

“无默契仲裁”管辖权问题研究 ——以 ICSID 为切入点的考察

彭思彬

摘要: 由于不以传统的双方事先达成仲裁合意作为确定管辖权的基础,初现于20世纪80年代末的“无默契仲裁”模式自产生起至今备受争议,如何完善该模式造成的管辖权不当扩大弊端是消解其争议的务实之举。以广泛适用该模式的国际投资争端解决中心的实践为切入点进行考察发现,国际投资争端解决中心公约及仲裁规则对确立管辖权的法律适用规则的缺失和管辖权异议处理程序上的不足将对“无默契仲裁”模式下管辖权的确立产生不良影响,应通过直接在国际投资争端解决中心仲裁规则中明确相关法律适用规则、建立管辖权先行审查制度以及提倡东道国在双边条约中参考2012年美国BIT范本第30条制定法律适用规则予以完善。

关键词: 无默契仲裁;管辖权;法律适用;管辖权先行审查制度

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2015) 05-0067-09

以各国间双边或多边投资保护条约数量激增及投资保护范围不断扩大为背景,国际投资争端解决模式于20世纪80年代末进入一个崭新的发展阶段。法国学者扬·波尔森1995年首次用“无默契仲裁”表述归纳了这一发展阶段的特质,即仲裁机构不再以争议双方事先达成的仲裁合意作为确立管辖权的必要条件,若外国投资者认为其相关投资权益受到东道国国家或政府行为所侵害,可仅凭该东道国事先在其国内法律法规或签署的国际条约中做出的“同意将有关投资争议提交国际仲裁”的单方承诺单方发起仲裁程序(Paulsson, 1995)。这一模式尤以晚近“国际投资争端解决中心”(以下简称ICSID)仲裁庭受理的仲裁为典型并引起了理论界和实践界的激烈争论(杨彩霞,秦泉,2011)。

自1998年伊始,中国在签订的双边投资条约中对国际仲裁机构(尤其是ICSID)管辖由“逐案接受”突破至“全面接受”,与“无默契仲裁”模式的亲密接触恐难避免。因而,进一步深入对“无默契仲裁”模式的理论研究,尤其是针对影响后续仲裁程序至深的管辖权的研究,对于指导我国的外国投资法或投资条约中争端解决条款的拟定与设计,保护国家利益以及海外投资者利益,无疑均具有十分重要的意义。

一、“无默契仲裁”管辖权确定的特性

作为对20世纪80年代出现的国际投资争端解决新动向的提炼,“无默契仲裁”

这一表述贴切传神地凸显了该模式在管辖权确定环节上异于传统的特质，这些特质可从ICSID适用该模式之典型实践的考察中窥见一斑。

（一）事先仲裁合意的缺失

ICSID仲裁庭首次运用“无默契仲裁”模式确定管辖权是1988年香港南太平洋房产有限公司诉埃及（Southern Pacific Properties Ltd. v. Egypt）一案。该案中，香港SPP公司因在埃及成立一家联合投资公司从事旅游开发建设而与埃及政府签订了投资协定，但该协定中并没有明确将相关争议提交ICSID仲裁之书面条款。1978年埃及政府为了保护自然遗产和文化遗产取消了该项工程。SPP公司根据埃及1974年颁布的《外国投资法》单方向ICSID提起仲裁申请，要求埃及政府赔偿经济损失。仲裁庭认为埃及《外国投资法》第8条的规定（“……实施中出现的投资争议应当按照适宜于投资者的方式解决，或在阿拉伯埃及共和国和投资者母国所签订的有效条约的框架内，或在阿拉伯埃及共和国加入的《解决国家与他国国民之间投资争议公约》的框架内……”）使用了强制性语言并且没有其他更为明确的排除ICSID管辖的仲裁条款的情况，可以被解释为埃及按《解决国家与他国国民间投资争端公约》（以下简称《华盛顿公约》）第25条规定接受ICSID管辖的意思表示。^①自此至20世纪末，ICSID还有多起案件的管辖权均建立在确认东道国投资立法单方提交仲裁意愿的基础上，仲裁庭明确地表示应以“促进对投资者的保护和建立ICSID仲裁管辖权”的方式对仲裁同意条款进行解释。^②

（二）申请仲裁的投资者身份事先不确定

在投资者和东道国已经签订了投资协议但并未在其中达成仲裁合意的情形下，ICSID仲裁庭仅凭一国国内投资立法确立其强制管辖权的做法被认为过于严苛。然而，随着争端解决条款对ICSID等仲裁机构全面接受之态度的双边投资协议逐渐增多，东道国对“无默契仲裁”也趋于接受。而在以双边投资条约的争端解决条款作为ICSID仲裁庭判断提交仲裁的意思表示的情形中，不但传统意义上的“仲裁合意”缺失，而且申请仲裁的投资者身份事先都是不确定的。

ICSID仲裁庭首次直接依据双边投资协定中的争端解决条款确立管辖权是1990年香港亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡（Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka）一案。该案中投资者提起仲裁缘于其在斯里兰卡投资兴建的虾养殖场于1987年斯里兰卡政府军事打击泰米尔猛虎组织反叛行动中被摧毁了。申请仲裁者之前并未与斯里兰卡国家或任何政府部门签订过投资协议或仲裁协议，损失发生后，该公司因未获得满意的赔偿解决方案直接依据斯里兰卡与英国之间签

① Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3) [EB/OL]. ICSID. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. [1992-05-20][2014-05-10].

② 如Manufacturers Hanover Trust Company v. Arab Republic of Egypt and General Authority for Investment and Free Zones (ICSID Case No. ARB/89/1)、Ghaith R. Pharaon v. Republic of Tunisia (ICSID Case No. ARB/86/1)、Tradex Hellas S. A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2)等。

订的双边投资条约向ICSID申请仲裁。ICSID仲裁庭依据斯里兰卡与英国之间签订的双边投资条约第8条第1款的规定,即“同意将缔约国一方国家与缔约国另一方国民或公司之间就后者在前者境内的投资而产生的任何争议,提交ICSID以协商或仲裁方式解决……”,确认该争端解决条款独立构成斯里兰卡接受ICSID仲裁的意思表示。^①随后在1998年Lanco International Inc. v. Republic of Argentina及2003年Generation Ukraine v. Ukraine等案中均体现了仲裁庭认为“投资者无须以特别方式向东道国表示其对仲裁管辖的同意即可直接提起仲裁”的立场。^②

(三) 提起仲裁的权利单方面赋予投资者

上述ICSID“无默契仲裁”实践均表明在这种模式中东道国无法事先预知仲裁另一方的身份,提起仲裁的权利仅单方面赋予投资者,这种特质在若干国际投资公约的规定中极度得到强化。如《北美自由贸易协定》第11章B节第1120条规定:投资争端发生6个月后,投资者可直接诉诸ICSID仲裁或根据UNCITRAL仲裁规则提起仲裁,毋需取得东道国同意。第1122条更明确要求所有缔约国均同意依据这一程序将投资争端提交仲裁,不得提出任何条件和限制。《能源宪章条约》第26条则规定:当缔约国违反条约规定义务给投资者造成损害的,投资者可在争议发生3个月后选择在东道国国内法院或依据事先同意的争议解决程序、或依据ICSID、UNCITRAL及斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则解决它与东道国的投资争议。缔约国必须无条件同意将有关投资争议提交国际仲裁解决,被视为符合《华盛顿公约》、《1958年承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》和UNCITRAL仲裁规则要求的“同意”(Paulsson, 1995)。

(四) 仲裁事项的范围以及争议解决适用法律缺乏明确的共同约定

由于缺乏传统意义上的仲裁协议并且直接赋予投资者单方诉诸仲裁的便利,除了投资者和东道国之间的契约权利义务外,类似于1988年香港南太平洋房产有限公司诉埃及案中政府为了保护自然遗产和文化遗产等东道国管理公共事务的其他任何行为,只要可能引起投资争端,均有可能纳入仲裁管辖的范围。同时,对提起仲裁的投资者身份的未知也导致缺乏争议解决适用法律之共同约定,从而加重东道国参加仲裁的负担。

二、“无默契仲裁”管辖权确立的现实必然性

上述多种“无默契”及其影响引发了对该模式产生的法理基础之争议,尤其是ICSID仲裁庭直接将投资者单方提起仲裁的“行为”作为对所谓“东道国事先在外

^① Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3) [EB/OL]. ICSID. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. [1990-06-27] (2014-05-10).

^② Lanco International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB /97/6) [EB/OL]. ICSID. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. [1998-12-8] (2014-05-10) Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/00/9) [EB/OL]. ICSID <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. [2003-12-16] (2014-05-10).

国投资法或国际条约争议解决条款中发出之要约”的承诺，显然异化了《华盛顿公约》正文第25条第1款以及对仲裁合意的“书面形式”这一必要要件，公约在1965年开放签字时发表的理事报告中虽进一步指出公约并不要求争议双方提交仲裁的同意表示于同一份法律文件中，但上述理事报告仍然明确强调争议双方的同意必须是书面的，而且须在提交ICSID仲裁前作出（布罗奇思，1972）。因而，“无默契仲裁”模式发展的法律基础似乎还并不充分。然而，作为国际投资争端解决领域的新生事物，笔者认为“无默契仲裁”基于实践需求产生，上述法律障碍也并非无懈可击，其发展的现实必然性不容质疑。

首先，“无默契仲裁”模式中确立管辖权的核心问题应在于判断东道国事先单方做出同意提交相关仲裁机构进行仲裁的意思表示的充分性和确定性，至于投资者的意思表示是否是书面的，笔者认为已完全徒留形式意义，无关紧要。因为既然公约并不要求投资者的书面同意表示和东道国的书面同意表示在同一协议的同一条款中，如果非要一个书面形式的话，投资者完全可以在申请仲裁的“行为”之前自行拟一个单方表示同意的协议来予以回应。

其次，“无默契仲裁”的出现更源于变更传统国际投资保护模式的实践需求。传统的外国投资保护以东道国国内司法救济和投资者母国外交保护为主，但其时的国际法理论和实践均未承认个人（包括自然人和法人）的国际法主体资格，投资者与东道国关系仍属国内法层面的契约关系，投资者通常只有在用尽东道国国内司法救济后才可寻求母国外交保护，能够提请国内救济的争议范围大多只限于因东道国征收或国有化提出的赔偿请求，因而投资者权利得不到充分保护。投资者提交母国保护也易把个人与国家之间的争议上升为两国之间的矛盾，其实也是投资者母国所不愿意采用的方式，此种状况必然阻碍国际投资的进一步发展。“无默契仲裁”在矫正传统模式中投资者与东道国的失衡地位上的确起到了一定的作用。

再次，随着东道国吸引外资的增多，在双边投资条约中概括性地规定国际投资争端解决条款已被实践证明是比东道国国家代表与投资者签订协议更具有国家管理效率的一种方式，从此意义上来说，“无默契仲裁”的出现实属必然。

最后，依据合同法理论中“合意”要件形式的发展趋势来看，从书面形式到行为默认也是实践发展、交易成本降低的常规表现。

综上所述，与其纠结于“无默契仲裁”法律基础是否充分，不如充分关注该模式对国际投资争端解决中东道国和投资者实践权利义务的影响更为实际，当前首要的任务应为“承认之并完善之”。显然，管辖权的确定是“无默契仲裁”最不同于传统仲裁的特点，也是开启其后续所有程序的阀门，因而应首当其冲被作为完善的对象。

三、完善“无默契仲裁”管辖权确定的若干建议

实践表明，“无默契仲裁”的产生和发展最初确属国际投资仲裁庭应对国际投

资纠纷增多的“识务之举”，其过程伴随着近30年来国际投资仲裁庭管辖权的迅速扩张。但当这种扩张发展到极致状态，“无默契仲裁”模式“切合时需、与时俱进”的“弹性”优势便极易异化为“主观”和“恣意”，ICSID管辖权不当扩大甚至已被认为是近年来“ICSID仲裁机制正当性缺失”的元凶之一（郭玉军，2011）。笔者结合上述“无默契仲裁”模式确定管辖权的特点，拟从以下两个方面提出完善建议。

（一）完善“无默契仲裁”确定管辖权的法律适用规则

诚然，“确定仲裁管辖权的法律适用”这种表述实属拗口，因为在传统仲裁理论中，仲裁庭的管辖权来自于当事人之间的仲裁协议，确定仲裁管辖权的法律适用其实就是仲裁协议的法律适用，但“无默契仲裁”中当事人双方并不存在传统意义上的仲裁合意（协议），因而暂用这一用语。

1. “无默契仲裁”管辖权确定之法律适用存在的问题 传统仲裁协议的法律适用惯例为当事人可以共同选择仲裁协议所适用的法律，当事人未选择的适用仲裁地法律。当提交ICSID或其他常设国际仲裁庭仲裁时，一般认为相关仲裁庭据以设立的国际公约及其仲裁规则便是应当适用的法律。以受理“无默契仲裁”最多的ICSID为例，由于提交仲裁的合意缺失和作为申请人的投资者身份不确定，“共同选择仲裁协议所适用的法律”几无可能，仲裁庭要确定其是否具有管辖权，应当以《华盛顿公约》及ICSID仲裁规则为依据。其确定过程的核心任务是解释判断东道国是否有将争议提交该中心仲裁的意思表示，核心环节则为对“投资”如何界定、对“投资者”如何解释以及对“同意”如何阐释和确定。然而，《华盛顿公约》本身措辞的模糊以及ICSID仲裁规则对上述问题规定的阙如却使得仲裁庭在这个环节的适用法律和确定结果的非妥当性成为众矢之的，备受苛责。

首先，《华盛顿公约》没有规定“如何判断法人国籍”，也没有明确解释何为“投资者”，对“投资”也未做出任何定义；同时，《华盛顿公约》也没有明确规定对“同意”的解释应适用何种法律。当管辖权异议产生之时，《华盛顿公约》第41条也仅赋予了ICSID仲裁庭处理该管辖权异议的权利，而过程中应依据什么法律来解释和处理，依旧没有明确的规定。ICSID仲裁规则第41条对管辖权确定及其异议处理补充了相关程序性规定，但仍未见相关法律适用的规定。

其次，是否可以依据《华盛顿公约》第42条（法律适用条款）来判断确定管辖权适用什么法律呢？该条规定：“仲裁庭应依据双方协议的法律规范处断争端；如无此种协议，仲裁庭应适用作为争端当事国的缔约国（东道国）的法律以及可适用的国际法规范；在双方同意时，仲裁庭可依公平和善意原则对争端做出决定”。从文义解释的角度来看，公约英文原文^①中“dispute”的表述无法确定其包含的范围是

^① The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

仅为实体问题还是包含管辖权确定的程序性问题；而从目前为数不多的关于此条款的学者研究来看，其讨论议题全部集中于仲裁裁决中实体法的法律适用问题（陈虹睿，2010）；从仲裁庭个案裁决来看，也从未见仲裁庭在裁决书中明确采用此条来作为确定管辖权的依据。更为重要的是，该条在实体问题的适用中关于“东道国法律和可适用的国际法规范各自的适用范围”本身存在极大争议，即便该条能够被适用于确定管辖权，仲裁庭仍然缺乏明确的确定管辖权的法律依据。

笔者认为，除了大多数学者提到的“仲裁庭存在保护投资者的主观价值倾向”之外，《华盛顿公约》与ICSID仲裁规则中对确定管辖权的法律适用规定的缺失，是导致ICSID仲裁庭管辖权过分扩张的不可忽视的客观原因，应当予以完善。

2. 完善管辖权确定之法律适用规则的具体建议 有两种途径可以完善上述法律适用规则的缺失。第一，可通过在ICSID仲裁规则中明确规定管辖权应当依据的法律，从而间接完善ICSID第42条的规定，因为直接修改ICSID公约的难度显然更大。其中最重要的是应明确双边或多边投资条约中“投资者国籍”确定、何为“合法的投资”和“同意”解释的准据法应明确规定为适用东道国法律。依据维也纳条约法公约，缔约国拥有对条约的解释权，从解释权主体的理性意识来看，缔约国不可能选择其他国家的法律来认定“投资者国籍”。1930年《关于国籍法冲突若干问题的海牙公约》第1条同样规定：“各国依其国内法判定外国投资者为其国民”（张磊，2012）。实际上仲裁庭早期的个案如AMCO v. Indonesia (1981年)、SOABI v. Senegal (1982年)、World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya (2000年)等都是如此运作（石慧，2000）。虽然仲裁庭后期扩大管辖权的做法与发达国家支持仲裁庭适用其他法律不断扩大“投资者”定义和“投资范围”有密切关联，然而时过境迁，发达国家如今也常成为仲裁庭的“被申请人”，无论是传统伦理的“将心比心”还是依据经济学中的“博弈论”，均有理由相信他们为了保护自己作为东道国的利益，会加入完善ICSID程序问题尤其是管辖权确定之权限的队伍，因而同样会极力主张东道国法律在上述问题上的适用。

第二，借鉴2012年美国BIT范本第30条的做法，在双边条约中直接将法律适用规则规定详尽，在“源头上”就把工作做实，杜绝后患，因为“无默契仲裁”中仲裁庭主要就是依据东道国在双边条约中投资争端解决条款的规定来做出解释和判断。2012年美国BIT范本第30条规定：第一，东道国被诉违反条约第3条到第10条之行为，仲裁庭根据条约及国际法法律规则予以裁决。第二，当东道国被诉违反投资协定或者违反特许投资授权时，仲裁庭应当依据以下规则予以裁决：(1) 在相关投资协定以及特许投资授权中确定的法律规则，或者争议方可能同意的法律规则；(2) 如果不存在上述选择确定的法律规则或者双方可能同意的法律规则时，仲裁庭可以适用被告国的法律，包括冲突法律规则、能被适用的国际法律规则。第三，缔约国按照本条文之目的，通过他们的代表所发表的对条约条文解释的联合意见对仲裁庭有

约束力, 仲裁庭所做出的任何决议及裁决必须与上述联合意见相符合。^①

上述范本对法律适用条款规定的详尽性体现在其不但有对争端的详细分类, 还分别针对不同争端规定适用不同的准据法确定体系, 并且明确界定了“可适用东道国法律”的范围, 同时它再次强调了“缔约国拥有对条约的解释权”。这种规定能保证缔约国对新问题处理的能动性, 并有效限制仲裁庭的自由裁量权, NAFTA中的类似规定已被实践证明效果显著。因此, 仲裁庭对投资者的认定和投资范围的界定依此规定应当充分考虑缔约国的解释。

(二) 完善“无默契仲裁”管辖权异议程序

现行ICSID仲裁规则除了缺乏明确的确定管辖权之法律适用规则之外, 笔者认为, 其第41条中规定“可将此项异议(指管辖权异议)作为一个先决问题加以解决, 也可将其并入争端之实质事项一并审理”的这种模棱两可的做法既不能防止投资者滥诉, 也使得仲裁庭对管辖权异议的处理拖沓冗长。笔者同意应建立专门的管辖权先行审查制度的观点(赵秀文, 2011), 并拟对该机制的法理和制度基础做出分析。

1. 管辖权先行审查制度的可行性: 法理基础与制度基础 管辖权与实体问题的性质两分性及管辖权问题的先决性都决定了上述管辖权先行审查制度具有充分的法理基础, 2006年修订的《ICSID公约仲裁规则》中新增的第41(5)条异议程序则为此先行制度奠定了制度基础。

现行ICSID仲裁规则第41(5)条异议程序规定: “除非当事方就初步异议之简便程序另行达成一致, 当事一方得在仲裁庭成立之日起30日内, 并无论如何于在仲裁庭首次开庭之前, 提出关于对方诉请明显缺乏法律实质之异议。该当事方应当尽可能详细地阐明异议的依据。仲裁庭在给予当事各方机会以陈述对该异议的意见后, 应在首次开庭时或者此后立即向当事方通告仲裁庭对异议所作之决定。仲裁庭的决定不妨碍当事方根据第1款提出异议或者在仲裁程序中主张一项诉请缺乏法律实质的权利。”该条规定原本旨在仲裁早期阶段终止“明显缺乏法律依据的实质性事项”的无意义诉讼, 避免造成滥诉, 但其实际效果则形成了管辖权异议前置程序。例如, 仲裁庭在2008年布兰德投资伙伴公司诉委内瑞拉案(Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela)中认为, 第41(5)条虽未明确提及管辖权, 但该条所用之“法律实质”(legal merit)一词并不排除管辖权问题, 因此支持被申请人的主张, 即第41(5)条适用于所有针对明显无依据的诉请的异议, 包含管辖权异议。在此后的Global Trading案和RSM案中, 被申请人提出的第41(5)条异议都属于管辖权问题, 仲裁庭所持立场均与Brandes案仲裁庭相同, 当事方也未就此产生争议。由此可见, 第41(5)条适用于管辖权异议已成为共识(肖军, 2012)。管辖权先行审查已有现成的条文可据以简单修正, 只待态度和制度的确立。

^① 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty [EB/OL]. <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. [2012-04-27] (2014-05-10).

2. 管辖权先行审查制度的必然性：多种管辖权审查制度混乱局面亟需调整 鉴于上述仲裁规则第41(5)条被仲裁庭认为可适用于管辖权的审议，纵观ICSID程序全程，ICSID仲裁庭审查管辖权的审议即可在3种情形下进行：其一，秘书长接受仲裁请求时；其二，依据第41(5)条进行；第三，依据第41(1)条进行。因此我们不禁产生这样的疑问：这3种管辖权审查之间是什么关系？它们各自所审查的事项有何不同？但目前仲裁庭并未就上述问题作深入分析和明确，而是仅仅强调第41(5)条的管辖权异议并非多余，如此多种管辖权审查制度的混乱局面亟需调整。

笔者认为，由于秘书长审查时依据的仅为请求书中的信息，其应只是行政性质的初步形式审查，不具备实质审查效力。与第41(1)条处理管辖权程序的繁琐、时限冗长相比，援引第41(5)条先决问题的审查则具有快速而确定的优点。因而参照第41(5)条直接建立专门的管辖权先行审查制度，非但不多余，更应该成为唯一的实质审查途径。建立该制度对仲裁庭迅速准确地做出管辖权裁决，防止申请人滥诉并提高仲裁效率大有裨益。

四、结语

尽管“无默契仲裁”自产生起就备受争议，其发展速度和深远影响却远将理论的摇摆和滞后抛却身后。尽管该理论的表述和研究还未在国内普及，但“无默契仲裁”的出现和普及使得国际投资法律关系中当事人的权利义务配制产生了新格局，它已经不再局限于一个单纯表述某一争端解决机制的技术性概念，而是与“国家契约”同一层面的理论术语，成为当今国际投资领域主要法律问题的连接点，引导诸多学者从全新的视角对国际投资争端解决机制甚至投资者—东道国关系的法律性质加以深入研究。

参考文献：

- [1] Paulsson, Jan. Arbitration without Privity [J]. ICSID Review/FILJ, 1995, (2).
- [2] 阿伦·布罗奇思. 解决国家与他国国民之间投资争议公约[C]. 海牙国际法学院演讲集. 1972, (2).
- [3] 陈虹睿. 论东道国法律在国际投资仲裁中的适用[J]. 国际经济法学刊, 2010, (4).
- [4] 池漫郊. 刍议国际混合仲裁的法律适用——兼论ICSID仲裁庭在“谢业深案”中的法律适用[J]. 国际经济法学刊, 2010, (3).
- [5] 郭玉军. 论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正[J]. 法学家, 2011, (3).
- [6] 石慧. 《华盛顿公约》第25条适用之新探——以ICSID管辖权的发展为切入点[J]. 湖南文理学院学报(社会科学版), 2006, (6).
- [7] 肖军. 《ICSID 公约仲裁规则》第41(5)条的解释与适用[J]. 国际经济法学刊, 2012, (3).
- [8] 杨彩霞, 秦泉. 国际投资争端解决中的无默契仲裁初探[J]. 比较法研究, 2011, (3).
- [9] 张磊. 论国际法对国家国籍立法权的限制[J]. 法律适用, 2012, (8).
- [10] 赵秀文, 乔娇. ICSID仲裁庭管辖权新近发展动向及其改革初探[J]. 江西社会科学, 2011, (3).

作者信息：彭思彬，西南政法大学国际法学院国际法学专业博士研究生，福建师范大学法学院国际法教研室

讲师，研究方向：国际私法。

基金项目：福建省教育厅 2014 年人文社会科学 B 类课题“国际私法视域下国际法法理学具象研究”（项目编号：JBS14035）。

A Study on the Jurisdiction of Arbitration without Privity: An Analysis Based on ICSID

PENG Si-bin

Abstract: Arbitration without privity which appeared in the 1980's especially in ICSID incurred extensive controversies because of the absence of privity of both parties. Therefore it was considered to be lack of deficient theoretical origin. However, the development of international investment disputes settlement practices proves the demand of this arbitration itself. It is better to study the problems which this mode of arbitration would bring forth especially on the jurisdiction which influences the backward proceeding dramatically rather than critically denied the existence of the arbitration without privity. The deletion of the provision of applicable law rules by the arbitrator judged on the jurisdiction and the tedious objection procedure should be changed. The concrete applicable rules and new pre-trial procedure about the objection to the jurisdiction are presented in the article.

Key words: arbitration without privity; jurisdiction; applicable law rules; pre-trial procedure

（责任编辑：金孝柏）

（上接第 66 页）

作者信息：叶波，上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院副教授，上海高校智库国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心研究员，研究方向：世界贸易组织法、欧洲联盟法、国际法；梁咏，复旦大学法学院副教授，研究方向：国际贸易法、国际投资法。

基金项目：上海市教委科研创新项目“经济体贸易政策变化研究：以自贸协定为视角”（项目编号：14YS098）、上海市法学会 2015 年应用法学研究课题“上海自贸区背景下的投资仲裁制度研究”。

Recent Development of Investor-State Dispute Settlement Mechanism and Its Implications

YE Bo LIANG Yong

Abstract: Investor-state dispute settlement mechanism aims to protect foreign investment and settle the investment disputes in a neutral way. In practice, multinational corporations use ISDS to challenge policy measures of host states, and ISDS was considered to have several faults. As a result, several states do not incorporate this mechanism in their treaty practice including Australia. To reform the ISDS, we may set up appellate body, permanent international investment court and incorporate ADRs. China may take similar measures to the dispute settlement practice of Shanghai pilot FTZ.

Key words: investor-state dispute settlement; ICSID; arbitration; mediation

（责任编辑：金孝柏）