



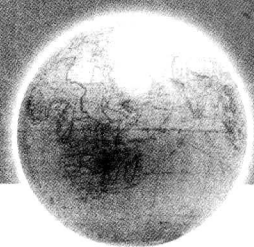
当代国际法 论丛

· 第10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10卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编

知识产权出版社

内容提要

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 30 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 10 卷/华东政法大学国际法学院编. —北京: 知识产权出版社, 2011. 1

ISBN 978-7-5130-0313-1

I. ①当… II. ①华… III. ①国际法—文集
IV. ①D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 245240 号

当代国际法论丛 (第 10 卷)

DANGDAI GUOJIFA LUNCONG

华东政法大学国际法学院 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印制中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2011 年 1 月第 1 版

字 数: 353 千字

ISBN 978-7-5130-0313-1/D · 1141 (3242)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: guoxiaojian@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 12.25

印 次: 2011 年 1 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 / 再论中国国际私法立法体系的和谐发展——《涉外民事关系法律适用法》与“其他法律”相互关系辨析	1
张泽平 / 涉外民商事案件中的国际私法视角——关于一起离婚后财产纠纷案的评析	19
罗小莹 / 识别错误初探	28
周洪钧 / “东海模式”及其对解决南海争端的借鉴作用	37
丁成耀 / 从国际法角度看我国海洋权益保护问题	43
丁成耀 / 科索沃独立事件的国际法分析——兼谈国际法院咨询意见的影响	60
司平平 / 国际反恐与消极人格管辖原则的发展	79
王 勇 / 现代保留的提出程序之评析	86
张 磊 / 论国际法上自然人国籍认定的不确定性及其原因	100
李伟芳 / 贸易与环境关系的理论及实证分析	113
李伟芳 / 论环境损害在条约中的赔偿范围	129
朱榄叶 / GATT 第 20 条适用的一次突破	143
倪 静 / 论我国知识产权民事争议行政处理机制的存与废	149
倪 静 / 后 TRIPS 时代对《TRIPS 协定》目标与原则的新解读	162
甘 瑛 / 论新兴知识产权的国家竞争与保护制度选择	176
甘 瑛 / 论《TRIPS 协议》下知识产权和竞争保护的平衡	190
马 乐 / 国际知识产权贸易概念辨析	200
丘进前 / 从“阿里巴巴”短信网址争议案看短信网址争议中“恶意”之认定	217
陈国军 / 《联合国国际货物销售合同公约》中合同违约解除效力之分析	223
魏 红 / 《海峡两岸经济合作框架协议》评析	230



魏 红 / 论文化认同在欧洲一体化进程中的影响——从东亚 经济一体化借鉴的视角	244
汪 勤 / 论欧盟证券信息披露制度	258
袁发强 / 论海事司法与航运交易行为的规范	270
李 娟 / 上海国际贸易中心法制环境的构建研究	286
钟晨一	
李 泳 / 论对受控外国公司外国所得的延期纳税制度	304
李 泳 / 受控外国公司立法初探	316
施海渊 / 禁止滥用市场支配地位的实施问题研究	328
施海渊 / 反垄断法实施机制的若干问题研究	343
李 晶 / 国际私法双语教学的思考	367
彭 淑 / 高等院校法学院本科生《法律英语》课程定位之探讨	378

再论中国国际私法立法体系的和谐发展

——《涉外民事关系法律适用法》与“其他法律” 相互关系辨析

丁 伟^①

2010年是令人振奋的一年，继2002年12月九届全国人大常委会第三十一次会议分组审议《中华人民共和国民法》（草案）〔以下简称《民法》（草案）〕后，2010年8月23日至28日举行的十一届全国人大常委会第十六次会议对《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（草案）〔以下简称《涉外民事关系法律适用法》（草案）〕进行了二审，这预示着在举世瞩目的中国特色社会主义法律体系形成之年，作为我国法律体系中的支架性法律之一的《涉外民事关系法律适用法》有望正式诞生，中国国际私法学界三十多年的夙愿即将实现。

在2009年《涉外民事关系法律适用法》（草案）文本酝酿之际，笔者曾经撰文，从构建和谐、稳定的中国国际私法立法体系的角度，对即将提请二审的《涉外民事关系法律适用法》与现行有效的其他法律、法规中法律适用规范之间的关系进行了分析与梳理，就如何消除可能出现的影响国际私法立法体系和谐发展的因素进行了前瞻性研究，并就中国国际私法法典化的必要性与现实可能性作了一些思考。^②时隔一年，提请十一届全国人大常委会第十六次会议二审的《涉外民事关系法律适用法》（草案）与2002年初审的《民法》（草案）第9编“涉外民事关系法律适用法”相比，在立法定位上出现了重大的转变，笔者之前的前瞻性研究所针对的《涉外民事关系法律适

① 上海市人大常委会法制工作委员会主任，华东政法大学教授、博士生导师。

② 丁伟：“论中国国际私法立法体系的和谐发展——制定《涉外民事关系法律适用法》引发的几点思考”，载《东方法学》2009年第4期，第3~8页。



用法》与现行有效的其他法律、法规中法律适用规范之间的关系问题，已经成为当下学界关注的焦点问题和立法者需要解决的难点问题。鉴于《涉外民事关系法律适用法》的立法定位已成定局，本文在正视这一立法定位可能引发中国国际私法立法体系中不和谐因素的同时，从立法技术层面对《涉外民事关系法律适用法》与现行有效的其他法律、法规中法律适用规范之间存在的潜在冲突进行理论辨析与实证分析，并就如何避免和消除这些潜在的冲突提出意见和建议，以期对正在审议的《涉外民事关系法律适用法》（草案）的不断完善有所裨益。

一、中国国际私法立法体系与相关法律的定位问题

在立法学理论中，立法体系是指法的外在表现形式的系统，是以立法体制为基础、由各级国家立法机关制定的各类法律规范性文件形成的一个协调的统一整体。作为立法体系基础的立法体制至少包括立法权限的划分、立法权的行使、立法机关的设置等方面的体制。^① 在国际私法理论中，国际私法的立法体系是指制定成文的国际私法规范所采用的体系，即根据国际私法所调整的法律关系的性质并依照其内在联系对其进行科学的分类与排列。由于各国国际私法的立法模式不同，相应的立法体系也不尽相同，有的国家按本国民法体系仅对法律适用的问题作出规定，有的国家将冲突规范和国际民事诉讼程序规范合并规定在国际私法典或单行法规中。^② 从中国国际私法国内立法的现状来看，其显著特征是立法体系的多层次。现行的中国国际私法的国内立法体系由四个层次组成，其中，第一层次是宪法中有关公民的规定，有关社会经济和民事生活的基本原则的规定，有关我国发展国际经济技术合作和文化交流的基本原则的规定，这是我国国际私法国内立法的最高层次，对于我国制定和适用国际私法的各项规定具有指

① 周旺生著：《立法学》，北京大学出版社1988年版，第251页。

② 黄进主编：《国际私法》，法律出版社1999年版，第30～33页。

导作用；第二层次是以《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）为核心的各种民商事法律、法规，这是我国国际私法国内立法的基本层次；第三层次是国务院、中央政府各职能部门为实施全国人大及其常委会制定的国际私法规范而制定的有关行政法规；第四层次是最高人民法院对有关国际私法规范所作的司法解释和批复。后两个层次为我国国际私法国内立法的补充层次。这些规定构成了中国国际私法国内立法多层次、全方位的立法体系。^① 本文限于篇幅，仅讨论中国国际私法立法体系中由全国人大及其常委会制定的国际私法中的法律适用规范。

（一）中国现行国际私法立法体系中各相关法律的立法定位

在国际公法、国际私法、国际经济法这三个国际法领域三足鼎立的法律分支中，国际公法、国际经济法领域可以制定一些内容单一的单行法，如国际公法领域的《中华人民共和国国籍法》、《中华人民共和国缔结条约程序法》、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》等；国际经济法领域的各个分支都可以制定一些单行法，如国际贸易领域的《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国反倾销条例》、《中华人民共和国反补贴条例》、《中华人民共和国保障措施条例》，国际投资法领域的三资企业法等，但无法制定一部内容贯穿整个法律体系的综合性的法律。唯国际私法有条件也有可能制定一部内容相对完整、系统、综合的，具有法典化性质的国际私法基本法或者法律适用基本法。然而，在中国现行国际私法立法体系中，迄今为止尚未制定一部国际私法基本法或者法律适用基本法。

与多层次的立法体系相适应，中国现行国际私法规范采取以专章、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。具体来说，各种载有国际私法规范的法律

^① 丁伟著：《中国国际私法和谐发展研究》，上海社会科学院出版社2009年版，第4页。

可定位于三种类型的法律规范：

（1）基本法律中的专章、专编规定。如《民法通则》第8章“涉外民事关系的法律适用”集中规定一系列冲突规范；《民事诉讼法》第4编中系统规定涉外民事诉讼程序的特别规定。

（2）单行法中的专章规定。如《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第14章集中规定“涉外关系的法律适用”；《中华人民共和国民用航空法》（以下简称《民用航空法》）第14章集中规定“涉外关系的法律适用”；《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）第5章集中规定“涉外票据的法律适用”；《中华人民共和国仲裁法》第7章则作出了“涉外仲裁的特别规定”。

（3）单行法中相关条款的规定。如《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）、《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）等单行法中列入了法律适用的相关规定。

上述分散性的，以单行法为主的立法定位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。然而，在充分肯定分散性立法历史作用的同时，应当清楚地看到其历史局限性，这一立法定位导致我国现行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。^①

（二）《中华人民共和国民法》（草案）第9编的立法定位

2002年12月25日九届全国人大常委会第三十一次会议分组审议的《民法》（草案）共分9编。其第9编的编名为“涉外民事关系的法律适用法”，总共8章，计94条，8章的内容依次为一般规定、民事主体、物权、债权、知识产权、婚姻家庭、继承、侵权。《民法》（草案）第9编最大的亮点是集中国各类涉外民事关系法律适用规范

① 丁伟：“世纪之交中国国际私法立法回顾与展望”，载《政法论坛》（中国政法大学学报）2001年第3期，第128页。

之大成，在《民法通则》第8章、相关单行法、行政法规中的冲突规范、最高人民法院一系列司法解释、《中国国际私法示范法》以及一部分专家学者建议稿的基础上，采用集中编纂的方式对各类现行有效的法律适用规范进行全面、系统的梳理，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。尽管在立法模式上该草案未摆脱传统的专章、专编式立法的窠臼，但其立法定位无疑是我国涉外民事关系法律适用的基本法。

尽管《民法》（草案）以专编的方式集中规定了涉外民事关系的法律适用制度，这一立法定位与长期以来中国国际私法学界期待的制定一部体系完整、逻辑严密、内容全面的国际私法典存在不少距离，但是，从《民法通则》第8章寥寥9条到《民法》（草案）第9编94条，法条增加了整整10倍，并且将散落在一系列单行法、行政法规和司法解释中的法律适用规范囊括在一部法律之中，这种相对集中的立法模式表明中国国际私法的立法向法典化迈出了一大步。^①从这个意义上说，《民法》（草案）第9编对于形成结构严谨、门类齐全、和谐协调的中国法律适用法的立法体系具有积极的作用。然而，《民法》（草案）体系庞大，共分9编1209条，10余万字，由于编纂工作复杂，审议难度大，2002年初次审议后，全国人大常委会未再继续审议，而是将草案中的物权法编、侵权责任法编列出，单独审议并通过了《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国侵权责任法》。

（三）《涉外民事关系法律适用法》（草案）的立法定位

2010年8月23日至28日举行的十一届全国人大常委会第十六次会议对《涉外民事关系法律适用法》（草案）进行了二审。根据全国人大法律委员会所作的说明，全国人大常委会法制工作委员会在民法草案涉外民事关系法律适用法编的基础上形成了《涉外民事关系法

^① 丁伟：“论中国国际私法立法与理论研究的良性互动”，载《当代国际法论丛》（第6卷），北京大学出版社2006年版，第1~11页。



律适用法》（草案）。^① 草案共54条，分为8章，分别为第1章一般规定（11条）、第2章民事主体（11条）、第3章婚姻家庭（10条）、第4章继承（5条）、第5章物权（5条）、第6章债权（8条）、第7章知识产权（3条）、第8章附则（1条）。其在体例上与《民法》（草案）第9编大致相同。^②

与《民法》（草案）第9编及现行立法中法律适用的规定相比，《涉外民事关系法律适用法》（草案）呈现出以下几个令人瞩目的变化。

一是在法律编纂上并未囊括散落在一系列单行法律、行政法规和司法解释中的法律适用规范。如《民法》（草案）第9编第37条第1~4款分别移植于《海商法》第270条、第271条第1~2款、第272条，第84条第1~4款分别移植于《海商法》第273条第2~3款、第274条和第275条；《民法》（草案）第9编第38条第1~3款分别移植于《民用航空法》第185~187条，第85条第1~2款分别移植于《民用航空法》第189条第1~2款；《民法》（草案）第9编第52条第1~6款分别移植于《票据法》第98~102条。但是，《涉外民事关系法律适用法》（草案）中去除了《民法》（草案）第9编中有关海商、民用航空、票据领域法律适用的规定。

二是在条文的表述上一改照搬照抄现行法律、行政法规、司法解释的传统方法。《民法》（草案）第9编几乎原封不动地移植了《民法通则》第8章、相关单行法、行政法规中的冲突规范、最高人民法院一系列司法解释的条款。而《涉外民事关系法律适用法》（草案）无论是法律适用的一般规定，还是一些具体的民事关系的法律适用制度，都有别于现行《民法通则》第8章、相关单行法中的法律适用规范，不少条款具有鲜明的时代特征，反映了当代国际私法立法与理论

① 参见全国人大法律委员会主任委员胡康生在十一届全国人大常委会第十六次会议上所作的《关于〈涉外民事关系法律适用法〉（草案）的说明》。

② 与《民法》（草案）第9编相比，草案将侵权部分的内容归入债权一章中，并增设了第8章附则。



研究的最新成果。^①具体说来,《涉外民事关系法律适用法》(草案)的条文表述有别于现行《民法通则》第 8 章、相关单行法中的法律适用规范主要表现在两方面:一是对现行法律中法律适用条款作解释性规定,如《民法通则》第 145 条、《合同法》第 126 条仅规定在当事人没有协议选择法律时“适用与合同有最密切联系的国家的法律”;草案第 43 条采用了“特征性履行说”,将最密切联系国家的法律解释为“履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者合同履行地法律”。二是对现行法律中法律适用条款作补充性或扩充性规定,如《民法通则》第 146 条将侵权行为地法作为侵权行为损害赔偿法律适用的一般原则,草案第 47 条作了补充性的规定:“侵权行为发生后,当事人可以协议选择适用的法律。”《继承法》第 36 条对涉外继承的法律适用作了规定;《民法通则》第 149 条对遗产的法定继承作了规定;草案则以整整一章的篇幅对涉外继承的法律适用制度作了扩充性的规定,草案第 4 章第 33~37 条分别对法定继承、遗嘱方式、遗嘱效力、遗产管理事项、无人继承的遗产的法律适用作出了规定。

三是《涉外民事关系法律适用法》(草案)在众多领域填补了现行《民法通则》及其他单行法中法律适用的空白。草案第 1 章设定了法律适用的一般规定,第 2 章民事主体、第 7 章知识产权的法律适用规定均为现行法律尚未涉入的领域。草案第 3 章婚姻家庭、第 4 章继承、第 5 章物权、第 6 章债权中相当多的法律适用条款所涉及的法律关系也属于《民法通则》、《合同法》、《继承法》等现行法律未作规范的领域。

① 譬如,《涉外民事关系法律适用法》(草案)广泛采用了代表当代国际私法立法潮流与理论研究最新成果的最密切联系原则,并将该原则上升为法律适用的一般原则。草案第 3 条第 1 款规定:“涉外民事关系适用的法律,应当与该涉外民事关系有最密切联系。”该条第 2 款规定:“本法或者其他法律对涉外民事关系没有规定的,适用与涉外民事关系有最密切联系的法律。”在法律适用的具体制度中,草案第 43 条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律;没有协议选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者合同履行地法律。”此规定一改《民法通则》、《中华人民共和国合同法》中有关“适用与合同有最密切联系的国家的法律”的笼统表述。

从《涉外民事关系法律适用法》(草案)上述三个方面的变化中可以得出两个结论:一是草案在不触及现行有关法律适用的各类法律的前提下对现行法律中的法律适用制度作出解释性、补充性或扩充性的规定;二是除草案之外,在中国国际私法立法体系中另有多套有效的涉外民事关系的法律适用制度,其中包括《民法通则》及《合同法》、《继承法》等单行法中的法律适用规定,《海商法》、《民用航空法》、《票据法》中关于法律适用的专章规定。由此看来,《涉外民事关系法律适用法》(草案)应该定位于中国有关涉外民事关系法律适用的法律之一,而非唯一的法律。^①

二、《涉外民事关系法律适用法》与“其他法律”的关系

在中国国际私法立法体系中同时存在《涉外民事关系法律适用法》与《民法通则》、《合同法》、《继承法》等单行法中法律适用规定以及《海商法》、《民用航空法》、《票据法》中关于法律适用的专章规定等多套涉外民事关系法律适用规范,且相关法律适用规范的内容相互交叉的情况下,唯有厘清《涉外民事关系法律适用法》与其他法律的相互关系,才能避免彼此之间的潜在冲突。^②而厘清法律之间的相互关系,关键在于准确界定不同法律的法律效力,建立和完善中国国际私法立法体系中不同法律规范法律效力的位阶体系与法律效力的适用体系。^③

按照《涉外民事关系法律适用法》(草案)第2条的规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系的法

① 《涉外民事关系法律适用法》(草案)的这一立法定位显然不同于《民法》(草案)第9编的立法定位,后者由于涵盖了所有的民事法律关系、囊括了所有现行有效法律中的法律适用规范,应该定位于中国涉外民事关系法律适用的基本法。

② 我国有学者将一国立法领域内的多个立法权限之间、多个法律规范之间相互矛盾、冲突的现象称为“立法冲突”。参见严存生、宋海彬:“‘立法冲突’概念探析”,载《法学论坛》2000年第1期,第22页。

③ 关于法律的效力体系、法律效力的位阶体系与法律效力的适用体系,参见李林著:《立法理论与制度》,中国法制出版社2005年版,第390~396页。



律适用另有特别规定的,依照其规定。”这一条文旨在确定《涉外民事关系法律适用法》在各种法律适用规范中优先适用的地位。该条文同时也隐含了两层意思:一是“其他法律”继续有效,并不因为“本法”的施行而失去效力;二是与“其他法律”中的“特别规定”相对应,“本法”的规定属于“一般规定”。这一处理“本法”与“其他法律”关系的规定显然源自《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第83条规定的法律效力的适用体系:“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。”笔者认为,为了确保《涉外民事关系法律适用法》施行后该条能够成为处理该法与其他相关法律关系的有效依据,进而成为协调中国国际私法立法体系中各种法律规范相互关系的指导原则,似有必要对该条文涉及的下列问题作进一步论证。

(一) 关于《涉外民事关系法律适用法》与“其他法律”位阶的辨析

鉴于《立法法》第83条所规定的“新法效力高于旧法”、“特别法效力高于一般法”的原则仅适用于“同一机关”制定的法律,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的情况下,适用《涉外民事关系法律适用法》(草案)第2条的前提是必须判断“本法”与“其他法律”的效力等级,两者是否属于“同一机关”制定的同位法。

在中国现行国际私法立法体系中,同属法律范畴的法律适用规范的制定机关不尽相同,属于全国人大制定的法律主要有《民法通则》、《合同法》、《继承法》,属于全国人大常委会制定的法律主要有《海商法》、《票据法》、《民用航空法》。从《涉外民事关系法律适用法》(草案)的审议情况看,该法的制定机关亦为全国人大常委会。由此引发的问题是,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?对此《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)、《立法法》

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属于“同一机关”、两者制定的法律是否属于“同位法”, 这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。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 值得一提的

① 在我国立法实践中, 一些规范同一行为的法律条文散见于不同法律之中, 且内容不尽相同, 导致司法实践中争议不断。如全国人大制定的《中华人民共和国行政处罚法》与全国人大常委会制定的《中华人民共和国道路交通安全法》对于违反行政管理秩序的行为处罚的规定不同, 产生了不同法律之间就“200 元以下可否当场作出处罚决定”的冲突; 全国人大制定的《中华人民共和国刑事诉讼法》与全国人大常委会制定的《中华人民共和国律师法》关于律师会见在押当事人的规定不同, 引发了激烈的争论。

② 张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》, 法律出版社 2000 年版, 第 24~27 页。

是, 尽管《宪法》、《立法法》对全国人大及全国人大常委会的立法权限作了规定, 但在我国立法实践中对于立法机关的确定似乎尚无规律可循。^①

笔者认为, 根据《宪法》、《立法法》的精神, 在与“基本法律”的基本原则不相抵触的前提下, 全国人大常委会可以对“基本法律”进行补充和修改。问题在于《涉外民事关系法律适用法》究竟属“基本法律”抑或“非基本法律”? 倘若作为全国人大常委会通过的《涉外民事关系法律适用法》与全国人大通过的《民法通则》、《合同法》、《继承法》对某一涉外民事法律关系的法律适用均有规定, 是否当然优先适用《涉外民事关系法律适用法》? 这些问题在未作深入研究之前似难以得出简单的是或非的结论。

(二) 关于“一般规定”与“特别规定”的辨析

假设《涉外民事关系法律适用法》与“其他法律”属于“同一机关”制定的同位法, 随之而来的问题是: 《涉外民事关系法律适用法》(草案) 第2条所称的“其他法律对涉外民事关系的法律适用另有特别规定的”部分是否属于《立法法》第83条所指的“特别规定”? 与这些“特别规定”相对应的“本法”的规定是否均属于《立法法》第83条所指的“一般规定”? 这些问题是适用《涉外民事关系法律适用法》时无法绕开的问题。

所谓“特别法优于一般法”(Lex Specialist derogat legi generali) 的规则起源于罗马法时期, 是各国普遍采用的确定法律之间效力等级的基本原则。我国《立法法》第83条采用了“特别规定”、“一般规定”的措词, 并未给出相应的定义。根据我国立法实务部门同志的解释, 特别规定就是根据某种特殊情况和需要规定的调整某种特殊关系的法律规范; 一般规定就是为调整某类社会关系而制定的法律规

① 我国近年来先后制定了《中华人民共和国物权法》和《中华人民共和国侵权责任法》, 虽然两者均在2002年初审的《民法》(草案) 的基础上形成, 且均属“民事的基本法律”, 但前者由第十届全国人大第五次会议通过, 后者则由第十一届全国人大常委会第十二次会议通过。

范。^① 特别规定一般可分为两种情形：一是同一机关对一般情况制定了法律规范，对特殊情况又另外制定了法律规范；二是同一机关在法律规范中规定了一般情况下的规范，在同一法律或另外一个法律的其他条文（条款）中规定了特殊情况下的规范。^② 对“一般规定”与“特别规定”进行辨析关键在于如何界定“特别规定”，我国学术界对于如何判断“特别规定”众说纷纭。有学者归纳了传统的特别法所具有的四个特性，即内容上的例外性、时间上的滞后性、范围上的狭窄性以及形式上的法典性。但现代意义上的特别法形式上不仅包括法典形式，还包括法条的形式，时间上也并不一定制定于一般法之后。^③ 对于如何区分特别法与一般法，学术界一般都主张根据特别法与一般法所适用的效力范围对两者加以区分与判断，但对法的效力范围的理解莫衷一是，主要有两种代表性的观点。一种观点主张法的效力范围包括法的属人效力、时间效力与空间效力；另一种观点主张法的效力范围包括对人的效力、对事的效力、空间效力、时间效力。前者称为“法的效力三维观”，后者称为“法的效力的四维观”。^④ 本文无意过多纠缠于法理上的争论，仅此说明对“一般规定”与“特别规定”进行辨析在立法上尚无清晰的尺度，理论上也尚未形成共识。

从法律适用的实践层面来看，对“一般规定”与“特别规定”进行辨析也并非易事。任何法律都是一般规定与特别规定的统一体，特别规定是一个相对性的概念，它与一般规定的区分是相对而不是绝对的；立法者在作出一般规定的同时，总会基于一些特殊情况作出一些特别规定。在中国国际私法立法体系中，不少有关法律适用的法律中往往既有“特别规定”，又有“一般规定”。如《涉外民事关系法律适

① 乔晓阳主编：《立法法讲话》，中国民主法制出版社2000年版，第293页。

② 曹康泰著：《中华人民共和国立法法释义》，中国法制出版社2000年版，第202页。

③ 顾建亚：“‘特别法优于一般法’规则适用难题探析”，载《学术论坛》2007年第7期。

④ 汪全胜：“‘特别法’与‘一般法’之关系及适用问题探讨”，载《法律科学》2006年第6期。