建筑承包工程中保函规则的发展及应用

北京交通大学 李宏林

[摘要] 为适应我国加入 WTO 之后与国际惯例的接轨,我国建设领域的工程担保制度逐步开始建立起来,本文首先概述了保函规则的起源及其在国际贸易中的发展,并介绍了工程建设领域常见的保函类型及特点,然后对工程保函中最重要的履约保函进行了研究,分析其"见索即付"的特点及相关的法律问题,最后本文还对具有我国特色的支付保函应用中的问题进行了研究,对解决工程款拖欠问题提出了建议。

[关键字] 工程担保 履约保函 见索即付 支付保函

1. 前言

保函作为现代国际贸易的一种信用工具,广泛应用于国际工程项目承包中。随着我国加入 WTO,建筑领域中的规章制度与国际惯例逐渐接轨,2004 年 8 月 6 日,建设部发布了《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》,标志着建设工程担保从探索实践阶段进入到强制推行阶段。保函作为工程担保的主要形式,将成为建筑领域中规避工程风险、保障合同履约、规范市场行为的重要经济手段。

2. 工程担保与保函规则的发展

建设工程由于具有投资大、建设周期长、技术要求复杂、涉及面广等特点,因而使建筑业成为一种高风险的行业。工程风险转移的重要途径之一,就是工程保证担保。早在 1894 年,美国国会就通过了"赫德法案",要求所有公共工程建设,必须事先取得工程担保。我国从上世纪 90 年代中后期才开始试行工程担保。1996 年,深圳市建设局参照国际惯例,制定了《深圳市建设局施工招标文件》,规定建筑施工企业投标市政工程时必须提供由银行出具的投标保函,中标后还要提供履约保函,否则,不能参与投标与签订合同。这在当时的国内是一项创举,被称为是建设工程管理的重要改革。2003 年以后,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。2004 年 8 月,建设部出台了《规定》,在房地产开发项目中全面强制推行工程担保。保函最早被人们使用时以口头信誉担保为多。随着社会的进步、贸易的发展和法律的健全,这种口头信用担保逐步被书面文件所代替,成为书面保函。由于保函是一种比较灵活的信用工具,可以适用于各种交易,故不同的国家不同的商人对同一的交易极有可能提出不同的担保内容和要求,为了研究和解决保函统一运作的有关问题,国际商会于 1978 年制定并公布了《合约保函统一规则》即"325"统一规则。该规则是针对国际上大型工程项目的招标、投标、承包、签约和履约等环节而制定的有关投标保函、履约保函和还款保函统一规则,以求达到使交易顺利开展,使当事人权利和义务基本平衡的目的。为了使该规则顺利运用,国际商会又于 1982 年创定并公布了《合约保函示范格式》即"406"出版物。"406"和"325"规则就规范的几种保函提出了标准示范格式,并对相应的索赔书也制定了示范格式,企求从实务上进一步促进"325"规则被人们广泛运用。由于"325"规则倡导的"当事人利益平衡"原则往往不被那些刻意保护自身利益

业的决策层和管理层认真切磋,以达成一致。

2、**全面搜集数据资料**。根据营销审计计划收集和核实数据,确定评价标准、查阅有关资料,进行实地访问、掌握确切的资料。为了提高工作效率,节约审计时间和降低审计成本,必须制定详细的工作计划。在搜集资料过程中要坚持原始资料与次级资料相结合的原则,不能仅仅依赖于接受营销部门所提供的现成资料。同时,应有一定比重的资料来自消费者、合作伙伴、分销商企业、供应商以及社区、公众和媒介等的评价。因为这样的资料往往是能够客观地反映出他们对该企业看法的第一手资料,从而帮助营销审计人员发现以前可能被企业忽略的问题。

3、**科学制定评价标准**。企业营销审计具有较强的艺术性,要科学、客观评价企业的营销活动,必须建立相应的评价标准。由于我国营销管理发展较晚,与之相适应的营销控制与管理的研究与实践也不成熟,需要研究制定一套科学、完善的营销管理评价考核指标体系,这是营销审计的基础。

4、**恰当运用审计方法**。营销审计选择的方法必须有客观真实的数据和实际情况的支持,定性方法与定量方法相结合,避免加入不成熟的主观判断。

5、**注意跟踪检查**。营销审计完成后要向企业最高领导层提交书面审计报告,对报告中提出的营销审计过程中发现的主要问题,以及营销审计人员的建议等的贯彻情况,要进行跟踪检查,促使其贯彻实现,并在客观条件发生变化时提出修正意见。

[参考文献]

[1]菲利浦·科特勒:《营销管理》(第十版) 中国人民大学出版社

[2]高建华《经济观察报》营销需要审计吗?2003 年 07 月 06 日

[3]Rothe, Harvey, Jackson. The Marketing audit: Five decades later [J], Journal of Marketing Theory and practice 1997, (Summmer).

[4]Enis, B., S. Garfein. The Computer - driven marketing audit [J]. Journal of Management Inquiry, 1992(12).

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的受益人所接受,再加上它规定的做法与现实有差距,因而没有像"跟单信用证统一惯例"那样被世界上诸多国家声明采用。为了弥补"325"规则之不足,国际商会又于 1992 年正式发布《见索即付保函统一规则》,定为"458"出版物,即"458"规则。这一规则的特点是:(1)声明它适用于凭规定单据或索赔书向担保人索赔的保函;(2)不适用于在确定债务人(保函申请人)违约事实后担保人才承担责任的附属性保函。"458"规则是在总结了"325"规则制定后十四年经验和国际贸易发展变化的基础上产生的,它迎合了当今社会保函业务中赔付条件"单据化"的要求,使保函业务与相关的基础合同彼此独立。

3. 工程保函在国内建筑工程领域的应用研究

3.1 **工程保函的品种很多,但在国内建筑工程领域常用的主要有以下几类**:

(1)投标保函。其作用是使投标人的标价具有严肃性,投标一旦中标,须与业主进一步商谈签定履约协议并开出相应的履约保函。其额度一般为标价的 2 %左右,有效期一般是与投标文件有效期相同或在此基础上增加 28 天。在向业主提交了履约保函并正式签订合同协议后,业主将投标保函退还给投标人。但如果业主同意授标,而投标人不同意,或者自行撤销其标书,或者不能在规定的时间内开具履约保函,则投标保函将被业主没收,以弥补业主授给第二个最低标的全部或部分损失。

(2)预付款保函。业主为帮助承包商启动工程,一般会提供一定金额的预付款。预付款保函的目是保证承包商会按合同条款要求按时按量地返还预付款。其有效期原则上应从收到款项之日起到最后一笔款返还给业主时结束;其担保额度应不小于任何时刻承包商待归还的预付款总额。

(3)履约保函。此保函是保证承包商将要按合同要求完成合同规定的义务,其有效期一般是从开工到完工,有的还要包括维护期。履约保函的额度一般为合同价的 10 %,但也有例外,当业主对承包商的履约能力表示怀疑时,履约保函可能很高甚至达到了合同价的 100 %。

(4)保修金保函。此保函是为了保证承包商在完成工程后,能在保修期内继续对由于施工材料或工艺水平造成的工程质量缺陷负责。其担保金额应与工程合同中约定的保修金金额相同。

(5)业主支付保函。此保函在国际工程承包中并不常见,它用于约束业主向承包商履约支付工程款。我国在推行工程履约担保的同时,为杜绝业主拖欠工程款状况的发生,也规定业主在要求承包商提供履约保函的同时,应向承包商提供同等金额的支付保函。

(6)承包商支付保函。此保函用于约束承包商履行工程建设合同的约定向分包商、材料设备供应商、建设工人支付各项费用和价款,以及工资等款项,这也是具有中国特色的保函形式。

3.2 **"见索即付"保函的特点及相关法律问题**。履约保函作为最重要的工程保函,数额最大,担保期限最长,可能发生的纠纷也最多。在目前国际工程承包惯例中,履约保函一般为"见索即付"保函,简单地说,受益人(业主)只需提供书面索赔申请或保函规定的其他文件,保证人(银行)仅需对受益人书面索赔文件做形式审查,无需追究违约事实是否存在,即可向其付款,保证人不能以被保证人(承包商)没有违约行为等涉及基础合同关系的事项拒绝承担保证责任。

"见索即付"保函的特点是:①要式性。担保人出具保函的行为是一种要式行为,一般有商业上通用的、规范性的格式要求。②独立性。主要表现在:a. 独立保证与其产生原因的基础合同即主合同是相互分离、相互独立的。b. 独立保证与主合同效力相互独立,除了国家法律明文禁止、违反善良风俗以及明知的犯罪行为之外,独立保证的效力不因主合同的解除或被撤销或被宣布为无效而受影响。c. 独立保证合同与主合同内容相独立;d. 独立保证合同与主合同履行相独立;e. 独立保证与担保法规定的保证期间相独立。③无条件性。无条件性也可称为抗辩权的不得行使性。独立保证一经成立,保证人不享有现行合同法、担保法规定的因主合同、保证合同产生的各种抗辩权,即除了援引"欺诈例外"原则外,不能援引其他任何理由进行抗辩。④不可撤销性。保函是一种单务合同,一方作出承诺后对方没有明确表示拒绝,合同即生效。依据《合同法》的规定,承诺只能撤回,不能撤销。⑤明示性。明示性是划分独立保证与其他保证的关键,主要看合同中是否有当事人共同确认的对保证的独立性的明确约定,特别是付款条件的约定,看保证人的付款责任是否是第一位的、独立的。

我国法律并未给保函下过明确的定义,从法理上讲,保函在法律上属于担保中的保证。而我国《担保法》只规定了一般保证和连带责任保证两种保证方式,并未规定"见索即付"保证,在《担保法》第五条规定"担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定"。但该条是一个灵活的规定,目的就是给独立担保保留合法的空间。最高人民法院在《担保法》司法解释中的第一条也规定"当事人对由民事关系产生的债权,在不违背法律、法规强制性规定的情况下,以担保法规定的方式设定担保的,可以认定有效"。因此,"见索即付"保函符合我国现行法律的规定。"见索即付"保函能确保业主的利益受损时得到及时赔付,有效降低了业主对承包商"信息劣势"所产生的风险,而银行不介入基础合同的具体条款和实际履约中的违约事实界定,通常采用严格的反担保措施来防止赔付风险。对于承包商,则存在业主执"见索即付"保函恶意索赔的风险,对其质量管理、风险管理提出较高的要求。

3.3 **支付保函与解决拖欠工程款问题**。在我国当前的建设领域,拖欠工程款问题较为突出,一个直接的后果是拖欠民工工资问题,因此作为清欠工作的一把钥匙,推行工程担保就是运用经济手段解决拖欠问题,

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

农村信用社的经营风险管理问题研究

安徽财经大学经济与金融学院 朱德忠

[摘要] 农村信用社作为我国农村乡镇及以下唯一合法的正规金融机构,在广大县乡正面临着前所未有的发展机遇。然而,我们应清醒地认识到农村信用社存在的经营风险问题,思考和探索其经营风险防范和化解之道。本文通过揭示当前农村信用社存在的经营风险,并分析其风险成因,进而提出了一系列的改革措施,着力于提升农村信用社金融服务水平及其管理效能,其旨在进一步推动农村金融业和农村经济协调发展。

[关键词] 农村信用社 经营风险 管理

一、目前农村信用社经营风险的主要表现

1、资本金不足,经营困难,弱质性特征凸显。资本金是农信社赖以生存和发展的先决条件。农信社有充足的资本是自我发展的实力和抵御风险能力的体现。其资本金来源可有两种途径:一是收益(盈余公积金)转增资本,二是增扩股金。目前农信社增加资本金的这两种途径收效甚微,直接导致农信社资本充足率普遍偏低,经营困难,抗风险能力弱。如 2003 年 12 月末,安徽省明光市(县级市)所辖的 33 家农信社和 1 家联社中,资产加权后的资本充足率在 12 %以上的只有市联社,在 8 % - 12 %之间的有 2 家,在 4 % - 8 %之间的有 18 家,在 2 % - 4 %之间的有 7 家,在 2 %以下的有 6 家,有 30 家农信社资产加权后的资本充足率低于 8 %,94 %以上的农信社不符合要求。

2、经营规模小,资产质量差,高风险社所占比例大。农信社目前经营范围通常只覆盖一个乡(镇),与其他商业银行相比经营规模弱小,竞争力不足,经营实力存在明显差距。虽然农信社遍布各个乡镇,点多面广,但因其结算渠道不畅,大大影响了其吸收存款的能力,制约了其发展并影响了支持"三农"的能力。多数农信社贷款结构不合理,不良贷款占比高企,且绝对额有增无减,风险资产随着时间的推移,清收难度增大。如安徽省蚌埠市辖内农村信用社至 2003 年底,各类贷款余额为 166958 万元,不良贷款为 81910 万元,占比达 49 %,其中"两呆"数额共计 58413 万元,占贷款比例为 35 %。另据调查,明光市所辖农村信用社至 2003 年底,各类贷款余额为 43976 万元,不良贷款为 12664 万元,占比为 28.8 %。近年来农村人口流动量大,外迁人口增加,农信社受人力、财力等因素制约,对其中的贷款外迁户难以花费大量时间、精力追回其贷款本金,更别谈利息了,加之管理方面存在的诸多问题,由此导致贷款回收率得不到提高,许多农信社经营效益低下,甚至连年亏损,高风险社大量存在。如明光市到 2003 年底,"两呆"比例超 30 %一项指标的高风险社有 15 家,占 45.5 %;"两呆"比例超 30 %和资不抵债两项指标的高风险社有 2 家,占 6.1 %。2002 年和 2003 年,全国农村信用社分别亏损 59.32 亿元和 6.09 亿元。

3、农信社从业人员素质低,金融监管力量薄弱,缺乏有效的风险防范体系。由于农信社的特殊性质,计划经济时期鲜有正规大学毕业生分配到农村信用社。当有可能通过"双向择业"引进所需人才时,农信社则因经济效益差、工资福利水平低而难以招募到业务发展所需人才,造成员工素质偏低,管理不规范。据蚌埠市调查,全辖农信社职工本科以上者仅占 1.2 % ,专科 18.8 %,其中素质低的信贷管理人员占比为 21.3 %。再以明光市联社为例,大专以上学历几乎空白,不少从业人员既无业务知识,也无必要的法律意识,甚至没培训就上岗操作,职工经营意识、业务能力、政策水平、服务质量与市场经济和现代金融发展的客观要求很不适应,因而贷款基础工作薄弱,很难把握农户资信状况,难以给农户提供有效的市场信息,不能对经营活动做出

建立防止拖欠工程款长效机制的有力措施。推行工程担保,业主要提供支付担保,工程建设资金就有了保障,一旦业主拖欠或不给工程款时,承包商可以不与业主纠缠,直接从担保机构拿到工程款。因此,推行工程担保,不仅能够保障了承包商的权益不受侵害,而且有利于保证合同的履行、工程的建设。但在推行业主支付担保的过程中,不可避免将会遇到一些问题,其一是业主作为招标方,能难将支付担保开具为"见索即付"保函,而开具为有条件保函,又有可能在承包商提出支付请求时耽于审查请求的合理性的纠缠中;其二是业主作为合同签订的主动方,在实际操作中可能采取先办理支付担保,一旦拿到施工许可证,马上撤销支付担保的应付措施,使工程担保流于形式;其三是如果政府为防止业主的不当行为而作出某些强制性的具体规定,一方面有悖于政府宏观管理的初衷,另一方面又可能产生承包商不当索要保函的风险。因此,保函只是作为解决工程款拖欠的一个手段,要长期有效的彻底解决还有待于政府规范整个经济领域,使整个社会建立起长效的诚信机制。

[参考文献]

[1]邓晓梅,"国际工程保证担保制度特征的研究",《清华大学学报(社科版)》2003.2 vol.18
[2] 吴福良,"建设工程招标的最低价中标法及其保证措施的理论研究",《当地经济科学》2002.3 vol.24
[3] 王进,"利用业主保证解决拖欠工程款问题",《天津大学(社科版)》2003.1 vol.5
[4] 吴总建,"保函规则的发展及其在对外经济活动中的运用",《天府新论》2001.3
[5] 方仁君,"对银行出具非标准格式保函的法律分析",《广西金融研究》2004.5

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net