

简评中兴通讯与美国政府和解案

作者: 潘永建 / 黄凯

一、案情

(一) 对中兴的调查

2016 年 3 月 7 日, 美国商务部工业与安全局(Bureau of Industry and Security, 下称“BIS”)发布公告称, 因中兴通讯涉嫌违反美国对伊朗的出口管制条例(Export Administration Regulations, 下称“EAR”), 拟对中兴通讯实施出口限制措施, 禁止美国国内元器件供应商向中兴通讯出口元器件、软件、设备等技术产品。

从 2012 年起, BIS 出口执法达拉斯片区办公室(the BIS Office of Export Enforcement Dallas Field Office)与美国德克萨斯州北部地区检察官办公室(U.S. Attorney's Office for the Northern District of Texas)、美国司法反情报和出口管制科(the Department of Justice Counterintelligence and Export Control Section)、美国联邦调查局(FBI)、国土安全调查部(the Department of Homeland Security and Investigations)合作, 调查中兴通讯的有关非法行为。BIS 向中兴通讯的美国全资子公司 ZTE USA, Inc.发出行政传票(administrative subpoena), 致使中兴通讯放缓向伊朗的非法出口。

2013 年 11 月, 中兴通讯管理层决定, 在接受调查期间通过转运方式继续向伊朗出口。该转运方案后被 BIS 查证知悉。2016 年 3 月 7 日, 美国商务部将中兴通讯添加到实体名单(Entity List), 要求受 EAR 管制的产品的供应商须取得许可证后方可向中兴通讯出口、再出

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

简评中兴通讯与美国政府和解案

口或转移任何受 EAR 管制的产品。BIS 的上述决定基于中兴通讯的两份文件：其一是《关于全面整顿和规范公司出口管制相关业务的报告》(下称“《整顿报告》”)。《整顿报告》源于中兴通讯法务部向公司管理层提交的一份关于规避美国出口管制法规的方案。在该方案中，法务部介绍了美国的出口管制制度，分析了中兴通讯在敏感国家执行项目的风险和暴露的问题，建议成立一个负责制定风险规避方案的跨部门项目组。该方案列明了项目组的成员名单、里程碑计划和奖励计划。最终，中兴通讯相关部门领导、公司主管领导和公司总裁手写签名批复该方案并下发实施《整顿报告》；另一份是《进出口管制风险规避方案》。该方案主要包括“美国出口管制如何影响我司运营”“切断影响的最佳方案——产品替代方案与全隔断模式”和“全隔断模式下的具体操作指引”等内容。

BIS 认为，这两份文件表明中兴通讯对违反美国出口管制制度的风险和后果有着非常清晰的认知(knowledge)，这两份文件详细反映了中兴通讯如何计划、组织一个架构，建立、控制和使用一系列壳公司将受管制产品非法再出口到伊朗。

根据公开报道，在调查过程中，中兴通讯向 BIS 或其他美国执法机构做出了虚假、误导性的陈述和声明。例如，中兴通讯曾陈述保证，“公司截至 2012 年 3 月已停止向伊朗转移受管制产品，并且不再违反美国出口管制法”。在调查中，中兴通讯还删除隐匿中兴通讯保留的法务、律师事务所、会计师事务所提供的文件及信息，误导 BIS 的调查。2016 年 1 月至 3 月期间，中兴通讯成立由 13 名成员组成的“合同数据归纳小组(contract data induction team, CDIT)”，负责销毁和删除中兴通讯有关伊朗业务交易的相关材料。该小组要求组员每天删除所有小组成员之间的电子邮件以掩盖小组的数据销毁删除行为。小组成员被要求签订保密协议，小组成员如果披露上述信息，将被处以 100 万元人民币的罚款。

(二) 和解

2017 年 3 月 7 日，中兴通讯宣布已与美国政府就出口管制调查案件达成和解：(1)中兴通讯与美国财政部海外资产控制办公室(The Office of Foreign Assets Control, OFAC)达成和解协议，该协议立即生效；(2) 中兴通讯与美国司法部达成辩诉协议(plea agreement)，该协议需经美国德州北区法院批准后生效；(3)以中兴通讯与美国司法部达成的辩诉协议生效为前提条件，BIS 将签发对中兴通讯的和解命令。

按照和解协议，中兴通讯承认违反美国出口管制相关法律法规，同意承担相应责任。中兴通讯同意支付 892,360,064 美元的刑事和民事罚金。此外，BIS 的 300,000,000 美元罚金暂缓支付，中兴通讯是否有义务支付该罚金将取决于未来七年其是否已合格遵守并继续接受审计和合规的要求。此外，中兴通讯必须采取多项进出口合规改善措施，包括调整(免职)部分高管团队、成立由 CEO 领导的新的合规管理委员会、新设独立的合规管理部门、聘请专业律师出任首席合规官和对公司全体员工开展出口管制培训等。

简评中兴通讯与美国政府和解案

按照和解协议，BIS 认定中兴通讯的违法事实包括：(1)从 2010 年 1 月起到 2016 年 4 月，中兴通讯采用美国原产的设备 and 软件在伊朗供应、建造、经营和/或服务伊朗的大型电信网络。此外，中兴通讯还涉及违反 EAR 规定将受管制物品运输到朝鲜，包括路由器、微处理器以及因涉及国家安全、加密、区域安全和/或反恐怖主义而受 EAR 管制的服务器产品，数量多达 283 批。(2)在明知违法的情况下，中兴通讯实施虚假陈述和成立 CDIT 销毁文件和数据等行作为阻碍调查。

二、简析

本案揭示了中国企业经营过程中尤其是海外经营中合规的重要性。

从合规意识角度看，中国企业应树立“做对的事情(do right things)”的企业文化，而不仅仅是“以对的方式做事情(do things right)”。这是因为，后者往往默许甚至鼓励企业员工变通规则(bend the rule)以达到商务目的，最终的结果是企业员工将逐步由变通规则演变为违反规则(break the rule)。本案中，中兴通讯法务部和涉案高管的作为在某种程度上验证了这一规律。

从合规实践角度看，合规的前提是企业充分理解其受规制的法律规则。笔者就本案相关的美国出口管制法规体系、域外效力和违法责任等法律要点简析如下。

(一) 美国出口管制法规概述

BIS 根据美国 1979 年《出口管理法》(Export Administration Act of 1979)制定了《出口管理条例》(EAR)。BIS 依据 EAR 负责对与美国产品、技术或美国经营者有关的一般货物出口、再出口贸易行为进行广泛的监管。根据 EAR 第 734 部分及第 774 部分的规定，BIS 将适用 EAR 管辖的产品进行编号，分为如下两类：

- (1) 《商业管制清单》(the Commerce Control List, 下称“CCL”)中所列产品。CCL 分为 10 个大类清单，其中列明了受管制的产品类目及各类目对应的管制原因，包括(0)核材料、设施和设备及杂项类；(1)物质、化学品、“微生物”和毒素类；(2)材料加工类；(3)电子产品设计开发与生产；(4)计算机类；(5)电信和信息安全类；(6)激光和传感器类；(7)导航和航空电子类；(8)海洋类；(9)航空、航天推进类。

简评中兴通讯与美国政府和解案

- (2) 符合第 734 部分的规定但不在 CCL 清单中的产品, 该等产品统一编号为“EAR99”

BIS 出台的 CCL 列明了受管制的产品类目及对应的管制原因。同时, BIS 还出台了一份《贸易国别表》(the Commerce Country Chart, EAR 第 738 部分附件一), 列明了存在管制政策的国家及其对应的管制原因。

此外, 《国际紧急经济权力法案》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA) 授权美国总统发布行政命令(Executive Order), 在美国遭受全部或部分来自美国境外的特别和非同寻常的安全威胁时进入国家紧急状态, 并因此管制与威胁来源国相关出口或国际贸易。具体而言, 总统和政府通过发布行政命令, 管制或禁止与受制裁国家涉及美国产品的贸易或美国公民与受制裁国家的贸易。例如, 1995 年以来, 时任美国总统发布多项行政命令, “伊朗政府的政策和行动对美国国家安全、外交政策和美国经济构成特别和非同寻常的威胁”, 因此对伊朗实施全面的贸易和金融制裁。

(二) 域外适用

本案被报道后, 笔者注意到不少评论不解美国出口管制法律的域外适用效力。确实, 在特定情况下, 美国出口管制法规具有域外效力, 即适用于美国以外的第三国出口商向受制裁国家出口的行为。

产自美国境外的产品(下称“外国产品”)自美国以外的第三国出口时, 在同时满足两个条件的情形下将落入 EAR 的适用范围:

- (1) 产品属于 EAR 适用的产品范围: 且
- (2) 出口方式为 EAR 适用的再出口情形, 即将受 EAR 管辖的产品从一国实际运送到另一国。

概言之, 外国产品至少在以下三种情况下落入 EAR 适用范围:

- (1) 运输途经美国;
- (2) 所包含的来源于美国的成分达到第 734.4(a)、(c)或(d)条规定的最低价值比例。按照不同的出口目的地国, 该比例为 10%或 25%。特定产品(军需品)不受“最低价值比例”的限制, 即外国产品中只要含有特定的美国成分, 其再出口即落入 EAR 的管辖范围; 或

简评中兴通讯与美国政府和解案

- (3) 属于使用来源于美国的技术或软件生产的“直接产品”。“直接产品”指直接采用美国的技术或软件生产的产品，包括在美国境外的使用来源于美国的技术或软件建成的工厂(或其主要部分)生产的外国产品。

基于上述规定，如外国再出口商将一项外国产品再出口至特定目的地国家，且结合 CCL 及《贸易国别表》查询到一项共同的特定管制理由，该等外国产品再出口需获取 BIS 的许可。

(三) 违法责任

违反 EAR 等出口管制法规行为将可能遭受以下处罚：

- (1) BIS 的行政处罚，包括罚款、限制参与 EAR 管辖适用范围内的产品出口及再出口交易的禁令、对律师、会计师、咨询师等特定角色人员的禁止执业等行政处罚；
- (2) 美国法院作出的刑事裁判惩罚，包括出口商品价值 5 倍以下的罚款，5 年以下监禁，及基于 EAR 之外的其他法律(如有违反)的刑事处罚；或者
- (3) 其他制裁，包括但不限于没收在美国境内的拟出口货物，以及与美国国防部、OFAC 等其他行政部门的联合制裁：例如被列入《指定制裁名单》(the List of Specially Designated Nationals, “SDNs”)中、在美国的资产被冻结、在美国的贸易受限等。

三、 结语

本案中，中兴通讯为其海外经营的不合规行为付出了巨大代价，中国企业应引以为鉴。适逢美国等国家的贸易保护主义日益抬头，我们可以合理预期这些国家的政府将不断加强针对非本国企业的合规监管。在这一环境下，走出去的中国企业应提高合规意识，充分理解并遵守国外法律，以防范化解国际化经营下的法律风险。

通力合规团队乐意为中国企业走出去提供法律服务支持。作为合规法律服务的一部分，我们已为国内企业对其向敏感国家出口产品提供合规咨询服务。

简评中兴通讯与美国政府和解案

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	黄凯 电话: (86 21) 3135 8751 kevin.huang@llinkslaw.com
上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 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
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 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(与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营)	
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