

南非保函风险防控

针对南非工程承包市场存在的各类施工风险，中国企业应密切关注当地局势，提前部署赴南非工作的项目管理人员和技术人员，审慎选择分包商，避免造成项目拖期而给承包方带来损失。

文>姚瑶

近年来，随着企业“走出去”战略的深入实施，越来越多的中资企业赴海外承包境外工程。南非是非洲地区最发达的经济体之一，近年来又与中国建立了“全面战略伙伴”关系，中国和南非同为新兴发展中国家、金砖国家成员、G20 成员国和区域经济大国，双边经贸往来十分密切，商业银行也纷纷借“一带一路”之势发力保函市场。对于中方企业和银行来说，了解工程所在国的法律环境，加强保函风险的防范与控制是十分必要的。

保函基础交易风险

近几年，南非政府在全国推出大规模基建计划，加大了在铁路、公路、港口、能源等众多领域的规划与投入，南非对于中国工程企业来说是一个拥有巨大潜力的市场。但与此同时，南非的工程项目也存在诸多施工风险。首先，社会治安不稳定。南非旧的种族隔离制度造成社会不平等和贫富差距悬殊，政府许诺改善黑人生活状况的种种措施收效甚微，导致了南非黑人大规模的犯罪。其次，外来人员进入限制严格。鉴于工程项目需要专人管理，以及南非技术人才和熟练工种方面的欠缺，部署国内人员赴南非工作十分必要。近年来，由于南非

失业率居高，南非政府对外来人员在南非工作实行严格的限制，工作证难于获得，而一般的商务入境签证也越来越难办。相关人员无法及时到位，会对工期造成一定影响。第三，材料、设备短缺。在南非，工程施工所需的挖掘机、翻斗车等机械设备几乎到了一机难求的地步，而且这些设备的配件很多都依赖进口，若本来就紧张的设备再出现故障而无法及时维修，会在很大程度上影响工程进度。此外，各种建筑原材料的供应也严重不足，导致价格上涨，同时影响施工进度。第四，分包市场紧俏。由于南非建筑市场火爆，专业分包商相当抢手，不但报价高，而且存在违约不进场的现象。容易导致工期拖延，也影响到主包商在主合同项下的正常履约。

南非工程项目相关法律政策

工程承包领域具有一定的复杂性，企业在进入南非市场时需要对相关法律进行充分了解。譬如，在政府参与的项目工程中，招标环节需要符合《公共财政管理法》(Public Finance Management Act)和《优先本地采购政策框架法》(Public Procurement)，而《优先本地采购政策框架法》中规定，政府机构在对合同超过 3000 万南非兰特的邀标书中必须施加 30%的分包要求，当强制性分包原则应用在投标程序中时，中标者必须将合同总额的至少 30%分包给进入南非财政部核准名单库里的一家或多家供应商。另外，《国家建筑规范和建筑标准法》(National Building Regulations and Building Standards Act, NBRBSA)规定承包商的建筑计划必须在施工开始前得到相关政府的批

准。在施工过程中也需要关注南非法律对于施工标准的规定，根据南非政府颁布的新《标准法》，企业在运行项目时需要满足南非标准局（SABS）所制定的各项施工标准。除采购、项目施工标准等法律外，南非政府还针对当地种族问题制定了黑人经济振兴政策和加速与共享增长计划，对企业的股权分配、员工中黑人所占比例做了强制性规定，进而影响到企业项目招标以及融资等各个环节，关系到项目能否成功进行。此外，与在国际上被广泛使用的 FIDIC（国际咨询工程师联合会）标准合同条件不同的是，南非建设领域普遍采用 JBCC（联合建设合同委员会）标准合同文件，因此，充分了解该合同文件能够帮助企业更好地推进工程项目的进行。

南非混合法传统下的独立保函司法现状

南非法是一种典型的混合法，从历史发展来看，南非土著人固有的习惯法和酋长法庭制度被长期保留下来；另一方面，自 17 世纪以来在南非占统治地位的是欧洲移民带来的法律，先有罗马—荷兰法，后有英国普通法，二者相互作用，共同形成了今天南非独具特色的混合型法律及制度。

南非没有专门针对独立保函的立法，南非国家信贷法第 8 章将“credit guarantee”（信贷担保）定义为一种协议，在该协议下，担保人承诺当收到请求时（upon demand）将承担被担保人在债权债务关系下的任何义务。

需要特别提出的是判例法中的司法先例。南非法院适用遵循先例原则，遵循先例意味着下级法院要服从上级法院的判例，各级法院要

遵循自身先前所做的判例。目前，在南非具有约束力的判例法数量巨大、种类多样，这些具有法律效力的判决中所包含的法律原则或者规则也是南非法律渊源的一个重要组成部分。

“guarantee” 和 “surety” 的含义

在南非法律中，“guarantee” 和 “surety” 经常被当作同义词在法庭陈述或法文中替换使用，近年来这种做法曾遭到批判，但是根深蒂固的习惯做法很难被彻底消灭。李斯特诉容格斯(List v Jungers)一案在如何区分独立保函与从属担保这一问题上是一个经常被援引的司法先例，法院认为“guarantee” 和 “surety” 本身具有多种解释，在个别语境下可能被用于描述与从属担保相关的附属责任，但是在其他语境下也可能被认定为担保人承担独立保函项下的第一性付款责任。因此，尽管担保文本中使用了“guarantee” 或 “surety” 等字眼，其精确含义仍需要根据这些词语所在的特定语境来判断，不可一概而论。

担保责任的构成

卡里姆诉奥马尔(Carrim v Omar)一案的法官认为，第三方(担保人)承诺主债务人将履行其对债权人的责任和义务并不能构成一个完整的担保责任，除非这一承诺还包括了第三方(担保人)将承担对债权人进行补偿的保证。也就是说，担保人在担保主债务人履约的同时，还要对债权人承担某种支付责任或经济赔偿责任。

独立保函属性的认定

在西开普省运输及公共工程部长诉赞建建筑公司(Minister of

Transport and Public Works , Western Cape v Zanbuild Construction (Pty) Ltd) 一案中, 南非高级法院对见索即付 (On demand) 独立保函的属性进行了确认。在独立保函项下, 索赔人无需先行诉讼证实申请人违约, 不必先向申请人主张权利, 只需依据保函条款提交相符的索赔需求即可获得担保行的赔付。也就是说独立保函的这一立即付款机制使得受益人可以先从担保行获得索赔款项再与申请人解决基础交易项下的争议与纠纷。伦巴第保险诉置地控股 (Lombard Insurance Co Ltd v Landmark Holdings (Pty) Ltd) 一案中同样出现了对独立保函性质的讨论。本案法官认为: 独立保函的基本特征是其建立了银行对受益人进行支付的合同义务, 这种义务独立于基础交易双方的贸易合同, 银行的付款责任与基础交易项下的争议无关, 即独立保函是担保人与受益人之间的独立保证关系。

关于保函索赔

对于保函的执行, 在多米尔资产公司诉瑞萨保险公司 (Dormell Properties 282 CC v Renasa Insurance Company) 以及织机工艺公司诉莱利银行 (Loomcraft CC v Nedbank Ltd) 这两个案件中, 南非法院均引用了 Denning 大法官在爱德华欧文工程有限公司诉巴克莱银行 (Edward Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd) 案件中对银行履约保函的观点, 声称出具履约保函的银行必须依据保函条款来对保函进行兑付, 保函的执行与合同双方在基础交易项下的争议无关, 也无需考虑被担保人是否履行了合同项下的义务, 无需置疑其是否违约。在印度国家银行诉德内尔公司 (State Bank of

India v Denel Soc Ltd) 的案件中，法院也给出了同样的结论：只要受益人依据保函条款提交了相符索赔，担保行就必须承担付款责任，唯一的例外是保函项下的索赔存在明显的欺诈 (clear fraud)。

相符索赔的认定标准

在 IE 承包公司诉劳埃德银行和拉菲丹银行 (IE Contractors Ltd v Lloyds Bank plc and Rafidain Bank) 一案中法官指出，独立保函项下的单据与信用证的单据有明显不同，在信用证项下，银行审核的是单据本身 (如发票、提单等等)；但是在独立保函项下，银行面对的通常只是一份“陈述了某些事件已经发生的声明 (statement)”，因此在认定相符索赔时，不必像审核信用证单据那般教条。审核独立保函项下的单据，其实是一个如何理解和解释保函条款的问题，应遵从实质相符的原则。当然，对于一些存在明显不符的索赔，法院也是认定其不相符性的，以罗盘保险诉好客酒店开发公司 (Compass Insurance Co Ltd v Hospitality Hotel Developments (Pty) Ltd) 一案为例，保函条款中要求提交索赔书时应同时附加一份撤销信函，而受益人在提交索赔时并未提供这份文件，因此，该索赔被判定为明显的不相符索赔。

南非的外汇管制与汇率风险

南非目前实行自由浮动的汇率制度，必要时南非央行可以进行适当干预。依据南非《货币与外汇法》中外汇管理条例的有关规定，财政部长受总统委派承担外汇管理职责。2017 年 3 月，南非内阁重组，

更换财政部长后便出现了兰特的汇率急剧下跌，因此，南非国内的政治环境对于汇率的影响不可忽视。

南非兰特是非洲交易最活跃的货币，也是全球波动最剧烈的主要货币之一，被用于对冲全球投资者的仓位。兰特汇率的起伏不定在外汇管制较为严格的非洲大陆尤为凸显，在全球市场发生动荡时，兰特也更容易遭受损失。在大宗商品价格下挫、经济增长缓慢、美元加息前景的压制下，近几年兰特的跌幅非常巨大。因此，中国企业在南非投资往往面临较大的汇率风险。

开往南非的保函文本特点

开往南非的保函条款大多比较规范，但需要注意以下几点：

普遍需要转开。为保护国内金融市场，限制准入门槛，非洲各国金融监管部门普遍要求保函需通过当地金融机构（银行或保险公司）转开，南非当然也不例外。此外，由于南非的金融环境良好，我国国内银行与南非当地银行的代理行合作关系较为密切，有许多开往非洲国家（如科特迪瓦、莫桑比克等）的保函会通过南非当地的银行进行转开，这类反担保函被称之为“Gateway Guarantee”。

大部分以小币种直接计价。在开往南非的保函中，有很大一部分是以南非兰特直接计价的。以转开保函为例，实务中通常由转开行向受益人赔付南非兰特，反担保行再向转开行赔付等值美元或欧元，反担保函中一般会约定以南非兰特按索赔时的汇率折算美元或欧元赔付。因此，汇率波动风险由反担保行承担。

适用惯例及法律。开往南非的保函多适用南非法并受南非法院管辖，少部分同时适用于惯例 URDG758 和南非法，因此存在法律和司法管辖的适用风险。

保函文本多处反复强调担保独立性。保函文本包括：除索赔单据外，保函项下赔付无需其他违约证明(without any proof)；无需征得申请人同意；如出现个别条款的失效、与法律相冲突的情况，不影响保函其他条款的有效性等等。银行在开立此类保函时应充分提示申请人保函担保独立性以及所带来的风险，并需申请人确认如收到相符索赔，不得以上述条款所涉及的理由给予抗辩拒付。

保函文本中常出现金额保全条款。以转开保函为例，主保函常约定金额保全条款，要求索款金额需全额到账，不得包含税收、债务、手续费等项目的扣除。而反担保则约定担保行将补偿转开行因开立保函所产生的一切损失。一旦发生索赔，此类条款可能导致担保行实际偿付金额超过应该赔付的金额，如受益人坚持加入此条款，担保行应注意在保函开立协议中与申请人就此问题予以明确。

JBCC 合同文件下的建设保函。JBCC 的建设保函通常要求在中标之后的 21 天内提交，分为可调保函和固定保函两种。可调保函一般为合同总价的 10%，期中支付、实际竣工、最终竣工后可进行扣减，最终竣工证书颁发后保函失效。固定保函一般为合同总价的 5%，实际竣工证书颁发之后失效。

南非保函业务风险防控建议

南非作为中国企业“走出去”的重点区域，已成为各家银行涉外保函业务的必争之地。对于开往南非的保函，中国的企业和银行可以从以下几个方面防控保函业务风险：

第一，南非最主要的保函需求集中在工程承包领域，针对南非工程承包市场存在的各类施工风险，中国企业应密切关注当地局势，提前部署赴南非工作的项目管理人员和技术人员，审慎选择分包商，避免造成项目拖期而给承包方带来损失。此外，中国企业还应将南非特有的 JBCC 合同条件与国际通用的 FIDIC 合同条件进行对比，了解和掌握南非特殊的合同条件，在合同谈判以及签订阶段做好风险防范。

第二，对于基础合同中已将保函币种锁定为南非兰特的情況，为了减少南非兰特的剧烈波动所带来的不确定性，需要在保函文本中对赔付时使用的币种及汇率进行事先约定，例如，“保函项下的付款应以可自由兑换的欧元付出，并且以索偿日当天南非兰特兑欧元的汇率来计算。”对于此类小币种保函，在开出后要密切关注汇率波动情况，在必要时及时追加保证金等反担保措施。

第三，相比国内银行通过非洲当地银行转开保函的传统模式，国内银行可以依托海外保险公司的渠道优势，通过与非洲保险公司开展转开保函合作，以风险共担、整体报价的形式进一步降低转开费用，这样，一方面可以分散保函承保风险，同时也可以在不影响转开效率的前提下，使客户以较低的成本取得与银行同样的产品和服务质量。

第四，中国企业近年来在“一带一路”建设中积极推广 PPP 模式，中国对非工程承包企业应抓住这一时机，了解非洲国家的 PPP 法律政

策，熟悉非洲的 PPP 环境，积极参与非洲的 PPP 项目建设。在判断一国 PPP 法律制度环境优劣时，需要考虑 PPP 相关制度的质量和一致性、PPP 项目遴选及决策是否高效、招投标程序及合同变更是否公正透明、以及争议解决机制是否通畅便捷。

作者单位：中国工商银行国际结算单证中心