

借款人、贷款人 与贷款协议

陈孝周 编著

JIEKUANREN DAIKUANREN YU
DAIKUAN XIEYI

F

€

Pts

 中国金融出版社

借款人、贷款人与贷款协议

——关于借贷关系的国际惯例

陈孝周 编著

 中国金融出版社

责任编辑：彭元勋 黄和平

责任校对：吕 莉

图书在版编目 (CIP) 数据

借款人、贷款人及贷款协议：关于借贷关系的国际惯例/陈孝周编著. —北京：中国金融出版社，2000.9

(银行业务经营与管理丛书)

ISBN 7 - 5049 - 2375 - 3

I. 借…

II. 陈…

III. 商业 - 借贷 - 国际惯例 - 研究

IV. F830.56

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 45503 号

出版 **中国金融出版社**

发行

社址 北京广安门外小红庙南里 3 号

发行部：66081679 读者服务部：66070833 82672183

http: //www. chinafph. com

邮码 100055

经销 新华书店

印刷 北京市宏文印刷厂

尺寸 140 毫米 × 203 毫米

印张 12.5

字数 280 千

版次 2001 年 10 月第 1 版

印次 2001 年 10 月第 1 次印刷

印数 1—2500

定价 20.00 元

如出现印装错误请与出版部调换

前 言

几年前，当我由从事多年的国际资金融通业务部门转到人民币业务为主的部门工作时，才真正体会到我国商业银行本外币业务的差别，尤其在融资领域。在金融体制改革日益深化的今天，只有了解并借鉴国际上商业银行的习惯做法，才能在最短的时间内赶上国外的先进水平。

商业银行所有业务的基础是存款、贷款、汇款和清算，而信贷业务具有至关重要的意义。目前，我国商业银行资产构成中信贷资产占了绝大部分，银行的所有问题都直接或间接表现为过高的不良贷款率。传统信贷业务存在着种种弊端，而贷款协议之不规范是最基础性的问题。与国际惯例相比，我国贷款协议的条款比较简陋，导致贷款人的权益无法得到充分保护。现实中广泛存在的“贷款之前客户求银行，贷款发放后银行求客户”现象，与此有密切的联系。

贷款协议中反映的问题，一是由于长期计划经济实践造成的一些错误认识。比如，银行和企业都属于国家，借款人不还贷款，贷款银行不能理直气壮要求还款，更谈不上通过贷款协议对企业施加种种限制。

二是贷款协议执行过程中存在大量的问题，即使贷款协议规定得再全面，实践中也难以执行。三是无论在理论上还是在实践中我们对于借贷关系的特殊性缺乏足够的认识，表现之一便是片面理解合同当事人之间应该平等的原则，似乎在贷款协议中凡是限制借款人的条款，必须相应地同时限制贷款人。

上面所述原因中最后一条是最根本的。借贷关系以借贷双方风险承担的非对称性为主要特点。贷款发生后，剩下的全部内容就是贷款人行使权利和借款人履行义务。它表现在贷款协议中便是，如何限制借款人使其严格履行还本付息义务以及如何保护贷款人并使其实现按时回收贷款本息的权利。如果认识不到这一点，将借贷关系混同于一般的买卖关系，就会出现偏差。

国际上通用的贷款协议各条款之间存在着十分严密的逻辑联系，它们都是经过长期实践摸索的结果，是付出代价后换来的。充分了解借贷关系的国际惯例，我们才能少走弯路，才能少付代价。有的同志可能认为，国外银行贷款协议的结构及某些条款不适用于我国当前情况。但这要做具体分析，不能一概而论。对我们来说，更加重要的是应该站在更高的层次上看待这个问题。

首先，有些条款的确不适合当前的具体情况，但它们所体现出来的思想、原则以及银行对待可能出现

风险的处理方式却是值得我们借鉴的。也许我们碰到的是不同的问题，但我们完全可以从国外的经验中举一反三。

其次，有些条款我们比较陌生，也似乎不符合我们长期形成的习惯，但它们非常合理，与现行的法律也不冲突。对于银行来说，应该采取拿来主义的做法。

最后，我们自己的情况也在不断改善。1999年颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）表明了我们在逐步向国际规范靠拢。《合同法》的某些规定对于贷款人权利的完善具有至关重要的意义。试举例如下。

第一，借款人进行“恶意谈判”，故意隐瞒重要事实或向贷款人提供不真实的情况，诱使贷款人签署贷款协议，《合同法》规定借款人应承担损害赔偿责任。这实际上就是国际贷款协议中借款人违反声明与保证条款。

第二，虽然贷款尚未到期，但如果事实证明借款人届时无法履约，贷款人可要求借款人立即承担违约责任。这种被称为“预期违约”的做法实际上就是国际贷款协议中的“先兆性违约事件”。同样，借款人出现经营状况的恶化或其他不良行为，贷款人亦有权中止合同，即所谓“不安抗辩权”，也是“先兆性违约事件”的重要内容。

第三，区别“合同成立”与“合同生效”的概念，

为贷款协议中采用国际上通用的“提款前提条件”条款开辟了道路。

总之，只有充分了解并借鉴国外银行的习惯做法，才能缩小与国外银行的差距。无论在信贷领域，还是在其他银行业务方面，莫不如此。

作者

2001年8月



作者简介

陈孝周，1962年5月生。1988年毕业于中国人民银行总行研究生部。现为中国信达资产管理公司总裁助理。

目 录

| | |
|-----------------------------------|------|
| 第一章 借贷关系的独特性与贷款协议的作用 | (1) |
| 一、借贷关系不同于商品交换关系 | (1) |
| 二、贷款人的特性 | (6) |
| 三、借贷双方的简单合约以及存在的问题 | (9) |
| 四、国际商业贷款协议惯例 | (11) |
| 五、国际商业贷款协议结构 | (15) |
| 六、贷款协议的作用 | (19) |
| | |
| 第二章 国际商业贷款之理论基础 | (21) |
| 一、国际商业贷款的特点 | (21) |
| 二、欧洲美元与国际商业贷款 | (26) |
| 三、LIBOR | (28) |
| 四、利差与贷款期限 | (32) |
| 五、“借短贷长”的存放款机制 | (38) |
| 六、贷款净收益 | (40) |
| 七、银团贷款各参加银行的关系 | (43) |
| | |
| 第三章 现值、将来值与贷款的综合成本 | (46) |
| 一、货币的时间价值 | (46) |
| 二、单笔资金的现值与将来值 | (47) |
| 三、现金流量的现值与将来值 | (49) |
| 四、等年金的现值与将来值 | (53) |
| 五、复利周期 | (59) |

| | |
|---|--------------|
| 六、贷款费用的计算 | (61) |
| 七、贷款的综合成本 | (63) |
| 第四章 提款与还款机制 | (68) |
| 一、提款的前提条件 | (68) |
| 二、提款程序 | (74) |
| 三、提款用途 | (79) |
| 四、贷款人义务的独立性 | (81) |
| 五、付息日与利息期 | (84) |
| 六、利率、违约利率及贷款费用 | (90) |
| 七、还款及还款次序 | (95) |
| 八、提前还款 | (97) |
| 九、银行工作日 | (101) |
| 十、美元清算系统 | (103) |
| 十一、代理行对其垫付资金的收回权利 | (104) |
| 第五章 利差补足、成本增加、替代利率以及不 合法 | (106) |
| 一、利差补足等源于“贷款净收益”理论 | (106) |
| 二、避免双重征税协议与税收抵免 | (110) |
| 三、成本增加 | (116) |
| 四、市场紊乱与替代利率 | (121) |
| 五、不合法条款 | (126) |
| 第六章 声明与保证 | (129) |
| 一、贷款协议为什么需要声明与保证条款 | (129) |

| | |
|--|--------------|
| 二、法律保证与商务保证····· | (132) |
| 三、关于比例平等的保证····· | (134) |
| 四、关于借款人法律地位的保证····· | (137) |
| 五、关于借款人权利和授权的保证····· | (139) |
| 六、“贷款协议已经取得有关批准文件”与“贷款 协议与有关法律、公司章程或其他合同 不相冲突”的保证····· | (141) |
| 七、关于贷款协议具有法律约束力和可强制执行的 保证····· | (143) |
| 八、其他常见的法律保证····· | (145) |
| 九、“借款人的财务报表”与“借款人的财务状况 没有实质性的不利变化”的保证····· | (145) |
| 十、“借款人没有法律诉讼”的保证与“没有 在其他协议中出现违约或违约事件” 的保证····· | (148) |
| 十一、其他常见的商务保证····· | (151) |
| 十二、关于声明与保证条款的几个问题····· | (152) |
| 十三、“知悉限制”与“实质性限制”····· | (154) |
| 十四、声明与保证的重复····· | (158) |
| 第七章 约定事项····· | (160) |
| 一、“约定事项”条款与“声明与保证”条款的 关系····· | (160) |
| 二、约定事项的内容····· | (162) |
| 三、关于稳健经营的一般约定····· | (166) |
| 四、关于向贷款人提供信息的约定····· | (168) |

| | |
|--|--------------|
| 五、财务约定····· | (172) |
| 六、财务比率指标和财务数量指标····· | (175) |
| 七、什么是消极保证····· | (182) |
| 八、关于保持借款人同一性的约定····· | (189) |
| 九、控制借款人的资产与负债····· | (192) |
| 十、关于约定事项条款的几个问题····· | (197) |
| 第八章 违约事件以及贷款人的救济手段····· | (201) |
| 一、违约事件条款在贷款协议中的地位与 作用····· | (201) |
| 二、缓解违约事件后果的主要方法····· | (203) |
| 三、实际违约与先兆性违约····· | (205) |
| 四、借款人对贷款协议的实际违约····· | (208) |
| 五、交叉违约····· | (213) |
| 六、借款人没有支付能力或破产····· | (219) |
| 七、借款人所在国家政府强制征用借款人资产、 延期偿付债务的命令或实行外汇管制····· | (221) |
| 八、借款人的经营状况和财务状况恶化····· | (222) |
| 九、其他主要违约事件····· | (224) |
| 十、贷款人的主要救济手段：取消贷款承诺 与加速到期····· | (226) |
| 十一、贷款人的其他救济手段····· | (230) |
| 十二、贷款人放弃权利····· | (234) |
| 十三、内部救济手段与外部救济手段····· | (236) |
| 十四、债务重组····· | (237) |

| | |
|-------------------------------|-------|
| 第九章 银团贷款 | (239) |
| 一、银团贷款概述..... | (239) |
| 二、安排行的选择以及作用..... | (242) |
| 三、委托书的主要内容..... | (243) |
| 四、信息备忘录..... | (247) |
| 五、银团的组织与贷款协议的谈判..... | (251) |
| 六、贷款协议的签约..... | (254) |
| 七、代理行的选择与更换..... | (255) |
| 八、代理行的职责..... | (257) |
| 九、银团各成员银行之间关系的相对独立性..... | (265) |
| 十、多数贷款权人..... | (269) |
| | |
| 第十章 贷款的转让 | (271) |
| 一、为什么要“买卖”贷款..... | (271) |
| 二、让与..... | (275) |
| 三、合同更新..... | (278) |
| 四、分销与风险参与..... | (281) |
| 五、分销与让与或合同更新..... | (284) |
| 六、借款人可否转让贷款协议的权利与义务..... | (285) |
| | |
| 第十一章 贷款协议的其他法律问题 | (286) |
| 一、贷款协议的适用法律..... | (286) |
| 二、司法管辖权..... | (291) |
| 三、法律意见书..... | (296) |
| 四、通知..... | (299) |
| 附录 | (302) |

第一章 借贷关系的独特性 与贷款协议的作用

一、借贷关系不同于商品交换关系

从广义上说，借贷关系也是一种交换关系。借贷关系最基本的特征是借款人在向贷款人借入一定金额资金的同时，承诺在约定期限内归还所借资金并支付一定利息。借贷关系与一般商品交换关系的不同是显而易见的。从表面上看，商品交换关系总是表现为具有不同使用价值商品之间或商品与货币之间的交换，而借贷关系则是具有同质的货币在不同时间点上的交换。但如果深入分析，尤其是从交换双方承担风险的角度进行分析，就可以从深层次上发现借贷关系与商品交换关系所存在的根本性区别。

随着历史的发展，商品交换经历了不同的阶段。

在货币作为一般等价物以前，物物交换是商品交换最重要的形式。作为原始的商品交换形式，物物交换的主要特点是买与卖同时进行，买的过程也就是卖的过程。所以，当买卖双方将自己拥有的商品交给对方以换取自己所需要的商品的时候，交换过程完成了。买与卖在时间上同时发生，在空间上则完全一致。从风险承担的角度看，买卖双方都不承担对方违约的风险。

以货币为媒介的商品交换则使情况发生了变化。仔细分

析起来，以货币为媒介的商品交换存在不同的形态。第一种也是最基本的形态是即时的商品交换，即我们通常所说的“一手交钱，一手交货”；第二种形态是预先通过订立合同进行的交换；第三种形态是以信用为基础的交换。以信用为基础的交流是买方或卖方在购买或出售商品的同时，向对方提供了信用。比如延期付款就是卖方向买方提供信用的商品交换形式；预付款则是买方向卖方提供的信用。以信用为基础的交流带有借贷关系的烙印，如果将其中包含的借贷关系抽象出来，则可以归并到即时交换或合同约定的交流中去。所以，我们在此重点考察前面两种形式的商品交换。

如果物物交换的另一极由普通商品变为金钱，物物交换就成为“一手交钱，一手交货”式的商品交换。在货币持有者得到商品的同时，商品拥有者实现了价值。所以，从风险承担的角度看，它与物物交换在本质上是一样的，即买方与卖方都不承担对方违约的风险。

在预先合同约定的商品交换中，根据合同的约定，卖方准备货物，买方准备资金。与上面所述的商品交换形式不同，它使买与卖在时间上和空间上出现了分离。在现代社会里，除了人们购买日常生活用品以及零星物品外，大量的商品交换都需要通过事先订立合同。在国际贸易中，这种做法更是十分普遍。

通过合同进行商品交换首先是金融、保险、通讯、交通等高度发达的结果，同时它又反过来促进了金融等行业的繁荣。虽然它大大便利了经济交流，但却存在一个矛盾：买方要确保支付货款后能够得到与合同规定数量、质量相一致的货物；而卖方则需要保证在他根据合同提供货物后能够及时

收到足额的货款。也就是说，买方承担了卖方不遵守合同约定的风险，卖方也同样存在着买方违反合同规定的风险。双方都承担着对方违约的风险。这也是银行信用介入商业信用（如信用证、银行保函、银行承兑等）的主要原因。

一言以蔽之，不管何种形态的商品交换，买方与卖方在承担风险方面是对等的，要么双方都不承担对方违约的风险，要么双方都承担对方违约的风险，二者必居其一。

借贷关系则不同。从借款与还款发生的时间上看，总是借款在前，还款在后。所以，一旦发生借贷关系，剩下的便只是借款人不履行还款义务，而不会出现贷款人不履行义务。所以，从风险承担的角度看，借款人与贷款人承担的风险关系是单向的，贷款人承担借款人违约的风险，借款人则不承担贷款人违约的风险。

更为重要的是，由于贷款产生的利益与风险对借贷双方同样是不对称的。这种不对称现象表现为对于贷款收益的分享、贷款失败风险的承担等方面。

首先来看借款人和贷款人分享贷款收益时的不对称性。贷款人的报酬是收取的利息（以及费用等，在此忽略不计）。利息收入包括贷款人资金成本和利差，资金成本由市场条件决定，而利差收入则是贷款人承担借款人风险的报酬。在浮动利率条件下，利率是变动的，但贷款人的利差收入总是相对稳定的（我们在第二章将详细谈到这个问题）。也就是说，贷款发放以后，不管情况发生什么变化，贷款人的利差收入不变。这就导致这么一种现象，贷款人承担风险的报酬（即利差）与贷款使用的成功程度没有直接关系。以项目贷款为例，借款人将贷款用于某一项目，项目收益率的高低并不影

响贷款人收取的利差水平。

借款人的情况正好相反。除了扣除利息支出外（其他成本在此暂不考虑），剩下的全归借款人。借款人的收入与项目成功程度存在直接的对应关系。

上面所述清楚地反映在图 1-1 中（还是以项目贷款为例）。从图中我们可以看出，项目的收益曲线（ y_1 ）和贷款人的利息收入曲线（ y_2 ）是起伏不定的，但造成二者变动的原因是不同的。贷款人的利差收入线固定不变（ y_3 ），换言之，贷款人不因为项目收益的增减而相应改变其利差收入，二者（ y_1 、 y_2 ）不存在相关关系。在 x_2 点，项目收益高于利息支出，借款人的净收益为 bb' ；在 x_3 点，项目收益大大高于利息支出，借款人的净收益上升为 cc' 。在上述两种情况下，贷款人的利差收入均不变。所以，贷款人从贷款项目中得到的收益是固定的，借款人得到的收益则没有任何上限限制，显然二者并不对称。

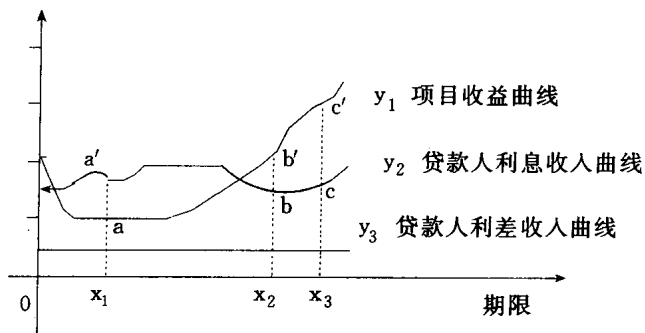


图 1-1 项目收益