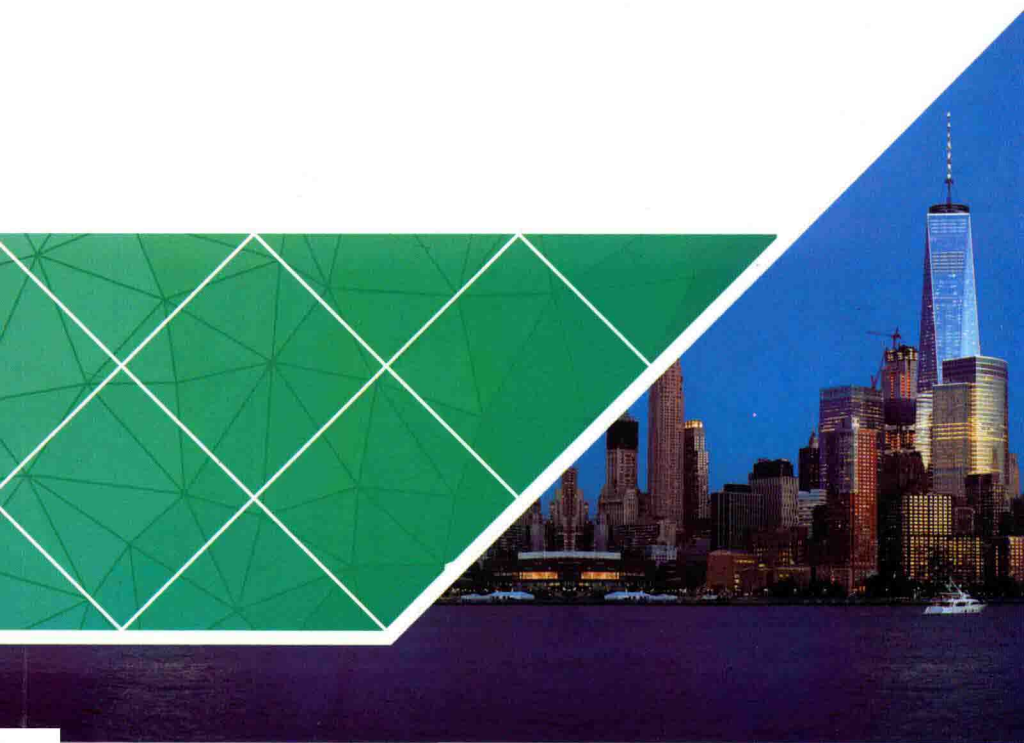


工程保证担保合同纠纷 案例精解

单建国 著



中国建筑工业出版社

工程保证担保合同纠纷 案例精解

单建国 著

中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

工程保证担保合同纠纷案例精解/单建国著. —北京:中国建筑工业出版社, 2019.1

ISBN 978-7-112-23175-1

I. ①工… II. ①单… III. ①建筑工程—担保—合同纠纷—案例—中国 IV. ①F426.9 ②D923.35

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第007509号

作者结合长期担任专业工程保证担保公司的法律顾问并代理了大量工程保证担保合同纠纷案件的实践经验,精选五个具有代表性的案例,详细介绍案情、诉讼(仲裁)过程、争议焦点及裁判结果;认真分析胜、败的原因,并对存在的问题和不足提出完善和改进的建议;在每个案例后面都附有作者在庭审中发表的代理词。作者希望通过以此“精解”的方式,来全面体现作者代理此类案件的思路、观点和方法,以期能够对相关企业提高风险防范意识和管理水平有所帮助。同时,为方便读者,将与工程保证担保合同纠纷案件相关的常用法律、法规及司法解释附后。

本书面向的读者群体主要为工程保证担保合同的参与者,包括建设工程的发包方、承包方、分包方以及工程保证担保合同的担保方(银行、担保公司)、反担保方等。

责任编辑:刘文昕 刘颖超

责任校对:李美娜

工程保证担保合同纠纷案例精解

单建国 著

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京点击世代文化传媒有限公司制版

天津翔远印刷有限公司印刷

*

开本:880×1230毫米 1/32 印张:8½ 字数:219千字

2019年2月第一版 2019年2月第一次印刷

定价:49.00元

ISBN 978-7-112-23175-1

(33143)

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)

自序

1999年，笔者因代理一起建设工程施工合同纠纷案件，与刚成立不久的长安保证担保有限公司“结缘”。该公司是中国第一家专业工程保证担保公司，为中国工程保证担保制度的建立和推广做了很多有益的探索、尝试和开创性的工作。正是这一偶然的机遇，让笔者曾经担任该公司法律顾问长达15年之久。

笔者在担任该公司法律顾问期间的主要工作包括：为该公司与工程保证担保有关的经营工作提供法律咨询；参与工程保证担保合同、保函文本等法律文件的起草、修改工作；参与工程保证担保项目的风险评估工作；特别是在此期间，笔者代理了大量的工程保证担保合同纠纷的诉讼及仲裁案件。这一经历让笔者在工程保证担保法律服务领域积累了一定的实践经验。

美国现代实用主义法学的创始人霍姆斯先生有一句名言“法律的生命在于经验，而不在于逻辑”，可见经验在司法实践中的重要作用。

我国虽然不属于判例法系国家，但是，不可否认，生效的判决和仲裁裁决中关于事实认定和法律适用的标准与原则，对今后同类案件的判决和裁决，仍然具有一定的借鉴或指导意义。

在本书中，笔者选择了本人代理的5个已经结案的工程保证担保合同纠纷案例，每一案例都反映出工程保证担保合同纠纷案件中的一些具有代表性的问题。

以“案例精解”作为书名，首先是想在选择案例方面做到“少而精”；其次是想在介绍案件事实经过、争议焦点、庭审过程以及裁

判结果时，力求全面、详细；三是在对案例进行点评时，尽量站在客观的立场上，从学理角度去评价裁判结果，认真全面地分析利弊得失，并对当事人存在的问题和不足之处提出完善和改进的建议；四是在每个案例后面都附有笔者的代理词，以此来全面体现笔者办理此类案件的代理思路、观点和方法。

对于专业律师而言，在代理每一个案件时，胜诉都是律师的强烈追求和渴望，但是，败诉的情况也是无法避免的。笔者在本书中并不想回避失败。对于胜诉的案件，可以总结出成功的经验，用以指导今后的工作，这固然很重要。但是，我们常说失败是成功之母，对于败诉的案件，如果能通过分析和总结，“亡羊补牢”，那么也同样具有非常重要的意义。

笔者希望通过这种以案说法的方式，来认真深入地剖析这些案例，“解剖麻雀”，结合相关的法律、法规和司法解释的规定，将胜、败、得、失的原因，都清楚地展现给读者。这样，既达到笔者对多年来代理工程保证担保合同纠纷案件这项工作进行总结的目的，同时也可供包括担保人在内的所有工程保证担保合同的参与者来借鉴或参考。

如果本书能起到抛砖引玉的作用，对与工程保证担保行业相关的企业提高风险防范意识和管理水平有所帮助，笔者将不胜荣幸。

通过担任中国第一家专业工程保证担保公司的法律顾问，让笔者在中国工程保证担保制度刚刚起步阶段就介入到了这个全新的法律服务业务领域，笔者的这一执业经历也是自己的一笔宝贵的财富。值本书出版之际，对长安保证担保有限公司给笔者提供了一个时间跨度长达 15 年的舞台以及对笔者的信任表示感谢。

今年是笔者执业 25 周年，本书亦作为笔者执业 25 周年的系列纪念出版物之一。感谢中国建筑工业出版社能够出版本书。刘文昕编辑为本书的出版做了很多具体工作，特别是对本书的体例、格式

及稿件的修改等方面都提出了很好的建议，在此深表谢意。同时感谢罗冬雪律师在本书文字内容的校对方面所做的卓有成效的工作。

因本书精选的5个案例，都是笔者作为担保人或反担保人的代理人办理的案件，因此，本书在案例的选择、解读的角度及观点等方面都不可避免的会带有一定的局限性，且因笔者水平有限，再加之时间仓促，故本书中笔者的观点与意见亦不可避免地会存在错误或不当之处，欢迎读者批评指正。

单建国

2018年6月12日

目 录

1 导言	1
1.1 工程保证担保制度概述	2
1.2 工程保证担保合同纠纷案件的特征概述	5
1.3 工程履约保证担保（预付款保证担保）合同法律关系示意图	9
1.4 本书引用法律、法规及司法解释等的简称	9
2 工程保证担保合同纠纷案例精解	11
2.1 因主合同无效导致工程担保合同无效的情况下，担保人的担保责任如何认定？ ——工程履约保函与预付款保函的区别	12
2.2 保证人向债务人（被保证人）追偿及向反担保人进行索赔的条件 ——当事人在担保合同中约定的内容与《担保法》规定发生冲突时如何处理	42
2.3 招标人（发包人）未与中标人（承包人）签订施工合同的情况下，担保人出具的履约保函是否生效？ ——出具履约保函应注意的问题	57
2.4 建设工程施工合同中“阴阳合同”的效力认定 ——兼谈仲裁与民事诉讼的区别	96
2.5 债权人与债务人之间主合同纠纷的生效仲裁裁决，能否作为债权人向保证人提出预付款保函索赔的依据？	

3 附录 199

- 3.1 《中华人民共和国担保法》 200
- 3.2 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》 214
- 3.3 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》 235
- 3.4 《中华人民共和国物权法》(节录) 242
- 3.5 《中华人民共和国民法总则》(节录) 254
- 3.6 《中华人民共和国合同法》(节录) 258
- 3.7 《中华人民共和国建筑法》(节录) 261

后 记 264

导 言 1

1.1 工程保证担保制度概述

工程保证担保制度起源于美国，至今已经有一百多年的历史，是控制工程建设履约风险的国际惯例。1894年，美国国会通过“赫德法案”，要求所有公共工程必须得到保证担保。

工程保证担保是指在工程建设活动中，以保证担保的方式设定的，由保证人向建设工程合同一方当事人（受益人、债权人）提供的，保证合同另一方当事人（被保证人、债务人）履行合同义务的担保行为，在被保证人不履行合同义务时，由保证人代为履行或承担代偿责任。以引入第三方作为保证人的方式，对建设工程中一系列合同的履行进行监督并对被保证人的违约承担相应的保证担保责任，这是一种维护工程建设市场秩序，促使参与工程建设各方守信履约的工程风险管理机制。

在国际工程建设领域，在工程建设施工合同的签订及履行过程中，招标方、发包方、分包方、承包方均普遍会要求提供相应的工程保证担保。

工程保证担保制度在我国起步较晚。据公开信息资料显示：

1996年，国务院颁布了《质量振兴纲要》，强调改变用计划经济手段抓质量的思路，重点解决机制问题，提出建立新型的质量保证监督机制。

1997年11月，建设部（现已改名为“住房和城乡建设部”）组织中国建筑业风险管理考察团赴美国访问后认为，借鉴美国工程保证担保，对于推动我国建设工程质量保证监督机制的建立，具有很大的意义。

1998年5月，建设部发出“关于1998年建设事业体制改革工作要点”的文件，明确提出“逐步建立健全工程索赔制度和担保制度”；

“在有条件的城市，可以选择一些有条件的建设项目，进行工程、质量保证担保的试点”。

1998年7月，我国第一家专业工程保证担保公司——长安保证担保有限公司正式成立。

1999年2月，国务院办公厅发布《关于加强基础设施工程质量管理的通知》，其中规定：“各类合同都要有明确的质量要求、履约担保和违约处罚条款”。

1999年2月，建设部在《关于深化建设市场改革的若干意见》中提出，要将建立以工程保证担保为主要内容的工程风险管理制度作为我国今后改革政府监督管理建设活动方式、以经济手段强化工程质量管理的重要措施。同时指出可以先实行投标保证金担保、业主支付保证担保、承包商履约保证担保和质量保证担保等工程保证担保制度。

1999年7月，建设部政策法规司、中国建筑业协会、中国质量万里行杂志社与长安保证担保有限公司联合举行“建立我国工程担保制度高层研讨会”。1999年12月，建设部政策法规司、长安保证担保有限公司、北京经济管理研究培训中心联合举办了为期一周的“建立我国工程保证担保制度第一期高级研修班”。

1999年8月30日第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过，于2000年1月1日开始实施的《招标投标法》中规定：“招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。”这部法律中提到了履约保证，但没有要求强制性推行，也没有对担保的主体和方式做出明确规定。

2003年5月，国家计委、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部和民航总局七部委联合发布《工程建设项目施工招标投标办法》，其中规定“招标人可以在招标文件中要求投标人提交投标保证金，投标保证金除现金外，可以是银行出具的银行保函、保兑支票、

银行汇票或现金支票。”还规定“招标文件要求中标人提交履约保证金或其他形式履约担保的，中标人应当提交。”

2004年8月，建设部印发了《关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定（试行）》，要求工程建设合同造价在1000万元以上的房地产开发项目，实行业主工程款支付、投标、承包商履约和承包商付款担保。笔者应邀在2014年第十二期《住宅产业》杂志上发表题为《建立和完善工程担保制度的重要举措》一文，对建设部的这一规定进行解读。

2006年12月，建设部下发了《关于在建设工程项目中进一步推行工程担保制度的意见》。该意见中规定，工程建设合同造价在1000万元以上的房地产开发项目（包括新建、改建、扩建的项目），施工单位应当提供以建设单位为受益人的承包商履约担保，建设单位应当提供以施工单位为受益人的业主工程款支付担保。不按照规定提供担保的，地方建设行政主管部门应当要求其改正，并作为不良行为记录记入建设行业信用信息系统。其他工程担保品种除了另有规定外，可以由建设单位、施工单位自行选择实行。除了《关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定（试行）》中所规定的投标担保、承包商履约担保、业主工程款支付担保、承包商付款担保等四个担保品种外，各地还应积极鼓励开展符合建筑市场需要的其他类型的工程担保品种，如预付款担保、分包履约担保、保修金担保等。

在建设部等中央政府的主管部门为建立和推广工程保证担保制度而努力实践、探索的同时，地方政府在这方面也做了很多具体工作。

北京市于1999年出台了《关于进一步加强工程招标投标管理的若干规定》和《北京市政府投资建设项目管理暂行规定》，提出“逐步推行发包付款保函制和承包履约保函制，并将其纳入招标程序管理”，这是全国最早以地方行政规章的形式出台的有关工程建设履约

担保的规定。深圳市于2001年通过《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例》，对工程担保做出了强制性规定，这是全国第一个强制推行工程保证制度的地方法规。

经过长期逐步探索、总结和推广，目前，我国已初步建立了工程担保制度。在很多国家重点工程项目，如国家大剧院、广州新白云国际机场、首都博物馆新馆、奥运会主场馆等工程建设项目等都实行了工程担保，在控制工程风险，保证工程质量方面，取得了良好的效果。

工程担保合同的种类比较多，工程担保合同的形式大多以保证人（担保公司、银行）出具的由受益人（债权人）认可的书面担保函的形式出现，但最常见的主要有：投标保函、预付款保函、履约保函、业主支付保函等。

1.2 工程保证担保合同纠纷案件的特征概述

2011年2月18日最高人民法院颁布施行的《民事案件案由规定》所规定的合同纠纷案由中，涉及保证担保合同纠纷的案由只有“保证合同纠纷”一类，本书的书名中使用“工程保证担保合同纠纷”的表述只是意在突出其工程保证担保行业的属性，这类案件仍然属于保证合同纠纷案件。

一、工程保证担保合同纠纷案件的常见类型。

国内最常见的工程保证担保合同主要有：投标保证担保合同、预付款保证担保合同、履约保证担保合同、业主支付保证担保合同等。而在工程保证担保合同纠纷案件当中，则以预付款保证担保合同纠纷和履约保证担保合同纠纷这两类案件最为常见。本书选择的案例也都属于这两类案件。根据《担保法》第十六条的规定，保证的方式有两种：一般保证和连带责任保证。在工程保证担保合同中，多数

都约定采用连带责任保证方式。

随着工程担保在国内的不断推广和普及，以及“一带一路”建设的推进，有更多的中国建筑施工企业“走出去”到境外承包工程，近年来因履行工程保证担保合同而发生纠纷的案件也呈逐年上升的趋势。

二、工程保证担保合同纠纷案件的特点。

（一）工程保证担保合同的订立及合同组成不同于其他担保合同。

首先，一般是由被保证人（债务人）根据受益人（债权人）的要求或被保证人（债务人）与受益人（债权人）的约定，向担保人申请开具保函；而担保人则是根据被保证人（债务人）提出的申请和提供的基础材料审核出具保函。被保证人（债务人）在取得保函后，将保函交给受益人（债权人），受益人（债权人）认可保函内容后，担保人与受益人（债权人）之间即建立起相应的工程保证担保合同关系。

其次，工程保证担保合同多以书面担保函的形式出现，有的担保函后面还附有更详细的担保条款等。工程保证担保合同的构成文件不仅应包括担保函、担保条款等，还应包括受益人（债权人）和被保证人（债务人）签订的主合同以及招投标文件、中标通知书等被保证人（债务人）向担保人申请出具保函时提交的基础文件，这些都应当是工程保证担保合同不可分割的组成部分。

（二）工程保证担保合同纠纷案件具有很强的专业性。

首先，此类案件不仅涉及担保行业的法律问题，还涉及工程建设行业的专业问题及有关法律问题。因此，代理工程担保合同纠纷案件时，无论担任哪一方当事人的代理人，在客观上都要求律师不仅要能够熟练地掌握和运用担保专业的法律、法规和司法解释，还要了解和掌握一定的工程建设和工程担保行业的专业知识及交易习惯。

比如，在实践中经常遇到这种情况：当事人或其代理人不清楚建设工程行业的工程进度款和预付款在概念及用途方面的区别；不

清楚预付款保函和履约保函的概念；分不清两种保函的担保范围和索赔条件，将两种担保范围不同的保函笼统地理解为是同一种性质的保证担保，将两个独立的担保合同关系混淆为一个担保合同法律关系。诸如此类的错误认识，会直接影响到庭审的效果及判决结果。甚至有的承办案件的法官也存在这种情况，以至于造成有些案件出现错判。

在2016年12月1日以前的司法实践中，国内法院基本不认可国内交易中独立保函的法律效力，我国法律和司法解释中也没有关于独立保函的规定。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》已经于2016年12月1日起施行。此后，法院和仲裁机构认可独立保函在国内交易中的法律效力。

值得特别注意的是，对于独立保函纠纷案件的法律适用问题，《独立保函规定》中规定：“当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。”此外，《独立保函规定》和国际商会《见索即付保函统一规则》当中，对于承担担保责任的条件、索赔要求、证据认定的原则等方面的规定，也都与我国《担保法》、《合同法》、《物权法》、《民法总则》、《民事诉讼法》等现行法律规定有不同之处。因此，凡是涉及独立保函纠纷的案件，不论是否适用国际商会《见索即付保函统一规则》，都具有更强的专业性。律师在代理涉及独立保函纠纷的案件时，还需要了解和掌握有关独立保函的相关规定和国际规则及惯例，同时需要进行必要的知识更新。

（三）工程保证担保合同纠纷案件的争议标的金额一般都比较大大。

因为建设工程承发包合同的标的金额普遍都比较大，由此也直接造成工程保证担保合同纠纷案件的争议标的金额一般也都比较大。这类案件的判决结果事关当事人的重大利益，因此，律师代理此类案件的责任重大。

（四）工程保证担保合同纠纷案件涉及的当事人主体的法律关系较多，可能涉及的合同纠纷也有多个。

此类案件一般涉及受益人（债权人）、被保证人（债务人）、担保人、反担保人等多个当事人主体。同时还涉及主合同、担保合同、反担保合同等多个合同法律关系。有时，针对一个工程建设项目的承发包合同，还可能存在多个工程保证担保合同。

上述当事人之间可能发生的纠纷案件有：受益人（债权人）与被保证人（债务人）之间的合同纠纷案件；受益人（债权人）与担保人之间的担保合同纠纷案件；担保人在承担担保责任之后对被保证人（债务人）的追偿、起诉反担保人要求承担反担保责任的案件；反担保人在承担反担保责任后，向被保证人（债务人）进行追偿的案件。

（五）一般情况下，受益人（债权人）向担保人进行索赔时，受益人（债权人）与被保证人（债务人）之间的合同纠纷的判决书或仲裁裁决书已经发生法律效力，担保人处于被动地位。

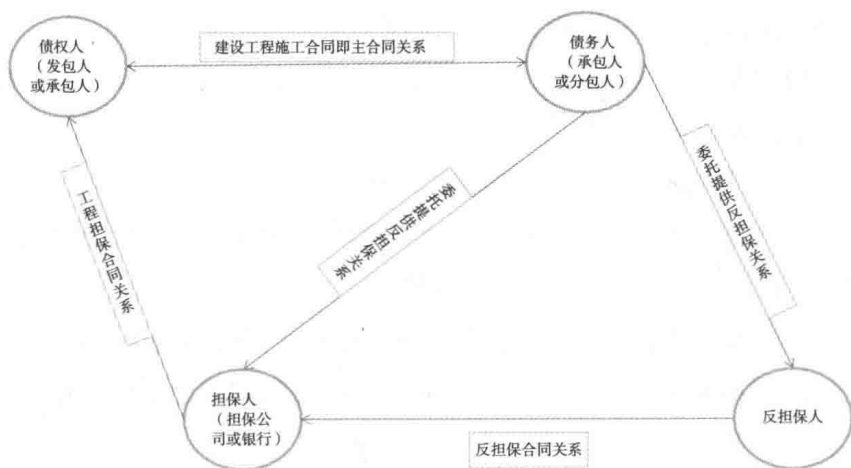
根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十三条第一款的规定，已为生效判决和仲裁裁决所确认的事实，当事人无需举证。因此，此类案件的受益人（债权人）在向担保人提出索赔之前，为了满足或达到担保函约定的索赔条件，受益人（债权人）往往在担保人不知情的情况下，先行针对主合同纠纷对被保证人（债务人）提起诉讼，在确定被保证人（债务人）责任的判决或裁决生效之后，受益人（债权人）以已生效的判决或裁决作为依据起诉担保人。

而实践中很多受益人（债权人）和被保证人（债务人）之间关于合同纠纷的已生效的判决或裁决，往往是在担保人不知情或未参与的情况下作出的。所以，此时作为工程保证担保合同纠纷案件被告的担保人会处于被动的地位。但是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十三条第二款还规定，

对于已为生效判决和仲裁裁决所确认的事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。此外，《担保法》第二十条规定：“一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。”因此，担保人在这种情况下可以依据保函条款的约定及上述法律规定行使抗辩权。

实践中也有些受益人（债权人）因主合同纠纷起诉被保证人（债务人）时，担保人是知晓的，这种情况下，担保人一般都向法院申请以第三人身份参加诉讼，法院一般也都会裁定准予。

1.3 工程履约保证担保（预付款保证担保）合同法律关系示意图



1.4 本书引用法律、法规及司法解释等的简称

1. 《中华人民共和国担保法》简称《担保法》
2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》简称《担保法解释》