

内 容 摘 要

学校编码: 10384

分类号_____密级__

学 号: 200208167

UDC_____

学 位 论 文

工程保证担保制度研究

Study on the System of Construction Surety
Bonds/Guarantee

王 锋

指导教师姓名: 黄健雄 副教授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交时间: 2005 年 4 月

论文答辩日期: 2005 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2005 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

2005 年 4 月

内容摘要

本文首先详细介绍了工程保证担保的基本概念和制度特点,并以我国现行法律体系为考查点,对于工程保证担保方式的法律性质进行了分析界定。对工程保证担保的类型及实际运用机制按照工程保证担保在工程实施各阶段的具体应用作了详细介绍,其中重点介绍了投标保证金担保、履约保证担保、付款保证担保、业主支付担保、反担保等。

在此基础上,通过对我国现有几种担保手段的比较分析,论证了在工程建设担保领域实行保证担保方式的科学性和经济性。紧接着,本文还结合我国工程风险管理实际状况,将工程保证担保制度与工程监理制度、工程保险制度这两种传统工程风险保障手段进行了深入的对比,较为详细的论证了工程保证担保制度与现行工程风险管理措施的区别与联系。

随后,笔者对于工程保证担保制度在我国推行的必要性和紧迫性进行了深入全面的分析论证,详细分析了工程保证担保制度在我国应用的价值功能,并对我国实行工程保证担保的法制制约因素和现实障碍进行了分析,并提出了相应的改进意见。

最后,笔者通过对国际工程界三种通用担保模式的对比分析,对我国建立工程保证担保制度的最终模式选择和现阶段过渡模式设计提出了合理而现实的建议,创造性地提出了建立起“集三种模式优点为一体的有中国特色的保证担保制度”的构想。

在具体的保证品种选择方面,本文结合国内工程市场的实际问题 and 需要,指出我国应率先培育投标保证金担保、履约保证担保、付款保证担保、业主支付担保等担保品种。在这一部分,笔者创造性地提出了“业主支付担保应采用有条件高保额银行保函的模式”,并针对其现实应用的问题提出了“高保额递减”这一具体操作模式。这是一项制度上的创新设计,它为业主支付担保这一核心担保品种在我国的应用铺平了道路。

此外,笔者还综合了近年来国内工程风险管理领域的最新意见,为我国工程担保制度创新担保品种的设计提出了一些具体而合理的建议。

关键词: 工程保证担保; 风险控制; 法律属性

厦门大学博硕士论文摘要库

Abstract

As an international convention, Construction Surety Bonds/Guarantee is an important credit instrument to guarantee the performance of a construction contract in many developed countries. It plays a non-replaceable role in avoiding risk of credit in the performance of construction contract. As China enters into WTO, to practice this system seems more necessary. So the research on it has important academic and realistic meaning and broad prospects of application in China.

The paper introduces the basic theory of Construction Surety Bonds /Guarantee including its concept, the connotation, the used practical modes, the common kinds of products in Practice, the legal characters, and the function in domestic practice.

The author also emphasizes the correct understanding of the meaning of contract guarantee, discusses the reason why other fashions of bonds are not used in construction contract guarantee, and points that according to the surety law in China, construction surety bonds only adopts guarantee mode.

Then, the author discusses the modes and law propriety of Construction Surety Bonds/Guarantee. With the view of Chinese

surety law system, the paper mainly analyses the foundation in law and summarize the legal characters of this system in Chinese surety law.

It's an international custom to require surety bonds or guarantees in construction market. However, the practices in different countries vary considerably and can hardly be followed as a unified system model. So, it's very important to know which mode is the fittest one to the reality in China.

To answer the question above, the paper discusses and contrasts all different types of bonds/guarantee, the major practical modes in the market, the penalty levels, and most used surety bonds products. By which one can understand the surety bonding system thoroughly and precisely.

But the establishment of China's own Construction Surety Bonds/Guarantee is a very hard task. There are too many obstacles both in the legal system and in the construction market. The lack of the special law or regulations is the largest obstacle to carry out the Construction Surety Bonds/Guarantee in China.

Based on the intensive analysis and summary of several kinds of modes in practice, integrated with the present

situation of China, the paper discusses how to gradually set up and promote the Construction Surety Bonds/Guarantee system in our country, and points out that the conditional bonds with high penalty is the best choice for China. It can maintain the order of construction market, obligate each side to carry out one's word and keep the contract, and realize the open, just and fair environment.

Based upon its current situation in China, the paper points out that the Bid Bond, the Performance Bond, the Payment Bond, and the Employer Payment Bond should be developed preferentially. Also, the paper puts forward some new means in practice which widen the traditional Construction Surety Bonds/Guarantee system.

Key Words: Construction surety bonds; Risk management; Legal analysis

目 录	
前 言	1
第一章 工程保证担保制度概论	4
第一节 工程保证担保制度的概念解析	4
一、工程保证担保的概念	4
二、相关概念解释	5
第二节 工程保证担保制度的应用模式	6
一、专业保证担保机构担保模式	6
二、银行担保模式	7
三、“母公司担保”模式	8
四、“替补承包商担保”模式	9
第三节 工程保证担保的品种及应用	9
一、投标保证担保	9
二、履约保证担保	11
三、付款保证担保	13
四、业主支付担保	14
五、预付款保证担保	15
六、保修保证担保	15
七、分包保证担保	16
八、差额保证担保	16
九、反担保	16
十、其它保证担保	17
第四节 工程保证担保中的资信审查和运营风险规避	18
一、保证人对承包商资信评估审查的范围	18

二、工程保证担保运营风险规避.....	21
第二章 工程保证担保的法律属性分析及相关制度比较研究....	23
第一节 工程保证担保制度的法律属性分析	23
一、工程保证担保的法律定位.....	23
二、工程保证担保的法律关系分析.....	26
三、工程保证担保的保证责任性质与承担方式.....	27
第二节 工程担保采用保证方式的必然性和经济性	28
一、抵押方式的可行性分析.....	29
二、质押方式的可行性分析.....	29
三、留置方式的可行性分析.....	30
四、定金方式的可行性分析.....	30
五、小结.....	31
第三节 工程保证担保与类似制度之比较	32
一、工程保证担保与工程监理的区别.....	32
二、工程保证担保与工程保险的区别.....	32
第三章 工程保证担保制度在我国应用的必要性和	
 价值功能分析	35
第一节 我国实行工程保证担保制度的必要性	35
一、是建筑市场飞速发展的需要.....	35
二、是与国际规范全面接轨的需要.....	36
三、是建立建筑市场规范化运行体制的需要.....	36
四、是发展壮大我国建筑业、应对国际竞争的需要.....	37
五、是培育新兴产业、为我国建筑业提供业务支持的需要.....	38
第二节 工程保证担保制度在我国应用的价值功能	39

一、形成自发的市场准入机制和公平有序的市场环境.....	39
二、形成市场信用生成机制和信用保障机制.....	40
三、降低工程履约风险及工程合同违约率.....	41
四、促进建筑业及相关产业整体水平的提升.....	42
五、提高工程质量，降低工程事故发生率.....	42
六、促进资源合理配置，降低社会交易成本.....	43
七、遏制工程领域的腐败现象，建设廉洁高效政府.....	45
八、根除拖欠工程款的问题，促进社会和谐.....	46
第四章 我国建立工程保证担保制度的阻滞因素分析	
及完善建议.....	48
第一节 工程保证担保在我国的初步应用状况.....	48
一、在国家政策方面.....	48
二、在培育专业工程保证担保公司方面.....	50
三、在地方行政立法方面.....	51
第二节 我国工程保证担保制度建立的障碍及完善.....	52
一、法制层面的障碍及完善.....	52
二、现实条件的制约及完善.....	60
三、小结.....	64
第五章 我国构建保证担保制度的模式选择与制度设计.....	65
第一节 我国工程担保的模式选择分析.....	65
一、美式高保额有条件保函模式分析.....	65
二、欧式低保额无条件银行保函模式分析.....	66
三、母公司担保（同业担保）模式分析.....	67
四、结论：我国的工程保证担保的模式选择.....	68

第二节 我国工程保证担保的品种设计	69
一、我国工程保证担保的品种选择.....	70
二、具体担保品种应用模式设计.....	70
三、我国独有的其它新兴品种的设计建议.....	74
四、小结.....	76
结语	77
参考文献	79

厦门大学博士论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter1 Introduction of the Construction Surety Bonds/Guarantee System.....	4
Subchapter 1 Concept of the Construction Surety Bonds/Guarantee	4
Subchapter 2 The Main Practical Modes in the Market of Surety Bonds in Practice	6
Subchapter 3 The Most Used Surety Bonds Products in Practice	9
Subchapter 4 Examining and Verifying to the Principal and the Risk Management of the Surety	16
Chapter2 Legal Analysis to the Construction Surety Bonds/Guarantee and Comparisons to the Related Institutions	22
Subchapter 1 Legal Analysis to the Construction Surety Bonds/Guarantee	22
Subchapter 2 Construction Surety Bonds only Adopts Guarantee Mode	27
Subchapter 3 Comparing to the Related Institutions.....	30
Chapter3 The Functions and Value of the Construction Surety Bonds/Guarantee System in China....	34

Subchapter 1	The Necessity to Carry out Construction Surety Bonds/Guarantee System in China	34
Subchapter 2	The Practical Functions and Value of the Construction Surety Bonds/Guarantee System in China	38
Chapter4	The Obstacles to Carry out the Construction Surety Bonds/Guarantee System.....	46
Subchapter 1	The Practice of the Construction Surety Bonds/Guarantee System in China.....	46
Subchapter 2	The Remedies to the Obstacles of the Establishment Construction Surety Bonds/Guarantee System in China	50
Chapter5	The Practical Mode and Products of Surety Bonds in China	61
Subchapter1	The Choice of the Practical Mode Of Surety Bonds/Guarantee in China	61
Subchapter 2	The Most Valuable and Necessary Surety Bonds Products in Practice in China	65
Conclusion		73
Bibliography.....		75

前 言

随着我国经济的持续高速发展,建筑业作为社会投资最直接的表征性行业正处于快速发展的黄金时期。2003年,中国建筑市场规模不断扩大,全年完成固定资产投资 5.51 万亿元,比上年同期增长 26.7%;完成建筑业总产值 2.19 万亿元,比上年增长 23%;完成建筑业增加值 8166 亿元,比上年增长 11.9%,占GDP比重为 7%;对外工程承包完成营业额 138.4 亿美元,有 40 个国内建筑企业进入 2002 年国际承包商排名 225 强。¹ 建筑业作为国民经济的支柱产业,加之在拉动经济增长方面的独特优势,在我国经济建设中发挥着举足轻重的作用。

然而,反观我国建筑市场,在建筑市场总体一片繁荣的背后,在一些地方建筑市场混乱和建筑质量低劣的问题相当严重。由于在长期的计划经济体制的影响,建筑领域规范完善的市场经济秩序尚未建立,很多市场行为并不规范,建筑市场的竞争基本处于无序状态。突出表现为拖欠工程款问题严重,合同履行意识淡薄,合同管理水平低下,对工程履约风险缺乏有效的控制与规避手段等。近年来全国各地频频发生恶性工程事故所暴露出来的严重的工程质量问题,就是工程建设领域缺乏诚信机制、恶意违约现象泛滥所造成的恶果。因拖欠工程款而引发的诸多社会问题,例如近年来广为公众和媒体所关注的拖欠农民工工资问题,究其根源也是工程履约风险向底层弱势从业者的转移。这些问题所产生的负面影响已经远远超出了建筑行业内部,成为诸多社会不安定因素爆发的震源。

但这都是表层问题,隐藏在这些问题背后的原因就是建筑市场信用机制的严重缺失。美国伦理学家R.T. 诺兰在《伦理学与现实生活》中指出:

¹ 黄卫. 中国建筑市场: 快速发展中的挑战与机遇——建设部副部长黄卫在 2004 年全球建筑峰会上的主题发言[EB/OL]. <http://www.realestate.gov.cn/news.asp?recordno=32484&teamno=3&line=>

“每一种经济体制都有自己的道德基础或至少有自己的道德含义。”²我国建筑市场的信用缺失，必然会导致建设工程领域恶意违约泛滥。一个恶意违约泛滥的市场环境，必然加大企业的经营成本和经营风险。作为一个社会投资集中、资金投入巨大的行业而言，其恶意违约泛滥所造成的社会经济成本也是惊人的，必然会极大的影响国民经济发展和社会投资效益，导致整个社会资源使用效率低下。

同时，建筑市场信用水平还直接关系到整个社会信用水平的高低。正是因为建筑行业市场自发调节机制没有建立，缺乏有效的市场保证机制和风险转移控制机制来约束市场主体的行为并规避市场风险，因此政府主管部门不得不过多地介入大量的工程建设管理的微观活动中，疲于应付各类工程纠纷。这样一来，一方面造成行政成本畸高，另一方面也为权钱交易以及各种其它寻租行为提供了众多的机会，建筑工程领域已经成为腐败滋生的温床，而腐败行为的蔓延必然极大的损害政府形象，造成巨大的社会政治损失。因此，建立和完善建筑市场信用机制和市场风险调控手段已经刻不容缓。

此外，我国已经加入世界贸易组织，不仅市场要与国际接轨，而且市场体制、惯例更需要与国际接轨。工程保证担保制度作为现今国际上通行的建设工程合同履行保证机制，自从十九世纪末在美国诞生以来已经成功的实行了一百多年。在欧美建筑市场发达的国家，工程保证担保作为一种风险保障机制被广泛地运用于工程建设承发包中，有效的规避了合同信用风险，有力地保障了合同履行。更为重要的是，工程保证担保制度作为一种信用工具发挥着积极的市场调控和约束功能，是建设行业中信用机制生

111. 2004-04-19.

² R. T. 诺兰. 伦理学与现实生活[M]. 姚新中译, 北京: 华夏出版社, 1988. 324.

成的根本制度保证，担当着建立市场信用和维护市场信用的重任。在西方建筑市场发达的国家，工程保证担保制度已经成为建筑市场的过滤器和风险屏蔽墙。

著名国际工程保证担保专家，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我国建设部提议开展工程保证担保制度的研究。他特别指出：“实行工程保证担保制度是使中国建筑业向国际惯例接轨的最重要的一步。综观世界各国，谁没有工程保证担保制度，谁的建筑业就无法取得进步。”³

“信用社会的形成依赖制度载体，集体信用的形成无疑需要有相应的制度安排”。⁴我国建筑市场之所以存在很多问题，最重要的一个原因就是因为我们没有一套市场信用生成和维护机制，缺乏合理的工程风险管控机制。因此，我国必须要对顽疾缠身的建筑市场进行大刀阔斧的改革，而改革的一个主要内容和核心目标就是建立起建筑市场的风险保障机制和信用生成机制。因此，对工程保证担保制进行研究就有着非常现实的意义。

³ 实行工程保证担保制度知识问答[EB/OL].

http://www.bcactc.com/home/xwgg/show.asp?news_no=8271. 2004-10-18.

⁴ 杨忠考. 信用经济的法律维度 [A]. 王全兴. 经济法前沿问题研究 [C]. 北京:中国检察出版社, 2004. 5 . 295.

第一章 工程保证担保制度概论

第一节 工程保证担保制度的概念解析

一、工程保证担保的概念

在我国担保法中，保证是五种法定担保方式之一。^①我国《担保法》对保证作了如下定义：本法所称保证，是指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承担责任的^②行为。^③在工程领域，一般则称之为“工程保证担保”，它是保证担保发展到高级阶段的产物，也是保证担保方式与工程建设实际相结合的产物。

工程保证担保是指：保证人应工程合同一方（被保证人）的要求向另一方（权利人）做出的书面承诺，当被保证人无法履行其与权利人签订之合同中规定的义务，以至权利人因此遭受损失时，由保证人在保证期限和保证金额以内代为履约，或付出其他形式的赔偿。^④

国际咨询工程师联合会在《土木工程施工合同条件应用指南》（1989年版）中指出：持有保证担保书的业主不能要求保证担保人支付一笔金额，业主只能要求完成合同。因此可以看出，工程保证担保责任与一般保证责任最大的不同在于的：工程保证担保中保证人的责任是保证合同的实际履行，而不是赔一笔钱的问题。换言之，如果出现委托保证担保人（承包商）违约，保证担保人不是赔偿一笔钱，而是必须首先按照合同规定的质量、工期、造价等各项条件履约，从而更大程度地、更全面地保护了受益人（业主）的利益，因为业主花钱买的是工程产品，而不是耗费大量精力

^① 1995年《中华人民共和国担保法》第2条第2款：“本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。”

^② 《中华人民共和国担保法》第6条。

^③ 吕疆红. 美国工程保证担保制度的发展与思考—关于我国建立工程保证担保制度的探讨[J]. 成

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库