

建立我国对BOT投资的政府保证制度

何正启

BOT 是国际上近十几年来兴起的一种投资方式。自 1984 年产生于土耳其以后,已在国际投资领域内蓬勃发展起来,并且特别引起了发展中国家的注意,成为发展中国家吸引外资、加强基础建设的重要途径。90 年代以后,BOT 方式也已进入我国的利用外资领域,对缓解我国建设资金不足、加强我国基础设施建设起了重要的作用。但从目前 BOT 在国内的运行情况看,还存在一些急需解决的问题,特别是在对 BOT 投资方式的法律保障方面更需要深入的研究。

一、BOT 投资方式及其优点

BOT 是英文“Build—Operate—Transfer”的缩写,意为“建造—营运—转让”。其含义“是指东道国政府授权或委托某一外国投资者(项目主办人)对东道国某个项目(通常是基础设施或公益项目)进行筹资、建设并按约定的年限经营,在协议期满后项目无偿转让给东道国政府或其指定机构的一种交易方式”。其具体做法一般是以东道国政府通过与外国投资者签订协议的方式,授权或委托该外国投资者对本国某一重大项目进行设计、融资、施工和经营。这种项目通常是投资数额大、建设周期长而投资回收较慢的基础设施建设项目或大型的公益项目。该外国投资者可以独立承担该项目,也可以根据东道国的法律、法规,按照一定的出资比例与东道国共同组建股份公司或企业等。项目建成后,该外国投资者可以在合同规定的期间内享有该项目的所有权、经营权和收益权,以收回投资和赚取利润。待规定期限届满后,则必须将该项目无偿转让给东道国政府。BOT 的演化形式还有 BOO (Build—Operate—Own),即建设—营运—拥有;BOOT (Build—Operate—Own—Transfer),即建设—营运—拥有一转让;另外还有 BOD、BRT 等。其具体形式多种多样,但运行方式却与 BOT 大同小异。

BOT 投资方式虽产生的时间不长,却已经在全球流行。各国纷纷采用这种方式吸引外资,加快基础设施建设,改善本国投资环境。特别是广大建设资金不足、但又急需加强基础建设的发展中国家更是如此。典型的如马来西亚的南北高速公路、菲律宾 PAGAILAO 电站以及泰国南部装机 200 万线的电讯网络等,均以 BOT 方式取得了显著的效果。根据各国的经验来看,引进 BOT 投资方式对我国至少有以下好处:

1. BOT 能够缓解我国建设资金不足,加快我国基础设施建设。改革开放以来,我国虽然投入了大量的资金进行基础设施建设,取得了显著的效果,但随着经济的进一步发展和人口

的不断膨胀,基础设施建设仍然跟不上需要,成为制约我国经济腾飞的严重“瓶颈”。建设资金不足仍是基础设施建设滞后的一个主要原因。通过引进 BOT 方式,把一些需要投资大而建设周期长的基础设施建设项目交由外商进行融资建设和经营,可以大大减轻我国政府的财政负担,并且同时加强了基础设施建设。

2. BOT 投资者往往会将先进的生产经营管理技术应用于投资建设中 不论是由外方独立承担还是由中外合作来承担 BOT 项目,我们都可以学习和吸收外方先进的生产经营管理技术;而且,外商进行 BOT 投资,通常会引入先进的生产设施设备;BOT 协议期满后,因为外方必须将该项目无偿转让给我国,因此,我国还可以获得外方先进的生产技术和设备。

3. 我国政府可以通过 BOT 方式转移项目风险 由于 BOT 投资项目的投资大、周期长、技术复杂等特点,在建设过程中,往往会因国内市场物价上涨、市场供应紧张和国际竞争的压力等而使国内政府部门或国内一般公司无法承担。通过 BOT 方式,则能由外国投资方承担项目建设的大部分风险,从而避免引起国内经济秩序的混乱。

4. 有利于提高项目建设的质量和效率 因为 BOT 项目建设和经营管理的好坏决定着投资者利益的大小,所以能迫使外方投资者不断改善经营管理和提高生产效率。而若将此类大型项目交由政府部门建设和经营管理,效率和服务质量往往要差得多。

二、BOT 投资的风险构成及在我国的法律障碍分析

BOT 投资方式不仅对东道国有利,对投资者本人来说也极有益处。通过进行 BOT 投资,可以扩大公司的经营范围,开拓世界市场;可以带动投资者本国的设备出口以及从项目的经营中获得大量利润等。但由于 BOT 项目自身的特点,投资者又面临着巨大的投资风险。

1. 自然风险 即由于地震、洪水等自然灾害造成的风险,只能通过将项目有关的财产权进行投保来降低或避免风险。

2. 商业风险 由于 BOT 项目投资数额巨大,项目涉及面广,而且 BOT 项目的建设周期往往长达几十年,在此期间,东道国的市场物价上涨,市场利率上扬,以及投资者经营决策的失误等,都可能使 BOT 投资者面临巨大的商业风险。一般说来,对于商业风险,BOT 投资者可以通过对项目进行可行性研究和进行风险预测,严格经营管理,降低生产成本,以及向保险公司投保等方式来减低或避免风险。

3. 政治风险 政治风险是 BOT 投资者面临的最主要的危险,这是由 BOT 项目本身的特点决定的。由于 BOT 项目往往是为东道国命脉的基础设施,这些项目对东道国来说具有经济和政治的双重意义,因此较一般的投资项目而言,更易受到东道国政府的干预。而且,项目建成后,便成为固定资产,无法转移,一旦东道国发生社会动荡或政局不稳,不但影响投资者利益的回收,还会导致投资者本金的丧失。另外,大多东道国是实行不同程度外汇管制的发展中国家,若其国际收支恶化,外汇管制变严,投资者的利润便汇出困难。还有,东道国对项目的固有化和征收也对 BOT 投资者构成重大威胁。上述这些风险都是投资者无法精确预测和抗拒的。因此,对 BOT 投资者进行一定程度的法律保障就成为吸引外资和保障 BOT 投资顺利进行的必要手段。

但是,我国现行的法律制度与 BOT 投资者所期望的法律保障体系却相距甚远。首先,我国政府不愿与外国投资者签订任何给予保证的特许协议,害怕会引起“国家责任”的国际纠纷。同

时,我国法律严格限制政府机构和国家机关为外国投资者提供任何形式的担保或承诺。如外经贸部于1995年1月16日颁布的《关于以BOT方式吸收外商投资有关问题的通知》第3条规定:“政府机构一般不应对项目做任何形式的担保或承诺(如外汇兑换担保、贷款担保等),如项目确需担保,必须事先征得国家有关部门的同意,方可对外作出承诺。”1995年6月30日通过的《中华人民共和国担保法》第8条更明确规定,“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。”这后一个法律使政府机构担保变得毫无可能。其次,我国还是一个实行严格外汇管制的国家,人民币兑换外汇受到严格控制。但BOT项目又是外国投资者不能直接获取外汇的项目,而且外汇的汇出在我国也受到限制,因此外汇的严格管制也成为影响BOT投资者在我国投资的又一障碍。

根据目前情况看来,要改变我国现行的法律法规,为BOT投资者作担保或解除外汇管制均是不可能的,除非我国政府愿意同BOT投资者订立特许协议提供政府保证,否则,上述法律障碍的存在将严重影响我国以BOT方式吸引外资和进行基础建设。

三、建立对BOT的政府保证

我国正在进行的能源、交通、通讯等基础设施的大规模建设,一方面面临建设资金不足的困难;另一方面,我国这个巨大的BOT投资市场虽对外国投资者有着无比的吸引力,但上述法律障碍的存在则又极大地挫伤了BOT投资者的积极性,我国要想解决上述矛盾,吸引外资加快基础设施建设,同外国投资者订立特许协议作出一定程度的政府保证将是我国不可避免的选择。

究其原因,我国政府之所以不愿与外国投资者签订特许协议,是源于国际上对特许协议本身性质及法律适用的争议。长期以来,特许协议是属于国内契约还是国际契约,以及与之相应的法律适用问题,发达国家和发展中国家各执一词。发达国家从保护本国投资者的利益出发,坚持特许协议为国际契约,并要求发展中国家对违反协议承担国际责任。而发展中国家从特许协议的本身属性出发,坚持特许协议为国内契约,并受东道国国内法的调整。但目前这一争议已逐渐趋于统一。在1962年联合国通过的《关于自然资源永久主权的决议》及1974年通过的《关于各国经济权利与义务宪章》中明确宣布,东道国关于开发自然资源、国有化及对外国投资者的限制和管理等均由东道国管辖。“特许协议的‘国内化’倾向,已成为现代的普遍趋势。”因此,我国政府应该放下害怕承担“国际责任”的疑虑,大胆地利用特许协议鼓励BOT投资者对我国大型基础设施建设的投资。况且,要想外国投资者在我国放心大胆地投资而我国不作任何承诺和保证也是不合理的。笔者认为,我国利用特许协议为外国投资者提供政府保证可以通过下述途径来实现。

1. 在特许协议中订入稳定条款 “稳定条款是指一国政府通过合同(或立法条款),向外国私人投资者作出避免由于该国法律或政策的改变而使合同当事人的合法权益遭受不利影响的保证”。稳定条款可以通过两种方式达到目的:一是“冻结”条款,即将东道国的法律和政策“冻结”在合同订立时的状态;另一种是规定合同订立后东道国的法律和政策可以修改,但该修改不适用于该合同。如前述,我国还处于经济体制的转型时期,还没有建立起成熟稳定的市场机制和相关的法律制度,BOT投资者常常因为害怕这种不稳定而不敢在我国大胆投资。为了消除外国投资者的这种疑虑,稳定条款便能为外国投资者提供较好的保证。从实际需要来看,

我国应该从下列几个方面对 BOT 投资者提供保证。

(1) 保证外国投资者的财产权。我国政府可以通过稳定条款方式保证对 BOT 投资者的投资及财产、收益不进行国有化和征收。

(2) 保证税收的稳定。我国政府可以在条款中保证对 BOT 投资的税收优惠及税收政策在协议期内保持不变,即使我国税收制度变化,税率提高,该变化也不适用于 BOT 投资者。

(3) 保证外汇的兑换和汇出。外汇问题是外国投资者最为关心的问题。由于人民币在我国尚不能自由兑换外汇,而 BOT 投资项目往往又不能直接收取外汇,因此,保证 BOT 投资者人民币收益的外汇兑换对外商来说尤其重要。对于外汇的汇出而言,我国目前的规定基本上是贯彻外汇自由汇出原则,但在实际运行过程中往往不是如此简单,因此在人民币的外汇兑换和外汇汇出问题上,我国政府应给予 BOT 投资者切实有效的保证,方能树立起 BOT 投资者的信心。

(4) 其他方面的保证。我国政府还可以通过稳定条款对 BOT 投资进行其它相关的保证,如不竞争保证、进出口制度保证,以及与 BOT 投资密切相关的法律制度的保证等。

2. 在特许协议中订立艰难条款(hardship clause)或调整条款(adaptation clause) 所谓艰难条款或调整条款,其意思是指,由于情势变化而根本影响了协议双方的权利义务平衡时,允许协议双方重新审查该协议,并调整部分条款,以求达到双方的利益平衡。这种条款对于象基础设施建设这样长时期的特许协议来说更具实际意义。当我国不能保证以相对稳定的价格提供原料、燃料,以及当由于通货膨胀造成人民币汇率的不稳时,允许在特许协议中订立艰难条款或调整条款无疑会极大地增强 BOT 投资者在我国进行投资的安全感和信心。

当然,以上两种办法为 BOT 投资者提供政府保证,吸引外资,只是在市场经济体制不完善、法律制度不健全时采取的权宜之计。若要彻底改善我国的投资环境,最根本的是要加快建立起成熟的市场经济体制和完善的法律制度,特别是要健全和完善我国的外资法体系。

(上接第 49 页)

工、深加工后再出口,如何对原来进口料件进行核销。

6. 增强国内企业对加工企业供应设备和原料的能力,使加工贸易对上游企业产生积极影响。

7. 促使加工企业建立研究与发展机构,消化和创新引进技术,建立自己的名牌产品。

8. 培养国内的企业家人才和提高劳动力素质,既可进行更高层次的加工贸易,也可建立掌握生产和销售渠道的本国人力资本。