

[域外参考]

## 第三方诉讼融资:效力、发展及对我国的启示<sup>〔\*〕</sup>

○ 程雪梅

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

[摘要]作为当事人诉讼费用转嫁机制的一种形态,第三方诉讼融资以市场转嫁的方式实现当事人诉讼费用的转移,被西方国家视为“接近司法”的新措施。第三方诉讼融资在不同国家的发展路径,展现出诉讼控制权及国内司法导向对该项制度发展的决定作用,其特殊的发展土壤对我国诉讼费用转嫁机制的构建具有重要启示。

[关键词]第三方诉讼融资;接近司法;诉讼控制权

20 世纪末,经济增长带来的诉讼爆炸使西方先进国家陷入了司法危机,因此如何使诉讼不被搁置为富人专属的奢侈品,调衡诉讼费高昂所引发的负效应就成为各国司法改革的重要内容,其中较为突出的措施就是完善诉讼费用的替代性转嫁机制,引入市场力量纠正诉讼内的制度性不足。第三方诉讼融资(Third - Party Litigation Funding)就是这样的一项制度,也即与争讼人无关的第三方在争议发生后,以投资的方式代权利人支付诉讼费用,以换取胜诉时的部分收益,而在败诉时则分毫不得,并对权利人不享有追索权。<sup>〔1〕</sup>

### 一、第三方诉讼融资之运行机理

#### (一)运行基础

在契约精神下,人的关系范畴得以突破地域、身份等先天因素,扩大为具有共同或相对利益追求的团体,个人意思自治使社会主体利己活动中产生出利他结果,并促进了经济发展和社会进步。这种精神构成了第三方诉讼融资的基础,

---

作者简介:程雪梅(1982—),西南政法大学法学院博士研究生,主要从事诉讼法学、证据法学研究。

〔\*〕本文系 2011 年西南政法大学校级重点课题“第三方诉讼基金”(项目编号:2011XZJS009)的成果。

并同时关照了维权和反风险两个维度。维权即通过市场转嫁的方式扩大当事人可用资金的范围,缓解当事人维权的困难。反风险是当事人的理性选择,满足的是诉讼风险的规避。从时间与金钱的投入看,诉讼无疑也是一项风险投资,诉讼的存在不但阻碍了资金流动再生,风险浮动的幅度在不同的诉讼计费和分配规制下失衡时,即使经济良好的当事人,也并非都情愿承担,特别在败诉方承担诉讼费用规则的话语背景下,第三方诉讼融资能使当事人的资金从经年累月的诉讼中解放出来。

此外,第三方诉讼融资作为一种信号,对潜在的民事违法行为者产生了威慑的外部效应,<sup>[2]</sup>使其预见到受害者不会因资金的顾虑而放弃追诉,他们就不会存有或至少减少了实施违法行为的动因和倾向性。正如严格责任可诱使侵权者选择符合社会要求的最佳照顾水平一样,第三方诉讼融资能使他们适用最佳的方式将这些违法成本内在化,在成本不高于私人利益的幅度范围内实施相应的民事活动,而不采次级的照顾水平,以防止这种威慑转化为现实的支出。

## (二)运行方式

第三方诉讼融资是一种针对诉讼和其他纠纷解决方法的业务金融服务,常由投资公司或保险公司提供。主要适用于破产、商事案件(主要是标的额较大的案件)和集团诉讼,少有涉及侵权和家事等诉讼。其所能支付的诉讼费用范围不尽相同,主要是法院费用、律师费、鉴定、专家证人费、调查取证费等诉讼费用,有的还提供医疗和短期的生活费用。投资者无一例外以金钱的形式收回收益,计算方式有与判决无关的固定费用、与判决结果挂钩的固定比例费用、浮动比例费用、有封顶和无封顶的累计费用,或多种方式的结合,常见的收取比例是判决收益的10% - 30%。投资者接到当事人的申请后,会仔细评估案件,通常仅受理胜诉率超过60%或更高的案件,在这幅度内,标的额较小的案件往往要求较高的胜诉率,标的额较大的则可适当降低要求。投资者为保障自身利益,会不同程度控制着当事人的诉讼权利,表现为要求当事人依据预算计划使用诉讼费用,并需定期汇报费用使用情况或规定重要事项告知义务等。<sup>[3]</sup>

## 二、第三方诉讼融资的发展路径

第三方诉讼融资肇源于民间智慧,最早出现在澳洲的破产程序中,随后发展到其他案件,但这过程并非一帆风顺,伴随着怀疑与否定。

### (一)普通法系国家

#### 1. 传统的禁止

“助讼与帮讼分利”的方式与第三方诉讼融资很像,均是由案外人资助当事人诉讼,所以助讼的禁止性规定就长期成为第三方诉讼融资顶烦之上的达摩克利斯之剑。“助讼”常表现为帮助当事人无正当理由起诉或辩护而不当挑起诉讼和纠纷的行为;“帮讼分利”则指与诉讼无关人和当事人之间签订的,约定由该干涉人帮助当事人追求索赔以获得部分判决收益为目的的协议。该项规定产

生于英国中世纪,正值商人群体日益壮大及封建贵族力量开始衰弱,贵族们通过认购他人收回土地的诉讼,以换取部分的判决土地,用远低于市场价格的方式变成不动产的共同所有者,实现利益共同体规模的扩张和增加政治势力。为了防止贵族们用这种方法干预和滥用司法程序,骚扰和压迫公民,普通法对帮讼予以禁止。

## 2. 禁止的松绑

纵观禁止助讼的立法背景,现今似乎已失去意义,因此现代各国普遍采取了宽松态度,在侵权法和刑法中废除了包揽诉讼的规定,<sup>[4]</sup>但该信条作为一项公共政策仍有效,并一定程度制约了第三方诉讼融资的发展。

### (1) 美国

作为禁止律师向当事人提供经济资助的回应,<sup>[5]</sup>美国第三方诉讼融资始于支付当事人判决前医疗和生活开支的借贷行业。20世纪90年代中,第三方诉讼融资刚出现时,法院多支持废除助讼禁止,因为其对预测诉讼结果、提起不必要诉讼等问题起不到预期作用。但反对声音则随着诉讼投资的多样化而出现,一些法院甚至适用了助讼等规定,尤其是高利贷,否决诉讼商业投资的效力。<sup>[6]</sup>理由可归结为:助讼只适用于当事人没有根据合法比例或方法分得诉讼收益的情形;如无干涉他人诉讼,则不可适用禁止助讼的规定。换言之,只要投资者在诉讼中不享有任何地位,且协议内容是公平的,第三方诉讼融资的适用即为有效。

### (2) 英国

英国的第三方诉讼融资起源于破产程序,但其在助讼禁止被废除后就没有受到过多限制。1994年吉利斯诉汤姆普斯一案中,<sup>[7]</sup>法院就首次表明除了干涉他人诉讼和非法交易请求权外,不应适用助讼禁止。此外,为了缓解诉讼程序冗长繁琐所带来的费用高昂和巨大法律援助负担等问题,英国在上世纪90年代启动的“接近司法”改革中,逐步削减了法律援助的公共开支,直接诱使了市场的连锁反应,成为第三方诉讼融资发展的契机。

第三方诉讼融资的自由化发展还得益于政府的支持,如2006年英国民事司法委员会的报告《改善寻求司法的渠道:资金来源的选择和按比例的讼费》就将其定位为接近司法的有益工具,杰克逊大法官2009年发布的《民事诉讼费用检讨最终报告》中也认为其“是有益的,应予支持”,并指出:①为资助诉讼提供了新思路;②当事人得到部分赔偿总比没有赔偿好;③不像风险收费或按条件收费那样明显增加败诉方负担;④当政府取消按条件收费时,其会变得更为重要;⑤能过滤无价值的案件。司法部2010年的《英格兰及威尔士民事诉讼资助和费用改革建议》也再次强调了该观点,同时指出需进行合理的引导和规制。

### (二) 民法法系国家

民法法系国家鲜有禁止第三方诉讼融资的相关立法,<sup>[8]</sup>但该制度仅在德国、奥地利<sup>[9]</sup>和瑞士<sup>[10]</sup>有一定发展。

该项制度由福瑞斯资产管理公司(Foris AG)在1998年首度引入,现已在德国发展较为成熟。根据民法理论,第三方诉讼融资在原告和投资者之间创设了匿名合伙关系,<sup>[11]</sup>或曰,第三方诉讼融资系发展于匿名合伙中。这关系内,投资者和权利人追求共同目的,也即维护原告诉请及获得可能的最高判决结果,但只有一方合伙人(当事人)有权代表合伙与第三方发生法律关系,且以自己名义主张请求,独立行使诉讼权利;投资者作为匿名合伙人,通过承担权利人的诉讼风险,向合伙提供资金,在判决作出后,根据合同规则获得清偿。

从这背景看,第三方诉讼融资在德国法具有容许性,但仍需注意律师风险收费的禁止性规定。德国实行“法定费用固定主义”,律师费根据诉讼进展的阶段收取,《德国联邦律师法》第49条第2款规定禁止适用风险收费,律师与当事人自行约定律师费用,特别是当事人事先将诉讼标的额一部分许诺作为报酬是被禁止的。但表面看第三方诉讼融资和风险收费所起作用很相似,从律师或从投资者获得讼费支持貌似无区别,但其实不然,因为联邦律师法的这项规定是针对律师的道德性规范,只适用于律师和当事人之间。第三方诉讼融资适用于原告和投资者之间,律师不是合同主体,不承担任何责任,因此不应适用上述规定。另外,第三方诉讼融资会否因绕开了风险代理的禁止性规定而归于无效呢?答案是否定的,在德国法中,如果法律规定的目的是为避免某一行为的法律效果,绕开禁止性规定而达到该效果的行为才会被认定为无效。禁止风险收费的唯一目的是保障律师的独立性,也即律师代理案件时,不应基于自己的利益而行事,因此只要第三方诉讼融资不包含诉讼控制权的转让,不造成律师和当事人之间的利益冲突,即不存在无效之情形。

从两大法系的经验看,诉讼控制权是第三方诉讼融资法律地位的关键点,详言之,不包含转移诉讼控制权的第三方诉讼融资在各个法域中均是被允许的。但这并不意味诉讼控制权的转让就必会损及权利人的权益,通常投资者能在权利人中得到的控制权权限越大,所收取的费用就越低。而投资者为了保障自身权益,会或多或少地掌控着当事人的诉讼权利,因此诉讼控制权能在多大程度上被转让将是规范这项制度的核心议题。

### 三、第三方诉讼融资之规制

第三方诉讼融资通过法律、经济和资本市场的互动打破了两造对立的平衡,难免引发如下道德风险:

#### (一)非公平交易

从投资者的角度看,第三方诉讼融资实则是一项投资,基于资本利益追逐的本性,当事人难免会迫于危急情况而违背真实意思接受一些不公平条款;投资者也可能会利用原告对胜诉率无意识的缺陷收取不合理费用。诚然,当事人在胜诉时的实际收益会比判决所确定的少,但这是当事人以排除不利判决的风险为对价,与风险代理类似,因此化解道德风险的方法就是保证对价在合理的范畴

内。首先,合同法项下的治愈方式有显失公平等规则,以否定不公平的第三方诉讼融资协议效力。其次,一些公法上的法规和政策也起到了规制作用,如信息强制披露、市场准入许可、默认规则、行业行为规范、律师告知义务等。再次,在监管适当的良性环境下,市场竞争将对调整第三方诉讼融资收费起到实质性作用,使其接近投资的实际成本,如德国福瑞斯资产管理的收费在商业竞争中下降了50%。<sup>[12]</sup>

## (二) 诱发滥讼

第三方诉讼融资增加了原告可适用资本的范围,变相使诉讼更为廉价,诉讼量(特别是有争议的诉请)难免会增多,继而加重司法压力。然而投资者的过滤与筛选功能将会冲抵这个难题。一方面,投资者对诉请进行严格尽职调查,评估潜在风险,只对“具有良好胜诉可能性”的诉请进行投资,如同律师风险代理不会接受低胜诉率案件一样,他们起到了过滤器的作用,<sup>[13]</sup>排除了不必要和无价值的诉请,其鼓励的是有价值的诉请。但另一方面,当事人只是诉讼投资活动中的单次活动主体,相对于风险厌恶的当事人,投资者以期待价值为依据评估与选择,是诉讼投资活动中的重复活动者,属于风险中立者,通过大量案件分散风险,很可能被高回报高风险的诉请所吸引,诱发标的额较高的案件。

但第三方诉讼融资与滥讼是否必成因果,则牵连着对诉的利益之看法。作为司法裁判供给的前提,任何提交法院要求用审判予以解决的民事纠纷都需有诉之利益,也即本案司法裁判的必要性,它是一筛选机制,以表明进入诉讼的案件的待救济性。即使适用第三方诉讼融资,倘若纠纷不具有裁判必要,诉的利益制度即将其隔离在诉讼之外,反之,既然纠纷有裁判的必要性,当事人提起的诉讼当然就不具滥讼之嫌。可见,第三方诉讼融资只是提升了原被告攻守的平衡,是否滥讼系由诉的利益所规范,并由当事人权利滥用机制所防止。需注意的是,在欧美国家,诉讼爆炸的问题同样异常棘手,但第三方诉讼融资的适用并没有使之加剧,很大原因在于这些国家具有良好的社会诚信系统和多元化的纠纷解决机制,这显示的不是堵截当事人起诉欲望式的治理,而是让不同纠纷各有所得、各归其处的艺术。

## 四、第三方诉讼融资发展之土壤及对我国的启示

第三方诉讼融资在普通法系国家发展良好,在民法法系国家则略为逊色,除了源于诉讼程序、诉讼费用和律师收费制度等差异外,还在于诉讼文化的区别,通过对这些范畴的比较,我们兴许能更为清晰第三方诉讼融资发展的土壤环境。

首先,普通法系的诉讼成本风险比民法法系更高,对诉讼费用转嫁的需求大。这体现为四个方面:其一,普通法系的当事人费用比民法法系广。普通法系司法程序的设计目的是分权和实现纠纷解决,诉讼中大量在民法法系中被标签为“官方”的活动,如送达及发现程序等,都属私人问题,由当事人自行支付,因此即使实行司法低廉的美国,当事人实际承担的诉讼成本并不低。其二,普通法

系中律师费的风险更高。德国实行律师固定收费,即使由败诉方承担律师费,可预测性仍较大;但普通法系多采计时收费,结合风险收费办法,法官决定诉讼费用的自由裁量权较大,诉讼费用可预测性不高。另外,不同国家律师风险代理转嫁的程度也不同,除特殊案件实行诉讼费用单向转移外,美国的律师费用由当事人各自承担,不转移给败诉方;英国实行败诉方承担胜诉方律师费的规则,所以相对于美国,律师费风险会更高。其三,其他诉讼费用转移机制的影响。德国法定诉讼费用标准使得保险公司能对风险作概括性分类,诉讼保险制度发展较好,超过一半人口有参保,但英美等国的诉讼保险的市场则较小。第三方诉讼融资采用事后个案评估,与诉讼保险的事前风险评估不同,两者市场偏重点不同,形成了互补的状态。其四,在侵权法领域,民法法系国家适用补偿原则,普通法系国家采用惩罚性损害赔偿,所以民法法系中诉讼基金的利润空间并不太大,发展速度相对缓慢。

其次,民法法系国家有比普通法系国家“轻讼”的传统。每千人年平均涉民事案件超过40件的国家中,仅有丹麦是民法法系国家,其他均是普通法系国家,较多的法、日、德也仅有20-31件,其他民法法系国家均低过10件,<sup>[14]</sup>因此民法法系中适用第三方诉讼融资的固有市场相对较小。

再次,两大法系的法律服务商品化程度不同。普通法系,尤其是英美两国已达到非常高的商品化程度,这体现在附条件收费、法律服务的宣传和集团诉讼的大量适用,因此第三方诉讼融资的发展只是迟早的问题。但民法法系中,法律更多被看作违法行为受害者获得公正审判及赔偿的场域,不是满足财富追求和效率等个人动因的市场式法律服务制度,诉请被视作非常个人的事情,不能以利益的形式被转让,只有当事人和法官才应参与到司法程序。

综上,第三方诉讼融资存在的三要素是:纠纷的大量存在、诉讼风险以及商业化发展,且三者均需达到一定程度。就我国而言似乎均已具备,但我国现存的诉讼费用转移机制只有法律援助,其运行方式包括诉讼费用的减缓免、法律援助律师及民间组织救助。由于社会救济的本质特征,注定了其适用范围很窄,仅限于社会底层主体。以广东为例,2004至2008年间全省法院适用缓减免诉讼费用的民事案件尚不到4%,而其中适用缓减免司法救助的对象中自然人占90.9%,法人或组织仅占3.3%,全部减缓免案件中有9成以上也只允许缓交。<sup>[15]</sup>对于绝大部分的诉讼当事人,特别是商事主体,可适用的诉讼费用转移机制基本空白。如何让更多人能破除诉讼费用的羁绊“接近司法”,是我国司法改革必须面对的问题,因此,第三方诉讼融资的引入具有重要意义。须明确的是,我国司法实践中已存有第三方诉讼融资的雏形,如在深圳市中级人民法院就试点了专用于破产程序的诉讼基金,资金部分来源于国家拨款,部分源于破产管理人群体,并由法院管理,这与国外大多数第三方诉讼融资的肇始领域不谋而合,然而由于我国特殊的职权主义诉讼模式和政治体制,其仍无法摆脱公权主导的特质,社会诚信体系也尚落后,但可预见,第三方诉讼融资正在我国生根发芽,待土壤累积

丰厚盈足,必定能展现出顽强的生命力。

### 注释:

[1] Paul Fenn & Neil Rickman. *The Empirical Analysis of Litigation Funding*. Mark Tuil & Louis Visscher eds. *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe*. Cheltenham; Edward Elgar Publishing. 2010.

[2] Robert B Cooter Jr, ed. *Law & Economics* (6th edition). London; Prentice Hall. 2011, pp. 74 - 118.

[3] Melissa Maleske. *Hedging Bets: Third - Party Litigation Funding: Gains Stream in the U. S. Inside Counsel*. 2009, p. 12.

[4] 英国 1967 年的《刑事法法令》正式废除了包揽诉讼和帮讼的规定,但同时第 14 条第 2 款中规定了:“对于那些被认为是违反公共政策或属于不合法的契约,有关的法律规则,并不受到影响。”在美国,近一百年仅有的少数案件将帮讼分利行为定性为侵权。

[5] 如美国《法律职业行为示范规则》第 1.8(e) 条。

[6] 美国纽约 2005 年的艾切维尼亚诉林德纳房产一案中, Warshawsky 法官认为适用严格责任而产生的有利判决是一个必然的结果,从而错误地将诉讼基金协议认为是一个“借贷”合同。但该看法是有问题的,因为并非所有适用严格责任的案件都必然会获得有利判决。见 Anthony J. Sebok: *A New York Decision That May Imperil Plaintiffs' Ability to Finance Their Lawsuits: Why It Should Be Repudiated, or Limited to Its Facts*. Find Law, April 18, 2005.

[7] 如判例: *Giles v. Thompson*, [1994] 1 A. C. 142 (Eng. ) .

[8] 阿根廷、保加利亚、爱沙尼亚、芬兰、法国、意大利、墨西哥、斯洛伐克、西班牙等民法法系国家均没有对第三方诉讼融资的禁止性规定。见 Cento Veljanovski. *Third Party Litigation Funding in Europe*. Searle Civil Justice Institute Public Policy Conference. George Mason University. November 2011, p. 61.

[9] 奥地利提供第三方诉讼融资的公司有 AdvoFin Prozessfinanzierung AG 和 Lexdroit 等。见 Christian Toggenburger. *Financing Private Litigation - A European Alternative to Contingency Fees*. Eur. J. Law Reform, vol4. 2002, p. 603.

[10] *Class & Group Actions 2010*. Global Research Group, International Comparative Legal Guide to: Class & Group Actions. <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3167.pdf>. 2010, p. 150.

[11] Michael Coester, Dagobert Nitzsche. *Alternative Ways to Finance a Lawsuit in Germany*. *Civil Justice Quarterly*. 2005, pp. 2225, 2227.

[12] Foris AG, <http://www.foris.de>. 2013 - 2 - 20.

[13] 如 IMF(澳大利亚)有限公司,在 2001 - 2010 年间只有 5% 批准率;朱利迪卡资金管理公司的批准率为 6%。

[14] Marc Galanter. *Reading the Landscape of Disputes: What we Know and Don't Know (and Think we Know) about our Allegedly Contentious and Litigious Society*. *UCLA L. Rev.* vol. 4, no. 31, 1983, p. 54.

[15] 广东省高级人民法院:《广东省法院系统司法救助机制运行情况的调研报告》, <http://www.gd-courts.gov.cn/gdcourt/front/front!content.action?lmdm=LM53&gjid=20120320021851691710>. 2012 - 03 - 20.

[责任编辑:禾平]