

□ 徐兆宏

BOT 投资方式的主要法律问题分析

一、BOT 投资方式的内涵分析

BOT 投资方式自 80 年代初开始在英、法等国家悄然兴起,以后逐步为广大发展中国家所青睐,现越来越受到世界上许多国家和地区高度重视和广泛运用,并受到世界银行、国际贸易法委员会等国际组织和机构的关注。著名的英法海峡隧道,悉尼港隧道,曼谷的第二期高速公路,巴基斯坦的 Hab River 电厂,我国的深圳沙角电厂 B 厂,广西来宾电厂,上海黄浦江延安东路隧道和大桥等项目都是采取 BOT 投资方式建成,运作良好。

BOT 名称是对 Build—Own—Transfer(建设—拥有一转让)和 Build—Operate—Transfer(建设—经营—转让)形式的简称。现通常是指后一种含义。关于 BOT 投资方式的定义,目前国际上还没有一个公认的定义,但至少有下列几种观点:1. BOT 是一种涉外工程承包方式;2. BOT 是项目融资方式;3. BOT 是一种国际技术转让方式;4. BOT 是政府合同或行政合同;5. BOT 是融资租赁方式;6. BOT 是委托管理;7. BOT 是一种新型的投资方式。

我们认为 BOT 是一种新型的投资方式(下称“BOT 投资方式”),即 BOT 投资方式是东道国政府通过特许协议将专属于政府的修建和经营管理基础设施项目一定期限的特许专营权授予项目投资的国外私营公司或企业,在专营期间,私营公司或企业对该项目财产拥有所有权和经营权并从提供服务中收费或销售产品中清偿贷款,弥补开支,赚取利润,期限届满,基础设施无偿转让给东道国政府。其主要法律特征:1. 主体特殊性。BOT 投资方式的一方为主权国家的政府,它不仅是直接参与者,而且是管理者、监督者。另一方为外国公司或企业。主体之间的权利与义务是通过特许协议来确定的。2. 客体标的物的特殊性。BOT 项目通常为垄断性的基础设施,具有了投资大、周期长、风险大、技术含量高等性质。3. 权利与义务的复杂性。除特许协议以外,还有许多分合同。它们彼此相对独立,参加者涉及到项目公司、投资者、金融机构、保险公司、供应商、设计者等,因此法律关系非常复杂。4. 财产权利的特殊性。一般加工承揽合同的加工承揽方对加工承揽的材料只有使用权,而 BOT 投资方式的项目公司对项目财产拥有所有权。5. 投资者回报方式的特殊性。一般合同双方约定,一方回报给另一方的是金钱、实物或劳务。而 BOT 投资方式回报是在规定期限内,用项目财产收益作为回报。6. 风险责任的特殊性。除政治风险或其它约定的风险外,通常东道国政府在特许专营期间内不承担风险,经营风险全由项目公司承担。而其他投资形式的风险一般由双方共同承担。7. 结局的特殊性。特许专营权期限届满,当事人之间不进行清算,基础设施无偿地转让给东道国政府。

正是基于以上特征,我们认为 BOT 投资方式是一种新型的投资方式,而其它 6 种观点仅

仅是 BOT 投资方式运行过程中的某一个环节,并不能概括 BOT 投资方式的全貌。

二、BOT 投资方式中的基本法律关系

BOT 投资方式已成为国际经济合作的一种新型的投资方式,其内容涉及到投资、融资、建设、经营、转让等一系列活动,当事人或参与人包括:东道国政府、项目主办人、项目公司、项目贷款人、项目原材料供应商、融资担保人、保险公司、经营管理公司以及其它可能的参与人。因此 BOT 投资方式形成了由众多当事人或参与人组成的多样复杂的法律关系。这些法律关系是通过当事人之间谈判而签订的合同来体现的。其主要法律关系包括:1. 东道国政府通过特许协议将某一基础设施项目授予国外项目主办人经营。特许协议包括:经营期限、届满项目的转让、外汇风险、融资渠道、政府保证等法律问题。特许协议是其他合同产生的基础和前提。2. 项目主办人出资,以独资或合资的方式建立 BOT 项目公司。一般 BOT 项目公司以股份有限公司形式设立,公司仅以股东缴纳的资产为限对项目公司的债务负有限责任。项目公司成立时,各股东之间签订合资或联营合同来确定彼此之间法律关系。项目主办人与项目公司是母公司与子公司之间的法律关系,但与一般母子公司之间法律关系不同,即 BOT 项目主办人不能对项目公司的资产任意增减、任意行使经营管理权,必须受特许协议的约束。3. BOT 项目公司与金融机构签订项目融资协议。由于 BOT 项目投资规模大、建设周期长、经济技术难度高等特点,因此需要大量资金,其中绝大部分通过借贷方式获得。与一般借贷协议不同,该协议约定以 BOT 项目的经营收益为还款的资金来源,并且以 BOT 项目公司的资产作为担保。4. BOT 项目公司与项目承包商签订承建合同。双方通过合同约定质量、期限、分包等。与一般承建合同不同之处,在于 BOT 项目公司不得任意选择承包商,它必须受特许协议以及相关其它合同的限制。5. BOT 项目公司与原材料供应商签订物资供应合同。对于项目公司来说,一旦项目工程的建设费用确定后,原材料供应价格是影响项目公司回报收益的主要因素之一。同样,供应合同内容受特许协议的限制。6. 项目公司与项目产品收购人签订产品回购合同或与设施使用人签订使用合同。此外,还有贷款偿还担保人与金融机构之间的担保合同,项目公司与保险公司之间的保险合同以及经营管理合同、设计合同等。

三、BOT 投资方式中几个有争议的法律问题

(一)BOT 特许协议性质问题

关于 BOT 特许协议性质争议主要集中于:特许协议是国内法契约还是国际协议。持 BOT 特许协议为国际协议观点者认为:协议一方为主权国家,另一方为外国公司或企业,根据协议内容,国家特许外国私人投资者享受专属于国家的某种权利,因而该协议具有国际协议的性质。我们认为这种观点是站不住脚的。首先,从国际判例实践看,早在 1929 年,国际常设法院在塞尔维亚贷款案中,和 1952 年国际法院在英伊石油公司案中,都确定了主权者为一方与外国私人、公司或企业为另一方签订的协议为国内契约而非国际协议。其次,从国内法来看,一国政府同外国私人、公司或企业签订特许协议,允许后者在一定期间,在一定条件下,享有专属国家的某种权利,投资从事于公用事业或自然资源开发等经济活动,须事先经立法授权的行政机关批准或须提交立法机关审批,因此特许协议反映的不是国家之间的法律关系,而是一国内的经济活动关系。综上所述,特许协议是国内契约而非国际协定。

(二)我国政府能否在 BOT 特许协议中作出政府保证问题

有一种观点认为,我国政府不能在 BOT 协议中作出政府保证,其理由是 1988 年 1 月 26 日最高人民法院审判委员会讨论通过的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第 106 条第 2 款和 1995 年 1 月 6 日对外经济贸易部颁布的《关于以 BOT 方式吸引外商投资有关问题的通知》第 3 条以及 1995 年 6 月 30 日第八届人大常委会第十四次会议通过的《中华人民共和国担保法》(下称《担保法》)第 8 条都作了类似规定,即国家机关不能作为担保人。其实 BOT 方式投资中的政府保证与一般商事交往中的担保人是两种不同的法律性质。第一,我国《担保法》第 5 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。”换言之,《担保法》要求不管是以人作出的保证,还是以物作为抵押、质押等形式的担保,它们是以主合同存在为前提的,而 BOT 投资方式中以政府保证为内容的特许协议,根本没有主合同与从合同之分,政府本身就是特许协议的当事人一方。与担保合同相反,特许协议是 BOT 投资方式中其它合同产生的基础和前提。第二,我国《担保法》第 6 条规定:“本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按约定履行债务或者承担责任的行爲。”根据该条规定,保证人与债务人是两个不同法律关系的主体,而在 BOT 投资方式的特许协议中,政府集合同当事人即债务人与保证人为一身,显然是不乎合《担保法》中的保证人要求。所以我国法律、法规中的保证与特许协议中的政府保证是两种性质不一样的。我国政府保证其实是一种对政策和履约的承诺,在合理范围内放弃主权豁免权。一旦违约,政府要承担相应的法律责任。政府保证的目的是增强外国投资者的信心。

(三)BOT 项目公司是否对项目财产拥有所有权问题

一种观点认为:在 BOT 投资方式中,所有权与经营权分离,即东道国对基础设施拥有所有权,包括在专营期间的项目财产,这些财产构成基础设施的一部分,而项目公司仅仅拥有经营权。我们认为所有权与经营权相分离这个事实是客观存在的,并为世界上许多国家和地区在法律上确认,其意义深远。具体到 BOT 投资方式中,东道国当然对基础设施拥有所有权,但对项目公司的项目财产,在特许专营期间没有所有权,只有监督管理权。第一,项目公司在其特许专营期间,自负盈亏,其对外承担的责任是以其拥有的财产承担有限责任,其财产主要是项目财产。若项目公司对项目财产没有所有权,一旦亏损,项目公司如何承担其对外责任。第二,BOT 投资方式建设基础设施,项目融资贷款比例一般高达 65—75%,对于项目公司,归还贷款责任仅限于项目财产以及其所形成的收益。若项目财产不属于项目公司所有,哪家金融机构甘冒如此大的风险?第三,如果认为政府拥有项目财产所有权,在实践操作上很难确定项目主办人投资建造形成的设施,何时起转让给东道国政府。当然,项目公司拥有的财产所有权不是一种完全的所有权,项目公司在专营期间,在运用财产所有权时,要受到特许协议、贷款协议等限制。

(四)BOT 投资方式引起的有关争议是适用国内法、国际法,还是采用意思自治原则问题

关于 BOT 投资方式引起的争议,发达国主张采用意思自治原则或适用国际法,其主要理由是 BOT 方式为合同行为以及发展中国家法制不健全,若适用东道国法律,会导致不公平、不公正。发展中国家则认为,由于 BOT 投资方式涉及的项目均为东道国的基础设施,与国计民生息息相关,并且是在特许协议下进行经营的,因此应适用东道国的法律。我们认为由于 BOT 投资方式法律关系复杂、涉及到许多合同,因而不能一概而论。就我国来说,在 BOT 投资方式中,作为一般合同当事人争议,可分两类:一类只能适用我国的法律、法规,如与自然资源开发有关的 BOT 项目合同等。另一类可适用我国法律,也可适用外国法,如供应合同,设计合

同等。但关于我国政府与外国私人、公司或企业之间争议,由于我国目前对参加的国际公约有关争议条款提出保留,一般认为只能适用我国的法律。若从发展的角度,特别是与国际接轨需要,这一问题有待于进一步研究和论证并以立法的形式加以确立。

四、简短结论

BOT 作为一种新型的投资方式,其法律关系极其复杂,有待于我们进一步研究,为我所用。与此同时,BOT 投资方式在许多方面具有传统投资方式所不具有的优势,因而在国际上方兴未艾,为世界各国广泛采用。其主要优点:1. 有利于促进东道国基础设施的建设并缓解东道国的财政负担和资金困难。因为基础设施的建设首先是资金问题,而这一问题是由外国投资者来解决,从而缓解东道国财政负担。2. 有利于东道国转移经营项目建设的风险。在 BOT 投资方式的整个特许专营期间,除双方约定的政治风险等外,一般经营风险均由外国投资者承担。3. 有利于提高项目运作效率和质量。由于 BOT 项目投资巨大、期限长,从而在一定的情况下会影响投资者投资收益,为此投资者会注入高科技成份,提高经营管理水平。此外,对东道国培养管理人材,发展经济等都有很大益处。

迄今为止,我国尚无关于 BOT 投资方式的综合立法,但我国早已运用了 BOT 投资方式,效果甚佳。目前主要法律文件是 1995 年 6 月计委、电力部、交通部联合发出的《关于试办外商投资特许项目审批管理问题的通知》和 1995 年外经贸部颁发的《关于 BOT 方式吸收外商投资有关问题的通知》。由于以上两个文件法律效力有限,而实践中各地方政府在利用 BOT 投资方式中,各自为政,不利于国民经济发展的整体布局,导致资源浪费。因此,我国急需出台一部关于 BOT 投资方式的专门法律,以解决运用 BOT 投资方式中出现的有关法律问题。

(作者单位:上海财经大学经济法系;单位邮编:200433)

• 书讯 •

一把深入管理学领域的钥匙 ——周健临主编《管理学》问世

管理是一种特殊的社会实践活动,它在发展生产力中起着重要作用,能使潜在的生产力变成现实的生产力,并使生产力的整体效能得到放大。管理也是提高经济效益和社会效率的决定因素。在深化改革的过程中,我们既要重视改革,又要注重管理。上海财经大学周健临教授的新著《管理学》(财大版)一书,系统地研究国际国内的管理理论与实践。构思新颖,视野开阔。全书 33.7 万字,分别阐述了古典管理理论、现代管理理论的演进、目标管理、计划工作、组织战略、决策过程、组织职能、组织的变革与发展、人员配备、领导功能、激励、沟通、控制技术、管理信息和创新技术等内容,全面而丰富,论析精辟透彻。本书与一般管理学图书不同之处一是介绍了大量现代西方国家行之有效的先进管理方式和管理知识,二是书中贯穿了许多中外管理科学的案例,深入浅出,明白易懂。

(朱)