

如何约定有效的工程担保 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/455/2021\\_2022\\_\\_E5\\_A6\\_82\\_E4\\_BD\\_95\\_E7\\_BA\\_A6\\_E5\\_c59\\_455078.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/455/2021_2022__E5_A6_82_E4_BD_95_E7_BA_A6_E5_c59_455078.htm)

工程建设合同因其标的额大、履行周期长、技术和工序复杂等特点，致使合同各方在合同签订及履行过程中均承担不同程度的风险，素有“商品经济安全阀”之称的担保制度因此在建设领域得以推广实施。本文就承包人提供保函担保、保证金担保以及业主提供抵押担保时的注意事项作介绍。

一、承包人的保证担保。国际工程惯例中，保证担保可以是银行保函，也可以是业主可接受的保险公司或担保公司的担保书；国内工程实践中大多采用银行保函。但是，银行开具保函前一般要求被保证人提交反担保。一般情况下，政府投资工程因有财政资金作后盾，能够以较低比例的保证金，甚至不提交保证金也能取得银行出具的支付保函。但是对于承包人，银行一般不接受保证金以外的其他反担保形式，而且保证金的比例偏高，给承包人带来流动资金不足的问题，很大程度上降低了承包人的支付能力和履约能力。但是，保函担保作为一种信用担保形式，在保证期间内，承包人无须让渡资金的占有权给招标人或业主。因此，虽然承包人需向保证人提交反担保保证金以及支付手续费等，但相比较保证金担保的资金风险而言，保证担保已被证明有其无可替代的优势。

二、承包人的保证金担保。实践中，保证金担保无论是作为投标担保还是作为履约担保，都是惯常使用的方式。通常招标文件都规定投标保证金的金额为投标报价的2%。由于出具投标保证金需经一些必要的程序，其金额较容易被竞争对手掌握，推算出投标

报价。为保密起见，承包人可适当提高投标保证金的金额。如业主能改按同一额度(如以本项目合同估算价的2%)确定投标保证金，则承包人的这一风险就会降低。按照担保法等规定，“保证金”在被赋予定金性质后，同样适用定金法则，具有相应担保作用。但比较之下，保证金担保有不足之处，如占用承包人的流动资金，承包人的担保成本过高。此外，在保证金为业主占有后，如果业主有主观恶意，无故拒不退还保证金，则承包人不仅合同目的会受到影响，而且还有保证金被侵吞的法律风险。实践中，除了正规招投标程序中的投标保证金外，还存在其他形式的保证金，如以融资为目的的入围保证金。业主依仗其项目规模优势，为解决其项目前期资金困难，要求施工企业缴纳入围保证金，保证金额动辄高达上千万元。暂且不论这种做法是否合法，在如今利润并不很高的建筑市场背景下，风险之大，不难想象。有关对业主资信调查的必要性笔者在“积极调查，慎重投标，串通投标当避免”文中已作详细阐述，在此不再重复。

三、业主提供的抵押担保，常见于商品房项目中。根据担保法规定，以房地产作为抵押担保的，应在签订抵押合同后向房地产所在地的房地产管理机关办理登记手续，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。因此，如业主仅允诺以承包人承建商品房项目的部分幢号抵付工程款，而实际并未办理抵押登记手续，那么就抵付工程款的商品房而言，业主有权自行出售相应幢号(已设定有其他权利限制的情形除外)，且无须征得承包人同意。甚至在购房人支付全部或大部分房款后，承包人也无权就相应幢号主张工程款优先受偿权。由此看来，原本看似有保障的担保约定，如果欠缺程序要件，实践中不仅起不

到担保的作用，反而会加大交易的风险。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)