

论我国在WTO中维护国家经济主权的法律保障（下）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_9B\\_BD\\_E5\\_c122\\_483691.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_AE_BA_E6_88_91_E5_9B_BD_E5_c122_483691.htm)??

二、清理、制定国内法规，为中国的WTO中获取利益提供法律依据。成员方如何具体运用WTO规则是一个国家能否在WTO中获益的关键。

下边我们将在分析WTO协定特点的基础上去探讨中国入世后如何在法律上保障WTO规则的适用。??（一）WTO协定的特征

“WTO协定”是一种规定WTO各成员政府在判定和实施国际贸易立法和规章方面的具体权利和义务的国际条约。

在WTO协议与各成员方的关系中，以下三方面的特征值得我们注意：??首先，WTO协定的契约性很强。世贸组织常常称

“WTO协定”本质上是契约。WTO协定不同于其他很多条约。这是因为：第一，“WTO协定”的契约性质，反映在其权利与义务的结构上，WTO协定构成一种“合同”，在这种合同中，各成员政府交换贸易条件与义务。每个WTO成员在贸易政策制度和手段方面作出并接受了许多具体承诺，这些承诺均构成其贸易伙伴的一项权利。“WTO协定”要求各成员接受有关其贸易政策的各种规则，而不是接受任何特定的贸易政策。第二，“WTO协议”建立了一种统一适用于所有规则的强制实施和争端解决制度。尽管具体承诺因成员而异，但是均可通过争端解决机制无歧视地得到强制实施。强制履行“合同”是以合同权利受损为依据的。如果某个WTO成员不遵守WTO规则，那么其他WTO成员就可以撤销其对该成员的“义务”。我们所分析的是WTO协议与其他国际条约相比较所呈现出的一种契约性更浓的特征。但绝不能将WTO

协议等同于国内法上的“契约”或“合同”。这是两个不同的概念。其次，各成员没有义务在国际法中自动执行WTO协定。尽管WTO协定在某些方面是独一无二的，但是它的各项规定，像任何条约的规定一样，只有在国内法中生效后，才能对其成员境内的公民和公司强制实施。公司与公民不能直接根据WTO协定采取行动。例如，公司不能向WTO投诉某个外国政府的规章或政策，但是该公司可以说服本国政府代表它采取行动。就WTO情况而言，绝大多数成员均制定了与WTO协定规则一致的国内法而没有把WTO协定本身纳入国内法。总之，WTO协定的物质基础是经济相互依存和列国并存的国际社会。它是建立在对等权利与义务基础上的国际法律制度在世界贸易领域的具体表现。各成员在对外经济贸易方面的独立权及其在行使权利和履行义务方面的相互合作，是保证平等互利、公平竞争、面向市场、规则取向的世界多边贸易体系正常运行的前提。建立在WTO协定基础上的法律制度，是一种贸易实力与法律规则、原则与例外、强行性规则与任意性规则、对等规则与不歧视规则等组成的刚柔相济的多边法律体系。它是一种开放的而不是自我封闭的法律制度。能否在WTO体系中获取利益，保护国家的经济主权，取决于怎样去使用这些规则。所以，我们必须认真研究WTO协议在中国的适用问题。

(二)WTO协议在中国的实施

《杂谔跟英诘拊脊》如何实施的问题，现行国际法并无统一的规则，而是由各国自行决定。WTO也并没有规定各成员应以何种国内措施履行协议义务，各成员可以采取与其传统和政治体制相适应的方式实施协议。尽管如此，而随着WTO的建立，其协定的实施已呈现出一种从“条约”到“制度”的演变

趋势。另外WTO的管辖范围也在不断扩大，WTO协议的深度和广度，强化了国内法与国际法之间的相互影响与渗透，增强了国内各种利益方的参与与制衡，使得WTO协定的实施不仅仅是一个法律技术问题，而更多地成为一个国内、国际权力整合、利益平衡的主要问题。并且与一国的国家主权休戚相关。?? 在这里我们不妨分析一下其他成员方实施WTO协定的经验，以资借鉴。WTO协定在国内的实施存在着主动实施(在WTO协议生效前或生效后即刻使国内相关立法或措施与WTO协定一致)和被动实施(即被诉诸争端解决机制并败诉后再考虑取消或调整与WTO义务不符的国内措施)两种选择。WTO成员普遍地采取主动与被动实施相结合的方法，只不过因国情不同，侧重点有所差异。例如，欧共体与多数成员一样，有很多主动实施GATT / WTO协定的立法活动。但由于欧共体自主立法也要受制于其成员国，对于仍存在严重贸易保护，短期内难以调整的领域，共同体宁愿“坐等”被WTO其他成员起诉，然后针对个别国家、个别制度、个别条款进行个案解决。而且，它往往采用“拖延战术”，“用尽”WTO争端解决机制所允许的所有程序，为共同体内进行政策调整争取时间。美国、加拿大等成员方也采用被动实施的作法，只不过在败诉后，对WTO争端解决机构的裁定基本采取较积极执行的态度。对于部分发展中国家而言，经常利用实施WTO协定的契机，进行重大的制度创新和改革，提高利用WTO规则的能力，进而从融入世界经济中获取最大利益。?? 中国作为正在进行体制转型的发展中国家，可以借鉴多数国家的经验，以主动实施为主，被动实施为辅。这是因为：第一，加入WTO权利义务体系，并不意味着国家利益的最

终实现，只有积极地、实实在在地做好WTO协定的实施以及更为广泛意义上的国内改革，才能够从中获得最大利益；第二，我国法律体系的完善尚需时日，被动实施不失为减轻要价过高的某些WTO协定对我国造成冲击的一种办法。何况法制较健全的欧共体美国等，也经常根据WTO争端解决机构的有关裁定来修改国内立法或措施。

?? 关于对WTO协议在我国的主动实施，我们需从以下几方面作出努力：?? 1. 条约的条款本身就明确要求缔约方以补充立法执行条约义务的，我国应该清理、修改相关的法律。比如WTO协议要求各成员必须使其法律、法规、行政措施与附件各项协议相符，这意味着WTO成立后，各成员必须通过修订国内法消除抵触的部分，或补充新的法律。例如，我国根据WTO《与贸易有关的投资措施协议》，修改的《中外合资企业法》、《中外合作企业法》、《外资企业法》以及实施细则。

?? 2. WTO协定的有些规定比较原则，并不切合本国情况，需要结合本国国情通过国内立法细化和补充。比如，WTO规则规定各成员应建立某些协议实施的行政司法审查制度，各成员应结合本国体制建立这种制度。例如，GATT第10条，GATS第6条，TRIPS第32条和41条，反倾销协议第13条，反补贴协议第23条，海关估价协议第11条，政府采购协议第20条都规定了司法审查的内容。从严格意义上讲，WTO规范的主要是成员国政府的行政行为，而司法审查对于监督行政行为具有不可替代的重要作用，因此，司法审查在WTO法律框架中具有举足轻重的作用。我国相关法律的规定与WTO关于司法审查的规定存在较大的冲突。随着加入WTO，我国相关的法律规范必将作一定的调整，进一步扩大司法审查的范围。起码在两个方面会

有较大的冲击，一是部分抽象行政行为将被纳入到司法审查的范围。二是部分终局裁决行为将被纳入司法审查范围。我国入世后，与贸易有关的知识产权行政行为应当受TRIPs规则的调整。TRIPs协议第41条第4款规定：“诉讼当事方应有机会要求司法当局对行政终局决定进行审查”。根据该款的规定，当事人对行政终局决定不服，可以寻求司法审查，并有权对初审判决提出上诉。而我国新近对《商标法》《专利法》的修改均包含这方面的内容。??我国的知识产权法律制度，与WTO的要求有一些明显的差距，最大的差距就是行政终局决定，缺乏必要的司法审查监督。修改以前的《专利法》规定对实用新型和外观设计最终的决定权在专利局的复审委员会，即行政机关而不是法院。《商标法》也有类似的规定。这和WTO的有关规则不一致。随着入世，我国《专利法》《商标法》对此均作了修改。例如2001年10月27日修改后的《商标法》第33条第2款规定：“当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉”。??3．对WTO协议进行补充立法，将其转换为国内法实施。如我国通过实施现有的对外经济贸易管理法来执行WTO协议，新近颁布了一系列以《对外贸易法》为核心的配套法规。如《反倾销条例》、《反补贴条例》、《保障措施条例》、《货物进出口条例》等，其他一系列相关的法规还会陆续出台，这些法规所调整的事项均属于WTO规则的调整范围，执行这些法律也就执行了WTO规则。??4．为适应新的市场开放的形势，我国应制定必要的宏观管理法。为适应银行、保险、证券业开放，还应制定相应的监督法规。??5．中国要运用WTO规则，在经济全球化的环境中获取利益，

有一个问题是不能忽视的，那就是必须对其他成员方执行WTO协议的情况进行监督，以防其违反规则，造成对中国的伤害。WTO规则是建立在市场经济基础之上的，市场的参与者是私人(自然人、法人)，他们对一成员方在贸易往来中的违规最为敏感，他们也是实际的受害者。按照WTO协议，一成员境内的私人因另一成员政府违反WTO协议的义务给自己造成损害主要的救济途径是通过本国政府向另一国政府提出协商解决，协商不成可以请求WTO争端解决机构裁决，任何私人不能直接向WTO争端解决机构申诉，因为其程序只适用于成员之间由协议产生的权利义务引起的争议。这里就有一个把私人的诉愿转化为由政府向WTO争端解决机构申诉的衔接问题。我国入世以后，也必须像其他成员方一样建立一种把私人诉愿与政府申请WTO争端解决相联接的国内申诉机制。这样才能有效监督其他成员方执行WTO协议的情况，维护我国的贸易协定利益。??关于被动实施，我国的努力应是尽快培养一批懂WTO规则的专门法律人才，认真研究WTO争端解决机构(DSB)已经审结的和正在审理的处于每一阶段的各种案例。不仅要熟知DSB的各级程序，而且要了解 and 掌握案件审理中的各种技巧。也就是说，要尽快学会在DSB打官司。这在以下两方面都十分必要。??一是在其他成员方违反WTO规则对我国造成伤害时，我们要利用争端解决机制投诉违规方，以争取我们的权利与利益。因为这是唯一的强制性的维权途径。首先我们必须积极使用DSB，主动“出击”的意识必须强烈。这是因为争端解决机构的专家小组程序，上诉审程序都是在成员方提起时才启动，DSB并不主动纠正违规行为。加之许多成员方对有些WTO协议采用被动实施的

作法，这就使受损成员方的“申诉”变得十分重要，因为如果你不向DSB申诉，这种违规作法就会继续，伤害也会继续，甚至扩大。世贸组织成立以来，已受理200多个案件，已处理的也有约四分之一的案件，有的案件还正在程序之中。根据世贸组织的规定，DSB管辖的争议案件有三类：第一是违规之诉，一成员方政府的行为违反了世贸组织有关协定的具体规则；第二是非违规之诉，成员方政府的措施没有直接违反世界贸易组织的规定条款，但是实际上背弃了减让并造成了损害；第三是情事之诉，可以提出没有构成上述两种诉讼的侵害情形。根据《关于争端解决规则和程序的谅解》第1条，DSB管辖权，及于世界贸易组织的所有规则。包括世界贸易组织的成员之间和成员与世贸组织之间，就货物贸易协定、服务贸易协定和涉及贸易的知识产权协定等有关贸易本身的争端，以及世贸组织的设立法和《谅解》本身产生的争议。我国入世以后，必须积极利用DSB程序，维护我国的经济利益。此外，应该善于利用DSB中的磋商程序，有效、快捷地解决纠纷。磋商，是指两个或两个以上成员为解决争端并达成谅解进行的国际交涉，它是DSB所规定的解决争端的必经程序，DSB要求在采取磋商以外的进一步程序前，成员应当尽可能努力对争端问题作出满意的调整。磋商应当是保密的，在任何进一步的程序中都不得损害任何成员的权利。在磋商期间，应当对发展中国家成员的特殊问题和利益给予特别注意。?? 二是对别的成员对我国可能提起的申诉必须要有充分的准备。因为一个成员方是否违规，DSB规定了严格的程序规则，首先必须经过磋商阶段，在一定的时间内通过磋商尚不能解决争端时，可以要求成立专家小组，专家小组的

任务是帮助DSB履行其争端解决职能，对提交审理的争议提出客观的报告，包括有关事实和法律的适用问题，帮助DSB作出裁决或者建议。专家小组主要是通过获取资料和听取提起方和被诉方陈述意见来行使职能的。DSB对争议方辩论发言的顺序规定了严格的程序，提起方与被诉方享有对等的权利，并且要求专家组的工作程序必须透明。所以在某一成员方申诉我国政府，而我国并没违规的情况下，我们必须充分利用这些程序，据理力争，以维护我们的合法权益。?? 总之，乌拉圭回合最后通过的《关于争端解决规则和程序的谅解》所建立的世界贸易组织争端解决机制，是保障多边贸易体系安全、可预见性和有关协定法律约束性的核心因素，与建立世贸组织的协定一起构成对多边贸易协定的保护和保障制度，也是国际经济贸易领域中解决贸易争端和贸易摩擦的惟一多边裁决机构。我国这些年来，遇到的贸易摩擦不断。随着入世，这种摩擦与争端会时常发生，如何在DSB中最大限度地保护我国的利益，维护我国的权利，将取决于我们对DSB及其规则，案例研究的透彻与深入。??三、完善涉外司法审判制度，为经济全球化中的中国提供司法保障?? WTO规则在我国法院如何适用，是否可以直接适用，案件当事人是否可以援引WTO规则作为诉讼请求的依据?法院是否可以引用WTO规则作为裁判依据?对此WTO规则没作明确规定，但从WTO成员间形成的默契和习惯作法来看是否定的。即：一成员境内的私人(自然人、法人)不能以另一成员政府部门违反WTO规则为由，向一成员方司法机关起诉另一成员政府。一成员司法机关也不能直接引用WTO规则作裁判依据。这是因为：(1)该作法违反了国家主权平等与豁免原则。一国

司法机关对另一国政府不应具有司法管辖权。(2)WTO规则属国际公法的范畴，它以调整政府间贸易政策和实践的协调为其价值取向，其权利义务的主体不是私人而是政府。(3)因WTO成员无论在经济发展水平，在市场结构还是价值观念上均有差异，反映在法律上，则是其结构有明显的松散性，规定比较原则，对成员之间法律协同的要求较低，就条约义务的严谨性与严肃性而言，WTO不及一般国际条约。

(4)WTO已经建立了自身的争端解决机制。WTO规则有专门的机构负责执行，裁判和解释。这种国际法程序仅限适用于成员政府，起诉权限由成员政府行使，个人或企业无从利用。在WTO体制下，WTO规则的最终裁判权在WTO自身，而并不在内国法院，内国法院直接适用WTO规则会遇到许多法律上的障碍。(5)WTO本身的性质和法律结构说明，WTO规则并不适合国内法院的适用，WTO含有很强的政治、外交因素，并非单纯的法律问题，对此加以裁决，显然超出了法官的职能范围。所以WTO规则并不在我国法院直接适用。但是，毫无疑问，中国入世对我国的司法制度，对法院的司法审判特别是涉外商事审判会带来深远的影响。要在WTO框架下维护国家主权，司法保障尤为重要。我们应在以下几方面作出努力。

?? (一)树立公平、公开、公正观念?ア 夜?法院在涉外商事审判工作中要树立公平观念。世贸组织规则强调的非歧视待遇原则及相关的国际规则，不仅要求成员方给予外商平等待遇，而且要求成员方以法律形式确认和保护外商与国内工商业者的平等地位。法院在行使司法审判权时，对中外当事人及港澳台当事人要一视同仁，不偏不倚，平等地保护他们的合法权益。既要防止以改善投资、贸易环境为由，

不适当保护外国当事人的权益而忽视本国当事人的合法权益，又要避免以保护国有资产流失为由，忽视外国当事人或港澳台当事人的合法权益。只有这样，才能真正做到司法公正，才能增加外国、外商对我国司法的信心。??我国法院在审判实践中还要进一步树立公开观念。透明度原则是WTO的基本原则之一。按照世贸组织规则的要求，除非有关信息和资料的披露有损于法律的实施、公共利益或者当事人的正常商业利益，成员方要公布普遍适用的管理对外贸易的法律法规、贸易协定、司法及行政决定。根据透明度原则的要求，我们不仅要公开所有的司法解释及有关规定(不公开的不得引为判决的依据)，而且要求审判程序和结果公开，不能有不透明的环节和过程。实践也证明，审判的公开性、透明度是反映一个国家法制是否健全的重要尺度之一。公开审判是司法民主的体现，是司法公正的保障。??我国法院在审判中还要进一步树立公正观念。世贸组织的一揽子经贸协议将成为我国参与经济全球化和对外经济贸易活动的基本规则。而规则必须在一个法治社会中才能被实施。而法治社会的建立与完善要依靠司法制度的保障。法院是社会矛盾和纠纷的终局裁判者，是社会正义的代表。世贸组织更是将各成员方政府对规则的实施奉为基本准则，并且为此在有的协议中规定了法院对政府行政行为的司法审查制度。而司法公正，是法治社会对司法机关的基本要求，也是司法活动所追求的根本目标。所谓“司法公正”，既包括实体公正，也包括程序公正。程序公正对实体公正具有重要的保障作用，这就要求我国司法部门必须依照法定程序办案，重视程序公正的独立价值和重大意义，确保从程序到实体两个方面公正地处理各类涉外

商事纠纷案件。(二)依法正确行使司法管辖权

领域国家主权的重要体现，审理涉外案件要严格按照法律规定行使司法管辖权。

1. 充分尊重当事人对争议解决方式的选择。根据我国民事诉讼法的规定，当事人可以对商事争议协议法院管辖或者提请仲裁。当事人协议提请仲裁的，如果一方当事人对仲裁协议的效力有异议，人民法院要严格依照法律规定确定其效力。如果确认有效，应强制当事人依仲裁协议以仲裁途径解决纠纷，法院不行使管辖权。我国《民事诉讼法》第244条规定，涉外合同或涉外财产纠纷的当事人，可以用书面协议方式选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。但当事人协议管辖不得违反我国关于专属管辖和级别管辖的规定。依照该项法律，我国法院在认定协议管辖时必须注意以下几点：(1)不是所有的涉外案件都可以选择管辖法院，而只有关于涉外合同或财产纠纷的案件，双方当事人可以选择管辖法院。并且我国法律明文规定由中国法院管辖的，当事人必须在中国法院诉讼。(2)当事人协议选择的管辖法院必须与争议有一定的实际联系。例如，争议的发生地，当事人的营业地等。如果当事人选择一个与争议毫无联系的法院管辖，该选择视为无效。我国法院可以依据属地管辖原则行使管辖权。根据我国1999年颁布的《海事特别诉讼法》的规定，当事人可以选择与纠纷无联系的法院管辖。法院在实践中，应加以区别。(3)当事人选择管辖法院的形式必须是书面的，口头选择无效。(4)当事人协议管辖违反我国法律关于专属管辖的，其协议无效。(5)依照法律协议管辖也不得违反我国关于级别管辖和专门管辖的规定。但在处理上与前者有别，即并不简单地认为协议无效。而是通过移送或

指定管辖的方法予以变通处理。这样可以将那些当事人意图在中国法院解决纠纷，而又与中国关于级别管辖或专门管辖不符的纠纷保留在中国法院的范围之内，由中国法院行使管辖权，当然这样处理也可以最大限度地尊重当事人的意愿。

?? 2. 依法解决管辖冲突，积极正确地行使我国的司法管辖权。

?? 一、论国际民事诉讼中，管辖权有着十分重要的意义。

首先，正确行使司法管辖权，关系到维护国家主权。国家对涉外案件行使管辖权是国家主权在司法领域的必然延伸和表现。当今各国都很重视并争夺国际民商事管辖权，不但规定对与本国有某种联系的涉外案件具有管辖权，而且还往往规定，即使案件与本国无联系，但如果争议双方合意选择本国法院管辖的，本国法院也可以行使管辖权。我国也应和大多数国家一样在面对涉外商事纠纷时，要积极行使我国法院的司法管辖权。

其次，正确行使管辖权，关系到本国公司、法人乃至国家的商事权益得到及时、有效的保护。在国际民事诉讼中，涉外案件应适用哪一个国家的民商法作为准据法，是根据受诉法院地国家的冲突法作出的，而各国的冲突法又各不相同。因此，由不同国家的法院审理案件，就会运用不同的冲突规范从而选择出不同国家的法律作为准据法，最终使案件的结果也各不相同。因此，正确合理地争取国际商事管辖权，对保护本国公民、法人和国家的权益有着重要意义。

再次，正确行使民商事管辖权，不但有利于诉讼当事人双方进行诉讼活动和法院的审判活动，也有利于判决的域外承认与执行。这是因为国际社会普遍认为，如果一国法院的民商事判决要得到外国的承认与执行，受案法院必须具有合法的管辖权。

?? 当然，在国际上管辖权的冲突时有发生，这是

因为当事人经常就同一纠纷分别向两个或两个以上的国家法院提起诉讼，而相关国家又都主张管辖权。入世后，这类冲突还会越来越多。为此，我们应该做到以下两点：第一，积极参加相关国际条约的谈判与制定。目前海牙国际私法会议正在谈判起草《民商事管辖权和外国判决公约》，旨在民商事诉讼的管辖权和判决的承认与执行方面制定全球性的统一规则，解决冲突，保证各国判决“自由流通”，以适应经济全球化的需要。我国对该公约的制定十分重视，正在积极参与公约的谈判，并在谈判中充分发挥中国的作用，积极提出中国的设想与建议，力争使公约的条款能反应我国的利益。第二，既然国际民商事案件管辖权的行使关系到国家主权和国家利益以及本国当事人的保护，我国法院就应积极行使管辖权，以最大限度地保护我国的利益。

?? (三)正确适用法律，切实解决法律冲突?ア 胧篮蝗?人民法院在审理涉外商事纠纷案件时适用法律的难度会进一步加大。我国法院要严格按照民法通则、合同法、民事诉讼法及相关法律和司法解释的规定，正确解决适用法律问题。此问题解决不好，同样不利于保护我国的经济利益。?? 1 . 充分尊重当事人的选择，正确适用准据法。依照我国《民法通则》第145条、《合同法》第126条的规定，合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。当事人未选择法律的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。我国法律所确认的也是国际上通行的“意思自治”和“最密切联系”的原则。在依照“意思自治”原则，适用当事人选择的法律时，法院必须审查以下几点：(1)当事人对法律的选择必须是双方协商一致的结果，任何胁迫、诈欺的存在都将使选择归于无效。双方选

择必须诚实、善意、合法，不得有规避中国法律的意图，不得违背中国有关强行法的规定。(2)当事人选择的法律，可以是中国法，也可以是港澳地区的法律或外国法律，在空间连结点上没有限制。(3)当事人选择法律必须明示作出。我国不承认默示的意思自治。(4)当事人可以在合同中订立法律适用条款作出法律选择。合同未订立的，可以在争议发生以后，或人民法院受理案件开庭之前对法律选择作出约定。(5)在我国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，必须适用中国法，排除当事人意思自治。(6)当事人所选择的法律是现行的实体法而不包括冲突法。(7)当事人所选择的法律不得违背我国的社会公共利益。

?? 2 . 适用国际条约，认真履行条约义务。《民法通则》第142条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外”。在涉外商事领域，存在着许多国际条约，我国参加了一些。凡是参加的国际条约与中国法律不一致的，适用国际条约的规定。需要强调的是，这里所指的条约只包括民商事关系的条约。例如《1980年联合国国际货物销售合同公约》，1958年《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》，而不包括WTO协议这样的公法上的条约。对于那些我国尚未参加的但在国际上有着重要影响国际条约，我们应该积极研究，在条件成熟时考虑加入。这才是我国融入经济全球化的积极态度。因为加入每一个条约，带给我们的不仅有义务，还有条约上的权利及利益。

?? 3 . 正确适用国际惯例，以国际惯例弥补我国立法的不足。国际惯例是在国际交往中，经过长期反

复的实践，逐步形成的具有确定内容，为世人所共知的行为规则。我国《民法通则》第142条第3款规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例”。在涉外商事领域中，存在着众多的国际惯例。如《国际贸易术语》《跟单信用证统一规则》等。这些国际惯例在法律适用上起着补缺的作用。在当事人选择时，法院可以尊重当事人的选择予以适用。在当事人未明确选择，而我国法律对相关问题未作规定的，法院也可以参照适用，但国际惯例的适用同样不得违背我国的社会公共利益。

??(四)依法加强对涉外商事仲裁的司法监督?ア　?了确保仲裁裁决的正确性和合法性，我国《民事诉讼法》和《仲裁法》规定了比较完备的司法对仲裁的“审查监督机制”。各级法院在审理申请撤消或者不予执行我国仲裁机构做出的涉外仲裁裁决的案件时，要严格按照法律的有关规定办理。在审理申请承认和执行外国仲裁裁决的案件时，要认真执行民事诉讼法和我国已参加的《承认与执行外国仲裁裁决公约》的规定。依据《民事诉讼法》第260条第2款的规定，“人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行”。这是我国关于承认与执行仲裁裁决中的公共秩序保留制度。无论是国内当事人的申请还是境外当事人的申请，不论是国内的仲裁机构还是境外仲裁机构作出的裁决，有管辖权的法院均可以主动审查承认和执行该项裁决是否有违我国的社会公共利益，如果查明裁决违背中国的社会公共利益，则裁定不予执行。这是法院主动行使的审查权，是裁定不予执行的一个法定理由。仲裁是国际上解决商事争议的主要途径之一，随着中国入世及改革开放的深入，中国仲裁制度的

逐渐完善，选择仲裁解决纠纷会成为越来越多的中外商家的首选，这就要求法院既要依照条约及中国法律，正确审查，承认和执行涉外仲裁裁决，又要严格使用公共秩序保留制度，以更好地维护我国的国家利益和公众利益。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)