

BOT投、融资律师实务之探讨 PDF转换可能丢失图片或格式  
，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_BOT\\_E6\\_8A\\_95\\_E3\\_80\\_81\\_E8\\_c122\\_483185.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022_BOT_E6_8A_95_E3_80_81_E8_c122_483185.htm) 由

于BOT(Build-Operate-Transfer)投资和融资方式，能够同时迎合各国基础设施建设的迫切需求和大量国际资本的赢利目的，因而它自从产生以来，就已经并继续大规模地在广大发达国家和发展中国家得到广泛运用。中国近年来也在一些地方尝试或正在积极酝酿BOT这一投融资方式，以求更为有效地解决经济快速发展与基础设施建设相对滞后之间的矛盾而导致的“瓶颈”问题。本文主要从律师为BOT项目建设和运作提供法律服务的角度作一探讨。BOT投融资方式的特征及法律调整 一般认为，BOT是政府采用某种形式通过特许权协议将本应或习惯上由其自身投资经营的具有公益性质的(基础设施)项目或其他相关项目让给私有资本投资者或有私有资本组成参与的项目公司进行融资、建设、经营、收益、维修，并在约定的年限届满后，由投资者将特定项目移交给当地政府的一种系统的投资和融资方式。在我国BOT投融资仅指外商直接投资的一种方式，需要由外商投资法来调整。实际上，就BOT的性质而言，即使在我国它也可适用于内资在基础设施方面的投融资。由此，与一般的国际直接投资相比，BOT自身具有多方面的特征。首先，各国的法律和实践表明，BOT方式一般不适用于普通投资领域，而是基本上集中在各国一些可以通过收费获得收入的具有公益性质的基础设施或服务项目上。其次，在法律关系中，其法律主体的多样性和复杂性是其他投资融资方式所不具备的，通常主要有：政

府、项目公司、投资者、银行、项目建设承包商、设备材料供应商，服务承销商、保险机构、用户等等。这些法律主体在整个BOT过程中均需要相互合作，相互协调、各自起着不同的相应作用。但其中，政府的作用最为关键，主要体现在政府特许权的颁发和对项目建营过程的监督上。第三，BOT项目通常规模大，建设时间长，参加者多，协调程度要求高，加之比较容易受东道国政治经济影响，投资风险就比较大而且复杂，主要有商业风险、政治风险、工程技术风险、自然风险等。第四，项目投资中的资金通常由来自项目投资者的直接投资和来自贷款人的间接投资两部分组成，而且直接投资部分所占的比例明显小。换言之，其股债比例明显失调，股本比负债要小得多，如英吉利海峡隧道103亿美元的总投资中，股债比例是20 80左右；我国广东沙角B电厂是3 97。第五，为注入项目而进行的银团贷款不作为国家负债列入项目所在地政府的外债账目，不会加重政府外债负担。贷款人之所以要向项目贷款是因为看中项目本身的经济收益，而且贷款人只能向借款人行使有限追偿权，而不能实施无限追偿权。第六，由于项目经营的服务对象主要是东道国用户，项目产出的收益基本上表现为当地货币，如在中国自然是人民币。而原先向项目投融资的则是可以自由兑换的外汇，货币兑汇矛盾的是否解决以及解决的好坏将直接影响BOT方式的运用和发展。综观国际上的立法和法律实践，可供BOT项目适用和参照的法律有四类：第一、一般的国内投资法及相关法律。第二、专门的BOT法律法规。第三、就某一个项目所专门制订的BOT投融资条例。第四、就BOT某些问题所制订的法规与就某个项目所专门制订的条例相结合，我国就属

于这种情况。我国目前BOT方面的法规有： 对外贸易经济合作部在1995年发布的《关于以BOT方式吸收外商投资的有关问题的通知》(以下简称《通知》一)；国家计委、电力部、交通部在同年联合下发的《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》(以下称《通知》二)。就具体项目制定的条例如《上海市延安高架路专营管理办法》、《上海市逸仙路高架和蕴川路大桥专营管理办法》等等。在实践中，如果BOT所涉及的问题之解决无法律依据，只得参照其他相关立法如外资法作变通处理。BOT律师业务的前景及其范围

**BOT投融资律师实务系指比较有专业特长的律师为从BOT项目的准备阶段开始至项目移交完毕为止的整个过程及相关事务提供法律服务的一种高价值的非诉讼律师业务。**

在国外，尤其是西方发达国家或地区，私有资本比较早就参与基础设施建设，整体投融资环境比较完善，法律制度比较健全，律师为基础设施建设(包括采用BOT方式)，提供全方位的法律服务的历史较为悠久，经验比较丰富，服务质量也较高。在中国，已建成的和正在建设的BOT或类似于BOT项目也需要律师的配套法律服务，但这块法律服务市场目前主要被外国律师占领，中国律师仅停留在为项目过程的某个环节或协助外国律师完成辅助性法律事务的阶段。造成这种局面的原因是多方面的。当前在国际国内的大环境下，中国律师如何开拓BOT业务，如何在竞争中尽量多占这一市场的份额将是中国律师业而面临的一个重要课题。因为BOT项目是综合学科的体现，参与主体众多，关系错综复杂，所以律师在典型的BOT项目中的作用，因其代表不同的参与主体所体现的作用就各有差异。作为政府律师的作用主要是：为准许

建设BOT项目提供法律咨询和可行性研究，论证和设计特许方案，起草特许权协议及确定特许权范围，与特许权公司商议有关事项，提供招标程序方面的法律服务，以及，需要制定专营管理办法时起草和协助审定管理办法的内容。作为特许权项目公司或筹办机构律师的工作主要有：组建项目公司，为获得特许权提供法律帮助，与银行洽谈和签订融资法律文件，为准备上市融资提供法律帮助，与设计 and 建设承包商洽谈和签订设计和建设协议，与运营承包商洽谈并签订运营及维护协议，与服务承销商洽谈和签订购销服务协议以及进行相关的法律服务。作为银行的律师，由于一般以一家银行为经理行联合数家成员行组成的银团作为贷款行出面，其工作又因代理不同的银行而有所不同，但不外乎以下几项工作或者说以以下几项工作为主：从法律角度为银行评估风险，提供可行性报告，与特许权公司签订贷款协议。作为设计和建设承包商的律师主要在项目设计和建设过程中发挥作用。运营承包商律师主要为代理商签承包协议和在运营过程中提供日常经营的法律帮助。此外，还有为保险公司工作的律师。从BOT项目律师业务范围分类而言，主要区别为：第一，担任BOT各参与主体的法律顾问，提供有关的法律咨询；第二，制作可行性报告，如为银行分析项目贷款风险和制作对某个项目贷款的可行性报告；第三，代表一方与另一方进行谈判并签订协议；第四，审查招投标的法律文件，提出程序方面的法律监管意见；第五，协助办理与政府有关的法律文件，如公司登记注册，项目批文等；第六，代理或协助解决项目过程中出现的矛盾或纠纷。其中谈判和签约是最主要的业务类别。从我国BOT项目核心工作的程序来看，可以体

现为以下阶段性的律师业务内容：第一、在招标和评标阶段，协助发布资格预审邀请书，发布建议书和邀请书，准备和举行谈判，协助当地政府和中标人签约，确保国家计委、外经贸部的审批，使特许权协议生效。评标时应考虑的事项：特许权公司结构和融资安排，运营承包商的经验，银行融资能力和银行出具的证明，公司组织结构，设备和设施，有关环境、质量保证、技术转让以及劳资关系的政策。确保作为投标人提供体现以下内容的资料： 投标人融资能力和项目融资结构方面项目资金(贷款 / 股本金)、收费收入、收费及费率调整方式、特许期、融资回报或对政府出资的回报、税收关系、项目财务模型、利率假设说明、利润分享、投标人的融资能力、股东的详细情况、建设的运营和维护成本及维护基金； 风险状况、合同安排和项目管理风险的详细辩识及分配任何适用于投标的特殊条件、对项目的设计建设和维护的合同安排、项目管理结构； 技术建议方面详细设计及图纸、详细交通流量模型、施工技术及方法、运营和维护方法、建设成本分析、质量保证体系、政府贷款的工作安排、进入土地及完成土地征用的时间及环境问题的解决方法。第二、在颁发特许权协议阶段，需确定的基本内容：特许权前提条件、场地、设计、建设、调试及竣工、建设处理、运营维护及维修、融资安排、政府的基本义务、公司的一般义务、终止、责任及保障、保险、特许期满后的移交及争议解决。第三、签订并实施在设计 and 建设合同阶段，涉及到的内容：设计责任的归属、使用者说明的作用、工作范围变化的问题，明确最终的价格、支付和保险。此外，在实践，还可能涉及到项目权益的转让，由此也带来一些律师的业务。BOT

实务的难题及其解决 目前在我国从事BOT法律实务，存在着一些难题。造成这些难题的原因是多方面的，但立法上相互矛盾，相关规定对BOT特性缺乏足够的考虑，可操作性差，以及我国一贯保守的法律实践便是主要原因。这导致了我国发展BOT项目的“雷声大，雨点小”的局面。下面就实践中体现得最突出的若干问题作一探讨。

第一、特许权的授予方式问题。当地政府授予项目公司特许专营权是发展BOT项目的前提，也是整个建设过程的核心内容。这是BOT项目的性质决定的。按照国际实践做法，BOT项目特许权授予是通过政府与项目公司签署特许权协议的方式进行的，这种方式体现了政府作为法律主体直接与商业机构产生合约上的法律关系。由于这类协议在国际上存在着其性质是国内协议、应严格适用国内法、受辖于国内法院，还是国际协议、应受制于国际法之争，为避免由此产生诸如国家责任、主权豁免等复杂的法律问题，我国一贯避免政府直接与外国公司或涉及外商利益的公司订立任何形式的协议。由此，就形成了法律障碍。此时作为BOT律师就应该在既不让政府为难又使外商对BOT投资充分的信心的原则下，设计或制订可行的方案。

笔者认为，可以将一般特许权协议所涵盖的内容分成两个部分进行处理：一是外商非常关心的又是来源于政府职能的诸如外汇汇兑、同业竞争限制、国有化及补偿、专营范围等重大问题，通过立法形式颁发专营管理办法给予解决；二是涉及到中外双方商业利益的诸如投资比例及方式，项目运营管理、项目权益抵押、利润分成等事项通过组建中外合作公司并由合作双方通过合同和章程予以处理。该方案的优点是能较好地避开政府与外商的最敏感问题。1995年广西来宾电厂

和1996年上海大场水厂就采用了类似的方案解决。第二、政府和其他机构对项目有关主体的保证问题。在BOT项目中，由于规模大，时间长，风险大，政府对外商投资者和提供贷款的金融财团的保证是必需的，也是项目投融资能否成功的关键。政府保证主要包括对外汇兑汇、一定回收率的保证和融资担保。我国《担保法》及有关规定已经排除了政府和公益性机构为经济活动担保的可能性。实际上，上述的保证与担保是有区别的，不能混为一谈，前者是BOT项目中不以主债权债务为基础的政府自身的法律行为，属于政策性的承诺，而后者则是以主债权债务关系存在为前提的民事行为。对这些问题，我国目前在实践中存在着以下的做法：不管是否存在违反我国现有法律的问题，为了引进BOT项目投融资，一些地方政府对外汇兑汇、项目回收率等作出事实上的承诺。其实还可以采取其他办法解决这一难题：关于外汇问题。政府可以通过设计可行的解决方案解除外商对外汇问题的忧虑。根据我国外资法，外商所获得的利润在纳税后允许汇往国外，并且近年来金融改革的结果促使我国放松了对外汇的严格限制，法律已允许经常项目下的外汇自由兑汇；而资本项目下的外汇问题可由实践中广为适用的间接补偿贸易安排和利用离岸金融的办法给予调剂解决；回收率问题。由于影响回收率有政策性因素和纯属商业性因素，政府对其中的政策性因素导致的回收率问题作出承诺是应该的也是合理合法的。对此的保证可以通过税收、服务定价及项目相关经营权(广告、加油站等经营权)的授予等手段的调整来实现。

贷款担保问题。根据我国现行法律，政府不能以国库资金直接对外国金融机构对项目贷款作出担保，但可采用其他方

案达到预期目的。第三、境内商业机构对外资担保问题。我国《境内机构对外担保管理办法》和《国务院关于进一步加强对外商投资管理工作的若干问题的通知》的有关规定均禁止中国投资方或其他商业机构为外方投资或金融贷款提供担保。而BOT特性之一就是外国银团对项目提供融资并且在整个项目总投资中或者项目公司股债比例中，这种贷款资金占有绝大部分。外国银团在决定是否向像中国这样的发展中国家贷款所有考虑的关键性因素就在于是否有适格的担保机构的担保。可见，上述规定自然成为我国发展BOT的法律障碍。亚洲开发银行及国外有关机构曾经专门研究对策，以求解决外资流入中国BOT项目的法律难题。现在的对策之一是让中国在海外的公司或中国外企在海外的母(分)公司或其他相关商业机构出面为将注入中国基础设施建设的外国银团或其他商业组织的贷款或融资进行商业性担保，从而避开了业已存在的这一法律障碍。据报道，这一方案已经开始在实践中取得了较好的效果。李圣敬 | 浙江海浩律师事务所 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)