

# 国际白领犯罪与国际化的内部调查<sup>\*</sup>

[美] 卢西恩·E. 德尔文(Lucian E. Dervan)\*\*

朱霁康\*\*\* 译

---

## 目次

### 引言

- 一、在国际层面上选择调查员
  - 二、在域外收集、评估并转移调查材料
  - 三、在国际语境中与(被调查企业)员工相处
  - 四、跨国内部调查后的信息披露和结案
- ### 结论

**摘要** 目前已有较多作者对律师高效、全面、可靠地进行内部调查的方法进行了探究。<sup>[1]</sup>然而,本文尝试在全球化的背景下聚焦律师在调查潜在的国际白领犯罪活动中所遇到的挑战。本文第一部分将考察在选择律师进行海外内部调查时所遇到的挑战,同时将特别考虑适用律师-委托人特权和工作成果保护制度的国际标准;第二部分将讨论不同国家隐私保护相关法律的影响,并分析在这些国家的司法环境中尝试进行美国式内部调查所带来的挑战;第三部分将考察国际内部调查中律师与(被调查公司)雇员的相互关系,及遵守世界各国千差万别的劳动法律法规及相应程序时所面临的挑战;最后一部分将讨论以政府为主体开展的多国调查存在的问题。本文将特别探讨如何披露调查结果,以及在国际执行环境下参与结案谈判所遇到的困难。

---

\* This piece was originally published in the *Fordham Urban Law Journal*. See Lucian E. Dervan, “International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigations”, 39 *Fordham Urban Law Journal* 361–389 (2012).

\*\* 美国南伊利诺伊州大学法学院副教授兼学术发展委员会主任,曾为 King & Spalding 律师事务所特别事务与政府调查组律师。在此特别感谢我的研究助理布莱恩·李(Brain Lee)为本次研究做出的贡献,同时一并感谢艾莉森·鲍尔赫(Allison Balch)、凯蒂·厄姆克(Katie Oehmke)、安吉拉·罗林斯(Angela Rolins)以及尼尔·绍内尔特(Neil Schonert)的协助。

\*\*\* 上海交通大学凯原法学院 2012 级本科生。

[1] See Lucian E. Dervan, “Responding to Potential Employee Misconduct in the Age of the Whistleblower: Foreseeing and Avoiding Hidden Dangers”, 3 *Bloomberg Corporate Law Journal* 670 (2008) (下文简称 Dervan, Responding to Potential Employee Misconduct); Paul B. Murphy and Lucian E. Dervan, “Watching Your Step: Avoiding the Pitfalls and Perils When Conducting Internal Investigations”, 16 *ALAS Loss Prevention Journal* 2 (2005) (下文简称 Murphy and Dervan, Watching Your Step).

关键词 白领辩护〔2〕 调查 律师-委托人特免权 国际法

## 引言

2010年4月14日,俄国政府突然搜查了惠普公司莫斯科分部的办公室,以寻找有关未经证实的(惠普)德国雇员计划贿赂俄国官员的相关信息。〔3〕 惠普德国分公司被指控向俄国官员送回扣,以签下一份价值3500万欧元的大合同,为一位俄国检察官的办公室运送并安装信息网络(设备)。〔4〕 到了2010年9月,惠普公司在其年度报告中披露,关于该计划的刑事调查已经远超德国和俄国的范围,并且包括了美国司法部(以下简称DOJ)和美国证券交易委员会(以下简称SEC)展开的一项联合调查。〔5〕 不仅如此,惠普还披露美国政府所进行的这项调查已经扩大到包含德国、俄国、奥地利、塞尔维亚和荷兰等国。〔6〕 德国的一桩疑似贿赂案件迅速扩大到后续多达十二国的政府调查,体现了21世纪白领犯罪真正国际化的特点。〔7〕 随着白领犯罪的国际化与国际间执法部门(调查)需求和合作的不断增强,随之而来的内部调查的国际化将不可避免。〔8〕

〔2〕 译者注:原文为white-collar defense。

〔3〕 See Bruce Zagaris, "Bribery Investigation of Hewlett-Packard Spread", 26 International Enforcement Law Reporter 445(2010)(下文简称Zagaris, Bribery Investigation): "俄国当局在德国当局的要求下对(惠普)展开了搜查,以查清(惠普)是否贿赂了俄国官员700万美金。" See also Bruce E. Yannet and David M. Fuhr, "H-P Bribery Investigation and Public and Private Anti-Corruption Efforts", 1 (9) Debevoise & Plimpton LLP FCPA Update 3 (2010)(部分引用略去): "据报道称,该调查从2007年即已开始,肇始原因是一名德国税务审计师被怀疑自2004年到2006年将总计约2.2亿欧元的款项从惠普德国分多次转移到一家临近莱比锡的小硬件生产商。惠普公司记录称这些款项是为了给莫斯科提供一项服务。调查还发现了三家设在不同地区的空壳公司作为支付中间商,并且一家拥有海外账户的莫斯科电脑供应商也和惠普密谋加入该行贿计划。这些位于前东德地区的中间商被指控用惠普提供的资金制作假发票给空壳公司用来报账。这些非法资金随后流入全球各地的银行账户——包括英国、美国、新西兰、英属维尔京群岛、拉脱维亚、立陶宛、伯利兹、奥地利和瑞士,然后最终流入俄罗斯。"

〔4〕 See Zagris, supra note〔3〕, Bribery Investigation, at 445.

〔5〕 See Joseph Palazzolo, "H-P Bribe Probe Widens", Wall Street Journal (Sept. 10, 2010), <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704644404575481961121687910.html>.

〔6〕 See Brandon Bailey, "HP Corruption Case Expands to Other European Countries", San Jose Mercury News (Dec. 16, 2010): "惠普同时也称美国当局已经找到惠普在俄国、德国、奥地利、塞尔维亚和荷兰的雇员是否向批发商、政府部门或私人党派‘送好处费或进行其他不正当支付行为’的证据。"

〔7〕 See Michael D. Hausfeld, "Global Enforcement of Anticompetitive Conduct", 8 The Sedona Conference Journal 9(2009): "商业行为的全球化加强了各国之间的经济依赖性。市场的不断整合导致限制竞争行为的数目和频次不断增长,从而影响到世界经济。" See also Bruce Zagaris, "International Enforcement Law Trends for 2010 and Beyond: Can the Cops Keep Up with the Criminals?", 34 Suffolk Transnational Law Review 1-2(2011)(下文简称Zagris, International Enforcement): "现代经济、全球化以及新科技无疑帮助了跨国犯罪,特别是经济领域的犯罪。"

〔8〕 See Tommy Helsby, "Compliance: Why 'by the Book' is Good for the Books", Corporate Governance Asia 30 (Apr. - June 2011), available at [http://www.krollconsulting.com/media/pdfs/Corporate\\_Gov\\_Asia\\_Tommy\\_Helsby\\_July\\_2011.jpg.pdf](http://www.krollconsulting.com/media/pdfs/Corporate_Gov_Asia_Tommy_Helsby_July_2011.jpg.pdf): "过去的十二个月我们经历的不仅仅是包括美国多德-弗兰克法案和英国反腐败法案在内的更严厉的立法,还有更严厉的执法——尤其是美国司法部和证监会与英国打击严重腐败办公室为打击商业腐败案做出的不懈努力。同时,欧洲其他地区的法官也在为(打击腐败)而努力——法国的若利法官(Joly)、西班牙的加尔松法官(Garzon)、意大利的迪皮耶特罗法官(DiPietro)作为新一代法官为其声誉不断奋斗。德国的检察官们常常和美国的同行们一起合作,并在其他地方成功地打击了一系列重大的商业犯罪案件。" See also Allen S. Podgor, "Globalization and the Federal Prosecution of White Collar Crime", 34 American Criminal Law Review 325-326(1997),该部分讨论了对法人国际活动进行执法的未来趋势。

历史上利用内部调查作为企业辩护律师的重要武器之一还要追溯到 20 世纪 60 年代。当时 SEC 正大规模开展执法活动。<sup>〔9〕</sup>在此期间,SEC 的员工被要求创制一套执行机制,来要求企业参与并改造自身,使其恢复到一种“不违法并(积极)守法”的状态。<sup>〔10〕</sup>其中一例这样的附属救济(ancillary relief)即是要求企业任命一位接管人以保证该企业已停止违法行为。<sup>〔11〕</sup>但随着时间的发展,企业开始推动另一种方式来替代这种昂贵又冒犯人的政府监管模式。<sup>〔12〕</sup>(与政府采用的模式)相反,企业开始采用推行强制救济令,它要求企业以聘用特定律师的方式来进行内部调查,以达到同样的效果。<sup>〔13〕</sup>到了 20 世纪 70 年代早期,企业本身,而非 SEC 来开展内部调查已成为主流,(联邦)法庭评论称任命某个特定的律师来进行内部调查作为 SEC 办案的一部分是“一项值得而又实惠的举动”,并且“使得公司自家干干净净,避免了不必要的政府监管”。<sup>〔14〕</sup>

1977 年,随着水门事件以及数百家美国企业贿赂外国政府官员等丑闻的不断揭露,美国通过了《海外反腐败法案》(简称 FCPA)。<sup>〔15〕</sup>这部法案迄今为止仍在处理国际白领犯罪案件中居于核心地位。它规定:

---

〔9〕 See Arthur F. Mathews, “Internal Corporate Investigations”, 45 Ohio State Law Journal 655 - 656 (1984):“我第一次观察到企业开始大规模采用内部调查是在 60 年代早期,是作为 SEC 进行全国性执法的副产物而诞生的。”

〔10〕 See id., at 656 - 657:“(60 年代的)这些执法人员被鼓励在一些重要的民事禁止令中尝试采用一些新奇、甚至是怪异的额外辅助措施。比如当时被称作‘附属救济’的措施就是令受害企业重新恢复到一种更健康、不违法并积极守法的状态;这是对传统意义上‘禁止再犯’禁止令的一个重要补充。20 世纪 60 年代 SEC 签发的包含这些附属救济的强制执行令数量不断上升。SEC 通过任命接管者或特别代表的方式来进行这些附属救济,将受损财产恢复原状或返还不当得利,限制企业高管的行动,重建董事会、财务机关,并限制股东的投票权和撤股权。”

〔11〕 See id., at 657:“比如……SEC 在强制救济令之外从企业法定代表人和主管受众恢复了约 120 万美金的财产,并指派了一名接管人来保证企业事务的正常运行,禁止自我交易,并使得该公司在 SEC 上的不端记录得到纠正。”

〔12〕 See id.:“这些比我更加聪明老练而又精明的辩护律师,希望代理他们的客户并在适当的结算流程后将财产按要求恢复原状,但他们拒绝任命一位接管者……律师针对 SEC 指派接管人的要求做了这些事:让地方法院任命三位全新的主管来组建一个置于法庭监督之下的五人董事会……并且让这些独立的主管们去进行企业的内部调查。”

〔13〕 See id., at 658:“所以,到了 20 世纪 70 年代,SEC 逐渐学到了一种有效的方式来治理这些巨大的公司混乱,这就是将其主要的执法力度放在充足董事会并让他们的独立主管或特别代理人去进行企业内部自我调查,而非将有限的政府资源用在每一个案件中去类似的事情。”

〔14〕 See id., at 661 [quoting *United States v. Handler*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 96,519, at 94,024 (C. D. Cal. Aug. 3, 1978)]; See Mathews, supra note [9], at 661 - 662:“在 SEC 对每一家大公司采取执法行动的案件中,公司同意用外部律师代表企业董事会或财务委员会进行内部调查正逐渐成为常态。” See also David S. Hilzenrath, “U. S. Investigations of Firms Rely on Companies’ Own Legal Work”, WASH. POST (May 23, 2011), [http://www.washingtonpost.com/business/economy/justice-department-sec-investigations-often-rely-on-companies-internalprobes/2011/04/26/AFO2HP9G\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/business/economy/justice-department-sec-investigations-often-rely-on-companies-internalprobes/2011/04/26/AFO2HP9G_story.html):“随着美国政府不断加强对企业海外疑似贿赂行为的调查,执法官员们监控那些受怀疑的大公司的一举一动变得更加困难。这样的探查覆盖面非常之大,又非常耗钱。所以美国司法部和证监会通常会先让公司们先自我调查一番。”(希尔岑拉特[Hilzenrath]的文章进一步注意到雅芳集团已被确认在近些年的内部调查中投入约 1.3 亿美金,而西门子在近期的全球贿赂案中花了大概 9.5 亿美金调查此案。)

〔15〕 See F. Joseph Warin, Charles Falconer, Michael S. Diamant, “The British are Coming!: Britain Changes Its Law on Foreign Bribery and Joins the International Fight Against Corruption”, 46 Texas International Law Journal 1,4(2010).

“禁止向外国官员、外国政党、外国政党官员或外国政府机构候选人贿赂、或许诺贿赂金钱或其他任何有价值的物品,以影响外国官员的公务活动,从而帮助行贿者获取或保持商业地位。”<sup>[16]</sup>

在这种敏感的大环境下,(对外国官员贿赂)这种行为会导致重大的商业和声誉风险,伴随而来的是犯罪指控。美国企业逐渐认识到在政府介入前展开企业内部调查的价值,而不是仅仅将其作为解决已有问题的工具而已。<sup>[17]</sup>这就导致了企业和它们的律师开始追问:“公司为何不在没有法院监督、SEC 监管或者其他由和解协议导致的各种不便状况之下,在私底下更仔细地调查自己呢?”通过采用自我调查的流程,一家公司可以利用内部(法务)或者外部律师,(他们)不需要是完全独立的,(聘用他们)至少也不需要 SEC 或者法院的事先批准。<sup>[18]</sup>

20 世纪 70 年代,企业逐步意识到(在政府部门介入前)这样做的好处,现代意义上的企业内部调查逐步形成。<sup>[19]</sup>

目前已有较多的文章对律师高效、全面、可靠地进行企业内部调查的方法进行了探究。<sup>[20]</sup>不过,本文将在全球化的背景下聚焦律师在调查潜在的国际白领犯罪活动中所遇到的挑战。本文第一部分将考察在选择律师进行海外内部调查时所遇到的挑战;第二部分将讨论不同国家隐私保护相关法律的影响,并分析在这些国家的司法环境中尝试进行美国式内部调查所带来的挑战;第三部分将考察国际内部调查中律师与(被调查公司)雇员的关系,并且将考察遵守世界各国千差万别的劳动法律法规及相应程序时所面临的挑战;最后一部分将讨论以政府为主体开展的多国调查存在的问题。本文将特别探讨如何披露调查结果,以及在国际执行环境下参与结案谈判中所遇到的困难。

## 一、从国际层面上选择调查员

一家企业在启动内部调查时最需要考虑的因素之一就是决定谁来主持这次调查。<sup>[21]</sup>在这一

---

<sup>[16]</sup> 《美国 1977 年海外反腐败法案》[15 U. S. C. § 78dd-1 (2006)]; see Warin et al., supra note [15], at 8-9:“海外反腐败法案中的反腐败条款织了一张很大的网。它可以使得任何一个人、一家企业,包括任何一名官员、主管、雇员、企业代理人,甚至某个企业的股票持有者都有可能犯该罪。”

<sup>[17]</sup> See Mathews, supra note [9], at 666:“随着 20 世纪 70 年代中期一些敏感的国际交易案如雨后春笋般冒出来,企业的辩护律师意识到在 SEC 执法力量介入之前,或者在其介入之时恰到好处地展开企业内部调查可能会减少企业收到的罚金。”

<sup>[18]</sup> 同上。

<sup>[19]</sup> See Sarah H. Duggin, “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, Columbia Business Law Review 859, 869-871 (2003) (讨论了政府在 20 世纪 60 年代逐渐重视企业犯罪,并导致了企业内部调查数量的不断增加,目的就是让企业“在政府部门展开调查之前找出并解决相应的问题”); Kevin H. Michels, “Internal Corporate Investigations and the Truth”, 40 Seton Hall Law Review 83, 84 (2010):“在 2008 年,几乎一半的美国企业聘用了外部律师进行至少一项内部调查。”Richard H. Porter, “Voluntary Disclosures to Federal Agencies—Their Impact on the Ability of Corporations to Protect from Discovery Materials Developed During the Course of Internal Investigations”, 39 Catholic University Law Review 1007 (1990):“在许多美国企业,内部调查正变得愈发普遍。”

<sup>[20]</sup> See generally Dervan, supra note [1], Responding to Potential Employee Misconduct; Murphy & Dervan, supra note [1], Watching Your Step.

<sup>[21]</sup> See Dervan, supra note [1], Responding to Potential Employee Misconduct, at 676:“在一名雇员被怀疑有不端行为后,企业需要回答的第一个问题就是谁去进行这项调查。”——尽管在国际内部调查中会出现各种各样的挑战,本文仅仅分析其中几种最为常见的。但律师必须注意在跨越不同的管辖权领域时会出现其他独特的挑战。有鉴于此,律师必须保证他们充分了解这些挑战的存在。要充分确保更好地理解各个地区的特殊规定,一种途径就是让当地的律师参与到这些调查中来。

问题上,企业有多种选择,包括选用经过专门培训的人事主管、企业的合规部门、内部律师或者是外部律师。<sup>[22]</sup>但是在潜在的国际白领犯罪的语境之中,聘请一位独立律师明显能够达到以下两大目的<sup>[23]</sup>:第一,聘用外部律师使得调查结果更加可信,因为政府部门通常会对内部人士发表的调查结论投去狐疑的目光,而这些内部人士很可能会卷入企业一些不为人知的不当行为中,或者说至少他们的经济利益与整个调查的最终结果休戚相关。<sup>[24]</sup>第二,由于律师-当事人保密特权和工作成果保护机制的存在,启用外部律师,而非企业雇员或主管展开调查可以有效地阻止调查备忘录、报告、结论这些内部文件非自愿地披露给包括政府部门在内的第三方。<sup>[25]</sup>尽管第一眼看上去,在国际白领犯罪的语境下谁来主导调查看似是件很轻松的事情,但在跨越多管辖权环境的国

---

<sup>[22]</sup> 同上:“在调查本身并不会暗示着公司或者雇员做了什么错事,且调查并不会过分复杂的情况下,可以选用内部律师进行调查。”

<sup>[23]</sup> 同上:“但是,一旦企业有被追责的可能,或者案件变得足够复杂,就需要外部律师介入。”

<sup>[24]</sup> See Robert S. Bennett, Alan Kriegel, Carl S. Rauth and Charles F. Walker, “Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era”, 62 *Business Law* 55 - 62 (2006): “尽管可能有失偏颇,但内部律师在政府眼里更像是依附于公司的、缺乏独立性的主体。这一点在政府利益与公司管理和雇员利益相冲突时体现得尤为明显。” See also J. Justin Johnston, “Corporate Investigations After the Mortgage Meltdown”, 65 *Journal of Missouri Bar* 70 - 73 (2009): “尤其是在欺诈案件中,进行内部调查需要仔细考虑企业高层对内部律师所施加的影响。由于对这些内部律师的调查结果缺乏信任,从来没有内部律师被要求去调查这些企业高管。”

<sup>[25]</sup> See Bennett et al., supra note [24], at 63 (讨论了在内部调查中建立律师-当事人特免权的重要性); Johnston, supra note [24], at 73: “很明显,内部调查可以由企业中的非律师雇员来进行,比如企业的安全部门或者高管。用这些人的缺陷在于,他们不适用律师-当事人特免权,所进行的调查结果也将得不到保护。” Porter, supra note [19], at 1009 - 1010: “进一步讲,不用企业管理部门的人去进行内部调查有一个强烈的现实原因: 由企业高管主导的内部调查所产生的一系列文件很有可能不受保护,被泄露给第三方。” See generally Thomas R. Mulroy & Eric J. Munoz, “The Internal Corporate Investigation”, 1 *DePaul Business & Commercial Law Journal* 49 (2002) (该文讨论了律师-当事人特免权及工作成果保护制度在内部调查中所发挥的重要性)。

有趣的是,在美国进行的内部调查中,律师-当事人特免权及工作成果保护制度并非总是适用的。在 20 世纪 70 年代中期,一家名为多样工业 (Diversified Industries) 的企业对涉嫌的商业腐败行为进行内部调查。See *Diversified Industries, Inc. v. Meredith* [572 F. 2d 596, 600 (8th Cir. 1977)]; Mathews, supra note [9], at 669. 在内部调查中,由律师做出的报告将被送交 SEC,并在达成一个皆大欢喜的处理结果中起到至关重要的作用。Id. 但后来,别的律师复制了这些内部调查报告并在他们的民事诉讼中使用。Id. 联邦第八巡回法院受理了此案,陪审团裁决这些文件不受保护:

“(就该调查报告而言),我们认为……该报告既不受律师-当事人特免权的保护,也不受工作成果豁免制度的保护。在这里没必要去讨论那些与律师面谈的人是否应当被认为是‘客户’,因为我们更相信该律所并不是受多样工业雇佣而提供法律咨询服务的。该律师行只是为了查清该公司的事实,并对多样工业可能的调查结果就其未来的商业发展提出建议。”

*Diversified Industries*, 572 F. 2d at 603. 幸运的是,对于这样的内部调查的未来,第八巡回法院在进行了全庭审审之后保留了上诉合议庭的意见:

“的确,可能存在滥用(内部调查文件)的情形,但对于律师-当事人特免权在本案中的适用,无疑会使得企业在那些受《律师专业职责法》管理的律师的指引下,以独立且合乎道德的方式进行调查,以不断地去寻找并纠正自己的行为……我们认为,对这些员工的面谈记录属于企业客户的机密,并适用律师-当事人特免权制度。”

Id. at 610 - 611; see also *United States v. Upjohn Co.*, 449 U. S. 383, 396 - 397 (1981) (确立了在企业内部调查中适用特免权制度的现代标准)。

际环境之下进行调查,选人问题明显既复杂、又困难,还包含一些潜在的陷阱。<sup>[26]</sup>

2003年2月10日,欧盟委员会以违反欧盟反垄断法、疑似违反欧盟竞争法为由,命令阿克苏·诺贝尔化工公司(Akzo Nobel Chemicals Ltd.,以下简称 Akzo)和艾科化工有限公司(Akcros Chemicals Ltd.,以下简称 Akcros)共同提交一份有关潜在限制竞争行为的调查报告。<sup>[27]</sup> 2月12日至13日,委员会对两家公司位于英国曼彻斯特的办公室展开了一次突击检查,以寻找有关政府调查的文件。<sup>[28]</sup> 在搜查中,委员会官员发现有两封电子邮件似乎蕴含了相关信息。<sup>[29]</sup> 这些邮件涉及 Akzo 总经理和一名公司法务之间就反垄断问题交换的意见,这名总经理负责协调竞争法相关的事务,而这名法务则是一位荷兰执业律师。<sup>[30]</sup> 尽管公司高层对欧盟委员会的做法表示抗议,但是委员会的官员在做出这些文件并不受律师-委托人特免权保护的结论之后就带走了这些邮件。<sup>[31]</sup>

委员会代表得出这样的结论基于一桩先例——即1982年欧洲法院做出的澳洲矿业(AM&S)诉委员会案判决。<sup>[32]</sup> 在该案中,委员会欲从 AM&S 设在英格兰布里斯托的办公室搜寻有关潜在限定价格的文件,而该公司声称这些文件受到律师-委托人特免权的保护。<sup>[33]</sup> 就此类文件如何适用特免权的问题,欧洲法院认为,欧盟法律中有关特免权的规则应当优于各国相应的法律进行适用,欧盟规则在所有由欧委会展开的限制竞争调查中适用。<sup>[34]</sup> 欧盟法律规定,若要获得豁免权的保护,应满足两个条件:<sup>[35]</sup> 首先,(内部)交换意见必须是为律师进行辩护所进行的;其次,必须是

---

<sup>[26]</sup> See Walfrido J. Martinez, “Recent Trends in and Practical Guidance for Preventing and Defending International White Collar Crime”, in *International White Collar Enforcement: Leading Lawyers On Understanding International Developments, Complying With FCPA Investigations, And Establishing Effective Corporate Compliance Programs*, 2011 Edition, pp. 81–93(以下简称 INT’L WHITE COLLAR ENFORCEMENT 2011 ED), at \* 6;“在国际环境下,代表客户的律师必须立即熟悉有关特免权的相关规定,以将机密信息泄露给第三方的风险降低至最小。”

<sup>[27]</sup> See “Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chems. Ltd. v. European Comm’n”, 5 (19) Common Market Law Review(C. M. L. R. )1191(2010).

<sup>[28]</sup> See id.; Benjamin W. Heineman, Jr., “European Rejection of Attorney-Client Privilege for Inside Lawyers”, The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation(Oct. 2, 2010).

<sup>[29]</sup> See Heineman, Jr., supra note [28].

<sup>[30]</sup> See Heineman, Jr., supra note [28];“在有两封涉及反垄断话题的邮件存在的情形下,(欧盟)采取突袭以加强欧洲竞争法执法力度——而邮件双方是企业主管和一名担任内部律师的荷兰执业律师。”See also Laurel S. Terry, “Introductory Note to the Court of Justice of the European Union: The Akzo Nobel EU Attorney-Client Privilege Case”, 50 International Legal Materials 1,2(2011). (需注意:在荷兰法中,企业内部律师与企业之间的交流是受到律师-当事人特免权保护的。)

<sup>[31]</sup> See Akzo Nobel Chems., supra note [27], at 1191:“在检查过最后三份文件并在申请者的当场见证下,调查组领导认为这些文件决不会受到保护。”

<sup>[32]</sup> See Case 155/79, AM & S Eur. Ltd. v. Comm’n of the European Cmtys., 1982 E. C. R. 1575; see also Maurits Dolmans, “Attorney-Client Privilege for In-House Counsel: A European Proposal”, 4 Columbia Journal of European Law 125(1998)(讨论特许权在欧洲的适用情况);Terry, supra note [30], at 1.

<sup>[33]</sup> See Dan R. Mastromarco, “Disparity in the Application of Legal Principles as a Form of Trade Restraint: Attorney-Client Privilege in the European Community”, 13 Hastings International and Comparative Law Review 479–482(1990);see also Theofanis Christoforou, “Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case”, 9 Fordham International Law Journal 1–2(1985).

<sup>[34]</sup> Terry, supra note [30], at 1.

<sup>[35]</sup> Id.

和独立律师进行交流,而非企业法务或内部律师。<sup>[36]</sup> 鉴于阿克苏·诺贝尔案中所获得的邮件包括一位内部律师和公司经理之间的规划,欧委会相信,这些邮件不应被保护,而应公开,尽管荷兰法有关特免权的规则保护此类文件。<sup>[37]</sup>

在这些公司设在曼市的办公室,就(保护)文件而引发的冲突仍在持续。2003年2月中旬,两家公司向欧委会提交了一份投诉信。<sup>[38]</sup> 但在2003年5月8日,欧委会拒绝了两家公司申请特免权保护和退回邮件的要求。<sup>[39]</sup> 早些时候,两家公司又在欧盟普通法院起诉欧委会。而在AM&S案过去二十多年之后,欧盟法院又做出了类似的判决。<sup>[40]</sup>

在拒绝阿克苏·诺贝尔公司申请公司信息披露豁免的裁定中,欧盟法院重申了其先前在公司信息披露特免权适用范围的狭义解释。<sup>[41]</sup> 欧盟法院特别强调,“内部律师由于其经济依赖程度及其与雇主的密切联系,使得其并不具备和外部律师同样的专业独立性”,这样就不满足AM&S案所确立的检验标准中的第二条。<sup>[42]</sup> 但更重要的是,欧盟法院注明此种于AM&S案中确立、并在阿克苏·诺贝尔案中得到重申的特免权适用标准仅在欧盟展开的调查中适用,比如欧委会展开的有关限制竞争行为的调查。<sup>[43]</sup> 同样的,在欧盟成员国多样的法律环境之下,部分国家的法律对公司内部法务(是否受特免权保护)持类似的观点。<sup>[44]</sup>

阿克苏·诺贝尔案的裁定提醒我们,在进行国际内部调查时,企业必须熟悉各个地区有关披露特免的规定,无论是内国法还是国际性法律,因为就特免权适用于何种国家的何种主体而言,不同地区的规

---

[36] Id. at 1-2; see also Stephen A. Calhoun, “Globalization’s Erosion of the Attorney-Client Privilege and What U. S. Courts Can Do to Prevent It”, 87 Texas Law Review 235-240(2008): “首先,这些交流必须以保障律师辩护权为目的”;其次,交流必须在‘独立律师之间发生,也就是说,那些没有与企业建立固定劳动关系的律师’。”

[37] Terry, supra note [30], at 2: “阿克苏与其内部律师签订的合同明确表明了该内部律师的独立性和自由度。在荷兰法中,这份协议和这名律师的律师成员资格意味着适用荷兰法(有关特免权的规则)。”

[38] See Akzo Nobel Chems., supra note [27], at 1191.

[39] See id. at 1192.

[40] See id.

[41] See id. at 1201; see also John Gergacz, “Privileged Communications with In-House Counsel Under United States and European Community Law: A Proposed Re-Evaluation of the Akzo Nobel Decision”, 42 The Creighton Law Review 323(2009): “在阿克苏·诺贝尔案中,法庭声称被聘为内部法务的律师不属于独立的企业律师,并因此不享有与其客户即被调查企业的通讯免披露特权。”See also Mauro Squitieri, “The Use of Information in EU Competition Proceedings and the Protection of Individual Rights”, 42 The Georgetown Journal of International Law 449, 461-464(2011)(讨论阿克苏案的判决)。

[42] Akzo Nobel Chems., supra note [27]: “所以,普通法庭正确地援引了在AM&S诉欧洲委员会一案中所确立的关于法律专家保密特权的第二个要件。”

[43] See Terry, supra note [30], at 3: “正如有评论所言,阿克苏·诺贝尔案并没有使得成员国有关律师-当事人特免权使用的规定作废……不仅如此,AM&S和阿克苏·诺贝尔案仅限于欧盟的竞争法案件中,而不是在其成员国内部的竞争法案件中。”

[44] See id. at 1: “除了其对律师资格的相关规定之外,每个欧盟成员国都有一系列的规则或者判例管控着律师与公司之间通信保密权或免于披露的特权。这些内国法在很多方面有着不同。比如,在一些欧盟国家,特权属于客户,而在其他成员国,这些特权属于律师。在一些国家,这种特权可以被放弃;而在另一些国家则不行。”See also Donald C. Dowling, Jr., “International HR Best Practice Tips: Conducting Internal Employee Investigation Outside the U. S.”, 18 International Human Resources Journal 1-4(2010): “像匈牙利这样的国家或地区并不认可内部律师特免权的可靠性。在《内部律师》刊登的一篇综述列举了‘认可内部律师特免权的欧盟国家’有丹麦、德国、爱尔兰、卢森堡、荷兰、葡萄牙、罗马尼亚、西班牙、英国等。”

定差异甚大。<sup>[45]</sup> 在有关特免权的不同规定就能对内部调查产生巨大影响的情况下, 有两点尤为值得注意。第一, 需要仔细考察内部法律顾问的角色, 尤其是一家企业的总法律顾问。尽管在美国, 由内部法务展开初步调查, 以决定是否聘请外部律师来做更深入的调查已经成为一种常态, 但在一些地区, 这样的初步评估所收集到的信息材料必须进行公开。<sup>[46]</sup> 进一步讲, 内部法务或多或少会在内部调查的过程中协助外部律师工作, 我们必须考虑这样的行为是否受到披露特免权的保护。<sup>[47]</sup> 尽管有争论称, 内部法务这样的辅助行为是在一位受认可的“外部律师”的指导下进行的, 但这样的观点很可能会被一些更倾向于对特免权采狭义解释的法院所否定。<sup>[48]</sup> 第二, 律师也必须意识到来自某个区域的律师可能在某些地区不受任何特免权的保护, 即使他们是独立的外部律师。一些评论者注意到, 欧盟法院在阿克苏·诺贝尔案申请特免权的裁定中含有“非欧盟成员国律师在和客户进行合作时可能不受特免权的保护”的表述。<sup>[49]</sup> 尽管把握这些因为各式各样的特免权规则所产生的困难是艰难的, 但在国际企业内部调查过程中不去考虑前述因素对整个调查的开展和进程之影响, 所造成的后果将是致命的。

## 二、在域外收集、评估并转移调查材料

任何一次内部调查都要从收集相关的材料证据以供审阅、分析开始。<sup>[50]</sup> 律师可以在这一环节开始对信息分块, 拼合事实, 识别需要更深入分析的事项, 并准备和公司雇员的谈话。<sup>[51]</sup> 但在国际环境下, 在收集、评估并转移文件这三个环节律师会遇上一些独特的困难, 因为在全球各地有

---

[45] See Terry, *supra* note [30], at 1.

[46] 参见注释[32]~[44]以及相应的文字说明; see also Gergacz, *supra* note [41], at 328: “在美国法中, 内部律师当然具有将其与客户通信内容保密的特权……所以, 被任用律师的地位是内部律师还是外部律师从未影响过律师-当事人特许权在美国的适用。”

[47] See Gergacz, *supra* note [41], at 328.

[48] See Fed. R. Evid. 501 (2011). 若特免权仅能适用于律师和客户之间的交流文件, 那么特免权的价值将大大减弱。实践中经常会出现律师必须聘用一些代理人, 比如私家侦探和法医专家的情形。若律师和这些人的交流不能被特免权保护, 这些代理人就无法有效发挥作用, 代理效果(这正是特免权所保护的)也将大大减弱。相应的, 客户与由律师聘请的这些代理人之间的交流也应当被律师-当事人特免权所保护。Id., Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra & Michael M. Martin *cmnt.*

[49] See Terry, *supra* note [30], at 3(省略脚注): “在阿克苏·诺贝尔案之后一个急需回答的问题就是欧盟竞争法中的 LPP 规则(即特免权规则)是否适用于非欧盟成员国律师。一方面, AM&S 案以及阿克苏·诺贝尔案上诉法庭的判决包含了相应字眼, 即 LPP 规则仅适用于欧盟成员国和欧盟经济共同体国家的律师……另一方面, 阿克苏·诺贝尔案本身指代了‘独立性’的‘积极’和‘消极’构成要件, 但并没有自动将非欧盟/欧洲经济共同体国家独立律师排除在 LPP 规则适用范围之外的字眼。”

[50] See Dervan, *supra* note [1], Responding to Potential Employee Misconduct, at 676: “任何内部调查都要从通过收集并评估相关文件来聚集所需信息开始。” Murphy & Dervan, *supra* note [1], Watching Your Step, at 6-7(讨论了收集文件的必要性); see also Johnston, *supra* note [24], at 73: “在内部调查员开启与员工和其他证人面谈这一重要环节之前, 他们需要辨别并收集与所问问题有关的所有文件证据。”

[51] See Dervan, *supra* note [1], Responding to Potential Employee Misconduct, at 676(讨论了在内部调查中通过文件来刻画案件细节并得出可靠结论的必要性); Murphy & Dervan, *supra* note [1], Watching Your Step, at 6: “一个可信的内部调查所需要具备的另一个要素就是确保能够拿到并审阅那些可以从中精准找出问题所在的文件。如果没有这些文件, 在内部调查中就很难、甚至不可能得出具有充分说服力的结论。” See also Bennett et al., *supra* note [24], at 68: “通常情况下, 在进行内部调查时, 最好在组织员工面谈之前充分审阅相关文件。”



关数据保护的法规正迅速普及。<sup>[52]</sup> 第一,一些数据保护法阻止公司在未经相关雇员同意的情况下收集并评估那些被认为是“私人的”信息(包括公司邮件)<sup>[53]</sup>。进一步讲,为了确保信息是自愿提供的,公司需要让员工接触到材料,并给予其补正的机会。<sup>[54]</sup>

例如,欧盟就在数据保护法律中对“个人数据”进行广义解释,并规定在收集并处理这些信息之前,需要满足以下条件中的一项:<sup>[55]</sup>

“根据欧盟指示,个人信息只有在满足如下条件之一时才可被处理:当事人自愿;为履行合同所必要(亦即,如果为履行与当事人之间的合同所必要,这些信息可以被使用);(当地)法定义务;或信息需求方收集个人信息的合法利益大于个人利益。”<sup>[56]</sup>

尽管有人会争辩称,作为对潜在犯罪可能进行的内部调查的一部分,秘密收集并评估员工的个人信息是必要的,并且最终符合上述法律所规定的条件,但仍需注意,“随着调查更多向刑事而非行政类案件发展,欧盟大多数的隐私保护法是使得个人数据保护的程序不断完善的。”<sup>[57]</sup>

第二,有些数据保护法阻止某些信息流出信息原始所在国,包括将信息转回公司总部或

---

[52] See Dowling, supra note [44], at 2(描述了跨境转移、检测数据时所遇到的各种困难); see also David Banisar & Simon Davies, “Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments”, 18 *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law* 1-3(1999):“在20世纪70年代早期,很多国家就开始大规模进行个人隐私保护方面的立法。纵观全球,多数国家都正在试图打造一张全方位的隐私保护法律网。”

[53] See George J. Terwilliger III, “Transnational Practice in Preventing and Addressing Corruption Cases”, in *International White Collar Enforcement* (2011 edition), supra note [26], at 95, available at 2010 WL 5312204, at \*2:“各国程序法上的差异同样影响了一家公司在面对内部不当行为时的应对能力。一家公司若在美国进行内部调查——而这个国家是没有相应电子邮件等类似的个人数据进行隐私保护立法的,比在那些对隐私数据进行立法的欧洲国家更容易进行记录审阅,审阅范围也相对更宽。”See also Miriam Wugmeister, Karin Retzer and Cynthia Rich, “Global Solution for Cross-Border Transfers: Making the Case for Corporate Privacy Rules”, 38 *The Georgetown Journal of International Law* 449-451(2007):“世界上超过六十个国家对收集、使用并披露个人信息的行为进行了规制。这些法律都将与个人消费者、商务合作方、消费者、雇员以及某些情况下的法人相关的信息列入保护范畴。”See generally James Sullivan, “IADC International Law Committee Survey of Electronic Discovery and Data Privacy Law”, 77 *Defense Counsel* 396(2010)(回顾了世界各国的数据保护法)。

[54] See Terwilliger, supra note [53], at \*2:“比如,一个美国的调查者……或许会被要求向相应的数据提供方获取调查所指向数据的渠道,并允许数据提供方对任何有误的数据进行纠正。”See also Dowling, supra note [44], at 2:“反常的是,数据保护法要求把调查当中所产生的文件转交给当事人或者证人。在欧盟国家,雇员作为‘数据提供方’拥有对数据的广泛处理权,并且有着要求在雇主所拥有的与其相关的文件中‘修改’或删除有误数据的权利。”Wugmeister et al., supra note [53], at 451:“这些法律同样要求那些持有个人数据的组织告知数据提供方,在某些情况下这些人有权同意(或拒绝)收集、使用并转移他们的个人信息,他们也随时有权访问并纠正与他们相关的信息。”需要注意的是,数据提供方的这项权利甚至延伸到了企业内部调查的调查笔记中。正如一篇关于内部调查的文章所注意到,“在某些国家,数据保护法要求通知当事人或者证人,他们的个人信息已经记录在调查笔记中,他们可以有限地访问那些待定的调查文件”。Dowling, supra note [44], at 5.

[55] See Wugmeister et al., supra note [53], at 456; see also Beryl A. Howell and Laura S. Wertheimer, “Data Detours in Internal Investigations in EU Countries: Part I”, 16 *The Metropolitan Corporate Counsel* 30(2008)(下文简称 Howell & Wertheimer, Part I,第三版修正,已省略脚注):“‘个人信息’……被定义为‘与一个可被辨别的或可识别的(自然)人相关’的信息(亦即,数据主体),这个主体可以通过采用一个身份证号码或‘根据他的生理、心理、精神、经济、文化或社会特征’以直接或间接的方式被识别。”

[56] See Wugmeister et al., supra note [53], at 456.

[57] Terwilliger, supra note [53], at \*2.

者其设在别国的分部。<sup>[58]</sup> 以欧盟为例,除非信息转入国对“个人”信息的保护程度与信息转出国相当,否则欧盟禁止任何人将这些信息转移到欧盟经济区之外的国家。<sup>[59]</sup> 律师若不能满足欧盟对数据保护的这些严格要求,违反这些规则将导致其承担包括刑事责任在内的重大责任。<sup>[60]</sup>

雅芳公司(Avon Products Inc.)即是因为各国不断发展的数据保护法而遭受到类似挑战的一例。这家公司从2008年就一直在进行有关其高管涉嫌在各国进行贿赂的国际内部调查,这其中就包括中国。<sup>[61]</sup> 中国有着强有力的数据保护法,包括1989年通过,2010年修订的《中华人民共和国保守国家秘密法》(下文简称《中国国家保密法》)。<sup>[62]</sup> 《中国国家保密法》广泛地定

[58] See Christopher J. Clark, “The Complexities to International White Collar Enforcement”, in *White Collar Enforcement: Leading Lawyers On Understanding Cross-Border Regulations, Developing Client Compliance Programs, And Responding To Government Investigations* (Michaela Falls ed., 2010), pp. 7-12(下文简称 International White Collar Enforcement), available at 2010 WL 271738, at \*4:“特别是在欧洲法中,与数据转移相关的法律尤为严格。在欧盟,将与某个个体相关的信息移出欧盟是违法的。对个人信息的定义是如此广泛,甚至某人在工作电脑上发的邮件都包含在内。所以,如果你的客户收到了 SEC 的传票,要求你提供与某人相关的电子邮件,而这个人恰好又在法国工作,那么你可能不得不告诉 SEC 你没法提供他的信息,因为这是违反法国法的。” Dowling, supra note [44], at 2:“在跨国调查中,表明某个员工的信息几乎不可避免地要被送回总部。在采取特别调查之前,需要建立一个合法的信息‘出口’通道。这在比如比利时和荷兰这些国家是一件非常敏感的事情,因为这些国家的法律特别阻止跨国传递‘工作场所指控(workplace accusations)’。” See also Wugmeister et al., supra note [53], at 449:“尽管如此,这样的数据传输正变得越来越困难,越来越耗金钱,因为越来越多的国家开始对隐私保护进行立法,限制跨境传输个人信息,包括传输给公司总部、分支、各地办公室或者子公司。”

[59] See Wugmeister et al., supra note [53], at 458:“将这些个人信息转移出欧洲经济共同体国家为欧盟法律所禁止,除非接收方能够提供‘足够’程度的信息保护,并经过欧委会或者各国国家数据保护署(DPA)的决定,或者转移数据符合法律规定的例外情形……迄今为止,欧委会已经认定阿根廷、加拿大、格恩西岛(英)、马恩岛(英)、瑞士以及美国避风港体系是能够提供足够保护的地区。”

[60] Id.; see Howell & Wertheimer, Part I, supra note [55], at 30:“在某个特定国家进行内部调查时,必须仔细考察其关于数据保护相关的特别法,不仅是因为不同国家限制的基数不同,而且违反数据保护法所遭受的惩罚也不同。比如,违反法国数据保护法要承担民事和刑事责任,但在英国则不是如此,只规定了相应的刑罚。” Terwilliger, supra note [53], at \*2:“一个美国调查员可能会因为无法遵守欧洲国家的数据保护和数据出口相关的法律而被处以刑事责任。”

[61] 参见雅芳公司季度报告(表格 10-Q, 2010年10月28日公布),第10页(<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/8868/000119312510238768/d10q.htm>):“正如之前所报告的那样,我们聘请外部律师来进行内部调查,重点在于是否符合《反海外腐败法》中的各项要求,以及相关的美国法和包括中国法在内的其他外国法律。内部调查始于2008年6月,最初是由我们的财务委员会监督的。如我们在2008年10月所报告的那样,我们主动联系了美国证监会以及美国司法部来为我们的内部调查提出建议。我们正在持续与他们进行合作展开调查,包括但不限于签订收费协议、翻译并提供相应报告文件、协助面谈员工等服务。” See also Chen Weihua, “Multinationals Under Scrutiny for Corruption”, CHINA DAILY (Sept. 8, 2010) ([http://www.chinadaily.com.cn/usa/2010-09/08/content\\_11273809.htm](http://www.chinadaily.com.cn/usa/2010-09/08/content_11273809.htm)):“在过去几年中,许多跨国企业在包括中国在内的多国爆发了或大或小的腐败丑闻,包括力和力拓、西门子、戴姆勒、朗讯、艾利丹尼森、IBM、雅芳、诊疗产品和 UT 斯达康都被监管部门予以处罚。”

[62] See Sigrid U. Jernudd, “China, State Secrets, and the Case of Xue Feng: The Implication for International Trade”, 12 *The Chicago Journal of International Law* 309-317(2011):“中国国家保密法于1989年首次通过,以代替1951年通过的相应条例。中国的全国人大常委会又在2010年4月29日通过了该法的修正案。” See also Mitchell S. Ettinger and Patrick H. Haggerty, “Increased International Coordination and Cooperation to Fight Corruption and the Impact on Multinational Companies”, 25th Annual National Institute On White Collar Crime(Mar. 2-5, 2011), 特刊第8页:“当某人要将数据和信息带出境外时,他得考虑当地国家的保密法。比如,在漫长的等待后,中国终于在2010年10月1日修正了《国家保密法》。”

义了国家秘密,包含“关系国家安全和利益的事项”。这样的规定使得在调查过程中何种数据可以被收集并被转移出中国变得模糊不清。<sup>[63]</sup>正如一部分执业律师所言,“调查组必须确保包含有国家秘密的信息不被转移出中国。这很困难,因为国家秘密的分类非常模糊,主观性太强”。<sup>[64]</sup>进一步讲,违反《中国国家保密法》的规定会受到严厉的惩罚,包括因不正确使用而导致的罚金、以其他方式披露国家秘密处较前者为轻的罚金,还包括因“偷窃”国家秘密而导致的重罚。<sup>[65]</sup>

“薛峰间谍案”的发生,加剧了调查律师们对前述《中国国家保密法》之适用而产生的不确定性和焦虑。<sup>[66]</sup>薛峰是一名美籍地质学家,在中国为一家美国公司工作。<sup>[67]</sup>在其上司的指示下,薛峰购买了一份未经保护的有关油气信息的数据库,并将这份数据带回给其美国老板。<sup>[68]</sup>在此之后,中国官方认为该数据库包含了2010年修订前《中国国家保密法》规定的狭义的“国家秘密”,薛峰也因此于1997年被逮捕入狱。<sup>[69]</sup>尽管薛峰代表其雇主转移到美国的信息绝大多数是可以在中国公开获得的,<sup>[70]</sup>但他最终被认定违反《中国国家保密法》并因犯间谍罪被判处有期徒刑八年,二审维持原判。<sup>[71]</sup>

薛峰案以及前文所述的中国和欧洲的数据保护法传递出这样的信号:在国际内部调查中,仔

---

<sup>[63]</sup> 《中华人民共和国保守国家秘密法》,available at <http://www.cecc.gov/pages/virtualAcad/index.php?showsingle=140200> (last visited September 16, 2011); see also Jernudd, supra note [62], at 319(注意到了有关中国现行国家保密法的规制尺度和透明性的争论)。

<sup>[64]</sup> Ettinger & Haggerty, supra note [62], at J-8.

<sup>[65]</sup> See Jernudd, supra note [62], at 319-320:“违反国家保密法的处罚规定可以在中国刑法中找到,而中国刑法也定义了一些违法情形。最严重的情形是‘偷窃、刺探、收买或非法提供’国家秘密给‘中国境外的组织、机构或个人’,并且主观方面有相应的故意,则将被处以5年以上有期徒刑直至死刑不等的刑罚,这取决于所犯罪行的严重程度。非法获得国家秘密,包括‘偷窃、刺探或收买’,若没有相应的犯罪故意,处3年以下有期徒刑,情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑。对泄露国家秘密罪也有类似的刑罚,不管其是否有‘主观故意’还是单纯过失,都能成立本罪。”

<sup>[66]</sup> See Jernudd, supra note [62], at 322-323.

<sup>[67]</sup> See id.; Ariana E. Cha, “In China, the Business of ‘State Secrets’”, WASH. POST (Mar. 4, 2010), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/03/03/AR20100303033852.htm>; “当薛峰购买相应的调查报告和地图用于其公司的调研报告时,这些信息是可以公开获得的。” Andrew Jacobs, “China Upholds Conviction of American Geologist”, N. Y. TIMES (Feb. 18, 2011), <http://www.nytimes.com/2011/02/19/world/asia/19beijing.html>.

<sup>[68]</sup> See Jacobs, supra note [67]:“他的律师称,只是在他买了这些信息之后,这些信息就被定性为国家秘密了。”Jernudd, supra note [62], at 322:“他买了一个未经保护的有关油气的数据库;但是,在他买了数据库并带回美国后,中国坚信这些材料属于国家机密。”

<sup>[69]</sup> See Jernudd, supra note [62], at 322. 2010年前的《中国国家保密法》包含了“关系国家安全和利益的重大事项”。在318页,2010年的修正案移除了“重大”这一字眼,这就使得该条可适用的对象更加宽泛,远比薛峰案所涉及的范围要广。

<sup>[70]</sup> Id. at 322:“其中的许多工作都是可以公开获得的,并且也是商业活动中对这些国有企业(SOEs)展开尽职调查所必须的。”See also Daniel M. Anderson, “Taking Stock in China: Company Disclosure and Information in China’s Stock Markets”, 88 Georgetown Law Journal 1919, 1950-1951(2000):“在国家保密法的规制下,国家秘密的定义广泛到非公开的金融和财经信息也被包括在内。在1994年,香港《明报》的一位记者被判处有期徒刑,因其被指控泄露中国人民银行的内部利率和黄金政策。报道此类信息所带来的潜在风险会打消调研公司的类似动机,公司信息披露仍是一个未解的难题。”

<sup>[71]</sup> See Jacobs, supra note [67]:“在这样一件甚至让白宫都为其数次求情的案件中,周五一家中国法院维持了对这位美国石油地质学家八年有期徒刑的判决。罪名是间谍罪。”

细考虑潜在的限制以及收集、评估、转移信息的后果的重要性不言而喻。<sup>[72]</sup> 随着世界各国不断创新并丰富数据保护法的内容,内部调查员必须深刻认识到采用美国式的调查策略可能会产生一系列连锁反应,客户和律师可能都要承担一定的法律责任。<sup>[73]</sup> 有鉴于此,内部调查员应当意识到在国际环境下收集并评估信息所可能遇到的困难,并积极地制定在不同管辖权环境中独特的调查策略。<sup>[74]</sup>

### 三、在国际语境中与(被调查企业)员工相处

在内部调查中,调查公司员工这一行为会有两种方式。第一种方式是将面谈员工作为调查的一部分。<sup>[75]</sup> 当进行这样的面谈时,律师必须通过“厄普约翰警告(Uppjohn Warning)”来了解其道德和法律义务,以明晰其与受访者之间的关系。<sup>[76]</sup>

“厄普约翰警告”典型地包含以下内容:律师代表的是企业,而非雇员;该面谈受到律师-当事人特免权保护,对话内容由企业所有并由企业而非雇员控制。企业有权斟酌决定是否放弃特免权并将对话内容披露给包括政府在内的第三方。<sup>[77]</sup>

在美国进行的内部调查中,调查律师们大多数情况下按照这种初步指引去面谈受访员工就足够了。<sup>[78]</sup> 但在国外,调查律师必须注意到当地的法律可能会限制其对企业员工进行面谈,或者至

---

<sup>[72]</sup> Lorenza F. Hofer, “New Conditions for Data Processing by Companies: First Experiences with the Revised Swiss Data Protection Law”, 5 IBA Convergence 113(2009)(讨论瑞士数据保护法相关)。See generally Thomas Rihm, “New International Data Transfer Rules for Switzerland: Business Friendly by Respecting Employees’ Privacy Rights”, 18 Employment and Industry Relations Law 16(2008)(讨论瑞士数据保护法相关)。

<sup>[73]</sup> See Jorg Rehder and Erika C. Collins, “The Legal Transfer of Employment Related Data to Outside the EU: Is It Still Even Possible”, 39 International Law 129(2005). “现行的欧盟数据保护法使得跨国公司处在一个并不那么让人羡慕的境地。一方面,这些法律的规定范围实在是宽泛,另一方面,有关这些法律如何适用并执行的问题却迟迟得不到解决。”

<sup>[74]</sup> See Beryl A. Howell and Laura S. Wertheimer, “Data Detours in Internal Investigations in EU Countries: Part II”, 16 The Metropolitan Corporate Counsel 38-39(2008)(下文简称 Howell & Wertheimer, Part II). “尽管很难说得上是不可能完成的任务,美国律师在进行内部调查中很有必要理解欧盟官方指导下的这些要求和例外情形,并依此来收集、处理并分析数据,而不是把他们自己暴露在可能违反欧盟指导的处境之下。”

<sup>[75]</sup> See Dervan, Responding to Potential Employee Misconduct, supra note [1], at 676:“第二步是通过对雇员进行面谈来获取信息。”

<sup>[76]</sup> See Johnston, supra note [24], at 74-75:“然而,在开始与证人的面谈之前,律师必须考虑一个关键的道德因素:律师在与员工进行面谈时代表的是公司,而非证人本身。”

<sup>[77]</sup> Dervan, Responding to Potential Employee Misconduct, supra note [1], at 677; see also Duggin, supra note [19], at 893-899[讨论厄普约翰诉美国案,案号:449 U.S. 383(1981)]。

<sup>[78]</sup> 必须注意到的是:在美国执业的有些律师也会提出额外的警告,亦即:司法部门可能会以妨害司法的罪名起诉一名给内部调查员(最终给政府)提供错误信息的人。See Lucian E. Dervan, “Over-Criminalization 2.0: The Role of Plea Bargaining”, 7 Journal of Law, Economy & Policy 645, 646-649(2011)[讨论了对组合国际电脑有限公司(Computer Associates, CA公司)的起诉]; see also Murphy & Dervan, Watching Your Step, supra note [1], at 3:“尽管有些律师会对员工提出额外的警告,律师必须谨慎把握提供足够告知义务与获取足够信息以便进行内部调查之间的平衡。过度的警告可能会冷却员工合作的意愿。”

少限制其进行面谈的方式。<sup>[79]</sup> 正如一位学者所说,若有平行诉讼存在,一些欧洲国家会彻底禁止律师在跨国内部调查中对员工进行面谈。<sup>[80]</sup>

“许多欧洲国家都有所谓的禁止令,禁止对员工进行面谈。以法国为例,若有潜在的民事或者刑事调查的可能性,律师不能与已在法国刑事调查程序中担任证人角色的公司员工接触。如果你要对一起跨国内幕交易案进行调查,没有法国当局的允许,你是不能跑到法国去和那个员工进行面谈的。”<sup>[81]</sup>

尽管这样令人头疼的禁止令并不是每个地方都适用,但当地的劳工法以及相应的规定可能会妨碍律师与受访员工迅速地进行一次非正式的面谈。<sup>[82]</sup> 比如,雇员就有权在受访之前向其代表咨询,或者在面谈时让他的代理人在场。<sup>[83]</sup>

在内部调查中,当员工因为不配合调查或者被调查出有不当行为而受到惩罚时,就要用到与员工进行访谈时的第二种方式。<sup>[84]</sup> 在美国,如果因前述两种情形出现而惩罚员工时,企业以及其律师将谨慎决定合适的处理程序,并做出包括解雇雇员在内的决定。<sup>[85]</sup> 但这些在其他地区并不适用。<sup>[86]</sup> 首先,许多国家的雇员并不需要配合内部调查,并且不会因为拒绝配合而受到惩罚。<sup>[87]</sup> 其次,其他地区的雇员通常在被解雇时会领到一笔解约金,即使解雇这名员工对公司有利,公司也要在制裁该员工时保障其相应的程序性权利。<sup>[88]</sup> 在这样的环境中,有些国家甚至临时性地严格限制公司对雇员采取纪律措施,这就使得在内部调查中考察复杂事件变得异常困难。<sup>[89]</sup>

“比如在比利时,出于公司利益解雇一名员工‘必须提前三日告知(该员工);自解雇之日起三日内必须将解雇信以官方电子邮件的方式发给(该员工)’。解雇的时间点可以提早到雇主有足够

---

[79] See Clark, *supra* note [58], at \* 4; D. Michael Crites, “Recent Trends in White Collar Crime”, in *International White Collar Enforcement*, 2010 WL 5312199, at \* 2(2010); Dowling, *supra* note [44], at 3.

[80] See Clark, *supra* note [58], at \* 4; Dowling, *supra* note [44], at 3: “有些地区事实上禁止非政府雇员在内部调查中(对公司雇员——译注)采取类刑事侦查的手段,理论基础在于私主体不能侵犯政府执法部门所独有的权威。”

[81] See Clark, *supra* note [58], at \* 4; see also Crites, *supra* note [79], at \* 2: “(许多)国家存在着类似的禁止令,禁止律师在未经该国同意的情况下与员工进行面谈。”

[82] Dowling, *supra* note [44], at 5.

[83] *Id.* at 5: “当地劳动法可能会规定,在和员工证人面谈前要征询员工代表的意见,有的地方还要求在员工进行面谈时陪同员工,类似于美国的‘酒庄权利(Weingarten rights)’。”

[84] See Dervan, *Responding to Potential Employee Misconduct*, *supra* note [1], at 678.

[85] See Donald C. Dowling, Jr. & Darin R. Leong, “Britain’s New Discipline Procedure Law: Action Steps for American Compliance”, 14 *International Human Resources Journal* 1(2005): “像唐纳德·特朗普(即 Donald Trump, 2016年美国共和党总统候选人之一——译注)那样唐突的(在《学徒(Apprentice)》节目中直接把个人开除的)做法让每个美国家庭里的‘沙发土豆’感到很新奇,这不奇怪,因为这在美国法上没什么不对的。美国式的‘我愿意用谁就用谁’的做派让特朗普可以以任何一个理由炒掉一个人(非法的理由除外),也同样让特朗普可以用任何方式去雇佣或解雇他需要的人。”

[86] See Dowling & Leong, *supra* note [85], at 1: “世界上其他国家……却大大不同。‘我愿意用谁就用谁’这种做法在别的地方几乎不存在。”

[87] See Dowling, *supra* note [44], at 5: “除了美国式的那种‘我爱用谁就用谁’之外,强制员工‘配合’也会遇到法律上的麻烦。海外员工可以因此提起诉讼要求允许自己沉默,这和美国刑事诉讼中嫌犯不得自证其罪的权利有些类似。” Greg Farrell, “IMF Dropped Internal Probe of Strauss-Kahn After Woman Wouldn’t Cooperate”, *BLOOMBERG.COM* (May 21, 2011), <http://www.bloomberg.com/news/2011-05-20/strauss-kahn-imf-probe-aborted-in-2008-as-alleged-victim-wouldn-t-testify.html> (讨论2008年对多米尼克·施特劳斯-卡恩进行的内部调查中,一名IMF雇员拒绝在调查中配合)。

[88] See Dowling, *supra* note [44], at 5.

[89] *Id.*

理由,而不是等到完全结束内部调查后再解雇员工。”<sup>[90]</sup>

尽管在对员工的处罚程序和处罚决定中做出如此限制在美国企业的语境下显得极为碍眼,但律师必须深入了解这些法律对国际内部调查流程的影响。

一个案例就能够充分体现外国地区与对员工纪律处分程序相关的法律种类之繁多,那就是在《世界新闻报》(已倒闭)电话黑客案中已调查并被披露出来的一系列通信文件。<sup>[91]</sup> 尽管近几年调查更多集中在黑客行为上,但这不是这家报纸第一次处理这些问题(指员工关系)。<sup>[92]</sup> 在2007年,前《世界新闻报》驻英记者克莱夫·古德曼(Clive Goodman)被指控犯有电话黑客行为并被逮捕。<sup>[93]</sup> 在他认罪后几天,他收到了一封来自公司高层的邮件:

“我很抱歉写下这封信,但恐怕过去几天、几个月所发生的事情让我们别无选择,只能终止你和新闻集团报业有限公司的合同。我知道你理解这是你递交认罪书的后果,并且1月26日起你将为秘密截获语音信箱的行为而入狱服刑。这很明显违反了作为公司员工所应尽到的义务。鉴于你已提交认罪书并且法庭已经做出相应判决,在未事先征求你意见的情况下解雇你是合理的。”<sup>[94]</sup>

作为回应,古德曼向公司提交了辩解书,其中包含以下内容:“公司就这样解雇我是不合法的,因为公司没有通过任何必要的解雇流程就做出了这样的决定。”<sup>[95]</sup>

《世界新闻报》随后回应古德曼的申诉称:

“你需要在2007年3月20日周二上午10点到新闻集团办公大楼参加听证会……该听证会的目的是考虑公司在2月5日对你做出、你又在3月2日提出申诉的解雇决定是否符合新闻集团的处分程序……按照公司的纪律处分程序,你有权携带他人陪同。若你决定携带他人陪同参加听证会,请提前告知他们的名字和联系方式。若你有需要在听证会上展示的文件,请尽可能一并携带。若你没有这些文件,请提供相应的细节,以便能够获取它们。”<sup>[96]</sup>

尽管在美国,这样的意见交换和上诉过程显得十分荒谬,尤其是在一位雇员已被处以刑罚而且这名雇员的犯罪行为和他在这家企业的工作直接相关,英国法却对雇主施加了明显不同的义务。

自2004年伊始,英国就给雇主强加了一部内容广泛的《纪律处分与申诉程序法》,以要求雇主在实行包括解雇员工在内的重大纪律处分时遵守相应的规则。<sup>[97]</sup> 该法的最基本规则要求雇主在做出任何纪律处分之前进行一项三步骤程序,第一步是通知并会见员工,第二步是对员工可能做

---

<sup>[90]</sup> Id. at 3; 引用 Carl Bevernage, Belgium, in INTERNATIONAL LABOR AND EMPLOYMENT LAWS 3-38 (William L. Keller et al. eds., 2009).

<sup>[91]</sup> See Paul Sonne, Jeanne Whalen and Bruce Orwall, “New Issues Emerge for News Corp. in Britain”, WALL ST. J. (Aug. 17, 2011), <http://online.wsj.com/article/SB10001424053111903480904576511963847040354.html>.

<sup>[92]</sup> 同上。

<sup>[93]</sup> 同上。

<sup>[94]</sup> 同上。[点击“与克莱夫·古德曼相关文件(Documents Relating to Clive Goodman)”的链接,并访问第8/36页。]

<sup>[95]</sup> 同上。[点击“古德曼2007年3月就其被解雇一事上诉(Goodman’s March 2007 Letter Protesting His Dismissal)”的链接,并访问第2/2页。]

<sup>[96]</sup> 同上。[点击“与克莱夫·古德曼相关文件(Documents Relating to Clive Goodman)”的链接,并访问第12/36页。]

<sup>[97]</sup> See Dowling & Leong, supra note [85], at 1:“(英国通过处分和申诉法)这些事情造成的后果就是,从2004年10月1日起,在英国像唐纳德·特朗普那样‘你被炒了!’的举动是完全非法的。”

出的申辩召开一次听证会,第三步是员工就企业的纪律处分予以上诉。<sup>[98]</sup>若企业未能达到这些要求,可能会面临沉重的罚款。<sup>[99]</sup>

与在国际内部调查中所遇到的其他独特因素和挑战一样,律师必须充分了解到不同地区之间有关(对员工)纪律处分的法律存在巨大的差别。尽管有时员工的所作所为经评估后明显违反企业规章制度以及操作规范,当地的劳工法也会要求在对员工进行处分时遵守相应的规则。<sup>[100]</sup>若不深入了解相应的限制规则以及时间要求就贸然处理相关事务,很可能导致客户被曝光,并限制了其能够对违纪员工采取的更多措施。<sup>[101]</sup>

#### 四、跨国内部调查后的 信息披露和结案

企业迄今为止在内部调查结束、政府部门介入之时做出的最为困难的决定就是在经历了如此的调查之后是否应当将调查结果公之于众。<sup>[102]</sup>尽管有些信息是法律强制要求披露的,但披露那些非强制性披露的信息将带来不少好处,包括在决定合适的当局回应并申请可能的赦免时得到司法部的合作信任。<sup>[103]</sup>比如,2008年美国政府指控西门子参与了大范围的海外腐败。<sup>[104]</sup>作为回

---

[98] 同上,第3页;在法国,按照当地的劳工法,要解雇人必须做以下几件事:“以邮件的方式通知会见员工或‘劳资联合委员会(works council)’;召开解聘会;说明终止劳动合同的原因以及重新就业的机会;以官方邮件的形式公告解雇通知;通报政府劳动部门。”同上,第2页。See generally Thomas Eger, “Opportunistic Termination of Employment Contracts and Legal Protection Against Dismissal in Germany and the USA”, 23 *International Law Review of Law and Economy* 381(2004)(讨论德国解雇员工所需事项); Otto Kaufman, “Weakening of Dismissal Protection or Strengthening of Employment Policy in France?”, 36 *Industrial Law Journal* 267(2007)(讨论法国解雇员工所需事项)。

[99] See Dowling & Leong, *supra* note [85], at 2:“这些新程序法的实施不仅仅增加了技术上的操作指引,而且还加大了处罚力度。”

[100] See Dowling, *supra* note [44], at 6:“在法国、英国和其他地方,即使因为雇员自身过错而引发的解雇也必须遵守相应的细化流程。”

[101] 甚至可能会让企业达到这样一种困难的境地:或是选择遵守当地的法律,或是默许政府惩罚那些应受惩罚的员工。参见同上。

[102] See Murphy & Dervan, *Watching Your Step*, *supra* note [1], at 9:“尽管律师在进行内部调查时应当分步进行以确保公司能够获得律师-客户特权,但她仍应时刻考虑适当时机披露调查结论或者调查过程中产生的文件的必要性,以及可能给公司带来的好处。” See also Bennett et al., *supra* note [24], at 80:“当公司基于其可能的不端行为而进行内部调查,而政府尚未得知这些消息时,是否需要将调查结论向政府披露,是企业所需要考虑的较重大问题。”

[103] See Murphy & Dervan, *Watching Your Step*, *supra* note [1], at 9-10:“当和政府打交道时,企业及时主动披露自己的不端行为经常收到好的效果。政府在考虑如何处罚涉案企业时会建议检察官权衡‘企业及时主动地披露信息以及其与政府合作调查的意愿’。”[quoting U. S. DEP’T OF JUSTICE, *FEDERAL PRINCIPLES OF PROSECUTION OF BUSINESS ORGANIZATIONS* (Jan. 20, 2003)]“即使企业披露相关信息并不能阻止政府对其定罪,但可以大大减少其被判处罚刑的概率。《联邦判案指南》也包括把企业合作与披露‘足够信息’等同起来的规定,也包括在必要情况下本可以不披露的信息。” *Id.* [quoting U. S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 8C2.5(g) (2004)]; see also Bennett et al., *supra* note [24], at 80:“各种联邦机构和其他立法机构已经发展出或多或少的项目,以信赖那些主动向监管机关披露信息的主体。”尽管联邦程序法以及美国裁判指导也在不断地修改,这些基本指令仍在这些文件中处于核心地位。

[104] See Hilzenrath, *supra* note [14], at 2:“这些指控大部分是基于西门子内部调查之上的,而这家德国公司自从2006年被德国当局突击搜查了办公室和员工住宅后就开始了内部调查。”

应,西门子雇用了一家外部律所来彻底地展开公司内部调查。<sup>[105]</sup> 该项调查覆盖了 34 个国家,包括 1 750 场面谈,最终收集了上亿份文件。<sup>[106]</sup> 通过这一次的彻查,西门子全力配合政府的工作并按照要求提供材料和其他所需信息。<sup>[107]</sup> 最后西门子也获得了明显的减轻处罚:

“尽管西门子公司可能会因为本次犯罪指控而被处以 27 亿美金的罚款,但司法部和证监会最终只处罚他们 8 亿美金。司法部并未起诉公司的任何一位高管或雇员。基于西门子在本案中的合作态度,美国政府认为这家企业仍然适合与之签订行政合同,给了西门子优先权。”<sup>[108]</sup>

对于西门子而言,披露相关信息并与政府合作对于案件最终结果是有利的,这使得美国和欧洲当局都非常满意。<sup>[109]</sup>

和西门子案一样,当今许多企业内部调查中包括了对企业国际行为的考察。所以,若要解决好这些问题,不仅要考虑到美国的信息披露义务和披露所带来的好处,也要在全球范围内考察相应的义务和好处。<sup>[110]</sup> 在这个层面上,需要注意的是美国并不是奖励主动披露和合作的唯一一个国家。<sup>[111]</sup> 一个显著的例子就是欧洲反垄断案件中的赦免计划。<sup>[112]</sup>

在欧洲法中,第一个披露其限制竞争行为的企业将免于处罚。<sup>[113]</sup>

“若企业是第一家主动向欧委会提交信息和证据证明其参与到可能影响欧盟的卡特尔中,并使得欧委会足以:

---

<sup>[105]</sup> 同上。

<sup>[106]</sup> 同上。

<sup>[107]</sup> 同上。第 3 页:“西门子定期提供文件的英语翻译,司法部在起诉状中称,西门子的的工作‘节省了他们大量的时间和精力’。”

<sup>[108]</sup> 同上。另参见美国司法部与西门子及其三家子公司和解发布会,西门子被控违反海外反腐败法案,将支付 4.5 亿美金(2008 年 12 月 15 日)[hereinafter DOJ Press Release], available at <http://www.justice.gov/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.

<sup>[109]</sup> See Hilzenrath, *supra* note [13], at 2 - 3; see also Brandon L. Garrett, “Globalized Corporate Prosecutions”, 97 *Virginia Law Review*(2011)(讨论西门子案); Eric Lichtblau and Carter Dougherty, “Siemens to Pay \$1.34 Billion in Fines”, *N. Y. TIMES* (Dec. 16, 2008), <http://www.nytimes.com/2008/12/16/business/worldbusiness/16siemens.html>:“西门子,这家德国电器巨人,在周一同意支付约 16 亿美金给美国和欧洲国家,以解决其曾定期向世界各地的官员贿赂的问题。”

<sup>[110]</sup> See DOJ Press Release, *supra* note [108]. [“司法部和 SEC 与慕尼黑公共检察官办公室密切合作以处理这些案件。高级别的合作(包括分享信息和证据)是通过于 1999 年 2 月 15 日生效的经济合作与打击国际交易中贿赂官员犯罪组织(Organization for Economic Cooperation and Development Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)所达成的协议来运作的。”]尽管本文将不会谈到披露义务,但仍应注意在许多地区对披露有诸多规定。See Dowling, *supra* note [44], at 6. (“一些国家的法律把举报作为法律义务。比如在斯洛文尼亚,知道犯罪行为的个体必须通知相关权力机构。”)

<sup>[111]</sup> See Roberto Grasso, “The E. U. Leniency Programs and U. S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight”, 29 *Michigan Journal of International Law* 565 - 573(2008).

<sup>[112]</sup> 同上。美国其实也有类似计划。See Robert W. Tarun and Peter P. Tomczak, “A Proposal for a United States Department of Justice Foreign Corrupt Practices Act Leniency Policy”, 47 *American Criminal Law Review* 153, 174 - 175(2010). “司法部建立并推广宽恕政策以鼓励个人和企业报告违反反垄断法的行为并配合执法。1978 年反垄断部门第一次成功达成宽恕计划。在 1993 年,该部门通过企业宽恕计划的运作显著地完善了宽恕制度。在该部门的企业宽恕计划之下,‘一家公司若要避免刑事指控以及罚金……,可以通过第一个坦白自己参与进了违反反垄断法的犯罪行为之中,并完全与反垄断部门合作,并要达到其他的要求。’事实上,美国宽大处理计划的成功引发了其他国家的竞相效仿。参见同上,第 183 页。”

<sup>[113]</sup> See Grasso, *supra* note [111], at 573.



- (a) 检验其与被指控的卡特尔是否相关;
  - (b) 找到其与被指控的卡特尔一起违反欧委会第 81 条的行为;
- 则该企业可以免除相应的罚金。”<sup>[114]</sup>

更重要的是,在欧盟反垄断豁免计划中,企业即便不是第一个主动披露信息的,也可以从中获得相当程度的罚金优惠。<sup>[115]</sup>

“如果不符合豁免计划的企业在已经退出卡特尔的情况下提供比欧盟已掌握的‘更有价值的’信息,其仍可以获得相应的罚金优惠。若证据能够强化欧委会对已有卡特尔的确信,则该证据有着‘显著的价值’。第一个满足这些条件的企业将减少 30%~50%的罚金,第二家减少 20%~30%,其余的企业最多减少不超过 20%的罚金。”<sup>[116]</sup>

若律师没有仔细检查各国披露义务独特的构成要件以及所带来的好处,他有可能无意间给企业带来了更多的责任,或者放弃掉巨大的潜在利益。

我们也要注意,尽管大多数国家给予那些主动披露调查结果并积极配合政府调查的企业一些好处,但白领犯罪的国际化以及现代内部调查的国际化特点同样给成功解决此类案件带来了较大的挑战。在此需要特别注意两种原因。第一,不同地区的执法机构可能并不愿意按照一个固定的时间表行事,也不愿意按照类似的方式解决这些问题。<sup>[117]</sup> 这边美国司法部可能催促着企业赶紧结案,那边欧洲的平行程序可能才刚刚开始。多国调查以不同的速度推进着,或者其中一国或者多国根本不愿意参与相应的协商,种种情形使得解决其中任何一个问题都显得非常困难,因为律师担心在某一国经协商所获得的许可到了另一国就变成了犯罪行为。<sup>[118]</sup> 第二,即便所有涉案国家的政府都愿意并准备好参与协商,就选择何种协商模式而产生的巨大纷争同样存在。比如,尽管不起诉和延期起诉协议成为相当流行的处理企业潜在刑事责任的方式,但这种解决机制在美国之外的其他国家并不适用。<sup>[119]</sup>

对于任何一家被卷入白领犯罪的企业而言,敏锐地察觉到国际环境中披露并结案时存在的挑战是难能可贵的。

在 2010 年,英国宇航系统公司(BAE,下称“英航”)结束了一桩长期的、跨越几大洲的贿赂案

---

<sup>[114]</sup> 同上。

<sup>[115]</sup> See Cartels; Leniency, EUROPEAN COMMISSION, available at <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html> (last updated Nov. 23, 2011).

<sup>[116]</sup> 同上。

<sup>[117]</sup> See Luke Balleny, “Anti-Corruption Views — IBA Conference: The Problems with Multijurisdictional Corruption Investigations”, TRUSTLAW (June 24, 2011, 10: 58 PM), <http://www.trust.org/trustlaw/blogs/anti-corruption-views/iba-conference-the-problems-with-multijurisdictional-corruption-investigations>.

<sup>[118]</sup> 参见同上。“如果一部分检察机关愿意与之协作,而另外一些则相反,这就让被告方很难接下去和检方达成公开的和解。如果被告方自认了一些东西,这无疑给其他检察官办案带来了足够的武器。”

<sup>[119]</sup> See Nicolas Bourtin, “Conflicts of Laws in International White Collar Investigations”, in INT’L WHITE COLLAR ENFORCEMENT, supra note [57], available at 2010 WL 271743, at \*6. “在美国以外,类似的和解协议很少。相反,这些刑事案件调查的结果无外乎两种:不起诉或者是签署起诉状。”即使是最简单的形式,一份 NPA(不起诉协议, non-prosecution agreement)中包含了政府拒绝起诉被告,以换取被告承诺在一定期限内配合政府调查、遵守法律并满足包括承认违法行为,支付一定数量金钱,或进行补救措施在内的其他条件等内容。如果被告最后没有遵守相应的协议,政府随时有权推翻先前的不起诉决定并签发起诉书。一份 DPA(延期起诉协议, deferred prosecution agreement)包含了 NPA 中的许多内容,但和 NPA 相反的是,一份 DPA 包含了正式的起诉书,但这份起诉书被拖延一段时间以换取被告遵守协议中的义务。同上。

调查。<sup>[120]</sup> 结案报告中包含了公司在英国和美国分布的认罪书。<sup>[121]</sup> 尽管该案掺杂进了很多复杂的国际事务,BAE 利用每一个涉案国家的制度成功地让各方都能够接受最终结果。<sup>[122]</sup> 根据英国严重欺诈办公室(UKSFO)的报告,美国司法部、英国 SFO 以及英航三方之间达成了一项“破天荒的全球协议”。<sup>[123]</sup> 随着不断国际化的白领犯罪带动着内部调查在多个地区展开,努力争取这样一个真正意义上的国际协议的必要性只会越来越大。

## 结 论

尽管本文只是初步探究了在日渐国际化的内部调查中所可能遇到的各种困难,但有一点是始终不变的: 律师应避免在进行跨国调查时采用美国式的调查技术。正如前述众多案例表明,世界上不同的国家在进行类似的调查时采取的方式彼此之间迥然不同。通过不断认识该领域中存在的诸多挑战,并不断采取符合各国要求的特定调查方式,我相信即使是在国际化的大趋势中,律师也能够成功、彻底地做好内部调查。

(责任编辑: 林喜芬)

---

<sup>[120]</sup> See Christopher Drew and Nicola Clark, “BAE Settles Corruption Charges”, N. Y. TIMES (Feb. 5, 2010), [http://www.nytimes.com/2010/02/06/business/global/06\\_bribe.html](http://www.nytimes.com/2010/02/06/business/global/06_bribe.html).

<sup>[121]</sup> 同上。

<sup>[122]</sup> 同上。

<sup>[123]</sup> Press Release, U. K. Serious Fraud Office, BAE Systems plc (Feb. 5, 2010), available at <http://www.sfo.gov.uk/press-room/latest-press-releases/press-releases-2010/bae-systems-plc.aspx>. “我很高兴最后能够和 DOJ 达成全方位的最后共识。这是有史以来在经历了如此漫长且宽泛的调查之后,所能达到的最实用的结果。”