

Enlightenment from Practice Management of Subcontractor Guarantee Payment in the Country of International Engineering Project

Hailong Zhao

China National Aero-Technology International Engineering Corporation, Beijing, 100101, China

Abstract

With the continuous influence and development of the “Going Global” strategy and the “One Belt One Road” initiative, more and more Chinese engineering contracting companies are going to overseas markets, and their contacts with overseas engineering contracting companies are becoming more and more intensive. Based on the author’s experience in the management of international engineering guarantee, this paper summarizes the practice and lessons of guarantee related management in a South Asian engineering project, and forms management enlightenment, so as to help peers in international engineering project management and guarantee management, and reduce unnecessary management omissions and risks, ensure that the guarantee risk in the process of project management is controllable.

Keywords

international project; letter of guarantee; local subcontractor; pay on demand; claim

国际工程项目所在国分包商保函兑付实践管理启示

赵海龙

中国航空技术国际工程有限公司, 中国 · 北京 100101

摘 要

随着“走出去”战略和“一带一路”倡议的不断影响和发展, 中国的工程承包企业越来越多的走向海外市场, 进而与境外工程承包企业的接触越来越密集, 难免存在分包部分工程给项目当地分包商企业, 期间涉及的保函管理纠纷和争议带来的问题也愈加频繁。基于笔者在国际工程保函管理中的经验, 对南亚某国工程项目中涉及的保函相关管理实践及经验教训进行归纳并形成了管理启示, 以便能够对同行在国际工程项目管理和保函管理上的工作有所帮助, 减少不必要的管理疏漏和风险隐患, 确保项目管理过程中的保函风险可控。

关键词

国际工程; 保函; 当地分包商; 见索即付; 索赔

1 引言

在国际工程项目中涉及的保函种类繁多, 基于个人在南亚某国多年的项目管理实践经验, 论文讨论的保函管理主要是以 FIDIC 合同条件为基础背景下的项目合同, 且遵循国际商会《见索即付保函统一规则》(*Uniform Rules for Demand Guarantees*, 2010 Revision, ICC Publication 758, 简称 URDG758) 为适用规则。重点分享在此基础上的国际工程项

目下总承包商的分包保函管理, 并得到了一些经验启示供读者参考。总承包与业主之间的保函管理关系在此暂不做讨论。

2 保函概念

保证 (Security) 是市场经济中非常常见的一种信用工具, 是银行、保险公司或专业担保公司普遍开展的一项业务。保证在工程建设领域的应用极为普遍。在实践中, 国际工程项目常以各类保函 (Guarantee) 作为保证的主要手段, 担保 (Bond) 使用相对较少。17 版 FIDIC 系列合同条件通用条款中对保证方式并无特别约定, 即合同双方可根据具体情况约定采用保函、母公司保函或其他担保方式。一个保函至少涉及三方,

【作者简介】赵海龙 (1985-), 男, 中国陕西洛南人, 天津大学管理与经济学部 MEM 在读, 专业方向为项目管理, 现任职于中国航空技术国际工程有限公司, 从事国际工程项目管理研究。

包括申请人(被担保人)、担保人以及受益人^[1]。

具体在工程项目执行管理过程中,主要涉及三类保函,其定义如下。

2.1 履约保函

由保证人为承包商(分包商)向业主(总承包商)提供,保证承包商(分包商)履约工程建设合同中双方约定义务的担保。如果承包商(分包商)在履约合同过程中违约或因故不能完全履约,保证人将赔偿业主(总承包商)因此造成的损失,或采取措施保证正常履约。

2.2 预付款保函

由保证人为承包商(分包商)向业主(总承包商)提供,保证人对承包商(分包商)履行扣还预付款义务的保证。是业主(总承包商)预先支付一定数额的款项以供承包方(分包商)周转使用,保证承包方(分包商)将这些款项用于指定工程建设和业主(总承包商)的资金安全,而实施的担保,以防止承包商(分包商)在收到业主的预付款后将款项挪作他用或宣布破产等。

2.3 质保金保函

保证人为承包商(分包商)向业主(总承包商)出具,保证在工程质量保修担保期内出现质量缺陷时,承包商(分包商)将按照保修合同的约定负责维修。一旦承包商(分包商)违约,业主(总承包商)有权要修保证人采取措施履行维修责任,或在保额内赔付业主(总承包商)的损失,减少被保证人缴纳现金保证金或扣留质量保证金引起的资金占用,加快企业应收账款回笼,提高工程承包方(分包方)或供货方的市场竞争力。

3 保函类别

根据不同的标准,保函可以分为不同的类型。从担保人性质开看,可以分为银行保函、担保公司保函、保险公司保函、金融机构或商业团体、母公司担保等保函。从担保的功能上划分主要有投标保函、履约保函(为承包商正当履约提供担保)、预付款保函(为承包商偿还预付款提供担保)、质保金保函(为完工项目的质量提供担保)等。从索偿条件和转让条件上划分,也可分为无条件见索即付保函、有条件保函、可转让保函和不可转让保函。论文仅对见索即付保函进行分析。

见索即付保函是担保人应申请人(基础合同的债务人)

的请求,凭在保函有效期内受益人提交的符合保函条件的索赔书(通常是书面形式)及保函规定的任何其他单据,立即无条件向受益人支付某一规定的或某一最大限额的付款承诺。

见索即付保函最常用于建筑合同和国际货物销售合同,旨在保障另一方(业主或买方)的利益,以防止供货人或合约另一方不履约或不完全履约。见索即付保函主要由银行出具,其他非银行金融机构也可开具。根据用途的不同,见索即付保函分为投标保函、履约保函、预付款保函、留置金保函和维修保函。国际上,被全球银行家、贸易家、行业协会及众多国际组织认可和使用,并被视为见索即付保函业务(Demand Guarantee)的国际性权威实务操作标准的是《见索即付保函统一规则2010》(以下简称“URDG758”)。此外,1995年联合国《独立担保和备用信用证公约》(以下简称“《公约》”)适用范围包括作为独立担保的见索即付保函。但由于加入公约的国家很少,且《公约》的适用是任意性的,其运用范围十分有限^[2]。

4 保函内容

依据国际商会2010年修订的《见索即付保函统一规则》(Uniform Rules for Demand Guarantees, 2010 Revision, ICC Publication 758, 简称URDG758)规定,保函一般包括以下内容^[3]:

- ①申请人(The applicant/The principal)。
- ②担保人(The guarantor)。
- ③受益人(The beneficiary)。
- ④参考号码或其他识别各方潜在关系的信息。
- ⑤担保金额/支付的金额上限/币种/汇率。
- ⑥索赔条件。
- ⑦保函有效期。
- ⑧索赔形式:提交纸质文件/电子文件。
- ⑨保函语言。
- ⑩适用法律及国际商会保函规则。

5 分包保函的校核机制

在总承包商管理下的境外工程承包项目中,为了确保总承包合同下分包工程的各类保函风险的完全转移,作为总承包商,一般情况下都是按照承包商提交项目当地业主的保函内容和格式要求其分包商开具对应内容和格式的银行保函,

然而在分包商向总承包商正式提交保函之前，分包商的担保银行有时往往会以各类借口试图更改或修订总包要求的保函内容或格式，目的在于制造索赔障碍或规避一些具有风险隐患的不利条件。在这个环节，作为总承包商的项目经理、商务或财务工作人员尤其要有风险防控意识，将此类有意修改意保函内容或格式的意图消灭在萌芽状态，要坚决拒绝当地分包商提出的这类申请。

根据个人保函管理经验，在当地分包商向总承包商提交保函过程中，要坚持“不厌其烦”和“多重校核”的工作原则和机制进行审核，具体如下：

第一，在当地分包商正式提交保函前，必须要求分包商向总承包商提交完整的银行保函草稿，总包商的商务或财务工作人员必须逐字逐句对照内容和格式进行检查，确保保函内容和格式符合要求。如果符合，则可指示地分包商提供银行正式签发的银行保函文件；如果不符合，则要求当地分包商按要求重新提交银行保函草本。

第二，在当地分包商正式提交银行保函时，总承包商商务或财务人员必须逐字逐句对照格式进行检查，确保银行保函内容和格式符合初审时的要求。如果符合，则可接收当地分包商提供的保函并做好存档工作；如果不符合，则拒绝接收并要求当地分包商重新提交。

第三，总承包商商务或财务工作人员在校核完毕之后，要和担保银行通过电话确认保函信息和银行签字人的真实性，如有必要，也可要求银行提供书面确认函。

在校核分包保函过程中也应该注意以下细微的银行的保函的修改，可能这些修改不会实质性改变保函内容，也不涉及格式变化，但是在未来分包出现违约索赔的时候出现索赔障碍或延误索赔的时间的可能性，简要总结如下。

5.1 担保行地址

审核原则：一是保函担保行的地址和保函索赔时索赔文件的递送地址一致且银行地址距离总承包商办公机构最近最便利；二是如果两者不一致的时候，必须确保索赔文件递送地址要求为担保行总行地址。

5.2 受益人索赔时的授权人

建议在保函索赔条件里面注意银行可能会在要求索赔时的文件签字人上面加以限制性条件，比如 Director、Project Director、Project Manager、Chairman 等不同称谓，甚至也要要求这些签字人被公证处或承包商银行证明其签字的真实性。

如果保函里要求是项目的 Project Manager 签发索赔文件，那么总承包商的 Director、Chairman、General Manager 签发都是无效的，银行有权拒绝接受文件，如果存在恶意违约，甚至银行会在接收文件后迟迟不进行处理，故意消耗保函有效期的时间。

5.3 支付及币种条款

如果保函中存在多币种的情况下，建议确定统一的支付币种以及明确的汇率折算参照，比如是买入价，卖出价还是中间价。一般以项目当地的中央银行汇率为准，选取的汇率应根据对自身利益为原则对分包商进行要求。

5.4 索赔兑付发起的形式

一般以书面提交的形式为主，不论是电子索赔文件还是递交书面索赔须在保函格式中明确，避免造成歧义。

5.5 适用法律和仲裁地

在考虑风险转移的情况下，可以参照业主对总承包商的要求来要求分包商提供的保函内容和格式，其中适用法律和仲裁地也应该同样保持一致或利于总承包商的法律和仲裁地，但是需根据项目所在国法律衡量进行甄别和选择。

6 分包保函兑付案例实践

6.1 兑付电梯施工单位 A 公司保函

6.1.1 兑付原因

电梯承包商 A 公司作为某国际知名电梯品牌在境外项目所在国的独家代理，但是该代理公司在项目执行过程中工作低效、履约能力较差，导致工期不断被拖，且在项目现场不服从总承包商的现场指挥，严重违反现场安全文明施工。同时，总承包商也了解到 A 公司的代理协议在 2017 年 9 月 6 日到期，可 A 公司从未通知我方，我方认为其存在商业欺诈行为。综合以上事由，总承包商为了控制分包项目风险，果断采取兑付其保函的措施维护总承包商的合法权益。

6.1.2 索赔日期

2017 年 12 月 15 日（周五）。

6.1.3 收款日期

2017 年 12 月 20 日（周三）。

6.1.4 兑付的保函类型及金额

A 公司兑付的保函类型及金额见表 1。

表 1 A 公司兑付的保函类型及金额

保函类型	保函金额(项目国币种)	担保银行
履约保函	24,941,935.61	境外项目国某私人银行
预付款保函	16,799,663.36	

6.1.5 兑付经过

按照履约保函和预付款保函中的索赔要求，提交书面索赔文件给保函中指定的银行地址和接收人，银行签收文件后即进入单据处理。按照《见索即付保函统一规则》规定，进入索赔程序后，开立人的审单时间为 5 个工作日，这意味着在 5 个工作日之内开立人应当对索赔进行付款或拒绝付款。该案例从索赔发起成功到成功兑付经历了 4 个工作日，整个过程非常顺利。

6.2 兑付洁具供应商 B 公司保函

6.2.1 兑付原因

B 公司代理的某洁具牌，由于施工过程中存在质量问题且长时间未进行修复，同时承包商代付的银行手续费以及延期罚款迟迟未交，根据合同，B 公司已实质性违反合同约定，总承包商为了控制分包，在多次书面警告无效后，最终采取兑付保函以胁迫分包商履行合同义务。

6.2.2 第一次索赔日期

2019 年 3 月 7 日（周四）。

6.2.3 第二次索赔时间

2019 年 3 月 28 日（银行拒收索赔文件）。

6.2.4 兑付的保函类型及金额

B 公司兑付的保函类型及金额见表 2。

表 2 B 公司兑付的保函类型及金额

保函类型	保函金额（项目国币种）	担保银行
履约保函	13,132,365.00	境外项目国某私人银行伊斯兰客户部

6.2.5 发起诉讼

2019 年 3 月 29 日，承包商发起了一份控诉担保行的商务信件，指明担保行的不合理行为和恶意拒付行为。同时委托当地知名律所向法院上诉寻求公正裁决，并于 2019 年 5 月 28 日通过委托律师正式向法院提出了反对意见的申请书，直至 2020 年 6 月 30 日，最终通过法院诉讼，承包商赢得了法律的支持，B 公司的担保行也按照法院指令兑付了索赔。

6.2.6 兑付经过

第一次索赔发出期间，银行通知客户（B 公司），B 公司联合银行并借用当地商事法院介入，极力在争取法院的“止付令”。当总承包商迟迟得不到银行的反馈后，再次向银行发出了第二份索赔函，递送索赔材料时，银行即可出示了商事法院的“止付令”，银行拒不接收我方索赔兑付材料。期

间过程曲折，银行设置阻力重重，最终通过法院诉讼实现了索赔兑付的成功，在这期间，最重要的是体会是要求分包商提供一份见索即付独立保函的重要性；另一方面就是承包商的索赔必须以合同为依据（合理正当性），做好过程记录。

6.3 兑付厨房电器供应商 C 公司保函

6.3.1 兑付原因

厨电供应商 C 公司拒绝支付承包商为其开立信用证的银行手续费，共计某国货币 1,103,629.78，多次警示无果后，承包商果断决定在 C 公司保函到期之前，兑付保函全部金额。

6.3.2 兑付日期

2019 年 6 月 14 日（周五）。

6.3.3 收款日期

2019 年 6 月 17 日（周一）。

其中，C 公司兑付的保函类型及金额见表 3。

表 3 C 公司兑付的保函类型及金额

保函类型	保函金额（项目国币种）	担保银行
履约保函	2,695,598.60	境外项目国某私人银行

6.3.4 兑付经过

按照履约保函中的索赔要求，提交书面索赔文件给保函中指定的银行地址和接收人，银行签收文件后即进入单据处理。按照《见索即付保函统一规则》规定，进入索赔程序后，开立人的审单时间为 5 个工作日，这意味着在 5 个工作日之内开立人应当对索赔进行付款或拒绝付款。该案例从索赔发起成功到成功兑付经历了 2 个工作日，整个过程非常顺利。

6.4 兑付分包施工单位 D 公司保函

6.4.1 兑付原因

D 公司施工期间未按照约定延期预付款保函，同时施工严重滞后，导致预付款迟迟无法按期返还，且在收到移交证书后，未安排人员对现场缺陷项进行修复，违约风险严重。

6.4.2 兑付日期

2019 年 7 月 12 日（周五），其中 2019 年 7 月 17 日补充一次资料。

6.4.3 收款日期

2017 年 7 月 19 日。

其中，D 公司兑付的保函类型及金额见表 4。

6.4.4 兑付经过

银行设置阻力，过程较困难，最终成功兑付。即便该分

表 4 D 公司兑付的保函类型及金额

保函类型	保函金额（项目国币种）	担保银行
履约保函	40,200,000.00	—— 境外项目国某私人银行
质保金保函	10,000,000.00	

包商保函都是见索即付的独立保函，但是在对付过程中银行有意设置障碍明显，期间要求受益人证明索赔文件签字人的笔迹真实性，并要求承包商提供证明分包商违约的证明材料。为了说明兑付的合理性，承包商随即按要求提供了充分的证明，同时提示并警告担保银行的行为有失公允，在必要时将诉诸于法律。最终银行在收到补充材料后妥善处理了索赔申请。

6.5 兑付公路项目分包商 E 公司保函

6.5.1 兑付原因

分包商 E 公司由于工程进度严重滞后，导致预付款未能按期扣回，且分包商的公司存在拖欠履约风险，鉴于此总承包商申请兑付预付款保函。

6.5.2 兑付日期

2018 年 11 月 21 日。

6.5.3 收款日期

2018 年 12 月 20 日。

其中，E 公司兑付的保函类型及金额见表 5。

表 5 E 公司兑付的保函类型及金额

保函类型	保函金额（项目国币种）	担保银行
预付款保函	28,395,884.22	—— 境外项目国某国有银行
预付款保函	24,132,534.42	

6.5.4 兑付经过

银行设置阻力，分包商极力阻止银行兑付，最终通过协商让分包商改变态度，接受我司兑付要求，过程较困难，最终成功兑付。期间由于保函文本中约定的的索赔文件收取地址在距离某国首都 100 多公里外的某外国银行支行，导致总承包商的索赔文件不得不让工作人员亲自递送至其支行所在地。

在遵循国际商会《见索即付保函统一规则》，即 URDG758 规则下的见索即付独立保函，就隐含着保函本身和项目合同是相互独立的原则，当担保银行提供了担保（保函），就意味着担保银行将依据保函所约定的条件履行其责任和义务，而无需考虑当事人（委托人或受益人）是否存在相关合同下构成违约^[1]。

如果受益人的索赔兑付是正当合理的（honest demand），无论保函受益人和保函委托人是否存在争议纠纷，受益人都

应该得到保函项下的索赔支付。担保银行必须履行支付义务，委托人也必须返还担保银行相应数额的索赔款。至于委托人与受益人之间的纠纷争议，银行并不能被牵扯其中。但是在当受益人被认定为欺诈（fraud）的情况下，申请人有权通过法院申请止付令（injunction）从而阻止银行兑付行为。

7 启示结论

兑付保函是非常严肃的一项管理工作，尤其是履约保函。如果在项目工程管理中分包商拒不服管理要求或不按合同约定的内容进行履约，作为总包商就可基于分包商违约的事实为依据，采用警示兑付或兑付保函的方式实现管理控制或风险控制。分包商的保函在一定程度上是总包商管控分包的最为关键而有效的“抓手”，因此，在“一带一路”国际工程项目实践中，总承包商必须注重加强保函管理的意识，确保这些“抓手”的时效性和有效性，以便在关键时刻为我所用。同时，也应该注意加强以下管理意识：

第一，重视分包保函原始文件档案管理和保函有效期的动态监管，加强风险防控，避免分包保函丢失或未能及时延期造成的分管理失控局面。

第二，善于利用保函，加强对分包企业的管理和监督，确保项目按既定计划推进。

第三，重视证据收集和管理，尤其是针对分包违约在先造成的过程文件或证明，便于提醒、警示分包商，甚至最终在兑付分包保函时我们占据优势，有理有据。

第四，善于利用合同赋予的权利，维护自身利益。

第五，敢于利用司法诉讼或仲裁程序，通过法律手段维护合法权益。

第六，在总承包商索赔兑付正当合理的情况下，如果银行有意设置障碍，故意拖延，承包商企业要敢于通过寻求专业律师发律师函或提起诉讼或仲裁，或向所在国中央银行、行业商会、企业商会通报投诉银行失责或有失公允的行为，给银行方面制造舆论压力，倒逼其处理索赔申请。

参考文献

- [1] 吕文学, 张玲, 金梦夏. FIDIC2017 版系列合同条件中保函相关问题分析 [J]. 国际经济合作, 2019(1).
- [2] 见索即付保函法律问题研究 [Z]. 君和专题研究报告, 2013-8-23.
- [3] Uniform Rules for Demand Guarantees, 2010 Revision, ICC Publication 758.