

波兰保函风险防控

摘要：波兰是中东欧地区首个与中国建立战略伙伴关系的国家。在“一带一路”倡议和“16+1 合作”的大背景下，中波双边经贸合作不断增强，波兰正逐渐成为中资企业海外工程承包的重要市场。银行保函应用广泛，是中国企业走出去的重要辅助，特别是国际工程项目建设中，银行保函通常贯穿了项目工程建设的整个阶段。本文通过对波兰国内的政治制度、相关法律的深度分析，探究中资企业在波兰开展基建项目可能面临的风险并对保函风险防控提出建议。

一、中国和波兰经贸投资关系

波兰地理位置十分优越，与德国、捷克、俄罗斯等 7 个国家接壤，北部濒临波罗的海，是连接中国与欧洲的重要走廊和中欧贸易运输的重要节点。2012 年 4 月中国与中东欧国家领导人在华沙的会晤标志着中国同中东欧国家关系进入一个新时期。中国首次提出促进双方合作的十二点建议，明确提出“推动中国企业在未来 5 年同各国合建 1 个经济技术开发区，也愿意继续鼓励和支持更多中国企业参与各国已有的经济技术开发区建设”。中国与波兰建立了战略伙伴关系，为中国投资波兰提供了良好的政治基础，波兰有其独特的产业优势和投资条件，中国加大对波兰的投资，可以成为中国对外投资和“走出去战略”的一个新的增长点和新引擎。

近年来，在“16+1”和“一带一路”机制带动下，中国企业在波兰基建领域投资显著增加。中东欧国家中，波兰排在中国投资目标国的第三位，波兰正逐渐成为中资企业海外工程承包重要市场。

二、波兰法律体系及银行系统

波兰由 16 个省组成，分为 315 个区，65 个拥有区权的城市和 2489 个市，波兰总人口数为 3800 万。1997 年 4 月 2 日，波兰宪法正式颁布。波兰为民主共和制国家，实行三权分立政治体制。立法机关由议会组成，总统与政府一起组成行政机构，司法机构由独立的法院和法庭组成。

波兰的银行系统由三类银行组成，分别是通用银行（bank komercyjny），主要为个人和企业提供服务；合作银行（bank spoldzielczy），是独立运营的小型地方银行；抵押银行（bank hipoteczny），为股份制银行，主要业务包括抵押贷款的发放和抵押债券的发行。银行业监管机构是银监会，该机构负责制定政策法规。银行监督总检查局负责执行，该机构独立运行，隶属波兰国家银行。

三、波兰法律制度下的银行保函

目前，在波兰从事经济活动的法律依据主要有：1964 年颁布的《民法》，2004 年 7 月 2 日新修订的《经济活动自由法》和 2000 年 9 月 15 日新修订的《商业公司法》。《民法》

管辖的范围包括：物权，义务的履行和失效，合同的种类，只对某些民法关系当事人有效地权利等。

一方面，银行担保是银行提供的单方面义务，在受益人满足一定条件后，银行直接或通过另一家银行履行相应义务。在波兰法学界，担保人和受益人的法律关系存在两种观点。一派认为担保人与受益人之间为合同关系；另一派认为担保人履行相应义务的依据是《民法典》第 921 条。尽管如此，广泛的观点认为担保具有合同性质。波兰法律承认银行保函的独立性，仅在极少数情况下才会引用《民法》第五条担保濫用法条。根据该条规定任何人不允许违反社会共同体原则或社会经济原则行使其权利。此外，在波兰开立有条件的（conditional）、可撤销的（revocable）的银行保函十分常见。但是，需要在保函文本中明确约定。

另一方面，波兰非《华盛顿公约》缔约国，中国企业在波兰的投资利益将无法获得《华盛顿公约》下投资争端解决机制的有力保护。针对工程建设争端和有关公共采购争端，波兰有专门处理此类事务的机构——波兰工程咨询协会（SIDiR）仲裁庭，但执行仲裁的地点、国际仲裁中语言的选用以及仲裁员数量的确定等可以根据具体案例进行修改或增加。在当事人同意后，可允许第三方参与未决程序。裁决对当事人有约束力，在法院宣布可实施后，与普通法院公布的判决拥有相同的法律效力。且按照《波兰民事诉讼法典》第 1206 条的规定，严格限制不服从仲裁的行为。对该仲裁

庭的充分了解有利于中国企业和银行在工程争端和与工程有关的保函争端中增加胜算。

四、中资企业可能面临的风险

保函的担保事项是基础交易项下的履约行为，对基础交易风险的预判是防控保函风险的第一步。以波兰 A2 高速公路项目保函纠纷为例：

2009 年 9 月，波兰 A2 高速公路项目开始招标。中国海外工程有限公司（以下简称‘中海外’）与国内四家公司组成的联合体（以下简称‘联合体’）以 12.88 亿波兰兹罗提（约 4.47 亿美元）的价格中标 A、C 两个标段（约 49 公里），合同工期约 32 个月。该中标价格不到波兰政府预算的一半，且远低于其竞争对手及其他三个欧洲公司承包的标段的成本价。中海外对此给出的解释是：公司将‘依靠特殊的管理方式压缩成本，并非亏本经营’。根据合同，中海外指示中国银行和中国进出口银行作为反担保行开出见索即付履约保函，转开行为德意志银行，担保金额为合同金额的 10%，适用波兰法，受波兰法院管辖。

2011 年 5 月，中海外因未按时向波兰分包商支付货款，导致工程于 5 月 18 日起停工。此时，32 个月的合同工期已消耗近 2/3，但中海外 A 标段仅完成合同工程量的 15%，C 标段也仅完成 18%，工程进度迟缓，且出现亏损。2011 年 6 月，中海外总公司最终决定放弃该工程。业主方要求中海外支付

7.41 亿兹罗提（约 2.71 亿美元）的违约金，并随即在保函项下提起索赔。2017 年 5 月，业主方与联合体签署和解协议。同年 7 月，业主方收到全部和解款并撤销对联合体的全部诉讼。至此，波兰 A2 高速公路项目长达六年的合同纠纷最终和解。

在上述案例中，中资企业为了抢占市场以远低于市场的价格中标，项目施工过程中因对当地劳工制度，法律环境不熟而面临巨额亏损。该案例暴露出中资企业在波兰投资可能面临的主要风险有以下几个方面：

（一）法律风险

目前，波兰大多数国际招标项目采用公开招标、邀请招标和议标等方式来选择承包商。对于新进入的中资企业而言，如果相关信息收集不全面，未对相关法律进行专门研究，可能付出更多的成本。比如，根据波兰劳动法律，雇主雇佣无工作许可的外国人或者不是法律允许的可免于申请工作许可的外国人，将受到行政和刑事处罚。同时海外劳工必须按当地工资水平雇佣，雇主必须确保雇员在工作前接受了合格的健康安全培训并在工作中保持定期的培训。因此中海外联合体预估的低劳动力成本优势几乎不存在。此外，波兰的环境保护法律要求非常严格，施工过程中必须注意环境保护。据统计，环境保护成本使得中海外联合体的总体成本需要增加 10%~15%。项目期间因劳动、材料和环保等方面的成本增加，联合体想变更合同，要求业主对中标价格进行相应

调整。但《波兰采购法》禁止承包商在中标后对合同金额进行“重大修改”。因此，合同变更失败。

（二）合同风险

在国际承包工程中，通用的合同条款为 FIDIC 条款。但业主为了保护自己的利益，通常会对合同内容进行较大修订，将更多的合同业务转嫁给承包方，使得承包方合同风险剧增。案例中联合体与业主签订的合同为波兰语，英文翻译兼仅为简单版本，导致联合体在对合同具体条款不完全掌握的情况下签署了该合同。该合同过于偏向业主，对于联合体过于苛刻，主合同仅有 4 页，却含七份合同附件，仅‘合同具体条件’的附件就长达 37 页。同时此次合同中删除了很多对承包商有利的 FIDIC 条款，比如 FIDIC 条款规定业务应在开立前向承包商支付启动资金，但业主删除了该条款，仅约定 30~40 天结算工程款项。而联合体与分包商签订的合同以周为单位结算，导致联合体面临较大的资金周转压力。

（三）市场风险

以 A2 高速公路项目项目为例，该工程期限较长，在施工过程中，市场价格波动，原材料价格飞涨，导致项目成本大幅攀升。在项目初期，波兰当地原材料供应并不紧张，价格尚处于低谷。由于缺乏对波兰市场价格波动的了解，联合体未及时与原材料供应商、分包商签订合同，将双方利益进行绑定。后期原材料价格上涨，使得项目实际成本远超投标时的报价。

五、波兰保函的汇率风险

波兰流通货币为兹罗提而非欧元。自 2000 年 4 月开始，兹罗提汇率实行完全自由浮动，不再采取管定汇率、滚动贬值或浮动区间等形成机制。但是，中央银行可以对外汇市场进行干预。波兰《外汇法》规定，兹罗提为可自由兑换货币，可以在金融机构和美元、欧元等自由兑换货币进行相互买卖。但人民币不能与兹罗提直接兑换，可以用美元或欧元等可兑换货币搭桥进行结算。波兰国际收支中的经常项目部分需遵循欧盟的统一要求，外汇进出波兰需要申报。

对于开往波兰的保函而言，如果担保币种为兹罗提，发生索赔时国内担保行可能无法以兹罗提进行直接偿付，只能以美元或欧元进行偿付。此时，担保行面临的汇率风险包括美元或欧元与兹罗提之间的汇率风险以及客户保证金为人民币时人民币与美元或欧元之间的汇率风险，汇率波动的幅度和可能性增大，汇率估算的难度加大，导致实际赔付金额的不确定性增加。同时，国际工程类保函涉及金额大，担保期限长，进一步增加了汇率风险。

六、保函条款风险

由于受益人可能只接受当地银行开出的保函，而申请人或其子公司在当地银行没有足够的授信，开往波兰的保函多为转开保函。相较于直开保函，国内担保行不仅需要承担保

函项下的风险，还需面对潜在的转开行风险。例如：转开行声誉及信用记录、转开行国际保函业务的专业性、主保函项下相关信息，特别是索赔信息的传递等。因此，国内担保行在开立转开保函时会提供主担保文本，详细约定具体内容和条款并审核保函条款，将保函条款的潜在风险与客户进行沟通后开立，以降低反担保行风险。

开往波兰的保函常见情况是主保函中仅提供保函类型、担保行、基础交易信息、担保金额、担保期限、申请人、受益人、适用法律（波兰法）等要素，由转开行按照受益人同意的模板或转开行标准模板开立主保函的情况。在此类保函中，反担保行丧失了对主保函的把控，无法对主保函条款进行审核，无法确定是否存在对担保行或反担保行不利的条款，也无法确定保函是否是完全独立的。此外，波兰主保函通常只适用波兰法，未规定任何国际惯例，存在一定程度上的不确定性。

七、保函业务风险防控

中资企业在波兰承包工程，可能涉及到的保函类型包括：投标保函，履约保函，质量保函，预付款保函等。银行在向客户提供上述担保服务时，一方面需要结合项目背景调查了解业主方和项目自身是否存在风险；另一方面需要结合波兰当地法律法规特点认真审核保函条款是否存在加重银行担保责任等风险。具体而言可从以下几方面做好风险防

控：

（一）注重保函背景调查和管理

以工程项目保函为例，银行应按照‘展业三原则’的要求，严格审核申请人的资信状况、经营管理能力、施工队伍建设、以往的履约情况以及项目实施的资金来源等，经过详尽的尽职调查与充分论证，评估其履约能力。同时，调查分析项目所在国市场条件、政治局势、汇率变动等，评估外部条件对申请人履约能力的影响。此外，重视合同文本的审查、修订和使用管理，可行的情况下，聘用精通波兰语言和精通FIDIC条款的专家，对合同文件的风险点进行辨识，降低合同风险。保函开立后，做好跟踪和监督，了解保函项下项目进展情况、工期变更（与开立保函时预计工期比较）、收款情况、项目现场的图片等信息，并及时催促对方确认有关履约的结果，如发现异常或出现保函开立时未确认的风险点，需要做好风险缓释应对。

（二）防范保函汇率风险

在开办保函之前，担保行要充分认识波兰的经济形势和外汇管制，关注其货币走向，争取在办理保函时能最大限度地控制汇兑风险。保函开立时要规定明确的金额及币种，为规避汇率风险，应尽量使用美元或欧元等币值相对稳定的货币作为担保币种。若只能采用兹罗提作为担保币种，则应在文本中明确以美元或欧元进行偿付，并根据历年来兹罗提兑美元或欧元的汇率变动走势合理预估整个担保期间内汇率

变动，审慎评估风险敞口。若在保函担保期内发生保函担保额度变化，则应重新估算汇率和客户保证金等，确实降低保函存续期内的汇率风险。

（三）规避保函条款风险

担保行在开出保函时应确保文本基本要素齐全，条款清晰明确，确保保函的独立性，尽可能适用 URDG758, ISP98 等国际惯例。对于保函条款应仔细斟酌，适当增加保函索赔难度，着重将事实条件转化为单据化条件。转开保函下反担保行应要求担保行根据反担保行提供的完整的文本开立保函。若无法规定完整的主保函文本或担保行必须按照业主提供的文本开立主保函时，国内反担保行应将保函条款风险加入担保协议，明确相关风险承担。在主保函开立后，应要求担保行在开立保函后将保函副本通过邮件、快递等方式递交反担保行。反担保行应及时审核保函文本，如有对反担保行不利的条款，尽量要求主担保行修改，并将保函文本可能风险点及时通知申请人。

（四）尽量约定国际仲裁或异地仲裁

由于只有双方当事人明确约定了仲裁机构，该仲裁机构才会受理案件，因此建议担保行在保函文本中明确约定保函争议的解决交由国际知名的仲裁机构，比如：国际商会国际仲裁院（ICCCA），伦敦国际仲裁院（LCIA）、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）、香港国际仲裁中心（HKIAC）等，同时约定仲裁地点、仲裁规则、仲裁语言等内容。在实

体法的选择上，尽量选择担保行所在地法律或与本国法相一致的某国法律或熟悉的第三国法律，从而减少后期解决纠纷的时间和成本，争取有利条件。

作者：中国工商银行成都单证中心 姚群仙、夏晓萌

审核：中国工商银行总行单证中心 王桂杰