

贸易法委员会

私人融资

基础设施项目

法律指南

联合国国际贸易法委员会编



联合国

贸易法委员会

私人融资

基础设施项目

法律指南

联合国国际贸易法委员会编



联合国

2001年，纽约

说明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

本出版物上的材料可自由引用或翻印，但请注明来源，并送寄一册含有引用或翻印材料的出版物。

A/CN.9/SER.B/4

United Nations Publication
Sales No.C. 01.V.4

前言

本《法律指南》系由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）编写。除委员会成员国代表外，其他许多国家和一些国际政府间组织和非政府组织的代表也积极参与了编写工作。

1996 年，委员会以秘书处关于建设-运营-移交（BOT）项目的一份说明¹为基础，审议了私人融资基础设施项目领域今后可能开展的工作。委员会决定编写一份法律指南，并请秘书处草拟该指南的章节。²委员会第三十届至第三十三届会议审查了草拟的章节。³委员会在 2000 年 6 月 12 日至 7 月 7 日于纽约举行的其第三十三届会议上，通过了《法律指南》，编辑上的一些改动留待秘书处负责处理。并请秘书处确保《法律指南》尽可能得以最广泛地传播。⁴

¹ “建设-运营-移交项目：秘书处的说明”（A/CN.9/424）（《1996 年联合国国际贸易法委员会年鉴》（以下称作“贸易法委员会年鉴”）（联合国出版物，出售品编号：E.98.V.7，第二十七卷），第二部分，第五章）。

² 见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 17 号》（A/51/17），第 225-230 段（《1996 年贸易法委员会年鉴》，第一部分）。

³ 见同上，《第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 231-247 段（《1997 年贸易法委员会年鉴》，第二十八卷（联合国出版物，出售品编号：E.99.V.6），第一部分）；同上，《第五十三届会议，补编第 17 号》（A/53/17），第 12-206 段（《1998 年贸易法委员会年鉴》，第二十九卷（联合国出版物，出售品编号：E.99.V.12），第一部分）；同上，《第五十四届会议，补编第 17 号》（A/54/17），第 12-307 段。

⁴ 见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 17 号》（A/55/17），第 372 段。

目 录

	页 次
前言	iii
立法建议汇编	xi
导言和私人融资基础设施项目的背景资料	1
A. 导言	1
1. 《指南》的编排和范围	2
2. 《指南》中使用的术语	3
B. 私人融资基础设施项目的背景资料	5
1. 私人投资和基础设施政策	6
2. 基础设施部门的结构调整	8
3. 私营部门参与基础设施项目的形式	11
4. 基础设施的融资结构和融资来源	12
5. 实施基础项目时所涉及的主要当事方	16
一. 一般性立法和体制框架	19
A. 概述	19
B. 宪法、立法和体制框架	19
1. 有利的宪法和立法框架一般指导原则	19
2. 宪法和私人融资基础设施项目	20
3. 一般性立法和有部门针对性的立法	21
C. 授予特许权的权力范围	22
1. 授权机构和有关的活动领域	22
2. 特许权的目的和范围	22
D. 行政协调	23
1. 筹备措施的协调	24
2. 便利许可证和执照颁发的安排	24
E. 管理基础设施服务的权力	25

	页 次
1. 管理机构的部门权限和任务	26
2. 机构机制	26
3. 管理机构的权力	27
4. 管理机构的组成、工作人员和预算	27
5. 管理过程和程序	28
6. 对管理机构所作决定的申诉	29
7. 公共服务提供者之间争端的解决	29
二. 项目风险和政府支助	31
A. 概述	31
B. 项目风险和分担风险	32
1. 项目风险主要类别概述	33
2. 分担风险和减轻风险的合同安排	35
C. 政府支助	37
1. 与政府支助有关的政策考虑	37
2. 政府支助的形式	38
D. 国际金融机构提供的担保	44
1. 由多边贷款机构提供的担保	44
2. 由多边投资担保机构提供的担保	45
E. 由出口信贷机构和投资促进机构提供的担保	47
三. 特许公司的选定	49
A. 概述	49
1. 《指南》所涉及的筛选程序	49
2. 筛选程序的一般目标	50
3. 私人融资基础设施项目筛选程序的特点	52
4. 筛选程序的准备工作	54
B. 投标人的预选	55
1. 参加预选程序的邀请通知	56

	页 次
2. 预选标准	56
3. 有关投标联营集团参加的问题	57
4. 预选与国内优惠	58
5. 资助参加筛选程序的费用	58
6. 预选程序	59
C. 征求投标书的程序	59
1. 程序的阶段	59
2. 最后征求投标书通告的内容	61
3. 澄清和修改	65
4. 评价标准	65
5. 投标书的提交、开启、比较和评价	67
6. 最后谈判和授予项目	68
D. 不经过竞争程序授予特许权	69
1. 特批情形	70
2. 提高不经过竞争程序授予特许权做法的 透明度的措施	70
E. 非邀约投标书	72
1. 政策考虑	72
2. 处理非邀约投标书的程序	74
F. 保密性	77
G. 授予项目的通知	77
H. 筛选和授标程序的记录	77
I. 审查程序	79
四. 基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议	83
A. 项目协议的一般规定	83
1. 立法做法	83
2. 管辖项目协议的法律	83

	页 次
3. 项目协议的订立	84
B. 特许公司的组建	85
C. 项目场地、资产和地役权	86
1. 项目资产的所有权	87
2. 执行项目所需土地的购置	88
3. 地役权	89
D. 财务安排	90
1. 特许公司的财政义务	90
2. 确定和控制费率	90
3. 订约当局的财政义务	93
E. 担保权益	95
1. 有形资产的担保权益	95
2. 无形资产的担保权益	96
3. 贸易应收款的担保权益	97
4. 项目公司的担保权益	98
F. 特许权的转让	98
G. 项目公司控制权益的转让	98
H. 建筑工程	100
1. 建筑设计的审查和批准	100
2. 项目条款的变动	100
3. 订约当局的监督权力	101
4. 保证期	102
I. 基础设施的运营	102
1. 运营标准	102
2. 扩展服务	103
3. 服务的连续性	103
4. 平等对待消费者或用户	104

	页 次
5. 连接和进入基础设施网络.....	104
6. 信息披露要求.....	105
7. 特许公司的执行权力	105
J. 一般合同安排	106
1. 分包.....	106
2. 对用户和第三方的赔偿责任.....	108
3. 履约担保和保险.....	108
4. 条件变化	112
5. 免责障碍事件.....	114
6. 违约和补救方法.....	116
五. 项目协议的期限、展期和终止	119
A. 概述.....	119
B. 项目协议的期限.....	119
C. 项目协议的展期.....	120
D. 终止.....	121
1. 订约当局终止项目协议	122
2. 特许公司终止项目协议	125
3. 任一当事方终止项目协议.....	126
E. 项目协议期满或终止的后果.....	127
1. 移交与项目有关的资产	127
2. 终止时的财务安排	129
3. 结束和过渡措施.....	132
六. 争端的解决.....	137
A. 概述.....	137
B. 订约当局与特许公司之间的争端	138
1. 防止和解决争端方法的一般性考虑	138
2. 防止和解决争端的常用方法.....	139

	页 次
C. 项目促成人之间以及特许公司与其放 款人、承包商和供应商之间的争端	148
D. 涉及基础设施客户或用户的争端	148
七. 其他有关的法律领域	151
A. 概述	151
B. 其他有关的法律领域	151
1. 投资的促进和保护	151
2. 产权法	152
3. 物权担保	152
4. 知识产权法	154
5. 强制购置私有财产的规则和程序	156
6. 政府合同规则和行政法	156
7. 私人合同法	157
8. 公司法	158
9. 税收法	159
10. 会计规则和方法	160
11. 环境保护	161
12. 消费者保护法	162
13. 破产法	162
14. 反腐败措施	163
C. 国际协定	163
1. 国际金融机构的成员地位	163
2. 关于便利和促进贸易的一般协定	164
3. 关于特定产业的国际协定	164
索引	165

立法建议汇编

前言

下文载有建议采用的题为“立法建议”的一套立法原则。立法建议的目的在于协助建立一个有利于私人融资基础设施项目的立法框架。立法建议后附有说明，针对有关主题领域出现的财政、管理、法律、政策及其他问题进行分析性介绍。望读者结合所附说明阅读立法建议，说明中提供了有助于加深对立法建议的理解的背景资料。

立法建议涉及有关私人融资基础设施项目的专门立法中应予处理的事项。正如立法建议说明中所讨论的那样，立法建议并不涉及对私人融资基础设施项目也有影响的其他法律领域。另外，成功地实施私人融资基础设施项目，除要求建立适宜的立法框架以外，通常还需要采取各种其他措施，例如适宜的行政结构和做法、组织能力、技术专门知识、适当的人力及财力资源和经济稳定性等。

对于希望促进私人融资基础设施项目的所在国，建议通过法律实施以下原则：

一．一般性立法和体制框架

宪法、立法和体制框架（见第一章，“一般性立法和体制框架”，第 2-14 段）

建议 1. 关于实施私人融资基础设施项目的宪法、立法和体制框架，应确保项目的透明度、公平性和长期可持续性。应取消对私营部门参与基础设施开发和运营的不合理限制。

授予特许权的权力范围（见第一章，“一般性立法和体制框架”，第 15-22 段）

建议 2. 法律应确定有权授予特许权和签订协议以实施私人融资基础设施项目的所在国公共当局（视情况包括国家、省及地方各级当局）。

建议 3. 私人融资基础设施项目可包括新基础设施和系统的建造和运营或现有基础设施和系统的维护、现代化、扩建和运营的特许权。

建议 4. 法律应确定可对哪些部门或哪类基础设施授予特许权。

建议 5. 法律应具体规定特许权在多大程度上可扩大到分属于各个订约当局管辖的整个区域，其中一个地理分区或一个独立的项目，并根据适用于有关行业部门的法律规则 and 原则、法规条款、条例和政策，具体规定可否酌情授予享有或不享有独家经营权的特许权。可授权若干订约当局联合授予超出单一管辖区的特许权。

行政协调（见第一章，“一般性立法和体制框架”，第 23-29 段）

建议 6. 应建立体制机制，对负责根据关于有关类型基础设施的建设和运营的法规或管理规定颁发实施私人融资基础设施项目所要求的批准书、执照、许可证或授权书的公共当局开展的活动进行协调。

基础设施服务的管理当局（见第一章，“一般性立法和体制框架”第 30-53 段）

建议 7. 不应将管理基础设施服务的权限交给那些直接或间接为基础设施提供服务的实体。

建议 8. 管理权限应交给具有充分自主权的职能上独立的机构，以确保其决定是在没有基础设施运营者和公共服务提供者政治干预或不适当压力的情况下作出的。

建议 9. 应公布管理程序规则。管理上的决定应说明所依据的理由，并应通过出版物或其他手段使有关当事方可以查阅。

建议 10. 法律应确立具有透明度的程序，使特许公司可据以要求独立、公正的机构对某项管理上的决定进行审查，包括法庭审查，法律还应列出可据以进行这种审查的理由。

建议 11. 应酌情建立专门程序，处理公共服务提供者之间对声称违反有关行业部门的法律和条例而发生的争端。

二. 项目风险和政府支助

项目风险和风险分担（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 8-29 段）

建议 12. 不应对订约当局在适合项目需要的情况下商定风险分担方法的能力加以法规或管理上的不必要限制。

政府支助（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30-60 段）

建议 13. 法律应明确指明所在国的哪些公共当局可为实施私人融资

基础设施项目提供财政或经济支助，以及授权其提供哪类支助。

三. 特许公司的选定

一般性考虑（见第三章，“特许公司的选定”，第 1-33 段）

建议 14. 法律应规定须通过适合私人融资基础设施项目具体需要的具有透明度和高效率的竞争程序来选定特许公司。

投标人的预选（见第三章，“特许公司的选定”，第 34-50 段）

建议 15. 投标人应证明其符合订约当局认为适合特定项目的预选标准，包括：

(a) 具备执行项目所有阶段，即工程技术、施工、运营和维护所必需的充分的专业和技术资格、人力资源、设备及其他有形设施；

(b) 具备管理项目财务方面的足够能力和维持项目的工程技术、施工和运营等各阶段财政需要的能力；

(c) 具备适宜的管理和组织能力、可靠性和经验，包括以往运营公共基础设施的经验。

建议 16. 应允许投标人组成联营集团提交标书，但是，不论是直接参加还是通过子公司参加，预选选定的联营集团的每一成员只能参加一个投标联营集团。

建议 17. 订约当局应拟订经预选选定并在预选阶段结束后将予邀请提交投标书的投标人的最后候选人名单。

征求投标书的程序（见第三章，“特许公司的选定”，第 51-84 段）

征求投标书的单阶段和两阶段程序

建议 18. 预选程序结束后，订约当局应请预选选定的投标人提交最后投标书。

建议 19. 尽管如此，如果订约当局无法以足够详细和精确的方式拟订项目技术规格或性能指标及合同条件以便于最后投标书的拟定，订约当局可利用两阶段程序向预选选定的投标人征求投标书。如果采用两阶段程序，将适用以下规定：

(a) 订约当局应首先要求预选选定的投标人提交与产出技术规格和项目的其他特点以及拟议中的合同条款有关的投标书；

(b) 订约当局可召开投标人会议，澄清与初步征求投标书有关的问题；

(c) 在研究所收到的投标书之后，订约当局可审查并酌情修订最初的项目技术规格和合同条款，然后再发出最后征求投标书通告。

最后征求投标书通告的内容

建议 20. 最后征求投标书通告应至少包括以下内容：

- (a) 投标人为编写和提交投标书可能需要的一般信息；
- (b) 适当的项目技术规格和性能指标，包括订约当局对安全、保卫标准和环境保护的要求；
- (c) 订约当局提议的合同条款；
- (d) 评价投标书的标准，对每项这类标准所给予的相对比重，以及在评价投标书时运用这些标准的方式。

澄清和修改

建议 21. 订约当局可以主动也可以因投标者的澄清要求而通过在提交投标书截止日期之前的合理时间内发出增补通告的方式对最后征求投标书通告进行修改。

评价标准

建议 22. 评价和比较技术投标书应以投标人提交的投标书是否有效地满足了订约当局的需要为标准，其中包括：

- (a) 技术健全性；
- (b) 运营可行性；
- (c) 服务质量和确保服务连续性的措施；
- (d) 投标书提供的社会和经济发展潜力。

建议 23. 评价和比较财务及商业投标书的标准可视情况包括：

- (a) 拟议中的特许期内通行费、手续费、单价及其他收费的现值；
- (b) 拟由订约当局直接支付的任何可能款项的现值；
- (c) 设计和建造活动的费用、每年运营和维护费用、资本费用和运营及维护费用的现值；

- (d) 可望政府提供的任何财政支助的规模;
- (e) 拟议财务安排的健全性;
- (f) 拟议合同条款获得接受的程度。

投标书的提交、开启、比较和评价

建议 24. 订约当局可根据征求投标书通告中所列标准确立拟在投标书中体现的质量、技术、财务和商业方面的最低限度。未达到最低限度的投标书应视为不符合要求。

建议 25. 不论是否采用了预选程序，订约当局都可保留要求投标人再次证明其根据征求投标书通告所列标准和程序或预选文件（视情况而定）所具备的资格的权利。如果采用了预选程序，标准应与预选程序所采用的标准一样。

最后谈判和授予项目

建议 26. 订约当局应按照征求投标书通告所列评价标准排出所有符合要求的投标书的名次，并邀请名列榜首的投标人进行项目协议的最后谈判。最后谈判不得涉及最后征求投标书通告中注明的不可谈判的合同条款。

建议 27. 如果订约当局认为与被邀请的投标人的谈判显然不会达成项目协议，订约当局应通知该投标人它将终止谈判，然后按照排名先后邀请其他投标人进行谈判，直至达成项目协议或否决所有其余的投标书。

不经竞争程序授予特许权（见第三章，“特许公司的选定”，第 85-96 段）

建议 28. 法律应规定在哪些特殊情况下可授权订约当局不经竞争程序而授予特许权，例如：

- (a) 迫切需要确保提供服务连续性，而采用竞争性筛选程序不切实际；
- (b) 项目期限短，且预计初步投资额不超过所规定的较低数额；
- (c) 出于国防或国家安全原因；
- (d) 只有一个来源能提供所需服务的情形（例如需要利用专利技术或特有的专门知识）；
- (e) 立法建议 34 和 35 中提到的非邀约投标书情形；
- (f) 发出参加预选程序邀请书或征求投标书通告后未收到申请

或投标书，或所有投标书均未达到征求投标书通告中所列评价标准，而且在订约当局看来即使发出新的征求投标书通告也不可能取得授予项目的结果；

(g) 由于令人信服的公众利益原因而由更高当局授权作为这类例外的其他情形。

建议 29. 法律可要求在不经竞争程序即授予特许权时遵守下述程序：

(a) 订约当局应发布通知表示打算为实施拟议项目而授予特许权，并应视情况许可尽可能与更多的被认为有能力执行项目的公司进行谈判；

(b) 应根据订约当局确定的评价标准来评价报价和排出名次；

(c) 除建议 28(c)所述情形外，订约当局应安排公布授予特许权的通知，说明采用不经竞争程序而授予特许权做法的具体情况和原因。

非邀约投标书（见第三章，“特许公司的选定”，第 97-117 段）

建议 30. 作为立法建议 14-27 所述挑选程序的例外，可授权订约当局根据依法确立的处理非邀约投标书的具体程序来处理非邀约投标书，但条件是此类投标书不涉及已由订约当局开始或宣布了筛选程序的项目。

确定非邀约投标书可接受性的程序

建议 31. 在收到并初步审查非邀约投标书后，订约当局应在合理的短时间内通知投标人该项目是否符合潜在的公共利益。如果认为项目符合公共利益，订约当局应请投标人提交足够详细的正式投标书，以使订约当局能够恰当地评价其构想或技术，确定投标书是否符合法律规定的条件，以及是否有可能按拟议项目的规模顺利得以实施。

建议 32. 投标人应保留对整个程序期间提交的所有文件的所有权，如果投标书被拒绝，这些文件均应退还投标人。

处理不涉及专利概念或专利技术的非邀约投标书的程序

建议 33. 如果订约当局认为不利用非邀约投标书提出者拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念也可取得项目的预期产出，或者所提出的概念或技术并非真正独特或新颖，订约当局应启动上文建议 14-27 所述的筛选程序。应邀请非邀约投标书提出者参加这类程序，并可因其提交投标书而给予某种形式的奖赏。

处理涉及专利概念或专利技术的非邀约投标书的程序

建议 34. 如果看来不利用非邀约投标书提出者拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念即无法实现项目的预期产出，则订约当局应设法获得非邀约投标书的比较要素。为此，订约当局应公布关于该投标书的主要产出要素的说明，并邀请其他有兴趣的当事方在一合理期限内提交备选或可予比较的投标书。

建议 35. 如果未收到备选投标书，订约当局可开始与非邀约投标书提出者进行谈判，但须经上一级当局的批准。如果收到备选投标书，订约当局则应根据立法建议 29(a)–(c)的规定，邀请所有投标人参加谈判。

保密（见第三章，“特许公司的选定”第 118 段）

建议 36. 订约当局与投标人之间的谈判应当保密，谈判一方未经他方的同意，不得向任何其他他人透露与谈判有关的任何技术、价格或其他商业资料。

授予项目的通知（见第三章，“特许公司的选定”第 119 段）

建议 37. 订约当局应安排发布项目授予通知。通知中应列明特许公司的名称，并应摘要介绍项目协议的基本条款。

筛选和授予程序的记录（见第三章，“特许公司的选定”，第 120-126 段）

建议 38. 订约当局应保持与筛选和授予程序有关的主要信息的适当记录。法律应对公民查阅权作出规定。

审查程序（见第三章，“特许公司的选定”，第 127-131 段）

建议 39. 投标人声称因订约当局违反了法律对订约当局所规定的责任而致使投标人遭受或可能遭受损失或伤害的，可以要求根据所在国的法律审查订约当局的行为。

四. 基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议

关于项目协议的一般性规定（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 1-11 段）

建议 40. 法律可列明拟在项目协议中规定的核心条款，其中可包括

下文建议 41—68 所述的条款。

建议 41. 除非另有规定，项目协议受所在国法律的管辖。

特许公司的组建（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 12-18 段）

建议 42. 订约当局应可选择是否要求中标人建立一个将所在地设在订约当局本国的独立法律实体。

建议 43. 项目协议应明确规定项目公司的最低资本数额和获得订约当局批准项目公司章程和附则及其重大变动的程序。

项目场地、资产和地役权（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 19-32 段）

建议 44. 项目协议应酌情明文规定哪些资产为公共财产，哪些资产为特许公司私有财产。项目协议应列明哪些资产需由特许公司在项目协议期满或终止后移交给订约当局或新的特许公司；哪些资产可由订约当局选择从特许公司购买；以及哪些资产在项目协议期满或终止后可由特许公司自由转移或处理。

建议 45. 订约当局应帮助特许公司获得为运营、建造或维护该设施所必需的与项目场地有关的权利。法律可根据建造、运营和维护有关设施的需要而授权特许公司进入或穿越第三方地产，或在第三方地产上作业或安装。

财务安排（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 33-51 段）

建议 46. 法律应使特许公司能够对利用该设施或该设施所提供的服务而收取服务费或使用费。项目协议应规定调整这些服务费或使用费的方法和公式。

建议 47. 如果特许公司收取的服务费或使用费受某一管理机构的外部控制，法律应规定对服务费调整公式进行定期特别修订的各种机制。

建议 48. 订约当局应有权力视情况同意向特许公司直接付款，以替代或补充应由用户支付的服务费，或承诺采购固定数量的货物或服务。

物权担保（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 52-61 段）

建议 49. 特许公司应负责筹集建造及运营基础设施所需要的资金，为此，特许公司应有权以其任何财产的物权担保、项目公司的股份抵押、特许权产生的收益和应收款抵押或以其他合适的担保来为项目所需要的任何融资作担保，但不得影响可能禁止对公共财产建立物权担保的任何法律规定。

特许权的转让（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 62-63 段）

建议 50. 未经订约当局同意，不得向第三方转让特许权。项目协议应规定在哪些情况下订约当局可同意特许权的转让，包括由新的特许公司接受项目协议规定的所有义务，并证明新的特许公司具备提供该项服务所必需的技术及财务能力。

项目公司控股权益的转让（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 64-68 段）

建议 51. 特许公司控股权益的转让可能需经订约当局的同意，但另有规定的除外。

建筑工程（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 69-79 段）

建议 52. 项目协议应规定订约当局审查和批准施工计划和技术规格的程序、订约当局监督建造或改进基础设施的权利、订约当局在哪些情况下可令改变施工技术规格，以及有关设施、其设备和配件的测试和最后检查、批准和验收的程序。

基础设施的运营（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 80-97 段）

建议 53. 项目协议应视情况规定特许公司在多大程度上有义务确保：

- (a) 对服务进行调整以适应对服务的实际需要；
- (b) 服务的连续性；
- (c) 以基本相同的条件为所有用户提供有关服务；

(d) 酌情一视同仁地为其他服务提供者利用特许公司运营的任何公共基础设施网络而提供机会。

建议 54. 项目协议应规定：

(a) 特许公司在多大程度上有义务酌情向订约当局或管理机构提供关于其运营情况的报告及其他资料；

(b) 特许公司运作情况的监测程序以及按订约当局或管理机构认为适宜的方式采取合理行动的程序，从而确保根据适用法律和合同要求妥善经营基础设施并提供各项服务。

建议 55. 特许公司应有权颁布并执行设施使用的规则，但须经订约当局或管理机构批准。

一般性合同安排（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 98-150 段）

建议 56. 订约当局可保留审查和批准特许公司拟签订的重大合同的权利，特别是审查和批准拟与特许公司本身的股东或有关人员签订的合同的权利。在正常情况下，订约当局不应拒不批准，除非合同中载有与项目协议不一致的条款，或明显违背公共利益或公法性质的强制规则。

建议 57. 特许公司及其放款人、保险人和其他订约伙伴应可自由选择适用于管辖彼此之间合同关系的法律，但所作选择将违反所在国公共政策的情况除外。

建议 58. 项目协议应规定：

(a) 可能要求特许公司提供的与设施建造和运营有关的履约保证金的形式、期限和数额；

(b) 可能要求特许公司维持的保单；

(c) 立法发生变化或经济、财务状况发生其他变化以致于需比原设想付出大得多的努力方可履约时特许公司有权得到的赔偿。项目协议还应提供发生上述变化时修订项目协议的机制；

(d) 当事方双方中任何一方由于其合理控制范围以外的情况而无法履行或推迟履行项目协议所规定的任何义务时可免除其赔偿责任的程度；

(e) 订约当局和特许公司在对方违约的情况下可采用的补救方法。

建议 59. 项目协议应规定在哪些情况下订约当局可临时接管有关设施的运营，以便在特许公司严重违约时确保有效、不间断地提供服务。

建议 60. 如果特许公司在提供所需服务方面严重违约，或发生其他具体规定的事件从而有合理理由终止项目协议，应授权订约当局与放款人签订协议，经订约当局同意后，指定一个新的特许公司根据现有项目协议履约。

五. 项目协议的期限、展期和终止

项目协议的期限和展期（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”第 2-8 段）

建议 61. 项目协议应明确规定特许权的期限。

建议 62. 特许权期限不应展延，但法律规定的情況除外，例如：

(a) 由于发生任何一方合理控制范围以外的情况而造成竣工延期或运营中断；

(b) 由于订约当局或其他公共当局的行为而导致项目暂停；

(c) 订约当局提出项目协议中原先未预见到的要求后造成额外费用，而特许公司无法在项目协议正常期限内收回这些费用，因此要使特许公司能够收回这些费用。

项目协议的终止（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”第 9-35 段）

由订约当局提出的终止

建议 63. 订约当局应有权在下述情况下终止项目协议：

(a) 因破产、严重违约或其他情况而不可能再合理地期待特许公司能够或愿意履行其义务；

(b) 出于公共利益考虑，但须向特许公司支付赔偿金；

由特许公司提出的终止

建议 64. 特许公司应有权在法律规定的特殊情况下终止项目协议，例如：

(a) 订约当局或其他公共当局严重违反项目协议对其规定的义务；

(b) 由于订约当局指令改变或有其他行为、发生未曾预见的情况变化或由于其他公共当局的行为致使特许公司必须付出大得多的

努力方可履约，且当事双方未能就适当修改项目协议达成一致。

由任一当事方提出的终止

建议 65. 如果由于发生超出任何一方合理控制范围的情况致使其无法履约，任一当事方都应有权终止项目协议。各方还应有权经双方同意后终止项目协议。

项目协议期满或终止的后果（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”第 36-62 段）

向订约当局或新的特许公司移交资产

建议 66. 项目协议应规定用什么标准酌情确定项目协议期满或终止时资产移交给订约当局或新的特许公司或由订约当局购买后原特许公司有权获得的赔偿。

终止时的财务安排

建议 67. 项目协议应规定项目协议终止时各当事方应得赔偿金额的计算方法，酌情规定对按项目协议完成的工作所含的合理价值以及包括利润损失在内的各种损失的赔偿金额。

停业和过渡措施

建议 68. 项目协议应视情况规定当事方在下列方面的权利和义务：

- (a) 运营有关设施所需要的技术转让；
- (b) 对订约当局人员或接替的特许公司进行设施运营和维护方面的培训；
- (c) 在设施移交给订约当局或接替的特许公司之后的一段合理时间内，由特许公司提供运营和维修服务，并根据需要提供备件。

六. 争端的解决

订约当局与特许公司之间的争端（见第六章，“争端的解决”，第 3-41 段）

建议 69. 订约当局应可自由决定是否同意当事各方认为最适合项目需要的解决争端的机制。

项目促成人与人之间以及特许公司与其放款人、承包商及供应商之间的争端
(见第六章,“争端的解决”,第 42 段)

建议 70. 特许公司和项目促成成人应可自由选择适当的机制来解决项目促成人与人之间的商业争端,或特许公司与其放款人、承包商、供应商及其他商业伙伴之间的争端。

涉及客户或基础设施用户的争端(见第六章,“争端的解决”,第 43-45 段)

建议 71. 可要求特许公司提供简易、高效的机制处理其客户或基础设施用户提出的申诉。

导言和私人融资基础设施项目的背景资料*

A. 导言

1. 公共部门和私营部门对于基础设施发展所起的作用在历史上发生了巨大的变化。十九世纪创办了诸如煤气街灯照明、电力分配、电话电报、蒸汽火车和有轨电车这样一些公共事业，在许多国家，它们都是由私营公司获得政府的许可或特许权之后提供的。当时建造了许多私人筹资的道路或运河项目，国际项目融资获得迅速发展，包括发行国际性债券，用以筹集铁路或其他主要基础设施的资金。
2. 然而，在二十世纪的大半部分，由公共部门提供基础设施及其他服务反而成了国际趋势。基础设施运营者的生产资料通常被收归国有，兼并和收购减少了竞争。这一时期内，世界经济的开放程度也有所减退。只有较少的国家对基础设施部门实行私人运营，通常没有什么竞争，甚至完全无竞争可言。许多国家的宪法把公共部门兴办基础设施事业的优先权视为神圣不可侵犯。
3. 当前出现的相反趋势，亦即私营部门参与基础设施部门并相互竞争的趋势，始于八十年代初期，推动这种趋势的有一般性因素，也有一些因国而异的具体因素。一般性因素包括重大的技术革新；债务累累和预算严重拮据限制了公共部门满足日益增长的基础设施需求的能力；国际和当地资本市场的扩大改善了获取私人融资的条件；以及有私人参与和竞争的基础设施获得成功的国际经验也越来越多。许多国家颁布了新的法规，不仅规范这些交易，而且针对进行此种交易的各部门，改革了市场结构和竞争规则。
4. 本《指南》旨在帮助建立一个有利于公共基础设施中私人投资的法律框架。《指南》中提出的咨询意见力求平衡兼顾两个方面：一方面需要方便和鼓励私人参与投资基础设施项目，另一方面又要顾及东道国的各种公共利益事项。《指南》讨论了一些涉及公共利益的基本事项，对这些事项尽管在政策和立法处理上有许多差别，但大多数法律制度还是予以承认的。涉及公共利益的问题

* 本章B节拟作为《指南》后面各章中从立法角度考查的那些事项的一般背景资料。关于这方面的更多资料，请读者尤其查阅其他国际组织的出版物，例如联合国工业发展组织编写的《通过建设—运营—移交(BOT)项目发展基础设施的准则》(工发组织出版物，出售品编号 UNIDO. 95. 6. E)、世界银行出版的《1994 年世界发展报告：促进发展的基础设施》(纽约，牛津大学出版社，1994 年)和《1996 年世界发展报告：从计划到市场》(纽约，牛津大学出版社，1996 年)，或国际金融公司出版的《私人基础设施的融资》(华盛顿特区，1996 年)。

题包括如下事项：提供公共服务的持续性；遵守东道国制定的环境保护、卫生、安全和质量标准；对公众收费的价格公道性；对顾客或用户的一视同仁待遇；充分公布关于基础设施运营情况的资料；适应条件变化的必要灵活性，包括扩大服务满足更多的需求。而涉及私人部门利益的基本事项则通常包括如下问题：东道国法律和经济环境的稳定性；法律和规章的透明度及其实施上的可预见性和公正性；产权不受第三方侵犯的强制性；私人财产受到东道国尊重和除公共利益原因外且只有在给予补偿的情况下私人财产不受干扰的保证；当事各方按私人投资者承担的相应风险商定可确保投资资本合理回报的商业条件的自由。本《指南》对这些关注的问题并不提供单独的一套示范解决办法，而是帮助读者权衡评价现有的各种不同做法，从中选出最切合本国或本地情况的做法。

1. 《指南》的编排和范围

5. 《指南》载有一套题为“立法建议”的建议立法原则。立法建议旨在协助建立一个有利于私人融资基础设施项目的立法框架。立法建议之后是说明部分，结合主题领域内提出的财政、管理、法律、政策和其他问题进行分析介绍。在阅读立法建议时，似宜参阅说明部分，其中提供了背景资料，以加强对立法建议的理解。

6. 立法建议涉及在专门关于私人融资基础设施项目的立法中应予阐明的事项，但正如立法建议的说明中所指出，并不讨论对私人融资基础设施项目也有影响的其他法律领域。另外，私人融资基础设施项目的成功实施除需建立一个适当的立法框架外，一般还要求有各种措施，例如充分的行政结构和办事程序、组织能力、技术专业知识、适当的人力和财力资源以及经济稳定等。虽然这些事项中有些已在说明部分内提及，但立法建议中并未涉及。

7. 本《指南》旨在供国家当局和立法机构在拟定新法律或审查现有法规是否适当时作为一份参考材料使用。为此目的，《指南》帮助查明一些对于私人资本投资于公共基础设施项目通常最为相关的法律领域，所论及的法律内容将有益于吸引本国和国外的私人资本。《指南》并不旨在讨论如何起草私人融资基础设施项目的实施协议，但《指南》讨论了一些与似宜在立法中论及的事项有关的合同问题（例如，在第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”和第五章“项目协议的期限、展期和终止”）。

8. 本《指南》特别注重于这样一些基础设施项目，它涉及由选定的投资者承担义务，进行实际建造、修理或扩建工程，以换取因为该基础设施的使用或其所产生的服务而向公众或向某一公共当局收取价格的权利。虽然此种项目有时与涉及政府功能或财产的“私有化”的其他交易合在一个类别，但是，本《指南》并不关注与公共基础设施的发展和运营并无关系的那种“私有化”交易。此外，本《指南》也不涉及开发自然资源的那些项目，例如根据东道国公共当局发给的某种“特许”、“许可证”或“许可权”进行采

矿、石油或天然气开发的项目。

2. 《指南》中使用的术语

9. 以下各段阐述本《指南》中经常出现的某些词语的含义和用法。至于下面并未列举的术语，例如金融和商业管理著作中使用的一些行业术语，请读者另外参考与此相关的其他资料来源，例如由联合国工业发展组织(工发组织)编写的《通过建设—运营—移交(BOT)项目发展基础设施的准则》。¹

(a) “公共基础设施”和“公共服务”

10. 《指南》中的用语“公共基础设施”，系指向广大公众提供基本服务的有形设施。这种意义上的公共基础设施，可在各个部门找到实例，并可包括各种类别的设施、设备或系统：发电厂和配电网络(电力部门)；本地和长途电话通讯系统和数据传输网络(电信部门)；脱盐工厂、废水处理厂、供水设施(水部门)；废弃物收集及处理设施和设备(环卫部门)；以及用于公共运输的有形设施和系统，例如市区和城市间铁路、地下铁路、公共汽车路线、公路、桥梁、隧道、港口、航空线和机场(交通部门)。

11. 公共所有和私人所有基础设施之间的界线须由每个国家作为公共政策事项予以划定。有些国家的飞机场是政府所有，有些国家的机场则是私人所有，但受到法规的管束，或受到与公共主管当局订立的协议的条款管束。医院和医疗设施，以及监狱和劳教设施，视某一国家的选择而定，可以由公共掌握，也可为私人控制。电力和电信设施往往但并非一定属于公共部门。对于某一国家内应如何划定此种界线，本《指南》不表示任何看法。

12. “公共基础设施”和“公共服务”这两个概念在一些国家的法律传统中均已确立无疑，有时由某一专门的法律来管辖，此种法律一般称作“行政法”(见第七章“其他有关的法律领域”，第 24—27 段)。然而，在有些国家，除了这方面有特别管理条例之外，公共服务被视为与其他类型的商业一样，并无内在的实质差异。对本《指南》所使用的“公共服务”和“公共服务提供者”这两个词语，不应从任何特定的法律制度赋予其的专门含义去理解。

(b) “特许权”、“项目协议”及有关词语

13. 在许多国家，公共服务由政府垄断，或必须接受特别管控。凡属这种情况，如由公共当局以外的某一实体提供某种公共服务，通常都需得到由政府主管机构授予的某种授权文书。对于根据国家法律作出的此种授权，

¹ 工发组织出版物，出售品编号：UNIDO.95.6.E，以下称作《工发组织 BOT 准则》。

人们有多种叫法，而在某些法律制度下，各种不同的词语有可能用以指不同类别的授权。常用的词语有例如“特许权”、“专营权”、“许可证”或“租赁”（“承租”）。某些法律制度，尤其是属于大陆法传统的法律制度，均以定义明确的法律概念，例如“公共工程特许权”或“公共服务特许权”来指称某些形式的基础设施项目。如同《指南》中的用法一样，对“特许权”一词，不应从任何特定法系或国内法所赋予其的专门含义去理解。

14. 本《指南》中使用的“项目协议”一词，系指某一公共当局和所选定的一个或多个实体之间为实施项目而签订的协议，此种协议规定了对有关基础设施进行建设或现代化更新、运营和维护的条款和条件。有些法律制度使用其他词语来指称此种协议，例如“特许协议”或“特许合同”，但本《指南》中并不使用这种叫法。

15. 本《指南》有时使用“特许公司”一词来泛指按照东道国公共当局颁发的特许权实施基础设施项目的实体。本《指南》有时使用“项目公司”一词特指为实施某一特定项目而建立的独立法人实体。

(c) 关于国家当局的提法

16. 本《指南》中使用的“政府”一词包括东道国在国家、省或地方级别负责行政或决策职能的各个公共当局。“公共当局”一词是特别指政府行政部门中的实体或与之相关的实体。“立法机构”和“立法者”二词是用以特指东道国行使立法职能的机关。

17. “订约当局”一词在《指南》中一般用于指东道国对项目负全面责任并以其名义授予项目的公共当局。此种当局可以是国家当局、省当局或地方当局（见下文第 69 和 70 段）。

18. “管理机构”一词在《指南》中用来指被授权发布和实行基础设施运营指导规则和条例的公共当局。可以通过颁布特定法规来设立管理机构，专门用以管理某一特定的基础设施部门。

(d) “建设—运营—移交”及有关词语

19. 在本《指南》中称作私人融资基础设施项目的各种项目有时又按私人参与的不同方式或按有关基础设施的所有权而划分为几大类，现介绍如下：

(a) “建设—运营—移交”(BOT)。如果订约当局选择一个特许公司来筹资和建设一个基础设施或系统并给予该实体在一定时期内对其进行商业运营的权利，在一段时期终了时将该设施再移交给订约当局，那么，此种基础设施项目就称为 BOT 项目；

(b) “建设—移交—运营”(BTO)。有时使用这一词语是强调该基础设施

在其完工时立即成为订约当局的财产，而特许公司则被授予在一段时期内运营该设施的权利；

(c) “建设—租借—运营—移交”(BROT)或“建设—租赁—运营—移交”(BLOT)。均为 BOT 或 BTO 项目的变异，其特点是，除 BOT 项目通常具有的义务和其他条件外，特许公司在协议期限内租用设施所在地点的有形资产；

(d) “建设—拥有一运营—移交”(BOOT)。它是指这样一种项目：某一特许公司承担某一基础设施的筹资、建造、运营和维修，为此而取得向该设施的使用者收取费用及其他附加费用的权利。在此种安排下，私人实体在将设施移交给订约当局之前，一直拥有该设施及其资产。

(e) “建设—拥有一运营”(BOO)。这一词语所指的项目是，特许公司永久拥有该设施，并无义务将之交回订约当局。

20. 除以不同的缩略语来表示特定的所有权制度之外，还有另一些缩略语用以强调特许公司承担的某一项或几项义务。在有些项目中，只是把现有的基础设施交给私人实体，由其永久承揽或在一段时期内承揽对设施的现代化更新或改建、运营和维修。根据私人部门是否拥有此种基础设施，这些安排或者叫做“改建—运营—移交”(ROT)或“更新—运营—移交”(MOT)(前一种情况)；或称“改建—拥有一运营”(ROO)或“更新—拥有一运营”(MOO)(后一种情况)。有时又有“设计—建设—融资—运营”(DBFO)的叫法，用以强调特许公司另外负有设计该设施并为其建造而筹措资金的责任。

B. 私人融资基础设施项目的背景资料

21. 近年来，有些国家通过私人投资建立了新的基础设施，在其中的大多数国家，私人融资基础设施项目是满足本国基础设施需求的重要手段。国家政策的基本内容包括对每一个基础设施部门所要达到的竞争水平，如何筹划该部门的结构以及采用何种机制来确保基础设施市场的妥善运行。在促进基础设施私人投资的国家政策之外，还采取措施在公共服务提供者之间引入竞争，或者在竞争制度不可行的情况下，防止滥用垄断地位。

22. 在拟定促进私人部门投资开发和运营公共基础设施的方案时，一些国家发现有必要重新审视原先据以建立由公共部门垄断企业的那些条件，包括促使建立此种垄断的历史和政治状况，目的是：

- (a) 查明仍然保持着自然垄断特征的那些活动；
- (b) 评估在某些基础设施部门实行竞争的可行性和可取性。

1. 私人投资和基础设施政策

23. 为执行促进各个基础设施部门开展竞争的政策,所需采取的措施主要取决于现存的市场结构。形成某一特定市场结构的主要因素包括(经济、法律、技术或其他性质的阻碍参与竞争的各种障碍),纵向或横向融合的程度,市场内开业公司的数目以及是否能得到替代产品或服务。

(a) 竞争政策和垄断

24. “垄断”一词的严格含义是指某一市场只有一家供应商。然而,纯粹的垄断和完全自由的竞争尤如一幅光谱的两端。多数商品市场或服务市场都有着处于这两个极端之间的某种程度的竞争。一般来说,垄断又可分为三类:自然垄断、法定垄断和事实上的垄断;每一种垄断都需要有不同的政策办法;

(a) 自然垄断。它涉及这样的经济活动:由单独一家公司来供应整个市场反而比两家或多家公司共同供应的成本更低。这种情况一般见于需要大量投资和较高固定成本,但根据需求的增大,每增产一个服务单位(例如增产一个立方米的水)即可递减生产成本的经济活动。自然垄断往往显示需要大量的预付固定资产投资,这个特点使一个尚无相当规模经济的新公司难以挤进市场并抢去现有公司的生意。

(b) 法定垄断。法定垄断是由法律确立的,所涉及的部门或活动也有自然垄断的,也有不是自然垄断的。在不是自然垄断的那一类部门或活动中,垄断的存在仅仅由于不允许竞争。许多国家之所以建立起法定垄断,往往出于这样一种考虑:国家对基础设施的需求,无论是质量还是数量方面,若通过基础设施完全开放而形成自由市场,是无法充分达到的。

(c) 事实上的垄断。这些垄断不一定由于经济基本因素也不一定由于法律规定而造成,而是事实上没有竞争,原因在于例如基础设施公司的一体化性质,而且有能力控制至为必要的设施,排除其他供应商的进入。

25. 虽然有时候实行垄断具有正当的法律、政治或社会理由,但垄断会对经济产生不利影响。一家提供服务的公司如果是在垄断情况下运营,那么它一般可自己决定价格,其定价可高于在竞争情况下的要价。由于无充分竞争而得到的剩余利润,意味着财富从顾客手中转到生产者手中。人们还发现,垄断状况会给经济造成财富的净损失,这是由于人为的低生产率造成了价格膨胀;革新速度下降;不作出认真努力来降低生产成本。而且,尤其是在基础设施部门,有可能对其他市场产生二级效应(例如,电信部门缺乏竞争和效率必然对全盘经济产生不利影响,使其成本增大)。

26. 尽管对经济有不利影响,但有时仍在并无自然垄断的状况下保持着某些垄断和对于竞争的其他规章障碍。为保留某些垄断而列举的理由之一是,它可用来达到某些政策目的,例如确保在某些区域提供服务,或以低

价甚至低于成本向某些类别顾客提供服务。这种价格低于成本的服务例如救生电话，水电服务，对某几类旅行者(例如学生、老年人)的减价车票，以及对低收入或农村用户的其他服务。垄断性的服务公司可以通过内部的“交叉补贴”，从其他地区或其他类别顾客的赢利服务中匀支填补此种低价服务的亏损。

27. 对于在并无自然垄断条件下仍然保持法定垄断，有时列举的另一个理由是要使该部门对私人投资者更具有吸引力。私人运营者坚持得到提供某一服务的专有权利，目的是减少其投资的商业风险。然而，这一目标必须加以平衡，同时照顾到顾客利益和整个经济的利益。对授予专营权利被认为是刺激私人投资的必要手段的国家而言，似可考虑把限制竞争只作为一种暂时的办法(见第一章“一般立法和体制框架”，第 20—22 段)。

(b) 不同部门的竞争范围

28. 直到最近，垄断状况仍存在于多数基础设施部门，有的因为该部门属于自然垄断，或者因为有规章障碍或其他因素(例如公共服务提供者的纵向一体化结构)而妨碍了有效的竞争。然而，飞速的技术进步扩大了基础设施各部门的潜在竞争范围，现就此简述如下：

(a) 电信部门。新的无线技术不但使移动式电信服务成为可能，而且还越来越激烈地与固定的(有线)服务相竞争。光纤网络、有线电视网络、电力线路上的数据传输、全球卫星系统、日益增大的计算能力、改进的数据压缩技术、通信与广播及数据处理的三位一体等等，进一步有助于摧垮传统的垄断和服务提供方式。由于这些方面以及其他方面的变革，电信服务已变成竞争性部门，各国纷纷开放这一部门，允许自由进入，限制进入的只是那种需要使用稀有公共资源(例如无线电频率)的服务。

(b) 能源部门。在这一部门，组合循环式燃气涡轮机和实现小规模高效发电的其他技术以及发电设备生产中的标准化，使一些国家得以改变国内电力市场的垄断局面和纵向一体化结构。日益增大的计算能力和改进的数据处理软件使人们更容易跨区送电，组织电力库和以其他办法进入电力网络和供电市场。

(c) 运输部门。在许多国家，技术也是运输部门的变化之源：集装箱的采用和其他技术革新，例如可在全球跟踪货船运输的卫星通信，不但给航运、港口管理以及铁路和卡车运输产生深刻影响，同时还有利于发展多式联运。

29. 这些技术革新促使一系列国家的立法机构把竞争范围扩大到基础设施各部门，颁布法律，取消垄断和影响参与竞争的其他障碍，改革基础设施各部门的组织方式，以及建立起可推动有效竞争的管理条例。这一方面能做到多大程度，这取决于所涉部门、市场规模和其他因素。

2. 基础设施部门的结构调整

30. 在许多国家,紧接着基础设施部门实行结构调整措施之后,出现了私人参与基础设施的发展。立法行动一般首先是取消那些禁止私人参与基础设施的规定,然后消除所有那些无法以公共利益作理由的、影响竞争的其他法律障碍。但是,应当指出,某一特定部门可在多大程度上开放竞争,这种决定是根据一个国家总的经济政策而作出的。有些国家,特别是发展中国家,也许从其正当的利益出发,需要促进发展本国工业的某些部门,因而有可能选定某些基础设施部门不开放竞争。

31. 垄断状态如果不是或不再是由于经济和技术基本条件所造成,而是法律禁例的结果,则引进竞争需采取的主要立法行动是消除现有的法律障碍,同时也许还应定出一套竞争规则(例如禁止互相串通,禁止卡特尔、掠夺性定价和其他不公平的贸易手段)并加以管理监督(见第一章“一般立法和体制框架”,第 30—53 段)。然而,对于某些活动而言,要想实现有效的竞争,也许不仅仅是取消法律障碍,还应采取立法措施来改变有关部门的结构。有些国家暂时保持着垄断,仅仅是为了有一段时间作为促进从垄断性结构迈向竞争性市场结构的过渡期,以利于渐进式的、有条不紊的和较易为社会接受的过渡。

(a) 基础设施部门的分拆

32. 某些国家的经验发现,有些纵向或横向联合的基础设施企业也能妨碍有效的竞争。联合起来的公司会力图将其在某一市场或某一部分市场中的垄断实力扩大到其他市场或市场的其他部分,以期在这些活动中同样地攫取垄断租金。因此,一些国家发现有必要把某一基础设施部门中的垄断性成份(例如许多网络中的专用网)同竞争性成份分割开来。大体上说,基础设施的服务趋向于竞争性质,而所依据的有形基础设施常常具有垄断特征。

33. 如把竞争性活动与垄断性活动分开,反过来也需要分拆纵向或横向一体化活动。纵向分拆的实现是把上游活动与下游活动完全分开,例如把电力部门的生产、输送、分配和供应活动各自分开。目标通常是把关键的网络部分或基本的设施同该行业的竞争性部分分割开来。横向分拆的实现是把一个垄断性质的公共服务企业的一种或多种并行活动分给单独的若干公司经营,这些公司可以是在同一市场内直接相互竞争(如同电力生产中逐渐出现的情况),也可以是在一个较小地域内保持垄断(如同电力分配这种情况)。横向分拆既指某一种活动或某一部分市场的分割(如同电力部门的实例),也指一个或多个市场内另外组成的替代服务(例如,手提电话服务从有线电话的市场中分离出来)。

34. 然而,有必要对这种变革的费用和得益加以仔细考虑。费用包括变革本身所涉的费用(例如交易和过渡费用,包括新制度的实行使有些公司失

去利益或失去其受保护地位而遭受的损失)和实施新制度所涉及的费用特别是由于例如较复杂的网络规划、技术上的标准化和进一步复杂化的管理而引起的更高协调费用。得益则包括新的投资,更好的或新的服务,更多的选择和更低的经济成本。

(b) 主要基础设施部门中的新经验

(一) 电信

35. 电信部门的分拆至今尚不多见。在有些国家,长途和国际电信服务已经同本地服务分开,前者引进了竞争,后者基本上仍属垄断性质。其中有的国家,这一趋势正在被扭转,本地电话公司被允许提供长途服务,长途公司也被允许提供本地服务,都处于一种竞争状态。一些国家对电信部门普遍制定了强制性的开放市场规则,在那些国家中,历来提供此种公共服务的企业与其他公司一起竞争,但同时仍控制着电信网络的基本部分。

(二) 电力

36. 一些国家新颁布的电力法规要求分拆电力部门,把电力生产、传输和分配分开。有些情况下,进一步把供应与分配划分开,以便仅仅留下带垄断性质的活动(例如在线路上运送公众使用的电力)进行垄断经营。在那些国家内,电力传输和配给公司并不买电或卖电,它只是按规定的收费负责运送电力。电力的交易是以生产商或经纪人为一方,以使用者为另一方面进行的。有关国家之中,有的国家只允许大用户之间的竞争,或者有步骤地逐渐实行竞争。

37. 凡是在电力和煤气部门引进了竞争的国家,新法律促成了新的市场结构,规定必须在多大程度上把市场分解开来(有时还规定必须在打破现有垄断基础上创立多少个公共服务企业),或消除对进入市场的障碍。新的能源法规还确立了具体的竞争规则,不管是结构规则(例如禁止该市场不同部分的公司之间的交叉所有权,例如发电、输电和供电公司之间或煤气与电力销售供应公司之间的交叉所有权)或是行为规则(例如第三方进入的规则,禁止组成联盟或其他串通安排)。建立了新的机构和管理机制,例如电力汇集、发送机构或能源管理机构,使这些新的能源市场得以运行。最后,能源法规和政策的其他方面也需结合这些改革加以修改,其中包括对石油、燃气、煤和其他能源市场的管理规则。

(三) 水和卫生

38. 在水和卫生部门实行的市场结构改革多数是属于横向分拆。有些国家在原来只有一家自来水公司的地方创立了多家自来水公司。这种情况尤其

发生在(但并不局限于)这样的国家：它们拥有相互间并不连接或只是略有连接的单独网络。在实践中，人们发现，横向分拆办法有利于比较各私人公司的运营情况。

39. 有些国家招请私人投资者为一家自来水公司大批量供水或建造和运营例如自来水处理和脱盐工厂。在此种纵向分拆过程中，通常是让私人投资者根据订立的合同向自来水公司提供服务(和所需的各项投资)，并不在根本上改变市场结构的垄断性质：这些工厂通常并不相互竞争，但通常不允许它们越过自来水公司直接供应给用户。有些国家对大量用水的供应和输送实行了竞争；在有些国家中，已经有了活跃的水市场。在另一些地方，竞争只局限于昂贵的瓶装水、罐车水和私人水井。

(四) 运输

40. 一些国家采取结构改革措施时把运输基础设施与运输服务区分开来。前者可能经常具有自然垄断特征，而运输服务一般都具有竞争性。运输服务的竞争不仅应局限于某一种运输方式之内，而且还应考虑在各种方式之间展开，因火车、卡车、公共汽车、航空公司和船舶都趋向于争夺客运和货运。

41. 对于铁路运输，有些国家选择的做法是把基础设施(例如铁道、信号系统和车站)的拥有和运营同铁路运输服务(例如客运和货运)区分开。采用这种做法时，法律不允许铁道运营者同时经营运输服务，运输服务是由另外的一些公司经营，常常是相互竞争。另一些国家让一些综合性公司同时运营基础设施和经营服务，但规定了第三方使用基础设施的权利，此种权利有时又称“铁道使用权”。在那种情况下，运输公司，不管是另一铁道的公司还是运输服务公司，有权按某种条件使用铁道，而控制着铁道的公司有义务准予使用。

42. 在许多国家，港口直至最近仍由公共部门进行垄断管理。为把这一部门开放让私人参与，立法者考虑了各种模式。按照地主港口办法，港口当局只负责基础设施及港口活动的全面协调；但它不对船舶和商品提供服务。在服务港口中，该实体同时运营基础设施和服务。在地主制度下，各服务单位(例如拖船、装卸和仓储)之间的竞争较易建立和保持。

43. 机场管理法规也许也需要作出变革，允许私人投资，或允许机场之间或机场范围内的竞争。机场运营与空中交通控制这两者之间的联系也许也要认真加以考虑。在机场范围内，许多国家已在各种服务项目中引进了竞争：装卸服务、餐饮供应和针对飞机的其他服务，还有旅客服务，例如零售商店、餐馆、停车场等等。在某些国家，在现有机场新建和运营一个候机厅是委托给新的经营者进行的，从而开创了候机厅之间的竞争。另有一些国家以 BOT 方式建设了新的机场，而现有的机场则转给私人拥有。

(c) 过渡性措施

44. 从垄断到市场的过渡期需认真加以管理。出于政治、社会或其他因素，一些国家采取了渐进或阶段式的实施方针。由于技术和其他外界力量总在不断变化，一些国家实行了可以根据上述情况的变化而加快步伐或调整步伐的部门改革。

45. 有些国家觉得不应马上实行竞争。在此情况下，法律规定了临时的专有权利，对提供公共服务的公司数目作出限制或规定其他方面的竞争限制。这些措施的着眼点是要使现有的公司有充分时间作好竞争准备，调整收费价格，另一方面，刺激公共服务公司进行投资和扩大服务。另一些国家列入了要求对此种限制定期加以复查(例如，在重新审查收费标准之时)的规定，以便查明当初实行限制时理所当然的那种情况是否依旧存在。

46. 另一项过渡性措施，至少对于由国有企业提供公共服务的一些国家而言，是调整现有服务实体的结构或使之私有化。在政府控制的公共服务公司已实行私有化的大多数国家，一般而言，自由化是伴随着或先于私有化而进行的。有些国家则不是这样，它们首先把享有重要专营权的公司实行私有化，这往往增大私有化的得益。但是，它们后来发现，在较后阶段再去取消、限制或削减那些私有或私有化公用事业实体已经得到的专有权利或垄断权，十分困难，有时甚至代价高昂。

3. 私营部门参与基础设施项目的形式

47. 私营部门对基础设施项目的参与可以采取各种各样的方式，从公有公营的基础设施，直至完全私营的项目。究竟哪一种方式适合于哪一种基础设施，需由政府根据本国对基础设施开发的需要来定夺，同时还需评估哪种方式对开发和运营某一类基础设施最为有效。在某一特定部门中，可以使用不止一种的办法。

(a) 公有公营

48. 在希望公有制及公共部门控制的情况下，为取得私人的直接投资以及按商业原则进行基础设施的运营，可以建立一个由政府控制的单独法人实体来拥有和经营该项目。这种实体可作为一种独立的私营商业企业来管理，遵行按适用于私人公司的同样规则和商业原则。有些国家在通过此类公司运营国家基础设施方面建立了固定的传统。将这种公司的资本向私人投资开放，或利用此种公司的能力来发行债券或其他证券，可以为吸引对基础设施的私人投资创造机会。

49. 私人参与公有和公营基础设施的另一种形式，可以是谈判达成“服务合同”，公共运营者根据这种合同将某些运营和维修活动承包给私营部门。

政府也可把各种各样的运营和维修活动委托给私人实体,代表订约当局开展业务。按照这种有时称之为“管理合同”的安排,对私人运营者的补偿通常可以通过一种利润分享机制,按其绩效分摊利润,不过也可按固定的费率给予补偿,在当事各方认为难以建立起双方可以接受的机制来评估运营绩效时,尤其如此。

(b) 公有私营

50. 另一种做法是把公共基础设施的全部运营移交给私人实体。一种可能的方法通常是授权私人实体在某一时期内使用某一设施、提供有关服务并收取这一活动产生的收入。此种设施可以是已经存在的,也可以是由有关私人实体专门建造的。这种公有与私营相结合的方式具有在某些法律制度下称之为“公共工程特许权”或“公共服务特许权”安排的基本特点。

51. 另一种私人参与基础设施的方式是,由订约当局挑选的一个私人实体来运营某个由政府建造或以政府名义建造或利用政府资金建造的设施。按照这种安排,运营者负有运营和维修基础设施的义务,并被赋予收取服务费用的权利。在这种情况下,运营者有义务将基础设施产生的收入的一部分付给订约当局,订约当局用这笔收入来分期偿还建造费用。在有些法律制度中,这种安排称为“租赁”或“承租”。

(c) 私有私营

52. 第三种做法是,私人实体不仅运营该设施,而且拥有与之有关的资产。在如何对待这些项目方面,各国的法律也会存在着重大差别,例如,订约当局是否仍保留其收回设施所有权或承担其运营责任的权利(另见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第23—29段)。

53. 如果设施是凭政府的许可证来运营的,则有形资产(如电信网)的私人所有权往往是可以与提供公众服务(如长途电话服务)的许可证相分开的,因为公共主管当局可以在某些情形下撤回许可证。因此,设施的私人所有权并不一定意味着拥有提供服务的永久权利。

4. 基础设施的融资结构和融资来源

(a) 项目融资概念

54. 建造新基础设施的大型项目通常由项目促成人为之专门成立的新法人实体负责实施。这种新实体通常称作“项目公司”,负责为项目筹措资金。因为项目公司缺乏已建立的信用或放款人可依赖的现有资产负债表,所以开发新基础设施时选用的融资方法称作“项目融资”。在项目融资交

易中，对于项目公司能否偿还借款，放款人主要注意项目的现金流量和收入作为资金来源，以此确立将给予的信用限度。其他担保要么没有，要么仅针对某些有限的风险。为此目的，项目的资产和收入以及与项目有关的权利和义务都是独立估算的，而且与项目公司股东的资产严格分开。

55. 由于对项目公司股东无追索权，所以项目融资也被称作是“无追索权”融资。但是在实际中，放款人很少愿意仅凭项目的预计现金流量或资产便提供基础设施项目所需的巨额款项。为了减少风险，放款人可能要求在项目文件中写入一系列后备或二级担保安排，以及得到项目公司股东、政府、购买方或其他有关第三方所提供的其他形式的信用保证。这种办法通常称作“有限追索权”融资。

(b) 基础设施项目的融资来源

56. 传统公共融资办法之外的其他办法正在基础设施的发展中起着越来越大的作用。近年来，各国新的基础设施投资之中就包括有完全是私人资金来源或以私人资金来源为主的项目。两种主要的融资办法是举债筹资和股本投资，前者通常采用从商业市场获得贷款的方式。然而，资金来源并不限于这些方式。在有时称为“公私合伙”的安排中，公共投资和私人投资常常结合起来。

(一) 股本资本

57. 基础设施项目的第一类资本是以股本投资的方式提供的。股本资本首先来自项目促成人或其他有意购买特许公司股份的个人投资者。然而，这种股本资本通常只占基础设施项目总成本的一部分。为了获得商业贷款或从其他资金来源满足项目的资本需要，项目和其他个人投资者必须表示意愿在将来优先偿还放款人和其他投资者的贷款，同意在偿还这些其他投资者的款项之后才偿还他们自己的投资。因此，项目促成人来说承担的金融风险最大。同时，一旦初期投资得到偿付，他们在项目利润中持有的份额也最大。放款人和政府通常都欢迎项目促成投入大量股本投资，因为这样不仅有助于减轻特许公司现金流量的偿债负担，而且还可作为这些公司承建项目的保证。

(二) 商业贷款

58. 债务资本常常是基础设施项目的主要资金来源。项目公司从金融市场获得债务资本的主要渠道是从本国或外国的商业银行获得贷款，商业银行的资金通常来自短期至中期存款，银行对此种存款支付浮动利率。因此，商业银行的贷款通常亦采用浮动利率，贷款到期的期限一般短于项目期限。但是，在可行和经济并考虑到特定金融市场条件的情况下，银行也可

能更愿意筹措和发放固定利率的中期至长期贷款，以避免使自己及特许公司长期受利率浮动的影响，而且减少套期保值交易的必要性。放款人在提供商业贷款时通常提出的条件是，在偿付的安排上它们的贷款应优先于筹借人的任何其他债务。因此，商业贷款被称为“非附属”贷款或“优先”贷款。

(三) “附属”债务

59. 这些项目通常使用的第三类资金是“附属”贷款，有时也被称为“夹层”资本。在偿还贷款的先后次序上，这类贷款先于股本资本，但滞后于优先贷款。这种附属地位既可以是一般性的(一般均低于任何优先债务)，也可以是具体的，即在贷款协议中具体指明其地位低于哪类债务。提供附属贷款通常采用固定利率，一般高于优先债务的利率。作为吸引这种资本的另一种方式，或有时作为避免更高利率的替代办法，可向附属贷款的提供者指出可直接分享赢利的前景，即通过发行优先股或可兑换股或发行公司债券的方式直接分享赢利，有时还提出以优惠价认购特许公司股份的办法。

(四) 机构投资者

60. 除了由项目促成人或公共金融机构提供的附属贷款外，还可以向融资公司、投资基金、保险公司、集体投资安排(例如共同基金)、养恤金基金和其他所谓的“机构投资者”寻求获得附属债务。这些机构通常拥有大量可用于长期投资的资金，因此可作为基础设施项目补充资本的重要来源。这些机构之所以肯承担风险，向基础设施项目提供资本，其主要原因是有望得到回报，而且投资多样化对其有利。

(五) 资本市场融资

61. 随着在私人融资基础设施项目方面获得更多的经验，人们正在越来越多地利用资本市场融资，通过将优先股、债券及其他流通票据投放某个得到认可的股票交易所，借以筹措资金。一般情况下，流通票据的公开上市须经有关管理部门的批准，并须遵守有关法域的相关要求，例如对发行计划提供必要的资料，某些法域还要求必须事前办理注册手续。债券及其他流通票据的发行可以只凭发行者的一般信用，并无其他担保，也可以通过具体财产的抵押或其他质权来作保。

62. 已有公认商业信誉的现有公用事业部门进入资本市场的可能性通常大于专门为建造和运营一个新的基础设施而成立的、尚无必要信用等级度的公司。事实上，许多股票交易所都要求那些发行股票的公司，在获准发行流通票据之前必须有过一段最低期限的良好信用记录。

(六) 伊斯兰金融机构注资

63. 另外一类潜在的资本提供者是伊斯兰金融机构。这些机构的运营遵循伊斯兰法律传统的规则和惯例。根据这些规则开展的银行业务，一个最突出的特点是不支付利息，或对收取利息的权利作严格的限制，因此确立了可以考虑的其他贷款形式，例如金融机构分享利润，或直接分享客户的交易结果。由于采用这种运营方法，伊斯兰金融机构可能会比其他商业银行更倾向于考虑直接或间接参与某个项目的股本投资。

(七) 国际金融机构注资

64. 国际金融机构也可起到重要作用，为私人融资基础设施项目提供贷款、担保或股本。世界银行、国际金融公司或其他区域开发银行已经联合资助了一些项目。

65. 国际金融机构还可促进形成为项目提供贷款的“联合集团”。其中某些机构制订了特别贷款方案，根据这些方案，它们成为项目唯一的“记录在案的放款者”，代表自己及各个参与银行出面，负责参与者的拨款事宜，并负责事后收取并分配从借款人处收到的还贷款项，这可根据具体的协定，也可依据其作为优先债权人所具有的其他权利办理。有些国际金融机构还对专门从事基础设施运营者发行的证券业务的资本市场基金进行投资，从而也可提供股本资本或夹层资本，最后，国际金融机构可为各种政治风险提供担保，有利于项目公司在国际金融市场上筹集资金(见第二章“项目风险和政府支助”，第 61—71 段)。

(八) 出口信贷和投资促进机构的支助

66. 出口信贷和投资促进机构可采取贷款、担保或两者相结合的形式为项目提供支助。出口信贷和投资促进机构的参与具有种种优点，诸如：利率低于商业银行和贷款期较长，有时采用固定利率。(见第二章“项目风险和政府支助”，第 72—74 段)。

(九) 公私融资结合

67. 除商业银行和本国或多边公共金融机构提供的贷款和担保以外，在许多情况下，公共资金也与私人资本相结合，共同资助新项目。这类公共资金可来自政府收入或政府的借款，这些资金可与私人资金加在一起作为初始投资或长期贷款，或采取政府赠款或担保形式。基础设施项目可由政府通过对特许公司的股本参与而共同筹办，从而减少从私人来源所需的股本和债务资本数额。(见第二章“项目风险和政府支助”，第 40 和 41 段)。

5. 实施基础设施项目时所涉及的主要当事方

68. 私人融资基础设施项目的当事方各不相同，视所涉的基础设施部门、私人部门的参与方式及项目融资安排而差异巨大。以下段落举出了在实施一个典型的私人融资基础设施项目中，根据“项目融资”方法建设一个新的基础设施时所涉及的主要当事各方。

(a) 订约当局和其他公共当局

69. 私人融资基础设施项目的实施往往需要所在国的国家、省和地方一级一系列公共当局的参与。订约当局是政府内负责有关项目的主要机构。另外，实施项目除了订约当局以外，还需要同级政府部门或另一级政府中其他公共当局的积极参与(例如发放执照或许可证)。这些公共当局在私人融资基础设施项目的实施中起着重要作用。

70. 订约当局或另一公共当局一般根据其有关部门发展基础设施的政策来确立项目，并确定由哪类私人部门参与可实现该基础设施的最有效运营。然后，订约当局便开始以选定特许公司为最后目的的一系列工作。另外，在项目的整个寿命期内，政府可能需要提供各种形式的支助——立法、行政、管理，有时还包括财政支助——以确保成功地建造并妥善地运营有关设施。最后，在某些项目中，政府有可能成为该设施的最终拥有者。

(b) 项目公司和项目促成者

71. 私人融资基础设施项目通常由多个公司组成的一个联合企业承包实施，其中包括有兴趣成为项目主要承建商或供应商的建筑工程公司和重型设备供应商。在本《指南》中，参与这种联合企业的各公司称作项目“促成者”。这些公司将在项目的初始阶段密切参与项目的开发，它们是否能够相互合作和雇请其他可靠的伙伴，对于工程是否能及时和顺利完成至关重要。此外，得到一个对运营所建的设施富有经验的公司参与合伙，对于确保项目的长期可行性是个重要因素。如果由项目促成者设立一个独立的法人实体，那么，有些并不参与项目实施的其他股本投资者(通常是机构投资者、投资银行、双边或多边放款机构，有时还有政府或某一政府拥有的公司)也可参与项目。如果根据所在国法律需要成立项目公司(见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 12—18 段)，那么有时政府也鼓励当地的投资者参与投资。

(c) 放款人

72. 在项目融资中，无论是无追索权还是有限追索权融资，放款人所冒的

风险远远高于传统的交易。假如它所涉及的有形资产(例如公路、桥梁或隧道)因缺乏易于变卖的“市场”而难以兑现其担保价值,或难以回收或转让,风险就更大。这种情况不仅影响提供贷款的条件(例如,项目融资的费用通常较高,条件繁多),而且还影响到资金可获性这个实际问题。

73. 由于私人融资基础设施项目需要得到巨额投资,提供的贷款往往属于“辛迪加”贷款形式,由一个或多个银行牵头,代表其他参与投资的金融机构(主要是商业银行)谈判融资文件。有些专门对某些行业提供贷款的商业银行一般不愿意承担它们并不熟悉的那些风险(关于项目风险和风险分配的讨论,见第二章“项目风险和政府支助”,第 8-29 段)。例如,长期放款人不一定愿意为基础设施建设提供短期贷款。因此,在大型项目中,常常有不同的放款人参与项目的不同阶段。为了避免由于个别放款人采取的相冲突的行动而引发争端,或放款人之间为贷款的支付发生争执,对大型项目提供资金的放款人有时订立一项共同的贷款协议。在根据分别的贷款协议提供各种信贷便利时,放款人通常还谈判一项所谓“债权人之间的协议”。债权人之间的协议通常含有如下一些事项的规定:关于按比例或按某种优先顺序拨付款项的规定;宣布违约事件和加速信贷到期的条件;在取消项目公司抵押财产的赎回权问题上进行协调。

(d) 国际金融机构和出口信贷及投资促进机构

74. 国际金融机构和出口信贷及投资促进机构对项目的担心一般来说与其他放款人大同小异。除此之外,这些机构特别关心的将是确保项目的实施和运营不会与这些机构的特别政策目标发生冲突。国际金融机构正日益重视基础设施项目对环境的影响及其长期的持续能力。为项目提供贷款的国际金融机构还将仔细审议用以选定特许公司的方法和程序。许多全球和区域金融机构及国家开发供资机构对于使用其提供的资金进行采购都制定了准则或其他要求。这些要求通常载于其标准贷款协议中(另见第三章“特许公司的选定”,第 18 段)。

(e) 保险人

75. 一般来说,基础设施项目将需要涉及对其工厂和设备的意外保险、第三方责任保险和职工的赔偿保险。其他可能的保险类别包括对营业中断、对现金流量中断和对超支的保险(见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第 119 和 120 段)。这些类别的保险通常可在商业保险市场上购买,不过商业保险很少包括当事方无法控制的某些特别事件(例如,战争、暴乱、故意破坏他人财产、地震、风暴)。对于某些类别的政治风险,如撕毁合同、公共当局不履行其合同义务或不合理地收回独立担保,私人保险市场正在发挥日益重要的作用。有些国家的保险业者精心安

排综合性质的一揽子保险,旨在避免由于单项保险之间的空缺而尚未得到保险的某些风险。除私人保险外,国际金融机构例如世界银行、多边投资担保机构、国际金融公司,或者区域开发银行或出口信贷及投资促进机构,也可提供对政治风险的担保(见第二章“项目风险和政府支助”,第 61-74 段)。

(f) 独立的专家和顾问

76. 独立专家和顾问在私人融资基础设施项目的各个阶段起着重要作用。有经验的公司通常保留外部专家和顾问的服务来作为公司本身技术专业知识的补充,这些外部专家和顾问可包括金融专家、国际法律顾问或咨询工程师。商业银行和投资银行往往作为项目促成人的顾问,安排融资和拟定需予实施的项目,此种活动虽然对项目融资十分重要,但与融资本身截然不同。独立的专家可对项目放款人提供某些方面的咨询意见,例如评估某一所在国的项目风险。他们还可协助公共当局拟订针对个别部门的基础设施发展战略和制定适当的法规框架。另外,独立专家和顾问可协助订约当局编写可行性报告和其他初步研究报告,拟定招标书或标准合同条款及规定,评价和比较投标书,或谈判项目协议。

77. 除私人实体外,一些政府间组织(例如工发组织和经济及社会理事会的各区域委员会)和国际金融机构(例如世界银行和区域开发银行)也有特别方案可直接向所在国政府提供这种技术援助,或协助所在国政府物色合格的顾问。

一. 一般性立法和体制框架

A. 概述

1. 建立适当而有效的法律框架是创造吸引私人对基础设施投资的环境的前提。对于已存在这样的法律框架的国家而言，重要的是确保法律具有充分的灵活性和应变能力，以跟上各基础设施部门的发展步伐。本章论述为实现上述目标而建议国内立法者在建立或重新审查私人融资基础设施项目的法律框架时考虑的一些一般性问题。B 节（第 2-14 段）阐述关于宪法和立法框架的一般性考虑因素；C 节（第 15-22 段）论述授予基础设施和公共服务特许权的权力范围；D 节（第 23-29 段）讨论加强行政协调的可能措施；E 节（第 30-53 段）论述管理基础设施部门的体制和程序安排。

B. 宪法、立法和体制框架

2. 本节讨论关于可能有助于建立私人融资基础设施项目的法律框架的普遍指导原则。本节还将谈到所在国宪法对实施这类项目可能具有的影响。最后，本节将扼要讨论就可能需要颁布的文书的级别和类型及其适用范围有待作出的可能选择。

1. 有利的宪法和立法框架一般指导原则

3. 在考虑建立拟依据的法律框架或重新审查现有框架的适当性时，国内立法者似宜考虑以下几段所简要讨论的促使各国最近采取立法行动的一些一般原则。

(a) 透明度

4. 一个透明的法律框架的特点是具有明确易行的规则和用以实施规则的有效程序。透明的法律和行政程序产生可预计性，使潜在投资者能够估计其投资的成本和风险，从而提出最有利的条件。透明的法律和行政程序还可以通过要求公布行政决定，酌情包括说明作出决定的理由和披露与公众有关的信息的义务的规定来促进公开性，还有助于防止订约当局或其官员作出武断或不适当的行动或决定，从而有助于提高对一个国家发展基础设施计划的信心。在争取外国投资的国家，法律和行政程序的透明度特别重要，因为外国公司可能不熟悉该国授予基础设施项目的做法。

(b) 公正性

5. 法律框架既是政府管理和确保向其公民提供公共服务的手段，也是公共服务提供者及其客户可以保护其权利的手段。公正的法律框架考虑到政府、公共服务提供者及其客户的各种（有时可能相互冲突的）利益，寻求在这些利益之间实现公平的平衡。私营部门的商业考虑、用户得到质量和价格方面适当服务的权利、政府确保不间断提供必要服务的责任及其在促进国家基础设施开发方面的作用等等，这些仅仅是需要法律予以适当承认的各种利益中的几种而已。

(c) 长期可持续性

6. 有关开发基础设施的国内立法的一个重要目标是确保公共服务的长期提供，同时越来越多地关注环境可持续性。运营和维护公共基础设施的不适当安排严重限制所有基础设施部门的效率，并直接导致对客户的服务质量降低，成本提高。从立法角度看，重要的是确保所在国拥有机构能力，以履行赋予基础设施项目各个实施阶段所涉公共当局的各种任务。加强国家基础设施政策长期可持续性的另一项措施是实现以竞争方式和垄断方式提供公共服务的恰当平衡。竞争可以降低总成本，为重要服务提供更多的后备设施。在某些部门，竞争还有助于提高基础设施投资的生产率，加强对客户需要的反应能力，并获得更优质的公共服务，从而改善所有经济部门的商业环境。

2. 宪法和私人融资基础设施项目

7. 许多国家的宪法只是一般性提到由国家承担的确保提供公共服务的责任。有些国家具体列出了应由国家负责的基础设施和服务部门，有些国家的宪法则规定由立法者确定这些部门。有些国家的宪法规定，某些公共服务的提供属于国家或专门创立的公共实体的专有权力。但是有些国家的宪法则允许国家向私人实体授予开发和运营基础设施和提供公共服务的特许权。有些国家对外国人参与某些部门有所限制，或者规定提供公共服务的公司应有国家参股。

8. 对于有意促进私人对基础设施投资的国家而言，一个重要的事项是重新审查现有的宪法规则，看其中是否对私人融资基础设施项目的实施有所限制。在有些国家，由于国家授予此种项目的权力范围方面的不确定性而延迟了私人融资基础设施项目的兴办。有时，有关人员担心此种项目会违反有关国家垄断的宪法规则或违反由国家提供公共服务的规定，结果引发司法争端，对项目的实施带来消极影响。

9. 还应当考虑宪法中关于土地所有权或基础设施所有权的那些规则。有些国家的宪法对私人拥有土地或某些生产资料实行某些限制，而在有些国

家，私人财产受到确认，但宪法宣布所有基础设施或某些类别的基础设施为国家财产。这种性质的禁止或限制，可能会对执行某些涉及有关基础设施的私人运营或者私人运营及所有权的项目构成障碍（另见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 23-29 段）。

3. 一般性立法和有部门针对性的立法

10. 立法往往在促进私人对公共基础设施项目的投资方面起主要作用。通常，法律体现着一种政治承诺，提供特定的合法权利，也是对法律和管制制度稳定性的一种重要保证。在大多数国家，在实施私人融资基础设施项目之前实际上先要有立法措施，确定授予和执行这类项目的一般规则。

11. 在有些国家，按照其宪法或立法惯例，可能需要通过有关具体项目的特定立法。有些国家则具有为提供公共服务而向私营部门授予特许权的固有传统，在一般性立法中允许政府将某种原由公共部门开展的活动转给私营部门，此种活动的某种经济价值使其可以交由私人实体来开发利用。这种一般性立法为统一处理各个基础设施部门私人融资项目所常见的问题建立了一个框架。

12. 然而，一般性立法由于其本身的性质，通常并不适宜于详细阐述对各个部门的特定要求。即使在颁布了管辖跨部门事项的一般性立法的国家，也可看到，补充性的针对特定部门的立法使立法者得以制订考虑到各个部门的市场结构的规则（见上文“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 21-46 段）。应当注意的是，在许多国家，有部门针对性的立法是在国家基础设施的相当一部分或全部由国家垄断之时颁布的。对于有意促进私营部门对基础设施投资的国家而言，似宜重新审查现有的有部门针对性的立法，以便确定其对私人融资基础设施项目是否合适。

13. 有部门针对性的立法的另一个重要作用是建立起管理具体基础设施部门的框架（见下文第 30-53 段）。对处于建立或发展国家管控能力的初期阶段的国家来说，立法指导特别重要。这种立法是一种有益的保证，以表明管理部门在行使其职能时并非拥有无限权力，其决定权受到法律有关条文的约束。但是，一般而言，似宜避免处理实施私人融资基础设施项目的合同方面的立法规定过于死板或过于详细，因为死板和过分详细的立法在多数情况下并不能适应于私人融资基础设施项目的长期性（另见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”和第五章“项目协议的期限、展期和终止”）。

14. 许多国家使用立法规定来为基础设施部门的组织和基本政策、机构和管理框架订立总的原则。然而，法律可能并不是规定详细的技术和财务要求的最佳手段。许多国家倾向于颁布条例，为实施本国法律中关于私人融资基础设施项目的一般性规定订立更详细的规则。人们认为条例较易根据情形的变化加以修改，无论这种变化起因于向市场规则的过渡，还是起因

于新技术或者经济和市场条件发生变化等外部动态。无论采用什么手段，清晰性和可预计性都是必不可少的。

C. 授予特许权的权力范围

15. 为实施私人融资基础设施项目，首先需要颁布专门的立法或条例，允许国家委托私人实体提供公共服务。明文颁布此种法律授权，对增强本国或外国的潜在投资者对国家所推行的促进私营部门对基础设施投资的政策有信心，可能也是一个重要步骤。授予基础设施项目特许权的权力的中心内容将在以下几段中予以讨论。

1. 受权机构和有关的活动领域

16. 在有些法律制度中，政府对提供公共服务承担的责任如无立法授权是不能转让的。对于有意在基础设施方面吸引私人投资的国家而言，特别重要的是在法律中明确规定将提供某些公共服务的权利交给所在国公共当局以外的其他实体的权力。在公共服务由政府垄断的国家或在考虑由私人实体提供曾是免费向公众提供的某些服务的国家，这种一般性规定可能尤其重要（另见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 37-38 段）。

17. 如果采用一般性立法规定，还宜明确规定哪些公共当局或哪些级别的政府有权授予基础设施项目和充当订约当局。为了避免不必要的拖延，尤其宜制定和实施可据以确定有权代表订约当局（及酌情代表其他公共当局）在谈判的不同阶段作出承诺和签署项目协议的个人或部门的规则。考虑到中央政府以外其他当局为实施其职权范围内项目所需的权力范围也是有益的。对于涉及不同级别政府（例如国家、省或地方）的部门或机构的项目，不可能提前确定所涉及的所有有关的部门和机构，可能需要采取其他措施，以确保在这些部门和机构之间进行适当的协调（见下文第 23-29 段）。

18. 为了明确起见，似宜在这种一般性立法中确定在哪些部门可授予特许权。或者，如果认为这样不可行或不恰当，法律可以确定哪些活动不可以作为特许权的对象（例如，与国防或国家安全有关的活动）。

2. 特许权的目的和范围

19. 由法律来界定在所在国可授予特许权的那些私人融资基础设施项目的性质和目的可能是有益的。一种做法可以是根据特许公司所承担的权利和义务的程度来界定各类项目（例如“建设-运营-移交”、“建设-拥有-运营”、“建设-移交-运营”和“建设-移交”）。然而，鉴于在私人投资基础设施方面可能会出现多种多样的安排，也许很难为所有这些安排提供详尽无遗的定义。另一种办法是，法律可以笼统地规定可授予特许权，以便责成一私营

或公共实体进行基础设施工程或提供某种公共服务，作为交换，该实体有权对该项设施或场地或者因它创造的服务或产品收取价款或得到当事各方商定的其他付款或报酬。法律可进一步澄清可以为了新基础设施项目或系统的建造和运营或者现有基础设施项目和系统的维护、修理、翻新、现代化、扩建和运营或仅仅为了公共服务的管理和提供而授予特许权。

20. 另一个重要问题涉及特许公司的权利性质，尤其是提供服务的权利是独家经营权还是特许公司将面临其他基础设施项目或服务提供者的竞争。独家经营权可能涉及在特定地理区域（如社区供水公司）或包括整个国家领土（如国家铁路公司）提供某种服务的权利；也可涉及向某一特定客户提供一种特定类型货物和服务的权利（如对输电和配电公司来说，电力公司是享有独家经营权的地区供应商），或向有限的客户群体提供一种特定类型货物和服务的权利（例如国家长途电话运营人向各地方电话公司提供通路）。

21. 在决定是否对某一个项目或某一类项目授予独家经营权时应考虑到所在国对有关部门的政策。如上所述，竞争范围视不同的基础设施部门而有很大差异。某些部门或其中一部分具有自然垄断性质，因而公开竞争往往不是一种在经济上可行的做法，但另外一些基础设施部门已经成功地开放供自由竞争（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 28 和 29 段）。

22. 因此，似应以灵活的方式来处理独家经营权问题。较好的做法是由法律授权在认为符合公共利益的情况下授予独家经营特许权，例如可为了确保项目在技术和经济上的可行性而授予独家经营权，而不排除或不事先规定独家经营特许权。可要求订约当局在启动选择特许公司程序之前陈述考虑采用独家经营特许权的理由。可以由有部门针对性的法律来补充这种一般性立法，有部门针对性的法律可按适宜于各特定部门的方式调控独家经营权问题。

D. 行政协调

23. 视所在国的行政结构而定，私人融资基础设施项目可能需要各级政府若干公共当局的参与。例如，对有关的活动制订条例和规则的权限可能全部或部分归属于某个与负责提供有关服务的公共当局不同级别的公共当局。还可能是管理职能和运营职能同时赋予某个实体，但授予政府合同的权力则集中在另一个公共当局。对于涉及外国投资的项目来说，也可能是某些具体权限属于负责审批外国投资标书的机构的职权范围。

24. 最近的国际经验表明，委托所在国行政机构内一中央单位全面负责制订有关私人融资基础设施项目的政策和提供实际指导是有益的。这一中央单位还可以负责协调与项目公司打交道的主要公共当局的投入。但也要看到，在有些国家，因为行政结构特殊，这种安排也许是不可能的。如果建立这样一个中央单位不可行，可以考虑采取其他措施，以确保在各有关公共当局之间进行适当的协调，这一点将在以下几段中讨论。

1. 筹备措施的协调

25. 确保私人融资基础设施项目得以成功实施的一个重要措施是要求有关公共当局对项目的可行性进行初步评估，包括经济和财务方面，例如项目预计可产生的经济利益、估计成本和基础设施运营后预期的创收以及项目对环境的影响。订约当局准备进行的研究应特别明确确定项目的预期产出，提出需要投资的充足理由，建议私营部门参与的方式并说明对产出要求的特定解决办法。

26. 确定了未来的项目之后，政府需要确立其相对优先顺序，并拨出用于实施项目的人力和其他资源。这时，订约当局似宜审查与拟议类型的基础设施的运营有关的现行法规要求，以查明将需要哪些主要公共当局对实施项目提供投入。在这一阶段，还应考虑可能需要采取哪些措施，以便订约当局和其他有关公共当局得以履行其可能合理预期的与项目有关的义务。例如，政府可能需要预先作好预算安排，使订约当局或其他公共当局能够满足跨越若干预算周期的财政承诺，比如长期承购项目产出的承诺（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 50 和 51 段）。另外，还可能 need 一系列行政措施来实施对项目提供的某些形式的支持，例如免税和海关便利（见第二章“项目风险和政府支助”，第 51-54 段），这可能需要相当长的一段时间。

2. 便利许可证和执照颁发的安排

27. 立法在为颁发项目过程中需要的许可证和执照提供便利方面可起到有益的作用（例如外汇管制制度下的许可证；组建特许公司的许可证；雇用外籍人的授权；使用或拥有土地的登记和印花税；设备和用品的进口许可证；建造许可证；安装电缆或管道的许可证；设施投入运营的许可证；移动通信的频谱分配）。颁发所需要的许可证或执照可能属于国家各级政府中若干行政管理机关的权限，而颁发这些证件所需要的时间可能很长，如果审批机关或部门最初未参与项目的设计或项目条件的谈判则更是如此。基础设施项目如果因并非由特许公司原因造成的许可证或执照不齐备而迟迟无法投入运营，有可能导致项目成本和用户支付的价格提高。

28. 因此，似宜尽早对某一具体项目所需的许可证和执照进行评估，以避免实施阶段的拖延。为加强协调许可证和执照的颁发，一种可能的办法是授权某个机关接收许可证和执照申请，将其转交给有关机构，并监督招标书内所列的所有许可证和执照以及此后的条例可能要求的其他许可证的颁发情况。法律还可授权有关机构颁发临时许可证和执照，规定期限，期限过后，除非有书面的拒发通知，否则即可认为已准许发给这些许可证和执照。

29. 但是应该指出，各级政府（例如地方、地区和中央）之间行政权限的划分常常体现一国政治组织的根本原则。因此，有些情况下中央政府无法

承担颁发各种许可证和执照的责任,也不能把此种协调职能完全委托给某个机构。在这些情况下,重要的是采取措施解决因为行政权限的这种划分而可能造成的拖延,例如,订约当局和其他有关公共当局之间为便利特定项目的手续而签订协议,或者实行旨在确保各有关公共当局之间进行适当协调和使获得许可证的过程更加透明和高效的措施。另外,政府还可以考虑提供某种保证,确保将尽力协助特许公司获得国内法规定的许可证,例如就所要求的许可证以及有关的程序和条件向投标人提供资料和协助。从实际角度来看,除各级政府和各公共当局之间的协调之外,还需要确保许可证颁发标准在执行上的前后一致和行政程序的透明度。

E. 管理基础设施服务的权力

30. 某些公共服务的提供一般都有一套专门的管理制度加以管理,这套制度可能包括实质性规则、程序、执行手段和机构。这一框架是实施有关部门的政府政策的一种重要手段(见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”,第 21-46 段)。视有关国家的体制结构和各级政府之间的权力划分而定,省级或地方立法可能完全管辖或与国家立法同时管辖一些基础设施部门。

31. 对基础设施服务的管辖,涉及一系列一般性问题和具体部门特有的问题,而这类问题往往因所在国社会、政治、法律和经济现实的不同而可能有很大的差别。本指南虽然有时也讨论不同部门在类似情况下遇到的一些主要管理问题(例如见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第 39-46 段和第 82-95 段),但无意详尽无遗地阐述在管理各个基础设施部门方面产生的所有法律问题或政策问题。“管理机构”一词是指为实施和监督基础设施运营人活动管理规则所需要的机构机制。因为适用于基础设施运营的规则常常允许某种程度的酌处权,所以需要有一个机构来解释和适用这些规则,监督遵守情况,实施制裁,并解决规则实施过程中产生的争端。其具体的管理任务和酌处权的大小将由有关的规则确定,而这方面可能差异很大。

32. 本指南假设所在国已拥有为实施私人融资基础设施项目所需的适当机构和部门结构及人力资源。但为了有助于本国立法机关考虑建立管理机构的必要性和适宜性以监测公共服务的提供情况,本节讨论这方面出现的一些主要的体制和程序问题。本节的讨论列举了为建立私人融资基础设施项目的管理框架而在国家立法措施中已经采用的各种不同的办法,但本指南并不因此主张建立某种特定的模式或行政结构。有关实际资料和技术咨询,可向实施方案协助成员国建立适当管理体系的国际金融机构(例如世界银行和各区域开发银行)索取。

1. 管理机构的部门权限和任务

33. 管理职责既可按部门安排，也可跨部门安排。选用部门办法的国家往往决定把密切相关的部门或其中一部分置于同一个管理结构之下（例如由一个共同的管理机构负责电力和煤气，或负责机场和航空公司）。有些国家则采取跨部门安排管理的方针，在有些情况下，由一个管理实体来管理所有的基础设施部门，而在有些情况下，则由一个实体管理公用事业（水、电、煤气、电信），另一个实体管理运输。在有些国家，管理机构的权限还可能扩展到某个地区内的若干部门。

34. 权限局限于某个具体部门的管理机构通常都促进本部门特有的技术专业知识的发展。实行具有部门针对性的管理可便于制订符合该部门需要的规则和措施办法。但是，究竟是实行具有部门针对性的管理还是实行跨部门管理，部分上取决于本国的管理能力。在基础设施管理方面专门知识和经验有限的国家可能最好是减少独立结构的数目，努力实现规模经济。

35. 建立管理机制所依据的法律往往规定了用以指导管理机构行动的一系列总目标，例如促进竞争，保护用户的利益，满足需求，本部门或公共服务提供者的效率，其财政维持能力，维护公众利益或公共服务的义务，以及保护投资者的权利。确定一两项首要目标有助于明确管理机构的任务和为有时相互冲突的目标确立优先次序。明确的任务也可加强管理机构的自主权和信誉。

2. 机构机制

36. 基础设施部门的管理机构机制多种多样。有些国家把管理职能交给政府机关（例如政府的有关部或部门），有些国家则选择在政府之外设立独立的管理机构。有些国家决定某些基础设施部门由自主和独立的机构管理，而将其余的基础设施部门留给某个部直接管理。有时候，也可能是独立管理机构与政府共同行使权力，颁发专营许可证通常便属于这种情况。从立法的角度来看，需要在考虑到本国政治、法律和行政传统的情况下制订管理职能的机构安排，确保管理机构达到充分的效率。

37. 管理制度的效率主要取决于在作出管理决定时是否具有客观性。这又要求管理机构应该能够在没有基础设施运营人和公共服务提供者的干扰或不适当压力的情况下作出决定。为此，一些国家的立法规定要求管理决定的决策过程具有独立性。为了达到希望的独立程度，似宜将管理职能与运营职能分开，取消公共服务提供者可能仍然拥有的任何管理职能，把这些职能交给一个在法律上和职能上独立的实体。管理的独立应辅之以防止利益冲突的规定，例如禁止管理机构的工作人员在所管辖的公司、其母公司或子公司兼职，接受其礼品，以及缔结合同或有任何其他关系（直接或通过家庭成员或其他中间人）。

38. 这就引出一个有关的问题,即如果某个机构在其管辖的部门还拥有企业,或其办事以政治考虑而不是技术根据为依据,那么便需要尽量减少这种机构作出决定或影响决策的风险。一些国家认为,管理机构需对政府政治机关保持一定程度的自主。独立性和自主权不应仅仅从管理职能的机构地位来考虑,还应考虑到其职能上的自主权(即拥有充足的财力和人力资源用以充分履行其职责)。

3. 管理机构的权力

39. 管理机构可拥有决定权、咨询权或纯属协商性的权力,或视所涉主题事项的情况而兼具这些不同级别的权力。在一些国家,管理机构最初只拥有有限的权力,但随着管理机构建立了独立性和专业能力的良好记录之后,享有的权力随之扩大。立法中往往具体规定哪些权力属于政府,哪些权力属于管理机构。这方面的明确性至关重要,可避免不必要的冲突和混乱。应让投资者、消费者以及其他有关各方都知道向哪些部门提出各种要求、申请或投诉。

40. 例如,挑选公共服务的提供者在许多国家是一个既涉及政府又涉及管理机构参与的过程。如果授予项目的决定涉及的不是技术性而是政治性的大致判定——基础设施私有化往往便属于这种情况——那么最后的决定责任往往在于政府。但是,如果授予项目的标准主要是技术性的——对发电或电信服务的开放式许可证制度便是例子——许多国家往往将决定权委托给一个独立的管理机构。在有些情况下,政府在授予特许权之前还需征求管理机构的意见。另一方面,也有一些国家不允许管理机构直接参与授予项目的过程,理由是这样可能影响到管理机构日后对有关服务的提供进行管理的方式。

41. 管理机构的管辖权通常包括对所辖部门所有企业的管辖,不论是私营企业还是公营企业。有些管理权或手段的应用,法律规定只限于针对该部门中占支配地位的公共服务提供者。例如,管理机构只能对现有的或占支配地位的公共服务提供者拥有价格监督权,而对新加入的公司则允许其自由定价。

42. 管理机构必须对一系列的事项进行公断,从规范责任(例如关于授予特许权的规则、设备验证合格的条件)到实际授予特许权;审批所管实体提出的合同和决定(例如关于入网的时间安排或合同);确定和监督提供某项服务的义务;对公共服务提供者的监督(特别是监督遵守许可证条件、规范、性能指标的情况);价格的确定或调整;审查所实行的补贴、豁免或可能影响本部门正常竞争的其他优越条件;制裁措施;解决争端。

4. 管理机构的组成、工作人员和预算

43. 在建立管理机构时,少数国家选用的办法是一个机构只由一个官员构成,而多数国家则采用管理委员会的形式。委员会形式可提供更严密的保障,抵制不适当的外来影响或游说,还可减少草率作出管理决定的风险。

另一方面，单人的管理机构可以较快作出决定，责任更加分明。为改进管理委员会决策过程的管理，委员会成员人数通常保持为少数几名（一般为三名或五名）。虽然委员会主席可以投决定性一票，但通常都避免双数，以防止陷入僵局。

44. 为扩大管理机构的自主权，各种不同的机构都可参与提名。在一些国家，管理机构由国家元首根据国会提出的名单而任命；有些国家则是由政府的行政部门任命管理机构，但须经国会确认，或根据国会、用户协会或其他机关提出的名单任命。对于管理机构的官员，通常要求有最低限度的专业资历，同时不能有利益冲突，否则会使他们丧失资格。管理机构成员的任期要适当错开，避免发生大换班而由同一届政府任命所有成员的现象；任期的交错还可促进管理决策的连续性。成员的任期往往采取定期制；可规定不得连任；任期届满之前可以撤换，但只能因为某些有限的理由（例如被宣判有罪、精神失常、严重渎职或玩忽职守）。管理机构常常要同富有经验的律师、会计师或为所辖行业效力的其他专家打交道，因此管理机构本身也需具备同样水平的专业知识、技能和专业水平，除机构内部人员外，必要时还可聘用外部顾问。

45. 稳定的经费来源对管理机构的充分运作至关重要。在许多国家，管理机构的预算经费来自对所辖行业的收费和其他收缴项目。收费可定为公共服务提供者营业额的一个百分比，或从颁发执照、特许权或其他授权中收取。在一些国家，管理机构的预算必要时由预算拨款补充，并在年度财政法中加以规定。但这会产生不确定因素而削弱机构的自主权。

5. 管理过程和程序

46. 管理框架一般包含有程序性规则，规定负责各种管理职责的机构如何行使其权力。管理过程要取得人们的信任，必须要有透明度和客观性，无论管理权是由某一政府部门或部长或由某个独立的管理机构来行使。规则和程序应该是客观的、明晰的，以便确保管理机构公正不偏，及时采取行动。为达到透明度，法律应要求公开有关的规则和程序。作出的管理决定应陈述所依据的理由，并应通过出版物或其他合宜方式供有关各方查阅。

47. 根据一些法律的要求，可进一步增加透明度，由管理机构每年发表有关部门的年度报告，包括公布活动期间所作的决定、所发生的争端以及解决争端的方式等等。这种年度报告还可列出管理机构的帐目以及独立审计员对帐目的审计。许多国家的立法还要求将年度报告提交国会的一个委员会审查。

48. 管理决定可能对各个方面的利益产生影响，包括所涉及的公共服务提供者、其目前的或潜在的竞争者，以及商界或非商界的用户。在许多国家，管理过程包括就重大决定或建议举行协商的程序。在有些国家，这种协商采取公开听证会的形式，在有些国家则采取协商文件的形式，通过书面形

式征求有关各方的意见。有些国家还建立由用户和其他有关各方组成的协商机构，并要求须在作出重大决定和提出重大建议前征求其意见。为增加透明度，协商过程中提出的意见、建议或观点需加以公布或可供公众查阅。

6. 对管理机构所作决定的申诉

49. 所在国管理制度的另一个重要因素是公共服务提供者可据以请求对管理决定进行复审的机制。如同整个管理过程一样，高度的透明度和可信性至关重要。为了具有可信性，复审权应委托给一个独立于作出原决定的管理机构、所在国政治当局和公共服务提供者的实体。

50. 对管理机构的决定进行复审往往属于法院的管辖权，但在有些法律制度中，对管理机构所作决定的申诉属于只处理行政问题的专门法庭的专属管辖权，在有些国家，这样的法庭独立于司法体系。如果对复审过程心存担忧（例如，担心可能的拖延或者法院对管理决定所涉复杂经济问题作出评价的能力），那么可以至少是在向法院或行政法庭提出最终申诉前首先将复审职能委托给另一机构。在有些国家，申诉请求由一独立的高级跨部门独立监督机构审议。也有些国家由掌管特定的司法和学术职能的人组成的小组来听取申诉请求。对于提出复审请求所依据的理由往往有所限制，特别是限制受理上诉的机构以自己对事实的酌情评价取代所作决定正被复审的机构而作出的评价的权利。

7. 公共服务提供者之间争端的解决

51. 相互竞争的特许公司（例如两个移动电话系统经营者）之间或在同一基础设施部门的不同部分提供服务的特许公司之间可能会产生争端。这些争端可能涉及不公平贸易做法（例如低价倾销）、不符合国家基础设施政策的非竞争性做法（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第23-29段）或违反公共服务提供者的特定义务（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第82-93段）等指控。在许多国家，人们发现为了建立解决这些争端的适当框架，立法规定是必要的。

52. 首先，各当事方相互之间可能没有可以提供适当的解决争端机制的合同安排。即使有可能建立一种合同机制，所在国也可能想让一个特定机构解决涉及某些问题（例如，进入特定基础设施网络的条件）的争端，以便确保有关规则的适用相互一致。另外，公共服务提供者之间的某些争端可能涉及根据所在国法律被认为不能通过仲裁解决的问题。

53. 国内法往往规定处理公共服务提供者之间争端的行政程序。一般来说，公共服务提供者可以向管理机构或向对所声称遭到违反的规则负责予以实施的另一政府机构（例如，负责执行公平竞争法律和条例的政府机构）提出投诉，在有些国家，这种政府机构有权就这类事项作出具有约束力的

决定。这类机制即使是强制性的，也不一定妨碍受害人求助于法院，虽然在有些法律制度中，法院可能仅仅有权管辖所作裁决是否合法（例如是否遵守适当程序），而无权管辖裁决的是与非问题。

二. 项目风险和政府支助

A. 概述

1. 私人融资基础设施项目为减少动用公款及其他资源进行基础设施开发和运营提供了机会，还可把本应由政府承担的一系列风险转移给私营部门。确定有关各方具体分担风险的情况一般要考虑到一系列因素，包括在关基础设施开发工程方面的公共利益及项目公司、其他投资人和放款人所面临的风险程度(以及其按可接受的成本承担这些风险的能力和意愿限度)。充分分担风险是降低项目成本和确保成功实施项目的关键。相反，不适当分担项目风险会损害项目的财政维持能力或妨碍其有效管理，从而增大所提供服务的成本。
2. 过去，基础设施项目是在项目资助人、多边和国家出口信贷机构、政府以及其他第三方提供信贷支助的基础上举债筹资的。近年来，这些传统资金来源已无法满足对基础设施资本日益增长的需求，筹资越来越多地是在项目融资的基础上实现的。
3. 项目融资作为一种融资方法，甚至在开工之前或产生任何收入之前，就设法在“自立”的基础上建立项目公司的信誉并凭借此种信誉来借款。评论家认为，项目融资好比一把钥匙，它可以打开从理论上说聚集在资本市场上的巨额资本的库门，并投放于基础设施之中。但是，从金融角度来看，项目融资带有一些与众不同，要求高的特点。其主要特点包括，在项目融资构架中，融资各方必须主要依赖项目公司的资产和现金流量来获得偿债款。如果项目失败，融资各方将无法求助于或只能在有限程度内求助于资助人公司或其他第三方的财政资源获得偿债款（另见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54 和 55 段）。
4. 项目融资的财务方法要求准确地预测项目的资本费用、收入和预计费用、开支、税务和负债。为了力求准确而确定地预测这些数字，以及为项目建立财务模型，一般需对项目公司较长时间——通常为 20 年以上——的收入、费用和开支的“基本”数额作出预测，借以确定项目所能支持的债务和股本数额。这些分析的关键是确定风险并进行定量分析。为此，从财务角度来看，风险的确定、评估、分担和减轻是项目融资的核心所在。
5. 最重要然而也是最难以评估和减轻的风险包括“政治风险”（与所在国政府及其机构和法院所采取的不利行动相关的风险，特别是在发给执照和许可，颁布关系到项目公司及其市场和税收以及经营状况和执行合同义务的条例方面）和“货币风险”（与当地货币的币值及其可汇转性和可兑换性有关的风险）。为了尤其预防发生这些风险，项目融资构架通常包含

有国际金融机构和出口信贷机构的保险或担保以及所在国政府的担保。

6. 本章 B 节（第 8-29 段）概述了私人融资基础设施项目所遇到的主要风险并简要地讨论了分担风险的通常合同解决方案，其中强调需要向各方就均衡分担项目风险进行谈判提供必要的灵活性。C 节（第 30-60 段）阐述了政府在设计政府对基础设施项目的直接支助水平时似宜作的政策考虑，如实施任何特定项目时所涉的公共利益程度，以及避免政府承担无限或过分不定债务的必要性。C 节论及政府促进私人投资基础设施开发的方案中所使用的另外一些支助措施，但并未明确提倡使用哪一种。最后，D 节（第 61-71 段）和 E 节（第 72-74 段）概述了可由出口信贷机构和投资促进机构提供的担保和支助措施。

7. 本指南其他章节论及所在国政府的法律制度中与项目的信贷和风险分析有关的各个方面。当然，侧重点将因项目的部门和类型不同而相异。特别建议读者参阅第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”；第五章“项目协议的期限、展期和终止”；第六章“争端的解决”和第七章“其他相关的法律领域”。

B. 项目风险和分担风险

8. 本章所使用的“项目风险”概念系指各当事方经评估后认为可能对它们期望通过该项目获取的利益产生负面影响的情形。尽管可能出现对多数当事方造成严重风险的事件（例如自然灾害对设施的损毁），但各方的风险将因其在该项目中的作用不同而不同。

9. “分担风险”一语指确定哪个或哪些当事方应对发生所认定的项目风险事件承担后果。例如，如果项目公司有义务向订约当局提供基础设施设备，而且某些设备应处于运行状态，那么项目公司则要承担设备运行可能达不到商定的性能水平的风险。这种项目风险的出现反过来会对项目公司产生一系列后果，包括未能根据项目协议或适用的法律履行合同义务的责任（如因拖延使设备未能按时进入运行状态而向订约当局支付损害赔偿费）；某些损失（如由于拖延该设备开始运行的时间而造成收入上的损失）；或额外费用（如修理故障设备或获取更换设备的费用）。

10. 承担某一风险的当事方可采取预防措施限制发生风险的可能性，并采取具体措施保护自身完全或部分免遭此种风险的后果。这些措施常常被称作“减轻风险”。在前一例中，项目公司要认真审查设备供应商和建议的技术的可靠性。项目公司可要求其设备供应商对其设备的性能提供单独的保证。供应商也有责任对其设备故障的后果向项目公司支付罚金或预定的违约赔偿金。在某些情况下，可能需要做出一系列复杂程度不等的合同安排以减轻项目风险的后果。例如，项目公司可以将设备供应商提供的保证同承保因设备故障造成业务中断的某些后果的商业保险结合起来。

1. 项目风险主要类别概述

11. 为了具体说明起见，以下各段对项目风险的主要类别进行概述，并举例说明了某些用于分担和减轻风险的合同安排。如需对这一问题作进一步的讨论，建议读者参照其他资料，如《工发组织 BOT 项目指南》。¹

(a) 由当事方无法控制的事件造成的项目中断

12. 各当事方面临的风险可能是其无法控制的意外或非寻常的事件造成项目中断，这些事件可能是自然性质的，如洪水、风暴或地震等自然灾害，也可能是人为行动的结果，如战争、暴乱或恐怖分子袭击。这种意外或非寻常的事件可能造成临时中断项目的实施或设施的运行，其结果是工程延期，收入损失及其他损失。严重的事件可能造成设施物质损害或甚至无法修复。（关于发生此种事件的法律后果的讨论，参见第四章“基础设施的建造和运营：法律框架和项目协议”，第 131-139 段）。

(b) 由于政府不利行为造成的项目中断（“政治风险”）

13. 项目公司和放款人面临的风险可能是由于订约当局、另一政府机构或所在国的立法机关的行为对项目实施造成的负面影响。这种风险常常称作“政治风险”，并可分为三大类：“传统的”政治风险（如项目公司资产国有化或征收新课税危及项目公司债务偿还和收回投资成本的前景）；“管理”风险（如对服务的提供采用更为严格的标准或开放某一行业部门允许竞争）及“半商业”风险（如订约当局违约或由于订约当局优先重点和计划的变更造成项目中断）（关于发生此种事件的法律后果的讨论，参见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 122-125 段）。除来自所在国的政治风险外，某些政治风险可能是由外国政府的行为造成的，如投资人本国政府实行的封锁、禁运或抵制。

(c) 建造和运营风险

14. 当事方在建造阶段可能面临的主要风险是设施建造根本不能完工或不能按商定的时间表交付（完工风险）；建造成本超过原先的估计（建造费用超额风险）；或设施在完工时未达到性能标准（性能风险）。同样，在运营期间，当事各方可能面临的风险是完工的设备不能有效运行或维护从而达到预期的能力、产出或效率（性能风险）；或运营成本超出原先的估计（运营费用超额）。需要注意的是建造和运营风险不只影响私营部门。所在国订约当局和使用者

¹ 见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，脚注 1。

可能因所需服务中断提供而受到严重的影响。政府作为公共利益的代表，一般都关注设施运营不当而造成的安全风险或环境损害。

15. 有些风险可能是由项目公司或其承包商或供应商带来的。例如，建造费用超额和延误完工可能是由于效率低下的建造工序、浪费、预算不足或各承包商间缺乏协调所致。设施达不到性能标准还可能是由于设计缺陷、所用技术欠缺或项目公司供应商所提供的缺陷设备造成的。在运营阶段，性能不足可能是如设施维护不当或机器设备操作疏忽的结果。运营费用超额还可能是由于管理不善所致。

16. 但这些风险中，有些还可能由订约当局、其他公共当局或甚至为所在国立法机关采取的特定行动造成的。运营状况不佳或费用超额可能因为订约当局在选定特许公司期间所提供的技术规格不当所致。延期和费用超额还可能是由于订约当局在项目授予后的行动（拖延获得批准和许可，因计划不周改变要求导致费用增加，检查机构造成的中断或设施用地交付上的拖延）造成的。一般性的立法或管理措施，如更严格的安全或劳工标准也会造成较高的建造或运营成本。生产量上不去，原因可能是公共机构未提供必要的供应（如电或煤气）。

(d) 商业风险

17. “商业风险”指项目由于市场价格或对其所生产的商品或服务的需求上的变化而无法取得预期收益的可能性。这两种形式的商业风险都会严重损害项目公司的偿债能力，并会损害该项目的财政维持能力。

18. 商业风险因项目所属的行业部门和类型而有很大的差异。如果项目公司对有关服务进行垄断或当其通过长期承购协议对单一客户进行供应时，这种风险被认为是最小或不大的。然而，当项目依靠基于市场的收入，尤其是存在可供选择的设施或供应来源而使其难以对使用或需求作出可靠的预测时，商业风险会相当大。这种情况可能很严重，如在收费道路项目中，因为收费道路面临来自免费道路的竞争。视司机进入免费道路的难易而定，通行费收入可能难以预料，尤其是在城市地区，可能有多条道路可供选择，而且道路在不断地修建或改善。此外，人们发现新的收费道路的交通量更加难以预测，对那些并非现有收费设施系统以外的增建项目尤其如此，因为它没有现成的运输量作为精算依据。

(e) 汇率及其他金融风险

19. 汇率风险指外汇率的变化可能改变项目现金流量的兑换值。价款和向本地用户或客户收取的使用费极有可能用本地货币支付，而贷款以及有时还有设备或燃料费则可能用外币标价。这种风险会很大，因为许多发展中国家或经济转型期国家的汇率特别不稳。除汇率波动外，项目公司还可能

面临的危险是，外汇管制或外汇储备的降低会限制项目公司为偿债或收回原有投资成本所需的外币在本地市场上的流通量。

20. 项目公司面临的另一个危险是利率可能上升，迫使项目承担额外的融资成本。在基础设施项目上，这种危险可能极大，因为这种项目通常借款金额大，期限长，有的贷款期长达数年。贷款通常按固定利率发放（如固定利率债券），以降低利率危险。此外，一揽子融资计划可包括套期保值抵御利率危险，例如采取利率互换或利率封顶的做法。

2. 分担危险和减轻危险的合同安排

21. 综上所述，各当事方需要考虑到广泛的因素以便有效地分担项目危险。为此，一般不宜通过实行法律规定来不必要地限制谈判者根据具体项目需要平衡分担项目危险的能力。尽管如此，政府似可向代表国内订约当局办事的官员提供某些一般性的指导，例如，拟订关于分担危险的建议原则。

22. 在若干国家中，向订约当局提供的实际指导往往提及关于分担项目危险的一般性原则。这类原则之一是通常向风险评估、控制和管理能力最佳的当事方分配特定的危险。另一项指导原则则提出，让最容易获得套期保值手段（即通过同时在另一笔交易上获利来抵消某笔交易的损失的投资安排）或在使危险分散或以最低代价减轻危险方面能力最强的当事方承担项目危险。而实际上，分担危险常常是政策考虑（如项目的公共利益或订约当局在各个项目下的总危险）和当事各方谈判实力的一个因素。此外，在分担项目危险中，重要的是应考虑到被分配承担特定危险的当事方的财力和其在危险发生时承担后果的能力。

23. 项目公司及其承包商通常承担与开发和运营基础设施相关的普通危险。例如，完工、费用超额及其他典型的建设阶段的危险通常通过统包式建设合同分给一位或多位建设承包商承担，该承包商承担以固定价格在规定工期内按特定性能规格来设计和建设设施的责任（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 70 段）。该建设承包商一般要负责对延迟完工支付预定的违约赔偿金或罚款。此外，通常还需要该承包商提供履约保证，如银行担保或保证书。另外，通常还需要独立的设备供应商对其设备的性能提供保证。在承包商和设备供应商提供的性能保证之外，通常还有特许公司为订约当局提供的类似保证。同样，项目公司一般通过签署运营和维护合同来减轻其运营危险，该合同规定运营公司努力达到规定的产出并承担运营故障后果的责任。在多数情况下，这类安排将是项目成功的关键要求。就放款人而言，他们要通过例如转让发行的任何债券的收益以保证承包商的履约来努力抵御这些危险的后果。贷款协定一般要求把合同保证金的收益存入给放款人押存的帐户（即“记帐帐户”），以此防范项目公司挪用款项或第三方（如其他债权人）扣留款项。然而，由合同保证金支付的资金定期发放给项目公司，用以支付修理费或运营及其他费用。

24. 另一方面，订约当局应承担与其自身行动造成的事件相关的风险，如在挑选过程中所提供的技术规格不当，或由于未能按时提供商定的供应品而造成的迟延。订约当局还应承担由于政府行为造成中断的后果，如同意赔偿项目公司由于价格控制措施所招致的收入损失（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 124 段）。尽管可以通过投保来减轻某些政治风险，但这种保险即使能对有关国家的项目提供的话也会难以按可接受的代价获得。因而，潜在投资者和放款人可能求助于政府以获得免遭征收或国有化的保证，及保证一旦发生这类事件时可提供适当的赔偿（见第 50 段）。根据其对所在国所面临的风险程度的估计，潜在投资者和放款人可能不会在没有这些保证和保障的情况下乐意开发某一项目。

25. 以上各段所指的项目风险或多或少可被认为是在某一当事方或另一方控制范围内的。但或许需要考虑大量由于当事各方无法控制或由于第三方的行为所造成的项目风险。

26. 例如，项目公司可能期望利率风险以及通货膨胀风险会通过提价而转移到设施的最终用户或客户头上，但由于市场相关的形势或价格控制措施，并非总是可能这样做。项目公司与订约当局间协商的价格结构将决定项目公司避免这些风险的程度或是否将指望它吸收其中一些风险（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 36-46 段）。

27. 根据各种安排分担的另一类风险涉及像战争、内乱、自然灾害或当事方无法控制的其他事件这样的外部事件。在政府部门所实施的传统基础设施项目中，有关政府实体通常要承担如自然灾害或类似事件毁坏该设施的风险，因为这类风险无法承保。在私人融资基础设施项目中，政府可能希望由项目公司承担这类风险。然而，私营部门根据其对所在国面临的这种特别风险的评估可能不愿承担这些风险。因此，实际上对付这一大类的风险不存在一个单一的解决办法，常常需要逐个地对其做出特别安排。例如，当事方可能一致同意在出现其中的某些风险时免除受影响的当事方承担未按项目协议履约的后果，并且将做出合同安排为某些不利后果提供解决方案，如合同展期以补偿因事件所造成的延迟或在特别的情况下进行某种形式的直接支付（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 131-139 段）。如果能以可接受的费用购买商业保险，项目公司将以商业保险补充这些安排。（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 119 和 120 段）。

28. 此外还可能需要为分担商业风险的特别安排进行谈判。像移动通信项目通常有相对高的直接收回成本的潜力，在多数情况下项目公司可望在不同订约当局分担这些风险及求助于政府支助的情况下实施项目。在其他基础设施项目中，如发电项目，项目公司可能要再与订约当局或其他公共当局做出合同安排以减轻其商业风险，例如就长期承购协议进行谈判以确保产品以商定的价格销售的市场。付款可采用按实际消费或供应情况收费或

将二者内容加以结合的形式,并且适用的费率通常要按提价或指数化条款的规定调整,以保护收入的实际价值不受运营老化设备而成本增加的影响(另见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第50和51段)。最后,有些资本相对密集的项目开发成本回收较慢,如供水和收费道路项目,对于这些项目如果不同订约当局采取某种形式(如固定收入保证或商定的能力付款而不论实际使用如何)来分担风险,私营部门可能不愿实施(又见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第48和49段)。

29. 订约当局和项目公司最终商定的分担风险将反映在项目协议中所规定的相互权利和义务中。项目协议中常见的某些规定所可能涉及的立法问题将在本指南的其他章讨论(见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第五章“项目协议的期限、展期和终止”)。各当事方还将就其他各项协议进行谈判以减轻或重新分配其所承担的风险(如贷款协议;建设、设备供应、运营和维护合同;订约当局和放款人之间的直接协议;及适用的承购和长期供应协议)。

C. 政府支助

30. 上一节讨论了当事各方运用各种合同安排分担和减轻项目风险。但这些安排并不总是足以确保私人投资者放心地参与私人融资基础设施项目。人们还认为另外需要政府支助以增强所在国基础设施项目对私人投资的吸引力。

31. 政府支助可能有各种形式。一般说来,政府为增加基础设施投资气氛所采取的任何措施都可看成政府支助。从这一角度看,存在使政府能授予私人融资基础设施项目的立法,或对谈判规定明确的权限及基础设施项目的后续措施(见第一章“一般性立法和体制框架”,第23-29段)都是支助实施基础设施项目的重要措施。但指南中所说“政府支助”一语含义较窄,特指具体的措施,大多是政府为加强某一项目的执行条件或协助项目公司应付某些项目风险可能采取的财政或经济措施,超出了订约当局与项目公司间为分担项目风险所商定的合同安排的一般范围。即使有政府支助措施,一般也是政府吸引私人对基础设施项目投资方案的组成部分。

1. 与政府支助有关的政策考虑

32. 实际上,决定支助实施项目的依据是政府对该项目的经济及社会价值的评估及其是否值得政府另外提供支助。政府可能估计,单凭私营部门的力量,可能无法以可接受的费用对某些项目进行融资。政府还可能考虑到,没有某些减轻项目风险的支助措施,特定的项目或许得不到实施。事实上,私营部门和放款人愿意在某一国家实施大的项目不仅是依据其对特定项目风险的评估,而且还受其对所在国投资环境,尤其是基础设施满意程度

的影响。私营部门特别重视的因素包括所在国的经济制度 and 市场结构的发展状况以及该国几年来在私人融资基础设施项目上所取得的成功情况。

33. 基于以上的原因，有些国家采取一种灵活的办法对待政府支助问题。某些国家采用法规的办法使支助的程度和类型适合某一基础设施部门的具体需要。在其他国家中，则一方面向所在国政府提供足够的立法权，以作出某种类型的保证或担保，同时保留酌处权，不将其适用于所有情况。然而，所在国政府所关心的是，确保向该项目提供支助的程度和类型不会导致承担无限的责任。实际上，公共当局通过向某一特定项目给予担保作出的过多承诺，会妨碍它们为其他或许与公众利益更密切相关的项目提供担保。

34. 要加强政府支助私人投资基础设施方案的效率，可以采用适当的技术为政府支助措施制定预算或估计其他政府支助形式的总成本。例如，由公共当局提供的贷款担保，成本比商业放款人提供的贷款担保低。其差额相当于（减去应由项目公司支付的费用及利息的价值）政府的费用和对项目公司的补贴。但贷款担保常常要在要求担保时才记作开支。因而，政府提供的补贴的实际金额并未记录，这可能给人一种不正确的印象：贷款担保造成的债务责任要比直接补贴低。同样，由政府给予免税的财政和经济费用可能不明显，这使其透明度比其他形式的政府直接支助的透明度低。由于这些原因，那些正在考虑对私人融资基础设施项目建立支助方案的国家可能需要设计出特别的方法来估计向公共当局提供的免税、贷款和贷款担保等支助措施的预算成本，同时考虑到将来费用或收入损失的预期现值。

2. 政府支助的形式

35. 政府直接提供的支助不论是财政担保、政府贷款还是收入保证，都可能是项目财务结构的重要组成部分。以下各段简述有时按国内法批准的政府支助的形式，并讨论它们可能给所在国带来的立法问题，但并不特别提倡使用哪一种形式。

36. 一般而言，除了在整个项目期间确保履行政府承诺所需要的行政和预算措施外，立法机构最好考虑到可能需为提供某种支助形式而规定明确的立法授权。在可能需要政府支助的地方，重要的是立法机构要考虑到所在国根据区域经济一体化或自由贸易的国际协议所承担的义务，而这些义务可能会限制缔约国的公共当局向在其境内运营的公司提供财政支助或其他方面支助的能力。此外，如果政府考虑对基础设施项目的实施提供财政支助，就应在选定过程期间的适当时间向所有潜在投标者阐明这种情况（见第三章“特许公司的选定”，第 67 段）。

(a) 政府贷款和贷款担保

37. 在某些情况下，法律授权政府向项目公司提供无息或低息贷款以降低

项目的融资成本。根据应遵循的核算规则的具体情况，某些由政府机构提供的无息贷款可作为收入记入项目公司的帐户，而贷款偿还额则记作帐务上可扣税的费用。此外，由政府提供的附属贷款可增强该项目的财政条件，它是商业银行提供的优先贷款的补充，但不在偿债问题上与优先贷款相争。政府贷款一般向某一部门所有项目公司提供，或者限于在某种项目风险出现时向项目公司提供临时援助。还可进一步将任何这种贷款的总额限于某一固定金额或项目总成本的某一比例。

38. 除了政府贷款外，某些国家的法律授权订约当局或所在国其他机构为项目公司偿还贷款提供贷款担保。贷款担保旨在保护项目放款人（以及在某些情况下保护向该项目提供资金的投资者）不受项目公司违约的影响。贷款担保并不需要立即支付公款，因而对政府来说比直接贷款更具吸引力。但贷款担保会是实质性的或有债务，政府的风险会很大，尤其是当项目公司完全破产时。的确，在多数情况下，政府会自食苦果，可能要把放款人对无偿债能力的项目公司的债权接过来。

39. 因此，除了采用一般性措施加强政府支助方案的效率外（见第 34 段），最好考虑通过具体的规定限制政府因贷款担保所承担的风险。有关提供贷款担保的规则可规定最高总限额，可用固定金额表示，也可为更加灵活，按某一项目总投资的百分比表示。限制担保机构或有债务范围的另一措施是，可以对提供此种担保的情况加以界定，同时考虑到政府愿意为哪类项目分担风险。例如，如果政府考虑只分担因当事各方无法控制的事件造成临时中断的风险，则可将此种担保局限于在出现此种特指的超出项目公司控制能力的、无法预测之事而使其暂时无法偿还其贷款的事件。如果政府想对放款人提供更大程度的保护，这种担保还可包括项目公司因同样原因永远无法偿还贷款的情况。在这种情况下，最好不要取消放款人为继续项目而另做安排的主动性，诸如确定另外合适的特许公司或任命一代理人对项目公司的违约进行补救（见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 147-150 段）。因此，要求取得政府担保的条件可以是，事先已用尽项目协议、贷款协议或放款人可能同订约当局签订的直接协议为放款人提供的其他补救办法。无论如何，政府提供充分贷款担保以全面保护放款人免受项目公司违约的风险，并不是按项目融资方式规定所实施的基础设施项目的常见特征。

(b) 股本参与

40. 政府增加支助的另一种形式可包括对项目公司的直接或间接的股本参与。政府的股本参与能帮助实现更为有利的资产负债比，是对项目资助人提供的资本的补充，特别在当其他像投资基金这样的股本来源无法为项目公司所利用时。政府的股本投资还有助于满足所在国对本地组建的公司在构成上的法律要求。某些法域的公司法，或有关基础设施的特别立法规

定，在本地组建的公司中要有一定数目的本地投资者的参与。但并不总是能够在可接受的条件下获得足够程度的本地参与。本地投资者可能没有兴趣或资金用于投资大的基础设施项目；也可能不喜欢冒具体的项目风险或缺乏处理风险的经验。

41. 政府的参与可能包含某些风险，这一点政府不妨考虑到。尤其是，有一种风险是此种参与被理解为政府默示担保，这样当事各方甚至第三方可能会指望政府充分支助该项目或者甚至一旦项目公司破产最终会自己出钱将其接管。如果不想做这种默示担保，应作出相关规定，说明政府参与项目的限度。

(c) 补贴

42. 当项目公司的实际收入低于某一最低水平时，某些国家使用关税补贴来补充项目公司的收入。在要求项目公司运营的某些领域提供服务，可能不是一项赢利的事业，因为需求低或运营成本高，或因为要求项目公司以低费用向人口中某一部分人提供服务。因此，某些国家的法律授权政府向该项目公司提供补贴，以便使其能以较低的价格提供此项服务。

43. 补贴通常采用向项目公司直接付款的形式，或者一次付清，或者按专用于补充项目公司收入的计算付款。在后一种情况下，政府应确保建立适当机制，核查对项目公司的补贴付款额的精确性，办法是例如在项目协议中就审计和财务公开做出规定。直接补贴的可替代办法是，允许项目公司以赢利较多的活动获得的收入对不太赢利的活动进行交叉补贴。为此，可以在同一份特许中将赢利和不太赢利的活动或业务领域结合起来，或允许项目公司对单独的或较赢利的辅助活动进行商业利用（见第 48-60 段）。

44. 然而，重要的是立法机构要考虑到向项目公司提供补贴的实际影响及可能的法律障碍。例如补贴被认为是损害竞争，并且许多国家的竞争法禁止提供法律未明确授权的补贴或其他形式的直接财政援助。补贴也有可能不符合所在国根据区域经济一体化或贸易自由化的国际协定应予承担的国际义务。

(d) 政府担保

45. 有关私人融资基础设施项目中，“政府担保”一词有时用以指由所在国政府提供的两类担保中的任何一类。第一类包括由所在国政府签发的用于补偿订约当局违反根据项目协议所承担义务的担保。第二类包括该政府不阻止项目公司行使根据项目协议赋予它的某些权利或从该国法律所派生的权利，如在项目结束时汇回利润的权利。不论这些担保采取何种形式，重要的是该政府和立法机构考虑到政府是否有能力对其面临的项目风险作出评价并有效地应付这种风险，同时确定政府能够在多大可接受程度内承担直接债务或不确定债务。

(一) 订约当局的履约担保

46. 当订约当局是一个不涉及政府本身责任的单独或自主的法人时,可使用履约担保。可用所在国政府或公共金融机构的名义提出此项担保。它们还可采取国际金融机构签发并得到政府反担保支持的担保形式(见第61-71段)。政府提供的担保会是保护项目公司不受订约当局或其他根据项目协议承担具体义务的公共当局违约影响的有用文书。使用这种担保最常见的情况包括以下几种:

(a) 承购担保。根据这些安排,政府保证项目公司向公共实体供应的商品和服务得到付款。往往在涉及电力部门“承购”协议所规定的付款义务时使用付款担保(见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第50段)。当项目公司的主要或唯一的客户是政府垄断单位时,这种担保可能格外重要。如果是由国际金融机构签发这种担保书,项目公司和放款人就更放心了;

(b) 供应担保。还可为项目公司提供供应担保,使其不致由于提供该设施运营所需要的商品和供应——如燃料、电或水——的公营部门实体违约而受到影响,或保证支付订约实体根据供应协议应付的赔款;

(c) 一般担保。这些担保旨在保护项目公司不受订约当局任何形式违约——而不是违背特定的义务——的影响。尽管一般履约担保可能并不常见,但在某些情况下,项目公司和放款人会将其视为实施项目的必要条件。例如,当订约当局承担了与其清偿能力不相称的义务时就会出现这种情况,如市政当局或其他自治实体授予很大的特许权。政府担保对于确保依约履行可能是有益的,例如,当所在国政府承诺代替订约实体实施某项行为时(如为处理副产品提供适当的地点)。

47. 总的说来,重要的是不要过高估计政府担保,以为单凭这种担保足以保护项目公司不受订约当局违约的影响。除了其目的是确保依约履行外,政府担保通常具有补偿职能。因此,一旦出现订约当局违约,它们不会取代适当的合同补救办法(见第四章“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第140-150段)。可用不同形式的合同补救办法或其结合的形式处理各种违约事件,如一旦出现违约及涨价或由于订约当局的行为造成项目实施另外延期而导致合同展期时采用预定的违约赔偿金。此外,为了限制政府的风险并减少要求支付担保金的风险,最好考虑采取措施,鼓励订约当局履行其根据项目协议所承担的义务或做出努力控制违约的根源。这种措施可包括担保人对订约当局的明示代位求偿权或使用内部控制机制以确保订约当局或其代理人在出现如肆意或任意违背其根据项目协议所承担的义务并导致要求兑现政府担保时能确定责任。

(二) 防止政府不利行为的担保

48. 这里所说的担保与保护项目公司不受订约当局违约影响的履约担保不同，它是针对所在国其他当局损害项目公司的权利或以别种方式严重影响项目协议实施的行为的担保。这种担保通常称做“政治风险担保”。

49. 国内法中所考虑的一种担保形式包括外汇担保，这种担保通常有三个功能：担保本地收入可兑换为外币；保证能提供所需的外币及保证能将兑换的金额转移国外。外汇担保在涉及大量以外币而非当地货币表示的债务的私人融资基础设施项目中是常见的，尤其是在不能自由兑换外币的国家。某些法律还规定，此种担保可用银行为项目公司签发的担保书作为保证。提供外汇担保，通常不是为了保护项目公司和放款人不受汇率波动或市场引发的贬值风险的影响，这些被看作是普通商业风险。但是，当项目公司因当地货币急剧贬值而无力用外币偿债时，实际上政府有时同意援助项目公司。

50. 另一种重要的担保形式可能是向公司及其股东保证，没有足够的补偿不会对他们进行征收。这种担保一般针对没收项目公司在所在国拥有的财产及将项目公司本身国有化，即没收项目公司的资本股份。在涉及外国直接投资的法律和双边投资保护条约中通常对这类担保都有规定。（见第七章“其他相关的法律领域”，第 4-6 段）。

(e) 税收和关税优惠

51. 所在国政府支助私人融资项目实施的另一种方法可以是提供某种形式的税收和关税减免或优惠。关于外国直接投资的国内立法往往提供特别税制以鼓励外国投资，而且，在某些国家中已可看出明确向参与私人融资基础设施项目的外国公司实行这种税制的好处（另见第七章“其他相关的法律领域”，第 34-39 段）。

52. 典型的免税或优惠包括免除所得税或利得税，或设施的财产税，或免除贷款应收利息的所得税及项目公司所承担的其他财政义务。一些法律规定，所有与私人融资基础设施项目相关的交易将免除印花税或类似费用。在某些情况下，法律规定了某些优惠的纳税待遇，或规定项目公司将从一般给予外国投资的同样优惠纳税待遇中受益。有时税益采取一种更为优惠的所得税率形式，加上在项目开始几年中逐年减少免税额。有时还向项目公司所雇佣的承包商，尤其是外国承包商提供此种减免及优惠。

53. 有时用于促进私人融资基础设施项目进一步的税收措施是对为项目提供贷款的外国放款人免除预扣税款。在许多法律制度下，如一笔贷款或债务系由当地组建的公司直接或间接地承担，或可以从当地赚取的收入中扣除，则此种贷款或债务的一切有关利息、佣金或费用，均可为税收目的而视为本地收入。因此，基础设施项目的本地和外国放款人都有缴纳所在

国所得税的义务，可要求项目公司从支付给非所在国居民的外国放款人款项中扣除这项所得税。所在国放款人缴纳的所得税一般在项目公司与放款人间的谈判中加以考虑，并会增加项目的财务费用。在某些国家，对于某些被认为是旨在促进或加强所在国的经济或技术发展或认为在其他方面对公共有影响的对非居民的付款，主管机关有权免除预扣税款。

54. 除了税收优惠或免税外，国内法有时通过免除关税的办法为进口项目公司使用的设备提供便利。这种减免规定一般适用于向该国进口的旨在进行初步研究、设计、建设和运营基础设施项目的设备、机械、附件、原材料和材料的进口税。如果项目公司希望在国内市场上转让或出售这些进口设备，通常需获得订约当局的许可，并需根据该国的法律支付相关的进口税，周转税或其他税款。有时，法律授权政府免征关税或保证不将税额提到有损项目的程度。

(f) 保护免受竞争

55. 政府支助的另外一种形式可包括保证在某一时间内不开发竞争性的基础设施项目或者没有任何政府机构直接或通过其他特许公司同该项目公司进行竞争。这类保证相当于提供这样一种担保：向特许公司提供的这种专营权（见第一章“一般立法和体制框架”，第20-22段）不会在该项目期限内取消。在项目公司和放款人看来，保护免受竞争是参与所在国基础设施开发的关键条件。某些国内法载有政府承诺不鼓励或不支助实施会对该项目公司造成竞争的类似项目的规定。在某些情况下把政府承诺写入法律：未经项目公司的同意，政府将不对此项专营权条款作有损于项目公司的改动。

56. 这类规定旨在使项目资助人和放款人坚信授予项目时所依据的基本假定将受到尊重。但这些规定可能不符合所在国根据区域经济一体化和贸易自由化协定所承担的国际义务，此外，还可能限制政府根据公众利益的需要应付对有关服务需求增加的能力，或限制其确保向各类用户提供此项服务的能力。因此重要的是认真地考虑到有关各方的利益。例如，规定的收费标准虽有利于收费道路的经营获利，但有可能超过低收入阶层的支付能力。因此，订约当局可能特意保持一条向公众开放的免费公路，以此作为新建收费道路的替代。与此同时，如果订约当局决定更新或改进这条替代道路，运输量就会从项目公司所建造的收费道路上分流出去，影响其收入量。同样，政府可能希望以自由竞争的方式提供长途电话业务，以扩大服务面并降低电信服务的成本（关于竞争问题的概述，见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第24-29段）。然而，此项措施的后果可能是大大损害项目公司的预期收入。

57. 一般来说，授权政府酌情保证，如无适当的补偿，项目公司的专营权不会因以后政府政策的改变而受到不当的影响是有益的。但运用法律规定排除日后政府改变有关部分政策——包括决定鼓励竞争或建造类似的基础设施——的可能性并不可取。应在有关情势变化的合同规定中规定由各当事方处理将来此种变化对项目公司的可能后果（见第四章

“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”第 121-130 段)。特别可取的是，为订约当局提供必要的权力，同项目公司就因订约当局后来开办的竞争性基础设施项目或因政府的同等措施对项目公司的专营权产生不利影响所造成损失或损害应付的补偿进行谈判。

(g) 辅助收入来源

58. 为实施私人融资基础设施项目提供支持的另一种形式是，允许项目公司通过提供辅助服务或利用其他活动的附加特许权使其投资多样化。在某些情况下，还可利用其他收入来源作为项目公司的补贴，以便对主要服务执行低价或可控制的价格政策。如果辅助活动足以赢利，便可能增强项目财政上的可行性：例如，对现有桥梁征税的权利会刺激实施新的收费桥项目。但是，辅助收入来源的重要性是相对的，不应过分强调。

59. 为了允许项目公司从事辅助活动，政府有必要获得立法授权，以给予项目公司为这种活动而使用属于订约当局的财产的权利(如用于建造维修区的邻近公路的土地)，或对订约当局建造的设施收取使用费的权利。如有必要控制此项开发以及可能要扩展这些辅助活动，可能需经订约当局的许可，项目公司方可大幅度扩展用于辅助活动的设施。

60. 根据某些法律制度的规定，由政府提供的某些类型的辅助收入来源可被看成独立于主要特许的一种特许，因此，最好审查对项目公司签署运营辅助设施合同的自由权可能作出的限制(见第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 100-101 段)。

D. 国际金融机构提供的担保

61. 除了由所在国政府直接提供的担保外，像世界银行、多边投资担保机构及区域开发银行也可签发担保。此种担保通常保护项目公司免遭某种政治风险，但在某些情况下，还对违反项目协议的情况进行保障，例如项目公司由于订约当局不履行义务而不偿还其贷款的情况。

1. 由多边贷款机构提供的担保

62. 除了向政府和公共当局贷款外，世界银行及区域开发银行等多边贷款机构也制定了向私营部门提供贷款的方案。有时它们还向公私营部门项目商业放款人提供担保。在多数情况下，由这些机构所提供的担保需有所在国政府的反担保作保证。

63. 多边贷款机构提供的担保旨在减轻私人放款人不准备承担及不具备能力评价的不履行政府合同义务或不偿还长期贷款的风险。例如，世界银行所提供的担保一般涉及如下文综述的特定风险(部分风险担保)或融资期间特

别时段的所有信贷风险（部分信贷担保）。多数区域开发银行都按类似世界银行的条件提供担保。

(a) 部分风险担保

64. 部分风险担保的范围是由于不履行绝对合同义务或某些不可抗拒的政治事件所引起的特定风险。此类担保确保在出现因不履行政府及其机构承诺的合同义务导致不履行偿债义务时进行支付。此类担保的担保范围可包括各种类型的不履约，如未遵循商定的规章制度，包括定价办法；未交付投入，如向私营电力公司供应的燃料；未对产出付款，如政府公用事业单位从电力公司购买的电或当地公营分销公司购入的水；未对由政府行为或政治事件造成项目延迟或中断提供补偿；程序上的拖延；以及外汇管制法律或条例上的不利变化。

65. 当多边贷款机构参与一个项目的融资时，它们有时提供的支助形式是，在一旦出现诸如政治风险这样的事件而造成违约时，放弃它们本该向项目公司提出的追索权。例如，如果未完工的理由是因政治风险，接受项目公司完工担保的多边贷款机构则可能认可项目公司无法履行此项担保。

(b) 部分信贷担保

66. 部分信贷担保是向有政府反担保书的私营部门借款人提供的。这种担保是为了在私人放款人提供的贷款的正常使用期过后支付部分逾期未付的融资，一般用于有私营部门参与，并需要长期资金才能在财政上维持下去的项目，部分信贷担保一般延长贷款的到期日，其担保范围包括不偿还偿债安排中某一指定部分的各种情形。

2. 由多边投资担保机构提供的担保

67. 多边投资担保机构向源自任何成员国并用于任何发展中成员国家而非投资来源国的新投资提供长期政治风险保险。凡有助于现有项目扩大、现代化或融资结构重新调整的新投资以及涉及国有企业私有化的收购也有资格获得担保。外国投资的合法形式包括自有资本、股东贷款及由自有资本持有人签发的贷款担保，条件是这种贷款及贷款担保至少为期三年。也可对非本行业的借款人提供的贷款进行担保，只要同时对该项目股东投资也进行保险即可。其他合法投资形式有技术援助、管理合同及特许和许可协议，条件是它们至少为期三年，并且给投资者的报酬与该项目的运营结果挂钩。多边投资担保机构对下列风险提供保险：外币划拨限制，征用，违反合同，战争及内乱。

(a) 划拨限制

68. 多边投资担保机构提供外币划拨担保的目的类似于由所在国政府提供的政府外汇担保（见第 49 段）。这种担保保护投资者免受因无法将本地货币（资本、利息、本金、利润、使用费及其他汇款）换为外币后转出所在国而造成的损失。这种保险是防止因所在国政府的行为或不行为，外汇管制法律或条例的不利变化及限制本地货币兑换和划拨的条件恶化致使买进外币时过分拖延。外币贬值不在保险范围之内。从投资者那里收到被冻结的本地货币后，多边投资担保机构即以其担保合同的货币支付补偿。

(b) 征用

69. 此项担保是防止因所在国政府可能减少或取消对已上保险的投资的所有权、控制或权利而造成该项投资的损失。除了直接的国有化和没收外，“逐步”征用——一系列经过一段时间后具有征用后果的行为——也在保险范围内。对于部分征用（如没收资金或有形资产）则提供有限的保险。所在国政府在行使其正当的管理权时所采取的善意、非歧视性措施不在保险范围内。对于全部征用股本投资，多边投资担保机构对已上保险的投资支付其帐面净值。对于资金的征用，多边投资担保机构则支付被冻结投资中投保的部分。对于贷款和贷款担保，该机构则对未结清的本金和任何应计未付的利息进行保险。投资者对被征用的投资的权益（如贷款协议中的自有资本股份或利息）一俟转让给多边投资担保机构，立即付给补偿金。

(c) 违约

70. 此项担保是防止所在国政府违背或拒绝履行与投资者订立的合同所造成的损失。一旦出现所指称的违约或拒付情形，投资者必须得以根据相关合同援用纠纷解决机制（如仲裁）并要求判给损害赔偿金。经过一段规定的时间，如投资者未收到款项，或由于所在国政府的行动致使纠纷解决机制未能发挥作用，则由多边投资担保机构支付赔偿金。

(d) 战争和内乱

71. 此项担保是防止因所在国的政治引发的战争行为或内乱，包括革命、叛乱、政变、破坏和恐怖活动，使有形资产被损坏、毁坏或消失而造成的损失。对于股本投资，多边投资担保机构将向投资者支付其应得的资产帐面价值的最小额，重置资产的费用或修复被损资产的费用。对于贷款和贷款担保，多边投资担保机构将支付直接因战争和内乱破坏项目资产而造成拖欠的本利中的投保部分。战争和内乱的保险范围还包括那些关系到全面财政维持能力的项目运营中断达一年之久的事件。当投资全部损失时，方可认为此类经营中断确已存在；此时，多边投资担保机构将支付已投保的全部股本

投资的帐面价值。

E. 由出口信贷机构和投资促进机构提供的担保

72. 可从出口信贷机构和投资促进机构获得防止某些政治、商业及金融风险的保险以及直接贷款。一些国家已建立了出口信贷机构和投资促进机构，以协助该国商品或服务的出口。出口信贷机构代表为该项目供应商品和服务的国家的政府。多数出口信贷机构都是信用及投资保险人国际联盟（伯尔尼联盟）的成员，其主要目标包括促进国际合作并促进有利的投资环境；制定并维护健全的出口信贷保险原则；及制定并维持国际贸易信贷的纪律。

73. 尽管提供的支助因国而异，但出口信贷机构一般提供两类保险：

(a) 出口信贷保险。就私人融资基础设施项目而言，出口信贷保险的基本目的是，一旦允许出口商品和服务的国外买主推迟付款，向卖方提供支付担保。出口信贷保险采取“供应方信贷”或“买方信贷”保险安排的形式。根据供应方信贷的安排，出口商和进口商就由买方签发的可转让票据（如汇票或本票）证明的延期付款的商业条件达成一致。经证明信用可靠后，出口商可获得本国出口信贷机构的保险。按照买方信贷的方式，买方的支付义务由出口方银行供资，而出口方银行则从出口信贷机构获得保险。出口信贷一般分为短期（偿还期一般在两年以下），中期（一般两到五年）和长期（五年以上）。由出口信贷机构提供的官方支助可采取“纯保险”的方式，这种方式意味着向出口商或贷款机构提供的保险或担保没有资金支助。官方支助还可以采取“融资支助”的形式，其范围包括向国外买方提供直接信贷，再融资及各种形式的利率支助；

(b) 投资保险。出口信贷机构可以直接向借款人或出口商提供某些政治和商业风险的保险。政治和商业风险一般包括战争、叛乱或革命；征用、国有化或收购资产；货币不可兑换；缺少外币供应。由出口信贷机构提供的投资保险一般保护在海外设立的项目公司的投资者抵御这种受保风险，但并不保护项目公司本身。投资保险的保险范围通常是各种政治风险。准备承保此类风险的出口信贷机构一般要求提供有关所在国法律制度的充分资料。

74. 经济合作与发展组织（经合组织）成员国的出口信贷机构对供应商和买方信贷交易提供支助的条件，必须符合经合组织官方支助出口信贷准则安排（又称“经合组织共识”）。此项安排的主要目的是提供适当的体制框架，通过官方对出口信贷的支助防止不公平的竞争。为了避免使用会扰乱市场的补贴，该安排规定了由政府支助的保险、担保或直接贷款的条款条件。

三. 特许公司的选定

A. 概述

1. 本章论述建议用于授予私人融资基础设施项目的方法和程序。依照工发组织¹和世界银行²等国际组织的建议,《指南》表示倾向于利用竞争性筛选程序,同时又承认有时可以按照有关国家的法律传统在不经竞争程序的情况下授予特许权(另见第 85-88 段)。

2. 本章所建议的筛选程序体现了《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》(“贸易法委员会采购示范法”)³所规定的服务采购主要方法的某些特点。作了若干修改,以便考虑到私人融资基础设施项目的特殊需要,例如其中明确界定的预选阶段。本章还在必要时提请读者参阅《贸易法委员会采购示范法》的规定,这些规定经适当变通后可以补充本文所述的筛选程序。

1. 《指南》所涉及的筛选程序

3. 对基础设施的私人投资可以采取多种形式,每种形式都要求采用特殊的方法挑选特许公司。为便于讨论《指南》所论述的对基础设施项目可能的挑选方法,可以将基础设施私人投资分为以下三种主要形式:

(a) 收购公用事业企业。私人资本可以通过收购公用事业企业的有形资产或股份而向公共基础设施进行投资。此种交易常常是依据关于授予处置国有财产的合同的规则进行的。在许多国家,公用事业企业股份的出售要求事先获得立法机关的批准。处置方法常常包括在证券市场上出售股票,或采用竞争性的程序,如拍卖或招标,从而将财产授予报价最高的合格当事方;

(b) 提供公共服务但不开发基础设施。在其他各类项目中,服务提供者拥有并经营所有必要的设备,而且有时为了提供有关的服务而与其他供应商展开竞争。有些国家的法律制定特殊的程序,国家可据以授权私营实体通过专有或非专有“许可证”供应公共服务。许可证可公开提供给符合

¹ 《工发组织建设—运营—移交准则》,第 96 页。

² 国际复兴开发银行,《利用世界银行和国际开发协会贷款进行的采购》,华盛顿特区,1996 年,第 3.13(a)段。

³ 《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》及其所附的颁布指南由联合国国际贸易法委员会 1994 年 5 月 31 日至 6 月 17 日在纽约举行的第二十七届会议通过。

法律规定或许可证发放当局确定的资格要求的有关当事方。有时，许可证发放程序是向有关合格当事方进行公开拍卖；

(c) 建造和经营公共基础设施。在有关建造和经营公共基础设施的项目中，私营实体既要提供工程又要向公众提供服务。这类合同的授予程序在某些方面类似于工程和服务的公共采购程序。国家法律为公共采购提供多种方法，有招标程序这种步骤分明的竞争方法，也有步骤不大分明的与预期供应商的谈判。

4. 本章主要论述适用于这样一些基础设施项目的筛选程序：选定的私营实体负有义务对有关的基础设施进行实物建造、修理或扩建工程，以期日后由私人经营(即第 3(c)段所述的经营)。本章不具体涉及通过发放许可证或类似程序来选择公共服务提供者或只是通过增加资本或出售股权来处理国有财产的其他方法。

2. 筛选程序的一般目标

5. 为了授予基础设施项目的合同，订约当局或可适用所在国法律已经规定的方法或程序，或可制定专门适用于该目的的程序。无论是哪种情况，重要的是确保此类程序总体上有利于达到公共合同授予规则的基本目标。下文简要讨论这些目标。

(a) 讲求经济和效率

6. 就基础设施项目而言，讲求经济是指选定能够以最有利价格并按所要求的质量建造工程和提供服务。或者提出最好的商业建议的特许公司。在多数情况下，采用促进投标人相互竞争的程序最能有效地实现经济的目标。竞争提供了刺激，促使它们报出最有利的条件，而且能够鼓励它们采用有效率或创新的技术或生产方法来做到这一点。

7. 不过，应当指出，竞争不一定要求大批投标人参加某一特定的筛选程序。特别是就大型项目而言，订约当局可能有理由想将投标人数限制在可以控制的数目内(见第 20 段)。只要有适当的程序，订约当局甚至可以在竞争基础有限的情况下利用有效的竞争。

8. 让外国公司参与筛选程序，也常常能够促进实现经济目标。外国人的参与不仅能扩大竞争基础，还有利于订约当局及其国家获得本国所缺的技术。如果国内没有订约当局需要的那种专门知识，则可能需由外国人参与筛选程序。希望从外国参与获得好处的国家应当确保有关的法律和程序有利于外国人参与。

9. 讲求效率是指在合理的时限内选定特许公司，行政负担减少到最低限度，对订约当局和投标参与人来说费用都很合理。除了因低效率的筛选程

序(例如,因挑选推迟或行政费用高)而可能给订约当局造成的直接损失之外,费用过高和手续过于繁琐也会导致项目总成本增加,甚至会使合格的公司根本不愿意参加筛选程序。

(b) 促进筛选程序的公正性和增进对之的信任

10. 特许公司挑选规则的另一个重要目标是促进这种程序的公正和增进对这种程序的信任。因此,适当的挑选制度通常包含旨在确保公平对待投标人的规定,减少或制止主持筛选程序的人员或参与该程序的公司有意或无意滥用该程序的行为的规定,以及确保在正确的基础上做出挑选决定的规定。

11. 促进筛选程序的公正性有助于增强公众对筛选程序和整个公营部门的信任。除非投标人相信自己会受到公平待遇,标书或报盘有被接受的合理机会,否则它们通常不愿意为参加筛选程序而花费时间,有时更不愿意为此而花费大量资金。那些确实参加了自己不信任的筛选程序的投标人很可能会提高项目费用以弥补较大的风险和较高的参与费用。确保筛选程序的健全运行能够削弱或消除此种倾向,并导致对订约当局更有利的条件。

12. 为防止包括订约当局雇员在内的政府官员的腐败行为,所在国应当建立起有效的惩治制度。惩治范围可包括刑事处罚,施用于掌握筛选过程的官员以及参与筛选过程的投标人的非法行为。还应当避免个人利益与所担负职责之间的冲突,例如要求订约当局的官员及其配偶、亲属和合伙人不在参与挑选过程的公司中拥有债权或股权利益或同意担任此类公司的董事或雇员。此外,关于筛选程序的法律应当责成订约当局拒绝下述当事方的报盘或投标书:该方直接或间接地向订约当局或其他公共当局的任何现任或前任官员或雇员提供或同意提供任何形式的赏金、就业建议或其他任何有价值的物品或服务,以此作为订约当局就筛选程序采取行动、作出决定或执行程序的利诱。这些规定还可用其他措施来补充,例如,要求应邀参加挑选过程的所有公司保证既不设法以不正当的方式影响参与选择程序的政府官员作出决定,也不在其他方面通过串通或其他非法做法使竞争发生变异(即所谓“公正协定”)。另外,有些国家采用的采购做法要求投标人保证它未曾准许或将不准许采购实体的任何官员从合同或合同授予过程中获得任何直接或间接的好处。违反此种规定一般构成违反合同的基本条款。

13. 作出适当规定,为投资人在筛选程序中提供的专利资料保密,可以进一步增强投资人的信任。这应当包括充分保证订约当局在处理标书时避免把标书内容透露给其他竞标人;任何讨论或谈判均保守秘密;投标人可能列入其标书的行业信息或其他信息均不向其他竞标人透露。

(c) 法律和程序的透明度

14. 关于挑选特许公司的法律和程序的透明度将有助于实现已经提到的

各种政策目标。有透明度的法律是在该法律环境中订约当局和投标人应遵守的规则和程序完全公开，不过分复杂，而且以系统规范和可理解的方式加以表述。有透明度的程序则是该程序能使投标人查明订约当局实行什么程序及其所作决定的依据。

15. 促进透明度和责任制的最重要方法之一是规定订约当局保存筛选程序的记录(见第 120-126 段)。有关这些程序的关键性资料的摘要记录可便于作为受害方的投标人行使谋求复查的权利。这反过来又有助于确保筛选程序的规则在可能的范围内做到自我监督和自我约束。此外，在法律中提出适当的记录要求，将便于公共当局行使审计或监督职能，并在授予基础设施项目方面促进订约当局对全体公众负责。

16. 讲求经济、效率、公正和透明度的一个重要的必然结果是，可以利用行政和司法程序重新审查参与筛选进程的当局所作的决定(见第 127-131 段)。

3. 私人融资基础设施项目筛选程序的特点

17. 一般来说，按步骤分明的正式程序在众多投标人中展开竞争，是授予公共合同力求经济的最佳途径。国内法通常把招标等竞争性筛选程序规定为货物或工程的正常采购情形所适用的规则。

18. 由于竞争性筛选程序采用正式程序并具有客观性和可预测性的特点，基本上为促进竞争、透明度和效率提供了最佳条件。因此，工发组织一直建议在私人融资基础设施项目中使用竞争性筛选程序，并拟订了关于如何安排这些程序的详尽而切实可行的指导意见。¹世界银行提供的贷款所规定的采购原则，也提倡使用竞争性筛选程序，并规定依照世界银行所接受的投标程序选定的特许公司，一般可以自由采用自己的程序授予执行项目所需的合同。但是，如果特许公司本身不是依据这种竞争程序选定的，分包合同的授予则必须依照世界银行可接受的竞争程序进行。²

19. 不过，应当注意的是，迄今尚未为私人融资基础设施项目的竞争性筛选程序专门拟订国际示范法。另一方面，关于采购货物、工程或服务的竞争程序的国内法律不一定完全适用于私人融资基础设施项目。授予私人融资基础设施项目的国际经验实际上显示出竞争性筛选程序的传统形式(如招标方法等)存在的一些局限性。从下文简要讨论的私人融资基础设施项目提出的特殊问题来看，政府似宜考虑为选定特许公司修改此类程序。

(a) 邀请投标人的范围

20. 私人融资基础设施项目的授予一般牵涉复杂、费时和费钱的程序，而且，大多数基础设施项目规模庞大，仅此一点就减少了向大批具有合适资格的投标人征求标书的可能性。实际上，如果竞争范围过大，并且合格的

投标人有可能与不切实际的投标书或不合格的投标人提交的投标书相竞争，那么它们就可能不愿意参加高价值项目的采购程序。因此，不经过预选阶段的公开招标通常不适合授予基础设施项目。

(b) 项目要求的界定

21. 在建筑工程的传统公共采购中，采购当局通常以工程主人即雇主身份出现，而被选定的承包商则履行施工者的职能。采购程序强调应由承包商提供投入，即由订约当局明确规定建设什么，如何建设和依靠什么手段建设。因此，通常的做法是建筑工程的招标书附有所采购的工程和服务种类的大量和极详细的技术规格。在这种情况下，订约当局将负责确保规格适合于拟建的那类基础设施，而且这种基础设施能够高效运作。

22. 不过，对于许多私人融资基础设施项目来说，订约当局可以设想由公营部门和私营部门分担不同的责任。在这类情况下，某种基础设施的需要确定之后，订约当局也许宁愿让私营部门负责提出满足这种需要的最佳解决方案，但须遵守订约当局可能确定的某些要求(例如，管理、性能和安全要求，提供充分的证据证明建议的技术解决方案先前已经试用过，而且符合国际上可接受的安全标准和其他标准)。这样，订约当局使用的筛选程序可以更加注重于项目预期的产出(即提供的货物或服务)，而不是实施工程的技术细节或用以提供这些服务的手段。

(c) 评价标准

23. 对于由公共当局出资、拥有和运营的项目，货物、建筑工程或服务一般使用核可的预算拨款资金来采购。由于资金来源通常有保证，采购实体的主要目标是力求从花费的资金中获取最大价值。因此，在这类采购中，从灵活应变和技术上可接受的投标书中、选出中标者的决定因素常常是为建筑工程报出的全盘价格，而计算依据则是工程成本和承包商负担的其他费用加上一定幅度的利润。

24. 而对于私人融资基础设施项目来说，一般要求它在财务上自立，开发和经营成本从项目本身的收益中回收。因此，除了建筑和经营成本及用户所支付的价格外，还有一系列其他的因素需要考虑。例如，订约当局必须仔细考虑项目的财务和商业可行性，投标人提出的财务安排的健全性，以及所使用的技术解决方案的可靠性。即使不涉及政府担保或付款，此种利害关系也存在，因为项目未完成而费用大大超额或超过预期维护成本，往往对全面提供所需服务以及对所在国舆论产生负面影响。另外，订约当局将着眼于制定资格和评价标准，充分注意确保有关公共服务的连续提供和适当地使之得到普遍利用。此外，鉴于基础设施的特许期通常很长，订约当局有必要查清为经营阶段提出的安排的健全性和可接受性，并仔细权衡

投标书的服务内容(见第 74 段)。

(d) 与投标人的谈判

25. 关于招标程序的法律和条例往往禁止订约当局与承包商就其提交的投标书进行谈判。此种严格的禁令也载于《贸易法委员会采购示范法》第 35 条,其理由是谈判可能导致“拍卖”,也就是说用一个承包商报出的投标书对另一个承包商施加压力,迫使它报出更低的价格或更有利的投标书。由于此种严格的禁令,一般要求按传统采购程序选定的提供货物或服务的承包商签署在采购程序期间提供给它们的标准合同文件。

26. 至于授予私人融资基础设施项目,情况有所不同。此种项目的难度大,时间长,订约当局和选定的投标人不可能不进行谈判和调整,根据项目的特殊需要修改项目协议草案的条款,就商定这些条款。对于牵涉开发新的基础设施的项目来说,情况尤其如此,在这种情况下,财务和担保安排的最终谈判只能在选定特许公司后进行。不过,重要的是确保这些谈判以透明的方式进行和不致改变开展竞争的基础(见第 83 和 84 段)。

4. 筛选程序的准备工作

27. 在多数情况下授予私人融资基础设施项目是一项复杂的工作,需要有关的办事机构进行仔细的规划和协调。政府通过确保提供充分的行政和人员支助进行它所选定的筛选程序,在增强对筛选过程的信任方面起着不可或缺的作用。

(a) 任命投标委员会

28. 一项重要的准备措施是任命投标委员会,负责评价投标书并向订约当局提出授标建议。任命合格、公正的成员进入评选委员会不仅是高效评价投标书的要求,而且能够进一步增强投标人对筛选过程的信任。

29. 另一个重要的准备措施是任命独立的顾问,他们将协助订约当局实施筛选程序。订约当局在此早期阶段可能需要得到独立专家或顾问的服务,以协助制定适当的资格和评价标准,确定性能指标(以及必要时确定项目规格),并编写发给投标人的文件。也可以聘用咨询服务和顾问,协助订约当局评价投标书,起草和谈判项目协议等。咨询人员和顾问的帮助特别大,他们可带来所在国公务员中不一定总能具备的各种各样的技术专门知识,例如技术或工程咨询(如关于项目或装置的技术评估,合同的技术要求);环境咨询(如关于环境评估、运作要求);或财务咨询(如关于财务预测、筹资来源的审查、评估债务与股本之间的适当比率和起草财务资料文件)。

(b) 可行性研究和其他研究

30. 如上文所述(见第一章,“一般性立法和体制框架”,第 25 段),政府对拟建基础设施项目应当采取的初始步骤之一是对其可行性进行初步评估,包括经济和财务方面,例如项目的预期经济利益,经营基础设施的成本估计和预期的潜在收入。选择作为私人融资项目来发展基础设施,要求对项目的可行性和财务维持能力得出肯定的结论。项目的环境影响评估通常也应由订约当局进行,作为可行性研究的组成部分。有些国家发现,规定由公众以某种形式参与初步评估项目的环境影响及评估用以尽量缩小这种影响的各种选择方案是有益的。

31. 在启动选定未来特许公司的程序前,订约当局最好审查和按要求扩大这些初步的研究。有些国家建议订约当局在邀请私营部门提交投标书前,拟订用作参照的示范项目(典型的情况包括估计的资本投资、经营和维护成本等)。此种示范项目旨在证明基础设施商业性经营的可行性以及项目在投资总成本和公众代价方面的可承受性。这类示范项目也将为订约当局提供有用的手段用以对投标书进行比较和评价。如果有证据表明订约当局对项目的技术、经济和财务假设以及私营部门拟发挥的作用做过认真审查,则投标人的信任会有所增强。

(c) 文件的编写

32. 授予私人融资基础设施项目的筛选程序一般要求编写大量文件,其中包括项目概要、预选文件、征求投标书通告、编写投标书的指示和项目协议的草案。订约当局发布的文件的质量和明晰度对确保筛选程序高效和具有透明度起着重要的作用。

33. 以十分精确的用语编写的标准文件可能是促进投标人与预期的放款人和投资人之间谈判的一个重要因素,也可有助于在处理某个部门大多数项目面临的共同问题时确保一致。不过,在使用标准合同条款时,最好考虑到,某个具体项目可能提出在编写标准文件时未预计到的问题,或者该项目可能需要采取与标准条款有所不同的特殊解决办法。还应当审慎地考虑到,需要适当适当兼顾特定类型项目协议应有的统一性和寻找具体项目解决办法时所可能需要的灵活性。

B. 投标人的预选

34. 鉴于私人融资基础设施项目的复杂性,订约当局不妨将日后邀请提交投标书的投标人数目限制在符合某些资格标准的投标人范围内。传统的政府采购的预选进程可能包括核实某些正规要求,例如提供适当的证据,证明技术能力或以前在该类采购方面的经验,以便使达到预选标准的投标人

都能自动进入投标阶段。相反，私人融资基础设施的预选进程可能涉及评价和挑选的内容。例如，订约当局对预先选定的投标人排列名次，就可能属于此种情况(见第 48 段)。

1. 参加预选程序的邀请通知

35. 为了增进透明度和竞争，可取的做法是广泛公开邀请参加预选程序，从而足以形成有效的竞争。许多国家的法律指定用以公布预选进程邀请通知的出版物，通常是官方公报或其他官方出版物。为了促进外国公司参与和尽量推动竞争，订约当局不妨安排以国际贸易惯用的语文在国际发行范围广泛的报纸上刊登预选进程通知，或刊登在国际广泛发行的贸易出版物或技术或专业杂志上。联合国秘书处新闻部出版的《发展商务》是一种可以考虑用来刊登此种通知的途径。

36. 预选文件应当载有充分的信息，使投标人能够弄清项目所需的工程和服务是否属于它们所能提供的那一类，如果是这样，它们如何能够参与筛选程序。除了指明拟建设或整修的基础建筑外，预选进程的邀请通知还应载有关于项目其他主要要素的信息，例如特许公司将提供的服务，订约当局设想的财务安排(例如，项目是否完全将由使用费或通行费供资，或是否将提供公款作为直接投资、贷款或担保)，以及概要说明筛选程序结束后将订立的项目协议的已知主要条款。

37. 除此之外，预选程序邀请通知还应包括按公共采购一般规则通常列入预选文件中的那类资料。⁴

2. 预选标准

38. 一般说，应要求投标人证明，它们具有实施项目所需的专业和技术资格、资金和人力资源、设备和其他物质设施、管理能力、可靠性和经验。对于私人融资基础设施项目可能特别有关的补充标准可包括管理项目财务方面的能力和以前经营公共基础设施或在管理监督下提供服务的经验(例如以往业绩的质量指标，投标人先前实施过的项目的规模和类别)；项目拟雇用的重要人员的经验水平；足够的组织能力(包括最低限度水平的建造、运营和维修设备)；支持该项目工程设计、建造和运营各阶段所需资金的能力(例如有证据表明投标人有能力为项目提供足够数额的自有资本，由声誉良好的银行提供充分证据，证明投标人有良好的财政实力)。

⁴ 例如，编写和提交预选申请书的指示；投标人为证明其资格而必须提交的任何书面证据或其他信息；以及提交申请书的方式、地点和截止日期(见《贸易法委员会采购示范法》，第 7 条第 3 款)。

资格要求应当涵盖基础设施项目的各个阶段,视情况而定,包括财务管理、工程设计、建造、运营和保养等。另外,应当要求投标人表明他们符合所在国的一般采购法律通常要求适用的其他资格标准。⁵

39. 拟由订约当局考虑的一个重要方面涉及某个特定项目的授予同政府对于有关部门的政策之间的关系(见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”,第 21-46 段)。如果谋求竞争,政府可能关心确保有关市场或部门不为一家企业所支配(例如,在特定的地区内,同一家公司不得经营超过某一限定数目的本地电话公司)。为执行此种政策,并避免由已经在某一经济部门得到特许权的投标人支配市场,订约当局似应在预选文件中列入关于授予新特许权的规定,限制此种投标人的参与或防止其再得到另外的特许权。为了保持透明度,最好由法律规定,如果订约当局保留以这些理由或类似理由拒绝投标书的权利,就必须在预选程序邀请通知中适当说明此种情况。

40. 资格要求应一视同仁,适用于所有投标人。对投标人的资格,订约当局不应实施任何未在预选文件中列明的标准、要求或程序。在审查投标联营集团的专业和技术资格时,订约当局应考虑联营集团成员各自的专业化情况,并评估联营集团成员的资格合起来是否足以满足项目各个阶段的需要。

3. 有关投标联营集团参加的问题

41. 鉴于大多数基础设施项目规模庞大,有关公司一般通过为此目的而组成的联营集团参加筛选过程。因此,要求投标联营集团成员提供的信息应涉及整个联营集团及有关各个参加者。为了便利与订约当局的联系,或许可以在预选文件中要求每个联营集团指定其中一名成员作为联络点,负责与订约当局进行一切通信联系。订约当局一般最好要求投标联营集团的成员提交宣誓证词,保证如被授予合同将承担共同和单独责任,根据项目协议以联营集团的名义承担义务。或者,订约当局可自行保留权利,在以后阶段要求选定的联营集团成员建立实施项目的独立法人实体(另见第四章,“基础设施的建设和运营:立法框架和项目协议”,第 12-18 段)。

42. 订约当局还有必要仔细审查联营集团及其母公司的组成。可能有这样的情况,即一家公司直接或通过其子公司加入不止一个联营集团,提交同一项目的投标书。不应允许出现这种情况,因为它增大了泄漏信息或造成

⁵ 例如,它们具有缔结项目协议的行为能力;它们不是丧失清偿能力,并非处于被接管、破产或被停业状态,它们的事务不由法院或司法官员管理,它们的业务海运未中止,而且它们不因上述任何情况而成为法律诉讼对象;它们已履行在该国纳税和缴纳社会保障缴款的义务;在筛选过程开始前的一定年限内,它们、它们的董事或高级职员未被判定犯有同它们职业行为有关或订立合同时作虚伪资格陈述或不实陈述的任何刑事罪,未因其他原因依照中止或取消资格的行政程序而失去资格。

联营集团之间相互串通的风险，从而破坏筛选程序的可信性。因此最好是在预选程序邀请通知中规定，合格联营集团的每一成员，无论是直接参与还是通过子公司参加，对项目只能有一次投标。违反这项规则应导致有关联营集团和各成员公司被取消资格。

4. 预选与国内优惠

43. 有些国家的法律规定给予国内实体某种优惠待遇，或对保证利用本国货物或劳力的投标人给予某种特殊待遇。有时把此类优惠或特殊待遇作为一项重要的资格标准(例如，本国参与联营集团的最低百分比)，或者作为参加筛选程序的一个条件(例如，任命一个本国合伙人作为投标联营集团的领导人)。

44. 国内优惠可能引起种种问题。首先，这种优惠按有些国际金融机构的指导原则是不允许使用的，而且可能不符合许多国家依据区域经济一体化或贸易便利协定订立的国际义务。而且，从所在国的观点看，重要的是权衡利弊，勿使订约当局丧失更好的办法满足本国基础设施需要的可能性。还有一点很重要，不能允许完全与外国竞争隔绝，以防本国有关工业部门、效率和竞争力上长期处于低水平。为此，许多既希望向本国供应商提供某些刺激同时又利用国际竞争的国家并不打算完全排斥外国参与或提出限制性的资格要求。国内优惠可采取特殊评价标准的形式，为本国投标人或提议在本国市场上采购用品、服务和产品的投标人确定一个优惠幅度。

《贸易法委员会采购示范法》第34条第4(d)款规定的优惠幅度方法，比带有主观性的资格或评价标准具有更大的透明度。此外，它允许订约当局优先考虑接近国际竞争标准的本国投标人，而且这样做时并不一概排斥外国竞争。如果打算优先考虑国内投标人，应当事先宣布，最好是在预选程序邀请通知中宣布。

5. 资助参加筛选程序的费用

45. 提供预选文件时收取的价款应当只是反映出印刷预选文件和向投标人提供这些文件的成本。不应当以此作为限制投标人数目的补充手段。此种做法既无效益，而且还增加已经不低的参加预选程序的费用。编写基础设施项目投标书费用大，而且筛选程序不一定能导致授予合同的风险也较高，这可能成为有些公司不愿加入联营集团提交投标书的因素，当它们不熟悉所在国适用的筛选程序时尤其是这样。

46. 因此，有些国家允许订约当局考虑做出安排，如果项目由于因预选选定的投标人无法控制的原因而不能进行，则对投标人进行补偿；或者，如个别情况下涉及复杂的问题而且竞争质量有望大大提高，则可以担负这些投标人在预选阶段后承担的费用。如果设想给予此种资助或补偿，应在早期阶段，最好在预选程序邀请通知中即告知潜在的投标人。

6. 预选程序

47. 对于投标联营集团就澄清预选文件提出的任何请求,如果订约当局是在提交申请书截止日期前合理的时限内收到的要求,订约当局应作出答复,以便于投标人及时提交其申请书。对于任何要求的答复,如果有理由认为与其他投标人有关,应在不指明提出要求者的情况下将此种答复告知所有已由订约当局提供了预选文件的投标人。

48. 在有些国家,关于筛选程序的实际指导文件鼓励国内订约当局将预期的投标书尽量限制到足以确保有意义的竞争的最少数目(例如三至四份)。为此,这些国家在考虑到项目性质的情况下,对技术、管理和财务标准实行定量评级办法。据认为,定量预选标准与牵涉使用评分打分的定性标准相比,较易实行和具有更大的透明度。不过,在制定定量评级办法时,重要的是避免不必要地限制订约当局评估投标人资格的酌处权。订约当局还可能要考虑到这样一个事实,即有些多边金融机构的采购指导原则禁止为把投标人数限制到预定数目而使用预选程序。无论如何,如果打算使用这种评级办法,则应在预选文件中明确说明。

49. 预选阶段结束后,订约当局通常拟定一份预选选定投标人最后候选名单,随后即邀请它们提交投标书。订约当局有时遇到的一个实际问题涉及筛选程序期间关于投标联营集团成员变动的建议。从订约当局的角度来看,对于预选阶段结束后替代联营集团个别成员的建议,谨慎从事一般是可取的。联营集团组成的变化可能大大改变订约当局最后敲定预选选定的投标联营集团候选名单的基础,并可能使人对筛选进程的公正性产生疑问。通常,只应允许预选选定的投标人参加筛选阶段,除非订约当局确信,联营集团新的成员基本上与联营集团退出的成员一样符合预选标准。

50. 虽然不应在评价阶段再次衡量预选投标人所使用的标准,但是订约当局不妨自行保留这样的权利,即在筛选过程的任何阶段均可要求投标人再次按照同样的预选标准证实自己的资格。

C. 征求投标书的程序

51. 本节讨论向预选选定的投标人征求投标书的程序。本节所述程序在若干方面类似于按《贸易法委员会采购示范法》规定的服务采购优先方法采用的投标书征求程序,但作了某些必要的修改,以适应授予基础设施项目的订约当局的需要。

1. 程序的阶段

52. 投标人的预选结束后,订约当局最好审查其原始可行性研究报告和所界定的产出和性能要求,并根据预选程序期间获取的信息考虑是否有必要

修订这些要求。在此阶段，订约当局应已确定是利用单阶段还是两阶段来征求投标书的问题。

(a) 单阶段程序

53. 决定采用单阶段还是两阶段程序征求投标书，将取决于合同的性质，取决于能否精确界定技术要求，以及是否利用产出结果(或性能指标)来选定特许公司。如果订约当局认为，性能指标或项目规格拟订达到必要的精确和确定程度是可行和可取的，可将筛选程序安排为单阶段程序。在此种情况下，投标人预选结束后，订约当局将直接发出征求投标书最后通告(见第 59-72 段)。

(b) 两阶段程序

54. 但是在有的情况下，订约当局无法十分详细和精确地拟订项目规格或性能指标，因此也就无法依据这些规格或指标统一拟订、评价和比较投标书。例如，订约当局还未确定何种技术和物质投入适合有关项目(如用于桥梁的建筑材料类型)，可能就属于此种情况。在此类情况下，从获得最大价值的观点看，如果订约当局未与投标人讨论报盘的确切能力和可能的变动就根据它拟订的规格或指标着手进行，可能是不可取的。为此，订约当局不妨将筛选进程分为两个阶段，在与投标人进行讨论方面允许有某种程度的灵活性。

55. 如果将筛选程序分为两阶段，初次征求投标书的通告一般要求投标人就有关项目的产出规格和其他特点及提议的合同条款提交投标书。招标书将允许投标人按照界定的服务标准报出各自的用以满足特定基础设施需要的方案。此阶段提交的投标书一般包括基于概念性设计或性能指标的解决方案，而不包括财务内容，例如预期的价格或报偿水平。

56. 如果合同安排的条款已为订约当局所知，应将条款列入征求投标书通告中，可以采用项目协议草案的形式。了解某些合同条款，如订约当局设想的风险分担等，对于投标人很重要，可便于它们拟订其投标书并与潜在的放款人讨论项目的“融资可能性”。对这些合同条款特别是订约当局设想的风险分担条款的初步反应，可能有助于订约当局评估原来设想的项目的可行性。不过，重要的是区分征求投标书的程序与授予项目后就最后合同进行的谈判。这一初步阶段的目的是使订约当局日后能够要求在单独的一组参数的基础上进行最后竞争。在这一阶段发出初步投标邀请通知后，还不能谈判合同条款进而最后授予合同。

57. 此后，订约当局可召集投标人开会澄清有关征求投标书通告和所附文件的问题。在第一阶段，订约当局可与任何投标人讨论其投标书的任何方面。订约当局应对投标书保密，避免将其内容透露给其他竞标人。任何讨论都需保密，未经对方同意，讨论的一方不应向任何其他人士披露任何有关

讨论的技术、财务或其他信息。

58. 讨论之后，订约当局应审查并视情况修订初步的项目规格。在拟订这些修订的规格时，应允许订约当局删除或修改征求投标书通告原先提出的项目技术或质量特点的任何方面，以及原先在这些文件中为评价和比较投标书而规定的任何标准。任何此类删除、修改或增加，均应在邀请提交最后投标书的通知中告知投标人。应允许不想提交最后投标书的投标人退出筛选程序，而不得没收可能要求其提供的任何保证金。

2. 最后征求投标书通告的内容

59. 在最后阶段，订约当局应邀请投标人提交关于修订的项目规格、性能指标和合同条款的最后投标书。征求投标书通告一般应包括提供一切必要的资料，使投标人能据此提交既满足订约当局的需要又便于订约当局以客观和公正的方式作出比较的投标书。

(a) 提供给投标人的一般资料

60. 提供给投标人的一般资料应视情况包括通常列入采购货物、工程和服务的邀约文件或征求投标书通告中的那些事项。⁶ 尤其重要的是，透露订约当局用来确定成功投标书的标准以及此种标准的相对重要性（第 73-77 段）。

(一) 关于可行性研究报告的资料

61. 提供给投标人的一般资料最好包括对编写可行性研究报告的指导，因为可能要求它们在提交最后投标书时一并提交此种研究报告。可行性研究报告应包括下列方面，例如：

(a) 商业可行性。特别是以无追索权或有限追索权方式融资的项目，至关重要的是确定对项目产出的需要，以及评价和预测建议的项目经营期内的此类需要，包括预期的需求(例如公路的交通量预测)和定价(例如通行费)；

(b) 工程设计和经营可行性。应要求投标人证明它们建议的技术，包括设备和工艺在内，是否适合于本国、当地和环境状况，是否有可能达到计划的性能水平，以及建筑方法和时间表是否适当。这种研究还应界定用

⁶ 例如，编写和提交投标书的指示，包括提交投标书的方式、地点和截止日期，以及投标书的有效期和任何有关投标担保的要求；投标人可据以谋求澄清征求投标书通告的手段和订约当局在这一阶段是否打算召开投标人会议的声明；开启投标书的地点、日期和时间及开启和审查投标书所遵循的程序；以及评价投标书的方式（见《贸易法委员会采购示范法》，第 27 和 38 条）。

以经营和维护完工的设施而拟议的组织、方法和程序；

(c) 财务可行性。应要求投标人说明为建筑和经营阶段提出的融资来源，包括借入资本和股本投资。虽然在多数情况下贷款协议和其他融资协议要到项目协议签署后才签订，但仍应要求投标人提供充分的证据说明放款人按规定提供融资的意向。在有些国家，还要求投标人说明按拟议融资安排而相应投入的资本实际费用计算所预期得到的内在资金回报率。此类信息旨在使订约当局得以审议特许公司拟收取的费率或价格是否合理和可以承受，及其日后提价的潜在可能性；

(d) 环境影响。这项研究应当指明对环境可能产生的消极或不利影响等项目后果，并说明需要采取的补救措施，以确保遵守有关的环境标准。此项研究应酌情考虑到国际金融机构和全国、省和地方当局颁布的有关环境标准。

(二) 关于投标担保的资料

62. 为能弥补撤回投标书或选定的投标人不缔结项目协议而可能造成的损失，征求投标书通告中似宜说明订约当局对于拟由投标人提供的任何投标担保的出具人及担保的性质、形式、数额和其他主要条件的任何要求。为了确保公平对待所有投标人，凡直接或间接提及对提交投标书的投标人在行为上的要求的，应只限于涉及以下方面的行为：在提交投标书截止日期以后或在截止日期以前(如果征求投标书通告有此规定)撤回或修改投标书；未能达成最后财务安排；未按订约当局的要求签署项目协议；以及投标书已获接受后未提供履行项目协议所要求的担保或未遵守征求投标书通告规定的在签署项目协议前的任何其他条件。应当列入保障条款，以确保只能为规定目的而公平地提出投标担保要求。⁷

(三) 投标人的资格

63. 如果在发布征求投标书通告之前未进行投标人的预选，或者订约当局保留要求投标人再次证明其资格的权利，则征求投标书通告应列明需由投标人提供的可证实其资格的有关资料（见第 38-40 段）。

⁷ 《贸易法委员会采购示范法》第 32 条规定了某些重要的保障条款，其中尤其要求在最先出现的下述任何一种情况后，订约当局不得对投标担保金提出要求，而应迅速归还投标担保文件或促成其归还：(a) 投标担保期满；(b) 项目协议生效和提供了履行合同的担保(如果征求投标书通告要求这样的担保)；(c) 挑选程序终止而项目协议未生效；或(d) 在提交投标书期限之前撤回投标书，除非征求投标书通告明文规定不允许撤回。

(b) 项目规格和性能指标

64. 规格的详细程度，以及投入和产出要素之间的适当平衡，将受诸如基础设施的类型和所有制，以及公营部门与私营部门的责任分担等问题的考虑的影响(见第 21-22 段)。订约当局一般最好牢记项目的长远需要，而且拟订其规格的方式应使它能够获得足够的信息来选择提议以最优经济条件提供最高质量服务的投标人。订约当局在拟定项目规格时最好是适当界定所要求的产出和性能，而不要过多规定如何实现的方式。项目规格和性能指标一般包括下列项目：

(a) 项目和预期产出的说明。如果服务要求有特定的建筑物，例如运输终点站或机场，订约当局不妨仅提供大概的规划概念，说明性地将场地划分为使用区，而不像传统的建筑服务采购通常的做法，提供说明各座建筑物地点和大小的平面图；然而，如果订约当局认为必须要求投标人提供详细的技术规格，则征求投标书通告中至少应包括如下资料：拟实施的工程和服务的说明，包括技术规格、计划、图样和设计；实施工程和提供服务的时间表；运营和维护设施的技术要求；

(b) 可适用的最低限度设计和性能标准，包括适当的环境标准。性能标准一般根据设施产出所要求的数量和质量拟订。偏离有关性能标准的投标书应视为不合乎要求；

(c) 服务质量。对于涉及提供公共服务的项目，性能指标应包括说明所应提供的服务和订约当局评价投标书时采用的有关质量标准。适当情况下，应提及公共服务提供者扩大服务和服务连续性方面的任何一般义务，以便满足所服务社区或地区的需求，确保使用者可以不受歧视地得到服务，并使其他服务提供者得以不受歧视地按照项目协议中确定的条款条件进入由特许公司运营的任何公共基础设施网络（见第四章，“基础设施的建设和运营：立法框架和项目协定”，第 82-93 段）。

65. 应当指示投标人提供必要的资料，以便订约当局评价各投标书的技术可靠性，运营可行性以及是否符合质量标准和技术要求，这些资料包括如下：

(a) 初步工程设计，包括拟议的工程进度表；

(b) 包括运营和维护费用在内的项目成本和拟议的融资计划（例如拟提供的股本或债务）；

(c) 投标项目的拟议运营和维护安排、方法和程序；

(d) 服务质量说明。

66. 上述每种性能指标可要求投标人依照将授予的项目提交补充信息。例如，为了授予在某一特定区域供电的特许权，性能指标可以包括最低限度技术标准，例如：(a)对消费者供电的额定电压(和频率)波动；(b)停机时间

(按每年小时表示)；(c)停机频次(按每年次数表示)；(d)损耗；(e)接通新客户所需时日；(f)客户关系的商业标准(例如支付帐单所需天数、重新接通装置所需天数、答复客户申诉所需天数)。

(c) 合同条款

67. 招标文件最好说明订约当局期望如何分担项目的风险（另见第二章，“项目风险和政府支助”和第四章，“基础设施的建设和运营：立法框架和项目协定”）。这一点对于确定用何种讨论方式来谈判项目协定的某些细节很重要（见第 83 和 84 段）。如果对风险分担问题完全不作考虑，投标人在答复时可能会谋求尽量减少它们接受的风险，这可能达不到寻求私人投资开发项目的目的。此外，征求投标书通告应载有关于订约当局设想的合同安排主要内容的信息，例如：

- (a) 特许期或要求投标人就特许期提出投标书的邀请；
- (b) 用于调整价格的公式和指数；
- (c) 有可能提供的政府支助和投资刺激；
- (d) 担保要求；
- (e) 监管机构可能提出的要求；
- (f) 涉及外汇汇款的货币规则和条例；
- (g) 必要的收入分成安排；
- (h) 酌情说明要求特许公司在项目期结束时转让给订约当局或提供给后继特许公司的资产种类；
- (i) 如果挑选新的特许公司经营现有基础设施，说明将提供给该特许公司的资产和财产；
- (j) 可以提供给中标投标人的任何替代、补充或辅助收入来源(例如，利用现有基础设施的特许权)。

68. 应当指令投标人提供必要的资料，以便于订约当局以此评价投标书的财务和商业要素以及投标书是否符合提议的合同条款。财务投标书通常应包含有下述资料：

- (a) 如果特许公司的收入预期主要包括基础设施客户或用户支付的通行费、手续费或其他收费，则此类项目的财务投标书应说明建议的价格结构。如果特许公司的收入预期主要是订约当局或另一个公共当局摊还特许公司投资的付款，则此类项目的财务投标书应说明建议的摊还付款和偿还期。
- (b) 依据投标文件规定的折扣率和汇率而提议的价格或直接付款的

现值；

(c) 如果估计项目需要政府的资助，则说明此种资助的水平，视情况包括期望政府或订约当局提供的任何补贴或担保；

(d) 投标人在建造和经营阶段承担的风险程度，包括意外事件、保险、股本投资和防止此类风险的其他担保。

69. 为了限制和清楚地确定评价投标书之后进行谈判的范围（见第 83 和 84 段），最后征求投标书通告应说明项目协议中的哪些条款被认为是不可谈判的。

70. 订约当局有必要要求投标人在所提交的最后投标书中载列必要证据，表明投标人的主要放款人可接受征求投标书通告中概述的拟议商业条款和风险分担。这种要求可能有助于抗拒在最后谈判阶段要求重新讨论商业条款的压力。有些国家要求投标人草签项目协议草案并连同其最后投标书一并退给订约当局，以此确认它们接受所有条款而且不对其提出具体的订正建议。

3. 澄清和修改

71. 订约当局修改征求投标书通告的权利很重要，这可以使它能够获得必要的条件以满足其需要。因此，似应允许订约当局不论出于主动还是应投标人的澄清要求，而修改征求投标书通告，在提交投标书截止日期前的任何时候发布增补通告。不过，如果作出的修改合理地要求投标人用更多的时间来编写投标书，则应延长提交投标书的截止日期。

72. 一般来说，订约当局必须及时将澄清意见连同引起澄清的问题及修改内容通知已由订约当局发出征求投标书通告的全体投标人。如果订约当局召开投标人会议，它应编写会议记录，记载会上提出的澄清征求投标书通告的要求及其对这些要求的答复，并将记录副本发给投标人。

4. 评价标准

73. 授标委员会应当按照事先公布的技术评价标准的评级办法对每份投标书的技术和财务要素进行评分，并以书面方式说明评分的理由。一般来说，对订约当局重要的是在有关实物投资(例如建筑工程)的评价标准与有关基础设施的运营和维护和有关特许公司拟提供的服务的质量评价标准之间取得适当的平衡。应当适当强调订约当局的长远需要，特别是对确保按规定质量和安全程度连续提供服务的需要。

(a) 对投标书技术内容的评价

74. 技术评价标准旨在便利参照投标文件规定的规格、指标和要求从技

术、经营、环境和融资方面评估投标书的可能性。如果可行，订约当局适用的技术标准应当力求客观和用数量表示，以便能够客观地评价投标书并在共同的基础上加以比较。这可缩小任意和专断决定的范围。管辖筛选过程的条例可以详细规定如何拟订和运用此类因素。关于私人融资基础设施项目的技术投标书通常按照下列标准评价：

(a) 技术健全性。如果订约当局已经制定了最低的工程设计和性能规格或标准，项目的基本设计应符合这些规格或标准。应要求投标人证明其建议建筑方法和时间表的可靠性；

(b) 经营可行性。建议的经营和维护完工设施的组织、方法和程序必须精确界定，应当符合规定的性能标准，并应表明其可行。

(c) 服务质量。订约当局使用的评价标准可以包括分析投标人保证维持和扩大服务的方式，包括为确保其连续性而作的保证；

(d) 环境标准。建议的设计方案和拟用的项目技术应当符合征求投标书通告中规定的环境标准。应当恰当地指明投标人建议的项目对环境产生的任何消极或不利影响等后果，包括相应的补救措施或减轻措施；

(e) 增强因素。项目承建人为使投标书更具吸引力而报出的其他条款，例如与订约当局分享收益，减少政府担保或降低政府支助水平等；

(f) 社会及经济发展的潜力。根据这条标准，订约当局可以考虑到投标人提出的有关社会与经济发展的潜力，包括给贫困阶层和处境不利企业带来的利益，国内投资和其他商业活动，促进就业，给国内供应商保留某些生产、技术转让以及开发经营管理、科技和作业技能；

(g) 投标人的资格。如果在发布征求投标书通告之前订约当局并未进行预选，则订约当局不应接受不合格的投标人提交的投标书。

(b) 对投标书财务和商业内容的评价

75. 除了用于投标书技术评价的标准外，订约当局还需要规定评估和比较财务投标书的标准。通常用于评估用比较财务和商业投标书的标准酌情包括下述方面：

(a) 特许期内拟收取的通行费、手续费、单位价格及其他收费的现值。就特许公司的收入预计主要包括基础设施客户或用户支付的通行费、手续费或其他收费的项目而言，最后投标书的财务要素的评估和比较一般以依照规定的最低设计和性能标准建议的特许期内通行费、手续费和其他收费的现值为基础；

(b) 订约当局拟提供的任何直接付款的现值。就特许公司的收入预计主要是由订约当局为摊还特许公司投资而支付的款项的项目而言，最后投

标书的财务要素的评估和比较一般以依照规定的最低设计和性能标准、计划和规格而建议的拟建筑设施的摊还付款安排的现值为基础；

(c) 设计和建筑活动的费用、年度经营和维护费、资本费用和经营维护费的现值。订约当局最好把这些内容包括在评估标准中，以便于评价投标书的财务可行性；

(d) 预期政府可能提供的资助数额。投标人预期或要求政府采取的资助措施应包括在评估标准中，因为它们可能给政府带来重大的直接或紧急财政责任（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30-60 段）；

(e) 拟议财务安排的健全性。订约当局应评估所提的融资计划，包括股本投资与债务的拟议比率可能提供的资助是否足以应付项目的建造、运营和维护费用；

(f) 对建议的合同条款的接受程度。对征求投标书通告所附合同条款提出的改动或修改（例如，那些有关风险分摊或赔偿付款的规定），可能给订约当局造成重大的财务影响，应当认真加以审查。

76. 对建议的通行费、手续费、单位价格或其他费用进行比较，是确保对同样符合要求的投标书进行选择的主观性和具有透明度的一个重要因素。但是，对于订约当局来说，重要的是仔细审议这一标准在评估过程中的相对重要性。对于授予私人融资基础设施项目来说，“价格”概念通常并不具有它对于采购货物和服务的同等价值。实际上，特许公司的报酬常常是用户支付的收费、辅助收益来源和授予合同的政府实体直接补贴或付款三者的结合。

77. 由此得出的结论是，虽然预期产出的单价保留其作为评价投标书的一个重要因素的作用，但不一定总是把它视为最重要的因素。尤其重要的是全面评价投标书的财务可行性，因为它有利于订约当局审查投标人是否有能力执行项目以及是否有可能日后提价。这一点很重要，可避免把项目授予那些报价虽有吸引力、但低得不近现实以图一旦获得特许权即可提价的投标人。

5. 投标书的提交、开启、比较和评价

78. 应当要求投标书采用书面形式，经签字后装在密封袋内提交。提交投标书截止日期后订约当局收到的投标书不应开启，而应退给提交的投标人。为了确保透明度，国家法律经常规定开启投标书的正式程序，通常在征求投标书通告预先规定的时间开启，而且要求订约当局允许提交了投标书的投标人或它们的代表在开启投标书时在场。此种要求有助于尽可能减少可能更改或以其他方式篡改投标书的风险，而且也是保证程序公正的重要措施。

79. 鉴于私人融资基础设施项目很复杂，而且通常用于授予项目的评价标准很多，订约当局最好采用两步走的评价方法，在考虑财务标准之前先单独考虑非财务标准，避免对财务标准的某些要素（例如单位价格）给予不

适当的份量，从而损及非财务衡量标准。

80. 为此，有些国家要求投标人分别拟订技术和财务投标书并分装在两个封袋内提交。两个封袋的做法有时使用，因为它使订约当局能够在不受财务部分影响的情况下评价投标书的技术质量。不过，有人批评这种方法违背授予政府合同的经济目标。特别是据说存在着一种危险，即一开始仅仅依据技术上的优缺点而不考虑价格就选择投标书，订约当局在开启第一种封袋时可能难免选择报出具有技术优势的工程的投标书，而否定报出解决方案不很先进但能以较低的总成本满足订约当局需要的投标书。世界银行等国际金融机构不同意对它们供资的项目采用两个封袋的做法，因为它们担心这种方法为在评价投标书时更多地利用酌处权提供机会，并使得客观地比较投标书更加困难。

81. 作为两封袋方法的替代办法，订约当局可以要求将技术和财务投标书合成单份投标书，但是安排分两个阶段评价，就如《贸易法委员会采购示范法》第 42 条规定的评价程序那样。在初始阶段，订约当局一般按照征求投标书通告中规定的标准，确定有关体现在技术投标书中的质量和技术方面的起始点，并按照此种标准和征求投标书通告规定的这些标准的相对份量和适用方式评定每份技术投标书的评分。然后订约当局对达到或超过起始点评分的财务和商业投标书加以比较。如果连续评价技术和财务投标书，订约当局一开始应先确定技术投标书初步看起来是否符合征求投标书的通告的要求(亦即它们是否包含要求和技术投标书中涉及的所有事项)。不完整的投标书，以及偏离征求投标书通告的投标书，应当在本阶段否决。虽然订约当局可以要求投标人澄清它们的投标书，但本阶段不应谋求、提议或允许改动投标书中的实质性事项，包括作出改动使不符合要求的投标书变为符合要求。

82. 除了决定是利用两封袋方法还是利用两阶段评价程序外，对于订约当局来说，重要的是披露对每项评价标准所给的相对份量和此种标准运用于投标书评价的方式。可以利用两种可能的办法在投标书的财务与技术方面做到适当的平衡。一种可能的办法是把在价格和非价格评价标准两方面合起来获得最高评分的投标书视为最有利的投标书。或者以建议的产出价格(例如水费或电费，通行费的数额)作为在符合要求的投标书中确定中标投标书的决定因素。无论如何，为了促进筛选过程的透明度和避免不恰当地使用非价格评价标准，适宜的做法是，假如授标委员会选定的投标书并不是报出最低产出单价的投标书，应提供书面的理由说明。

6. 最后谈判和授予项目

83. 订约当局应当根据征求投标书通告规定的评价标准将所有符合要求的投标书排出名次，并邀请获得最高分的投标人，就项目协议的某些要素进行最后谈判。如果两个或两个以上的投标书获得最高评分，或者两个或两个以上投标书的评分只有很小差别，订约当局应当邀请评分基本相同的

所有投标人前来谈判。最后谈判应限于确定交易文件的最后细节和满足选定投标人的放款人的合理要求。订约当局面临的一个特殊问题是与选定的投标人的谈判有可能导致对方施加压力，要求修正投标书中原先所载的价格或风险分担条款，给政府或消费者带来不利。不应允许变更投标书中的关键性内容，因为这可能改变作为投标书提交和评分依据的假设。因此，这一阶段的谈判不得涉及最后征求投标书通告中认为不可谈判的那些合同条款（见第 69 段）。通过坚持要求被选定的投标人的放款人表明其赞同在各投标人展开竞争的阶段所体现在投标中的风险分担，就能进一步尽量减少在此晚期重新讨论商业条款的风险（见第 70 段）。订约当局的财务顾问可为这一过程作出贡献，就投标人的投标书是否现实和每个阶段何种财务承诺合适等问题提供咨询意见。最后达成资金安排的过程本身可能相当漫长。

84. 订约当局应当通知余下的符合要求的投标人，如果与得分较高的投标人的谈判不能达成项目协议，仍可能考虑与它们谈判。如果订约当局明显看出，与应邀的投标人的谈判达不成项目协议，它应通知该投标人将终止谈判，并根据名次邀请下一个投标人谈判，直至达成项目协议或否定所有余下的投标书为止。为了避免弊端和不必要的拖延，订约当局不应与已经终止谈判的任何投标人重新开始谈判。

D. 不经过竞争程序授予特许权

85. 按照有些国家的法律传统，私人融资基础设施项目涉及由订约当局授予提供公共服务的权利和义务。因此，这些项目受特殊的法律制度管辖，在许多方面不同于授予采购货物、工程或服务的政府合同时普遍适用的法律制度。

86. 假如要求的服务具有特殊性（例如，复杂性、投资数额大和完成工期紧），这些国家所利用的程序可以强调订约当局的自由选择，从专业资格、财力、确保服务连续性的能力、对用户的同等待遇和投标书的质量等角度选择最适合它需要的经营者。授予其他政府合同通常采用竞争性选择程序，这种程序有时可能显得过分刻板，对比之下，可优先选用一种其特点是灵活性高，而且订约当局有酌处权的程序。不过，谈判的自由并不意味着任意选择，这些国家的法律规定了有关程序确保实行挑选的过程具有透明度和公正性。

87. 在有些国家，招标投标在通常情况下是政府采购货物、工程和服务的正常做法，但发给订约当局的指导原则中建议，凡有可能尽量利用谈判方式授予私人融资基础设施项目。这些国鼓励谈判的理由是，在与投标人进行谈判时，政府不受预定要求或刻板规定的约束，而是具有更大的灵活性，充分利用投标人在筛选程序中可能提出的创新或替代投标书，并在谈判过程中提出符合基础设施需要的更具吸引力的选择方案时，变动和调整其原先的要求。

88. 在分步骤竞争程序以外的谈判一般具有高度灵活性，有些国家发现其

有利于挑选特许公司。加上再采取适当办法来确保透明度、公正性和公平性，那些国家进行的此种谈判可取得满意效果。不过，此种谈判也可能存在若干不利之处，在许多国家不大适合用作主要的挑选方法。由于订约当局具有高度灵活性和酌处权，在分步骤竞争程序以外的谈判要求有关人员掌握高度技能，并且具有谈判复杂项目的充分经验。谈判方法还要求精心组成谈判小组，明确其权限，而且所牵涉的所有部门应开展高度的协调和合作。因此，如果有的国家没有利用这种方法授予大规模政府合同的传统，利用谈判授予私人融资基础设施项目不一定是可行的备选办法。这些谈判的另一个不利之处是可能保证不了采用组织更严密的竞争程序所能够实现的透明度和客观程度。在有些国家，还可能有这样的担心：这些谈判较大的酌处权可能带来舞弊和腐败行为的更大风险。鉴于上述情况，所在国不妨规定将竞争性筛选程序作为授予私人融资基础设施项目的通常做法，并只对特殊情况保留不经过竞争程序授予特许权的做法。

1. 特批情形

89. 为了保持透明度及确保项目授予上的工作纪律，一般最好在法律上规定出准许订约当局不经过竞争程序选定特许公司的例外情况。例如，可以包括下列例外情况：

(a) 迫切需要确保立即提供服务，因而采用竞争性筛选程序将不切实际，但引起紧迫性的情况既非订约当局所能预见，也不是它的工作拖拉所造成的。例如，某种服务的提供中断，或现有的特许公司不能以可接受的标准提供服务，或者如果项目协议被订约当局宣布废除，鉴于迫切需要保证服务的连续性，采用竞争性筛选程序将不切实际，就可能需要作为特殊情况处理；

(b) 短期项目，而且预计的初始投资价值不超过某一规定的低数额；

(c) 出于国防或国家安全原因；

(d) 只有一个来源能够提供所要求的服务(例如，由于只有靠利用获得专利的技术或独特的专门技术才能提供)，包括某些非邀约投标书的情形（见第 115-117 段）；

(e) 如果发出了预选进程邀请书或征求投标书通告但无人提交申请书或投标书，或所有的投标书均被拒绝，以及根据订约当局判断，发布新的征求投标书的通告也不会导致授予项目。然而，为了减少随意改变筛选方法的风险，只有当原先的征求投标书通告中明文规定了此种可能性时，才应允许订约当局不经过竞争性筛选程序而授予特许权。

2. 提高不经过竞争程序授予特许权做法的透明度的措施

90. 通过分步骤竞争程序以外的谈判方法进行采购所应遵循的程序，其一

般特点是比其他采购方法的程序具有更大的灵活性。对于当事各方进行谈判和订立合同的过程，几乎没有定出任何规则和程序。在一些国家，采购法允许订约当局几乎可以毫无限制地按照自己认为合适的方式进行谈判。另外有些国家的采购法则规定了谈判的程序框架，以保持公正性和客观性，并鼓励投标人参加，从而促进竞争。关于谈判筛选程序的规定涉及以下讨论的各种问题，特别是这样一些问题：订约当局决定通过谈判选择特许公司需经批准，谈判伙伴的挑选，建议的比较和评价标准，以及筛选程序的记录。

(a) 批准

91. 许多国家规定的一条起码要求是，在通过分步骤竞争程序以外的谈判进行挑选前，订约当局必须获得上级当局的批准。此类规定一般要求以书面方式申请批准，并且提出必须利用谈判方法的理由。此项批准要求的目的在于确保只在适当的情况下才使用不经过竞争程序授予特许权的方法。

(b) 谈判伙伴的选定

92. 为使授标程序尽量具有竞争性，适宜的做法是要求订约当局在情况允许下尽量与更多的被判定有可能满足需要的公司进行谈判。除了此种一般规定外，有些国家的法律不具体规定订约当局至少需与多少承包商或供应商进行谈判。不过，有些国家的法律则要求订约当局在可能时至少与一定数目的投标人(例如三个)进行谈判或向它们邀约招标。在某些情况下，特别是潜在投标人少于最低数目时，允许订约当局与较少的投标人谈判。

93. 为了增加透明度，还有一种可取的做法是要求采用特定的方式向投标人发出谈判程序的通知。例如，可以要求订约当局在通常用于该目的特定出版物上公布通知。此种通知要求旨在使得比其他情况下有更多的投标人注意到采购程序，从而促进竞争。鉴于多数基础设施项目规模庞大，通知通常应载有某些起码的信息(例如，项目说明，资格要求)，并应提前足够的时间发布以使投标人能够准备建议。一般来说，适用于竞争性筛选程序中投标人的正式的合格要求也应适用于谈判程序。

94. 在有些国家，订约当局在投标进程不成功采用谈判方法时(见第89(e)段)，如果所有合格的投标人都被允许参加谈判或如果没有收到任何投标书，则无需发布通知。

(c) 比较和评价建议的标准

95. 为增进分步骤竞争程序以外的谈判透明度和有效性，另一项有益的措施是制定要求投标书达到的一般标准(例如，一般性能目标、产出规格)及评价在谈判中所提建议的标准和挑选中标特许公司的标准(例如，建议的

技术优点、价格、经营和维护费用、项目协议的获利能力和发展潜力)。当收到不止一份投标书时,不妨在谈判中引入一些竞争成份。订约当局应当确定看来符合这些标准的投标书并与每份此类投标书的提出者进行讨论,以便完善和改进投标书,使它达到令订约当局满意的程度。这些讨论不涉及每份投标书的价格。当投标书最后敲定时,订约当局最好在已经澄清的投标书的基础上争取最有利的最后建议。投标人似可随最后建议一起提供有关证据,证明建议中所体现的风险分担将是它们的拟定放款人所能接受的。然后就能从收到的最有利的最后建议中挑选出优先的投标人。然后根据谈判邀请书中所述用以选出优胜者特许公司的标准,将项目授予报出“最经济”或“最有利”投标书的当事方。

(d) 通知授予特许权

96. 应当要求订约当局建立筛选程序的记录(见第 120-126 段)并应公布授予特许权的通知,除涉及国防或国家安全利益的情形之外,此种通知应特别披露不经过竞争程序授予特许权的具体情形和理由(见第 122 段)。有些国家为了增加透明度,还要求把项目协议公布周知,由公众加以检查。

E. 非邀约投标书

97. 私营公司有时直接找公共当局洽谈,就尚未开始筛选程序的开发项目提交投标书。这些投标书通常叫做“非邀约投标书”。当私营部门认定某种可由私人融资项目满足的基础设施需要时,就可能提出非邀约投标书。这些标书也可能涉及有关基础设施管理的创新建议并提供将新技术转让给所在国的潜在可能性。

1. 政策考虑

98. 有时为放弃竞争性筛选程序而举出的一个可能理由是激励私营部门提交涉及利用新概念或新技术以满足订约当局需要的投标书。由于竞争性筛选程序的性质,直到在竞争中胜出,任何投标人都无获得项目的把握。拟订大型基础设施项目投标书的费用很大,这使有些公司不敢贸然参与竞争,担心竞争不过其他投标人。相形之下,私营部门可能从下述规则中看到了提交非邀约投标书的刺激,这种规则允许订约当局与此类投标书提出者直接进行谈判。订约当局也会对可能直接谈判以激励私营部门为基础设施的发展拟订创新的投标感兴趣。

99. 不过,与此同时,在并无其他投标人竞争的情况下依据非邀约投标书授予项目,可能会使政府受到严厉批评,特别是在牵涉专属特许权的情况下。除此之外,包括多边和双边金融机构在内的预期放款人也可能难以贷

款给未经竞争性筛选程序的项目或为其提供担保。它们会担心下一届政府会提出异议和取消项目的可能性(例如, 因为项目授予也许日后会被认为是徇私造成的, 或因为程序未为比较价格、技术要素和项目总的效能提供客观的参数), 或其他有关当事方可能提出法律或政治异议, 例如对涨价不满的客户或声称被不公平地排斥于竞争性筛选程序之外的竞争公司。

100. 鉴于上述考虑, 对于所在国来说, 重要的是应考虑在授予私人融资基础设施项目通常遵循的程序之外, 另制定一套处理非邀约投标书的特殊程序是否需要和可取。为此, 有益的做法可能是分析与非邀约投标书有关的最常提到的两种情况, 即: 非邀约投标书声称涉及利用新概念或新技术以满足订约当局的基础设施需要, 非邀约投标书声称满足订约当局尚未认定的基础设施需要。

(a) 声称涉及利用新概念或新技术以满足订约当局
基础设施需要的非邀约投标书

101. 一般来说, 就要求利用某种工业工艺或方法的基础设施项目而言, 订约当局将愿意鼓励所提交的投标书含有最先进的工艺、设计、方法或工程概念, 而且具有经过证明的可提高项目产出的能力(例如, 通过大大降低建筑费用, 加速项目执行进度, 增强安全性, 提高项目性能, 延长经济寿命, 降低设施维护和运行费用, 或在项目建筑或经营阶段减少负面环境影响或破坏)。

102. 采用经适当修改的竞争性筛选程序而不是采用一组特殊的规则来处理非邀约投标书, 也有可能实现订约当局的正当利益。例如, 如果订约当局利用着重于项目预期产出而不规定如何实现产出方式的筛选程序(见第 64-66 段), 投标人将拥有足够的灵活性, 可以提供它们自己的专利工艺或方法。在这种情况下, 每个投标人拥有自己的专利工艺或方法这一事实将不构成竞争的障碍, 条件是所有建议的方法在技术上都能产生订约当局预期的产出。

103. 在这些情况下, 给竞争性筛选程序增加必要的灵活性, 可能是一种更令人满意的解决办法, 胜过制定特殊的非竞争性筛选程序来处理声称涉及新概念或新技术的投标书。除了其专利概念和专利技术的独特性可以根据现有的知识产权来确定的可能例外情况外, 订约当局要界定什么是新概念或新技术可能面临很大的困难。作出这种判断可能需要独立专家的昂贵服务, 可能得聘请所在国以外的专家以避免被指责带有偏见。在断定一个项目涉及新概念或新技术时, 其他声称也掌握合适新技术的有关公司可能提出同样的主张。

104. 但有可能出现一种略为不同的情形: 投标书独具特点或有其新疑之处, 如果不利用建议人或其合伙人在全球或区域范围拥有专属权的某种工艺、设计、方法或工程概念, 项目就无法执行。某种方法或技术如果存在知识产权, 确实可能减少或消除进行有意义的竞争的可能性。正因为如此, 如果货物、工程或服务只能从特定的供应商或承包商获得, 或特定的供应

商或承包商拥有有关货物、工程或服务的专属权，而且不存在合理的备选或替代来源，多数国家的采购法律准许采购实体进行单一来源的采购(参见《贸易法委员会采购示范法》，第 22 条)。

105. 在这种情况下，适当的做法将是准许订约当局直接与非邀约投标书的建议人谈判项目的执行。当然，难点将是如何以必要程度的客观性和透明度来证实除了非邀约投标书设想的方法或技术之外，并无合理的备选或替代来源。为此，订约当局最好是制定获取非邀约投标书比较要素的程序。

(b) 声称满足订约当局尚未认定的基础设施需要的非邀约投标书

106. 此类非邀约投标书的优点在于它提出了尚未为所在国当局考虑过的基础设施发展的潜在可能性。不过，就此情况本身而言，它通常并不提供直接谈判授予项目的充足理由，因为在直接谈判中，订约当局并无关于已获得可满足需要的最有利解决方案的任何客观保证。

2. 处理非邀约投标书的程序

107. 鉴于上述考虑，订约当局可取的做法是制定透明的程序，以确定非邀约投标书是否满足所要求的条件以及征求此种投标书是否符合订约当局的利益。

(a) 对受理非邀约投标书的限制

108. 为了确保公共开支的适当责任制，有的国内法律规定，如果项目的执行需要订约当局或其他公共当局承担较大的财务义务，例如担保、补贴或股本参与，则不得考虑非邀约投标书。这种限制的理由是，处理非邀约投标书的程序一般不及通常的筛选程序详尽，而且不一定能确保本应达到的那种透明度和竞争性。不过，也许有必要在适用这一条件时允许一定程度的灵活性。在有些国家，有政府支助但并非政府直接担保、补贴或股本参与，(例如，将公共财产出售或出租给项目建议的提出者)，不一定使投标书失去按非邀约投标书对待和接受的资格。

109. 考虑非邀约投标书的另一个条件是，它所涉及的应是订约当局未开始或未宣布筛选程序的项目。不利用竞争性筛选程序处理非邀约投标书的理由是，鼓励私营部门确定新的或未预料到的基础设施需要，或拟订满足这些需要的创新建议。如果项目已为所在国当局确定，而私营部门仅仅是在建议与订约当局设想的有所不同的技术解决方案，这种正当理由就可能不复存在。在这种情况下，订约当局仍可借助两阶段筛选程序或邀请在原先预想的筛选程序的范围内提交备选投标书，以利用创新的方案(见第 54-58 段)。不过，在已经开始或宣布的筛选程序以外受理非邀约投标书，将不

符合授予政府合同的公正原则。

(b) 确定非邀约投标书可否接纳的程序

110. 应当要求同政府接洽并提出私人发展基础设施建议的公司或公司集团提交初步投标书，其中载有充分的信息，使订约当局能够初步评估处理非邀约投标书的条件是否具备，特别是建议的项目是否符合公共利益。例如，初步投标书应当包括下列信息：建议人此前实施项目的经验和财务状况的说明；项目说明(项目类型、地点、区域影响、建议的投资、经营费用、财务评估、需要政府或第三方提供的资金)；场地具体情况说明(所有权和土地或其他财产是否需要征用)；服务和工程的说明。

111. 经初步审查后，订约当局应在合理的短时期内通知公司，该项目是否具有潜在的公共利益。如果订约当局对项目反应积极，应邀请公司提交正式投标书，除了初步投标书所涉内容外，它还应载有技术和经济可行性研究(包括特点、成本和利得)及环境影响研究。此外，还应要求建议提交人提交关于投标书中设想的概念或技术的令人满意的信息。披露的信息应足够详尽，使订约当局能够正确评价技术或概念，并断定它是否符合要求的条件和有可能按所建议项目的规模顺利实施。提交非邀约投标书的公司对于其在整个程序中提交的所有文件拥有所有权，而且如果投标书遭拒绝，应将这些文件退还给它。

112. 在投标书提交人提供了所有要求的信息后，订约当局应在合理的短时期内决定它是否打算推行此项目，如果打算推行此项目，将采用什么程序。适当程序的选择应根据订约当局的初步断定做出，即断定如果不利用建议人或其合伙人拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念，项目是否能够执行。

(c) 处理不涉及专利概念或技术的非邀约投标书的程序

113. 如果订约当局在审查非邀约投标书时断定，进行此项目符合公共利益，但是不利用建议人或其合伙人掌握专属权的工艺、设计、方法或工程概念，项目也可以执行，则应要求订约当局利用授予私人融资基础设施项目通常要求的程序授予项目，例如，本《指南》提出的竞争性筛选程序(见第 34-84 段)。不过，筛选程序可包括某些特殊做法，为提交非邀约投标书提供刺激。这些刺激可以是下列措施：

(a) 订约当局可以保证，在未邀请提交原始投标书的公司们的情况下，不会开始进行非邀约投标书所涉项目的筛选程序；

(b) 可对原始投标人提交投标书给予某种形式的奖励。在采用评分办法来评价财务和技术投标书的某些国家，奖励的形式是最后评分上的某种优惠幅度(即在该公司财务和非财务评价标准两方面最后综合得分之上加

一个百分比)。此种办法的一个可能的难点是,可能将优惠幅度定得很高而妨碍其他人提出相竞争的有价值的投标,从而导致为换取给予创新投标人的优惠而获得一个价值较低的项目。其他刺激形式可包括部分或全额偿还原提交人在拟订非邀约投标书中所支付的费用。为了具有透明度,任何此类刺激措施应在征求投标书通告中宣布。

114. 尽管可以提供刺激,但一般仍应要求非邀约投标书的提出者基本上达到参加竞争性筛选程序的投标人所应达到的同样资格标准(见第 38-40 段)。

(d) 处理涉及专利概念或技术的非邀约投标书的程序

115. 如果投标书的创新方面表明,不利用提出者或其合伙人在全世界或区域范围拥有专属权的工艺、设计、方法或工程概念就不可能执行项目,对于订约当局可能有益的做法是,应用获得非邀约投标书比较要素的程序来印证初步的评估。其中一种此类程序可能是公布投标书主要产出规格的说明(例如基础设施的能力、产品或服务或单位价格)并邀请其他有关各方在某个时期内提交备选或可比较的投标书。此种说明不应包括非邀约投标书的投入要素(例如设施的设计,或拟采用的技术或设备),以避免向潜在的竞争者泄露非邀约投标书提交人的专利资料。提交投标书的期限应与项目的复杂程度相应,并应使预期的竞争者有足够的时间拟订其投标书。这可能是获得备选投标书的关键因素,例如投标人必须进行详尽的地下地质调查,而原始投标人很可能已进行了数月的此项调查,并且希望对地质调查结论加以保密。

116. 征求可相比较或相竞争的投标书的邀请通知应至少在一家普遍发行的报纸上以最低限度的频度(例如,每周一次共三周)公布。它应当说明可以获得投标文件的时间和地点,并应具体说明可以接受投标书的时间。对于订约当局来说,重要的是应保护原始提交人的知识产权并确保不泄密与非邀约投标书一起收到的专利信息。任何此种信息不应构成投标文件的组成部分。应当要求原始投标人和想提交备选投标书的任何其他公司提交投标担保(见第 62 段)。按照收到的对邀请书作出的反应,可以遵循两种可能的途径:

(a) 如果未收到备选投标书,订约当局可以合理地认为,除了非邀约投标书设想的方法或技术之外,并无合理的备选或替代方案。订约当局的这一调查结论应作适当记录,并可以准许订约当局与原始建议人进行直接谈判。适宜的做法可能是要求订约当局的决定经由通常需由其批准的该当局进行审查和批准,以便订约当局通过直接谈判选定特许公司(见第 89 段)。有些国家的法律规定必须采用竞争程序,它们使用这些程序,目的是建立必要的透明度,避免日后人们对提交非邀约投标书后特许权的授予提出质疑。在那些国家,只要发布了一项招标通告,即使并无其他人提出投标书,也可将特许权授予提交了非邀约投标书的投标人。这种情况的发生是由于必须遵循竞争程序的规定,此种规定只要求存在有竞争的机会,并不一定要求在实际上出现此种竞争。公布周知既创造了竞争可能性,同时又增大了所需的透明程度;

(b) 如果提交了备选投标书,订约当局应邀请所有投标人参加竞争性谈判,以期认定实施项目的最有利的投标书(见第 90-96 段)。如果订约当局收到的备选投标书数量足够多而且表面看来符合基础设施的需要,就可能有正式展开竞争性筛选程序的机会(见第 34-84 段),但应给予原始投标书提出者以某种优惠(见第 113(b)段)。

117. 应当要求订约当局建立有关筛选过程的记录(第 120-126 段)并发布一个授予项目的通知(见第 119 段)。

F. 保密性

118. 为了防止滥用筛选程序并增进对筛选过程的信任,重要的是当事各方均应严守秘密,特别是在需要进行谈判时。对于保护投标人可能列入其投标书而且不希望透露给竞争对手的任何行业性资料或其他方面的资料,这种保密做法尤其重要。不论订约当局采用什么筛选方法,都应做到严守秘密。

G. 授予项目的通知

119. 项目协议中的有些条款常常直接关系到订约当局和特许公司以外的当事方,这些当事方理应获知项目的某些基本内容。如果项目涉及直接向公众提供服务,情况尤其如此。为了达到具有透明度,可取的做法是制定程序,公布可能关系到公共利益的项目协议条款。无论订约当局使用何种方法选择特许公司(例如,通过竞争性筛选程序,或通过直接谈判或经由一个非邀约投标书),均应执行这一要求。一种可能的程序也许是要求订约当局公布授予项目的通知,其中载明拟议协议的主要内容,例如: (a) 特许公司名称; (b) 对特许公司应实施的工程和服务的说明; (c) 特许权的期限; (d) 价格结构; (e) 对特许公司主要权利和义务及其提供的担保的摘要说明; (f) 对订约当局监测权和违反项目协议时的补救措施的摘要说明; (g) 对政府主要义务的摘要说明,包括政府所提供的任何付款、补贴或补偿; (h) 征求投标书通告规定的项目协议任何其他主要条款。

H. 筛选和授标程序的记录

120. 为了确保透明度和责任制,以及为了便于受害投标人行使其要求审查订约当局决定的权利,应要求订约当局保存有关筛选程序关键信息的适当记录。

121. 订约当局应保存的记录首先应视情况载有通常要求公共采购应予记录的关于筛选程序的一般信息(例如,《贸易法委员会采购示范法》第 11 条所列出的信息)以及与私人融资基础设施项目特别有关的信息。此种信息可包括下列各项:

- (a) 关于订约当局征求投标书的项目的说明;
- (b) 参加投标联营集团的公司的名称和地址及参与缔结项目协议的投标集团组成成员的名称和地址; 关于公布要求的说明, 包括若干份所使用的通告式样或所发邀请书式样;
- (c) 如果经过预选的投标人后来被允许改变其组成成员, 陈述允许此种改动的理由和对任何有关的替代或增补联营集团的资格进行调查的结果;
- (d) 有关投标人资格或缺乏资格的信息; 评价和比较投标书结果的摘要, 包括运用任何优惠幅度的情况;
- (e) 订约当局委托编写的初步可行性研究的结论摘要和由合格投标人提交的可行性研究的结论摘要;
- (f) 关于任何要求澄清预选文件或征求投标书通告及对其的答复的摘要, 以及关于任何修改这些文件的摘要;
- (g) 投标书和项目协议主要条款摘要;
- (h) 如果订约当局认为最有利的投标书不是就预期产出报出了最低单位价格的投标书而是另一投标书, 关于授标委员会得出该结论的理由陈述;
- (i) 如果所有投标书均遭拒绝, 有关此情况及其理由的说明;
- (j) 如果与提交最有利投标书的联营集团的谈判和日后与余下的符合要求的联营集团的任何谈判均未达成项目协议, 有关此情况及其理由的说明。

122. 对于不经过竞争程序授予特许权(见第 89 段), 有关筛选程序的记录除第 121 段中可能适用的内容要求之外, 似宜再包括下述附加信息:

- (a) 订约当局作为根据进行直接谈判的理由和情况的说明;
- (b) 所使用的通告形式或直接被邀请谈判的公司名称和地址;
- (c) 申请参加谈判的公司名称和地址, 如果排除了某些公司, 那些公司的名称和地址及排除的理由;
- (d) 如果这些谈判未产生项目协议, 有关此情况及其理由的说明;
- (e) 某公司被最后选定为特许公司的理由。

123. 对由于提交了非邀约投标书而进行的筛选程序(见第 107-117 段), 有关该筛选程序的记录除第 121 段中可能适用的内容要求之外, 似宜再包括下述附加信息:

- (a) 提交非邀约投标书的公司的名称和地址及其简要说明;
- (b) 订约当局有关非邀约投标书被判定符合公共利益并涉及新概念

或新技术的证明；

(c) 所使用的通告形式或直接被邀请谈判的公司名称和地址；

(d) 申请参加谈判的公司名称和地址，如果排除了某些公司，那些公司的名称和地址及排除的理由；

(e) 如果谈判并未产生项目协议，有关此情况及其理由的说明；

(f) 某公司被最后选定为特许公司的理由。

124. 关于记录要求的规则最好具体规定披露的程度和获取披露信息的对象。确定披露的参数涉及以下权衡因素：从订约当局责任制的观点看，广泛披露的总的可取性；需要向投标人提供必要信息使之能够评估其在程序中的表现和发现有正当理由要求加以复审的情况；以及保护投标人机密行业信息的必要性。鉴于这些考虑，如《贸易法委员会采购示范法》第 11 条所设想，也许适宜实行两种程度的披露。拟向一般公众任何成员提供的信息可限于与订约当局对一般公众负责制相适应的基本信息。不过，最好规定向投保人披露有关进行选择的更详尽的信息，因为这种信息对于使投标人能够监测其各自在筛选程序中的表现及监测订约当局在执行适用法律和条例方面的行为是必要的。

125. 此外，还应采取适当的措施避免泄露供应商和承包商的机密行业信息。对于在评价和比较投标书方面披露些什么内容，情况尤其如此，因为过多披露此种信息可能有损于投标人正当的商业利益。通常，订约当局不应披露有关审查、评价和比较投标书和建议价格的更详尽信息，但主管法院下令这样做时除外。

126. 关于限制披露有关筛选程序信息的规定，并不排除对记录的某些部分可适用颁布国授予一般公众查阅政府记录的普遍权利的其他法规。依据所在国适用的法律，可能必须向立法或议会监督机构披露此种记录中的信息。

I. 审查程序

127. 存在公正、有效的审查程序，是吸引认真、有能力的投标人和减少授标过程费用和时间的基本要求之一。适当遵守关于筛选程序的规则的一个重要保障条件是，投标人有权要求对订约当局违反这些规则或侵犯投标人权利的行为进行审查。不同法律制度和行政制度设置了各种各样的补救办法和程序，无不与审查政府行为的问题密切相关。无论审查程序究竟应采取何种形式，都必须确保提供充分的机会和有效的审查程序。建立一种行得通的“合同订立前”追索制度（即一种在可行情况下尽早在筛选程序中审查订约当局的行为的程序）特别有益。这样一种制度增加了在造成损失前由订约当局采取补救行动的可能性，而且有助于减少只有赔钱办法才能消除订约当局不当行为所致后果的情形。《贸易法委员会采购示范法》第

六章载列了建立完备的审查制度的要点。

128. 适当的审查程序应当首先确认投标人有权要求对影响其权利的决定进行审查。作为第一步，不妨由订约当局自行提出进行审查，特别是如果尚未授予项目的话。这样做既讲求经济，又达到效率，这是因为，在许多情况下，特别是在授予项目之前，订约当局可能很愿意纠正连它们自己都没有意识到的程序性错误。规定由政府的上一级行政机关来审查，也不无益处，但此种程序须与本国的宪法、司法和行政结构相一致。最后，大多数国内采购制度都确认司法审查权，在授予基础设施项目时一般也应提供此种权利。

129. 为了在可行的情况下既考虑到要保护投标人的权利和维护筛选过程的公正性，又要限制对筛选过程的干扰，国内法通常包括一些对审查程序的限制规定。这些规定包括限制由投标人行使审查权；对提出审查申请和处理案子规定时限，包括行政审查一级可能对筛选程序适用的暂停的时限；以及把一些可交由订约当局处置而且不直接涉及给予投标人的待遇是否公正问题的决定排除在审查程序之外。大多数法律制度都为投标人质疑订约当局的决定提供了行政审查程序，但不一定普遍提供司法审查程序。

130. 大多数国家都有审查行政机关和其他公共实体行为的机制和程序。有些国家专门为处理这些机关和实体的采购所引起的争议建立了审查机制和程序。有些国家则借助审查行政行为的一般机制和程序来处理这些争议。审查程序的某些重要方面，如提出审查要求的地方和可以批准的补救办法等，都涉及每个国家法律制度和国家行政制度的基本概念和结构。许多法律制度规定，对行政机关和其他公共实体的行为进行的审查，应交由该机关或实体所隶属的或对其有控制权的行政机构负责。在规定由行政隶属单位负责此种审查的法律制度中，应由哪个或哪些机构对某些机关或实体的行为行使此种职责的问题，主要取决于国家的行政体制。例如，就一般采购法而言，有些国家规定由一个对本国采购行使全面监督和控制权的机构（如采购总局）负责审查；有些国家则规定由一个对政府和公共行政部门的运作行使财务监控权的机构行使审查职责。在有些国家，对涉及行政机关或其他公共实体的某些类别案子的审查职责，由独立的专门行政机构来行使，其职权有时被说成是“准司法性的”。不过，在这些国家中，此种机构并不被视为司法系统内的法院。

131. 许多国内法律制度都规定对行政机关和公共实体的行为进行司法审查。在其中的一些法律制度下，除行政审查之外还提供司法审查，而在另一些法律制度下，则只提供司法审查。有些法律制度只提供行政审查，不提供司法审查。在某些既提供司法审查又提供行政审查的法律制度中，只能在行政审查的机会用尽之后才可提出司法审查要求；而另一些法律制度则规定，这两种审查办法都可选择。司法审查涉及的主要问题是，一项宣布公开投标无效的判决，会对已授予的合同产生什么影响，特别是公共工

程已经启动的话。采购法往往试图在公共部门相互冲突的利益之间取得平衡，也就是说，既要维护采购程序的公正性，又不能延误公共服务的提供，同时还要顾及投标人维护自身权利的权益。只要项目协定不是非法行为促成的，就可以采取这样一种良策：判决不应将项目协定归于无效，而应把赔偿费判给受害方。关于这种赔偿费，一般认为不应包括利润损失，而是仅限于投标人准备投标所涉及的费用。

四. 基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议

A. 项目协议的一般规定

1. 订约当局同特许公司之间的“项目协议”是基础设施项目的中心合同文件。项目协议界定项目的范围和目的，同时也界定当事双方的权利和义务；它详细阐述项目的执行并规定该基础设施的运营条件或提供有关服务的条件。项目协议可以是一份单一的文件，也可以是订约当局与特许公司之间缔结的多项协议文件。本节讨论的是项目协议与所在国有关私人融资基础设施项目的法律之间的关系。此外，还讨论到项目协议的缔结及其生效的程序和手续。

1. 立法做法

2. 国内法常常对项目协议的内容有所规定。有些国家的法律仅仅提到特许公司需要与订约当局订立一项协议，另一些国家的法律则对协议应予列入的条款的内容作出许多强制性规定。介于两者之间的一种做法是在法律中列出一系列在项目协议中需予涉及的事项，但不详细规定其条款的内容。

3. 就项目协议的某些基本要点作出的一般法律规定，其目的在于为当事双方的权利和义务分配确定一个总框架。它旨在确保对某些契约问题在处理上的连贯一致，同时为不同政府级别(国家、省或地方)参与谈判项目协议的公共当局提供指导。缺乏项目协议谈判经验的公共当局可能会发现这种指导特别有用。最后，有时需要有相应的法规，使得订约当局有权议定某些类别的条款。

4. 但是，在一般法律规定中详细规定当事双方权利和义务，这种做法也许会使订约当局和特许公司得不到必要的灵活性，来根据具体项目的需要和特点来谈判协议。因此，最好将涉及项目协议的一般法律规定限制在确属必要的范围之内，例如涉及需要事前得到立法授权的事项，或可能影响到第三方利益的事项，或者不允许经由协议加以变通的基本政策事项。

2. 管辖项目协议的法律

5. 关于项目协议适用法律的法律规定在关于私人融资基础设施项目的国内法律中往往是找不到的，在它们出现的地方，它们通常只是规定应执行所在国的法律，一般性地提及国内法或者提及适用于项目协议的特别法律或规章。某些法律体系可能暗示应由所在国法律管辖，甚至根本不提及这种内容

的法律条款。

6. 管辖项目协议的法律包括所在国与私人融资基础设施项目直接有关的法律和规章中所载的规则，如果存在这方面的具体立法的话。在某些国家，项目协议可能要遵守行政法，而在其他国家，项目协议可能要由私法管辖(见第七章“其他有关的法律领域”，第 24-27 段)。支配的法律还包括适用于基础设施项目实施期间出现的各种问题的其他法律领域的法律规则(概略见第七章“其他有关的法律领域”，B 节)。这些规则中的有些规则可能具有行政法或其他公法的性质，它们在所在国的执行可能是强制性的，如关于环境保护措施与卫生和劳动条件的规则。有些国内法明确指明了要遵守强制规则的事项。然而，项目协议或设施运营所产生的一些问题，也许不是具有公法性质的强制性规则的主体。由项目协议产生的大部分合同问题一般都是这种情况(例如，合同的订立、有效性和违反，包括违反合同和非法终止的责任和赔偿)。

7. 所在国政府如果没有关于私人融资基础设施项目的立法而想订立这种立法，可能需要在好几个立法文书中处理这种项目提出的种种问题。另外一些国家可能只想对在现行法律和条例中没有得到令人满意的处理的某些问题制定立法。例如，关于私人融资基础设施项目的特定立法可以规定挑选特许公司程序的具体特点，同时酌情参考关于订立政府合同的现行立法中有关挑选过程行政管理的细节。同样，在制定关于私人融资基础设施项目立法时，所在国可能需要废止某些法律和条例的适用，如果这些法律和条例从立法机关的角度来看将妨碍私人融资基础设施项目的实施的话。

8. 为了明确起见，一种有益的做法可以是向潜在的投资方提供资料，说明哪些立法和条例文本直接适用于私人融资基础设施项目的执行，哪些立法和条例文本可能已由立法机关废止。但是，由于在法律中详尽无遗地列出所有与私人融资基础设施项目直接或间接有关的法规或条例将并不可行，最好是在某种非立法文件中，例如在与征求投标书通告一起提供给投标人的宣传小册子或一般性资料中提供这种法规或条例的清单(见第三章“特许公司的选定”，第 60 段)。

3. 项目协议的订立

9. 对基础设施项目这种复杂的项目来说，当事方经过几个月的最后谈判(见第三章“特许公司的选定”，第 83 和 84 段)才准备好签署项目协议，这并非少见。还可能需要额外的时间来履行法律常常规定的某些手续，例如由上一级当局核准项目协议。在某些国家，项目协议或某些类型的项目协议的生效需经议会颁布法令，正式通过特别的立法。鉴于执行这种项目协议延误可能造成的损失，似宜设法加快最后谈判，避免订立项目协议中不必要的延误。

10. 业已查明有一些因素会造成谈判中的延误，例如当事方缺乏经验，不同的公共当局之间缺乏协调，政府支持的程度不明确，订立放款人能接受的担保安排有困难。政府可以作出明显的贡献，方法是向代表本国订约当局行事的谈判者提供充分的指导。当事各方对项目协议拟作出的规定理解得愈明确，项目协议谈判成功的机会就越大。相反，如果在挑选过程结束之后仍有一些重要的问题悬而未决，对谈判者又很少提供关于项目协议实质内容的指导，则谈判很有可能旷日持久，费用高昂，也很有可能会有人不无理由地指责挑选过程不够透明，不够公开。

11. 还应当审查项目协议订立和生效的程序，以便加快步伐，避免项目时间表延迟造成的不利后果。在某些国家，由有关的立法授权指定的官员有权约束订约当局或政府，以便一经签署或一经履行了某种手续例如公布政府公报，项目协议即告生效。在另一些国家，这种程序可能并不可行或者还需要另一个实体的最后批准，则较宜考虑精简批准程序。当这种程序被认为武断或累赘时，可能会要求政府向特许公司和放款人提供充分的担保以防范这种风险（见第二章“项目风险和政府支助”，第 45-50 段）。有些国家有批准要求，有时授权订约当局在并非中标方造成的原因而不予最后批准时向该中标方补偿挑选过程和项目准备中所发生的费用。

B. 特许公司的组建

12. 国内立法中常常有关于特许公司组建的某些要求，并由项目协议中的具体条款加以阐述。它们通常涉及特许公司法律实体的建立及其资本、活动范围、章程和细则。在大多数情况下，中标人建立一个项目公司作为独立的法律实体，具有自己的法律人格，它随后就成了项目协议中的特许公司。作为独立法律实体建立的项目公司一般按照项目筹资方法筹集资金（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54 段）。建立独立法律实体便于项目执行方面的协调，而且可作为保护项目利益的一种机制，因为项目利益可能并不一定与所有项目促成者的具体利益相一致。在项目所需的相当大一部分服务和供应都由项目联营集团成员提供时，这一点可能尤为重要。

13. 通常要求在授予项目后较短的一段时间内建立起项目公司。由于特许公司的责任和义务中相当大一部分通常都是在早期阶段商定的，其中包括长期性的（项目协议、贷款和担任协议、建筑合同），所以在就这些文书进行谈判时能有独立的代表，那对项目是有好处的。但是，要求放款人和其他资本提供者在最后获得特许权之前就作出坚定的最后承诺，这是不合理的。

14. 提供公共服务的实体往往被要求按照所在国的法律作为法律实体而建立。这项要求反映出立法机关希望特别确保公共服务提供者遵守本国有关会计和公开性要求（例如发表财务报告或公开某些法人行为的要求）。不过，这突出说明所在国有必要颁行合宜的公司法（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 30-33 段）。使项目公司能比较容易地成立，并适当顾及被视为符合公共利

益的合理要求，可能有助于避免项目实施中发生不必要的拖延。

15. 另一个重要问题涉及到成立项目公司所需的股本投资。订约当局理所当然地要重视争取充足的股本，以确保项目公司健全的财政基础和保证其履行义务的能力。但是，所需的投资总额以及债务与股本的理想比例，每一项目均不相同，不宜由法律规定一固定数额作为在本国内实施基础设施项目的所有公司的最低限度资本。相反，可让订约当局有更大的灵活性，达成一个与项目财政需要合宜的股本投资数额。例如，可以在征求投标书通告中用债务与股本之间的一个理想比例来表示预期股本投资，并可将其列作财政和商务投标书的评价标准之一，以便刺激投标人之间的竞争（见第三章，“特许公司的选定”，第 75 和 77 段）。

16. 无论情况如何，都宜审查关于特许公司组建的法律规定或条例要求，以便确保它们与所在国所承担的国际义务相一致。限制或要求服务提供者须通过特定类型的法律实体或合资企业才能提供服务，在外国股东能持有的最高百分比限额或外来投资的个人或集体总价值方面限制外国资本的参与，这些规定均可能与某些关于经济一体化或服务贸易自由化的国际协议的签署国所承担的具体义务不一致。

17. 有些国内法律载有关于项目公司活动范围的规定，例如要求将活动限制在特定项目的开发和运营的范围之内。这类限制可起到确保项目帐目的透明度和保持资产的完整性的作用，因为它可以将该项目的资产、收益和负债同其他项目或与该项目无关的其他活动的资产、收益和负债区分开来。此外，这种规定还便于评估每个项目的绩效，因为每个项目的亏损或利润是不能以其他项目或活动的债务或收益来弥补或抵减的。

18. 订约当局可能还希望确信项目公司的章程和细则充分反映该公司在项目协议中承担的义务。因此，项目协议有时规定：对项目公司章程和细则的修改，必须在得到订约当局的批准时才能生效。如果订约当局或另一公共当局参与了项目公司，有时作出这样的规定：在股东会议或董事会上，对于作出某些决定，必需得到订约当局的赞成票。无论如何，必须对两个方面进行权衡：一是由订约当局所代表的公共利益，一是有必要给项目公司以开展业务的必要灵活性。如果认为有必要规定对项目公司章程和条例的拟议修改必须得到订约当局的批准，此种规定最好只限于那些被认为关系重大的事项（例如，资本数额、股份等级及其特权、清偿程序），而且还应明确规定在项目协议之内。

C. 项目场地、资产和地役权

19. 关于项目场地的规定是大多数项目协议的基本组成部分。它们所涉及的问题一般包括土地和项目资产的所有权、土地的购置以及特许公司为施工或经营基础设施所需的地役权。如果项目协议设想向特许公司转让公共地产或

确立使用公共地产的权利，则可能需要事先的立法授权。如果项目场地不位于公共地产，则可能还需要立法来为购置所需要的地产或地役权提供方便。

1. 项目资产的所有权

20. 如前所述，私营部门参与基础设施项目可以采用各种不同的形式，可以从国家所有和经营的基础设施到完全私有化的项目（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”第 47-53 段）。不管所在国的总的政策或部门政策如何，重要的是应当明确界定所涉及的各种资产的所有权制度并以充分的立法授权为依据。然而，可能并不迫切需要制定这方面的具体法律规定。若干国家认为对需要由项目协议处理的事项只要提供立法指导就够了。

21. 某些法律制度一般将提供公共服务所需的基础设施视为公共财产，哪怕该基础设施最初是用私人资金购置或建立的。除了可能已经由订约当局向特许公司提供的任何财产之外，一般还包括为建造该设施而特意购置的任何财产。不过，在项目有效期间，特许公司可能对该设施进行大规模的改进或增添。也许并非总能容易地根据适用的法律来确定这种改进或增添是否是特许公司所拥有的公共资产的一部分，是否可以将这些改进或增添与特许公司所持有的公共财产分离开来而成为特许公司的私人财产。因此，项目协议似宜酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将成为特许公司的私有财产。

22. 需要明确项目资产的所有权，这并不仅限于将提供公共服务所需的有形基础设施视为公共财产的那些法律制度。一般来说，如果由订约当局提供执行项目所需的土地或设施，项目协议适宜酌情具体规定哪些资产将依然是公共财产，哪些资产将成为特许公司的私有财产。特许公司可以获得这种土地或设施的所有权，也可以仅仅获得这种土地或设施的租借权或使用权以及在这种土地上的建造权，当这种土地仍然是公共财产时尤其如此。无论是哪种情况，特许公司权利的性质应当明确规定，因为这将直接影响特许公司为了项目筹款的目的而对项目资产提出担保权益的能力（见第 54 和 55 段）。

23. 除了特许期限内资产的所有权之外，考虑项目协议期满或终止之后的所有权制度也很重要。一些国家的法律特别强调订约当局对与项目有关的有形资产的权益，一般要求将这些资产全部交还订约当局；有些国家则基本上把私人融资基础设施项目视为一种在某一规定时期内采购服务的手段，而不是看作是一种建造资产的手段。因此，后一种国家的法律把特许公司交还资产的义务限于公共财产和最初向特许公司提供的财产或据认为对确保提供服务必不可少的某些其他资产。有时，这种财产由特许公司直接转让给继该特许公司之后提供服务的另一家特许公司。

24. 这种法律方法上的差异通常反映出公私营部门在不同的法律和经济制度下起着不同的作用，但也可能是由于订约当局有一些实际的考虑。订

约当局之所以允许特许公司在项目期结束时保留某些资产，一个实际考虑可能是希望降低提供服务的费用。如果项目资产有可能给特许公司带来剩余价值，而且有可能在挑选过程中考虑到这一价值，订约当局就可以估计到服务费的价格会低一些。的确，如果特许公司估计不必在整个项目期内支付资产的全部费用，而可以在项目协议期满后通过出售资产或将其用于其他目的来支付其中部分费用，那么与特许公司不得不在项目期内支付其所有费用相比，就有可能以较低的费用提供服务。此外，某些资产在项目期结束时可能需要范围极广的整修或技术更新，订约当局对这种资产提出要求，或许并不合算。还可能有一些剩余赔偿责任或相应的费用，例如，环境损失的赔偿责任或拆除费等。

25. 出于这些原因，某些国家的法律不考虑不加限制地把资产全部移交给订约当局，而是允许区分为三大类资产：

(a) 必须移交给订约当局的资产。此类资产一般包括由特许公司用来提供有关服务的公共财产。这可包括订约当局提供给特许公司的设施和特许公司依照项目协议建造的新设施。有些法律还要求移交特许公司此后为运营设施之目的而购置的资产、货物和财产，特别是那些成为移交给订约当局的基础设施设施的一部分或永久性附属物的资产、设施和财产；

(b) 可由订约局选择决定购买的资产。此类资产通常包括最初由特许公司拥有或者后来由其购置的资产，这种资产虽非对于提供服务不可或缺或绝对必要，但可增进设施运营的方便或效率，或提高服务的质量；

(c) 仍属于特许公司私有财产的资产。这些资产是由特许公司拥有的资产，但不属于上文(b)项的范畴。订约当局一般无权获得此种资产，特许公司可以自由地转移或处置此种资产。

26. 鉴于上文所述，似宜在法律中要求项目协议酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将是特许公司的私有财产。项目协议应当规定特许公司在项目协议期满或终止时应当将哪些资产转让给订约当局或新的特许公司，哪些资产可以由订约当局决定从特许公司手中购买，哪些资产可以由特许公司在项目协议期满或终止时自行拆除或处置。除了这些规定之外，还应当有合同标准用来酌情确定，在将资产转让给订约当局或新的特许公司或者在项目协议期满或终止时由订约当局购买时，特许公司可能应该得到的补偿（见第五章“项目协议的期限、展期和终止”，第 37-40 段）。

2. 执行项目所需土地的购置

27. 如果一个新的基础设施要建造在订约当局或另一个公共当局所拥有的公共土地之上，或者要将一个现有的基础设施加以更新或改造，通常要由该土地或设施的拥有者将其提供给特许公司使用。如果土地并非订约当局已经拥有的土地，而需要从其所有人手中购买过来，情况可能会更复杂

一些。在多数情况下，考虑到与可能是一大批单个的土地所有人进行谈判时可能发生的拖延和涉及的费用，特许公司不一定最有条件负责购买项目所需的土地，或者如某些法域可能需要的那样，为了确定某些所有人的产权是否正常而对地契进行复杂的调查研究，并审查先前发生的一连串产权转让。因此，通常都是由订约当局承担责任，提供为实施项目所需的土地，以避免由于购置土地而造成不必要拖延或增大项目费用。订约当局可以从土地所有人那里购置所需的土地，必要时也可强行征购。

28. 对政府在付给地产业主适当补偿情况下强制征购私人地产的程序，各国国内法律制度中使用不同的技术词语，如“征用”，在《指南》中称此种程序为“强制购置”。在法律中规定了一种以上强制购置程序的国家，最好授权私人融资基础设施所需的一切购置均由主管公共当局采用这些程序之中最有效率的那种程序进行，例如采用在某些国家中出于迫切的公共需要而实施的特别程序（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 22 和 23 段）。

29. 强制购置地产权通常属于政府，但一些国家的法律也授权基础设施经营人或公共服务提供者（如铁路公司、电力局、电话公司等）采取某些行动，强制购置为向公众提供服务或扩大服务所需的私有地产。特别是在有些国家，强制购置地产时给予所有人的赔偿是在法院诉讼中判定的，在此种情况下似宜赋予特许公司以履行某些与强制购置有关的行为的权力，而政府方面仍然负责履行根据有关法规属于启动强制购置程序前需具备的条件的那些工作。土地一经购置，往往成为公共地产，不过在某些情况下，法律也可允许订约当局和特许公司根据各自在购置地产中的费用比例，商定另一种安排。

3. 地役权

30. 如果特许公司为了提供服务需要跨越或通过第三方的地产才能进入项目场地和进行或维护任何工程，这可能需要作出特别安排（例如在毗邻地面安置交通标志；在第三方的地产上竖立电线杆或在其上方架设输电线；安装和维修变电和配电设备；修剪影响到架设在毗邻地产上的电话线的树木；或者埋设油、气、水管）。

31. 为特定目的而使用他人地产或在他人地产上作业的权利通常称之为“地役权”。地役权通常需有关财产的所有人同意，除非法律上规定了此种权利。由特许公司直接向有关财产所有人洽商获得地役权，往往不是便捷办法或者不是合乎成本效益的做法。更常见的做法是由订约当局在强制购置项目场地的同时强制购置。

32. 一种略为不同的变通办法是，由法律本身授权公共服务提供者视公共基础设施的施工、经营和维修的需要，进入或通过第三方地产或在第三方地产上工作或附设装置。如果认为有可能事先确定特许公司所需的最低限度的地

役权，便可在针对特定部门的法规中使用此种办法，以便不必购置个人地产的地役权。例如，针对发电部门的某一具体法规可以规定，按照什么条件，特许公司可以在属于第三方的房地产之上安装和操作基本的输电和配电网络，从而获得架设电线的权利。有些措施的实施可能必需得到此种权利，例如敷设或安装地下或架空电缆及建立支撑结构和安装变电和配电设备；这类装置的保养、维修和拆除；沿地下或架空电缆设立安全区；拆除有碍线路或影响安全的各种障碍物等。在有些法律制度中，如果特许公司获得的权利大大影响到地产所有人对地产的使用，则应当向地产所有人支付赔偿。

D. 财务安排

33. 财务安排通常涉及特许公司为项目筹集资金的义务，概述资金支付和核算办法，规定用以计算和调整特许公司收费价格的方法并规定向特许公司的债权人提供何种物权担保。另外重要的是应确保所在国的法律便利或至少无碍于项目的财务管理。

1. 特许公司的财政义务

34. 在私人融资基础设施项目中，一般都是由特许公司负责为基础设施的建造和运营筹集必要的融资。特许公司在这方面的义务一般在项目协议中详细规定。在多数情况下，订约当局或其他公共当局都很注意将自己的财务义务仅限制于项目协议中具体规定的某些义务或者政府方面同意给该项目提供的那些直接支助。

35. 由项目公司各股东直接投入的私人资本数额通常只不过是拟议投资总额的一部分。更大部分的资本来自商业银行和国际金融机构向特许公司提供的贷款和来自债券和其他流通证券投放于资本市场所得的收益(见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54-67 段)。因此，应当确保法律上不不必要地限制特许公司有权为筹措基础设施的资金而订立它认为适宜的筹资安排。

2. 确定和控制费率

36. 特许公司所收取的费率和使用费，在订约当局(见第 47-51 段)或政府方面并无提供补贴或付款的情况下(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30-60 段)，也许是用以收回项目投资的主要(有时甚至是唯一的)收入来源。因此，特许公司将力求把那些费率和使用费确定并保持在一个足以保证该项目有足够现金流量的水平之上。然而，某些法律制度可能会限制特许公司确定费率和使用费的自由。提供公共服务的收费通常是政府的基础设施政策的一个组成部分，也是大部分公众直接关注的事项。因此，许多

国家的法律框架都载有特别规则，用以控制提供公共服务的费率和使用费。此外，有些法律制度的法律条款或一般法律规则规定了货物或服务的定价原则，例如规定有关价格必须符合“合理”、“公正”或“公平”的标准。

(a) 特许公司收费的权力

37. 在一些国家内，也许需要事先得到法律授权，特许公司才能对其提供的公共服务收费或对使用其公共基础设施收取使用费。由于没有此种一般性的法律条款，在某些国家已经引起司法争端，质疑特许公司收取服务费的权力。

38. 如果认为有必要在一般法律中对费率和使用费的水平作出规定，则应力求平衡兼顾投资者和当前及未来使用者双方的利益。法律上为确定费率和使用费而确立的标准除了考虑到政府认为相关的社会因素之外，还应考虑到使特许公司获得一定水平的现金流量，用以确保项目的经济可行性和商业赢利性。此外，还应使当事双方得到必要的权力来谈判适当的安排，包括确定补偿条款来处理下述情况，即执行与提供公共服务直接或间接有关的价格控制条例也许会使所定费率和使用费低于该项目进行盈利性运营所需的水平(见第 124 段)。

(b) 控制费率的方法

39. 国内法常常规定费率或使用费须遵从一些控制机制。许多国家选择只在立法中规定概括的价格原则，而把这些原则的实际实施留给有关的管理机关及许可证或特许权的条款和条件决定。这种方法是可取的，因为计算公式视部门而异，而且可能需要在项目有效期内加以修改。如果采用价格控制措施，法律一般要求必须将费率计算公式与征求投标书通告一起公布并必须将公式列入项目协议。价格控制制度一般包括调整价格的计算公式和确保遵守价格调整参数的监测条款。国内法中最常见的费率控制办法系以收益率和最高限价原则为基础。还有兼有两者要素的混合制度。应当指出，费率控制机制要起作用，需要作详细的商业和经济分析，而下文的讨论只是对某些问题和可能的解决办法的概述。

(一) 收益率法

40. 按照收益率法，制订出一套价格调整办法是为了让特许公司得到商定的投资收益。任何给定期间的费率根据特许公司运营设施的总收益要求确定，这涉及确定其开支、为提供服务而进行的投资和允许的收益率。定期或者有时在订约当局或其他有关当事方认为实际收益率高于或低于设施的收益要求时对费率进行重新审查。为此，订约当局查证设施的开支、确定特许公司进行的投资在多大程度上符合规定可计入费率基准并计算

需获得多大的收入才足以应付可允许的开支和获取议定的投资收益。收益率法一般在提供能预见有固定需求量的公共服务，如提供电、煤气或水时使用。对于需求量会有较大弹性的设施或服务，如收费公路，也许不可能靠定期的费率调整来保持特许公司的收益率不变。

41. 人们发现收益率为基础设施经营者提供高度安全性，因为特许公司得到保证，收取的费率将足以支付运营开支，并留出议定的收益率。因为定期调整价格，从而使特许公司的收益率保持基本不变，提供公共服务的公司的投资几乎没有什么市场风险。其结果一般是资本费用较低。收益率法可能存在的缺点是几乎不鼓励基础设施运营者最大程度地降低成本，因为它们得到保证这些成本将通过调整费率而收回。不过，如果不及时调整费率或者如果调整不追溯适用，可能会有一定程度的刺激作用。应当指出，实施收益率法要求大量信息以及大量谈判（例如符合规定的支出和成本分配）。

（二）最高限价法

42. 采用最高限价法时，为给定期间（例如四年或五年）设定一费率公式，同时考虑到将来的通货膨胀和预期设施将来的效率增益。允许费率在公式确定的限度内波动。在有些国家，费率公式是各种指数的加权平均数，在另一些国家，它是消费品费率指数减去生产率系数。如果需要大量新的投资，公式中可能加入一个额外的成分以便包括这些额外费用。费率公式可以适用于公司的所有服务或者只适用于部分服务类别，可对不同类别采用不同公式。不过，公式的定期调整是以收益率类型的计算为基础，要求上述同类详细信息，虽然没那么频繁。

43. 实施最高限价法可能没有收益率法那么复杂。人们发现最高限价法给予公共服务提供者更大的鼓励，因为在下一个调整期之前，特许公司都能保留低于预期成本的好处。不过，与此同时，公共服务提供者采用最高限价法一般比采用收益率法承受更多风险。特别是到头来成本高于预期时特许公司面临着亏损的风险，因为特许公司在下次调价之前不得提高费率。承受的风险加大提高了资本成本。如果不允许项目公司提高收益，也许难以吸引新的投资。还有，公司可能倾向于降低服务质量以便降低费用。

（三）混合法

44. 目前采用的许多费率调整法综合了收益率和最高限价两种方法的要素，以便既降低服务提供者承受的风险，又对提高经营基础设施的效率提供足够的激励。其中一种混合法采用调整费率滑动法，确保当收益率低于某一限度时费率向上调整，当收益率超过某一最高限度时向下调整，当收益率在两者之间时不作调整。综合收益率法和最高限价法的其他可能的方法包括订约当局审查特许公司进行的投资，确保这些投资符合有用性标准，以便在计

算特许公司的所需收益时将其考虑进去。另一种可能用来确定费率或更一般地说监测费率水平的费率调整法是基准或衡量标准定价法。通过将一个公共服务提供者的各种成本组成要素与另一个公共服务提供者和国际标准进行比较，订约公司能够判断公共服务提供者要求的费率调整是否合理。

(c) 控制费率的政策考虑

45. 以上讨论的每一种主要费率调整法各自都有利弊，对私营部门的投资决定有不同的影响（见第 41 和 43 段）。立法机关在考虑费率控制办法对于国内环境的适用性时必须考虑到这些利弊。不同的基础设施部门也可以采用不同的办法。一些法律确实允许订约当局在挑选特许公司时根据投资和服务的范围和性质采用最高限价法或收益率法。在选择费率控制方法时，重要的是应当考虑到各种政策决择对私营部门投资决定的影响。不管选择什么机制，重要的是应当认真考虑订约当局或管理部门如何才能适当监测特许公司的业绩情况和令人满意地实施调整办法（另见第一章，“一般性立法和体制框架”，第 30-53 段）。

46. 重要的是要记住，确定费率调整公式不能一劳永逸，因为技术、汇率、工资水平、生产率和其他因素在特许期内肯定会发生很大变化，有时甚至是不可预测的。再则，调整公式一般是在假设一定水平的产出或需求情况下拟定的，如果产出或需求量发生明显的变化，这种公式会产生不能令人满意的结果。因此，许多国家规定了修订费率公式的机制，包括定期修订（例如每四年或五年）公式或每当证明公式不能确保给予特许公司适当补偿时进行临时修订（也见第 59-68 段）。费率制度也需要适当的稳定性和可预测性，以便公共服务提供者和用户能够相应地制定计划并根据可预测的收益考虑融资。投资者和放款人可能尤其关心影响价格调整方法的规范变化。因此，它们一般要求将价格调整公式载入项目协议。

3. 订约当局的财政义务

47. 在特许公司直接向一般公众提供服务的情况下，订约当局或其他公共当局可承诺直接向特许公司付款，作为取代或增补应由使用者支付的服务费。如果特许公司生产的商品是为了由另一个提供服务者进一步输送或分销，则订约当局可承诺按商定的价格和条件成批购买此种商品。下面简单讨论一下这种安排的主要实例。

(a) 直接付款

48. 由订约当局直接付款的办法在一些国家中被用来替代或补充最终使用者的付款，特别是在收费公路项目，其使用的办法称之为“影子通行费”。

影子通行费的安排是由特许公司承担义务，在规定的若干年之内，开发、建设、筹资和运营一段公路或另一运输设施，以换取定期付款，此种定期付款是取代或补充使用者所支付的实际费用或直接费用。影子通行费办法可用以处理运输项目所特有的风险，特别是交通流量低于原估计量的风险(见第二章，“项目风险和政府支助”，第18段)。而且，在某些情况下，影子通行费办法在政治上可能比之直接收费更易于得到接受，例如，有些情况下人们担心，公共道路收取通行费也许会引发道路使用者的示威抗议。然而，当这种安排涉及对项目公司某种形式的补贴时，应当详细考虑所在国是否遵守了根据区域经济一体化或贸易自由化国际协定所承担的某些义务。

49. 影子通行费办法会给订约当局带来很大一笔开支，因而需要由订约当局进行密切的频繁的监测。在采用影子通行费办法来发展新公路项目的一些国家，订约当局支付给特许公司的款项主要是按以车辆英里数为衡量标准的实际交通流量来计算的。似可规定，在公路开始通车之前并不支付款项，借以刺激尽快开通道路。与此同时，人们又发现最好是在特许期内按实际交通量计算应付款项。这种制度使特许公司有理由确保尽量减少公路因可能进行的修路工程而停用。另一做法是，可以在项目协议中载入一条因修路工程而减少行车道的罚款或损失赔偿条款。特许公司通常需要进行连续的车辆测算，用以计算出每年的车辆公里数，计算结果由订约当局定期核实。一种经略加修改的办法是影子通行费与使用者直接付费的结合。在此种办法中，只有当某一时期交通量降低到原先议定的最低水平以下时，订约当局才支付影子通行费，确保特许公司在运营公路方面得到盈利。

(b) 收购承诺

50. 当独立电厂或其他基础设施所产生的商品或服务可在一段较长时间内交付给一个指定的收购者时，订约当局或另一公共当局常常承担义务按议定的费率购买由特许公司提供的商品和服务。此种合同通常又称为“承购协议”。承购协议常常包括两种办法：按生产能力的利用率付款和按实际消耗单位付款。例如，在一个发电项目中，电力承购协议可定出下述两种收费：

(a) 装机容量收费。此种应付费用并不计及某一付款期的实际产出，而是按生产成本计算，使之足以支付特许公司为筹资建立和维持该项目而引起的固定费用，包括偿还债务和其他经常性供资支出、固定的运营和维持费用加上一定的收益比率。支付装机容量费用办法常常必须遵行某种运行或利用率标准；

(b) 消耗量收费。此种收费办法不是为了补偿特许公司的全部固定费用，而是偿付特许公司为生产和交付某一单位的有关服务或商品(例如一度电)而必需承担的可变成本或边际成本。消耗量收费的计算通常是要补偿特许公司的可变生活成本，例如设施运行时消耗的燃料，水处理费用以及消耗品的费用。可变的付款常常联系着特许公司自己的可变生产成本，

或联系着能合理反映出运行成本变化情况的某一指数。

51. 从特许公司的角度看，装机容量和消耗量收费相结合的办法特别相宜，它可确保在特许公司的商品或服务的输送或分配功能受到垄断时得以收回成本。但是，承购协议中规定的装机容量收费应大致相当于订约当局所能利用的或实际利用的其他发电能力来源。为确保订约当局能得到资金支付承购协议的应付款，似应考虑是否需要事前作出预算安排。为确保承购协议的付款，可由所在国政府或由某一国家或国际担保机构提出一份担保书(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 46 和 47 段)。

E. 担保权益

52. 一般地说，个人财产中的担保权益是使有担保的债权人得到两种权利：一是财产权，使有担保的债权人原则上有权收回财产或让某一第三方将其收回和变卖，二是优先偿付权，在债务人违约时优先从变卖财产的收益中获得偿付。项目融资中的担保安排起到防范性或预防性作用，确保万一某一第三方接管了债务人的业务（例如，由于取消抵押回赎权，陷入破产或直接从债务人手里接管），那么，由于变卖那些资产而得到的收益将首先用来偿还未清偿的贷款。然而，放款人一般会要求获得担保权益，使他们能够取消回赎权，占有项目，加以接管和经营，以便恢复该项目的经济活力，在适当时候重新出售，或者不定期地保持这一项目，不断收取收益。

53. 担保安排在基础设施项目的融资中起着关键作用，尤其是按照“项目融资”方式而组成的融资。针对私人融资基础设施项目的融资文件通常包括两个方面：对与项目有关的有形资产的担保以及对特许公司持有的无形资产的担保。下面将讨论顺利完成担保安排的几项主要要求。然而，应当指出，在某些法律制度中，只有在例外情况和某些特定条件下才允许给放款人某种担保，使其能够接管项目，这种情况和条件是：订立这种担保需要有订约当局的同意；给予担保的目的应当只是为了方便项目的筹资或运行；担保权益不应当影响特许公司承担的义务。这些条件往往由一般法律原则或法律规定提出。订约当局不得通过订约安排予以放弃。

1. 有形资产的担保权益

54. 如果项目资产为公共财产，谈判必要的担保安排以便获得项目所需的融资会面临一些法律障碍。假如特许公司并不拥有财产所有权，在许多法律制度中，它并没有（或只有有限的）权力以此种财产作为抵押。存在这种局限时，为有助于谈判担保安排，仍可在法律中指明对哪些类别的资产可以确立担保权益，或者指明允许确立何种担保权益。在有些法律制度中，特许公司在获得租赁物权益或使用某些财产的权利时，即可根据租赁物权

益或使用权来确立某种担保权益。

55. 此外，在特许权包含有多种公共财产时，例如一家铁路公司除有权使用公共设施外，还得到了毗邻土地的所有权（不仅仅是使用权），也可确立担保权益。对于订约当局所拥有的或别人必须移交给它的资产，或者订约当局根据合同有权选择购买的资产（见第 28 段），如有可能确立任何形式的担保权益，法律可要求订约当局给予认可，以便特许公司确立此种担保权益。

2. 无形资产的担保权益

56. 一个基础设施项目中的主要无形资产就是特许权本身，亦即特许公司得以运营该基础设施或提供有关服务的权利。在多数法律制度中，特许权意味着持有此种权利者有权操纵整个项目，特许权持有人可得到项目产生的收入。因此，特许权的价值甚至超过了一个项目所涉全部有形资产的总价值。由于特许权持有人通常有权占有和处置全部项目资产（可能的例外是某些资产为其他当事方所拥有，例如由特许公司拥有的公共财产），特许权通常包括现有的以及未来的资产，包括有形和无形性质的资产。因此，放款人会把特许权看作是与特许公司谈判担保安排的一个重要组成部分。以特许权本身作抵押对于特许公司和放款人都会有多种实际好处，尤其是某些法律制度并不允许以某一公司的全部资产作担保抵押，或一般情况下并不承认非占有性的担保权益（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 10-16 段）。这些好处包括：免得对项目资产逐一确立单独的担保权益，使特许公司得以按照通常的商业惯例继续处理那些资产，使得有可能抵押某些资产而无须把资产的实际占有权转给债权人。此外，以特许权作抵押还可使放款人在一旦特许公司违约时避免终止项目，只需把特许权接过来，再作出安排，就可让另一个特许公司继续实施该项目。因此，以特许权作抵押实际上是很好地补充或在某些情况下替代放款人与订约当局之间有关放款人介入权利的直接协议（见第 147-150 段）。

57. 然而，在某些法律制度中，如果法律上没有明文规定，以特许权作抵押会遇到障碍。按照某些法律制度，能够确立担保权益的资产必须是提供担保者可以自由转让的资产。由于基础设施的运营权在得不到订约当局的同意时，在多数情况下是不能转让的（见第 62 和 63 段），因而在某些法律制度中，特许公司不可能对特许权本身确立担保权益。有些法系的法域最新颁布的法律已经消除了该障碍，创立了一种特别的担保权益，有时把它称之为“*hipoteca de concesión de obra pública*”或称为“*prenda de concesión de obra pública*”（“公共工程特许权抵押”或“以公共工程特许权为抵押”），一般来说，它可使放款人得到一种涵盖项目协议中给予特许公司的所有权利的、可以强制执行的担保权益。然而，为了保护公共利益，法律规定放款人为执行此种权利而采取的任何措施，必需得到订约当局的同意，其条件应载入订约当局与放款人签订的协议之内。某些英美法系的

法域采取了一种略有限制的办法，它区分开两种权利，一种是不可转让的权利，亦即按照政府颁发的许可证从事某一活动的权利（亦即由于许可证而产生的“公共权利”），一种是索取许可证持有人所得收益的权利（亦即后者根据许可证得到的“私人权利”）。

3. 贸易应收款的担保权益

58. 私人融资基础设施项目中一般给予的另一种担保形式是向放款人转让与特许公司的用户签订的合同所产生的收益。这些收益可以包括单一合同的收益（例如配电实体购买电力的承诺），也可以包括许多个交易的收益（例如每月煤气或水费付款）。这些收益一般包括因公众使用基础设施而向公众收取的费率（例如收费公路上的收费），或者消费者因使用特许公司提供的商品和服务而支付的价格（例如电费）。它们还可能包括附属特许权的收益。这种类型的担保是与放款人谈判的融资安排中的一项典型内容，贷款协议常常要求基础设施项目的收益存入由放款人指定的受托人所管理的暂存银行帐户。这种机制在特许公司发放债券和其他流通票据方面也可以起重要作用。

59. 贸易应收款担保在涉及投放债券和其他流通票据的融资安排中起着重要作用。那些票据可以由特许公司自己发行，在这种情况下，购买了证券的投资者便成了它的债权人，或者也可以由某一第三方发行，把项目的应收款通过所谓的“证券化”机制转让给该第三方。证券化涉及创立金融证券，由项目的持续收入作保证，对该证券还本付息。证券化交易通常涉及建立一个与特许公司完全分开的法人实体，专门从事使资产或应收款证券化的业务。这一法人实体常常称为“专门媒介”。特许公司将其项目应收款转让给专门媒介，然后由专门媒介向投资人发行带利息的票据，以项目应收款作为后盾。证券化债券持有人因而有权获取特许公司同其客户的交易所产生的收益。特许公司向顾客收取费用，然后把款项转给专门媒介，再由专门媒介将之转给证券化债券持有人。有些国家的最新立法明确承认特许公司有权将项目应收款让给专门媒介，由它掌握和管理信托应收款，使项目债权人获益。为保护债券持有人不致因特许公司的破产而受损害，似宜采取必要的立法措施，使特许公司和专门媒介在法律各自分开。

60. 在大多数情况下，由特许公司一个个确定向债权人转让的应收款并不确实可行。在项目融资中，转让应收款采取的形式一般是成批转让未来应收款。好些法律制度最近的国内立法中都列入了法律规定，承认特许公司有权抵押基础设施项目的收益。然而，在不少法律制度中对于成批转让应收款和未来应收款的有效性可能还相当不明确。因此，应当确保关于担保权益的国内立法不妨碍当事方能够有效地转让贸易应收款以便获得项目所需的资金（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 10-16 段）。

4. 项目公司的担保权益

61. 在未经订约当局同意不得转让或转移特许权的情况下（见第 62 和 63 段），法律有时禁止就项目公司的股份设置物权担保。但应指出的是，以项目公司的股份作担保是放款人在项目融资交易中通常要求的一种担保，因此，对设立此种担保一律加以禁止也许会限制项目公司为项目筹措资金的能力。因此，如同其他形式的担保一样，较好的做法是法律上允许特许公司的股东设立此种担保，但如果项目公司中股份资本的转移必须报请批准的话，此种担保也必须得到订约当局的事先批准（见第 64-68 段）。

F. 特许权的转让

62. 特许权是根据特许公司的具体资格和可靠程度授予的，而且多数法律制度中都规定不得自由转让特许权。因此，国内法往往禁止在未经订约当局同意的情况下转让特许权。这种限制目的在于确保订约当局对基础设施运营人或公共服务提供者的资格严加控制。

63. 有些国家认为还应在法律中提及可对到期前的特许权的转让予以核准的条件，例如新的特许公司应接受项目协议中所规定的一切义务；提出新的特许公司为提供服务所需具备的技术和财务能力方面的证据。这种类型的一般性立法规定还可以项目协议中的具体规定作为补充，在项目协议中列出这些限制的范围以及订约当局可给予同意的条件。然而，应当指出，这些限制一般施加于特许公司自愿转让其权利；它并不排除在订约当局同意的情况下，为避免由于特许公司严重违约而终止特许权，而将特许权强制转让给放款人指定的一个实体（另见第 147-150 段）。

G. 项目公司控制权益的转让

64. 订约当局可能关心要使原有的中标财团成员在整个项目期内一直保持其对项目的承诺，对于项目公司的有效控制不会转到订约当局并不了解的另一一些实体手中。为实施基础设施而选择特许公司至少部分地是根据其对于该类型项目的经验和能力来选定的（见第三章，“特许公司的选定”，第 38-40 段）。因此，订约当局会担心，如果特许公司的股东们完全可以随便转移其在某一项目的投资，则无法保证将来由谁提供有关的服务。

65. 订约当局也许满足于某一参与投标的联营集团在投标初期显示的经验或满足于由联营集团及其分包人的母公司所提供的履约保证。但是，这种满足实际上只是得自特许公司各股东的表面专门知识，不应过份强调。如果为实施项目而另外建立一个法人实体，如果常见的那样（见第 12 段），那么，万一项目遇到了麻烦，股东们的支持也许只限于其各自的最高限制责任。因此，对投资转让的限制，其本身并非抵御特许公司不履行合同

风险的充分保障。特别是，这些限制并不能代替项目协议所规定的适当补救措施，例如监督所提供服务的水平（见第 147-150 段），或发生不能令人满意的情况时终止合同而不给予金额补偿（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 44 和 45 段）。

66. 除上述以外，对转移公共服务公司股份的限制还会给订约当局造成某些不利。如同前面所指出的（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54-67 段），目前可以从不同投资者那里得到多种多样的融资，风险各不相同，回报率也不一样。初始的投资者，例如建筑公司和设备供应商，将会力图在较高风险中争取获得较高回报，但随后的投资者会宁愿获得较少回报而承受较低的风险。初始投资者多数只拥有一定的资源，需短期实现资本回收以便再参与新的项目。因此，那些投资者可能不愿意把资本固定在长期项目之上。在建筑期终了时，初始投资者也许想把他们的股权转售给另一个并不要求高额回报的股本提供者。在惯例比较稳定后，就可进行另一次再筹资。但是，如果由于基础设施项目中股份的可转让性受到制约，投资者对于项目开发的投资和再投资能力就受到限制，在此情况下，就可能使筹资的费用升高。在某些情况下，也许根本不可能为某一项目筹到资金，因有些投资者也许不愿意参与投资，而他们的参与也许对于项目的实施具关键作用。从长远看，如果投资者转移其在私人融资基础设施项目中的利益的自由受到不必要的限制，要发展一个公共基础设施的投资市场将会受到影响。

67. 由于上述原因，对于转让项目公司控制权益的限制最好只局限于某一段时间（例如项目协议生效后若干年）或某些特殊情况，即出于公共利益的原因需要施加这种限制。例如，会有这么一种情形，即特许公司拥有公共财产或者得到了政府的贷款、补贴、股本或其他形式的直接政府支持。在此种情况下，订约当局对于妥当使用公共资金的责任要求得到保证，确信那些资金和资产托付给一个可靠的公司，而由初始的投资者在一段合理的时限内仍然承担责任。有理由对特许公司的股份转让施加限制的另一种情况是，订约当局出于某种利益，需防止把股份转给某些特定的投资者。例如，订约当局也许希望控制购买公共服务提供者的控股，以避免在自由化的部门中形成寡头垄断或垄断局面。或者，如果是诈骗了政府部分财产的公司，也许不应该再让它转给另一家公司，重新获取补贴。

68. 对于这些例外的情况，最好是要求初始的投资者在转让他们的股权之前，先应获得订约当局的同意。应在项目协议中写明，此种同意不得无理地拒绝或过份拖延。为了提高透明度，还似宜提出可以取消批准的理由，并要求订约当局在每次拒绝批准时都具体陈述理由。施加此种限制的合宜时限，是项目的某一特定阶段还是整个特许期，也许应视具体情况逐个加以考虑。在某些项目中，也许可以在设施完工之后即放松此种限制。还可以在项目协议中明确指明，如果有此种限制的话，它是否适用于特许公司中任何股份的转让，或者订约当局的关切只侧重于某一特定投资者（例如某一建筑公司或是设施的设计者），所施加的限制只在建筑阶段有效，或延续更长一段时间。

H. 建筑工程

69. 购买建筑工程的订约当局一般是建筑合同中的雇主，拥有广泛的监测和检查权利，包括审查建筑项目和要求对其进行修改、密切跟踪建筑工程和施工时间表、检查和正式验收竣工工程并对设施运营给予最后审批的权利。

70. 另一方面，在许多私人融资基础设施项目中，订约当局可能愿意向特许公司转让这种责任。订约当局不承担管理项目细节的直接责任，可能更愿把这种责任移交给特许公司，要求特许公司承担建筑工程按时竣工的全部责任。特许公司也想确保项目按时竣工和不致超出费用概算，并且一般将谈判包括建筑承包商履约担保在内的固定价格、固定时间的启钥合同。因此，在私人融资基础设施项目中，大部分情况下正是特许公司履行建筑合同中通常由雇主履行的职责。

71. 因此，关于私人融资基础设施的建设的法律规定，在某些国家局限于笼统地规定特许公司按照项目协议的条款履行公共工程的义务并给予订约当局监测工程进度的笼统权利，以确保工程符合协议的条款。在这些国家，较详细的条款可在项目协议中加以规定。

1. 建筑设计的审查和批准

72. 如果感到有必要在立法上处理建筑工程和有关问题，最好制订出有助于将竣工时间和施工费用保持在估计数之内并降低特许公司和有关政府机构之间发生争端的可能性的程序。例如，如果法律规定要求订约当局审查和批准建筑项目，项目协议应规定审查建筑项目的最后期限，并规定如果在有关期限内订约当局没有提出异议，即被认为获得批准了。也许还可在项目协议中规定订约当局可提出异议或要求修改项目的理由，例如安全、防卫、保安、环境问题或不符合技术规范。

2. 项目条款的变动

73. 在建设基础设施过程中，常常出现一些情况，有必要或最好改变建筑工程的某些方面。因此，订约当局似宜保留在施工的范围、工程使用设备或材料的技术特性或按照技术标准提供所需的建筑服务方面作出一些改变的权利。这些改变在本《指南》中称为“变动”。本《指南》中使用的“变动”一词并不包括由于成本变化或货币波动而调整或修订费率（见第 39-44 段）。同样，在情况发生重大变化时重新谈判项目协议（见第 126-130 段）在本《指南》中并不视为变动。

74. 鉴于大多数基础设施项目的复杂性，不可能排除变动项目的建筑标准和其他要求的必要性。不过，这些变动常常导致执行项目或提供公共服务的推迟；还可能使特许公司履行项目协议更加繁重。而且，广泛的变动

要求在费用上可能超出特许公司自己的财力，因而要求增加大量资金，而这些资金又无法以可接受的成本获得。因此，订约当局最好考虑控制可能需要变动的措施。订约当局进行的可行性研究和在挑选过程中提供的标准（见第三章，“特许公司的选定”，第 61 和 64-66 段）的质量在避免随后改变项目方面发挥着重要作用。

75. 项目协议应当阐明订约当局可以要求变动建筑标准的具体条件和酌情付给特许公司的赔偿费，用以弥补执行变动引起的额外费用和迟延。项目协议应澄清特许公司在多大程度上有义务作出这些变动及特许公司是否可以反对作出变动，如果可以的话，依据什么理由。按照一些法律制度中的合同惯例，当所涉修改引起的额外费用超过设定的最高限度金额时，特许公司即可解除其义务。

76. 大型建筑合同中采用过各种处理变动的合同方法，以确定承包商对实施变化承担多大的义务以及对合同价款或合同期限作必要的调整。经适当变通后，这些解决办法可用来处理订约当局根据项目协议而谋求的变动。¹ 不过，应当指出，在基础设施特许权中，付给项目公司的钱包括用户费或设施产出的价格，而不是建筑工程的总价格。因此，基础设施特许权中所采用的补偿办法有时包括从一次总付到提高费率或延长特许期各种办法的组合。例如，可能有些改变造成的费用增加是特许公司或许能够自己消化或弥补的以及酌情通过调整费率或付款机制来摊还的。如果特许公司本身已无能力再筹资或供资，当事各方似宜考虑一次总付，作为昂贵而复杂的再融资结构的一种替代办法。

3. 订约当局的监督权力

77. 在有些法律制度中，购买建筑工程的公共当局通常保留由于公众利益原因而命令暂停或中断工程的权力。不过，为了使潜在投资者感到放心，需要限制这种干预的可能性，并规定考虑到导致要求暂停或中断工程的情况，这种中断不得超过必需的期限或必要的范围。可能还需要议定此种暂停的最长期限并规定给予特许公司适当的补偿。另外，可以提供担保以确保支付赔偿或者补偿特许公司因暂停项目而造成的损失（另见第二章，“项目风险和政府支助”，第 48-50 段）。

78. 在某些法律制度中，供在提供某些公共服务中使用而建造的设施在施工结束后成为公共财产（见第 24 段）。在这种情况下，法律常常要求所建成的设施由订约当局或另一个公共当局正式接收。一般只有在检查了所建成的设

¹ 关于综合工厂建筑合同中采用的方法和可能的解决办法的讨论，见《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》（联合国出版物，出售品编号：C.87.V.10），第二十三章，“变动条款”。

施和进行了令人满意的必要的试验以确定该设施能够运行且满足有关标准和技术与安全要求之后，才正式接收。即使在不要求订约当局正式接收的情况下（例如设施仍然是特许公司的财产），也常常需要就订约当局最后检查和批准建筑工程订立规定，以便确保工程符合健康、安全、建造或劳工条例。项目协议应详细说明已竣工设施竣工测试或检查的性质；测试时间表（例如，可能较宜在某一阶段内进行局部试验而不是在竣工时进行一次性试验）；未通过试验的后果及安排用于试验的资源 and 支付相应费用的责任。在一些国家，人们发现这样做是有益的：在订约当局最后批准之前准许设施临时运行，以便能提供一次机会使特许公司可以纠正在这个时候发现的一些缺陷。

4. 保证期

79. 与特许公司谈成的建筑合同一般规定质量保证，即承包商对工程中的缺陷以及与工程一起提供的技术文件中的不确或不足之处承担赔偿责任，但合理的例外除外（例如正常的损耗或特许公司维修或运行不当）。还可以根据适用法从法律规定或一般法律原则中推导出其他赔偿责任，例如在某些法律制度中对工程中的结构缺陷规定特别长的赔偿责任期。项目协议应当规定订约当局最后批准或接收设施并不解除建筑合同和适用法中可能规定的建筑承包商对工程缺陷和技术文件中的不确或不足之处所负的任何赔偿责任。

I. 基础设施的运营

80. 运营和维护设施的条件，以及质量和安全标准，常常在法律中规定并在项目协议中详细说明。此外，特别是在电、水及卫生和公共运输领域，订约当局或一个独立的管理机关可以对设施的运营行使监督职能。详尽讨论基础设施运营条件的法律问题将超出本《指南》的范围。因此，下列段落只简要介绍一些主要问题。

81. 关于基础设施运营的管理规定和提供公共服务的法律要求目的在于实现与公众有关的各种目标。鉴于基础设施项目通常期限较长，有可能在项目协议有效期内需要改变此类规定和要求。然而，重要的是要牢记私营部门需要一个稳定和可预测的规章制度。改变规章或者频繁地采用新的和更严厉的规则可能对项目的执行产生破坏性影响并影响到其财政维持能力。因此，在当事各方为了抵销随后的规章改变的不利影响而达成合同安排的同时（见第 122-125 段），管理机关应当谨慎稳妥，避免过份的管制或不合理地频繁改变现有规则。

1. 运营标准

82. 公共服务提供者一般必须满足一套技术和服务标准。在大多数情况

下，此种标准太详细，不能在立法中列举，可以载入实施法令、条例或其他文书中。服务标准常常在项目协议中较详细地说明。这些标准包括质量标准，如对水的纯度和压力的要求，进行修理的时间上限；缺陷或投诉数量上限；运输服务的及时进行；供应的连续性；以及卫生、安全和环境标准。然而，法律上可以规定指导制定详细标准的基本原则或要求遵守国际标准。

83. 订约当局一般保留监测项目公司遵守法定运营标准的权力。特许公司将会关注尽可能避免设施运营的中断，保护自己免于承受任何此种中断的后果。它将寻求得到保证，即订约当局行使监测或管制权力不致造成对设施运营不应有的干扰或中断，也不会给特许公司造成不应有的额外费用。

2. 扩展服务

84. 在有些法律制度中，根据一项政府特许权经营向一个社区或地区和其居民提供某些基本服务（例如电、饮用水）的实体有义务提供一个合理充分地满足社区或地区的需求的服务系统。这一义务不仅关系到给予特许权时的历史性需求，而且意味着应与所服务的社区或地区的增长保持同步并按社区或地区合理的可能需求逐步扩展服务。在有些法律制度中，这一义务具有公共责任性质，有关社区或地区的任何居民可以援引执行。在另一些法律制度中，它具有法律或合同义务的性质，根据具体情况订约当局或一个管理机关可以强制执行这一义务。

85. 在某些法律制度中，这一义务并不是绝对的和无限制的。特许公司扩展其服务设施的义务实际上可能取决于各种因素，如扩展的需要和成本及可以预期得到的收益；特许公司的财务状况；进行这种扩展的公众利益；及根据项目协议特许公司在这方面承担的义务范围。在有些法律制度中，特许公司可能有义务扩展其服务设施，即使扩展工程不能立即获利，或者即使由于进行扩展，特许公司的范围可能最终包括无利可图的地区。尽管如此，这一义务还是受到一些限制，即不得要求特许公司进行给特许公司或其消费者带来不合理负担的扩展。视具体情况而定，扩展服务设施的成本可以由特许公司消化、以提价或特别收费的形式转嫁给消费者或最终用户，或者由订约当局或其他公共当局以补贴或补助的形式全部或部分消化。鉴于为评估任何特定扩展项目的合理性，可能需要考虑多种多样的因素，项目协议应当规定在什么情况下要求特许公司进行服务设施的扩展及实现这种扩展的适当融资方法。

3. 服务的连续性

86. 公共服务提供者的另一项义务是确保在大多数情况下连续提供服务，除非发生了狭义的免责事件（另见第 132-134 段）。在有些法律制度中，这一义务具有法定义务的性质，即使在项目协议中没有明文规定，这一义务也适用。在存在着这一规则的法律制度中，这一规则的必然结果是，根据合同

法的一般原则可允许合同当事方暂停或中断履行义务的各种情况（例如经济困难时或另一当事方违约）不能被特许公司援引作为全部或部分暂停或中断提供公共服务的理由。在有些法律制度中，订约当局甚至具有特殊的强制执行权力，在出现非法中断提供服务时强迫特许公司恢复提供服务。

87. 这一义务也服从合理性的一般规则。各种法律制度都承认特许公司有权由于在困难情况下必须提供服务而得到合理的补偿（见第 126-130 段）。而且，在一些法律制度中，认为如果全面运营导致亏损，不可以要求公共服务提供者运营。如果整个公共服务，而非仅仅一个或几个分支或地区不再盈利，特许公司有权得到订约当局的直接补偿，或者有权终止项目协议。不过，终止协议一般要求征得订约当局的同意或者需要作出司法裁决。在允许这种解决办法的法律制度中，最好在项目协议中具体列明有理由暂停服务甚至免除特许公司在项目协议下的义务的特殊情况（另见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 34 段）。

4. 平等对待消费者或用户

88. 在一些法域内，向一般公众提供某些服务的实体有特定的义务确保按照基本相同的条件向所有同类用户和消费者提供服务。不过，这些法律制度认可基于对消费者和用户作合理和客观分类的区别对待，只要在类似情况下从事类似业务向消费者和用户类似的服务。因此，向不同类别的用户收取不同价格或提供不同服务的条件（例如一方面是居民消费者，另一方面是商业或工业消费者）可能不违背平等对待的原则，前提是这种区分是基于客观标准，符合消费者的情况或向他们提供服务的条件的实际区别。尽管如此，如果收费或其他服务条件的差异是以服务的实际差异为依据（例如，在高峰消费期间收费高），一般这种差异必须与金额差异相当。

89. 除了特许公司自己规定的区分外，对某些用户或消费者的不同待遇可能是立法行动的结果。在许多国家，法律要求必须以特别优惠的条件向某些类别的用户和消费者提供某些服务（例如对学生或老年公民的折价运输；或对低收入或农村用户降低水费或电费）。公共服务提供者可以通过多种方式补偿这些服务负担或费用，包括通过政府补贴、通过为在所有公共服务提供者中间分担这些财政负担而建立的基金或其它官方机制、或者通过盈利更高的服务的内部交叉补贴（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 42-44 段）。

5. 连接和进入基础设施网络

90. 在铁路运输、电信或供电或供气等部门中经营基础设施网络的公司有时被要求允许其他公司进入网络。这一要求可以在项目协议中规定，也可以在具体部门的法律或条例中规定。在某些基础设施部门，规定此种连接和进入要求，作为对某一部门结构改革的补充，在另一些部门，规定这

些要求目的在于促进仍然完全或部分封闭的部门的竞争(关于市场结构问题的简要讨论,见“导言和背景资料”,第21-46段)。

91. 常常要求网络经营者以从财务和技术上公平和不歧视的条件提供准入机会。不歧视指新的入网者或服务提供者应能够以不次于网络经营者给予自己网点或与之竞争的服务网点的条件使用网络经营者的基础设施。然而,应当指出,例如,许多管道准入体制不要求对运输公司和对方的用户采用完全平等的条件。准入义务可能仅局限于多余的能力或遵行合理的而非平等的条款条件。

92. 尽管入网定价通常以成本为基础,但管理机关常常保留监督入网费率的权利,以确保价格高得足以充分鼓励投资于需要的基础设施,而又低得足以使新的入网者能够以公平条件进行竞争。如果网络经营者与其他服务提供者竞相提供服务,可能要求从会计角度使其活动分开,以便确定第三方使用网络或部分网络的实际成本。

93. 技术准入条件可能同样重要,可要求网络经营者改进其网络以满足新的入网者的准入要求。准入可以是准入整个网络或者是准入网络具有垄断性质的部分或分段(有时称为瓶颈或必需设施)。许多国家政府允许服务提供者建立自己的基础设施或者在有可替代的基础设施时使用这些基础设施;在这些情况下,服务提供者只需要进入网络的一小部分,根据许多条例,不得强迫服务提供者支付多于它使用所需具体设施的相应费用;例如,电信中的当地环路、供电中的输电能力或使用铁路的一个区段。

6. 信息披露要求

94. 许多国内法规定公共服务提供者有义务向管理机关提供准确和及时的业务信息,并赋予管理机关具体的执法权。这些权利可能包括查询和审计,包括详细的业绩和守法审计,对不合作公司实施制裁;及要求披露信息的强制令或处罚程序。

95. 通常要求公共服务提供者保存和向管理机关披露其财务帐目和报表,并建立详细的成本核算,使管理机关得以分别跟踪公司业务活动的各个方面。特许公司和附属公司之间的财务交易也需要详细审查,因为特许公司可能试图向不受管制的企业或外国附属公司转移利润。可能对基础设施经营者有详细的技术和业绩报告要求。不过,重要的是对要求基础设施经营者提交的信息的范围和类型确定合理的限度。而且,应采取适当的措施为特许公司及其附属公司可能提交给管理机关的任何专有信息保守机密。

7. 特许公司的执行权力

96. 在授予提供公共服务的特许权方面已形成传统的国家,特许公司可能

有权利为便利提供服务而订立规则（例如用户说明书或安全规则），采取合理的措施来保证这些规则得到遵守，并在出现紧急情况时或出于安全原因而中止提供服务。为此目的，可能在大多数法律制度中都需要有一般的立法授权或者甚至立法机关的特别授权。但是，授予特许公司的权力的范围通常在项目协议中确定，不需要在立法中详细规定。最好规定由特许公司颁布的规则应酌情在管理机关或订约当局批准后即生效。不过，批准特许公司所建议的经营规则的权利不应是武断的，特许公司应有权就拒绝批准拟议规则的裁决提出上诉（另见第一章，“一般性立法和体制框架”，第 49 和 50 段）。

97. 对于特许公司特别重要的问题是能否对不遵守规章或有违约行为的用户中断提供服务。尽管特许公司有确保连续提供服务的一般义务（见第 86 和 87 段），但许多法律制度承认提供公共服务的实体可以制定和强制执行对没有付款或严重违反使用服务条件的消费者或用户停止服务的规则。这样做的权力常常被认为对于防止滥用和确保服务的经济可行性至关重要。不过，鉴于某些公共服务是人们所必需的，在有些法律制度中这一权力可能需要法律依据。另外，对于行使这一权力，可能有许多明示或暗示的限制或条件，如特别通知要求和消费者特定补救措施。其他限制和条件可能来自适用于一般的消费者保护规则（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 45 和 46 段）。

J. 一般合同安排

98. 本节讨论某些合同安排，这些安排一般出现在各个部门的项目协议中，并常常在国内订约当局所使用的标准合同条款中得到反映。虽然本节讨论的这些安排基本上属于合同性质，但视所在国的具体法律制度，它们可能对所在国的立法有某些重要的影响。

1. 分包

99. 鉴于基础设施项目的复杂性，特许公司一般会保持一家或几家建筑承包商的服务以进行项目协议下的一些或大部分建筑工程。特许公司也想在项目的运营阶段保留具有经营和维护基础设施经验的承包商的服务。一些国家的法律总体上承认特许公司为执行建筑工程而订立必要合同的权利。在政府承包方不能随便授予分包合同的国家，承认特许公司分包权力的法律规定可能尤其有用。

(a) 分包商的选择

100. 一些国家的法律规定公共服务提供者须采用招标和类似程序授予分包合同，限制特许公司雇用分包商的自由。在基础设施主要或完全由政府经营，几乎没有或仅有少量私营部门投资时，往往采用此类法律规则。此种法律规则的目的是确保在使用公共资金时经济、高效、廉正和有透明度。

不过，在私人融资基础设施项目中，这些规定可能妨碍潜在投资者参与，因为项目主办人一般包括工程和建筑公司，它们参与项目就是指望会获得执行建筑和其他工程的主要合同。

101. 然而，特许公司挑选分包商的自由不是无限的。在一些国家，特许公司在其投标书中必须确定将要保留的承包商，包括关于其技术能力和资信地位的资料。其他国家或者要求在订立项目协议时提供这种资料或者要求这些合同需得到订约当局的事先审查和批准。这些规定的目的是避免项目公司及其股东之间可能的利益冲突，通常放款人也关心这一点，放款人可能希望确保项目公司的承包商不致获利过高。在任何情况下，如果认为订约当局有权审查和批准项目公司的分包合同，项目协议应明确规定这种审查和批准程序的目的和订约当局可以不予批准的具体情况。作为一般规则，除非发现分包合同载有明显违反公众利益（例如规定付给分包商过多的钱或对责任的不合理限制）或者明显违反所在国适用于执行私人融资基础设施项目的公法性质的强制规定，一般情况下不应不予批准。

(b) 管辖法律

102. 特许公司及其承包商常常选择他们熟悉的，而且他们认为适用于其合同所涉问题的法律。根据合同的种类会产生关于管辖法律条款的不同问题。例如，可能与外国公司签订设备供应合同和其他合同，签约双方可能希望选择它们知道的法律，以便为例如设备故障或设备不符合要求等问题提供一种适当的担保体制。而特许公司则可能同意对其与当地客户签订的合同适用所在国的法律。

103. 专门针对私人融资基础设施项目的国内法很少载有管辖特许公司签订的合同的条款。实际上，多数国家认为并没有令人信服的理由对适用特许公司与其承包商之间的合同的法律作出专门规定，而宁愿按合同中的法律选择条款或国际私法适用规则解决这个问题。然而，应当指出，在某些法律制度中，为合同和其他法律关系选择适用法律的自由要按照国际私法规则或所在国的某些公法规则受制于一定的条件和限制。例如，某些区域经济一体化协议的当事国有义务颁布相互协调的国际私法规则来处理公共服务提供者与其承包商之间的合同问题。虽然国际私法规则常常允许在选择管辖商务合同的法律方面有相当大的自由度，但在某些国家，当合同和法律关系不能确定为商务合同和商务关系时，例如所在国公共当局订立的某些合同（例如政府的保证和担保，公共当局关于购买电力或供应燃料的承诺）或与消费者的合同，这种自由就受到限制。

104. 在有些情况下，国内立法中已经酌情作出规定，明确说明特许公司与其承包商之间签订的合同受私法管辖，承包商不是订约当局的代理人。此类规定在有些国家可能会产生一些实际后果，如订约当局对分包商的行为不负附带赔偿责任，或者负责的公共实体没有义务对分包商的雇员与工

作有关的伤病和死亡进行赔偿。

2. 对用户和第三方的赔偿责任

105. 基础设施施工或运行如果有缺陷可能会造成特许公司的雇员、设施的用户和其他第三方的人身伤亡或者财产损失。出现这种情况时，向第三方支付损害赔偿问题是复杂的，可能不受适用于项目协议的关于合同赔偿责任的适用法律规则的管辖，而是受关于合同外赔偿责任的适用法律规则的管辖，而这种法律规则常常是强制性的。另外，在某些法律制度中，还有管辖公共当局合同外赔偿责任的特别强制性规则，订约当局可能受制于这种规则。再则，项目协议不能限制特许公司或订约当局赔偿非项目协议当事方的第三方的赔偿责任限额。因此，订约当局和特许公司似宜规定如何相互分摊因对第三方造成人身伤亡或财产损坏而应对第三方支付损害赔偿风险，但这种分摊须不受强制性规则的管辖。当事各方还似宜规定对这种风险进行保险（见第 119 和 120 段）。

106. 如果第三方因设施的施工和运行受到人身伤害或其财产受到损害，而向订约当局提出索赔，法律可能规定对这种情况应仅由特许公司负所有责任，订约当局不应就第三方的这种索赔要求负任何赔偿责任，但因订约当局严重违约或轻率所造成的损害除外。可能似宜特别规定，订约当局批准设施的设计或标准或者订约当局接收建筑工程或最后授权设施投入运行供公众使用，并不使订约当局对该设施的用户或其他第三方因设施的施工或运行或者所批准的设计或标准不当而受的损害负任何赔偿责任。另外，由于根据适用法律也许不能对第三方执行关于分摊赔偿责任的规定，项目协议似宜规定在由第三方因基础设施的施工或运行受到人身伤害或财产损害而提出赔偿要求时，订约当局应受到保护，免予受罚。

107. 项目协议还应当规定当事各方应当相互通报对他们提出的和预期会提出的、而订约当局又有权受到免除的索赔要求或程序，并在受理这种程序的国家法律许可的范围内，在抗辩这种索赔要求或程序方面相互提供合理的协助。

3. 履约担保和保险

108. 在特许公司的义务之外，常常还须提供某种形式的履约担保和针对若干风险的保险。一些国家的法律一般要求特许公司提供适当的履约担保，并要求这件事在项目协议中更详细地规定。在其他国家，法律载有更详细的规定，例如要求按基本投资的某一百分比提供某一类别的担保。

(a) 履约担保的类型、功能和性质

109. 履约担保一般有两种类型。一种类型是货币履约担保，担保人仅许诺万一特许公司没有履约时付给订约当局指定限额的资金以履行特许公司的赔偿责任。货币履约担保可以采取履约保证金、备用信用证或凭要求付款担保。另一类型是履约保证书，担保人选择两种选择办法中的一种：(a) 纠正有缺陷的或完成未完工的建设，或 (b) 让另一家承包商纠正或完成未完工的建设，并赔偿订约当局由于未履约而蒙受的损失。这种许诺的价值限于规定的金额或合同价值的某一百分比。根据履约保证书，担保人也常常可以选择仅通过给订约当局付款而解除其义务。履约保证书一般由专业担保机构，如担保公司和保险公司提供。一种特殊的履约保证书是维护保证书，这种保证书保护订约当局不致因将来在启动或维护期间可能出现的故障而蒙受损失，担保完工后担保期内的任何修理或维护工作将由特许公司及时完成。

110. 关于履约担保的性质，它们一般可分为独立担保和附属担保。如果担保人的义务独立于特许公司在项目协议下的义务，其担保称为“独立”担保。根据独立担保（常称为一索即付担保）或备用信用证，担保人或开证人有义务在受益人要求时付款，如果后者出示担保书或备用信用证中规定的凭据，它有权获得担保书所述的款项，此种凭据可以只是受益人关于承包商没有履约的一项声明。担保人或开证人无权以事实上没有不履行主合同为理由不付款；不过，根据适用于该文书的法律，在非常例外和严格定义的情况下可以拒绝或限制付款（例如，当受益人的要求有明显欺诈时）。相比之下，如果担保人的义务不仅仅是检查付款的书面要求，而必须评估承包商没有履行工程合同的赔偿责任的证据，此种担保即为附属担保。不同担保的连带关系的性质可能有所不同，可能包括在仲裁程序中需要证明承包商的赔偿责任。依其性质而言，履约保证书具有附属于主合同的性质。

(b) 各类履约担保的利弊

111. 从订约当局的角度来看，货币履约担保对于支付因特许公司拖延或违约而引起订约当局额外费用也许特别有用。货币履约担保还可用作给特许公司施加压力使其根据项目协议的要求按时完成施工和履行其他义务的一个手段。不过，这些担保的金额一般只是所担保的义务的经济价值的一小部分，常常不足以支付雇用第三方代替特许公司或其承包商履约的费用。

112. 从订约当局的角度来看，一索即付担保的好处是确保无需出示承包商未履约或受益人损失程度的证据即可得到担保的付款。另外，提供货币履约担保的担保人，特别是银行，更喜欢一索即付担保，因为产生付款责任的条件很明确，因此，担保人不会卷入到订约当局和特许公司是否存在着未履行项目协议情况的争端。银行签发一索即付担保的另一个好处是有可能通过直接利用特许公司的资产迅速、高效地收回在一索即付担保下支付的款项。

113. 一索即付担保或备用信用证对于订约当局的不利之处是这些文书可能增加项目总成本,因为特许公司通常有义务获得和留出付给开具一索即付担保或备用信用证机构的大额反担保。还有,提供这种担保的特许公司可能希望取得订约当局针对事实上特许公司没有不履约时索取担保或备用信用证下款项的风险的保险,这笔保险的费用也包括在项目成本中。特许公司也可能在项目成本中包括它可能需要对订约当局提出任何诉讼以获得偿还不正当付款要求的潜在成本。

114. 一索即付担保或备用信用证对于特许公司的不利之处是,如果特许公司没有不履约而订约当局索取了担保款项,特许公司可能在担保人或信用证开证人向订约当局付款后须承受用特许公司的资产偿还付款的直接损失。特许公司在向订约当局追回不当索赔款项时还可能遇到困难和拖延。

115. 附属担保的条款常常要求受益人证明承包商没有履约,及受益人所受损失的程度。另外,如果债务人被控告没有履约,他可以用的抗辩理由担保人也都可以用。因此,当订约当局根据保证书提出索赔时,订约当局可能面临着持久的争端这一风险。实际上,可以减少这种风险,例如可以规定凭保证书提出索赔要求时须依照国际商会拟订的《合同保证书统一规则》第 7(j)(-)条所规定的那种程序。² 该统一规则第 7(j)(-)条规定,尽管委托人和受益人对合同的履行或任何合同义务有任何争端或分歧,一旦由第三方(可以是一独立建筑师、工程师或鉴定人,不受任何限制)如保证书所规定的那样出具违约证明,而且这种证明或其经过验证的副本送达担保人,就应视为违约业经确定,应当根据合同保证书支付赔偿金。如果采用这种程序,订约当局可以有权根据合同保证书获得赔偿金,哪怕特许公司对它获得赔偿金的权利有异议。

116. 不过,作为担保人承受较小风险的反映,担保人赔偿责任的货币限额可能大大高于一索即付担保下的限额,相当于项目协议下工程的较大百分比。如果订约当局不能方便地自己安排纠正缺陷或完成建筑工程本身,而需要第三方安排纠正或完成,履约保证书也可能有好处。然而,如果建筑工程涉及使用只有特许公司掌握的技术,由第三方进行纠正或完成可能是行不通的,与货币履约保证相比,履约保证书可能没有最后提到的好处。对于特许公司来说,附属担保的好处是保留特许公司的借款权力,因为附属担保与一索即付担保和备用信用证不同,不影响特许公司在放款人那里的信贷额度。

117. 由以上考虑可认为,不同类型的担保对特许公司承担的不同义务可能有益。尽管要求特许公司提供适当的履约担保是有益的,但最好由当事各方确定需要担保的范围及对于特许公司承担的各种义务应提供哪种担保,而不是在法律上只要求一种形式的担保而排除其他形式的担保。应当指出,项目公司自己将要求其承包商提供一系列履约担保(见第 6 段),以

² 合同保证书统一规则的案文转载于 A/CN.9/459/Add.1 号文件。

订约当局为受益人的额外担保通常会提高项目的总成本和复杂程度。在有些国家，对国内订约当局提供的实用指导建议它们认真考虑是否要求担保和在什么情况下要求提供、应担保哪些具体风险或损失和在每一事例中哪一类担保最适合。确定的担保金额过高可能影响项目公司为项目筹资的能力。

(c) 担保的期限

118. 私人融资基础设施项目的一个特殊问题涉及担保的期限。订约当局也许想获得在项目整个使用寿命期间保持有效的履约担保，既包括建设阶段又包括运营阶段。然而，鉴于基础设施项目期限长和在评估可能产生的各种风险方面有困难，担保人开具项目整个期限的履约保证书或为其在履约保证书下的义务购买再保险可能会有问题。在实践中，按照规定，不续签履约保证书即构成要求付款的理由，使这一问题更加复杂，因此，只允许项目公司提供较短期限的保证书可能不是一个令人满意的解决办法。某些国家使用的一个可能办法是要求分别为施工阶段和运营阶段提供保证书，从而可以更好地评估风险和再保险的可能性。可以通过精确确定运营阶段要承保的风险来加强这一制度，以便更好地评估风险和减少保证书的总金额。订约当局要考虑的一个可能是要求提供特定重要时期、而不是整个项目使用期的履约保证书。例如，也许需要有施工阶段的保证书，这一保证书持续到竣工后的适当期限，以便包括以后可能出现的缺陷。然后，这一保证书可酌情由运营若干年的履约保证书来代替，以便项目公司证明其根据规定标准经营设施的能力。如果项目公司的履约情况证明令人满意，可以放弃运营阶段剩余时间的保证书要求，直到特许期结束前的一定时期，此时可能要求项目公司再安排一份保证书，担保其履行移交资产和有序地清理项目的其他措施的义务（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 50-62 段）。

(d) 保险安排

119. 私人融资基础设施项目的保险安排一般根据其所适用的阶段而不同，某一项目阶段只购买一定类别的保险。一些保险形式，如营业中断保险，可能是特许公司为自己的利益购买的，而其他形式的保险可能是所在国法律的要求。法律常常要求的保险形式包括设施损坏保险、第三方责任保险、工人赔偿保险、污染和环境损害保险。

120. 所在国法律常常需要规定的强制性保险从一家当地保险公司或允许在该国营业的另一家机构购买，在某些情况下这可能带来若干实际问题。某些国家通常提供的保险类别可能不如国际市场上可买到的标准保险类别那么多，在这种情况下，特许公司仍会承受可能超出其自我保险能力的若干危险。在环境损害保险方面问题特别严重。一些国家可能由于当地保险公司在国际保险和再保险市场上获得再保险的能力有限而产生更多困难。结果，项目公

司往往需要在该国境外购买额外保险，以致提高了项目融资的总成本。

4. 条件变化

121. 私人融资基础设施项目通常持续很长时期，在这段时期内许多与项目有关的情况可能发生变化。可以在项目协议中涉及这些变化的影响，要么通过例如含有指数化条款的费率结构（见第 39-46 段）等财务安排，要么明文规定由某一方承担某些风险（例如，如果指数化办法中没有考虑燃料或电力的价格，由特许公司消化吸收高于预期的价格）。不过，有些变化可能不易包括在自动调整机制中，或者当事各方可能更愿从这种机制中排除这些变化。从立法观点来看，有两种特殊变化值得特别关注：立法或规章变化和经济条件的意外变化。

(a) 立法和规章的变化

122. 鉴于私人融资基础设施项目的持续期较长，由于适用于其业务的立法会发生不可预见的变化，特许公司在履行其项目协议义务方面可能要花更多的费用。在极端情况下，立法甚至会使特许公司在财务上或实际上不能执行该项目。为了考虑对付立法变化的适当解决办法，似有必要把立法变化划分为两类，一类是对于私人融资基础设施项目或对某一个具体项目有特殊影响的立法变化，另一类也影响到其他经济活动而不只是基础设施运营的一般立法变化。

123. 私营部门和公营部门的所有商业组织一样受到法律变化的影响，一般都要应付这些变化对其商业产生的后果，包括变化对其产品价格和需求的影响。可能的例子也许包括：适用于所有各类资产，不管是由公共部门还是私营部门所有，也不管是否与基础设施项目有关的资本减免税结构的变化；不仅仅是影响基础设施项目而是影响到所有建筑项目的建筑工人的健康和安全的条例；以及危险物品处理的条例的变化。法律的一般变化可以被视为普通企业的风险，而不是特许公司业务所特有的风险，政府可能难以承诺保护基础设施运营者免受此种同样影响其他商业组织的立法变化的经济和财政后果。因此，似乎并无理由要求特许公司不应承受一般立法风险，包括适用于整个商业部门的法律变化导致的成本风险。

124. 尽管如此，重要的是要考虑到特许公司对付或消化一般性立法变化造成的增加成本的能力的可能限制。基础设施运营者常常需遵守服务标准和费率控制机制，这使得它们难于像其他私营公司那样对法律变化作出反应（例如通过提高费率或减少服务）。如果项目协议中规定了费率控制机制，特许公司将酌情寻求订约当局和管理机关的保证，允许它通过提价收回立法变化带来的额外成本。如果不能给予这种保证，最好授权订约当局与特许公司谈判，如果费率控制措施不能全部收回一般性立法变化产生的额外成本，特许公司可有权得到的赔偿。

125. 另一种情况是针对某一项目或某类类似项目或一般地涉及私人融资基础设施项目的特定立法变化使特许公司面临着成本的提高。这种变化不能视为普通的商业风险，而且会大大改变谈判项目协议时所依据的经济和财务假设。因此，订约当局常常同意承担由于针对某一项目或某类类似项目或一般地涉及私人融资基础设施项目的具体立法而带来的成本增加。例如，在高速公路项目中，针对公路项目或公路运营公司或该类私营公路项目的立法可能导致根据项目协议中的有关条款调整费率。

(b) 经济条件的变化

126. 一些法律制度有这样的规则，即如果经济或财务状况发生变化，虽不妨碍某一当事方履行合同义务但使履行这些义务比原来订立义务时预计得要繁重得多，可允许修订项目协议条款。在有些法律制度中，修订协议条款的可能性一般在所有政府合同中默示，或在有关立法中明确规定。

127. 特许公司投资的财务和经济考虑因素是根据基于谈判时的情况所作的假设及当事各方对项目使用期限内这些情况如何发展的合理预期议定的。投标人在拟订财务投标书时通常将考虑到经济和财政参数的预测，有时甚至包括一定幅度的风险（见第三章“特许公司的选定”，第68段）。但是，可能会发生当事各方在谈判项目协议时未能合理预见到的某些事件，当初如考虑到这种事件的话，会造成另行安排风险分配和另行考虑特许公司的投资。鉴于基础设施项目的持续期较长，应当制订机制来处理这种事件的财务和经济影响。一些国家采用修订规则，并发现它们有助于当事各方找到公平的解决办法，确保基础设施项目持续的经济和财政维持能力，从而避免发生特许公司难以履约的情况。不过，修订规则也可能有不利之处，尤其是从政府的角度来看。

128. 如同一般性立法变化一样，经济状况条件的变化是大多数商业组织承受的风险，而不求助于政府可能保护它们免受这些变化的经济和财务影响的一般担保。订约当局由于经济条件的变化而赔偿特许公司的无限制义务可能导致把原来由特许公司分担的大部分商业风险转嫁给公共部门，这是一种没有限度的财政责任。而且，应当指出，建议的费率水平和风险分担的要素是挑选特许公司的重要因素，即使不是决定性因素。过份宽容地允许重新谈判项目可能导致在筛选程序期间提出低得不现实的标书，因为指望一旦被授予项目即可提高费率。因此，订约当局可能希望合理限制关于在经济条件变化后允许修订项目协议的法律条款或合同条款。

129. 最好在项目协议中规定，有理由修订项目协议的情况变化必须是特许公司无法控制的，并且在谈判项目协议时不能合理预期特许公司将其考虑进去或者避免或克服其后果。例如，不可能预期持有独家经营特许权的收费公路经营者考虑到非订约当局的实体随后开设一条可替代的不收费公路而造成交通量减少并为此承担其风险。然而，通常预期特许公司会考虑

到在项目使用寿命期间劳动力成本合理增长的可能性。因此，在正常情况下，结果证明工资比预期高并不能成为修订项目协议的充分理由。

130. 最好还在项目协议中规定，只有经济和财政条件确实发生变化达到与项目总成本或特许公司收益的某一最小比值时才能要求修订项目协议。这样一条规则也许可以避免因为小的变化就进行繁琐的调整谈判，而等到此种变化积累到成为一个较大数字。在有些国家，有规定对项目协议进行定期修订的累积数量上限的规则。这些规则的目的在于避免滥用变化机制作为实现与原来项目协议中所考虑的机制无关的财政总体平衡的手段。不过，从特许公司和放款人的角度来看，此类限制可能意味例如万一发生特别急剧的环境变化造成的成本大幅提高而承受相当大的风险。因此，需要既认真考虑采用一种上限的可取性，又认真考虑这种上限的适当数额。

5. 免责障碍事件

131. 在基础设施项目的使用寿命期间，可能发生妨碍一当事方履行其合同义务的事件。引起妨碍履行义务的事件一般超出任一当事方的控制范围，可能是自然性质的，例如自然灾害，也可能是人为行为的结果，如战争、暴乱或恐怖分子袭击。许多法律制度公认，由于发生某类事件而不能履行合同义务的当事方可免除对任何这种未能履约的后果的责任。

(a) 免责障碍事件的定义

132. 免责障碍事件一般包括当事方无法加以控制，造成该当事方无法履行其义务，该当事方即使给予应有的注意也不能克服的事件。通常的例子包括下列事件：自然灾害（例如龙卷风、水灾、旱灾、地震、暴风雨、火灾、闪电）；战争（不管是否宣战）或其他军事行动，包括暴乱和内乱；设施出故障或对设施的蓄意破坏、恐怖行动、犯罪分子的毁坏或威胁采取这种行动；放射性或化学污染或电离辐射；不可预见和抗拒的包括地质条件在内的自然力的影响；以及非常重大的罢工行动。

133. 一些法律只笼统地提及免责障碍事件，而另一些法律载有使当事方免除履行项目协议义务的各种情况清单。后一种方法可能旨在确保前后一致地对待根据有关立法开发的所有项目的问题，从而避免一个特许公司获得比其他项目协议规定的更有利的风险分配。然而，重要的是要考虑在法律或条例规定中列出一个在所有情况下应被认为免责障碍的事件清单可能会有不利之处。一种危险是该清单可能不完整，遗漏重要的障碍事件。另外，某些自然灾害，如暴风雨、龙卷风和水灾在项目现场一年中某一时间可能属正常情况。因此，这些自然灾害可能是在该地区开展业务的任何公共服务提供者应承担的风险。

134. 需要认真考虑的另一个方面是非订约当局的公共当局的某些行为是否可能构成免责障碍事件和在多大程度上构成免责障碍事件。可能要求特许公司

获得履行某些义务的许可证或其他官方批准书。因此，项目协议也许得规定如果因为特许公司本身不能达到签发许可证或批准书的有关标准而拒发许可证或批准书，或者发给了但随后又收回了，特许公司不能把这种拒绝作为免责障碍事件来依赖。不过，如果由于无关或不适当的动机而拒发或收回许可证，则规定特许公司可以把这种拒绝作为免责障碍事件是公平的。另一种可能的障碍事件可以是非订约当局的一个公共当局或政府机关，例如由于要求中断项目或对其进行大的修改（这大大影响原来的设计）的政府计划和政策变化，导致中断项目。在这种情况下，重要的是考虑订约当局和导致这种障碍事件的公共当局间的体制关系，以及它们相互独立的程度。归类为免责障碍事件的事件在有些情况下可能相当于订约当局完全违反项目协议，视订约当局是否能够合理地控制或影响另一个公共当局的行为而定。

(b) 对当事各方的后果

135. 在施工阶段，发生免责障碍通常应当延长工期以便使设施完工。在这方面，必须考虑任何这种延长对于整个项目期限的影响，特别是总的特许期限将施工阶段也计算进去时更是如此。设施延迟完工会减少经营期限，可能对特许公司和放款人的全部收益估计数产生不利影响。因此，最好考虑在什么情况下理应延长特许期，以便考虑施工阶段可能发生的延期。最后，最好规定如果所述事件具有持久性质，当事各方可以选择终止项目协议（另见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 34 段）。

136. 另一个重要问题是特许公司是否有权因为发生免责障碍事件导致收益损失或财产损害而得到赔偿。项目协议中规定的风险分配对这一问题作出了回答。除非政府提供某种形式的直接支助，私人融资基础设施项目一般由特许公司自负风险，包括自然灾害和其他免责障碍事件导致的亏损风险，因此，常常要求特许公司针对这些事件购买适当的保险类别。为此，一些法律明确规定在发生免责障碍事件造成亏损或损坏时排除对特许公司任何形式的赔偿。不过，这不一定由此就认为，被定为免责障碍事件的事件不可以同时成为修订项目协议的理由，以便恢复其经济和财政平衡（另见第 126-130 段）。

137. 不过，有时对涉及建设由订约当局永久拥有的设施或在项目期结束时要求移交给订约当局的设施设想一种不同的风险分担。在有些国家，订约当局有权作出安排，帮助特许公司修理或重建由自然灾害或项目协议中定义的类型事件损坏的基础设施设施，前提是在招标书中已预期给予这种帮助的可能性。有时订约当局有权同意在中断超过某一天数而达到最大时间限制的情况下向特许公司支付赔偿，如果此种中断不是由特许公司负责的事件造成的话。

138. 如果特许公司由于任何这种障碍事件而不能履约，及当事各方又不能达成对合同的可接受的修订，有些国家法律授权特许公司终止项目协议，而不损害在这些情况下可能应付的赔偿（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 34 段）。

139. 还需要根据适用于提供有关服务的其他规则考虑关于免责障碍事件的法律和合同条款。某些法律制度中的法律要求尽管发生定义为障碍事件的情况，公共服务提供者仍要为继续提供服务作出一切努力（见第 86 和 87 段）。在这些情况下，最好考虑可在多大程度上由特许公司合理地承担这种义务，应对它面临的额外费用和困难支付多少赔偿。

6. 违约和补救方法

140. 一般来说，当事各方可就处理违约直至终止项目协议的后果议定多种补救方法。以下段落讨论关于违约和当事方采取的补救方法的一般性考虑（第 141 和 142 段）。这些段落考虑旨在纠正违约原因并保持项目连续性的某些类别的补救方法，特别是订约当局进行干预（见第 143-146 段）或替换特许公司（见第 147-150 段）的立法问题。终止项目协议的最终补救方法及由终止产生的后果在《指南》中别的地方讨论（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，D 和 E 节）。

(a) 一般性考虑

141. 对特许公司违约的补救方法一般包括建筑合同或长期服务合同中常见的方法，如没收担保金、合同规定的罚款和协议的违约赔偿金。³ 在大多数情况下，此种补救方法一般具有合同性质，不引起重要的立法考虑。尽管如此，似应规定适宜程序，核实不履约情况和给予纠正这种不履约的机会。在一些国家，实施合同规定的罚款要求正式检查和其他程序性步骤的调查结果，包括在较严重制裁前由高级官员对订约当局进行审查。这些程序可由区分可纠正的缺陷和不可纠正缺陷及确定相应程序和补救方法的规定来加以补充。通常最好要求给特许公司发出通知，要求它在足够期限内纠正违约情况。可能最好还需要考虑万一没有履行必要的义务，特许公司支付罚款或协议预定的违约赔偿金，并澄清在不履行次要或附属义务的情况下不得实施罚款，可根据国内法为此寻求别的补救方法。另外，在罚款或协议预定的违约赔偿金的履约监测制度之外，还可补充一种奖励办法，对特许公司按议定条件作出改进时支付一定的奖金。

142. 订约当局可以通过各种可在司法上强制执行的合同安排保护自己免受特许公司违约后果之影响，而在订约当局违约时特许公司可动用的补救方法则可能受到适用法律的各种限制。重要的限制可能来自承认公共当局豁免司法诉讼和强制执行措施的法律规则。视对特许公司承担义务的订约当局或其他公共当局的法律性质而定，前者可能无法采取强制执行措施来保

³ 关于综合工厂建筑合同中采用的补救方法的讨论，见“贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南”，第十八章，“迟延、缺陷和其他不履约”。

证这些公共实体订立的义务得以履行（见第七章，“争端的解决”，第 33-35 段）。这种情况使得更加需要规定保护特许公司免受订约当局违约后果影响的机制，例如针对具体违约事件的政府担保或由第三方如多边贷款机构提供担保等方式（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 61-71 段）。

(b) 订约当局的介入权利

143. 一些国内法明文准许订约当局暂时接管设施的运营，通常是在特许公司不履约的情况下，特别是订约当局有确保在任何时候都有效提供有关服务的法定义务时。在有些法律制度中，这一特权被认为是大多数政府合同中所固有的，即使在立法或在项目协议中没有明文提到也可以推定这一特权存在。

144. 应当指出，订约当局的干预权利，即“介入权利”，是一项极端措施。私人投资者可能担心订约当局会使用或威胁使用这一权利，以便就提供服务的方式强加自己的愿望，甚至控制项目资产。因此，最好尽可能明确界定可以行使介入权利的情况。限制订约当局只在特许公司的服务严重中断时而不是仅仅在对特许公司履约情况不满意时进行干预的权利也是重要的。似宜在法律中澄清，订约当局干预项目是暂时的，目的在于纠正特许公司未能纠正的某种紧急问题。一旦紧急情况得以纠正，特许公司应即恢复提供服务的责任。

145. 订约当局介入的能力可能受到限制，因为它难以立即确定和雇用一名分包商进行订约当局想介入的行动。另外，频繁干预有可能使在项目协议中已转移给特许公司的风险返还订约当局。特许公司不应依赖订约当局介入处理按项目协议应由它自己处理的特定风险。

146. 最好在项目协议中澄清哪一方承担订约当局干预的费用。在大多数情况下，如果干预是由特许公司自己的失职引起的不履约引起的，特许公司应承担订约当局的费用。在有些情况下，为了避免有关赔偿责任和适当费用水平的争端，协议可以授权订约当局采取措施自己纠正问题，然后向特许公司收取此种纠正的实际费用（包括自己的行政费用）。不过，如果这种干预是在发生免责障碍事件之后发生（见第 131-139 段），当事各方可以视项目协议如何分担特殊风险的情况议定不同的解决办法。

(c) 放款人的介入权利

147. 在项目使用寿命期间，可能出现这样的情况，即由于特许公司的违约或发生特许公司无法控制的非常事件，若把项目交由另一个特许公司负责继续进行下去而避免终止项目，可能符合当事各方的利益。放款人的主要担保是项目产生的收益，他们特别关注偿还贷款之前项目中断或终止的风险。如果发生影响特许公司的违约妨碍事件，放款人将有兴趣确保不使工程半途而废，及特许权项目的运营能够盈利。订约当局可能也对项目让一家新的特许公司进行感兴趣，作为必须接管项目和自己负责继续下去的一

种替代办法。

148. 最近几个大型基础设施项目的协议列入了征得订约当局的同意允许放款人选定一家新的特许公司履行现有的项目协议的条款。这类条款一般由订约当局和给特许公司提供资金的放款人之间订立的一项直接协议加以补充。这种直接协议的主要目的是当特许公司违约时，允许放款人让另一家特许公司接替违约的特许公司继续履行项目协议，而避免订约当局终止项目协议。与订约当局的干预权利不同（这种权利涉及特定的、暂时的和紧急的不提供服务），放款人的介入权利所针对的是特许公司一再不提供服务或可合理视为不可补救的情况。根据最近已采用此种直接协议的国家的经验，人们发现，阻止终止协议和提供替代特许公司的可能性给了放款人免受特许公司违约影响的又一项担保。与此同时，订约当局也得到机会避免终止项目协议而引起的中断，从而保持继续提供服务。

149. 不过，在某些国家，在没有立法授权的情况下实施这些条款可能面临着困难。特许公司不能履行其义务通常是订约当局接管设施的运营或终止协议的一个理由（见第五章，“项目协议的期限、展期和终止”，第 15-23 段）。为了选定一家新的特许公司来代替违约的特许公司，订约当局常常需要遵守原先挑选特许公司时的相同程序，订约当局也许不可能只同放款人磋商就雇用一家没有按照这些程序挑选的新的特许公司。另一方面，即使订约当局有权在紧急条件下与一家新的特许公司进行谈判，也可能需要与新的特许公司达成新的项目协议，它能否承担前任特许公司的义务，可能有一定的限制。

150. 因此，似应在法律中承认订约当局与放款人达成协议的权利，规定当特许公司程度严重地没有根据项目协议的要求提供服务时，或者在发生可能有理由终止项目协议的其他明确规定的事件后，经订约当局同意，可指定新的特许公司履行现有的项目协议。订约当局和放款人之间的协议，除其他之外，应当具体说明以下各点：在何种情况下准许放款人寻找新的特许公司接替；以另一特许公司代替的程序；订约当局可拒绝拟议的替代公司的理由；以及放款人按照项目协议规定的相同标准和相同条件维持服务的义务。

五. 项目协议的期限、展期和终止

A. 概述

1. 大多数私人融资基础设施项目都有一定的期限，由特许公司在期满后将基础设施的运营责任移交订约当局。B 节中讨论了确定特许期应考虑到的种种要素。C 节讨论了项目协议是否和在何种情况下可以展延的问题。D 节审议了在何种情况下可批准项目协议在期满之前终止的问题。最后，E 节讨论了项目协议期满或停止的后果，包括转移项目资产和当事方在终止时有权获得的补偿以及项目收尾工作。

B. 项目协议的期限

2. 一些国家的法律包含关于将基础设施特许期的期限限定在一定年限范围内的规定。另一些法律对大多数基础设施项目规定了一般性的限制，而对特定基础设施部门的项目规定了专门的限制。还有一些国家则只对某些基础设施部门规定了最高期限。

3. 项目协议最佳期限可取决于一系列因素，例如设施的运营寿命；可能需要提供服务的期限；与项目有关的资产的预期使用寿命；项目所需技术的变化程度；以及特许公司偿还债务和收回初步投资所需时间。在此，经济“摊还”系指以项目收入逐步偿还投资，其假设是项目期满时，将不会留下任何剩余价值。鉴于很难为基础设施项目的期限规定一个统一的法定限制，最好为订约当局提供某种程度的灵活性，根据具体情况通过谈判规定有关项目的合适的期限。

4. 在某些法律制度中，通过规定所有特许权都受一个最高期限的制约来实现上述目标，但不具体规定几年。有时法律仅仅表明确定特许权期限时应考虑哪些要素，其中可包括应由特许公司提供的所需投资的性质和数额以及有关具体设施和装置的正常分期偿还期限。一些针对具体项目或部门的法律规定了两者相结合的方法，要求项目协议规定在某一时期終了时，或在全部偿还了特许公司的债务并达到了一定的收入、生产或使用水平时（以先达到者为准），特许期即届满。

5. 但是，如果需要采用法定限制，最高期限应足够长，以便使特许公司充分偿还其债务并赢得合理的利润。另外，授权订约当局在例外情况下同意更长的特许期限可能是有益的，在这样做时，应考虑到投资额和所需收回期限，但须经特别审批程序。

C. 项目协议的展期

6. 某些国家的合同惯例是，订约当局和特许公司可就特许期延长一次或数次达成协议。但多数国家的国内法规定只有在特殊情况下才能延长项目协议的期限。在这种情况下，项目协议到期时，通常要求订约当局选择一个新的特许公司，所采用的程序一般与当初选择已期满的特许公司时采用的程序相同（关于选择程序的讨论，见第三章，“特许公司的选定”）。

7. 一些国家认为最好要求对独家特许权不时地进行重新投标，而不是由当事双方自由展延。定期重新招标可刺激特许公司改善绩效。初次授标和第一次（以及后来的）重新招标之间相隔时间长短应考虑到投资额以及特许公司面临的其他风险。例如，收集和处理固态废物的特许权如果不需要大量的固定投资，重新招标间隔时间可相对较短（例如，三至五年），而供电或供水等事业的特许权就需要较长的间隔时间。多数国家均在项目期终了时重新招标，但是也有一些国家可准予很长的特许期（例如 99 年），其间定期进行重新招标（例如，每隔 10 年或 15 年一次）。有几个国家采用了后一种机制。根据这种机制，第一次重新招标是在特许公司收回全部投资之前进行。作为对现有运营者的鼓励，一些法律规定在授予同一活动的后来的特许权时特许公司可优先于其他投标人。但是，特许公司如果在下一轮招标中未能中标，可有权利要求获得补偿。在这种情况下，招标收益可全部或部分归现有特许公司。要求中标者支付现有特许公司的任何产权权利以及尚未收回的投资可减轻投资者和放款人面临的长期风险，为他们提供一个有用的退出选择（见第 39 和 40 段）。

8. 尽管有上述种种情况，但最好不要完全排除在某些特定情况下通过谈判展延特许期的选择。基础设施项目的期限是在谈判财务安排时考虑的主要因素之一，直接影响到特许公司提供的服务的价格。当事方可能会认识到展延项目协议（作为其他补偿机制的替代或与其他补偿机制相结合）可以作为一项有益的选择，处理意料之外的障碍或项目寿命期间发生的其他情况变化。这类情况可包括：展延以补偿由于发生障碍事件而使项目暂停或造成利润损失（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 131-139 段）；展延以补偿由订约当局或其他公共当局造成的项目暂停（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 140 和 141 段）；或展延以使特许公司得以收回由于需要在设施上进行的额外工程而引起的费用，因为在项目协议正常期限内特许权公司将无法收回这些费用，除非不合理地提高费率（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 73-76 段）。为了加强透明度和责任制，一些国家规定特许期的展延需服从全局累计性期限或需经特别指定的公共当局的批准。

D. 终止

9. 项目协议未到期而提前终止的理由和任何这类终止所造成的后果往往由国内法规定。通常法律允许当事方在发生某些类事件之后终止项目协议。私人融资基础设施项目当事各方的主要利益是确保设施圆满竣工并连续、有条不紊地提供相关的公共服务。鉴于终止将带来严重的后果，例如使所提供的服务受到干扰甚至中断，因此在大多数情况下应将终止作为迫不得已的最后手段。应认真考虑任一当事方行使上述权利的条件。尽管双方条件不一定完全相同，但一般来说最好使双方终止的权利和条件大致平衡。

10. 除了明确发生哪些情况或哪类事件才能够行使终止权以外，当事双方最好考虑采取适当程序以确认是否存在终止项目协议的正当理由。格外重要的一点是，项目协议是否可单方面终止，还是需要司法或其他争端解决机构作出裁决才能终止。

11. 特许公司通常不得无端终止项目协议，在某些法律制度中，即使特许公司因订约当局违约而终止项目协议都需要经过最后司法裁决。但是，在某些国家，根据适用于与政府实体的合同的规则，公共当局可行使这样一项权利，但须向特许公司支付补偿。但是，在另外一些国家，对公共服务特许权问题作出了例外规定，因为这种合同性质与单方面终止权利不相符。最后，一些法律制度不承认公共当局的单方面终止的权利。但是，项目促进人和放款人将会担忧订约当局提前或无理终止项目协议的风险，即使终止的决定可能须经解决争端机制的审查。还应指出的是，给予订约当局单方面终止项目协议的权利，不能充分取代设计良好监督绩效合同机制或适当的履约保障（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 80-97 段和第 108-120 段）。

12. 因此，有关终止的规定应与项目协议中所规定的违约补救措施相符。特别是，最好将终止条件与订约当局介入的条件区分开来（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 143-146 段）。还很重要的一点是，应结合特许公司与其放款人之间经过谈判达成的财务安排的背景情况来考虑订约当局的终止权利。在大多数情况下，导致项目协议终止的那些事件也正是在贷款协议中构成违约的那些事件，结果是特许公司的全部未偿债务可能会立即到期。因此，如果与原来的特许公司的项目协议看来随时可能终止时，最好允许放款人推荐另一个特许公司，以努力避免终止的风险（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 108-120 段）。

13. 综上所述，一般情况下最好规定终止项目协议在大多数情况下要由在协议中规定的争端解决机构作出最后决定。这样一项要求将会减少对过早或无端采用终止手段的关切。与此同时，将不排除采取适当手段以确保服务的连续性，直至争端解决机构作出最后决定，只要项目协议中已规定违约情况下可采取合同规定的补救措施，例如订约当局和放款人介入的权

利。在一些国家，这样一项要求将与适用于政府合同的行政法总则不相符，在这种情况下，应当确保至少订约当局终止项目协议的权利不损害特许公司要求对订约当局终止决定作出事后司法审查的权利。

1. 订约当局终止项目协议

14. 订约当局的终止权一般产生于以下三类情况：特许公司严重违约；特许公司无力偿债或破产；出于公共利益考虑而终止。

(a) 特许公司严重违约

15. 订约当局有责任确保公共服务按照适用的法律、条例和合同规定提供。因此一些国家法律赋予订约当局在特许公司违约情况下终止项目协议的权利。由于终止造成的破坏性影响并为了维持服务的连续性起见，不宜将终止作为对特许公司任一种不完善业务表现施加制裁的手段。相反地，一般只应在“特别严重”或“反复”不履行，特别是不能合理预期该特许公司有能力或意愿履行项目协议之义务的情况下才诉诸终止协议这种极端的办法。许多法律制度以特定的技术用语来表示订约一方违约的程度属于如此性质，致使另一方可在协议到期之前终止合约关系（例如“重大违约”、“实质性违约”等等）。对于此种情况，本《指南》中称为“严重违约”。

16. 限制严重违约情况下终止的可能性可使放款人和项目促进者有保证不致遭受订约当局不合理或草率决定之害。法律一般规定订约当局有权在特许公司严重违约时终止项目协议，而留待项目协议具体界定严重违约定义并酌情提供说明性的实例。从务实的角度看，不宜在法规或项目协议中对可予终止的事件罗列详尽清单。

17. 一般而言，最好是宽容特许公司一段时间，使之在订约当局诉诸补救办法之前履行其义务，避免违约的后果。例如向特许公司发出通知，指明有关情况的性质，要求该公司在某一时限内纠正。同时也应酌情给予放款人和担保方以机会，按照向订约当局提供的履约保证金的条件或放款人与订约当局之间的直接协议避免特许公司违约的后果，例如临时聘请第三方来纠正特许公司违约的后果（见第四章，“基础设施的建设和运营：立法框架和项目协议”，第 108-120 和 147-150 段）。项目协议也可规定，若所述期限已到而情况仍未纠正，则订约当局可终止项目协议，但须先通知放款人，使之有机会在某一期间内行使按照其与订约当局的直接协议可能享有的任何替代权。但也要订出合理时限，因为订约当局不能为特许公司违背项目协议的情况无限期地承担费用。此外，所用程序应不妨害订约当局进行为避免特许公司服务中断的危险而进行干预的权利（见第四章，“基础设施的建设和运营：立法框架和项目协议”，第 145 和 146 段）。

(一) 工程开始之前严重违约

18. 特许公司通常须在开工之前完成一系列步骤。其中一些要求甚至可能构成项目协议生效的先决条件。有理由在早期就撤销特许权的事件的例子包括：

(a) 未取得所需的财政手段、未签署项目协议或未在议定的时限内建立项目公司；

(b) 未取得进行特许之活动所需的执照或许可；

(c) 未在给予特许之后一段议定的期间内承担设施的建设工程、未开始发展项目或提交所需的规划与设计。

19. 原则上，只有在订约当局已不能合理预期选定的特许公司将采取必要措施开始执行项目的情况下才可终止协议。因此，订约当局应考虑到造成特许公司延迟履行义务的特殊情况。此外，特许公司不应承担订约当局或其他政府机构的不行为或失误的后果。例如，如果特许公司并非由于本身的过失而未能在议定的时段内取得政府执照和许可，一般不应因此而终止项目协议。

(二) 工程阶段严重违约

20. 有理由在工程进行阶段终止项目协议的事件的例子包括：

(a) 未能遵守建筑规章、规定或最低设计和作业标准和无理地不照议定的日程完工；

(b) 未能按协议提供或展延所需的担保；

(c) 违反重大法规或合约义务。

21. 终止应反映出特许公司违约的程度和订约当局遭受的后果。例如，指定日期完工可能涉及订约当局的合法利益，此时延期完工即构成终止的理由。但拖延本身，特别是对项目协议的规定而言并非过度的延迟，不构成订约当局终止的充分理由，只要订约当局对特许公司按照所需质量标准完成设施的能力及其这样做的承诺感到满意。

(三) 运营阶段严重违约

22. 有理由在运营阶段终止特许权的违约实例如下：

(a) 未按照法规与合约中的质量标准提供服务的严重情况，包括无视价格控制措施；

(b) 未事先得到订约当局的同意而无理由地暂停或中断服务；

(c) 特许公司未按照议定的质量标准维修设施及其设备和附属物的严重情况或不按议定的计划、日程和时间表无理由地拖延维修工程；

(d) 未能遵行订约当局或管理机构对违反特许公司职责所施加的制裁。

23. 为了提高政府事务的透明度和健全性，某些国家的法律还规定当特许公司逃税或有他种欺诈行为，或其经纪人或雇员卷入贿赂政府官员和其他贪污事件时可终止项目协议（另见第七章，“其他有关的法律领域”，第 50-52 段）。后一类考虑突出了建立有效的机制，打击贪污和贿赂，使特许公司有机会对所在国官员的非法付款要求或非法威胁提出申诉的重要性。

(b) 特许公司破产

24. 基础设施服务一般都需连续不断的提供，为此，大多数国内法规定，如果特许公司被宣布破产或丧失偿付能力，可以终止协议。为了确保服务的连续性，需移交给缔约当局的资产和财产可以不包括在破产程序内，法律还可要求事先征得政府的批准，才能由清算人或破产管理人对特许公司拥有的任何种类的资产进行处理。

25. 在允许对特许权本身确立担保权益的法律制度下（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 57 段），法律规定，订约当局可与这类担保债权人协商，指定一名临时管理人，以确保连续不断地提供有关的服务，直到被允许参与破产程序的有担保的债权人根据破产管理人的建议决定是否继续进行此项活动或是否拍卖此项特许权为止。

(c) 出于公共利益而终止

26. 按照某些国家订立合同的惯例，采购建筑工程的公共当局传统上保留出于公共利益考虑而终止建筑合同的权利（即除了说明终止是出于政府的利益之外，无须提供任何其他理由）。在某些普通法管辖区域内，只有在法规或在有关合同中作出明文规定的情况下，才可行使此项有时称为“为方便而终止”的权利。一些属于民法传统的法律制度也承认公共当局拥有出于公共利益或“一般利益”而终止合同的类似权力。在有些国家，即使没有如此的明文法规或合同规定，政府的订约权也可暗含此种权利。关于政府为方便或为公共利益而行使的终止权，承认此项权利的法律制度认为，它对于保持政府为公共福祉而不受限制地行使其职能的能力至关重要。

27. 尽管如此，还是应当认真地审议行使此项权利的条件以及这样做产生的后果。确定何以构成公共利益的权力可能属于政府的裁量范围，因此，对订约当局终止项目协议的决定只有在特定情况下（例如动机不当，“*détournement de pouvoir*”）才能提出质疑。然而，一项为订约当局之便而不加限制的一般性终止权，会造成一种无法估量的风险，无论是特许公司还

是放款人都不会乐于在没有充分把握在遭受损失时得到迅速、公平的赔偿的情况下接受这一风险。因此，应当尽早使潜在的投资人了解到出于公共利益考虑而终止的可能性，并应在连同招标书一起分发的项目协议草案中明确提到这种可能性（见第三章，“特许公司的选定”，第 67 段）。对于出于公共利益考虑而终止应付的赔偿，实际上可以按由于订约当局严重违约而终止时应付的赔偿条目来计算（见第 42 段）。此外，一般而言，可取的做法是把项目协议终止权的行使限制于某些出于公共利益的迫切需要而不得不终止项目协议的情形且应当作有限制性的解释（例如，政府计划和政策此后发生重大变化，要求把某个项目并入更大的网络中；订约当局的计划发生变化，要求对项目作出重大修改，而这些修改大大影响原设计或影响在私营情况下项目的商业可行性）。尤其不宜将出于公共利益考虑而终止的权利看作是一种在不满意特许权公司的履约情况时替代其他合同补救办法的手段（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 140-150 段）。

2. 特许公司终止项目协议

28. 虽然在某些法律制度下订约当局可以保留终止项目协议的自由权利，但特许公司终止协议的理由一般限于订约当局严重违约或其他特殊情况，通常不包括随意终止项目协议的一般权利。另外，有些法律制度不承认特许公司有权单方面终止项目协议，只承认其有权请第三方，如主管法院，宣布终止项目协议。

(a) 订约当局严重违约

29. 通常，特许公司终止项目协议的权利仅限于订约当局没有履行其重大义务这类情况（例如未能向特许公司支付议定的款项或因特许公司之外的原因向未能颁发设施运营所需的执照）。在订约当局有权要求修改项目的法律制度下，某些法律在下述情形下给予特许公司终止项目协议的权利：订约当局对原项目的更改或修改造成所需投资额大量增加；当事各方未能就适当的赔偿数额达成协议（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 73-76 段）。

30. 除订约当局本身严重违约之外，在下述情形下允许特许公司终止项目协议，可能是公正的：因订约当局之外公共当局的行为，如未能提供执行项目协议所需要的某些支助措施等，而使特许公司无法提供服务（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 35-60 段）。

31. 虽然特许公司终止项目协议可能不总是需要有司法或其争端解决机关的最后裁决，但在订约当局违约时，特许公司能获得的补救可能有限。根据许多法律制度所依循的一条法律规则，合同的一当事方可以在另一当事方不履行其重大义务的情况下暂不履行其义务。然而，在某些法律制度下，

这一规则对政府合同不适用，法律规定，除非而且直到合同为司法判决或仲裁决定废止，否则政府承包商不得仅仅因订约当局违约而免除义务。

32. 限制特许公司暂不履约权主要是为了确保公共服务的连续（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 86 和 87 段）。不过，应当注意的是，虽然订约当局可以通过行使其介入权来减轻特许公司违约的后果，但特许公司一般没有相应的补救办法。遇到订约当局严重违约的情形，特许公司可能遭受巨大损失，甚至是无法挽回的损失，其程度取决于需多少时间特许公司才能获得免除其根据项目协议所承担的义务的最后判决。这些情形突出说明为订约当局承担义务而提供政府担保的重要性（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 45-50 段）以及允许当事各方选择迅捷、有效的解决争端机制的必要性（见第六章，“争端的解决”，第 3-42 段）。

(b) 条件发生变化

33. 如果特许公司的履约负担因未预见到的条件变化大大加重，而且当事各方未能就适当修改项目协议以使之适应变化的条件达成协议，则国内法常常允许特许公司终止项目协议（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 126-130 段）。

3. 任一当事方终止项目协议

(a) 履约障碍

34. 某些法律规定，如果当事各方因出现项目协议中所界定的某种可免除责任的障碍而长期无法履行其义务，则当事各方可以终止项目协议（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 132-139 段）。为此，似宜在项目协议中规定，如果可免除责任的障碍在某一规定时间内持续存在，或如果两个以上可免除责任的障碍累积存在时间超过某一规定时间，即可由任一当事方终止协议。如因法律原因而导致项目无法执行，例如，因法规变化或因司法判决而影响到项目协议的有效性，则无需经过任何规定的时间就可在法规变化或其他法律障碍生效后立即行使此种终止权。

(b) 相互同意

35. 某些国内法允许当事双方以相互同意的方式终止项目协议，但通常需得到上级当局的批准。在相互同意性质的终止可能等同于停止订约当局所负责的公共服务的这类法律制度中，订约当局可能需要这样的立法权。

E. 项目协议期满或终止的后果

36. 特许公司经营设施和提供相关服务的权利一般随项目期届满或项目协议终止而结束。除非基础设施将为特许公司永久所有，否则项目协议的期满或终止通常要求将资产移交给订约当局或另一个接替运营设施的特许公司。有此可能产生重大的财政后果，需在项目协议中对此作出详细的规定，如系由任一当事方终止项目协议，则更应如此。当事各方还需就结束措施达成协议，以确保有条不紊地移交运营设施和提供服务的责任。

1. 移交与项目有关的资产

37. 在大多数情况下，项目协议期满或终止时，应将最初提供给特许公司的资产和财产以及其他与项目有关的物品退还订约当局(见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 23-29 段)。在典型的“建造-运营-移交”项目中，特许公司还有义务在项目协议期满或终止时将有形基础设施和其他与项目有关的资产移交给订约当局。需要移交给订约当局的资产通常包括尚未收到的应付款和其他在移交时存在的权利等无形资产。根据项目的情况，应移交的资产还可包括专门技术或技能(见第 51-55 段)。应该注意到，在某些项目中，这些资产由特许公司直接移交给另一个接替此项服务的特许公司。

(a) 资产移交给订约当局

38. 根据必须移交的资产类型可能需要有不同的安排(见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 28 段)：

(a) 必须移交给订约当局的资产。按照某些国家的法律传统，项目期结束时，特许公司需将此种资产免费移交给订约当局，而且不能附有任何留置权或质押权，但是，赔偿特许公司为确保服务的连续性而改进财产或使之现代化的费用中如尚未收回的部分当不在此列。实际上，此种规则的先决条件是，需谈判商定足够长的特许权期限和足够高的收入水平，使特许公司得以充分摊还其投资并全额偿还债务。其他法律则允许有更多的灵活性，授权订约当局向特许公司赔偿由其建造的资产中的任何剩余价值；

(b) 订约当局可选择购买的资产。如果订约当局决定行使选择权，购买这些资产，则特许公司通常有权要求按其资产的公平市场时价给予补偿。但是，如果本来估计将全部摊还这些资产(即特许公司的融资安排并未设想资产还会有任何剩余价值)，或许可以只支付名义价格。按照某些国家的订约惯例，通常赋予订约当局对这种资产的某些担保权益，以此作为有效移交资产的担保；

(c) 仍属于特许公司私有财产的资产。特许公司一般可以自由地转移

或处置此种资产。

(b) 资产移交给新的特许公司

39. 如前所示，订约当局可能希望在项目协议终止时重新对特许权招标，而不是自己运营设施(见第3段)。为此目的，可能有必要以法律形式要求特许公司向新的特许公司移交资产。为了确保服务的有条不紊过渡和连续性，应当要求特许公司在移交时与新的特许公司合作。对于特许公司之间的资产移交，可以要求向原特许公司支付一定的赔偿费，但视其资产是否已在项目期内摊还而定。

40. 在这方面需考虑的一个重要要素是由特许公司在选择过程中拟定的财务投标书的结构(另见第四章，“基础设施的建设和营运：立法框架和项目协议”，第27段)。在公共基础设施项目方面，投标人财务投标书基本假设之一是，在项目期内将分期全额摊还因项目所需而建设或获取的所有资产(即，将全部收回这些资产的成本)。因此，财务投标书通常不列入项目期满时资产的预期剩余价值。在这类情况下，显而易见，没有理由要求接管的特许公司向原特许公司支付任何赔偿，原特许公司可能需要免费或仅仅以象征性价格将所有资产提供给后继特许公司。其实，如果特许公司已获得其预计的回报，再由后继特许公司支付移交费，无异于一笔额外费用，后继者最终还是要根据第二项协议从价格上赚回来。然而，如果特许公司最初投标书规定的费率是依据在项目结束时资产具有某种剩余价值这样一种假设，或如果财务投标书设想从第三方获得大笔收入，则特许公司可能有权就移交给后继特许公司的资产获得补偿。

(c) 移交时的资产状况

41. 如果在特许期满时把资产移交给订约当局或直接移交给新的特许公司，则特许公司一般有义务在基础设施正常运营所必需的条件下移交资产，同时考虑到维修的需要，而且不应有留置权或质押权。某些法律对订约当局在此种运营状况下接收资产的权利作了补充，规定特许公司有义务按谨慎维护的要求维持并移交项目，并为此来提供某种担保(见第四章，“基础结构的建设和运营：立法框架和项目协议”，第118段)。如果订约当局要求按规定的条件退还资产，这种规定的条件应当合情合理。虽然订约当局理应要求资产有一定期限的剩余寿命，但期望它仍与新的资产一样，则是不合理的。而且，这些要求可能不适用于项目协议的终止，尤其不适用于施工阶段顺利完工之前项目协议的终止。

42. 可取的做法是，制定用于核实应移交给订约当局的资产状况的程序。例如，不妨设立一个由订约当局和特许公司双方代表组成的委员会，以确定设施是否处于规定状况，是否符合项目协议中提出的要求。项目协议还

可就此种委员会的任命和职权范围作出规定，授权这个委员会请特许公司采取合理措施，修理或排除设施中发现的任何缺陷和不足之处。或许应当规定，应在特许权终止的一年前进行一次特别检查，以后，订约当局可要求特许公司采取额外的保养措施，以确保移交的实物处于良好状况。订约当局似宜要求特许公司为顺利移交设施而提供特别担保(见第四章，“基础结构的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 118 段)。订约当局可利用此种担保金支付损坏资产或财产的修理费。

2. 终止时的财务安排

43. 在特许公司尚未能收回其投资、偿还其债务和获得预期的利润之前，可能发生项目协议终止的情况，这可能会对特许公司造成巨大损失。订约当局也可能遭受损失，因为可能需要追加投资或承付相当的费用，例如为了确保设施完工或继续提供有关的服务。根据这些情况，项目协议通常都载有广泛的条款，解决协议终止时当事各方的财务权利和义务问题。通常的补偿标准一般视协议终止的理由而各不相同。然而，补偿安排通常要考虑到如下因素：

(a) 尚未结清的债务、股本投资和预期的利润。项目的终止在特许公司贷款协议中通常列为违约事件。由于贷款协议一般都包括一条所谓“加速条款”，即在发生违约时所有债务可能立即到期，所以，项目协议终止时特许公司遭受的直接损失可能包括届时尚未清偿的债务。订约当局是否可能补偿以及在何种程度上补偿这种损失，一般取决于终止项目协议的理由。部分补偿的范围可能局限于特许公司令人满意地完成的工程的等值金额，而全额补偿有可能包括尚未清偿的所有债务。补偿安排中有时还考虑到的另一类损失是项目促进人在项目终止时尚未收回的股本投资的损失。最后，协议的终止还使特许公司无法获得该设施未来可能产生的利润。虽然损失的利润通常并不当作实际损失，但在例外情况下，例如订约当局不正当地终止协议，未来预期利润的目前价值也可能包括在应给予特许公司的补偿中；

(b) 竣工程度、残余价值和资产的分期摊还。各种理由终止合同后的合同补偿计划通常都包括与合同终止时工程完工程度相应的补偿。工程的价值通常根据建造所需的投资(特别是在建造阶段发生终止时)、设施的更换成本或“剩余”价值来确定。剩余价值系指在协议终止时基础设施的市场价值。某些种类的有形基础设施(例如桥梁或公路)或运营寿命快要结束的设施，其市场价值可能难以确定或甚至根本不存在。有时候可能根据设施对订约当局预期的效用来估算剩余价值。但是，尚未完成的工程，特别是如果订约当局为使设施能够运营而仍然需要的投资额将超过特许公司的实际投资额时，便可能难以确定其价值。总之，特别是当项目收入构成特许公司投资的唯一回报时，很少会对剩余价值给予全额偿付。因此，特许公司得到的往往并不是设施价值的全额补偿，而是对合同终止时尚未全部摊还的资产的剩余价值的补偿。

(a) 因特许公司违约而终止

44. 在因特许公司自身违约而终止协议时,特许公司通常无权要求获得损失赔偿。在有些情况下,特许公司可能有义务向订约当局支付损失赔偿,不过实际上,被债权人宣布债务到期的违约特许公司通常都不会留有足够的财务手段来支付这种损失赔偿。

45. 应该注意到,因违约而引起的终止,即使被当作是对严重违约的一种处罚,也不应使任何一方占不应有的便宜。因此,协议终止并不一定使订约当局有权分文不付而接管特许公司的资产。解决这个问题的一种公平办法也许是根据项目协议中对资产所作的安排(见第 38 段)来区别对待各种不同种类的资产:

(a) 必须移交给订约当局的资产。如果项目协议规定,在项目协议结束时,项目资产自动移交给订约当局,则对于违约造成的终止,特许公司通常不能得到这些资产的补偿,只有已令人满意地完成的工程的剩余价值中特许公司尚未摊还的部分可以得到补偿;

(b) 订约当局可选择购买的资产。如果在项目协议到期时订约当局可选择按市场价格购买资产,或有权将这些资产提供给某个新项目中标者,则可能会适当给予财务补偿。但是,可合理预期这种财务补偿将低于资产的全部价值,借以刺激特许公司履约。同样,这些补偿额可不必相当于足够偿还特许公司未偿债务的所有费用。项目协议中似宜规定财务补偿的详细办法(即是否包括资产的清理价值,或未偿债务与另一使用价值之间两者相比数额较少者);

(c) 仍属于特许公司私有财产的资产。特许公司通常可转移或处置不属于上文(a)或(b)中所指的作为特许公司私有财产的资产,因此,很少有必要作出赔偿安排。然而,完全私有化的项目的情况却可能不同。在完全私有化项目中,特许公司拥有所有资产,包括对提供服务至关重要的资产。在这类情况下,为确保服务的连续性,订约当局可能认为有必要接管资产,即使项目协议中并无此种规定。对于这种情况,应该公正地按资产的公平市场价格给特许公司支付补偿。但是项目协议可规定,补偿部分中应扣除订约当局为管理设施或聘用另一家运营公司而承担的费用。

(b) 因订约当局违约而终止

46. 对于因订约当局的原因使协议终止而遭受的损失,特许公司通常有权获得全额补偿。应给予特许公司的补偿通常包括尚未摊还的工程和装置的价值,以及特许公司遭受的损失,包括利润损失。通常根据下述几种情况计算利润损失:以往财政年度特许公司的收入、若在运营阶段终止,则终止发生的时间、对在最初规定的期限内预计惠益的预测。特许公司可有权

获得对债务和股本，包括对还本付息和利润损失的全额补偿。

(c) 其他理由的终止

47. 在考虑对非因任何一方违约造成的终止作出补偿安排时，似宜将由于免责障碍和订约当局因公共利益或其他类似原因而宣布的终止区别开来。

(一) 因免责障碍而引起的终止

48. 根据定义，免责障碍是当事各方无法控制的事件，因此，一般来说，在出现这种情形的终止时，当事双方都不得向对方提出补偿损失的要求。但是在有些情形下，尤其是如果因为资产的特别性质，特许公司不可能将之搬走或加以应用，而订约当局仍可有效使用以提供有关的服务（例如一座桥梁），这种情形下，可公正地给予特许公司某种补偿，例如对已经完成的工程部分给予公平的补偿。但是，由于这类情况下的终止并非订约当局所引起，所以对特许公司的补偿可不必是“全额”的补偿（即偿还债务、股本和利润损失）。

(二) 出于公共利益考虑而终止

49. 如果项目协议承认订约当局有权出于公共利益考虑而终止协议，则应给予特许公司补偿尽管不一定分毫不差，但通常按订约当局违约引起的终止所应给予的同样补偿（见第 46 段）。为了确定应给予特许公司的公正补偿额，似宜对建造阶段和运营阶段出于公共利益考虑而终止的两种情况加以区别对待：

(a) 在建造阶段终止。如果在建造阶段终止项目协议，补偿安排可能类似于在大型建造合同中允许为方便而终止合同时所实行的那些安排。在这类情况下，承包商通常有权要求赔偿已令人满意地完成的工程的造价，以及终止合同对承包商造成的费用和损失。但是，由于订约当局通常并不对特许公司完成的建造工程支付价款，所以计算补偿的主要标准一般是截至合同终止时特许公司的实际投资总额，包括特许公司为实施项目协议建造工程从放款人提供的贷款中实际支付的总额，以及取消贷款协议所涉及的费用。另一个问题是对合同中为方便目的而终止的部分，特许公司是否以及何种程度上有权获得对其利润损失的补偿。一方面，特许公司可能因为期待完成项目并在预期的特许期限内经营设施而放弃了其他商业机会。另一方面，订约当局有义务补偿特许公司的利润损失，这种义务可能在经济上限制订约当局行使其为方便而终止协议的权利。一种方法可以是在项目协议中规定订约当局补偿利润损失的付款比额表，付款的数额将取决于截至终止项目协议时已完成的建造工程阶段；

(b) 在运营阶段终止。对于特许公司已令人满意地完成的建设工程部分，补偿安排可能与在建造阶段终止的情形相同。但是，对在运营阶段终止的公平补偿可能还需要包括对利润损失的合理补偿。对这种情况实行较高的补偿标准也许是合理的，因为与建造阶段终止合同的情况不同，在建造阶段中，订约当局可能需要自己出资完成工程，而在运营阶段终止协议，订约当局也许可获得一整套可以运营而获取利润的设施。利润损失的补偿数额通常根据特许公司以往若干个财政年度的收入来计算，但在某些情况下，其他的因素，如按商定的费率所预期的利润，可能也需要加以考虑。之所以如此，是因为在初期运营阶段具有财务成本高和收入相对较低特点的收费道路等一些基础设施项目和其他类似项目中，在项目有盈利记录之前就有可能发生终止。

3. 结束和过渡措施

50. 如设施在特许期结束时移交给订约当局，当事各方可能需要作出的一系列安排，以确保订约当局能够以规定的效率和安全标准运营设施。项目协议可规定特许公司有义务转让为基础设施运营所需的某些技术或专门知识。项目协议还可规定特许公司在某段过渡时期对设施的运营和维护继续承担某些义务。还可进一步规定特许公司有义务向订约当局供应修理设施所需的零部件或为这些零部件的供应提供方便。然而，应当提及的是，特许公司可能无法自己采取下述某些过渡措施，因为在多数情况下，特许公司只是为完成项目而成立，可能需要从第三方处取得有关技术或零部件。

(a) 技术转让

51. 在有些情况下，移交给订约当局的设施将包括为制造某些货物（例如电力或饮用水）或提供有关服务（例如电话服务）所需的各种技术工艺。订约当局常常希望掌握这些工艺及其应用的知识。订约当局还希望获得运营和维护设施所需的技术资料和技能。即使订约当局拥有基本能力，可以承担某些部分的运营和维护（例如建筑或土木工程），但也可能需要获得必要的特殊技术工艺知识，以便可按适合设施的方式进行运营。向订约当局传授这种知识、资料和技能通常称为“技术转让”。有关技术转让的义务不能对特许公司单方规定，在实践中，这类事项都须经有关各方的广泛磋商。虽然所在国对于取得运营设施所需的技术拥有合法权益，但也应适当考虑到私人投资者的商业利益和经营策略。

52. 对于技术转让和履行建造和运营设施的其他必要义务，可实行不同的合同安排。技术本身的转让可采取不同的方式，例如通过发给工业产权的许可证，通过创办当事方之间的合营企业或提供机密的专门知识。本《指南》并不试图全面论述发给工业产权许可证或提供专门知识方面的合同

谈判和起草问题,因为联合国其他机构发行的出版物中已对这个主题作了详细的论述。¹ 以下各段仅提及关于通过培训订约当局人员或通过书面文件传授设施运营和维护方面必要的技能所涉及的一些主要问题。

53. 向订约当局传授设施正确运营和维护的必要技术资料和技能,最重要方法是对订约当局的人员进行培训。为使订约当局能够确定其培训需要,订约当局在征求投标书的通告中或在合同谈判过程中,可请特许公司提供一份组织结构图,列明设施运营和维护方面所需的人员,包括人员必须具备的基本技术和其他资格。这种要求应充分详细加以说明,以便订约当局可根据其现有的人员确定所需的培训。特许公司通常将拥有提供培训的能力。但是在一些情况下,由一名咨询工程师或通过一个专业培训机构进行培训可能效果更好些。

54. 设施妥善运营和维护所需的技术资料和技能也可通过提供技术文献加以传授。应提供的文献可包括计划、图表、公式、运营和维护手册及安全须知。似宜在项目协议中列出应提供的文件。可要求特许公司提供内容全面和行文清楚并以某种语文编写的文件。如果文献中所述的程序不加以示范便无法理解,还似宜规定特许公司有义务根据订约当局的请求,就有关的程序进行操作示范。

55. 可指定应在何时提供文献。项目协议可规定,应在合同规定的完工时间之前备齐所有文件。当事各方还似宜规定,除非提供了与工程运营有关的、按合同规定应在完工前提供的所有文献,否则,设施的移交将认为尚未完成。似宜规定,有些文献(例如操作手册)应在工程建造过程中提供,因为这些文献可以使订约当局的人员或工程师对正在建造中的机械或设备的工作原理有所了解。

(b) 设施移交后协助运营和维护

56. 订约当局需要特许公司提供多大的协助,取决于订约当局拥有的或可以利用的技术和技术人员。订约当局如果缺乏有一定技能水平足以对设施进行技术运作的人员,那么,似宜至少在初期阶段获得特许公司对设施运营的协助。在有些情况下,订约当局可能希望特许公司为设施提供许多技术专业人

¹ 世界知识产权组织的《发展中国家许可证指南》(知识产权组织出版物第 620(E)号,1977 年)中对工业产权许可证和提供专门知识的合同谈判和起草问题作了详细的论述。谈判和起草这类合同时应考虑的主要问题载于《技术转让协议的评价准则》,技术开发和转让系列,第 12 号(ID/233,1979 年),以及载于《关于起草机械工业专门知识国际转让合同的使用指南》(联合国出版物,出售品编号:E.70.II.E.15)。另一本有关的出版物是《发展中国家引进技术手册》(联合国出版物,出售品编号:E.78.II.D.15)。关于对建造工业工程合同情况下的技术转让进行的讨论,见贸易法委员会《关于起草建造工厂国际合同法律指南》(联合国出版物,出售品编号:E.87.V.10),第六章,“技术转让”。

员，而在另一些情况下，订约当局则可能希望特许公司仅提供技术专家，在一些高度专业化的操作领域以顾问的身份与订约当局的人员共同协作。

57. 为协助订约当局运营和维护设施，项目协议可规定特许公司有义务在设施移交之前提交一项运营和维护方案，以保持设施在日后的工作寿命期内以项目协议规定的效率水平运作。运营和维护方案将包括下述内容：例如一份组织结构图，列出设施的技术运作所需的关键人员及每个人员应履行的职能；设施的定期检查；添加润滑油、清洁和调整；以及已损坏或磨损零件的更换。设施的维护还包括操作安排，例如制定设施维修的值日表或维修记录。订约当局还可要求特许公司提供载有适当运营和维护程序的运营和维护手册。这些手册应采用便于订约当局人员理解的格式和语文。

58. 关于培训订约当局人员掌握运营和维护程序，一种有效的方法是在项目协议中规定，在设施移交之前或之后一段时间，订约当局的人员应与特许公司的人员一起进行设施的运营和维护。然后可确定特许公司雇用人员所应担任的岗位，并指明其应具备的资格和经验。对于特许公司职员将担任的岗位，确定指派的职能时需要特别小心。为了避免磨擦和缺乏效率，似宜明确界定在有关过渡期内一方人员对另一方人员行使的任何权限。

(c) 零部件的供应

59. 在按规定需将设施移交给订约当局的项目中，订约当局将需要获得零部件来更换已磨损或损坏的部件，以及维护、修理和运营整套设施。如果零部件无法在当地获得，订约当局可能需要依靠特许公司供应这些零部件。如当事各方在项目协议中可以预期订约当局这方面的需要并作出相应的规定，可极大地便利当事各方对设施移交后零部件和服务的供应进行规划。但是，鉴于大多数基础设施项目旷日持久，当事各方可能难以在项目协议中预期设施移交后订约当局的需要并作出相应的规定。

60. 一种可能的方法也许是，当事各方另外再订立一份管理这些事项的合同。²这种合同可在设施行将移交时订立，因为届时订约当局对其需要事项可能会有更加明确的认识。如果零部件不是由特许公司制造，而是由特许公司的供应商制造，订约当局最好是与这些供应商订立合同，而不是从特许公司那里获得零部件，或者由订约当局指定特许公司作为其采购代理人。

61. 订约当局的人员应具有安装零部件的技术能力。为此目的，项目协议可规定特许公司有义务提供必要的指导手册、工具和设备。指导手册应采

² 欧洲经济委员会拟定了一份《关于起草维护、修理和运营工业和其他设施的国际服务合同指南》(ECE/TRADE/154)，该指南经适当更改后可有助于当事各方另行起草一份或若干份关于在设施移交给订约当局后对设施进行维护和修理的合同。

用便于订约当局人员理解的格式和语文。合同还可要求特许公司提供“结构”图，指明各部分设备是怎样相互连接的，以及可以从何处入手安装零部件和进行维护及修理。在某些情况下，似宜要求特许公司对订约当局人员进行安装零部件的培训。

(d) 修理

62. 订立合同安排确保设施在发生故障时得到迅速修理是符合订约当局利益的。在许多情况下，特许公司进行修理可能比第三者更加胜任。另外，如果项目协议阻止订约当局向第三者透露特许公司提供的技术，这可能使挑选第三者进行修理受到限制，只有那些提供了为特许公司可以接受的关于不透露其技术的保证的第三者才能入选。而另一方面，如果设备的主要部分是由供应商为特许公司制造的，订约当局可能发现最好还是与供应商订立独立的修理合同，因为供应商修理这些设备部件可能更加胜任。在界定特许公司可能承担的任何修理义务的性质和期限时，似宜作出明确的规定，并与特许公司根据质量保证修理设施的义务区分开来。

六. 争议的解决

A. 概述

1. 实施私人融资基础设施项目的一个重要因素是所在国解决争议的法律框架。投资者、承包商和放款人如果相信项目所涉合同所产生的任何争议在所在国将得到迅速和公正的解决，便会受到鼓舞而参与所在国的项目。同样，避免争议或迅速解决争议的高效程序将有助于订约当局行使监管职能，并降低订约当局的总体管理费用。为了给投资者创造更有利的环境，所在国的法律框架应实行某些基本原则，例如：应保证外国公司有权利按照与国内公司大致相同的条件向法院提出诉讼；私人合同的当事方应有权选择外国法律作为合同的适用法律；外国判决可以得到执行；既不应不必要地限制采用非司法解决争议机制，也不应有法律障碍，阻止创造在司法系统之外友好地解决争议的有利条件。

2. 私人融资基础设施项目一般要求建立起一个相互关联的合同网络和涉及各当事方的其他法律关系。有关解决这些项目争议的法律规定必须考虑到多种不同的关系，而这些不同的关系可能需要根据争议类别和当事方的不同而采取不同的解决争议办法。主要争议可大致分为三类：

(a) 特许公司与订约当局和其他政府机构之间的协议引发的争议。在多数大陆法系国家，项目协议由行政法管辖（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 24-27 段），而在另一些国家，此种协议原则上由合同法管辖，并有针对性提供公共服务的政府合同而制定的特别规定作为补充。这种制度可能关系到项目协议当事方商定的争议解决机制。类似的考虑可能还适用于特许公司与政府机构或国有公司达成的为项目供应货物或服务或购买该基础设施所提供的货物或服务的某些合同；

(b) 项目促成人或特许公司为实施项目而与有关当事方达成的合同和协议所产生的争议。这些合同通常至少包括：(一)持有项目公司股权的当事各方之间的合同（例如股东协议、关于追加融资的协议或关于选举权的安排）；(二)贷款及有关的协议，这些协议除项目公司外，还涉及其他当事方，例如商业银行、政府贷款机构、国际贷款机构和出口信贷保险公司；(三)项目公司与承包商之间的合同，而该承包商本身可能是由承包商、设备供应商和服务提供商组成的联营集团；(四)项目公司与经营和维护项目设施的当事各方之间的合同；(五)特许公司与私人公司之间关于供应运营和维护设施所需货物和服务的合同；

(c) 特许公司与其他当事方之间的争议。这些其他当事方包括设施的用户或客户，这些用户可以是：从项目公司购买水电然后转售给最终用户

的国有公用事业公司；商业公司，例如签约使用机场或港口的航空公司或航运公司；或支付公路使用费的个人等。这些争端的当事方不一定受以前合同或类似性质的任何法律关系的约束。

B. 订约当局与特许公司之间的争端

3. 项目协议产生的争端经常涉及一些在其他种类合同中并不常见的问题。这是由于下述原因造成的：基础设施项目比较复杂，履约时间长，有多个企业参与建造和运营阶段。而且，这些项目通常涉及政府机构和广泛的公共利益。这些情况突出说明有必要建立机制，尽可能避免当事方之间分歧的升级并维护其商业关系；防止工程的建造或服务的提供受到影响；这类机制还应顾及可能产生的争端的具体特点。

4. 本节讨论的是实施基础设施项目各阶段所特有的一些主要问题。如何解决特许公司对管理机构所作决定的不满，这已结合基础设施服务的管理当局作了讨论（见第一章，“一般性立法和体制框架”，第 51-53 段）。如何解决遴选特许公司过程中产生的争端（即合同前争端），这一点在本《指南》前面章节中也已谈及（见第三章，“特许公司的选定”，第 127-131 段）。

1. 防止和解决争端方法的一般性考虑

5. 项目协议有效期内最经常引起争端的问题是在建造阶段、基础设施运营期间或者项目协议到期或终止时可能发生的违反协议问题。这些争端可能非常复杂，常常涉及技术性很强的事项，必须迅速解决，以免影响基础设施的建造或运营。由于这些原因，当事方最好想出某种办法，允许挑选合格专家来帮助解决争端。此外，由于私人融资基础设施项目的期限较长，制定尽可能防止产生争端的机制以维护当事方之间的商业关系，就显得很重要。

6. 为了实现上述目的，项目协议常常规定综合性解决争端条款，以期尽可能防止争端的产生，促进达成相互同意的解决办法，而且想出一些在争端出现时确能有效地解决争端的方法。这些条款一般规定按顺序采取的一系列步骤。先是提早警告对方，指出如当事方不采取预防行动，有可能发展成争端的问题。当确已发生争端时，规定当事各方应交换信息和讨论争端问题，以期找到一种解决办法。如果当事各方自己不能解决争端，那么，任何一方可以要求另一个独立和公正的第三方参与，协助他们找到一种可以接受的解决办法。在多数情况下，只有在这类调解办法不能解决争端时，才使用对抗性的解决争端机制。

7. 然而，当事方能否自由议定某些防止争端或解决争端的办法，也会有一些局限：其中一种局限可能涉及争端的主题事项；另一种局限可能来自某些法律制度中订约当局的政府性质。在一些法律制度中，传统的惯例是，

政府及其机构不得同意某些解决争端的办法，特别是仲裁。这一原则经常只限于这么一层意思：它不适用于具有工业或商业性质、在与第三方的关系中属于私法或商业法管辖的公共企业。

8. 对自由议定包括仲裁在内的解决争端办法的限制还可能涉及项目协议的法律性质。在一些大陆法系中，项目协议视为行政合同，由此产生的争端可能须交由所在国的司法机关或行政法庭解决。在另一些法系中，类似的限制可能明文列入直接适用于项目协议的立法或司法判例中，或者来源于通常以立法规则或条例为依据的合同惯例。

9. 凡希望允许使用包括仲裁在内的非司法手段解决私人融资基础设施项目产生的争端的国家，应消除可能的法律障碍，明确准许本国订约当局议定解决争端办法。缺乏此种立法授权，可能会引起解决争端条款有效性的问题，并导致争端迟迟得不到解决。例如，如果虽然随后有人提出抗辩，指出订约当局无权缔结仲裁协议，但仲裁庭仍认为所缔结的仲裁协议是有效的，那么，需对该裁决加以承认或执行的所在国法院或第三国法院还会在承认或执行阶段碰到这个问题。

2. 防止和解决争端的常用方法

10. 以下各段介绍防止和解决争端方法的主要特点，并谈及这些方法对于大型基础设施项目各阶段，即建造阶段、运营阶段和终止后阶段的适宜性。虽然项目协议通常规定了全面的防止争端和解决争端机制，但仍应力求避免采用过于复杂的程序或规定过多层次的程序。下面各段简要介绍的防止争端和解决争端的某些方法旨在使立法者了解这些不同方法的具体特点和用途。不应理解为作者建议使用任何特定的方法组合。

(a) 早期警告

11. 早期警告条款可能是避免争端的重要手段。这些条款规定，如果合同一方认为已经发生的事件或它打算提出的权利要求有引起争端的可能，应尽快提请对方注意这些事件或权利要求。权利要求有可能使对方感到吃惊，因而使对方产生不满和敌意，因此拖延提出权利要求是冲突的根源。不仅如此，拖延提出权利要求还会增大取证的难度。为此，早期警告条款一般要求提出权利要求的一方在规定时限内提出具体量化的权利要求和必要的证据。为使这些条款得到有效执行，常常规定对不遵守这些条款的制裁措施，例如丧失提出要求的权利或增加提供证据的责任。在基础设施项目中，早期警告常常涉及可能对工程或公共服务的质量产生不利影响、提高成本、导致拖延或危及服务的连续性的事件。因此，在整个基础设施项目期限内，早期警告条款都有用。

(b) 伙伴关系

12. 另一种避免争端的手段是建立伙伴关系。建立伙伴关系的目的是从项目一开始就通过共同制定的正式手段，在项目涉及的所有主要当事方之间建立一种信任、配合与合作气氛。人们发现，伙伴关系有助于避免争端，促使当事方为实现项目的目标而高效地工作。伙伴关系在通常由订约当局召集的、由项目主要当事方参加的工作会议上确定。最初的工作会议确定对伙伴关系概念的共同理解，界定所有当事方对项目的目标，并制定快速解决关键问题的程序。在这次工作会议结束时，与会者起草并签署一个“伙伴关系规约”，表示他们承诺为项目的成功实现而协同工作。这种规约通常包括一个旨在确定权利要求和解决其他问题的程序，解决问题程序首先是尽早和尽可能在最低层的管理部門求得解决。如果在特定时限内没有达成解决办法，就将问题提交上一层管理部门。只有在负责项目的若干人没有达成一致意见时才请外人参与。

(c) 劝导谈判

13. 这种程序的目的是协助当事方进行谈判。当事方在项目开始时指定一名劝导者。其职能是协助当事方解决任何争端，他不对问题提出实质性意见，而是劝导他们深入分析事情的是非曲直。如果涉及许多当事方，而这些当事方认为没有此种劝导就难以进行谈判和协调各种相互分歧的意见时，这一程序特别有用。

(d) 调解和调停

14. 《指南》中将“调解”一词作为一个广义的概念使用，指某人或某个小组独立地、公正地帮助当事方友好地解决其争端的程序。调解不同于争端当事方之间的谈判（当事方一般在争端产生以后才进行谈判），调解涉及独立的、不偏不倚的人为解决争端提供援助，而当事方之间为解决问题而进行的谈判不涉及第三人的援助。调解与仲裁的不同之处在于，调解或以当事双方同意某一解决争端方案而结束，或以调解失败而告终；而在仲裁中，仲裁庭可将具有约束力的裁决强加于当事方，除非在作出裁决之前当事双方已经解决争端。在实践中，人们使用包括“调停”在内的不同术语来表示这类调解程序。不过，在一些国家的法律传统中，“调解”和“调停”有所区别，调解主要强调由第三方努力融合争端各方的关系，帮助他们化解分歧，而调停则更进一步，允许调停人提出解决争端的建议条件。然而，“调解”和“调停”两词更经常的是作为同义词使用。

15. 世界各地正在越来越多地采用调解方式，包括过去不常采用这一方式的地区。特别是设立了向有关当事方提供调解服务的许多私人 and 公共机

构，就反映了这一趋势。调解程序通常是不公开的、保密的、非正式的，且容易采用。也可能便捷而花费不多。调解人可以发挥多种作用，通常比劝导者更活跃。他或她常常可以对当事方的立场提出质疑，强调通常有助于达成一致意见的短处，如果得到授权，还可以建议可能的解决方案。这种程序一般没有约束力，调解人的责任是让当事方注意到问题所在和可能的解决办法，从而促进争端的解决，而不是作出判断。当所涉当事方很多，通过直接谈判难以达成一致意见时，这种程序特别有用。

16. 如果当事方在项目协议中规定了调解方式，他们还须解决一些程序问题，以便增大解决争端的机会。在合同中通过提及的方式纳入诸如《贸易法委员会调解规则》¹之类的一套调解规则，将大有助于解决这类程序问题。一些国际和国家组织还拟定了其他调解规则。

(e) 无约束力的专家评估

17. 这种程序是让一个中立的第三方负责对争端和拟建议的解决方法的优缺点提出评估。它发挥“事实检验”的作用，向争议各方表明仲裁或司法程序等费用较高、耗时较长、具有约束力的程序可能得出什么结果。如果当事方由于其立场不容易改变而难以沟通，或如果他们不能明确看到自己立场的短处或对方立场的长处，这一程序非常有用。无约束力的专家评估之后通常要进行直接谈判或劝导谈判。

(f) 小型审判

18. 这种程序采取模拟审判的形式，当事各方的现场一线人员向“法庭”提交申述，该“法庭”由当事各方各一名高级行政人员和一名中立的第三人组成。申述一般在预定时间内进行，申述后，行政人员在中立人的帮助下进入劝导谈判程序，力求就“审判”期间阐明的的问题达成一致意见。当事方的顾问常常在场，帮助确定有关问题。小型审判的目的是让高级行政人员了解争端所涉及的问题，并起到一种事实检验的作用，检验真正的审判会得到怎么样的结果。

¹ 关于《贸易法委员会调解规则》的正式文本，见《大会正式记录，第三十五届会议，补编第17号》(A/35/17)，第106段(《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第十一卷，1980年，第一部分，第二章，A节(联合国出版物，出售品编号：E.81.V.8))。还以小册子的形式出版了《贸易法委员会调解规则》(联合国出版物，出售品编号：E.81.V.6)。《调解规则》附有一条示范调解条款，该条款规定：“如果发生由于本合同所引起或与本合同有关的争端，而双方当事人愿意通过调解寻求争端的友好解决，调解应按照现行有效的《贸易法委员会调解规则》进行”。大会1980年12月4日第35/52号决议建议使用《贸易法委员会调解规则》。

(g) 高级行政人员评估

19. 这一程序类似于小型审判，但对抗性较小，采用一种更加着眼于达成一致的方式。程序开始时由当事各方宣读篇幅不长的立场文件，之后进行短时间的答辩。在由劝导者主持的“评估会议”上，当事各方各自一名高级行政人员作口头简要发言，阐明立场文件中提出的问题或当事各方或劝导者提出的其他观点。会议之后召开由劝导者主持的谈判会议，以期达成一致意见。小型审判和高级行政人员评估往往不如无约束力的专家评估那样可起到有力的事实检验作用，因此在没有商业压力的情况下不大可能促使作出困难的决定。

(h) 由独立专家审查技术争端

20. 在建造阶段，当事方似宜考虑规定将某些类别的争端交由双方指定的一名独立专家处理。当涉及建造基础设施的技术问题的分歧（例如，工程是否符合合同规格或技术标准）时，这种办法可能特别有用。

21. 例如，当事方可以分别指定一名设计检查员或一名监理工程师，审查设计审批方面和建设工程进度方面的分歧（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 69-79 段）。独立专家应具有设计和建造类似项目的专门知识。应在项目协议中规定独立专家的权力（例如独立专家是否可以提出建议或作出具有约束力的决定），以及在什么情况下当事方可以寻求独立专家提出建议或作出决定。例如，在一些大型基础设施项目中，每当特许公司和订约当局就设计或建设工程的某些方面是否符合相应规格或就合同规定的义务产生分歧时，就可以征求独立专家的建议。当涉及要求特许公司的某些行动须经订约当局同意的项目协议条款时，例如最后批准运营基础设施（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 78 段）时，可能特别应当酌情将所涉事宜提交设计检查员或监理工程师解决。

22. 常常利用独立专家来解决建造合同中的技术争端，建筑行业实践中形成的各种机制和程序经适当修改后可用于私人融资基础设施项目。然而，应当指出，订约当局与特许公司之间的争端范围不一定与建造合同中通常发生的争端范围相同。这是因为项目协议中订约当局和特许公司的相应地位，与建筑合同中工程所有者和施工者的地位不完全相似。例如，建筑合同中就实际完工量而应付给承包商的款额所常常发生的争端，在订约当局与特许公司之间的关系中并不典型，因为后者通常不从订约当局那里得到对所完成的建筑工程的付款。

(i) 争端审查委员会

23. 大型基础设施项目的项目协议常常规定可以在一个任命当局的帮助下

由当事双方指定一些专家组成常设委员会，以便帮助解决建造和运营阶段可能产生的争端（《指南》中称为“争端审查委员会”）。争端审查委员会处理问题的程序可以是非正式的和快速的，而且可以调整适应所要解决的争端的特点。任命争端审查委员会可避免当事方之间的误解或分歧发展成为必须通过仲裁或司法程序才能解决的正式争端。事实上，这种程序作为一种避免争端的手段，其有效性是其特有的长处之一，但争端审查委员会也可以作为解决争端的机制，特别是当该委员会被授权作出具有约束力的决定时。

24. 在争端审查委员会程序中，当事各方一般从项目一开始就挑选拥有项目领域知识而享有盛名的三名专家组成该委员会。如果项目由需要不同专门知识的几个阶段组成（设施建造阶段与随后的公共服务管理阶段就需要不同的专门知识），可以更换这些专家，在有些大型基础设施项目中，可以设立不止一个委员会。例如，一个争端审查委员会可以专门处理涉及技术事项的争端（例如，工程设计，某项技术是否适宜，是否符合环境标准），而另一个委员会可以处理合同或财务性质的争端（例如，因拖延发放许可证而应付的赔偿数额或关于价格调整公式的分歧）。委员会的每名成员均应具有特定类型项目的经验，包括解释和管理项目协议的经验，并应保证始终对当事方采取公正、独立的立场。可以酌情向这些人提供关于施工进度或关于基础设施运营情况的定期报告，当事方之间产生分歧时立即告知这些人。他们可以每隔一段时间或在必要时与当事方见面，审查出现的分歧，并就如何解决这些分歧提出建议。

25. 委员会成员可以作为防止争端的代理人，定期视察项目现场，与当事方见面并随时了解工程进度。与当事方见面可有助于在任何潜在冲突开始激化和演变成真正的争端之前及早发现端倪。发现潜在冲突时，委员会提出解决办法，由于委员会成员的专门知识和威信，这些解决办法很可能被当事方接受。接到提交的争端后，委员会即开始进行评估，评估以非正式的方式进行，通常在例行现场视察时即与当事各方通过讨论方式进行评估。讨论由委员会主持，但每一当事方均有充分的机会表明自己的观点，争端审查委员会可随意提问，要求提供文件及其他证据。在事件发生不久和对抗性立场变得强硬之前，在工作现场举行这种意见听取会，其好处是显而易见的。然后，委员会召开非公开会议，力求达成一项建议或决定。即使当事方不接受这些建议而确实发生了争端，委员会如果得到当事方授权，也有条件能迅速解决争端，因为委员会对问题和合同文件已比较熟悉。

26. 鉴于私人融资基础设施项目的期限通常较长，与执行这些项目有关的许多情况可能在特许期结束之前发生变化。其中一些变化的影响可能已自动包括在项目协议中（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 126-130 段），而有些变化则不容易包括在自动调节机制中，或者当事方可能更愿意将其排除在该机制之外。因此，当事方制定机制处理情况变化所引起的争端非常重要。这对于项目的运营阶段尤其重要。如果当事方已商定一些规则，允许在发生某些情况之后修订项目协议条款，

那么便有可能出现是否已发生这些情况及发生时如何修改或补充合同条款等问题。为了便利解决可能出现的争端和避免在当事方不能就修订合同达成一致时出现僵局,当事方似宜澄清争端审查委员会是否可以和在多大程度上可以修改或补充某些合同条款。在这方面,可以指出,当事方并非总是能够依赖仲裁庭或国内法院来处理问题。某些法律制度规定,法院和仲裁人无权修改或补充合同条款。而在有些法律制度下,法院和仲裁人只有在得到当事方明确授权的情况下才可这么做。还有些法律制度规定,仲裁人可以这么做,但法院不可以。

27. 有关仲裁或司法程序的法律可规定当事方可在多大程度上授权仲裁人或法院重新审查争端审查委员会的决定。排除这类复审的好处是,争端审查委员会的决定将立即成为最终决定,并具有约束力。但是,允许进行这类审查可使当事方更加确信决定将会是正确的。早期关于争端审查委员会的条款并没有规定如果仲裁或司法程序不提出质疑的话,委员会的建议将具有约束力。但实际上,由当事方同意的独立专家一致提出的建议,其综合说服力可使订约当局和项目公司自愿接受这些建议,而不提出诉讼和仲裁。近期关于争端审查委员会的合同条款通常规定,委员会的决定虽然不立即对当事方具有约束力,但如果一方或双方不在规定期限内将争端提交仲裁或启动司法程序,即成为有约束力的决定。除了避免可能是漫长的诉讼或仲裁外,当事方通常还会考虑到,不大可能推翻会被法院或仲裁庭视为强有力的建议,因为建议是由一开始就熟悉项目的独立专家提出的,是以争端发生之前和发生之时对项目的考察为依据的。

28. 当事方可以同意使委员会的决定成为最终决定和具有约束力,虽然这种情况很少发生。然而,应当指出,许多法律制度规定,尽管当事方同意受委员会决定的约束,争端审查委员会的决定也具有类似于合同的约束力,但却不可以按简易程序(如执行仲裁裁决的程序)执行,因为委员会的决定不具有仲裁裁决的地位。如果当事方考虑规定争端审查委员会的程序,则有必要在项目协议中解决上述程序所涉各个方面的问题。项目协议最好尽可能明确界定赋予争端审查委员会的授权范围。关于职能性质,项目协议可授权争端审查委员会进行事实调查,下令采取临时措施。项目协议可具体规定争端审查委员会应履行的职能和可处理的问题种类。如果允许当事方在决定作出之后的规定时间内启动仲裁或司法程序,当事方可以具体规定争端审查委员会进行的事实调查在仲裁或司法程序中应视作定论。项目协议还可以规定当事方有义务执行争端审查委员会就临时措施作出的决定或就特定问题的实质内容作出的决定;若当事方未能执行这些决定,将被视作未能履行一项合同义务。关于委员会职能的期限,项目协议可以规定,委员会将在项目协议到期或终止后一段时间内继续行使职责,以便处理在此阶段可能产生的争端(例如,关于移交给订约当局的资产的状况和就这些资产应付赔偿的争端)。

(j) 无约束力的仲裁

29. 当劝导谈判、调解或争端审查委员会程序等对抗性较小的办法不起作用时,有时即采用这一程序。进行无约束力的仲裁与进行有约束力的仲裁的方式相同,采用的规则也可相同,只不过此种程序最后只提出建议。该程序设想,如果在无约束力的仲裁中争端仍未得到解决,当事方将直接提出诉讼。人们选择这一程序是因为:(a)对仲裁的约束性持保留态度;或(b)为了既避免仲裁又避免提出诉讼,避免仲裁是因为同一程序进行两次似乎是多余的,避免提出诉讼是因为诉讼费时费钱。

(k) 仲裁

30. 最近几年,仲裁被越来越多地用于解决私人融资基础设施项目产生的争端。仲裁一般既用于解决基础设施建造或运营阶段产生的争端,又用于解决与项目协议的到期或终止有关的争端。私人投资者和放款人特别是外国私人投资者和放款人大多愿意在非所在国进行仲裁,而且在许多情况下要求进行这种仲裁,因为经当事各方适当安排之后,仲裁程序可以不象司法程序那样正规,而且更符合当事各方的需要和适应项目协议可能产生的争端的具体特点。当事各方可选择对某类项目拥有专门知识的人作为仲裁人,可选择进行仲裁程序的地点,还可选择在仲裁程序中使用一种或多种语言。仲裁程序对当事方之间商业关系的影响可能比司法程序轻些。仲裁程序和仲裁裁决可做到保密,司法程序和判决则通常不保密。而且,由于1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》²已得到广泛接受,这也有利于在作出裁决的当地国以外的国家执行仲裁裁决。

31. 对于特别是涉及外国投资者的基础设施项目,似可指出,在加入了《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》³之后,可以把该公约作为法律框架,解决订约当局与项目联营集团中的外国公司之间的争端。迄今已有131个国家加入的该公约,设立了国际投资争端解决中心(投资争端解决中心)。投资争端解决中心是一个与世界银行有密切联系的、独立的国际组织。投资争端解决中心为调解和仲裁成员国与具有其他成员国国民资格的投资者之间的争端提供便利。是否提请投资争端解决中心进行调解和仲裁,完全由双方自愿。但是,合同或争端的当事各方一旦同意根据上述公约进行仲裁,任何一方均不得单方面撤回其表示的同意意见。投资争端解决中心的所有成员国,无论是否成为争端的当事方,都需要按公约规定承认和执

² 见联合国《条约汇编》,第330卷,第4739号,转载于《有关国际贸易法的公约和其他文书登记簿》,第二卷(联合国出版物,出售品编号:E.73.V.3)。

³ 联合国《条约汇编》,第575卷,第8359号。

行投资争端解决中心的仲裁裁决。当事方可以同意投资争端解决中心对现有争端或某些类别的未来争端进行仲裁。但是，当事方不需要就具体项目表示同意；所在国可在关于促进投资的立法中提议将某些类别的投资所产生的争端提交投资争端解决中心管辖，而投资者则可通过书面接受提议表示同意。

32. 双边投资协定也可以作为一个框架，解决订约当局与外国公司之间的争端。在这些条约中，所在国一般向具有另一签署国国民资格的投资者提供若干保证和担保（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 4-6 段），并表示同意例如提交投资争端解决中心或提交采用《贸易法委员会仲裁规则》⁴ 的一个仲裁庭加以仲裁。

（一）主权豁免

33. 立法者似宜审查本国有关主权豁免的法律，并在认为适宜的范围内，澄清订约当局可在或不得在哪些领域提出主权豁免抗辩。如果允许仲裁并且项目协议当事各方之间已订立仲裁协议，那么，只要订约当局能够提出主权豁免要求，作为阻止仲裁程序开始的理由或作为反对承认和执行裁决的抗辩，仲裁协议的执行便可能发生问题或障碍。有时候，关于这一事项的法律并不明确，这可能引起有关当事方（例如特许公司、项目促成人和放款人）担心仲裁协议可能无效。为了消除这些可能的顾虑，似宜审查关于这个问题的法律，并指明订约当局在何种程度上可提出主权豁免的要求。

34. 此外，受到裁决的订约当局可以提出对公共财产不得执行裁决的豁免权抗辩。关于执行方面的主权豁免问题，有各种不同的做法。例如，有些国家法律规定，豁免的范围不包括从事商业活动的政府实体。而在有些国家法律中，拟扣押的财产必需与提出的权利要求有着某种联系，例如，对于据以提出权利要求的受私法管辖的经济或商业活动所作的拨款，不能提出豁免抗辩，或者对国家专门用于从事商业活动的资产不能提出豁免抗辩。在有些国家，被认为应由政府来证明拟扣押的资产确属非商业用途的资产。

35. 在涉及可能提出主权豁免的实体时，一些合同中列入了关于政府放弃

⁴ 《贸易法委员会仲裁规则》的正式文本转载于《大会正式记录，第三十一届会议，补编第 17 号》（A/31/17），第五章，C 节（《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第七卷，1976 年，第一部分，第二章，A 节（联合国出版物，出售品编号：E.77.V.1））。还以小册子的形式出版了《贸易法委员会仲裁规则》（联合国出版物，出售品编号：E.77.V.6）。《仲裁规则》附有一条示范仲裁条款，该条款规定：“凡由于本合同引起的或与本合同有关的，或由于本合同的违约、终止或无效而引起的或与本合同的违约、终止或无效有关的任何争议、争端或索赔，均应按照现行有效的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行仲裁解决。”大会 1976 年 12 月 15 日第 31/98 号决议建议使用《贸易法委员会仲裁规则》。

其提出主权豁免抗辩的条款。这类认可或放弃主权豁免的条款可载于项目协议或一项国际协定；此种条款可以局限于承认某些财产用于或准备用于商业目的。这类书面条款之所以必要是因为不清楚仲裁协议的缔结和政府实体参与仲裁程序是否构成默认放弃对执行措施的主权豁免。

(二) 仲裁协议的有效性和裁决书的可执行性

36. 仲裁协议的有效性取决于仲裁地的立法制度。如果认为所在国有关仲裁的法律制度不够满意，例如，对当事方自主权造成不合理限制，当事方似可议定在所在国以外的地方进行仲裁。因此，重要的是所在国确保国内的仲裁法制度解决主要程序问题，使这些程序适合于国际仲裁案件。《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》即载有这样一种制度。⁵

37. 如果仲裁地不在所在国，或者如果在所在国作出的裁决需要在外国执行，那么仲裁协议的有效性还取决于有关承认和执行仲裁裁决的立法。《承认及执行外国仲裁裁决公约》（见第 30 段）除其他事项外尤其规定了对仲裁协议的承认和法院可拒绝承认或执行裁决书的理由。人们广泛认为，该公约为承认和执行仲裁裁决提供了一种可以接受的适中制度。如果所在国已加入该公约，那么这可能被视作一个重要的因素，有助于评估有约束力的承诺以及仲裁作为解决与该国当事方争端的可靠方法在法律上的确定性。这种情况还将还有助于在外国执行所在国作出的仲裁裁决。

(1) 司法程序

38. 如前所述，在有些法律制度中，解决与提供公共服务有关的协议所产生的争端，是国内司法或行政法院的专属职权。在有些国家，除特定情况外，政府机构无权同意仲裁（见第 7-9 段），而在有些法律制度中，当事方可在司法程序和仲裁程序之间自由作出选择。

39. 只要当事方可以在司法程序和仲裁程序之间作出选择，订约当局就可能认为理应将任何争端提交所在国法院处理。这些法院熟悉本国的法律，其中常常包括专门涉及项目协议的立法。另外，订约当局或卷入争端的其他政府机构，可能会因为熟悉本国法院的程序和审案使用的语言而优先选择本国法院。还可能考虑的一个因素是，如果项目协议涉及公共政策和保护公共利益的问题，本国法院可更好地做到这一点。

⁵ 关于《联合国国际贸易法委员会第十八届会议工作报告》，见《大会正式记录，第四十届会议，补编第 17 号》（A/40/17），第 332 段和附件一。大会 1985 年 12 月 11 日第 40/72 号决议建议所有国家，鉴于统一仲裁程序法的可取性和国际商业仲裁实际执行的具体需要，对《国际商业仲裁示范法》给予适当的考虑。

40. 但是，潜在的投资者、融资者和其他私人当事方可能并不同意订约当局的这种看法。由于与司法程序相比，仲裁在更大程度上需征得当事各方同意，因而能更加迅速地解决争端，所以，这些当事方可能认为仲裁优于司法程序。私人投资者，特别是外国投资者，可能也不愿将争端提交所在国法院按照他们所不熟悉的规则来处理。一些国家发现，允许当事各方选择解决争端的机制有助于吸引外国投资发展本国的基础设施。

41. 如果有关法律允许作出选择，在考虑是应当通过司法程序解决任何争端还是应当缔结一项仲裁协议时，当事各方通常考虑的因素包括是否相信主管裁决争端的法院能做到不偏不倚，是否相信争端将会在不过分拖延的情况下得到解决等。国家司法系统的效率和各种司法救济是否适合于解决项目协议可能产生的争端，是应予考虑的另一些因素。另外，鉴于基础设施项目涉及技术性很强和非常复杂的问题，当事各方还将考虑利用有特殊知识和经验的仲裁人与利用国内法院相比的优缺点，国内法院可能缺乏处理发生争端领域的技术问题的特殊知识或经验。另一考虑也许是仲裁程序的保密性，仲裁程序的相对非正规性，以及仲裁人在作出适当补救裁决时可能拥有更大的灵活性，所有这些都可能有有利于维护和发展项目协议中所隐含的长期关系。

C. 项目促成人与人之间以及特许公司与其放款人、承包商和供应商之间的争端

42. 各国国内法一般都承认商业交易的当事方，特别是国际商业交易的当事方，可自由议定由哪个法庭来作出有约束力的裁决，解决相互间的争端。在国际交易中，一般都选择仲裁方法，无论是否先经过调解或与调解相结合。在基础设施项目中，特许公司与放款人、承包商和供应商之间的合同，一般都视作商业协议。因此，这些合同的当事方通常能自由选择他们所偏好的解决争端方法，其中大多数情况下包括仲裁。然而，放款人虽然在大多数情况下愿意采用仲裁方法来解决项目协议产生的争端（而且越来越多地用来解决各放款人之间的争端），但却愿意采用司法程序来解决他们与特许公司之间因贷款协议而产生的争端。当仲裁是偏好的解决争端方法时，当事方一般希望能够选定仲裁地点以及决定任何仲裁案件是否应由某一仲裁机构主持进行。有意为私人融资基础设施项目创造一种适宜的法律环境的所在国，似宜重新审查本国与此种商业合同相关的法律，消除其中不明确的因素，使当事各方得以自由议定出于自己选择的解决争端机制。

D. 涉及基础设施客户或用户的争端

43. 视项目类别的不同，特许公司可能向各种不同的人 and 实体提供商品或服务，例如从特许公司购买水电然后转售给最终用户的国有公用事业公

司；商业公司，例如签约使用机场或港口的航空公司或航运公司；或者支付公路使用费的个人。对于解决这些法律关系所产生的争端，考虑因素和政策可能视谁是当事方、以什么条件提供服务和适用的法律制度为何而异。

44. 在有些国家，法律要求公共服务提供者建立特殊的、简化而高效的机制来处理其客户提出的权利要求。此种专门法规一般只限于某些工业部门，适用于客户购买货物或服务。关于建立这类解决争端的机制，有关法律要求可以普遍适用于特许公司的任何客户提出的权利要求，也可以只限于以非商业身份行事的个人。特许公司的义务可以限于建立起接收和处理个人消费者投诉的机制。这类机制可以包括在项目公司内设立一个特殊的机构或部门，迅速接收和处理权利要求，例如，向客户提供标准的投诉书或免费电话号码，让他们反映自己不满意的事情。如果事情没有得到满意解决，客户有权向可能存在的管理机构提出投诉，在有些国家，管理机构可能有权就事情作出具有约束力的裁决。此种机制对于消费者来说常常是任择的，一般并不排除受害人向法院提出诉讼。

45. 如果客户是公用事业公司（如配电公司）或商业企业（如直接向独立发电厂购买电力的大型工厂），它们自己选择特许公司提供的服务和谈判合同的条件，则当事方一般采用贸易合同中通常使用的方法，包括仲裁方法来解决争端。因此，可能不需要在有关私人融资基础设施项目的立法中处理解决这些争端的问题。但是，如果特许公司的客户是国有实体，它们议定争端解决方法的能力可能受到限制，须遵行关于解决政府实体所涉争端的行政法规则。对于有意允许使用包括仲裁在内的非司法手段解决特许公司与其国有客户之间的争端的国家来说，重要的是消除可能的法律障碍，明确允许这些实体可议定解决争端的办法（见第 7-9 段）。

七. 其他有关的法律领域

A. 概述

1. 所在国有关法律的发展阶段、法律制度的稳定性和使私人当事方得到充分的补救手段，是私人融资基础设施项目全面法律框架必不可少的内容。通过审查和酌情修改与私人融资基础设施项目直接有关的领域的法律，所在国将确保为私营部门对基础设施投资创造有利环境作出重要贡献。法律上的更大确定性和有利的法律框架将使放款人和项目主办人对国家风险作出较好的评价。这会对调动私人资本的费用产生积极影响并减少政府给予支助或担保的必要性(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30-60 段)

2. B 节指出所在国某些方面的法律虽然不一定是直接针对私人融资基础设施项目的，但可能会对它们的实施产生影响(见第 3-52 段)。C 节表明有几项国际协定可能与在所在国实施的私人融资基础设施项目有关(见第 53-57 段)。

B. 其他有关的法律领域

3. 除了具体涉及私人融资基础设施项目的立法问题之外，一个有利的法律框架还需要在其他立法领域制定支持条款。有了促进和保护私人对经济活动投资的法规，将会鼓励私人对基础设施的投资。以下各段仅举出了其他法律领域中可能对执行基础设施项目有影响的某几个方面。在这些其他领域中存在完备的法律条文，可能有利于促成一些执行基础设施项目所必需的交易，有助于减少在所在国投资的预期法律风险。

1. 投资的促进和保护

4. 项目促成人和放款人特别关心的一个问题是所在国对投资提供多大程度的保护。在所在国投资的外国投资者将需要获得保证，凡未按照所在国现行规则和国际法规定经司法复审和给予适当补偿时，不得将财产收归国有或予以剥夺。项目促成还关心他们能否把项目所需的合格人员派往某个国家而不会无故受到限制；能否进口必要的货物和设备；能否获得必要外汇；以及能否把他们的利润或者偿还公司为实施基础设施项目所借贷款所需的款项转移到国外或汇回本国。除了政府可能提供的具体保证以外(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 45-50 段)，制订促进和保护投资的法律对私人融资基础设施项目可能起重要作用。对于已经制定了适当的投资保护法的国家来说，似可考虑把这种法律中所规定的保护明文扩大到对基础设施项目的私人投资。

5. 越来越多的国家签订了旨在便利和保护缔约双方间投资流动的双边投资协议。投资保护协议通常载有以下条款：外国投资的允许进入和待遇；缔约方之间的资本转移(例如，向国外支付红利，把投资汇回本国)；能否用外汇把投资收益划拨或汇回本国；保护投资不被国家征收或收归国有；以及投资纠纷的解决。所在国与起源国或项目主办人国家之间是否订有此种协议，对它们作出在所在国投资的决定可能起重要的作用。视其规定的条件，此种协议可能减少政府针对个别基础设施项目提供保证或保障的必要性。多边条约也可以是投资保护规定的一个来源。

6. 另外，在一些国家，旨在便利和保护投资流动的规则(其中还包括移民法、进口管制和外汇规则)系载于也许非并根据双边或多边条约而订立的立法之中。

2. 产权法

7. 所在国的产权法似应反映出可以接受的国际标准，载明关于土地和建筑物所有权和使用权以及关于动产和无形财产的适当规定，并确保特许公司能够酌情购买、出售、转让和通过许可证方式准予使用此种财产。人们已经发现，保护产权的宪法条款是许多国家促进私人投资的重要因素。

8. 如果特许公司拥有了建造设施的土地，务必通过适当的登记和公布程序明确无误地确立土地的所有权。特许公司和放款人将需要得到明确的证据，证明土地的所有权不会发生争议。因此，如果所在国的法律未提供证明土地所有权的适当手段，他们不会愿意对项目投入资金。

9. 还必须提供有效的机制，用以依法执行授予特许公司的产权和拥有权，防止第三方侵权。此外，还应把强制执行的范围扩大到特许公司为提供和保持有关服务而可能需要的地役权和通行权方面(例如在私人地产上架设电线杆和铺设线缆以保证供电)(见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 30-35 段)。

3. 物权担保

10. 正如前文所述(见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 52-61 段)，私人融资基础设施项目的担保安排可能很复杂，由各种形式的担保组成，其中包括对特许公司的有形资产的固定担保(如抵押或固定费用)、特许公司的质押股票以及项目无形资产的转让(应收款)。虽然贷款协议通常要受缔约方选择的支配法律的限制，但是在大多数情况下，所在国的法律将决定哪类担保可以针对在所在国境内的资产强制执行，以及可以利用哪些补救措施。

11. 担保种类的差别，或者按所在国法律在可利用的补救措施方面的局限

性，可能是使潜在放款人感到不安的原因。因此，重要的是要确保国内法为有担保债权人提供适当的法律保护，同时不妨碍当事方作出适当的担保安排。由于涉及物权担保法的法律制度之间差别很大，本《指南》不详细讨论必要立法的技术细节，以下各段仅仅一般性地概述进行有担保交易的现代法律制度的主要内容。

12. 在某些法律制度中，包括知识产权在内的几乎所有种类的资产都可以设定物权担保，而在另一些制度中，物权担保只能以种类有限的资产如地产和建筑物来设定。在有些国家，可以对尚不存在的资产(未来的资产)设定物权担保。可以用一家公司的全部资产作担保，同时又允许该公司继续在日常业务中处理那些资产。有些法律制度规定物权担保是非占有的，这样就可以用资产作抵押而担保人不实际占有资产；在其他制度中，关于那些不受所有权登记制度约束的资产，可能只能通过实际占有或推定占有作担保。在某些制度下，实施物权担保无需法院参与，而在其他制度下，物权担保可能只能通过法律程序来实施。有些国家规定可强制执行补救措施，其中不仅包括出售资产，而且使得有担保放款人能够通过占有资产，或是通过指定一个财产接管人经营资产；在其他国家，经法院决定的强制出售可能是主要强制执行手段。在某些制度下，若干类担保将排在优先债权人的前面，而在其他制度下，优先债权人则排在各类担保的前面。在某些国家，设定物权担保具有成本效率，应缴的费和税最少，而在其他国家，那可能是很费钱的。在有些国家，提供担保的数量的价值可能是没有限制的，而在其他国家，与所欠债务相比，担保品的价值再高也不算过分。有些法律制度对有担保的放款人规定了强制执行担保权益的义务，如采取步骤按公平市场价值出售资产的义务。

13. 基本法律保护可包括确保固定担保(如抵押)是一种可登记的权益，以及一旦此种担保在所有权登记处或其他公共登记处登记，则任何购买附有此担保的财产的人接受这一财产时应受到此种担保的限制。要这样做可能是困难的，因为许多国家根本就没有所有权特别登记处。此外，担保应当是可以对第三方强制执行的，这可能要求担保是具有产权性质的，而不只是一种债务，而且应当使接受担保的人有权在依法执行的程序中出售作为抵押担保的资产。

14. 另一个重要方面涉及给予当事各方某种灵活性来确定作为担保的资产。在确定可以作为担保的资产方面有些法律制度给予当事方以广泛的自由。在有些法律制度下，可以用企业的全部资产作担保，这样就可以把企业作为运营中的企业出售，从而有可能挽救陷入财政困难的企业，同时可增加有担保债权人挽回的损失。然而，其他一些法律制度只允许以某些单项资产作为担保，不承认包括债务人全部资产的担保。对于债务人以抵押的货物进行交易，可能也规定了一些限制。诸如此类限制和约束的存在，使得债务人难以甚至根本无法用一般所说的资产或者用普通商业过程中进行交易的资产作为担保。

15. 鉴于私人融资基础设施项目的长期性，当事各方可能希望能对当作担保的资产具体地或一般地加以确定。他们可能还希望此种担保包括现在的资产或未来的资产，以及在担保期内可能发生变化的资产。审查关于物权担保的现行规定，以便包括一些使当事各方能够商定适当担保安排的规定也许是可取的。

16. 迄今为止，国际政府间机构尚未就制订国内担保法律拟订出全面统一的制度或模式。然而各国政府似宜把各组织目前正在进行的工作考虑进去。¹ 欧洲复兴开发银行为协助中东欧国家进行立法改革而编写的《有担保交易示范法》为制订现代物权担保法提供了示范。除了关于谁能设定和谁能接受担保权益的一般性规则，以及关于有担保债务和有质权财产的一般性规则之外，欧洲复兴开发银行的《有担保交易示范法》还涉及其他事项，如担保权益的设定、第三方的权益、担保的强制执行和登记程序。

4. 知识产权法

17. 私人融资基础设施项目经常涉及使用受专利保护或受类似知识产权保护的新技术或先进技术。这些项目可能还涉及拟订和提交独创的或新颖的解决办法，而这些办法可构成提出者的专利信息，受到版权保护。因此，私人投资者，不论是本国的还是外国的，在把新技术或先进技术引入所在国或开发独创的解决办法时，都需要得到保证：他们的知识产权将得到保护，他们将能针对侵权行为行使这些权利，这就可能要求颁布刑法规定，以打击对知识产权的侵权行为。

18. 遵守关于保护和登记知识产权的国际协定，即可提供保护知识产权

¹ 贸易法委员会目前正在草拟国际贸易应收款转让公约。该公约草案的目的是为了提供确定性和透明度，帮助更新有关应收款转让的法律并推动以更优惠的费率提供资本和信贷。该公约草案中所载的规则特别通过这样一种方式来推动实现这些目标，即承认应收款转让的效力并对使用应收款转让予以支助，对未来索赔要求和成批转让来说尤其如此，因为它们已成为国际资本市场上新的主要信贷来源。该公约草案预计将于 2001 年最终审定。另一项国际举措系目前正在由国际统一私法学会(统法社)和其他组织草拟的机动设备国际权益公约草案。统法社的该项公约草案的基本目的是阐述机动设备中新国际权益的组成和影响，定义所及不仅包括典型的担保权益，而且也将功能方面越来越被公认为与担保权益有异曲同巧妙的对策权益，即租赁协定中出租人的权益包括在内。统法社公约草案及其议定书草案初稿(其中包括航空器设备专门事项议定书草案初稿，铁路车辆专门事项议定书草案初稿和空间财产专门事项议定书草案初稿)范围所及包括若干类高价值机动设备，这些设备按性质有可能在其日常活动中定期穿过或跨越国境，并有独一无二的特性。

的法律框架。根据 1883 年的《保护工业产权巴黎公约》²等文书加强对知识产权的保护是可取的。这项公约适用于最广义的工业产权，包括发明、商标、工业产品设计、实用新型、商品名、地理标记和制止不公平竞争。这项公约规定，关于保护工业产权，每个缔约国必须授予国民待遇。它还规定了专利、商标和工业产品设计的优先权，并确定了所有缔约国都必须遵守的关于专利、商标、工业产品设计、商品名、产地标记、不公平竞争和本国行政管理的几条共同规则。1970 年的《专利合作条约》进一步提供了国际专利保护框架。有了这项条约，人们就有可能通过提出国际专利申请，同时也在许多国家中谋求对一项发明的专利保护。在一些国家，还有旨在对新技术发展给予法律保护的立法作为国际标准的补充，例如对计算机软件和计算机硬件设计中的知识产权给予保护的立法。

19. 为工业产权提供国际保护的其他重要文书是 1891 年的《商标国际注册马德里协定》³、1989 年的《与马德里协定有关的议定书》和 1998 年的《马德里协定和与马德里协定有关的议定书规定的共同条例》。《马德里协定》规定，商标(商标和服务业标志)在世界知识产权组织国际局进行国际注册。根据《马德里协定》的规定，进行了国际注册的商标在若干国家，将来可能所有缔约国(原产国除外)有效，此外，1994 年的《商标法条约》简化和统一了申请商标注册、注册以后改动和展期的程序。

20. 在工业产品设计方面，1925 年的《工业品外观设计国际保存海牙协定》⁴规定，工业产品设计的国际保存处为知识产权组织国际局。在申请人指定的每一个缔约国，国际保存处具有同样效力，就好像申请人已符合国内法规定的提供保护所需的一切正式手续，又好像那个国家的办事处已经完成了为此目的规定的一切行政行为。

21. 迄今为止，关于知识产权最全面的多边协定是《关于知识产权所涉贸易问题的协定》，该协定是在世界贸易组织（世贸组织）主持下谈判的，1995 年 1 月 1 日生效。所涉及的知识产权领域包括：版权及有关权利（即表演者、录音制作者和广播组织的权利）；商标，包括服务标记在内；地理标记，包括发源地名称在内；工业设计；专利，包括保护新型工厂在内；

² 1900 年 12 月 14 日修订于布鲁塞尔，1911 年 6 月 2 日修订于华盛顿，1925 年 11 月 6 日修订于海牙，1934 年 6 月 2 日修订于伦敦，1958 年 10 月 31 日修订于里斯本和 1967 年 7 月 14 日修订于斯德哥尔摩；并于 1979 年 10 月 2 日修正。

³ 1900 年 12 月 14 日修订于布鲁塞尔、1911 年 6 月 2 日修订于哥伦比亚特区华盛顿、1925 年 11 月 6 日修订于海牙、1934 年 6 月 2 日修订于伦敦、1957 年 6 月 15 日修订于尼斯和 1967 年 7 月 14 日修订于斯德哥尔摩。

⁴ 还有 1961 年的《摩纳哥增订法》、1979 年 9 月 28 日修正的 1967 年《斯德哥尔摩补充法》和 1998 年的《工业品外观设计国际保存，海牙协定规定的条例》。

集成电路的布局设计;以及未公开的资料,包括商业秘密和试验数据在内。在所涉及的知识产权每个主要领域中,该协定都规定了各缔约方应提供的最低限度保护标准,首先要求遵守最新版本的《巴黎公约》的实质性义务等等。《巴黎公约》的各项主要实质性义务通过提及而纳入协定,因此成为该协定规定的义务。对于现有的知识产权公约未指明或据认为规定得不充分的事项,该协定还增加了大量的义务。除此之外,该协定还规定了适用于强制执行知识产权的所有程序的某些一般性原则。另外,该协定还载有关于下列方面的规定:民事和行政程序及补救措施、临时措施、与边界措施有关的特别要求以及刑事程序;其中较为详细地规定了必须实行的程序和补救措施,以便知识产权拥有者可有效地实施知识产权。

5. 强制购置私有财产的规则和程序

22. 在政府负责提供执行项目所需的土地时,该土地可以向土地拥有人购买,必要时也可以按有时称作“强制购置”或“征用土地”的程序在支付适当补偿的情况下强制性购置(见第四章,“基础设施的建造和运营:立法框架和项目协议”,第27-29段)。许多国家都有关于强制购置私有财产的法规,私人融资基础设施项目所需的土地,可适用此种法规强制购置。

23. 强制购置可通过司法或行政程序进行,或通过特别立法法令实行。在大多数情况下,分行政阶段和司法阶段,并且可能漫长而复杂。因此,政府可能要审查为了公共利益而强制购置的现行规定,以便对这些规定是否适合大型基础结构项目的需要作出评估,并确定此种规定是否有利于实行快速和具有成本效益的程序,同时对物主的权利给予充分的保护。在法律允许的情况下,使政府能够尽早取得产权,无不必要拖延,以避免项目成本的增加,这一点至关重要。

6. 政府合同规则和行政法

24. 在属于民法传统或受民法传统影响的许多法律制度中,公用服务的提供可能要受一些称作“行政法”的法律的管辖,这种法律管辖广泛的政府职能。这种制度按这样的原则运作,即政府可以通过行政行为或行政合同行使其权力和职能。人们还普遍知道,另一种方式是,政府可以根据管辖私人商业合同的法律签订私人合同。这两种合同之间的差别可能是很大的。

25. 根据行政合同的概念,私人合同当事方享有的自由和自主权服从于公众利益。在某些法律制度下,政府有权为了公众利益修改行政合同的范围和条款,或甚至终止行政合同,但这样做通常要赔偿私人缔约方所遭受的损失(见第五章,“项目协议的期限、延期和终止”,第26、27和49段)。其他权利可能包括广泛的监督和检查权,以及对于不执行合同的私人经营者实行制裁的权利。为了保持平衡,常常规定可以对合同作出其他

必要修改，以便恢复当事方之间原来的财务平衡，保持合同对私人缔约方的总值（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第126-130段）。在有些法律制度下，政府合同产生的纠纷要受专门受理行政事项的特别法庭专属管辖权的管辖，在有些国家，这种法庭独立于司法系统（见第六章，“争端的解决”，第38-41段）。

26. 对基础设施经营者和公用事业提供者实行特别法律制度的并不限于上文谈到的法律制度。虽然在受普通法传统影响的其他法律制度中，行政合同和私人合同之间没有这样明确的区分，但用不同的手段可以取得类似的结果。尽管在这种法律制度下，人们往往认为，使政府受普通私法约束能够最有效地维持法治，但是人们普遍承认，行政机关主权职能的行使不能受合同的束缚。在履行这些影响公众利益的政府职能时，它决不能妨碍其履行未来的行政权力。根据在一些依普通法的管辖权中实行的主权行为原则，如果政府作为最高统治者为了公众利益颁布阻止执行合同的法律、规章或命令，那么，作为承包人的政府可以不执行合同。因此，法律可以允许公共当局干预既定合同权利。这种行动通常是有限的，变化不致于大到使得其他当事方无法公平适应。在这些情况下，私人当事方一般有权得到某种补偿或公平的调整。由于预料到有这种可能性，所以在某些国家，政府合同里包括一个标准“修改”条款，使得政府能够单方面改变条件，或者规定因某种干预性主权行为而作出修改。

27. 在那些法律制度中，由于是为了公众利益，政府机构享受特权是合理的。然而，人们承认，政府的特权，尤其是单方面改变合同条款的权力，如果使用不当，可能对政府承包人的既定权利产生不利影响。由于这个原因，具有私人参与基础设施项目的既定传统的国家制订了一系列控制办法和补救措施，来保护政府承包人不受公共当局专横或不当行为的损害，如利用公平解决纠纷的机构和就政府不当行为支付充分赔偿的计划。如果没有这种性质的保护，潜在的投资者就可能认为规定公共当局享有特权的法律规则是一种无法正确估量的风险，因而可能打消他们在某些管辖区域内投资的积极性。为此，一些国家审查了其关于政府合同的法律，以便提供促进私人投资所需的那种保护，废除那些使人对基础设施项目所需的合同长期稳定性感到忧虑的规定。

7. 私人合同法

28. 私人合同管辖法对于特许公司与分包商、供货商和其他私人当事方签订的合同起着重要作用。国内私人合同法应为缔约方的需要提供适当的解决办法，包括灵活拟定为基础设施设施的建设和经营所需的合同。除了适当的合同法的一些基本内容外，如承认当事方自主权的一般原则、对合同义务的司法强制执行及对违反合同行为的适当补救，所在国法律还可为私人融资基础设施项目可能作出的合同安排提供方便，为这些项目创造有

利的环境。考虑到特许公司签订的合同可能包括一些国际因素，拥有一套国际私法的适当规则也是重要的。

29. 如果是建设一个新的基础设施，特许公司可能需要进口大量物资和设备。所在国的法律如载有特别适用于国际销售合同的规定，这将有利于确保这些交易的法律确定性。遵守《联合国国际货物销售合同公约》（维也纳，1980年）⁵或涉及特定合同的其他国际文书，如国际统一私法学会（统法社）编写的统法社《国际金融租赁公约》（渥太华，1988年）⁶，可提供一个特别适合的法律框架。

8. 公司法

30. 在大多数新基础设施的开发项目中，项目促成入将成立项目公司作为在所在国的一个单独的法律实体（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第12-18段）。人们认识到，在不同的国家，项目公司可以采取各种形式，可能不一定是公司。由于大多数项目实体选择公司形式，所在国有适当的公司法就特别重要，这种公司法应列有关于成立手续、公司管理、股票发行及其出售和转让、会计和财务报表及对小股东的保护等重要事项的现代条款。此外，承认投资者可以成立单独的实体充当筹资和支付资金的专门工具，可能有利于项目融资交易的结帐（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第59段）。

31. 虽然可以采用各种公司形式，但是一个共同特点是，特许公司的所有人（或股东）将要求把他们的赔偿责任限于其在公司资本中的股份的价值。如果打算由项目公司公开发行股票，那么有限赔偿责任是必要的，因为未来的投资者通常只为了投资价值而购买股票，而不会密切参与项目公司的经营。因此，所在国法律对股东赔偿责任的限制作出适当规定是很重要的。此外，对商业公司发行债券、公司债券或其他证券作出适当规定，将使特许公司能够在证券市场上获得投资者的资金，这样就有利于为某些基础设施项目筹措资金。

32. 法律应当确立项目公司的董事和管理人员的责任，包括刑事责任的基础。它还可规定保护因任何违反公司责任而受影响的第三方。现代公司法往往载有一些关于管理人员行为的具体规定，以免发生利益冲突。这类规定要求管理人员为了公司的最大利益诚信办事，不利用自己的地位损害

⁵ 《联合国国际货物销售合同公约会议正式汇录，1980年3月10日至4月11日，维也纳》（联合国出版物，出售品编号：E.82.V.5），第一部分。

⁶ 《通过统法社关于国际保理公约草案和国际金融租赁公约草案外交会议的文件和会议记录，渥太华，1988年5月9日至28日》，第一卷。

公司，为自己或为任何其他人谋取经济利益。对于基础设施项目，限制公司管理人员的利益冲突的规定可能特别适用，因为特许公司可能希望在项目的某个阶段聘用它自己的股东完成它的工程或提供相关的服务(见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 100 和 101 段)。

33. 对于股东会议和公司管理机构(例如董事会或监事会)会议来说，法律对决策过程作出适当规定是很重要的。保护股东权利，尤其是保护小股东的利益不受控股者或大股东侵害，是现代公司法的重要内容。解决股东中间的纠纷的机制也极为重要。承认这样一点是有用的，即股东们有权通过它们之间的协议或者通过与特许公司的董事们签订的管理合同，介入与特许公司的管理有关的其他一些事项。

9. 税收法

34. 除了在所在国或许普遍实行的或者专门对私人融资基础项目实行的可能税制刺激（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 51-54 段），所在国的一般税收制度对私营公司的投资决定起重要作用。除了评估税收对项目成本和预计利润率的影响外，私人投资者还要考虑其他一些问题，如国内税收制度的总体透明度、税务当局行使的自由裁量权的限度、印发给纳税人的准则和指示的明确性以及计算应缴税款的标准的主观性。这件事情可能很复杂，在那些已把确定或增加税收或实施税法的权力下放的国家尤其如此。

35. 私人融资基础设施项目一般在很大程度上都是举债经营的，要求能够预知现金流量。为此，在整个项目期内可随时评估税收所涉及的一切潜在问题极为重要。不可预见的税收变化会减少这种现金流量，这对项目可能产生严重后果。在有些国家，为了保证项目的现金流量将不受意外增税的影响，允许政府同投资者签订此种保证协议。这类安排有时称作“税收稳定协议”。然而，政府可能受宪法或政治原因的限制，无法提供这种保证，在这种情况下，当事各方可以针对因税收变化使成本增加问题而商定赔偿或修改合同办法。（另见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第 122-125 段）。

36. 大多数国家的税制属于三大类中的一类。一个办法是实行税收扣除的世界范围征税，即在任何地方所赚的一切收入都在本国上税，通过采用扣除外国税收制度避免双重征税；本国税收中扣除已在外国缴纳的税款。如果投资者的本国采用这种办法，那么投资者的纳税责任可能和在本国的纳税责任一样。如果征税办法不同，那么已在外国纳税的国外收入在投资者本国可以免税。如果采用领土办法，那么国外收入在本国全部免税。本国实行后两种税收制度的投资者可以从本国的免税期和较低的税率中获益，但是这种税款减免不会对位于避税地的投资者形成什么刺激。

37. 参与项目的各当事方对于潜在的纳税责任可能有不同的忧愁。投资者通

常关心的是在所在国赚取的利润的纳税问题，付给承包商、供应商、投资人和放款人的款项的纳税问题，以及特许公司结业清理时任何资金收益（或损失）的纳税待遇。投资人可能会发现，根据其本国的税制应予减税的付款（如用于支付借款利息的款项、调查费、投标费和外汇损失）在所在国可能不予减税，反之亦然。由于只有国外所得税能享受外国税收扣除，投资人需要确保在所在国缴纳的任何所得税都符合其本国税务当局的所得税定义。同样，在所在国的项目公司就税收目的而言在本国可能被当作一种不同的实体。资产成为公共财产的项目，根据本国的法律，可能不得扣除折旧税。

38. 涉及外国投资的私人融资基础设施项目的一个特别问题是，参加项目联营集团的外国公司有可能受到双重征税，即在自己本国和在项目所在国，其利润、专利权使用费和利息都要纳税。纳税的时间和缴纳预扣赋税的规定也能产生问题。一些国家已通过签订双边协定来消除或至少减少双重征税的负面影响。如果所在国和项目主办人本国之间订有这种协定，常常有利于其税收考虑。

39. 最后，需要考虑的是所有税收加在一起的积累效应。例如，可能不只一个级别的税务局向项目征税；除了国民政府的征税以外，特许公司还可能面临省或市的征税。除了缴纳所得税以外，可能还要缴纳某些赋税，这些税往往在特许公司赚得任何收入之前就要缴纳。它们包括营业税、增值税、财产税、印花税和进口税。另一方面，有时也可以作出实行税款减免的特别规定。

10. 会计规则和方法

40. 在若干国家内，法律规定公司必须实行国际公认的标准会计方法，并聘用职业会计师或会计审计师。其原因有，实行标准的会计方法是达到评价企业的统一性而采取的一项措施。在选择特许公司时，使用标准的会计方法还有助于完成对投标者的财务状况进行估价的任务，以便确定它们是否达到订约当局规定的预选标准（见第三章，“特许公司的选定”，第38-40段）。对公司的利润进行审计也绝对需要采用标准会计方法，这是管理机构实行税率结构和监测特许公司守法情况所需要的（见第四章，“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，第39-46段）。

41. 一些国家对基础设施运营者还实行了特别会计规则，以考虑到基础设施项目在收入上的特殊性。基础设施的建造项目，特别是道路和其他运输设施，其一般特征是投资期较短，耗资巨大，前期无收入流量，而后则是较长时期内收入渐增和耗资降低，在正常情况下，运营成本稳定。因此，如果实行传统的会计规则，这类项目的特殊财务结构在项目公司的帐本中就需要记载为持续的一段负数时期，然后是一段长期的净利润时期。这不仅例如在建造阶段便对项目公司的信用评级造成负面影响，而且还可能在项目的运营阶段造成税务过重，不成比例。为了避免这种扭曲现象，一些国家对基础设施项目承建公司实行了特别会计规则，这些规则考虑到私人融资基础设施项目的帐

目结果只可能在中期以后才能转为正数这一现实情况。这些特别规则一般允许基础设施开发公司按项目协议规定的财务时期表将逆差阶段累计的部分财务成本推迟到以后的财务年期。但是，特别会计规则一般不影响其他有关可能禁止在年终结帐为负数的财务年进行分红的法律规定。

11. 环境保护

42. 环境保护涉及各种各样的问题，从处理废物和危险物质到因建设大型项目的用地而重新安置住户。人们普遍认识到，保护环境是可持续发展的极其重要的先决条件。环境保护法可能对基础设施项目在各级的实施工作产生直接影响，环境问题是产生纠纷的最常见根源。环境保护法可包括各种要求，如各环境当局的同意、证明并无未了结的环境赔偿责任、保证遵行环境标准、承诺对环境遭到的破坏进行补救以及发布有关的通知。这些法律往往规定开展业务活动要事先获得批准，对某些类别的基础设施来说(例如废水处理、废物收集、燃煤发电部门、电力输送、公路和铁路)，这种审批可能特别严格。

43. 因此，似宜在立法中列入适当的措施，使环境法产生的义务透明化。应确保以下规定达到最大限度的明确性：关于环境当局可能进行的测验；关于申请人需要满足的文件要求和其他要求；关于颁发许可证所依据的条件；关于拒发或收回许可证的理由。特别重要的是保证申请人酌情采取快速上诉程序和司法补救措施的规定。在最后授予项目之前，尽量确定是否已达到发给这种必要的环境许可证的条件，也许更为可取。在有些国家，特定公共当局或社会团体可能有权诉诸法律程序，力求防止对环境的破坏，其中可包括有权要求收回被认为不符合适用环境标准的许可证。在其中有些国家，人们发现让民众代表参加促成颁发环境许可证的审理程序是有益的。法律还可确定处罚的范围，并具体说明哪些当事方要对破坏环境负责任。

44. 遵守有关保护环境的条约也许有助于加强国际环境保护制度。在过去的几十年里，为确定共同的国际标准，已经拟订了许多国际文书，其中包括 1992 年联合国环境与发展会议通过的《21 世纪议程》⁷和《关于环境与发展里约宣言》⁸；《世界自然宪章》(大会第 37/7 号决议，附件)；1989 年的《管制有害废物越界移动及其处置的巴塞尔公约》；1991 年的《关于在越界情况下环境影响评估的公约》⁹；以及 1992 年的《保护和利用跨

⁷ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号：E.93.I.8 和更正)，第一卷：《会议通过的决议》，第 1 号决议，附件二。

⁸ 同上，附件一。

⁹ 联合国，《条约汇编》，第 1989 卷，第 I-34028 号(尚未出版)。

界水道和国际湖泊公约》¹⁰。

12. 消费者保护法

45. 一些国家拥有消费者保护法的特别规则。消费者保护法的结构和实质内容在各国之间有很大的差别。尽管如此，消费者保护法往往包括这样一些规定，如提出索赔和强制执行合同权利的有利时限；对通常不与消费者谈判的合同(有时称作“标准格式合同”)的条款进行解释的特别规则；扩大有利于消费者的保证；特别终止权；利用简化的解决纠纷诉讼手续(另见第六章，“争端的解决”，第 43-45 段)；或者其他保护措施。

46. 从特许公司的角度出发，重要的是考虑所在国的消费者保护法是否会限制或妨碍特许公司强制行使例如以下权利：收取所提供服务的费用、调整价格或者对违反合同基本条款或违反提供服务基本条件的客户中断服务。

13. 破产法

47. 经营基础设施或提供公共服务的公司发生破产会引起一系列问题，因此，一些国家制定了应付这些情况的特别规则，包括使订约当局能采取必要措施确保项目的连续性的规则（见第五章，“项目协议的期限、延期和终止”，第 24 和 25 段）。提供服务的连续性可以通过建立规定挽救经济上有活力但面临经济困难的企业的法律框架来实现，如进行改组和采取类似程序。如果启动破产程序不可避免，那么有担保放款人将特别关心有担保的债权的规定，尤其是关于有担保债权人在破产程序启动后是否仍可取消对抵押品的赎回权，在使用抵押品收益偿还债务时，有担保债权人是否有优先偿还权，以及对有担保债权人的求偿权如何划分等级。正如上文所指出的，特许公司很大一部分债务采取“优先”贷款的形式，放款人要求债务的偿还先于特许公司附属债务（见“导言和关于私人融资基础设施项目的背景资料”，第 58 段）。放款人能在多大程度上实施这些从属安排，取决于在破产程序中指导划分债权人等级的国家法律的规则 and 规定。在法律承认当事方对确定不同类别贷款在合同中的主次地位享有自主权，可能有利于基础设施项目的融资。

48. 法律应当对以下问题作出规定：债权人的等级划分问题；破产管理人和债权人之间的关系问题；破产债务人改组的法律机制；在特许公司破产时旨在确保公共事业的连续性的特别规则；以及关于避免债务人在破产诉讼即将开始时进行交易的规定。

49. 在大型基础设施项目中，项目公司破产涉及可能不只一个国家的债权人或者影响到存在于不只一个国家的资产。因此，所在国似宜有适当的

¹⁰ 同上，第 1936 卷，第 I-33207 号(尚未出版)。

规定便于进行司法合作，让外国破产管理人介入庭审和承认外国破产程序。希望颁布此类法律的国家似可使用的一个适当范本是《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

14. 反腐败措施

50. 采取措施在政府合同的管理中打击贪污腐败，也会改善在所在国投资和经营业务的环境。采取有效具体行动打击行贿和有关的非法行为，尤其是有效实施现行的禁止贿赂的法律，对于所在国特别重要。

51. 制订法律，纳入有关确保廉正奉公守法的国际协定和标准，可能是在这方面迈出的一大步。联合国大会的两项决议中载有重要标准：1996年12月12日的第51/59号决议通过了《公职人员国际行为守则》；1996年12月16日的第51/191号决议通过了《联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》。其他重要文书包括1997年在经济合作与发展组织主持下谈判拟定的《打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》。

52. 关于订约当局行使职能和监督公共合同的规则，应确保所需的透明度和公正性。如果尚无这种规则，应当制订和颁布适当的法律和条例，简明和一致性，以及取消那些拖延行政程序或使之十分烦琐的不必要程序，是在这方面要考虑的其他因素。

C. 国际协定

53. 除了所在国的国内立法，私人融资基础设施项目还会受到所在国签订的国际协定的影响。除了本《指南》通篇提及的其他国际协定之外，下面再简单讨论一下某些国际协定涉及的问题。

1. 国际金融机构的成员地位

54. 多边金融机构如世界银行、国际开发协会、国际金融公司、多边投资担保机构和各区域开发银行的成员地位可能在许多方面对私人融资基础设施项目产生直接影响。首先，所在国在这些机构中的成员地位一般是所在国的项目得到这些机构资助和担保的条件。其次，这些机构提供资金和担保书的规则一般载有与项目协议和特许公司通过谈判签订的贷款协议直接有关的各种条件(例如保证不以公共资产作抵押的条款以及为多边金融机构提供反担保)。最后，多边金融机构通常定有一些政策目标，并力求对它们支助的项目执行这些目标(例如遵守国际公认的环境标准；项目在其初始特许期之后的长期可持续性；以及选择特许公司和拨付贷款时的透明度和公正性)。

2. 关于便利和促进贸易的一般协定

55. 已经通过谈判签订了一些多边协定来促进全球自由贸易。这些协定中尤其值得注意的是在关税及贸易总协定(关贸总协定)和后来的世贸组织的主持下谈判签订的协定。这些协定可能载有促进贸易和便利货物贸易的一般规定(例如最惠国条款、禁止使用数量限制和其他歧视性贸易壁垒)和关于促进互惠贸易的一般规定(例如禁止倾销和限制使用补贴)。一些具体协定旨在消除妨碍外国人在缔约国提供服务的障碍或者在政府采购中加强透明度和消除对供应商的歧视。这些协定可能关系到私人融资基础设施项目的国家法律, 因国家法律有时规定限制外国公司参与基础设施项目, 或者规定本国实体优先, 或者规定供应品在当地市场采购。

3. 关于特定产业的国际协定

56. 作为《服务贸易总协定》一部分而进行的基础电信谈判中, 世贸组织中代表着大部分世界电信服务市场的一些成员国, 为便利电信服务贸易作出了特别承诺。应当指出, 世贸组织的所有成员国(甚至那些尚未作出具体电信承诺的成员国)都要遵守关于服务业的《服务贸易总协定》的一般规则, 包括关于最惠国待遇、透明度、管理、垄断和营业活动的具体要求。世贸组织的电信协定为整个《服务贸易总协定》补充了针对具体部门和国家的承诺。通常的承诺包括开放各部分市场, 其中包括语音电话、数据传输和各种增强服务, 以便于竞争和外国投资。因此, 世贸组织目前或未来成员国的立法者应当确保本国的电信法符合《服务贸易总协定》及其作出的具体电信承诺。

57. 国际一级另一项针对具体部门的重要协定是 1994 年 12 月 17 日在里斯本缔结并于 1998 年 4 月 16 日起生效的《能源宪章条约》, 缔结这项条约是为了促进能源领域的长期合作。这项条约规定了各种商业措施, 如发展能源材料和产品的公开竞争市场, 为能源技术的转口、获取和转让提供便利。此外, 这项条约还旨在避免市场变态和能源部门给经济活动造成障碍, 促进资本市场的开放, 鼓励资本流动, 以便为材料和产品贸易融资。这项条约还载有关于促进和保护投资的条例: 对投资者的公平条件, 与投资有关的资金转移, 补偿因战争、社会动乱或其他类似事件造成的损失, 以及征用土地的补偿。

索引

本索引中的中文数字系指章次，阿拉伯数字系指有关章节的段次。例如，“三，67”系指第三章“特许公司的选定”，第67段。下划横线“～”代替主条目所列本词，以免分条目中重复。

Accounting rules and practices 会计原则和方法

所在国的～ 七 40-41

Administrative coordination 行政协调

概述 一 23-29

筹备措施的～ 一 25-26

许可证和执照的颁发 一 27-29

Administrative law 行政法

所在国的～ 七 24-27

ancillary revenue sources 辅助收入来源（另见政府支助）

Arbitral awards 仲裁裁决（另见争端解决）

承认及执行～公约 六 30, 37

Authority 权力

授予特许权的～ 一 15-22

管理基础设施服务的～（见管理机构）

Award without competitive proecdures 不经过竞争程序的授予

～的特批情形 三 89

提高~的透明度的措施 三 90-96

政策考虑 三 85-88

Assets 资产（见项目场址和资产）

Bidding 投标（见不经过竞争程序的授予、投标人的预选、筛选程序、非邀约投标书）

Breach and remedies 违约和补救方法

“严重违约”的定义 五 15

一般性考虑 四 141-142

纠正违约后果的通知 五 17

订约当局的介入权利 四 143-146

放款人的介入权利 五 12, 17

Build-lease-operate-transfer (BLOT) 建设-拥有-运营-移交

定义 导言 19 (d)

Build-operate-transfer (BOT) 建设-运营-移交

定义 导言 19(a)

~项目中的资产移交 五 37

Build-own-operate (BOO) 建设-拥有-运营

定义 导言 19 (e)

Build-own-operate-transfer (BOOT) 建设-租赁-运营-移交

定义 导言 19 (c)

Build-rent-operate-transfer (BROT) 建设-租借-运营-移交

定义 导言 19 (c)

Build-transfer-operate (BTO) 建设-移交-运营

定义 导言 19(b)

Company law 公司法

所在国的 ~ 七 30-33

Compensation 补偿

和项目协议的展期 五 8

和费率控制措施 四 45-46

终止时应付的 ~ (见终止)

对工作量增加的 ~ 四 76

对成本增加的 ~ 四 45-46, 126-130

对暂停或拖延的 ~ 四 77

Competition 竞争

~ 政策和垄断 导言 24-27

不同部门的 ~ 范围 导言 28-29

保护免受~ (作为政府支助的一种形式) 二 55-57

Compulsory acquisition 强制购置

~项目用地 四 27-29

所在国关于~ 的法律 七 22-23

Concession 特许权

受权授予 ~ 的机构 一 16-17

- ~ 的转让 四 62-63
- 定义 引言 13
- ~ 的期限（见项目协议）
- ~ 涉及的领域 一 18
- ~ 的抵押— 四 56-57
- ~ 的目的和范围 一 19-22
- 对 ~ 的重新投标 五 7
- ~ 的撤消 （见终止）

Concessionaire 特许公司（另见项目公司）

- 定义 引言 15
- ~ 的组建 四 12-18

Constitutional law 宪法（见宪法、立法和体制框架）

Constitutional, legislative and institutional framework 宪法、立法和体制框架

- ~ 与私人融资基础设施项目 一 7-9
- ~ 的透明度— 一 4
- ~ 的公正性— 一 5
- ~ 与项目的长期可持续性 一 6
- 立法体制 一 10-14

Construction 建筑

- ~ 工程的保证期 四 79
- 对 ~ 工程的监督— 四 77-78
- ~ 计划的审查和批准 四 72
- 订约当局要求的变动 四 73-76

Consumer protection 消费者保护

所在国关于 ~ 的法律 七 45-46

Contracting authority 订约当局

定义 导言 17

作为项目当事方 ~ 导言 69-70

~ 的财政义务 ~ 四 47-51

~ 监督建筑工程 四 77-78

~ 批准项目计划和所要求对项目计划的变动 四 72-76

Contract law 合同法

所在国的 ~ 七 28-29

Corruption 腐败

~ 与筛选程序 三 12

~ 作为终止的理由 五 23

所在国的反 ~ 措施 七 50-52

《公职人员国际行为守则》(大会第 51/59 号决议) 七 51

1997 年经合组织的《打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》
七 51

《联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》(大会第 51/191
号决议) 七 51

Design-build-finance-operate (DBFO) 设计-建设-融资-运营

定义 导言 20

Default 违约 (见违约和补救方法)

Dispute settlement 解决争端

仲裁 六 30-37

商事争端 六 2 (b), 42

调解和调停 六 14-16

特许公司与订约当局之间的争端 六 1(a), 3-41

涉及基础设施客户和用户的争端 六 1(c), 43-45

公共服务提供者之间的争端 一 51-53

争端审查委员会 六 23-28

早期警告 六 11

仲裁裁决的执行 六 36-37

劝导谈判 六 13

自由议定如何 ~ 六 7-9

高效率 ~ 机制的重要性 六 1

司法程序 六 38-41

小型审判 六 18

无约束力的仲裁 六 29

无约束力的专家评估 六 17

目的 六 5-6

伙伴关系 六 12

由独立专家审查技术争端 六 20-22

高级行政人员评估 六 19

主权豁免和仲裁 六 33-35

~ 和特许权的范围 一 20-22

Exempting impediments 免责障碍事件

定义 四 132-134

~ 的后果 四 135-139

Export credit and investment promotion agencies 出口信贷和投资促进机构

在基础设施项目融资中的一般作用 导言 66

~ 作为感兴趣的当事方 导言 74

~ 提供的保险和担保 导言 72-74

Experts and advisers 专家和顾问

在项目中的一般作用 导言 76-77

在筛选程序中的作用 三 29

Force majeure 不可抗力（见免责障碍事件）*Government* 政府

定义 导言 16

Government support 政府支助

制定 ~ 预算一二 34

定义 二 30-31

政策考虑 二 32-34

~ 的形式

辅助收入来源 二 58-60

股本参与 二 40-41

公共贷款和贷款担保 二 37-39

主权担保 二 45-50

补贴 二 42-44

税收和关税优惠 二 51-54

Industrial and intellectual property 工业和知识产权

《关于知识产权所涉贸易问题的协定》 七 21

1925 年《工业品外观设计国际保存海牙协定》 七 20

所在国关于 ~ 的法律 七 17-21

《商标国际注册马德里协定》 七 19

《~ 规定的共同条例》 七 19

《与 ~ 有关的议定书》 七 19

1883 年《保护工业产权巴黎公约》 七 18

1970 年《专利合作条约》 七 18

1994 年《商标法条约》 七 19

Infrastructure 基础设施

~ 服务的历史发展 导言 13

~ 政策 导言 23-29

~ 部门的结构调整 导言 30-46

~ 部门的过渡性措施 导言 44-46

~ 部门的分拆 导言 32-34

Infrastructure facilities 基础设施

私有私营 导言 52-53

~ 公有公营 导言 48-49

~ 公有公营 导言 50-51

Infrastructure projects 基础设施项目

~ 的融资来源 导言 56-67

~ 的主要当事方 导言 68-77

Institutional investors 机构投资者

在基础设施项目融资中的一般作用 导言 60

Insolvency 破产

特许公司的 ~ 五 24-25

所在国的 ~ 法 七 47-49

Insurance 保险

基础设施项目经营期间所需的 ~ 四 119-120

保险人作为感兴趣的当事方的作用 引言 75

Intetnational Centre for the Settlement of Investment Disputes 国际投资争端解决中心

作用 六 31

Intetnational financial institutions 国际金融机构

在基础设施项目融资中的一般作用 引言 64-65

作为感兴趣的当事方 引言 74

~ 提供的担保 二 61-71

所在国在 ~ 中的成员地位 七 54

~ 的采购规则 三 18

Investment protection and promotion 投资促进和保护(另见国际投资争端解决中心)

所在国关于 ~ 的法律 七 4-6

Islamic financial institutions 伊斯兰金融机构

在基础设施项目融资中的一般作用 引言 63

Legislation, see also Constitutional, legislative and institutional framework 立法, 另见宪法、立法和体制框架

一般 ~ 和有部门针对性的 一 10-14

~ 随后的变化 四 122-125

Legislative recommendations 立法建议

目的 导言 5-6

Legislative Guide 立法指南

~ 所涉及的项目 导言 4

目的 导言 4, 7

~ 中使用的术语 导言 9-20

Legislature 立法机关

定义 导言 16

Lenders 放款人

作为感兴趣的当事方 导言 72-73

~ 的介入权利 (见违约和补救方法)

Liability 赔偿责任

特许公司对用户和第三方的 ~ 四 105-107

Loan guarantees 贷款担保 (见政府支助)

Modernize-operate-transfer (MOT) 更新-运营-移

定义 导言 19(20)

Modernize-own-operate (MOO) 更新-拥有-运营

定义 导言 19(20)

Monopoly 垄断

~ 和竞争政策 引言 24-27

Mortgage 抵押（见担保权益）

Off-take agreements, see also *Government support* 承购协议，另见政府支助（主权担保）

订约当局或其他公共当局订立的 ~ 四 50—51

“*One-stop shop*” “一条龙全套服务商店”（见行政协调）

Operation of infrastructure 基础设施的运营

服务的连续性 四 86-87

信息披露要求 四 94-95

强制执行使用规则 四 96-97

平等对待消费者或用户 四 88-89

扩展服务 四 84-85

基础设施网络间的相互关系及准入权 四 90-93

运营标准 四 82-83

Organization for Cooperation and Development (OECD) 经济合作与发展组织

《打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》 七 51

Payments 付款

订约当局的 ~ 四 48-49

Pledge 质押（见担保权益）

Performance guarantees 履约担保

各类 ~ 的利弊 四 111-117

期限 四 118

类型、功能和性质 四 109-110

Pre-selection of bidders 投标人的预选

参加 ~ 的邀请 三 35-37

预选标准 三 38-40

投标联营集团的参加 三 41-42

~ 与国内优惠 三 43-44

~ 程序 三 47-50

Prices 价格（见费率）*Project agreement* 项目协议

~ 的订立 四 9-11

~ 的内容和立法 四 2-4

定义 导言 14

期限 五 2-5

~ 的展期 五 6-8

管辖 ~ 的法律 四 5-8

~ 的终止（见终止）

Project award 项目的授予（见不经过竞争程序的授予、投标人的预选、筛选程序、未邀约投标书）*Project company* 项目公司（另见特许公司）

定义 导言 15

作为项目当事方的一般作用 导言 71
~ 的股份作质押 四 61
~ 的活动范围 四 17
~ 的章程和细则 四 18
~ 的控股转让 四 64-68

Project finance 项目融资

~ 的概念 导言 54-55
~ 和风险评估（一般） 二 3-5
资本市场融资 导言 61-62
公私融资结合 导言 67
商业贷款 导言 58
附属贷款 导言 59

Project promoters 项目促成入

作为项目当事方的一般职责 导言 71

Project risks 项目风险（见风险）

Project site and assets 项目场址和资产

~ 的摊还和剩余价值 五 3, 40, 43(b)
土地的购置 四 27-29
~ 的所有权 四 20-26
~ 抵押或质押 四 54-55
~ 的转让（见终止）

Property law 产权法

所在国的 ~ 七 7-9

Public authorities 公共当局

定义 导言 16

Public infrastructure 公共基础设施

定义 导言 10

Public loans 公共贷款（见政府支助）*Public services* 公共服务

定义 导言 10

Refurbish-operate-transfer (ROT) 改建-运营-移交

定义 导言 20

Refurbish-own-operate (ROO) 改建-拥有-运营 定义 导言 20*Regional development banks* 区域开发银行（见国际金融机构）*Regulatory agency* 管理机构

~ 的组成、工作人员和预算 一 43-45

定义 导言 18

~ 的独立性和自立权 一 37-38

体制机制 一 36-38

~ 的权力 一 39-42

过程和程序 一 46-48

对~ 所作决定的申诉 一 49-50

~ 的部门权限和任务 一 33-35

公共服务提供者之间争端的解决 一 51-53

Request of proposals 征求投标书（见 不经过竞争程序的授予、投标人的预选、筛选程序、非邀约投标书）

Repairs 修理

项目协议期满或终止后所需的 ~ 五 62

Risks 风险

由当事方无法控制的事件造成的 ~ 二 12

商业 ~ 二 17-18

建造和运营 ~ 二 14-16

汇率及其他金融 ~ 二 19-20

对具体 ~ 的担保 二 45-50, 61-74

政治 ~ 二 13

分担和减轻 ~ 二 21-29

项目 ~ 和分担风险 二 8-10

法定分担 ~ 二 21

Security interests 担保权益

欧洲复兴开发银行《有担保交易示范法》 七 16

一般论述 四 52-53

所在国关于 ~ 的法律 七 10-16

无形资产的 ~ 四 56-57

有形资产的 ~ 四 54-55

项目公司股份的 ~ 四 61

贸易应收款的 ~ 四 58-60

Selection procedures 筛选程序（另见 不经过竞争程序的授予、投标人的预选、非邀约投标书）

授标委员会 三 28-29

对投标的担保 三 62

~ 中谈判的保密性 三 118

对征求投标书通告的澄清和修改 三 71-72

合同条款 三 67-70

资助参加 ~ 的费用 三 45-46

项目要求的界定 三 21-22

文件 三 32-33

讲求经济和效率 三 6-9

评价标准 三 23-24, 73-77

可行性研究 三 30-31, 61

~ 的公正性 三 10-13

与投标人的谈判 三 25-26, 83-84

授予项目的通知 三 119

~ 的准备工作 三 27-33

规格和性能指标 三 64-66

投标人的资格（另见投标人的预选）三 63

~ 的记录 三 124-130

征求投标书 三 59-70

~ 的审查 三 118-122

《指南》所涉及的 ~ 三 3-4

单阶段和两阶段 三 52-58

投标书的提交、开启、比较和评价 三 78-82

邀请投标人的范围 三 20

法律和程序的透明度 三 14-16

Sovereign guarantees 主权担保（见政府支助）

Spare parts 零部件

项目协议期满或终止后的 ~ 供应 五 59-61

Subsidies 补贴

~ 作为政府的支助形式 二 42-44

Step-in rights 介入权利（见违约和补救方法）*Subcontracting* 分包

分包商的选择 四 100-101

分包商的管辖法律 四 102-104

Tariffs 费率

条件变化后的 ~ 调整 四 121, 124-125

特许公司收取 ~ 的权力 四 37-38

~ 控制方法 四 39-44

控制费率的政策考虑 四 45-46

确定和控制 ~ 四 36

Tax law 税收法

所在国的 ~ 七 34-39

Tax and customs benefits 税收和关税优惠

~ 作为政府的支助形式 二 37-39

Technical assistance 技术援助

项目协议期满或终止时的 ~ 五 56-58

Technology transfer 技术转让

项目协议期满或终止时的 ~ 五 51-55

Telecommunications 电信

~ 部门的分拆 引言 35

Termination 终止

订约当局 ~ 五 14-27

 特许公司破产 五 24-25

 特许公司严重违约 五 15-23

 出于公共利益原因而 ~ 五 26-27

特许公司 ~ 五 28-33

 条件发生变化 五 33

 订约当局严重违约 五 29-32

任一当事方 ~ 五 34-35

 履约障碍 五 34

 相互同意 五 35

~ 时应付的赔偿 五 27, 36, 38-40, 43-49

一般考虑 五 9-13

~ 时移交与项目有关的资产 五 37-42

 ~ 给订约当局 五 38

 ~ 给新的特许公司 五 39-40

 移交时的资产状况 五 41-42

~ 时的结束和过渡措施 五 50-62

Trade facilitation and promotion 便利和促进贸易

一般国际协定 七 55

Transport 运输

~ 部门的分拆 导言 40-43

UNCITRAL 贸易法委员会

~ 《仲裁规则》 六 32

~ 《调解规则》 六 16

~ 国际贸易应收款转让公约草案 七 16 (脚注 1)

~ 《跨国界破产示范法》 七 49

~ 《国际商事仲裁示范法》 六 36

~ 《货物、工程和服务采购示范法》 三 2, 25, 37 (脚注 4), 38 (脚注 5),
44, 51, 60 (脚注 6), 62 (脚注 7), 81, 104, 121, 124, 127

UNIDO 工发组织

~ 《通过建设-运营-移交(BOT)项目发展基础设施的准则》 导言 9, 三 1

Unidroit 统法社

~ 《国际金融租赁公约》(1988 年渥太华) 七 29

~ 机动设备国际权益公约草案 七 16 (脚注 1)

United Nations 联合国

~ 《国际货物销售合同公约》(1980 年, 维也纳) 七 29

Unsolicited procedures 非邀约投标书 (另见不经过竞争程序的授予、投标人的预选、筛选程序)

政策考虑 三 98-108

~ 的处理程序 三 107-117, 123

Water and sanitation 水和卫生

~ 部门的分拆 导言 38-39

World Bank 世界银行（另见国际金融机构）

导言 64, 77, 75, 一 32; 二 61-63; 三 1, 18, 80; 四 31; 七 54

World Intellectual Property Organization (WIPO) 世界知识产权组织 七 19

World Trade Organization (WTO) 世界贸易组织 七 21

《关于知识产权所涉贸易问题的协定》 七 21

在 ~ 主持下谈判的协定 七 55

《服务贸易总协定》 七 56

~ 的电信协定 七 56