

理念 · 实践 · 创新 丛书

国际银行法

——合同、银团与法律冲突

International Banking Law

— Contract, Syndicates and Conflict of Laws

高祥阳 陈 宇 著

 中 国 人 民 大 学 出 版 社

理念 · 实践 · 创新 丛书

国际银行法

——合同、银团与法律冲突

International Banking Law

— Contract, Syndicates and Conflict of Laws

高祥阳 陈 宇 著

 中 国 人 民 大 学 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际银行法——合同、银团与法律冲突/高祥阳, 陈宇著.

北京: 中国人民大学出版社, 2003

(理念·实践·创新丛书)

ISBN 7-300-05191-X/D·943

I. 国…

II. ①高… ②陈…

III. 银行法-世界

IV. D912.28

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 115772 号

理念·实践·创新丛书

北京市社会科学理论著作出版基金资助

国际银行法

——合同、银团与法律冲突

高祥阳 陈宇 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-62515351 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32

版 次 2003 年 12 月第 1 版

印 张 13.875 插页 1

印 次 2003 年 12 月第 1 次印刷

字 数 396 000

定 价 22.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



国 际 银 行 法

序

肖索义

金融体系的健康、高效运转需要健全法律机制的支持，金融自由与金融安全的最佳结合需要相应法律体系的配套。尤其是在中国加入WTO，融入经济全球化体系的背景下，在日益发展的跨国融资业务中，需要了解、熟悉和驾驭国际惯例，遵循统一规则体系的要求。为此，吸收和消化国际经济运行的统一惯例，就成为今后一段时间法学理论界和法律实务界的共同任务，也是理论与实务互动的一个良好契合点。

国际银行法已经发展到了一个相对成熟的阶段，法律框架体系较为完整，实务操作方面较为规范。但是，从亚洲金融危机等金融业和国民经济的一些巨大动荡中，也可以看出现有金融运行机制里存在一些致命性的薄弱环节，其中有经济理论上不成熟的原因，更

多则表现为法律保障机制的脆弱。从法律的视角来看待这些金融链条的薄弱环节，可以把危机的根源归结为微观操作的不规范和宏观监管的滞后。金融理论和实践的发展总是大大超越于法律更新的进程，在健全社会主义市场经济法律框架的过程中，金融法制的完善是非常重要而紧迫的。

深化金融法学的研究必须尊重金融运行的客观规律，吸收金融理论研究的先进成果，从法律理念的视角重新审视传统金融制度体系的经验与不足，以极大的勇气、踏实进取的精神和富有前瞻性的眼光，来建构与国际接轨而又适合中国国情的金融法律体系。这个过程需要法学和经济学的良性互动。经济学界理论研究构想的实现需要借助法律的规范性，同样，法学理论的研究也需要消化金融理论发展的最新成果，而不能闭门造车，远远落后于金融理论的创新和金融实践的发展。法律的稳定性和法律自身的不断更新之间需要寻求一个良好的结合点，这个结合点很大程度上与金融理论和金融实践的发展密切相关。

无论是金融理论创新，还是金融法制的发展，贯穿始终的一条主线就是与国际接轨。与国际接轨意味着必须具有广阔的胸襟和开放的视野，广泛借鉴国际金融法律惯例，将国际上成功的经验有效地借鉴和移植到中国金融法制之中，而成功与国际接轨的前提则是深化金融法学的比较研究。吸收国外金融法制的先进经验必须与中国的国情有机结合，既不落后于现代金融的发展进程，又要关注中国的现实，不能超越经济发展所处的历史阶段。只有将吸收国际惯例与尊重国情相结合，比较金融法学研究的理论创新才有现实意义，才能为推进金融法律环境的完善作出扎实的贡献。

《国际银行法》这本书是两位年轻作者在比较金融法学研究领域内的一个阶段性的成果。作者在深入了解国内外银行法律研究前沿成果的基础上，积极思考银行贷款法律环境和微观操作两个层面的完善途径，特别是对于英美法系国家在银行监管及安全保障的微观法律机制方面做了较为深入的比较研究。这部著作比较注重为实务运用提供规范操作指引，作者力图为银行和企业发展跨国融资业

务提供全面而深入的参考。当然，该成果还存在一些缺憾，例如，对于中国现有立法及其改革方向探讨不够深入，对于以法国、德国为代表的大陆法系国家银行法律在某些方面缺少必要的介绍与横向比较。但是，瑕不掩瑜，相信《国际银行法》的出版对于金融法律实务和金融法学理论研究，将不无裨益。



国 际 银 行 法

自序：在想像力与规则之间

想像力是创造的源泉所在，没有丰富的想像力就不可能有斑斓多彩的生活。银行业作为现代经济的基石，在过去、现在和将来，始终发挥着自身不可替代的作用。银行业本身的发展，也已经以事实说明了想像力的重要性。银行业务走出存贷业务的困囿，走出一国的狭小空间，在实践中不断创造着新的金融工具，不断地创造出新的名词，组合成为新的交易方式和新的制度体系——所有这些，都显示着银行家的智慧、想像力与创造力，而这种想像力正是现代银行业保持旺盛活力的一个主要的原因。

在对银行家的想像力充分肯定的前提下，自然会联想到自由度的问题，即在活跃的想像力与强制性规则之间如何平衡？早在1985年，Carlos Diaz-Alejandro发表了著名的论文《送走了金融压制，迎来了金融危机》(Good-bye Financial Repression, Hello Financial Crash)。金融自由化从某种角度上说刺激了金融固有的脆弱性，而这种金融脆弱性的不断累积，最终导致了金融危机的爆发。由此可

见，金融自由化本身在促进金融发展和经济增长的同时，也加剧了金融自身的脆弱性，由此而引发的危机促使经济衰退。当然，经济学家的理论成果和金融家的实践经验都表明，金融自由化本身对社会经济发展的利大于弊，因此，推动金融自由化的发展势在必行。问题就转化为如何在推动金融自由化的同时，创造出一种最优化的安排，降低其对金融脆弱性的刺激部分，增大对经济发展的推动力。在这样一个制度设计过程中，需要经济学界、金融实务界和法学界的共同努力。就银行业发展而言，依照国际惯例实现有效的银行监管，同时，在具体银行业务中确保每一笔的交易按照法律程序和条件进行，将银行家的想像力与现有的法律规则有机结合起来，延续银行业的生命力和创造力，同时也保障银行业的健康运转，这是法学理论界和法律实务界不可推卸的使命。

需要指出的是，现代银行法律问题由于银行业务的发展而显得日益繁复与多样。一项具体国际银行业务本身所涉及的法律问题，从表面上看可能仅仅是单一类型的法律关系，但是，细究其中，往往可以发现一项简单的业务却是诸多法律规则的综合。因此，探讨国际银行业务所涉及的法律问题，需要一种条分缕析的耐心。合同关系无疑是银行法的基础与核心部分，国际银行法首先是一种涉外的合同借贷关系，在此基础上，触及法律适用及国家强制法调整等方面问题。此外，国际银行贷款业务中，发展演化出诸如银团贷款、衍生工具、贷款证券化等新的金融工具，那么其中所涉及的法律问题也应当从理论上加以阐释。基于上述考虑，本书的写作基本上以贷款合同、银团贷款与法律适用这三个方面为基点，涵盖银行业务中所涉及的诸种法律关系，力求全面展示国际银行业务中所涉及的法律框架。

银行业的创新性与灵活性极为突出，因此，本书的写作不可避免地在极力展现这种特性的同时，也为这种特性所困扰。银行业的创造性和灵活性，将传统法律框架的诸种规则运用、演绎得酣畅淋漓、千变万化，任由想像力驰骋，很多时候法律所发挥的效用仅仅是提供一个框架或者一条底线。在本书的构思之初，笔者就力求将国际银行业实务中的智慧成果以及令人眼花缭乱的实务规则充分展

现；写作过程中，也是极力搜索国际银行法律业务发展的最新轨迹。然而，即使如此，这种努力还是留下诸多的不足与缺憾，其原因有学业能力所限，也有实践经验所限，同样，也有银行业务的创新性和灵活性这个因素在作怪。

这部《国际银行法》是笔者研习国际银行法律业务与规则的一些初步成果的整理，笔者尽力将国际银行法律业务的法律框架作较为细致的描述与分析。书稿的写作跨越多年，从构思、三次修订到最终出版，前后经历五年。尽管如此，囿于学力所限，笔者深知这部阶段性探索成果的诸种不足与缺憾，敬请理论界与实务界的前辈、同仁指正。感谢中国人民大学法学院院长曾宪义教授为本书提笔作序。收笔之时，还要对笔者所参考并收于本书参考文献的国内外该领域最新科研文献及成果的作者致谢。最后，需要感谢的是本书的编辑，他们不厌其烦细读文稿并提出诸多修改意见，其间的反复商讨竟达十余次，正是他们的努力，才有了本书的及时出版。

高祥阳、陈宇

写于圣诞平安夜



国 际 银 行 法

目 录

第 1 章	国际定期贷款合同	(1)
	1.1 国际定期贷款与欧洲货币市场	(2)
	1.2 国际定期贷款合同主要条款	(10)
	1.3 违约事件与违约救济	(23)
第 2 章	先决条件、陈述与保证及约定事项	(35)
	2.1 先决条件条款	(36)
	2.2 陈述与保证条款	(41)
	2.3 约定事项条款	(46)
第 3 章	利差保障、非法化与贷款抵销	(60)
	3.1 利差保障条款	(60)
	3.2 非法化条款	(66)
	3.3 国际贷款中的抵销问题	(69)
第 4 章	国际银团贷款	(79)
	4.1 国际银团贷款概述	(79)

	4.2 订约前事项	(95)
	4.3 牵头行在信息备忘录中的失实 陈述责任	(102)
	4.4 银团成员之间的关系	(127)
	4.5 银团代理行	(136)
第5章	贷款交易	(155)
	5.1 贷款交易的制度构造	(156)
	5.2 贷款让与	(159)
	5.3 贷款更新	(170)
	5.4 贷款转参与	(173)
第6章	国际贷款涉及的担保问题	(181)
	6.1 关于担保的效力	(181)
	6.2 保证担保	(184)
	6.3 财产担保	(194)
	6.4 消极担保条款分析	(216)
第7章	掉期交易	(231)
	7.1 利率掉期与货币掉期	(231)
	7.2 掉期交易市场	(235)
	7.3 掉期合同与法律风险	(238)
第8章	政府贷款与主权风险	(243)
	8.1 主权风险与主权豁免	(243)
	8.2 主权豁免的放弃	(249)
	8.3 政府债务的重组	(251)
第9章	金融监管与外汇管制	(257)
	9.1 巴塞尔银行监管体制	(258)
	9.2 贷款票据、贷款参与凭证与证券监管 ——美国判例法实践经验评析	(270)
	9.3 外汇管制的域外效力 ——关于国际货币基金组织协定第8条 第2款(b)的解释	(282)

第 10 章	准据法、诉讼管辖与外国判决的执行	(295)
	10.1 冲突法规则与国际贷款合同	(296)
	10.2 国际贷款纠纷的诉讼管辖	(317)
	10.3 外国判决的执行	(334)
第 11 章	国际贷款中的法律意见	(338)
	11.1 法律意见的作用与陈述事项	(339)
	11.2 关于借款人法律地位的法律意见	(347)
	11.3 关于贷款合同效力的法律意见	(351)
	附录: 国际银团贷款合同文本(英文)	(355)
	主要参考文献	(412)
	索引	(417)



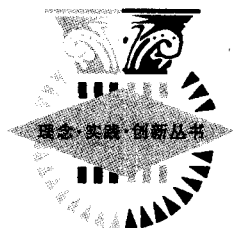
国 际 银 行 法

CONTENTS

Chapter 1	The Contract of International Term Loans	[1]
	1. 1 International Term Loans & Eurocurrency Market	[2]
	1. 2 The Main Clauses of International Term Loans Contracts	[10]
	1. 3 Default Events & Remedies of Default	[23]
Chapter 2	Condition Precedent, Representations, Warranties & Covenants	[35]
	2. 1 Condition Precedent Clause	[36]
	2. 2 Representations & Warranties Clause	[41]
	2. 3 Covenants Clause	[46]
Chapter 3	Margin Protection, Illegality and Set-off	[60]
	3. 1 Margin Protection Clause	[60]

	3. 2	Illegality	[66]
	3. 3	The Set-off in International Loans	[69]
Chapter 4		International Syndicated Loans	[79]
	4. 1	General Questions on International Syndicated Loans	[79]
	4. 2	Pre-contract Matters	[95]
	4. 3	The Responsibility of the Lead Bank for the Misrepresentation in Information Memorandum	[102]
	4. 4	Relationship Between Syndication Members	[127]
	4. 5	Syndicated Agents	[136]
Chapter 5		Transaction of Loans	[155]
	5. 1	Structure of the Transaction of Loans	[156]
	5. 2	Assignment of Loans	[159]
	5. 3	Novation of Loans	[170]
	5. 4	Sub-participation of Loans	[173]
Chapter 6		Securities in International Loans	[181]
	6. 1	Validity of Securities	[181]
	6. 2	Guarantees as Securities	[184]
	6. 3	Possessory Securities	[194]
	6. 4	Analysis on Negative Pledge Clause	[216]
Chapter 7		Swaps	[231]
	7. 1	Interests Rate Swaps & Currency Swaps	[231]
	7. 2	Swaps Market	[235]
	7. 3	Swaps Contract and Legal Risk	[238]
Chapter 8		Government Loans & Sovereign Risk	[243]
	8. 1	Sovereign Risk & Sovereign Immunity	[243]
	8. 2	Waiver of Sovereign Immunity	[249]

	8. 3	Restructuring of the Government Debts	[251]
Chapter 9		Financial Supervision & Exchange Control	[257]
	9. 1	The Basle Supervision System	[258]
	9. 2	Loan Notes, Loan Participations and Security Supervision	[270]
	9. 3	Extraterritorial Effect of Exchange Control Regulations	[282]
Chapter 10		Proper Law, Forum and Enforcement of Foreign Country Judgments	[295]
	10. 1	Rules of Conflict of Laws & International Loans	[296]
	10. 2	Jurisdiction and Forum in International Loans	[317]
	10. 3	Enforcement of Foreign Judgments	[334]
Chapter 11		Legal Opinion in International Loans	[338]
	11. 1	Function of Legal Opinion & the Contents	[339]
	11. 2	Opinions to the Status of Borrower	[347]
	11. 3	Opinions to the Legal Validity of Loan Contract	[351]
		Appendix: International Loans Contract (English)	[355]
		Bibliography	[412]
		Index	[417]



国 际 银 行 法

第 1 章 国际定期贷款合同

国际定期贷款的发展与欧洲货币市场的勃兴密不可分，在国际金融业务中，如果没有欧洲货币市场的发展，银行显然不足以满足大额的贷款需求，更不论发展国际银团贷款这样的大额贷款业务。所以，在讨论国际定期贷款的时候，不可避免需要将第二次世界大战以后，特别是 20 世纪 60 年代以来的发展，与欧洲货币市场的发展相联系。国际定期贷款基本上是通过订立定期贷款合同的方式建立的，在实践中逐步完善起来的贷款合同体现出格式化、专业化的特点，其中英美法系的合同法理论对于调整国际定期贷款业务中的合同及非合同关系具有重要的影响，一些典型的条款已经成为一种标准格式为国际贷款业务以及许多国内贷款实践所采用。分析国际贷款业务所涉及法律规则的基础和前提是针对定期贷款合同条款的理解以及探究合同条款背后的法理依据，在认识合同文本条款的基础上才能逐步建构国际贷款业务法律框架体系。

1.1 国际定期贷款与欧洲货币市场

1.1.1 国际定期贷款

银行通过存款获得资金而提供贷款，这些存款主要是来自货币市场上的其他银行、通过发行可转让存单（negotiable certificate of deposit）以及来自客户的存款。借款人通常需要中期或者长期（包括3年~10年）的贷款以便为资本投资和其他的事项提供融资支持。但是，银行的存款人只是希望通过短期的方式（例如6个月或者是活期存款）向银行提供资金。因此，银行实际上充当的是吸收短期的存款而提供长期贷款的媒介（intermediary）。银行的全部利润来自于银行向短期存款者支付的利息与通过长期的贷款获得的利息之间的差额（spread）或者利差（margin）。因此，在浮动利率的定期贷款合同中，当贷款银行获得存款的利率发生变化，亦即“浮动”时，借款人支付给贷款银行的利率也应当在不同时期发生相应的变化。

定期贷款的实质在于贷款银行和借款人双方合意确立一个特定的持续时间，在这个时间内，借款人有权获得贷款资金。定期贷款是与透支融资（overdraft facility）相对而言的，在透支融资中，借款人随时面临着贷款银行的偿还请求，借款人有义务尽快满足贷款银行的还款请求。^① 如果在一个合同中，存在一个合意允许借款人在一个特定的期间内持有贷款资金，虽然这项融资名义上还是被称为透支融资，这样的协议约定还是有效的定期贷款。换句话说，仅仅因为被称为透支，并不必然导致凭银行的要求即须还款，这种还款机制取决于双方之间的合同约定。^② 定期贷款合同是对双方合意的一种简单方式的说明，在这项合意中贷款银行与借款人约定在一个特定的期间内持续的贷款资金提供，

① Cripps Ltd. v. Wickenden [1973] 1 WLR 944.

② See Graham Roberts, *Law Relating to International Banking*, Grasham Books, Woodhead Publishing Ltd., 1998, p. 41.