

对我国工程保证担保制度的探讨

吕文学 葛飞 杨林峰 (天津大学)

目前,我国的工程保证担保制度尚处于起步阶段,还不够完善。本文拟就建设领域存在的问题,对工程担保制度作进一步深入探讨,并就今后有效开展工程担保制度提出见解。

作用机理

建设领域中,由于交易双方之间存在着信息不对称,所以业主往往要求承包商出具由独立第三方做出的信誉担保。这种对信誉担保的需求,需要通过一套对各方均有约束力的建设市场管理制度来完成,即工程保证担保制度。

《牛津法律大辞典》对担保的

解释是:担保是指加强或增加某人的责任,特别是付款或还债的责任保证。简言之,担保是指对某种事项即某一法律义务的履行或责任承担做出的保证。

我国《担保法》中采用保证一词,并将保证定义为“保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的为”。

工程项目中所涉及的工程保证担保是指在工程承包活动中保证人应某一方(债务人或被保证人)的要求,向另一方(债权人)做出书面承诺,当债务人或被保证人不履行合同或支付,以致债权人遭受损失时,保证人在一定金

额和一定期限内代为履行合同或支付的一种行为。

同时,作为保证人会运用反担保机制,要求被保证人对其可能产生的违约行为提供反担保,以保护自己的利益。对有较高信誉的被保证人,债务人提供反担保的成本将很低,会在市场竞争中具有较强竞争力。

在工程项目的运作中,被保证人(承包商)购买业主的招标文件,并按招标文件的要求提交相应的投标保证金(如投标保函、母公司保函等等)。评标后,业主会要求中标人(承包商)签订合同并提交履约保证(如履约保函、预付款保函等等)以换回先前提交的投标保证金。

表 1

工程保证担保类型

| 序号 | 担保种类 | 简要描述 | 有效期 |
|----|---------------|---|----------------------|
| 1 | 投标保证金 | 约束投标人在投标时,必须严格遵守投标人须知的规定,否则其投标保证金将被没收。保证的类型可能是保付支票、信用证或银行保函。 | 投标有效期再延长 28 天。 |
| 2 | 履约保证 | 保证承包商履行合同职责和义务。分为银行履约保函和担保公司出具的履约担保。 | 从开工日期到质量维修期满(或竣工日期)。 |
| 3 | 预付款保函 | 保证承包商正确使用预付款和按合同约定方式返还预付款。 | 从收到款项开始至还清款项止。 |
| 4 | 关税保函(设备进出口保函) | 保证承包商为实施工程免税进口的施工设备和设施在完工后再出口,或向当地海关纳税。 | 施工设备和设施滞留工程所在国期间。 |
| 5 | 维修期保函(保留金保函) | 保证承包商在工程完工后的质量保修期(一般是一年)内,履行合同中规定的质量保修义务。 | 工程竣工移交日后的一年内。 |
| 6 | 母公司保函 | 承包商的母公司向业主出具的保证承包商履约的担保。 | 合同有效期再延后一定期间。 |
| 7 | 付款担保 | 分为两种。一种是保证项目业主向承包商支付进度款的业主付款担保,另一种是保证承包商向其分包商或雇员按时支付报酬的承包商付款担保。 | 合同有效期再延后一定期间。 |

在进入质量维修期后,业主要求承包商提交质量维修保函以换回施工期间扣除的保留金。

承包商违反合同时,业主会根据保证担保向保证人提出索偿要求,要求保证人代为履约或支付赔偿款。在担保公司代为履行合同或支付后,其由保证人变为债权人。这时债权人可以根据与被保证人间的反担保,通过必要的程序,拍卖债务人的财产实现债权。

从以上分析可看出:如果被保证人违约,最终遭受损失的人将是其自身。这也是工程保证担保制度具有防止违规操作、减少质量事故、解决拖欠工程款和农民工工资等问题作用实质,即被保证人必须为自己的违约行为付出代价。

类别及其作用

在国际承包工程活动中常遇到的担保类型如表 1 所示:

表 1 中,履约保函的有效期限截止时间分为两种:一种是到竣工移交工程日止,一种是质量维修期满止。如果是前者,通常必须提交一份维修期保函。

根据 FIDIC 合同条件(1999 年第 1 版)保留金是业主扣留承包商的一笔现金,当每月向承包商支付工程进度款时,扣留进度款额的 10%,其总额累计达到合同价格的 5%时停止扣留。其作用与履约保函相同,但保留金是一笔现金,直接保留在业主手里,业主在承包商违约而向其提出索赔时,处理起来要比履约保函容易。在工程竣工移交时,业主会将一半保留金退还承包

商。而后一半保留金,承包商可通过向业主提供等额的保留金保函方式,换回现金。

从在担保条件中对担保提出索偿的规定角度,上述各类保函可划分为有条件保函(Conditional Guarantee)和无条件保函(Unconditional Guarantee)。有条件保函通常要求业主在提出索赔并获得支付前,必须满足一定的条件,如通知承包商,并确定违约。而无条件保函,又称为见索即付(On-Demand Guarantee)保函,在业主提出索赔时,不需要满足任何条件。

工程保证担保制度通过在以下方面发挥作用,将在很大程度上抑制建设领域违规操作的滋生:

1. 保障合同履行的作用

保证合同履行是其基本功能,在美式高保额保函中,承包商不能履约时,保证人首先调查不能履约的原因,寻找继续履约的有效措施:若有进一步履约的可能性,则向其提供必要的帮助;否则,承包商或赔偿因此给业主造成的损失或业主接收工程以便引入新的承包商继续履约。

2. 规范投标的作用

承包商提交的投标保证金将约束其严格遵守投标人须知的规定,如出现下列情形将没收其投标保证金:在递交投标截止时间后随意撤消投标书;或拒绝接受业主要求其修改标书中的计算错误;或介入违规操作或欺诈行为;或拒绝签订合同;或拒绝提交履约保证等等。

3. 保证恰当使用资金的作用

预付款保函将保证承包商将全部资金正确地用在本工程上,如



○工程保证担保制度将在很大程度上抑制违规操作的滋生。本刊资料

果发生挪用预付款资金等违约行为,业主有权针对预付款保函向承包商提出索赔。

4. 保证工程质量作用

履约保证和维修期保函要求被保证人严格按合同规定履行合同义务,否则工程项目业主就可以针对履约保证向承包商提出索赔。

5. 清欠工程款作用

建设领域存在的拖欠付款现象,损害了债权人的利益,扰乱了工程承包的秩序,造成了严重的社会不稳定因素,而工程保证担保机制中的付款担保可有效保证清欠工程款。

工程保证担保制度作为一项市场经济制度,是政府一部分职能的社会化,它以市场经济的手段对工程项目的实施进行强有力的监督,建立起一道硬性的市场准入门槛。国外经验证明,它在工程建设过程中的确发挥了积极的作用。

我国工程保证担保体系分析

我国的工程保证担保体系由国家法律、国务院颁发的行政法规、各部委办颁发的部门规章、各地方政府颁布的规定和细则以及当事各方签订的合同等五个层次构成。

我国与工程保证担保相关的法律包括《中华人民共和国担保法》和《中华人民共和国招标投标法》,但在《建筑法》中未提及工程保证担保。《招标投标法》第46条规定“招标文件要求中标人提交履约保证金的,中标人应当提交。”从此条规定可以看出,实际操作中是否需要提交履约保证取决于招标方。对工程承包活动中

涉及的其他保证形式我国法律体系中并未做出规定。

截至目前,国务院和各部委办颁发的一系列的行政法规和部门规章,如建设部已出台的《建设工程质量管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》和《建设工程安全生产管理条例》等,均未正式地、强制实行工程保证担保制度。

由国家发展和改革委员会等六部一局颁发的《工程建设项目施工招标投标办法》(自2003年5月1日起施行)第三十七条规定“招标人可以在招标文件中要求投标人提交投标保证金。投标保证金除现金外,可以是银行出具的银行保函、保兑支票、银行汇票或现金支票。”第六十二条规定“招标文件要求中标人提交履约保证金或者其他形式履约担保的,中标人应当提交;拒绝提交的,视为放弃中标项目。招标人要求中标人提供履约保证金或其他形式履约担保的,招标人应当同时向中标人提供工程款支付担保。”

由国家发展和改革委员会等六部一局颁发的《工程建设项目勘察设计招标投标办法》(自2003年8月1日起施行)第二十四条规定“招标文件要求投标人提交投标保证金的,保证金数额一般不超过勘察费投标报价的百分之二,最多不超过十万元人民币。”第四十四条规定“招标文件要求中标人提交履约保证金的,中标人应当提交;经中标人同意,可将其投标保证金抵作履约保证金。”

为从源头上解决建设领域拖

欠工程款以及拖欠农民工工资问题,经国务院同意,由建设部等六部委颁布的“建市[2004]1号”文件“关于贯彻《国务院办公厅关于切实解决建设领域拖欠工程款问题的通知》的实施意见”第八条规定“积极推行工程担保制度,包括业主工程款支付担保、建筑业企业履约和分包工程款担保、劳动者工资支付担保等。当前重点是要求不按合同支付工程款的企业和投资人提供业主工程款支付担保,从源头上防止新的拖欠发生。鼓励建设单位投保建筑工程险、安装工程险和建筑商履约责任险。”

以上引文内容使用了“招标人可以”、“招标文件要求”、“积极推行”以及“鼓励建设单位”等非强制性用语,是否采用工程保证担保主要取决于招标人。因此,相关法规不完善、企业信用制度不健全、担保市场不成熟以及复合型担保专业人才的缺乏导致在很多项目的建设过程中,事实上均未采用工程保证担保。正因如此,才导致了建设业中的一些违规操作现象。

从以上分析可以看出工程保证担保有着预防建设领域中违规操作的重大作用,但是这种作用,在我国建设业的发展中,必须通过完善立法等基础工作才能实现,建议在我国的《建筑法》及相关法规中对在国家投资项目中采用工程保证担保制度做出明确规定。同时,培养企业的工程保证担保意识,培养复合型的高级担保中介从业人员,促进工程保证担保市场发展。