

第三方资助国际仲裁的披露义务规则研究

张 亮* 杨子希**

内容摘要: 第三方资助国际仲裁的兴起,对仲裁员的公正性与独立性、仲裁的保密性等问题产生了诸多影响。披露是解决这些问题的关键所在。但涉及第三方资助国际仲裁披露的现行规则,存在效力模糊、灵活度不高以及定义僵化等问题,在实践中不利于当事人引用以保障自身权益。因此,我国在实践中有必要对第三方资助仲裁这一问题进行准确界定,并要求相关当事人承担一定的披露义务,确保第三方资本介入仲裁程序时,依然能够保证仲裁程序的公正性和高效性。

关键词: 国际仲裁 第三方资助 披露义务 披露规则

国际仲裁中的第三方资助是近年来国际仲裁理论界与实务界共同关注的焦点问题。第三方资助公司并非仲裁当事人,与仲裁实体纠纷也并无牵连,但其又因为与仲裁裁决有直接利益关系而与仲裁程序紧密联系在一起。传统的仲裁披露义务大多由仲裁员承担,在有第三方资助的仲裁程序中,由于第三方出资的高度隐蔽性,其更容易对仲裁员的公正性与独立性以及仲裁的保密性等问题产生不利影响,因而有必要让第三方资助公司与当事人一同承担一定的披露义务。为确保第三方资助国际仲裁秉持公正与效率,在梳理现有的涉及披露义务规则的内容与缺陷的基础上,需要更进一步分析的是,究竟应当如何定义第三方资助者,以及对其披露的标准和内容是什么?

鉴于多数主权国家的投资仲裁机制都是以商事仲裁为基础构建而来,^①且在涉及仲裁披露的问题上,商事仲裁与投资仲裁并无显著差异,故本文拟将国际商事仲裁与投资仲裁中的第三方资助共同纳入考虑范围,不作详细区分。

* 中山大学法学院教授,法学博士。

** 中山大学法学院博士研究生。

① 参见蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,《现代法学》2011年第1期,第161页。

一、披露国际仲裁中第三方资助的必要性

第三方资助国际仲裁程序,由于出资关系的隐蔽性和更强的利益关联,将对国际仲裁的披露义务造成较为复杂的影响。因此,笔者首先考虑梳理第三方资助关系对国际仲裁造成的影响,并以此分析披露第三方资助关系的必要性。

(一) 仲裁员的公正性和独立性问题

国际仲裁有别于诉讼的一个重要特征即是仲裁员具有非专职性,当事人可以就参与仲裁的裁判人员进行自主选任,并组成仲裁庭,当裁决作出后仲裁庭随即解散。这种非专职性,使仲裁员可能来自各行各业,但由于仲裁需要仲裁员精通法律,所以其最主要的来源是律师或者从事法学研究的专业人员。国际商会(ICC)曾在一份出版物中指出:“由于仲裁的法律性质,大多数国际商会的仲裁员都是律师或大学教授。”^①而且,根据Langford等人对1039起ICSID案例和3910位从业者的研究,在国际投资仲裁中出现了一种“旋转门”(revolving door)的现象,即在出任仲裁员次数最多的25名仲裁员、代理案件最多的25名律师和担任专家证人数最多的25名专家名单中,出现了不少重合。^②这种身份冲突,极易引发潜在的利益冲突,从而影响仲裁员在仲裁行为中的公正性和独立性。

在第三方资助的国际仲裁案件中,这种身份冲突就显得更为微妙、复杂,又更加难以发现。OECD的一份文件表明,第三方资助机构经常参与到仲裁业内的活动,而且长期与国际投资仲裁的律师们保持紧密的联系。^③这在实践中就容易产生一个问题:在一个第三方资助的仲裁案件中,一方选任的仲裁员所在的律所与资助方存在一定的关系,或者直接持有资助公司的股份,而被资助方又是另一方当事人。在这种情况下,仲裁员的独立性和公正性就无法得到保证,而仲裁员的公正性和独立性不仅是对仲裁程序的重要保证,在观念上也一直被视为仲裁法的基石之一;^④此外,若这种身份冲突的发现,是在仲裁裁决作出之后,仲裁裁决极有

① International Chamber of Commerce, ICC Arbitration: The International Solution to International Business Disputes (ICC Publication No.301 1977).

② See Malcolm Langford, Daniel Behn & Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, 6 Journal of International Economic Law 301-332 (2017).

③ See David Gaukrodger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment 37(OECD Publishing 2012).

④ See Gary Born, *International Commercial Arbitration* 1462 (Kluwer Law International 2009).

可能因为仲裁员缺乏公正性和独立性而被国内法院撤销。^①如美国联邦仲裁法规定,如果仲裁员显失公正或者接受贿赂,那么仲裁裁决将被撤销,^②而仲裁员与第三方资助公司的直接利益联系显然包括在其中。^③因此,这种身份冲突无论如何都需要避免。

另一方面,即便是在透明度相对较高的国内诉讼中,第三方资助经常难以被发现。^④2010年,在厄瓜多尔东北部的一个法院,被告雪佛龙公司因在钻井施工过程中,向厄瓜多尔海域倾倒了数十亿加仑的有毒物质而被判决赔偿182亿美元。在该案中,原告接受了来自Burford公司的赞助,但是在审判过程中,当事人和法官均未察觉到这一资助事实的存在,直到之后发生的一些“不可思议的事情”(wildly improbable events)才最终导致资助关系的披露。^⑤因此,从仲裁员的角度来说,当自身与介入到仲裁中的第三方资助公司具有实质性利益关系,其应当主动披露,以避免严重损害仲裁程序公正性的事项发生。

(二)仲裁的保密性问题

保密性一直被视为国际仲裁的一大优点,但事实上,在国际仲裁实践中,并未就保密性的问题达成一致。有学者指出,仲裁机构的仲裁规则只是从观念上促进了人们相信保密是仲裁的一大优点,在实质上却并未给保密性提供坚实的保障。^⑥在第三方资助国际仲裁案件中,投资人都会在案件评估阶段对案件做尽职调查,要求被资助人向其披露一些案件的基本情况,如事实证据、代理人信息、仲裁诉求等,甚至会涉及一些商业实践和交易秘密。如果说将相关的信息披露给第三方是基于其有助于仲裁程序顺利进行的实体存在而被视为是保密义务的一种例外,^⑦那么第三方资助公司利用这些从一方当事人处获取的机密信息作为在后

① See Jennifer A. Trusz, *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, 101 *Georgetown Law Journal* 1668 (2013).

② 9 USC § 10(a)(2).

③ See Gary Born, *International Commercial Arbitration* 2626-2627 (Kluwer Law International 2009).

④ 参见丁汉韬:《论第三方出资下商事仲裁披露义务规则之完善》,《武大国际法评论》2016年第2期,第225页。

⑤ Roger Parloff, *Have You Got a Piece of This Lawsuit?*, <http://fortune.com/2011/06/28/have-you-got-a-piece-of-this-lawsuit-2/>, visited on 5 March 2018.

⑥ See Alexis C. Brown, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, 16 *American University International Law Review* 999 (2001).

⑦ See Michael Hwang S. C. & Katie Chung, *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, 26 *Journal of International Arbitration* 627 (2009).

来的仲裁案件中对抗同一当事人的证据材料时,又将发生什么?在实践中,公司在其营运领域内可能会与不同当事人产生诸多事实与依据相似的纠纷,如果相关信息被滥用,则容易引起其他有类似纠纷的当事人根据同样的事实与依据,提起模仿性诉讼。^①例如,在某一商事仲裁案件中,资助公司 X 资助了原告方 A,以帮助其对抗另一当事人 B,并且在仲裁过程中知晓了大量与纠纷相关的事实、证据与内容,资助公司 X 就大有可能在以后资助具有类似纠纷的当事人 C、D,使 C、D 依照第一次仲裁中的事实和证据向 B 提起模仿性诉讼。

美国律师协会职业行为示范规则规定了代理律师不得在相同或实质关联的事项上代理有损前一客户利益的另一个客户,^②但在现有的仲裁规则中,并没有任何相关条款对第三方资助公司的以上行为进行规制,而且如果第三方资助公司的存在一直没有被披露,上述假设中的 B 公司因仲裁机密信息被不当利用而陷入模仿性诉讼而蒙受的损失,也无从寻求补偿。因为通常来说,要寻求保密义务违反的救济,提出损害赔偿的当事人要证明其遭受的损失与保密义务的违反具有因果关系。而资助公司 X 的存在并未在第一次仲裁中得到披露,B 公司便无从知晓 C、D 是如何得知第一次仲裁中的事实与依据的,因而也无法证明陷入模仿性诉讼与保密性义务违反之间具有直接的因果关系,也就无法向资助公司 X 索取赔偿。

如果第三方资助在仲裁中得到了有效的披露,上述假设就可以得到很好的避免,B 公司就可以在仲裁中与另一当事人 A 以及资助公司 X 签订保密合同,防止资助公司 X 将仲裁相关的证据与事实泄露给其他有类似诉求的当事人。而如果 B 公司因为资助公司 X 泄露相关信息而使其陷入模仿性诉讼并遭受损失,B 公司就可以向法院申请发布禁止继续泄露的禁令,并寻求损害赔偿。

(三)同时资助双方当事人的问题

第三方资助公司有可能在仲裁案件中同时资助双方当事人。^③实践中并未出现过类似的情形,但在理论上完全存在可能性。例如,在某一仲裁案件中,资助公司 X 同意资助一方当事人 A,随后其又决定同时资助另一当事人 B。虽然资助公司 X 必然承受一方败诉的后果,但只要从胜诉一方所获得的利益高于支付给败诉一方的仲裁费用,它就是盈利的。而且资助公司 X 完全有可能影响仲裁案件的结果,因为其在资助双方当事人的行为中可以获取双方当事人的内部信息,从而帮助某一方当事人不断地调整应对策略,在仲裁中占据有利位置。

① 参见郭玉军、梅秋玲:《仲裁的保密性问题研究》,《法学评论》2004 年第 2 期,第 27 页。

② American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct (here in after cited as “ABA Rules”), Rule 1.9(a).

③ See Gary J. Shaw, *Third-party Funding in Investment Arbitration: How Non-Disclosure Can Cause Harm for the Sake of Profit*, 33 *Arbitration International* 119 (2017).

对于律师在同一案件中同时担任原、被告的代理人而从中获取不当利益的问题,早在1899年 *Cowley v. O'Connell* 案中,美国就确立了律师不得在同一案件中同时担任原、被告双方的代理人,^① ABA 示范规则也指出,如果为某一客户提供的代理服务会引发对另一客户同时性的利益冲突,律师就不得代理该服务。^② 但是,针对国际仲裁中资助公司同时资助双方当事人而引发的潜在利益冲突,并没有相应的规则对此种行为进行有效的规制。强制的披露则能够很好地解决这一问题,双方当事人都可以了解到资助公司的存在,从而从根本上杜绝了这一现象的发生。

二、第三方资助关系披露义务的规则检视

目前来说,只有少数国际机构的指引和仲裁规则对国际仲裁中的第三方资助关系进行了规定,包括 IBA、ICC 和 SIAC。区域立法中则只有新加坡和我国香港地区对国际仲裁中第三方资助的披露义务进行了规定。

(一) IBA《国际仲裁利益冲突指引》

国际律师协会(International Bar Association, IBA)在2002年成立了工作组,旨在研究出一套可以被不同国家和仲裁机构所广泛接受的国际仲裁利益冲突指引规则,以应对国际仲裁实践中日益复杂化的利益冲突问题。最终在2004年发布了《国际仲裁利益冲突指引》(以下简称“2004指引”),为识别国际仲裁中不同的利益冲突情形,提供了不同的视角。在实践中,该指引也发挥了重要作用。2009年 IBA 利益冲突小组委员会发布了针对该指引的五年实践报告,该报告发现大多数国际仲裁员和律师在确定某项利益冲突是否需要作出披露时都借助了该指引中的相关规则。^③

2004年之后,第三方资助在国际仲裁中取得了巨大发展,同时也让国际仲裁中的利益冲突问题变得更为复杂。有鉴于此,2014年 IBA 在没有改变原有基本框架的基础上,对《国际仲裁利益冲突指引》进行了修订(以下简称“2014指引”), IBA 也由此成为第一个对第三方资助对国际仲裁造成的利益冲突进行表态的机构。其在一般标准 6(b)中定义了第三方资助的范围:“如果其中一方当事人是一个法律实体,任何对该法律实体有控制性影响的、或者与其有直接利益关系的、或

^① See Charles P. Kindrregan, *Conflicts of Interest and the Lawyer in Civil Practice*, 10 Valparaiso University Law Review 435 (1976).

^② See Charles P. Kindrregan, *Conflicts of Interest and the Lawyer in Civil Practice*, 10 Valparaiso University Law Review 435 (1976).

^③ See The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years, 2004-2009*.

者是根据仲裁裁决对另一方当事人有赔偿义务的法人或自然人,都可以被视做第三方资助者。”^①在一般标准 6(b)的解释进一步指出,该种与仲裁裁决有直接利益关系的第三方资助者和保险公司可能被视为(may be considered)与仲裁当事人有同等的地位。^②一般标准 7(b)则进一步指出,仲裁员和仲裁当事人应当披露与仲裁员以及任何与其有直接利益关系的、或者是根据仲裁裁决对另一方当事人有赔偿义务的法人或自然人的关系。^③不仅如此,2014 指引的第二章不可弃权的红色清单一条更为细致地指出:“如果仲裁员是一方当事人或者是与仲裁裁决结果有直接利益关系的法人的经理、董事或监事,或者对某一方当事人有足够的控制性影响。”^④这就意味着如果某一仲裁案件中的仲裁员与某第三方资助公司有直接的关系,而该第三方资助公司又与该仲裁案件有直接利益关系,就会因引发仲裁员的利益冲突,而被要求回避。

作为目前世界上最为先进的国际程序软法之一,^⑤IBA《国际仲裁利益冲突指引》为国际仲裁中日益复杂的利益冲突问题提供了明确的参考,也给来自不同法律体系的当事人质疑仲裁员独立性与公正性这个问题以一致性的标准。2016年由 IBA 仲裁指引和规则小组委员会发布的一份报告指出,2011—2016年的 3201 件包含利益冲突问题的仲裁案件中,有 57%的案件参考了《国际仲裁利益冲突指引》。^⑥在 *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan* 案中,仲裁庭于 2 号程序令中拒绝了被告方土库曼斯坦关于披露原告方第三方资助相关情况的请求。一年之后,土库曼斯坦再次向仲裁庭请求发布要求原告方披露第三方资助相关情况的命令,以确保没有利益冲突的情况存在。为使仲裁庭支持其请求,土库曼斯坦引用了 2014 年 IBA《国际仲裁利益冲突指引》。^⑦最终,仲裁庭在 3 号程序令中以确保仲裁程序公正和仲裁员独立等原因,支持了土库曼斯坦的请求,尽管仲裁庭在 3 号程序令中并没有直接指出其同意土库曼斯坦的披露请求是基于 IBA2014 指引,但我们同样可以看到被告方土库曼斯坦在第一次请求被仲裁庭拒绝

① 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest on International Arbitration (herein after cited as “2014 Guidelines”), General Standard 6(b).

② 2014 Guidelines, Explanation to General Standard 6(b).

③ 2014 Guidelines, General Standard 7(a).

④ 2014 Guidelines, Non-Waivable Red List, para.1.2.

⑤ 参见严红:《国际商事仲裁软法探究》,《社会科学战线》2016年第10期,第204页。

⑥ The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, Report on the Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products, p.31.

⑦ *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, (hereinafter cited as *Muhammet v. Turkmenistan*), ICSID Case No.ARB/12/6, Procedural Order No.3.

后,援引IBA2014指引来说服仲裁庭作出披露命令是一种审慎的考虑。

IBA《国际仲裁利益冲突指引》在国际仲裁中被广泛引用,就像塞尔兹尼克所说的,法律得以发展的内在动力,并不是立法、法理学研究或者司法判决,而是存在于社会本身的需要。^①可以说,IBA指引将利益冲突问题以清单式的方式列出,极大地细化了国际仲裁中利益冲突的具体情形,给仲裁相关参与人提供了一套甄别利益冲突的明确标准,填补了国际仲裁中关于确定利益冲突问题的程序法律空白,并契合了国际仲裁发展中关于利益冲突的现实需要。

(二)国际仲裁机构

1. 国际商会仲裁院(ICC)

ICC在2016年2月采用了《仲裁员冲突的披露指引》,作为《当事人与仲裁庭在国际商会仲裁规则下参与仲裁程序的指引》的一部分。ICC主席 Mourre 指出,采用该指引的目的在于确保仲裁员在潜在利益冲突的披露方面是完全透明的。^②根据该指引,仲裁员在遵守ICC仲裁规则中关于保持公正性和独立性一般规定的基础之上,还应披露与争议有直接利益关系或根据仲裁裁决对一方当事人负有赔偿义务的实体的任何关系。^③

作为国际上知名的商事仲裁机构,ICC此举无疑是将国际仲裁中第三方资助现象又一次置于国际社会的焦点之下,尽管ICC采用相关指引体现了其国际仲裁中对第三方资助所持有的应当披露的态度,对于其他国际商事仲裁机构也起到了一定的指引作用,但其缺陷也较为明显,即在该指引中并未规定仲裁当事方的披露义务。如果仲裁当事方没有向仲裁庭披露第三方资助的存在,在某些情形下仲裁员就可能无法在仲裁程序开始之前对其自身与第三方资助公司潜在的关系进行评估。如果另一方当事人在仲裁程序开始后得知了第三方资助公司与仲裁员存在利益冲突而申请要求该仲裁员退出仲裁程序,则将极大地降低仲裁效率。此外,如果第三方资助公司的存在是在仲裁裁决作出后,由于非仲裁的原因而得到披露,^④而仲裁员又与该资助公司存在利益关系,仲裁结果又恰好有利于受资助

^① Philip Selznick, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community* 463 (Berkeley University of California Press 1992).

^② <https://cowboorg/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-di-arbitrators/>, visited on 21 April 2018.

^③ ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 30 October 2017, p.6.

^④ 如某一仲裁案件中的第三方资助公司是上市公司,其在仲裁裁决作出后、依据其所遵守的公司法、证券法或者证券交易规则而将资助的事实公布于众。See Mick Smith, *Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective*, in Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon (eds.), *Third-Party Funding in international Arbitration* 26 (Kluwer Law International 2012).

一方,那么即便仲裁员在整个仲裁程序中都对该第三方资助的存在毫不知情,该仲裁员的声誉同样会受到质疑。

2. 新加坡国际仲裁院(SIAC)

SIAC 国际投资仲裁规则于2017年1月1日生效,SIAC充分地认识到了近年来第三方资助在国际投资仲裁中扮演的重要角色,也将第三方资助的披露问题作为其第一版投资仲裁规则主要的创新点之一。

SIAC 投资仲裁规则第24条“仲裁庭额外权力”中,明确授予了仲裁庭发布要求当事人披露第三方资助协议是否存在或者第三方资助者的身份命令的权力;以及在必要的时候,还可以要求当事人披露第三方资助者与裁决结果之间的利益关系的细节,或者是第三方资助者有无承诺承担裁决的不利费用。^①此外,第33条进一步指出,在考虑仲裁费用分摊时,仲裁庭可以将任何第三方资助协议纳入考虑因素。^②第35条规定,仲裁庭在裁决中确定一方当事人应当向另一方当事人支付全部或者部分法律费用或其他费用时,可以将第三方资助的情况考虑进去。在此之前,并无仲裁规则涉及仲裁庭有明确的权力命令当事人披露第三方资助的存在与否。虽然ICSID仲裁庭在近年的几个投资仲裁案件中向当事方作出了披露第三方资助者相关信息的命令,但其依据是较为笼统的仲裁庭“固有权力”(inherent powers)。^③而SIAC此举则用具体的条款规定了仲裁庭强制当事人披露第三方资助者的权力。

尽管SIAC早先的投资仲裁规则草案中,有关仲裁费用负担方面有更为激进的条款,^④最终发布的SIAC投资仲裁规则也不失为是一座向强制披露国际仲裁中的第三方资助迈进的里程碑。因为它作为第一个由国际商事仲裁机构发布的、规定仲裁庭有向当事人作出披露第三方资助权力的投资仲裁规则,赋予了仲裁庭在投资仲裁案件中要求披露第三方资助的全新的、明确的、更为深远的权力。

(三)区域立法

1. 新加坡

长期以来,受普通法系禁止助讼与帮讼分利传统的影响,第三方资助在新加坡一直被认定是一项违法行为。即便是在仲裁领域,也不存在例外,在 *Otech Pakistan Pvt Ltd. v. Clough Engineering Ltd. and Anor* 案中,新加坡上诉法院指

^① 2017 SIAC Investment Arbitration Rules, Article 24(I).

^② 2017 SIAC Investment Arbitration Rules, Article 33.1.

^③ *Euro Gas Inc. and Belmont Resources v. Slovak Republic*, ICSID Case No.ARB/14/14. Procedural Order No.3.

^④ 2016 Draft of SIAC Investment Arbitration Rules, Article 34.

出,帮诉性的合同有歪曲司法正义的倾向。^①而且,禁止助讼与帮讼分利作为普遍的原则,必须适用于所有争端解决方式,仲裁也不例外。^②2013年,新加坡对第三方资助合法化的认定遭受到了一次更为严重的挑战。一名律师因为卷入一个帮诉合同,而被新加坡上诉法院宣判有罪。该律师在一起人身伤害索赔案件中与客户签订了一份协议,约定他可以将赔偿的一部分作为回报。^③

直到2017年1月10日,新加坡国会通过了民法修正案,认定第三方资助在仲裁地为新加坡的国际仲裁中是一项合法行为,新加坡民法典第5A条以“助讼与帮讼分利侵权行为的废除”为标题,直接宣告了在新加坡助讼与帮讼分利不再是一项民事侵权行为,但是,如果第三方资助协议被认定为违背了公共政策,其同样有可能被认定为无效。在新加坡,一项国际仲裁的资助协议会被推定为有效,只要资助者符合所谓的“资本充足率”规定。2017年民法(第三方资助)规定指出,一个具有资质的第三方资助者必须拥有不少于500万美元或其他等值货币的实缴资本。^④

在有关第三方资助信息披露方面,新加坡于2017年公布的法律职业(职业行为)规则修正案规定,法律职业者应当向仲裁庭或法院以及所有当事人披露任何与相关程序有关的第三方资助协议的存在、第三方资助者的身份及地址。^⑤而且,如果资助协议的成立时间是在争端解决程序开始之前,则当事人必须在争端解决程序开始之时作出披露;如在之后达成协议,则应尽快作出披露。^⑥

作为最受欢迎的仲裁地之一^⑦,新加坡近年来对国际仲裁中第三方资助现象所做的立法使其成为亚洲第一个通过立法形式确认第三方资助合法性的地区,也再一次将新加坡仲裁友好地区的形象推向了国际社会。但是在实践中新加坡将如何监管第三方资助还有待观察。例如,一方面新加坡采取立法方式希望资助者的存在与身份可以得到有效的披露;但另一方面新加坡又倾向于对第三方资助采取轻度监管模式(light touch approach)。^⑧如何平衡两者之间的关系以及第三方

① Otech Pakistan Pvt Ltd. v. Clough Engineering Ltd. and Anor, [2007] 1 SLR 989, para.32.

② 2014 Guidelines, para. 38.

③ Law Society of Singapore v. Kurubalan s/o Manickam Rengaraju, [2013] S. G. H. C 135.

④ Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017, s.4.

⑤ Legal Professional (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017, s.7.

⑥ Legal Professional (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017, s.7.

⑦ 据2016年ICC统计,新加坡在最受欢迎的仲裁地中排名第六, <http://www.acerislaw.com/seat-arbitration-international-commercial-arbitration/>, visited on 25 April 2018.

⑧ 新加坡法律部在2016民法典修正案公众咨询中指出:“我们将考虑轻度监管(light touch)这一被大多数认可第三方资助有效性的国家实践的模式。”

资助会在新加坡如何发展,还需要通过实践和时间去检视。

2. 中国香港

由于历史的原因,香港被动地植入了普通法系传统,其中也包括了助讼与帮讼分利罪,这一传统在1997年之后也被延续下来。长期以来,助讼与帮讼分利在香港被视为一项刑事犯罪。在2011年 *Winnie Lo v. HKSAR* 案中,律师因为涉及风险代理而被判决有罪。^①但是对于仲裁中的第三方资助是否构成助讼与帮讼分利罪,则一直没有明确答案。在1994年 *Cannonway Consultants Ltd. v. Kenworth Engineering Ltd.* 案中,Kaplan法官引用英国法官 Steyn在 *Giles v. Thompson* 案中认定的助讼与帮讼分利不适用于仲裁的观点,^②并指出:“如果助讼与帮讼分利罪适用到这个案件中,将会把它的边界从公力的诉讼救济延伸到具有私人协商性质的仲裁中去……我本人认为将助讼与帮讼分利罪扩展到仲裁中是不明智的。”^③但是 Kaplan 法官上述观点的效力又因为1998年英国 Scott法官在 *Bevan Ashford v. Geoff Yeandle (Contractors) Ltd.* 案中的表述被逐渐削弱。在该案中,Scott法官指出,不论是从法律原则还是从法律权威的角度来看,帮讼罪都应当适用于仲裁中,就像它适用于诉讼中那样。^④不仅如此,2007年香港终审法院法官 Ribeiro在 *Unruh v. Seeberger* 案的判决中指出:“对于助讼与帮讼分利是否适用于仲裁地为香港的仲裁程序,因为与本案的关联不大,因此本席容许这个问题悬而未决。”^⑤因此,从2007年开始,仲裁地为香港的仲裁案件是否允许第三方资助就变得模糊了起来。

为解决第三方资助在香港仲裁中的定性问题,增强香港在国际仲裁领域的竞争力,香港法律委员会在2013年6月成立“第三方资助仲裁小组委员会”(以下简称“小组委员会”),探讨相关问题。小组委员会于2015年发布了第三方资助仲裁的咨询文件,向公众咨询,考虑是否需要针对第三方资助仲裁进行改革。2016年,小组委员会发布第三方资助仲裁最终报告书,认为香港的相关法律需要改革,并建议允许在香港的仲裁中引入第三方资助。^⑥

2017年6月14日,香港立法会修订了仲裁条例,增补了第三方资助仲裁的内

① [2011] FACC 2/2011.

② *Cannonway Consultants Ltd. v. Kenworth Engineering Ltd.*, [1995] 2 HKLR 475. para.484.

③ *Cannonway Consultants Ltd. v. Kenworth Engineering Ltd.*, [1995] 2 HKLR 475. paras.484-485.

④ *Bevan Ashford v. Geoff Yeandle (Contractors) Ltd.*, [1999] Ch. 239, 249.

⑤ *Soegfried Adalbert Unruh v. Hans-Joerg Seeberger and Another*, [2007] HKCFA 10, para.123.

⑥ 参见香港法律改革委员会第三方资助仲裁报告书,第11页。

容。其中第98U、98V两节提到了有关仲裁中第三方资助的披露问题。第98U节规定,受资助方必须披露资助协议是否存在这一事实,如有,则必须一同披露资助方的名字;如果资助协议是在仲裁程序开始之前达成,则应当在仲裁程序开始时披露;如果资助协议是在仲裁程序开始之后达成,则应当在达成协议的15日内披露相关内容;相关的披露应当同时向仲裁庭以及仲裁其他当事人作出。^①第98V节规定,如果资助协议终止,受资助方应当在资助协议终止之日起的15日内向仲裁庭及其他仲裁当事人披露资助协议终止的事实及日期。^②

(四)其他主要司法辖区的做法

1. 并未规定仲裁中的强制性披露义务

就目前而言,除上述几个国家、地区和机构以外,其他国家、地区和机构并没有出台相关规则对国际仲裁中的第三方资助做硬性的披露要求。实践中,仲裁一方当事人在获得第三方资助后,在不违反相关披露规定的情况下也不会选择对仲裁庭及另一方当事人披露这一事实。第三方资助公司在实践中往往也持同样的态度,他们并不愿意让自己参与仲裁的这一事实被仲裁庭和另一方当事人所知悉。^③

作为诉讼及仲裁中第三方资助产业最为发达的国家之一英国规制第三方资助的做法可以说具有相当的参考价值。英国规制诉讼及仲裁中的第三方资助的模式属于行业自律型,^④但是即便是专门针对诉讼及仲裁中第三方资助的守则,也并未提及有关强制披露义务的条款。具体来说,是通过英格兰和威尔士诉讼资助人协会(Association of Litigation Funders of England & Wales, ALF)颁布的诉讼资助人行为守则(Code of Conduct for Litigation Funders)来达到规制诉讼及仲裁中第三方资助行为的目的。2018年1月,ALF发布了最新版本的诉讼资助人行为守则。但是,该守则并未对第三方资助作强制性的披露要求,而且该守则的适用范围较窄,只对加入了ALF的第三方资助公司有约束力。^⑤

2. 披露义务主要由法院施加

尽管多数国家和地区并未在立法上强制要求当事人披露第三方资助,但有不

^① Section 98U of Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding), (Amendment) Ordinance 2017.

^② Section 98V of Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding), (Amendment) Ordinance 2017.

^③ See Maxi Scherer, Aren Goldsmith & Camille Fléchet, Third Party Funding in International Arbitration in Europe, 3 International Business Law Journal 217 (2012).

^④ 参见唐琼琼:《第三方资助纠纷解决规制模式的国际经验及思考》,《上海财经大学学报》2018年第6期,第142页。

^⑤ 截至目前,ALF的成员仅有18家第三方资助公司, <http://associationoflitigationfunders.com/membership/membership-directory/>, 2019年1月3日访问。

少法院在具体实践中,有强制当事人披露第三方资助相关信息的判例。

英国较为注重考虑在实际案例中披露第三方资助的情况是否有助于庭审的顺利进行。在 *Reeves v. Sprecher and Others* 案中,法院拒绝了被告方要求披露第三方资助协议的请求,因为这对于法院作出原告支付担保费用的决定来说,并不是必需的。^①而在 *Wall v. Royal Bank of Scotland (RBS)* 案中,英国高等法院法官 Baker 在庭审中强制原告方 Wall 披露第三方资助公司的身份信息。在该案中,原告方 Wall 声称其因 RBS 错误的销售利率互换(interest rate swap)而损失了7亿英镑。^②法院因为有足够好的理由(good reason)证明原告方确实收到了第三方资助公司的资助,同时出于费用担保的考虑,作出了要求原告方披露第三方资助公司信息的决定。^③

在国内诉讼领域,澳大利亚法院对于第三方资助披露问题的规定则更为严苛。2013年10月,澳大利亚联邦法院发布了修订后的应用指引 CM17,其中第3.6条规定:“在首次案件管理会议上或之前,各方应披露诉讼出资人支付或分担诉讼费用的任何协议、任何费用担保或任何不利的费用指令。”^④但是这一应用指引只针对国内集体诉讼中存在的第三方资助,而且在2016年因为澳大利亚法院机构改革而被废除。2016年10月,由澳大利亚联邦法院发布的集体诉讼应用指引第六部分比较详细地规定了集体诉讼中有关第三方资助的披露问题,^⑤同时提供了一套披露协议的模板。^⑥其中第6.4条规定,至迟在案件管理听证前7日,必须向另一方当事人披露有关第三方资助的情况。^⑦

美国关于第三方资助的规定则显得更为复杂与细碎,诉讼中的第三方出资安排在阿拉巴马州、阿拉斯加、康涅狄格州、哥伦比亚特区、肯塔基州、明尼苏达州、密西西比州、蒙大拿州、内华达州、新墨西哥州、罗德岛州、南达科他州和犹他州等13个州级行政区是违反相关法规、判例和公共政策的,在其他州,诉讼融资则可

① *Reeves v. Sprecher and Others* [2007] EWHC 3226 (Ch).

② *Wall v. The Royal Bank of Scotland Plc* [2016] EWHC 2460 (Comm).

③ *Wall v. The Royal Bank of Scotland Plc* [2016] EWHC 2460 (Comm).

④ Australian Federal Court's Practice Note CM 17, <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/cm17>, visited on 1 March 2018.

⑤ Class Actions Practice Note (GPN-CA), <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/gpn-ca>, visited on 1 March 2018.

⑥ Notice of Disclosure - Litigation Funding Agreements, http://www.fedcourt.gov.au/_data/assets/word_doc/0013/40216/Form-NCF3-Litigation-Funding-Agreement.docx, visited on 1 March 2018.

⑦ Class Actions Practice Note (GPN-CA), <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/gpn-ca>, visited on 1 March 2018.

能是被准许的。^①有学者将这种现象称为“零碎的方式”(piecemeal approach)。^②俄亥俄州在2008年通过了一项法案,承认“无追索权民事诉讼预付款”(non-recourse civil litigation advances)在俄亥俄州的合法性。^③该法案确立了资助协议的程序指导原则和披露要求,并仔细规定了各方的权利和责任。加利福尼亚北区法院于2017年1月发布的一项地方性法规(Civil Local Rules)规定了诉讼的任何一方当事人均应当向书记员披露任何与案件判决结果有利益关联的非诉讼当事人的个人和公司实体的存在。^④

由此可见,在国际仲裁领域,英、澳、美三国尚未形成统一的、体系化的第三方资助披露规则。作为世界上诉讼和仲裁中第三方资助产业最为发达的三个国家,英国、澳大利亚和美国在规制诉讼及仲裁中的第三方资助上可以说是各有特色。由于国际仲裁中的第三方资助是起源和蜕变于国内诉讼中的第三方资助,因而尽管上述三个国家均未对仲裁中的第三方资助作专门的披露义务安排,其对于诉讼中的第三方资助的规制和披露要求同样可以体现出它们对仲裁中第三方资助的态度。简而言之,在尚未形成统一的披露规则的前提下,它们所采用的是一种较为谨慎的、灵活度较高的做法,即将权力交由法院,由法院在具体个案中综合分析是否要求当事方就第三方资助安排的情况披露给法院及其他当事人。

三、现有披露义务规则存在的问题

尽管现有规则已经对第三方资助的披露义务作出了较为详尽的规定,但其还具有一定的缺陷,主要表现为相关规则的效力模糊、缺乏灵活性以及对第三方资助者的定义较为僵化等。

(一)效力模糊

以国际软法IBA《国际仲裁利益冲突指引》为代表的第三方资助国际仲裁披露规则的效力存在固有的缺陷。国际软法在仲裁中之所以有效,是因为其所蕴含的内容符合国际社会长期实践中形成的内在理性。具体到国际仲裁而言,IBA 2014指引所蕴含的技术理性可以帮助人们实现国际仲裁在长期实践中所形成的

① Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration* 158-159 (Kluwer Law International 2017).

② Victoria Shannon, *Third-Party Litigation Funding and the Dodd-Frank Act*, 16 *The Tennessee Journal of Business Law* 877 (2014).

③ Ohio Uniform Commercial Code.

④ United States District Court, Northern District of California, *Civil Local Rules*, 3-15.

道德要求,即一种客观、公正、独立以及诚信^①的理想化仲裁形式。瑞士联邦最高法院在2008年就毫不含糊地认可了IBA2004指引的规范性,其指出,尽管该指引并没有法律强制力,但是不妨碍其作为一个有价值的工具,为国际仲裁的和谐与统一提供有效的支撑。^②在 *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador* 案中,在决定仲裁员回避与否时,仲裁庭特别指出了双方当事人同意在决定仲裁员回避时适用IBA《国际仲裁利益冲突指引》。^③从这几个例子,我们可以看出,性质上作为软法存在的IBA《国际仲裁利益冲突指引》具备某些硬法特征,但是,就本质而言,软法的一个重要特点就是其不具有强制拘束力,它的效力来源很大程度上取决于国际法主体的自觉遵守。

而且,软法之所以能够发挥作用,一方面是因为它所提供的指引规则能够填补实践的空白,但更深层次的原因则是依据该软法所提供的指引符合自身的利益。当软法与自身利益相冲突时,当事方可能会主张该软法无强制效力。在 *EDF International v. Argentine Republic* 案中,被告方阿根廷向ICSID秘书处递交了关于原告方指认的仲裁员Kohler教授的回避申请。阿根廷声称Kohler教授有义务调查所有的潜在利益冲突,并指出这项义务是基于IBA《国际仲裁利益冲突指引》一般原则第3条和第7条。^④但原告方指出,IBA《国际仲裁利益冲突指引》并不适用于本案,即便适用,在决定仲裁员资格的问题上,它也毫无依据。^⑤最终,仲裁庭以Kohler教授与原告方的利益冲突是不重要的和最低限度原则驳回了阿根廷的回避申请。^⑥在这个案件中,被告方阿根廷因IBA《国际仲裁利益冲突指引》符合自身的要求而在申诉中引用相关条文证实自己的诉求,原告方则完全否认该指引在本案中的效力。这恰恰体现了仲裁当事方在引用国际软法规则时,很

① Silvano Domenico Orsi, *Ethics in International Arbitration: New Considerations for Arbitrators and Counsel*, 3 *The Arbitration Brief* 92 (2013).

② Decision of the Swiss Federal Court of 22 March 2008, 26 *ASA Bulletin* 2008, p.575.

③ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No.ARB/08/6, Decision on Challenge to Arbitrator, para.2.

④ *EDF International S. A. SAUR International S. A. and Leon Participaciones Argentinas S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/03/23, Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, para.25.

⑤ *EDF International S. A. SAUR International S. A. and Leon Participaciones Argentinas S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/03/23, Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, para.50.

⑥ *EDF International S.A. SAUR International S. A. and Leon Participaciones Argentinas S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/03/23, Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, para.133.

多并非出于对公平正义的追求,而仅仅是为了使自己的诉求能够得到更好的支撑。很明显,造成这一矛盾的根源,就是因为国际软法并不具有强制效力。

(二)规则缺乏灵活性

当事人意思自治原则是现代仲裁制度最为重要的原则之一,也正因为如此,多数国家的仲裁法律制度都留有较大的空间以尊重当事人的意思自治。但是国家对于仲裁较为宽松的监管态度并没有使有关仲裁的规定变得更少。相反的是,不少仲裁机构和国际组织都制定了极为详尽的仲裁规则和指引。有学者认为,国际仲裁中越来越多的规则和指引限制了仲裁当事人的意思自治,而这也有损仲裁灵活性的特点。^①如IBA2014指引第二部分第一段规定,一般标准应该对所有案件有控制效果;^②一般标准2(d)规定,任何出现在不可弃权的红色清单中的情形都“必然存在”对仲裁员公正性和独立性的正当怀疑。^③这里出现的术语“必然存在”(necessarily exist),意味着一旦决定引用该指引,而且出现了不可弃权的红色清单中的相关情形,就不再允许仲裁员根据案件的具体事实进行判断。从某种意义上说,一定程度上对灵活性的牺牲,是为了更好地实现裁决结果的可预测性,但在实践中,也可能出现相反的效果。在W Ltd. v. M SDN BHD案中,原告方W公司和被告方M公司因在合作中产生了一项工程纠纷而将争议提交至伦敦国际仲裁院(LCIA)。David Haigh在本案中担任独任仲裁员。在本案仲裁庭作出两份裁决后,原告方W公司发现仲裁员所在的律所常年向Q公司提供稳定的法律服务并得到可观的报酬,而Q公司在仲裁程序进行时被告方M公司的母公司P公司收购。因而,W公司依据英国1996年仲裁法第68(2)节和IBA2014指引不可弃权的红色清单第1.4条^④认为仲裁裁决严重不正当(serious irregularity)并具有明显的偏见(apparent bias),^⑤向英国法院提出撤销该仲裁裁决的申请。仲裁员Haigh在法庭上声称自己虽然是该律所的合伙人,但他认为自己更像是一个独立从业者,因为其仅仅是使用了律所的秘书和行政服务。^⑥在审理程序中,Knowles法官接受了将有关情形置于IBA2014指引不可弃权的红色清单第1.4条项下讨论。

① William W. Parker, *The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-governmental Instruments*, in Loukas A. Mistelis & Julian D. M. Lew (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration* 142 (Kluwer Law International 2006).

② 2014 Guidelines, 17.

③ 2014 Guidelines, General Standard 2 (d).

④ IBA2014指引第1.4条规定:“仲裁员为委任他的当事人或该当事人的关联机构提供日常服务,且仲裁员或其所在的事务所从中获取实质经济收入。”

⑤ W Ltd v. M SDN BHD, [2016] EWHC 422 (comm), para.2-5.

⑥ W Ltd v. M SDN BHD, [2016] EWHC 422 (comm), para.10.

Knowles 法官认为 IBA2014 指引对法院并无拘束力,其仅具有参考效力。^①他进一步指出,该律所并未直接向 M 公司或者 P 公司提供法律服务,而且并无任何证据表明仲裁员 Haigh 参与到了律所与 Q 公司的业务之中。^②因而,法院驳回了 W 公司关于撤销仲裁裁决的申请。

在本案中,法院同时指出了 IBA2014 指引的不合理之处,即容易让当事人在处理具体案件时更多地关注清单式的条文本身,而更少考虑特定情况是否真的会引发利益冲突。法院还进一步解释,很难理解为何 IBA2014 指引会存在不可弃权的红色清单这样的条款,为何不能在仲裁员已经作出在红色清单下利益冲突情形的披露后,赋予当事人仍然接受其作为仲裁员的权利?^③在这里可以很明显看出,Knowles 法官对 IBA2014 指引中不可弃权的红色清单这一条款所造成的对当事人意思自治及仲裁灵活性的不良影响持有批评态度。

在涉及第三方资助的仲裁中,在考虑是否需要作出披露以及仲裁员是否需要因此而回避的问题时,同样不宜一刀切式地作出规定,而应当在具体案件中,充分考虑有关事实是否会对仲裁程序造成显失公正的结果。

(三)定义僵化

在现有的披露规则下,对第三方资助的定义都集中于对案件裁决结果有直接经济利益。^④这个定义具有很强的局限性,在实践中还存在一定数量的资助案例,资本公司资助仲裁某一方当事人并非为了从裁决结果中获得经济回报,而是希望以此来推进某个政策的实施,或者是使相关裁决成为具有影响力的先例。虽然在国际仲裁中,并未形成遵循先例的制度,但有学者指出在国际商事仲裁领域,对于先例的适用是一个无法回避的问题,需要我们谨慎对待。^⑤不但如此,先例也在晚近得到了越来越多的适用。^⑥因此,即便资助者并不直接追求与裁决结果相关的经济利益回报,而是希望实现某种政策上的优势,同样容易引发利益冲突,因为从理论上来说,资助者同样有可能通过自己的影响对仲裁结果施加压力,或者控制被资助者的仲裁行为来实现自己的目的,所以,仅仅将第三方资助的定义局限于直接经

① W Ltd v. M SDN BHD, [2016] EWHC 422 (comm), para.26.

② W Ltd v. M SDN BHD, [2016] EWHC 422 (comm), para.35.

③ W Ltd v. M SDN BHD, [2016] EWHC 422 (comm), para.36.

④ See 2014 Guidelines, General Standard 6(b) and ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 30 October 2017, p.6

⑤ 参见李金泽、刘楠:《国际商事仲裁中的先例适用》,《宁夏社会科学》1998年第1期,第48页。

⑥ 参见陈正健:《国际投资仲裁中的先例使用》,《国际经济法学刊》2004年第1期,第167页。

济利益显然不能够涵盖国际仲裁实践中各种各样的第三方资助案件。

在 Philip Morris v. Uruguay 案^①中,被告方乌拉圭政府就受到了来自反烟草贸易诉讼基金(Anti-Tobacco Trade Litigation Fund)的资金和技术支持,来对抗世界上最大的烟草公司 Philip Morris 公司。^②在该案中,第三方资助者反烟草贸易诉讼基金的目的并不是从裁决结果中取得高额利润,而是希望通过帮助被告方乌拉圭政府赢得仲裁,以此确立一个对自己有利的先例。此外,在斯德哥尔摩国际仲裁院(SCC)的 Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation 案^③中,原告方受到了来自 Menatep 公司的资助。类似的, Menatep 公司并不是希望从本案的裁决结果中获得经济利益,而是希望通过本案创造一个先例,使其能够在将来大得多的股东争议中依据《能源宪章条约》起诉俄罗斯时进行援引。^④

从以上两个案例可以看出,第三方资助仲裁程序中,即便不存在直接经济利益的情况,仍然有可能引发仲裁员的利益冲突,并影响仲裁的公正性,但按照现有的第三方资助仲裁的披露规则,该种并不涉及直接经济利益关系的资助,并不属于需要披露的情况。

四、对我国设计第三方资助国际仲裁披露义务规则的建议

至今,中国的第三方资助产业尚处于起步阶段,鉴于国际上第三方资助产业迅猛发展,以及其对国际仲裁的各种积极与消极影响,我国更应该积极回应这一问题。但第三方资助在我国并未得到充分实践,因而我国目前不宜对仲裁中的第三方资助作过多的束缚与硬性规定,以防对其发展造成不良的阻碍。笔者认为,可以由最高人民法院在特定区域(如自贸区等)出台专门的仲裁中第三方资助披露义务的司法保障意见,以点带面,在国际仲裁发展较为发达的地区先行先试,积累一定的经验后再推广全国实行。

概而论之,为克服现有披露义务规则的缺陷,我国在具体实践中需要为国际仲裁中的第三方资助设计更为合理的规则,明确披露义务规则的基本思路,完善

① Philip Morris Brand Sarl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7.

② See the 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, <https://www.foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation>, visited on 2 May 2018.

③ Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation, SCC No.24/2007.

④ Victoria Shannon Sahani, Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration, <http://oxia.ouplaw.com/page/third-party-funders/revealing-notforprofit-thirdparty-funders-in-investment-arbitration>, visited on 2 May 2018.

具体设计,增强规则应用实效,使国际仲裁中的第三方资助的披露义务能够得到更好的履行。具体如下:

(一)基本思路

第一,对属于第三方资助基本信息范畴的内容,应当强制相关当事人披露给仲裁庭以及另一方仲裁当事人。仲裁员为确保自身的独立性和公正性而对相关情况进行披露已经是大多数国家、地区和仲裁机构的普遍做法,也是国际商事仲裁实践中的一项强行性规则,^①而蜕变于国际商事仲裁的国际投资仲裁,也并不例外。若受资助的当事人一开始就选择隐瞒接受资助的情况,就不利于仲裁庭一开始查明仲裁员在仲裁案件中的利益冲突情况。因此,披露第三方资助的基本信息,是考量仲裁员与第三方资助公司有无利益关联的先决问题。当仲裁员因自身与第三方资助者有实质性利益关系而有可能陷入利益冲突之中时,其对相关事实作出披露同样是置于确保独立性和公正性这一根本性义务下的强行性规则。此外,在国际仲裁实践中,仲裁庭要求被资助方披露第三方资助者的基本信息也屡见不鲜,如在 *Euro Gas v. Slovak* 案中,仲裁庭就指出:“我们认为,原告方应该披露第三方资助者的身份。”^②在 *South American Silver v. Bolivia* 案中,仲裁庭以提升透明度为由,要求原告对第三方资助者进行披露。^③在 *Muhammad v. Turkmenistan* 案中,仲裁庭先是拒绝了被告要求披露的请求,一年后又同意向原告发出披露第三方资助者身份的命令。^④可以说,在涉及第三方资助的仲裁案件中,仲裁庭要求相关当事方披露第三方资助者基本信息的做法已经较为普遍。

第二,在判断第三方资助者是否会危及仲裁员公正性和独立性的问题上,应当基于对实际情况的分析。笔者认为,在涉及第三方资助的案件中,判断仲裁员是否应当回避,不宜做一刀切式的规定,而应当从现实危害性的角度,按照客观观察者的视角看待。在 *Magill v. Porter* 案中,Hope 法官在判断仲裁庭对某一当事人是否存在偏见的问题上就提出了“观察者视角”的概念。他指出,要判断一个仲裁庭是否存在偏见,应当从一个足够公正和了解情况的观察者(fair-minded and informed observer)的角度出发依据客观事实进行视察。^⑤实际上,在前述 *W Ltd.*

^① 参见张圣翠:《国际商事仲裁强行规则研究》,华东政法大学2006年博士学位论文,第65页。

^② *Euro Gas Inc. and Belmont Resources v. Slovak Republic*, Transcript of the First Session and Hearing on Provisional Measures, 145.

^③ *South American Silver Ltd. v. Bolivia*, PCA Case No.2013-15, Procedural Order No.10, para.79.

^④ *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, IC-SID Case No.ARB/12/6, Procedural Order No.3.

^⑤ *Magill v. Porter*, [2001] UKHL 67, para.103.

v. M SDN BHD案中, Knowles法官在作出相关裁决时也引用了上述标准。^①尽管该案并未涉及第三方资助的问题,但对于评判存在第三方资助案件中的仲裁员公正性和独立性同样具有参考意义。我们以W Ltd. v. M SDN BHD案作为蓝本,假设在该案中,被告M公司在仲裁程序中收到了来自资本公司X的资助,而其他条件不变,仲裁员Haigh是否就会因此而被认定为不具备公正性和客观性?答案显然是否定的,因为站在一个公正和了解情况的观察者的视角来说,仲裁员Haigh的具体行为还不足以引起对仲裁程序的现实危害性。因此,笔者并不赞同IBA2014指引中所采取的不可弃权的红色清单,该清单实质上僵化了当事人对有关仲裁员回避问题的判断,也不利于仲裁庭在第三方资助的仲裁案件中按照案件客观事实对利益冲突情形进行有效的界定。

(二)披露规则的具体设计

1. 第三方资助者的定义

现有涉及第三方资助者定义的规则都强调其与裁决结果之间有直接经济利益关系。这个定义将与裁决结果没有经济利益关系,而有其他利益关系的资助者排除在外,显然不利于增加仲裁程序的透明度,也容易引发仲裁员的利益冲突。有鉴于此,笔者认为可以用“直接利益”代替“直接经济利益”对第三方资助者进行定义。这样,当发生资助者并非以金钱回报为目的、而是希望实现某种政策或先例的情况时,也能将其涵盖在内。因此,第三方资助者的定义可以被表述为:不属于仲裁争议当事人,但对某一方当事人有控制性影响,或与仲裁裁决结果有直接利益关系,都可以被认定具备第三方资助者身份。

2. 第三方资助者的基本信息

当事人对第三方资助者基本信息的披露有助于在一定程度上克服第三方资助给国际仲裁程序带来的不良影响,而对于基本信息以外的内容,则可以不予披露,那么“基本信息”的边界是什么?首先,基本信息应当包括资助协议的存在事实,第三方资助者的名称及地址。这一点在我国香港地区和新加坡的法律规定中得到了体现。^②此外,欧盟与加拿大的全面经济贸易协定也提出,在有第三方资助的情况下,从中获益的一方当事人应当向另一方当事人和仲裁庭披露第三方资助者的名称和地址。^③

其次,对于资助协议的内容,笔者认为,在通常情况下,资助协议并不属于第

^① W Ltd. v. M SDN BHD, para.17.

^② See Legal Professional (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017 and Section 98U of Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding), (Amendment) Ordinance 2017.

^③ EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.26.

三方资助的基本信息内容。因为资助协议是仲裁一方当事人与案外当事人就出资安排等问题而达成的私人合同,可以说与仲裁争议问题本身并无任何关系。而且,资助协议中往往会设定保密条款,其中所涉及的资助金额、裁决回报比例等问题属于商业秘密的范畴,如无特殊情况(如资助协议存在争议,有可能出现当事方不付款而导致仲裁程序无法进行的情况,但这种情况大多与仲裁员的公正性与独立性无关),不宜将资助协议纳入应当披露的范围。

3. 仲裁员的披露标准

第三方资助可能对仲裁员公正性与独立性造成影响,因此在有关当事方对第三方资助者的基本信息作出披露后,对于仲裁员与第三方资助者的关系,有必要制定一项标准。

仲裁员与第三方资助公司或其关联机构有直接或间接利益往来时,应当对仲裁庭和仲裁当事人作出披露。有直接利益关系的情况可以参照 IBA2014 指引的红色清单,如仲裁员在第三方资助公司或其关联机构中担任具体职务;仲裁员为第三方资助公司或其关联机构提供固定的法律服务,并从中获取报酬;仲裁员所在律所与第三方资助公司或其关联机构存在长期合作关系等,这些情况就属于仲裁员与第三方资助公司有实质性利益关联,属于必须向仲裁庭和仲裁当事人披露的情形。

有间接利益关系的情况,则可以参考 IBA2014 指引中的橙色清单,如仲裁员曾为第三方资助公司或其关联机构提供服务;仲裁员所在律所曾为第三方资助公司或其关联机构提供法律咨询服务等。在这种情况下,仲裁员虽然表面上与第三方资助公司并无直接的利益关联,但间接的利益关联也可能产生利益冲突,因此也应当作出披露。如果一方当事人因此提出仲裁员回避的申请,应当由仲裁庭从危害是否具有现实性的角度作出裁量。

4. 披露的时间及形式

新加坡和我国香港地区对披露的时间问题进行了规定。新加坡采取的是如在仲裁程序开始之前签订资助协议,则应在仲裁程序开始之时作出;若在仲裁程序开始之后签订资助协议,则应尽快作出。^①我国香港地区的规定则是如在仲裁程序开始后签订资助协议,应当在签订后的 15 日内作出。^②笔者认为,在这个问题上规定受资助方应当在签订资助协议 7 日内作出披露,仲裁员如与第三方资助公司有直接或间接利益联系,则应当在收到受资助方披露信息后的 7 日内向仲裁

^① Legal Professional (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017, s.7.

^② Section 98U of Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding), (Amendment) Ordinance 2017, Section 98V.

庭和仲裁当事人作出。对于披露的形式,笔者认为应当采取书面形式进行披露。书面材料的形式更为严谨,而且证明力强,细节清晰,当事人更不容易在日后产生分歧。因而,书面形式的披露要优于口头形式。

Research on the Rules of Disclosure Duty of Third-Party Funding in International Arbitration

Abstract: The rise of third-party funding of international arbitration has had a number of impacts on the impartiality and independence of arbitrators and the confidentiality of arbitration. Disclosure is the key issue to resolve these problems. However, in the current rules relating to the disclosure of third-party funding in international arbitration, there are some problems such as ambiguity, low flexibility and rigid definition. In practice, it is not conducive to the party's citation to protect their rights and interests. Therefore, it is necessary for China to accurately define the issue of third-party funding arrangements in international arbitration, and require relevant parties to bear certain disclosure obligations to ensure that third-party capital can still guarantee the natural characteristics of impartiality and efficiency of the arbitration process.

Key words: International arbitration; Third-Party funding; Disclosure; Disclosure rules

(责任编辑:张 辉)