

- ▶ [论文投稿](#)
- ▶ [关于论文发布证明](#)

相关链接

- ▶ [学术活动厅](#)
- ▶ [专家讲座](#)
- ▶ [中华管理论坛章程](#)
- ▶ [个人专栏](#)



外商BOT方式投资中国水务市场法律风险研究

李寿双律师

[摘要] BOT成为目前外商投资我国水务市场的主要方式,但因我国BOT相关立法粗陋,政府信用风险较大,以及水务市场的半市场化,导致外商BOT方式投资中国水务市场面临诸如投资回报等多重法律风险。本文详细分析了外商BOT方式投资中国水务市场的法律风险及其内在法理。

[关键词] BOT 水务 法律风险 外商投资

Abstract: BOT has been the main investment mode for foreign investors to invest in Chinese water industry, but such investment mode is facing with various legal risks arising from the coarse legal rules, unfaithful government and highly regulated water treatment market. This article mainly analyses on the legal risks and their inherent jurisprudence involving in BOT projects initialed by foreigners in Chinese water treatment market in details.

Key Words: BOT Water Industry Legal Risks Foreign Investment

一、引言：洋水务败给低效的BOT法律环境

1994年,我国开始研究BOT在基础产业领域应用的问题,不少外国投资者也拟采用BOT模式参与中国的经济建设。在此背景下,原对外贸易经济合作部于1995年发布了《关于以BOT方式吸收外商投资的有关问题的通知》。国家计委、电力部、交通部在1995年联合下发了《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》。这两个《通知》构成了我国目前指导BOT项目试点工作的主要依据。目前,根据该《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》进行的“外商投资特许权项目试点审批”现已经被国务院取消。

后来,各部门又陆续发布了一系列与此有关的行政规章,其中主要包括:1、1997年4月16日,国家计委和国家外汇局发布了《境外进行项目融资管理办法》;2、2004年5月1日建设部发布实施的《市政公用事业特许经营管理办法》;3、2002年9月10日原国家计委、建设部、国家环保总局发布《关于印发推进城市污水、垃圾处理产业化发展意见的通知》;4、2002年9月10日国务院办公厅发布的《关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》。其中最后一个文件对BOT投资方式的法律环境影响甚大。

总起来看,目前我国关于BOT投资方式的法律规则可谓甚不健全:第一、

法律地位较低。主要规则的制定机关为国务院办公厅或各主管机关，非全国人民代表大会或其常务委员会。因此，从法律渊源角度来说，属于国务院规范性文件（效力上等同于行政法规）或国务院下属的各部委制定的规章、制度，法律地位较低。第二、条文内容相当简陋，存在许多立法空白。法律规则条文不仅数量少，而且内容简单，对于BOT项目运作过程中遇到的诸多疑难问题均未涉足。这种法律规则上的模糊或空白给了执法和司法机关以充分的自由裁量空间。第三、某些条文相互矛盾。第四、法律规则用语含糊，缺乏明确性。现有的BOT投资方式相关规则却在很多关键问题上采用了诸如“鼓励”、“支持”等含糊其词的用语，让当事人无法据此判断规则的可适用性。比如《国家计委、建设部、国家环保总局关于推进城市污水、垃圾处理产业化发展的意见》第三条（五）即规定：“鼓励城市政府用污水、垃圾处理费收费质押贷款，筹集部分城市污水管网和垃圾收运设施的建设、改造资金。”从字面上看，似乎允许当事人进行收费权质押，但限于该《意见》的效力层级，又未能给收费权质押的法律效力以明确的肯定。这种情况下，当事人到底是否可以运用收费权质押变就颇费思量。粗陋的法律规则，伴之以地方政府和部分外商的不规范行为，导致了外商在中国水务市场投资上的大溃败。

二、BOT方式投资中国水务市场法律风险纵览

（一）投资收益风险：付出是否就有回报？

1、水价：投资回报的命门

外商投资中国水务市场的回报主要取决于水价。水价的确定和调整方式直接影响投资回报。目前，中国的水价仍处于管制状态，定价由政府主导，采用价格听证会制度，根据保本微利原则收取自来水费和排污费。我国新《水法》中规定供水价格应当按照补偿成本、合理收益、优质优价、公平负担的原则确定。2004年国务院办公厅36号文件《国务院办公厅关于推进水价改革促进节约用水保护水资源的通知》，首次明确规定了水价的四元组成（水资源费、水利工程供水价格、城市供水价格、污水处理费）。全国各地水价相差很大，大中小城市水价差距也很大。2002年实行污水处理收费制度的城市中，收费标准最高的是苏州市、常州市，均为1.15元/吨，已达到完全成本水平；宁波、南昌等14个城市收费标准最低，仅为0.10元/吨，不足弥补运行成本（约0.50-0.60元/吨）。外资进入市政污水项目，依然沿用保本微利原则，内部收益率在8-15%之间，随着项目招投标机制及竞争的加剧，相信其内部收益率会稳定在8-10%左右。通过投资总成本、投资内部收益率、当地电价、运营成本、居民消费指数等指标测算水价，经省市物价部门举办价格听证会确认，基本不受市场影响。自来水厂和污水处理厂走向市场化后能否获得预期利润，在同等收费政策下，将取决于其经营水平和成本控制水平。

进一步提高水价是目前城市水业管理工作的重点。多年来，我国的水价在政府的管制下，其价格一直偏低，不能真实反映水的稀缺性。但是在水价调整问题上，投资人经常处于弱势地位。一般而论，政府不允诺水价上调。尽管市场的走向已表明有上调的需要，政府对调价的批准还是很难。换句话讲，尽管政府通常会答应水价由于政府的干预而无法上调时补偿投资人，但政府对水价的制定与调整一直掌有绝对控制权。因此，投资人通常会视行

政干预的障碍为不被保护的风险。政府由于没有能力补贴水价或者是根本不想承担补贴而毁约的情况时有发生，造成了政府信誉的下降并已经在投资界产生了一定的负面影响。

2、“照付不议”遭遇“固定回报禁止”政策

国务院1998年到2002年三次要求清理固定回报项目，不允许外资项目采用固定回报形式，对城市水业中一些BOT形式的项目产生了冲击。2002年9月10日，《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》规定：保证外方投资固定回报不符合中外投资者利益共享、风险共担的原则，违反了中外合资、合作经营有关法律和法规的规定。（一）对于以项目自身收益支付外方投资固定回报的项目，中外各方应在充分协商的基础上修改合同或协议，以提前回收投资等合法的收益分配形式取代固定回报方式。（二）对于项目亏损或收益不足，以项目外资金支付外方部分或大部分投资回报，或者未向外方支付原承诺的投资回报的项目，可以根据项目情况，分别采取“改”、“购”、“转”、“撤”等方式进行处理。但是，目前有关文件和法律法规中，均没有给出“固定回报”的确切定义或法律界定，这就给清理固定回报项目工作造成了障碍、争议和混乱。

固定回报就是用项目融资或股权融资的形式，变相实现固定利率的商业贷款的行为。前述“固定比率投资回报模式”即属固定回报模式。但对于BOT水务投资协议中规定的“照付不议”条款，到底是否属于“固定回报”，则存在争议。

在目前的水业BOT项目中，政府往往承诺最低水量，在法律上被称为合同里的“照付不议”或者“或取或付”条款。BOT项目协议中一般也约定了相关价格。水量和价格的同时保证，使BOT是否属于“固定回报”项目产生了争议。长春汇津污水处理厂项目的官司正这一争议的最近集中体现。长春市中级人民法院一审认为：由于长春汇津与该市排水公司的BOT合作合同中固定了污水处理的保底数量、保底价格、固定了汇率和定价条件等，所以属于变相的固定回报。这也是长春市政府的观点。汇津则认为：国务院文件中提出的固定回报，主要是针对“外方投资者收益恒定不变或以损害国家利益让外方投资者保本获利”的情况，因此约定水量、水费等，仅是双方的合作事项，与收益是否固定无关。

亚洲开发银行中国城市水业市场化（PPP）推进过程中遇到的一些重要问题及相关建议（最终报告）认为：“照付不议”以及对价格的约定是BOT等项目融资方式的根本特征和基本保证。作为政府，如果选择BOT这一项目融资方式，就必须接受这一游戏规则，否则完全可以选择其它融资方式。但目前的现实是，政府采取了BOT方式，却没有接受这一规则，特别是在司法上，法院倾向于认定“照付不议”条款构成“固定回报”。这使外商水务BOT项目回报的法律风险加大。

（二）水务BOT投资中的政府风险

1、政府担保与保证的效力

我国现行的法律中，涉及到政府担保的规定主要有：1、《担保法》第八条规定，即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。2、中国人民银行1996年9月发布的《境内机构对外提供外汇担保管理办法》的第四条规定:除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外,国家机关和事业单位不得对外担保。除特殊情况外,政府不具备对一般商业贷款或其他债务进行担保的资格,实践中水务BOT项目存在的政府财政兜底担保等各种政府担保形式,是无效的,这一点在法律上是清楚的。

除“政府担保”外,水务BOT项目还存在另一种特殊的政府信用形式,即“政府保证”。“政府保证”不同于民法和担保法上所称的保证,不是一般民事担保行为,其实两者有着根本的区别。保证一是指行为人自己对自己的行为的承诺,例如,债务人保证按时供货,保证产品质量;二是指第三人对行为当事人所作出的担保,如,第三人保证债务人履行债务的法律制度,主要是第三人为当事人一方履行债务提供担保,而政府保证则是政府对自己的行为做出承诺,主要针对政治风险、违约责任等。民法上的保证合同是从属于主合同的,而政府保证没有独立的保证合同,而是直接表示在特许协议中,所以不存在主从合同关系。政府保证是东道国政府对自己行为的一种承诺,目的是为了确B0T项目的顺利进行,是使外国投资者投资B0T项目的安全感和信心更强。政府保证的核心内容是对外国投资者表明东道国政府愿意承担B0T项目特许协议确立的责任。

原对外贸易经济合作部1995年发布的《关于以B0T方式吸收外商投资的相关问题的通知》第三条规定:“政府机构一般不应对项目做任何形式的担保或承诺(如外汇担保、贷款担保等)。如项目确需担保,必须事先征得国家有关主管部门的同意,方可对外做出承诺。但国家计委、电力部、交通部1995年8月发布的《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》却规定:为保证特许权项目在我国的顺利实施,在特许期内,如因受我国政策调整因素影响使项目公司受到重人经济损失的,允许项目公司合理提高收费标准或延长项目公司的特许期;对于项目公司偿还贷款本金、利息和红利汇出所需要的外汇,国家保证兑换和汇出境外(第三条)。法律的冲突导致政府保证效力存在相当不确定性,如果事先征得国家有关主管部门的同意,政府保证条款可能面临无效的命运。

2、政府违约风险

B0T属于公私合营(PPP)的一种,合作中政府的信誉非常重要,投资者考察项目时,除了项目的经济效益因素,政府信誉占相当比重,因为它决定了长期项目是否能执行到底或提前终止的项目能否有合理的接管价。从地域因素看,我国东南沿海和经济较发达的地区,政府官员市场意识比较强,B0T履约率高,投资者比较有信心,2004年中国水网举办了首次中国最具水务投资潜力的十个城市评选,结果依次是:北京、上海、深圳、广州、苏州、杭州、天津、厦门、南京、武汉/重庆/成都(并列)。但经济欠发达地区的政闭言誉度相对较低,政府在与私人资本合作中的毁约率较高,甚至政府换届都会影响到B0T项目的生存,影响最大的属长春汇津事件。

(三) 水务B0T投资的法律玄疑与风险

1、收费权质押效力存疑

收费权质押并不是我国《担保法》规定的担保方式，根据《担保法》第75条的规定可以质押的权利并不包括“收费权”。最高人民法院《关于适用〈中华人最高人民法院适用中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第九十七条以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第（四）项的规定处理。据此，可以认为，公路收费权是明确包含在《担保法》第75条规定的“其他权利”之内的。除此之外，国家发展计划委员会、中国人民银行批准农村电网改造工程电费收益权可以设定质押，中国人民银行和教育部下发的《关于进一步解决学生公寓等高等学校后勤服务设施建设资金问题的若干意见》也规定了可以以学生公寓收费权质押贷款。发展计划委员会 建设部 国家环境保护总局发布《关于印发推进城市污水、垃圾处理产业化发展意见的通知》规定，鼓励城市政府用污水、垃圾处理费收费质押贷款。国务院《关于西部开发若干政策措施的实施意见》中指出，扩大以基础设施项目收益权或收费权为质押发放贷款的范围；继续办好农村电网收益权质押贷款业务，开展公路收费权质押贷款业务，创造条件逐步将收费权质押贷款范围扩大到城市供水、供热、公交、电信等城市基础设施项目；对具有一定还贷能力的水利开发项目和城市环保项目（如城市污水处理和垃圾处理等），探索逐步开办以项目收益权或收费权为质押发放贷款的业务。但很显然，这还没有上升到行政法规的层面，只能说是联合行政规章。从现有法律和国家政策规定可以看出，对于可以质押的“收费权”是界定在不动产收益权的层面上的。质押权利属于物权的一种，根据物权法定原则，其合法有效性应该依据法律的明文规定。《担保法》第75条第4项规定的“依法可以质押的其他权利”也体现了这一原则，表明权利质押必须是“依法”可以质押的权利。而收费权质押并没有在《担保法》中得到规定。其他诸如学校收费权、医院收费权、水费收费权、电费收费权等，均没有得到法律法规的明确肯定。除此之外，部分出质人不享有合法收费权利，也是收费权质押的法律风险之一。收费权是一种法定权，必须获得行政机关的批准或许可，而现有收费权质押担保中，个别收费权尚未获得行政机关的批准或与有关法规相矛盾。出质人没有合法收费权利。如城建项目质押担保中的城市配套费收费权、土地开发收费权等属于行政事业性收费！收费资金纳入财政预算，实行收支两条线管理，以此作质押就不受法律保护。此外，部分质押担保未办理出质登记，可能导致收费权质押无效。根据国家已颁布的法律法规，除汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单等系以权利凭证交付为生效要件外，其他类型的权利质押，一般是以出质登记为质押合同生效的程序要件的，但目前由于国家尚未明确质押登记管理部门，所以收费权质押无法有效办理登记。另外，在建项目的收费权只有在项目建成后才能获得收费权许可，在获得收费权许可前无法办理质押登记。最后，即便收费权质押有效成立，当债务人不履行债务时，收费权的实现也很困难，特别是涉及关乎社会公共利益的收费权项目更是如此。

2、BOT项目公司注册资本和投资总额比例与现行法律的冲突

外商以BOT方式投资我国基础设施建设，有两种方式，一是项目公司全部由外资投入，另一种是项目发起人与中方投资者共同出资组建项目公司。本质上两者都属外商投资企业。国家工商局于1987年发布的《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》第3条列举了从7：10到1：3的四种情况。而对于项目融资来说，由于项目耗资量大，所以投资者除一部分以自有资本投到项目公司，大部分资金靠贷款。一般说，项目公司的自

有资本和长期负债的比例在1：9和4：6之间，大大低于一般股债比例。这就与我国有关法律、法规相抵触。

（四）水务BOT投资的法律路障

1、水务BOT投资招投标问题

BOT项目在我国的操作，是采用公开的竞争性的招投标方式进行的，一旦项目建议书得到批准，即进入到招投标程序。2002年12月27日建设部下发的《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》第三条（一）规定：实施特许经营，应该通过规定的程序公开向社会招标选择投资者和经营者。要按照《中华人民共和国招标投标法》的规定，首先向社会发布特许经营项目的内容、时限、市场准入条件、招标程序及办法，在规定的时间内公开接受申请；要组织专家根据市场准入条件对申请者进行资格审查和严格评议，择优选择特许经营权授予对象。2004年3月19日建设部发布的《市政公用事业特许经营管理办法》第八条又具体规定了招投标的程序。

1999年8月30日全国人大常委会颁布了专门为工程采购订立的招标法。在工程采购中，投标人不负责融资。招标书中列明具体的技术规格，投标人根据标价竞标。由于法律是基于工程采购的特性而设立，招标法禁止对标书上的条款、条件等做出实质性修改。同时该法也禁止评标完成之后任何形式的谈判和协商。一旦中标人被选中并宣布后就不能与之进行进一步的谈判。而公私合作BOT项目的招投标过程与此不尽相同，投标人需要准备该项目的融资、建设、运营和维护的各项计划。BOT水务投资项目的招投标工作，需要对投标人上述各项计划作出综合评价并根据综合评价最终决定中标者，同时，BOT项目参与者需要通过一系列的合同建立了风险分担的机制，这些关系相当复杂，很难保证所有相关事宜都已经在合同中安排妥当。对于一个BOT方式建设的水项目的竞标过程，由于项目安排的复杂性，在最佳投标者胜出之后不再与之进行某些细节谈判几乎是不可能的。招投标法对水务BOT项目的强制适用，无疑是一种削足适履式的制度残害。

2、贷款期限的局限

水务BOT投资项目一般都具有资本集中、偿还期长、使用年限久和现金流相对稳定等特点。长期债务的使用可以有助于提高融资效率，从而降低项目成本。在许多国际项目融资中，基础设施项目根据其不同经营期间内现金流的表现而获得长至15至20年的贷款是极为常见的。然而，长期金融负债工具却得不到法律上的支持。《贷款通则》第十一条（贷款期限）规定：“贷款期限根据借款人的生产经营周期、还款能力和贷款人的资金供给能力由借贷双方共同商议后确定，并在借款合同中载明。自营贷款期限最长一般不得超过10年，超过10年应当报中国人民银行备案。”第十二条（贷款展期）规定：“不能按期归还贷款的，借款人应当在贷款到期日之前，向贷款人申请贷款展期。是否展期由贷款人决定。……短期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；中期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半；长期贷款展期期限累计不得超过3年。国家另有规定者除外。”也就是说，贷款期限一般不超过13年。这显然无法很好地适应水务BOT项目融资的需要。

3、项目抵押中的划拨土地障碍

BO T水务投资因建设资金庞大，筹资方式多为股本投资，项目融资相结合，并以复杂的合同关系和多种担保协议为基础的项目公司。贷款协议通常采用浮动抵押担保，允许借款人把抵押物的范围从合同订立时项目公司的所有资产，扩大到项目建设、运营期间获得的全部资产，如土地、建筑物、机器设备，以及债权、知识产权、采矿权等权利，这是国际上通行的做法。

2002年9月10日，发改委、建设部和国家环保总局联合下发的《关于推进城市污水、垃圾处理产业化发展的意见》第三条（四）规定：“对新建城市污水、垃圾处理设施可采取行政划拨方式提供项目建设用地。投资、运营企业在合同期限内拥有划拨土地规定用途的使用权。”在我国，BO T水务投资项目一般使用划拨土地。划拨土地使用权也是财产权，但却失去了民法上的财产的内核——可交易性。因为《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十四条规定：“划拨土地使用权不得转让、出租、抵押，不能用于任何投资活动。建设部2001年修正的《城市房地产抵押管理办法》第八条进一步明确：用于教育、医疗、市政等公共福利事业的房地产等不得设定抵押。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第三十三条规定“土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物随之抵押。地上建筑物、其他附着物抵押时，其使用范围内的土地使用权随之抵押。BOT水务项目的浮动担保涉及到不动产，它们都附着于土地之上，在设定担保时比如涉及土地使用权抵押问题。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十五条规定：向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金后，划拨土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权可以转让、出租、抵押。《城市房地产抵押管理办法》第四十五条规定了具体作法：“以划拨方式取得的土地使用权连同地上建筑物设定的房地产抵押进行处分时，应当从处分所得的价款中缴纳相当于应当缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿”。因此，在我国BOT水务投资项目中设立浮动抵押担保，可能面临无效或抵押权无法实现等法律风险。

最新文章：

- [官僚意识与人文精神](#) 曾飞
- [立此存照：高尚与丑陋的反思](#) 小龙
- [国际贸易可持续发展的环境约束](#) 陈柳钦
- [当“优秀工”成了鸡肋](#) 韩成杰
- [知识生产管理](#) 侯象洋
- [中国移动品牌文化的硬伤及危害](#) 韩城
- [管理升级——给准备带领企业越冬的企业家](#) 张驰
- [重大疾病保险 职工的保护神](#) 周书勇
- [有效在线体验——为什么你的VOC项目对提升在线客户满意度的帮助很小](#) 李翊玮 等
- [和谐生产方式基本原理](#) 张西振
- [新劳动合同法对企业的影响及企业的应对策略](#) 高磊
- [时间管理在企业中的应用](#) 高磊
- [李老庄村农业劳动力不足的问题研究](#) 陈杰
- [更多文章...](#)

[首页](#) | [关于VCMC](#) | [资料搜索](#) | [联系我们](#) | 建议使用IE6. x版本，显示分辨率1280x1024或1024x768

中华管理论坛、厦门学苑管理咨询有限公司 版权所有 1998-2008. [闽ICP备05022209号](#)

联系电话: 0592-3222515 传真: 0592-3222515

VCMC