

# 商事仲裁中的第三方出资及其规制

侯 鹏\*

**摘要：**近年来，国际仲裁中引入第三方出资机制，即由与案件争议无直接利害关系的第三方出资支付当事人所需的仲裁和其他法律费用。出资者并非案件当事人，不受仲裁协议约束与仲裁庭管辖。在缺乏有效规制情形下，第三方出资可能对仲裁程序产生消极影响。当前，中国内地仲裁事业快速发展，争议解决融资市场需求巨大。在肯定第三方出资机制具有合法性的同时，中国内地应当鼓励该机制在企业重整及破产清算、“一带一路”投资保障、险种开发及险资应用等领域适用，并参考域外立法例与商事仲裁国际理事会相关报告建议，对第三方出资者的经营资格、资金来源、强制披露、有限干预等问题加以规范，确保当事人权益与仲裁程序的有序进行。

**关键词：**第三方出资 商事仲裁 法律金融服务 商事仲裁国际理事会

国家经济转型与“一带一路”倡议需要高效、精准的争议解决机制保驾护航。仲裁制度作为最主要的替代性争议解决方式，因其一裁终局的程序设置以及仲裁裁决的跨法域执行力而得到当事人的认可。<sup>①</sup>但是，当事人对于当代仲裁实践的诟病也时有增加：仲裁程序“诉讼化”、费用高企、时间冗长、错误裁判难于纠正，甚至虚假仲裁偶有发生。事实上，当事人日趋紧张的资金压力迫使其解决纠纷的耐心（审理时长）和预算（法律费用）双双降低，但其对争议解决的需求始终是快捷、高效、经济。与之相应，仲裁员与仲裁机构的初衷亦未改变，即公正、公平、中立。为了实现公义，裁判者对于日趋复杂的案涉法律与事实问题，需要更长的审理周期、经费进行研究调查。仲裁制度改革的关键应是弥合当事人与仲裁裁判者之间日益显现地财务预算与法律调研等方面的冲突。

正是在这些冲突之下，一种由与案件争议并无利害关系的第三方承担仲裁法律费用的新型财务融资机制应运而生。第三方出资（Third-Party Funding，以下简称 TPF）<sup>②</sup>既可以满足当事人节约法律成本的需要，也可以利用其自有的案件评估机制简化仲裁庭对案件事实的审查。目前，第三方出资机制在中国内地尚处于理论探讨和实践摸索的起步阶段，国内立法对于第三方出资活动没有禁止性规定，但也没有肯定、支持的司法（监督仲裁）裁判先例。在人民法院统一仲裁司

\* 美国波士顿大学与中国政法大学联合培养博士研究生。本文系国家留学基金委博士联合培养项目（201707070131）、中国政法大学博士学位论文资助项目（2017BSLW12）和北京仲裁委员会科研专项基金（2017-14）阶段性成果。

① 贺荣：《完善仲裁司法审查推进仲裁国际化发展——在中国仲裁高峰论坛作主题发言》，载《人民法院报》2016年9月30日，第2版。

② Report of the ICCA-Queen Mary Task Force, *Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Report No. 4 (2018), p. 12.

法审查标准的背景下,<sup>①</sup>应当明确第三方出资的合法性和适用范围,近而引导并规范其产业发展。

## 一 第三方出资在国际仲裁中的实践

随着仲裁制度的发展与完善,仲裁程序对当事人的法律技术水平与财务资金要求不断提高。<sup>②</sup>当事人为处理争议而产生的融资需求也有所增加。<sup>③</sup>为减低当事人的资金负担、强化其法律水平,一批专门以案件投资为业的第三方出资机构在国际投资仲裁和商事仲裁中渐露头角。<sup>④</sup>他们与案件争议本身并不存在任何直接的利害关系,仅系因当事人申请或仲裁代理人转介而参与案件,为仲裁案件支付必要法律费用,并在受资助方胜诉情形下分享部分裁决收入。他们不属于案件当事人范畴,也并非享有诉权或承担潜在责任的第三人,但却可能对当事人的争议解决策略制定、仲裁程序的合法推进产生影响。

### (一) 第三方出资的界定

第三方出资机制有广义和狭义之分。广义上讲,凡是由无利害关系第三方为争议纠纷当事人支付争议解决费用的出资行为均可界定为第三方出资,如:诉讼贷款、责任保险、律师风险代理等多种形式。<sup>⑤</sup>狭义上讲,商事仲裁国际理事会(International Council for Commercial Arbitration, 即 ICCA) 下设第三方出资仲裁研究先遣组(Third-Party Funding in International Arbitration Task Force, 以下简称 TPF 先遣组) 将仲裁程序中的第三方出资定义为,“案件当事人之外的任一自然人或法人,按照其与一方当事人或其关联方订立的协议,向该方当事人提供实物或财务支持的行为,该行为应以捐赠或授予的方式提供,且仅以争议解决结果为限取得全部或部分的回报或补偿”。<sup>⑥</sup>

按照上述定义,第三方出资机制具有如下特点:其一,出资主体应是与争议纠纷不存在利害关系<sup>⑦</sup>的自然人或法人。其二,出资行为应以出资者和受资助方当事人之间订立的定向融资协议

① 宋连斌、黄进:《中华人民共和国仲裁法(建议修改稿)》,载《法学评论》2003年第4期,第91—97页。最高人民法院2017年5月20日发布了《关于仲裁司法审查案件归口办理有关问题的通知》(法〔2017〕152号),2017年12月29日公布了《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》和《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》,这两部司法解释均于2018年1月1日起施行。

② Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (Wolters Kluwer Press, 2016), p. 35.

③ Third-Party Funding for Arbitration Sub-Committee of the Hong Kong Law Reform Committee, *Executive Summary of the Consultation Paper on Third-Party Funding for Arbitration* (2015), paras. 100—116. See also IMF Bentham, “Rapid Expansion of Third-Party Funding in International Arbitration”, <http://www.benthamimf.com/blog/blog-full-post/bentham-imf-blog/2016/10/26/rapid-expansion-of-third-party-funding-in-international-arbitration> (last visited on March 4<sup>th</sup>, 2018).

④ Report of the ICCA-Queen Mary Task Force, *Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Report No. 4 (2018), p. 2.

⑤ Douglas R. Richmond, “Other People’s Money: The Ethics of Litigation Funding”, (2005) 56 *Mercer Law Review* 649, pp. 650—651, quoted from Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon; *Third Party Funding in International Arbitration* (Kluwer International Arbitration, 2<sup>nd</sup> edn, 2017), p. 3. See also Maya Steinitz, “Whose Claim is This Anyway”, (2011) 95 *Minnesota Law Review* 1268, p. 1278.

⑥ Report of the ICCA-Queen Mary Task Force, *Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Report No. 4 (2018), p. 39.

⑦ 律师与当事人之间的代理关系亦视作一种利害关系。

为基础。就此，香港《仲裁条例》新增设的第10A部分第98F、98G和98J条之规定与TPF先遣组的定义一致，即出资者的出资行为，与取得胜诉结果之后的回报、补偿等，均应依据双方之间的协议履行。其三，出资款项的返还或补偿具有非强制性的特点，不同于借贷融资，第三方出资者仅在受资助方当事人取得胜诉结果的情形下依约分享裁决权益，受资助方当事人在案件败诉时无需向出资者返还任何款项。本质来看，无利害关系第三方的出资行为是一种以仲裁请求胜诉权为标的的投资行为：出资者提供资金支持当事人推进仲裁程序，并在案件取得胜诉结果的情况下分享裁决权益。

基于以上特点，“Third-Party Funding”的中文翻译应当译为“第三方出资”。首先，“third-party”一词应与民事诉讼法学中的“第三人”制度相区分，且应避免使用容易产生歧义的词汇（如：“第三者”）；<sup>①</sup>其次，“funding”一词不宜译作“融资”或“资助”。第三方出资机制中，融资方为受资助的案件当事人。如译作“第三方融资”，易使出资主体与融资主体相混淆；此外，“资助”一词在中文语境下具有“提供财务无偿帮助”的含义，而第三方出资行为并不一定是无偿的，仅是出资款项的返还或补偿应以受资助方当事人取得胜诉为前提。因此，以“第三方出资”命名该机制更能如实且客观地反应其特征，避免歧义或误解。

## （二）第三方出资突破传统禁令的实践

传统英美法中，“助讼和帮讼分利”原则（Maintenance and Champerty）禁止案外资金介入诉讼程序。其中，“助讼”是指由与案件无关的案外人支援诉讼的情形，含有“强行干预诉讼”之意；“帮讼分利”又译作“包揽诉讼”，属于助讼的一种形式，兼具“参与诉讼”和“分享诉讼成果”之义。<sup>②</sup>两者均为英美法系所禁止。<sup>③</sup>鉴于此，公众对于第三方出资能否适用于仲裁程序也一度存有疑虑。<sup>④</sup>然而，追本溯源不难发现，该等原则产生于司法体制不健全、法治资源匮乏的奴隶制和封建制社会，其创制目的在于防范诽谤、滥诉案件，并抑制争议案件数量。<sup>⑤</sup>这与当代法制环境和公众对于争议解决的需要有较大差别。而且，助讼和帮讼分利原则仅是英美法系的固有原则，已逐渐为晚近司法实践所抛弃，<sup>⑥</sup>且未显现于大陆法系的成文法典中。因而，探究第三方出资机制应用于仲裁程序的合法性，仍应着重观察英美法系司法审查的裁判先例，并依据仲裁地法律分析第三方出资对于仲裁裁决效力及其可执行力的消极影响。

近年来，澳大利亚、英格兰和香港等地法院先后打破了助讼与帮讼分利原则的固有限制，在

① 香港律政司对香港法律改革委员会：《〈第三方资助报告书〉（2016年10月）的回应》，附件A：“律政司认为，在建议的法例修订中，以‘第三者’形容出资者更为适合”（没有解释具体理由）。注：本文脚注中使用“第三方资助”一次系保留引用资料的原始表述。

② Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (Wolters Kluwer Press, 2016), p. 40. See also *Siegfried Adalbert Unruh v. Hans-Joerg Seeberger and Another*, [2007] HKCFA10.

③ 直至19世纪初，英国哲学家边沁才首次对该原则的正当性提出质疑，并指明其阻碍了司法公义的健康发展。

④ 香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会：《第三方资助仲裁咨询文件》，第5页。

⑤ 历史上，助讼和帮讼分利原则或可追溯至公元前五世纪古雅典的“智者运动”（Sophistic Movements）时期。当时，一些富余写作能力和演讲技巧的诡辩家（Sophist）常运用诡辩、缠讼技巧实施诬告滥诉（Sycophancy），以实现其个人的政治目的和财富累积。为了抑制滥诉，避免无理缠讼，后来的古罗马《狄奥多西法典》（Theodosia Code）规定，对于符合一定条件的案件参与者应认定为“诽谤者”并科以刑罚。Max Radin, “Maintenance by Champerty”, (1935) *24 California Law Review* 48, p. 49.

⑥ *Excalibur Venture LLC v. Texas Keystone Inc and others*, [2014] EWHC 3436, [2016] EWCA Civ 1144.

司法判决中确认第三方出资机制的合法性。<sup>①</sup> 由于金融海啸导致的破产潮与资金荒加剧了当事人对于争议解决费用的融资寻求, 第三方出资机制的应用从澳洲快速发展至英国、美国的诉讼、仲裁市场, 并在拉丁美洲、亚太地区和欧盟区进行的仲裁案件中有所应用。<sup>②</sup> 2012年至2014年间, 第三方出资者数量与其出资的仲裁案件数量均保持在年均500%的增长率。<sup>③</sup> 2014年至2017年财年, 三家世界知名第三方出资机构均实现了收入连续增长, 且年均涨幅高达50%—150%。<sup>④</sup> 国际投资仲裁中, 更是有多达40%的仲裁案件涉及第三方出资者的参与。<sup>⑤</sup>

第三方出资机制的快速发展离不开国际仲裁实践和各国司法审查对其的认可。英格兰高等法院以及国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁庭新近作出的两宗裁判再次引起了国际仲裁界和专业第三方投资机构的关注与议论。2016年9月, 英格兰高等法院确认了一宗国际商会仲裁院(ICC)独任仲裁庭所作裁决的效力,<sup>⑥</sup> 仲裁庭不仅认可了第三方出资的合法性, 还将受资助方当事人应向出资者返还的出资补偿款定性为“办理案件的合理支出”, 并判令由败诉方当事人承担。英格兰高等法院与ICC仲裁庭的裁判再次确认了助讼和帮讼分利原则不影响第三方出资在仲裁中的适用。2017年7月, ICSID仲裁庭就申请人Teinver S. A. 等与被申请人阿根廷共和国的国际投资争端仲裁案作出裁决,<sup>⑦</sup> 确认仲裁庭对申请人与第三方订立的筹资协议享有管辖权, 还确认申请人与第三方有权依筹资协议约定转让部分仲裁权益。

## 二 合法性论证与内地应用前景分析

如前所述, 第三方为仲裁当事人提供出资本质上是一种法律与金融相结合的投资方式。第三方出资者虽然与案件争议本身并没有直接的利害关系, 但是其通过“出资—分配”等活动为存在纠纷的当事人提供法律费用和法律技术支持, 将未经审理裁判的仲裁权利(即胜诉权)资本化, 最后通过执行胜诉裁决的方式实现投资价值回收的投资行为。在我国立法空缺的情况下, 第

---

① *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Postif Pty Ltd*, (2006) 229 CLR 386; See also *London & Regional (St George's Court) Ltd v Ministry of Defence*, [2008] EXHC 526 (TCC).

② Chiann BAO, “Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter”, (2017) 34 *Journal of International Arbitration* 387, p. 395; Matthew Secomb, Philip Tan, Thomas Wingfield, “Third Party Funding for Arbitration: An Opportunity for Singapore to Lead the Way in Regulation”, (2016) Vol. 2016 Issue 4 *Asian Dispute Review* 182, p. 183.

③ James Delaney, “Mistakes to avoid when approaching third-party funders”, *Global Arbitration Review*, <https://globalarbitrationreview.com/article/1033321/mistakes-to-avoid-when-approaching-third-party-funders> (last visited on February 10<sup>th</sup>, 2018).

④ IMF Bentham Limited, *Annual Report 2014 - 2017*, <https://www.imf.com.au/shareholders/annual-reports>, Burford Capital, *2015 - 2017 Annual Report*, [www.burfordcapital.com/investors/financial-reports-and-presentations/](http://www.burfordcapital.com/investors/financial-reports-and-presentations/); JURIDICA Investments Limited, *Annual Report and Audited Financial Statements for The Year 2014 - 2016*, [www.juridicainvestments.com/investor-relations/reports-and-accounts/reports-accounts/2017.aspx](http://www.juridicainvestments.com/investor-relations/reports-and-accounts/reports-accounts/2017.aspx) (last visited on February 14<sup>th</sup>, 2018).

⑤ Stavros Brekoukalis, “The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA - Queen Mary Task Force Report”, (2016) *Kluwer Arbitration Blog*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com.ezproxy.bu.edu/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/> (last visited February 18<sup>th</sup>, 2018).

⑥ *ESSAR Oilfields Services Limited v. Norscot Rig Management PVT Limited*, [2016] EWHC 2361 (Comm), paras 5, 47 and 68.

⑦ *Teinver S. A., Transportes de Cercantás S. A. and Autobuses Urbanos del Sur S. A. and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1.

三方出资机制的合法性应以其不违背社会公共利益为前提，而正向的积极效能正是其具有正当性的最好证明。

### （一）第三方出资的积极效能论证

第三方出资对仲裁制度产生积极作用的认知早已有之，<sup>①</sup>但缺乏定量分析作为佐证。由第三方出资机制对于社会总体福祉和案件审理水平的影响，及其对于仲裁程序全部参与主体的宏观、微观效能，可以确认第三方出资机制的出现与应用有利于仲裁制度的发展。

1. 经济学上的建模分析表明，第三方出资机制将促使社会经济总量提升。以美国法经济学会现任主席基斯·希尔顿（Keith Hylton）教授论证为例，第三方出资机制在特定模式下对于社会财富总值有着积极贡献。<sup>②</sup>通过建模计算，希尔顿教授得出，如果获得救助的利益大于争议解决的总成本（包括当事双方的法律费用支出），则第三方出资将有助于社会总体财富的增加。这一模型结论亦符合常理，由第三方投入1单位的争议解决费用，就可能提出标的金额达其50—100倍的仲裁申请，如该争议最终有效解决，则对于申请人与被申请人双向计算，可能产出10—20单位的经济效益。

2. 经案件统计分析，第三方参与使当事人的争议解决效率和裁判者的案件裁判水平均有所提高。有学者通过统计和分析澳大利亚司法判例，比较受资助案件和无第三方参与案件的裁判文书被援引次数及其它参考因素，得出第三方出资有利于提升案件裁判质量的结论。<sup>③</sup>这亦不难理解，第三方出资机制不仅止于提供财务出资，还包含一套系统、规范的法律附加服务，涉及法律分析、战略架构、风险评估、财产保全等。这些手段一方面保障了裁决的有效执行，更为主要的是有助于裁判者明断是非、节省办案时间。这将进一步吸引商事主体选择仲裁方式解决争议，缓解司法资源的紧缺态势。

3. 精耕细作的第三服务产业分层，将使科技革新与产业升级的福利惠及争议解决领域。近几年科学技术革新所带来的经济产业升级屡见不鲜：“大数据”“人工智能”“区块链”等，每一个概念背后的变革都不亚于一次工业革命。然而，古老的仲裁制度似与他们绝缘而未受影响。实则不然，第三方出资机制带来的是社会工种的进一步细化，充分动用争议解决所能涉及的法律、财务、咨询和金融等产业。同时，第三方出资以其富集资本为优势，将推动案件数据库统计、人工智能评估和区块一体化查证与执行等新型法律技术手段的发展，从而使科技发展应用于争议解决领域。

4. 第三方出资机制可以提高受资助方当事人的胜诉可能性，也可提升争议双方以和解方式解决纠纷的可能性。第三方出资者为案件资助设置了纠纷评估、财产调查和争议解决策略架构等多项投资风险控制流程，并会就仲裁代理人的选任提出建议。这些安排均有助于提升受资助方仲裁请求得到仲裁庭支持的可能性。相应地，相对方当事人出于对专业第三方出资者的忌惮，也可能降低己方商业诉求，增强和解意愿，促使争议纠纷尽早解决。

① 香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会：《第三方资助仲裁咨询文件》，2015年，第112—115页。

② Keith N. Hylton, “The Economics of Third-Party Financed Litigation”, (2012) 8: 3 *Journal of Law, Economics & Policy* 701, pp. 718 - 719.

③ David S. Abrams and Daniel L. Chen, “A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding”, (2013) 15 *University of Penn Sylvania Business Law* 1075, pp. 1080 - 1081.

## （二）第三方出资的合法性分析

第三方出资机制的合法性应以其可能涉及的法律行为是否违反现有法律法规为标准进行考察。对于第三方出资机制是否违反强制性规定，应拆分为“案外人出资行为”和“出资人分享仲裁裁决权益的行为”是否为法律所允许或禁止，逐一进行分析。对于“案外人出资行为”，即案外人代为支付仲裁费、律师费和其他法律费用的行为，中国内地法律并没有禁止性规定。与英美法系禁止“助讼”原则不同，除《中华人民共和国律师法》第27条对律师事务所从业限制之外，并无其它法律法规禁止案外人（无论是自然人亦或法人）为案件当事人支付仲裁费用或参与仲裁程序。仲裁实务中，仲裁机构亦不拒绝或禁止由非当事人代缴仲裁费。因而，第三方出资者为仲裁当事人支付法律费用的行为并不受限制，实践中亦不乏由无关联关系第三方为当事人垫付仲裁费的做法。

关于“出资人分享仲裁裁决权益的行为”实质上是受资助方当事人将其在仲裁裁决中确定的债权权利部分转让给出资人的行为。与诉权转让的实质相近，第三方对于仲裁裁决权益的分享实际是对仲裁裁决确定债权的部分受让。就此，只要拟转让债权不存在法律禁止转让的事由，转让行为在履行对债务人的通知义务后即对其发生法律效力，中国内地法律及司法解释并不禁止该行为。<sup>①</sup>

不只于此，即便在“助讼和帮讼分利”原则的发源地——英格兰及威尔士，枢密院也早在1886年即已确认，如具有包揽诉讼性质的协议可使当事人寻求公义（access to justice）的渠道更为畅通，则不应视为“违反公共政策”。<sup>②</sup> 英格兰上诉法院在2003年的判决中亦明确，“第三方同意资助诉讼的协议，不会自动被当作违反公共政策的违法情况处理”。<sup>③</sup> 菲利普（Philip）法官在亚述海湾运输股份有限公司诉艾迪斯案中指明，“当下公共政策认可的是，为使公义渠道畅通，由第三方出资以确保当事人能够聘请诉讼代理人推进诉讼程序的做法，是可取的”。<sup>④</sup>

此外，参照最高人民法院会议精神，<sup>⑤</sup> 如仲裁裁决权益分配涉及四大资产管理公司承继的债权权益（或仲裁裁决确定债权）或国有资产的转让，则需着重审查仲裁裁决涉及权益的可转让性、出资者作为受让主体的适格性、权益分配流程的公正性与合法性。总体而言，第三方出资者与仲裁当事人有关出资及权益分配的行为应属合法有效。

## （三）第三方出资与社会公共利益

根据中国内地法律规定，<sup>⑥</sup> 如仲裁程序违法，人民法院有权撤销或不予执行案涉仲裁裁决。因此，除去考察第三方出资机制本身的合法性以外，还应对无利害关系第三方可能对仲裁程序的合法性产生的潜在影响进行分析，其核心问题在于该机制是否会违背社会公共利益。对此，中国内地立法并无明确规定，司法判例中亦未见相关先例，需参考域外司法审判实例中的有关意见。

① 《中华人民共和国合同法》第79条和第80条，最高人民法院《关于审理金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2001〕12号）、最高人民法院《关于金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关问题的补充通知》第3条，江苏省高级人民法院《关于转让生效判决确定债权涉及执行问题的意见》第3条，以及上海市高级人民法院《关于审理涉及债权转让纠纷案件若干问题的解答》第8条之规定。

② *Ram Coomar Coondoo v Chunder Canto Mookerjee*, [1876] 2 App Cas 186, p. 210.

③ *R (Factortame) Ltd v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions (No. 8)*, [2003] QB 381 (CA).

④ *Gulf Azov Shipping Co Ltd v. Idisi*, [2004] EWCA Civ 292 (CA).

⑤ 《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》。

⑥ 《中华人民共和国仲裁法》第58条、第70条和《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第237条。

最早提出诉权转让可能有违公共利益 (*contra bonos mores*) 的是罗马皇帝戴克里先 (Diocletian)。<sup>①</sup> 但是, 伴随经济发展, 社会公共利益的裁判标准亦有了新的变迁。香港终审法院李义 (Roberto Alexandre Vieira RIBEIRO) 法官, 在裁判中总结了认定社会公共利益原则的三条标准:<sup>②</sup> 第一, 认可出资者与受资助方之间存在“共同权益” (common interest)。助讼和帮讼分利原则禁止没有利害关系的第三人通过对案件当事人出资或给予其他形式的资助而进入诉讼程序。援引时任英国首席大法官柯勒律治 (Coleridge) 勋爵的意见, 香港法院认可“慈悲为怀、乐善好施的富者通过资助贫者而得到的权益”与“这些贫者若非得到该富者的支援, 则无法伸张其权利, 甚至遭受欺凌或压服”之间存在一种“共同权益”, 该权益就是两方之间的合法利害关系。<sup>③</sup> 第二, 肯定当事人基于寻求公义的需要, 而以其成功追讨所得财产的一部分作为代价, 换取另一方提供资金支持其进行诉讼的行为不违反公共政策原则, 这一观点同样得到英国大法官与枢密院的支持。<sup>④</sup> 第三, 其他获得司法裁判认可的做法, 可豁免适用帮讼和助讼分利原则。<sup>⑤</sup> 可见, 即便英美法系裁判中, 第三方出资行为亦不构成侵害社会公共利益的行为。

此外, 随着中国内地统一司法监督仲裁的审核标准, 以违反社会公共利益为由撤销或不予执行仲裁裁决的司法监督判例将更为鲜见。根据最高人民法院关于仲裁的新近规定,<sup>⑥</sup> 中国内地法院将进一步统一司法监督仲裁的标准, 对于拟撤销的仲裁裁决均需层报高级人民法院予以审核。这一举措将促使法院更为审慎地适用公共利益原则撤销仲裁裁决。在此背景下, 中国内地司法审查中认定第三方出资机制违反社会公共利益原则, 进而撤销或不予执行仲裁裁决的可能性不大。

#### (四) 第三方出资机制在内地的应用前景

在宏观经济转型扩展的同时, 中国内地仲裁市场的快速发展导致争议解决的融资需求上升。2014年至2016年, 中国内地仲裁机构的仲裁案件收案数量、案件标的总额的平均增长率分别达到27%和43%, 但是个案平均争议金额在2015年达到顶峰后出现下滑。<sup>⑦</sup> 这表明当事人选择以

- ① George Miller Calhoun, *The Growth of Criminal Law in Ancient Greece* (University of California Press, (1927), pp. 72-88.
- ② 需要说明的是, 由于禁止帮讼分利原则是否亦应适用于仲裁案件一事并非 Unruh 案的争议焦点, 因此, 法官并未就此问题发表意见, 亦即终审法院法官并未如1994年审理 Cannonway 案的高等法院法官一样, 明确该原则不适用 (抑或适用于) 第三方资助的仲裁案件。Siegfried Adalbert Unruh v. Hans-Joerg Seeberger and Another, [2007] HKCFIA10.
- ③ *Bradlaugh v. Newdebatte*, (1883) 11 QBD 1 at 11.
- ④ (1876) LR 2 App Cas 186 at 210, per Sir Montague E Smith.
- ⑤ [2006] HCA 41; [2006] 80 ALJR 1441 at para 75.
- ⑥ 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》和《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》。
- ⑦ “2016年, 全国251家仲裁委员会共受理案件208545件, 比2015年增加71621件, 增长率为52%; 案件标的总额4695亿元, 比2015年增加583亿元, 增长率为14%。全国各仲裁委员会平均受案数831件, 比2015年增加270件, 增长率为48%; 平均受案标的额为19亿元, 比2015年增加2亿元, 增长率为12%。”见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(2016)》, 2017年版, 第8页; “根据国务院法制办2015年全国仲裁工作有关情况报告显示, 全国244家仲裁委员会共受案136924件, 比2014年增加23264件, 增长率为20%; 案件标的总额4112亿元, 比2014年增加1456亿元, 增长率为55%。”参见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(2015)》, 第8页, <http://www.cietac.org.cn/Uploads/201612/58678e45783ae.pdf>, 最后访问时间: 2018年8月7日。“2014年, 全国235家仲裁委员会共受理国内、涉外及涉港澳台案件共计113660件, 比2013年增加9403件, 增长率为9%; 案件标的总额2656亿元人民币, 比2013年增加1010亿元, 增长率为61%。”见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(2014)》, 第14页, <http://www.cietac.org.cn/Uploads/201602/56cbb883901f0.pdf>, 最后访问时间: 2018年8月7日。

仲裁方式解决争议的意愿增强,但其财务状况却趋于紧张。在此背景下,参考香港有关第三方出资机制开展立法改革的原因,<sup>①</sup> 中国内地可以引入第三方出资机制的应用前景广阔。

1. 企业重整、破产和清算程序中的应用。第三方出资的显著特点是减轻当事人就争议解决费用支出的财务负担,这一点恰恰满足破产企业(包括正在重整程序中)的资金需求,借助外部资金盘活其对外债权追索。实践中,破产债务人亦不乏对外的优质债权,却缺乏资金支持其对外追索。这其中即包括一些约定为仲裁方式处理的争议纠纷。<sup>②</sup> 第三方出资在企业清算领域的应用,不仅帮助困境企业实现法律公义,还能够增强其应诉能力,弥补企业困顿期法律专业人才流失造成的缺陷。2017年,全国金融工作会议提出“抓紧处置‘僵尸企业’,加快建立有利于防范金融风险的机制”。<sup>③</sup> 与之相应,同年颁布实施的《中华人民共和国民事诉讼法总则》对企业法人终止后的清算义务和清算责任作出了明确规定,扩大了破产申请的主体范围。<sup>④</sup> 这将提高破产及清算案件申请数量,进而刺激破产债务人的仲裁融资需求。

2. “一带一路”倡议下的海外投资保护。目前,中国企业赴海外投资规模已逾万亿元。潜在跨境争议解决需要了解中资企业文化和境外当地法律环境的专家,并且富于对国际资深仲裁员裁判风格的理解。当事人面临如何选择境内、境外两地律师,如何在多法域背景下制定争议解决策略等难于判断的问题。第三方出资机制的又一隐性优势在于蕴熟仲裁文化并了解法律职业共同体。针对个案而言,第三方出资者不仅可以精准选任有能力的仲裁代理人,也可以就相关法域的法学专家、仲裁员候选人提供建议。作为投资案件的期待利益者,出资者与当事人的利益诉求亦高度一致。在此情况下,第三方出资者既可能邀请并由出资者提供资金与法律技术的双轨支持,可以提升中方当事人在国际、国内经贸纠纷中的争议解决能力,增强其海外投资权益的保护力度。

3. 争议解决险种的开发与险资应用的新领域。伴随第三方出资的出现与应用,国内保险制度将可效仿英美保险公司的成功经验,开拓与争议解决业务相关的新型险种并拓展险资应用领域。新型险种包括“仲裁费用保险”(Fee Insurance)和“仲裁裁决违约险”(Arbitration Awards Default Insurance)。前者是指投保人(多为申请人或第三方出资者)购买该保险,并在仲裁相对方败诉且无能承担仲裁费用时,由保险公司代为补偿投保人的保险产品。后者则是在败诉方拒不履行或不能如期履行仲裁裁决时,由保险公司向胜诉方全额支付裁项金额的保险产品。虽然两险种产品的保费金额较高(一般达到投保金额的50%),但该等险种可以有效减低当事人或第三方出资者在取得胜诉情形下难于回收资金的风险。此外,保险公司所募集的险资亦可作为第三方出资者的资金池,用以投资具有可预期性的争议解决案件。因保险公司的融资成本较低且投资周期长,险资应用于第三方出资机制的利润前景可观。

① 第一,第三方资助在其他法域已有实践,且这些践行法域包含了既往将助讼分利视作侵权行为和刑事罪行的英美法系国家(如澳大利亚、英格兰和威尔士);第二,香港保有仲裁中心的地位,第三方资助不断发已涉足对仲裁案件的资助活动;第三,香港受既有法律制度的限制,尚未就第三方资助的合法性作出评价,而第三方资助仲裁将有助于促进仲裁市场的活跃。参见香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会,《第三方资助仲裁咨询文件》,2015年,第8—9页;又见香港法律改革委员会,《第三方资助仲裁报告书》,2016年,第18页。

② 2014至2016年,笔者作为破产重整与破产清算管理人参与了大连STX造船有限公司在内的六家企业的破产重整与破产清算案件,并处理了一百余件破产企业未决诉讼与仲裁案件,其中代表破产债务人作为仲裁申请人提起的案件比例在30%以上。

③ 《习近平在全国金融工作会议上强调服务实体经济防控金融风险深化金融改革促进经济和金融良性循环健康发展》,载《人民日报》2017年07月16日,第1版,http://politics.people.com.cn/n1/2017/0716/c1001-29407467.html,最后访问时间:2018年8月7日。

④ 沈德咏主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法总则〉条文理解与适用(下)》,人民法院出版社2017年版,第723、729页。

### 三 潜在风险应对与多元化分步监管

即便第三方出资机制具有合法性和广阔的应用前景，其仍可能对原本的仲裁程序产生消极影响。<sup>①</sup> 由于是与争议纠纷不相干的第三方主体介入仲裁，国际仲裁界对该机制的担忧可归纳为三个方面：第一，因第三方出资导致的“滥诉”（frivolous claim）风险；第二，第三方出资对于仲裁伦理（ethics in arbitration）的影响；第三，对于第三方出资者应有的其它约束。<sup>②</sup>

#### （一）“滥诉”质疑缺乏合理性

第三方出资可能招致“滥诉”增多的诟病由来已久。公众对于现时（也现实）存在该等风险的合理性却鲜有探究。如前所述，“滥诉”风险的首要依据是助讼和帮讼分利原则。然而，当代司法审判实践已经对该等原则的可适用性提出质疑。李义法官在昂鲁案中认为，<sup>③</sup> 设立及适用助讼和帮讼分利原则的立法背景及司法环境均已发生改变。虽然自十二、十三世纪至今，助讼和帮讼分利原则的字面定义没有明显变化，但其内涵已发生实质改变。中世纪的早期立法中，“司法机制缺乏与不择手段谋取私利的权贵个人之间的对抗力”，<sup>④</sup> 制定禁止帮讼分利原则是为了防范少数掌权者对于司法制度的践踏，但现今已不十分必要。比如，未经传召而出庭作证曾经被定为帮讼罪行，而现在看来，出庭作证已成为公民参加司法活动的一项基本义务。<sup>⑤</sup>

不仅如此，“滥诉”所侵害的首要法益在于破坏司法秩序和浪费司法资源，而仲裁制度本就是当事人基于高度意思自治而设立的私主体之间的替代性争议解决机制，在裁决作出之前并不动用公权力或司法资源。简言之，仲裁程序不涉及“诉”，更无从谈及“滥诉”。就此，香港高等法院卡普兰（Kaplan）法官指出，法院仍将公权系统之下的助讼和帮讼分利原则引入私权为基础的仲裁制度并不适宜。<sup>⑥</sup>

此外，有学者认为，第三方出资使国际投资仲裁制度的正当性受到挑战，理由是第三方出资降低了当事人提起仲裁的成本，使投资者对东道国提起的仲裁案件增加，但东道国却难于运用第三方出资来对抗投资者，故第三方出资可能导致滥诉并妨害投资者与东道国公平地进行仲裁。<sup>⑦</sup> 这一观点仍需推敲。诚然，国际投资仲裁的正当性正受到挑战，但尚无依据指明第三方出资导致缺乏理据的仲裁请求增加。相反，以投资逻辑推论，第三方出资者提供财务支持的最终目的在于取得胜诉并分享裁决权益。也就是说，提出缺乏理据的仲裁请求并不能使第三方出资者获利。反

① Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (Wolters Kluwer Press, 2016), p. 18.

② Report of the ICCA-Queen Mary Task Force, *Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Report No. 4 (2018), pp. 131 - 133.

③ *Siegfried Adalbert Unruh v. Hans-Joerg Seeberger and Another*, [2007] HKCFA10.

④ *Lord Mustill in Giles v. Thompson*, [1993] UKHL 2; [1994] 1AC 142 at 153.

⑤ *British Cash and Parcel Conveyors, Ltd v. Larson Store Service Co., Ltd.* [1908] 1 KB 1006 at 1013.

⑥ *Cannonway Consultants Limited v. Kenworth Engineering Limited* [1994] HKCFI 173; [1995] 2 HKLR 475; [1995] 1 HKC 179; HCCT 5/1994 (25 November 1994).

⑦ 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》，载《政法论坛》2017年第6期，第69—83页。

之,若受资助方当事人的诉求得到支持,则恰恰证明第三方出资机制有助于当事人实现公义,无可指摘。此外,第三方出资者并非一定以营利为目的。在菲利普·莫里斯公司诉乌干达共和国一案中,正是非营利性机构的资金支持最终帮助作为被申请人的东道国政府取得了案件抗辩的胜利。<sup>①</sup>

以上表明,人们对于第三方出资可能招致“滥诉”的顾虑不尽合理。以导致滥诉为由拒绝第三方出资的应用未免因噎废食过度谨慎。消除“滥诉”风险的最佳方式在于完善规管制度,可以考虑设置不利费用令(adverse cost)以增加第三方出资者的投机成本,即在受资助方败诉时由第三方出资者负担相对方当事人的法律费用。这也可以消除公众对第三方出资机制是否公平的质疑。

## (二) 仲裁伦理风险规避

第三方出资可能对仲裁伦理产生消极影响。<sup>②</sup> 尽管第三方出资对于仲裁程序本身的潜在挑战并不必然导致仲裁程序违法或仲裁裁决效力减损,但仲裁参与者与第三方出资者仍应妥善处理道德风险,避免因不恰当运用第三方出资机制导致仲裁程序出现瑕疵。

1. 第三方出资可能导致诸多主体之间的利益冲突。在没有第三方出资的情形下,利益冲突专指可能对仲裁员独立性、公正性和中立性造成影响的因素。就此,国际律师协会(IBA)制定的《国际仲裁中的利益冲突指南》对可能影响仲裁员独立性和中立性的具体情形作出了指引,并要求仲裁员履行相应的披露义务。然而,引入第三方出资机制后,利益冲突问题涉及的主体更为多元、涉及的情形亦更为复杂。这并非是将简单地将第三方出资者置换到仲裁代理人的位置上去判断其与仲裁庭之间是否存在利益冲突,而是要将出资者看作一个置身于仲裁程序之外又间接影响仲裁程序的主体,分析其与仲裁员、受资助方当事人之间产生的利害关系。

出资者与受资助方当事人之间存在潜在冲突,主要原因是出资者追逐的目标是投资价值最大化,即出资成本最低、回报收益最高,而当事人追诉的首要目的是定纷止争(获取高额赔偿并不一定是当事人的首要目的)。<sup>③</sup> 由此,双方可能就提供的资金数额、分享裁决权益的比例、仲裁请求可得支持的概率,以及进行和解或坚持仲裁等问题产生的分歧,并可能导致受资助方当事人对于仲裁案件的自治权被削弱,降低仲裁庭的裁决效率,比如:在当事人可以接受的和解条件下,出资者为追求更高的出资回报金额而拒绝当事双方的和解安排。<sup>④</sup> 因此,为防范双方的潜在利益冲突,出资者与受资助方当事人应当在筹资协议中就涉及仲裁权利及义务、仲裁案件保密性和披露义务等事项进行明确约定。

<sup>①</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

<sup>②</sup> William W. Park, Catherine A. Rogers, “Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, 2015 *Austrian Yearbook on International Arbitration*. See also Catherine Rogers, *Ethics in International Arbitration* (Oxford University Press, 2014), para. 5.31.

<sup>③</sup> Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (Wolters Kluwer Press, 2016), p. 41.

<sup>④</sup> Susanna Khouri, Kate Hurford and Clive Bowman, “Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration-A Panacea or A Plague? A discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding”, (2011) 4 *Transnational Dispute Management* 1, p. 7.

仲裁界对出资者与仲裁员之间的利益冲突存在较多争论。<sup>①</sup> 有学者对仲裁员与第三方出资者可能产生利益冲突的情形进行了归纳和列举。<sup>②</sup> 在第三方出资案件中，律师既担任仲裁员又担任仲裁代理人的情形属于极易导致利益冲突的典型情形。<sup>③</sup> 举例而言，若一名律师在一号仲裁案中被第三方出资者与受资助方当事人委聘为仲裁代理人，该律师又在二号仲裁案中担任仲裁员审理由同一出资者资助的其他当事人所提仲裁案件，则该律师在二号仲裁案中存在利益冲突。对此，避免利益冲突的最佳办法是由仲裁员对潜在利益冲突进行披露。<sup>④</sup>

2. 披露义务与利益冲突问题密不可分。在第三方出资案件中，披露问题主要涉及披露主体与披露事项的界定。首先，披露主体应当是仲裁案件的仲裁员和仲裁当事人。第三方出资者之所以不是披露义务主体，是由于其不是仲裁案件的当事人，即不受仲裁协议及仲裁规则的直接管辖。对于现有制度设计致使仲裁庭对出资者无法进行管辖的缺憾，应通过立法改革和修订仲裁规则的方式加以弥补。

其次，披露事项应包括：第三方出资者对受资助方当事人提供出资的事实，以及第三方出资者与仲裁庭、仲裁当事人及仲裁代理人之间的潜在利益冲突关系。对于前者，将第三方出资的事实纳入披露事项的原因有两点：一方面，考虑到第三方出资可能对仲裁程序产生潜在影响，仲裁参与者有权知晓该等事实；另一方面，从权利移转的法定条件看，披露行为亦可视为“债权转让的通知”，即使使筹资协议项下有关裁决权益分配的安排对相对方当事人发生法律效力。对于后者，即潜在利益冲突的披露，仲裁员除应履行一般仲裁案件中的披露义务外，还应考虑其与第三方出资者之间可能存在的利益冲突，并予以披露。

此外，披露义务应为强制性义务。就此，理论界对于设置披露义务的必要性，以及披露义务是否应当为自愿披露或强制性义务存在分歧。有学者特别针对第三方出资机制提出反对设置披露义务的意见，理由是实际操作困难且缺乏法理基础。<sup>⑤</sup> 尽管仲裁员的利益冲突问题具有隐秘性，且难于核实披露信息的完整性与准确度，但不应以此为由而免除信息披露义务。实际上，对第三方出资机制设置披露义务的实践已经较为普遍，其必要性亦不言自明。<sup>⑥</sup>

3. 第三方出资者不得过度干涉受资助方当事人在仲裁案件中的自主决定权。当事人应当享有对仲裁程序性事项的选择权和实体性权利的处分权。<sup>⑦</sup> 前者主要针对与推进仲裁程序相关的程

① Laurent Lévy, Regis Bonnan, “Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings of *Third Party Funding in International Arbitration*”, (2013) 10 *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, p. 78.

② Burcu Osmanoglu, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, (2016) 32: 3 *Journal of International Arbitration* 325, pp. 336 – 340.

③ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 187.

④ Jennifer A Trusz, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, (2013) 101 *Georgetown Law Journal* 1650, p. 1665.

⑤ Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (Wolters Kluwer Press, 2016), p. 137.

⑥ China International Economic and Trade Arbitration Commission Hong Kong Arbitration Center, “Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (Consultation Paper: Round of Public Consultation)”, published on May 16, 2016. See also Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, (2016) *Kluwer Arbitration Blog*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com.ezproxy.bu.edu/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/> (last visited March 14, 2018).

⑦ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 187.

序性事项，包括：选择仲裁规则、仲裁庭组庭方式、开庭地点、仲裁语言等；后者则是关系仲裁当事人切身实体权益的决定权，包括仲裁地的选择、仲裁代理人和指定仲裁员的人选、实体争议的准据法选择、和解或撤回仲裁请求等事项的最终决定权。

实践中，出资者通常会要求受资助方当事人让渡一部分仲裁事项的决定权，比如：选聘特定的仲裁代理人，指定当事人方的仲裁员等。就此，学术界对于出资者是否有权插手和干涉当事人的仲裁权利存在分歧和争论。<sup>①</sup> 实践中，亚洲（特别是香港）地区的第三方出资者对于当事人仲裁权利的干涉程度显著高于北美及欧洲的机构出资者。当事人不仅会听从出资者有关程序性事项的建议，甚至还会按照出资者的意志决定是否接受相对方提出的和解请求。然而，以美国为例，第三方出资者是无权干涉案件程序，更无权操纵仲裁代理人的<sup>②</sup>。

第三方出资者不能等同于仲裁案件的当事人，不能逾越受资助方当事人的权利边界干涉或影响仲裁程序。尽管第三方出资者可以为当事人提供更为复合的争议解决法律服务，包含：案件胜诉可能性分析、争议解决策略架构等，但该等法律服务本质上是基于当事人的委托代理关系产生。因此，第三方出资者应享有建议权而非决定权，其对受资助方当事人所享有的权利应以双方筹资协议项下约定为限。

4. 保密义务的范围应予扩大。仲裁程序保密性是仲裁制度的基本原则之一。引入第三方出资机制，使保密问题扩大至两个方面：其一，保密义务的主体范围扩大：第三方出资者应当遵守仲裁程序的保密义务，对其从受资助方处获得的案件信息予以保密。这一保密义务不仅涉及到对受资助方相关证据材料、代理意见的保密，也包含对仲裁案件信息及相对方商业信息的保密；<sup>③</sup>其二，保密义务的内容也应扩大至第三方出资行为本身。这一保密义务的主要目的在于对第三方出资者的权益保护。对于第三方出资的披露义务应限于存在第三方出资行为以及出资者的主体信息，除此之外，仲裁庭和仲裁当事人均应对第三方出资的具体安排予以保密。<sup>④</sup> 此外，出资者与受资助方当事人之间就胜诉裁决的分配比例、仲裁成功率的法律分析以及执行裁决的财产线索等信息属于双方之间的商业秘密，应免于对仲裁庭和相对方当事人披露。

### （三）财务融资风险防范

第三方出资者除因与案件争议无直接利害关系而可能对仲裁伦理造成挑战之外，从其专业财务投资者的属性考量，仍应对资本充裕率以及可能的错误出资导致的滥诉责任加以规制。

1. 对第三方出资者设置最低资本充裕要求。第三方出资者的资本充足率，是指其现金存款与各项出资安排占款之间的比率。香港法律改革委员会认为，设立最低资本充足程度是有必要

① Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (Wolters Kluwer Press, 2016), pp. 41 – 47.

② American Bar Association Commission, “Model Rules of Professional Responsibility”, Model Rule 5.4 (c).

③ Khushboo Hashu Shahdadhuri, “Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, (2016) 12 (2) *Asian International Arbitration Journal* 77, p. 98.

④ Jennifer A Trusz, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, (2013) 101 *Georgetown Law Journal* 1650, p. 1672. See also Lisa Bench Nieuwveld, “To Disclose or To Not Disclose-That Is the Question”, *Insight from: IBLJ/RDAI Round Table Regarding TPF Produces Interesting Insights Into the Question of Disclosure and Private Interviews’*, Kluwer Arbitration Blog, April 17 2012, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/04/17/to-disclose-or-to-not-disclose-that-is-the-question> (last visited August 17, 2018) /.

的,因为这可为第三方出资者的出资行为提供保障,也使受资助方当事人信赖出资者有足够的财力支付争议解决费用。<sup>①</sup>就此,香港律政司在《〈第三者资助仲裁实务守则〉拟稿》第2.6条规定,第三方出资者应具备有不少于港币2,000万元的可用资本。<sup>②</sup>

对第三方出资者提出资本充足要求的立法例较为鲜见。目前,仅有香港和新加坡对仲裁中的第三方出资机制设有专门立法,<sup>③</sup>而两法域均未在成文法典中订定第三者的资本充足要求。就此,立法者或行政监管机构应基于本国国情酌定资本充足标准,无需盲目设置最低可用资本金要求。与资金充裕的要求相比,第三方出资者遵守仲裁程序规则和出资者实务指引的义务更为重要。

2. 要求第三方出资者提供费用担保并承担不利费用,即由立法机关在成文法典中赋予仲裁庭有权要求第三方出资者为不利费用裁决或命令承担法律责任。所谓“不利费用”的裁决或命令,是指仲裁庭就各方当事人需要承担的仲裁费用作出分配,对于没有理据或明显夸大申请金额的仲裁请求,仲裁庭有权要求提出该请求的当事人承担因其请求而使对方当事人产生的全部法律费用。不利费用令实质就是仲裁庭对费用分担问题作出的裁决。

由于第三方出资者并非案件当事人,未签署仲裁协议,仲裁庭对该等无利害关系第三方并不直接享有管辖权。就此,为了防范第三方出资者夸大仲裁请求金额、滋生不必要的“滥诉”,香港TPF小组曾就“是否通过立法方式明确赋予仲裁庭对第三方出资者作出有关不利费用令的权力”征询公众意见。对立法增订不利费用令的支持者(35%)多于反对者(11%)。<sup>④</sup>香港法律改革委员会也认为,对第三方出资者施加直接地法律责任利多于弊。但是,英格兰上诉法院Phillips法官持保留态度,<sup>⑤</sup>如若判令第三方出资者在败诉时承担相对方的全部诉讼费用,将使其不愿为必须资助的法律请求出资,也就意味着当事人无法寻求其应有的公义救济。第三方出资机构代表亦认为,不利费用令应由受资助方当事人自行承担,出资者作为财务出资方不应过度承担当事人的法定义务。<sup>⑥</sup>就此,为保障和鼓励第三方出资者的投资意愿,香港法律改革委员会没有在首期三年的“轻力度”规制期内赋予仲裁庭对无利害关系第三方作出不利费用令的权力。

#### (四) 多元化分步监管模式

根据中国现行法律,第三方出资活动的合法性应予确认。但是,考虑到该制度可能对仲裁事业产生的消极影响和其高风险逐利的固有资金风险,应当建立有效、完善的监管机制,在鼓励第三方出资制度发展的同时,对其进行监管。

1. 明确第三方出资活动的监管主体。参考域外监管经验,英国、美国和澳大利亚主要由律师行业协会与第三方出资者联盟分别对执业律师与专业第三方出资者进行规管。其中,律师受其

<sup>①</sup> 香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会:《第三方资助仲裁咨询文件》(2015年),第114—130页。

<sup>②</sup> 香港律政司:《立法会参考资料摘要〈2016年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例草案〉》(档号:LP19/00/16C),附件C。

<sup>③</sup> Report of the ICCA-Queen Mary Task Force, *Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Report No. 4 (2018), p. 38.

<sup>④</sup> 香港法律改革委员会:《第三方资助仲裁报告书》(2016年),第68页。

<sup>⑤</sup> *Arkin v Borchard Lines Ltd*, [2005] WLR 3005 (CA), para. 39.

<sup>⑥</sup> Vannin Capital公司代表伊恩·麦肯尼(Iain McKenny)先生在中国贸仲委香港仲裁中心主办、香港律政司协办的Debate on Third-Party Funding in Arbitration会议的问答环节中对笔者答复。

所属执业协会的纪律限制，需遵守信息披露义务和避免利益冲突的强制性规则；第三方出资者则是自愿加入与自身具有相同价值趋向的出资者联盟，<sup>①</sup>并将其所属联盟的软性行为准则作为自律性守则。东亚的新加坡和香港均于2017年通过成文立法改革，确认第三方出资在其域内仲裁案件中的应用。监管由当地司法行政部门（即司法部或律政司）负责，并联合仲裁界人士制定第三方出资的实务指引。

就国内监管而言，第三方出资机制涉及金融产品与法律服务两个层面的监管。金融产品而言，第三方出资所投资的标的是仲裁胜诉权，并不属于常规的金融衍生产品，缺乏与之对应的金融监管规定。就此，涉及未决债权作价转让和追诉清偿的商业银行不良资产处置业务与之近似。目前，内地对于不良资产处置的监管主要由中国人民银行、银监会、保监会和外管局负责，侧重于对银行业资产的监管和保护。法律服务而言，第三方出资与律师风险代理的收费制度有某些相近之处，即出资者需负担法律费用，并以案件胜诉及执行结果为资本回收的前提。以律师风险代理为例，《律师法》并未在立法中明确律师收费的具体办法，只是赋权司法行政主管部门予以确定。<sup>②</sup>事实上，风险代理的收费方式系由国家发改委与司法部制定，并限定代理费用不得超过所涉标的金额的30%。<sup>③</sup>对比东亚的立法改革，中国内地并没有帮讼或助讼分利等禁止性原则，且没有就争议解决费用的承担方式予以立法明确的先例。因此，中国内地运用第三方出资机制相对简单，无需以立法方式进行明确，但应接受司法行政部门的指导和管。

在财务投资方面的监管，由于第三方出资的本质偏向于财务投资，其投资标的也属于实物期权（Real options）。尽管英国、美国、澳大利亚等第三方出资活跃市场没有针对性的金融监管，但因其符合一般金融衍生品的投资特性，第三方出资者的运营仍应满足资本持续性等基本要求。以目前的资管产品分类来看，第三方出资的投资领域尚未被纳入金融机构资产管理范围，不能由金融机构以资产管理计划的名义直接募资。然后，第三方出资具有的投资资本属性需要管理者具备“募集—投资—回报”的能力。就此，从长期发展来看，第三方出资活动应从金融产品与法律服务两方面同步规管。

2. 分步建立行业准则与自我规管办法。对于第三方出资的规管应当因时制宜。以香港为例，根据香港立法改革委员会的建议，设置三年初始期（Initial period）实行“轻力度”规管模式（light-touch approach），即通过立法授权方式由依据《仲裁条例》获得授权的机构制定《实务守则》，并由第三方出资者参照该等《实务守则》自行规管。三年期满后，由仲裁推广咨询委员会作为咨询机构发表对《实务守则》事实情况的报告书，就本次《仲裁条例》修改订定的专业操守标准及财务标准作出更新建议。届时，香港当局将考虑赋予仲裁庭命令第三方出资者提供费用保障的权力。不同于行政与司法监督，自我规管更多是通过自律性的行业协会、机构联盟方式进行自我规管，以达成统一的行业运营标准。

第三方出资产业的培育和成型是由其市场需求决定的。对于中国内地而言，分步监管的第一步应以第三方出资活动不影响仲裁程序合法性为原则，树立第三方出资者、受资助方当事人、仲裁代理人及仲裁员的行为规则边界。下一步则应视行业发展情况以及衍生问题，由监管主体联

<sup>①</sup> 美国即存在多个第三方出资者联盟，其准入标准不尽相同。

<sup>②</sup> 《中华人民共和国律师法》第59条。

<sup>③</sup> 《律师服务收费管理办法》第13条。

第三方出资行业的从业者编制行为细则，并建立罚则机制。由于内地仲裁事业的起步相对较晚，涉案数量大且情况复杂，需更长的“观察期”。因而，以三至五年的时间期限作为中国内地培育发展第三方出资市场的缓冲期更为妥当。

## 四 结语

第三方出资机制的产生与应用可以消减当事人对于争议解决法律费用支出的顾虑。该机制所包含的案件独立评估、事实调查、法律分析、财务成本计算等出资流程设置，还可以有效防范虚假证据对于仲裁审理的扰乱，从而提升仲裁庭的审理效率与裁判质量。截至目前，澳大利亚、英格兰、美国等主要法域的司法审判中，已经认可第三方出资的合法性；香港和新加坡更是通过立法改革方式在成文法典中对第三方出资机制做出确认和规范。对于没有相关立法和司法裁判实践的中国内地而言，应敢于摒弃既往对第三方出资机制正当性的质疑，确认其合法性，并在客观评估其潜在风险的基础上并予以规制。

参考新加坡、香港立法例中的可取经验，结合最高人民法院在司法监督仲裁、金融资产处置方面的成功经验，中国内地可采用司法指导与行业规管相结合的方式进一步明确第三方出资机制的合法性与可行性，引导和鼓励第三方出资在仲裁案件中的应用与发展。同时，仲裁从业人员应加快探讨和订定针对仲裁员、仲裁代理人和第三方出资者的行为操守和实务指南。最终，引入与应用第三方出资机制推动中国内地仲裁事业的发展与国际化。

### Influence and Regulation on Third-Party Funding in Arbitration

*Hou Peng*

**Abstract:** In recent years, Third-Party Funding (TPF) has been introduced and implemented in international arbitration, that is, a third party who has no privacy in relation to the dispute may provide the financial source for arbitration fees and other legal costs concerning the arbitration case initiated by the funded party or its adverse party. Since the funder is not a party in the dispute, it is not subject to the arbitration agreement. Thus, the arbitration tribunal shall not take the jurisdiction over the funder during the process of arbitration. In the absence of adequate regulations, third-party funding may have a negative impact on arbitral proceedings. Present, the arbitration industry in the mainland of China is developing rapidly. Correspondingly, there is a massive demand in the market for dispute resolution financing. The legitimacy of third-party funding should be confirmed under current effect laws in China, and the application of TPF in some specific fields should be encouraged. Meanwhile, soft-touched regulation and self-discipline should be introduced for the healthy development of Chinese arbitration career.

**Keywords:** Third-Party Funding, Commercial Arbitration, Legal Financing, International Council for Commercial Arbitration