

国际资金融通 的法律与实务

对外经济贸易大学出版社



国际资金融通的 法律与实务

沈达明 编
冯大同

对外贸易教育出版社

1985

国际金融通的法律与实务

沈 达 明 编
冯 大 同

*

对外贸易教育出版社出版

兴源印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

*

开本850×1168 1/32·印张11¹/₂·字数297千字

1985年12月第一版·1985年12月第一次印刷

印数1—20,000册·定价2.10元

统一书号: 432·26

编 者 说 明

本书是为了适应利用外资的需要而编写的，其内容主要是介绍国际银行财团贷款、国际官方金融机构贷款、发行债券以及项目融资、船舶融资等国际常用的几种借贷方式所涉及的法律问题和业务做法。

国际借贷所涉及的法律问题甚广，既有债法、物权法与票据法等属于私法方面的问题，也有证券法、外汇管制法、税法等属于公法方面的问题，还涉及到法律适用、司法管辖权与国家豁免权等属于国际私法和国际公法方面的问题。掌握上述法律知识，对于做好国际融资工作是十分重要的。但目前我国国内还没有专门介绍这方面法律知识的书籍，为了满足教学和业务工作的需要，编者根据现有的国外资料，主要是参照英国、美国、联邦德国和法国有关国际借贷的论著，编成此书，供外贸、财经院校教学和从事国际融资工作的同志参考。

本书除绪论外共分十三章，其中，以六章分别介绍国际借贷协议、国际银行财团贷款、发行债券、国际官方金融机构贷款、项目融资和船舶与飞机融资等各种不同的借贷方式，其余七章则集中介绍各种借贷方式都可能涉及的共同性的法律问题和合同条款。这两方面内容是互相联系、互相补充的。读者如需了解某种借贷方式，除阅读该章外，尚须参阅介绍共同性问题的有关章节。

由于编者水平有限，手头掌握的资料不多，纰缪挂漏之处，在所难免，敬希读者批评指正。

编 者

一九八四年八月

目 录

绪 论	(1)
第一章 国际融资法律文件的共同条款	(4)
第一节 借款人对事实的说明与保证	(4)
第二节 借贷协议生效的先决条件	(11)
第三节 约定事项	(12)
第四节 违约事件	(28)
第二章 国际借贷协议	(37)
第一节 国际借贷协议的订立	(37)
第二节 国际借贷协议的内容	(40)
第三节 国际借贷中所使用的本票	(47)
第三章 国际银行财团贷款	(55)
第一节 国际银行财团贷款概述	(55)
第二节 经理人与代理银行的作用	(62)
第三节 贷款银行、多数贷款权银行及参加贷款权人	(67)
第四章 国际官方金融机构贷款	(76)
第一节 世界银行集团的贷款	(76)
第二节 区域性开发银行的贷款	(83)
第三节 共同融资	(86)
第五章 项目融资	(89)
第一节 项目融资概述	(89)
第二节 项目的风险	(98)
第三节 东道国政府的特许协议	(103)
第四节 项目融资所使用的各种合同	(106)
第六章 国际债券	(116)
第一节 国际债券概述	(116)
第二节 国际债券的发行	(120)

第三节	各国有关债券的法律	(131)
第七章	债权担保	(160)
第一节	人的担保	(160)
第二节	担保物权	(184)
第三节	后受偿债权协议	(218)
第八章	船舶与飞机融资	(225)
第一节	船舶融资概述	(225)
第二节	船舶登记与抵押登记	(228)
第三节	船舶抵押的形式要求	(238)
第四节	船舶抵押合同的约定事项	(246)
第五节	违约与救济方法	(258)
第六节	海商法院的管辖权	(262)
第七节	海商留置权	(269)
第八节	造船融资	(279)
第九节	飞机融资	(281)
第九章	国际借贷交易的法律适用问题	(286)
第一节	准据法的确定	(286)
第二节	准据法的适用	(298)
第十章	国际借贷交易的司法管辖问题	(303)
第一节	法院管辖权的确定	(303)
第二节	外国法院判决的承认与执行	(318)
第十一章	主权国家的司法豁免权	(326)
第一节	管辖豁免概述	(326)
第二节	英美各国有关国家豁免权的法律	(331)
第三节	贷款人对付管辖豁免的办法	(341)
第十二章	国际借贷交易中的税捐问题	(343)
第一节	国际借贷所涉及的几种税捐	(343)
第二节	政府间的避免双重课税条约与私人回避 纳税的办法	(346)

第十三章	律师意见书	(350)
第一节	律师意见书的作用.....	(350)
第二节	律师意见书的主要内容.....	(352)

绪 论

发展中国家要增加生产，发展经济，提高人民的生活水平，都要解决好建设资金问题。建设资金有两个来源，一个是依靠国内积累的资金，一个是引进外国的资本，即利用外资。

自从党的十一届三中全会以来，我国为了加快社会主义现代化建设，在实行对外开放政策的同时，作出了利用外资的重大决策，这是完全正确的。我国是一个拥有十亿人口的社会 主义 大国，我国进行社会主义经济建设所需的资金，主要必须依靠国内的积累，这是毫无疑问的。但是，我国又是一个发展中的社会主义国家，经济基础比较薄弱，在百废俱兴，百业待举的新形势下，仅靠国内积累的资金是难以满足各项建设事业对资金的需要，因此，为了加速我国经济开发的速度，在以自力更生为主，争取外援为辅的原则指导下，积极利用国外的资金，以补充国内建设资金的不足，也是十分必要的。

引进外国资金主要有两种形式：一种是吸收外国的直接投资（Direct investment），即吸引外资在本国直接投资开设工厂或企业；另一种是间接投资（Indirect investment），即通过向官方金融机构或商业银行贷款，或发行债券等各种借贷方式，引进外国的借贷资本。两者的主要区别是，在吸收外国的直接投资时，外国的投资者对企业的经营管理享有一定的控制权，但在吸收外国的间接投资时，外国的投资者对企业则没有经营管理权。所以，在国际上通常把直接投资称为股权投资（Equity investment）而把间接投资称为证券投资（Portfolio investment）。

近年来，我国在利用外资中，也采取了国际上常用的各种引进外资的方式，其中包括政府间贷款、国际官方金融机构贷款、

发行债券、商业银行贷款以及出口信贷等利用外国借贷资本的方式，也包括举办中外合资经营企业、中外合作经营企业以及外商独资经营企业等吸收外国直接投资的方式。截至1983年底，我国利用外资的总金额达145亿美元，其中借款119亿美元，直接投资26亿美元。这几年的实践经验证明，通过利用外资不仅有利于弥补我国建设资金的不足，而且可以引进国外的先进技术和管理经验，这对于调整和发展我国的国民经济是有一定促进作用的，特别是在支持国家重点扶持的能源、交通项目以及中小企业的技术改造方面已经取得了明显的效果。

我国政府已多次申明，实行对外开放政策，利用外国资金，是我国长期的、坚定不移的战略方针。当前，我国各有关部门正采取有效措施，通过多种渠道，进一步扩大外汇资金来源，积极做好利用外资工作，努力开创利用外资的新局面。

本书就是为了适应进一步做好利用外资工作的需要而编写的。本书的任务是介绍各国有关借贷的法律及业务做法，主要是介绍目前国际上常用的几种借贷方式，即国际银行财团贷款、发行债券、国际官方金融机构贷款以及项目融资与船舶融资。至于吸引外国直接投资的法律，则属于投资法的范围，不包括在本书之内。

在国际借贷的各种方式中，既存在着一些共同的法律问题与业务做法，也存在着一些因不同的借贷方式而异的法律问题与业务做法。例如，不论采用何种借贷方式，都会涉及到合同法、高利贷法、侵权行为法、保证人与担保物权法、税法以及有关法律适用、司法管辖权和国家豁免权等方面的法律问题；另一方面，不同的借贷方式也各有其自身特有的法律问题，如发行债券会涉及有关国家的证券法或公司法方面的问题，而其它借贷方式则不涉及这些问题。同样地，国际借贷交易所使用的各种借贷法律文件，如借贷协议、承购债券的协议等，都有一些共同使用的合同条款，如对事实的说明与保证条款、违约事件条款、约定事项条款

等；但不同借贷方式所使用的借贷法律文件，也有一些反映自身特色的条款，例如，在项目融资的借贷协议上，一般都有一项完工保证条款，由项目主办人或者由第三人提供担保，保证供给为完成该项目所需的资金，而其他借贷协议则一般不订立这样的条款。鉴于这种情况，为了叙述上的方便起见，本书在编写体例上，把与各种借贷方式都有关系的共同性的法律问题和各种借贷法律文件都共同使用的合同条款采取集中论述的办法，而对于每一种借贷方式所特有的法律问题和合同条款则在介绍到有关的借贷方式时分别加以论述。例如，本书把一些共同性的法律问题和合同条款，如借贷法律文件的共同条款、人的担保与物权担保、法律适用、司法管辖权、国家豁免权、税务问题和律师意见书等，都各辟一章集中介绍，而对于不同借贷方式所特有的法律问题和合同条款，如国际银行财团贷款、发行债券、项目融资、国际官方金融机构贷款、船舶融资等，亦各列一章分别予以介绍。

本书以介绍各国有关国际借贷的法律为主，但也同时介绍一些有关国际融资的业务做法和惯例。由于在国际融资方面还没有一套统一的国际立法，即没有以多边或双边条约制定的统一的国际借贷法，所以，本书主要是介绍各国有关的国内法，特别是英美法国际的法律。这是因为，目前在国际金融市场上所使用的各种借贷法律文件的模式受英美法的影响很大。所有大陆法国家所使用的借贷法律文件都是参照英美法国家的模式拟订的。当然，在某些法律问题上，英美法和大陆法是存在着重大分歧的，比如关于担保物权的法律就是一个突出的例子。对于这些问题，我们将根据英美法国家和大陆法国家的不同法律规定，分别予以说明。

第一章 国际融资法律文件

的共同条款

任何国际融资交易都要使用一些法律文件来确定有关当事人的权利义务。国际借贷的基本法律文件有两种：一种是借贷协议（Loan agreement），一种是债券承购协议（Subscription agreement）。这两种法律文件分别用于不同的举借方式。在采用国际银行财团贷款、国际官方金融机构贷款或项目融资等方式筹借资金时，都要由借贷双方签订借贷协议；在采用发行债券方式筹资时，则由债券发行人与承购人签订债券承购协议。这两种法律文件的内容虽然由于借贷方式、借贷环境和借款人的法律地位的不同而各有差异，但是由于它们在法律性质上都属于借前合同，都具有借贷合同的共同特点，所以，它们都使用一些共同性的标准条款，如借款人对事实的说明与保证、约定事项及违约事件条款等。为了叙述上的方便起见，本书将从介绍各种借贷合同的共同条款入手，然后再分别介绍每一种借贷方式所特有的条款及有关的法律问题。

第一节 借款人对事实的说明与保证

一、说明与保证条款的作用

借贷协议和债券承购协议都订有说明与保证条款（Representation and warranties），其内容主要是由借款人对 其承担借款义务的合法权益及其财务状况与商务状况等事实如实地作出说明，并向贷款人保证他所作的说明的真实性。

所谓说明，是指借款人在签订借贷协议以前，为了使得贷款人签订借贷协议，对与借贷有关的事实（Fact）所作的陈述。按

照某些国家如英国的法律，如果借款人对事实作了虚 假 的 说明 (Misrepresentation)，贷款人可以以此为理由对借款人超诉。而所谓保证则是借款合同的一项条款，如果借款人违反其所作出的保证，贷款人可以根据合同或有关法律的规定采取相应的救济方法来保障自己的利益。

借款人对事实的说明与保证是贷款人决定是否给予信贷的重要依据，它在法律上具有重要的意义。在借款协议中，说明与保证条款并不是一项孤立的条款，它是与其他条款相互联系而发挥其作用的。例如，借贷协议一般都规定，借款人对事实的说明与保证的正确性，是贷款人给与贷款的先决条件 (Condition precedent)，如果借款人对事实的说明并不象他所保证的那样真实，贷款人即可停止给予贷款，借款人就不能提取借贷协议项下的款项。又如，借贷协议一般都把说明与保证失实作为违约事态处理，一旦出现这种情况，贷款人即有权解除其依据借贷协议所承担的义务，并可对已经贷出但尚未到期的贷款加速其到期。

由此可见，借款人所作的说明与保证对于保护贷款人的利益是十分重要的。其主要作用是：第一、在谈判借贷协议时，通过借款人对其借款能力及财务状况与商务状况的说明，可以使贷款人了解借款人的情况，便于贷款人确定是否与其签订借贷协议；第二、当发现借款人所作的说明与保证失实时，贷款人可以根据借贷协议或有关法律的规定，采取适当的救济方法来维护自己的利益。

二、说明与保证条款的主要内容

说明与保证条款的内容，主要分为两类：一类是有关借款人法律地位的说明；另一类是关于借款人的财务状况与商务状况的说明。

(一) 关于借款人法律地位的说明

关于借款人对其法律地位的说明，以及借款人对其所签订的借贷协议 (包括债券承购协议，下同) 在法律上的有效性的说

明，主要包括以下几项内容：

1. 借款人是依法注册成立的公司，其存在是有效的。公司具有良好的声誉，並有订立借贷协议、经营各项业务的合法权限。

2. 借款人已经取得签订和履行借贷协议的必要授权，並已按恰当的程序签订了协议。

3. 签订和履行借贷协议並不违反借款人所在国的法律、规章、法院命令或借款人公司的章程，也没有同对借款人或其资产具有约束力的任何合同或抵押权发生抵触之处。

这一项规定的的作用，是防止万一借贷协议与借款人同第三人订立的抵押合同或其他合同发生抵触时，第三人可能以贷款人诱使借款人违反与他们签订的合同为理由，对贷款人提起诱使他人违约的诉讼。按照有些国家的法律，诱使他人违约构成侵权行为，诱使他人违约的人须承担侵权的法律责任。因此，贷款人一般都要求借款人说明他们之间所签订的借贷协议，並不违反借款人与第三人所签订的抵押合同或其他合同，以便当第三者指控贷款人利用借贷协议诱使借款人违约时，能以此来对抗该第三人。

4. 借款人须声明，借贷协议是有效的，对借款人具有法律拘束力，並能依照协议的规定予以强制执行。

5. 借款人已经取得为签订与履行借贷协议所必需的一切政府和官方的许可，包括使借款人能取得外汇及向国外汇出外汇所必需的许可。

6. 借款人须说明，借贷协议的签订、履行、有效性或强制执行力等，都不需要向任何政府机关或官方机构办理申报、注册、登记等手续。

7. 对于政府或政府机构的贷款，借款人还应说明，此项贷款是属于借款人的私法上和商业上的行为，而不是公法上的、政府的行为。因此，借款人对于借款合同项下的义务，须受民法和商法的管辖。

这项规定的的作用，是防止在政府或政府机构贷款时，借款人

提出主权豁免的要求。因为按照某些国家的法律，当政府或政府机构从事商业活动时，就不能享受豁免权。

8. 外国法院就借贷协议所作出的判决，在借款人国家的法院能得到强制执行。

9. 贷款银行并不因其签订、履行或强制执行借贷协议而被视为借款人国家的居民，或被视为在借款人国家设有住所或在借款人国家营业。

10. 借款人国家的法律并不因其允许贷款银行能强制执行借贷协议项下的权利，或由于签订或履行借贷协议项下的义务，而要求贷款银行在借款人国家取得营业许可，或以其他方式取得经营业务的资格。

第9项和第10项规定的作用，是为了使贷款银行不受借款人国家的税法及行政法的管辖。

(二) 关于借款人的财务状况与商务状况的说明

关于借款人的财务状况与商务状况的说明，一般包括以下几项内容：

1. 借款人最新的经过审计师审定的决算表真实地反映了作出决算表之日的借款人的财务状况，以及截至该日为止的财务年度内借款人的经营情况。借款人保证在上述帐目上不存在任何没有披露的重大负债，而且从制定上述决算表之日以来，借款人的财务状况没有发生重大的不利变化。

这一项规定的作用，是使借款人承担如实披露其财务状况的义务。按照有些国家如英国的法律，不披露不等于作了虚假的说明，只有对于某些要求“最大善意”（*Uberrimae fidei*）的合同，例如保险合同，才能以不披露重大事实作为撤销合同的理由。所以，这项规定实际上是使借款人承担了与最大善意的合同同样严格的披露重大事实的责任。如果借款人违反了这项要求，贷款人根据借贷协议有权采取解除合同和加速到期等救济方法。

2. 借款人没有捲入任何诉讼或行政诉讼程序，据借款人所

知，亦没有受到有可能对借款人的营业或财务状况引起重大不利后果的诉讼或行政诉讼程序的威胁。

3. 借款人并没有不履行对他或他的财产有所影响的任何合同、法律文书或抵押权项下的义务，也没有发生违约事态。

4. 借款人没有在现在和将来的全部收入或某项收入，或在其资产上设定任何担保物权。

这里所说的担保物权包括抵押权、质权和留置权。根据各国的法律，享有上述担保物权的债权人可以比无担保物权的债权人优先得到清偿。

在向国家政府贷款时，在借贷协议上一般都不订立借款人保证其财务状况和没有捲入诉讼的说明与保证条款。

三、对违反说明与保证条款的救济方法

当贷款人发现借款人所作的说明与保证失实时，贷款人可以采取两类不同的救济方法。第一类是合同上的救济方法，即借贷协议上规定的救济方法；第二类是法律上的救济方法，即贷款人依据法律的一般原则可以采取的救济方法。

（一）合同上的救济方法

贷款人在发现借款人的说明与保证不真实时所能采取的救济方法，一般在借贷协议上都有具体的规定。这种规定往往与其它条款连结在一起，为贷款人提供了充分的保障。对贷款人来说，合同上的救济往往比法律上的救济更为有力、更切实可行。合同上的救济方法主要有以下三种：

1. 在借贷协议上规定，借款人对事实所作的说明的正确性，是贷款人取得提取贷款权利的先决条件。当贷款人发现任何一项说明不真实时，贷款人有权中止依据贷款协议本应付给借款人的贷款，直到情况发生变化——借款人所作的说明变得真实为止。如果借款人所作的说明只是与事实稍微有点出入，或者借款人已经采取某种措施消除了贷款人的疑虑，则贷款人也可以放弃这项先决条件，照常给予贷款。

2.在借贷协议上规定，如贷款人发现借款人对事实所作的说明不真实时，贷款人有权解除尚未提取的贷款。此项解除贷款的决定，一经作出即不能撤回，即使日后情况发生变化，使本来不正确的事实说明变为正确，也不能改变这项决定。

3.在借贷协议上规定，如贷款人发现借款人对事实所作的说明不真实时，贷款人有权宣告贷款加速到期（Acceleration）。加速到期这种救济方法同前述两种救济方法的主要区别在于，前两种救济方法只涉及借款人尚未提取的贷款，而不涉及对已经提取的贷款如何处理，加速到期则针对借款人已经提取的贷款。所谓加速到期是指在某些特定的条件下，即使贷款的清偿期限尚未到临，贷款人也有权宣告已经贷出的款项立刻到期，借款人应立即清偿。这对双方来说都是一种猛烈的冲击。对借款人来说尤其是如此，它不仅迫使借款人必须提前归还该借贷协议项下的贷款，而且会引起一系列连锁反映。因为贷款人往往不只是向一家银行借款，而是同时或先后向几家银行借款，在这些借贷协议中一般都订有“交叉违约（Cross default）”条款，按照这项条款的规定，当借款人因违约而被某一个债权人（贷款银行）宣告加速到期时，借款人的其他债权人亦有权随即宣告他们各自给予借款人的贷款同时加速到期。由此可见，贷款人行使加速到期的权利将对贷款人产生严重的后果。因此，有人认为，在借贷协议中订立说明与保证条款可以促使贷款人及其律师对事实作出真实的说明，并在签订借贷协议之前及时改正其中的不实之处。一旦签订借贷协议之后才发现说明不实，无论是对贷款人还是对借款人都会带来严重的后果。即使贷款人宣告加速到期，但他能否全部收回贷款，是往往很成问题的。

（二）法律上的救济方法

除了上述三种合同上规定的救济方法以外，贷款人还可以依照法律的一般原则享受法律上给予的救济方法。按照有些国家如英国的法律，贷款人可以采取以下两种法律上的救济方法：

1. 援用“不得抗辩”(Estoppel)的原则^①。按照这项法律原则,凡提出了不正确的说明,并已对该项说明的正确性作了保证的人,以后就不得主张他先前所作的说明是不正确的,并要求以正确的说明来取代先前所作的错误的说明。通俗地说,就是不得出尔反尔。具体到借贷关系来说,如果借款人在借贷协议的说明与保证条款中已经声明,他已经取得了签订借款协议的授权,或声明他签订借贷协议的行为是属于商业行为而不是政府行为,那么,借款人以后就不能主张他并未取得签订借贷协议的授权,也不能主张他的行为不是商业行为而是政府行为,从而要求享受豁免权。

不过,在许多场合下,贷款人援引不得抗辩原则并不能改善他的处境。例如,当借款人明明已在其财产上设定了担保物权,但却对这一事实作了虚假的说明,声称他并没有在其财产上设定任何担保物权,那么,尽管贷款人可以援引不得抗辩原则,不许借款人改变其先前所作的虚假的说明,但这并不能影响对借款人的财产享有担保物权的债权人的权利,所以,在遇有这类情况时,援引不得抗辩原则亦不能改变贷款人的不利地位。

2. 贷款人得依据关于虚假说明的一般法律原则,要求撤销借款合同并请求损害赔偿。按照英国1976年《虚假说明法(Misrepresentation Act)》的规定,虚假说明可以分为欺骗性的虚假说明、有疏忽的虚假说明和非故意的虚假说明三类。如果一方当事人以欺骗性的虚假说明诱使对方同他签订了合同,对方发现后可以撤销合同,并可请求损害赔偿;如果是属于有疏忽或非故意地作了虚假说明,则法院可以根据情况判令撤销合同,或判令作出虚假说明的一方以损害赔偿代替撤销合同。

因此,当借贷协议没有把提供虚假说明与保证一事作为一项

^①英文estoppel一词有各种不同的中译,有译为“禁反言”或“不得食言”的,此处译为“不得抗辩”