

印尼保函特点及风险防控

印度尼西亚位于亚洲东南部，横跨赤道，其地理位置处在亚洲、澳洲之间，濒临印度洋和太平洋，是连接两大洲和两大洋的海上枢纽。印尼国土面积 191 万平方公里，由 1.7 万个岛屿组成，总人口接近 2.62 亿，是世界第四人口大国。印尼自然资源丰富，是东盟内最大的经济体。随着“一带一路”倡议的深入推进，中印两国签署了关于加强两国全面战略伙伴关系的联合声明，印尼希望中国在基础设施建设领域给予其更多的支持和协助。

随着高速公路、铁路、大型港口、轮渡码头、现代化机场、工业园区、大坝、电站等大量建设项目的落地，中国企业在印尼的工程承包项目快速增长，印尼也发展成为我国对外工程承包的重要市场之一，而银行保函作为国际经贸活动中资信水平和履约能力的保证手段，广泛应用于工程项目的投标、建造、质保、维修等各个环节，为促进中国企业在印尼基础设施建设的顺利开展提供了有力保障。

一、印尼保函基本情况

在印尼工程承包项目中，业主为避免因承包商违约而蒙受损失，通常要求承包商在工程承包合同中提供投标、履约、预付款等独立担保，开立语言为英语，多为见索即付保函，条款比较规范。结合印尼本国法律及监管政策，开往印尼的工程承包保函还具有以下国别特征：

1、被担保人为中印联合体

为保护本土企业和解决劳动力就业问题，印尼工程承包项目通常由承包商与当地分包商组成联合体共同完成，在此种情形下，保函中需约定联合体为被担保人，以便联合体中任何一方违约，业主均可发起保函项下索赔。

2、保函通常需要转开

印尼业主为方便索赔，通常要求保函通过印尼当地银行开立。并且，由于某些行业限制的规定，比如印尼油气田服务行业办理各类保函，必须在印尼国有银行办理，其他商业银行、跨国银行办理的保函不能在印尼石油部备案。

3、主保函开立币种多为印尼卢比

印尼的法定货币为卢比，实行相对自由的外汇管理制度，卢比可与美元、欧元等主要货币自由兑换。由于印尼当地货币贬值严重，为应对印尼卢比持续疲软走低，印尼央行于 2015 年 6 月 1 日颁布第 17/11/DKSP 号通知，正式实施境内禁止使用外币交易的规定。禁令规定，在印尼境内进行的交易，不论交易者是居民或非居民，是现金还是非现金交易，均须使用印

尼卢比。由于业主使用印尼卢比支付预付款或工程进度款，因此主保函担保金额多为印尼卢比，在反担保函中会约定以印尼央行（Bank Indonesia）在转开行索赔当日公布的印尼卢比兑美元的汇率折美元进行赔付。

4、保函含有固定到期日及索赔期限

工程承包项下履约保函到期日通常覆盖至质保期结束，即担保行收到终验证（Certificate of Final Acceptance）副本之日或具体失效日期，较早发生者为准。除了约定到期日，保函还规定了 14 天或 30 天索赔期（Claim Period），即保函项下索赔单据需在保函到期日后 14 天或 30 天内提交至担保行。因此，反担保函效期通常为主保函到期日+14 天/30 天索赔期+转开行合理索赔期限。

5、适用国际惯例及法律

由于印尼业主通常要求承包商提供见索即付保函，大多数主保函都适用 URDG758，反担保多为适用 URDG758 的见索即付保函或适用 UCP600 的备用证，但主保函中会约定适用印尼法并排除印尼民法典中部分法条。

6、保函允许转让

对于多数基础设施建设项目，尤其是私人投资的项目，通常由项目公司向银行融资的方式解决，作为借款人在融资协议项下提供的担保权益，承包合同通常会设置相关条款以与项目融资进行衔接，一是要求承包商与融资银行签署直接协议；二是要求承包商开具可转让保函，允许将保函索赔权转让给融资银行，有些业主甚至要求开立以融资方为受益人的保函。

二、印尼的国别司法及监管

1、印尼的法律制度

印尼的法律和法律制度的发展深受荷兰法律的影响。荷兰作为大陆法系国家，其法律条文以及相关制度都给印尼本有的法律习惯和传统的审判方式带来冲击，所以印尼的法律制度中不可避免的带有大陆法系色彩。

印尼法律文化呈现多元化的特点，其法律体系主要由三个方面构成：一是习惯法、伊斯兰法和荷兰法三者融合而成的刑法体系；二是以习惯法和伊斯兰法为主的民法体系；三是以荷兰法为基础的商法体系。由于历史原因，印尼法律系统比较复杂，在家庭、婚姻、继承等方面实行伊斯兰法，在世俗领域如行政、商业、刑事方面实行现代法。随着各种世俗法律法规的制定，印尼的法律虽然受到伊斯兰教会法的影响，但其整体偏向以成文为特征且拥有完整法律体系的大陆法系，故现行的印尼法律以大陆法系为基础，所以印尼系大陆法系国家。

2、印尼的担保制度

印尼没有针对独立担保的专门立法，相关的民事法律制度统一规定在 1847 年制定的印尼《民法典》(KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA)中。根据《民法典》第十七章 (Chapter XVII Concerning guarantees)，保证是保证人立约当债务人不能履行义务时，由其向债权人履行债务 (Article 1820)，担保制度为“一般保证”制度，担保人可以援引一般保证的“先诉抗辩权”原则，很多规定都无法直接适用于独立担保。

实务中，独立保函在工程承包项目中认可度较高，见索即付银行保函由于其独立于基础合同且见索即付，索赔条件相对简单而受到业主的普遍欢迎。印尼的见索即付保函与国际惯例基本相似，强调绝对的付款义务，即见索即付保函的担保人依照保函的约定承担绝对的付款责任。所谓的“绝对”一方面是指保函独立于基础交易，担保人的付款责任不随基础合同条款的改变、增加及修订而解除；另一方面，受益人向担保人索赔前无需先向申请人索赔、无需举证，担保人付款的前提只是索赔单据符合保函约定，并放弃额外的抗辩权利。

值得注意的是，根据印尼《民法典》，由于担保人享有先诉抗辩权，不同于见索即付保函项下，担保人需承担第一性付款责任并放弃抗辩权，因此适用印尼法的见索即付保函，通常在保函中约定排除《民法典》中有关先诉抗辩权的法条 (Article 1831, 1833, 1837, 1843, 1847, 1850)。并且，由于《民法典》第 1832 条规定了保证人不得行使先诉抗辩权的几种例外情形，因此见索即付保函的担保人通常在保函中明确表示依据该条款银行放弃法律赋予的特权 (WITH REFERENCE TO ARTICLE 1832 OF THE INDONESIA CIVIL LAW, THE BANK HEREBY RELINQUISHED/WAIVES ITS PRIVILEGES/RIGHTS GRANTED BY LAW TO CLAIM/DEMAND ON ASSET BELONGING TO THE PRINCIPAL AND/OR BOUND AS COLLATERAL BE CONFISCATED, SEIZED OR SOLD IN ADVANCE FOR THE DISCHARGE OF PRINCIPAL DEBTS.)。

3、语言法的要求

根据印尼 2009 年关于国旗、语言、徽章和国歌的第 24 号法律 (UU24/2009 号法律) (通常被称为语言法) 第 31 条规定，与印尼方签署的任何协议必须翻译成印尼语。第 24/2009 号法律第 31 条第 (1) 款规定：“在一方为印度尼西亚共和国国家机构或政府机构、印度尼西亚私营实体或印度尼西亚公民的谅解备忘录或协定中，必须使用印度尼西亚语。”第 (2) 款进一步规定：“上文第 (1) 款所述的涉及外国当事人的谅解备忘录或协定，也应以外国当事人的国语或英文书写。”这条法规是指在涉及印尼方的任何备忘录或协议中，使用印尼语成为一种法定义务，如果备忘录或协议中涉及外方，也需要使用外方语言或英语。如果缔约时未能履行法定义务，则违反印尼《民法典》第 1320 条之协议合法性的规定，那么该协议的合法性存疑。

政府还发布了关于使用印尼语的 2019 年第 63 号总统令，作为语言法的实施条例。该条例第 26 条第 3 款似乎暗示，印尼文本应是原文或母本，英文文本应是印尼文本的译本。然而，第 26 条第 4 款规定，如果发现印尼文本和外文文本之间有不一致之处，当事各方可以自由选择以哪方文本作为依据。

4、反洗钱制度

印尼在 2002 年制定了《洗钱犯罪法》，通过刑事措施来制裁洗钱犯罪及其相关犯罪。该法把 15 种严重刑事犯罪均纳入洗钱罪的上游犯罪，符合《联合国反腐败公约》等国际公约关于将腐败犯罪和其他严重犯罪列为洗钱罪的上游犯罪的要求，与国际洗钱犯罪立法的发展基本上同步。根据印尼《洗钱犯罪法》，构成洗钱行为的，将会被处以 5 年以上 15 年以下的监禁，并处 50 亿卢比以上 150 亿卢比以下的罚款。单位的管理人员或者其代理人以单位的名义实施洗钱犯罪行为的，除对管理人员、代理人处以规定的监禁和罚金外同时对单位处以罚金。单位承担罚金的数额为 200 亿卢比。除对单位处以罚金外，还可以吊销其营业执照，对其进行清算后予以解散。

5、印尼对中国民事司法裁决、仲裁裁决的承认与执行

中国企业与印尼开展经贸合作的过程中，如果发生争议，可通过以下三种方式解决纠纷：诉讼、仲裁以及其他争议解决方式。除此之外，还可以借助一些国际法律制度来维护自身合法权益，主要有国际组织制定的一系列的国际公约，如《解决国家与他国国民间投资争议公约》、中国和东盟十国“中国-东盟自由贸易区”的框架下建立的投资争端解决机制及世贸组织的相关协议。

(1) 印尼对中国民事司法裁决的承认与执行

由于印尼和中国尚未缔结或参加有关承认和执行外国法院裁决的专门国际公约，如《关于民商事案件中国际判决的承认与执行公约》，而且印尼与中国之间，东盟和中国之间并未签署有关民事司法裁决的承认和执行的条约或者协定，因此，目前印尼和中国对外国民事司法裁决的承认与执行的法律依据主要是各自的国内法。印尼法院不承认和执行包括中国在内的其他国家的民事司法裁决。当事人申请在印尼执行民事司法裁决的，应向印尼法院重新提起诉讼。

(2) 印尼对中国仲裁裁决的承认与执行

由于印尼和中国均是《纽约公约》的缔约国，两国仲裁裁决的承认和执行事项，适用《纽约公约》的相关规定，当事人申请在印尼执行中国的仲裁裁决应向执行法院提交经公证的裁决书的正本或经认证的副本，并获得印尼最高法院颁发的执行令状。

三、印尼工程承包制度

印尼没有专门针对工程承包的法律，工程承包法律体系不完整。首先，印尼没有针对工程承包进行专门立法，而是将相关规定置于纷繁复杂的其他法律制度中。比如，工程承包的招投标环节涉及投标法与政府采购法，项目融资环节涉及银行业法与担保法，合同签订环节涉及合同法等，涉及的领域广泛，部门法律众多，易产生风险。其次，同其他发展中国家一样，印尼法律制度变动比较频繁，对一个周期较长的工程承包项目而言，承包商将面临法律变动的风险。工程承包法律关系的建立主要是通过招投标方式，因此政府公共采购法律制度是印尼工程承包立法体系的重要内容。

1、实行许可制度

在印度尼西亚承包工程的主管部门是公共工程部。中标的外国公司必须在印尼成立有限责任公司或代表处并取得印尼公共工程部颁发的承包工程准字，方可与项目业主签约。从事承包工程业务的外国公司，其印尼合作伙伴必须是具有“A”级资格的印尼承包商协会或印度尼西亚承包商联合会成员。进行工程咨询业务的公司，印尼合作伙伴必须是具有“A”级资格的印尼咨询协会会员。“A”级资格的承包商是指有价值1亿卢比的设备，至少3名工程师，一年至少有10亿卢比营业额的工程承包商。

2、禁止领域

印度尼西亚限制外企在政府基础设施工程的投资，以保护国内企业市场份额。外资企业只被允许参加基础设施部门建筑价值在1000亿卢比以上和其他部门采购和服务价值在200亿卢比以上的投标。此外，外资企业只许参加合同价值在100亿卢比以上的服务咨询投标。外企投资受限制的范围只在经费来源为国家收支预算的政府采购方面。如果工程由私企主导，则不受此限制。

3、招标制度

印尼工程建设实施严格的招标制度，不进行公开招标的项目需要特别说明。根据印度尼西亚国家法律和国际金融组织项目要求规定，由国际金融组织贷款或援助项目，一律采用招标方式，投标者的资格预审、招标程序均按FIDIC条款要求进行；而使用某一特定国际政府贷款项目，一般采用在援助国国籍公司中公开招标形式，但也可通过两国政府协商确定项目实施公司；印尼政府自筹资金项目的招标形式比较灵活，视情况可进行国际招标或只在印尼公司中招标；私人项目则由项目业主自行决定议标或招标。

四、印尼保函业务风险防控建议

综上所述，中国企业和银行可以从以下几方面对开往印尼的保函进行风险防范：

（一）注意事前调查，做好风险评估

1、印尼政府行政效率低下、腐败问题高发，土地实行私有化政策，过度保护本地劳工、限制外国劳工输入。为减小政权更替、政府行政效率带来的风险，降低征地成本，满足印尼政府劳工本地化要求，中国企业在工程承包前应做好政策预判、做好政策储备工作，将征地的的工作交由印尼政府处理，了解印尼劳工政策和风俗习惯，尊重穆斯林宗教信仰，有效进行属地化管理。

2、充分了解所涉项目相关的法律规范和经济政策及其变动情况，遵守当地工程项目涉及的各项法律及反洗钱制度，谨防因法律规范和经济政策的变动造成的经验风险，充分评估项目的可行性。

3、调查承包工程项目的资信情况，如工程项目是否已有印尼政府的批准文件；工程项目的资金是否已落实，资金来源是否有保证；工程方案是否确定，建设用地是否落实及工程业主的资信情况等。

4、谨慎选择当地合作伙伴，做好充分的尽职调查，全面了解合作伙伴的资信情况、劳务状况，确定合作条件及合作关系，避免在工程建设中与合作伙伴发生纠纷。

（二）争取合同和保函的有利条件

1、由于印尼的法律体系并不十分健全，法律变动较为频繁，中国企业应尽可能选择中国企业比较熟悉的法律体系作为合同准据法；此外，由于印尼司法机构效率低下，法院处理合同纠纷的周期过长，中国企业可选择仲裁方式作为合同纠纷的解决方式，在合同中约定将争议提交第三国（发达国家）仲裁机构进行仲裁。

2、在进行合同报价时，应充分考虑项目涉及的成本及一些不可预见的费用，鉴于印尼央行的外汇管理制度及汇率风险，工程款应尽量多争取人民币或美元的支付比例，在当地采购材料和劳工报酬支付等尽量使用印尼卢比进行支付，降低汇率风险。在合同中尽量约定保函开立币种为美元或人民币，若合同仍然要求主保函以印尼卢比开出，应在反担保中约定以等值美元或人民币进行赔付的条款，明确具体日期、具体金融机构的挂牌汇率，并约定最大担保金额，以规避印尼卢比汇率波动造成的担保行风险敞口。

3、注意审查保函文本，设置合理、清晰的保函条款。在保函违约事项、担保金额、索赔单据、保函生效及失效条款等关键问题上，应将其与合同条款进行匹配，并做到清晰、明确、独立性、单据化，尽量适用国际惯例 URDG758，约定适用中国法或法律体系健全的外国法律（如英国法、新加坡法等），或约定由发达国家的仲裁机构（如 SIAC）解决保函争议；为降低业主滥用索赔权、增强对业主索赔的制约，索赔单据的设置不易过于简单，尤其是覆

盖质保期、工程缺陷期的履约保函，应要求业主索赔时提交第三方单据，如监理工程师出具的证明等。

4、谨慎开立可转让保函。在保函条款方面，应尽量避免将索赔权转让给融资方，仅允许让渡保函款项。若业主及融资方坚持要求开具可转让保函，应约定仅同意融资银行在业主违约时接管项目成为实际业主后，将保函转让给融资银行，以避免融资方在非基础交易违约的情况下向担保人发起索赔。

5、注意印尼语的使用，避免相关文件因未以印尼语开出而导致交易无法进行，并对印尼语文本在当地做好公证。此外，除有些领域存在特别规定外，一般情况下双语版本的民商事合同，法律虽然规定必须要使用印尼语起草，但并未规定以哪种语言为准，中国企业可在协议中约定“本合同以两种语言签署，即中文和印尼文，如果中文和印尼文在解释或含义中出现歧义，则在法律法规允许的范围内，以中文为准”，从而防止翻译风险。

（三）重视保后跟踪管理

1、密切关注印尼政治、经济局势，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；关注政策和外汇变化，警惕政策风险和汇率变动风险。

2、申请人应按合同要求按期履约，根据合同约定的时间及方式，对预付款及时抵扣；银行与企业之间要保持沟通，关注工程进展情况，依据保函条款及时办理保函展期、减额和销卷。

3、对于小币种保函，银行应关注汇率波动情况，若突破风险敞口红线时，应要求企业追加保证金等。

作者：罗洁，招商银行总行国际业务中心，国际结算专家组副组长。