

第三方资助仲裁对仲裁员独立性的挑战与防范

谈晨逸

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

摘要: 第三方出资者与仲裁裁决的直接经济利益联系可能导致仲裁员的利益发生冲突, 而资助协议中的保密条款又很容易使这种利益冲突被隐瞒而有损仲裁程序的正当性。因此, 有必要建立起一套强制性的披露制度, 要求被资助者必须主动披露存在第三方资助的事实和出资者的姓名或名称; 关于资助协议的披露与否则应按举证标准判断, 只有当特定性、相关性和实质性都满足时才能作出披露的指示。通常, 履行披露义务的主体是受资助者和仲裁员, 但当受资助者没有披露时, 知情的代理律师也应根据职业道德和行为规范向其他各方当事人和仲裁庭作出补充披露。

关键词: 第三方资助仲裁; 仲裁员利益冲突; 披露

中图分类号: D997.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 01-0078-08

一、问题的提出

近年来, 第三方资助仲裁在商事和投资纠纷解决领域呈现出产业化发展势头, 此类出资模式在促进仲裁发展的同时, 也暴露出了诸多问题。在 Muhammet Çap 诉土库曼斯坦案中, 仲裁庭于 2014 年拒绝了被申请人提出的披露第三方资助仲裁有关信息的请求; 2015 年 4 月, 面对被申请人又提出的同样申请, 仲裁庭决定予以支持并要求申请人披露其是否受第三方资助以及资助人的身份和资助安排的性质, 包括获得有利裁决时资助人获益如何。仲裁庭作出这一披露决定的理由中列在首位的是第三方资助人的存在是否会影响仲裁员的公正性和独立性, 因为要求当事人披露第三方资助的情况以及第三方资助人身份, 将有利于判断仲裁员是否受该第三方资助所影响, 从而保障仲裁程序的完整性和公正性。这一案件反映出两个亟待解决的问题: 第一, 第三方资助仲裁可能影响仲裁员独立性和公正性; 第二, 对于被申请人有关披露第三方资助信息的同一项请求, 仲裁庭先后作出了拒绝和支持的不同决定, 这表明立法和仲裁规则在涉及第三方资助的披露义务方面存在空白, 导致了仲裁庭的裁量不统一。

当前实践中的第三方资助仲裁具有 3 个特征: (1) 资助开始于当事人考虑或正在进行仲裁时; (2) 与案件没有利害关系的第三方为一方当事人 (多数情况下是申

作者简介: 谈晨逸, 华东政法大学国际法专业博士研究生, 研究方向: 国际法。

请人)支付仲裁费;(3)若裁决结果有利于受资助人,资助人将按约定获得一笔收益,约定比例时的考虑因素包括当事人的身份、案件的实体问题和复杂程度、获得有利裁决的概率等。^①

这一现象的涌现推动了英国、新加坡、中国香港等国家和地区对第三方资助仲裁的合法性的确认和立法规范。目前,各国关于第三方资助仲裁有哪些立法和规则?第三方出资者与仲裁员之间的关系是否会引起仲裁员的利益发生冲突?若通过披露消除这种利益冲突,哪些主体应有披露义务?披露的范围应如何确定?

二、跌宕起伏中的第三方资助仲裁

(一) 第三方资助仲裁的兴起:滥用诉权与实现公正的博弈

第三方资助仲裁不是一个全新的概念,它由“第三方资助诉讼”演变而来。后者的历史可追溯至中世纪的英国,当时,资助诉讼主要由封建领主向土地所有人提供,其方式分为包揽诉讼(maintenance)和帮讼(champerty)。所谓包揽诉讼,是指由一个没有正当理由的第三人支持诉讼,从而达到煽动、挑起或鼓励毫无价值的诉讼的效果。而帮讼中的第三人则以获利为目的支持诉讼,若原告胜诉,其将与该第三人分享判决钱款。^②那时,这两种行为都构成民事侵权和刑事犯罪,这一方面是为了防止司法系统成为商业投机之地,避免第三方资助者引起无理纠缠的诉讼而给法院造成过重的负担;另一方面,这一理论在英国所针对的主要是英国封建领主,他们常通过投资土地所有人的诉讼获取更多圈地,为了制止其不正当地扩大圈地,包揽诉讼和帮讼行为被认定为犯罪。尽管存在缺陷,但这种模式帮助穷人获得救济的积极意义不容否定,只是在当时立法者认为它对公共利益造成的损害大于它的正面作用。

第三方资助诉讼再度兴起于20世纪末澳大利亚的破产领域。有一家叫IMF Bentham的公司专门资助即将破产的从业者向债务人提起债权诉讼,同时从返还的债务中分得一部分钱款。到了21世纪,第三方资助开始向商事诉讼、集体诉讼、仲裁等领域扩展,并出现了伯福德资本有限公司、海港诉讼投资有限公司、杰瑞迪卡投资有限公司、阿尔卡资本有限公司等10多家大型的诉讼资助公司。对于第三方资助诉讼的态度,具有转折点意义的是Campbells Cash and Carry Pty Limited诉Fostif Pty Limited案,澳大利亚高等法院在该案中解释了滥用诉权和实现公正的关系,指出:在考虑诸多公共政策的冲突问题时,给予原告实现正义的机会应被置于首位。此外,英国也于1967年废除了包揽诉讼和帮讼的罪名。

① Lévy, Laurent, Bonnan, Régis. Third-party Funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings[C]. in Cremades, Bernardo M., Dimolitsa, Antonias. Third-party Funding in International Arbitration. Paris: International Chamber of Commerce, 2013: 78.

② Barrington, Louise. Chapter 3: Third-party Funding and the International Arbitrator. in Shaughnessy, Patricia, Tung, Sherlin. The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer[M]. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017: 15~16.

可见,随着封建领主扩张圈地的历史根源的消失以及更多公共政策因素的出现,各国开始认可第三方资助诉讼和仲裁。它的积极意义包括3个方面:第一,对于有权提出索赔请求、却无法承担诉讼/仲裁费的个体而言,第三方资助能帮助其实现公正;第二,第三方资助商业公司提起诉讼或仲裁能使它们把更多现金流分配于经济活动中,提高经济效率;第三,2008年后很多公司在财政上面临困境,第三方资助能帮它们实现有价值的诉讼。^①随着社会经济和法治的发展,第三方资助诉讼或仲裁的积极影响正在不断扩大,并开始超越其所引发的问题。所以,允许第三方资助诉讼或仲裁已成为主流趋势,各国在开放这一市场时需更多关注如何通过立法规范减少和控制它对诉讼或仲裁程序带来的不利影响。

(二) 第三方资助仲裁的概念演变

如前所述,第三方资助仲裁由第三方资助诉讼演变而来,后者指独立于特定纠纷的第三人资助纠纷中一方当事人进行诉讼活动,且/或依判决、裁决或其他法律文书为其支付赔偿费用。因此,当时第三方资助诉讼的核心是向受资助方提供资金支持,胜诉后是否及如何分享收益由双方约定,并非界定这一概念的要素。

2000年后,第三方资助诉讼集中于商业和投资领域,并开始向仲裁和调解等其他纠纷解决途径扩展,表现出了分类精细化的特点,伴随着一批诉讼/仲裁风险投资公司的涌现,第三方资助仲裁形成了较稳定的模式,并被规定在各国和地区的法律和仲裁机构的规则中。如香港《2017年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例》(以下简称“《2017仲裁条例》”)第98G条规定第三者资助仲裁的要素为:

“(1)资助是根据资助协议提供的;(2)资助是向受资助方提供的;(3)资助是由出资第三者提供的;及(4)提供资助,是藉此以换取由该出资第三者在限定情况下收取财务利益;限定情况是假若该仲裁按该资助协议所指属成功者,该出资第三方可收取该等财务利益。”中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心(以下简称“贸仲香港”)2017年9月1日发布了《第三方资助仲裁指引》,其第1.2条规定:“本指引所指的资助源于自然人或法人(‘资方’)。资方对一个仲裁案件享有的或将享有的、获法律认可的利益仅源于其与该仲裁案件一方的仲裁当事人(‘受资方’)的有关安排。基于该安排,资方向受资方直接或间接提供资金或其他实质性的支持,以期获得仲裁裁决带来的直接经济利益。”英格兰和威尔士诉讼资助者协会2016年的《资助诉讼的行为准则》第2条也作出了类似界定。据此,符合要求的诉讼资助者“可资助英格兰和威尔士境内的争端解决,根据资助协议,出资者应向受资助者提供诉讼、仲裁或其他争端解决方式的费用(包括诉前费用);作为回报,出资者、其子公司或关联实体在索赔请求成功后获得一部分收益,且收益的数额不得超过受

^① Nieuwveld, Lisa Bench, Shannon, Victoria. Third-party Funding in International Arbitration[M]. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012: 12.

资助者在争端解决中得到的钱款，除非该受资助者实质性地违反了资助协议。”由此，第三方资助仲裁具有以下法律要素：第一，第三方资助仲裁是一种投资行为，资助的范围可以是仲裁费、律师费和专家费等仲裁程序中产生的费用；第二，出资者和受资助者签订资助协议，确定双方的权利和义务；第三，若受资助者获得索赔，出资者依协议一般可取得索赔数额 1/3~2/3 的收益。

此外，《第三方资助仲裁指引》第 1.3 条还特意将第三方资助仲裁与集团公司成员之间的资金支持、保险、延迟支付和风险代理进行区分。风险代理（contingency representation）指律师自己出资为被代理人进行仲裁，若仲裁请求得到支持，该律师将得到一笔收益；而保险是一种帮助当事人规避与仲裁有关的风险的服务。第三方资助仲裁与前两个概念的本质区别在于出资方掌握、参与案件的程度和出资方与案件结果的经济利益关系，这间接影响了仲裁员的利益冲突和当事人的披露义务。

第三方资助仲裁几百年来经历了从构成犯罪到被允许的过程，这也导致了它法律上的内涵从广义的提供资金逐渐限缩与精确化，提供资金的方式、出资协议的内容、收益的比例等都被法律固定下来。这将有助于抑制第三方资助仲裁可能引发的问题，如仲裁员的利益冲突、赔偿金的追索等。

三、第三方资助仲裁对仲裁员利益冲突的影响

第三方资助仲裁从非法到被允许是各种公共政策与实现公正博弈的结果，它的出现必然给现有的仲裁程序带来很多问题，仲裁员的利益冲突即是其中之一。

（一）第三方资助仲裁与仲裁员利益冲突的本质联系

仲裁员保持公正独立是仲裁中的一项根本原则。如果委任的仲裁员对裁决结果有个人利益或与其中一个当事人有关系，则他将处在一个矛盾的地位——他的个人利益与他应公平公正行事发生正面冲突，导致仲裁员在实际处理仲裁程序中做不到公平和公正。因此，要求仲裁员公正独立的根本目的是为了防止其在审理纠纷时考虑实体问题之外的其他问题。那么，有损这一目的的情形不仅包括仲裁员和一方当事人之间存在联系的情况，还包括仲裁员和与一方当事人有法律或事实上关系的第三方存在联系的情况。第三方资助仲裁中的出资者和受资助者之间存在以资助协议为基础的法律关系。根据资助协议，仲裁员作出的裁决将影响到资助者的收益，这搭起了仲裁员与资助者之间的经济联系，使第三方资助仲裁属于前述引发仲裁员偏私的第二种情形，即意味着出资方和仲裁员之间的联系可能导致仲裁员利益冲突。

（二）《国际仲裁利益冲突指引》（2014）新增第三方资助仲裁

2014 年 10 月 23 日，国际律师协会发布了新修订的《国际仲裁利益冲突指引》（以下简称“《IBA 指引》”），首次纳入了第三方资助仲裁的情形。尽管《IBA 指引》没有法律拘束力，除非当事人同意适用；但实践中，由于指引的规则受到了多数国

际仲裁参与者的遵循，它已成为判断仲裁员公正性和独立性的实践标准，具有很高的权威性。

2014年版《IBA指引》在判断仲裁员是否存在利益冲突时将第三方出资者与仲裁员间的关系也作为考虑情形之一，这体现在一般标准6(b)和7(a)中。一般标准6(b)规定：“任何对仲裁裁决具有直接经济利益、或有义务根据仲裁裁决赔偿另一方当事人的法人或自然人，可以被视同于一方当事人。”“对一般标准6的解释”将第三方出资者列为“对仲裁裁决具有直接经济利益”的情形之一，并指出“第三方出资者是对案件的提起或抗辩提供资金或其他实质性支持、并对仲裁裁决有直接经济利益的任何人或实体”，这意味着《IBA指引》中红色清单、橙色清单和绿色清单中列举的可能引起仲裁员利益冲突的情形也适用于第三方出资者。此外，一般标准7(a)还将上述“对仲裁裁决具有直接经济利益的法人或自然人”与仲裁员间的关系列为当事人的披露内容，间接补充说明第三方出资者与案件的经济利益关系对仲裁员的公正性和独立性的潜在威胁。可见，第三方资助仲裁的出现对仲裁程序有重要影响，因为第三方出资者这一新角色给仲裁活动注入了更多不确定的利益关系，增强了仲裁员所涉利益的复杂性，^①进而可能干扰仲裁员的公正性和独立性。

（三）出资者造成仲裁员利益冲突的情形

仲裁员利益冲突的结论不能仅从第三方资助仲裁的事实中推导得出，引起此种潜在冲突的根源是出资者与裁决之间的直接经济利益关系可能会影响仲裁员的决策。因此，出资者是否引起仲裁员利益产生冲突是一个需要根据实际情况个案分析的问题。

1.《IBA指引》（2014）明示列举的情形

《IBA指引》在“一般标准的实际适用”部分通过不可弃权的红色清单、可弃权的红色清单、橙色清单和绿色清单列举了与利益冲突有关的事项。其中，有3处明确提到第三方资助仲裁（即对仲裁裁决具有直接经济利益的实体）的情形，分别是：（1）仲裁员是一方当事人或对仲裁裁决具有直接经济利益的实体的经理、董事或监事，或对其具有类似控制影响（第1.2条）；（2）仲裁员与对仲裁裁决具有直接经济利益的实体有密切的私人朋友关系（第3.4.3条）；（3）仲裁员与对仲裁裁决具有直接经济利益的实体之间存在仇恨（第3.4.4条）。当出现第一种情形时，即使当事人明确同意，该人也不得担任仲裁员；在后两种情形中，若当事人不表示反对，即意味着其默示同意该人继续担任仲裁员。

2.《IBA指引》（2014）未列举的常见情形

若第三方出资者与仲裁员之间存在上述3种情形之外的其他关系，并不意味着不能认定这些关系可能导致仲裁员的利益发生冲突，因为《IBA指引》只是非穷尽

^① Voser, Nathalie, Petti, Angelina M. The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration[J]. ASA Bulletin, 2015, 33 (25).

的列举。其他可能引发仲裁员利益冲突的情形有：仲裁员在过去3年中曾两次以上在由同一出资者资助的案件中被指定为仲裁员，且该出资者对仲裁员的指定有实际影响，该仲裁员也知道这一事实；出资者资助过或正在资助该仲裁员所在律师事务所代理的其他案件；仲裁员直接或间接地持有第三方出资者的股份，且构成实质性持股；仲裁员是第三方出资公司设立的顾问委员会成员。

四、仲裁员利益冲突之防范：披露义务

当第三方出资者与仲裁员间的关系可能导致仲裁员的利益发生冲突时，相关主体应作出披露。但第三方资助仲裁的特殊性在于，出于对仲裁费用的顾虑和仲裁策略的考虑，出资者倾向于将这种资助关系保密，^①而依靠出资者的受资助者一般不会违背出资者的意愿主动披露，这给披露的实施带来了困难。

（一）披露第三方资助仲裁义务的法律依据

尽管澳大利亚是最早在成文法上对第三方资助设立披露义务的国家，但这一义务仅限于第三方资助集体诉讼的情形，而不包括第三方资助仲裁。新加坡2016年的《民法（修订）法案》首次容许并界定了第三方资助诉讼或仲裁，却未规定各方当事人的权利和义务；2017年3月1日，新加坡又修订了《法律职业（职业行为）规则》，新增第49A条关于法律从业者披露第三方资助仲裁的义务。香港《2017仲裁条例》第98U条规定，受资助方应在订立资助协议后15日内向仲裁的其他每一方和仲裁机构披露第三者资助仲裁。

在仲裁规则中规定披露第三方资助义务的有新加坡国际仲裁中心和贸仲香港。前者的适用范围目前仅限于投资仲裁，根据其2017年1月1日生效的《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则》第24(1)条，当事人没有主动的披露义务，但需依仲裁庭指示披露第三方资助仲裁，而贸仲香港《第三方资助仲裁指引》第3.1条则规定了与香港《2017仲裁条例》一致的披露义务。

（二）披露义务的主体

根据目前立法，披露第三方资助仲裁涉及的主体有3类，分别是受资助者、仲裁员和相关法律从业者。

受资助者披露存在第三方资助仲裁的事实和出资第三者的姓名或名称是仲裁员披露的前提，因为若他不披露这些信息，仲裁员便无从知晓案件中还存在可能与他有利益关系的第三方出资者，也就无法履行披露义务。^②可能会有人提出，如果当事

① Trusz, Jennifer A. Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-party in International Commercial Arbitration[J]. Georgetown Law Journal, 2013, 101 (1672).

② Trusz, Jennifer A. Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-party in International Commercial Arbitration[J]. Georgetown Law Journal, 2013, 101 (1652).

人不披露第三方资助仲裁, 仲裁员便会在不知晓的情况下保持公正独立, 受资助者的披露义务岂不是起到了引起仲裁员利益冲突的反作用? 应当指出, 这种把仲裁员想象成不看、不听、不说的“三不猴”的假设过于天真。^①若第三方资助仲裁的事实是在仲裁过程中或裁决作出后才被发现, 则可能会导致替换仲裁员、撤销仲裁裁决、不承认或不执行仲裁裁决等阻碍仲裁程序的后果。所以, 受资助者披露的意义不仅仅在于避免仲裁员产生利益冲突, 更是为了推动仲裁程序快速公正地进行; 且当事人本身即有义务遵守程序善意 (procedural good faith)、确保正当程序和透明度。

就仲裁员而言, 公正性和独立性要求的最重要因素就是披露。各仲裁规则都规定了仲裁员在其独立性存在合理怀疑时的披露义务。如前文所述, 第三方资助仲裁可能引起仲裁员的利益发生冲突, 因此, 仲裁员应在获悉存在第三方出资者后立即作出披露。

法律从业者 (如律师) 有披露其所代理的一方当事人关于第三方资助仲裁的事实义务, 这是新加坡国内法特有的规定。由于当事人的律师是最有可能知道第三方资助仲裁的主体, 故对法律从业者的这一规定其实是对受资助者披露义务的补充, 当受资助者不履行其义务时, 其代理律师便应作出披露, 以确保仲裁员保持公正独立。

(三) 披露的范围

第三方资助仲裁披露的范围是目前争议较大的一个问题, 主要存在两种观点。一种观点以香港立法和仲裁规则中的规定为代表, 其《2017 仲裁条例》和《第三方资助仲裁指引》都规定受资助方应披露的内容是: (1) 已订立资助协议一事; (2) 出资第三者的姓名或名称。另一种观点以《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则》为代表, 披露的内容除存在资助协议的事实和出资第三者的姓名或名称外, 还可包括资助协议中利益分配的细节、出资第三者是否承诺承担败诉时胜诉方的仲裁费用。可见, 问题的争议点是资助协议的内容可否披露。

事实上, 第三方资助仲裁的披露范围是一个根据案件的实际需要灵活变化的、有弹性的问题。笔者认为, 既然各界对存在资助协议的事实和出资第三者的姓名或名称作为披露内容没有争议, 可先将其规定在立法中。而立法不要求披露资助协议并不意味着它就不能被披露, 关于其是否应披露的判断标准, 笔者较为赞同戈勒教授的观点, 即在披露机制缺位的情况下, 资助协议应被视作书证, 一般的举证标准即可作为判断资助协议是否披露的原则。^②适用举证标准时, 应考虑特定性、相关性和实质性这 3 个要素。所谓“特定性”, 是指当事人应充分说明其请求披露的具体文件或特定一小类文件是什么; “相关性”指从所涉文件表明的事实中很可能推导

^① Von Goeler, Jonas. Third-party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure[M]. the Netherlands: Kluwer Law International, 2016: 276.

^② Von Goeler, Jonas. Third-party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure[M]. the Netherlands: Kluwer Law International, 2016: 133~134.

出所需的法律结论；“实质性”要求相关文件对仲裁庭全面评估某个法律问题而言是必需的。

实践中，这一标准在多起仲裁案件中得到了应用。在 *Guaracachi and Rurelec* 诉玻利维亚案中，仲裁庭拒绝了被申请人提出的披露申请人第三方资助协议的请求，因为被申请人“没有说明该资助协议将会产生什么利益冲突”，即未满足相关性要素。在 *Teinver* 诉阿根廷案中，被申请人因从报纸中获悉申请人签订了第三方资助协议而请求披露协议内容，仲裁庭拒绝了这项请求，理由是报纸中所提供的信息不够充分，还未达到使仲裁庭感到有必要考虑第三方资助仲裁的程度。在 *Muhammet Çap* 诉土耳其曼斯坦案中，面对被申请人提出的披露资助协议内容的请求，仲裁庭再次强调了“相关性”的重要性，即这一判断需根据特定情形中仲裁员的利益冲突、费用分配、仲裁费用保证金、保密性、透明度等因素作出，由于被申请人未说明资助协议与上述因素之间的相关性，仲裁庭拒绝了他的披露请求；而后，被申请人补充了有关材料后其披露请求终于得到了支持。

五、结语

随着商业和投资规模的不断扩大，国际商事和投资仲裁中的标的额也在与日俱增，为第三方资助仲裁创造了一个市场，各大诉讼风险投资公司的出现更是加速了这一市场的发展。面对仲裁领域这一新的发展趋势，我国一方面应在立法上做好准备，对相关概念作出界定，并制定出一套专门针对第三方资助仲裁的披露制度以防止其对仲裁程序造成不利影响；另一方面，我国若想参与到仲裁市场的竞争中，也应着手考虑将第三方资助仲裁引进，以吸引更多的当事人选择我国的仲裁机构。

Third-party Funding Arbitration: Challenges to Arbitrator's Conflict of Interest and Its Prevention

TAN Chenyi

Abstract: The third-party funder's direct economic interest in the arbitral award may lead to the conflict of interest of the arbitrator. However, the confidentiality clause contained in the funding agreement is highly likely to keep such conflict of interest in secret, and thereby prejudice the due process of arbitration. Hence, it is necessary to establish a set of mandatory disclosure rules, demanding the funded party voluntarily disclose the existence of third-party funding and the name of the funder. As to whether the contents of the funding agreement shall be disclosed, the standard of proof can be employed. Only when the standards of specificity, relevance and materiality are satisfied can the order of disclosure be made. Usually, the subjects of disclosure are funded parties and arbitrators. Where the funded party fails to disclose, the informed counsel shall disclose relevant information to other parties and the tribunal in accordance with professional ethics and code of conduct.

Keywords: third-party funding arbitration; conflict of interest of arbitrators; disclosure

(责任编辑：金孝柏)