

论美国国际民事诉讼中的“商业活动管辖权”

甘 勇*

摘 要：美国国际民事诉讼中的“商业活动管辖权”具有鲜明的美国特色，是专门针对外国法人行使国际民事管辖权的制度，体现了普通法系和大陆法系管辖权制度的差异，它包括持续商业活动管辖权和特定商业活动管辖权。前者以被告在法院地持续系统的商业活动作为管辖依据，行使管辖权的法院可以审理对被告提起的任何诉讼；后者以被告在法院具有“最低联系”的商业活动作为管辖依据，管辖法院只限于审理因被告在法院地的商业活动所引起的争议。在美国国际民事管辖权的实践中，两者呈现了此消彼长的发展趋势。两类管辖权制度的缺陷是其适用的不确定性，但同时也具有适应商业现实、注重个案公正的优点，对于我国国际民事管辖权制度的发展具有启发意义。

关键词：管辖权 持续商业活动 特定商业活动 国际民事诉讼

为了推动法院判决在世界各国的承认与执行，海牙国际私法会议自1992年起，历十数年之久，合主要国家之力，谈判全球性国际公约，试图确立统一的国际民事管辖权和判决承认与执行规则。由于其成员国在法律传统、司法体制、法律观念以及具体制度等方面分歧过大，谈判最终搁浅；转而以各国分歧较小的协议管辖制度为基础，谈判达成了《海牙法院选择协议公约》。制定全球统一国际民事管辖权和判决承认与执行全面规则的失败，其原因应有多端，学者公认，美国的“商业活动管辖权”，^①是导致谈判破裂的“沉没鱼雷”之一。^②

* 武汉大学国际法研究所、武汉大学法学院副教授。本文在写作过程中得到曾江说等同学协助，特此感谢。

① “商业活动管辖权”在英文中的表达方式有多种，概括的用法如“doing business jurisdiction/activities jurisdiction”，其中文翻译，我国学者并不统一。较早如徐宏、郭晓梅译为“从事业务活动”的管辖权；李二元、谢石松译为因“执业”而行使的管辖权；沈涓译为“经济活动管辖权”；肖永平与何其生译为“商业活动地管辖权”；粟烟涛译为“从事营业活动”的管辖权；田妮译为“经济活动管辖权”和“商业活动”为基础的管辖权；张默译为“从事商业活动”，从本文对于这种管辖权的内涵与外延的研究来看，这些译法都有道理，都是准确的。本文采“商业活动管辖权”因其通俗易懂，且反应了该种管辖权的内涵。参见：徐宏、郭晓梅：《海牙国际私法会议关于民商事管辖权和判决承认与执行问题特委会会议情况》，载《中国国际私法与比较法年刊》1998年第1卷，法律出版社1998年版，第548页、第555页；汉斯·范·鲁：《迈向一个关于民商事国际管辖权及外国判决效力的世界性公约》，粟烟涛译，黄进校，载《中国国际私法与比较法年刊》2000年第3卷，法律出版社2000年版，第104页；张默：《美国法院涉外民事案件管辖权的基础》，载《中国国际私法与比较法年刊》2000年第3卷，第450页；李二元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社2001年第2版，第236页；沈涓：《存异以求同、他石可攻玉——海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉（草案）与中国相关法律之比较研究》，载《中国国际私法与比较法年刊》2001年第4卷，法律出版社2001年版，第257页；肖永平、何其生：《对海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉（草案）的分析》，载《中国国际私法与比较法年刊》2001年第4卷，第286页；田妮：《面向21世纪的海牙国际私法会议》，载《中国国际私法与比较法年刊》2001年第4卷，第68页。

② Alegria Borrás, “The 1999 Preliminary Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Agreements and Disagreements”, in Fansto Pocar & Constanza Honorati (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments* (CEDAM, 2005), pp. 63–65; Dubinsky, *Proposals of The Hague Conference and Their Effect on Efforts to Enforce International Human Rights Through Adjudication*, HCPI Working Doc. 117 (1998).

2013年,日本通过有关国际民事管辖权的新法,引入了美国的商业活动管辖权,^①以大陆法系传统而引入这一引起国际争议的普通法制度,其效果如何让人期待;2011年和2014年美国联邦最高法院时隔二十多年后,两度就商业活动管辖权发声,则引起人们对这一制度新的兴趣。^②

我国学者早已注意到这个问题,其他大陆法系国家如德国和日本的学者则对这一问题进行了较为深入研究。^③应该说,深入研究理解这一制度,一方面可以吸取其中的合理因素,从而对我国相关制度的完善,具有参考价值;另一方面,随着中国在海牙国际私法会议重要性与日俱增,需要更多地参与国际规则制定,发出自己的声音,认识了解美国这样一个国际立法主要参与国的重要法律制度,对于中国也非常重要;另外,随着到美国投资的中国企业和个人增多,一旦在美国涉讼,常常首先就涉及到美国法院对中国企业和个人的商业活动管辖权问题,研究这一问题对我国法律实务工作者评估在美法律风险也具有很好的参考作用。^④

一 美国法院国际民事管辖权理论和商业活动管辖权起源

国际民事管辖权是指一国法院对涉外民事案件享有的受理并作出判决的权力。^⑤美国国际民事管辖权的行使具有两大理论基础:“实际控制”论和“诉讼公正”论,^⑥在这两大理论基础之上,产生了两种不同的商业活动管辖权,“持续商业活动管辖权”(doing business jurisdiction)和“特定商业活动管辖权”(transacting business jurisdiction)。

(一) “实际控制”论与“持续商业活动管辖权”

“实际控制论”的理论渊源是美国著名法学家斯托雷的属地主义理论。斯托雷认为,法院要适当行使国际民事管辖权,只有两个依据,一是被告身在法院地的时候被送达传票;二是被告同

① 参见 Koji Takahashi, “Japan’s Newly Enacted Rules on International Jurisdiction: with a Reflection on Some Issues of Interpretation”, (2011) 13 *Kokusai shihō nenpō* 146.

② 西蒙·西蒙尼德斯:《冲突法在美国法院(2013):第27次年度综述》,杜涛译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第57卷,法律出版社2014年版。

③ 参见徐宏、郭晓梅:《海牙国际私法会议关于民商事管辖权和判决承认与执行问题特委会会议情况》,第542—547页;汉斯·范·鲁:《迈向一个关于民商事国际管辖权及外国判决效力的世界性公约》,第96—107页;李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社2001年第2版,第257页;沈涓,《存异以求同、他石可攻玉——海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉(草案)与中国相关法律之比较研究》,第239—275页;肖永平、何其生:《对海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉(草案)的分析》,第276—294页;田妮:《面向21世纪的海牙国际私法会议》,第55—69页;张默:《美国法院涉外民事案件管辖权的基础》,第439—457页。See Harald Müller, *Die Gerichtspflichtigkeit Wegen “Doing Business”: Ein Vergleich Zwischen Dem US-Amerikanischen und Dem Deutschen Zuständigkeitssystem* 221—55 (Köln: Heymann, 1992), pp. 221—255; Koji Takahashi, “The Jurisdiction of Japanese Courts in A Comparative Context”, (2015) 11 *Journal of Private International Law* 103, pp. 113—115.

④ 2015年11月和2016年1月,中国银行因拒绝向美国纽约南区地方法院提供“古驰美国公司诉李卫新等”(Gucci America, Inc., et al. v. Weixing Li, et al.)一案中相关被告在中国银行的境内账户信息,被苏利文(Richard J. Sullivan)法官判定构成“藐视法庭”并处以按日累计的巨额罚款。在该案中涉及到美国法院是否对中华人民共和国境内的中国银行是否可以行使商业活动管辖权的问题。

⑤ 韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法》,高等教育出版社2014年第3版,第487页。

⑥ Arthur von Mehren, “Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated”, (1988) 63 *B. U. Law Review* 279, pp. 283—285.

意法院管辖权。^① 这一理论本质上是国际法上的属地管辖权原则在国际民事诉讼中的反映，19世纪美国法院管辖权实践一直与此保持着一致。^② 根据斯托雷的学说和国际法属地管辖原则，美国联邦最高法院在1877年判决的“彭诺耶诉纳夫”案^③中将国际民事管辖权的规则概括为两个方面：一是每个国家对其领域内的人和财产拥有排他的管辖权和主权；二是每个国家对其领域外的人和财产都不能直接行使管辖权。根据上述原则，法院明确指出，法院必须对被告在法院地进行送达，或者被告自愿服从法院的管辖权，法院才能对被告主张管辖权，这称为“彭诺耶规则”。直到20世纪中期，“彭诺耶规则”支配了美国法院国际民事管辖权的实践，霍姆斯大法官在1917年曾经对这一规则进行概括，他明确指出：“管辖权的基础是实际的权力”。^④ 因此，“彭诺耶规则”又被称为“权力论”或者“实际控制”（physical power）原则。在“实际控制”原则下，法院分别通过“对人管辖权”（*in personam jurisdiction*）对领域内的人主张管辖权，通过“对物管辖权”（*in rem jurisdiction*）对领域内的物主张管辖权。^⑤

持续商业活动管辖权正是在“实际控制”原则下发展起来。根据“实际控制”原则，法院对外国公司行使管辖权必须以其在法院地存在或者其同意为基础。而根据19世纪初的理论，公司作为法律上拟制的人格，只能在法人成立地或者其拥有财产的地方存在，因此外国公司在理论上只能在成立地和财产所在地两个地方被诉，在其他地方，公司不应该被诉，^⑥ 这种理论使得外国公司很容易规避法院的管辖权。为了能够对外国（州）公司主张管辖权，美国法院开始通过扩大解释“同意”和“存在”来达到这一目的。^⑦ 有的州通过成文立法，要求外国公司如果要在州内营业，必须指定代理人接受诉讼传票，这是“明示同意”；如果外国公司没有指定代理人，法律就推定其指定州务卿作为其代理人，默认该州的管辖权，这就是“默示同意”。^⑧ “默示同意”和“明示同意”的法律效果不同，外国公司明示同意时，法院可以对外国公司提起的任何诉讼主张管辖权，如果是默示同意，法院只能对外国公司在法院地的活动引起的诉讼主张管辖权。^⑨ 为了使法院在外国公司“默示同意”时也可以对任何与外国公司有关诉讼主张管辖权，有的法院将外国公司在法院地的活动视为其在法院地的“存在”，从而对其主张管辖权。同年，在“费城雷丁铁路公司诉麦克凯宾”案中，美国联邦最高法院认为：“即使外国公司没有同意法院管辖权，只要外国公司在法院地州内从事商业活动程度足以认定其在法院地州‘存在’，该外国公司就应受到法院管辖。”^⑩ 这些案件可以视为持续商业活动管辖权的滥觞。这样在“实际控制”

① Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws* § 539 (2d ed., 1841).

② Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* (New York: Aspen Publishers, 4th ed.), pp. 78-79.

③ *Pennoy v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877).

④ *McDonald v. Mabee*, 243 U.S. 90, 91 (1917).

⑤ Joseph P. Zammit, “Quasi-in-Rem Jurisdiction: Outmoded and Unconstitutional?”, (1975) 49 *St. John's Law Review* 668, p. 668.

⑥ G. Henderson, *The Position of Foreign Corporations in American Constitution Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1918), p. 77.

⑦ G. Henderson, *The Position of Foreign Corporations in American Constitution Law*, p. 84.

⑧ G. Henderson, *The Position of Foreign Corporations in American Constitution Law*, pp. 92-93; *Warren Mfg. Co. v. Etna Ins. Co.* 29 F. Cas. 294 (CCD Conn. 1837).

⑨ See, *Simon v. Southern Ry.* 236 U.S. 115, 128-32 (1915); *Old Wayne Mut. Life Association v. McDounough*, 204 U.S. 8, 22-23 (1907); Mary Twitch, “The Myth of General Jurisdiction”, (1988) 101 *Harvard Law Review* 610, p. 621.

⑩ *Philadelphia and Reading Railway Co. v. McKibbin*, 243 US 264, 265 (1917).

论基础上,将外国公司在法院地持续商业活动视为其存在于法院地而主张的“持续商业活动管辖权”在20世纪初期美国法院的司法实践中产生了。^①

(二)“最低联系”原则与特定商业活动管辖权

随着社会经济的发展,“实际控制”论和建立其上的“彭诺耶”规则越来越不能适应时代发展的需要。公司、债权以及其他无形财产权在经济生活中的重要性大大增加,而这些财产的“存在”往往不易确认。比如债权,是存在于债权人还是债务人的住所地,还是债务履行地,众说纷纭;又如公司,如果将公司从事活动的地方拟制为公司“存在”的地方,则(1)什么样的活动才能构成公司的“存在”?(2)诉讼开始时,这些活动是否还应该正在进行等问题就会接踵而至。

1945年,美国联邦最高法院在“国际鞋业公司”案中,抛弃了以外国公司在法院地的“存在”为由对其主张管辖权的理论,代之以新的“最低联系”理论,作为对外国公司行使管辖权的基础。只要外国公司和法院地之间具有某种“最低联系”,使得行使管辖权不会违反“传统的公平与实质正义观念”,这种管辖权的行使就符合正当程序的要求。这一判决从根本上改变了“彭诺耶”规则的第二部分,也就是说,即使外国公司既没有身在法院地,也没有同意法院的管辖权,只要被告与法院地之间具有实质意义的联系,法院也可行使管辖权,从而在被告的“存在”和“默示同意”之外,创立一个新的管辖依据,以之作为对外国法人行使国际民事管辖权的理由。因为这一管辖理论的核心是要考察法院对被告行使管辖权是否符合传统的公平正义观念,所以又称为“诉讼公正”论。在“最低联系”原则下面,“对人管辖权”和“对物管辖权”的区分不断遭到批判,1966年著名法学家冯·迈伦和特劳特曼提出了“一般管辖权”和“特别管辖权”的区分,^②这一区分在1984年的“哥伦比亚国家直升机公司”案中被美国联邦最高法院所明确采用后一直为实务界和理论界沿用至今。

特定商业活动管辖权正是在“最低联系”原则下得以发展。根据“国际鞋业公司”案,法院将被告与法院地的联系区分为两种,一种是持续系统的实质性联系,根据这种联系,法院可以对任何与被告有关的诉讼主张管辖权,即一般管辖权;这种联系包括被告的住所、同意、被告在法院地的财产、以及前面所说的被告在法院地的持续系统的商业活动;另一种是被告在法院地的活动虽不能构成持续系统的活动但却其活动构成了与法院地的最低联系,在这种情况下,法院只能对与被告在法院地活动有关的诉讼行使管辖权,即特别管辖权。这就是“特定商业活动管辖权”。

“彭诺耶”案确立的管辖权的“实际控制”理论是“持续商业活动管辖权”的基础,而“国际鞋业公司”案确立的“诉讼公正论”则标志着美国国际民事管辖权理论与实践的重大变化,并成为“特定商业活动管辖权”的理论基础。法院管辖权的分类也从以“实际控制”原则为基础的“对人管辖权”与“对物管辖权”,演变为以最低联系原则为基础而区分的“一般管辖权”和“特别管辖权”。事实上,持续商业活动管辖权与特定商业活动管辖权,不仅产生的背景、理论基础和性质不同,其在实践中行使的法律渊源、实际运用和发展趋势也有较大差异。

^① *Philadelphia and Reading Railway Co. v. McKibbin*, 243 US 264 (1917); *St. Louis Southwestern Railway Co. of Texas v. Alexander*, 227 US 218 (1913); Charles W. Rocky Rhodes, “Clarifying General Jurisdiction”, (2004) 34 *Seton Hall Law Review* 807, p. 810.

^② Arthur von Mehren & Donald T. Trautman, “Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis”, (1966) 79 *Harvard Law Review* 1121, p. 1141.

二 持续商业活动管辖权的法律渊源、实际运用和发展趋势

持续商业活动管辖权作为一般管辖权，是指外国法人如果在法院地开展了实质性、系统的和连续的商业活动，则基于管辖权的目的，该外国法人可以被视为“存在”于美国，对于针对该外国法人所提起的任何诉讼，美国法院都可以主张管辖权。

（一）持续商业活动管辖权的法律渊源

“持续商业活动管辖权”在美国主要是判例法，少数州有成文法规定，这分为三种情况：一是有明确规定“持续商业活动管辖权”的成文法，如宾夕法尼亚州。^①二是只有有关管辖权概括立法的成文法规定——即一般规定法院可以在宪法规定范围内行使管辖权，而法院将这种概括授权解释为允许“持续商业活动管辖权”。^②三是没有前述概括立法，但规定了根据普通法行使管辖权，法院以普通法为基础行使“持续商业活动管辖权”。比如纽约州的民事诉讼规则就规定：“法院可以对任何人、任何财产、以及任何身份关系行使普通法上管辖权。”^③

不论基于普通法还是成文法，“持续商业活动管辖权”的行使还必须符合宪法的正当程序条款。对于被告在法院地从事什么样的活动才能构成“持续的、系统的”活动以及是否符合宪法的正当程序条款，美国最高法院迄今为止作出了四项判决。只在一项判决即“培金斯诉邦格联合矿业公司”案（后文简称“联邦培金斯案”）^④中肯定了这一管辖权的存在，而在其他三桩上诉案件，即“哥伦比亚国家直升机公司诉霍尔”案（后文简称“直升机案”）、^⑤“固特异轮胎公司诉布朗”案（后文简称“固特异轮胎公司案”）、^⑥“戴姆勒公司诉鲍曼”案（后文简称“戴姆勒公司案”），^⑦联邦最高法院都否定这一管辖权依据的存在。值得一提的是，直到“固特异案”和“戴姆勒公司案”中，联邦最高法院才提出所谓的“在家”标准，来作为是否应该行使此类管辖权的依据。

1. “培金斯案”与持续商业活动管辖权的存在

原告培金斯小姐，系被告邦格联合矿业公司的股东，在俄亥俄州立法院中提起要求分配股利和向股东签发股东证明的诉讼，被告是一家成立于菲律宾的矿业公司。在第二次世界大战日本占领菲律宾期间，公司关闭了在菲的业务，公司的董事长兼经理移居美国俄亥俄州，在俄亥俄州继续管理公司的商业。在战争期间公司在菲律宾的开采业务基本停止。俄亥俄州的初审法院和州的最高法院都认定法院对该案没有管辖权，原告上诉至美国联邦最高法院。^⑧

美国联邦最高法院将该案涉及的管辖权问题归纳为俄亥俄州是否可以受理一项和外国公司在俄亥俄州活动完全无关的诉讼请求，认定被告于“二战”期间在俄亥俄州的活动构成了持续系统的商业活动，俄亥俄州法院可以在与被告在该州活动无关的诉讼请求中主张管辖权。

^① See, e.g., Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 42, section 5301.

^② *Landoil Resources Corp. v. Alexander & Alexander Serv., Inc.* 918 F.2d 1039 (2d Cir. 1990).

^③ N. Y. C. P. L. R. § 301.

^④ *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 437 (1952).

^⑤ See *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984).

^⑥ *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 131 S. Ct. 2846 (2011).

^⑦ *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

^⑧ *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 354 (1952).

法院在认定被告在俄亥俄州的活动构成“持续系统的活动”时，发现了下列事实：被告公司在俄亥俄州多次举行董事会；在战争期间，董事长和主要股东都在俄亥俄州拥有办公室，并将公司的文件和与公司及其雇员有关的信件保存其中，公司在俄亥俄州拥有银行账户，并从该账户向三位雇员支付工资，转账代理银行也是俄亥俄州的银行；战争期间，公司总裁在俄亥俄州以总裁和总经理的名义执行其职务，战后，从俄亥俄州转移资金到菲律宾重整公司在菲的业务。

联邦最高法院因此采用了所谓“持续商业活动”管辖权，法院判决没有说公司的哪一项活动对认定“持续商业活动”具有决定性，而是把所有在俄亥俄州的活动归集起来，认定被告的活动构成了“持续和系统的商业活动”。

2. “直升机”案与持续商业活动管辖权的不存在

该案中，被告是一家哥伦比亚的直升飞机公司，专门为一家美国合资企业在秘鲁建设石油管道提供直升机运输服务，一架直升机在秘鲁坠毁后，机上的美国公民死亡，其遗产管理人在德克萨斯州法院对直升飞机公司提起了人身伤亡诉讼，被告抗辩法院的管辖权。被告直升飞机公司和德克萨斯州的联系主要包括：该公司从一家德州飞机制造商那里购买直升机，该公司的高管曾经到德州谈判购买飞机的事宜，该公司的飞行员在德州的飞机制造商那里受训。直升机运输合同表明所有的当事人都居住在秘鲁的首都——利马。德州最高法院认定德州法院有管辖权，联邦最高法院推翻了德州法院的判决，否定了德州法院在该案中行使持续商业活动管辖权。^①

联邦最高法院判决理由将被告与法院的联系因素都列举了一遍，并对其重要性进行评估，最后认为这些活动不构成“持续系统的活动”。在判决中，法院提供了一些判断活动重要性的标准。比如就被告接受德州飞机制造商签发的德州银行的支票这一行为，法院认为当事人或者第三方的单独的行为不应该作为判断标准；就合同在德州缔结来说，法院认为买卖活动以及为此目的旅行，也不构成法院行使一般管辖权的充分条件；被告的飞行员在德州受训只是飞机买卖的一部分，也不能加强其活动的“持续系统”性。

从“培金斯”案和“直升机”案中，可以归纳出一些一般的原则，即如果被告是外国公司，没有在一州营业时，在该州没有重要设施，也不通过代理人在该州营业，则美国法院不能对其行使一般管辖权，即不能对与其活动无关的诉讼请求行使管辖权。

3. “固特异轮胎公司案”与“戴姆勒公司案”及一般管辖权的“在家”标准（“at home” test）

自“直升机案”之后30年内，联邦最高法院判决对持续商业活动管辖权的行使标准一直保持沉默，直到2011年“固特异轮胎公司案”以及2014年的“戴姆勒公司案”中，提出了判断该种持续商业活动管辖权的“在家”标准，这也使得管辖权行使标准的不确定性稍有缓解。^②

在“固特异轮胎公司案”中，两位来自美国北卡罗来纳州的儿童在法国旅游时因乘坐的汽车倾覆而身亡，死者的遗产管理人在北卡罗来纳州法院对固特异轮胎美国公司、以及美国公司的外国子公司法国公司、卢森堡公司和土耳其公司提起产品责任诉讼，三家外国子公司抗辩法院的管辖权，因为它们在北卡罗来纳州没有营业所、银行账户和雇员，也没有在该州进行营销宣传。北卡罗来纳州的法院确认具有管辖权，案件上诉到美国联邦最高法院，后者确认北卡罗来纳州法院对外国子公司被告没有持续商业活动管辖权。联邦最高法院指出，作为被告的外国公司与法院

^① See *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall*, 466 U. S. 408 (1984).

^② *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, at 2851; *Daimler AG v. Bauman*, at 761.

地具有的持续系统的联系，必须足以达到使得外国公司在法院地就如同在其住所一样时，法院才能以这种联系对被告主张一般管辖权。^①

在“戴姆勒公司案”中，联邦最高法院再次确认了判断持续商业活动管辖权的标准——“在家”标准。法院指出：“在家”标准意味着外国被告在法院地的活动不是一般意义上的“连续和系统的”，而是要这种活动的“连续和系统”性强大到足以使得被告在法院地就像在它在那里有住所一样。典型的“在家”的情形就是企业的注册登记地或者主要营业所在地。金斯伯格大法官同时还对持续商业活动管辖权提出了批评，认为“公司在法院地进行实质的、持续的、系统的商业活动”的用语难以判断，作为管辖依据容易导致过度管辖权。她甚至说，持续商业活动作为一般管辖权的基础是对国际鞋业公司案的误解，实际上持续商业活动作为特别管辖权的基础才是适当的。另外，金斯伯格大法官还提出了判断活动程度的标准，不仅仅是其在一国或者一州的活动，而是要根据戴姆勒公司在加州的活动在其全球范围内的活动中所占的比例来判断其活动的“实质性、持续性和系统性”。^② 联邦最高法院认为德国戴姆勒公司本身在加州的活动不足以使法院对其行使一般管辖权。理由是被告在加州活动的连续性和实质性还不足以达到使加州成为其住所的地步，所以不能对其主张一般管辖权。

（二）持续商业活动管辖权的实际运用

由于持续商业活动管辖权行使的标准较高，实践中，联邦巡回法院和地区法院实际主张持续商业活动管辖权的判例较少。在很多类型的案件中，当事人主张这种管辖权都被驳回，法院只在极少数的案件中认定存在这种管辖权。

具体说来，在外国公司在法院地只是进行单一的下列活动时，法院往往认定不足以行使持续商业活动管辖权，只在例外情况下，才认为可以行使这种管辖权。

第一，外国公司仅仅只是在法院地进行营销活动，比如“美国诉瑞士美国银行”案、^③“皮萨罗诉法国协和国际酒店公司”案，^④ 单纯的广告活动不足以支持法院行使一般管辖权。

第二，外国公司单纯向法院地输送产品，而没有其他的联系，则不能构成持续商业活动。但是，如果外国公司向法院地的买方进行实质性数量的销售，则构成持续商业活动。^⑤

第三，从法院地购买产品不能构成持续商业活动，这一原则为美国联邦最高法院在“直升机公司”案中认定并严格为各下级法院所遵守。

第四，外国公司单纯在法院地拥有财产也不会赋予法院持续商业活动管辖权。外国公司拥有财产常常涉及银行账户问题。比如在“土地石油资源公司诉亚历山大服务公司”案^⑥中，虽然外国公

① *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 131 S. Ct. 2846 (2011).

② *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

③ *United States v. Swiss American Bank, Ltd.* 274 F. 3d 610, 620 (1st Cir. 2001).

④ *Pizarro v. Hoteles Concorde Int'l CA*, 907 F. 2d 1256 (1st Cir. 1990).

⑤ 在 *Glencore Grain Rotterdam BV v. Shivnath Rai Harnarain Co.* 284 F. 3d 1114, 1124 – 1125 (9th Cir. 2002); *Associated Transport Line, Inc. v. Productos Fitosanitarios Proficol El Carmen, SA*, 197 F. 3d 1070, 1075 (11th Cir. 1999); *Bearry v. Beech Aircraft Corp.* 818 F. 2d 370 (5th Cir. 1987) 等案件中，法院认为不存在管辖权；在 *Howser v. Zimmer Mfg. Co.* 757 F. 2d 448 (1st Cir. 1985); *Paradise Motors, Inc. v. Toyota De Puerto Rico Corp.* 314 F. Supp. 2d 495, 499 (D. V. I. 2004) 等案中则认定存在管辖权。

⑥ *Landoil Resources Corp. v. Alexander & Alexander Services, Inc.*, 563 N. Y. S. 2d 739 (1990).

司在法院地拥有90亿信托基金，法院仍然认为没有管辖权。在“范德提诉飞亚达汽车公司”案中，被告公司在纽约拥有一个银行账户，被告还向纽约的广告公司付款，以及同纽约的经销商有通信往来，法院认定不存在一般管辖权。但是，如果外国公司持续性、实质性地利用法院地的银行账户，则构成持续商业活动。在“普罗威登国家银行诉加州联邦储贷银行”案中，被告在法院地开设银行账户，并且作为被告业务中心每天使用，就构成了持续商业活动，法院可以主张一般管辖权。^①

第五，仅仅是外国公司雇员或者代理人到访法院地、或者仅仅是外国公司的网站在法院地可以登录，也不能构成持续商业活动管辖权的依据。^②但是，有少数法院认为如果被告的网站是交互式的，法院地居民和被告通过该网站进行经常性的交易，则该网站的存在就可以构成持续商业活动管辖权的依据。^③

最后，外国公司在法院地有不需要登记注册的分支机构或办公室，^④或者指定美国人为独立经销商，过去被认为是可以支持持续商业活动管辖权行使的，在2014年“戴姆勒公司案”后，也不能再作为行使的充分条件了。

总之，要对外国公司行使持续商业活动管辖权，上述因素难以单独成为充分依据，往往需要多个因素相结合才有行使的可能，^⑤这与特定商业活动管辖权的依据形成了鲜明对比，后者常常以单个依据作为充分条件。

（三）持续商业活动管辖权的发展趋势

对持续商业活动管辖权，学者们意见分歧较大。持否定态度的以著名法学家冯·迈伦和特劳特曼教授为代表，他们认为持续商业活动管辖权应该得到限制，并逐步取消，对法人的一般管辖权应该以被告的注册地或者营业所所在地来主张。他们将“培金斯”案看做一个极其例外的案件，“法院实际上是将被告的活动当做公司在—个地方注册或者拥有主要办事机构的证据，而不是一般意义上肯定了持续商业活动的存在”。^⑥其他持否定态度的学者从比较美国的一般管辖权和大陆法系的相关制度出发，认为持续商业活动管辖权不符合国际上关于国际民事管辖权的实践，坚持这一制度，有碍全球统一市场的发展。^⑦以冯·迈伦教授为代表否定“持续商业活动管

① *Provident National Bank v. California Federal Savings & Loan Ass'n*, 819 F.2d 434 (3d Cir. 1987); *United Rope Distributors, Inc. v. Kim-Sail, Ltd.* 770 F. Supp. 128 (S. D. N. Y. 1991).

② *Soma Med. Int'l v. Standard Chartered Bank*, 196 F.3d 1292 (10th Cir. 1999); *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat'l Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000).

③ *Gorman v. Ameritrade Holding Corp.*, 293 F.3d 506 (D. C. Cir. 2002).

④ *Donnelly Corp. v. Reitter & Scheffenacker GmbH & Co.*, 189 F. Supp. 2d 696, (W. D. Mich. 2002); *Goss Graphic Systems v. Man Roland Druckmaschinen Aktiengesellschaft*, 139 F. Supp. 2d 1040 (N. D. Iowa 2001); *Ciprari v. Servios Aeros Cruzeiro do Sul, SA*, 232 F. Supp. 433 (S. D. N. Y. 1964).

⑤ *H. Heller & Co. v. Novacor Chem. Ltd.*, 726 F. Supp. 49 (S. D. N. Y. 1988); *Provident National Bank v. California Federal Savings & Loan Ass'n*, 819 F.2d 434 (3d Cir. 1987); *United Rope Distributors, Inc. v. Kim-Sail, Ltd.* 770 F. Supp. 128 (S. D. N. Y. 1991).

⑥ Arthur von Mehren & Donald T. Trautman, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", p. 1144.

⑦ See, Donald Earl Childress III, "General Jurisdiction and the Transnational Law Market", (2013) 66 *Vanderbilt Law Review* 67, pp. 72 - 74; Collyn A. Peddie, "Mi Casa Es Su Casa: Enterprise Theory and General Jurisdiction over Foreign Corporations After Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown", (2012) 63 *S. C. Law Review* 697, p. 717; Camilla Cohen, "Case Comment, Goodyear Dunlop's Failed Attempt to Refine the Scope of General Personal Jurisdiction", (2013) 65 *Florida Law Review* 1405, pp. 1414 - 1415.

管辖权”的观点得到了美国联邦最高法院金斯伯格大法官的肯定和接受，她的“在家”标准的提出，实际是重复了冯·迈伦教授的上述论断，她所撰写代表多数意见的判决书和她的不同意见书多次援引上述论文，可见一斑。

持肯定态度的学者认为，持续商业活动管辖权有其存在的必然性和必要性。一方面，被告在法院地的持续商业活动使得被告在法院地作为被告不会有任何不便；另一方面，这一管辖依据可以在极少数例外情况下，基于公平正义的需要对被告主张管辖权。^①

但是，“固特异轮胎公司案”判决后，有学者指出，该案的判决表明美国联邦最高法院也倾向于对公司的一般管辖权将转为以公司的注册地或者主要营业所所在地为依据。^②在海牙国际私法会议的谈判中，“持续商业活动管辖权”^③成为美国代表团和欧盟以及其他大陆法系国家代表团争议的焦点之一。

三 特定商业活动管辖权的法律渊源、实际运用和发展趋势

特定商业活动管辖权是只能针对与特定商业活动有关的诉讼而行使的管辖权。

（一）特定商业活动管辖权的法律渊源

“特定商业活动管辖权”的法律渊源主要表现为成文法。迄今为止，美国所有州都制定了“长臂法规”（Long-Arm Statutes）。^④特定商业活动管辖权往往在州的长臂法规中有明确规定，只有俄勒冈、北卡罗莱纳、新泽西和内华达州的长臂法规中没有明确规定“特定商业活动管辖权”。

法院行使特定商业活动管辖权，除了按照成文法的规定，还不能违反宪法正当程序条款的要求。在“国际鞋业公司”案中，美国联邦最高法院将正当程序条款对行使管辖权的要求归结为被告必须与法院地存在“最低联系”，并且管辖权的行使不违反传统的公平正义观念两个要件，前者被称为“最低联系”原则，后者称为“合理性”原则，在“世界大众公司诉伍德森”案、^⑤“阿萨西”案^⑥等案件中，美国联邦最高法院对“最低联系”原则和“合理性”原则进行了进一步的解释。

1. “最低联系”原则

对于确定外国被告是否与法院地之间具有“最低联系”，主要有“商业流通”（stream of commerce）理论和“有目的利用”（purposeful availment）两种理论。“商业流通”理论发源于伊利诺伊州法院判决的“格雷诉美国采暖标准卫生公司”案，^⑦是指当外国被告将其产品投放到商

① See Mary Twitchell, “The Myth of General Jurisdiction”, (1988) 101 *Harvard Law Review* 610, p. 628; Mary Twitchell, “Why We Keep Doing Business with Doing-Business Jurisdiction”, (2001) *U. Chi. Legal F.* 171, pp. 196 - 197; Patrick J. Borchers, “The Problem with General Jurisdiction”, (2001) *U. Chi. Legal F.* 119, pp. 129 - 130.

② Michael H. Hoffheimer, “General Personal Jurisdiction after Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown”, (2012) 60 *University of Kansas Law Review* 549, pp. 581 - 582.

③ Article 18 (2) (e) of Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

④ David L. Doyle, “Long-Arm Statutes: A Fifty-State Survey,” <http://www.vedderprice.com/long-arm-statutes—ia-fifty-state-surveyi-10-11-2003/> (last visited December 22, 2015).

⑤ *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U. S. 286, 288 (1980).

⑥ *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 480 U. S. 102 (1987).

⑦ *Gray v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 176 N. E.2d 761 (Ill. 1961).

业流动领域时，知道或者可以预见其产品将通过商业流转到达法院地时，就认定外国被告与法院地之间存在最低联系。在“格雷”案中，被告是一家俄亥俄州的零部件制造商，它将部件卖给宾州的一个制造商，后者将这些部件组装到热水器中，然后在全美销售，其中一台销售到伊利诺伊州的热水器发生爆炸导致原告损害。伊利诺伊州最高法院维持了对被告主张管辖权的判决，理由是被告将产品投入到商业流通中的时候，可以预见伊利诺斯州的顾客会购买这一热水器，因此，被告和伊利诺伊州法院之间具有最低联系。这一理论在美国联邦最高法院判决的世界大众公司案中也得到了确认。

“有目的利用”理论，则为“世界大众公司”案所确认。该案认定，被告活动与法院地构成最低联系，必须以被告有目的有意地建立了与法院地的联系，被告必须从这些活动中获得了利益。该案涉及到俄克拉荷马州的法院对纽约州公司是否具有管辖权的问题。在该案中，原告在纽约的大众汽车4S店——思伟公司购买了一台汽车，在驾驶该车通过俄克拉荷马州溪流县的时候遭遇车祸。原告在俄克拉荷马州法院对德国母公司奥迪公司、美国进口商美国大众（Volkswagen of America）、区域经销商“世界大众”公司（World-wide Volkswagen）和纽约的大众4S店思伟公司（Seaway）提起产品责任诉讼。其中，注册成立地在纽约的“世界大众”公司和“思伟”公司对俄州法院的管辖权提出抗辩。俄州法院根据该州的长臂管辖条款确认该州法院有管辖权，被告上诉至美国联邦最高法院。联邦最高法院认定俄州法院对外州的“世界大众”和思伟公司没有管辖权。

联邦最高法院按照“有目的利用”标准，依据一系列事实，包括：地区分销商只是在纽约州设有办公室，其有权销售汽车的范围仅限于纽约州、新泽西州和康涅提克州，零售商思伟公司是纽约州的零售商；地区分销商“世界大众”公司没有在俄克拉荷马州销售汽车，或进行广告宣传，或者在交通事故中起到任何作用；交通事故发生在俄州完全是因为原告单方面的行使即他驾驶汽车经过俄州的结果；认为被告并没有有目的地利用其在法院地从事特定商业的特权，或者说被告没有从法院地的商业活动中获益。最终，法院认定不存在“最低联系”。

值得注意的是，“世界大众公司”案并没有否定“商业流通”理论。法院认为当外国公司将其产品投入到商业流通渠道，并且预期将会被法院地的消费者购买时，正当程序原则并不否认法院按照“商业流通”理论可以对其主张管辖权。^①“世界大众公司”案对于两种标准的确认，为美国在确定“最低联系”问题上的分歧埋下了种子。

如果“商业流通”理论和“有目的利用”理论对法院是否具有管辖权得出不同的结论，则何种理论应该适用，是美国各级法院尤其联邦最高法院所着力希望解决的问题。“阿萨西”案和最近的“麦金泰尔机械公司案”，都体现了联邦最高法院在这一问题上的挣扎。

在“阿萨西”中，被告阿萨西公司是日本的汽车轮胎阀门制造商，它制造的轮胎阀门在美国以外销售，台湾轮胎制造商晨新公司购买阿萨西公司制造的阀门生产轮胎并出卖到美国加州，在一起交通事故后，受害人对晨新公司提起诉讼，晨新公司将阿萨西公司加入诉讼，后来晨新公司和受害人和解，但是晨新公司对阿萨西公司的诉讼依然进行。阿萨西公司主张加州法院对其没有管辖权。美国联邦最高法院认定加州法院不具有管辖权。以奥康纳大法官为代表的多数意见认可“有目的地利用”理论，认为被告如果仅仅是将其商品投入商业流通，即使他意识到其中一部分商品最终会流转向法院地，这种单纯地将产品投入商业流通不足以构成“有目的利用”，被

^① 444 U. S. 286, 297 - 298 (1980).

告的行为必须比投入商业渠道更有针对性，才能构成“有目的利用”从而构成“最低联系”。多数意见认定阿萨西的销售行为不构成“有目的地利用其在美国加州从事特定活动获取利益”的行为，因此不存在“有目的利用”。被告与法院之间不存在最低联系。^①以布伦南大法官为代表的少数意见则认同“商业流通”理论，认为被告有目的的将其生产的零部件投放到商业流通领域，知道这一产品会被卖往法院地，这就使被告与法院地建立了“最低联系”。^②

2011年，美国联邦最高法院在“麦金泰尔机械公司”案^③中对特定商业活动管辖权再次发声，依然延续了对“有目的利用”和“商业流通”理论的分歧。在该案中，被告是一家在英国诺丁汉注册并在那里生产大型机械的公司，该公司在美国的俄亥俄州设有一个分销商麦金泰尔美国公司，在新泽西州没有设立任何分支机构，没有任何财产，也没有在新泽西州缴税；原告在美国新泽西州操作被告生产的铁片切割机时被切掉四个手指，于是在新泽西州法院对被告提起了产品责任诉讼，新泽西州上诉法院以及最高法院都认定法院对被告具有对人管辖权，但联邦最高法院推翻了新泽西州最高法院的判决，认定新泽西州法院对被告没有对人管辖权。多数意见认为，被告只是将其制造的切割机卖入了美国，从其销售的历史来看，从来没有专门针对新泽西州的销售，因此不存在对新泽西的“有目的利用”，新泽西州的法院没有管辖权。而少数意见则认为被告公司将产品输入美国，或者投入商业流通时就应该预见到产品会销售到新泽西，因此，新泽西法院应该具有管辖权。^④

2. 合理性原则

在“世界大众公司”案中，联邦最高法院认定俄州法院不应行使管辖权的另一个理由是管辖权的行使不具有合理性。联邦最高法院列举了判断合理性要考虑的诸多因素，主要有：对被告的负担，法院地裁判案件的利益，原告获得便捷迅速救济的利益。在“世界大众公司案”中，联邦最高法院认为，因为所有的当事人都不是本地人，俄州法院裁判这一案件的利益以及原告在俄州诉讼的利益，远远超过了在俄州诉讼对被告的负担，因此也不合理。

在“阿萨西”案中，大法官们虽然对是否存在“最低联系”意见不一，但在加州法院行使管辖权的不合理性问题上却意见一致。因此“阿萨西”案提出的判断管辖权合理性的标准具有判例意义，它包括的五个要素是：法院行使管辖权（1）对被告的负担；（2）法院地具有的利益；（3）原告获得救济的利益；（4）国际州际司法体系在解决争议方面的利益；以及（5）相关各州的共同的实体政策。法院认为，根据上述标准，加州法院在该案中行使管辖权也不合理，由于相关当事人都已经达成和解，最后剩下的诉讼是台湾制造商晨新公司向日本阿萨西公司主张代位责任的诉讼，双方当事人都是外国人，加州法院对解决争议不具有重要利益，加州不应主张管辖权。

（二）特定商业活动管辖权的实际运用

和持续商业活动管辖权在美国法院判例较少的情况不同，特定商业活动管辖权积累了大量判例，相较于前者，特定商业活动管辖权的标准更易达到，这可以从跨州的侵权和合同案件中略窥一二。

^① 480 U. S. , at 111.

^② 480 U. S. , at 117.

^③ *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, 131 S. Ct. 2780 (2011).

^④ Kristianna L. Sciarra, “A Gap in Personal Jurisdiction Reasoning: An Analysis of *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*”, (2013) 31 *Quinnipiac Law Review* 195, pp. 209 – 214.

1. 侵权领域中特定商业活动管辖权

在跨州(国)的侵权案件中,美国法院行使特定商业活动管辖权必须要确认存在“最低联系”和符合合理性原则。

在确定是否存在“最低联系”上,由于联邦最高法院对到底是采“商业流通”理论还是“有目的利用”理论没有明确意见,导致下级法院的实践中极不一致,主要有三种做法:

第一种是仍旧采普通法的做法。有的法院认为由于“阿萨西”案中并没有达成多数意见,则法院在“阿萨西”案以前的做法不变,第二巡回法院就曾判决案件既不采“商业流通”理论也不采“有目的利用”理论。^①

第二种是采“有目的利用”理论,有的联邦法院认为奥康纳大法官的意见否定了“商业流通”理论,因此主张要构成“最低联系”,需要被告有目的的利用法院地的市场。^②

第三种是采“商业流通”理论。有的法院认为布伦南大法官的意见实际上肯定了“商业流通”理论,从而以“商业流通”来确定“最低联系”。^③

其中,以第二种做法居多。在采用“有目的利用”理论的判决中,法院判例判断被告存在“有目的利用”的活动主要包括下列方面:第一,产品是被告专门为法院地市场设计的;^④第二,被告的营销材料或者其他宣传材料是专门为法院地的用户准备和设计的;^⑤第三,被告派遣雇员或者代理人到法院地;^⑥第四,被告在法院地建立分销网络,为法院地市场提供服务或者在法院地进行营销广告活动,值得注意的是,这些判例也一定程度上以“商业流通”理论为基础,主张被告建立的分销网络将产品带进了美国;^⑦第五,被告在法院地授予销售特许权;^⑧第六,被告在法院地销售产品的数量达到相当数额,^⑨这遵循了史蒂文森大法官在“阿萨西”案中的协同意见;第七,被告拥有和控制的网站是交互式的,或者被告建立网站并与法院地有其他联系;^⑩最后,还有判例认定通过电子邮件进行商业活动也构成“有目的利用”。^⑪

在合理性的确定问题上,下级法院主要有四种做法。第一种是以“最低联系”的存在与否

^① See, *Kernan v. Kurz-Hastings, Inc.* 175 F.3d 236 (2d Cir.1999); *Beverly Hills Fan Co. v. Royal Sovereign Corp.* 21 F.3d 1558, 1566 (Fed. Cir.1994).

^② See, *Bridgeport Music, Inc. v. Still N The Water Pub.*, 327 F.3d 472, 480 (6th Cir.2003); *Jarre v. Heidelberger Druckmaschinen AG*, 19 F.3d 1430 (4th Cir.1994); *Boit v. Gar-Tec Products, Inc.*, 967 F.2d 671, 683 (1st Cir.1992).

^③ *Barone v. Rich Bros. Interstate Display Fireworks Co.*, 25 F.3d 610, 614 (8th Cir.1994); *Dehmlow v. Austin Fireworks*, 963 F.2d 941, 946 (7th Cir.1992); *Donnelly Corp. v. Reitter & Schefenacker GmbH & Co.*, 189 F.Supp.2d 696, 708 (W. D. Mich.2002).

^④ *Chea v. Fette*, 2004 WL 220866 (E. D. Pa.2004); *Lister v. Marangouli Meccanica SpA*, 728 F. Supp.1524 (D. Utah 1990).

^⑤ *S. E. C. v. Carillo*, 115 F.3d 1540 (11th Cir.1997); *Weight v. Kawasaki Motors Corp.*, U. S. A., 604 F. Supp.968 (E. D. Va.1985).

^⑥ *Weiss v. La Suisse*, 69 F. Supp. 2d 449 (S. D. N. Y. 1999).

^⑦ *Anderson v. Dassault Aviation*, 361 F.3d 449 (8th Cir.2004); *Nuovo Pignone, SpA v. STORMAN ASIA M/V*, 310 F.3d 374 (5th Cir.2002); *Vermeulen v. Renault, U. S. A. Inc.*, 965 F.2d 1014 (11th Cir.1992).

^⑧ *Lister v. Marangouli Meccanica SpA*, 728 F. Supp.1524 (D. Utah 1990).

^⑨ *Oswalt v. Scripto, Inc.*, 616 F.2d 191 (5th Cir.1980); *McHugh v. Kenyon*, 547 So.2d 318 (D. Ct. App. Fla.1989); *Allen v. Canadian General Electric Co.*, 410 N. Y. S. 2d 707 (App. Div.1978).

^⑩ *Carefirst of Maryland, Inc. v. Carefirst Pregnancy Centers, Inc.* 334 F.3d 390 (4th Cir.2003); *Toys "R" Us, Inc. v. Step Two, SA*, 318 F.3d 446 (3rd Cir.2003).

^⑪ *Deutsche Bank Securities, Inc. v. Montana Bd of Investments*, 818 N. Y. 2d 164 (N. Y.2006).

来判断合理性。认为只要被告和法院地之间具有“最低联系”时，则管辖权就不至于太过无理。第二种是以原被告国籍来判断合理性。如果原告的国籍和住所在美国，则法院倾向认定管辖权行使具有合理性，而如果原告的国籍或住所在外国，则法院倾向于认为管辖权不具有合理性。^① 比如在“埃文”案^②和“舍尼森”案^③中，法院都以原告是法院地的居民为由强调了法院地有为原告提供法院的利益。而在涉及到外国人的案件中，则拒绝管辖。^④ 第三种是以损害发生地是否在法院地来判断合理性，损害发生地在法院地，法院地因此有提供救济的利益，不论原告国籍为何，都应该行使管辖权。第四种是以被告与法院地“最低联系”的强度判断合理性，不是单纯地看“最低联系”的存在与否，而是还注重被告和法院地联系的数量和质量。^⑤

2. 合同领域的特定商业活动管辖权

合同领域特定商业活动管辖权的行使，除了前述原则，联邦最高法院关于“汉堡王公司诉鲁茨维茨”案^⑥判决也给出了一些特别的指导。下级法院在实践中运用这些法律原则形成一些特定规则。首先，就判断是否存在“最低联系”来说，单纯的外国公司与法院地居民签订合同这一事实，或者单纯的合同缔结地或者履行地，都不足以判断其存在；要将当事人缔结的合同与当事人之前的谈判、合同未来的法律后果、合同的条款和期限以及当事人之间实际的交易往来等相结合来确定是否存在“有目的利用”。^⑦ 其次，通过电子邮件、电话、传真等进行沟通，被告的代理人或者雇员在法院地的存在，合同的性质、条款以及合同是否为长期性合同等因素都对判断“有目的利用”有影响。再次，在合同案件中特有的法律选择和法院选择条款对判断最低联系具有特殊意义。如果法律选择和法院选择条款同时指向美国，法院将其解释为“有目的地从法院地进行商业活动获利”的行为。但是单纯的选择法院地法律作为合同准据法，不能证明当事人对法院管辖权的同意，也不能因此赋予法院地特定商业活动管辖权。^⑧ 就合理性的确定来说，被告的外国居民身份对合理性的分析具有重要作用。^⑨

（三）特定商业活动管辖权的发展趋势

对特定商业活动管辖权的重要性，学者们持较为一致的肯定意见。可以说，特定商业活动管辖权在美国法院的国际民事管辖权中地位日益重要，其适用条件从整体上来说，较持续商业活动管辖权来说也趋于稳定，即包括两个方面，一是被告与法院之间具有“最低联系”，二是法院对被告行使管辖权具有合理性，不违反公平正义观念。

① Gary Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts*, p. 150.

② *Irving v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 864 F.2d 383, 384-385 (5th Cir. 1989).

③ *Theunissen v. Matthews*, 935 F.2d 1454, 1462 (6th Cir. 1991).

④ *Base Metal Trading, Ltd. v. OJSC Novokuznetsky Aluminum Factory*, 283 F.3d 208, 215 (4th Cir. 2002); *Fields v. Sedgwick Assoc. Risks, Ltd.*, 796 F.2d 299, 300 (9th Cir. 1985).

⑤ *Benton v. Cameco Corp.* 375 F.3d 1070 (10th Cir. 1998).

⑥ *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985).

⑦ *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S., 478-479, (1985).

⑧ *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 481 (1985); *Paccar Int'l, Inc. v. Commercial Bank of Kuwait, S.A.K.*, 757 F.2d 1058 (9th Cir. 1985).

⑨ *Benton v. Cameco Corp.* 375 F.3d 1070 (10th Cir. 2004); *Afram Export Corp. v. Metallurgiki Halyps, SA*, 772 F.2d 1358 (7th Cir. 1985).

特定商业活动管辖权的不确定性依然存在，主要有三个方面：第一是“最低联系”的判断标准，存在着采“商业流通理论”和“有目的利用”理论的分歧。第二是特定商业活动管辖权否定单纯的侵权行为地法院以及合同履行地法院的管辖权，从“世界大众公司案”到“麦金泰尔案”均是如此，与大陆法系的管辖权制度凸显不同，也被美国学者质疑。^①第三，特定商业活动管辖权，作为一种特别管辖权，应该只是针对因为被告与法院地的联系引起的诉讼，那么什么叫做“因为被告与法院地联系”而引起的诉讼，也是一个问题。^②

正是因为特定商业活动管辖权的这些问题，也导致了持续商业活动管辖权的存在必要，因此有必要在未来进一步明确特定商业活动管辖权。在海牙国际私法会议有关管辖权的谈判中，美国代表团对特定商业活动管辖权条款一直坚持，尽管面对大陆法系国家尤其是欧盟国家强烈反对，也不因之而退缩，最终产生了多种妥协方案，^③这是和特定商业活动管辖权在美国国际民事诉讼中的重要地位密切相关的。

四 对商业活动管辖权的评价及其对中国的启示

（一）评价

1. 与大陆法系相关制度差异明显

美国的商业活动管辖权具有强烈的“美国特色”，与大陆法系的管辖权制度形成了鲜明对比。从微观上看，两者存在很大的差异。

第一，持续商业活动管辖权为美国所特有。大陆法系国家对法人的一般管辖权的依据限于法人的住所地法院或者法人主要营业所所在地法院；美国也有上述两类管辖权，持续商业活动管辖权是独立于上述管辖权以外的一般管辖权依据。因此，就这一点来说，美国法院可以行使一般管辖权的范围要宽于大陆法系。同时应该看到，美国联邦最高法院关于持续商业活动管辖权的最新判决提出了“在家”标准，倾向于将“持续商业活动”定义为商业活动的持续性系统系足以使得活动所在地可以被视为外国法人的住所；而大陆法系在解释法人的住所尤其是营业所所在地时也存在许多可能和不确定性，所以持续商业活动管辖权和以法人住所营业所为基础的管辖权之间的差异是否如我们想象的那么悬殊，值得进一步观察。

第二，特定商业活动管辖权与大陆法系国家的特殊管辖权制度也差别明显，这可以从比较《有关民商事管辖权和判决承认与执行的布鲁塞尔条例》（后文简称“《布鲁塞尔条例》”）中关于特别管辖权的规定与美国特定商业活动管辖权的立法与司法实践可以看到。《布鲁塞尔条例》规定的特殊管辖权的根据主要有合同履行地、侵权行为地、分支机构所在地；^④而在美国，上述地点都无法单独成为特定商业活动管辖权的依据，事实上，在美国最高法院判决的“世界大众

^① Patrick Borchers, “The Problem with General Jurisdiction”, (2001) *U. Chi. Legal F.* 119, pp. 129 – 132.

^② Linda Sandstrom Simard, “Exploring The Limits of Specific Jurisdiction”, (2001) 62 *Ohio State Law Journal* 1619, p. 1662.

^③ Article 6, Article 9, Article 10 (2) of Interim Text of Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

^④ Article 7 (1), (2), (5) of Regulation (EU) No 1215/2012 of The European Parliament and of The Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast).

公司案”“阿萨西案”“麦金泰尔案”中，法院再三认定侵权行为地法院没有管辖权；在“麦金泰尔案”中，联邦最高法院也明确合同缔结地、合同履行地这些地点不能成为法院行使特定商业活动管辖权的充分依据，必须要有其他因素一起方能成为行使管辖权的充要条件；同样的分支机构也不能成为充分依据。另一方面，即使侵权行为地、合同缔结地、合同履行地或者被告的分支机构没有任何一个地点在美国，如果被告向法院地销售或者购买的货物达到了一定的数量、或者其雇员或者代理人曾经多次前往法院地进行相应的活动等，美国法院依然可以主张管辖权。此外，被告在法院地拥有财产在大陆法系国家的国内法上是一般管辖权的依据；^①但在美国，如果不和其他因素相结合，甚至不能支持法院行使特定商业活动管辖权。总之，法院是否具有管辖权，不完全取决于上述抽象的概念，而取决于特定商业活动的实质内容。由此可见，美国的商业活动管辖权和大陆法系国家的相关管辖权制度，差异较大。

2. 标准模糊，适用复杂，缺乏明确性，但注重个案公正

从宏观上看，无论持续商业活动管辖权还是特定商业活动管辖权，其适用标准较大陆法系的相关规定来说，并不清晰。对于什么是“持续系统的商业活动”，怎么构成“最低联系”以及行使管辖权如何才能“合理”，有大量判例说明已如前述，也因此很难以简单明了的规则概括，每个案件都要根据具体的案件事实加以分析和确认，这使得法律适用非常复杂，体现了美国管辖权规则注重个案公正甚于注重规则明确，倾向弹性标准超过僵硬规则特点，这与美国的司法体制，尤其是法官在司法体系中的造法地位密切相关。与之相对应，大陆法系法官的主要任务是严格正确地适用法律，一般不能超越法律的规定，所以大陆法系的规则一般都较为确定明确但是也显得僵硬。

正是因为大陆法系对规则明确性确定性的关切，也导致谈判中美国和欧盟及其他国家在商业活动管辖权规则上的激烈争论。持续商业活动管辖权甚至在海牙国际私法会议的谈判中一度被列为禁止管辖权。但是公约禁止的管辖权往往都是过度管辖权，美国代表认为商业活动管辖权并不过度，至少和大陆法系的侵权行为地、合同履行地法院的管辖权相比，在缺乏其他因素的情况下，美国甚至是禁止侵权行为地法院和合同履行地法院行使管辖权的。因此，在涉及商业活动大陆法系的相关管辖权行使上比美国的商业活动管辖权更加“过度”，正因为如此，对大陆法系国家批评美国法院的商业活动管辖权是“过度管辖权”，美国学者认为是言过其实的，也并不信服。^②但我国有学者批评美国的商业活动管辖权具有不明确性，则可说是切中肯綮的。^③

（二）对中国的启示

1. 中国的相关法律制度及其问题

中国法律传统上属于大陆法系国家，但是就国际民事管辖权制度而言，则有融合大陆法系传统和美国管辖权制度的倾向。这一制度存在着性质模糊的问题，需要在立法和司法实践中进一步完善。

中国有关国际民事管辖权的规定分为两部分，一是《中华人民共和国民事诉讼法》（2012年修正，以下简称《民事诉讼法》）中关于涉外民事管辖权的专门规定；二是《民事诉讼法》关于

^① 如《德国民事诉讼法》第23条、《丹麦民事诉讼法》第248条第2款、《瑞典司法程序法》第10章第3条第1款。

^② Ronald A. Brand, "Due Process, Jurisdiction and A Hague Judgments Convention", (1999) 60 *University of Pittsburgh Law Review* 661, pp. 691, 695.

^③ 沈涓：《存异以求同、他石可攻玉——海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉（草案）与中国相关法律之比较研究》，载《中国国际私法与比较法年刊》2001年第4卷，第257页。

国内管辖的一般规定，在涉外案件根据专门规定无法确定管辖权时，中国法院也可以适用国内管辖的一般规定来确定法院的国际民事管辖权。其中，《民事诉讼法》第265条即为和商业活动管辖权相关的规定，按照这一规定涉及到合同的案件，合同缔结地或者履行地在中国，则中国法院可以行使管辖权，涉及到侵权行为的案件，侵权行为地在中国，中国法院可以行使管辖权，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第24条规定：“民事诉讼法第二十八条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。”住所在外国的被告在中国设有分支机构的，则中国法院也可以主张管辖权。另外，该条还规定了可供扣押财产所在地作为中国法院确定管辖权的依据。此外《民事诉讼法》第21条以及第23条到第32条国内法上一般地域管辖和特殊地域管辖的规定也可以类推适用确定国际民事管辖权。

对于上述规定，笔者认为既有大陆法系管辖权制度的传承，也有美国管辖权制度的影子。其大陆法系制度传承的表现就是国内一般地域管辖和特殊地域管辖的规定；其美国制度的影子则突出表现在第265条规定的合同缔结地作为管辖权依据，这是大陆法系国家所没有的，类似美国有些州“长臂法规”或者普通法的规定。但其在大陆法系的法规中出现，合理性值得探讨。^①

另一方面，我国法律对管辖权并不区分一般管辖权和特别管辖权，而是统一称为地域管辖权，将一般地域管辖定义为以被告住所为依据，特殊地域管辖以法律事实所在地、标的物所在地为标准确定的管辖。^②这样不明确区分管辖权的性质，容易导致实践中对一般管辖权和特别管辖权的混淆和误用。实际上，德国法上区分普通审判籍和特别审判籍，就是以法院可以受理的案件是任何与被告有关的案件，还是只是和被告在法院地特定活动有关的案件进行区分的。^③

2. 对中国的启示

根据美国商业活动管辖权的发展经验，笔者认为我国的相关法律制度应该在未来从如下两个方面加以完善。

(1) 区分一般管辖权和特殊管辖权分别加以规定

笔者认为，根据美国商业活动管辖权划分为一般管辖权和特别管辖权的经验，我国立法或者出台司法解释时或者应该明确我国《民事诉讼法》265条规定中所涉及各类管辖权的性质，以防法院在判决中误用。其中，对于合同、侵权、保险等引起的纠纷，明确规定为特别管辖权；对于因为分支机构、可供扣押财产为依据主张的管辖权，可以明确规定为一般管辖权，而不是像现在这样将两类管辖权都规定在《民事诉讼法》第265条，从而导致在实践中不适当适用。

(2) 有关概念应该给予更多弹性解释

同时为了适应社会经济制度的发展变化，从协调当事人利益的角度出发，对于有些法律概念的解释应该允许具有更大的灵活度。比如作为一般管辖权根据的法人或者其他组织的住所，是否仅仅解释为注册成立地或者主要办事机构所在地，是否还应该有其他可能比如管理中心所在地、主要营业所所在地等。

^① 肖永平、何其生：《对海牙〈民商事管辖权和外国判决公约〉（草案）的分析》，第282页。

^② 田平安主编：《民事诉讼法原理》，厦门大学出版社2009年第4版，第52—55页；齐树洁主编：《民事诉讼法》，厦门大学出版社2014年第8版，第114—120页；江伟主编：《民事诉讼法学》，复旦大学出版社2002年版，第152—158页。

^③ [德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第25页；[德] 奥特玛·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第52页。

总之，美国的商业活动管辖权的产生和发展，是美国固有法律制度适应现代社会的商业实践和企业制度发展需要的产物，它具有普通法的灵活变化的特点，同时也具有不确定性的问题。美国商业活动管辖权的不确定性是以规则确定性为主要追求的大陆法系国家难以容忍的不足，这也是为什么在海牙谈判中该制度甚至一度被置于禁止管辖权的行列，后来美国虽然努力使得该种管辖权成为了容许的管辖权，缔约的努力仍然归于失败。但是，商业活动管辖权在相当程度上反映了商业实践的现实，具有狙击商业资本逃避法律责任和保护市场经济中弱方当事人，实现法律公正的作用。

笔者认为，就持续商业活动管辖权来说，虽然其不确定性最为严重，与我国法律传统、法律制度严重乖离，但是，持续商业活动管辖权所包含的思想，如果外国法人在住所或者营业所以外持续进行商业活动，那么为了确定管辖权的目的，我们可以认为其具有两个以上营业所，这是符合全球化商业发展现实的，这对于我国一般管辖权制度中对法人住所的解释具有启发意义；特定商业活动管辖权制度，同样也具有灵活性过度而确定性不足的问题，但在确定这一管辖权时，对被告的正当预期的考虑，对我国具有启发意义；美国法院对管辖权行使中合理性的判断，对于我国不方便法院原则的运用也有启示作用。因此，对这一制度，不应简单斥之为“过度管辖权”，而应该深入研究，吸取其合理部分为我所用，以完善我国国际民事管辖权制度；同时在涉外谈判中，也应该在深入理解这一管辖权实质含义的基础上，提出中国自己的立场和看法。

Doing Business Jurisdiction in U. S. International Civil Litigation

Gan Yong

Abstract: Doing business jurisdiction is the jurisdictional institution of American characteristics asserted against foreign legal persons in international civil litigation in U. S. embodying the differences between common-law and civil-law systems with respect to international jurisdiction. It includes doing business jurisdiction and transacting business jurisdiction. The former is based on the continuous and systemic activities conducted by the corporation defendants within the forum State and can be asserted with respect to any and all cause of actions brought against the defendants, the latter on the lesser activities conducted by the corporations defendants within the forum State which suffice to constitute minimum contacts with the forum, and only with respect to the cause of actions arising out of or related to the defendants' those activities. The defect of this jurisdictional institution is its uncertainty, and its advantages, namely the adaptability to the commerce reality and emphasis on case-by-case justice can serve as an inspiration for the improvements of China's international civil jurisdiction.

Keywords: Jurisdiction, Doing Business, Transacting Business, International Civil Litigation

(责任编辑:李庆明)