

BOT政府保证的法律分析 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_94_BF_E5_BA_9C_E4_c122_483565.htm

20世纪七八十年代以来，为解决政府建设资金严重短缺问题，世界各国都在积极探索私人资本投资建设国家基础设施的新模式。随着世界各国社会经济发展对基础设施建设的迫切需求和八十年代国际工程承包业务的萎缩以及国际金融市场项目融资机制的建立，BOT方式应运而生。该方式兼顾了东道国政府和私人投资者的利益，因而备受青睐，已发展成为一国基础设施建设的有效方式。据统计，各国在商谈或实施的BOT项目达180个，我国试办了北京京通高速公路、上海延安东路隧道、福建泉州刺桐大桥、广西来宾电厂、湖南长沙望城电厂等BOT项目，并将BOT方式确定为我国今后吸收外商投资基础设施的重要方式之一。

一、政府保证的法律性质

政府保证的法律性质认识涉及到政府保证能否实施以及协议争议处理等问题，成为学术界争议焦点之一。有人认为政府保证是《担保法》第8条所称政府保证之一种并认为政府不能提供保证。也有学者认为BOT政府保证是政府为获取项目所有权所必须履行的契约义务。笔者倾向契约义务说。理由如下：

- 1、一般债务保证是由合同债务人以外的第三人担保合同债务履行的一种专门的法律方法和法律制度。《担保法》第6条明确规定“保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为”。因此，不论民法原理，还是法律规定，保证人只能是债务人之外的第三人，否则会发生保证人与债务人相混同，当债务人缺乏履约能

力时，也意味着保证人不能履行义务或者承担责任，设定保证人的目的便会落空。BOT方式中，政府兼具特许协议缔约人与保证人的双重身份，政府不是项目公司进行融资的保证人，因此政府保证不是我国担保法中所称的保证义务。

??2、民法原理认为担保合同从属于主合同，《担保法》第5条规定担保合同依赖于主合同而存在。作为BOT方式，确实要依赖于一系列合同安排来运作，但合同地位各不相同。从合同作用看，BOT特许协议是其它合同产生的前提和基础，系主合同，而联营合同、项目融资协议、承建合同、物质供应合同、保险合同、回购协议等实施合同都是从合同，从属于特许协议。尽管贷款人在决定贷款时，要审查特许协议及政府保证，但特许协议和政府保证仅仅是贷款的充分条件，而不是充分必要条件。充分必要条件应是项目本身的收益能力。因此，政府不是项目公司融资的其他担保人。

??3、《担保法》中，债务人不履行义务，保证人就要承担保证责任。保证责任的承担并不以保证人是否有过失为归责事由，而损害发生往往与自身行为并无关系。在BOT项目中，如果政府不履行保证义务，因此所承担的责任事实上是由于政府自身行为所引起的，即因其过失或者故意引起的违约责任，而非保证责任，因此政府保证不属担保法中的保证，而是契约义务。

二、政府保证的内容

??BOT项目，各国政府都从BOT项目类型和外部条件，依据法律或者政策提供了不同形式和内容的保证，归纳主要有：

??1、税收减让优惠。主要有：减免企业所得税；对外籍人员、私人投资者减免个人所得税；对项目相关设备、原材料和零部件减免进口关税；减免专利使用方面税收；对投资者将其利润重新投资到本国新的基础

设施项目实行退税；从应纳税收入款额中剔除水电、运输等后勤供应的费用等。

??2、后勤保障。主要有：无偿划拨土地或优惠转让提供土地，保证BOT项目建设用地需要。建设项目所需的相关基础设施如输电、交通、和通讯等设施；适价足量供应原材料、燃料、水电、通讯设施等；保证充足供应劳力；保证与项目有关的技术、人员、物质、器材等入境。

??3、提供现有资产。在有些项目中，政府为实施项目，以现有资产及其运营收入资助项目发起人，保证BOT项目未投产前有一定额外收入，以减轻项目发起人筹资难度。

??4、外汇平衡担保。当私人投资者为外国人，通过国际银团贷款，需要外汇支付贷款本息和投资利润，而项目收入是当地货币，产生项目收入与支出货币不同的外汇平衡问题。为此，不少实行外汇管制的国家为此保证外汇足额自由兑换和汇出。

??5、竞争保护。投资者以项目产品需求量及收入额参数为基础进行可行性研究并预测收入流和投资回报。为防止过度竞争，影响现金流量，有的政府保证不建设第二个与BOT项目相竞争的项目，影响BOT项目收入。如在BOT公路项目中，政府可能保证不建设新的收费或者不收费公路，或者不对现有公路进行重大改进。

??6、利率补偿。为防止通货膨胀导致当地货币贬值和外汇兑换额减少，有的政府提供利率担保，补偿利率变化造成的损失。

??送餒鞞?BOT项目中，还存在提供履约担保、备用金担保、收益担保、综合开发等保证内容。

三、政府保证法律形式?フ?府与项目公司之间就双方权利义务所达成的协议称为特许协议，在该协议中，政府特别许可私营企业建设经营某基础设施项目，并提供一定的政府保证，是政府保证内容的表现形式。

??1、特许协议性

质??BOT特许协议虽被公认为一种经济特许协议，但在其法律性质上主要存在国际法和国内法两个层面上的争论。笔者认为其属于国内行政合同。??(1)特许协议系国内法契约。?又?外不少学者认为特许协议中常订有以国际法原则以及一般法律原则为准据法等条款，而且协议一方为主权国家，既然主权国家愿意与私营企业订立合同，说明主权国家已将私营企业默认为国际法主体，因而认为是国际契约或者准国际契约。我们则认为特许协议是国内法契约。理由如下： 国际法原理认为国际法主体的权力能力和行为能力是由其内在属性决定的，不会因默示或承认而产生，因而私营企业不能因与东道国合作便成为国际法主体。实际上，1929年国际法院在塞尔维亚国债案中，已明确宣布“凡是不以国际法主体资格订立的任何契约，都是国内法契约。” 任何特许协议都是经东道国许可以东道国法律订立的，并在东道国履行，与东道国有最密切联系，其不会因协议中含有国际仲裁条款和某些国际法原则等法律适用规定而改变了由协议基本内容、缔约履约所决定的国内契约性质。??(2)特许协议是行政合同。?々收呷銜?行政合同论有一定道理，因为特许协议在主体、内容、适用等方面与民事合同不同，具有自己鲜明的特征： 特许协议中政府兼有双重身份，但主要身份是主权者和社会管理者。表现为：建设营运本国公共项目、厘定项目公司经营权限范围、对项目实施社会安全、产品质量、项目维修、保养等方面监督检查。这些特权表明政府仍是社会管理者，与民事合同中民事主体地位平等不同； 特许协议中双方当事人权利义务不对称。特许协议中，政府享有一定的行政优先权，可因行政管理需要依法行使监督检查、制裁以及单方面变

更、解除协议的特权，与民事合同中权利义务对等不同；特许协议适用一套特殊规则。基础设施作为公共利益的载体，其质量、性能状况直接关系到公共利益的实现，因而只有项目公司实际履行合同，才能真正实现BOT社会功能。其未经政府批准同意，BOT专营权不得转让，这与民事合同权益可通知转让不同。总之，特许协议与民事合同不同，符合行政合同的法律特征，应属于行政合同。

2、特许协议内容

(1) 政府权利义务

政府在BOT项目中具双重身份，作为社会管理者，政府享有监督检查、单方面变更、解除协议、制裁权等权力；作为缔约人，政府享有项目所有权，特许期届满后无偿获得项目经营权等权利，承担授予专营权，提供项目相关的土地、道路、设施等，不建设平行项目、保证外汇兑换、从项目公司购买产品的数量、价格和付款方式等义务和责任等。

(2) 项目公司权利义务

经政府特别许可，享有投资、建设和经营某一基础设施的一系列权利，包括投融资权，工程设计权，施工建设权，设备采购权，运营管理权，合理收费权，获得适度政府保证权，获得适当补偿权等权利。其义务主要为根据约定的标准和签署的协议，设计、建设、调试、运营、和维护项目，使用对环境无害的设备技术，接受政府有关部门监督检查，支付因施工延误、未达到标准向政府支付违约金，培训当地雇员和分包商，尽可能使用当地人员、设备、原材料和服务，特许期届满时将项目设施连同有关资料和技术完好移交政府等。

四、我国政府保证的法律障碍及立法对策

(一) 我国政府保证的法律障碍

据BOT方式的客观要求和具体国情，政府应提供外汇平衡、后勤保证、竞争保护、收益担保等保证，但在实践中存在困难，首

先是我国法律未对政府保证的效力作出特别规定，其法律效力处于不确定状态；其次，我国法律没有对政府的权限作出明显的规定，在法律上存在障碍。突出表现如下：

??1、社会管辖权问题。??府要承担授予项目公司专营权的义务，保证项目运营。作为基础设施项目，授予的专营管理权，理应包括社会事务管理权，但与我国法律和行政法、行政处罚法基本理论相冲突。我国计委关于BOT的《通知》中，对授予的专营权的内容只列举了建设、融资、设计、收益、使用权，而排除了社会管理权，我国行政法关于行政授权的理论，限定被授权组织是公益性、社会性的企事业和行政性公司。而项目公司的经营活动以盈利为目的，具有明显的“私益”性质，不具备法律规定的主体要件，因此不能拥有包括通行权、指挥权、检查权以及处罚权在内的社会管理权。法律没有规定，法理又排除项目公司拥有社会管理权，这形成管理权的空位。为了避免这种冲突，政府可委托有关职能部门参与管理，并明确其管理权限，防止不适当地干预项目经营活动。

??2、特许权益转让问题??八年咳谧适?BOT产生的一个先决机制，有了项目融资，BOT方式才有了推广的可靠性。根据项目融资的要求，项目公司须以项目收益、资产及相关合同权益作为担保，才能获得贷款。一旦项目失败，特许协议内的权益自动转移给贷款人，由贷款人享有甚至由贷款人再委托第三人。这与《合同法》第87条规定相抵触。因为特许权益是经政府批准授予的专营权，当其发生转让时，要经过批准手续才产生法律效力。既然特许项目公司建设经营基础设施，就意味着默认了特许权益受让人，为此采取报告或者备案等方法以避免产生抵触。当然，如果受让人严重损害社

会公共利益，那么政府依法行使制裁权，维护国家利益。

3、外汇平衡问题。要求外资企业自求外汇平衡，但是BOT项目，是基础设施项目，其自身无出口创汇能力，项目产品主要出售给当地政府、居民，收入形式是当地货币，这难以满足BOT项目公司的还贷、利润汇出所需外汇的需要。另在特许期间内，货币币值受国际金融市场和东道国金融政策的影响会产生上下波动，给投资者带来极大的投资风险。经营所得的当地货币要不受损失的兑换或者外汇汇出与我国现行外汇管制相冲突。我国自1994年4月5日起实行官方汇率与调剂汇率并轨，建立以市场供求为基础的单一的有管理的浮动汇率制度，取消了外汇留存和上缴制度，银行实行结汇售汇制度，但目前还只是限制在经常项目下的外汇自由兑换，而对资本项目下的外汇实行管制。汇率的确定还有许多人因素。因此，根据1994年4月5日国家外汇管理局发布的《关于目前外商投资企业外汇管理若干问题的通知》、1996年6月20日中国人民银行发布的《关于对外商投资企业实行银行结汇售汇的公告》以及《外商投资企业境内外汇账户管理办法》等规章规定，目前BOT项目可以通过下列途径以人民币汇兑成外汇：国家外汇调剂中心调剂；出口国内产品，实行综合补偿；以人民币利润再投资，增创外汇；人民币与外汇对等拆借，按期对等偿还；银行结汇和售汇等。

(二)我国BOT政府保证的立法对策。各国政府都根据具体情况作了不同程度和形式的保证。由于我国有关政府保证的政策、法律与BOT运作要求存在较大差距，所以在BOT法中明确规定政府保证显然尤为重要。根据国内外BOT项目的实践经验，借鉴国际一般做法，结合中国实际

，可对各种政府保证作出不同处理及相应的法律规定。(1)对投资者不能控制的风险，无法用其他安排取代的，又能调动投资者积极性的政府承诺，法律确认其效力和合作性并作出允许性规定；(2)对某些政府保证不作明确承诺，只对政府所要承诺的事项作出建议性安排；(3)明文禁止某些政府保证。具体规定如下：

??第一、允许性规定。

??1、外汇平衡保证。可采取比例式规定承诺一定比例的外汇兑换及其汇率风险，投资者通过国家外汇调剂中心调剂，出口国内产品，实行综合补偿，以人民币再投资，增创外汇；对等拆借以及银行结售汇等途径自求部分外汇平衡，如广东沙角B电厂项目中，政府承诺电力收入的50%按固定汇率兑换成外汇，剩余的50%由香港开发商自求平衡。

??2、收益担保。可采取浮动式投资回报率来承诺投资者的最低收益回报。一般为15%-18%。如上海延安东路隧道项目中，外方投资者在专营期间可从项目公司取得15%的投资回报率，在不到15%的给予补偿，高于15%的，超出部分上缴。

??3、建设用地、辅助设施。一般无偿提供，当有偿提供时，收费标准应较低。如《上海市延安东路隧道专营管理办法》第13条规定，“政府承诺提供建设与隧道关联的交通设施工程，以适应延安东路隧道交通流量增加的需要。”

??4、税收优惠保证。适用外商投资企业的税收优惠规定，并授权地方政府根据本地区情况作出地方税收减免保证。

??5、竞争保护。规定政府在特许期内不得在同一地区设立其他同类项目。并承诺投资者投资回报不会因重复发包受损失或者采用一定方法补偿其损失。

??6、收入保证。在城市供电、水、汽等项目中，政府承诺以固定价格购买或者向用户直接销售产品等。

??第二、建议性安排

??1、供应

合同安排。政府原则上不承诺原材料、燃料、水电气等后勤保证，但按照项目公司的要求可协助安排项目公司与供应商订立供应合同。

??2、开发经营权安排。在收费公路等项目中，当项目收入或者产品价格水平低于投资收益，政府可安排投资者在公路沿线进行广告、娱乐、服务、房地产等方面开发活动。

??第三、禁止性规定??1、禁止境内金融机构为BOT项目贷款提供担保；??2、禁止政府为BOT项目提供担保；??3、禁止备用金担保；4、禁止固定式投资回报率承诺等。

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