



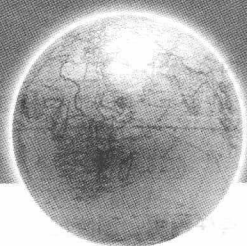
当代国际法 论丛

· 第9卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编

知识产权出版社

上海市教委重点学科国际法学(J51103)



当代国际法 论丛

· 第9卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编

知识产权出版社

内容简介

本书收集了华东政法大学国际法学院的诸位老师的论文共 29 篇, 内容涉及国际法的各个领域, 从不同角度对国际法进行解读、阐释、探究、评述, 这些论文对研究、从事国际法务工作的人不乏借鉴参考意义, 对学习国际法的师生也有启发、指导作用。

责任编辑: 国晓健

图书在版编目 (CIP) 数据

当代国际法论丛. 第 9 卷/华东政法大学国际法学院主编.

—北京: 知识产权出版社, 2009. 12

ISBN 978-7-80247-644-8

I. 当… II. 华… III. 国际法—文集 IV. D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 213190 号

当代国际法论丛 (第 9 卷)

DANGDAI GUOJIFA LUNCONG

华东政法大学国际法学院 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8240

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2010 年 3 月第 1 版

字 数: 346 千字

ISBN 978-7-80247-644-8/D·900

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: anxuchuban@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 12.875

印 次: 2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

丁 伟 / 论中国国际私法立法体系的和谐发展——中国 国际私法法典化的再思考	1
丁 伟 / 关于“选择性仲裁请求”若干法律问题的探讨	13
张泽平 / 浅议国际税收协定争议仲裁的法律属性	26
梁 敏 / 简评我国确认涉外仲裁协议效力的法律适用原则	34
倪 静 / 国际知识产权争议仲裁的优势、困境及对策	45
刘宁元 / 建立在效果标准基础上之反垄断法域外管辖的 正当性分析	59
司平平 / 市场力量与搭售	69
司平平 / 美国、欧盟反垄断法的立法与执法机制	76
袁发强 / 国家安全审查制度——一个并非反垄断的话题	103
马之遥	
施海渊 / 日本的政府规制与竞争政策研究	116
施海渊 / 日本反垄断法的执行体系研究	132
袁发强 / 人权保护对当代婚姻家庭领域国际私法的影响	145
李 晶 / 论禁诉令在中国的运用	159
丁成耀 / 国际法上制裁措施之我见	170
管建强 / “中日东海共识”模式难望全面解决东海划界争端	188
管建强 / 论美国擅自在中国专属经济区从事“军事测量”的 不当性——中美海上对峙的美方“理由”之国际法分析	200
王 勇 / 论中美三个联合公报的法律性质	215
王 勇 / 中美关于美国对台军售问题争议的法律思考	230
魏友宏 / 以《联合国国际货物销售合同公约》为视角论我国 对条约的保留之适用问题	237
陈国军 / 国际货物买卖合同中所有权的移转问题研究	242



魏 红 / 试析《里斯本条约》对欧洲一体化走向的影响	257
魏 红 / 世界主要航运中心模式比较及对上海建设国际航运 中心的启示	269
陈宪民 / 论海商法法律适用原则	283
李 娟 / 试述集装箱提单项下的“不知条款”	294
罗小莹 / 见索即付保函欺诈的相关法律问题	304
彭 淑 / 论国际服务贸易中的区域规则与多边规则的冲突	317
甘 璞 / 对华“双反”潮下的若干法律问题研析	336
邱进前 / Well-known Trademark Protection in China: A Business Name in Conflict with A Well-known Trademark	362
李 泳 / 国际税收协定中受益所有人问题探究	381
李 泳 / OECD 税收协定范本中 183 天规则项下的雇主识别 问题探究	396

论中国国际私法立法体系的和谐发展

——中国国际私法法典化的再思考

丁 伟

制定一部体系完整、逻辑严密、内容全面的《中华人民共和国国际私法典》，是以现代中国国际私法学奠基人、已故的中国国际私法学会名誉会长、德高望重的韩德培先生为代表的中国国际私法学界积极追求的崇高目标。二十多年来，国际私法学界同人努力追随国际私法法典化的世界潮流，矢志不渝地致力于推动中国国际私法法典化的立法进程，这种努力集中体现为由韩先生领衔的《中华人民共和国国际私法示范法》起草工作小组凝聚了我国国际私法学界专家、学者的共同智慧，历时六年，五易其稿，终于在 1999 年完成了示范法的起草和修改工作，并于次年正式出版。这部示范法的问世在中国国际私法学说史、立法史上留下了浓墨重彩的一笔。值此示范法制定十周年之际，我们抚今追昔，深切缅怀韩先生致力于中国国际私法法典化的不朽功绩。本文拟从形成完善的中国特色社会主义法律体系，构建和谐、稳定的中国国际私法立法体系，破解中国国际私法法典化立法障碍的角度，对在新的历史条件下中国国际私法法典化的必要性与现实可能性提出新的思考。

一、中国国际私法法典化是完善中国特色社会主义法律体系的时代要求

近年来，我国以科学发展观为指导，积极致力于构建中国特色社会主义法律体系，立法工作迈入了高速发展的轨道。2008 年 3 月，吴邦国委员长在十一届全国人大一次会议第二次全体会议上宣布：中国特色社会主义法律体系已经基本形成，为了实现到 2010 年形成中



国特色社会主义法律体系的目标，2009年是关键性的一年，要在形成中国特色社会主义法律体系上迈出决定性步伐。为此，在提高立法质量的前提下，一要抓紧制定和修改在法律体系中起支架作用的重要法律，二要完成法律清理工作。^①以科学发展观为导向，一个完善的社会主义法律体系应当符合全面、协调、可持续发展三个要求。按照全面发展的要求，应当全面推进各项立法工作，促进各个部门法的全面发展。随着国际私法所调整的国际/涉外民商事关系已成为我国法律调整的基础性法律关系之一，国际私法在我国整个法律体系中的地位将大大提升，这一独特的法律制度在我国改革开放和现代化建设中的重要作用与日俱增，国际私法无疑是中国特色社会主义法律体系中重要的支架性法律。按照协调发展的要求，既要坚持协调发展观，促进法律治理系统内部各领域、各部门法之间的协调发展，优先发展国际私法这一我国法律体系中相对滞后的部门法，又要确保国际私法立法整体协调性，保证国际私法立法内部的协调、同位阶法律之间的协调、不同位阶法律法规之间的协调、国际私法与整个法律体系相互之间的协调一致。按照可持续发展的要求，必须坚持与时俱进的科学态度，正确处理法律的稳定性与改革的变动性之间的关系，坚持国际私法“立、改、废”三者并重的原则，既要认真总结二十多年我国国际私法立法成功经验以及司法与仲裁的丰富实践经验，充分吸收理论研究以及国外相关立法的最新成果，及时填补立法的空白，又要注意适时修改或废止国际私法立法体系中不适应现实状况和实际需要或与相关法律抵触的规定、司法解释，同时也要注意在立法中留有余地，使我国国际私法的立法始终保持持续发展的动力。

值得关注的是，按照十一届全国人大常委会确定的立法规划，条件成熟时将提请审议《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》），这一立法项目的启动，是继2002年12月九届全国人大常委会第31次会议分组审议《中华人民共和国民法》（草案）后我国国

^① 引自2009年3月9日吴邦国委员长在十一届全国人大一次会议第二次全体会议上所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》。

际私法立法的重大举措,将再度聚焦中国国际私法学界的眼光,引发新一轮的研究中国国际私法立法的热潮。然而,《法律适用法》的主旨在于规范法律适用问题,未将同属国际私法规范的管辖权、外国判决/仲裁裁决的承认与执行等程序性规范纳入其中,这意味着这一法律一旦出台,在今后相当长的时期内,中国国际私法学界无法如愿以偿地期待一部体系完整的国际私法典在中国问世。^①鉴于《法律适用法》将以单行法的形式将现行有效的散落在《民法通则》第八章及一系列单行法规和司法解释中的法律适用规范囊括其中,该法审议出台后,其他载有法律适用规范的专门法、单行法并不当然失效,是否需要废止尚不得而知。倘若这些法律适用规定继续保留,将产生一系列悬而未决的问题:这些法律适用规范与《法律适用法》是什么样的关系?是同一位阶的新法与旧法的关系,或者一般法与特殊法的关系,还是不同位阶的上位法与下位法的关系?在中国国际私法立法体系中规制同一法律关系存在不尽相同的两套或多套法律规范,这是立法的常态,还是过渡时期立法的特例?倘若这些法律适用规范需要废止,如何启动立法程序?是分别启动立法程序,逐一废止,还是采用简易程序,一揽子废止?是单纯地制定《法律适用法》,还是将制定这一法律与现行立法中法律适用条款的清理工作有机结合起来?是制定《法律适用法》,并将之作为中国国际私法立法的终极目标,还是作为阶段性目标,最终将过渡到制定国际私法典?如果答案是后者,从我国社会主义法律体系建设的要求和立法、执法成本来看,有无必要分两步走,若干年后启动新的立法程序,再次对我国国际私法规范进行重新整合?笔者认为,这些问题并非虚拟的,一旦启动《法律适用法》立法程序将十分现实地摆在立法者面前,如果制定一部中国国际私法典将一劳永逸地解决困扰我们的这些问题。在构建中国特色社会主义法律体系迈出决定性步伐的特定背景下,我们应当审时度势,站在整个国家法制发展的战略高度,重新审视中国国际私法立法的发展

① 丁伟. 论中国国际私法立法与理论研究的良性互动 [M] // 华东政法大学国际法学院, 主编. 当代国际法论丛 (第6卷). 北京: 北京大学出版社, 2006: 1-11.

方向，高度重视立法模式对于确保中国特色社会主义法律体系中国际私法规范与其他法律、法规的和谐、统一的重要作用，以积极、有为的态度认真研究新的历史条件下国际私法法典化的必要性。

二、中国国际私法法典化是中国国际私法体系和谐发展的内在要求

法制的本质特征是要要求法律体系的内在统一，中国国际私法立法体系的和谐发展既要求国际私法规范与整个社会主义法律体系的协调一致，又要保证国际私法体系内部同位阶法律之间的协调、不同位阶法律法规之间的协调一致。协调一致的显性标准是调整同类性质社会关系的不同法律、法规的前后规定应当一致，唯有如此，才能够“范天下不一而归一”，为人们提供一个确定性的指引和明晰的行为范式。如果不具有协调性、一致性，就失去了其作为标准行为范式的外在要件。^① 由于中国国际私法的立法长期以来一直采用后法袭用前法表述的方法，^② 前法与后法虽同时保持效力，但由于内容相同或相似，似乎相安无事，不易发生冲突。但是，从现代系统论的角度来看，法律规范都具有构成单元之间的结构化联系的意义，一个系统中的各个组成部分相互联系构成一个有机的整体。^③ 表述相似的法律规范隶属不同法律系统时，在不同的法律语境下，其含义不尽相同。因此，同一社会关系和同一社会主体，当受不同法律调整时，由于每一部法律、法规的立法目的和调整方式不同，加之立法中的技术性因素，难免发生不同法律之间、法律与法规之间的矛盾与冲突。从中国国际私法立

① 李长喜，立法质量检测标准研究 [M] //立法研究（第2卷），北京：法律出版社，2001：148。

② 如关于涉外合同之债法律适用的规定立法几经规范，从1985年《涉外经济合同法》第五条、1986年《民法通则》第一百四十五条，到1999年《合同法》第一百二十六条，再到2002年《民法》（草案）第五十条，在长达十七年的时间里，始终采用了后法沿袭前法表述的保守方法。

③ 李龙，主编，良法论 [M]，武汉：武汉大学出版社，2001：257。

法的现状来看,其显著特征是立法体系的多层次,与此相适应,在立法模式上,不拘于单一形式,而是采取以专章、专篇系统规定国际私法规范为主,以有关单行法中列入相应国际私法规范为辅的立法模式。在《民法通则》第八章(涉外民事关系的法律适用)中集中规定了一系列冲突规范,在《民事诉讼法》第四编中系统规定了涉外民事诉讼程序的特别规定,在《仲裁法》中也专门载入“涉外仲裁的特别规定”一章。与此同时,在《合同法》、《继承法》、《票据法》、《收养法》、《民用航空法》、《海商法》以及《海事诉讼特别程序法》等单行法律中也列入了国际私法的有关规定。分散立法是特定历史时期中国国际私法立法的必由之路,在国际私法的立法体系不完善,立法缺乏规划的情况下,客观上有助于及时填补国际私法立法上的空白。^①然而,在充分肯定其历史作用的同时,应当清楚地看到其历史局限性,这一立法模式导致了现行我国国际私法立法体系支离破碎,致使一些领域国际私法的规定顾此失彼,前后矛盾,出现了一些立法上挂一漏万的现象。即将审议的《法律适用法》将采用集中编纂的方式对现行有效的法律适用规范进行系统梳理,并按照各种法律规范的性质、功能及其内在联系,对其进行科学的分类和排列,就《法律适用法》本身而言,这一相对集中的立法对于形成结构严谨、门类齐全、和谐协调的法律适用法的立法体系具有积极的作用。

然而,《法律适用法》能否突破分散立法的藩篱,实现法律适用法领域的统一立法,关键在于如何处置其他法律中载有的法律适用规范。从理论上讲,《法律适用法》的出台并不意味着其他法律、法规中的法律适用条款当然失效。从我国立法实践来看,《民法通则》第八章对涉外合同关系、涉外继承关系、涉外扶养关系作出规定,并未影响《合同法》、《继承法》、《收养法》及相关行政法规对同类法律关系的法律适用另行作出规定。我们似乎可以得出这样的结论:在《法律适用法》未作出相反规定,在我国立法机关不采取后续措施废止其

① 丁伟. 世纪之交中国国际私法立法回顾与展望 [N]. 政法论坛(中国政法大学学报). 2001-3: 128.

他法律、法规中相关法律适用条款的情况下，《法律适用法》依循的仍然是传统的分散立法的模式，甚至将进一步加剧和固化我国国际私法立法体系破碎化的状况，这无疑将对中国国际私法（法律适用法）立法体系的和谐性、稳定性产生消极影响。

在《法律适用法》与其他法律、法规中的法律适用条款并列的情况下，势必出现规制同一法律关系存在不尽相同的两套或多套法律规范的现象，如何处理两者之间的关系，取决于如何判断这些法律、法规的效力等级。从这些法律、法规的制定机关来看，属于全国人民代表大会制定的法律主要有《涉外民事关系法律适用法》、《民法通则》、《合同法》、《继承法》，属于全国人民代表大会常务委员会制定的法律主要有《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《收养法》。《立法法》第83条的规定：“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”第86条第（一）项规定：“同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。”然而，全国人大与全国人大常委会是否属于“同一机关”？全国人大与全国人大常委会制定的法律是同位法，还是有上位法和下位法之分？我国《宪法》、《立法法》对此未作明确规定，实践中争议不断。^①从理论层面分析，全国人大与其常委会是否“同一机关”、两者制定的法律是否属于“同位法”属于宪法规范与解释的问题。根据《宪法》规定，全国人大和全国人大常委会并非两个平行的国家机构，全国人大选举产生常委会，后者对前者负责和报告工作，因此，从宪政学角度说，两者并非“同一机关”。但是，从立法学角度看，两者制定的法律是否有效力高低之分，尚存在疑义。《宪法》与《立法法》仅对两者的立法权限作了原则划分，而未规定两者的等级效力。《宪法》第58条规定：“全国人民代表大会和全国

① 近年来这类争议有增无减，如全国人大制定的《行政处罚法》与全国人大常委会制定的《道路交通安全法》对于违反行政管理秩序的行为处罚的规定不同，全国人大制定的《刑事诉讼法》与全国人大常委会制定的《律师法》关于律师会见在押当事人的规定不同，引发了激烈的争论。

人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”第62条规定：全国人民代表大会“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。第67条规定：全国人民代表大会常务委员会“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”；“在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触”。《立法法》第7条也作了与《宪法》上述条款完全相同的规定，即基本法律由全国人大制定，非基本法律由全国人大常委会制定。但是，什么是“基本法律”，什么是“非基本法律”，还存在不够明确的地方，要求现在就对全国人大和全国人大常委会的立法权限划分得十分具体，也比较困难。^①按照全国人大常委会法工委所编的《立法法释义》，“基本法律”指的是“在国家和社会生活中应当具有全局的、长远的、普遍的和根本的规范意义”的法律，其范围包括刑事的基本法律、民事的基本法律、国家机构的基本法律和其他基本法律。由于全国人大常委会也具有广泛的立法权，除制定和修改非基本法律外，有权对全国人大制定的法律进行补充和修改。^②因此，在与“基本法律”的基本原则不相抵触的前提下，是否可以理解为全国人大常委会可以对“基本法律”进行补充和修改。^③

由此可见，《宪法》与《立法法》仅以“不抵触原则”而非“效力高低原则”来处理与界定基本法律与其他法律的关系，全国人大与全国人大常委会在立法工作中只是分工不同，即立法范围不同，既不能简单地得出两者制定的法律是上位法与下位法关系的结论，也不能确定无疑地断定两者为“同一机关”，所制定的法律为“同位法”。如果这一判断是准确的话，那么，《立法法》规定的“特别规定

① 乔晓阳，完善我国立法体制维护国家法制统一 [M] // 九届全国人大常委会法制讲座。北京：中国民主法制出版社，2003：93-94。

② 张春生，主编。中华人民共和国立法法释义 [M]。北京：法律出版社，2000：24-27。

③ 在前述《刑事诉讼法》与《律师法》关系的争论中，有观点认为《律师法》中的新规定是全国人大常委会对作为基本法律的《刑事诉讼法》的修改。

优于一般规定”、“新的规定优于旧的规定”的规则尚不足以处理《涉外民事关系法律适用法》与其他法律、法规中法律适用规范的关系。唯有采取国际私法法典化的立法模式，全面清理和整合现行有效的国际私法的各种法律资源，才能“毕其功于一役”，确保国际私法体系的协调发展。

三、中国国际私法法典化不存在不可逾越的障碍

《法律适用法》与其他法律、法规中的法律适用条款并列的状况，将形成中国国际私法（法律适用法）立法体系内不同等级效力及相同等级效力之间的法律规范混杂的不和谐局面，不但影响了立法体系的和谐发展，同时也反映了立法技术的粗糙、立法资源的浪费。在我国社会主义法律体系不断趋于完善的新的历史时期，中国国际私法的立法应充分反映时代特征，将立法体系的完整性、和谐性作为立法的重中之重。协调一致的隐性标准是调整同类性质社会关系的不同法律、法规的效力等级应当协调一致，发生冲突时可以采用“特别规定优于一般规定”、“新的规定优于旧的规定”的规则。目前，影响中国国际私法立法体系和谐发展的突出矛盾是同一效力等级、不同效力等级的法律、法规之间潜在冲突的现象司空见惯，似乎未引起应有的重视。^①与此同时，尽管中国是个成文法占主导的国家，但新中国成立以来尚无制定“法典”的尝试，^②立法机关对于制定中国国际私法典似乎心理准备不足。据了解，国家立法机关未采纳国际私法学界倡议的法典化的立法模式，主要考虑到法典化是一项系统工程，牵一发而动全身，涉及《民事诉讼法》、《仲裁法》等一系列相关法律的重新整

① 2009年6月十一届全国人大常委会第九次会议审议并通过了关于修改和废止部分法律的决定，列为废止的法律共8件，列为修改的法律共59件，但未涉及国际私法的相关法律。

② 笔者注意到，立法机关对“法典”一词采取了审慎的态度，2002年全国人大常委会审议民法草案时，尽管学界几乎无例外将民法称为“民法典”，而全国人大常委会提交初审的法律文本则称《中华人民共和国民法》（草案）。

合,不可能一蹴而就。按照立法部门的解释,如果采用法典化的立法模式,将有关管辖权、判决/裁决承认与执行等程序性规范纳入国际私法典后,将面临如何处理《民事诉讼法》第四编(涉外民事诉讼程序的特别规定)、《仲裁法》第七章(涉外仲裁的特别规定)的难题,如果去除这些编章,那么缺乏涉外民事诉讼程序的特别规定的《民事诉讼法》、缺乏涉外仲裁的特别规定的《仲裁法》还算不算完整的法律?如果保留这些编章,那么中国国际私法立法体系中将存在国际私法典和《民事诉讼法》、《仲裁法》这两套规范并存的现象,两套规范的内容相同,是否具有实际意义?是否为立法技术成熟的表现?在笔者当时看来,这些理由是充分的。然而,当循着本文的思路对《法律适用法》对于中国国际私法立法体系的影响进行深层次思考时,不免产生疑惑:《民法通则》第八章、《海商法》第十四章、《票据法》第五章不也同样采用专章的方式对法律适用问题作出规定,似乎未见立法机关担心《法律适用法》出台后难以处理该法与《民法通则》、《海商法》、《票据法》等相关法律的关系。如果采取昨是今非的态度恐难服众。

法典化具有确定性、稳定性、内在逻辑性和和谐性等优点,追随世界立法潮流,致力于中国国际私法的法典化是中国国际私法学界的崇高目标,制定《法律适用法》只是我国国际私法立法的阶段性目标,而制定中国国际私法典,使之成为中国特色社会主义法律体系中的支架性法律之一,则是我国国际私法立法的终极目标。在构建中国特色社会主义法律体系迈出决定性步伐的新的历史条件下,法典化的程度已被视为衡量社会法律制度成熟的标志,在我国比较成熟和完善的法律领域,法典化的工作已经开始。^① 我们应当审时度势,重新审视中国国际私法的立法模式,努力破解法典化的立法难点,积极寻求制度化的治本之策。

从立法技术层面分析,解决国际私法典与其他法律、法规中的法律适用条款的冲突可以采用三种治理模式:

① 毛磊,宋伟.中国立法向法典化迈进[N].人民日报,2009-6-24:15-16.



模式之一，依照现有法定方式解决冲突。按照这一治理模式，无需在国际私法典中对该法与其他法律、法规中的法律适用条款的关系作出规定，也无需对相关法律、法规中的法律适用条款进行清理。一旦发生法律、法规的冲突，按照《宪法》、《立法法》的相关规定，同一机关制定的法律、法规发生冲突，适用“特别规定优于一般规定”、“新的规定优于旧的规定”的规则。不同等级效力的法律与法规发生冲突，适用下位法服从上位法的规则。同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。但是，这一治理模式似乎仍然存在一些疑虑，如前所述，对于同属全国人大制定的国际私法典与其他载有国际私法规范的基本法律，是否在法律效力上有高低之分尚无定论。与此同时，这一治理模式过于消极、保守，不是治本之策，且成本过高。当特定的争议发生时，如何确定系争法律、法规的等级效力，如何界定特别规定和一般规定，如何启动制定机关作出裁决的程序，存在规定不明、界线不清、制度缺失的弊端。

模式之二，国际私法典出台后，采取“新法优于旧法”的原则，对其他法律、法规中的法律适用条款进行系统清理，区别轻重缓急，逐步予以废止。这是一种相对积极的做法，不失为治本之举，但针对不同法律、法规分别启动废止程序，工作量太大，成本过高，在立法能力有限的情况下，这一治理模式的可行性、操作性值得怀疑。令人欣喜的是，十一届全国人大常委会第九次会议此次审议并通过关于修改和废止部分法律的决定，采用了“打包”清理的方式，对现行 200 多部法律进行全面“体检”后，对存在“不适应”、“不一致”、“不衔接”、“不对应”等“硬伤”的法律一揽子作出修改和废止的决定。这一立法尝试为国际私法规范的清理做了有益的探索。

模式之三，在国际私法典中对优先适用该法规定作出特别规定。根据《立法法》第 84 条的规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”这一治理模式的显著优点是“毕其功于一役”，相比较而言，这是一种积极可行、成本较低、较为理想的治本之举。采用这一模式不必限时刻对其他法律

中法律适用条款的命运作出安排。在优先适用国际私法典的原则下，对现行有效的其他法律、法规中的法律适用条款不宜采取全盘废止的简单做法，^①而可以根据需要和可能，按照轻重缓急，从容不迫地对这些法律适用条款进行甄别、界定，根据需要分别采取或保留、或修改、或废止的处理方法。

笔者认为，无论采用何种治理模式，都无法回避国际私法典中有关管辖权、判决/裁决的承认与执行等程序性规范与现行《民事诉讼法》、《仲裁法》中相关章节的处理问题，这也是立法机关担忧的主要立法难点。应该说，在现有的国际私法立法体系中规范同一事项的法律规范同时出现在不同法律文件中的现象由来已久，前文已述及这一现象并未引起足够的重视，制定国际私法典无非是将使这一问题更加表象化了。其实，这一问题与其说是立法难点，不如说是认识上、观念上问题。解决这一问题需要科学地界定我国法律体系中各部门法的立法宗旨与调整范围，理顺彼此之间的关系，使之在我国法律体系中各司其职。如《民事诉讼法》是规范民事诉讼程序的基本法，其第四编规定的只是涉外民事诉讼程序的特别规定，《仲裁法》第七章所规范的只是涉外仲裁的特别规定，而这两部法的特别规定在国际私法典中无疑是基本制度。鉴于基本制度是一部法律中不可或缺的基本内容，缺失了就无法成为一部完整的法律，无法发挥其立法功能，而特别规定毕竟有别于基本制度，该部分内容即便在其他相关法律中作出规定也并不影响其主要功能的发挥。因此，笔者认为，在处理相互关系时应当采用“特别规定服从基本规定”的原则，在相关立法的处理上可将《民事诉讼法》第四编、《仲裁法》第七章的内容纳入国际私法典中，在《民事诉讼法》、《仲裁法》中增设相关条文，如“关于涉外民事诉讼程序的特别规定，适用《国际私法典》××章的规定”，“关于涉外仲裁的特别规定，适用《国际私法典》××章的规定”。与此同时，在《国际私法典》的相关章节中规定，“关于民事诉讼程序

① 在国际私法典的规定与其他法律中的法律适用条款何者为一般规定，何者为特别规定未作出明确界定的情况下，贸然废止其他法律中的法律适用条款难免有师出无名之嫌。



的一般规定，适用《民事诉讼法》××章的规定”、“关于仲裁的一般规定，适用《仲裁法》××章的规定”。这样处理既可以防止《国际私法典》与其他相关法律的冲突与重复，又有助于理顺各部门法相互之间的关系，同时也化解了困扰我们的立法难题。

《法律适用法》的审议不啻重新燃起学界推动中国国际私法法典化的炽热激情。笔者认为，在我国立法机关积极致力于完善中国特色社会主义法律体系并对现行法律进行系统清理的新的历史背景下，在《中华人民共和国民法（草案）》已经初审、《法律适用法（草案）》已经形成、《中华人民共和国国际私法示范法》受到国内外专家学者广泛赞誉的现实条件下，启动中国国际私法法典的条件已经日趋成熟。我们应当牢牢抓住时代赋予的机遇，积极追随国际私法法典化的世界潮流，在现有《法律适用法（草案）》的基础上融入相关的程序性规范，适时启动中国国际私法典的立法程序。