

專題演講

# 反制跨國企業海外行賄 ——以美國海外反貪腐法為例

林志潔\*

## 壹、國際化下的刑事法趨勢

林志潔教授介紹美國的海外反貪腐法（Foreign Corrupt Practices Act, FCPA），可說是許多海外企業與國際大事務所聞之色變的法律，為何威力會如此強大？而美國的反制海外行賄經驗可以給臺灣哪些啓示？都值得關注。首先，聯合國反貪腐公約的重要性，這是全球第一個提供各國制定反貪法制和政策的架構，其中需要注意的章節如資產的返還、跨國打擊犯罪等，聯合國反貪腐公約都是相當重要的指引。過去我國由於國際地位特殊，刑事法一直被視為內國法而與國際無關，但是在全球化的今日，刑事法不可能自外於國際，因此我國雖非聯合國會員國，近年來刑事發展趨勢仍然致力於與國際接軌，各國對我國的法制發展多讚譽有加，例如韓國一直想向我國借鏡學習——檢察體系如何透過民主化過程取得獨立性及人民尊重；又如我國去年將經濟間諜刑罰化，這點對於缺乏製造業的新加坡來說是望塵莫及的；香港更訝異於我國在非聯合國會員的現況下，仍每年邀請國外的專家學者對我國人權指標進行評鑑，這讓香港對我國的突圍能力

---

\* 國立交通大學科技法律學院副教授兼副院長。

印象深刻。因此，在法制發展上，我國近年推動相當努力。

## 貳、聯合國反貪腐公約第16條簡介

今天的議題主要是探討聯合國反貪腐公約第16條，過去學理關注的重點主要是有無對價關係、有無違背職務、法定職權或實質影響力等問題判斷，「企業海外行賄」是相對冷門的議題。然而，事實上這是非常重要的問題，不只公約有規範，其實我國貪污治罪條例也有規定，只是實務判決及相關文獻都非常少，這也是今日探討聯合國反貪腐公約第16條的原因。第16條規定各國應致力於反制賄賂外國公職人員或是國際公共組織的官員，以實例說明第16條的重要性，例如烏克蘭的金援，由於烏克蘭東部衝突爆發，很多國家都希望金援難民，但因為烏克蘭貪腐情況嚴重，各國人道組織在不確定錢會進入貪污者的口袋還是真正挹注難民的情況下，導致錢進不去。因此，聯合國反貪腐公約規定處罰企業海外行賄，不論是針對外國公務員或是國際組織公職人員行賄，都有可能影響公共資源分配的正當性以及公部門執行的清廉度，所以第16條明確規範各締約國均應採取必要的立法和其他措施，將下述故意實施的行為定為犯罪：向外國公職人員或國際組織官員直接或間接行求、期約或交付其本人、其他人員或實體不正當利益，以作為其執行公務時作為或者不作為的條件。

聯合國反貪腐公約第16條的重要性在於，企業海外行賄不僅影響其他企業在該地的公平競爭，更重要的是，影響當地執行職務的公正性，幾乎可謂引誘他人犯罪的行為。過去我國法律條文對於行賄的處罰偏輕，至2011年始增訂不違背職務行賄罪，且普遍認為公務員是比較需要被規制的，私部門的可責性較輕。但是，公約思考的角度不同，其實很多時候是行賄者在誘發對方收錢，且行賄時也附帶做了很多其他的犯罪行為，例如不公平競爭、財報不實影響廣大投資人（因為企業主不可能自掏腰包行

賄，一定是用公司的錢，如此在財報上就會有所隱瞞）。所以，海外行賄的問題，不只在於行賄，也會影響投資環境的清廉與透明度、財報的正當性與投資人的保護，這也是聯合國反貪腐公約第16條如此規定的原因。

至於臺灣的情況，長期著重在收錢的公務員，可能跟社會氛圍強調公部門廉潔度有關，相對的對企業行賄的重視度比較不夠。從海外「行賄指數」（Bribe Payers Index, BPI）來看，BPI是國際透明組織（Transparency International, TI）每隔幾年會做的調查，這個調查是特別針對有海外跨國企業的国家，調查該企業在海外有無行賄當地的政府官員的貪腐印象，BPI於2002年調查時，在21個受調查國當中，臺灣排名第19名、分數3.5，僅優於中國與俄羅斯（這兩國一直以來都是墊底的国家）。臺灣近年來雖然分數上升，但不代表我們對於不可行賄外國官員的意識有所提升，而是因為受調查國增加了其他發展中國家如印尼所致。

當我擔任英裔林克穎案的專家證人時，林克穎的辯護律師在英國提出我國法官、檢察官貪污的新聞報導，藉以指控我國司法審判不可信賴，英國法院詢問我國司法的信賴度及貪腐的狀況，當時即指出臺灣在亞洲清廉印象指數（Corruption Perceptions Index, CPI）排名前4名，一直以來都僅在日本、新加坡、香港之後，若英國法院認為我國不夠清廉，是否表示不承認清廉印象指數排名第4之後的国家司法判決；而貪腐新聞正表示我國反貪是有成效的，即使對象是法官檢察官，我們也一樣處理，我是以此回應英國法院的。但各位可以注意到，韓國清廉印象指數落後我國，但行賄指數卻是我國落後韓國，可見韓國近年來有意識地推動反制企業海外行賄，而我國企業海外行賄情況是相對嚴重的。

去年我應邀至韓國首爾大學演講時，一位韓國特偵組檢察官轉任的律師問我是否熟悉美國海外反貪腐法、有無考慮離開學界至業界工作等問題，我很訝異他為什麼這麼問，他表示目前韓國不論是檢察官或是律師界都極缺瞭解美國海外反貪腐法且能作戰

的實務工作者，因為韓國有很多跨國企業被美國聯邦檢察官盯上，認為違反海外反貪腐法。稍後我會介紹美國海外反貪腐法威力之強大，但該法也招致許多批評認為美國聯邦檢察官跟黑道沒兩樣，因為只要他盯上某國企業有海外行賄嫌疑，隨即展開調查，強烈要求該企業提出證據並與美國和解（Settle），若不和解便予以起訴，一旦起訴判決將可使該企業瓦解，可見美國檢察官之強悍。也是美國公部門具有侵害人權疑慮，造成美國刑事訴訟法特別注重人權保障，此種文化背景環境之差異為我們在法制移植時特別應注意的。

因為各國加入經濟發展聯合的組織，開始注重海外反貪腐法的設置，例如美國因為1970年代水門案而於1977年制定FCPA、英國也於2010年制定UK Bribery Act，以及日本安倍政府因國內某大企業遭美國裁罰數億美金，於2014年展開海外反貪計畫。其實，我國貪污治罪條例第11條第3項也有明文規定處罰行賄「外國、大陸地區、香港或澳門之公務員」，因此，不論是否違背職務均已違反貪污治罪條例。然而，檢視現行實務判決或相關文獻卻很少處理這部分，是很可惜的。目前刑事法在世界上已經變成業界競爭的工具，我們的企業正面臨很大的風險，一方面是因為我國刑事法國際化不夠，另一方面則是我國企業對於海外經營的法律風險管控意識不足，所以臺商可說是暴露在高法律風險下而不自知。

## 參、FCPA簡介

以下是在美國證券管理委員會（Securities and Exchange Commission, SEC）網站上直接查閱的FCPA案例<sup>1</sup>。第一個例子是著名美國企業雅芳（Avon），它是全球最大的化妝品直銷

---

<sup>1</sup> <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>。

商，被SEC發現有異常後移送，由聯邦檢察官介入調查，此案雅芳最後付出1億3,500萬美元，以換取免訴或免罰。另外我們可以觀察到一個現象，中國跟臺灣有很多官二代在香港的金融機構任職，所以美國摩根大通及摩根史坦利這幾個銀行最近都被美國聯邦檢察官盯上，認為他們可能藉由聘僱中國或是亞洲各國的官二代，藉此取得在各國發展的利基，現在已經進入調查中。回到雅芳的例子，它是一個紐約州的公司，但是FCPA不只對本國公司，對於外國公司也能置喙，這對傳統刑法的屬地原則來說是一個挑戰，為何FCPA可以處理法國的Total S.A.、瑞士的Tyco International、德國的安聯（Allianz SE）、匈牙利的Magyar Telekom等跨國公司？有些公司有在美國公開發行，有些則否，這正是FCPA強大威力之所在：即使外國公司在美國以外的國家行賄，仍可能會落入FCPA的範疇。臺灣當然也有公司遭FCPA規範，2002年有間欣科公司（Syncor Taiwan, Inc.），現在更名為新吉美碩公司，行賄臺北榮總、高雄榮總、臺北市立忠孝醫院、成大醫院、國軍左營醫院等醫院主管多年，除我國當時依法偵辦外，另於2007年經美國檢方起訴後，以200萬美元認罪協商。由上述案例，各位可以瞭解FCPA的強大的威力，加以美國聯邦檢察官擁有廣大的裁量權，故若不夠獨立，FCPA就可能被用來作為打擊企業競爭對手的工具，尤其如果有吹哨者出面檢舉的話，是很容易可以找到企業海外行賄的事件。

FCPA於1977年制定後，期間經過1988年及1998年2次修法，每一次修法都不斷擴大管轄權，因此曾遭被告企業質疑違反罪刑法定原則。但是由於美國法的規範內容非常鉅細靡遺，FCPA規定原則不得給付不當利益，例外可以給付的費用則一一列舉，例如因應風土民情給付的加速費、快單費等是可以容許的，因此當obtain business的規定出現爭議，被告企業主張，減免關稅、營業稅含括在obtain business範疇時，美國聯邦法院從立法意旨、立法理由及修法取向觀察，採擴張解釋，認為關稅減免亦屬

FCPA所指交換利益的範圍。其立法相當細膩，且不斷擴張範圍，目前FCPA的管轄對象幾乎無所不包，其核心價值即在彰顯美國要取得主導地位，透過取得管轄權之方式，迫使進行協商，進而使各國遵循美國的規定。

## 肆、FCPA之規範內容

綜觀FCPA的規定可知，處罰賄賂行為最主要是因其意圖影響政府的公正性，規範的核心概念為「影響」，並將三種不當利益的給付對象及意圖影響的行為一一列舉。不當利益的給付對象，第一種是外國官員或職員，涵蓋的範圍廣泛，除了外國政府或其任何部門、機關外，公營事業、機構，或接受政府挹注成立的法人團體的任何人亦均包括在內，在此定義下，我國的財團法人資策會亦屬第一種外國官員。其處罰的目的在於企圖影響政府的公正性，影響決策或行為，以獲得商業上利益或契約；第二種是對外國政黨或政黨候選人行賄，也受FCPA管轄規制，因為等同於一種期約；第三種對象即白手套，雖非公部門或政黨，只是一般人，但因這些人明知錢的全部或部分將會被給予公職人員或政黨人員，故屬禁止範圍所列人員。另摘述FCPA部分條文，可知不同於我國對於職務行為有法定職務說、實質影響力說之爭議，FCPA已明確規範意圖影響之行為內涵：

- (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or
- (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to

affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

其中obtaining or retaining business之認定曾引起爭論，希望影響決策或行爲使獲得利益這一段，有企業認爲應採狹義解釋，若因此獲得契約或利益時始受規制，僅是稅賦減免尚非所指。然而，美國聯邦法院認爲，減稅使該企業立於不當競爭地位，利於維持業務。

FCPA的管轄主體有三，第一種是在美國公開發行上市上櫃的公司、最大股東是美國公司，或在美國證券交易所上市，或有合併信託關係，只要公司有上開關係都該當第一種；第二種是國內事業單位（domestic concerns），如律師公會等非法人團體，或是非美國公司但主要廠址設在美國者，如墨西哥的石油公司，即使未在美國公開發行，但該公司主要工廠設在德州，也會受到FCPA效力所及<sup>2</sup>；第三種是部分賄賂行爲在美國國土境內，而該行爲對於行賄行爲是有幫助的，縱使不在美國，公司跟美國也沒有關係，亦受FCPA效力所及；第三種是前2種以外之任何人<sup>3</sup>，範圍非常廣泛，舉例說明如印尼的廠商欲在中國進行投資，就賄賂了中國的政府官員，而該中國官員的戶頭是花旗銀行戶頭並開在美國，於是印尼企業將錢匯入該美國花旗戶頭，且中間來往的信件透過Gmail聯繫，而Gmail的伺服器在美國，如此該印尼企業即受FCPA拘束。相信大家都不知道使用Gmail會受到FCPA管轄

<sup>2</sup> 美國法處罰法人犯罪，有許多法人犯罪的理論，故管轄主體不限公司，不同於我國法根植於大陸法體系而不討論法人犯罪，在FCPA規範下，自然人或法人均為處罰客體。

<sup>3</sup> 此處所指的「人」，指自然人、公司、合夥公司、聯合企業組織、股份公司、商業信託、非法人組織或個人獨資企業。

效力所及！最近就有兩個案子與此有關，開戶在美國，使用 Gmail，最後行賄成功，被美國聯邦檢察官盯上，因為使用美國的銀行與伺服器，滿足了屬地主義的條件，即產生管轄權。

針對不當利益的除外條款（Exception for routine governmental action）亦明文規範，在不違背職務的前提下，加速處理的快單費屬於例外狀況。另列舉以下二種 Affirmative defenses（美國法的內容包含阻卻違法事由、阻卻責任事由，暫譯為阻卻違法事由）事項是不罰的，第一種是根據該國法規明文規定可以支付、致贈、提供或允諾，須注意不包括潛規則，必須有明文規定；第二種是該給付為合理且正當的支出（reasonable and bona fide expenditure），如國際學者訪問所需的旅費、住宿費、交通費等。正因FCPA清楚地規範阻卻違法事由，前述關稅減免案，美國聯邦法院才會認為未明文於豁免條款者，其立法意旨即應予處罰，故將減免關稅列為不當利益。

## 伍、FCPA執行面上的問題

FCPA是聯合國反貪腐公約生效前，全球第一個反制企業海外行賄的重要法律，聯合國反貪腐公約納入企業海外行賄的規定與FCPA不無關聯，但因FCPA管轄範圍過大，近來大肆進行有關FCPA的執法活動，造成美國聯邦檢察官的形象變差，且使刑法 Fair Warning<sup>4</sup>的重要原則受到挑戰，企業不曉得何時會落入FCPA規範，刑法失去一般預防與特別預防的功能。這正是FCPA執行上最為人詬病之處，但也反映了美國聯邦檢察權之強大，只要符合內部的指導規範，聯邦檢察官就可以任意地跟企業談協商

---

<sup>4</sup> 公平的警告是指，要求刑事法的規定必須有足夠的精確度，使一個合理的人知道什麼行為是禁止的，而可以預測什麼行為落在法規的範圍內。



條件，利用non-prosecution agreement，類似我國的緩起訴處分，設定一定的要件，達到一定的要件就不起訴，例如西門子案的協商內容，即要求西門子公司在未來3年去各個反貪會議現身說法、資助反貪會議；或可要求撤換所有的審計委員會委員（因為海外行賄即表示公司財報明顯有問題），或是要求撤換會計師<sup>5</sup>；以及Deferred prosecution agreement，則類似我國的撤回起訴，亦即已經起訴，但可以協商條件，被告履行條件即撤回該起訴<sup>6</sup>，這兩個機制是檢察官重大的武器，使FCPA產生高成效。

另外，美國很多法案均有保障吹哨者，吹哨者的寬恕政策也是美國聯邦檢察官的一大利器，尤其企業海外行賄遠在國外難以發掘，必須靠內部人員的檢舉來擴大辦案範圍及於外國，但是，若被企業善用的話，甚可用以打擊其他對手企業，因為第一個吹哨者可以完全免責，著名的例子就是三星利用這個方式打擊我國面板業在全世界的銷量，這是特別要注意的問題，尤其我國企業海外風險意識薄弱，我認為必須提升並強化我國企業遵循法令機制的意識，例如告訴企業「清廉」商業行為的重要性，不單是道德誠信與企業形象的影響，更重要的是有前述立即且現實的風險，當雅芳、安聯、強生等規模龐大的企業尚且不能對抗FCPA，我國企業更不可能承受FCPA的裁罰。臺商在世界各地奮鬥是非常辛苦的，但很多時候誤觸法網而不自知，因此，我認為我國政府努力的方向是，由過去著重公部門收賄行為，慢慢的可以把焦點轉向企業，告訴企業不要做提供犯罪誘因的行為，不要去送錢行賄，不僅是爲了企業好，更是爲了海外的形象與風險意識的控制，我國貪污治罪條例雖有類似條文，不過由於檢察權行

---

<sup>5</sup> 此種檢察官介入大企業管理階層的現象，使很多人認為美國現在是檢察官在進行公司治理。

<sup>6</sup> 美國採當事人進行原則，聯邦檢察官可以暫停起訴的方式，俟被告履行條件後再撤告。

使跟美國差異甚大，所以成效不如FCPA，但不代表可以停止教育企業！尤其在美國觸角已經伸進世界各國企業的全球化時代，廣邀企業，使其理解相關法律風險管控的重要性，對我國而言，是一個值得重視議題。

## 陸、問題與討論

### 蔡秋明檢察官提問

我想補充一個觀念。剛剛談到FCPA裡面的affirmative defense，林志潔教授把它翻譯成「阻卻違法事由」或「阻卻責任事由」。其實這個概念在證據法上還有其重要意義。我們通常把它翻譯成「積極抗辯」：被告當然有提出任何抗辯，但是這種抗辯因為不是單純的否認犯罪，所以這個時候對於你的抗辯必須負擔提出證據責任（burden of presenting evidence）以實其說。也就是說，被告對其提出的積極抗辯，是負有一定程度舉證責任的，只是不須舉證到說服責任（burden of persuasion）的程度。如果被告無法就其積極辯抗提出相當的證據，則這個抗辯即不具有任何證據價值，甚至會被認定沒有證據能力。

### 林志潔教授回應

確實如此，最簡單可以看到的例子就是這幾年可以看到的內線交易抗辯，業界一直抗議立法要有預先計畫抗辯這類的Affirmative defense（積極性抗辯），例如雖然這次的買賣是因為得知內線消息，但我本來就固定3個月賣一次股票，所以藉此抗辯不能認定是內線交易。但是我們理解：美國的Affirmative defense並非被告可完全不必負擔任何舉證責任。在美國的刑事舉證責任負擔上，是由檢察官對構成要件負擔提出舉證責任和說服責任，但如果被告要主張自己有阻卻違法事由或是阻卻責任事

由，仍要負擔一定的舉證責任，而非空口無憑。

一般而言，在美國法下，被告對於affirmative defense必須負擔「提出證據責任」和「說服責任」，說服責任需到達「過半心證程度」（preponderance of the evidence），之後舉證責任轉到檢方身上，由檢察官對「否定此積極抗辯」一事，必須盡說服責任達到「無合理懷疑」（beyond a reasonable doubt）的程度。這些比較細緻的討論，在我國比較法移植上較被忽略，是有點可惜的地方。