# 试论BOT的主要法律问题(1)论文

来源：网络 作者：风华正茂 更新时间：2025-02-06

*内容提要：BOT是本世纪20世纪80年代初出现的一种新型的利用国际私人资本进行基础设施项目投资的方式。本文了简述BOT的内涵界定与法律特征，并对BOT特许协议的性质等BOT投资方式中的主要法律问题进行分析，并在最后简要提及了BOT投资方式的...*

内容提要：BOT是本世纪20世纪80年代初出现的一种新型的利用国际私人资本进行基础设施项目投资的方式。本文了简述BOT的内涵界定与法律特征，并对BOT特许协议的性质等BOT投资方式中的主要法律问题进行分析，并在最后简要提及了BOT投资方式的优势。

论文关键词：BOT BOT特许协议 经济合同

一、导论在福建省泉州市的东南角，屹立着一座宏伟壮观的特大型公路桥梁，这就是我国首例民营经济以BOT方式建成的泉州刺桐大桥。这是一个官民并举、以民为主、完全采用BOT（建设—经营—移交）投资模式的建设项目。

在国内，以民营经济为主，通过BOT参与大型基础设施建设，刺桐大桥工程实属首例。它开创了以少量国有资产为引导、带动大量民营资本投资国家重点支持的基础设施建设的先河。

笔者的家乡在泉州，所以对刺桐大桥给家乡带来的重大经济效益关注较多。2025年11月10日中国加入世界贸易组织（即WTO），这使我国经济的发展逐渐与国际接轨，但由于客观条件的限制，我国的基础设施建设仍然相当薄弱，尤其是当前我国正实施西部大开发战略，开发利用西部丰富的自然资源必然要进行各项大规模的基础设施建设，BOT投资方式将扮演重要的角色。

鉴于BOT是一种效应很好的投资方式，笔者认为目前我国急需通过BOT方式引进外国资本，发展基础设施建设，促进国民经济增长。有鉴于此，以下笔者拟对BOT的主要法律问题作一肤浅论述。

二、BOT的内涵界定与法律特征简述BOT名称是对Build-Own-Transfer（建设—拥有—转让）和Build-Operate-Transfer（建设—经营—转让）形式的简称。现通常是指后一种含义。

关于BOT投资方式的定义，目前国际上还没有一个公认的定义，但至少有下列几种观点：1，BOT是一种涉外工程承包方式；2，BOT是项目融资方式；3，BOT是一种国际技术转让方式；4，BOT是政府合同或行政合同；5，BOT是融资租赁方式；6，BOT是委托管理；7，BOT是一种新型的投资方式。笔者认为BOT是一种新型、特殊的投资方式（观点1到6均只是其内容的某一方面）。

具体而言，它是指东道国政府与私人投资者（本国或外国均可）签订特许协议（以授予一定期限的特许专营权），将某一公共基础设施或基础产业项目交由私人投资者成立的项目公司筹资、设计并承建，在协议规定的特许期内，由该项目公司通过经营该项目偿还贷款、回收投资及获得利润，而政府则从行政角度对BOT项目进行行政管理、监督；特许期满后，项目无偿移交给所在国政府或其授权机构。ＢＯＴ投资作为一种新的融资方式，同以往其它融资方式相比，有其自身的法律特点：第一，法律性质的特殊性。

主要是指BOT特许协议的特殊性质（留待下文论述）。第二，主体的特殊性。

ＢＯＴ合同主体，一方是东道国政府，另一方为私人投资者或企业，大多数为外资企业。其中政府既是一个与外商地位平等的合作伙伴，又是一个政府特许权利先行获得者、承受者和具体实施的监督者，即其具有双重身份。

第三，投资客体的特殊性。作为ＢＯＴ投资项目的标的——东道国的基础设施，如桥梁、电厂、高速公路等，不同于其他的投资项目，建设的又都是公益事业，东道国对其拥有绝对的建设权，私营企业则通过许可取得其专营权。

又因其涉及到本国使用者的利益，国家必须权衡本国的国情和投资者利益两个方面，对其行使价格决定权以及相应的管理监督权。第四，法律关系的复杂性。

BOT投资方式作为国际经济合作的一种新型的投资方式，其内容涉及到投资、融资、建设、经营、转让等一系列活动，当事人或参与人包括东道国政府、项目主办人、项目公司、项目贷款人、项目原材料供应商、融资担保人、保险公司、经营管理公司以及其它可能的参与人。因此BOT投资方式形成了由众多当事人或参与人组成的多样复杂的法律关系。

BOT在某种意义上是一种复杂的合同安排，它所涉及的各方当事人的基本权利义务关系无一不是通过合同确立的。这些合同包括特许协议、贷款协议、建设合同、经营管理合同、回购协议以及股东协议等。

BOT的以上特征把它与一般的合资、合作项目及工程承包区别开来。

三、BOT投资方式中的主要法律问题分析 关于BOT投资方式中的主要法律问题，理论界已对其有了相当深入和宽泛的讨论。以下笔者选取BOT投资方式中几个有争议且比较重要的法律问题进行探讨，以加深对BOT的了解。

(一)BOT特许协议的性质问题特许协议是指ＢＯＴ运作中政府主管部门授权特许私人投资者进行ＢＯＴ项目建设和经营的协议，其不同于政府对建设和经营该项目给予必要的批准和同意。特许协议是ＢＯＴ方式赖以运行的基础，随后的贷款、工程承包、经营管理、担保等诸多合同均以此协议为依据，因此，从合同法的意义上说，特许协议是ＢＯＴ法律关系的主合同，其他合同均为从合同。

BOT特许协议被誉为“BOT项目合同安排中的基石”。除BOT特许协议外，基于这一协议上的其他合同都是平等主体间的合同，可以通过有关的民商事法律规范予以调整。

而对于BOT特许协议的法律性质争议则较大。有关BOT特许协议的法律性质，从不同的角度出发，可以得出不同的定性。

其争论主要存在于两方面：第一，BOT特许协议是国际契约还是国内契约（其中一方为外商投资者的情况下）；第二，假如是国内契约，该契约是行政合同还是民事合同。1，BOT特许协议属于国内法契约BOT特许协议的法律性质有分歧：有人认为特许协议应属国内法契约，有人认为特许协议是国际性协议，也有人认为特许协议属于“准国际协议”，还有人认为特许协议是“跨国契约”等。

争论的焦点在于：特许协议是国内法契约还是国际协议。 笔者认为特许协议是国内法契约。

特许协议是根据东道国的立法确定其权利义务关系，并经东道国政府依法定程序审批而成立。协议的一方为东道国政府，另一方为外国私人投资者，并非两个国际法主体。

而持国际协议者认为主权国家与外国投资者签订专属于国家的某种权利，国家就已默认另一方外国公司上升到主权国家的地位。我们知道，任何一种法律关系的主体都由法律确定，而不是由缔约一方赋予；任何一种法律关系的主体都有其本身的法定要素，而不能由任何一方赋予或默认。

因此，BOT特许协议不是国际法主体间订立的协议，不属国际协议，不受国际法支配。2，BOT特许协议是经济合同BOT特许协议是属于国内公法契约还是属于国内私法契约尚有争议。

英国学者一般认为它是政府契约，适用普通法上的私法规范，但又根据其自身的特殊性创造了“契约不能束缚行政机关自由裁量权”的判例；美国学者将其当作“特许权”；而法国则将其视为政府执行经济计划的一种方式，因此称之为“行政合同”，并通过行政法院的判例，发展了一整套关于行政合同的法律规则和法律制度。在国内，有人认为它是民事合同，有人认为它是类似土地使用权转让的行政合同[11]。

笔者认为，BOT特许协议是经济合同。在此，笔者认为有必要对民事合同（广义上包括商事合同）、行政合同及经济合同做一区分。

首先应当明确的一点是，这三种合同是分别属于民商法、行政法和经济法的调整范围。[12]具体言之，民事合同是平等主体之间的合意，那些为了明确上下级责任或将公权力具体化的合同，不属于民事合同[13]；行政合同是指行政机关为了实现特定的行政管理目标和履行行政职能而与相对人经过协商，双方意思表示一致所达成的协议[14]，其所侧重的是行政组织及其权利设置、行使、制约和监督；至于经济合同，此处其具有特定的含义，笔者认为其是指由经济法调整的、国家在调节社会经济过程中与相对人经过协商，双方意思表示一致所达成的协议，其包括三种具体的法律关系，即经济管理关系、维护公平竞争关系及组织管理性的流转和协作关系[15]，“国家调节及参与”是其主要特征。

经济合同所侧重的是有国家一方主体参与的、与国家整体经济运行有关的内容。从前面对BOT投资方式法律特征的分析中我们不难看出，BOT特许协议的主体——政府具有双重身份，其既是一个与外商地位平等的合作伙伴，又是一个政府特许权利先行获得者、承受者和具体实施的监督者，政府运用BOT特许协议是为了满足社会对公用事业的需求，而且，政府还可以基于公共政策的考虑单方面变更和中止合同，体现了“国家意志”和“经济”二者的统一。

因此不难看出BOT不同于民事合同和行政合同，它具有经济合同的一般特征。

(二) BOT的法律保证问题由于BOT项目涉及所在国的公众利益，而且是大规模的系统工程，因此它的成功在很大程度上取决于东道国政府是否给予强有力的支持。这种支持主要体现在如下几方面的法律保证：[16]第一，国家主权豁免问题。

在BOT项目运作中，如果东道国政府违约，又不放弃主权豁免，会由于不能对其起诉而导致项目承办公司诸合同项下的权利不能享有。对这一问题的国际惯例是要求签约的政府就合同中的一切事项放弃司法豁免权，从而成为BOT运作中与其他当事人平等的法律主体。

事实上，政府在BOT合同具有双重身份（如前所述），政府可以公益需要对项目进行征收或采取某些限制措施，而这对投资者是不利的。一般都在特许协议中订立相关的补偿条款，以弥补投资者的损失；同时也要求因投资者的不当行为造成的政府损失由投资者对政府进行补偿。

第二，给予BOT项目公司政策及法律上的优惠。以BOT方式进行的基础设施建设，建设周期长、投资回收慢、投资者对项目不能带走或实施法律强制保障措施，相比于有投入有产出的其他外商投资企业，外商承担的风险更大。

所以应以法律的形式把对BOT投资者的优惠政策确定下来，以消除投资者的顾虑。但不能单纯依靠诸如税收优惠这样的手段来引导BOT的发展，因为这种以牺牲国家利益来吸收外资的行为不是长久之计，而且外商更注重的是东道国投资环境是否完善，其中最重要的就是法律环境，包括有关BOT法律的制定及实施。

此外，BOT的顺利实施还有赖于东道国政府完善的风险分担结构。政府承担的是政治风险和不可抗力风险；项目公司则承担经济风险，如价格波动、供求变化、市场竞争压力等，这是由BOT项目中风险由最有能力规避的一方来承担的原则来决定的。

所以项目公司对东道国法制环境、风险分担机制的健全和完备状况是很重视的。[17]

(三)BOT项目公司的经营权与政府的所有权问题首先，可以从BOT的具体内涵解析。根据世界银行《1994年世界发展报告》定义，具体的ＢＯＴ投资方式主要包括三种方式：一是BOT；二是BOOT(build-own-operate-transfer)，意为建设—拥有—经营—转让；三是BOO(build-own-operate)，意为建设—拥有—经营。

现在国际上的BOT投资方式是指第一种，它与后两种方式的主要区别是项目公司只拥有基础设施经营权，而无所有权。其次，从权利转移看。

政府通过与项目公司签订“特许权”协议（授予专营权），转移基础设施的经营权，项目公司则在一定期限后将其转交给当地政府。所有权自始至终由政府掌握。

此外，我国目前的法律对外商投资基础设施有限制性规定，而国家政策对有关国计民生的基础设施业的经营权放开更持谨慎态度。事实上，ＢＯＴ投资项目与单纯的基础设施项目有所不同。

在ＢＯＴ投资中，外商只拥有一定期限的项目使用权和经营权，期限届满后即将之转移给政府。因此，政府可在符合产业政策的前提下，根据不同的具体项目，允许外商独资经营和控股经营。

经营权是关系项目成败的关键。政府作为ＢＯＴ项目的最终受益人，应通过法律手段对外商经营ＢＯＴ项目进行有效监督，用立法形式允许外商采用委托经营、联合经营、独资经营等方式行使经营权，但不允许转让和出售经营权。

在经营期限内要求外商接受定期调查，公开财务状况，维持项目扩大收入，为政府提供技术资料、培训管理人员。政府可通过以下途径控制项目经营权：

（1）确定指标——设立相关资产经营状况指标；

（2）限定数量——明确规定每一指标的上、下限；

（3）法律途径——若发生私自更改或超过数量限定的诉之于法律。[18]

(四)BOT投资方式引起的有关争议是适用国内法、国际法，还是采用意思自治原则问题关于BOT投资方式引起的争议，发达国家主张采用意思自治原则或适用国际法，其主要理由是BOT方式为合同行为以及发展中国家法制不健全，若适用东道国法律，会导致不公平、不公正。发展中国家则认为，由于BOT投资方式涉及的项目均为东道国的基础设施，与国计民生息息相关，并且是在特许协议下进行经营的，因此应适用东道国的法律。

笔者认为，ＢＯＴ投资方式中涉及两类重要合同，即辅助性合同和ＢＯＴ特许协议（已如前述）。所以对该问题不能、一概而论。

因辅助性合同引起的争议可以依合同法律适用的一般原则来适用法律；至于ＢＯＴ特许协议，如前所述，BOT特许协议属于国内法契约，加上其所具有的特殊标的，则在合同的双方当事人没有明确约定的情况下，原则上适用东道国法律，虽然如此，这一实践与合同法律适用的一般原则仍然有着密切联系。有关BOT的法律问题还很多，如建设、经营等合同的法律问题、风险防范问题、环保法律问题等，限于篇幅，本文不再讨论。

四、结 语BOT作为一种新型的投资方式，有着巨大发展潜力，并在许多方面具有传统投资方式所不具备的优势，因而为世界各国尤其是发展中国家所广泛采用。其有利于促进东道国基础设施的建设并缓解东道国的财政负担资金困难，有利于东道国转移经营项目建设的风险，也有利于提高项目运作效率和质量。

此外，它对东道国培养管理人才，发展经济等都有很大益处。[19]但是，由于BOT诞生的时间短、经验少，各国的立法尚不完善，尤其是在我国尚未有关于BOT的专门立法，所以更应该加快立法步伐，结合在实践中所产生的种种问题，争取尽早制定出一部完善的、能够对BOT投资实践起积极指导作用的BOT法律或法规。

主要参考书目：1， 余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社、高等教育出版社2025年3月版。2， 余劲松 主编：《国际投资法》，法律出版社1997年10月版。

3， 史际春、邓峰主编：《经济法总论》，法律出版社1998年11月版。4， 张俊浩 主编：《民法学原理》（下册），中国政法大学出版社2025年10月修订第三版。

参见《应用\"BOT\"投资模式建设泉州刺桐大桥的探索》，《中国工商》，2025年08期。笔者较关注家乡的建设，对于BOT这种新型的投资方式也颇感兴趣。

徐兆宏：《BOT投资方式的主要法律问题分析》，载《财经研究》1998年第2期（总第195期），第4 2页。 参见谭秀环：《BOT方式的法律探讨》，载《青海师范大学学报》(哲学社会科学版) 2025年第4期；余劲松、吴志攀：《国际经济法》，北京大学出版社 高等教育出版社2025年3月版，第222页。

徐兆宏：《BOT投资方式的主要法律问题分析》，载《财经研究》1998年第2期（总第195期），P43。 余劲松、吴志攀 主编：《国际经济法》，北京大学出版社 高等教育出版社2025年3月版，第224页。

参见余劲松 主编：《国际投资法》，法律出版社1997年10月版，第147—148页。 谭秀环：《BOT方式的法律探讨》，载《青海师范大学学报(哲学社会科学版)》，2025年第4期 (总第91期)，第7页。

同。 同，第8页。

王海波：《BOT方式法律性质分析——兼谈我国的立法对策》，载《杭州大学学报》1998年。[11] 孙潮，沈伟：《BOT投资方式在我国的适用冲突及其法律分析》，载《中国法学》1997年第1期。

[12] “经济法”是一门新兴的法律部门，关于经济法与民商法、行政法的关系，可参看史际春、邓峰主编：《经济法总论》，法律出版社1998年11月版，第139—143页。这有助于对“经济合同”的理解。

[13] 参见张俊浩 主编：《民法学原理》（下册），中国政法大学出版社2025年10月修订第三版，第644页。[14] 方世荣 主编：《行政法与行政诉讼法学》，中国政法大学出版社2025年8月版，第156页。

[15] 史际春、邓峰 主编：《经济法总论》，法律出版社1998年11月版，第30页。[16] 参见李运霁：《BOT投资方式的法律问题及立法实践国际比较》，载《广西经贸》2025年6月（总第208期），第37页。

[17] 龚晓春、王鸿波：《试析BOT投资方式的法律特征》，载《投资研究》1997年第1期。[18] 肖健明：《BOT投资方式法律问题探析》，载《财经理论与实践》1999年11月，第102期（第20卷）。

[19] 杨志祥、王承志：《BOT投资方式法律问题探析》，载《鄂州大学学报》2025年7月，第9卷，第3期。

本文档由范文网【dddot.com】收集整理，更多优质范文文档请移步dddot.com站内查找