

商事仲裁第三方资助的制度构建

王 超

(武汉大学法学院, 湖北 武汉 430072)

摘 要: 第三方资助源于英美等国, 并在商事仲裁领域逐渐体现其存在价值。然而相关重要议题, 如资助本身的合理性、资助者仲裁地位、资助者信息披露范围和第三方资助行业准入条件等, 目前尚无定论。从维护经济弱势群体的正当权利, 促进仲裁双方地位实质平等的角度出发, 该制度应得到充分发展。为了避免资助者对程序的过度干预, 形成对资助行为的有效监督, 应采取促进资助方与受资助的当事人共担风险、确保资助方信息全面披露、科学评估合理准入条件等限制措施, 从而充分发挥仲裁功能, 紧贴其价值内核, 合理维护仲裁意思自治。

关键词: 第三方资助; 商事仲裁; 程序公正; 意思自治

中图分类号: D915.7

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 04-0045-10

当前国内仲裁第三方资助研究起步较晚, 公开对此讨论的学术成果寥寥, 且多集中于国际投资仲裁领域第三方资助或对国外制度的介绍。^①无论对商事仲裁第三方资助, 还是对与第三方资助的相关制度设计, 都缺乏深入探讨。本文立足于制度价值追求, 以程序公正法理和判例为据, 探讨商事仲裁第三方资助制度构建主要论点, 以期系统评估其中难点和我国未来可选发展模式, 为今后研究探索合理方向。

一、完善路径之争超越制度存废之争

虽然从制度价值到发展路径都争议较大, 但笔者认为无论仲裁还是诉讼第三方资助, 焦点都不在于存废与否, 而在于如何扬长避短。

西方学者排斥第三方资助的主要理由是普通法禁止帮讼的传统, 但这有一定历史原因。中世纪, 英国封建贵族没落, 为避免新兴资产阶级对其地位的冲击, 他们为不动产诉讼参与人垫付诉讼成本, 胜诉后与他人共有土地, 以扩张自己的土地资源。为避免贵族扩张土地威胁王权, 立法不仅禁止帮讼, 甚至视为犯罪, 所以禁止帮讼本质是为维护王权。当代社会王权被极大削弱, 西方君主制国家普遍实行虚君共和, 政府对国家的控制不过分依赖土地。尤其在崇尚民主与人权社会背景下, 政府更不应

作者简介: 王超, 武汉大学国际法研究所研究员, 研究方向: 国际公法理论。

基金项目: 本文系国家社科基金项目“TPP对服务贸易规则的重构及中国对策研究”(项目编号: 16BFX198)中期成果。

^① 主要研究成果可参考如下文献: 肖芳. 国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路——以国际投资仲裁“正当性危机”及其改革为背景[J]. 政法论坛, 2017,(6); 李连君. 关于香港及英国第三方资助仲裁的最新发展及对海事仲裁的影响[J]. 中国海商法研究, 2017,(4).

以限制人民诉讼权利巩固自身统治。所以,无论仲裁还是诉讼,继续严格理解适用禁止帮讼未免过时。当前西方国家已逐步放开助讼限制,比如英国和澳大利亚已废除该原则(Barker, 2012),美国也有约2/3的州允许第三方投资人资助诉讼和仲裁(Sahani, 2016)。仲裁更是与诉讼有本质区别,国家作为主权行为者在法律纠纷解决程序中与民众对抗一般只在国内刑事或行政诉讼中发生,或在国家与外国投资者投资仲裁中出现,一般商事仲裁基本不会有政府以主权者性质现身,各国立法也会对涉及公共政策与政府利益仲裁设限。因此,在商事仲裁中,政府不应顾虑助讼对其统治权威的冲击,更不应允许禁止诉讼原则适用。一旦该原则在仲裁中不适用,那么任何种类的第三方资助仲裁就不应被禁止。

另一个与仲裁第三方资助存废有关的问题来自RSM Production Corporation诉圣卢西亚案费用担保裁决的补充意见。该案仲裁员Gavan Griffith发表补充意见称,第三方资助将沦为专业助讼机构赌徒天堂(the gambler's nirvana),胜则共享收益,败则除仲裁费用外无需承担赔偿责任,风险与收益不均衡。^①这引发该制度支持者的抨击。著名诉讼融资机构万宁资本(Vannin Capital)高级顾问Yasmin Mohammed就认为这不仅误解而且过分地攻击了第三方资助。^②然而,两种争论本质非制度存废,而是当存在第三方资助时实施费用担保的条件。补充意见以“赌徒天堂”作比是为说明事先推定受助人提供费用担保的重要意义,除非受助者能提出特别的相反证据证明不需要(比如申请人有独立支付仲裁费用的能力),都应提供仲裁费用担保。^③而仲裁员Edward W. Nottingham在少数意见中表达了反对观点,他认为临时措施适用范围不应一般性扩大到第三方资助,这过于随意扩大了ICSID公约第47条和ICSID仲裁规则第39条的原意,这些规则都未规定费用担保,且只规定了仲裁庭临时措施建议权而非决定权。^④然而我们也看到,即使两人对费用担保前提有争议,也与国际投资仲裁及ICSID规则特殊性有密切联系。根据《华盛顿公约》执行报告,创建ICSID是向提升互信氛围和促进大规模民间资金国际流动迈出的重要一步(ICSID, 1965)。因此,仲裁程序不应是投资绊脚石。这也是Edward W. Nottingham认为多数意见背离ICSID规则本意主因之一。如其所言,公约第47条反映起草者在投资者和东道国间维持微妙利益平衡的努力。基于此,无论ICSID公约或其仲裁规则,规定临时措施的初旨都不应是为投资者设立过高的费用担保压力,明显提高投资者仲裁救济成本。^⑤总之,所有争议本质围绕费用担保启动条件展开,缘于规则本身预见

① RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Assenting Reasons of Gavan Griffith, 13 August 2014, paras. 12~13.

② Mohammad, Yasmin. A Partial Commentary of the RSM Production Corporation v. Saint Lucia decision on Security for Costs [EB/OL]. 2014, <http://emailing.iccwbo.org/events/YasminMohammad.pdf> [2014-09-11] (2018-08-16).

③ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Assenting Reasons of Gavan Griffith, 13 August 2014, para. 16.

④ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Dissenting Opinion of Edward Nottingham, 13 August 2014.

⑤ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Dissenting Opinion of Edward Nottingham, 13 August 2014, para. 4.

性与明确性不足，仅因“赌徒天堂”评语即认定补充意见否定制度本身是种误读。

但无论如何，上述理由都不足以排除仲裁第三方资助，商事仲裁更是如此。商事仲裁当事方不同于有实力直接与国家仲裁对抗的跨国投资者，经济实力更弱，资助可提升参与仲裁能力，确保基本公正，商事仲裁也不同于投资仲裁巨大的公共影响和标的额。因此，相对而言，仲裁投机或秩序妨碍反而成为次要因素。总之，理论关注应是如何在避免商事仲裁第三方资助弊端的同时使其优势最大化发挥。

二、确保第三方与受助者风险共担

受助者往往出于财务需要，在资金周转困难或对分配计划不利时才寻求第三方资助，资助方以仲裁胜局补偿作为回报。请求资助一般是申请人或提出反请求的被申请人，因为只有他们才可从仲裁中直接获益。另一方本身被动加入仲裁，作为非专业人士又不可能对仲裁行业、程序走势和能避免赔偿额有充分认识，因此在仲裁本身费用外再为获助承担额外费用的动机不足，少有被申请人直接要求第三方资助的实例。^①如果资助方在仲裁中突然抽资，或与受助方未约定败诉的后续费用，抑或对仲裁可能败诉的后果估计不足，就会出现仲裁费用结清无着落的可能。从这点看，以费用担保或将资助方纳入费用裁决等使第三方共担败诉风险确有必要。

但多数观点不认为一旦有第三方资助就推定应以费用担保或其他方式确保资助机构承担风险。Gavan Griffith 认为，专业金融机构资助本身就应以费用担保设限，否则助长仲裁投机。这遭到著名诉讼融资机构伯福德资本 CEO 博加特（Christopher P. Bogart）猛烈攻击。他认为第三方资助与普通股权或基金投资甚至家族朋友资助性质无二。^②此观点排除了第三方资助本身为费用担保的考虑因素。多起投资争端的仲裁员都表达了相同观点。如 *Eskosol S.p.A. in liquidazione* 诉意大利案仲裁庭一方面认为，ICSID 成员国有担心申请人无法承担败诉费用之忧，却又指出当要采取措施让国家履行败诉责任时，他们自己并不乐意，而裁决执行受国内法约束。因此在未证明确有必要且紧急事由以及证明费用担保适当份额时，不可采取费用担保临时措施，而第三方资助本身亦不构成临时措施理由。^③前文所述 *RSM Production Corporation* 诉圣卢西亚案，仲裁庭多数意见虽认定申请人应提供费用担保，但直接原因非第三方机构存在，而是存在应提供担保的“必要和紧急情形”。满足该条件的

① 目前可确认在投资仲裁领域存在一起例外——Philip Morris 诉乌拉圭案，该案中的乌拉圭政府受到无政府组织布隆伯格基金会的资助。参见：Press Release by Uruguay's Counsel, Foley Hoag LLP. Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country's Tobacco Regulations [EB/OL]. 2010, <http://www.foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation>[2010-10-08] (2018-08-16)。

② Bogart, C. *RSM v. St. Lucia: Why the Majority Got It Wrong on Security for Costs* [EB/OL]. 2014, <http://www.burfordcapital.com/blog/rsm-v-st-lucia-majority-got-wrong-security-costs/> [2014-11-09] (2018-09-01)。

③ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures), 12 June 2017, paras. 34-39.

主要事实是 RSM 在之前两次投资仲裁案件中均未完整遵守费用义务。^①而第三方存在只作认定是否满足条件的次要事实考虑。^②EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. 诉斯洛伐克案临时措施裁决中, 仲裁庭指出作为一项普遍实践, 第三方资助本身不必然构成费用担保例外情形。^③在 South American Silver Limited 诉玻利维亚案中, 仲裁庭表示, “不考虑其他因素, 只考虑存在(第三方资助)就认为在裁定申请人是否提供费用担保时被申请人可蓄意请求并获担保, 会增加对潜在合法索赔人为设置障碍的风险。”^④值得注意的是, 《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(TTIP) 投资章节欧盟建议稿对费用担保有专门规定, 其中第 21 条第 1 款规定, “为进一步明确, 如果有合理依据相信申请人承受不能履行针对他的费用的可能决定的风险, 仲裁庭可以依请求, 要求申请人就费用的一部分或全部提供费用担保。”这里将费用担保前提条件确定为存在申请人不能履行针对他费用决定的风险, 并未直接提及第三方资助, 可见起草者也认为第三方资助不必然要求费用担保, 除非有证据证明申请人的费用不能履行。

然而, 以上多数观点主要落脚于投资仲裁。在该领域, 第三方资助不被视为要求费用担保的充分条件已成趋势, 仲裁庭甚至不将存在第三方资助视为考虑费用担保的因素之一, 而是视具体情况而定, 但一般商事仲裁发展趋势不同。2017 年 9 月, 贸仲委香港仲裁中心《第三方资助仲裁指引》发布, 其规则 4.3 规定: “在法律和规则允许下, 仲裁庭审核仲裁费用保证金申请时可将资助存在和程度作为考虑因素。”在多起英美法域第三方资助争议中, 法院判决都有利于费用担保措施实施, 其中有的直接裁决受助方应出于资助方存在和影响提供担保,^⑤有的认为第三方本身即属实际参与诉讼方, 因此需共担败诉费用。^⑥在后一情况下, 因第三方已被给予一方当事人待遇, 也没必要再考虑费用担保。在 Arkin v. Borchard Lines Ltd. & Ors 案中, 法官指出: “资助方受商业利益驱使在诉讼中下注, 却免于在受助方败诉时承担相对方费用不合理。无论如何, 公正方案应是一方面弥补相对方胜诉时的所有费用; 另一方面, 为寻求司法救济但无法独立承担费用者提供帮助的商业资助机构不应因受助者惧怕败诉后过重费用被阻却。”^⑦

① RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Dissenting Opinion of Edward Nottingham, 13 August 2014, para. 75, 77-82.

② Ibid, para. 83.

③ EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No.3—Decision on the Parties' Requests for Provisional Measures, 23 June 2015, para. 123.

④ South American Silver Limited v. Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-2015, Procedural Order No. 10, 11 January 2016, para. 77.

⑤ 可参见如下判决中的部分内容: Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors (Rev 2) [2014] EWHC 3436 (Comm) (23 October 2014), paras. 63-69; Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors [2005] EWCA Civ 655 (26 May 2005), para. 41.

⑥ 可参见如下判决中的部分内容: Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd [2004] 1 WLR 2807 (21 July 2004), paras. 29, 35; Abu-Ghazaleh v. Chaul, 36 So.3d 691 (Fla. App. 3rd Dist. 2009), para. 9.

⑦ Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors [2005] EWCA Civ 655 (26 May 2005), para. 38.

国内法院与国际投资仲裁对第三方风险分配差别对待，与投资仲裁鼓励投资者在仲裁中与国家平等对峙有关。投资仲裁出于促进国际资本流动考虑，不希望昂贵的费用和面对主权国家这一特殊纠纷主体的压力使投资者对挑战东道国望而却步。正如 RSM Production Corporation 诉圣卢西亚案表达不同意见的 Edward W. Nottingham 所言，仲裁庭要求投资者就第三方资助存在提供费用担保的权力不可能提升“互信氛围和促进更大范围私人资金流动”，^①但这不是一般商事仲裁考虑的因素。国内诉讼程序作为公民权益救济的基本保障，尽管费用安排低廉，程序设计顾及经济困难的当事人利益，也会对提供资助的第三方设立更高资助条件，遑论一般商事仲裁了。

笔者认为，投资仲裁和一般商事仲裁对资助第三方费用承担应区别对待。前者可不考虑第三方资助对仲裁成本的影响，对此国际法领域尚未有共识，但后者在第三方参与同时也会改变仲裁的进程，影响实力相近的双方当事人博弈平衡。然而，商事仲裁庭理应平等对待各方，让任何一方从制度设计中获益的同时，也承担相应风险，并具备抗风险能力。既然第三方通过资助行为能改变仲裁的走势，甚至使受助者依其指示行事，就应在责任承担时作为一方当事人对待。在允许其共享胜利果实的同时，又共担败诉后果，确保在败诉时由资助方对相对方合理费用承担连带责任，才能既保证程序公正，又避免仲裁沦为投机者谋取暴利的摇钱树。即使资助关系双方对风险负担另有安排，也应在费用偿付完毕后再依内部协议处理。当然，第三方所担风险费用范围应与其对仲裁影响相适应，既往的国内判决也有所体现。^②

需强调的是，这里的风险范围只要求资助方在败诉时承担一定比例的合理费用，并不等同于承担所有败诉金额，因为特定情况下，败诉金额也包括系争事实赔偿额。如前所述，受助方一般是仲裁申请人，因此一般败诉后不需承担赔偿责任，但也有可能因在后续程序面临反诉并败诉而赔偿。此时，无论第三方是否继续给予资助都不应就系争事实所涉赔偿担责，因为仲裁开始前的系争事实与第三方无联系。当然，反诉所指事实涉及第三方不法行为除外。

三、促进第三方资助信息的全面披露

首要问题是是否应披露第三方资助信息，答案是肯定的。理由主要有：（1）信息披露能确保第三方资助者承担相关费用。如前所述，商事仲裁第三方应与当事人共担败诉的合理费用，此目的无论通过费用担保还是败诉后的裁决实现，都需要及时披露第三方资助者信息。隐瞒第三方资助者，不仅可能放纵其不受约束地对非受助当事人暗中施加经济压力，且在受助者败诉时影响事后费用追索。知道第三方存在时，

^① RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Dissenting Opinion of Edward Nottingham, 13 August 2014, para. 4.

^② Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors [2005] EWCA Civ 655 (26 May 2005), para. 41.

仲裁庭要求费用担保或直接要求第三方承担受助方败诉的合理费用,虽然出于仲裁是否能对第三方有约束力的不同理论视角考虑,但都能确保裁决有效执行。(2)信息披露能确保仲裁公正。因为资助者可能与仲裁员及相对方律师利益相关,因此信息披露可保障相对方知情权,确保仲裁机构主动或经相对方申请回避,以维护仲裁公正和消除当事人疑虑。(3)在一定情况下,第三方资助者理应与受助者同等对待。因第三方提供过多资金甚至深度介入仲裁时会实质改变双方实力对比、仲裁走势和费用,所以程序上视为一方当事人更为合理,不违反仲裁相对性。仲裁相对性指仲裁协议相对性,协议外第三方因程序公正应被视为仲裁一方,协议和仲裁规则又未明确禁止,且无其他阻却事由时,即使仲裁庭未明确表达此意向,也应在事实上如此对待。此时为使第三方承担相应仲裁义务,必要的信息披露理所当然。如美国佛罗里达州法院曾在判决中指出资助协议允许第三方为原告选定律师,对诉讼是否及由谁提出甚至如何进行否决,为原告支付主要证人作证费用,对原告和解协议选择有最后发言权,还能收取18.33%的诉讼赔偿份额,都说明其为诉讼主体。^①

第二个问题是第三方信息披露应达到何种程度。国际律师协会(IBA)《国际仲裁利益冲突指引》(以下称《指引》)以分类清单详列部分与第三方资助相关披露。其从仲裁员与第三方间可能的利益关系考虑,对存在第三方资助所需披露的与利益冲突的有关事项及相关披露义务的强制性级别作指导说明。虽然对披露事项规定详细,《指引》仅限于有利益冲突的情况,当无其他因素时,单就第三方资助本身需要披露到何种程度的信息却未规定。贸仲委香港仲裁中心《第三方资助仲裁指引》规定,仲裁庭可依据情况决定是否披露及披露事项。新加坡仲裁协会《第三方资助指南》规定资助者应配合受助方及其代理人依可适用规则或仲裁庭与法庭指令向仲裁庭或法庭披露资助相关的任何信息。这些规定都倾向对仲裁和司法程序的资助者信息披露不做详细统一规定,留下充分的自由裁量空间。也有学者认为第三方信息披露应仅限资助是否存在及与第三方机构身份相关事项,同时仲裁员也应主动披露其与专业助讼机构关系,以确认该机构是否与当事方亦有联系,进一步披露与否则应依非受助方请求或仲裁庭职权决定。香港《2017年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例》(以下简称《条例》)规定,受助方需就存在资助协议及资助者姓名或名称、资助协议已经完结和完结时间及时予以披露。最近公开的《ICSID公约规则》修订草案要求受助方应在仲裁请求登记或在登记后缔结第三方资助协议之时立即通知秘书处其受助事实和资助者名称,并对此后任何上述事项改变和协议终止予以披露。^②以上两份规则皆体现为仅有限披露第三方资助的立场。

^① Abu-Ghazaleh v. Chaul, 36 So.3d 691 (Fla. App. 3rd Dist. 2009), para. 9.

^② ICSID Secretariat. Proposals for Amendment of the ICSID Rules(Vol. 2), p. 31 [EB/OL]. 2018, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf [2018-08-02] (2018-09-01).

个案更是千差万别。有的对第三方资助信息披露进行回避处理,比如 Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs 诉格鲁吉亚案^①和 KT Asia Investment Group B.V. 诉哈萨克斯坦案;^②有的只要求披露资助者身份信息,比如 EuroGas Inc. 和 Belmont Resources Inc. 诉斯洛伐克案^③以及 South American Silver Limited 诉玻利维亚案;^④有的出于是否能提供足够资金支持考虑只要求第三方提供资金证明,比如 Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC 诉玻利维亚案;^⑤也有案件要求披露包括资助方名称、细节和资助协议期间在内的详细信息,如 Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. 诉土库曼斯坦案。^⑥总之,从目前规则与案例看,对第三方资助信息的披露程度尚无明确统一规定。

然而,以上判例皆来自偏向保护投资者且未对第三方资助影响形成统一认知的国际投资法领域。毕竟第三方分担风险会使其增加的成本转移到投资者身上。如不需考虑此因素,只考虑利益冲突,详尽的信息披露缺乏必要性。在商事仲裁中,第三方资助信息披露不仅应当,而且还需对其资金能力、协议内容、资助情况变化及资助者与仲裁庭甚至是非受助方律师的利益关联予以详细披露。这不仅无需另行请求就提供给仲裁庭和相对方,而且仲裁庭也完全有权主动过问当事人是否受第三方专业机构资助,以避免第三方显著增加非受助方参与仲裁难度和影响仲裁公正却不被知悉的后果。这主要是因为第三方信息披露既是为了避免利益冲突,也是为了保证其在深入参与仲裁的同时能承担包括败诉费用在内的责任,避免非受助方费尽周折赢得仲裁却得不到应有补偿。诚然,强制披露会带来对干涉资助协议自主性及仲裁意思自治的担忧,然而如前所述,第三方资助机构在未得到另一方许可下介入仲裁已突破意思自治了,直接后果是损害另一方利益。此时若不调整监管,只会进一步破坏意思自治。因此,以外在措施反制,使仲裁重回公正有序的轨道是必要的。至于与第三方资助者有关信息,如不主动了解,仲裁员和非受助方很难对其介入的微妙影响准确判断。即便依非受助方请求披露也非最佳选择,因为非受助方获悉对方受助时,一定希望得知全部相关信息,由其选择是否只披露某一部分信息不仅没必要,而且在增加决策成本的同时却依然遗漏披露请求。第三方机构也能依靠专业素养和丰富经验,精妙设计资助协议以维护自身利益同时避免身份暴露。在 Excalibur

① Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award, 3 March 2010, para. 691.

② KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, 17 October 2013, para. 50.

③ EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, Transcript of the First Session and Hearing on Provisional Measures, 17 Mar 2015, pp. 144~145.

④ South American Silver Limited v. Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2013~2015, Procedural Order No. 10, 11 January 2016, para. 84.

⑤ Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011~2017, Procedural Order No. 13, 21 February 2013, paras. 10. 11.

⑥ Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No. 3, 12 June 2015, para. 3.

Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors 案中,法官在详细了解第三方资助明细后^①才认定其责任。在 Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors 案中,法官指出第三方责任应符合资助水平。^②如未全面了解资助情况,怎能确定第三方资助水平和影响力?又如何认定其责任呢?因此唯有全面了解相关信息才能合理维护各方利益。至于资助协议的保密约定,除非受助方能举证证明其必要性,否则不应凌驾于程序公正之上。

四、合理设置第三方资助准入条件

首先需理解设立第三方资助准入条件的必要性。助讼渠道是多样的,既可以是亲朋情义行为,也可以是一般商业融资,还可以向专业诉讼融资机构求助。3 种方式各有利弊:亲朋借款程序简便,成本极低,但可借金额有限;商业机构可借款项可观且不要求很高回报,但预估胜率不高时未必出借,且考虑到资金安全,向它们成功借得诉讼资金的可能性就低;专业助讼机构更愿为纠纷当事人提供资金帮助,有更强能力承担法律风险,但要求更高回报和对程序的深度介入。最后一种途径还可能因为强大而有经验机构帮助使程序走向偏离实质正义。当诉讼或仲裁借款规模较小,或规模大但出借方不谋求程序介入时,常理看要么借款人确有经济困难,以致影响“接近司法(access to justice)”,因而向熟人求助,要么从各方面看本身即有确切的胜诉把握,因而出资人愿提供不菲资金并不需担忧程序进展。两种情况都不足以影响程序本来走势及程序正义,甚至有利于实质正义追求,因为受助者已胜券在握或能获得一定补偿,只是因资金问题影响诉求,出借人也无力或无意介入。但是,如果资助者还能充分参与程序并意图干预走势,那么纠纷可能本就较难取胜,受助者希望依靠强大专业机构护航,为获资助,不得不以较高回报率和对程序的部分控制为代价。需着重约束的即是此类资助,绝不可让仲裁甚至诉讼因此沦为“赌徒游戏”。所以,为确保约束有效,确保资助者如实履行义务,设立一定准入条件以加强监管所应当。由此来看,支持第三方资助并认为其与一般亲朋资助或常规借款性质相同值得商榷。

然而,具体标准也要审慎确定。毕竟对仲裁参与者来说,从常规渠道获得资助困难重重,不排除无法从一般渠道获得资金的真实受害者,这也是专业诉讼仲裁融资机构的正当性基础。设立过严的门槛和监管机制会剥夺潜在正当诉求者的获助机会,过宽的制度设计则提升各方风险。《条例》规定,授权机构可制定《实务手册》,列出“通常情况下,期望出资第三方在进行与第三方资助仲裁相关活动方面,须遵从的常规和标准”,其中可包括:第三方须确保宣传材料清楚且不具误导性;资助协议列出第三方对仲裁的控制程度,是否为不利费用承担法律责任及因何理由于何

^① Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors (Rev 2) [2014] EWHC 3436 (Comm) (23 October 2014), paras. 1~52.

^② Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors [2005] EWCA Civ 655 (26 May 2005), para. 41.

时终止资助或暂不资助；受助方在取得资助前应就协议取得独立法律意见；第三方应向受助者提供具有监督职能的咨询机构信息；第三方最低资本额；第三方应具有处理潜在利益冲突、保障受助者利益的有效程序；第三方应提供投诉渠道并具备处理投诉问题的能力；第三方要向咨询机构提交关于其收受投诉和法院或仲裁庭裁断其未遵守相关法律规定情况的年报等。在英国，英格兰及威尔士诉讼资助行业于2011年成立诉讼出资者协会实行业监督。同时，英格兰及威尔士司法部下辖民事司法委员会公布《诉讼出资者行为守则》（以下简称《守则》），授权诉讼出资者协会依《守则》对诉讼与仲裁第三方资助进行监管。《守则》于2014年初修订，列出对第三方资助者的资本要求、撤资限制及对程序影响力的限制等。^①第三方资助如火如荼的澳大利亚现只规定资助机构应设立利益冲突管理的合理机制，暂无其他运营要求。然而，2014年澳洲生产力委员会报告，建议对第三方资助实施强制许可，包括第三方须依《企业法》获得金融服务许可证，符合可承担金融义务和诉讼责任最低资本要求和全面披露义务等。^②新加坡《2017年民法（第三方资助）规则》同样对第三方资助机构的资本和可管理资产规定具体数额，并要求第三方机构需以资助争端解决为主业务。

从以上国家或地区的立法看，为第三方资助机构设立明确具体的运营条件已是大势所趋，这包括对行为和利益关系的管治、资本要求、信息公开披露、以助讼为主业及资助协议要素。详细门槛要求为督促资助机构行为端正、承担责任提供有力保障。

然而，笔者认为，最理想的方式应是依第三方对仲裁影响力，以经济分析建立以提供金额和介入程度为标准的量化模型。如可提供金额和介入水平足以使非受助方被动增加应诉成本，则理应只允许具有一定资质和资金规模的专业机构享有资格，如未达到这一水平，来自其他渠道的资助也可允许，并严禁后者提供超水平介入。模型建成有助于降低监管成本，促进监管成效，同时避免非专业融资机构因冒险涉足巨额纠纷影响资金安全。毕竟来自民间个人或非专业机构诉讼和仲裁资助既不可完全禁绝，也难说它们能如实披露资助情况和行为不背离仲裁公正，因此只能限制它们在一定程度内的资助。同时，专业第三方资助机构也应履行备案和披露等强制义务方可执业。当然，如此量化具体制度设计也对规则制定者提出不小挑战，需实践和量化分析以获得可靠数据，因此前述国家或地区经验也是当前较合理的路径。

五、结语

相对于投资仲裁，商事仲裁不易受公共利益或政治因素影响，不必考虑政治利

① European Law Firm. The Funding of Litigation by Third Parties in England & Wales: Bridging the Funding Gap [EB/OL]. 2017, <https://www.european-law-firm.com/news/litigation-third-party-funding-england-and-wales> [2017-02-08] (2018-08-16).

② Grieve, Gordon, et al. Litigation Funding—Australia [EB/OL]. 2017, <https://gettingthedealthrough.com/area/94/jurisdiction/5/litigation-funding-australia> [2017-12-31] (2018-08-16).

益或程序公开的困扰，主要以私人间仲裁协议为基础的特点又使其更有私密性，因此商事仲裁比国际投资仲裁保留更纯粹的意思自治。这给予双方当事人一定程度的操作空间，然而相比于诉讼，投资仲裁更难维护弱者的利益。具备较强资金实力和关系网络的一方能主导仲裁走势，使程序正义追求格外艰难。因此规则设计者和适用者在个案中都会特别注重避免仲裁程序设置向强者倾斜，沦为富人的“专属玩具”，甚至是欺凌弱者的“杀手锏”，由此支持弱者的第三方资助机构就有了存在的必要性。然而，第三方不受限制的干预又可能颠覆正常秩序，使程序正义沦为空谈，因此需让第三方承担与其介入能力相当的责任，并避免仲裁秩序过分偏离常态。制度设计价值的原点即是寻求弱者基本权利和仲裁正常秩序间的平衡。此时仲裁协议订立后第三方机构的介入已与以诚信为基础的仲裁意思自治相背，要求其承担一定的强制性义务，以保证程序合理与双方信息对等就成为必然。我国商事仲裁第三方资助研究起步较晚，今后也应把握这一价值原点，引导制度健康合理发展。

参考文献：

- [1] Barker, George. Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe [J]. Journal of Law, Economics and Policy, 2012,(8).
- [2] ICSID, Report of the Executive Directors on Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965 [G]. In Rayfuse, R. ICSID Reports: Reports of Cases Decided Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Cambridge: Grotius Publication Limited, 1993,1.
- [3] Sahani, Victoria Shannon. Judging Third-Party Funding [J]. UCLA Law Review, 2016 ,(63).

The System Construction of the Third-party Funding in Commercial Arbitration

WANG Chao

Abstract: The third-party funding originated from common law states. It gradually reflects its existence value in the field of commercial arbitration. However, related important issues, such as the rationality of this industry per se, the status of the funder in arbitration, the extent of the funder's information disclosure, and the threshold of access to this industry, are still far from consensus. From the perspective of protecting economical vulnerable groups' legitimate rights and promoting substantial equality of the opposite parties, the third-party funding in commercial arbitration should be fully developed. However, in order to avoid excessive intervention by funders and form effective supervision to funding behavior, some limitations, such as promoting risk sharing of funder and recipient, ensuring the comprehensive information disclosure of funders, scientifically evaluating and reasonably setting the standard of industry access, should be taken so as to fully explore the function of arbitration, get close to the inner value core, and reasonably safeguard the autonomy of arbitration.

Keywords: third-party funding; commercial arbitration; due process; party autonomy

(责任编辑：金孝柏)