

● 国际法

# 中国利用 BOT 法律问题的思考<sup>②)</sup>

黄 瑞

(南昌大学 法学院,江西 南昌 330047)

[作者简介] 黄 瑞(1962-),女,江西南昌人,南昌大学法学院国际法系教授,主要从事国际私法及涉外经济法研究。

[摘 要] BOT是目前国际上流行的投资合作方式,日益受到我国政府的重视,并将成为今后我国引进外资投资于基础设施建设的重要方式。但是,我国现有的法律法规都没有对它做出具体规定,调整 BOT投资方式的立法仍不健全,尚未形成 BOT项目实施的法律环境,有的法律规范甚至与 BOT投资方式相抵触,各地在实际运作中仍会遇到许多法律障碍,不利于 BOT项目实施和发展。如何建立和完善我国 BOT投资方式的制度与立法已成为当务之急。

[关键词] BOT;特征;现状;完善

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)05-0533-05

BOT是国际上兴起的一种新的投资合作方式,正式提出于 1984年,首倡者是土耳其总理奥扎尔,并首先应用于该国的公共设施的私有化项目。目的是促进东道国政府和国际私营企业合作,加快基础设施和公用事业建设。它的出现立即引起国际上的较大关注,很快在世界各国盛行,并迅速在发展中国家运用和推广。比较著名的 BOT项目有英吉利海峡隧道、香港东区海底隧道、马来西亚高速公路、菲律宾的电厂项目等<sup>[1]</sup>(第 88页)。中国举办 BOT项目是一项较新的工作,人们对此缺乏系统的了解和认识,现行立法与 BOT投资方式所需要的法律保障尚有一定差距。为此,本文试就 BOT的概念和特点、中国利用 BOT的现状及其完善立法等问题进行探究。

## 一、BOT的概念和特点

BOT(Build-Operate-Transfer)即建设——运营——移交,是指东道国政府通过特许协议,授权外国投资者对某个特定的公用基础设施进行筹资、建设并按约定的年限进行经营,在协议期满后将该基础设施无偿转让给东道国政府或其指定机构。通过 BOT方式建设的项目即为 BOT项目。

在实践中,BOT还有其他几种演化形式,如:BOO(Build-Own-Operate)即建设——拥有——运营;BOOT(Build-Own-Operate-Transfer)即建设——拥有——运营——移交;BTO(Build-Transfer-Operate)即建设——移交——运营;BLT(Build-Lease-Transfer)即建设——租赁——移交<sup>[2]</sup>(第 144页)。鉴于篇幅,以下仅就典型的 BOT形式进行研究。从性质上看,BOT属于私人直接投资,与传统的国际直接投资相比,具有以下的特点:

### (一) BOT 项目以东道国政府特许为前提和基础

BOT 投资领域一般属于政府垄断经营的范围,外国投资者基于许可取得通常由政府部门承担的建设和经营特定基础设施的专有权。所谓基础设施通常包括港口、机场、铁路、公路、桥梁、隧道、电力等社会公用设施。如果没有东道国政府特许,外国私人资本根本不可能涉足公共设施等政府专营垄断的领域,也无法筹集到足以支撑项目建设所必需的巨额资金。因此,东道国政府允许外国投资者以 BOT 方式进入基础设施行业,实质上是东道国政府以特许协议的方式授予外国投资者的特许权,将原本只属于政府的一部分社会管理职能暂时转让给 BOT 项目公司经营。所以有人将 BOT 归类于“特许协议”<sup>[3]</sup>(第 183 页)。

### (二) BOT 项目众多当事方相互关系通过一系列合同进行安排

BOT 项目是一个相当复杂的一个系统工程,其法律关系主体众多,除主要主体是东道国政府外还包括项目筹建集团、项目公司、银行融资机构、承建商、经营管理公司、保险人等一般主体。它们之间通过签订一系列合同、协议来确立、保证和调整各当事方之间的法律关系,这些合同、协议共同构成了 BOT 投资方式的法律框架。如前所述,BOT 的核心是政府特许,外国投资者要进行基础设施项目投资,首先需要获得东道国政府的许可以及在政治上风险和商业风险等方面的支持和保障,而其表现载体就是特许权协议。因此,特许权协议构成 BOT 法律框架的基础,其他所有合同诸如贷款、工程承包、经营管理、担保等合同均是以此协议为依据,并为实现其内容服务<sup>[3]</sup>(第 183 页)。

### (三) 东道国的支持与保证直接影响到 BOT 项目的成败

在特许权权限内,外国投资者负责融资建设和经营管理该基础设施项目,以及偿还贷款,回收投资和取得利润。由于 BOT 项目投资数额巨大,技术要求高,建设周期长,投资回收慢,经营风险大,且项目建成后形成完全固定资产无法转移,使得私人投资者承受着巨大的风险压力,虽然有关国际投资担保机构和商业保险机构为其分担了很大一部分投资风险,政府保证仍然具有至关重要的作用。因 BOT 项目涉及东道国公共利益,具有较强的公共形象,有时会受到地方利益和势力的干扰。因此,东道国政府在 BOT 项目实施过程中给予的支持和保证直接影响到 BOT 项目的成败。

### (四) 特许权期限届满,BOT 项目无偿移交给东道国政府

由于在特许权期限内,外国投资者已偿还贷款,回收投资并赚得利润,所以,BOT 项目终结时不需要进行清算,而是由东道国政府收回特许权,并全部无偿地收回整个项目。虽然政府作为一方直接参与 BOT 项目,但政府在特许期内不投入资金,不承担风险,项目风险全部或大部分由项目公司承担。这与传统合营形式的共同投资、共担风险的基本特点不同。

## 二、我国利用 BOT 投资方式的现状

随着我国经济高速增长,建设资金不足和基础设施短缺的矛盾越来越突出,交通能源等基础设施和基础产业一直是我国国民经济发展“瓶颈”。采用国际上流行的 BOT 投资方式,是解决上述矛盾加快中国基础设施建设的重要出路。早在 1985 年深圳“沙头角火力发电厂”就首次引入了 BOT 投资方式,并受到我国政府的重视。国家计委在制定“八五”吸收外资计划中提出了在我国发展 BOT 投资方式的主张,1993 年国家开始研究规范引进 BOT 投资方式,开拓新的 BOT 实验项目<sup>[4]</sup>(第 17 页)。1995 年 1 月 16 日,外经贸部发出《关于以 BOT 方式吸引外商投资有关问题的通知》(下简称外经贸部的《通知》),标志着中国官方正式接受 BOT 投资方式。广西来宾电厂二期工程、湖南长沙电厂一期工程、成都水处理厂陆续成为我国 BOT 项目的试点单位。同年 8 月 21 日,国家计委、电力工业部、交通部发出了《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》(下简称国家计委的《通知》),要求各地方及国务院有关部门结合本地区、本行业实际情况,按该《通知》的具体要求,切实做好试办 BOT 项目各项工作。1997 年 4 月 16 日,国家计委和国家外汇局又发布了《境外进行项目融资管理办法》,对 BOT 项目在内的项目融

资有关问题作出了具体的规定。

尽管如此,我国目前调整 BOT 投资方式的制度和立法仍不健全,尚未形成 BOT 项目实施的法律环境,现有的法律法规如外资法、公司法、合同法等都没有对它做出具体规定,有的法律规范甚至与 BOT 投资方式相抵触,各地在实际运作中仍会遇到许多法律障碍,不利于 BOT 项目实施和发展。

#### (一) 现行外资立法关于外资投向的规定使采用 BOT 项目的范围过窄

1992 年初以来,随着引进外资形势的发展,某些原先属于“禁止”或“限制”的行业(如国内商业、保险、交通运输等)有逐步开禁的趋势。1995 年 6 月 20 日,国家计委、经贸委、外经贸部联合发布了《外商投资产业指导目录》(下简称《指导目录》),对外商投资领域有了明确系统的规定。但是,《指导目录》却仍将电网建设和经营、城市给排水、煤气、热力网管等公用事业的建设经营等列为禁止外商投资的项目;对地方铁路及其桥梁、隧道、轮渡设施的建设、经营,城市地铁及轻轨建设、经营,公用码头的建设、经营,民用机场的建设和经营,虽然列入鼓励外商投资产业目录之中,但却不允许外商独资或要求中方国有资产占控股或主导地位。上述规定限制,甚至排除了 BOT 项目在这些领域的开展。

此外,国家计委的《通知》也对采用 BOT 项目进行基础设施建设的规模进行了限制,将建设范围暂定为:建设规模为  $2 \times 30$  万千瓦以上的火力发电厂和 25 万千瓦以下的水力发电厂、30—80 公里高等级公路、1000 米以上的独立桥梁和独立隧道及城市供水厂等项目。因此,中国目前允许采用 BOT 项目范围很小,一些适合采用 BOT 方式建设的项目难于展开和实施。

#### (二) 现行的外汇管理法规阻碍了 BOT 项目在我国顺利实施

BOT 用于我国基础设施项目,在具体实施 BOT 项目时,项目公司主要以境外外汇融资,而收益形式却为人民币,BOT 方式的特殊性决定其不具有创汇能力,外商投资者迫切希望东道国政府允许其将当地货币兑换成外汇并可自由汇出境外。众所周知,我国属于外汇管制的国家,人民币不能自由兑换,尽管 1996 年新《外汇管理条例》在经常项目下实行浮动汇率制,而在资本项目下仍然实行严格管制。加上我国有关三资企业外汇收支平衡的规定对 BOT 方式又不适用,不仅使项目公司面临外汇兑换风险,也会遭到外汇平衡的矛盾。如果外汇平衡问题及当地货币汇兑问题不能妥善解决,将会严重挫伤外商来中国实施 BOT 项目的积极性,影响项目的正常经营,阻碍了 BOT 项目在我国顺利实施。

#### (三) 现行法律规范制约或削弱了 BOT 项目中的政府保证

虽然以 BOT 方式投资于东道国的基础设施建设,对外商投资者有利可图,但它存在超过一般投资方式极大的商业风险和政治风险。鉴于一般的商业风险外国投资者可以通过加强可行性研究以预测风险,严格管理以降低成本、向保险公司投保分散风险等方式来规避、化解。而政治风险则是 BOT 项目的外商投资者难以精确预测,他们希望东道国政府提供一定程度的保证。我国法律虽然没有禁止政府为 BOT 项目进行保证的规定,但现行一些法律规范的规定较为含混。如 1988 年最高人民法院《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 108 条规定:“国家机关不能担任保证人”;1995 年《中华人民共和国担保法》第 8 条规定:“国家机关不得为担保人”;1995 年外经贸部的《通知》规定:“政府机构一般不应对项目作任何形式的担保或承诺(如外汇担保、贷款担保等)”。

因此,在实践中,人们普遍认为,政府不能对 BOT 项目提供保证。这是对政府保证和一般担保的混淆,使得一些外商投资者认为在中国搞 BOT 项目条件不成熟,风险太大,观望者居多,影响我国 BOT 项目的顺利开展。

#### (四) 现行规定使谈判难度大,审批程序过于繁琐

由于 BOT 投资方式自身的特殊性、复杂性,加上人们对 BOT 项目认识程度低,缺乏谈判经验,加上国家计委的《通知》关于投资回报率不允许谈判的规定,增加了谈判难度。因为,一个项目的投资回报率很低,就很难吸引外商投资者,而 BOT 项目的外国投资者又非常注重投资回报率的问题,很多项目的谈判围绕回报率问题要进行多轮艰苦的“拉锯式”谈判,最终也无法达成一致,使外商投资者感到投资收益无法保障,因而积极性受挫。

BOT项目及项目公司的设立,要经过复杂的审批程序,而且主管机构依照项目的投向和规模的不同,采取不同的审批程序。加上官僚主义的办事作风,行政办事效率低下,使得外商投资者认为我国BOT项目的审批程序混乱,涉及诸多部门,造成项目存在多处不确定性,严重挫伤外商投资者举办BOT项目积极性。

### 三、完善 BOT法律和制度,充分利用 BOT投资方式

鉴于BOT方式在利用外资、加快我国基础设施建设及发展我国经济方面的重要性,为保护外国投资者合法权益,同时便于政府对BOT项目实施有效管理,针对我国目前关于BOT的法律规范存在的问题,亟须制定一整套既符合国情又与国际惯例接轨的法律法规体系,保证BOT项目在我国已有效实施。笔者认为,应做好以下几个方面的工作:

#### (一)提高 BOT立法层次和效力,尽快制定 BOT专项法律

在我国,BOT投资方式已被作为引进外商投资的一种重要的新形式而备受关注,但却面临着诸多的法律问题,究其原因在于现有的法律法规没有包括BOT的内容。虽然1995年外经贸部和国家计委发布了两个《通知》,但却是部门规章,立法层次较低,其效力低于法律,一旦遇上与法律规定相抵触时,《通知》可能部分地失效,适用效果不佳,权威性不够。而且,在内容上又很不完善,可操作性不强,远远不足以规范BOT项目。解决的办法是提高现行BOT立法的层次和效力,由全国人大或全国人大常委会制定一部法律BOT单行法,重点将BOT投资方式与其他形式投资区分开来,对现行法律没有规定或规定有冲突的地方进行补充、修改和完善,对BOT的准入领域和准入条件、与BOT有直接影响的外汇管理、税收优惠、土地使用等基本问题做出专门规定。之后可由国务院、各部委及各地方政府制定实施细则或各项规定进行补充,解决实际操作中遇到的各种问题,推动我国利用BOT投资方式的发展,待时机成熟后,将其纳入统一的外资法中。

#### (二)正确估计项目风险,确立必要的政府保证制度

一个BOT项目一般需运营十几年甚至几十年,其间会发生政治的、经济的风险。而我国当前政治环境稳定,风险主要来自经济方面。为增强外商投资者的信心,鼓励外商投资者采用BOT方式投资于我国的基础设施建设,我国政府应根据具体的项目性质和实际需要,对有关BOT项目提供必要的、最低限度的保障,建立健全政府对BOT特许协议的政府保证制度。明确规定政府保证的内涵、效力范围,以及确立政府保证的程序。从内容上看,这种政府保证应包括:1. 保证对外商投资BOT项目不实行国有化和征收,在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,对外商投资BOT项目可以依照法律程序进行征收,并给予相应的补偿;2. 保证BOT项目的外汇兑换,解决项目公司外汇平衡;3. 对外商投资者给予竞争保护,即不在同一地区从事相同性质的基础设施建设,保证投资者的收益不会受到竞争威胁;4. 保证给予外商投资者一定的优惠政策和鼓励措施等。

#### (三)加强政府对 BOT项目的指导,扩展采用 BOT项目的范围

采用BOT项目初期,为防止一哄而上,需要先进行试点,将外商投资者采用BOT投资方式暂定在较窄的范围内,应该说是必要的。但经过这么多年的发展,已积累了一定的经验,完全可以积极稳妥推行外商投资BOT项目,扩展采用BOT项目的范围。因此,应加强政府对BOT项目的指导,具体规定BOT方式的准入领域和准入条件。在准入领域方面,应较现行一般外资的准入领域适当放宽,允许在基础设施和公用事业建设中采取BOT方式。在准入条件上,应取消一些不合理的履行要求(如外汇平衡要求),进一步吸引外资投入中国的BOT项目。

#### (四)建立专门主管机构加强管理,简化审批程序

BOT投资项目涉及国家基础设施领域和国家重点建设计划,加上其自身又是一项非常复杂的系统工程,东道国政府对BOT项目的宏观管理作用显得尤为重要。因此,有必要设立专门的国家主管机关,

负责 BOT 项目宏观计划和协调管理, 执行 BOT 项目的审批审查。

至于 BOT 项目管理机构的具体设置, 笔者认为可以由国家计委设立一个专门机构负责 BOT 计划和管理事宜, 做好以下工作: 1. 制定 BOT 投资项目目录, 指导项目进行; 2. 负责 BOT 投资项目的建议书和可行性研究; 3. 制订标书, 与外商投资者进行谈判; 4. 协调 BOT 项目合同各方当事人的关系; 5. 监督 BOT 项目最终产品的转让等。

至于外商投资 BOT 项目的审批工作应纳入现行外商投资审批制度体系, 审批职能归口现有的外资审批机构行使。目前, 我国对外资实行的是分级审批制度, 即由外经贸部和国务院授权的部门和地方政府共同行使审批职能。因此, 重要的一个问题是同时明确外经贸部和国务院授权的部门和地方政府各自的审批权限范围, 确定审批期限, 简化审批手续, 杜绝审批过程中的推诿和拖沓, 提高行政办事效率, 充分调动外商投资 BOT 项目的积极性。

### 参 考 文 献

- [1] 徐崇利, 林忠著. 中国外资法 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [2] 余劲松. 国际投资法 [M]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [3] 慕亚平. 国际投资的法律制度 [M]. 广州: 广东人民出版社, 1999.
- [4] 于安著. 外商投资特许权项目 (BOT) 与行政合同法 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.

(责任编辑 车 英)

## Thinking on Some Legal Problems of Using BOT in China

HUANG Rei

(Nanchang University Law School, Nanchang 330047, Jiangxi, China)

**Biography** HUANG Rei (1962-), female, Professor, Nanchang University Law School, majoring in private international law and international economical law.

**Abstracts** BOT is now the popular co-way of international investment, which is more and more attached by the government of our country, and also becomes a important way of using foreign capitals to invest the basic installation buildings. But there are no concrete laws and rules for it in our country, and legislation for regulating BOT investing ways isn't perfected. So, how to set up and perfect BOT investing-ways system has already become an urgent matter in our country.

**Key words** BOT; feature; present state; perfect