

论国际仲裁第三方资助费用担保中的资金困难

张晓萍

(海南大学法学院, 海南 海口 570228)

摘要: 申请人资金困难是仲裁庭准予费用担保申请的关键考量因素。鉴于国际仲裁申请人使用第三方资助原因的多元化, 仲裁庭不能仅凭申请人使用了第三方资助就推断其资金困难, 而是需要进一步检查申请人使用第三方资助的真正原因。在申请人确因资金困难使用第三方资助的情况下, 也不能直接作出费用担保命令, 还需进一步检验第三方资助的使用有无改善申请人资金困难的状态。在资助者不支付败诉后的不利费用且有权随意终止资助的情形下, 仲裁庭应准予费用担保申请, 以保护被申请人胜诉后获得赔偿的权利。

关键词: 国际仲裁; 第三方资助; 费用担保; 资金困难

中图分类号: DF974

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 02-0099-10

一、问题的提出

第三方资助 (third party funding) 指的是与案件实体争议无关的第三方, 通过向仲裁申请人提供资金或者其他实质性支持, 以求在申请人胜诉后分割一定比例的赔偿金。第三方资助给资金困难的申请人提供了接近正义的机会。在第三方资助下, 申请人可以雇佣顶级律师团队行使每一项仲裁权利, 进行完整仲裁程序。但对被申请人而言, 第三方资助加剧了其成本收回的风险。在采用“败诉方支付不利费用” (loser pays adverse costs) 规则的国家, 败诉方需要支付胜诉方与程序有关的法律费用和为防御而产生的开支。在资金困难的申请人败诉的情况下, 被申请人无法寄希望于从申请人处获得费用赔偿。第三方资助者因非案件的当事人, 仲裁庭不对其享有管辖权, 无法要求其支付不利费用。这在某种程度上产生了悖论, 第三方资助有助于申请人接近正义, 但阻碍了被申请人获得正义。为确保正义的实现, 被申请人往往诉诸于费用担保。

费用担保 (security for costs) 作为临时措施的一种特殊形式, 源于英国的仲裁法律与实践, 指被申请人向仲裁庭提起的, 要求仲裁庭命令申请人通过提供银行不可撤销的担保函、进行托管账户或者其他形式提供担保, 目的在于确保被申请人胜诉时申请人有能力履行仲裁庭作出的不利费用决定。如果申请人不能按照仲裁庭的要求提

作者简介: 张晓萍, 海南大学法学院博士研究生, 研究方向: 诉讼法。

基金项目: 海南省社科重大课题“中国特色自由贸易港民商事纠纷快捷高效解决机制研究” (项目编号: HNSK (ZD) 19-112); 国家社科基金青年项目“自贸区纠纷解决机制创新与临时仲裁的制度构建研究” (项目编号: 18CFX083)。

供有效担保, 仲裁程序将被终止。仲裁程序的提前终止可将被申请人早日从仲裁之累中摆脱出来, 达到节约成本的目的。费用担保的作出, 对仲裁庭来说并非简单的“是与不是”的判断, 而是需要考虑诸多因素, 其中申请人资金困难是仲裁庭作出费用担保的关键性要素。

当前, 学者对国际仲裁第三方资助费用担保的研究还停留在应否将第三方资助纳入仲裁庭考量因素的应然层面, 未将第三方资助与申请人资金困难这一标准关联起来, 未揭示出在申请人使用第三方资助的情形下仲裁庭是否准予担保应进行何种路径的实然操作。本文旨在通过国际仲裁第三方资助费用担保中申请人资金困难的认定标准, 为仲裁庭作出费用担保提供指引。

二、申请人资金困难与仲裁庭准予费用担保之间的强关联性

仲裁法、仲裁规则赋予仲裁庭作出费用担保的权力,^①但仲裁庭应如何行使这一权力, 仲裁法和仲裁规则并无明确规定, 需要仲裁庭自由裁量。仲裁庭自由裁量权的行使并非随心所欲的自由发挥, 而是基于特定因素的考量。仲裁庭必须对申请人接近仲裁正义与被申请人胜诉情形下能够收回不利费用进行权衡。

(一) 仲裁庭作出费用担保命令的考量因素

实践中, 仲裁机构以及学者通过分析归纳总结了仲裁庭作出费用担保命令时需考量因素。国际商会仲裁庭(International Council for Commercial Arbitration, 1999)认为, 在以下情形中仲裁庭作出费用担保是适当的:(1)被申请人在申请费用担保时能够证明, 与签订仲裁协议相比此时情形发生了实质性改变;(2)如果仲裁庭拒绝作出费用担保命令对被申请人来说极度不公。^②除非申请人能够证明:(1)费用担保命令剥夺了申请人获得仲裁的权利;(2)作出费用担保命令对申请人来说是极度不公的。特许仲裁员协会(Chartered Institute of Arbitrators, 2016)认为仲裁员在考虑是否作出费用担保命令时, 应考虑下列事项:(1)索赔和抗辩成功的可能性;(2)申请人履行不利费用裁定的能力和执行不利费用裁定时申请人资产的可得性;(3)在任何情况下, 要求一方为另一方当事人的费用提供担保是否公平。^③同时特别提醒, 这一清单并非详尽无遗, 仲裁员还应考虑其认为可能与当事各方特殊情况以及与仲裁情况有关的其他额外因素。Waincymer(2012)认为仲裁庭作出费用担保命令应考虑以下6条标准:(1)申请人是否有可供执行的财产;(2)费用

① 如1996年《英国仲裁法》第38条第3项、《伦敦国际商事仲裁中心仲裁规则》第25条第2款、《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第24条第1款。

② CI Arb. International Arbitration Practice Guideline Application for Security for Costs[EB/OL]. <https://ciarb.org/media/4196/guideline-5-security-for-costs-2015.pdf>. [2016-11-29][2019-12-11].

③ ICC. Case No. 10032. Procedural Order of 9 November 1999[EB/OL]. <https://w-ww.italaw.com/cases/2706>. [2014-08-12][2019-12-11].

担保申请是否被用作阻止合法索赔的武器；（3）被申请人在多大程度上应对申请人的资金困难负责；（4）申请的时间节点；（5）作出费用担保命令的适当性和公平性；（6）其他应考虑的因素，如案件的是非曲直、双方胜诉的几率等。综上所述，可以归纳出仲裁庭作出费用担保命令时主要考虑以下因素：（1）申请人的经济状况。申请人的支付能力取决于他的经济状况，如果在仲裁程序一开始，申请人就面临资不抵债或者临界破产的状态，那么被申请人完全有理由相信申请人在败诉后无履行仲裁庭不利费用裁决的能力。（2）无法执行的风险。仲裁庭有权作出裁决，但只有法院能够对裁决予以强制执行。在国际仲裁中，当败诉方不履行仲裁裁决时，胜诉方必须依靠法院帮助。这涉及到外国仲裁裁决的承认与执行问题。随着《承认和执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）缔约国数量的不断增多以及各国政府在推动承认和执行外国仲裁裁决上的努力，国际仲裁裁决无法执行的风险已大大降低。（3）案件的是非曲直。案件的是非曲直指的是索赔的好坏与胜诉的前景。关于案件的是非曲直是否应纳入仲裁庭作出费用担保命令时的考虑因素存在争议。支持者认为，仲裁庭应考虑案件的是非曲直，在不考虑案件是非曲直的情况下就作出费用担保命令，容易扼杀有价值的诉求。反对者认为，仲裁庭不应该考虑案件的是非曲直，案件的是非曲直只有在案件终结时才见分晓，考虑是非曲直问题将导致费用担保一直无法作出直至案件终结，这违背了费用担保制度设立的初衷目的。（4）双方当事人的行为及意图。费用担保是被申请人维护自身经济利益的武器，但这一武器极具攻击性，可能被用来干扰或阻挠申请人合理的索赔。如果被申请人在仲裁员选择、仲裁费用预缴、答辩书提交等事项上故意延迟，仲裁庭就有可能推断其提出费用担保申请只是一种拖延战术，是一种故意的为难和胁迫。同样，申请人拒绝提供详细地址、拒绝披露相关财务文件也会被仲裁庭作出不利推定。申请人在之前仲裁案件中的表现有时也会被纳入仲裁庭的考量范围。

（二）申请人资金困难是仲裁庭准予费用担保的关键考量要素

如上所述，仲裁庭在作出费用担保命令时会综合考量多方面因素，但申请人的财务状况是仲裁庭作出决定的关键因素。这是因为：（1）申请人资金困难是被申请人提出费用担保申请的根本原因。被申请人提出费用担保请求的根源在于担心胜诉后申请人无力支付不利费用。在国际仲裁机构受理的费用担保申请个案中，被申请人提出的申请理由中无不包含申请人资金困难。（2）申请人资金困难是仲裁庭作出准予费用担保命令的主要原因。申请人资金困难是仲裁庭作出费用担保命令时的第一考量要素，只有在申请人经济状况恶化到可能无力支付后续费用的情况下，仲裁庭才会需要继续考量其他要素。^①如果申请人的经济状况良好，即使其败诉风险高于

^① Alan, Redfern, Sam, O'Leary. Why It Is Time for International Arbitration to Embrace Security for Costs[J]. Arbitration International, 2016,(3).

被申请人,但只要没有妨碍仲裁费用执行的情形,仲裁庭就不会要求其提供费用担保。(3)案件的是非曲直、双方当事人的行为及意图应否作为仲裁庭费用担保的考虑要素本身存在争议。这一争议在RSM案件中非常明显。申请人认为,仲裁庭应该考虑案件的是非曲直,在申请人胜诉率极高的情况下要求提供费用担保,阻碍了其寻求正义。至于申请人在之前案件中的行为与本案无关,被申请人没有初步证据能够证明申请人在本案中将不遵守仲裁庭的命令。被申请人则认为,案件的是非曲直不应该作为仲裁庭作出费用担保命令时的考虑因素。案件的是非曲直只有在案件终结时才有结果,过早的判断容易让仲裁庭对案件形成预判,影响仲裁员的公正独立;申请人在过往仲裁案件中不遵守仲裁庭不利费用决定、不提前支付费用,进而导致仲裁程序难以为继,说明申请人存在“仲裁逃逸”的可能。

基于申请人资金困难是被申请人提出费用担保的根源所在,加上仲裁裁决无法执行的风险随着《纽约公约》签署国的不断增多而逐渐降低,而其他裁量标准应否作为仲裁庭作出费用担保命令时的考量要素存在争议,因此仲裁庭在作出费用担保决定时,更加侧重考虑申请人的财务状况。仲裁庭费用担保的作出与申请人资金困难呈现出极强的关联性。只有在申请人资金困难不足以支付不利费用的情况下,仲裁庭才会作出费用担保决定。

三、使用第三方资助与申请人资金困难之间的弱关联性

有观点认为,只要存在第三方资助即可推定申请人资金困难,仲裁庭应准予费用担保申请。RSM案的仲裁员(Griffith, 2014)认为,随着国际投资仲裁第三方资助使用的越发普遍,第三方资助成了赌徒的天堂,第三方资助者属于只赢不输的投机者。^①在这种情况下,第三方资助者应该和名义上的申请人一样,承担相同水平的费用风险。除非有特殊理由和情形,否则在国际投资仲裁中一旦申请人使用了第三方资助,申请人就有必要披露相关事实和说明为何非费用担保命令不应作出。Born(2009)认为,第三方资助的存在可形成强有力的表面证据,证明申请人无足够的资产支付不利费用,需要提供费用担保。第三方资助和申请人资金困难是否与申请人资金困难和仲裁庭作出费用担保决定一样呈现强关联性,实际上并非如此。申请人使用第三方资助的目的具有多元性。

使用第三方资助的申请人可以分为两类。一类是资金困难,无力支付高昂仲裁费用,希冀通过第三方资助获得接近正义和公平竞争的机会。国际仲裁费用高昂。特许仲裁员协会对1991~2000年共计254个国际商事仲裁案件进行了统计,每个仲

^① Griffith, Gavan. Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs[EB/OL]. 2014, <https://www.italaw.com/cases/2706>. [2014-08-12](2019-12-11).

裁案件申请人的花费约为 158 万英镑,被申请人的花费约为 141.3 万英镑。^①而根据 OECD 统计,国际投资仲裁当事人花费超过 800 万美元。^②尽管国际仲裁界一直试图为当事人提供更加高效、经济的仲裁服务,但仲裁程序改革有其内在局限性,当事人必须意识到好的仲裁服务需要好的价钱。仲裁申请人鉴于自身的规模实力和经济状况,可能无力支付如此高昂的仲裁费用,即使提起仲裁也特别容易受到对方拖延战术的影响,无法与对方当事人持久抗衡。在双方当事人非势均力敌状态下,对弱小者而言仲裁就成了“你赢一些就必然失去一些”的零和游戏。第三方资助可提高此类当事人的资金和风险防御能力,促进双方当事人程序性权利上的平等,使得弱小者可与对手展开公平对话。

另一类是使用第三方资助的申请人资金富裕,有能力支付仲裁费用,但因其他原因使用第三方资助。这类当事人使用第三方资助的原因主要有:(1)降低仲裁风险。相比国内仲裁而言,国际仲裁的风险更高。这种风险既来源于案件的实体性事项,如不同法律背景下案件事实认定存在的差异,也来源于仲裁的程序性事项,如选任的国际仲裁员对当事人偏见、聘用的法律团队不熟悉国际仲裁规则和法律等。这些风险使得申请人在选择是否诉诸于仲裁时心存疑虑,对漫长的仲裁程序和高昂的仲裁费用能否带来积极收益深表怀疑。在经济学上,当厌恶风险的申请人认为,提出索赔的成本可能大于预期收益时,他将保持理性的麻木。^③第三方资助败诉后不对投资进行追索的特性大大降低了申请人的风险,使得申请人可以花别人的钱打自己的官司,如果赢了就分资助者一杯羹,如果输了也不损失什么。(2)保持现金流。追求仲裁程序是高风险的,并且会严重限制现金流,动辄上百万美元的仲裁费用使得对现金流依赖较重的申请人不敢轻易申请仲裁。申请人会在一笔大额资金是支持仲裁程序还是投入可以产生大量利润的项目之间摇摆不定。第三方资助承担仲裁费用的做法,使得申请人能在保持恒定现金流的情况下,既提起索赔又不影响正常项目的投资运作,并能产生积极的会计效应。(3)获得专业技术支持。国际仲裁多涉及跨境争议的解决,需要同时了解申请人企业文化和仲裁地法律环境又对国际资深仲裁员裁判风格了解的专家。申请人面临如何选择境内和境外两地律师、如何在多法域背景下制定争议解决方案等难题。^④第三方资助者作为专业的国际仲裁投资者,对仲裁文化谙熟于心,对国际资深仲裁员的风格有精准把握,且常年与国际一流律师事务所打交道,在仲裁员选任、律师团队组建等方面可以为申请人提供建议。

① CI Arb. Costs of International Arbitration Survey[EB/OL].2011,https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2019/12/CI Arb-Cost-of-International-Arbitration-Survey.pdf.[2011-05-16](2019-12-23).

② OECD. Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement[EB/OL].2012,OECD.https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ISDSprogressreport.pdf.[2011-12-14](2019-12-23).

③ Tuil, Mark. Visscher, Louis. New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: Lessons to Be learned[J]. European Journal of Law and Economics,2010,(1).

④ 侯鹏.商事仲裁第三方出资及其规制[J].国际法研究,2018,(5).

在国际仲裁中使用第三方资助不再是资金困难申请人的专有权利,资金富裕的当事人同样使用第三方资助。第三方资助使用目的的多元化,阻断了第三方资助和申请人资金困难之间的必然联系。在费用担保中,申请人是否资金困难不能通过其有无使用第三方资助直接推论,而是需要被申请人进行举证,如申请人的年度财务报告显示其资不抵债、申请人进入了破产清算环节等。

四、第三方资助仲裁费用担保中申请人资金困难的认定标准

在 South Armerica Sliver 诉玻利维亚案中,被申请人基于申请人获得了第三方资助,请求仲裁庭作出费用担保命令。该申请被仲裁庭驳回,仲裁庭认为仅凭申请人使用了第三方资助的事实不能证明申请人资金困难。在不考虑其他因素就命令申请人提供担保,会导致被申请人有系统性地申请和获得费用担保,增加了扼杀有价值索赔的风险。^①在国际仲裁第三方资助案件中,证明申请人资金困难应满足以下标准。

(一) 申请人无力支付不利费用

尽管申请人使用第三方资助的目的多元化,但如果申请人因资金困难而使用第三方资助,仲裁庭就有理由怀疑申请人日后支付不利费用的能力。如何证明申请人使用第三方资助是因为资金困难,这涉及举证责任分配问题。

按照“谁主张谁举证”的举证责任分配原则,被申请人作为费用担保的申请者,无疑要承担自己无力支付仲裁费用的举证责任,但将这一举证责任全部强加给被申请人是不公平的,因为被申请人并非“拥有最佳条件提供证据的一方”。申请人的经济状况自己最为了解,将证明申请人资金困难的全部举证责任强加给被申请人,将导致被申请人举证不能,从而架空了费用担保这一制度。因此,最为妥当的办法是由被申请人承担申请人资金困难的初步举证责任,初步证据能够引起仲裁庭对申请人资金困难的“合理怀疑”后,举证责任转移至申请人,由申请人证明自己有能力支付不利费用。

要求被申请人承担初步举证责任,可以防止被申请人恣意提起费用担保请求,将费用担保作为拖延仲裁程序、压制对方当事人的手段。能够证明申请人资金困难的证据包括但不限于申请人年度报表显示资不抵债、申请人进入破产公告程序、申请人被法院列为执行失信人等。在被申请人初步证据证明申请人因资金困难使用第三方资助后,举证责任转移至申请人。申请人必须提出相反的证据,证明自己使用第三方资助的目的并非是因为资金困难,而是基于其他原因。如果申请人无法证明自

^① South Armerica Sliver v.Bolivia,PCA Case No.2013-15,Procedural Order No.10[EB/OL].2013, [https://www.italaw.com/cases/2121.\[2013-12-30\]\(2019-12-10\)](https://www.italaw.com/cases/2121.[2013-12-30](2019-12-10)).

已使用第三方资助是基于其他目的,那么仲裁庭将作出申请人资金困难的不利推论。仲裁庭作出申请人因资金困难使用第三方资助的判定或者推论后,依然不能直接作出费用担保决定,还需要进一步检查第三方资助的使用有无改善申请人资金困难的状况。

(二) 资助者不承担不利费用的支付义务

在申请人因资金困难而使用第三方资助的情况下,指望申请人在败诉后支付仲裁庭作出的费用裁决命令无疑是天方夜谭。但仲裁庭不能据此直接作出费用担保命令,因为第三方资助者可能要对申请人败诉时的不利费用负责,第三方资助的介入可能改善申请人资金困难的情形。根据资助协议约定,第三方资助者对申请人败诉后的不利费用承担支付义务的,仲裁庭不宜作出费用担保命令。

首先,第三方资助者的不利费用支付义务改变了申请人资金困难状况。尽管仲裁庭对第三方资助者没有管辖权,无法直接要求资助者在申请人败诉后支付不利费用,但第三方资助者与申请人之间签订的资助协议对资助者有约束力,申请人可以按照合同约定要求资助者支付;资助者拒不履行支付义务的,申请人可提起违约之诉,被申请人可以通过代位求偿之诉、在仲裁裁决执行程序中追加资助者等方式达到目的。

其次,在第三方资助者已经承诺承担不利费用的情形下仍然要求其提供费用担保,会增加资助者的负担,不利于第三方资助产业的长远发展。有观点认为,既然第三方资助者已经决定对不利费用承担责任,那么其就没有理由不提供费用担保,否则就是仲裁逃逸。^①这种观点实际上混淆了提供费用担保支付的现实性与承担不利费用的可能性二者之间的关系。第三方资助者承诺承担不利费用支付义务,并不意味着其一定会承担这一义务,因为只有在申请人败诉的情况下才需要履行这一义务。而费用担保具有现实性,一旦作出即要求第三方资助者代替申请人现实地支出一大笔金钱。将未来可能需要支付的钱现在提前支付,尤其是支付数额巨大,动辄几十万美元甚至上百万美元,显著增加了第三方资助者的投资成本。长期以往,第三方资助者要么因为投资成本过高选择退出该行业,要么提高申请人胜诉后从中分割收益的比例。比例的提高意味着申请人胜诉收益减少,影响申请人使用第三方资助的积极性。

最后,在第三方资助者承诺承担不利费用的情况下,第三方资助者在仲裁中所起的功能与事后保险(after the event insurance)无异。在Eskosol S.P.A诉意大利案中,被申请人以申请人临近破产、无力支付不利费用为由提起费用担保。申请人披露购买了事后保险,保险公司承保最高100万欧元的不利费用。仲裁庭认为事

^① Kalicki, Jean E. Security for Costs in International Arbitration[EB/OL].2006,http://www.transnational-dispute-management.com.[2006-08-27] (2020-01-23).

后保险的保单足以覆盖被申请人请求的费用,被申请人请求费用担保无必要性和紧迫性,驳回被申请人的费用担保申请。^①在国家和行业对第三方资助产业管理不断规范、对第三方资助者注册资本和现金流作出规定的今天,仲裁庭无需对第三方资助者的偿付能力担忧。香港《第三者资助仲裁实务守则》规定,资助者必须确保本身持续有能力:在所有债项到期支付及须清缴时支付该等债项,在至少36个月期间承担根据其所有资助协议的所有出资负债总额;拥有至少2,000万元港币的可用资本等。

(三) 资助者有权随意终止资助

资助终止权是第三方资助者对案件进行管理的一项重要权利。在申请人违约或者案件出现重大情形已不再具有商业价值的情形下,仍然要求资助者继续资助,显然违背了商业投资活动规律。但如果不对资助者的终止权加以限制,任由其按照自己的意愿随意终止资助,将导致申请人和被申请人陷入被动尴尬的境地。

纵观整个第三方资助行业,在资助者与申请人签订的资助协议中,不乏资助者有权随意解除资助的约定。在2012年国际商事仲裁委员会审理的X v. Y and Z案件中,根据申请人披露的资助协议显示,资助者有权随时终止资助。被申请人据此提出了费用担保请求,仲裁庭准予了这一请求,要求申请人提供40万欧元的费用担保。仲裁庭认为,如果没有第三方资助,按照申请人目前的经济状况根本无力支付败诉后的不利费用;在申请人资金困难已成定局后,关键问题就变成了资助协议是否构成了“情况的基本变更”,能否要求申请人提供费用担保。资助协议中资助者有权随时终止资助协议的行为构成了费用担保作出的合理性基础。^②

在申请人因资金困难使用第三方资助的案件中,如果资助协议中约定资助者有权随意终止资助的,仲裁庭为了保护被申请人的利益应该准予费用担保。理由如下:

第一,资助者任意终止资助的行为打破了申请人获得仲裁救济权利与被申请人获得不利费用赔偿之间的平衡。申请人有权通过第三方资助接近仲裁,法律不限制申请人使用第三方资助权利,但第三方资助的使用不能损害被申请人的利益。如果一方当事人明显无偿付能力并依赖第三方资助负担仲裁费用时,其实现仲裁公正的权利仅在第三方资助者愿意担保另一方合理费用的情况下才可准许。第三方资助者可根据自己的主观意愿随意终止资助协议、随时从仲裁程序中“撤出”的行为,使得其愿意担保被申请人败诉费用的承诺显得极其虚伪。

第二,资助者任意终止资助的行为违背了权利义务相统一的原则。资助者资助申请人,与其说是为申请人提供接近正义的机会,不如说是借申请人之案达成自己

^① Eskosol S.P.A. in Liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50[EB/OL].2013, <https://www.italaw.com/cases/5895>. [2013-12-30] (2019-12-10).

^② X v. Y and Z, ICC Case, Procedural Order of 3 August 2012[EB/OL]. <https://arbitrationlaw.com/library/x-v-y-and-icc-arbitral-tribunal-co-paolo-michele-patocchi-esq-beirut-university-assignment>. [2012-08-03] (2019-12-10).

的经济目的。为此有人批评说,第三方资助者对正义并不感兴趣,他们只在乎案件的输赢。^①按照权利义务相统一的要求,资助者要想在胜诉时分享成果,就必须在败诉时承担不利后果。资助者在申请人败诉后支付胜诉方不利费用是正义的应有之义。

为了限制第三方诉讼资助者随意终止资助,英格兰和威尔士诉讼资助者协会(The Association of Litigation Funders of England and Wales)在其制定的《诉讼资助者行为指引》(ALF Code of Conduct for Litigation Funders)中规定,第三方资助者不能随意解除协议,除非出现以下情形:(1)资助者合理地对案件的是非曲直不再感到满意;(2)资助者合理地认为案件不再具有商业投资价值;(3)申请人存在重大违约。为了界定何种情形属于资助者合理地对案件是非曲直不再感到满意,申请人和资助者通常在签订资助协议时进行约定,当案件胜诉率低于某个阈值时,资助者有权终止资助。^②资助者认为案件不再具有商业投资价值,最典型的例子就是被申请人破产,没有关联的母子公司对其债务负责。在此情形下,申请人即使赢了案件,也无法执行。^③而申请人存在重大违约主要指的是申请人没有履行披露、合作义务或以其他方式损害了索赔案件的价值,如申请人在资助磋商阶段隐瞒了被申请人提出反诉的事实、申请人不顾资助者的反对与被申请人达成了和解等。遗憾的是,该指引仅对加入协会的资助者有约束作用,效能发挥有限。

综上,在第三方诉讼资助国际仲裁中,申请人的费用担保不能仅仅依据其使用了第三方资助就推论得出,而是要审查其使用原因以及关于资助协议的具体规定。在申请人因资金困难使用第三方诉讼资助且资助者不对败诉后的费用负责并有权随时终止资助协议的情况下,仲裁庭可以作出费用担保命令,要求提供费用担保。

五、结语

过去10年,第三方资助在多个司法管辖区兴起,包括澳大利亚、英格兰和威尔士、欧盟多国及美国。著名的国际研究机构兰德公司高度评价第三方资助为民商事司法领域最大、最具影响力的趋势之一。第三方资助为仲裁申请人提供了接近正义的机会,但申请人接近正义的机会必须与被申请人胜诉后能够收回费用取得平衡。费用担保作为这一调节工具,其作用的发挥既依赖于仲裁庭自由裁量权的行使,也依赖于费用担保规则的建构。解构国际仲裁第三方资助费用担保中申请人资金困难这一要素,可为费用规则的建构提供有益借鉴,亦可以为我国国际仲裁当事人提起和应对费用

① Frignati, Valentina. Ethical Implications of Third-party Funding in International Arbitration[J]. Arbitration International, 2016, (3).

② Marcus Sinclair (a firm) v. Buttonwood Legal Capital Ltd & Ors, English High Court (Chancery Division), [2013] EWHC 1193. [EB/OL]. 2013, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/1193>. [2013-01-22] (2019-12-10).

③ Steinitz, Maya. Field, Abigail. A Model Litigation Finance Contract[J]. Iowa Law Review, 2014, (99).

担保申请提供参考。

参考文献:

- [1] 陈文婧. 商业第三方资助诉讼的中国实践及域外经验借鉴 [J]. 商业研究, 2019,(4).
- [2] 谈晨逸. 第三方资助仲裁对仲裁员独立性的挑战与防范 [J]. 国际商务研究, 2019,(1).
- [3] 汤霞. 第三方资助国际投资仲裁费用担保的必要性标准研究 [J]. 国际经济法学刊, 2019,(3).
- [4] 王超. 商事仲裁第三方资助的制度构建 [J]. 国际商务研究, 2019,(4).
- [5] 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: 中国政法大学出版社, 1997.
- [6] 中国国际经济贸易仲裁委员会. 中国国际商事仲裁年度报告 (2018~2019)[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [7] 周清华, 程斌. 第三方资助下仲裁员潜在利益冲突披露的体系建构 [J]. 中国海商法研究, 2018,(4).
- [8] Born, Gary. International Commercial Arbitration[M]. London: Kluwer Law International, 2009.
- [9] Craig, Laurence W. International Chamber of Commerce Arbitration[M]. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- [10] Honlet, Jean-Christophe. Recent Decisions on Third-party Funding in Investment Arbitration[J]. ICSID Review, 2015,(3).
- [11] Nieuwveld, Lisa Bench, Sahani, Victoria Shannon. Third Party Funding in International Arbitration (Second Edition)[M]. The Netherlands: Wolters Kluwer International, 2017.
- [12] Rosenfeld, Friedrich. Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v. St Lucia[J]. Arbitration International, 2016, (1).
- [13] Rowles-Davies, Nick. Third Party Funding[M]. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- [14] Solas, Gian Marco. Third Party Funding Law, Economics and Policy[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- [15] Trusz, A. Jennifer. Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third-party Funding in International Commercial Arbitration[J]. Georgetown Law Journal, 2013,(8).
- [16] Waincymer, Jeffrey. Procedure and Evidence in International Arbitration[M]. The Netherlands: WoltersKluwer International, 2012.

Research on the Impecuniosity of the Security for Costs in Third Party International Arbitration Funding

ZHANG Xiaoping

Abstract: Applicant's impecuniosity is the key criteria for the issue of the security for costs by the arbitration tribunal. Because the cause of the third party funding in the international arbitration is diversified, the arbitration tribunal should not issue a security for costs order for the only reason that applicant is funded by a third party funder. The arbitration tribunal shall further assess the cause of the third party funding. In a case where the applicant is funded by a third party funder due to the impecuniosity, it shall also assess whether the funder ameliorates the status of the impecuniosity. If the funder does not bear the obligation to pay for the adverse costs when the cases fail, or the funder has the right to terminate the funding at will, the arbitration tribunal shall issue the order of the security for costs in order to protect the interests of the other party.

Keywords: international arbitration; third party funding; security for costs; impecuniosity

(责任编辑: 金孝柏)