

新反海外腐败法案试点方案：该方案在实践中有何意义？

April 2016

反腐败

2016年4月5日，美国司法部（“司法部”），通过其刑事反欺诈部门，宣布了一项为期一年的反海外腐败法案（“FCPA”）执行试点方案（“试点方案”）。该方案拟激励公司自愿披露与FCPA相关的不当行为，并增加反欺诈部门在公司FCPA解决方案中使用奖励措施以减轻公司法律责任方法的透明度。¹

自愿披露的激励来自反欺诈部门的FCPA组承诺考虑免于起诉或者，若保证给予刑事解决方案，大幅度减少罚金（可达《量刑指导》罚金范围最低标准的50%），并无需任命一位外部合规监管员。² 这些潜在的奖励只有当公司满足如下条件时才予以适用：公司按照该试点方案已自愿自我披露了FCPA事宜中的不当行为；公司按照副总检察长2015年9月个人负责制备忘录（“耶茨备忘录”）以及与美国检察官手册相关原则一致的方式进行了全面合作³；公司满足了试点方案中的额外“严格要求”，包括追缴所有因违反FCPA所获得的利润；并及时且适当地采取了补救措施。换言之，若，且只有当公司满足了各项要求并支付了追缴款项，公司才能获得试点备忘录中提到的酌情给予的奖励。

该试点方案拟解决许多公司的担忧，即公司一旦自愿进行披露后所可能发生的不可预知的事宜。尽管如此，该试点方案是否，事实上，将激励公司更有准备的自我披露FCPA的违规行为，还有待进一步观察。一方面，该试点方案使公司在自愿披露的案件中有可能获得免除或大幅度降低罚金，并避免任命外部监管员。但是，如同该试点方案实施前的案件，这些潜在的奖励是酌情给予的，并且公司无法准确预见这些奖励是否授予、和授予到何种程度。另外，即使在免除的情形下，该试点方案仍要求追缴所有因违反FCPA所获得的利润。在不保证免除或其他宽恕的形式下 - 并考虑到司法部调查所涉及巨大花费，以及仅基于合作和整治所获得的大量减少罚金的可能 - 许多公司或许不愿意自愿向司法部报告其可能违反FCPA的行为，至少直至相关信息出现在该试点方案中，并直至公司也可以评估他们在其他国家司法执行法律制度下的境遇。

¹美国司法部反欺诈部门主席 Andrew Weismann 的备忘录（2015年4月5日），参见 <https://www.justice.gov/opa/file/838386/download>（“试点备忘录”）。该试点方案自2016年4月5日生效，并适用于在一年试点期间内进行自我披露或合作的所有机构，即使该试点方案在一年后停止。

²在没有自愿披露的情况下，那么，公司需要满足试点方案中全面合作、完全纠正和完全追缴的要求，其可以有资格获得《量刑指南》罚金范围最低标准的25%。

³美国司法部副总检察长 Sally Quillian Yates 的备忘录（2015年9月9日），参见 <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download>；另参见前耶茨备忘录指南；美国司法部，美国检察官手册 9-28.000 及以下，《企业联邦起诉原则》（1997）（“起诉原则”），参见 <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>。

我们认为，该试点方案所带来更直接的影响可以在指导中体现，即它提供了关于反欺诈部门对自愿披露，合作，以及整治的期望。如上所述，该试点方案涵盖了先前司法部指南中并未清晰说明的“额外的严厉要求”部分。因此，该试点备忘录有助于体现司法部期望的透明度。

至于自我报告的要求，该试点备忘录强调，反欺诈部门“将仔细评估披露的情形”。换言之，“反欺诈部门将决定公司是否已经被要求作出披露”。例如，反欺诈部门显然不会把“法律、协议或合同”所要求披露的，认为公司因此而“自愿地”进行了披露。该试点备忘录也明确公司必须满足《量刑指导》中要求披露必须发生在“迫在眉睫的披露威胁或政府调查”之前，和“公司意识到违规之后的合理、及时的时间内”，并且增加“公司有责任证明其及时性”的要求。另外，在耶茨备忘录的基础上，该试点备忘录要求公司必须“披露所有其知晓的相关事实，包括所有任何违反FCPA所涉及关于个人的相关事实”。因此，在该试点备忘录中，反欺诈部门以《量刑指导》的要求为起点，根据起诉原则、耶茨备忘录和其他资源进行起草，针对反欺诈部门将如何认定“自愿”披露而使公司在试点方案中获得减轻其法律责任的奖励，提供了一个综合和更透明的视角。

在试点方案中获得“全面合作的奖励”，公司必须符合《量刑指导》、*起诉原则*、耶茨备忘录中表述的合作原则，以及该试点备忘录中提到的额外要求。就此而言，该试点备忘录综合归纳了反欺诈部门使用如下标准以衡量在该试点方案中的合作：

- 如耶茨备忘录所述，披露所有相关事实，包括与官员、雇员或代理的犯罪行为有关的事实；
- “积极主动的合作”，包括向政府提供非公司所有和非政府所知晓的相关证据的机会；
- 保留、收集和披露该证据渊源的相关文件和信息；
- 提供公司内部调查的进展，包括不时进行的信息披露；
- 被要求时，“消除”公司内部调查和政府调查间的“冲突”；⁴
- 提供关于所有第三方（包括其官员和雇员）和第三方个人可能的犯罪行为的所有事实；
- 按要求，公司官员和雇员能够参加司法部的面谈，包括海外官员和雇员（受限于个人宪法第五修正案的权利）；
- 披露公司独立调查搜集到的相关事实，所披露的事实应提供具体的来源（受限于律师与客户的保密义务），而非一般的事实描述；
- 披露海外文件的，应提供文件的出处，以及由谁发现了文件（或，当外国法律禁止该披露，公司必须遵循该禁止规定，并致力于寻求法律依据以提供该类文件）；
- 除非法律禁止，敦促第三方提供文件制作和证人证言；以及
- 被要求时，对以外文书写的相关文件提供翻译。

或许并不令人惊讶的是，反欺诈部门保留了很大的自由裁量权以决定其在新的方案中提供多少合作奖励。依据该试点备忘录，“合作体现在很多形式上，”以及一旦满足耶茨备忘录的要求，

⁴司法部通过其发言人已解释，“消除冲突”的要求“是公司应当确保在具体情况下，在司法部面谈相关人员之前，公司未进行此类面谈”。Adam Dobrik, *全球调查评论*，“司法部在FCPA试点方案中消除了模棱两可的说法”（2016年4月14日），参见 <http://www.govintegrity.com/article/1025618/doj-clears-ambiguity-in-fcpa-pilot-programme>。

“当衡量公司在本试点方案中的合作时，反欺诈部门应当根据每个案件的情形，评估合作的范围、数量、质量和时机”。我们从该语言推测，一旦达到耶茨备忘录的要求，和存在给予那些符合该试点备忘录中提到额外要求的公司“全面合作奖励”的可能性，合作奖励仍将酌情给予。⁵

该试点备忘录还提供了关于反欺诈部门对于合规以及整治方面重要的透明度。最值得注意的是，基于司法部/SEC的反海外腐败法案资源指导中的“有效合规程序的特点”一文，该试点备忘录解释，司法部将评估“一位公司合规人员与其他雇员相比，他们是如何被支付报酬以及晋升的。”另外，虽然资源指导讨论了雇员惩戒在有效合规程序中的关键作用，该试点备忘录开启了新领域，它发出了这个信号：司法部认为公司必须考虑惩戒有不正当行为人员的监督人员的可能性。

正如司法部发布的任何新的指南，有一些问题会被提出，但需要时间给出答案。例如：

- 司法部将怎样实施其对公司按照“法律，协议或合同”提出的自我报告将不给予该公司奖励的政策？虽然该政策似乎是针对在以前的政府执行决议过程中必须提供的报告，比如企业诚信协议或延迟起诉协议，该政策有广泛应用的可能。例如，政府承包商已经根据《联邦采购规定》或合同条款规定需要提供自我报告的，是否会被禁止享有自愿披露信息的奖励？以及《可疑行为报告》要求必须报告的金融机构呢？
- 当一个公司先被一个可能成为揭发者的人联系了，司法部将如何评估其自我报告的及时性？该试点备忘录指出，要符合资格享有自愿披露信息的奖励，自我报告必须满足《量刑指导》的要求，即，自我报告必须是在“迫在眉睫的披露威胁或政府调查”之前，以及公司意识到违规之后的“合理、及时的时间内”提出。反欺诈部门主席Andrew Weissmann已经声明，若披露是在“有揭发者已经揭露了有关信息或将要揭露”的想法下才作出的，那么这样的披露将不被认为是自愿披露。⁶然而，Weissmann先生的评论没有解释在实际操作中，反欺诈部门将会如何评估公司对于可能成为揭露者的人会在何时如何做的想法，以及该想法在公司决定自我披露时的影响（就算真有影响的话）。我们希望反欺诈部门将澄清他们关于这方面的期望，从而使公司可以适当评估是否以及何时会有揭发者会使反欺诈部门认为公司的披露而非自愿。
- 该试点方案是否预示对于没有做自我报告的公司会施行更严厉的措施？该试点备忘录明确司法部将对于自愿披露、合作并进行整治的公司免除处罚，但是，对于没有自我报告的公司，司法部是否仍会和以前一样给予同等程度上免于处罚或其他宽恕形式，该试点备忘录并没有明确。我们不认为该试点备忘录排除了给予此类公司免除处罚或其他宽恕形式的可能性（确实，该试点备忘录涵盖了起诉原则，该原则明确了司法部做决定时均衡考量罪行的性质的严重程度，错误行为的广泛度，所附带的后果，以及其它因素的重要性），但是，我们确实怀疑，反欺诈部门是否会对没有自愿披露信息的公司就免除处罚和宽恕方面，至少就大范围而言，采取更严格的方式。这个问题在这一年里将较难以被评估。我们期望——与其让注意焦点集中到没有自我报告的公

⁵关于公司寻求针对内部调查的范围除了老生常谈的“不要面面俱到”的指导以外，该试点备忘录解释，司法部不“期望公司调查与时间或主题不相关的事宜”，以及一般情况下，“一个国家里发生的犯罪证据，一般不会导致司法部将调查延伸至其他国家”。因此，反欺诈部门的方法显然有一定的均衡性。但是，当然，从另一方面考虑，司法部的衡量同样依据公司的规模大小和资源。该试点备忘录提到，比如，“反欺诈部门不期望一家小型规模的公司与100强企业一样在同样短的时间内进行大规模的调查。”

⁶Andrew Weissmann的评论，ACI FCPA 摘要第116(2015年5月20日)，参见：<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/06/08/06-02-2015-aci-keynote.pdf>.

司是如何被施与严厉处罚—反欺诈部门将会更注重展示在该试点方案下本面临刑罚执行的公司是如何获得了重大的宽大处理的案例。

- 该试点备忘录是否全面鼓励自我披露、合作、以及进行整治？该试点方案内的奖励在大型案件中是非常可观的。在可能面对严重处罚的情况下，免除处罚，或可达《量刑指导》最低标准的 50% 的减刑，可以成为遵守该试点方案中严厉要求的强大推动力。但是，在小型案件中，减少罚金，或甚至免除惩罚的可能性，并非必然促使公司进行自我披露，尤其当“全面合作”和进行整治的成本可能低于常规案件的经济损失的时候。
- 该试点方案将如何对待没有进行自我报告的公司？如果严格实施，该试点方案似乎不会给予未进行自我报告的公司超过《量刑指导》最低标准 25% 的减轻处罚。司法部在二月份对 VimpelCom 的决议包括了在不存在自我披露的情形下，给予公司《量刑指导》最低标准 45% 的减轻处罚。这种决定在试点方案下是否可获得仍是未知数。⁷ 如今，该试点备忘录的内容似乎禁止这种结果。⁸
- “全面合作”在实际操作中是怎样的？该试点方案所提及的全面合作要求是开放式的，现在预测该要求将如何影响公司内部调查和司法部将如何进行评估为时过早。例如，为了满足积极主动的合作要求，是否要求公司向司法部提供何时某目标人士到美国来以便司法执行人员对其进行接触？以何种频率和在什么情况下及标准下司法部要求公司消除与司法部的调查冲突？要求律师禁止询问公司雇员会导致公司面临一系列合规方面以及其它风险的问题，尤其考虑到大多数 FCPA 调查的为期长短。我们推测“消除冲突”的要求将很少且具有针对性地提出，但是该问题也将需要在这一年里进行审视。
- 当公司的合作或合规以及整治措施未达到反欺诈部门的预期，那么进行了自我披露的公司将会给予怎样的奖励？当合作被认为未达到“全面”或者在某种程度上缺乏合规和整治措施，进行了自愿披露的公司将会得到怎样的奖励？对于这个问题的回答似乎是该新试点方案最终成败的关键。考虑到司法部对“全面”合作有严厉的要求，这不得不假定有部分公司，即使进行了自愿披露后，仍有一方面或另一方面未达到标准。若这些公司将面临的惩罚并非轻于未进行自愿披露的公司，——或者，披露的增量效益不明显——那么，反欺诈部门将可能面临该试点方案试图解决的关于结果可预测性的非常相似的问题。

⁷关于 United States v. VimpelCom Ltd., No. 16-cr-137 (ER), at 8 (S.D.N.Y. Feb. 10, 2016) 一案的延迟起诉协议，参见：<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/828301/download>；另请参考：认罪协议，United States v. Alcoa World Alumina LLC, No. 14-7, at 15 (W.D. Pa. Jan. 9, 2014)，参见 <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/01/15/01-09-2014plea-agreement.pdf> (虽然公司没有进行自愿披露，仍然获得了《量刑指导》最低标准 53% 的减轻处罚)。

⁸试点备忘录第 8 页 (“在未进行自愿披露的情况下，COVINGTON 组将最多给予《量刑指导》最低标准 25% 的减轻处罚”)。

如果您对本客户电子期刊中讨论的材料有任何疑问，请联络我们全球反腐败业务组的下列成员：

Tammy Albarrán	+1 415 591 7066	talbarran@cov.com
Robert Amaee	+44 20 7067 2139	ramaee@cov.com
Stephen Anthony	+1 202 662 5105	santhony@cov.com
Bruce Baird	+1 202 662 5122	bbaird@cov.com
Lanny Breuer	+1 202 662 5674	lbreuer@cov.com
Eric Carlson (柯礼晟)	+86 21 6036 2503	ecarlson@cov.com
Jason Criss	+1 212 841 1076	jcriss@cov.com
Christopher Denig	+1 202 662 5325	cdenig@cov.com
Shanya Dingle	+1 202 662 5615	sdingle@cov.com
Steven Fagell (Co-Chair)	+1 202 662 5293	sfagell@cov.com
James Garland	+1 202 662 5337	jgarland@cov.com
Ben Haley	+1 202 662 5194	bhaley@cov.com
Barbara Hoffman	+1 212 841 1143	bhoffman@cov.com
Eric Holder	+1 202 662 6000	eholder@cov.com
Mitch Kamin	+1 424 332 4759	mkamin@cov.com
Robert Kelner	+1 202 662 5503	rkelner@cov.com
Nancy Kestenbaum	+1 212 841 1125	nkastenbaum@cov.com
David Lorello	+44 20 7067 2012	dlorello@cov.com
Mona Patel	+1 202 662 5797	mpatel@cov.com
Mythili Raman	+1 202 662 5929	mraman@cov.com
Margaret Richardson	+1 202 662 5075	mrichardson@cov.com
Don Ridings (Co-Chair)	+1 202 662 5357	dridings@cov.com
Dan Shallman	+1 424 332 4752	dshallman@cov.com
Doug Sprague	+1 415 591 7097	dsprague@cov.com
Anita Stork	+1 415 591 7050	astork@cov.com
Daniel Suleiman	+1 202 662 5811	dsuleiman@cov.com
Alan Vinegrad	+1 212 841 1022	avinegrad@cov.com
Hui Xu (徐辉)	+86 21 6036 2508	hxu@cov.com

本文信息无意作为法律意见。阅读者在就本文中提及的事项采取行动前应寻求具体的法律意见。

在监管日益严格的世界里，科文顿·柏灵律师事务所为客户提供公司、诉讼及监管专业知识，以帮助其处理最为复杂的业务问题、交易和争议。该律师事务所成立于1919年，在北京、布鲁塞尔、伦敦、洛杉矶、纽约、旧金山、首尔、上海、硅谷和华盛顿设有办事处，拥有800多名律师。

本通讯旨在向我们的客户及其他有兴趣的同事提供相关的动态。如果您将来不希望收到电邮或电子资讯，请发送电邮至 unsubscribe@cov.com。

© 2016 科文顿·柏灵律师事务所。保留所有权利。