

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2011.04.012

船舶建造合同中建造方的风险及防范^{*}

林新华

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:在签订和履行船舶建造合同过程中,船舶建造方面临着来自各方面的风险,尤其在金融危机的冲击下,能否做好风险的防范关乎造船企业的生死存亡。文章首先介绍了造船合同的概念及其性质,在此基础上分析船舶建造方所面临的诸多技术性风险和商务风险,最后提出风险防范措施,以期对我国船舶建造方提供有益之借鉴。

关键词:船舶建造合同;建造方;风险;防范;定造人;买卖合同;加工承揽合同

中图分类号:D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2011)04-0074-06

船舶制造业是一种集技术密集、资金密集和劳动密集为一体的产业,是关乎国计民生的战略性新兴产业,为航运市场提供着源源不竭的运力。然而其风险是客观存在的,尤其在国际金融危机的影响下,造船业面临的潜在风险不断加剧。在合同的缔结和履行过程中如何进行风险的防范以确保自身利益的最大化无疑是船舶建造方要解决的首要问题。

一、船舶建造合同的概念和性质

船舶建造合同,是指船舶建造人按照约定的条件建造和交付船舶,由定造人支付价款的协议。^[1]合同一方当事人为建造人,又称承揽人,一般为造船厂。合同另一方为船舶定造人,又称购买人,一般为船公司,也有船舶融资人等。船舶建造合同具有很强的专业性和技术性,涉及内容冗杂,实践中为促进当事方交易的顺利进行,合同的缔结一般以国际标准合同格式为蓝本,并在此基础上进行协商谈判。目前国际上影响较大的标准

合同格式主要有:NORWEGIAN FORM(挪威船舶所有人和挪威船舶建造人格式)、SAJ FORM(日本船舶所有人协会格式)、AWES FORM(西欧船舶建造人协会格式)、MARAD FORM(美国商务部海事局格式)、NEWBUILDCON(2008年波罗的海国际航运公会造船标准合同)、CSTC FORM(中国船舶工业贸易公司文本),该标准合同以SAJ FORM为基础而设立。

船舶建造合同究竟是买卖合同还是加工承揽合同一直是学者们争论不休的问题。此争议不仅关系到对船舶建造合同性质的理性认识,还影响到当事方的合同权益分配和风险的负担。目前国际上主要存在以下观点:

观点一:船舶建造合同为买卖合同。持此种观点的国家主要有法国、挪威、瑞典、英国、美国等,是被英美国家所普遍遵循的。在McDougall V. Aeromarine of Emsworth Ltd.一案中Diplock法官阐述到:“……虽然造船合同在形式上是一个

* [收稿日期]2011-03-29

[作者简介]林新华,男,大连海事大学,硕士研究生,主要从事海商法研究。

建造船舶的合同,但是在法律上是一个货物买卖的合同”。Davey 法官在 Reid V. Macbeth & gray 一案中也认为:“船舶建造合同仅仅是一个买卖船舶的合同。”总之,在英美法下法官将船舶建造合同视为买卖合同,其标的物是未来的货物而不是现有的货物,应适用于有关货物买卖的法律,在英国通常适用《1979 年货物买卖法》(即《1893 年货物买卖法》)的修订文本)。

观点二:船舶建造合同为加工承揽合同。持此种观点的国家主要有意大利、日本、德国、南斯拉夫、希腊、葡萄牙等,主要为大陆法系国家所遵从。例如在德国,船舶建造合同就被视为是一项具有加工承揽性质的工程并最终将成果移交给船东。作为造船强国的日本,国内也普遍将船舶建造合同视为加工承揽合同,但当合同订立时船舶已在建造中的除外。

观点三:船舶建造合同为混合合同。所谓混合合同,即既有以未来期待的货物为标的物的买卖合同的性质,又兼具加工承揽的建设工程合同性质。有学者指出,在船舶建造过程中应该将合同视为加工承揽合同,而在船舶建成之后的移交阶段则应将其视作买卖合同。在 Hyundai Heavy Industries Co. v. Papadopoulos and Others 一案中法官尽管坚持船舶建造合同为货物买卖合同,但是他同时又承认造船合同又具有建造合同的特性。该判决在一定程度上突破了对船舶建造合同进行单一定性的局限,从不同的角度对合同的性质进行了大胆的审视。

我国主流观点将船舶建造合同视为加工承揽合同,但笔者不敢苟同,鉴于船舶建造合同的特殊性,对其性质的认定要从订立合同的现实出发,分情况进行判定。第一种情况,当由船东提供船舶建造的材料和设备,交由船舶建造人进行加工建造时,可以将该合同视为加工承揽合同。因为它符合加工承揽合同的一般性质,由作为承揽人的造船厂亲自加工和制作,由作为定做人的船东检查和监督,合同目的在于使船东能够获得一定的工作成果。如果涉及转移标的物所有权这只是合同的从属义务。另一种情况,船舶建造人提供主要的材料和设备,当该船舶建造完成交付后即转移了船舶所有权,其符合买卖合同的一般性质,船舶建造人为合同下的卖方。

二、船舶建造中建造方面临的风险形式

(一) 汇率风险

建造船舶是一项特殊的工程,大多涉及船舶的进出口,合同金额巨大,建造周期长。需要进行国际的巨额贸易支付结算,在此期间因货币汇率的上下波动会产生损益的可能。建造方通过融资所取得的资金和合同项下船东应支付的预付款及分期付款,可能因汇率的大幅波动而难以达到建造方在合同订立之初的预算,在经济不景气时会使建造方损失一部分资金流。

(二) 技术风险

船舶建造合同不同于海商法其他领域的合同,有其自身的特性。缔结一份船舶建造合同不仅要考虑相关法律法规的规制,而且还要关注合约下所涉及的技术规范。

首先,造船规范的国际公约如 SOLAS、MARPOL、LOAD LINE 等规则和决议对船舶本身提出了硬性的要求。一旦船舶未达到绿色、安全的技术标准,违反强制性入级规则,建造方所建造的船舶将无法获得相关合格证书,缺乏行政上的适格性。

其次,造船技术规范经常会发生变化,对建造方提出了更高的要求。建造方在每一个环节上都要遵循规范的变更,势必会造成履约成本的增加。另外,由于技术规范的修改而可能会延误交船日期,建造方反而会被船东反咬一口,面临败诉的风险。

最后,双方对船舶技术规范的变更无法达成一致,合同修改意见,建造方仍按照原来的合同进行建造时,很可能导致即使船舶完工,也无法获得船级认证,无法正常营运的后果。如果建造方回过头来再进行修改,那将会带来巨大的资金压力。

(三) 设计风险

船舶设计包括船舶的初步设计、详细设计和生产设计等环节。以中国为例我国的造船厂大多缺乏船舶的设计能力,一般都会委托独立的船舶设计公司来进行设计,设计公司是建造方的分包人,由二者订立船舶设计合同。然而,实践中很多的船舶设计细节都是由船东与设计公司共同来决定的,从而绕开了作为设计合同当事方的建造方。

如果设计上存在缺陷,建造方就需要向船东负责,即使船东的代表早已察觉船舶设计存有缺陷,但是因疏忽而未告知建造方,最终的责任仍然由建造方承担。即使船东没有疏忽,而是其中的一些设计是在设计公司和船东最后决定后才直接通知建造方的,直到试航阶段才发现问题,建造方又不得不进行修改,势必会使其建造成本上升,最后还会影响到交船日期。到最后船东会以船舶设计有缺陷为由进行抗辩,拒绝接受船舶并要求船东承担赔偿责任。

(四) 船舶建造合同性质不定引起的风险

上文已经对船舶建造合同的性质进行了简单地探讨,船舶建造人选择何种合同类型,其所负的风险是不同的。如果将其视为买卖合同,就完全依据货物买卖法进行风险的负担,那么依国际船舶建造合同惯例,在船舶最终完成之前,建造人拥有船舶的所有权,所有权和风险在交付时转移给定造人,这对建造人的利益保护是充分的。如果将其视为加工承揽合同,在船舶的建造过程中船东一直享有在建船舶的所有权,这样对建造方是非常不利的。假设在定造人违约的情况下,建造人即使行使《海商法》下的船舶留置权,事实上也是不能解决或降低船舶建造人的风险的,因为在建船舶已经被定型化,转售船舶以获得合理的价款是不现实的。建造人若想通过拍卖程序获得充分的价款保障也是很艰难的,可想而知这些半成品的建造材料是很难弥补造船厂的损失的。虽然造船厂能够行使船舶留置权,但这种保护远不能维护造船厂的实质利益。

(五) 船舶建造合同履行过程中的风险

由于船价波动、通货膨胀、金融危机等的影响使得船舶建造的商务风险大幅增加。航运市场运力过剩、船东财务状况不良,使得新船订单减少,出现船东弃船、要求延期交船或者降价等情况。此等风险的汇集使得国内船厂面临洗牌。

1. 船东的撤单风险

受2009年世界金融危机的影响,世界海运贸易需求量大幅萎缩。现有封存的运力和即将交付新船的上市,导致航运市场运力过剩。尤其,油轮、散货船和集装箱船市场几近崩溃。此种情势下,船东会选择推迟接船或者宁愿毁约做出巨额赔偿也要撤销订单。本文所称撤单专指在船舶建造合同签订以后,由于市场出现融资困难、资金流

动性不足和运费下跌等情况,船东会设法毁弃造船合约并最终做出弃船的选择。船东通常会抓住合同的漏洞主张船舶建造合同不成立或没有生效,要求建造方返还预付款承担损失赔偿责任。对于建造方来说风险是巨大的,因为此时船舶往往已经建成或者基本建成,在船价下跌和市场需求疲软的现状下,建造方也只能自担这难以弥补的损失。

2. 船东提供船舶建造材料设备的风险

在船舶建造中并不是都由建造方为船舶提供所有的机器设备,除了船上的家具等小的物品,船东考虑到成本或者易于检查等因素,会自己提供船舶的机器设备,由建造方在其厂区内保管,并安装在船上。船东提供设备的种类和范围在不同的建造合同下会有所不同,通常说来,会包括像专门的货物装卸设备,航行和通讯设备等等。^[2]当这些建造材料和设备交付给建造方占有和保管时,期间发生了灭失或损害,应该由谁承担此项风险?另外,当这些材料设备本身就存在质量问题时,当船舶建造完成后发现船舶缺陷正是由船东所提供的材料造成的,那么对此损失谁需要负责?这些都是在合同约定不明时建造方所面临的潜在风险。

3. 船东的其他违约风险

在船舶建造过程中,船东一般分期向船舶建造人支付造船款项,每一期的支付均是作为合同履行中的一个关节点,合同中通常约定支付期限与金额,一般分为五期支付,每期为全部造船款的20%。实践中船舶建造合同履行过程中船东延迟付款是非常普遍的,是最为常见的船东违约行为,给船舶建造方带来了履约风险。另外,船舶建造完毕之后需要进行测试与试航,当试航结束后船东可能会因为航运市场不景气而拒绝接受船舶,也可能在船舶没有缺陷或只有轻微缺陷时而拒绝接受船舶。造船厂虽然能得到一定的违约赔偿但在船东破产时可能分文也不能收回,加上船价不断的下跌,造船厂承受着巨大的风险。

三、船舶建造中建造方风险的防范

(一) 汇率风险的防范

建造方在报价时应当考虑所选币种的汇率波动对将来履行合同所需支付费用的影响,给自己预留一定的变动空间。在合同中可以约定,当汇

率大幅波动时双方应该依公平互利原则对价款进行适当的调整。另外,可以采用多种货币计价的方式来降低汇率风险,比如当面向欧美市场时可以采用欧元和美元共同计价。当锁定一种币种时,应该选择币值比较稳定的货币来计价,以减轻汇率大幅波动给建造方带来的压力。

(二) 技术风险的防范

第一,建造方必须严格遵守国际公约、规则和国内强制性法规,满足规则对造船规范的要求。要对船舶的设计、建造、检验、测试和交付必须按照船级社和行业监管部门相应的法律法规进行。

第二,对合同的修改双方无法达成一致的意见时,建造方最好能够力争修改以符合最新的造船规范,只要合乎规范,建成的船舶就具有利用的价值。事实上,在现实中,建造方也愿意进行修改。这样,如果到时船东毁约,或者因为某些原因拒绝接船,建造方还可以转卖,减少进一步的损失。^[3]

(三) 设计风险的防范

船舶建造方为避免自己在不了解船舶设计具体情节的情况下,承担非因自身的原因所产生的责任,可以在建造合同中约定,对于船东已经接受的船舶设计需要向建造人进行告知。如果由于该设计缺陷所引起的损失应该由船东自己承担责任。对于由船舶设计公司 and 船东共同决定的设计方案,船东应该负有瑕疵担保义务,保证一旦因设计上的缺陷而不能及时交付船舶时,所产生的责任由船东承担,建造人因此而免责。

(四) 合同性质不定带来的风险防范

对船舶建造合同性质的认定直接影响了建造方的所有权和 risk 负担。笔者认为应该从以下几点进行防范:首先,缔结合同就应该遵循意思自治的原则,通过双方的约定来确定所有权和 risk 的负担,当然如果建造方有足够的谈判能力完全可以通过合同条款来分散或免除自己的 risk。其次,对于双方没有约定的,要依据不同的情况来判断合同的性质,从而划分双方负担的 risk。中国各家造船厂为了与国际接轨,多将造船合同视为买卖合同,这一点对建造方来说是不无裨益的。例如 SAJ Form 和 AWES Form 国际标准合同文本规定:“船舶在建造期间,所有权归船厂所有……本船的所有权和灭失的 risk,只有在完成上述交船和接船后移交买方”。并且在航运领域占绝对

主导地位的英美等国也将造船合同视为买卖合同,此种选择能够达到合同双方利益的均衡,更加利于建造方。最后,我国的造船厂大多数是给国外的船东造船,需要国家政策法律的扶持。时下金融风暴的影响使大多船厂面临灭顶之灾,更需要我们强化此种意识,在法律层面须坚持“船舶建造合同为买卖合同,交船前造船厂拥有所有权”的立场。

(五) 船东撤单的风险防范

鉴于新造船船价的下跌和航运市场的低迷,船东解除原合同去寻求更低的价格是合乎市场规律的。船舶建造人为了避免解约后给自身带来的损失,最大限度地降低再次订立合约的成本,在不对其生产经营产生巨大影响下,完全可以与船东展开新一轮的谈判,对合约进行相关的修改,终究这种解决办法要强于撤销订单。实践中可以允许船东推迟付款时间或改变支付方式,也可以改变船型吨位或转变船舶类型,例如考虑到市场需求,现在的趋势是越来越多的将散货船和集装箱船改变为油船。另外,船舶建造人应当慎重选择造船合同文本,注意这些能够对合同的成立或生效产生重要影响的条款,全面审查合同的各项附属文件。附属文件要与合同要义相一致,对于含糊不清之处应当及时明确,斟酌其用词用句的合理性。最后要关注与船舶建造有关的市场准入方面的法律法规,防止船东以船厂不符合法定资质为由合法解除合同,在我国《船舶生产许可证管理条例》正在制定之中,将是判断造船人是否具备经营资质的直接标准。

(六) 船东提供材料设备的风险防范

当这些机器设备转移到建造方占有保管之时,建造方可以在合同中约定 risk 并不转移,其只对该材料设备负有谨慎的保管义务,非由于建造方的原因所造成的材料设备的损害建造方不负任何责任。另外一种情形当建造方接收了船东提供的建造材料和设备以后,发现质量有缺陷,可以拒绝安装在船上,要求更换或替代,所造成的交船迟延损失由船东负责。建造方在合同中可以设定质量瑕疵担保条款,要求船东担保所提供材料设备的可靠安全性。

(七) 船东迟延付款的风险防范

船东迟延付款会使造船厂由于资金短缺而出现工程停滞的问题,由此带来的损失造船厂可以

要求船东承担违约责任。如果船厂非由于船东的原因致使不能按时交付船舶,造船厂可以以船东迟延付款为由来推迟交船日期,这是一个技巧性抗辩,不仅可以掩饰自己的违约之嫌,又可以督促船东尽快付款。如果船东迟延付款累计到一定的天数,船舶建造人可以行使合同解除权并要求赔偿经济损失。船厂行使合同解除权时应当注意的问题是,首先,船舶建造人必须及时向船东发出书面解除合同通知,否则将默示造船厂放弃该项权利;其次,船舶建造人选择解除合同就不得再有继续履行合同的任何意思表示,如果造船厂的实际行为与解除合同的意思表示不一致,很可能会引起不必要的纠纷。解除合同显得对船东要求过于严苛,在一定程度上是对市场资源的浪费,相对而言,在合同中增设“违约金”条款是船舶建造人合理的选择。尤其是当造船合同履行到后期阶段,船厂已经投入了大量的时间、人力和物力,解除合同将会使船厂遭受无法估量的损失。船厂在实务中可以对违约金条款进行如下规定:“……如果船东不及时支付合同价款超过XX天,每增加一天,船厂有权要求船东赔付XX的违约金和相应的利息……”。^[4]

(八) 付款保函规避船东违约风险

船舶建造合同下的付款保函是由指定的担保银行出具的担保船东能够按期履行船舶建造合同下的付款义务的书面文件。如果出现船东无力承担付款义务等违约情形,建造方可以直接向担保银行提出支付请求,银行必须在付款保函载明的金额范围内全额和准时支付应付的款项及其晚付时的利息。付款保函具有无条件性、不可撤销性和清偿债务第一性的特征,并且具有极强独立性不受造船厂和船东之间的纠纷、船厂延期履行建造合同或者合同条款变更的不利影响。通常担保船东的第二、三、四期的付款义务。担保具有可转让性,船舶建造人可以选择将付款保函转让给船舶建造人的银行或其他第三方,无需银行或者船东的同意。船舶建造方在接收付款保函时,应该注意保函中为船舶建造方设定的权利义务内容、提供保证的银行承担责任的条件和保函的有效

期限。

(九) 船舶建造保险为建造方分散风险

保险对从事市场经营的行为主体而言无疑是分散和降低风险的可靠选择。在船舶建造领域,其有自己独特的保险制度——船舶建造险简称“造船险”。该保险承保船舶在建造过程中由于发生的各种风险所造成的物质损失、费用和 responsibility,涵盖了从建造、试航直至交船的整个造船过程,包括建造该船所需材料、机械设备在船厂范围内装卸、运输、保管、安装,以及船舶下水、进出船坞、停靠码头过程中发生保险事故造成的损失、责任和费用。船舶建造险兼具工程保险、责任保险和保赔保险的成分。投保人可以是船东也可以是船舶建造人。由于船舶本身造价高,风险大,很多时候合同双方当事人很难很好地控制不可预知事故,那么如何转嫁风险就显得尤为重要。

(十) 设置不可抗力条款免除不可预见的风险

“不可抗力”指发生当事人无法控制的事件时,允许一方或者双方当事人免于履行全部或者部分合同,或者有权利中止履行或者要求延期履行。该条款通常包括两部分构成:不可抗力的定义和发生不可抗力的后果。在英国普通法下还没有包括一个普遍的被广泛接受的不可抗力规则。中国《合同法》对不可抗力也有相关的描述,^①该法明确了只有因不可抗力致使不能实现合同的目的,债务人不可能履行其尚未履行的债务,债权人可以解除合同,因此并不必然赋予当事人解除合同的权力。

对于不可抗力条款的设定双方完全可以在建造合同中约定。在双方协商一致后,明确不可抗力的定义、范围和法律后果,一旦出现该条款中所定义的事件,建造方就可以延期交船,不需要赔偿船东的损失。同时,卖方不能无限期地延长交船时间,当不可抗力事件引起的交船日期延迟达到一定限度后,船东有权解除合同。对此SAIFORM造船文本也有相关说明:第一,明确交船日期可以允许推迟到一段时间;第二,如果因为不可

^① 《中华人民共和国合同法》第117条规定:“因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的不能免除责任。本法所称的不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。第94条是对法定解除合同条件的规定:“…因不可抗力不能实现合同目的”。

抗力事件所引起的延期超过了合同约定的总天数,赋予买方解除合同的权利。需注意的是实践中大多数船舶建造合同中的不可抗力条款仅仅是为了建造方单方面的利益而设定的,缺少对船东的利益保护,这就需要建造方有足够的合同优势和谈判技巧。

(十一) 合理约定其他合同条款,事先预防风险

在订立合同时要注意某些关键性条款,如果对它们进行实质性的修改可能会完全改变当事人之间的权利和义务。因此建造人有必要谨慎规范船舶建造合同条款,将可能出现的风险降低到最低限度。建造方可以对双方权利义务进行限定,比如规定船东不能因为建造方的很小的违约行为而当然地解除合同,只有建造方的违约程度达到足够严重程度致使船东无法按期获得船舶时船东才可以解除合同。建造方的赔偿范围也仅限于返还预付款和利息。又比如航运市场进入现今的低迷时期时,船舶租金暴跌,船东就会故意拖延交船时间。如果恰逢建造方出现迟延交船的情况,船东当然会以正当的理由解除合同要求建造方支付约定的赔偿金,会出现得到的违约金高于市场租金的情形。所以在缔结合同时,不能把迟延交船时建造方每天应支付的约定赔偿金的金额订得过高,应该设定一个最高的限额。同时也应该对建造方应支付的约定赔偿金的延期天数进行封顶,如果超过规定的天数,船东有权解除合同,如果船东同意继续履行合同,建造方就没有义务再支付赔偿金,这样船东还要继续支付监造费用和财务

费用,却又得不到建造方的赔偿,船东就不会故意拖延交船,双方的合作就会比较融洽,交船也会比较顺利。^[5]

四、结语

通过上文对建造方的风险和风险防范措施的研究,笔者认为将造船合同视为买卖合同有利于维护船舶建造方的利益,更加有利于建造中船舶的所有权和抵押权制度的顺利实施。在船舶建造合同中,合同双方应该遵循意思自治的原则,可以约定风险的负担,但不得违背船舶建造的技术性规范、强制性的国际公约和国内法。对于船舶建造方来说,最好的防范风险的措施就是通过合同条款进行风险预防,但前提是要事先预估自己面临的潜在风险,之后才能通过合同条款合法地规避这些风险,同时要充分利用船舶建造险转移和分散风险。

[参考文献]

- [1] 胡正良. 船舶建造合同课程讲义[Z]. 2010(未出版).
- [2] 王振波. 国际船舶建造合同中建造方的救济研究[D]. 大连:大连海事大学,2008:30.
- [3] 杨良宜. 造船合约[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998:78.
- [4] 刘鹏. 金融危机下我国船厂的法律风险及对策研究[D]. 大连:大连海事大学,2010:15.
- [5] 陈秀香. 如何防范船舶建造合同的潜在风险[J]. 船舶经济贸易,2006(06):29.

(责任编辑:杨睿)

Shipbuilders' Risk and Its Prevention Countermeasures under the Shipbuilding Contract

LIN Xin-hua

(Law School, Dalian Maritime University, Liaoning Dalian 116026, China)

Abstract: In the process of signing and performing the shipbuilding contract, the shipbuilders are facing the risks from every aspect, especially under the circumstances of the impact of Financial Crisis, whether the shipbuilders can prevent the risks determines the shipyard's future development. Firstly, this paper introduces the concept and nature of the shipbuilding contract, then indicates that the shipbuilders face many technical risks and commercial risks, and finally puts forward the countermeasures against the risks, aiming to provide significant references for the domestic shipbuilders.

Key words: shipbuilding contract; shipbuilder; risk; prevention; ship-buyer; transaction contract; contracted processing contract