

BOT 特许协议的法律性质新论

孟 国 碧

(广东商学院, 广东 广州 510320)

[作者简介] 孟国碧(1969-), 女, 湖北建始人, 广东商学院法学院副教授, 主要从事国际经济法研究。

[摘 要] BOT 特许协议虽历经百年, 但对其法律性质至今仍然争论不休, 发达国家和少数发展中国家的学者认为其是国际协议, 发展中国家的大部分学者, 包括我国理论界认为其是国内契约, 其中又有三类观点: 一是行政合同, 二是民商事合同, 三是经济合同。特许协议所具有的特殊性, 要求我们走出观念上的种种误区, 对其予以专项立法, 为 BOT 方式在我国的发展扫清障碍。

[关键词] BOT; 特许协议; 国际协议; 国内契约

[中图分类号] DF96 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)06-0857-05

一、BOT 特许协议: 非常特殊的协议

BOT 特许协议是指一个国家与外国私人投资者约定在一定期间, 在指定地区内, 允许其在一定条件下享有专属于国家的基本权利, 投资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, 予以特别许可的法律协议^[1] (第 356 页)。从合同法的意义上说, 特许协议是双方当事人权利义务的基石, 它具有区别于一般投资合同的特殊性, 表现在:

第一, 主体特殊。特许协议的一方为私人, 另一方为国家。私人的特殊性在于它必须首先获得政府特别授予的专营权; 政府的特殊性在于其具有双重地位, 一方面作为私法主体从事私法活动, 另一方面, 又从主权拥有者角度对项目公司进行管理、监督。

第二, 客体特殊。BOT 适用于投资大、风险高、整体系统性强的基础设施建设。

第三, 内容特殊。项目公司享有的权利是从建成的基础设施中回收投资, 返还贷款、获取利润, 最后有义务将基础设施无偿移交给政府。而政府的义务则是作出一系列承诺, 保证项目公司的利益实现, 同时享有管理监督权和最后接管基础设施的权利。

第四, 法律规范特殊。东道国鉴于 BOT 方式在利用外资发展本国经济方面的重要性, 一般都采取法律措施对特许协议进行规范。不少国家规定, 特许协议必须事先经过立法授权的行政机关批准, 或提交立法机关审批。有些国家还采用法律、法规或行政命令等形式, 对特许协议的主要内容做出明确规定。

第五, 争议解决途径特殊。由于 BOT 特许协议争端与一般的合同争议有所不同, 因此, 其争议解决途径往往集行政合同、民商事合同、涉外经济合同的解决方法于一体, 并不单纯像行政合同或民商事合同那样, 只采单一的争端解决途径。

二、BOT 特许协议:法律性质至今争论不休的协议

正是由于 BOT 特许协议的特殊性,使其虽历经百年,但法律性质一直争论不休,至今仍无定论。争议主要来自两方面:一是该协议是国际协议还是国内法契约,二是该协议是公法性质的协议还是私法性质的协议,其中又包括是行政合同、民商事合同还是经济合同这三大类观点。围绕这两大问题,理论界主要有以下几种观点:

关于 BOT 特许协议是国际协议还是国内契约这一问题,理论界存在以下三种认识:

1. 国际协议。一些西方学者认为,特许协议是国际协议或准国家协议,政府一旦违约,就是违反国际义务,构成国际不法行为,为此需承担国际责任。尽管上述观点遭到了发展中国家众多学者的批驳^[1](第 356-376 页),但我国还是有部分学者力主将特许协议定性为国际协议,从理论和实践两方面论证了承认特许协议为国家契约的理论依据及必要性,并得出结论认为,我国的法学理论界及政府决策层应该及时改变传统落后的认识,承认 BOT 特许协议为国家契约。

2. 国内法契约。发展中国家的学者较一致认为,特许协议不是国际协议,而是国内契约^[2](第 289 页)。至于特许协议是公法性质还是私法性质的合同问题,各国在实践中仍存有分歧。

3. 混合协议。还有学者认为,特许协议既包含“公法”因素,也包括“私法”因素,是两者结合而形成的一种开发自然资源的特别法律关系,既不属单纯的国际法范畴,也不属单纯的国内法范畴,而是一种具有双重性质的混合协议^[3](第 34 页)。

关于特许协议是公法性质还是私法性质的合同这一问题,各国在实践中仍存有很大的分歧,法国法将其归属于行政契约,英、美等国将其归属于普通的私法契约。我国大致也有这两种观点,并因此而形成了以下三大类共八种观点:

1. 公法性质的行政合同。国内大多数学者认为,BOT 特许协议是行政合同,但究竟是什么类型的行政合同,又存在以下几种不同看法:(1)一般的行政合同^[4](第 24-29 页)。(2)特殊的行政合同。(3)类似于国有土地使用权转让的行政合同。(4)涉外行政合同。

2. 民商事合同。也有很多学者认为不能将特许协议定性为行政合同,而只能定性为民商事合同,至于是哪类民商事合同,归纳起来又有三种观点:(1)特殊的民商事合同。(2)类似于政府采购合同的特殊民商事合同。(3)涉外民商事法律合同。

3. 经济合同。此种观点认为,BOT 特许权协议无论从内容还是目的、主体身份或订立程序上都符合经济合同的精神实质,无疑属于经济合同。

三、BOT 特许协议:既不是国际协议,也不是行政合同、民商事合同或经济合同

从特许协议的特殊性出发,客观地、实际求是地分析,我们可以看到:

(一)特许协议虽具有国际协议的某些特性,但不是国际协议

根据签订特许协议的主体的不同,可将特许协议分为三种:一是外国投资者直接与东道国政府签订的特许协议;二是外国投资者以合作、合资或独资的方式建立的 BOT 项目公司与政府签订的特许协议;三是东道国政府与东道国私人投资者签订的特许协议。对于后两者,各国一般都将其定为国内法契约,而不存在是国家契约还是国内契约之争。就第一种特许协议而言,前已述及,无论从理论还是实践中看,都不可能是真正意义上的国际协议。

尽管特许协议不是真正意义上的国际协议,但从其特殊性我们可以看到,它具有国际协议的某些属性,表现在:

1. 政府作为特许协议一方具有不可替代性。BOT 投资的对象是能源、交通、通讯等公共设施,很难

想象未经政府许可的个人或企业能和外商签订协议修建一条公路或一座大桥,并且建成后收取过路费、过桥费。只要 BOT 项目的性质是社会公益的基础设施,政府作为项目的发包人资格就无可替代。

2. 政府承担责任的特殊性。BOT 项目本身存在着超过一般投资项目的极大的政治风险,政治风险是 BOT 项目的外国私人投资者难以精确预测的,因此,从事 BOT 项目的投资者一般都要求东道国政府提供一定程度的保证。外国投资者为了分散政治风险,一般都向本国海外投资保险机构或国际性的投资保险机构,如多边投资担保机构投保,一旦发生承保范围内的政治风险,投资者就可向保险机构索赔,保险机构赔付后,就取得了代位求偿权。因此,东道国政府在政治风险的保证上实际上承担的是国际责任,而不是国内法上的责任。它要求东道国政府放弃或部分放弃国家绝对豁免的观念。

3. 争议解决途径的特殊性。争议的解决实际上采用了国家之间的争议解决方式。如前所述,解决 BOT 特许协议争端的途径可以有多种方式,其中提交国际仲裁机构如 ICSID 进行仲裁,实际上是解决国际协议的争端解决方式。因为 ICSID 仲裁体制是为了审慎地在东道国和外国投资者之间求得利益平衡,对外国投资者来说他们可以排除东道国的管辖,以“民”的身份到东道国以外的国际仲裁机构去指控东道国的“官”,并实际上可按照国际法解决投资争端;另一方面,对东道国来说,同意选择 ICSID 仲裁机制,可以排除外国投资者向其母国或其他地方的司法和仲裁机构投诉,尤其是可以切断外国投资者请求母国外交保护的“后路”^[5](第 642-643 页)。

(二) 特许协议既不是行政合同,也不是民商事合同和经济合同

1. 特许协议具有行政合同的某些属性,但与行政合同具有本质的区别。如前所述,我国之所以有大部分学者将 BOT 特许协议定性为行政合同,是基于二者在合同主体、内容、客体、目的等方面极为“相似”,但“相似”并不等于“是”。特许协议的特殊性,决定了特许协议不可能是行政合同。相对于行政合同而言,特许协议的特殊性表现在:第一,一般情况下,行政合同中的一方当事人是从事行政管理、执行公务的行政机关,另一方是行政管理相对人。行政合同的目的是为了实施行政管理,直接体现的是政府意志。行政相对人完全处于被支配地位,其利益虽然由自己来选择,但最终由行政主体来决定。而特许权协议中的政府部门与外国投资者之间并不存在特别的行政管理关系,签订特许协议也不是为了直接执行公务。政府的职能除通过授权并监督私人建设基础设施以实现公共利益之外,还有义务保证私人一定利益的实现。第二,在 BOT 方式中国家是以双重身份出现的,而不是纯粹以行政管理者的身份出现的。第三,行政合同纠纷只能通过行政法的救济途径加以解决,而特许协议纠纷可以通过协商、调解、国际仲裁等非行政途径加以解决。第四,在行政合同中,政府可不经私人投资方同意就可按自己对公益和情势的断定修改、废除合同。但就特许协议而言,在非殖民化运动以后,除非基于公共利益,国家不得单方行使自己的特权,如果必须行使特权,也应给予受影响的外国投资者以补偿^[6](第 83 页)。

2. 特许协议具有民商事合同的某些属性,但与民商事合同也有本质的区别。特许协议之所以被部分学者定性为民商事合同,在于特许协议体现了民商事合同的某些属性,包括:争议解决方式基本相同;谈判、签订协议仍然遵守了协商一致、意思自治、平等互利原则;政府行使的是经济职能,并非政治职能。但如前所述,“相似”、“颇似”并不等于“是”。民商事合同最大的特点在于合同双方主体地位平等,订约双方是为了追求个人利益的最大化;合同调整的本质是一种民商事关系。而特许协议完全不符合上述特点,表现在:(1)政府与投资者的法律地位并不完全平等,东道国享有维护公共利益所必须的特权。政府具有双重角色:一是特许项目的发包身份;二是公共权利的执掌者。(2)政府订立 BOT 特许协议的目的是为了实现在公共利益。政府之所以利用 BOT 方式进行建设,其主要目的是为了在财政紧张情况下,尽可能地实现公共利益。(3)尽管特许协议的谈判、订立也部分体现了平等、协商一致的原则,但在是否授予特许权、特许权范围等问题上,政府是最终的单方决定者,投资者甚至连协商的权利都没有。

3. 特许协议也不是经济合同。将特许协议定性为经济合同,既没有法律基础、理论依据,也没有实践意义。因为对什么是经济合同,无论是大陆法系国家、英美法系国家还是中国,都没有权威的定义。实际上在我国,经济合同属于广义的民商事合同的范畴,在合同法处于“三足鼎立”之时,经济合同就是

1999 年《合同法》中所指出的合同,也就是民商事合同。

四、BOT 特许协议:自成一体的独立的契约类型

(一)给特许协议定性应遵循的原则

综上所述,特许协议就是特许协议,它有自己的独特性,不能因为它与某种合同相似,就将其定性为该种合同。具体地说,不能因为它具有国际协议、国内行政合同、民商事合同的某些属性就将其定性为(准)国际协议、(特殊的)行政合同、(特殊的)民商事合同,更不能给它套上经济合同的称谓。如果按照这种逻辑,特许协议就既是国际协议,也是行政合同,也是民商事合同了。追根溯源,学者们之所以对特许协议的法律性质产生如此大的争议,而且迄今为止仍然争论不休,主要原因在于:(1)逻辑混乱。大家首先考虑的是如何定性对国家有利,对吸引外资有利,对我国的基础设施建设有利,而不是从 BOT 方式的具体实践出发,客观地、实事求是地进行分析论证。具体说,发达国家的学者之所以认为特许协议是国际协议,而不是国内法契约,其隐藏的主要动机是将其认定为国际协议更有利于保护本国海外投资者的利益。发展中国家的学者之所以强烈反对将其视为国际协议,也在于如果将其定性为国际协议,国家就要承担国际责任,这对主要作为东道国的发展中国家是极为不利的。将特许协议定性为行政合同,主要是为了维护国家的利益;而将其定性为民商事合同,主要是为了维护投资者的利益。(2)回避特许协议的客观特性,片面地看问题。众多学者不是没有看到特许协议的特殊性,相反,他们不仅看到了,而且还进行了深入地剖析,但是他们回避了其特殊性和独特性。仅仅是为了定性而定性,为了便利而给其乱贴标签,而不是本着从实际出发,从解决问题出发。因此得出的结论也是片面的。

讨论特许协议的法律性质,必须遵循以下两个原则:一是实事求是,二是公平互利。实事求是地分析,特许协议不属于现有的任何种类合同,它是自成一体的独立的契约类型,它有自己的独特性,与国际协议、国内行政合同、民商事合同既相类似又有重大区别。此其一。其二,在经济全球化、自由化时代,必须遵循公平互利原则,平衡政府和投资者双方的利益。承认特许协议的特殊性,承认其为自成一体的独立的契约类型,是公平互利原则的要求和体现,既维护了国家的利益,又保护了投资者的利益。在 BOT 方式中,各自强调自己的利益根本无益于利益的平衡,任何保护一方利益的国际法都将没有效果。因为:(1)承认特许协议具有国际协议的某些属性,实际上是承认政府在 BOT 方式中的特殊作用,特别是政府在 BOT 方式中作出的各种保证,这些保证是投资者衡量政府是否履行协议的尺度,可以使投资者以公正、平等的心态对待该协议,从而减少政治风险的发生,利于由政治风险引起的争议的解决,更多地吸引外国投资者的投资。(2)承认特许协议具有行政合同的某些属性,实际上是承认政府在特许协议中的主权者的特殊身份,政府可以基于这种特殊身份行使相应的主权权利,更好地维护国家的利益。

(二)特许协议是自成一体的独立的契约类型

既然给特许协议定性不能解决问题,我们就没有必要硬给特许协议乱贴标签,引发不必要的争议。而且用我国目前的法律去给它找一个合适的位置也是十分困难的。根据上述特许协议的特殊性,特许协议不属于现有的任何种类合同,它是自成一体的独立的合同类型。将其视为自成一体的独立的合同类型,具有重大的现实意义:(1)从形式上看,可以暂时搁置争议,给外国投资者吃一颗定心丸。我们承认特许协议的部分“国际性”,但并不承认其为真正意义上的国际协议;我们承认其具有行政合同、民商事合同的某些属性,但并不将其认定为行政合同或民商事合同。这样可以在心理上给外国投资者一种安全感,在某种程度上可以改善我国的投资环境,增强投资者的信心。因为如前所述,即使给其定性,并不能完全杜绝争议的发生,也不能解决实际问题。事实上,无论我国如何回避特许协议的“国际”属性,当纠纷发生时,发达国家仍然会坚持其国际协议的观点,发展中国家仍然面临着承担国际责任的风险。中国已有的案例表明,与项目公司或外商签订协议的国有企业或公司将被视为政府的代理人,其行

为的法律后果将由被代理人政府承担^[5] (第 642 页)。(2)平衡政府的利益。我们并不否认政府在特许协议中的特殊地位,因此,政府可以基于其特殊地位行使相应的权利,从而更好地维护国家的利益。(3)有利于顺利化解投资争端。一旦投资者与政府之间基于特许协议发生争端,可以根据国际上解决这类争议的通用方法予以解决,而不是局限于某一种合同的争议解决方法。(4)有利于国家针对特殊协议制订专项立法。各国的实践已表明专项立法是解决特许协议法律问题的最佳途径,搁置争议,将特许协议视为一种独立的契约进行立法,很多棘手问题就能迎刃而解。

总之,特许协议的法律性质问题是 BOT 方式中的核心问题之一,只有科学地解决了这一问题,其一系列相关问题才能妥善解决。为此,需要我们突破传统观念的束缚,承认 BOT 特许协议的独特性质,惟有如此,才能在政府和投资者之间求得利益的平衡,才能在经济全球化和自由化浪潮下更好地发展国民经济。

[参 考 文 献]

- [1] 姚梅镇. 国际投资法[M]. 武汉:武汉大学出版社,1987.
- [2] 余劲松. 国际经济法[M]. 北京:高等教育出版社,1994.
- [3] Fatorous, A. A. Government Guarantees to Foreign Investors[M]. :Columbia University Press, 1962.
- [4] 于 安. 外商投资特许权项目协议(BOT)与行政合同法[M]. 北京:法律出版社,1998.
- [5] 陈 安. 国际经济法专论[M]. 北京:高等教育出版社,2002.
- [6] 孟国碧. 经济全球化时代的经济主权研究[M]. 长春:吉林人民出版社,2002.

(责任编辑 车 英)

Legal Nature of BOT Concession Agreement: New Interpretation

MENG Guobi

(Guangdong College of Business Studies, Guangzhou 510320, Guangdong, China)

Biography: MENG Guobi (1969-), female, Associate Professor, Guangdong College of Business Studies, majoring in international economic law.

Abstract: Up till now there are still endless controversies over the legal nature of BOT concession, which has been practiced for 100 years. The scholars in the developed countries and a few developing countries argue that BOT chartered agreement is an international agreement, while most scholars in the developing countries take it as a domestic contract, but hold three different views administrative contract, civil commercial contract and economic contract. In fact, BOT chartered agreement has its own special features which forces us to abandon all the wrong concepts, and make special legislation for the purpose of clearing away the obstacles to the practice of BOT in China.

Key words: BOT; concession agreement; international agreement; domestic contract