

30th ANNIVERSARY



大成 DENTONS

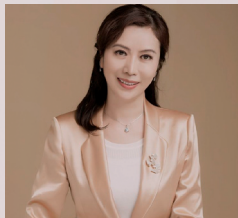
DENTONS
CHINA

「大成 30 周年所庆文集」

国际合规 热点综述

大成律师事务所

课题
主持人



闫丽萍

高级合伙人

地点：大成北京

专业领域：公司与并购、资本市场、
跨境投资与贸易、争议解决



CONTENTS

引言	001
第一章 国际主要合规管理体系	005
加强国际合规管理背景及意义	007
国际合规主要管理体系	009
第二章 美国《反海外腐败法》合规管理体系	013
美国《反海外腐败法》主要内容	015
典型处罚案例	023
《反海外腐败法》合规管理体系建设要点	028
第三章 美国出口管制合规管理体系	033
美国出口管制法律体系介绍	035
美国出口管制部门职能划分	037
美国出口管制主要内容	040
美国出口管制典型处罚案例	047
美国出口管制合规管理体系建设要点	049
第四章 美国经济制裁合规管理	051
美国经济制裁法律体系介绍	053
美国经济制裁部门职能划分	057
美国经济制裁主要内容	059
美国经济制裁典型案例	062
美国经济制裁合规管理体系建设要点	063
第五章 美国《针对机构实体联邦量刑指南》合规管理	067
美国《针对机构实体联邦量刑指南》主要内容	069
美国《企业合规体系评价指南》主要内容	071
美国司法部合规管理职能介绍	073
第六章 世界银行集团合规管理	075
世界银行集团《诚信合规指南》主要内容	077
世界银行主要处罚案例	083
世界银行合规管理体系建设要点	085
第七章 中国企业如何进行国际合规管理	087
企业进出口合规管理体系建设要点	089
企业进出口合规管理主要模块	091
企业进出口合规管理典型案例	093

引言

近年来，面对复杂多变的全球贸易形势、疫情带来的冲击，党和国家心系人民、正视困难、坚定信心，重视企业合法合规经营、对标高标准国际经贸规则。2018年，习近平总书记在推进“一带一路”建设工作5周年座谈会上的重要讲话中指出，要规范企业投资经营行为，合法合规经营，注意保护环境，履行社会责任。要高度重视境外风险防范，完善安全风险防范体系，全面提高境外安全保障和应对风险能力。2021年12月的中央经济工作会议指出，无论国际风云如何变幻，我们都要坚定不移做好自己的事情，不断做强经济基础，增强科技创新能力，坚持多边主义，主动对标高标准国际经贸规则，以高水平开放促进深层次改革、推动高质量发展。可见，企业合规是公司治理、经营管理中必不可少的环节，甚至能够影响企业的国际竞争力，对于中国企业的发展前景乃至中国经济贸易的发展有着重要影响。

通常，企业合规和人工智能并称为二十一世纪法学研究的两大前沿课题。¹企业合规作为一种企业管理模式，发端于美国，目前已成为全世界企业的管理模式。从“合规”一词的语义上来讲，“规”即意味着法律法规，是一个包含国家法律法规、商业惯例、公司内部制定的规章制度，以及国际组织条约。以世界银行为例，世界银行设置了合规管理和制裁体系，通过对其可以实施制裁的主体进行附条件的制裁，为企业设置若干

年考验期，要求其在世界银行的指导或要求下重建合规计划。²而且，企业合规之所以与普通的自然人的“遵纪守法”区分开来，是因为其不只作为一种简单的遵纪守法的义务或道德，而是在公司治理、刑法激励、律师业务这三个维度都产生影响作用。从不同角度观察合规这一现象，合规治理是现代公司治理的有机组成部分，企业合规治理及管理又是对涉嫌犯罪的企业及企业内部责任人员予以宽大处理的依据，律师的企业合规业务，是律师作为外部法律专家，为企业防控法律风险所提供的一种法律服务。³企业合规甚至深刻改变了企业的治理模式，主流的公司法理论——公司只是各参与方之间的合同纽带——不能很好地解释企业合规，来自公司外部公权力机关等主体的合规事实上要求重构了公司内部治理结构，在公司内部新增了合规职权及义务。

由于我国合规制度建设起步较晚，企业合规管

理体系的具体内容，在很大程度上由国际条约、域外法及相应案例塑造。在国内法层面，各国都建立了合规监管制度。以发源地美国为例，美国通过《反托拉斯法》、《反海外腐败法》、《内幕交易与证券欺诈取缔法》、《萨班斯法奥克斯利法案》、《多德弗兰克法案》等法律对企业提出特定领域的合规要求，通过《联邦量刑指南》、《针对机构实体联邦量刑指南》等法律以减免刑事责任为手段促进企业管理层寻求合规管理，同时，美国的判例法将企业合规内化为董事的合规义务。在国际层面，1997年，OECD经合组织成员国达成《OECD反对国际商业活动中向海外政府官员行贿行为公约》，用来约束国际商业贿赂行为；2010年，亚太经合组织（APEC）颁布《内控、道德与合规最佳行为指南》，要求企业制定明确的政策、采取合规管理策略来禁止海外贿赂；2010年，世界银行发布《诚信合规指南》，鼓励企业制定

² 陈瑞华：《企业合规的基本问题》，载《中国法律评论》2020年第1期，第178页。

³ 陈瑞华：《企业合规制度的三个维度》，载《比较法研究》2019年第3期，第61-62页。

¹ 陈瑞华：《为什么研究企业合规问题》，载《中国律师》2020年第7期，第87页。

并实施符合要求的合规管理体系以解除制裁；2021年，ISO发布《合规管理体系 要求及使用指南》作为国际标准，修订并取代了2014年的ISO《合规管理体系 指南》。

我国也已经认识到了公司合规管理的重要意义，在国内层面，已经从立法、检察多维度推动企业合规建设。2018年，国务院国资委出台了《中央企业合规管理指引（试行）》，2021年12月颁布的《公司法（草案）》确定了国有企业的合规制度，2022年4月1日，国务院国资委关于《中央企业合规管理办法（公开征求意见稿）》公开征求意见，并于2022年10月1日起施行。其实，在上述文件之前，我国已通过《证券公司监督管理条例》、《保险公司合规管理办法》、《上市公司治理准则》等规范性文件确立了金融机构和上市公司的合规管理制度，

2019年修订后的《证券法》也明确了证券公司的合规制度。在刑事案件里，检察机关积极尝试通过与企业签署合规监管协议、协助企业开展合规建设、向企业发出检察建议等方式促使企业落实合规管理。

然而在国际层面，我国企业曾多次在合规问题上受到处罚，我国企业存在对国际合规重视程度不足、对合规风险控制不足的现象，国际合规成为了中国企业“走出去”的一大挑战。固然国际商业形势复杂，存在许多不可控的因素，但通过对企业合规建设，包括企业内部合规管理的构建以及在特定领域对合规项目要求的遵守，能够在可控范围内大大降低风险。

为了提升我国企业的国际竞争力，我国企业必须加强国际合规管理。在内容上，本文稿立足

于当前经济贸易的国际背景以及我国企业在国际竞争中的现实需要，关注国际合规管理的制度发展趋势以及热点问题，首先介绍国际上主要的合规管理体系；由于美国在反腐败、出口管制等领域法律法规的严格以及美国执法部门“长臂管辖”的强管辖力，加之近年来中国与美国之间在经济贸易领域的激烈竞争，从企业国际合规体系建设的角度，美国的法律法规值得重点关注，因此本文稿详细分析了如何围绕美国的《反海外腐败法》、出口管制法律体系、经济制裁法律体系开展企业合规管理；继而，本文稿梳理分析了国际上两大合规体系——美国联邦企业合规评价与世界银行制裁与合规体系；最后，在了解了国际主要合规体系框架以及在国际贸易重要领域的美国法律制度的基础上，本文稿为我国企业在国际进

出口领域如何进行合规管理提出了方向与框架。在方法上，本文稿采用了比较研究的方法，注重制度体系的构造，并结合对我国企业合规建设有借鉴或研究价值的案例，为我国企业在不同领域的合规建设以及整体的合规管理体系建设提出思路。

第一章

国际主要合规管理体系

加强国际合规管理 背景及意义

第一、国际市场竞争准入条件，合规要求越来越高。经济全球化步入新的发展阶段，国家间综合国力竞争深化，大国博弈更多体现在企业间的竞争。一国企业在融入全球产业链、价值链和供应链的过程中，合规管理的重要性尤为凸显出来。一方面，一国出于保障国家战略、保护本国产业、保持技术领先和确保市场份额等需要，会为外来投资者设定各种准入和壁垒条件；另一方面，一国企业只有充分、完整、准确掌握东道国的政治、经济、法律、文化、风俗和习惯等方面的规则要求，才有获得进入的机会与可能。合规是一套无形的规则准则及话语体系，企业自身的合规经营以及符合外部的合规要求是参与国际竞争的必答题。如果合规管理能力不足，合规风险管控薄弱，合规体系存在漏洞，就极易导致经营失败，甚至为此付出巨大代价。

第二、全球合规监管日趋严格，违规成本越来越大。近些年，美国、英国、法国等国家，以及联合国、亚太经合组织、世界经济论坛、国际商会和世界银行等多个国际组织和非政府组织密集出台关于反腐败以及诚信合规的法规及指引。由于违反市场公平竞争、反舞弊与反腐败、环保标准和质量要求等方面的合规监

管规定，而受到相关监管机构严厉处罚的案例层出不穷，无一不给企业带来巨额经济损失和负面影响。例如：2015年9月，美国环境保护署指控大众汽车集团生产的部分柴油发动机利用“失效保护器”规避尾气排放监测，大众汽车集团最终以147亿美元与监管机构达成部分和解协议；2016年初，荷兰电信巨头VimpelCom因其在乌兹别克斯坦向政府官员行贿，受到SEC和DOJ共计7.95亿美元的经济处罚等等。

最近10多年以来，国际组织积极引导与各国政府加强监管力度，共同推动着全球企业强化合规管理的发展。为响应国际组织及各国政府强化企业合规的要求，全球企业纷纷强化合规管理，已成为当今全球企业发展的新潮流。

从国际组织推动企业合规管理情况来看，经历了两个发展阶段：

第一阶段，在2000年左右，以联合国全球契约为代表，倡议企业开展国际业务时遵守自愿性合规承诺，包括社会责任环境责任以及反对商业腐败等；

第二阶段，在2008年西门子因“行贿门”被严厉处罚为标志，此后，经济合作与发展组织(OECD)倡导企业遵循合规最佳实践，美英等国纷纷出台更加严格的合规监管规定；2014年，以国际标准化组织(ISO)为代表，发布了《ISO19600 合规管理体系指南》这一国际标准，推动企业建立合规管理体系。

从国外政府推动企业强化合规管理来看，各发达国家不断加强监管，创新监管方式与思路，从过去关注事后处罚到注重事前预防，要求企业实施更加主动的合规管理工作。比如，1978年出台的美国《反海外腐败法》(FCPA)，重点是对企业违

规行为进行打击。到了2004年，修订后的《针对机构实体的联邦量刑指南》(FSGO)明确了企业建立有效合规体系可以减轻处罚的原则。2010年，英国出台的《反贿赂法》，新增加了未有防止商业贿赂罪，对未有防止商业贿赂的企业加以处罚。但是，企业可以通过采取诸如建立有效的合规管理体系等措施来抗辩，以减免责任。至2016年12月，法国宪法委员会批准通过了《关于提高透明度、反腐败以及促进经济生活现代化的2016-1691号法案》(《萨宾第二法案》)，该法案明确要求企业建立合规制度，没有建立合规管理体系的企业可能面临承担处罚的风险与责任。2019年美国司法部开始奖励在反垄断罪行发生时已有防范机制的公司，如果一家公司能够证明有强大的合规机制，就可以获得罚款减免和更宽容的和解方式。

第三、面对海外贸易保护主义抬头的形势，中国企业应该审时度势、未雨绸缪，在国际化发展的同时高度重视规避风险，构建有效合规管理体系，增强自身“免疫力”，确保在未来的国际化竞争中行稳致远。加强我国企业国际合规管理，能够预防、识别、补救、纠正现有的企业业务及财务活动中存在的潜在合规风险，减少因违反国际条约或外国法给企业及相关责任人所造成的刑事处罚、行政处罚、名誉损失等不利后果，有效控制合规风险。加强企业国际合规管理，能够促使企业形成遵守法律、遵守道德的合规文化，对企业合法合规经营，注意保护环境，履行社会责任。

第四，加强企业国际合规管理，能够树立我国企业规范经营、遵纪守法的大国企业、礼仪之邦的形象与气象，我国深化改革开放、发展对外经济贸易的政策与目标需要有竞争力、有良好形象的中国企业与之匹配。

国际合规主要 管理体系

1. 美国《反海外腐败法》合规管理体系



美国是第一个针对外国政府官员实施反贿赂法律的国家，并通过长臂管辖扩大了《反海外腐败法》的适用范围，使得与美国仅有微弱联系的海外公司也可能受到《反海外腐败法》的追究。近年来，国际形势愈加复杂，美国对中国企业基于违反《反海外腐败法》的行为的追究有增加趋势，我国企业的国际合规建设中，应注意《反海外腐败法》的内容及适用，据此判断相应的合规风险，建立或完善合规体系。

1970 年代，以“水门事件”为导火索，美国公司爆发了大量海外贿赂丑闻，这种丑闻一方面促使了企业回应性合规措施的采取，一方面催生了在之后数十年产生巨大影响力的《反海外腐败法》。水门事件听证中，在有关对总统竞选委员会的支付

的证词中，公司领导谈及了对外国政府官员的贿赂以换取合约和其他生意。这引起了 SEC 工作人员的注意，其询问公司如何将贿赂计入公司账簿。在一份 SEC 赦免项目要求超过 400 家公司披露其之前的贿赂行为之后，国会于 1977 年通过了《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)，⁴ 这使贿赂另一个国家的官员在美国法下成为一项犯罪。从那时起，公司服从于 FCPA，发展出了预防海外贿赂再次发生的合规措施。⁵FCPA 的立法意图，是将某些自然人或实体 (entities) 向外国政府官员支付金钱来寻求获得生意或保持经营的行为认定为非法。⁶ 此后，FCPA 又于 1988 年和 1998 年经历了两次主要修订。

美国正依托其在国际商贸交易中的地位和发达的贸易通讯和支付工具，从制度设置和执法适用两方面对《反海外腐败法》的管辖权进行扩张。立法者通过制度创设和规范解释等途径不断寻求制度性扩张，如 2012 年 11 月 14 日美国司法部和美国证券交易委员会联合公布了《〈反海外腐败法〉信息指引》(以下简称《信息指引》)，《信息指引》对《反海外腐败法》的实质性解释扩大了《反海外腐败法》的适用范围；同时，在 2008—2019 年期间，《反海外腐败法》的执法活动显著增加，并将反海外腐败的执法对象从本国企业转向了外国企业，中国也是执法监管的重点地区，中国企业的涉案数量仅次于伊拉克和尼日利亚，排名第三位。⁷

⁴ Stanley Sporkin, The Worldwide Banning of Schmiergeld: A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on Its Twentieth Birthday, 18 Nw. J. INT'L L. & Bus. 269, pp.271-272 (1998).

⁵ Paul E. McGreal, Caremark in the Arc of Compliance History, 90 TEMP. L. REV. 647, p.650 (2018).

⁶ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>.

⁷ 肖扬宇：《美国〈反海外腐败法〉的新动向及我国国内法表述》，载《中国刑事法杂志》2020年第2期，第158-159页。

2. 美国出口管制与经济制裁体系 >>>>>>

美国出口管制与经济制裁制度关联紧密，对于被制裁的外国主体而言，一大制裁措施就是被限制进口美国的产品或服务。美国出口管制涉及的管辖范围广泛：第一，其管辖的限制出口的物项范围广泛，包含军用、军民两用物项，而且一些产品只要涉及有美国的部分，就可能被认为是美国产品，因而使从事该产品交易的企业违反出口管制；第二，首先根据其对国家和地区的限制，当地的主体受到出口限制，再加上黑名单的设置，使得黑名单上的企业和个人无法进口特定的美国产品。特别是近年来，BIS 等美国机关持续对

中国企业“加码”管制，就在 2022 年 10 月 7 日，BIS 发布了被“期待已久”的对高级计算机芯片、计算机及零件实施新的出口控制最终规则，进一步限制中国企业对美国半导体材料制造和超级计算机零件等产品的进口。⁸

美国的经济制裁制度除了作为进行出口管制的一种手段之外，还单独发挥着制裁特定国家、机构、个人的作用，除了限制出口外，经济制裁还会产生没收资产、冻结资产、限制入境、驱逐出境等法律后果。

3. OECD 合规管理体系 >>>>>>

经济合作与发展组织 (OECD) 2010 年《内部控制、企业道德及合规最佳实践指南》为判断企业合规的有效性提出了 12 项判断规则。指南为了企业建立和确保内部控制、道德和合规项目或措施的有效性的需求而设置，防止并探测企业在国际经营交易中涉及海外官员的腐败行为，并为了在支持公司营业中发挥关键作用的营业机构和

专业组织的需求而设置。指南认为，若要有效，合规项目或措施必须与公司的整体合规框架相联系。指南是非强制性的指导，为 44 个有关政府的负责的经营行为提供建议，并且覆盖了 85% 的海外投资份额，鼓励这些国家的企业在营业时遵守。指南最新一次修订在 2011 年，是自 1976 年采用以来第五次修订。⁹

4. IOS 合规管理体系 >>>>>>

2014 年国际标准化组织 (IOS) 《合规管理体系指南》，以国际法律文件的形式确立了有效合规的基本标准。2021 年 4 月 13 日，ISO 37301:

2021《合规管理体系 要求及使用指南》国际标准正式发布实施。2021 版 ISO 指南明确了对建立、开发、实施、评估、保持和提高一个有效的企业内

⁸ <https://www.wsgr.com/en/insights/bis-implements-new-semiconductor-and-supercomputer-related-export-controls-and-end-use-controls.html>.

⁹ <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>.

部合规管理系统的要求和指导。指南对任何机构都可用，无论体量、种类和特性。指南中的合规管理系统最核心的是在其他管理系统里使用的 PDCA 闭环管理模型 (Plan-Do-Check-Act,

PDCA) 标准。这一模型使得一个机构可以充分建立、开发、实施、评估，在有利于机构的情况下保持合规体系并持续提升其流程。¹⁰

5. 美国联邦有效合规体系 >>>>>>

美国联邦量刑委员会 1991 年颁布《针对机构实体 联邦 量刑 指南》(Federal Sentencing Guidelines for Organizations, FSGO)，首次明确规定采取了发现和预防犯罪行为措施的公司可免除或减轻处罚。之后，指南于 2004 年进行了修订，修订强调了企业合规体系的有效性。

FSGO 为合规体系有效性的判断提供了八大要素。2017 年 2 月，美国司法部 (DOJ) 在其官网发布了《企业合规体系评价指南》，2019 年发布了修订版。从 2019 年的指南开始，DOJ 就寻求为评估公司合规项目提供综合性的指导，并协调指南和其他相关的部门出台的指南。

6. 世界银行制裁与合规体系 >>>>>>

世界银行每年会提供资助项目，用于发展中国家教育、医疗以及其他公共基础设施建设。为了防止、惩罚个人或企业在世行资助项目招标和实施中的不合规或违法的行为，世界银行实施了针对腐败行为的制裁体系。受到制裁的个人或企业，需要通过建立有效的企业合规体系来减轻或消

除世行给予的制裁。《诚信合规指南》体现了世界银行视角里企业的有效合规体系应具有要素和结构，世界银行认为指南并非为每个企业量身定制，企业可以采用其他的有效合规体系，也鼓励没有被制裁的企业也采用合规管理体系。

¹⁰ <https://blog.ansi.org/iso-37301-2021-compliance-management-systems/#:~:text=ISO%2037301%3A2021%20specifies%20requirements%20and%20guidelines%20for%20establishing%2C,all%20organizations%2C%20regardless%20of%20type%2C%20size%2C%20and%20nature.>

第二章

美国《反海外腐败法》 合规管理体系

美国《反海外腐败法》 主要内容

1.《反海外腐败法》立法历程



美国于 1977 年通过了《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA),¹¹ 这使贿赂另一个国家的官员在美国法下成为一项犯罪。从那时起,公司服从于 FCPA,发展出了预防海外贿赂再次发生的合规措施。¹²FCPA 的立法意图,是将某些自然人或实体(entities)向外国政府官员支付金钱来寻求获得生意或保持经营的行为认定为非法。¹³此后,FCPA 又于 1988 年和 1998 年经历了两次主要修订。在最开始,FCPA 中的反贿赂条款就适用于所有美国自然人和一些海外的证券发行者,然而在之后的数年中,对 FCPA 的批评或争议也并未停歇。对 FCPA 最强烈的批评就是其使美国公司在海外竞争中处于不利地位。具体来说,FCPA 中的许多用语模糊,而且缺乏充分的判例或检察不起诉协议等作为先例,使得公司自觉被笼罩在可能违反 FCPA 的阴云之下,由于惧怕公司的经营行为

违反 FCPA 招致刑事责任,许多公司会规避海外业务或者限制已有的海外经营,公司的积极性受到打击。而且,FCPA 使美国公司在与欧洲和日本的公司可以自由地向关键的海外官员行贿来作为发展其经营的手段。在学术调查中,很多公司的代表者投票称在商业竞争中输给海外公司,甚至更多的被调查者倾向于支持“FCPA 使美国公司处于竞争劣势”的观点。¹⁴

1988 年,美国制定了《综合贸易和竞争法》(Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988)对 1977 年通过的 FCPA 作出了修正。《综合贸易和竞争法》在保持对海外贿赂犯罪行为的打击的基础上增强了用语的确定性,使 FCPA 更具有可操作性。在具体内容上,《综合贸易和竞争法》对反贿赂条款、会计条款都作出了实

质修订,并且提高了罚金的数额,增加了司法部长签发的指导方针(guidelines)和意见(opinion)。

第一,1988 年《综合贸易和竞争法》改变了 1977 年 FCPA 所规定的行贿的目的。《综合贸易和竞争法》将贿赂犯罪的主观要件从“(i)影响该外国官员在公务职位上的任何行为或决定,包括不履行公共职责(official function)的决定”改为了“(i)影响该外国官员在公务职位上的任何行为或决定,或(ii)引诱该外国官员做任何违反其法定职责(lawful duty)的事情或做对其法定职责不尽责的事情”。¹⁵

第二,《综合贸易和竞争法》增加了肯定性的对于贿赂行为的抗辩事由。这些事由包括:(1)支付、赠与、提供或允诺的任何财物根据外国官员、政党、政党官员或候选人所属国家的成文法规是合

法的;或(2)支付、赠与、提供或允诺的任何财物是外国官员、政党、政党官员或候选人承付的或在其名义下的合理而正当的支出,例如旅费和住宿费,并且直接关系到——(A)产品或服务的宣传、展示或说明;或(B)与外国政府或其机构所签合同的执行或实施。

第三,《综合贸易和竞争法》详细说明了反贿赂条款中例行政府行动(routine governmental action)的内涵,以及增加了对例行政府行动的例外规定。“例行政府行动”仅指外国官员采取的普通而平常的以下行动——(i)取得许可证、执照或其他官方证件,使得一个人有资格在外国经营业务;(ii)办理政府证件,例如签证和工作定单;(iii)提供警察保护、收递信件、安排关于合同执行情况的检查或关于货物通过边境的检查;(iv)提供电话服务、水电供应、装卸货物、保护易

¹¹ Stanley Sporkin, The Worldwide Banning of Schmiergeld: A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on Its Twentieth Birthday, 18 Nw. J. INT'L L. & Bus. 269, pp.271-272 (1998).

¹² Paul E. McGreal, Caremark in the Arc of Compliance History, 90 TEMP. L. REV. 647, p.650 (2018).

¹³ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>.

¹⁴ John L. Graham, The Foreign Corrupt Practices Act: A New Perspective, Journal of International Business Studies, Vol. 15: 3, p.107 (1984).

¹⁵ 卢建平,张旭辉编著:《美国反海外腐败法解读》,中国方正出版社2007年版,第10页。

腐产品或商品以免变质；或(v)类似性质的行动。“例行政府行动”不包括外国官员关于是否或在何种条件下把新业务交给某一方或继续该业务的任何决定，也不包括参加决策过程的外国官员关于促成决定把新业务交给某一方或继续该业务的任何行动。

同时，作为例外情况，“例行政府行动”不适用于给外国官员、政党或政党官员的便利性或加速性支付，如果支付的目的是加速或取得外国官员、政党或政党官员的例行政府行动。

第四，《综合贸易和竞争法》将第三方(或通过中间人)支付情况下确定该第三方或中间人的主观要件“知道或应当知道”改为了知道，并且充分解释了“知道”。(A)一个人“知道”是指对于行为、情况或结果，(i)其人认识到所从事行为，认识到该情况的确存在，或认识到该结果很有可能发生；或(ii)其人坚决相信该情况存在或该结果很有可能发生。(B)如果犯罪的要素取决对某一情况是否存在的认知，一个人认识到此种情况很有可能存在就是具备了此种认知，除非其人实际上相信此种情况并不存在。

第五，在“定期和其他报告”条款(会计条款)中，《综合贸易和竞争法》限制了1977年FCPA中对违反会计标准的严格的刑事责任，避免了将无关紧要或技术性的错误或失误行为规定为犯罪。修订后，除非是故意回避或故意不实施会计条款第(2)项所说的内部会计控制系统或故意伪造任何账簿、记录或账目，对于不符合第(2)项的行为

不得追究刑事责任。会计条款第2项，需要提出报告的发行者必须：(A)维持和保留账簿、记录和账目的合理的细节，足以准确而公正地反映发行者资产的交易和处置情况；(B)设计和维持一个内部会计控制系统，足以提供合理的以下保证——(i)交易是按照管理部门的一般或具体授权进行；(ii)保留必要的交易记录，以便(i)按照普遍接受的会计原则或任何其他适用的标准准备财务报表(ii)保证资产的可靠性；(iii)只有按照管理部门一般或具体的授权才能使用资产；以及(iv)每隔一段合理的时间把资产的账目记录与资产现状核对，并对任何差异采取适当的行动。

第六，在会计条款中，《综合贸易和竞争法》明确了母公司对子公司会计活动监督的标准。按照要求提供报告的发行者，如果在本国或外国公司中拥有50%或更少的投票权，第(2)项的规定只要求发行者在发行者认为合理的情况下，本着诚意运用其影响力，使得该本国或外国公司按照第(2)项的规定设计或维持内部会计控制系统。这种情况包括发行者在本国或外国公司的所有权所占的比例以及该公司所在国家关于业务经营的法律和惯例。对于表现出诚意运用其影响力的发行者则被推定已经符合第(2)项的规定。这里所说的“合理的保证”和“合理的细节”是指审慎官员对其行为感到满意的细节和保证。

第七，增加了对司法部长的要求，要求司法部长签发指导方针和解答意见，为公司的行为提供指导解答以及可参考的范例。¹⁶

第八，增加了罚金的数额。对于FCPA使得美国公司在国际竞争中处于劣势的争论一直没有停止，而美国显然不准备放弃打击海外腐败。相较于放弃FCPA，美国国会转而督促政府行政部门(the Executive Branch)开展反腐败的多边对话，目标是使其他国家也采用美国对待反海外腐败的立场。1997年，美国与经济合作与发展组织(OECD)其他33国共同签定了《国际商业交易活动反对行贿外国公职人员公约》，公约的签署生效使得美国公司在国际贸易中的主要对手同样受到反海外腐败的约束。

根据《国际商业交易活动反对行贿外国公职人员公约》的要求，美国制定1998年《国际反贿赂和公平竞争法》(International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998)，修正了FCPA，扩大了FCPA的适用范围。第一，《国际反贿赂和公平竞争法》再次增加贿赂犯罪的主观要件，增

加“为了取得任何不正当利益”。第二，FCPA适用范围被扩大到在境外帮助非法支付的美国人、在美国促成非法支付的外国人。第三，扩大了外国官员的内涵，涵盖为国际公共组织执行公务负责的人员。第四，消除了美国公司雇佣或代理其从事非法支付的外国人与美国人适用刑罚的差异，外国人也可能受到刑事制裁。

2012年美国司法部与证券交易委员会联合发布了《美国〈反海外腐败法〉资源指南》(A Resource Guide to the U.S. Foreign Corruption Practices Act，以下简称《指南》)，2020年，美国司法部公布了第二版《指南》，《指南》结合一些虚拟案例对FCPA中的术语进行进一步解释。《指南》是非正式且不具有法律约束力的，不以任何方式限制美国司法部、证监会或其他美国政府机关的执法意图或诉讼立场。



¹⁶ 卢建平，张旭辉编著：《美国反海外腐败法解读》，中国方正出版社2007年版，第10页。

2. 反贿赂条款



1998 年修订后的 FCPA 由五条条文构成，可以被分为会计、反贿赂、处罚三大部分构成。其中，反贿赂条款是 FCPA 中的核心条款，定义了海外贿赂犯罪行为，并规定了配套的肯定抗辩、处罚等规定。以下主要介绍海外贿赂犯罪的构成与认定。

(1) 适用主体

根据 FCPA 第 78dd-1、78dd-2、78dd-3 的规定，FCPA 反贿赂条款适用于四个类别的主体。第一，根据 1934 年《证券交易法》注册的证券或根据该法案要求提交报告的任何公司，也包括在美国发行证券并根据 1934 年《证券交易法》提交报告的外国公司。第二，第一类发行者之外的国内业务者，包括任何作为美国公民、国民或居民的个人，以及任何公司、合伙公司、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，

或是根据美国一个州的法律或根据美国一个领土、属地或自由联邦的法律组成。第三，第一类、第二类主体之外的任何非美国国民（按照 8 U.S.C. §1101 的定义）的自然人、或任何根据一个外国或其政治分区的法律组织的任何公司、合伙公司、联合企业组织、股份公司、商业信托、非法人组织或个人独资企业。第四，上述三类主体的任何管理人员、董事、职员或代理人或代表该人行事的任何股东。

(2) 客观要件

FCPA 对上述四类主体从事的贿赂行为规定了相同的客观要件。构成海外贿赂犯罪，需要从事以下行为：对于第一类、第二类主体及其管理人员、董事、职员或代理人或代表该人行事的任何股东而言，这种行为是利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段来继续提供、支付、支付的允诺，或授权支付任何金钱或提供、礼物、给予的允诺，或授权提供任何财物给 FCPA 中规定的特定对象；对于第三类主体及其管理人员、董事、职员或代理人或代表该人行事的任何股东而言，这种行为是在美国境

内利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段或采取任何手段来继续提供、支付、支付的允诺，或授权支付任何金钱或提供、礼物、给予的允诺，或授权提供任何财物给 FCPA 中规定的特定对象。对于非美国国民、外国公司而言，不要求其采取的“任何手段”采用洲际的手段。

这里所说的特定对象，包括任何外国官员，任何外国政党或其官员或外国政党的任何候选人，或任何知道此种金钱或财物的全部或部分将会直接或间接提供、给予或允诺给任何外国

官员、外国政党或其官员、或外国政党的任何候选人的人（第三方或中间人）。其中，“外国官员”是指，外国政府或其任何部门或者机构，或工具性实体 (instrumentality)，或公共国际组织的任何官员或职员，或以公务职位代表任何外国政府或其部门或者机构，或代表任何公共国际组织行事的任何人。“公共国际组织”指——(i) 根据《国际组织豁免法》(22 U.S.C. §288) 第 1 条由行政命令指定的组织；或 (ii) 总统行政命令为本条目的指定的任何其他国际组织，自该命令在《联邦日志》发布之日起生效。一个人“知道”是指，对于行为、情况或结果——(i) 其人认识到所从事的行为，认识到

情况的存在，或认识到结果很有可能发生；或 (ii) 其人坚决相信该情况存在或该结果很有可能发生。

此外，以下抗辩被 FCPA 肯定 (1) 支付、赠与、提供或允诺的任何财物根据外国官员、政党、政党官员或候选人所属国家的成文法规是合法的；或 (2) 支付、赠与、提供或允诺的任何财物是外国官员、政党、政党官员或候选人承受的或在其名义下的合理而正当的支出，例如旅费和住宿费，并且直接关系到——(A) 产品或服务的宣传、展示或说明；或 (B) 与外国政府或其机构所签合同的执行或实施。

(3) 主观要件

FCPA 对上述四类主体从事的贿赂行为规定了相同的主观要件。构成海外贿赂犯罪，行为人的目的需要在于：(A) (i) 影响该特定对象在公务职位上的任何行为或决定，(ii) 引诱该特定对象做任何违反其法定职责的事情或做对其法定职责不尽责的事情，或 (iii) 取得任何不正当利益；或 (B) 引诱该特定对象利用其在外国政府或其机构的影响力来影响该政府或机构的任何行为或决定，以图帮助该人取得或

保留给任何人的业务，或将业务交给任何人。

根据 FCPA 的规定，给予外国官员、政党或政党官员的便利性或加速性支付，如果支付的目的是加速或取得外国官员、政党或政党官员的例行政府行动，则这种行为不受到 FCPA 第 78dd-1、78dd-2、78dd-3 条 (a)、(g) 条款的评价，不构成海外贿赂犯罪。

3. 会计条款

除了反贿赂条款，FCPA 还要求了证券发行者保持会计信息的合理细节，并要求证券发行者设计并维持公司的内部会计控制系统。会计条款针对证券发行者，将惩罚腐败的防线提前，力求通过公司自律性的监管实现对腐败的有效预防。¹⁷

¹⁷卢建平，张旭辉编著：《美国反海外腐败法解读》，中国方正出版社2007年版，第34页。

(1) 适用主体

每一个按照《美国法典》第 15 编第 781 条登记的证券发行者, 以及按照该编第 78o(d) 条规定提出报告的发行者。

(2) 客观要件

如果上述发行者未能做到下列要求, 则构成了 FCPA 规定的会计犯罪的客观要件: 第一, 维持和保留账簿、记录和账目的合理的细节, 足以准确而公正地反映发行者资产的交易和处置情况; 第二, 设计和维持一个内部会计控制系统, 足以提供合理的以下保证——(i) 交易是按照管理部门的一般或具体授权进行; (ii) 保留必要的交易记录, 以便 (I) 按照普遍接受的会计原则或任何其他适用的标准准备财务报表 (II) 保证资产的可靠性; (iii) 只有按照管理部门一般或具体的授权才能使用资产; 以及 (iv) 每隔一段合理的时间把资产的账目记录与资产现状核对, 并对任何差异采取适当的行动。

考虑到母公司对海外子公司可能存在鞭长莫及的情况, 按照要求提供报告的发行者, 如果在本国或外国公司中拥有 50% 或更少的投票权, 第 (2) 项的规定只要求发行者在发行者认为合理的情况下, 本着诚意运用其影响力, 使得该本国或外国公司按照第 (2) 项的规定设计或维持内部会计控制系统。这种情况包括发行者在本国

或外国公司的所有权所占的比例以及该公司所在国家关于业务经营的法律和惯例。对于表现出诚意运用其影响力的发行者则被推定已经符合第 (2) 项的规定。这里所说的“合理的保证”和“合理的细节”是指审慎官员对其行为感到满意的细节和保证。

然而, 对于关系到美国国家安全的事务, 不得要求任何人因为与负责此类事务的任何联邦部门或者机构负责人合作采取行动而承担本款第 (2) 项下的义务或责任, 如果与该联邦部门或者机构负责人合作采取的行动是根据该负责人具体的书面指令, 并依据关于发布该指令的总统授权。在本项下发布的每一个指令必须详细说明援引本项规定的具体事实和情况。除非以书面指令加以延长, 这种指令在发布一年后终止。根据上述规定发布此种指令的每一个联邦部门或者机构负责人必须保留关于此种指令的完整档案, 每年 10 月 1 日向众议院情报常设特别委员会和参议院情报特别委员会提交报告, 说明在上一年任何时间执行此种指令的情况概要。

(3) 主观要件

一些非故意的会计错误不会构成犯罪, 犯罪的主观要件为: 发行者故意回避或故意不实施客观要件中的内部会计控制系统或故意伪造任何账簿、记录或账目。



典型处罚案例

在实践中，与美国司法部和证监会达成不起诉协议的涉嫌违反 FCPA 的公司，很多并未满足 FCPA 规定的犯罪构成要件，但最终还是向美国司法部和证监会支付了巨额罚款。这些处罚案例实际上起到了与美国的“判例法”类似的效果，是企业建立合规的重要参照。¹⁸

1. Petrobras 公司案



Petrobras 公司案涉案金额大，且发生在近年（2018 年），案例中涉及对反贿赂条款中主观要件、客观要件的判断，以及会计条款中充分的内部会计控制系统以及主观故意的判断。

¹⁸ Sean J. Griffith, Corporate Governance in an Era of Compliance, William & Mary Law Review, Vol.57, p.2078 (2016).

(1) 基本案情

巴西国有且受国家控制的石油巨头公司与美国和巴西政府机关达成不起诉 (non-prosecution) 协议，同意支付总额 8.532 亿美元的罚金来解除美国政府对于其涉嫌违反 FCPA 的调查，调查关于 Petrobras 公司为了便利其自身而向巴西政客和政党作出的支付，此举同样解除了巴西对 Petrobras 公司的有关调查。在协议中，Petrobras 公司承认在公司的美国存托股票 (American Depository Shares) 在纽约证券交易所交易期间，公司的执行董事会参与了贿赂并指使了向巴西政客和政党作出的数百万美元的腐败支付，公司董事会的成员还参与了帮助一个 Petrobras 公司的主要承包商向巴西政客行贿。在此期间，一名 Petrobras 的执行官指使行贿来阻止议会对 Petrobras 公司合同的质询，该执行官还指使将 Petrobras 承包商们所收的资金用于支付一名巴西政客的选举活动，该政客监管 Petrobras 公司的一处在建精炼厂的所在地。Petrobras 公司还承认为了方便行贿，其没有制作和保持账簿、记录和账目的合理细节，足以准确而公正地反映公司的财产、车间和设备的价值状态，这是公司的承包商在一些 Petrobras 执行官的合作之下行贿的结果，这

些 Petrobras 执行官签署了萨班斯奥克斯利法案 302 条的承认，而且其意识到了公司内其他执行官也参与了获取、帮助向巴西政客、政党以及对他们自己的腐败支付。Petrobras 公司承认一些执行官为了持续向巴西政客和政党行贿，没有做到实施内部会计控制。¹⁹

根据美国证券交易委员会发布的命令，Petrobras 公司没能保持一个足够提供合理保证，确保交易被必要地记录以便按照普遍接受的会计原则 (可以审查) 的内部会计系统，而且尽管公司在经营和政治两方面都有著名 (well-known) 的腐败记录，公司并未要求雇员接受反腐败、反欺诈或合规培训，公司仅将这些事由交由经理人去自由裁量，Petrobras 公司也没有履行其在审计委员会章节下的义务，其直到 2014 年 11 月都没有首席合规官或典型的合规职能。²⁰ 但是，公司并未被指控违反 FCPA 的反贿赂条款，仅指称这些贿赂密谋导致 Petrobras 公司实质上的不实陈述和财务内控疏忽。该公司在不起诉协议中声明，尽管签订该协议，公司未放弃其作为巴西政府的“工具性实体” (Instrumentality) 可能享有的任何主权豁免。²¹

¹⁹ <https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations>.

²⁰ <https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/33-10561.pdf>, p.7.

²¹ 陈宇：《从 Petrobras 案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》，载《河北法学》2020 年第 5 期，第 169 页。

(2) 案件分析

从反贿赂条款角度而言，首先，根据 FCPA，在纽约证券交易所发行股票的 Petrobras 公司及其内部的任何管理人员、董事、职员或代理人或代表该人行事的任何股东受到 FCPA 会计条款、反贿赂条款管辖。

其次，Petrobras 公司的行为缺乏构成海外贿赂犯罪的主观要件。尽管存在贿赂行为，但公司并没有任何“获取或维持业务”的意图，因为这实际上只有涉案的承包商才有这个意图，他们通过支付贿赂款以换取与 Petrobras 公司签订合同。事实上，Petrobras 公司是此类丑闻的最大受害者。例如，在帕萨迪纳项目中，Petrobras 公司在 2008 年最终向 Astra Oil 公司支付了 11.8 亿美元，比 2005 年比利时公司支付的价格高出 27 倍（425 万美元），该贿赂密谋的受益者仅仅是公司员工（其本身被美国政府根据 FCPA 视为“外国官员”）和巴西政客，而该公司及其股东本身都是贿赂密谋的受害者。因此，在一个公司是贿赂犯罪受害方的情况下，并不满足 FCPA 关于贿赂事实的构成要件。²²

最后，就客观要件而言，美国司法部和证监会将国有公司员工解读为 FCPA 规定的构成海外贿赂犯罪的贿赂对象。自 FCPA 实施以来，国有公司员工是否构成海外贿赂犯罪的贿赂

对象存在争议，直到 2014 年 United States v. Esquenazi 案，美国第 11 巡回法庭将 FCPA 中的“工具性实体”解读为“由外国政府控制的实体，控制政府将该实体从事的职能如同其自己从事的一样对待”，包含“由政府控制”和“为政府而经营”两个要件。²³

然而这一标准仍是不清晰的。2020 年美国司法部公布的第二版《指南》对“工具性实体”的解释是，某一特定实体是否构成 FCPA 所说的“工具性实体”，需要对该实体的所有权、控制权、地位和职能做具体的事实分析，许多法院已经在最终陪审团指令中要求考虑下列非排他性的因素：外国政府在该实体中的所有权范围；外国政府对于该实体的控制程度包括该实体的关键管理人员和董事是否是政府官员，或由政府官员任命；外国政府对该实体及其员工的定性；围绕实体成立的情形；实体行为的目的；在该外国法律下该实体的义务和特权；该实体被赋予的管理其被指定的职能的排他性或控制性的权力；外国政府对其财务支持的水平包括补贴、特别税收待遇、政府强制收费与贷款；该实体向该管辖区域居民提供的服务；所寻求达到的政府目标或目的是否在外国政府的政策中予以表达；以及关于该实体在履行官方或政府职能的普遍看法。²⁴

从会计条款的角度而言，作为证券发行者的 Petrobras 公司，在客观上没有建立起保持一个足够提供合理保证，确保交易被必要地记录以便按照普遍接受的会计原则（可以审查）的内部会计系统。在主观上，公司没有针对其在经营和政治两方面的腐败记录，进行回应性合规建设，缺乏合规政策、合规培训以及合规的公司治理、管理外观，公司内部没有设置首席合规官和合规职能，充分的会计系统的缺乏是为了行贿的方便。即使不构成海外贿赂犯罪，也证明了其违反会计条款要求的故意性。

2. 德意志银行案



(1) 基本案情

2021 年，美国证券交易委员会称，德意志银行最终支付 1.2 亿美元，其中 4.3 千万美元支付给了美国证券交易委员会来平息违反 FCPA 的指控，其实早在 2019 年，德意志银行就因违反 1934 年《证券交易法》的内部会计控制要求被美国证券交易委员会处罚。根据美国证券交易委员会的指令，德意志银行与海外官员及其亲属及作为第三方中间人的同事伙伴（associates）、经营发展顾问、发现者联系，来寻求和保持国际生意。该指令发现德意志银行缺少充足的与利用这些中间人和向其作出支付有关的内部会计控制，导致了将近 7 百万美元的贿赂支付，或者对不知名的、缺乏记录的、未经授权的服务的支付。该指令还发现这些支付没有被准确地作为合法经营费用记录，还涉及德

意志银行职员伪造的发票和文件。美国证券交易委员会执法部门 FCPA 单元的长官 Charles Cain 称，虽然第三方可以协助合法的商业发展活动，公司保持充足的内部会计控制以防止向第三方作出的用作不恰当目的支付仍很关键。²⁵

美国司法部称，德意志银行从事了长达七年的行为，在此期间其没能实施对公司基金使用情况和伪造账簿和记录来掩饰腐败和不恰当的支付的内部会计控制系统。德意志银行参与了犯罪计划（criminal scheme）掩饰对所谓的全球范围内顾问的支付，这些顾问是向外国官员等人行贿的管道，所以德意志银行可以不公平地寻求并保持令人瞩目的商业业务。²⁶

²²陈宇：《从Petrobras案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》，载《河北法学》2020年第5期，第169页。

²³United States v. Esquenazi, 752 F.3d 925 (11th Cir. 2014).

²⁴A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>, p.20.

²⁵ <https://www.sec.gov/news/press-release/2021-3>.

²⁶ <https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-over-130-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act-and-fraud>.

《反海外腐败法》合规 管理体系建设要点

(2) 案件分析

本案的关键点在于对通过第三方的支付行为的判断。根据《指南》，FCPA 明确禁止通过第三方或中间人支付腐败款项。它还特别涵盖向“任何明知该等款项或有价之物的全部或部分将直接或间接地提出给予、给予或承诺给予”外国官员的“任何人”支付的款项。很多在外国经营业务的公司会聘请当地个人或公司来帮助他们开展业务。尽管这些外国代理可能提供有关当地习俗和程序的完全合法的意见，并且

可能协助商业交易，各个公司应意识到聘请第三方代理或中间人所涉及的风险。与第三方相关的常见的警示信号包括：给第三方代理或顾问过高的佣金；给第三方经销商不合理的大额折扣；第三方“顾问协议”仅包含描述比较模糊的服务；第三方顾问从事的业务范围与其受聘业务不同；第三方与外国官员是亲属关系或有紧密关系。²⁷

在建设《反海外腐败法》合规管理体系时，需要兼顾企业内部的内部会计控制与业务合规。就前者而言，需要关注美国一系列针对上市公司的法律对内部会计控制系统的标准，保存好公司财务会计文件，如实记录信息；就后者而言，重点在于 FCPA 的反贿赂处罚是否适用的问题，因此需要关注企业业务或流程与美国的联系，关注企业子公司的合规管理建设，²⁸ 以及 FCPA 所涵盖的行贿对象的范围。

1. 内部会计控制系统



一套有效的合规方案是发行人内部控制的重要组成部分。上述两个案例均涉及对建立充分的内部会计控制系统要求的违反，且公司主观上的故意，体现在其涉嫌腐败贿赂的行为。内部控制公司的财务活动的理念及要求，还出现在 1934 年《证券交易法》中，1992 年美国 COSO《内部控制—整体框架》(Internal Control—Integrated Framework)，²⁸ 以及 2002 年美国《萨班斯法案》(Sarbanes—Oxley Act) 中。

根据 1934 年《证券交易法》，证券发行人需要设计并保持一套内部会计控制系统，以合理保证：
(i) 交易的执行均遵守管理层的一般或特别授权；
(ii) 对交易进行必要的记录 (I) 确保会计报表的编制遵守通用会计准则或任何适用于该等报表的其他条件，并 (II) 保持资产的可核查性；

(iii) 只能根据管理层的一般或特别授权使用资产；以及 (iv) 在合理的期间内将所记录的资产的可核查性与现存资产进行比较并针对任何差异采取适当措施。²⁹ 根据《内部控制—整体框架》，内部控制是一个流程，受到一个组织的董事会、管理层以及其他人员的影响，为达成以下战略目标提供强有力的保障：(1) 运营的效率和效果 (2) 财务报告的可靠性 (3) 遵守使用法规的法律法规。由此，《内部控制—整体框架》将财务内部控制作为内部控制中的一部分。根据《萨班斯法案》，CEO 和 CFO 必须以个人名义为公司任意期的财务报告提供保证，³⁰ 管理人员需要报告内部控制的质量，会计师事务所要审计和评估管理层出具的内部控制报告。定期编制财务报告是管理人员的责任，同时外部审计师对财务数据进行审计并证明其是否公允表达。³¹

²⁸ COSO即美国反虚假财务报告委员会 (National Commission of Fraudulent Financial Reporting) 成立的发起人委员会 (Committee of Sponsoring Organizations)。

²⁹ Securities Exchange Act, 13(b)(2)(B)。

³⁰ The Sarbanes—Oxley Act of 2002, Sec 302。

³¹ The Sarbanes—Oxley Act of 2002, Sec 404。

²⁷ A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>, pp.22–23.

相较于上述法律规范，FCPA 及其《指南》提供了更详细的对维持财务文件的要求以及对内部会计控制系统的解释。因此，对于上市公司而言，在其针对 FCPA 建立的合规管理体系中，其需要注意按照会计条款的要求。由于对内部控制系统的判断依赖审查官员的自由裁量，从根本上来说，公司的内部控制设计必须考虑到运营的实际情况以及公司业务附带的风险，例如：其产品和服务的性质；产品和服务如何打入市场；其工作人员的性质；法规的严格程度；与政府互动的程度；以及其运营涉及有较高腐败风险的国家的程度。一家公司针对 FCPA 的合规方案应根据这些差异作出调整，那些业务运营面临较高腐败风险的公司所设计和实施的内部控制应与那些业务运营面临较低腐败风险的公司有所不同，正如一家金融服务公司应设计并实施与一家生产商不同的内部控制一样。³²

反贿赂条款和会计条款不是互相割裂的。首先，如上述案例中的体现，违反 FCPA 会计条款的主

观要件的证明程度比违反反贿赂条款的主观要件要低。换言之，公司的涉嫌违反反贿赂条款要求的行为，如作出的不恰当支付，或者为不明服务项目的支付，或者伪造的发票等文件，或者对公司此前的违规行为视而不见，都可能构成对会计条款要求的故意违反。在违反反贿赂条款的各项要素均不满足的情况下，公司仍可能因为未准确记录不当付款而承担责任。并且内部控制条款要求发行人设立并保持准确和适当反映公司交易的账簿和记录，就像反贿赂条款一样，司法部和证交会对账簿和记录条款的执法通常会涉及对大额贿赂付款的错误报告或作为系统性贿赂模式的一部分的大量小额付款的不准确记录。而且，根据《指南》，虽然对账簿、记录和账目的维持和保留的要求是“合理细节”，对内部控制系统的要求是“合理保证”，但对交易的虚假描述绝对是不恰当的，贿赂往往隐藏在合理付款的伪装下，如佣金或雇佣费。

2. 企业与美国的联系点



按照 FCPA 第 78dd-3 条的规定，虽然不是美国公司或美国公民，如果在美国境内利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段或采取任何手段来继续提供、支付、支付的允诺，或授权支付任何金钱或提供、礼物、给予的允诺，或授权提供任何财物给 FCPA 中规定的特定对象，也要受到 FCPA 的管辖。在实践中，这一规定将许多与美国境内只有微弱联系的企业也纳入 FCPA 的管辖范围内。

这种联系常见有两种。第一，外国公司通过外国银行进行美元电汇，这些转账通常涉及使用外国银行持有的美国银行的“代理”账户，对外国实体和个人主张属地管辖权。第二，外国公司在美国领土上实施促进贿赂计划的辅助行为，例如拨打电话，邮件和发送、接收电子邮件，跨越国界或进行国际旅行往返美国等。³³ 客观上，由于世界各个国家的主要银行基本都加入了“环

球同业银行金融电讯协会”（SWIFT），而其全球计算机数据通讯网运行中心又设在荷兰和美国，因此美国可以利用其对运行中心的管辖权监控着全球 200 多个国家和地区近 8000 家金融机构的交易情况，这些条件就为美国在全球推行司法霸权提供了法律依据和技术工具。³⁴

即使对于在美国上市的证券发行者而言，其与美国关系的连接点尽管都与贿赂事实有关，但可能并不是贿赂行为本身，而且贿赂行为和贿赂效果基本都不实施和体现在美国境内。换言之，这些贿赂行为与美国国家利益的关联性是很微弱的。³⁵ 美国的这种“长臂管辖”使之行为具有“霸权”的嫌疑，一直以来都受到诟病。在我国企业针对 FCPA 建设合规管理体系时，需要注意公司业务与美国的联系点，例如是否使用美国的产品和服务。

³³ 陈宇：《从Petrobras案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》，载《河北法学》2020年第5期，第176页。

³⁴ 肖扬宇：《美国〈反海外腐败法〉的新动向及我国国内法表述》，载《中国刑事法杂志》2020年第2期，第163页。

³⁵ 陈宇：《从Petrobras案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》，载《河北法学》2020年第5期，第176页。

³² A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>, pp.40-41.

3. 母子公司责任



母公司可能会因子公司的贿赂行为承担责任。一个母公司为其子公司的行贿行为承担责任有两种方式。第一，母公司可能因充分参与涉及行贿的活动而对该行为负有直接责任。比如，母公司指令子公司从事不法行为，或以其他方式直接参与贿赂计划。第二，子母公司可能形成代理关系，母公司作为被代理人，此时，依据传统的代理法规则对其子公司的行为承担责任。³⁶ 这种代理规则依据 1938 年第九巡回法庭的 Pacific Can

Co. v. Hewes 案，法院认为，当一个公司由另一个公司控制时，被控制者不是为了其自己而行事，而是为了控制者，被代理人就在其授权代理人的范围内为其代理人的行为而约束。³⁷ 在刑事领域也是如此，在 1992 年 United States v. NYNEX Corp. 案中，法院认为公司当然可以因其代理人的行为而承担刑事责任，包括其附属企业的行为。³⁸

4. 行贿对象的范围



首先，FCPA 禁止向外国官员作出支付，但并未禁止向外国政府的支付。公司如果向外国政府作出捐献，应该采取一些步骤来确保这些钱不被用于腐败用途，比如为了外国政府官员的个人利益。³⁹

其次，根据此前一些适用 FCPA 的案例，国有公司的员工很可能被认定为属于 FCPA 规定的行贿对象的范围。例如 2014 年 United States v. Esquenazi 案，该案中，Esquenazi 和 Rodriguez 二人共同拥有 Terra 公司，一家从事从海外供应商处进口通话时长再出售时长给美国消费者的佛罗里达州公司。Terra 公司的

主要供应商 Teleco 公司，是一家从海地政府处获得电讯服务国家垄断地位的公司，在上世纪 70 年代，海地国家银行 (the National Bank of Haiti) 获得了 97% 的 Teleco 公司的股份。在 2001 年前，Terra 公司拥有 Teleco 公司超过 40 万美元的股份。后来，在 2001 年前，Terra 公司拥有 Teleco 公司超过 40 万美元的股份。美国第 11 巡回法庭将 FCPA 中的“工具性实体”解读为“由外国政府控制的实体，控制政府将该实体从事的职能如同其自己从事的一样对待”，包含“由政府控制”和“为政府而经营”两个要件。⁴⁰

虽然法庭认为这一双层测试是一个事实问题，法庭提供了下列未穷尽的清单来决定政府是否“控制”一个实体：是否有外国政府对该实体的官方任命；政府在该实体中是否有主要利益；政府的雇佣和解雇实体中长官的能力；实体的利益，如果有，是否直接进入政府的财政账户的程度；这些象征存在的时间。为了决定政府是

否将实体从事的职能当作其自己的，第十一巡回法庭未穷尽地列举了以下因素：实体是否就其承担的职能有垄断地位；政府是否资助实体就承担该服务的支出；实体是否在当地国家很大程度提供了公共服务；该外国的公共和政府是否在整体上认为该实体从事了政府的职能。⁴¹

5. 反海外腐败合规管理体系建设内容



(1) 高级管理人员的反腐败承诺以及明晰的反腐败政策：公司领导者对营造“合规文化”的承诺并检验这种高级别的承诺是否在中层经理及公司各层级员工处得以加强和实施。(2) 员工行为准则及合规政策和程序：合规准则是否清晰、简洁并能够被员工和代表公司开展业务的人所了解；合规政策和程序是否对公司的业务模式有深入的理解，包括其产品和服务、第三方代理、客户、政府互动以及行业和区域风险；是否保持持续性和有效性，采取措施保持合规政策的定期更新；是否规定内部合规责任、内部控制、审计管理和归档政策，是否有惩戒程序。(3) 监督、自主权和资源：是否将监督和合规责任分配给企业内部一个或多个特定高管。(4) 风险评估：公

司是否开展与业务和运营相关的风险评估，从而为制订有力的合规方案打下基础，并确保合规资源的合理分配。(5) 培训和持续建议：公司是否采取措施确保相关政策和程序在组织内部得以沟通，包括通过向所有董事、管理人员、相关员工以及代理和商业伙伴（如适用）提供定期培训并要求其作出书面证明。(6) 激励和惩戒措施：是否有适当和明确的惩戒程序、这些程序是否能够可靠并及时地得以执行以及其与违法行为是否相匹配。(7) 第三方尽职调查和付款：公司是否对第三方进行尽职调查，是否了解应在交易中包含第三方的商业理由，付款条件是否属于该国家和行业的通行条件，第三方引入时机，公司是否以适当形式持续监督第三方关系。

³⁶ A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>, p.28.

³⁷ Pacific Can Co. v. Hewes, 95 F.2d 42, 46 (9th Cir. 1938).

³⁸ United States v. NYNEX Corp., 788 F. Supp. 16, 18 n.3 (D.D.C. 1992).

³⁹ A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>, 19.

⁴⁰ United States v. Esquenazi, 752 F.3d 925 (11th Cir. 2014).

⁴¹ A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Second Edition), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>, 20.

第三章

美国出口管制合规 管理体系

美国出口管制法律体系介绍

对于一家美国公司来说，在其出口货物之前，需要先确定其出口的商品、技术或服务是否需要出口许可证 (export license)。美国出口管制法律体系维持了两大部分，一为两用型出口管制体系，由 1979 年《出口管理法》(Export Administration Act, EAA)⁴² 的实施细则《出口管理条例》(Export Administration Regulations, EAR)⁴³ 以及《国际紧急经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA) 构成。EAR 将两用定义为有民事和恐怖主义、军事作用或与大规模杀伤性武器 (weapons of mass destruction, WMD) 相关的两种作用的项目。⁴⁴2018 年 8 月，美国通过了《出口管制改革法案》(Export Control Reform Act, ECAR)，该法废除了 EAA 第 11A、11B、11C 节之外的其他条款，为 EAR 提供了永久的法律基础，

改变了美国长期以来没有系统和稳定出口管制法律依据的僵局。⁴⁵ 二为军用出口管制体系，主要由国际武器贸易条例 (International Traffic in Arms Regulations, ITAR) 和武器出口管制法 (Arms Export Control Act, AECA) 构成。在这种二元体系下受到限制的项目和服务在商业控制清单 (Commerce Control List, CCL)、军需品清单 (Munitions List, USML) 中分别体现，分别由美国商务部、美国国务院管理。⁴⁶

EAR 主要控制出口、转出口以及向终端用户、终端使用和关注目的地 (end users, end uses and destinations of concern) 转移商业、两用和低敏感等级的军用设备转移。他们还包含了由美国商务部工业和安全局 (BIS) 管理的反抵制规范 (antiboycott regulations)，这种反抵制规范禁止美国人的特定的会产生或增强由别的国家发起或施加的针对与美国友好的另一个国家的抵制行动效果的行为。ECRA 的第一部分名为“2018 出口控制法” (Export Controls Act of 2018, ECA)，是 BIS 管理出口控制的权力的来源。ECRA 的第二部分名为“2018 反抵制法” (Anti-Boycott Act of 2018)，这是 BIS 管理反抵制规范的权力的来源。

在 2018 年 ECAR 出台前，美国的出口管制法律体系有以下特点。第一，出口管制带有冷战时期历史色彩，管制注重军事领域，而现实中的出口越来越多向商业目的转移，法律与现实需求之间存在脱节。第二，联邦政府不同机构间管辖权重叠，而且法律法规庞杂，管辖范围存在重叠，美国的二元出口管制法律体系，造成了对于哪些许可是需要从哪个机关取得的困惑。第三，程序复杂，效率低，且缺乏系统的评估机制来确定出口管制的有效性。第四，有些出口管制不能跟上全球的形势变化，是企业追求经济效益的负担，管制未能真正平衡国家安全与贸易之间的关系。⁴⁷

ECAR 的出台，将现有的成文与不成文的自 1979 年以来不断进化发展的 BIS 的实践、政策和定义编成法典。它还给了 BIS 更多的权力来调查可能的对 EAR 的违反。因为 ECAR 实际上保留了从出口者的角度观察到的现状，而且没有改变一些针对特定国家的许可政策，其会引起出口控制从业者 (export control practitioners) 的兴趣。然而，ECAR 的第 1758 条也应该引起一些通常不认为自己会受到 EAR 影响的人的注意 (例如，那些参与了一些新兴的而且基础的科技的研发或出口的人员，这些人目前没有被 EAR 或其他出口控制规范所涵盖)。

⁴² 该法已过期时效，见魏简康凯：《美国出口管制改革对中国的影响及应对》，载《国际经济合作》2018年第11期，第33页。

⁴³ 细则由美国商务部工业和安全局 (Bureau of Industry and Security, BIS) 依据 EAA 制定并实施。但 EAA 并非一项永久性立法，几经修订和延期后于 2001 年失效，其后，EAR 通过总统依据《国际突发事件经济权利法》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA) 对其授权发布的总统令延续其效力，直到 2018 年《出口管制改革法案》颁布，替代原 EAA 成为 EAR 的上位法和依据。

⁴⁴ 15 CFR/EAR §730.3.

⁴⁵ 欧福永，罗依凯：《美国〈2018年出口管制法〉评析与启示》，载《河北法学》2022年第2期，第62页。

⁴⁶ Hamed Alavi, Tatsiana Khamichonak, EU and US Export Control Regimes for Dual Use Goods: an Overview of Existing Frameworks, Romanian Journal of European Affairs, Vol.17, p.67(2017).

⁴⁷ 欧福永，罗依凯：《美国〈2018年出口管制法〉评析与启示》，载《河北法学》2022年第2期，第64页。

美国出口管制部门 职能划分

1. BIS 及其内部职能部门



BIS 的领导是工业和安全次长 (Under Secretary for Industry and Security)。次长由一名工业和安全副手次长 (Deputy Under Secretary for Industry and Security)、出口管理助手次长 (Assistant Secretary for Export Administration)、出口执法助手次长 (Assistant Secretary for Export Enforcement)、管理处长 (Director of Administration)、国会和公共事务办公室处长 (Director of the Office of Congressional and Public Affairs)、咨询处长 (Chief Information Officer) 协助。次长的功能和职权规定在商务部的组织令 10-16 条。BIS 的直接影响公众的主要功能由两大部门承担：出口管理机关和出口执法部门。⁴⁸

美国商务部的 BIS 依据 EAR 管理美国涉及商品、软件和科技 (统称“物品”) 出口和转出口法律、法规和政策。BIS 的首要目标是：通过确保

一个有效的出口控制和条约合规系统，以及推动持续的美国战略性的技术领导地位，来提升国家安全、海外策略和经济目标。BIS 还实施了反抵制法律，并与美国行政机构和其他国家在出口控制、核不扩散、战略性贸易问题上合作。一些控制被设计用来限制一些国家或个人对一些 EAR 项下物品的获取，这些国家或个人可能将这些物品用作与美国利益不一致的使用。这些控制包含了为了大杀伤性武器不扩散而设计的控制，以及被设计用来限制对一些国家军事和恐怖主义支持的控制。EAR 项下许多控制的有效性是通过多边控制安排对这些控制的保持来加强的。多边的出口控制合作是通过例如核供应国集团 (Nuclear Suppliers Group)、澳洲集团 (Australia Group) 和导弹技术管制协定 (Missile Technology Control Regime) 的安排来寻求的。EAR 还包含了一些保护美国免受无限制的短缺商品出口的消极影响的出口控制。⁴⁹

BIS 有责任实施 EAR，其出口管理机关 (Export Administration, EA) 审查 EAR 规定的出口、转出口、转让和视同出口 (deemed exports) 的许可申请。EA 内部有两大重要办公室。EA 的出口服务办公室 (Office of Exporter Services) 提供了 BIS 开设的项目、产品研讨会的信息，研讨会主题为遵守 EAR，并为取得许可的要求和程序提供了指导。EA 的技术评估办公室 (Office of Technology Evaluation, OTE) 分析美国的 EAR 项下各个项目出口数据、BIS 的许可申请数据以及全球贸易信息来评估数据趋势。OTE 的数据网站提供了统计学报告中的摘录，以及数据集，来使公众能自己进行出口和许可分析。⁵⁰

BIS 的出口执法部门 (Export Enforcement, EE) 对 EAR 的执法负有责任，BIS 和美国大使馆、外国政府、工业和贸易组织紧密合作，以确保从美国的出口是安全的。与 EAR 的要求相一致，BIS 官员从事站点访问 (site visits)，也被称为“终端使用检查” (End-Use Checks, EUCs)，与全球化的终端用户、收货人，以及 / 或者参与

EAR 项下的项目物品交易的其他方，来验证是否合规。EUC 是一种对交易一方的场内 (on-site) 验证，以确定是否有可靠的对这些物品的收件人。EUC 作为 BIS 许可程序的一部分，以及其所包含的合规项目，用以确定项目是否以一种符合有效 BIS 许可或者其他与 EAR 要求相一致的方式出口。具体地，EUC 验证 EAR 项下规定的物品的确实的收件人，验证内容包括：确保他们与终端和终端用户相关的合法性和可靠性；监控他们就许可证书状态要求的合规；并且确保其适用并 / 或转出口或 (在国内) 转移的物品与 EAR 的要求相一致。BIS 官员依赖于 EUC 来确保 EAR 项下的物品不会被转移给未经许可的终端使用 / 用户。根据 BIS 的观点，对海外方的可靠性的验证便利了未来的贸易，包括使 BIS 对许可证书的审查更便利。如果 BIS 不能验证公司的可靠性或者被阻止完成 EUC，公司可能会，例如，在许可证书审查期间受到更多的监管审查，或者被放入 BIS 的无法验证清单 (Unverified List) 或实体清单 (Entity List)，如果可行的话。⁵¹

⁴⁸ 5 CFR/EAR §730.9.

⁴⁹ 15 CFR/EAR §730.6.

⁵⁰ <https://www.trade.gov/us-export-controls>.

⁵¹ <https://www.trade.gov/us-export-controls>.

美国出口管制 主要内容

2. ISN >>>>>

根据美国国务院政府官网的信息，美国国务院的国际安全与核不扩散局 (Bureau of International Security and Nonproliferation, ISN) 的目标和使命，是预防 WMD、传输系统以及高级常规武器能力的传播，以及在核扩散已经冒头时收紧核扩散。在与美国国务院其他部门以及美国行政机构、以及一系列广泛多样的国际和非政府伙伴的紧密合作中，ISN 追踪、发展并实施针对核扩散威胁的有效的回应，并塑造出防止核扩散再发生的国际安全环境。⁵²

ISN 实施了出口管制与相关边境安全项目 (The Export Control and Related Border Security program, EXBS) 意图通过在持有、生产或提供战略性项目的国家以及这些物品转移过程中最有可能途经的国家内部建立有效的国内战略性贸易控制体系，以预防核武器扩散造成的大规模伤害、破坏稳定的积累和不负责的传统武器的转移。在发展和提高这些贸易和边界控制体

系的过程中，美国国务院致力于确保规制多边出口控制体系中的控制清单上受管控的贸易项目的国际标准的一致性，来预防在核不扩散事由上对终端使用和终端使用者的转移核武器的许可，并且探测并禁止跨境的非法转移。在建立关键领域的国家能力方面，EXBS 项目提升了美国在建立全球 WMD 探测结构并根据重要的美国和国际提议帮助关键伙伴完成其义务和承诺，包括联合国安全委员会决议 1540 (UN Security Council Resolution 1540)、核不扩散倡议 (Proliferation Security Initiative)、国家安全战略 (National Security Strategy)，并坚持多边出口控制体系的指导纲领 (guidelines of multilateral export control regimes)。EXBS 项目与合作伙伴政府一起，识别出规范性和制度性的制度差异，并发展出制度资源。项目提供了广泛的技术性支持，从培训部门到执行性的改变，到探测设备条款和对边界控制和执法行政机构的专业训练。⁵³

⁵² <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-arms-control-and-international-security-affairs/bureau-of-international-security-and-nonproliferation/>.

⁵³ <https://www.state.gov/export-control-and-related-border-security-program/>.

1. 对物品的限制 >>>>>

就军用品而言，美国国务院制定的《美国防务目录》(The United States Munitions List) 列举了受到禁止或限制出口、再出口的军用品和服务，包含 21 类：第一，武器和相关物品；第二，枪支和装备；第三，弹药和军械；第四，发射器、飞弹、弹道导弹、火箭、鱼雷、炸弹和地雷；第五，爆炸物和高能材料、推进剂、燃烧剂及其成分；第六，战争水面舰艇和特种海军装备；第七，地面交通工具；第八，飞行器及相关物品；第九，军事训练装备和训练；第十，个人防护装备；第十一，军用电子产品；第十二，消防、激光、成像和制导设备；第十三，原材料及杂项物品；第十四，毒理学试剂，包括化学制剂、生物制剂和相关设备；第十五，航空器及相关物品；第十六，核武器相关物品；第十七，未以其他方式枚举的机密物品、技术数据和国防服务；第十八，定向能武器；第十九，燃气涡轮发动机及相关设备；第二十，潜水器及相关物品；第二十一，未以其他方式枚举的物品、技术数据和国防服务。

⁵⁴<https://research.mit.edu/integrity-and-compliance/export-control/information-documents/export-control-regulations/export>.

就军民两用品而言，由 EAR 控制的项目 (商业控制清单，CCL) 被规定在 15 CFR §774，补充 1 里。CCL 涵盖以下 10 种类型：第一，核材料、设施和设备，以及其他；第二，原材料、化学品、微生物和毒素；第三，加工中的材料；第四，电子；第五，计算机；第六，电子通讯和信息安全；第七，激光和感应器；第八，导航和航电；第九，海洋；第十，动力系统，航天器，以及相关设备。这些项目可能是物品和相关技术，包括被用于商业用途但可能被用于军事的技术数据和技术支持，比如电脑、航空器、病原生物。对于列入 CCL 中的货物和服务，如想出口需要证书，当然这取决于目的地、收货方、终端使用 (方式)，除非有豁免。如果被禁运的国家涉及其中 (见 OFAC 制裁项目)，那么出口许可证书也可能被否决。⁵⁴

CCL 通过出口控制类别编码 (Export Control Classification Number, ECCN) 来标明各项物品。一个 ECCN 代表了一种因其特殊的状态、品

质或可能的用途而受到管制的物项，无论是有形的还是无形的（例如，软件或技术）。ECCN 的分类较为精确，一个 ECCN 由五位字符组成用来基于物品的特性来识别各类物项，例如，商品、软件或技术以及其分别的技术参数。举个例子，如果一个 ECCN 是 0A979，那它就是与警盔和警盾 (police helmets and shields) 相关的。CCL 中列举了 ECCN，每项都列出了重要信息，主要有四大部分，包括管制物项的基本描述、为何受到管制、可用的许可豁免，以及，如果有必要的话，额外的管制细节和更具体的定义。⁵⁵

CCL 中包含的技术由美国政府部门综合多种考察因素进行认定和调整，由于认定和判断标准十分模糊和具有不确定性，其潜在范围可能涵盖未来 5 到 10 年对科技和产业发展具有重要作用的所有技术，包括人工智能、网络技术、生物医药、

智能制造、FinTech (金融科技)、AR 和 VR 技术、新一代 ICT。这填补了目前法案中“新兴技术”和“基础技术”等关键技术的管制漏洞，要求对美国国家安全至关重要的关键敏感技术进行及时监控和全阶段管控，凡是所涉技术的出口将会更加严格。

大部分 EAR 项下的物品、服务和技术并没有专门被控制出口，并被归为 EAR99 类别，这是一个广泛的“口袋类别” (broad basket category)。它们由商务部管辖，但没有被列入 CCL。EAR99 项目通常由低技术水平的货物组成，并且在大多数情况下不需要出口许可。EAR99 项目通常可以无许可出口，但是 EAR 项目的出口者仍然需要谨慎行事来确保这些项目不会被出口或转移至受制裁国家、被禁止的终端用户或被用于禁止用途，否则将会被要求获得许可。⁵⁶

⁵⁵ <https://www.trade.gov/eccn-and-export-administration-regulation-ear99>.

⁵⁶ <https://www.trade.gov/eccn-and-export-administration-regulation-ear99>.

2. 对国家和地区的限制 >>>>>

EAR 将国家和地区分为 A、B、C、D、E 五组，不同组的国家和地区受到的出口管制强度逐渐增强，A 组为特定的国际多边机制成员，多为美国战略合作伙伴。这些国际多边机制包括核供应国集团 (Nuclear Suppliers Group)、导弹及其技术控制制度 (Missile Technology Control Regime)、瓦森纳协定 (The Wassenaar Arrangement) 与澳大利亚集团 (The Australia Group)。该组别许可证例外的优待程度最高，目前共有 52 个国家 (地区)。需要注意的是，上述国际多边机制成员并非自动归属为 A 组组别，BIS 同时可作例外排除规定，例如本次修改的俄罗斯就属于核供应国集团和导弹及其技术控制制度成员；又如中国虽属核供应国集团成员，但一直被 BIS 排除在 A 组组别之外。B 组为受管制较少的国家和地区，该组别许可证例外的优待程度较 A 组次之。C 组目前为保留项，不包含任何国家。D 组为受关注的国家和地区，且在基于 CCL 及最终用户 / 最终用途的管控中，针对国家安全、核等特定物项需要符合更严苛的许可证要求。E 组为支持恐怖主义的国家

和单边禁运国，包括伊朗、古巴、朝鲜、苏丹、叙利亚。中国及中国澳门地区所在 D:1 组，对应因国家安全而受到管制的项目。2020 年 4 月 28 日，BIS 修改了 EAR，针对 CCL 中的因国家安全原因而受管制的产品向中国等 D:1 组的国家和地区取消了民用许可豁免 (License Exception CIV)，以下简称 CIV (Civil End Users)。这一改变于 2020 年 6 月 29 日生效。⁵⁷ 原本，CIV 许可豁免允许将一些特定的出于国家安全原因而受到管制的项目允许出口、转出口和国内转移到 D:1 组的国家和地区而不需要事前审查或者由 BIS 下发的正式的许可，如果意图终端使用这些项目的目的是民用，或者终端用户是公民。⁵⁸

由于 BIS 认为许多国家意图利用民用途径，混淆民用与国防科技发展来提高其效率、创新和发展，所以取消了 CIV。BIS 称，民用和国防的融合对世界各个出口高科技产品的国家，包括美国，都构成了经济方面的挑战，因为个别国家 (混淆民用和国防目的使用) 的意图可能会直接帮助其实现军事现代化，这就会与美国的国家安全和对

⁵⁷ <https://www.federalregister.gov/documents/2020/04/28/2020-07240/elimination-of-license-exception-civil-end-use-rs-civ>.

⁵⁸ 15 C.F.R. Section 740.5 of the EAR.

外政策的利益相悖。而且，这种融合使得行业更难知晓或者能够确认寻求出口的终端使用或终端用户是否是为了军事目的或是军事终端用户。

事实上，近年来，BIS 等美国机关持续对中国“加码”管制。2022 年 10 月 7 日，BIS 发布了被“期待已久”的对高级计算机芯片、计算机及零件实施新的出口控制最终规则，包括新的 ECCN，制定了新的对半导体材料制造和超级计算机零件的终端控制，并对这些项目以及与一些实体清单

主体有关项目实施了新的扩展的海外指导产品 (Foreign Direct Product) 规则。新规则仅适用于向中国以及向其他高度管控国家出口的物项。新规遵守了在 2022 年 8 月出台的 Nvidia 和 AMD 对出口到中国的项目的规定，并体现了对运输到中国的与半导体芯片有关产品的新的许可要求。新规于 2022 年 10 月 13 日公布，虽然其中的一些部分已经生效。利益相关方将有 60 日的时间提交评论意见。⁵⁹

美国商务部出口管制 EAR 国家分类

组别	国家
A1 (《关于常规武器与两用产品和技术出口控制的瓦森纳协定》缔约国)	阿根廷、比利时、加拿大、芬兰、法国、德国、印度、意大利、日本、韩国、墨西哥、南非、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国
A2 (导弹及其技术控制制度)	阿根廷、比利时、巴西、加拿大、芬兰、法国、德国、印度、意大利、日本、韩国、南非、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国、乌克兰
A3 (澳大利亚集团)	阿根廷、比利时、加拿大、芬兰、法国、德国、印度、意大利、日本、韩国、墨西哥、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国、乌克兰
A4 (核供应国集团)	阿根廷、比利时、巴西、加拿大、芬兰、法国、德国、意大利、日本、哈萨克斯坦、韩国、墨西哥、南非、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国、乌克兰

A5	阿根廷、比利时、加拿大、芬兰、法国、德国、印度、意大利、日本、韩国、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国
A6	墨西哥、新加坡、南非
B	比利时、巴西、加拿大、埃及、芬兰、法国、德国、印度、印度尼西亚、意大利、日本、韩国、马来西亚、墨西哥、纳米比亚、尼日利亚、巴基斯坦、沙特、新加坡、南非、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、泰国、土耳其、阿联酋、英国、美国、喀麦隆、尼日利亚、坦桑尼亚、乌克兰
D1 (国家安全)	中国、哈萨克斯坦、俄罗斯、越南、白俄罗斯、柬埔寨、乌兹别克斯坦
D2 (核)	巴基斯坦、俄罗斯、白俄罗斯
D3 (生化武器)	中国、埃及、哈萨克斯坦、巴基斯坦、俄罗斯、沙特、阿联酋、越南、白俄罗斯、乌兹别克斯坦
D4 (导弹技术)	中国、埃及、巴基斯坦、俄罗斯、沙特、阿联酋、白俄罗斯
D5 (武器禁运)	中国、俄罗斯、白俄罗斯、柬埔寨
E	恐怖主义国家 包括伊朗、古巴、朝鲜、苏丹、叙利亚

上述国别分组规定在 EAR 的附录中：15 CFR Appendix Supplement No. 1 to Part 740 – Country Groups, 参考链接：https://www.law.cornell.edu/cfr/text/15/appendix-Supplement_No_1_to_part_740

⁵⁹<https://www.wsgr.com/en/insights/bis-implements-new-semiconductor-and-supercomputer-related-export-controls-and-end-use-controls.html>.

3. 对交易主体的限制



BIS 向美国出口商分配了大量责任，要求出口公司采用一切合理的手段来“了解他们的客户 (know their customers)”来确定其终端用途、终端使用者以及最终目的地，以及任何其他与该交易或该活动有关的事实。因此，出口人被要求确认相关主体不涉及美国政府部门限制的任何活动，所以，美国政府发展出了一些清单以便于出口人遵守美国出口管制法律法规。2019 年，美国商务部称出于国家安全方面的考虑，将华为及其 68 家非美国关联企业列入其实体清单。2022 年 2 月，美国商务部又将 33 家中国实体列入未经核实清单。

这些清单主要包括：

- 被拒绝清单 (Denied Persons List)：包含被拒绝给予出口特权的个人和实体。如果交易涉及 EAR 管辖物项，交易不可进行。
- 未经核实清单 (Unverified List)：涉及先前的 BIS 不能核实终端用途的交易主体。若 BIS 因超过美国政府控制的原因无法核实 (“End-use check”) 这种外国实体是否“善意” (“bona fides”)，即有关产品终端用途和终端用户的合法性和可靠性，BIS 就会将这种外国实体列入清单。被列入该清单后，会产生如下法律后果：1. 无法通过出口管制下的许可例外来接收美国出口、再出口或者转让 (国内) 的物项。2. 美国出口人在与未经证实名单上的个人或实体进行交易时，也需要从前述个人或实体处获取并保留记录，即未经证实名单声明 (UVL statement)，声明对出口企业施加了很多调查义务。因此如果交易涉及 EAR 管辖物项，交易需获得 BIS 许可，否则可能构成违规。
- 实体清单 (Entity List)：受到商务部特别出口限制的主体。在实体名单中规定的程度内，对实体名单上援引第 744.11(a) 条的条目中列出的实体出口、转出口或境内转让任何受 EAR 管辖物项须经许可；除非该条目允许，前述出口、转出口或境内转让不适用许可例外；对于许可申请的审查将依照该条目中注明的审查政策 (及 EAR 其他相关条款规定的审查政策)。⁶⁰ 因此若提供物项或服务受 EAR 管辖，交易需获得 BIS 许可，否则可能构成违规。如果提供物项或服务不受 EAR 管辖，应排查物项或服务是否受其他法律监管。

⁶⁰ 15 C.F.R. Section 744.11 of the EAR..

· 特别指定国民清单 (Specially Designated Nationals List)：出口人被禁止参与任何与出现在 SDN 清单上的个人和实体之间交易，清单由美国财政部 (Treasury Department) 外国资产控制办公室 (Office of Foreign Assets Control) 编制。如果作为美国境外且没有美国连接点的主体与 SDN 进行交易，SDN 具有次级制裁风险，有些适用次级制裁的 SDN 清单实体会带有 “Subject to Secondary Sanctions” 的标识，有些则没有明显标识，而体现在相关行政令或公告中。应查询该 SDN 受制裁的具体原因并明确相关次级制裁的触发条件；盲目进行交易有可能导致被列为 SDN。如果 SDN 不具有次级制裁风险且不涉及任何其他美国连接点 (比如使用美元支付费用等)，如交易不涉及美国实体也不需要美国实体提供服务，则理论上交易可以进行且不会产生合规风险。

- 军方最终用户清单 (Military End User List)：
- 受代理账户或应付账户制裁的外国金融机构名单 (Capta List)：
- 非 SDN 菜单式制裁名单 (Non-SDN Menu-Based Sanctions List)：

美国政府还提供了黑名单检索工具 CSL。统一筛选清单 (Consolidated Screening List, CSL) 是被美国政府在特定项目的出口、转出口和转移方面施加并保留限制的主体的名单。CSL 的 API 统一了 11 个来自商务部、国务院和国防部的出口筛选清单，将其汇总成数据库用以帮助行业对潜在的受限制方的电子筛查。CSL 还汇编了一些美国政府机关发布的受限制主体的小清单，包括商务部。



美国出口管制 典型处罚案例

美国出口商在出口时，应综合考虑来自不同方面的出口管制，即综合考量美国政府对物品、对国家和地区、对交易主体的限制。2006年5月23日，BIS就非法出口与 Structural Dynamics Research Corporation 公司 (SDRC) 达成了协议。根据 BIS 的指控，SDRC 向中国和印度出口了 ECCN 编号为 5D992 的计算机辅助性起草软件。根据 EAR，向中国和印度出口编号为 615D992 的软件并没有被正式要求具有出口许可。然而，根据 BIS 公布的文件，SDRC 向一些被包含在商务部实体清单中并受到特定的出口限制的印度和中国的个人用户出售了一些软件产品。换言之，即使 SDRC 被允许无出口许可即出售这些产品给位于中国和印度的终端用户，由于终端用户所处的国家，也需要取得许可。

孟晚舟案则是因出口国家和地区的限制而受到制裁。伊朗作为 EAR 分类中的 E 组国家，由 BIS 和美国财政部海外资产控制办公室 (OFAC) 共同负责出口物品的许可。而“出口物品”只要与美国有微弱联系就可被认为是 EAR 项下的物项：根据微量测算原则 (De Minimis Rules)，非美国的物项中如包含受控的美国原产产品、软件或技术且价值超过一定比例 (10% 或 25%，伊朗适用 10%)，则该非美国物项应受到 EAR 的管控。由于华为的代理商 Skycom 公司的交易国家是伊朗，所以美国以此对华为展开了调查，甚至实施所谓制裁。除了孟晚舟案中美国意欲对华为及孟晚舟实施处罚之外，美国还通过将华为及相关公司加入清单的方式施加剧制性的出口管制。2019年5月，BIS 依据《出口管理条例》第 744

条规定，将华为及其 68 家关联公司列入实体清单 2019 年 8 月 19 日、2020 年 8 月 17 日，美国分两次将华为另外 84 家关联企业增列至“实体清单”，适用与华为相同的许可审查物项范围及许可审查政策。被列入实体清单后，华为及其关联企业将无法获取受美国《出口管理条例》管辖的所有物项，主要包括以下三个方面：一是无法获取自美国出口或者再出口的物项；二是无法获取含有美国管制物项价值比例超过《出口管理条例》第 734.4 款规定的最低阈值的外国管制物项（即美国最低含量规则）；三是无法获取基于部分美国技术和软件（限于因国家安全原因被

列入《商务部管制清单》的技术和软件）生产的外国直接产品，以及使用基于部分美国技术和软件（限于因国家安全原因被列入《商务部管制清单》的技术和软件）制造的外国生产设备或者设备的主要部分所生产的外国直接产品（即外国直接产品规则）。由于美国在全球信息技术产业，特别是在芯片制造产业的重要地位，被列入实体清单对华为造成相当大的不利影响。⁶¹

⁶¹ 葛晓峰：《从华为案探究美国对中国出口管制的本质》，载《国际经济合作》2022年第1期，第61页。

美国出口管制合规管理体系建设要点

1. 关注来自各个层面的管制 >>>>>

由于美国的出口管制包含对物品的管制、对国家和地区管制、对交易主体的限制三个层面，制定合规政策需要兼顾这三个层面，不能偏失遗漏，并以体系化的眼光注重三个层面规制协同作用可能产生的效果。从美国对华为与其他中国出口企业实施制裁来看，中国出口企业对美国的出口管制法规体系缺乏研究，美国将华为列入制裁清单曾使华为陷入了缺乏 5G 新兴芯片代加工厂的困境。实际上，FDM 规则的核心并非计算其成本比率，而在于其是否以美国科技或软件为基

础。⁶² 如果企业所在产业链的上下游关联产品与美国有关，企业要密切关注美国主管部门出口管制的最新动态，避免直接或间接向受到美国制裁的任何地区（或对象）销售或经销商品。此类中国企业应及时评估其与美国相关的供应链范围以及相关的贸易管制风险，谨慎从事生产经营以及贸易活动。经营过程中使用美国技术或软件的中国企业，应首先评估其是否许可使用或经营美国技术或软件，以及是否会因此触发针对该中国企业的任何限制措施。

⁶² 魏来：《中国企业出口管制合规建设与要点分析》，载《国际公关》2022年第5期，第92页。

2. 善用检索工具 >>>>>

首先，美国出口管制企业合规管理体系建设应关注美国机关实施的处罚案例。在普通法国家美国，这些处罚案例实际上起到了与美国的“判例法”类似的效果，是企业建立合规的重要参照。⁶³ 例如美国制裁孟晚舟案，其中就有许多处罚要点值得关注，例如曾担任华为代理商 Skycom 董事的孟晚舟、作为禁运国家的伊朗、受到美国 EAR 项下出口管制的产品和技术、非美国项目受到 EAR 管辖的认定等招致美国所谓处罚或制裁的关系点，美国机关是如何对简单的法律条文进行阐释的。

其次，美国政府在其政府网站提供了检索系统 CLS，中国企业在交易时，应注重运用检索系统，及时对潜在的交易对象及相关企业如其代理商、子公司进行检索。其实，除了美国，多国政府都提供了“被拒绝”或受制裁实体和相关工具的目录，这可以作为中国企业日常合规查询的参考，如《联合国安理会综合制裁名单》《欧盟综合制裁名单》《美国财政部综合制裁名单》，以及《特别指定国民及封锁人士名单》《日本外国最终用户名单》《欧盟制裁地图》等。⁶⁴

⁶³ Sean J. Griffith, Corporate Governance in an Era of Compliance, William & Mary Law Review, Vol.57, p.2078 (2016).

⁶⁴ 韩爽：《中国企业出口管制合规建设与要点分析》，载《企业经济》2020年第7期，第159-160页。

第四章

美国经济制裁 合规管理

美国经济制裁 法律体系介绍

美国的经济制裁,是其出于其国家安全、国内贸易保护、外交政策、国际责任以及其它政治考虑和目标,依据各类国际法和国内法(含总统行政令),使用经济强制手段对特定国家、组织和个人等进行的报复、惩罚或遏制,以迫使其竞争对手或敌人改变行为、按其设想行事。美国经济制裁的主管部门为美国财政部海外资产控制办公室(OFAC),其针对不同国家和不同事项设定了30余个差异化的制裁项目,其中大部分与国家相关,极小部分与事项相关,如不扩散制裁。OFAC 针对国家的制裁项目并不一定意味着对这个国家的经济活动进行全面封锁。目前,受到美国全面制裁的国家和地区为古巴、伊朗、叙利亚、朝鲜、克里米亚。⁶⁵

⁶⁵ 罗颖,陈忠:《美国经济制裁背景下的国际工程承包企业制裁合规体系建设》,载《国际工程与劳务》2020年第8期,第33页。

对于合规管理建设而言,美国联邦层面的经济制裁法更具有研究价值。美国联邦层面的制裁立法数量繁多、关系复杂,基本上形成了以授权型立法为基础,配合应对特定国家、特殊情势的直接制裁型立法,并以条款中涉及制裁的其它立法为辅的独特体系。授权立法不直接规定制裁对象和范围,而是将实施制裁的权力授予美国总统,主要包括1917年《与敌国贸易法》(Trading With the Enemy Act, TWEA)和1977年《国际紧急经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA)。TWEA是在第一次世界大战期间通过的,旨在限制战争时与敌国的贸易。该法没有直接规定制裁的对象和范围,而是通过授予总统在战时制裁的权力实现目的。1933年经济大危机时,国会对该法第5条第2款进行了紧急修改,补充了在战时以外的任何其他情况下,总统可以宣布紧急状态,总统就此获得了在非战时的紧急状态下进行制裁的权力。此后,总统进行制裁时的法律依据都是TWEA。根据修改后的TWEA,总统宣布紧急状态不需要设定期限,也不需要援引依据,甚至不经国会监督。1973年,国会对紧急状态进行了调研,认为美国国民的权利和自由被实施紧急状态的法律所克减。在此背景下,国会于1976年通过《国家紧急状态法》(National Emergencies Act, NEA),终

结了总统根据在此前所宣布的紧急状态而拥有的权力,并对总统此后宣布紧急状态的权力进行了一定的限制。1977年,国会经过审慎评估通过了IEEPA。根据该法,当总统认为美国以外的某一局势或事件对美国的国家安全、外交政策和经济利益构成非同寻常威胁时,就可宣布进入紧急状态,从而采取直接的制裁措施。1977年后,IEEPA代替TWEA成为美国经济制裁的主要法律依据。⁶⁶

直接制裁型立法是指美国国会制定的明确了制裁对象和具体手段的法律。美国国会的直接制裁型立法可以分为特定领域制裁型和国别制裁型两类。美国国会近年来在其关注的一些特定领域陆续通过了专门的制裁立法,主要包括人权、反恐、禁毒等方面。其中最具有代表性的是在人权方面的立法。有关人权制裁,美国国会的主要立法是2012年的《俄罗斯和摩尔多瓦杰克逊-瓦尼克修正案废除和谢尔盖·马格尼茨基法治问责法》(Russia and Moldova Jackson-Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act,下称《法治问责法》)和2016年的《全球马格尼茨基人权问责法》(Global Magnitsky Human Rights Accountability Act)。这两部法案以俄罗斯税务会计师谢尔盖·马格尼茨基命名,他因

⁶⁶ 王佳:《美国经济制裁立法、执行与救济》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第53-54页。

揭发俄罗斯税务官员巨额腐败而被关押，并于 2009 年 11 月在看守所去世。《法治问责法》旨在制裁对马格尼茨基之死负责的俄罗斯官员，主要采取了禁止上述官员进入美国、冻结资产、禁止交易等措施。美国通过专门立法直接制裁的国家或地区包括古巴、伊朗、苏丹和达尔富尔、乌克兰、俄罗斯、委内瑞拉等。一般来说，国会通过包含被制裁国家国名的立法直接制裁某一特定国家，如针对古巴的制裁立法是《古巴自由与民主声援法》。然而，有别于上述立法，2017 年生效的《以制裁反击美国敌人法》(The Countering America's Adversaries Through Sanctions Act) 是一部综合性的国别制裁型立法，其并非针对某一国家或地区，而是针对俄罗斯、伊朗和朝鲜，主要针对俄罗斯。法案要求总统对上述制裁对象采取具体的制裁

措施，并不得擅自取消制裁。这样，虽然此前已经分别存在制裁俄罗斯、伊朗和朝鲜的立法或行政命令，但是《以制裁反击美国敌人法》进一步具体化和补充了此前的制裁措施，且此前的立法和行政命令同时有效。该法进一步凸显了总统和国会之间在制裁方面的紧张关系。总统特朗普对法案限制总统权力的做法表示不满，声称法案有严重缺陷，乃至违宪，但最终还是签署了该法案。⁶⁷

除上述各种类型之外，还有一些有关制裁的条款散见于某些单行立法中，如《国防授权法》(National Defense Authorization Act, NDAA)，这些立法中的相关条款也构成有关制裁的法律依据。⁶⁸

⁶⁷ 王佳：《美国经济制裁立法、执行与救济》，载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期，第54-55页。

⁶⁸ 王佳：《美国经济制裁立法、执行与救济》，载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期，第55页。



美国经济制裁部门 职能划分

1. OFAC



根据 OFAC 网站的介绍, OFAC 依据美国针对目标域外国家和地区、恐怖分子、国际贩毒分子、参与大杀伤力武器扩散活动的人、以及其他威胁到美国国家安全、对外政策或美国经济的对外政策和国家安全目标, 管理并实施经济和贸易制裁。OFAC 公布了由目标国家所有或控制的或其或代表其行事的个人和公司的清单, 还提供了个人、组织、实体的清单, 包含如恐怖分子、贩毒

分子等在特定制裁项目中却不是以国别为导向而受到规制的人员。OFAC 网站提供了特别指定国家清单 (Specially Designated Nationals List)、综合制裁清单 (Consolidated Sanctions List), 除了这两大主要制裁清单外, 还有额外 OFAC 制裁清单 (Additional OFAC Sanctions Lists)。⁶⁹

2. 美国国务院



美国国务院经济制裁政策与实施办公室 (Office of Economic Sanctions Policy and Implementation, SPI) 和国际安全和不扩散局 (Bureau of International Security and Nonproliferation, ISN) 也负责经济制裁。SPI 有责任研发并实施与海外政策相关的制裁, 这些制裁用以应对特定活动和国家对于国家安全的威胁。SPI 建立对实施经济制裁的国际支持, 为

财政部和商务部实施制裁提供海外政策指导, 并与国会合作起草在这些领域增强美国海外政策目标的立法。SPI 制定并实施制裁来增强其对于美国的目标经济影响力并将对美国经济利益的损失最小化。SPI 还致力于在合适时降低经济制裁作为褒奖并激励改良的行为或展示美国对新兴的建立起的民主政府的支持。

⁶⁹<https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>.

根据美国国务院政府官网的信息, 美国国务院的国际安全与核不扩散局 (Bureau of International Security and Nonproliferation, ISN) 的目标和使命, 是预防 WMD、传输系统以及高级常规武器能力的传播, 以及在核扩散

已经冒头时收紧核扩散。在与美国国务院其他部门以及美国行政机构、以及一系列广泛多样的国际和非政府伙伴的紧密合作中, ISN 追踪、发展并实施针对核扩散威胁的有效的回应, 并塑造出防止核扩散再发生的国际安全环境。⁷⁰

3. BIS



根据 BIS 网站, BIS 通过确保一个有效的出口控制和合约合规体系以及推进持续的美国在政策性科技方面的领导来增强美国国家安全、海外政策和经济目标。BIS 通过保持并增强可适用的、

高效的、有效的出口控制和合约合规体系, 以及其在国际出口控制体系中的积极领导和参与来完成其目标。⁷¹

⁷⁰<https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-arms-control-and-international-security-affairs/bureau-of-international-security-and-nonproliferation/>.

⁷¹<https://www.commerce.gov/bureaus-and-offices/bis>.

美国经济制裁 主要内容

美国采用的经济制裁方法主要是基于国防安全、海外政策等目的采用一个个差异化的制裁项目，将受制裁主体按照国别或其他划分标准列入制裁清单，对其采取限制出口、资产冻结、资产没收等制裁方法。

1.OFAC 清单



OFAC 声称其并非制定了一个美国人不能与之做生意的国家的清单。美国制裁项目覆盖不同的范围，有一些是基于地理性边界的，例如针对伊朗、古巴。另一些是基于其他分类而设置的，例如基于反恐目的，并针对特别的个人和主体。这些项目可能包含在国家层面以及各类别的制裁层面的广泛的禁止。OFAC 实施了多种多样的特别规制项目。因为 OFAC 的项目是动态的，定期检查 OFAC 的网站是重要的。确保制裁清单是现行的，并且对最新的 OFAC 的项目有完整了解。

OFAC 的特别指定国民清单和被禁止人员清单 (Specially Designated Nationals and Blocked Persons List, SDN) 列出了与制裁目标相关的将近 6300 个姓名，当然，OFAC 还有了其他制裁清单，涉及各种制裁措施。许多个人和实体通常会进行国际性的移动，并最终停留在意想不到的地方。相应地，禁止与 SDN 清单上的主体 (无论其在什么地方) 进行交易，并且，所有 SDN 资产都会被冻结。SDN 主体所有的资产 (被定义为直接或间接持有其 50% 及以上的利益) 被冻结，无论资产有没有被 SDN 清单所提及。

OFAC 管理一系列不同的制裁项目。制裁可能是综合性的或是特异性的，使用冻结资产和交易限制的方法来实现海外政策和国家安全目标。这些项目包括以下几类：

- 与俄罗斯有关的制裁 (Russia-related Sanctions)
- 伊朗制裁 (Iran Sanctions)
- 朝鲜制裁 (North Korea Sanctions)
- 古巴制裁 (Cuba Sanctions)
- 反毒品制裁 (Counter Narcotics Sanctions)
- 与委内瑞拉有关的制裁 (Venezuela-related Sanctions)
- 完整的制裁项目与国家信息的列表 (Complete List of Sanctions Programs and Country Information)

2. 制裁措施 >>>>>

OFAC 可以实施一定的制裁措施，主要手段偏行政性。OFAC 发布了最终的规则“经济制裁执行指南 (Economic Sanctions Enforcement Guidelines)”，根据美国制裁法律、执行令和规章的要求作为给个人的实施制裁的指导，这一规则作为临时的最终规则于 2008 年 9 月 8 日发布，在决定对明显的违反美国经济制裁项目的活动的回应性执法措施时，OFAC 将会依据最终规则设立的指南。OFAC 根据对证据情况的判断，可以决定不采取措施、要求相关人员提供额外信息、发布警示信 (cautionary letter)、发布违反制裁的认定 (Finding of Violation)、施以民事金钱处罚、追究刑事责任以及采取其他的管理措施。⁷²

在必要时，相关政府部门和机关可以与美国国务卿或财政部长商议恰当的制裁措施，包括：(i) 进出口银行 (The Export-Import Bank) 可以否认任何与向被制裁人出口的货物或服务相关联的贷款、保险、担保、贷款展期或涉及贷款展期的活动；(ii) 机关和部门不对向被制裁人出口或转出口的货物或科技发布特定的许可或认可任何具体的许可或将美国政府的批准作为条件；(iii) 美国每家国际金融机构的执行董事可以利用其发生影响力和在美国的投票权来反对任何从国际金融机构的会对被制裁人有益的贷款；(iv) 如果被制裁人是金融机构，美国储备委员会 (the Board

of Governors of the Federal Reserve System) 和纽约联邦储备银行 (Federal Reserve Bank of New York) 不应任命被制裁人为美国债务性工具中的首要交易人 (primary dealer) 或允许之前作出的对被制裁人的连续任命；部门和机关应该防止被制裁人担任美国政府机关的代理人或者美国政府基金的智库 (repository)；(v) 部门和机关不向被制裁人寻求采购或与被制裁人订立涉及对产品或服务的采购合同；(vi) 国务卿可以拒绝向被制裁人提供签证，美国国土安全部长可以将被制裁人驱逐出美国，美国总统、国务卿或国土安全部长可以拒绝担任被制裁公司高管或主管或控制股东外国人入境美国；或者 (vii) 相关部门和机关的首脑，如果恰当，可以对被制裁人的主要执行官或高管或任何履行相似职能的或有与公司高管相似职权的人施加上述制裁。⁷³

美国政府也曾采取资产没收的措施，《爱国者法案》(USA PATRIOT Act) 规定，总统对于其认定从事了策划、批准、帮助、参与实施针对美国的武装敌对或者攻击行为的外国人、组织或者国家，有权直接没收其在美国管辖范围内的财产。⁷⁴ 根据《爱国者法案》，时任美国总统布什曾经签署行政命令，宣布没收伊拉克政府、伊拉克中央银行等金融机构存放在美国金融机构中的资金。⁷⁵

美国经济制裁 典型案例

对于外国企业而言，其不像美国出口商一样可以查询位于清单上的受制裁企业和个人，避免违反美国经济制裁的营业行为较为容易。因为在很多时候海外企业的交易行为看似并不涉及美国经济制裁或者美国，但是案涉交易与美国以及美国的制裁法律法规的连接点又确实存在，实则容易在不经意间违反美国经济制裁。

2021 年，OFAC 与一家印度尼西亚公司因违反美国经济制裁达成了协议，这一案件深刻体现了非美国人在与受到 OFAC 制裁的国家、地区或个人之间的商业活动中涉及美国的经济系统的风险。PT Bukit Muria Jaya (BMJ) 是一家印尼造纸业生产商，BMJ 同意支付 101.6 万美元来换取对其 28 项明显违反美国经济制裁的行为的潜在民事责任，因为其向朝鲜出口了香烟纸。BMJ 指示对方向其在非美国银行所开美元银行账户作出支付，这就使得美国银行参与了与这些出口商品有关的电汇支付，这些货物还出售给了一名被制裁的朝鲜人。这一高额的协议体现了 OFAC 对 BMJ 行为违反了经济制裁的坚定立场。

BMJ 向位于朝鲜的主体出口香烟纸，或者和代表朝鲜的主体做生意，包括向一个位于中国的中间

商——该中间商代表一家 OFAC 列入 DSN 清单的朝鲜公司 (Korea Daesong General Trading Corporation, Daesong) 进口香烟纸，而 Daesong 公司以假名从事经营。BMJ 一开始在其交易文件中提及了朝鲜主体，但是在其客户的要求下一些 BMJ 销售员随后用位于第三国的中间商的假名取代了这些名称，包括在收据上、打保单上、装载单上。BMJ 向朝鲜的出口总价值约为 95.9 万美元。

BMJ 指示就这些出口至朝鲜的货物支付到一户非美国银行的美元账户，这导致了从 2016 年 3 月到 2018 年 5 月的 28 笔通过美国银行的与这些出口活动相关的电汇交易。相应地，在 BMJ 致使美国银行处理 SDN 制裁或黑名单中的人的财产或财产中的利益、出口经济性的服务至朝鲜，或为受到禁止的涉及美国人的明显违反《朝鲜制裁规范》(North Korea Sanctions Regulations) 第 §§ 510.201、510.206 和 510.211 的出口活动提供便利，其违反了《朝鲜制裁规范》第 § 510.212 条，31 C.F.R. part 510 (NKSR)。

⁷² https://home.treasury.gov/system/files/126/fr74_57593.pdf.

⁷³ Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, Executive Order 13849 of September 20, 2018, Sec. 2(a).

⁷⁴ USA PATRIOT Act of 2001, Sec. 106.

⁷⁵ 王佳：《美国经济制裁立法、执行与救济》，载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期，第55页。

美国经济制裁合规 管理体系建设要点

1.OFAC 的五要素要求



OFAC 作为主导经济制裁项目制定与实施的机关，其对合规管理的解读值得关注。2019 年 5 月 2 日，OFAC 公布了合规承诺框架(A Framework for Compliance Commitments) 来为受到美国管辖的组织，以及在美国或和美国人做生意、或使用源自美国的货物和服务的外国实体提供 OFAC 对于企业制裁合规项目的关键组成部分的观点。框架还提供了 OFAC 认为如何将这关键组成部分组成为其评估“明显违反”和应对调查达成协议的方法的大纲。大纲包括了一个索引，提供了一些 OFAC 在调查过程中发现的对明显违反美国经济和贸易制裁项目的根源的简单分析。⁷⁶

OFAC 强烈建议受到美国法律管辖的组织，以及与美国、美国人进行营业活动的国外主体，或使用源于美国的货品和服务，采取风险导向(risk-based)的制裁合规措施来发展、实施并定

期地更新制裁合规项目 (sanctions compliance program, SCP)。虽然各个企业的 SCP 由于一系列因素是不同的，包括公司规模和复杂程度，产品和服务，客户和想对方，以及地理位置，但是，每个项目都应该包含以下合规的五要素：(1) 管理承诺 (management commitment)：审查和批准公司的制裁合规体系；确保合规部门有足够的权力和自主性来执行制裁合规体系并有效控制 OFAC 风险；确保合规部门根据需要分配到足够的资源；在公司推广“合规文化”；应认识到公司及公司员工违反或未能遵守必要的合规政策和程序的严重性，并采取必要的应对措施。(2) 风险评估 (risk assessment)：风险评估的方式和频率应与潜在风险相匹配。这些风险可能来自“客户、产品、服务、供应链、中介机构、交易对手、交易本身和地理位置，具体取决于组织性质。”通过不断更新以确保风险评估的充分性，从而暴露

被识别的任何明显违规或系统缺陷的“根源”。定期更新。(3) 内部控制 (internal controls)：制定书面政策和程序；协助相关人员“识别、阻断、升级和报告”OFAC 禁止的活动；通过内外部审计执行；记录保存；采取“迅速有效”的措施以应对内部控制漏洞；政策和程序应明确传达给所有相关员工、高风险领域运营的业务单位以及代表公司履行合规职责的外部主体；企业应指定人员将制裁合规体系的政策和程序融入公司日常运营；(4) 测试和审计 (testing and auditing)：应向高级管理层负责，独立于被审计行为，由具备足够权限、技能、专业能力和资源的人员进行；测试和审计程序应与制裁合规体系的复杂性相匹配；在获悉关于制裁合规体

系的确定负面测试结果或审计后，公司应采取“迅速有效的行动”来确定和实施补偿控制，直到合规漏洞的根源得到确定和纠正。以及(5) 训练 (training)：合规培训项目应视情况向员工和利益相关者提供充分的信息和指导；应与公司实际情况相匹配；企业组织培训的频率应与 OFAC 风险评估和风险状况相匹配；公司获悉经确认的负面测试、审计结果，或者其他制裁合规体系缺陷后，应向相关人员提供培训或采取其他纠正措施；培训项目应包括易于为所有相关人员获取的资源 and 材料。在建设美国经济制裁合规管理体系时，虽然因行业和业务的不同，不同的公司会采取各式各样的合规方式，但采用的合规体系应包含 OFAC 列举的五要素。

⁷⁶https://home.treasury.gov/system/files/126/20210114_BMJ.pdf, pp.3-4.

2. 关注与美国的关联点 >>

OFAC 近年来持续强调和美国的微弱关联就会将美国与案涉交易相联系，包括在境外使用美元账户支付以及和美国人员发生支付活动、外汇交易以及使用数据资产的交易。

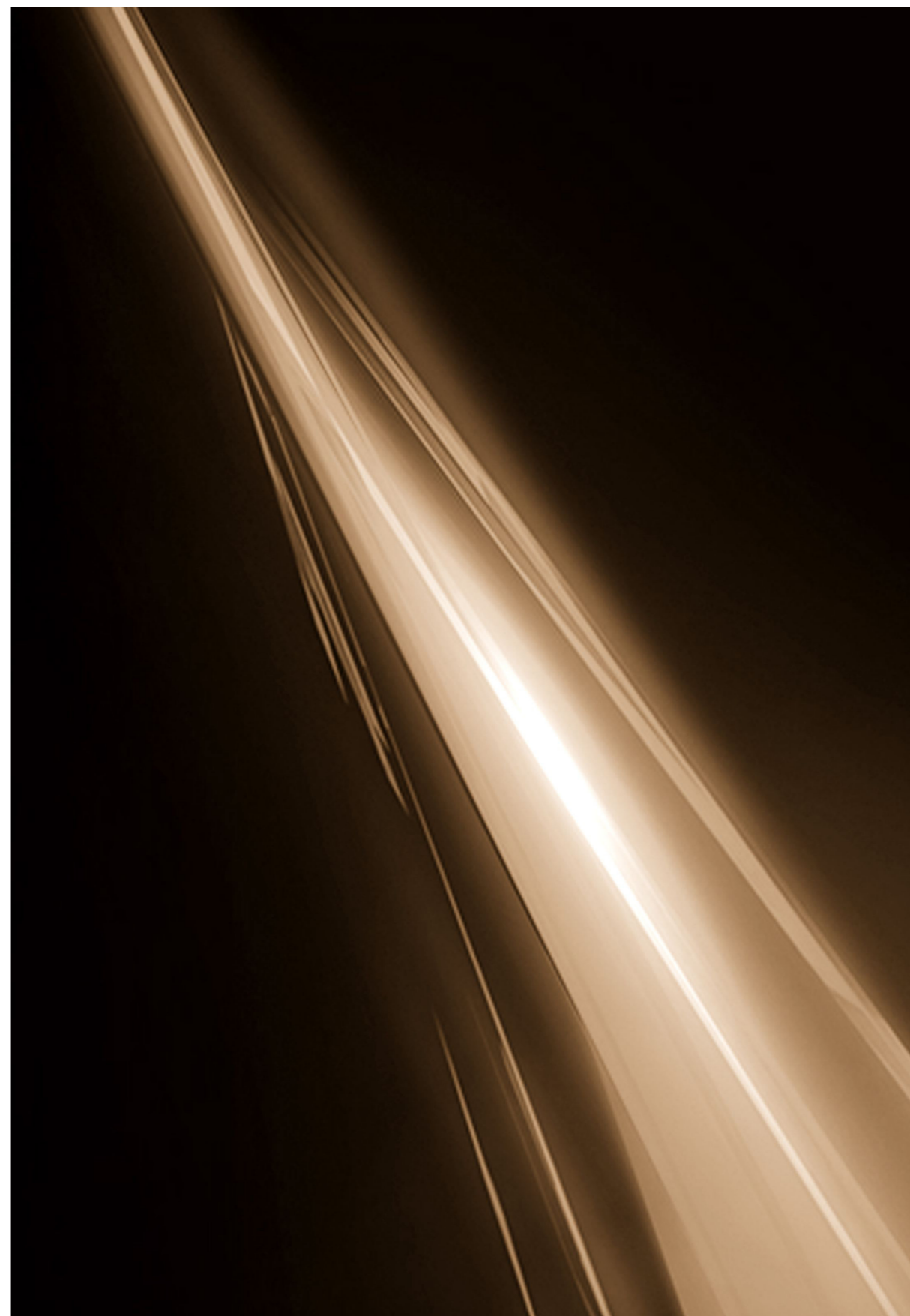
第一，使用美元账户的风险。在美国境外使用美元或账户会造成合规隐患，因为从虚拟角度讲，一切涉及美元的支付都与美国相关联，这就使交易受到美国管控。2021 年 BMJ 案中，位于印度尼西亚的 BMJ 公司 (PT Bukit Muria Jayae) 向朝鲜出口香烟纸，其要求对方将钱打到其不在美国的银行的美元账户。即使这些支付是在外国银行之间的，他们却经过美国银行。导致了对朝鲜制裁规范的违反。

第二，使用外汇的风险。任何通过美国达成的外汇交易，特别是涉及那些位于海外的美元账户时，都落入美国的管辖。2021 年的 UBAF 案，位于法国的银行因为为了被制裁的叙利亚金融机构操作美元账户处理外汇交易，之后又通过涉及美

国的外汇交易与第三方银行处理其自己的外汇账户。案涉交易与随后的一桩涉及美国的购买美元交易紧密相关 (correlated closely)，OFAC 认为其违反了美国对叙利亚的制裁。

第三，数字货币。制裁合规义务 (sanctions compliance obligations) 也适用于涉及美国的虚拟货币交易。2021 年的 BitPay 案中，位于亚特兰大的 BitPay 公司是一家处理支付的服务提供商，其提供的服务能够使商户接受数据货币用以交换商品和服务。OFAC 试图对该公司的 2102 宗交易进行执法，因为交易的相对方——基于 IP 地址和收据中的位置信息——位于受制裁的地区，包括克里米亚、古巴、伊朗、苏丹和叙利亚。OFAC 认为其在这些交易中的执法利益是 BitPay 没有自动披露其行为。正如 OFAC 在 2021 发布的制裁执法指南中所称的一样，“虚拟货币行业的人员有责任确保他们没有直接或间接参与 OFAC 制裁所禁止的交易，比如与被列入黑名单的人员交易或已列入黑名单的资产交易，或参与被禁止的贸易或投资相关的活动。”⁷⁸

⁷⁸ <https://www.jdsupra.com/legalnews/ofac-year-in-review-2021-part-ii-6900350/>.



第五章

美国《针对机构实体 联邦量刑指南》 合规管理

美国《针对机构实体 联邦量刑指南》主要内容

联邦量刑委员会 (Federal Sentencing Commission) 为联邦犯罪的量刑提供标准, 因为公司可能会违法, 委员会于 1991 年制定了指南以指导如何为机构量刑, 即《针对机构实体联邦量刑指南》(Federal Sentencing Guidelines for Organizations, FSGO), 明确了合规体系作为量刑处罚的考虑因素——如果存在有效的系统来阻止和发现违法行为时仍然存在违规, 则可以在量刑打分上获得奖励, 从而降低罚金。2004 年的修订, 要求合规应推动组织文化, 鼓励伦理行为。指南的出现和不断改进, 促成了合规成为正式的具有激励效果的法律制度和普遍的商业实践。有评价认为指南是精心起草、累年经验和专家意见的产品。⁷⁹FSGO 规定了如何对公司施加制裁, 制裁措施包括罚款以及营

业要求。但 FSGO 被讨论最多的部分是 FSGO 对公司采用的合规项目论述。如果一个组织采取了有效的合规项目, 那么其可以在执行中获得减轻的责任。

FSGO 规定了判断有效合规项目所依据的要素:

第一, 公司应该有标准和程序, 例如行为标准汇编, 来预防并组织不当行为。

第二, 企业的高层管理人员应对合规项目采取俯瞰监督视角。

第三, 企业应避免让不可信的人或那些有不道德行为史的人担任需要肩负责任的职位。

第四, 公司应该建立沟通和培训项目来推动合规。

第五, 建立监督体系和审计体系来捕捉到不寻常的活动——使得职员能够报告问题。

第六, 执行和记录应该连贯并且被良好地管理。

第七, 当事故发生时, 恰当地回应, 并且随后根据需要更新公司合规项目来避免相似事件再次发生。

根据 FSGO 提供的公式, 任何规模的企业都能度身订造其需要的合规项目, 形成道德文化并降低风险。1999 年, DOJ 发布了正式的企业诉讼指南 (1999 holder memo), 列出了检察官在对公司提起公诉时需要考虑的八个重要因素。其中三项属于合规问题: 企业违法违规行为的普遍性; 企业是否拥有合规计划; 企业是否采取补救措施。根据这一企业诉讼指南, 公司仅仅有一个书面的合规计划是不够的, “评估任何机制的关键都在于看它是否是为了充分防止或发现员工的违法违规行为而精心设计的, 企业的管理运行又是否是在支持、遵循这种机制”。也就是说企业必须具有保障合规计划有效运行的机制, 而不仅仅有一个书面的合规计划。⁸⁰

⁷⁹ 邓峰:《公司合规的源流及中国的制度局限》, 载《比较法研究》2020年第1期, 第37-38页。

⁸⁰ 陈瑞华:《美国〈反海外腐败法〉与刑事合规问题》, 载《中国律师》2019年第2期, 第79-80页。

美国《企业合规体系评价指南》主要内容

美国司法部的政策以及美国量刑指南在多年以来都指导着联邦检察官和量刑法官评估企业合规项目。例如，美国司法部的司法手册（Justice Manual）“联邦起诉商业组织原则”（Principles of Federal Prosecution of Business Organizations）称，检察官在决定是否对公司提起刑事诉讼时，应该考虑“在不当行为发生时，以及在提起诉讼时，公司合规项目的恰当性和有效性”以及公司“实施恰当和有效的公司合规项目或提升现有合规项目”的补救措施。而且，在法官根据美国量刑指南决定潜在的对公司的犯罪罚金时，法官会考虑公司在不当行为发生时是否有有效的合规项目作为以评估公司当罚性评分（culpability score）的调整因素。

2017年2月，DOJ在其官网发布了《企业合规体系评价指南》，2019年发布了修订版。从2019

年的指南开始，DOJ就寻求为评估公司合规项目提供综合性的指导，并协调指南和其他相关部门指导。2019年指南基于DOJ先前的相关指导而建立，包括2017年2月的DOJ反欺诈条款，2018年3月的DOJ关于DOJ的FCPA公司执行政策将会被用于作为非强制的刑事法庭案件的指导的声明，以及2018年10月DOJ的更新有关选择和任命公司合规监督者（corporate compliance monitors）的刑事法庭政策的声明。DOJ意欲在2019年指导中“更好地协调2017年版指南和其他部门指导和标准，同时将额外的内容提供给对公司合规项目的多元化合规。”2020年7月1日，DOJ发布了更新版的指南，主要内容包括为检察官提供如何通过判断是否、以及在何种程度上DOJ考虑一个公司的合规项目在不当行为发生时以及追究责任时的有

效性来评估公司合规项目的设计、实施以及有效操作情况。

指南被设计以协助检察官在充分知悉的情况下判断公司的合规项目在不当行为发生时以及在追究责任时是否、以及在何种程度上是有效的，并且协助判断合适的（1）解决问题或起诉的方式；（2）金钱惩罚，如果有的话；（3）在任何的公司犯罪处理方式中包含的合规义务（例如，监督或者报告义务）。

因为公司合规项目必须在犯罪调查的特定环境中评估，刑事法庭不能用僵化的公式来评

估项目。DOJ承认每个公司的风险状况和减轻风险的办法需要特异化的评估。相应地，DOJ制定了合理的、根据个体而评估的个案方法，考虑到了多种因素，包括但不限于，公司的体量、行业、地理痕迹、规制背景以及其他因素，涉及可能会影响到公司合规项目的公司的内部和外部运营状况。然而，还有一些问题，是在个体差异化的判断中应该被提问的，正如司法手册所指出的，检察官应该问三个基本问题。三个问题及考虑判断的因素大纲如下：⁸¹

一、公司的合规计划是否设计得好？

- A. 风险评估
- B. 政策和程序
- C. 培训和沟通
- D. 保密报告机制和调查程序
- E. 第三方管理

二、公司的合规计划是否被有效实施？

- A. 高中层管理人员的承诺
- B. 自主性和资源
- C. 奖励和惩戒措施

三、公司的合规计划在实践中是否有效？

- A. 持续改进、定期测试和审查
- B. 对不当行为的调查
- C. 分析补救任何潜在的不当行为

⁸¹ <https://www.justice.gov/criminal/about-criminal-division>.

美国司法部合规 管理职能介绍

司法部的刑事部门(Criminal Division)开发、实施并监督所有联邦刑事法律的适用,除了那些被特定分配给其他部门的刑事部门及 93 名美国检察官有责任监督刑事问题以及一些民事诉讼。刑事部门律师检察起诉具有国家重要性的案件。除了其直接诉讼责任之外,刑事部门还制定并实施刑事执行政策并就刑事问题提供建议和协助。例如,刑事部门批准或监督敏感领域的法律事实,例如参与证人保护计划(Witness Security Program)以及使用电子监控;在刑事问题上建议司法部长、国会、管理及预算办公室和白宫;为联邦检察官提供法律意见和帮助以及调查性的代理人;在国际合作问题以及联邦、州、本地执法问题上提供领导。⁸²2019 年的《企业合规体系评价指南》即由刑事部门发布。

刑事部门之下,还设有一些与合规职能有关的重要部门:

国际事务办公室(The Office of International Affairs, OIA)追回海外逃犯使其受审,转移判刑人员到其国家复兴,并通过与国内伙伴以及海外伙伴合作收集全球的刑事调查和起诉的关键证据以帮助对于实施法律、提高公共安全、获得正

义有必要的合作。OIA 通过搜寻逃犯来确保维护美国国家安全, OIA 通过五大措施努力追求这一目标: 驱逐和转移逃犯、转移服刑人员、国际证据收集、向 DOJ 领导和检察官提供法律建议、处理国际关系和条约问题。⁸³

反欺诈部(The Fraud Section, FRD)针对复杂经济犯罪发挥作用。FRD 调查并检察起诉国内白领犯罪案件,还在 DOJ 政策开发方面起到重要作用。FRD 通过提供训练、建议和其他帮助措施来帮助检察官、规则制定者、执法者和私人部门,还参与多种多样的国家的、地区的以及国际工作小组。FRD 向其检察官和其他职业人员提供直接的监督、训练和指导。⁸⁴FRD 针对违反《反海外腐败法》的犯罪行为进行工作。⁸⁵

海外检察发展、协助与训练办公室(the Office of Overseas Prosecutorial Development, Assistance and Training, OPDAT)通过改革海外法制系统并支持与国际范式与标准相一致的专业机构推动有关人权的法律法规建设,同时,OPDAT 还建立与海外伙伴共同打击跨国犯罪和恐怖主义的能力,在这些威胁尚未实际到达美国之时。⁸⁶

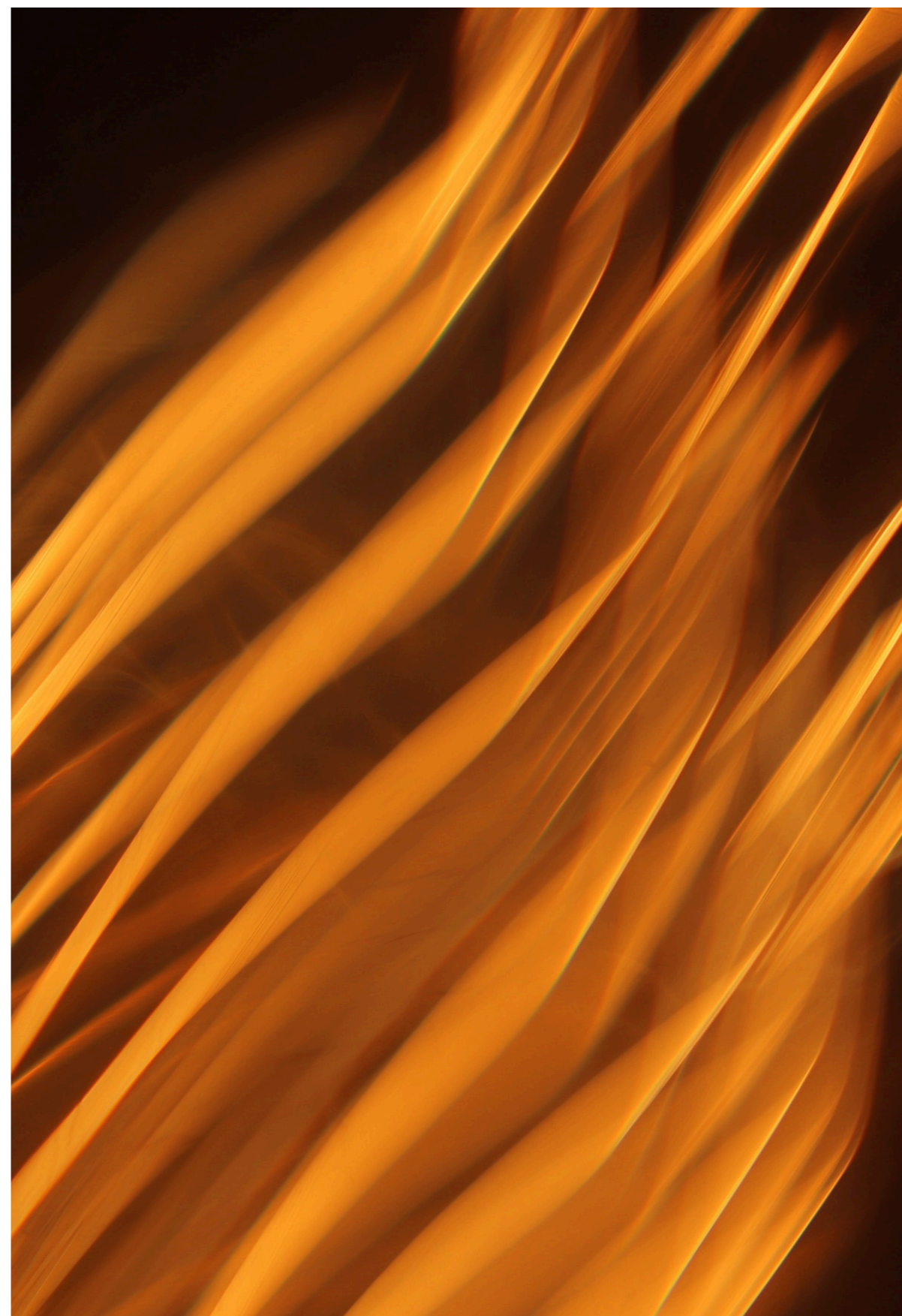
⁸² <https://www.justice.gov/criminal/about-criminal-division>.

⁸³ <https://www.justice.gov/criminal-oia>.

⁸⁴ <https://www.justice.gov/criminal-fraud>.

⁸⁵ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

⁸⁶ <https://www.justice.gov/criminal-opdat>.



第六章

世界银行集团 合规管理

世界银行集团 《诚信合规指南》主要内容

世界银行集团《诚信合规指南》(World Bank Group Integrity Compliance Guidelines), 也称为世界银行集团《廉政合规概要》。根据世行《制裁和解程序》第 9.03 条, 如果世行最后实施的制裁中包含了被制裁主体需要满足一定的条件才可以解除制裁的要求(例如附条件的免于取消资格和附解除条件的取消资格), 则被制裁主体通常必须建立并实施符合世行标准的合规制度, 否则将不能参与世行资助的项目。2010 年 9 月, 世行廉政局(Integrity Vice Presidency) 任命了一位廉政合规主管(ICO), 除了监督受制裁公司的廉政合规情况(或者个人遵守行为准则的情况)外, 廉政合规主管还负责断定合规条件和 / 或由制裁委员会(Sanctions Board) 或者世行集团评估与资格暂停主管(Evaluation and Suspension Officer) 确定的作为制裁一部分的其他条件是否得到了满足。⁸⁷

根据《诚信合规指南》, 指南为了向根据世界银行集团制裁系统被制裁的主体提供指导而设计, 这些主体被解除制裁以实施被世行集团接受的道德与合规项目为条件。指南罗列了诚信合规项目的构成要素, 诚信合规项目的目的是防止、探测并修补公司内部的腐败、合谋、压迫、欺诈的不当行为。一个有效的合规项目汇集了实施合规的主体的诚信合规努力及职能, 作为其日常诚信经营的一部分。

根据世界银行发布的中文版《世界银行集团廉政合规指南概要》⁸⁸ (Summary of World Bank Group Integrity Compliance Guidelines), 《诚信合规指南》的主要内容如下:

1. 禁止不当行为: 对不当行为(欺诈、腐败、串通舞弊和胁迫行为) 明显而清楚的禁止, 需要在行为准则或类似的文件或交流中得到明确的说明。
2. 责任: 建立和维持一种基于信任、有包容性的机构文化, 对符合道德的行为、遵守法律的承诺和不容忍不当行为的文化进行鼓励。
 - 2.1. 领导层: 高层领导、受制裁方董事会或类似组织对受制裁方的廉政合规计划(简称: 计划) 及其实施, 在形式上和实质上都给予强有力的、明确的、显而易见的和积极的支持与承诺。
 - 2.2. 个人责任: 遵守计划是强制性要求, 并且是受制裁方处于各个级别上的每个个人的责任。
 - 2.3. 合规职责: 计划的监督和管理是公司某个或多个高层领导的责任, 这些领导需要有充分的自主权和足够的资源与权威, 以有效地实施计划。
3. 计划的启动、风险评估和审查: 要确定合适的计划, 受制裁方首先需要对其业务和经营活动发生欺诈、腐败或其他不当行为的可能性进行最初的(或最新的) 全面风险评估, 要将其规模、业务领域、经营地点及其他特有的环境考虑进去, 并定期或者在因为环境变化而有必要的情况下重新审查和更新风险评估。高层管理者应该采取系统性的方式来监督计划, 定期审查计划在防止、发现、调查和应对各种不当行为方面的合适性、充分性和有效性; 还应该将合规领域的相关发展以及国际和行业标准的变化考虑进去。找出不足之处后, 受制裁方应该采取合理的措施来防止进一步出现类似的不足, 包括对计划进行任何必要的修改。
4. 内部政策: 制定能清楚地说明价值、政策和程序的实用且有效的计划, 用来防止、发现、调查受到受制裁方 / 个人有效控制的所有活动中的各种不当行为并进行补救。
 - 4.1. 对员工的尽职调查: 对任何现在或者将来有权做决定或处在能影响业务成果的地位

⁸⁸ <http://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf>.

⁸⁹ <https://pubdocs.worldbank.org/en/302151536766276403/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-CH.pdf>.

⁸⁷ <https://pubdocs.worldbank.org/en/302151536766276403/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-CH.pdf>.

上的员工，包括管理层和董事会成员进行审查，以确定他们是否参与了不当行为或其他与有效的廉政合规计划不相符的行为。

4.2. 对前公职官员的限制性安排：公职官员辞职或退休后，对他们以及与他们相关的实体和个人的雇用或其他有偿安排应实施限制，前提是这种有偿安排或雇用要么与他们在位期间掌握或监督的部门，要么与他们曾经能或者继续能施加实际影响的部门直接相关。

4.3. 礼品、招待、宴请、旅行和支出：制定对礼品、招待、宴请、旅行或其他支出的控制手段和程序，以确保它们是合理的，没有对业务交易的结果产生不当影响，或者带来不当的优势。

4.4. 政治献金：只能根据适用法律向政党、政党官员和候选人捐款，并采取适当的措施公开所有政治献金（除非法律要求保密）。

4.5. 慈善捐赠和赞助：在受制裁方力所能及的范围内采取措施，确保其慈善捐赠不被用作不当行为规避监督的手段。除非法律要求保密，否则所有的慈善捐赠和赞助都应该公开。

4.6. 好处费：受制裁方不应支付好处费。

4.7. 记账：对计划涵盖的所有方面都必须保存适当的记录，包括因上述第 4.3 条至第 4.6 条中列出的所有事项而进行的支付。

4.8. 欺诈、串通舞弊和胁迫行为：应该采取特别的防护措施、做法和程序来发现和防止腐败，还有欺诈、串通舞弊和胁迫行为。

5. 关于业务伙伴的政策：受制裁方应尽最大努力，鼓励所有与自己有重要业务关系或自己能施加影响的业务伙伴做出同样的承诺，防止、发现、调查不当行为并进行补救（在业务伙伴为受控的子公司、合资公司、非法人企业协会或类似实体的情况下甚至可以迫使它们采取这样的做法）。这其中包括代理、顾问、咨询师、代表、经销商、承包商、分包商、供应商、合资公司和其他第三方。

5.1. 对业务伙伴的尽职调查：在与业务伙伴建立关系前，进行有适当记录的、基于风险的尽职调查（包括找出没有记录在案的任何受益所有人或其他受益人），并且要不断进行尽职调查。避免与已知和被合理怀疑参与了不当行为的承包商、供应商或其他业务伙伴打交道（特殊情况并已采取了适当措施减轻影响的情况除外）。

5.2. 将廉政合规计划告知伙伴：让所有业务伙伴都知道受制裁方的计划，并清楚地表明受制裁方希望代表其进行的所有活动都符合其计划。

5.3. 对等承诺：寻求让受制裁方的业务伙伴做出对等的合规承诺。如果业务伙伴没有廉政合规计划，受制裁方应该鼓励它们根据自己的活动和环境采取有力且有效的计划。

5.4. 适当的记录：对受制裁方与业务伙伴的关系进行全面的记录。

5.5. 适当的报酬：确保给业务伙伴的任何支付都是对其提供的合法服务或商品的适当且合理的报酬，而且报酬是通过有诚信的渠道支付的。

5.6. 监督 / 监管：对于受制裁方为其中一方的所有合同的执行进行监督，以确保（只要是合理的）它们的执行中没有不当行为。作为对与业务伙伴的关系进行定期评估的一部分，受制裁方还应该监督业务伙伴的计划和表现。

6. 内部控制：

6.1. 财务：就受制裁方的财务、会计和记账行为以及其他的业务程序，建立和维护一套包含

财务和机构制衡的有效的内部控制体系。受制裁方应使这个内部控制体系，特别是涉及会计和记账行为方面的内部控制体系接受定期的、独立的内部和外部审计，以便就该体系的设计、实施和有效性提供一个客观的保证，并使任何违反计划的交易遭到曝光。

6.2. 合同义务：雇用合同和业务伙伴合同应该包括与不当行为有关的明确的合同义务、补救措施和 / 或处罚方式（如果是业务伙伴合同，则应包括退出这种安排的计划，比如在业务伙伴参与不当行为的情况下终止关系的合同权利）。

6.3. 决策过程：建立一种决策过程，使决策过程和决策者的地位与交易价值和可以察觉的每种不当行为的风险相匹配。

7. 培训和传播：受制裁方应采取合理的、实用的措施定期传播其计划，针对相关的需求、环境、作用和责任，向内部各个级别的人员（特别是那些从事“高风险”活动的人员），在适当的情况下还应向业务伙伴提供关于计划的有效培训，并对培训加以记录。受制裁方的管理层在年度报告中也应就计划做出表述，否则就应该公布或者传播关于计划的知识。

8. 激励措施：

8.1. 正面措施：采取适当的激励措施，鼓励受制裁方内部各个级别的人员遵守计划，并为他们提供积极的支持，通过这种做法在受制裁方整个内部推广计划。

8.2. 惩戒措施：对于受制裁方内部各个级别的人员，包括管理人员和董事，凡参与了不当行为或其他违反计划的行为的，都采取适当的惩戒措施（包括终止合同）。

9. 报告：

9.1. 报告的义务：向所有人员传播这样的信息，即：他们有义务就有关计划的担心及时进行报告，不论这种担心与他们自己的行为有关还是与他人的行为有关。

9.2. 建议：受制裁方应采取有效措施和机制，为管理人员、员工和（在适当情况下）业务伙伴就如何遵守其计划提供指导和建议，包括他们何时需要就领土外管辖权内的困难情况得到紧急建议。

9.3. 举报 / 热线：为不愿意在上级指示或压迫下违反计划的人，还有愿意报告内部发生的违反计划行为的人提供沟通渠道（包括秘密渠道）和保护。受制裁方应该根据这类报告采取适当的补救行动。

9.4. 定期证明：受制裁方的所有有决策权或者处在能影响业务成果地位的相关人员应定期（至少一年一次）以书面形式证明自己重温了行为准则，遵守了计划，并且与指定的负责廉政合规事宜的公司主管就他们所了解的公司其他人员或业务伙伴违反计划的情况进行过沟通。

10. 对不当行为的补救：

10.1. 调查程序：对受制裁方遭遇的、报告的或发现的不当行为和其他违反计划的行为展开调查程序。

10.2. 应对：确认存在不当行为时，受制裁方应该采取合理措施用适当的矫正行动作出应对，并要防止进一步的或者类似的不当行为及其他违反计划的行为。

11. 共同行动：在适当情况下，中小型企业和其他没有成熟的廉政合规计划的实体（对于有成熟计划的较大型公司实体、行业协会和类似组织来说则是在自愿的基础上）应努力尝试与商业组织、行业团体、职业协会及民间组织携手来，鼓励和帮助其他实体制定旨在防止不当行为的计划。

世行集团廉政合规指南概要中包括被许多机构和实体认为是良好治理和反欺诈与腐败的良好实践的标准、原则和组成部分。这些标准、原则和组成部分主要针对的是受制裁方，不过，也鼓励其他机构或实体考虑是否适合采用它们，它们既不是包容一切的，又不是专门针对单一对象的，也不是指令性的，相反，受制裁方采用这些指南还是采用其变体应该是基于其自身情况做出的决定。⁹⁰

⁹⁰ <https://pubdocs.worldbank.org/en/302151536766276403/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-CH.pdf>, p4.

世界银行主要 处罚案例

世界银行集团的制裁体系通过双重审查的制裁管理程序来规制腐败行为。世界银行认为，推动良好治理并处理腐败行为对于获得更好发展以及减少贫困是关键。世界银行针对反腐败的发展计划所分配的资金提高了政府、捐赠者和世界银行达成减少贫困、吸引投资、鼓励良好治理的能力。世界银行资格暂停和除名办公室(The Office of Suspension and Debarment, OSD)提供了第一重独立判断，当有关于不当行为的足够证据时，OSD 暂时推迟被指控的公司和个人的资格，之后如果没有后续的追诉，就施加最终制裁。世界银行集团制裁委员会(The World Bank Group Sanctions Board)由 7 名外部法官组成，是一个独立的行政机关，在所有的世界银行资助项目中发现的关于受制裁的不当行为的案件中担任最终决定作出者的职能。⁹¹

⁹¹ <https://www.worldbank.org/en/about/unit/sanctions-system>.

中国企业曾多次受到世界银行的处罚，特别是国有企业，案涉行为包括违反世界银行规制与制裁体系规定或要求的欺诈行为、行贿行为。以铁路企业为例，由于诸多境外铁路项目在世行监管范围内，且中资铁路企业对世行制裁体系与规则不熟悉，已有许多中资铁路企业受到资格除名制裁。⁹²2019 年 6 月 5 日，世界银行宣布制裁某中国国有工程与建筑公司及其两家附属子公司因为其涉及在乔治亚的东西高速公路走廊提升项目的“欺诈操作”。这一制裁还被延伸至该公司控制的 730 家附属企业，但对其中一家企业及其控制的附属企业予以了豁免，因为它们已经在 2017 年与世界银行达成了协议。根据双方达成的协议，在案涉高速路建设项目的预先资质确认和投标程序中，案涉三家公司准备并提交了关于一家企业的涉及人员和装备的错误信息和该公司集团中其他企业的错误经历。根据世界银行的制裁系统，这些行为被认为是世界银行检察指南(World Bank Procurement Guidelines)中的欺诈操作(fraudulent practices)。⁹³

在受到制裁的 9 个月期间，案涉 3 家公司及其 730 家关联企业将在 24 个月的考察期内被有条件地解除制裁，在此期间，他们会再一次有机会参与世界银行资助的项目，只要他们遵守他们在达成的协议中的义务。如果他们不遵守，那么有条件的不制裁(conditional non-debarment)将会转化为有条件解除的制裁(debarment with conditional release)。由于案涉三家公司承认了责任，自愿采取了补救和纠正行为，配合世行 INT(Integrity Vice Presidency)，以及其他的调整因素，他们获得了考察期的减短。作为不受制裁的条件，三家公司和他们的附属企业承诺按照世界银行诚信合规指南增强其诚信合规项目。案涉公司也承诺持续与世界银行 INT 合作。⁹⁴

⁹² 汤学文，刘大磊：《世界银行制裁体系下境外铁路项目风险分析》，载《中国铁路》2022年第5期，第111页。

⁹³ <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2019/06/05/world-bank-group-debars-china-railway-construction-corporation-ltd-and-two-subsiaries>.

⁹⁴ <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2019/06/05/world-bank-group-debars-china-railway-construction-corporation-ltd-and-two-subsiaries>.

世界银行合规管理体系建设要点

1. 关注世行制裁体系



世行制裁体系虽然不像美国的反海外腐败制裁或涉及进出口的制裁一样仅凭微弱的关联就可以被美国管辖、追究责任，但仍然规制了广泛的主体，参与世行项目的公司及其代理人都会受制于其制裁体系，并非只有“承接项目的人”才会受到制裁。包括以下七类：(1) 世行资助合同的投标人；(2) 直接采购合同和世行资助合同的供应商；(3) 承包商及其代理人；(4) 分包商；(5) 顾问和子顾问；(6) 服务提供商；(7) 贷款收益的任何接受者及其代表。⁹⁵

受到世行制裁的“欺诈和腐败”行为主要包括以下几种。第一，“腐败行为”：系指直接或间接地提供、给予、接受或要求任何有价值物品，来不正当地影响另一方的行为。第二，“欺诈行为”：系指通过任何作为或不作为（包括错误表述），蓄意或肆意误导、或企图误导某一方，以谋取财务等利益或逃避义务。第三，“共谋行为”：系指两方或更多方之间的安排，以实现不正当目的，包括不正当地影

响另一方的行为。第四，“胁迫行为”：系指直接或间接地危害或损害或威胁危害或损害任一方或该方的财产，来不正当地影响某一方的行为。第五，“妨碍行为”：系指 (i) 故意销毁、伪造、篡改或藏匿对调查有重要意义的证据，或向调查人员作出虚假的陈述，以图严重妨碍世行对腐败行为、欺诈行为、胁迫行为或共谋行为指控进行调查；以及 / 或者威胁、骚扰或恐吓任一方，以阻止该方披露其掌握的与调查有关的情况，或阻止该方进行调查；或 (ii) 意图在于严重妨碍世行履行审计或调阅信息之契约权利的行为。⁹⁶

此外，世行的制裁还带有联合制裁的效果，即根据世界银行与亚洲发展银行、非洲发展银行、欧洲复兴银行、美洲开发银行共同签署的《共同实施制裁决议的协议》，企业只要被上述任何一家银行作出取消资格达一年以上的制裁，其他缔约银行也会对该公司采取相同的制裁措施。⁹⁷ 这种联合制裁的效果需要纳入企业的合规风险评估考量。

⁹⁵何园媛，胡静：《世界银行制裁措施及制裁下的合规体系构建》，载《中国对外贸易》2020年第1期，第44页。

⁹⁶<https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/Chinese112907.pdf>

⁹⁷陈瑞华：《湖南建工的合规体系》，载《中国律师》2019年第11期，第89页。

2. 遵守世行合规要求



企业应参照世界银行的《诚信合规指南》提供的合规标准制定合规政策建立合规组织体系、组织合规培训、组织合规审计、评估并审计企业风险，根据世行所定义的不当行为的涵义对经营行为、财务行为予以规范，避免不当行为的发生。在上层管理层面，应设置专门的合规管理机构，创造企业道德与合规文化，包括公司管理层明确建立合规体系义务与合规监督义务的治理责任；在内部治理层面，组织合规培训，建立公司内部的全套合规制度与覆盖全体职工的行为准则，定期进行合规风险评估；在外部层面，审查合作伙伴的合规情况及风险，共同推进合规建设。

当然，世界银行称，《诚信合规指南》的概要中包括被许多机构和实体认为是良好治理和反欺诈与腐败的良好实践的标准、原则和组成部分。这些标准、原则和组成部分主要针对的是受制裁方，⁹⁸ 不过，也鼓励其他机构或实体考虑是否适合采用它们，它们既不是包容一切的，又不是专门针对单一对象的，也不是指令性的，相反，受制裁方采用这些指南还是采用其变体应该是基于其自身情况做出的决定。⁹⁸ 不过，鉴于合规体系的建设对于世行决定制裁措施有着关键影响，企业即使根据自身情况不采用世行的合规标准，也应采用其他有效的标准，可以参考其他国际组织对于有效合规项目的标准或要素。

3. 关联企业的合规建设



正如上文提到的中国建设工程公司及其 730 家附属企业被世行处罚的案例所体现，世界银行的制裁具有连带制裁的性质，所谓连带制裁，是指一家企业一旦受到制裁，那么与该企业相关联的企业，包括母公司、子公司、兄弟公司等，无论是

否实施违规行为，都一律受到世界银行的制裁。⁹⁹ 因此，企业还应注意关联企业特别是因股权、共同董事或高管等原因而存在控制关系、代理关系，或者为其利益从事民事商事活动的关系的企业。

4. 配合世行的合规工作



根据世界银行发布的达成协议的案例，在最终处罚被世界银行决定之前，企业自愿的披露、对不当行为的补救行为和整改行为、配合世界银行的检查与整改工作能够使涉嫌不当行为的企业减免惩罚，可以缩短考察期，或者不被取消资格。即使在

被取消资格之后，对世行合规工作的配合，也会影响已有的制裁是否会被取消，恢复资格。因此，无论是在哪一阶段，面对世行的检查、询问或提出的合规建议与要求，企业都应配合。

⁹⁸<https://pubdocs.worldbank.org/en/302151536766276403/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-CH.pdf>, p4.

⁹⁹陈瑞华：《湖南建工的合规体系》，载《中国律师》2019年第11期，第88页。

第八章

中国企业如何进行 国际合规管理

进出口合规管理的核心在于建立一套符合本公司贸易特点的合规机制，¹⁰⁰ 合规管理体系的建设可以分为两大部分，第一是对公司内部有效的合规管理框架的建立，第二是对有关规范的了解熟知。根据上文的论述，企业可以参考国际上的主要有效合规管理体系范式或其关键组成部分或要点，根据自身企业性质及交易需求设置合规管理体系。就所涉及的法律规范而言，由于美国的反海外腐败、出口管制与经济制裁法律规范管辖范围广泛，即使企业的进出口业务不直接涉及美国，仍需要根据美国最新制度或政策对涉及美国的合规风险进行评估。

¹⁰⁰ 杨杰：《进出口贸易合规法律实务》，人民法院出版社2020年版，第211页。

企业进出口合规 管理体系建设要点

就有效的合规管理体系的要素而言，虽然国际上的主要判断标准有所不同，但企业在建立进出口合规管理体系时，应注意以下要素：

第一，公司管理层或经理层的责任，也被称作“管理承诺”要素。一个企业即使精心设计了合规计划，但如果缺乏落实到管理层或经理层的责任，则合规计划将是无效的。因此，在判断公司合规计划有效性时，应考虑企业高层对建立合规项目有无承诺。¹⁰¹ 美国、日本通常将合规义务配置给董事会，¹⁰² 但在美国普渡药业案中，就体现了公司股东在与检察机关达成协议后的数年仍实际操纵公司从事违法

行为的现象。¹⁰³ 而在我国现行《公司法》规定的股东会中心主义模式下，股权集中度高，¹⁰⁴ 股东参与公司治理程度高，控制股东甚至中小股东操控或参与公司从事违法犯罪的情况并不罕见，我国企业应根据自身情况确定作出合规承诺的企业内部人。

第二，制定合规政策。企业员工并不是管理层或合规部的高管，通常不参与公司的日常监督、经营决策和管理，其没有义务去深入研究企业应遵守怎样的法律规范或需要注意哪些法律规范，企业应根据自身业务特性制定员工合规政策。如果缺乏适当的合规计划文本，

那么这些员工将很难执行该计划。为此，企业应定期审查并更新最新的行为准则。¹⁰⁵ 由于企业合规的内涵即包含业务合规也包含财务合规，企业制定的合规管理体系应为业务与财务合规二元结构。¹⁰⁶

第三，专门合规部门的设立。企业内部需要由承担专门的合规职能的部门，而不能由法务部笼统替代。¹⁰⁷ 传统的法务部门往往只审查公司合同或交易情况，或者处理涉及知识产权、企业债权、民间借贷的问题，通常并无长期或专门处理合规业务的经验。我国合规法律制度也刚刚起步，许多领域存在空白，亟待探索。在这种情况下，面临着国际进出口业务对国际合规的高要求，需要专门的、专业的合规委员会或合规部在管理层与企业全体员工之间作为承接，从事制定合规政策、受理合规举报、对员工进行合规培训等工作。

第四，评估企业合规风险。合规风险评估是执法部门评估企业合规计划有效性的重要因素。¹⁰⁸ 没有一种针对所有类型企业都能完美适用的合规计划，企业应针对自身企业的风险来进行合规管理。例如，国有企业和非国有企业在进出口贸易活动中的风险程度是不同的，业务范围涉及美国与不涉及美国的企业风险也是不同的。

第五，合规培训。对员工进行合规是员工遵守

企业合规政策、对公司业务和财务活动中不合规行为进行举报和培养企业合规文化的保障。实践中，往往会采取课程学习并记录、资料发放的形式。

第六，内部举报与报告，有人也将企业内部合规举报机制戏称为“一部电话和一名接线员”。企业预防、探查、补救、纠正不合规行为的重要途径就是通过内部举报，否则，企业的管理层很难得知在执行业务或进行财务活动时雇员的不合规行为，企业内部控制机制或合规机制就是不够有效的。

第七，与关联企业之间的合规合作。根据世界银行及美国经济制裁案例的前车之鉴，关联企业容易被“连坐”式地制裁，特别因股权、共同董事或高管等原因而存在控制关系、代理关系，或者为其利益从事民商事活动的关系时。我国国有企业关联在股权结构和经营方式上联系密切，在进行合规体系建设时应相互合作。

第八，与第三方企业之间的合规合作。在与第三方企业合作之前做好合规尽职调查，识别并评估风险，还可以与第三方沟通并互相合作完善合规管理。

¹⁰¹ 陈瑞华：《企业合规基本理论（第三版）》，法律出版社2022年版，第98页。

¹⁰² 陈景善：《董事合规义务体系——以董事会监督机制为路径依赖》，载《中国法律评论》2022年第5期，第53-54页。

¹⁰³ In re Purdue Pharma, L.P., 635 B.R. 26, at Footnote 7; COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS v. PURDUE PHARMA L.P., PURDUE PHARMA INC., RICHARD SACKLER, THERESA SACKLER, KATHE SACKLER, JONATHAN SACKLER, MORTIMER DA. SACKLER, BEVERLY SACKLER, DAVID SACKLER, ILENE SACKLER LEFCOURT, PETER BOER, PAULO COSTA, CECIL PICKETT, RALPH SNYDERMAN, JUDY LEWENT, CRAIG LANDAU, JOHN STEWART, and MARK TIMNEY, 6/12/2018, <https://www.mass.gov/doc/purdue-complaint-filed/download>, at 150.

¹⁰⁴ 刘斌：《重塑董事范畴：从形式主义迈向实质主义》，载《比较法研究》2021年第5期，第82-83页。

¹⁰⁵ 陈瑞华：《企业合规基本理论（第三版）》，法律出版社2022年版，第98页。

¹⁰⁶ 陈景善：《董事合规义务体系——以董事会监督机制为路径依赖》，载《中国法律评论》2022年第5期，第53-55页。

¹⁰⁷ 陈瑞华：《企业有效合规整改的基本思路》，载《政法论坛》2022年第1期，第93页。

¹⁰⁸ 陈瑞华：《企业合规基本理论（第三版）》，法律出版社2022年版，第99页。

企业进出口合规 管理主要模块

1. 反海外腐败模块



美国反海外腐败法的主要内容可被分为反腐败条款和会计条款两大部分，因此企业在建设合规体系的反海外腐败模块时，需要兼顾企业内部的内部会计控制与业务合规。在美国上市的公司受到会计条款的约束，需要保证内部会计体系的运营效率和效果，财务报告的可靠性，公司管理人员需要报告内部控制的质量，会计师事务所要审计和评估管理层出具的内部控制报告。上市与非上市公司都需要遵守反腐败要求，特别需要注意与美国的联系点，如果在美国境内利用邮件或州际商业的任何工具或腐败手段或采取任何手段来从事腐败行为，都要受到 FCPA 的管辖，这就使得许多与美国境内只有微弱联系的企业也被纳入 FCPA 的管辖范围内。这种联系常见有两种。第一，外国公司通过外国银行进行美元电汇，

这些转账通常涉及使用外国银行持有的美国银行的“代理”账户，对外国实体和个人主张属地管辖权。第二，外国公司在美国领土上实施促进贿赂计划的辅助行为，例如拨打电话，邮件和发送、接收电子邮件，跨越国界或进行国际旅行往返美国等。¹⁰⁹

世界银行对参与其资助项目的企业实施的制裁也是基于腐败和欺诈行为。除了腐败行为本身之外，一些与行贿无直接关联的欺诈、共谋、胁迫行为也会受到世界银行的制裁，受到世界银行规制的行为其实范围广泛。因此参与世行资助项目的公司需要制定更详细的合规政策，来预防、约束公司职员的不当行为，例如错误陈述，蓄意或肆意误导或企图误导交易中的另一方。

¹⁰⁹ 陈宇：《从Petrobras案看美国〈反海外腐败法〉的域外管辖问题》，载《河北法学》2020年第5期，第176页。

2. 出口管制与经济制裁模块



出口管制一般仅涉及各国国内法，需要以美国的出口管制制度为重心。首先，企业应判断其进出口的产品或服务属于美国出口管制体系下的军用物品还是军民两用物品。其次，企业应从物品管制、国家及地区管制、名单管制三个层面判断其经营的进出口物品是否受到美国的出口管制。涉及企业进出口贸易的经济制裁也多体现在出口管制途径，因此企业的经济制裁合规管理也应以出口制裁措施为主，合规管理结合出口管制与经济制裁。

与反海外腐败法类似，美国对违反其出口管制及经济制裁制度的企业或个人也采取了长臂管辖，企业在本模块应注意其与美国的联系点。第一，

关注其经营的产品是否属于美国管制的产品，或者产品中是否包含一定比例的美国产品或来自美国的成分。第二，关注交易活动是否与美国的支付或服务有关，例如是否使用美元账户，或者有美国银行参与交易电汇过程，或者使用的虚拟货币与美国的支付服务提供商有关或者与美国有其他关联。第三，关注美国的出口管制与制裁政策更新，包括受制裁主体名单的更新、受管制物品项目的更新，善用美国网站公布的信息与提供的网络检索工具。

企业进出口合规管理典型案例

能源类企业容易成为美国根据 FCPA 所针对的重点对象，其腐败和不道德行为具有国际维度的影响力，无论从企业自身利益还是社会利益来讲，能源类企业的合规管理体系建设都值得重视，原因如下：第一，因为能源类企业体量通常庞大，涉及众多关联企业，容易受到“连坐”式的处罚或制裁；第二，能源类企业很多为上市公司，特别是在美国上市的公司，其需要遵守对于上市公司在会计等方面的特殊规制，并且涉及国际投资者；第三，能源类企业业务往往涉及能源进出口，其项目涉及海外承包商、跨国公司以及海外官员等。对于能源类企业自身利益而言，从事腐败和不道德行为所要付出的代价也是巨大的，可能会使企业失去公信力，被处以巨额罚金并付出大额合规费用，还可能造成业

务经营操作和供应链方面的问题，可能会使关联企业也受到合规调查或监管。例如总部位于瑞士的全球最大的能源贸易公司之一的 Vitol 集团在美国的附属企业因向巴西、厄瓜多尔和墨西哥官员支付贿赂（在 2005 到 2014 年间支付了超过 800 万美元）来取得不当的对公司有利的竞争优势以及向这三个国家的政府官员支付贿赂以获得极其夸张不公平的的行为而违反 FCPA，Vitol 美国公司与美国司法部达成协议并支付 1.35 亿美元的刑事处罚来解决美国司法部调查和在巴西的平行调查，Vitol 集团内部的另一家附属公司也同意继续配合司法部调查其行为，并向司法部报告他们的合规项目实施情况。¹¹⁰

2018 年的 Petrobras 石油公司案体现了美国司法部执法之严苛、处罚金额之巨。在北美、南美都有业务的巴西石油巨头公司 Petrobras 因其行贿、违反会计要求的行为与美国和巴西政府机关达成不起诉协议并支付总额 8.532 亿美元的罚金。Petrobras 作为美国的证券发行者，承认在美国存托股票在纽约证券交易所交易期间，公司的执行董事会参与了贿赂并指使了向巴西政客和政党作出的数百万美元的腐败支付，公司董事会的成员还参与了帮助一个

Petrobras 的主要承包商向巴西政客行贿。Petrobras 公司还承认为了方便行贿行为，其没有制作和保持账簿、记录和账目的合理细节，足以准确而公正地反映公司的财产、车间和设备的价值状态，这是公司的承包商在一些 Petrobras 执行官的合作之下行贿的结果，这些 Petrobras 执行官签署了萨班斯-奥克斯利法案 302 条的承认，而且其意识到了公司内其他执行官也参与了获取、帮助向巴西政客、政党以及对他们自己的腐败支付。Petrobras 公司承认一些执行官为了持续向巴西政客和政党行贿，没有做到实施内部会计控制。¹¹¹

根据 Petrobras 网站的信息，Petrobras 建立了合规机制并持续提升这些机制。Petrobras 实施了新的公司管理和治理模式并致力于确保程序合规并提升用以预防偏离道德的衡量、探测和纠正机制，新模式使公司重新审视公司的组织结构和决策制定的过程。¹¹²

从合规体系的构建层面，Petrobras 将其内部与外部控制机制分为以下两种：

第一，公司治理与公司合规。Petrobras 一直提升其合规程序以增强其经营的道德、诚信和透

¹¹⁰ <https://www.justice.gov/opa/pr/vitol-inc-agrees-pay-over-135-million-resolve-foreign-bribery-case>.

¹¹¹ <https://www.justice.gov/opa/pr/leao-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations>.

¹¹² <https://petrobras.com.br/en/about-us/profile/compliance-ethics-and-transparency/>.

明,关注对内部与外部法律、标准和规章的遵守。为了加强提升合规环境的行动,公司的治理与合规委员会(The Executive Governance and Compliance Board)于2014年被建立,由执行治理部门和执行合规部组成。委员会有责任指导并推动对治理和合规标准、指南和程序的适用,有责任对合规管理和所需要的内部控制进行配合,包括涉及欺诈和腐败的问题,有责任监督投诉渠道的发展,有责任确保对识别出的违反合规行为的举报及处理结果报告给执行官委员会(Board of Executive Officers)和董事会。

第二,Petrobras 合规预防项目(Petrobras Program for Corruption Prevention, PPCP)。PPCP 针对公司的各类利益相关者而设置,比如:顾客、供应商、投资者、合作伙伴、公权力机关、雇员和分包服务提供商。PPCP 和 Petrobras 道德系统规范(Petrobras System Code of Ethics)以及 Petrobras 行为指南(Petrobras Conduct Guide)共同体现了

Petrobras 对不当行为的零容忍,主要针对防止并对抗欺诈、腐败和金钱投放。PCPP 由合规执行管理层(Compliance Executive Management)通过合规与反腐败项目一般管理(Compliance and Corruption Prevention Program General Management)管理,与公司治理结构中的其他领域相协调。PCPP 由3大支柱组成,针对持续增强经营的道德、诚信和透明:第一,预防——针对识别、评估和调解对道德的违反;第二,探测——包括能够以定期的方式识别、制止、追责可能在预防程序中不能避免的违反道德行为的机制;第三,纠正——建立适用于个案的责任和处罚,并且能够改善导致相应违反道德行为的脆弱点,并且能够收回可能的损失。

在合规管理内容上,PCPP 包含以下主要内容,涉及与反腐败合规有关的多个主体或机构的多种行为:¹¹³

1. 对国内与国际反腐败法律法规遵守的承诺;
2. 公司的道德管理体系,所覆盖的行为体现在 Petrobras 道德系统规范以及 Petrobras 行为指南;
3. 公司内部处罚体系;
4. 内部调查义务、内容及方法;
5. 欺诈、腐败和金钱投放风险管理;
6. 公司涉及供应商、营业伙伴、并购与投资方面的伙伴或相对方等第三方主体的合规活动;
7. 对合作公司的风险分析和处罚适用;
8. 举报渠道;
9. 对利益冲突的规制;
10. 对裙带关系(nepotism)的规制;
11. 礼物、赠予和招待;
12. 对政治团体的支持;
13. 捐赠;
14. 资助和合作协议;
15. 对资产的守护;
16. 会计记录;
17. 沟通与培训;
18. 合规竞争;
19. 专业的合规代理人;
20. 预防金钱投放和资助恐怖主义;
21. 对 PCPP 的监控。

¹¹³ https://canalforneceador.petrobras.com.br/media/filer_public/11/b1/11b15b3f-f3a1-4d69-b3bf-dc8347dc7e2d/programa-petrobras-prevencao-corrupcao-ingles.pdf.

30th ANNIVERSARY



大成 DENTONS

DENTONS
CHINA

大成律师事务所



微信扫描二维码
关注公众号

地址: 北京市朝阳区朝阳门南大街10号
兆泰国际中心B座 16-21层

邮编: 100020

总机: +86 10 5813 7799

传真: +86 10 5813 7788

网站: www.dentons.com

邮箱: beijing@dentons.cn