

论国际投资仲裁中第三方资助披露问题

范冰仪

(吉林大学法学院, 吉林 长春 130012)

摘要: 国际投资仲裁中的第三方资助不同于国际商事仲裁中的第三方资助, 应对其进行专门研究。披露是规制第三方资助的关键。国际投资仲裁中关于第三方资助披露的规则呈现出缺位和模糊的总体特点。在国际投资仲裁中, 第三方资助的受资助方基本均为申请人。由相关案件可知, 现行实践与规则并不适配。实践中, 披露的发起一般经由被申请人请求或仲裁庭要求, 被申请人要求披露的原因常见于利益冲突和透明度, 仲裁庭对披露要求的拒绝一般基于对披露程度的考量。将规则与实践对比分析可知, 规定仲裁庭要求披露的时间, 严格把控第三方资助的披露程度, 是完善国际投资仲裁中第三方资助披露规制的可行路径。

关键词: 披露; 第三方资助; 国际投资仲裁

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2020) 02-0078-11

第三方资助 (Third Party Funding) 产生于普通法系国家的诉讼实践, 在被引入国际仲裁中时, 最初是用于国际投资争端的解决, 后来扩展至国际商事仲裁领域。^① 目前, 学界和实务界已经对第三方资助形成了一些初步的认识, 但针对该制度在运作中的具体问题, 例如第三方资助的披露, 仍然缺乏细致的规制。笔者认为, 对于国际投资仲裁中第三方资助的相关问题, 需要结合国际投资仲裁本身的特有性质加以理解和适用, 虽然其与国际商事仲裁中的第三方资助存在一些共性, 亦适用某些共通的规则, 但不宜将二者一概而论, 需要适当地加以区分。本文对国际投资仲裁中第三方资助披露的规则进行了评述, 并以涉及第三方资助披露的 6 起国际投资仲裁案件为研究对象, 对国际投资仲裁第三方资助披露的实践进行了检视, 最终通过对现行规则与现存实践的联结, 探寻如何完善国际投资仲裁中第三方资助的披露规制。

一、国际投资仲裁中第三方资助披露规则之述评

若要对国际投资仲裁中第三方资助的披露规则进行梳理, 要界定何为国际投资仲裁中的第三方资助。《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP) 将第三方资助界定为“一种由非争端当事方的自然人或法人与争端一方缔结协议, 约定为仲裁程序

作者简介: 范冰仪, 吉林大学法学院博士研究生, 研究方向: 国际民事诉讼、国际投资法。

① 覃华平. 国际仲裁中的第三方资助: 问题与规制[J]. 中国政法大学学报, 2018, (1); Joubin-Bret, Anna. Spotlight on Third-party Funding in Investor-State Arbitration[J]. The Journal of World Investment & Trade, 2015, (16).

的部分或全部费用提供资助,并根据案件结果获得回报,或者仅仅是以捐赠或拨款形式提供资助的出资模式”。^①中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)《国际投资争端仲裁规则》第二十七条第(一)款则指出:“本规则中,‘第三方资助’是指当事人以外的自然人或实体协议承担参与争议的一方当事人在仲裁程序中的全部或部分费用的情形。”上述两种规则均未将第三方资助的动机限定为营利,目的是为了涵盖国际投资争端因其政治性特征而吸引的非营利性第三方资助。但需要明确的是,这种非营利性第三方资助并不占据主要位置,营利性第三方资助才是国际投资仲裁中的主流模式。披露问题也主要围绕这种模式展开,且与其营利性特点有着紧密的联系。

由于国际投资仲裁中的第三方资助日趋常见,相应的规制也显得尤为必要。近年来,大多数的投资贸易协定都不愿意排除或限制第三方资助,以《综合性经济贸易协定》(CETA)为代表,这些协定或投资条约更为关注的是,怎样在第三方资助进入国际投资仲裁领域后保持仲裁程序的透明度特征,主要途径是通过施加披露义务。^②CETA第8.26条要求,受资助方应向仲裁庭和其他争端当事人披露资助方的名称和住址。披露应当在提交争端时提出,如果资助协议或捐赠或拨款是在提交仲裁之后达成的,披露需要在这之后毫不迟延地作出。^③欧盟对TTIP提出的建议稿也规定了第三方资助的披露,内容与CETA基本相同。^④

除了经贸投资协定之外,个别投资仲裁规则也对第三方资助的披露作出了规定。SIAC(Singapore International Arbitration Centre)于2016年发布的《投资仲裁规则》规定,仲裁庭有权要求当事人披露第三方资助协议的存在以及资助者的身份,在适当的情况下,还应披露资助者的获利细节,以及资助者是否在败诉时负责承担仲裁费用。^⑤CIETAC制定的《国际投资争端仲裁规则》第二十七条第(二)款规定:“获得第三方资助的当事人应在签署资助协议后,毫不迟延地将第三方资助安排的事实、性质、第三方的名称与住址,书面告知对方当事人、仲裁庭……仲裁庭也有权命令获得第三方资助的当事人披露相关情况。”与CETA的规定相比,两个投资仲裁规则要求的披露内容更多,披露程度更高,但是仍然存在一些问题,比如仲裁庭如何确定要求披露获利细节的“适当情况”?对资助协议的“性质”应当作何理解?这些具体问题暂时还未能得到明确。

在2014年之前,国际仲裁中第三方资助的披露规则一直处于缺位状态,直到国

① Transatlantic Trade and Investment Partnership, Chapter III, Article 1.

② See International Council for Commercial Arbitration. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration[EB/OL]. 2018, ICCA. <http://www.arbitration-icca.org/news/2018/375/icca-queen-mary-task-force-report-on-third-party-funding-officially-launched.html>. [2018-04-16] [2018-07-13].

③ Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada and the European Union, Article 8.26.

④ See Transatlantic Trade and Investment Partnership, Chapter II-Investment, EU Draft.

⑤ Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Article 24(1).

际律师协会（IBA）在2014年对《国际仲裁中的利益冲突指南》进行修订时，在基本条款第6条注释（b）中指出，与争端有关的第三方资助者与仲裁裁决存在直接的经济利益，因此可被认为与当事人属于同一实体。^①根据该注释，当仲裁员与第三方资助人存在利益冲突时，需要仲裁员将相关信息予以披露。另外，第7条（a）款还规定，当事人应当向仲裁庭和其他当事人告知仲裁员与当事人存在的任何直接或间接关系，或者与仲裁员存在任何直接经济利益的人或实体。^②依据该条款，在存在第三方资助的情形中，当事人亦有义务对资助人与仲裁员之间的关系进行披露。IBA率先涉足了国际仲裁第三方披露的监管领域，虽然其制定的规则尚显粗浅，但仍然发挥了引领作用，使得国际仲裁第三方披露的监管不再处于“空白之地”。^③

2018年4月，第24届国际商事仲裁委员会（ICCA）会议正式公布《ICCA与伦敦大学玛丽女王学院联合工作组关于国际仲裁第三方资助的报告》（下文简称《报告》）。该《报告》第四章专章规定了第三方资助的“披露与利益冲突”。其中，第1条指出，当事人或其代理人应主动向仲裁员和仲裁机构披露第三方资助协议的存在，或在首次出庭或提交材料之时，或在资助被提供后，或在资助协议被签订之后可用之时尽快进行。第2条规定，仲裁员和仲裁机构有权要求当事人及其代理人披露他们是否受到了第三方资助，如受到资助，还需披露该资助者。另外，第4条还规定了仲裁员及仲裁机构的评估程序。根据披露信息，仲裁员和仲裁机构应当评估仲裁员和第三方资助者之间是否存在潜在的利益冲突，以及在适用的法律、规则或指引之下，是否需要作出适当的披露或采取其他措施。值得注意的是，2017年9月1日，ICCA官网上发布了《国际商事仲裁委员会与伦敦大学玛丽女王学院联合工作组关于国际仲裁第三方资助的报告草案》（下文简称《草案》），面向公众征询意见。在《草案》中，《报告》的第1条和第2条内容原本是作为第1条的两种拟定方式——Alternative A与Alternative B供选择，但最终《报告》却将二者一并纳入，并作为两个独立条款，可见，在披露的启动方面，仲裁员和仲裁机构要求披露和当事人主动披露是两种并行不悖的方式，且缺一不可，这与IBA创设的规则一致。此外，《报告》与《草案》的区别在于第2条，《草案》对仲裁员和仲裁机构要求当事人披露第三方资助的时间进行了限定——须发生在选择和任命这一阶段（during the selection and appointment process），^④正式的《报告》中则删去了这一时间限制。笔者认为，

① General Standard 6(b) clarifies that such legal persons and individuals may be considered effectively to be that party. third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party.

② IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Article 7(a).

③ Yeoh, Derric. Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?[J]. Journal of International Arbitration, 2016,(33).

④ Arbitrators and arbitral institutions have the authority to, during the selection and appointment process, expressly request that the parties disclose whether they are receiving support from a third-party funder and, if so, the identity of the funder.

ICCA 在《草案》第 2 条中意图使仲裁员尽早注意到第三方资助,从而最大程度地避免对仲裁程序产生负面影响,这种初衷固然是美好的。但应当考虑到,目前第三方资助的模式多种多样,并且几乎没有面临任何规制,所以第三方资助协议并不一定是在提起仲裁之前缔结的,换言之,第三方资助协议可能晚于选任程序产生。若后续阶段中,仲裁员和仲裁机构不再享有要求当事人披露的权力,仲裁程序受到的不良影响便无从得知,更无法纠正。因此,《报告》中删去时间限制的规定方式更为妥当。

由上述规则可以发现,首先,无论是投资协定、投资仲裁规则、仲裁规则,还是相关的报告和指南,真正对第三方资助披露进行规定的文本数量并不多。其次,在已经对第三方资助作出规定的规则之中,对披露的规制也显得较为模糊,多数规则的披露标准是仅披露第三方资助的存在以及资助者的身份或名称,但对仲裁庭可以要求进一步披露的情形缺乏规定。笔者认为,第三方资助本来就具有“暗箱操作”的性质,加上国际投资仲裁领域的第三方资助已形成市场,资助者具有丰富的经验。如果披露规则设置得不明确,资助者与受资助方可能会游走在规则的边缘,为了自身利益而尽量规避对有效信息的披露,影响仲裁的公正性。因此,国际投资仲裁第三方资助的披露规则亟待完善,这是对第三方资助形成有效规制的重点所在。

二、国际投资仲裁中第三方资助披露实践之检视

虽然第三方资助在国际投资仲裁领域中发挥重要作用,并形成了规模性市场,^①但现行规则中对国际投资仲裁第三方资助披露的规制并不普遍,加上第三方资助的相关规则多数是在 2016 年之后被制定出来的,因此关于第三方资助披露规则的适用实践十分罕见。但是,在实际案件中,即便缺乏相关规则可供援引,仲裁庭仍然对第三方资助的披露问题作出了处理。根据外国学者的研究,截至 2016 年,在对外公布的国际仲裁案件中涉及第三方资助披露的案件共有 6 起,这 6 起案件具有两个表面可见的突出共性:

首先,这 6 起案件均为国际投资争端。^②对于这一实践特点的形成,笔者认为,除去国际商事仲裁案件公布较少之外,还有两个更主要的原因:一是国际投资仲裁中涉及第三方资助的案件较多,基数较大。相对于国内诉讼和国际商事仲裁,国际投资仲裁因其自身的一些特点,尤其受到第三方资助机构的青睐。^③国际投资仲裁费用高昂,赔偿数额大,且投资者很容易因为东道国的征收行为而陷入破产,无力负

① Eberhardt, Pia, et al. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom[EB/OL]. 2012, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute. <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profit-from-injustice.pdf>. [2012-11-27] (2018-07-15).

② Darwazeh, Nadia, Leleu, Adrien. Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding[J]. Journal of International Arbitration, 2016, 33(2).

③ 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).

担仲裁费用（著名的“尤科斯公司诉俄罗斯案”^①就是这种情形），这些都是第三方资助者在选择案件时的关注点。二是国际投资仲裁对透明度的要求较高，这种要求不仅体现为程序是否公开，还体现为在程序中的各个阶段，仲裁庭在保密性和透明度之间作出何种权衡。国际投资仲裁不像国际商事仲裁那般将当事人的隐私保护奉为圭臬，因此，在第三方资助的披露问题上，仲裁庭不会产生顾虑，也没有理由回避。

其次，这6起案件中受到第三方资助的均为申请人。笔者认为原因在于，国际投资仲裁中作为被申请人的东道国一般不会陷入无力承担仲裁费用的困境，也不适宜与第三方资助机构将国家参与的仲裁约定为一种营利方式。进一步来说，东道国不会主动寻求第三方资助，第三方资助机构也不会将国家作为资助对象，除非是出于营利以外的其他考量（比如前文提到的与公共利益相关的非商业性第三方资助），因此，本文的论证也建立在申请人作为受资助方的基础之上。

在上述6起案件中，其中3起案件适用国际投资争端解决中心（ICSID）规则，另外3起适用联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）规则。^② ICSID规则、UNCITRAL规则以及6起案件涉及的双边投资协定（BIT）均未对第三方资助披露进行专门规定，但这并不妨碍仲裁庭对披露问题进行处理，或者至少对披露问题发表意见。在这6起案件中，仲裁庭针对第三方资助披露作出的决定各不相同，主要区别在于仲裁庭是否主动要求披露第三方资助，基于何种考虑要求披露，要求披露的内容为何，以及在被申请人对第三方资助提出披露请求时是否予以同意。通过对这6起案件的归纳与总结，笔者意图发现实践中的一些规律，并与前一部分中的现行规则进行联结，比较异同，究其成因，为完善国际投资仲裁中第三方资助的披露规制奠定基础。

（一）披露的发起：被申请人请求与仲裁庭要求相结合

由上文可知，在国际投资仲裁第三方资助的披露规则中，受资助方主动披露与仲裁庭要求披露相结合的规定模式比较常见，实践中也确实存在着这两种披露方式，但二者的比例严重失衡。在6起案件中，只有Oxus Gold诉乌兹别克斯坦案中，申请人主动披露了第三方资助的存在，并公布了资助协议的细节。^③ 在其余案件中，申请人不仅没有主动披露第三方资助的相关信息，还多在被申请人提出请求时作出拒绝，^④ 由此可见，在面对第三方资助的披露问题时，受到资助的申请人多半秉持着消极和被动的态度，遵循一种“能不披露就不披露”的原则。然而，在关于第三方资

^① Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 227.

^② Darwazeh, Nadia, Leleu, Adrien. Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-party Funding[J]. Journal of International Arbitration, 2016, 33(2).

^③ Darwazeh, Nadia, Leleu, Adrien. Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-party Funding[J]. Journal of International Arbitration, 2016, 33(2).

^④ ICSID Case No. ARB/12/6; PCA Case No. 2011-17; PCA Case No. 2013-15.

助披露的规则中，一般要求当事人“毫不迟延”地作出披露，有些规则希望将这种“毫不迟延”具体化，例如要求当事人在第一次提交材料时即就第三方资助进行披露（如 CETA 和 TTIP）；还有的指明，如果仲裁庭还未组建，可以将披露内容提交给仲裁庭主席（President of the Tribunal）。由此可见，规则制定者的美好愿景是当事人在刚刚开始着手提交仲裁时就尽早披露第三方资助信息，在他们看来，“预先披露”才是当事人最理想的义务履行方式。从这一问题来看，规则与实践的确出现了无法配适的情况，差异还是较为明显的。

除了受资助方主动披露这种情形之外，仲裁庭要求披露的情况也值得关注。如果进行细化的分类，披露的发起可分为受资助方主动、被申请人请求与仲裁庭要求三大类，但实际上，真正不经当事人请求而直接由仲裁庭作出披露要求的情形，6 起案件无一符合。在实践中，仲裁庭的要求基本都是以当事人提出申请为前提的，也就是被申请人请求与仲裁庭要求相结合的形式。仲裁庭主动要求披露的情况，甚至比受资助方未经命令主动披露的情况更为罕见。

（二）要求披露的原因：利益冲突与透明度最为常见

在被申请人对第三方资助提出披露要求的实践中，要求披露的原因多数集中为利益冲突和透明度。在 *Sehil* 诉土库曼斯坦案中，被申请人要求披露的首要原因是“为了确定本案中不存在利益冲突的情况以及保持充分的透明度”。^①在 *Guaracachi* 诉玻利维亚案中，被申请人申请第三方资助披露的原因有两个：第一，如果无法确认资助方在协议中承诺赔偿申请人的损失并承担仲裁费用，申请人将会被置于危险的境地之中，并因此需要申请费用担保。第二，仲裁庭还需要根据资助者的身份确定本案中不存在利益冲突的情形。^②实际上，排除利益冲突和保障透明度成为被申请人申请披露的常见理由是可以预见的。首先，对于利益冲突，这是第三方资助极易触发的问题。在国际投资仲裁中，由于领域较小，专家较少，利益冲突面临着更高的发生风险。^③其次，透明度作为国际投资仲裁领域的重要原则，也是衡量一个仲裁程序是否公正的关键标准。在 *South American Silver Ltd* 诉玻利维亚案中，^④被申请人要求披露的理由是，无法确定资助方是否会为申请人承担赔偿责任。依据申请人及其母公司的财务状况，被申请人很可能无法获得赔偿。对于第三方资助者，没有证据表示其有义务赔偿被申请人的损失和承担仲裁费用，因此有必要披露有关该资

① *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No.ARB/12/6, Procedural order No.3, pp.1~2.

② *Guaracachi America, Inc. v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No.13, pp.2~3.

③ Eberhardt, Pia, et al. *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*[EB/OL]. Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>. [2012-11-27] (2018-07-15).

④ *PCA Case No. 2013-15*.

助性质的具体信息。^①在 EuroGas 诉斯洛伐克案中,^②被申请人要求披露的原因除了利益冲突和透明度之外,还涉及到了保密性问题。在第一次关于程序事项的听证会上,被申请人指出,加拿大 BIT 中规定保密信息应当受到保护,这种保护针对的是除当事人以外的所有人,包括第三方资助者。因此,申请人不应与第三方资助者共享这些保密信息,除非这种共享得到被申请人的同意,如果要被申请人予以同意,申请人就必须披露谁是第三方资助者,并确认第三方资助者已经签署了保密协议。^③

(三) 披露的拒绝: 仲裁庭对披露程度的考量

披露的程度可以集中体现为披露内容。反过来,披露内容也能很好地反映披露程度。在投资仲裁实践中,基于被申请人请求内容的不同,仲裁庭拒绝其披露申请的情况有两种,第一种是拒绝要求申请人披露资助者的身份,代表案件为 Sehil 诉土库曼斯坦案。^④实际上,本案不属于严格意义上的拒绝披露,仲裁庭先拒绝了被申请人的首次申请,却对被申请人的二度请求予以同意,但作为唯一一件被仲裁庭拒绝披露资助者身份的案件,本案仍然具有重要意义。第二种情况是仲裁庭拒绝要求申请人披露仲裁协议,代表案件为 Guaracachi 诉玻利维亚案^⑤和 South American Silver Ltd 诉玻利维亚案。

在 Sehil 诉土库曼斯坦案中,被申请人曾请求仲裁庭命令申请人披露其是否签署了第三方资助协议,如有,需要进一步披露该协议的性质。仲裁庭在程序命令 2 中拒绝了该请求,原因是仲裁庭认为,对第三方资助的披露需要基于几种原因,包括为了阻止仲裁员利益冲突、透明度和确认案件的真正当事人,本案不满足上述情况。随后,被申请人再度请求仲裁庭命令申请人披露第三方资助者的身份,并援引了 IBA《国际仲裁中的利益冲突指南》(2014 年版),最终仲裁庭在程序命令 3 中决定同意被申请人的请求,原因是申请人从未否认第三方资助的存在,因此确实可能出现被申请人顾虑的情况。^⑥值得注意的是,在除本案外的其他案件中,只要被申请人提出的披露请求是关于资助者身份的,仲裁庭无一拒绝。由此可见,第三方资助人的身份属于基础信息,只要不能完全排除本案存在利益冲突和透明度受损的情况,这种披露请求一般不会被仲裁庭拒绝。这一点在第三方资助披露规则中也能得到印证,几乎所有的披露规则都将资助者的身份或名称作为必备内容,且多数规则都将其作为当事人应当主动披露的事项,资助者身份的披露一方面对利益冲突和仲裁员公正性、

① South American Silver Ltd. v. The Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No.10, p.3.

② ICSID Case No.ARB/14/14.

③ EuroGas Inc.&Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No.ARB/14/14, First Session and Hearing on Provisional Measures, pp.33~37.

④ ICSID Case No.ARB/12/6.

⑤ PCA Case No. 2011-17.

⑥ Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No.ARB/12/6, Procedural Order No.3, pp.1~5.

独立性的判断有着至关重要的作用，另一方面又不会因涉及协议细节而对资助方与受资助方之间约定的保密内容产生损害。因此，无论在规则中还是实践中，披露资助方的身份都不失为一个审慎的选择。

在 *Guaracachi* 诉玻利维亚案中，被申请人请求申请人披露资助协议与更多文件。仲裁庭拒绝命令申请人披露这些文件，原因是申请人未指出这些文件何以会造成利益冲突，仲裁庭认为申请人无法将这种利益冲突明确化（specify）。仲裁庭还指出，本案可以确认不存在利益冲突，因此无需进行进一步披露。^①事实上，在披露了资助者的身份之后，是否存在利益冲突这一事项基本可以得到确定，因此被申请人再以利益冲突为由要求进一步披露确实欠妥。从相关案件来看，仲裁庭作出的披露命令大多数是关于资助者身份的，只有在 *Sehil* 诉土库曼斯坦案中，被申请人提出了第二次披露请求之后，仲裁庭才要求申请人“额外”对资助协议的性质和案件胜诉后资助者获得的回报比例作出披露。换言之，在理由不够充分的情况下，被申请人提出的超出基础信息范围之外的披露请求，很可能遭到仲裁庭的拒绝。在第三方资助的披露规则中，关于这种进一步披露的情况，大多数规定使用了适当时（when appropriate）或类似的模糊性措辞（如 SIAC《投资仲裁规则》与 ICCA《报告》）。可见，对于可以要求披露程度加强的情形，无论是规则中还是实践中，都未能提供有效的指引。

三、完善国际投资仲裁中第三方资助披露规制的路径

由上文可知，国际投资仲裁中有关第三方资助披露的现行规则与实践情况存在着一些差异或矛盾，因此本文通过这些现象入手，探索对第三方披露规制的完善路径，尝试对现行规则进行改进，使得它们在实践中能够更大程度地发挥作用。

笔者认为，总体而言，对国际投资仲裁中第三方资助披露规制的完善需要明确一个前提：仲裁庭的作用不可忽略。在现行规则中，对当事人作为披露主体的规制较为常见，且这些规定与披露规则的其他部分相比往往更为细致。而对于仲裁庭要求披露第三方资助的权限，没有规则进行过详细的阐释，CETA 甚至没有在第三方资助的部分提及仲裁庭的权限。反观实践，仲裁庭实则对第三方资助的披露规制中发挥着至关重要的作用。当事人主动披露的情况非常罕见，基本都需要仲裁庭对受资助方提出命令，披露才得以真正进行。因此，在对第三方资助披露规制进行完善时，首先要遵循的大方向就是：对仲裁庭的职能予以确定和具体化。

（一）规定仲裁庭要求披露的时间

CETA 第 8.26 条要求对受资助方披露的时间作了要求，指出披露应当在提起仲裁时提出，如果资助协议或捐赠或拨款是在提交仲裁之后达成的，披露需要在这之

^① *Guaracachi America, Inc. v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No.13, pp.1-3.

后毫不迟延地作出。TTIP 和 ICCA《报告》中也有类似规定。虽然一些现行规则对当事人披露第三方资助的时间作出了规定,但对于仲裁庭要求当事人披露的时间却暂无规则进行规定。这是对第三方资助披露的规制进行完善的一个着眼点。

在第三方资助的披露过程中,仲裁员应当起到一个提醒和监督的作用。如果作为当事人的受资助方愿意自行公布第三方资助的相关信息,这是最理想的情况。但在实践中,当事人往往不愿意这么做,甚至极易在被申请人提出请求后予以拒绝,只有在仲裁庭提出命令之后,申请人才会进行披露。如果只赋予仲裁庭要求披露的权限,而不对其行使这种权限的时间加以规定,就会导致仲裁庭还是陷入一个被动的状态,即当事人不请求则仲裁庭便不作命令,这不利于提高仲裁程序的效率。应当达到的状态是,仲裁庭或仲裁机构应当在程序伊始时即“毫不迟延”地要求当事人说明是否存在第三方资助,以保证后续程序的顺利进行。如果要列明仲裁庭要求披露的具体时间节点,不妨参照现行规则中对当事人自行披露的时间要求,可以是“提交仲裁之时”(at the time of the submission of the claim),也可以是“首次出庭或提交材料之时”(as part of a first appearance or submission)。通过这种规制,在受资助方不愿意主动披露的情况下,仲裁庭和被申请人能够共同针对披露的启动发挥作用:如果受资助方与资助者在仲裁开始前已经缔结了资助协议,仲裁庭会在仲裁程序之初要求披露,无需等到被申请人发现了初步证据之后再作出命令。如果资助协议是由资助方与受资助方在仲裁开始之后缔结的,那么即使仲裁庭在仲裁程序之初作出了披露要求,受资助方也无法当即作出披露。这种情况下,就需要由被申请人在后续程序中留意第三方资助的问题,并提请仲裁庭作出命令。

综上所述,笔者建议,在对受资助方披露第三方资助的时间作出规定的同时,也对仲裁庭要求受资助方披露的时间进行适当的限制,限制的原则是“毫不迟延,尽早为宜”。通过仲裁庭为受资助方设定这样一种“预先披露”的义务,应当比要求受资助方主动进行“预先披露”具有更为良好的实践效果。

(二) 严格把握披露程度

通常情况下,仲裁庭要求披露的是第三方资助是否存在,如果存在,再命令受资助方披露第三方资助者的身份、名称、住址之中的一个或几个事项。这种披露程度能够在避免利益冲突的需要和保护当事人合同隐私之间作出平衡。^①因此无论在规则中还是实践中,该披露程度都是较为普遍的。如果被申请人要求更进一步的披露,例如资助协议以及资助方与受资助方的谈判文件,仲裁庭则需要进行审慎地考虑。需要注意的是,第三方资助引发的利益冲突是一种“潜在的利益冲突”(potential

^① Shahdapuri, Khushboo. Third-party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory[J]. Asian International Arbitration Journal, 2016, (12).

conflict of interest), 即这种利益冲突不一定会发生, 只是存在这种风险。事实上, 在现行国际投资仲裁实践中, 即使第三方资助者的身份被披露用于检视利益冲突是否存在, 也没有案件出现过由于资助者的利益冲突导致裁决被拒绝承认或挑战仲裁员的情况。^①由此可见, 第三方资助者与仲裁员真正存在利益冲突的概率并不如我们想象的那么高, 但出于国际投资仲裁对透明度的严格要求, 基础信息的披露还是有必要的。但如果为了防范这种较少出现的风险而损害资助方与被资助方之间的合同保密性, 则有矫枉过正之嫌。过度的披露还会将申请人和被申请人置于不平等的对抗之中, 这种情况在 Oxus 诉乌兹别克斯坦案中就已经出现过。^②另外, 即使对披露程度过高带来的弊端暂且不论, 换个角度来说, 身份、名称和住址这类基础信息的披露也已经足以用来检视利益冲突是否存在, 如果被申请人仍然要求资助协议的披露, 很难说其是出于排除利益冲突的考虑。

然而, 仲裁庭对披露程度较高的披露要求需要审慎处理, 并不意味着这种披露无法成为可能。笔者认为, 在被申请人提出合理理由并有相应证据证明的情况下, 仲裁庭是可以命令作为受资助方的申请人披露第三方资助协议的, 这也就是现行规则提出的“适当情况”, 主要分为两种情况, 这两种“适当情况”都存在着一一定的条件, 因此并不容易满足。第一种情况就是, 被申请人希望知道资助方与申请人之间的资助协议是否包含赔偿的负担。换言之, 在申请人无力履行裁决中的判罚时, 资助方是否有义务伸出援手。Gayner 和 Khouri (2017) 认为, 仲裁庭可以进行裁量的披露只包括两项内容: 一是资助的存在(包括资助者的名称与住址), 二是资助协议中是否包含资助方对赔偿的负担。^③笔者以为, 如果被申请人基于自己不能获得判赔的担忧而要求披露资助协议, 需要向仲裁庭提供申请人无力承担赔偿的初步证明。在这种情况下, 仲裁庭也不必命令申请人披露资助协议, 而是可以要求申请人披露协议的性质, 说明协议中大致权利义务, 即可满足被申请人的需要; 如若不能, 再考虑要求披露资助协议。第二种情况为, 仲裁庭认为需要根据第三方资助者与申请人协议中的赔偿承担方式、赔偿比例以及胜诉回报率等信息, 判决资助者介入后的费用分担时, 可以考虑要求申请人披露资助协议。但这种情况是否存在取决于一个前提, 即负责裁决本案的仲裁庭对第三方资助的态度。有些仲裁庭可能会选择忽略仲裁程序中的第三方资助者, 认为其对仲裁程序不会产生任何影响。^④这样的仲裁

① See International Council for Commercial Arbitration. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration[EB/OL]. ICCA, <http://www.arbitration-icca.org/news/2018/375/icca-queen-mary-task-force-report-on-third-party-funding-officially-launched.html>. [2018-04-16] [2018-07-16].

② Shahdapuri, Khushboo. Third-party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory[J]. Asian International Arbitration Journal, 2016, (12).

③ Gayner, Oliver, Khour, Susanna. Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding[J]. Fordham International Law Journal, 2017, (40).

④ See Sahani, Victoria. Judging Third-party Funding, UCLA Law Review, 2016, (63).

庭便不会基于裁决费用分担的需要而要求受资助方披露第三方资助协议。

综上所述,仲裁庭在披露程度的把控上也扮演着重要的角色。要求申请人披露第三方资助的基础信息是仲裁庭应当行使的职能,可一旦被申请人要求的披露程度更进一步,仲裁庭就要发挥一种“监管性作用”,对披露的程度进行审慎的限制:如果披露协议性质能解决问题,就避免要求申请人披露资助协议;如果披露协议内容能够解决问题,则避免要求申请人披露与协议细节有关的谈判文件。

参考文献:

- [1] [德]鲁道夫·多尔查.国际投资法原则[M].[美]克里斯托弗·朔伊尔主编.祁欢,施进译.北京:中国政法大学出版社,2014.
- [2] 马占军.国际商事仲裁员披露义务规则研究[J].法学论坛,2011,(4).
- [3] 肖璐.从披露义务的角度看我国内地第三方资助仲裁制度的构建[J].长江论坛,2018,(2).
- [4] 杨良宜等.仲裁法:从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁[M].北京:法律出版社,2006.
- [5] 应晓,张建.刍议国际投资仲裁第三方融资披露问题[J].吉林工商学院学报,2016,(4).
- [6] Born, Gary. International Arbitration: Law and Practice[M]. Amsterdam: Kluwer Law International, 2012.
- [7] Burch, Elizabeth. Financing Issue Classes: Benefits and Barriers to Third-party Funding[J]. New York University Journal of Law and Business, 2016, 12 (3).
- [8] Moses, Margret. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- [9] Stoyanov, Marie, Owczarek, Olga. Third-party Funding in International Arbitration: Is It Time for Some Soft Rules?[J]. BCDR International Arbitration Review, 2015, 2(1).

Discussion on Disclosure of Third Party Funding in International Investment Arbitration

FAN Bingyi

Abstract: Third party funding in international investment arbitration does not equal to third party funding in international commercial arbitration, so it is proper to make a special research on it. Disclosure is the crucial problem in regulation for third party funding. The rules of disclosure of third party funding in international investment arbitration appear to be blank and rough. In international investment arbitration, the funded party of third party funding is usually the Claimant. It is found that practice and rules cannot match through current international investment cases in relating to disclosure of third party funding. In practice, initiations of disclosure are generally by the application of the Respondent or the request of the Tribunal. The reasons that the Respondent applies for disclosure are normally the conflicts of interest and transparency. Tribunals' objections to disclosure are usually out of the consideration for the extent of disclosure. According to the comparison of practice and rules, regulating the time of requesting disclosure of the Tribunal and strictly limiting the extent of disclosure might be the applicable method to promote the regulation of disclosure of third party funding in international investment arbitration.

Keywords: disclosure; third party funding; international investment arbitration

(责任编辑:金孝柏)