

中华全国律师协会审定

律师业务必备

律师涉外 金融业务

——国际商业银团贷款

顾问/杜厚文 曾宪义 陶 湘
编著/李 文 高祥阳等

法律出版社

律师业务必备

律师涉外 金融业务

——国际商业银团贷款

顾问/杜厚文 曾宪义 陶 湘

编著/李 文 高祥阳等

法律出版社

7826.51

80800

图书在版编目(CIP)数据

律师涉外金融业务:国际商业银团贷款/李文等编著. 北京:
法律出版社,1997.5

ISBN 7-5036-2093-5

I. 律… I. 李… III. 国际金融-律师业务-中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 04173 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/13.75 字数/366 千

版本/1997年 7月第 1 版 1998 年 4 月第 2 次印刷

印数 5,001 — 10,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2093-5/D · 1725

定价:19.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

近几年，世界经济的飞速发展给国际金融领域带来了巨大的变化，这种变化随着我国改革开放的深入和社会主义市场经济的发展，越来越多地引起国内金融理论研究人员和金融实务工作者的关注。告别单一计划体制的人们在观念上逐渐接受并不得不正视相对于政府援助贷款和国际金融组织贷款的、以营利为根本目的的商业贷款。

国际商业银团贷款是一种中长期巨额融资形式，其肇始于二十世纪六十年代西方国家，在国际上一至被称为“辛迪加”贷款，是国际资本市场当中一种新的商贷形式；经过近四十年的曲折发展，这种贷款形式日趋成熟并表现出很强的生命力，在国际资本市场当中取得了不可替代的地位，与此相应，规范国际商业银团贷款的法律和制度已形成一套完整的、具有很强国际性色彩的习惯。

随着我国在国家建设和国民经济发展中引入国际商业银团贷款的增加，国际融资的实践迫切需要在理论上提供及时、有效的指导和帮助，而零散的著述不能够满足实践的需要，为了更好地服务于国际融资的实践，我们编著了这本书。

本书中，我们结合实务案例介绍了国际商业银团的理论与实践发展及法律规范，从不同角度，回答了人们在国际融资实践当中普遍关心的问题。

国际商业银团贷款在发展过程中呈现出的复杂的发展趋势，具体表现为以下几点：

第一，涉及到更为广泛的当事人，如：法国、英国、日本、美国等各国银行联合组成银团向中国借款人提供贷款。

第二，贷款的方式日趋多元化，为适应新的融资形式，国际商

业银团贷款已逐渐摆脱了定期贷款模式的限制而发展成为融短期、中期、长期各种融资方式于一体的大型综合性贷款。

第三，银团贷款开始与其他贷款形式（如：政府贷款，国际金融组织贷款等）相结合，组成混合贷款，各贷款之间相互依托，互为关联共同支持同一项目。

国际商业银团贷款的这种发展趋势不可避免地影响与之相关的法律规范和习惯，但这种影响并没有产生什么破坏性的影响和冲击，只是使相关的法律领域拓展得更加广泛（如：信用证贷款涉及到有关信用证的法律规范）。这种现状促使我们思考并认真对待基础理论和实践当中出现的新问题、新情况。

有人在国际融资的实践中，总想找到规范国际商业银团贷款的国际法律，其实这种统一的国际法律是不存在的。在国际商业银团贷款的业务纠纷中，最终赖以裁决是非的法律是相关国家的国内法律，即可以是英国法，美国法，德国法，日本法，甚至是中国法。由于世界经济的新发展，人们在国际融资实践当中更多的还是选择英国法或美国法，选择这套既已成形并带有浓厚普通法色彩的习惯。这方面基于英、美两国，特别是伦敦在国际金融市场当中的地位，使国际商业银团贷款发端并大成于此；另一方面，亚洲的香港和新加坡国际金融市场也都属于普通法体系。此外，国际商业银团贷款主要受合同法律规范，而世界各国的合同法除历史上形成的一些特殊制度（如：英美法中的约因制度）外，各国的合同法实际上没有本质的区别。基于以上原因，本书选择普通法为主要研究对象，不会影响国际商业银团贷款的“国际性色彩”。当然，我们也考虑到大陆法系国家的一些特殊情况，并对此作了适当的介绍和研究。

本书由我们数位同道共同撰写，现将撰稿分工简述如下：

李文

第一章（第三节）

第三章（第三节）

第五章（第三节）

第十二章

第十四章

高祥阳

第七章 (第一节、第二节、第四节)

第八章 第十章 (第一节, 第五节) 第十一章

张 昕

第一章 (第一、二、四节) 第四章

第五章 (第一、二节) 第六章

第九章 (第七节) 第十三章

翁晓健

第七章 (第三节)

第九章 第十章 (第二至四节)

林德木

第二章 第三章 (第一、二节)

由于作者水平有限,书中难免不妥之处,敬请读者予以指正。望我们的努力能够为从事国际融资实务和法律业务的朋友提供有益的帮助。

作者 1996 年岁末于北京

目 录

第一篇 国际商业银团贷款的法律适用

第一章 国际商业银团贷款中的强行法	1
第一节 《巴塞尔协议》与国际商业银团贷款	2
第二节 外汇管制与国际商业银团贷款	7
第三节 中华人民共和国外汇管制法律	14
第四节 税收法律与国际商业银团贷款	23
第二章 国际商业银团贷款的法律适用	30
第一节 合同的准据法	30
第二节 准据法的选择与推定	34
第三章 国际商业银团贷款争端的解决	50
第一节 法院诉讼管辖权的确定	50
第二节 外国法院判决的承认与执行	66
第三节 仲裁与国际商业银团贷款争端的解决	72

第二篇 国际商业银团贷款的方式和程序

第四章 国际商业银团贷款的传统方式	85
第一节 直接参与方式	85
第二节 间接参与方式	95
第三节 国际商业银团贷款的抵销问题	103
第四节 有关中国借款人的两个特殊问题	113

第五章 国际商业银团贷款方式的新发展	118
第一节 国际商业银团贷款的证券化	118
第二节 英美国家对贷款出售和证券化的行业调控与法律 管制	126
第三节 多重选择贷款	139
第六章 国际商业银团贷款的程序	144
第一节 初步准备阶段	144
第二节 组团阶段	150
第三节 合同谈判与签订阶段	163
第四节 法律意见书	165
 第三篇 国际商业银团贷款合同	
第七章 合同的成立及生效	171
第一节 合同成立及生效的一般理论	172
第二节 先决条件	176
第三节 陈述与保证	182
第四节 非法合同与借贷目的	190
第八章 合同的履行与贷款结构	194
第一节 借贷承诺	195
第二节 合同中的货币	199
第三节 利息、费用	204
第四节 贷款的提取	214
第五节 贷款的偿还	218
第九章 合同中的约定事项	223
第一节 业务变更条款	223
第二节 合并条款	227
第三节 消极担保条款	230
第四节 比例平等条款	237
第五节 资产保持条款	239

第六节	财务约定事项	241
第十章	违约与违约救济	247
第一节	违约与违约救济的一般理论	247
第二节	预期违约事件	254
第三节	实际违约事件	266
第四节	违约救济	274
第五节	债务重组	282
第十一章	合同的解释与解除	289
第一节	合同的解释与解释条款	289
第二节	合同的解除与情势变更条款	293
第四篇	国际商业银团贷款担保	
第十二章	国际担保法概论	300
第一节	现代担保的理论基础	300
第二节	统一国际担保法律运动	306
第三节	两大担保法律体系的比较分析	310
第四节	中华人民共和国对外担保法律制度	316
第十三章	国际商业银团贷款的担保·保证	322
第一节	国际商业银团贷款保证的基本原理	322
第二节	国际商业银团贷款保证合同的内容与效力	329
第三节	国际商业银团贷款保证合同基本条款分析	333
第四节	国际银团保证	338
第五节	国际商业银团贷款中使用的安慰函	344
第六节	有关中国保证人的若干特殊问题	346
第十四章	国际商业银团贷款的担保·财产担保	350
第一节	股权担保	351
第二节	保险单担保	353
第三节	应收帐款担保	355
附录		357

I. 银团贷款协议（样本）	357
II. 担保合同（样本）	394
III. 安慰函（样本）	402
IV. 境内机构对外担保管理办法	404
V. 中华人民共和国外汇管理条例	408
VI. 境内机构借用国际商业贷款管理办法	415
VII. 外汇（转）贷款登记管理办法	419
VIII. 外债登记实施细则	421
IX. 审批外汇担保情况	425
X. 关于以人民币计价对外借款有关问题的通知	426
参考书目	427
后记	429

第一篇 国际商业银团贷款 的法律适用

第一章 国际商业银团贷款 中的强行法

“强行法的概念最早可追溯到罗马法”^①就法律规范的表现形式而言，古罗马将法律分为强行法(*jus cogens*)和任意法(*jus dispositivum*)。“强行法”的内涵是“绝对的、命令的、禁止”，主体行为与强行法规范不符，不仅得不到法律支持还要遭受法律的否定乃至制裁性评价。而任意法“则是那些服从于缔约方意志的原则和规范”^②。社会发展到今天，强行法已不仅只存在于国内社会而且发展到国际社会，“国际强行法”是指国际法上一系列具有法律拘束力的特殊原则和规范的总称。这类原则和规范由国际社会成员作为整体通过条约或习惯，以明示或默示的方式接受并承认为具有绝对强制性，且非同等强行性质之国际法规则不得予以更改。任何条约或行为（包括作为与不作为）如与之相抵触，归于无效。”^③国际商业银团贷款，作为一项跨国商业交易，不仅要受到来自各方当事人所在国的国内强行法的约束，而且也有可能受到国际强行法的规范。违反这些强

① M·辛克莱：《维也纳条约法公约》，1973年版，第110页，转引自张萧剑：《国际强行法论》，北京大学出版社，1995年版，第5页。

② 张萧剑：《国际强行法论》，北京大学出版社，1995年版，第7页。

③ 同上注，第51页。

行法的内容，无论是有意还是无意的都会招致惨重的损害。从事国际商务交易的正常思路应是先看清什么是不可行的，然后才是在不可行的事项之外发挥个体的创造能力，而不是相反。与国际商业银团贷款有关的强行法涉及范围极广，在这一章中我们将集中研究其中影响较大的几个问题，包括银行业的调控、外汇管制和税收，其他的有关问题散见于随后的各章节之中。

第一节 《巴塞尔协议》与国际 商业银团贷款

一、《巴塞尔协议》产生的背景

80年代以来，国际银行业经历了重大的变革。在各国资本市场自由化、金融改革以及新技术革命等因素推动下形成的放松管制趋势，使金融市场趋于全球化，银行业在国际范围内的竞争也日渐激烈。在国际银行业的这种变革过程中，银行业经营风险不断增大的问题引起了国际社会的重视，尤其是银行“资本/负债”比率不断下降，已成为银行风险的主要原因。早在1974年前西德的赫斯塔特银行（Herstatt Bank）和美国的富兰克林国民银行（Franklin National Bank）倒闭一事，国际银行监管的问题便提上了议事日程。1974年9月，来自美、英、法、前联邦德国、意、日、荷兰、比利时、加拿大和瑞典（“十国集团”）以及瑞士（1984年4月4日已成为“十国集团”正式成员），卢森堡等国的中央银行代表在国际清算银行的发起下在巴塞尔召开会议，讨论了跨国银行的国际监督与管理问题。1975年2月，成立了常设监督机构，即巴塞尔委员会。经过长期的不懈努力与合作，巴塞尔委员会在1987年12月发表了关于统一国际银行业资本充足比率的国际监管条例的提议，并在广泛征求各国意见后，于1988年7月通过了《关于统一国际资本衡量和资本标准的协议》（简称《巴塞尔协议》）。

二、《巴塞尔协议》的主要内容

《巴塞尔协议》的主要内容包括两个方面：第一，一个关于银行合格资本的统一定义，即用以衡量某一银行资本来源的通用框架；第二，一个关于资本充足度的统一的最低标准，即某一银行的合格资本对其业务活动中潜在风险资产的最低的可接受比率。

（一）资本的重新定义

《巴塞尔协议》的一个关键问题就是资本基础的定义，即什么是合格的银行资本。如果把一些不太可靠的资财算作银行资本，从表面上看资本基础是扩大了，但却潜伏了极大的风险，一旦日后发生突变，资本的价值就会骤降，从而对银行的生存和发展构成威胁。因此，《巴塞尔协议》对资本的定义首先作出统一而灵活的解释。

《巴塞尔协议》把银行资本划分为两大类，一类是核心资本(Core Capital 或 Primary Capital)，又称第一级资本(Tier 1)；另一类是附属资本(Supplementary Capital)，又称第二级资本(Tier 2)。

1. 核心资本

巴塞尔委员会认为，核心资本是银行资本中最重要的组成部分。这部分资本具有以下的特点：（1）资本的价值相对比较稳定；（2）这个重要的资本成分对各国银行来说是唯一相同的成分，在公开发表的帐目中完全可以发现；（3）它是市场判断资本充足比率的基础，并对银行的盈利差别和竞争能力关系极大。

《巴塞尔协议》所界定的核心资本主要由以下几部分资金来源的帐面价值组成：

（1）永久的股东权益。它包括实收普通股股本和永久性非累积优先股(Non cumulative Perpetual Preferred Stocks)股本。

（2）公开储备(Declared Reserves)。它是以公开的形式通过保留盈余(Retained Earnings)或其他盈余(如由股票发行溢价、保留利润、普通准备金和法定准备金的增值面创造和相应增加的新增储备等)反映在资产负债表上的储备。

（3）对于合并列帐的银行持股公司来说，核心资本成分中还包
括不完全拥有的子银行中的少数股东权益(Minority Interest)。

核心资本中不包括重估储备和累积优先股。此外，根据巴塞尔委员会于1991年2月对资本定义的新规定，永久性股东的股份及未公开储备可算作核心资本，用于弥补普通银行风险的资金也可算作核心资本。

2. 附属资本

《巴塞尔协议》所界定的附属资本主要是由以下几部分组成：

(1) 未公开储备或隐蔽储备 (Hidden Reserves)。

(2) 重估储备 (Rexaluation Reserves)。

(3) 普通准备金 (General Provisions) 或普通贷款损失准备金 (General Loan Loss Reseves)。根据1991年2月对资本定义的新规定，只有用于弥补可预见的任何风险损失的准备金才能算作资本，用于弥补外国资产和不动产损失的普通准备金不再算为资本。

(4) 债务/股本混合工具 (Hgbrid Debt—Capital Instruments)。

(5) 次级长期债务 (Subordinated Term Debt)。这类资本工具通常包括普通的、无担保的、初始期限至少5年期以上的次级债务工具和不可购回的优先股。

《巴塞尔协议》规定，在核定银行资本实力时，以下几个部分必须从资本总额中扣除：(1) 从老一级资本中扣除商誉；(2) 扣除对不合并列帐的银行与财务附属公司的投资；(3) 扣除对其他银行和金融机构资本的投资。

(二) 资本衡量标准：风险加权制

《巴塞尔协议》提出了“风险加权制” (Risk Weighted System) 作为计算资本资产比率的依据。该方法将银行合格资本对“资产负债表上不同种类资产以及表外项目根据其广泛的相对风险进行加权汇总而计算出来的风险加权资产 (Risk Weighted Assets) 的比率作为评估资本充足程度的主要标准。”《巴塞尔协议》全面而详尽地阐述了这个框架，最后归结为两个成果：资产负债表内的资产风险权数 (Risk Weights) 和资产负债表外项目的信用换算系数 (Credit Conversion Factors)。具备了这两套系数体系，就可以对任何一家银

行的资本充裕程度加以评估。

《巴塞尔协议》把资本对风险加权资产的最低目标标准比率定为8%，其中核心资本成分至少应占一半，即最低应为银行风险加权资产的4%。此外，协议对附属资本的某些部分还提出了各种限制，例如，附属资本中普通贷款损失准备金最多不能超过风险加权资产的1.25%（在特殊或临时的情况下可达到2.0%），附属资本中次级长期债务最多不能超过核心资本的50%，等等。《巴塞尔协议》规定，到1995年，经营国际性业务的银行的资本与风险加权资产比率必须在8%以上，并已于1993年实施这一新的最低资本比率。

以下列出与国际商业银团贷款有关的资产风险权数和信用换算系数：

1. 资产负债表内的资产风险权数

(1) 对 OECD 国家内的注册银行的债权以及由 OECD 国家内注册银行提供担保的贷款：20%。

(2) 对 OECD 以外国家注册的银行余期在一年内的债权和由 OECD 以外国家的法人银行提供担保的所余期限在一年之内的贷款：20%。

(3) 对私人机构的债权：100%

(4) 对 OECD 以外国家的法人银行余期在一年以上的债权：100%

其中第(1)、(4)项主要涉及国际商业银团贷款。

2. 资产负债表外项目的信用换算系数

(1) 直接信用代替工具（如一般负债保证，包括为贷款提供财务保证的备用信用证）：100%

(2) 票据发行融资和循环包销融资：50%

(3) 其他初始期限为一年期以上的承诺（如正式的备用信用和信贷额度）：50%

其中第(1)、(2)项主要涉及国际商业银团贷款。

三、《巴塞尔协议》对国际商业银团贷款的影响

《巴塞尔协议》自实施以来，对各国从事国际业务的商业银行产生巨大的影响。为了达到该协议规定的资本充足比率，各国商业银行一般采取增加资本和减少风险资产两种方法双管齐下，尤其重视对风险资产的控制。截止到1993年，世界居前1000家银行的总资本额从1990年的8385亿美元升至11444亿美元，总资产由1990年的198,662亿美元升至253,239亿美元。银行的平均利润率也有上升。必须看到，《巴塞尔协议》的内容已被大多数发达国家以国内法或国内行业标准的形式赋予法律效力，成为银行在从事国际商业银团贷款时必须考虑的宏观因素。

由于国际商业银团贷款的银团成员大多位于接受了《巴塞尔协议》的发达资本主义国家，而国际商业银团贷款本身又具有金额大、风险高、期限长的特点，因此，此类业务受《巴塞尔协议》影响较大。如前所述，对在OECD国家注册的银行提供的国际商业银团贷款以及由OECD国家内注册银行提供担保的贷款，其资产风险权数为20%；而对OECD以外国家的银行提供的国际银团贷款，其风险权数则为100%；至于对私人机构（包括跨国公司）提供的贷款，风险权数也是100%。在资产负债表外项目中，对国际商业银团贷款提供银行担保和循环包销融资的信用换算系数分别为100%和50%。由此可见，《巴塞尔协议》将国际商业银团贷款视为一种风险性大的业务，相应规定了较高的风险权数和信用换算系数，借此控制各国商业银行提供国际商业银团贷款业务规模和范围。虽然单个的国际商业银团贷款业务似乎对整个银行的资本充足率影响有限，但必须考虑到此类业务只是银行业务的一个组成部分，如果扩大此类业务的规模、金额，必然导致由其换算出的风险资产增大，在“资本/风险资产”比率既定的情况下，这意味着其他银行业务必须相应收缩。因此，银行在《巴塞尔协议》的约束之下，必须更加慎重地考虑是否发放国际商业银团贷款以及在多大规模上发放（尤其是向发展中国家借款人提供银团贷款），势必对其提供贷款和参与银团的积极性产生一定影响。尤其在所涉金额巨大时，各国银行更要三思而后行，

甚至放弃此类风险大的业务，转而从事风险性较小（即风险权数和信用换算系数较小）的业务。所以，《巴塞尔协议》上对银行的核心业务——对公司和私人的贷款——影响最大，因为这些贷款风险权数最高，需要的资本最多，银行只有提高信贷的费用，同时减少信贷的供给。这种影响的突出表现便是银行贷款业务的短期化（Short-termism），即对风险较大的业务尽量缩短贷款期限，以期在风险增大之前收回资金。这对属于长期贷款的国际商业银团贷款影响十分不利。例如，国际银行贷款净余额（不含银行间贷款）1991年比1990年的4,650亿美元减少850亿美元，同年银团贷款减少16%，降至1988年以来的最低水平。^①

《巴塞尔协议》的实施一方面促使银行在从事国际商业银团贷款时更加谨慎，另一方面也迫使银行发展新的方式以逃避协议的监管。资本的逐利性是永恒的，只要某个项目有利可图，各国银行是不会轻易放弃组成银团提供贷款的机会的。但是，为了不违反《巴塞尔协议》的资本比率，银行发展出了一种国际商业银团贷款的新方式：贷款资产出售和证券化（the Sale and Securitization of Loan Assets）。通过这种方式，将银团贷款的资产出售给其它银行，使其从资产负债表中得以剔除，从而降低风险资产的总额，满足资本充足比例的要求。贷款出售和证券化已成为目前国际商业银团贷款的发展趋势。

第二节 外汇管制与国际 商业银团贷款

一、与国际商业银团贷款有关的外汇管制

外汇管制（Foreign Exchange Control）又称为外汇管理，是指一国或地区的政府通过法律、法令或其它规定，对其管境内的居民

^① 刘寿：也谈巴塞尔协议，载于《国际金融导刊》，1993，第4期，第23页。