

## 中美热点法律问题和案例研究 (二) : 华为孟晚舟案|跨境阐释

为应对美国司法部发起的“中国行动计划”(China Initiative)，帮助中国企业加深对美国政府调查程序的了解，防范相关法律风险、处置跨境商事争议，北京市天同律师事务所联合美国著名的佳利律师事务所(Cleary Gottlieb)设立“中美热点法律问题和案例研究”课题，从中国法、美国法、国际法及中美司法体制间的互动等多个角度形成研究报告。继上期TikTok案例后，本周我们推出本课题的第二篇研究报告，聚焦中国企业及企业高管因卷入美国刑事调查程序所引发的刑事与商事法律风险。

**依据加拿大《引渡法》，加拿大可能会将华为公司首席财务官孟晚舟女士移交给指控其进行银行和电信欺诈的美国政府。**

中美之间紧张的政治局势使众多中国企业和高管成为美国当局的重点关注对象。自从美国总统唐纳德·特朗普在2018年针对所谓的“不公平贸易”行为对中国征收关税以来，中美两国一直在进行密集的贸易谈判。随着谈判持续进行，有评论认为，美国想从加拿大引渡孟晚舟到美受审是出于政治层面上的考虑，尤其是考虑到特朗普在其言论中曾将对孟晚舟的指控和中美贸易谈判联系起来。美国出于政治动机而对非美国企业及企业高管采取法律行动有先例可循：《美国陷阱》一书就讲述了法国电力公司阿尔斯通高管弗雷德里克·皮耶鲁齐受到美国联邦调查局逮捕和监禁的遭遇。我们将在下文中介绍美国司法机关可以对不在美国的境外人士采取哪些措施。

### 案例背景

美国司法部对中国电信业巨头华为科技公司提出指控，称其破坏美国对伊朗的制裁及实施银行和电信欺诈。华为首席财务官孟晚舟女士因此被卷入“战火”之中。2018年12月1日，孟晚舟从香港飞往墨西哥的途中，在加拿大温哥华国际机场被边境工作人员拦下。随后，在美国的要求下，加拿大根据美、加两国之间的引渡条约逮捕了孟晚舟。

美国司法部指控华为运营一家名为Skycom的公司作为其与伊朗开展业务的非官方子公司，并向美国政府和多家金融机构隐瞒了与Skycom和伊朗方面的联系。至于孟晚舟，美国司法部指控她通过故意隐瞒华为与Skycom的关联、混淆华为在伊朗的业务有违联合国、美国和欧盟对伊朗制裁的事实，对包括汇丰银行在内的多家金融机构进行银行和电信欺诈。

孟晚舟于 2018 年 12 月 1 日被捕后，以 1000 万加元的保释金获释，目前在温哥华被软禁。2019 年 1 月 28 日，美国司法部正式要求加拿大将孟晚舟引渡到美国，加拿大司法部于 2019 年 3 月 1 日发布了“授权进行书”（ authority to proceed ），正式启动了孟晚舟案中的引渡程序。为了继续推进引渡程序，加拿大检察官必须证明孟晚舟的案件满足“双重犯罪”（ double criminality ）条件，即美国方面指控孟晚舟的犯罪行为在加拿大也独立构成犯罪。涉案双方在加拿大助理首席法官希瑟·霍尔姆斯面前陈述了各自的观点。霍尔姆斯法官尚未裁决是否可以继续进行引渡，但该裁决很可能会在 2020 年 4 月的下一次听证会之前作出。

华为案对于企业高管在境外被指控犯罪有重要的借鉴意义。中国籍人士为何会因被指控违反美国法律而在加拿大被拘留？企业高管在逮捕令发出后如果有跨国出行的需要，又可以采取哪些防范措施？

## 引渡程序

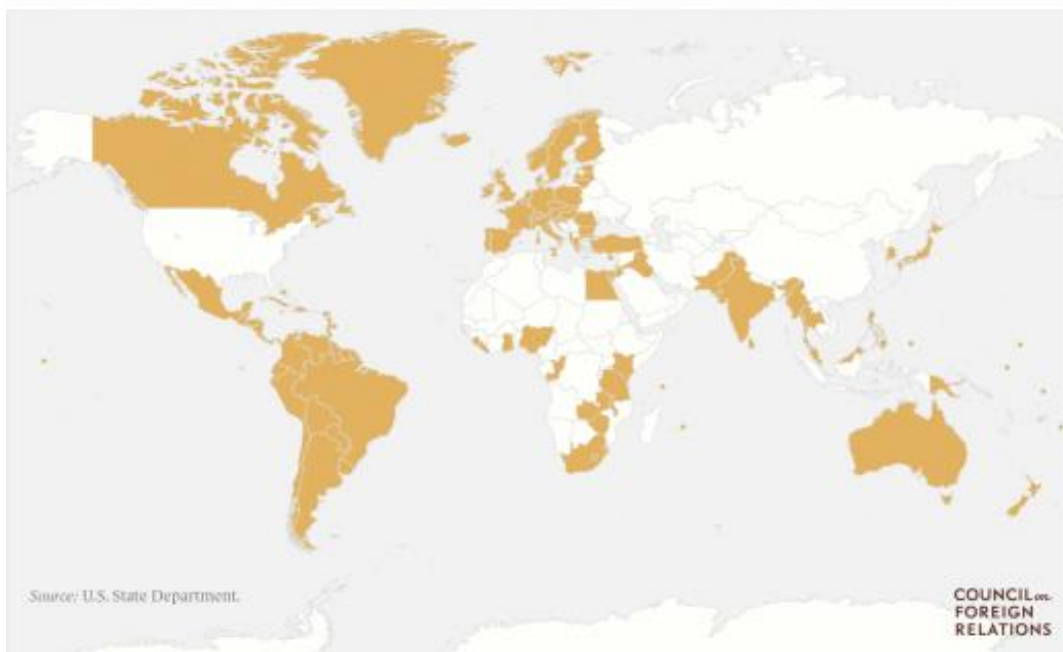
**引渡程序简介** 国家之间的引渡条约允许一个国家从另一个国家引渡或要求遣返被指控或被定罪的当事人。尽管各条约的条款有所不同，但引渡条约通常都要求满足“双重犯罪”条件，即被指控的行为必须在要求引渡的国家和嫌疑人目前所在的国家都被认定为是犯罪行为。

美国与 100 多个国家和地区签订了引渡条约<sup>1</sup>。美国是欧盟两份多边引渡协定的缔约国，这两份协定于 2010 年生效，并通过与各欧盟成员国签订双边条约的方式实行。同时，美国还签订了两份多边引渡协定，其中之一为《欧盟与美国引渡协议》，该协定于 2010 年生效，通过美国与各欧盟成员国签订双边引渡条约的方式施行。

---

<sup>1</sup> <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/06/2019-TIF-Bilaterals-6.13.2019-web-version.pdf>.

## 与美国签订引渡条约的国家：



由于上报程序和某些引渡请求的政治敏感性，尚无法获得准确的引渡数据。但据估计，美国每年会引渡 350 至 600 人。从 2008 年到 2018 年，加拿大收到了来自美国的 798 份引渡请求，其中有 552 人被引渡<sup>2</sup>。

**加拿大引渡程序** 如上文所述，美方对孟晚舟采取法律程序意味着需启动与加拿大的引渡程序。下文将详细叙述加拿大的引渡程序。尽管各国的引渡程序有所不同，了解加拿大的引渡程序也可为面临跨境引渡的个人提供有价值的参考。根据每个案件的不同情况和司法程序及上诉阶段涉及的问题数量，引渡案件可能耗时数月数年不等。涉及美国的引渡从提出申请到正式引渡平均要花费一年的时间。

---

<sup>2</sup> <https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/empla-eej/stat.html>.

## 授权进行书

根据国际援助组织联盟（IAG）的规定，在紧急情况下可以进行临时逮捕。逮捕之后，申请引渡的国家必须在 60 日内提出正式的引渡请求。此后，根据加拿大《引渡法》和其他适用引渡条约的要求，加拿大司法部的官员应在 30 日内决定是否签发“授权进行书”。如果未签发“授权进行书”，则引渡程序终止；但如签发，则应随即确定引渡程序的听证会日期。

## 司法程序

在引渡听证会之后，省级高级法院的法官将决定现有证据是否支持“双重犯罪”条件成立，即被指控的行为在加拿大是否构成犯罪行为。

## 行政程序

在作出司法程序初步决定和上诉（如有）之后，司法部长将决定是否应将被指控的个人移交给外国。如果部长批准了移交令，被指控的个人将被移交给申请引渡的国家。

## 上诉

被指控的个人可以对引渡决定提出上诉，也可以向上诉法院申请对司法部长的决定启动司法审查。如果上诉法院维持原决定，则被指控的个人可以继续将上述两份决定（或两份决定中任意一份决定）上诉至加拿大最高法院。

**孟晚舟案的司法程序** 目前，孟晚舟案处于引渡中的司法程序阶段。2020 年 1 月，其律师辩称，由于加拿大没有对伊朗实施制裁，美国司法部指控的孟晚舟违反美国对伊朗制裁的犯罪行为在加拿大不构成犯罪，所以“双重犯罪”条件不能得以满足，因此引渡程序应被中止，孟晚舟应被释放。但加拿大总检察长认为，孟晚舟被指控的广义欺诈行为在加拿大也构成犯罪，因此引渡应继续进行。目前，当事各方仍在等待法官就“双重犯罪”条件是否达成作出裁决。

## 核心启示

随着大型企业的全球化发展和一些主权国家政府在国外影响范围的持续扩大，了解各跨境条约的内容并在进行国际旅行时采取必要的预防措施对企业高管来说是很有必要的。以华为案为例，其中有很多可供汲取的经验教训：

- **了解个人在外国司法管辖区的法律责任。** 如上文所述，某些国家与外国有友好引渡协定。涉事个人在计划出行时应向目的地当地律师咨询相关法律问题。对已被外国指控或签发逮捕令的个人，应避免前往与对其进行指控的国家签署了有利引渡条约的国家。
- **聘请当地律师。** 受到指控的当事人在其计划前往的每个司法管辖区都应聘请当地律师，这样做可以确保他们在需要时都有当地律师代理。如果被指控的当事人怀疑或认为自己将被边境人员拘留并讯问，应尝试立即发短信或致电其在当地的律师。被指控的个人还应向边防人员说明其希望联系律师，并要求在律师在场的情况下进行讯问。
- **与国际刑警组织 ( Interpol ) 取得联系。** 在接到外国指控之后，被指控的当事人应向国际刑警组织提交信函，确认指控国 ( 或其他任何国家 ) 是否已要求国际刑警组织发出红色通缉令。红色通缉令是国际刑警组织对被起诉或服刑的逃犯发出的通缉。红色通缉令发出后，国际刑警组织成员国<sup>3</sup>的警察将收到有关国际通缉逃犯的通知，且该通缉令有可能被用于支持引渡程序。为了预防与红色通缉令相关的风险，被指控的个人可以请求国际刑警组织在签发红色通缉令时对其进行通知，以便有机会对通缉令提出异议。
- **关于电子设备和社交媒体。** 涉事个人应密切关注目的地当地习惯和边境保护的相关政策。例如，美国海关和边境保护局的政策允许美国海关人员在有合理怀疑的情况下检查任何旅行者的电子设备上实体存在的信息。而如果事关国家安全，海关人员即使在没有合理怀疑的情况下也可进行检查。美国海关人员还可以要求旅行者披露其社交媒体和电子邮件的账户密码，或在检查结束前扣留其电子设备。非美国公民或美国绿卡持有者如果拒绝检查要求，则有可能面临拘留、审问或被拒绝入境。在抵达外国之前，出行者应考虑禁用面部和指纹身份认证，并在其电子设备上退出电子邮件、消息收发应用程序、社交媒体和其他账户，以限制海关人员访问其个人数据的权限。出行者也可以考虑使用加密服务，关闭设备，或者保险起见，在出行时使用一次性手机或手提电脑。如果设备被扣押，则应索取设备被扣押的凭证。
- **如被拘留，做好相应准备。** 在进入美国境内时被拘留并接受讯问的非美国公民有权保持沉默，并要求与其国家的领事馆取得联系。但由于非美国公民本身没有进入美国的

---

<sup>3</sup> <https://www.interpol.int/Who-we-are/Member-countries>.

权利，拒绝配合讯问或拒绝提供电子设备的访问权限可能会导致入境延误或被拒绝入境。如果要入境美国的外国公民认为他们被拘留了过长时间，或被海关或边境工作人员告知他们已被捕，则应立即要求与领事馆或其律师联系。

## 天同点评

### 中企高管的风险防范措施

越来越多的中国国企和大型民企的高管心存疑虑——如果在境外旅行时遭遇到孟晚舟女士类似的情形，该如何进行风险防范呢？我们建议，中企高管可以考虑采取以下方式：

**其一、中国高管不应前往“五眼联盟”国家。**所谓“五眼联盟”，是一个以英语为主的国家情报联盟，在英、美协定下组成的国际情报分享团体，成员国包括加拿大、澳大利亚、新西兰、英国和美国五国。拘留孟晚舟女士的国家，正是“五眼联盟”中的加拿大。一般认为，这五个国家具有较为紧密的联盟关系，在信息和情报分享上较为活跃。因此，某些大型国有企业内部出台了政策，建议高管不前往这五个国家出差。

**其二、中企内部对敏感海外交易和涉及其中的高管，需建立“内部信息分享机制”。**大型国企和民企集团中，有很多子企业，而集团公司未必可以全面掌握下属子企业从事的海外交易情况及其中的法律风险。那些有条件的大型企业，在集团公司层面应建立健全“海外交易内部信息分享机制”，要求各级子企业将这些海外交易信息和参与其中的高管信息，录入到集团公司的数据库中，便于对敏感海外交易和高管海外出行时的法律风险进行分析、评估。建议那些从事敏感海外交易的中国高管不要海外出行。至于其他人员必须海外出行的，建议其检查所携带的电子设备（手提电脑、手机、iPad、U 盘）和纸质文件中是否载有相关信息。

**其三、中企高管可申请中国“领事保护”。**《中国领事保护和协助指南（2018年版）》<sup>4</sup>给出了以下建议：

所遇情形	处置方式
------	------

<sup>4</sup> <http://cs.mfa.gov.cn/lshhzn/P020181207363467982595.pdf>.

<p>当海外旅行中遇到当地警察及相关管理机构等执法行为时</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 请保持镇静，配合执法，避免发生争执或采取过激或导致对方误解的行为</li> <li>● 有权要求对方出示证件确认其身份，有权拒绝签署自己看不懂的文件，有权要求联系律师，通过法律手段维护自身的合法权益</li> <li>● 如当地执法人员在执法过程中有违法违规行为，可视情况提出抗议，当应避免直接冲突。如未果，请以稳妥方式保留相关证据，以便日后向当地相关部门投诉</li> </ul>
<p>当遇到当地警察、海关、移民局人员暴力执法，扣押护照时</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 可要求对方出示证件和相关法律文书，记录其姓名、证件号、法律文书名称、编号等，并注意收集和保存其违法违规证据，以便向驻在国主管部门投诉</li> <li>● 也可同中国驻当地使领馆联系并提供证据，使领馆会根据情况向驻在国有关部门核实并表达关切</li> </ul>
<p>当在国外被当地有关部门羁押、拘留、查扣，人身自由受到限制时</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 有权知晓原因，有权获得不低于当地公民的待遇，有权要求当地执法部门提供律师或与自己的律师联系，有权要求与中国驻当地使领馆联系</li> <li>● 使领馆将根据情况联系并敦促执法部门依法办案，保障中国高管的合法权益，及时通报案情进展，还可要求外方安排使领馆官员对被羁押人员进行领事探视，协助与国内亲属联系，提供律师名单。但使领馆不能干涉当地正常司法程序，不能就被羁押人员的违法行为向执法部门请求减免处罚，不能出面代为进行诉讼。被羁押人员聘请律师的有关费用需自理</li> </ul>

**其四、中企应提前做好“备选律师名单”**。中企高管如遇到孟晚舟女士的类似情形，需立即聘用当地律师维护自身合法权益，并参与相关诉讼。中企高管如希望自己在面对这类“突袭式羁押”和海外诉讼时能从容不迫，并在最短时间内聘用最专业的律师，其所在的中国企业应提前做好“备选律师名单”，供高管参考使用。可以通过以下方式确定该等名单：

- 1) 中企法总、法务部直接对接或选聘值得信赖的中国律所、律师去对接海外律师；
- 2) 中企法务部、被选聘的中国律所或律师，在高管最经常出差的司法区内选择当地律所或律师；
- 3) 以美国为例，中企可以选择美国的全国性律所，也可以选择有能力应对美国政府调查和刑事指控的知名律师（因为很多以刑事辩护见长的美国律师，并不在大型律所工作）。

中企高管海外出行前，可从本企业法务部那里获取“备选律师名单和联络方式”。如果其在海外遭到突然羁押，可以联系名单上的律师。

### **中企可能面临的跨境商事纠纷**

如前所述，美国司法部不仅针对孟晚舟女士进行指控，还以银行欺诈、电信诈骗、违反美国对伊朗经济制裁等多项罪名指控华为公司。华为不仅需要应对美国政府的调查和刑事指控，还可能遭遇到一系列的跨境商事纠纷，从而导致其全球“供应链”被干扰。华为的遭遇，给那些与美国企业“一较长短”的中国企业敲响了警钟。我们认为，伴随着美国政府调查和刑事指控，中国企业可能会面临以下三类跨境商事纠纷：

#### **1. 美国民事诉讼**

美国司法部经常针对中国企业窃取美国企业知识产权提出刑事指控。伴随着这类刑事指控，美国企业出于维权目的，也可能针对中国企业提出知识产权侵权诉讼。这类诉讼案件往往由美国法院管辖，适用美国法律，属于民事诉讼类型。在这种情况下，中国企业将遭遇到“平行诉讼程序”：一方面面对美国司法部的刑事指控，另一方面不得不同时应对美国民事诉讼。

在这类“平行诉讼程序”中，美国企业可能会从刑事诉讼中获取公开的证据以支持其提起的民事诉讼。此外，如果在民事诉讼中，相关中企高管在接到对其“庭外质询”的请求时，援



引美国宪法第五修正案中“禁止自我控诉”特权保护并拒绝作证的话，该等行为可能被美国法官或陪审团解读为，该名高管故意隐藏重要事实，从而对该高管甚至其所属的中国企业作出“不利事实推定”。

## 2. 国际商事仲裁

中国企业遭美国司法部起诉的信息一经披露，就可能影响到该企业与美国企业（或其他外国企业）签订的商事合同的履约，并进而引发国际商事仲裁。

**第一种情形：**假设美国司法部对一家中国企业提出刑事指控。该中企与美国供应商签订了采购协议，从美国供应商处采购了关键设备。在美国主要媒体报道了该中企遭到美国司法部的刑事指控后，美国供应商发函给中企，要求解除履行中的设备采购协议。在中企与对方协商无果的情况下，中企可能会根据采购协议中的仲裁条款（例如，国际商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心仲裁等），提起国际商事仲裁。

在该类国际仲裁案件中，中企作为申请人，主要指控美国供应商的解约行为不当，构成重大违约，从而要求其支付违约损害赔偿金、利息和仲裁成本等各项损失。而作为被申请人的美国供应商可能会提出，中企面临的刑事指控范围较广，如果美国供应商继续履约，该美国企业及其高管也可能受到美国法律的规制。在这种情况下，美国供应商受美国法律的规制而不能继续履约的情形，可能构成“不可抗力事件”，因而其解约行为不构成违约。

**第二种情形：**假设在一份国际货物买卖合同中，中国企业作为卖方，向作为买方的美国企业，作出书面保证：中国卖方提供的货物不会让美国买方在采购货物后，因知识产权问题遭遇货物被扣押或被第三方诉讼的法律风险；否则，中国卖方承诺将赔偿美国买方由此而产生的所有损失（包括但不限于美方参加相关诉讼的法律成本及美方被要求支付给第三方的赔偿金）。在这种情况下，美国买方可能会根据国际货物买卖合同中的仲裁条款，针对中国卖方提起国际商事仲裁，要求中国企业承担违反保证条款的赔偿责任及对美国企业进行补偿。

## 3. 跨境商事诉讼

在签订国际货物买卖合同时，买方通常会向卖方支付“预付款”，卖方则需申请经常合作的银行，以买方为受益人开立独立保函。一旦双方围绕国际货物买卖合同发生纠纷，则买方会要求卖方退还预付款；如果卖方拒绝退还预付款，则买方可以要求保函开立行支付保函金额。

中国企业在受到美国政府的刑事指控时，可能引发中国企业和外国企业之间，围绕国际货物买卖合同的商事纠纷（以国际商事仲裁作为纠纷解决方式），同时可能由此引发独立保函纠纷。这类纠纷，往往通过境外法院诉讼解决。

如上文所述（见第一种情形），当美国企业拒绝继续履行设备采购协议向中国企业供货时，中国企业向保函开立行（假设，银行位于法国巴黎）发出“保函索兑通知”。美国企业随即根据保函中约定的“管辖法院条款”，在法国巴黎商事法院申请“保函止付令”。巴黎商事法院下达了临时止付令后，中国企业、美国企业和保函开立行都加入到法国诉讼程序当中。如果中国企业可以说服巴黎法院解除保函止付令，则保函开立行将不得不根据保函要求，向中国企业支付保函金额和利息。