

造船合同下还款保函的风险控制

兰萍萍 DALIAN MARITIME UNIVERSITY

郑皓天 DALIAN MARITIME UNIVERSITY

目录

一、还款保函产生的背景及其涵义	1
二、还款保函的形式及其性质	4
三、还款保函下存在的风险	4
（一）还款保函的效力风险	5
（二）还款保函的文本风险	5
（三）还款保函的利息税和汇率风险.....	5
（四）还款保函的转让风险	5

结论

造船合同下还款保函的风险控制

还款保函是造船合同中极为重要的一部分，同时出具保函也是银行的一项重要中间业务，然而包括我国在内的世界上绝大多数国家目前对船舶还款保函，尤其是新型的独立担保形式的船舶还款保函，尚缺乏相应的明文规定，业界对还款保函的风险仍未充分重视，这必然导致船舶还款保函在国际经济活动中会产生一系列的法律问题，引发诸多纠纷。

一、还款保函产生的背景及其涵义

船舶建造合同通常都约定船东按进度分期支付预付款，少则合同总价的 10%，多则达到 90%，所涉金额是极为庞大的，并且船舶建造周期较长，在此期间，船厂可能会因为各种原因无法交船或者其建造的船舶与合同的约定严重不符（比如船速、耗油量、载重量等方面的严重不足等）。船东在这种情况下中断了造船合同，自然需要去把已经预付了船价尽快要回来，但船厂可能不愿归还或者愿意退还却没有偿还能力，而此时船东手上却没有任何保障。虽然在少数国家，允许在建中船舶注册并且去登记抵押权，但是英国的法律对这一做法是不接受的。而当今国际上的造船合同绝大部分都适用英国法。¹

值得注意的是，我国《物权法》185 条和《海商法》第 14 条都承认了建造中船舶可以作为抵押标的物，但是对于抵押人是船厂还是船东在法律中并没有明确。《海商法》第 12 条只是笼统的规定：“船舶所有人或船舶所有人授权的人可以设定抵押权。”在实践中，船厂和船东均以船舶所有人的身份设立抵押权，使抵押权的设立主体较为混乱，船东似乎可以在在建船舶上设立抵押权，代替还款保函以减小在预付款下产生的风险。然而 2009 年 6 月 9 日出台的《建造中船舶抵押权登记暂行办法》明确了有抵押资格的主体，即第 4 条第 1 款：“抵押人是满足国家或相关主管部门资质要求的船舶建造企业”，第 3 款：“抵押人独立拥有被抵押船舶的所有权”。这一条明确了建造中船舶抵押人资格只能是船舶建造企业，排除了船东的资格。因此，虽然中国法允许在建中船舶抵押，但此项权利也并不是赋予船东的，船东无法通过为建造中船舶设定抵押来保障自己的权益。

还款保函正是在这样的背景下应运而生，通常是作为担保人的保险公司、银行应船厂请求，向船舶定造人开立的有担保性质的书面承诺文件，一旦委托人（船厂）未按其与受益人（船东）签订的合同的约定偿还债务或履行约定义务时，由银行履行还款

保函中所规定的还款义务。造船合同中，通常会把开立船舶还款保函作为一条条件条款，也就是船厂不能在约定的期限内取得担保的话，造船合同会自动解除²。造船合同通常还会约定船东在没有取得还款担保时，没有义务支付船舶预付款。这样，船东才得到了足够的保障。³

二、还款保函的形式及其性质

船舶还款保函有两种形式，一种为银行担保(Bank Guarantee)，即传统意义的担保形式，是指银行或保险公司为其客户提供担保，如果客户没有履行他们在基础合同下的承诺（包括败诉和赔款的情形）时，则其保证向受益人支付应付的款项，以补偿受益人的损失。银行此时承担的是第二性的付款责任，其付款责任从属于基础合同项下的责任义务，即只有在船厂违约不归还预付款，双方将争议诉诸法律途径解决的情况下，才将还款保函中所担保的相应金钱冻结，待争议解决时，再依据仲裁裁决或法院判决决定是否将相应金钱支付给船东。⁴而解决实体争议往往会耗费很长的时间。显然，此种担保方式已不能满足当今国际金融关系中对效率的要求。因此，为适应国际金融高效率的要求，第二种形式的还款保函随之产生，即限令担保(Demand Guarantee)，又称见索即付保函，此时银行承担的是第一性付款责任，即银行作为担保人不卷入基础合同的争议，不考虑船厂是否真正应当承担还款责任，只要船东单方面声明船厂违约并提供了与还款保函相一致的证明文件要求银行付款时，银行应当立即无条件付款。因此，限令保函在性质上应属于独立担保，担保关系一旦形成，则脱离基础合同而成为担保人与受益人之间独立的担保关系。担保合同并不因为主合同的无效、不成立而受到影响。然而，中国法下并无独立担保的概念，对于中国法是否承认独立担保的存在以及还款保函的法律地位如何一直存在争议。如果中国不承认独立担保，那么合同中即便约定为限令担保也会因为违反法律的强制性规定而无效。中国《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。《物权法》172条也有类似的规定。争议的核心落到对“担保合同另有约定的，按照约定”的准确理解。一种观点认为：该条规定明确了这样的含义：担保合同在没有特别约定的情况下，应被视为主合同的从合同，但允许当事人做出不同或相反的约定，即如果当事人约定为独立担保，则该约定有效，担保人对担保合同应承担的责任不因主合同的效力、履行与否而受到影响。另一种观点是：担保合同可以约定其为独立保证，但此种约定只能在国际担保中才是有效的。而在国内担保中，尚缺乏独立担保的社会

、法律环境。第三种观点则认为：担保具有从属性，任何具有独立性质的担保都与《担保法》立法本意相违背。虽然法律允许当事人做出不同约定，但该约定限于担保人对基础合同无效的后果承担担保责任，如果当事人约定超出这一范围，无论是在国际担保或是国内担保，均应认定为无效。笔者同意第一种观点。“担保合同另有约定的，按照约定”为我国独立担保的存在提供了空间⁵。并且，只要是当事人为了保障债权的实现，基于平等、自愿、公平、诚信原则，所作出的约定，都应该是有效的，而不应将“另有约定”的理解仅仅限制于国际担保或限制于基础合同无效给债权人造成的损失。⁶

银行签发这几种形式的还款保函的法律后果、面临的风险都有很大的不同。而对这两种不同形式的担保做出区分就是看它的文字与措辞。为了避免此后纠纷，银行出具的保函应当清楚确定的指明其为一个银行担保还是限令担保。但是，实践中，由于订约者欠缺相关的知识水平，保函常常写得不够清楚，这便为日后船东与银行针对保函的形式、银行的付款责任产生纠纷埋下伏笔，极大的增加了银行或者是船东在还款保函下的风险（此问题在第三部分中详细论述）

三、还款保函下存在的风险

（一）还款保函的效力风险

还款保函作为担保合同，其效力问题实质为合同效力问题。《合同法》第 52 条对合同无效情形的规定适用于还款保函。同时，值得注意的是，对外造船还款保函属于对外担保的范畴，在中国法下，其一个重要的特点就是需要接受国家的管理或者监督，即要求在外汇管理局进行审批登记。

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》第六条第（1）项规定：未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的，对外担保合同无效。《中华人民共和国外汇管理条例》第 19 条：提供对外担保，应当向外汇管理机关提出申请，由外汇管理机关根据申请人的资产负债等情况作出批准或者不批准的决定；国家规定其经营范围需经有关主管部门批准的，应当在向外汇管理机关提出申请前办理批准手续。申请人对外签订对外担保合同后，应当到外汇管理机关办理对外担保登记。可见，审批与登记是两个环节，前者相当于行政许可，是进行开具对外担保的前提，登记是

担保获得审批并且对担保合同进行公示的行为。《外债管理暂行办法》第四十条也曾明确处规定，“境内机构举借外债或对外担保时，未履行规定的审批手续或未按规定进行登记的，其对外签订的借款合同或担保合同不具有法律约束力”。因此，船东在接受保函时一定要注意还款保函是否予以批准并进行登记，否则将会面临还款保函被指无效的法律后果。

值得注意的是，2010年《国家外汇管理局关于境内机构对外担保管理问题的通知》（以下简称《通知》）对不同主体开具的还款保函的监管力度和审批要求的做出了不同规定，在某些方面改变了原有的规定。对于非银行机构和企业开具的还款保函，根据《通知》13条，仍然需要逐笔审批，但在符合一定条件下，采用余额管理的管理方式；而针对银行担保，《通知》第3条又区分融资性对外担保和非融资性对外担保，对于前者，将其纳入余额指标管理，在外汇局核定的指标内，银行可自行提供融资性对外担保，无须逐笔向外汇局申请核准。而对于后者则不受指标控制，无须逐笔向外汇局申请核准，但应符合行业监管部门的相关风险管理规定。造船还款保函属于非融资性的对外担保。因此，在银行出具保函时，无需向外汇局逐笔审批，但仍需登记；而在非银行机构出具保函时，仍需进行审批和登记。

在实践当中，有些船东和船厂为了规避上述法律法规，约定适用未实施外汇管制的国家或地区的法律，这种做法也将面临很大的风险，因为我国关于对外担保合同需经审批与登记的制度在性质上属于国家经济管理秩序的组成部分，涉及到公共利益，当事人不得通过选择外国法律或国际惯例来规避或排除该强制性规定。当事人以选择的外国法律并无批准要求为由主张未经过我国主管机关批准的对外担保具有法律效力的，我国法院将不予支持。⁷

（二）造船还款保函的文本风险

造船合同下的还款保函作为银行与船东之间的担保合同，同样享有一般合同千变万化的缔约自由，然而许多还款保函并未很好的利用缔约自由，反而将合同写得不清不楚，引起双方很大的争议，增加各方的风险。

例如上文提到的还款保函的形式问题，如果担保合同对于是银行担保还是限令担保约定的不够清楚，那么就只能由法官或仲裁员根据文字及解释原则来做出解释，这样便

会带来不稳定的后果，甚至违背了订约时的初衷。一个典型的案子是 *Esal(commodities)Ltd. v. Oriental Credit Ltd.*(1985)2 Lloyd's Report。在该案中，还款保函的担保文字如下：“We undertake to pay the said amount on your written demand in event that the supplier fails to execute the contract in perfect performance....”前半句虽有限令担保常用语句“on your written demand”，但是后半句又强调只有在供应方不履行时银行才需支付，也就是银行的支付条件是供应方明示将不履行合同或仲裁庭或法院对供应商的不履约行为作出裁决或判决。这似乎并不是限令担保的应有之意，但最终上诉庭认为担保主要目的是要去针对受益人可以尽快得到支付，所以判是限令担保。

刚刚经过英国最高院审理的“*Rainy Sky SA and others v. Kookmin Bank*”⁸一案也是由于还款保函的约定不明确而产生了纠纷。双方就担保合同中约定的银行担保责任的范围是否包括船厂破产争执不下，保函第 2 条规定（注：保函原文并没有条款编号，此处援引判决书的条款编号），如果买方依据造船合同拒绝接受船舶，终止、取消或撤销合同或者船舶全损，则买方有权要求银行退还已支付的所有船舶价款。造船合同约定的买方有权拒绝接船，终止、取消或撤销合同的情形包括过度延误交船日期，船速/耗油量/载重量等方面的严重不足。还款保函第 3 条规定，考虑到买方同意在交船前分期支付价款，一经买方书面请求，银行即无条件在不超过 26,640,000 美元的基础上向买方或继承人/受让人偿还造船合同项下的所有应付款项。后船厂破产，买方要求银行偿还预付款，银行认为船厂破产不属于保函第 2 条所列明的银行承担还款义务的事项，而买方认为，保函第 3 条的用语已经足以涵盖在船厂破产时，银行需承担还款义务。本案一直上诉到英国最高院，最高院认为在合同解释存在争议时，应从一个合理商人的角度出发选择更符合商业目的的解释，将该还款保函的责任范围解释为包括船厂破产的情形更符合商业目的。

笔者同意最高院的观点，实践中，许多还款担保通常都是约定在造船合同下过度延误交船日期，船速/耗油量/载重量等方面的严重不足去中断合同时，买方有权取回预付的船价，但没有去明确针对因船厂破产等原因而解除合同的情形，虽然应该根据合同文字来判断当事人的意思，但毕竟当事人无法列举所有的情形，正所谓举其轻而明其重，很难想象当事人的意图是船东在船厂所造之船不符合造船合同约定的标准而解约时有权从银行取回预付款，但在船厂破产无法交船时，却面临极大的索偿不能的风险只能要求船厂归还预付款而无权向银行主张。

事实上，以上的两个案例都反映了英国法院在面对合同条款有争议时，采取理性人的标准，选择最符合商业目的的解释。然而需要注意的是，当合同条款约定的足够明确的时候，无论条款本身约定的是否合理，法院应当尊重当事人的意思自治。因此，还款保函的文字措辞应当精准、全面、前后一致，并且与造船合同的条款相一致，否则，稍有不慎将会导致严重的后果。

（三）造船还款保函的利息税和汇率风险

还款保函中，除约定担保人退还买方预付款外，还通常约定担保人预付款的利息。比如在 NEWBUILDCON 中就有关于利息的规定：pay to you ...any installment together with Contractual interest and Award interest (if any). 《中华人民共和国企业所得税》第 3 条第 3 款：“非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所缴纳企业所得税。”因此造船合同的买方应依法就获得的利息收入缴纳企业所得税。同时，该法第 37 条同时明确了所得税的扣缴机构：“对非居民企业取得本法第 3 条第 3 款规定的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴，以支付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应当支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。”可见，造船还款保函中的担保方向国外的船东退还预付款和利息时应将向税务机关缴纳预提税。保函项下应明确规定预提税的承担。实践中，担保人一般都会在保函中承诺“不做任何扣减，如果根据法律必须扣除时，担保人会补足其差额。”如果保函中未作此项约定，在银行全额支付预付款和利息后，税务机关可以就其在中国境内其他收入项目的支付人应付款项中追缴税款。⁹

由于船舶建造周期较长，船舶预付款数额较大，期间的产生的利息也会是一个不小的数目，银行进入人民币（收款），出美金（付款），在人民币贬值的情况下，银行在汇出美金时受汇率影响较大。¹⁰汇率风险也是银行出具还款保函需要考虑的因素

（四）、造船合同还款保函的转让风险

造船所需的资金是极其庞大的，买方通常向银行进行贷款融资，即买方用以造船资金往来自于融资银行。考虑到商业风险，向买方提供融资的银行通常会要求买方通过

将还款保函的担保利益让渡给融资银行自己保函的受益人的方式将还款保函让渡给融资银行。还款保函的转让分为两类，即还款保函收益权的让渡和提款权的转让。

前者是指不改变保证合同的当事人身份，船东仅允诺将未来可能取得的收益让渡给他人。在出现船舶还款保函项下规定的索款条件时，仍由船东或以船东的名义向担保银行行使索赔权，但保证人应将款项直接交给还款保函的受让人，而不必经过船东之手。在此种情况下，保证人的利益并无实质的影响，因此对还款保函收款权的转让法律不做干涉。即在无特别规定时，还款保函的收益权是可以让渡的。如《联合国独立保函与备用信用证公约》中规定，受益人有权将其在对立保函项下的任何收益转让给其他人，但是独立保函中另有协议或者另有规定的除外。2010年的新《见索即付保函统一规则（URDG758）》（下称“URDG758”）第33条第6款也规定了收益权的让渡自由，这与之前的URDG458相比并无变化。但同时考虑到受让人并非保函合同当事人，因此规定担保人没有义务必须对受让人付款。此规定与中国法的有关规定不一致，依我国合同法，在船舶还款保函收益权转让后，若担保人事先已得到通知，则保证人应将保函项下的款项直接交付给新受益人，如果保证人仍然支付给了船东，导致船东的融资银行没有得到保函的金额的全部款项，则担保人有义务向船东的融资银行重新作出支付。

与收益权的让渡不同，提款权的转让意味着第三人将取代受益人而成为担保合同的一方，在还款保函项下规定的还款条件具备时，以自己的名义向保证人自主行使索赔权。此种情形下，还款保函的受让人并非造船合同中的当事人，索赔的复杂性和间接性都增大了保证人的风险。因而国际惯例及其各国国内立法都对提款权的转让都采取较为谨慎的态度，从诸多方面加以限制。如《联合国独立保函与备用信用证公约》第9条：受益人付款请求权，仅在保函中由此授权方可转让；亦仅能依保函中授权的方式和范围进行转让。**URDG758**在其33条第1款、第3款也对转让的条件、方式和其他方面进行了限制。只有保函中明确特别规定该保函是可转让的（transferable）时方可转让，即使使用近义词“可让渡的”或可分割的“也不可被接受”。

代表船东利益的BIMCO所制定的NEWBUILDCON附件的还款保函格式，是一个没有对船厂或他的担保银行作出任何保障的限令担保。为减小担保银行的风险，担保银行

可以在保函中约定限制保函的转让次数为一次，限制转让对象只能是船东的融资银行或其他融资机构。

值得注意的是，我国立法中对对外担保项下权利转让有特殊规定。《境内机构对外担保管理办法实施细则》第四十四条规定：“受益人将担保项下的权利转让须事先经担保人同意并经外汇局批准，未经担保人同意和外汇局批准的，担保人的担保义务自行解除。担保合同另有约定的，按照约定。但根据本细则的规定，不需外汇局事前批准的对外担保，受益人将担保项下的权利转让，不需获得外汇局批准。”对于何种造船还款保函需要外汇局事前批准在本文第三部分已有分析，此处不再赘述。从条文中可见，《实施细则》并未区分担保项下提款权的转让和收益权的让渡，一律要求在满足《实施细则》规定的条件时，需取得担保人的同意和外汇局的批准。¹¹笔者认为，这是立法的一大缺憾，其对收益权让渡的严格限制是没有必要的，也不符合国际上的通行做法和实践的需要。

实践中，还款保函的让渡条款常有这样的措辞“担保人无条件同意”或“让渡人须经担保人同意，但不得不合理拒绝”。由此看来，在合理的情况下，担保人实质上是不能控制还款保函的让渡的。但是，由于“不合理”的标准模糊，实践中产生了诸多争议

结语。

船舶建造是航运业的基础，而还款保函是船舶建造合同中非常重要的一部分，其订立的好坏直接影响整个造船合同的签订和履行。还款保函作为担保合同，其内容约定的对何方有利，风险由那方承担一方面取决于双方的谈判实力强弱，另一方面则取决于双方的知识水平和对造船还款保函风险的知悉程度。在整个航运业低迷的今天，造船业也受到了严重的影响，这对于我们来说是一个挑战，但也未尝不是一个机遇。我们应当利用这个时机，完善国内的立法，弥补缺漏并与国际接轨；同时，全面总结分析实务中还款保函及其他领域所积累的经验，面临的风险，不断加强软实力、软科学以应对目前艰难低迷的造船业，同时为应对未来的竞争和挑战做好准备。

参考文献

- 1 杨良宜. 造船合约. 大连海事大学出版社. 2008, 605-606 页
- 2 在实践中有一些合同将还款保函的签订作为基础合同成立的条件。如《中国船舶工业贸易公司船舶建造合同范本》第 18 条规定：“本合同将在满足以下条件时生效……买方收到国内银行开立所附格式的还款保函。”实务中，也出现了许多以还款保函的签订作为基础合同生效的一个要件。如果没有订立还款保函，造船合同就不能生效或者被取消。NEWBUILDCON 第 14 条（b）款中规定：“建造方的还款保函为确保建造方按照合同退还买方交船前分期付款的职责，建造方应于合约签订后表格 19(a)(i)中规定的天数内，并于根据条款 15(a)(i)（付款——分期付款）首期付款日之前，向买方提供一份表格 32 指定的银行或团体开出的还款保函，其形式与内容将在还款保函中充分的陈述。若未能做到，则买方有权根据条款 39（中止与终止）选择终止本合同。”
- 3 同 1
- 4 葛安霞，赵劲松.《见索即付还款保函的法律风险》[J]. 船舶经济贸易. 2010, (7)
- 5 李国安.《国际融资担保的创新与实践》. 北京大学出版社. 2005-6-1.
- 6 同 4
- 7 王娇莺.《对外独立保函的法律效力与法律适用》[J]. 中国律师. 2009 年 12 期
- 8 Rainy Sky SA and others v. Kookmin Bank. [2012] 1 Lloyd's Rep. 34
- 9 郝岩，初北平.《船舶建造还款保函的风险规避》[J]. 法学, 2012-05-20.
- 10 林江.《对外造船还款保函银行风险防范》[J]. 船舶经济贸易. 2012 年 5 期
- 11 刘亮.《船舶还款保函法律问题研究》大连海事大学硕士论文 2012