

涉外 民商事案件 管辖权 制度研究

STUDY
ON THE JURISDICTION OF
CIVIL AND COMMERCIAL CASES
INVOLVING FOREIGN ELEMENTS

李旺 主编

涉外民商事案件的管辖权是国家基于主权而行使的权力，是本着公平、合理、经济之原则在国际范围内对审判权的划分。涉外案件管辖权的合理分配对保护当事人的合法权益、维护正常的国际经济交往具有重要意义。在经济全球化的浪潮下，已迈入WTO的中国，涉外案件管辖权制度之完善刻不容缓。

知识产权出版社

教育部人文社会科学研究项目

涉外民商事案件 管辖权制度研究

李 旺 主编

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

涉外民商事案件管辖权制度研究/李旺主编. —北京:

知识产权出版社, 2004. 8

ISBN 7-80198-029-8

I. 涉… II. 李… III. 涉外案件-国际商事仲裁-管辖权
-研究-中国 IV. D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 088786 号

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人
不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆
须承担全部民事责任及刑事责任。

涉外民商事案件管辖权制度研究

李 旺 主编

责任编辑: 刘 睿 责任校对: 韩秀天

装帧设计: Sun 工作室 责任出版: 杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

[http: //www. cnipr. com](http://www.cnipr.com)

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

知识产权出版社电子制印中心印刷

新华书店经销

2004 年 8 月第一版 2004 年 8 月第一次印刷

850mm × 1168mm 1/32 印张: 6. 625 字数: 150 千字

印 数: 1 ~ 3 000 册

ISBN 7-80198-029-8/D · 249

定 价: 12.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

内容提要

中国加入世界贸易组织后，相关的法律制度需要进一步完善，本书就国际经济交往中所产生的民商事法律纠纷，我国法院应如何确定管辖权的问题进行了探讨，对我国相关领域的法学研究以及司法实践具有重要的参考价值。

本书可供高等院校法学专业师生参考使用，也可供法官、律师及相关从业人员阅读。

目 录

1	国际民事诉讼上的“过度管辖权” 及其规制	李 旺 陈义进
30	国际民商事诉讼管辖权冲突解决 方法的发展与完善	齐湘泉 王欢星
48	解决中国区际民事诉讼管辖权冲突的 理性设计及实现途径	刘 力
69	海牙非排他性法院选择协议 研究	马 茵 杨广元
103	涉外知识产权案件管辖权的协调 ——兼评海牙《民商事案件管辖权和外国 判决承认与执行公约草案》中关于 知识产权案件管辖权的特殊规定	何晓刚
127	涉外海事案件中的扣船管辖问题研究	崔 征
158	《韩国国际私法》与海牙《民商事管辖权及 外国判决公约(草案)》之比较	苏小娅
184	日本关于国际诉讼竞合的法律 制度	李 旺 马 茵

国际民事诉讼上的“过度管辖权” 及其规制^①

一、导 言

对于涉外民商事案件的管辖权在各国之间的划分，现代国际法还没有形成一般的法律规则。除了一些特殊的限制外，各国对涉外民商事案件管辖权的决定和行使，实际上享有充分的自由裁量权。^② 这一原则在常设国际法院 1927 年对“莲花号案”^③ 的判决中表述得很清楚：“国际法远远没有规定一个一般的禁止，要求各国不将其法律的适用及其法院的管辖权扩及其境外的人、财产和行为，它任由各国在这方面有很大程度的自由裁量权，这种自由裁量权只是在某些情况下受到禁止性规则的限制；就其他情况来说，每一国家仍然可以自由地采取其认为最好和最适当的原则……”“在这种情况下，可以要求于一个国家的充其量只是：它不得逾越国际法对其管辖权的限制；在这些限制的范围内，它行使管辖权的资格以其主权为依据”。然而，国际法上限制国家的管辖权的禁止性规则实际上

① 本文原载《中国国际法年刊 1999》，法律出版社 2002 年版，有适当修改。

② 李浩培：“论规范国际民事裁判管辖权的多边条约”，载《中国国际法年刊（1993）》中国对外翻译出版公司 1994 年版，第 202～225 页。

③ D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Fourth Edition, Published in 1991 by Sweet & Maxwell Ltd., Page 253

只有一个，即国家对享有豁免权的国家、国际组织和自然人，不得行使管辖权。在这个限制的范围内，一个国家无论如何扩大其管辖权，在国际法上都不能说是过度的。正因为如此，一些国家在其国内法上对涉外民商事案件规定了非常广泛的管辖权。然而，一方面，这其中的某些管辖权给诉讼当事人带来了很大的不便，使诉讼当事人在享有诉讼权利上失去公平；另一方面，涉外民商事案件的判决往往需要在原判决国以外的国家承认和执行。在当今民商事交往日益频繁的情况下，很少有国家完全拒绝承认和执行外国法院的判决，但是各个国家对外国法院判决的执行往往并不能像美国各州之间法院判决的承认与执行那样采取“完全诚信”原则，一般情况下都会附加一定的条件。这其中最重要的条件之一，即是原判决国法院必须享有管辖权。对于原判决国是否有管辖权的判断标准，除了印度、巴基斯坦、缅甸、丹麦、芬兰、冰岛、挪威、瑞典、卢森堡等国采取依原判决国国内法规定的做法外，绝大多数国家，如德国、意大利、英国、美国、加拿大、澳大利亚、日本等均要根据本国国内法——间接国际裁判管辖权，来衡量原判决国是否享有管辖权。^①而这些间接国际裁判管辖权一般会对其认为不适宜的外国法院的管辖权加以排除。在这种情况下，一些原判决国行使管辖权的根据往往不为被申请承认和执行判决的国家所认可，从而导致判决不能被承认和执行。对于这些不能得到普遍认同的不适宜的国际民事管辖权，学者们称之为

^① 王国征：“外国法院判决承认与执行中的管辖权”，载《中国人民大学学报》，1998年第5期。

“过度管辖权”^①。

二、过度管辖权在各国的体现

对于过度管辖权，国际上并无统一的定义，其范围亦难以严格界定。但是，这种“过度管辖权”却是最经常受到学者们批评的。具体分析一下这些典型的过度管辖权的情况将有助于对这个问题进行进一步的讨论。

（一）以当事人国籍为根据的管辖权

采用国籍原则以决定直接国际裁判管辖权的国家，以法国最为著名。1804年《法国民法典》第14条规定：“不居住于法国的外国人，曾在法国与法国人订立契约者，因此契约所生债务的履行问题，得由法国法院处理；其曾在外国订约对法国人负有债务者，亦得由法国法院受理。”同法第15条规定：“法国人在外国订约所负的债务，即使对方为外国人的情形，得由法国法院受理。”虽然该两条规定都明文限于契约债务，但法国法院判例予以扩张解释的结果，该两条适用于一切财产的和非财产的诉讼及非讼事件。法国法院只是在下列三种情况下没有直接国际裁判管辖权：（1）关于坐落在外国的不动产的物权诉讼；（2）关于在外国的不动产遗产的分割诉讼；（3）关于在外国实施的执行方法的诉讼^②。

这些规定表明，只要法国人作为诉讼当事人一方，不论其为原告或被告，也不论其在法国有无住所或居所，甚至案件的

^① L. I. De Winter, *Excessive Jurisdiction in Private International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, V. 17.

^② 李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年版，第51页。

基本事实与法国毫无关系，法国法院都有管辖权。这种规定赋予法国人一个特权，即不论在何种情况下，法国人都能把外国人作为被告在法国法院起诉。如果该外国人居所、住所在外国，就不得不长途跋涉到法国法院应诉。如在“La Metropole” in paris v. “W. H. Muller” in London 一案^①中，法国最高法院认为，法国的保险公司 La Metropole 在赔偿了英国 Davidson 有限公司在运输过程中损坏的货物的损失后，即继承了 Davidson 公司对船主 W. H. Muller——一个英国公司的权利，因此可以在巴黎的法院对后者提起诉讼。而当诉讼当事人都是外国人时，法国民法对此并无明文规定，但依其最高法院之解释，多主张不予受理，即使诉讼当事人的住所或居所在法国。^②《法国民法典》第 14 条和第 15 两条之规定及其判例，显然是以这样的思想为基础：法国国民受法国主权的支配，同时也受法国主权的保护。因此，凡是法国人，不论其居住在国内或国外，其民商事案件都应由法国法院受理；凡是外国人，不论其是否居住在法国，其与法国人之间的民商事案件，也应由法国法院受理。

然而，随着社会的前进和发展，各国之间的交往日益频繁，民商事之纠纷往往并不与国籍有多大联系。因此，法国这种以狭隘的主权保护观念为基础的直接国际裁判管辖权制度把外国人与本国置于不平等的位置上，具有明显的沙文主义色彩，充分表现出其管辖权的过度性，因而遭到一些国际私法学

^① Cour de Cassation, March 21, 1966, Dalloz 1966 II, 429. 转引自 L. I. De Winter, Excessive Jurisdiction in Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, V. 17.

^② 卢峻著：《国际私法之理论与实际》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 153 页。

者和其他国家的强烈批评。如德洛姆认为《法国民法典》第14条是“一个外国人在并不知道存在特权的情况下会掉进去的一个陷阱”^①。

（二）以财产所在地为根据的管辖权

《联邦德国民事诉讼法》第23条规定，对在内地没有住所的人提起的有关财产法上的请求权上的诉讼，财产所在地法院有管辖权。德国判例及学术界一般以二重机能说为前提，认为这一条同时规定了国内地域管辖和国际案件管辖。由于德国的判例以第23条的文理字面解释为依据，在事件与内国无关或请求额与财产价值不平衡时也广泛肯定德国法院的国际管辖权。首先，关于财产的现实性，德国判例及学术界的一般观点均认为《联邦德国民事诉讼法》第23条所说的财产不问物权、债权及其他财产权，包括现实发生的全部财货。联邦法院判决认为，被告为债权者的土地债务，以及没有成立的被担保债权也可以成为“财产”。无论财产是否根据被告的意思带入国内都不成问题。以前面的诉讼为起因，被告对原告的诉讼费用的请求权，可以根据第23条使德国法院有管辖权，即被告对原告的诉讼费用请求权可以被视为被告的“财产”。但是如果前诉仅仅是为了使原告的诉讼费用请求权发生而提起的，根据诚实信用原则应该否认这种诉讼请求权的“财产性”。其次，关于财产的价值，德国法院认为，被告使用的一册账簿、一把水果刀或一双胶鞋的存在，都构成对居住在国外的被告提出数十倍甚至数百倍金额请求的根据，即不要求被告在内国的

^① Delaume, *American - French Private International Law* (1953), Page 57, 转引自 L. I. De Winter, *Excessive Jurisdiction in Private International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, V. 17.

财产能够足以满足诉讼请求。^① 1975 年的“尼日利亚中央银行案”^② 是德国此种管辖权的典型体现。

1975 年，尼日利亚共和国着手进行一项庞大的建设计划，并与全球的供应商签订合同，让他们向其首都拉各斯——也是其主要的港口，运送水泥。绝大多数合同要求付款根据尼日利亚中央银行签发的信用证凭单支付。然而，结果是，由于拉各斯港口并不具备接受运输船只或卸载水泥的能力，运输船只在南大西洋排起了长队。在这种情况下，尼日利亚企图取消合同。出售方——其中有很多是购买了水泥以履行与尼日利亚的合同的中间商，在一切可能的地方提起对尼日利亚政府违反合同的诉讼，同时也起诉尼日利亚中央银行拒付信用证。在德国，一家列支敦士登公司以尼日利亚中央银行在德国法兰克福开有账户，根据《联邦德国民事诉讼法典》第 23 条提起对尼日利亚中央银行的诉讼。法兰克福法院认为，虽然原告、被告在法兰克福均无住所，信用证的支付地及合同履行地也不在法兰克福，但是被告在法院地有财产，这就足以使法兰克福法院具有管辖权，而不管此诉讼的判决最终能否得到国际上的承认。^③

《奥地利民事诉讼法》第 99 条几乎和《联邦德国民事诉讼法》第 23 条一样承认财产所在地的管辖权。其过去的解释和德国的判例一样存在着相同的问题。对“财产”概念的解

① 郭玉军：“财产所在地的国际裁判管辖权”，载黄进、刘卫翔等编：《当代国际私法问题》，武汉大学出版社 1997 年版，第 316 以下。

② Andreas F. Lowenfeld, *International litigation and the quest for reasonableness*, Oxford University Press, 1996, Page 58 – 60.

③ 德国在国家及其财产豁免权上采取限制豁免主义，因此在该案中法兰克福法院没有给予尼日利亚中央银行豁免权。

释相当广泛，除了将被告对内国国民享有的债权，即使是处于诉讼争议中的债权，也视为“财产”外，关于财产价值与诉讼额也同德国一样没有什么限制。有以下判决为证：以法国籍滑雪选手忘在旅馆的裤子为理由对有关认领的诉讼行使管辖权的判决；以在内国有价值 100 克郎的西服袖口扣子为依据，对 10 万克郎支付请求行使管辖权的判决；以被告在内国有 42 先令的债权为理由，对 3 万先令的债务行使管辖权的判决。

当争议与被告在某地所拥有的财产无关时，以此确定对诉讼的管辖权，显然对被告不太公平。而且，当作为管辖依据的财产远比诉讼的争议额为小时，即使从利于判决执行的角度看，也是站不住脚的。因此，不加限制地适用以财产所在地为管辖根据的原则显然是走得太远了。

（三）有效性原则

英国法院管辖权的基本原则是有效性原则或实际控制原则。只要被告出现在英国，传票送到他手中，法院对该被告就有管辖权。因此，即使被告不具有英国国籍，住所、居所均不在英国，诉讼原因不发生在英国或与英国无关，仅凭被告在英国境内被送达传票这一点，就构成了法院管辖权的根据。英国上诉法院 1972 年 *Maharanee of Baroda V. Wildenstein* 一案^①可以很充分的说明这一原则。

该案原告是一位居住在法国的印度王妃，被告是一个从事艺术品买卖的美国商人，其住所亦在法国。被告于法国出售了一幅被告称为是由法国绘画大师巴雪（Boucher）所绘的名画给原告。后原告将画带到英国，经英国专家鉴定不是巴雪所

^① 杨贤坤主编：《中外国际私法案例述评》，中山大学出版社，1992 年第一版。

绘。原告趁被告到英国短暂逗留的时机，向英国法院提起诉讼，要求赔偿。法院在阿斯科特赛马场对被告送达了传票。被告抗议称此案同英国无关，应在法国起诉，初审法院裁定驳回起诉，但上诉法院却裁定英国法院对该案有管辖权。

这个案例中被告在英国既无住所，又无惯常居所，只是暂时停留在英国时收到了传票，英国法院就有了管辖权。这是有效性原则的具体体现。更有甚者，英国 1852 年的《普通法程序条例》第 18 条和第 19 条一改普通法关于不能向英格兰及威尔士以外送达传票的规定，赋予法院向境外送达传票的自由裁量权。这种自由裁量权现在主要体现于最高法院规则第 11 号令第 1（1）条的规定。^① 英国法院的管辖权因此而更加广泛了。莫里斯在《冲突法》一书中说：“一般的讲，英国法院是向全世界开放的，这尤其表现在：任何人都不会因为是外国人而不能在英国法院起诉和被诉。”^② 尽管英国法院将向境外送达的传唤文书不叫传票而改叫传票的通知，但这并不能改变问题的实质。这种不管案件是否与法院所在地有联系而通过向境外送达传票的方法确定管辖权的做法显然是不能为其他国家所接受的。

（四）长臂管辖

传统的美国涉外民事案件的管辖原则与英国一样，为“实际控制”原则。该原则认为，只要被告在接受传票时身在法院所在的州领土范围之内，该法院即有管辖权。美国大法官

① 莫里斯著：《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司 1990 年第 1 版，第 69 页以下。

② 莫里斯著：《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司 1990 年第 1 版，第 54 页。

霍尔姆斯指出，美国“管辖权的基础就是物质权力”^①。然而1945年美国联邦法院在处理国际皮鞋公司诉华盛顿州^②一案中，形成了所谓“最少联系”理论。在该案中，法院认为：“从历史上来看，法院对人诉讼的管辖权是由于它们能对被告有实际上的控制力而取得的，因此，被告是否处于该法院的领域管辖之内是法院作出约束被告判决的前提。但……正当程序只要求使一个被告服从于一个对人的判决，如果他不在该法院领域内的话，只要其与法院有某种最少联系，即可以对他进行管辖，而此举并不违反公平和实质正义的传统观念。”此案一方面使对合理性、公平与实质正义的考虑取代物质权力成为检验法院管辖权是否符合美宪法修正案第14条正当程序^③规定的标准；另一方面，使诉因与被告在法院地的行为之间的联系成为法院关于管辖权的主张是否成立的决定因素。而这种联系，只需要是最少联系，即凡是被告与美国某一州有“最少联系”的，该州即有管辖权。

受最高法院上述判决的影响，伊利诺斯州于1955年首先制定了《长臂管辖法》。其中第17节规定，州外居民在该州进行如下行为，该州法院就对其产生管辖权：（1）在州内进行任何交易行为；（2）在州内为侵权行为；（3）对在州内的

① McDonald v. Mabee, 243 U.S. 90 at 91 (1917), Justice Holmes: “... the foundation of jurisdiction is physical power.”

② 326 U.S. 310, 66 S.Ct. 154 (1954). See Richard H. Field, Benjamin Kaplan, Kevin M. Clermont, Civil Procedure, The Foundation Press, Inc., 7th Edition, Page 965.

③ The Constitution of the United States of America, Amendment XIV, “... nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; ...”

不动产所有、占有或使用；（4）对州内的人、财产或其他风险有保险的契约。此后其他各州纷纷效仿，形成了当今在美国各州风行的“长臂管辖权”。所谓长臂管辖权就是对不需要其接受、也不居住在那里的人和公司行使管辖权。“长臂管辖权”的主要理论基础就是最少联系原则。美国各州的长臂管辖法令内容大致相同。在《美国冲突法重述》的第 27 节^①中，各州长臂管辖权的内容被归纳为 10 个方面：

- （1）当事人在该州出现；
- （2）当事人在该州有住所；
- （3）当事人居住在该州；
- （4）当事人是该国国民或公民；
- （5）当事人同意该州法院管辖；
- （6）当事人出庭应诉；
- （7）当事人在该州从事业务活动；
- （8）当事人在该州曾为某项与诉因有关的行为；
- （9）当事人在国（州）外做过某种导致在该州发生效果的行为；
- （10）当事人在该州拥有、使用或占有与诉因有关的产业。

凡是具有上述 10 种情形之一者，均被视为该当事人与该州有最少联系，该州法院对他即有管辖权。对于各种联系的解释，一般也非常宽泛。这其中最受批评的是以从事业务活动为根据行使管辖权。按照美国法院的实践，任何一个公司只要在某一州进行过一些活动，不管这些活动与诉讼有没有实质性联系，均可在该州法院被诉。从 *Bryant v. Finnish National Air-*

^① The Restatement of the Law, the Conflict of Laws, Second Edition, § 27.

lines 一案^①可以对美国法院的做法略窥一二。

该案原告是纽约州的居民，在美国某航空公司工作。他在法国巴黎机场换乘芬兰航空公司飞机时由于芬兰航空公司的过失而受伤。他以此为理由向纽约州法院起诉芬兰航空公司要求损害赔偿。于是纽约州法院管辖的要件是否要求被告芬兰航空公司在纽约州进行业务活动就成为争议点。被告的住所在赫尔辛基，被告在美国没有登记，该公司的股东、董事、主要负责人也均不是美国人，该公司飞机的航线也是在美国之外的国家。该公司在纽约州有既不卖票也不收款的营业所，该营业所的主要业务是为被告公司欧洲营业所办理旅行预约代理后转交给欧洲营业所，有时则是把预约的情报交给欧洲营业所，或进行广告宣传业务。该公司虽然同纽约营业所的职员没有正式缔结劳务合同，但在银行开有余额为 2 000 美元以上的账户，以此支付职员的工资。

根据上述情况，纽约州的上诉法院法官的多数意见认为，被告在纽约州没有进行业务活动，纽约州法院对被告没有管辖权。因此，原告向纽约州最高法院上诉。纽约州最高法院撤销上诉法院的判决，认为被告在纽约州没有飞行业务，并不是决定性的关键事实。被告在纽约州有营业所，有自己的职员，在银行有账户，并且同其他的航空公司有旅行代理店的业务关系，该营业所虽然不卖机票，但把预约代理的情况转交给欧洲公司，且被告公司公开进行广告等活动。这些足以说明被告与州之间有最少联系。因此，即使该案的诉因发生在州外，与被告在该州的活动完全没有关系，但被告与管辖州之间已经有最

^① (1965) 15 N. Y. 2nd 426, 转引自：白绿铨，《美国民事诉讼法》，经济日报出版社 1996 年，第 17 页以下。

少联系。因此，纽约州法院就具有对人管辖权。

美国最高法院从来没有对最少联系下过确切的定义，全凭美国法院以自由裁量权判定。也就是说，对外国当事人有没有管辖权取决于美国法官的主观意志，这已经使别国难以接受。更有甚者，美国有些州的做法比最少联系原则走得更远，即使缺少《冲突法重述》中所归纳的各种联系，只要法院认为存在某种使得管辖合理的因素，也被认为有管辖权。如加利福尼亚《民事诉讼法典》甚至规定：“凡是不违反本州和联邦宪法，本州法院以任何根据都可以行使管辖权。”^①由此可见，美国长臂管辖的触角几乎是无所不及的。这种状况，显然难以各国所接受。

（五）我国的相关规定

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第243条规定：“因合同纠纷或其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。”

在此条的规定中，关于以被告在法院地有可供扣押的财产为基础行使管辖权，前面已经述及，如果无限制地适用，将会造成在财产和诉讼请求没有任何关联时，或只有少数财产在中国而无法满足请求额时，也承认国际裁判管辖权的结果。关于

^① California Code of Civil Procedure, § 410. 10.