

[经济法苑]

论 ICC“见索即付保函统一规则”下的国际工程保函

高原, 张水波, 仇乐

(天津大学 管理学院, 天津 300072)

[摘要] 为降低违约风险, 国际工程项目的实施常以各类银行保函作为担保手段。本文即着眼于项目管理人员对国际工程担保知识的迫切需要, 从实践的角度对国际工程保函的有关问题进行实务性的讨论。本文首先列举出国际工程中常见的几种保函, 然后分别对它们的特点予以分析, 接着对国际商会“见索即付保函统一规则”进行了论述, 并在文章最后提出了按照该统一规则对即付保函进行解释时所需注意的几个问题。

[关键词] 保函; 见索即付保函统一规则; 担保

[中图分类号] DF431 [文献标识码] A [文章编号] 1671-7112(2006)03-0111-03

International Construction Guarantees and ICC “Uniform Rules for Demand Guarantees”

GAO Yuan, ZHANG Shui-bo, ZHANG Le

(School of Management, Tianjin University, Tianjin 300072, China)

Abstract Guarantees usually are given security for the performance of international construction to lower the risk of fault. The purpose of this paper is to discuss these issues practically and satisfy the urge of security knowledge from engineering staff. It first lists some kinds of guarantees in common international constructions. Then it introduces their security system and characters. After that, the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees is illustrated from the operating standpoint. At the end, it gives some advices to be paid attention to when explicating demand guarantees by the uniform rules.

Key words: guarantee; Uniform Rules for Demand Guarantees; surety

一、国际工程各类保函的特点

保函在狭义上仅指银行保函, 而笔者认为保函应具有更广泛的内涵, 它也包括担保保函。从工程招标至项目运营的整个过程中, 常见的保函有投标保证金、履约保函、预付款保函、保留金保函等。FIDIC 1999年出版的《施工合同条件》(以下简称新红皮书)是目前较为流行的工程合同, 下文将参照该合同条件的有关规定分别从担保额度、保证期限和索付条件等方面对几种常见的工程保函分别论述。

1. 投标保证金。投标保证金(Bid Security)是指由投标人选定招标人批准的银行(如世行合格成员国信誉的银行), 采用招标文件中规定的格式或业主批准的格式开具的保付支票、信用证或银行保函。投标保证金的额度通常为投标总额的1~3%, 造价较高的工程, 其投标保证金的金额可选较小比例, 造价较低的工程, 其投标保证金的金额可选较大比例。投标保证金的有效期为投标有效期(或

加上延长期)再加上28天, 在此担保期限内, 若: 投标人在投标有效期内撤回其投标书; 或拒绝接受对其投标书中错误的更正; 或业主在投标有效期内通知投标人中标而投标人拒绝签署协议书或拒绝提交履约保证, 则业主可没收其投标保证金, 要求保证人履行支付义务。

2. 履约保函。履约保函(Performance Security)是承包商向业主提交的保证认真履行合同的一种经济担保, 通常由银行开具, 其额度一般为合同总价的10%。承包商应在收到中标函后28天内提交履约保函, 其有效期通常到业主颁发移交证书或履约证书时到期。新红皮书第4.2款要求履约保证应在工程全部竣工和修复缺陷之前(即缺陷通知期届满时)持续有效, 且若承包商在有效期届满前的28天前未能获得履约证书, 则他应将履约保证的有效期相应延长至工程完工和缺陷修复为止。

3. 预付款保函。预付款保函(Bank Guarantee for Advance Payment)是承包商保证偿还业主提前

[收稿日期] 2006-02-09

支付的工程预付款的担保。在国际工程项目中,除去少数资金匮乏的业主外,大部分业主均会对中标的承包商提供预付款用来采购工程设备和材料等,从而缓解承包商在工程启动阶段需要垫付大量资金的困难。预付款金额在投标书附录中规定,一般为合同总价的10~15%,特殊情况(如工程设备采购量巨大时)可为20%,甚至更高。

4. 保留金保函。保留金保函(Retention Money Guarantee/Bond)是针对保留金而做出的担保。为确保承包商能够如期保质地完成工程以及在缺陷通知期内履行修补义务,业主会在每次的期中付款中扣留一定比例的款额作为保留金,直到其累计额达到投标书附录中规定的限额(一般为合同总价的5~10%)为止。当工程竣工移交后,经工程师颁发有关证书,保留金的一半将支付给承包商,而另一半将在工程缺陷通知期届满后退还给承包商。保留金的性质实际上是一种现金担保,有时承包商为尽早收回资金,会提交一份等值保函代替此现金担保,若承包商未能按要求自费修补在获得移交证书后发现的缺陷,则业主可聘请他人进行修补,费用由承包商承担,若承包商拒绝支付,则业主可要求保证人支付该项修补费用。

5. 关税保付保函。关税保付保函(Customs Guarantee/Bond)是承包商为施工机械进口关税所提交的担保。承包商在海外承揽工程时,其使用的进口施工机械需要缴纳关税,但如果工程结束后该施工机械运出工程所在国,则此机械是免税的,承包商缴纳的关税将予以退还。为减少资金占用,承包商可向工程所在国的海关提交一份保函,承诺在工程结束后将施工机械运出该国,否则保证人将向海关支付相应的关税,这就是关税保付保函。

6. 支付保函。新红皮书在专用条件中加入了一段“承包商融资情况下的范例条款”,该条款规定业主应向承包商提交“支付保函”(Payment Guarantee),该保函与上述保函的担保性质明显不同。上述几种保函都是承包商作为委托人,向业主(在关税保付保函中,向海关)提交的履行合同的担保,而支付保函却是业主向承包商提供的保证支付工程款的担保。鉴于工程款拖欠问题对承包商造成的困扰以及引发其他问题的潜在可能性,我国政府已对此予以高度重视,推行业主工程款支付担保制度将成为一种趋势,这也是项目管理人员在今后的工程实施中应该给予密切关注的一个问题。

二、ICC“见索即付保函统一规则”

新红皮书在其附录中给出了投标保函、履约保函、预付款保函、保留金保函和业主保函的范例格式,并要求这些保函按照国际商会“见索即付保函统一规则”进行解释。

《国际商会第458号出版物:见索即付保函统一规则》(以下简称《统一规则》)是在国际商会的主持下,由其国际商业惯例委员会及银行技术和惯例委员会的代表组成的联合工作组,连同专门设立的起草小组于1992年共同编制完成的。

根据《统一规则》的定义,见索即付保函意指凡由银行、保险公司或其他组织或个人(即保证人)以书面形式开立的,根据符合保函条款规定的书面付款要求以及其他各种单据(例如,建筑师或工程师的证明,判决书或裁决书等)而付款的保函、担保书或其他付款保证。由此可见,见索即付保函统一规则仅以付款为目的,其适用对象既包括即付保函,也包括凭法院判决书或仲裁庭裁决书付款的保函。具体采用何种付款方式,由保证人和委托人之间在保函条款中约定。此外,《统一规则》在此定义后还对反担保进行了定义,可见间接保函也适用本规则的解释。

《统一规则》在多处体现了保函对佐证单据的要求。例如,在定义部分中规定,保证人与合同或招标文件无关,也不受其约束,在保函下担保人的责任是凭提示的书面付款请求和在表面上符合保函条款规定的单据,支付保函中所规定的金额。在这里,《统一规则》着重强调保证人付款的唯一依据必须是单据,而不是某一事实。也就是说,受益人在索付时不能仅以委托人违约为理由,还必须提交保函中所规定的单据,除非保函只要求一纸指称委托人违约并要求保证人付款的声明。即使委托人有违约事实,但如果受益人不能提交保函规定的有关单据,则保证人可以拒付。除索付条件外,《统一规则》还在生效条款、减额条款等规定中明确提出了单据方面的要求。

根据《统一规则》第9条和第11条的规定,所有在保函中规定的凭以提示的单据,包括付款要求在內,应由保证人合理、小心审核,以肯定它们在表面上是否符合保函条款。如按单据看来并不相符或在表面上彼此之间不一致,应予拒绝。保证人的责任是善意和合理小心地从表面上审核受益人提交的单据,对单据的形式、完整性、准确性、真实性、伪造或法律效力,或单据上所作的一般或特殊规定,以及对

任何人的意志或行为, 均不予负责。因此, 见索即付保函在见单时即可偿付, 对委托人来讲是有很大风险的, 但是, 《统一规则》在序言中明确声明, 该规则并不影响国家法律对欺诈、滥用权利和不公平索偿的原则和规定, 所以, 受益人并不能以见索即付保函作为万能的保护伞为所欲为。

三、采用《统一规则》解释即付保函时应注意的问题

即付保函作为新红皮书所推荐的保函形式, 对于业主、承包商和保证人三方来讲, 在操作上具有其他保函所无法取代的便利性和快捷性, 但是对于委托担保的一方(主要是承包商)来说, 却需要承担极大的风险。当采用《统一规则》对即付保函进行解释时, 各方需要注意以下几个主要问题。

1. 独立性保函。根据《统一规则》第四条的规定, 受益人可将其根据保函所有权享有的即期款项或远期款项进行让渡。也就是说, 受益人可以将其持有的保函进行抵押, 从而获取银行贷款。这是即付保函独立性的一个显著体现, 也可以在工程建设中进行这样的实际操作。

2. 特殊保函(备用信用证)。备用信用证产生于上世纪中期的美国, 其原因在于美国政府禁止商业银行承担担保业务, 只允许担保公司或保险公司开具保函, 因此, 商业银行采用备用信用证形式来代替保函从而开展此类业务。备用信用证的功能与银行保函相同, 只是在格式、业务操作上有所不同。根据《统一规则》对即付保函的定义, 银行开立的备用信用证也应是即付保函的一种形式。当工程要求使用备用信用证作为担保时, 项目管理人员需注意有关担保文书的要求可以援引《统一规则》的解释。

3. 保函的内容。即付保函的内容应包括: 委托人、保证人、受益人、主合同、担保额度及货币、有效期、索付条件、减额条款等。根据对《统一规则》所作的分析, 委托人应该注意, 在索付条件方面, 保函中不能只是做出类似“若委托人违反主合同, 则保证人履行支付义务”的规定, 而不具体指出受益人索付时所应提交的单据或证明文件为何, 即使只是要求受益人提交一份提示付款的声明, 也应对此明确规定。原则上, 保函从开立之日起生效, 除非有条款明确规定在其后的某一日或满足某一条件后生效。保函的生效和保函的开立不同, 保函生效可以不同于它的开立日, 可以是保函开立后的某段时间, 但这并不意味着在这之前可

以撤销保函。保函的到期日除可规定为某一日历日外, 还可规定以某一事件的发生作为保函的到期日, 但该事件的发生必须要有单据作为证明。例如, 保函规定委托人履行完合同义务后, 保函即到期。在这种情况下, 保函必须同时规定由谁(如工程师)出具履约证明。保函也可以既规定日历日, 同时又规定到期事件, 以何者发生在先(或在后)为到期日。新红皮书在第 4.2 款履约保证的部分也有类似规定, 它要求, 如果履约保证的条款中规定了其期满日期, 而承包商在该期满日期前 28 天尚未取得履约证书, 则承包商应将履约保证的有效期延长至工程竣工和修补完任何缺陷时为止。在这里, 合同条件虽然没有明示, 但我们可以看出其隐含的意思为履约保函的有效期以保函条款中规定的日历日和取得履约证书之日两者中的较晚者为准。

四、结 语

本文对于国际工程担保制度及保函分类的讨论着眼于实务角度, 其目的在于为从事国际工程建设的项目管理人员提供有关保函的初步认识, 在理论上尚存在不严密之处。由于工程的复杂性和唯一性, 本章中列举的几种保函以及承包商在开立即付保函时应注意的问题只是最基本的论述, 并不能代表所有的实际情况。保函的内容和形式, 归根结底仍要依托于合同双方之间的合理约定, 特别是业主在招标文件中的要求。此外, 工程各参与方所在国家的法律规定也是制约保函效力的另一重要因素。

[参考文献

- [1] 中国工程咨询协会编译. 施工合同条件[M]. 北京: 机械工业出版社, 2002.
- [2] International Chamber of Commerce. ICC Uniform Rules for Demand Guarantees[M]. Paris: ICC Publication No. 458, 1992. 1—30.
- [3] 何伯森. 国际工程合同与合同管理[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 1999.
- [4] 翟青山. 见索即付保函的基本内容及其业务特征浅释[J]. 新金融, 2002(12): 29—31.
- [5] 邓晓梅. 国际工程保证担保制度特征的研究[J]. 清华大学学报(哲学社会科学版), 2003, 18(2): 66—71.
- [6] 常创新, 杨兴其, 罗世瑞. 保函在大型工程承包项目中的使用[J]. 国外公路, 1997, 17(4): 14—18.
- [7] 彭万林. 民法学(修订版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.

[责任编辑: 马 健]