

# 国际投资仲裁第三方资助信息 披露路径探析

## ——基于东道国利益分析

唐艳琴\*, 郑田谊

广东财经大学法学院, 广东 广州

收稿日期: 2023年3月2日; 录用日期: 2023年3月14日; 发布日期: 2023年5月22日

### 摘要

第三方资助会对东道国公共利益、经济利益和公正利益造成不利影响。基于东道国利益, 如何对第三方资助信息进行有效披露是亟需解决的问题。但通过对现有国际投资仲裁规则的考察发现, 第三方资助信息披露的具体规则总体呈现出模糊甚至空白的特征。资助者与投资者关系的披露程度、资助者与仲裁员是否具有潜在的利益关联及仲裁费用如何分配等系列尚未明确因素, 促使投资者利用规制空白对东道国频繁提起仲裁, 不可避免地对国际投资仲裁程序与东道国利益造成严重影响。为了保证投资仲裁程序在第三方资助的参与下保持高效运行, 应当明确投资者承担强制披露义务及有关披露的具体事项, 健全仲裁费用制度, 强化仲裁员的独立性和公正性意识。

### 关键词

第三方资助, 披露路径, 国际投资仲裁, 东道国利益

# Analysis on the Information Disclosure Path of Third-Party Funding in International Investment Arbitration

## —Based on the Analysis of the Interests of the Host Country

Yanqin Tang\*, Tianyi Zhen

School of Law, Guangdong University of Finance and Economics, Guangzhou Guangdong

Received: Mar. 2<sup>nd</sup>, 2023; accepted: Mar. 14<sup>th</sup>, 2023; published: May 22<sup>nd</sup>, 2023

\*通讯作者。

## Abstract

Third-party funding will adversely affect the public interests, economic interests and just interests of the host country. Based on the interests of the host country, how to effectively disclose the third-party funding information is an urgent problem. However, through the investigation of the existing international investment arbitration rules, it is found that the specific rules of third-party funded information disclosure are generally vague or even blank. A series of unclear factors, such as the degree of disclosure of the relationship between funders and investors, whether there is a potential interest relationship between funders and arbitrators, and how to allocate arbitration fees, have prompted investors to take advantage of regulatory gaps to frequently file arbitration against the host country, which inevitably has a serious impact on the international investment arbitration procedure and the interests of the host country. In order to ensure the efficient operation of the investment arbitration procedure with the participation of the third party, it is necessary to clarify the compulsory disclosure obligations of investors and the specific matters related to disclosure, improve the arbitration fee system, and strengthen the arbitrator's awareness of independence and impartiality.

## Keywords

Third-Party Funding, Disclosure Path, International Investment Arbitration, Host Country Interests

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

因国际投资仲裁的保密性和第三方资助协议的保密条款,目前尚无权威的关于第三方资助投资仲裁案件数量的统计数据,但可以确定的是,资助者参与国际投资仲裁案件数量的比重呈显著增长趋势。第三方资助<sup>1</sup>是指不属于争议当事人的第三方,以某种方式资助争端当事人一方或双方,对当事人具有有效性影响,与结果有直接利益关系的一种商业投资行为。第三方资助起源于中世纪英国国内诉讼,最初被引入至国际仲裁时,率先被适用于国际投资案件中,随后也出现在国际商事仲裁中[1]。近几年,国际上的大型风险投资公司为了拓宽新市场逐渐加大国际仲裁中第三方资助的投资金额,第三方资助业务蓬勃发展使得国际投资仲裁中第三方资助信息披露问题变得颇为火热。第三方资助国际投资仲裁为本没有充足资金储备的投资者搭建阶梯,以便其获得接近正义的机会,但也对投资东道国的公共利益、经济利益及公正利益的产生了强烈冲击。在仲裁实践中,条约对投资者利益的偏向已得到广泛共识,第三方资助业务的兴起对东道国权益的保护提出了更高要求。为克服伴随第三方资助而来的消极影响,有必要对其进行披露。本文研究讨论的是基于双边投资条约所提起的国际投资仲裁,拟从保护东道国的利益出发,时刻警惕外国投资者搭乘第三方资助的快车向中国政府提出不合理诉求,分析国际投资仲裁中因第三方资助的介入,而诱发对东道国的公共利益、经济利益、程序公正三个方面的不利影响,批判性的继承现有的涉及披露义务规则的内容与不足的,对构建第三方资助投资仲裁下披露规则提出具有可操作性的建议。

<sup>1</sup>为避免与一般国际投资仲裁中单独提起投资仲裁请求的投资者相混淆,本文统一将提供资助的第三方称为“资助者”,将受资助的国际投资仲裁申请方称为“投资者”。第三方资助者除了第三方资助机构外还可能包括保险公司、投资银行等,这里统称为资助者。

## 2. 国际投资仲裁第三方资助损害东道国利益

国际投资仲裁的核心在于调整东道国政府与投资者的关系, 主权国家与他国国民的关系[2]。目前, 国际投资仲裁领域对第三方资助信息披露的规制因缺乏统一规定而仍处于探索阶段。第三方资助介入对东道国产生的不利影响主要表现在公共利益、经济利益、程序公正三个方面。

### 2.1. 损害东道国公共利益

公共利益是政治学、法学与经济学理论概念的重要部分, 但对其核心内容尚未达成一致。耶林认为利益可分为个人利益、公共利益、社会利益, 庞德以该分类为基础, 进一步指出公共利益是个人提出的或从有组织的政治生活的立场、以该组织的名义, 即国家, 提出的请求、需求和要求。社会利益是站在社会生活的立场提出、从文明社会生活的角度看待的更广泛的, 事关社会维持、社会活动和社会功能的请求[3]。在我国法律语境中, 公共利益与社会公共利益常常不加区分, 混合使用。笔者使用北大法宝检索发现, 我国法律、行政法规、司法解释和部门规章中使用“公共利益”概念的共有 3092 篇, 其中, 引用“社会公共利益”概念的共 1697 篇。<sup>2</sup>只有在辨别个人利益、社会利益与公共利益的前提下, 才能理解投资者与东道国、权利与权力间对峙的实质。即国家或政府是代表社会利益行使公权力, 并非社会利益本身, 以社会利益为出发点, 以公共利益为最终关怀, 在权利行使的过程中不能偏离维护社会利益的主航道。因此, 鉴于我国法学理论和法律实践中常将“公共利益”与“社会利益”混用, 没有清晰准确地对这一抽象法律概念进行界定, 本节所讨论的“公共利益”是指庞德利益体系中的公共利益而非社会公共利益。

东道国对外资征收等措施是维护公共利益的积极表现, 公共利益的积极表现在于通过限制投资者私人利益以实现东道国公共利益; 不得损害东道国环境等措施是公共利益的消极表现, 公共利益的消极表现在于阻止投资者私人利益的实现以防止东道国的环境公共利益受损害。国际投资仲裁相比国际民商事仲裁, 前者的设立正是为化解投资者 - 东道国的投资争端, 争端包含与东道国公共利益有关的征收国有化、环境规制措施、歧视性待遇等问题, 资助方往往不会将东道国的公共利益纳入考量范围。同时, 东道国作为争端的当事方参与国际投资仲裁的初衷是希望双方友好解决争端, 创造更具吸引力的投资环境, 不断吸收外国优质资本。相较于国际民商事仲裁, 国际投资仲裁更具有补偿性而非赔偿性, 是东道国对因其行为而遭受损害的投资者的补偿。第三方资助对投资者单方的资助加之资助给投资仲裁带来的“商业化”色彩, 对保护东道国公共利益造成了阻碍。因此, 国际投资仲裁领域的第三方资助信息披露相比于国际民商事仲裁领域兼具者维护东道国利益的重要功能。在权衡、评判其他主张或需求时, 通过利益衡量进行价值判断是常采取的方式[4], 尽可能保护所有利益而尽可能少地损害利益全体, 或尽可能少地损害整个利益体系的完整。在第三方资助语境下, 即使资助者与投资者订有保密条款, 公共利益也应高于资助方与被资助方的个人利益, 即应突破仲裁信息的保密性[5]。

### 2.2. 损害东道国经济利益

#### 2.2.1. 索赔额膨胀

除此之外, 东道国更应警惕的是投资者联合资助者提出巨额索赔。国际投资案件数量上升, 标的额巨大[6], 催生了第三方资助。当投资者面临投资成本高、胜诉风险小等因素不敢提起仲裁时, 资助者携资金介入很大程度上为面临巨额仲裁费用的投资者减轻了负担, 根据有利的裁决结果获得相应赔偿, 资助者与投资者按照约定比例受偿[7]。由于资助者, 使得国际条约仲裁呈现商品化的趋势, 第三方可对仲裁请求进行价值评估, 对可向东道国提起巨额赔偿的仲裁进行资助, 从而壮大成一项产业[8]。资助者与

<sup>2</sup>《中华人民共和国教育法》第 8 条、《中华人民共和国民用航空法》第 81 条、《中华人民共和国进出口商品检验法》第 1 条、《中华人民共和国广告法》第 9 条、《中华人民共和国公职人员政务处分法》第 39 条。

投资者所代表的利益不一致, 资助者谋求投资利益的最大化, 投资者追求争端解决的最便利化, 因此, 当仲裁双方就争端的解决达成非金钱赔偿和解方案时, 资助者与投资者因所代表利益不同, 和解方案无法体现投资者的利益。在 *Vattenfall v. Germany* 案<sup>3</sup>中, 瑞典投资者和德国政府就环保政策变更引起的投资争端达成和解, 德国政府无需向投资者支付的巨额赔偿。在资助者参与的场合, 资助者必然倾向于金钱赔偿, 而投资者为获得资助者的资助, 有可能会放弃和解。

### 2.2.2. 小额“集体诉请”高涨

第三方资助的运行机制就是向仲裁当事方提供资金支持以换取一定比例的胜诉收益, 但由于国际投资中小额投资仲裁案件经济回报少, 无法满足资助者投资成本和利润, 一般无法得到资助者资助。然而, 伴随着第三方资助制度的不断成熟与发展, 有价值的小额仲裁案件被资助者注意。资助者发现, 可以借小额仲裁案件打通第三方资助国际投资仲裁市场。除巨额索赔的形式外, 也不能排除将多个小额仲裁案件“打包捆绑”用以资助“集体诉请”的可能性。集体诉请是指由两个或两个以上仲裁申请人作为代表, 为拥护集体成员的共同利益, 通过同一仲裁程序对同一被申请人提起仲裁[9]。例如, 在澳大利亚的 *Fostif* 案件中, 接受第三方资助的原告是一批烟草零售商, 他们希望通过诉讼以达到免缴批发商所收取的经营费的目的, 但第三方资助公司为了获取更多收益, 不顾投资者的诉求, 联络召集更多的零售商参与集体诉讼, 壮大投资者队伍, 满足自身获益需求。集体诉请的仲裁形式在民商事仲裁领域并不常见, 但在投资仲裁领域却相反。集体诉请已存在于 ICSID 中, 目前 ICSID 的 909 起投资仲裁(614 起已结案件)中, 有 94 起案件(46 起已结案件)是由“...and others”作为仲裁申请人提起, 可见其规模。<sup>4</sup>但国际投资领域尚无有关集体诉请的法律依据。

### 2.2.3. 滥诉风险增加

集体诉请的共同申请人之间无论是基于同一法律关联关系还是基于相同国籍亦或是共同受到东道国的侵害, 都不妨碍资助方参与。多个小额投资仲裁的索赔金额足以保证投资回报的情况下, 第三方资助一旦形成规模体系, 涌入国际投资仲裁的浪潮中, 除增加东道国应诉压力外, 还会使东道国被动地陷入仲裁程序中, 付出大量时间和金钱。长期以来, 资助者的介入使仲裁沦为谋取私利的商业化工具。在资助方没有介入时, 投资者提交仲裁申请前会对仲裁费用、索赔数额等方面综合评估, 判断胜诉可能性及付出多寡。资助者介入后, 投资成本高产生的屏障失灵[10], 过去因经济回报不高、胜诉率低而被阻隔在仲裁之外的案件会陆续进入国际投资仲裁领域。胜诉率低并不必然伴随经济回报少, 经济回报少并不代表无价值。第三方资助本身具有的投机性决定了它追求高风险、高回报的案件。

## 2.3. 损害东道国公正利益

### 2.3.1. 仲裁员独立性和公正性受到质疑

确保仲裁员的独立与公正是维护程序正当、保障裁决结果高认可度与强执行力的基本前提, 国际投资仲裁实践依旧遵循此前提。国际投资仲裁中, 资助者与仲裁员之间关系密切的概率比其他仲裁领域更高[11], 仲裁员与律师重合的概率也更高, 这种多重身份关系和经济关系产生的利益关联打破了仲裁员身份独立性的要求, 可能造成资助者与仲裁员构陷东道国的不良态势。虽然资助者无法直接选定仲裁员, 但其可影响投资者选定特定仲裁员或通过特定首席仲裁员的指定, 选定与自己有联系的仲裁员的方式, 谋取与特定仲裁员的联系。由于目前没有规定第三方资助强制披露义务, 对于东道国来说, 披露与否、披露的内容、披露的程度都是不可控的。第三方资助信息披露对保护东道国公正利益, 消除资助者优势

<sup>3</sup>*Vattenfall Europe Generation AG v. The Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. A R B/09/6.

<sup>4</sup>数据来源: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, 截止至 2022 年 6 月 10 日。



地位是必要的, 才能保证仲裁程序的高效和公正。

### 2.3.2. 仲裁的透明度受到侵蚀

仲裁相比于诉讼, 具有更高要求的保密性。仲裁的保密性要求具体包括审判全程保密进行、涉案资料及数据保密等全程保密<sup>[12]</sup>。当仲裁案件触及东道国公共利益时, 将对仲裁保密性产生一定程度的冲击。公开是程序公正的一种途径, 存在第三方资助的案件中, 若投资者与资助者在资助协议中约定了投资者的保密义务, 这种保密义务是否具有高于程序公开的必要性。在仲裁案件触及一国公共利益时, 为保障社会公众, 尤其是东道国人民对仲裁案件的知情权, 仲裁的保密性属性应作出让步<sup>[13]</sup>。大多数国际投资仲裁纠纷涉及一国的公共措施或政策性改革措施, 与该国的基础产业有关, 高昂的仲裁费用和标的额伴随着仲裁结果的产生最终由全体纳税人承担, 这使得裁决结果与社会公众存在普遍利益关系。当一方当事人是国家且案涉公共利益时, 第三方资助协议的保密性应当被削弱, 东道国公共利益应先于资助者与投资者的利益得到实现, 这种对资助协议保密性保护力的打破是国际投资仲裁第三方资助信息披露制度得以维系的重要前提条件。

## 3. 仲裁第三方资助信息强制披露义务以保护东道国公共利益

在仲裁实践中, 投资者不可避免地将资助关系的存在与仲裁庭作出对其不利裁决结果二者相联系, 得出资助关系的存在会导致不利裁决结果作出的结论, 故资助协议通常会订立保密条款<sup>[14]</sup>, 约定资助者不得将受资助事项进行公开。基于国际投资仲裁触及东道国公共利益的考量, 国际投资仲裁应当对第三方资助信息的披露设立强制性义务, 即一旦有第三方资助介入国际投资仲裁, 投资者即有义务对相关信息进行披露。近年来, 一些国际仲裁规则和区域经贸协定中也明确要求投资者进行披露, 例如中国香港《仲裁条例》、新加坡《2015年法律职业行为规则》以及CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement, 《综合性经济贸易协议》) 投资章节规定的第三方资助信息的强制披露义务。<sup>5</sup>对于强制披露的具体内容, 应当涉及以下三个方面。

### 3.1. 披露时间

对于东道国而言, 强制披露的时间越早越好。如果在后续阶段才进行披露, 可能造成仲裁庭成员的改变、仲裁裁决的时间增加甚至导致裁决的无效, 影响裁决的承认和执行。披露的时间以仲裁程序的开始为节点, 在仲裁开始前订立的资助合同, 要求投资者在程序开始时进行披露; 在仲裁程序开始后订立的资助合同, 新加坡《2015年法律职业行为规则》规定受资助人应在可行范围内尽快、毫不迟疑地公布<sup>6</sup>。但此条规定为使仲裁庭在判断披露时间问题上较为灵活, 在实际适用方面存在一定难度。中国香港《仲裁条例》规定受资助人应在资助合同订立后15日内进行披露<sup>7</sup>, 这一规定在实践中更具指引性, 15天的时间为披露人留出足够的时间进行披露前的准备工作, 也为仲裁庭判断披露人是否有效履行披露义务作出了具体规定。

### 3.2. 披露范围

讨论关于第三方资助信息的披露范围问题实际上是信息披露至何种程度。在仲裁实践中, 信息披露范围还未达成一致。有的学者认为, 投资者仅需要披露存在第三方资助的事实及资助者名称、地址等基本身份信息。例如, 在2022年3月通过的《ICSID仲裁规则》第14条规定, 当事方有义务披露其通过直接或间接方式获得资助的非当事方的名称及地址。而有的学者则认为, 考虑到国际投资仲裁自身的

<sup>5</sup> 香港《仲裁条例》第98U(1)条; 新加坡《2015年法律职业行为规则》第49A(1)条; CETA Article 8.26.1。

<sup>6</sup> 新加坡《2015年法律职业行为规则》第49A(2)(b)条。

<sup>7</sup> 香港《仲裁条例》第98U(2)(b)条。

独特属性, 披露应当优先于资助协议中的保密条款, 投资者应当就资助协议的部分甚至全部内容展开披露。例如, 根据香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Center, 以下简称 HKIAC)《机构仲裁规则》的规定, 受资助方有义务对资助协议后续变化信息进行披露。因此, 在具体的制度中, 应当规定投资者对第三方资助的存在及基本信息负有强制披露的义务, 而对于投资协议的具体内容, 应当赋予仲裁庭根据案件实际情况自主裁量是否披露, 以及披露至何种程度的权利。

### 3.3. 披露对象

在明确了投资者的强制披露义务及具体内容后, 我们应当思考投资者应当向谁履行资助义务, 即披露对象的问题。可参考区域立法中, 中国香港《仲裁条例》和新加坡《2015 年法律职业行为规则》的规定,<sup>8</sup>披露对象应当包括仲裁机构、仲裁庭及案件当事人。国际投资仲裁与国际商事仲裁不同, 投资仲裁的东道国背后往往是全体社会公民, 裁决结果涉及纳税人的利益, 从某种意义上说, 此时的社会公众就是仲裁的利益相关人, 那么第三方资助信息的披露是否应当向社会公开。根据《透明度规则》的规定<sup>9</sup>, 国际投资仲裁应当向公众公开公布案件的相关信息。此时的案件相关信息不应当包括第三方资助信息。披露第三方资助信息的目的是为了保护仲裁程序的公正、防止相关当事方利益冲突及仲裁费用合理分配问题, 仅对仲裁庭以及案件当事方的披露即可满足这一目的。如若向东道国社会公众进行披露, 对于资助方与投资者资助协议的保密性造成完全性冲击, 披露成本过高。

## 4. 仲裁第三方资助信息披露费用承担以保护东道国经济利益

在国际投资仲裁实践中, 东道国为支撑仲裁程序的顺利进行往往需投入大量人力、物力、财力, 即使东道国的诉求最终获得支持, 但很大概率无法得到经济上的赔偿或补偿。如果在仲裁中, 资助方决议停止或撤回资助, 投资者无法承担巨额仲裁费用, 仲裁程序被迫中止甚至终止, 此时东道国前期投入的大量资金无法追回。这种情形使东道国, 尤其是为欠发达国家带来了巨大的财政压力, 东道国人民面临愈发沉重的经济负担, 阻碍东道国经济的持续发展。因此健全仲裁费用制度对于保护东道国经济利益具有重要意义。

### 4.1. 费用担保

东道国可在仲裁程序中向仲裁庭提出要求投资者提供费用担保的申请, 为防止其在胜诉时无法收回其合理的诉讼费用。在投资仲裁中, 第三方资助的介入引发仲裁双方经济风险分配不均的问题, 引入费用担保制度能够有效缓解此问题。投资实践中, 第三方资助者是拥有雄厚资金背景的公司企业, 但第三方资助者并非投资仲裁的当事人, 即使东道国胜诉, 裁决也无法约束资助者, 要求其承担败诉所产生的必要费用。一方面, 设置投资者费用担保制度, 规定存在第三方资助情形时, 投资者应当提供费用担保, 保障东道国在取得有利裁决结果时相关权益得以实现, 弥补因仲裁耗费的损失, 切实维护东道国的正当利益。另一方面, 设置费用担保制度在一定程度上能有效抑制因第三方资助兴起带来的投资滥诉问题, 避免东道国仲裁缠身。要求投资者提供费用担保, 担保费用在相当程度上会转嫁给资助者, 使得资助者所需投入的资助成本增加, 出于逐利的需要, 资助者前期在对投资案件进行风险评估时, 会更小心谨慎, 作出更有把握的出资决定, 从而在进入仲裁程序之前过滤掉一些仲裁意义极小的仲裁案件。

费用担保通常以临时措施的形式出现。为克制投资者草率地发起仲裁、保障仲裁程序的顺利进行、避免因东道国胜诉权利落空对国际投资仲裁程序的权威性造成冲击, 仲裁庭应当对费用担保制度的操作

<sup>8</sup> 香港《仲裁条例》第 98U (3)条、第 98V (3)条; 新加坡《2015 年法律职业行为规则》第 49A (1)条。

<sup>9</sup> 《透明度规则》第 2、3 条。

方式进行具体规定。仲裁规则应当授予仲裁庭要求投资者提供费用担保的权力。仲裁庭在评估费用担保申请时,应当考虑第三方资助因素。《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第34条、第35条将存在第三方资助作为仲裁庭调整仲裁费用分摊份额和要求当事人承担律师费和其他费用的参考依据。HKIAC《机构仲裁规则》第24条也明确了仲裁庭可自主裁决当事人是否需要提供费用担保。伦敦国际仲裁法院《仲裁规则》第25条明确赋予了仲裁庭要求提供费用担保的权力。第三方资助介入投资仲裁是仲裁庭判断投资者是否应当提供费用担保的原因之一,而非唯一。除此之外,仲裁庭还需考察案件的是否曲直、投资者的经济状况以及是否存在无法执行的风险等情况。

## 4.2. 费用分摊

国际投资仲裁的费用很高已得到国际社会的共识,根据OECD的统计显示,国际投资仲裁案件费用的平均花费在1100万美元以上。在仲裁实践中仲裁庭对于必要费用和开支分摊的通行做法主要包括三种费用分配方式:第一种是当事人双方各自承担其参加仲裁程序之开支(Pay Your Own)的原则,不产生费用分配问题。第二种是根据争议事项最终裁决结果分摊仲裁费用,由败诉方向胜诉方支付仲裁费用(Costs Follow the Event)的原则。第三种是以影响因素作为裁决依据的相对成功(Relative Success)原则,费用应根据各方在仲裁中主张的相对成功来分配<sup>[15]</sup>。仲裁实践中,更偏向于适用相对成功原则。在投资仲裁实践中,投资者付出的仲裁成本较小,赢得仲裁,其可获取来自东道国的仲裁赔偿;输掉仲裁,根据资助协议通常不必返还资助费用。而东道国无论胜诉败诉,都将承担相应费用。从公平原则出发,仲裁双方在费用负担层面出于一种极不公平的地位,尤其是当投资者败诉,东道国无法实现裁决利益。在第三方资助案件中,若投资者败诉,仲裁庭可对资助者下达支付仲裁费用的裁决。理论上,仲裁庭的管辖权仅及于仲裁的双方,对当事方以外的第三方资助者无约束力,但资助者已经实际参与到仲裁中,与案件实体和程序都高度紧密,实际上相当于仲裁中的当事人,也应当承担裁决的不利费用,通过对资助者下达支付令要求其承担一定仲裁费用,可为东道国实现仲裁利益提供保障。

## 5. 仲裁第三方资助信息披露仲裁员独立以保护东道国公正利益

### 5.1. 仲裁员作为信息披露义务主体

为确保仲裁员的独立性,大量仲裁规则都列举了仲裁员的披露义务。<sup>10</sup>根据《ICSID公约》规定,只要出具充分证据证明其与争议事项存在利益关联,当事方可就仲裁员回避事项提出申请,且仲裁员负有主动披露义务,披露的客体包括客观上可能让人产生合理怀疑的所有情形。但是,公约仅就披露的路径作出规定,对于何种信息应当披露,何种信息可免于披露等内容仍处于缺乏相应规定的状态<sup>[16]</sup>。有必要明确当存在第三方资助时,仲裁员应当主动披露与资助者存在可能影响裁决公正的任何关系。明确投资者作为披露的第一义务人后,仲裁员可就特定范围内的特殊关系展开披露。仲裁员在知悉资助者的基本身份信息后,应当立即就可能引起合理怀疑的任何情形向仲裁庭及当事人进行披露,以确保当事人拥有充足时间重新选任仲裁员。在确定仲裁员与资助者的关系后,可参照国际律师协会新修订的《国际仲裁利益冲突指引》(以下简称《IBA指引》),根据二者之间利益关系的相关程度确定披露标准。仲裁员与资助者具有直接关系或对裁决结果有直接利益时,可参考《IBA指引》“红色清单”的披露义务<sup>11</sup>,即仲裁员必须向仲裁庭和仲裁当事人披露。这种直接利益关系的具体情形包括,仲裁员曾就争议为一方当事人

<sup>10</sup> 国际仲裁院(ICC)的仲裁规则第11条第2款规定:“在任命或确认其任命前仲裁员候选人应签署一份独立声明,向秘书处书面披露在当事人看来可能影响仲裁员独立性的任何事实或情况,秘书处应将此信息书面通知各当事人并规定期限要求他们予以评论。”

伦敦国际仲裁院(LCIA)的仲裁规则第5条第3款规定:“如果发生足以影响其公正与独立的情况,仲裁员应立即将这种情况告知仲裁庭及当事人各方。”国际争议解决中心(ICDR)的仲裁规则第5条第2款规定:“在接受任命之前仲裁员应该合理地检查是否存在让他人合理怀疑其存在利益冲突的情形,仲裁员应当披露任何可能造成不公或让当事人无法追求其合理诉求的情形。”

<sup>11</sup> 本文所讨论的“红色清单”仅指“可弃权的红色清单”。



人或其关联公司提供过法律服务、仲裁员直接或间接地持有一方当事人或其关联公司的股份等重大利益冲突情形[17]。当仲裁员与资助者具有间接利益关系时,可参考《IBA 指引》“橙色清单”的披露义务,一方当事人提出的回避申请,由仲裁庭判断此种利益关系是否具有现实危险性作出是否需要回避的决定。对于间接利益关系的判断,主要着眼于仲裁员是否先前服务过资助方,如仲裁员近年来<sup>12</sup>曾担任当事人或其关联公司的法律顾问、仲裁员近年来曾多次被一方当事人或其关联公司指定为仲裁员等可能引起独立公正性怀疑的具体情形。在存在间接利益的情形中,仲裁员表与资助者的直接利益关联似乎已结束,但间接利益关联依旧是产生影响裁决公正的潜在因素,仍有披露必要。

## 5.2. 仲裁机构作为信息披露审查主体

因第三方资助介入使各方利益产生冲突这一问题,现有国际仲裁规则并没有具体可操作性的规定,当纠纷诉诸仲裁时,仲裁机构应当积极履行审查监督义务[18]。在接收到有关资助者的身份信息后,仲裁机构应立即开展审查工作,及时指出可能会影响仲裁员独立性的利益冲突,不得将与之有关的信息予以公开。在国际商会(International Chamber of Commerce)规则中,对于利益冲突审查作出了规定,即国际商会秘书长无权处理回避申请,对不符资格的仲裁员的回避申请转交给仲裁委员会或行政理事会主席;在ICSID 规则中审查仲裁员资格是否合格,主要涉及仲裁员自身品质及专业能力方面,而对于利益冲突问题无明确规定。对于第三方资助仲裁中,仲裁机构的审查义务可借鉴上述规则,仲裁机构通过审查当事人披露的有关信息。一经审查,发现仲裁员的利益冲突情形确实落入到应予回避的情形中,应当及时取消仲裁资格并告知理由,通知当事人另择仲裁员。这样一来能够提高双方当事人及资助者对仲裁员开展尽职调查的意识,确保仲裁员的公正独立性。程序在一开始必然将会提高双方仲裁成本,但从长远来看,若经事后审查发现仲裁员确因利益冲突而丧失仲裁资格,致使面临最终裁决结果不被认可这一更大成本,显然更具合理性。

## 6. 结语

加强对国际投资仲裁中第三方资助信息披露管理,构建以投资者披露为主、以仲裁员披露为辅,明确披露的时间和范围,以确保仲裁机构及案件当事人能够及时获取相关披露信息从而做出适当调整。在仲裁程序进行中,通过引入费用担保及费用分摊机制,明确适用标准,并赋予仲裁庭一定程度的自由裁量权以灵活应对不同案件情形。通过进一步科学规制第三方资助参与国际投资仲裁的行为,才能缓解其引发的利益不均衡及滥诉现象,实现投资争端有效解决,从而顺应第三方资助国际投资仲裁这个快速发展的新兴产业。

## 参考文献

- [1] 范冰仪. 论国际投资仲裁中第三方资助披露问题[J]. 国际商务研究, 2020, 41(2): 78-88.
- [2] [英]施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 赵文秀, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 40.
- [3] [美]罗斯科·庞德. 法理学(第三卷)[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 18-19.
- [4] [德]汉斯·布洛克斯, 沃尔夫·迪特里希·瓦尔克. 德国民法导论[M]. 张艳, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2014.
- [5] Kaushal, A. (2006) Reconciling the Public Interest: Third-Party Participation, Confidentiality and Privacy in NAFTA Chapter 11 Arbitration. *International Arbitration Law Review*, 9, 172-183.
- [6] van Harten, G. (2007) *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press, Oxford, 141-142. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552146.001.0001>
- [7] 徐树. 国际投资仲裁的第三方出资及其规制[J]. 北京仲裁, 2013(2): 41.

<sup>12</sup> 根据 IBA2014 指引, 橙色清单对仲裁员对一方当事人的先前服务或其他参涉案件提出了三年的期限。



- 
- [8] Cremades Jr., B.M. (2011) Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration. *Transnational Dispute Management*, 4, 21 p.
- [9] 龚宇. ICSID 投资仲裁中“集体诉请”的使用限度——基于阿根廷主权债务重组争端的反思[J]. 武大国际法评论, 2017(2): 134.
- [10] 郭霭莹. 国际投资仲裁中的第三方资助[D]: [硕士学位论文]. 厦门: 厦门大学, 2019: 22.
- [11] 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): 74.
- [12] Delaney, J. and Magraw, D.B. (2008) Procedural Transparency. In: Muchlinski, Ortino, F. and Schreuer, C., Eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 753-754.  
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0019>
- [13] Schill, S.W. (2010) *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, Oxford.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199589104.001.0001>
- [14] Ross, A. (2012) The Dynamics of Third-Party Funding. *Global Arbitration Review*, 7, 19.
- [15] 汤霞. 第三方资助国际投资仲裁的仲裁费用分配[J]. 法治社会, 2021(5): 56-65.
- [16] 郭华春. 第三方资助国际投资仲裁之滥诉风险与防治[J]. 国际经济法学刊, 2014, 21(2): 85-97.
- [17] 张亮, 杨子希. 第三方资助国际仲裁的披露义务规则研究[J]. 武大国际法评论, 2019, 3(2): 105-125.
- [18] 宋锡祥, 吴瑶芬. 国际商事仲裁第三方资助利益冲突的合理规制及其借鉴意义[J]. 海峡法学, 2018, 20(2): 72-82.