

美國聯邦「海外反貪污行為法」對我國企業法規遵循之啟示

吳盈德·

摘 要

美國政府近年來持續不斷的在全球加強「海外反貪污行為法」(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)的執法，多家總部位於美國境外的知名國外企業受罰，例如德國西門子公司於 2008 年付出 1.6 億美元的罰金後，於去年底部分主管更受到「海外反貪污行為法」的刑事追訴。美國聯邦「海外反貪污行為法」自 1977 年頒布實施，禁止美國公司及個人或在美國上市或美國從事生意的外國企業及個人向外國政府官員行賄手段取得生意。Chadbourne & Parke LLP 在 2011 年的一份研究報告中指出，亞洲企業是最可能被依美國「海外反貪污行為法」起訴排名第二的區域，僅次於中南美洲，在此一趨勢下，商業脈絡遍及全球的台灣企業對於「海外反貪污行為法」不可不審慎應對。

面對全球化的競爭市場，競爭且合作的策略聯盟關係，企業間產生了許多新的競爭問題，公司經營的策略重點不應只是著重於技術的層面，觸角更應擴張為經營管理、商業競爭與法規遵循。傳統上，台灣企業普遍有輕視法律風險的傾向，以致於企業治理的問題與缺失頻傳，包括近年來亞洲企業遭受「海外反貪污行為法」的調查，均屬於輕忽法規遵循與公司治理所產生之結果。對於這類跨越國境、蔓延全球的法規遵循問題，已升溫成為另類的商業競爭手段。在友達光電(AU Optronics Corp.)的反托拉斯案件後，台灣企業雖對於全球法令遵循提高了警戒，惟在細部操作上，常因經驗不足而無法建立有效的法令遵循機制。實務上，現階段台灣企業逐漸設有法務單位，但大部分功能著重在合約審查、專利授權與談判及法律意見諮詢。面對本論文所討論企業應具備的主動事前防範，控制「海外反貪污行為法」的風險，其功能性遠遠不足。所以公司在組織運作上，實在有必要強化企業全球法規遵循能力，藉由健全的運作來預防不當行為的發生，避免傷害企業的商譽與利潤。本論文擬以實際案例與法令剖析往後台灣企業應如何提出對策，妥善因應此一巨大風險，並突顯本議題在國內法制之重要性。

· 中國文化大學法律學系專任助理教授，美國聖路易華盛頓大學法律學博士。本文為「國際法與超國界法學術研討會暨中華民國國際法學會 101 年年會」論文初稿，本文尚未定稿，請勿引用。

¹ 當代經濟學的肇始者亞當·斯密(Adam Smith)，在其《國富論》(Wealth of Nations)奠立之「人都是自利的」普遍人性的假設，而這隻「看不見的手」(the invisible hand)論證了在自利動機之下的人類行為、企業的生存發展，也造就了社會經濟的繁榮和進步。

Legal Compliance and Corporate Strategies in Dealing with Foreign Corrupt Practices Act of the United States

Wu, Yen-Te

Abstract

In recent years, the U.S. government has continued to strengthen its implementation of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) around the world. A number of well-known foreign enterprises with headquarters located outside the United States have been prosecuted, e.g. several executives from German company, Siemens were criminally prosecuted under the FCPA at the end of last year after the company was fined US\$160 million in 2008. Since the promulgation and enforcement of the FCPA in 1997, the U.S. Federation has prohibited American companies and individuals, or foreign companies and individuals listed or engaged in business in the U.S. from offering bribes to foreign officials in exchange for business. In a report made by Chadbourne & Parke LLP in 2011, it was found that companies in Asia, second only to Central or South America, were most likely to be prosecuted under the FCPA. With this trend, Taiwanese companies should abide by the FCPA since they are doing business around the world.

In a globally competitive market with strategic alliances amid competition and cooperation, companies have triggered many new competitors. Therefore, their business strategy should not only focus on techniques, but also extend to operations management, commercial competition and regulatory compliance. Traditionally, Taiwanese companies generally tend to disregard legal risks, which lead to frequent occurrence of problems and inefficiency in company operation. For example, under the FCPA, the recent investigation on Asian companies was the result of neglect in regulatory compliance and company operations. This regulatory compliance problem has crossed national boundaries and has further become an alternative means of business competition. After the antitrust case of AU Optronics Corp., Taiwanese companies have been made aware of global regulatory compliance. However, they failed to establish an effective mechanism on regulatory compliance due to lack of experience in detail operations. At this stage, Taiwanese companies have gradually established legal standards that mainly focused on the review of contracts, patent licensing, negotiation and legal consultation. In terms of precautionary initiatives and risk control of companies under the FCPA which are discussed in the research, these factors could hardly meet the desired functions. Thus, in terms of organizational operation, it is necessary for companies to strengthen their capacity for global regulatory compliance to prevent operational misconduct and prevent risks on reputation and profit. This thesis uses practical cases and laws to analyze how Taiwanese companies find solutions to deal with such huge risk, so as to highlight the importance of this issue in the domestic legal system.

壹、前言

隨著全球化與知識經濟的推波助瀾，「企業」儼然成為當代社會各種活絡的重要主體之一。事實上，企業的運作與發展，並非單單來自企業營運的結果，而是來自企業所處的區域環境文化與社會政治等因素的互動結果。因此，企業的存在和整體環境有著密不可分的關係，「企業以營利為目的」這個源自古典經濟學家「自利動機」(The motivation of self-service)的假設，一直是學者們爭論不休的議題。¹但鮮少有人會質疑企業必須獲利的事實。並且從 80 年代起，隨著經濟全球化、大規模跨國組織之出現，不但影響一般企業的組織行為，也影響到公部門與非營利部門的組織行為。但是這種單純只顧追求經濟效能之觀念，其結果不但對企業長期發展有害，更重要的是，還對整體社會造成重大之負面衝擊。安隆公司(Enron Corporation)一個營業額突破一千億美元，為美國第七大企業，在不到 15 年的光景，便宣告倒閉。其影響所及，不但造成美國股市接連數月下滑，貸款給安隆的美國、歐洲及亞洲債權銀行損失也超過 50 億美元。另外，持有安隆股票的共同基金及退休金的投資者，及將員工退休金大部分投資在安隆股票的安隆員工，損失也高達近 40 億美元。²

隨著公司弊案頻傳，使公司治理成為熱門議題，美國公司法規遵循機制隨之蓬勃發展。美國聯邦「海外反貪污行為法」(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)，³該法自 1977 年頒布實施，肇因於「水門事件」(Watergate Scandal)，意外扯出美國公司不當政治捐款及賄賂外國政府官員，為此制定該法禁止美國公司及個人或在美國上市或美國從事生意的外國企業及個人向外國政府官員，透過行賄手段取得生意。⁴從 2002 年迄今，美國司法部(The United States Department of Justice, DOJ)⁵及美國證券交易委員會(U.S. Securities and Exchange Commission, SEC)已經起訴 21 家在中國及台灣有商業活動的公司，其中兩家 Syncor Taiwan, Inc.⁶和 Alcatel-Lucent, S.A.⁷在台灣。長久以來，亞洲企業普遍有輕視法律風險的傾向，近年來亞洲企業所遭受美國「海外反貪污行為法」的調查，均屬於輕忽法規遵循機制與公司治理所產生之結果，對於這類跨越國境且蔓延全球的法規遵循問題，已然升溫成為另類的商業競爭手段。

綜上所述，我國類似美國法規遵循機制的規範，散見於公司法、證券交易法等法令規章，如依證券交易法第 14 條之 1 第 2 項⁸授權制定之「公開發行公司建立內部控制制

¹ 當代經濟學的肇始者亞當·斯密(Adam Smith)，在其《國富論》(Wealth of Nations)奠立之「人都是自利的」普遍人性的假設，而這隻「看不見的手」(the invisible hand)論證了在自利動機之下的人類行為、企業的生存發展，也造就了社會經濟的繁榮和進步。

² Mimi Swartz, Sherron Watkins, Power Failure: The Inside Story of the Collapse of Enron (Doubleday, 2003).

³ 15 U.S.C. §§ 78dd-1 to 78dd-3 (2006).

⁴ 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a), 78m(a).

⁵ The United States Department of Justice (DOJ), also referred to as the Justice Department, is the United States federal executive department responsible for the enforcement of the law and administration of justice, equivalent to the justice or interior ministries of other countries.

⁶ *United States v. Syncor Taiwan, Inc.*, No. CR 02-1244 (C.D. Cal. 2002).

⁷ *SEC v. Lucent Tech., Inc.*, 07-CV-2301 (D.D.C. 2007).

⁸ 證券交易法第 14 條之 1，公開發行公司、證券交易所、證券商及第十八條所定之事業應建立財務、業務之內部控制制度。主管機關得訂定前項公司或事業內部控制制度之準則。第一項之公司或事業，除經主管機關核准者外，應於每會計年度終了後四個月內，向主管機關申報內部控制聲明書。

度處理準則」。另外，財團法人櫃買中心⁹為落實相關法令協助上市上櫃公司建立公司治理之法律架構，彙整公司法、證券交易法及上市上櫃相關法令規範，暨其他公司治理主要原則等相關事項而制定之「上市上櫃公司治理實務守則」。以上，我國現有之法規遵循規範，似乎可作為我國法規遵循機制存在之證明，但有關公司「反賄賂行為」的規定尚付之闕如。本文以此為主題，分析和探討「海外反貪污行為法」目前實施之情形和制度本身的設計，並介紹該法案之歷史沿革與發展，探討該法案對美國公司治理之影響及美國企業實務上之運作方式。自法律學觀點而言，內部控制制度目的側重在如何藉由制度之建立及運作，有效監督企業組織活動以健全組織運作，進而防止經營弊端之發生，亦即在於迅速發現並有效防止違法行為，故應著重於「法規遵循」(Regulatory Compliance)¹⁰之建構，亦為本文討論核心。最後，並就台灣當前法規遵循制度是否能有效規避美國聯邦「海外反貪污行為法」的法律風險做深入的探討，並提出建議。

貳、 美國聯邦「海外反貪污行為法」(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)

一、 立法背景

1977 年美國為避免企業高階經營者藉由行賄爭取業務，順應潮流頒訂「海外反貪污行為法」，凡受 1934 年證券交易法規範之公開發行公司皆須建立一套有效的內部控制制度，藉此遏止不法之行賄行為，重建公眾對美國商業系統的信心。¹¹事實上，賄賂外國政府官員顯然是種不道德的行為，有違美國公眾的期望和價值觀，這種行為也極大的腐蝕了美國一直引以為自豪的市場體系的效率。但是這些道德和法律上的風險，應該是發生在發生國即外國當地政府，對於美國政府或對美國本國企業而言，當它面臨國外不正當的競爭，透過非常的手段，可能反而是它生存上所必要的。既然這些道德和法律上的風險發生在其他國家，美國為什麼要關切這個問題？美國政府的單方政策是否符合美國的根本利益？為此，美國國會成立專門委員會議討論如下兩點：(1) 美國是否應干預企業在海外賄賂的行為？(2) 如果要進行干預，適當的方法是什麼？

其中，反對美國就海外賄賂立法的核心觀點在於，通過單方面立法來約束本國公司和個人進行海外賄賂的直接後果，將使美國公司的競爭處於劣勢地位；而且，這也與政府一般不直接干預市場的理念相悖。但是，國會辯論的結果認為，賄賂行為並不是成功市場活動的要素之一，市場經濟的內涵在於通過競爭提供最佳價格及品質的產品或服務，賄賂恰恰導致資源配置的扭曲，破壞了市場的正常運行，而這正是政府干預的理由之一。此外，雖然行賄的對象都是外國政府官員，但其消極影響也會及於國內，而且在不少案件中，行賄者不是為了排擠外國競爭者，而是為了贏得與其他美國公司之間的競

⁹ 台灣的證券櫃檯買賣市場與集中交易市場同為證券流通市場之一環，政府自 1982 年 10 月恢復債券櫃檯買賣市場，1988 年 2 月由台北市證券商業同業公會之「櫃檯買賣服務中心」籌辦股票櫃檯買賣業務。為健全資本市場，提高櫃檯買賣市場之功能，財政部遂於 1993 年規劃「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心」，改以公益性的財團法人組織來推動櫃檯買賣市場之發展。

¹⁰ Regulatory Compliance is the term generally used to describe the policies and processes which financial firms have in place to ensure that they follow the very many laws, rules and regulations put in place by the bodies which control financial activity in a given jurisdiction.

¹¹ See 1988 Trade Act, § 5003(d)(1), amending the FCPA.

爭。1977 年的「海外反貪污行為法」主要採納了國會和美國證券交易委員會的建議，沒有規定披露義務，主要的理由在於披露成本過高，且對本國公司威懾性不強。該法規定，外國政府官員指的是任何履行公共職能的人員，而不論其官階的大小。¹²所謂賄賂指的是向外國政府官員支付財物，以達到獲得或保留業務的目的。為防止行賄人脫法，行賄不限於直接行為，通過第三人行賄也受「海外反貪污行為法」的規範，只要所涉人員或公司有理由知道該行為存在。

二、「海外反貪污行為法」的規範內容

「海外反貪污行為法」可分為兩大部分，反賄賂條款及會計條款適用於不同的主體。

1. 反賄賂條款規範的主體

第一，證券發行人包括任何公司也就是有任何有一類證券登記或根據 1934 年證券交易法第 15 款(D)項要求提交報告的美國或外國公司。¹³證券發行人不只是指該公司註冊登記於美國境內，也包括外國公司(一般通稱的外國企業)於美國證交所進行交易或在美國上市的非美國企業股票(American Depositary Receipts, ADRs)。該法禁止該證券發行人其所屬的董事、僱員、代理人及股東(不論其國籍及居住地)，對外國政府官員進行貪腐性的支付行為。¹⁴貪腐性的支付行為也包含“州際商業”行為，是指幾個州之間、或任何外國與任何州之間、或任何州與州外任何地方或船舶之間的貿易、商業、運輸或通訊的行為。即不採取地理的邊界概念，只要被告通過電話、電子郵件或電匯進行不當的支付行為，且該支付行為實際發生於美國境內，美國政府就可以主張管轄權。¹⁵

第二，「海外反貪污行為法」同時適用國內業務(domestic concerns)，即除了上述證券發行人以外的適用者。國內業務包括(1) 美國公民；(2) 根據美國的法律，或者其主要營業地點在美國的美國公民、國民或居民(包括個人、公司和其他商業實體組織)；(3) 董事、僱員、代理人及股東(不論其國籍及居住地) 行使如上述行為者。如同證券發行人的規定，「國內業務」亦禁止透過跨國性的商業行為向外國政府官員進行貪腐性的支

¹² The inclusion of “public international organization” in the definition of “foreign official” was another significant aspect of the 1998 amendment. The Act defines “public international organization” to include organizations in which the United States participates pursuant to any treaty or under any Act of Congress and designated by the President through appropriate Executive Order, through the International Organizations Immunities Act, Pub. L. No. 110-234, 59 Stat. 669, 22 U.S.C. § 288; or any other international organization specifically designated by the President by Executive Order. See 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1). This includes organizations like the International Monetary Fund, the World Health Organization, and the International Committee of the Red Cross.

¹³ Securities Exchange Act of 1934 15(D)“The Commission, or upon the authorization and direction of the Commission, a registered securities association or national securities exchange, shall have adopted, not later than 1 year after the date of enactment of this section, rules reasonably designed to address conflicts of interest that can arise when securities analysts recommend equity securities in research reports and public appearances, in order to improve the objectivity of research and provide investors with more useful and reliable information, including rules designed...”

¹⁴ 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

¹⁵ The FCPA defines the term “interstate commerce” as “trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of (A) a telephone or other interstate means of communication, or (B) any other interstate instrumentality.” 15 U.S.C. § 78dd-2(h)(5).

付，美國政府對於這類行為的管轄不受國籍的限制。再者，該法案並沒有對「居民」一詞定義，居民是否只是指合法的永久居留的居民，也包括以其他移民身分合法連續居住的居民，或者是租稅法上所指的居民。雖然該法沒有明確的定義主要的營業地(principal place of business)但通常是商業運作的中心，如果在遠距的情況下，就是公司董事或行政部門的所在地。¹⁶因此，紐約有可能是一家百慕達公司的主要營業地點，因為其大部分高階經理人及相關的業務，都位於曼哈頓市中心的辦公室。

第三，國會於 1998 年修訂了「海外反貪污行為法」，禁止任何人使用美國郵件和網絡，在美國的境內進行腐敗性的支付。¹⁷該修正案涵蓋非美國居民的個人和外國企業，且其主要營業地點在美國境外。¹⁸美國司法部認為“美國境內”一詞，包含居住在美國境內的外國人直接或間接透過代理人對美國境內進行貪腐性的支付行為。根據這個觀點，是否實質性的出現在美國境內並不影響管轄權的有無，只要該證券發行人或該董事、職員、代理人或股東利用郵件或州際商業的任何工具或手段持續進行此種行為，包括禮物、支付、允諾或授權，美國政府即可取得管轄權。在 *United States v. Syncor Taiwan, Inc.* 一案中，台灣公司透過其間接持有的位於美國加州的醫療設備製造子公司，陸續以回扣方式向臺灣幾家醫院醫師非法支付 34 萬 4 千餘美元，賄賂醫師購買其醫療用設備。¹⁹

2. 會計條款規範的主體

「海外反貪污行為法」的會計帳簿、記錄及內部控制條款僅適用於證券發行人，不論其位於美國境內或境外。有關會計帳簿、記錄的要求包括“相關的交易紀錄及資產報表”，禁止任何不準確或具誤導性的項目(即使那些項目與海外賄賂無關)。²⁰此外，會計條款要求證券發行人的必須在內部控制設計和維持一個會計控制的監督制度，以確保準確地記錄公司所有的交易。此外，會計條款也要求證券發行人對其持有股份超過 50% 的子公司，必須遵守與母公司相同的會計準則，以滿足「海外反貪污行為法」中會計條款的要求。²¹該法還規定了母公司對其控股子公司不準確的帳簿和記錄的賠償責任，例如美國證券交易委員會對一家美國公司提起訴訟，起因於其位於印度子公司的經理人對印度的官員進行不正當的支付，並在會計帳簿上做不準確的記錄，而美國總公司對此事一無所悉。²²另一個案子中，一家美國公司違反「海外反貪污行為法」因為其錯誤的在會計帳簿上記載“佣金”或“回扣”，該公司的職員向位於中國及南韓的民營鋼鐵廠銷售經理進行不正當的支付，且包括兩國的官員。²³

¹⁶ 13B Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, Edward R. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 3625 (3d ed. 1998).

¹⁷ 15 U.S.C. § 78dd-3(a).

¹⁸ Whether U.S. courts may exercise personal jurisdiction over a foreign non-resident is a separate issue the government must satisfy in order to mount a prosecution. In order to establish personal jurisdiction, the foreign non-resident must have sufficient connections or contacts to the United States.

¹⁹ *United States v. Syncor Taiwan, Inc.*, No. CR 02-1244 (C.D. Cal. 2002).

²⁰ 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).

²¹ 15 U.S.C. § 78m(b)(6).

²² *SEC v. The Dow Chemical Co.*, No. 3-12567 (D.D.C. 2007).

²³ See *United States v. SSI Int'l Far East, Ltd.*, No. 06-CR-398 (D. Or. 2006).

三、 違反「海外反貪污行為法」的要件及責任

1. 受規範行為人的行為

如上所述，該法適用於美國或外國證券發行人、國內業務和外國人(非美國居民)但滿足該法對於司法管轄的要求。即對於公司雇員或代理人的起訴，無需以公司本身違反「海外反貪污行為法」為前提。²⁴

2. 要約、支付、承諾支付或授權支付

「海外反貪污行為法」中所規範的貪腐性的支付值得注意的是，該支付並不需要完成。僅僅是要約或授權賄賂即違反「海外反貪污行為法」，縱使外國政府官員並沒有給予所約定的利益。Monsanto 生物和農業技術公司在 2005 年 1 月 6 日向美國證券交易委員會繳納了 50 萬美元罰金，作為它違反「海外反貪污行為法」向印尼政府官員行賄的懲罰。²⁵證券交易委員會的起訴書中稱，Monsanto 的一位高級管理人員通過印尼的一家諮詢公司向印尼環保署的高級官員行賄 5 萬美元。因為印尼環保署即將制訂一項不利於 Monsanto 的管理規章。儘管 5 萬美元的賄賂款被送到官員手中，但這項規章並沒有因此而被廢除，隨後這位高級經理通過假造發票的方式來掩飾此事。此外，委員會還指控 Monsanto 曾經向 140 位現任或前任印尼官員和他們的家人行賄，賄賂款總計約 70 萬美元，這 70 萬美元由 Monsanto 在印尼控制的兩家公司提供。²⁶

3. 任何有價品

根據該法並沒有價值的最低門檻。雖然該法並沒有明確定義何謂任何的有價品，但凡是提供娛樂、購物、短途旅行和支付醫療費用都在該法的限制中，也包括政黨候選人的政治獻金。²⁷法院認為價值的本身並不是有價品客觀上的價值，包括假借餽贈名義之變相給付在內，其範圍除包括金錢或其他有形且具客觀交易價值物品之積極財產上給付外，尚及於抽象而可以金錢計算之利益，只要官員因此而做出行賄者所希望的預期利益即可。²⁸

²⁴ See *U.S. v. McLean*, 738 F.2d 655 (5th Cir. 1984) “[B]oth the language of the Act and its legislative history reveal a clear intent to impose criminal sanctions against the employee who acts at the behest of and for the benefit of his employer only where his employer has been convicted of similar FCPA violations. [...] We hold that in order to convict an employee under the FCPA for acts committed for the benefit of his employer, the government must first convict the employer.”

²⁵ *SEC v. Monsanto Co.*, No. 05-CV-14 (D.D.C. 2005).

²⁶ *SEC v. Monsanto Co.*, No. 05-CV-14 (D.D.C. 2005). The DOJ’s investigation of Monsanto was resolved through a NPA in 2005. Press Release, Department of Justice, Monsanto Company Charged with Bribing Indonesian Government Official: Prosecution Deferred for Three Years (January 6, 2005), available at http://www.usdoj.gov/opa/pr/2005/January/05_crm_008.htm.

²⁷ *SEC v. The Dow Chemical Co.*, No. 3-12567 (D.D.C. 2007). Dow settled an accounting provisions case brought by the SEC, but it is unlikely that enforcement authorities would have pursued the matter unless they regarded the underlying payments as improper.

²⁸ *United States v. Williams*, 705 F.2d 603, 622-23 (2d Cir. 1983).

4. 直接或間接

目前「海外反貪污行為法」施行以來最大的一宗和解案，一家石油公司向其持有的一家位於曼島(Isle of Man)的顧問公司支付數百萬美元的顧問費，並透過顧問公司將資金移轉給在哈薩克斯坦國家石油公司(Kazakhstan national oil company)的官員，藉以試圖取得一個龐大的鑽井服務合約。²⁹

5. 外國政府官員

「海外反貪污行為法」禁止對於任何外國政府官員的行賄行為，外國政府官員是指外國政府或其任何部門、機構或公共國際組織的官員或職員，或以公務職位代表該政府或部門、機構或代表該公共國際組織行事的任何人。³⁰另外，政治團體或政黨候選人，以及由其他國家所持有、控制的國有企業及其雇員也是限制的對象。

6. 賄賂

腐敗性支付 (corrupt payment)，其目的在於誘導該官員濫用或偏離其職責，從而獲得或者保留某些合約、特權等。³¹被告對於外國政府官員於其職務上之行為，以賄賂或不當利益買通，而雙方相互之間有對價關係(*quid pro quo*)存在，若他人所交付之財物並非基於行賄意思，則該財物即非賄賂。換言之，若被告實際“瞭解”支付的全部或一部的確是為行賄而做出的，且對方履行被告所希望之特定行為，即為賄賂。³² Siemens 一案中，Siemens 公司賄賂阿根廷的政府官員藉以順利取得政府的合約，為此 Siemens 公司付出 1.6 億美元罰款。³³

7. 「海外反貪污行為法」的抗辯條款

- (1) 加速費 (facilitating or expediting payment) 其目的僅在於完成或加快政府文件進度，根據「海外反貪污行為法」被美國政府認為是合法的³⁴。
- (2) 支付、贈與、提供或允諾的任何財物根據外國官員、政黨、政黨官員或候選人

²⁹ *United States v. Baker Hughes Servs. Int'l, Inc.*, Criminal No. H-07-129 (S.D. Tex. filed Apr. 11, 2007) (Information at 6, 12).

³⁰ The inclusion of “public international organization” in the definition of “foreign official” was another significant aspect of the 1998 amendment. The Act defines “public international organization” to include organizations in which the United States participates pursuant to any treaty or under any Act of Congress and designated by the President through appropriate Executive Order, through the International Organizations Immunities Act, Pub. L. No. 110-234, 59 Stat. 669, 22 U.S.C. § 288; or any other international organization specifically designated by the President by Executive Order. See 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1). This includes organizations like the International Monetary Fund, the World Health Organization, and the International Committee of the Red Cross.

³¹ 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

³² H.R. Rep. No. 95-640 (1977), reprinted in 1977 U.S.C.C.A.N. 4098; *Stichting Ter Behartiging Van de Belangen Van Oudaandeelhouders In Het Kapitaal Van Saybolt International B.V. v. Schreiber*, 327 F.3d 173, 183 (2d Cir. 2003); *United States v. Kozeny*, 493 F. Supp. 2d 693, 704(S.D.N.Y. 2007).

³³ J&J Joins New Top Ten, FCPA BLOG, <http://www.fcpcbog.com/blog/2011/4/8/jj-joins-new-top-ten.html> (citing the following corporate fines: Siemens (\$800 million), KBR/Halliburton (\$579 million), BAE (\$400 million), Snamprogetti Netherlands B.V. (\$365 million), Technip S.A. (\$338 million), JGC Corporation (\$218.8 million), Daimler AG (\$185 million), Alcatel-Lucent (\$137 million), Panalpina (\$81.8 million), Johnson & Johnson (\$70 million). (最後瀏覽日 2012 年 11 月 8 日)

³⁴ 15 U.S.C. § 78dd-1(b).

所屬國家的成文法規是合法的，則可以此作為「海外反貪污行為法」下的抗辯事由。

- (3) 支付、贈與、提供或允諾的任何財物是外國官員、政黨、政黨官員或候選人名義下的合理而正當的支出，例如旅費和住宿費，並且直接關係到產品或服務的宣傳、展示或說明或與外國政府或其機構所簽合約的執行或實施，也可以作為「海外反貪污行為法」下的抗辯事由。

8. 會計條款

設計和維持一個內部會計控制系統，足以提供合理且普遍接受的會計原則或任何其他適用的標準財務報表，並保證資產的可靠性以及每隔一段合理的時間把資產的帳目記錄與資產現狀核對，並對任何差異採取適當的行動。³⁵

9. 違反「海外反貪污行為法」的責任

對違法公司的罰款金額從 100 萬美元提高到 200 萬美元，個人處罰額度從 1 萬美元提高到 10 萬美元。對任何一位管理人員、董事、職員、代理人或股東處以罰款，該罰款不得由該人直接或間接承付。³⁶一方面加強了處罰的強度，但另一方面卻規定了眾多的豁免，或是將眾多的被 1977 年「海外反貪污行為法」認為是違法的行為合法化，或是增加抗辯條款以及修改實體要求以提高起訴和證明的難度。³⁷

四、與「海外反貪污行為法」相關的法案

「海外反貪污行為法」頒布 28 年間經過 3 次修正。其中 1988 年的修正幅度最大，主要是因為「海外反貪污行為法」實施後，美國公司不得行賄，致使在海外市場的競爭中處於劣勢。美國公司為確保其在海外的業務和獲得公平貿易機會，要求美國政府輸出這一法案。為此，美國採取行動促使其他國家積極建立跨國反行賄規範，並擴大其適用對象。「海外反貪污行為法」的國際化的一個主要途徑是通過國際組織形成多邊公約，成果體現在 1996 年 3 月 29 日 OAS 通過的《美洲間反腐敗公約》、1997 年 11 月 21 日 OECD 通過的《反對在國際商事交易中向外國政府官員行賄公約》以及 2003 年 12 月 9 日 UN 通過的《聯合國反腐敗公約》。根據 OECD 的公約，美國又對「海外反貪污行為法」進行了修正，從 1998 年起，該法對於在美國境內向國外政府官員行賄的外國公司和個人也適用。³⁸「海外反貪污行為法」國際化的另一個補充途徑是，當「海外反貪污行為法」多邊化受挫時，美國可以利用 1974 年貿易法第 301 條款對那些認同賄賂為正常業務模式或未有效阻止本國公司利用賄賂獲取合約的國家進行制裁。³⁹

³⁵ 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).

³⁶ 18 U.S.C. § 3571(b).

³⁷ See, e.g., *Eichenholtz v. Brennan*, 52 F.3d 478, 483 (3d Cir. 1995).

³⁸ United States, Review of the Implementation of the [OECD] Convention and 1997 Recommendation at 6, available at <http://www.oecd.org/dataoecd/16/50/2390377.pdf>.

³⁹ The United States maintains economic sanctions against a number of countries. The countries currently targeted by comprehensive U.S. sanctions are Cuba, Iran, and Sudan, while transactions involving Burma, North Korea, and Syria are subject to certain less comprehensive restrictions. Comprehensive sanctions against Iraq and Libya were lifted in 2003 and 2004, respectively. U.S. laws also restrict or prohibit business by U.S. persons

五、 小結

「海外反貪污行為法」實施以來，成效顯著。該法嚴厲的處罰措施（涉嫌人可處 5 年徒刑並終身禁止從事涉案行業）和嚴格的內部會計制度要求，構成了對美國公司的全方位約束，公司一旦捲入其中，勢將產生極大的商譽損失。所以一般美國公司都會自我約束，甚至出現子公司出事，母公司為求自保而自我檢舉的情形。然而更重要的是，該法案的實施，重建了公眾對市場的信心並維護了美國企業跨國經營的商業道德。

參、 台灣之現況及法規遵循機制

一、 現況

美國標準普爾（Standard & Poor's, S&P）針對全球主要上市公司所做的「透明度揭露調查」（Transparency and Information Disclosure Survey）。⁴⁰此一調查自 2001 年開始，主要是以企業的透明程度為評比標準，並將地區與產業之間的財務揭露與公司治理差異做一完整的比較。這項調查係以受調查企業最近的年度財報與投資人所能獲得的公開訊息為基礎，然後再將這些資訊與標準普爾所建構的 98 項企業應該公開揭露的資訊進行符合比例之評比。標準普爾認為企業應該揭露的 98 項資訊約可分為三類：第一類資訊為股東結構與投資人之相關資訊；第二類為財務透明度資訊；第三類為關於董事會與管理階層之結構與運作資訊。⁴¹在這項調查中，我國排名不僅屈居亞洲國家之後，甚至落後如巴西等南美國家。

再者，美國貿易代表署於 2005 年所公佈年度外國貿易障礙報告中，台灣的「貪污」更是被列為貿易障礙。⁴²該份報告列舉若干貪污較為嚴重的領域，包括環保及廢棄物處理、營建及公共廣告行銷等行業，受賄貪瀆的情況普遍存在，致美國企業在這些行業面臨競爭困難。而且，無論中央與地方的政治人物都存在索討賄款、暗藏天災救援物資、股票內線交易及其他非法活動。上述數據之公布，除引起社會普遍關切與討論外，亦突

with certain specific individuals and entities, wherever they may be located. The U.S. Treasury Department's Office Foreign Assets Control ("OFAC") and the State Department both play a role in implementing economic sanctions programs. The comprehensive sanctions programs prohibit virtually all business transactions between sanctioned countries/entities and U.S. persons. These include transactions in connection with the export or import of goods, services and technology to or from sanctioned countries, and dealing in goods originating in sanctioned countries. Most financial transactions involving sanctioned entities and countries are also prohibited. In some cases, the OFAC regulations serve to block assets subject to U.S. jurisdiction in which a sanctioned government or person has an interest.

⁴⁰ Standard & Poor's provides financial market intelligence. The company offers independent credit ratings and credit risk analysis, indices, risk evaluation, equity research, mutual fund information and analysis, and investment research and data. The company analyzes issuers and debt obligations of corporations, states and municipalities, financial institutions, insurance companies, and sovereign governments.

⁴¹ 標準普爾（S&P）的「透明度與資訊揭露調查分析」於 2001 年 11 月間首度發表評鑑結果。第一年先以新興市場 300 多家主要企業做為實證研究對象，2002 年擴大辦理，受調查企業包括全球 30 幾個國家約 1,500 家企業。

⁴² The Office of the United States Trade Representative (USTR) is responsible for the preparation of the National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers (NTE). This report is an annual series that surveys significant foreign barriers to U.S. exports. The report provides, where feasible, quantitative estimates of the impact of these foreign practices on the value of U.S. exports. Information is also included on actions taken to eliminate barriers.

顯出我國商業貪腐之嚴重性。

最後，我國企業家族色彩濃厚，早期資本市場公司治理觀念不受重視，公司負責人與管理階層皆由家族成員擔任情況相當普遍，具所有權與經營權合一特性。類似美國法上所有權與經營權分立及法規遵循機制的規範，都不甚明確。法規遵循機制規範的相關法令更是分散。

二、 相關法規

1. 保險業

我國法規遵循制度以保險業之法規遵循發展最早，源於90年總統公布保險法第184條之3第1項修正，參酌「公開發行公司建立內部控制制度實施要點」及「銀行內部控制與稽核制度實施辦法」，依台財保字第0900751423號函發布「保險業內部控制及稽核制度實施辦法」子法。訂定本辦法之主要目的，在於督促保險業健全業務經營，確保其財務安全，並協助企業經營者建立嚴密之內部控制制度，作為企業管理階層自我檢測稽核體系之重要依據。依保險業內部控制及稽核制度實施辦法第25條規定保險業應出具內部控制制度聲明書，報送主管機關備查，並依第29條規定保險業年度財報表由會計師辦理查核簽證時，應委託該會計師辦理內部控制制度之查核，一併對其報表資料正確性、內部控制制度及法規遵循制度執行情形表示意見。自該辦法頒布後，國內各保險公司已依規定聘用總稽核及法規遵循主管，並為協助保險業建立法規遵循制度，訂有產、壽險業法規遵循手冊範本，供保險公司參考。⁴³

2. 金融業

目前主要針對金融業的規定，如依據證券交易法第14條之1第2項授權制定之「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」；⁴⁴財政部參酌美、英、日、加拿大等國家之法規及國際性大型銀行所採行之法規遵循制度，依據銀行法第45條之1授權制定之「銀行內部控制及稽核制度實施辦法」，規定銀行應建立內部控制及稽核制度及法令主管制度。⁴⁵另於92年發布「銀行業公司治理實務守則」第3條，規定銀行應指定單位負責法規遵循主管制度之規劃、管理及執行，正式將法規遵循主管納入金融機構。⁴⁶

3. 證券業

證券業法規遵循發展始於民國85年訂定「證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度實施要點」。證券業早期法規遵循以法令強制會計師專案查核財務資訊所設計之

⁴³ 參見金融監督管理委員會網站，<http://www.fsc.gov.tw/ch/>，最後瀏覽日2012年11月10日。

⁴⁴ 證券交易法第14條之1第2項，主管機關得訂定前項公司或事業內部控制制度之準則。

⁴⁵ 銀行法第45條之1，銀行應建立內部控制及稽核制度；其目的、原則、政策、作業程序、內部稽核人員應具備之資格條件、委託會計師辦理內部控制查核之範圍及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。

⁴⁶ 銀行業公司治理實務守則第3條，銀行業應建立遵守法令主管制度，指定單位負責該制度之規劃、管理及執行，建立諮詢、協調、溝通系統，對各單位施以法規訓練，並應指派人員擔任遵守法令主管，負責執行法令遵循事宜，以確保遵守法令主管制度之有效運行，並加強自律功能。

查核程序，係為取得查核證據，因此除受託專案查核外，會計師查核工作非專為發現舞弊而設計，查核報告亦非保證書。⁴⁷舞弊與錯誤藉內部控制制度之設置和實施以防止或減少其發生之可能性，但無法完全消除，管理階層應負防止或發現舞弊與錯誤之最大責任。嗣後訂定「證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則」取代該要點，依證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則第 26 條規定，設置隸屬於董事會或總經理之單位，負責法規遵循制度之規劃、管理與執行。⁴⁸

4. 上市（櫃）公司

主管機關為瞭解上市（櫃）公司內部控制制度之設計與執行是否符合法令規定，爰責由證交所及櫃買中心查核上市（櫃）公司內部控制作業程序、監視系統、檢核證券商申報之財務報表、處理民眾檢舉案件等。違反「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」規定或未依公司所訂內部控制制度辦理相關事項者，得依證券交易法第 178 條第 1 項第 1 款規定處分公司。至於已依規定建立內部控制制度，應辦理公告申報之內容為虛偽之記載者（含公司之內部控制制度之設計或執行有重大缺失，公司出具不實之內部控制制度聲明書），得依公司法第 174 條第 1 項第 4 款規定移送司法檢調機關偵辦。⁴⁹為落實相關法令，財團法人櫃買中心彙整公司法、證交法及上市上櫃相關法令規範，暨其他公司治理主要原則等相關事項而制定「上市上櫃公司治理實務守則」，協助上市、上櫃公司建立公司治理之法律架構，營造實施公司治理之基礎環境。

5. 其他法規

行政院金融督促管理委員會銀行局對所轄事業（金融控股公司、銀行、信用合作社、票券商業）、保險局所轄保險業及證券期貨局所轄事業（證券暨期貨市場各服務事業、證券投資信託事業及經營接受客戶全權委託投資業務之證券投資顧問事業），依行業別分別訂有法規遵循之規定與設計，皆屬法律授權之法規命令。

三、 政府單位具體作法

2009 年 4 月金管會擬具「提升廉政及企業誠信行動方案」，擬具具體作法如下⁵⁰：

1. 實施範圍：公務部門、金管會主管之周邊單位、金融事業、上市（櫃）公司。
2. 本行動方案包括：
 - (1) 宣導公務員廉政倫理之行為規範並考核遵循情形
 - (2) 督導周邊單位參酌公務人員廉政相關行為規範，檢視現有倫理規範是否有檢討改進之必要

⁴⁷ 陳秋方，公司管理舞弊會計師豈應連做同罪，會計研究月刊，第 147 期，頁 7(1998)。

⁴⁸ 證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則第 26 條，會計師受各服務事業委託專案審查內部控制制度，準用公開發行公司建立內部控制制度處理準則第 25 條至第 36 條之規定辦理。

⁴⁹ 吳當傑，公司治理理論與實務，頁 42-52。

⁵⁰ 參見金融監督管理委員會網站，<http://www.fsc.gov.tw/ch/>，最後瀏覽日 2012 年 11 月 10 日。

- (3) 加強對金融業、上市(櫃)公司所涉金融市場不法案件之查處
 - (4) 持續推動企業誠信與倫理及其相關評鑑機制
3. 具體作法：
- (1) 上市(櫃)公司加強宣導公司治理及企業倫理觀念。
 - a. 督導證交所、櫃買中心、證基會及中華公司治理協會等單位加強宣導公司治理之觀念，以落實企業經營者責任，並舉辦推動企業倫理宣導座談會或研討會，透過政策宣導及教育訓練課程，讓觀念普及。
 - b. 為導引我國上市(櫃)公司董事、監察人及經理人之行為符合道德標準，證交所及櫃買中心訂定「上市上櫃公司訂定道德行為準則參考範例」，以引導上市上櫃公司遵循辦理。
 - (2) 提供上市(櫃)公司履行企業社會責任實務守則。
 - a. 公開發行公司應於年報及公開說明書揭露企業履行社會責任之情形，內容包括：公司對環保、社區參與、社會貢獻、社會服務、社會公益、消費者權益、人權、安全衛生與其他社會責任活動所採行之制度與措施及履行情形。資訊揭露評鑑已將公開發行公司上開年報揭露內容列為評鑑項目。
 - b. 「上市上櫃公司治理實務守則」規定上市(櫃)公司應重視公司之社會責任，公司治理評鑑系統已將公司履行社會責任之情形(包括公益活動、環保議題、消費者保護等)列為評鑑項目。
 - c. 為協助上市(櫃)公司實踐企業社會責任，並促進經濟、社會與環境生態之平衡及永續發展，證交所與櫃買中心共同制定「上市上櫃公司企業社會責任實務守則」，以供企業遵循。
 - (3) 發布實施「上市上櫃公司誠信經營守則」
 - a. 為提供上市(櫃)公司建立良好商業運作之參考架構，以協助其建立誠信經營之企業文化及健全發展，金管會督導證交所及櫃買中心於2010年9月3日發布實施「上市上櫃公司誠信經營守則」，俾供上市(櫃)公司遵循辦理。
 - b. 上市(櫃)及興櫃公司應於年報及公開說明書揭露履行誠信經營情形及採行措施。
 - c. 為協助上市(櫃)及興櫃公司董事、監察人、經理人、受僱人及具有實質控制能力者於執行業務時有所遵循並落實誠信經營，金管會督導證交所及櫃買中心於2011年8月12日發布實施「○○股份有限公司誠信經營作業程序及行為指南」參考範例，俾供上市(櫃)及興櫃公司訂定自身之誠信經營相關作業程序及行為指南。

四、 小結

透過上述，對於台灣當前的法規及政府措施分析可以發現，目前政府及相關法規都集中在公司資訊的揭露，其中有關公司管理階層使用不正當的方式從事商業競爭行為，

我國法令仍有改進的空間。此外，台灣對於美國聯邦「海外反貪污行為法」的規範明顯認知不周全，我國企業極容易因此受到美國聯邦「海外反貪污行為法」的制裁。實有必要整合相關法規，庶可補足台灣企業倫理上反貪污規範之不足，使之完善。

肆、 建立「海外反貪污行為法」的法規遵循機制

建構一套符合「海外反貪污行為法」的法規遵循機制需基於兩個獨立但又互補的原則。第一，合乎「海外反貪污行為法」特定政策和程序的廣泛道德守則。第二，公司仍應依一般道德和法律行為標準設置法規遵循機制。換言之，公司必須確保自身的法規遵循機制符合「海外反貪污行為法」的規範。

一、 道德守則

美國在過去的幾十年發展的道德守則的概念之下。道德守則等同高道德標準，即公司要求其員工，體現誠實和道德的行為，以及遵守適用的法律的重要性。公司的管理階層以身作則 (tone at the top)，帶動整個公司建立出屬於自身的一種文化，也就是所有員工承諾遵守適用法律及核心倫理原則。美國證券交易委員會已經定義公司道德守則是以合理的標準設計，目的在防止犯罪和促進 (1) 誠信和道德行為，包括以道德的方式處理利益衝突；(2) 公正、準確、及時和易於理解的在報告和文件中揭露；(3) 遵循相關的法律和規章。⁵¹

二、 「海外反貪污行為法」的核心風險

當母公司面臨各種海外業務競爭時，最常出現下述的風險。相對於母公司，其「附屬機構」指的是由公司，透過一個或多個媒介，所控管或共同控管的任何公司或其他實體，也是「海外反貪污行為法」的規範主體。因此，母公司更應注意其「附屬機構」的法規遵循機制，確實盡到注意義務，促使法規遵循機制的制訂與施行的持續進行。母公司除了法規遵循機制外，更應將注意力延伸到所有的領域，例如向政府官員支付旅遊和娛樂費用，即使「附屬機構」並未實際參與或從中獲得利益。

三、 寬宥機制

法規遵循機制功能是在公司內部建置一種可以即時事先阻卻員工或代理人從事不法行為之文化環境。「海外反貪污行為法」一方面對於違反法令規定者處以巨額罰金，同時對於預先建置法規遵循機制者提供減輕或免於處罰，甚至放棄刑事追訴等相關誘因措施。此外，檢察官於偵查、起訴時，亦將考量整體犯罪事實，例如犯罪行為所涉及之廣度與深度、牽涉之員工層級與人數、不法行為之嚴重性、持續時間與頻率、公司事後補救、檢討損害及懲罰違法失職員工等作為，並斟酌公司是否立即向有關單位揭發不法行為，及調查程序上之配合度等。⁵²以上美國法院現行的寬宥制度充分展現美國政府貫

⁵¹ 17 C.F.R. §§ 228.406, 229.406.

⁵² See, e.g., *Miller v. Foodservice, Inc.*, 361 F.Supp.2d 470 (D.Md. 2005) (faulting a corporate officer for failing to address violations of company policy identified by the corporate compliance program); *In re*

徹胡蘿蔔與棒子誘因機制之決心。

伍、 結論與建議

在經濟轉型期，企業在投向市場而又無相應成熟規則的情形之下，不可避免滋生腐敗現象。但是，腐敗不應是市場經濟的衍生物。昔日，台灣業者只是隱藏在歐美品牌大廠背後的零組件供應商，在短短的數年內，卻已成為全球舉足輕重的國際大廠。但台灣企業在積極進行全球佈局的同時，卻不太了解各國法令的規定，從早期違反當地勞動條件，延伸到逃漏稅與公司治理問題。直到近年，美國開始嚴格調查亞洲企業的商業行為，商業賄賂就成為亞洲企業最常碰到的地雷。同一時間，我國有關公司治理方面的「反賄賂行為」規定尚付之闕如，也因此會成為我國企業在全球商業競爭中的隱憂。

有效實施內部控制制度，除能提升經營績效及財報可信度外，同時因法規遵循機制的徹底執行，使公司降低違法而受罰之風險。法規遵循機制除有賴主管機關制訂外部強行規範外，企業內部維持良好誠信、正直文化著實必要，行為準則能為公司之法規遵循機制提供正面幫助、對外維持優良企業責任名譽，對內建立良好工作環境。實務運作上公司董事會除擔負法規遵循機制建置義務外，應配合國際趨勢與政府推動行為準則政策方向，建立公司行為準則作為全體內部職員一致遵循標準。法規遵循僅是行為準則諸多規範項目之一部；行為準則是落實法規遵循之手段，兩者間相輔相成。目前我國制度並未強迫各行業依照行業特性制定適用之行為準則規範，因此未獲國內公司重視，反觀國外已漸臻於成熟，建議將此套標準與法規遵循機制結合，作為未來司法實務界認定董事是否善盡注意義務標準之一，藉以具體明確化我國董事法規遵循注意義務認定標準。

惟美國與台灣兩國關於行為準則規範法源差異頗大，強制效力強弱亦顯著不同。在美國實務界，行為準則實施與發展已經相當悠久，多數大型公司已訂有內容繁雜與周詳的行為準則，故「海外反貪污行為法」之制訂不影響其準則主要實質內容之增修，僅在強化法規遵循機制之強度，使政府機關與社會大眾得據以監督。反觀，在台灣，「先行政後司法」的制裁方式，企業可能不怕行政裁罰，因為裁罰可能遠低於不法利潤。美國政府對於違反「海外反貪污行為法」的行為，除對公司管理階層個人的刑事制裁，政府天價的罰金及昂貴的訴訟費，往往會重挫企業的利潤，其嚇阻的功能相較而言比台灣的制裁方式效果要高出很多。如能參考美國聯邦「海外反貪污行為法」建立鼓勵公司之誘因，於行政機關作成行政制裁或檢察官起訴前，酌予衡量行為人努力與否之各項因素，方能確實鼓勵其健全組織之法規遵循機制，以達到目標。

Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig., 698 A.2d at 971 (failure to address repeated violations of FDA regulations).