



公司及并购法律评述
2019年5月

上海
上海市银城中路68号
时代金融中心16楼和19楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街8号
华润大厦4楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中5号
衡怡大厦27楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

作者: 潘永建 | 洪馨

一、 案件背景

2019年3月25日,香港前民政事务局局长何志平因涉嫌向非洲国家政府行贿,以协助中国华信能源有限公司(CEFC China Energy Co. Ltd.,以下简称“CEFC”)获得交易机会,被美国纽约南区联邦地区法院(以下简称“美国法院”)判处有期徒刑3年,并处罚金40万美元。

公开信息显示,CEFC是我国一家世界五百强企业,业务遍布国际多个领域,包括能源和投资业务。中华能源基金委员会(China Energy Fund Committee,以下简称“CEFC NGO”)是由CEFC全资设立的非营利性非政府组织,在香港和美国弗吉尼亚注册,致力于促进国际交流合作与公益事业。何志平担任CEFC NGO的领导人。

2014年,CEFC欲将能源业务扩展至非洲。通过塞内加尔前外交部长加迪奥(Gadio)的牵线搭桥,何志平以其CEFC NGO领导人的身份向乍得总统“捐

.....
如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点,不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

款”200 万美元“作慈善用途”，但遭到了乍得总统的拒绝。随后，何志平通过纽约一家银行转账 40 万美元予帮助其联系乍得总统的加迪奥作为“答谢”。另外，在 2016 年，何志平以 CEFC NGO 的名义通过纽约一家银行向乌干达外交部长转账 50 万美元，以换取 CEFC 在乌干达的并购交易机会及其他商业利益。

2017 年，何志平在纽约被捕。美国法院公布了对何志平的刑事起诉书¹，何志平被控违反美国《反海外腐败法》(The Foreign Corrupt Practices Act, “FCPA”)，并涉嫌洗钱。2018 年，美国法院裁定何志平被指控的罪名成立²。2019 年，美国法院正式宣布何志平被判处有期徒刑 3 年、罚金 40 万美元³。

何志平及其行贿对象并非美国公民，但何志平却受到美国法律的管辖。要理解其中的原因，需首先了解 FCPA 这部法律。

二、简介

“水门事件”后，为应对美国公司大肆贿赂国外官员的弊端，美国于 1977 年制定了 FCPA，旨在制止腐败行为，为诚实的商业机构创造一个公平的竞争环境，恢复公众对市场诚信的信心。

1. 主要条款

FCPA 有两条主要条款：一是反贿赂条款，禁止“发行人”、“美国国内主体”以及在美国境内行事的外国个人或实体为获得或保留业务而行贿外国官员；二是会计条款，要求“发行人”制作并保存准确的账簿和记录，并设置保持合适的内部控制制度。

2. 反贿赂条款的适用范围

(1) “发行人”

如果一家公司在美国全国性证券交易所挂牌，或需要向 SEC 提交定期报告，则该公司属于 FCPA 规定的“发行人”。发行人，以及代表发行人行事的其管理人员、董事、雇员、代理人或股东(无论是美国公民还是外国公民)及任何同犯，均受 FCPA 反贿赂条款的管辖。

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

(2) “美国国内主体”

美国公民或居民，或者根据美国法律成立或主要营业地在美国的任何公司、合伙企业、联营、股份公司、商业信托、非公司化组织或个人独资企业，以及代表这些主体行事的管理人员、董事、雇员、代理人或股东，均受 FCPA 反贿赂条款的管辖。

(3) 在美国领土内进行贿赂行为的个人或实体

所有在美国领土内直接或通过代理进行贿赂行为的外国个人或实体，以及代表该等个人或实体行事的管理人员、董事、雇员、代理人或股东，均受 FCPA 反贿赂条款的管辖。实践中，一切利用美国金融系统、邮递服务、通讯手段或者任何州际商业手段或工具以促进对外国官员行贿的行为均被纳入到 FCPA 反贿赂条款的管辖范围。

3. 有效抗辩

FCPA 反贿赂条款的有效抗辩包括积极抗辩和“常规政府行动”的例外。

(1) 积极抗辩

FCPA 反腐败条款包含两条积极抗辩：相关付款在外国官员所在国的成文法下是合法的（“当地法律抗辩”）；以及付出的款项是合理、诚实善意的支出，且与展示产品或履行合同义务有关（“合理的诚实善意支出抗辩”）。由于这两条是积极抗辩，所以应由被告承担举证责任。

(a) 当地法律抗辩

要适用当地法律抗辩，被告必须证明“给予的付款、礼物、提出或承诺给予任何有价物在外国官员、政党、政党官员或候选人所属国的成文法律和法规下是合法的”。被告必须证明在其行为作出之时，在外国成文法律和法规下，相关付款是合法的。实践中，当地法律抗辩不太常见，因为各国成文法律或法规很少允许腐败

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

支付。

在 *United States v. Kozeny* 一案中，被告就阿塞拜疆法律寻求当地法律抗辩未被采纳。各方围绕争议点提交了各自的专家报告和证词。法院最终认定被告未能启动当地法律抗辩，因为阿塞拜疆法律免除主动向政府部门披露贿赂款项的行贿者的刑事责任并不能使贿赂行为合法化。

有关当地法律抗辩在实践中的应用难点，请见通力合规团队撰写的另一篇实务文章《跨国公司合规政本地的适用——以 FCPA 和中国法为视角》。

(b) 合理的诚实善意支出抗辩

要适用合理的诚实善意支出抗辩，被告必须证明支出的费用与推广、展示或解释公司的产品或服务直接相关，或与该公司签署或履行与外国政府或管理机构的合同有关。但是，以个人娱乐为目的的旅行不构成诚实善意的商业支出，甚至可能违反 FCPA 反贿赂条款。此外，当支出(无论善意与否)在会计账簿上发生错误记载，或因未充分实行内部控制而发生的未经授权或不适当的支出，都有可能违反 FCPA 的会计条款。

FCPA 的执法机关均认可公司支出的和推广其产品或服务或执行现有合同的合理费用之合法性。根据 FCPA 执法机关的意见，以下代表外国官员产生的支出不会遭致 FCPA 的执法活动：

- i. 参观公司设施或运营产生的旅行和其他费用；
- ii. 培训产生的旅行和其他费用；
- iii. 产品展示或推广活动，包和会议有关的旅行和其他费用。

上述支出如果能被证明是合理的、诚实善意的，并与产品或服务的推广、展示、

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

说明或合同的签署和执行直接相关，则该等支出就不会被起诉。

(2) “常规政府行动”的例外

FCPA 反贿赂条款还包括一个适用范围较窄的例外，即促进“常规政府行动”的“疏通费”。

“常规政府行动”包括处理签证、提供警方保护、检查跨境运输物品、提供水电、电话服务等；但不包括决定授予新业务或与特定方继续开展业务，或官员在自由裁量权之内的可能构成官员滥用职权的行为。例如，向官员支付小额费用以给工厂供电可能构成“疏通费”；与之不同，向检查员支付款项以换取官员忽略公司没有经营工厂的有效许可就不构成“疏通费”。

三、 结语

回到何志平案，何志平的行贿行为之所以受到 FCPA 管辖，主要原因如下：CEFC NGO 是注册于弗吉尼亚州的慈善组织，属于 FCPA 下的“美国国内主体”，何志平构成该“美国国内主体”的高管；其次，何志平部分行贿款通过纽约银行进行汇款。

在何志平案的审判过程中，何志平方曾以中国的“一带一路”政策作为其抗辩理由。根据中国专家证词，何志平在 CEFC 的工作是为了“推动中国的国家议程”，何志平支付的款项“旨在促进慈善捐赠而非贿赂”。抗辩还指出，何志平的动机是为了提升中国国家和中国公司(包括 CEFC 在内)的一般长期声誉，而不是为保住特定的合同或商业优势⁴。但是，该抗辩并未被法院采纳。

在何志平之前，已有澳门富商吴立胜因贿赂联合国官员、中石化瑞士子公司因贿赂尼日利亚官员而被认定违反 FCPA 的案例。这些案件表明，对于跨国公司及其公司的管理人员、董事、雇员、代理人或股东而言，因违反 FCPA 而承担风险并不遥远。面对 FCPA 宽泛的管辖权，在海外经营的中资企业需增强合规意识，以防范违反 FCPA 等反腐败法律的风险。

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

如需进一步信息，请联系：

作者	
潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com	
上海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
伦敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com	

© 本篇文章独家授权威科先行法律信息库发布，未经许可，不得转载。

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

从何志平案简析美国反海外腐败法之适用

¹ 参见 <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1012531/download>, 最后访问时间: 2019 年 5 月 8 日。

² 参见

<https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/patrick-ho-former-head-organization-backed-chinese-energy-conglomerate-convicted>, 最后访问时间: 2019 年 5 月 8 日。

³ 参见

<https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/patrick-ho-former-head-organization-backed-chinese-energy-conglomerate-sentenced-3>, 最后访问时间: 2019 年 5 月 8 日。

⁴ 参见 Ex-Hong Kong minister Patrick Ho to fight bribery case in US by ‘educating jury’ about China’s Belt and Road Initiative, defence says,

<https://www.scmp.com/news/hong-kong/law-and-crime/article/2168473/ex-hong-kong-minister-patrick-ho-fight-bribery-case-us>, 最后访问时间: 2019 年 5 月 8 日。