

## 美国争议甘苦谈 2024 春季讲座摘要实录

美国东部时间 2024 年 4 月 16 日晚，君合纽约分所的合伙人郝勇律师举办了《美国争议甘苦谈》线上讲座。郝勇律师结合其最新美国争议实战经验，向听众剖析了中国企业在美国最常遇到的争议解决问题。今年是该系列讲座的第四年。与此前的系列文章一样，除后期添加的小标题外，本摘要实录几乎完整地呈现了郝勇律师讲座现场的发言，旨在向读者还原讲座内容。

本文由君合纽约办公室律师徐毓协助准备，由实习生林小涵、向雨辰和杨景岩根据线上讲座内容整理，特此感谢。

### 背景介绍

今年是我讲《甘苦谈》的第四年，我也在想讲一些什么新的东西。之前像管辖权、送达、刺穿公司面纱，以及中国企业在美国经常遇到的诉讼问题我们讲得也比较多，很多案子现在每天也还在处理。由于过去已经讲得比较详细，这次就不多说了。如果大家有兴趣的话，可以去参考之前的文字稿：在“君合法律评论”微信公众号里搜索“甘苦谈”，它是在《君合美国说》下的一个子系列。《君合美国说》是君合法律评论上由美国分所专门讲中美事宜的一个子品牌。过去的这些文字记录都在，大家可以看看。这次我想讲一些新的东西。我想了几条，希望对大家有所帮助，如果能使大家耳目一新就最理想了。

第一条是关于美国最高法院。我想讲的这些案子不是我们自己做的，但大家会看到跟我们所有人都有关联，所以我想来分享一下我的一些想法。第二条和第三条都是关于国际仲裁，第二条是国际投资仲裁，第三条是国际商事仲裁。仲裁业务也是我们现在除了诉讼以外正在蓬勃发展的一个领域，之后我们会分别介绍。第四条是白领犯罪，白领犯罪也是诉讼的一种，但相对比较特殊，因为它的对家是政府。政府调查的对象、政府起诉的对象是公司，包括公司的高管、董事。如果有时间的话，我们再讲些其他的。

在进入主题之前，我想说明两点。第一点，欢迎各位踊跃地提问，而且不用等到最后。我记得半年前，我讲那个地图讲来劲了，花的时间太长，最后都没有留出时间来回答问题。实际上，我最怀念就是大家能够有一些线下的互动、眼神的交流、身体语言的交流。但是不管怎么样，我想大家多用弹幕来提问，我们有专门的同事收集这些问题，会发到内部的微信群里。比方说第一部分讲完了，就可以来讨论一些问题，然后再讲第二部分，再讨论一些问题，再讲第三。我觉得这样会比较有意思一些，光自己讲也挺无聊的。第二点，我刚才也提到了，凡是我们的指名道姓的案件，都不是我们做的。如果是我们做的案件，我们一定要给客户保密，任何信息我们都不会透露。之所以提一些不是我们做的但是公开的案件，是因为这些案件跟我们在做的事情是有关联的。同时，因为它是公开的信息，大家可

以查到相关的案卷和判决，也可以有一些参考。但这些案件肯定是跟我们做的事情是息息相关的，要不然就谈不上是《甘苦谈》了，甘苦谈是谈实战、谈自身的经验，归根结底我们讲的还是自身的经验、自己的体会。

## 一、对美国最高法院最新的观察

为什么想讲一下美国联邦最高法院，我想主要有两个方面的原因。

第一个方面，在我们最近处理的一个系列案件中，这个案件在美国的四个州都有不同的原告，但是主题类似。这四个州分别属于三个不同的联邦巡回区。大家可能知道，在美国联邦法院系统里有 94 个地区法院(District Courts); 13 个上诉法院(Courts of Appeals), 分为 12 个区域巡回法院和 1 个联邦巡回法院(Federal Circuit), 最上边是联邦最高法院。

这四个案子中，其中一个巡回区里的案件已经从地区法院上诉到了区域巡回法院，且这个区域巡回法院已经作出了裁决。而另一个巡回区的原告在他的文书里引用了这个区域巡回法院的裁决。我们可以看到，不同的巡回区的原告，甚至法院在这些案件当中都在相互观察。

我的一个阴谋论是这些原告也都是有所串通的。作为一个战略来讲，这是正常的，他们在不同的巡回区去起诉，通过一审到二审，如果不同巡回区的二审法院有不同结论的话，这就是最好的让这个案子打到联邦最高法院的路径，也就是叫“circuit split”。就是说，现在有多个巡回法院对同样的一个法律事件有不同的判决，那你联邦最高法院出来说话吧。联邦最高法院一看，啊，这样类型的案件就应该我出来说话了。联邦最高法院不是非得说，但这是最容易打到最高法院的路径。这是我的阴谋论，我们拭目以待，如果真的打到了联邦最高法院，大家会听说。总之这是我关注联邦最高法院的一个原

因。

第二个原因，或者说是更加核心的原因，是在我看来，联邦法院的这个年度会有一些震撼性的判决出来。今天我想分享的就是其中的四个。

这四个案件有一个共同点，简单来讲是都涉及到美国宪政安排里在我看来最核心的两个原则之一，那就是三权分立，或者叫这个权力的分立、权力的制衡。大家都知道，也就是立法、行政、司法。这是美国宪政的最基本的原则之一。另外一个是什么呢，在我看来是联邦和州的关系，就是 federalism (联邦主义)。大家可能记得在 2022 年的时候，联邦主义这条支柱当时出了一个惊天动地的大案，维持了整整五十年的 Roe v. Wade 判决被最高法院在 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 案中被推翻了，在全世界引起轩然大波。在我看来，与堕胎相关的政策性选择有很多论点，同意不同意只是这个问题的一个方面。从宪政的角度我更关注的方面是这个联邦主义，因为它的一个核心思想是在联邦层面上不存在所谓的隐私权(right to privacy)，因为在有隐私权的前提下才存在堕胎的权利，如果说联邦层面没有隐私权的话，那这个事情就不应该在联邦层面去讨论，而应该放回到州里边去。所以这就是为什么特朗普前两天也出来说话，人家问他支不支持这个堕胎判决，是这样还是那样，他很聪明，见风使舵地说支持把这个案子打回到州的层面去审，各个州愿意怎么样怎么样，你阿拉巴马州不同意，你加州同意，你们自己决定。

今天要讲的是另外一个支柱，就是三权分立。大家可能知道，美国宪法第一条是关于立法权，要规定了国会的组成、权力和职责；第二条是关于行政权，就是总统领头的行政机关；第三条是关于司法权。他们之间的关系在这四个案子里体现得淋漓尽致。而且我觉得在未来的两个月会有一些比较震撼的判决。今天时间很短所以我们就点到为止。

## 1. **Loper Bright Enterprises v. Raimondo; Relentless, Inc. v. Department of Commerce**

Loper 和 Relentless 是姊妹篇，两个案子是在一块儿审的。简单来讲，就是渔民诉渔警/渔监局。渔船出海去捕鱼是要有渔监局去监管的，看有没有比如过度捕捞什么的情形。法律一直都有这么一个规定，渔监局是可以派一名代表到这个打渔的船上，跟着这个打渔的人，渔民到哪儿这个代表也到哪儿，吃住全部都在船上。这个代表是政府派来的人，他不是打渔的，他也不会打渔，他就是监视着。但法律没有规定代表吃住所需的费用谁出。

这两个案子为什么发生呢？是因为渔监局说要加大执法的力度，比方说一半渔船都要放代表上去，吃住都是渔民来包。据计算——这也可能是一方的说法——每一家公司每天要多花 710 美元，就为了养活这个渔监局的人，整个捕鱼行业的年收入会降低 20%。因此渔民就不干了，提起诉讼，但法院判渔民输了。法院认为，法院四十年来一直遵循雪佛龙原则（Chevron Doctrine）。这个原则来源于 1984 年 Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council 这个案件。大家知道雪佛龙这个石油公司，在雪佛龙这个案件的判决中出了一个原则，即如果法律没有对一事情有明文规定，或者相关规定比较模糊、有歧义，那么法院会遵从（defer to）行政机构对于这个法律的解读。应用到这两个案子上，初审法官说法律没有规定谁付钱，那现在行政机构说渔民付钱，就应该遵从行政机构的解读。之后渔民上诉说，不行，这个行政机关的权力太大了，本来是应该你法院来做的事，现在怎么让行政机关有解读法律这么大的权力。

在我看来这里边有一些核心的观点。第一条，当初 1984 年之所以出台这么一个原则，核心的想法是说行政机关有某个领域专门的知识，而法官就是法学院一路上来的，哪懂技术层面的东西。这是

一种说法。反对的人就说，现在很多官僚其实也不比法官懂多少，而且很多是旋转门的，可能你今天是官僚，明天又是议员了，后天又是法官了。各有各的说法。

还有一条是说行政机关来解读这个法律可以让全美国的行政执法保持统一性（uniformity）或 stability（稳定性）。如果让法官来释法的话，90 多个地区法院，13 个上诉法院，每家都可能把这个法律解读得不一样，最后怎么办？当然了，司法系统会说，没关系，如果法院之间存在不一样的解读，就让最高法院来定论。甚至有支持法院释法的人说，如果要追求全国统一，也别三权分立了，行政机关全部说了算，把那两个分支都取消掉算了。

最后一条，回到我们讲三权分立的核心问题：哪些问题是归属于立法的，哪些是归属于行政的，哪些是归属于司法的。大家如果关注的话，可能会看到有两个原则，一个叫所谓的 Non-Delegation Doctrine，不可放权原则，指国会不能将其立法权力过度转让给行政部门或其他机构。国会有立法权，这立法权能不能下放到行政机关，让行政机关自己去制定行政法规并且去阐释？现在有一种思潮认为，国会不光是有这个权利并且可以下放这个权利，而且还有义务自己来做，你不能自己立一个模糊不清的法律然后让行政机关去解释。并且也有人提出来说，现在很多国会议员就是故意在立法时立得不详细。为什么呢？因为有时候如果说的很详细，两党一斗就达不成一致意见；如果通过一个模糊的法律，然后我回到选区，我说我也通过这法律了，你看我为民众做了这么一件好事，通过了这个法律。实际上这个法律怎么弄呢？让行政机关去说吧。还有一个是 Major Questions Doctrine，重大问题原则。主要是讲法院如果说遇到一些重大问题，涉及到国计民生，全美国的经济文化政治的这些重大问题，你不能去遵从行政机关的决定。所以 Non-

Delegation 和 Major Questions 这两个原则是不是能够约束行政机构，是一个我觉得有重大分歧的问题。

我再补充一句，行政机构它有个特点，它是永远存在的，当然可能周末休息，但是基本全年无休。但是国会和法院，一年中可能就半年开会或开庭，其他时间你找都找不着它。从雪佛龙 84 年案件到现在，包括我自己在美国二十多年的经验，我觉得行政机构也是越来越多。我走在华盛顿的街上，感觉整个城市就是联邦政府。<sup>1</sup>

## 2. Consumer Financial Protection Bureau v. Community Financial Services Association of America, Limited

2008 年金融危机之后，美国成立了 Consumer Financial Protection Bureau（消费者金融保护局，CFPB），为了保护消费者不受高利贷、信用卡公司掠夺性的欺负。本身这是好事儿，但这当中涉及到一个关于权力的什么问题呢？就是运营这个机构的钱从哪来。宪法里有一个拨款条款。简单来讲就是说所有政府支出必须由国会批准。但这个 CFPB 的钱的来源有点意思，它是跟美联储去要钱。那它怎么要钱、要多少钱呢？问题就在这儿。CFPB 认为我需要多少钱我就跟美联储去要多少钱。厉害吧，没有一个具体的限制，也没有一个申请预算的流程让国会去批。就一条限制 -- 只要 CFPB 要的钱不超过美联储运营费用 12%。因此很多人反对说这违反了拨款条款。但 CFPB 主张只是中间多了一层，没有违反拨款的规定。

大家可以看到，尽管它的理由跟前一个案例不一样，但归根结底可以看作是类似的案件，都是部分人认为行政机构权力过大。我觉得其中有一个法

庭之友的有一句话很有意思，想跟大家分享一下。他说：“取消掉 CFPB 拨款的这个模式肯定会对消费者保护造成一些混乱，但是为了维护宪法的权威，还是应当做的。”当我读到这个，我觉得挺有意思的。大家也可以作出自己的一些判断。<sup>2</sup>

## 3. Securities and Exchange Commission v. Jarkesy

在第三个案例中，被告 Jarkesy 是一个做对冲基金的人，被证券交易委员会（SEC）认定证券欺诈，于是向法院提出复审申请。理由是根据宪法第七修正案，Jarkesy 主张一定要有陪审团才能定罪，但你 SEC 是怎么给我定罪的呢？你 SEC 有执法部门，就相当于检察官。谁给我定罪的呢？是你 SEC 里边的行政法院，SEC 自带的行政法官。所以 Jarkesy 说这不行啊，在三权分立的原则下，你 SEC 作为一个行政机构，你怎么能既当检察官又当法官？你 SEC 的这个法院不是刚才讲的根据宪法第三条设立的法院；且行政法官审判的时候也没有陪审团参与，剥夺了我的宪法权利。当然他还有其他的一些理由。

SEC 当然就不同意了，说我这个法官也很好啊，什么也没冤了你。况且 SEC 有权决定是把案子交给法院去审，还是由 SEC 自己来审。这个也很有意思。当然，SEC 可能比较偏向于自己来审，有一些研究说你审出来的东西都是对你有利的。现在据说三十个联邦的机构里有 1930 个行政法官。我最近没有去数联邦地区法院一审法院有多少个法官，一个法院有二十个的话，九十几个一审法院，也跟它这个数差不多。这是一个非常大的一个争议，如果弄得不好，可能把它整个 SEC 审判的权利都给它端了。

刚才讲到渔监局、消费者权益保护局和证券交

<sup>1</sup> 讲座结束后，2024 年 6 月 28 日，美国最高法院对 *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* 案和 *Relentless, Inc. v. Department of Commerce* 案作出裁决：法院应独立判断行政机关是否在其法定权限内行事，不得仅仅因为法律模棱两可而遵从行政机关对法律的解释，因此推翻了雪佛龙案。

<sup>2</sup> 讲座结束后，2024 年 5 月 16 日，美国最高法院对 *Consumer Financial Protection Bureau v. Community Financial Services Association of America, Limited* 案作出裁决：CFPB 为履行其职责从美联储处提取资金符合拨款条款的规定。

易委员会。前两年还有一个可以讲是这四个案子的一个前传，就是西弗吉尼亚州诉 EPA（环保署）的一个案子。当时最高法院已经给了一个预告，说 EPA 没有权利去管应该属于州的事情。所以大家比较普遍地认为这三个案件的判决一出来，可能会比较大地限制行政机关的权利，大家拭目以待。我觉得这个跟在美国的争议和合规都有很大的关系。因为合规无非是针对监管者，比如 SEC 是监管机构，这些监管机构有权来处罚你、起诉你、审判你。现在监管机构本身在被监管。我觉得所有这些案子最终都会归结到这个根本性的问题。<sup>3</sup>

## 二、国际投资仲裁

### 1. Junefield Gold Investments Limited v. The Republic of Ecuador

我刚才讲仲裁有两种：国际投资仲裁和国际商事仲裁。简单来讲，国际投资仲裁是在投资者（主要是公司）和东道国之间，而国际商事仲裁通常是在两个公司之间。投资仲裁通常约定在投资者所在国和东道国之间的双边投资协定中，如果发生争议，则会通过投资仲裁机构来解决，比方说总部设在华盛顿的国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）。去年十二月份，我去了华盛顿一趟，与 ICSID 等机构进行了很多交流。

这个事情为什么我想提一下呢？因为我觉得这在未来会跟大家越来越有关系，我们想一想，这些投资者是从哪来的，通常是来自这种相对比较有钱或有技术的国家，因为它是投资者，或者说叫资本输出国。大体来讲，东道国一般是发展中国家，自己没有钱去开发能源或者进行设施建设，所以就有一些来自有钱国家的投资者到东道国去。很明显，

中国在未来会越来越成为一个资本输出国，未来中国作为投资者的来源地，我相信有越来越多的中国公司会卷入到国际投资仲裁里面去，而且可能很多时候是作为申请人，来维护自己的权益。因为国际条约、双边协定等很多时候都会约定投资仲裁为争端解决机制，最终跟东道国的争议解决就落到投资仲裁上。

拿拉美举例，我们在纽约也做很多与拉美有关的事情。就谈中国到拉美的投资，仅 2022 年中国对拉美的投资就有 120 亿美元，就相当于占总的到拉美的投资的 9%，这个其实还有很多空间。光是 2022 年一年，120 亿美元，这里边就已经有一些纠纷产生了。举一个例子，在 2022 年的时候，有一家中国公司，基于中国和厄瓜多尔政府之间的双边投资条约起诉了厄瓜多尔政府。关于这个案件，我写过一篇文章，刊登在伦敦国际争议解决周的网站。中国的投资者是开矿的，到厄瓜多尔去做项目，然后当地原住民发起了一个诉讼，说你做这个项目之前没有跟我们进行协商，不让你开，然后厄瓜多尔政府就把这个开矿的事情给暂停了。项目暂停后，据称原住民自己又到那边去非法开矿。中国公司诉厄瓜多尔政府称，厄瓜多尔政府的行为相当于是征收（expropriation），而投资协定最重要的内容就是要防止征收。这个案子目前正在进行中。厄瓜多尔政府可能会有一些反驳的理由，比如暂停项目是为了保护公共利益，因此不是征收，或者说不算是非法征收，我也没有专门歧视你中国公司，我对厄瓜多尔公司也这样之类的。但是还有一个很核心的问题是，我有没有给你中国公司合理的补偿，这可能是争议焦点之一。

据不完全统计，现在中国和拉美国家之间有 15 个双边投资条约，就是 BIT，都有投资仲裁条款，

<sup>3</sup> 讲座结束后，2024 年 6 月 27 日，美国最高法院对 Securities and Exchange Commission v. Jarkesy 案作出裁决：当 SEC 以证券欺诈为由要求对被告进行民事处罚时，根据第七修正案的规定，被告有权

接受陪审团审判。

同时现在墨西哥、阿根廷、智利以及刚刚提到的厄瓜多尔，都有出台一些与 ESG 相关的政策，我觉得未来会有越来越多的中国公司感到不满，会采取一些行动。所以我想未来大家会看到的是越来越多类似的案件。

有几个拉美国家由于针对其提起的投资仲裁太多了，不堪重负，然后就宣布退出 ICSID 条约，试图否认 ICSID 的管辖权。当然了，退出之后还有一定的期限，不是马上生效，这是细节。玻利维亚 2007 年退出；厄瓜多尔 2009 年退出，但是 2021 年又回来了；委内瑞拉在 2012 年退出；洪都拉斯是最新的一个退出的。在一带一路的背景下，应该来讲绝大部分中国企业不管是去中东、非洲、欧洲，都需关注投资仲裁。

## 2. Honduras & Energy Charter Treaty

下一个我想分享的是欧洲国家之间有一个《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)，这个条约最近有一些发展很有意思，简单来讲就是有些成员国退出了。这个跟拉美的情况有类似之处但不完全一样。在多年前订立条约的时候，还没有现在这些新能源，所以那个条约被作为一个与传统能源相关的维权工具。等新能源出现了，欧洲很多国家都出台了一些扶持新能源的政策。扶持新能源，老能源就不高兴了，很多传统能源公司根据 ECT 提出了起诉和仲裁，说与新能源相关的这些法律法规和政策侵犯了我的利益，你本来是要保护我作为投资者的利益的，但你出台一个政策，把我利润率降低了，或者有很多诸如温室气体排放之类的各种限制，所以就是相当于一种征收。因此就有很多欧洲国家被这些传统的能源公司告了，最多的可能就是西班牙，因为西班牙初期出台了一些新能源政策，之后就很多人去告，所以现在大家纷纷退出了。意大利在 2016 年退出了，去年十二月份是法国、德国，和波

兰宣布要退出。法国、德国这一退出，你想这个事情还有戏吗？包括欧盟本身，它是一个成员，欧盟本身也宣布退出，所以这个现在就处于这么一种境地。

ECT 中不全是欧洲国家，还有日本、中亚的哈萨克斯坦这些国家。欧盟的法院有判例说，在欧盟国家之间，ECT 不管用，你得通过其他途径去解决，不能通过 ECT。这样的话，比方说哈萨克斯坦可以通过 ECT 去提起仲裁来针对这个欧洲的一个成员，但是欧洲内部反而可能不能去用 ECT，这样的话 ECT 在未来是有可能崩盘的。

所以，投资仲裁实际上是政治性比较强的，跟大家分享一下。

## 三、国际商事仲裁

刚才讲了，商事仲裁是仲裁的另外一种，案件的数量更多。这里我想分享一个实例，最近我们处理了一个事情，我觉得有一定的代表性。国内的客户找到我们说，他针对债务人（个人及其关联的众多公司）有两个仲裁裁决，都赢了，仲裁庭裁决债务人向客户归还上亿美金。但债务人在国内已经没有可供执行的财产，现在客户听说债务人在美国有资产，想到美国来申请执行。我当时很奇怪为什么三年多了，现在才想到美国来执行？我相信在座的有很多债权人，我觉得如果你们有个仲裁裁决，或者说还在打的时候，不光是仲裁裁决，包括法院的判决，就应该想着到美国来执行，因为这个最后大家跑到哪儿去了？这不是都跑到美国了嘛。

这里面有几个问题我想跟大家分享一下。美国联邦仲裁法叫 Federal Arbitration Act (FAA)，美国的司法政策是鼓励大家去仲裁，美国法院也非常愿意去执行国际商事仲裁裁决。大家可能知道，与承认和执行外国国际商事仲裁裁决相关的国际条约是《纽约公约》，这个条约有 190 多个缔约国，几乎世

世界上所有国家都是这个条约的缔约国，当然包括中国和美国。《纽约公约》的好处是，仲裁裁决在缔约国之间，几乎是可以自动执行的，除非有特殊情形。跟法院判决不一样，法院判决要有司法互助协定，中美之间没有，所以对于中国客户来讲，你有个仲裁裁决拿到美国来执行，这是非常顺的。

### 1. Equitable tolling

但在美国执行外国的仲裁裁决有个时效限制，需要在取得仲裁裁决后三年内申请承认与执行，超过三年就不行了。在这个案件中我们就面临这个问题。当时想到有两个途径，第一个途径是 equitable tolling，就是申请根据衡平法延长时效，找出一些理由，比如我这三年一直在试图去执行，但是各种原因没有能成功执行。总之，我做了，我没做到，现在请法官开恩，给我再延长一些时间。大家可能知道，美国有普通法和衡平法，普通法和衡平法过去是不一样的，后来才两者合并，包括一九三几年出台这个《联邦民事诉讼程序规则》的时候，它明确地讲了，现在只有一种，就是要民事诉讼，把普通法和衡平法这两个给合并了，但是在现实当中还是有所区别，也就是在衡平法下法官有很大的自由裁量权。我们找到一些案例，但既然是 equitable，你要证明可能就比较困难，要个案分析。

### 2. Confirmation judgement

另外一个途径，这个也是我想特别提示大家的，就是我在中国去申请一个法院的确认判决，就是叫 confirmation judgment，拿着中国这个判决，到美国来执行，由于执行的对象不再是仲裁裁决，而是外国法院的判决，因此就不受制于 FAA 三年时效的限制。

申请执行外国法院判决的时效是多少年呢？这要看具体哪个州，这也是个要点，在美国，执行

外国的判决不是联邦层面的，每个州都不一样，当然它是相互之间有一些参照，可能有些大同小异的地方，但是在细节上，纽约州、德州、加州都不一样，你要看当地的那个州是怎么去执行的，比方说有 10 年、15 年甚至更长。需要注意的是，我刚才讲到，执行外国法院判决方面没有像《纽约公约》那样可以几乎自动执行的公约。但是从时效上来讲就可以绕过这三年的时效限制，一下子把它延很长了。今天大家听到这个事情，如果说之后你们没有错过这个三年的时效，那我觉得就凭这一条，你们今天这个时间就值回票价了。

说到这个，我另外分享一点，疫情之后我在美国也参加了一些会议，尤其是现在关于争议解决的一些会议（包括一个白领犯罪的会议，下一个部分给大家讲）。两个礼拜之前，我正好参加了美国国际法年会，这个会议每年都在华盛顿召开。会上允许观众提问，我就问了这个问题。我为什么想问这个问题？我主要关注衡平法对于诉讼时效延长在实践当中它是怎么弄的，我从三个渠道得到了答案，我觉得也值回了我参加那个会的票价。第一个是华盛顿一家律所中做仲裁的资深合伙人；第二个是会议上的主题演讲人，是美国第七巡回法院的联邦法官；然后还有一个著名教授。他们三个人都给我指明了方向，我觉得很有意义。其中，我记得这个第七巡回法院的法官，他讲得很清楚，说这个 equitable tolling 几乎做不到。他们不约而同地指出，还是用后一种，即在美国之外的国家申请一个法院的确认判决，然后在美国执行。

### 3. Post-award discovery

美国有一个非常强大的证据开示（discovery）制度，全世界别的国家基本上都没有。当然证据开示在之前的《甘苦谈》里我们讲了很多了。但这里我想讲的是 post-judgement discovery（判决后的证

据开示)。不同于 pre-trial discovery(庭前证据开示),我不是为了取得证据来为审判提供弹药,而是在判决作出后在执行的过程中通过证据开示来寻找债务人的资产。这个要点就是,你只要在美国提起执行程序,你通过律师就可以发传票,包括我们自己也发过很多。你发给第三方,发给银行,发给证券经纪人,以及任何你觉得他有可能是在哪儿有资产的地方。传票的好处是什么?之前都讲过,简要提一下,传票是有法律强制力的,尽管是律师来发,但是如果不违反传票的要求,除非有特别的理由来证明,那就是藐视法庭,藐视法庭可能导致刑事责任,不光是罚钱,有可能要坐牢的。特朗普的前经济顾问 Peter Navarro,经济学家,现在在哪儿呢?现在在牢里,那他为什么坐牢呢?因为给他发传票他不回,就这个事。不是说他做了什么违法犯罪的东西,比如讹了谁多少钱。不是,就是因为他不回传票本身这个事就可以让他去坐牢。

所以你想,美国的裁决或者判决作出之后的证据开示制度是一个非常强大的途径。即使你在美国没有找到他有什么资产,但是你也可能会找到一些信息,比方说他的资产在其他国家,都有可能。为什么有可能呢?比方说纽约,更加是有可能的,因为最大的银行的总部在这里。你给什么银行汇什么钱,很可能都要通过纽约,摩根大通的总部就在我们办公室附近。比方说一个中国公司要付钱给一家巴西银行,大概率来讲,他要通过一个中转银行,你通过摩根大通在纽约来转,那你在纽约通过证据开示,你就有可能会得到一些这方面的消息,说不定这钱转到巴西了,你到巴西去追;如果他在纽约就有账户,那就更好了,直接可以申请去冻结等程序。我觉得未来新的经济形势,会有很多是在已经取得了判决之后怎么去资产追索的问题,这些方面怎么去利用美国的法律的各种途径值得探索。

#### 四、白领犯罪

刚才我讲最近我开了一个国际法的会,有些仲裁方面的感受。最近我去的另外一个会是在旧金山(它每年在不同的地方,今年在旧金山),是美国白领犯罪领域最高端的会议。高端到什么程度呢?就是它的主旨演讲人第一天是美国的司法部长 Merrick Garland。Merrick Garland 大家可能记得在奥巴马时期就提名他担任最高法院的大法官,但是当时 Mitch McConnell,就是参议院的头,共和党的,他说奥巴马你马上任期就到了,这选举以后再说。结果川普上台了。后来 Mitch McConnell 在川普任上又推了好几个保守派的大法官去担任最高法院的大法官,而且在川普下台之前又推了 Amy Coney Barret。第二天是 Lisa Monaco,司法部的副司法部长。你不要小看这个副部长的“副”,司法部只有一个“副”,它不是说有五个八个副部长分管一块,不是,它只有一个。所以这两个人真是数一数二的,没有第三,对吧?其他来的这些人,比方说有 SEC 执法部的头,都是一把手。然后 CFTC 管加密货币的人,还有司法部、财政部、商务部的这些人,比如 OFAC (Office of Foreign Assets Control, 外国资产控制办公室),都是一些有头有脸的人。

这个我为什么想跟大家分享一下呢?我也是参会的,并且应该来讲是唯一一个有中国背景的。我去了,我感觉我很受关注,倒不是说谁认识我,而是中国很受关注。给大家举两个例子。一个是——这个它不是中国公司了,但是我想让大家看到跟中国的关系——Binance (币安)。币安是绝对的高频词,就我刚才讲的所有的这些头头脑脑,每五分钟就会提到一次币安。为什么说币安跟中国有关,就是赵长鹏,是小时候从中国去的加拿大,知名度也很高。他们为什么反复提到币安呢?因为在去年的 11 月份,币安承认犯有洗钱罪。大家知道这是有史以来美国历史上最大规模的公司以及它的 CEO 同时都认罪的,这个认罪协议里边有史以来最大的金额有多少钱呢? 43 亿美金。政府官员也

很津津乐道，因为这也是他们的政绩。

我为什么想跟大家分享一下？因为我试图让大家感觉到这种气氛。第一，币安这 43 亿美金其中 18 亿是罚款，25 亿是没收，一共是 43 亿。这里边同时他们还要放一个监视人员，意思就是说要有一个政府和公司都能接受的人就在你那儿盯着，坐班三年，什么事都得看着，当然监视人员的钱肯定是公司出了，这个他们应该不会提出什么疑问。那同时币安跟其他的很多政府监管部门，比如刚才讲的 CFTC、FinCEN（财政部下的金融犯罪执法网络），还有 OFAC（刚才讲的海外资产管理办公室），都是要一一去达成和解协议的，光一家司法部跟你和解了，他走了，他不管你别的，你还得一家一家去弄。当然他这四十三亿有的就是给了司法部，司法部给其他部门分一些，他之后向其他部门就不用再付钱了。我想传达的这个气氛就是这些执法机构、监管机构反复强调的主题之一，就是说，这些金融监管也好，其他的证券监管也好，要采取一个叫 Whole-of-Government Approach (“WGA”)，要协调各个政府的机构一块去办案、去追、去打，而不是说一家打了之后信息也不跟另一家分享。所以这个现在是美国政府非常重视的。当然不光是联邦层面，我相信联邦和州他们也会有更多的一些协调的举动。总之是要加大金融的监管，证券的监管，白领犯罪的监管和打击。这个我觉得是非常强烈的一个信号，这就是为什么他们各个部门的人都出来讲，实际上也算是一种普法。

还有一点就是说，币安有一定的认罪情节，但是这个认罪情节不是那么的强大，所以刚才讲的金额还是反映了有 20% 的折扣。这两三天里我记得他们也反复讲到，比方说我印象里有像西门子、瑞士的 Gunvor，一个做大宗商品交易的公司。他们就说这个公司的认罪态度好，给了它很大的折扣，五折还是多少折；这个公司不行，所以说币安得了八

折。所以他们非常鼓励你早认罪、多认罪，就可以少罚钱。

我刚才讲这个主旨演讲人是 Merrick Garland，司法部长，他上来刚开始讲 30 秒，他就讲到一个案子，什么案子呢？他讲话那一天是 3 月 6 号，他讲昨天他们的北加州检察官办公室就逮捕起诉了一个中国人，这可能大家在新闻里也听说过，这个中国人在 Google 工作，据说政府指控他窃取了人工智能有关的一些文件，在将近一年的时间里他下载了 500 份关于人工智能有关的文件，并且他在中国的两家公司任职，一家公司是他自己开的，还有一家公司是他被别人聘请作为 CTO（首席技术官），并且据说他在那家公司不光是 CTO，还持有 20% 的股份。这些都是政府现在的指控，具体我们可以再观察最终结果怎么样。总之，他现在被指控有四桩窃取商业机密的罪名，如果指控成立，刑期可以高达十年，罚款可以是每项指控是 25 万美金。虽然这个金额不大、刑期不长，但是司法部长专门提到这个案子，表明对于中国他也很关注。他讲这个时候就往我这边指，我说不可能，我跟这事没关系啊。后来我一看坐我右边的两个人，一男一女，就是办这个案子的检察官。

刚才讲了很多处于严监管的这种情形，我觉得对于很多中国公司，尤其在现在的总的地缘政治的情形下，要特别予以关注合规的这些方面，因为合规弄不好就会成为政府调查，政府调查就会引发政府诉讼，对吧？就是这么一个逻辑。这也是另外一个他们特别反复讲的话题，我记得他这个原话应该是说，“If you do it at the front end, we don't have to get to you at the back end.”就是说，如果你在前端，你把这个合规体系搭建好，你日常的合规工作做到位，那你就避免很多白领犯罪的情况发生，窃取商业机密也好，还是什么反腐败也好，你可以避免它的发生。当然可能还是不能完全避免，但是你

可以避免很多，这样的话你也省了我们政府部门很多事，我们就不用在后端再去调查你；如果我们在后端调查你，开始办案针对你的时候，那你就已经非常难受了。这是他们一个非常明确的警告，就是让大家去完善这个合规制度。

那与此相关的就是说作为合规制度的一方面，就在这个会上，我刚才讲的 Lisa Monica 就宣布了一个新的吹哨人的政策，叫 Whistleblower Protection Programs。她特别强调这个政策是跟人工智能、新兴的颠覆性的科技有关的，特别鼓励大家出来吹哨。这个项目的背景是，之前司法部有散见各处这种吹哨发奖金的政策，但这一次她宣布的是一个统一的、综合性的全司法部范围的奖励计划，这是第一次。我想他们也借鉴了其他部门的一些成功经验。因为就拿 SEC 来讲，SEC 的吹哨人计划是鼓励公司内部人去举报公司，对吧？SEC 的吹哨人计划从 2011 年开始到目前累计发了多少奖金给吹哨人呢？发了 19 亿美金给 397 个吹哨人，这些都是个人。然后在 2023 年这一年当中，SEC 就收到了 18,000 起吹哨人的举报，这个是在本身已经创记录的 2022 年的基础上又增加了 50%。2023 年的时候 SEC 发了多少奖金出去呢？发了将近 6 亿美金给 68 个吹哨人，其中有史以来最大的一起，一个人多少钱？2 亿 7 千 9 百万美金给了一个吹哨人。当然了，SEC 所避免的损失，应该是远大于它给出的这些钱。所以司法部一看，那我也不能落后，也要出台这个政策。

关于这个政策有一个要点，就是它特别强调你得是第一个吹哨人，你如果找到我，我已经知道了，那没用，叫 first in the door；而且必须是你主动来，不是说公司已经受到了调查，那你本来就要回应的，你再出来这个，这就不叫举报了，就不叫吹哨了，这叫回应调查。如果你主动告诉我一些我不知道的信息，而且你是第一个，这样的话你就中奖。所以

这个是值得关注的一个在白领犯罪方面的进展。

关于 in rem forfeiture（对物的没收），最近我们有一个事项，在金融诈骗里面比较常见，大家可能听说过，就是“杀猪盘”。这个案子就是说搞了个杀猪盘，骗了美国很多人的钱，而且查了很多 IP 地址是在柬埔寨。总之，因为被告在柬埔寨，所以现在的起诉状起诉的不是某家公司或者个人，因为他们找不着，所以他们现在发起的叫 in rem（对物）的诉讼。那对“物”，对的是什么“物”呢？这里针对的就是银行账户。因为他们查到了现在有这么两家公司的银行账户，共四五百万美金，他们认为是赃款，所以他们起诉的对象是“物”。我觉得这个关联性有三种情形。第一种是中国公司本身的资产，作为对物的诉讼的被告，就是说你是中国公司，但你的资产现在被人告。法院可能因为各种原因没找到你，你在美国可能没有什么联系，它对你没管辖权什么的，但是它把你的账户作为被告给告了，这个也要应对。第二种情形就是作为原告，刚才讲的在资产追索执行的过程当中有判决之后进行的证据开示，那假设说查出来了对方有一个加密货币的账号，但是你不知道这个是哪家公司的，那你也可以发起一个对物诉讼，作为执行的手段的一部分。第三种情形是，也可以是作为第三人（我们都有不同程度的接触过这些情况）。第三人就是说，他起诉的比方说是一家网络银行，他把这个网络银行给封了，这个里边有我的钱，但是这本身这个事不是我干的，他说是别人干的，但是美国政府在起诉别人的时候，他们发起一个对物诉讼，他们把这个对象给冻结了，其中里边有我的钱或者有我的账户，那这种情况怎么办？那我们现在要提出异议，说你为什么不能冻结这个东西，这东西是我的，你该找谁找谁，但你得把这个账户给解冻。所以我们最近刚提交了一个异议。加密货币可能是比较容易出现这种状况的一个领域，但是这完全不限于加密货币，它完全可以是一个跟这种高科技没关系的领域，它可以就是一

个正常的普通的传统的一个金融交易，它可以是房地产，它可以是其它东西，可以是汽车，对吧？

说到这个加密货币，还有一个很有意思的案例。3月8号的时候，美国的第二巡回法院又一起针对币安的证券集体诉讼。这一帮原告要发起集体诉讼，起诉币安，说它违反了证券法，实施了证券欺诈。一审法院把起诉给驳回了。驳回的理由是什么呢？是说我没有属人管辖权。为什么没有属人管辖权呢？因为币安说自己不属于世界任何一个地方。它名义上的总部所在地是在马耳他，地中海里头的一个小国家，马耳他明确说它不管。所以一审法院就说这个币安跟美国没有连接点，就给驳回了。然后原告上诉到第二巡回法院，第二巡回法院不同意一审法院的意见，采取了一个 *irrevocable liability test*（不可撤回的法律责任测试）来判断这个连接点，就是说，用户和这个平台在什么时候发生了不可撤回的合同关系。第二巡回法院认为在合同法下这跟高科技都可以没关系，这是经典的合同法的概念，叫合意，有 *offer*（要约）和 *acceptance*（承诺），双方达成合意的那个瞬间就建立了一个合同。所以现在法院认为什么时候建立了合意呢？是在建立了不可撤销的法律责任的这个时间点上。那这个点怎么去找呢？法院分析了各种因素，说币安这个平台，它的数字，它的基础设施，大部分是位于美国的，包括它用的亚马逊的云服务；同时，原告也是在美国的，所以更有可能用的是美国的云，而不是其他的云。并且币安自己的用户协议里边也有提到，如果你是在美国的话，那你应该是在美国发生的交易。基于这些因素的衡量，第二巡回法院认为，在美国的某个服务器上，构成了所谓的“*irrevocable liability*”（不可撤回的法律责任），这个时点是在这发生，因此我就有管辖权。这是个非常新的案子，所以我想跟大家来分享一下。

在座的各位也可以从公司法务的角度或者代

表公司的角度来想一想，如果我说我的公司在全世界谁都管不了我，有可能会有一种意想不到的结果，就是说各个不同的法院，它自己找到它的一些方法，它都能审理，对吧？从没人管变成可能很多人能管，是不是还不如说我一开始设计的时候，就说我的所在地是在哪、注册地是在哪，对吧？说不定还把这个事情搞得更清楚一些——你在别的地方起诉我不行，你就应该到总部这个地方来，对吧？所以这个是在公司架构设计、风险防范这些方面可能需要关注的一点，但这都是非常新的事情，所以还是拭目以待它的发展。

白领犯罪这块比较杂地讲了这么一些，我觉得很多事情跟中国公司还是有很大关系的。

## 五、问答

### 问题 1:

投资仲裁中，国家间仲裁有哪些机构可以受理，刚讲了 ECT、WTO 还有吗？

### 回答 1:

WTO 是常设的一个机构，它有人员、有秘书处，但是 WTO 不做仲裁。之前我们有个客户就在合同中约定到 WTO 去仲裁，结果仲裁条款无效，最后去特拉华打了三年，我可能第一期《甘苦谈》都讲过。ECT 是个条约，它不是有楼房、人员的机构，它是一套制度。

投资仲裁最常见的两种：一种是根据 ICSID 的一套规则去受理，同时它也是个机构。还有一个比较常见的是通过 UNCITRAL 的仲裁规则，UNCITRAL 跟 ICSID 不一样，它不是一个机构，跟 WTO 也不一样，它比较类似于 ECT，它是一套规则。

### 问题 2:

郝律师对亚洲的商事国际仲裁机构在美国法律市场的发展是否有任何观察？

### 回答 2:

这个每天都有观察，因为新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Center, SIAC）两年前在美洲开的代表处就在我楼上。我们在洛克菲勒中心 19 楼，他们在 20 楼，这个观察是不是很直接？而且我觉得这充分体现了仲裁的国际性。SIAC 是跨大洲之间的，亚洲和美国之间就不用说了，中美、日本跟美国，包括跟拉美，都可以见到 SIAC 的身影。当然，ICC 在美国、美洲地区也很活跃，或者说它在全世界的网点可能是最多的，因为 ICC 总部在巴黎，但是它在全世界都有，在中国它就有不止一个代表处。像美国的 ICDR（International Centre for Dispute Resolution），美国国际争议解决中心，它是美国仲裁协会旗下专门做国际争议解决的分支，在新加坡也有一个办事处。这些都是相互交融的。我觉得仲裁是非常有意思的，大家可以关注一下。

### 问题 3:

请问中国本地仲裁委作出的仲裁裁决是否可以在外国承认和执行？

### 回答 3:

这个刚才也有提到过。如果是《纽约公约》适用，那么应该根据公约申请承认与执行即可。我不知道这个问题还有没有其他的一些潜台词，因为不在现场就很少有这种互动。仲裁跟诉讼有非常大的一个不同点，它在后端执行的过程当中，有自己独特的一些优势。过去有人讲说仲裁是便宜，这个你现在看来也不一定。主要是在它的执行效率和保密性，仲裁裁决你网上是查不到的。而在美国，第一，诉讼庭审是公开的，除非你特别地要求，法院也批准去秘密审判。然后整个诉讼的过程当中的这些所

谓案卷基本在网上都可以查到，但是取决于法院。联邦法院是有一套系统，州法院大部分也都可以查到，因为它特别强调诉讼的公开和透明性。而仲裁基本上来讲恰恰相反。所以对于很多当事人来讲，这个可能是更大的一个考虑。

正好做个小广告，除《甘苦谈》以外，我们在不久的将在《君合美国说》底下有一个新的小系列，跟《甘苦谈》是并列的，叫《美国争议纵横论》。想法是我们找一个话题，比方说我们第一期的话题讲在美国法院里边涉及到中方的情形下，中方有美国“证据开示”义务，它多大程度上能够利用中国对于数据出境的限制来不开示或者缩小开示的范围。这个问题我相信很多大家都关注，可能也都有研究过。我们现在的做法是我们查了（美国州没有去查，这太多了，50 个州）联邦法院，做了一个穷尽的详细搜索，上溯到过去很多很多年。最后我们限缩到 80 多个案例，又对其中部分案例进行了比较详尽的分析，希望对大家会有一些帮助。整个《纵横论》系列的想法应该来讲我们是原创的，因为它专门针对的是跟中国有关的当事人但是在美国的案例，所以这个是“横”，在地域上它是横的、跨境的、跨洋的。“纵”是什么呢？我们找到一个题目，然后去查这些案例，不管追溯到什么时候，50 年、100 年、200 年，但大概率不需要那么久，这个叫“纵”。

### 额外分享：亲身体验陪审团选拔过程

最后我想分享一下，大家可能知道昨天特朗普所有的刑事案件里的第一个案件在纽约开始开庭审判，今天是第二天，但是他们这两天陪审团都还没选出来。报道说很多人都被筛下去了，我就想到去年我也中奖了。我住在新泽西，新泽西州法院去年 1 月左右发了一张明信片到我们家，说你被抽中了，要在 2 月 14 号去法院参加陪审团选拔。选拔当天，法院把所有的人放在线上，大约有四五百人，都是随机抽出来的。所有人早上全部拨入，之后就

先点名，按照字母顺序还是什么的，一个一个的点。它好像是分了四组，四个人同时点，所以也很闹，光点名就花了可能有一个小时。多次说谁也不能走，而且一定要把摄像头开着，很严厉的。关键的程序就是 *voir dire*（预先审查），即法官和当事人及律师对候选陪审员通过询问来审查其是否具备作为陪审员的资格及适当性的程序。问你有没有偏见、你之前对这个案子知道多少。那是个谋杀案，一个律师把他老婆给杀了，又想跑到古巴，后来又给抓回来了。整个过程持续到下午的四、五点钟，它也不让你离开摄像头，就是说有六七八个小时在线上你不能动。但是他们反复说这是你的义务。

我想说的是，它为什么花这么长时间？它点名完了以后又发了一张问卷，让你填这张问卷，填了之后因为你是线上嘛，你也没法交给它，它说你把这问卷给填好了，比方说有 18 个问题，你有什么

一个问题回答为“否”的话，你就不用参加后续选拔了。但是你要等到第二次点名点到你时候，你再告诉他你对哪个问题的回答是“否”，所以你就等着，而且你回答“否”了以后，你还得等他问完其他所有人，最后才能一并被打发掉。当时有人恨不得说 18 个问题里有 12 个是“否”的，有的人就 1 个，很少有人说没有“否”。所以那天我估计它选不出来的，第二天还得再选。后来它说，噢，你们有任何问题回答为“否”的都可以走了，当时真是满场哗然，大家已经无语了，要走了总算很高兴了，但你早告诉我就不就得了，对吧？看你怎么看，可以说它效率比较低，同时也可以认为它非常重视刚才讲的宪法第七修正案，即公民的一个基本权利是要有陪审团来去审判他。

再次感谢各位的陪伴，也希望对你们有所帮助，我们也可以在微信上保持联系。

郝 勇 合伙人 电话：86-21 2208 6371 邮箱地址：haoy@junhe.com

徐 毓 律 师 电话：86-21 2208 6196 邮箱地址：xuyu@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多信息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

