

BOT 的法律问题 与我国 BOT 立法

慕亚平 赵康*

BOT 是上世纪 80 年代初才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,在国际经济贸易活动中已经受到各国的高度重视和广泛采用,联合国国际贸易法委员会也注意到了 BOT 方式在世界范围内的影响。1995 年中国国际经济法年会专题讨论了 BOT 问题并正在制定 BOT 投资方式立法指南。我国外经贸部 1995 年发布了《关于以 BOT 方式吸收外商投资有关问题的通知》,国家计委、电力部也于同年联合下发了《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》,说明我国已经开始对 BOT 的重视。但 BOT 毕竟属于“新生事物”,无论在理论上,还是法律规范上,都有许多值得探讨之处。本文仅就 BOT 的性质、风险及对策以及我国有关调整 BOT 方式的立法问题加以研讨。

一、BOT 是一种特殊的直接投资方式

BOT 是英文 Build_ Operate_ Transfer 的缩写,即建设、经营、移交。BOT 原本并非专为国际投资的方式,但随着国际贸易与国际经济合作的发展,其逐渐成为国际投资的一种特殊方式。典型的 BOT 形式,分为三大步骤:1. 东道国政府(由政府部门、地方政府或授权实体出面)与外国投资者组成的项目公司签订合同,政府出面保证,由项目公司筹资和建设基础设施项目;2. 项目公司在协议期内拥有、营运和维护这项设施,并通过收取使用费或服务费,回收投资并取得合理的利润;3. 协议期满,投资者将该项目无偿移交给东道国政府,从而完成 BOT 的营运。^[1]

BOT 具有私人直接投资的性质。BOT 方式的外国投资者出于为资本寻求投资出路及获得足够利润的目的,将资本直接投入另一国的基础设施项目,并直接进行生产经营活动,直接承担风险、获得利润,具有了直接投资的本质特征。从出资方式看 BOT 属于私人投资。所谓私人投资指由私人筹集并为自身利益而作的投资,一般由外国自然人、法人及其他民间组织、企业、团体向东道国进行投资。尽管在 BOT 关系中政府部门是作为国家代表的身份出现的,而另一方的项目公司是由一个或多个外国投资者组成的,资金以股本投资的方式筹措,虽然有时以吸取少量政府资金入股的方式筹资,也仍然属于私人资本。

* 慕亚平为中山大学法律系副教授;赵康为广东省公安司法管理干部学院副教授。

[1] 参见李岚清主编:《中国利用外资基础知识》,中共中央党校出版社、中国对外经济贸易出版社 1995 年版,第 92 页。

BOT 具有特许协议方式的性质。BOT 项目通常涉及东道国基础设施的建设经营,而基础设施的建设经营一般都具有垄断性。政府允许外国投资者以 BOT 方式进入基础设施行业,实质上是东道国政府授予外国投资者的特许权,它以特许协议的方式,将原本属于政府的一部分社会管理职能暂时转化给项目公司经营。故而,有人将 BOT 归类于“特许协议”(Concession)。

BOT 法律关系的特殊性决定了其性质的复杂性,也决定了其投资方式的特殊性。同传统的国际直接投资方式相比,BOT 具有如下特征:(1)政府在 BOT 的法律关系中不仅仅是社会管理者,而且是直接参与者。在 BOT 的法律关系中,通常由政府的主管部门和地方政府出面将某基础设施特许给项目公司经营,政府的特许权对法律关系影响重大;(2)BOT 项目通常为东道国带有垄断性的基础设施,如高速公路、铁路、桥梁、隧道、机场、港口等等,其投资数额大、技术要求高、建设周期长、经营风险大;(3)BOT 项目规模大、参加者多,需要各方(如项目公司、项目投资者、政府部门、金融机构、用户、保险公司等等的通力合作和协调),这是项目顺利实施并完成的保证。对各方间的协调与合作的要求较之传统投资方式更高;(4)投资者取得 BOT 项目多以竞标形式进行,透明度高、程序复杂;(5)东道国政府的影响较大,BOT 项目涉及到公共利益,具有较强的公众形象,有时会受到地方利益、对立势力的干扰,于是政府的支持程度便直接影响着项目的成功与否,这与传统投资方式的情形不同;(6)双方风险分担的形式不同于传统投资方式,其并非合作双方共担经营风险,东道国政府在特许期间内一般不承担风险,项目的全部或大部分风险由项目公司承担;(7)BOT 项目终结后不需进行清算,而是由政府收回特许权,并全部、无偿地收回整个项目。

正因为 BOT 是一种新型的投资方式,在许多方面具有传统投资方式所不具备的优势,因而 BOT 开始为世界各国广泛采用。BOT 的采用对东道国和投资者均可带来好处。BOT 的优点可归纳为: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和资金困难;有利于东道国转移经营项目建设风险;有利于提高东道国经济发展的效益和水平,提高项目运作的效率,并产生综合社会效益;有利于东道国引进管理人才、先进管理经验、先进技术和设备。同时,BOT 方式使投资者获得其他方式投资难以涉足的东道国基础设施项目;在这些规模大、周期长、资金多的项目建设经营中,投资者可获得丰厚的利润回报;加之 BOT 为东道国政府特许的项目,往往具有较强的稳定性和保证性,即使遇到风险,因政府的保证而易于化解;而且,由于 BOT 项目往往是涉及到公众利益的大规模“系统工程”,投资者可在 BOT 项目中举一反三创造更多商业机会,诸如,扩大新市场、推销成套设备、带动技术出口、结识更多合作伙伴,等等。总之,BOT 是一项值得采用和推广的国际投资方式。

二、BOT 项目 风险与对策分析

在国际投资领域中,风险是多种多样的,其分类也很繁杂,通常划分为商业性风险和非商业性风险。商业性风险通常指由于东道国市场和投资经营上的原因引起的风险,诸如汇率风险、利率风险、经营风险等等;非商业性风险指因东道国的政治、自然及其他原因导致的风险,诸如政治风险中的征用风险、外汇风险和战争风险以及自然风险等等。^[2] BOT 作为国际投资的一种方式同样具有上述风险。针对 BOT 方式面临的风险分析、安排化解和分担措施,

[2] 参见慕亚平、邵晏生主编:《国际投资法》,陕西人民教育出版社 1993 年版,第 23 页。

并制定法律保证措施和法律对策,是从事经营和研究 BOT 者所必需的。

(一) BOT 的商业风险与分担

商业风险是指投资东道国经济条件的变化或由于经营决策失误而使投资者不能获得正常收益的可能性。^[3] BOT 项目中主要存在的商业风险包括:资源风险、原料风险、汇率风险、运作风险、用户信用风险以及项目开发风险、工程建造完工风险等等。^[4] 这些商业风险是进行投资所具有的,是当事人可以预测的,从某种意义上讲是当事人乐意承担的。由于 BOT 方式不仅规模大、周期长使风险增大,而且因其服务的公益性、社会性使风险具有不确定性。于是,对于 BOT 方式要使项目风险尽可能确定化,然后将风险分担到所有的当事人,这是 BOT 项目中需要政府与投资、融资的项目公司通过谈判协商解决的主要内容,^[5] 可通过政府和对方当事人的协商合理分担。此外,项目公司的投资风险可以采用同承包商、供应商的信用担保部分转移风险,还可通过财产投保分散一定风险。篇幅所限,不再展开叙述。

(二) BOT 的政治风险与保证

政治风险指因东道国政治事件的影响而使投资者遭受经济损失的可能性。^[6] 就 BOT 而言主要的政治风险有:东道国政府动荡、发生内乱、国有化、征收、外汇管制、拒发营业许可证、提高税率、增加提成费、控制劳动力来源、控制原材料和能源供应、控制价格制定等等。^[7] 这是投资者最为关心和担心的。原本 BOT 方式较之其他方式投资风险要大,假若政治方面再没有保证,势必挫伤合作者的积极性。为确保 BOT 项目顺利完成,针对 BOT 方式及其政治风险的特点,笔者认为,东道国、项目公司和投资者应积极采用以下法律保证措施,以防止、避免、减少项目投资者的经济损失:

1. 投资者应积极参加本国的海外投资保险机构对政治风险提供的保证和保险。在学说被称为“国家保证”或“政府保证”^[8]的海外投资保险(保证)制度是担保海外投资者政治风险的重要制度,其对于 BOT 这样风险较大的投资尤为重要。故进行 BOT 项目的海外投资者应参加海外投资保险的投保,以分担或转移政治风险。

2. 项目公司积极要求东道国政府提供政府履约保证,以确定政府对外国投资者的行为和不行为,或承诺某种约定情形发生而造成投资者损失时,负责赔偿或补偿。政府进行履约保证时应注意:(1)这种保证为政府的“自身担保”,而非以第三人名义的担保,也非对第三者的担保;(2)这种保证是为保证政府以平等民事主体的身份履行特许专营权中的权利和义务。东道国政府方面应当注意:首先应切实放弃国家财产豁免,其次在真正出现政府违约时有财产来承担责任,真正使担保起到担保作用。

3. 投资者均可能将与各种经营相关的担保设置于东道国管辖之外,如进行项目贷款的担保可由外国大银行、大公司担任,以避免东道国因政治、政策原因造成的影响和可能采取的干预活动。

4. 东道国应建立起风险分担结构。包括政治风险和自然风险的分担:比如政府变更、政策变化、法律调整的影响,及通货膨胀、外汇管制、财政赤字等等对 BOT 项目的负面影响和损

[3][6] 参见丁伟:《国际投资的法律管制》,上海译文出版社1996年版,第154页,第156页。

[4][7] 参见林泽军:《BOT法律问题研究》(硕士论文),第29页,第26页。

[5] 参见顾长浩:《BOT投融资模式的基本经济法律特点》,《政治与法律》1996年第4期。

[8] See Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors*, 1962, pp62- 64.

害,东道国政府应予补偿;再如,地震、火山、洪水、台风等等不可抗力的自然风险对工程项目造成影响和破坏的,应该由项目双方协商确定分担责任比例。

5. 东道国应向项目公司提供一定程度的政府保证。BOT 项目往往涉及基础设施,各国制度中或许存在法律障碍;加之这些项目往往为政府控制,政府特权的影响力巨大,只有通过政府保证,才能形成政府对自身特权的约束,提高项目投资者的信心。在实践中,为避免本国政府过多承担风险,东道国应尽量不对 BOT 项目公司的贷款作直接担保,而仅对那些可由政府控制的因素作保证,如供货保证、不竞争保证、价格保证、外汇汇出保证等等。^[9]

6. 东道国应给予项目公司政策和法律优惠。考虑到 BOT 项目风险大、周期长、筹资难、回资慢,并且因外汇融资、内币盈余、难以解决外汇平衡的情况,东道国首先对于 BOT 项目的投资者,应当给予外汇管理上的优惠和保证;其次应给予投资者税收优惠,这种优惠应当高于给予传统投资方式的税收优惠。此外,因 BOT 项目往往是基础设施,在特许经营期内,东道国政府应充分保证给予项目公司土地使用、原材料供应。

7. 东道国在 BOT 的运营中应放弃豁免权,而成为项目运作中平等主体。从某种意义上讲,国家行为或财产豁免构成对 BOT 项目的“威胁”;因为假若政府违反合同或担保,却以主权豁免回避责任,势必造成项目公司无法享有合同所载权利,以致无法通过当地救济取得补偿,从而严重挫伤投资者的积极性。其实东道国政府在 BOT 运行中放弃国家及其财产豁免,即构成对投资者的一种保证。

8. 利用多边法律保护措施。BOT 是一种跨国投资融资活动,多国当事人介入,有时仅靠东道国国内法很难奏效。项目公司或投资者可以利用《解决国家与他国国民之间投资争议公约》和《多边担保机构公约》所提供的保护措施维护其合法权益。

三、BOT 政府保证的法律性质

从以上法律保证措施可见,政府保证在 BOT 法律关系中具有至关重要的地位和作用,因而受到国内外学者的重视,于是围绕着 BOT 的性质出现了各种主张。在我国,有人引用担保法有关规定后认为其“限制了对私人(即非政府等官方机构)投资项目作政府担保的可能性”;^[10]有人认为“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”。^[11]也有人认为“BOT 项目中政府保证的法律性质实则为政府获取相当权利所必须履行之义务,而非尽担保之责。因为担保的行使委实基于信用,而非旨在获取某种权利”。^[12]

对此,笔者具有不同看法:

在前两种观点中都混淆了政府保证与一般担保保证的概念,将政府保证混同于一般民事担保行为。这种观点不仅混淆了法律关系,混同了公法行为与私法行为,也忽略了国家进行国

[9] 前引 [4],林泽军文。

[10] 参见陈治东:《关于 BOT 项目的风险分析及政府保证的法律问题》,《法学》1995 年第 5 期。

[11] 参见孙潮、沈伟:《BOT 投资方式在我国的适用冲突及其法律分析》,《中国法学》1997 年第 1 期。

[12] 参见严锡忠、楼晓:《BOT 与政府保证的相关法律问题析》,《法学》1996 年第 9 期。

际法律行为与国家从事国内民事法律行为的差异。

在比较政府保证与一般担保保证之前,我们先对BOT中所含各种行为的性质加以分析。笔者认为,从法理上可将整个BOT分为四大块:一是政府与项目公司的含有特许权的“合同关系”,此时政府是以平等主体身份进行民事活动,政府的行为当被视为“政府的私行为”,属于私法的范畴;二是政府就BOT合同向项目公司的保证。正因为是由政府运作,外国投资者自然心有余悸,希望政府能够真正履约并希望不至于因东道国政治原因而招致“不治”的损失,于是出现了政府对BOT项目的保证。这种保证是政府对其签约行为的履约保证、对政治风险的承担保证和对其特定的豁免权放弃的保证,对该保证的违反会引起外交保护或国际求偿。这种政府的保证行为,是一种“政府的公行为”,且具有国际法上的效力;三是项目公司与外国投资者、承包者、贷款者、供应者等等在投资、融资、建设、经营过程中的合同关系,其主要属于内国的私法调整;四是政府与项目公司、外国投资者、承包者、贷款者、供应者等之间的管理关系,其主要属于国内的公法调整。通过以上的分析可见,政府对BOT的保证,不同于一般对外资项目的保证,因为BOT项目的协议具有“特许协议”的性质,政府对其保证只是针对该协议作出的。

应当认清简单地把BOT中的政府保证视为担保法的担保是不妥的,一般担保保证(民法及担保法上所称的担保保证)是指为确保债权的实现而采取的一种法律措施,它包括物保和人保及金钱之保,物保有抵押、质押、留置,人保主要是保证,金钱之保主要是定金、违约金等。在BOT项目中政府不应为任何参与BOT活动的公司、企业或其他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、担保法均未限制或禁止政府为确保BOT项目的顺利进行,而对项目公司就BOT合同作出某些保证或承诺。BOT中的政府保证与民事担保中的保证不同,主要区别有:(1)行业性质不同:一般担保保证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、违约责任的承诺和放弃豁免的表示,与国家主权、政策等统制关系密切联系,可视为公法关系。(2)主体不同,一般担保保证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。(3)内容不同,一般担保保证针对当事人一方的某具体行为作出,包括经营方面原因造成的损失,而政府保证对自身的行为或事实承诺,主要针对政治风险或违约责任,不会为经营损失承担责任。(4)责任承担也不同,一般担保保证与被保证人就约定具体事项承担连带责任,而政府保证仅仅为追究政府责任提供了前提和可能性。(5)适用规范不同,一般担保保证是民事活动,保证结果会导致各方之间的民事纠纷,因而属于民商法问题,而政府保证通常是在争议发生后为外国投资者求偿和资本输出国实施外交保护奠定基础,政府保证的后果可能导致国家间的纠纷,因而具有国际法规范的性质。由是,笔者认为,所谓BOT的政府保证是指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,表明了东道国愿意承担因BOT项目的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,愿意赔偿因此给项目公司及外国投资者所遭受的损失,愿意放弃一定的豁免权,而使外国投资者可以通过法律救济程序保护其权利,其亦成为追究政府政治或违约责任的依据。

前引第三种观点已经基本表明了政府对BOT保证的实质,只是表述不甚明确。

四、建立我国调整 BOT 的法律制度

近年来, BOT 投资方式在国际上日渐兴起, 我国也兴办了一些 BOT 项目, 然而我国尚没有形成 BOT 项目实施的法律环境。因而分析我国在 BOT 投资方式存在的问题, 制定具有可操作性的法律、法规, 建立我国调整 BOT 的制度已显得非常重要。笔者在此仅从宏观的角度谈一些看法。

首先, 调整对放弃国家豁免与政府保证的认识。

BOT 项目的特点之一, 就是政府出面签约, 甚至进而作出保证。一旦因东道国原因合同不能履行, 或者因东道国政府违约, 势必涉及到国家豁免和国家责任等复杂的国际法问题。我国长期以来一直是国家绝对豁免的坚持者, 以政府或政府财产来承担民事责任是历来被反对的。于是在我国的法律中处处可见禁止或限制政府及其人员从事经营的规定, 以及对政府及其人员进行保证的限制性和禁止性规定。然而, 由于 BOT 投资方式的法律关系的特殊性, 必然有法律关系的主体一方为东道国政府。这就使得我国政府和学者在进行 BOT 项目的运作和分析研究时不得不完全或者部分地放弃国家绝对豁免的观念。否则, 我国将会将 BOT 项目的投资者“拒之于国门之外”。

其实, 这种有意识地放弃特定领域内或特定情况下的国家豁免权, 并没有否定和侵害国家主权, 相反, 恰恰是国家主权充分实施的表现。根据国际法原理, 国家主权是指国家在国际法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, 当然包括积极地实施行为, 也包括自愿放弃某方面的权利。在采用 BOT 投资方式的情况下, 东道国为了获取更为明显的利益, 给外国投资者以信心, 放弃某些方面的豁免权应是无可非议的。

在我国, 无论在实际实施 BOT 项目的机关和部门, 还是在进行 BOT 理论和规则研究时, 或者在国家和政府制定有关 BOT 的法律和制度时, 都应树立 BOT 是一种特殊的投资方式, 在从事这类活动时国家应放弃国家豁免的意识。

其次, 解决现行法律规范与 BOT 方式的抵触。

如前所述, 我国尚无专门性的立法和制度。各地在从事类似 BOT 的项目时往往根据我国现行外资立法作为根据。应该说, 改革开放以来我国外资法律体系已基本完善, 对管理和规范 BOT 投资方式有了一定的法律基础。由于 BOT 方式的特殊性, 使得在现实情况下我国的有些法律规定与实行 BOT 方式的通行做法相抵触, 形成了实施以 BOT 方式投资的障碍。这些问题都是需要尽快解决的。

(1) 现行立法中关于投资方向规定的障碍。

自改革开放以来, 我国吸引外资主要在能源开发、建筑材料工业、化学工业、冶金工业、机械制造业、电子工业、轻工、纺织业、农牧业、旅游、服务业等方面。对国防、军工、海、河、陆、空运输、金融保险、通讯、新闻、稀有金属资源开发等行业均加以限制。^[3]后来在投资方向和行业上有所松动, 但在 1995 年由国家计委、经贸委、外经贸部发布的《外商投资产业指导目录》中仍明确禁止外商投资电网建设、经营, 城市供排水、煤气、热力管网的建设、经营等, 对港口、码头等基础设施的引进外资也作了限制性规定。显然这些规定无助于 BOT 方式在我国的推

[3] 参见姚梅镇:《国际投资法》修订本, 武汉大学出版社 1994 年版, 第 122 页。

广实施。

(2) 相关法律文件中的规定影响了对 BOT 的政府保证。

尽管我国尚无 BOT 的专门立法,也无禁止政府为 BOT 项目进行保证的规定,但现行一些法律文件的规定较为含混,如 1988 年最高人民法院的“国家机关不能担任保证人”的规定,^[4] 1995 年外经贸部关于“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)”,^[5] 以及 1995 年担保法第 8 条“国家机关不得为担保人”的规定;加之人们对政府保证与一般担保的曲解,似乎使人们形成了一种政府不能对 BOT 保证的印象。这是应亟待纠正的观念。

如前所述,除了在谈判时政府对商业性风险予以分担外,政府的保证主要是针对非商业性风险,如政治风险、禁兑风险、违约风险等等。对这些方面政府作出的保证实质上只是一种对政策和履约的承诺,政府并不需要实际拿出物质或货币作保,也不需要政府去同本国违约者承担连带责任。这种保证实际上是政府守约的一种表态,在政府方违约时情愿受到对方的追究。而在合理范围内放弃豁免权的保证实际上是一种定心丸,无论对项目公司,还是对外国投资者都会增加很大信心。因而一定要树立起做好政府保证的意识和信念。应注意到政府保证是一个总行为,无论这个行为由谁(包括政府部门、地方政府或政府授权实体)实施,其法律后果都是要导致国家的责任。这就更加需要制定出政府实施保证的办法和制度,进行统一的规范操作,避免给政府带来不必要的或过多的争论。当务之急是要完善我国的有关规定,明确政府保证的范围、程序等等制度。

(3) 外汇管制法规对 BOT 方式的制约。

我国属于外汇管制的国家,人民币不能自由兑换,尽管 1996 年新的《外汇管理条例》在经常项目外汇上实行浮动汇率制,而在资本项目外汇方面仍实行严格管制。这种有条件的浮动汇率制虽然放松了外汇管制,但外汇自由进出仍受到限制。在实施 BOT 项目时项目公司主要以境外外汇融资,而收益则表现为人民币形式,于是 BOT 方式的特殊性使得其不具有创汇能力,而我国有关“三资企业”外汇收支平衡的规定对 BOT 方式都不适用。这样不仅使项目公司面临外汇兑换风险,也会遇到外汇平衡的矛盾。^[6] 这一问题得不到解决,外国投资者就不可能放心大胆地来我国实施 BOT 项目。

此外,我国现行外资法中关于产品销售方面的规定,显然也对 BOT 方式构成障碍,等等。

第三,建立适合我国的调整 BOT 制度的规章或法律。

鉴于 BOT 方式在利用外资和发展我国经济方面的重要性,以及我国现实情况下,人们在认识上的落伍和现行法律的不协调乃至冲突,我国有必要制定一套专门调整 BOT 的法规性文件,用于协调与弥补。这个法规性文件主要应在涉及 BOT 法律关系的几个主要环节上明确如何去做。在进行 BOT 立法时应注意其特点,不仅要充分考虑到政府作为当事人和保证人的“平等主体间”的地位和法律规范,还要充分考虑政府作为领导者和管理者与项目公司、项目贷款人、建筑承包商、项目接收人等之间的“行政隶属关系”的法律规范。考虑到我国统一的外资

[4] 参见 1988 年 1 月 26 日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第 106 条。

[5] 参见 1995 年 1 月 16 日对外经济贸易部《关于以 BOT 方式吸引外商投资有关问题的通知》第 3 条。

[6] 参见杨松:《BOT 投资方式的法律保障及其管制》,《法学评论》1997 年第 5 期。

法正在酝酿中,象 BOT 这样的具体利用外资方式未必通过全国人大正式立法的形式,加之目前我国在 BOT 方面的经验尚不足,甚至就连一个我们中国人自己的专门法律术语都未确定,笔者认为最好先由国务院制定行政法规,在实施到一定程度后,将其纳入统一外资法之中;不需对现有的法律尽数修改,因为我国现行法律对吸收外资包括吸引 BOT 项目的大方向并无大问题,只需将 BOT 同其他形式投资分出界限,并对没有规定或规定不妥或有冲突的地方进行补充、修改和完善。当然专门针对 BOT 方式的特殊情况制定一个系统的法规性文件是必要的。

笔者初步考虑了该法规的构架,认为起码应包括:(1)明确规定我国实施 BOT 方式的总的指导原则,包括维护国家主权和利益原则,约定必守原则,保护外国投资者合法权益原则,遵循国际惯例原则等等;(2)明确指明许可实施 BOT 方式的行业范围,该范围既要有利于我国基础设施的发展,也要防止基础产业过度民营化;(3)明确我国 BOT 法律关系的性质,明确政府与项目公司签订协议的合同性质,确立政府对 BOT 特许权合同的保证制度,并承诺对政治风险和政府违约行为承担因保证的法律责任,以增强项目公司及外国投资者的信心,同时明确规定政府保证的范围;(4)建立国家的主管机构。因为 BOT 对国家影响较大,立法时应确定建立 BOT 主管机关,即政府授权某机构全面负责 BOT 项目的统一协调管理事宜,建议由外经贸部会同国家计委、建设部、财政部及中国人民银行联合设立。该法之中应明确其权利和义务。建立由该主管机构执行的 BOT 项目及保证审批、审查制度;明确政府部门、地方政府从事 BOT 项目的权限;(5)明确规定项目公司及外国投资者可以享有的国家的优惠政策和待遇;(6)明确各方参与者的相互关系,确定各方的权利和义务;(7)规定 BOT 项目的运行程序,从项目产生、建设,到运营、移交的办法;(8)规定政府与项目公司的 BOT 主合同的主要内容,并确定项目公司与其他相关者签订的合同的标准条款;(9)对与 BOT 有直接影响的外汇、税收、土地等等关键环节作出明确的规定;(10)规定在因 BOT 产生争议时的解决途径和程序;明确政府与项目公司争议同项目公司与其他参与人或关系人争议的不同解决方法;等等。