

对外贸易经济合作

专家指导丛书



外商投资特许权 项目协议(BOT) 与行政合同法

于安/著

法律出版社

PDG

图书在版编目(CIP)数据

外商投资特许权项目协议(BOT)与行政合同法/于安著.
—北京:法律出版社,1998.4
ISBN 7-5036-2385-3

I. 外… II. 于… III. ①外国投资-协议②行政法:合同法
N. F830.59

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 06722 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/8.5 字数/208 千

版本/1998 年 4 月第 1 版 1998 年 4 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2385-3/D·2003

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

《外商投资特许权项目协议(BOT)与行政合同法》一书,是于安同志研究 BOT 政府特许权协议及其法律性质和行政合同法基本理论的著作。作者在广泛占有材料的基础上,从法律角度,对 BOT 政府特许权协议的性质及权利义务关系、政府特许权对 BOT 项目所涉及的民商事关系的制约和影响、BOT 项目的各个运作阶段和行政合同基本理论,进行认真严肃的探讨。读来使人开阔视野,启发思考。

对 BOT 政府特许权协议和行政合同法的探讨至少具有如下两重意义:

第一,有利于拓展我国利用外资的形式,扩大对外开放。我国利用外资的立法活动是和改革开放同步进行的。以 1979 年中外合资经营企业法的制定为发端,随着开放的不断扩大,中外合作经营企业法、外商独资企业法、涉外经济合同法、“三来

一补”的有关条例等一系列法律、法规陆续出台,为引进外资、技术和管理经验提供法律保障。回顾 20 年来的外资投向,一个明显特点是集中于加工工业、旅游服务行业等周期短、回收快的领域。而用于基础工业和基础设施建设的外资则比重甚微。基础设施建设是决定我国经济高速、持续、稳定发展的重要条件。它需要巨额资金且周期长、风险大,而当前国家建设资金又有限,这是制约我国经济发展的一个突出矛盾。当前,急需探求新的合作方式,将外国投资引向基础设施建设领域。80 年代以来逐步为发达国家和一些发展中国家普遍采用的 BOT 政府特许工程则正是一种将外资引向基础设施建设的有效方式。对这种方式的研究和合理利用,无疑会对我国的基础设施建设起推动作用。

第二,推动我国合同法律制度和行政法的研究。我国现有的经济合同法、技术合同法和涉外经济合同法都属民商性质的法律,为适应我国社会主义市场经济的运行,全国人大常委会法制工作委员会正在组织起草统一的合同法。与此同时,行政法学者也在积极倡议建立我国的行政合同法律制度。在立法过程中,BOT 政府特许权协议以及行政合同的研究是一个不容回避的课题。于安同志对 BOT 政府特许权协议法律问题的探讨和对国外行政合同制度的比较研究无疑具有积极意义。这些研究立足于实践,不乏精当见解。尽管这些观点在我国法学界尤其是在民法学者中还有不同意见,我认为于安同志的意见是值得重视的。

自然,上述两重意义是一个问题的两个方面。以我对于法学研究领域的有限了解,这本书是国内第一部比较系统地研究 BOT 的法学著作。它的出现也非偶然,是在改革开放的新形势下应运而生的。实践之树长青。实践需要法律的发展,法律的发展又促进实践的前进。努力使我们的法学研究立足于解决我国改革开放和经济建设中遇到的问题,以邓小平理论为指导,研究和借鉴古代和国外有关的法律思想和制度,创建符合我国国情和实践的法学

理论,为完善社会主义市场经济法律体系提供理论指导。这是法学工作者应有的研究态度。于安同志是循着这个方向探索的,这也属难能可贵。对此,我们应当支持他,应当同他一道前进。

张春生

1998年2月17日

前 言

在这本书出版之际，我要首先感谢全国人大常委会法制工作委员会副主任兼国家法行政法室主任张春生同志。我感谢他在全人大换届工作的百忙当中用自己宝贵的休息时间审阅了全部书稿，亲自为本书写了如此深刻、美好和催人上进的序言。张春生同志的热情支持和关怀，鼓励我将这个尚不成熟的书稿交付出版，向实际部门和学界的各位前辈和同行们请教。

我写这本书，是想为解决我国实行外商投资政府特许权项目工程（BOT）面临的法律问题，特别是法律适用问题提供一些理论上的参考和支持。这是一本力图解决实际问题的理论书。

引导外资投向国家经济建设急需的基础设施，是实施“九五”计划中的重要问题。改革开放以来，我国利用外资金额达几千亿美元，但大部分外资都投放到加工

工业、服务行业等方面,实际用于基础设施建设的外资只有极少数。基础设施供给不足长期来一直是我国国民经济和社会整体发展与提高的基本制约因素。“九五”期间乃至下世纪我国国民经济要以9%左右的速度增长,首先必须使基础设施建设有一个高幅增长,新建、改建和扩建一大批铁路、港口、公路、桥梁、机场、水厂、电厂等。基础设施投资额大,建设周期长,利润率低、开发风险大。例如电站项目建设,按现在平均每千瓦4000元投资计算,每年新建1000万千瓦装机就需要400亿元,五年就需2000多亿元。现在需要进行的基础设施项目多,但国家的建设资金又十分有限。很多急需发展的项目因资金不足或不能尽早开工建设,或不能按合理工期及时建成投产发挥效益。因此,积极开辟利用外资的新方式,将国外投资吸引到我国的基础设施建设,就可以在一定程度上缓解我国建设资金不足的矛盾,同时也可以将原来计划用于这些项目的投资转而投向其它项目中去,从而加快我国基础设施建设和国民经济发展的速度。政府特许工程(简称BOT)就是一种吸引外资投向基础设施公共工程的有效方式。

所谓BOT政府特许工程,就是把需要政府开发、营建的基础设施公共工程项目,以政府特许的方式交给项目进行融资、建设并在一定时期内经营,然后再转交给政府的新制度,政府的特许是该制度的核心和基础。它的优点是减少政府对基础设施的直接财政负担,避免或政府的债务风险,提高基础设施的运营效率和提前满足社会的需求。这种方式80年代以来已经为发达国家和发展中国家广泛应用,效果显著。著名的英国法国海底隧道工程以及澳大利亚的悉尼海底隧道工程就是采用这种方式进行集资建设的。因此,鼓励外商采用BOT方式对我国进行投资,使外资投向的产业结构与国家经济建设的需求结构统一起来。在中国发展BOT投资方式,国家计委在制定“八五”吸收外资计

划中就已经提出了。BOT 投资方式的实践在我国改革开放初期也已出现。广东省用这种投资方式建设了“沙角 B 电厂”项目。1993 年国家有关部门开始研究规范化引进 BOT 投资方式, 进行新的 BOT 项目实验。到目前为止, 试验项目有长沙电站、成都水处理厂、武汉军山大桥和 1997 年国家批准建设的广西来宾电厂二期工程。总的来说目前国家对 BOT 投资发展还处于试点阶段, 实行先行试点、逐步推开、宏观引导、规范发展的总体策略。按照“九五”计划的思路, BOT 投资方式将成为基础设施的重要投资方式之一。

一个应当引起高度重视的问题, 是实行 BOT 方式的试点缓慢推开困难, 具体表现为中外讨论谈判的项目很多, 引进谈判成功的少, 即所谓“开花多结果少”。基本原因之一是国家宏观规范有待改进, 特别是法律规范欠缺和欠当, 存在一些重要的法律误解和法律障碍。对于数额大周期长的投资, 减低和防御风险的主要条件就是法律环境。如果没有良好的法律条件, 就会增大投资风险, 当然也就不可能将大量的外资吸引到基础设施领域。外资长期投向见效快的加工服务领域, 一个重要考虑就是减低投资风险尽快收回投资, 这也反映出外国投资者对我国法律环境的信任度有待提高。所以尽快研究和消除我国自己造成的法律误解克服法律障碍, 就成为推行 BOT 投资方式的当务之急。

需要研究的主要法律问题之一, 是法律适用问题。目前 BOT 工程的核心协议—政府特许权协议作为一般的民事合同, 适用我国的民事法律。这实际上是把政府的特许决定看作一般的民事或者商业交易行为。我国民事法律对政府参与民事交易有许多禁止性规定, 这些规定使政府作出 BOT 政府特许权协议所需要的决定时产生困难。

BOT 工程协议的核心是政府工程特许, BOT 项目协议实质就是政府特许权协议。所谓工程特许就是东道国政府将专属于政

府的基础设施开发、营建权以特别许可的方式授予投资商或项目公司。政府特许决定的根据不是商业性赢利动机,而是国民经济发展和国家公共利益的需要。工程项目及其范围、经营期限、收费限度、建设保障、外汇汇兑以及其他优惠待遇都属于政府的行政管理权限,只能从国家公共利益整体需要出发加以确定。政府在 BOT 协议中的当事人地位,不是民法上的机关法人,而是行使国家行政权力的行政管理机关。BOT 特许权协议不是普通的商业性投资合同。政府特许是行使国家管理权的行为,BOT 工程政府特许权协议是行政合同,应当按照行政合同法进行规范。

BOT 政府特许权协议属于行政合同是大陆法系国家的惯例和实践。以政府特许的方式进行基础设施建设最早起源于法国。大革命前的法国政府就利用这种方式建设桥梁、运河等工程。19 世纪法国铁路、自来水、电器、煤气等公用事业的建设大都采用这种方式,20 世纪以来更是得到广泛的应用。因此,法国最先发达了关于政府特许的行政合同理论和法律规则并影响了其他大陆法系国家。1996 年联合国国际贸易法委员会第 30 届会议通过的关于 BOT 项目法律指南的各章草案法律框架部分指出,在许多大陆法系法域,BOT 隶属于常常称为“行政法”法体的界定明确的范畴和规则。从 BOT 项目协议内容来看,当事人之间的权利义务具有行政合同的性质,应当受行政合同法的规范。大陆法系国家的实践证明运用行政合同规则,政府代表的国家利益和投资者的利益都会得到最有效的平衡和保护。根据这个思路,本书将 BOT 项目的法律问题与行政合同法结合起来讨论,中心问题是 BOT 项目政府特许权协议的法律性质和法律适用。鉴于目前国内介绍行政合同和政府采购的书籍不多,行政合同又是国内行政立法需要研究的一个新课题,所以对行政合同问题单独列出章目。因为本书以解决实际法律问题为目标,避免陷于对某个或者某些理论主张的议论,所以撰写时注意了以国内外有关立法规

定而不是理论概念作为出发点。此外，了解和理解有关法律制度的重要材料出处都在论述时作了说明。实际上我自己想向读者说明的，主要是政府特许权协议的性质和法律适用问题及其进行的论证。

本书第七章是为了说明当代政府在普通合同订立履行中的新作用而加上去的。

过去我对政府特许包括 BOT 问题有一些了解。读研究生的时候，我的导师行政法学泰斗学者尊敬的王名扬教授给我们上课曾经系统地讲过法国的政府特许公共工程制度，近几年也断断续续读过一些同志讨论中国实行 BOT 法律问题的文章，但并没有特别在意。我起意专门写这本书的动因之一，是与国务院法制局金融财政司有关同志的交往。我们谈到了目前国家 BOT 立法的计划和所面临的问题，交换了研究资料。这些情况使我觉得目前 BOT 的法律问题已经不单是一个理论问题，而且已经成为国家立法和国家行政管理中的一个非常实际的问题，涉及到国家利用外资发展国内急需的公共基础设施建设和外国投资者的法律权益。于是我开始准备资料，着手这本书的构思和撰写。为了先试一下自己的手，也为了验证一下自己的思路，我与《法制日报》评论部和《中国市场经济报》理论部的编辑同志谈了我对这个题目的关注和想法，她们鼓励我先写出来争取发表，听取反映。此后不久，1997 年 11 月 24 日《法制日报》第一版刊发了我撰写的“政府特许工程立法亟待加快”的评论，1997 年 11 月 25 日《中国市场经济报》发表了我撰写的“BOT 为何‘开花多结果少’”的文章。文章顺利发表后，我向法律出版社的负责同志汇报了写书的计划和提出了出书的申请，得到支持和鼓励。在撰稿过程中，美国、加拿大、香港、台湾的朋友无偿地为我搜集、惠寄赠送了关于 BOT 项目、行政合同和政府采购的各种资料。在这本书即将面世的时候，我抱着十分感激的心情，向鼓励、支

持、帮助我从事这项研究工作和使本书最终得以出版的张春生同志、贾京平同志、张波同志、吴浩同志、潘红敏同志、杨悦新同志、丛林同志和其他朋友们致以最衷心的感谢!

于安

1998年2月24日于北京清华园



ISBN 7-5036-2385-3



9 787503 623851 >

ISBN7-5036-2385-3/D · 2003

定价: 15.00元

D
10

作者简介

于 安，1956年生，北京清华大学法律系副教授、系学术委员会副主任。在北京中国政法大学获法学硕士学位，曾获丹麦政府讲学金和德国马普讲学金，在丹麦国立奥尔胡斯大学法学院和德国马普研究所作访问学者。曾参加《行政诉讼法》、《行政复议条例》、《行政处罚法》等法律法规的起草研究工作。主要著作有《行政诉讼通论》(主编)、《政府行政法律行为》(主编)、《行政诉讼法》(“九五”规划高等学校法学教材)(第一作者)等。

CAJ42/13

◎责任编辑/张 波
◎封面设计/曹 铀

目 录

□第一章 导论.....	1
一、BOT 特许权项目的 法律意义	3
二、国外对 BOT 方式 的应用.....	11
三、我国对 BOT 方式 的应用.....	17
□第二章 BOT 项目政府特许权协议的 法律性质	20
一、国际投资法上的政府 特许权协议	21
二、BOT 特许权协议是 行政合同	24
三、我国利用 BOT 方 式的范围	29
四、外国 BOT 特许权协 议的性质	32

五、我国的立法现状和外国立法模式·····	36
□第三章 BOT 项目政府特许权协议的权利义务·····	41
一、法国公务特许合同的一般原则·····	42
二、BOT 特许权协议权利义务条款的参照物·····	48
三、BOT 特许权协议权利义务条款的理论框架·····	53
四、BOT 特许权协议的标准条款·····	66
□第四章 BOT 政府特许权项目的专门问题·····	75
一、项目的风险·····	75
二、投资回报率·····	81
三、政府的作用·····	83
四、BOT 项目涉及的民商法问题·····	86
五、BOT 项目涉及的行政法问题·····	90
六、BOT 项目的争议处理法问题·····	91
□第五章 BOT 政府特许权项目的运作程序·····	93
一、项目的提出·····	93
二、项目主办人的选择·····	96
三、特许权协议和项目公司·····	104
四、项目筹资和项目建设·····	105
五、项目经营和项目移交·····	107
□第六章 行政合同法的基本原理·····	111
一、行政合同的法律概念和基本原则·····	112
二、行政合同法的发展·····	120
三、行政合同和法律适用·····	124
四、行政合同的缔结·····	137

五、行政合同的效力	152
六、行政合同的履行	154
七、行政合同中的政府采购	159
八、我国的几类行政合同	160
 □第七章 行政机关与标准契约.....	174
一、标准契约具有超公共权力强制的性质	175
二、标准契约不公平条款具有反社会性	179
三、“契约即公正即社会利益”公理的失衡	181
四、行政干预的法律基础	185
 □附件 1 关于试办外商投资特许权项目审批管理 有关问题的通知	191
(1995 年 8 月 21 日国家计委、电力部、交通部发布)	
 □附件 2 关于以 BOT 方式吸收外商投资有关 问题的通知	194
(1995 年 1 月 16 日对外贸易经济合作部发布)	
 □附件 3 外商投资特许权协议(BOT)参考文本	196

第一章 导 论

BOT 外商投资政府特许权工程项目的核心问题是政府的特许行为。政府特许是实行 BOT 工程项目的起点和基础, BOT 工程项目的投资融资、企业组织、外汇汇率兑换、项目经营管理和财产移交都以政府的特许为前提, 受政府特许行为的制约。对于政府特许行为的法律规范, 成为解决 BOT 工程项目法律问题的中心。各国的经验证明, 规范 BOT 项目政府特许行为的法律问题, 关键是行政合同法问题。

对 BOT 政府特许行为的法律规范, 各国的处理方式有所差别。法国等大陆法系国家实行“公务”和“公共工程特许”的行政合同制度, 美国等英美法系国家实行“政府采购”的公共契约制度。在发展中国家, 因为既有的法律制度中缺乏能够涵盖政府特许行为的行政合同制度和建立新制度所需