



联合国国际贸易法委员会

第二十九届会议

1996年5月28日至6月14日，纽约

今后的可能工作

建设 - 运营 - 移交项目

秘书处的说明

目 录

	段 次	页 次
导言	1 - 3	3
一. 建设 - 运营 - 移交概念	4 - 10	3
二. 其他组织进行的工作	11 - 21	5
A. 联合国工业发展组织	11 - 16	5
B. 欧洲经济委员会	17 - 18	7
C. 世界银行	19	7
D. 欧洲复兴开发银行	20	7
E. 国际顾问工程师联合会	21	8
三. 制定适当法规的作用	22 - 29	8
A. 增强外国投资者的信心	22 - 23	8
B. 与 BOT 项目有关的立法领域	24 - 26	8
C. 现有 BOT 法规的不同做法	27 - 29	9
四. 各国法律所涉事项要点	30 - 89	10
A. 总则	31 - 37	10
1. 特许权领域	31	10
2. 政策的阐述	32	10
3. 政府主管机构	33 - 34	11
4. 规划和协调	35 - 36	11
5. 信息的公开和保密	37	12

	段	次	页次
B. 特许权的授予	38 - 52		12
1. 前提和条件	38 - 39		12
2. 优先照顾国内实体	40 - 41		12
3. 特许权公司的选定	42 - 47		13
4. 分包商的选定	48 - 49		14
5. 项目协议	50 - 52		14
C. 特许权公司的权利和义务	53 - 59		15
1. 特许权的性质	53		15
2. 义务	54		15
3. 附属收入来源	55 - 56		15
4. 转让、特许分包、财产抵押	57 - 59		16
D. 政府的义务和承诺	60 - 63		16
1. 财政鼓励和保证	60 - 61		16
2. 保证	62		17
3. 税收	63		17
E. 特许权项目的运营	64 - 68		18
1. 定价和提价	64 - 66		18
2. 对项目实施的监督	67 - 68		19
F. 与顾客的关系	69		19
G. 与竞争者的关系	70		19
H. 特许权公司的履约情况	71 - 75		20
1. 违反协议	71 - 74		20
2. 履约障碍	75		20
I. 特许权的终止	76 - 81		20
1. 终止的一般理由	76 - 77		20
2. 延期	78		21
3. 向政府移交设施	79 - 81		21
J. 杂项规定	82 - 84		22
1. 管辖法律	82 - 83		22
2. 争端的解决	84		22
五. 结论	85 - 92		22

导言

1. 委员会 1994 年第二十七届会议在审议了秘书处编写的一份说明(A/CN.9/399)之后, 强调了建设 - 运营 - 移交项目(BOT)的相关性并要求秘书处就 BOT 项目今后可能的工作编写一份说明。委员会在 1995 年第二十八届会议上讨论了所要求的说明(A/CN.9/414)。¹
2. 在委员会会议上, 人们广泛支持着手进行 BOT 领域的工作。人们指出, BOT 的项目融资方式在许多国家引起了相当大的兴趣, 委员会在这一领域的工作肯定有助于这些国家处理所遇到的问题。但是, 也有人认为, 既然委员会所要进行的工作在某些方面须取决于目前由联合国工业发展组织(工发组织)正在编拟的《准则》的最后案文, 而且考虑到 BOT 的做法尚在发展变化之中, 在此情况下, 最好是让秘书处得到机会进一步研究今后工作的拟议事项。也有人说, 委员会的工作应周详考虑, 使之与工发组织就 BOT 项目进行的工作不致发生重叠。委员会要求秘书处编写一份有关今后工作拟议事项的报告, 以利于委员会 1996 年在第二十九届会议上讨论这一事项。
3. 本报告就是遵照上述要求而编写的。

一. 建设 - 运营 - 移交概念

4. 就其实质而言, BOT 是这么一种项目筹资形式: 政府就某一特定项目向某一投资者集团(以下称为“项目联营集团”)授予开发、运营、管理和商业利用的特许权。然后, 由项目财团或者由该项目联营集团建立的公司(以下称为“特许权公司”)按照政府与特许权公司签订的协议(以下称为“项目协议”)开发和运营特许项目。虽然这一类项目一般称之为“建设 - 运营 - 移交”(BOT), 但有时也使用其他词语来形容此类项目筹资形式, 例如“建设 - 拥有 - 运营”(BOO), “建设 - 拥有 - 运营 - 移交”(BOOT), “建设 - 拥有 - 租赁 - 移交”(BOLT), 和“建设 - 出租 - 移交”(BRT)。虽然名称不同, 所有这些安排在结构要素上都是由政府授予特许权, 由私人实体负责某一特定项目的筹资、实施和管理。有时, 某一私人的许可证授予方与项目承办人之间也使用与此类似的安排。
5. 传统的项目筹资结构是由项目拥有者(政府)承担获取资金和担保偿还

¹ 《大会正式记录, 第五十届会议, 补编第 17 号》(A/50/17), 第 394-400 段。

资金的责任，但 BOT 办法完全不同，它是由项目联营集团来承担这些责任。贷款的提供以项目的预期收益作保证。这对东道国政府有许多好处。由于它不需要从公共预算直接拨款，项目不会带来公共债务压力。由私人部门筹资一般还容许将金融、工业及其他风险转移给私人部门。而且，由于项目交由项目联营集团建造，特许期内也由项目联营集团运营，东道国政府可得益于私人部门运营和管理此种项目的专门知识。

6. 传统的基础设施或其他工程项目的建造合同都规定，在项目按照建造合同建造完成时，即由拥有人接收该项设施。项目拥有人负责安排筹资，从贷款或从自身的资金中抽出款项付给承包人。在这种合同中，承包人的基本义务是建设和配备该承包设施，其经济可行性和项目的盈利性则是拥有人的关注事项。但是，在 BOT 项目中，项目联营集团不仅负责完成设施的建造，而且在一段时间内负责运营，以便收回成本并获取利润。因此，项目联营集团显然关注设施的可行性和设计。项目联营集团还关心能否得到适宜的法律和商业条件来顺利进行设施的建设和盈利性运营，关心确保这些条件在特许期内基本保持不变。

7. 在促成对 BOT 项目感兴趣的诸多因素之中，最主要的因素是，它可调动私人部门的资源来发展基础设施，无需增加公共债务。BOT 概念的这一因素在目前特别具有吸引力，因全世界原先只能由公共部门经营的一些公用事业和服务正越来越多地改由私人经营，而且用来发展基础设施的公共资金日益减少。其他的好处包括：使私人部门更多地参与公共基础设施的管理，增大吸引外国直接投资的潜力，利用本地得不到的技术和技能。另外，还可把 BOT 设施作为参考标准，借以衡量由公共部门经营的同类项目的绩效。

8. 但是，BOT 项目也有一些方面造成较大困难。一个 BOT 项目通常涉及为数众多的、在合同上相互牵连的当事方。除东道国政府和项目联营集团之外，其他的当事方通常还有：贷款人、建筑公司、设备供应商、独立的投资者和项目产品的购买人或最终使用者。在多数情况下，项目联营集团本身就包括有建筑公司、工程设备的供应商和其他私人投资者和项目运营人。投资者包括金融投资人和多边开发机构。此外，还有极为复杂的筹资安排，这不仅因为涉及许多当事方，而且因为东道国政府不提供担保，项目联营集团和贷款人必须找到某种方法来防止所涉风险，包括寻求保险和各种形式的担保。因此，BOT 的合同安排和风险分摊办法相当复杂，需要进行耗费时日的谈判。

9. 东道国政府的支持被认为是 BOT 项目成功实施的至为重要的因素。东道国政府不仅审批项目，而且是项目设施的最终拥有者。政府须监督特许权协议的执行，有时还分摊某些债务或参与投资。为确保私人部门的长期参与，政府须确保有一个有助于吸引长期私人投资的法律环境。这包括建立吸引私人投资的法规，而且在行政体制上确保能够及时、公正、客观地办理审批或发放许可证。

10. 随着人们更加广泛地认识到 BOT 所具有潜力，利用 BOT 项目筹资方式的兴趣也会增大，不仅限于大型基础设施项目，例如发电厂和公共交通设施（收费公路、桥梁和铁路），而且也应用于一些中小型项目，例如水的处理工程、大饭店或医疗设施等。

二. 其他组织进行的工作

A. 联合国工业发展组织

11. 工发组织最近编写了一份文件，题为“建设 - 运营 - 移交（BOT）项目开发、谈判和订约准则”（以下称为“工发组织准则”）。在编写本说明时，该文件的英文本已经付印。法文本和西班牙文本将随后付印。

12. “工发组织准则”的头三章对 BOT 项目作了一般性介绍。第一章（“介绍 BOT 概念”）概述了 BOT 项目的结构、特点和当事方，以及所涉的筹资方法和法律文书；同时，摘要列出了以 BOT 方式发展基础设施对东道国政府的潜在惠益。第二章（“BOT 项目的各阶段”）简要叙述了 BOT 项目的几个阶段，从项目的初步拟定及立项、政府进行招标、发起人编写和提交投标书、选择最优标书、项目发展、建设阶段、项目运营直至把项目移交给东道国政府。第三章（“BOT 方式的经济框架”）列出了实施 BOT 项目的一些基本经济考虑。这些考虑包括：基础设施对于促进国家经济发展的作用，让私人部门承建基础设施项目的潜在惠益，以及 BOT 项目的经济利得和成本。

13. 接下来的三章侧重叙述政府为促成一个 BOT 项目所应承担的责任。第四章（“政府对于成功安排 BOT 项目的作用”）所阐述的事项有：建立可靠的法律、规章、行政框架对于加速实施 BOT 项目的重要性，政府提供各种优惠的作用以及 BOT 采购程序条理性及透明度要求。在阐述了政府的一般性责任后，“工发组织准则”接着在第五章（“通过 BOT 项目实现技术

转让和能力建设”)详述了东道国政府应如何从 BOT 项目中获取各种惠益,如何促进项目联营集团把技术转让给当地经济部门。它还提供了一些合同条款实例,用以确保使用本国产品和服务,并使特许期内作出的技术改良和创造得到保护。第六章(“采购问题和发起人的选定”)更为详细地阐述了采购程序在选择 BOT 项目承包人方面的目标,简要介绍了与此有关的法律和规章。该章还叙述了竞争性招标的做法,提出了一个招标作业流程示意图。

14. 中间的三章专门论述 BOT 项目的财务和经济方面。第七章(“BOT 项目的财务和经济评审”)对评估 BOT 项目财务及经济可行性的不同方法作了分析。然后,在第八章(“风险的确定和管理”)讨论了 BOT 项目所涉及的主要风险。该章把风险分为两大类,一类是与所在国政治、法律环境有关的一般性风险,另一类是项目的具体风险。第九章(“BOT 项目的财务安排结构”)叙述了 BOT 项目的筹资方法,说明了可利用的资金类别和来源,每一类资本所特有的风险程度,以及安排融资结构的方法。

15. 随后的四章较详细地讨论了合同问题。第十章(“一揽子合同”)简要介绍了 BOT 项目主要的合同安排,包括顾问协议、初步联营集团协议、项目联营集团协议、项目协议或特许权协议、政府购销 BOT 设施产品的协议(承购协议)、建造协议、设备供应合同、运营和保养合同、保险合同、融资合同。这些相互关联的合同之中,项目协议或特许权协议、建造协议和运营及保养合同还分别放在后面的三章内单独讨论。第十一章(“项目协议”)确定了应在项目协议中作出规定的重要事项,它是项目联营集团与政府之间就项目的发展和运营而签订的协议。第十二章(“建造协议”)讨论 BOT 项目建造协议通常采用的形式——统包合同,简要介绍了在支付给承包人的价格方面三种主要的定价方法:一是一次总付或固定价格,二是按应予偿还成本加上酌量付费的办法计算价格,三是按单位价格定价。此外,该章还谈到若干重要的合同事项,例如遵守原定时间进度,保证 BOT 设施的质量和妥当运行,定价和付款,分包,零部件的供应,承包人索取额外偿付的权利和确保付款义务的履行。第十三章(“运营及保养合同”)列举和简要叙述了项目联营集团与项目公司之间的合同应予涉及的重要事项,后者将监督 BOT 设施的日常运营和保养。

16. BOT 项目的最后步骤涉及在特许权期满时将项目设施移交给东道国政府,这一主题放在第十四章(“所有权的转移”)内讨论。第十四章特别讨论的事项有:特许期的可能展延,移交条件和费用以及移交时提供的保证。

“工发组织准则”最后在第十五章(“评定成功运用 BOT 概念的若干标准”)摘要列举了在发展中国家成功实施 BOT 项目的基本因素和特点。

B. 欧洲经济委员会

17. 在联合国欧洲经济委员会(欧洲经委会)及其贸易发展委员会工业国际合同惯例工作小组(“工作小组”)的主持下, 1995年11月3日在日内瓦举行了中欧、东欧和独联体国家大型基础设施项目吸引私人投资问题座谈会。座谈会议程上的事项, 除其他外, 包括有私人部门参与公共部门基础设施项目筹资所涉的一些法律和财务问题, 例如需要根据什么样的法律才能订立可靠的项目筹资合同, 以及是否需要有一项 BOT 法律(该座谈会的全部议程载于《信息公报》1995年7月21日 TRADE/WP.5/53号)。座谈会的与会者通过了一项决议, 其中建议:

“12. 建立一个由私人及公共部门代表组成的专家组, 负责在[工作小组](第5工作组)主持下, 为中欧、东欧及独联体国家编拟关于新式项目筹资及建造的预算方法的准则, 包括 BOT 在内;

“13. 这些准则在提交给联合国欧洲经委会法律专家亦即[工作小组](第5工作组)内的法律专家批准之后, 即通过研讨会以及通过联合国欧洲经济委员会出版印行而公诸于众”(TRADE/R.633, 附件)

18. 工作小组接受了座谈会关于建立专家组的建议, 决定在欧洲复兴开发银行的充分合作下进行工作, 后者积极参加了座谈会并支持进行此项工作(见 TRADE/R.633, 第10页)。

C. 世界银行

19. 世界银行对一系列国家开发 BOT 项目给予了支助。对于银行成员寻求建立法律和规章框架促进通过 BOT 项目的外国投资, 世界银行可提供协助, 但世界银行并不参与为编拟示范立法或 BOT 立法准则而进行的全面努力。

D. 欧洲复兴开发银行

20. 欧洲复兴开发银行正在对一系列不同部门的 BOT 项目(例如电信、发

电、油管铺设、公路、机场及航空系统、港口及工业运输终端、水处理及排水系统、水的管理)提供财政支助。欧洲复兴开发银行还对此种项目提供咨询,包括就立法框架的某些方面提供咨询。

E. 国际顾问工程师联合会

21. 1995年8月30日,总部设在瑞士洛桑的一个非政府组织——国际顾问工程师联合会召开了一个讲习会,题为“私有化:顾问工程师的新机会”。对于该讲习会而言,“私有化”一词的含义涵盖项目实施方面的一系列新方法,包括BOT项目在内。经讨论后,讲习会的与会者议定,顾问工程师联合会应为项目筹资新方法拟定适用的合同条件。

三. 制定适当法规的作用

A. 增强外国投资者的信心

22. 迄今为止,BOT概念主要用于实施一些大型的基础设施项目,它需要私人投资者进行大量的投资。实施此种项目的大部分资金一般是从商业银行或其他金融机构获取贷款。然而,所借资金的偿还和投资产生的回报均需很多时间之后才能实现。因此,对项目提供贷款者和私人投资者都要求得到东道国政府方面的一个明确讯号,具有鼓励长期私人投资的意向,并对此种投资加以保护,不致被没收或收归国有而得不到公平的赔偿。

23. 东道国政府表明此种意向的方式之一是建立健全的法规,借以鼓励私人,确保投资能得到回报。这主要采取法律形式,此种法律可一般地涉及投资及其他商业事项,不必专门针对BOT项目。有了此种法律,就能更容易地谈判具体项目。这是因为,如果没有此种法律,那么,本应由法律加以规定的各种各样的问题和担保事项,都需要在合同文件中作出明确规定,这就会使谈判过程更加复杂。

B. 与BOT项目有关的立法领域

24. 在不同程度上与BOT项目有关的立法可划分为两类。第一类包括主要着眼于促进外国私人投资的那些法律。这类法律中对BOT项目发起人和贷

款人来说特别相关的条款有：关于土地和其他资产的私人所有权、关于利润汇回本国、关于兑换外汇及公共采购的条款。第二类包括所在国的一般性商业法规，特别是关于商业企业的成立，关于贸易应收款的转让及其他担保安排，公共采购以及涉及商业合同和解决争端的程序的适当法规。

25. 在上面所述的某些法律领域，目前已经有了一些统一法规，包括由于委员会的工作而产生的那些法规，建议各国考虑采纳。这些法规包括：《联合国国际货物销售合同公约》、《贸易法委员会国际贷记划拨示范法》、《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》、《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》、《联合国独立担保和备用信用证公约》和《承认和执行外国仲裁裁决的公约》。

26. 除这种一般性的法规之外，在许多情况下，还需要有为实施 BOT 项目某些方面而制定的具体法规。这种法规不仅是向潜在投资者发出的明确信号，表明政府有兴趣促进实施 BOT 项目，而且也会促使私人部门参与一些公共部门的项目。例如，在多数国家内，公共基础设施一向都由公共机构拨款建造，而且相当大程度上也是由公共机构垄断经营。在大多数这种情况下，也许需要对私人部门的参与提供法律依据，尤其是规定设施建成后对公众使用该设施或使用其产品有收取费用的权利。此种 BOT 法规之内通常还涉及的其他某些问题放在下文第 31 至 84 段中加以阐述。

C. 现有 BOT 法规的不同做法

27. 在颁布了 BOT 项目法规的那些国家之中，在立法上也有不同的做法。有些国家颁布的法规只是一般性地就 BOT 项目的实施作出规定。在有些国家，此种法规规定了一般性条件和原则，在这种范围内，政府机构可具体谈判 BOT 合同。这种做法的好处是提供灵活性，使之能够按照每个项目的具体情况来谈判合同。此种法规的典型条款包括例如：授权对私人部门承办 BOT 项目给予特许权，列出可予实施 BOT 项目的那些部门，关于筹资方法以及对愿意承办 BOT 项目的实体给予某种优惠（包括各种形式的税收减免）的一般性规定。关于采购的条款，包括征求和评价投标书或建议书的各种方法，有时也列在此种法规之内。

28. 有些国家颁布的法律只允许在某些特定部门（例如发电、水处理、收费公路、公共交通）实施 BOT 项目，这种法律一般包括的条款涉及：在规定

的部门中可以采取 BOT 方式建造何种设施，政府参与的程度（包括政府可向项目联营集团提供何种设施或房舍），对赚取利润的审批（有可能包括项目产品收费价格的具体计算方法）。此种法律有时还包含有如何进行项目采购的特别规定。

29. BOT 项目有关法律的另一种立法方式是就 BOT 项目的实施方面颁布一项法律，而各当事方只需谈判具体的执行办法。一般而言，此种法律将会规定为实施项目而承担的合同义务的基本内容，包括例如给予特许权的最高年限，政府可能给予支持的范围，采购规则，偿付债务和利润汇回本国的手段，运营和移交项目的条件等。

四. 各国法律所涉事项要点

30. 为了方便委员会讨论在这一领域似可拟定的法规的可能范围，以下第 31 至 84 段概括地列述了一些国家现有法律中所涉事项和处理办法的要点。在编写本报告的过程中，秘书处研究了大约 24 个国家与 BOT 型项目有关的法律和规章，以及法规草案。应当指出，由于许多国家并没有具体涉及 BOT 项目的特殊法规，因此，秘书处研究的材料之中还包括对于按 BOT 安排方式实施基础设施项目可能相关的其他国家法律和章程，例如有关采购、公共服务及公用事业特许经营方面的法律和规章。

A. 总则

1. 特许权领域

31. 许多国家法律列举了可赋予特许权的那些领域，例如电力生产和分配、水处理系统、交通设施、电信和矿产开发。有些法律规定，凡法律上规定由国家拥有垄断权的领域，均可给予特许权。另一方面，有些条款出于国家安全考虑，对特许权的给予定出了限制范围。

2. 政策的阐述

32. 有些法律含有告诫条款，具体阐明了政府机构规划和订立 BOT 安排时应予遵循的原则。此种条款也许只限于政策的一般性阐述（例如，鼓励政府

机构开放市场和工业，允许私人 and 国外投资)或者再具体列出在决定是否给予特许权时必须考虑到的一些因素(例如能否证明将特许权授予某个私人实体可以节省费用，或证明 BOT 项目将在技术转让或服务质量上产生一定作用)。

3. 政府主管机构

33. 相当多国家的法律要求建立一个新的政府机构，授权其谈判订立项目协议，另一些法律则将此种权限赋予现有的某些公共机构。有些法律规定，特许权的授予应经报请更高一级机构批准，例如国会、部长会议或某一监督部门。

34. 除了对特许权要求授权之外，有些国家法律还对按照 BOT 安排进行的某些活动，规定发给许可证，例如公共土地用于特定目的或安装某些设备。发给许可证的部门也许设在不同机构内或属于不同的政府级别。下面列举若干为方便和加快获得许可证而作出的规定：有的条款要求在特许权协议中列出所有必要的许可证；有的条款指示某一机构监督此类审批并帮助特许经营者与签发许可证的主管机构进行交涉；有的规定只通过一个机构统一签发与特许权有关的许可证；有的规定了处理许可证申请的时限。

4. 规划和协调

35. 鉴于 BOT 交易在国家或区域经济中所起的作用，法律对于此种交易的规划和协调，规定了各种手段，例如要求针对可授予特许权的项目拟定一个总计划；授权某一机关批准 BOT 安排；要求该机关在审批特许权之前先与其他某些机构洽商；如果特许权涉及的某项活动需由地方政府某一机构进行，必须先经过地方政府的同意；规定应把 BOT 项目建议通报某些特定的公共机构而且凡是与公众或潜在投资者利益有关的项目建议，须详细公布其内容；规定在 BOT 项目发生意想不到的变化时公共机构应协调它们所采取的措施。

36. 此外，如果几项独立的 BOT 安排的技术上有相互关系时(例如在电信服务方面)，特许权公司或预期的特许权公司之间须进行协调，以期确保所采用的技术办法不发生冲突。为促进此种协调，有时要求在项目协议中包含有适当的协调条款，或规定应向特许权公司提出建议。

5. 信息的公开和保密

37. 一些法律力求平衡下述两方面的利益：政府或公众须能获得有关 BOT 项目的某些信息，但特许权公司需要对信息加以保密。例如，法律规定，有关授予特许权的事实，以及项目协议中的某些条款，必须刊登在某一出版物上或必须向公众公开。有时，对可以查阅文件的人规定了一个限制范围，例如，必须是与该项目有利益关系的人。有些国家规定了特许权的特别登记制度，合同的有效性取决于是否登记在案。另一方面，有些法律对特许权公司不必公开的信息作出保密规定，例如要求有权获得与特许权有关的信息的政府官员必须对此种信息保守机密。

B. 特许权的授予

1. 前提和条件

38. 由于投资费用高昂和必须确保特许权公司的财务可行性，一些法律要求特许权运营公司的资本（自有股本）不得少于全部投资额的一定比例。一些法律规定项目联营集团应全部负责筹集所需资金，或对公共投资限定在总投资额的某一比例之内。

39. 许多法律都列明了特许权公司股份持有人的某些资格标准和其他要求。例如，这种条款明文允许外国人持有特许权公司的股份；对外国股权限制在一定比例之内，其余比例留给国内投资者；禁止与政府有关系的人参与股份（例如政府聘请的专家，政府官员，当选代表及其家属）；规定股份持有人必须公开其与同行业公司的关系；对某些股东例如东道国的市政当局赋予特别优先权，例如选举权方面和发行新股时的优先权；规定股东们应负责编制项目的最终决算，在特许权期满或终止时提交政府审查。

2. 优先照顾国内实体

40. 可以看到，有些条款规定在特许权的授予问题上对国内实体给予优先考虑。有的是在选择特许权公司时给予优先考虑，有的是要求已经选定的特许权公司对国内第三方给予优先考虑。有些法律规定采购机构负有特别义务，必须把特定项目和项目招标之事通报所有可能感兴趣的国内实体周知。此

外，在提出了同样有利的标书的情况下，优先考虑国内实体的标书。有些法律还列入条款，规定对那些承诺雇用国内劳力或承包商或使用国内产品的人提交的标书，给予一定的优先幅度。

41. 确保照顾国内实体的另一方法是要求特许权公司使用国内产品。有时也对雇用国内劳力采用同样优先方针：有些法律规定，在项目的某些阶段，特许权公司必须雇用国内人员。关于从哪一方面来衡量国内实体的问题，各国法律不尽相同，有些注重于股权，有些则着眼于法律地位。

3. 特许权公司的选定

42. 在所分析的各国法律中，一个共同点是含有关于选定特许权公司的条款。一些法律在遴选方法的选择方面给予政府相当大的自由，包括直接与一个或多个设想的特许权公司进行谈判。其他选择方法与《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》所阐述的方法类似，例如招标、限制性招标、两阶段招标、征求建议书。

43. 某些国家的法律规定，原则上必须使用公开招标方法。在特殊情况下，也允许采用公开招标以外的直接谈判方法，例如：如果上一次招标未获结果，或者项目完全从私人来源集资，或者有人主动提出 BOT 安排的建议书。

44. 有关法律一般都一一列出招标书内应予提及的事项和评审投标书时应予考虑的事项。这些事项包括例如：特许权公司收费价格的结构，提价可能性，政府对特许权公司给予或预期给予的补贴，特许权公司经营项目所享有的专有程度，特许权期限，特许权的终止，特许权期满后特许权公司将项目移交给政府。

45. 对于未经征求而主动提出的建议书，有些法律允许与预期的特许权公司直接谈判，另一些法律要求在政府愿意给予所申请的特许权时，按建议书的技术要求举行公开招标。在此种公开招标中，一些法律允许对原来主动提交建议书的投标人给予一定幅度的优先(10%)。给予优先幅度目的在于补偿该投标人主动提出建议书所涉的费用并鼓励提出这种新的建议书。

46. 常常发生这种情况，在选定了为项目筹资的项目联营集团时，运营特许权设施的公司尚未成立。因此，有些法律规定在选定联营集团之后，联营集团有义务在规定期限内建立起该公司（特许权公司）。如果不能在规定期限内建立公司，则政府方面可以把特许权授予另一实体。

47. 看来，除了下文所述以外，各国法律关于选择特许权公司的条款，其所含的政策大体上与《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》所含政策相同。选定特许权公司过程所特有的一个考虑是，编拟 BOT 项目的技术、商业和财务结构，所涉费用特别高昂，正因为如此，对主动提交建议书的候选特许权公司给予一定优先考虑的幅度是合理的。另一个须特别考虑的情况也许是在某一工业部门准备实施好几个 BOT 项目，但该部门范围内很少出现竞争（例如电信、供水、煤气或电力）。在这种情况下，如果政府有意促进那些领域内的竞争，也许应该同时向多个项目联营集团授予特许权，即使对于建议书其他方面的评价显示只应把特许权授予某一个公司。

4. 分包商的选定

48. 对于特许权公司的分包商的选定，可在各国法律中看到下述类型的规定：规定须在投标书内写明将实行分包的工程占多大价值比例；作为一项义务，在授予特许权之前首先选定分包商；写明该项目中至少有多大比例必须把工程分包给并非项目联营集团范围的公司；必须采用竞争性方法，包括采用招标方式选定分包商。有些法律规定应优先考虑分包给实施项目国家的公司（例如采取特别措施通知潜在的国内分包商，或以是否有国内分包商参与项目作为选定特许权运营公司的一条评审标准）。

49. 一个国际融资机构在其关于 BOT 采购方式的准则中规定，如果特许权公司是通过合宜的竞争方法选定的，该特许权公司可以自行选定分包商，但如果并未采用竞争式方法来选定特许权公司，则必须采用竞争式方法来选定分包商。

5. 项目协议

50. 政府与特许权公司之间签订的项目协议应包括有哪些事项，有时也在法律中加以规定。有些国家的法律要求项目协议书明确说明特许权范围内的活动。另一些法律要求项目协议包含有关于财务事项的条款，例如为确保履行项目协议，应向政府提供何种担保以及多大款额的担保，特许权公司从特许权经营活动中赚取利润的权利，特许权公司向政府缴纳特许权费用的义务，确定或调整特许权公司收费价格的标准或方法。有些国家法律还要求在项目协议中明文规定某种程度上的国家监督。

51. 一些国家法律还进一步规定了各当事方的权利和义务, 要求项目协议明文规定下述事项: 质量标准和履约检查, 特许权运营公司对设施作出添加或改进时应得的补偿, 特许权公司不履行项目协议规定的义务时应负的赔偿责任, 包括违反合同时的罚款或损害赔偿, 拖延完成项目的法律后果, 项目协议的修改和修正, 特许权的提前终止和争端的解决。

52. 有些国家法律还要求项目协议规定特许权公司须优先考虑: 雇用国内劳力, 向国内供应商订货, 培训雇用人员, 与环境保护有关的要求, 由法律规定的或由于国家安全和公共秩序而必须保护的领域。

C. 特许权公司的权利和义务

1. 特许权的性质

53. 一些法律中对特许权法律程序和特许权公司权利的性质作出了规定。例如, 有些法律规定, 特许权涉及一种公共服务, 特许权的行使代表国家, 或特许权的行使应符合公共利益。另外, 各国法律一般都规定, 国家仍保留对特许权涉及的所有公共资产的所有权, 而特许权公司只享有占用这些资产的权利。

2. 义务

54. 许多法律中都规定了因项目协议而产生的特许权公司的义务。这些义务主要指按项目协议规定实施项目和尽力提供有关服务的义务。国家法律还可能对特许权经营规定一些更加具体的义务, 如必须购买某种类型的保险, 对完成项目的不同阶段提供保证(例如履约保证书), 在实施项目中利用和转让新技术, 爱护和保护公共财产。

3. 附属收入来源

55. 特许权公司除进行特许权范围内的基本活动外, 也许还能够并且愿意从事其他活动, 以创造更多的收入。例如, 结合修建和经营收费公路的特许权, 特许权公司还可能获准在公路沿线进行土地开发, 建立加油站, 提供汽车维修服务, 出售广告空间, 或经营汽车旅馆、餐馆或商店。这些辅助活动可扩

大特许权经营企业的收入来源并使之多样化,从而抵销特许权公司基本特许权活动收入万一不足以提供合理利润率的风险。有利可图的辅助活动可作为争取政府担保的一种替代手段。

56. 一些国家的法律明文规定,特许权公司只能从事特许权范围内的活动和功能上与核心活动相关的那些活动。有些法律则提到可以准许特许权公司提供辅助服务。在这方面,有些法律规定政府在评价潜在项目联营集团的投标书时,还应考虑到投标者可以提供的辅助服务的数量和规模。一些法律提到,在提供辅助服务方面,可给予或不可给予特许权公司的专属权利。关于特许权公司从事辅助活动,还有一些规定指出,特许权公司不得直接或间接通过合同手段或利用技术规格要求而迫使其核心货物或服务的购买者购买特许权公司的辅助设备或维修服务。

4. 转让、特许分包、财产抵押

57. 各国法律对特许权公司是否可部分或全部转让权利,作出了不同规定。有些法律允许这种转让,但通常要求事先得到政府的核准,而有些法律则一律禁止任何形式的转让。允许转让的法律在規定上也不完全相同。有些国家的法律允许特许权的完全转让,包括与特许权有关的所有权利,而有些国家的法律则允许一些权利的部分转让。

58. 同样,关于特许权公司是否可进行特许分包,各国的法律也不完全一致。有些法律对于任何特许分包均要求事先获得政府的核准,有些则明文否定这种可能性。

59. 有些法律允许特许权公司把特许权所涉资产和房舍作为特许权公司履约义务的抵押品。在这类情况下,有些法律则要求这些资产和房舍继续用于特许权目的。

D. 政府的义务和承诺

1. 财政鼓励和保证

60. 虽然 BOT 项目的主要目的之一是让政府免于为某个项目调集公共资金,但许多 BOT 项目仍由政府提供某种财政支助。政府提供的鼓励包括补

贴、无息贷款，免除印花税和其他手续费，项目使用的设备减免进口税，或甚至由国家提供某种形式的保险。在一些情况下，政府还提供有限程度的保证。例如，政府可保证项目联营集团有权将 BOT 项目赚取的货币兑换为另一种货币（通常是可自由兑换的货币），或保证充分提供所需兑换的外国货币。政府还可保证有权将项目收益转移到国外，有权把 BOT 项目一定数量的产品或服务出售给某一政府机构（以便确保特许权公司最低限度的收入流量），或保证由于非常和意外情况造成现金流量困难时，提供短期资金贷款或为这种贷款提供担保。政府还可保证偿还项目联营集团的部分贷款，或保证特许权公司向政府供应货物或服务的价款（或向顾客收取的价格由政府加以控制）将足以弥补项目费用并获得合理的利润率。

61. 有些法律并未指明政府可提供哪种保证。这类法律可能仅提及政府可作出保证，或应在项目协议中写明所给予的保证，或在评价潜在特许权公司的报价时，政府将考虑到所要求的政府保证。最后，由于考虑到 BOT 项目不应动用公共资金，所以明显由于这个原因，有些法律完全禁止这类鼓励措施，或将之限制在整个投资或特许经营公司自有资本的一定百分比之内。

2. 保证

62. 除可能的资金保证外，法律还常常规定政府其他种类的保证。例如，有些法律规定，政府将对有关土地、道路和其他辅助公共设施的使用权给予特许权公司优惠待遇；政府将作出合理的努力，建设必要的基础设施（例如公路接线、运输港站），以便 BOT 设施可以顺利运作；或在项目协议中规定将保持某种条件，一旦这些条件改变，特许权公司有权获得补偿，有权调整其报酬或甚至有权终止项目协议。另外，还有些规定类似于投资保护条约中通常的规定，包括保证尊重私人财产和确保在收回特许权时由政府特定部门决定给予公正的补偿。

3. 税收

63. 一些立法对 BOT 项目规定了优惠的税收待遇，有的在条文中作出直接规定，有的规定经特定部门核准后可给予这种待遇。各国税收优惠的种类不完全相同，可能包括下列任何一项或数项：所得税优惠，它可能跨越项目的

各个阶段（例如，在赢利第一年后一段时间内优惠比例最高，然后逐年递减）；对汇往国外的利润如果规定有特别征税，则实行优惠的税率；对 BOT 设施生产的货物或服务给予营业税优惠，免除海关条例的某些限制。

E. 特许权项目的运营

1. 定价和提价

64. 鉴于特许权公司经营的设施常常享有一定程度的垄断，所以许多法律都直接或间接地提到特许权公司的收费价格问题。有些法律本身不提及价格调整政策，而是将这个问题留给项目协议去处理。但是有些法律则对特许权公司收费的价格规定了某种管制制度，由政府或某个管理机构来定价，如果由特许权公司定价，则需事先得到政府的核准。最后，有些法律涉及具体项目或对特许权领域作了狭窄的规定，这些法律有时允许特许权公司确定其认为合理的价格。

65. 政府对定价和提价的管制有不同的规则。有些法律仅仅指出价格必须公正、合理或公平。有些法律则进一步规定一些标准，例如，价格不得超过收回投资和支付费用后获得合理利润所需的限度；价格可以调整，以便重新达到合同最初的经济和财务平衡；价格应与某个价格指数相挂钩；应采用一些标准化的质量管理标准（例如国际标准组织制定的那些标准）来衡量履约的质量。有些法律还提及社会利益作为一项标准。另外，有些法律还规定在特许权公司的利润高于原先确定的投资回报率时可以降价。一些法律对提价的次数作了限制（例如一年一次）。

66. 一些法律规定特许权公司有义务把价格和价格的变动公布周知，并规定特许权公司有义务遵守公布的价格。另外，有些法律规定在价格方面（以及在合同的其他条件方面）对顾客一视同仁。在有些情况下，也允许对特定类别的顾客实行不同的待遇。如果特许权公司供应不同种类的货物或服务，法律还规定可以实行“内部补贴”，即可以在某个方面降价，在某个别的方面适当提价。有一项法律规定，如果政府制定的价格低于合同规定的水平（例如出于某种社会考虑），国家将弥补差价。一项法律对调解作出了规定，并指定了调解工作组的构成和调解程序，以便于政府与特许权公司就价格达成一致。

2. 对项目实施的监督

67. 一些国家的法律常常规定政府对特许安排可以实行某种程度的管制和监督，但具体的管制和监督机制则可能根据具体情况而有很大的差别。有些法律仅仅要求项目协议必须规定由政府实行某种管制。有些法律则规定了政府的一项总的监督权，甚至还列出了各种具体的权利，例如查阅所有文件和档案的权利，进入特许权公司房地产的权利，或获得特许权公司定期报告的权利。在一些情况下，政府有权根据不同的条件和情况临时承担对项目的管理和经营。有些国家的法律进一步规定，政府在特许权的公司中应占有“过半股权”，以便政府拥有对公司重大决定的否决权，例如关于资本的改变或股份转让的决定。另外，一些法律规定应设立一个单独的机构或特别监察员办公室。

68. 此外，有些法律规定，如果认为原有的计划不充分或如果公共利益需要，政府有权要求对项目作出改动。在这种情况下，一些法律规定对特许权公司增加的费用加以补偿，而有些法律则把这个问题留给项目协议处理或规定特许权公司有权退出合同。

F. 与顾客的关系

69. 一些国家的法律中载有关于顾客问题的具体规定。以下列举一些保护特许权公司顾客的国家法律规定：与各有关当事方缔结合同的义务，不歧视任何用户群体的义务，特许权公司公布其一般条件和价格的义务，要求将一般条件提交主管机构核准的规定，开立顾客要求的收据的义务，建立内部审查程序处理顾客投诉的义务，顾客对特许权公司的活动直接向公共机构投诉的权利，以及根据一些法律的规定，该机构对投诉进行调查和作出决定的义务。

G. 与竞争者的关系

70. 有些法律规定，作为给予特许权的一个条件，特许权公司必须与提供同样或类似服务或商品的竞争者签订协议，并在特许安排中指定协议的具体内容。这类协议可涉及采用同样的技术标准，或例如在电信领域，规定共同使用通信基础设施的义务。

H. 特许权公司的履约情况

1. 违反协议

71. 一些法律仅仅规定由项目协议来处理特许权公司违反协议和违约的后果（特别是支付罚款或清算赔偿金、协议的终止、根据对政府作出的保证，要求支付赔偿）。

72. 除规定由协议处理这些问题外，有些法律还对建设期间的违约和项目经营期间的违约加以区分，举例说明两种违约情况，并根据具体情况规定不同的后果。

73. 有些法律则在述及项目协议的终止时提到违约问题，并举例说明可造成协议终止的各种违约情况（例如，未能筹集到建造设施所需的资金，未编写建造工程开工所需的技术文献，在施工中未遵守技术规定，未能及时完成投资过程，未按照商定的标准维护设施，未向政府提供商定的资料，未达到协议要求的最低限度服务标准，或收费价格高于协议允许的限度）。有些法律规定，只有出现严重违约的情况才可终止项目协议。

74. 有些法律规定，如有任何人因为特许权公司的活动而向政府提出索赔，特许权公司必须对政府作出赔偿。

2. 履约障碍

75. 关于影响到特许权公司履行项目协议的种种情况，各国的法律规定差别很大。有些法律规定，如发生特许权公司无法控制的意外变化而造成特许权公司无法履约，项目协议可以终止。有些法律则规定可延长特许权期限，以便特许权公司有机会适应新的条件。在这种情况下，有些法律规定由国家提供某种形式的财政援助，而有些法律则排除项目协议原先规定以外的任何形式的援助。还有些国家的法律则允许修订项目协议，以便适应情况的变化。

I. 特许权的终止

1. 终止的一般理由

76. 各国法律对终止特许权规定了各种理由。一般来说，各国法律都规定了

下列一种或多种理由：双方同意，特许权期满，死亡，特许权公司解散或破产，政府收回特许权，政府没收或其他形式的充公，政府计划和优先重点的改变，由于公共利益、国防或国家安全的需要，任何当事一方严重违反协议。

77. 一些法律根据终止的理由规定了终止的后果。例如对于破产而言，一些法律规定，有利害关系的第三方（通常是特许权公司的债权人）可以享有所谓“介入”权利，其中可包括有权要求特许权的转让。

2. 延期

78. 特许权期满后是否可以延期，各国的法律有不同的规定。有些法律规定，只有在项目协议明确允许和在特定情况下才能延期。有些国家的法律则一般地允许政府延长特许权期限，但条件是特许权公司没有违反任何主要义务。有些国家的法律对延期的最长期限作了限制，或规定只能延期一次，不公开招标。而有些国家的法律则规定，特许权公司有权以同样的条件获得特许权的延期，或如果当事双方任何一方都未发出终止通知，特许权即可自动延续。

3. 向政府移交设施

79. 所审查的法律都有一个共同的特点，这就是规定在特许权期满时整个项目免费移交给政府，不附带任何债务。另外，有些国家的法律还规定，政府可通过回购方式，以合理的补偿在特许权期满前实行项目移交。

80. 但是对于移交的程序，各国法律有不同的做法。有些国家的法律规定，特许权期满时自动移交，有些国家的法律则要求特许权公司作出某种形式的移交行为。对于应移交哪些资产，各国法律也有不同的规定。有些法律对资产加以区分，凡特许权最初附带的资产应予归还政府，而特许权期间为了项目的运行而购置的资产，特许权公司可以保留，关于哪些资产特许权公司可以要求补偿，有些国家的法律作了区分。

81. 有些国家的法律规定，如果在特许权结束时政府认为保留项目设施不符合国家利益，那么，政府可要求特许权公司完全清除项目设施，费用自理，而不是实行项目设施的移交。

J. 杂项规定

1. 管辖法律

82. 所分析的许多法律中都规定了项目协议的管辖法律。有些法律规定，应适用给予特许权的国家的法律。有些法律则规定，特许权是一项私法协议，应适用合同法，而有些法律则规定，特许权属公法事项，应适用行政法。

83. 有些法律明确允许选择其他国家的法律，亦即不适用给予特许权的国家的法律；有些法律则指出哪些问题将由给予特许权的国家的法律处理，尽管双方就适用法达成了协议（例如关于技术转让、会计、统计、劳资关系、外汇管理、进出口条例、人员居留和旅行条例）。有一项法律还规定，除采用国家法律解决某些问题以外，还可援引国际法的有关原则，而且如果争端的当事各方同意，还可实行衡平法原则。

2. 争端的解决

84. 有些法律指出，项目协议中应包括一项解决争端的条款，但并未进一步指明这一条款的内容。有些法律则规定，凡出现争端均由给予特许权的国家的主管法院解决。还有一些法律明确允许将争端提交仲裁；根据一项法律，只要在招标书中作出规定，便可商定提交仲裁；另一项法律规定，任何仲裁均应在给予特许权的国家进行。还有一些法律规定，应首先努力进行调解，调解不成再诉诸法律程序，作出具有约束力的裁决，解决争端。

五. 结论

85. BOT 交易可以在国家的经济政策中占重要地位。根据许多国家的经验，为了吸引 BOT 项目的投资者，需要颁布关于这类交易的立法。以上第四部分对这些立法进行了简要的介绍。

86. 各国的法律有不同的做法，规定的详细程度和复杂程度也不尽相同。有些国家颁布了关于 BOT 项目的一般立法，有些则颁布了关于各工业部门的具体立法，如发电、港口开发或水处理。在有些国家，还制定了针对具体 BOT 项目的法律。

87. 对于明显类似或相同的问题，各国法律也有不同的规定，这些规定可对国家通过 BOT 项目吸引外资的能力产生影响。法律规定上的这些差别可能来自基本政策的差异；这些政策及其如何以立法形式加以体现，还可能受到法律是否适用于一般 BOT 交易或是否仅局限于特定工业部门 BOT 项目的影响。但是，在一定程度上，各国也会有不同的规定，因为起草法律者没有机会了解其他国家的经验和解决办法，没有可供参照的示范规定，特别是国际上没有统一的规定。

88. 正如上文第 11 - 21 段所述，在 BOT 交易领域开展过工作的组织，其工作着眼点并非就 BOT 项目向各国立法者提供全面的指导。

89. 委员会似可作出这样的判断：最好有一份立法指南，供各国在拟订或更新关于 BOT 项目的立法时作为参考，委员会应编写这一指南。

90. 关于这种指导文件的形式，委员会似宜考虑，编拟工作着眼于为立法者提供指南，阐明立法的目的，考虑实现这些目的可采用的办法，以及讨论各种办法的优缺点。根据工作的进展程度，委员会似宜决定拟定一个示范法是否可行和必要。

91. 如果委员会决定开始进行 BOT 领域的工作，那么，委员会似宜请秘书处在一个专家组的协助下并与在 BOT 安排方面具有专业知识的其他国际组织合作，审查拟定一项协调法律案文的各项问题，并拟订指南章节的初稿供委员会审议。关于工作的范围，委员会似宜考虑，至少开始时工作的方向应是一般性的 BOT 安排，然后在编拟工作中可决定是否增加关于特定工业部门的特别考虑或示范规定。

92. 关于 BOT 合同方面的任何工作，委员会似宜请秘书处继续监测其他组织的工作，如欧洲经济委员会和国际顾问工程师联合会。委员会可根据这些组织的工作，在适当的时候考虑与这些组织的合作形式（例如，由一个工作组审查这些组织的文本草案和有关建议，以便此后提交委员会核可）。委员会还可决定针对政府与特许权公司之间的项目协议中可能特别发生困难的某些合同条款，自己编拟出一份法律指南。

* * *