

金融衍生品跨境交易的认定及效力

——申请人国泰世华商业银行股份有限公司
与被申请人高某认可和执行我国台湾地区
民事判决纠纷

葛少帅*

摘要:在认定当事人是否从事金融衍生品跨境交易时,可以参照《期货和衍生品法》中关于期货跨境交易的规定,秉持维护金融秩序和安全、保护境内投资者利益的原则,从交易主体、合约缔结地、合约履行地等多方面综合判断。境外主体未经批准,在我国境内从事金融衍生品业务违反了我国社会公共利益,相关民事判决不应得到认可和执行。

关键词:金融衍生品 跨境交易 公共利益
认可和执行

一、案件概述

申请人:国泰世华商业银行股份有限公司(以下简称国泰世华银行)

被申请人:高某

* 上海市黄浦区人民法院法官。

案外人 AUDI 公司系注册于我国香港地区的法人,负责人为本案被申请人高某。2014 年,国泰世华银行与主债务人 AUDI 公司签订国际掉期与衍生工具协会(International Swaps and Derivatives Association, ISDA)主契约条款、程序条款等,进行“卖出美元兑换离岸人民币目标可赎回汇率选择权产品”交易。高某向国泰世华银行出具保证书,约定由高某对主债务人 AUDI 公司与国泰世华银行进行的衍生性金融商品及结构性商品交易,在本金 500 万美元限额内,与主债务人承担连带清偿责任。

案涉 ISDA 主契约条款、程序条款等的签订过程为:国泰世华银行工作人员李某成前往上海市与高某会面,向主债务人 AUDI 公司及高某推介国泰世华银行境外授信及金融交易业务,并交付开户和授信文件、ISDA 主契约条款、程序条款等。高某(代表主债务人)签署上述文件后由李某成带回我国台湾地区,再经国泰世华银行审核同意。案涉 ISDA 程序条款中约定,合同履行地为国泰世华银行位于我国台湾地区台北市信义区松仁路 7 号之主营业场所。

2014 年 1 月 17 日、1 月 20 日,AUDI 公司与国泰世华银行分别进行了名目本金均为 100 万美元、杠杆名目本金均为 200 万美元的“卖出美元兑换离岸人民币目标可赎回汇率选择权产品”交易,根据比价结果,AUDI 公司应当给付国泰世华银行 259 万余美元,但 AUDI 公司并未履行相应的责任。国泰世华银行遂就与主债务人 AUDI 公司之间的纠纷,根据双方约定的纠纷解决方式向我国台湾地区仲裁机构申请仲裁,并获得支持。

因主债务人 AUDI 公司并未履行相应的仲裁裁决,故国泰世华银行向我国台湾地区台北地方法院起诉高某,要求高某承担相应的保证责任。2020 年 4 月 20 日,台北地方法院经过审理作出 2018 年重诉字第 320 号民事判决,判决高某向国泰世华银行支付 259 万余美元以及相应的利息。该案起诉状副本及传票通过海峡交流基金会,由上海市松江区人民法院送达,高某于 2018 年 8 月 23 日签收。

后高某向我国台湾地区高等法院提起上诉,经过审理,台湾地区高等法院于 2021 年 7 月 27 日作出 2020 年重上字第 424 号民事判决,驳回高某的上诉。案件最终生效判决确定高某应当对 AUDI 公司所负相

应债务承担连带清偿责任。该案出庭通知书通过海峡交流基金会,由上海市松江区人民法院送达,高某的同住人于2020年7月20日签收。

后因高某并未履行我国台湾地区法院相关生效判决,国泰世华银行向高某住所地有管辖权法院(上海金融法院)申请认可和执行案涉的我国台湾地区法院民事判决。

在上海金融法院审查过程中,被申请人高某辩称,国泰世华银行未经批准擅自在我国大陆非法从事金融衍生品业务,且高某对外提供担保并未经有关部门批准登记,违反了我国外汇管理规定,认可和执行案涉民事判决将损害我国社会公共利益。

二、审判结论

上海金融法院审查后认为:

第一,被申请人高某住所地为上海市,案涉纠纷为金融民商事纠纷,故依据最高人民法院《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第4条第1款,以及最高人民法院《关于上海金融法院案件管辖的规定》第1条第6项的规定,本案属于上海金融法院管辖范围。

第二,案涉我国台湾地区民事判决经过台湾地区台北地方法院一审、高等法院二审,并已出具《民事判决确定证明书》,证明案涉判决已于2021年8月30日生效。

第三,案涉我国台湾地区案件审理过程中,相关传票、起诉状副本、出庭通知书等材料,已经海峡交流基金会委托上海市松江区人民法院进行了送达。高某也委托台湾地区律师陈某瑜和李某莹参与了诉讼。本案被申请人的诉讼权利已经得到适当行使,各方对此亦无异议,上海金融法院予以确认。

第四,关于认可系争判决是否损害社会公共利益的问题,案件审理过程中,被申请人高某主张本案申请人国泰世华银行存在违反我国法律规定,在我国大陆开展非法金融衍生品业务以及案涉担保交易模式违反外汇管理强制性规定的情况,损害了社会公共利益,不应予以认可和执行。对此,上海金融法院认为:

(1)关于国泰世华银行是否属于非法开展金融衍生品业务的问题。

首先,从案涉金融衍生品的交易主体分析,与国泰世华银行签订 ISDA 主契约条款等,进行“卖出美元兑换离岸人民币目标可赎回汇率选择权产品”交易的对象是我国香港地区法人 AUDI 公司,高某仅系该公司法定代表人,该金融衍生品的交易主体为境外主体。

其次,从案涉 ISDA 主契约条款等的签订过程分析,因代表主债务人的高某身处上海市,故国泰世华银行工作人员李某成前往上海市向高某推介国泰世华银行之境外授信及金融交易业务,高某签署案涉 ISDA 主契约、程序性条款后,由李某成带回我国台湾地区,经国泰世华银行同意后,主契约等方成立,故案涉 ISDA 主契约等最终成立地点不在我国大陆。

最后,从案涉 ISDA 协议的履行地分析,ISDA 程序性条款约定了合同履行地为我国台湾地区台北市信义区松仁路 7 号,被申请人高某称 AUDI 公司仅为交易壳公司,未参与签署交易行为,主协议项下交易行为均在我国台湾地区和大陆进行,不符合双方之间的约定,且高某并未提供证据加以证明。

综上,国泰世华银行与 AUDI 公司之间的金融衍生品交易的相关业务参与主体所在地、协议成立地、履行地等均不在我国大陆,无证据证明案涉金融衍生品业务系国泰世华银行在大陆从事非法衍生品业务。对被申请人高某辩称国泰世华银行在大陆从事非法金融衍生品业务,进而得出认可和执行本案所涉民事判决将损害我国社会公共利益之结论的主张,不予支持。

(2)关于本案所涉的担保交易模式是否损害社会公共利益的问题。

被申请人高某称,本案交易模式违反了我国外汇管理的强制性规定。《外汇管理条例》第 19 条第 1 款规定:“提供对外担保,应当向外汇管理机关提出申请,由外汇管理机关根据申请人的资产负债等情况作出批准或者不批准的决定;国家规定其经营范围需经有关主管部门批准的,应当在向外汇管理机关提出申请前办理批准手续。申请人签订对外担保合同后,应当到外汇管理机关办理对外担保登记。”《个人外汇管理办法》第 21 条规定:“境内个人向境外提供贷款、借用外债、

提供对外担保和直接参与境外商品期货和金融衍生产品交易,应当符合有关规定并到外汇局办理相应登记手续。”本案系争担保书的签署并未履行前述登记程序。本案的担保交易模式扰乱了我国相关金融管理秩序,损害了我国社会公共利益。对此,上海金融法院认为,拒绝认可和执行之“社会公共利益”条件应做严格解释,通常仅包括认可和执行判决的结果直接违反社会公共利益之情形。即便本案涉及的是高某为 AUDI 公司所担保的事宜,高某的担保行为仅为个案,系平等主体之间民事法律关系,我国台湾地区法院就本案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社会不特定多数人的利益。故对被申请人的此项主张,上海金融法院不予支持。

被申请人还称国泰世华银行并未对投资人进行任何风险评估,未对投资人的利益进行保护,但并未提供证据加以证明,上海金融法院不予支持,且该事项并非本案处理的范围。

另外,上海金融法院依法对本案进行了审查,未发现存在违反国家法律基本原则或者损害社会公共利益的其他情况;且案件双方并未订立有效仲裁协议或存在案涉纠纷已经人民法院作出判决或者我国大陆仲裁庭已作出仲裁裁决的情况。

上海金融法院依照最高人民法院《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》的相关内容对案件进行了审查,案涉台湾地区民事判决不存在其他不应认可和执行的情形,故作出裁定认可和执行台湾地区的相关判决。该裁定目前已经生效。

三、案件评析

(一) 认可和执行案件中社会公共利益的认定标准

我国法律制度中用社会公共利益一词指代对公共秩序保留制度中的公共秩序。英美普通法系国家一般采用公共政策(public policy)的概念,大陆法系各国则采用公共秩序(order public)、保留条款(reservation clause)、排除条款等概念。一直以来,社会公共利益并未

有明确的定义,主要原因在于:(1)从社会公共利益的性质和功能来讲,它是一个主权国家为维护其基本的社会、经济、政治、法律、宗教、道德观念和准则而设置的最后一道“安全阀”,这本身就要求这一概念具有较大的弹性。(2)社会公共利益具有明显的地域性。(3)社会公共利益具有明显的时间性。任何一个国家对社会公共利益的使用都不是一成不变的,国家都会根据国内、国际形势的发展变化,适时地对所保护的社会基本观念与准则作出调整。这种地域上的差异性和时间上的可变性,对社会公共利益概念的确定与应用,都会产生一定的影响。^{〔1〕}

在我国,社会公共利益亦是一个相对概念,是特定时空的产物。不同社会的不同发展阶段,对社会公共利益的理解和认识可能会有所不同,社会公共利益的表现形式非常广泛,且是一个不断发展的概念。^{〔2〕}虽然并未有部门对社会公共利益认定标准作出明确的界定,但最高人民法院在已有的案例中严格限制社会公共利益原则的运用,并通过个案的方式,明确了以下规则:(1)违反我国法律、行政法规和部门规章中强制性规定不能完全等同于违反我国的社会公共利益;^{〔3〕}(2)不能以仲裁实体结果是否公平合理作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国社会公共利益的标准;^{〔4〕}(3)只有在承认和执行外国商事仲裁裁决将导致违反我国法律基本原则、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情形时,才能援引公共政策事由予以拒绝承认和执行。^{〔5〕}因此,对于此类案件中社会公共利益的判断,更多需要承办法官在个案中进行具体认定。

同时,考虑到涉我国台湾地区民事判决的认可和执行案件,毕竟属于一国之内之区际私法问题,故应当采取更加谨慎的态度。在《〈关于

〔1〕 参见朱克鹏:《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版,第294页。

〔2〕 参见高志宏:《公共利益观的当代法治意蕴及其实现路径》,载《政法论坛》2020年第2期。

〔3〕 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,〔2003〕民四他字第3号。

〔4〕 最高人民法院关于GRD Minproc有限公司申请承认并执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决一案的请示的复函,〔2008〕民四他字第48号。

〔5〕 最高人民法院关于韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案的请示的复函,〔2012〕民四他字第12号。

认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》理解与适用》中,文章进一步明确,海峡两岸在社会、经济制度等方面均存在较大差异,规定社会公共利益条款固然可以起到“安全阀”的功能,但是认可和执行台湾地区仲裁裁决毕竟属于一国之内的区际司法合作,人民法院在司法实践中应当采取十分慎重的态度,严格限制其适用。对此笔者认为,可以参照最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》第12条第2款的规定。

(二) 未经批准跨境从事金融衍生品业务是否违反社会公共利益

1. 对跨境从事金融衍生品业务的规制

金融衍生品是基于基础金融工具(如货币、汇率、利率、股票指数等)的金融工具,它是以传统金融品为基础衍生出来的、作为买卖对象的金融品,属于衍生品的一种。根据《期货和衍生品法》第3条第2款的规定,衍生品交易是指期货交易以外的,以互换合约、远期合约和非标准化期权合约及其组合为交易标的的交易活动。

我国对期货和衍生品跨境交易的规制,主要体现在《期货和衍生品法》和中国证券监督管理委员会等机构制定的一系列规定中。《期货和衍生品法》主要从以下两个方面进行了规制:(1)明确了境外适用效力。其中第2条第2款规定了在我国境外的期货交易和衍生品交易及相关活动,扰乱我国境内市场秩序,损害境内交易者合法权益的,也适用该法。(2)对跨境交易作出明确规定。第118条规定了跨境直接接入服务注册制度,第120条明确了跨境期货经营机构的注册要求,第121条规定了境外交易场所在境内代表机构经营禁止,第122条规定了期货市场跨境营销、推介及招揽许可制度,为境外机构在境内直接或间接从事期货市场跨境营销、推介及招揽设置了行政许可等。

除《期货和衍生品法》外,根据《期货交易管理条例》的授权,中国证券监督管理委员会还制定了《境外交易者和境外经纪机构从事境内特定品种期货交易管理暂行办法》等规定,对境外机构从事境内期货交易进行了规制。

2. 未经批准从事金融衍生品业务对社会公共利益的影响

我国对从事衍生品交易业务采取审批制,《期货和衍生品法》第31条规定:“金融机构开展衍生品交易业务,应当依法经过批准或者核

准,履行交易者适当性管理义务,并应当遵守国家有关监督管理规定。”《银行业金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》(2011年修订)第6条第1款规定:“银行业金融机构开办衍生产品交易业务,应当经中国银监会批准,接受中国银监会的监督与检查。”我国相关法律法规中关于从事金融衍生品业务的主体资格有明确的规定,故未经批准在我国境内擅自从事衍生品交易业务,应当被认定为无效。

同时,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(2020年修正)第8条规定:“有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:……(四)涉及外汇管制等金融安全的……”从上述规定可知,涉及我国金融安全的,应当被认定为涉及社会公共利益。我国相关法律法规之所以对期货和衍生品业务主体实行特许经营模式,正是基于保护境内投资者和维护金融秩序、保障金融安全的考量。从《期货和衍生品法》第2条的规定可知,在当前国际资本市场环境下,我国对金融安全问题愈发重视,威胁金融秩序和金融安全即损害我国社会公共利益已成共识。若相关机构未经批准在我国境内从事金融衍生品的业务,则应当认定为违反了我国社会公共利益,相关民事判决亦不能得到认可和执行。

(三) 未经批准跨境从事金融衍生品业务的认定

1. 本案所涉金融衍生品及相关行为的性质

本案中涉及的具体业务为“卖出美元兑换离岸人民币目标可赎回汇率选择权产品”,该金融衍生品属于典型的外汇掉期利率产品。所谓“外汇掉期”,是交易双方约定以货币A交换一定数量的货币B,并以约定价格在未来的约定日期用货币B反向交换同样数量的货币A。国泰世华银行与主债务人AUDI公司通过ISDA协议签订进行交易的金融衍生品本身正是外汇掉期产品。

但是案涉ISDA主协议的签订过程又具有特殊性。根据案件查明的事实,案涉ISDA主协议的签订过程为,国泰世华银行工作人员来上海,向香港地区法人AUDI公司负责人高某推介案涉的金融衍生品。

就国泰世华银行工作人员向 AUDI 公司法定代表人高某推介案涉金融衍生品行为本身的性质而言,属于推介、招揽行为。一般认为,“经营”一词的含义并不局限于买卖成交,成交仅是经营活动的一个阶段或者说是经营的成果。经营者对自己的产品宣传推介、向潜在的交易对手发出要约、招揽客户、协商交易规则等行为都属于经营的范畴。故向潜在客户推介金融衍生品、招揽的行为属于从事金融衍生品业务的行为。

虽然《期货和衍生品法》第 122 条规定的只是期货市场跨境营销、推介及招揽许可制度,但如上文所述,境外机构在我国境内从事金融市场营销、推介及招揽活动,也属于经营衍生品的行为,亦应当经国务院期货监督管理机构批准。故仍需要判断国泰世华银行是否在我国大陆从事金融衍生品业务。

2. 跨境推介、招揽行为的确定标准

对金融衍生品的跨境推介、招揽行为,根据被推介及招揽的对象不同,具体而言,至少包括两种情形:一种情形是境外机构在我国境内向境内主体进行推介及招揽活动;另一种情形是境外机构在我国境内向境外主体进行推介及招揽活动。《期货和衍生品法》第 122 条所指的行为属于上述哪种情形抑或上述两种情形均属于第 122 条规制的范围,并未有相关规定予以明确。

一种观点认为,应当以地理位置为判断标准。只要境外机构在我国境内从事了期货市场营销、推介及招揽活动,就属于《期货和衍生品法》第 122 条规定的行为。另一种观点认为,不仅要考虑地理位置,还要考虑市场营销、推介及招揽活动的对象,即不仅要求市场营销、推介及招揽活动都发生在我国境内,而且要求被营销、推介及招揽的对象应当属于境内主体。

对此,笔者赞同后一种观点,从《期货和衍生品法》第 122 条立法目的来分析,其主要是保护境内投资者的合法权益,维护境内金融市场的秩序和安全。如果被营销、推介及招揽的对象并非我国境内的主体,一般情形之下很难影响境内金融秩序和安全。如果按照前一种观点,则可能因规制范围过大而导致不合理的结果。例如,境外法人的负责人来我国境内旅游或从事其他业务,境外金融机构派人来境内向其推

介相关金融衍生品业务,如果认定此活动属于上述第122条规定的情形,则导致境外主体不能在我国境内洽谈业务的后果,规制范围不合理,亦无必要。

3. 本案中当事人是否从事跨境金融衍生品业务的确定

本案中,当事人是否从事跨境金融衍生品业务,可从以下3个方面具体分析:

首先,从金融衍生品交易合约的主体的角度分析。本案中交易的主体一方为我国香港地区法人,另一方为我国台湾地区银行机构,虽然被申请人高某是我国境内主体,但是高某在本案中仅是作为香港地区法人的负责人,对交易承担担保责任。案涉金融衍生品业务交易的主体均为境外主体。

其次,从金融衍生品交易合约的成立地和履行地的角度分析。案涉ISDA协议等是先由高某代表香港地区法人在上海签字盖章,然后由国泰世华银行工作人员带回台湾地区,由申请人审核盖章后才生效,合同的签订地应当是最后盖章的一方即申请人所在地。从合同履行情况分析,案涉金融衍生品的履行约定在我国台湾地区。故主债务合同签订地和履行地均不在我国境内。

最后,从是否扰乱境内金融市场或者损害境内交易者合法权益的角度分析。案涉金融衍生品与我国境内唯一的联系在于主债务人的负责人居住在上海。考虑到《期货和衍生品法》第2条的规定,还应当考虑案涉的交易是否扰乱境内的金融市场或者损害境内交易者的合法权益。本案中并未有相关证据显示存在上述情况,故本案中申请人所涉及的行为不能适用《期货和衍生品法》的相关规定。

综上,国泰世华银行案涉行为并非在我国境内从事金融衍生品业务的行为,故被申请人对此的抗辩应当驳回。此外,需要注意的是,本案中,国泰世华银行要求高某承担责任的直接依据是高某对案外人的债务承担担保责任。一种观点认为,只能对直接的法律关系进行认定,担保行为并不违反我国的社会公共利益,故不应当继续审查担保行为的效力。但如前文所述,在适用社会公共利益条款时,应当采用结果说,如果对案涉判决的认可和执行会导致实际上认可了未经批准在我国境内从事金融衍生品业务的效力,则不应当对担保行为的判决进行

认可和执行。因此,在本案中,申请人是否未经批准擅自在我国境内从事金融衍生品的交易业务是本案必须审查的范围。

(编辑:徐安安 宋 澜)