



金杜律师事务所
KING & WOOD
MALLESONS

DOING BUSINESS IN
the U.S.

在美国做生意



目 录

CONTENTS

- 03 卷首语
- 04 在美国做生意
 - 法律考量面面观
- 09 中美企业设立差异
- 13 中国企业赴美投资的新挑战
 - 美国外国投资委员会（CFIUS）最新立法以及试行计划
- 16 在美国投资新兴产业、朝阳产业架构设计的关键问题
 - 以投资健康产业和软件产业为例
- 21 在美投资并购的几个问题
- 26 典型的硅谷初创企业和早期融资条款简介
- 29 美国劳动法介绍
- 36 如何在美国做生意
 - 税法部分
- 40 美国股票的发行、上市、流通和持有简介
- 44 美国商业信贷交易中的资产抵押增信措施
- 48 美国出口管制：重新聚焦技术出口与中国
- 53 美国诉讼中的文件披露要求
 - 中国企业指南
- 58 中国企业应对美国法律程序应当注意的问题和建议

卷首语

王军

2018-2019 年对于中美关系而言注定是不平静的。随着 2018 年 3 月 22 日特朗普宣布对价值 500 亿美元的中国商品征收 25% 的关税，中美贸易争端爆发。一年多以来，双方利用关税、国家安全审查及其他手段“礼尚往来”剑拔弩张，经历一轮又一轮的贸易谈判后，原本在 2019 年 5 月预计“进入最后阶段”的中美贸易协定随着 5 月 10 日美国正式对中国价值 2000 亿美元商品征收 25% 的关税而变得前途未卜。受到政治因素影响，悲观者可能会不太看好中美经贸关系的未来。但从数据来看，中美双边贸易额从 1978 年的 9.9 亿美元增长至 2017 年的 6360 亿美元，特别是在贸易战爆发的前一年，2017 年中国向美国出口商品 4298 亿美元，占中国全年商品总出口的 19%；美国向中国出口商品 1539 亿美元，占美国全年商品总出口的 10%。根据中国商务部公布的数据，即便在贸易战的背景下，2018 年中美两国货物贸易额仍超过了 6300 亿美元，两国双向投资累计超过 2400 亿美元。双方逐步升级的措施及一轮又一轮的谈判正印证了中国和美国两个世界上最大经济体正日益紧密地联系在一起，中美经贸合作已经形成“你中有我，我中有你”的利益交融格局。



王军

美国纽约
jackwang@cn.kwm.com

美国是世界上最大的经济体，也是全球研发及创新活动最为活跃的地区之一。中国已成为世界第二大经济体，是全球经济增长的主要驱动力。中国企业走出去利用境外资源，参与国际竞争是快速发展的中国经济对于中国企业的必然要求，也是中国企业国际化的重要途径。近年来，中国企业的境外投资也经历了一个逐步调整的过程。据商务部提供的数字，自 2003 年起，我国的对外直接投资进入快速发展阶段，到 2016 年至 2017 年期间达到高潮后开始经历调整及放缓。2018 年 1 月 31 日，国家发展改革委发布境外投资敏感行业目录（2018 年版）的通知，对房地产、酒店、体育及娱乐等特定领域进行限制后，中国企业的境外投资行为更加理性和谨慎。境外投资行为从品牌效应更多地转向企业本身的战略需求，专注对于企业自身及中国经济而言更高质量的投资。从中美关系的大环境而言，中国方面贸易战爆发后各方对中国经济发展的可持续性存

疑，大多数投资者都在等待贸易争议尘埃落地后谋定而后动。为了降低关税或国际贸易战对生产经营的影响，中国企业未来可能期望产品的生产在地域上更接近其最终消费者。反观美国，虽然在谈判上锱铢必较、毫不让步，但在全美商业经济协会（NABE）的半年度调查中，在接受调查的 280 名商业经济学家中，约有 10% 的人预计将在 2019 年内出现衰退，42% 的人预计经济将在 2020 年年底前出现衰退，大约 25% 的人认为在 2021 年会出现经济衰退，只有 11% 的受访者预计美国将在这两年内避免经济衰退。超过 90% 的受访经济学家表示，他们预计现有关税将拖累美国 GDP 下降 25 个基点以上。与此相对的是，2019 年 6 月 18 日，中美两国领导人宣布其将在 G20 期间会晤，此前中美两国将重启贸易谈判后，投资者信心提振，美国三大股指涨幅均超过 1%。因此，中美经济合作而非对抗符合两国的根本利益。

事物发展的道路很少有一帆风顺，大多数是曲折前进，这也是中国企业走出国门，走进美国面临的现状。一方面，处在快速发展阶段的中国企业需要借助美国的资本、科研能力、创新体系及市场效率进一步发展；另一方面，紧锣密鼓的贸易协定谈判、美国不断趋严的“国家安全”审查以及以《外国投资风险审查现代化法案》为代表的在关键技术领域对外国投资（特别是中国）的限制为中国企业投资美国增加了诸多的风险和不确定性。中美关系的现实对投资美国的投资人，特别是来自中国的投资人在风险预判以及投资的经济、贸易、政治和法律环境的理解及评估方面提出了更高的要求。

有鉴于此，我们组织了金杜纽约办公室和硅谷办公室长期在美国执业第一线的合伙人和律师准备了此《在美国做生意》手册，其内容涵盖外商投资、企业设立、劳动雇佣、政府监管、税务及争议解决各个方面。本手册不仅包含美国法律各方面的基本介绍，同时涵盖金杜纽约及硅谷办公室专业人员执业过程中积累的实践经验。

在一个快速变化的世界，希望我们能协助您一起应对变化中的各项挑战！

在美国做生意

——法律考量面面观

罗华



罗华

美国纽约

Laura.Luo@us.kwm.com

美国是世界第一大经济体和中国最大的贸易伙伴。即使在当前两国复杂的政治经济关系的大环境下，根据中国商务部最新公布的数据，2018年中美两国货物贸易额超过了6300亿美元，两国双向投资累计超过2400亿美元。根据荣鼎报告，2018年中国在美国已完成的收购及绿地投资总金额为48亿美元，与2017年的数据290亿美元相比，下降了84%，与2016年的数据460亿美元相比，下降了近90%。由于来自北京方面的压力，中国投资者在2018年出售了合计约130亿美元的美国资产¹。相对于外商直接投资的减速，由于受到法规及政策的影响较小，中国在美风险投资及融资在2018年达到了31亿美元的新高。服务企业庞大的数据表明中美之间仍旧日益紧密地联系在一起。中美关系现状在需要投资者对政治和形势发展做出敏锐判断的同时，对其对美国法律制度的了解也提出了更高的要求。

美国是50个州和其他一些领地组成的合众国，成员都有自己独立的政权和宪法。美国的联邦宪法规定国会（立法）、联邦政府（行政）、和最高法院（司法）三权分立。美国的法律来源除了宪法（联邦和州）及法律和法令外，法院的判例也具有法律效力。美国的联邦政府和州政府不完全是类似中国中央政府和地方政府那样的上下级关系，美国宪法对联邦政府的权力进行限制，对其和州政府的权力进行划分。联邦政府负责国家事务，例如与国家安全、州际贸易等相关的领域，但一般的商务关系则主要由州法管辖。例如企业设立、合同关系、员工雇佣关系、房地产等都由相关的州法管辖。但如果联邦法对某事项有管辖权而与其相关的州法有冲突时，则联邦法优

先于州法。本文对于中国企业和个人在美国做生意比较关注的方面涉及到的美国法律做一些不完全的初步介绍。如下：

一、企业设立

企业的设立、维持和治理由其成立地的州法管辖。常见的企业形式包括股份有限公司（corporation）、有限责任公司（limited liability company, 或 LLC）、有限合伙企业，也可以不设企业而以个体户（sole proprietorship）的形式进行经营。最常用的企业形式为股份有限公司与有限责任公司，这两种企业形式在设立、管理、利润分配、税务和融资等方面有重要区别。企业设立地与其主要营业地可以不同，美国东北部的特拉华州（Delaware）常常是企业设立地的首选，主要原因在于特拉华州拥有全美最早建立且最完善的商业法律体系，这使得本州公司在遇到任何种类的商业争议时都有先例可循，为公司解决争议提供了确定性。此外，特拉华州对本州注册成立但在本州没有实际经营业务的公司不征收所得税，且注册程序快。除了特拉华州以外，纽约州和加利福尼亚州也是中国企业选择比较多的企业注册地。

由于法律体系不同，在美国设立企业和在中国设立企业有诸多不同。详细讨论请参见本手册《中美企业设立的差异》一文。

二、人员雇佣

除非另有约定，美国的员工雇佣关系为自由雇佣（at-will employment）关系，即雇佣双

1. <https://rhg.com/research/chinese-investment-in-the-us-2018-recap/>.



方均可以无理由随时解约。人员雇佣关系一般有两种不同性质：雇员 (employee) 和独立承包商 (independent contractor)。两种不同性质的关系在税务、报酬等方面的要求和对人的保护等方面不同，一般根据雇主对人员的控制权不同而界定。界定错误则雇主可能面临罚款和诉讼风险，后果严重。

在员工雇佣过程中，有不少高风险的“雷区”都可能导致雇主违反相关规定，例如，关于禁止基于种族、性别、宗教、国籍、年龄、残疾、婚姻关系、政治背景和性取向等方面的歧视的规定；对最低工资、工时和加班制度的规定；对合法工作身份的审计和罚款规定；某些禁止对申请人进行犯罪背景调查的地方法规；在某些州（例如纽约州）禁止询问申请人的薪酬历史；对于不合理的竞业禁止或限制；组建工会的情况等等。为了避免这些雷区，中国雇主需要对中美雇佣法律和实务的区别有一些基本了解。更详细讨论请参见本手册《美国劳动法介绍》一文。

三、税务

美国的税包括联邦、州和地方层面的税。2017 年底，美国国会通过了 40 多年来最大的一次联邦税法改革法案并于 2018 年开始实施。美国的税务种类繁多，包括企业所得税、个人所得税、资本利得税、与雇佣有关的税（例如社会安全税，医疗保险税，失业税等）、遗产税、赠与税、房地产交易税、销售与使用税、地产税等等。除非有特殊规定，美国要求其居民（包括公民、永久居民和在美居住超过一定天数的居民）对其全球收入所得进行申报和纳税，非美国居民对于美国来源的收入在美国纳税。同时，美国与某些

国家的税收条约也影响纳税人的纳税义务。对于不同的企业形式，其纳税和申报义务以及在投资并购中的税务处理有相当大的区别。因此，如何根据投资人的身份、投资的业务性质和经营目标设计投资载体的税务构架，从而合理合法的避税，是一个技术性非常强和非常重要的问题。对于个人的投资，我们可以帮助客户设计投资结构，充分利用美国税法的减免税和递延条款，或者搭建信托架构，在省税的同时实现资产保护和财富传承的目的。

在我们的税务律师处理过的税务构架设计案例中，曾对中国投资人金额高达数十亿的投资项目进行合理合法的税务筹划后节省的税额高达总投资额的 20% 甚至 30%。更详细讨论请参见本手册《如何在美国做生意——税法部分》一文。

四、知识产权

美国非常重视对知识产权保护的立法和执法。包含专利、著作权、商标权和商业秘密。专利权、商标权、著作权的保护主要在联邦法和国际公约的层面。美国专利法保护第一个向专利局提出专利申请的发明人的权利，专利的有效期限为自申请之日起 20 年。对于商标权，其权利的确立基于其是否在商业中实际被使用，而非是否被注册，但经注册的商标对于其权利的认定和保护有更大的确定性。商标每次注册的有效期限是 10 年，可以续展，但对商标的保护是无期限限制的，除非该等商标不再被使用、续展或因为不满足法律规定而被视为无效。对于著作权，凡是原创的作品表现在有形的载体上，即使没有进行著作权注册，也可以自动获得著作权保护，但注册过的著作权在实施对其保护的程序上有一些优势。著

作权的保护期一般为作者在世时以及去世后 70 年期间。另外，美国作为世界贸易组织的成员和“与贸易相关的知识产权协议”的缔约方，有义务对商业秘密进行保护。美国联邦法和州法层面对商业秘密都提供无限期的保护，除非被发现或者丢失。

美国对知识产权恶意侵权行为的执法及打击力度都很大，并规定了适用于故意侵权的惩罚性赔偿的原则。例如，美国专利侵权的损害赔偿包括补偿性赔偿和惩罚性赔偿。惩罚性赔偿最高可以达到补偿性赔偿的 3 倍，由法官根据侵权情节来确定。很多美国项目对于外国投资人的吸引力来自美国目标公司拥有的先进技术。因此，对于美国目标公司拥有的知识产权的尽职调查常常是投资美国项目关注的重点之一。

五、数据保护

美国目前没有统一综合性的隐私和数据保护法典，对于隐私和数据的保护是通过保护消费者权益，以及对某些涉及消费者敏感个人信息的行业（例如金融和卫生保健）和商业行为（例如电话营销和对色情信息的电子邮件的强行推送）规范来进行的。众多的联邦法案、州法、普通法判例原则、政府指导政策、行业组织自我规范原则等规范隐私以及个人信息的收集、使用、处理、披露和安全，并对有关儿童的敏感信息进行更严格的保护。在联邦层面，《联邦贸易委员会法》（FTC 法案）基于对消费者的保护禁止在收集、使用、处理、保护和披露消费者个人信息的操作过程中的不公平或欺骗性行为。联邦贸易委员会（FTC）也制定和颁布一些非约束性的指导政策，规范通过对网民网上浏览行为和记录（包括就网民在多个机器上的浏览行为）进行跟踪而定制个性化营销策略的行为。FTC 法案并不强制要求企业制定其隐私政策（privacy policy），也不要其就其政策进行披露。但是，如果一个企业对其隐私政策进行过披露，则需要遵守其隐私政策。如果企业对其隐私政策进行重大修改且此修改具有追溯效力，则 FTC 法案要求企业就其修改通知消费者并给予消费者选择退出的机会。

就数据安全的保护，如果企业的隐私政策宣称其将对客户信息安全进行合理保护，并且未经许可不与第三方分享此信息，但企业事实上没有采取合理和充分的措施对消费者的信息进行保护（例如数据加密，对未经授权获取数据的监控不足，限制对客户数据的获取，过长时间储存客户数据等）或者与第三方分享客户信息，则企业有可能被视为违反企业的隐私政策而构成 FTC 法案禁止的欺骗行为。还有其他的一些联邦法案针对性比较强，例如适用于金融机构的《Gramm-Leach-Bliley 法案》，适用于医疗保健和健康计划信息的《健康保险流通与责任法案》，适用于使用个人信息或可能影响个人隐私的《电话营销活

动的电话消费者保护法》和《控制商业电子邮件的色情营销攻击法案》等。在州的层面，大部分的州都颁布了基本的数据安全违反通知的法案。

六、证券发行

融资行为和资本市场的活动由联邦法和州法共同调控。美国《1933 年的证券法案》（“33 法案”）和《1934 年证券交易法案》（“34 法案”）及其各自的补充修正案和相应的法规组成了美国联邦证券法的基本框架。33 法案管辖证券的发行和销售（offer and sale），34 法案管辖上市公司的披露义务、证券在交易所的交易、全国性的交易所、股票经纪人和经销商、股票分析师以及信用评级机构。美国证券和交易委员会（SEC）和金融业监管机构（FINRA）是主要的监管和执法机构。此外，各个州还有不同的证券法和监管机构，由于各个州的证券法繁杂，因此被统称为“blue sky law”（蓝天法）。

美国证券法的基本理念是：如果发行人对其自身、其发行的证券和发行交易做出充分准确的披露，那么投资人便有基础和有能力对于投资的好坏进行评估。因此，33 法案要求所有的证券发行都必须注册，就是向 SEC 递交注册文件对发行人、发行证券和发行交易等进行证券法要求的信息披露。所谓的“上市”，就是指发行人的证券首次向公众发行。但如果证券（例如联邦政府债券，市政债券，商业票据等）或者证券发行交易（例如私募融资）满足证券法下的某项注册豁免，



则可以注册而发行证券。证券法禁止在证券买卖中的诈骗和操纵行为，禁止在发行文件和提交给 SEC 的披露文件里对重大事实进行不实披露或遗漏重要信息从而导致对投资人的误导。在发行人方面，除了发行人，发行人的控制人也可能承担证券法下的责任。对于美国证券上市、转让和持有更详细的讨论请参见本手册《美国股票的发行、上市、流通和持有简介》一文。

七、外商投资监管及限制

美国对外国投资传统上比较开放，对于一般非并购投资或非投资现有美国企业的“绿地”类外国投资（即新设企业），联邦法案着重于对投资信息的收集，例如要求在交割后向相关政府部门报备等。但对某些涉及“国家安全”的行业，美国对外国人投资有不同程度的限制甚至禁止，例如：国防、航空、航运、（联邦土地）采矿、能源（对联邦土地的陆地和水上电力的开发、传输和运营设施的建造、运营和维护的许可证，核设备的执照等），大众传媒的所有权和经营许可，银行（银行控股公司）、政府采购合同等；又如，美国对于法定的“投资公司”或者无意中成为法定“投资公司”的企业也有注册（除非适用豁免）和其他实质性的监管要求。

在外资并购现有美国企业方面，美国外国投资委员会（简称 CFIUS）有权基于《外国投资和国家安全法案》对“可管辖交易”是否对美国国家安全造成威胁进行审查。由于法案并没有对“国家安全”的内涵和外延做出清晰的界定，因此国家安全是一个不断发展的概念。传统上 CFIUS 只有权审查外国人获得美国企业“控制权”的交易，但对“控制权”的认定比较宽泛。2018 年颁布的《2018 年外国投资风险审查现代化法案》（简称 FIRRMA）对 CFIUS 的权限进一步扩大，对于涉及关键技术、关键基础设施和美国公民个人敏感数据等领域的非被动投资，即使不涉及“控制权”的出让，CFIUS 也有管辖权。FIRRMA 的试点项目（Pilot Program）更是对涉及其规定的 27 类关键技术的生产、设计、测试、和开发等的非被动交易有强制报备的义务。由于中美关系的特殊性，CFIUS 审查似乎对于中国企业有着特殊的重要性，对于某个特定交易是否存在 CFIUS 的影响，已经是很多投资人投资决策的“门槛问题”（threshold question）。对于 CFIUS 审查更详细的讨论请参见本手册《中国企业赴美投资的新挑战——美国外国投资委员会（CFIUS）最新立法以及试行计划》一文。

八、并购交易中的反垄断审查

美国反垄断法旨在禁止企业从事不利于竞争的行为。其中，《谢尔曼法》(the Sherman Act) 禁止不合理限制贸易和有垄断企图的交易，《美国联邦贸易委

员会法案》禁止“不公平的竞争方式”。1914 年颁布的《克莱顿法案》(Clayton Act) 的第 7 条是美国反垄断法中规定有关并购交易的主要法案，其禁止极大减少竞争和造成垄断效果的并购和兼并交易。1976 年颁布的哈特 - 斯科特 - 罗迪诺反垄断改进法案 (Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 简称“HSR 法案”) 授权联邦贸易委员会和司法部的反垄断部（统称“监管机构”）对某些收购资产（包括有形和无形资产）、非公司性质的控制利益（例如有限责任公司权益）或有投票权的证券的交易，以及建立某些企业（包括合资企业），某些独家技术许可等交易进行反垄断问题的审查。

HSR 法案只管辖收购方或者目标公司在美国从事商业活动，或者其活动影响美国商业的交易（商业测试）。在双方满足前述商业测试的情况下，除非有适用的豁免，如果交易金额和 / 或交易方的某些指标达到一定的规模，则需要向监管机构就该交易在交割前提交正式通知，并在要求的等候期（一般为 30 天，如果是现金要约收购或者某些法定的破产转让，则为 15 天）结束后（或者审批提前结束后）再完成交易交割。FTC 每年会根据国民总产值调整对交易和交易方的规模的量化指标。2019 年 4 月 3 日生效的规模测试指标如下：

- 如交易规模小于或者等于 9000 万美元的交易，则不需报告；
- 如交易规模大于 9000 万美元但小于或者等于 3.599 亿美元的交易则仅在交易方规模达到如下门槛的情况下才需要报备：
 - » 交易方门槛：交易一方拥有至少 1800 万美元的资产或年净销售额，并且另一方拥有至少 1.8 亿美元的资产或年净销售额。
- 如交易规模超过 3.599 亿美元的交易，则无论交易方的规模如何都必须报备（除非适用豁免）。

提交 HSR 报备需缴纳报备费。根据交易金额，2019 年的报备费分三个档次，分别为 45,000 美元（如交易金额大于 9000 万美元但小于 1.8 亿美元），125,000 美元（如交易金额不低于 1.8 亿美元但小于 8.998 亿美元）和 280,000 美元（如果交易金额不低于 8.998 亿美元）。

反垄断审批程序可能需要几天到几周不等，具体取决于交易的复杂程度以及相关政府部门内的工作量积压情况。但不管怎样，HSR 法案要求在提交审批申



请和完成交易之间有一个 15 天或 30 天的等待时间（取决于交易的类型）。如果相关审查机构要求提交更多相关信息，则审查的时限可以被延长。因此，各方应在其交易时间表中留出足够的时间，以确保在交易的交割期限完全遵守 HSR 法案。未遵守 HSR 法案将被处以每天高达 42,530 美元的民事罚款。

除了联邦法，每个州都有自己的反垄断法规，通常都是以联邦法律为蓝本制定的，但可能比联邦法律更为繁琐。因此，如果拟议的交易可能触发联邦或州一级的备案或申报义务，应及时咨询专业反垄断律师。

九、美国经济制裁和出口管制

基于国家安全及外交目的，美国针对某些国家、政府、团体和个人实施经济制裁，包括禁止美国人直接或间接与受制裁的个人、实体和特定国家进行业务来往，且特定地理区域也受到复杂的经济制裁。美国人还包括美国金融系统。此外，美国还实施二级制裁，即通过经济限制对非美国人施加压力以防止其与美国首要制裁的目标进行交易。

美国也实施严格的出口管制，不仅适用于产品，也适用于实体。“出口”的概念非常广泛，考察的重点是相关“出口”产品 / 技术的最终用户或最终用途是否是美国出口管制限制或禁止的对象、是否需要事先获得美国出口管制下的许可。除了实质的出口行为，“视为出口”的行为也受到管制。即在美国境内向美国境内或境外的非美国人以口头或书面形式传输或提供无形资产，包括技术、源代码、系统或任何其他受到美国出口管制法律管辖的知识产权等。例如，作为在美国投资的非美国企业，如聘用非美国公民或者永久居民，其在工作中获得受出口管制规定的技术信息或其他信息，则也被视为“出口”从而违反了出口管制相关法律。除了美国公司本身，美国公司的外国子公司和美国子公司的外国母公司如果进行的交易涉及美国生产的商品，则也会受到出口管制法的约束。违反美国出口管制法律将面临严格的民事及刑事处罚。

很多外国企业在美国投资进行技术

研发，其技术成果商业化的着眼点很可能不只是美国本土市场，而美国的出口管制对于跨境技术类交易的影响不可忽视，也是中国企业在商业战略规划阶段就应该特别考虑的重要因素。更详细的讨论请参见本手册《美国出口管制：重新聚焦技术出口与中国》一文。

十、外国人投资美国房地产

美国在传统上欢迎外国投资者投资美国房地产。通常情况下，外国投资者可以购买美国的不动产，除非该财产与受保护的行业相关，例如国防、商业航空、航运、农业、发电、银行、通信、广播或采矿权。此外有一些法律，主要是联邦法律，对外国买家施加了额外的申报或者 / 和纳税义务，例如，《1976 年 Hart-Scott-Rodino 反垄断改进法案》（*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*）对某些符合规模要求的外国投资（包括不动产）规定了反垄断申报要求，除非该不动产投资仅为个人使用，例如购买居民住房、办公场所等；《1975 年国际投资和服务贸易调查法》（*International Investment and Trade in Services Survey Act of 1975*）规定交易额超过三百万美元的交易或者涉及 200 英亩及以上地产的交易必须向美国经济分析局报备，但不包括以居住为目的的个人房产；《1978 年农业外商投资披露法》（*Agricultural Foreign Investment Disclosure Act of 1978*）规定外商投资美国农业用地的，应向美国农业部进行披露，除非是投资地产总面积不超过一英亩，且产量不超过每年一千美元的个人用地；1980 年《外商投资不动产税法》（*Foreign Investment in Real Property Tax Act of 1980*，也称 FIRPTA）规定了某些外国所有人转让美国房地产的联邦税务责任。根据房产所在的州，一些州要求不动产（无论是国内还是外国）的买方申报房产的价格，报告房产的任何收益，支付适当的资本利得税或收入税。这些要求因州而异，投资人在做出投资决定之前应咨询律师，以确保遵守所有相关的当地法律。从美国房地产的出售或处置中获得的任何资本收益，无论位于何处，通常都按照上述 FIRPTA 征税。此外，财产的收购、所有权和处置的纳税义务可能因州而异。投资人可以考虑将这些不动产置于适当的架构

中以最大地减少美国房地产投资产生的美国联邦和州税。因此，投资人在作出投资决定之前，应咨询税务律师的建议。此外，外国人投资房地产也可能涉及美国国家安全审查问题。

尽管大多数州通常会对外国美国公司和外国投资者投资美国房地产采取同样的立场，但一些州已开始对外国投资者施加额外的限制，例如，威斯康星州已颁布州法律限制外国投资者可拥有的土地（包括农业用地、商业用地、森林用地等）面积，密苏里州对外国投资者可拥有的农业土地实施了一些额外的限制。投资人在进行相关交易之前，甚至在投资决策时应寻求律师建议，以确定其在购买不动产时可能涉及到的任何特定州的法律限制。

十一、诉讼

美国是普通法系国家，拥有解决各方之间争议的高度发达的对抗制体系。美国的法院体制分联邦法院和州法院。联邦法院的管辖权有限，也就是说其管辖权必须有以下一项或两项法定基础：必须基于联邦问题（a federal question，即诉讼涉及美国宪法或联邦法律下的问题），或者有多元管辖权（diversity jurisdiction，即诉讼各方的注册地或者主要经营地在美国不同的州或者诉讼的一方为外国人，并且诉讼标的大于 7 万 5 千美元）。

基于《1958 年联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》和《联邦仲裁法案》，美国可以执行外国仲裁裁决。但因为美国没有签署任何执行外国诉讼判决的国际条约，外国法院的判决在美国没有自动获得执行的效力，而是需要原告在美国重新提起诉讼并以外国法院的最终判决作为证据。只有在美国提起的诉讼胜诉后，才可以基于美国法院的胜诉判决进行执行。美国的诉讼程序冗长，但是大多数案件最后并没有进行至当庭诉讼阶段，而是通过和解协议、调停或仲裁解决。因此，中国企业在最初投资和投后经营的过程中应与有经验的美国律师保持沟通，以了解美国法律。对于中国企业如何避免和应对诉讼的更详细的讨论请参见本手册《中国企业应对美国法律程序应当注意的问题和建议》一文。

中美企业设立的差异

罗华 姚华 贺子仪



一、在美国设立企业与在中国设立企业的差异

在美国设立企业与在中国设立企业有诸多差异，例如：

美国	中美差异
企业发起人 可以不是股东	<p>美国：企业发起人可以是第三方，不是企业股东。企业发起时一般并没有股东。股份有限公司在设立以后由董事会发行股票；有限责任公司成员（即其股东）可通过有限责任公司协议确定其成员的出资和股权比例。</p> <p>中国：公司分为有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司由股东设立，不存在发起人的概念。股份有限公司可以采用发起或者募集的方式设立，在两种情形下，发起人均必须认购公司应发行股份的全部（发起设立）或一部分（募集设立），因此发起人是公司的最初的股东。股份有限公司发起人承担公司筹办事务。</p>
注册地与主要经营 所在地可以不同	<p>美国：企业的设立通过在州政府注册，其注册所在州与主要经营所在州可以不同，其成立、治理事项（例如涉及董事高管的受托责任 (Fiduciary Duties)、股权和股东的权利、企业兼并、合并、股权交换和资产出卖等）等由设立注册所在州的州法管辖。但如果注册地所属州与经营地所属州不同，则需在经营所在州取得外州公司经营许可。</p> <p>中国：注册地与主要经营地需一致，需在主要经营地注册。</p>
成立注册为报备性质， 而非审批性质	<p>美国：企业仅需向注册地的州政府提交法律要求的相关报备文件，由州务卿（或相似机构）盖章以后即生效成立，不需要州政府审阅同意。</p> <p>中国：成立需要得到相关政府机构审批，并颁发营业执照才能正式成立开展经营活动。</p>



董事和股东身份为 非公开信息

美国：企业在设立过程中所提交的材料不一定需要指明公司董事和股东（或成员）的身份。但州与州之间也有一些区别。例如特拉华州和纽约州不需说明董事，新泽西州需要说明第一任董事是谁。公司在成立以后发行股份。股东信息一般不在成立证书上。之后，除非是上市公司需要向美国证监会提交报告，美国公司的股东（或成员）及董事信息一般不是公开信息。

中国：企业一般在设立之初就需要确定其股东及其持股比例、法定代表人、经理、董事、监事等管理层人员，并在申请设立的机关登记该等信息。公司基本信息、股东及前述管理人员均属于公开信息，供公众查询。企业设立后获得的营业执照会注明公司名称、类型、法定代表人、住所、注册资本、成立日期、营业期限以及营业范围等信息。

可以没有具体的 成立目的和经营范围

美国：企业设立过程中，在所提交的材料中一般会说明其设立目的或业务性质。企业一般都会将其设立目的或业务性质设定为从事其“设立州的州法所允许的一切合法行为和活动”，而无须设定一个特定的经营范围。

中国：公司在设立之初必须在其章程和设立申请文件中明确营业范围，该等营业范围将根据公司设立后主要从事的活动和《国民经济行业分类》进行起草，并由公司设立登记机关确认，而不是随意自行描述。特定行业涉及前置或后置许可经营项目必须在申请公司登记前或登记后办理相关许可证。公司在设立后可以申请修改其营业范围，但不得超越其营业范围进行经营。

没有注册资本

美国：企业没有类似中国企业“注册资本”的概念。但股份有限公司的成立证书会规定公司最多可发的股权种类和数额，以及其股票的“面值”。面值是股份有限公司股票的最低出售价格，面值可以为零。特拉华州股票的面值还跟其法定资本额的计算有关从而对计算其是否有足够的法定金额分红有关。为了降低特许经营税（Franchise Tax），面值一般都定得比较低，例如 1 美分甚至更低。

中国：不论有限责任公司还是股份有限公司均有注册资本的概念，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。特定行业对公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定。

营业执照

美国：除非企业从事法律要求取得经营执照的特定业务，美国企业一般在成立后无须取得营业执照即可从事经营活动。

中国：公司依法设立后由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司的成立日期。公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法办理变更登记。未获得营业执照或依法被吊销营业执照后公司不得再从事经营，否则将面临处罚。

二、确定企业形式

美国法律认可的企业形式有很多。其中, 中国企业赴美经营最常用的企业形式为股份有限公司 (Corporation) 与 有限责任公司 (Limited Liability Company)。所谓“有限”, 是指股份有限公司的股东

(Shareholder) 和有限责任公司的成员 (Member, 相当于股份有限公司的股东) 只须以出资额为限对公司承担有限责任。总的而言, 有限责任公司相对比较灵活, 而股份有限公司受到更多的法律监管。两种企业形式各有利弊, 其中差异主要表现在以下几方面:

公募融资	<p>股份有限公司: 在设立后可以通过增发股份的方式进行融资, 并且在发展到一定规模后可以随时选择公开发行股票。除非另做限制, 股份有限公司股东可以将所持股份自由转让, 无需征得其他股东同意。如果中国企业有意向未来在美国公开发行股票, 设立股份有限公司是首选。一般风险投资基金都会要求其投资的目标公司设为股份有限公司。</p> <p>有限责任公司: 股东被称为成员 (Member), 其股权被称为成员权益。有限责任公司因为其管辖州的法律对其构架的限制性规定, 除了一些特定的行业, LLC 一般不适合公开发行股票募集资本。如果 LLC 要上市, 一般需将其转换成股份有限公司。</p>
税务	<p>股份有限公司: 适用“双重征税”规则。所谓“双重征税”, 是指股份有限公司作为公司实体要缴纳所得税, 且股份有限公司在派发红利给股东后, 股东还要二次缴纳所得税。例如, A 公司决定向股东派发红利。首先, A 公司须基于公司所得缴税; 其后, 股东还要基于其收到的红利缴纳所得税。“双重征税”是股份有限公司最大的弊端。</p> <p>有限责任公司: 从征税的目的出发, 有限责任公司可以选择被视为合伙制企业而无需缴税, 缴税义务穿透有限责任公司到其成员 (即股东) 层面, 其成员只须按照利润分配所得缴税; 但也可以选择上被视为股份有限公司对待。</p>
企业管理	<p>股份有限公司: 管理结构非常规范。美国各州公司法均详细规定了股份有限公司的法定结构。股份有限公司须依法由股东选举董事会, 由董事会选出管理团队。管理团队负责公司的日常经营, 对董事会负责; 董事会负责公司决策, 对股东负责。董事会及管理层对公司负有忠诚和尽职义务。若股份有限公司未来考虑在美上市, 公司将承担更多的披露义务和其他证券法下的责任。</p> <p>有限责任公司: 管理结构更加灵活, 可以自行选择管理模式, 既可以选择由公司成员协作管理, 也可以将管理权利下放给公司经理。</p>
经营范围	<p>股份有限公司: 作为最经典的企业形式广泛存在于各个行业。由于股份有限公司结构规范, 管理相对透明, 美国各州公司法对于股份有限公司的经营范围极少有限制。</p> <p>有限责任公司: 有限责任公司虽然设立程序相对简单且管理结构较为灵活, 其经营范围却存在限制。例如, 特拉华州公司法规定, 银行业不允许从业企业以有限责任公司的方式运营; 纽约州公司法则规定, 银行业、保险业和信托业需事先获得该州金融服务主管的批准, 才能以有限责任公司的方式运营。</p>
利润分配	<p>股份有限公司: 基于其所持有的股比分红派息。股份有限公司一般每年分红, 但可以根据公司实际情况选择不分红, 直接将利润投入到公司资本当中。</p> <p>有限责任公司: 利润分配方案更加灵活, 无须严格基于公司成员股权持有的比例进行利润分配。有限责任公司成员可以在公司经营协议中自行确定利润分配方案。</p>

三、选择设立地点

在美国，企业适用的法律法规因其注册地不同而异。目前，中国企业赴美设立公司很常见的地点是特拉华州 (Delaware)、纽约州 (New York) 和加州 (California)。曾有数据表明，超过 60% 的世界五百强公司将注册地选在特拉华州²。

- **特拉华州：**将企业注册地选在特拉华州有诸多优势。最重要的是企业注册进程较快，股份有限公司和有限责任公司的设立最快可在两个工作日内完成。对于本州注册成立的企业有很多税收优惠，例如对于企业在外州进行的商业活动不征税，且无销售税、个人财产税等。此外，特拉华州拥有全美最早建立且最完善的商业法律体系，这使得本州企业遇到任何种类的商业争议时都有先例可循，为公司解决争议提供了确定性。
- **纽约州：**由于许多企业事实上在纽约进行营业活动，纽约州也是企业设立的热门地点。纽约州同样拥有高度发展的公司法和法院系统。如果注册的企业未来会在纽约州实际经营，本来在经营等方面受到纽约法管辖，那么在纽约州设立企业也是非常合理的。纽约股份有限公司的设立最快可在两个工作日内完

成，但由于纽约州要求对有限责任公司的设立证书进行公示 (Certificate of Publication)，因此有限责任公司的设立的整个流程一般最快需要六周时间。

四、不同企业形式的设立要求

一般而言发起人向州政府提交成立证书而成立股份有限公司 (Certificate of Incorporation 或者 Articles of Incorporation) 或者有限责任公司 (Certificate of Formation)。由于企业设立由各州的相关法律管辖，对成立证书上的基本内容的要求也略有差异。此外，股份有限公司还需有内部章程，设立董事会并对公司的一系列事务做出初始决议，以及由董事会给股东发行股票等事务。而有限责任公司则无需内部章程，但成员需和公司签署有限责任公司协议，就公司的治理、成员之间的权利、义务和利润分配等事项做出规定。

五、企业设立后的组织和报备行为

在美国设立的公司均须申请联邦税号 (Employer Identification Number, 也称为雇主识别号码)。公司一般可根据日常经营需要，准备会议记录、银行账户、账簿及印章等。

另外公司在发行股份时还需满足一定政府报备手续。



罗华
美国纽约
Laura.Luo@us.kwm.com



2. <https://corpfiles.delaware.gov/pdfs/2012CorpAR.pdf>.



中国企业赴美投资的新挑战

——美国外国投资委员会 (CFIUS) 最新立法 以及试行计划

罗华 孙裕吉 贺子仪

2019年3月，美国外国投资委员会 (Committee on Foreign Investment in the United States, 简称“委员会”或“CFIUS”) 做出决议，要求某中国企业放弃并出售对美国某社交应用软件的控制权。2019年4月，CFIUS要求另一家中国企业出售其在美国某健康技术初创企业的控股股权。这些举措再次让CFIUS这个“神秘”的组织进入公众的视野。何为CFIUS？为什么CFIUS对中国企业赴美投资如此重要？在特朗普总统当政后，CFIUS的最新立法对中国企业赴美投资又有怎样进一步的影响？本文对这些问题作出解答。

一、何为CFIUS？

美国外国投资委员会 (CFIUS) 由来自九个部委的领导组成，由财政部牵头，另外包括司法部、国土安全部、商务部、国防部、外交部、能源部、美国贸易代表办公室以及科技政策办公室，另外还有五个观察部门。CFIUS只有有限审查法律规定的“可管辖交易” (“covered transactions”)，以判断该项交易是否对美国国家安全构成不利影响。传统上“可管辖交易”一般包括外国人 (或组织) (统称“外国人”)

投资收购美国企业而可能导致美国企业被外国人产生控制的交易。2018年8月颁布的《外国投资风险审查现代化法案》(*Foreign Investment Risk Review Modernization Act*, 简称“FIRRMA法案”) 扩大了CFIUS的管辖权，使某些不涉及控制权转移的外国投资也受到监管。

二、FIRRMA带来了哪些重要变化？

1、扩宽委员会可以审查的交易类型

在FIRRMA法案生效之前，CFIUS只能审查会导致外商“控制”一家美国企业的兼并、收购，但是最新通过的FIRRMA法案确立了下述几种接受CFIUS的管辖的交易：

- 任何由外商主导或者有外商参与的可以导致外商对美国企业产生“控制”的合并、收购和接管 (包括以合资企业形式进行的前述交易)；
- 任何由外商购买或者承租的坐落在或者部分靠近美国军方或者其他具有国家安全敏感性的设施的私人或公共不动产；

- 任何在以下几个领域对与其非关联的美国企业的投资：(1) 拥有、运营、制造、提供为关键基础设施或为其提供服务；(2) 产生、设计、测试、生产、制造或者开发关键技术；(3) 保留维护或搜集美国公民敏感的个人信息的个人信息从而可能威胁到美国国家安全的；
- 外商投资者在美国企业中现有权益变动从而可能导致外商对该企业产生“控制”或导致上述第 3 点所描述的投资；
- 任何其他旨在规避 CFIUS 监管的交易、转让、协议、安排及构架。

值得注意的是，FIRRMA 明确豁免对外国投资人作为有限合伙人的某些基金投资项目的审查，只要基金全权由美国管理人管理，外国投资人不能直接或者间接（例如通过顾问委员会的席位）控制基金的重大决策和接触重要的非公开技术信息。

2、增加委员会可以考量的因素

在决定国家安全风险方面，FIRRMA 法案增加了一些 CFIUS 可以考量的因素：

- 该交易是否牵涉到一个被特别关注的国家，它有获得某种关键技术或基础设施的战略目标，而这种技术或基础设施将影响美国在与国家安全有关的领域的领导地位的；
- 一个外商或政府通过对于同种资产或是科技的交易产生积累效应所导致的“控制”；
- 参与交易的外商是否有不遵守美国法律的记录；
- 该交易是否会影响美国达到国家安全要求的能力；
- 该项交易是否有可能暴露个人或者关于美国公民的敏感性数据；
- 该项交易是否会加重或者创造新的美国网络安全隐患或者允许外国政府获得能够参与针对美国的恶性网络活动的新能力。

三、FIRRMA 的试点计划 (Pilot Program)

除了部分条款即时生效，FIRRMA 法案中规定大部分条款要等到 CFIUS 公开宣布其实施细则，包括人员机构和资源各方面就绪之后才会生效（最迟不超过法案通过后的 18 个月）。然而，FIRRMA 颁布后仅两个月不到，美国财政部就于 2018 年 10 月 10 日发布了《试点计划》，部分实行 FIRRMA 法案中的条款。试点计划要求受其管辖的“试点计划可管辖交易”（“pilot program covered transaction”）需强制向 CFIUS 提供简要报备 (mandatory declaration)。在试点项目生效以前，所有的 CFIUS 可管辖交易都是自愿报备的。

试点计划交易包括任何导致外国人取得下述“试点计划企业”的控制权的交易，包括以合资方式进行的交易：

- 被投资美国企业生产、设计、试验、制造、组装或者开发“关键技术 (Critical Technology)”；以及
- 该关键技术被该美国企业运用（或者由美国企业设计用于）在试点计划指定的 27 个产业中（“试点计划产业”）（详见下述）。

符合上述条件的美国企业被称为“试点计划企业”（“pilot program U.S. business”）。

除了上述导致外国人获得试点计划企业控制权的交易，试点计划交易还包含下述“试点计划可管辖投资”，就是指外国人虽然没有获得试点计划企业的控制权，但却取得该试点计划企业下述权利的非被动类交易：

- 可以获知该试点计划企业拥有的任何重要非公开技术信息；
- 担任或者提名该试点计划企业董事会成员或观察员（或类似机构）的权利；
- 以行使投票权以外的方式，参与该试点计划企业有关关键技术的实质性决策（包括根据《出口管制改革法》第 1758 条指定为新兴技术）。

1、什么是“关键技术”？



罗华

美国纽约
Laura.Luo@us.kwm.com



孙裕吉

美国硅谷

yuji.sun@us.kwm.com

“关键技术”包括：

- 受《国际武器贸易条例》(International Traffic in Arms Regulations) 管辖的武器技术；
- 受美国《出口管制条例》(Export Administration Regulations) 管辖的军民两用技术；
- 核能技术以及核设备与物质的进出口相关的核技术；
- 特定的有毒物；以及
- 由《出口管制改革法》(Export Control Reform Act) 规定的“新兴和基础性技术 (Emerging and Foundational Technologies)”。

- 电池和储能电池制造；
- 光学和镜头设备制造；
- 其他基础非有机化学制造；
- 其他导弹和航天飞船零件及设备制造；
- 石油化学产品制造；
- 粉末冶金零件制造
- 电力、配电、特种变压器制造；
- 主电池制造；
- 广播、电视及无线通讯设备制造；
- 纳米技术研发；
- 生物技术研发；
- 铝的二次冶炼和合金化；
- 搜索、探测、导航、制导、航空和航海系统及仪器制造；
- 半导体芯片及相关设备制造；
- 半导体机械制造；
- 存储电池制造；
- 电话设备制造；
- 汽轮机及汽轮发电机组制造。

需注意的是，“新兴和基础性技术”的定义依法应由美国商务部在出口管制相关法规的框架下做出。然而，由于《出口管制改革法》相关立法尚未完成，“新兴和基础性技术”尚未被明确定义，因而目前尚无法确认许多投资交易是否涉及“关键技术”。从商务部近期相关法规的征求意见稿可以看出，目前受关注的技术包括人工智能、大数据、自动驾驶、机器人技术等。

2、试点计划产业

试点计划指定的 27 项产业包括：

- 飞机制造；
- 飞机发动机及发动机零部件制造；
- 氧化铝精制及原铝生产；
- 滚珠与滚柱轴承制造；
- 计算机存储设备制造；
- 电子计算机制造；
- 导弹和航天飞船制造；
- 导弹和航天飞船推进装置及推进装置零部件制造；
- 军用装甲车、坦克及坦克部件制造；
- 核能发电；

3、申报程序

本次试点计划改变了过去 CFIUS 一贯遵循的自愿申报方式，试点计划对满足上述申报条件与“关键技术”有关的交易实行强制申报 (Mandatory Declaration)。但只有满足试点计划所有条件的交易才适用强制申报；多数交易是不被试点计划涵盖的，仍然适用自愿申报方式。

强制申报程序下，交易双方必须在交易交割前至少 45 天递交简版申报材料。简版申报仅需要项目的基本信息（比如交易方、标的、交易内容、外国投资人的控制人等信息），文件长度较短，是交易方在为递交正式书面备案和全面审查投入巨大成本和精力之前的一个替代方案。CFIUS 在收到简版申报文件的 30 天内可以告知交易方审查通过，或要求交易方递交一个正式的书面备案，或者在交易方不配合的情况下单方面进行交易的审查。目前试点计划尚未包括任何关于自愿申报的程序。

“试点计划”于 2018 年 11 月 10 日生效并持续至 2020 年 3 月 5 日，此后将由正式法规代替。

结语

如上所述，FIRRMA 法案的通过以及试点计划的实行正式赋予了 CFIUS 更大的权力。对于 CFIUS 审查的担心和考量常常成为中国投资人决定是否进行交易的门槛问题。在实践中，有不少切实可行的 CFIUS 策略，包括合理构架交易避免雷区，寻找合适美国本土合作方，主动向 CFIUS 提出缓解方案等等，可以降低甚至消除 CFIUS 所带来的不确定性。因此，对于某些在战略和政治上的敏感交易，我们建议中国企业在赴美投资前，及早咨询有丰富跨国并购经验的律师，制定可行的 CFIUS 战略，以促进交易的顺利进行。

在美国投资新兴产业、朝阳产业架构设计的关键问题

李大诚 王乾 崔峰源

美国作为世界第一经济大国有着发达的市场经济、先进的科学技术和完善的法律体系，是每一位计划海外投资的投资者应当优先考虑的理想投资目的地。投资者赴美投资，应当根据不同的商业需求，选择适合的投资构架。在设计投资架构时除了要考虑投资方式、投资地点、税务筹划等惯常考虑的问题，更要仔细研究目标行业本身的特性带来的特殊问题，在交易前进行缜密的安排。本文以健康和软件两个产业为例，就在美国投资新兴产业、朝阳产业需要注意的架构搭建的关键问题进行介绍。本文的撰写基于金杜律师事务所美国健康产业和软件产业深耕多年所积累的实务经验，希望能为意欲在美国投资的中国投资者提供一些参考和帮助。

一、行业简介

1、健康产业 (Healthcare Sector)

美国的健康产业涵盖范围广泛，通常包括医药工业（包括制药、生物科技、医疗器械制造业等）、医药商业（包括医药批发、医药零售、医疗器械流通等）、医疗服务（包括医院、门诊等）、保健品（健康食品、有机食品等）、健康保健服务（医疗保险等）等领域。自奥巴马政府于2010年《患者保护与合理医疗费用法案》(Patient Protection and Affordable Care Act) 出台以来，医疗保险及其他相关社会福利制度的调整给美国的健康行业带来了深远影响。法案扩大了医疗保险的覆盖面，使美国95%左右的人获得医疗保险，加强了对保险公司的监管力度，并降低了医

疗成本。

2、软件产业 (Software Sector)

美国拥有世界上最先进的软件和信息信息技术服务业。根据美国商务部数据，全球3.8万亿美元的信息技术(IT)市场中，超过1/4都在美国。2016年该产业占据着美国国内生产总值(GDP)增加值的1.14万亿美元，并通过直接和间接效应为美国带来了1050万个就业岗位。美国拥有超过10万家的软件和信息信息技术服务公司，其中99%以上为中小型企业(少于500名员工)。这些公司包括软件出版商、自定义计算机编程服务供应商、计算机系统设计公司 and 设备管理公司。美国软件市场成熟、统一，以提供可靠、有效并迅速进入市场的解决方案而闻名。美国的软件和信息信息技术服务公司是世界上打包和定制软件市场的领跑者，且在几乎所有的其他细分市场中名列前茅。由于美国拥有完善的知识产权法律体系和强大的执行力，因此软件产业的国际公司对美国市场表现出浓厚的兴趣。

二、直接投资架构设计

1、推荐投资方式——新设投资 (Greenfield Investment)

在当前中美贸易的大背景下，对于希望投资软件或健康业并对其投资的美国公司保有控制的投资者，我们推荐其采用新设投资的方式³。新设投资是指在美国建立新企业自行经营，投资者



李大诚

北京, 美国硅谷
rocky.lee@cn.kwm.com



王乾

北京
alex.wang@cn.kwm.com

3. 由于CFIUS在判定投资方身份是否为外国人时，会穿透交易架构直至背后的最终控制人，在当前的背景下采取并购方式在美国直接投资敏感行业（包括软件行业和健康行业等）需要谨慎的规划和处理。

采用这种方式将对新设公司拥有全部控制权，充分利用企业的内部优势，同时也要求投资者拥有较全面的经营实力。当然，投资者也可以考虑和东道国的投资合作者共同创办合资企业以实现优势互补并分担进入美国市场的经营风险。

2、架构搭建中的关键问题考量

(1) 行业监管

与中国情况类似，在美国行业不同，进入壁垒和其后经营需要满足的监管往往区别很大。例如投资者选择投资成立软件公司，则在公司完成设立后即可开始产品开发推广，不需要取得特殊资质。但是如果投资者选择进入医疗健康行业，比如从事医疗器械生产则需要首先取得相应资质并在公司设立后遵守多项合规要求。

以在加州设立医疗器械生产公司为例。在联邦层面，法律⁴要求所有在美国参与生产、销售、流通药品或医疗器械的公司每年在美国食品药品监督管理局 (the United States Food and Drug Administration, “FDA”) 注册，并缴纳相应注册费（比如 2018 财年的注册费为 4,624 美元，2019 财年的注册费为 4,884 美元）。公司成立后还需要对其所有的产品向 FDA 进行报备，对于需要 FDA 上市前批准的产品还应当按照要求提出批准请求。而《反回扣法》(Anti-Kickback Statute) 则禁止健康行业从业者 (1) 以产生新的受到联邦医疗保险计划保障的商业行为为目的、收受贿赂或其

他形式的好处，或 (2) 收受贿赂或其他形式的好处作为对已发生的此等商业行为的奖励。

州法层面，《加州卫生与安全法典》(California Health and Safety Code) 要求医疗器械的制造商需取得由加州公共健康部食品药品处 (Food and Drug Branch of Department of Public Health) 颁发的医疗器械生产牌照⁵(Medical Device Manufacturing License)。生产牌照不可转让给其他人或进行地址变更。一旦需要发生该等变更则必须重新申请生产牌照。新颁发的生产牌照有效期为一年，此后每两年需要更新。

此外，美国很多州都有“禁止企业行医” (rule against corporate practice of medicine) 的规定。比如，加州州法⁶禁止持照医学从业人员与非持照个人或商业机构之间的关于股权类所有权的安排，目的在于避免以利益为导向的商业决定影响以生命健康为导向的医学决定。

此规定下，无照个人或公司（不包括专业医疗公司）不得拥有医疗机构（如个体医师诊室、诊所、医院等）全部或部分所有权⁷。这一规定对于考虑赴美投资或收购医疗机构的中国企业有着直接影响。交易的架构必须要在实际操作与设计意图两个层面合法。

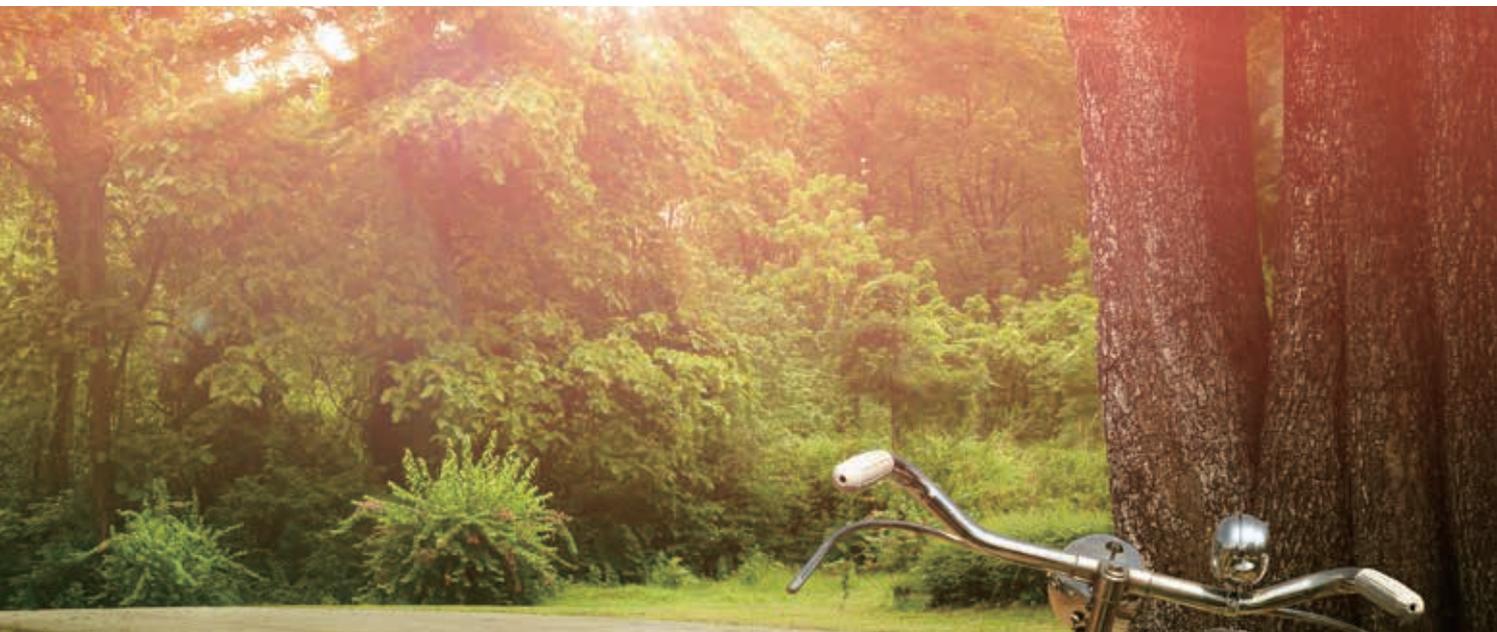
(2) 特殊资产的处置

4. 21 CFR Part 807。

5. 制药公司则需要取得相应的制药牌照 (Drug Manufacturing License) 。

6. 参见 Business & Professions Code § § 2052 and 2400。

7. 如果医疗机构为合伙制，则无照个人或公司不得成为合伙人；如果医疗机构为公司制，则无照个人或公司不得成为股东。



无论是投资软件产业还是健康产业，投资者都应当提前考虑对于两类特殊资产的处置问题。

①知识产权

美国拥有完备的知识产权保护体系，通过联邦法和州法两套体系保护、规制各种知识产权，包括专利、商标、版权和商业秘密等，可以为投资者的知识产权提供完善的保护。

同时，投资者也需要考虑到未来其知识产权在流通和处置过程中可能受到的限制并提前做好准备。例如，如果某项技术或数据被认定为涉及 FIRRMA 试点计划⁸ 行业的关键技术⁹，该技术的流通和转让将可能上升到国家安全的高度被纳入 CFIUS¹⁰ 的审查范围。另一方面，ECRA¹¹ 加强了对技术出口的限制。一旦该知识产权落入了 ECRA 重点调整的新兴基础技术范畴，哪怕是集团内部从美国公司到中国公司的流通，也会被视为出口。

基于以上原因，投资者在设计投资架构时，可以考虑在设置公司专门持有知识产权，以使得持有知识产权的公司与负责实际运营的公司分开，达到风险管控层面上的有效隔离。不过设立单独公司持有知识产权会产生额外的设立与维护成本，投资者应当在设计架构时进行成本收益核算。

②用户数据

另一类应当引起投资软件或健康产业的投资者注意的特殊资产是用户数据。美国境内居民¹² 的数据被视为个人隐私的一部分受到美国联邦法和州法两个层面多部法律的协同保护。

联邦层面的立法侧重于调整具体行业的数据保护行为。比如，从事医疗产业的公司需要接受 HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)) 对于隐私保护的規定，妥善保管用户的医疗记录和其他个人健康信息；从事计算机行业的公司需要注意《计算机欺诈及滥用法》(The Computer Fraud and Abuse

Act)。此外，FTCA (Federal Trade Commission Act) 授予美国联邦贸易委员会 (the US Federal Trade Commission, “FTC”) 广泛的监管职权以维护联邦层面隐私和数据保护规定的有效执行。

州法层面的立法则主要侧重对个人消费者隐私权的保护。例如 2018 年加州颁布了《加州消费者隐私法》(California Consumer Privacy Act, “CCPA”)，引起软件业和健康业的广泛关注。CCPA 的适用对象为在加州从事业务、收集消费者个人信息或决定该等信息处理方式的盈利性公司，如果公司 (i) 年度毛收入大于 US\$25,000,000；(ii) 购买、接收、出售或共享不少于 50,000 人的个人信息；或 (iii) 不低于 50% 的年收入来自出售个人信息。对于满足条件的公司，CCPA 要求其主动向消费者披露被收集个人信息的种类，该等信息将被如何使用或出售，甚至允许消费者要求公司删除个人信息。一旦公司违反 CCPA，无论是受害人个人还是公诉人都可以提起民事诉讼获得赔偿或要求处罚公司¹³。CCPA 赋予了消费者对于个人信息的高度掌控，将从 2020 年 1 月正式生效。

投资者在考虑运营架构时，首先要确保满足目标行业在隐私及数据保护方面的合规要求。此外也应当注意数据资产的跨境流通问题。FIRRMA 明确将美国公民的敏感私人数据视为关系到美国国家安全的重要数据，纳入 CFIUS 的审查范围。最近传出消息，某知名美国病患社交应用平台的控股股东中国公司被 CFIUS 要求出售其持有的股权，因为 CFIUS 认为该病患社交应用平台掌握大量美国用户的医疗及个人信息，该等涉及到美国国家安全。

因此投资者在设计架构时可以考虑专门设立美国公司持有用户数据，与负责运营的美国公司分开运行，从而达到风险管控层面上的有效隔离。投资者还可以考虑在整个集团内部设置完整的数据保护机制。在确保用户数据安全的基础上，通过设置隔离措施避免来自不同国家用户数据的违规跨境流动，哪怕是集团内部的流动（例如美国公司的美国用户数据流入中国公司），以避免潜在的合规风险。

8. 《外国投资风险评估现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, “FIRRMA”)；审查涉及外国人士和关键技术的若干交易的试点计划 (Pilot Program to Review Certain Transactions Involving Foreign Persons and Critical Technologies, “试点计划”)。

9. FIRRMA 中“关键技术”包含了范围广泛的技术，除了军事国防相关的技术外，尤其包括了 ECRA 中定义的新兴和基础技术 (emerging and foundational technologies)。新兴和基础技术的具体定义尚未出台。

10. 美国外国投资委员会 (the Committee on Foreign Investment in the United States)。

11. 《2018 出口控制改革法案》(the Export Control Reform Act of 2018)。

12. 联邦法调整保护联邦范围内居民的数据安全，而州法调整保护各州范围内居民的数据安全。

13. 受害人可以得到最高 750 美元法定赔偿；公诉人可以对于每次违反，要求最高 2,500 美元的民事处罚（对每次故意违反，可要求最高 7,500 美元的民事处罚）。



不同类型的企业在美国需要缴纳的税种和税率不尽相同。一些投资项目还会为外国投资者提供特殊的税务递延待遇。我们建议投资者在搭建投资架构时向专业人士咨询税务建议。金杜律师事务所纽约办公室有多位中英文熟练的税务律师（他们曾为顶尖美国律所工作，有着行业顶尖的业务经验和专业技能）。

3、美国境内架构

投资者完成对以上问题的考虑后便可开始美国境内的机构设立工作。在中国，很多投资者习惯了在业务开展地设立公司。而在美国，投资者不必然要在其开展业务的州设立公司（例如加州、纽约州）。由于特拉华州灵活完善的公司法等优势，中国企业经常选择在特拉华州设立公司。之后投资者如果想以该公司去加州运营业务，只需要按照加州法规定，为该特拉华州公司在加州注册取得经营资质 (certificate of qualification)。

由于美国一州的公司可以相对灵活的在另一州开展业务，投资者在美国业务开展初期可以考虑单一美国公司的架构，将来随着公司业务的发展扩大再过渡到复杂架构。比如需要将具有上下游关系的业务分开运营或需要将具有上下级关系的职能部门单独运行，则可以设立多层级架构。而如果需要进一步将不同的职能部门或者互不关联的业务类型单独拆分，可以在同一层级设立多家公司。

以软件公司为例。根据上文讨论的考量因素，可以考虑首先在美国设立总公司，在总公司下设四家子公司：一家公司专门负责产品研究开发，一家公司专门负责商业运营，一家公司专门负责持有知识产权，一家公司专门持有用户数据。

4、合资公司 (Joint Venture)

与外商来华投资一样，中国投资者赴美投资也可以选择合资合作的投资方式。对于健康行业这样准入门槛较高的行业，我们建议投资者在初入美国市场时考虑寻找当地的合作伙伴并依托其在美国当地的资源以合资合作的形式开展业务。

合资合作和独资经营的主要区别有：

- 独资经营能保证投资者对公司的完全控制、独享所有收益，而合资合作则意味着与合资伙伴分享对公司的控制和收益；
- 独资经营要求投资者独自承担所有经营风险，这对不少初入美国市场的中国投资者而言是个不小的挑战，而设立合资公司则可以和合作伙伴共担分险；
- 独资经营要求投资者拥有较全面的经营实力，而合资合作则可以资源共享、优势互补。

(3) 期权和限制性股份单位

期权 (Option) 和限制性股份单位 (RSU) 是美国新兴产业、朝阳产业的公司广泛使用的报酬形式与员工激励方式。对于投资者在设计集团整体架构时应考虑使用哪家公司作为承载员工激励计划的承载主体可以产生相对最佳的激励效果。尤其对打算投资软件行业的投资者而言，需知该领域的员工对于期权和限制性股份单位的熟悉度、接受度和期待程度普遍较高，应在设计架构时提前考虑员工报酬与激励计划的相关问题。

以期权为例，期权池放在底层美国公司、上层美国公司还是美国境外公司，对于底层美国公司的员工的激励效果会有所不同。其次，公司注册地不同其所属法域对于激励形式的财务、审计、税务处理要求也可能不同。投资者应在设计架构时充分考虑各种可能，基于自身需要选择最有利的方案。

(4) 税务考量

美国的税收体系十分复杂。无论是公司还是个人均需要缴纳联邦税、州税及地方税三级税收。

在美国三类典型的合资公司包括：

- 经销公司。此类公司中，通常外方股东为产品生产商，美方股东为产品经销商。产品在美国境外由外方股东完成生产，借助美方股东对于美国市场的经验、销售网、甚至是行政关系网开展产品销售；
- 生产公司。总体上与经销公司类似，但是产品的生产或组装完成由合资公司完成，此外美方股东也可能贡献厂房或知识产权；
- 产品研发公司。此类公司中，美方股东通常贡献知识产权。

鉴于合资经营的特性，我们建议采用合资的投资方式的投资者在考虑搭架构的时候，出于谨慎考虑可以从一个项目做起，先在美国成立一家公司再以该公司和美国合资股东共设项目公司。对于股权比例的分配，如果投资者希望占据公司经营的主导，则应占多数股权；如果只是希望投资不想参加公司运营，则应占少数股权；如果双方对谁占据主导僵持不下，50-50 的分配也是一种选择，但须知这样可能会造成公司决策时的僵局。

而随着投资者在美国的业务丰富发展、对美国市场和经营方式更加熟悉，投资者可以过渡到更加复杂的架构。投资者可以把自己能够完全经营的业务单独放到一家公司，同时把所有需要美方伙伴参与的业务集中放到一个或多个合资公司，比如可以把中方占主导的业务集中放到一家合资公司，而把美方占主导的业务集中放到另一家合资公司。

5、美国境外架构

结语

在当前的大环境下，中国资本赴美投资尤其是投资新兴产业、朝阳产业是一项极具商业挑战、法律要求极为严格的活动。我们建议所有希望在美国成功进行投资交易的人士，在实际开展项目之前应与具有丰富知识与从业经验的专业法律人士充分咨询与沟通，从而根据不同的商业需求，设计出最合适的架构，确保其商业方案获得成功。

在完成美国境内部分的架构搭建后，很多投资者常常关心是否要在中国公司和美国公司间设立中间层公司。通常设立中间层公司有以下目的或作用：（1）境外控股；（2）境外资金来源；（3）持有知识产权；（4）提供境外活动决策；（5）税收筹划；（6）分散、隔离风险。投资者在决定设立中间层公司前应先充分考虑自己的商业目标与需求，进行相应的研究与分析，最好能向专业人士咨询。

三、合法投资医疗行业的举例说明

前文提到“禁止企业行医”的法规禁止无医学从业资质的个人或公司（不包括专业医疗公司）全部或部分拥有美国医疗机构。

然而，无照个人或公司可以设立并拥有提供非临床服务的“医学服务机构”（Medical Service Organization, “MSO”）。例如，向医疗服务提供者（比如个体医生诊室、诊所和医院）提供管理和行政支持服务即为非临床服务。管理和行政支持则可以包括日程安排支持、特定类型的计费支持、费款收缴、信息技术支持和办公室管理支持等。

尽管 MSO 可以向诊所等提供行政支持，但是需要特别注意的是，特定种类的商业或管理层面的决定会产生对医生行医的控制，该等决定不得由 MSO 作出。例如，MSO 的服务不得影响医院在病人接收、病人护理（包括诊断和治疗）和特定人力资源和医疗人员任命方面的相关决定。

意欲投资医疗机构的投资者务必要确保交易架构符合“禁止企业行医”的规定，因此应当向经验丰富的专业人士咨询。

在美投资并购的几个问题

黄玲 刘宁

美国是世界最大的单一资本市场和外国投资目标国，以美国公司和资产为目标的跨境兼并与收购的投资活动非常活跃，其交易数量和交易总额，都常年居世界首位。尽管近期美国政治和对外经贸关系发生了一些变化，2018年以美国公司或资产为目标的跨境并购交易仍然十分活跃，对外公布的交易达到了将近15000千笔，这些交易的总额几近19000亿美元。2018年，来自中国和香港的投资较高峰期的2016年有所减少，已经对外公布的交易一共135笔，总金额达到112亿美元¹⁴。可预期的是，一方面美国经济将继续保持强劲，其并购市场也将依旧活跃；另一方面，从长期看，随着中国经济规模的进一步扩大，在中美经贸关系相对稳定之后，美国市场上来自中国区的投资活动也必将走出低谷，再上高峰。

作为投资方，在跨国的投资并购交易中，总是需要考虑和应对诸多复杂的法律问题，比如跨境投资的结构设计、税务问题、尽职调查、员工福利（及工会）、环保问题、交易文件的起草和谈判、反垄断申报、政府审批、融资安排等等。在美国投资并购交易中，除了上述一般性的问题外，还有一些问题具有美国市场的特殊性和重要性，也是投资者需要特别考虑的。鉴于篇幅限制，本文浅谈以下几个问题。

一、CFIUS 审查和政治、社会考虑

美国外国投资委员会（CFIUS）是一个以财政部长为主席的跨部门联邦机构，负责从国家安全角度审查外国对美投资。2018年8月，美国颁布了《外国投资风险审查现代化法》

（FIRRMA），进一步扩大了该机构的职权，明确了审查流程，并着重强调其审查过程中，对于在涉及关键技术、关键基础设施和美国公民敏感个人信息的领域的外国投资的关切。毋庸置疑，这个机构的审查视角非常政治化。近几年来，以国家安全为理由否决中国投资的案例屡见不鲜。除此之外，还有大量的中国投资交易由于国家安全的原因被迫中途“自愿”停止。在当前美国的政治环境下，如果中国投资人拟议进行的投资交易属于FIRRMA所明确规定的审查范围，或者有可能受到审查，则应当提前对项目的政治影响和“国家安全”影响，在律师和其它专业顾问帮助下进行慎重的分析，并制定良好可行的申报策略。

首先，中国投资人不需要惧怕CFIUS审查。除了一些非常敏感的领域之外，只要策略、计划和期望值得当，中国投资人在美国其它领域还是有很大投资空间的。在考虑CFIUS风险的过程中，交易前期的分析及相应策略的制定是至关重要的。除非是FIRRMA强制性要求审查的领域，中国投资者需要考虑其本身的公司结构、业务和历史状况，目标公司的技术、产品、客户、信息，中国投资者在美国的发展战略，当时的中美政治氛围，以及具体交易情况等等的因素来最终决定是否需要进行CFIUS报备。如果必须或者决定自愿进行CFIUS报备，中国投资人最好在交易前期即与其顾问讨论报备方案、沟通和公共宣传计划及可以接受的与CFIUS的和谈措施（mitigation measures）。

其次，中国投资人对外部发布相关信息也需要慎重对待。CFIUS审查和一些行业特殊许



黄玲

北京, 美国纽约
ling.huang@cn.kwm.com



刘宁

美国纽约
ning.liu@us.kwm.com

14. 数据来自 The Institute for Mergers, Acquisitions and Alliances (IMAA)
网站: <https://imaa-institute.org/m-and-a-us-united-states/>

可证照的申请过程中，跨境并购项目交易双方都容易缺乏掌控，具有很大的不确定性，从而也是利害相关方（比如交易任何一方的竞争对手或者交易反对者）最易施加影响、进行干扰的好时机。投资人和交易伙伴应当积极应对，谨慎管理信息公开和交流。在公开发布信息之前，应当审慎选择顾问，由顾问就项目信息发布的内容、时机和渠道提供专业意见，对信息发布、与利害相关方和相关团体的沟通制定可行的计划。

二、各州法律

美国法律包括了联邦法体系和五十个州各自的州法体系。一个跨境进行的并购项目，通常都会涉及联邦法律（比如证券法、CFIUS 审查、反垄断、联邦税法、知识产权法等）和至少一个州的州法律（比如州公司法、证券法、合同法等）。在有些问题上，各州法律有较大出入；在其它一些问题上，虽然大体看来各州法律基本相似，但是在具体项目进行过程中，那些看起来似乎只是细枝末节的区别，却仍然可能对交易有着重大的潜在影响。

比如，并购交易文件通常包含有双方对于陈述、保证等违约的赔偿条款。如果合同没有做出赔偿责任的存续期限的规定，特拉华州法律规定，以违约为理由索赔求偿的诉讼时效是三年，而纽约州法律则规定为六年。

又如，通常合同中常见的“最大努力”、“商业上合理的努力”等词语，在适用不同的州法律进行解释时，将可能具有非常不同的含义。例如对于“最大努力”，伊利诺伊州法院认为如果合同中并没有更加具体的标准，则“最大努力”没有任何可执行的效力；特拉华州法院则试图从合同双方交易的事实过程中发现“最大努力”的含义和标准。再如对于“合理”一词，纽约州法院在过去判例中并没有严格区分“最大努力”和“合理最大努力”；而特拉华州法院则认定“合理”这一词语所具有的“客观性”含义应当得到法院的尊重。

再举一例，特拉华州的《基本公司法》第 203 条规定，任何在某一上市公司持有 15% 以上股份的股东，如果在“获得”该等股份三年内，和公司进行一些“合并交易”，需要取得三分之二以上非关联股东的批准，除非公司已经在章程中选择放弃这一法律保护、或者该等合并交易已经事先获得董事会批准。这里，“获得”的定义很广泛，除了通常意义上通过购买取得股份的所有权外，获得某种权利可以取得股份，在一



家持股超过 15% 的实体中担任董事或持股超过 20%，与持股超过 15% 的实体有控制、被控制或共同受控制的关系等，都会被视为“获得”。所以，任何投资人想要与现有超过 15% 以上股东合作来收购公司，都不得不考虑，一旦与这样的股东达成某些安排，自己是否被视为“获得”了 15% 以上的股份，从而受制于第 203 条的规定以及公司董事会的豁免，以及如果与该等大股东合作，订立任何协议或达成任何安排的最佳时机是什么，在自己和该等大股东的沟通过程中又应该注意什么，才能避免交易受制于高门槛的非关联股东表决。虽然美国多数州都有类似规定，但在其他州，上述 15% 标准可能变为最低 5% 最高 25%，时间限制则从三年到五年不等。而加利福尼亚等十多个州，则没有类似的规定，而是采用其它的办法实现对于敌意收购的控制或者小股东的保护。

所以，中国投资人务必对于所适用的州法保持高度的谨慎，在交易涉及较为复杂的州法问题时，建议聘用具有丰富该州法律知识和经验的当地法律顾问来提供建议。

三、董事责任

美国各州法律对于董事在公司并购过程中的信托义务都有较高的要求，并且通过判例法发展出一系列的规则。基本说来，公司董事对公司股东负有信托义务，包括忠诚义务和审慎义务。在交易过程中，忠诚义务要求美国公司董事在交易



涉及利益冲突的时候首先忠诚于公司的利益；而审慎义务则要求董事对交易作出充分“知情”的决定和判断。在导致公司发生控制权变更的并购交易中，上述义务转换成为公司股东获取最大利益的义务。因为美国法律对于董事责任的严格要求，并购交易较为可能遭遇其他方（比如小股东）的诉讼挑战。

为了履行上述义务，避免因为诉讼而导致公司董事承担个人责任，不少美国公司的并购交易过程都要做出相应的安排。比如，在部分董事具有利益冲突时，该等董事应当披露其利益冲突，并且目标公司将需要由无利益冲突董事（甚至是独立董事组成的特别委员会）来代表公司与买方谈判并作出决定；而为了履行审慎义务，目标公司的董事会需要聘任独立的财务、法律等顾问提供分析意见，就交易出具专业的“公平意见”等等。在导致公司发生控制权变更的并购交易中，为了争取股东的最大利益，拍卖或者其它类似的竞价流程很可能是必要的。

此外，很多美国公司（尤其是上市公司）会购买董事及高管责任保险（D&O Insurance）。被保险的董事及高级管理人员在履行公司管理职责过程中，如果被指控因为疏忽而违反审慎义务被追究其个人赔偿责任时，保险公司将赔偿该董事或高管人员因此遭受的损失（包括赔偿责任和法律费用）。在美投资的公司也可以考虑为董事和高管人员购买此类保险。

四、收购美国上市公司的几个特殊问题

近年来，中国投资人收购美国上市公司的项目也明显呈增长趋势。在美收购上市公司涉及的法律问题繁多，本文仅列举以下几个，简要谈谈。

1. 买方和股东披露

美国上市公司负有严格的披露义务。在收购美国上市公司过程中，买方也需要履行相应的披露义务。比如，获得上市公司股份达到或者超过5%的投资人及与其共同行动的人士，需要在获得5%或者更多股份之日起10日内通过13D表格形式披露自己和投资交易的详情，披露内容包括资金来源和投资意图。此后，每次超过1%的股权变动或者投资意图和未来计划的变化，都需要及时通过报备13D修正案的形式进一步进行披露。这些必须披露的内容中最重要的是投资意图和未来计划。立法的目的，就是要求有意图影响或者控制上市公司经营的股东，及早将其意图、计划和持股变化告知上市公司及公众股东，从而

有利于公司及公众股东作出判断、采取相应的行动。

由于跨境并购的中国投资人（尤其是战略投资人）往往都是要取得对于目标公司经营管理的控制权（或者至少是发言权），所以13D形式的披露就很难避免。需要注意的是，即使投资人尚未取得目标公司的任何股份，但是如果与目标公司需要申报13D的现有股东有共同取得或者影响公司控制权的意图，达成一些协议安排，则现有股东也需要在其13D申报中披露与投资人达成的协议，投资人也有可能被认定与该等股东构成一个“集团”而需要进行联合申报。

另一方面，作为投资人，通过审阅历史上公司的13D和其它的股东披露文件，也可以了解公司重要股东的历史动向和意图变化，了解交易对手的情况，在谈判中作出更加明智的决策。

如果投资人持股超过5%但是没有达到20%，在一定条件下（比如没有控制或影响上市公司控制权的意图或效果、没有参与任何有这样意图或效果的交易、投资人属于特定机构投资者、且投资是在通常业务经营中进行的等），那么投资人也可以通过13G表格形式披露其投资。与13D表格相比，13G表格披露的内容要简单很多。

2. 诉讼风险

美国公司的董事负有严格的信托义务，而上市公司本身又受制于高标准的披露义务。上市公司小股东众多，收购过程中，小股东会对于交易过程会从上述两个方面严格审视、积极挑战，诉讼屡见不鲜。因而相对而言，在美国进行对于上市公司的收购，较在其他国家和地区进行类似交易相比更容易引发诉讼。

尤其是在上市公司“私有化”（即上市公司被其关联人私有化并退市的交易）或者其它存在公司管理层（董事或高管）利益冲突的交易中，诉讼发生的可能性更大。诉讼的发起方，通常是公司小股东，背后经常会有律师事务所等专业机构的支持甚至操纵。对投资人而言，诉讼可能造成的最不利后果，就是法院发布禁令或判决，阻止交易的完成。更常见的后果是，原告和被告双方达成和解，交易得以继续进行，但被告一方被迫提高买价或者对原告作出赔偿，或者换句话说，交易的成本升高。

由于收购上市公司必须进行披露，美国 SEC

对于交易各方披露的要求又很高，一旦发生诉讼，证据开示过程可能比当事人在其它一些国家和地区所能经历的更加严格和具有对抗性，交易过程中，双方之间以及各自内部的很多通信和文件，都可能会在披露和诉讼过程中被迫公开。所以稳妥的做法是，投资人及其法律顾问从项目初始就考虑诉讼风险，由有经验的诉讼律师介入，按照高标准的法律要求，严格管控交易流程和各种记录。这样，在最好的情况下，能够消除诉讼隐患、避免诉讼干扰；在最坏的情况下，也能避免在诉讼发生时因为当初的不慎而陷于被动，避免交易成本因诉讼中的被动而不可控，确保交易能按照计划继续进行。

如上所述，诉讼的原因一方面是出于披露义务，更重要的是出于董事违反信托义务。所以交易过程中，上市公司董事应当接受律师的建议，遵守美国法律、法规和司法判例确立的各项规则，在决策过程中严格履行其忠诚义务和审慎义务，争取在诉讼中立于不败之地。如果公司在美国上市但在美国以外注册，则需按照公司注册地的法律要求履行董事信托义务。

3. 收购方式

如果中国投资人希望收购一家在美国上市的公司的股份，可以按照上市公司注册地法律允许的合并（或法院主持下的公司合并）或者按照美国证券法进行要约收购。与其它一些国家和地区法院主持下的公司合并（“安排计划”）等方式相比，一般来说，公司合并总体程序更加简便，而按照美国证券法进行的要约收购也没有因收购一定股比就触发全面要约的规定，收购方可以根据商业需要自行确定其收购的目标。

如果交易各方以合并的方式收购一家在美国上市的公司，为获得批准，投资方与公司需要严格遵循公司章程和适用法律来取得股东大会的批准。如果公司是一家美国公司，股东大会需要遵循州法律、美国证券法律法规等有关股东大会的规定，在法定的时间限制内召开；提请股东大会批准相关交易的各种文件（包括表决权委托说明书（proxy statement））需要细致准备，并需要经过美国证券交易委员会（SEC）的审核、进行修改和补充后，才能以公告和寄送等方式发给股东。如果公司是一家在美上市的外国公司，股东大会需要遵循其注册地法律，表决权委托说明书等股东大会文件并不需要经过美国证券交易委员会（SEC）的审核通过，但通常 SEC 会审核私有化交易中的表决权委托说明书，并提出问题或修改意见。

在获取上市公司股东批准的过程中，投资人和律师应当充分了解公司股东的构成、股东中持股较多的对冲基金、私募基金等各类机构投资人的心态与期望，必要时可以聘用富有经验的征集表决权的顾问机构，来帮助观察和分析市场动向、股东心态以及征集必要的支持票。在很多情况下，在专业机构帮助下提早制定正确的策略，争取到必要的股东投票支持，是一个项目成败的关键。

4. 毒丸计划和其它防御措施

针对敌意收购，美国上市公司通常会采取“毒丸计划”（Poison Pill，稀释敌意收购方获得的股份）、“杠杆式资产重组”（Leveraged Recapitalization，公司借债来向非敌意收购方股东派息）、“分层董事会”（Staggered Board，董事会只能多年逐步改选）、“白衣骑士”（White Knight，将公司出售给更友善的收购方）、“金降落伞”（Golden Parachute，高管在因公司控制权变更而解聘情况下获得高额补偿）等不同角度和不同程度的防御措施。

面对这些防御措施，意图发起敌意收购的买方通常会知难而退，转而寻求公司董事会的支持，将交易变成友善的收购；或者选择通过诉讼方式，挑战目标公司防御措施的合法性。考虑到跨境并购的交易特点，通常外国投资人不会选择以诉讼方式挑战防御措施，但是，详细了解目标公司任何已经采取的、或者可能采取的防御措施，在友好谈判的交易中，通过文件条款，对这些措施和相关问题进行相应处理，仍然是必要的。

五、当地合作与投后管理

很多中国公司在美进行并购交易，就交易本身而言也很成功，但是在交易完成后却发现在整合、管理、运营被收购的资产或公司方面发生很多的问题。这也是中国公司海外并购常常发生的情况。这主要是由于投资人对于海外市场的认知或经验不足，以及市场理念、文化、法律观念、语言等多方面的差异。最佳的解决办法，还是要提早细致考虑所有的问题，在“投前”阶段为“投后”阶段可能发生的问题进行充分准备。寻找当地与投资入利益接近、文化和理念较为协调的合作伙伴或团队也至关重要。

这方面虽然主要是商业和策略考虑，但法律的支持也必不可少。首先，富有经验的律师，可以从当地法律环境和习惯的角度提出建议，帮助投资人为投后管理制定构想和计划。其次，投



资人任何与当地合作方伙伴和团队之间的合作，在美国环境下，都应当落实成为详细与可操作的法律文件，比如聘用或者雇佣协议、奖励和激励计划、在股东协议和公司章程中对经营管理权细致而可行的明确划分。此外，具有丰富经验的律师和其它顾问同样可以帮助投资人进行投后的管理、协调与沟通。

六、美国并购交易的市场习惯

美国市场的并购交易流程有一系列惯例做法，比如不同类型交易所经历的各个阶段、每个阶段各方所需要进行的工作和解决的主要问题、各个中介机构的分工和服务范围、不同交易文件的不同功能和常见条款等等。

虽然，本着合同自治的原则，除了法律法规的一些强制性规则（比如反垄断申报、CFIUS 审查、证券法项下的披露、一些特殊行业的必要证照获取）外，所有的交易流程步骤和合同条款，都是双方当事人商定的，理论上，投资方没有什么要求是不能提的，没有什么市场通行做法是必须遵守的。但是，美国市场的惯例和常见的合同条款，是在美国市场多年发展过程中逐步确立起

来的，凝聚着美国市场长期以来的买卖双方商业上和法律上的经验和教训，具有较强的合理性和稳定性，对于世界其它地区的跨境并购也有很大的影响。投资人尤其是初次投资于美国的投资人，在合理的范围内应当尽量尊重和沿袭这些惯例做法，从而保证交易以有序且高效的方式进行，减少商业及法律风险。

另一方面，美国并购交易的惯例也丰富多样和具有弹性，可供买卖双方选择的交易模式、交易结构和法律条款工具也十分丰富，投资人可针对不同的商业需要，进行不同的选择，或者偏离或变更常见的交易模式、流程和合同条款。对于代表中国投资人投资美国交易有丰富经验的法律顾问，也可以帮助投资人深入理解市场惯例做法背后的考虑与逻辑，结合项目具体情况，分析偏离或改变这些做法的必要性和利弊。在交易的博弈过程中，灵活选择最佳的博弈工具，一方面能减小和管控其客户的投资风险，争取投资人利益的最大化；另外一方面维持交易双方的合作关系，高效地完成交易。



典型的硅谷初创企业和早期融资条款简介

孙裕吉



孙裕吉

美国硅谷

yuji.sun@us.kwm.com

硅谷地区是高科技初创企业和风险投融资业务的发祥地，汇聚了大量新老高科技公司，成就了许多从车库创业到最终改变世界的创业梦想。近十多年来，硅谷地区吸引了大量来自中国的投资人和资金，也涌现了许多华人创始团队创办的成功高科技公司。本文就典型的硅谷地区初创企业的设立和早期融资中的一些相关问题做浅析，供投资人和创业者参考。

一、初创企业的设立和初始股权结构

在硅谷地区典型的初创企业由创始人和创始团队在公司还没有实质开展业务的时候发起设立。这样的公司一般都选择在美国特拉华州注册。特拉华州是美国东部一个很小的州。该州最知名的是其极其完备的公司法和高素质经验丰富的处理公司法业务的法院和法官。在美国这样一个判例法国家，特拉华州的公司法最受投资人欢迎。一般风险投资人会要求被投资的公司选择在特拉华州注册，故而绝大多数的初创公司都会在特拉华州设立。这在硅谷地区已是不成文的惯例。

美国的公司法（包括特拉华公司法）并不要求公司有注册资本。一般初创公司都会选择授权发行数百万到一千万股的普通股。每股的初始价格一般定在 0.001 美元或更小。没有拿到融资之前，初创公司的股权结构很简单：只存在一种普通股票，股东之间的权利义务平等，基于持股数量投票。值得指出的是，在美国尤其是特拉华州设立公司过程简单，费用也很低廉。

特拉华州设立公司并不要求在特拉华州有实际经营。事实上，绝大多数在特拉华州设立的硅

谷初创公司都不会在特拉华州开展业务。在法律手续上，这样的公司只需要到加州办理一个注册登记即可在加州运营。

二、创始人股的发行及其限制

公司设立之后就需要给创始人发售普通股，也称为创始人股或 founder stock。公司初创时还没有业务和经营，拥有的只是创始人的一些商业计划和点子，因此在这个阶段公司普通股的签发一般以公司决定的一个名义价格（如 0.0001 美元一股）为对价。

早期初创公司最重要的价值就是创始人的经验和将来的贡献，保证创始人能够长期为公司服务并创造价值是至关重要的。一般初创公司签发给创始人的创始人股都会带有一些限制，这些限制会体现在公司同创始人之间的创始人认股协议（Founder RSPA）中。典型的硅谷地区 Founder RSPA 会给创始人的股份设定一个按时间表逐步“兑现”（vesting）的安排。常见的创始人股分四年“阶梯式兑现”：第一年到年底兑现 25%，其余的股票按月分 36 个月逐月兑现。具体说来，如果创始人在创始股尚未“兑现”前由于各种原因离开公司，则公司有权以极低的价格（也就是给创始人的原始发行价格）回购尚未“兑现”的创始人股票。从而起到约束创始人不提早离开公司的目的。

三、员工股权激励池（Stock Option Plan）和税务合规

对于新生的初创公司，找到合适的技术人员



研发产品和技术是最重要的工作。一般初创公司在未拿到融资之前不会有大量的资金来支付高工资，所以激励早期员工创业就不得不依靠非现金的方式。股票期权（stock option）和股权激励池（stock option plan）也就应运而生了。硅谷地区初创公司普遍采用股权激励池并发行期权来激励员工。在美国，股权激励需要遵守相关的税务法规，在有经验的律师指导下设立的股权激励池能够有效的帮助员工享受美国法下允许的税务优惠。具体而言，员工取得的公司董事会批准的股票期权，在行权之前不需支付对价。员工行权的时候必须支付行权价格（exercise price）来购买公司的股票。股票期权的行权价格一般以公司授予期权当时公司普通股的公允价值（fair market value）来计算。公司将来上市或发生“清算事项”（见下文），员工按每股获得价值与行权价格之间差价纳税。符合条件的话，员工从期权取得的收益会作为资本利得（capital gain）在美国以较低的税率纳税（比普通收入所得税税率低）。需指出的是，根据美国税法的相关规定，公司发给员工的股票期权行权价格不得低于授予当时公司股份的公允价值。如果公司以低于公允价值授予股票期权，其后果是不但员工会丧失相关的税务优惠，公司也会被课以高额罚款。

同创始人股权一样，公司给予普通员工的股票期权一般也会按预设时间表逐步“兑现”，最常见的兑现方式也是分四年阶梯式兑现。如果员工在期权未全部兑现前离职，未兑现的期权则全部失效，这也是促使员工留在公司为公司工作的驱动力之一。

如上文所述，初创公司最重要的资产就是公司的知识产权研发成果，所以硅谷地区的初创公司一般都会要求员工（包括创始人）同公司签署知识产权转让和保密协议。该协议规定员工为公司研发的同公司业务相关的所有知识产权均为公司所有，从而保护公司的知识产权。

四、早期融资：条款清单（Term Sheet）的重要性

初创公司成功设立并锁定研发团队之后，创始人会花大量的时间和精力寻求融资。在有兴趣的投资人表达投资意向后，如果投资人向初创公司提供一份投资条款清单（Term Sheet），这就标志着融资进入实质性阶段。条款清单通常会以非常简约的形式开列出投资交易的要点，包括投资人要求的权利和投资

条件，作为投资项目的指引，通常也会由投资人和被投资公司代表签署。在美国，一般条款清单本身并不是一个具有法律约束力的合同，多数条款清单都会注明“本条款清单不具法律约束力（non-binding）”。但是，依据硅谷地区的交易习惯，条款清单在整个融资过程中起着至关重要的作用。实际操作中，条款清单一旦签署，交易双方一般会自觉遵守条款清单中已经列明的事项和条件。尤其在具体交易文件谈判过程中，除非投资方尽职调查发现被投资公司经营的重要方面同投资人先前的理解有实质性的出入，否则投融资双方都会依据条款清单为指引撰写交易文件，而不会试图更改或重新谈判条款清单中明确的事项。在实际操作上，条款清单对交易双方有着很大的商业约束力。

根据美国尤其是硅谷地区的风险投融资交易习惯，条款清单的谈判和签署一般早于投资方对公司展开实质性的尽职调查。所以我们建议各方在谈判条款清单的阶段就应当由经验丰富的律师参与，保证融资方（包括创始人）的利益在条款清单的谈判阶段就得到充分的体现。以免造成条款清单签署后再提出实质性交易要求，陷入被动的局面。

五、优先权股和常见的优先股权利

绝大多数硅谷风险投资通过投资人购买初创公司的优先权股份来实现。投资人提供的条款清单中会列出投资人要求的优先股权利。这里简单介绍几个主要的投资人权利：

1. 优先清算权

优先清算权是一个非常重要的投资人权利，决定公司成功完成退出事项（即“清算事项”）后，取得的回报如何在投资人和其他股东之间分配。一般风险投资人能在普通股股东（创始人和员工）之前获得回报。除有权取得优先回报外，风险投资人一般还有权参与普通股的分配。按参与权的大小，还可细分为完全参与分配权和附上限参与分配权。触发投资人优先清算权的“清算事项”一般包括：公司合并、被收购、出售控股股权、以及出售主要资产等，这些事件可以被视为清算。值得指出的是，投资人一般要求获得一个相当于原始投资整数倍的优先回报。典型的硅谷地区早期轮融资交易中，一倍（1x）或两倍（2x）清算回报是最常见的。

2. 防稀释 (Anti-dilution) 和转换价格调整

对于风险投资人来说，自己的投资不被“稀释”对保护投资价值至关重要。具体到某一被投公司，“稀释”发生在当公司以低于前轮股份发行的价格来进行下一轮融资。这意味着后轮投资人能以更低的价格购买公司相同的股权，也就是现有投资人的股份贬值了。反稀释就是引入一个计算公式来决定投资人的优先股转换成普通股的价格：一旦公司以低于前轮的价格进行了后续轮融资，前轮投资人优先股的转换价格就会降低，以达到“反稀释”的目的。硅谷地区最常见的反稀释公式为“广义加权平均 (broad-based weighted average)”：如果后续发行的股份价格低于前轮的转换价格，那么新的转换价格就会降低为前轮转换价格和后续融资发行价格的加权平均值。经过多年的投资实践，广义加权平均成为最为风险投资人和初创公司接受的反稀释安排，其他反稀释计算方式 (如 full-ratchet) 在项目中已很少见到了。

3. 优先认股权 (Preemptive Rights)

风险投资人为了保持其在被投公司中所占的股权比例，一般会要求对公司新发行股份享有优先购买权。在典型的硅谷初创企业早期轮融资中，风险投资人按照其在公司的股权比例获得认购公司新发行股份 (主要是后轮融资发行的优先权股) 的权利。从初创公司的角度，这种权利在很大程度上限制了公司选择后轮投资人和在后轮投资人之间分配投资额 (Investment Allocation) 的自由。在大多数交易中，优先认股权只授予出资额最大的一个或数个投资人，即只有大额投资人 (Major Investor) 才有优先认股权。

4. 投资人的保护性条款 (Protective Rights)

一般风险投资人都会要求公司在实行某些特定的经营行为之前，获得投资人的批准，是为投资人的“保护性条款”。这些条款的实质是防止发生有利公司但可能危害投资人利益的事件。这些条款给予投资人否决公司管理层 (创始人和团队) 某些决策的权利，但同时也给公司的运营管理增加了决策环节，必然对决策效率带来负面影响。合作良好的初创公司中，投资人和创始人之间会就保护性条款涵盖的事项寻求平衡。常见的涵盖事项包括：对公司章程的修改可能改变优先股权利和地位的；公司股本 (普通股和优先股) 的增减；公司的合并、资产出售或其他重组或收购；派息，股份赎回 (见下文) 等。在谈判中，公司往往把投资人要求的某些保护性条款变成“董事会级别”，即批准权由投资人的董事会代表在董事会决议时行使，而不由投资人的优先股投票，从而减少保护性条款对决策过程带来的负面影响。公司方还可以设置最低持股要求，提高投票比例下限，来进一步限制对投资人的保护。

5. 赎回权

赎回权指的是：在满足一定条件的前提下，风险投资人有权要求公司用事先约定的价格回购投资人持有的优先权股，也就是公司“赎回”先前发行的优先权股。如果初创公司成立并运营多年，但由于种种原因无法上市 (IPO)，也难以实现被兼并或被收购，投资人就会迟迟无法退出，这时行使赎回权为投资人提供了一个收回投资并实现一定回报的途径。赎回权会占用公司的资金，对公司的运营带来负面影响，因而会遭到创始人团队的抵制。即便投资人成功获得赎回权，一般也会在行权时间上收到限制 (如，投资满 5 年后方可行使)。赎回权在硅谷地区的风险投资中是较少见的。

6. 领售权 (Drag-along Right)

领售权是风险投资人要求公司其他股东共同批准和参与出售公司的权利。在多数风险投资中，投资人主要的驱动力之一是：当公司成长到一定阶段，达到较高估值时，通过出售公司 (被兼并收购) 来实现退出，取得回报。然而，当有买方愿意收购公司时，特定买方的出价和条件可能不会让所有的投资人都满意，而获得全部或大多数投资人股东的批准又往往是潜在买方完成收购公司交易的前提条件。现实中，因投资人之间，或投资人和其他股东之间对潜在收购意见不一，造成收购无法实现，从而使风险投资人错失退出良机的先例屡见不鲜。在硅谷地区的风险投资交易中，领售权的相关条件，包括触发领售权的条件 (特定比例股东的要求和董事会的批准等)，往往是投资条款谈判的一个难点。

结语

随着中国投资人越来越多地参与硅谷高科技初创企业的投资，了解硅谷地区典型初创公司的结构，融资交易的习惯和常见交易条款对于成功的投资至关重要。我们建议投资人在赴美投资前尽早咨询在这方面有丰富经验的律师，以保护投资人的利益，保证投资的顺利进行。

美国劳动法 介绍

程圆圆



程圆圆

北京, 美国硅谷
chengyuanyuan@cn.kwm.com

中国雇主赴美开设投资主体不可避免会涉及到的问题之一是如何在美国合法合规地雇佣雇员。美国劳动关系相关的法律纷繁复杂,对雇佣关系的许多领域都有严格的规定,因此外国雇主赴美投资时在劳动法方面的合规尤为重要。本文试从美国劳动关系两级规范系统以及其特色规范和域外适用效力等方面对美国劳动法律规制进行简要介绍。除下文有明确指出是州法规范的内容外,其他内容均为美国联邦法层面的规范。

需要说明的是,美国的“劳资法”(Labor Law)和“雇佣法”(Employment Law)分别规范不同的法律关系:前者主要处理工会成员之间的、工会与雇主之间等方面的法律关系;而后者主要处理非工会环境下的雇主和雇员之间的关系。近年来,随着社会和法律的发展,这两个领域多有重叠。为了本文的目的,暂不对这二者进行区分。

一、美国劳动关系法律规制概述

1. 两级规范系统

美国对于劳动关系的法律规制主要由联邦(Federal)法规和州法(State)规范两个层面组成;此外,某些县(County)、市(City)可能还有一些地方规章。一般来说,雇主需要同时遵守对其适用的联邦法和州法,对于联邦法和州法有重叠的领域,则应按照国家对雇员更为有利的标准执行。例如,在联邦法层面,《公平劳动标准法》规定法定加班

工资的规定不适用于从事某些特定职业或岗位并且周工资等于或者高于455美元的雇员;在纽约州,在州法层面,纽约州的《最低工资法案》有着更为严苛(对雇员更为有利)的规定,对于某些执业或者岗位,不受法定加班工资保护的雇员的周工资应不少于885美元至1,175美元不等。因此,对于纽约州的雇主,在判断是否需要某些雇员支付加班工资时,应遵循《最低工资法案》。

2. 联邦层面的主要法律

美国的劳动关系法律规范包括了由不同的行政机构负责实施的若干单项立法。在联邦层面,与劳动关系相关的主要立法包括:

- (1)《国家劳资关系法案》(National Labor Relations Act)。该法案于1935年通过,旨在保护雇员和雇主的权利、鼓励集体谈判以改变雇主和雇员之间不平等的谈判地位、禁止在劳工管理方面可能存在的伤害雇员、公司和美国经济的行业实践。
- (2)《1964年民权法案第七章》(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)。该法案旨在禁止雇主因为雇员的性别、种族、肤色、国籍、宗教而歧视雇员。
- (3)《1967年反劳动者年龄歧视法》(Age Discrimination in Employment Act)

of 1967)。该法案保护 40 岁及以上的某些雇员免于受到年龄歧视。

- (4) 《美国残疾人法案》(Americans with Disabilities Act of 1990)。该法案是一项民权法，禁止歧视残疾人，确保残疾人拥有与其他人一样的权利和机会；其中该法案第一部分即规定了残疾人在劳动就业方面享有的权利。
- (5) 《家庭与医疗休假法》(Family and Medical Leave Act)。该法律使符合条件的某些雇员有权在发生特定事由时享受有工作保障的无薪假期，并在休假期间继续享受团体健康保险。
- (6) 《公平劳动标准法》(Fair Labor Standards Act)。该法律规定了雇员的最低工资、加班工资、记录保管和青年就业标准。除某些例外情况外，工人有权获得每小时不低于 7.25 美元的最低工资，且在每周工作 40 小时后，就超出部分有权享受不低于正常工资的 1.5 倍的加班费。如第 1 小节所述，许多州都有为雇员提供更优保护的州法，在该等情况下应以州法的规定为准。
- (7) 《军人就业及再就业权利法》(Uniformed Services Employment and Reemployment Rights Act of 1994)。该法律适用于所有雇主，旨在确保为国家服务的人能够保留其平民就业和福利。该法案也为残疾退伍军人提供保护。
- (8) 《同酬法案》(Equal Pay Act)。该法案主要禁止雇主作出基于性别的工资歧视。
- (9) 《雇员退休收入保障法》(Employee Retirement Income Security Act)。该法案为私营企业参与退休和健康计划、福利实现和资金投入等设定最低标准；要求雇主向（雇员）参与者提供计划信息；为管理和控制计划资产的人设定信托责任；需要雇主为计划参与者建立申诉程序；并且，如果雇主终止福利计划，则需通过联邦特许的养老金福利担保公司 (PBGC) 保证支付某些福利。
- (10) 《综合预算协调法》(Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act)。该法案规定，失去某些健康福利的工人及其家人有权选择在有限的时间内继续享受团体健康福利。
- (11) 《健康保险携带和责任法案》(Health Insurance Portability and Accountability

Act)。该法案规定医疗健康和医疗保险行业维护的个人身份信息应该如何防止欺诈和盗窃，并解决医疗保险覆盖范围的限制性。

- (12) 《1970 年职业安全和健康法》(Occupational Safety and Health Act of 1970)。该法案旨在确保雇主为雇员提供一个没有公认危害的环境。
- (13) 《移民改革及控制法案》(Immigration Reform and Control Act of 1986)。该法案旨在控制和阻止非法移民，包括禁止故意雇佣或招聘非法移民。
- (14) 《劳资报告与公告法》(Labor Management Reporting and Disclosure Act of 1959)。该法案主要规定劳务组织和雇主对某些金融交易和行政惯例的报告和披露，防止劳工组织对托管行为的滥用，提供有关劳工组织官员选举的标准等。

根据雇主雇佣的雇员人数，以上法律的具体适用范围可能有所不同。例如，《1964 年民权法案第七章》仅适用于雇员人数不少于 15 人的雇主；而《家庭与医疗休假法》仅适用于雇员人数不少于 50 人的雇主。某些雇主可能由于雇员人数未达到上述标准而不受相应联邦法的规制，但不排除相关州法有可能对该类雇主作出进一步规范。

在美国，负责监督实施劳动关系法律的主要机构是美国劳工部 (Department of Labor (DOL))。此外，其他相关机构也基于相关法律规范的授权参与到劳动关系的管理中，包括平等就业机会委员会、



国家劳动关系委员会以及联邦职业安全和健康管理署等。另外，美国联邦政府还设立了调解和解委员会，以调解和解方式处理劳动争议。

二、美国劳动关系法律规制的重要方面

1. 劳动合同

在美国，没有法律要求雇主一定要与雇员签订书面劳动合同。劳动关系的建立可以通过雇主和雇员之间的口头交流、实际行为、与雇佣相关的文件（例如经签署的聘用信等）来证明。例如，在许多州，雇主作出的诸如“你只要销售额达到一定数额就可以一直在这里工作”的表述就足以证明劳动关系的存在；某些州也会承认默认的雇佣关系，即雇主已经与雇员之间有惯常的服务关系等。但在实际操作中，尤其是对于专业性较高的岗位，雇主会在聘用信中写明聘用该雇员的条件、雇员的工作内容和薪酬等基本条款，以降低将来发生雇佣纠纷的风险

美国推行“自由雇佣”（at-will employment）原则。除蒙大拿州之外，其他州法律均默认是自由雇佣关系，即雇主可以随时以任何合法原因或无原因解雇雇员，同理，雇员也可以随时以任何原因或无原因辞职。自由雇佣也意味着雇主可以在不发出通知的情况下改变雇佣关系的相关条

件，如工资等。雇主和雇员之间也通常以书面劳动合同来排除自由雇佣原则的适用。另外，在工会的集体谈判协议中也通常规定雇主解雇被代表的雇员时必须给出原因。

需要说明的是，即便是适用“自由雇佣”原则的劳动关系，也并不表示雇主在解除或者变更劳动关系时不受任何法律制约。某州法院对于“自由雇佣”原则制定了一些限制（请参加下文第 10 小节）；不仅如此，雇主在解除或者变更劳动关系时也仍需遵循平等、反歧视等相关原则。

2. 最高工作时间

在联邦法层面，对于成年人而言，《公平劳动标准法》仅规定了某些雇员对每周超过 40 小时的工作部分应享受不低于 1.5 倍工资的加班工资。但是，美国劳工部对于在计算加班工资时是否将某些等待时间（waiting time）和待命时间（on-call time）等计入工作时间则有更为详尽的规定。例如，如果雇主要求雇员在某个班次（shift）时的工作时间少于 24 小时，则该雇员在该班次期间被允许在不忙时休息或从事其他个人活动的时间也应算作该雇员的工时¹⁵。如果雇主要求雇员在某个班次时工作时间为不间断的 24 小时或多于 24 小时，则该雇员在轮班期间的休息时间是否计入工时要视具体情况而定。另外，如果雇员工时过长以至于影响到雇员的健康，则可能触发《1970 年职业安全与健康法》下关于雇主应向雇员提供安全健康的工作环境的要求。

对 14 和 15 岁的未成年人，《公平劳动标准法》有如下工时规定：

- 上学期间，每天不超过 3 小时，或每周不超过 18 小时；
- 非上学期间，每天不超过 8 小时，或每周不超过 40 小时；以及
- 从每年 6 月 1 日至劳动节¹⁶ 期间，每

15. 符合这一标准比较常见的职业为消防员。消防员在值班期间通常都被要求留在消防中心，除非外出执勤。在这种情况下，如果消防员没有其他实质工作，则可以在工作场所休息，而雇主必须将该休息的时间算入总工期内，如果整周的总工时超过 40 小时，则应付给消防员加班工资。

16. 美国的劳动节为每年 9 月的第一个星期一。



天只能在早上7点到晚上9点之间工作；其余时候每天只能在早上7点到晚上7点之间工作。

在州法层面，也有类似《公平劳动标准法》关于未成年人工作时间的规定。

3. 雇员福利

在美国，雇员福利分为两种：一种为法定雇主必须提供的福利；另一种是雇主自愿为雇员提供的福利。法定福利主要包括：

(1) 社会保障税、医疗保险税和联邦保险费法案 (FICA) 税

FICA 是用于资助社会保障和医疗保险的联邦工资（就业）税。雇主需从雇员工资中扣缴以下税款：(a) 按雇员工资的6.2%扣缴社会保障税，但全年累计扣缴金额不得超过当年的社会保障基金工资基准额；(b) 按照雇员工资的1.45%扣缴医疗保险税；(c) 如果雇员的年薪超过200,000美元，就超过某一标准的部分加缴0.9%的医疗保险税。此外，雇主还必须等额匹配缴纳：(a) 相当于雇员工资的6.2%的社会保障税，全年累计匹配缴纳金额不超过工资基准额；以及(b) 相当于雇员工资的1.45%的医疗保险税。但雇主不必匹配缴纳额外的0.9%医疗保险税。

(2) 养老保险

在美国，雇员的养老保险主要包括：(i) 联邦退休金制度；(ii) 企业年金计划；以及(iii) 个人退休金计划。其中除了联邦退休金是法定强制义务以外，其他的年金/退休金计划都是企业和个人自愿提供或参加的计划。联邦退休金制度最主要的内容是社会保障税，由企业根据雇员的工资代扣代缴，待雇员退休后，按照实际缴纳年限和退休年龄由社保基金按月支付退休金。

(3) 失业保险

《联邦失业税法案》规定满足某些条件的失业人员可享受失业赔偿，赔偿金由州一级政府连同联邦政府共同设立的失业保险基金支付。为此，美国劳工部设立了一系列联邦—州失业保险项目。在大多数州，失业保险基金完全基于对雇主征收的税收构成，但是阿拉斯加州、新泽西州和宾夕法尼亚州要求雇员也必须贡献一定的数额。各个雇主的失业保险税率并不相同，它通常取决

于雇主解雇雇员的历史记录，解雇率高，税率也高，这被称为“经历定率”法。失业人员可获得的失业保险、福利金和时间长短的资格由确定失业保险索赔的州法律确定。

(4) 工伤赔偿保险

工伤赔偿保险是为因工作直接受到伤害或生病的雇员提供现金福利和/或医疗保险的保险。基本上各个州都有自己的工伤赔偿保险的规定，并强制雇主缴纳该保险。在联邦层面，美国劳工部工伤赔偿项目办公室(OWCP)负责管理实施联邦雇员的工伤赔偿相关事务。

(5) 健康保险

《患者保护与平价医疗法案》要求规模在50人及以上的雇主对为其雇员购买平价医疗保险。该法案还要求州政府必须为小型雇主设立“网上健康保险交易平台”。同时，《综合预算协调法》(Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act)、《雇员退休收入保障法》(Employee Retirement Income Security Act)、《健康保险携带和责任法案》(Health Insurance Portability and Accountability Act)等法案针对集体保险也有不同的规定。

(6) 家庭与医疗休假

《家庭与医疗休假法》规定规模在50人及以上的私营雇主、所有公共机构、所有公立和私立小学和中学为满足某些条件的雇员提供每年最多12周的有工作保障的无薪事假或病假；雇员在休假期间仍可享受集体健康保险，休假结束可返回雇主处继续从事原有条件不变的工作，不会被解聘。可享受家庭与医疗休假的一般理由包括生育和照顾新生儿、领养或寄养孩子、直系亲属(配偶、子女或父母)出现紧急情况等。

某些州可能还会有其他强制性要求，例如让雇主提供短时间的残疾假等。另外，某些地方政府正在为雇主必须为工作了一定年限的雇员提供一定数量的带薪年假而加紧立法工作。

4. 平等、反歧视的劳动关系

在联邦法层面，有许多法律从不同的方面对平等就业机会及劳动关系中的反歧视进行了规范：《1964年民权法案第七章》保护雇员和求职者免受基于种族、肤色、宗教、性别和国籍的

就业歧视；《1978 年反怀孕歧视法》禁止雇主对女性求职者或雇员进行基于怀孕、哺育或与怀孕、哺育相关的健康状况的歧视，《家庭与医疗休假法》也对该方面做了禁止性规定；《同酬法案》保护女性雇员在工资或福利方面免受基于性别的歧视；《1967 年反劳动者年龄歧视法》保护 40 岁或以上的人免受基于年龄的就业歧视；《1973 年康复法》第 501 和第 503 条保护雇员和求职者免受基于残疾的就业歧视，《1990 年美国残疾人法案》规定规模超过 15 人的雇主不得基于雇员或求职者的残疾状况进行歧视；《2008 年基因信息反歧视法案》禁止雇主使用个人的基因信息作为招聘、解雇的决策手段……

在美国，与上述法律相关的一个重要话题则是在面试求职者时，雇主对涉及种族、肤色、宗教、性别、性取向、国籍、年龄、怀孕、基因、残疾等方面的敏感问题需要特别关注，不能随意提问（例如，你周末能不能工作；你在家说什么语言；你是否曾经申请过工伤赔偿等）。美国平等就业机会委员会网站提供了一个“不能问的问题”清单供参考。

5. 对工作环境安全的要求

《1970 年职业安全与健康法》要求雇主为雇员提供没有公认的安全和健康危害的工作场所。该法案授权成立了职业安全与健康委员会（OSHA）以制定和执行工作场所的安全和健康标准。雇员有权利向 OSHA 提交保密投诉以检查他们的工作场所；获取信息和培训以了解工作环境的危险物质和可能造成的危害；审阅他们的工作场所中已经发生的工伤记录；监测发现和测量工作场所的危险物质；如果因为上述行为而收到雇主歧视或报复，雇员有权向 OSHA 提起申诉以保护自己权利。

6. 对雇员隐私的保护

美国联邦法律没有专门针对私人雇主对雇员在工作场所的信息保护，但是法律从某些特定方面规定了与雇员隐私权相关的部分。例如，《联邦隐私法》限制雇主获取联邦雇员的信息；《联邦窃听法 / 电子通信隐私法》禁止故意拦截或披露任何私人通信等。

7. 对雇员的禁止性条款 - 保密协议、竞业禁止和禁止招揽协议

在美国，与雇员签订保密协议、竞业禁止和



禁止招揽协议是比较常见的，每个州对于这类协议中条款的有效性有不同规定。例如，纽约州规定保密协议只有在有合理有效期和地理适用范围时才是有效的；竞业禁止协议的有效性也以“合理性”为前提，而合理性通常是在法官的自由裁量权范围内，纽约州法院对这一类协议的有效性一般持消极态度；纽约州法院对禁止招揽协议的态度稍微友好一些，但其有效性仍需建立在合理的基础上。

8. 雇员的合法工作身份

一方面，在平等、反歧视的就业原则下，在对雇员发出聘用通知前询问雇员的移民状态和工作身份问题很有可能会被认为是基于国籍的歧视。另一方面，《移民改革及控制法案》禁止雇主故意招聘非法移民工作。对于合法信用的非美国公民或永久居民，美国公民及移民服务局（USCIS）要求雇主为该等雇员提供工作身份申请。

9. 工会制度

美国的集体谈判制度是通过建立工会并选举雇员代表与雇主进行谈判而实现的。该制度起源于十九世纪美国的蓝领阶层集结起来要求雇主提高工资或者提供一定条件的工作福利等系列诉讼活动和罢工；到 20 世纪初，美国社会开始探讨在联邦立法的层面对工人的集体谈判制度进行规定。现如今，美国有三类集体谈判制度：铁路和航空行业集体谈判制度、私营企业集体谈判制度、公共 / 政府行业集体谈判制度。

在私营企业集体谈判制度方面，1935年，美国国会颁布了《国家劳资关系法案》，为除铁路和航空运输业以外的私营企业的雇员提供集体谈判制度，并禁止五类“不平等做法”（unfair labor practices）：(1) 干涉雇员集会活动；(2) 雇主控制劳工组织；(3) 因雇员参加工会活动而歧视该雇员；(4) 因雇员举报不平等做法而报复雇员；(5) 拒绝与雇员进行谈判。截止到2013年，大约有7%的私营企业的雇员的劳动关系由集体谈判协议规制，主要涉及的行业包括交通、通信、食品加工、医疗、制造业、零售业、服务业、娱乐业、酒店管理业等，例如美国通用电气公司就存在国家级和州一级的工会组织，以代表不同地区工作的雇员的利益。

10. 解除劳动关系

上文说到，美国的默认雇佣原则为“自由雇佣”。但某些州法院对于这一原则制定了一些例外情况，其中最常见例外情况为“违反公共利益”，例如，雇主不可在雇员申请工伤赔偿、或举报雇主违法行为、或拒绝帮雇主进行违法行为后解除劳动关系。另外，有十一个州的法律将“善意和正当理由”作为解雇的前提条件之一，因此雇员可以以雇主没有正当理由终止雇佣关系为由起诉雇主。此外，在虽然没有与雇员签署雇佣合同但因口头约定或重复性行为导致雇佣合同实际已经建立的，雇主也不得随意解雇雇员。另外，因为雇员的怀孕、病假、残疾等因素终止劳动关系也是违法的。如果雇主因为工作环境的要求而终止与上述雇员的劳动关系，雇主必须采取额外措施以保证解雇与该雇员的怀孕、生病、残疾没有直接关系。

解除劳动关系后的赔偿金或解约金通常是雇主与雇员之间单独谈判的结果，联邦法律对这一福利没有硬性要求。某些州要求在某些特定条件下雇主需要支付解约金，一些雇佣合同中也规定雇主支付解约金。

11. 雇员 (Employee) 与 独立合同工 (Independent Contractor) 的区别

在美国，除了雇佣关系外，还有一种服务关系的建立是通过雇佣独立合同工进行的。独立合同工一般会为多家雇主服务且有对工作时间和工作过程等有自主决定权。不同于雇员，独立合同工不受工会制度、反歧视等方面的法律保护，作为自由职业者单独纳税，而无需雇主扣缴税款。

在判定一个受聘用方是雇员还是独立合同工时雇主是否拥有“控制”受聘用方工作细节的权利是重要因素。其他被考量的因素包括：聘用方和受聘用方对于其是否属于雇主与雇员关系是否有共识；受聘用人员从事的服务是否为特定职业或业务；所提供的服务是否为聘用方业务的组成部分等等。此外，加州最高法院提出，没有哪一种因素是起决定作用的，在具体案件中要综合考量。

三、主要美国劳动法律域外适用范围

通常情况下，美国联邦法律不适用于美国境外被雇佣的雇员，除非相关雇佣关系：(1) 违反美国法律导致了美国境内的损害；(2) 受美国法律规范的行为发生在美国境内。

明确规定域外适用效力的法律包括《1967年反劳动者年龄歧视法》（受海外雇主、位于海外的美国雇主、受美国雇主控制的外国公司雇佣的美国公民也受到该法案的保护）；《1964年民权法案第七章》和《美国残疾人法案》（位于海外的美国雇主或受美国雇主控制的外国公司雇佣的美国公民也受到该法案的保护）。而明确规定其不具有域外适用效力的法律包括《公平劳动标准法》、《家庭与医疗休假法》、《1970年职业安全和健康法》等。

另外，为了维持公司商誉并证明公司达到了行业实践中的最佳标准，一些美国公司在与境外供应商签署的供应合同中要求供应商应遵守相关美国法律项下的劳工准则。

结语

美国关于劳动者雇佣方面的法律从联邦和州两层对雇佣关系的种种方面都有详细规定，因此，中国企业赴美投资并雇佣雇员应注意到与之相关的合规风险，并尽早聘请法律顾问对开设地所适用的联邦法、州法、地方法进行严格调查，以制定完整的用工计划和规则。

参考文献：

1. Kyle Edwards & Sarah Robinson, *Labor and Employment Law: A Career Guide*, Harvard Law School Bernard Koteen Office of Public Interest (2012), available at <https://hls.harvard.edu/content/uploads/2008/06/laboremployment2012.pdf>.
2. *Summary of the Major Laws of the Department of Labor*, available at <https://www.dol.gov/general/aboutdol/majorlaws>
3. Fact Sheet #17A: Exemption for Executive, Administrative, Professional, Computer & Outside Sales Employees Under the *Fair Labor Standards Act (FLSA)*, available at https://www.dol.gov/whd/overtime/fs17a_overview.pdf
4. *Overtime Frequently Asked Questions (FAQ) of New York Labor Department*, available at <https://labor.ny.gov/legal/counsel/pdf/overtime-frequently-asked-questions.pdf>
5. *Administrative Employee Overtime Exemption Frequently Asked Questions (FAQ)*, available at <https://labor.ny.gov/legal/counsel/pdf/administrative-employee-overtime-exemption-frequently-asked-questions.pdf>
6. *National Labor Relations Act*, available at <https://www.nlr.gov/how-we-work/national-labor-relations-act>
7. Fact Sheet #22: *Hours Worked Under the Fair Labor Standards Act (FLSA)*, available at <https://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs22.htm>
8. *Employee Benefits Information from Internal Revenue Service*, available at <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/employee-benefits>
9. Henry Goldman, *Coming to NYC: Mandatory paid-vacation?*, January 11, 2019, available at <https://www.benefitspro.com/2019/01/11/coming-to-nyc-mandatory-paid-vacation/?slretu rn=20190312123158>
10. *Pre-Employment Inquiries and Citizenship*, see EEOC website at https://www.eeoc.gov/laws/practices/inquiries_citizenship.cfm
11. Lance A. Compa, *An Overview of Collective Bargaining in the United States*, available at <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1925&context=articles>
12. *Federal Employees Retirement System*, available at <https://www.opm.gov/retirement-services/publications-forms/pamphlets/ri90-1.pdf>
13. *Introduction to U.S. Pension Plan*, Ministry of Commerce of the People's Republic of China, available at <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/dxfw/nbgz/201603/20160301284679.shtml>
14. *Fair Labor Standards Act – When sleeping time is considered hours worked*, *Employment Law Handbook*, available at <https://www.employmentlawhandbook.com/flsa/fai-labor-standards-act-when-sleeping-time-is-considered-hours-worked/>



如何在美国做生意

——税法部分

康军

一、美国税制简述

1、美国税制概览

美国税制由联邦、州和地方三级构成，联邦层面有公司所得税、个人所得税、工资薪金税、国内消费税、遗产和赠与税和关税，州层面有销售与使用税、消费税、个人所得税、公司所得税等，地方层面有财产税、公司所得税和个人所得税、销售与使用税等。

美国公司所得税针对美国居民企业的全球所得（特定境外关联公司的分红收入除外）和非美国居民企业来源于美国境内的所得征收，美国个人所得税针对美国公民以及居民外国人的全球所得和非居民外国人来源于美国境内的与在美国经营活动有实际联系的所得征收。美国针对个人的税种主要有个人所得税、工资薪金税、遗产和赠与税等。

2、来源于美国境内收入的界定

对于赴美投资者而言，一般仅就美国“来源”收入征税。此处“美国”包含美国的 50 个州和

华盛顿特区，不包括波多黎各、关岛和其他美属地。

对于不同类别的收入，在判断是否为美国来源时，规则不同。受限于各项具体情况的例外，有如下一般规则：

- (1) 对于利息所得，以债务人住所为判断标准。因此，由美国公司支付的利息被视作美国来源收入，而由外国公司支付的利息则为非美国来源收入；
- (2) 对于股息，以分配股息的公司住所为判断标准。如果由设立在美国的公司支付股息，则为美国来源收入；
- (3) 对于租房收入，以所适用的房产所在地为判断标准；
- (4) 对于专利费和许可费，以使用或开发所在地为判断标准；
- (5) 出售个人财产（而非商品）所得通常以卖方住所为判断标准；



康军

美国纽约

jun.kang@us.kwm.com



(6) 在 2017 年税改之前，在美国一个辖区产出而在另一个辖区出售的商品，其 50% 销售收入将被视作源自产地，50% 收入被视作源自出售地（货物所有权自卖方转移至买方的地点）。2017 年税改后，所有商品销售收入都视作完全源自产地。因此，如果商品是在美国境外生产，则被视作 100% 境外收入。

组织形式	美国税法处理
S型公司	可直接以股东个人名义纳税, 无双重征税
C型公司	在公司层面和股东层面都需纳税
合伙	无双重征税
可穿透实体	无双重征税

二、赴美投资者关注要点

1、美国对外国投资者的主要税收优惠

美国对外国投资者的主要税收优惠包括：非关联公司的固定利率利息免税；除房地产收入外的资本利得免税；主权基金投资的股息免税；税收协定对利息、股息和特许权使用费的减免优惠。

2、中美税收协定

中美税收协定旨在避免双重征税和防止偷漏税，对于赴美投资者在美涉及投资结构和税收筹划有着重要意义。中美税收协定在美适用仅限于联邦所得税，因此中国投资者赴美投资时仍应关注州和地方税收筹划。

中美税收协定约定，对缔约国一方（例如美国）居民公司支付给缔约国另一方（例如中国）居民的股息，可在美国征税，如果收款人是该股息受益所有人，则所征税款不应超过股息总额的 10%。缔约国一方（例如中国）居民公司从缔约国另一方（例如美国）取得利润或所得，该缔约国一方（例如美国）不得对该公司支付的股息征收任何税收，但支付给缔约国另一方居民的股息或者据以支付股息的股份或其他公司权利与设在该缔约国另一方的常设机构或固定基地有实际联系的除外。

赴美投资者应当重视并有效利用中美税收协定关于常设机构的规定，在税收筹划时注意避免被认定为常设机构。根据中美税收协定规定的常设机构概念、正面清单和负面清单，常设机构是指企业进行全部或者部分营业的固定营业场所，可以分为场所型、工程型、代理型以及服务型四类（上述四类构成受负面清单规定的例外情况限制）。常设机构是划分居民国与来源国对跨国收入征税权的重要考量因素，是否构成常设机构决定了来源国征税权受限制程度的高低，有常设机构则受限制程度较低。

3、投资形式选择

美国税法意义上的企业组织形式主要有：C 型公司（C-Corporation），S 型公司（S-Corporation，要求股东必须为美国税法意义上的美国居民），合伙（Partnership）和可穿透实体（Disregarded Entity）。这些组织形式在美国税法上的处理简单归纳如下表。

实操建议：

- (1) 一般而言，不建议企业仅在美国设立代表处而不设立法律实体，因为这很可能导致美国将该代表处视作“常设机构”，要求企业就其全球所得在美纳税。
- (2) 实践中，赴美投资企业多以有限责任公司（Limited Liability Company, “LLC”）形式设立。LLC 具备灵活性，可选择以公司形式纳税或作为穿透实体纳税，并可在选择之后再行变更。

4、企业和个人居民身份认定

美国联邦税法所规定的美国税收居民企业，指根据美国 50 个州的其中一个或哥伦比亚特区的法律而成立，并向各州（特区）政府注册设立的按 C 型公司形式纳税的企业。只要是依据美国法律在美国设立的企业，即为美国税收居民企业，不论其是否在美国开展经营活动或拥有财产，也不论其股权是否为美国企业或个人所持有。非 C 型公司居民身份的认定较为复杂，此处暂不讨论。

在判断非美国籍个人是否属于美国税法居民时，美国国税局适用两项标准：“绿卡”标准和实质居住标准。绿卡标准即，如果一个外国人持有绿卡，则会被认定为美国税法意义上的居民。持绿卡的外国人可能会有双重纳税居民身份，此时，可尝试根据具体情况考虑以非居民身份纳税的做法。实质居住标准即，该外国个人在当年度居留美国超过 31 天，且在前两年内在美国累计居留达 183 天（累计算法为：当年度居留天数 + 上一年度居留天数 * 1/3 + 上上一年度居留天数 * 1/6）。实质居住标准有一些例外，如因在美健康出现状况而无法离开天数不计入，“更紧密联系”例外，豁免持 A/G 签证的政府人员，持 J/Q 签证的学生、老师、研究者，持 F/J/M/Q 签证的学生和赴美参与慈善运动项目而暂时居留美国的专业运动员等。

5、转让定价

美国转让定价法规旨在限制关联企业之间的不合理转让定价行为，对关联企业之间的产品买卖、无形资产转让与使用、服务交易和借贷交易等所有关联交易进行内部定价进行约束。这些规定主要希望解决关联企业通过非市场条款达成交易，从而扭曲应税收入和抵扣额的问题。“独立交易原则”和“最佳

转让定价方法原则”是美国转让定价法规的核心原则。如果美国国税局认定交易价格不符合独立交易原则，将针对单项交易进行处罚。

实操建议：

赴美投资者进行关联交易的同时，可以聘请第三方中立机构做转让定价研究，出具书面报告，以确认关联交易的定价具备合理性。如果没有类似报告，则需准备其他书面证据作为佐证，如类似市场上第三方对类似交易的定价。

三、美国 2017 年税改

美国 2017 年税改是继 1986 年颁布实施的《税制改革法案》后三十年来最大规模的税改。此次美国税改旨在简化繁冗税制，通过减税提高美国劳动者的实际收入，为美国企业和劳动者营造公平竞争环境，推动滞留美国境外的利润回流。赴美投资者应当充分了解美国税改带来的变化并审慎评估其影响，以为在美投资决策做好准备。

1、要点总结

美国 2017 年税改中较受赴美投资者关注的要点总结如下：

(1) 对 2018 年 1 月 1 日前美国公司获得的境外利润一次性征税；(2) 2018 年 1 月 1 日后美国公司的股息改为属地征税制：境外公司向至少控股 10% 的美国公司股东进行股息分配时，可在满足一定条件的情形下不纳税，但出售美国境外公司股份的资本利得时，仍需在美纳税；(3) 对美国企业源于境外无形资产的收入，减征 37.5%，即从 21% 降为 13.125%；(4) 对受控外国企业源于境外无形资产的收入要求提前纳税；(5) 对关联公司的反避税措施；(6) 对经营性利息的税务成本扣除设置限制；(7) 对往年累计经营亏损的税务抵扣进行限制；(8) 有形资产投资成本的提前抵税；(9) C 型公司的企业所得税率降为 21%；(10) 个人通过穿透实体取得的收入实行 20% 减征；(11) 个人所得税率小幅度降低；(12) 仅允许扣除州和地方的财产税、所得税和销售税，扣除限额为 10,000 美元。

2、“机会区”项目 (Opportunity Zone)

作为 2018 年税改的一个小部分，特朗普政府推出“机会区”项目，为在低收入区域的投资活动提供税收优惠。根据“机会区”项目的规则，将资本投资于获得认证的“机会区”，在 2026 年或出售资产前，资本利得将不会被征税，如果对该项目持有 10 年，投资基金的任何收益将永久性地免于征税。赴美投资者在进行投资区域选择时可关注“机会区”项目认证地区，以便获得税收减免优惠。

四、房地产投资

房地产行业一直颇受赴美投资者，尤其是中国投资者青睐。房地产收入是资本利得免税的一个例外，因此，如何合理设计投资架构，达到省税目的，是每位投资者都关心的问题。

个人赴美投资者在对房地产项目进行投资时，有时会选择双层投资架构，即美国境外持股公司持股美国 LLC，再由美国 LLC 持有房地产的结构。这种结构在所得税、赠与税和遗产税方面可能给个人投资者带来相当可观的优惠。如投资者为非个人，情形将更为复杂，需具体情况具体讨论。因具体房地产项目的种类不同，投资结构的选择也会有不同。如房地产开发项目和租赁项目的架构，就存在显著差异。

五、兼并与收购交易

1、收购股权还是收购资产？

赴美进行并购交易时，投资者面临的第一个问题是：收购公司股权还是收购公司资产与负债？美国税法针对二者的税法处理有所区别。很多时候被收购的标的企业不会从跨境投资者角度安排税法上的理想架构，买方在进行并购交易时应当根据具体情况作出适合自己的选择。

在应税资产收购交易中，卖方通常保留标的公司未使用的纳税属性。如果买方希望避免标的公司的纳税属性，购买资产可能比购买股权更合适，反之，如果买方希望保留标的公司的纳税属性，则会更倾向于股权收购。

此外，买方可能基于增加标的资产成本基础的考虑而倾向于购买资产而非股权。

2、“338 条选择”

公司购买者如在一次单独应税交易中，或在一个一年内发生的一系列交易中，从非关联方处购入不低于 80% 投票权和价值的标的公司股票，则可进行“338 条选择”。

买方可单方面作出“338 条选择”，选择将交易视作原标的公司出售所有资产，并由“新标的”承担其所有债务，原标的公司就此次出售确认收益或损失。一般而言，买卖双方通过协商确定哪一方承担标的公司资产出售而产生的美国联邦所得税负。买方被视作已购入新标的，新标的就视同出售旧标的资产的交易而承担所得税。新标的的不继承旧标的的纳税属性（因而将失去超额亏损或信用结转等福利），但新标的的将会被视作其资产拥有更高的成本基础，从而享有更高的折旧或摊销扣除额，或在出售资产时产生较低的所得税。

2017 年税改暂时允许纳税人抵扣工厂和设备的购置成本，这对买方而言，增加了将收购安排为实际或视同资产收购的激励。

3、免税并购交易及一些特殊规则

一些并购交易在满足特定情形时，标的公司及其股东都可能免税，例如：标的公司股东在并购交易中取得收购方公司全部或绝大多数股份；换股收购中，收购方公司以有投票权股份交换标的公司 80% 以上股份；股权换资产收购中，收购方公司以有投票权股份（或加上少量现金或其他财产）交换标的公司绝大多数资产。

在非美国公司收购美国标的公司从而导致转移美国有形资产到美国境外公司情形下，有一套单独规则适用。这些规则往往不承认对转至美国境外的增值资产做非确认处理。当涉及转让无形资产（如商标、专利等知识产权）时，还可能适用其他规则从而使得交易被视作特许许可交易，受转让定价规则约束。

六、信托

美国税法意义上的“美国境内”信托是指一个既受美国法院管辖，同时完全由美国人控制的信托，如两个条件任一未能满足，则该被定义为美国境外信托。根据美国税法，美国境内信托可粗分为委托人信托和无委托人信托。委托人信托可作为穿透体，在信托层面不纳税，由委托人就信托所得纳税；无委托人信托则需在信托层面纳税。信托受益人是否需要纳税取决于其是否为美国税法意义上的居民。

赴美投资者如有个人财富管理和遗产 / 赠与税规划需求，可考虑在投资架构中纳入信托安排。对于信托的税法处理依受益人和委托人是否为美国税法意义上的居民而各有不同，赴美投资者在进行信托安排时，应咨询美国税法方面的专家根据自身需求和具体情况作出决策。

近年来，美国许多州，例如 South Dakota, Nevada 等，通过不断优化本州信托法律，在信托设立人和受益人的财产保护、隐私保护、税收减免和财富传承方面给予诸多优惠。并且，由于 CRS 和 FATCA 的全面实施，美国信托对希望通过信托持有美国境内外资产的外国投资者而言成为热门选择。



美国股票的发行、上市、流通和持有简介

罗华 Matthew Dickerson



罗华

美国纽约
Laura.Luo@us.kwm.com

一、股票发行和企业上市：注册发行

简单而言，在美国发行证券需要向证券监管机构进行注册，除非证券或者发行证券的交易符合豁免注册的相关要求。例如，如果证券是联邦政府债券、市政债券、或者商业票据等，则此类证券可以不经注册而发行；或者如证券发行交易属于法定的私募融资交易等，则此类证券发行交易也可以不注册。

美国《1933年证券法案》及修正案和据此颁布的条例（总称“33法案”）和《1934年证券交易法案》及修正案和据此颁布的条例（总称“34法案”）组成了美国联邦证券法的基本框架。33法案管辖证券的要约，发行和出售；34法案管辖上市公司的披露义务，证券在交易所的交易，发行人的反诈骗义务，以及全国性的交易所、股票经纪人和经销商、股票分析师、以及信用评级机构等。33法案对于证券的定义非常广，企业的股权只是证券的一种。

所谓企业“上市”，是指企业（也称为“发行人”）向市场公开出售（代表其股权的）股票。如果发行人是美国证券法下的“海外私有发行人”，上市一般是指其首次公开出售代表其股权的美国存托凭证（American Depositary Shares, “ADSs”）。在美国上市，需向美国证券交易委员会（即 U.S. Securities and Exchange Commission, “SEC”）提交注册报告注册发行的股票 / ADSs 和发行交易，并向交易所申请批准向公众出售股票。招股书（prospectus）作为向 SEC 提交的注册报告的重要组成部分，应对发行人的历史、经营、资产、财务、管理、股东、股票 / ADSs 的发行条件等重要信息向公众进行披露和风险提示。与俗称的所谓“审批制”相比，美国证券公开发行是俗称的所谓“注册制”。“注册制”基于的理念是如果发行方披露合规并且没有其他市场操纵行为，那么投资人自己可以对投

资的好坏进行评估，并为自己承担的风险负责。在“注册制”下，监管机构不对股票发行人和发行股票本身的优劣做出实质评判，而是通过对披露和市场操纵行为的严格监管来保护投资人的利益和资本市场的健康运作。美国证券法严格禁止在证券买卖中的诈骗和操纵行为，禁止在任何发行文件里和其他提交给 SEC 的披露文件里对重大事实的不实披露或遗漏而导致对投资人的误导。在发行人方面，除了发行人，发行人的控制人也可能承担证券法下的责任。

中国企业海外上市的发展历程可追溯到 20 世纪 90 年代，上市企业大致可分为国有大型传统行业的企业，高成长互联网企业和其他民营企业。目前中国企业的股票在十几家全球交易所进行交易，其中美国的纽约证券交易所（“纽交所”）和纳斯达克证券交易所（“纳斯达克”）是主要的两家。纽交所和纳斯达克对在其交易所挂牌交易的公司有量化（即财务和证券流动性）和公司治理的标准。其中量化标准又可分为不同类别，例如量化标准要求最低的纳斯达克资本市场有股权标准（Equity Standard）、挂牌证券的市值标准（Market Value of Listed Securities Standard）和净利润（Net Income Standard）标准三类，上市需满足一类标准即可。纽交所不同的交易板块，其中 NYSE 板块针对较大型的公司和融资交易，NYSE American 板块针对成长型企业，其上市量化标准和纳斯达克的资本市场板块相当。纳斯达克也有不同的交易板块，其中 Nasdaq Global Select Market（纳斯达克全球精选市场）对上市公司的财务和股票流动性的要求最高，Nasdaq Global Market（纳斯达克全球市场）居中，Nasdaq Capital Market（纳斯达克资本市场）的要求最低，而三个板块对公司治理的标准相同。

在美国上市有利有弊，企业需根据自身需求进行分析衡量：

主要好处：

- 交易所的上市量化标准灵活,基本的门槛相对较低。例如,公司不需要有净利润和经营历史;
- 可在世界上最大的资本市场之一融资,有更广的资金来源;
- 对于创始人而言,实现资产国际化;
- 美国股市流动性强,更利于股东在公开市场出售其股权而套现;
- 股权因为市场流通性而可以作为收购对价;
- 可以发放股权对员工提供股权激励而使公司对员工更有吸引力;
- 资本市场的机构投资者相对较多,股市即使在全球经济和股市大幅波动时,也相对比较稳定;以及
- 品牌知名度和对投资人可见度的提高等。

主要弊端：

- 市场对公司有更多的短期业绩的压力;
- 增加了管理,报备以及合规成本;以及
- 有更多监管和诉讼风险等。

二、股票的流通： 自由流通股票和限制流通股票

股票根据其流通性,可分为俗称的自由流通股票或是限制流通股票。一般在 SEC 注册过的股票,除非由发行人的关联方持有(及股票为控制人股票)或受到锁定协议的合同限制,均可在二级市场自由流通转售。限制流通股票主要包括控制人股票(control securities)和限制性股票(restricted securities)。控制人股票是指发行人的关联方(高管、董事或者大股东等被视为对发行人有控制权或者影响力的人员或实体)持有的股票。限制性股票包括直接或者间接从发行人或者发行人的关联方处在非注册股票发行交易(例如私募发行)中获得的股票,或者 33 法案 144A 条例下的发行的股票,或者美国公司在 33 法案的 S 条例下海外发行的股票,等等。限制性股票的股票权证上需贴上明显的限制标签/标记(restrictive legend),以文字表明其转让受到证券法和其他相关公司章程和合同条款的限制。股票权证只是股权所有权的证据,一般

而言,公司法和公司的章程可以允许公司发行无权证的股票,如果股票是没有权证的,则公司在发行无权证股票时需通知股东,并且通知其受到的转让限制。在“统一商业法案”(Uniform Commercial Code)和州法(例如特拉华州公司法的第 202 条)下,限制性股票上如果没有限制标签/标识,或者如果股票为无权证股票而其登记持有人没有收到转让限制通知,则此股票的转让限制一般不可以对抗第三方。在股票成为可自由流通的股票时,企业的股票过户经纪人(transfer agent)会根据一定的程序将限制标签/标识解除。

如果不进行注册发行,限制流通股票的公开转售一般基于 33 法案的 144 条例(“144 条例”),需满足其规定。144 条例对于出售人对转售股票的持有时间,公司是否有最新的公开信息、出售数量、出售方式、出售通知的提交等均有要求,根据公司是否为报备公司,出售人是否为公司关联方,股票是否为控制人股票而要求不同,大致可分为以下几种情况:

144条例下公开二级市场转售限制性股票或者控制股票需满足的条件			
		限制股票	非限制股票
		报备公司 ¹⁷	非报备公司
持有人为公司非关联方 ¹⁸	<p>持股期¹⁹至少6个月，公司在出售前12个月期间按时向SEC提交相关报告（“SEC报告齐备”）；如持股期至少一年，则可自由流通，无144条例下其它出售限制。</p>	<p>持股期²⁰至少一年</p>	<p>自由流通股票，不受144条例规定的转售限制。</p>
持有人为公司关联方(控制股票) ²¹	<p>需满足144条例所有要求：持股期至少1年；SEC报告齐备；出售数额受到限制；对出售方式有要求；达到一定数额需提交144表格报备。</p>	<p>需满足144条例所有要求：持股期至少1年；公司有及时的信息公开披露；出售数额受到限制；对出售方式有要求；达到一定数额需提交144表格报备。</p>	<p>没有持股期要求，但要求公司有及时的信息公开披露；出售数额受到限制；对出售方式有要求；达到一定数额需提交144表格报备。</p>

三、股票的持有：报备义务以及内部人士的“短摆收益”

对于非上市的企业而言，其实际股权结构和股东情况一般是非公开信息。例如，虽然股份有限公司的成立证书规定其授权发行的股权种类和可发行的最大数额，但公司对实际发行的股票数量和股东情况没有报备义务。而在证券法下的报备公司（包括在交易所挂牌交易的上市公司）则有义务对其董事、高管和主要股东的持股情况进行一定的披露。同时，34法案的13条例（“13条例”）要求，如果直接或者间接持有上市公司在34法案的12条例（“12条例”）下注册的股票的实益所有权（beneficial ownership）超过5%，则持有人本身在获得此实益所有权时和此实益所有权数额有一定变化时需对SEC进行公开报备；33法案的16条例（“16条例”）要求上市公司的高管、董事、以及直接或者间接持有上市公司在12条例下注册的股票的实益所有权（beneficial ownership）超过10%的个人

和实体进行公开报备。

在13条例下报备的股票实益所有权包括直接或者间接的所有权持有，也包含通过协议、安排、关系和其他方式获得的对相关股票的直接或者间接的投票权或者投资处置权。报备的表格主要有13D表和13G表，基于股东的股票实益所有权持有的股票数额和变化（是否超过20%），持有目的（是否有控制和影响公司决策的意愿），最初持有的时间（上市前还是上市后），持有人的身份（是否是股票经纪人、银行、保险公司、某些投资公司、注册投资顾问、员工福利计划、控股公司等），而适用的报备表格不同，其报备的内容和在不同情况下的报备期限也不同，需要具体情况具体分析。

在16条例下要求内部人士对公司股票的实益所有权进行报备，对于董事和高管，即使不持有任何股票的实益所有权也需要提交报备表格。虽然在16条例和13条例下界定是否持有实益所

17. 公司在出售时和出售前三个月是SEC报备公司。“报备公司”是指根据34法案的第13和15(d)条要求需向SEC提交报告的公司。

18. 需在出售时和出售前90天内是非关联方。

19. 从公司或者公司关联方处（取其后）获得股票的时间到出售时的时间段。

20. 从公司或者公司关联方处（取其后）获得股票的时间到出售时的时间段。

21. 如果在出售前90天内到出售时任何时候是关联方的话。

有规则是一致的，但两个条例对于界定持有的实益所有权具体数额的标准有所不同：在 16 条例下的标准是基于是否直接或者间接持有或者享有（包括共享）对相关股票的交易“金钱利益”（pecuniary interest），而在 13 条例下的标准为是否对相关股票拥有投票决定权和投资处置权。例如，在第 16 条例的标准下，内部人士的配偶如果购买公司的股票，内部人士和其配偶会同时被视为此股票的实益权拥有人，因为他们共享此股票的金钱利益。又如，如果某几个股东同意对其所持股票采取一致行动，因为每个一致行动的股东都被视为对所有采取一致行动的股票（共同）享有其投票决定权和投资处置权，基于是否持有（或者共享）对股票投票权和投资处置权的标准，每一个股东可能被视为对于一致行动的所有股东拥有股票的总额拥有实益所有权而符合 16 条例的报备门槛要求；但在 16 条例下计算每一个股东实际持有的实益所有权时，因为一致

行动的股东对于其他一致行动的股东的股票一般不享有金钱利益，因此不会将其他一致行动人的股票计算在此股东的 16 条例报备的实益所有权数额里。

此外，16 条例禁止利用上市公司非公开信息进行内部交易，并要求内部人士将其在任何 6 个月内买卖公司（在 12 条例下注册的）股票交易所获得的利益（“短摆收益”）退还给公司。计算短摆收益时，并不看内部人士的相关交易是否真的获得收益，而是人为的根据“低进高出”的原则将 6 个月内的股票交易的最低收购价和最高出售价进行匹配来计算。因此，即使内部人士在实际交易中并没有获得收益，在“低进高出”的计算原则下还是可能会被算出收益而被视为有收益，从而被要求向公司“吐出”（disgorge）此收益。



美国商业信贷交易中的资产抵押增信措施

韩巍 Richard Mertl 陈逸超



韩巍

美国纽约

eli.han@us.kwm.com

一、美国信贷市场综述

美国的商业信贷市场是非常复杂多样的，根据不同因素可以进行不同的分类。比如，根据借贷的规模，有大额借贷、中型市场借贷和小额借贷的区分；根据借款人的信用评级，有“投资级”贷款和非“投资级”贷款（或称“高收益”贷款）的区分；根据信贷方的执业资格，有银行和非银行信贷的区分；根据债务持有人的数量，有诸如辛迪加（财团）借贷、俱乐部借贷和双边借贷；根据贷款是否有抵押和各贷款方之间的相对关系，有诸如抵押借贷、优先级无抵押借贷、夹层借贷和第二优先级抵押权借贷等类别；根据借贷的目的和用途，有诸如并购融资借贷、资产收购融资借贷、运营资本融资借贷和项目开发融资借贷等。

银行借贷是美国传统借贷市场的主要形

式，但是随着市场发展，出现了许多有别于传统借贷的所谓“替代性”信贷（“Alternative Lending”）形式。替代性信贷的贷款方包括基金、特殊用途公司、大型替代性投资资产管理公司等。这些替代性信贷公司在高收益贷款方面比传统银行有更高的灵活性，这使得信用欠佳的借款人更有可能从这类信贷方获得贷款。

目前从借贷市场、特别是中型高收益借贷市场的市场份额来看，替代性借贷所占市场份额要大于传统的银行信贷。美国各州都有相应的银行法和借贷法对市场中的信贷交易进行监管，并要求从事特定信贷业务的公司持有从业执照。一般来说，因为银行机构已被规范银行的法律法规所监管，所以不需要另外申请从业执照。但是非银行信贷公司就必须按照相应法律的规定申请从业执照。各州法律法规一般对于个人消费者贷款和小额贷款业务等领域进行严格的监管，而对于商



业或公司借贷领域的监管相对宽松。通常情况下，是否受某个州的银行法或信贷法管辖是根据有无向该州居民推销贷款或放贷来进行判断的，无论贷款人本身的国、州籍所属。如果贷款人不遵守相关州的银行法或信贷法，可能会对贷款人带来重大的不利影响，比如贷款合同不被当地法院承认或还款义务不能被强制执行等。

当借贷交易产生后，贷款人在赚取利息收益的同时也会承受许多风险，如借款人的信用风险，相关市场的波动风险等。为了保证借款人能按约定时偿还本金和支付利息，贷款人经常会要求借款人提供增信措施。与其它信贷市场一样，美国信贷市场的增信措施主要包括资产抵押和第三方担保。由于美国在资产抵押上有着复杂的规定，而操作上与其它司法区也有很大差异，本文接下来将主要介绍和分析美国在资产抵押方面的常见法律问题。



Richard Mertl

美国纽约

richard.mertl@us.kwm.com

二、资产抵押

在美国借贷业务中，为了保证借款人按时还款，尤其是当贷款人对借款人的信贷额超过贷款人所能承受的借款人的信用风险时，贷款人往往会要求借款人提供资产抵押。在贷款附加了抵押权益后，即使借款人因为各种原因违约，贷款人也可以通过处置抵押的资产来使保证自身不因借款人违约（比如拒付，或因破产而导致的违约）而承受损失。

1、可抵押的资产和适用不同抵押资产的相关法律

美国借贷市场中可被用于抵押的资产范围很广，包括土地、房屋、设备、库存商品、现金账户、合同权益、投资资产、商业侵权诉讼权，知识产权等等都可用作贷款的抵押品。在美国法中，通常将可被抵押的财产分为两类：1. 不动产，如土地和房屋；和 2. 个人财产，通常指除不动产以外的财产。在美国各州，对于个人财产的抵押权益适用的法律通常是各州采纳制定的《统一商法》（“Uniform Commercial Code” or “UCC”）的第九章。

根据 UCC § 9-203，当一个抵押权益被成功附加于借贷人所拥有的抵押物时，它就成为贷款人可强制执行的权益的一部分。抵押权益的形成首先需要作为抵押人的借贷人对抵押品享有支配权，其次抵押人需要签署并交付贷款人一份书面抵押协议以将抵押品的抵押权益授予贷款人。

根据 UCC 第九章第三部分，当抵押权益通过附加于抵押物而形成后，贷款人还需要通过法定程序完善该抵押权，以保证自己对于抵押品在将来的处置过程中享有优先于无抵押债权人的权利。不同的抵押品对应着不同的完善方式。一般来说，最常见的完善抵押权益的方式是向相应的州级机关登记办公室递交一份抵押权登记声明。抵押权登记声明通常应在抵押人所在地进行登记，递交的抵押权登记声明中需要提供包括抵押人名称、抵押权所有人名称、对于抵押品的充分描述等信息。除抵押权登记声明之外，某些类别的抵押品需要通过占有或控制来达到完善抵押权益的目的。对某些抵押品的抵押权可以通过多种方式进行完善，但不同完善方式在效力会有上会有差别。在规定贷款人抵押权益的形成和完善程序之外，UCC 第九章第三部分关于优先权的相关条款还规定了当两个或更多的债权人对同一个抵押品拥有完善的抵押权，哪一个债权人对于抵押品的处置享有优先权。首先，采用占有或控制进行完善的债权人优先于通过递交登记进行完善的债权人；其次，对于同样采用递交并登记进行完善的债权人，一般来说是遵循“先到先得”的规则，即对于抵押品抢先进行了登记的债权人享有优先权。

对于可被抵押财产的另一大分类，即不动产来说，其抵押权益的形成是根据不动产所在地州的地方法律来确定的，通常情况下是在不动产所在州的郡县登记不动产的抵押。虽然各州对于个人财产抵押的要求都大同小异，但是由于没有像 UCC 那样的统一法规，对于不动产的抵押各州的要求可能会有很大差别。贷款人通常会采取购买保险的方式来确保自己对于不动产抵押品的抵押权益及优先权。

需要注意的是，对于附属物（即永久附属于不动产上的个人财产）的抵押权益，需要在不动产所在地进行登记来完善抵押权益。附属物的抵押权益既可以通过 UCC 也可以通过当地的不动产登记法规来进行完善。

2、特殊抵押品

UCC 对一些特殊类别的抵押品的抵押权益的产生和完善程序有特殊规定。

(1) 应收账款

根据 UCC § 9-102(a)(2)，应收账款属于可被抵押的个人财产，借款人通过签署并交付抵押协议来授予贷款



人抵押权益。以应收账款作为抵押品的抵押权益可以通过在相应的登记办公室递交抵押权登记声明来进行完善。

抵押协议还可以将未来可能产生、但现在未产生的应收账款作为抵押品给赋予贷款人抵押权益。根据 UCC § 9-203，抵押权益的形成是以借款人对抵押品享有所有权或支配权作为条件，所以只有当这个应收账款产生之后，即借款人对这笔应收账款真正享有所有权的时候，该抵押权益才真正形成。

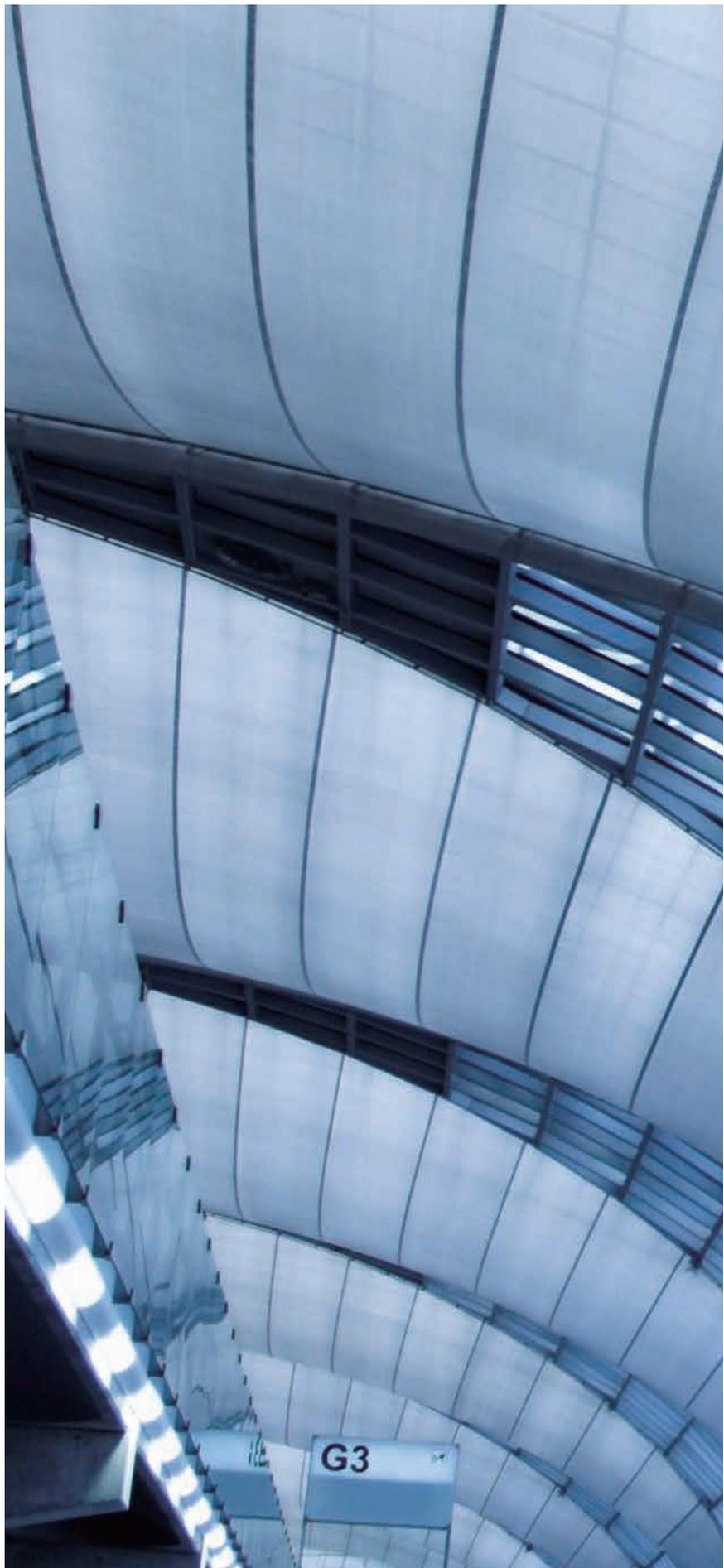
(2) 银行的储蓄账户

储蓄账户同样也可以作为一种个人财产抵押品抵押给贷款人。但是根据 UCC § 9-312(b)(II) 对于储蓄账户充当抵押品的规定，贷款人只能通过控制（而非递交抵押权登记声明）来对抵押权益进行完善。为了获得对于抵押账户的控制，贷款人通常会和借款人及开户银行签订一份《账户控制协议》（Account Control Agreement）。在协议中开户银行同意，一旦借款人发生违约，贷款人因而行使对账户的控制权，在无需获得借款人进一步认可的情况下开户银行将遵循贷款人的指示来处置储蓄账户中的现金。

(3) 投资财产

借款人可以将自己的投资财产作为抵押品抵押给贷款人。根据 UCC § 9-102 的定义，投资财产一般分为有凭证证券、无凭证证券、对金融机构代持的金融资产的权益、证券账户和大宗商品合同和账户。贷款人可以通过递交抵押权登记声明或控制的方式来完善对于借款人投资财产的抵押权益，但是通过控制来完善的抵押权益优先于通过递交抵押权登记声明完善的抵押权益。

根据 UCC § 9-305，为了判断一个投资财产的抵押权益是否得到完善或不同抵押权益之间的优先顺序，需要按照相应的管辖法律来确定。UCC 规定了两个依据来决定当投资财产作为抵押品时对应的管辖法律：1. 贷款人采取的抵押权益完善方式（通过登记还是控制）2. 投资财产的种类。譬如当贷款人以控制投资财产作为完善方式时，则：（a）对于有凭证证券来说，凭证所在地法律为其管辖法；（b）对于无凭证证券来说，证券发行人所在地法律为其管辖法；（c）对于证券权益或证券账户来说，证券中介人（如



中介经销商，投资公司或清算公司等)所在地法律为管辖法；(d)对于大宗商品合同或大宗商品账户来说，大宗商品中介人所在地法律为管辖法。当抵押权方以登记作为完善方式，那不管抵押权益对应的投资财产是什么种类，都是以抵押人所在地法律作为管辖法。

(4) 受联邦法律管辖的特殊抵押品

对于一些特殊抵押品，如飞机，船只的抵押权益来说，一些联邦法律的规定可能会优先于 UCC 对其进行管制。比如当抵押品是飞机的情况下，其对应抵押权益受联邦航空法管制；当抵押品是船只的情况下，其抵押权益受联邦船只抵押法管制。

3. 抵押品的执行

在一项抵押借贷交易中，当借款人发生违约时，贷款人可以对抵押品进行强制执行来弥补其因为借款人违约而造成的损失。在破产程序以外，关于对个人财产抵押品进行强制执行，UCC 第九章第六部分有相应的规定。根据 UCC 第九章第六部分，当借款人违约后，贷款人根据抵押协议约定的不同有三种常见的救济方式：1. 当借款人以应收账款作为抵押品的情况下，贷款人可直接从其他欠借款人钱的第三方处收集款项；2. 贷款人通过公开拍卖或私下出售的方式处置抵押品来补偿自己因为违约而造成的损失；3. 贷款人自留抵押品作为债务违约的补偿。抵押权人在处置完抵押品后，仍可就抵押品偿还不足部分的债务对借款人进行追索。

对于属于不动产的抵押品的执行，需要按照各州的具体规定、要求和限制来实施。对于受特殊监管的债务人抵押权的执行，比如银行，则可能需要监管机构批准后才能实施。

4. 破产程序对于抵押品执行的影响

在美国，一般公司或个人的破产程

序都受联邦破产法管辖。但是一些特殊的企业如银行、保险公司、大宗商品交易承销商、证券承销商、政府企业和市政府等，其破产程序是遵照其它法律或破产法中的特殊条款的规定。

根据美国联邦破产法，破产程序既可以由债权人也可以由债务人自己启动。一旦破产程序被启动，所有的债权人都必须停止针对债务人或其财产的追缴，包括执行抵押品，这在美国破产法上被称为“自动冻结”。破产法院有权对任何违反自动冻结的行为进行严厉惩罚，包括要求对于债务人或其他债权人造成的损失给予补偿，同时所采取的非执行行为也可判定无效。

在美国破产法下，即使在破产程序中，享有抵押权益的债权人也会享有许多保护以保证经过完善程序的抵押权益不会失效。首先，在债务人的清算中，抵押权人优先于普通债权人受到偿付。其次，在债务人破产重组的情况下，只有获得破产法院的批准和抵押权人的准许，债务人才有权使用作为抵押品的现金。

但是，如果抵押权人的抵押权益是在债务人宣告破产前 90 天内产生的，且这个抵押权益的产生使得该抵押权人获得了比通过正常清算程序能获得的更多的利益，除非该抵押权人为该抵押权益进行了等价交换，否则这个抵押权有可能被宣布无效。

5. 执行抵押品时可能出现的诉讼问题

当贷款合同下发生违约行为后，如果贷款人自助执行对抵押品的处置遇到阻碍，贷款人还可以选择通过诉讼程序强制对执行抵押品的处置来补偿自身的损失。但是在通过诉讼执行的过程中通常也可能会出现一系列问题，譬如：1. 美国法院是否会承认并执行以外国法作为管辖法的抵押协议；2. 当贷款人对美国法院提起强制执行请求后，需要多久法院才会对抵押品进行强制执行。

(1) 外国法作为管辖法

一般来说，只要抵押协议

选择的外国管辖法与相应的交易有“合理的联系”，并且适用外国法不会与法院所在地的公共利益相违背，美国的法院就会认可相关外国法作为该协议的管辖法。

对于所谓“合理的联系”，美国纽约州为增加纽约法的影响，鼓励国际商务关系中适用纽约法，对此有比较宽松的规定。根据纽约法律规定，当一个抵押协议交易价值超过 25 万美元时，无论纽约法与该协议有无任何合理的联系，协议各方都可以选择纽约法作为管辖法，纽约州的法院也都会承认该管辖法选择的有效性。美国加利福尼亚州的法律也有类似的规定。

(2) 美国法院强制执行的时间

在纽约，对没有太大争议的合同纠纷，法院可能在 3-6 个月给出判决，并在判决作出后立刻对抵押财产进行强制执行（除非被告债务人申请暂缓执行）。但是在司法实践中，被告经常会对程序或其它问题提出抗辩，在这种情况下，抵押财产得到执行的时间可能会大大延长，甚至到一年或更长。

对于在美国法院执行外国法院的判决，只需要外国法院的判决被当地法院所承认，那时间框架就和执行国内法院判决无异。

(3) 美国法院对于仲裁判决的执行

美国是关于国际仲裁的《纽约公约》的签字国之一。纽约公约要求签字国的法院承认私人协议中的仲裁条款，并且对别的签字国仲裁庭做出的裁决一般给予承认与执行。

美国出口管制：

重新聚焦技术出口与中国

Aaron Wolfson

一、美国出口管制法律

对于美国或非美国公司，无论是把美国产品或技术从美国出口到外国或从外国再出口到第三国都受到美国出口管制法的约束。出于国家安全或贸易保护的原因，出口管制法禁止公司或个人在没有获得出口许可时出口受管制的产品或技术。违反美国出口管制法出口或再出口美国产品或技术的公司将受到处罚。

美国出口管制法主要管制产品、软件和信息出口。民用物品的传输，无论是有形的还是无形的，主要受1979年《出口管理法》(EAA)的管辖。EAA授权美国商务部，在与其他相关机构协商后，对原产于美国的民用和军民两用产品、软件和技术出口或再出口进行监管。商务部通过《出口管理条例》(EAR)实施这一权力。EAR的管辖不包括那些受国际武器贸易条例(ITAR)监管的军火和相关服务的出口。

1、谁管理 EAR：职能和管辖权

美国商务部的工业和安全局(BIS)拥有广泛的监管民用和军民两用产品的权力。BIS通过EAR来实施这一权力。EAR主要监管大多数军民两用物品的出口和再出口。EAR的管辖商业控制清单(CCL)中列出的项目在出口和再出口到第三国之前需要许可证。

BIS也有基于政策的出口限制。无论将要出口的产品是否被列入CCL上，BIS都会对出口产品的最终使用者和使用目的进行审查，以

确认将要出口的产品将被正确的最终用户正确使用。

BIS同时保持了一系列黑名单，如被拒人员名单和实体名单。在与外国人士或实体进行交易之前，应检查这些清单。这些名单上被列出的个人和公司从事出口、再出口或其他活动的的能力受到很大限制。此外，其他公司在与名单上的个人和实体进行交易时，将面临更大的合规负担。

虽然BIS对产品出口拥有广泛的管辖权，但其他美国机构对一些特定类别产品的出口和再出口也有管辖权。BIS在EAR第730部分第3号补充文件中确定了其他负责出口管制的美国政府机构。属于EAR监管范围内的且不受其他政府机构的独家管辖的行为应遵守BIS许可要求。

2、受 EAR 监管的产品

EAR规定的产品范围也非常广泛。除某些例外情况外，以下类别的产品被视为受到EAR监管：

- (1) 美国境内的所有产品，包括美国对外贸易区或途经美国从一个国家转移到另一个国家的物品；
- (2) 所有产于美国的产品，无论该产品在哪里；



Aaron Wolfson

美国纽约

Aaron.wolfson@us.kwm.com

- (3) 含有受控美国产品的外国制造产品，与美国原产软件捆绑在一起的外国产品，与美国原产软件混合在一起的外国制造软件，以及与一定数量的受控美国原产技术混合在一起的外国制造的技术（参见 15 CFR 第 734 部分中的“最低限度”规则）；
- (4) 15 CFR 第 736 部分中描述的某些是美国原产技术或者软件的直接产品的外国产品；
- (5) 如 EAR 第 736.2 (b) (3) 段所述，某些产品或其主要部件虽然生产在美国境外的工厂，但这些产品或其主要部件仍然属于源于美国技术或软件的直接产物。

一般而言，所有美国原产或实际位于美国的物品均须根据 EAR 进行分类。如果外国制成品中美国产原件的价值低于 EAR 要求的最低水平，该商品就会被免除 EAR 再出口许可要求。这些规定最低水平根据出口或再出口的最终目的地而定（在下面的小节中讨论）。

如果拟运输或传输的物品受到出口许可限制，BIS 要求出口商从商务部获得许可证。这种要求可以由交易特有的几个重要因素触发：将要出口的实际项目（有形商品、软件或技术），它将去哪里，谁将使用它，以及它们的使用目的。

0. 核相关物品和杂项；
1. 化学化合物，微生物和毒素；
 2. 材料加工；
 3. 电子产品；
 4. 电脑；
 5. Pt-1 电信；Pt2 - 信息安全（加密）；
 6. 传感器和激光器；
 7. 导航和航空电子设备；
 8. 海洋（船舶，推进和设备）；
 9. 推进系统，航天器（包括飞机和飞机发动机）。

3、美国原产商品：出口和再出口

受 EAR 管制的出口包括从美国起始的出口运输。除了对有形产品的管制，EAR 涵盖了对无形

产品的出口，包括源代码和软件。

它还包括所谓的“视为出口”，主要涉及无形商品（例如美国境内的知识产权和信息）的传输，包括向美国境内的外国人转让、释放或披露有关受控产品的技术数据。视同出口相关法规规定，向外国人转让技术，源代码或技术数据被视为向外国出口。这可以包括传真、电话交谈、电子邮件、面对面交谈、培训课程、或者由美国人向非美国人提供计算机代码。

在从美国出口到外国之后，物品将继续受 EAR 的约束。EAR 将“再出口”定义为从美国出口后将该物品从第一个外国国家出口到第二个外国国家，以及之后的任何后续出口。就算一个特定物品被允许出口到一个特定国家，将物品从这个特定国家出口到另一个国家还需要进行另一轮审查。

最后，EAR 将“视同再出口”定义为向美国以外的“第三国国民”传输软件和技术。例如，某些电信技术可能会从美国出口到爱尔兰的一所大学，但在向该大学的俄罗斯籍外国学生或雇员出口该技术之前可能需要从 BIS 获得再出口许可证。

4、国外生产的产品和技术：“最低限度”规则和直接产品规则

即使这些产品完全是在外国制造的，这些产品仍然可能受到 EAR 的管制。最低限度规则决定了包含美国受管制产品的外国制造产品是否受 EAR 管制。把在外国制造的产品置于 EAR 管辖内的所需的美国受管制产品的百分比由该外国制产品将运往的目的地和这些物品所属的类别决定。例如，如果在外国制产品中的美国产品的价值超过 (1) 大多数目的地的 25%；(2) 10%（古巴、朝鲜、伊朗、苏丹、叙利亚）；(3) 0%（中国、古巴、朝鲜、伊朗、苏丹和叙利亚的某些国防相关物品）这些产品将会受到 EAR 管制。对某一项目中“受控内容”的百分比的确定是基于市场价值，而不是规模、重量、标价或其他衡量标准。

另一方面，直接产品规则规定，外国产品受 EAR 管辖，并且需要出口许可证或被免除许可证要求，如果这些产品是：(1) 位于美国境外；(2) 受 EAR 的以国家安全为由管控；(3) 是美国产软件或技术的直接产品，并需要书面的合规保证作为许可证的支持文件或作为豁免的先决条件；以及 (4) 被再出口到某些特定目的地，如伊朗和朝鲜。

5、最终使用目的和最终用户管控

出口和再出口的一些限制是政策性的。EAR 禁止某些出口，再出口和转让某些和美国有联系的产品或美国人的某些特定活动。

这些基于政策的控制禁止：出口，再出口和转让受 EAR 管制的物品被用于某些核，导弹和化学及生物武器扩散活动；美国人为支持某些核，导弹，化学或生物最终用途而开展的活动；某些军用最终用途或最终用户的某些货物的规定；与某些被禁止方的交易。例如，军事物品和犯罪控制设备禁止对中国销售。美国政府提供各种资源，用于筛选针对各种清单上列出的受限制方名单的交易，这些清单由国务院，商务部和财政部共同维护。

6、制裁名单

BIS 还保留个人和实体的清单，在出口或再出口美国产品，技术或服务时也必须考虑这些清单。这些包括：

- 被拒绝人员名单—美国或非美国人士，他们其出口美国产品，技术或服务的特权被拒绝；同时第三方不可以与出现在名单上的人或公司进行违反对他们发出的禁令上的条款的交易。BIS 通过签发临时或永久拒绝令将各方加入该清单。出口，再出口或转让给该清单上的一方将违反 EAR 的行为；
- 未验证的清单—BIS 在以前的交易中无法验证的最终用户；如果在交易中出现该名单的人或公司应当引起交易另外一方的警觉。同时这个问题应该在进行交易之前解决；和
- 实体清单—这个清单包括企业，研究机构，政府和私人组织，个人和其他类型的法人。他们受到出口，再出口和 / 或转让的特殊许可要求。他们在交易中的存在可以触发 EAR 范畴意外的许可证要求。该列表指定适用于列出方的特殊许可证要求。

7、美国出口管制法执法体系

美国政府建立了各种执行机制，以确保各方遵守其出口管制法律。美国海关官员（现在是国土安全部的一部分）有权根据其在边境的许可证

检查任何出口或进口。对于军民两用物品，商务部官员有权对违规行为进行调查。许可证颁发机构通常需要进行颁布前对产品的检查和产品装运后的验证。

对出口管制违法行为的刑事和民事处罚可能很严重。违反 EAR 可能会受到刑事和行政处罚。刑事处罚可以达到 20 年监禁和每次违规 100 万美元。每次违规行政处罚金额可达 11,000 美元，对于涉及出于国家安全原因而控制的物品，违规金额为 120,000 美元。违规者也可能被拒绝出口权。拒绝出口权意味着被禁止方以任何方式参与任何受 EAR 约束的交易。此外，当交易一方是被拒绝人或企业时，其他企业和个人以任何方式参与受 EAR 管辖的出口交易也是非法的。

二、出口管制法：重新聚焦科技出口与中国

近年来，美国政府已将重点转移到关键技术的出口，特别是对中国出口。白宫在其 2018 年 6 月的政策报告“中国的经济侵略如何威胁美国和世界的技术和知识产权”中，特别指出了中国企业在美国设立研究中心对美国国家利益的威胁。美国表示，“中国的行为正在战略性地在硅谷和波士顿等地建立研究中心。”

美国总统特朗普还呼吁加强出口管制，作为解决中国不公平和歧视性创新相关做法的几种补救措施之一。在另一场合，他还指示商务部长“负责审查与关键技术转让和出口有关的问题。”

美国联邦行政部门和立法部门相应采取了更严格的限制和颁布了新法律来针对高新技术的出口限制和中国。

1、增加实体名单中中国公司的数量

2019 年 6 月 24 日，BIS 发布公告，声明 BIS 已经确定 148 家中国公司违反美国的国家安全和外交政策利益。由于这一决定，BIS 已将这些中国公司纳入其“实体清单”，实体清单中本来就有约 90 个其他中国企业。这不仅意味着向这些实体出口，再出口和转让美国产品，软件和技术现在将受到更严格的许可要求，这也意味着在交易时 EAR 范畴内原本可以使用的例外情况也不可以被适用。BIS 的最终用户审查委员会（ERC）认定，这些公司要么为了让中国军方在未经授权的情况下使用它们获得的在 EAR 管控下的产品和技术，要么这些公司的活动对美国产生了“不可接受的风险”，即美国原产产品和



技术被用于或转移到中国并被应用于军事用途。

2、以“新兴和基础技术”为重点的立法变革

在立法方面，越来越多的美国决策者开始采取更为积极的措施来对抗他们认为不公平的中国贸易做法。美国国会通过了各种限制向中国竞争对手出口新兴和关键技术的措施。

2018年8月13日，唐纳德·特朗普总统签署了2019财年的《约翰·S·麦凯恩国防授权法案》(NDAA)。NDAA一个重点是针对向外国人进行技术出口对美国国家安全和外交政策的影响进行更为仔细的审查，并以此来保护美国在科技方面的领先。除了《外国投资风险审查现代化法案》(FIRRMA)加强了对美国外国投资的审查外，NDAA还包括《出口管制改革法案》(ECRA)。ECRA对美国的出口管制作出重大改变，特别是对新兴和基础技术的管制，并对向外国人转让技术施加了额外的限制。

ECRA扩大了出口管制的管辖范围，并收紧出口限制。这种限制会对跨境贸易产生深远的影响。ECRA要求商务部：

- 建立机构间审查程序，以确定新兴和基础技术的范围，并实施适当的出口管制
- 需要合作安排（即合资企业）披露“重大外国所有权”，以获得此类技术的出

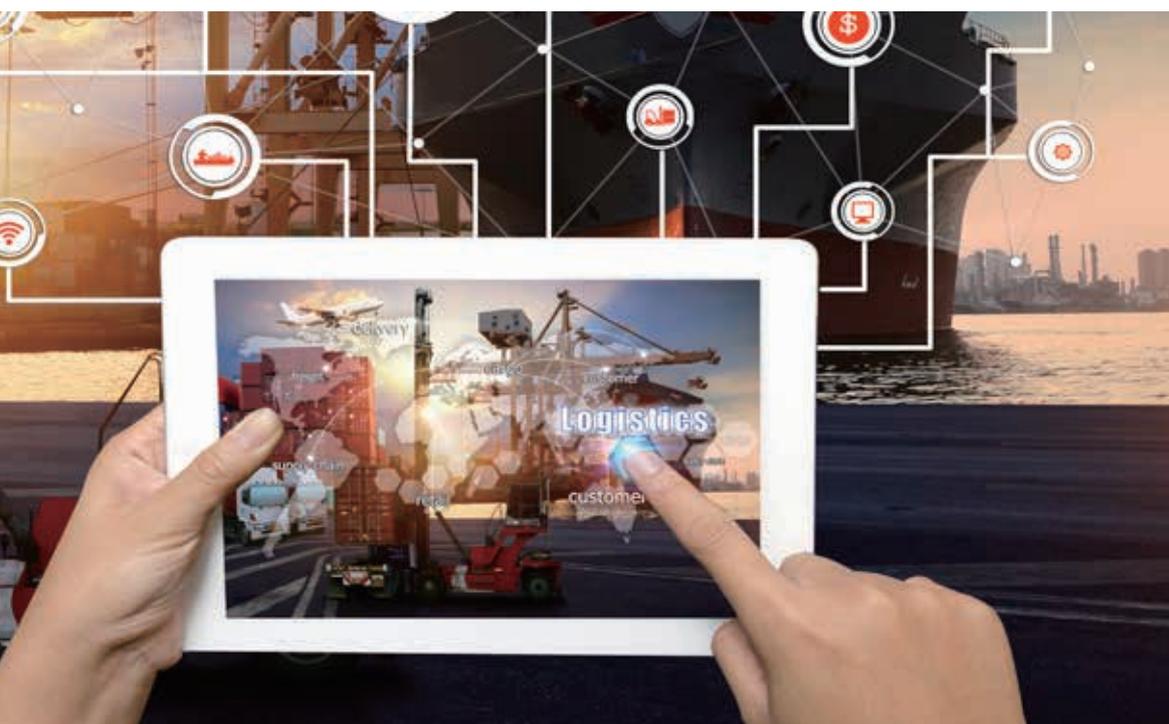
口许可证；

- 指导立即审查美国物品出口到包括中国在内的禁运国家的限制和许可证要求；
- 需要对授予出口许可证对美国国防工业基地的影响进行更为严格和深远的分析；以及
- 授权美国人员对与外国军事情报机构有关的活动实施出口管制。

3、机构间审查流程

多年来，国防部和其他机构以及国会都对目前的出口管制监管程序表示担忧，认为技术的发展已经超过了监管机构在现有框架下充分保护美国军事和情报部门以及美国经济技术优势的能力。ECRA指导建立一个正式的、持续的过程，以确定和审查“对美国国家安全至关重要的新兴和基础技术”，并要求对这些技术进行适当的出口管制。

这一机构间审查过程旨在解决当前出口管制不足以限制新开发技术转让的问题。新的BIS机构间审查程序将涉及商务部、国防部、国务院和能源部以及其他联邦机构（视情况而定），并将利用来自美国商务咨询委员会和外国投资委员会（CFIUS）的公开信息和机密信息来确定“新兴和基础技术”，ECRA本身没有定义这类技术的范畴，但它排除了那些已经出现在商业控制清单



(CCL)、国际武器贸易条例 (ITAR) 的受管制产品、某些核设备和材料以及某些生物制剂和毒素。

预计审查过程将侧重于尖端技术，包括机器人技术、人工智能、机器学习、定位、导航和定时、5G、航空航天、金融技术和虚拟 / 增强现实。ECRA 指导机构间审查过程，在评估一项技术是否“新兴和基础性”时考虑多种因素，包括

- (i) 外国类似技术的发展；
- (ii) 出口管制对美国技术发展的影响；以及
- (iii) 限制技术向外国扩散的管制措施的有效性。值得注意的是，ECRA 并没有规定将某项技术指定为“新兴和基础性”的时间表，但此类指定必须经过公告期和评论期。

将一项新技术指定为“新兴和基础”将促使 BIS 在与其他联邦机构协商后实施出口管制，其中包括对技术出口的临时限制，直至出口管制最终确定。尽管商务部有广泛的自由裁量权来规定适当的控制水平，但 BIS 规定，除有限例外情况外，所有被认定为“新兴和基础”的技术必须至少在出口、再出口或转让至受美国禁运或武器管制的国家（包括中国）时要求出口许可。同时，那些被指定为“新兴和基础”的技术也被认为是“关键技术”。对这些技术的相关产业的外国投资也可能触发 CFIUS 审查。ECRA 要求商务部每 180 天向国会和 CFIUS 提供一份机构间审查结果报告。

4、合资企业相关的法规

根据 BIS 的规定，BIS 可能需要合作安排，包括“合资企业、联合开发协议或类似的合作安排”，在申请出口新兴和基础技术许可时披露重大外国所有权利益。但是，如果向外国人转让的不是基础技术或者技术能力时，则可以不受出口许可要求的限制。具体而言，ECRA 授权商务部根据以下任何交易，对新兴和基础技术（包括对禁运国家（如中国）的出口）的出口许可要求作出例外：

- 成品的销售 / 许可或相关技术的提供（如果美国人通常向其客户、经销商或转售商提供成品和相关技术）；
- 向客户销售或许可产品以及提供集成或

类似服务（如果美国人通常向其客户提供此类服务）；

- 如果转让不能导致外国人使用设备生产“关键技术”，则转让设备和提供相关技术来操作设备；
- 美国公民从外国公民处购买商品或服务，包括制造服务，如果外国公民除提供所购商品或服务外，无权利用美国公民提供的任何技术；以及
- 美国人员对与标准或规范相关的行业组织的任何贡献和相关支持，无论是在开发中还是在声明中，包括对符合任何标准组织规则的知识产权的许可或承诺。

5、ECRA 的影响

ECRA 是美国政府限制敏感美国技术转让的大方针下的一部分，特别是对中国的技术转让。上述变化—对新兴和基础技术的出口管制收紧，对出口许可证申请的审查越来越严格，以及扩大对提供外国国防情报服务的美国人的管辖权—都旨在保护美国的国家安全和优势。CFIUS 和商务部之间加强协调可能会捕获更多涉及关键技术的交易，以便仔细检查相关技术。外国在获取新兴技术和基础技术可能需要的商务部颁发的出口许可证时会受到更严格的审查，包括与合资企业的相关信息以及美国公司内的外国雇员信息。此外，从事航空航天、国防或智能行业的公司在其向外国提供服务时的许可义务可能会增加。

然而，至关重要的一点是，ECRA 中的许多新条款并未立即生效，并且没有强制性的实施时间限制。除非另有说明，ECRA 不会对出口管制的现状进行修改，直到商务部修改、取代、撤销或撤销现行法规。在某些情况下，这种变化将需要正式的规则制定过程（例如，机构间审查过程和对外国军事情报服务的控制），包括公告期和评论期。因此，ECRA 的全面影响在一段时间内将不会出现。2018 年 11 月 11 日，BIS 发布了拟议规则制定的预先通知，以征求公众对于识别对美国国家安全至关重要的新兴技术的标准的评论—主要针对例如可用于潜在的常规武器、情报收集、大规模杀伤性武器、实施恐怖主义，或能够为美国提供质的军事或情报优势的技术。



美国诉讼中的 文件披露要求 ——中国企业指南

胡梅 (Meg Utterback)

随着中国企业不断拓展全球业务，许多企业与美国的联系日益密切。成千上万的中国制造商向美国出口产品。一些中国企业在美国设有分支机构或关联公司，还有一些在美国的证券交易所成功上市。随着中国企业与美国的联系逐渐增多，所伴随的诉讼风险也是切实存在，而且这种风险还在不断扩大。

美国法院诉讼与中国法院诉讼大不相同。美国的诉讼规则覆盖面很广，其允许诉讼双方获取在中国的类似诉讼中无法获取的信息。美国的证据开示规则十分宽松，常被认为具有侵犯性或过于繁重。与中国诉讼不同，美国诉讼双方可以在庭审开始之前早早地要求信息披露，以支持自己的主张或辩护。了解美国的证据开示程序和限制证据开示范围的保护措施，有助于中国诉讼当事方针对美国诉讼中的证据开示要求做好准备、避免这些程序所带来的惊讶、并节省诉讼成本。

一、美国诉讼与证据开示概述

根据美国《联邦民事诉讼规则》（“《联邦规则》”），诉讼中的双方均可要求对方披露与己方主张或辩护相关的证据²²。这类证据通常包括公司内部文件、电子邮件和以电子形

式存储的信息、证词（即庭审前口头取证证词）以及书面陈述。被要求披露信息的一方必须提供所要求的全部信息，除非相关信息享有保密特权，或者证据开示要求不合理地重复、繁冗、或索要信息可以通过其它“更方便、更容易、更经济”的渠道获得²³。享有保密特权的信息通常包括客户和律师之间受保护的沟通（即律师-当事人特权）以及律师为庭审准备的文件（即律师工作成果）。诉讼双方还可以要求美国法院以强制令的形式命令在其管辖范围内的第三方出示证据，供庭审使用。美国法院在对第三方美国居民和公民具有管辖权的同时，可能也可对下述第三方外国个人或企业行使管辖权：如其在美国拥有资产（例如银行账户或不动产）、在美国设立分支机构或关联公司、在美国拥有业务、个人（例如企业高管）因公因私前往美国。不服从证据开示要求或法院命令可能会受到民事和刑事处罚。

向非诉讼当事方的第三方发出证据开示强制令不同于向诉讼当事方发出的证据开示要求。一个位于中国的诉讼当事方一般已被送达并被加入了诉讼程序。本文不讨论中国被告应如何应对证据开示请求。我们关注的是中国的第三方该如何应对证据开示要求。



胡梅 (Meg Utterback)

美国纽约

meg.utterback@us.kwm.com

22. 见美国《联邦民事诉讼规则》(FRCP) 第 26(b)(i) 条。美国法院系统分为联邦法院和州法院。由于大多数涉及外国当事人的诉讼都发生在联邦法院，而《联邦规则》适用于联邦法院，因此本文以《联邦规则》为基础，并援引相关规定。各州法院的诉讼规则相似，但因州而异。

23. 见《联邦规则》第 26 (b)(2)(c) 条。美国证据开示规则十分开放，达到这种标准并不容易。

二、在中国境内调取证据的途径

按照美国法律，诉讼当事人可以根据《联邦规则》或《海牙公约》从国外收集证据²⁴。美国当事人会希望依据《联邦规则》寻求证据开示，因为这样速度更快，并且信息披露范围更广。而中国当事人则更愿意依据《海牙公约》开示证据，从而限制证据开示的范围，同时避免因披露信息而违反中国法律所产生的不利后果。

除非外国当事人能够提出强有力的理由支持适用《海牙公约》，否则美国法院通常会要求按《联邦规则》开示证据。在决定是否适用《联邦规则》时，法院会权衡利害关系（即“礼让分析”（comity analysis）），并考虑案件涉及的“特定事实、主权利益以及这些程序有效的可能”²⁵。美国法院一直不愿依据《海牙公约》开展证据开示程序，认为其耗时耗财并且低效。尤其当被要求披露的一方属法院的管辖范围内，按照美国法律可能会被强制要求提供信息时，更是如此。

如美国法院依据《海牙公约》命令证据开示，其会向中国司法部发出请求书，由司法部转发给最高人民法院审查。如果提供所请求信息会违反中国法律规定、侵犯中国主权、危害国家安全或公共利益，最高人民法院有权并且有义务限制提供信息的范围或彻底拒绝该请求。审查请求书可能需要6-12个月的时间。正如许多大陆法系国家将美国式证据开示视为“钓鱼式调查”（fishing expedition），中国也仅接受请求提供“与案件有直接密切联系的文件的调查请求”²⁶。

三、中国诉讼当事人或第三方必须披露的内容

书面证据。应一方诉讼当事人的请求或根据法院命令，法院管辖范围内的中方当事人必须出示其占有、保管或控制的不享有保密特权文件。中国当事人如有美国分支机构或关联公司，通常会被对方通过这些美国实体送达，提出证据披露

要求。在大多数情况下，要求提供的全部或大部分文件都存放在中国境内。即使相关文件另由不同法律实体（例如中国母公司）占有，若这些文件在美国分支机构或关联公司的“控制”范围内，就必须开示。如美国分支机构不是独立于中国公司的法人实体，法院会自动假定该美国分支拥有对中国境内文件的“控制权”。推翻这种假定需要“表明无占有权和控制权的明显证据”²⁷。如果美国分支机构或关联公司具有获取相关文件的“实际能力”，则必须披露²⁸。不在法院管辖范围内和不属于诉讼当事方的中国企业，则一般无须遵守来自美国的证据开示要求。

证人证言。根据《联邦规则》，中国诉讼当事人或第三方（包括企业诉讼当事方的管理人员、董事和管理代理人（managing agents））都可



24. 美国最高法院拒绝将《海牙公约》作为海外证据开示的唯一或强制性手段以尊重外国主权。见 *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. Dist. Court for Southern Dist. Of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987)。

25. 见 *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale*, 482 U.S. 第 544 页。礼让分析包括权衡以下因素：(1) 所寻求的文件或信息对诉讼的重要性；(2) 证据开示要求的具体程度；(3) 相关信息是否源于美国；(4) 是否有其他获取相关信息的途径；及 (5) 不履行证据开示要求可能损害美国和相关信息所在国利益的程度（这被认为是最重要的因素）。见同上，第 544 页，注 28。一些法院还会考虑被要求披露的一方遵守要求的难度，以及拒绝披露的一方是否善意。

26. 见 1970 年 3 月 18 日《关于从国外调取民事或商事证据的公约》第 23 条和状态表，网址：http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82。

27. 见 *First National v. IRS*, 271 F.2d 616, 618（美国联邦第二巡回上诉法院，1959 年）。

28. 见 *In re NTL, Inc. Sec. Litig.*, 244 F.R.D. 179, 195（美国纽约南区联邦地区法院，2007 年）。

能被强制参加取证，但第三方口头取证属自愿行为²⁹。需要注意的是，如果没有其他方法获得证人的证言或者出于“司法公正的需要”，美国法院可以命令美国公民或居民参加口头取证³⁰。

中国诉讼当事人或第三方的披露异议

中国当事人可以以证据开示要求违反中国法律并且需要国家批准为由就证据开示要求提出异议，并主张《海牙公约》才是适当的取证渠道。异议方需要承担举证责任。中国当事人必须证明，中国禁止披露的法律规定不仅仅是阻碍性法律(blocking statute)（即完全禁止为外国诉讼提供信息的一般性规定），并且未经中国官员批准的披露行为，确实会引起民事或刑事处罚。不过，美国法院对民事处罚的威胁不太重视。中国当事人在提出异议时需清楚证明保护相关信息涉及到中国的利益，且《海牙公约》是在中国境内调取证据的可行方法。然而，美国法院坚信美国利益至上，认为《海牙公约》不是在外国收集证据的可行方法。因此，中国和其他外国诉讼当事人在美国法庭上很难达到适用《海牙公约》的门槛。重要的是，获批准的披露异议或许能限制证据开示的范围，但很可能无法完全免除当事人提供相关信息的义务。下文将讨论其他策略、辩护和异议理由。需要注意的是，提出异议必须以善意为基础，而且异议方必须明确说明异议理由。

在诉讼程序早期即寻求适用《海牙公约》

在诉讼程序早期即请求美国法院要求根据《海牙公约》进行证据开示，获得批准的可能性更高。《联邦规则》要求诉讼当事人自觉遵守证据开示要求。如上文所述，在应对信息披露要求

时，相对方有义务说明不予披露的理由（例如该信息享有保密特权，或有正当的异议理由）。若一方未回复另一方的披露要求，另一方可请求法院命令该方提供可以开示的信息（即强制证据开示动议）。通常，外国诉讼当事人既不回应或反对证据开示请求，也不请求依据《海牙公约》进行证据开示，直到对方提出强制证据开示动议。对于寻求适用《海牙公约》的外国当事人来说，这个策略通常行不通³¹。虽然不能保证成功获得批准，中国当事人可在审前程序早期阶段（例如在对方最初证据开示要求后进行回应）就对证据开示要求提出异议并主张适用《海牙公约》，由此提高获得批准的可能。

银行秘密。由于许多外国银行在美国设有分行，美国诉讼当事人要求法院以强制令的形式命令外国银行的美国分行提供外国被告的银行记录，这种情况并不少见。因此，在美国法庭上，中国的银行经常以违反中国（以及美国）的银行保密法律为由提出披露异议³²。尽管美国法院对银行保密法律的重视程度超过了一般的阻碍性法律，但这种策略的效果好坏参半³³。至少，中国的银行必须证明，披露银行秘密确实可能导致银行受到中国有关部门的刑事或民事处罚、中国有关部门在保护银行机密信息方面有着至高利益、以及还存在其他获取相关信息的可行方式（例如《海牙公约》）。异议成功获准的可能性视实际情况而定，且因个案而异。

国家秘密。如果中国诉讼当事人或第三方认为，其掌握的信息可能属于中国法下的国家机密，也可以考虑以违反中国法律规定为由提出披露异议。《中华人民共和国保守国家秘密法》禁止企业和个人泄露属于国家秘密的信息。一些中国企业

29. 见《联邦规则》第 30 条。通常原告需要在诉讼所在地出具证词，除非这样做会带来严重的身体、经济或其他方面的困难。外国被告也可能被要求在美国出庭作证，以防止其利用外国法律作为一种策略，例如抬高诉讼成本。

30. 见《美国法典》第 28 章第 1783 条。按理说，美国公民参加取证可以在使领馆等“美国领土”进行，但美国驻中国领事馆历来不愿批准此类请求。见如《中华人民共和国民事诉讼法》第 277 条（只要证人出于自愿并且符合中国法律规定，外国使领馆可以向在华本国公民调查取证）。

31. 见如 *Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants*, 952 F.2d 1468 (美国联邦第九巡回上诉法院, 1992 年)（法院指出，在被告未按照法院命令进行证据开示后，其直到预审程序后期阶段才以国家秘密为由提出证据开示异议，法院认定被告藐视法庭，并对其进行处罚，而且还以此为由驳回被告的证据开示异议）。

32. 见如 *Tiffany (NJ) LLC v. Andrew*, 2011 U.S. Dist. Lexis 80677 (美国纽约南区联邦地区法院, 2011 年 7 月 25 日)（中国多家银行的纽约分行，作为非诉讼当事人，以中国境内相关文件不属于其控制范围并且披露将违反中国的银行保密法律规定为由，对披露要求提出了异议）；另见 *Gucci America v. Weixing Li*, 2011 U.S. Dist. Lexis 97814 (美国纽约南区联邦地区法院, 2011 年 8 月 23 日)（同前案）。

33. 见如 *Tiffany (NJ) LLC v. Andrew*, 2011 U.S. Dist. Lexis 80677（法院认可了披露银行记录可能违反中国法律规定，并批准了第三方银行通过《海牙公约》进行证据开示的请求）；*Strauss v. Credit Lyonnais*, 249 F.R.D. 429 (美国纽约东区联邦地区法院, 2008 年)（法院驳回了被告提出的通过《海牙公约》进行强制证据开示的动议以及开示受到法国银行保密法律保护的主张）；*Weiss v. National Westminster Bank*, 242 F.R.D. 33 (美国纽约东区联邦地区法院, 2007 年)（法院批准了原告提出的通过《联邦规则》进行强制取证的动议，尽管这类披露会违反英国的银行保密法）。



业，特别是国有企业，可能持有在中国法下被认定为国家秘密的内部文件或由其它政府机构起草的文件。涉及电信、银行、信息技术、能源、自然资源等敏感行业的中国企业和个人，也可能持有在中国法律规定下属于国家秘密的信息³⁴。

同样，异议获得批准的可能性并不确定。中国有关部门最近采取了更多措施来保护国家秘密和国家安全，从而使中国当事人可以更有说服力的指出中国在信息保密方面的利益以及披露这些信息可能受到处罚的风险³⁵。此外，中国当事人还应准备好证明其已采取措施防止此类信息的泄露³⁶。在披露前，认为己方持有敏感信息的中国当事人应该与中国有关部门一起进行审查，确定相关信息是否属于国家秘密。

保密信息和商业秘密。证据开示要求披露的信息通常包括包含专属信息的企业保密文件和内部电子邮件。中国当事人可以就其认为属于商业秘密的信息提出披露异议，但这并不能保证该信息或相关文件将不属于披露范围内。与国家秘密一样，如果异议方未采取措施保护这些所谓的保密信息和专属信息，则提出该异议可能受阻。中国当事人需要证明其已对相关信息采取了保密措施，例如提供证据表明已经制定和实施了公司政策来保护商业秘密。尽管如此，如果原告能够证明该信息与诉讼程序的相关性和必要性，且该信息不享有保密特权，法院依然可能责令披露。在这种情况下，中国当事人可以请求法院出具保护令，防止信息被公开披露或被用于诉讼外的任何其他目的。

美国近期案例。从下面介绍的几个纽约联邦法院的案例中，我们可以看到中国诉讼当事人在就披露中国境内的证据提出异议及寻求适用《海牙公约》时，仍面临着不确定性。

蒂芙尼诉 Andrew 案 (Tiffany v. Andrew)

原告对中国被告提起商标侵权诉讼，指控中国被告在服务器设立在美国的网站上销售仿造商品³⁷。原告要求中国三家银行的纽约分行提供被告的银行记录。三家银行同意提供在纽约的银行记录，但以中国境内的记录在其控制范围以外并且中国法律禁止披露为由提出了异议。尽管三家银行的分行均拥有独立的计算机系统，并且没有权利要求在中国的总行提供记录，法院依然认定由于其不是独立的法人实体，对中国境内的账户记录拥有“控制权”，因此必须提供。

更重要的是，与近年来大多数法院的裁判不同，本案的法院认可通过《海牙公约》在中国获取证据是可行的途径。法院表示，以前的案件和专家意见认为《海牙公约》的程序费用高昂、耗时过长，而且可能无法提供可以披露的相关证据，但这种观点已经过时。法院采信了表明中国有关部门已执行并愿意执行根据《海牙公约》提出的证据开示要求的新证据。此外，法院还指出，中国在保护账户持有人信息方面的利益，加上违反中国银行保密法会面临的严厉处罚，比美国在维护知识产权方面的利益更加重要。同时，法院指

34. 敏感行业还包括国防、农业、基础设施、交通运输、设备制造和高科技行业。

35. 见《华尔街日报》2011年2月13日“中国增设交易审查规则”(China Adds Rules for Reviewing Deals)，网址：<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704657104576141622826639738.html>；《华盛顿邮报》2010年4月28日“中国将收紧国家秘密法，要求互联网企业举报违法用户”(China Set to Tighten State-secrets Law Forcing Internet Firms to Inform on Users)，网址：<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/04/27/AR2010042704503.html>。

36. 见 *Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants*, 959 F.2d 1468 (法院驳回了被告以《中华人民共和国国家秘密法》禁止披露为由提出的异议)。在本案中，尽管中国国家保密局作出指示不得披露相关信息，但法院基于下列(部分)理由拒绝下令按照《海牙公约》调取证据：(1) 被告此前至少在贸易宣传册及其商业交易中公布了部分相关信息；(2) 被告没有提供充分证据证明披露可能“对中国在保密方面的利益产生重大影响”；(3) 虽然被告可能因披露而面临不利后果，但被告仍有其他方法可以避免。

37. 见 *Tiffany (NJ) LLC v. Andrew*, 2011 U.S. Dist. Lexis 80677。

出，要求第三方银行提供证据是权衡本案中利害关系的重要因素。然而，仅一个月之内，美国纽约同一个司法区的另一名法官在古驰美国公司诉 Weixing Li 案中却得出了相反的结论。

古驰美国公司诉 Weixing Li 案 (*Gucci America v. Weixing Li*)

与蒂芙尼案一样，本案原告也提起了商标侵权诉讼，指控被告所有的中国网站销售仿造的古驰产品³⁸。原告通过中国某银行的纽约分行对该银行进行了送达，索要被告的银行交易信息。中国某银行再次以中国境内的文件不属于美国分行的控制范围并且以披露违反中国法律为由提出异议。基于与蒂芙尼案中相同的主张，负责古驰案的法院却认为《海牙公约》并不是在中国调取证据的可行选择，也未采信表明中国会顺利执行请求书的新证据。法院也不相信，如果中国某银行违反中国法律披露机密账户记录，就真的会产生刑事或民事责任。在权衡利害关系时，法院认定，中国在保护银行秘密方面的利益并不比美国在保护知识产权方面的利益更为重要，并责令银行按《联邦规则》履行证据披露要求。法院没有考虑相关记录是否在纽约分行的控制范围内。在认定了法院对中国某银行有一般属人管辖权并进

行了礼让分析后，沙利文法官 (Sullivan) 签署了强制令³⁹。上诉后，美国联邦第二巡回上诉法院认定，沙利文法官没有滥用自由裁量权，并判定该银行的主张没有足够依据⁴⁰。

然而，参照美国最高法院在戴姆勒公司诉鲍曼案 (*Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117 (2014)) 中的意见，第二巡回法院认定“中国某银行与法院所在地的联系不足以支持行使一般属人管辖权”，并据此撤销原判并发回重审。发回重审后，法官沙利文认定，法院可以对中国某银行行使特殊属人管辖权，并据此责令该银行履行强制令的披露要求⁴¹。在发回重审尚未判决期间，法官沙利文还认定中国某银行藐视法庭，并对该银行处以每天 5 万美元的罚款。最终，中国某银行提供了相关文件，而法院也同意取消罚款。

耐克公司等诉 Maria Wu 等案 (*Nike, Inc. and Converse Inc., v Maria Wu D/B/ A Www.Shoecapsxyz.Com, et al*)

最近，在耐克公司等诉 Maria Wu 等案中，美国联邦助理法官黛布拉·弗里曼 (Debra Freeman) 驳回了中国 6 家银行的撤销动议 (Motion to Quash)⁴²。弗里曼法官出具法院令，驳回了动议，并在意见

书中对所有问题进行了深度讨论。意见书中的分析框架建立在法院行使特别属人管辖权的基础上。

法院在出于《联邦规则》第 45 条强制令之目的，对某实体行使特殊属人管辖权时，必须满足三项要求：(1) “已完成对该实体的适当送达”；(2) “法院行使属人管辖权有法条依据”；(3) “行使属人管辖权符合宪法正当程序”⁴³。

弗里曼法官进一步判定，“根据纽约的长臂管辖规定 (long-arm statute)，法院可以对住所地不在本州但符合下列条件的主体行使属人管辖权：(1) 在本州进行商业活动；并且 (2) 案件的诉求是因该商业活动而产生的”。弗里曼法官的意见书深入阐释了法院认为《海牙公约》在向中国诉讼当事人调取文件方面存在不足的观点，并介绍了是否针对外国当事人执行强制令时法院应考虑的各种因素。截至本文发稿时，弗里曼法官的判决还没有被推翻。而她的判决也反映了许多美国法官在分析是否可以根据《联邦规则》调取中国境内的相关记录时的想法。

结语

美国判例法展示出了中国（或任何其他外国）诉讼当事人或第三方就位于中国或美国以外其他国家境内的信息披露要求提出异议时面临的各种困难。在美国设有分支机构或关联公司的中国企业，可以通过划定企业之间的边界，防止文件在中国与美国实体之间自由流动，从而更有效地保护中国境内的文件。这需要的不仅仅是独立的计算机系统。容易在美国涉诉或被要求为美国诉讼提供信息的企业，可以考虑设立独立的法人实体，提高其在面对美国法院的披露要求时保护敏感信息的能力⁴⁴。

在以违反中国法律规定为由提出信息披露异议并寻求适用《海牙公约》时，美国判例法要求异议需有确凿而有说服力的证据表明中国在保护相关信息方面的利益，并证明违反中国法律披露信息确实可能产生相应的责任。这可能凸显了一个矛盾，即一方面中国有关部门寻求在中国境内控制信息披露；另一方面却尚未表示出会对违反中国法律并披露信息的当事人给予处罚的切实威胁。

38. 见 *Gucci America v. Weixing Li*, 2011 U.S. Dist. Lexis 97814 (美国纽约南区联邦地区法院, 2011 年 8 月 23 日)。

39. No. 10cv4974 (RJS), 2011 WL 6156936 (美国纽约南区联邦地区法院, 2011 年 8 月 23 日)。

40. *Gucci II*, 768 F.3d 122, 141。

41. *Gucci III*, 135 F. Supp. 3d 87。

42. Supp. 3d 310; 2018 U.S. Dist. LEXIS 170303 (2018 年 9 月 25 日)。

43. *Gucci III*, 135 F. Supp., 第 93 页 (援引 *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank, SAL*, 673 F.3d 50, 59-60 (美国联邦第二巡回上诉法院, 2012)。

44. 见 *Tiffany (NJ) LLC v. Andrew*, 2011 U.S. Dist. Lexis 80677, 第 8 页 (援引 *State of New York v. Nat' l R.R. Passenger Corp.*, 233 F.R.D. 259 (美国纽约南区联邦地区法院, 2006 年))。要求子公司或独立的法人实体提供材料的当事人，有责任证明相关信息在子公司的控制范围内。

中国企业应对美国法律程序应当注意的问题和建议

葛焱 苏文烽 张晓旻 陈斯怡 柳洋

近年来,越来越多的中国企业陆续走出国门,开拓海外市场,尤其是美国市场。伴随着商业上的“走出去”,企业也常面临着不得不在陌生的法律环境下处理各种纠纷的困境,他们有时会主动通过当地法律程序维护自己的权益,但更多时候是被动卷入司法或行政程序。其中的一些案件也被媒体广泛报道,受到公众的高度关注。例如,两家外国维生素 C 生产商向纽约联邦法院提起集团诉讼,指控包括中国某制药集团在内的多家中国维 C 生产厂商共谋,实施了固定产品价格和产量的行为,违反了美国反垄断法。还有,美国司法部在加州联邦法院起诉某中国公司从事经济间谍活动,包括窃取美国企业商业秘密。此外,今年 4 月初,美国商务部工业安全局将包括三十七家中国公司、六家香港公司、以及一家中国国有企业在印度尼西亚的子公司等五十家公司列入未经验证的实体清单,禁止美国供应商通过许可豁免向这些实体出口、再出口、转让受到美国《出口管理条例》管制的物品。

鉴于上述实践中不断发生的案例,本文在此简要介绍中国企业在美国应对法律程序的大致情况以及企业在此过程中通常面临的问题,并针对这些问题提出若干应对建议。

一、涉美法律程序常见类型

概括而言,中国企业近几年应对美国法律程序有如下几种常见类型:第一类是企业被民事起诉;第二类是企业遭受刑事起诉;第三类是企业受到美国政府或行政执法机构的处罚和制裁;第四类是企业受到外国司法机关的调查,或被要求提供证据。以下对这四种常见类型的案件进行具体介绍。

1、民事诉讼

此类诉讼多由外国竞争者或合作方提起,诉由主要包括违约或侵权(比如专利侵权、窃取商业秘密等),其诉求一般为请求经济赔偿、禁令救济等。

以美国联邦民事诉讼一审程序为例,通常诉讼流程会包括原告提交起诉状,并向被告送达;被告进行初步抗辩(Motion to Dismiss);被告提交答辩状;双方进入证据开示;双方根据情况聘请专家证人;被告(有时可能是原告)申请简易判决(Motion for Summary Judgment);准备并进行庭审。

对于中国企业来说,与刑事诉讼或行政处罚相比,民事诉讼给企业造成的不利影响较低,因为民事诉讼中的赔偿主要是经济层面的。企业败诉或与对方和解时,一般只需支付金钱性赔偿。除非索赔金额过高或者禁令范围宽泛到限制了企业的核心商业行为,否则以跨境企业的规模和财务实力,民事诉讼一般不会影响到企业的长期经营和发展。

2、刑事诉讼

根据我们的经验,美国检方在起诉企业的同时,一般也会同时起诉个人被告,比如企业的员工。刑事诉讼一般会给企业造成较为重大的影响。除了刑事和民事罚金、法院禁令外,对企业的处罚还可能包括要求其建立企业内部合规制度,并接受美国政府的监督等。

以美国联邦刑事诉讼一审程序为例,通常诉讼流程启动于大陪审团签发起诉书



(Indictment)，随后检方将向被告送达起诉书。被告被依法送达后，案件将进入实体审理阶段。此后的程序大致包括以下几个主要阶段：法院提审被告；检方向被告进行证据开示；被告提交驳回起诉的动议；被告根据需要聘请专家；被告提交要求检方披露指控细节的动议及开示相关证据的动议；被告可在庭审前提出动议，请求预先排除检方的有关证据；被告请求检方请求开示相关材料；双方筛选陪审员，并就法官给予陪审团的指示提出建议；举行庭审。

3、行政制裁与处罚

除了民事、刑事诉讼程序之外，中国企业近年还频频遭受美国政府及其行政执法部门的行政制裁和处罚。比如上文提及的美国商务部发布的未经验证实体清单，便是一项重要的制裁方法。被列入此清单意味着美国政府对这些实体所从事的业务合法性存有疑问。美国供应商出于对自身经营合规性和商誉的考虑，很可能会终止与清单上的实体进行交易。因此，被列入清单很可能会引发寒蝉效应，从而影响相关个人或实体的对美贸易活动。再比如，美国财政部下设外国资产管制处（OFAC），负责管理和执行美国经济制裁计划。OFAC 禁止美国人直接或间接与被制裁的个人、企业或国家进行交易或向其提供服务。除商务部、财政部之外，美国政府的不少行政部门都建立了自己所辖事务的“黑名单”，禁止或阻碍美国企业与被列入名单中的外国企业进行商业或贸易往来。

另外，美国还有严密的合规监管体系，比如著名的《反海外腐败法》。《反海外腐败法》主要是禁止为了获得或保留商业机会、以任何

形式向外国官员进行行贿。在美国证券交易所上市的公司将同时受到美国证券法和《反海外腐败法》的严格监管。

与司法程序相比，一旦受到行政部门制裁或处罚，中国企业往往会更被动。因为相应的行政执法部门通常会向总统进行汇报，因此这些部门的决定比较容易受到政治因素的影响。一旦受到行政制裁或处罚，不仅美国的合作伙伴和供应商，甚至世界其他地区的合作伙伴或供应商都可能不得暂时中止与被制裁企业的直接或间接商业往来。被制裁企业将会在原材料进口、生产经营及销售领域面临非常严峻的挑战。甚至企业生存都很可能成为问题。再者，行政处罚的金额可能会非常高，近年来中国企业处以巨额行政处罚的案例也并不少见。比如，在中兴通讯股份有限公司违反美国对伊朗出口禁令一案中，中兴通讯被要求向美国商务部缴纳 361,000,000 美元的罚金，向美国财政部缴纳 100,871,266 美元的罚金。

4、被调查、取证

即使没有直接被诉或被处罚，中国企业也可能面临被美国司法或行政机关调查或被要求提供证据的风险。证据形式不限于书面材料，也可能包括企业员工现场作证、出具证言等。

比如，根据《美国法典》第 18 卷第 3144 节中的《关键证人法》（Material Witness Statute），美国司法机关有权逮捕并拘留在刑事案件中没有被指控、但掌握重要信息的关键证人。依据此法申请扣留证人的标准比较低，检方仅需向法院递交一份证明，表明该证人掌握



葛焱

北京, 美国硅谷

geyan@cn.kwm.com



有关刑事案件的重要信息，且难以通过传票的方式来确保该证人出庭作证。法院审核认为该证明符合要求后，即可签署逮捕令。由此可见，《关键证人法》赋予了检方和法院较大的扣留证人的权限。

再如，根据《美国法典》第 28 卷第 1782 节，美国法院可以为了在美国之外的诉讼（包括民事、行政、刑事诉讼）、仲裁案件及调查程序强制要求在美国境内的机构或个人（比如中国企业在美国的分支机构、员工）开示证据，即使此机构或个人并未在美国涉诉。

二、中国企业在境外诉讼中经常遇到的问题

中国企业在应对美国法律程序，特别是民事和刑事诉讼程序时经常会遇到各种问题，常见的有：应对法律程序的处置和决策不及时、与外国律师的交流不顺畅、法律意识不足、不熟悉美国司法制度和法律体制、证据保存不完整等。以下将具体说明。

1、处置和决策不及时

在遇到涉外法律问题和程序时，中国企业特别是国企可能需要层层上报。最终领导层做出决定时，企业可能已错过了最佳的应诉时机。此外，一线员工若收到通知后不能及时处理也会造成同样的问题。例如，在收到外国司法部门的通知时，如果员工不能及时认识到事情的严重性和紧迫性，或者害怕承担责任，可能不会及时向向上级汇报，甚至选择隐匿不报。

上述问题有些是现有制度造成的，虽然很难被完全避免，但可以通过企业内部培训、完善管理和汇报制度、提前准备应对措施等方式进行有效改善。比如，在案件发生后，如果企业可以迅速成立专案小组，由具有决策权的企业高管直接牵头、企业法务和外部律师参与，就可以较为高效地了解、汇总相关情况、向主管部门汇报并获得批示。

2、与外国律师之间的沟通障碍

在境外被诉后，中国企业大多会匆忙聘请外国律师来代理自己应诉。虽然相比十年前，今天走出去的中国企业对外国

文化、司法制度已经有了一定了解，语言障碍也正在逐步减小，但中国企业与外国律师之间在语言、文化、体制以及思维上的沟壑依然普遍存在。这使得双方在短时间内都难以准确理解对方的想法，合作并达成默契需要比较长的磨合期。

比如，即便在出现争议后，中国企业的管理人员（包括那些在案件中可能成为证人的员工）在日常沟通中对对方的语气可能都比较客气。但很多时候，这些语言上的客套不能被外国人所理解。在出庭作证时，证人随口的一句“抱歉”可能会被对方律师抓住，成为代表公司认错并致歉的把柄。企业自己聘请的外国律师往往也难以意识到这些文化和交流习惯上的差异、很难帮证人做好充分准备。

3、法律意识不足或不熟悉美国司法制度

在日常经营过程中，许多企业的合规意识和风险意识比较薄弱。比如，实践中仍然有很多中国企业在项目筹划和谈判、起草项目方案甚至合同文本时，单纯依靠公司业务人员，不聘请专业律师提供协助。在诉讼发生之后，仍有不少中国企业不能给予足够的重视，未能及时和有效应对案件程序，造成了不必要的损失。比如，在金杜代理的一起高标的额的知识产权纠纷中，中方企业在被送达诉讼文件，获知自己在美国被起诉后，只咨询了主要从事中国国内法律业务的中国律师。中国律师给企业提供的法律意见认为美国法院对企业没有管辖权，因此完全没有必要应诉。中方企业因此错过了最佳应诉时机，最终美国法院作出了缺席判决，判令中国企业承担巨额的赔偿责任。

美国的司法制度非常鼓励诉讼，比如美国的联邦法院收取的诉讼费是固定金额且非常低廉。虽然起诉门槛很低，但美国法律也相应地设立了在案件初期驳回不合格起诉的机制，最主要的就是被告提交申请驳回起诉的动议（motion to dismiss）。此动议由被告提出，以原告未能陈述一项法律可为之提供救济的请求、或相关请求在其他方面存在法律上的缺陷为由，申请法院驳回原告的起诉。常见的法律缺陷包括管辖权、送达、法院所在地、诉由等诸多方面。这是在程序早期驳回起

诉的重要机会。在金杜近年来代理的美国诉讼案件中，很多都是在这一阶段成功说服法院驳回原告起诉、从而使被告摆脱诉讼的。但如果企业不够重视或缺乏对外国司法制度和法律的了解，错过了应诉、抗辩的最佳时间点，甚至不参加诉讼程序，等于自愿放弃了美国法律下这些保护被告权利的机制和机会，将给自身权益造成难以挽回的不利影响。

4、证据缺失

证据对于案件成败的重要性不言而喻。被诉时，企业需要提供证据证明自己无责或者无罪；被取证时，如果企业无法提供令外国司法机关满意的文件或信息，也可能引起不必要的麻烦，如被判定藐视法庭等。

遗憾的是，从我们代理的案件情况看，中国企业经常会遇到缺乏书面证据的尴尬情况。一方面原因是一些中国企业没有正式的数据保存系统、规章制度不完善、缺乏相关资料保存培训。另一方面原因是许多员工缺乏保存证据的意识和工作习惯。一旦被卷入法律程序，中国企业只能让相关员工凭记忆提供证词，而无法提供充分的书证，这就使得中国企业在美国司法和行政机关面前的可信度大打折扣。

除书证外，中国企业在向外国机关提供证人证言方面也面临着不少挑战。一般来说，中国的企业员工大多不愿作证，更不愿意在外国裁判机构（比如美国法庭）



或外国人（比如美国行政官员）面前作证。提供证言或当庭作证对员工个人来说耗时耗力，并且需要证人有相当的勇气克服紧张情绪及担忧个人责任等心理障碍。即使愿意作证，在面临对方律师或行政官员的盘问时，证人也很可能因为语言障碍、缺乏作证经验和技巧等因素而难以提供准确有效的证词。

三、应对美国法律程序的建议

如上文所述，中国企业在应对美国法律程序时，不仅需要解决案件本身涉及的诸多法律和事实问题，同时还要面临前述案件管理上的挑战和困难，这就使中国企业天然要考虑比对方多得多的问题，大大增加中国企业开展应诉工作的难度。

为应对和解决这些问题，我们根据长期积累的办案经验建议中国企业在美国涉诉（包括民事、刑事诉讼等上文罗列的各类法律程序）后，应在内部尽快采取以下措施：（1）快速地组建合适的律师团队；（2）做好公关工作，并控制对外透露信息的范围和程度；（3）加快证据的搜集工作；（4）做好保密和汇报工作。

1、积极、快速地组建合适的律师团队

企业在境外涉诉时，首要工作就是尽最大努力寻找并聘请合适的律师，组建法律工作团队。在金杜代理的多家大型国企的涉美诉讼里，大多数客户都同时聘请了具有国际诉讼经验的中国律师事务所与擅长应对某一特定领域的美国律师事务所。实践证明，这种组合能够在案件工作的宏观（如诉讼策略制定）和微观层面（如挖掘事实及法律研究）达到最好的效果，最大限度地保护中国企业的利益。

当然，许多中国企业会有疑惑：为什么在涉美法律程序中要聘请中国律师？从实践经验看，至少有以下几方面的原因。

第一，聘请中国律师可以帮助中国企业在应对美国法律程序时，同时遵守中国法律法规的要求。比如，如果案件涉及到关乎国家利益的敏感信息，企业需要保持高度警惕，确保企业在应对美国诉讼的过程中遵守了包括《国家保密法》在内的相关中国法律法规。在美国诉讼中，通常

要进行大范围的证据开示。中国律师更了解如何在遵守我国法律规定的同时顺利完成证据开示程序；

第二，中国律师对中国国情、中国企业都有深刻的理解，能够制定更有针对性的诉讼策略。根据我们的经验，不少外国律师对中国国情的了解都比较有限。单纯依靠外国律师，在诉讼策略的制定和案件相关问题的决策上可能会产生偏差。比如非常重要的主权豁免问题，外国律师不了解国有企业的结构和制度，可能对事实和法律问题把握不准确，最终将影响诉讼结果。而中国律师在这些问题上提供意见和把关，会有事半功倍的效果；

第三，中国律师能协助中国企业理解中美法律制度和文化上的差异，从而有效传达和整合中国企业与境外律师的意见，帮助工作团队共同设计出最佳应诉方案，确保该方案被妥善地执行；

第四，中国律师的双语工作能力会大大提升案件工作效率。与案件有关的很多材料可能都是中文，相关员工、证人的母语通常也是中文。由中国律师来完成人员访谈、材料收集和梳理等工作，亦是一种更加高效的选择。

另一方面，聘请优秀的美国律师也是至关重要的。在选聘美国律师时，我们建议中国企业着重考虑以下几点：（1）该事务所代理相关法律领域案件的能力和经历；（2）该事务所的国际经验，是否经常代理跨国案件；（3）该事务所是否对中国文化和中国企业有所了解，是否有与中国客户沟通交流的经验。

2、应对媒体及公众关注，控制对外信息披露

一般来说，具有一定规模的中国企业在美国被诉或被调查都会引起媒体及公众的广泛关注。因此，我们建议被诉企业指定专人负责应对媒体的询问，同时在内部也应当要求员工不得擅自就涉诉或被调查事件发表评论，以免不当披露信息给案件应对工作造成不利的影

响。如果企业员工收到媒体询问，应立即通过企业专门渠道上报企业领导，交由

企业指定的专人统一进行回复。至于具体回应方式及内容，可以由企业的公关部门和律师团队共同设计。

3、做好证据搜集工作

中国企业应从得知被诉或被调查时起，就启动相关证据材料的搜集工作，包括通过访谈相关员工来收集信息和材料。需要强调的是，虽然刑事诉讼中证明被告人有罪的举证责任在检方，中国企业作为被告依法没有举证义务，但这并不意味着企业不需要配合收集证据，也不意味着其不需要提供证据来支持自己所主张的事实。因此一旦被起诉，被告也应当积极收集证据，用于驳斥检方的指控。

另外值得注意的是，按照美国法律要求，任何公司或机构如果预见可能会发生诉讼或者诉讼已经发生，则必须立即对可能与诉讼相关的所有数据信息进行保存。如相关数据信息在此之后发生损毁或遗失，即使是由于企业日常管理操作导致的（比如常规电子文档清理），企业也有可能遭到美国法庭的处罚，如驳回或不支持企业的抗辩主张、在实体审理中对企业做出不利推定等。因此，企业在被诉后应立即暂停常规的文件删除、文档清理等工作流程。

4、做好保密工作，防止案件应对策略泄露

企业应严格控制接触案件信息的人员范围，妥善保管相关文件，避免泄露案件应对策略、关键证据等。同时企业应要求接触案件信息的人员不得将相关信息透露给外界人员，不得使用社交媒体等网络渠道讨论案件相关情况。另外，企业应当重视利用美国法律下的“律师—当事人保密特权（Attorney-Client Privilege）”机制对与案件有关的书面文件和沟通予以保护。

总的来说，由于中国企业普遍不熟悉美国的司法体系和庞杂的法律法规，因此在应对美国法律程序时存在一些天然的劣势和困难。当企业被卷入美国诉讼或行政程序后，应尽早寻求专业的法律意见，做好应对准备工作。

关于金杜律师事务所

金杜律师事务所是一家总部位于亚洲的全球性律师事务所。作为在中国大陆、香港特别行政区、澳大利亚、英国、美国和欧洲重要法域拥有执业能力的国际化律师事务所，金杜在全球最具活力的经济区域都拥有相当的规模和法律资源优势。

我们面向全球，为客户锁定机遇，助力其在亚洲和世界其他区域释放全部发展潜能。凭借卓越的法律执业能力和对中国文化的透彻理解，金杜为中外客户就各类境内及跨境交易提供全方位的法律服务。

我们共有27个办公室和2,400多名律师，拥有的巨大法律人才库使我们能充分了解本土情况和法律实践并能提供多种语言服务。

金杜凭借对于本土的深入理解、深厚的执业能力和丰富经验，结合国际化的视野和资源，为客户提供在中国及辐射全球的全方位、跨法域、综合性、一站式的法律服务和最佳商业解决方案以满足他们的多样化需求。

金杜律师事务所
KING & WOOD
MALLESONS



您是否已加入金杜公众微信平台?
搜索:KWM_China

kwm.com
亚太 | 欧洲 | 北美 | 中东

欧洲

布鲁塞尔
Avenue Louise 480
1050 Brussels
T +32 (0)2 511 5340

法兰克福
KWM Europe
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Tausunanlage 17
60325 Frankfurt am Main, Germany
T +49 69 505029 300

伦敦
9th Floor, 24 Monument Street,
London, EC3R 8AJ,
UK
T +44 20 7550 1500

马德里
Calle Goya, 6
28001 Madrid, Spain
T +34 91 426 0050

米兰
Milano Largo Augusto 8
20122 Milano, Italy
T +39 02 30 31 751

中东

迪拜
King & Wood Mallesons (MENA) LLP,
Office 105, Gate Village 1,
Dubai International Financial Centre,
Dubai, P.O. Box 482016, United Arab
Emirates
T +9714 313 1700

亚洲

北京
北京市朝阳区东三环中路1号
环球金融中心办公楼东楼18层
100020
电话: +86 10 5878 5588
传真: +86 10 5878 5566

成都
四川省成都市红星路3段1号
国际金融中心1座1603-6室
610021
电话: +86 28 8620 3818
传真: +86 28 8620 3819

重庆
重庆市两江新区财富东路8号
1幢9层 401121
电话: +86 23 8607 1718
传真: +86 23 8607 1716

广州
广东省广州市天河区珠江新城
城珠东路6号
广州周大福金融中心25层
510623
电话: +86 20 3819 1000
传真: +86 20 3891 2082

海口
海南省海口市美兰区国兴大道3号
海航互联网金融大厦A座34楼
570203
电话: +86 898 3156 7233
传真: +86 898 3156 7234

杭州
浙江省杭州市教工路18号
世贸丽晶城欧美中心D区12层
310012
电话: +86 571 5671 8000
传真: +86 571 5671 8008

中国香港
中环皇后大道中15号
置地广场告罗士打大厦13层
电话: +852 3443 1000
传真: +852 3443 1299

济南
山东省济南市历源大街102号
祥恒广场(香格里拉写字楼)18层
250000
电话: +86 531 55831600
传真: +86 531 55831611

南京
南京市建邺区江东中路347号
南京国金中心一期写字楼32楼
电话: +86 025 5872 0800
传真: +86 025 5872 0811

青岛
山东省青岛市市南区香港西路48号
海天中心T2栋29层 266071
电话: +86 532 8579 0008

三亚
海南省三亚市吉阳区新风街279号
蓝海华庭写字楼18楼 572000
电话: +86 898 8835 0099
传真: +86 898 8835 0201

上海
上海市徐汇区淮海中路999号
上海环贸广场写字楼一期17层 200031
电话: +86 21 2412 6000
传真: +86 21 2412 6150

深圳
广东省深圳市南山区科苑南路2666号
中国华润大厦28层 518052
电话: +86 755 2216 3333
传真: +86 755 2216 3380

苏州
江苏省苏州市苏州工业园区苏州大道西9号
中海财富中心西塔43层02A
215021
电话: +86 512 6292 7100
传真: +86 512 6292 7705

新加坡
马吉街138号9楼03室,
新加坡邮区 048946
电话: +65 6653 6500
传真: +65 6653 6509

东京
东京都千代田区丸之内3-2-3
丸之内二重桥大厦21楼
100-0005
电话: +81 3 5218 6711
传真: +81 3 5218 6712

澳大利亚

布里斯班
Level 33, Waterfront Place
1 Eagle Street
QLD 4000, Australia
T +61 7 3244 8000

堪培拉
Level 12, Constitution Place, 1
Constitution Avenue Canberra,
ACT 2601, Australia
T +61 2 6217 6000

墨尔本
Level 27, Collins Arch, 447 Collins
Street, Melbourne, Victoria, 3000
T +61 3 9643 4000

珀斯
Level 30
QV.1 Building
250 St Georges Terrace
Perth WA 6000, Australia
T +61 8 9269 7000

悉尼
Level 61, Governor Phillip Tower
1 Farrer Place
Sydney NSW 2000, Australia
T +61 2 9296 2000

北美

纽约
50th Floor
500 Fifth Avenue
New York NY 10110
United States of America
T +1 212 319 4755

硅谷
535 Middlefield Road, Suite 245
Menlo Park, CA 94025, USA
T +1 650 858 1285

金杜律师事务所保留对本出版物的所有权利。未经金杜律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式（手写、电子或机械的方式、包括通过复印、录音、录音笔录或信息收集系统）复制本出版物任何受版权保护的内容。本出版物的目的在于探讨热点话题、提供一般信息，不代表金杜律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅仅依照本出版物的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应当向具有相关资格的专业人士寻求专业的法律帮助。

©2019 版权所有：金杜律师事务所 了解更多金杜律师事务所信息，请登录 kwm.com