



普通高等教育“十五”国家级规划教材

建设工程合同管理

黄文杰 编著



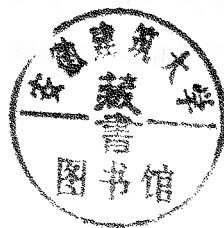
高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS



普通高等教育“十五”国家级规划教材

建设工程合同管理

黄文杰 编著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

内容简介

本书为普通高等教育“十五”国家级规划教材,根据全国高等院校建筑与房地产专业指导委员会制定的建筑管理专业课程大纲,全面、系统地介绍了建设工程合同管理的基本理论和方法,并与工程实际相联系,突出合同管理的实用性和操作性。主要内容包括:工程招标和投标,勘察、设计、监理、施工和物资设备采购合同的订立及履行管理,FIDIC编制的《施工合同条件》、《交钥匙工程合同条件》、《生产设备和设计~施工合同条件》和《土木工程施工分包合同条件》四个合同文本的主要内容和管埋原则。

本书可作为工程管埋专业和房地产管埋专业本科生和研究生的教材,也可供工程技术和管埋人员参考。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同管理/黄文杰编著. —北京:高等教育出版社,2004.7

ISBN 7-04-014496-4

I. 建... II. 黄... III. 建筑工程-经济合同-管埋-高等学校-教材 IV. TU723.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第029658号

策划编辑 赵湘慧 责任编辑 李 淑 封面设计 于 涛
版式设计 张 岚 责任校对 俞声佳 责任印制 朱学忠

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-64054588
社 址	北京市西城区德外大街4号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-82028899		http://www.hep.com.cn

经 销 新华书店北京发行所
印 刷 北京京科印刷有限公司

开 本	787×960 1/16	版 次	2004年7月第1版
印 张	19.75	印 次	2004年7月第1次印刷
字 数	360 000	定 价	24.80元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

序 言

随着市场经济体制的完善和社会发展的需要,我国工程项目建设有了快速发展,建设领域的经济活动越来越广泛、复杂。建筑产品作为一种特殊的商品,由于其本身具有大型化、投资多、技术复杂、建设周期长以及建筑物的不可复制性等特点,故所形成产品的过程有别于一般工厂化定型生产的产品。工程项目的建设过程涉及面广,包括勘查、设计、施工、材料设备供应等,大型复杂工程建设往往需要签订几十个,甚至上百个各类合同。

合同是市场经济的必然产物,它既表现了当事人的自主意愿,又是法律的载体及信用的凭证。合同的订立和履行需要参与者具有技术、经济、管理、法律等方面的知识和经验,要求合同管理行为法制化、规范化和科学化,并与国际惯例逐步接轨。为了规范建筑市场的主体行为,国家建设行政主管部门颁布了很多推荐使用的标准化的合同范本,现已形成了配套完整的合同文本体系。

根据全国高等院校建筑与房地产专业指导委员会制定的建筑管理专业培养方案和课程大纲,建设工程合同管理是该专业的主干课程,它主要研究建设领域内的法律问题和合同管理问题,明确要求学生掌握合同管理的基本原理和方法,具有从事工程项目招标、投标和合同拟定及管理的能力。通过本课程的学习,使学生熟悉我国工程建设领域内重要专业合同和国际通用合同(FIDIC编制)的基本内容,掌握建设工程合同的理论、方法和实务。

为了便于读者更好地掌握合同管理的基本原理和方法,本教材的编写在保证理论体系完整性的前提下,尽可能减少和避免使用难懂的法律语言以及将合同条款罗列来阐述合同管理,而是与工程实践相联系论述合同责任的区分和管理程序,突出合同管理的实务操作性。本书既可以作为工程管理专业本科生和研究生的教材,也可作为工程技术和管理人员的参考书。

本书由中国土木工程学会建筑市场与招标投标分会的专家委员会主任徐崇禄高级经济师主审,他对本书的编写提供了许多宝贵的建议,在此表示诚挚的谢意。

由于工程合同管理目前仍是我国建设领域中较为薄弱的环节,合同管理的理论和方法还需要在工程实践中不断丰富、发展和完善,加之作者水平有限,本书不当之处敬请读者、同行、专家批评指正,以便今后改进。

作者

2003年12月

目 录

第一章	绪论	1
第一节	建设工程合同管理	1
第二节	合同担保	6
第三节	工程保险	19
	思考题	30
第二章	工程项目招标	31
第一节	工程招标概述	31
第二节	招标程序	36
第三节	施工招标	50
第四节	设计招标	78
第五节	监理招标	84
第六节	材料、设备采购招标	91
	思考题	99
第三章	工程项目施工投标	100
第一节	工程施工投标概述	100
第二节	投标阶段的主要工作	108
第三节	投标文件	118
	思考题	128
第四章	建设工程勘察设计合同管理	129
第一节	勘察设计合同概述	129
第二节	勘察设计合同的订立	131
第三节	勘察设计合同的履行管理	133
	思考题	142
第五章	委托监理合同的管理	143

第一节	监理合同概述	143
第二节	监理合同的订立	146
第三节	监理合同的履行管理	149
	思考题	159
第六章	建设工程施工合同的管理	160
第一节	建设工程施工合同概述	160
第二节	建设工程施工合同的订立	163
第三节	施工准备阶段的合同管理	169
第四节	施工过程的合同管理	171
第五节	竣工阶段的合同管理	183
	思考题	188
第七章	物资采购合同管理	189
第一节	物资采购合同的订立	189
第二节	物资采购合同的履行管理	196
	思考题	202
第八章	FIDIC 施工合同条件的管理	203
第一节	施工合同条件概述	203
第二节	施工合同的订立	214
第三节	施工准备阶段的合同管理	219
第四节	施工阶段的合同管理	221
第五节	工程保修阶段的合同管理	248
	思考题	249
第九章	交钥匙工程合同的管理	250
第一节	交钥匙工程合同的订立	250
第二节	交钥匙工程合同的履行管理	254
	思考题	261
第十章	大型设备采购和安装合同管理	262
第一节	大型设备采购和安装合同的订立	262
第二节	设计和设备制造阶段的合同管理	266

第三节	设备安装阶段、保修阶段的合同管理	272
思考题	277
第十一章	施工分包合同管理	278
第一节	施工专业分包合同的订立	278
第二节	施工专业分包合同的履行管理	283
第三节	施工劳务分包合同的管理	292
思考题	294
主要参考文献	295
索引	296
Synopsis	302
Contents	304
作者简介	306

第一章

绪论

第一节 建设工程合同管理

一、合同在市场经济中的作用

(一) 合同是市场经济的纽带

我国的经济体制从计划经济向市场经济的转轨已经历了 20 年的历程,正在向完善的市场经济过渡。从某种意义上说,市场经济是以契约为手段,当事人用合同的方式约定双方的权利和义务,按照诚实信用的原则保证实现合同的预期目的。尤其是在我国加入 WTO 后,国外的投资者、设计、施工、咨询等公司和企业都将参与我国的工程项目建设,在不违反我国法律的前提下,按照国际惯例订立合同,约定双方的权利和义务。

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)中第二条定义的“合同”概念是:“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。当事人双方围绕标的约定权利、义务的核心问题是“债”,因此在《合同法》中,对当事人使用了“债权人”和“债务人”的定义,且将“债”区分为“金钱债务”和“非金钱债务”两大类。“非金钱债务”包括履行约定义务的“行为”,如完成工程设计、工程施工等。在广义合同范畴内,只有少数类型的合同属于“单务”合同,即当事人一方只享受权利不承担义务,而另一方只承担义务不享受权利,如“赠与合同”。大多数合同则为双务有偿合同,即当事人任何一方不仅享有一定的权利,而且还要承担合同约定的相应义务,工程项目建设涉及的所有合同均属于双务有偿合同。因此就整个合同而言,当事人双方是平等的主体(既享有权利,又承担义务)。但针对某一方面具体事项约定的条款来说,一方为债权人(享受权利),对方为债务人(承担义务)。如在施工合同中,承

包人必须按照合同约定的标准保证工程质量,否则发包人不支付工程款,要求承包人自费返工修整质量缺陷;若发包人无合法理由严重拖延支付工程进度款,承包人有权暂时停工,直至解除合同,并要求发包人承担相应的违约责任。

(二) 依法订立和履行合同

1. 合同的订立和履行是当事人自主的市场行为

当事人选择订立合同的对象、约定合同条款的内容、履行过程中变更合同、解除合同等都属于自主的市场行为。

2. 市场经济是法制经济

市场经济不是无序的自由经济,当事人的市场行为必须受到法律的约束,即在不违反法律规定的前提下自主实施。为了规范市场行为,全国人大先后颁布与工程项目建设有关的法律包括《建筑法》、《合同法》、《招标投标法》、《政府采购法》、《担保法》、《保险法》等,国务院和建设行政主管部门又进一步颁发了相应的法规和规章,以便落实相关法律法规的实施。

针对合同管理而言,法律和法规规定了主要方面的相应要求,并且强调了禁止和不得做的行为,对合同的具体内容仍由当事人约定,因此体现了法制化管理下的当事人自主。

二、工程建设涉及到的合同

工程项目的建设具有投资大、周期长、涉及面广、项目参与者多等特点,因此涉及到的合同种类繁多。

(一) 按照合同标的划分

按工程项目实施的不同阶段和工作内容不同,发包人委托工作任务不同,可以分为咨询(监理)合同、勘察合同、设计合同、施工合同、设备订购合同和材料供应合同等。

(二) 按照承包工作范围划分

发包人可以将某一阶段的工作任务委托给承包人,也可以将几个阶段的工作任务合在一起,委托给一个承包人实施。因此,除了上述分别发包的各类合同外,还可能有承担设计—采购—施工全部任务的 EPC 合同或交钥匙合同、不负责设计的施工总承包合同等类型的合同,以及分包合同。

三、合同范本

(一) 合同范本概念

为了避免合同责任约定不明确、风险责任划分不合理或遗漏合同履行过程中可能遇到问题的责任约定,我国的建设行政主管部门和国际的权威机构,针对项目的建设不同类型合同,出版了许多合同范本,以供当事人订立合同时参考使

用。范本条款的内容涉及合同的责任、履行过程中规范化的管理程序,以及履行过程中可能出现非正常事件后的责任等约定。

我国建设行政主管部门颁发的合同范本有《建设工程勘察合同》、《建设工程设计合同》、《建设工程施工合同》、《建设工程委托监理合同》、《建设工程施工专业分包合同》和《建设工程施工劳务分包合同》等。

FIDIC(国际咨询工程师联合会)是享有很高声誉的国际权威组织,先后出版的标准化合同文本包括《客户/咨询工程师标准服务协议书》、《施工合同条件》、《生产设备和设计~施工合同条件》、《设计采购施工(EPC)/交钥匙工程合同条件》、《土木工程施工分包合同条件》和《简明合同格式》。这些合同文本不仅在国际工程中得到广泛采用,而且在我国大型工程项目建设中也得到普遍应用,我国的设计合同和监理合同的范本主要参考了FIDIC合同条件的条款约定。

世界银行对使用其贷款建设的工程项目也颁布了适用于各种条件的标准化文本,包括土建工程、货物采购、大型成套设备供货和监督安装、总承包和咨询服务等方面的合同格式。

(二) 合同范本的特点

合同范本主要基于以下几个方面特点,在工程项目建设过程中能够得到广泛的应用。

1. 普遍性

某一类合同标准范本的通用条款,涵盖了该类合同履行过程中可能遇到的各种可能发生的情况,它既包括合同正常履行涉及各种情况的责任和履行管理程序,也规定了非正常情况发生后当事人双方的权利和义务。使用范本的条款可以避免当事人由于经验不足或考虑不周而造成在具体合同内遗漏对某些事件或情况的约定。

2. 确定性

通用条件条款涉及面广,对当事人之间的权利义务约定明确,可以作为当事人履行合同的行為准则,使合同履行过程中的管理行为科学化和制度化。

3. 合理性

通用条件条款围绕实现合同标的的预期目的,合理地划分各种情况下当事人之间的权利和义务,体现了公平、公正和证实信用原则。涉及某类事件的条款,按照当事人的基本义务和应承担的风险范围来划分责任,减少合同订立和履行过程中的争议。

4. 适用性

各类合同的标准化范本是在总结我国近几十年及国际上近百年的工程项目承包活动经验基础上编制的,而且这些范本每经过10年左右的时间均要进行修

订和补充,因此通用性和实用性较强。每一版本的修订,均将目前工程承包活动中存在的较普遍的问题体现在通用条件的条款之内。

(三) 合同范本的使用

所有类型的合同范本均采用协议书、通用条件(标准条件)和专用条件的格式编制,三部分的条款内容共同构成对当事人权利和义务的约定。

1. 协议书

协议书是一个内容简单的格式文件,只需填写工程概况、承包工作范围、合同工期和合同价款等主要内容,并明确构成合同的文件组成,以及合同生效方式等。

协议书虽然内容简单,但却是作为合同第一部分具有重要法律效力的文件,表明当事人双方对合同内容协商达成一致后,向对方承诺履行合同义务而签署的正式协议。协议书的作用表现为以下几个方面:一是确认双方达成一致意见的合同主要内容,使合同内容清晰明了;二是确认合同文件的组成部分,有利于合同双方正确理解并全面履行合同;三是确认合同主体双方,并签字盖章,约定合同生效;四是合同双方郑重承诺履行自己的义务,有助于增强履约意识。

2. 通用条件

通用条件是标准化范本的主要内容,分别针对合同履行可能涉及的各方面情况,详细地分条、款、目写明具体内容。通用条件条款的特点表现为:

(1) 通用性强。某一合同范本只依据标的,按照每类承包工作的共性特点规定各条款的内容,而不顾及具体实施工程的行业特点、专业特点和环境特点。如 FIDIC 的《施工合同条件》可以用于发包人提供设计,承包人负责施工的所有土木类工程项目的施工合同,不管具体项目是民用建筑工程、道路工程、电力工程、石化工程、海港工程或其他工程均可适用。

(2) 条款内容覆盖面广。编制通用条件的原则是对该类合同履行过程中可能发生的情况均用条款加以约定,因此通用条件中包括了对大多数合同都适用的规定,涉及合同正常履行和遇到非正常情况的处理原则和程序。这样做的好处是:避免当事人就具体工程项目订立合同时由于通用条件中没有相关的约定,需在专用条件中附加很多的补充约定条款,以及补充条款的约定不够公平合理。但通用条件中的条款并非每个工程的合同都必须全部采用,当事人可以根据具体工程的特点和委托任务的特点而决定取舍。例如《施工合同条件》的通用条件内详细规定了工程预付款的支付条件、开始扣回的起扣时间计算方法,以及每次支付工程进度款的扣回比例的条款,但并非要求每个施工合同发包人都必须支付预付款。如果具体工程项目的合同没有预付款,则可以在专用条件的相应条款中说明通用条件中的该条款不采用。另一种更简便的方法是:在专用条件内未对预付款的条款作删除说明,同时也未对预付款的数额加以约定,则通用条

件的预付款条款自动失效。

3. 专用条件

基于不同地区、不同行业工程的共性情况编制的通用条件已是分门别类内容详尽的合同文件范本,尽管大量的条款是通用的,但有些条款还必需考虑具体工程项目的特点和所在地区情况予以必要的变动。因此,合同范本中还包括专用条件部分。

(1) 专用条件条款的内容。范本的专用条件内通常只对部分通用条件中的条款提出建议供使用者参考。由于通用条件不考虑工程的专业和地域特点,因此使用者需结合具体工程项目特点编写专用条件的条款。专用条件内的条款通常基于以下几种情况。

- 1) 通用条件条款内说明需要在专用条件内补充细化的内容。
- 2) 删除通用条件内不适合本工程项目的条款。
- 3) 增加通用条件内未包括的条款。

(2) 专用条件条款与通用条件条款的关系

由于专用条件的条款编制原则是根据具体工程的特点,针对通用条件的不同条款进行的选择、补充或修正,以使这两部分相同序号组成的条款内容更为完备,因此专用条件的条款不同于通用条件的格式。通用条件的条款序号依次排列,每一序号下都有具体的条款内容,而专用条件的条款则要视通用条件的条款是否需要补充、修改或取代而决定专用条件相同序号的条款是否存在。鉴于此项原因,专用条件条款的序号不必依次排列,而只要按对通用条件中需要说明的条款号的顺序排列,即专用条件中的条款序号应与通用条件中需说明的条款序号相同,或者与其共同构成内容约定完备的条款,或者取代通用条件中的条款规定。

鉴于专用条件的条款反映了具体工程的实施要求,因此该部分条款的内容与通用条款规定有矛盾、歧义等不一致时,以专用条件的条款为准。

综上所述,合同范本属于推荐性质,不具有强制性的法律效力,主要目的是避免订立的合同条款不完备、责任划分不公平、管理程序不严谨,当事人订立合同时可以根据工程项目的具体特点、环境影响要素、委托工作的性质和范围,来决定对通用条件中条款的取舍。

四、招标投标与合同管理的关系

标的金额较小的合同,当事人双方经过协商达成一致后即可订立。但工程项目由于标的金额大,且涉及国计民生或公共利益,就需要发包人利用市场经济的价值规律和竞争机制,通过招标投标过程优选最佳的实施承包人,并与其签订勘察、设计、施工、监理和设备供货等合同。因此,招标投标是合同的形

成过程,选择理想的承包人和订立一个内容完备的合同是成功的一半,双方按照合同约定切实履行好合同义务,以达到工程项目建设的预期目标是成功的另一半。

第二节 合同担保

一、担保的概念

(一) 合同担保的作用

合同担保是指合同当事人双方为了使合同能够得到全面按约履行,根据《担保法》和相关行政法规的规定,经协商一致而采取的一种具有法律效力的保护措施。一方当事人向对方提供担保,既是作出自己愿意忠实履行合同义务并表示,也为另一方当事人提供当自己有严重违约行为而使对方受到损害时,能够获得有效合理补偿的手段。但担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。

一个合同是否有担保以及采用何种担保方式,一方面取决于合同标的的特点、合同金额大小等因素,另一方面还应由当事人双方通过交流或协商取得一致,因此在《合同法》中没有将担保列入合同的主要内容之中。然而,工程承包是一种风险事业,由于担保是保证合同当事人履行义务的有效措施,因此在工程合同内往往设置担保条款。

(二) 担保方式

按照《担保法》规定,担保的方式可以采用保证、抵押、质押、留置或定金。在工程项目建设标的金额较大的主要合同中如果有担保的话,施工合同、监理合同通常采用保证的担保方式;设计合同采用定金担保方式;贷款合同采用抵押或质押担保方式;运输合同、加工承揽合同采用留置担保方式。

二、保证担保

保证是指保证人和债权人约定,当被保证人不履行义务时,保证人按照约定代其履行义务或承担赔偿责任的担保行为。

(一) 保证人

1. 担保合同的法律关系

采用保证方式提供的担保,一定是由当事人以外的第三人为一方当事人(被保证人)履行义务提供的担保义务,因此担保关系设定为债权人与保证人之间。保证人只担保被保证人忠实履行合同义务,而不担保当事人双方。

2. 对保证人的要求

由于保证人要对被保证人不履行约定义务的行为承担后果责任,因此按照《担保法》的要求,具有清偿能力的法人、其他组织或公民才可以做保证人。大型工程项目的合同担保人应是企业法人或金融机构,而行政法人、事业法人和社团法人等非企业法人由于不具备代为清偿能力,不应作为合同的担保人。《担保法》明确规定,除经国务院批准为使用外国政府或国际经济组织贷款进行转贷,政府的行政法人可以作担保人以外,以下单位均不得作保证人。

(1) 国家机关。

(2) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位。

(3) 社会团体。

(4) 企业法人的分支机构、职能部门。但若企业法人的分支机构有法人书面授权时,可以在授权范围内提供保证。

由于作为保证人的第三人向对方当事人提供担保时,他在主合同中没有任何权利和利益,但当被保证人严重违约后却要向债权人承担赔偿责任的义务,因此《担保法》规定:“第三人为债务人向债权人提供担保时,可以要求债务人向他提供反担保。”

(二) 追偿责任的方式

按照《担保法》的规定,保证可以采用一般保证或连带责任保证两种方式之一,在具体合同中,担保方式由当事人约定。如果当事人没有约定或者约定不明确的,则按照连带责任保证承担保证责任,这是对债权人权利的有效保护。

1. 一般保证方式

一般保证是指当事人在保证合同中约定,被保证人不能履行合同债务时,由保证人承担责任的保证方式。但一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担担保责任,即被保证的当事人严重违约导致对方的合法权益受到侵害时,首先由合同被保证人承担赔偿责任,保证人只承担损害赔偿的不足部分。

2. 连带责任保证方式

连带责任保证是指当事人在保证合同中约定,保证人与被保证人对债务承担连带责任的保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任,即被保证的主合同当事人严重违约导致对方的合法权益受到侵害时,对方当事人不必区分追偿赔偿责任的先后次序,既可以向主合同当事人要求赔偿,也可以直接向保证人要求赔偿。

由于连带责任保证能够使接受保证方主合同当事人的合法权益获得有效的保障,因此工程项目建设过程中涉及的保证,通常均采用连带保证方式。

(三) 工程项目涉及的保证种类

工程项目建设过程中较普遍采用保证作为担保方式,主要涉及:

1. 投标保证金

投标阶段,投标人向招标人提供的投标保证金。

2. 履约保证

签订合同阶段,由中标承包人提供的履约保证和发包人提供的支付保证(目前在国内外的施工合同中推荐采用)。

3. 预付款保证

发包人支付预付款前,要求承包人提供与预付款等额的预付款保证。

(四) 保证合同的主要内容

《担保法》规定,保证人按照约定向债权人提供的保证合同,应包括以下主要内容。

- (1) 被保证的主债权种类、数额。
- (2) 债务人履行债务的期限。
- (3) 保证的方式。
- (4) 保证担保的范围。
- (5) 保证的期间。
- (6) 双方认为需要约定的其他事项。

(五) 保证的形式

通常对企业法人出具的担保称为“保证书”,银行出具的担保称为“保函”。投标担保和履约担保通常可以采用保证书或保函形式;支付担保和预付款担保一般要求采用保函方式。二者在保证合同的内容上略有差别,尤其是担保金额可能相同也可能不等。例如施工合同的履约保证,保证书的担保金额一般要高出保函担保金额的1倍以上,因为银行作为担保人只有赔偿能力,而企业法人作为担保人具有实施合同义务的能力。因此,采用高额担保约束担保人在被保证人不履行合同时由保证人来履行合同义务。

(六) 保函

1. 保函的特点

保函是由银行作为保证人的担保方式,主要特点表现为:

(1) 担保的信用高。银行的商业信誉高于一般企业法人,由银行作保证人的担保信用高。如果发生被保证人的严重违约行为,合同对方当事人依据合同规定进行索赔时不需直接找被保证人而直接向银行索赔,银行的立即支付可以使受到的损害及时得到补偿。

(2) 减小被保证人流动资金的占用。目前很多工程采用保证金方式由被保证人自己提供担保。保函与保证金相比有以下优点:

1) 在保证期内,如采用保证金方式,则被保证人的该笔资金被冻结使用,容易造成流动资金的紧张而影响承包活动的实施。保函中的金额只是银行担保的最高限额,如果被保证人不违约,此项金额不实际发生,被保证人只需按保函开列的金额和担保期限向银行交纳规定的手续费。

2) 保函担保的金额较高。如履约保函的金额通常为合同价的5%~10%;预付款保函的金额与预付款等额,因此,当承包人违约时发包人可以获得有效的损害赔偿。

(3) 能够获得有效赔偿。保函不同于支票或存折,除了它不需要冻结实际金额外,另一特点是保函一经开出被担保人不能要求撤销,只有保函内注明的担保期限到期后自动失效。这样规定可以避免被保证人严重违约时到银行撤销保函,使发包人的损失无法获得有效补偿。

(4) 不可撤销保函。保函内应有明确约定的担保期限。银行开具保函后,不允许申请开保函方单方要求减少担保金额或缩短担保期限。只有接受保函方同意并通知银行后,才可以对保函的内容加以修改。

(5) 保函赔偿有最高限额。保函内注明的金额为发包人可以索赔的最高限额。如果被担保人所造成的损害超过最高限额时,银行不再承担进一步的赔偿义务。

2. 无条件保函和有条件保函

当接受担保方因被保证人的违约行为凭保函索赔时,银行是否以被担保人同意作为支付的先决条件,可以将保函区分为无条件保函和有条件保函两大类。

(1) 无条件保函。被担保人出现严重违约行为而使合同标的无法保证顺利实现时,对方当事人无需征得被保证人同意,仅凭有效保函向银行索赔即可获得支付的保函称为无条件保函。

(2) 有条件保函。被担保人出现严重违约行为使合同标的无法保证顺利实现时,对方当事人凭保函向银行索赔前,必需首先取得被保证人的认可,银行才予支付的保函称为有条件保函。此时往往会导致合同争议,若通过仲裁或诉讼程序裁定、判定被保证人违约应按保函赔偿时,银行才予支付。

由此可见,无条件保函对被保证人风险较大。但采用何种格式,是由发包人在招标文件和合同条款中予以规定的。按通常惯例,监理委托合同采用有条件保函;施工、设备供货合同可以采用无条件保函,也可以采用有条件保函,但大多数情况都采用无条件保函。

(七) 保证书的特点

保证书是企业法人提供的保证方式。担保人可以是母公司或其他有履行合同义务能力的法人组织。保证书与保函的主要区别表现为:

(1) 保证人承担的是主合同义务的连带责任,即当被保证人不能履行合同

义务时,由保证人履行合同义务及赔偿对方损失。而出具保函时,银行只承担担保金额内的赔偿责任,不承担继续履行合同未尽义务责任。

(2) 保证书的担保金额通常高于保函的担保金额。如《水利水电工程施工合同和招标文件示范文本》【GF-2000-0208】中对履约担保的说明中规定,保函的担保金额一般为合同价格的5%~10%,而履约保证书的担保金额可为合同价格的30%。

以下各例为建设部组织编制的建设工程施工招标投标文件范本中规定的保函和保证书格式。

【例1-1】 被保证人申请银行出具保函的申请书格式。

开具保函申请书

保函形式:电开/信开

日期:

编号:

致: (银行名称)

(申请人) 按照 合同/投标的规定,兹申请贵行开立以 (项目法人名称及详细地址) 为受益人,金额为 (大写:) 的不可撤销、不可转让的投标担保函,担保期从 年 月 日起至 年 月 日止。

(申请人) 声明:

我公司保证:在贵行出具上述保函后,如果受益人按保函规定要求你行履行保函义务对外偿付时,我公司保证无条件承担一切经济责任,贵行无须事先征求我公司同意,即可从我公司在你行开立的账户(包括:存款、贷款、保证金、本币、外币)中划款对外支付。在发生你方垫款对外支付时,我公司保证在收到贵行通知的三个银行工作日内无条件地将贵行垫付的全部资金、利息和由此发生的一切经济损失划付至贵行指定的银行账户中去。

我公司的保证为独立的、不可撤销的,不依附于任何合同。

我公司无条件地同意支付在此保函项下贵行的担保费及其他支出。

我公司无条件地同意贵行有关规定和国际惯例办理保函项下一切事宜,并由我公司承担由此产生的一切责任。

为便于贵行审查,随申请书提供下列附件:

1. 项目介绍,技术与财务分析,中标后履约的设想。
2. 项目介绍,可行性研究报告。
3. 标书,外方资信材料。
4. 商务合同,外方资信材料。
5. 保函格式。
6. 反担保函,反担保单位资信材料。
7. 我公司营业执照,最新财务报表及银行账户情况。