

BO T方式法律性质分析

杨 松

作 者 杨松, 武汉大学法学院博士生, 武汉, 430072

关键词 BOT方式 法律性质 法律关系 分析

提 要 BOT方式不单单是一种国际投资、项目 融资、承包、技术转让的手段, 它应该是一项系统工程, 是一个综合各种经济、社会因素的法律运作, 其实质体现为不带有项目 所有权转移的“委托管理与经营”。那种视 BOT方式为国家财产私有化、垄断倾销、国家契约的观点背离了 BOT运作机制的本质。

一、 BOT方式基本含义

BOT名称是土耳其总理奥扎尔首先在 80年代初期对“建设—拥有一转让”(Build-Own-Transfer)和“建设—经营—转让”(Build-Operate-Transfer)形式的简称。现在更多地是指后一种形式,这是私营企业参与一国基础设施建设,向社会提供公共服务的一种方式。根据世界银行《1994年世界发展报告》,BOT至少有三种建设方式:BOT、BOOT(Build-Own-Operate-Transfer)和BOO(Build-Own-Operate)。那么,什么是BOT方式,至今在国际社会还没有一个公认的定义,目前我国及其他国家对BOT含义的认识也没有统一。至少有以下几种看法:第一种看法认为BOT方式是一种工程承包方式。持此观点者把BOT方式等同于一项“涉外工程承包”,并进一步分析了它与一般工程承包的不同之处,即履约期较长、需要依照银行(贷款人)的要求行事、具有国际性、风险较大。第二种看法认为BOT方式是一种国际技术转让方式。这种观点把BOT方式视为国际技术转让、知识产权贸易的新形式,是各国开拓技术和成套设备出口市场的重要途径。第三种看法认为BOT方式是一种项目融资方式。这种主张非常强调资金的流通在整个工程项目建设中的作用,并把还债的风险由传统融资方式的借款人承担转移到工程项目身上,由借贷双方共同承担。第四种看法是国外较为流行的一种观点,以美国为首认为诸如BOT方式是一种“政府合同”(governmental contract),也有的称之为“非场所化”合同^①,法国《行政合同法》称之为“行政合同”(contract administratif)^②,他们都认为这种“经济发展协议”与私人合同一样,以普通合同法为基础。第五种看法为BOT是一种投资方式,这是目前较为流行、带有普通性的看法。持这种观点的人中又有两点差异,其一是认为BOT投资方式中含有项目所有权的转移,从而定义BOT方式为一项债务与股权相混合的产物。那么政府通过合同方式把某一重大项目的设计、施工、融资、经营和维修的权利和责任让给私营和外国企业,该企业在合同

时间内,拥有该项目的所有权、经营权和受益权,特许权期结束后,项目无偿转让给当地政府管理。我国国家计委、电力部、交通部于1995年8月联合下发的《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》中,对BOT投资方式的定义就是采用了所有权转移的主张。其二是认为BOT投资方式体现了所有权与经营权分离的特点,定义BOT方式为:“在政府和私人企业在基础设施建设和运营、管理方面的合同中……政府作为委托方,始终拥有该项目的产权(控制权)……私营企业则在合同期内拥有该项目的使用权,负责项目的建设和经营,并在合同期结束时将该项目移交给政府。”^③目前持这种观点的人已越来越多。

对于BOT方式定义的上述5种看法各有道理,但是都只是抓住了BOT方式某一角度的特征,用BOT某一阶段的工作内容来表述其整体综合概念是片面而不科学的,没能反映BOT方式的特征和本质。准确地说,BOT方式不仅仅具有上述提到的内涵,最关键的是,它是一项“系统工程”,是综合各种经济、社会因素的一系列法律关系。在准确界定BOT方式的定义之前,首先应把握这种建设方式的基本法律特征:

1. BOT方式是一种合同安排(contractual arrangement),按照菲律宾的《BOT法》定义,BOT方式中项目发起人与承办人进行的设计、融资、管理、维修等行为都是通过合同方式实现的,应以普遍合同法为基础^④。越南的《BOT法》在1992年修改后规定BOT合同是一种凭证(或称证书document),是由外国公司或个人与越南政府在指定的期间内签订的建设基础设施项目并对其进行商业经营(commercial management)的一种文件^⑤,越南的立法进一步明确了这种合同安排的法律效力。2. BOT方式的主体一方为主权国家的政府,他方为外国国民或公司、企业,是外国投资者基于东道国的政府许可,享有并行使专属于国家的特种权利。这种由政府部门与私人或公司、企业签订的合同,不同于一般经济合同,国外法学界一般称之为“国家契约”(法国将之称为行政合同),但仍以普通合同法为基础,不过,值得注意的是,普遍合同法中没有任何规定保证政府比任何其他签约当事人有更多的权利,但大多数经济发展协议(包括BOT合同)都订有标准的“变更”条款,明确授予政府单方面变更合同履行条款的特权,不过,这种特权受两个条件的限制:第一,这种变更不是“根本性”的;第二,政府要根据它所做的变更,对合同实行全面的“公平调整”。同时,合同中还包括“任意终止”条款,只要另一方当事人获得他所完成的全部工作的合同价金及预期利润的补偿,政府一方就具有任意中止合同的特权。3. 在BOT方式中,经东道国政府授权的私营公司应由多个公司或投资者组成联营或合资经营集团,一方面向金融机构融资,一方面与承建公司订立合同承建基础设施,并与经营管理公司订立经营管理合同,使基础设施按时完工并正常运行。4. 私营公司或企业还应该与政府机构签订回购合同,将产品售给政府主管机构或依法向使用者收费(如公路、用电的收费),以此偿还债务,弥补开支,为投资者赚取利润。5. 特许专营权期限届满,基础设施无偿移交给政府。6. BOT方式体现了“两权分离”——基础建设设施的所有权与经营权相分离。一方面,东道国政府作为授权方,始终拥有该项目的产权,并根据合同确保私营企业的社会利益;另一方面,私营企业则在合同期内拥有该项目的使用权,负责项目建设和经营,并在合同期结束时将项目移交给东道国政府。7. 东道国采用BOT方式进行基础设施建设时必须赋予私营企业专营权。

国际社会尽管尚无统一的公认的BOT方式定义,但从上述BOT运作方式与特征中我们可以看出,较为完善的BOT方式是指东道国政府授予私营公司或企业以一定期限的特许专营权,以合同的方式许可其融资修建和经营管理基础设施;政府根据回购合同,在专营期间准许经营管理公司从收费或销售产品中清偿贷、弥补开支,赚取利润。专营权期限届满时,基础设施无偿移交给政府。可见,BOT方式是带有融资性质的以工程承包方式体现出来的新兴投资方式,体现了国际投资技术转让的法律要求。目前较为完善的菲律宾《BOT法》对BOT投资方式的定义就反映了上述特征^⑥。

二、BOT方式的法律性质

由于我国目前还没有BOT方式立法,又无国际公约可以遵循,所以在探讨BOT方式的法律性质时,分

歧也较大。有相当一部分人认为 BOT 是一种国家财产的私有化 (Privatization), 也有人认为它仅仅是一项法律安排, 是私营企业承揽生意的方法等。严格说来, BOT 方式体现了如下的法律性质:

(一) BOT 方式的实质是一种“委托管理与经营” 所谓委托管理与经营, 是指被委托人 (或称经营管理人) 受委托人的委托, 在其指定的权限和事项及约定的期限内, 对委托人所拥有的财产或项目进行管理 & 经营的行为。那么, 经营管理人在委托权限内进行的法律行为, 是受到法律保护的, 委托人也必须给予认可。它与代理行为有很大相似之处, 其明显的不同是委托人可按照自己的意愿经营 & 管理, 而代理人这样做就是超越代理权限。同时, 这种委托管理与经营还有一个特征, 即财产的所有权始终在委托人的手里, 经营管理人没有处置权。而 BOT 方式正是体现了这样一种性质: 私营企业是受政府委托建设与经营一项基础设施的, 所有权不但一直在政府手中, 而且私营企业的服务也是在政府监督之下的。私营企业只是在一个约定的期限内经授权经营某一工程项目, 期限届满时就交由政府管理而没有自行处置权。这就决定了 BOT 方式从一开始就具有两权分离的特征, 而绝不是国家财产的私有化。有的学者认为 BOT 方式具有民营性, 实质与此一个含义。

(二) BOT 投资方式是一种新型的特许协议 说它是特许协议, 是因为它具备特许协议的基本法律特征 & 内涵。国外法学界的流行观点认为特许协议 (concession) 是指一个国家同外国投资者个人或法人在约定期间内, 在指定地区, 允许其在一定条件下, 享有专属于国家的某种权利, 投资从事于公用事业建设或自然资源开发等特殊经济活动, 基于一定程序, 予以特别许可 (special authorization or approval) 的法律协议 (legal instrument)。而在 BOT 投资方式中: (1) 协议的一方为主权国家政府, 他方为外国国民或公司、企业, 外国投资者基于东道国政府许可, 享有并行使专属于国家的特种权利; (2) 协议规定为实现投资目的, 允许在一定期间内, 外国资本输入东道国; (3) 协议规定投资的目的及项目, 限于在特定地区进行基础设施和公用事业的建设; (4) BOT 合同不同于一般契约, 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, 甚至协议的主要内容 (如税收优惠等), 还订入法律、法令或行政命令中, 是有效而可靠的政府保证。可见, BOT 这种投资方式是一国政府或公共部门特别许可私营公司或企业享有专属于国家或公共部门的某种权利, 显然属于特许协议范畴。

把 BOT 投资方式视为一种新型的特许协议, 是因为它与传统的石油特许协议相比有很大的发展。比如在私营公司或企业的投资回收保证性上, 传统的石油特许协议完全依据能否开采出石油及其产量来决定投资者的收益, 而 BOT 方式则有政府保证对建成的基础设施或公用事业依双方约定的价格回购, 或从收取的费用中抵偿。在合同风险的分担上, 传统特许协议是由外方承担勘探风险, 而 BOT 合同中有政府对外汇风险、市场风险的分担。BOT 投资方式的法律关系比传统石油特许协议要复杂得多, 它不但包括传统石油协议中东道国政府或国家企业与外国投资者的合同, 而且还包括有投资股东、金融机构、承建公司、供应公司、保险公司、经营管理公司及其相互之间的关系, 显然其权利、义务的界定更为严格。

(三) BOT 方式是一种有限追索或无追索权的融资租赁, 或称做项目融资 BOT 项目实施时, 东道国政府对基建项目和公共设施的所有权不必放弃, 但政府可以以授予特许专营权的方式, 将基建项目交予发展商承建和经营管理, 然后由发展商收费偿还债务和赚取利润, 期限届满, 发展商将设施移交给政府。私营公司或企业在融资时, 贷款人 (通常由多个银行组成) 是针对该特定的基建工程或公用设施项目提供贷款, 把依赖该项目所产生的收益作为还款的资金来源, 并将经营该项目的经济单位的资产作为贷款人的附属担保物。如果出现了双方约定的违约行为或风险, 贷款人对该私营公司或企业的私有财产没有任何追索权, 可以追索债务的有关项目资产包括以下三个主要来源: 项目的所有资产、项目建成之后的收费和权益、发展商与其他股东及参与人在合同中约定承担的义务和风险, 以及所作出的承诺担保。由于 BOT 这种融资方式中, 借款人不需要以自己的全部资产作为担保, 把本应由股东承担的风险转移到项目本身, 相对来说风险小些, 而对于贷款人来说, 又有东道国政府对项目完成所作的保证, 资金回收保证率高, 所以, 在国际融资市场上, 颇受欢迎。

(四) BOT 投资方式具有专营权的特点 严格来说, 这不能算作 BOT 方式本身的性质, 但是, BOT 方

式建设的基础设施必须经过充分的使用才能收回投资,所以这种建设期长、资金庞大、收益微薄、影响民生的基建项目必须是垄断性的、专营的。为此,每一个BOT项目,都应纳入国家计划,由政府统一规划,避免重复建设,各地政府不能出现地方保护主义,不顾整体经济发展的均衡,而随意在本地区开展BOT项目。

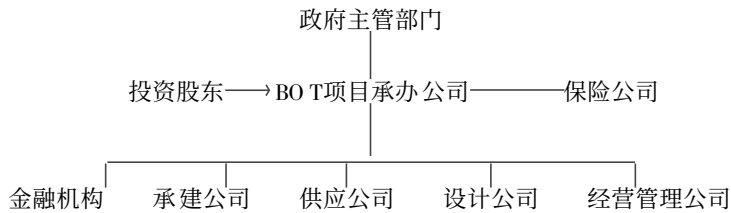
美国学者认为像BOT这种国家与外国国民之间的合同至少应具有三个独特的性质:其一,是它的国际性;其二,是广泛的合同性,它所引起的一系列合同纠纷要求有其特有的“更完整、更准确”的标准来解决;其三是明确的政府性,它要求在履行中适当承认政府是一方当事人,在不同程度上涉及到了公共利益,而且当事人一方作为政府,还是一个外国政府,它可能用政府合同作为实现不寻常目的的手段。他们之所以把BOT合同的法律性质归纳为上述三点,主要是基于BOT合同是国家合同这样一种认识,认为私人实体在“国家合同中具有特殊地位,享有一定程度的国际法主体资格,合同属于国际性契约或准国际协定,合同的权利与义务关系,不受国内法支配,应适用国际法原则、一般法律原则、契约本身的法律或基于当事人自治原则所选择的法律等。对此,我们应持否定态度,因为BOT方式作为一种新型特许协议,并不是两个国际法主体之间的协议,双方是基于平等地位签订契约,显然属于国内法合同,上述观点是想超出东道国政府的管辖,片面保护外国投资者的利益。法国法向来认为BOT这种特许协议属于国内法管辖,是行政契约,其特点是契约当事人一方作为公权力机关,有基于公共利益单方控制及改变契约执行的权力,契约适用法国行政法,由行政法院管辖。这种观点比较符合广大发展中国家的立场。

BOT方式是最近十几年发展起来的新兴跨国投资与融资方式,它与传统的合资、合作、独资等方式的外商投资企业有明显的不同:1. BOT方式的主体为政府部门与私营企业或公司,而传统的外商投资方式完全是中外投资者之间的经济行为,政府并不承担直接的经济责任。2. BOT方式的资金主要是金融部门提供无追索权或有限追索权的贷款,对自有资金投入没有数量比例限制,允许有政府的股份;而外商投资企业必须达到一定数量比例的自有资金,企业注册资本以外的贷款也不是无追索权的,而且不允许政府投资。3. BOT项目的执行是一个非常复杂的过程,它牵涉到很多关键的、需要相互之间能搞好协调和合作的关系人以及许多经济和金融因素,因此项目的成功在很大程度上取决于项目方政府是否给予了强有力的支持,外商投资方式一般没有如此复杂。4. BOT方式的项目承办方一般通过收取电费或车辆通行费等方式回收项目投资并获得利润;而传统外商投资方式,投资各方一般通过分配利润方式收回投资并获取利润。5. BOT方式合作期满后,建设方将把设施转让给项目方政府;外商投资企业合作期满后,有的将按照合同的约定和办法被转让给另一方或合同约定的其他单位,或将项目解散、终止。

有人认为BOT方式带有垄断倾销的性质,其实,BOT方式确实具有垄断性与专营性,但绝非倾销。因为在垄断倾销中,产品以低于同类产品的正常出口价格,在进口国形成垄断市场,它不符合市场公平竞争原则,扭曲了竞争机制下的价格水平,并代之以价格歧视,从而不利于实现资源的最佳配置和利用。进口国为保护国内市场,常采取征收反倾销税或实施数量限制的反倾销措施。而BOT方式的垄断性,是所在国政府所要求的,是充分发挥BOT项目的服务能力,避免重复建设的必然要求,它是纳入了东道国政府经济发展计划的投资行为,东道国不但不排斥,而且给予诸如外汇、市场、税收、保险等方面的优惠,支持BOT项目,并最终接受BOT项目自己经营。

三、BOT方式的基本法律关系

BOT方式,不同于传统的外商直接投资,也不同于各种贷款协议,而是一个涉及到公众利益的大规模的“系统工程”,牵涉到很多关键的、需要相互之间能良好协调与合作的关系人。主要有政府主管部门、BOT项目承办公司(或称私人企业或公司)、投资股东、金融机构、承建公司、供应公司、设计公司、保险公司、经营管理公司等等,它们之间的关系,可列表如下:



这些当事人之间通过谈判和签订规范基建项目规模、资金以及各自权利和义务的详细复杂的合同,从合同中反映出各方当事人的法律关系,主要有: 1. 政府主管部门把特许专营某一基建项目或公用设施的权利授予 BOT项目承办公司,它们之间签订特许专营权合同,这是整个 BOT合同运作的基础。2 BOT项目承办公司多以股份有限公司形式设立,仅以股东缴纳的资产为限对承办公司的债务承担责任,BOT项目承办公司成立时,各股东之间签订合资或联营合同。3. BOT项目承办公司向一个或多个金融机构就该项目申请贷款(一般多采用项目融资方式及银团贷款方式),承办公司与各金融机构之间形成借贷关系,签订借款合同。由于BOT融资是有限追索权的融资,在签订借款合同时,银行势必要求承办公司、政府或项目承建公司、经营管理公司等合同中做出工程按时完工、产品回购、最低支付额和差额支付等承诺的担保和协议,以减轻银行的风险。4. 承办公司与工程设计公司之间就 BOT建设签订的设计合同。5. 承办公司把项目交给承建公司建设,项目完工后交付,双方应签订交钥匙承建合同。6. 承办公司与供应公司之间的物资供应合同。7. 承办公司或承建公司与保险公司之间的保险合同。8. 承办公司与经营管理公司之间签订经营管理合同。9. 承办公司与政府主管部门的产品回购合同。10. 承办公司与政府之间的项目设施移交合同。等等。

在以上复杂的 BOT各当事方的法律关系中,政府与承办公司之间的特许专营合同是最基本的,构成BOT运作方式的核心,也是签订其他相关合同的前提。

BOT方式自 80年代开始从英、法等国家悄然兴起,到逐渐被发展中国家广为青睐,目前,已成为跨国投资与融资领域里的一股旋风。联合国国际贸易法委员会已经注意到 BOT方式的影响,在 1995年 5月于维也纳召开的第 28届年会上,秘书处就向委员会提交了关于 BOT项目的研究报告,并敦促委员会在第 29届会议上讨论该问题,并预计在 1996年底制定 BOT投资方式立法指南,供各国参考。我国国家计委副主任甘子玉 1995年 9月 28日在《太平洋经济合作理事会》第十一届大会(于北京召开)上已表明我国政府对 BOT项目的态度——可以成为吸引外资投资我国基础设施和基础产业建设的一个手段。所以,立法部门应加紧有关 BOT方式的立法以规范基础设施建设市场,实属当务之急。

注 释:

①② 乔治·A·伯曼:《国家与外国国民之间的合同: 一个重新的评价》载于汉斯·史密特主编《国际合同》中国社会科学出版社 1988年版,第 121 127 123 128 136页。

③ 陈沙、周立民:《BOT: 政府和私营企业的长期伙伴关系》,载于《国际经济评论》1996年第 1- 2期,第 49页。

④⑥ Philippines Republic Act No. 7718

⑤ Francois Serres(Attorney before the court of Appeal of Paris), Lachaud Lelang Serres BOT in vietnam.

(责任编辑 车 英)