

巴基斯坦保函特征与风险控制

随着“一带一路”战略的深入推进，中国与巴基斯坦的经济贸易往来愈发密切，双方在交通能源、基础设施建设等多个领域互补性强、合作前景广阔。中巴贸易往来的快速发展离不开银行保函的有力保障，如何认识保函业务中潜在的风险，应当采取怎样的防控措施，是一个十分重要的问题，需要认真加以思考。对于参与保函业务的中方企业和银行，需要积极了解巴基斯坦保函相关的软环境，通盘考虑当地的形势、交易对手和自身特点，做好审查和准备工作，才能发挥保函便利交易、防范风险的价值，最终在“一带一路”的雄伟战略下走向世界。

中巴交易现状——市场机遇与风险并存

中国企业在巴基斯坦承包工程市场占有较大份额，与巴方在基础设施建设、政府采购项目和大型机械制造等领域合作密切。此类交易金额大、周期长，对保函需求大，涉及的保函类型主要为工程项下的投标保函、预付款保函、履约保函、留置金保函等非融资保函，也有部分为当地建设项目融资服务的融资类保函。

保函风险主要来源于基础交易纠纷，在实践中，中方企业在巴基斯坦承包工程项目的纠纷突出表现在以下四个方面特征：

一是在建项目拖期。中资企业在巴承建的项目多存在工期滞后的问题，个别严重的超过18个月。从巴方来看，业主资金不足、征地和设计审批缓慢、自然灾害影响、巴政府工作效率低下、部门间推诿问题严重、能源严重短缺以及巴不断恶化的安全形势等是重要原因。从中方来看，部分施工设计单位为新赴巴单位，对当地政治、经济、社会、安全形势及自然条件缺乏认识，加之个别单位管理组织不力，照搬国内设计和施工模式，忽略当地市场配套落后等情况，导致前期准备不足，或者频繁变更设计，项目进展缓慢。而不断延后的工期，也迫使为项目服务的保函不断地展期。

二是业主拖欠工程款问题。国际组织和主要援助国对巴援助不能如期到位，加之受洪灾等自然灾害影响，巴各级政府的公共发展项目支出无法满足建设资金需要，同时部分私营业主资金链紧张，我国一些企业承建的项目无法按时收到工程款，对资金周转和项目工期造成较大影响。

三是公共领域基础设施建设大多由联合体公司完成。巴基斯坦基础设施建设总体上相对滞后，用于公路、电力等基础设施领域建设的公共领域发展项目资金严重不足，对外国援助和贷款的依赖度较高，一些规划中的基建项目开工和建设进度滞后。因此，在此类招标项目中，中方企业大多会和当地承包商组建联合体公司共同投标或在大型项目供应合同中共同执行合同。这样虽然有利于企业间的资源技术的互补，但也给项目的履约增加了不可控因素。如果一方出现资

质上的短板或履约的缺陷，可能会导致整个项目的执行不符合要求，也就是一方违约、风险共担的情况。

四是标准对接困难和恶性竞争。由于历史和传统因素，巴基斯坦当地绝大多数业主采用美英设计规范和标准，这使得中方企业在设计报批、项目执行过程中屡屡“水土不服”。而近年来，国内部分地区和行业形势不景气，企业纷纷赴巴争取项目，一些企业为了抢夺市场，不惜低价竞标、恶性竞争，严重扰乱了市场秩序，影响了中资企业在海外的整体形象和利益。

外汇政策较为严格 汇率波动趋于稳定

在巴基斯坦，非巴基斯坦卢比的货币均为外币。巴方外汇管制比较严格，外汇管理体系由《1947年外汇管理法案》和《1992年经济改革保护法》等法律和条例的规定共同构成。

根据巴基斯坦相关外汇政策，个人有携带出入境、持有和出售外汇的自由，但是外币的购买只能通过事前获得国家银行一般或者特别许可授权的经销商。而得到授权的经销商在没有国家银行事前许可的情况下，交易汇率仅限定于国家银行公布的即时汇率。

开往巴基斯坦的保函基本为转开保函，且错币种现象极为常见。这是因为对于当地经营者而言，交易中不便直接使用外汇，大多数保函受益人倾向于以卢比作为保函偿付币种，而卢比非自由兑换货币，反担保行一般无法直接支付卢比。所以，实务中通常由转开行赔付卢比，反担保行再赔付

美元。反担保金额的约定有两种模式：一是约定以卢比按索赔时汇率折算美元赔付，转开行索赔时注明卢比金额和折算的汇率，汇率波动风险由反担保行承担；二是以不超过上限的美元金额赔付给转开银行，美元金额上限一般由主保函的卢比金额按近期汇率上浮一定比例折算，汇率波动风险由转开银行承担。

在不同情况下，汇率波动承担方都应关注汇率风险，确保保函申请人或指示方提供的担保对汇率风险有充分的覆盖。在反担保约定美元上限的情况下，转开行应当确保反担保金额能够覆盖主保函金额在效期内的汇率波动，必要时可要求一定比例的上浮，以防止汇率突发性大波动。

从下图美元对巴卢比近十年汇率变化来看，金融危机以来，卢比对美元总体处于不断贬值状态，年贬值率约5.6%。而几次升值都发生在剧烈贬值之后，最大一次升值发生在2013年至2014年度，升值率约为11.57%，余下的几次分别为9%（2008-2009年）、4.8%（2014-2015年）不等。近两年来，



卢比汇率趋于稳定，但巴基斯坦安全形势严峻，社会经济疲弊，仍存在发生较大规模贬值的可能。

考虑到过去的汇率情况，对于效期为两年之内的保函，将保函的反担保按现有金额进行10%的上浮基本能覆盖汇率风险。效期更长的则需要考虑15-20%左右的上浮。

巴基斯坦独立保函司法实践与国际惯例略的差异

巴基斯坦认可独立担保为从属性担保体系外的另一类担保，但该国并没有针对独立保函或是备用信用证的专门立法，无论是对于独立担保，还是从属性担保的纠纷，法院都会援引《1872年合同法》第八章的担保相关内容解决当事人的争议。然而《1872年合同法》担保合同的规定是以从属性保函为基础而制定的，很多规定无法直接适用于独立担保。

参考以往法院判例，巴基斯坦语境下的独立保函性质是施加给银行一方绝对义务的合同，为当事人意思自治的产物，具体内容由当事人在保函条款中约定。¹

决定一个保函是从属还是独立保函，需要看当事人在保函条款中的约定。在司法实践中，巴基斯坦的独立保函要强调其独立性，除了约定见索即付的条件之外，需约定以下两个要素：其一是强调担保人的责任，保函中‘**dedicated commitment**’，‘**absolute undertaking**’，‘**an unambiguous assurance**’，‘**unconditional willingness**’，‘**definite certainty**’，‘**sacred obligation**’，以及‘**defined responsibility**’等，都是

¹ 参见 Doha Bank Limited v Pangrio Sugar Mills Limited

法院认可的强调独立保函绝对责任的词；其二是强调担保人不得抗辩,包括无需要求受益人提供索赔理由的证据,或是索赔时不管基础交易争议等。有时,为了避免歧义,保函还专门强调基础交易的变动与保函的责任无关。

巴基斯坦的独立保函与国际惯例基本相似,都是“绝对的付款义务+欺诈例外”的模式。独立保函的担保人依照保函的约定承担绝对的付款责任,这里的“绝对”有两层含义,一是独立保函与基础交易无关,银行的责任由且仅由独立保函的文本约定产生;二是担保人付款的前提仅仅只是索赔单据符合保函约定,不需要举证,也不能对索赔有额外的抗辩权利。唯一能够免除担保人绝对付款义务的例外是,索赔存在担保人可以明显注意的欺诈。换言之,欺诈例外原则在巴基斯坦也适用,而大量的欺诈案例也表明在巴基斯坦除非存在显而易见的欺诈,否则法院不会出具止付令。

另一方面,由于缺少专门立法,法院在判决中往往重视当事人的约定,并以合同法作为其判决渊源,巴基斯坦的保函在实践中仍不可避免地与国际惯例存在一定出入:

一、重视非单据化条款。无论是URDG,还是UCP,都有无视非单据化条款的表述。UCP600中强调对于非单据化的条件,银行可以不予以理会。而URDG 758则规定除非该非单据化条件可以通过担保人自身记录或者保函中规定的索引来确定,银行可以视该条件未规定。但是巴基斯坦的做法与国际惯例有一定出入。前文讲到巴基斯坦独立担保强调

“当事人意思自治”，保函文本中的非单据化条款自然也属于当事人合意的内容，因此不能完全按照国际惯例而无视。比如 **Attock Industrial Products v Heavy Mechanical Complex (Pvt) Limited** 一案中保函约定当事人对基础交易履约有争议时，担保人不得付款。虽然“争议”这个条件并未单据化，也不符合独立保函习惯，法院仍支持了这个约定有效，银行不得赔付保函款项。

二、审单强调实质一致。在国际惯例上保函与备证的付款标准基本都为索赔提交的单据表面与保函/备证条款约定一致，而各国实践中执行标准严格程度却各不相同。在巴基斯坦，审单强调实质一致，而非严格一致。在 **Saudi Pak Industries v ALBP** 一案中，保函表明索赔应由受益人 **General Manager/Chief Executive** 做出，但是实际索赔却由受益人公司决议授权的 **Chief Finance Division/secretary** 做出。最终法院认定索赔有效，其在判决中的理由是试图从技术性的角度来规避担保行付款责任的行为，是不值得鼓励的，受益人确实在效期内做出了索赔，担保行应当付款。而在 **Shipyard K Damen International v Karachi Shipyard and Engineering Works Limited** 案中，法院也表达了类似的观点，担保行不得诉诸索赔技术性瑕疵来对抗受益人的权利，即强调了索赔实质一致的原则。

从结果上看，这对保函受益人是有利的，强化了独立保函的支付属性。而对于担保行而言，实质一致的审单标准存

在的最大问题是，如果担保行所在国的审单标准严于巴基斯坦审单标准，那么担保行可能会面临在巴基斯坦被要求付款，而又因为本国标准更严而陷入申请人以索赔未相符为由拒绝付款的尴尬境地。

三、默认可撤销和法定条件下可转让。在国际惯例中，通常保函与备证开立后默认不可撤销。但是在巴基斯坦，保函在未约定时可撤销。这与国际惯例是背道而驰的，其原因还是在于巴基斯坦没有专门的独立担保立法，只能将独立保函依照合同法相关原则来对待。

而对于转让，国际惯例中独立保函可转让的条件有两个，其一是保函明确表明可转让，其二是担保行要同意转让，或办理转让手续。而在巴基斯坦，保函转让则参照《1872年合同法》，保函在不损害担保人对主债务人享有的权益的情况才可转让，否则担保行责任解除（第139条）。

保函实务常见文本风险示例

一、保函的违约事项约定

保函违约事项的约定主要有两种形式，一是在文本中约定保函的担保事项，比如直接在保函中约定，本保函的目的是为了担保被担保人的合同下的义务（“**this guarantee is to secure the faithful performance of the applicant's obligations under and in accordance with the contract**”），又或者，约定被担保人违约时，担保行应当付款（“**in event that the applicant DEFAULTS IN, DELAYS, OR FAILS TO (a)...., (b)...., (c)...., the**

guarantor is obliged to pay the beneficiary the guaranteed sum on written demand”); 二是在保函索赔条款中约定受益人应当在索赔中声明被担保人哪方面违约 (“the guarantor will pay the beneficiary the guaranteed sum upon the receipt of the beneficiary’s first written demand stating that the applicant is in breach of his payment obligation(s) under the underlying contract and the respect in which the applicant is in breach.”), 也可以起到表达保函违约事项的作用。这种约定并不会实质影响受益人在保函项下索赔, 但是在基础交易发生纠纷时, 会在一定程度上影响最终的裁决, 成为决定保函项下基础交易争议款项是否应当赔付的砝码。

在保函实践中, 第二种形式较第一种更有利于担保行和申请人一方。要求受益人在提交索赔时提供被担保人违约和违约事项的声明, 有利于担保行知晓被担保人在合同项下因何种事由违约, 防止受益人滥用索赔权。

另一方面, 申请人也应当注意保函中不要约定合同义务以外的违约事项。如果保函的违约事项不合理, 或超出合同原本约定的义务范围, 则可能会使申请人承担正常履约预期之外的损失。所以申请人要明确自身的义务, 保函中的担保事项要与合同中的义务相匹配, 才能更好地控制保函风险。

二、保函失效条款约定

独立保函失效条款的约定直接关系到担保行的责任能否在到期日按时解除。一旦保函失效条款约定存在歧义, 可

能导致担保行无法如期闭卷，或是导致担保行在闭卷之后仍面临有效索赔的风险。

实践中存在瑕疵的失效条款主要有五类：第一种是保函文本中多处规定可能存在冲突的失效条款，如文本中规定明确失效日之外还规定了与基础交易相关联的失效事件，而又未明确二者的关系，可能导致各方对保函失效日期理解上的差异，最终产生纠纷；第二种是以失效事件为失效条件，但是该失效事件未单据化，且担保行无法根据自身记录判断，比如履约保函约定“保函在被担保人完全履约之前持续有效”的非单据化条款，如果当事人之间对基础交易的履约程度存在争议，保函失效日也将无法确定；第三种是约定了在不同前提下的失效条款，比如投标保函约定投标人中标和未中标两种情况下的失效条件，而中标与未中标的具体失效日期不同，担保行又无法判断投标人是否中标，也会出现无法判断保函是否到期的问题；第四种是在保函文本中添加自动展期条款，造成保函效期敞口。最后一种是以变动的时间为锚点的失效日，如投标保函约定保函在投标有效期后28天自动失效，一旦发生延标，保函效期也自动延长。虽然此条款免除了保函因延标而反复展期的繁琐，但担保行无法第一时间得知延标，进而无法严格把控保函效期。

要防范上述问题，首先要清晰明确的约定保函失效条款，明示多个失效条款之间的关系，规定以较早发生者为准。对于非单据化失效条款，尽量将失效事件单据化，如前文的

“被担保人完全履约”的失效条件可以改为出具“第三方检验机构的书面证明”。对于存在自动展期、不同前提失效条件，或是以变动的时间为锚点的失效日，银行应持续追踪基础交易进展，提示客户及时办理保函展期。

结语

综上所述，中方企业和银行可以围绕以下几个方面对开往巴基斯坦的保函进行风险防范：

一是注意事前审查。赴巴企业要了解当地行业标准与习惯，结合自身特点对项目可行性进行分析，识别项目风险，合理参与设计施工。对于资金状况不好的交易对象，要求提供付款保函保障自身利益。在联合体项目中审查合作伙伴的资质和能力，并在事前约定好责任划分，避免责任不清的状况。担保行则要充分审查客户资信、履约能力与意愿，审查保函涉及的行业状况。

二是关注当地局势。密切关注该国政治、经济局势，并提前做好应急预案，避免突发性事件和自然灾害等问题给项目履约带来损失。同时关注政策和外汇变化，警惕政策风险和汇率波动。

三是注意文本审查和保函监控。在保函违约事项、保函失效条款等关键问题上做到清晰明确，尽量适用国际惯例。企业要积极主动同受益人方沟通，为自己争取更有利的保函条款。在审查保函违约事项时，应将其与合同义务进行匹配，避免预期之外的损失。失效条款约定要避免歧义，确保担保

行在到期日可以及时解除担保责任。同时，银行与企业之间要保持沟通，关注项目执行进展，及时保函项下的展期、减额和闭卷。

作者：姚瑶 谢陶然 吴志琛

作者单位：中国工商银行国际结算单证中心