



商业银行
与法律风险控制丛书

总主编 王丽丽

Bank Corporate Finance Business and
Legal Risk Control

银行公司金融业务与 法律风险控制

主编 王丽丽
副主编 张炜



法律出版社
LAW PRESS



商业银行与法律风险控制丛书

总主编 王丽丽

Bank Corporate Finance Business and
Legal Risk Control

银行公司金融业务与 法律风险控制



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

银行公司金融业务与法律风险控制/王丽丽主编.
北京:法律出版社,2004.4
(商业银行与法律风险控制丛书)
ISBN 7-5036-4792-2

I. 银… II. 王… III. ①商业银行—银行业务
②商业银行—风险管理 IV. F830.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 013697 号

法律出版社·中国

责任编辑/吴剑虹 陈悦

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2004 年 4 月第 1 版

印张/19 字数/320 千
印次/2004 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939641

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777

客服热线/010-63939792
电子邮件/service@Chinalawbook.com

网址/www.Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782
中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图北京分公司/010-62534456
中法图苏州公司/0512-65293270

书号:ISBN 7-5036-4792-2/D·4510

定价:28.00 元

总 序

随着国际金融市场一体化的深入发展及我国加入世界贸易组织,商业银行业务与制度的创新已经日益受到各界的关注。国际商业银行在金融创新方面的经验和教训对我国商业银行的影响也日益明显。

银行业务的拓展与法律制度的发展是紧密联系的,业务风险与法律风险相伴而生。商业银行要有效地防范业务创新和市场竞争中的各种风险,必须重视法律风险的识别与控制。实际上,无论是业务经营中的信用风险、市场风险,还是操作风险,都在不同程度上与法律风险息息相关。对银行业务法律结构的清醒认识,尤其是风险点的识别,不仅有利于把握和控制相关业务的法律风险,也有助于其他风险的防范与控制。

在银行业务竞争日益加剧的背景下,银行业务的创新层出不穷,合法合规的问题更加值得关注。市场竞争的压力不仅容易导致业务人员和管理人员对合法合规问题的忽视,也可能诱发以违法违规的方式来实现业务的运作。然而,商业银行经营的安全性、稳健性目标要求商业银行必须重视经营管理行为的合法合规问题。因此,在理念、行为和制度层面上促成银行管理人员、业务人员及内部法律人员对法律风险的深层次认识是极为必要的。

正是适应这种需要,“商业银行与法律风险控制丛书”从银行业务的操作模式及法律结构入手,系统地探讨了银行各类业务中的法律风险及其控制对策。该丛书立足商业银行经营管理与法律事务的实践经验,结合银行业务所

涉及的法律法规及其发展趋势,借鉴国外银行业的先进经验,有重点地对银行业务运作中的主要法律风险及其识别、控制对策进行分析和阐述。丛书具有以下几个特点:

第一,重视业务与交易的法律结构分析。商业银行从事的业务和交易日趋繁多,在每一项业务和交易的背后,都有其特定的法律结构,各种可能发生的风险点都与法律结构密切相关。丛书着眼于当前商业银行的主流业务及其最新发展状况,对银行业务的核心法律结构及其特点进行深入分析,为正确识别风险点和选择风险控制措施提供了途径。

第二,突出操作规程与法律风险控制的关联性。银行业务操作规程是控制风险的重要机制,操作规程是否严密、合理,对于有效控制风险至关重要。丛书从法律分析的角度,阐述了银行业务特别是新业务操作规程与法律风险控制的关联性,揭示了业务操作规程与防范风险相互关系的深层机理。

第三,注重法律问题与法律风险的选择性分析。鉴于银行业务的多样性和法律问题的复杂性,丛书侧重提炼概括银行业务中具有普遍性的法律问题和法律风险,着力探讨具有普遍和重大影响的法律问题与法律风险,同时,有选择地对银行业务的疑难法律问题与法律风险进行剖析。

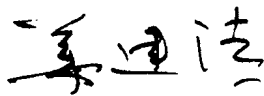
第四,结合案例分析总结经验教训。丛书以近几年一些典型的或新型的银行业务案件为素材,采取理论阐述与案例剖析相结合的方法,总结了银行业务风险点与控制措施的成功经验和失败教训,具有生动的启发意义和借鉴价值。

第五,丛书在对业务操作规则和法律问题的阐释方面,兼顾银行管理人员、业务人员和法律专业知识结构和实际需求,以通俗易懂的语言和方式表达商业银行与法律风险控制的内在关系和问题实质,在读者层面上具有较宽的兼容性。

“商业银行与法律风险控制丛书”由中国工商银行总行法律事务部以及总行有关业务部门和分行的业务骨干共同编写。本书作者均具有比较丰富的银行业务和法律工作经验,其中部分作者具有博士学位和高级专业技术职

称,绝大多数作者具有法学硕士学位。丛书结合商业银行的业务架构,以业务专题单行本的形式构成整套丛书,具体包括:《银行国际业务与法律风险控制》、《银行公司金融业务与法律风险控制》、《银行中间业务与法律风险控制》、《个人金融业务与法律风险控制》、《住房金融业务与法律风险控制》、《银行法律纠纷风险控制》;同时,为了借助案例来剖析风险和控制对策,丛书还专门整理了《银行法律风险控制典型案例探析》。

这套丛书既是对商业银行法律风险控制经验的概括和总结,也是对商业银行保持依法合规经营和稳健运行所作的有益探索。我相信,本丛书的出版将对商业银行管理人员、业务人员和法律人员正确识别和判断银行业务运作中的各种法律风险,恰当掌握法律风险控制措施会有所裨益。



二〇〇四年三月

绪 论

公司金融业务在商业银行业务经营中占有举足轻重的地位。近年来,国内商业银行为应对同业竞争日趋激烈的市场环境,不断拓展公司金融业务领域,创新公司金融服务产品,例如,在资产类业务方面,除了传统的流动资金、固定资产贷款和委托贷款外,注重开发银团贷款、项目融资、买方信贷、卖方信贷、票据融资、保理业务、帐户透支等融资业务;在中间业务方面,除了传统的结算及代理业务外,还尝试开办企业信息咨询、资产管理以及财务顾问等投资银行业务、托管业务、金融衍生业务等创新业务。公司金融业务的创新发展给商业银行带来新的利润增长空间,同时也对商业银行风险控制和管理提出了一些新的问题,特别是由于我国民商法、金融法尚不健全、完备,使得一些公司金融业务及其运作方式处于法律空白或灰色地带,面临潜在的法律风险。因此,从我国现实的法律环境出发,同时借鉴国外银行较为成熟的经验,研究探讨银行公司金融业务法律风险的识别、控制和管理措施,对于保障商业银行稳健运行,促进公司金融业务的创新和发展,具有重要的意义。

银行公司金融业务种类繁多,其中公司融资类业务是银行公司金融的主要业务。目前,在我国资本市场还不发达的情况下,公司发展所需资金主要依靠银行贷款,而银行经营利润的一半以上由公司融资类业务所创造。鉴于此,本书主要针对银行公司融资类业务和结算业务,从业务实践的角度,分析和揭示业务操作中的重点环节及主要法律风险点,并特别对信贷资产转让、融资类业务涉及的担保、关联风险控制等法律问题进行了探讨。

本书共分十章。第一章至第三章主要涉及公司中长期信贷业务的相关问题,包括银团贷款、项目融资和中长期买方信贷。银团贷款金额大、期限长,可以满足大型企业、大型项目的融资需求,同时银团贷款由多家银行参与,可以分散银行的风险。由于银团贷款不同于传统的双边贷款,不仅涉及借贷双方的关系,也涉及贷款银行之间的权利义务关系,在跨国主体参加银团贷款的情况下,还涉及准据法的选择问题,因此第一章除了对银团贷款业务主要操作程序及涉及的法律文件进行分析外,还特别对银行间协议及银团贷款法律适用和司法管辖问题进行了专门探讨。第二章涉及的项目融资是目前国内大型项目尤其是外商投资企业项目通常采用的融资方式。有限追索是项目融资的主要特征,借款人出于分隔风险的需要,比较愿意采用项目融资方式筹集资金,但对于银行来说,项目融资的还款来源主要依赖项目本身的现金流,而不是抵押品或借款人的信用等级,因此,银行能否在项目融资中分散、转移风险是银行在该类业务中最为关注的问题。本章通过对项目融资涉及的各类风险的分析,从项目组织结构、合同结构、项目合同条款及担保等方面,对银行为控制风险而采取的相应措施和法律安排进行了深入探讨,并对 BOT 融资项目、船舶融资、工程融资需要注意的事项作出特别提示。随着我国越来越多的公司走出国门,参与国外大型工程项目的竞争,中长期买方信贷业务逐步为国内企业和银行所熟悉。买方信贷最主要的特征是出口保险结构(ECA)的参与。因此第三章从买方信贷业务操作的角度,从贷款前期步骤、贷款文件使用、贷款涉及的支付结算及贷款执行等方面,对买方信贷业务的业务流程、主要风险环节及银行应特别关注的问题进行了比较详尽的描述和分析,还专门介绍了作为买方信贷业务中的国际惯例——OECD 制定的 ECA 指导意见的内容。本书第四章、第五章主要涉及公司短期融资业务。票据融资是近年来颇受公司客户欢迎的短期融资业务产品,因为票据融资成本低,使用灵活,有逐渐取代部分传统的流动资金贷款业务趋势。第四章重点对公司票据融资(包括金融机构间的票据融资)涉及的法律问题进行分析,并针对容易出现法律风险的环节提出了相应的防范措施。保理业务是一种舶来品。目前国内保理业务是销售商将其现在或将来的应收帐款转让给银

行,从而获得银行为其提供的短期融资,主要是为赊销方式而设计的一种金融业务。第五章除了对常见的应收帐款保理业务及操作流程进行分析外,还对政府采购、出口退税、融资租赁应收租金等特定应收帐款保理业务进行了比较和探讨,并且在对保理业务法律性质、法律关系及主要法律文件进行分析的基础上,提出了针对应收帐款转让、债务人破产等主要风险问题的有关意见和看法。第六章结算业务虽然是比较传统的银行业务,但结算业务与公司日常经营密切相关,是公司金融业务中不可缺少的业务种类。本章从银行结算帐户管理、各类结算方式的业务流程及作用等基本内容入手,重点对公司普遍采用的票据结算方式及相关法律问题进行比较和分析,对与票据结算相关的法律风险提出了控制措施。第七章信贷资产转让是公司融资类业务在银行间的延伸,即银行贷款在二级市场的流通。贷款转让的出发点主要是保持和提高信贷资产的流动性。贷款二级市场在外国非常发达,而国内的信贷转让是近几年才开始的。因此本章对国外贷款转让市场、贷款市场协会(LMA)转让的示范流程及相关格式文件的使用进行了重点介绍,对转让(Assignment)、参与(Participation)和合同更新(Novation)三种主要转让形式进行了比较和分析,并对相关法律问题进行了研究和探讨。第八章、第九章主要对公司融资类业务中两个主要的法律问题,即担保和关联企业风险问题,从理论、法律环境、实务操作多个角度进行了讨论,并根据实践经验提出了具有可操作性的法律建议。最后一章的案例,是总结作者参与的国内大型涉外项目融资和银团贷款的经验和体会,为办理此类业务提供借鉴和参考。

本书的内容体现了作者对我国商业银行公司金融业务与法律风险控制问题的认识和思考,通过对银行业务操作流程的介绍和分析,从法律专业角度探讨了有效识别与控制风险的对策。无论对于银行内部业务人员、管理人员还是银行外部的读者,通过本书都可以透视银行公司金融业务所包含的风险环节,了解防范和控制风险的方法,为妥善把握相关业务带来便利和益处。

目 录

绪论	001
第一章 银团贷款	001
第一节 银团贷款概述	001
第二节 银团贷款的筹组及涉及的主要法律文件	004
第三节 银团贷款协议	009
第四节 银团内部关系	023
第五节 银团贷款法律适用和司法管辖	028
第二章 项目融资	033
第一节 概述	033
第二节 项目融资中涉及的风险	033
第三节 项目组织结构	035
第四节 合同结构	037
第五节 项目合同	039
第六节 项目融资中的担保	042
第七节 BOT	043
第八节 船舶融资中的特别事项	044
第九节 工程项目融资中的特别事项	046

第三章 中长期买方信贷	048
第一节 出口信用保险	048
第二节 贷款安排的前期步骤	053
第三节 贷款文件的使用	059
第四节 银行在贷款执行中应注意的问题	061
第五节 提款期内的支付结算	064
第六节 强制执行程序	068
第四章 短期融资业务	070
第一节 短期融资种类及特点	070
第二节 公司票据融资	071
第三节 金融机构间的票据融资	082
第四节 短期融资业务法律风险控制	085
第五章 保理业务	091
第一节 概述	091
第二节 保理业务的分类及操作流程	096
第三节 对特定应收帐款的保理业务	100
第四节 保理业务的法律分析	102
第五节 保理业务中的法律风险及控制	107
第六章 结算业务	111
第一节 结算业务概述	111
第二节 银行结算帐户管理	113
第三节 票据结算方式	118
第四节 票据结算业务中的法律问题	123
第五节 与票据结算相关的法律风险及其防范	132

第七章 信贷资产转让	141
第一节 国外贷款转让市场	141
第二节 国外贷款转让的主要法律形式	145
第三节 LMA(贷款市场协会)贷款转让示范模式介绍	151
第四节 国内贷款转让业务及相关法律问题	153
第八章 公司融资中的担保	158
第一节 公司融资担保概述	158
第二节 保证担保有关法律问题	164
第三节 外国公司为境内公司融资担保的法律风险防范	172
第四节 与抵押担保有关的法律问题	179
第五节 质押担保方式选择及风险防范	209
第六节 最高额担保有关法律问题	230
第七节 公司信贷业务中担保方式的拓展	237
第九章 关联企业信贷业务的法律风险及防范	245
第一节 关联企业的界定及其法律特征	245
第二节 关联交易的主要表现形式及其特点	246
第三节 关联企业信贷业务的法律风险分析	248
第四节 境外有关关联企业及关联交易的立法概况	251
第五节 国外银行关联客户信贷风险管理和控制	254
第六节 我国有关关联企业及关联交易的法律现状及发展趋势	257
第七节 关联企业信贷风险管理及法律控制	261
第八节 关联企业信贷风险的法律救济	269
第十章 项目融资及银团贷款典型案例	272
后记	291

第一章 银团贷款

自 20 世纪 80 年代银团贷款市场在中国起步以来,伴随着中国的经济高速发展,这一金融工具在国内得到了迅猛发展。同时,在市场经济环境下,各最终贷款的商业银行无论是从资金规模角度出发,还是从风险分散角度出发,或是从利益分配角度出发,都倾向于选择银团贷款的方式来参与具体的项目,这也是目前国际上比较通用的做法。国际上著名的跨国企业也愿意选择银团贷款的方式,来扩大其社会影响以及在金融业的知名度,我国目前越来越多的国有企业也在逐步熟悉并接纳这种贷款形式。2003 年南海石化、扬子—巴斯夫等大型银团贷款项目的签约更是标志着我国的银团贷款市场发展到了一个新的阶段。本章即从法律的视角,对银团贷款这一金融工具加以分析,其着眼点更多地放在国内金融市场,而非通常所见的国际银团贷款。

第一节 银团贷款概述

一、银团贷款的定义

银团贷款是指获准经营信贷业务的多家银行或其他金融机构组成银团,基于相同的贷款条件,向同一借款人发放的贷款。

二、银团贷款的种类

银团贷款有两种,一种是直接银团贷款,另一种是间接银团贷款。凡是由银团内各成员行委托代理行向借款人发放、收回和统一管理的银团贷款称为直接银团贷款;间接银团贷款是指由牵头行直接向借款人发放贷款,然后再由牵头行将贷款份额转售给其他银行,全部贷款的管理及放款、收款均由牵头行负责的银团贷款。在国际银团贷款中,以直接银团贷款为人们所常用;在国内银团贷款市场上,则尚未以间接银团贷款方式筹组过银团,但是国家开发银行等金融机构正对这一方式进行研究和探索,相信不久的将来间接银团贷款将以金融创新的方式在国内金融市场上出现。

三、银团贷款的特点

与传统的双边贷款相比,银团贷款具有如下特点:

- 基于相同的贷款条件,使用同一贷款协议。
- 贷款法律文件签署后,由代理行统一负责合同的执行和贷款管理。
- 各成员行按照银团贷款协议约定的出资份额提供贷款,并按比例收回贷款本息。如果某一成员行不按约定发放贷款,其他成员行不负有替其出资的责任。

与同样是由多家银行共同对同一借款人、同一项目进行贷款的联合贷款相比,银团贷款具有如下特点:

- 在银团贷款中,贷款银行是作为一个整体通过牵头行(筹组阶段)和代理行(执行阶段)与借款人进行联系;在联合贷款中,各贷款银行相互独立,分别与借款人联系。

- 在银团贷款中,各贷款银行以牵头行提供的信息备忘录为依据进行贷款评审;在联合贷款中,则是各贷款银行分别收集资料,独立进行评审。

- 在银团贷款中,所有贷款银行与借款人签署同一份银团贷款协议,实行统一的贷款条件;在联合贷款中,各家银行分别与借款人签订贷款合同,贷款条件由借款人与贷款银行分别谈判而定。

- 在银团贷款中,贷款的发放、收回和相应的贷后管理均由代理行进行;在联合贷款中,则是由各贷款银行依据各自与借款人签订的贷款协议履行上述职责。

四、银团的组织结构

在银团贷款实务中,银团成员的称谓有多种,如牵头行、安排行、联合安排行、高级经理行、经理行及参与行等。但是无论称谓如何,按照其在银团中的角色以及作用的不同,银团成员主要分为三个层次:

第一个层次为安排行,即接受客户委托,策划组织银团并安排贷款的银行。在包销方式下,安排行又是包销行,对参加行认购不足的贷款,安排行将全额认购剩余部分。安排行可以由一家银行担任,也可以由几家银行联合担任。在几家银行联合进行银团贷款安排的情况下,包销或认购份额最大的一家银行将担任牵头安排行或协调安排行的角色。

第二个层次为参加行,即接受安排行邀请参加银团,并按照协商确定的份额提供贷款的银行。

第三个层次为代理行。贷款文件签署后,改由代理行负责合同的执行和贷款管理。代理行一般包括贷款代理行和担保代理行,其具体职责将在第四节加以详细讨论。

对各个层次的银团成员而言,根据其包销或认购份额的不同,市场上有大量的标准称谓可以给予它们。各家银行对于是否获得了适当的称谓极为敏感,因为这将影响其在该领域排行榜上的排名及市场地位。

五、银团贷款的费用结构

除贷款利息外,一笔银团贷款的价格主要还包括各项费用。在利息基本固定的情况下,银行就把借款人支付的各项费用看做是提高其利润的一个重要途径。在银团贷款中,费用的基本构成如下:

入门安排/管理费——该项费用是按照贷款总额的一定比例计算出的,

并通常在签订贷款协议时支付。该项费用包含了支付给安排行的安排费、包销行的包销费、参与行的参与费以及各项杂费。

代理费——该项费用支付给贷款代理行(有时还包括担保代理行,如果设有这一角色的话),以对代理行履行代理职责作出偿付。虽然事实上借款人支付的代理费在贷款协议和信息备忘录上是明显的,但实际上代理费的多少绝少透露给银团成员。

承诺费——该项费用是借款人在协议约定的提款期内,对尚未提取的贷款额度所支付的费用。承诺费的实质是对银行贷款资金机会成本的一种补偿,因为根据巴塞尔协议,银行的风险资产与资本要保持在一一定的比例之内,尚未提取的贷款承诺也要计入风险资产总额,占用银行的信贷能力,使银行失去了其他的贷款机会。

需要加以说明的是,根据中国人民银行于1997年发布、目前仍然有效的《银团贷款暂行办法》,国内商业银行在提供国内银团贷款时,不得收取除贷款利息之外的任何其他费用,也就是说,国内商业银行在发放银团贷款时收取以上各项费用是不符合金融监管部门的规定的。但是也应该看到,从1997年至今,国内金融环境已经发生了很大的变化,随着外资银行的进入和股份制银行的崛起,金融竞争愈加充分,此时如果继续严格执行上述规定,无疑将削弱中资银行在银团贷款市场上的竞争地位,因为外资银行并不受上述规定的限制。因此,监管部门正考虑对有关规定作出修改,而事实上在最近完成的几笔银团贷款中,中资商业银行也已开始收取贷款利息之外的其他费用。这符合一般的商业原则和惯例,应当说是国内金融市场的一个进步。

第二节 银团贷款的筹组及涉及的主要法律文件

组织贷款银团通常需要15天至3个月的时间,最为常见的为6周左右。银团贷款的一般组织程序及各阶段涉及的主要法律文件包括:

一、初步协商阶段

具有融资需求的借款人通常会寻求一家经验丰富、信誉良好的著名银行为其在金融市场上物色愿意向其发放贷款的贷款银行。有时,银行也会主动寻找并发现商机——优质客户或项目的大额贷款需求,并与潜在借款人协商,争取被委任为贷款安排行。

银行可能会面临多家银行的竞争。有意承担安排行角色的各家银行一方面需要加强与借款人的联系,初步协商贷款条件;另一方面要加紧收集资料,分析评价贷款的效益与风险以及组织银团的可行性,并确定贷款报价。如果银行感到独自包销贷款存在较大的困难和风险,通常会与另外一家或多家银行组成安排团,共同投标并包销贷款。

在向借款人提出银团贷款安排建议书之前,安排行必须完成内部评审工作。对借款人或贷款项目的审查与一般贷款的审查基本相同,主要包括借款人的财务状况、偿债能力、贷款项目的市场前景、预期效益、贷款的效益与风险等。

经与有意出任牵头行的银行进行初步协商并就主要的贷款条件达成一致后,借款人将签署委托书,正式委任银团的牵头行。不同借款人在选择牵头行时有不同的原则:有的借款人注重与银行的历史关系;有的借款人采取轮流选择几家银行作为牵头行的方法,以便与多家银行保持良好的合作关系;有的则通过评估银行的组团能力来选择安排行,评估的主要依据是银行以往筹组银团的记录;还有的借款人通过招标方式选择牵头行,以获得最优惠的贷款条件。

这一阶段主要涉及三份法律文件:贷款条件清单、委托书和保密协议。

1. 贷款条件清单(Term Sheet)

贷款条件清单主要列举了贷款的基本条件,并表示牵头行愿意按照这些条件组织银团贷款。贷款基本条件主要包括:贷款数额、利率、期限、币种以及牵头行将据以组织贷款的条款。牵头行在提交该份文件时,必须注意不要把其他贷款银行可能不愿意接受的条款包括进去,并应注明贷款义务以借贷