

# 泰国保函风险控制

作者：吴志琛、刘思宏

单位：中国工商银行总行单证中心

随着一带一路倡议的深入推进，中国与泰国经济往来愈发紧密，贸易投资规模不断扩大。保函在促进中泰经贸发展上有着不可忽视的作用，正确认识和把控泰国保函的风险有益于发挥保函的作用，助力中国对泰国贸易和投资活动的展开。

## 中泰经济往来中影响保函履约的因素

控制保函风险，首先要了解贸易活动中可能会影响保函履约的因素。中方在泰国基础设施建设和承包工程中活动较为活跃，这些领域目前存在的问题包括：

激烈的竞争带来的压力。欧美和日韩的企业很早就进入泰国的市场，建立了从生产到售后的完整体系，当地对中国的产品和服务认识度不高，中国企业在竞争中一定程度上处于劣势。

当地政策和项目审查影响工程进度。泰国严格限制对外来劳务的输入，中国对泰国劳务输出有限，影响工程的效率和进度。另一方面，泰国对项目的审查也常会叫停相关项目，使得项目审批和预算无法及时到位，导致工程停工。

腐败问题导致的商业成本增加。泰国在司法、公共服务、税务、

政府采购等各领域的腐败现象较为严重，这对在泰国进行商业活动的外国企业造成了负面影响。比如在政府招标和公共项目中，泰国政府机构和国企有巨大的操作空间，一定程度上增加了承包商的谈判与沟通成本，使得工程停滞和延期。

军事政变带来的国别风险。如发生军事政变或政治危机，政府政策没有连续性，新政府可能否认前政府合同的效力。如北京城建国际承揽的泰国“仁爱屋”惠民工程项目中，中方按合同向泰方提供了几千万保函，其后泰国发生了军事政变，合同不被新政府承认。而在无履约可能的情况下，已经开出的保函被索赔，则会无故遭受巨大的经济损失。

中方企业和银行在赴泰时应当做好市场分析，针对以上几个方面评估风险，并做好突发情况的应对预案，减少基础交易项下履约风险。

## 重视汇率风险

开往泰国的保函担保币种以泰铢为主。自 97 年金融危机后，泰国改为管理浮动汇率制度，泰国政府会定期干预市场，以防止汇率波动太过剧烈，而近年管控也有向严发展的趋势。从这两年来看，泰铢的汇率涨跌兼有，波动较大，总体上处于贬值的状态，一定程度上影响泰国外贸活动，给进出口带来压力和不确定性，担保行在处理泰国保函业务时仍应当做好准备，上浮相应比例扣划客户授信，保证准备金充足。

## 泰国法下的保函

泰国并无关于银行保函的专门立法。从泰国司法实践和相关判决来看，泰国法院认可当事人的契约自由，并一定程度上认可独立保函的机制。比如泰国最高法院 3786/2554 号判决中强调，基础交易合同与保函属于相互独立的合同，保函不是基础交易合同的附件，两者是完全不同的法律义务。案例中泰国承包商和分包商签订了工程建设合同，分包商给承包商提供了合同金额百分之十的银行保函，合同中约定了仲裁条款，但是保函没有相关约定。期间合同产生纠纷，承包商以担保行未偿付保函为由提起诉讼，将分包商和担保行列为共同被告。分包商则提起了反诉，称纠纷是由于承包商违反了合同，属于合同项下纠纷，故保函纠纷也应通过仲裁的方式解决，对一审法院的管辖提出异议。而一审法院经审理后确认，分包商提出针对合同的反诉与承包商在保函项下提出的索赔无关，驳回了分包商的请求，继续审理承包商案件。上诉法院和最高法院支持了这一判决，最高法院还专门解释，承包商在索赔中引用的基础交易仅仅只是为了实现自己在保函项下权利的引用，不会因此使得保函与合同产生实质上的联系。

事实上，在泰国，只要当事人之间约定的内容不属于被法律禁止的内容，当事人就要严格履行合同中约定的内容。而对于保函，泰国最高法院第 6622/2546 号判决和第 3739/2551 号判决中曾明确地表示受益人要实现其在保函项下的权利的前提是其遵守了保函的条件。因此，要避免泰国法下的法律风险，应当重视保函文本的约定。

对于独立保函中当事人未约定的内容，法院会套用民商法中的相

关内容进行审理。因此，泰国的保函，有必要了解泰国民商法的相关规定和实践。

## 保函的付款条件

在国际惯例中，独立保函付款的条件是受益人提交保函规定的相符索赔。在泰国传统担保下，担保行享有和债务人一样的抗辩权，如果银行被索赔时未提出相应抗辩，银行也没有权利向申请人追偿，为此，担保行应当在文本中约定见索即付的付款条件，并放弃相应的抗辩权利，这样才能实现独立保函见索即付的功能。

此外，担保行享有先诉抗辩权，即担保行在被索赔时可以要求债权人先向债务人索赔。为了避免这种情况的发生，有些受益人会要求在保函中明确担保行与申请人属于连带责任关系，防止自己在保函项下索赔时担保行要求自己先向申请人索赔。但是这种约定使得担保变为从属担保，且与国际独立保函的制度相悖。在连带责任关系中，担保银行依然享有和债务人一样的抗辩权。

在部分开往泰国的保函中，除了担保行约定收到索赔通知赔付之外，还会约定担保行是在债务人违约的情况下付款。这样，保函就从无条件变成了附条件的，保函的独立性变得不明确，银行可能因此陷入的基础交易纠纷中。要避免这种情况，最好的就是在开立保函时尽量避免在保函中约定担保行在债务人违约的情况下付款，不将债务人违约作为独立保函索赔的条件，将违约事项尽量以违约声明的方式表示出来。

## 保函索赔期限约定效力的不确定性

在国际惯例中，保函的效期代表着保函受益人可以索赔的时间期限。在开往泰国的银行保函中，保函会明确一个索赔日，或在失效日后另行约定一个索赔期限，来限定自己的责任。然而，这样的失效约定在泰国法下可能导致完全不同的法律后果。根据泰国民商法关于时效的规定，债权人有权索赔之日起十年内，债权人可以向担保人发起索赔，且这个法定索赔时效不可以被更改。同样的失效约定法院存在两种完全不同的判决，一种观点认为，这样的约定破坏了民商法规定的法定索赔时效，比如，在泰国最高法第 16947/2557 和 2208/2558 号两个案件中，保函约定受益人应当在保函失效日后 15 天提出索赔，法院认为这改变了民商法中法定的索赔时效，是无效的约定，受益人索赔不受此限制；而在 6622/2546 和 3739/2551 等高法判决中，法院则认为这样的索赔日规定和法定的索赔时效约定不同，保函开立行可以在保函如此规定，受益人索赔应该严格遵守这些约定。

这两种判决的冲突，一部分是由于案例中保函条款具有一定从属担保的特性，使得保函独立性不明确，导致担保失效日前发生约定事项适用法定的索赔时效。对此，担保行在开立保函时仍应当明确约定索赔日，限定自己的责任，并尽量剔除保函中的从属性约定，避免陷入索赔时效争议。

## 止付问题

虽然泰国法院能认可基础交易合同与保函属于相互独立的合同，但在涉及一方当事人的利益可能被侵害的止付问题上，泰国法院仍倾向于将保函的义务和合同的义务关联起来。

比如，在泰国最高法院 3260/2554 号判决中，一家联合体公司在—个废水处理建设项目中同业主产生了纠纷，业主称其因联合体承包商的错误表述签订了合同，合同是无效的，因此拒绝接收承包商在工程项下已经完成的工作，也拒绝付款。案例中合同约定了纠纷由泰国仲裁机构仲裁，而保函约定了担保行见索即付。纠纷产生后业主在履约保函项下索赔，而承包商则将纠纷提交至仲裁机构。为了防止在仲裁结果出来前保函项下产生损失，承包商向法院提出了止付申请。一审法院批准了止付。此后，业主提出上诉，最高法院驳回了业主的上诉，并解释，尽管保函没有仲裁条款，但是受益人在担保项下权利来源于基础交易合同，如果基础交易项下的仲裁尚未结束，受益人被允许索赔，那么如果最后证明承包商没有违约，承包商一方必然承受难以恢复的巨大损失。而保函中约定的担保行放弃抗辩索赔属于银行的行为，与承包商申请止付无关，承包商的行为不需要得到银行同意。

### 诉讼之外的争议解决手段

由于没有专门的立法，泰国法对保函的态度还是具有相当的不确定性，比如说失效日索赔时限的约定是否有效，或者是保函与基础交易合同的关系认定等等方面，法院自身的判决亦存在矛盾之处。

对于保函风险暴露时可能出现的不确定的诉讼风险，应当保持当

事人之间沟通对话渠道的畅通，适当选择诉讼之外的多样化纠纷解决机制。比如，在福克斯公司（以下简称“福克斯”）与曼谷银行和 GMM GRAMMY（以下简称“GMM”）、CTH 的保函纠纷中，福克斯在 2013 年与 GMM 和 CTH 签订了频道授权协议，曼谷银行为 GMM 和 CTH 开出了一份 5 千万美元（18 亿泰铢）和一份 20.1 亿泰铢的无条件付款保函，以担保两家公司在协议项下的付款。而至 2015 年，两份协议项下仍有 7 千万美元未结清。2015 年底福克斯在保函项下索赔，向曼谷银行陆续发出近 20 封索赔函，并于 2016 年底福克斯在香港和泰国的法院分别提起诉讼，要求银行和两家公司赔偿 25 亿泰铢。对此，曼谷银行认为合同的违约方为福克斯，拒绝付款。经过 GMM 公司积极与福克斯公司沟通，半年后双方选择在庭外达成和解：GMM 赔偿福克斯一千万美元，福克斯撤销对 GMM 和曼谷银行的诉讼。

另一方面，对于以政府为受益人的官方项目，还可以积极利用官方途径和政府沟通渠道，解决保函纠纷。比如，北京城建国际承揽的泰国“仁爱屋”工程，在军事政变后项目无法进行，几千万的独立保函漂流在外。最终北京城建经过多方沟通，利用外交途径追回了保函，避免了更大的经济损失。

## 保函文本风险控制

泰国政府机关曾多次在政府文件中给出指导性担保范本，比如总理办公室出具的《1992 年采购规范》和审计部《第 0421.3/ 509（2015.12.24）号通告》中给出的保函范本。

现今开给泰国政府机构或国企的保函多要求采用审计部通告提供的保函范本。该范本中包含多种保函文本，具有一定的独立保函特性，比如索赔时应当提交特定的单据，担保行对索赔放弃抗辩等等。但是最鲜明的特点是以下两个条款：一、约定担保银行收到索赔通知付款的同时，还约定付款的条件是被担保人违约；二、约定担保银行与被担保人属于连带责任。这两种约定最大的问题是会影响保函的独立性，导致担保行被牵入当事人纠纷中。对于此类约定，申请人方应当尽量与当地受益人协商，变更条款表述，将担保违约事项以保函索赔声明的形式体现出来，使得保函索赔条件真正地变成见索即付，约定担保行独立的担保责任，避免保函的独立性不明确，使得银行陷入不必要的纠纷。同时，争取规定保函文本适用国际惯例，为可能的纠纷争取以国际惯例为判断标准。

该范本的另一个特点是展期条款。根据展期条款，如果保函效期结束时，合同未能完成，则担保行同意保函展期。这类条款可能会强制延长担保期限，增加担保行的责任。对此，担保行应当充分考虑项目项下可能导致保函延期的因素，在开立保函时做好信贷准备，并跟踪项目进行情况，及时做好保函更新，避免预期之外的风险。

此外，建议将可能存在争议的内容在保函中明确，包括：见索即付，不以基础交易违约为索赔条件，担保行放弃抗辩和要求受益人向被担保人索赔；明确的索赔日，约定保函索赔应当于此日前提交，索赔日后担保行责任解除；基础交易的变更对保函效力无影响等等。

综上所述，中方企业和银行可以围绕以下几个方面对开往泰国的



保函进行风险防范：一是做好市场调查和分析，针对当地市场竞争状况和自身实力评估收益和成本，做好成本控制；二是关注当地局势，针对可能出现的政治变化做好预案和应对措施，减少风险损失；三是建立并维护与当地企业的沟通渠道，提高保函开立前的沟通效率，保函风险暴露时积极解决纠纷；四是在保函文本中尽量将索赔条件、索赔期限等事项明确，争取适用国际惯例，避免纠纷产生后使自身陷入不利条件。