

建设工程项目

保证担保理论与实践研究



JianShe GongCheng XiangMu
BaoZheng DanBao LiLun Yu ShiJian YanJiu

刘 安 陈立文 / 著



经济科学出版社
Economic Science Press

建设工程项目保证担保 理论与实践研究

刘 安 陈立文 著

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程项目保证担保理论与实践研究/刘安,
陈立文著. —北京: 经济科学出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5141 - 6264 - 6

I. ①建… II. ①刘…②陈… III. ①建筑工程 -
担保 - 研究 IV. ①F426. 9②D923. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 271588 号

责任编辑: 程晓云

责任校对: 靳玉环

责任印制: 王世伟

建设工程项目保证担保理论与实践研究

刘 安 陈立文 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京季蜂印刷有限公司印装

710 × 1000 16 开 19.5 印张 350000 字

2016 年 1 月第 1 版 2016 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 6264 - 6 定价: 39.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191502)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn))

序

近几年，在我国国民经济渐进式发展的过程中，建筑业依然是我国国民经济的主导产业之一，它的健康发展与否，直接影响到国民经济的发展速度与质量。我国自 21 世纪初以来，对建筑领域的工程质量、工程款拖欠等问题进行了坚决治理，如实行严格的工程招标投标制度、向政府相关部门缴纳农民工保证金等制度，但由于我国盛行“上有政策、下有对策”的顽疾，使我们在执行这些政策、制度时走了样，因此并未从根本上确保工程质量、工程款拖欠等问题的彻底解决。

在依法治国的今天，能有效治理建筑领域顽疾的当属建设工程项目保证担保法。但是，我国至今并未出台这部法律。

这部法律如果出台，将强有力地规范建筑领域的担保秩序，必将极大地促进我国国民经济的健康有序发展。

刘安和陈立文同志撰写的《建设工程项目保证担保理论与实践研究》系当前建设工程保证担保领域研究的前言热点问题之一，选题新颖，研究视角独特。本书全面、系统地研究了我国建设工程项目保证担保的理论与实践，其主要贡献在于：第一，构建了建设工程项目保证担保的新理论——制约和谐论；第二，参照国外的先进经验，结合我国实际，对我国建设工程项目保证担保的种类体系重新进行了设定；第三，创造性地设计了政府监管下的适当保额有条件保函与同业担保并存的担保模式；第四，提出了

完善我国建设工程项目保证担保主体体系的基本思路；第五，系统分析了我国建设工程项目保证担保风险形成的主要原因；第六，建立了科学的我国建设工程项目保证担保的运行机制。本书对于加快制定我国的《建设工程项目保证担保法》，具有极强的指导意义。本书突出特点表现为：

一是选题具有极强的现实性，且横跨经济与法律两个研究领域。建设工程项目保证担保，既是一个经济问题，同时也是一个法律问题。《建设工程项目保证担保法》直到现在未能制定与实施，已经极大地阻碍了我国建设工程领域的健康发展。本书的研究，将为制定该部法律提供坚实的理论基础，并在很多规则的制定上提供前瞻性的意见。

二是资料翔实可靠、理论基础扎实。本书的研究基础，绝大多数是源于实际调研的一手资料。作者组织调研组，历经一年多的时间，跑遍全国 20 个省、市、经济技术开发区，取得了大量的研究数据，发现了很多特殊现象，据此展开了科学研究。在研究建设工程项目保证担保的各项元素、基本体系时，作者对国内外的相关情况做了仔细比对与研究，为实现理论创新奠定了坚实基础。

三是创新性强、应用价值高。本书最大的创新性在于构建了建设工程项目保证担保的新理论——制约和谐论；对我国建设工程项目保证担保的种类体系重新进行了设定；创造性地设计了政府监管下的适当保额有条件保函与同业担保的并存模式。这三大创新，将在我国制定《建设工程项目保证担保法》时，在设计立法思想、担保种类、担保方法规则等方面，具有很强的指导意义。

综上所述，本书研究：思路清晰、方法科学、成果丰富、富于创新。《建设工程项目保证担保理论与实践研究》的出版，对建设单位、承包单位及政府相关部门、建设服务机构的决策具有重

要的参考价值和实际指导作用，特别对我国制定《建设工程项目保证担保法》，意义更为重大。

中国人民大学教授、博士生导师 王立平

2015 年 8 月于北京

前 言

建筑业作为关系国计民生的行业，影响到国家的经济发展和人民群众的安居乐业。改革开放以来，伴随着我国经济的高速增长，工程建筑业也突飞猛进，建设的规模、速度、高科技的应用等都日益增大。然而，建设工程项目具有投资大、工期长、涉及的部门较多等特点，使得在项目实施过程中，业主、承包商、材料设备供应商都面临诸多工程风险，由于没有一套有效的保证体系或风险转移制度来约束业主和承包商的行为以规避风险，结果出现了很多问题，如工程质量问题、工程款拖欠问题等，严重阻碍了我国建筑业良性、健康的发展。工程保证担保作为国际上保障建设承包合同履行的一种信用工具已经实行了一百多年，特别是在防范信用风险方面起着不可替代的作用，因此对其研究有着非常重要的理论现实意义和应用前景。

我国目前已经有一些城市和地区开展了工程担保制度的试点工作，也取得了较为显著的成效。2003年，深圳开始采取强制性工程管理措施推行工程担保制度，使工程担保制度覆盖了全市范围内的所有建设工程。与此同时，厦门、青岛、北京等地也开始推行建设工程担保制度，制定出台了一些地方性的规定。但我国担保制度起步晚且尚不健全，缺少经验以及制度建设上不完善，在实际操作中，市场主体、法律法规和信用环境等方面还存在一些问题。

本书采用定性分析与定量分析、静态分析与动态分析、规范分析与实证分析、总体分析与个案分析相结合的研究方法,对我国建设工程项目保证担保的经济学理论、法学理论、担保种类、担保模式、担保组织、担保风险和担保运行机制七个方面进行了理论与实践研究。针对我国目前建设工程项目保证担保制度运行中存在的问题,本书的研究结论如下:

第一,通过对建设工程项目保证担保的传统经济学理论——信息不对称理论、委托代理理论、信号传递理论和风险转移机制理论进行深入的分析,指出用它们来解释建设工程项目保证担保作用机理存在的问题或缺陷,创立了更为科学、合理的制约和谐论。

第二,将我国建设工程项目保证担保的法律依据设定为三个梯次的完整法律体系,并通过对建设工程项目保证担保合同的研究,认为建设工程项目保证担保合同具有三方面的法律属性,即从属性、补充性和相对独立性。

第三,在对投标担保、履约担保、付款担保、维修担保、预付款担保等 10 类担保的担保范围、主要作用及各担保之间的相互关系进行分析的基础上,采用包含与被包含的原则,将我国建设工程项目保证担保的种类体系重新设定为:投标担保、履约担保、付款担保、分包担保、维修担保、业主支付担保、反担保。

第四,目前我国担保市场以低保额无条件保函模式为主导,同时还有部分高保额有条件保函模式和同业担保模式。为此,本书本着可行、公平、高效、利于合同全面履行的思路 and 标准,将我国的工程担保模式新设定为:政府监管下的适当保额有条件保函与同业担保的并存模式。

第五,提出了完善我国建设工程项目保证担保主体体系的三点建议:切实提高银行和专业担保公司的担保知识和能力;确立

保险公司作为担保主体的独立地位；鼓励提倡使用同业企业作为担保主体。

第六，分析了我国建设工程项目保证担保风险形成的四大主要原因，即社会信用环境欠佳、法律制度不健全、信息不对称和建设工程项目保证担保机构自身不够完善。为此，提出了四条具体的控制策略：制定完善、标准的建设工程项目保证担保法律法规；建立科学的资信审查体系；发展工程项目保证担保风险管理中介机构；建立和完善工程项目保证担保诚信体系。

第七，建立了我国建设工程项目保证担保的获得机制、管理机制、赔付机制和保费确定机制并存的运行机制，推动保证担保机制的正常运转。另外，提出了完善建设工程项目保证担保的五条建议：完善工程担保的法律体系；培育专业担保公司；健全市场信用制度；解决工程保证担保费用来源；发展完善相关市场。

综上所述，本书通过构建建设工程保证担保经济学的制约和谐理论、并存担保模式，重新设定建设工程保证担保种类，采用多学科融合的方法，为建设工程保证担保制度的完善提供了新的理论与方法。这些研究成果将为我国制定和完善《建设工程项目保证担保法》提供有价值的参考，进而对规范我国建设工程领域运行秩序，意义重大。

由于受理论水平、资料来源、时间条件等因素的限制，许多相关问题还有待于进一步研究，不足之处在所难免，恳请专家、读者斧正，共同探讨，以改善我们的研究工作。

刘 安 陈立文
2015 年 8 月于天津

目 录

第1章 绪论	1
1.1 研究背景	1
1.1.1 中国建筑业发展迅猛	1
1.1.2 建设工程项目隐患颇多	2
1.1.3 建设工程项目保证担保制度亟待完善	3
1.2 国内外研究现状	5
1.2.1 国内研究现状	5
1.2.2 国外研究现状	17
1.3 研究目的和意义	21
1.3.1 研究目的	21
1.3.2 研究意义	22
1.4 本书创新点	25
1.5 本书结构安排	26
1.5.1 研究方法	26
1.5.2 技术路线	27
1.5.3 研究内容	28
第2章 相关理论综述	31
2.1 建设工程项目相关理论综述	31

2.1.1	建设工程概述	31
2.1.2	项目概述	36
2.1.3	建设工程项目概述	40
2.2	保证担保相关理论综述	51
2.2.1	担保概述	51
2.2.2	保证担保概述	52
第3章	建设工程项目保证担保经济学理论研究	57
3.1	工程保证担保传统经济学理论述评	58
3.1.1	信息不对称理论	58
3.1.2	委托—代理理论	60
3.1.3	信号传递理论	61
3.1.4	风险转移机制理论	62
3.2	对工程保证担保经济学理论的新发展——制约和谐论	63
3.2.1	建设市场主体合同关系	63
3.2.2	建立制约和谐论的基础	65
3.2.3	制约和谐论的核心思想	66
3.2.4	基于工程保证担保制度的制约和谐论	67
3.3	案例分析	71
3.3.1	上海“莲花河畔景苑”楼房整体倾覆	71
3.3.2	北京天文馆新馆建设工程	73
3.4	本章小结	74
第4章	建设工程项目保证担保法学理论研究	77
4.1	建设工程项目保证担保的法律属性	77
4.1.1	建设工程保证担保是人的担保	77
4.1.2	建设工程保证担保是债的特殊担保	78
4.2	建设工程项目保证担保的法律依据	78

4.3	建设工程项目保证担保的法律关系构成	80
4.3.1	建设工程项目保证担保法律关系的主体	80
4.3.2	建设工程项目保证担保法律关系的客体	81
4.3.3	建设工程项目保证担保法律关系的内容	81
4.4	建设工程项目保证担保合同	84
4.4.1	建设工程项目保证担保合同的法律特征	84
4.4.2	建设工程项目保证担保合同中存在的法律风险	85
4.5	建设工程项目保证担保方式适用研究	87
4.5.1	我国法定的担保方式	87
4.5.2	建设工程项目保证担保中担保方式适用探讨	89
4.5.3	保证是最为合适的担保方式	90
4.6	案例分析	92
4.6.1	“北京住宅楼改建项目”案情	92
4.6.2	分析	92
4.7	本章小结	93
第5章	建设工程项目保证担保种类研究	95
5.1	投标担保	98
5.1.1	投标担保的适用范围及作用	98
5.1.2	国内外投标担保的运用情况	98
5.1.3	国内投标担保存在的问题及对策	102
5.2	履约担保	103
5.2.1	履约担保的适用范围及作用	104
5.2.2	履约担保与投标担保的关系	105
5.2.3	国内外履约担保的运用情况	105
5.2.4	国内外履约担保异同点比较	111
5.2.5	国内履约担保存在的问题及对策	111
5.3	付款担保	112

5.3.1	付款担保的适用范围及作用	112
5.3.2	付款担保与履约担保的关系	113
5.3.3	国内外付款担保的运用情况	113
5.3.4	国内付款担保存在的问题及对策	115
5.4	维修担保	116
5.4.1	维修担保的适用范围及作用	116
5.4.2	维修担保与履约担保的关系	116
5.4.3	国内外维修担保的运用情况	117
5.4.4	维修担保存在的问题及对策	118
5.5	预付款担保	119
5.5.1	预付款担保的适用范围及作用	119
5.5.2	预付款担保与履约担保的关系	119
5.5.3	国内外预付款担保的运用情况	120
5.6	分包担保	120
5.6.1	分包担保的适用范围及作用	121
5.6.2	分包担保与履约担保的关系	121
5.6.3	国内外分包担保的运用情况比较	122
5.7	差额担保	122
5.7.1	差额担保的运用条件	122
5.7.2	差额担保与履约担保的关系	122
5.7.3	国内外差额担保的运用情况比较	123
5.8	完工担保	124
5.8.1	完工担保的运用条件	124
5.8.2	完工担保与履约担保的关系	124
5.8.3	国内外完工担保的运用情况比较	125
5.9	业主支付担保	125
5.9.1	业主支付担保的适用范围及作用	125
5.9.2	业主支付担保与履约担保的关系	126

5.9.3 国内外业主支付担保的运用情况比较	126
5.9.4 我国业主支付担保存在的问题及对策	131
5.10 反担保	131
5.10.1 反担保的适用范围及作用	132
5.10.2 国内外反担保的运用情况比较	132
5.10.3 反担保的必要性	132
5.11 对我国建设工程项目保证担保种类的重新设定	133
5.12 案例分析	134
5.12.1 “中软大厦装饰(改造)工程”案情	134
5.12.2 分析	134
5.13 本章小结	135
第6章 建设工程项目保证担保模式研究	137
6.1 国际上流行的工程担保模式	137
6.1.1 以美国为代表的高保额有条件保函模式	137
6.1.2 在欧亚流行的低保额无条件保函模式	138
6.1.3 以英国为代表的信托基金模式	139
6.1.4 以日本为代表的同业担保模式	139
6.2 中国采用的工程担保模式	140
6.2.1 各地政府对工程担保模式的相关规定	140
6.2.2 工程担保模式在我国的总体实践	141
6.3 对我国工程担保模式的重新设定	142
6.3.1 重新设定工程担保模式的思路与标准	142
6.3.2 适当保额有条件保函体现的标准	142
6.3.3 同业担保体现的标准	143
6.3.4 政府监管体现的标准	144
6.4 实施新型工程担保模式应做的基础工作	144
6.4.1 冲破传统模式的牢笼	144

6.4.2	加快制定《建设工程保证担保法》的步伐	144
6.4.3	完善并提升担保机构职能	145
6.4.4	加强政府监管	145
6.4.5	建立科学的工程担保模式运行机制	146
6.5	案例分析	147
6.5.1	“遂溪县草潭镇曲寮围海堤工程”案情	147
6.5.2	分析	148
6.6	本章小结	150
第7章	建设工程项目保证担保组织研究	151
7.1	国外建设工程项目保证担保组织体系	151
7.1.1	市场主体	152
7.1.2	行业协会	153
7.1.3	其他相关主体	154
7.2	中国建设工程项目担保组织体系设计	156
7.2.1	中国建设工程项目保证担保主体资格的相关规定	156
7.2.2	中国建设工程担保组织体系设计	157
7.2.3	主流担保组织的功能及特点	159
7.3	中国建设工程担保组织实践	161
7.3.1	各保证担保主体存在的问题及原因	161
7.3.2	完善我国建设项目保证担保组织体系的建议	167
7.4	长安保证担保公司案例分析	169
7.4.1	长安保证担保公司案情	169
7.4.2	分析	172
7.5	本章小结	173
第8章	建设工程项目保证担保风险研究	175
8.1	建设工程项目保证担保风险的性质、特征与组成	175

8.1.1	建设工程项目保证担保风险的性质	176
8.1.2	建设工程项目保证担保风险的特征	176
8.1.3	建设工程项目保证担保风险的组成	178
8.2	建设工程项目保证担保风险的产生原因及趋势	179
8.2.1	建设工程项目保证担保风险的产生原因	179
8.2.2	建设工程项目保证担保风险的趋势	182
8.3	建设工程项目保证担保风险的识别及度量	183
8.3.1	建设工程项目保证担保风险的识别	183
8.3.2	银行作为建设工程保证担保主体的关键风险识别	184
8.3.3	建设工程项目保证担保风险的度量	191
8.4	建设工程项目保证担保风险的控制策略	192
8.4.1	制定完善的建设工程项目保证担保法律法规	192
8.4.2	建立科学的资信审查体系	192
8.4.3	发展工程项目保证担保风险管理中介机构	193
8.4.4	健全和完善工程项目保证担保诚信体系	194
8.5	案例分析	194
8.5.1	“奥运项目”案情	194
8.5.2	分析	195
8.6	本章小结	196
第9章	建设工程项目保证担保制度运行机制的建立	197
9.1	运行机制的内涵	197
9.1.1	运行机制的定义	197
9.1.2	建设工程保证担保运行机制的构成	198
9.2	我国建设工程保证担保运行机制的建立	199
9.2.1	建设工程保证担保运行机制建立的基础	199
9.2.2	建设工程保证担保运行机制的框架设计	200
9.3	完善我国建设工程保证担保运行机制的措施和建议	208

9.3.1	完善工程担保的法律体系	208
9.3.2	培育专业担保公司	209
9.3.3	健全市场信用制度	211
9.3.4	解决工程保证担保费用来源	212
9.3.5	发展完善相关市场	213
9.4	案例分析	214
9.4.1	“天津文化中心大剧院项目”案情	214
9.4.2	分析	216
9.5	本章小结	216
第10章	结论与展望	218
10.1	结论	218
10.2	研究局限	221
10.3	展望	221
附录		223
参考文献		275