

# 论 BOT 特许协议争端的解决途径

翁国民,毛骁骁

(浙江大学 法律系,浙江 杭州 310028)

[摘要] 由 BOT 特许协议产生的争端通常会涉及到一些在其他合同中不常见的问题,因而具有鲜明的特点。为了妥善解决 BOT 特许协议争端,世界各国通过各种形式对 BOT 特许协议争端的解决途径作了规定。在我国关于 BOT 特许协议争端的解决途径的立法中,应遵循维护国家主权和公共利益、保护投资者利益、国民待遇以及国内解决与国外解决相结合原则,消除各种阻碍,将协商、调解、行政复议、仲裁以及司法程序等方式规定为 BOT 特许协议争端的解决途径,以保证 BOT 方式在我国的顺利推广实行。

[关键词] BOT; BOT 特许协议; 争端解决途径

[中图分类号] D996 [文献标志码] A [文章编号] 1008-942X(2003)01-0144-08

## 一、引言

自从 1984 年当时的土耳其总理厄扎尔(TURGUT OZAL)首先提出了 BOT(Build - Operate - Transfer 建设—运营—移交)这一术语,并在土耳其国家公共部门的私有化项目中加以应用后,这种集多种功能于一体的新型投融资方式立即引起了全世界的注意<sup>①</sup>。

一个 BOT 项目通常会涉及一系列复杂的合同安排,而其中最为重要的是政府与私人投资者之间的特许协议。由 BOT 特许协议产生的争端通常会涉及到一些在其他合同中不常见的问题,具有鲜明的特点。为了妥善解决 BOT 特许协议争端,不少国家和国际组织都对 BOT 特许协议争端的解决途径作了规定。笔者试图在介绍 BOT 特许协议的各种争端类型、特点及国际上常见的争端解决途径的基础上,对我国的相关立法提出一些建议,并求教于各位方家。

### (一) BOT 特许协议争端的类型和特点

由于 BOT 项目的内容复杂,履行时间较长,而且往往涉及政府机构和广泛的公共利益,因此会产生一些在其他种类合同中不常见的问题,并由此导致争端的发生。按照争端发生的起因不同,我们可以将其分为以下几类:

1. 由意外风险引起的争端。在 BOT 项目建设过程中,当事人可能会因无法预见且无法控制的

[收稿日期] 2002-05-27

[作者简介] 1. 翁国民(1964-),男,浙江萧山人,浙江大学法学院法律系教授,博士,主要从事国际经济法、WTO 法研究;

2. 毛骁骁(1978-),男,浙江杭州人,浙江大学法学院法律系国际法专业硕士研究生,主要从事国际经济法研究。

① BOT 的典型模式是:项目所在地政府通过特许协议将特许权利授予由一家或者几家私人企业所组成的项目公司,允许其就某项特定基础设施项目进行筹资建设,在约定的期限内经营管理,并通过项目经营收入偿还债务和获取投资回报,约定期满后,项目设施无偿转让给所在地政府。在实际运作中,BOT 方式出现了不少变异模式,例如:BOOT(Build - Own - Operate - Transfer 建设—所有—运营—移交)、BTO(Build - Transfer - Own 建设—移交—所有)、BOO(Build - Operate - Own 建设—运营—所有)等模式。

意外事件而造成项目中断。这些意外事件可能是自然性质的,如洪水、地震等自然灾害,也可能是人为行为的结果,如暴乱、战争或恐怖分子袭击。这些意外事件通常会导致工程延期、收入损失或其他损失。严重的事件还会导致设施物质损害乃至无法修复。因而当发生此种意外事件时,争端就很可能产生。

2. 由政治风险引起的争端。所谓的政治风险是指订约当局、另一政府机构或东道国的立法机构可能对 BOT 项目产生的负面影响。政治风险大致可以分为以下三类 (1)传统的政治风险。主要是指东道国政府对项目公司实行国有化或征收措施、征收新税种危及项目公司的债务偿还或影响其投资回报前景。(2)管理的风险。例如对服务的提供采用更为严格的标准或放开某一行业部门允许自由竞争。(3)半商业风险。该风险主要是指由于订约当局优先项目和计划的更改导致了 BOT 项目的中断 [1] p. 33)。

在 BOT 项目中发生这些政治风险时,双方很可能因此而产生争端。

3. 由建设和运营风险引起的争端。建设风险主要包括项目公司可能无法开工建设或无法按时交付设施、建设成本可能超支以及设施在完工时未能达到设计要求等风险。运营风险则包括完工的设施不能有效运行或维护从而达不到预定的产出效率、运营成本超出原先预期等风险。建设和运营风险既可能对投资者造成损失,也可能对公共利益带来不利影响,因此 BOT 特许协议的订约双方往往会因这些建设和运营风险而发生争端。

4. 由商业风险引起的争端。商业风险是指在 BOT 项目中,由于市场价格或对其所生产的产品、提供的服务的需求上的变化而使投资者无法取得预期利益。这种风险往往对项目公司的偿债能力造成很大影响,进而影响 BOT 项目的财政维持能力。由此产生的争端也是 BOT 特许协议争端的常见类型之一。

5. 由金融风险引起的争端。BOT 项目的金融风险主要是指汇率风险和利率风险。由于项目公司向客户的收费多是用本地货币支付的,而其贷款多是用外币计算的,因此当东道国的汇率发生变化时,项目公司就可能遭受损失。项目公司可能遇到的另一个金融风险则是利率风险。由于 BOT 项目的贷款金额大、周期长,一旦出现利率上升的情况,将使项目公司承担额外的融资成本。因此一旦贷款利率出现变化,双方也可能因此而产生争端。

与具有平等法律地位的国家、国际组织之间的争端或私人之间的合同争议相比,BOT 特许协议争端有以下几个特点:

1. 争端主体具有特殊性。与国家之间、国际组织之间的争端或私人之间的合同争议不同,BOT 特许协议争端主体双方的法律地位是有差别的。国家是国际公法上的主体,而个人或法人则是被视为私法上的主体。如何处理这种具有不同法律地位的主体之间的争端,就会遇到许多独特而复杂的问题 [2] p. 710)。

2. 争端涉及的问题具有特殊性。BOT 特许协议争端一方面会涉及到投资者在东道国境内的财产权或契约权利、外汇自由汇出等权利;另一方面也涉及到东道国对本国境内的 BOT 项目的管理权,有时还涉及到对自然资源的主权权利和公共利益,同时还可能涉及到东道国保护外国投资者的国际义务。由此可见 BOT 特许协议争端所涉及的问题范围广泛,且通常关系到双方的重大甚至根本利益,显然不同于一般的经济贸易争议。

3. 争端引起的后果具有特殊性。BOT 特许协议争端虽然通常发生在东道国和外国私人投资者之间,但常常把外国私人投资者的母国政府卷入其中。外国私人投资者的母国往往会借口行使外交保护权而介入争端,对东道国政府进行外交干预,乃至实行单方面经济制裁,使私人同国家间的投资争端上升为国家之间的争端,引起国家间的冲突,使 BOT 特许协议争端政治化、复杂化。

## (二) BOT 特许协议争端的解决途径

由于 BOT 特许协议争端与一般的合同争议有所不同,因此,需要确立适当的途径解决 BOT 特许协议争端。在各国 BOT 实践中,常见的解决 BOT 特许协议争端的途径有以下几种:

1. 定期讨论。在 BOT 特许协议的有效期限内,由双方代表定期讨论工程的进展和基础设施的运行,以便保证双方的安排在互相满意的基础上继续进行。

2. 协商。所谓协商解决是指争议发生后,由争议双方当事人直接接触,进行磋商,在分清是非、消除误会、明确责任的基础上,以自愿为原则,相互作出一定的让步。在双方当事人都认为可以接受的情况下,达成和解协议,使争端得到解决<sup>[3]</sup>(p.385)。协商解决的前提是双方当事人的立场相距不远,并且都愿意尽快和平解决分歧。如果一方当事人不愿意进行谈判协商,则需要通过其他途径解决争端。

3. 调解。当双方通过协商无法解决争端时,可以提交其他第三者进行调解。调解人往往是在收集相关的资料基础上,提出认为是合理的解决条件和办法并向各方提出接受上述条件的期限。但是向双方当事人提交的调解报告不具有法律约束力,争端各方是否依照调解书解决争端取决于各方的意愿。

4. 争端审查委员会。在一些国家的 BOT 项目中,双方当事人可以从项目一开始就挑选拥有项目领域知识而享有盛名的专家组成争端审查委员会,以便帮助解决建造和运营阶段可能产生的争端。争端审查委员会的程序可以是非正式和快速的,而且可以调整适应所要解决的争端的特点。由于委员会成员会定期视察项目现场,与当事人见面并随时了解工程进度,因此,可以在潜在冲突开始演变成真正的争端之前,及早发现端倪<sup>[1]</sup>(p.143)。

5. 向行政机关进行申诉。在大陆法系国家,BOT 特许协议被视为“行政合同”(administrative contract),因此在争端发生时,会根据行政法的规定将争端提交相关的行政机关进行复议。在法国有关公共工程的一般性行政条款中,规定了必须采取行政救济手段<sup>[4]</sup>(p.437)。而在美国,BOT 特许协议被视作“政府合同”(Government Contract),其争端的解决适用《合同争议法》(the Contract Disputes Acts)中关于政府合同的特别规定,在发生争端后,首先将争端交由订约当局(Contracting Officer)做出裁决<sup>[5]</sup>(p.307)。如果对裁决不服,则可以在 90 天内向合同上诉委员会(Board of Contract Appeals)提出申诉<sup>[5]</sup>(p.320)。事实上,大量的政府合同争议正是由该委员会解决的。

6. 仲裁。很多国家的 BOT 法律中都把仲裁规定为 BOT 特许协议争端的解决途径之一。例如,越南的 BOT 法规定,特许协议的争端应先通过谈判、协商解决,如仍有分歧,才提交仲裁<sup>[6]</sup>,即使是在将 BOT 特许协议视为行政合同的法国,也规定了工程承包合同可以采取仲裁方式解决争端。但是对于是否应承认和执行外国仲裁庭做出的裁决,各国的法律规定不尽相同。在 1958 年的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)中就有所谓的“商事”保留条款:允许各缔约国仅对按照其本国法律属于契约性或非契约性的商事法律关系所引起的争议适用该公约。我国在 1986 年加入《纽约公约》时作了商事保留,即中国仅对按照中国法律属于契约性或非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约<sup>[7]</sup>(p.7)。并且我国的司法实践认为,“契约性或非契约性的商事法律关系”不包括外国投资者和东道国政府的争端<sup>①</sup>。这就意味着对于我国政府和外国投资者之间的 BOT 特许协议争端,即使国外的仲裁机构做出了裁决,也可能无法在我国得到承认和执行<sup>[4]</sup>(p.437)。

7. 司法救济。在各国法律中,都将司法救济作为 BOT 争端解决途径之一加以明确,其规定的

①参阅最高人民法院 1987 年《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第 3 条。

差异主要是体现在管辖法院的选择。多数国家认为,只能由东道国法院管辖 BOT 特许协议的争端。这主要是根据国家主权豁免原则:“.....一个国家不受另一国管辖。就司法管辖而言,不得在一国法院对另一国起诉,或对后者的财产加以扣压或强制执行。”[8](p.3)由于 BOT 特许协议的一方是东道国政府,基于国家主权豁免原则,BOT 特许协议的相关争端应由东道国法院管辖。即使投资者在其他国家法院提起诉讼,基于主权豁免原则,他国法院也不应对此类案件享有管辖权。而美、英等发达国家从其自身利益出发,提出有限主权豁免原则。1976 年,美国率先通过了《外国主权豁免法》,该法在原则上给予外国国家以主权豁免,但这种主权豁免有以下的例外:“.....外国政府在美国境内从事的商业活动,或不是发生在美国境内的商业活动,但该行为对美国产生影响者。”[9](pp.315-316)根据该项规定,当美国投资者和东道国之间发生 BOT 特许协议争端时,美国法院可以“东道国的 BOT 项目是商业活动”为由,不给予东道国以主权豁免,并进而宣称对该争端享有管辖权。显然,这种有限主权豁免原则的关键在于依据相关行为的性质,而不是行为者本身的性质,来决定是否给予东道国主权豁免,这从根本上改变了传统的主权豁免原则的基础,并且由于对行为性质进行判断的标准是极为模糊的,这就赋予了法院以极大的自由裁量权。

### (三)关于我国 BOT 特许协议争端解决途径的立法建议

目前,我国关于 BOT 项目的法律规定主要是对外贸易经济合作部 1994 年发布的《关于以 BOT 方式吸收外商投资有关问题的通知》和国家计委、电力部、交通部 1995 年联合发布的《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》。但在这两个通知中,都未详细规定 BOT 特许协议争端的解决途径。笔者认为,有必要通过立法形式对 BOT 特许协议争端的解决途径加以明确规定。这主要是出于以下几点考虑:第一,有助于吸引私人资本广泛参与 BOT 项目。如果私人投资者相信,在实施 BOT 项目中所产生的一切争端都能得到迅速和公正的解决,便会积极参与 BOT 项目。第二,有利于政府行使监管职能。政府在 BOT 特许协议扮演着双重角色:不仅要履行合同规定的义务,还要行使相应的监管职能。一套高速而有效的争端解决程序往往有助于政府行使监管职能,降低总体管理费用。第三,实现争端解决的规则化。如果在法律中没有对 BOT 特许协议争端的解决途径加以明确规定,往往会出现根据争端双方的实力对比来选择争端解决途径的情况。更为严重的是,私人投资者和东道国政府之间的投资争端往往会上升为东道国与投资者本国之间的争端,从而使争端解决政治化。因此,有必要通过立法形式明确规定 BOT 特许协议争端的解决途径,使争端的解决实现规则化。

笔者认为,关于 BOT 特许协议争端解决途径的立法框架应由以下几部分构成:

#### 1. 基本原则。

根据我国的具体国情和各国 BOT 项目的实践经验,在我国关于 BOT 特许协议争端的解决途径的立法中应该贯彻以下几项基本原则:(1)维护国家主权和公共利益原则。由于 BOT 项目往往是东道国的基础设施建设项目,因而由 BOT 特许协议所产生的争端通常牵涉到国家主权和公共利益。所以在立法中必须以不损害中国国家主权和公共利益为最基本的原则。(2)保护投资者利益原则。BOT 项目具有较高的风险,为了鼓励民间资本与外资参与我国的 BOT 项目建设,我国在立法中应该坚持保护投资者利益的原则。(3)国民待遇原则。在解决 BOT 特许协议争端过程中,国民待遇原则具体体现为保证外国投资者有权按照与国内投资者相同的条件向法院提出诉讼,以保障其实体权利的实现和维护。(4)国内解决与国外解决相结合原则。在我国关于 BOT 特许协议争端解决途径的立法中,既应允许争端双方在中国国内解决争议,也应根据我国与投资者本国所签订的双边投资协定中的相关规定或者根据我国在已经缔结的国际条约中所做出的承诺,允许争端双

方将 BOT 特许协议争端提交有关的国际机构进行国际仲裁。

## 2. 需要明确的前提条件。

在确定具体的争端解决途径之前,我们首先需要对以下两个前提条件加以明确:

(1) BOT 特许协议的法律性质。国际上对于 BOT 特许协议的法律性质的争论主要集中在两个方面:BOT 特许协议是国家契约还是国内法契约,BOT 特许协议是行政合同还是民商事合同。

笔者认为:首先,应明确 BOT 特许协议为国内法契约。正如前文所述,根据签订主体的不同,可以把 BOT 特许协议分为东道国政府与东道国私人投资者签订的特许协议、东道国政府与依据东道国法律所设立的外资项目公司所签订的特许协议以及东道国政府与外国投资者签订的特许协议这三种形式。对于前两者,各国一般都将其作为国内法契约对待,主要是对于后者的法律性质存在较大的认识差异。笔者认为,后者也应确定为国内法契约。事实上,早在 1929 年,国际法院就在塞尔维亚国债案中确认了划分国际契约与国内法契约的标准:“除了作为国际法主体的国家间的合约外,任何合同都是基于某个国家的内国法。”<sup>[10] p.41</sup>显然,投资者并非是国际法上的主体,并且国际法上的主体资格也并非能通过其他主体的承认或默认所取得,而必须是依法获得的,因此,BOT 特许协议只能被视为是国内法契约。其次,应将 BOT 特许协议定位为特殊的行政合同。这主要是因为:其一,政府订立 BOT 特许协议的目的是为了实现在公共利益。政府之所以利用 BOT 方式进行建设的主要目的是为了在财政紧张情况下,尽可能地实现公共利益,而非为了政府自身利益的实现。显然,这与民商事合同中订约双方为了个人利益最大化的目的有所不同。其二,BOT 特许协议中政府与投资者并非完全平等主体。在是否授予特许权、特许权范围等问题上,政府是最终的单方决定者,投资者甚至连协商的权利都没有,只能完全接受,这与民商事合同中的双方地位有很大差别。其三,BOT 特许协议具有区别于一般行政合同的特殊之处。BOT 特许协议不但涉及到特许权的授予问题,还涉及到授予特许权后对整个项目投融资的具体安排,而这些内容又与民商事合同有相近之处。BOT 特许协议的这种特殊性反映在争端解决途径问题上,就体现为争端解决途径的可议定性,而不是像一般行政合同那样,只能通过行政申诉和行政诉讼程序解决争端。

(2) 明确授权政府可以与投资者议定争端解决途径。我国《行政诉讼法》第五十条规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”而我国《仲裁法》第三条则规定:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。”显然,根据我国现有的法律规定,政府以及其机构不得同意某些争端解决的方法。

但是,正如笔者在前文所述,BOT 特许协议是特殊的行政合同,政府之所以采取 BOT 形式进行基础设施建设,主要是希望能将私人资本引入那些营运周期长、收益较慢的基础设施项目。因此,为了尽可能吸引私人资本进行 BOT 投资,就应该尽可能地采取双方议定的方式来确定争端解决途径,以打消投资者对国家既是当事人又是裁判者的双重身份的顾虑。所以在未来的 BOT 立法中,应明确授权政府可以与投资者议定争端解决途径。如果缺乏此种明确的立法授权,很可能会引起关于争端解决条款有效性的问题,并导致争端迟迟无法解决;同时也会使国内外的私人投资者对参加我国 BOT 项目的信心不足。

## 3. 争端解决的具体途径。

(1) 协商谈判。当双方当事人立场相差不远并且都希望尽早和尽可能在最低层的管理部门得到解决时,则可以通过双方的协商尽快达成共识,以解决相应争端。

(2) 调解。当双方就争议无法达成一致意见时,可以请求第三人进行调解。调解程序通常是不公开、非正式的,且容易采用,花费不多。当所涉当事方很多,通过谈判难以达成一致意见时,这种程序特别有效。

(3) 行政复议。由于将BOT特许协议定位为行政合同,自然可适用行政法中的一般规定来解决特许协议争端。私人投资者可根据《行政复议法》向签订BOT特许协议的行政机关的主管部门提起行政复议。当然,行政复议不必规定为争端解决的必经程序。

(4) 仲裁。仲裁可分为国内仲裁和国际仲裁两种。作为投资者一方,往往希望通过在独立第三国进行仲裁的方式来解决争端。但是,如果允许外国仲裁机构对我国政府做出裁决,会有损于我国主权国家的形象。并且根据我国在加入《纽约公约》时所做的保留,外国仲裁机构即使做出了关于我国政府和投资者之间争议的裁决,也是无法被我国法院承认和执行的。因此笔者认为,有关BOT特许协议的争端只能选择我国的仲裁机构进行仲裁。

在具体立法中,笔者认为需要明确以下几个问题:

首先,能否由我国涉外仲裁机构进行裁决。按照争端主体的不同,BOT特许协议的争端可分为东道国政府与国内私人投资者之间的争端、东道国政府与依据东道国法律所设立的外资项目公司之间的争端以及东道国政府与国外投资者之间的争端。就法律性质而言,前两者是国内合同争议,而后者是涉外合同争议。对于后者,自然可以将争端交由我国的涉外仲裁机构进行仲裁。但对于前两种类型争端是否可以由我国涉外仲裁机构加以裁决,法律却未明确规定。笔者认为,应该在立法中明确允许当事人将BOT特许协议争端交由我国的涉外仲裁机构进行裁决。其理由主要有以下几点:第一,有利于增强投资者信心。我国的涉外仲裁机构主要是指中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲会”),贸仲会的仲裁员名单中包括了国内外各领域的专家。投资者可以选择第三国专家作为仲裁员,这样有助于消除其顾虑,增强投资者的信心。第二,有利于降低诉讼成本。如果选择第三国仲裁机构进行仲裁,往往使双方当事人花费巨大。而在我国涉外仲裁机构进行仲裁,则可以降低双方相应的诉讼成本。

事实上,现有的法律框架已经为解决这一问题预留了法律空间。我国《合同法》第128条第2款只规定了涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁,但未规定国内争议是否能由涉外仲裁机构进行裁决。而在《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则2000》第二条中规定:“中国国际经济贸易仲裁委员会……以仲裁的方式,独立、公正地解决……”(五)中华人民共和国法律、行政法规特别规定或特别授权由仲裁委员会受理的争议;(六)当事人协议由仲裁委员会仲裁的其它国内争议。”由此可见,只要在BOT法律法规中对此问题加以明确规定,或者由双方达成协议,就可以将国内争端交由涉外仲裁机构进行仲裁。

其次,如何执行仲裁裁决。这主要包括如何确定被执行人和如何界定被执行财产的范围这两方面的问题。笔者认为,应该根据行政法学中行政主体的概念确定仲裁裁决中的被执行人。在界定被执行财产范围的问题上,则不宜将其扩大化,应该明确将被执行财产范围限定于被执行人的财产,不能将其他的国家财产也纳入被执行财产的范围。

(5) ICSID(解决投资争端国际中心)。我国在批准加入《解决国家和他国国民间投资争端公约》(《华盛顿公约》)时做了保留声明:“仅将由国有化和征收所产生的赔偿数额争议交由ICSID解决。”[11]p.587笔者认为,在未来立法中,应适当扩大适用ICSID的争端范围,将BOT特许协议争端纳入其中。实际上,我国签订的一些双边投资保护协定中已经规定了日后扩大通过ICSID解决投资争端的可能性。例如在1992年我国与大韩民国签订的投资保护协定中就规定:根据双方的同意,可将提交ICSID进行仲裁的争端范围扩大到国有化和征收补偿数额争端之外<sup>①</sup>。目前已经有学者提出,随着条件的逐渐成熟,我国应着手进行相关立法,履行《华盛顿公约》义务,其中应考虑的一个

<sup>①</sup>详见《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于鼓励和相互保护投资的协定》第9条第3款。

问题就是进一步扩大交由 ICSID 管辖的投资争端的范围,将 BOT 特许协议争端纳入其中[12](pp. 359-360)。

(6)司法救济。在相关立法中,应该明确只有我国法院对 BOT 特许协议争端享有管辖权。这是因为:首先,根据国家主权豁免原则,外国法院无权审理我国政府与外国投资者之间的争端;其次,由于 BOT 特许协议的签订地、履行地都是在我国境内,根据冲突法中最密切联系地的原则也应在我国法院进行诉讼。

## 二、结束语

在我国《国民经济和社会发展的第十个五年计划纲要》中已经明确提出,要“积极稳妥地发展多种融资方式”;要开拓新思路,采用新机制,着力改善投资环境,扩大对内对外开放,大力发展多种所有制经济,积极吸引社会资金和外资参与西部开发和建设”。因而在可以预见的未来,BOT 作为一种新型投融资方式,一定会在我国的经济建设尤其是西部大开发中发挥重要的作用。BOT 特许协议争端的解决途径作为成功进行 BOT 项目的一个重要因素,应该对其予以足够的重视,并在未来的 BOT 专门立法中加以明确的规定。只有这样,才能吸引大量的民间资本和外资采取 BOT 方式进行基础设施建设项目,从而促进我国的国民经济和社会的发展。

## [参 考 文 献]

- [1] United Nations Commission on International Trade Law. Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (2001)[EB/OL]. [www.uncitral.org/english/texts/procurement/pfip-index-e.htm](http://www.uncitral.org/english/texts/procurement/pfip-index-e.htm), 2001-3-7.
- [2] 姚梅镇.国际经济法概论:修订版[M].武汉:武汉大学出版社,1999.
- [3] 余劲松.国际投资法[M].北京:法律出版社,1999.
- [4] 王名扬.法国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [5] W. Noel Keyes. Government Contracts 2nd edition[M]. New York: West Publishing co., 1990.
- [6] Socialist Republic of Vietnam Government. article 25, Decree on providing investment regulations on BOT (build-operate-transfer), BTO (build transfer-operate) and BT (build-transfer) contracts involving foreign investment in Vietnam[EB/OL]. <http://www.vietnamese-law-consultancy.com/s-bot/main-08-98.htm>, 1998-08-15.
- [7] 宋连斌.国际商事仲裁的管辖权研究[M].北京:法律出版社,2000.
- [8] 倪征燠.关于国家豁免的理论和实践[A].中国国际法学会.中国国际法年刊:1983年卷[C].北京:中国对外翻译出版公司,1984.
- [9] Barry E. Carter & Philip R. Trimble. International Law: Selected Documents[M]. London: Little Brown and Company, 1995.
- [10] Case Concerning Various Serbian Loan Issued in France[A]. Permanent Court of International Justice[C]. Vol. 1, 20th issue. N.Y.: United Nations Publications, 1929.
- [11] 曾华群.国际投资法学[M].北京:北京大学出版社,1999.
- [12] 余劲松.中国涉外经济法律问题新探[M].武汉:武汉大学出版社,1999.

[责任编辑 曾建林]

## The Dispute Settlement for the BOT Concession

WENG Gou-ming, MAO Rao-rao

( *Derpartment of law , Zhejiang University Hangzhou 310028 , China* )

**Abstract** : the disputes arising from the BOT concession usually involve some kinds of problems , which do not usually occur in the other contract disputes . By different causes , these disputes can be categorized as follows :

( 1 ) Disputes caused by “ emergency risks ” , which , known as acts of God , may cause an interruption of the project execution or the operation of the facility .

( 2 ) Disputes caused by “ political risks ” , which refer to some negative influence the contracting authorities , a government agency or the legislative body the host country may exert upon the project .

( 3 ) Disputes caused by risks occurring in construction and operation . The construction risks involve failure to start construction , to turn in the facilities on schedule , to control construction cost as agreed upon , or to meet the designing requirements by the time that facilities are completed . The operation risks refer to the completed facilities that cannot operate or be maintained so effectively as not to achieve the expected output efficiency and the operating cost that exceeds the original estimate .

( 4 ) Disputes caused by commercial risks , which will make the investor unable to achieve the expected interest due to a change in market price and service .

( 5 ) Disputes caused by financial risks , which mainly refer to foreign exchange risks and interest rate risks .

In order to settle all the above-mentioned disputes in BOT concession , approaches usually taken in different countries ' practices are provided here for reference : negotiation , mediation , reference to the dispute review board , administrative review , arbitration and judicial remedy . Because of the different legal systems and constitutional structures , however , the settlement of BOT concession disputes differs tremendously from country to country .

In China ' s future BOT law , we should prescribe these most suitable dispute settlements for the BOT concession , which can guarantee the procession of the BOT projects . Before that , it is necessary to make some problems clear . First , the BOTconcession should be considered as a domestic contract rather than a “ state contract ” and its governing law should be the domestic law of the local country . Second , it is better to consider the BOT concession as a special administrative contract . Thereby , not only the administrative law but also some civil regulations are applicable because of its specialty . However , arbitration , which is the traditional civil settlement , should be included in the settlement of BOT concession disputes since it can encourage the investors and reduce the costs of dispute settlement .

It is believed that negotiation , mediation , administrative review , arbitration and judicial remedy are the suitable ways to settle the BOT concession disputes in China . Actually , China can establish arbitration as an effective way to solve the BOT concession disputes according to the contract law and the CIETAC rule . What is more , the CIETAC could play an important role in arbitration . Finally , when we recognize and implement the arbitral decisions , it is important to avoid enlarging the scope of the assets of the target of execution .

**Key words** : BOT ; BOT concession ; approaches to settle disputes