

美国反海外腐败法的基本原则

美国反海外腐败法(Foreign Corrupt Practices Act, 简称“FCPA”)是美国 1977 年针对日渐增多的美国公司向外国官员行贿行为而颁布的一部法律,旨在遏制贿赂、创造公平诚信的商业环境、恢复公众对统一市场的信心。

2012 年 11 月,美国证券交易委员会(Stock Exchange Commission,“SEC”)和司法部(Department of Justice,“DOJ”)联合发布了一部 FCPA 资源指南。综合 FCPA 及其资源指南,FCPA 的基本原则可以做如下总结:

一、 FCPA 的反贿赂条款

1. 反贿赂条款适用于以下主体:

- 证券发行人(“issuer”)及其管理人员、董事、职员、代理人或代表该发行人行事的股东。所谓“证券发行人”是指其所发行的证券根据《证券交易法》在美国登记、或被 SEC 要求提交定期报告的公司,也就是证券在美国全国性证券交易所交易或柜台交易的公司。
- 美国国内单位(“domestic concern”)及其管理人员、董事职员、代理人或代表该国内单位行事的股东。“国内单位”是指(1)任何作为美国公民、国民或居民的个人;及(2)任何公司、合伙、团体组织、股份公司、商业信托、非法人组织或个人独资企业,其主要营业地点在美国,或是根据美国某个州、属地或自由联邦的法律设立。
- 前两者之外的在美国境内从事特定行为的外国个人或实体。指在美国境内通过代理或者亲自实施贿赂外国官员行为的外国个人或实体。

2. 反贿赂条款所禁止的行为:

FCPA 禁止以上三类主体向外国官员提供、支付、承诺支付或授权支付任何金钱,或提供、赠与、承诺给予或授权给予任何有价值的物项或好处。

商业目的判定(“business purpose test”)是判断 FCPA 是否适用的重要标准。FCPA 适用于行贿者为诱使或影响外国官员利用其职位协助行贿者获得或保持业务而进行的贿赂。所谓“业务”不仅包括获得或保持合同,而且包括业务优势,例如利用贿赂获得优惠税收待遇、在进入市场时利用政府行为排除竞争者、绕开资质或许可的要求等。

只有具有贿赂性质(“corruptly”)的支付才会违反 FCPA。贿赂性质是指提供、支付、承诺或馈赠的意图是诱使接受者滥用其公职职位。

FCPA 并不要求贿赂实际实施,也不要求贿赂目的实现,即便受贿者尚未确定,只要有贿赂意图(“corrupt intent”)便可判定违法。例如某公司在 2000 年至 2008 年期间,一直向伊拉克石油部官员支付回扣以保持业务。2008 年 1 月,该公司与伊拉克石油部签订了长期购买合同,通过代理人向石油部官员允诺支付约合 85 万美元回扣。尽管由于 DOJ 和 SEC 启动了 FCPA 调查,合同最终未能真正履行,该公司也没有实际支付贿款,但 DOJ 仍然认定该行为违反了 FCPA,这笔允诺支付的贿款与已经支付的贿款均被计入最终定罪量刑的行贿数额。¹

判定任何被告在 FCPA 项下的民事和刑事责任,均要求在主观方面具有“贿赂意图”。个人被告只有被认定为“蓄意”(“willfully”)行贿,才需要承担 FCPA 项下的刑事责任。所谓“蓄意”,指被告知晓其行为违法,但并不要求被告一定知道其违反了 FCPA。

“任何有价值的物项或好处”(“anything of value”)包括现金、礼品、旅行、餐饮娱乐、折扣、工作机会和其它有价值的财物。有价值财物的价值大小并非确定责任存在与否的标准。但实践中,对价值非常小的贿赂,例如出租车费、合理的餐费和娱乐费用、公司促销品等,SEC 或 DOJ 都未启动过调查。

3. 禁止行为所针对的对象

FCPA 禁止向下列人员行贿:

- 任何外国官员:包括外国政府或其任何部门、机构(“instrumentality”),或公共国际组织的任何官员或职员;以及在其职权范围内为外国政府或其部门、机构或公共国际组织工作的任何人,或者代表该外国政府或其部门、机构或公共国际组织开展活动的任何人。FCPA 对于政府机构的定义十分广泛,包括国家拥有和控制的实体。一个实体是否属于 FCPA 定义的“政府机构”,需要根据该实体的所有权、控制权、地位和功能等来判断。即便国家控股不足 50%,也有可能被判定为“政府机构”。²
- 任何外国政党或其官员或外国政党的任何候选人。
- 第三方或中介,即知道此种金钱或财物的全部或部分将会被直接或间接提供、给予或承诺给予上述两类人员的任何人。一家美国医疗公司的中国经销商向中国商标局官员和公立医院的医师行贿,以加快商标核准进程,并促使公立医院购买产品。其中,中国

¹ SEC v. Innospec, <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21454.pdf>.

² United States v. Alcatel-Lucent France 刑事信息见

<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/alcatel-lucent-sa-et-al/12-27-10alcatel-et-al-info.pdf>.

经销商被 DOJ 认定为“第三方”，由国家所有和控制的医院被认定为中国的“政府机构”，医师被认定为“外国官员”。虽然贿赂由中国经销商发起并实施，但由于美国医疗公司管理层知晓并同意了这一行为，DOJ 仍然启动了对该医疗公司的调查、并指控其共谋违反 FCPA。最终，该案以双方签订了延迟起诉协议（“deferred prosecution agreement”，“DPA”），但医疗公司仍按照协议缴纳了 200 万美元的罚款。³

4. 抗辩

FCPA 反贿赂条款项下有两项抗辩可以成立，一是该项支付于外国成文法下合法；二是该项支付是合理正当的，并直接关系到产品或服务的促销、展示、说明或与外国政府或其机构所签合同的执行或实施。该两项抗辩的证明责任均由被告承担。

5. 例外——通融费/加速费（“facilitating or expediting payment”）

为促成例行政府行为而支付的通融费或加速费在 FCPA 项下是合法的，但只适用于促成非自由裁量的例行政府行为，例如获得许可证、签证等。一项费用是否属于通融费或加速费并不取决于其数额，FCPA 更关注该项费用的目的。值得注意的是，虽然通融费/加速费在 FCPA 项下合法，但仍有可能违反美国之外其它法域的法律。

6. 归责原则

通常来说，当一个公司的董事、管理人员、职员、或代理人在其职务范围内行事，为公司利益而违反 FCPA，公司应作为被告承担 FCPA 项下的责任。

在母子公司情形下，若母公司充分参与了违法活动，或母公司对子公司的行为有充分了解或控制，则母公司应承担相应责任。⁴

在发生并购时，被合并或被收购的公司在 FCPA 项下的责任通常应由继受者承担。若继受者在尽职调查中发现被收购或合并公司违反 FCPA 的行为，在并购完成后自愿披露相关情况，及时与 SEC 和 DOJ 合作、配合其调查程序、纠正被合并或被收购公司的违法行为并采取补救措施，则 SEC 和 DOJ 一般只会追究被合并或被收购公司的责任，而不追究继受者的责任。如继受者在并购后仍有新的或延续性的贿赂行为，SEC 和 DOJ 可能会对继受者采取行动。

7. 处罚

➤ 违反反贿赂条款的刑事处罚：公司或其他商业组织可被处以最高 200 万美元的罚金；个人可被处以最高 10 万美元的罚金及/或 5 年以下徒刑。

➤ 违反反贿赂条款的民事处罚：公司、其他商业组织和个人可被处以最高 10,000 美元的罚款。如应由个人承担责任，雇主或委托人不能为个人代缴罚款。

二、FCPA 的会计条款

FCPA 的会计条款由账簿和记录（“books and records”）条款及内部控制（“internal control”）条款两个重要部分组成。FCPA 的会计条款是对 1934 年证券交易法（“Securities Exchange Act”）

的修订，对原本已受证券交易法约束的个人和实体增加了有关记录和会计的披露要求，由 SEC 执法。⁵与反贿赂条款不同，会计条款仅适用于所有的证券发行人。

1. 证券发行人的义务

➤ 设立并保存账簿、记录和账目，这些账簿、记录和账目必须以合理的细节（“in reasonable detail”）准确且公正地（“accurately and fairly”）反映发行人的交易及对资产的处置。

➤ 建立内部会计控制制度，以此合理地确保交易都得到适当授权。

2. 母子公司归责原则

若证券发行人在本国或外国公司中拥有 50% 以上（不含本数）的投票权，则其有义务确保其子公司遵守 FCPA 会计条款，否则证券发行人将对子公司违反 FCPA 的会计行为承担法律责任。例如，一家美国上市公司通过其在香港的控股公司在中国大陆间接控制两家二级子公司（间接投资权益分别为 96% 和 70%）。2004 年至 2008 年间，两家中、港合资企业为获得政府业务而行贿总计超过 40 万美元。在提交给母公司的财务报表中，两家合资企业将上述不当支付计入了业务费及差旅和招待费，并由母公司纳入其向 SEC 提交的定期财务报告中。经 SEC 和 DOJ 调查，认定母公司间接持有两家子公司多数权益，但未能确保其子公司建立有效的内控系统进而制止财务作假行为。最终，这家美国上市公司被 SEC 没收约 115 万美元非法所得，并根据不起诉协议向 DOJ 缴纳了 170 万美元罚金⁶。

若证券发行人在本国或外国公司中拥有 50% 及以下的投票权，且证券发行人（母公司）在合理程度内善意地运用其影响力令其子公司遵守 FCPA 会计条款的要求，则该证券发行人（母公司）不需要对子公司违反 FCPA 的会计行为承担法律责任。⁷

3. 处罚

➤ 违反会计条款的刑事处罚：公司或其他商业组织将被处以最多 2500 万美元的罚金，个人将被处以 500 万美元以下的罚款及/或 20 年以下的徒刑。

➤ 违反会计条款的民事处罚：公司和个人将被处以因违法所获金钱收益或特定美金限额（“specified dollar limitation”）中较高数额的罚款。特定美金限额根据违法程度的不同设定，其中对个人的额度为 7,500 美元至 150,000 美元，对公司或其他商业组织的额度为 75,000 美元至 725,000 美元。

三、FCPA 的执行

1. 执法机关

SEC 拥有对证券发行人及其管理人员、董事、职员、代理人、股东违反反贿赂条款和会计条款的民事执法权。DOJ 拥有刑事执法权以及针对本国单位、外国公司和个人的反贿赂条款的民事执法权。它们有权决定是否启动 FCPA 调查，处以何种处罚，是否起诉或控告，是否进入交易程序或裁决程序。

2. 影响案件结果的因素

⁵ 对证券交易法的新增部分见：15 U.S.C. §78m (b)。

⁶ SEC v. RAE Sys. Inc., 起诉书见 <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21770.pdf>；诉讼信息见 <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21770.htm>；In re RAE Sys. Inc., 不起诉协议见 <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/rae-systems/12-10-10rae-systems.pdf>。

⁷ Dooley v. United Technology Corp., 803 F. Supp. 439.(D.D.C. 1992)。

³ United States v. AGA Medical Corp., 刑事信息见

<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/agamedcorp/06-03-08aga-info.pdf>

延迟起诉协议见

<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/agamedcorp/06-03-08aga-agree.pdf>

⁴ 如母公司的法务部门未经尽职调查即批准子公司聘用第三方，而贿赂正是经由该第三方向外国官员支付，且母公司的高管批准了子公司向该第三方的一笔支付。该情形下，母公司被认定为对子公司的行为有充分的了解和控制。

DOJ 和 SEC 在查办案件时，除了考虑企业的坦白 (“self-report”)、合作情况 (“cooperation”) 以及补救努力 (remedial effort) 之外，还考虑企业合规项目 (“compliance program”) 的充分性。合规项目的充分性可能影响，SEC 或 DOJ 是否起诉/控告，是否达成延迟起诉协议 (“deferred prosecution agreement”, “DPA”) 或不起起诉协议 (“non-prosecution agreement”, “NPA”) 以及这两种协议的履行期限，也经常影响罚金额度。因此，合规项目对企业的内控及 FCPA 项下的风险防范都至关重要。DOJ 和 SEC 对合规项目并没有形式上的要求，相反，DOJ 和 SEC 用常识性和实用性标准来判断合规项目是否充分，概要而言，其评判因素主要包括：企业的合规项目是否设计良好，是否被善意地执行，是否有效。FCPA 资源指南列出一系列因素作为有效合规项目的标志，例如应保证先从公司上层开始执行合规项目、其规则应具有当地语言版本并保证时效性、投入适当的资源、有效的框架结构以及培训等等。除了配合反腐败调查之外，中国律师在这一领域正扮演越来越重要的角色。

3. 案件结果

在综合考虑上述因素后，DOJ 可能根据实际情况对案件从以下几种方式中择一处理：提起刑事诉讼、签订认罪协议、签订延迟起诉协议、签订不起起诉协议或决定不起诉；与 DOJ 略有不同，SEC 可能根据实际情况对案件从以下几种方式中择一处理：申请法院出具禁令、由 SEC 的行政法官做出裁定、签订延迟起诉协议、签订不起起诉协议或决定不起诉。

实践中，多数案件的处理方式为签订延迟起诉协议或不起起诉协议。这两种协议由执法机关与涉案方以书面方式签订，通常规定涉案方支付一定罚金，放弃针对执法机关的诉讼时效抗辩，承认重大违法事实，与执法机关合作等条件。若涉案方在协议期限内严格履行义务，则执法机关将撤销起诉、或不起起诉。执法机关还可能根据案件情况提议涉案方任命一名监督人员 (“monitor/consultant”)，由其以独立第三方的身份检查涉案方的内控体系及合规项目的运行情况并提出建议。这种设立监督人员的提议在刑事案件中尤为多见。

4. 附带后果

除民事和刑事处罚外，违反 FCPA 的企业和个人还可能被中止或禁止与联邦政府签订合同，被多边开发银行 (“Multilateral Development Banks”) 交叉禁止 (“cross-debarment”) ⁸，以及被中止或撤销一定的出口权利。

⁸ 根据 2010 年全球多家银行及银行组织共同签订的《共同实施制裁决议的协议》 (“Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions”) 任何公司只要被一家签约银行列入黑名单，就会受到其他所有签约银行的制裁。参见：

<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/AgreementForMutualEnforcementofDebarmentDecisions.pdf>.

封 锐 合 伙 人 Tel: 8610 8519 1389 Email: fengr@junhe.com
韩 婷 律 师 Tel: 8610 8519 2124 Email: hant@junhe.com
邹筱倩 律 师 Tel: 8610 8519 2777 Email: zouxq@junhe.com
孙 玄 实 习 生 Tel: 8610 8519 2409 Email: sunx@junhe.com