



## 哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 253 2019 年 06 月 03 日

总编辑: Karl P. Sauvant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

执行编辑: Marion A. Creach ([marion.creach@sciencespo.fr](mailto:marion.creach@sciencespo.fr))

### 投资仲裁中反对第三方融资的案例\*

Frank J. Garcia Kirrin Hough\*\*

有关投资中第三方融资（TPF）的争议日益加剧，因为投资者们发现“投资者—国家争端解决”（ISDS）案件中的原告通常能够获得高额的回报。作为承担相关成本的回报，投资者们不仅可以获得回报中的巨额份额，同时还可以通过要求进度报告、监控费用、批准支出、寻求直接访问客户的律师以及影响仲裁员的任命和调整裁定结果来左右案件的管理<sup>1</sup>。但是，尽管 TPF 在其他争议环境中带来了诸多好处，ISDS 环境下的 TPF 在关键方面都不尽相同。如果不完全禁止 TPF 的话，便应当对其加以监管。

首先，金融风险不平衡。根据目前的 ISDS 制度，政府通常不能提出撤销裁决的反诉。此外，在三分之二的案例中，各州都支付或结算了索赔额<sup>2</sup>。在程序上，原告在选择审判员时有直接的发言权，并且案件一经裁决，各方无权上诉。这些因素使得资助者能够获得可观的利润，甚至可以达到超过 700 % 的投资回报<sup>3</sup>。而除了成本之外，他们并不承担任何的风险。这就使得一名仲裁员将 ISDS 环境下的 TPF 描述为“赌徒的天堂”：“我有一半的概率获胜，我也有一半的概率不输。”<sup>4</sup>

其次，融资机会不平衡。由于各州无法在 ISDS 案件中获得任何金融回报，因此 TPF 通常仅为原告提供资金。此外，有证据表明，TPF 正在加速投资索赔案件数量的增长。

而日益普遍的争议资金组合模式也加剧了这一现象，这可能会鼓励原告对各州提出更多的（但无效的）索赔。因此，TPF 增加了 FDI 投资者的可用资源，同时加剧了各州的预算压力，从而扭曲了该体系。

最后，金额的来源有着本质差异。在 ISDS 环境下，TPF 的利润来自相应国家及该国的公民，而非商业纠纷中的股东，因为东道国的纳税人——而非股东——是 ISDS 中的剩余风险承担者。此外，该金额的很大一部分流向了 TPF 投资者，他们既不是 ISDS 系统的利益相关者，也不是 ISDS 系统的受益者，但仍然能够影响着案件管理和判例法。从公平的角度来看，TPF 可被视为通过 ISDS 从公众（通常是发展中国家）向投机性投资者实施无偿的财富转移<sup>5</sup>。

支持者认为，TPF 促进了社会公正并过滤掉了无效的案件。但是，在 ISDS 环境下不太可能发生其他争议中存在的任何社会福利。ISDS 环境下的 TPF 不是关于社会公正的体系和能力建设，而是，正如投资者已经承认的那样，关于资产负债表的管理，从而允许资源充足的原告将索赔的风险降至最低<sup>6</sup>。

由于上述这些原因，当前形式的 TPF 有可能加剧投资体制的合法性危机，并且不会在投资仲裁中发挥建设性的作用。各国至少应当在投资协定和国际投资争端解决中心和联合国国际贸易法委员会的仲裁规则中对 TPF 加以规范（如果不是禁止的话）。任何诉诸司法的问题都可以通过政治风险保险或非偶然性商业纠纷融资来解决。

只要 TPF 仍在发挥作用，就应该强制性地、广泛地披露 TPF 协议及其条款，以便各方知道谁在操控案件并分享其收益，同时为更全面的监管计划积累实证。TPF 案件中成本的强制性担保也可以阻止投资者追求只有结算价值或可能的亲投资者的先例。

至关重要的是，当有效的监管仍然是可能的时候，投资者、利益相关者、学者和民间社会应当仔细而持续地审视 TPF 对公众和投资体制本身构成的风险。

（南开大学国经所赵泽堃 译）

---

\* 《哥伦比亚国际直接投资展望》是一个公开辩论的论坛。作者所表达的观点不代表 CCSI 或哥伦比亚大学或我们的合作伙伴及支持者的意见。《哥伦比亚国际直接投资展望》(ISSN 2158-3579) 是同行评议刊物。

\*\* Frank J. Garcia (frank.garcia@bc.edu) 是波士顿学院法学院的教授和杰出学者；Kirrin Hough (kirrinh@googlemail.com) 是一名律师以及波士顿学院法学院投资改革工作组的成员。作者感谢

---

Brooke S. Guven 和 Lise Johnson 的反馈意见，感谢 Daniel Behn、Stephan Schill 和匿名同行评审员的有益评论。

<sup>1</sup> [International Council for Commercial Arbitration, “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration” \(2018\), p. 28.](#)

<sup>2</sup> [Rachel Denae Thrasher, “The regulation of third-party funding: Gathering data for future analysis and reform,” \*Boston College Law School Law and Justice in the Americas Working Paper No. 9\* \(2018\).](#)

<sup>3</sup> 投资回报通常在 30%至 50%之间；[Willem H. van Boom, “Third-party financing in international investment arbitration \(2011\), p. 30.](#) 然而，在 Teinver 诉阿根廷案（ICSID 案件号 ARB/09/1）中，Burford Capital 对阿根廷的 1300 万美元投资实现了 736% 的回报；Burford Capital，2017 年年度报告（2017 年），第 23 页。

<sup>4</sup> Gavan Griffith 在 RSM Production Corporation 诉 St. Lucia 案中（ICSID 案号 ARB /12/10）进行了类比。

<sup>5</sup> [Frank J. Garcia, “Third-party funding as exploitation of the investment arbitration system,” \*Boston College Law Review\*, vol. 59 \(2018\).](#)

<sup>6</sup> 用 Burford Capital 首席执行官的话来说，“越来越多的情况是，更复杂的安排正在成为常态，公司选择，而不是必须，使用外部资本。”Christopher P. Bogart, “国际仲裁的第三方融资”，全球仲裁评论，（2016 年 10 月 14 日）。详情参见 [Tara Santosuosso and Randall Scarlett, “Third-party funding in investment arbitration: misappropriation of access to justice rhetoric by global speculative finance, \*Boston College Law School Law and Justice in the Americas Working Paper No. 8\* \(2018\).](#)

转载请注明：“Frank J. Garcia and Kirrin Hough, ‘投资仲裁中反对第三方融资的案例,’ No. 253, 2019 年 6 月 3 日。”转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本需发送到哥伦比亚中心的 [ccsi@law.columbia.edu](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Alexa Busser, [alexa.busser@columbia.edu](mailto:alexa.busser@columbia.edu)。

哥伦比亚可持续投资中心（CCSI），是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响，CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发，承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息，请访问：<http://www.ccsi.columbia.edu>。

### **最新哥伦比亚国际直接投资展望文章**

- No. 252, Adam Douglas, “Will the United States join the Trans-Pacific Partnership, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, or neither?,” May 20, 2019
- No. 251, Karl P. Sauvant, “Promoting sustainable FDI through international investment agreements,” May 6, 2019
- No. 250, Qianwen Zhang, “The next generation of Chinese investment treaties: A balanced paradigm in an era of change,” April 22, 2019
- No. 249, Andrew Kerner, “How to analyze the impact of bilateral investment treaties on FDI,” April 8, 2019
- No. 248, Stephan W. Schill and Geraldo Vidigal, “Investment dispute settlement à la carte within a multilateral institution: A path forward for the UNCITRAL process?,” March 25, 2019

有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：

<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>。