

建设工程领域独立保函替代预留保证金的司法认定

文/张朴田（二审承办人）

【裁判要旨】承、发包人可以在施工合同中约定预留保证金或者以独立保函代替预留保证金。施工合同中没有约定以独立保函代替保证金，承包人事后自行开立独立保函的，人民法院应审查承包人施工是否存在重大质量问题，请求提前支付保证金的事由是否合理，独立保函有无充分保障发包人维修利益等因素，从而认定独立保函能否代替保证金。

□案号 一审：(2025)苏0211民初5163号 二审：(2025)苏02民终7632号

【案情】

原告：南通市达某工程股份有限公司（以下简称达某公司）。

被告：无锡雅某房地产开发有限公司（以下简称雅某公司）。

2018年10月，雅某公司将无锡雅某万达北项目大区土建总包工程发包给达某公司，合同暂定总价125376400元。案涉工程于2020年12月竣备。2021年1月双方结算确认总价为124841200元。关于保证金的数额及支付问题，合同约定，结算价5%（6242060元）为保证金，其中3%的应在竣备后2年内支付，其余2%在竣备后5年内支付。截至2025年4月，雅某公司已支付了3%的保证金3745236元，另外2%的保证金未付。达某公司于2025年4月起诉要求

雅某公司支付剩余2%保证金2496824元。

一审期间，达某公司向中国建设银行股份有限公司深圳长盛支行申请开具质量保函，该行于2025年8月20日签发受益人为雅某公司的质量保函。质量保函载明：“根据达某公司（被担保人）与雅某公司就无锡雅某万达北项目大区土建总包工程合同，我方接受被担保人的委托，向受益人提供见索即付的、不可撤销的质量保函：一、本保函的最高担保金额为2496824.00元。二、本保函的有效期自本保函签发之日起至2026年1月10日，任何索赔的书面通知必须在有效期届满前或当日到达我行。有效期满，本保函自动失效，我行的保证责任解除。三、本保函有效期内，因被担保人违反质量保证义务给贵方造成经济损失时，我行收到

受益人法定代表人或其授权委托代理人签字确认并加盖公章的书面索赔通知、本保函原件后30个工作日内，不争论、不挑剔、不可撤销地向受益人支付索赔款，索赔款不超过本保函的最高担保金额。四、索赔通知应当说明索赔理由、索赔款额的计算方法，并必须在本保函的有效期内送达我方……十、本保函为独立保函。”

【审判】

江苏省无锡市滨湖区人民法院认为：2%质保金应当在竣工备案案之日起5年后即2025年12月22日结清，因达某公司出具了银行提供的最高担保金额为2496824元的质量保函，担保期限为2025年8月20日至2026年1月10日，据此要求雅某公司提前支付质保金，于法有

据。据此,判决雅某公司于判决生效后向达某公司支付质保金2496824元。

雅某公司不服,提起上诉。二审期间,双方同意扣除3万元后雅某公司支付剩余质保金2466824元。据此,江苏省无锡市中级人民法院依法改判:一、撤销一审民事判决;二、雅某公司应于本判决生效后10日内支付达某公司质保金2466824元;三、驳回达某公司的其他诉讼请求。

【评析】

《建设工程质量保证金管理办法》(以下简称《办法》)第二条规定,建设工程质量保证金保证金(以下简称保证金),是发包人与承包人在建设工程承包合同中约定,从应付的工程款中预留,用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。缺陷责任期一般为1年,最长不超过2年,由发、承包双方在合同中约定。保证金是施工合同约定的金钱担保方式,专门用于保证承包人维修建设工程,在建设工程质量领域被广泛应用。本案当事人在总包合同中明确约定了质量保证金的预留比例、期限、返还规则等,后因发包人未按照约定及时支付前期保证金,承包人在提供银行质量保函后提前要求支付剩余保证金。人民法院虽支持了承包人请求,但并没有论证质量保函是否可以替代保证金,对于发包人已经提出的质量抗辩是否应进行审理等。

一、预留保证金制度存在的问题

尽管保证金制度在落实工程量方面发挥了重要作用,但经过20余年发展和实践检验,该制度也存在一定问题。

首先,保证金计取比例偏高。虽然前述文件规定,发包人预留保证金比例不超过结算总价3%,但实践中还有为数不少施工合同约定预留5%,而保证金的实际使用比例则远没有达到3%,更不用说5%。根据中国建筑业协会课题组调查发现,工程竣工后发生需要承包人承担的维修费用占预留保证金总额的比例不足0.3%。^①也就是说,大量资金被发包企业无息占用。以本案保证金为例,虽然雅某公司预留600余万元保证金,但最终确认的扣留数额仅3万元,可以窥见预留比例偏高之一斑。根据中国建筑业协会2025年3月发布的《2024年建筑业发展统计分析》,建筑业竣工产值为135238.80亿元,即使按照1%保证金被用于维修计算,“未被激活”的保证金总额也高达2704.776亿元。由于相当数额的保证金被闲置,无疑损害了大量承包企业尤其是中小企业的对下付款能力,进而影响到下游材料供应商,建筑工人利益。

其次,保证金返还周期长。《办法》规定缺陷责任期最长不超过2年,从工程竣工验收合格之日起算。但实践中经常有建设工程施工合同混淆“质量保修期”与“缺陷责任期”,将返还保证金的期限约定为3年甚至5

年。诉讼阶段如果施工企业未提出约定无效或者不合理等抗辩意见,人民法院一般也会按照“有约定从约定”处理,不主动调整保证金返还期限。加之,有些工程迟迟未能竣工验收或者对于竣工验收时间发生争议,导致保证金返还期限一再拖延,造成总包企业无法及时取得保证金。

最后,质量担保形式单一。《办法》第五条提出“推行银行保函制度,承包人可以银行保函替代预留保证金。”之后,有关部委、各省市一再鼓励通过推行银行保函等制度替代预留保证金,但由于受不平等的市场环境影响和金钱担保的天然优势,发包人更倾向于使用现金担保。中国建筑业协会课题组经过抽样调查指出,2007年至2011年期间,接受调查的67家企业23575个项目中,预留保证金的项目达到21642个,占比92%。^②近年来虽然出现少量以独立保函等形式替代保证金的事例,但建筑行业从业者对独立保函的认知度不高,适用意愿和实际适用率仍然偏低。

二、独立保函替代保证金的可行性

独立保函是商业实践逐步发展的产物,主要法律渊源是最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》(以下简称《独立保函规定》)。

(一)独立保函属于非典型担保

《独立保函规定》第1条指出,本规定所称的独立保函,是指银行或非

^①中国建筑业协会课题组:“建筑企业各类保证金制度调查分析”,载<http://www.zgjzy.org.cn>,2026年1月8日访问。

^②中国建筑业协会课题组:“建筑企业各类保证金制度调查分析”,载<http://www.zgjzy.org.cn>,2026年1月8日访问。

案例

银行金融机构作为开立人,以书面形式向受益人出具的,同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时,向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。一般认为,独立保函属于非典型担保,是以相符交单为条件的付款承诺。^①它有以下特征:

首先,独立保函具有书面性。独立保函大量应用于国际商事领域,无论从各国法律规定,还是从商业实践以及独立保函交易示范规则来看,均要求独立保函必须以书面形式制成,前述司法解释也对独立保函采取了要式性规定,要求开立人以书面形式出具。

其次,付款金额具有确定性。开立人的义务实质是对申请人的赔付义务进行独立担保,开立人为了控制己方风险,不可能对申请人义务承担无限责任,而是事先确定赔付金额上限,在独立保函载明的最高付款金额或可确定的金额范围内承担独立担保责任。

最后,付款义务具有独立性和单据性。受益人请求开立人付款,应提交符合保函要求的单据。《独立保函规定》第6条规定,只要受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符,开立人即应依据独立保函承担付款责任,且不得以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩。因此,单据是决定开立人能否付款的唯一依据,开立人付款义务的单据性决定了独立保函的独立性。^②单据化交易是保函独立性的实现途径

与必然结果。^③本案中,受益人索赔时除了提交保函原件外,还要提交“书面索赔通知”这一单据。

(二) 独立保函具有金钱担保的功能

正是因为银行作为独立担保人的加入,才使得受益人的赔偿请求权得到充分保障,从而实现对保证金的有效替代。以本案的独立保函为例,长盛支行以书面形式向受益人雅某公司出具的质量保函,担保的范围为2496824.00元,与剩余保证金的金额相同。当受益人雅某公司提供索赔通知后,开立人长盛支行负有“不争辩、不挑剔、不可撤销地向受益人支付索赔款”的义务,当然受益人应提供相应单据,“索赔通知应当说明索赔理由、索赔款额的计算方法”等。简而言之,只要受益人持有独立保函,提交相符单据即可向开立人主张金钱赔偿,银行作为开立人应承担见索即付的赔偿责任。该担保方式与发包人要求在承包人预留的保证金中扣除质量扣款并无实质差别,独立保函对质保义务的保证力度并不弱于保证金。

当然,独立保函的效用机制与保证金并不完全相同。相比而言,发包人预留保证金,当缺陷责任期内施工出现质量问题时,发包人可以通知施工人履行维修义务,施工人拒绝履行维修义务或者维修行为达不到约定标准的,发包人委托第三方代为修复,合理修复费用直接在保证金中扣除。

迫于预留保证金压力,施工人一般会积极主动履行维修义务,发包人自始掌握主动权。而以质量保函形式担保质量赔款的,虽然发包人仍然可以要求施工人履行维修义务,但施工人的积极性可能减弱,因施工人不予维修的,发包人只能就合理维修费用向担保人主张,而赔偿权利的实现则要受独立保函索赔条件的限制,其主动地位和权利保障的便利性有所下降。

三、独立保函适用的有关问题

(一) 承、发包人开立独立保函的合意问题

保证金系约定的金钱担保,是否预留及预留比例、返还期限等,当事人均可以通过合同进行具体约定。那么以独立保函替代保证金是否也需要发包人同意,只有在双方当事人一致认可的情形下才能适用,还是只要承包人申请开立保函即可,无需征得发包人同意。对此,主要有两种观点:一种意见认为,保证金虽然是约定担保方式,更是一种具有商业惯例性质的约定俗成的担保方式,如果以其他方式替代预留保证金应该有明确的合意,否则不能产生替代效果。另一种意见则认为,订立施工合同时发包人处于优势地位,如果质量担保方式需由当事人形成合意,因受路径依赖等多重因素影响,最终将难以达成合意,独立保函实难发挥作用。只要承包人不损害发包人权益,以独立保函形式对工程质量进行担保的,应认可其替代效果,承包人有

①张勇健、沈红雨:“‘关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定’的理解和适用”,载《人民司法》2017年第1期。

②张勇健、沈红雨:“‘关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定’的理解和适用”,载《人民司法》2017年第1期。

③李燕:“独立保函单据化的逻辑解释与我国立法之选择”,载《政法论坛》2013年第4期。

权在结算后主张全部价款,不再预留保证金。

笔者认为,以独立保函替代保证金应该以双方形成合意为原则,以承包人自行开立独立保函替代保证金为例外。众所周知,保证金虽然是约定担保方式,但其本质是规范性文件确立的一项制度,且经由住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局制定的建设工程施工合同示范文本确立,已经深入人心,早已成为一项工程领域施工惯例,作为一项对发包人有利的制度安排,施工人欲以独立保函替代,应该经发包人同意,否则即违背了约定担保的本意,也是对发包人的突袭。当然,如果没有发包人同意一概不认可施工人开具的独立保函,也会陷入僵化境地,尤其是在建筑行业下行压力不断加大的社会背景下,房地产交易周期变长,发包人付款能力有所下降,而施工人成本则不断上升,当发包人出现债务风险时,机械地坚持预留保证金显然对承包人保障不利。为平衡双方利益,在个案中具备诸如发包人没有证据证明施工存在重大质量问题,发包人付款能力显著降低,独立保函担保的金额及期限足以覆盖剩余缺陷责任期等因素,独立保函对发包人利益予以充分保障的,可以判令发包人提前返还保证金,以独立保函担保发包人利益。当然,从长远看如欲倡导保证金的替代措施,还应该从完善保证金管理政策、增加建设工程施工合同示范文本质量保障选项等多角度予以推广适用。

(二) 独立保函的担保期限问题

《办法》规定的缺陷责任期是2年,在不超过2年的期限内承、发

包人可以作出其他约定。如以独立保函替代保证金,那么也应该明确约定保函担保的期限,该期限至少应该与缺陷责任期相同,担保期限届满后,受益人应在合理期限内提出索赔主张,当然合理期限可以由当事人约定,也可以由仲裁机构或人民法院根据个案索赔事实具体确定。

以本案工程为例,工程于2020年12月1日竣工,防水之外的质保期是2年,3%保证金即自竣工之日起预留2年,以独立保函替代预留保证金的,则独立保函的担保期限可约定为2020年12月1日至2022年11月30日,在担保期限上与缺陷责任期保持一致,从而对发包人的期限利益予以充分保障。只要在上述期限内发生的质量赔偿费用,受益人可以在担保期限届满后合理期限内提交相符单据要求保函开立人进行赔偿。再以本案质量保函设定的“有效期”为例,当事人约定的防水保修期是5年,至2025年11月30日到期,本案保函的“有效期”则延长至2026年1月10日,不仅涵盖了防水保修期,还为受益人预留了准备单据和索赔依据的合理期限,要求受益人在有效期满前提出索赔主张,兼顾了缺陷责任期和合理索赔期限的衔接。总之,以独立保函替代保证金的,应明确保函担保期限、合理索赔期限等事项,既要保障受益人的期限利益,又要避免扩大银行的担保责任。

(三) 追偿权纠纷中的受益人诉讼地位问题

《独立保函规定》第9条规定:开立人依据独立保函付款后向保函申请人追偿的,人民法院应予支持,但受益人提交的单据存在不符点的除外。根据独立保函的性质,银行作为担保人

虽然负有见索即付的义务,但是也同样对受益人的索赔主张负有形式审查义务。正如本案质量保函约定“索赔通知应当说明索赔理由、索赔款额的计算方法”,只有受益人对其索赔进行了合理说明,才能限制其实施欺诈行为;只有受益人索赔有合理依据,才能保障保函申请人权益。

以独立保函担保工程质量,工程质量维修费用的结算关系变得相对复杂:第一,发包人按照质量保函要求向开立人提交单据申请赔偿,开立人根据质量保函要求审核单据后向受益人付款;第二,开立人在收到索赔申请后通知保函申请人,向受益人赔偿后进而向申请人行使追偿权;第三,作为申请人的承包人如果不认可受益人索赔金额的,开立人实现追偿权后,申请人会向受益人请求返还不当得利,要求受益人返还多主张的质量修复费用。上述第一、第三关系中都是双方当事人纠纷,与他人无涉,而第二层关系即开立人向申请人行使追偿权时会因“单据存在不符点”而牵涉受益人,因此开立人行使追偿权纠纷中,受益人应作为无独立请求权第三人参加诉讼,由其就赔偿申请的合理性作出说明,以便仲裁机构或人民法院就质量修复费用问题进行审查,为第三层关系中的纠纷解决奠定基础。

随着独立保函的推广,有关纠纷和疑难问题还将不断出现,希望有关部门在修订有关规范性文件、合同示范文本时不断总结经验,逐步探索一套行之有效的工程质量担保方式。



(作者单位:江苏省无锡市中级人民法院)