

外商投资特许权项目政府保证法律理念转变

文/刘志仁

政府保证是东道国政府与外商项目公司签订的特许协议中的核心内容，它关系到融资能否成功，基础设施项目能否顺利通过建设、经营阶段无偿转让给政府，它在整个外商直接投资项目中起着关键的保障作用。可目前仍有一些国家的理论界和实务界认为政府保证就是一般民事担保，政府保证与国家主权豁免原则相悖，因而不敢做出政府保证，致使不少外商直接投资项目夭折。本文就针对这些认识进行矫正探析。

一、我国实务界和理论界对BOT政府保证所持态度分析

(一)误认为《民法通则》和《担保法》中的“担保”就是BOT特许协议中的政府保证。

《民法通则》和《担保法》中的担保和BOT特许协议中的政府保证截然不同，两者在担保主体、内容、违约责任及制度目的和性质方面都有很大差异。然而我国理论界、实务界长期以来一直把两者相混淆，这使我国政府在同外商签订BOT特许协议时，不得不小心谨慎，以防违反我国《担保法》第八条的规定，即“国家机关不得作为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织转贷的除外”。

(二)对国家豁免权的认识不全面

政府保证是特许协议的部分内容，目前国际上对特许协议的性质有国家契约和国内契约之争，如果认为是国家契约，当政府违反了保证义务后可能要直接承担国家责任，引起放弃国家主权豁免问题，即使认为是“国内契约”，由于BOT特许协议的特殊性，当事人双方可根据意思自治原则和最密切联系原则，选择适用不同国家的司法或国际法及一般法律原则，这也同样可能导致东道主国家被动放弃国家豁免权或自愿放弃国家豁免权，然而，我国长期以来一直是国家主权绝对豁免的坚持者，理论界大多学者认为放弃国家主权豁免有损国家尊严，践踏国家主权，实践中，以政府或政府的财产承担可能引起的国际民事责任，历来遭到强烈反对，于是在我国的法律中随处可见禁止或限制政府及其人员从事经营的规定，尤其是政府及其人员进行保证的限制性和禁止性的规定较突出。这种理论观念和法律规定都严重地束缚着政府做出保证行为的手脚。

二、从政府保证与一般民事担保的区别中提炼外商投资特许权政府保证的法律性质

(一)政府保证与一般民事担保的区别

政府保证是指以保护投资者为目的，针对国际投资活动中不可预测的因素向外国投资者保证采取某种行为或不采取某种行为，或当某种事态发生，使投资者遭受损失时，补偿其损失的行为。一般的民事担保是民法通则和担保法上所称的担保，是为确保债权的实现而采取的一种法律措施，它包括人保、物保和金钱之保。人保主要是保证，物保有抵押、质押和留置，金钱之保有定金和违约金的支付。在BOT项目中，政府不应为任何参与BOT活动的公司、企业和其它经济组织之间的交易提供民法上的担保，这是肯定的。但是民法、担保法均未限制和禁止政府为确保BOT项目的顺利进行，对项目公司在BOT特许协议中做出某些保证和承诺。BOT中的政府保证与一般的民事担保中的担保不同，具体区别有以下几点：

1、主体不同。一般担保主要是第三者出面进行担保，而政府保证主要是政府对自己行为的一种承诺。也就是说，一般担保中，保证人与债务人不可能是同一个主体，如果是同一个主体，债务人不履行债务，这就意味着保证人也不履行债务，那么这种担保是毫无意义的。然而在BOT项目中，如果说有担保法中所称的保证人和债务人，那以保证人和债务人是同一个主体，即都是政府，如前所述，政府保证是政府对自己行为的一种承诺。

2、行为性质不同。一般担保是平等主体间的民事活动，是第三人对当事人某一方私行为的担保，属于私法行为；而政府保证是对其愿意承担政治风险和违约责任的承诺并且在特定情况下放弃豁免的表示，与国家主权、政策等统治关系密切联系，可视为公法行为。

3、保证的形式不同。从我国担保法第5条看，担保合同是主合同的从合同，即担保合同依赖于主合同而存在，若主合同无效，担保合同为无效。而在BOT项目中，政府保证是BOT特许协议的主要内容和重要内容。在BOT特许协议中政府的义务就是作出保证并履行，其权利是一定期限后接管项目，这一权利产生的基础主要来源于政府保证；私人投资商的权利是获得政府保证，享受经营利润，其义务是建设营运后转让，履行这一义务的前提亦是来源于政府保证。可以发现，除了以上政府和私人投资商之间的权利义务关系外，再没有能主宰BOT特许协议的其它法律关系，也就是说，关于以政府保证为主要内容的BOT特许协议不是从合同，因为它之外没有主宰它的主合同的存在。

(二) 政府保证的法律性质。

在弄清政府保证和一般民事担保区别的基础上，我们就可以提炼政府保证的法律性质。国内的学者对政府保证的法律性质有多种主张：一种观点认为“我国《担保法》和《境内机构对外担保管理办法》已经排除了政府和公益性部门为经济活动担保的可能性，并且认为如果政府或第三人为项目公司提供商业性担保必然会在项目失败时承担还款责任，增加国家的外债负担，这不符合国家利用BOT方式进行融资的初衷”，另外一种观点认为引用担保法有关规定后其“限制了对私人投资项目作政府担保的可能性”。这前两种观点在理论上混淆了政府保证与一般民事担保的概念，这种理论运用到实践中会阻碍东道国政府对BOT项目提供担保。从政府保证与一般民事担保的区别中，我们可以看出，在BOT项目中，政府保证的法律性质实际上是政府为获取一定的公益权利所必须履行的义务，而不是政府尽担保的责任，因为担保的行使是出于对债务人的信用，而不是为了直接获取某种权利。政府保证是东道国政府为确保其已经同意建设的BOT项目的顺利进行并无偿移交，使外国投资者更具有投资的安全感而对项目公司的一种承诺，表明东道国政府愿意承担因BOT特许协议的责任的态度，即东道国政府保证履行BOT协议，如果违约或出现约定的政治风险，愿意赔偿给项目公司及外国投资者所遭受的损失，愿意放弃一定豁免权。

三、外商投资特许权项目政府保证可能引起放弃国家主权豁免的理论新探

(一) 特殊情况下引起的放弃国家豁免权是政府违反契约必须信守原则付出的代价

BOT政府保证义务适用国内法时，一般情况下，只需承担国内法责任，其责任形式主要是赔偿损失。但是出现了特殊情况，当政府因公共利益违反保证义务的同时又伴随有国际法上的违法行为，如违反与协议有关的双边投资保护条约的义务，或实行征用征收时有明显的差别待遇，或外国投资者依一国国内法得不到正当的法律救济，这种适用国内法的国内责任就转化为适用国际法的国际责任。其理由是“用尽国内救济原则”的必然要求。“所谓用尽国内救济原则，国际法上也称用尽当地救济原则，是指一个国家不能代表其本国在外国国民向外国提出权利要求，除非本国国民已依外国国内法的规定，用尽可能利用的当地救济手段。”不可否认，用尽国内救济原则的总旨是为了尊重国家双方公共利益和友好关系，避免有关事项的国际冲突。但如果东道国政府滥用国内管辖原则，侵害外商投资者的利益，外商投资企业用尽了当地救济手段后，仍然得不到救济，则导致投资者国家行使外交保护权，投资者所在的国家代表本国投资者通过国际法院向东道国提出权利要求，此时东道国承担国际责任，引起放弃豁免权。这种豁免权的放弃是外国投资者在用尽当地救济手段后唯一的、无奈的选择，也是东道国政府不尊重“契约必须信守原则”付出的代价，更是限制东道国政府在违反保证义务后仍凭借其显著优势使外国投资者不能得到救济的制衡力量。另外，随着国际经济交往的日益发展，国家直接参加经济和商业活动越来越多，从本世纪三十年代起，逐渐出现了另一种倾向，从主权绝对豁免原则趋向主权有限豁免原则，即认为国家行为应区分为公法的或主权的或私法的或事务的行为，前者可允许司法豁免，后者由于国家参与经济和商业活动，与个人和法人地位相同，不属于主权行为，其行为不属于司法豁免的对立面，将使与外国政府发生经济和商业关系的主体处于不平等的地位，实不足以保护该种主体的权益。BOT中政府被动放弃国家豁免权正是为了保护外国投资者的根本利益，因此，可以说该种国家豁免权的放弃正是国家主权有限豁免原则的体现。这也是联合国一九六二年通过的关于国家自然资源永久主权的第1803(VXII)号决议所宣布的原则的体现，“根据联合国决议，国家不能以行使主权为理由拒不履行其所自由承担的国际义务；国家也不能通过其国内法或其他政府措施使已经履行合同义务的缔约另一方的权利归于无效。”

(二) 适用国际法或一般法律原则引起的放弃国家豁免权是政府充分实现国家主权的体现

BOT特许协议特殊性质决定其适用法律的特殊性，一般应根据国内法原则适用东道国法律。但为了提高外商投资的积极性，得到吸引外资的目的，根据意思自治原则可以选择适用国际法或一般法律原则。当协议双方选择了国际法和一般法律原则时，政府保证适用的法律自然是国际法或一般法律原则。这时，如果政府违反了保证义务，要承担国际责任，引起放弃国家豁免权的结果。这种放弃国家豁免权与前面所说的放弃国家豁免权的原因不同，前面所说的国家豁免权放弃是外国投资者用尽当地救济手段后东道国政府被动承担的国际责任，虽是被动的，但是应当的，这种情况下引起的放弃国家豁免权是东道国在做出保证时可预见的，是一个具有完全行为能力的法人对自己行为负责的法律要求，是责任政府的应有之意。是东道国政府为了获取更为明显的利益，着眼于BOT方式对经济全局发展的巨大推动作用，自愿放弃某些方面的豁免权。根据国际法原理，国家主权是指国家在国际上所固有的独立处理对内对外事务的权力。这种独立地处理事务的行为，当然包括积极地实施行为，也包括自愿放弃某方面的权利。因此，这种自愿放弃国家豁免权是国家主权充分实施的手段，结果使国家实力壮大，使其真正拥有充分的独立自主地处理对内对外事务的权力。例如，上海中桥投资股份有限公司参照国际惯例，在合同中要求签约的地方政府就放弃司法豁免权。严格地说，并不是放弃国家主权，而是国家主权的限制，转移或授予，是否影响到国家的继续存在，取决于个别事件的具体情况（作者单位：长安大学人文学院）

提升中国服务贸易国际竞争力的动力和思路
外商投资特许权项目政府保证法律理念转变
建国前后毛泽东对中国资本主义经济的认识
试论新一届中央领导集体的经济发展理念
试析WTO专家组程序透明度及其改进
论构建社会主义和谐社会
政府投资项目风险分析和风险防范
建设我国生态循环工业园区的思路与对策
基于多元化投资主体的项目投资收益与风险的分析

本网站为集团经济研究杂志社唯一网站，所刊登的集团经济研究各种新闻、信息和各种专题专栏资料，均为集团经济研究版权所有。

地址：北京市朝阳区关东店甲1号106室 邮编：100020 电话/传真：（010）65015547/ 65015546

制作单位：集团经济研究网络中心