



联合国国际贸易法委员会
第五十届会议
2017年7月3日至17日，维也纳

今后可能在采购和基础设施开发领域开展的工作

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 公共采购中暂停和取消资格	2
三. 公私伙伴关系	3
四. 结论和今后的步骤	7
附件	
拟议经增订的《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》第一章 A 至 D 节	8



一. 引言

1. 编写本说明的目的是便利委员会第五十届会议审议今后可能在采购和基础设施开发领域开展的工作。本说明述及可能开展立法拟订工作的两个领域：公共采购中暂停和取消资格，以及公私伙伴关系。

二. 公共采购中暂停和取消资格

2. 委员会在第四十八届会议上一致认为暂停和取消资格非常重要，有助于有效实施公共采购法和打击腐败，同时注意到《贸易法委员会公共采购示范法》¹并未就该程序提供任何程序性规则。²鉴于在实践中暂停和取消资格制度可能在目标、程序和结果方面有很大差异，委员会认为其在该领域开展立法拟订工作目前尚不可行，但是意见正在趋同，因此应当将本项目留在议程上。³

3. 委员会还指示秘书处继续监测该议题的动态，并定期就此向委员会提出报告。⁴

4. 秘书处审查了材料和最近的培训和其他知识传播活动，发现正在为增进程序的一致性、实践的透明度以及暂停和取消资格的公平性而作出越来越多的努力，这些表明目前在一些方面正朝着趋同取得进展（正如 2016 年向委员会报告的那样）。⁵

5. 不过，关于暂停和取消资格制度的关键因素的政策和实践仍有一些重大差异，包括关于制裁的灵活性是否适当。例如，有些制度允许采用推迟起诉或不起诉协议，根据此种协议，允许供应商对其应受制裁的行为作出赔偿，而不会受到起诉和正式制裁。此类制度与一些自我清洗机制类似，益处包括此种整顿和行为改进对整个系统有着长期益处，避免对整个市场竞争造成潜在的不利影响，还可以避免争取定罪和跨制度承认制裁所涉及的一些挑战。另一方面，一些评论者报告，制裁制度和打击腐败的威慑作用受到损害，订立协议程序可能缺乏透明度和公平性。另据报告，有些国家可能有意保护国内有影响的大公司免于可能影响其今后竞标国际合同并可能有其他附带的经济和社会后果的定罪和名誉损害，而未适当考虑对治理的影响。⁶

6. 因此，委员会似宜认为 2016 年的立场保持不变：贸易法委员会在该领域开展立法拟订工作目前并不可行，但该专题的重要性以及发展趋势表明应将该项目留在议程中。

¹ 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 17 号》(A/66/17)，第 192 段和附件一，可查阅：www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html。

² A/70/17，第 362 段。另见 A/CN.9/889，第 2-9 段。

³ 同上。

⁴ A/71/17，第 361 段。

⁵ A/CN.9/889，第 6 段。

⁶ 例如，见 Majtan, Roman. The Self-Cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Processes. *Geo. Wash. Int'l. Rev.* 45 (2013): 291; Grasso, Costantino. Peaks and Troughs of the UK Deferred Prosecution Agreement: The Lesson Learned from the First-Ever DPA between the SFO and ICBC SB PLC; (2016). Out of court, out of mind: do deferred prosecution agreements and corporate settlements fail to deter overseas corruption, *Corruption Watch UK*, available at <http://www.cw-uk.org/wp-content/uploads/2016/03/Corruption-Watch-Out-of-Court-Out-of-Mind.pdf>.

三. 公私伙伴关系

7. 在第四十八届会议上，鉴于认识到公私伙伴关系对于发展和可持续发展目标的重要性，委员会决定将拟订一部关于公私伙伴关系的立法案文的可能性留在委员会议程中，并指示秘书处跟踪该专题，以便一旦委员会决定在这一领域开展工作就推进准备工作。⁷

8. 秘书处在 2016 年向委员会报告了活跃在公私伙伴关系方面的其他机构和国家一级重点决策领域，这些机构主要是世界银行和区域开发银行、联合国欧洲经济委员会（欧洲经委会）和经济合作与发展组织。审议的专题包括公私伙伴关系中的采购、项目协议的条款和授标后的争议。⁸

9. 有鉴于此，委员会决定秘书处应当考虑在有专家参与的情况下对《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》⁹的全部或部分进行必要的增订。¹⁰

对可能增订《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》的审议

10. 为了评估可能在多大程度上必须增订《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》，秘书处就《立法指南》的条文和随附的《立法建议》和《示范立法条文》（共同称为私人融资基础设施项目案文）与公私伙伴关系政策、法律改革和实践方面的专家进行了磋商。¹¹审查工作审议了这些文件所含的主要专题（导言；一般性立法和体制框架；项目风险和政府支持；特许公司的选择；基础设施的建造和运营——立法框架和项目协议；项目协议的期限、延长和终止；争议的解决和其他法律领域）。专家们还注意到 2013 年 5 月和 2014 年 5 月举行的审议私人融资基础设施项目案文的两次专题讨论会得出的结论（两次专题讨论会均建议对私人融资基础设施项目案文加以修订）¹²以及委员会对这些结论的审议情况。¹³

11. 从 2016 年 9 月开始，通过书面交流、虚拟会议和两次面对面会议进行了磋商，两次面对面会议一次于 2016 年 12 月 5 日至 7 日在华盛顿特区举行（与法律、司法和发展全球论坛同时举行，审议了公私伙伴关系所涉各方面问题），¹⁴另一次于 2017 年 3 月 6 日和 7 日在维也纳举行。

12. 专家们的主要结论是，私人融资基础设施项目案文中多数建议反映了良好的政策和做法，仍然是适用的。但是，认为有必要作出有限的修订，使私人融资基础设施项目案文反映最新情况，以便考虑到自现行立法指南于 2000 年发布以来在实践

⁷ A/70/17，第 363 段。

⁸ A/CN.9/889，第 10-19 段。

⁹ A/70/17，第 362 段。

¹⁰ A/71/17，第 359、360 和 362 段。

¹¹ 《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》（附《立法建议》）和《私人融资基础设施项目示范立法条文》，可查阅：www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html。

¹² 贸易法委员会公私伙伴关系学术讨论会的报告（2013 年 5 月 2 日至 3 日，维也纳），A/CN.9/779，第 73-85 段，可查阅：www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html；贸易法委员会公私伙伴关系学术讨论会关于今后可能在公私伙伴关系领域开展的工作的报告，A/CN.9/821，可查阅 <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/47th.html>。

¹³ 见 A/68/17，第 329-331 段。A/69/17，第 255-260 段。

¹⁴ 见 <http://www.globalforumjld.org/events/2016/law-justice-and-development-2016-law-climate-change-and-development>。

方面的发展。首先，“公私伙伴关系”一语已成为通常用来描述私人融资基础设施项目案文中所考虑的安排的术语，应当用来取代“私人融资基础设施项目”。此外，公私伙伴关系的提法将避免与大不列颠及北爱尔兰联合王国的“私人融资举措”相混淆，并使得能够通过公私伙伴关系提供服务的重要性放在与提供服务之前的基础设施开发等同的地位上。

13. 其次，考虑到已有很多国家批准《联合国反腐败公约》¹⁵，该《公约》的目标和要求应当在私人融资基础设施项目案文中得到充分反映。¹⁶分别涉及公共采购和公共财政管理的第九条第1款和第九条第2款载有这样的要求，即制度应以透明度、竞争和按客观标准作出决定为基础。建议在公私伙伴关系整个生命周期的良好治理方面扩展私人融资基础设施项目案文，并应当考虑到最近的动态，如通过公开订购和开放数据鼓励提高公私伙伴关系的透明度以及鼓励采购程序的透明度等动态。

14. 专家们还一致认为，委员会以前曾指示秘书处合并私人融资基础设施项目案文，应当在增订过程中执行该指示。因此，经增订的私人融资基础设施项目案文应当酌情载有关于所涵盖公私伙伴关系每个方面的评注、立法指导意见、立法建议和示范立法条文。立法建议应构成核心的范围界定条款（可以纳入国家一级管辖公私伙伴关系的法律），但关于实施和使用问题的评注是确保法律框架按预期运作所必需的，因此，应当包括在内（反映现有私人融资基础设施项目案文的做法）。因此，经增订的私人融资基础设施项目案文将采取载有所有指导意见、建议和示范条文的单一立法指南的形式。

15. 审查工作的其他重要结论载于以下各段。

16. 首先，并且注意到经增订的立法指南的主要目标是协助立法人员建立一个有利于公私伙伴关系的立法框架，应当在有效落实该框架的体制要求方面对案文加以扩展（如许多现代公私伙伴关系法所规定的那样）。¹⁷在这方面，审查工作的结论是，应当去掉现有私人融资基础设施项目案文中关于颁布国已有适当的体制结构和能力的假设，并纳入关于结构和能力的指导意见。

17. 总体而言，应当在每个专题基础上考虑在多大程度上提供实施方面的指导意见，此种指导意见应当侧重于法律和政策建议，不应当寻求提供一份全面的用户手册。例如，如果经增订的立法指南建议应当要求一个公私伙伴关系中央机构或机关进行准备情况评估，就应当解释准备情况评估作何理解。然而，将不纳入关于准备情况评估的详细的实用咨询意见，提供实用和能力建设咨询意见的几个组织已涉足这一专题。¹⁸

18. 其次，应当纳入对“资金效益”和“可持续性”等关键术语的补充讨论，这些是所涵盖项目的关键特点。在这方面，提到界定公私伙伴关系的挑战，经增订的立法指南应当就确定立法框架所着眼的项目的范围提供指导意见，而不是寻求对公私伙伴关系本身加以界定。

¹⁵ 可查阅 https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf。

¹⁶ 见 https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Status-Map/UNCAC_Status_Map_Current.pdf。

¹⁷ 见 Comparison of Country PPP Laws with UNCITRAL PFIPs Instruments, report by Crown Agents, available at <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2014-papers.html>。

¹⁸ 例如上文第6段查明的那些组织。

19. 其三，考虑到实际经验和上文所述《联合国反腐败公约》的要求，审查工作得出的结论是，应当纳入关于项目规划和准备的程序和作用的更加清晰的建议。然而，这方面的审查对基础设施规划和旨在评价可能的项目的质量的行政程序、查明项目预期和可能的社会经济目标和影响、确定项目的先后顺序以及公私伙伴关系规划和准备作了区分。

20. 虽然公私伙伴关系规划和准备应当纳入国家或区域基础设施规划和公共财政管理进程，但一般的行政程序一般并不出现在管辖公私伙伴关系的法律中。因此，不应将关于此类一般行政程序的详细评注纳入经增订的立法指南。另一方面，应当提供关于适当标准的重要性以及这些程序与公私伙伴关系之间的联系指导意见。

21. 因此，经增订的立法指南应当重点处理一旦公私伙伴关系成为一个项目可能的执行模式即应当采取的步骤（即指南将假设项目已经确定为一个值得开展的项目）。指导意见将侧重于决定一个拟议项目可否作为公私伙伴关系所涉及的步骤。建议应当侧重于确保作用和职责的明确性，以及作出有关决定应当遵循的标准。审批过程通常是一个迭代过程，至少涉及实施该项目的公共当局和作出最终审批的中央当局。应当纳入确定一个项目是否适合作为公私伙伴关系的方法，连同在具体项目级别和政府资源分配级别与其他执行机制作比较的要求，这些问题已在现有私人融资基础设施项目案文中提出，建议就这些问题提供更广泛的指导意见。在这方面，审查工作注意到，这方面许多现行制度并不有效，有证据表明旨在获得公私伙伴关系审批的不够严格的程序存在着扭曲。

22. 规划过程中其他重要问题包括关于分析可否保证长期提供为之建造基础设施的服务的要求；也就是说，可否以私营部门能够开发和运营项目的价格（无论是否有补贴）提供服务；可否实现适当的风险转移；以及项目作为公私伙伴关系的长期财务影响，包括资本和运营所需经费、财政和公共债务影响、可负担性以及适当的负债核算。其中一些要素已在现有私人融资基础设施项目案文中述及，审查的结论是，应当在述及项目准备的新的一章中合并现有的指导意见并加以扩展。

23. 其三，审查工作建议所有修订应当以来自所有区域的当前做法为基础，例如新出现的利用市场磋商的做法，并以项目工具为基础，这些工具可帮助提高项目质量并防止不必要地改动合同条款（对最近仅在签订合同后 12 至 18 个月内就重新谈判合同的例子表示关切）。另一方面，出现了可顾及项目运营期间的必要改动的新工具，应当考虑这些工具。

24. 其四，审查工作的结论是，经修订的立法指南的范围应当仍然侧重于有公共服务因素的基于基础设施的公私伙伴关系；此类公私伙伴关系的任何新的模式均应以成功经验为基础，新形式的公私伙伴关系不应述及，因为缺乏使贸易法委员会能够就普遍接受的建议和指导意见达成一致的广泛经验，同时也因为委员会的指示范围是有限的。

25. 关于起草问题，审查工作建议采用更简单的风格和编排格式，简化提及法律框架各构成要素的方式。应当取消对具体部门问题的不必要提及，尽管经增订的立法指南的一些一般性建议可加以调整以适应具体部门或者可适用于具体部门。

26. 目前，审查工作正在详细研究现有私人融资基础设施项目案文的每个章节，先从现有立法指南第一章及相关的立法建议和示范立法条文开始。本章述及总体有利环境（包括国家或区域范围的规划）、公私伙伴关系相关机构的职能以及与政府其

他部门的互动。现将拟议基于上述建议增订的第一章的最初几节附于本说明，以便举例说明经增订的立法指南可能采用的格式。

27. 以下是这部分内容与现有私人融资基础设施项目案文的对照表。

私人融资基础设施项目立法指南 (2000 年) 章次和提及的主要专题	拟议经修订的公私伙伴关系立法指南 章次和提及的主要专题
第一章 — 一般性立法和体制框架	第一章 — 公私伙伴关系的一般性 框架
A. 概述	A. 概述
B. 宪法、立法和体制框架 1. 有利的宪法和立法框架一般指导原则 a. 透明度 b. 公平性 c. 长期可持续性 2. 宪法和私人融资基础设施项目 3. 一般性立法和有部门针对性的立法 包括：立法建议 1 和示范立法条文 2	B. 公私伙伴关系法律和体制框架 1. 公私伙伴关系法律框架的目标 a. 可持续性 b. 资金效益 c. 参与 d. 竞争 e. 公正性 f. 透明度 g. 公平性和公众信任 2. 公私伙伴关系法律框架 a. 概述 b. 与其他法律领域的相互关系 c. 有部门针对性的立法 包括：示范立法条文 1 (序言)
C. 授予特许权的权力范围 1. 受权机构和有关的活动领域 2. 特许权的目的和范围 包括：立法建议 2-5 和示范立法条文 3 和 4	C. 关于公私伙伴关系的法定权力范 围 1. 拟处理的公私伙伴关系项目 2. 公私伙伴关系的定义 3. 订立公私伙伴关系的权力范围 包括：示范立法条文 2 和 3
	D. 公私伙伴关系的体制框架

四. 结论和今后的步骤

28. 审查工作表明，增订私人融资基础设施项目案文既是可行的，也是在现有资源限制范围内可以实现的。秘书处提议在 2017 年秋季再举行一次公私伙伴关系专题讨论会，以便在开放和包容的论坛上审议关于增订现有私人融资基础设施项目案文各章的建议。

29. 进一步的报告和建议将在 2018 年提交委员会审议。

附件

拟议经增订的《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》第一章
A 至 D 节

说明：

- 1 本草案合并了《立法指南》、《立法建议》和《示范立法条文》；
- 2 方括号内的斜体案文提及来源，可能不纳入最后案文。

第一章. 公私伙伴关系的一般性框架

A. 概述

1. 建立适当和有效的法律框架，是创建有利于发展基础设施开发和提供公共服务公私伙伴关系的环境的前提条件。对已经有此法律框架的国家而言，确保法律足够灵活且具有响应性以跟上事态的发展非常重要。本章述及建议国内立法者在建立或审查基础设施开发公私伙伴关系法律框架时应当考虑的一般问题和目标。

B. 公私伙伴关系法律和体制框架

1. 公私伙伴关系法律框架的目标

2. 目标陈述阐明一部法律和公私伙伴关系法律框架各辅助因素的政策目标，因而向用户提供有益的指导，也可就法律的解释和适用提供指导。
3. 确保利用透明、客观的和竞争性程序订立公私伙伴关系（这些是《联合国反腐败公约》（2003年10月31日，纽约）第九条的基本原则），¹⁹也将确保程序的公正性，并且也可能有助于公私伙伴关系的可持续性（否则的话，项目可能随着政府更迭而被取消）。
4. 建议以法律的序言的形式列入这样一项陈述。在不习惯使用序言的国家，可在法律条款正文中纳入目标陈述。
5. 应当指出的是，这样一项陈述对当事方而言并不产生实质性权利或义务--这些权利或义务是在法律本身所规定的程序中产生的。

¹⁹ 联合国，《条约汇编》，第 2349 卷。联合国大会在第 58/4 号决议中通过了该《公约》。根据《公约》第六十八条第 1 款的规定，《公约》已于 2005 年 12 月 14 日生效。《公约》案文也可查阅：www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf（2011 年 1 月访问）。

示范立法条文 1

序言

鉴于……[政府][议会]认为应当规范公私伙伴关系，以在基础设施开发和向公众提供相关服务的过程中促进实现下列目标：

- (a) 实现基础设施的长期可持续性和向公民提供服务的安全性；
- (b) 实现资金效益最大化；
- (c) 促进和鼓励私营部门参与；
- (d) 促进对公私伙伴关系合同的竞争；
- (e) 促进相关程序的公正性、透明度、公平性和公众对相关程序的信任。

兹颁布如下：

[载于示范立法条文的目标源自《联合国反腐败公约》第九条、《贸易法委员会公共采购示范法》和《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》。]

关于公私伙伴关系法律框架的目标的评注

(a) 可持续性

6. 回顾本[指南]的范围和基础设施开发的背景[参引]，很明显公私伙伴关系法律框架的一项重要目标是确保公共服务的长期提供、基础设施的高质量以及经济、环境和社会可持续性。运营和维护公共基础设施的安排不适当会严重损害这些目标，并可能直接导致服务质量降低，用户费用提高。

7. 本[指南]述及立法框架可以发挥作用，确保参与公私伙伴关系管理和运作的各公共当局拥有法定权力和机构能力，能够在公私伙伴关系整个规划和运作阶段履行被赋予的各项任务。

[来源包括《私人融资基础设施项目立法指南》]

(b) 资金效益

8. 资金效益是对公私伙伴关系在多大程度上优化资源利用以实现相关项目的预期影响进行的一项客观评估，可以包括：

- (a) 成本、时间和其他资源以及项目标的物的质量之间的最佳关系；
- (b) 与不利用公私伙伴关系相比，以较低的成本、较少的时间和其他资源提供所要求的服务水平，同时不降低这些服务的质量；
- (c) 与不利用公私伙伴关系相比，提供高于要求水平的服务，或者项目在成本、时间和其他资源方面实现更好的投资回报。

[各种来源，包括公私伙伴关系立法资源指南]

(c) 参与

9. 关于对授予公私伙伴关系合同的过程的参与，若私营实体相信其报价将得到客观评估，程序是公平和透明的（包括采购过程和项目的运作阶段，如有关合同安排所反映），它们就会参与其中。

[有待就可获利性和相关问题作出补充]

[源自《公共采购示范法颁布指南》]

(d) 竞争

10. 对于公私伙伴关系合同的竞争（意指潜在投资者和私营实体参与激烈竞争，以求获得被授予公私伙伴关系合同的机会）可以减少总体费用和其他资源需求，能够提高基础设施投资的产出，可以加强对客户需求的响应度，从而获得更好的公共服务质量。竞争具有以下潜力，既能够提高公私伙伴关系的资金效益，又能够提高相关项目实现预期结果的可能性。竞争还是《联合国反腐败公约》要求在国家采购制度中体现的关键原则之一[参引待补]。

11. 促进潜在的投资者和私营实体参与公私伙伴关系，是为获得相关合同而开展竞争的关键前提条件。不过，本[指南]所建议的采购程序认识到，就所讨论的复杂基础设施项目而言，限制参与者数目可最好地保证这种竞争。出现这种明显自相矛盾情况的原因在于，参与程序的费用高昂——除非私营实体评估它们有合理的机会赢得最终合同，否则它们是不愿意参与的。因此，本[指南]建议的采购程序首先是确定有限数目的优质的潜在合作伙伴。

[有待在排他性方面作出补充]

[各种来源，包括《公共采购示范法颁布指南》]

(e) 公正性

12. 公正性涉及避免腐败和滥用权力，以及公私伙伴关系所有参与方坚持操守、秉公办事以避免利益冲突这一概念。它要求整个公私伙伴关系制度不存在对任何私营实体或潜在投资者特定群体的制度化歧视或偏见，公私伙伴关系法律框架规则的适用不会带来与该制度的目标相反的结果。

13. 公共当局的官员在订立和运作公私伙伴关系时享有很大的商业酌处权，因此，本[指南]提出一项行为守则以约束其活动[参引]。通过将该行为守则与适用的公务员一般行为标准和其他国家法律和条例中涉及公正性和预防腐败的任何进一步规定相结合，可进一步增强公正性。

[源自《公共采购示范法颁布指南》]

(f) 透明度

14. 透明的法律框架具有以下特点，即明确和容易获得的规则，以及实施这些规则的高效率程序。透明的法律和行政程序带来可预测性，使私营实体和潜在投资者能够

估计其参与的成本和风险，从而提出最有利的条款。这些法律和程序还载列关于向公民提供服务以及公共服务提供者及其客户藉以保护自身权利的规则。

15. 透明的法律和行政程序也可通过要求公布行政决定的条款来促进公开性，这些条款酌情包括说明这些决定所依据的理由并披露与公众有关的其他信息的义务。透明的法律和行政程序还有助于防止公共当局或其官员的任意或不适当行动或决定，从而有助于增进对一国基础设施开发方案的信心。因此，透明度也是《联合国反腐败公约》要求在国家采购制度中体现的关键原则之一[参引待补]。

16. 寻求外国投资时法律和行政程序的透明度尤其重要，因为外国公司可能不熟悉该国授予基础设施项目的做法。

17. 透明度是一种工具，这种工具使得能够在公私伙伴关系过程中就不断变化情况下运作基础设施和向公民提供服务行使必要的酌处权，酌情限制这种酌处权，并使这种酌处权的行使受到监测和在必要时受到质疑。它被视为促进就所采取的行动和所作出的决定问责的重要因素。因此，它是公正性和公众对制度的信任的重要支撑因素，也是便利评价制度和项目是否达到预期结果的工具。

18. 本[指南]建议公私伙伴关系项目采购透明度做到五个关键方面：公开披露法律框架；公布机会；事先确定和公布据以评估报价的项目关键条款；按照规定规则和程序透明地开展程序；以及存在着用来监测这些规则得到遵守并在必要时强制执行这些规则的制度。

[有待就社会经济目标、预算、开口合同和运营阶段公开数据方面的透明度作出补充]

[源自《私人融资基础设施项目立法指南》和《公共采购示范法颁布指南》]

(g) 公平性和公众信任

19. 公私伙伴关系法律框架既是政府规范并确保向公民提供公共服务的手段，也是公共服务提供者及其客户藉以保护自身权利的手段。公平的法律框架考虑到政府、公共服务提供者及其客户的不同（有时可能相互冲突的）利益，并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、用户无论在质量还是价格方面得到适当服务的权利、政府对于确保持续提供基本服务的责任及其在促进国家基础设施发展方面的作用，这些只是法律应当予以适当承认的利益中的几项。

20. 若规则的执行清晰可见，违法行为受到应有的惩罚，则公众的信任也会得到加强。因此，本[指南]提出了执行这些规则的程序。

[源自《私人融资基础设施项目立法指南》和《公共采购示范法颁布指南》]

2. 公私伙伴关系法律框架

(a) 概述

21. 建立适当而有效的法律框架，是创建一种有利于私营部门参与公私伙伴关系的环境的前提条件。管辖公私伙伴关系的法律通常体现政治承诺，提供具体的法定权

利，并可能代表着法律和监管制度稳定性的重要保证，所有这些都是促进私人投资于公私伙伴关系所需要的。[有待就现实中的不稳定性作出补充]

22. 本[指南]的条款意在既便利目前尚没有管辖公私伙伴关系的法律的国家起草此种法律，又便利按照反映国际良好做法的框架评估现有的法律框架。

23. 有效的管辖公私伙伴关系的法律将确立关于基本政策、据以订立和运作公私伙伴关系的体制和监管框架的一般原则。此种法律意在提供订立和运作公私伙伴关系的所有基本规则和程序。它无意作为一部全面的指南，既无意载列规范相关合同关系的所有必要的详细规则和程序，也无意载列适用于特定经济部门的规则和程序。

24. 按照就整个制度作出的政策选择，有利于公私伙伴关系的整个制度通常包括基本法、次级条例或法令、内部规则以及指导意见。在起草管辖公私伙伴关系的法律时，各国需要确保基本法准确界定所规定的义务和赋予的权利，并完全能够根据实践中的公私伙伴关系加以调整，因为并非所有情况都是可以预见的。一国的法律和行政传统对起草风格有重大影响，但应在足够明确且不含糊的法律和充分可调整的法律之间实现平衡。过度地将解释权赋予从业人员或司法机构是不可取的，因为这样将助长不确定性和不一致的结果。因此，对于公私伙伴关系所涉已有既定国际良好做法并已就适当行为标准达成共识的那些方面，本[指南]载有示范立法条文，而在已有证据表明缺乏规则可能导致规避基本原则的企图的领域，条文相对详细些。

25. 可在辅助性条例和内部规则中载列可避免对于基本法在实践中如何运作的不确定性和模糊性的更详细规则，这些辅助性条例和内部规则的一个很大的优势就是可以随着取得经验而进行修正，不像修正基本法一样需要议会重新核准。不过，这种灵活性是适当的，前提是主要原则和程序已在基本法中列出，因而其本身不会在没有公众监督的情况下被修正。

26. 因此，使用本[指南]起草有利于公私伙伴关系的一般立法的国家需要通过其他规则和条例再辅之以指导意见和其他能力建设工具来补充其立法条文，以确保适当的治理并促进制度的公正性。

27. 作为一个良好做法，希望实施公私伙伴关系的国家还应当制定一项公私伙伴关系国家政策，以就使用公私伙伴关系提供指导。制定的公私伙伴关系政策还应当符合国家和其他政府基础设施计划（[参引]作了进一步讨论）。这些政策本身将提及或纳入规划、确定先后顺序和项目筹备的程序，这些在[新的第二章]中讨论。

28. 这些政策连同规则中规定的权利和义务（基本法、次级或授权立法以及其他规则和条例）若向公众提供，将有助于透明度和问责制。虽然基本法一般在公布之后才生效，但其他规则和政策并非总是受到相同限制。因此，管辖公私伙伴关系的法律应当列出负责颁布规则、条例以及国家政策声明和任何其他政策声明的当局（见示范立法条文[……]）。

29. 法律要求机构实施其中所包含的规则和程序；机构还必须实施对法律框架起支撑作用的政策和做法。就公私伙伴关系而言，机构可采取机关的形式（例如公私伙伴关系管理局/公私伙伴关系单位）或行政职能组合的形式。在任一种情况下，都应授权该机关或职能组合在公私伙伴关系的整个生命周期处理公私伙伴关系。行政职能包括促进提高公私伙伴关系的认识，查明项目机会，与中央当局联络，确保在

适当情况下公私伙伴关系被视为可能的项目执行形式。关于这些职能和其他职能以及一些现行制度中所采用结构的实际例子，见本[指南][……]。

30. 在一些国家，国家负有确保向其公民和居民提供服务的明确义务，这种义务可在多大程度上委托给私营部门可能受到限制，特别是就保健、司法和治安等主要服务而言。任何此类限制应当准确地反映在管辖公私伙伴关系的法律中。在某些情况下，合同解决办法，例如专门成立的公共实体或特殊目的载体，可提供一种解决办法，在此情况下，公私伙伴关系一般法律框架应促成此种可能性。这种情况应与下述决定相区分，即一些服务——如医院的门诊服务、监狱的看守服务——应由公共部门保留，不管是作为政策事项，还是因为私营公司没有能力提供此类服务。同样，管辖公私伙伴关系的法律应当列出所有相关的限制。

(b) 与其他法律领域的相互关系

31. 公私伙伴关系的一般法律框架还将与有关国家其他领域的法律框架发生关系。

32. 此处将纳入现有的《私人融资基础设施项目立法指南》第七章，其中述及：

- 投资的促进和保护
- 产权法
- 担保权益
- 知识产权法
- 强制购置私有财产的规则和程序
- 政府合同规则和行政法
- 私人合同法
- 公司法
- 税收法
- 会计规则和方法
- 环境保护
- 消费者保护法
- 破产法
- 反腐败措施
- 国际协定
- 国际金融机构的成员地位
- 关于便利和促进贸易的一般协定
- 关于特定产业的国际协定

33. 拟纳入的其他问题：可能与公私伙伴关系和其他法律的重叠；通过监管职能实施的限制；土地所有权限制；其他法律所规定的关税与公私伙伴关系法律框架的相

互关系[尤其述及需要关于关税监管者和发包项目的公共实体之间协调的示范立法条文和指导意见，以确保长期可持续性。]

(c) 有部门针对性的立法

34. 旨在有利于公私伙伴关系的法律条文建立统一处理不同基础设施部门此类伙伴关系的共同问题的框架，但该框架通常并不适合处理不同部门的所有特殊要求。即使在采用管辖公私伙伴关系的普通法处理跨部门问题的国家，有部门针对性的补充法律也使立法者能够制定考虑到每个部门的市场结构的规则。

35. [有部门针对性的法律应当明确服从于管辖公私伙伴关系的普通法，以便允许以有利于普遍适用规则的方式明确解决任何不一致。]

36. 有部门针对性的法律也可以建立监管具体基础设施部门的框架，从而为发展国家监管能力创造条件。有效的法律将为监管者行使酌处权确定标准，但不应当不必要地限制公私伙伴关系当事方确定其合同关系的能力。

C. 关于公私伙伴关系的法定权力范围

37. 公私伙伴关系法律框架应当明确界定哪些当局可利用本法实施公私伙伴关系，以及哪些项目被视为本法下的公私伙伴关系。意在实现这种效果的条文需要公私伙伴关系的定义，以及根据本法拟订立的公私伙伴关系项目的当事方——即公共当局和私营实体——的定义。示范立法条文 2 基于本[指南]界定了管辖公私伙伴关系的法律的范围，以下段落将作进一步解释。

1. 拟处理的公私伙伴关系项目

38. 本[指南]的建议适用于通过合同关系（即有着明确界定的合同义务、分担风险以及付款以绩效为基础，如下文所进一步解释），建造、维护、修理、翻新、现代化改造和（或）扩展和运营公共基础结构设施和系统以及提供相关服务的公私伙伴关系。虽然基础设施不一定是有形基础设施，可能包括例如通信系统，但本[指南]条文所涉范围并不扩展至：政府无意提供服务的公共和私营部门之间其他形式伙伴关系，石油和天然气、采矿或基础设施特许权，或者项目联盟或外包等合同安排。尽管如此，治理方面的许多建议可推广至此类其他项目以及具体部门的项目。

39. 私人参与的性质包括投资于公共基础设施。基础设施的所有权以及该基础设施中公共利益的性质这些问题在[参引——涵盖直接和间接公共利益]中讨论。拟提供的服务的性质包括公共当局对于提供此类服务的责任在[参引]中讨论。

40. 如上所述，示范立法条文 2 将法律框架中公私伙伴关系项目的范围局限于基于基础设施的项目。因此，希望扩展管辖公私伙伴关系的法律的范围的国家不妨据此扩展法律框架的范围，在颁布本条文时修订“就任何基础结构设施和系统”一语。

2. 公私伙伴关系的定义

41. 有利于订立公私伙伴关系项目的条款需要一个关于所涵盖项目的定义。公私伙伴关系可描述为公共和私营合作伙伴均贡献资源（一方面包括提供私人资金、专业和其他知识、专门知识和技能，另一方面包括授予土地权以及排他性运营基础设施的权利等权利）的互利性合同安排。

42. 合同安排一般包括：

(a) 私营实体设计、建造、翻修基础设施或为基础设施提供融资、维护和运营相关基础设施并在规定期限内提供所确定的服务的义务；

(b) 公共当局为私营当事方履行义务提供接触资产的便利以及必要的权利和执照的义务；

(c) 当事方之间的风险分配（包括融资和建造风险，与确保可利用基础设施和相关服务或者对基础设施和相关服务的需求有关的风险等等）；以及

(d) 基于提供服务方面的绩效标准的付款机制，有时基于基础设施的运营/质量令人满意，由公共当局或最终用户（或两者共同）提供报酬。付款机制包括就使用设施或场地或其提供的服务或货物收取价款的权利时，公私伙伴关系是一项特许权；在其他情况下，则属于政府资助的公私伙伴关系。公私伙伴关系可以完全由政府资助，也可以是单独的特许权，还可以是两种付款机制的组合。关于这些项目类别的讨论载于[参引一列入关于这些类别的相对频率的评注]。

43. 建议允许仅根据管辖公私伙伴关系的法律的条文订立公私伙伴关系，其中应包括：

(a) 管辖公私伙伴关系的法律以及其他相关法律所规定的规划和筹备过程，包括评估拟议项目的社会、经济和其他影响，以及对可用的项目执行机制的比较评估；

(b) 合同规划过程，该过程处理前一段所述的合同安排，就公私伙伴关系整个寿命周期内基础设施的控制权和所有权作出规定，并包括适当平衡当事各方利益的商业条款，同时考虑到合同的预期期限，私营实体摊提所有成本并实现合理利润的必要时间，情况变化时的调整机制以及[其他]；

(c) 一种具有竞争性的缺省采购方法，以及法律所规定的有限除外情形；以及

(d) 到期时的终止合同条款，例如基础设施在良好运营状态下移交公共当局，通常没有补偿（除非合同另有规定）。

44. 尽管上述其中一些特点也适用于基础设施的公开采购，但显然公私伙伴关系既非简单的传统采购，也非一种私有化机制。公私伙伴关系与一国其他法律之间的相互关系在[参引]中讨论。

45. 公私伙伴关系的定义显然无法包括上述所有描述性要素。建议将示范立法条文2所载公私伙伴关系各组成要素纳入定义中，提及根据法律订立和运营公私伙伴关系的必要步骤。

3. 订立公私伙伴关系的权力范围

46. 可能的投资者、私人当事方、投资者和其他人若非相信他们在与实施公私伙伴关系和处理订立公私伙伴关系相关程序的当局的人打交道，是不会参与公私伙伴关系项目的。“实施公私伙伴关系”一语指的是公私伙伴关系的整个生命周期。

47. 因此，建议公私伙伴关系法律框架应确立任何公共当局订立公私伙伴关系的一般授权，以避免保持最新的正面或负面清单系统所带来的实际困难。示范立法条文 2 载有各国如果选择可以排除具体部门或实体的选项。在有些制度中，这种权力可能存在于公私伙伴关系法律框架之外，在这种情况下，颁布的条文应当作适当的参引。

48. 订立公私伙伴关系和运营项目的过程涉及进行谈判以确定条款、订立公私伙伴关系合同以及必要时修改公私伙伴关系合同和相关合同。如果其中任何职能非由公私伙伴关系法律框架管辖（一些职能属于某个中央机关可能就是这种情况），就需要作适当的参引，除非公私伙伴关系法律框架的目的是补充一般规定（在此情况下，可能需要补充条款）。

49. 显然，需要为管辖公私伙伴关系的法律提供“公共当局”的定义。应当专门设计该定义的措词，以反映相关国家的政府结构，以及是否允许中央当局、中央下一级当局和其他当局实施公私伙伴关系。若采取正面清单办法，则需要谨慎从事，以确保该清单是全面的，如果一国的公私伙伴关系限于中央当局，则应当适当反映该国的集权化程度。

50. 示范立法条文 2 中公共当局的定义提及任何级别政府的当局，除非列入方括号内的措词，在后一种情况下，中央政府当局可以订立公私伙伴关系（或联邦制度中的国家当局），但省级、地方或其他中央以下级别的政府当局将被排除在外。

51. 此外，公共当局的定义可扩展至不被视为政府组成部分的某些实体或国有企业，前提是国家希望允许这些机构实施公私伙伴关系。这方面的相关考虑包括：

(a) [政府是否向该实体提供大量公共资金，或为保证付款提供保证或其他担保，或为该实体在公私伙伴关系合同下的义务提供支持；

(b) 该实体是否由政府管理或控制，或政府是否参与该实体的管理或控制；

(c) 政府是否为该实体的运营提供排他性许可、垄断权或准垄断权；

(d) 该实体是否在盈利方面对政府或公共财政负责；以及

(e) 该实体是否与国际捐助者合伙实施项目。]

[来源：《公共采购示范法颁布指南》]

[有待是国有企业或类似实体是否实施公私伙伴关系以及纵向公私伙伴关系中可能的利益冲突作出补充]

示范立法条文 2

[[[国家政府]的]公共当局[除[可纳入例外情形清单]以外]可依据本法条款就本国的任何基础结构设施和系统订立公私伙伴关系。]

相关定义

[基础设施公私伙伴关系是指公共当局和私营实体之间就该公共当局享有利益的基础结构设施和系统的建造、维护、修理、翻新、现代化改造和（或）扩展和运营以及提供相关服务订立的合同安排，在这种合同安排中，向私营实体提供的报酬以该私营实体履行义务的绩效为基础。]

[公共当局是指[国家政府]的任何部门、机构、机关或其他单位，或其任何下属机构或联合体]

[私营实体是指根据本国或另一国法律组建的法人。]

[各种来源]

排他性

52. 另一个重要问题涉及赋予私营伙伴的权利的性质，尤其是提供服务的权利是否具有排他性，以及私营伙伴是否面临来自其他基础结构设施或服务提供者的竞争。排他性可能涉及在特定地理区域提供服务的权利，或者涵盖国家的全部领土；它可能涉及向一特定客户或有限客户群体供应特殊类型的货物或服务的权利。[例子有待修订]

53. 应当考虑到竞争的余地以及是否存在自然垄断就是否赋予某一项目或某一类别项目以排他性权利作出决定。

54. 因此，应当以灵活的方式处理排他性问题。

55. [待补。一些专家建议列入有利于排他性的缺省条文，但另一些专家认为，排他性并非至关重要，其从属于向用户提供最好服务的政策优先考虑。位置也有待审查。]

56. [指导意见将反映处理排他性的总体办法，述及法律或标准或具体合同或其组合可否限制排他性；跨境情形；如何将终止权和赔偿联系起来，以及只能为了公共利益而终止排他性；排他性的性质（地理、部门等方面）；不同部门的竞争余地；不具排他性的项目在技术或商业上的可行性。]

57. [还应当就下列方面作出补充：合同或基本法律原则是否应允许调整服务以使用户受益而不等同于重新谈判；排他性是否应让位于述及有约必守与情势变更原则（即相当于恢复经济平衡）的条款或条文。]

[示范立法条文 3

公私伙伴关系应赋予私营实体在本国所有或界定下属单位运营基础结构设施和系统的排他性权利[除……以外]。

D. 公私伙伴关系的体制框架

58. [本节将讨论公私伙伴关系的一般体制框架，包括各机构是否需要创建有吸引力、可预测和透明的环境；经济体中公私伙伴关系规划与基础设施发展规划之间的关系；就可能的项目、基础设施计划和优先事项发布政策和实际指导，述及各种障碍如就土地利用进行的磋商、标准程序和文件；传播最佳做法以及开展能力建设。

59. 本节将利用共同解决办法的实例，解释谁在决策中发挥作用和决策标准，提出建议但并非强制性要求，反映实践中公私伙伴关系当局、公私伙伴关系单位和其他机构有很大差异。例如，财政部可能拥有总体决策权，作出审批和制定规则，并检查遵守情况；各部门部委将处理部门和其他技术问题。

60. 本节还将述及各机构的治理问题，如避免利益冲突、行政协调和等级结构。

61. 私人融资基础设施项目立法指南这一章中关于许可证和执照及部门监管者的现有指导意见将纳入述及一个关于具体项目规划和实施的原则和程序的新的第二章]。