

棋看五步外 ——中国企业如何防范在美国诉讼的风险

中国象棋文化提倡棋看五步外。中国企业到美国市场，要规划好每一步，决策人应该深刻了解美国的商业诉讼文化，并高瞻远瞩

文/周希尔 魏康馨

周希尔（Joe Cyr），美国诉讼专家，路伟纽约代表处诉讼业务合伙人
魏康馨（MaryBeth Wilkinson），美国诉讼专家，路伟芝加哥办事处资深律师

为何美国处处有官司？

即使不太了解美国市场的人也会发现，在美国随时可能遇上官司。如果中国企业要去美国发展，深入了解美国的诉讼文化十分必要。

美国的司法制度鼓励当事人打官司。在美国，当事人败诉时不需要支付对方律师费，而胜诉时，律师就当事人获得的赔偿可以按照一定的比例提成，这种方式称之为风险代理。

美国的法院在官司开始阶段不会轻易驳回诉讼。大多数情况下，一方提起诉讼，对方有义务进行广泛的诉前信息披露和证据出示。包括要求当事人提供与案件相关的所有纸质文件和电子信息。还包括在审理前对了解案件相关事实的证人证言进行质询查证。这些程序完成后，有时耗资上百万美元，耗时可能长达几年。

美国司法制度的另外一个特点是陪审团制度。即使是专业性强的商业案件中，当事人也有权要求陪审团对案件进行裁决。陪审团可以由从电话簿中任意挑选出来的12位普通民众组成。这些人可能根本没有法律教育背景，他(她)们坐在法院里听取证人证言，查看所有的文件，最后决定判决结果。即使在牵涉到并购、竞争法以及违反美国联邦证券法的极其复杂的案件中，也可能由陪审团参与审判。陪审团的权力很大，有权判令一方赔偿另一方所受的财产损失，此外，陪审团还可以判令惩罚性赔偿，作为对败诉方的惩罚。某些情况下，惩罚性赔偿的数额远高于胜诉方的财产损失。

集体诉讼是在美国打官司的一大突出特点，尤其让商业公司感到头疼。集体诉讼是一组原告共同提起的诉讼。下列数据可以管窥美国集体诉讼的规模和普遍性：

有一项集体诉讼的原告居然达到470万名，11.8亿美元的赔偿金额，3.93亿美元的律师风险代理费用；复杂集体诉讼案件平均涉及金额超过2500万美元，普通案件也达250万美元。

评估在美国打商业官司的风险

评估及有效防范在美国诉讼的风险，要先了解一下美国诉讼的程序。

美国诉讼程序

1、诉答程序标志着诉讼的开始，所谓诉答程序，包括起诉和答辩，也可能包括第三方的起诉，反诉或交叉诉讼。在美国诉答程序要求的标准很低，除欺诈诉讼另有规定外，多数实行的是“通知诉答”方式。在复杂的案件中，诉答程序阶段需耗时几个月。

2、动议，即请求法院做出特定的决定，动议往往需要双方进行全面的辩论，通常还会开庭审理。动议可能涵盖各种各样的问题。

3、证据出示，该程序有时可能会花费几年时间。美国法院的证据出示标准非常灵活——文件出示、质询、书面证词、请求承认等。接着双方争辩是否某些证据已经出示。证据出示的成本非常高昂。

4、搜集专家证据，一方聘请相关领域专家，然后听取另一方聘请专家在法庭上的证言。

5、审判，只要任何一方提出要求，均有可能采用陪审团来判定。而让陪审团决定一个复杂商业案件的命运具有非常大的不确定性。

6、赔偿，判定的赔偿方式有几种类型：补偿性赔偿，惩罚性赔偿，成文法规定的三倍赔偿，以及某些特定情况下的禁令。

7、执行，美国法院判决的执行通常由各州司法部门来管辖。

除了案件的正常诉讼程序以外，还有其它几个重要方面需要向中国企业介绍。

集体诉讼

集体诉讼当事人少则一个人，多则成百上千甚至成千上万。

在美国，集体诉讼通常是消费者或者雇员的代表向在美国经营的大公司提起的，原因是这类人受到普遍性的伤害或者受到不公平待遇。

因性别、种族或宗教歧视等原因，雇员向雇主提起的集体诉讼非常常见。另外一种常见的集体诉讼当事人是上市公司的股东特别是中小股东，诉讼缘由通常是信息披露方面出现瑕疵造成股价下跌，以及公司在财务信息上误导股民等。在美国证券交易所上市交易的非美国公司，往往会因为被控违反美国证券法而面临上述的集体诉讼风险。

美国法院的跨国管辖权

需要中国企业警惕的另一种风险是，美国法院对在美国经营的跨国公司（包括非美国公司）具有世界范围的管辖权。核心一点就是，无论向美国法院提起诉讼的当事人的诉讼请求事由发生在何地，比如中国、俄国或德国，美国法院都有可能对作为被告的这些跨国公司行使管辖权，理由是被诉的公司在美国有经营业务。

也有例外，美国法院如果认为其它国家法院管辖更加妥当，或基于国际惯例下可以决定不行使管辖权。但是，法院决定不行使管辖权是自主地决定，如果仍然想对该案件行使管辖权，它也有权决定这么做，而且该决定是不能进行上诉的。这种情况下，当事人只能准备进行诉讼。

更关键的是，美国已经通过了一些域外管辖权的法令，下面就介绍其中一些法令：

诈骗、操纵和贿赂组织法 立法旨在针对黑手党等刑事欺诈犯罪分子，但是该法有一条规定了诈骗活动受害人可以通过民事诉讼要求获得三倍赔偿。美国法院已经将该法适用于美国以外的活动，因为这些活动可能会对美国产生直接或者间接的影响。

反恐立法 美国的反恐立法中明确规定域外管辖权。而且以下行为将被列为刑事违法行为：明知并且希望或放任为恐怖活动提供资源或帮助；向知名的外国恐怖组织提供资源或帮助。在民事诉讼方面，明确规定美国公民可以就国际恐怖活动提起民事诉讼并获得三倍赔

偿。在判例方面，非美国公司也可能因为协助、教唆或合谋而承担责任，并且法院已经将“明知”标准适用在公司共同责任方面。

人权立法 在美国的立法中，有两项法案涉及人权诉讼：外国人侵权行为法，“外国人”就违反国际法的侵权行为可提起诉讼；虐待受害者保护法案，美国公民和外国人均可提起诉讼。

涉及人权诉讼的潜在风险领域

向知名的侵犯人权者及恐怖分子提供财务、后勤和其他帮助；使用私人安全势力或者国家安全势力；在武装冲突地区进行经营活动；破坏环境及自然资源的活动；投资收入的配置取向；如何保护土地权利、当地居民权利及其居民安置情况；如何保护劳动权利。

棋看五步外

如前所述，在美国打官司存在着一系列法律风险。但是可以竭尽全力防范，中国企业可以通过下面几个方面来降低相关风险：

* 保险（通过投保可以分散最终的诉讼成本）。

* 正确理解证据出示程序（在电子时代，了解证据出示的重要性非常关键，还包括在诉讼开始之前如何采取积极的方式保护自己）。

仲裁条款（在与商业伙伴订立合同的过程中，要写明出现争议时双方不必通过在美国打官司解决，可以通过选择国际争议解决的方式）。

利用美国 28 章法典 1782 条（并不是美国诉讼的所有方面都是对外国公司不利——你可以学会如何更好“为我所用”）。

证据出示

电子时代，证据出示变得更复杂，不会再出现提供证据文件柜或者文件盒的情况了，取而代之的是电子文件的出现。比如电子邮件，这类证据是新近在美国诉讼过程中碰到的一些需付出成本最高的证据。

在美国，电子文件与其他纸质文件是被法庭同等对待的，在诉讼过程中必须根据要求提供。要求的范围可能会很广——例如，“某家中国公司与一家美国公司签订合同有关的所有文件”。与上述要求主题相关的电子邮件往往数以千计，时间跨度长达数年，但都必须在诉讼中进行出示。

不提交相关文件的后果会很严重。一种可能是，法院会指示陪审团作“相反推定”——例如，“因为某公司没有提供与合同有关的电子邮件，所以陪审团可以推定某公司不打算披露可能会损害自己的文件……”另外一种可能是，法院会禁止某公司在诉讼中提出对自己有利的特定证据。法院也可能会做出缺席判决，或者命令没有出示相关文件的一方支付对方证据出示的成本。

上述三种情况造成的后果非常严重。例如，由于摩根斯坦利不当处理证据出示问题，在高门控股公司诉摩根斯坦利一案中，导致法院做出这样高额赔偿的判决——补偿金高达 6 亿美元，惩罚性赔偿金更是高达 8 亿美元。

有两点需要特别注意：

(1) 如果你能合乎常理地预见到会出现官司，不要销毁相关文件，公司应当聘请优秀的律师并向所有相关职员签发内部的“留存通知”。就是说，公司必须告知雇员不得销毁相关文件并保证雇员不会销毁这些文件。

(2) 在官司可能出现之前，公司应建立一套有效的电子文件管理制度。其要点就是建立一个区分系统，以区分公司必须保留的文件和其他数以万计的电子文件，因为要求律师在准备诉讼过程中阅读所有这些文件，可能需要支付数十万美元的律师费。所以你的公司必须建立有效的电子文件管理系统，制定制度保存需要的文件，以常规化、区分体系化方式销毁你不需要的文件。

国际仲裁

其实，中国企业在美国进行诉讼风险管理的最有效方法是避免打官司。国际仲裁是好的选择。国际仲裁的几个重要特点：较少的事实披露、更快、成本更低、非公开、相关事项拥有专家仲裁员、通常更容易执行。

如果你想保证获得更好的仲裁结果，就应该与对方订立合同时起草更加高效的条款内容：选择合适的仲裁机构、仲裁结果“最终有效”、先协商再仲裁、防止过分的事实披露、仲裁员人数、地点、语言。

1782 条

如何将美国法案中有利的部分为己所用？其中美国法典 28 章 1782 条，允许外国法庭或利害关系人向美国法院申请，要求在美国居住或者旅居美国的人进行证据出示，并在外国诉讼程序中使用出示的信息。

这时，你就可以利用证据出示程序要求提供传统的证据——证言、文件等。某些法院甚至允许采集血样（海外亲子关系程序）！美国法院享有非常大的自由裁判权，你可以在国际仲裁程序中注意利用。

其它防范在美国诉讼风险的方法

尽管美国法律浩如烟海，还是尽量向公司员工介绍相关的美国法律，防患于未然。比如：反垄断法、美国经济间谍法、联邦证券法、商品交易法、诈骗、操纵和贿赂组织法(美国反诈骗罪)、海外反腐败法、反恐法。

尽职调查非常重要。全面了解您的业务伙伴；尽力争取调查书证的权利；与所在国政府谈判以扩大影响范围；中国大型企业应当认真考虑企业间的交易对美国国民及美国市场的“影响”，应当对美国以外收付款问题在合同中加以规定。

至于中国企业在美国分支机构的管理，母公司应当将其合法有效设立为独立实体，其资金到位，就母公司或其员工提供的货物或服务（包括贷款）支付价款，尽量避免母公司对其作出保证。其它合规措施包括：控制董事及管理人员在母子公司的兼任情况；配设分支机构自己的员工，且员工具有实质性的决定权利；设立时，要考虑到在发展为赢利实体的过程中可能面临的问题及解决方案。

还应当制定一些特殊规章，其中包括采用全球普遍的行业标准；公司社会责任和社区发展计划；保障人权项目；企业内建立明确的报告制度，以告知高级管理层潜在的问题；进行内外部审计；所出示的相关报告确保透明。

(全文根据 2006 年 6 月 20 日“全球化背景下中国企业海外商事争议解决论坛”发言编辑。“全球化背景下中国企业海外商事争议解决论坛”详细资料见《法律风险信息网》[Http ://www.legalrisk.info](http://www.legalrisk.info))

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。