐述了在DOJ的管辖范围内, 有效的主动披露可以给企业带来更为明确的较轻刑罚。

二、《执法新政策》的关注点

1、主动披露对企业的好处

《执法新政策》首先明确了主动披露对于企业的好处。在满足以下三点的情况下: 1) 主动向CES披露违反出口管制或者贸易制裁的行为; 2) 充分地配合; 以及, 3) 及时并准确地进行了补救措施, 主动披露的企业在不存在加重情节的时候可以适用推定不起诉以及不罚款 (presumption that the company will receive a non-prosecution agreement and will not pay a fine, absent aggravating factors)。

《执法新政策》也对于以上三点给出了清晰全面的定义:

(1) 何为主动披露

主动披露要求企业的披露包括以下三个要素:

- 企业在“违规行为公开或政府调查之前”向CES披露了该行为;
- 企业“在意识到违规行为后的合理时间内”向CES披露了该行为。关于“合理时间”的认定, DOJ也特别提示了在公司并购的过程中, 对于在前期尽职调查或在后期审计及合规制度整合的过程中发现的被兼并公司的违规行为, 根据相关要求及时地进行主动披露, 也将同样适用不起诉的推定。
- 企业应披露其在披露之时已知的所有相关事实, 包括与所涉违规行为实质上相关或负有责任的任何个人。

特别需要注意的是, 当企业发现潜在的违规行为时, 如果选择向其他政府部门(商务部或财政部)而非向DOJ进行披露, 则该主动披露并不能满足DOJ《执法新政策》里的“主动披露”的要求。在之后DOJ的刑事调查过程中, 也不能享受上述不起诉的好处。

(2) 何为充分配合

充分配合要求企业:

- 及时披露所有与该违规行为相关的事实;
- 积极地配合, 而不仅是被动地接受调查。即使没有特别要求, 企业也必须及时披露与调查有关的所有事实。此外, 如果企业知道相关证据不为企业所拥有, 则必须向DOJ确认该证据。
- 及时保存、收集和披露有关文件以及有关其来源的信息, 包括: a) 披露海外文件、文件的位置以及找到文件的人; b) 促使第三方提供文件; 以及, c) 在被要求和适当的情况下, 提供相关文件的外语翻译;
- 在被要求的情况下, 使掌握相关信息的企业高管和员工(在可能的情况下包括海外员工和前员工等)可以接受DOJ的访谈。有可能的情况下, 也可以帮助DOJ获得第三方证言。

但DOJ同时强调了上述企业的配合义务与“律师-客户”间的保密特权以及“律师工作成果保护”(Work Product Protection)并不冲突。即当企业和律师之间的沟通信息以及工作成果均可以对抗DOJ配合调查的要求,在企业进行配合时,可以不予提供。

(3) 何为及时准确的补救

及时准确的补救要求企业:

- 进行对行为原因的根本性分析,并在合适的情况下进行针对根本原因的补救措施;
- 实施有效的企业合规计划,根据企业的规模及资源制定计划并定期更新其标准;
- 对员工进行适当的纪律处分,包括企业中对违规行为直接负责的人员,以及在违规行为发生地区具有监督权的人;
- 适当保留业务记录,禁止不当销毁或删除业务记录,包括对有损企业保存文件的个人通讯使用和即时消息传递平台实施适当的指导和控制,以及遵守企业的文件保留政策或法律义务;
- 任何其他可以确认企业违规行为严重性的制度、对违规行为的追责并采取措施以减少此类违规行为重复发生的风险,包括确定未来风险的措施。

除了上述三大要素,此次DOJ同样对“加重情节”进行了定义,包括以下各类行为:¹

- 向核扩散国家出口受核不扩散或导弹技术原因管制的物品;
- 出口已知被用于制造大规模毁灭性武器的物品;
- 屡次违法,包括过去类似的行政或刑事违法;
- 明知高级管理人员参与犯罪行为。

根据《执法新政策》的规定,当不存在任何“加

重情节”的情况下,企业甚至可以免于罚金的处罚而直接推定适用不起诉协议。

2、DOJ不同部门主动披露的差异

DOJ主管的不同部门在各类刑事调查中都会涉及主动披露制度,且规定中会有相似的定义和语句。根据DOJ的公告,DOJ确认相关定义最大限度地和其他领域主动披露制度中的定义相一致,尤其是海外反腐败(FCPA)刑事调查的语境下。因此这些定义不仅对于出口管制内的主动披露制度有意义,对于司法部具有管辖权的其他刑事调查均有借鉴意义。但对于FCPA刑事调查和基于国家安全的调查,主动披露的好处存在着根本不同。FCPA调查中的主动披露所带来的好处是经过DOJ自由裁量后的不予起诉(Declination),而基于国家安全调查下的好处则是不起诉协议的推定(Presumption of Non-Prosecution Agreement,下称“NPA”)。虽然从诉讼的角度而言,两者都包含“不起诉”的概念,但其主要区别在于,适用NPA的企业在未来数年中需要遵守与DOJ的合作协议并履行救济义务。当适用NPA的企业未有遵循其义务时,DOJ保留重新对其提起诉讼的权利。之所以对涉及国家安全的主动披露适用NPA,DOJ认为,考虑到国家安全的重要性以及违反出口管制和贸易制裁法律后果的严重性,应当对企业给予更多合规和救济上的约束,从政策上引导企业完善自身合规建设并对违反后果采取补救措施。

3、对个人违法者的影响

我们注意到,此次新政策首先是帮助DOJ进一步有效地威慑出口管制和贸易制裁领域的违法行为;鼓励企业自身首先避免和发现类似的违规、违法行为。借助《执法新政策》的主动披露制度,能够使DOJ起诉此前无法被发现或者缺少证据证明的个人违法行为更具有可能性和可操作性。

美国政府在多个场合表示要加强对个人违法

¹ “加重情节”并非穷尽式的列举,本文只是举例说明。

者的追责。从DOJ的角度，主动披露制度为DOJ提供了更多的证据和信息来证明原先可能无法追责的个人违法行为。尽管如此，我们认为不应简单地理解为主动披露会增大企业高管面临个人刑事处罚的法律风险，而应该理解为，在企业利用主动披露制度获得减轻处罚的同时，从合规和保护企业高管两个角度看，企业高管个人、直接负责人以及直接涉案的个人也应当同时进行主动披露，以争取降低个人遭受刑事处罚的风险。

三、对中国企业的启示

从此次的《执法新政策》中可以看出，当出口管制和贸易制裁的违规行为可能上升到刑事调查的严重程度时，如何评估、利用主动披露制度并且进行相应补救和信息保存行为等配套制度的重要性。同时，如本文第一部分所提到的，出口管制和贸易制裁领域内的主动披露还涉及其他具有管辖权的政府部门，企业首先需要了解不同政府部门对于主动披露的不同要求，以进一步结合自身的情况明确合规的要求。

1、发现相关违法行为时，应首先判断是否存在刑事责任

当相关违法行为发生时，如果存在故意违反 (Willful Violation) 的事实则会引起潜在的刑事责任。因此对企业而言，首先判断是否存在“故意违反”是首要且至关重要的。《执法新政策》也强调了鼓励企业在发现潜在的故意违反出口管制和贸易制裁法律的行为时直接向DOJ国家安全局进行主动披露。

《执法新政策》同时强调了在出口管制和贸易制裁的刑事调查范围内，国家安全局对于“故意”的认定沿用在 *Bryan v. United States*, 524 U.S. 184 (1998) 案中确立的标准。“故意”的判断标准是“明知自己的行为违法”，但是政府在证明被告“故意”或“明知”的过程中并不需要证明被告知晓其行为违反了特定的法律法规。

根据我们的经验，企业可以从如下几个方面判

断自身的行为是否可能构成刑事责任认定中的“故意”或“明知”：

- 有关出口合规的往来电子邮件；
- 企业所掌握的有关出口合规的文件；
- 过往与美国机构关于许可证要求的通信；
- 过往获取许可证的情况及违反出口合规的历史记录；
- 是否有篡改最终用户声明的情况；
- 先前与美国执法部门的联系情况，包括外联访问、出口合规培训、产品警告及交易文件等；
- 表明企业“明知”有关法律法规的执法声明。

2、完善企业的合规体系，将“主动披露”的相关要求纳入企业的合规体系

- 明确企业内部发现违规行为时的汇报和披露流程

根据此次《执法新政策》，发现不合规行为时如何进行汇报和披露也至关重要。为避免因内部员工“不符合要求”的汇报和主动披露导致企业无法在接受DOJ调查时享受主动披露政策所带来的好处，企业应在合规体系建设时明确相应的“内部汇报制度”，同时对内部举报人 (Whistleblower) 制度也应明确相关的内部汇报流程。企业在准备“恰当”的主动披露的同时，也应避免相关信息被不恰当地披露给外界第三方和相关政府部门。

- 明确对是否需要做出主动披露的决策机制和流程

主动披露的要求是在公司管理层的授权和知悉下确认的，因此企业的合规体系需要明确体现该类授权和知悉。企业对主动披露决策和流程的清晰确认和规定有助于各类管理机构认定企业进行有效的主动披露，也更利于企业内部员工客观地做出就潜在违规行为处理的正确决策。

- 构建企业对外披露前的审查机制

当企业确定要进行主动披露时，对于何种信息可以进行披露、何种信息可能存在误导性陈述而不应提供、何种信息可能需要以“律师特权”进行保护等均需要进行事先内部审查，以避免调查环节的节外生枝。

3、 引入外部专业人士评估和协助“主动披露”

- 评估违规行为的违规性质以及向哪个具体管理机构进行披露

如果相关违法行为不会上升到刑事层面，那么向BIS或者OFAC等管理机构进行主动披露也可以获得行政层面上减轻处罚。但如DOJ强调的，如果

向其他管理机构进行了披露可能导致在接受DOJ调查时无法享受到主动披露的好处。因此对于违法性质的判断就至关重要，企业需要引入外部专业人士首先判断违法行为的性质以及其可能引发的后果，再进行相应的选择，确定进行主动披露的机构。

- 如何尽快采取相应有效的补救措施

通过专业人士对违规行为背后的原因进行分析并找出企业合规制度的不足之处，并进行相关沟通的文件保存。引入第三方专业人士的行为可以充分体现企业进行补救的意愿和补救措施的有效性。

汤伟洋 合伙人 电话：86 21 2208 6373 邮箱地址：tangwy@junhe.com
刘润雨 电话：86 21 2283 8247 邮箱地址：liury@junhe.com
王丝雨 电话：86 21 2283 8266 邮箱地址：wangsy@junhe.com
李紫萱 电话：86 21 2283 8371 邮箱地址：lizx@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

