

涉“维好协议”之我国香港 特别行政区法院判决在内地 申请认可和执行的认定标准

——时和基金申请认可和执行我国香港
特别行政区法院民事判决案

崔 婕* 刘凌钊**

摘要:我国香港特别行政区高等法院原讼法庭就涉“维好协议”案件作出缺席判决,业已生效,华信集团未在合理期限内向香港特别行政区法院寻求司法救济,案涉判决属于具有执行力的终审判决;认可和执行该类判决的审查标准限于程序事项,上海金融法院对案件的审查范围并不包含案涉“维好协议”在内地的法律性质及效力认定等实体法问题;审查认定执行香港特别行政区法院判决是否违反内地社会公共利益,需从严把握。

关键词:维好协议 离岸债券 认可和执行
社会公共利益

* 上海金融法院法官。

** 上海金融法院法官助理。

【案情】

申请人:时和全球投资基金 SPC-时和价值投资基金 SP

被申请人:上海华信国际集团有限公司

哲源国际有限公司(以下简称哲源公司)系上海华信国际集团有限公司(以下简称华信集团)设立于英属维京群岛的间接全资子公司,哲源公司已批准按照债券条款和条件发行债券。时和全球投资基金 SPC-时和价值投资基金 SP(以下简称时和基金)购买了哲源公司发行的债券,华信集团向时和基金出具《维好协议》。协议约定,本协议及本协议所含规定及公司依据本协议采取的行动,不得视为依据任何辖区法律偿还或履行发行人任何种类债务或责任的证明,或者公司担保或公司具有法律约束力的义务,即该协议并非担保。华信集团另承诺将采取措施使哲源公司维持合并净值及流动性,如果华信集团未能履行该协议规定的义务,应当向债券持有人支付等同于公司全面履行相关义务时应付金额的违约赔偿金,债券持有人有权提出索赔。协议约定适用英国法律,我国香港特别行政区法院对解决该协议产生的任何争议拥有专属管辖权。

2018年7月24日,时和基金主张华信集团违反维好协议的相关约定,诉至我国香港特别行政区法院。法院审理过程中,华信集团未应诉,我国香港特别行政区高等法院原讼法庭于2018年8月24日作出HCA 1712/2018号终审判决,判令华信集团向时和基金支付债券本金、利息及特定费用。2019年3月20日,我国香港特别行政区高等法院的司法常务官邝卓红发出证明书,该判决能够在我国香港特别行政区强制执行。后时和基金向我国香港特别行政区高等法院申请执行,但未从华信集团处获得任何受偿。2019年5月5日,时和基金向上海金融法院申请认可和执行我国香港特别行政区高等法院的判决。2020年10月30日,上海金融法院作出(2019)沪74认港1号民事裁定:认可和执行香港特别行政区高等法院原讼法庭HCA 1712/2018号民事判决书。裁定作出后,申请人时和基金与被申请人华信集团均未提起复议。

【审判】

上海金融法院经审理认为,本案系申请认可和执行我国香港特别行政区法院民商事判决案件,申请人时和基金与被申请人华信集团之间约定就“维好协议”项下的纠纷由香港特别行政区法院专属管辖,该纠纷属于最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》(以下简称《安排》)规定的民商事案件,本案应根据《安排》进行审查。第一,根据我国香港特别行政区高等法院出具的证明书,案涉判决系须支付款项的具有执行力的判决,业已生效。华信集团知晓该判决后在合理期间内未向我国香港特别行政区法院寻求任何司法救济,案涉判决属于具有执行力的终审判决。第二,认可和执行该类判决的审查标准限于程序事项,本案审查范围并不包含案涉“维好协议”在内地的法律性质及效力认定等实体法问题。第三,根据“维好协议”之约定,我国香港特别行政区法院对解决该协议产生的任何争议拥有专属管辖权。我国香港特别行政区法院已将诉状等诉讼材料合法送达至华信集团,华信集团虽主张其未获合法传唤、时和基金以欺诈方式取得案涉判决,但均未能提供证据予以证明,华信集团的抗辩缺乏依据。第四,审查认定执行我国香港特别行政区法院判决是否违反内地社会公共利益,对“社会公共利益”应作严格解释。涉案维好协议系平等主体之间民事法律关系,我国香港特别行政区高等法院就维好协议所涉纠纷作出的裁判效力限于双方当事人之间,并不涉及内地全体社会成员或者社会不特定多数人的利益;该缺席判决的作出,经过了向华信集团委任送达代理人的合法送达和传唤,符合原审法院地法,原审缺席判决并未剥夺缺席当事人出庭答辩的诉讼权利,并未违反正当程序保障;案涉“维好协议”约定适用的准据法系英国法律,并非我国内地法律,认定执行原审缺席判决是否违反内地社会公共利益,不能以内地法律关于“维好协议”性质及效力进行判断。在本案中认可和执行涉案我国香港特别行政区判决的结果,并不存在导致违反内地法律基本原则、危害公共安全、违反善良风俗等危及内地社

会公共利益的情形。

【评析】

本案系全国首例涉境内公司针对境外关联公司发债出具“维好协议”(Keepwell Deed, 又称维好契据)之我国香港特别行政区法院生效判决在内地法院申请认可和执行的案件,因涉及“维好协议”对境内公司的执行问题,受到离岸债券市场的较大关注。我国香港特别行政区高等法院原讼法庭就时和基金要求华信集团承担“维好协议”项下的违约责任作出缺席判决。上海金融法院根据《安排》之规定,对涉案香港特别行政区原讼法庭的判决进行审查,就相关问题的认定对同类案件具有一定参考价值。

(一)“维好协议”产生之背景

跨境融资交易中,境内公司对外发债多采取间接发债形式,即通过其在境外(通常为维尔京群岛、开曼群岛、百慕大群岛等)设立的特殊目的子公司(SPV)作为发债主体在境外发债。

境内公司通过境外特殊目的子公司发债,由于该子公司本身没有具有价值的资产,需要境内公司提供增信支持。境内公司提供增信支持最直接的方式为“内保外贷”(见图1),即担保人注册地在境内、债务人和债权人注册地均在境外的跨境担保。该种方式受到我国外汇管理规范的约束,在此背景下,境内公司往往通过签订“维好协议”(见图2),以此为子公司或者被其控制的公司发债提供增信,这样可以避免触发“内保外贷”的监管要求,因此实务中成为较为流行的替代方式。

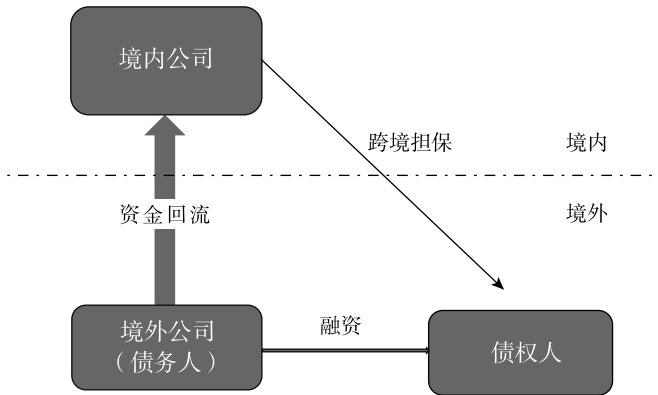


图1 内保外贷的交易模式

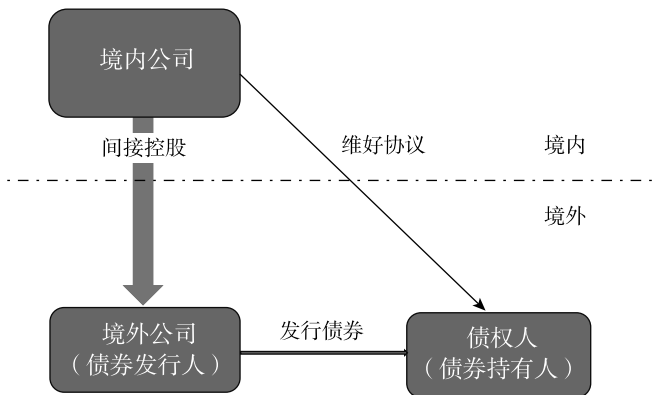


图2 维好协议的交易模式

“维好协议”通常由境内公司与境外债权人签订,主要内容约定境内公司为境外关联公司(发债人)提供支持,保证境外关联公司维持足够的流动性资金。以本案为例,该协议中实质条款的具体内容为“维持合并净值及流动性。华信集团向债券持有人承诺,其将促使:(a)发行人随时保持至少1美元的合并净值;(b)发行人获取足够的流动性,以确保发行人及时按照债券中载明的条件及契约书中所列规定支付相关费用;(c)发行人保持偿债能力,按照注册地法律或相关会计准则持续经营。如果(A)华信集团在任何时候认定发行人的流动性不

足以履行债券中载明的到期付款义务,或者华信集团被告知或意识到(或者,与华信集团处于同等地位的有理性人员应当知道的)发行人将要(或者合理判断下很可能)无法履行债券中载明的付款义务,华信集团将在相关付款义务到期之前通过下列方式提供充足的资金,使得发行人在债券到期时能够全面履行付款义务:(a)对发行人已发行股本进行注资;(b)通过向发行人发放贷款或其他方式安排资金;(c)利用中国境内现金或处分中国境外其他资产或在中国境外作出合理安排,将现金、资产、资产对价或收益转让给发行人;(d)其他可行的办法。”

维好协议的推出,主要是针对中国企业海外发行债券而又不愿意提供担保的情形。澳大利亚《金融评论》刊登了《中国企业债券持有人将了解一个承诺的价值几何》,^[1]文章提道:“中国快速增长的美元债券市场正面临新的考验,因为投资者依赖的是一种在其他地方很少见的信用承诺保护措施—维好协议。这在中国离岸债务中出现的比例非常高。维好协议的承诺究竟意味着什么,需要进一步了解。中国的发行人大约在5年前就开始使用维好协议结构,以此缓解海外投资者对风险的担忧,通过提供发行人母公司在发行债券时的承诺,提高债券在市场上的竞争力与信用度。”该文章专门提及投资人能区分增信形式的不同,对维好协议带来的法律不确定性收取额外风险溢价。相对于境内直接担保债券,在采用维好协议架构发行的债券中,发行人需要支付额外利息30~50个基点。

据彭博社汇编的数据显示,尚未清偿的订有维好协议的中国企业离岸债券约有1201亿美元,占有中国企业海外债券总额的15%。^[2]另一家财经媒体Debtwire(债务连线)统计的数据表明,迄今约有19%的中国高收益债券订有维好协议。2020年至今,订有维好协议的中国企

[1] Narae Kim and Lianting Tu, *China Bondholders Set To Learn How Much A Promise is Worth*, <https://www.afr.com/markets/debt-markets/china-bondholders-set-to-learn-how-much-a-promise-is-worth-20180604-h10yfqq>, visited Dec. 15, 2020.

[2] Bloomberg News, *What “Keepwell” Means in Case of China Bond Defaults*, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-05-14/how-a-keepwell-clause-protects-china-bonds-or-not-quicktake>, visited Dec. 15, 2020.

业离岸高收益债券占总量的 18.8%，而整个 2019 年为 7.2%，2018 年为 13.7%。该媒体还制作图表(见图 3)列明了中国企业海外发行债券时采用的不同增信措施情况。^[3]

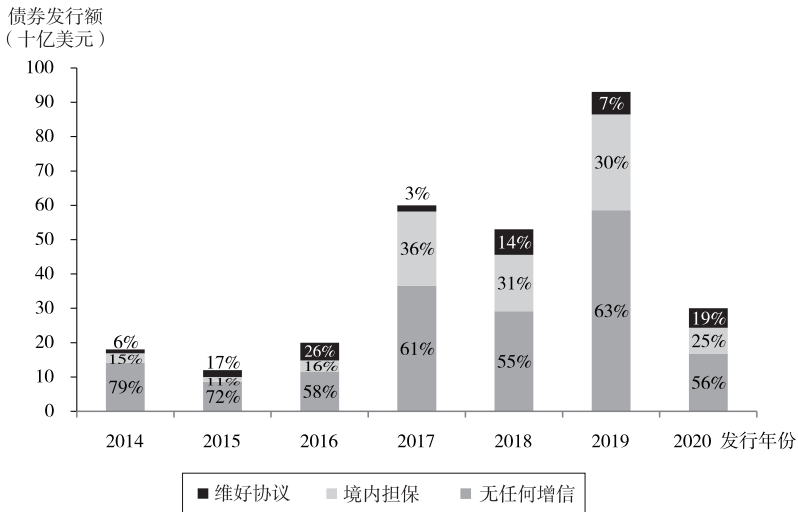


图 3 中国企业海外发行债券时采用的不同增信措施情况

注:纵轴为债券发行额,单位:十亿美元;横轴为发行年份。不同灰度依次表示“维好协议”“境内担保”“无任何增信”。

关于维好协议的性质和效力尚存争议,我国现行法律也无明确规定。首先需要说明的是,本案中所称的“维好协议”,实为一种“契据”(deed),契据是普通法系特有的一种法律文书,大陆法并没有与之对应的概念。契据不像合同,不需要当事人支付对价,主要有三个作用:(1)使某项权益、权利或财产的转让生效;(2)创设在某些人之间有约束力的义务;或(3)确认某些行为的发生,而这些行为导致了某项权益、权利或财产的转让。其本质就是一种符合特定格式要件的书面法

[3] See Jason Huang – Jones, *APAC Chart of the Week; Keepwells back 19% of Chinese HY Bonds YTD while PKFfounders, CEFC Bring Structure on Focus*, <https://events.debtwire.com/apchart-of-the-week-keepwells-back-19-of-chinese-hy-bonds-ytd-while-pkf-founder-cefc-bring-structure-on-focus>, visited Dec. 15, 2020.

律文件。在普通法的实践中,契据必须符合一定的形式要求,比如要求书面形式,需注明是“作为契据签署、盖印和交付”(signed, sealed and delivered as a deed)。另外,在不同的普通法司法辖区,契据的签署要求有所不同。比如,根据《香港公司条例》,若一个公司有两名及以上董事,则需两名董事或任一董事加公司秘书签署契据,若仅有一名董事,则需该董事签署。^[4]

在国外的司法实践中,维好协议通常被认为是安慰函(comfort letter)的一种类型,^[5]但需依具体内容确定其法律约束力。例如,在 Kleinwort Benson Ltd. (以下简称 KB)诉 Malaysia Mining Corp. (以下简称 MMC)案^[6]中,KB 为一家英国银行,其在为 MMC 的全资子公司 MMC Metal 提供贷款的过程中,由 MMC 出具了“安慰函”,其中承诺“在子公司 Metal 足额兑付对 KB 的债务前,母公司不会降低对 Metal 的持股比例;母公司将尽最大努力确保子公司 Metal 的正常运营,以满足最终的债务偿付条件。”1985 年 MMC Metal 破产,KB 公司随即书面通知 MMC 履行代偿责任。法院对此判决认定 MMC 公司的出具的安慰函具有法律约束力,并要求 MMC 代为偿还子公司欠款,理由主要在于“安慰函构成了合同所需的要件,具有法律约束力;MMC 在合同中承诺将采取积极行动以帮助子公司履行债务;安慰函中的表述是为了影响 KB 银行是否放贷的最终决定”,需特别指出的是,本案中 MMC 公司所签署的安慰函不含有免责条款(disclaimer of liability),这也为法庭判决提供了重要依据。

在本案审结之后,2021 年 1 月最高人民法院出台了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》,对维好协议等类似条款作出明确,根据第 36 条的规定,第三人向债权人提供差额补足、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施,可以按照不同的意思表示,按照保证、债的加入归类并处理,无法归入上述情形,则法院可以按照承诺文

[4] 参见《香港公司条例》第 128 条。

[5] See William L. Harvey, *Financial Keep - Well Agreements: When Comfort Becomes Discomfort*, *Banking Law Journal* 115, No. 10 (November/December 1998): 1061 - 1076.

[6] Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp. [1989] 1 All ER 78.

件判决第三人履行约定的义务。因此,维好协议的条款用语,将会决定其法律责任。当然,这是国内法的规定,不影响其他司法辖区根据各自实体法对条款作出相应认定。

(二) 关于我国香港特别行政区法院判决的原告与本案申请执行的主体

本案所涉债券及相关维好协议,涉及的主体属于多个司法管辖区,较为复杂。具体而言,哲源公司系华信集团设立于英属维京群岛的间接全资子公司,时和基金购买哲源公司在国际市场上发行的欧元债券,为提供增信,华信集团向时和基金出具维好协议。其三方法律关系如图4所示:

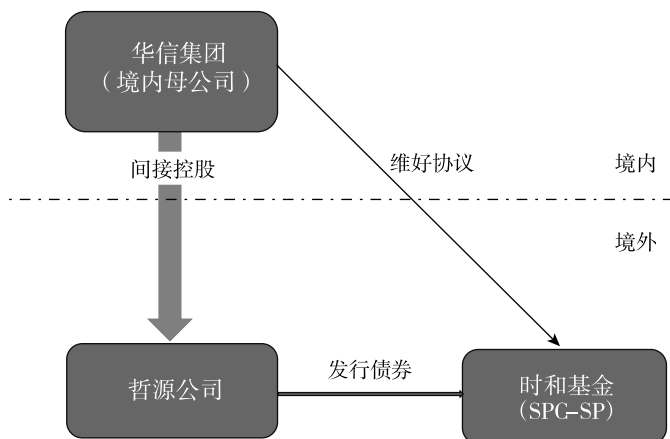


图4 案涉维好协议三方法律关系

由于债券无法按期偿还,债券持有人即本案申请人作为原告向香港特别行政区法院提起诉讼,并获得判决。本案的申请人时和基金SPC-时和基金SP,该主体是某个基金下设的份额,并非中国法项下常见的诉讼主体,对于该主体的诉讼主体资格亦产生了争议。笔者认为,一个诉讼主体是否合法,应根据其设立地的法律予以判断。根据 Cayman Islands Companies Law (开曼群岛公司法)之规定,SPC (segregated portfolio company, SPC)系注册为独立投资组合公司的豁免公司,^[7]其

[7] Pursuant to section 216(2) of the Cayman Islands Companies Law.

拥有根据其公司章程中所规定的限制开展从事任何目标或目的的完全能力。SPC系独立的法律主体,其可以设立任意数量的独立投资组合(segregated portfolio, SP),但SP本身并不具有独立法律主体地位,^[8]且SP之间的资产及债务在法律上与SPC的资产及债务,以及任何其他SP的资产及债务相互分离。^[9]此为开曼群岛公司法之隔离原则。

为达到SPC风险隔离之效果,SPC在代表某一SP行事或签署文件时,应明确其系以该SP的名义行事或签署文件。^[10]SP的概念在其他国家或地区也存在,并且越来越广泛被接受。

从我国香港特别行政区及英国等国的司法实践看,对于涉及SPC下设SP的商事纠纷,在诉讼主体列明时会具名是SPC下设的哪个SP,以“SPC,SP”或“SPC for SP”等形式出现。本案中,我国香港特别行政区法院在诉讼中认可了这一诉讼主体,因此,在申请人向上海金融法院申请认可与执行这一判决时,上海金融法院亦应认可开曼群岛公司法中独立投资组合公司与其下设独立投资组合的申请人地位。另外,在我国商业信托^[11]证券投资基金^[12]等投资产品的运行模式中,亦有类似隔离原则之要求,也形成了投资产品或者信托专户单独结算的做法,但在诉讼中尚无法将某一投资组合或者账户单独列明成为诉讼主体,因此,该种诉讼主体列明方式对于解决我国当前涉资管类纠纷案件资产管理人系代表哪一资管产品提起诉讼具有借鉴价值。

(三) 未在合理期限内就缺席判决寻求救济的,符合《安排》所称具有执行力的终审判决

区别于普通法系国家,我国任何实体判决的作出原则上都必须经过庭审程序,即使被告自诉讼伊始从未出现,法院亦会根据原告举证进行实体审理后方判决其诉请是否支持。与此相对,普通法系诉讼程序的审前程序与庭审程序严格区分,法院可以在审前程序中,因被告未在规定的期间内积极应诉,即直接根据原告的申请作出判决被告败诉的

[8] Pursuant to section 216(2) of the Cayman Islands Companies Law.

[9] Pursuant to section 216(1) of the Cayman Islands Companies Law.

[10] Pursuant to section 218(1) of the Cayman Islands Companies Law.

[11] 参见《信托法》第15条、第16条。

[12] 参见《证券投资基金法》第5条。

缺席判决(default judgment,普通法系多译为不应诉判决)。

《英国民事诉讼规则》规定,在被告未提供送达确认书或答辩意见时,法院可以未经开庭审理径行作出缺席判决。^[13]《美国联邦地区法院民事诉讼规则》规定,以下两种情形可以缺席判决:(1)由书记员(clerk)作出。如果原告对被告提出请求的金额是确定的,或者是通过计算可以确定的,同时,被告并非未成年人或无行为能力时,书记官应当根据原告的要求和有关负债额的宣誓陈述书,对被告应承担的数额和诉讼费用等事项进行登记,作出缺席判决。(2)由法官作出。对于不属于应由书记员(clerk)作出缺席判决范围的其他案件,法官可以根据当事人的申请作出缺席判决。^[14] 综上,根据英美两国民事诉讼规则对缺席判决的规定,被告须在审前程序中作出答辩;否则,将会受到不利的缺席判决,从而提前结束诉讼程序。

对于缺席判决,英、美两国均设置以异议程序作为救济方式。虽然缺席判决系生效判决,在特定情况下仍有可能被撤销。在英国,缺席判决的救济分为撤销或变更判决两种形式,其中撤销判决又分为必须撤销与裁量性撤销两类。必须撤销的判决严格限于法院错误判决的情形,裁量性撤销或变更判决以被告申请为前提,且须满足被告有成功抗辩原告诉讼请求的现实前景或法院认为存在其他允许被告答辩的充分理由的条件。^[15] 在美国,存在符合《美国联邦地区法院民事诉讼规则》第60(B)条规定的六种情形^[16]之一,可以撤销生效判决。

本案系针对缺席判决申请认可与执行,被申请人提出,尽管双方在交易中约定了送达地址,但因其地址变更原因,其未知晓诉讼的发生。由于送达上的瑕疵,故上海金融法院不应认可与执行这一缺席判决。笔者认为,本案系一国之内不同法域之间开展的区际司法协助,不同于国际司法协助。前者目的在于实现两地民商事案件判决的异地“流通”,后者则要坚持尊重国际礼让、维护当事人合法权益与保障内国法律秩序并重的原则。也正因如此,《安排》中明确规定,是否经合法传

[13] Pursuant to 12.1 of the Civil Procedure Rules.

[14] Pursuant to rule 55 of Federal Rules of Civil Procedure.

[15] 袁琳:《民事缺席审判制度研究》,载《西部法学评论》2015年第1期。

[16] Pursuant to rule 60(b) of Federal Rules of Civil Procedure.

唤及是否获得答辩机会的审查依据是原审法院地法,而且未作任何保留或例外性规定。故本案无须考虑是否低于我国法律规定的合法传唤的最低标准、是否与我国民事诉讼送达程序的基本原则相冲突等问题,应当根据法院地法对缺席一方是否经合法传唤或者是否获得法律规定的答辩进行审查。本案中,我国香港特别行政区高等法院原讼法庭对华信集团的传唤程序及在华信集团不答辩的情况下予以缺席判决,符合我国香港特别行政区《高等法院规则》的规定,华信集团未在合理期限内对缺席判决提出异议,属于我国香港特别行政区法院之具有执行力的终审判决予以明确。

(四)关于执行涉案判决是否违反内地社会公共利益

华信集团主张,虽然涉案“维好协议”约定该协议并非担保,但该项义务的内容和本质符合担保责任的构成要件,时和基金在我国香港特别行政区高等法院提起诉讼,并获得直接支持其诉请的缺席判决,再要求内地法院认可与执行的行为,实质上是为了规避担保法及内地金融监管体系,直接违反内地法律规定,执行涉案判决违反内地社会公共利益。对此,需要结合我国外汇管理规定的变化、社会公共利益的内涵等综合分析。

1. 我国外汇管理规范的变迁

我国对于外债以及外汇的管理经历了一个严格到宽松的过程。2000年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第6条规定:“有下列情形之一的,对外担保合同无效:(一)未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的……”因此,如果没有经过监管部门批准或者登记而提供的对外担保在我国担保法下担保合同无效。该司法解释将审批登记与合同效力挂勾。

但此后随着改革开放程度的深入,外债管理有所变化。国家外汇管理局于2014年制定了《跨境担保外汇管理规定》及其操作指引(汇发[2014]29号文)(以下简称29号文),根据该文的规定,内保外贷和外保内贷实行登记管理,而其他形式的跨境担保,当事人可自行签订担保合同,无须登记或备案。对于跨境担保合同效力的问题,根据29号文第29条的规定,核准、登记、备案均不再作为跨境担保合同的生效要件,即未按规定核准、登记、备案的跨境担保的合同也是有效的。该文

件最重要的影响是规定了事后监管的管理手段,取消了所有的事前审批,以登记为主要的管理手段。同时,除了内保外贷和外保内贷之外的其他跨境担保都不需要再进行外汇登记。2017年1月26日,国家外汇管理局又发布《关于进一步推进外汇管理改革 完善真实合规性审核的通知》(汇发〔2017〕3号),债务人可通过向境内进行放贷、股权投资等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用。该文发布之后,以“内保外贷”形式提供增信的,其项下资金回流限制有所放松。但《跨境担保外汇管理规定》中的若干限制仍然存在,如不得通过证券投资的方式将“内保外贷”项下的资金回流境内;“内保外贷”项下担保责任为境外债务人债券发行项下还款义务时,境外债务人应由境内机构直接或间接持股,境外债权发行收入应用于与境内机构存在股权关联的境外投资项目。

外汇管理制度事关一国国际收支平衡,与经济发展水平密切相关,从管理政策的变化可见监管部门更趋开放的心态。因此,根据现行外汇管理规定,以“维好协议”形式提供增信,并非直接与合同效力挂钩,最多是资金用途、主体关系存在一定的监管要求。

2. 社会公共利益的界定

社会公共利益、公共政策或公共秩序,是区际或国际判决认可与执行中的一项重要制度。《安排》第9条第2款规定:“内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益,或者香港特别行政区法院认为在香港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的,不予认可和执行。”所谓社会公共利益,法理上通常是指属于社会全体成员的利益。公共利益范畴的核心内容就是其公共性,其基本内涵是指在特定社会历史条件下,从私人利益中抽象出来能够满足共同体全体或大多数社会成员的公共需要,经由公共程序并以政府为主导所实现的公共价值。^[17]

各国法律对于社会公共利益、公共政策或公共秩序的界定各不相同。法国法律规定,公共政策系指本国的社会安全。瑞典仲裁法规定,

[17] 参见江必新主编:《新民事诉讼法理解适用与实务指南》,法律出版社2015年版,第226页。

承认或执行外国仲裁裁决不得违反瑞典法律的基本准则。美国第二巡回法院在帕森及怀特、摩尔海外公司诉通用造纸公司一案中指出,尽管法院对违反公共秩序的外国裁决可以不予执行,但公共秩序不得仅根据本国政策或本国的政治利益来判断,只有在承认执行该裁决会违反本国最基本的道德和正义观念时,才能拒绝承认和执行。^[18]由此可见,尽管各国对公共秩序的内涵表述各不相同,但普遍认为公共秩序系指与某一国根本利益密切相关的基本法律准则。

我国法律和司法解释尚未对社会公共利益、公共政策或公共秩序的适用标准作出规定或解释。《民事诉讼法》第282条规定:“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力地判决、裁定,依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令,依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,不予承认和执行。”最高人民法院在针对涉外商事仲裁裁决的承认与执行的复函中对公共政策作出如下认定,关于公共政策问题,应仅限于承认仲裁裁决的结果将违反我国的基本法律制度、损害我国根本社会利益情形;^[19]只有在承认和执行外国商事仲裁裁决将导致违反我国基本法律原则、侵犯我国国家主权、危害国家及社会公共安全、违反善良风俗等危及我国根本社会公共利益的情形。^[20]

需要特别强调的是,我国法律的一般性强制规定不应作为公共政策适用的事由。本案涉及我国的外汇管理政策,因此被申请人以此提出了抗辩。根据前文分析,外汇管理政策不再影响合同效力,但笔者认为,即便外汇管理政策作出了强制性规定,也不表明我国法律中所有的强制性规定均属于适用公共政策的范围。如果强制性规定代表着整个社会基本价值观和基本法律原则,才应认定为公共政策并加以审查。

[18] 参见唐德华、孙秀君主编:《仲裁法及配套规定新释新解》,人民法院出版社2002年版,第697页。

[19] 参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》,人民法院出版社2010年版,第122页。

[20] 同上,第116页。

对此,最高人民法院关于 ED&F 曼氏(香港)有限公司申请承认和执行伦敦糖业协会仲裁裁决案的复函[最高人民法院(2003)民四他字第 3 号复函]中指出,违反有关外债批准及登记的法律规定的行为,并不违反我国的公共政策。在另一起最高人民法院关于不予承认与执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案的请示复函[最高人民法院(2001)民四他字第 12 号复函]中指出,违反相关法律规定,未经批准擅自从事境外期货交易的行为,不属于违反我国的公共政策的情形。对于一些备案方面的规定,最高人民法院关于申请人天瑞酒店投资有限公司与被申请人杭州易居酒店管理有限公司申请承认仲裁裁决案的复函[最高人民法院(2010)民四他字第 18 号复函]中指出,违反外资准入的备案制度的行为并不违反我国公共政策。

综合以上因素,如果认可和执行外国或者我国港、澳、台地区法院裁决,违反我国宪法基本原则、损害我国主权和安全、违反我国缔约或参加的国际条约所承担的义务或违反国际上公认的国际法原则、违反我国基本法律的基本原则、违反我国刑法规定的,才可以认定属于社会公共利益或公共政策范围。涉案维好协议系平等主体之间民事法律关系,香港特别行政区高等法院就维好协议所涉纠纷作出的裁判效力限于双方当事人之间,对其效力的认可和执行并不会涉及内地全体社会成员或者社会不特定多数人的利益。

3. 结论

由于本案系认可与执行我国香港特别行政区法院判决案,审理过程中,华信集团并未证明认可和执行涉案香港特别行政区判决的结果,存在违反内地法律基本原则、危害公共安全、违反善良风俗等危及内地社会公共利益的情形,华信集团认为涉案香港特别行政区判决违反内地担保法及外汇管理的相关规定,亦于法无据。因此,认可和执行本案所涉香港特别行政区判决之结果难谓对当前我国社会公共利益之违反。

本案裁决之后,除了国际财经媒体纷纷报道之外,也受到国际法律界的关注。Hogan Lovells 国际律师事务所撰写了案例分析《维持良好(keepwell)和繁荣——上海法院确认香港判决,确认美国债券持有人的主张》,提道:“上海金融法院的判决将对所有涉及维好协议的债券

市场交易产生重大影响,不过需要注意的是,每个案件都要看自身的事实和维好协议中的措辞,因此不能一概而论,要具体情况具体分析。”该分析称:“该判决为那些投资于数十亿美元跨境债券市场的投资者带来了期待已久的指引。该案例分析目前已收录于 Lexology 数据库。”^[21]英国一线知名律师事务所 Linklater(年利达)发布此案的案例分析,标题为《中国法院认可了与维好协议有关的香港法院缺席判决》,强调中国内地法院这一裁判结果意义重大。因为中国企业离岸债券发行中常常被用作增信的维好协议,存在众所周知的风险。违反维好协议通常不会引起直接债务索赔,而只会引起违约损害赔偿的索赔。此外,维好协议的有效性此前从未在中国法院接受过检验,中国法院将如何处理根据维好协议提出的索赔,一直存在不确定性。^[22]美国 Akin Gump Strauss Hauer & Feld LLP 律师事务所也发布了案例分析《中国维好协议支持债券的持有人离法律确定性更近了一步?》,强调上海金融法院的判决值得仔细研究——这一进展表示中国法院在认可维好协议效力方面迈开重要一步。该案例分析认为,上海金融法院的裁判是一个受得欢迎的进展。维好协议架构下的中国企业离岸债券持有人,拥有了更多的谈判筹码。

(编辑:何昕)

-
- [21] Hogan Lovells, Keep Well and Prosper – Shanghai Court Validates Hong Kong Decision Affirming U. S. Bondholders Claims, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=46ccd9f-0626-403d-94f9-9bacb26a3280>, visited Dec. 15, 2020.
- [22] See Linklaters, PRC Court Confirms Recognition of A Hong Kong Default Judgment in Relation to A Bond Keepwell Deed, <https://www.linklaters.com/en/knowledge/publications/alerts-newsletters-and-guides/2020/november/26/prc-court-confirms-recognition-of-a-hong-kong-default-judgment-in-relation-to-a-bond-keepwell-deed12>, visited Dec. 15, 2020.