



## 天同律师事务所---美国佳利律师事务所中国课题介绍

本文为北京市天同律师事务所和美国佳利律师事务所共同撰写的“中美热点法律问题和案例研究”课题的第三篇研究报告。本课题聚焦在美国开展商业活动的中国企业和在中国开展商业活动的美国企业相关的法律动态，旨在从中美两国律师的角度全面跟进该等法律动态，并为中美两国客户提供及时、综合的建议。本课题由佳利律师事务所纽约、华盛顿特区办公室和北京市天同律师事务所联合推出。

\* \* \*

### 中美热点法律问题和案例研究（三）：中国银行案

*美国法院可能要求在美开设分行的中资银行遵守其发布的第三方证据开示命令，即使该等开示违反了中国的法律*

随着新冠肺炎（Covid-19）疫情的爆发，中美两国关系也在持续发生着变化。由于供应链发生断裂，且持续的市场低迷可能导致诉讼活动的增加，中国企业，尤其是中国金融机构，应考虑其卷入到美国诉讼程序的风险。一般而言，基于国际礼让原则及对他国主权的尊重，美国法院会尊重外国法律。然而，近年来，部分美国法院曾裁定中资银行出示与美国民事和刑事诉讼有关的记录和信息，尽管该等裁定的内容与中国法律相悖，且可能会让银行面临在中国法律下遭受处罚的风险。作为非诉讼当事人的中国企业在何种情形下会被要求遵守美国法院的传讯呢？一起涉及假冒产品销售的商标侵权案件“*Gucci America Inc. 诉中国银行案*”有助于我们了解美国法院是如何处理前述问题的。

#### 案例背景

据悉，中国银行是“中国国际化和一体化程度最高的银行”，其全球服务网络遍布 61 个国家和地区。作为中国国有企业，中国银行的注册地和总部均不在美国，但其在美国设有四家分行，其中两家位于纽约市。

2010年6月25日，Gucci America, Inc.和其他奢侈品公司在美国纽约南区联邦地区法院（“纽约南区法院”）向多家中国网站提起商标侵权诉讼，指控它们出售带有原告商标的假冒产品。2010年7月12日，纽约南区法院下令冻结被告的资产，包括被告储存在中国境内的中国银行账户中那些涉案假冒产品销售所得。2010年7月16日，原告向中国银行纽约分行送达传票，要求获取被告资产的相关信息。中国银行提供了其纽约分行持有的相应文件，但拒绝在全球范围内执行传票要求，并辩称美国联邦地区法院无权要求中国银行遵守该等要求。中国银行辩称，披露客户信息将违反中国银行保密法律、法规，且该等证据开示请求应遵守《海牙取证公约》的程序，而非美国联邦民事诉讼规则。

围绕该案的法律争端持续了五年时间。在此期间，中国监管机构就该案出具了两封信函，而中国银行两次被美国法院判定为藐视法庭。最后，纽约南区法院于2015年11月下令对中国银行处以每天五万美元的罚款。2016年2月，当罚款累计达一百万美元时，中国银行做出了妥协，应法院要求提供了相关记录。

美国第二巡回上诉法院（“第二巡回法院”）对 *Gucci America Inc. 诉中国银行案*（“Gucci 案”）作出的裁定中，就美国法院对外国银行行使“长臂管辖权”改变了多项重要法律规则。Gucci 案的结果标志着美国法院“长臂管辖权”的扩张，其获得境外文件与记录的能力也得以提高。在另一起纽约南区法院于2018年受理的民事诉讼案件（*Nike 诉 Wu 一案*）中，六家在美国设有分行的中资银行未对法院发布的第三方证据开示命令提起上诉，而是选择遵守该等命令。去年夏天，因三家中资银行未遵守美国政府的传票要求，就一起针对某中国企业违反美国对朝鲜经济制裁措施的调查案件出示文件，哥伦比亚特区联邦地区法院裁定该三家银行藐视法庭，并在裁定中引述了 *Nike 诉 Wu 一案*。依照第二巡回法院在 Gucci 案中确立的扩大“长臂管辖”的权限，哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院维持了地区法院在该案中的裁定，扩大了美国政府传票在哥伦比亚特区的效力。

基于上述美国法规则的发展，对中国金融机构而言，了解自身将在何种情形下、以何种方式受到美国法院的管辖并被要求遵守证据开示的命令就显得尤为重要。

## 法律分析

**传票：**执行向非诉讼当事人送达的传票受《美国联邦民事诉讼规则》（“《联邦民诉规则》”）第45条的规制。该条项下的传票一般被民事诉讼案件的当事人用来要求非当事人提供文件或证词，例如 Gucci 案的情形。《联邦民诉规则》第45条要求发出传票的一方

采取合理措施，以避免被传唤人因遵守传票要求而承担过度的负担或支出。当非诉讼当事人作为传票的被传唤人时，如果其在没有充分理由的情况下不遵守传票要求，则相关地区法院可能裁定其蔑视法庭并对其处以罚款。

对中国企业而言，中国法下限制其向美国法院提供文件的相关法律就可能构成“过度的负担或支出”，且企业避免该等负担或支出的利益可能超过美国法院下达传票所获得的利益。根据《联邦民诉规则》第 44 条第 1 款规定，如果一方当事人就外国法律提出问题，且该方当事人以诉状或其他书面文件的形式发出通知，法院可针对该外国法问题举行听证会。为查明外国法律，“法院可考虑包括证人证言在内的任何相关材料或资源，无论该等材料或资源是否由当事人所提交，或根据《联邦证据规则》是否具有可采性”。由于法院进行外国法查明的结果被视为对法律问题作出的裁定，因此法院根据《联邦民诉规则》第 44 条第 1 款作出的裁定在上诉时会由上诉法院重新审理。

**对人管辖权**：美国法院下达境外证据开示裁定的权力建立在“对人管辖权”的概念之上。美国法院命令某个非诉讼当事人的主体遵守传票要求须满足一个先决条件，即法院依据美国法律对该主体享有对人管辖权。美国联邦法院对外国主体合法行使对人管辖权须满足以下条件：(1) 传票须合法送达至该主体，(2) 法院行使对人管辖权必须有法律依据，及(3) 法院行使对人管辖权须符合美国宪法规定的正当程序原则。对人管辖权可分为“一般对人管辖权”和“特殊对人管辖权”。

**一般对人管辖权**。一般而言，除非法院所在地与企业具有“实质”联系，并因此可将法院所在地视为该企业的“居住地”——例如，企业的注册地或主要营业地都可视为与其具有“实质”联系，否则法院对该企业不享有一般对人管辖权。Gucci 案上诉至第二巡回法院时，第二巡回法院认为，中国银行在纽约设立分行这一行为不足以使纽约南区法院获得对中国银行的一般管辖权。

**特殊对人管辖权**。第二巡回法院将 Gucci 案发回重审后，纽约南区法院判决，该案满足了其对中国银行行使特殊对人管辖权的条件。纽约州的“长臂条款”规定，如果被告在纽约州进行了任何商业交易，且涉案诉由因该商业交易而产生，则法院可对该被告行使特殊对人管辖权。针对法院对银行行使特殊管辖权的情形，纽约州法律要求“在银行进行的商业交易与涉案诉讼主张之间存在可阐明的联系或实质性的关系”。在 Gucci 案中，纽约南区法院认为前述条件已达成，理由是：中国银行在纽约拥有不动产并设有两家分行，且持有纽

约摩根大通银行的代理账户，用以在摩根大通和中国银行的客户账户之间进行转账，该案中的被告也被指控利用中国银行持有的摩根大通代理账户进行与销售假冒产品有关的电汇操作。

因此，如果一家中国企业采取了可以被解释为自愿接受美国法管辖的行为（例如一家银行在美国设立分行）——即使美国各州法律下的长臂管辖条款可能存在差异——美国法院也可能借此确立长臂管辖权并命令该中国企业提供其保存在美国境外的，通过其他途径无法获得的保密和敏感信息。

值得注意的是，目前美国各法院对长臂管辖的范围存在不同的意见。2020年3月末，第七巡回法院维持了一个由地区法院作出的撤销传票的判决。涉案传票要求银行出示被告伊朗政府在全球各地持有资产的信息，包括存储在美国境外支行的资产。<sup>1</sup>第七巡回法院认为，美国法院缺少针对银行进行如此大规模搜查的对人管辖权，因为讼争传票并不是“特别针对银行在美国的存在或经营活动而发出的”。与之相反的是，在另一个纽约南区法院审理的案件（*Vera 诉古巴共和国案*）中，法官命令在纽约设有分行的一家西班牙银行向其“设立在纽约州内、外的所有分行”调取与原告执行针对古巴共和国的一项判决有关的账户信息。<sup>2</sup>由于该银行已在纽约州金融服务部登记注册并取得外国银行牌照，法院认为其已同意纽约州对它行使一般管辖权。法院认为，“不应允许外国银行在纽约州注册经营、提高其业务的合法性后，又通过将恐怖主义活动有关的资产信息‘保存’在其他国家来掩饰其非法活动”。该案目前正在第二巡回法院审理中。

**国际礼让原则分析：**尽管对人管辖权属于先决性问题，美国法院行使对人管辖权仍受《美国对外关系法（第三次重述）》第442节下的礼让原则的法律限制。在 *Gucci* 案中，纽约南区法院在适用第442节进行礼让原则的法律分析后，认为强制中国银行提供所要求的文件较符合权衡各方因素的结果。该案中，纽约南区法院考虑了以下七个因素，其中五个来源于《美国对外关系法（第三次重述）》第442节：

- 要求提供的文件或其他信息对涉案调查或诉讼的重要程度；
- 证据开示请求的明确程度；
- 相关信息是否来源于美国；

---

<sup>1</sup> *Shlomo Leibovitch 诉伊朗伊斯兰共和国*，第 16-2504 号（第七巡回法院，2017 年 3 月 29 日）。

<sup>2</sup> *Vera 诉古巴共和国*，91 F. Supp. 3d 561, 570（纽约南区联邦地区法院，2015 年 3 月 17 日）。

- 是否存在可行的获取相关信息的替代方法；
- 不遵守该请求在多大程度上会损害美国的重要利益，或者遵守该请求在多大程度上会损害信息所在国的重要利益；
- 被要求出示证据的一方当事人或证人遵守请求的艰难情形；及
- 拒绝出示证据的一方当事人的善意。

最终，纽约南区法院没有采纳中国银行关于按中国的银行保密法，其会遭受巨额罚款或刑事处罚的主张。法院认为，中国银行所主张的艰难情形过于“主观”，无法超过美国在诉讼中的利益。

就境外证据开示而言，美国法院通常认为国际礼让原则支持证据出示。自二十世纪八十年代起，美国法院就将《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（“《海牙取证公约》”）视为获取境外证据的非排他性机制，且可无视《海牙取证公约》而选择《联邦民事诉讼规则》或各州民事诉讼规则。<sup>3</sup> 因此，在 Gucci 案的礼让原则分析中，纽约南区法院也认为，中国银行未能“举出可信的、非主观性的证据，证明通过《海牙取证公约》发出请求是一个可行的取证替代方法”。

## 核心启示

鉴于美国法院已扩大了其对境外证据开示的管辖权，在美国开展经营活动的中国企业应牢记以下原则：

- **在成立美国分支机构时应注意地域选择。** 美国法院可对总部或主要营业地设在法院所在州的企业行使一般管辖权，并可在长臂条款规定的条件达成时行使特殊管辖权。在纽约州，仅在该州注册经营就可能满足法院行使一般管辖权的条件。因此，中国企业，尤其是银行，在美国成立分支机构前应了解不同地区的法律，最大程度地降低诉讼风险。尽管证据开示的管辖权问题分析对于诉讼当事人或非当事人而言是等同的，但未能遵守证据开示请求的诉讼当事人在诉讼中会面临额外的后果（例如，构成妨碍举证或由法院作出对其的不利推断）。
- **考虑保存文件和信息的地点。** 当所涉信息保存在美国或者可从美国获取时，企业被强制要求提供文件和信息的风险就会增加。尽管美国法院可能命令企业将信息从

<sup>3</sup> *Societe Nationale 诉地区法院*, 482 U.S. 522, 542-543 (1987)。

境外移交至美国，但面临该等请求时，法院通常至少会考虑外国法律对被请求方的影响。但当证据开示请求针对的是可从美国境内获取的文件或信息时，则尚不能确定美国法院是否有义务考虑与证据开示请求相冲突的外国法下的义务。

- **与中国有关部门合作，回应美国法院传票。**在 Gucci 案中，美国法院没有采纳中国银行主张其遵守美国法院的传票要求将违反中国银行保密法律并因此受到民事或刑事处罚的抗辩。纽约南区法院认为，尽管中国有关部门出具了书面函件，但中国银行所主张的损害太具有主观性，且没有证据表明中国针对披露银行客户信息行为实施了强有力的国家政策。为避免陷入中美两国的司法主权之争，中国企业应主动联系中国有关部门参与其和美国法院的沟通过程，并为美国法院的礼让原则分析提供中国有关部门出具的函件。如此一来，中国企业即使未能成功反对美国法院的命令，也可通过让中国有关部门参与美国诉讼程序来降低企业在中国国内遭受处罚的风险。
- **在拟定客户服务协议时考虑列入可能的诉讼费用。**中资银行可以在个人账户开户协议中增加关于诉讼费用的条款：如果银行因为客户的违法行为卷入诉讼时，要求客户承担银行的诉讼费用。

## 天同点评

### 一、 美国法院适用礼让原则的裁判观点

如上文所述，在审理针对中资银行提出的第三方非诉讼当事人证据开示请求案件时，如果案涉中资银行提出该请求涉及中国法律，则根据《美国对外关系法（第三次重述）》第442节和相关判例法，美国法院会从多个角度进行国际礼让原则的法律分析，例如：

（1）请求出示的信息是否重要；（2）请求是否具体；（3）请求出示的信息是否源于美国境内；（4）是否存在其他取证方式；（5）美国的利益与外国利益孰轻孰重；（6）银行出示信息是否存在艰难情形；及（7）银行拒绝出示信息是否出于善意。

在涉及中资银行的 Tiffany 案、Gucci 案与 Nike 案中，虽然案件事实背景有相似之处，但裁断这三个案件的纽约南区法院对“国际礼让原则”的裁判观点却存在分歧，尤其针对“是否存在其他取证方式”与“美国的利益与中国利益孰轻孰重”这两个因素。下表总结了纽约南区法院在这三个案件中的主要裁判观点，以及中资银行提出的、且被法院所采纳的抗辩理由。

| 考虑因素        | Tiffany 案 (2011) <sup>4</sup>                                      | Gucci 案 (2011) <sup>5</sup> | Nike 案 (2018) <sup>6</sup>            |
|-------------|--|-----------------------------|---------------------------------------|
| 请求出示的信息是否重要 | 法院认为：原告请求银行出示的信息具有重要性，法院对该因素的考虑倾向于命令银行出示信息，因为银行掌握的交易记录有助于确定被告身份，且上 | 法院的裁判观点与 Tiffany 案类似        | 法院认为：申请人请求银行出示的账户信息具有重要性，因该等信息与判决执行有关 |

<sup>4</sup> *Tiffany (NJ) LLC v. Andrew*, 276 F.R.D. 143 (S.D.N.Y. 2011)。本案中，原告向法院请求强制三家中资银行出示被告的中国账户信息，该请求被纽约南区法院驳回，但在后续关联案件 *Tiffany (NJ) LLC v. Forbse* 中，纽约南区法院同意了原告的证据开示请求。

<sup>5</sup> *Gucci Am., Inc. v. Weixing Li*, No. 10 Civ. 4974 (RJS), 2011 U.S. Dist.

<sup>6</sup> *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310 (S.D.N.Y. 2018)。本案中，原告将胜诉判决债权转让给 Next Investments，为执行判决，Next Investments 向法院请求六家中资银行出示被告相关中国账户信息。该请求得到了法院支持。

|                  |  |  |                     |
|------------------|--|--|---------------------|
|                  | 述信息无法从第三方交易平台和其他被告处获取  |  |                     |
| 请求是否具体           | 法院认为：请求已足够具体，因为联邦法院已通过判例法确定，即使证据开示请求所针对的不是特定账户，而是被告名下所有账户，该请求已足够具体，并且原告已提供了部分被告的账户号                  | 法院裁判观点与 Tiffany 案类似  | 法院裁判观点与 Tiffany 类似  |
| 请求出示的信息是否来源于美国境内 | 银行辩称：原告请求针对的账户在中国境内开立，且相关信息也保存在中国，因此不应强制银行出示该等信息，法院采纳了该等抗辩   | 法院裁判观点与 Tiffany 案类似  | 法院裁判观点与 Tiffany 案类似 |
| 是否存在其他取证方式       | 银行辩称：原告可通过《海牙取证公约》进行取证，因此不应强制银行出示客户账户信息，因为中国法律专家意见和实践数据表明，中国司法体系近年来正在快速发展，2010年上半年中国司法部协助处理的关于外国民商事案 | 法院改变了此前的观点，认为：原告没有义务在尝试其他取证方式前，首先完成《海牙取证公约》的程序，并且在以往的案例中，当事人根据《海牙取证公约》 | 法院裁判观点与 Gucci 案类似   |



|                        |  |  |  |
|------------------------|--|--|--|
|                        | <p>件取证的请求已有 37 起，并且被告未能举证证明，中国有拒绝通过《海牙取证公约》请求协助的先例，法院采纳了该等抗辩</p>   | <p>向中国司法机关提交的协助取证请求仅得到部分支持，且时间较长，因此《海牙取证公约》在该案中并非有效的取证方式</p>   |  |
| <p>美国的利益与中国的利益孰轻孰重</p> | <p>银行辩称：首先，严格执行银行保密法对中国而言具有提高公民对银行储蓄信任度的重要意义。其次，根据外国法院裁定披露客户账户信息的行为属于中国银行保密法所禁止的行为。再次，银行在该案中作为第三方非诉讼当事人的身份，削弱了美国对于执行其商标法的利益。法院采纳了该等抗辩，认为中国的国家利益比美国的国家利益更为重要，因此对该因素考虑倾向于不命令银行出示信息</p> | <p>法院认为：该案中，美国执行其商标法的利益比中国执行其银行保密法的利益更为重要，因为中国的银行保密法对银行账户所有者提供的保障可以由账户所有者本人放弃，且该等保障对中国法院、税务机关等有权机关也存在例外，因此中国的银行保密法保护的仅为个人利益，而非国家政策/利益。此外，案涉中资银行在纽约州开立分行的行为，削弱了中国对执行其银行保密法的利益</p> | <p>法院的裁判观点和 Gucci 案类似。法院同时认为：虽然该案中，中国司法部出具了函件，该函件阐述了根据中国《商业银行法》和其他相关法律，只有中国有权机关才能根据法定程序获取个人银行账户信息，但司法部函件未阐明中国的银行保密法所保护的具体利益，因此司法部的说明函不能证明中国对执行其银行保密法具有重大利益</p> |

|                       |   |   |                            |
|-----------------------|---|---|----------------------------|
| <p>银行出示信息是否存在艰难情形</p> | <p>银行辩称：首先，由于银行在该案中不是诉讼当事人，法院只能在极端情形下才能命令银行出示证据。其次，如按照原告请求出示被告账户信息，银行及其员工均将违反中国法律，并将因此面临民事和刑事处罚。再次，中国司法实践中，已有案例表明，银行未经法定程序向第三人提供客户账户信息将承担民事责任，而非法获取个人信息的个人则可能面临 3-11 年的有期徒刑。法院采纳了该等抗辩并认为，虽然缺少案例作证，但中资银行根据美国法院命令，披露其客户的账户信息确实存在遭受处罚的风险</p> | <p>法院改变了此前的观点，并认为，中资银行因向外国法院出示客户的账户信息而遭受处罚的可能性较小，因为当时尚无中资银行因向外国法院出示其客户的账户信息而遭受金融监管机构处罚的案例</p> | <p>法院的裁判观点与 Gucci 案类似</p>  |
| <p>银行拒绝出示信息是否出于善意</p> | <p>法院认为：仅根据银行拒绝履行传票这一事实不能证明银行存在恶意，且银行在收到传票后即联系原告提供了其纽约分行保存的信息，并主动协助原告提交《海牙取证公约》下的申请</p>   | <p>法院裁判观点与 Tiffany 案类似</p>  | <p>法院裁判观点与 Tiffany 案类似</p> |

|      |          |          |          |
|------|----------|----------|----------|
| 综合决定 | 驳回证据开示请求 | 准许证据开示请求 | 准许证据开示请求 |
|------|----------|----------|----------|

## 二、中资银行应对“美国长臂管辖”的建议

结合上述三宗涉及中资银行的美国诉讼案件，我们认为，中资银行在应对“美国长臂管辖”时，应注意以下几点：

**其一、主动披露在美国境内的信息：**如银行在美国设有分支机构，并且已开展了商业活动，则该等分支机构在美国境内所保存的、与案件相关的信息，应根据美国法院的证据开示命令进行披露，以显示中资银行“善意”参与美国诉讼程序，争取给美国法院留下正面的印象，从而使美国法院愿意倾听中资银行的抗辩理由。

**其二、在美分支机构的信息系统与中国境内的信息系统应隔离：**近年来，部分中资银行在集团范围内建立了统一的项目、合同、诉讼/仲裁信息管理系统。但考虑到美国的证据开示制度和“长臂管辖”，我们建议中资银行将中国境内的信息系统与美国分行的信息系统进行技术隔离，避免美国法院通过美国分行直接获取银行保存在中国的信息。

**其三、抗辩理由应更加具体、明确：**中资银行在应对美国法院的证据开示命令时，经常引用中国商业银行法规定的银行对客户的保密义务。但由于中国现行的商业银行法律法规对银行保密义务的规定较为笼统，也没有大量的案例显示一旦违反该等义务，银行将面临遭受行政或刑事处罚的“现实可能性”。对此，我们建议中资银行持续关注中国的司法实践发展，特别是有关中资银行泄露客户信息后遭到行政处罚的案例，并在涉美诉讼中，以中国法律专家报告的形式陈述该等具体案例，夯实抗辩理由。

**其四、在个案中应争取中国司法行政机关的支持：**中资银行在应对未来的涉美诉讼时，应继续与司法部等有关部门保持沟通，并寻求合理的帮助。鉴于国家利益是美国法院进行国际礼让原则分析时考虑的关键因素之一，我们建议，银行和有关部门在允许的范围内可探讨美国法院的证据开示命令将给中国的国家政策和国家利益造成何种影响。

**其五、寻求立法和政策层面上的解决方案：**从上述案例可看出，对于针对中资银行所提出的第三人证据开示请求，美国联邦法院采取越来越强硬的态度，而中资银行过往的答辩策略也难以改变法院的既有裁判思路。基于此，我们建议中资银行与全国人大法工委、司法部、银保监会、中国银行业协会等政府机关或行业协会保持交流，共同探讨是否在中国

法体系中引入应对境外法院“长臂管辖”的立法或司法行政机制。此外，如有关部门能明确执行调查取证请求的时限，并公开我国处理《海牙取证公约》请求的相关数据，中资银行或可在未来涉美诉讼中以此说服美国法院以《海牙取证公约》而非美国联邦民事诉讼规则进行域外取证。