

中國大陸 BOT 方式立法之研究

鄭 淑 賢

(僑光科技大學財經法律系講師)

摘 要

BOT 有廣義、狹義之分，本文的 BOT 係指廣義的。BOT 之後，又有 PFI，再來又發展出 PPP。中國大陸利用 BOT 方式從事公共建設，已歷經兩波高潮，目前，中國大陸 BOT 方式的規範以《以 BOT 方式吸收外商投資有關問題的通知》和《關於試辦外商投資特許專案審批管理有關問題的通知》為主，但他們有著法律位階較低，條文過於簡略，兩通知內容間或與其他法律間存在矛盾等缺陷。本文針對這些問題加以分析並就 (1) BOT 立法的基本原則；(2) BOT 方式立法模式的選擇；(3) BOT 專案契約的法律性質及其法律適用；(4) BOT 專案契約法律架構的立法模式選擇；(5) 投資產業方向的問題；(6) 規定 BOT 專案契約的主要內容；(7) 特許公司的法律地位；(8) 政府的保證制度；(9) 其他相關的配套法律法規等方面提出建議。

關鍵詞：建造-經營-移交、民間資金主導公共建設提案、公私協力、專案契約、特許權

* * *

壹、前 言

20 世紀 80 年代初民營化浪潮促使許多國家尋求基礎設施建設走向市場的方式，開發中國家迫於財政赤字的壓力，尤期待私人資本參與基礎設施建設。在此背景下，土耳其總理 Targut Ozal 提出 BOT 方式進行基礎建設計畫並加以運用，很快引起世人矚目，隨後有不少開發中國家和已開發國家紛紛採用 BOT 特許權模式建造基礎建設。之後 BOT 在實踐中衍生出許多模式，它們的具體結構成分上有些不同，但在利用非公共機構實現公共職能的基本目標和所遵循的基本原則是一致的。

從上世紀 80 年代中期開始，隨著中國大陸經濟的騰飛，對公共建設需求更為殷切，在此背景下，中國大陸政府開始探索採用 BOT 方式吸引外資參與公共建設。至今，其利用 BOT 方式從事公共建設，已歷經兩波高潮，取得一些成績，但還存在一些問題。目前，中國大陸 BOT 方式的規範還不成體系，且沒有 BOT 專法。現有的一些

法規和規章，有的已不適應 BOT 方式的特點和發展的需要，有的甚至成為 BOT 方式推廣的障礙，須要通盤加以檢討。故參酌他國的法律及實踐經驗結合自己的實踐經驗，訂出一部適合中國大陸的 BOT 專法是有必要的，這也是本文的努力重點。

貳、BOT 方式的內涵

一、BOT 的概念

BOT 是利用私人資本進行傳統由國家從事的公共建設 (Private Participation in Infrastructure, PPI) 的一種方式。^①狹義的 BOT 僅指建造-經營-移交，由公共建設專案所在國政府授予特許權 (concession) 給民間企業，由民間企業承擔專案的建造和經營管理，並從提供該公共建設的服務收益中回收投資及賺取利潤，經營期滿後，專案無償移轉給政府。廣義的 BOT，根據世界銀行「1994 年世界發展報告」，政府特許工程專案至少包括以下三種方式：建設-經營-移交 (BOT)，建設-擁有-經營-移交 (BOOT)，建設-擁有-經營 (BOO)。BOOT 與 BOT 的主要區別，一是所有權的區別：BOT 方式的專案建成後，私人只擁有建成專案的經營權；BOOT 方式，在專案建成之後規定的期限內既有經營權，也有所有權。二是時間上的差別：BOT 方式從專案建成到移交給政府的時間一般比採取 BOOT 方式短。BOO 方式是承包商根據政府賦予的特許權，建設並經營某公共建設，但並沒有義務將此公共建設移交給政府。除以上方式外，實踐中還有一些變化形式在具體結構成分上有些不同。只要有好的構想，很多模式是可以不斷衍生出來的。

2001 年聯合國國際貿易委員會制定的「私人融資公共建設專案法律指南」(UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Projects) 中以「私人融資公共建設專案」(即 Privatized Infrastructure Projects) 取代「建設-經營-移交」(BOT) 的用語，顯示該委員會在該領域的工作範圍涵蓋發展私人融資公用公共建設專案的各類安排，不僅止於 BOT 安排。本文以下所提到的 BOT 原則上也是指廣義的。

二、BOT、PFI 和 PPP

特許權模式在 19 世紀許多國家創辦的一些公用事業都是由私營公司獲得政府的許可或特許權之後提供的。當時建造了許多私人籌資的道路或運河項目，國際項目融資獲得迅速發展。然而在 20 世紀的 30 至 80 年代，基礎設施和其他服務集中由公部門提供反而是國際趨勢，許多國家的憲法甚至將公部門興辦基礎設施事業的優先權視為神聖不可侵犯的。^②在 20 世紀 80 年代開始又出現相反的趨勢，受到現實壓力、經濟、意

註① UNIDO, *UNIDO BOT Guidelines* (Vienna: United Nations Industrial Development Organization, 1996), p. 3.

註② “UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Projects,” *UNCITRAL*, access on February 21, 2009, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>.

識形態、商業化和平民主義動力的影響，使得政府的角色又開始有所轉變。這種疏離政府而親近其他社會機構的趨勢，稱之為民營化，或另一個較少引起爭議的詞—「公私夥伴關係」。^③

在 80 年代民營化的浪潮下，土耳其總理 Turgut Ozal 出於財政赤字壓力提出以 BOT 方式建造、經營基礎設施，被認為是「BOT」一詞的濫觴。BOT 一詞雖新，但有些人認為 BOT 的觀念早在 19 世紀以及 20 世紀初的特許制度即已生根，然另有些人認為 BOT 和以往舊的特許方式顯著不同，主要在於舊的特許方式私部門通常有權自由利用 (exploitation) 項目，政府的參與及控制度是很低的。^④

與此同時，1970 年代的英國，經濟長期低迷，財政問題嚴重，公共服務的品質低落，因此 1979 年上任的首相希爾夫人接掌行政改革與財政再造旗幟，主張政府改革的核心價值是企業精神和競爭，提出將私部門的管理思維引進公共組織，並強調公部門與私部門之互動及合作的重要性，這種改革稱為「新公共管理 (New Public Management, NPM)」運動，而民營化正是新公共管理的一種重要的政策工具。^⑤為延續保守黨的民營化政策，繼任的工黨的梅傑，在 1992 年擴大導入 PFI (Private Finance Initiative, 民間資金主導公共建設提案) 政策，以解決 BOT 模式較適用於自償性案件，難以適用於公益性公共建設之問題。^⑥ PFI 與 BOT 實質上有相當程度的類似，都是指民間參與公共建設，但 PFI 的應用領域較廣，並且更強調民間業者在融資中的主動性和主導性，而 BOT，甚至其他的公私協力類型卻未將資金籌措與調度列為必要條件。在此意義上，BOT 的意涵比 PFI 更廣泛。^⑦

根據資金回收方式的不同與公私部門間的責任分擔等事業特性，大致可將英國 PFI 歸納為下列三種事業類型：^⑧

1. 自立型 (Financially Free-standing Projects)

自立型係指私部門得到特許後，在一定的期間自行籌措資金，計畫、興建與經營公共建設，並藉由向使用者收費來回收該事業的建設或營運成本，特許期屆滿，資產即移轉給公部門。此類型的內涵與狹義 BOT 的內涵是相近的。

註③ 周志忍等譯，E. S. Savas 著，民營化與公私部門的夥伴關係（北京：中國人民大學出版社，2003 年），頁 4-5。

註④ UNIDO, *op. cit.*, p. 3.

註⑤ 林淑馨，「日本型公私協力之析探：以第三部門與 PFI 為例」，國立政治大學公共行政系學報，第 16 期（2005 年 9 月），頁 12；Chung-yuan Chan, "The Challenge of Public Policy in Taiwan: The Governance of the New Right," *National Policy Foundation*, August 8, 2006, p. 1, <http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/095/CL-R-095-024.htm>.

註⑥ 張州男，「從英日看台灣公共建設」，經濟日報，2006 年 2 月 27 日，第 A12 版。

註⑦ 林淑馨，前引文，頁 3；劉憶如、王文宇、黃玉霖，BOT 三贏策略（台北：商鼎財經顧問股份有限公司，2000 年），頁 5。

註⑧ Grahame Allen, "The Private Finance Initiative (PFI)," *House of Commons Library*, December 18, 2001, pp. 1-45, <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>.

2. 購買服務型 (Services sold to the public sector)

購買服務型是指公部門提出公共服務的內涵與標準後，私部門則自行籌資金，計畫、興建與經營公共建設，再由公部門編列預算以對價的方式，購買符合要求的服務，舉凡學校、醫院、監獄、政府行政大樓等較不具自償性的公益型公共建設的興建較適合此種模式。契約結束時，有關資產的所有權或留給承包商，或交回公共部門，取決於原契約的約定。購買服務型是最常見的，或許是因購買服務類型對民間業者而言，只需提供所需之服務，費用則由公部門負擔，民間業者本身所需承受的回收風險較低之故。

3. 合資型 (Joint Ventures)

合資型是指民間業者雖根據使用者所支付的費用來回收投資成本，但因無法完全達到自負盈虧的目標，公部門基於公益的觀點以貼補的方式對其進行各種形式的支援。政府也可能在最初的相關法規方面或直接的金錢補貼作出協助。此類型的個案適合準備期或投資回收期較長的個案，如隧道的興建、新市鎮開發等。

1999 年日本也導入英國 PFI 的運作模式，並致力發展出適合該國的模式。英、日兩國推動 PFI 的背景雖相同，但立意卻有所不同：英國的 PFI 強調有效使用稅金以提升公共建設的品質與效率，視其為行政改革的一環與改革公共事業的作法；而日本的 PFI 則是強調導入整備社會資本的民間資金，以興建預算缺乏的基礎設施，並視其為景氣對策的一環與促進公共事業的作法。^⑨

1997 年，工黨布萊爾執政後，重新檢討 PFI 制度，擴大 PFI 範疇，提出 PPP (Public Private Partnership)，強化與民間合作關係。PPP 通常譯為「公私合夥／合營」或「公私協力」，一般被理解為一集合概念，泛指所有公、私部門共同處理事物之情形。^⑩由於不同國家經濟形態不完全一樣，PPP 發展的程度不同，對於 PPP 有著不同的定義，對於 PPP 的分類也未能一致，但 BOT 和 PFI 都屬於更為廣泛的 PPP 的表現形式。^⑪

參、中國大陸對 BOT 方式的運用

一、兩波 BOT 浪潮

20 世紀 80 年代，中國大陸經濟的快速發展帶動對公共建設的需求，於是政府開始嘗試以 BOT 方式興建公共設施。中國大陸以 BOT 方式吸收外資始於 1985 年廣東深

註⑨ 林淑馨，前引文，頁 3、15-16。

註⑩ Vgl. P. J. Tettinger, "Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership," *Die Öffentliche Verwaltung* (1996), p. 764, <http://www.doev.de>，轉引自詹鎮榮，「論民營化類型中之『公私協力』」，民營化法與管制革新（台北：元照，2005 年），頁 10。

註⑪ 王守清、柯永建編著，特許經營項目融資（北京：清華大學出版社，2008 年），頁 21。

圳沙角 B 電廠的建設，但具體做法上並不規範，也未稱之為 BOT 專案。自 1987 年開始投產發電以來，運轉順利，契約執行情況良好。這一專案的成功使得中國大陸政府的投資觀念有了很大的轉變，對於中國改善和加快公共建設具有重大的意義。這並且是現代世界第一個成功移交的 BOT 專案。之後上海黃浦江延安東路隧道複綫工程、廣州至深圳的高速公路、海南東線高速公路、三亞鳳凰機場等專案也相繼採用 BOT 方式引進外資建設。

1995 年，國家計委、電力部和交通部聯合下發了《關於試辦外商投資特許權專案審批管理有關問題的通知》（以下稱《試辦通知》）作為運作 BOT 專案的規章依據，並且選定了包括廣西來賓電廠二期工程在內的幾個專案作為 BOT 試點，這標誌著中國大陸 BOT 專案進入了規範運作的發展的階段。廣西來賓電廠二期工程採用 BOT 方式建設，是中國大陸第一個國家級批准的、國際公開競標的 BOT 試點專案，也是第一個允許外國投資者擁有 100% 股權的電廠專案，現已成為中國大陸 BOT 專案的典範。這一專案反映了政府對推行 BOT 的態度，採用了比以往更為高標準的契約，這已經成為中國未來 BOT 專案的參考範本，後來在長沙的第二個正式的 BOT 電廠專案和在成都的第一個正式污水處理專案都採用類似的契約結構。至 20 世紀末，第一次 BOT 熱潮漸趨平靜。

隨著 2003 年開始實施的《北京市城市公共建設特許經營辦法》和建設部於 2004 年開始實施的《市政公用事業特許經營管理辦法》，BOT 或 PPP 方式進一步得到廣泛採用，僅在北京，奧運場館中的數個，以及不少到 2008 年總投資達 4,300 多億的公共建設專案，都是以專案法人招標（特許經營）的方式進行的，例如 2003 年北京奧運競賽主會場—國家主體育場（鳥巢）專案、2004 年底北京一莊天然氣專案、2005 年初北京地鐵四號線和北苑污水處理廠專案。^⑫ 2005 年《國務院關於鼓勵支援和引導個體私營等非公有制經濟發展的若干意見》更是強調允許非公有資本進入電力、電信、鐵路、民航、石油等壟斷行業，加快完善政府特許經營制度，支持非公有資本參與各類公用事業和公共建設的投資、建設和營運。最近各地許多 BOT 專案的簽約和開展顯示，新一波的 BOT 投資浪潮再次開展。^⑬

BOT 在中國大陸常被認為一定是外資項目，這是由於 1995 年國家計委發出的《關於試辦外商投資特許權項目審批管理有關問題的通知》中明確提出了「外商投資特許權項目」這一概念所致。但其實中國大陸也有內資 BOT，第一個案例是泉州刺桐大橋，該橋已於 1996 年 11 月完工通車。^⑭ 2001 年開始，內資 BOT 專案越來越受到重視。隨著近年中國經濟的快速發展，很多民營企業和上市公司積累了大量資金，國內銀行人民幣存款餘額也逐年上升。隨著中國加入世貿組織和進行基礎設施體制改革，

註⑫ 王守清、柯永建編著，前引書，頁 141。

註⑬ 同前註。

註⑭ 莊垂生，「公共物品提供和生產的分權化、市場化與制度設計」，廈門大學政治學與行政學碩士論文（2002 年），頁 3~4。

內資 BOT 專案會有較快的發展。^⑮

二、經驗總結

中國作為一個開發中家國家，其在採用 BOT 投資方式上和已開發國家有一些不同。首先是出發點不盡相同：已開發國家和地區在考慮減輕政府財政負擔的同時，特別重視發揮私部門在基礎設施建設和經營方面能力的特點，提高基礎設施的經營和使用效率；開發中家國家和地區則重在吸引外資，以解決國內基礎設施需求和建設資金不足的矛盾。^⑯其次，實行 BOT 的外部環境不同：已開發國家和地區多實行民主體制，通常有較清廉的政府、較完備的法律體系、較獨立的司法，以及較健全和充足的從事 BOT 的組織機構和專業人才；開發中國家和地區則在以上各方面常較有所不足，但從另一方面言，一黨專政的國家有時也有行政效率較高的優點。

中國大陸政府對 BOT 投資方式的發展，採取先行試點、逐步推廣、宏觀引導、規範發展的總體政策。首先，隨著 BOT 試點專案的完成，國內機構對 BOT 有了較完整的認識，這有助於投資人與政府間的溝通，同時試點專案的契約條款也成為以後 BOT 專案重要的參考框架，使契約談判不再從零開始；其次，國內諮詢機構快速成長，而且許多在國際 BOT 領域已有很高的知名度，它們深刻理解專案情況和投資人的要求，並能作有效溝通，不但提高了工作效率，並且由於不再依賴國外顧問，大大降低了前期工作費用。^⑰

然而由於 BOT 規範的不完善，或由於其涉及眾多的學科和領域，在實際運作過程中也遭遇很多問題。這些問題大都和政府或政府官員的因素有關，也就是說專案所遇到的主要風險就是與政府擔保或承諾相關的政治風險和主權風險，其最為明顯的表現即為政府擔保或承諾的不兌現或不完全兌現，因此特許公司認為政府信用風險是中國大陸 BOT 專案中的最大風險，儘管這風險並不完全由地主國政府所導致，因為還存在著地主國政府所要面對的外部政治風險。^⑱另外，由於缺乏統一的 BOT 法律，各地方在處理 BOT 專案相關問題上基本上各自為政且不規範，也使特許公司承擔著較大的學習成本和較長的適應時間，同時面臨較大的法律風險。^⑲

肆、BOT 方式之法制化

BOT 模式的成功要素很大一部分是仰賴一套健全法制，才能規範、導引及促進

註⑮ 大岳諮詢有限公司編著，*公用事業特許經營與產業化運作*（北京：機械工業出版社，2004年），頁37。

註⑯ 于安，*BOT 項目政府特許協議的法律性質*（北京：法律出版社，1998年），頁16。

註⑰ 大岳諮詢有限公司編著，前引書，頁37~38。

註⑱ 王守清、柯永建編著，前引書，頁141~142。

註⑲ 同前註。

公、私雙方深度的長期合作關係。BOT 專案對私人投資者的吸引力也很大程度上取決於政府如何處理基本的法律議題。

一、BOT 方式的整體法律架構

BOT 的整體法律架構可以分為國際條約、憲法、BOT 特別立法及其他相關配套法律法規。

（一）國際條約

當公共建設涉及外國當事人時，條約就是必須的，例如 1986 年英國和法國政府爲了海峽隧道專案簽訂 Canterbury 條約；馬來西亞和新加坡也爲了第二高速公路簽訂條約。^⑩

（二）憲法

對有意促進私人對公共建設投資的國家而言，必須重新審查現行憲法是否對私人融資公共建設專案的實施有所限制。還須考慮憲法中關於土地或公共建設所有權的規定。有些國家的憲法限制私人擁有土地或某些生產資料，而在有些國家，私人財產受到確認，但憲法宣布所有公共建設或某些類別的公共建設爲國家財產。這種性質的禁止或限制，可能會對執行某些涉及有關公共建設的私人營運或者私人營運及所有權的專案構成障礙。^⑪

（三）BOT 特別立法

各國按其憲法或立法傳統，會針對 BOT 方式作通案立法或針對具體專案作專項立法。另有些國家具有爲公共服務而向私部門授予特許權的固有傳統，不需作上述立法，只要修改現有的法律即足以因應。

（四）其他相關配套法律法規^⑫

1. 授權公共立法。例如土地的取得，公共資產的讓渡，設備支援條例或其他政府投入事項之立法。如何透過立法廢止政府壟斷公共工程或特別補助，以發揮市場競爭機能，引進民間活力，亦是公共立法之重要工作。

2. 擔保方面的立法。必須建構出值得融資者信任之擔保方面的法律，如保留銀行對興建、營運之介入權等。

註⑩ C. Walker & A. J. Smith, *Privatized Infrastructure-The BOT Approach* (London: Thomas Telford, 1999), p. 172.

註⑪ “UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Projects,” *op. cit.*

註⑫ UNIDO, *op. cit.*, pp. 46~55.

3.促進外人投資的立法。通常包括保障兌換外幣的權利、以合理的匯率匯兌的權利、自由匯出外幣的權利、簡化之輸入許可與海關流程、讓與 BOT 專案有關之外籍人士入境的權利、准許外國投資者設立公司及健全之外資稅制等。

4.一般商業立法。一國的商業立法必須能與 BOT 的目標相容，若要能支援 BOT 專案需包含以下要素：保護財產權的法律、保護財產免於被徵收及國有化的權利、保護智慧財產權、契約的可執行性、健全的公司法、租賃及特許的法律、破產法、銀行及保險法、環境法及勞保法。

5.依法以及健全的法律制度保護契約權。確保 BOT 契約的可執行性有很多方式，且不以司法保護途徑為限。非司法保護契約權的方式，如多國贊助方式，來自世界銀行或區域發展銀行之投資或貸款保證，來自工業化國家政府出口信用機構之貸款及／或保證，有很多國際銀行參與聯貸。

二、BOT 方式的立法模式

各國受其立法傳統、法制成熟度等因素影響，對 BOT 採取不同的立法模式，主要有以下四種類型：

（一）適用現有的法律

在法制健全、法律開放程度高的國家，其法律有較強的相容性，利用現有法律制度即足以規範 BOT 方式的法律關係。例如法國實行特許經營制度的法律依據很多，但從法律名稱上看幾乎沒有專門的特許經營制度方面的法律。法國沒有 BOT 專法，只是針對公共工程的特許權進行立法。BOT 模式進行的投資為公共建設投資，屬於公共特許工程，可以直接適用行政法中的公共特許工程法律的制度和原則，這些規則的基本精神或出發點，就是把國家公務委託給私人進行，依此所訂立的契約為行政契約。在美國，就是指政府契約法中的政府採購制度，BOT 方式中的公共建設是政府向私人「購買」的「服務」。不同於一般契約法，政府契約法有著大量的新觀念，大部分是來源於成文法規以及標準條款，只有很有限的部分是源於判例法（court-made law）。^②

（二）BOT 通案立法

採通案立法者，以大陸法系國家居多：

1.菲律賓於 1990 年和 1991 年先後頒布了《授權私營部門對公共建設專案投資、建設、營運、維修以及其他有關規定的法令》和《BOT 執行規則和條令》，這是亞洲第一個 BOT 專法。^③由於其嚴格的規定，未能在電力和通訊部門以外吸引資金，故 1994

註② Charles Tiefer & William A. Shook, *Government Contract Law*, 2nd ed. (North Carolina: Carolina Academic Press, 2004), p. 4.

註③ Van Mejia, "The Philippines Re-Energizes: Privatization of the National Power Corporation and the Red Flag of Political Risk," *Columbia Journal of Asian Law*, Vol. 6 (Spring 2003), p. 362.

年又再修法，主要增加了 BOT 變形的幾種方式，放寬了投資回報率的上限，以及針對 10 億披索以上的項目給予獎勵。^⑤1994 年 8 月，在不同部門有不少專案都已進入了投標或簽約階段。

2.越南於 1993 年通過 BOT 專法以監管 BOT 的程序，但吸收的外資有限。外資的疑慮涵蓋經濟、金融、法律和政治等面向，^⑥但法律障礙的解決可先消除投資者一大半的疑慮。越南 BOT 法至少在下列五點還需做出修訂：保護投資者的專案設施不被徵收或國有化、法律穩定條款的採納、明確規定費率標準、延長 BOT 專案的特許期以及增進資訊的可接近性。^⑦此外，作為一個開發中的非民主國家，越南並無獨立公正的司法，故糾紛解決機制格外重要。越南加入的公約中與 BOT 爭端解決相關的是《解決國家和他國國民間投資爭端的公約（ICSID）》和《承認及執行外國仲裁裁決公約》。越南的 BOT 要求與菲律賓明顯不同在於，外國企業必須成為越南的公司或其他組織才有資格與政府簽約，這似乎不符合 ICSID 中的管轄條件，但依照該公約第二十五條規定，對於具地主國國籍但實際由另一締約國國民控制的法人，不適用國籍標準，而是根據雙方特別約定判定投資者的資格。但依據公約的規定，爭端締約國一方可以要求將首先用盡當地各種行政或司法救濟作為同意提交 ICSID 仲裁的一個條件。^⑧

3.日本於 1986 年通過《運用民營企業活力加速興建特定公共設施臨時措施法》，1999 年首度提出 PFI 模式並制定《關於促進以民間資金之活用進行公共建設等整備之法律》（PFI 法）。^⑨日本 PFI 制度的特色之一，乃為了確保公共性與民主監督，當計畫規模達到一定程度時，政府與民間所簽之契約書尚須經過議會的追認。^⑩根據日本內閣府統計，從 1999 年 PFI 法公布到 2005 年 8 月 1 日止，日本國內共有 205 件公共事業是以 PFI 模式完成的。^⑪

4.台灣於 2000 年時制定了《促進民間參與公共建設條例》（以下稱《促參法》），較先前的《獎勵民間參與交通建設條例》更進一步對不當法規加以鬆綁，^⑫並提供稅捐優惠及營收調節機制等獎勵措施。《促參法》不分內、外資 BOT 統一立法，但就民間

註⑤ Laura A. Malinasky, "Rebuilding With Broken Tools: Build-Operate-Transfer Law in Vietnam," *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 14 (1996), p. 444.

註⑥ 這些疑慮包括：內需市場不足以支援 BOT 專案的花費，土地使用法律缺乏穩定性，以及難以控制的越南官僚等。Laura A. Malinasky, *op. cit.*, p. 448.

註⑦ Laura A. Malinasky, *op. cit.*, p. 448.

註⑧ Laura A. Malinasky, *op. cit.*, p. 458；徐東根主編，*國際金融法律與實務研究*（上海：上海財經大學出版社，2006 年），頁 133。

註⑨ 鄭錫鐸，「法制化與公、私協力的管理——以 BOT 為例」，國立台北大學公共暨政策學系網，2006 年 10 月 3 日，頁 5，<http://www.ntpu.edu.tw/pa/news/94news/attachment/951003/1-4.pdf>。

註⑩ 同前註。

註⑪ 林淑馨，前引文，頁 19。

註⑫ 例如，契約期間明文排除民營公用事業監督條例第十九條運營期間 30 年的限制，並排除民法第四百四十九條租賃期間 20 年、土地法第二十五條及國有財產法第二十八條之限制。另外，放寬公司法民間機構公開發行股票與公司債之相關限制，以及放寬銀行法對金融機構貸放之限制等等。

機構有外國人持股者，經一定核定標準及程序，其持股比例可不受其他法律有關外國人持股比例的限制。關於公共建設的範圍，《促參法》例示規定了13項，此外，將「重大公共建設」的範圍界定權委由相關單位決定。關於BOT特許合約的性質，《促參法》第十二條的立法理由表明其屬民事契約，然而爭議並未因此劃下句點。台灣目前BOT法制化的工程已漸具雛型，但有關環保、收購、移轉方面的規定仍不明確，有待進一步立法或制定相關法規，且缺乏罰則規定，使公、私雙方權利義務失衡，而民間目前普遍對公、私協力有等同官商勾結之刻板印象及誤解，有賴政府與民間推動成功案例，以建立社會信任。

(三) BOT 專案立法

採專案立法者，以英美法系國家居多：

1.英國最著名的專案立法是《海峽隧道法案》(The Channel Tunnel Act)。英法政府為使此計畫順利進行，還特別通過一些協助法案。特許公司享有營運自主權，自主訂定通行費率，但並無最低營收保證。在融資方面，政府完全不涉入，^③由特許公司及金融機構分別承擔風險，符合BOT減輕政府財政負擔及風險分擔精神。然而特許公司仍實際承擔了部分應由政府、承包商或貸款機構承擔的風險，^④致使收益不如預期，1997年12月英法兩國政府只好將特許公司的特許期由55年延長為99年，但2006年特許公司仍面臨破產危機。^⑤由此可見，公平合理的風險分擔是BOT專案成功的關鍵之一。

2.香港的專案立法，如1986年的《東港隧道條例》。流程是先評選出得標人並經行政局批准後，草擬BOT法例及特許合約，交由立法局三讀通過後再行簽約，^⑥此與日本的先簽約再經議會追認有所不同，但借此程序控管合約內容，避免遭受圖利廠商指控的用意則屬相同。在此案中，香港政府不作財務擔保，但參與5%的股權，另有多項配合措施，例如負責土地的取得，建造交流道及建造隧道聯外道路之引道，對於隧道使用者免稅。截至2005年度，東港隧道累積盈餘30億港幣。1986至2005年終，內部股本回報率為10.5%。^⑦總的來看，香港東港隧道專案進展順利，如期完工並投入使用。專營權屆滿歸還政府後，政府還可獲得可觀的隧道費收入。

3.澳洲的專案立法，如《雪梨海底隧道專營條例》(Sydney Harbour Tunnel Act

註③ 政府雖不提供財務擔保，但英國鐵路公司和法國鐵路公司都和特許公司簽訂長期使用契約，支持交通流量預估的達成。而此兩家公司皆由英法政府出資或補助，因此特許公司實際上獲得政府的間接財務支持。參見行政院研究發展考核委員會，〈從高速鐵路及國際金融大樓兩案之經驗檢討我國BOT制度之設計〉（台北：行政院研究發展考核委員會，2000年），頁101。

註④ 這些風險包括專案唯一性、行政機關審批延誤、成本超支、融資增加、工期延誤等。

註⑤ 劉憶如、王文字、黃玉霖，前引書，頁62-63。

註⑥ 行政院研究發展考核委員會，前引書，頁43。

註⑦ 王坤、王澤森，「BOT在香港隧道項目中的應用：經驗與教訓」，〈國際經貿探索〉（廣州），第9期（2007年），頁3，http://qkzz.net/magazine/1002-0594/2007/09/1804248_2.htm。

1987)。此案財務安排的特色在於其借款資金來源排除了一般銀行聯貸模式，而以政府優惠貸款及公債之發行代之。此外，政府更對其營運期之收入給予最低營收保證但限利，但特許公司並無營運自主權（此點正好與英法海峽隧道相反）；相對地，利率、匯率、成本超支及完工風險等各項風險，則由特許公司承擔。計劃完工後至今的營運狀況顯示其為一成功的財務投資計劃，亦為一成功的 BOT 個案，關鍵因素在於特許公司的權利和風險較相稱。^③

（四）制定法規與管理辦法等政策性文件

這主要產生於法制不完熟的國家，因為專門立法或可能會對現有立法造成衝擊或欠缺相關立法的經驗而遲未能出台，一些職司部門只好就 BOT 的某個或某些問題制定法規或管理辦法。等一些具體的 BOT 專案完成時，再總結經驗作下一階段法規或管理辦法的修訂，或是立法，例如中國大陸和巴基斯坦。^④另外澳洲除前述的專案立法外，澳洲新南威爾士州政府於 1989 年發布了規範專案融資的政策性文件「PFP 指南」（Privately Financed Projects Guidelines），2006 年時加以修訂並且還發布了補充該指南的「商業原則」（Commercial Principles）。該指南從專案融資的規劃、選項、立項、前期開發、審批、招投標、政府各部門協調、專案執行管理、專案管理風險、專案管理結構、契約問題、政府採購、審計等方面作了全面而細緻的規定。而「商業原則」則是把風險分類並規定了必要的應對措施和標準。

比較通案立法及專案立法，前者符合立法經濟原則，但為保持條文之彈性，以適應各種不同性質的專案與部門，從而法律僅能作原則性的規定，在多數時刻只能依賴主管機關的判斷及執行能力，故透過作業準則及各項合約來因應個案之需求作補充規定，亦顯得更為重要；而後者雖不符立法經濟原則，但可因案制宜，減輕行政機關許多負擔。^⑤

隨著 BOT 方式在世界的影響，聯合國國際貿易委員會於 2001 年編定了「國際貿易委員會私人融資基礎專案法律指南」（UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Projects），在 2003 年又編定了「國際貿易委員會私人融資基礎專案示範法」（UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Projects）以供各國參考。但無論何者都不應被視為是嚴格和不可變動的。公共建設發展是一個動態的過程，並且 BOT 方式在各個國家已經演進適應其計畫的需要。各國應該在其個別實踐經驗的基礎上參考這些資料。

註③ 劉憶如、王文宇、黃玉霖，前引書，頁 64。

註④ 李聖敬、趙雲剛、樊曉娟，外商新型投資律師事務（北京：法律出版社，2003 年），頁 199。

註⑤ 行政院研究發展考核委員會，前引書，頁 109。

伍、中國大陸 BOT 方式的規範現狀及其障礙

一、中國大陸 BOT 方式的規範現狀

中國大陸目前尚未定有 BOT 的專法，實踐中指導 BOT 專案試點工作的主要是對外貿易經濟合作部於 1995 年發布的《以 BOT 方式吸收外商投資有關問題的通知》（以下稱《外經貿部通知》）和國家計委、電力部、交通部於 1995 年聯合下發的《關於試辦外商投資特許專案審批管理有關問題的通知》，以及交通部《公路經營權有償轉讓管理辦法》。此外，國家計委、國家外匯管理局發布的《關於借用長期國外貸款實行總量控制下的全口徑管理的範圍和辦法》也適用於 BOT 專案；BOT 專案融資必須符合 2002 年國務院發布的《指導外商投資方向規定》和 2007 年國家發改委和商務部聯合頒布的《外商投資產業指導目錄》以及 1997 年國家計委、國家外匯管理局頒布的《境外進行專案融資的管理辦法》等。這些行政法規和規章構成了中國大陸 BOT 方式的規範框架。當然，最主要的還是前面兩個通知，其要點如下：^④

1.關於特許公司的審批機關及審批許可權：沿海地區投資總額超過 3,000 萬美元的專案與內陸地區投資總額 1,000 萬美元以上的專案仍由中國大陸中央政府審批，其中專案建議書、可行性研究報告國家計委審批，特許公司契約、章程報外經貿部審批。

2.關於 BOT 試點專案的範圍：原則是國家中長期規劃內的專案，在試點期內，暫定範圍為建設規模為 2×30 萬千瓦以上火力發電廠，25 萬千瓦以下水力發電廠，30-80 公里高等級公路、1,000 米以上獨立橋樑和獨立隧道及城市供水系統。

3.BOT 投資方式要納入中國有關外商投資企業法律和審批體制：外商可以合作、合資、獨資的方式建立 BOT 特許公司並根據其性質確定所適用的法律。至於特許公司與政府簽訂的 BOT 專案契約則按政府有關規定辦理。

4.政府不提供固定投資回報率的保證，在特許期內，如受政策調整因素影響使特許公司受到重大經濟損失，允許特許公司合理提高收費標準或延長特許公司的特許期。

5.政府機構一般不應對專案做任何形式的擔保或承諾，如專案確需擔保，必須事先徵得有關主管部門的同意，方可對外作出承諾。特許公司要承擔投融資、建造、採購、營運、維護等方面的風險。

6.規定了專案契約雙方的權利義務關係：政府部門具有對特許權專案監督、檢查、審計以及如發現特許公司有不符合專案契約規定的行為，予以糾正並依法處罰的權力。特許公司擁有特許權、專案設施的所有權，以及為特許權專案進行投融資、工

註④ 王海峰，「我國 BOT 模式的立法現狀及主要法律障礙」，中國人民大學書報資料中心主編，*經濟法學、勞動法學*（北京：中國人民大學書報資料中心，1998 年），頁 69~70；吳萱，「外商投資 BOT 特許協定法律問題研究」，廈門大學法學院碩士論文（2001 年），頁 39。

程設計、施工建設、設備採購、營運管理和合理收費的權利，並承擔對特許權專案的設施進行維修保養的義務。

7.對於以 BOT 方式參與中國公共建設的外國投資者，為了保障外商的利益，賦予外商在沿線開發房地產的經營權。

8.BOT 投資方式必須符合產業政策，對採用 BOT 專案融資方式借用的國外貸款實行全口徑管理。在國家利用外資計畫的同意指導下，對 BOT 專案融資實行指導性計畫管理，凡採用此方式籌集資金的專案，均須報國家發展計畫委員會審批。

9.BOT 特許公司享有現行關於三資企業的優惠政策，特別是在稅收、土地使用、外匯管理等方面給予外國投資者優惠政策的法律、法規。

10.BOT 投資方式適用中國大陸承認和參加的有關投資的國際法規範，如《國際貨幣基金組織協定》、《貸款協定和擔保協定通則》等以及國際慣例。

二、中國大陸 BOT 現行規範的障礙

上述行政法規和規章對中國大陸進行 BOT 專案建設提供了一定的保障以及指導作用，但隨著 BOT 方式的不斷完善和發展，兩個通知已遠不能滿足需要，其主要障礙如下：(1) 法律位階太低且不全面。《試辦通知》中只考慮了交通、能源部門的公共建設，沒有對其他產業做出規範。而《外經貿部通知》則主要是針對專案的招商和審批，沒有涉及其他的內容。其次，兩通知皆屬於行政機關的規章，位階較低，若與其他法律不協調，其效力必將受到挫傷，同時這也不利於政府對 BOT 專案統一管理。

(2) 條文過於簡略，存在許多空白。兩通知的條文數量少，且僅對 BOT 的定義、特許公司的設立方式、審批程序以及政府保證等問題作了原則性規定，缺乏實際操作性，對諸如 BOT 法律關係中政府行為的性質、專案契約的調整、政府特許的形式、政府擔保的範圍、專案參與方的風險分擔、特許公司的證券融資、貸款人的追索權範圍、經營期限、專案移交的內容和程序、依附於公共建設的公共事務管理權等內容均未涉及。(3) 兩通知內容間或與其他法律間存在矛盾。具體而言，中國大陸現行 BOT 規範有如下問題：^④

(一) BOT 方式中應否移轉專案設施所有權問題

《外經貿部通知》將 BOT 定為建設—營運—移交的狹義 BOT 方式，不包括移交專案設施的所有權，而《試辦通知》卻規定，在特許期內特許公司擁有專案設施所有權，顯然是建設—擁有一經營—移交 (BOOT) 方式。針對 BOT 專案所有權問題，一種觀點認為，在特許期內，由特許公司擁有 BOT 專案設施所有權，將有利於 BOT 專案的營運、維護和管理，增強外商投資者的信心，更有利於吸收外資。另一種觀點認

註④ 參見吳萱，前引文，頁 39~40；王靜波，「我國採用 BOT 方式的法律障礙及其思考」，廈門大學法學院碩士論文（2002 年），頁 10~12；佟昭，「BOT 投資模式及立法研究」，大連海事大學法學院碩士論文（2000 年），頁 23~24。

爲，特許公司只有經營權，所有權是政府的。因爲在特許期內將專案設施所有權賦予特許公司，將存在一些潛在危險，如在專案設施上設定抵押權，導致特許期滿後專案設施移交的困難。

（二）擔保問題

《外經貿部通知》第三條明確規定：「政府機構一般不應對專案做任何形式的擔保或承諾。如專案確需擔保，必須事先徵得國家有關主管部門的同意，方可對外做出承諾。」這一條款前段強調政府不做任何形式的擔保或承諾，但在後段卻規定如專案確需擔保，經主管部門同意可以做出承諾。如何認定專案確需擔保的條件？政府可做出的承諾範圍爲何？在實踐中如何操作，均不明確。而《試辦通知》第三條則規定「……對於特許公司償還本金、利息和紅利匯出所需要外匯，國家保證兌換和匯出境外。……政府不提供固定投資回報率的保證，國內金融機構和非金融機構也不爲其融資提供擔保。」兩通知對於外匯擔保問題的條款內容相互矛盾，政府在 BOT 的談判中將無所適從。1995 年通過的《擔保法》第八條規定，「國家機關不得爲保證人，但經國務院批准爲使用外國政府或者國際經濟組織貸款進行轉貸的除外」。按此規定，政府就無法對 BOT 專案作出擔保。BOT 專案貸款的一個特點就是無追索權或有限追索權，故政府不對特許公司做貸款擔保是合理的。然而《外經貿部通知》和《擔保法》對政府的一些非民法意義上的擔保，如外匯兌換、不競爭、經營期及後勤供應擔保等也作出了限制性規定，既不符合國際慣例，也爲 BOT 專案的操作帶來了阻礙。

1. 投資回報保證方面

關於投資回報保證，地方性法規與國家規定相互矛盾。《試辦通知》規定政府不提供固定投資回報率的保證，《外經貿部通知》也規定政府機構一般不應對專案做任何形式的擔保或承諾，《擔保法》也把政府擔保的可能性全部排除。但《上海市延安東路隧道專營管理辦法》卻規定，外方投資者在專營期內可以從特許公司取得 15% 的投資回報率，當達不到此標準時，由中方投資者或上海市城市建設投資開發總公司給予補償。當外方投資者獲得利潤高於 15% 時，超出部分的金額在償還前述補償費後，全部上繳上海市城市建設投資開發總公司。

2. 外匯兌換及匯出方面

中國大陸雖已實現經常項目下的人民幣自由兌換，但資本項目下人民幣尚不能自由兌換。雖然《試辦通知》規定，對於特許公司償還貸款本金、利息、紅利匯出所需外匯，國家保證兌換和匯出境外，但《外經貿部通知》規定政府機構一般不應對外匯兌換擔保。兩者相互矛盾使外商無所適從。

3. 稅收優惠方面

中國大陸目前尚未對 BOT 專案的稅收作出規定，而是適用外商投資企業的稅收法律制度。但中國《外商投資企業和外國企業所得稅法》對從事基礎建設的外資專案規定了特殊的稅收減免等，屬於產業型稅收優惠，是「補貼與反補貼協議」（簡稱「SCM

協議」)中規定的可申訴補貼,可能招致反補貼指控。

4.政府保證的性質和效力未作特別規定

現有法律和規章對擔保的效力並未作特別規定,所以政府即使給予保證,一旦發生爭端,政府也不承擔法律責任,因此,對投資者而言仍具有相當大的不確定性。更何況中國大陸政府為避免承擔國際責任,原則上不直接和外國投資者締結契約,通常由政府所屬的專營國有公司負責和特許公司簽約給予利益保證。

(三) BOT 專案主體資格的問題

依《試辦通知》第八條規定,「專案契約經國家計委批准後,授權省(區、市)政府或行業部門與特許公司簽署」,專案中的一方當事人顯然是政府部門,然而依《中外合資、合作經營企業法》的規定,政府部門不能作為合營企業中方當事人。中國大陸之 BOT 案多為外資 BOT,但其法律沒有明確規定政府可以直接與外國投資者締結契約,實際上往往由擁有某一方面專營權的國有公司負責與外國投資者商定、締結契約,給予利益保證。然一旦政府保證發生問題,國有公司並無法解決,也難以承擔責任。這種作法雖避免了所謂「國家責任」,但卻由於沒有政府明確地介入,使得投資方有所疑慮,造成了一些 BOT 專案談判只開花不結果。由於對政府商事行為性質認識不清所致,沒有明確以法律規定政府只是契約一方平等當事人,在有些專案中,政府自己違反契約或擔保時主張主權豁免以迴避責任,會造成投資方的不信任。^④政府角色的不穩定勢必造成投資方本應依據契約享有的正當權益無法有效保障,從而嚴重挫傷了投資者的積極性,影響了 BOT 的利用率。

(四) BOT 特許公司組織形式的問題

一般外商投資企業受中國大陸《公司法》以及外商投資企業法律等規範,但由於 BOT 特許公司組織形式的特殊性,其通行的做法便與現有法律產生衝突。

1.特許公司設立程序方面

特許公司成立時是採取「先登記、後出資」的做法,這符合《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、《外資經營企業法》的規定,但不符合《公司法》「先出資、後登記」的規定。同時,外經貿部 1995 年《關於設立外商投資股份有限公司若干問題的暫行規定》對外商投資股份有限公司的成立作了「先出資、後登記」的規定,這與《公司法》的規定一致,卻不符合特許公司的習慣做法。

2.特許公司融資方面

(1) BOT 股債比例懸殊的特點不符合國家工商行政管理局 1987 年發布的《關於中外合資經營企業註冊資本與投資總額比例的暫行規定》第三條所規定股債比例從 7:10 到 1:3 的要求。若按該規定來制約特許公司,必然會成為其融資的法律障礙。

註④ 李聖敬、趙雲剛、樊曉娟,前引書,頁 252~253。

(2) 根據《股票發行與交易管理暫行條例》及《公司法》的相關規定，特許公司只有以股份有限公司的形式設立才能發行股票和債券，但股份有限公司設立條件較嚴、程序較複雜，這限制了特許公司的籌資和 BOT 的發展。(3) 如果專案發起人設立股份有限公司，申請發行境內上市外資股時將受到發起人認購的股本總額、出資額、公司淨資產及目前營利狀況等條件的限制。(4) 中國人民銀行《關於中國境內機構在境外發行債券的管理規定》規定債券發行主體應有中長期商業借款指標。如果特許公司未能申請到此項指標，對外發行債券將受影響。(5) 1997 年國家計委、外匯管理局《境外進行專案融資管理暫行辦法》，以及《試辦通知》都規定境內機構不得為 BOT 專案提供融資擔保。

3. BOT 專案契約生效程序方面

以 BOT 方式進行投資的專案契約必須先報經國家計委批准後，授權地方政府或交主管部門同和特許公司簽署生效，即先審批後簽署的程序。而根據外商投資企業法律規定，外商投資企業的契約是先經合營或合作方簽署，而後經國家外經委或其授權機構審批後生效，即先簽署後審批的程序。

(五) 投資產業方向的問題

《外商投資產業指導目錄》(以下簡稱《目錄》)和《試辦通知》決定外資 BOT 投資產業的方向，而 2005 年的《國務院關於鼓勵支援和引導個體私營等非公有制經濟發展的若干意見》則是強調允許國內非公有資本進入電力、電信、鐵路、民航、石油等壟斷行業。《試辦通知》規定特許權試點專案原則是政府中長期規劃內的專案，其規範的 BOT 範圍基本上涵蓋在《目錄》的鼓勵類內。2007 年修訂了《目錄》，在「軌道交通運輸設備」這一大項，外資的範圍可延伸至更廣泛的從設計、製造、配套產品生產以至維護維修領域，然而這些投資限於合作、合資或中方控股。^④《目錄》鼓勵類中的基礎產業，一方面受到政府的鼓勵，但另一方面又不許外商獨資或要求中方國有資產占主導地位和控股。

(六) 現有外資法律法規未涵蓋 BOT 投資方式的內容

從外資法體系三個層次來看，均未包含 BOT 投資方式的內容：^⑤

1. 憲法將中方主體限定在「企業或其他經濟組織」的範圍，沒有確定由政府作為一方當事人的 BOT 專案契約在中國大陸外資法律體系中的地位。

2. 國家單行法中與外商投資有關的法律包括下列二大類：(1) 針對外資投資方式及其企業形式的專門立法，沒有包括特許權投資；(2) 有關政府管理外商投資的立

註④ 「外商投資產業指導目錄比較分析」，華稅律師，檢索日期 2009 年 2 月 2 日，<http://blog.taxlawyer.com.cn/html/98/698-463.html>。

註⑤ 謝嵐，「政府介入與 BOT 特許協議專項立法初探」，法律評論（北京），第 4 期（1999 年），頁 87。

法，包括涉外稅收、海關、外匯管理、勞動管理、進出口管理、技術引進等與外商投資活動相配套的法律、法規以及民事訴訟法、行政訴訟法等有關立法中涉及外商投資的規定。這類法律不調整政府作為一方當事人的契約關係，並且部分法律法規還構成政府介入 BOT 專案契約的障礙，因此也缺少適用於 BOT 專案契約的法律。

3.第三類地方性法規主要是外資和外資管理方面的規定，沒有規範特許權投資的專門立法。

在國際協定方面，雖然許多中外雙邊投資保護協定都將特許權投資納入協定的「投資定義條款」作為受協定保護的一種投資方式，但對諸如中國大陸政府與外商在專案契約下的權利義務等具體問題都沒有作出明確的規定。

陸、中國大陸 BOT 方式法制之建構

由於中國現有的法律、法規、規章尚不能滿足 BOT 方式所需求的法律條件，同時，由於專案契約在性質和法律地位上的特殊性，中國大陸就 BOT 專門立法是非常必要的。以 BOT 專法為中心，制定或修改其他相關的配套法律、細則和規章等，形成完整的 BOT 運作的法律體系。根據中國目前情況，BOT 方式立法應注意以下各點：

（一）明確 BOT 方式的立法目的以及基本原則

BOT 方式立法的直接目的是解決基礎設施建設資金和技術不足問題以及政府和民間投資人在 BOT 專案的簽約和履約過程中的權義衝突，以實現國民經濟的發展以及社會整體利益的平衡，並最終增進社會公共利益的最大化。BOT 方式立法的目標設定與價值定位應始終以促進社會公共利益最大化為中心。另外立法時還須注意以下基本原則：

1.平等互利原則

政府在 BOT 專案中的地位和作用具有雙重性的，須避免在立法時過於強調政府職能管理的一面，忽略其市場經濟參與者的身分。是故，法律須作出對政府和投資人雙方法律地位相對平等，權利義務平衡的設計。政府為維護公益雖享有一些特權，但須以依法行政為基礎。各方利益有效調和有利於吸引私人資本的投入，也是 BOT 成功的要素之一。

2.遵循國際慣例，與國際接軌

在 BOT 的法律中應納入國際慣例，例如：在 WTO 機制下立法及調整相關 BOT 的法律、法規。中國大陸已加入 WTO，便有義務在法律、法規上與 WTO 規則接軌。如（1）WTO 中最基本的原則就是非歧視待遇中的國民待遇原則。「與貿易有關的投資措施協議」（TRIMS 協定）對外資協定提出了較高的標準，相較之下，中國大陸目前的差別待遇運用範圍較寬。如果不加以調整，將可能會被裁決與有關規則不符；（2）《外商投資企業及外國企業所得稅法》對從事公共建設的外資專案規定了特殊的稅收等優

惠，這屬於產業型稅收減免優惠，是「補貼與反補貼協議」中規定的可申訴補貼，可能招致反補貼指控。在 BOT 方式中，優惠政策又必不可少，因此為避免反補貼指控，應調整稅收減免優惠措施，增加不可申訴補貼形式。^{④⑥}

3. 統一內、外資 BOT 規定

中國大陸目前採用 BOT 多在吸收外資，但隨著其經濟的快速發展，內資 BOT 比例必將逐步升高。BOT 方式的特殊性使得國內外投資者共同面臨許多法律障礙，故有必要在 BOT 立法中對國內外投資者遇到的共性問題作出統一規定，減少國內外投資者的差別待遇，避免重複立法，增強立法的前瞻性。

4. 統一立法，明確中央和地方立法的規範對象

由於立法權分散，致有法出多門以及越權立法的現象，使得法規之間或和其他法律之間產生了諸多矛盾。故應統一 BOT 立法，明確中央和地方立法的規範對象。由於中國地域遼闊，各省市發展差異性頗大，在統一立法時，也應保留地方政府以行政規章的形式，對個別專案作專門的調整，以因地制宜。^{④⑦}

（二）BOT 方式立法模式的選擇

前述幾種 BOT 立法模式，第一種適用現有法律的模式，適合法制健全，對私有財產權、經營權保護比較完善的國家。第三種專案立法，在對諸多的 BOT 相關問題認識尚未統一的情況下，對 BOT 作專案立法只會加劇各機關和各地方對 BOT 方式理解的分歧，不利於 BOT 方式的規範化。專案立法應只是在良好的法律背景下，針對 BOT 投資中個別的特殊問題所作的一種補缺。當前中國大陸的法律和金融環境存在許多與 BOT 發展的矛盾之處，所以以通案立法的方式是較適合的，並且這也較符合大陸法系國家通例。此外，通案立法還有著便於投資者瞭解中國大陸的法律，使政府的鼓勵措施法律化，能表明政府對 BOT 專案的積極態度等優點。

（三）明定 BOT 專案契約的法律性質及其法律適用

應先明確 BOT 專案政府特許行為的法律性質，然後再決定適用的法律。專案契約是根據地主國的法律，並經其政府依法定程序審查批准成立的，因此是國內法契約。此外，專案契約有民事和行政契約之爭，其實，既有縱向的組織管理因素，又有橫向的平等因素，民商法的適用只應是被限縮，而不應是被排除。^{④⑧}當然，這還涉及立法價值的選擇問題。若是如同法國作出行政契約的價值選擇，則因中國大陸目前的法律並未規定行政契約的法律適用問題，所以此時 BOT 立法應明確規定 BOT 專案契約作為

註④⑥ 屈廣清、陳小雲，「我國 BOT 的立法及其完善」，貴州警官職業學校學報（貴州），第 4 期（2002 年），頁 7-8。

註④⑦ 李聖敬、趙雲剛、樊曉娟，前引書，頁 263-265。

註④⑧ 史際春，「合同的異化與異化的合同」，史際春主編，探究經濟和法互動的真諦（北京：法律出版社，2002 年），頁 452。

行政契約的法律適用問題，否則將缺乏可操作性。

（四）BOT 專案契約法律架構的立法模式選擇

有關 BOT 專案契約法律架構的立法模式有下列三者：（1）開放契約（Open Agreement）模式；（2）受限契約（Narrow Agreement）模式；（3）介於開放及受限契約之間的混合類型，各有利弊得失。^④此外，政府也可針對各 BOT 公共建設部門，先行核定為個案量身訂作的各有關條款，制定出各種模範或制式的合約，中國大陸目前正是依此方式運作。未來不論採何種立法模式，仍可與此種方式搭配制定合約，且越是開放的合約模式，就越需要與此種方式搭配。法律架構可以引導合約的制定，反之，現有的一些模範合約也對立法有參考的作用。專案契約非一成不變，在某程度內，專案契約仍會隨著經驗累積、新型公共建設部門的加入、及採用 BOT 計畫國家的法律傳統及市場狀況而有所變化，但整體而言，契約內容的變化性仍較預期為低，大體上許多相同的條款總是包含在內的，尤其是反映專案契約特有性質的條款。^⑤所以即便採受限合約模式，也不至在短期內發生強烈不適應市場的情形。反而，此種模式的優點——讓主管機關在議約時，可以獲得強大的助力，有助於降低為 BOT 合約結案所需的時間及法務費用的耗費——可以被凸顯。所以筆者贊成採用此種立法模式。

（五）投資產業方向的問題

關於投資產業方向的問題，建議可仿照台灣除採列舉方式外，另外可經主管機關會商有關單位核定，以保持一定彈性。因為公共建設專案的需要會隨著一個國家經濟的發展而變化，保留一定彈性，更有利於 BOT 的發展。

（六）規定 BOT 專案契約的主要內容

1. 明確專案契約的特許權

（1）明確特許權的主體。授權主體為政府機關，取得主體則應包括國內和國外投資者。

（2）規定 BOT 專案的審批機構和審批程序

建立 BOT 主管審批機構，由政府授權其負責 BOT 專案的統一協調管理事宜。審批程序則參照國際上通行的做法，針對招募型（Solicited）專案（採公開招標的方式選定契約相對人）和非招募型（Unsolicited）專案（由符合特定條件的特許公司向主辦機關提出直接委託的書面申請）分別作出規定。

（3）規定特許權的範圍

包括特許期限以及特許公司得興辦建設的範圍及營運之內容以及附屬事業之經營

註④ UNIDO, *op. cit.*, pp. 50~52.

註⑤ UNIDO, *op. cit.*, pp. 226~227.

與土地開發之事項。

2.明確 BOT 專案的融資及其融資管理

在專案契約中應規定特許公司應依所提投資計畫書之內容自行取得所需之融資，主管機關並無義務為特許公司取得融資。其餘有關融資之事項則留待雙方協議後另定之。在立法中須明確以下內容：規定專案的投融資來源、方式、結構、融資的利率水準。經批准的 BOT 特許公司，須具有對外融資的資格。

3.專案的建設

主要規定特許公司或其承包商將如何從事 BOT 專案的建設，包括設計、土地、承包商、施工方法和施工技術、品質保證、工期保證，以及主管機關如何加以監督。此外，為專案契約提供設計變更機制，俾符合專案興建階段所新生的需求，也是必需的。

4.專案的營運及維護

主要規定營運和維護的主體、方式和措施。在某些專案契約中，專案設施的營運及維護規定形成專案契約另一個獨立的主要部分。另外，是由特許公司自行營運，還是委託其他業者負責營運，以及政府對此承包商的選定及該營運維護合約行使同意權的相關基本事宜。

5.收費標準

主要是規定協議雙方將如何確定和同意營運者對設施的收費水準和調整方案、收費計算方法、收費辦法。

6.專案設施的移交

主要規定專案移交的範圍和移交的程序。專案契約關於此部分之規定，首應注意如何使整體系統之營運不受影響，以及主管機關如何取得所有為使系統正常運作所必需之各項財產及權利。

7.明確能源供應及保障

8.明確專案風險分擔原則

風險分擔須因案制宜，故此部分僅須作原則性的規定，但政府可擬訂關於風險分擔的建議原則提供給國內訂約機關參考，^⑤此點可參照澳洲新南威爾士州「PFP 指南」及其補充文件「商業原則」。一般而言，（1）由於專案融資、建造、營運和維護等商業性風險，特許公司須自行承擔；（2）由於國家政策、法律法規的變化使得特許公司遭受風險，政府機關可以透過調整收費標準、延長特許期限（如英法海峽隧道案）或採取其他相應措施予以補償；（3）由於不可抗力帶來的風險，原則上由特許公司以保險等方式自行承擔，其他政府行為產生的不可抗力，可透過協商加以解決。

9.明確 BOT 專案契約的生效、變更、終止及轉讓

10.違約事由及違約責任

在對 BOT 專案契約的當事人的基本權利義務作出規定的基礎上，規定違反有關

註⑤ “UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Projects,” *op. cit.*

BOT 專案契約的事由以及明確雙方法律責任、違約時的責任分擔、免責、責任的賠償手段、損失的計算等。

11. BOT 專案契約的爭端解決

兩個通知中沒有提到 BOT 專案爭端解決的方式和所適用的法律。各國實踐中投資人傾向選擇非司法途徑解決爭端，尤其中國大陸的司法尚不具獨立性，所以在 BOT 立法時也應表現出這一趨勢。和越南一樣，中國大陸也加入了《解決國家和他國國民間投資爭端的公約（ICSID）》和《承認及執行外國仲裁裁決公約》。中國大陸雖未如越南強制外資 BOT 中的特許公司須在中國大陸設立公司始得與政府簽訂專案契約，但實際上特許公司常依地主國法律成立而具有地主國國籍，依前述該公約第二十五條規定，對於具地主國國籍但實際由另一締約國國民控制的法人，不適用國籍標準，而是根據雙方特別約定判定投資者的資格。然依據公約的規定，爭端締約國一方可以要求將首先用盡當地各種行政或司法救濟作為同意提交 ICSID 仲裁的一個條件。

（七）明確規定特許公司的法律地位

明確規定 BOT 特許公司類型可以是中外合作、合資或外商獨資企業，或仿照台灣《促參法》就民間機構有外國人持股者，經一定核定標準及程序，其持股比例可不受其他法律有關外國人持股比例的限制。前述《目錄》鼓勵類中的基礎產業，一方面受到政府的鼓勵，但另一方面又不許外商獨資或要求中方國有資產占主導地位和控股。其實 BOT 不需過分強調此點，因為 BOT 專案設施的使用權和經營權將在一定時期後轉交給政府，而且所有權最終也是國家的。如在這一期間對中方的股權加以規定，甚至要求占主導地位，對政府並無多大助益，卻束縛了投資者的手腳。

特許公司的成立須經政府有關機關的審查批准。特許公司組建時適用「先登記，後出資」的規定較為合適，以保證特許公司出資的安全。對特許公司特許期內的經營權範圍應作出規定，並明確其社會事務管理權，以避免政府其他管理部門對特許公司經營活動的干擾。^⑤

（八）確立政府保證的制度

BOT 政府保證涉及國家責任的問題，所以應對 BOT 政府保證的內涵、效力範圍等作出規定。

1. 明確規定政府保證的效力及合法性，同時排除《擔保法》等法律中有關的禁止性、限制性規定的適用。

2. 政府保證的範圍^⑥

（1）確認某些政府保證的效力及合法性，主要是那些能促進投資者的積極性、保

註⑤ 王新峰，「BOT 項目公司的法律性質分析」，中國經濟網，2009 年 6 月 15 日，<http://big5.ce.cn/gate/big5/blog.ce.cn/html/26/346626-301978.html>。

註⑥ 姚梅鎮主編，國際法概論（武漢：武漢大學出版社，1989 年），頁 403-407。

證對象是投資者不能控制的風險、由政府行為產生的風險等的政府保證，如外匯兌換及匯出保證、不競爭保證等。

(2) 允許政府做出與其承擔的國際義務有關的保證，同時根據條約的規定，明確政府取消承諾的條件與程序。如原則上允許政府對經營期作保證，但須同時明定政府出於公益得提前收回專案的條件、程序及合理的補償標準。

(3) 明文禁止政府作出某些保證。例如：禁止政府為 BOT 專案貸款作還款擔保（正面的例子如香港東港隧道案，負面的例子如台灣高鐵案）；禁止固定投資回報率擔保等。相較於固定投資回報率和自負盈虧方式，浮動回報率（即政府和專案發起人以談判確定投資回報率的上限和下限，收益超過上限部分屬於政府所有，低於下限時由政府補貼，在回報率上下限範圍內的收益都歸特許公司）是較能為雙方所接受的。在實踐中，由於浮動回報率更能調動投資者在評估、投資、建設和經營各方面的積極性，使政府能避免承擔投資者應承擔的商業風險，故澳洲雪梨海峽隧道、中國大陸的廣深高速公路、上海市延安東路隧道均採此制。^④如果法規、政策對其一概否定，並不切實際。當然立法對投資回報率問題只宜作原則性規定，具體還須按個別專案在契約中約定。

（九）制定或修改其他相關的配套法律法規

以 BOT 專法為中心，制定或修改其他相關的配套法律、細則和規章等，形成完整的 BOT 運作的法律體系。最高者如修改憲法將中方主體限定在「企業或其他經濟組織」的規定，確定由政府作為一方當事人的 BOT 專案契約在中國大陸外資法律體系中的地位。細則辦法如制定 BOT 專案移交管理辦法，規範專案設施的維修要求、移交的手續、移交過程中出現問題的解決途徑及意外情況的處理辦法等；建立一套與國際慣例一致的專案評估制度。另外，現有的法律若不抵觸 BOT 特質的，仍可繼續適用，BOT 法沒有必要重複規定。

*

*

*

（收件：98 年 7 月 8 日，第 1 次修正：98 年 10 月 3 日，第 2 次修正：98 年 11 月 5 日，
第 3 次修正：98 年 11 月 13 日，接受：98 年 12 月 7 日）

註 ④ 鄒國勇，「BOT 中的政府保證問題探析」，對外經貿實務（武漢），第 8 期（2004 年），http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=35796。

A Study of the PRC's Legislation on BOT

Shu-hsien Cheng

Lecturer, Financial and Economic Law Department
Overseas Chinese University

Abstract

BOT can be defined either broadly or narrowly. The author here uses the broad meaning. Based on the concept of BOT, PFI and PPP have been developed. PRC has applied BOT to build its infrastructure for years and has reached two peaks. So far the main regulations for the PRC to govern the application of BOT on its infrastructure are the two "Notices." However, they are inferior to law, too simple, and contradictory with each other and with the other related laws from time to time. The author analyzes these issues and provides suggestion on (1) the basic principles of BOT legislation; (2) the choice of the legislation mode for BOT; (3) the legal nature and regulation of BOT project agreement; (4) the choice of the legislation mode for the legal framework of BOT project agreement; (5) the scope of the infrastructure for the application of BOT; (6) the main points of the content of project agreement; (7) the legal status of the project corporation; (8) the government's guarantees for BOT; (9) the other laws and regulations accommodating the main law.

Keywords: BOT; PFI; PPP; project agreement; concession

參考文獻

- 「外商投資產業指導目錄比較分析」，華稅律師，檢索日期 2009 年 2 月 2 日，
<http://blog.taxlawyer.com.cn/html/98/698-463.html>。
- 大岳諮詢有限公司編著，*公用事業特許經營與產業化運作*（北京：機械工業出版社，2004 年）。
- 于安，*BOT 項目政府特許協議的法律性質*（北京：法律出版社，1998 年）。
- 王守清、柯永建編著，*特許經營項目融資*（北京：清華大學出版社，2008 年）。
- 王海峰，「我國 BOT 模式的立法現狀及主要法律障礙」，中國人民大學書報資料中心主編，*經濟法學、勞動法學*（北京：中國人民大學書報出版社，1998 年），頁 69~76。
- 王靜波，「我國採用 BOT 方式的法律障礙及其思考」，廈門大學法學院碩士論文（2002 年）。
- 王坤、王澤森，「BOT 在香港隧道項目中的應用：經驗與教訓」，*國際經貿探索*（廣州），第 9 期（2007 年），頁 1~5，http://qkzz.net/magazine/1002-0594/2007/09/1804248_2.htm。
- 王新峰，「BOT 項目公司的法律性質分析」，*中國經濟網*，2009 年 6 月 15 日，
<http://big5.ce.cn/gate/big5/blog.ce.cn/html/26/346626-301978.html>。
- 史際春，「合同的異化與異化的合同」，史際春主編，*探究經濟和法互動的真諦*（北京：法律出版社，2002 年），頁 444~467。
- 行政院研究發展考核委員會，*從高速鐵路及國際金融大樓兩案之經驗檢討我國 BOT 制度之設計*（台北：行政院研究發展考核委員會，2000 年）。
- 佟昭，「BOT 投資模式及立法研究」，大連海事大學法學院碩士論文（2000 年）。
- 李聖敬、趙雲剛、樊曉娟，*外商新型投資律師事務*（北京：法律出版社，2003 年）。
- 林淑馨，「日本型公私協力之析探：以第三部門與 PFI 為例」，*國立政治大學公共行政系學報*，第 16 期（2005 年 9 月），頁 1~31。
- 屈廣清、陳小雲，「我國 BOT 的立法及其完善」，*貴州警官職業學校學報*（貴州），第 4 期（2002 年），頁 5~9。
- 吳萱，「外商投資 BOT 特許協定法律問題研究」，廈門大學法學院碩士論文（2001 年）。
- 周志忍等譯，E. S. Savas 著，*民營化與公私部門的夥伴關係*（北京：中國人民大學出版社，2003 年）。
- 姚梅鎮主編，*國際法概論*（武漢：武漢大學出版社，1989 年）。
- 徐東根主編，*國際金融法律與實務研究*（上海：上海財經大學出版社，2006 年）。
- 孫潮、沈偉，「BOT 投資方式在我國的衝突及其法律分析」，*中國法學*（北京），第 1 期（1997 年），頁 58~66。
- 莊垂生，「公共物品提供和生產的分權化、市場化與制度設計」，廈門大學政治學與行

- 政學研究所碩士論文 (2002 年)。
- 詹鎮榮,「論民營化類型中之『公私協力』」,民營化法與管制革新(台北:元照,2005 年),頁 1~40。
- 謝嵐,「政府介入與 BOT 特許協議專項立法初探」,法律評論(北京),第 4 期(1999 年),頁 83~90。
- 劉憶如、王文字、黃玉霖, BOT 三贏策略(台北:商鼎財經顧問股份有限公司,2000 年)。
- 張州男,「從英日看台灣公共建設」,經濟日報,2006 年 2 月 27 日,第 A12 版。
- 鄒國勇,「BOT 中的政府保證問題探析」,對外經貿實務(武漢),第 8 期(2004 年),
http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=35796。
- 鄭錫鍇,「法制化與公、私協力的管理—以 BOT 為例」,國立台北大學公共行政暨政策學系網,2006 年 10 月 3 日,頁 1~13, <http://www.ntpu.edu.tw/pa/news/94news/attachment/951003/1-4.pdf>。
- “UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Projects,” *UNCITRAL*, access on February 21, 2009, <http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>.
- Allen, Grahame, “The Private Finance Initiative (PFI),” *House of Commons Library*, December 18, 2001, pp. 1~45, <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>.
- Chan, Chung-yuan, “The Challenge of Public Policy in Taiwan: The Governance of the New Right,” *National Policy Foundation*, August 8, 2006, pp. 1~29, <http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/095/CL-R-095-024.htm>.
- Malinasky, Laura A., “Rebuilding With Broken Tools: Build-Operate-Transfer Law in Vietnam,” *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 14 (1996), pp. 438~464.
- Mejia, Van, “The Philippines Re-Energizes: Privatization of the National Power Corporation and the Red Flag of Political Risk,” *Columbia Journal of Asian Law*, Vol. 6 (Spring 2003), pp. 355~383.
- Tettinger, Vgl. P. J., “Die Rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership,” *Die Öffentliche Verwaltung* (1996), p. 764, <http://www.doev.de>.
- Tiefer, Charles & William A. Shook, *Government Contract Law*, 2nd ed. (North Carolina: Carolina Academic Press, 2004).
- UNIDO, *UNIDO BOT Guidelines* (Vienna: United Nations Industrial Development Organization, 1996).
- Walker, C. and A. J. Smith, *Privatized Infrastructure-The BOT Approach* (London: Thomas Telford, 1991).

