

教育部“九五”人文社科专项课题

国际投融资法的新发展： **BOT**法律问题研究

杨松 高岚君 吴凤君 | 著

BOT



法律出版社
LAW PRESS-CHINA

国际投融资法的新发展： **BOT**法律问题研究

ISBN 7-5036-6660-9



9 787503 666605 >



独雨丝工作室
平面设计

上架建议：国际经济学

ISBN 7-5036-6660-9/D · 6377 定价：24.00元

教育部“九五”人文社科专项课题

国际投融资法的新发展： **BOT**法律问题研究

杨松 高岚君 吴凤君 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际投融资法的新发展:BOT 法律问题研究/杨松,
高岚君,吴凤君著. —北京:法律出版社,2006. 10
ISBN 7-5036-6660-9

I. 国… II. ①杨…②高…③吴… III. ①国际
投资法学—研究②国际金融—融资—国际法:金融法—
研究 IV. D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 108936 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉	装帧设计/于 佳
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/10.375 字数/270 千
版本/2006 年 9 月第 1 版	印次/2006 年 9 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-6660-9/D·6377	定价:24.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

作者简介

杨松 法学博士，辽宁大学法学院教授、博士生导师，辽宁大学经济法博士点学科带头人，教育部2006—2010年法学学科教学指导委员会委员，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。在《法学研究》、《中国法学》等国家级刊物发表论文多篇。主要著作有：《国际法与国际货币新秩序研究》（独著，北京大学出版社2002年版）、《国际货币基金协定研究》（独著，法律出版社2000年版）；主要论文有：《国际货币基金责任制度论》（《法学研究》2000.3）、《国际金融法学研究应注意的几个问题》（《法学研究》2004.2）等。

高岚君 法学博士，辽宁大学法学院副教授、国际法教研室主任。公开发表论文近三十篇，主要著作有：《国际法的价值论》（独著，武汉大学出版社2006年版）；主要论文有：《中国的和平发展与国际法的价值体系》（《法学评论》2006.3）、《中国国际法价值观析论》（《法学评论》2005.2）等。

吴凤君 法学硕士，辽宁大学法学院讲师。公开发表论文近二十篇，主要著作有：《税法·税收管理指南》（主编，中央民族大学出版社2004年版）；主要论文有：《TOT投资方式之评介——从与BOT投资方式相比较的视角看》（《国际贸易问题》2002.8）、《澳大利亚公司法中的董事义务及对我国的立法启示》（《辽宁大学学报》2005.6）等。

导言：BOT 投资方式与国际 投融资法的新发展

近年来,以 BOT 模式为代表的公共服务特许经营制度在亚洲许多国家兴起,这种特殊的项目融资方式承建了一批大型基础设施建设项目,受到各国特别是国际资本市场的广泛关注。从法律意义上看,BOT 是指政府(通过契约)授予私营企业(包括外国企业)以一定期限的特许专营权,许可其融资建设和经营特定的公用基础设施,并准许其通过向用户收取费用或出售产品以清偿贷款、回收投资并赚取利润;特许权期限届满时,该基础设施无偿移交给政府。^[1] 它既不同于传统的私人直接投资方式,也有别于间接融资方式,而是既含有私人投资行为,又兼收项目融资的优势。无论是从 BOT 方式的主体、当事人的法律关系,抑或是合同群的权利保障和救济手段上看,都是对传统投融资法律制度的革命。

一、BOT 投资方式对传统投融资法的发展

对资金跨国流通的调整,通常分为国际投资法和国际融资法的两个领域,前者是指对跨国私人直接投资关系进行调整的法律规范,后者是指在国际金融市场上调整资金的借贷和融通的法律,即间接投资法。从 1991 年起,随着许多发达国家对资本跨境流动的限制条件放宽甚至取消,国际投资在全球范围内得到稳定发展。根据联合国贸易与发展

[1] S. W. Stein, "Build-Operate-Transfer (BOT)-A Re-evaluation", The International Construction Law Review, Pt. 2, 1994, p. 103.

会议(UNCTD)的统计,近年来,全球对外直接投资以平均每年 30% 速度增长。^[1] 国际投资的迅猛发展,带来了投资主体(原来是私人,现在有国家和私人)、投资方式等的变化,而 BOT 投融资方式是其中的典型代表。BOT 项目建设资金来自项目投资者的直接投资和贷款人的间接投资,所以它给国际投资法和国际融资法带来巨大变化。

首先,在资金来源形式上,传统的国际直接投资多数采用内外合资、合作或独资方式,在东道国由内外投资者共同或单独成立相应的经营管理机构,完全是私人之间的联合。而国际融资主要有国际辛迪加贷款、出口信贷、项目融资、国际金融机构贷款、政府贷款、国际保理等。诸多的融资方式按照主体的特点可以分为这样几类:一是私人^[2]对私人的融资,如辛迪加贷款、项目融资、国际保理、出口信贷等;二是政府对政府的融资,如政府贷款;三是国际机构对私人的融资。其中第一种是主要的融资方式,在国际金融市场上有 80% 以上的融资是采用第一种方式。第二、第三种方式仅仅是补充。

BOT 项目融资,表现为境内(外)投资人投资给该项目和为其建立的项目公司,由项目公司建设并经营政府专营事业,无异于间接投资给了政府。所以,其融资方式是私人投融资给代表政府进行公共设施建设的公司,其权利义务关系必然不同于传统的投融资方式,它把私人直接投资与间接投资有机地结合起来,这在投融资制度上带来重大变化。

其次,从合同关系上看,传统的投资采用合资、合作等企业合同形式,贷款等融资行为也是基于商事主体之间的私法合同。BOT 项目以投资、建设、经营、转让为核心步骤,由一系列合同群联结各方当事人,其中东道国政府与私人投资者之间特许协议是核心,政府与私人间基于特许协议形成的法律关系的性质、内容、合同实现方式及救济途径等均有极大特殊性,在下面的章节中我们会详述。

[1] UNCTD, World Investment Report 2002; Transnational Corporations and Export Competitiveness. Part One: Trends in International Production. <http://www.unctad.org>.

[2] 这里的私人包括自然人和法人,包括内国和外国的人或法人、企业、组织等。

再次,从项目的最终归属上看,国际投融资一般采取商业运作,企业经营期满后没有移交的要求,那么风险也就存在于投融资合同双方当事人。而 BOT 项目在投资人和项目公司经营期满后,项目要移交给政府,也就是说,BOT 项目的最终所有人是政府,这意味着风险也转移给了政府,BOT 项目中投资人要承担政府不遵守特许协议的风险,而政府要承担项目移交给政府后的风险。

最后,政府在投融资中的地位、性质也有很大不同。传统投融资方式中,政府充当管理者的角色和国家行使主权的代言人,投资人的风险可来自于政权的更迭、政策法规的修改。相应的救济措施无论是在国际法上或国内法上均针对政府的行政行为而言。BOT 项目中政府置身其中,具有双重身份,作为管理者同于以往,即代表国家行使行政管理权。但作为合同当事人,依据特许协议与相对人互相履行义务,承担责任,需要放弃作为公权力的特权,这就需要相应的制度来规范政府。

二、BOT 方式运用前景

由于前些年中国经济内需不足,中央政府采取了积极的财政政策,资金短缺问题暂时得以缓解,使得各地利用财政资金建设基础设施项目比较容易。相对而言,利用外商直接投资建设基础设施项目的积极性不高。因此,在原国家计委组织的 BOT 试点项目于 1997 年结束以后,BOT 项目并没有在国内得到推广。在过去几年中,北京第十水厂项目是中国唯一一个比较规范的 BOT 项目。

进入 21 世纪,中国经济迅速发展,西部大开发、东北振兴、中部崛起战略正在实施,投资需求将有较大幅度的增长。为创造更好的投资环境,同时提供更高水平的公共服务,基础设施将首先得到更为广泛的、规模更大的建设。以电力、供水及污水处理和高速公路为例:“九五”期间,由于电力市场出现暂时性的需求下降,减缓了电源建设速度。“十五”以来,随着电力需求的回升和持续增长,以及“西电东送”战略的实施,加快了城市供水行业的发展。环境污染问题越来越引起全社会的广泛重视,加上水资源的日益匮乏,使城市污水处理设施的建设规模将迅速扩大。我国在基本完成了“两纵三横”的国道主干线建

设后,待建和规划的次干线、支线的公路建设规模和数量更大。另外,垃圾处理、城市轻轨、天然气管道、城市停车设施等建设项目的资金需求也很大。

随着我国经济体制改革的进一步深入,国家将逐步减少对基础设施领域的国有资金的投入,实现投资多元化,引入市场竞争机制,提高基础设施运行效率,降低社会服务价格。这也使得财政资金以外的各类资本将面临更多的投资于基础设施的机会。

从财政资金的角度看,经过 5 年的积极财政政策后,财政支出增长率接近 GDP 增长率的 3 倍,根据经济规律和财政政策的特点来判断,这一现象不可能长期维持。因此,政府使用这种方式调控经济的空间必将受到越来越多的限制。采用包括 BOT 在内的多种渠道筹集基础设施建设资金,将是必然的趋势。

三、BOT 方式应注意的法律问题

BOT 投资模式在一定程度上实现了项目所在地政府、社会公众、项目工程投资方“三赢”的局面。对地方政府而言,有利于缓解大型基础设施建设投资所带来的财政压力;对于资金实力雄厚的投资者而言,他们手中拥有大量的资金,并且具有从事大型项目营运的经验,他们通过投资活动,可以获得稳定的回报;对于社会公众而言,能够从此项目工程中得到相应的社会服务。

BOT 投资模式的采用应注意如下法律问题:

第一,政府的风险保证和支持。BOT 项目运行的最突出问题是依据特许协议,特许经营人风险防范措施不健全,其利益缺乏有效保护,政府经常随意变动政策、撤回承诺,或将许多不利风险推向特许经营人。就短期来看,政府从中得到利益,但特许经营人承担过多的风险将会影响政府与民间资本建立合作的诚信基础,摧毁的是民间资本投资公共领域的信心,最终导致政府形象的降低和公私合作的全面崩溃。特许经营人合理的风险防范和利益保护是特许经营制度得以生存和发展的基础,但这一重大课题在理论与实践层面都没有得到应有的重视。

第二,BOT 项目特许协议性质、法律适用等有待规定。BOT 项目

公司的成立是为了作为一个国内法人实体与政府机构签署特许协议,成为特许协议的一方当事人。BOT 项目中的特许协议既不同于国外传统的石油特许协议(以政府和外国公司为主体),也不同于我国的中外合作勘探开发自然资源合同(以中国公司和外国公司为主体)。特许协议因以政府作为一方当事人,它不同于一般的国内合同或涉外合同。因而特许协议是自成一类的特殊合同。但是,我国现行法律对 BOT 项目特许协议的特殊性和法律性质及如何适用并未有相应的规定,这不利于我国 BOT 项目的进行。因此,应考虑 BOT 特许协议的特殊性,建议在立法中将其明确为自成一类的合同,并在法律性质、适用等方面也作出相应的法律规定。

第三,BOT 项目公司的形式。我国原外经贸部通知和原国家计委、原电力部、交通部(以下简称三部委)通知对设立 BOT 项目公司的形式,规定为可采用中外合资、中外合作、外商独资形式建立,未规定可以外商投资股份有限公司设立。前三种外商投资企业是不可以发行股票筹集资金的,但 1995 年原对外经济贸易合作部颁发的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》中将外商投资股份有限公司分为:(1)新设立;(2)已设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业申请转变为股份有限公司;(3)国有企业和集体所有制企业申请转变为外商投资股份有限公司;(4)原内资股份有限公司申请转变为外商投资股份有限公司。那么,BOT 项目公司应当可以依照该规定设立或转变为股份有限公司。当然,其能否上市还需要经过行政主管部门的许可和批准以及管理 BOT 事务的原国家计委的批准,相关的法律问题需要深入研究。

第四,BOT 项目产品及服务的定价问题。我国电力和公路交通收费在以前是统一定价收费,而 BOT 项目为实现内部收益率和收回投资及获取投资回报,收费通常较公营项目要高,因此对于 BOT 项目产品或服务的销售定价问题,应考虑在行业法规或 BOT 的专门法规中作出规定。

第五,BOT 项目的担保要求与我国现有担保法制度有冲突。我国

担保法和原外经贸部《关于以 BOT 方式吸引外商投资有关问题的通知》明确规定,国家机关和政府机构对 BOT 项目不能进行外汇汇兑担保。但三部委联合发布的《关于试点外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》规定,国家机关有权对外汇兑换和汇出作出保证。因此,在外汇汇兑担保问题上,三个相关的法律法规的规定有差异。从法律效力上看,担保法是由立法机关通过的法律,在效力上高于国务院部委颁布的行政法规。根据“特别法优于普通法”的原理,专门规范 BOT 项目的法规应具有优先效力,即便如此,三部委通知与原外经贸部通过的这两个法规仍是矛盾的,立法的这种矛盾和冲突,将给实践中发展 BOT 项目运作带来不便,影响其对 BOT 项目的投资。

另外,浮动抵押担保在 BOT 有关法律中应作相应规定。BOT 项目的所需资金除项目发起人以股权出资外,其他大多数资金来自贷款。贷款协议的达成,依赖于浮动抵押。浮动抵押是有限追索权项目融资方式的重要特点,而我国法律中尚无有关浮动抵押的规定,因此,如果在 BOT 项目运作中使用以浮动抵押为贷款担保的贷款融资方式时,则缺乏依据和法律保护。

目 录

引言 / 1

第一章 BOT 投资方式概述 / 5

第一节 BOT 投资方式的基本法律含义 / 5

一、国际权威机构对 BOT 投资方式的定义 / 5

二、我国国内关于 BOT 定义的几种观点 / 9

第二节 BOT 投资方式的特征 / 10

一、BOT 投资方式是一种合同安排 / 11

二、BOT 投资方式是东道国政府基于对公共基础设施建设的
特许而发生的与私人资本的一种合作 / 12

三、BOT 投资方式的核心问题是政府的特许 / 13

四、BOT 投资方式法律关系多样 / 13

五、BOT 投资方式的法律管制方式特殊 / 13

六、BOT 方式体现了“两权分离” / 15

第三节 BOT 投资方式的法律性质 / 16

一、BOT 投资方式的实质是一种“委托管理与经营” / 16

二、BOT 投资方式创设了一种新型的特许协议 / 17

三、BOT 投资方式是一种有限追索或无追索权的融资租赁
(或称项目融资) / 18

四、BOT 投资方式是一种特殊的直接投资方式 / 18

国际投融资法的新发展:BOT 法律问题研究

- 五、BOT 投资方式具有专营权的特点 / 19
- 第四节 BOT 投资方式中的法律关系 / 20
 - 一、BOT 法律关系的主体 / 20
 - 二、BOT 投资方式中的主要法律关系 / 23
 - 三、BOT 法律关系的性质 / 29
- 第五节 我国引进 BOT 投资方式的特殊意义 / 33
 - 一、增加建设资金,转移项目风险,满足国内需求 / 34
 - 二、优化产业结构,扩大内需,刺激经济新增长 / 34
 - 三、契合我国外资投向政策的战略,加快中西部的开发,促进东北老工业基地的振兴 / 35
 - 四、提高生产效率,促进竞争机制的形成 / 35
- 第六节 BOT 投资方式适用的几个实例 / 36
 - 一、英法海峡隧道项目 / 36
 - 二、我国第一个由国家正式批准的 BOT 试点项目 / 37
 - 三、马来西亚政府对 BOT 融投资模式的成功运用 / 38
- 本章小结 / 39

第二章 BOT 特许协议的法律性质 / 40

- 第一节 BOT 特许协议的含义 / 40
- 第二节 关于 BOT 特许协议法律性质的争议 / 44
 - 一、国内法契约与国际法契约的争议 / 44
 - 二、行政合同与民商事合同的争议 / 45
- 第三节 BOT 特许协议的法律性质 / 48
 - 一、BOT 特许协议是国内法协议 / 48
 - 二、BOT 特许协议是公法协议 / 53
- 本章小结 / 58

第三章 BOT 项目融资及其风险法律控制 / 59

- 第一节 BOT 项目融资与风险 / 59
 - 一、BOT 项目的主要融资方式 / 59

二、BOT 项目运行中的主要风险 / 60

三、BOT 项目的风险管理与防范 / 63

第二节 BOT 项目的法律框架及其完善 / 66

一、BOT 项目的法律框架 / 66

二、BOT 项目运行的法律救济 / 68

三、BOT 方式的法律保证 / 70

本章小结 / 74

第四章 BOT 项目运作中的行政法律问题 / 76

第一节 BOT 投融资的运作程序 / 76

一、BOT 项目的前期阶段 / 76

二、BOT 项目运行的中期阶段 / 78

三、BOT 项目的后期——项目的检验和移交阶段 / 79

第二节 BOT 项目运作中的政府行政职能及其责任 / 80

一、BOT 项目的结构设计 / 80

二、BOT 项目运作中的政府组织 / 81

三、BOT 项目运作中基于行政合同的政府责任 / 84

本章小结 / 85

第五章 BOT 方式中的政府保证 / 87

第一节 政府保证的必要性分析 / 87

第二节 政府保证的基本内容 / 91

一、实施条件和供应保证 / 92

二、外汇兑换与汇出保证(包括汇率保证) / 93

三、投资回报保证 / 94

四、不予国有化保证 / 95

五、经营期保证 / 96

六、提供优惠保证 / 96

七、其他方面的保证 / 96

国际投融资法的新发展:BOT 法律问题研究

第三节 政府保证的法律本质 / 97

一、政府保证不是普通的民事债权担保保证 / 97

二、政府保证是政府自我限制或自我约束的一种公行为 / 99

第四节 政府保证的法律依据和法律效力 / 101

一、政府保证的法律依据 / 101

二、国内法与政府保证的法律效力 / 104

三、国际条约与政府保证的法律效力 / 107

第五节 政府保证责任的免除 / 109

本章小结 / 111

第六章 BOT 方式中的国有化问题 / 113

第一节 国有化的含义 / 113

第二节 国有化的合法性 / 117

第三节 国有化的法律要件 / 120

一、国有化必须以公共利益为目的 / 120

二、国有化过程中不涉及歧视 / 122

三、实行国有化的国家应给予外国投资者以补偿 / 123

四、国有化应依正当的法律程序要求进行 / 127

第四节 MIGA 与国有化风险的化解 / 127

第五节 我国关于国有化的法律规定 / 130

本章小结 / 135

第七章 BOT 方式中的法律适用 / 136

第一节 合同法律适用的一般问题 / 136

第二节 BOT 投资方式中辅助合同的法律适用 / 140

第三节 BOT 特许协议的法律适用 / 146

一、关于特许协议法律适用的几种主张 / 146

二、关于 BOT 特许协议法律适用问题的具体分析 / 148

第四节 国内 BOT 投资方式的法律适用 / 153

本章小结 / 158

第八章 BOT 方式中的争端解决 / 159

第一节 BOT 投资争议及其解决概述 / 159

一、BOT 投资争议的概念及类型 / 159

二、BOT 投资争议的法律特点 / 160

三、解决 BOT 投资争议应遵循的法律原则 / 164

第二节 投资者与东道国政府之间投资争议的解决 / 167

一、国际仲裁 / 168

二、国际司法救济 / 183

三、国内救济 / 184

第三节 BOT 投资方式中平等主体之间争议的解决 / 189

一、仲裁 / 189

二、诉讼 / 190

三、ADR / 190

第九章 BOT 方式的新发展 / 193

第一节 概 述 / 193

一、BOT 投资方式在发达国家和地区的实践 / 193

二、BOT 投资方式在发展中国家的实践 / 195

第二节 BOT 的新模式之一——TOT / 197

一、TOT 投资方式与 BOT 投资方式的主要异同点 / 197

二、TOT 投资方式的优势特征 / 199

三、采用 TOT 投资方式时政府应注意的几个问题 / 202

第三节 BOT 发展的新模式之二——PFI / 205

一、PFI 模式与典型 BOT 方式的比较 / 206

二、PFI 模式的优势分析 / 208

三、我国城市基础设施经营中运用 PFI 模式探讨 / 209

第四节 BOT 方式适用的新领域 / 210

一、BOT 投资方式的适用领域概况 / 210

二、BOT 投资方式在我国环保领域的适用 / 212

第五节 私营经济参与 BOT 项目问题 / 215

- 一、私营经济参与 BOT 项目的意义 / 216
- 二、现阶段我国私营经济参与 BOT 项目的可行性 / 217
- 三、国内私营企业参与 BOT 项目的展望 / 219

本章小结 / 221

第十章 我国 BOT 立法现状及展望 / 222

第一节 我国采用 BOT 方式的法律障碍 / 223

- 一、现行法规对 BOT 方式的理解存在歧义 / 223
- 二、现行法规对 BOT 方式中的项目公司限制太多 / 223
- 三、现行法规关于 BOT 项目的出资方式 and 手段的规定
存在冲突 / 225
- 四、现有法规中对 BOT 项目公司的经营权缺乏相关支持 / 225
- 五、政府对税收优惠的承诺存在法律障碍 / 226
- 六、外汇管制阻碍 BOT 项目的实施 / 226
- 七、特殊权利质押形式的欠缺阻碍环保 BOT 项目的融资 / 227
- 八、政府的信用风险阻碍 BOT 项目的健康持续发展 / 228

第二节 我国 BOT 立法的主要内容 / 228

- 一、BOT 法的基本原则 / 229
- 二、BOT 方式的定义 / 231
- 三、BOT 方式的适用范围 / 231
- 四、BOT 项目的设立程序 / 232
- 五、BOT 项目的招标、投标、评标程序 / 232
- 六、BOT 特许权协议的主要内容 / 233
- 七、风险分担原则 / 233
- 八、权力、权利与义务 / 233
- 九、监督与管理 / 234
- 十、争议解决 / 234

第三节 我国 BOT 立法的几个应注意的问题 / 234

- 一、处理好 BOT 方式中的内外部法律关系 / 234