

论国际银团的法律性质及其特色

韩龙

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 国际银团在性质上是银团成员按同样条款和条件向借款人放款而采取的结构, 银团贷款是银团各成员按照这一结构向借款人发放的各笔独立贷款的集合, 银团成员与借款人的关系是分别的而不是连带的。但由于银团贷款是以银团这一特殊结构所体现的一种特殊的金融交易形式, 银团全体成员作为一个整体与借款人之间以及银团成员彼此间会因合同或法律的规定产生多种的法律关系, 概括起来主要有因贷款协议的规定而产生的法律关系与因代理行、牵头行责任而产生的法律关系。银团各成员与借款人之间彼此独立的权利、义务关系和银团内部法律关系并存正是银团贷款法律关系的架构特点所在。

关键词: 国际银团; 贷款协议; 金融交易; 法律关系

中图分类号: DF962

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)01-0036-05

银团是国际商业贷款的代表性形态, 是由多家银行组织起来共同向同一借款人提供中长期贷款的形式。国际银团的法律性质是指国际银团在法律上究竟具有什么样的属性, 是否构成法律实体, 具有哪些特色。这牵涉到参加银团贷款的银行与借款人之间的法律关系问题, 也牵涉到银团成员彼此间的法律关系问题。随着全球经济一体化程度的加深和我国对外开放的发展, 国际银团贷款将有巨大的发展空间。因此, 深入探讨这一问题对于澄清有关争论, 公平合理地确定有关当事人之间的权利义务关系具有重要意义。由于在国际银团贷款中英美法运用广泛, 本文着重依据英美法的情形进行探讨。

一、国际银团的性质

对银团的性质看法不一, 有人认为银团构成法律实体。这不仅因为银团贷款是多家银行采取银团形式向同一借款人发放贷款, 而且更因为各贷款银行一旦同意贷款, 须签订由牵头行与借款人达成的单一的贷款协议, 且银团成员通常在彼此间做出有约束力的、甚至将银团所有成员作为一个整体的约定, 并指定代理行代为管理甚至处理银团事务^①。因此, 乍看起来, 银团俨然具有法律实体的性质。美国纽约州最高法院在 Credit Francai International, SA v. Socedad Financiera de Comercio SA 一案中就

将银团贷款协议(从而也将银团)归类为合营企业¹¹⁽²⁾。

银团是否构成合营企业或法律实体? 虽然合营企业有不同的形式, 但共同投资、共同管理和共负盈亏是合营企业的3个基本要素²¹。对照银团成员之间的关系, 首先, 各参与贷款的银行并没有为设立银团而投入任何资本, 向借款人贷放资金的义务彼此独立, 因而无共同投资可言。其次, 参与贷款的各家银行确实将一些贷款事务委托给代理行管理, 但仅限于一部分事务而不是全部事务且属于委托性质, 没有设立共同的管理机构, 许多事务仍由各银行自行处理, 因而并不构成共同管理之要件。再次, 各参与贷款银行的筹资成本各不相同, 因而盈亏不一, 且收回本息的权利在性质上是彼此独立的, 不具有共负盈亏的特征。因此, 银团贷款不构成合营企业。

对于法律实体(legal entity)本身, 各国法律鲜有专门规定。按照通常理解, 它应当是法律的创造物, 范围相当广泛。但既然构成实体, 就意味着其组成部分独立性的丧失或损减而让位于实体自身。换言之, 实体自身构成一个相对独立的存在³¹。从银团贷款交易的实践来衡量, 参与银团贷款的各家银行的放款义务和收回本息的权利在性质上是彼此独立的而不是连带的, 因此, 银团亦不构成法律实体。

那么, 银团究竟具有什么性质? 这需从银团贷款协议的规定和银团贷款的实践来考察。贷款协

议通常规定,一家银行不履行其在协议中的义务并不解除其它银行根据协议所产生的义务,并且任何银行都不对其它银行的义务负责。换言之,如果一家银行不提供规定的贷款份额,银团其它成员不能解除其放贷义务,更重要的是银团其它成员无需补足差额。即使牵头行为了获得授权在要约中做出了全部承担的承诺^②,只要注明了“依合同为准”,它就不需要承担连带责任。所以,银团各成员对借款人的义务是分别和独立的。不仅如此,协定通常还规定每家银行都有权分别执行其在银团协议下本息的权利。虽然这一条款应结合有关代理行的规定来理解,但如果贷款协议已明确地做出保留,那么每家银行都有权执行根据协议所生本息。可见,银团成员对借款人的义务也是分别的而不是连带的(Several and not joint)。正因为如此,银团这种贷款安排不会导致任何实体包括法律实体的产生,银团也不具有任何独立的法律地位。

从国际银团贷款行业的实践来看,银团通常被认为是多家银行按相同的条款和条件对同一借款人贷款所采取的结构(Structure)而已,并不是法律实体,每个贷款人对借款人的贷款义务和收回本息的权利都是彼此独立的,贷款人不因其它贷款人贷款与否而承担责任,借款人偿还各贷款人本金及利息的义务互不牵涉^{11(100~101)}。英美法学者也普遍认为把银团看做法律实体不妥,认为纽约州法院将银团认定为合营企业是不准确的¹¹⁽¹⁰¹⁾。

总之,贷款银团在性质上不过是银团成员按同样条款和条件向同一借款人放款所采取的结构而已,是银团成员按照载入同一贷款文件的条款和条件向借款人发放的数笔独立贷款的集合,银团成员彼此与借款人权利义务关系独立。

二、银团性质不影响银团内部法律关系的发生

国际银团法律性质的特色在于:虽然银团各成员与借款人权利义务彼此独立,但银团内部也发生一定的法律关系。银团内部法律关系是指参加贷款的各银行作为一个整体与借款人之间以及各银行之间所发生的法律关系。法律关系是根据法律规范产生的以法律主体权利义务关系的形式表现出的特殊社会关系。虽然法律规范意志的体现需要以法律主体之间的关系为中介,但法律关系的发生最终还要

取决于法律的规定。从实践来看,由于银团贷款这种形式十分特殊,银团与借款人之间以及银团成员之间在某些情况下会产生背离银团上述性质的法律关系^③:一类是在与借款人特定关系问题上将银团成员的权利义务作为一个整体;另一类是在银团成员之间创设一定的法律关系。造成背离的原因和情形主要有以下几种:

首先,银团这种特殊的“捆绑”形式会在银团与借款人之间以及银团成员间产生一定的法律关系。银团贷款是多家银行在牵头行的组织下按照同一协议的条款和条件共同向借款人提供的贷款。各贷款银行之所以不直接向借款人贷款而是采取银团的形式将在性质上彼此独立的贷款“捆绑”起来,是各方利益的需要^④。“捆绑”必然会产生相应的问题。如在银团贷款中牵头行往往是借款人的开户行,通常拥有借款人的大量存款。为了避免承担过大的风险,牵头行邀请其它银行通常是中小银行参加。中小银行的参加不仅使银团贷款得以进行,而且帮助牵头行实行了对其客户即借款人的融资承诺,在客户心目中树立了良好的形象,从而维护甚至提高了牵头行在激烈的市场竞争中的地位。然而,如果银团成员之间没有相应的法律安排,一旦借款人违约,牵头行因拥有借款人大量存款而能够维护自身利益,却把风险推给了银团的其它成员。公平和银团其它成员利益保护的问题随之出现。既然银团贷款以共同条款和条件向借款人发放,而无论是牵头行还是其它银行都无力或不愿承担全部贷款,为了防范和公平解决上述问题,银团成员通过贷款协议规定分享条款对各贷款银行公平受偿问题进行约定,并从而导致新的法律关系的产生。

其次,为解决因“捆绑”而出现的问题,便于对贷款行使统一、高效的管理,各贷款银行在贷款协议中指定代理行对贷款进行管理,由此也导致因代理行而产生的多种法律关系,如代理行对其它银团成员之间的代理关系、诚信义务关系以及代理行的责任等。

最后,银团成员间发生一定的法律关系亦与银团交易这种特殊方式有密切的关系。银团贷款通常由一家牵头行、数家经理行或数量不等的参加行组成。牵头行由借款人指定并授权其组织银团。牵头行向借款人提出建议书(Offer Letter/Document),从借款人那里获得授权委托书(Mandate)。建议书和授权委托书通常都包含贷款额、利率、期限、币种以及牵头行为借款人组织银团等重要条件。然后牵头

行根据不同的情形组建不同类型的经理集团。与此同时,牵头行往往协助借款人制订情况备忘录(information memorandum),列举贷款的结构与条件、借款人情况、借款人财务状况、融资目的等。该备忘录通常与邀请函一起发给潜在的参加行,邀请其参加银团贷款并说明其愿承担的贷款额。在协助制订情况备忘录的同时,牵头行以独立身份与贷款人谈判贷款协议条款。双方最终协议的条款是其它银行贷款所必须遵守的条款。借款人、各贷款银行一旦同意贷款和贷款协议的条款,即签订单一的贷款协议。银团的复杂形成方式潜伏着许多重要的法律问题,如建议书与授权委托书在有的国家法律中会引起合同责任问题^⑤。又如牵头行在准备情况备忘录和贷款协议过程中可能会承担严重的法律责任,特别是在错误陈述、欺诈和重大疏忽等情况下牵头行更是难逃其责。此外,牵头行其它义务、责任问题亦与银团形成过程有密切的关系。

由此可见,在上述情况下银团与借款人之间以及银团成员间会发生一定背离原银团性质的法律关系。这些法律关系既可能由于当事人约定而产生,也可能由于法律的直接规定而产生。应当指出的是,银团的基本性质并不因银团成员间以及银团与借款人间发生的上述法律关系而根本改变,银团内部法律关系与银团的性质并存,这正是银团贷款法律关系基本架构的特点。

三、对银团内部法律关系的实证分析

(一) 因贷款协议而产生的内部法律关系

银团贷款协议对银团与借款人的关系有程序性规定和实体性规定。程序性规定主要是针对银团全体成员或特定多数就某些事项做出共同决定所做的规定。在巨额的银团贷款中,贷款协议通常规定一些事项需要银团成员一致通过或多数贷款权银行即承担放贷总额50%以上份额的成员通过。前者适用的情形主要有:贷款承担的币种、数额、到期利率、偿还日期或到期日改变等。后者主要适用于通知借款人违约、放弃违约事件和加速贷款到期、放弃或更改贷款协议中勿需一致通过的事项等。贷款协议中的程序性规定使银行成员对借款人的关系和银团成员之间的关系发生了某些变化。在银团成员对借款人关系上,程序性规定改变了银团成员彼此独立地与借款人发生法律关系的一般情形,使银团成员作为

一个整体来处理与借款人的法律问题。在银团成员间的关系上,当有关事项需要一致通过时,银团每一成员都构成对其它成员权利的限制;当需要多数贷款权银行通过时,多数贷款权银行构成对少数贷款权银行的权利限制。二者均改变了银团成员独立地对借款人行使权利的情形。此外,由于上述程序性事项多通过代理行来执行,因此进一步产生了代理行与其它银团成员之间的法律关系问题。

实体性规定在与借款人关系问题上将银团所有成员权利、义务作为一个整体,因而能对银团成员与借款人原来分别独立的法律关系带来变化。一般认为,银团贷款协议有两项此类规定:消极担保条款和分享条款。消极担保条款将银团成员的贷款作为一个整体而不是彼此独立的贷款来规定借款人所负有的消极担保义务。这造成了在借款人是否违反消极担保、对借款人应采取何种措施等问题上银团成员需要采取集体而不是独立的行动,以维护各贷款银行以及借款人的利益。

分享条款是为了维护银团各成员公平受偿利益而设计于贷款协议中的,其实质内容是银团中的任何成员无论是通过抵消、诉讼、抵押物处置、借款人直接偿还或其它任何方式所收到的借款人归还的本息,如果与银团其它成员所收取的数量相比较在比例上多于其承担的贷款比例,那么就应当让银团其它成员分享多出上述比例的还款,以确保各成员受偿的比例与其所承担的贷款份额相一致。分享条款改变了各银行与借款人之间彼此独立的权利义务,在银团成员彼此间创设了一定的法律关系。如在作为分享办法之一的信托方法中,借款人须将偿还的款项交给代理行,代理行受托持有款项并按比例在银团成员间分配。信托关系成立,代理行成为受托人。

分享条款不仅在银团成员间创设了权利义务,而且与借款人有密切关系。没有借款人承担相应义务,分享条款很难实施。首先,转让非经借款人同意,通常不能进行^{[4](190)}。其次,在运用分配方法时,如果借款人没有承担相应义务,已经得到全额偿还尔后又分享的成员则很难再得到借款人偿还,借款人就能够达到在偿还中对银团成员实行区别对待的目的。马尔维拉斯群岛危机期间,阿根廷(借款人)若不是事先承担了分享条款的义务就可能达到其不偿还银团中英国成员的目的^{[4](185~186)}。最后,就信托方法来说,没有借款人的配合,信托财产的设立和信托的顺利运作都会遇到问题。因此,使借款

人对分享条款承担确定的义务是银团成员间权利义务得以实施的条件和保障。银团贷款协议是借款人与银团各成员之间的协议。借款人既然是协议的一方当事人,就负有遵守并不得违反上述规定的义务,负有在与银团各成员进行交易或业务往来中按分享条款妥善处理与银团各成员关系的义务。这种义务使借款人在很大程度上将银团各成员的受偿权混合为一个统一的受偿权来履行其偿还义务。

(二) 特殊情况下的银团成员间关系

特殊情况下银团成员间的关系主要有因代理行或牵头行责任而产生的法律关系。因篇幅所限,本文以代理行为例考察银团内部法律关系。

人们对代理行与其它银团成员之间是否存在代理关系向有争论,焦点就在对英美法中代理关系的理解和认定。持否定态度者通常以代理关系应具有诚信关系(fiduciary relationship)的性质为根据,认为代理关系是两人之间的诚信关系,其中一方明示或默示地同意另一方代表自己从事活动,而另一方也相应地同意从事这样的活动。但是,银团贷款协议通常规定代理行不负有诚信义务,对重大问题没有自由裁量的余地,所以协议并不创设代理关系,贷款协议的有关规定只是借款人与牵头行约定的借款条件和方式。

在英美法中,代理人一直被当做是诚信义务人,而诚信义务人须能够行使一定的自由裁量权。为此需考察代理行职责中是否具有自由裁量权,以确定其是否负有诚信义务。

英美法通常要求代理人以其应有的勤勉、谨慎和技能(due diligence, care and skill)履行职责,为此将代理分为有偿代理和无偿代理,以确定代理人承担的不同责任^⑥。代理行从事的代理是有偿代理,且代理行通常是牵头行,熟谙银团贷款,所以有理由期待代理行在代理中的勤勉和技能具有专业水准。

在银团贷款中,代理行的一项常见职责是代理行对拥有自由裁量权利的事项以合理的谨慎和技能行使自由裁量权。这些事项通常包括宣布违约事件和加速到期、决定是否构成违约和分配借款人偿还的贷款等。银团贷款协议通常规定代理行“可以”如何如何,并根据多数贷款权银行的指示“必须”(may and shall)如何如何。应当强调的是代理行是从事商业交易(即银团贷款中的代理事项)的商业机构,对提供的服务收取报酬,因而在任何情况下都不应消极行事,否则代理行除等待多数贷款权银行的指令外不需要做任何事情。在代理事项中赋予代理行以

代理权就意味着,尽管代理行可以决定不采取积极行动,但在其只有主动行动才显得更加合理的情况下如果没有采取行动,便违反了职责。将“可以”和“必须”两种情况都包括进来,就意味着在一定的情况下,当代理行被合理地期待以某种方式进行行动而没有采取行动时,代理行便违反了自由裁量的职责。

代理行另一项常见职责是恰当地收受用以满足贷款先决条件的、在形式和实质上令代理行满意的文件。有人用信用证中的开证行所恪守的完全相符原则做类比,认为上述规定只是就有关文件的形式和基本事项而言的,因而文件内容的准确性和有效性不在代理行的职责之内。这是值得商榷的。代理行与信用证中的开证行不同。由于独立抽象性原则的作用,开证行只需要关注信用证本身而不需要关注基础交易。然而,在银团贷款交易中的多数情况下,代理行与银团的其它成员一样都是贷款人。即便在代理行不是贷款人的特殊情况下,代理行关于先决条件是否满足的决定直接关系到银团放款与否。代理行不仅代表借款人放款,而且向借款人收取偿借款项,还在贷款的整个期限里一直对银团进行管理。因此,代理行有责任审查借款人提交的有关文件的内容及有效性。这也说明上述规定中为什么要在“形式”之外加上“实质”。可见,根据贷款协议对代理行的职责的规定,代理行在履行职责时具有相当的自由裁量权,应当以应有的勤勉、谨慎和技能诚实善意地履行职责。

然而,在银团贷款中,当事人往往把代理行的职责限定于事务性质,并在贷款协议中试图排除诚信关系的存在。这种排除具有什么效果?诚信关系存在与否,英美法的态度是重合同的实质而不是形式,即无论合同的形式如何规定,诚信关系的存在由法律而不是合同的规定来认定^{[4](166)}。需要强调的是,英美法对诚信义务人施以诚信义务不仅仅是因为其处在诚信义务人的位置,而是由特定的客观情况所引起的。换句话说,诚信义务的产生是因为对特定事实要求适用特定的衡平法规则,而不仅仅是因为特定人是代理人或受托人。无论有关当事人之间的行为或约定是否完善、有效,只要客观情况具备,诚信义务规则就会干预进来对诚信义务人施以诚信义务^{[4](173)}。所以,特定的客观情况和特定事实决定了诚信义务人具有诚信义务从而导致衡平规则的适用^{[11](178)}。这一特点使当事人的主观意志没有太大的施展余地,也使诚信义务构成一种法定责任,不取决

于当事人的行为或约定。当事人之间的关系应从协议的实质而不是形式来认定^{[4](40)}。所以,在 *Customs and Exercise Comrs v. Pools Finance Ltd* 案中,法院不顾排除代理关系的约定,认为交易的实质表明代理关系存在^{[4](40)}。如前所述,国际银团贷款的特性和环境决定了代理行拥有一定的自由裁量权,从而负有诚信义务。所以,一般来说,代理行与银团成员在贷款协议中排除二者之间诚信关系的约定的效力是值得怀疑的,除非二者通过在贷款协议中的约定有效地改变了有关的客观情况和事实。

既然银团成员与代理行之间的代理关系存在,代理行对银团成员就负有诚信义务,不应允许其自身利益与其在诚信关系下的义务发生冲突,包括不得谋取私利、不得利用秘密信息牟利、不得同时履行相互抵触的职责等。弗雷德曼教授指出,不管当事人之间的合同或协议如何规定,一旦本人与代理人关系存在而不管这种关系是如何发生的,那么代理人便负有复杂的职责。

注释:

- ① 如银团各成员贷款的发放须经由代理行进行,借款人是否违约及借款是否需加速到期需要经银团成员全体或规定多数通过或

由代理行确定,银团受偿应受分享条款的支配等。

- ② 在国际银团贷款中,经理集团承担的贷款责任有3种:全部承担型、部分承担型和尽最大努力型。在全部承担类型下,经理集团无论是否找到参加行分担贷款,都要按贷款协议提供足额贷款。
- ③ 本文所称“银团”多指作为一个整体的银团所有成员,除非上下文表明其具有不同的含义。
- ④ 这些利益主要是:第一,银团的贷款形式可以使贷款人更好地了解借款及其借款情况,便于管理贷款,从而使贷款成本降低;第二,可将直接贷款中贷款人与借款人的一对一的关系转变为银团贷款中众多贷款人与借款人的关系,并通过银团贷款协议的安排如交叉违约条款等将风险进一步分散;第三,借贷双方都需要采取银团贷款的形式。从借款人来看,通过对与其有长期业务联系的银行进行授权,利用牵头行的市场影响和声誉寻找到多家银行以银团方式提供贷款则会收到简便、高效、成本低廉的效果。从贷款银行来看,巨额贷款及其风险使牵头行往往无力或不愿单独承担,而其它银行为积极扩展业务、结识新客户往往也愿意加入贷款的行列。
- ⑤ 在英国,上述两文件如果没有相应的排除条款,就有可能导致有法律约束力的合同义务的产生。
- ⑥ 在无偿代理的情况下,代理人只有在存在重大疏忽时才承担责任,而有偿代理的代理人只要存在疏忽就应承担赔偿责任。

参考文献:

- [1] Tennekoon R C. The law & practice of international finance[M]. London: Butterworths, 1991.
- [2] 曾华群. 国际投资法[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 1995.
- [3] 艾迪生·维尔斯·郎文出版公司. 郎文当代高级英文词典[Z]. 北京: 商务印书馆, 1998.
- [4] Gabriel P. Legal aspects of syndicated loans[M]. London: Butterworths, 1986.

Nature and feature of international syndicate

HAN Long

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The international syndicate is a structure employed by the syndicate members to extend loan to the borrower according to the same rules and conditions, and a syndicate loan is a collection of several independent loans extended to the borrower by the syndicate members according to the structure, so the relations between the syndicate members and the borrower are separate and not joint. However, the unique transaction form of syndicate gives rise to the various legal relations between the syndicate members as a whole and the borrower and among the syndicate members themselves due to contract or law. Legal relations may arise on the basis of syndicate loan agreement or contributing to the responsibility of leading banks and agent bank. The separate nature regarding the relations between each member and the borrower side by side with internal legal relations within the syndicate is the main framework feature of syndicate loan.

Key words: international syndicate; loan contract; financial transaction; legal relations