



高等学校法学系列教材
Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

International Private Law

国际私法学

袁发强 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

International Private Law

国际私法学

袁发强 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/袁发强著. —北京:北京大学出版社, 2012. 4

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20116 - 9

I. ①国… II. ①袁… III. ①国际私法 - 法的理论 - 高等学校 - 教材
IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 010914 号

书 名: 国际私法学

著作责任者: 袁发强 著

责任编辑: 尹 璐 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20116 - 9/D · 3044

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 23.75 印张 452 千字

2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

国际私法学因其教学内容的高度理论性和抽象性而被学生视为很难弄懂的一门课程。作为半路出家回到教学岗位的我,总想把课本编写得简单易学。数年的教学让我体会到,国内目前多数教材在编写体例上更在意教材本身的逻辑体系,而忽视学生对教学内容接受程度的情况。因此,我尝试按照实践中需要处理的国际私法问题顺序和学生思维接受习惯编写了这本书。

国际私法在实践中需要处理三个方面的问题:一是涉外案件的管辖权;二是涉外案件的法律适用;三是司法协助与外国判决、仲裁裁决的承认与执行。在教学中先讲授涉外民商事争议处理涉及的程序问题,再讲解法律适用,有利于学生理解国际私法理论知识,并且有利于学生明白这些知识在实践中的运用价值。对于理论感兴趣的同学,可以通过尾论部分的专题了解理论研究的基本情况,从而在学习完大部分国际私法知识后形成自己的理论感悟。因此,本教材在内容上分为绪论、总论、分论和尾论四个部分。绪论部分介绍国际私法作为部门法需要解决的任务和调整对象、调整方法的特殊性;总论部分从国际民事争议解决的方法入手介绍涉外案件管辖权、国际司法协助、法律适用理论与方法、冲突规范与法律适用中的具体问题等;在分论部分,每章都在讲解不同涉外民商事法律关系时首先介绍相关争议的管辖权立法规定,再分析相关法律冲突的表现,最后指出法律适用的一般原则和具体立法规定。

本教材在编写过程中考虑到了近年来四个方面的变化:一是国内学术界对外国最新国际私法理论的引进和吸收已经相对成熟;二是国内国际私法学界通过多年的学术争鸣和交流,业已形成一些新的看法和观点;三是我国已于2010年通过了《涉外民事关系法律适用法》,该法自2011年4月1日起施行;四是我国涉外司法实践提供了大量新的涉外法律适用案例。因此,教材编写要力求反映新观点、新信息、新法规、新案例,使教材内容和使用能够在未来相当时期内具有稳定性。

总体来说,本教材有以下几个方面的特点:

第一,目前国内多数教材都存在“大而全”的现象,有些教材在编写时不仅作为本科生学习材料,而且还针对研究生。这样编写的教材虽然内容丰富,但没有考虑授课时数的限制,也没有考虑到没有接触过国际私法知识的本科生的接受能力。因此,本教材在编写时,把基本内容放在前三部分介绍,而把作为拓展

性知识的阅读材料放在最后部分,并力求篇幅紧凑,方便本科生学习和掌握。

第二,国际私法具有强烈的“学说法”特点,是一门理论性很强的课程。对大多数人而言,国际私法被认为是“一座古老而神秘的象牙塔”。有关理论和学说具有很强的法理学色彩,需要学生具备较强的抽象思维能力和理解能力。目前,现有教材在编写体例上没有充分考虑到学生的接受能力,而是追求部门法学内在的逻辑体系,这样不利于学生掌握和运用。为此,本教材在编写时,将以涉外民商事纠纷的解决为线索,以办案思维顺序和将要面临的问题为导向,展开对有关基础知识的介绍,然后通过单独的编、章适当拓展理论部分。

第三,避免教材“著作化”,对于学术界存在分歧和不同观点的概念、制度将采用成熟的通说,而将有关争议观点和看法放在阅读材料和评论中介绍。不刻意采用个人学术观点和看法,避免将学者个人观点作为通说放入教材中,以实现教材内容的广泛性和稳定性。对于需要从理论高度阐明的问题,放在尾论部分,作为学习总结,让学生回顾和体会立法、司法活动对理论的呼应,感知学习好理论在实践中的意义。

在编写本教材的过程中,我得到了华东政法大学国际法专业部分研究生的协助。他们是刘丹萍、应亦然、李承竺、李泓辉、李缙缙、胡轶木、廖强、耿芳等。他们参与了个别章节的资料收集和编写讨论。廖强同学还协助我完成了统稿、编辑和校对工作。在此,对他们的辛勤劳动表示感谢!

这是我首次独立编写教材,虽然有自己的想法,但教材最终成稿可能还存在一些问题,其中错误之处望读者不吝指出,便于进一步修改完善。

袁发强

2011年11月

目 录

第一编 绪 论

第一章 国际私法概论	(3)
第一节 国际私法的任务	(3)
第二节 国际私法的调整对象	(4)
第三节 国际私法的调整方法	(7)
第四节 国际私法的渊源	(10)
第五节 国际私法的历史发展	(18)
第六节 国际私法的性质及与相关部门法的关系	(23)

第二编 总 论

第二章 国际民商事争议解决机制	(31)
第一节 国际民商事争议解决途径和方法	(31)
第二节 替代性争议解决机制	(32)
第三节 国际民事诉讼	(34)
第四节 国际商事仲裁	(38)
第三章 国际民事诉讼管辖权	(53)
第一节 国际民事诉讼管辖标准与管辖冲突	(53)
第二节 国际民事诉讼管辖中的若干问题	(57)
第三节 我国涉外民事诉讼管辖权	(60)
第四章 国际司法协助	(67)
第一节 国际民商事司法协助概述	(67)
第二节 域外送达	(71)
第三节 域外调查取证	(75)
第四节 外国法院判决的承认与执行	(80)

第五章 法律适用理论与方法	(89)
第一节 早期法律适用理论	(89)
第二节 近代法律适用理论	(93)
第三节 现代法律适用理论	(95)
第六章 冲突规范	(100)
第一节 冲突规范概述	(100)
第二节 连结点与系属公式	(102)
第三节 冲突规范的种类	(109)
第四节 准据法	(113)
第五节 识别	(117)
第七章 法律适用过程中的具体问题	(124)
第一节 先决问题	(124)
第二节 反致	(127)
第三节 法律规避	(133)
第四节 公共秩序保留	(136)
第五节 外国法查明	(141)

第三编 分 论

第八章 国际私法的主体	(151)
第一节 自然人	(151)
第二节 法人	(157)
第三节 国家与国际组织	(162)
第四节 外国人的法律地位	(167)
第九章 涉外民事法律行为与代理	(172)
第一节 涉外民事法律行为与代理的管辖	(172)
第二节 涉外民事法律行为的法律适用	(173)
第三节 涉外代理的法律适用	(176)
第十章 涉外财产权属争议	(185)
第一节 涉外财产权的管辖	(185)
第二节 涉外有形财产的法律适用	(190)
第三节 涉外无形财产的法律适用	(195)
第四节 涉外破产的法律适用	(204)

第五节 涉外票据的法律适用	(212)
第十一章 涉外债权争议	(218)
第一节 涉外债权争议的管辖	(218)
第二节 涉外合同争议的法律适用	(220)
第三节 涉外侵权争议的法律适用	(228)
第四节 涉外不当得利与无因管理争议的法律适用	(234)
第十二章 涉外婚姻家庭关系	(240)
第一节 涉外婚姻家庭关系的管辖	(240)
第二节 涉外结婚的法律适用	(244)
第三节 涉外离婚的法律适用	(249)
第四节 涉外夫妻关系的法律适用	(252)
第五节 涉外扶养、监护的法律适用	(255)
第六节 涉外父母子女关系的法律适用	(257)
第十三章 涉外继承争议	(262)
第一节 涉外继承的管辖	(262)
第二节 涉外法定继承的法律适用	(264)
第三节 涉外遗嘱继承的法律适用	(269)
第四节 涉外无人继承财产的法律适用	(275)

第四编 尾 论

专题一 法律冲突专论	(283)
专题二 国际民事诉讼	(290)
专题三 我国国家豁免的理论与实践	(305)
专题四 结果正义的法律选择导向	(312)
专题五 人权保护对于涉外婚姻家庭继承关系法律适用的影响	(318)
专题六 我国区际法律冲突的协调与展望	(325)
国际私法法规汇编	(334)
第一部分 国内冲突法规范	(334)
第二部分 国内程序法规范	(342)
第三部分 国际公约	(347)

第一编



绪 论

第一章 国际私法概论



知识介绍

国际私法的任务是解决涉外民商事案件的管辖权、法律适用以及外国法院判决、仲裁裁决的承认和执行等问题。国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系,主要通过直接调整方法和间接调整方法进行调整;国际私法的渊源形式具有双重性和多样性特点,历史发展呈现出多元化特征。厘清国际私法与相关部门法之间的关系有助于理解国际私法知识在司法实践中的地位和作用。

第一节 国际私法的任务



案 例

21岁中国男子刘波在美国留学毕业后与19岁韩国留学生金三顺在美国登记结婚,婚后刘波被公司派遣到中国经营业务,因而刘波长期在中国生活。二人两地分居以致感情逐渐减淡。两年后金三顺在美国提起离婚诉讼。刘波婚后曾在中国上海和加拿大购置了不动产。

在上述案件中,离婚一方为中国人,另一方为韩国人,结婚登记在美国,有关离婚财产处分又涉及中国和加拿大。就该案来说,美国法院是否可以管辖中国的被告?刘波是否可以在中国同时提起诉讼?依据和理由各是什么?假如美国法院受理了金三顺的起诉,美国法院应怎样通知刘波出庭,相应的司法文书怎样送达?对于案件的审理,法官是根据法院地国法律还是他国法律进行裁判?若根据法院地国法律裁判,是否合理?若适用法院地国以外的法律裁判,适用理由何在?在案件审理过程中需要对二人的财产状况进行调查取证,中国法院和加拿大法院是否有义务配合美国法院进行调查取证?如果美国法院作出判决,需要对位于中国和加拿大的财产进行分割和执行,能否得到财产所在国对判决的

承认和执行?如果财产所在地国不认可美国法院所作的判决效力,又应该怎么办?

我们发现前述问题在纯国内诉讼中是不可能发生的,而恰恰是因为当事人、争议的财产,以及权利义务关系不在同一国才会出现这些问题,而这些问题正是国际私法所要解决的任务:

(1) 一国法院在什么情况下对涉外民商事案件享有管辖权?享有管辖权的依据是什么?

(2) 一国法院在审理涉外民商事案件时,应当适用法院地国法律还是外国法律?若要适用外国法律,应以何种途径和方法查明?

(3) 一国法院在案件审理过程中如果需要向外国当事人送达司法文书,或到外国调查取证,应当采取何种方式?一国法院的判决在何种情形下能在他国得到承认和执行?

国际私法学的理论和知识都是围绕上述三大任务展开的。尽管本书在章节内容的编排上并不一定严格按照上述三大任务的顺序排列,但同学们在学习中要牢记国际私法的三大任务,并将所学知识按照上述三大任务的逻辑顺序转化到脑海里。

第二节 国际私法的调整对象

每一个法律部门的产生与存在都有其特定的社会基础,即社会成员之间的交往,社会成员之间的交往形成了各种社会关系。任何法律都是以一定的社会关系为调整对象。这也是划分法律部门的标准之一,是任何一个法律部门赖以存在的根本要素,并能够确定某一法律部门的内涵和外延。

一、国际私法调整对象的特殊性

从第一节所举的案例看,涉外民商事纠纷解决的是民商事法律关系,并且它是涉外的、跨国的。国际私法是调整涉外民商事法律关系的法律规范的总和。

涉外民商事法律关系最显著的特点是具有“涉外”或“国际”因素。具体表现如下:

1. 涉外性

涉外民商事法律关系中的主体、客体和内容三个要素中至少有一个或一个以上的因素与国外有联系。作为民商事法律关系的主体一方或双方当事人是外国自然人或法人时,法律关系的主体具有涉外因素;作为民商事法律关系的标的物位于国外时,法律关系的客体具有涉外因素;产生、变更或消灭民商事权利与义务关系的法律事实发生在国外时,法律关系的内容具有涉外因素。如果一个

法律关系完全发生在一个法律制度管辖范围内,那么只考虑这个法律制度的规定就可以解决问题。但在现实生活中,即使在同一国家范围内,也可能存在实施不同法律制度的区域。因此,应当把国际私法涉外因素中的“外国”作广义的理解,即把一个国家内的不同法域也包括在内。如在英国国际私法上,苏格兰被视为另一个国家。我国有大陆、台湾、香港、澳门地区四个法域,在私法关系上属于区际私法。因此,所谓“涉外性”,是指民商事法律关系的要素中有一个以上的要素发生在另一个国家或者另一个法律制度区域。

2. 广义性

国际私法所调整的涉外民商事法律关系是广义上的民商事法律关系。在民商合一的国家,可以简称为“民事关系”。在民商分立的国家,民事法律关系是指平等主体之间的财产关系和人身关系,包括物权关系、债权关系、婚姻家庭关系和继承关系等;商事法律关系一般包括公司法关系、票据法关系、破产法关系、保险法关系和海商法关系等。国际私法所指的民商事法律关系既包括物权关系、债权关系、婚姻家庭关系和继承关系等,也包括公司法关系、票据法关系、破产法关系、保险法关系和海商法关系等。

二、法律冲突

一般来讲,只要不同的法律对同一法律关系作了不同的规定,而当某些事实又将这些不同的法律规定联系在一起时,便会产生法律冲突。广义上讲,法律冲突既可以发生在法律各个领域,也可能发生在法律的不同层次和结构中。从不同的角度可以对法律冲突作不同的分类:以法律冲突发生的领域为标准,可以分为公法冲突与私法冲突;以法律冲突的内容为标准,可以分为积极冲突与消极冲突;以法律冲突的性质为标准,可以分为空间上的法律冲突、时际法律冲突与人际法律冲突;以法律冲突发生阶段为标准,可以分为立法冲突、司法冲突与守法冲突;以法律冲突的效力为标准,可以分为平面法律冲突与垂直法律冲突等等。^①

对于这些不同的法律冲突,各自有其解决的办法。一般来说,公法方面的冲突适用法院地法;私法方面的冲突则运用法律适用规范和统一实体法规范解决。立法阶段的冲突应当通过统一立法权或制定统一的实体法解决;司法阶段的冲突应依靠管辖权规则和法律适用规则来协调;对于守法时的冲突,有强制性规定的依强制性规定,无强制性规定的可依照当事人意思自治的原则来解决。空间上的法律冲突,应运用国际私法和区际私法规则解决;时际法律冲突则可采用“新法优于旧法”或“法律不溯及既往”的原则解决;人际法律冲突没有统一规

^① 参见肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2007年版,第81页。

则,可适用各自属人法。垂直法律冲突适用上位法优于下位法的原则解决;平面法律冲突则应区分国际、区际、人际和时际法律冲突并适用各自的规则解决。

三、涉外民商事法律冲突

任何涉外民商事纠纷都必然牵涉两个以上的国家,即使原、被告属同一国籍,也可能因其权利义务关系发生在另一国而涉及多国。因此,法院在处理这种纠纷时就面临需要依据哪个国家的法律判定当事人的权利义务关系的问题。

国际私法上的法律冲突,是指涉外民商事法律冲突,即各国的民商事法律对同一民商事关系的规定不同而产生的法律适用上的冲突状态。从广义上讲,涉外民商事法律冲突应包括国际和区际民商事法律冲突。匈牙利国际私法学者认为,法律冲突必须在比喻意义上加以理解。它仅仅是指有法律支配的事实或法律关系与几种法律制度相联系,并且必须决定其中哪一种法律制度应当适用于实际案件。^①由此可见,国际私法意义上的涉外民商事法律冲突仅是指在法律适用上的冲突,而不是简单的立法不同。

一般认为,涉外民商事法律冲突是以下因素共同作用的结果:

1. 涉外民商事交往增加而形成大量的涉外民商事法律关系

随着经济的不断发展,各国以及不同法域的人们之间民商事交往越来越频繁,出现大量的内国人及其财产在国外或外国人及其财产在内国的现象,由此形成了大量跨国的民商事法律关系。涉外民商事法律关系的大量出现,必然要求有相应法律解决其中的争议,这就提出了应当适用哪国法律加以解决的问题。因此,涉外民商事法律关系的大量出现,是涉外民商事法律冲突产生的首要条件和客观基础。

2. 不同国家的民商事法律对同一法律关系规定不同

即使有了大量涉外民商事交往而形成的涉外民商事法律关系,如果不同国家的民商事法律对于同一法律关系的规定相同,那么适用任何一个国家的法律都会得到完全相同的结果,也就不会出现涉外民商事法律冲突。在实践中,各国的经济、文化、历史、宗教、习惯差异很大,导致各国的立法千差万别。如不同国家对于结婚年龄的规定有所不同,这就产生了法律冲突。因此,不同国家的民商事法律对同一法律关系规定不同是产生涉外民商事法律冲突的法律基础。

3. 一国给予境内的非本国人一定的民商事法律地位

即使有了大量的涉外民商事法律关系,并且不同国家或法域的民商事法律对于同一法律关系的规定不相同,若一个国家不承认在其境内的非本国人具有

^① 参见余先予主编:《冲突法》,法律出版社1989年版,第73页。

民商事法律地位,也不会产生涉外民商事法律冲突。如在奴隶社会时期,各国之间不承认外国人的主体地位,也就不会产生涉外民商事法律冲突。因此,一个国家赋予在其境内的外国人一定的民商事权利,让其能够顺利参与到该国的民商事交往活动中,是涉外民商事法律冲突产生的一个重要条件。

4. 在一定条件下,承认非本国的民商事法律在该国内具有域外效力

法律效力范围可分为域内效力和域外效力。所谓法律的域内效力,是指一个国家制定的法律在其区域内具有效力。而法律的域外效力,是指一个国家制定的法律不仅在其管辖区域内具有效力,而且适用于处在该国管辖区域范围之外的本国人。这种域外效力需在外国承认的情况下才能成为现实。各国一般都只在一定条件下承认他国法律的域外效力。而正是这种承认,使得外国法律有了在内国法院适用的可能,产生了本国法律与被承认国法律之间的冲突。一般说来,各国原则上不承认外国公法的效力,仅承认外国民商事法律的效力。这是涉外民商事法律冲突产生的直接原因。

第三节 国际私法的调整方法

涉外民商事法律关系的调整涉及不同国家法律的效力和适用,因而存在调整方法的特殊性。国际私法综合利用间接调整方法和直接调整方法,并主要适用间接调整方法来解决涉外民商事案件中的法律冲突。

一、间接调整方法

所谓间接调整方法,又称为冲突规范的方法,是指根据冲突规范指引准据法来调整涉外民商事法律关系,即通过协调法律冲突的方法来调整涉外民商事法律关系。冲突规范,是指某种涉外民商事法律关系应当适用何种法律的规范。其本身只是指引法院选择某一实体法规范来调整所涉及的民商事法律关系,它不能确定当事人的具体权利义务,只有结合具体案件中涉外民商事法律关系的性质,由选定的准据法最终确定当事人间的权利义务关系。它是解决涉外民商事法律冲突最独特、最古老和最主要的方法。例如,我国《涉外民事法律关系适用法》第11条规定:“自然人的民事权利能力,适用经常居所地法。”1931年《解决支票若干法律的冲突公约》第5条规定:“因支票成立的债务依债务成立地法。”

间接调整方法具有以下特征:第一,它不直接调整当事人的权利义务关系,而是为这种关系指明调整的法律,它只有与其援引的具体国家法律结合,才能发挥法律规范调整当事人权利义务关系的作用。第二,间接调整方法的冲突规范只是作出立法管辖权选择,仅就涉及的涉外民商事法律关系指定一国或一个法

域的法律,而不管具有立法管辖权的国家或法域内是否存在调整该涉外民商事法律关系的法律,也不管其法律的具体内容如何,具有一定的盲目性、不可预见性,又被称为“盲眼规则”。第三,运用冲突规范解决涉外民商事法律冲突,可能产生诸如识别、反致、公共秩序保留、外国法的查明以及法律规避等限制冲突规范效力的法律问题。第四,依照冲突法的法律渊源,间接调整方法中的冲突规范可分为国内冲突规范和国际冲突规范两种。其中,国内冲突规范是各国通过制定自己的冲突法解决与本国有关的涉外民商事法律冲突。国际冲突规范是有关国家通过双边或多边条约的形式制定统一的冲突法来解决涉外民商事法律冲突。因国内冲突规范系各个国家自行制定,其具体内容不尽相同,可能产生不同国家冲突规范之间的冲突,加剧法律冲突。而国际冲突规范虽然在一定程度上能避免各国冲突规范的冲突,并能使同一涉外民商事法律关系因适用统一的冲突规范而得出相同的判决,从而避免当事人选择有利的法院进行诉讼的现象,但因达成多边条约的困难性而数量极少。

上述特征表明,间接调整方法调整涉外民商事法律关系时,对确定涉外民商事法律关系当事人的权利义务缺乏一定的明确性、可预见性和针对性。因此,这种方法不能从根本上避免和消除涉外民商事法律冲突,只是一种消极的解决方法。

二、直接调整方法

所谓直接调整方法,或称实体法方法,是指利用国际条约或国际惯例中的统一实体法规则,或国内法中的“直接适用的法”调整涉外民商事法律关系。

统一实体法方法,是指在有关国家缔结的双边或多边条约中以及在经过长期反复适用而形成的国际惯例中,直接规定涉外民商事法律关系当事人的权利义务的一种法律冲突解决方法。

与通过冲突规范调整的方法相比,实体法方法将同一民商事法律关系置于一个共同的、统一的实体法律规范之下,对涉外民商事法律关系进行直接调整,避免涉外民商事交往中可能出现的法律冲突,有的学者称之为“避免法律冲突的规范”。但这种方法亦存在局限性:(1)这种方法适用的领域有限。目前,统一实体法规则多出现在国际经济贸易和知识产权保护等领域。在婚姻家庭、继承等带有人身性质的诸多法律关系中还没有相应的实体法规则,这些法律关系只能通过间接调整方法进行调整。(2)即使在部分已经制定并适用这种统一实体法规则的涉外民商事法律关系领域中,因统一实体法规则的渊源主要是国际条约,原则上仅对缔约国具有约束力,对非缔约国之间以及缔约国和非缔约国之间则不能当然适用条约中的统一实体法规则来调整涉外民商事法律关系,必须借助间接调整方法加以调整。(3)国际条约是成员国妥协的产物。一部条约只

能反映各成员国已经妥协的内容,对于未能达成一致的部分,以及缔约国对于条约中统一实体法规则作出保留声明的部分,仍不能适用条约中的统一实体法规则来调整涉外民商事法律关系,还必须借助间接调整方法。

“直接适用的法”,是指各国专门适用于涉外民商事法律关系的实体法规范。这种实体法规范直接确定涉外民商事法律关系中当事人的权利义务,减少了涉外民商事法律冲突。“直接适用的法”是为了维护国家利益和社会经济利益,一国通过立法制定的一系列具有强制力的法律规范。这些具有强制力的法律规范在调整涉外民商事法律关系时,可以直接适用而不考虑冲突规范的内容。这一类规范早先只是被认为是一种积极的公共秩序制度,而主要涉及法院地国的强制性实体规范。但是随着适用“外国公法”不得借助冲突规范而加以排除的观念与立法的逐渐推广,对这种“直接适用的法”在他国的适用已呈现出放宽的趋势。目前,时常会出现把各国国内法中的“直接适用的法”纳入国际私法范畴的观点,其争论也就多了起来。我们认为,如果把国际私法直接调整规范的性质和功能定位在构筑整个涉外民商事新秩序上,而不仅仅是解决法律冲突,那么把各国国内法中这种“直接适用的法”纳入国际私法的范畴,当然是有道理的。因为“直接适用的法”同样起着直接调整涉外民商事关系的作用。但目前还没有足够的证据证明,这种“直接适用的法”可以完全摆脱国际私法上公共秩序制度的制约。

三、两种调整方法的共存

直接调整方法相对于间接调整方法来说,虽然具有明显的优势,但仍不能完全取代间接调整方法,其主要原因在于:

1. 直接调整方法只有在案件当事人所属国都是某一国际条约的成员国时才能适用。实践中,当事人双方所属国都是某一国际条约的成员国的情况并不普遍,很多国际条约的成员国数量很少。

2. 在实践中,目前存在的诸多条约主要以调整商事关系居多,而调整民事关系的条约相对较少。

3. 国际条约的制定过程往往很漫长,不是一蹴而就。条约是各缔约国之间国家利益博弈的结果,因而国际条约所规制的领域往往支离破碎,不能构成完整的系统。

4. 国际条约在制定之后,还存在缔约国保留的情况,并且各个国家之间对共同签署的国际公约在本国内的实施情况也不尽相同。

国际私法中的间接调整方法和直接调整方法是相互补充、缺一不可的。对于某一涉外民商事法律关系而言,法院只能适用其中某一种方法。对于存在统一实体法规则的,法院可以优先适用直接调整方法;如果没有统一实体法或其不