

# 国际投资仲裁中第三方资助的费用分担问题研究

史炜洁

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年2月27日; 录用日期: 2023年3月13日; 发布日期: 2023年5月26日

## 摘要

第三方资助制度, 是指当事人以外的自然人或者实体提供承担一方当事人部分或者全部费用的融资方式。作为“包揽诉讼”和“助讼”新形式, 该制度在近年备受国际投资仲裁市场的青睐。然而, 与之相匹配的国际立法、条约存在一定的滞后性, 继而产生了诸多问题, 比如仲裁庭对于费用问题的越权裁决、费用分担规则的适用不一、资助者引发的滥诉等。因此, 亟需对第三方资助国际投资仲裁涉及的费用概念和类型进行界定。通过文献调查分析和概念性质分析的研究方法, 明确仲裁庭有权裁决的费用范围; 通过对实践中多种费用分摊规则的利弊分析, 统一化和标准化费用规则; 通过合伙关系的界定, 扩大仲裁庭的管辖权, 赋予其管辖资助者的权力; 通过由资助者承担连带不利责任但享有内部追偿权的制度设计, 预防被资助者成为资助者攫取利益的工具, 以规范资助者与被资助者行为, 保障第三方资助市场的健康发展。

## 关键词

第三方资助, 国际投资仲裁, 费用分摊, 不利责任承担, 滥诉

# Research on Cost-Sharing System of Third-Party Funding in International Investment Arbitration

Weijie Shi

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Feb. 27<sup>th</sup>, 2023; accepted: Mar, 13<sup>th</sup>, 2023; published: May 26<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

In recent years, the third-party funding system as a new form of “champerty” and “maintenance”

has been favored by the international investment arbitration market. However, the lag of formulating of international legislation and treaties has caused some problems recently. Issues such as the arbitral tribunal's ultra vires award on fees, inconsistent application of fee-sharing rules, and indiscriminate litigation by funders continue to harass the arbitral tribunal and the parties to the arbitration. Therefore, it is urgent to define the concept and types of costs involved in third-party funding of international investment arbitration, so as to clarify the scope of costs which the arbitral tribunal has the power to award. Secondly, through the analysis of the advantages and disadvantages of various cost-sharing rules in practice, unifying and standardizing fee rules to increase the authority of the award is of great importance. Besides, by defining the partnership of the funder and the fundee, the tribunal's jurisdiction can be expanded, so that the tribunal can govern the funder's behaviours, and in a way that leaves the funder jointly and severally liable but entitled to internal right of recourse, in purpose of preventing the fundees from becoming a tool for funders to gain profits. Last but not least, it is also conducive to regulate the behavior of funders and fundees, and ensure the healthy development of the third-party funding market.

## Keywords

The Third-Party Funding, The International Investment Arbitration, Fee-Sharing, Unfavorable Liability, Abuse of Lawsuit

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

在全球化背景下，跨国投资日益增多，国际社会高度重视东道国与投资者之间的纠纷解决机制。根据 2022 年 1 月 ICSID(国际争端解决中心)发布的案件年度报告显示，1993 年到 2021 年，ICSID 受理的案件数量激增<sup>1</sup>，这说明越来越多的投资者将国际仲裁作为维护自身合法权益的关键路径。但与此同时，投资者也面临诸多困扰，东道国的恶意压迫、自身资金不足、自身资金周转等问题使得他们难以承担高昂的仲裁费用。于是，第三方资助制度应运而生，非争端的第三方能够为资金匮乏的当事方提供资金等，资助其申请仲裁维护自身权益，并且在获得有利裁决后获得高额回报。相较于东道国而言，投资者经济实力偏弱，因此往往作为被资助方出现。

近十余年来，第三方资助日渐受到投资者的青睐，但其透明度和费用问题也成为了仲裁庭的困扰。其中披露义务的相关问题已有诸多学者进行研究，国际仲裁机构也制定了一系列相应的规则，比如 2022 年《ICSID 仲裁规则》对第三方资助的披露义务做出了较为详细规定[1]。但在披露义务中有关费用的规定相对笼统，衍生了仲裁庭自由裁量权不明、规则适用不一、滥诉等问题[2]。其一，第三方资助者虽然不是争端的当事人，却贯穿于争端双方的仲裁程序中，这使被资助者极易遭到资助方的压迫、剥削，干预，甚至成为资助方攫取利益的工具。其二，对“费用”的概念界定模糊，以致仲裁庭的自由裁量权不清晰，甚至无法判断仲裁员是否越权裁决。其三，涉及第三方出资的案件中，由哪一方负担仲裁费用，尚无统一定论，就实践上来看，仲裁员通常采取“具体案情具体分析”的策略，因此一定程度上加大了类案裁决的差异性，降低了仲裁结果的可信赖力。

<sup>1</sup>ICSID《国际投资争端解决中心的案件量数据分析》

[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics.1\\_Edition\\_ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf)

因此, 本文主要研究第三方资助的费用问题, 进一步细化、标准化费用分摊规则。下文将逐一探讨以下问题: 1) 如何通过合理的费用分摊规则预防滥诉? 2) 第三方资助中的“费用”概念应如何进行界定? 3) 是否需要统一仲裁费用的分摊适用标准, 以及如何统一?

## 2. 第三方资助制度的起因及其发展

2017年, 中国国际经济贸易仲裁委员会颁布的《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资纠纷仲裁规则(试行)》采用了广义的第三方资助的定义: “第三方资助是指自然人或者法人提供承担全部或部分仲裁费用的融资方式。”<sup>2</sup> 通常理解, 该自然人或者法人应是与案件无直接利害关系的自然人和法人。其次, 第三方资助人对被资助人进行资助, 这里的资助包括金钱、技术以及法律服务等方面的资助。案件胜诉后, 资助人按照协议约定获得其投资回报。

事实上, 助讼和包揽诉讼是第三方资助的早期形式, 其通过变更形式得到了国际社会的认可。第三方资助最早来源于英国普通法上的助讼和包揽诉讼(Maintenance and Champerty)。英国牛津字典对于“助讼”的解读是: 不当地协助和教唆诉讼的行为, 特别是由与诉讼程序无利害关系的一方支持诉讼或起诉方……”<sup>3</sup> 布莱克斯通法律词典对于“包揽诉讼”的解读是“在诉讼请求的所有者与支持或帮助执行诉讼请求的非诉讼当事人之间分配诉讼收益的协议”。<sup>4</sup> 在早期, “助讼”和“包揽诉讼”因其违背公共政策、破坏司法公正、衍生剥削、滥诉等不利后果, 从而被大多数普通法系国家所禁止。但随着国际仲裁需求的增加, 第三方资助, 作为一种新形式, 也重新得到越来越多国家的认可。过去十年来, 第三方资助仲裁在澳大利亚、英格兰及威尔士、法国、德国、荷兰、瑞典、瑞士、美国等国受到日益关注, 不同程度地得到支持, 并付诸仲裁司法实践。<sup>5</sup>

同时, 第三方资助制度在国际投资仲裁的发展现状和发展潜力也得益于其高回报、高利润。据UNCTAD发布的《2019年投资者与东道国间争端解决案件报告》, 仲裁庭认定的赔偿数额从1千万美元到数十亿美元不等, 足见国际投资仲裁中的巨额赔偿现状。<sup>6</sup> 例如, 在Magyar Farming and others v. Hungary案中, 仲裁庭认定的赔偿数额是790万美元<sup>7</sup>; 又如, 在Tethyan Copper v. Pakistan案中, 赔偿数额是40亿美元<sup>8</sup>; 再如, 在ConocoPhillips v. Venezuela案中, 其赔偿数额约为85亿美元。<sup>9</sup> 其次, 投资条约法极少为被诉东道国提供反诉的可能性, 使此类索赔对于资助人极其有利可图, 回报甚至可以达到胜诉收益30%~50% [3]。

再次, 就实践而言, 资助人通常会通过利润算法, 筛选出多个仲裁案件进行资助, 以此降低投资风险, 获取最大利润。

随后, 多个国际组织也相继制定了有关第三方资助的规定, 但都较为笼统, 尚未规定仲裁庭费用裁决的具体方式。例如, 2017年新加坡国际仲裁中心(SIAC)的《投资仲裁规则》, 首先对“助讼和包揽诉讼”解除了禁令, 是首部对第三方资助进行规定的规则。之后, 2018年香港国际仲裁中心(HKICAC)颁布了《机构仲裁规则》, 规定了第三方资助的披露义务包括出资人的信息披露和签订出资协议的事实通知

<sup>2</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资纠纷仲裁规则(试行)》

<https://www.yidaiyilu.gov.cn/wcm.files/upload/CMSydyjgw/201709/201709260955044.pdf>

<sup>3</sup> Catherine Soanes, Oxford English Dictionary (London: Oxford University Press, 1989), p. 226.

<sup>4</sup> Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary (Minnesota: West Group, 2009), p. 262.

<sup>5</sup> 参见香港法律改革委员会第三方资助仲裁小组委员会: 《咨询文件——第三方资助仲裁》, 2015年10月, 第52-113页, [http://www.hkreform.gov.hk/chs/docs/tpf\\_c.pdf](http://www.hkreform.gov.hk/chs/docs/tpf_c.pdf) (访问日期: 2020年8月9日)

<sup>6</sup> 《2019年投资者与东道国间争端解决案件报告》 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d6.pdf>

<sup>7</sup> Magyar Farming and others v. Hungary ICSID Case No. ARB/17/27, Award dated 13 November 2019, page 127.

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10914.pdf>

<sup>8</sup> Tethyan Copper v. Pakistan ICSID Case No. ARB/12/1, Award dated 17 September 2020, page 69.

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11880.pdf>

<sup>9</sup> Conoco Phillips v. Venezuela ICSID Case No. ARB/07/30, Award 8 March 2019, page 329-330.

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10402.pdf>

义务。<sup>10</sup> 2018年 ICCA (国际大会及会议协会)也针对第三方资助问题,特别发布了《国际仲裁中第三方资助报告》,该报告对于费用担保做出了一些规定,但对于仲裁费用分摊没有详细规定,只较为笼统地规定由仲裁员自行根据案件具体情况裁决。<sup>11</sup> 随后,涉及第三方资助的其他规则也相继制定,对于披露义务这一块的规定越发细致,但仍在费用分摊方面,赋予仲裁庭较多的自由裁量权。因此,亟需对费用相关问题进行探讨与研究,制定合理的费用规则,提高仲裁结果的权威性和公正性。

### 3. 第三方资助中的“费用”:类型界定

#### 3.1. 仲裁庭对于“程序性费用”享有仲裁权

第三方资助涉及的费用包含两部分。其一,是资助者提供给被资助者的律师、技术、咨询、资金等资助费用,可称之为“程序性费用”;其二,是被资助者胜诉后,资助者根据资助协议获取的资助回报费。

“程序性费用”是指当事人为了申请、进行、终结仲裁程序所涉及到的直接费用。比如,根据最新发布的2022年《ICSID 仲裁规则》第50条规定“仲裁费用是双方与仲裁有关的所有费用,包括:1) 当事人的法律费用和合理支出;2) 法庭/仲裁庭的费用,法庭助理当事人和法庭指定的专家费用;3) 中心的行政费用和直接费用。”这其中包括律师费、证人和专家证据相关的开支费用以及为了进行仲裁而发生的其他程序性费用等。第三方资助仲裁中,资助者提供给被资助者的律师、技术、咨询、资金等资助费用虽然不是由仲裁当事人直接支付的,但其本质都是为了当事人能进行仲裁而给付的一笔程序性费用。且根据该规则第52条规定,仲裁庭有权对有关仲裁中的“程序性”费用做出裁决。<sup>12</sup> 因此,针对上述第三方资助的“程序性费用”,仲裁庭有权依法做出裁决。

针对后一项费用,其本质上是一种商业利润,是对资助者先前的资助行为的回报费。该费用并没有为仲裁程序提供实质性帮助,只是在被资助者胜诉后,根据资助者与被资助者之间的资助协议,资助者获取的一种回报费,因此不应认定为仲裁中的“程序性”费用。根据2022年的《ICSID 仲裁规则》和《ICSID 公约》都没有对于该费用如何裁决的规定,在《ICSID 仲裁规则》费用一章,对于第三方资助的费用有且仅有规定:当仲裁庭考虑担保费用时,应当考虑仲裁当事人的第三方资助的情况。而对于其他费用问题一字未提。<sup>13</sup> 可见,对于“仲裁庭是否有权裁决所有涉及第三方资助的费用”这一问题仍没有给出明确的答案。

综上,根据《ICSID 仲裁规则》第52条,仲裁庭仅对前一项费用有裁决权,对“资助回报费”无裁决权。但根据《ICSID 公约》第62条,仲裁庭享有分配费用的自由裁量权<sup>14</sup>。基于此,“资助回报费”是否可通过该规则纳入到仲裁庭裁决的范围内呢?

#### 3.2. “资助回报费”的裁决权归属

资助回报费是指在国际投资仲裁中,资助者与被资助者在第三方资助协议中约定的,当被资助者胜诉时,资助者可以获取的回报费;若被资助者败诉,则资助者既没有资助回报费,也无法请求返还先前的投资款。因此,资助回报费的性质类似于投资活动中的投资收益。

对于该费用是否属于仲裁庭裁决的范围,学界对此争论不休。部分学者指出,应当根据被资助者在

<sup>10</sup>2018年香港国际仲裁中心(HKIAC)颁布的《机构仲裁规则》  
<https://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018>。

<sup>11</sup>2018年 ICCA 发布的《国际仲裁中第三方资助报告》  
[https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf)。

<sup>12</sup>2022年《ICSID 仲裁规则》[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration\\_Rules.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf)。

<sup>13</sup>《ICSID 仲裁规则》和《ICSID 公约》[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration\\_Rules.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf),  
[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID\\_Convention.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf)。

<sup>14</sup>同13。

寻求资助时的原因进行考虑,即,将被申请人对申请人的善恶作为衡量标准。若由于被申请人(即东道国)的恶意不当行为致使被资助者寻求救济而产生的“资助回报费”,则应纳入仲裁庭裁决费用范围中;若被资助者纯粹是以分散风险为目的主动寻求第三方资助,则该费用不应纳入仲裁庭裁决范围,但特殊情况除外。所谓“恶意不当行为”是指被申请人压榨、剥削、恶意没收申请人的财产,使申请人处于财产困境的行为。所谓“以分散风险为目的”是指被资助者主观上为了使自身资金能用于企业运营周转,而主动寻找第三方资助者帮助自己分担风险的情形[4]。另有学者并不赞同将“资助回报费”纳入仲裁庭裁决的范围内,其理由是第三方资助协议类似于市场中常见的“融资协议”,属于合同双方当事人的意思自治,应由当事人自主决定,而仲裁庭对此无权管辖[5]。

针对前一观点,其性质有偏离仲裁费用轨道之趋势,且实践中缺乏可操作性。从性质上看,当被申请人(这里指东道国)对申请人(即被资助者)存在恶意时,才能将“资助回报费”纳入仲裁庭裁决的范围,那仲裁庭对此进行裁决是出于对仲裁费用成本的考量还是对恶意行为引起的损害赔偿责任的考量呢?就实践上而言,存在三方面问题:1) 界定“善意与恶意”的区分标准困难,即:被申请人的何种行为或何种程度的行为算是对申请者的恶意压迫、被申请人是否存在抗辩权等较难界定和衡量。2) 当事人的举证责任不明确,由哪一方当事人承担举证责任,证明人的证明标准等问题都有待探讨。3) 区分“善意与恶意”无疑加重了仲裁各方的责任,加大了仲裁员工作量,不必要延长了仲裁程序。综上,从抽象概念到具体规则的落实,是一个漫长的过程,需要耗费大量的人力和物力,性价比颇低。

后一观点,虽有一定的正当性,但忽略了民法的“融资协议”与“第三方资助协议”的核心区别。例如,民法的“融资协议”仅涉及资本的吸收,资助者并不干涉目标公司的经营决策。但“第三方资助协议”更具目的性和干预性,资助者通常会事实上参与、干预被资助者的抉择,甚至压迫被资助者。又如,第三方资助协议存在的目的便是为了帮助被资助者提起相对应的仲裁而存在,若脱离了该仲裁,则该第三方资助协议便不会成立。这种紧密联系,使得仲裁结果直接影响资助者资助的成败与否,因此,其与“融资协议”的性质存在差异,不能将其类比为单纯的“融资协议”。最后,将“资助回报费”纳入仲裁的范围,一定程度上能规制不合理的资助回报费,从而达到预防滥诉的目的。所以,“资助回报费”作为第三方资助中最重要的一部分,应当纳入仲裁费用考虑的范围。

综上,被资助方胜诉时,仲裁庭有权裁决的费用范围应包括第三方资助的国际投资仲裁中的“程序性费用”和“资助回报费”。其次,根据《ICSID 仲裁规则》第 52 条第 1 款(d)项表明,仲裁庭在进行裁决时应考虑费用的合理性。所以,在审查“资助回报费”时,应当考虑其是否在合理的范围内,若超出合理范围应将其根据具体情况进行调整。通常的投资回报数额为裁决最终支持数额为基数的 20%~40%。[6]当被资助者败诉时,鉴于资助者投资失败,便没有“资助回报费”的存在,则仲裁员的裁决费用范围仅包括仲裁中的“程序性费用”。

#### 4. 仲裁费用的分担规则

《ICSID 公约》第 61 条第 2 款赋予了仲裁庭核算双方当事人在仲裁程序中产生的费用以及决定由谁以何种方式支付费用的权力,但对具体标准即分摊费用时仲裁庭应该考虑的事项没有规定,而是交由仲裁庭自行决定。就实践上来看,费用分配模式大体可以分为三类,英式规则、美式规则以及第三类规则。第三种规则并没有具体的固定类型。有学者将“相对成功原则”认做第三种分类,另有多数学者提出其他的第三类即“有利于投资者原则”。所谓相对成功原则是指“费用应根据各方在仲裁中主张的相对成功来分配。这一原则被视为是败诉者负担原则的一个变种,获得了一部分仲裁庭的支持。在这一原则的指导下,仲裁庭首先适用败诉者负担原则作为起点;其次,仲裁庭以争点(issue-by-issue)为依据来考虑各自胜诉的诉求,然后对费用分配进行相应调整[7]。”而实践中仲裁庭主要倾向于适用“有利于投资者

原则”，即：无论哪一方胜诉，均由东道国承担仲裁费用<sup>[8]</sup>。对于这两种分歧，前一种本质上是由仲裁庭自由裁量权所致，仲裁员根据案件的具体情况对费用进行衡量，事实上是“英式规则”加“仲裁庭自由裁量权”模式下的操作。因此，此分类不足以构成和前两种规则并列的分类。相较于前者，后者的“英式规则”、“美式规则”和“有利于投资者原则”更为合理。但这三种规则的任意适用依然不能使仲裁案件的适用规则有统一的标准，裁决不确定性仍然存在，因此需进一步统一。以下为各规则的利弊衡量。

#### 4.1. “有利于投资者原则”

即无论案件裁决结果如何，均由东道国承担仲裁费用。从当前国际投资仲裁趋势看，越来越多投资者基于公平公正原则提起仲裁，而裁决的结果显示大多偏向维护投资者的利益。若在此基础上仍由东道国承担仲裁费用，无疑是为当前不公正的裁决结果加重偏颇。其次，在第三方资助的背景下，该原则造就了被资助者申索的低成本，必然刺激和纵容资助者引诱被资助者频繁起诉甚至滥诉。

#### 4.2. “美式原则”

“美式原则”，也有人将其命名为“各方承担自己费用原则”。其费用分摊模式是由双方各自负担各自的仲裁费用。在 *Liman Caspian Oil BV & NCL Dutch Investment BV 诉哈萨克斯坦共和国案* 和 *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG 诉加纳共和国案*<sup>15</sup> 中，仲裁庭均裁决双方各自负担自己的仲裁费用。

该规则下，虽具备形式上的公平公正，但至于是否能实现实质公平和制约滥诉则有待考究。首先，双方当事人负担各自的仲裁成本满足了形式上的公平性。但实际上，如果是投资者败诉，投资者负担自己的费用，毋庸置疑；但投资者的申请已经使得东道国耗费巨额资金和时间成本，若继续让东道国承担自己在仲裁程序中的成本实则是另一种不公平。因为投资者败诉意味着东道国之前对投资者做出的决策是正确的，东道国没有必要也不应该为自己正确的决策付出惨痛的代价。如果是投资者胜诉，东道国负担自己的费用，无可争议；但若只让东道国负担自己的费用，有失偏颇，理由在于，投资者提起的仲裁起源于东道国对投资者的不当制裁措施，且仲裁结果也证明东道国的制裁措施的确是不当的，因此若不给予东道国一定程度地惩罚，事实上是对东道国任意制裁的鼓动，是对投资者境外投资积极性的削减。其次，适用“美式规则”，可能会迫使处于被动地位的东道国面临经济实力的被迫下行。起因在于，一个东道国有诸多投资者，若投资者在资助者的帮助下纷纷提起申索，那其所需承担仲裁费用的案件数量就增加，投资者的滥诉势必导致其经济实力的被迫衰退。最后，考虑到经济的原因，东道国便会就选择容忍投资者的越界行为，以此来规避投资者提起国际投资仲裁。因此，该规则在实质公平和预防滥诉方面有待加强。

#### 4.3. “英式规则”

“英式规则”指由败诉方承担仲裁费用的规则。例如，在 *Libananco 诉土耳其案* 中，仲裁庭采用了该费用分摊方式，裁定仲裁费用由败诉方(土耳其政府)承担。<sup>16</sup> 该种规则从公平的视角出发，是对败诉者的一种惩罚。再如，在 *Cascade Investments NV 诉土耳其政府案* 中，仲裁庭裁决投资者败诉，并让败诉的投资者承担了所有仲裁费用。<sup>17</sup> 该规则若从投资者败诉的视角出发，能更好地约束争端当事人一方进行过度诉讼、滥诉；但从仲裁机构收益出发，面临着一个问题，即：被资助者败诉，则资助者势必会终止

<sup>15</sup>Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan ICSID Case No. ARB/07/14, Award of June 22, 2010, page.101. [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C106/DC3392\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C106/DC3392_En.pdf).

<sup>16</sup>Gustav F W Hamester GmbH & Co KG Claimant v. Republic of Ghana Respondent ICSID Case No.ARB/07/ 24, June 18, 2010,page.101 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>.

<sup>17</sup>Gustav F W Hamester GmbH & Co KG Claimant v. Republic of Ghana Respondent ICSID Case No.ARB/07/ 24, June 18, 2010,page.101 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>.

一切资助，不承担任何责任。那么败诉者在提起仲裁的资金都需要第三方资助的情况下，又有何资金来支付败诉费用？

综上，若能解决上述问题，则“英式规则”相较于其他两种更能实现实质公平和预防滥诉的功能，值得被仲裁机构所采纳。针对落实败诉者承担仲裁费用，是否可通过让第三方资助者分摊不利责任来寻求出路？以及如何让第三方资助者承担不利责任？

## 5. 第三方资助者的责任承担

第三方资助者既然可以在申请人胜诉后可以获得丰厚的利润，那对其是否应当在被资助者败诉后承担败诉的不利后果值得进一步探讨。

影响第三方资助者承担不利责任的关键涉及到合同相对性、资助协议管辖以及对协议终止的限制三方面。1) 是否能对合同相对性原理进行突破是关键。第三方资助协议是资助者与被资助者两者之间的合同，根据合同相对性原理，第三方资助者只对被资助者负责，而不对被资助者与另一方之间形成的法律关系承担责任。2) “资助者”是否受到仲裁庭的管辖是关键。资助者虽非仲裁案件当事人之一，但对于案件干预可谓有过之而无不及，对其能否根据相关理论纳入到仲裁庭的管辖范围内颇为重要。3) 针对被资助者败诉后，第三方资助者能否随时终止资助协议；以该种方式来预防第三方资助者随时终止资助，保障被资助者在仲裁过程中的自由选择权。

### 5.1. 能否适用“合同相对性”突破的原理

根据《民法典》第 465 条第 2 款的规定，合同相对性是指依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。合同相对性原则在民法发展初期，一直被严格遵守，但随着商品经济的复杂化、多样化，便产生了特定情形下对该原则的突破。例如房屋买卖不破租赁便是对合同相对性的突破。第三方资助人，要不要承担责任、负何等责任、以及基于何种理由承担或不承担责任等问题，都有待于合同相对性的突破。崔建远教授指出在《民法典》的基础上突破合同相对性的情形有 20 多种，其中，“通过交易安排，将两份合同连接起来”达到合同相对性的突破，似乎是最适合第三方资助协议的方式。其次，崔建远教授对该方式进行了举例论证，其将两份指向不同主体的 A 合同与 B 合同，通过 C 合同进行衔接，即在 C 合同中约定 A 合同的义务主体全权由 B 合同中的主体替代<sup>[9]</sup>。因此，C 合同在突破前面的 A 合同的相对性中起到了至关重要的作用。而第三方资助协议中并不存在将申请人与被申请人、申请人与资助者之间的关系进行衔接的合同，因此，第三方资助协议在突破合同相对性上欠缺理由，不能突破。

### 5.2. “资助者”是否可由仲裁庭管辖

针对第二个问题，资助者是否属于仲裁庭可管辖裁决的范围目前也存有较大争议。一些学者认为，资助方向另一方当事人和仲裁庭发出信号，仅表明其支持被资助方的目的纯粹在于增加被资助方获得申请仲裁的机会，并未表露其想成为仲裁一方当事人的意图。该资助人类似于向有贷款需求的人发放贷款的银行，其仅关注仲裁的结果，其控制、干预仲裁的行为也仅是为了其利益作保障。所以，向仲裁当事人提供资助并不等同于同意加入仲裁<sup>[10]</sup>。因此，仲裁员对此不应有管辖权。但是，德国法律认为第三方资助的仲裁关系类似非典型的隐名合伙关系，资助方与被资助方之间形成合伙关系，然后共同实现争端的解决即帮助受资助方取得争端的胜利，最后资助方获得投资收益。正是基于该合伙关系，所以资助者理应受到仲裁庭管辖。

针对前一观点，笔者认为有失偏颇，原因在于，类似的银行贷款合同、融资合同等等，资助者不会

去干预和控制被资助方的行为，更不会去参与被资助方的运营程序；但第三方资助却不同，资助者不仅会为被资助方提供各种所需的法律服务等一切仲裁资源，也会对仲裁程序进行干涉、干预被资助方的选择，甚至影响仲裁员的公正和独立性。实际上，资助方在仲裁过程中和被资助方共同参与了仲裁程序，甚至可能比被资助者涉入的程度更高，不能因其目的而否认其干预行为。因此，在国际仲裁案件急剧增加、资助者引起滥诉的背景下，第二种合伙关系的认定更为合理。

基于该合伙关系，仲裁庭有权管辖资助者。且基于该合伙关系以及资助方对被资助方的过度干预行为使得资助者应当承担不利责任[10]。但第三方资助者对于该不利责任对外承担的是连带责任，同时应赋予资助者向被资助者进行对内追偿的权利。因为国际仲裁案件的仲裁结果中的不利责任承担还是源于被资助者先前行为，例如，被资助者是投资者的情形，其逻辑路径是：投资者先前在涉外投资上的不当行为 - 引起与东道国(即被申请人)的矛盾 - 投资者寻求第三方资助 - 投资者向仲裁庭申请仲裁 - 仲裁庭作出裁决(投资者败诉) - 投资者承担不利责任；若被资助者是东道国的情形，其逻辑路径是：东道国对投资者的不当制裁 - 引起投资者向国际投资仲裁庭申请仲裁 - 东道国(即被申请人)寻求第三方资助 - 仲裁庭作出裁决(东道国败诉) - 东道国承担不利责任。因此，国际投资仲裁庭裁决的事项是申请人和被申请人之间的纠纷，被资助者败诉的根本原因须归因于自身的先前行为。所以公平起见，第三人承担后，可以向被资助者追偿。这既有利于保障另一方当事人的权益得到实现，又能预防滥诉的发生，也不至于打击第三方资助者的积极性。

### 5.3. 对“第三方资助协议”终止的限制

为更好地保障被资助者的权益，须对“第三方资助协议”的终止条件进行限制。资助行为的终止与被资助者的自由选择权和资金保障有密切关系，原因如下：首先，若允许资助者随时终止和撤销资助，那么实际上资助者便被赋予了威胁、干预、控制被资助方的权利，严重破坏了争端当事方仲裁的自主性[11]；其次，资助者的随意终止行为，会导致正在仲裁程序中的当事人不得不中止仲裁或与另一方当事人达成和解。因此，资助者一旦进入资助程序，便不能任意终止、撤销资助，但有特殊情况的除外(例如，资助者濒临破产、被资助者违反资助协议约定，使资助者的投资风险不合理地扩大等情形)。鉴于第三方资助行为终究是资助者与被资助者双方意思自治的成果，因此法律法规可仅做出原则性规定(例如，禁止恶意撤资、禁止恶意终止资助等)，而限制条件的具体事项可在资助协议中由双方当事人约定更为合理。这样既保障了被资助者的权益，又规制了第三方资助市场，引导其在正确的轨道上持续发展。

## 6. 结论

实践表明，国际投资仲裁中的第三方资助制度在利益驱使下发展得如火如荼。但繁荣景象的背后，问题也悄然滋生。例如，仲裁员的公正性和独立性遭到冲击，被资助者成为资助者攫取利益的工具，费用分担规则的不足导致滥诉现象的发生等[12]。因此，第三方资助制度面临重重挑战，构建完善的第三方资助制度迫在眉睫。

本文试图对第三方资助中的“费用”进行规制来预防、压制滥诉。第一，对仲裁庭有权裁决的“费用”范围做出更合理的界定。当被资助方胜诉时，仲裁庭有权裁决的费用范围应包括第三方资助的国际投资仲裁中的“程序性费用”和“资助回报费”。当被资助者败诉时，仅包含仲裁中的“程序性费用”。第二，对费用分摊规则进行统一适用，由败诉者承担仲裁费用的“英式规则”相较于其他规则更注重实质公平以及具有更高的实操性，可成为仲裁庭对费用分摊时的首选[13]。第三，通过对第三方资助行为的性质分析归纳，资助者与被资助者之间更趋向于一种“共享收益、共担风险”的合伙关系。正是合伙关系具有的牵连属性，致使可将资助者纳入到仲裁庭的管辖范围内，使资助者对外承担连带责任，对内享

有追偿权,从而规制其可能实施的滥诉行为。最后,为进一步保障被资助者在仲裁过程中的自由选择权,资助行为的终止条件可通过相关立法进行原则性规定,比如禁止恶意撤资、禁止恶意终止资助等[14]。其中,具体事项(例如,终止资助的条件、时间以及随意撤资后的违约责任承担等)可由资助协议的双方当事人自行约定,以体现协议的意思自治。通过上述限制,预防被资助者因资助者的突然撤资而被迫与被申请人和解等情况的发生。

改革开放以来,我国也不断放松对外资的管制,资本输入对我国而言既是机遇也是挑战。本文对我国资本输入管控也具有一定借鉴意义。我国要对第三方资助加以重视,建立本国第三方资助的相关仲裁法律、法规,明确相应的披露义务、费用分摊规则、担保费用规则等,以防投资者或第三方资助者为牟取不正当利益而对我国随意提起仲裁,浪费我国的人力物力资源[15]。综上所述,我国也要积极加入国际投资仲裁的第三方资助制度的道路建设中,不断提升我国的制度构建能力和风险审查、风险规避能力。

### 参考文献

- [1] 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.  
<https://doi.org/10.13871/b.cnki.whuilr.2019.02.018>
- [2] 汤霞. 国际投资仲裁中第三方资助披露规则缺失的困境与破解[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2022, 62(5): 53-58+153. 10. <https://doi.org/15991/j.cnki.411028.2022.05.013>
- [3] Garcia, F.J. and Hough, K. (2018) Third Party Funding in International Investor-State Arbitration. *American Society of International Law Insights*, 22.
- [4] 段鑫睿. 国际商事仲裁中第三方资助费用的分担问题[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2019(5): 126-129.
- [5] 刘畅. 国际商事仲裁中第三方资助的费用问题[J]. 荆楚理工学院学报, 2018, 33(3): 77-84.
- [6] 章曦. 论国际仲裁中的第三方融资及投资人的自我监管[J]. 北京仲裁, 2015(3): 111-125.
- [7] 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.  
<https://doi.org/10.19350/j.cnki.fzsh.2021.05.005>
- [8] Hodgson, M. (2015) Cost Allocation in ICSID Arbitration: Theory and (Mis)Application. Columbia FDI Perspective, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues No. 152. Columbia Center on Sustainable Investment, New York.
- [9] 崔建远. 论合同相对性原则[J]. 清华法学, 2022, 16(2): 125-138.
- [10] 刘云江. 国际仲裁中第三方资助方管辖权问题分析及应对[J]. 人民论坛·学术前沿, 2020(13): 92-95.  
<https://doi.org/10.16619/j.cnki.rmltxsqy.2020.13.011>
- [11] 汤霞. 接近正义: 第三方资助国际投资仲裁的风险规制[J]. 华南师范大学学报(社会科学版), 2022(2): 34-45+207.
- [12] 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): 54-66+207.
- [13] 刘敬东, 李青原. 论第三方资助国际投资仲裁及其规制[J]. 学术交流, 2020(12): 68-78+187.
- [14] 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, 35(6): 69-83.
- [15] 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.