



美国反海外腐败法 解读

卢建平 张旭辉 编著

中国方正出版社

D971.24

7

2007

美国反海外腐败法解读

卢建平 张旭辉 编著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

美国反海外腐败法解读/卢建平, 张旭辉编著. —北京: 中国方正出版社, 2006. 11

ISBN 7-80216-206-8

I. 美… II. ①卢…②张… III. 商业—贿赂—刑事犯罪—研究—美国 IV. D971.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 133609 号

美国反海外腐败法解读

卢建平 张旭辉 编著

责任编辑: 陈学军 贾奕琛

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 66562755

编辑部: (010) 59596615 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: pound008@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 航远印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 17.25

字 数: 438 千字

版 次: 2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80216-206-8

定价: 38.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

前 言

近年来，在我国发生了一系列带有明显涉外因素的商业贿赂案件，如“朗讯”、“德普”和“张恩照”案件，这些案件无一不和一部外国法律有关，这就是1977年的美国《反海外腐败法》。

美国《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act，又译《反海外贿赂法》，简称FCPA）于1977年制订，至今已近30年。其间经过1988年、1994年和1998年三次修改，其中1988年修正案为修改幅度最大的一次，该法旨在限制美国公司和个人贿赂国外政府官员的行为，并对在美国上市公司的会计纪录和内部控制制度做出规定，是目前惩治美国企业对外行贿最主要的法律。该法不仅对于美国本国的反腐败工作发挥了积极的作用，而且鉴于其本身的“涉外”（或称域外）特点，再加上美国的全球霸主地位，该法的国际影响也不断上升，不仅其内容体现在很多国际或者区际的多边公约中，如1996年3月29日美洲国家组织通过的《美洲反腐败公约》，1997年11月21日经济合作与发展组织（OECD）通过的《反对在国际商事交易中向外国官员行贿公约》以及2003年12月9日联合国通过的《联合国反腐败公约》，而且还体现在很多外国的反腐败立法中。为了执行该法律，美国还创设了很多行之有效的制度（如《反海外腐败法》解答制度，FCPA Opinion），在审判实践中也形成了很多具有重大影响的案例。

因为受了一些外国法律尤其是大陆法系国家刑法的影响，笔者对于行贿与受贿犯罪、商业贿赂与公职贿赂的关系等问题比较关注，因此很早就注意到了美国这部法律的重要价值，并打算安排博士生张旭辉就此题目撰写她的博士论文，主要探讨该法产生的历史

背景及其后的国际化进程。然而，她经过再三考虑，在博士论文开题报告时，以此项研究主要以文献资料性见长而独创性不很突出为由放弃了，而选择了另外一个题目。就在我为此扼腕叹息之时，中国方正出版社希望我们将该法完整全面地翻译成中文并加上讲解，作为我们科学治理商业贿赂、参与全球反腐斗争的重要文献。出版社的这个建议不仅使我原先的设想能够继续，不至于前功尽弃，而且使我们原来稍显单纯的研究工作与我国声势浩大的治理商业贿赂、惩治贪污腐败的现实斗争密切地结合在一起。本书的编著也和北京师范大学刑事法律科学研究院为配合国家反腐败战略的实施而成立“治理商业贿赂研究中心”的宗旨高度吻合。因此我们放弃了暑假的休息时间，组织了精干的翻译和写作力量，将美国《反海外腐败法》的文本，议会关于制订修改该法的议案，司法部、证券交易委员会关于该法的解答程序和相关案例等全部翻译成中文，同时对于该法的历史沿革及背景、对于其中最为重要的反腐败条款、会计条款作了重点解读，认真研究分析了美国《反海外腐败法》的国际化历程，并结合典型案例对美国《反海外腐败法》的实践进行了总结，最后提出了学习借鉴美国《反海外腐败法》的意见和建议。

这本书的定位是美国《反海外腐败法》的导读而非全面的研究，因此我想在这里给读者几点必要的提示：

一、美国《反海外腐败法》的背景及主要内容

美国《反海外腐败法》的立法背景是，由于“水门事件”的影响，美国司法机关和政府部门发现不少美国公司为了获取有利于自己的待遇，曾经对某些外国政府特别是第三世界国家的官员大量行贿。其立法理由是：贿赂行为是不道德的行为，有违美国公众的期望和价值观，也极大地腐蚀了美国一直引以为豪的市场体系的效率；贿赂导致资源配置的扭曲，破坏了市场的正常运行；虽然行贿

的对象都是外国政府官员，但其消极影响也会波及国内，禁止贿赂外国公职人员有利于美国的整体利益。

《反海外腐败法》把为了获得或保持商业机会而贿赂外国政府官员的行为规定为违法。该行为须符合五个要件：（1）主体，包括任何个人、公司、官员、董事、雇员或者公司的代理人以及任何代表公司行事的股东。1998年后该法的适用范围扩大至外国公司和国民。美国的母公司可能对其外国附属机构的受其授权、指导或者控制的可疑行为负责。（2）腐败意图。实施或授权支付的行为人必须有腐败意图，并且支付行为必须故意诱使接受者滥用其职位与支付者或其他人进行不正当交易。（3）支付。法律禁止支付、提供、承诺（或者授权支付或提供）支付金钱或任何有价值的物品。（4）接受者。禁止条款适用于给予外国政府官员、政党或政党官员、或政党官员候选人腐败支付。（5）商业目的。该法禁止为了帮助公司获得或保持商业机会而进行的支付。

《反海外腐败法》将为敦促外国官员加快行使其例行职权的付款明确地作为例外行为而不予制裁，并提供了可用于抗辩违反《反海外腐败法》的事由，如加快行使例行职权的付款事由。另外，行为人可以主张该付款在外国的成文法下是合法的或者花费金钱是用于演示产品或者履行合同义务，并以此为抗辩。

根据《反海外腐败法》的规定，对贿赂行为可以处刑事制裁、民事制裁、不允许参与政府采购等行政制裁。刑事处罚包括对公司或其他商业实体处以最高 200 万美元的罚金；对官员、董事、股东、雇员和代理人处以最高 10 万美元的罚金和最高 5 年的监禁。对个人判处的罚金不能由其雇主或负责人支付。

二、本法在美国法律体系中的地位

出人意料的是，美国《反海外腐败法》这样一部主要内容为刑事性的法律不是收录在《美国法典》的第 18 编《犯罪与刑事程

序》中，而是在《美国法典》第15编《商业与贸易》中。因为按照我国学者的理解，这样的刑法规范是美国刑事制定法中的附属刑法规范。这些附属刑法规范散见于各种非刑事法律、法规中。这样的制定法也同样有些超出我国学者的知识范围，通常地说，美国的法律属于英美法系，也即与成文法相对的判例法体系。那么这些制定法又是从何而来的？这里我们又必须对美国法的统一化和法典化运动作一个必要的回顾。

美国法律体系确实是一个以判例法为主体的法律体系，但同时也是一个包括了纷繁复杂的各州法律的法律体系。为实现美国法的法典化和各州法律的统一化，于1878年成立的美国律师协会（American Bar Association，简称ABA）将推动通行于整个联邦的统一立法作为它的主要目标。1892年成立了美国统一州法律全国委员会，其成员由各个州委派的代表组成。该委员会对判例法和各州立法进行了系统整理，先后制定出一百多部称为“模范法”（或称标准法）的法典。根据美国宪法原则，这些法典对各州不具有当然的强制性效力，只是为各州的相关立法和司法提供参考和准则。

1923年，美国法学会（American Law Institute）成立，该学会由律师、法官和法学家创设，学会以非官方的法律重述的形式对判例法进行法典式的编纂，使普通法规则得到系统阐述和表述。这种编纂虽然不具有法定效力，但它对于美国法律的统一具有重要意义。

1926年，在美国联邦国会众议院的监督指导下，美国将建国一百多年以来国会制定的所有立法（除独立宣言、联邦条例和联邦宪法外）加以整理编纂，按50个项目系统地分类编排，命名为《美国法典》（United States Code，简称USC）。

该法典根据法律规范所涉及的领域和调整对象，划分为50个主题或“编”（Title）。它们依次是：总则、国会、总统、国旗，国玺，政府部门和联邦各州、政府组织与雇员、担保债务（现已

废除)、农业、外国人与国籍、仲裁、武装力量、破产、银行与金融、人口普查、海岸警卫、商业与贸易、资源保护、版权、犯罪与刑事程序、关税、教育、食品与药品、对外关系、公路、医院与收容所、印第安人、财政收入、麻醉性酒精、司法和司法程序、劳工、矿藏和采矿、货币与财政、国民警卫、航运与可航水域、海军(现已废除)、专利、宗教习俗、规制行业薪金与津贴、退伍军人救济金、邮政事业、公共建筑、公共合同、公共卫生与福利、公共土地、国家印刷品与文献、铁路、航运、电报,电话和无线电报,领土与岛屿所有权、交通、战争与国防(除前六个总领性主题外,其余主题均按照A、B、C、D……的字母顺序依次排列)。在50个主题之下,法典依次分为编、章、部分、节、条等,法典最大的组成单位是编,每一个主题对应一编。每编、章、部分、节、条都用简短的文字作题注。每条均用编号标注其来源,即哪一届国会通过的哪一部法律的哪一条,或者哪一届国会进行的修改。

《美国法典》的编纂程序是,国会每颁布一部法律,在发行单行本的同时,由设在美国国会众议院内的法律修订委员会办公室的专业人员将这部法律分解为若干部分,再根据其规范的内容编排到50个相应主题的相关编中。如美国法典第十二编为“银行与金融”,其内容就是由每一届国会通过的法律中涉及银行和金融的全部条款经分解后重新组装而成。这样编纂的好处在于,人们只需要查看第十二编就可以找到现行有效的所有美国银行和金融方面的法律规定,而无需查阅编帙浩繁的法律全书。承担法典编纂工作的法律修订委员会办公室只能对法律作一些必要的技术处理,如涉及法律含义等重大问题时,则必须报经国会审议通过。

美国法律历经二百多年历史,已经形成一套门类齐全、内容完备的法律体系,不仅对英美法系国家的立法和司法实践有着很大的影响,而且对其他国家的立法和司法工作也具有重要的借鉴和参考价值。

《反海外腐败法》被放在美国法典第十五编《商业与贸易》而非第十八编《犯罪与刑事程序》中，主要是考虑了海外贿赂的商业和贸易背景，也是考虑了腐败犯罪对于一国经济贸易秩序、对于国际经济贸易秩序的巨大危害。关于这一点，我们将在有关该法制订的历史背景和理由部分予以重点说明。当然，这样的安排并不表明《反海外腐败法》就不是美国刑法的重要部分。

三、美国的刑法

美国刑法也是由联邦法和州法两部分组成。根据联邦宪法的规定，有关伪造合众国证券和通行货币的惩罚、有关海盗和在公海上所犯重罪以及违反国际法的犯罪行为的界定和惩罚、对叛国罪的宣告和惩处等属于联邦刑事法律的范畴，其立法权由联邦行使。对除此之外的其他犯罪和刑罚的规定，属各州刑事法律的范畴，其立法权由各州行使。

联邦刑法与州刑法都表现为制定法和判例法两种基本形式。最早的联邦刑事立法是 1790 年的《治罪法》，该法对叛国罪、海盗罪、伪造罪、伪证罪、贿赂罪等犯罪作了规定。以后陆续制定和汇编的刑事法律，都对重大犯罪作了明确规定。如前所述，由联邦议会颁布的法律已经收录进《美国法典》，其中的刑事法律部分主要在《美国法典》第十八编《犯罪与刑事诉讼》。

为了弥补美国刑法体系复杂甚至混乱的缺陷（联邦刑法与州刑法两个层次并存，制定法与判例法两种形式同在），美国在上个世纪也开始进行统一刑法的工作。20 世纪 30 年代，美国着手统一各州刑法的工作。1962 年通过了由美国法学会拟订通过的《模范刑法典》（Model Penal Code）。虽然这部法典本身不具有法律约束力，但它具有很高的学术价值和立法示范意义。这部法典在美国刑法法典化的历史中发挥了最重要的作用。自颁布至今，该法典一直是美国刑法典改革的主导力量，也是美国刑法学研究的催化剂。该

法典内容上包括总则、具体犯罪的规定、处遇和矫正、矫正组织四编，总体上采用了“原则性实用主义”的路径。该法典的创新之处体现在：全面的总则、分析性的结构、充分界定犯罪、使用限定的术语、法典条款的解释体系、犯罪体系，以及某些具体规则的创新，如犯罪要件、不完整犯罪和同谋犯、正当事由、免责事由等。^①

四、美国《反海外腐败法》对我们的启示

介绍美国《反海外腐败法》，不仅是因为该法的特殊历史地位和国内国际影响，还在于这部法律对于我们正在进行的治理商业贿赂、严惩贪污腐败斗争具有直接的指导借鉴意义。一部单纯的美国国内法其影响逐渐遍布全球，甚至对于《联合国反腐败公约》的产生也有直接的影响，这个事实给了我们很多有益的启示：一是要重新认识商业贿赂的危害性，将惩治商业贿赂作为反腐败的重点。二是在严打受贿犯罪的同时也要注意严惩行贿犯罪；在治理政治或公共领域腐败这个重灾区的同时，也要严厉惩治商业或经济领域的贿赂。三是治理腐败不仅要靠打击，更要重视预防教育和监督管理。四是打击商业贿赂需要全球治理，必须重视国际合作。五是应当修改完善我国惩治贿赂犯罪的相关立法，在我国刑法中增设贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员罪，扩大商业贿赂犯罪的主体以及“贿赂”的内涵和外延，为商业贿赂犯罪增配财产刑和资格刑，综合运用刑事、行政、民事多种手段，科学而严厉地惩治商业贿赂犯罪。

^① 为了帮助大家更好地了解美国的刑法体系和制度，我们推荐有兴趣的读者去拜读我国著名刑法学家储槐植教授的著作《美国刑法》（北京大学出版社2005年第三版）。

* * *

本书由我和张旭辉共同拟定提纲并撰写。郭理蓉博士为本书提供了很多宝贵的资料。郭健博士负责翻译美国《反海外腐败法》文本，王丽华和方翌负责翻译美国议会关于制定该法的议案、司法部等有关部门的答复，最后由我和张旭辉进行了校对并完成本书统稿。

由于写作的时间紧，翻译工作难度大，本书的错误和遗漏在所难免，恳请读者批评指正。

最后，对本书责任编辑陈学军、贾奕琛两位同志给予我们的支持、帮助以及宽容表示衷心的感谢！

北京师范大学刑事法律科学研究院

卢建平

2006年9月

凡 例

本书附录中的中文译本体例严格遵循其英文版的原始体系。

一、中文译本中的“编”对应的是英文版中的“title”；

二、中文译本中的“章”对应的是英文版中的“chapter”；

三、中文译本中的“分章”对应的是英文版中的“subchapter”；

四、中文译本中的“节”对应的是英文版中的“§”及“section”；

五、中文译本中的“小节”对应的是英文版中设在“§”下的英文字母编号，例如“(a)”以及“subsection”；

六、中文译本中的“款”对应的是英文版中设在下写英文字母编号下的阿拉伯数字编号，例如“(1)”；

七、中文译本中的“项”对应的是英文版中设在阿拉伯数字编号下的小写罗马数字编号，例如“(i)”；

八、中文译本中的“段”对应的是英文版中的“paragraph”；

九、中文译本中所有数字和字母编号均和英文版保持一致。

目 录

绪 论	(1)
第一章 立法沿革	(4)
一、1977 年《反海外腐败法》	(4)
二、1988 年《综合贸易和竞争法》	(8)
三、1998 年《国际反贿赂与公平竞争法》	(11)
第二章 反贿赂条款的解读	(15)
一、反贿赂条款的构成要件	(15)
二、通过中间人支付 (payment through intermediaries) (也可以称为第三方支付)	(20)
三、例外和抗辩事由	(23)
四、违反反贿赂条款的制裁措施	(27)
五、主管部门	(30)
六、追诉时效	(31)
七、司法部的解答程序 (the Justice Department Opinion Procedure)	(31)
第三章 会计条款的解读	(34)
一、会计准则	(34)
二、构成要件	(36)
三、违反会计条款的刑罚和其他后果	(39)
第四章 《反海外腐败法》的国际化	(41)
一、《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》 ——从“单边”到“多边”	(42)
二、《联合国反腐败公约》——从区域到国际	(45)

三、主要国家的立法实践——从“孤掌难鸣”到 “一呼百应”	(50)
第五章 《反海外腐败法》的实践	(59)
一、适用解答程序的案件	(59)
二、近期与 FCPA 有关的案件	(60)
第六章 《反海外腐败法》对中国的启示	(63)
一、重新认识商业贿赂的危害性	(63)
二、商业贿赂应当成为反腐败的重点	(66)
三、打击商业贿赂需要全球治理	(68)
四、应当扩大商业贿赂犯罪的范围	(70)
五、行贿犯罪和受贿犯罪应当同等打击	(72)
六、商业贿赂的惩罚方法应当多样化	(73)
七、有效惩治商业贿赂需要加强公司、企业的内部 治理责任	(76)

附件

附件一

FCPA 的反贿赂及账簿与记录控制方面的相关规定 (中英文本)	(80)
--	--------

附件二

FCPA 的解答程序 (中英文本)	(140)
-------------------------	-------

附件三

参议院、众议院的相关报告以及总统声明(中英文本)	(346)
--------------------------------	-------

附件四

相关公约 (中英文本)	(464)
-------------------	-------

绪 论

自张恩照事件^①、朗讯风波^②、德普贿赂案^③之后，美国的《反海外腐败法》（the Foreign Corrupt Practices Act，以下简称 FCPA）日益引起国人的关注。究其原因，不仅在于该法的域外效力，更在于它引入了经济全球化时代治理腐败的全新理念。作为全球第一部惩治贿赂外国官员行为的法律，《反海外腐败法》在制定伊始就颇受争议，随着腐败问题在全球范围内日益严重以及国际经贸往来的日益频繁，在美国的强力推动下，该法的核心部分——将贿赂

① 2005年2月，G&D公司对美国著名的金融IT服务供应商FIS提起诉讼，原告曾于2000年12月起帮助被告的前身AIS在中国销售金融服务软件。双方签订的协议规定，任何一方不得违反FCPA的任何条款，向客户中国建设银行股份有限公司的官员或者其他政府官员行贿，交易成功后，G&D公司可以从AIS公司取得大约580,000,000美元的报酬。原告声称，时任中国建设银行董事长的张恩照和AIS共谋让原告根据合同可以得到的佣金成为泡影。起诉书声称，2002年5月，张恩照接受AIS的邀请，前往加州奢侈的卵石滩度假。在此行中，张恩照与AIS签订了新的协议，其中规定，AIS以咨询费的形式向张恩照支付100万美元，AIS的这些行为，构成了对张恩照行贿，违反了FCPA中反贿赂条款的规定。

② 2004年4月6日，美国朗讯公司向美国证交会递交了汇报文件。文件指出，由于存在涉嫌违反美国《反海外腐败法》（FCPA）的内部管理控制不力行为，朗讯将解除其中国区总裁戚道协、首席运营官关赫德及财务主管和市场部经理的职务。

③ 德普公司在美国的母公司通过账目查询，发现中国天津子公司的账目问题，主动向美国司法部报告。经调查，美国司法部在报告中称，天津德普公司从1991年到2002年期间，向中国国有医院医生行贿162.3万美元的现金，用来换取这些医疗机构购买德普公司的产品，德普公司从中赚取了200万美元。德普公司被处罚向美国司法部和美国证券交易委员会分别交纳200万美元和204万美元的罚款，还要交纳75万美元的预审费等费用。

外国官员的行为犯罪化——逐步获得了其他国家和国际组织的接受和认可。了解《反海外腐败法》的制定背景、立法沿革，分析其法条内容、实施情况，追踪其国际化的历程以及其他国家的跟进情况，并提出中国法律应当借鉴的经验和改进的方法，对于完善我国的反腐败立法，有效地开展反腐败方面的国际合作都有着重要意义，这也是编写本书的出发点和归宿。关于该法的名称，国内理论界和实务界有颇多争议，主要译名有“美国《海外反腐败法》”^①、“美国《反海外腐败法》”^②、“美国《海外腐败行为法》”^③、“美国《反海外贿赂法》”^④。其中最重要的争议在于将其核心术语翻译成反腐败（anti corruption）还是反贿赂（anti bribery）。FCPA 的主要目的在于约束行贿方，而不是约束受贿方——外国官员。对于作为行贿方的公司或者个人来说，“腐败”是一个政治用语，而贿赂才是商业概念。美国的公司和个人在商业行为中都会尽量地将其行为与政治行为区分开来，在各种形式的商业合同和文件中，他们都会在合同和文件的起始部分宣称，他们的行为是纯粹的商业行为，与政治无关。按照美国的商业惯例和公司的行为理念来说，“反贿赂”的译法可能更为确切。但是，按照字面意思来说，腐败（corrupt）和贿赂（bribery）还是存在着很大的差别，在《联合国反对国际商业交易活动中的贪污贿赂行为的宣言》（United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions）中两者并不等同，并且根据美国司法部提供的 FCPA 的官方文本，法案的名称部分标明“《反海外腐败法》的反贿赂和

① http://202.108.253.130/jsp/Department/asset_manage/news_content.jsp?docId=731034。

② 黎宏：《国际商业活动与反腐败——从美国〈反海外腐败法〉中得到的启示》，载《人民检察》2005年6月上期。

③ <http://www.southcn.com/finance/nfcm/nanfangzm/200603300459.htm>。

④ 李志雄：《跨国公司海外贿赂的法律规制》，载《法制园地》。

会计条款” (Anti - Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act), 可见, 立法者还是注意了两者的区别。在中国现阶段民众对反腐败的呼声大过反商业贿赂的情况下, 学者、媒体和公众也都倾向于将这部法律称为反腐败法而不是反贿赂法。^① 再者, 我国全国人大常委会批准的《联合国反腐败公约》(United Nations Convention against Corruption) 将“corruption”译为“腐败”, 已经使“腐败”的译法获得了立法上的支持。为了保持立法的统一, 本书采用《反海外腐败法》的译法。

① http://cn.biz.yahoo.com/050409/125/91xd_1.html.