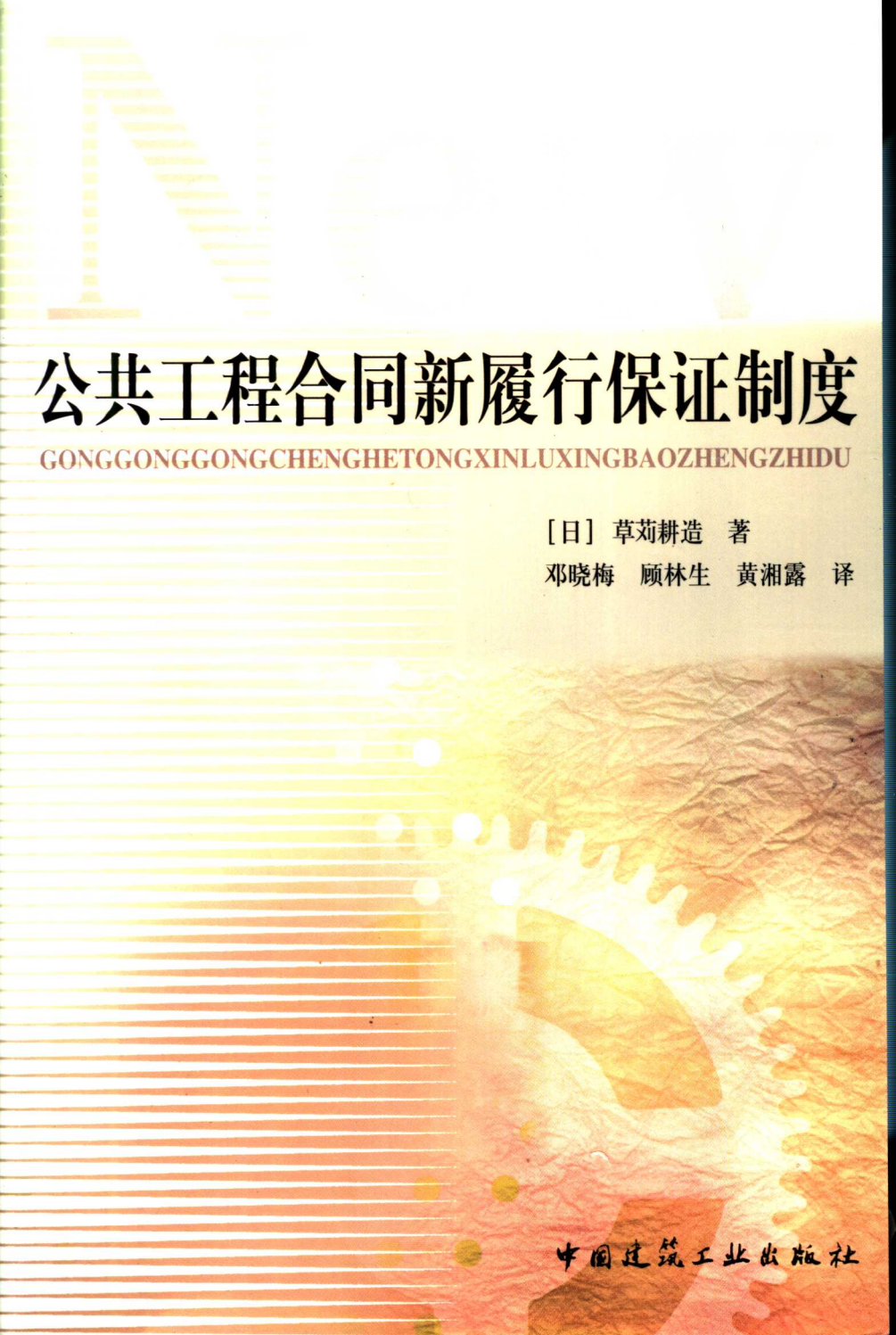




公共工程合同新履行保证制度

GONGGONGGONGCHENGHETONGXINLUXINGBAOZHENGZHIDU

[日] 草薙耕造 著

邓晓梅 顾林生 黄湘露 译

中国建筑工业出版社

公共工程合同新履行保证制度

[日] 草苅耕造 著

邓晓梅 顾林生 黄湘露 译

中国建筑工业出版社

著作权合同登记图字：01-2002-2321号

图书在版编目(CIP)数据

公共工程合同新履行保证制度/(日)草薙耕造著;邓晓梅等译. —北京:中国建筑工业出版社, 2004

ISBN 7-112-06462-7

I. 公... II. ①草... ②邓... III. 公共工程-经济合同-担保-制度-日本 IV. D931.33

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第033897号

原书名:公共工事契约と新履行保证

原作者:草薙耕造

原出版社:株式会社日本评论社

本书由日本株式会社日本评论社授权翻译出版

责任编辑:崔勇

责任设计:郑秋菊

责任校对:赵明霞

公共工程合同新履行保证制度

[日]草薙耕造 著

邓晓梅 顾林生 黄湘露 译

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

新华书店经销

北京嘉泰利德制版公司制版

北京建筑工业印刷厂印刷

*

开本:850×1168毫米 1/32 印张:8% 字数:240千字

2004年8月第一版 2004年8月第一次印刷

定价:22.00元

ISBN 7-112-06462-7

TU·5702(12476)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码 100037)

本社网址:<http://www.china-abp.com.cn>

网上书店:<http://www.china-building.com.cn>

前 言

为了确保招标投标与合同制度的透明度、公共性以及竞争性，中央建筑业审议会在1993年12月21日提出了“关于公共工程的招标投标与合同制度的改革”的建议。根据此建议，在1994年以后，国家和地方自治体政府对招标投标与合同制度采取了各种各样的改善措施。

特别是我国（译者注：指日本），在公共工程履行保证制度中占主流的“工程完成保证人制度”^①被认为是助长围标行为的一种不合理制度，政府采取了方针决定废除。因此，当务之急是要采取新的制度来替代该制度。为此，1994年6月2日成立了由学识经验丰富的专家组成的“履行保证制度研究会”，作为建设省（译者注：相当于中国的建设部）建设经济局长的内部咨询机构。研究会吸收了合适的有实际业务经验的人参加，集中精力讨论新履行保证制度，并在12月26日提出了报告。根据该报告，1995年5月23日中央建筑业审议会提出了“废除工程完成保证人制度与引进新履行保证制度”的建议。6月16日，国家答复该建议，修改了预算决算及会计令，把新采取的“公共工程用的履行保函（日：履行保证证券，同英文：Performance Bond^②）”作为新履行保证制度的一种方法给予明确的定位。同日，自治省行政局长对各都道府县的知事发出通知，指出“采取履约保函制度，从1996年度（译者注：日本会计年度为4月1日开始）开始废除工程完成保证人制度，特别是受国际批判的指名投标人^③相互担保的工程完成保证人制度在过渡期的1995年度提前废除。”（资料1）

1995年10月1日，建设省开始对直接管辖的工程，试验性

地实施新履行保证制度。这个修改对我国（日本）的公共工程合同制度，特别是它的保证制度进行了根本的修改，具有划时代的意义。1996年1月26日，根据一段时间的试行，自治省行政局行政科长，向各都道府县的总务部长发出通知，请求“废除原来的工程完成保证人制度，实行新履行保证制度”，并委托他们通知所辖的市村町彻底贯彻实施新制度（资料2）。

以都道府县的市村町为中心的地方政府在以前就已经在讨论和研究修改公共工程的招投标与合同制度，所以行动比较快，从1996年4月1日就开始全面废除工程完成保证人制度，及采用新履行保证制度。

在引进新履行保证制度这项制度期间，笔者与以建设省、建筑企业、损害赔偿保险公司为中心的有关人员积极地交换意见，推进该制度的实施。在这个意义上，笔者对这项新制度的成功失败非常关心。笔者并从1999年8月底开始对新履行保证制度的现状和问题在国家（日本）各机构以及所有的都道府县的市村町政府进行邮件问卷调查。

调查的年度是1996年至1998年三个年度。在日本国家机构中，得到了总务厅、北海道开发厅、法务省、国土厅、建设省、自治省、邮政省、众议院、参议院9个机构的协作。得到了关于1998年度承包合同47,992个和承包合同金额29,693亿日元的数据。根据建设省的统计，同年度的公共工程开工金额为29,838亿日元，所以说调查得到数据的比率为99.5%。关于日本地方公共团体，共得到25个都道府县政府、东京都23个区政府、422个市、760町、183村合计1,413团体的协作。还有，与北海道、岩手县、宫城县、山形县、福岛县、茨城县、群馬县、埼玉县、千叶县、东京都、神奈川县、德岛县、香川县、爱媛县、高知县、冲绳县的1都1道14个县、9个区、56个市、44个町、7个村合计122个地方公共团体进行了直接面对面访问调查。其结果，关于地方公共团体，得到了关于1998年度471,714个承包合同和承包合同金额9,0678亿日元。根据建设省的统计，

同年度的地方公共团体的公共工程开工金额为 95,695 亿日元,所以这次调查得到数据的比率为 94.8%。根据这些调查结果,公开出版了这本著作。

附带也说一下,我国(日本)作为经济大国对公共工程招标投标与合同制度进行大修改,特别是实施新履行保证制度,引起了世界各国的注目。笔者作为国际商会保险委员会主席,参与制定了国际商会在 1994 年 1 月 1 日起生效的“ICC 合同保函统一规则(ICC 524 号规则)”。与此相关,即使在该规则制定后,也还是继续在世界各地就这规则进行讲演(资料 3)。在每次讲演中,我都把我国新采取的新履行保证制度评价为脱离原来的不透明的招标投标与合同制度向前跨出了的第一步。从这个观点出发,希望本书对各国有关人员理解我国(日本)的公共工程招标投标与合同制度有所帮助。还有,2000 年 7 月 3 日召开的联合国国际商法委员会(UNCITRAL)第 33 次年会,高度评价“ICC 合同保函统一规则(ICC 524 号规则)”,承认该规则作为统一规则在各国必须推进实施。在这个意义上,也希望(日本)新履行保证制度的推行成为世界之先驱。

我想对这次调查给予协作的人员要超过 1 万人,在此首先感谢各位在繁忙的公务中鼎力合作。下面想进入正题叙述。

【注释】

①译者注:即“替补承包商保证担保制度”,参见《中国工程保证担保制度研究》(邓晓梅,2002)

②译者注:Performance Bond,中国国内通常译作“履约保函,或履约担保”,本书中特将日本公共工程所用的 Performance bond 译作“履行保函”一是为了强调其带有义务履行保函的特性,二也是为了强调其与 Performance Guarantee(中文也常译作履约保函但通常这种保函以赔付为其履行方式,不具有义务履行的特性)的区别。在中国这两个英文词的翻译尚没有固定的译法以示区别。

③译者注:指日本的“指名竞争招标投标制度”下的投标人。“指名竞争招标投标制度”参见本书第 14 页。

目 录

前 言

第 1 部

第 1 章 公共工程合同制度的现状和问题点	3
1. 公共工程合同制度的现状	3
(1) 什么是公共工程	3
(2) 通过会计法规制	5
(3) 通过地方自治法规制	7
(4) 通过财务规则和合同规则进行规制	9
2. 历来公共工程合同制度的问题	11
(1) 缺乏费用节减意识	11
(2) 政府扶持建筑企业的意识过剩	13
(3) 滥用指名竞争招投标制度	14
(4) 围标继续发生	17
(5) 行贿受贿继续发生	19
(6) 缺乏公平性	20
(7) 缺乏竞争性	21
(8) 缺乏透明性	23
3. 近年改善政策一览	23
(1) 确保竞争性	24
(2) 确保透明性	27
(3) 确保公平性	31
第 2 章 改善政策中新履行保证制度的作用	44
1. 改善政策的问题所在	44

(1) 金钱型保证制度的局限性	45
(2) 义务履行保证制度	49
(3) 确定担保被履行	51
2. 建筑业的现状	54
(1) 建筑企业过多	54
(2) 建筑企业经营不善	55
(3) 建筑企业没有履行能力	55
(4) 围标特性	56
(5) 金字塔型的建筑企业	56
(6) 中标工程量减少的可能性	57
(7) 连锁破产的扩大	57
3. 保证机构的现状	59
(1) 建筑业保证担保公司表现活跃	59
(2) 银行的担忧	61
(3) 保险公司的营业姿态	62
4. 新履行保证制度的作用	64
(1) 削减用于审查被指名者的业务经费	64
(2) 因灵活运用竞争性招投标而节俭费用	66
(3) 减轻发包人的检查任务	67
(4) 减轻进行再发包的业务负担	68
(5) 确保国际性	68
第3章 新履行保证制度的现状	73
1. 工程完成保证人制度的废止状况	73
2. 新履行保证制度的内容和现状	75
(1) 履行保证保险	75
(2) 公共工程用的履行保函	77
(3) 预付款保证的合同保证特别条款	82
(4) 银行保证	85
3. 新履行保证制度的采用状况	86
4. 在保证制度上的优先位次	88

5. 新履行保证制度存在的问题	89
第4章 公共工程合同制度的修订案	93
1. 设计价格的事先公开	93
2. 中标状况的事后公布	94
3. 进一步促进一般竞争招投标	95
4. 指名竞争性招投标制度的废止	97
(1) 完全废除工程完成保证人制度	99
(2) 采用新履行保证制度	100
(3) 事先公开设计价格	101
(4) 实施公募型指名竞争性招投标制度	101
(5) 有效利用义务履行保证制度	101
(6) 扩大一般竞争招投标	102
(7) 废止指名竞争招投标制度	102
5. 开放预付款担保市场	102
第5章 政府采购制度修订案	106
1. 事先公布预算	106
2. 全面采用一般竞争招投标	107
3. 保证制度的完善	108
4. 改善瑕疵的方法	110

第2部

第1章 关于公共工程承发包制度和新履行	
保证制度的修改	113
1. 修改的概要	113
2. 事先公开预定价格	115
3. 全面采用一般竞争性招投标	116
4. 完善保证制度	119
第2章 关于特殊法人的情况	121
1. 前言	121
2. 调查对象	121

3. 调查结果	125
(1) 有关特殊法人的采购制度	125
(2) 有关采购制度的实际情况	126
(3) 有关履行保证制度	128
4. 今后的方向	129
(1) 废止协议发包	130
(2) 广泛公布招投标	131
(3) 提出履行保证	132
(4) 引入瑕疵担保	132
(5) 根据一般竞争性招投标采购	132

资 料 汇 编

资料 1: 关于合同保证金的通知	137
资料 2: 关于公共工程的履行保证的通知	139
资料 3: 合同保函统一规则 (国际商会 524 号出版物)	141
资料 4: 关于改善公用事业的招投标、合同程序的 行动计划	150
资料 5: 政府采购协定	178
资料 6: 东日本建设业保证股份公司预付款保证 合同条款	223
资料 7: 公共工程用保证合同基本合同条款 瑕疵担保保证合同特别合同条款	235
资料 8: 履行保证保险普通保险合同条款 履行保证保险定额填补特别合同条款	241
参考文献	249
索引	251
译者后记	260

第 1 部

第1章 公共工程合同制度的现状和问题点

1. 公共工程合同制度的现状

(1) 什么是公共工程

在报纸和杂志上经常可以看到“公共工程”的字眼，那么公共工程到底是什么呢？《关于公共工程预付款保证的法律》（昭和27年6月12日法律184号）第二条规定：“公共工程”是指与国家或者地方公共团体（译者注：在日本把地方政府统称“地方公共团体”）及其他公共团体发包的土木建筑相关的工程及其测量设计^①。要补充说明的是，本次调查仅以国家及地方公共团体发包的公共工程为对象，该法规定中所涉及的公团、事业团、政府企业、地方公营企业及其他（地方会社、电力公司等）不包括在本次调查范围内。如果将来有机会，希望对本次调查对象以外的上述领域也进行一下研究。

公共工程，在其性质方面有以下的特征：公共工程的费用主要由国民的税金来支付，因此而得名。当然，对于在公共工程中所建成的公共财产，也有使用者自身以使用费的形式承担其部分费用的，但是大部分还是由国家及地方公共团体的（财政或公共预算）所承担的。结果，公共工程就被加上种种制约。

第一，关于公共工程的内容，必须取得国民的同意。因此，作为公共工程的开工条件，要由行政官员制定项目计划，就项目的年度预算或者每一个项目计划的整个预算取得议会的认可。虽说是国民，但因其立场不同，各自的意见也有所不同。因此，

通过议会认可程序即在形式上取得了国民的认可。然而，在一致意见的形成过程中，如果不尽可能地向利害相关者保持透明性、公开信息，将来就会招致不必要的摩擦，这一点是可想而知的。一直以来，行政官员被人们批评：只着眼于一致意见的形成过程的形式，而尽可能隐瞒信息，采取“民可使由之，不可使知之”的态度。此外，向特定的利害相关者秘密地公开信息的不透明行为甚至有诱发行贿受贿的危险性。为使国民一致意见的形成过程能够正当地进行，确保透明性是极其重要的。目前，正在探讨研究如何彻底改善公共项目，希望国家及地方公共团体进行这一探讨的时候也尽可能地公开信息、认真地进行讨论。

第二，公共工程应该尽可能地以适当的价格进行采购。日本中央政府的国债及借款余额和保证债务余额的总额，截至2000年3月底达到545兆日元。光这些就已经相当于1200兆日元的国民储蓄金额的一半。如果再加上地方公共团体的债务余额，那么不得不说的是一项很大的财政赤字。即使说必需的工程费用由国民税收来承担是理所当然的，可还是期望工程费尽可能地低廉。如果用稍微刺激的口气来说，希望每一位行政官员都能经常意识到：自己有责任要考虑公共工程的费用是国民的血汗钱来支付的，不论是否在预算范围内都要尽可能地以低廉的价格采购公共工程。一般来说，为了以低廉的价格来采购，确保竞争性是重要的。即使有了公共工程的采购，也必须谋求确保竞争性。但如果过度地追求确保竞争性，就会担心工程质量的低劣。以适当的价格采购，是指以低廉的价格来采购达到所要求的特定质量的工程，而不是接受“价格低廉而质量低劣”的工程。既确保竞争性又筹办到质量良好的公共工程，其办法是存在的，在探讨公共工程的采购制度时也应该考虑这一点。

第三，有关公共工程的履行，应该确保其超出一般工程的安全性。在工程施工过程中，当然必须避免因损害第三者利益而承担损害赔偿的事态。万一在施工现场等地发生事故的情况

下,为了毫不遗漏地履行损害赔偿义务,不仅要有对公共工程本身的实物保险,还要有针对第三者赔偿责任的责任保险等措施,这一点大家都很清楚。我们都知道,目前建设业不景气,因此也必须采取措施应对由承包人的破产而导致中途放弃公共工程的情况。一直以来,作为针对此类事态的措施,合同保证金制度及作为替补的工程完成保证人制度和履行保证保险制度被施行,工程完成保证人制度因后面所述的原因被废止。但是,为了不给国民增加不必要的额外财政负担,确保公共工程的履行是必不可少的。

根据这些公共工程的特征可以得知,有关公共工程有种种的规定,在法规上也设定了特别规定。

日本的公共工程合同制度,大致分为国家发包工程和地方公共团体发包工程。国家发包工程依据会计法·预算决算及会计令来履行合同;地方公共团体发包工程则依据以地方自治法为基础制定的各地方公共团体的条例、会计规则及合同规则来履行合同。

(2) 通过会计法规制

由国家及接受国家补助金建造的公共工程,首先依据财政法由大藏大臣(译者注:2002年1月改称为“财务省”)拟订预算,内阁经过阁僚会议决定向国会提交该预算方案,取得其认可。要注意的是,有关通过发行公债或借款进行的公共工程费用的范围,依照财政法第4条规定,必须取得国会的议决^②。如果预算通过国会的议决而成立,内阁就要依据国会的决议向各省厅(译者注:相当于中国的部委)的长官分配该项预算。但是根据财政法第34条2的规定,各省厅长官必须就公共工程费向大藏大臣提交负责公共支出内容的实施计划并得到其认可^③。

这样,预算一旦被确定,依据会计法第10条,各省厅长官就要管理其管辖范围内的负责支出的内容及有关支出的事务^④。

各省厅长官并不可以自由地处理其管辖范围内的预算,而要依据会计法等规定来处理。会计法第29条规定,各省厅长官

也应管理其管辖范围内的买卖、租赁、承包及其他有关合同事务^⑤。通常，依据该法第 29 条 2 规定，各省长官可通过政令将合同的相关事务委托给该管辖省厅的所属职员^⑥。

有关招投标主管官员及支付主管官员签订合同的方法，在会计法第 29 条 3 中如下规定^⑦。

首先，包括公共工程，承发包方法的大原则是一般竞争。除了后面所述的特定场合，主管官员在签订合同时必须进行公告，使有意向者申请报名、参与竞争。这是由上述公共工程的第二个特征得出的理所当然的结论。政令中规定了参加竞争的企业的资格、公告的方法及其他相关竞争的必需事项。

第二是指名竞争。根据合同的性质和目的，参加竞争的企业为少数、在没有必要进行一般竞争的情况以及认为采取一般竞争不利的情况下，按照政令的规定，进行指名竞争。一般来说，即使建筑企业的许可被细分为不同的专业，也仍有大量符合条件的企业，所以，没有必要进行竞争的情况和认为采取一般竞争不利的情况被认为是一种特殊的情况。

第三是协议发包。在根据合同的性质和目的而不允许竞争的情况，或者根据紧急需要不能够进行竞争的情况及认为采取竞争会导致不利的情况下，按照政令的规定，采取协议发包的方式。因此，协议发包在像灾害恢复重建工程这样的特殊公共工程的情况下使用。

这样，有关承发包方法，法律上是按照一般竞争、指名竞争、协议发包的顺序推定的。但是当合同预定价格的金额较小时、当其他的政令中有规定时，可按照政令的规定采取指名竞争或者协议发包的方法，扩大特殊情况的范围。其结果，在现实中，指名竞争作为合同方法比一般竞争用于更多的公共项目中。

会计法第 29 条 5 中规定，特别是除了需要采取拍卖的情况之外，竞争要通过招投标来进行的时候，上述的承发包方法就相应地变成了一般竞争招投标、指名竞争招投标和协议发包^⑧。

依据会计法第29条4,参加投标者就要向国家交纳投标价格5%以上的投标保证金,确保中标时确实签订合同^⑨。

通过竞争投标决定中标者或者协议发包的对象决定后,招标投标主管官员在依据会计法第29条8签订合同的同时,必须满足本法第29条9的规定,即请其交纳合同金额10%以上的合同保证金^⑩。不过,可按照政令规定用国债、有价证券、其他担保来代付;另外,在政令中有所规定的情况下,可使其免交全部或部分合同保证金。

在由于万一承包人破产等而导致无法履行合同的情况下,这部分合同保证金具有补偿国家等发包人所蒙受损害的担保功能。但是,在合同书上没有特别规定的话,这部分合同保证金归属于国家,不一定是提供给该合同的履行所用。这似乎说明了工程完成保证人制度为什么比其他的金钱保证制度更广泛地使用的原因。但根据本次调查又似乎明白了这一原因并不一定就是主要的原因。

(3) 通过地方自治法规制

当发包人为地方公共团体时,也有与发包人为国家的情况一样的规范。地方自治法规定,关于地方公共团体施行的公共工程,该地方公共团体的长官必须在年度开始的一定期间之前调整预算、并提交给有关议会。如果在议会上预算被认可,就依据政令中规定的基准制定有关执行预算的手续并依此来执行预算。正如地方自治法第232条3中规定的那样,必须依据法令或预算规定来履行作为支出原因的合同^⑪。同法第234条的4中规定,没有地方自治体长官的命令,出纳主管和市财政官员不得支出^⑫。

预算措施完成后,按照地方自治法第234条,通过一般竞争招投标、指名竞争招投标、协议发包和拍卖的方法来签订公共工程合同。不过,原则上始终是采取一般竞争招投标的方法,指名竞争招投标、协议发包和拍卖只在政令规定的特别情况下才能采用^⑬。