

美国事证开示程序对外国案外人管辖权的扩张

——以涉中国金融机构案件为例

章 晶^{*}

摘 要：美国的事证开示程序对案外人苛以宽泛且严格的开示义务，同时也给予其相应的程序保护。管辖权制度是对案外人最重要的程序保护机制之一，是法院强制案外人开示事证的前提。然而，对案外人的管辖权标准与被告的管辖权标准应呈现何种关系，在美国理论界一直未有定论。近年来，在美国联邦最高法院收缩对被告管辖权标准之际，下级法院却不断扩张对外国案外人的管辖权标准，意在维持并扩张事证开示程序的域外效力，体现了美国对《海牙取证公约》、司法协助等多边主义机制的不信任，将自身法律凌驾于国际秩序、其他国家法律之上的单边主义思维。过去几十年，国际社会一直未能找到能有效遏制美国事证开示程序域外效力的手段。长远来看，唯有建立高效的国际协调与合作机制，方能将国际民事诉讼拉回多边主义正轨。

关键词：事证开示 案外人 对人管辖权 域外效力

引 言

近年来，美国不断扩张对中国企业的域外管辖权。^①一方面，美国法院在以中国企业为被告的案件中，扩大美国反垄断法等域外适用（立法管辖权）；^②另一方面，在民事诉讼的事证开示（discovery）程序中，美国法院也扩张司法管辖权，强制作为案外人的中国企业（主要是金融机构）开示位于美国境外的事实及证据信息。后者已成为美国跨国诉讼中的一种惯用策略。从蒂芙尼案到古驰案，再到耐克案，该套策略已日趋成熟。尤其是耐克案，中国大型金融机构（中国银行、农业银行、交通银行、建设银行、招商银行、工商银行）全部牵涉其中，引发国内舆论一片哗然。^③

* 南京大学法学院，特任助理研究员（专职科研岗），法学博士。

① 参见李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，载《国际法研究》2019年第3期，第4—8页；廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，载《环球法律评论》2019年第3期，第169—171页。

② 参见杜涛：《论反垄断跨国民民事诉讼中域外管辖权和域外适用问题的区分——以中美新近案例为视角》，载《国际经济法学刊》2019年第1期，第72—73页。

③ 参见《美国纽约南区法院再出辣手，中国六银行横遭摧花！》，万邦法律，<https://mp.weixin.qq.com/s/-YBGuCba8SJredQa9pf-Xg>，最后访问时间：2019年12月23日。

在此类案件中,美国商标持有人凭借纽约国际金融中心的地位和美元清算业务的优势,通过针对案外人的事证开示程序和财产冻结禁令,强制中国金融机构开示与被告账户相关的信息,并协助扣押、冻结被告资产,而不论这些信息、资产是否位于美国境内。^①对此,中国金融机构的主要抗辩可归纳为两点:其一,美国法院对其缺乏合格管辖权;其二,强迫其开示客户信息有违国际礼让,会迫使其违反中国法律,且海牙《关于从国外获取民事或商事证据的公约》(以下简称《海牙取证公约》)构成有效的替代途径。^②二者的关键在于管辖权抗辩。一旦管辖权抗辩失败,国际礼让由法官裁量决定,^③具有较大的不确定性。若再度失守,便会使中国金融机构陷入两难境地——要么被判处藐视美国法庭并苛以高额罚款,要么违反中国法律。因此,最佳策略是能在管辖权抗辩一举成功。但前述一系列案件的裁判结果表明,情况很不乐观。这构成了中国法学界、实务界亟待应对的司法挑战和难题。

以此作为问题意识,本文将考察美国针对案外人的事证开示程序;^④讨论管辖权制度在针对案外人的事证开示程序中扮演何种角色,与对被告的管辖权制度在价值诉求与裁判标准上有何异同;揭示美国法院何以能够扩张对外国案外人的管辖权,强制其开示位于美国之外的事证,并分析相关反制措施的有效性。相信本文的研究对于维护中国政府、中国企业的利益不无启发意义。

一 美国对案外人的事证开示程序

美国事证开示程序以对抗制的诉讼模式为制度背景,基本思路是由当事人或其律师主宰案件的事实披露及证据调查,法官仅作为程序看守人在必要时介入。目的是在庭审前充分发现事实和证据,澄清并聚焦案件争点,矫正当事人之间因经济地位差异而导致的取证能力失衡,避免庭审中出现诉讼突袭。同时,经过事证开示阶段不断的攻防转换,各方当事人主张的强弱已明,有利于在诉讼早期阶段达成和解,提高诉讼效率,节约诉讼资源。^⑤但因开示范围过于宽泛与自由,该程序常被质疑遭到滥用。^⑥加之美国当事人、法官偏好扩张事证开示程序的域外效力,强制外国当事人或案外人披露位于美国境外的事证,常引发美国与他国之间的摩擦。^⑦因此,事证开示程序可谓美国民事诉讼制度中最富争议的环节。

(一) 案外人的事证开示义务

事证开示请求既可针对对方当事人,亦可针对案外人。当事人与诉争的发生、诉讼的结果具

① See Cassandra Burke Robertson & Charles W. Rhodes, “A Shifting Equilibrium: Personal Jurisdiction, Transnational Litigation, and the Problem of Nonparties”, (2015) 19 *Lewis & Clark Law Review* 643, pp. 644–646.

② See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87 (S. D. N. Y. 2015); *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346 (S. D. N. Y. 2018).

③ 关于美国法院在适用礼让时的考虑因素,参见卜璐:《外国公法在美国法院的效力和适用》,载《国际法研究》2019年第4期,第85—92页。

④ 本文所讨论的美国对案外人的事证开示程序及管辖权制度主要针对联邦法院系统,不包括州法院系统。

⑤ See John H. Beisner, “Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform”, (2010) 60 *Duke Law Journal* 547, pp. 556–557.

⑥ 参见陈杭平:《“事案解明义务”一般化之辩——以美国“事证开示义务”为视角》,载《现代法学》2018年第9期,第164—166页。

⑦ 参见乔雄兵:《也论美国的审前证据开示制度》,载《法学评论》2010年第4期,第113页。

有直接利害关系，对其苛以开示义务无可厚非，但案外人与当前诉争并无利害关系，让其承担开示义务的正当性何在？1938年《联邦民事诉讼规则》（Federal Rules of Civil Procedure）制定之前，通常认为案外人“仅仅是目击者”（mere witness），并非当事人，法院无权强制其开示证据。《联邦民事诉讼规则》颁行之后，主导思想逐渐转变为“公众有权获知每个人的证据”（public has a right to every man's evidence），向司法系统提供证据被视为公民义务，司法政策鼓励自由而宽泛的事证开示程序。^①之后数十年，案外人的开示义务不断被强化，体现在以下方面：

（1）开示范围非常宽泛。2000年、2015年修正案曾两度限缩《联邦民事诉讼规则》的开示范围，规定开示请求必须与当事人的诉讼请求或抗辩相关，不属于特权事项，与案件需求合比例，并加大了法院限制开示范围的裁量权。^②但该规定对当事人与案外人同等适用。只要针对案外人的开示请求与一方当事人的诉讼请求或抗辩相关，不属于特权事项，且法院又认为开示请求符合比例原则，案外人即负有开示义务，即便其与当前诉讼并无利害关系。实证研究表明，当开示请求针对外国案外人时，美国法院表现出极强的亲本国当事人的偏见，即便强制开示会迫使外国案外人违反母国法律。^③

（2）开示方法趋于丰富。《联邦民事诉讼规则》规定了5种开示方法，包括：证言录取（口头、书面），答复质询书，提交文书、电子数据及勘验物，身体或精神状况检查，答复请求确认书。^④其中答复质询书和请求确认书为仅限于当事人之间使用的开示方法；身体或精神状况检查主要针对当事人，但也可针对处于当事人监护或控制之下的人（如子女），以及当事人的代理人（如司机、雇员）；证言录取，提交文书、电子数据及勘验物是目前针对案外人的主要开示方法。但在1991年之前，当事人仅可直接向案外人请求录取证言，若希望从案外人处获取文书或其他物品，它们如与证言相关则可一并请求；否则需针对案外人另行提起独立诉讼。1991年修正案取消了上述限制，当事人可直接请求案外人提交文书及勘验物。2006年修正案将电子数据纳入，作为文书的一类。^⑤当下，提供电子数据已成针对案外人最重要的开示方式，美国当事人向中国金融机构所提开示请求皆属此类。

（3）司法权力半径不断延伸。早期法院向案外人签发开示传票的权力常以法院辖区、县或州的边界为限，不能强制非本地案外人开示。后来，《联邦民事诉讼规则》历经数次修订（1980年、1985年、1991年），不断拓宽联邦法院签发传票的权力范围，形成了繁复的传票送达规则。最终2013年修正案化繁为简，直接将联邦法院签发传票的权力扩张至全美范围。如今，联邦法院针对案外人签发的传票可在全美任何地方送达，甚至可在域外送达。^⑥

① See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 972 - 973, 990; Rhonda Wasserman, "The Subpoena Power: Pennoyer's Last Vestige", (1989) 74 *Minnesota Law Review* 37, p. 94.

② 参见陈杭平：《“事案解明义务”一般化之辩——以美国“事证开示义务”为视角》，载《现代法学》2018年第9期，第164—166页。

③ See Geoffrey Sant, "Court-Ordered Law Breaking: U. S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law", (2015) 81 *Brooklyn Law Review* 181, pp. 237 - 238.

④ 《联邦民事诉讼规则》第30—36条。

⑤ See Jack H. Friedenthal *et al.*, *Civil Procedure* (St Paul, MN: West Academic Pressing, 5th edn., 2015), pp. 405 - 409, 415 - 416, 424.

⑥ 《联邦民事诉讼规则》第45条的修订历史参见 https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_45，最后访问时间：2019年12月20日。

(4) 以强制措施为后盾。若案外人拒绝开示, 提出开示请求的当事人可申请法院签发强制开示令。若其动议被支持, 案外人不仅必须开示, 还可能被判令承担该方当事人的合理费用。若案外人拒不履行强制开示令, 则可能面临藐视法庭、罚款等制裁。^① 古驰案中, 法院认定中国银行在其发出强制开示令后仍未按要求履行开示义务, 遂判定中国银行藐视法庭, 并处以高额罚款。^②

(二) 对案外人的程序保护

司法政策虽然鼓励自由而宽泛的事证开示程序, 但并不意味对案外人的开示请求不受任何限制。案外人毕竟不是诉讼当事人, 即便对其苛以广泛的开示义务, 也不应给其造成过重负担。为此, 《联邦民事诉讼规则》为案外人提供了一系列程序保护:

(1) 向案外人提出开示请求, 必须向其送达传票;^③ 而向当事人提出开示请求, 则仅需通知。传票可由法院书记员签发, 亦可由经法院授权的律师签发。^④ 尽管今天的司法实践有所松动, 但主流观点依然认为对案外人的送达要求应严于当事人, 比如必须当面送达。^⑤

(2) 限制案外人履行开示义务的地点, 使其免于长途奔波。若请求其录取证言或提供文书、电子数据, 履行地点原则上不应超过其居住地、工作地或惯常交易业务所在地 100 英里。仅当在特定州内, 案外人到距离其居住地、工作地或惯常交易业务所在地超过 100 英里的地点录取证言的花费不会过高之时, 可以允许。若请求勘验其财产, 履行地为被勘验财产所在地。^⑥ 也即履行开示义务的地点未必是诉讼系属的法院的辖区, 主要是案外人的生活、工作所在区域。

(3) 对案外人履行开示义务予以补偿。包括按照法定标准给予证人津贴、作证期间的生活补贴、往返路费补贴等。若开示请求涉及案外人的商业秘密, 或其他处于保密状态的研发、商业信息等, 提出开示请求的当事人证明其确需以上证据, 否则会陷入艰难情境, 法院可以命令案外人开示, 但须给予合理补偿。^⑦

(4) 案外人可反对开示请求, 并向法院提出动议, 申请撤销或变更开示传票。法院在裁量是否支持案外人的动议时, 应考虑开示时间是否合理, 开示地点是否超过限制范围, 开示事项是否属于特权事项或其他受保护事项,^⑧ 以及开示请求是否会给案外人造成不当负担或过高花费。如果要求外国案外人开示域外证据, 还需考虑是否有违国际礼让。此外, 若开示请求涉及特权事

① 《联邦民事诉讼规则》第 37 (a)、(b) 条、第 45 (g) 条。

② See Qingxiu Bu, “Extraterritorial Jurisdiction vis-à-vis Sovereignty in Tackling Transnational Counterfeits: Between a Rock and a Hard Place”, (2018) 100 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 69, pp. 80–81.

③ 向案外人录取证言并不要求必须送达传票, 此时, 若案外人未如约出现, 或未提供证言并不会遭受制裁; 若向案外人送达了传票, 其未如约出现或提供证言, 则面临制裁。请求案外人提交文书或勘验物等则必须向其送达传票。See Jack H. Friedenthal et al., *Civil Procedure* (St Paul, MN: West Academic Pressing, 5th edn., 2015), pp. 405, 415.

④ 《联邦民事诉讼规则》第 45 (a) 条。

⑤ See 9A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 2454 (3d. edn., 2019).

⑥ 《联邦民事诉讼规则》第 45 (c) 条。

⑦ 《美国法典》第 28 编第 1821 条; 《联邦民事诉讼规则》第 45 (d) (3) (B) (C) 条。

⑧ 特权事项是为保护特定关系中个人的隐私和秘密, 处于这些关系中的个人可免于开示他们之间的信息, 因为保护这些关系的社会价值超出发现真实的诉讼目的, 典型的特权关系包括律师与客户、医生与病人、神职人员与忏悔者、夫妻等关系。除完全免于开示的特权事项之外, 其他受保护的事项还包括律师的工作成果、专家信息等。See Jack H. Friedenthal et al., *Civil Procedure* (St Paul, MN: West Academic Pressing, 5th edn., 2015), pp. 388–400.

项,案外人还可向法院申请保护令。^①

《联邦民事诉讼规则》并未规定法院是否需对案外人享有管辖权,联邦最高法院的判例亦未触及该问题。但在司法实践中,管辖权制度逐渐发展为强制案外人开示的必要前提,亦成为对案外人最重要的程序保护。

二 在事证开示程序中对案外人适用管辖权制度的理论争议

在对案外人的事证开示程序中引入管辖权制度,是为在地理维度上解决受案法院对案外人的司法权力的合法性与合理性问题,即法院何时可向案外人发出强制性命令。在原被告之间的事证开示程序则无需此环节,因为之前的诉讼程序已经解决了受案法院对双方的司法权源问题:原告因其主动向法院提起诉讼而自愿服从法院的司法权力;被告虽也可主动服从(协议管辖、应诉管辖),但主要通过一套客观管辖权标准来证成受案法院的司法权力。对案外人而言,若以其主观意愿决定是否开示事证,显然无法保障其所负开示义务的落实。案外人与被告皆被动卷入当前诉讼,更适以客观标准判断受案法院的司法权源。然而,管辖权制度在对案外人的事证开示程序中如何确立,以及对案外人的管辖权标准可否等同于对被告的管辖权标准,在美国理论界长期存在争议。

(一) 管辖权制度在对案外人的事证开示程序中的确立

管辖权制度的主要适用场景是针对诉讼中的被告,最重要的功能是保障被告的合法权益,使其免受州权力的不当干涉,以及过重的诉讼负累。囿于美国的联邦制,管辖权制度的另一项重要功能是防止一州法院在行使管辖权时侵犯姊妹州的司法主权。^② 早期法院对被告的管辖权以州境为限,只能管辖出现于其境内的被告,强调法院对被告有形的控制权。^③ 对案外人的事证开示程序最初与管辖权制度无涉。对法院权力的地域限制,主要通过限制法院对案外人签发传票的权力半径实现,即法院仅可对法院辖区、县或州边界以内的案外人签发传票。这一时期,对被告的管辖权制度、对案外人签发传票的制度都体现了严格限制主权的地域范围的思想,即主权体仅可向其境内的个人作出强制性命令。若对域外被告行使管辖权,或对域外案外人签发传票,不仅会侵犯姊妹州主权,亦会给域外被告或案外人造成不便。^④ 该阶段,两种制度的功能相似,二者各司其职,并行不悖。

随着州际贸易的发展,管辖外州(国)被告的需求激增;同时,技术进步极大降低了跨州(国)应诉的困难。对被告的管辖权制度从法院对被告的有形控制权逐渐转变为象征意义上的权

① 《联邦民事诉讼规则》第45(d)条、第26(c)条;美国《(第四次)对外关系法重述》第426条。

② See Stephen E. Sachs, "How Congress Should Fix Personal Jurisdiction", (2014) 108 *Northwestern University Review* 1301, pp. 1310-1314; Lea Brilmayer, "Jurisdictional Due Process and Political Theory", (1987) 39 *University of Florida Law Review* 293, pp. 294, 299-300.

③ See Joseph J. Kalo, "Jurisdiction as an Evolutionary Process: the Development of Quasi in Rem and in Personam Principles", (1978) 1978 *Duke Law Journal* 1147, p. 1148.

④ See Rhonda Wasserman, "The Subpoena Power: Pennoyer's Last Vestige", (1989) 74 *Minnesota Law Review* 37, pp. 39, 43-49.

力,不再要求外州(国)被告必须出现于法院地州,仅需与法院地州存在最低联系,即便被告身处境外,法院依然对其享有权力。^①当然,确定法院对被告享有权力之后,还需从诉讼公平、便利角度综合权衡让被告参加当前诉讼是否合理,所需考虑的因素包括为本州居民提供救济的迫切性,管制被告行为的需求,是否存在替代法院,证据获取便利,避免多地诉讼及矛盾判决等。^②

但此时法院对案外人签发传票的权力仍严守地域限制。^③原本处境相似的两类主体,现在被差别对待,便会产生评价矛盾,联邦法院的司法实践也随之陷入混乱。有的法院仍坚持严格限制对案外人签发传票的权力,即便其与法院地州存在最低联系,只要未出现于法院辖区,便不能强制其开示。^④更多法院直接将针对被告的管辖权标准适用于案外人,即只要案外人与法院地州存在最低联系,即可签发传票。^⑤学者分析联邦法院乐于对案外人适用管辖权制度的原因在于其受案类型。联邦法院主要受理异籍案件和联邦问题案件。异籍案件的当事人来自不同州,有相当部分的联邦问题案件对被告的管辖权不受州境限制。既然当事人来自多州,那么,证人、证据往往也分散在多州。之前法院对案外人签发传票的权力半径却常以法院辖区、县或州的边境为限,严重影响了事证开示程序发现真相的功能,迫切需要拓展对案外人的权力。背后的理由为案外人所面临的诉讼负担和风险显著轻于被告,其不过被要求开示事证,不会像被告一样承担实体责任,故对其保护程度也本应弱于被告。那么,之前对法院签发传票权力的严格地域限制便属于对案外人的过度保护,将其降低至与被告同等保护水平应无疑义。因此,联邦法院将管辖权制度适用于案外人的初衷是扩张对非本地案外人签发传票的权力,实际降低了对案外人的保护水平。^⑥

后来法院对案外人签发传票权力的地域限制被不断破除。经过数次修订,《联邦民事诉讼规则》允许在全国范围内送达联邦法院对案外人所签发的传票,甚至可以域外送达。此时,签发传票本身不再构成对法院权力的有效限制,对案外人的保护功能也流于形式。管辖权制度的功能便相应由最初扩张法院权力的地域范围,转变为限制法院权力的地域范围,即将合格的管辖权作为法院对案外人签发传票的前提条件。背后的理由相应转变为——相较因自己的行为招致诉讼风险的被告,案外人与案件并无利害关系,开示义务对其属于额外负担;而且案外人并非不用承担责任,任何一张针对案外人签发的传票背后都有一个藐视法庭的裁决在严阵以待,一旦案外人拒不履行开示义务,便会遭受严厉惩罚,因此,至少要给案外人与被告同等的保护水平。^⑦

① See Joseph J. Kalo, "Jurisdiction as an Evolutionary Process: the Development of Quasi in Rem and in Personam Principles", (1978) 1978 *Duke Law Journal* 1147, pp. 1162 - 1163, 1176 - 1190.

② See Jack H. Friedenthal *et al.*, *Civil Procedure* (St Paul, MN: West Academic Pressing, 5th edn., 2015), pp. 129 - 130.

③ See Rhonda Wasserman, "The Subpoena Power: Pennoyer's Last Vestige", (1989) 74 *Minnesota Law Review* 37, pp. 41 - 42, 49.

④ See, e. g., *Cates v. L. T. V. Aerospace Corporation*, 480 F. 2d 620, 623 (5th Cir. 1973), 对该案裁判立场的总结参见 *In re Jee*, 104 B. R. 289, 292 (Bkrtcy. C. D. Cal. 1989)。

⑤ See, e. g., *Ghandi v. Police Department of the City of Detroit*, 74 F. R. D. 115, 120 - 22 (E. D. Mich. 1977); *In re Jee*, 104 B. R. 289, 293 - 95 (Bkrtcy. C. D. Cal. 1989). Also see Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 981 - 982.

⑥ See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 981 - 984.

⑦ See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 995 - 997.

今天,在地域范围方面,法院对案外人的权力和案外人所享有的程序保护形成一种新的平衡:法院对案外人签发开示传票的前提是对其享有管辖权;传票的送达不再受地域限制,无论案外人身处何处,皆可被强制开示;但履行开示义务的地点再次向案外人倾斜,原则上不能超过其生活、工作中心所在地100英里。

在跨国诉讼中,确立对案外人的管辖权制度还有两个重要功能。第一,只要确定对案外人有管辖权,美国法院则可强制其开示处于其控制或保管之下的事证,不论这些事证位于美国境内与否。第二,有且仅有美国法院对外国案外人无管辖权之时,才必须通过《海牙取证公约》途径获取域外证据。当美国法院对外国案外人有管辖权之时,公约途径仅为替代性途径,并不具有优先性。^①

(二) 对案外人管辖权标准与对被告管辖权标准的关系

虽然司法实践已普遍将针对被告的管辖权制度适用于案外人,但在美国理论界,对案外人的管辖权标准应与对被告的管辖权标准呈现何种关系,一直存在争议。

美国针对被告的管辖权标准,主要由联邦最高法院基于宪法上的正当程序原则——联邦和州政府未经法律上的正当程序,不能剥夺任何人的生命、自由或财产——通过判例法发展而来,该套标准能否适用于案外人,首先应视正当程序原则有无扩张解释的空间。一种解释从文义出发,联邦最高法院曾指出正当程序原则的措辞是“人”,而非“被告”,故有适用于集团诉讼中缺席原告的文义空间,^②这一解释路径被认为同样适用于案外人。^③另一种解释以历史为进路,认为美国早期对被告的管辖权和对案外人签发传票的权力具有同源性,皆源自对主权地域性的严格限制,都可视为正当程序原则的应有之义,即被告、案外人的权利都受正当程序原则保护。^④

然而,正当程序原则的内涵非常丰富,可分为实体性正当程序、程序性正当程序,其中程序性正当程序又可进行若干细分。对被告的管辖权标准仅是程序性正当程序的一个局部。^⑤即便案外人应受正当程序原则保护,其保护标准也未必与被告相同。对案外人的管辖权标准应比对被告的管辖权标准更严还是更松,涉及案外人行动自由、财产权利与被告权利,以及事证开示程序发现真实功能之间的价值权衡与政策取舍,在美国理论界至今未有定论。主张对案外人的管辖权标准应比对被告的管辖权标准更宽松的观点着眼于二者诉讼负担的比较。联邦最高法院曾指出集团诉讼的缺席原告虽受正当程序原则保护,但其诉讼负担远不及被告,保护标准也应低于被告,无需对其适用针对被告的管辖权标准。^⑥在案外人与被告之间,被告不仅最终可能承担实体责任,其所面临的程序负担也远超案外人开示事证的负担。反之,主张对案外人的管辖权标准应比对被告的管辖权标准更严格的观点则强调二者与实体争议的利害关系,相较被告,案外人与案件并无

① 参见美国《(第四次)对外关系法重述》第426条。

② See *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U. S. 797, 811 (1985).

③ See Ryan W. Scott, “Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery”, (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 975–977.

④ See Rhonda Wasserman, “The Subpoena Power: Pennoyer’s Last Vestige”, (1989) 74 *Minnesota Law Review* 37, pp. 39, 66, 91–92.

⑤ See Lea Brilmayer, “Jurisdictional Due Process and Political Theory”, (1987) 39 *University of Florida Law Review* 293, pp. 293–294.

⑥ See *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U. S. 797, 807–812 (1985).

利害关系，对诉讼负担无法合理预见，而且有时案外人面临的诉讼负担比被告更甚。^① 例如耐克案涉案被告 600 余人，全部身份不明，与纽约的唯一联系是原告方调查员在该州购买了 31 件侵权产品。^② 原告在纽约诉讼的真正目的是对中国金融机构确立管辖权，以便强制其开示事证，冻结被告财产。中国金融机构虽为案外人，实际诉讼负担远超被告。

2014 年之前，理论层面虽有争议，但司法实践中争议并不大。当时对被告的一般管辖权标准非常宽泛，只要外州（国）被告与法院地州存在持续而系统的联系（从事业务），位于该州的法院即可管辖针对被告的任何诉求，无论诉求是否与被告在法院地州的业务活动相关。^③ 该标准同样被适用于案外人，尤其成为对外国案外人确立管辖权的主力。只要外国案外人在美国设有分支机构或有其他持续而系统的业务行为，美国法院即可强制其开示处于其控制或保管之下的事证，不论这些事证是位于美国境内或境外。^④ 这种宽泛的管辖权标准暗合了美国鼓励事证开示的司法政策，也塑造了美国事证开示程序极具攻击性的风格。在该阶段，针对中国金融机构的多起事证开示程序皆以中国金融机构在纽约的分支机构对其确立一般管辖权，中国金融机构亦未提起管辖权抗辩。^⑤

2014 年，美国联邦最高法院收紧了对被告的一般管辖权标准，限定仅有被告的“家”所在的州可行使一般管辖权，企业的“家”基本等同于登记设立地、主营业地。^⑥ 外国企业的登记设立地和主营业地显然位于美国境外，美国法院不再能对其确立一般管辖权。这再次引发了对外国案外人管辖权标准的辩论——对外国案外人的管辖权标准是否应随着对被告管辖权标准的收缩而同步收紧；如果不应同步收缩，应如何确定对案外人的管辖权标准。

支持案外人的行动自由比被告更值得保护的观念仍然主张，联邦最高法院根据正当程序原则所发展的管辖权标准构成对被告权利保护的基准，对案外人的保护标准只能比其高，不能比其低。在此基础上，还应额外考量案外人与案件的利害关系、可预见性、便利性等因素。^⑦

另一派观点则主张联邦最高法院向来支持非常宽泛的跨国开示程序，^⑧ 其在收缩对被告的管辖权标准之时，并未考虑影响范围会波及对外国案外人的事证开示程序。收缩对被告管辖权标准的目的本为降低本国公司跨州诉讼的风险，是近几十年来美国对被告管辖权标准亲商业利益导向

① See Ryan W. Scott, “Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery”, (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 996 – 997, 1001 – 1002.

② See Memorandum of Law in Support of Plaintiffs’ Ex Parte Application for a Temporary Restraining Order, Asset Restraining Order, Order to Disable Certain Websites, Order Authorizing Expedited Discovery and Alternative Service by Electronic Mail, and Order to Show Cause for a Preliminary Injunction (November 12, 2013), p. 12.

③ 参见甘勇：《论美国国际民事诉讼中的“商业活动管辖权”》，载《国际法研究》2016 年第 4 期，第 97—113 页；杜涛：《国际私法国际前沿年度报告（2016—2017 年）》，载《国际法研究》2018 年第 3 期，第 97—98 页。

④ See Linda J. Silberman, “Daimler and Bristol-Meyers: What’s Next for Personal Judicial Jurisdiction in the United States?”, in Andrea Bonomi & Krista Nadakavukaren Schefer (eds.), *US Litigation Today: Still a Threat for European Businesses of Just a Paper Tiger?* (Geneva/ Zurich: Schulthess, 2018), pp. 54 – 55.

⑤ See *Tiffany (NJ) LLC v. Qi Andrew*, 276 F. R. D. 143 (S. D. N. Y. 2011); *Tiffany (NJ) LLC v. Forbse*, 2012 WL 1918866 (S. D. N. Y. 2012); *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 2011 WL 6156936 (S. D. N. Y. 2011).

⑥ See Linda J. Silberman, “the End of Another Era: Reflections on Daimler and Its Implications for Judicial Jurisdiction in the United States”, (2015) 19 *Lewis & Clark Law Review* 675, pp. 677 – 681.

⑦ See Xin Xu, “Show Me the Money: Evaluating Personal Jurisdiction over Foreign Nonparty Banks in Light of the Gucci Case”, (2016) 49 *Cornell International Law Journal* 745, p. 765.

⑧ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U. S. 241 (2004).

的延续。^① 外国被告、外国案外人不应一并因此获利。目前,学界已经提出了多种强化对外国被告的管辖权方案。^② 对外国案外人的管辖权亦应得到强化,其中一种方案主张以特殊管辖权标准补位。^③ 近几年的司法实践也的确在不断扩张对外国案外人的特殊管辖权标准。

三 在事证开示程序中扩张对外国案外人管辖权的司法实践 ——以特殊管辖权标准为重心

特殊管辖权系指被告与法院地州的联系不那么密切,管辖范围仅及于由被告与法院地州的联系产生的,或与之相关的诉求。美国联邦最高法院由正当程序原则所发展的特殊管辖权标准可归纳为:(1)被告与法院地州存在最低联系;(2)对被告行使管辖权具有合理性。其中最低联系又可被分解两个要件:(a)故意利用,即被告故意将行为指向法院地州,利用该州法律保护之益;(b)关联性,即争议事项由被告在法院地州的行为产生或与之相关。^④ 具体案件中,在审查是否符合正当程序原则之前,应先适用具体州针对特殊管辖权的长臂管辖立法,^⑤ 仅有两者都符合,方能确立特殊管辖权。适用于被告的特殊管辖权标准直接与实体争议相关,适用于案外人之时需作出必要调整。在过去数年间,联邦最高法院对被告的特殊管辖权标准实际呈收缩趋势,然而,下级法院对外国案外人的特殊管辖权标准却反向而行。

(一) 特殊管辖权标准适用于案外人时的调整

首先,针对最低联系标准的第一个要件——故意利用,有观点认为《联邦民事诉讼规则》允许在全美国对案外人送达传票,意味着对案外人确定管辖权只需考察其与美国是否存在最低联系(全国联系标准),无需考察其与具体州的联系。^⑥ 第二巡回上诉法院指示重审古驰案时指出,在根据联邦法所提起的民事诉讼中,可以考虑可否对案外人适用全国联系标准。^⑦ 此种观点若被采纳,那不仅纽约的法院可对外国金融机构行使管辖权,全美的联邦法院都可基于外国金融机构与纽约的联系对其行使管辖权。纽约南区地区法院重审古驰案时并未采用上述观点,仍采用与法院地州最低联系标准。^⑧ 但亦有其他联邦法院在依据《爱国者法》对中国金融机构发出刑事证据开示令之时采用全国联系标准。^⑨

① See Kevin M. Clermont, *Principles of Civil Procedure* (St. Paul, MN: West Academic Pressing, 5th edn., 2018), p. 274.

② See Jonathan Remy Nash, "National Personal Jurisdiction", (2019) 68 *Emory Law Journal*, pp. 509 – 561.

③ See Linda J. Silberman, "Daimler and Bristol-Meyers: What's Next for Personal Judicial Jurisdiction in the United States?", in Andrea Bonomi & Krista Nadakavukaren Schefer (eds.), *US Litigation Today: Still a Threat for European Businesses of Just a Paper Tiger?* (Geneva/ Zurich: Schulthess, 2018), pp. 56 – 57.

④ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 96 – 97 (S. D. N. Y. 2015).

⑤ 例如纽约州长臂管辖立法不涉及合理性,其标准大致与正当程序原则中的最低联系重叠,可分解为:(1)被告在该州有业务交易;(2)诉因系由该交易引发。New York Consolidated Laws, Civil Practice Law and Rules (CPLR) § 302 (a) (1).

⑥ See *the Report of the Civil Rules Advisory Committee to the Standing Committee on Rules of Practice and Procedure*, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/CV05-2011.pdf (last visited December 23, 2019), pp. 15 – 16.

⑦ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 768 F. 3d 122, 142 (2nd Cir. 2014).

⑧ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 97 (S. D. N. Y. 2015).

⑨ See *In Re Sealed Case*, 932 F. 3d 915, 924 – 927 (D. C. Cir. 2019).

其次,针对最低联系标准的第二个要件——关联性,有广义、狭义、折中三种调整方式。广义方式仅要求开示请求与诉争相关。^①即当事人可要求中国金融机构开示任何与诉争案件相关的信息,即便与其纽约业务无关,效果与一般管辖权无异,有违特殊管辖权的目的。狭义方式要求诉讼争议必须与案外人在法院地州的行为相关,或至少落入案外人可预测的范围。^②该方式对中国金融机构最有利,只要证明其纽约业务未介入诉争争议,其亦无法合理预见被强制开示证据的风险,即可成功抗辩管辖权。但该方式会使对案外人确立特殊管辖权太过困难,并非美国当事人、法院所乐见。折中方式要求当事人的开示请求必须与案外人在法院地州的行为相关。^③即中国金融机构的纽约业务虽与诉争争议无关,但只要证明开示请求所涉被告账户信息与其纽约业务相关即可。法院最终采纳了该方式。

最后,合理性标准是对各种因素的综合裁量,判断对案外人行使管辖权是否有违公平与实质正义。有观点建议将案外人与当前诉讼有无利害关系作为独立的考量因素。^④但法院并未采纳,直接将适用于被告的合理性标准套用于案外人,包含:行使管辖权施加给案外人的负担,法院地州裁判当前案件的利益,原告获取便利、高效救济的利益,国际司法体系对于以最高效的方式解决当前争议的利益,以及法院地州追求社会实体政策的利益。^⑤

(二) 最低联系标准的扩张

历经数案,美国法院逐渐发展出一条通过外国金融机构在纽约的代理账户(correspondent account)、清算账户(settlement account)确立特殊管辖权的新途径,管辖范围甚至超出收缩前的一般管辖权标准。代理账户是美国金融机构为外国金融机构设立的,代理其在美接收存款、完成支付,或处理其他金融交易的账户。代理账户是商标侵权人将其违法所得从美国汇入中国境内的银行账户的主要途径。清算账户是在信用卡的发卡银行与收单银行之间作为跨国信用卡交易清算中介的账户。若美国消费者使用信用卡购买仿冒产品,商标侵权人在中国的收单银行与消费者在美国的发卡银行之间便需要通过清算账户完成清算。^⑥

1. 利奇(Licci)案

本案是以代理账户对外国金融机构确立特殊管辖权的发端。被告银行与美国唯一的联系是在纽约开立了代理账户。原告指责被告明知其客户为恐怖组织且进行国际汇款的目的是开展恐怖活动,仍通过代理账户协助客户完成多笔国际汇款。2010年,纽约南区地区法院认为办理国际汇款不属于使用代理账户,仅持有代理账户本身不构成业务交易;且原告的损害产生自恐怖袭击,

① See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, p. 1004.

② See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 1004 - 1005; Xin Xu, "Show Me the Money: Evaluating Personal Jurisdiction over Foreign Nonparty Banks in Light of the Gucci Case", (2016) 49 *Cornell International Law Journal* 745, p. 765.

③ See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, p. 1006.

④ See Ryan W. Scott, "Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery", (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 1013 - 1014.

⑤ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 99 - 101 (S. D. N. Y. 2015).

⑥ See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310, 323 - 326 (S. D. N. Y. 2018); *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346, 354 - 355, 357 (S. D. N. Y. 2018).

而非被告的国际汇款行为,故该院对被告无管辖权。^①

2012年,该案上诉至第二巡回上诉法院,为确认该案是否满足纽约州长臂管辖立法中特殊管辖权的要件,该院向纽约州终审法院征询意见。^②后者作出肯定答复:首先,单纯持有代理账户不构成业务交易,但故意使用代理账户构成。如何判断故意使用?若外国金融机构代表其客户反复使用代理账户,便表明其在故意利用纽约可靠而透明的银行系统,美元作为国际货币的稳定性和可互换性,以及纽约极具可预见性的司法体系和商事法律。其次,原告诉求与被告的业务交易之间无需具有因果关系,仅需有实质联系即满足关联性要求。本案被告明知客户为恐怖组织,还多次使用代理账户协助办理国际汇款,表明其在纽约有业务交易,且该交易与原告诉求具备实质关联,故可对其确立特殊管辖权。^③之后,第二巡回上诉法院肯定以代理账户作为特殊管辖权基础亦符合正当程序原则。^④

2. 古驰案

2015年,纽约南区地区法院重审古驰案,对作为案外人的中国银行确立特殊管辖权。

首先,法院排除了对案外人主观状态的考察。中国银行抗辩其与利奇案中被告银行明知客户为恐怖组织而提供服务的行为有本质区别,其对客户的商标侵权行为并不知情。法院则认为是否明知客户的违法行为,或是否与客户共谋,与中国银行是否在纽约有业务交易的认定无关。^⑤

其次,法院采用了滑尺式特殊管辖权标准,即最低联系标准第一个要件——故意利用——的程度越强,对第二个要件——关联性——的要求便越弱。法院认为中国银行与纽约的联系远较利奇案中被告银行与纽约的联系密切。中国银行除设有代理账户并多次使用该账户协助客户办理国际汇款之外,还设有分行、拥有不动产,并通过广告行为宣传其美元汇款业务。因此,中国银行并非偶然、被动地通过代理账户接收汇款,而是频繁、故意地使用代理账户。有鉴于中国银行与纽约的密切联系,在判断关联性时,中国银行的行为无需是造成原告损害的近因,满足若无法则即可——若不是中国银行在纽约的业务使商标侵权人信赖并选择其提供的国际汇款服务,商标侵权人就不能获得侵害原告商标的收益,原告亦不会受损。中国银行抗辩开示请求所涉信息多位于中国,与其纽约业务无关。法院则认为中国银行在纽约的国际汇款行为导致了位于中国的账户发生金额变动,因此,开示信息位于中国并不影响关联性的认定。^⑥

3. 耐克案

2018年,耐克案进一步扩张了对外国案外人的特殊管辖权标准。

首先,联邦最高法院在2017年否定了滑尺式特殊管辖权标准,^⑦因此,相较古驰案,本案在认定最低联系之时排除了与开示请求无关的联系。虽然六家银行在纽约都有分行,但除中国银行的分行被证实曾协助商标侵权人办理过汇款业务之外,其他银行的分行并未参与涉案汇款业务,因此,法院认定这些分行与当前争议不具关联性。^⑧此外,六家银行亦都在纽约开立了代理账

① See *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank*, SAL, 673 F. 3d 50, 58 (2nd Cir. 2012).

② See *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank*, SAL, 673 F. 3d 50, 75 (2nd Cir. 2012).

③ See *Licci v. Lebanese Canadian Bank*, 20 N. Y. 3d 327, 337–339, 340–341 (2012).

④ See *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank*, SAL, 732 F. 3d 161, 169–174 (2nd Cir. 2013).

⑤ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 94–95 (S. D. N. Y. 2015).

⑥ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 94–99 (S. D. N. Y. 2015).

⑦ See *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court*, 137 S. Ct 1773, 1781 (2017).

⑧ See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346, 360–361 (S. D. N. Y. 2018).

户，但仅中国银行、建设银行、招商银行和工商银行的代理账户被证实曾协助商标侵权人办理国际汇款，因此，法院并未以代理账户作为农业银行、交通银行的管辖基础。^①

其次，本案将管辖依据从代理账户拓展至清算账户。法院认为两种账户的功能都是促进银行间多币种跨境交易。农业银行、交通银行和中国银行持有并反复使用纽约的清算账户，是为了更高效地与其他银行进行信用卡业务清算，表明它们在故意利用纽约便利的交易环境，认定构成业务交易并无不当。^②

最后，在判断是否频繁、故意使用两种账户时，法院实际仅聚焦频繁使用。六家银行抗辩两种账户办理业务皆高度自动化，其未对涉案交易作过指示，对客户所发起的汇款交易背后的原因亦不知情，故并未故意使用两种账户。法院认为，银行是否知晓客户的违法行为，是否对涉案交易作出指示，以及交易自动化的性质皆与认定业务交易无关，只要银行开立、持有并频繁使用上述账户即可。在认定频繁使用时，法院仅关注六家银行的涉案交易总量：中国银行、招商银行、建设银行、工商银行通过代理账户办理的涉案交易共计逾 600 笔，金额超过 300 万美元；中国银行、农业银行、交通银行通过清算账户办理的涉案交易共计逾 7000 笔，金额超过 300 万美元。法院并未考虑不同银行涉案交易量的差异，例如建设银行的涉案交易仅 4 笔，金额 3 万余美元；农业银行的涉案交易的金额亦仅 3 万余美元。农业银行抗辩其与纽约的联系过于微弱，但未获支持。此外，法院还认为本案六家银行的涉案交易量远超古驰案，因而与纽约的联系更为密切。^③但这种交易量的差异是由原告起诉被告的数量决定的，古驰案原告仅要求开示 9 名被告的信息，本案则要求开示 600 余名被告的信息。如此一来，原告起诉被告数量越多，便越容易对中国金融机构确立管辖权。

4. 涉朝制裁刑事调查案

前述案件在扩张对外国案外人的特殊管辖权标准之时，仍然围绕其与法院地州（纽约）的最低联系展开。2019 年，在一份针对作为案外人的中国金融机构发出的刑事调查令中，哥伦比亚特区巡回上诉法院对其中一家中国金融机构适用了全国联系标准。该案中美国政府强制三家中国金融机构开示一家涉嫌违反美对朝鲜制裁措施的公司的账户信息。其中一家中国金融机构主张其在美国并无分支机构，虽在纽约设有并使用代理账户，但发出强制开示令的哥伦比亚特区法院对其并无管辖权。一、二审法院皆认为该强制开示令是依据《爱国者法》发出，《爱国者法》为联邦法，在确立对案外人的管辖权时，无需考察其与法院地州的联系，只需考察其与美国整体的联系。^④这意味着如果是根据联邦法提出的开示请求，只要中国金融机构在纽约设有代理账户或清算账户，全美任何联邦法院皆可对其确立特殊管辖权。

（三）合理性标准的失守

即便存在最低联系，若行使管辖权有违公平与实质正义（合理性），法院仍应拒绝。但美国法院对合理性的判断对中国金融机构更不利。

中国金融机构提出开示请求所涉信息多位于中国，开示这些信息有违中国《商业银行法》

① See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310, 323–325 (S. D. N. Y. 2018).

② See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346, 357–360 (S. D. N. Y. 2018).

③ See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310, 329 (S. D. N. Y. 2018).

④ See *In Re Sealed Case*, 932 F. 3d 915, 924–927 (D. C. Cir. 2019).

等多部法律法规,会招致法律制裁,对其而言负担过重。但法院认为,判断行使管辖权是否合理仅需考虑诉讼便利,无需考虑开示是否违反中国法,只有管辖权确定之后判断国际礼让时方需考虑该因素。鉴于中国金融机构在纽约有分行,不受长途跋涉之累;有在纽约诉讼的经验,对该州司法体系并不陌生;加之它们并非被告,无需承担败诉的责任,仅提供信息而已,故并无特别不便。^①

此外,法院还认为纽约有为本州原告提供有效救济的利益;有要求当事人和案外人遵守开示义务,确保司法程序的效率和效果的利益;还有执行本州和国会的商标立法,打击跨境商标侵权行为,保护知识产权的利益。中国执行《商业银行法》等法律法规的利益并未超过美国的上述利益。而且,当前的事证开示程序是原告获取救济的最有效途径,到中国诉讼,或通过《海牙取证公约》途径开示皆非有效的替代方式。^② 综合各种要素,法院最终得出结论对中国金融机构行使管辖权并非不合理。

中国金融机构抗辩这种宽泛的裁判立场会使整个纽约的银行业陷入灾难,会使任何一家在纽约持有代理账户或清算账户的外国金融机构陷入无尽的诉讼风险。对此,法院却不以为然,认为自2012年以代理账户作为对外国金融机构确立特殊管辖权的依据以来,纽约的银行业并未受影响。^③

可见,美国法院在综合判断对作为案外人的中国金融机构行使管辖权是否合理之时,并未采纳部分学者的建议——对案外人与涉案争议的利害关系等因素给予相应权重。^④

四 在事证开示程序中扩张对外国案外人管辖权的后果

扩张对外国案外人的管辖权并非孤立事件,会引发一系列连锁反应。但针对美国法院的这种单边主义行为,长期以来,国际社会并未找到有效的制衡措施。

(一) 扩张对外国案外人管辖权的连锁反应

在对案外人的事证开示程序中确立管辖权制度的目的本应是为案外人提供程序保护,以期平衡案外人的开示义务与行动自由。在联邦最高法院收缩对被告管辖权标准之际,美国下级法院却反向而行,扩张对外国案外人的管辖权标准,似乎有违正当程序原则一视同仁地保护内外当事人的传统,^⑤ 实际表明在扩张事证开示程序域外效力与平等保护外国案外人两种政策权衡中,前者胜出。对事证开示程序域外效力的强调,体现了美国对公约取证渠道的不信任,根源在美国事证开示程序的独特性。《海牙取证公约》的多数成员国皆对庭审前的文书开示请求申明保留(第23条),其国内法允许事证开示的范围亦远远小于美国,导致《海牙取证公约》对美国法院、当事

① See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 99 (S. D. N. Y. 2015); *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310, 333 (S. D. N. Y. 2018).

② See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 100 – 101 (S. D. N. Y. 2015); *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310, 333 – 334 (S. D. N. Y. 2018).

③ See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346, 362 (S. D. N. Y. 2018).

④ See Ryan W. Scott, “Minimum Contacts, No Dog: Evaluating Personal Jurisdiction for Nonparty Discovery”, (2004) 88 *Minnesota Law Review* 968, pp. 1013 – 1014.

⑤ See Kevin M. Clermont, *Principles of Civil Procedure* (St. Paul, MN: West Academic Pressing, 5th edn., 2018), p. 328.

人的价值大为降低,被认为耗时长、成本高,且结果不确定,不能满足经济、高效及公正裁判案件的需求。^①因此,美国法院向来不认为公约取证渠道具有优先性,反而更倚重单边扩张国内事证开示程序的域外效力。确立对外国案外人的管辖权是主张事证开示程序域外效力的前提。若无法取得对外国案外人的管辖权,则必须通过公约取证渠道或司法协助途径获取域外证据。一旦取得对外国案外人的管辖权,则可强制其开示位于其控制或保管之下的任何事证,无论是否位于美国境内。^②因此,对外国案外人的管辖权标准越宽泛,美国事证开示程序的域外效力便越强。

当然,确定对外国案外人的管辖权并不意味着其必然会被强制开示,法院对此享有自由裁量权。涉案中国金融机构除管辖权外的另一抗辩理由是国际礼让。目前,只有蒂芙尼案支持过中国金融机构的国际礼让抗辩,责令原告先行通过《海牙取证公约》途径向中国司法部提出申请。^③因为该案的取证申请未得到及时、完全满足,后续案件皆拒绝承认《海牙取证公约》构成有效替代途径。中国金融机构主张强制开示令会致使其违背中国法,并招致惩罚,陷入无法同时遵守两国法律的艰难情境。为证明该主张,古驰案中,中国银行指出其在按美国法院的命令冻结涉案被告在中国的账户之后,被起诉至中国法院并败诉。^④美国法院则认为其强制开示的权力并不因开示违反中国法律而受影响,在私人诉讼中败诉并非严重的刑事或民事责任,其并不认为中国政府真的会因事证开示而严惩中国金融机构。^⑤由此观之,国际礼让抗辩的成功几率极低。

强制开示令通常伴有财产冻结令,要求外国金融机构在全球范围内冻结被告财产。财产冻结令分为签发、执行两个阶段。在签发阶段,禁令针对被告的财产,仅需对被告享有管辖权,无需考虑是否对作为案外人的外国金融机构享有管辖权;进入执行阶段后,才需考虑外国金融机构的管辖权抗辩。目前中国金融机构对财产冻结令的抗辩皆以时机尚未成熟为由被驳回。^⑥古驰案之前,美国法院从未在执行财产冻结令程序中对外国案外人确立过特殊管辖权。^⑦如若将来古驰案、耐克案在事证开示程序中确立的特殊管辖权标准被照搬至执行财产冻结令程序,便意味着美国法院可以直接强制中国金融机构配合执行被告(判决债务人)位于美国境外的财产。

美国为域外程序在美取证所提供的司法协助程序,会进一步放大扩张对外国案外人管辖权标准的效应。或许是为鼓励其他国家接受美国式的事证开示程序,美国法院对域外程序在美取证提供广泛协助。不仅外国法院或国际法庭可提出取证申请,任何利益相关的个人也可提出取证申请,只要被申请人居住于美国境内或在美国境内被发现。^⑧美国联邦法院的最新判例认为,只要对被申请人有管辖权即可视为其在美国被发现,采用的管辖权标准正是事证开示程序对外国案外

① See *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U. S. Dist. Court for Southern Dist. of Iowa*, 482 U. S. 522, 542 – 543 (1987).

② See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 6th edn., 2018), pp. 1019 – 1023.

③ See *Tiffany (NJ) LLC v. Qi Andrew*, 276 F. R. D. 143, 151 – 161 (S. D. N. Y. 2011); *Tiffany (NJ) LLC v. Forbse*, 2012 WL 1918866, 4 – 11 (S. D. N. Y. 2012).

④ 北京市第二中级人民法院(2013)二中民初字第01275号民事判决书;北京市高级人民法院(2014)高民终字第585号民事判决书。

⑤ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 135 F. Supp. 3d 87, 101 – 104 (S. D. N. Y. 2015); *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 346, 364 – 368 (S. D. N. Y. 2018).

⑥ See *Nike, Inc. v. Wu*, 349 F. Supp. 3d 310, 341 – 346 (S. D. N. Y. 2018).

⑦ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 768 F. 3d. 122, 137 (2nd Cir. 2014).

⑧ 《美国法典》第28编第1782条。

人的管辖权标准,且开示范围不限于位于美国境内的事证,也及于美国境外的事证。^① 这便意味着美国极有可能成为证据的国际交换中心,^② 一旦中国金融机构被确定管辖权,不仅可能被强制开示与美国司法程序相关的事证,还可能被强制开示与其他国家的司法程序(或国际司法程序)相关的事证,即便这些事证位于美国境外。

(二) 有效反制措施的缺位

美国法院在事证开示程序中扩张对外国案外人的管辖权一直被视为中美经贸摩擦背景下,美国针对中国企业实施的众多单边主义措施中的一类,^③ 但该问题有其特殊性。美国强调事证开示程序域外效力的根源在于其国内民事诉讼程序的独特性——从诉答到证明责任,再到法律事项判决等一整套诉讼机制都支持宽泛的事证开示程序。^④ 当然,美国市场的吸引力、美国金融业及美元的优势地位也是美国事证开示程序域外效力得以实现的现实保障。过去几十年间,美国与欧洲主要国家、日本、中国都曾因其事证开示程序的域外效力问题爆发激烈冲突,在美国扩张其法律体系域外效力的诸多领域中,堪称导致国际摩擦最为严重的领域。^⑤ 在美国惯用的单边主义措施中,加征关税纯粹为现实利益之争,相关国家既可对等报复性加征关税,亦可通过谈判等政治、外交手段协议取消已加征关税;^⑥ 反垄断法等法规的域外适用虽属法律制度差异,但相关国家可效仿美国,通过完善自身的法律域外适用体系形成制衡;^⑦ 唯独事证开示程序的域外效力难以找到有效的破局方法。

综观各国,针对美国事证开示程序域外效力的对抗措施主要有两种:外交抗议和阻断法令。早期的对抗措施主要为外交抗议,主张美国要求开示域外事证的单边主义行为侵犯了相关国家的主权和领土完整,但该措施未能改变美国法院的单边主义立场。^⑧ 之后,越来越多的国家采取阻断法令的方式,即禁止本国人执行美国的域外开示令或财产冻结令,否则会施以严厉的民事或刑事惩罚。^⑨ 阻断法令在兴起之初,的确得到一些美国法院的遵从。但近年来却陷入被无视的尴尬境地,因为美国法院认为外国政府颁布阻断法令不过是为本国人提供掩护,并不会真正执行。^⑩

① See *In re del Valle Ruiz*, 939 F. 3d 520, 527–530, 533 (2nd Cir. 2019).

② See Hans Smit, “American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the U. S. C. Revisited”, (1998) 25 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 1, p. 11.

③ 参见《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书(2018年9月24日),国务院新闻办公室, <http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1638292/1638292.htm>, 最后访问时间2019年12月23日。

④ 参见陈杭平:《“事实解明义务”一般化之辩——以美国“事证开示义务”为视角》,载《现代法学》2018年第9期,第162—164页。

⑤ 参见美国《(第三次)对外关系法重述》第422条。

⑥ 参见《商务部:中美同意随协议进展分阶段取消加征关税》,人民网-财经频道, <http://finance.people.com.cn/n1/2019/1107/c1004-31443700.html>, 最后访问时间:2019年11月10日。

⑦ 参见廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,载《环球法律评论》2019年第3期,第176—177页。

⑧ See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 6th edn., 2018), pp. 965–966.

⑨ See Geoffrey Sant, “Court-Ordered Law Breaking: U. S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, (2015) 81 *Brooklyn Law Review* 181, p. 185.

⑩ See Vivian Grosswald Gurran, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, (2016) 76 *Louisiana Law Review* 1141, pp. 1141–1142, 1145.

因此,若欲以阻断法令对抗美国法院的域外开示令,必须建立严格的执行历史,^①但这并不能保证美国法院会改变立场。^②而且,阻断法令与美国法院的域外开示令之间的对立关系,越发成为美国当事人迫使外国案外人和解的筹码,否则其便会陷入要么违反母国法律,要么被判处藐视美国法庭的两难境地。^③有鉴于此,为避免加剧我国企业的两难困境,我国有学者建议应慎重权衡是否制定阻断法令。^④

既然对抗措施不奏效,可否“以其人之道还治其人之身”,效仿美国建立单边主义的域外取证机制?美国当然乐见其事证开示程序为更多国家所接受,晚近大陆法系的事案解明义务、文书提出义务等制度也的确受美国影响。^⑤例如,日本在上世纪末对民事诉讼法的修订中设置了文书提出命令制度,案外人亦负有一般化的文书提出义务。但日本对文书提出义务的解释远比美国严格,而且并未赋予文书提出命令以域外效力,域外取证仍应通过司法协助等多边主义途径。^⑥德国在本世纪初的民事诉讼法修订中也加入了案外人的文书提出义务,亦不排除外国案外人自愿向德国的诉讼程序提交文书,若其非自愿,则不能强制其提交文书,只能通过司法协助途径调查证据。^⑦是故,即便其他国家在国内诉讼程序中借鉴了美国的事证开示程序,但在域外取证方面鲜有效仿美国的单边主义立场。我国目前对文书提出义务的法律规定与理论探讨仍限于当事人之间,未拓展至案外人;^⑧而且,我国现行法明确规定域外取证应通过条约途径或外交途径进行。^⑨加之我国一贯反对单边主义,倡导并坚持多边主义机制,因此,我国亦不可能效仿美国建立单边主义域外取证机制。

结 语

管辖权并非自始为美国对案外人事证开示程序的一环。司法实践将管辖权纳入对案外人的事证开示程序,是为在地理维度上解决受案法院对案外人的司法权力的合法性与合理性,理应平衡案外人的开示义务与行动自由。在美国理论界,对案外人的管辖权标准与对被告的管辖权标准究竟应呈现何种关系,一直未有定论。但在司法实践层面,在美国联邦最高法院收缩对被告管辖权标准之际,下级联邦法院却逆向而行,扩张对外国案外人的管辖权标准。这并非源自被告与案外

① See M. J. Hoda, “The Aerospatiale Dilemma: Why U. S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It”, (2018) 106 *California Law Review* 231, pp. 246–251.

② 法国在2007年执行其阻断法令,但此后美国法院并未给法国的阻断法令以遵从。See Vivian Grosswald Gurran, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, (2016) 76 *Louisiana Law Review* 1141, p. 1145.

③ See Geoffrey Sant, “Court-Ordered Law Breaking: U. S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, (2015) 81 *Brooklyn Law Review* 181, p. 183.

④ 参见李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》,载《国际法研究》2019年第3期,第21—22页。

⑤ 参见陈杭平:《“事案解明义务”一般化之辩——以美国“事证开示义务”为视角》,载《现代法学》2018年第9期,第166页。

⑥ 参见〔日〕新堂幸司:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第406页、第431—432页;〔日〕高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第123—162页。

⑦ 参见〔德〕罗森贝克等:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第868—870页。

⑧ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第112条;张卫平:《当事人文书提出义务的制度构建》,载《法学家》2017年第3期,第39页;曹志勋:《书证搜集裁判:模式比较与本土改造》,载《现代法学》2011年第5期,第152页。

⑨ 《中华人民共和国民事诉讼法》第276条、第277条。

人的主体性质差异，而是体现了美国法院对内外诉讼主体的差别对待，背后的驱动力是扩张美国事证开示程序域外效力的政策追求，表明美国对《海牙取证公约》、司法协助等多边机制的不信任，深层原因是美国事证开示程序乃至整个诉讼制度的独特性，其宽泛的事证开示范围难以与其他国家形成协调。然而，无论美国国内法制度如何特殊，其将自身的法律制度凌驾于其他国家法律及国际秩序之上的单边主义思维皆应受到谴责。在现有国际国内法律框架下，短期内似乎很难找到反制美国法院扩张事证开示程序域外效力的有效手段。长远来看，我国一方面需提升自身争议解决机制的竞争力，吸引跨国纠纷的当事人到我国法院寻求救济，消解他们求诸于美国诉讼程序域外效力的动机。同时，我国需要与其他国家一道要捍卫和强化多边主义机制建设，倡导在域外送达、取证、判决承认与执行方面建立高效的国际协调与合作机制，孤立美国单边主义的做法，力争将跨国民事诉讼程序拉回多边主义的正轨。

Expanding Jurisdiction over Foreign Nonparty in American Discovery: Taking Cases against Chinese Financial Institutes as Examples

Zhang Jing

Abstract: American discovery imposes broad and severe obligation over nonparty, correspondingly provides procedural protection for nonparty. Personal jurisdiction is one of the most important mechanisms of procedural protection for nonparty, and is the prerequisite that courts could compel nonparty discovery. However, as to the relation between the standard of personal jurisdiction against defendant and that against nonparty, there is no conclusion in American academia up to now. Recently, when Federal Supreme Court of U. S. has limited the personal jurisdiction against defendant, low federal courts have expanded the personal jurisdiction against nonparty step by step, on the purpose of maintaining and expanding extraterritorial effect of American discovery. This shows U. S. distrusts multilateral mechanisms, such as Hague Convention on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, judicial assistance. This is a kind of unilateral way of action that let its domestic law override international order or law of other nations. In past several decades, no effective measure has been found to fight against extraterritorial effect of American discovery. For long term perspective, only the establishment of high efficient international harmonizing and cooperating mechanism could pull international civil procedure back to multilateral track.

Keywords: Discovery, Nonparty, Personal Jurisdiction, Extraterritorial Effect

(责任编辑:李庆明)