

建立中国的建设履约保证体系

美国国际忠诚保险有限公司

工业与政府事业部副总裁、律师

丹尼尔·米德夫

一、导 言

成功地在建筑市场建立履约保证体系的关键在于平衡分配包括保证人、义务人、权利人在内的履约保证关系中各方的权利和义务，而且该体系只有在各方对彼此的作用与期望有共识的基础上才能运作良好。履约保证关系的协调十分复杂，尤其对保证人来说，他会发现自己面对的是权利人和义务人竞争性的需求。履约保证对保证人来说是一个风险很大的业务，如果履约保证体系致力于偏向保护项目业主免于损失，而且又要使保证合同维持在合理价格上，保证人是否有能力解决责任的冲突，并利用法律武器保护自己是十分重要的。

我今天要着重阐述的是我认为是的履约保证关系中各方最重

要的法律权利和义务，以及这些权利和义务在一个建筑项目出现问题时是如何实现的。如果各方的权利和义务在事前的法律条文、有关管理办法和合同文本中规定清晰，这样对某建筑项目的承包商违约的处理就可以更顺畅，各方的利益可以得到更好的保证。毕竟建设履约保证的目的是要保证建设项目顺利完成，同时保护保证人和业主的合法权利。

鉴于担保行业在中国已经发展了相当一段时间，中国具有建立建设保证体系的良好基础。另外，中国近期在商业担保体系建设上的实践经验和 1995 年颁布的担保法，均对建立专业的建设担保体系有很大帮助。我对其中最早之一的建设担保地方规范性文件——《沈阳建筑工程担保试行办法》印象深刻。我在看过其法律文本后，对中国顺利推进建设担保体系充满信心。反过来，我相信，美国的经验对于中国改进和提高其新兴的建设履约保证体系提供了可以借鉴的原则。因此我十分荣幸地向今天的与会者介绍我的体会。

今天我将集中阐述建设履约保证，但不包括在美国建筑市场目前十分普遍的投标保证和分包付款保证。^①会后我将十分高兴回答各位就此提出的感兴趣的问题。我的演讲还不包括建设履约保证中有关损失的内容，仅仅局限于协调保证合同各方关系的法律原则。

^① 在美国，公共建筑建设项目强制实行建设担保，而在私人项目中也普遍采用。另外履约保证，投标保证是与建筑商投标联系在一起的，并保证如果建筑商中标，他将就标书的规定签订合同，并将提供所需的履约和付款保证合同。付款保证保证如果总承包商不能给分包商和原材料及工人的提供方资金时，保证人支付该款项。美国与中国的情况不同，工程业主无需向承包商提供业主付款保证以保证付款。

二、美国建设履约保证体系的历史背景

在阐述本次演讲的核心内容之前,我想简要介绍一下美国建筑行业的商业履约保证体系的建立过程。当18世纪末美国政府警惕地发现私人业主在完成建设项目上居高不下的失败率时,运用商业建设担保的做法得到了发展。^①另外,当公共建设项目的建筑商破产时,许多为其提供担保的个体也同样濒临破产。^②因此,建立一个共同保证体系十分必要。1884年,美国第一个担保公司——“美国保证担保公司”在纽约成立。^③到了1894年,美国国会通过“赫德法案”,规定所有联邦工程必须有履约保证。^④1935年“米勒法案”取而代之,连同其修正案,要求任何得到价值超过10万美元联邦建设合同的承包商必须提供履约和付款保证合同。美国政府一直对有权签订联邦建设保证合同的公司进行目录管理。^⑤

州政府和市政府的建设项目也要求具有履约保证,这些项目,在投保范围和金额上的规定各有不同,但大多数州的法律

① Schubert, Lynn M., "Modern Contract Bonds-An Overview," in *The Law of Suretyship*, Gallagher, Edward, American Bar Association, Tort and Insurance Practice Section (1993).

② 18世纪80年代之前,担保人通常是个人,他们相信自己可以很好地履行义务人的责任。私人担保关系经常出于非商业性原因(如职责而非利润),可以追溯到罗马帝国时代(如果没有更早的)。见 Woods, William H., "A Century's Experience With the Compensated Corporate Surety," in *The Law of Suretyship* at 2-2 to 2-4.

③ 美国建立联合担保体系的时间甚至可以追溯到1852年以前。同上 2-29。

④ 同上 2-30。

⑤ 见 www.Fms.treas.gov/c570.

和规定都仿照联邦米勒法案的规定，因此被称为小米勒法案。^①

米勒法案和小米勒法案在平衡履约保证各方权利和义务方面只提供了有限的指导性的规定，大多数只是关注公共建设项目必须有担保，只提供了担保应涵盖的范围和设立担保应履行的手续。而担保合同各方更大范围的关系则具体由单个保证合同、反担保合同、建设合同以及判例法的案例对文件的解释来界定。更重要的是，这些关系还受过去判例所形成的对履约保证阐述一般法律辩护和抗辩规定的限制。

具体到中国的法律，我经常提到这样一个问题，到哪里去找这样一个全面的法律来界定上述事项。现在还没有一个现成的答案，无论是在美国这样一个没有统一法律的国家，还是在中国这样一个有统一民事法律的国家。美国的法律条文源于法官的判例，特别是在现代成文法阶段。成文的法律条文在美国普及得很好，所以会有许多不同时期的法律条文对一个特定的产业和活动做出规定。我今天的重点要描述协调履约保证关系的原则，不论它们是出自成文法、合同还是一般法，并试图为中国建立一套协调建设履约保证各方关系的法律法规做一个简要的总结。由于演讲时间的限制，这个清单不可能覆盖所有方面，但它将为您提供一个对履约保证关系复杂性的全面认识以及处理这种复杂性的方法。

^① 履约保证合同在私人业主项目中越来越被广泛采用，无论是主合同还是分包合同。主承包商经常要求其分包商和供货商提供履约保证以保证分包责任的履行，包括对下级分包商和供货商的付款。这样，一个建设项目会出现复合履约保证，覆盖不同方面的建设履约，并有不同的担保公司提供保函。主承包商保函，通常涵盖整个项目，保证业主及权利人的利益。不同的分包合同保函，只涵盖一部分建设项目，保护主承包商的权益。建设项目业主要求项目计划中承包商提供履约和付款保证合同，并将其列为承包商取得工程款的先决强制条件。同样，主承包商也会对分包商提出相应的要求。

三、法律原则的总结

1. 必须充分界定履约保证的各方及其责任。

大家都知道，履约保证包括三方面的关系，项目业主即保函债权人（权利人）、受益人；承包商即保函债务人（义务人），负责完成建设合同；保证人（担保人）。^① 在三方协议之下，保证合同体现了义务人忠实履行合同义务的信誉，特别是，在他不能履行其合同义务时，保证人将安排履行这些义务或赔偿合同权利人因此遭受的损失。所有保证合同必须是书面的。明确界定合同各方，充分描述合同规定的责任，必须指出保证人责任的限度（经常称作保证合同的赔偿总额或合同的最高额）。其他必要条款为：合同生效时间（尽管通常签订即生效），合同失效时间（尽管一般建设合同完成，保证合同即失效）^②，以及各方通知送达的地址等。

2. 保证合同的履行和保函义务人的赔偿条件。

履约保证和一项具体责任的信用保证的最大区别在于不仅仅是赔付，尽管赔付可以完成履行。更具体的是，信用保证一般是当义务人违约时，保证人将简单赔付一定数量的金钱，而履约保证则倾向于履行合同，一旦违约发生，保证人要负责完成工程承包方的履约责任，可以通过向承包商提供资金援助，或安排其他承包商完成合同，或自己完成项目，或向保函权利

^① 履约保证合同是履约保证的一个阶段，是第三方对另一方责任或履行义务的保证。在美国比较普遍的其他类型的保证合同包括：忠诚保证、公共职务保证、信托保证、法庭判决执行保证、许可证保证、分包保证。

^② 当保函到期时，如有必要，法律仍对到期后一段时期内权利人的主张予以支持。

人支付赔偿，以弥补权利人单方面完成项目而造成的损失。^①

履约保证合同在美国通常被称作条件保函。权利人可能根据不同保函有不同的需求，但最根本的条件是保函权利人必须证明保函的义务人确实违反了合同责任。如果没有列明保函义务人违约的条款，则保函权利人没有权利主张自己的权利，而且保函权利人会因为不能符合保函列明的其他条件（如通知的时间限制或对保函权利做某种特定的声明）而导致主张无效。有时法律可以明确规定权利人有权主张的最少内容。

以上说明建设履约保证从根本上不同于无条件或见索即付保函。这些保函权利人只需主张，而在索取保函规定的赔付前无须举证承包商的违约。^② 在见索即付的保证合同下，保证人无权享有保函义务人的抗辩权以免除保函规定的赔付，^③ 见索即付保函更像信用证，只规定受益人的确认条件，如果符合，以凭证收款（通常只列明受益人有权收款）。

3. 保证人的责任只是承担义务人的连带责任，而不能超过此界限，保证人可以享有义务人的一切抗辩权，保证人的责任不能超过保函的全部价值，而且仅限于对保函权利人必要的赔偿。

当保函权利人主张承包商违约时，保证人剥夺承包商原来所有的辩护、抗辩或其他权利，即使承包商已经放弃这些辩护

^① 在美国保证担保法中一般保证人可以有如上选择，除非保函限制保证人的选择。我要指出的是，《沈阳建筑工程担保试行办法》承认保证人在合同义务人违约时履约的这些选择。

^② 条件和非条件保函的比较见 International Chamber of Commerce Uniform Rule for Contract Bonds (ICC Publication No.524) 和 the International Chamber of Commerce Uniform Rules for Demand Guarantees (ICC Publication No.458)

^③ 许多工程承包商不像无条件保函的被担保人，因为保函权利人可以很容易地就保函做错误的主张，并利用自己的力量在有法律纠纷时向承包商施压。而且见索即付保函是一个简单的担保，承包商必须以其所有抵押物进行抵押以求获得保函，这就影响了承包商的现金流量。

或主张。保证人承担的是义务人的连带责任，且不能超出义务人所负的责任。而且，保证人的责任也不能超过保函的价值，即使义务人的责任超过保函的价值。

在美国，保证人与义务人是辅助关系。这意味着保证人不能承担超过有担保的建设合同的义务人的责任，如果义务人免除合同责任，保证人也自动免除责任。如果义务人完全履行合同责任，保证人也要完全履行其责任。

但是，对于权利人，保证人的责任并非从属于义务人。^① 权利人有权对保证人直接起诉，甚至不起诉义务人，要求保证人进行单独解释，使用保函义务人的辩护权和保证人独立的辩护权。权利人无需先赢得对义务人的诉讼以作为保证人应该履行其责任的证明，可以直接对保证人起诉。

4. 保证人有义务调查权利人对义务人违约的主张和义务人的辩解。

由于建设履约保证是有条件的，而且其执行以建筑承包商违约为前提，所以要先了解违约是如何界定的。保证人先要对此进行调查。但是，如果保证人的调查结果引起承包商（保函义务人）和业主（保函权利人）的争议，这就需要法庭或仲裁机构对承包商是否违约做最后结论。

当权利人主张承包商违约时，通常会写信通知保证人并主张保函权利，有时并不提供义务人违约的具体细节。保证人将回信向权利人索取所有建设项目的文本，以及权利人证明承包商违约的所有文件。另外保证人还会发信给承包商索要其对违约事项的立场主张的声明和所有支持该声明的文件、证据，

^① 对于保函义务人和保证人来说责任是不同的，义务人对建设项目的相关债务有直接责任，保证人是在其就保函赔付之前，使用其所有法律权利保证义务人已经穷尽所有资产以履行责任。

以及其对权利人主张的辩护和抗辩。

保证人调查所有保函主张的责任一般有两个方向，保证人从法律上有责任调查权利人的主张和承包商的辩护，这一矛盾的责任常常使保证人陷入两难。权利人主张违约而义务人说没有违约，在这种情况下，如果保证人支持权利人执行保函，义务人会说保证人干涉建设合同执行并拒绝支付保函项下保证人的代位赔偿额。如果保证人支持义务人，权利人主张保证人违反保函约定，有恶意作为。实际上，大多数建设项目出现的问题双方都有责任。这样在保函下完成建设项目，谁应该对什么进行支付，通常是一个谈判的过程，谈判不成，则诉诸法律。保证人通常会面对权利人和义务人双方针锋相对的主张，但有一种特殊的法律武器保证人能用来解决这一两难，我将在以后谈及。

5. 保函权利人和义务人有义务配合保证人的调查和保证人履行其责任。

保证人有义务就主张进行调查，保函的权利人、义务人有连带的法律责任协助保证人调查，提供所需的文件以便保证人判定保函约定的责任。权利人不能简单空洞地主张义务人违约并指望保证人执行保函；而义务人也不能简单主张权利人的主张无效，并指望保证人拒绝执行保函。不合作的行为可能导致保函权利落空，包括：(1) 权利人可能失去保函权利或保证人的责任由于权利人的损害而减少。(2) 如果义务人不能充分支持其对保函主张的辩护主张，他将失去对抗保证人主张的后续权利。权利人、义务人必须就建设项目做好纪录以便保证人可查实并完成调查。一般来说，保函不限定保证人完成调查的时间、权利人对保证人调查请求的反应时间，以及义务人支持其抗辩和反主张的时间，直到有法律认定其抗辩和反主张不充分。但在双方有争议或调查过程中断时，法律简单限定了各方

合理的反应时限。为了避免争议，最近的保函包括了保证人完成调查的具体时间，以便确定责任及相应要采取的措施（例如：向承包商提供资金，接管工程，换承包商，支付赔偿或拒绝主张）。当然保证人完成调查的实现取决于权利人和义务人是否履行其配合调查的义务。

权利人还有额外义务配合保证人确定其保函项下的责任，即要完成项目剩余工作的范围、所需资金、是否有返工工程、工程是否延期及延期的责任负担等等。法律赋予权利人避免不合理拖延保证人调查和解决建设项目问题的义务。如果保证人决定接管工程并完成建设合同，权利人不得干涉保证人，并提供所有所需文件以配合保证人。如果保证人愿意支付赔偿，权利人不得强迫保证人接管工程。同样，保证人必须避免拖延完成调查和决定如何履行责任。

6. 保证人可以选择履行方法，权利人必须在此之前和之后尽量减少损失。

在美国，除非保函有约定，保证人可以选择是向承包商提供资金以完成建设项目，接管工程，交给其他承包商完成，还是赔偿损失由权利人自己完成。这是因为保函责任实质为履行，而保函责任的金额计算取决于权利人建设合同的实际损失。保证人通常接管工程或直接安排完成，因为这样可以减少和控制损失，不必简单依靠权利人而充分控制损失。保证人在处理建设违约方面经验丰富，并且通常较权利人处于有利地位已采取措施尽快恢复工程建设并减少损失。

尽管如此，权利人有义务减少损失，无论保证人是否决定接管工程。即使承包商违约，权利人也必须保护已完成的工程和承包商已运达工地的原材料。如果保证人决定不接手，权利人必须以最有效的成本和支出方式完成工程，权利人不得以不合理作为使损失不必要的扩大，并指望保证人负担额外损失。

建设履约担保是建设合同的 100%，但是正如前面提到的，保证人的责任基于安排履约，而非简单清偿付款，保证人损失保函全部价值是很少见的。保证人的责任只扩展到完成承包商合同的成本和合同约定的罚款，一般都小于保函的价值。

7. 建设合同款是保证人的安全保证，权利人和义务人不得以任何行为侵害合同款或损害保证人的安全利益。

履约保证关系中的一个重要方面是保证人在建设项目中合同款的法律利益。当保证人就一个特定建设合同向承包商提供保函时，自动建立项目合同款基金，工程款将被用于支持建设项目并弥补项目成本，只要该款项都被用于项目成本，这就减少了当义务人将来违约时保证人完成项目的支出。这样，法律规定权利人和义务人只能将工程款用于成本支出。

如果权利人滥用这些工程款，保证人可以主张对将来权利人的主张免责，或者至少减少与滥用金额相等的责任。这一辩解常被称为过度支付。比如当项目完成 40% 时承包商违约，保证人通过调查发现，权利人支付了 60% 的款项给承包商，这样，20% 工程款的工程未实现，即 20% 的履约保证安全利益被侵害。保证人不再拥有这 20% 的工程款去弥补保证责任。这种情况下，权利人多支付给承包商 20% 的工程款，保证责任减少额等于过度支付额。如果权利人支付了未按合同计划与细节施工的工程款，结果相同。如果权利人已经对不该接受的工程付款，权利人不能指望保证人支付返工款项。

8. 权利人必须遵守保证人的指令而拒绝向义务人支付工程款。

工程款是保证人责任安全保证的另一个原则表述是，保证人有权命令权利人在未得到保证人许可的情况下停止向义务人付款。如果权利人没有遵守并且向义务人付款，从而造成保证人损失，权利人必须赔偿保证人损失，或减少相应数量的保

责任。

9. 代位求偿：保证人代位义务人支付赔偿，并取得向义务人追偿的权利。

最难理解的一点是担保法原则规定的代位求偿权。^① 由于保证人具有权利人和义务人的双重风险，法律为保证人履行责任提供了相应的保护。具体地说，当保证人赔偿了义务人的责任，保护权利人免受损失后，法律赋予了保证人代位求偿权以实现义务人、权利人和其他保函当事人的主张。这样保证人可以追偿并减少担保损失。这一权利常用来向权利人索取剩余的工程款，对于这些剩余的工程款，相对于其他债权人（如受让人、承包商欠款的银行、法定债权人及其他债权人），保证人享有优先权利。但是，代位求偿权毕竟是保证人向第三方主张权利，如义务人的退税，权利人或义务人向建筑商、工程师、工程经理、会计等主张的与建设有关的权利。代位求偿权的复杂性是美国法律界的一个重大课题，我在此没有时间展开，必须指出的是，它是美国建设履约保证成功的重要组成部分。

10. 如果权利人实质性地改变履约保证的风险水平或根本改变保证合同的要件，则保证人免责。

该条款是对以前条款的修正，见中国担保法第 24 条。如果权利人更改责任而未得到保证人同意，则保证人免责。美国现在的担保法没有这么严格。在美国，保证人必须证明更改协议根本上增加了担保的风险（例如变更很大程度上对担保人有歧视），或该变更从根本上使原担保变成了一种新型的担保责任（要件变更）。新法律很大程度上反映了在建设合同中有许多变化对保证人的风险或保证人应当知道的建设项目的本质没有多少影响。承包商（义务人）和业主（权利人）对合同的任

^① 担保法的代位求偿权概念与中国合同法第 73 条的概念有所不同。

何微小改动都要通知保证人并征得同意，实际上并不可行。可是，涉及改变工程性质的重大变更（特别包括承包商没有经验的工程）增加合同金额，不正常的延长工期，将使保证人可以主张免责。而且任何包含改变保证合同权利人或义务人的变更视为重大变更将使保证人免责，不管是否涉及合同内容。

11. 如果保证合同权利人不能遵守合同义务，保证人免责。

如果担保合同权利人违反合同要件，保证人没有义务履行合同。《沈阳建筑工程担保试行办法》第14条规定，如果承包商违约，除了因为业主的原因外，保证人不能因此免责，但是如果权利人违约则视情况免除保证人责任。例如，权利人已经没有资金或停止向承包商付款，这种情况下保证人免责，因为义务人没有必要履行合同，除非业主继续付款，引申到保证人当然也没有必要履行合同。实际上，任何使义务人可以拒绝履行合同的情况都将使保证人免责。^①

如果合同权利人和义务人共同导致合同搁置，那么合同权利人导致合同搁置的行为是否使保证人全部免责呢？可能不是。但是权利人导致的损失将减少保证人的责任金额。通常，非重大的违约，各方的责任以及多大程度上增加或减少保证人的责任，由各方协调决定。

12. 权利人欺诈、误导和重大遗漏将使保证人免责。

很明显，如果合同权利人和义务人串通就保证合同风险的实质误导保证人，或故意伤害保证人，保证人将免责。1995年的担保法第30条体现了这一基本原则。除此之外，美国法

^① Egan, Michael M. and Marla Eastwood, "Discharge of the Performance Bond Surety," in Gallagher, Edward, The Law of Suretyship, American Bar Association (Second Edition, 2000) at 139.

庭采用了一个不同的法则，即权利人对其没有向保证人披露与保证人风险有关的履约保证信息负责，不管是否故意。这区别于欺诈，因为权利人没有披露重要信息不一定要恶意欺骗保证人。但是，保证人必须证明在保函签订前与合同权利人有直接沟通，使权利人有机会披露。如果没有直接沟通途径，权利人无需披露该信息。

13. 保证合同义务人有义务向保证人赔偿所有保函所担保的保证人的损失。

履约保证关系的基础在于，义务人与保证人中，义务人是损失最终承担者。理论上，保证关系与信贷和保险不同，因为它是针对保证人以其自身信用使合同义务人得到合同的中介服务。保证人并不应承担损失，因为义务人应对建设项目风险进行全面控制。因此，保证人的收益相对较低，是一种服务收费。

履约保证长期以来的规则是，义务人有义务对所有因为签订保函而发生的损失和义务人违约的损失向保证人进行再赔偿。通过赔偿协议（反担保），再赔偿原则不仅延伸到义务人，而且延伸到义务人的公司、兄弟公司或义务人的单个所有人，它们都有义务赔偿保证人所有由于签订保函而发生的损失、成本、咨询费和律师费。

14. 保证人有权在付款之前取代义务人在工程款中的地位，以保证保证人最终取得再赔偿。在保证人根据合同支付之前，义务人可能被强迫动用其所有资产以承担保证责任。

由于保证人要花很长时间进行调查和履行其保证合同的主张，很有可能当保证人准备对义务人或提供合同反担保的人执行其再赔偿权利时，他们或已经破产或已经转移其剩余财产。所以，如果保证人接到一个对保证合同的主张，其在调查和支

付该主张前，有权要求义务人以金钱或财产的形式设立担保，这样这些财产和资金可用于支付义务人的债务。而且，在保证人用自有资金赔付之前，如果保证人能证明义务人和合同反担保人试图转移和藏匿其财产，保证人可以向法庭申请冻结他们的财产以保证这些财产首先被用于支付义务人的合同债务。

15. 如果合同义务人不能使保证人取代其位置以支付赔偿主张，保证人可以预先赔付，但义务人不得以保证人做出错误支付为借口而试图逃避对保证人再赔偿。

前面提到过，保证人经常面对相互矛盾的主张，权利人要求执行和支付，而义务人则主张免责和抗辩。因此，保证人需要通过合同和协议，建立一个体系以解决两难状况。保证人有权要求义务人设定足以弥补权利人的任何主张的抵押。如果义务人提供抵押，保证人则可以让义务人对抗权利人的主张。如果义务人胜诉，保证人将归还抵押物。如果义务人败诉，保证人将从抵押物中支付给权利人。如果义务人不能向保证人提供抵押，该原则允许保证人通过谈判决定支付主张以避免昂贵的诉讼，或赔付保证人认为合适的数额。由于合同义务人不能提供抵押物且保证人可以支付赔偿主张，义务人之后不得以保证人错误支付为借口试图逃避再赔付责任。

16. 保证人必须被赋予方便其履行合同责任的法律权利。

由于担保公司经常成为解决项目违约的专家，担保法提供了许多便于迅速调查担保合同主张和减少损失的合同机制。在反赔偿协议中，保证人要求义务人以合同的形式提供迅速赔偿承包商违约的工具。例如，保证人有权要求从义务人处获得信息，如果义务人拒绝提供，保证人可以（甚至在义务人反对的情况下）单方面接管项目，以减少损失。如果有必要，保证人还可以谈判取得在义务人违约时自动失效的其他权利（例如义务人/承包商的原材料、设备以及分包商的保证合同的分派）

以使保证人可以继续完成项目。该权利形同义务人的法律等效文件，可以签订工程有关的文件，这样项目可以继续，或把义务人合同转让给保证人，以解决争议，排除项目履行的障碍，或认可义务人的分包合同以便完成项目。

四、结 论

我希望以上原则可以使你们了解履约保证关系的复杂性，而且了解如何理顺这些关系以造福于中国。

谢谢大家的光临。