

# 国际投资仲裁中既判力原则的适用标准

## ——从形式主义走向实质主义

傅攀峰\*

**摘要:** 国际投资仲裁因裁决不一致现象频繁而饱受批评,而在特定情形下,适用既判力原则是一条确保前后裁决一致的有效途径。在既判力原则的适用标准上,传统的三重因素一致标准乃为两大法系所公认。然而,倘若投资仲裁庭对这一标准作机械解释,既判力原则将面临无法得到适用的僵局,进而无法避免后诉仲裁庭对前诉仲裁庭已裁断的同一请求或同一争点作重复裁断。通过对当事人、诉因以及请求这三重因素中的每一重因素作实质分析,适当软化三重因素一致性的要求,可避免诸多不合理的实践推论,从而达到平衡正当程序考量与满足既判力原则适用的双重目的。

**关键词:** 投资仲裁 既判力原则 适用标准 三重因素一致

晚近,国际投资仲裁遭到来自不少主权国家、民间团体以及学者的激烈批评,<sup>(1)</sup>其中的一个重要原因在于,投资仲裁庭在相同问题上作出的一致裁决的现象反复出现。对此,学者们提出了一系列有助于确保裁决结果一致的建议,包括建立上诉机制、确立裁决先例制度、引入多方当事人仲裁机制等等。然而,在特定的情形下,通过后一关联仲裁中适用既判力原则,亦可达到避免裁决冲突、实现裁决一致的目的,而这往往为不少学者所忽视。对于既判力原则的适用,实践中的一个核心问题是,在何种条件下,前一裁决所裁断的请求与争点能够对后一仲裁庭产生“一事不再理”的效力?此即既判力原则的适用标准问题。传统上,“三重因素一致”(triple identity)标准,即当事人的一致、诉因的一致与请求的一致,构成既判力原则的普遍适用标准。然而,考察近年国际投资仲裁实践,在如何理解并适用“三重因素一致”标准上,统一、连贯的处理方式仍未出现。不过,可喜的是,从著名的Lauder案到新近的Apotex案,国际投资仲裁庭在适用“三重因素一致”标准上,方法发生了根本转变。形式主义的分析模式已逐渐失去影响,代之的是,仲裁庭基于个案对三重因素中的每一重因素作实质分析,从而为合理运用既判力原则规避裁决的冲突铺砖引路。鉴于此,深入探究传统“三重因素一致”标准的内容,并通过案例呈现投资仲裁庭适用这一标准的方法转变,必将有助于人们深入理解既判力原则的适用在解决当今国际投资仲裁中的一系列突出问题所具有的独特价值与意义,本文的目的即在于此。

\* 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员,法学博士。

(1) 就主权国家而言,南美洲的玻利维亚、委内瑞拉以及厄瓜多尔已宣布退出ICSID协定,澳大利亚已决定拒绝在其今后缔结的投资协定中将仲裁机制纳入。就学界而言,2010年加拿大投资法专家Gus van Harten教授召集全球相关学者发布了一份名为《关于国际投资体制的公共声明》的文件,对国际投资仲裁机制进行了猛烈的批评与反思,这份名单签名中包括三名中国学者,分别是中南财经政法大学的刘笋教授,厦门大学的韩秀丽教授与蔡从燕教授。就公共媒体而言,2012年由欧洲的CEO(Corporate Europe Observatory)与TNI(Transnational Institute)两家非政府组织发布的一份名为《谋利于“非正义”:律所、仲裁员以及金融家是如何在助推投资仲裁热的?》揭露了国际投资仲裁界的各种利益关联与消极方面,在业界引起了极大的反响。

## 一、传统的适用标准:三重因素一致

既判力原则乃古今几乎所有法律文明所共同认可的一项法律原则。<sup>(2)</sup> 词源上,现代意义上的既判力一词源自于罗马法,<sup>(3)</sup>但作为一种观念形态和一项法律原则,既判力却有着更为悠久的历史,有法官甚至在判决书中直接将既判力界定为一项源自于已无法追溯的远古时期(time immemorial)的原则。<sup>(4)</sup> Peter Barnett指出“事实上,在古代的判例中,我们可以清晰地看到裁判的终局性对于争议解决的重要性:它体现在由古印度法学家所阐述的法律的精神中,它体现在希腊的民俗中,它还体现在罗马法学家所阐述的法律原则中。”<sup>(5)</sup> 两则著名的拉丁法谚非常中肯地道出了既判力的意义:第一则是“interest reipublicae ut sit finis litium”,其意为“诉有终乃公共利益之要求”;第二则是“nemo debet bis vexari pro una et eadem causa”,其意为“任何人不可遭受基于同一原因的重复起诉”。

既然裁判的既判力具有如此重要的意义,那么,如何适用既判力原则,自然便是司法实践中的一个核心问题。在既判力原则的适用上,事实上亦存在一项普遍的标准。这项普遍的标准即通常所谓的“三重因素一致”标准,亦即当事人、诉因与请求的一致。无论是在大陆法系,还是在普通法系,这项标准都得到了立法或司法实践的肯定。<sup>(6)</sup> 不过,由于当今国际仲裁在程序上主要受普通法系,尤其是美国法的影响,<sup>(7)</sup>而既判力原则的适用问题亦普遍被识别为程序上的问题,因此,对三重因素中的每一重因素的分析,下文将遵循普通法系特别是美国法的理解。

### (一) 当事人的一致

仲裁中,当事人乃指作为仲裁协议的签约者,以仲裁申请人或被申请人的身份实际参与仲裁程序的人。由于仲裁的发生以当事人所签订的仲裁协议为基础,因此,仲裁当事人首先必须是仲裁协议的签约人,而仲裁协议的非签约人(non-signatory)则不具备提起仲裁的主体资格。在缺乏具体仲裁协议的投资仲裁中,<sup>(8)</sup>仲裁庭的管辖权实际上来自于抽象的双边投资协定、多边投资协定或者国家投

(2) Peter Barnett指出“事实上,在古代的判例中,我们可以清晰看到裁判的终局性对于争议解决的重要性:它体现在由古印度法学家所阐述的法律的精神中,它体现在希腊的民俗中,它还体现在罗马法学家所阐述的法律原则中。”Peter Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments: The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law* 8 (Oxford University Press 2001).

(3) “既判力”一词源自拉丁语的“res judicata”,经日文翻译后直接转借过来。在拉丁语中,“res”为名词,意为“物”;“judicata”为动词被动形态,意为“被裁决了的”,由此,“res judicata”意为“已被裁决之物”。就拉丁语一词“res judicata”而言,其本身既可以指有形的终局裁断,亦可指无形的由这一终局裁断所衍生的“一事不再理”之效力。在后一情形中,“res judicata”作为一项法律原则而存在。汉语中的“既判力”一词似乎只能指代终局裁断的无形效力,不过,由于此种无形效力是“res judicata”一词被使用得最为广泛的意义,因此,将“res judicata”译作“既判力”而非直译为“已被裁决之物”,可以说既文雅又贴切。

(4) See *Iselin v. La Coste*, 147 F.2d 791, 794 (5th Cir. 1945); See *Iselin v. Meng*, 307 F.2d 455, 457 (5th Cir. 1962).

(5) Barnett, *supra* note 2, at 8.

(6) 在大陆法系国家,既判力原则是一项相当重要的法律原则,绝大多数大陆法系国家都以立法的形式将既判力原则明确规定在法典中。这些国家的法律一般都规定,判决一经作出即对双方产生约束力,并且可以阻止任何一方当事人就同一争议再行起诉。总体而言,大陆法系与普通法系对既判力的宗旨、价值以及内涵等方面的理解高度一致,所不同的是,两大法律传统对于既判力的类型、既判力的范围(特别是客观范围),以及既判力的适用标准等方面,存在着较大的差异。究其原因,大陆法系传统上较为注重立法的严谨性和逻辑性,在实践中更偏向于追求法律在形式上的正义;而普通法系则更注重法律制度的实用性。不过,两大法系并非孤立存在,两者之间在既判力的制度实践上,亦相互借鉴与吸收,特别是大陆法系对普通法系既判力规则的借鉴与吸收。例见《法国民事诉讼法典》第480条、《比利时司法法典》第23至27条、《德国民事诉讼法典》第322至327条、《意大利民事诉讼法典》第324条,等等。

(7) 当今国际仲裁,无论是国际商事仲裁,还是本文所着重探讨的国际投资仲裁,程序上都深受普通法,特别是美国法的影响,国际仲裁界将这种现象称之为仲裁的“美国化”(Americanization)。

(8) See Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 (2) ICSID Review 232, 257 (1995).

资立法。在这种情形下,作为仲裁的当事人,申请人一般都是投资者,而被申请人则是主权国家。

既判力原则得以适用的首要条件是,前后关联之诉中的当事人必须具备同一性。问题是,如何判断此种同一性?

法国法对当事人的同一性作出了如下解释:首先,关联案件所涉之前后程序中的当事人必须一致,<sup>(9)</sup>一般而言,当事人仅与裁判结果有利害关系并不能使其获得既判力的抗辩权利;其次,既判力原则不仅要求前后程序的当事人一致,而且更进一步要求在前后程序所涉法律关系中,当事人的行为能力的内容也必须一致。举例来说,同一当事人在前一程序中以雇主的身份出现,而在后一程序中却以代理人身份出现,在这种情形下,前诉就无法对后诉产生既判力。针对当事人这一因素,意大利民事诉讼法要求前后程序中的当事人绝对一致。在普通法系,特别是在美国,在后诉中出现的与前诉当事人具有密切联系的人(privy)亦可被视为与前诉当事人具有同一性。在 *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd* 案中, Lord Reid 法官指出,密切联系可以三种不同的形式呈现:第一种形式是血缘上的密切联系,如上代人和下代人之间的关系;第二种形式是产权上的密切联系,如因破产而导致破产者与破产债权和债务继承者之间的关系;第三种形式是利益上的密切联系,如信托人和受益人之间的联系。<sup>(10)</sup>

实际上,当事人在前后关联之诉中,如果身份完全一致,且实际上亦以同样的行为能力介入相关法律关系,人们能够很快判断出此种同一性。然而,在仲裁实践中,常常出现的一个问题是,当一方当事人为一家作为母公司的大型集团公司,其子公司在后续关联案件中针对同一相对当事人提起仲裁,仲裁庭能否将该子公司视为与前案的母公司具有在当事人上的同一性?对于这一问题,目前国际仲裁界尚未有定论,而且实践中亦存在分歧,但一般认为,在此种情形下,仲裁庭必须对子公司与母公司在个案中的实际联系作具体分析,如果两者存在足够的联系,以致于人们无法对此将子公司的行为与母公司的行为在结果上作区分,那么,人们有理由在后一关联仲裁案中认定其与前一关联案件在当事人上具有同一性。<sup>(11)</sup>

另外一个常被讨论的问题是,案外第三人能否援引前一关联裁判所认定的结论作为其在后一案件中的证据?换言之,前一关联裁决的终局效力能否被后一案件所援引,而不论此两案之当事人是否存在同一性?<sup>(12)</sup> 美国法院曾多次面对此问题,而且人们对这一问题的争议比较大。这个问题实际上涉及到所谓的“相互原则”(principle of mutuality) 根据该原则,只有当事人在前后关联案件中都形成了同样的相互关系,相关当事人方可在后案中援引前案的结论作为抗辩依据。然而,在 1942 年,美国加州法院著名的 *Bernhard v. Bank of America* 案<sup>(13)</sup> 却冲破了长久以来美国法院所奉行的“相互原则”。在该案中,法院认为,案外第三人亦可援引前一关联裁决之结论作为一项争点禁反言抗辩在后案中提出,以阻止对前案已决争点再作审理,并在后案中直接适用前一关联裁决之结论。不过, *Bern-*

(9) 后一程序当事人如果是前一程序当事人的继承人,在一定条件下,此种情形亦可能被视为前后程序的当事人一致。

(10) See *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd*, [1967] 1 AC 853, at 909-910. 利益上的密切联系人是最难被界定的概念,在英国法律中,对于如何在实践中界定某人或某一实体是利益上的密切联系人, Peter Barnett 作出了精炼的概括,他指出,在认定关乎某一当事人的一项裁判应对其他程序中的另一当事人具有约束力之前,裁判者必须对相关当事人的利益以及当事人之间是否存在充足的同一性进行考察。此外,前一诉讼所牵涉的利益或争议主题必须受到法律的肯定或对他人具有受益性。他人对于诉讼仅表示关心或好奇,或者对诉讼结果只有些许利益不能使其成为利益上的密切联系人。See Barnett, *supra* note 2, at 69.

(11) 此一问题在投资仲裁中出现得更相当频繁,这是因为作为提起投资仲裁之诉的投资者往往是知名的大型跨国公司,而这些跨国公司的母公司与其旗下的子公司都可能会不同程度地在前后关联仲裁中相继参与到仲裁程序之中。

(12) See Stavros Brekoulakis, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, 16 (1) Am. Rev. Int'l Arb. 177, 209 (2005).

(13) See *Bernhard v. Bank of America*, 19 Cal. 2d 449 (1941).

hard v. Bank of America 案之方法后来一直受到不少人士的批评。<sup>(14)</sup>

在涉及仲裁的案外第三人问题上,美国加州法院在 *Vandenberg v. Superior Court* 案中给出了具有较大影响的法律意见,为后来的一些法院所借鉴与援引,其认为,“一项私人性质的仲裁裁决,即使其已获得了法院的司法确认,亦不可对第三人产生对其有利的争点效,除非在特定仲裁案中,当事人同意仲裁裁决可产生此种效果”。<sup>(15)</sup> 另一方面,在仲裁中,案外第三人能否被前一关联裁决的排斥效力所阻断,而在后面其所参与的案件中不可再提出相关问题或请求? 答案显然应为否定,因为案外第三人未参与仲裁程序,这意味着其未得到充分表达自己的辩护意见的机会,因而,由该仲裁程序所产生的裁决不可对其产生阻断效力。在新近的 *Silber v. Hanover Builders* 案<sup>(16)</sup> 中,美国第二巡回法院所作出的判决认为,针对仲裁案外第三人,涉案仲裁当事人既不可援引裁决的请求排除效,亦不可援引裁决的争点排除效。

## (二) 诉因的一致

诉因(cause of action)是普通法系中重要的法律概念,<sup>(17)</sup>按照《牛津法律大辞典》的解释,诉因是指“某人据以行使其提起诉讼权利的某一事实或系列事实”,<sup>(18)</sup>《牛津现代法律用语词典》亦作此解。<sup>(19)</sup> 一方面,它是指能构成通过起诉他人以实现自己的法律权利或利益的某一事实或系列事实;另一方面,它还指当事人起诉他人的法律根据,如违约、侵权等等。因此,诉因实际上包含两个方面,即事实方面与法律方面。单纯的某一方面并不能构成诉因。诉因必须是这两方面的结合方可成就。这点不难理解,因为在日常生活中人们所遇到的绝大多数事实或事件,如找别人借东西、在路上不小心摔倒,或者遗失了某一件随身物品等等,它们并不能当然地转化为诉因。当然,静态的法律规定也不能构成诉因。当事人提起诉讼,一般是将具体事实陈述出来,然后通过相关法律论证这一事实以使另一方当事人承担法律责任,从而说服法院支持其诉讼请求。在民事纠纷的背景下,诉因的具体种类有很多,如违约、侵权、不当得利等等。其中每一项还可以根据具体情形再作细分。在仲裁中,诉因的范围较之于民事诉讼要小,其主要限定在关于合同或财产的纠纷领域,涉及公共利益的民事纠纷一般会被排除在仲裁之外,此即所谓的可仲裁性(arbitrability)。

一项清晰、准确的诉因对于确定当事人的诉权、恰当的诉讼请求以及法院的审理范围具有关键的意义。没有诉因,当事人就没有诉权(locus standi),因而无法提出恰当的诉讼请求,或者其诉讼请求无法得到法院的支持。由于司法奉行不告不理的原则,如果没有诉因,或诉因不清晰,法院就无法确定审理的范围。某一事实或系列事实,根据不同性质的法律,可被识别为具有多重诉因,如存在诉因竞合的情况,此时选择一个恰当的诉因对于实现当事人诉讼利益的最大化具有相当重要的价值。值得注意的是,在诉因竞合的情形下,当事人基于其中某一个诉因提出请求,且法院所作出的裁判满足了此种请求后,由于该当事人的实体权利已经得到完全的救济,诉讼目的已经实现,此时,该当事人不可再基于另一诉因提出新的请求。诉因的重要性不仅仅体现在这些方面,它还在确定裁判的既判力的客观范围上扮演着突出的角色,因为适用既判力原则的前提条件是前诉与后诉在诉因上的一致。

(14) See Edwin H. Greenebaum, *In Defense of the Doctrine of Mutuality of Estoppel*, 45 (1) Ind. L. J. 1, 19 (1969); See William S. Byassee, *Collateral Estoppel Without Mutuality: Accepting the Bernhard Doctrine*, 35 Vand. L. Rev. 1423, 1452 (1982).

(15) *Vandenberg v. Superior Court*, 21 Cal. 4th 815, 834 (1999).

(16) See *Silber v. Hanover Builders*, Case No. B246975 (2d Dist. Div. 7 May 12, 2014).

(17) “诉因”与大陆法系德日等国的“诉讼标的”概念存在不少关联,不过,由于普通法与大陆法两大传统在法律发展路径上存在较大差异,因此,两概念的具体内涵差别甚大。由于国际投资仲裁在程序上深受普通法系的影响,因此,对于诉因的理解,本文亦遵循普通法系的标准。

(18) 参见[英]戴维·M.沃克《牛津法律大辞典》李双元等译,法律出版社2003年版,第178页。

(19) 参见[美]布莱恩·A.加纳《牛津现代法律用语词典》法律出版社2003年版,第140页。

那么,如何判断前诉与后诉之诉因具有一致性呢?

在美国法律中,法院一般同时采纳两种检验方法来判断前后两诉是否在诉因上存在一致,以判断是否应将前诉判决视为对当前之诉具有终局约束力。这两种检验方法分别是“证据检验”与“交易检验”。

在“证据检验”的方法下,如果维系后诉之存在的证据同样是维系前诉之存在的证据,或者同样的事实(即事实证据)对当事人提起前后两诉具有核心意义,那么,在其他条件满足的情形下,前诉判决的既判力能产生阻却后诉进行的效果。在 *American National Bank* 上诉案<sup>(20)</sup>中,Robert D. McLaren 法官(代表法庭的意见)认为,原审法院错误地适用了既判力原则而导致案件被驳回,由于在前后两诉中,当事人所提出的请求存在明显的差异,而支持两种请求分别需要不同的证据,因此,前诉之判决不能对后诉产生阻却效力,原审法院将案件驳回的决定是错误的。

在既判力的适用问题上,单纯的“证据检验”方法还不足以判断前后两诉是否存在诉因一致,更为重要的一种检验方法则是“交易检验”(transactional test)。理解“交易检验”方法之关键在于理解“交易”这一概念。此处的“交易”与买卖性质的交易有所区别,前者不仅仅包括所有市场性质的交易或其他类型的交易,还包括引起法律关系产生的事件(incident)、事实性情况(factual situation),因此它的外延要比一般的交易更广。对于什么可以构成此处所谓的“交易”,美国第五巡回法院认为应采取一种实用主义的态度。其在 *Petro - Hunt, LLC v. United States* 案中指出,判断“交易”是否成立,应考虑到各种各样的因素,如“两案所涉及之事实,在时间、空间、起源或动机上是否相互联系,它们是否构成一个方便的审理单元,以及将其作为一个审理单元来处理是否符合当事人的期望或者符合商业上的一般理解或惯例”。<sup>(21)</sup> 该法院在后来的 *Davis v. Dallas Area Rapid Transit* 案中重申了以上这一点。<sup>(22)</sup> 由此,不难发现,在“交易检验”方法下,前诉判决对后诉产生阻却效力的前提是,当事人提起后诉乃源自于与当事人提起前诉相同的事实背景。

### (三) 请求的一致

在仲裁中,请求(claim)乃仲裁申请人通过仲裁申请书要求仲裁庭裁定被申请人向其满足法律上的一定利益。仲裁被申请人在一定条件下亦可向仲裁申请人提出请求,此谓“反请求”(counterclaim)<sup>(23)</sup>。在既判力原则的适用上,请求的一致是指,当事人在后一关联仲裁中所提出的请求,须与其在前一关联仲裁(或诉讼)中所提出的请求具有同一性。倘若缺乏此种同一性,即使前后关联两案在当事人与诉因两方面具有一致性,前案所生裁判之既判力亦不得适用于后案之中。

在美国,人们习惯于将狭义上的既判力理解为“请求排除效”(claim preclusion),因为在普通法系,广义上,裁判所处理的争点在一定条件下亦可产生既判力,此即与“请求排除效”相对应的“争点排除效”(issue preclusion)。而在大陆法系,由于法律一般只认可裁判主文的既判力,既判力不及于判决理由,而裁判主文的内容限定于对相关请求所作出的最终处理,由此,确定了请求的范围,从某种意义上也确定了既判力的范围(客观范围)。请求的类型多种多样,但在仲裁中,金钱请求乃最为常见之请求形态。判断前后关联案件所涉之请求是否存在同一性,显然不取决于前后两案中一方当事人是否

(20) See *American National Bank & Trust Company of Chicago v. Village of Libertyville*, 645 N. E. 2d 1013 (1995).

(21) *Petro - Hunt, LLC v. United States*, 365 F. 3d 395, 396 (5th Cir. 2004).

(22) *Davis v. Dallas Area Rapid Transit*, 383 F. 3d 309, 313 (5th Cir. 2004).

(23) 在国际商事仲裁中,仲裁被申请人提出反请求(counterclaim)乃常见现象,然而,在国际投资仲裁中,作为被申请人的国家能否提出反请求,则是一个颇具争议的问题。近年的 *Spyridon Roussalis v. Romania* 案乃是关于这一问题的焦点案件。在该案中,作为一方当事人委任的仲裁员,Michael Reisman 教授对仲裁庭的裁决提出了异议,他认为,投资者根据一项双边投资协定提起一项ICSID投资仲裁,即充分表明其已接受作为仲裁被申请人的国家亦可针对其提起反请求这一点,而这也是另一个焦点案件——*Goetz v. Burundi* 案的仲裁庭所表达的一致意见。See *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1 (7 Dec. 2011); See *Goetz v. Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2 (21 June 2012).

请求对方作等量的金钱赔偿,而是需要结合请求所基于的原因事实作判断,因为基于不同的原因事实,一方当事人可能向对方当事人提出数项请求,且形式往往都是金钱请求。正因为判断请求的一致离不开对请求背后的原因事实,即诉因一致性的考察,因此,人们不难理解美国普通法中的“请求排除效”在大洋彼岸的英国被称作“诉因禁反言”(cause of action estoppel),两者在概念与内容上实际相差无几。

判断请求的一致,虽然看似简单,然而,在实践中,出现与前一关联案件在表面上完全一致的请求,往往少见。颇多时候,请求的一致需要裁判者对请求的内容作仔细分析,考察前后请求是否具有实质上的同一性,或者前后请求是否在内容上具有重叠性。例如,我国法院在近年处理的“中天仲裁案”中即基于后一裁决(JACC 07-11号裁决)所处理的请求被前一裁决(JACC 04-05号裁决)已处理的请求所包含,从而认为后一裁决违背了前一裁决的终局效力,遂拒绝承认与执行该项裁决。<sup>(24)</sup>

另一方面,正如前文所述,在普通法系,案件的争点在特定条件下亦能产生既判力。因此,请求的一致在判断争点能否产生既判力的问题上不应当成为裁判者的桎梏。如果在适用“争点禁反言”规则上,请求的一致亦必须无条件得到满足,那么,当事人很容易通过在前后关联之诉中人为地撕裂请求(claim splitting)达到避免让前一程序所裁断的关键争点在后一程序中产生既判力的目的。例如,在1910年的英美求偿仲裁案<sup>(25)</sup>中,仲裁庭即认为既判力原则仅涉及两个因素,即当事人与案件所涉问题是否存在同一性。在早期常设仲裁院的Pious Fund案<sup>(26)</sup>中,仲裁庭同样适用了此种方法,并强调在本案中,不仅仅当事人具有一致性,而且本案所涉之争议主题(subject matter)在前一仲裁裁决中已被裁断。新近Apotex案<sup>(27)</sup>中,仲裁庭非常鲜明地表达了支持此种方法的意见,认为裁决的请求及其所基于的理由不应当被分开予以考察,即使当事人在后一案件中提出了新的请求,倘若此项新的请求所基于的原因争点已被前一关联裁决所裁断,那么,后一仲裁庭亦可援引前一关联裁决的相关结论,作出是否支持或拒绝新的请求的决定。这一案件极具典型意义,其与十多年前的Lauder/CME v. Czech案的裁判方法形成了极为强烈的对比,且受到了国际投资仲裁界的高度关注,后文对此将作更为详细的探讨与解析。

## 二、传统“三重因素一致标准”的适用陷阱

Lauder v. Czech案<sup>(28)</sup>与CME v. Czech案<sup>(29)</sup>是国际投资仲裁领域涉及既判力问题的著名案例。<sup>(30)</sup>在这两个仲裁案中,Lauder先生(Ronal S. Lauder)与CME公司分别对捷克共和国提起了两项

(24) 关于具体案情,可参见最高人民法院《关于不予承认日本商事仲裁协会东京04-05号仲裁裁决的报告》的复函(2008年3月3日[2007]民四他字第26号);最高人民法院《关于不予承认日本商事仲裁协会东京07-11号仲裁裁决一案的请示》的复函(2010年6月29日[2010]民四他字第32号)。

(25) See *Great Britain v. United States*, Arbitral Tribunal constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 (18 June 1913 to 22 January 1926), available at [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/17-190\\_Arbitral.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/17-190_Arbitral.pdf). 裁决中的相关原文如下: It is a well-established rule of law that the doctrine of res judicata applies only where there is identity of the parties and of the question at issue.

(26) See *The Pious Fund of the Californias*, PCA Award (14 Oct. 1902).

(27) See *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

(28) See *Ronal S. Lauder v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (3 Sept. 2001).

(29) See *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (14 Mar. 2003).

(30) 在Lauder v. Czech案中,组成仲裁庭的三位仲裁员分别是Robert Briner(瑞士)、Lloyd Cutler(美国)、Bohuslav Klein(捷克),其中Robert Briner为首席仲裁员。在CME v. Czech案中,组成仲裁庭的三位仲裁员分别是Wolfgang Kühn(德国)、Stephen M. Schwebel(美国)、Jaroslav Hándl(捷克),其中Wolfgang Kühn为首席仲裁员。值得注意的是,在CME v. Czech案中,仲裁程序被划分为两个阶段:前一阶段,仲裁庭对案件实体问题作审理,明确责任归属,作出部分裁决;后一阶段,仲裁庭对赔偿数额作审理,明确具体赔偿额,作出最终裁决。在前一阶段作出的部分裁决中,捷克方面委任的Jaroslav Hándl对裁决结果强烈不满,并辞去该案仲裁员一职,后来,捷克方面委任英国的Ian Brownlie代替Jaroslav Hándl。虽然仲裁庭作出的最终裁决乃为一项一致裁决,但Ian Brownlie单独发表了一份个人意见,针对裁决赔偿数额计算的许多方面提出了质疑。

仲裁,仲裁地分别位于伦敦与斯德哥尔摩,所适用的仲裁规则皆为 UNCITRAL(联合国国际贸易法委员会)仲裁规则。<sup>(31)</sup> 两个仲裁案涉及到几乎完全相同的事实及仲裁请求,涉及互为关联的仲裁请求人,仲裁请求乃针对同一对象,即捷克。然而,两仲裁庭针对相关事实的认定及其所作出的裁决却出现了完全不同的结果,这引发了极大争议,有的著作甚至将这起仲裁裁决的冲突事件形容为“投资仲裁的终极惨败”(ultimate fiasco in investment arbitration)。<sup>(32)</sup>

### (一) 基本案情

1989年天鹅绒革命(Velvet Revolution)后,为吸引外国投资,当时的捷克斯洛伐克与其他国家签署了好几项双边投资协定,包括1991年分别与美国以及荷兰签订的双边投资协定。同年,该国通过了一项新的传媒法案。根据该法,该国政府设立了传媒委员会,以审查与批准广播许可申请。1993年,捷克斯洛伐克一分为二,新成立的捷克共和国继承了原先捷克斯洛伐克所签订的双边投资协定。

1992年,一群捷克公民创立了一所名为 CET21(Central European Television 21)的公司,以申请获取广播许可。CEDC(Central European Development Corporation)是一家事实上由 CME 公司所控制的公司,而 CME 公司的多数股权持有人是美国公民 Lauder 先生。此时,CET21 公司与 CEDC 公司正开展合作。然而,捷克政府传媒委员会担心外国投资者直接入股全国性广播许可持有人 CET21 公司,因此,反对 CEDC 直接持有 CET21 公司的股份。于是,CET21 公司、CEDC 公司与一家捷克银行一起创立了一家名为 ČNTS(Česká nezávislá televizní společnost)的合作公司。CET21 公司以广播许可权入股,占 ČNTS 公司股权 12%,而 CEDC 公司与捷克银行以出资的形式入股,CEDC 公司股权占 66%,捷克银行股权占 22%。Vladimír Železný 则是 CET21 公司与新成立的 ČNTS 公司的最高负责人。ČNTS 公司新开播的 TV Nova 电视台颇受欢迎,因此收益率也非常高。

1995年,捷克传媒法被修订,该法对与本案有关的两个方面作了修改:第一,传媒委员会在决定批准一项广播许可申请时,不得在许可中纳入条件项;其次,新法对“广播者”(broadcaster)一词作了更为狭窄的定义,规定其必须是广播许可的被授予对象。法律被修订后,CET21 公司被要求去掉其广播许可证中的第 17 项条件,该条件项可确保广播许可的持有者与广播运营商在管理结构上可被分离。传媒委员会对此请求捷克学者 Jan Barta 博士提供专家意见,该专家意见作出了以下结论:CET21 公司从未经营广播活动,而 ČNTS 公司则是在未获授权的情况下经营广播活动。

为应对这一专家意见,这些公司对它们的关系重新作了安排,最终,在 1996 年 5 月对它们的法律关系达成了如下协议:实质上,CET21 既是广播许可证的持有人,亦是广播活动的经营者;而 ČNTS 公司的角色则转变为对广播活动作安排。然而,同年 6 月,捷克传媒委员会告知 CET21 公司,后者由于

(31) 根据投资仲裁的案件管理机构是否为总部设在华盛顿的 ICSID(国际投资争端解决中心),业界通常将投资仲裁划分为 ICSID 投资仲裁与非 ICSID 投资仲裁,后者包括 PCA(常设仲裁院)受理的一般依据 UNCITRAL《仲裁规则》开展的投资仲裁(PCA 的主要角色乃指定仲裁员委任机构)、诸如 ICC、SCC、LCIA 等传统国际商事仲裁机构受理的投资仲裁,以及无任何案件管理机构并通常依据 UNCITRAL《仲裁规则》开展的临时仲裁(ad hoc arbitration)。非 ICSID 投资仲裁与 ICSID 投资仲裁最大不同之处在于,当事人可针对非 ICSID 裁决在仲裁地向当地法院提起撤销裁决的诉讼,而 ICSID 裁决仅受《华盛顿公约》下内部审查机制的监督,主权国家不能受理 ICSID 裁决的撤销申请。就 Lauder v. Czech 案与 CME v. Czech 案而言,两者都属于非 ICSID 投资仲裁案,因此,裁决都受仲裁地法院的监督。前者仲裁地位于英国伦敦,后者仲裁地位于瑞典斯德哥尔摩,因此,在仲裁庭作出裁决后,当事人可分别向英国法院和瑞典法院申请撤销相应的仲裁裁决。虽然两案仲裁地分别位于英国与瑞典,但是仲裁庭的组成人员却来自全球不同的国家,这在国际投资仲裁中乃一般现象。对于仲裁程序的开展,在尊重当事人意思自治的基础上,仲裁庭拥有相当大的裁量权。在诸如既判力原则的适用等问题上,仲裁庭亦存在极大的解释空间,并不会因为仲裁地位于某国而必然受到该国程序法的约束。

(32) August Reinisch, *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration*, in *International Law Between Universalism and Fragmentation* 166, 166 (Isabelle Buffard et al. eds., Brill Nijhoff 2008)



未向其通报新协议在注册资金、立约过程以及公司的注册办公处的变化事项,因而违反了广播许可证的规定。捷克传媒委员会指令 CET21 公司与 ČNTS 公司向捷克商业局更改它们的注册登记,并更改 ČNTS 公司的关于“电视广播”的经营活动。同时,捷克开始向 CET21 公司与 ČNTS 公司管理 TV Nova 电视台的活动进行刑事调查;同年 7 月,捷克传媒委员会针对 ČNTS 公司的未获授权经营广播活动的行为提起了行政诉讼。同时,在该年 8 月,CME 公司与 Vladimír Železný 达成了一项借款协议,由前者向后者出借 470 万美元,以使后者从 CET21 公司的其他个人股东中收购该公司 47% 的股份。该协议规定,在贷款还清前,Vladimír Železný 应按照 CME 公司的指示行使他所拥有的所有的股东投票权。在 11 月,各个相关公司之间业已达成的协议得到进一步补充,ČNTS 公司获得了无条件、不可撤销且独享的使用、维护与广播许可相关的技术并以此为该公司获利的权利。此外,ČNTS 公司还获得了在法律管制规则及法律界对此作出的主流解释出现变化时,从 CET21 公司处购得广播许可证的权利。然而,1999 年,Vladimír Železný 被解除了其在 ČNTS 公司的职务,随后,CET21 公司因 ČNTS 公司未向其提交其为第二天广播所准备的日志,而解除了其与 ČNTS 公司的合同关系。而这造成了 CME 公司在捷克的投资损失,该损失最终传导至 Lauder 先生。

根据 CME 公司及其多数股东持有人 Lauder 先生的意见,捷克政府传媒委员需要对其在捷克的投资损失负责,因为无论是该委员会在 1992 和 1993 年间审查与批准广播许可之时,还是在新传媒法于 1996 年生效之时,还是最后在 1999 年 CET21 公司与 ČNTS 公司间出现违约情形之时,捷克政府传媒委员会一直试图影响 CET21 公司与 ČNTS 公司之间的关系。1999 年 8 月,Lauder 先生,作为 CME 公司的多数股东,在伦敦根据美国-捷克双边投资协定针对捷克提起了一项适用 UNCITRAL 仲裁规则的投资仲裁(即 Lauder v. Czech 案,简称“伦敦仲裁庭”);同时,2000 年 2 月,CME 公司在斯德哥尔摩根据荷兰-捷克双边投资协定针对捷克提起了另一项平行的适用 UNCITRAL 仲裁规则的投资仲裁(即 CME v. Czech 案,简称“斯德哥尔摩仲裁庭”)。

## (二) 互相冲突的两项裁决

对于以上所述案情,伦敦仲裁庭与斯德哥尔摩仲裁庭对诸多关键之处作出了明显不同的认定与判断。

伦敦仲裁庭认为,所有事实都容易让人们们对 ČNTS 公司与 CET21 公司所扮演的角色产生模糊感,而捷克传媒委员会可合理怀疑以下情形,即 CET21 公司的广播许可在事实上(de facto)已经转让给了 ČNTS 公司。捷克传媒委员会因 ČNTS 公司涉嫌无权广播而针对该公司所提起的行政诉讼乃捷克传媒委员会正常行使其管制性职权的体现,而不是随意的行为。捷克传媒委员会指令 CME 公司、CET21 公司以及 ČNTS 公司对它们之间的协议作修改,其中的主要原因与捷克传媒委员会提起行政诉讼的原因是相同的,即捷克传媒委员会担心模糊的法律与事实情状可能实际上构成了 CET21 公司在事实上将其广播许可转让给了 ČNTS 公司,而这是违反传媒法的。然而,斯德哥尔摩仲裁庭则认为,1996 年所发生的事件强有力地支撑了以下这一结论,即捷克传媒委员会在 1996 年强迫 ČNTS 公司与 CME 公司达成减损对 CME 公司的投资进行保护的协议。所有这些行为的目的在于使捷克传媒委员会重新确立其对 CET21/ČNTS 广播运营的控制,因为新修订的捷克传媒法剥夺了捷克传媒委员会有条件地批准广播许可的权力,致使后者失去了对 CET21/ČNTS 广播运营控制。斯德哥尔摩仲裁庭甚至还认为,基于原先在 1993 年确立的 ČNTS/CET21/CEDC 的合作结构而成功吸引外资进入捷克之后,捷克传媒委员会有义务确保与维护此种结构。而逼迫 CME 公司与 ČNTS 公司放弃对 CME 公司在捷克投资的法律安全保障,这违反了荷兰-捷克双边投资协议。

伦敦仲裁庭认为,捷克在任何时期都未采取任何对 Lauder 先生的财产进行征收或无异于征收的



措施,因为对于Lauder先生对其财产的使用与受益,捷克并未作直接或间接的干涉,捷克传媒委员会的作为与不作为都未给Lauder先生的投资造成直接或间接的损失,而事实上,造成Lauder先生的投资受到部分损失的原因是,1999年CET21公司解除了其与ČNTS公司之间的合同关系。然而,斯德哥尔摩仲裁庭则认为,1999年CET21公司解除了其与ČNTS公司之间的合同关系导致CME公司在捷克投资的毁灭,这正是捷克传媒委员会的作为与不作为所造成的后果。

这两项仲裁一直平行进行着,直到2001年9月13日,伦敦仲裁庭作出了最终裁决,认为捷克(虽然其在1993年的行为存在违背美国-捷克双边投资协定的情形)不需为其行为负责,并驳回仲裁申请人的所有赔偿请求。仅10天过后,斯德哥尔摩仲裁庭作出了一项部分裁决,得出了与伦敦仲裁庭所作出的最终裁决完全相反的结论,认为捷克需要对其违反荷兰-捷克双边投资协定的行为负责。在2003年3月14日作出的最终裁决中,斯德哥尔摩仲裁庭作出了一项要求捷克向CME公司支付高达近2.7亿美元赔偿金的最终裁决。

### (三) 裁决冲突原因之分析:传统“三重因素一致”标准的适用陷阱

Lauder/CME v. Czech案裁决不一致的荒谬结果引来了人们的广泛评论,该案至今已过去十年有余,人们对其反思依然未停止。不少评论人士常援引此案对当前国际投资仲裁体制进行猛烈的批评,并呼吁建立投资仲裁上诉机制,<sup>(33)</sup>甚至建立国际投资法庭。<sup>(34)</sup>然而,如果仔细考察该案中伦敦仲裁庭与斯德哥尔摩仲裁庭对相关程序问题所发表的意见,我们很容易发现,在现行国际投资仲裁体制下,该案裁决不一致的结果,未必不可避免。究其原因,两仲裁庭对传统“三重因素一致”标准的适用过于机械,导致既判力原则或平行诉讼原则(lis pendens)最终无法得到适用,进而无法避免裁决不一致结果的产生。

首先,两仲裁庭对案件所涉及的既判力问题都发表了意见,它们都采纳了传统“三重因素一致”标准来分析适用既判力原则的可能性。在对待传统“三重因素一致”标准问题上,斯德哥尔摩仲裁庭甚至声称,既判力原则的适用要求前后关联案件涉及相同的争议、相同的当事人、相同的请求以及相同的诉因。该仲裁庭得出了如下结论:“Lauder v. Czech仲裁案所涉当事人不同于本仲裁案的当事人。Lauder先生是CME Media Ltd公司的控股股东,而本仲裁案中,CME公司作为CME Media Ltd公司的一部分的荷兰持股公司,是仲裁申请人。两项仲裁乃基于不同的双边投资协定,虽然两项双边投资协定在给予投资保护方面具有可比性,然而,两者并非完全相同……由于两项双边投资协定创立了一些并非在所有方面都严格相同的权利,这必然意味着仲裁申请人所提出的请求不同。”<sup>(35)</sup>

此种结论显然经不起推敲,因为Lauder v. Czech仲裁案与CME v. Czech仲裁案所涉及的当事人虽然在表面上不同,但斯德哥尔摩仲裁庭并未注意以下这点,即CME公司作为CME Media Ltd公司的荷兰持股公司,它事实上是CME Media Ltd公司无可争议的控股公司。而Lauder公司又是CME公司的控股股东,因此,如果对两案所涉及的当事人作实质性分析,那么,既判力适用的条件之一,即当事人具有同一性,显然能够得到满足。另一方面,斯德哥尔摩仲裁庭认为,在这两项关联仲裁案中,仲裁申请人所提出的请求乃基于不同的投资仲裁协定,因此,这必然意味着他们所提出的请求不同。此种分析显然也是停留在表面,因为请求的不同,并非单纯源于其所依据之法律的不同,更是源于请求本身的内容及其所基于的案件基本事实的不同。通过以下简单的例子我们就能认识到这一点,例如,在

(33) See Asif H. Qureshi, *An Appellate System in International Investment Arbitration?* in *The Oxford Handbook of International Investment Law* 1154, 1171 (Peter Muchlinski et al. eds., Oxford University Press 2008)

(34) See Gus van Harten, *A Case for an International Investment Court*, in *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference (Archive)* (Working Paper No. 22/08, 30 June 2008)

(35) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (14 March 2003), paras. 432-433.

出现侵权与违约竞合的情形时,当事人通过选择侵权作为依据向对方当事人提起诉讼,获得救济后,该当事人随后再次向相同的对方当事人以违约为依据提起诉讼,如果后案法官认为本案的请求与前案的请求所依据的法律基础不同而拒绝适用既判力的话,这会导致极为荒谬的结果。

伦敦仲裁庭在机械适用传统“三重因素一致”标准的路上甚至走得更远。该仲裁庭表示“仲裁庭认为,被请求人提出适用平行程序原则的请求毫无意义,因为所有其他法院与仲裁程序<sup>(36)</sup>都牵涉到不同的当事人与不同的诉因……”<sup>(37)</sup>伦敦仲裁庭所发表的此番意见,单纯从形式上来看,并没有错,因为表面上该案的确牵涉到与其他程序不同的当事人与诉因。然而,正如前面所分析的,如果对这些关联程序所牵涉的当事人与诉因作一番实质分析,人们很容易发现,就伦敦仲裁庭所处理的 *Lauder v. Czech* 仲裁案与斯德哥尔摩仲裁庭所处理的 *CME v. Czech* 仲裁案而言,两案在当事人与诉因方面完全具有一致性,完全满足适用既判力原则或平行程序原则的相关条件。伦敦仲裁庭进而指出“因此,该案不存在任何其他法院或其他仲裁庭会作出一项与本仲裁庭将会作出的裁决相似或不一致的裁判的可能……”<sup>(38)</sup>然而,现实的结果显然背离了这一判断,因为正如前文所描述的,最后,伦敦仲裁庭与斯德哥尔摩仲裁庭分别作出的裁决在结果上存在显著的冲突。

实际上,伦敦仲裁庭对于其所处理的 *Lauder v. Czech* 案与斯德哥尔摩仲裁庭所处理的 *CME v. Czech* 案是否会出现裁决不一致的后果,伦敦仲裁庭的态度是矛盾的。前面伦敦仲裁庭指出,不存在任何其他法院或仲裁庭会作出一项与该仲裁庭将会作出的裁决不一致的裁判的可能。然而,后面该仲裁庭却又表达了此种忧虑,其表示“本仲裁庭与荷兰-捷克双边投资协定项下的斯德哥尔摩仲裁庭所作出的裁决可能存在对一些事项与问题出现冲突认定的可能性。”<sup>(39)</sup>其接着表示“很明显,这两项仲裁程序的仲裁申请人是不同的。然而,本仲裁庭明白,在本仲裁中,*Lauder* 先生提出的请求乃先于 *CME* 公司在斯德哥尔摩仲裁中所提起的请求。而且,特别值得注意的是,通过坚持要求不同的仲裁庭来审理 *CME* 公司所提出的请求,被申请人(捷克)本身是不同意在事实上实现这两项仲裁程序的合并的。”<sup>(40)</sup>由此可见,伦敦仲裁庭实际上希望通过先受理原则将 *CME* 公司随后所提起的请求合并至该仲裁庭,然而,合并的提议却因捷克的反对而无法实现。

不过,对于该案,合并仲裁并非避免裁决冲突的唯一途径,既判力原则的适用便是避免此案出现裁决冲突的另一极为合适的途径。由于既判力原则乃一项由后诉裁判者针对前诉裁判所适用的原则,因此,本案中,受理案件、作出裁决以及结案在前的伦敦仲裁庭在事实上无法针对斯德哥尔摩仲裁庭尚未作出的裁决适用既判力原则,只有后者方可针对伦敦仲裁庭事先作出的裁决适用既判力原则,以避免其作出的裁决与伦敦仲裁庭的裁决发生冲突。<sup>(41)</sup>但正如前文所述,斯德哥尔摩仲裁庭对既判力原则的适用条件——“三重因素一致”标准的过于形式化的分析,导致其认为伦敦仲裁庭作出的裁决无法对本案相关问题的裁断产生既判力,最终作出了与伦敦仲裁庭相冲突的裁决。

(36) 该案还牵涉到除 *Lauder/CME v. Czech* 两仲裁案外的其他大约 20 件诉讼案与仲裁案。

(37) *Ronal S. Lauder v. The Czech Republic*, under the UNCITRAL Rules 1976 (3 Sept. 2001), para. 171.

(38) *Id.*

(39) *Id.* at para. 173.

(40) *Id.*

(41) 事实上,倘若斯德哥尔摩仲裁庭通过适用既判力原则,从而在此案中遵循伦敦仲裁庭先前作出的裁决的判案路径,那么斯德哥尔摩仲裁庭将面临一个棘手的问题,因为在伦敦仲裁庭作出最终裁决数天之后,斯德哥尔摩仲裁庭事先作出了一项部分裁决,而该部分裁决对责任问题的认定即已与伦敦仲裁庭的最终裁决存在冲突。如果斯德哥尔摩仲裁庭希望避免两仲裁庭的裁决最终出现不一致的情形,那么,它必须在其将要作出的最终裁决中决定推翻其业已作出的部分裁决,而这显然对其是一项重大挑战。

### 三、对传统“三重因素一致”标准的扬弃

如果说十多年前著名的 *Lauder/CME v. Czech* 案所出现的严重背离裁决一致性的荒谬结果促使国际仲裁界人士对既判力原则在国际仲裁领域的适用进行反思与研究,并通过国际法律组织对此发布相应的指南建议,<sup>(42)</sup>那么,新近的 *Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. USA* 案<sup>(43)</sup>则是仲裁庭通过既判力原则的巧妙适用,从而避免了裁决不一致情形出现的极佳案例。<sup>(44)</sup>虽然既判力原则的价值远不止于保证裁决的一致性,但在当今裁决的一致性日益受关注的背景下,既判力原则在此方面的价值不应被人们轻易忽视。在该案中,仲裁庭<sup>(45)</sup>确认了先前 *Apotex Inc. v. USA* 案<sup>(46)</sup>的仲裁庭于2013年6月14日对相关问题已作出裁断的仲裁裁决(简称“前一 *Apotex* 裁决”)对该案中相关问题之判定的既判力。该案仲裁庭关于既判力原则的适用具有典型性,且极可能在相当大的程度上通过间接的方式影响未来国际投资仲裁领域关于既判力原则适用的实践。

#### (一) 基本案情

在2008年和2009年,为回应美国的患者、医生以及药剂师等对 *Apotex* 药物的投诉,美国食品药品监督管理局(FDA)对 *Apotex Inc.* 在加拿大安大略省 Etobicoke 与 Signet 两处制造工厂进行了检查。检查结果显示,两处药品制造工厂的作业都明显偏离了当前被普遍采纳的良好制造惯例。2009年8月,FDA对该两处制造工厂实施了进口警报(import alert)制裁,同时对FDA在美国各地区的办公处传达了如下通告:从上述制造工厂进口的药物被视为掺假药物,并且可以被边检在不作物理检查的前提下扣留。

2012年2月, *Apotex Holdings Inc.* 与 *Apotex Inc.* (分别为第一、第二仲裁请求者;下文中,若不对两者作单独区分,则合称为 *Apotex* 公司)针对美国提起了一项基于NAFTA协议、由ICSID进行管理、适用ICSID附加便利规则的仲裁,并声称,美国2009年课加于 *Apotex* 公司在加拿大两处制造工厂的进口警报,违反了根据NAFTA协定第11章美国给予 *Apotex* 公司及其在美投资以国民待遇与最惠国待遇的义务。*Apotex* 公司还声称,美国未遵守正当程序(due process)的要求而采取进口警报,有违习惯国际法上的最低待遇标准。

在投资仲裁中,为判定其对案件是否拥有管辖权,仲裁庭首先需要判定的一个问题是,作为“投资者”的相关活动是否真正构成“投资”。对此, *Apotex Inc.* 声称,根据NAFTA协定第1139条,该公司已被FDA最终批准了的某些“简化新药申请”(Abbreviated New Drug Applications,以下简称ANDAs)构

(42) See Filip De Ly & Audley Sheppard, *ILA Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration*, 25 (1) *Arbitration International* 83, 85 (2009); See Filip De Ly & Audley Sheppard, *ILA Interim Report on Lis Pendens and Arbitration*, 25 (1) *Arbitration International* 35, 66 (2009); See Filip De Ly & Audley Sheppard, *ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, 25 (1) *Arbitration International* 3, 34 (2009).

(43) ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

(44) 该案仲裁裁决被认为是首个适用了既判力原则的NAFTA项下的仲裁裁决。参见 Nicole Thorton, *Apotex III's Application of Res Judicata Ensures Finality: Legal Security and Judicial Economy*, Oct. 13, 2014. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/10/13/apotex-iii-application-of-res-judicata-ensures-finality-legal-security-and-judicial-economy/>, 2016年1月4日最后访问。

(45) 仲裁庭由 John R. Crook, J. William Rowley 与 V. V. Veeder (首席仲裁员) 组成。J. William Rowley (系仲裁申请人委任的仲裁员) 对这一问题提出了异议,其不认为“前一 *Apotex* 裁决”对此案中的相关问题已作出了裁断。

(46) 该仲裁案为NAFTA协定下根据UNCITRAL《仲裁规则》进行仲裁的案件。在该案中, *Apotex Inc.* 向仲裁庭先后提出了两项请求,最终仲裁庭对管辖权以及仲裁请求的可接受性作出了否定性的裁定。仲裁庭由 Clifford M. Davidson, Fern Smith 与 Toby Landau (首席仲裁员) 组成,仲裁庭作出了意见一致的裁决。

成了“投资”,而FDA的行为构成了对其投资利益的侵害。据此,仲裁庭对此案完全拥有管辖权。而美国则对Apotex公司的仲裁请求提出了管辖权异议,认为仲裁庭不可基于Apotex公司的此点声称而拥有审理Apotex公司在本案中提出的请求的管辖权。其提出的理由有如下几项:首先,仲裁申请人Apotex公司无法确立以下这一点,即Apotex Inc.在美国已经作出或寻求作出NAFTA协定第11章项下的投资;Apotex Inc.并未声称在美生产或只是试验任何药品,也未声称在美拥有任何营业所或雇员;Apotex Inc.并未对其所谓的投资(包括与ANDAs相关的活动)向美国缴纳税款。<sup>(47)</sup>第二,仲裁庭对Apotex Inc.是否拥有管辖权,关键取决于对ANDAs性质的识别,而无论是暂时被批准的ANDAs抑或是最终被批准的ANDAs,在NAFTA协定第11章的相关项下皆不能构成“投资”,即使ANDAs获得了批准,其也可被FDA撤销;ANDAs只不过是一个外国药品生产厂家为获得向美国出口药品的许可而作出的一项申请。第三,“前一Apotex裁决”已对Apotex Inc.提出的与暂被批准的ANDAs有关的请求作出了裁决,而该裁决认为暂被批准的ANDAs不构成“投资”;在考察“前一Apotex裁决”之时,应将裁决的理由纳入考虑范围之内,对于该裁决对暂被批准的ANDAs的定性,实际上同样适用于本案中对最终被批准的ANDAs的定性;至于未参加前一仲裁的Apotex Holdings,其提出的相关(虽非全部)请求亦能被“前一Apotex裁决”的既判力所排斥。

## (二) 仲裁庭的裁决意见

仲裁庭在其作出的裁决中支持了美国所提出的驳斥意见。颇为引人注意的是,仲裁庭在其裁决书中从既判力的角度出发,单辟一章对仲裁庭的管辖权问题进行了详细的分析,并且对一般国际法、NAFTA协定以及UNCITRAL仲裁规则背景下既判力原则的地位及其相关适用作出了重要的阐明与裁断。

首先,对于仲裁申请人声称NAFTA协定第1136条第1项<sup>(48)</sup>具有阻止既判力原则适用之效力的意见,仲裁庭不予接受。根据该项规定,仲裁庭作出的裁决仅在争议当事人之间以及仅对于当下的特定案件具有约束力。该项规定与《国际法院规约》第59条<sup>(49)</sup>极为相近,后者被解释为国际法院不受先例之约束(stare decisis)。然而,国际法院不受先例之约束,并非意味着国际法院在特定案件中亦不受既判力原则之约束。鉴于国际法院曾适用过既判力原则这一事实,<sup>(50)</sup>仲裁庭认为,NAFTA协定第1136条第1项亦不排除在该协定背景下仲裁庭适用既判力原则的可能。倘若不作此种解释,那么,接受仲裁申请人的意见则意味着它可以一而再再而三地在不同的关联仲裁中针对相同的当事人反复提起相同的请求,这无疑会导致仲裁程序出现荒谬的结果。

其次,仲裁庭认为,既判力原则乃一项一般法律原则,因而,在NAFTA第1131条(准据法条款)背景下,其可以作为准据法规则得到适用。至于传统的关于既判力原则适用的“三重因素一致”标准,即当事人、请求与诉因的一致,仲裁庭对每一重因素的判断逐一表达了意见。对于当事人这一因素,仲裁庭认为,Apotex Inc.与美国皆为前仲裁与本仲裁中的当事人,这一点毫无争议,而Apotex Holdings则构成Apotex Inc.的密切联系人(privy),只要Apotex Holdings的请求有赖于ANDAs为NAFTA协定下的投资这一点主张,那么“前一Apotex裁决”的既判力就可以及于Apotex Holdings。对于请求与诉因这两点因素,仲裁庭注意到,要求后一仲裁与前一仲裁中的请求与诉因完全一致,很容易导致当事人

(47) 在美国看来,FDA针对Apotex公司在加两处制造工厂所实施的制裁乃一项贸易措施,而Apotex公司将可能在NAFTA协定第20章项下成立的与贸易相关的请求转化为一项在NAFTA协定第11章项下方能成立的投资请求。

(48) NAFTA协定第1136条第1项规定“仲裁庭裁决仅对争端双方和所涉特定案件具有约束力。”

(49) 《国际法院规约》第59条规定“法院之裁判除对于当事人及本案外,无拘束力。”

(50) 早在1928年的Chorzow Factory案中,常设国际法院Anzilotti法官作出了既判力原则为文明国家中的一项一般法律原则的经典论断。

通过在后一仲裁中稍微改变其请求之救济内容或请求之法律根据,而规避既判力原则的适用。<sup>(51)</sup> 考虑到这一点,仲裁庭并未严格适用“三重因素一致”的标准,而是采用一种只要求当事人与诉因两重因素一致的标准,以此判断是否应适用既判力原则。<sup>(52)</sup>

第三,仲裁庭发现,国际法院与国际仲裁庭常会考察前一关联裁决的理由部分以判断裁决主文的范围及排斥效力。在此点上,仲裁庭认为,根据1976年UNCITRAL《仲裁规则》第32条,<sup>(53)</sup>为适用既判力原则,“前一Apotex裁决”的相关理由可与裁决主文联系起来作解读。换言之,在适用既判力问题上,仲裁庭不应将裁决理由与裁决主文人为地撕裂。除了从仲裁庭所适用的UNCITRAL《仲裁规则》寻找根据外,仲裁庭还援引了NAFTA协定第1131条第1项<sup>(54)</sup>以及相关国际法规则,以支撑其所得出的以下结论,即“前一Apotex裁决”的裁决主文连同裁决理由在本仲裁中对双方当事人皆产生既判力。

然后,仲裁庭便开始分析“前一Apotex裁决”是如何对本仲裁中Apotex公司提出的请求产生阻却效力的。首先,Apotex Inc.在“前一Apotex裁决”中所提出的特定请求与其在本仲裁中所提出的请求存在差异,即前者涉及暂时被批准的ANDAs,而后者涉及最终被批准的ANDAs。对于这一差异,仲裁庭表示认可。然而,在对“前一Apotex裁决”的裁决理由进行分析时,仲裁庭表示,“……当事人清晰地从一般意义上将ANDAs作为争议问题提出,换言之,当事人提出的争议问题不局限于暂时被批准的ANDAs,而是还包括最终被批准的ANDAs;前案仲裁庭事实上亦对那一问题作了裁断;而且,在其看来,对这一问题的裁断,对解决当事人所提交给其解决的纠纷具有必要意义……”<sup>(55)</sup>据此,仲裁庭认为,“前一Apotex裁决”的理由应适用于所有关于ANDAs争议问题中。而“前一Apotex裁决”对ANDAs的根本性质作了判定,认为其不过是作为支撑Apotex公司向美国输出在加拿大生产的医药产品的准进口许可而发挥作用,Apotex公司出售或转让ANDAs的行为,即使其可被撤销以及仍然在地域上仅针对指定的生产厂商,亦不会改变这些ANDAs的内在性质,它在美国境内不构成商品。由此,仲裁庭便适用争点禁反言(issue estoppel)规则,<sup>(56)</sup>阻止当事人所提出的新的请求,因为其请求之依据已被前面的关联仲裁裁决判定为不能成立。

### (三) 分析与评论:传统“三重因素一致标准”之扬弃

将Lauder/CME v. Czech案与本案的处理方式作对照,人们似乎可以得出这样的结论,即既判力原则的适用在实现国际投资仲裁裁决的一致性方面能够起到独到的作用。然而,问题不在于仲裁庭是否认识到既判力原则的此种价值,事实上,在Lauder/CME v. Czech案中,仲裁庭也承认既判力原则在避免裁决冲突中的作用。问题在于,通过何种标准适用既判力原则。如果该案能够持续给人们带来启示,那么,最大的启示莫过于仲裁庭在适用既判力原则时,宜采用实质主义的判断方法,而不是教条地遵从形式主义色彩浓厚的“三重因素一致”标准。

仲裁庭在考察当事人一致这一条件时,运用了普通法系关于既判力原则的适用方法,即后诉当事人若构成前诉当事人的“密切联系人”(privity),那么,在既判力原则的适用上,仲裁庭可将前诉与后诉

(51) 人们把此种战术称为“撕裂请求”(claim-splitting)。

(52) 仲裁庭援引了Pious Fund of the Californias案的裁决以论证此种标准之合理性。

(53) 根据1976年UNCITRAL《仲裁规则》第32条(现今2010年修订版第34条),仲裁裁决是终局的,对各方当事人均具有拘束力,而且仲裁庭应说明裁决所依据之理由,除非各方当事人另有约定。

(54) NAFTA协定第1131条第1项规定“根据本节组成的仲裁庭,应当依据本协定和可适用的国际法规则对争端的争议事项进行裁决。”

(55) ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, para. 7.50.

(56) 在该仲裁案中,仲裁庭虽未明确使用“争点禁反言”一词,但实质上采纳了“争点禁反言”的法理。

的当事人视为一致。本案中, Apotex Holdings 通过间接的方式控制了前一仲裁的 Apotex Inc., 且 Apotex Inc. 为本仲裁的第二请求人, 因此, 将 Apotex Holdings 视为 Apotex Inc. 的密切接触者完全合适, 两公司之间实际上是通过利益的方式紧密相连。<sup>(57)</sup>

不过, Apotex Holdings 与 Apotex Inc. 相互之间存在密切的联系, 以至于两者构成“密切接触者”, 这并非必然意味着未将 Apotex Holdings 列为当事人的“前一 Apotex 裁决”必然会对其产生既判力, 因为当事人的同一性仅为既判力原则得以适用的必要条件, 而非充分条件。仲裁庭随即对传统“三重因素一致”标准的另外两重因素, 即诉因与请求进行了考察。在考察这两重因素之时, 仲裁庭发现了传统“三重因素一致”标准的缺陷。

首先, 对于前后两项关联之诉, 诉因与请求两者间常常产生分离, 即在同一诉因之下, 当事人可能基于某种诉讼战术考量而将请求人为地分裂, 分别在前后不同程序中提出。此种做法所导致的逻辑后果是: 如果法庭或仲裁庭采用传统的“三重一致标准”来判断是否应当适用既判力原则, 那么, 既判力原则将无法得到适用。对此, 仲裁庭援引了相关学者的论述加以论证。例如, Christoph Schreuer 等曾指出, “国际仲裁庭已经意识到此种风险, 即如果他们对诉因与请求这两项因素采纳过于严格的适用标准, 那么, 既判力原则几乎无法被适用。如果在后诉中, 只有基于与前诉完全一致的法律理由而提出与前诉完全一致的诉求, 才能被前诉裁判既判力的排斥效力所阻却, 那么, 诉讼申请者很容易通过对其诉求或诉求所依赖的法律理由稍作修改而逃避既判力的约束”。<sup>(58)</sup> William Dodge 亦曾表达过相同的担忧, 其同时指出, 仲裁庭从未允许申请人为避免前一关联裁决排斥效力的适用而作出“撕裂请求”之举,<sup>(59)</sup> 这一点 Christoph Schreuer 亦曾清晰指出。<sup>(60)</sup>

其次, 从裁判实践角度来看, 仲裁庭注意到, 在以往的案件中, 不少仲裁庭在考虑既判力原则的适用时, 都曾抛弃传统的“三重因素一致”标准, 而采纳仅考虑两重因素一致性的更简单而又合理的做法。例如, 在美英求偿仲裁案中, 仲裁庭将既判力原则的适用视为仅涉及两重因素的问题, 并明确表达了以下意见, 即当仅存在当事人一致以及争议问题一致之时, 既判力原则亦得适用。<sup>(61)</sup> 在常设仲裁院早期著名的 Pious Fund 案<sup>(62)</sup> 中, 仲裁庭也运用了两重因素一致标准, 并且强调, 在前一关联仲裁裁决中, 不仅当事人与本诉一致, 而且被裁判了的争议主题亦与本诉一致。显然, 此处两重因素一致乃为当事人的一致以及诉因的一致。综合考察这两个案例, 我们很容易发现, 处理两案的仲裁庭所分别适用的两重因素一致标准都未要求前后裁决中的请求亦必须一致。

## 四、结论

当事人、诉因以及请求的一致乃既判力原则适用的传统标准。这一标准在大陆法系更是被不少国家以立法的方式予以确认。在国际层面, 无论是国际法院的判决、常设仲裁院的裁决, 抑或诸如国

(57) 关于密切联系的构成基础, 前文曾作说明。

(58) Christoph Schreuer & August Reinisch, Legal Opinion 80, CME Czech Republic B. V. v. Czech Republic, UNCITRAL (20 June 2002). Available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0960.pdf>.

(59) See William Dodge, *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter 11 of NAFTA*, 23 *Hastings Int'l Comp. L.* 366, 366 (2000).

(60) See Schreuer & Reinisch, *supra* note 58, at 80.

(61) See *Great Britain v. United States*, Arbitral Tribunal constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 (18 June 1913 - 22 January 1926). Available at [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/17-190\\_Arbitral.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/17-190_Arbitral.pdf).

(62) See *The Pious Fund of the Californias (United States of America v. Mexico)*, PCA Award (14 Oct. 1902), available at [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IX/1-14.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/1-14.pdf). 该案为常设仲裁院适用既判力的第一个案件, 且被视为早期在此方面非常突出的案件。



际法协会等组织所发布的具有指南意义的相关文件,都确定了以下这一点,即裁判者在处理涉及前一关联裁判的既判力之时,应当考虑这三重因素在前后案件中是否具有一致性。如果在具体案件中,前一关联案件与当下仲裁庭所处理的案件在当事人、诉因与请求这三方面具有完全的同质性,在此种条件下,前一关联案件的裁判毫无疑问能够对当下案件产生包括积极与消极两方面的既判力。然而,实践中极难出现前一关联案件与当下案件在这三方面具有完全同质性的情形。首先,由于实践中经常出现母公司与子公司或者隶属同一集团不同的子公司分别作为当事人参与前后关联案件的情形,因而,针对当事人的一致,如果法院或仲裁庭采纳绝对的标准,那么,此种情形下,前后关联案件所涉相关当事人基本上无法被认为具有同质性。其次,即使前后当事人一致已被确定,由于当事人可能基于各种利益考虑而人为地将请求撕裂,而分别在前后不同的程序中提起相关请求,这会使得请求的一致无法得到满足。再次,即使诉因的一致这项较为容易判断的要求,在实践中也可能由于当事人故意保留某些其能够在前一程序中提出而未提出的争点或事实,而变得扑朔迷离。基于此,如果在仲裁实践中,法院或仲裁庭机械地适用传统的“三重因素一致”标准,那么,这极易导致既判力原则无法得到合理的适用,从而无法借此避免重复裁判,减少裁决不一致的风险,以及提高仲裁的效率。

故此,我们需要对传统“三重因素一致”标准重新定位。一方面,传统“三重因素一致”标准有其内在合理性,乃为人类法律文明在适用既判力原则的长年历史积累中所形成的共识;另一方面,正如实践显示,机械适用“三重因素一致”标准的后果乃是既判力原则在绝大多数情形下无法得到适用。因此,人们需要寻找一个平衡点。本文认为,法院或仲裁庭在具体案件中分析既判力原则能否得到适用时,不应当寻求当事人、诉因与请求这三“三重因素”的绝对同质性,而应当对既判力原则背后所涉之深层次价值因素与既判力原则之外的其他价值因素作一平衡考量,以定夺前一关联裁决能否对当下案件的处理产生既判力。<sup>(63)</sup>

实际上,传统“三重因素一致”标准的最大意义在于,其能够为判断既判力原则的适用提供一个整体的分析框架,法院或仲裁庭在分析前后关联案件所涉既判力问题之时,应以这三“三重因素”为出发点,对其同质性进行实质考察,并对背后所涉及的价值因素进行综合分析,而不应当教条地适用传统的“三重因素一致”标准。

确定了传统“三重因素一致”标准作为既判力原则适用的分析框架后,在个案中,裁判者考察既判力的适用条件时需意识到,当事人、诉因与请求这三“三重因素”并非在任何条件下都应当具有同质性。

首先,同质性不能从形式上或者表面上去判断,而应当从前后关联案件中所涉及的当事人、诉因以及请求这三项因素的实质方面去判断,如此方可避免当事人故意在后一关联案件中对这三项因素中的任意一项进行变通以防止前一关联案件裁决的既判力对后一关联案件产生既判力。从裁判者的角度观之,采用实质主义的方法判断这三项因素的同质性,从而合理地适用既判力原则,还可以达到避免重复裁判、节约审理时间的效率目的,并且还可以因此避免裁决不一致结果的发生,以及保护前案胜诉一方当事人的既得合法利益。

其次,在普通法系,“争点禁反言”规则乃其既判力制度的重要构成。法院或仲裁庭在判断前一关联案件裁决的关键争点是否对后一关联案件产生既判力时,不需要考察这两个关联案件在请求方面

(63) 例如,当事人一致这一要求的核心考量在于,每一位当事人都有权利参与程序,并在程序中表达自己的法律意见,因而,后案当事人若未能参与前案之程序,那么,将前案裁判之既判力强加于该当事人存在违反正当程序之虞。然而,正如前面所述,实践中可能存在下面这种情况,即前后两案相关当事人乃母公司或子公司之关系,或隶属同一集团的子公司,而且它们都能以这样或那样的方式间接参与前案之程序,因而,在此种情形下,即使将前后两案相关当事人视为同一当事人,亦不违反正当程序,或者仅为一种细微的程度问题,而非实质违反正当程序。相反,在此种情况下,如果裁判者以前后两案当事人不一致为由排除既判力原则的适用,这显然会导致对相同问题或相同请求的重复审理,进而可能造成裁判的冲突以及效率的损失。

是否具有一致性。只要两案中的关键争点一致,而且涉及相同的当事人,那么,“争点禁反言”规则即可适用。另一方面,虽然大陆法系一般将裁判的既判力限于主文,因而认为判决理由不具备既判力,争点亦不可获得既判力,但事实上,某些大陆法系国家的司法实践也承认在考察裁判既判力的范围时往往需要考察裁判理由,并且承认在一定条件下,案件的重大争点亦可产生既判力。因此,在涉及争点既判力的问题上,要求前后两关联案件在请求上具有同一性,往往没有必要。大陆法系之所以严格适用“三重因素一致”标准,其中一个关键原因在于,大陆法系国家不存在普通法系的“争点禁反言”规则,而通常将既判力理解为普通法系中的“请求禁反言”,因此,当事人、诉因以及请求这三方面的一致性应缺一不可。基于此,法院或仲裁庭在考虑将既判力适用于案件的关键争点之时,理应突破传统“三重因素一致”标准的界限,而主要对当事人与诉因这两项因素进行考察,并考察本案中的关键争点与前一关联案件的关键争点是否具有一致性。

最后,在仲裁领域,仲裁庭或相关法院在适用既判力原则之时,应当考虑到仲裁的双边性以及保密性等特点,在决定是否应当在个案中合理突破传统“三重因素一致”标准之时,应特别注意前后关联案件所涉当事人是否具有足够的同一性。仲裁不同于诉讼,双边性与保密性意味着非仲裁协议签约主体通常情况下既不可参与仲裁程序,亦不能得知裁决的内容。因此,在判断作为后一关联仲裁案件中的当事人与前一关联仲裁案件中的一方当事人是否具有同一性时,裁判者应考虑到前者是否真正与后者在参与前一仲裁程序时形成实质上的“你中有我、我中有你”的密切关联。若不存在此种实质上的密切联系,则不宜认定前一案件裁决对后一案件相关当事人具有既判力。

### The Test for Application of the Doctrine of *Res Judicata* in Investor-State Arbitration: From a Formalistic to a Substantive Approach

Fu Panfeng

**Abstract:** Investor-state arbitration has been suffering from severe criticism for frequent inconsistencies between arbitral awards. The Doctrine of *Res Judicata*, however, can serve as an effective means to ensure consistency between a former and latter arbitral award under specific circumstances. With respect to its application, the traditional triple identity test is widely recognized by both the common law and the civil law systems. But if arbitral tribunals interpret this test mechanically, the Doctrine of *Res Judicata* risks never having the chance to be applied, thus unable to avoid double adjudication on the same issue or claim in closely related arbitrations. Through a substantive analysis of the parties, the cause of action and the claim and through the softening of the requirement for identity of each element, unreasonable inference in the arbitral tribunal's adjudicating process could be avoided and a balance between the consideration for due process and the application of the Doctrine of *Res Judicata* could be achieved.

**Keywords:** investor-state arbitration; doctrine of *Res Judicata*; test for application; triple identity

(责任编辑:倪鑫煜)