

不可抗力下国际工程保函风险分析

金春华 吕文学

内容提要 利比亚危机的爆发使中国承包商蒙受损失,利比亚业主又在此时提出保函延期的要求,这引起了业内人士对不可抗力下保函风险的思考。本文以此事件为背景,援引1999年版《FIDIC 施工合同条件》和国际商会《见索即付保函统一规则》,分析了不可抗力引起的保函风险及其发生时业主与承包商的权利与义务,并从承包商的角度给出风险防范与应对建议,为遇到类似情况的国际工程合同管理人员提供解决思路。

关键词 不可抗力 国际工程承包 保函风险

国际工程承包中保函的应用极为普遍,并且成为业主避免因承包商违约而蒙受损失的重要手段。然而,在发生不可抗力的情况下,业主可能以承包商不继续履约为由对承包商提出保函延期或索偿的要求。例如,利比亚危机爆发后,利比亚两家银行向许多中国承包商提出保函延期要求,涉及七家企业的八个项目,中国承包商在遭受战争带来的巨大损失的同时还面临着保函风险。本文以此事件为背景,援引国际咨询工程师联合会(FIDIC)1999年出版的《施工合同条件》(红皮书)和国际商会《见索即付保函统一规则》(Uniform Rules for Demand

Guarantees),探讨不可抗力发生时国际工程承包企业可能遭遇的保函风险,并从承包商的角度提出此类风险防范与应对建议。

一、不可抗力与国际工程保函风险

(一)国际工程保函

目前经营保证担保业务的主体主要有银行、担保公司、保险公司等。银行作为保证担保业务的传统经营者,往往占有较大的市场份额,其出具的担保被称为“银行保函”。如果承包商违约,视其违约的性质,业主有权凭保函向承包商的担保银行提款。

国际工程保函根据担保内容的不同可以分为投标保函、履约保函、预付款保函、保留金保函等;按照违约索赔要求条件的不同可以分为有条件保函和无条件

保函;按照开立渠道的不同又可以分为直开保函、转开保函和转递保函等。其中,对索赔影响较大是保函有条件与无条件的属性,无条件保函又称见索即付保函,由于它具有相对于主合同的独立性以及见索即付等特点,因此对承包商来说,它的潜在风险比有条件保函高。本文将主要针对见索即付的履约保函进行讨论。

见索即付保函起源于20世纪70年代的中东地区,就此类保函向担保银行索赔时,业主无需证明承包商违约,而只需遵循保函上所规定的索赔程序并出示相应文件(通常仅是业主的书面索赔要求),担保银行就需付款,故此类保函本身具有有价证券的性质。见索即付保函具有独立性和不可撤销性,它虽依据业主与承包商订立的主合同开立,但一旦开立便具有独立的效力,并且从开立之日起就对银行



具有约束力。

(二)不可抗力下的国际工程保函风险

在遭遇不可抗力时,承包商可能无条件继续正常履约,在多数情况下项目被迫暂停或中止,承包商面临的保函风险主要有保函延期或不延期即付款、业主恶意索偿。

1.保函延期或不延期即付款

不可抗力发生时,工程往往被迫暂停或中止,承包商不能正常履约。由于一般的保函独立于主合同开立,且有明确的开始与结束时间,不随主合同的变化而出现实质性的改变,业主有可能要求保函延期,与此同时也可能提出“不延期即付款”的要求。不可抗力发生时保函延期包括两种情况:一是保函即将到期,业主提出保函延期要求,此时承包商在合同未终止的情况下有义务对保函延期;二是保函并未临近到期,业主提出保函延期要求,此时承包商并无义务对保函延期。承包商应对这两种情况加以甄别,保函延期虽然并不对承包商造成严重经济损失,但延期意味着承包商继续受保函相关条款的约束,且需要在更长的时间内承担保函成本及保函恶意索偿风险。

2.业主恶意索偿

不可抗力发生后业主可能以承包商违约为由向银行进行保函索偿。如果是见索即付保函,业主可能持保函向银行声明承包商违约,若索偿金额在保函担保金额之内,索偿日期也在保函有效期之内,银行就有义务按业主的要求付款。一旦业主提款成功,承包

商将立即遭受损失。虽然承包商可以在事后采取仲裁等方法争取索回被提取的款项,以及由此造成的损失,但往往会遇到一系列阻碍及拖延。

二、不可抗力下业主与承包商的权利与义务

在国际工程中,业主与承包商需要签订主合同即工程承包合同,承包商需要依据此合同向担保银行申请开立保函,此保函相当于承包商与担保银行订立的一份合同,独立于主合同发挥效力。在不可抗力引发的保函风险发生时,承包商应明确各方拥有的权利和义务,履行必要的程序,并收集证据,采取补救措施,以求最大限度的降低损失。

(一)不可抗力发生时承包商暂停工作与终止合同的权利分析
根据红皮书第 19.1 款对不可抗力的定义,“‘不可抗力’系指某种特殊事件或情况:(a)一方无法控制的;(b)该方在签订合同前不能对其进行合理防备的;(c)发生后,该方不能合理避免或克服的;以及(d)不主要归因于他方的”。

利比亚的社会动荡最后演变为北约对利比亚的军事干预,这显然是中国承包商无法控制且之前不能进行合理防备的,此情况下中国承包商已无法在利比亚安全工作,故有充分理由可以证明此次利比亚危机属于不可抗力。

而红皮书第 19.2 款规定,“如果一方因不可抗力使其履行合同规定的任何义务已或将受到阻碍,应向另一方发出关于构成

不可抗力的事件或情况的通知”,“发出通知后,该方应在该不可抗力阻碍其履行义务期间,免于履行该义务”。也就是说,在不可抗力阻止了承包商履行合同义务时,承包商在履行其通知义务后拥有暂停工作的权利。

另外,红皮书第 19.6 款规定,“如果因已根据第 19.2 款(不可抗力的通知)的规定发出通知的不可抗力,使基本上全部进展中的工程实施受到阻碍已连续 84 天,或由于同一通知的不可抗力断续阻碍几个期间累计超过 140 天,任一方可向他方发出终止合同的通知。在此情况下,终止应在该通知发出 7 天后生效”;第 19.7 款规定“如果发生各方不能控制的任何事件或情况(包括但不限于不可抗力),使任一方或双方完成他或他们的合同义务成为不可能或非法,或根据管理合同的法律规定,各方有权解除进一步履行合同的义务”。根据这两款条件的规定,不可抗力发生后承包商在一定条件下拥有终止合同的权利。这个条件是承包商在不可抗力发生后无法工作的情况持续了一定的时间,或承包商有证据可以证明所发生的不可抗力使其进一步履行合同义务成为不可能。

由以上分析可知,根据红皮书的规定,在发生不可抗力后,承包商有必要履行通知的义务。同时,承包商拥有暂停工作或在一定条件下终止合同的权利。

(二)不可抗力发生后业主就保函提出索偿的权利分析

见索即付保函的索偿条件一

般是被担保人违约,在国际工程保函中表现为承包商没有按照主合同履行义务。URDG 在序言中声明,“见索即付保函只有当被担保人违约时,支付见索即付保函才是适当的”,“依照平等和公平交易原则,规定索偿要求应当采用书面形式且应当至少随附由受益人出具的关于被担保人违约及其违约事由的声明是合理的”。因此,当业主针对保函提出索偿时,承包商违约的情形应该是确实发生的,在这种前提下业主得到保函赔偿金才是合理的。在此次利比亚危机的背景下,业主若以承包商不继续履行施工义务为由提出保函的索偿是不合理的,因为在不可抗力发生时,承包商暂停工作或终止合同是主合同赋予的权利。

然而,URDG 第二条规定,“保函项下担保人的义务是在收到表面上与保函条款相一致的书面付款要求,及保函所规定的其他文件后支付保函所规定的金额”。同时,第十一条也写明了,“担保人和指示方对其提交的任何单据的形式、充分性、准确性、真实性、是否伪造或者法律效力,对单据中含有的一般及/或特别声明或者任何人的诚信、作为或者不作为不承担任何责任”。担保银行的责任只是从表面上核实业主提交的付款要求及其他文件是否与保函条款一致,而不负责进一步证明付款要求中的被担保人违约情形是否属实。这种情况下,业主的索偿要求即使是不合理的,也可以立即得到赔付。

根据以上分析可知,在不可抗力发生后,业主以承包商不继

续履约为由提出保函的索偿是不合理的,但当保函为见索即付保函时,承包商容易遭受业主的恶意索偿。

(三)不可抗力发生后承包商对保函延期的权利义务分析

不可抗力发生后,业主可能提出保函延期要求。利比亚危机爆发后,利比亚的业主对多家中国承包企业发出保函延期要求,主要针对即将到期的保函提出延期要求,并声明“不延期即付款”。

根据 URDG 第二十六条的规定,“如果受益人在按保函的条款提交了付款要求的同时,要求对保函的有效期限予以延展,以作为付款的替代,则担保人应当毫不延迟地通知向其发出指示的一方,然后暂停付款,以给被担保人和收益人以合理时间就延期达成一致,并由被担保人就延期做出安排”。此条又规定,“除非在前款所规定的时间内延期获得同意,担保人有义务对受益人符合要求的付款要求进行付款,而受益人无须采取进一步行动”。因此,对于保函的延期,受益人只能提出要求,而最终拥有对保函进行延期权利的是被担保人,即承包商,若承包商不延期,则需要看业主的付款要求是否符合保函的具体规定。

URDG 规定承包商有权对保函延期,而关于承包商是否有义务对保函延期,红皮书做出了规定。红皮书第 4.2 款规定,“承包商应确保履约担保直到其完成工程的施工、竣工及修补完任何缺陷前持续有效和可执行。如果在履约担保的条款中规定了期

限,而承包商在该期限前 28 天尚无权拿到履约证书,承包商应将履约担保的有效期限延长至工程竣工和修补完任何缺陷时为止”。根据此条款,在承包商与业主没有终止合同的情况下,当保函即将到期而工程明显无法在保函有效期内竣工或完成缺陷修补时,承包商有义务对保函延期;当保函未临近到期,且合同双方并未调整主合同的工期条款,而且也没有证据表明工程在履约保函的有效期限内无法完成竣工和缺陷修补时,承包商无义务对保函延期。

红皮书第 4.2 款还规定,“承包商未能按前一段所述的要求延长履约担保的有效期限,这时雇主可以索赔履约担保的全部金额”。换言之,当承包商明确其有义务对保函延期时,要承担“不延期即付款”的风险。

另外,若承包商同意将保函延期,在延展的期限内保函将发生费用,这笔费用是否应由承包商承担?根据红皮书第 19.4 款规定,当战争等不可抗力发生在工程所在国时,并在承包商已经根据第 19.2 款发出通知的情况下,承包商有权根据第 20.1 款(承包商的索赔),对因不可抗力所遭受的延误或增加的任何费用进行索赔。由此可见,不可抗力发生后,保函延期产生的费用最终应由业主承担,承包商有必要做好索赔准备。

如果承包商拥有足够的理由行使终止合同的权利并最终使合同终止,则承包商不再有义务履行合同中包括对保函进行延期的任何义务,业主也不能再以承包

商违约为由对保函进行索偿。

综上所述,若业主针对保函提出索偿,只有在承包商违约的情形确实发生时,索偿才可视为合理。在不可抗力发生时,承包商拥有暂停工作或在一定条件下终止合同的权利,这种情形不能视为承包商违约,故此时业主以承包商违约为由对保函进行索偿是不合理的。但在见索即付保函的情形下,银行无义务核实承包商违约的事实,此时承包商将承担业主恶意索偿风险。另外,不可抗力发生后,若主合同没有终止,在保函即将到期时,应业主要求,承包商有义务对保函延期,若承包商拒绝履行此义务,业主有权提取保函的全部金额;在保函并未临近到期时,承包商并无义务对保函延期。在延展期内保函发生的费用应由业主承担。需要注意的是,为了保障其正当权益,在不可抗力发生后,承包商应及时履行通知义务。

三、不可抗力引起的保函风险的防范与应对

(一)谨慎使用见索即付保函

对承包商而言,见索即付保函是风险较大的保函,故在议标的情况下,承包商应与业主商议不使用此类保函。若业主明确要求采用见索即付保函,承包商应仔细推敲保函内容,保函中应具体指出业主对保函索偿时应提交的单据或证明文件的种类和内容,并明确说明对单据内容的要求。另外,最好能在保函中规定,在业主的索偿与银行付款之间有一定的时间间隔,以使承包商有

机会通过与业主的协商将争议解决在银行付款之前。

(二)熟悉合同及法律,履行应承担的义务

承包商应熟知工程合同与其适用的法律法规,这样在不可抗力发生时才能明确应有的权利,履行相应的义务,收集有力的证据,减少最终的损失。例如,在发生不可抗力的情况下,承包商在暂停工作时应根据合同履行其通知的义务,从而避免在以后的争端中,业主以此作为抗辩或申诉的理由。另外,承包商应根据合同或法律确定业主要求是否合理,不满足业主要求是否需要承担责任,从而为最后的决策提供依据。

(三)与担保银行及业主保持沟通

在不可抗力使项目停工后,承包商应与业主保持沟通,从而了解业主是否有就保函进行索偿的倾向或警告。同时,承包商也应及时告知担保银行项目停工的情况,说明若在项目停工期间业主以承包商不履行施工责任为由就保函进行索偿是不合理的,并可请求在业主就保函进行索偿时及时得到银行的通知。

(四)止付机制的使用

在意识到存在业主可能就保函进行索偿的风险时,承包商可以考虑向法院申请止付令。承包商可以单独对银行或业主申请止付令,也可以同时对银行和业主申请。然而,不可抗力可能会阻碍承包商在项目所在国申请止付令。在这样的情况下,承包商还有可能在境外对反担保行(如果有)

申请止付令。若保函中的管辖法律和管辖权条款规定,有关争议应在另一个司法辖区解决,承包商可以选择在约定的司法辖区申请止付令。

在国际工程承包实务中,中国承包企业应该对保函风险有防范意识及应对准备,在发生不可抗力时,承包商应遵照法律及合同及时履行应尽的义务,并明确自身权利,及时接洽各方,尽量避免或减轻保函风险。

(作者单位:天津大学管理与经济学部)

参考文献

邓晓梅、田芊:国际工程保证担保制度特征的研究,《清华大学学报》,2003年第2期。

朱华:国际招标项目中承包商的履约风险,《国际经济合作》,2002年第3期。

张仲秋:国际承包工程中银行保函的风险及其防范,《建筑经济》,2000年第6期。

FIDIC. Conditions of Contract for Construction. 1st Edition 1999.

International Chamber of Commerce. ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Paris: ICC Publication No. 458, 1992.

高原、梁学光、张苗苗:国际工程常用保函惯例比较分析——URDG、ISP98条款解读,《国际经济合作》,2008年第11期。

丘健雄、格利高里·琼斯(Gregory Jones)、胡远航:利比亚危机下中国承包商的应对策略——不可抗力影响下的暂停、终止、索赔与没收保函风险防范,《国际经济合作》,2011年第5期。