

# BOT项目管理模式中特许权协议的法律分析\*

宿辉 丁晓欣

(吉林建筑工程学院管理学院 长春 130021)

石磊

(东北财经大学津桥商学院 大连 116600)

摘要：指出BOT特许经营协议法律性质的三项框架原则：属国内协议，属特殊行政合同，政府保证条款效力；并分别进行了深入的分析，最后通过具体案例说明了这一研究成果的应用价值。

关键词：BOT项目 项目管理模式 特许权协议

## 0 引言

2005年，国务院颁布《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》，这是我国第一次以中央政府名义发布的鼓励支持和引导非公有制经济发展的政策性文件。文件允许非公有资本进入垄断行业和领域，在电力、电信、铁路、民航、石油等行业和领域，进一步引入市场竞争机制。要求“加快完善政府特许经营制度，规范招标投标行为，支持非公有资本积极参与城镇供水、供气、供热、公共交通、污水垃圾处理等市政公用事业和基础设施的投资、

建设与运营”。国务院《关于实施西部大开发若干政策措施的通知》明确“在西部地区进行以BOT方式利用外资的试点，开展以TOT方式利用外资的试点”。

上述文件为非公有资本投资国家基础设施建设提供了政策支持，促进了以BOT方式为代表的特许经营管理模式在国内的应用，有利于我国“西部开发，振兴东北”等重大区域战略决策的实施。

BOT中的特许权协议是BOT整个合同群的基础和核心，研究其性质的目的在于解决特许权协议的法律适用、法律效力以及争端解决途径等诸多问题。对其性质的不确

定会影响上述问题的解决。明确BOT项目特许权协议的法律性质已经成为建立和完善我国BOT投资方式的立法所面临的首要 and 根本的问题<sup>①</sup>。

## 1 BOT项目特许权协议的法律性质与分析

### 1.1 BOT项目特许权协议属于国内法协议

这个问题在发达国家和发展中国家的立法和理论上存在着很大分歧：发达国家大多主张特许权协议属于国际法协议；而作为特许权授予方代表的大多数发展中国家倾

\* 吉林省教育厅课题《BOT模式在振兴东北老工业基地过程中的作用》。

向于将特许权协议定位为国内法协议,认为协议只能适用国内法,国家依国内法的规定负责。笔者认为特许权协议无论是在国内BOT项目中,还是在国际BOT项目中,都是一种国内契约。

首先,根据1995年三部委《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》的定义,认为“外商投资特许权项目,是指外商建设—运营—移交的基础设施项目。政府部门通过特许权协议,在规定的时间内,将项目授予外商为特许权项目成立的项目公司,由项目公司负责该项目的投融资、建设、运营和维护。特许期满,项目公司将特许权项目的设施无偿移交给政府部门”。国际法的理论和实践表明,国家和国际组织才能作为国际法的主体,由其签订的条约和协议才属于国际法意义上的协议。私人是不能作为国际法主体的。国际法主体资格也不是契约所能设定的,国际社会并不承认国家通过订立特许协议可以默示地赋予私人国际法的主体资格。而且,在国际法院的一些重要判决中,都肯定一国政府与外国私人之间订立的协议,属于国内法上的协议。

其次,特许权协议虽涉及到某些专属于国家开发建设的权利,但毕竟不是国家之间订立的经济发展协定。东道国政府在特定情况下有权取消或修改已经签订的特许权协议,而仅根据东道国的当地救济措施补偿外国投资者的损失,无须承担国家责任。要求对特许协议给予国际法的保护,只是代表多为投资者所属国的发达国家的一种观点,没有法律依据。

## 1.2 BOT 特许权协议属于新型行政合同

对于该协议是行政合同还是民商事合同的争议颇多。归纳起来,主要有两种观点,即特殊的民商事合同说和行政合同说。

民商事合同说的支持者认为BOT特许权协议行政合同说在理论上并不完善,而在实践中又不利于吸收私人资金,因为这意味着政府恣意行为的可能性增大,也会增加私人投资的风险,使融资难度增加,从而造成融资成本增加。其主要的理论依据为: 特许权协议本质上是一种民商事关系,以双方意思表示一致为要件; BOT特许权协议的纠纷解决方式一般为谈判、协商、仲裁等; 将特许权协议定性为民商事合同就势必限制行政主体的优益权,有利于吸收私人资金参与基础设施的建设。

行政合同说的支持者认为: 特许协议的主体关系,符合行政合同的基本特点; 签订行政合同的目的在于实现国家行政管理的目标,完善基础设施建设; 从合同内容上看,特许权协议一般规定由政府授予私人投资者某些特权和优惠待遇,有些甚至是专属于政府的特权。

笔者认为将BOT基础协议的法律性质单纯地定位为传统意义上的行政合同是不全面的,所谓行政合同是指,“行政主体为了实现行政管理目标,与相对人之间经过协商所达成的协议”<sup>[2]</sup>。由此我们可以看出行政合同是以强调特定主体引起的行政法律关系为核心的,而行政法律关系的本质属性是拥有公权力的管理者与被管理者之间的命令、

监督、管理、控制的关系,是属于公法的范畴。显然BOT基本协议不能和其完全相同,但也不能否认BOT基本协议中带有很大一部分上述公法关系。从我国现阶段的基本国情出发,不宜完全放弃政府的管理地位,也不宜做过多的限制。所以笔者认为应把BOT基础协议定位为特殊的新型行政合同。理由如下:

首先,BOT特许协议从总体上看是一种行政许可行为,其行政合同的属性相对明显。特许协议以基础设施为标的物,而基础设施的根本性质则在于其公共性,这种公共性质要求其实行国家垄断,即国家对私人建设经营基础设施实行一般禁止,以保证基础设施与国家和社会公共利益的一致性。而且BOT特许协议符合行政合同的要件: 特许协议主体一方为行政主体,而另一方是作为行政相对方的投资方或其所成立的项目公司; 协议双方具有不完全平等性,政府方的行政特权在协议中有充分的体现; 特许协议目标的为基础设施,具有公共性质; 从协议目的看,作为协议主导缔约方的政府乃为公共利益而签订协议。根据上述特性,BOT特许协议完全符合行政合同的特征。

其次,BOT基础协议又不同于以往的行政合同,而是一种新型行政合同。体现在以下两点: 一是从合同履行方式上看,作为民事主体的项目公司在项目的运营过程中行使了部分行政职能; 二是BOT项目模式中行政主体自觉地对其行政优益权做出了较大限制,从而使得当事人的权利义务关系基本平衡。体现在: 其一,双方所享有的权利和各自

承担的义务相适应。政府享有协议期满时无偿收回项目设施经营权的权利,同时在整个项目建设经营期间享有项目设施的产权,但应承担在协议有效期间维护由私人投资者直接或间接经营管理项目设施的义务。私人投资者在协议有效期间享有项目设施的经营管理权,但应承担筹资建设项目设施以及在协议期满后经营管理权移交于政府的义务。其二,合同主体双方享有的权利义务基本上相互对等。政府一方享有协议期满时无偿收回处于正常运营状态的项目设施的权利,私人一方则承担筹资、建设并于协议期满后移交项目设施的义务。私人一方享有在协议期间经营管理项目设施以获得利润的权利,政府则承担提供各项保证的义务。例如,后勤保证、汇率保证、投资回报保证、不予国有化保证、提供优惠保证等。私人一方享有要求政府信守合同的权利,政府则承担因行使单方面中止合同等特权而给予私人一方以补偿或赔偿的义务。由此可见,尽管政府一方在BOT合同中享有一些特权,但总体来看,BOT合同当事人双方的权利义务还是基本对等的。综上,BOT基础协议是和以往行政合同不同的特殊行政合同,是政府通过在一定程度上以各种保证条款对公权力做出自我限制的方式,来确保双方利益均可实现的合同<sup>[3]</sup>。

### 1.3 BOT 特许协议中政府保证的法律性质为承诺

在BOT投资方式中,通常所称的政府保证是指政府在特许协议中对投资者所做出的各种承诺。政府

保证的有无以及保证范围的大小往往是一项BOT谈判能否成功的先决条件。对政府能否在特许协议中对投资者做出保证,我国法学界和工程管理学界曾有不同认识,相关法律文件也有不同规定。

政府在特许协议中做出的所谓保证,一般情况下实际上是政府(实务中多为项目公司的主管机关代表政府)在特许协议中就自己应履行的义务与项目公司(或发起人)所达成的协议。特许协议在规定政府一方义务的同时,也会规定项目公司的义务,即规定双方的权利义务。在法律上,保证有两种基本含义,一是指保证人向对方承诺自己将做出一定的行为;二是指保证人对第三方行为所做出的担保,民法上的保证属此种含义,BOT政府保证则与保证的第一种含义大致相同,即政府作为行政合同的一方当事人就自己打算履行的义务所做的一种承诺,而非《担保法》所称的保证。

## 2 案例分析

某省一级公路建设项目采用BOT方式实施。全长95.99km,为四车道一级公路,工程总投资11.87亿元,建设工期为二年。该道路的建设对加快该省的经济发展,提高综合运输网的整体水平、完善干线公路网布局、充分发挥国省干线公路的功能起到重要作用。在该项目的特许协议中,双方约定了一系列保证条款,包括政府提供税收优惠、承担汇率风险、保证经营期限等。其中一条约定“为避免过度竞争引起经营收益下降而影响投资回报,省政

府保证在同一地区不再批准同类项目”。

对于该条款的效力,有的学者援引《担保法》第8条的规定:“国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外”,进而认定该条款无效。但是通过上述分析可以看出,所谓“保证”只是政府作为合同相对人对投资人做出的合同承诺,并非《担保法》意义上的保证性行为。

## 3 结论

综上,特许权协议的内容反映了政府对特许项目授权内容的基本原则和立场,项目的其他合同都是在遵循特许权协议确定原则的基础上派生的,是对特许权协议具体条款的细化<sup>[4]</sup>。因此笔者建议应该在以上三个方面的法律性质原则框架内,尽快完善与BOT项目管理模式相适应的较高法律效力的配套制度建设,这样才能够廓清BOT模式在应用过程中的相关法律问题,使其为我国基础设施建设投资主体的多元化发挥效用。

## 参考文献

- [1] 曾艳军. 刍议BOT特许协议的法律性质[J]. 财经理论与实践, 2001, 22.
- [2] 张树义. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [3] 薛狄. BOT投融资方式中的基础协议法律性质初探[J]. 当代法学, 2003 (9).
- [4] 路晶晶, 成虎. BOT项目特许权协议中应注意的问题[J]. 建筑经济, 2007 (4). PMT