

西班牙保函风险防控

西班牙位于欧洲西南部，是中国在欧盟内第 6 大贸易伙伴，中国是西班牙在欧盟外第 1 大贸易伙伴、全球第 6 大贸易伙伴。根据中国海关统计，2018 年，中西货物贸易总额同比增幅 9%，达到 337 亿美元，截至 2018 年，中国对西班牙全行业各类投资 33 亿美元；西班牙对华投资项目 2508 个，实际投入 38 亿美元。习近平主席于 2018 年 11 月对西班牙进行历史性国事访问，并发表了关于加强新时期全面战略伙伴关系的联合声明，中西关系踏入新的历史阶段，为中西贸易合作带来历史性机遇。对银行和企业来说，了解西班牙当地法律、政策，进一步提高风险防控能力十分重要，笔者希望能通过本文为西班牙保函业务风险管理提供具有一些有益参考。

一、西班牙投资基础风险

（一）政府项目优惠政策落实不到位

西班牙经济虽处于恢复性增长阶段，增幅居于发达经济体前列，但近 2 年内政府更迭，出现了企业贷款优惠或行业补贴政策落实不到位的情况，虽有企业诉诸法律，但审判结果并不完全倾向维护企业。且政府部分职能部门相关审批耗时较长，企业还需认真研究国家政策、贷款条件及实际落实情况，避免盲目跟风。

（二）高标准

西班牙对外经贸政策由本国政策和欧盟政策两部分组成。中国企业应事先多了解与其项目相关的技术性壁垒、贸易壁垒，了解有关行业市场情况，确保其符合西班牙技术标准和环保标准。西班牙第 26/2007 号《环境责任法》要求对环境进行某些风险活动的经营者提供财务担保，银行担保、保险或满足要求的技术储备金均可，以备经营者承担潜在责任。

（三）签证办理

西班牙非欧盟公民的工作签证及工作居留规定较为严格，2015 年第 25/2015 号法对投资者、企业家、高级专业人员、研究人员和公司内部调拨人员的签证和居留许可条件做出了明确的规定，即便是华为和中兴的西班牙公司在这方面也遇到过困难。企业需注意签证手续办理时间长，无论是普通技术人员，或是高层管理人员均不能确保及时得到签证和居留可。

（三）社会治安

西班牙社会安全状况总体良好。但受前几年国际金融危机和今年疫情的影响，西班牙经济表现低迷，社会治安问题日益凸显，其中马德里自治区和加泰罗尼亚自治区风险略高。

二、西班牙外汇政策及汇率情况

西班牙在外汇管理和资本流动采取放松管制，且外资在大部分领域有完全的决策自由。其主要外汇监管特征是行动自由，作为一般规则，所有居民（含非本国居民）涉及境外收付款行为、经营、交易都是自由的。西班牙各大银行均可提供外币兑换服务。西班牙执行欧洲中央银行的稳定性货币政策，通用欧元，汇率稳定。其宽松的外汇政策和稳定的货币汇率有助于吸引外资。

三、保函的法律风险

西班牙是大陆法系国家，1978年《宪法》是西班牙的最高法律规则。西班牙无专门的独立担保法律，但在其《民法》、《商法典》、中均提及了担保借贷相关规定。《外国投资法》、《公共采购法》、《仲裁法》、《刑法典》以及《劳工法》这些法律与投资直接相关。根据西班牙第664/1999号皇家命令，其对海外投资采取较为宽松的政策，只对一些特殊行业及部门采取积极管制措施，该命令欧盟法规中关于资本流动自由的规则相符。

西班牙于2020年3月17日颁布了第8/2020号西班牙皇家法令（以下简称“《法令》”），《法令》规定任何非欧盟成员国、冰岛、瑞士、挪威、以及列支敦士登的投资者对西班牙公司的直接投资、收购行为必须先通过西班牙政府的审批。《法令》自2020年3月18日起生效，自此无限期地中断此前宽松的西班牙外商投资规制状态。该法令与

2019年《欧盟外商直接投资审查条例》的部分条款近乎一致，是西班牙政府应对新冠病毒疫情对西社会和经济产生的不良影响采取的紧急措施。该法令主要影响外国投资者对西班牙公司的投资行为。

欧盟法律正逐渐渗透入西班牙法律体系中，西班牙对外国投资参照欧盟政策监管。总的看，西班牙采购法规与欧盟法规基本一致。外国公司参与承包当地工程，需遵守西班牙2017年11月8日的《公共事业合同法》（LEY 9/2017）和皇室法令1098/200。《公共事业合同法》第65条规定，个人或法人/西班牙或外国公司均可以参与工程招标，同时第68条规定非欧盟企业参与招标须出示西班牙驻所在国大使馆经商处证明，此外外国公司参加工程招标可能会被要求在西班牙当地公司登记部门登记并在当地有分支机构、法人。西班牙政府招标项目将在政府公报或欧盟公报上刊登，企业可自由投标，政府付款方式分为一次性付款和分批付款。前者是项目结束并验收后政府支付工程款项。后者是根据项目进度支付核验后的相应款项。

西班牙法院尊重合同中约定的管辖权属地和适用准据法，但在劳务纠纷、消费者纠纷等特殊案件中不适用双方认可的管辖权和准据法。西班牙法院也鼓励进行仲裁，在当地做出的仲裁裁决无需许可证，可以直接执行。根据法院的原则，仲裁应与司法判决一样被执行，是“管辖等效的”。需

注意的是，西班牙的仲裁裁决可在境外执行，且外国的仲裁裁决在西班牙获得相关认可后亦可在西班牙执行。

四、保函文本风险控制

最高法院在 2019 年 4 月 5 日第 217 号判决中裁定最高法院民事庭明确，根据西班牙 1999 年 11 月 10 日，第 937 号法令，'A denominada garantía o aval a primera demanda o primer requerimiento es un contrato autónomo de garantía que cumple una función garantizadora tendente a conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante.' 担保人履行担保职能，实现债权人对债务人违反合同义务的赔偿。庭中还指出“在这种合同中，自债权人要求支付之时起，担保人承担抽象和独立地支付被担保人的义务，不反对任何形式的例外，甚至不反对担保义务的无效（在这方面，可参《国际商会关于见索即付保函统一规则》）。”此外，在 1992 年 10 月 27 日第 956 判决中，法庭明确保函是满足民法第 1255 条规定的意志自治的产物，不是附属性的，因此，为了保证的效力，没有必要证明一方违背了保证义务，但要使保证义务切实有效地履行债务人的债权。西班牙是认可保函独立性、尊重国际惯例 URDG758，但保函本身需明确独立性，很多保函纠纷归根结底都是独立性与从属性之争。

（一）从属性保函风险

在 Aurigacrown Car Hire S. L. 一案中，保函规定“保证 Aurigacrown Car Hire S. L.（申请人）根据双方于 12 月 29 日签署的车辆租赁书所承担的义务，担保金额包括因收取未清款项而产生的所有法外和司法费用。”保函还附上了该合同文本的复印件。随后，破产管理当局知晓该保函的存在后发起诉讼，要求宣布有关担保必须只保证归还租赁车辆，而不是 2010 年 12 月 29 日合同产生的其他义务或违约。法院判定该保函不是独立保函，支持原告。Aurigacrown Car Hire S. L. 提起上诉，最高法院在判决中驳回了上诉，维持一审判决。该案 2019 年 4 月 5 日最高法院的判决表明，将保函规定明确为“见索即付”担保（或“在第一次请求时”或类似要求）本身不足以认为担保人的义务是自主的、与基本义务无关。当然，如果付款条款“第一次请求”附有担保人承诺独立或自主性的声明，以及明确放弃由基本担保关系或基本担保关系引起的例外，则担保的非附属性质将更明确。西班牙保函中，应尽可能限制对基础交易关系的提及、避免在保函文本中复制关于申请人和受益人基本义务的合同条款。此外，还应尽量避免引入基础合同文件的附件或副本。

（二）独立性保函的责任

在 New Llimonet S. L. 诉 Caja Madrid 一案中，法院明确独立保函的特点产生一种立即担保义务，与 Fianza 不同，其担保人的义务独立于基础合同。因此，虽然原告已将保函

从公证人处撤回，并退还至申请人，但该行为不可被认定为受益人放弃担保。当保函索偿条件已满足，受益人在担保效期内提出索赔，担保人仍需支付受益人的相符索偿。该案中，保函生效条件已满足，且受益人的索偿未晚于担保失效日，最终，法院判决被告向原告支付索偿金额及相关利息。法院根据 2009 年 783 号判决再次明确，担保人不得反对受益人的付款要求，担保中的例外除外。西班牙对例外的判定也较为严格，一般需存在明显的欺诈，只有滥用或毫无根据的索赔才可能被担保人拒绝付款。根据西班牙多个判例，该类保证的特征是，产生了立即保证义务，而失去了主要义务的附属特征。其中担保人的义务独立于担保合同和初始合同的义务。

（三）Fianza 与 Aval

Fianza，主要有三方构成，债权人、债务人和 Fiador（担保人），Fiador 是在债务人不履行主要义务的情况下承担主要义务的人。Aval 独立于委托人，构成了 Avalista（担保人）对第三方有利的单方面付款承诺，如果主要债务人未履行义务，则第三方将受益。不少西语保函明确表明为“Aval”。尽管《民法典》提及了这种担保，但关于 Aval 的规定主要包含在《外汇和支票法》19/1985 中。Fianza 中的担保人可以根据《民法典》对其规定的例外，反对与债务的存在、地位、有效性和延期有关的例外，因此一方有必要

证明造成损害的违约行为及相应的赔偿。但 Aval 中的担保人 Avalista 不能反对。

（四）适用当地法律

笔者整理了近年开往西班牙的保函，限定适用法律的，通常会适用西班牙法律。例如：“ESTE AVAL SE RIGE POR LA LEY ESPAÑOLA. LA ENTIDAD AVALISTA, CON RENUNCIA A CUALQUIER OTRO FUERO QUE PUDIERA CORRESPONDERLE, SE SOMETE A LOS TRIBUNALES DE LA CIUDAD DE MADRID PARA DIRIMIR CUALQUIER DISPUTA O CONTROVERSIA QUE PUDIESE SURGIR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN, ALCANCE, CUMPLIMIENTO, EFECTOS Y EJECUCIÓN DEL PRESENTE AVAL.” 此保函受西班牙法律约束，保函项下的争议将提交至马德里市法院解决。国外公司不了解西班牙当地法律，且国外公司本身在境外诉讼中因地域等因素已不占优势，很可能在产生纠纷、诉讼后陷于被动局面。

（五）保函失效条款

在 COOPERATIVA DE VIVIENDAS 一案中，保函约定“En fecha 4 de Julio de 1995 por el Banco Pastor se avala a Ruanova, S.L. ante la Cooperativa de viviendas, por la cantidad de 24.000.000 ptas, para responder de las garantías que se le exigen en el contrato de 28 de Abril de 1992 para la construcción de 275 viviendas,

Edificio Prisma, hasta la recepción definitiva de la obra; dicho aval tendrá validez hasta el 30 de Junio de 1996” 文本表明担保期至项目的最终接收同时约定保函有效期至1996年6月30日，受益人索赔时已过该日期，但因项目质量问题产生在担保期限内，且项目尚未被最终接收，法院判决担保人需赔付受益人并支付相关费用。**失效条款的设置至关重要**，非单据化失效条件以及担保文本中前后不一致的失效条款约定都可能会在纠纷中产生不可预见的结果。

五、保函风险控制建议

西班牙法院判定保函独立性的依据是保函文本中对担保人责任的整体描述。银行在开立独立担保时，除了注明为“见索即付担保”以外，担保人应在付款条款中承诺独立或自主性的声明，以及明确放弃由基本担保关系或基本担保关系引起的例外，则保函的独立性将更加明确。

在保函文本细节方面，建议使用独立承诺的专业术语，如担保人为“el garante”，不建议使用“el fiador”；受益人为“el beneficiario”，不建议使用“el acreedor”，在独立保函中，银行应尽可能根据实务采用合理的专业术语，规范担保文本，避免影响保函的性质。

另外，西班牙保函应严谨设置失效条款。在工程类履约保函中，因实务中存在提前完工的可能性，保函通常会设置

具体失效日期与失效事件，以便及时降低对申请人的经济资本占用。需注意的是，若仅规定至项目结束保函失效，则为非单据化失效条款，在适用国际惯例时该条款可被忽略。在失效条款为失效日期及失效事件时，建议明确其中的关系，约定以二者较早发生者为准，避免因失效条款产生纠纷。

作者：中国工商银行合肥单证中心 万学伟

审核：中国工商银行总行单证中心 王桂杰

本文仅代表作者观点，文责自负。