

文章编号:1006-7329(2003)04-0091-04

## 履约保证金应向谁提交

单 健

(重庆大学 建设管理与房地产学院, 重庆 400045)

**摘要:**随着工程建设项目规模的越来越大,风险也随之增大,业主为了高质量的完成工程,会要求承包商在签订合同前提交履约保证金,但关于履约保证金的含义及形式,很多人不是很清楚,国内也存在许多不规范的做法,因此引起各种各样的纠纷,给项目的顺利完成带来困难。本文以一个案例为引子,结合国际惯例,对履约保证金的含义及表现形式做了较详细的介绍,重点介绍了履约保证担保,同时针对目前我国履约担保的现状,借鉴国际经验,提出若干建议。

**关键词:**履约保证金; 银行保函; 履约保证担保

中图分类号:TU723.1

文献标识码:A

## Who Should Accept the Performance Security Sum

SHAN Jian

(College of Construction Management and Real Estate, Chongqing University, Chongqing 400045, P. R. China)

**Abstract:** As the project volume increases, the risk will increase correspondingly. In order to finish the project successfully, usually, the client would ask the contractor to submit a performance security sum. However, its meaning and form are not very clear and there is a lot of abnormal operation in China. Many dissensions have been arisen, which make the project performance difficult. Starting with a case study combined with international convention, the meaning and form of the performance security sum are explained in detail and the performance bond is introduced as a main point. At the same time, aiming at the actual situation in China some instructive advice according to international experience is put forward.

**Keywords:** performance security sum; bank guarantee; performance bond

### 1 案例

某大厦建设工程即将开工,开发商与施工方签订了一份履约保证金协议,约定由施工方向开发商支付500万元作为履约保证金,期限为一年,同时约定了补偿办法和违约责任等。协议签订后,经开发商认可,施工方实际支付450万元,开发商收取巨额保证金,即将其挪用于工程建设,一年期满开发商未按约如期履行返还义务。双方于1999年9月24日签订补充协议,约定从1999年10月起,按月归还,每季度不少于225万元,在2000年3月前归还全部保证金,但开发商仍未按时归还,施工方催索无着遂书面通知开发商解除补充协议,并提出诉讼,要求开发商归还保证金及利息。

### 2 什么是履约保证金

我国《招标投标法》第46条第2款规定:“招标文件要求中标人提交履约保证金的,中标人应当

• 收稿日期:2003-04-02

作者简介:单 健(1979-),男,江苏连云港人,硕士生,主要从事工程项目管理研究。

提交。”什么是履约保证金？应当向谁提交？金额的幅度？这里并没有作出解释和规定。履约保证金属于担保的范畴，根据我国1995年10月1日实施的《担保法》，有保证、抵押、质押、留置和定金五种形式，履约保证金属于哪一种呢？让我们先看看国际上关于履约担保通行的作法，《世行采购指南》2.38规定，“工程的招标文件要求一定金额的保证金，其金额足以抵偿借款人（招标人）在承包商违约时所遭受的损失。该保证金应当按照借款人在招标文件中的规定以适当的格式和金额采用履约担保书或者银行保函的形式提供。担保书或银行保函的金额将根据提供保证金的类型和工程的性质和规模有所不同。”世行贷款项目招标文件范本《土建工程国内竞争性文件》51.3规定，“业主应从保证金的开出机构所获得的索赔通知承包人”。FIDIC《土木工程施工合同条件》10.1规定，“如果合同要求承包商为正确履行合同取得担保时，承包商在收到中标函之后28天内，按投标书附件中注明的金额取得担保，并将此保函或担保书提交给雇主；该保函应采取本条件附件中的格式或由雇主和承包商双方可能同意的格式。”从上面这些国际上的示范合同文本中，我们可以看出承包商应从担保机构取得相应保函或担保书，交给业主，当承包商没有履行合同应尽义务时，业主有权从担保机构获得赔偿。担保机构可以是银行或专业的保证担保公司。可见，履约保证金应属于五种担保形式中保证的范畴。所以履约保证金不能向发包人提交，因为发包人尤其是开发商建设资金没有落实的话，一笔可观的资金到手，不挪用、不先用似乎是不可能的，而履约保证金一旦被挪用，就起不到《担保法》规定的“保障债权的实现，发展社会主义市场经济”的目的。问题还在于，按照立法的原理，保证人、保证金均应由债权人和债务人之外的第三人来担当和提供，无论采取履约保函还是履约保证担保的形式，本质上都是一种信用保证，承包商凭借其良好的信誉取得担保，这也与我们国家建筑市场不规范，信用机制不健全有着深刻关系。所以，前述案例中的500万只能是类似定金的性质，而不能称为履约保证金，履约保证金在承包商违约前只能是纸面上的概念，只有当承包商违约时，业主才可以从第三方保证机构获得赔偿，必须要从概念上明确。我们只有首先从认识上提高自己，进而才能明确改革的方向。

### 3 国际上常用的履约担保的形式

现在我国履约担保主要是采取定金的形式，即在上述案例中出现的情况，业主要求承包商交纳相当数量的金额，一般占合同价格的20%，因此存在许多业主拖欠定金甚至靠欺诈骗取定金的违法行为；一些银行也在开展银行保函的业务，但规定许多很严格的条款，不仅要吸纳约50%保证金数量的金额，剩余还要求提供抵押等；至于提供保证担保的专业担保公司，目前只有长安保证担保公司一家。国际上用的比较多的就是履约保函（银行保函）和履约保证担保。采用何种保证形式，各国组织和各国习惯有所不同，北美习惯采用履约保证担保，欧洲则采用银行保函，只有世行贷款项目列入了上述两种保证形式，由投标者自由选择采用其中任一种形式，亚洲开发银行则规定只采用银行保函。下面以美国为例，重点介绍履约保证担保，也是目前我国在试点推广的担保形式。

履约保证担保，就是保证合同的完成，即根据业主为一方，承包商为另一方所签订的施工合同，保证承包商承担合同义务去实施并完成某项工程。此保证担保责任如下：承包商应正确地履行和遵守所签合同中规定的承包商一方按合同的真实含义和意图应履行和遵守的所有条款、条件和规定；如果承包商出现因资金、技术、非自然灾害、非意外事故等原因导致承包商违约，包括：①施工过程中，承包人中途毁约；②承包人任意中断工程；③承包人不按规定施工；④承包人破产、倒闭等。则保证担保人将采取多种措施，保证合同的履行，赔偿业主因此造成的损失，直至达到保证金额为止。保证担保人可采取的方式如下：①向承包商提供融资、资金上的支持，避免承包商宣告破产而导致工程失败的恶果；②向承包商提供技术支持或其他形式的资助，使其有能力继续完成合同，工程得以继续进行；③安排发包人满意的新的承包商接替原承包商继续完成工程项目；④自己组织力量保证按照合同规定的质量、工期、造价等要求全部履约；⑤与发包人协商，发包人重新开标，中标

者将完成合同的剩余部分,由此造成的造价超出原合同的部分,保证担保人予以赔偿,但不能超过担保金额;⑥如果业主对以上解决方案均不满意,保证担保人将根据业主的损失,按照履约保函额度予以赔偿。履约保证担保可以有两种履约形式,一种是无条件的,是指业主只要致函担保公司声明承包商违约,而无需提供任何证据,担保公司即履行保证责任;另一种是有条件的,则要求业主提供承包商违约的证据,例如:监理工程师的报告、仲裁机构的裁决书、法院的判决书等,保证担保人才会履行保证责任。一般来说,担保公司提供的履约担保都应该是有条件的。无论是履约保证担保还是银行保函,本质上都是《担保法》中保证的担保形式,但二者在担保的主体、内容等有区别:①履约保证担保是一般由专业的保证担保公司来提供,而银行保函由银行提供;②履约保证担保不仅能赔偿保证金额,而且能提供专业性的服务,帮助业主完成合同内容,而银行保函只赔偿保证金额,但二者都以担保合同中约定的保证金额为限;③履约保证担保一般是有条件的,而银行保函多是无条件的。

美国是全世界最早也是最大的保证担保市场,从1894年联邦公共工程运作保证担保,已经有100多年的历史,在全世界35亿美元的保证费收入中,美国占60%以上,可见美国工程保证担保应用之广泛。用信用保证机制规范工程市场主体行为,守信者信誉高,保证人愿意担保,费率低,甚至免保费,就容易得到更多的订单;而有不良信用的主体,没有人愿为其担保,无法获得信用服务,就无法生存于市场。美国佛罗里达大学营造工程系主任张维麟教授几年前就向建设部提议开展工程保证担保制度的三联单。他特别指出:“实行工程保证担保制是使中国建筑业走向国际的最重要的第一步,纵观世界各国制度,谁没有工程保证担保制度,谁的建筑业就无法取得进步。”我国建筑领域采用工程保证担保制度也是大势所趋。

#### 4 目前我国工程保证担保发展状况

1997年11月,建设部组织中国建筑业风险管理考察团赴美国访问。考察团回国后即向建设部党组提交了考察报告,并翻译了大量美国工程保证担保公司的资料,认为“借鉴美国工程保证担保业保险,对于推动我国质量保证监督机制的建立,具有很大的意义”。1998年5月,建设部发出“关于一九九八年建设事业体制改革工作要点”的文件,明确提出“逐步建立健全工程索赔制度和担保制度”;“在有条件的城市,可以选择一些有条件的建设项目,进行工程、质量保证担保的试点”。1998年7月,国家批准长安保证担保公司挂牌成立。长安保证担保公司是我国首家专业化的工程保证担保公司,商业化运作,股份制形式组建,以工程保证担保、质量保证担保、信用保证担保和住房保证担保为特色。

长安保证公司成立以后,先后与北京市建委、上海市建委、天津市建委、河北省建委、深圳市建设局签订合作协议书或开展有关合作,在上述五省市具体实施了建立我国工程保证担保制度的试点工作。1997年7月,建设部政策法规司、中国建筑业协会、中国房地产及住宅研究会、中会新闻文化促进会、中国质量万里行杂志社与长安保证担保公司联合举行“建立我国工程保证担保制度高层研讨会”,邀请了14个省市建委、建设厅(局)负责人参加。会方方针政策讨论起草了《建立我国工程保证担保制度试点工作大纲(草案)》。1999年12月,建设政策法规司、长安保证担保公司、北京经济管理研究培训中心中心联合举办了为期一周的“建立我国工程保证担保制度第一期高级研修班”,试点省市、国家开发银行、中国人民保险公司、中国民生银行代表80余人参加。郑一军副部长出席座谈会并作了重要讲话。

长安保证担保公司已与中国人民保险公司、国家开发银行、中国民生银行签订合作协议或达成合作意向,形成联合体共同开展工程保证担保和工程保险,还与世行、亚行在高速公路项目上进行了试点合作。经中国人民银行和国家有关部门同意,长安保证公司在上述五个试点省市设立了分支机构。可见虽然工程保证担保制度在我国刚刚起步,但已取得了可喜的成绩。特别是长安保证

担保公司的成立,标志着我国建设市场运行机制的改革与国际惯例接轨,按照 FIDIC 条款方式建立新型的工程质量保证监督机制。

## 5 结语

我们也应看到,总的来说,现在国内的担保市场还是很不规范的,象前面案例引起的纠纷时常发生,如何减少这类纠纷,逐渐向规范化的做法靠拢,与国际惯例接轨,成为摆在我们建设管理者面前一个重要的课题。我觉得可以从以下几个方面做出努力:①完善立法。虽然《担保法》、《建筑法》、《合同法》等法律已经出台,但实行工程担保,还必须建立符合建筑业和工程建设特点的配套法规,使得工程担保的运作有法可依,有规可循。比如对履约保证金的表现形式,提交方式,金额大小等做出规定;②建设行政主管部门要对承包商向业主提交定金的做法做出限制,防止各种欺诈行为的发生;③进一步完善目前的建设工程示范合同文本和制定担保合同的示范合同文本。目前建设工程示范合同文本担保的条款很少,只是笼统提到发包人向承包商提供履约担保,承包商发包人提供履约担保,这些条款在实际使用中必须加以细化;④一方面不断完善承包商的信用机制,另一方面,银行及专业担保公司在扩大自己业务、壮大自身队伍的同时可考虑适当降低担保的门槛,为广泛推行保函和保证担保创造条件;⑤大力宣传教育,定期不定期的组织培训,这点很重要;6、当条件成熟时,可借鉴国外经验,强制推行保证担保,这样一些不良信用的承包商将逐渐退出建筑市场,一方面净化了建筑市场,另一方面也为实行最低价中标创造了条件。

罗马城不是一天建成的,美国保证担保制度已经实行了 100 多年,我们才刚刚起步,还有很多东西要去学习、去摸索。改革不会是一帆风顺,必将遇到许多问题,需要政府、各金融机构、专业组织和各有识之士共同的努力与协作。笔者在这里希望能起到抛砖引玉的作用,引起各方面的关注。中国已经加入 WTO,面对我们的既是机遇又是挑战,但我相信我们能够抓住这个契机,在不远的将来迎头赶上,使中国的建筑业迈上一个新台阶。

## 参考文献:

- [1] 朱树英.建设工程法律实务[M].北京:法律出版社,2001.
- [2] 何伯洲.建设工程合同实务指南[M].北京:知识产权出版社,2002.
- [3] 何伯森.国际工程招标与投标[M].北京:水利电力出版社,1994.
- [4] 费志强.美国工程保证担保制度的发展及应用[EB/OL].www.cmw21.com.
- [5] 关于工程保证担保制度的情况简介[EB/OL].www.cncnet.com.

