



联合国国际贸易法委员会
公私伙伴关系国际学术讨论会
2014年3月3日至4日，维也纳

今后可能就公私伙伴关系开展的工作

讨论文件——第一部分

目录

	段次	页次
一. 导言	1	2
A. 背景	2-6	2
B. 2013年委员会届会至本次学术讨论会召开之日开展的调查和协商	7	3
二. 根据自2013年委员会届会以来开展的协商和调查研究向本次学术讨论会提出的建议	8-23	3
三. 公私伙伴关系需进一步工作的主要议题	24-92	7
A. 公私伙伴关系方面今后任何立法案文的范围	24-42	7
B. 供纳入公私伙伴关系立法案文的关键专题	43-92	10
1. 法律和监管环境	47-92	10
(一) 机构框架	47-52	10
(二) 跨国界公私伙伴关系	53-56	11
(三) 治理和社会责任	57-63	12
(四) 供资和投资议题	64-70	14
(五) 与小型运营者建立的公私伙伴关系	71-76	15
(六) 公私伙伴关系与其他法律保持一致	77-92	15
(a) 反腐败和廉正措施	81-86	16
(b) 利益冲突	87-92	17



一. 导言

1. 本次学术讨论会有关今后可能在公私伙伴关系领域开展的工作，是根据联合国国际贸易法委员会（委员会或贸易法委员会）2013 年第四十六届会议提出的建议举行的。¹其目的是就今后在公私伙伴关系领域可能开展的工作向下届会议提出建议。为本次学术讨论会提供本文件目的是协助其审议工作。

A. 背景

2. 委员会在其 2013 年届会上审议了之前关于今后可能在公私伙伴关系领域开展的工作的学术讨论会（“2013 年学术讨论会”）的报告。²

3. 2013 年学术讨论会的报告指出，贸易法委员会关于私人融资基础设施项目的案文（私人融资基础设施项目文书）³和其他关于公私伙伴关系的国际案文，都不可被视为“各国进行公私伙伴关系改革的事实上的标准或模式”。委员会获悉，私人融资基础设施项目文书自发行以来得到广泛利用，公私伙伴关系的发展态势得到介绍，并得出以下结论，显然可以对公私伙伴关系加以协调统一并协商拟订立法文书。然而，委员会指出，“鉴于公私伙伴关系市场的发展，私人融资基础设施项目文书可能需要一些更新和修订，……会议商定了（基本以私人融资基础设施项目文书为参照依据的）一部关于公私伙伴关系立法文书的关键要素”。⁴

4. 不过，委员会认为，需要进一步开展准备工作，以便确定将给予工作组拟订一部立法文书的任务授权范围。委员会特别指出：

(a) 国家一级现行法规文书在术语、范围和内容上的巨大差别；和

(b) 对于公私伙伴关系究竟是制订一部示范法还是其他立法文书在看法上存在一些差异。

5. 因此，本次学术讨论会的主要问题是，阐明为今后拟订一部立法文书建议的任务授权范围。阐明任务授权范围是为了向委员会说明，为拟订一部关于公私伙伴关系的立法文书而开展的工作已准备提交工作组。⁵

6. 本次学术讨论会不妨注意到，委员会将不审议是否单独授予工作组此项任

¹ 见《委员会报告》，A/68/17，第 331 段。

² 《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 号文件：各项结论汇总于第 73 至第 85 段（可查阅：www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html）。由于篇幅有限，本文件未提及报告的具体段次。

³ 《贸易法委员会私人融资基础设施项目法律指南》（附法律建议）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。

⁴ 《委员会报告》，如上，第 329 段。

⁵ 今后的公私伙伴关系案文和供审议的政策议题范围都必须清晰明确。委员会确信，显然可以对公私伙伴关系加以协调统一并协商拟订立法案文，公私伙伴关系立法案文将加强国际贸易法，拟开展的工作不会重复其他法律改革机构开展的工作。同上，第 328 和第 329 段。

务授权；对计划开展和今后可能开展的立法制定工作提出的所有建议将一并审议，以使委员会能够决定其优先事项。因此，本次学术讨论会不妨评议在公私伙伴关系方面开展的工作对于贸易法委员会的重要性。一些相关考虑因素载于本文件第二部分。

B. 2013 年委员会届会至本次学术讨论会召开之日开展的调查和协商

7. 委员会指示秘书处通过调查研究、与专家协商和举行学术讨论会，开展上述准备工作。准备工作遵循了委员会的如下指示：尽可能包容、透明和使用多种语文；并将所有区域的经验，包括公共和私营部门的经验考虑在内。⁶下文介绍了这些活动的结果。

二. 根据自 2013 年委员会届会以来开展的协商和调查研究向本次学术讨论会提出的建议

8. 向 2013 年学术讨论会提交的报告指出，现行公私伙伴关系立法存在着差异，⁷这些报告基于与会者的研究和经验。虽然各方基本上同意这一看法是准确的，但在早期协商阶段一致认为，要提供各国公私伙伴关系法律方面的其他细节，应开展系统调查。这样，公私伙伴关系立法文书范围方面的建议才具有深厚的实践基础。

9. 因此，秘书处、专家志愿者和顾问对现行公私伙伴关系法律进行了广泛调查，以评估现行法律在多大程度上反映私人融资基础设施项目文书中的主要专题。调查包括审查 58 个国家的国家和国家以下各级公私伙伴关系法律规章（公私伙伴关系立法和其他相关立法）。选择所调查的国家旨在反映区域多样性，以及经济发展水平和法律传统的多样性。这次审查被视为涵盖全世界相当大一部分公私伙伴关系立法，因此可被视为具有代表性。

10. 2013 年学术讨论会所收到的报告指出，《示范立法条文》和《立法建议》的范围比《法律指南》更窄。⁸因此，这些调查查明现行公私伙伴关系立法所涵盖的项目范围超出了《示范立法条文》和《立法建议》范围，法律条文整体超出私人融资基础设施项目文书的范围。

⁶ 委员会报告，如上，第 330 段。

⁷ 例如见《2013 年学术讨论会讨论文件》，第 13 段，A/CN.9/782 号文件，可查阅 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html 及所援引的报告和文件。

⁸ 另见《提交第三届公私伙伴关系专家团队会议的报告》，Simmons 和 Simmons，可查阅 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013-papers.html。

表一：调查国家清单

阿尔巴尼亚	埃及	马来西亚	塞内加尔
安哥拉	斐济	毛里求斯	塞尔维亚
阿根廷	法国	墨西哥	新加坡
澳大利亚	几内亚	蒙古国	南非
贝宁	科特迪瓦	摩洛哥	大韩民国
巴西	牙买加	莫桑比克	西班牙
保加利亚	约旦	尼日尔	斯里兰卡
布基纳法索	哈萨克斯坦	尼日利亚	坦桑尼亚
柬埔寨	肯尼亚	巴拉圭	突尼斯
喀麦隆	科索沃	秘鲁	乌干达
中非共和国	吉尔吉斯斯坦	菲律宾	越南
智利	拉脱维亚	波兰	美利坚合众国
哥伦比亚	立陶宛	波多黎各	赞比亚
克罗地亚	马其顿	罗马尼亚	
捷克共和国	马拉维	俄罗斯联邦	

11. 对每个国家的公私伙伴关系所做的法律分析分为三个层面：
- 国家法律是否反映了《法律指南》中所列的主要专题（是/否）；
 - 《立法建议》是否符合与专题相关（是/部分/否）？
 - 是否符合《示范立法条文》（是/部分/否）？
12. 额外提出了一个问题：除私人融资基础设施项目文书所列条文外，国家法律是否还载有其他条文。
13. 顾问将向本次学术讨论会介绍他们的详细调查结果，内容摘要如下。
14. 顾问报告说，所分析的国家法律对《法律指南》的主要专题反映程度较高。但符合《立法建议》本身的程度相当低。
15. 顾问还报告说，关于《法律指南》第一至第六章所载的主要专题：
- “(a) 总体来看，平均 59% 的国家其国家法律反映了《法律指南》第一至第六章主要专题，从 79%（第一章——一般性立法和机构框架）到 33%（第六章——争端的解决）不等；
- “(b) 关于第三章——私人当事方的选定和第四章——建造和运营：分别有 63% 和 66% 的国家其国家法律反映了立法框架和项目协议（占《立法建议》的 66%）两个主要专题；
- “(c) 关于《立法建议》，在国家法律反映了该节主要专题的国家当中，

平均有 58%符合相关立法建议。另有 36%的国家部分符合相关立法建议，列入主要专题的样本国家中有 6%不符合立法建议；

“(d) 将 58 个国家样本作为一个整体：

“(一) 平均 36%符合《立法建议》；

“(二) 23%部分符合《立法建议》；

“(三) 41%不符合《立法建议》。

“(e) ‘关于第三章——私人当事方的选定’和‘第四章——建造和运营：立法框架和项目协议’，占《立法建议》的 66%：

“(一) 有关第三章，33%符合《立法建议》，另有 27%部分符合，但有 40%的样本国家不符合《立法建议》，

“(二) 有关第四章，27%符合《立法建议》，还有 34%部分符合，但有 38%的样本国家不符合《立法建议》。

“(f) 关于第六章——争端的解决，有 25%符合《立法建议》，还有 7%部分符合，但有 68%的样本国家不符合《立法建议》。”

16. 顾问们报告《立法建议》不符合程度高于符合程度的主要专题是：

(a) 一般性立法和机构框架：所调查国家中有三分之二未反映与基础设施服务管制当局有关的立法建议；

(b) 项目风险和政府支助：所调查国家中总体上有一半以上反映了或部分反映了《立法建议》，但关于由国际金融机构、出口信贷和投资促进机构提供的担保（对此无立法建议，但《法律指南》中有指导意见），只有 28%的国家在国家公私伙伴关系法律中纳入了法律条文；

(c) 私人当事方的选定（占立法建议总数的 37%）：虽然所调查国家中有很大一部分符合或部分符合《立法建议》中的主要选定方法条文，但绝大多数都未反映关于筛选和授标程序记录及审查程序的《立法建议》。此外，刚好有一半的国家未反映未经公私伙伴关系程序而授标的《立法建议》条文；而且只有 52%的国家符合或部分符合与未经邀请提交的建议书有关的《立法建议》；

(d) 建造和运营：立法框架和项目协议：大多数未反映与项目公司和建造工程的担保权益、转让、控制权益转移有关的《立法建议》；

(e) 项目协议的期限、展期和终止：这一领域建议的符合程度较高，但所调查国家中有 45%不符合关于项目协议期满或终止的后果的《立法建议》；

(f) 争议解决：所调查国家对这一节的反映程度最低，尤其是与订约实体与私人当事方之间争议之外的争议有关的建议。

17. 《示范立法条文》在国家法律中的反映情况也基本上显示出所报告的这一模式。另外，发现在争议的解决方面符合程度最低。

18. 这一专题早已被标为需要对私人融资基础设施项目文书进行修订的专题，

所以，顾问们在审查吉尔吉斯斯坦、埃及、肯尼亚和蒙古的国家法律、国家法律事务所 14 个与审查程序和补救措施有关的章节、⁹《马来西亚公私伙伴关系指南》以及澳大利亚、印度、日本、俄罗斯联邦、土耳其和摩洛哥被认定与公私伙伴关系有关的文件时，还单独审议了争端解决条文。结论摘要如下：

(a) 具体的公私伙伴关系合同对审查程序和补救措施处理有限，但是可适用于公私伙伴关系公共采购方面的规则整体上也适用于审查程序和补救措施。以此为限，以下 14 个国家的法律与《法律指南》第三章中的审查程序大体一致：巴西、加拿大（此外，可商定将仲裁作为解决争端形式）、中国（采购法律一般不适用于公私伙伴关系或特许权）、捷克共和国、大不列颠及北爱尔兰联合王国、法国、德国、意大利、荷兰、波兰、南非、瑞士、乌克兰和美利坚合众国；以及

(b) 这些国家的法律不涉及服务提供者之间的争端或其他商业争端（项目促进者之间以及私人当事方与其放款人、承包商和供应商之间的争端，涉及基础设施客户或用户的争端）。

19. 顾问所报告的主要专题在国家法律中做了规定，但这些专题要么在私人融资基础设施项目文书中无法找到，要么对这些专题论述得不太详细或与这些案文的处理方式不同，这在很大程度上确认了 2013 年学术讨论会得出的结论。第一个结论是，虽然私人融资基础设施项目文书是公私伙伴关系法律改革的可靠依据，但私人融资基础设施项目文书的某些方面需要一些更新和修订。实例包括：提供服务、未经邀请提交的建议书、项目风险和政府支助的一些方面、筛选程序的一些方面、合同管理和项目运营的一些方面以及争端解决机制。

20. 第二，人们对之前缺乏公认的政策解决方案的问题取得了进一步共识。实例包括：治理和社会责任、避免欺诈和腐败、解决利益冲突以及公私伙伴关系与其他法律之间的相互关系。

21. 第三，各类私人融资基础设施项目文书之间存在分歧，私人融资基础设施项目文书中不止一处对某些议题进行论述，这表明，对指导意见和条文进行重新说明将加强它们的可读性。实例包括对其他相关法律以及财务和投资议题的提及。

22. 自委员会届会以来，秘书处还通过交换文件、电话会议和现场会议，与从事公私伙伴关系改革的专家和机构进行了协商，以使用这些专家和机构的意见补充上述调查。

23. 协商总体上将一系列需要具体审议的议题确定为需对私人融资基础设施项目案文进行修订的关键要素。因此，下一节审议了每个相关专题。

⁹ <http://us.practicallaw.com/>。

三. 公私伙伴关系方面需进一步工作的主要议题

A. 公私伙伴关系方面今后任何立法案文的范围

24. 协商中论述的第一个问题是今后任何立法案文的范围。《法律指南》载有关于拟管制的各类特许权的各种选择，¹⁰但没有任何一份私人融资基础设施项目文书涉及一部授权法律自身的范围。

25. 这一问题不十分明显，但非常复杂，部分原因是公私伙伴关系没有形成一个普遍定义。在 2013 年学术讨论会上，有与会者指出，以往较常见的一类公私伙伴关系是私营部门附带向公众提供相关服务的基础设施项目（“基础设施加服务型公私伙伴关系”），该类项目根据特许权机制向运营商付款。这是私人融资基础设施项目文书的重点。然而，报告还指出，公私伙伴关系现在包括发展无形基础设施加提供服务、私人提供公共服务但不发展基础设施以及其他合同安排（建立伙伴关系、结盟、一些机构公私伙伴关系、长期租赁、租赁和管理合同）。¹¹目前所涉及的服务范围从简单的到复杂的不等：例如卫生部门公私伙伴关系，从临床服务到更常见设施、清洁和餐饮服务。

26. 如果私人当事方提供一般被认为是公共服务但之前未提供的服务，公私伙伴关系中的又一种变体便会出现。对此，主管当局今后可寻求对提供此类服务进行管制和开展合作。报告的这类实例包括非洲法语区的水和废物管理服务以及上述卫生服务。

27. 秘书处收到的报告还指出，在法国、摩洛哥、卡塔尔、突尼斯、土耳其和阿拉伯联合酋长国等（不提供相关服务的）基础设施发展中，私人融资正在增长。

28. 不足为奇，调查表明各国立法形式和范围存在巨大差异。一些国家制定了公共采购和特许权法律，但没有涉及其他形式公私伙伴关系的法律；据报告，其他国家的采购法律涉及多种形式的公私伙伴关系、政府资产租赁和出售以及剥夺资产，但私有化通常通过针对具体项目的授权立法加以处理。

29. 此外，关于公私伙伴关系或可能与公私伙伴关系有关的现行国际案文的范围存在着差别：《经合组织基本要素》¹²包括自然资源特许权（被排除在私人融资基础设施项目文书之外）。顾问报告指出，肯尼亚、科索沃和吉尔吉斯斯坦的法律都排除了自然资源项目。

30. 在 2013 年学术讨论会上，有与会者认为，贸易法委员会应审议不在当前私人融资基础设施项目文书范围内的新型公私伙伴关系。然而，所咨询的专家绝大多数都报告说，对于最可能使用立法案文的国家（发展中国家和转型国

¹⁰ 见第一章，C.2 节，特别是第 19 段。

¹¹ 见《2013 年学术讨论会讨论文件》，如上，第 11-12 段和第 17-18 段，本文件所提及的报告和文件以及《2013 年学术讨论会报告》。

¹² 可查阅：<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements>。

家)而言,绝大多数的公私伙伴关系将是基础设施加服务型公私伙伴关系,而且在查明的妨碍有效的公私伙伴关系的问题中有80%可能是由这些项目中出现的20%的问题造成的。

31. 基础设施加服务型公私伙伴关系的主要特点,是基础设施的建造和运营以及由私营部门提供相关公共服务。这些要素的重点在于私人提供服务以及私人融资;这反过来意味着私人融资基础设施服务文书的重点发生转变,这些文书未详细论述服务提供。¹³

32. 然而,基础设施加服务型公私伙伴关系概念导致许多不确定的领域。第一,只提及与基础设施相关的章节,在实际当中未涵盖不提供相关服务的基础设施项目。然而,这与私人融资基础设施项目文书论述的项目存在着显著差别,这些文书侧重于作为主要财务机制的项目融资。私人投资通过基础设施运营特许权框架产生的持续收入得到偿还。¹⁴如果不提供服务,必须由订约当局而不是使用者来偿还私人投资。此类公私伙伴关系通常被称为“公共付款型公私伙伴关系”或“私人融资倡议/公私伙伴关系”。¹⁵此外,还存在着混合型合同。

33. 如果本次学术讨论会认为今后的立法案文应纳入一些或全部公共付款型公私伙伴关系,那么本次学术讨论会不妨指明可能涉及的额外问题。实例包括哪些法律将规范这些交易——它们是否属于公共采购法律范畴?¹⁶合同和其他方面的一些影响在“融资和投资议题”一节及本文件第二部分“立法与合同”一节中进行论述。

34. 不提供服务的基础设施公私伙伴关系一般包括自然资源,农业特许权属于基础设施项目(广义上的定义)。2013年学术讨论会报告指出,各国倾向于排除这些项目,因为这些项目涉及范围广泛的问题,其中很多问题除特定项目或这些部门外都可能不相关,还因为这些项目有现行国际准则,如关于石油和天然气及采矿的准则。¹⁷本次学术讨论会不妨在其报告中论述这一问题。

35. 对基础设施加服务型公私伙伴关系的论述,同样可涵盖不发展基础设施的公共服务项目,但相关项目不适用与基础设施相关的条文。因此,这一方法采纳了2013年学术讨论会提出的建议(即不应认为有形基础设施的建造对于今后的案文不可或缺)以及最近的市场发展。然而,据报告,服务项目(如上文所述的卫生部门的服务项目)的服务范围有所扩大,这可能表明,需要制定更复杂的合同条文,如在合同条款内提高灵活性,以处理由各类技术因素引起的变化和其他问题。本次学术讨论会如果希望将此类公私伙伴关系将涉及的额外

¹³ 例如,见《法律指南》第四章,第129页,建议53,以及《示范立法条文》第28条(h)款。

¹⁴ 例如,见《法律指南》第二章“项目风险和政府支助”,第37-59页。

¹⁵ “私人融资倡议”一般指英国私人融资倡议。

¹⁶ 另见第41和第79段。

¹⁷ 例如见(a)采矿业透明度倡议,可查阅:<http://eiti.org/>。采矿业透明度倡议是确保各国自然资源保持透明的一项国际标准,由各国政府、公司、民间社会、投资者和国际组织共同制定和监管;和(b)世界银行针对具体部门的工具包,可查阅:<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>。

问题纳入今后案文的建议范围，不妨报告这些问题。

36. 还有一类公私伙伴关系是“机构公私伙伴关系”，这类公私伙伴关系的项目载体是订约当局与服务提供者持有的合资企业。向秘书处提供的实例包括能源和卫生部门的机构公私伙伴关系。其他新的公私伙伴关系结构包括私人当事方实际上是国有企业的公私伙伴关系。如果今后的公私伙伴关系立法案文拟纳入这类公私伙伴关系，本次学术讨论会不妨考虑是否需要额外的条文。

37. 总之，协商指出：

(a) 公私伙伴关系概念应保持灵活，推出一种可以细分的伞式概念，而不是严格的公私伙伴关系定义。这样确定的主要相关概念将起到描述公私伙伴关系的作用；

(b) 需要额外管理的一个关键要素是私人提供公共服务；和

(c) 需要可适用于管制所有公私伙伴关系共同要素的一般原则。

38. 然而，协商并未就拟论述的公私伙伴关系的精确范围达成共同立场。在这方面，可能相关的是贸易法委员会成员国在公私伙伴关系方面的工作范围和可能的偏好。2013 年学术讨论会指出，贸易法委员会应参与在某个时间段可行的的工作，以使项目能够满足被视为“更加广义的贸易法委员会公私伙伴关系标准的迫切需求”的需求。

39. 根据这一意见，加上需要向委员会推荐一个合理的工作范围，以及努力应对所有形式公私伙伴关系与在较短时间内编写一份案文之间的紧张局势，所咨询的专家绝大多数都建议，贸易法委员会应侧重于努力为基础设施加服务型公私伙伴关系制定立法。关于与这些资源相关的议题暗含的选择类型的实例，另见下文“跨国界公私伙伴关系”一节第 55 至第 56 段。

40. 本次学术讨论会不妨在其提交委员会的报告中列出将纳入和将排除以及尚未决定是纳入还是除出今后任何立法案文的公私伙伴关系类型。本次学术讨论会也可能注意到，排除在外的各种公私伙伴关系的管理部门可借鉴今后的贸易法委员会案文中的核心公私伙伴关系议题以及相关的指导意见（而且贸易法委员会可适时决定今后是否以单独专题来论述其他形式公私伙伴关系）。

41. 第二个相关的范围问题是公共采购法、特许权法和公私伙伴关系法的划分。委员会之前获悉，基础设施项目涉及范围广，从公共采购到公私伙伴关系再到私有化。¹⁸专家协商着重指出，范围明确对于各国确保适用于每个项目的法律清晰明确至关重要。各国可选择根据公共采购法管制相关交易中与采购相关的所有部分，也可选择另行颁布法律，从项目开始到竣工管制不同类型的项目，所颁布的法律可视情况具有相同条文（如与规划、采购和提供服务的关键要素相关的条文），以确保一致性。就这一议题提出初步指导，可协助委员会评估拟给予的任何任务授权的时限和范围。

¹⁸ 《2013 年学术讨论会讨论文件》，第 32 段。另见本文件第 79 段关于可能重叠的法律的内容。

42. 本次学术讨论会也不妨在其提交委员会的报告中说明，基于上述调查研究和相关国际文书，立法制定方面的初始活动是确定可通过相关公私伙伴关系（包括本次学术讨论会得出结论认为应予以处理的任何变量）的立法来解决的主要问题，供工作组审议。解决这些问题的政策办法将来自迄今开展的研究和正在持续开展的调查。

B. 供纳入公私伙伴关系立法案文的关键专题

43. 在 2013 年学术讨论会上，有与会者报告，管制公私伙伴关系有如下四个主要相关领域：法律和监管环境；项目规划，包括分配项目风险以及政府和捐助者支助；项目伙伴（供应商或特许公司）的选定；以及项目协议及项目运营和管理。这四个领域并不是对公私伙伴关系各个方面的精确划分，而是为了方便本论坛参考和讨论而进行的归类。（如果贸易法委员会要着手处理公私伙伴关系专题，贸易法委员会可以酌情考虑如何最佳地将这些领域一并放在一个立法案文里。）

44. 本文件以下各节报告了本次学术讨论会产生出的主要问题，专家协商确认这些问题应按目前编写的私人融资基础设施项目文书中的处理方式加以修订或重新说明，或是作为新专题列入公私伙伴关系立法案文。这些问题归类为上段所述的四个专题领域。协商重点指出，这些议题是主要议题，并不打算提供详尽无遗的专题清单供订正。

45. 鉴于 2013 年学术讨论会的结论以及随后专家提出的应以私人融资基础设施项目文书为出发点的意见，酌情对私人融资基础设施项目文书中的当前处理办法进行了汇总，并就应在多大范围内修订和重新说明私人融资基础设施项目文书提出建议。

46. 本节还强调私人融资基础设施项目文书中可能需略做修订的其他一些专题。

1. 法律和监管环境

(一) 机构框架

相关立法建议：1、6-8

示范立法条文：未引用

《法律指南》：第一章（“一般性立法和机构框架”）D 节“行政协调”

47. 健全的机构框架和相关流程被公认为对于有效的公私伙伴关系和吸引投资者进入公私伙伴关系至关重要。专家们建议，相关议题不但对于大多数国家而言是新的，而且在很多方面与传统的公共采购项目有实质性差异。它们包括：设计服务范围和评估服务的承负能力、土地使用（可能涉及征地、移民安置等）以及反映项目长期性以及财务和运营问题的更复杂的合同。要求多个部委之间进行协调；需要对大多数项目的财政、税收和会计方面进行评价（如或有负债和下文“融资和投资”一节讨论的其他问题）；公共付款、补贴或国家担

保问题至少需要进行协调，在大多数情况下需要获得财政和（或）预算负责部委的批准。

48. 因此，需要借鉴国际最佳做法，制订一个适当的综合机构框架，以对项目进行规划、设计和管理。最近发布的很多源材料都涉及这一专题，但这些资料并不完备；¹⁹例如，很多材料侧重于公私伙伴关系规划和准备、透明度以及在一定程度上侧重于采购。²⁰

49. 事实证明，《法律指南》中建议的公私伙伴关系单位在一些发达国家很成功（如联合王国、澳大利亚和法国，特别是在公私伙伴关系/私人融资倡议合同和国家一级项目中很成功）。发展中国家取得的成果差强人意。经合组织指出，“公私伙伴关系单位应使主管当局（如职能部委）能够切实有效地建立、管理和评价公私伙伴关系。这一作用要求公私伙伴关系单位具备必要的、全面的财务、法律、经济和项目管理技能”。²¹

50. 此外，在新兴经济体，有效的公私伙伴关系机构框架远远超出中央公私伙伴关系单位的组织和支助范围。而且，经合组织指出，要解决财政和预算问题、采购方面、公私伙伴关系审计以及监测规则和执行，应阐明关键的机构作用和责任。²²因此，需要一种全盘的机构办法。

51. 各机构需要在组织和治理方面反映独立和透明这两个核心原则；专家们指出，这些问题并未在现行立法中得到充分论述，所以，应反映在今后的任何公私伙伴关系立法案文中。

52. 因此，专家们建议，对《法律指南》进行修订，将公私伙伴关系机构的发展情况考虑在内，还建议扩大《立法建议》和《示范立法条文》的范围。本次学术讨论会将提供这些问题的更多细节，以及对顾问得出的结论（即国家法律整体上未遵循关于基础设施服务管制机构的建议）的影响的评论。

(二) 跨国界公私伙伴关系

未引用私人融资基础设施项目文书

53. 跨国界项目（跨国界公私伙伴关系）存在的时间与基础设施项目或服务项目一样长。然而，在编写私人融资基础设施项目文书时，几乎没有关注跨国界公私伙伴关系引发的问题，所以这一专题未在这些文书中得到论述。顾问们还报告说，在所调查的国家中，没有任何跨国界公私伙伴关系的授权条文。在全

¹⁹ 见公私合作促进基础设施发展咨询机制《公私伙伴关系参考指南，2012年》，请查阅：<http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/WBIPPIAFPPPRReferenceGuidev11.0.pdf>。

²⁰ 例如见：公私合作促进基础设施发展咨询机制第4号说明“制定公私伙伴关系框架：关于公私伙伴关系单位的政策”（2012年5月），请查阅：www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf。

²¹ 经合组织“公私伙伴关系公共治理原则”，请查阅：www.oecd.org/governance/oecdprinciplesforpublicgovernanceofpublic-privatepartnerships.htm，第2节。

²² 同上。

球化时代，进一步加强的区域合作以及跨国界的技术发展和合作安排数量将大幅增加。各类调查显示，跨国界公私伙伴关系带来显著的特定积极影响：简言之，跨国界公私伙伴关系提高了贸易水平、贸易开放度，以及为更大范围的经济增长提供了支持。已经可以在各大洲和所有领域（从基础设施到旅游业和空间项目）找到跨国界公私伙伴关系的实例。发起跨国界公私伙伴关系的另一个主要原因是，事实上，单单一个国家无法应对一些挑战（例如如果没有跨国界公私伙伴关系，是不可能进行融资的）。

54. 虽然跨国界公私伙伴关系的非常积极的影响受到普遍认可，但要注意到各国普遍不愿意发起跨国界公私伙伴关系。据报告，跨国界公私伙伴关系面临的障碍，是在妥善解决跨国界公私伙伴关系固有的特定法律问题方面缺乏指导意见，这被视为挖掘公认的跨国界公私伙伴关系巨大积极潜力面临的主要障碍。专家们建议，贸易法委员会作为一个国际平台，最适合补救缺乏指导这一局面，并以适当方式解决与跨国界公私伙伴关系相关的法律问题，专家们还报告说，私人融资基础设施项目文书方面的经验也表明，今后的任何公私伙伴关系案文都应对跨国界公私伙伴关系加以论述。

55. 对于如何纳入跨国界公私伙伴关系方面的这些条文，专家提出三个选择：

(a) 第一个选择，可通过在国际一级建立新的法律制度（“制度 X”），制定新条例和补充条例（条文），对这一问题进行处理。这些条文应提供全部细节，同时保证必要的灵活性和适应性，与其他现行国际文书（包括贸易法委员会的其他文书）保持一致，并与独联体、贸发会议、世贸组织和经合组织等国际组织进行协调。做出这一选择需要开展广泛的准备和起草工作；

(b) 第二个选择，是就跨国界公私伙伴关系的某些必要基本方面制定特别规定，同时就如何使用和通过已生效的现行条文并根据国际背景和问题对这些规定进行调整提出指导意见。因此，贸易法委员会本质上将自身局限于就在通过相关跨国界公私伙伴关系条文时拟考虑的因素提供指导意见。然而，正如前文所述，这一选择也需要开展起草工作（就做出这一选择的必要法律前提，特别是如何建立一种冲突和补救体制开展工作）；

(c) 第三个选择是将第一个选择（“制度 X”）与第二个选择相结合。做出这一选择的后果是，必须决定哪些领域将在国际一级受到充分的（新的）管制、哪些领域将援引现行法律制度。

56. 注意到跨国界公私伙伴关系涉及大量的考虑因素和法律领域，贸易法委员会资源匮乏以及今后工作和做法的标准，专家们指出，采用第一个和第三个选择的话，负担过于繁重、资源过于密集。在第三个政策选择中，决定哪些领域应当和哪些领域不应当受到（新的）管制，可能会被证明是一个非常漫长且艰巨的过程。因此，专家建议采用第二个政策选择。

(三) 治理和社会责任

未引用私人融资基础设施项目文书

57. 《里约+20 宣言》呼吁“私营部门采用负责任商业做法，例如联合国全球

契约所提倡的做法”。²³公司治理原则是确保在公司领域提高透明度和加强问责制观点的核心。确保适当的公司行为准则明显符合公众利益（一些竞争策略，在私营部门很正常，但不适用于公私伙伴关系），但这一观点如何延伸尚不明确。

58. 公私伙伴关系是指公共部门与私营部门开展协作，所以要求适当平衡公司治理与等同的问责和透明义务公共标准。例如，鉴于项目公司不但要对股东负责，还要对更多利益攸关方负责，并对公共服务提供负有持续义务，应当如何满足尽职调查需求呢？公共采购中的尽职尽责规定根据众所周知的规则来操作，但公私伙伴关系的情况更为复杂，没有得到适当处理。此外，拟覆盖哪些私营部门实体？

59. 伙伴之间的长期关系（通常是多层面的和不断变化的）以及与风险分担有关的特殊性，也要求在公私伙伴关系项目的所有阶段（做出决定、采购、运营、终止）都有明确而适当的治理框架。这可能需要制定公司结构变化规则，以免出现所有义务撇给空壳公司的风险，确保在整个项目期间有一个法律实体承担所有义务，还可能需制定股权销售规则（例如，建造公司一般不希望成为长期股东）。由于私人伙伴的组织结构通常非常复杂，拥有各类子公司、联营公司或合资公司，所以专家们指出，确保适用于主要承包商的所有要求也适用于这些实体同样重要，而且需要制定更广泛的分包规则。

60. 虽然私人融资基础设施项目文书涉及一些与确定明确的利益攸关方和股东（债权人、雇员、客户）权利，或董事会（集体和个人）的组织、职能和责任相关的议题，但需要对这些事项做进一步解释说明和补充完善。需要保护公共当局在持续提供服务中的利益（这方面可利用的一系列工具存在巨大差异，造成复杂的政策问题）。今后的工作应处理下列问题：防止和解决腐败的潜在争议、利益冲突、董事会成员、董事、高级主管和审计人员的独立性以及制定提倡高标准道德行为的行为守则。问责制和负责任的决策表示的是完善的监督机制（委员会、单位、审计和其他机关等）、董事会内部控制制度和财务报表审计。

61. 准确定期披露信息以及与治理相关的财务报告和核算足够透明问题，在本文件第二部分“透明度”一节中进行论述。

62. 最后，国际社会也越来越多地参与宣传适用于任何业务环境的新的核心价值，包括人权、环境保护、长期可持续性、反腐败措施、董事会的风险管理和监督、与管理层的关系以及对股东的问责性。经合组织也制定了 12 项公私伙伴关系原则，并侧重于以下三个目标，这可作为条文的起点：

(a) 制定一个由拥有丰富资源的主管当局支持的、清晰的、可预测的和合理的机构框架；

(b) 将资金效益作为甄选公私伙伴关系的基础；和

(c) 透明使用预算流程，以尽量降低财务风险并确保采购流程的公正。

63. 专家们建议，可通过立法框架和（或）通过合同或其他机制施加必要要

²³ 第 46 页，我们希望的将来。

求，其中一些专家认为，这些要求不应超出对相关部门的其他公司的要求，以保证持续参与市场。本次学术讨论会不妨审议如何审查向委员会提出的相关建议。

四 供资和投资议题

相关立法建议 13，“政府支助”

示范立法条文：无

《法律指南》：“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，B.4 节“基础设施的融资结构和资金来源”；第二章，“项目风险和政府支助”A 节“总的看法”和 C 节“政府支助”。

64. 私人融资基础设施项目文书侧重于项目融资概念（即无追索权放款的意义是从项目资产和收入而不是从放款人处收回项目投资）。然而，正如《法律指南》所指出的，通常需要额外担保和信用，包括政府支助，所以，供资在实际当中是有限的追索权。《指南》介绍了常见的债务资源和股本融资。专家报告说，来自建造公司的初期融资和其他形式的私人融资（如养恤基金）都有了增长。一些投资是短期投资；其他的是长期投资。

65. 评价项目的财政可持续性要求除其他外对下列问题进行分析：

- (a) 潜在的公私伙伴关系项目具有的规模是否可合理解释交易费用？
- (b) 投资由订约当局偿还还是由最终使用者偿还，或者由两者共同偿还？
- (c) 如果向最终使用者收费，在整个项目期间是否有充分的需求？

66. 第一个问题的答案除与项目是否应作为采购或公私伙伴关系开展相关外，还在实际当中提出许多问题。现行公私伙伴关系模式因交易费过高而受到大量批评，这曲解了这一问题。它们包括意外利润以及因筛选过程过长而恶化的联营集团费用高和招标费用高问题。据报告，股本融资有时比债务融资更昂贵，但股本融资可能有其他好处，如长期广泛的参股权。

67. 各国政府正在提倡旨在通过加强长期股本投资解决这些问题的解决办法，将向本次学术讨论会介绍相关细节。这些解决办法被视为涉及：专门定制的治理解决办法（界定组织结构、透明度、保险和报告流程的立法框架，而不依赖合同条文）；政府担保养恤基金投资者回报率的可能性；以及在投资期间定期基金管理重新竞争。

68. 澳大利亚拟议采用的一个解决方法，是一个分为两阶段的“反向”公私伙伴关系采购流程：在业务方案和采购阶段前先有一个股本融资竞争流程，以确定市场偏好和设定回报率限值。也可为债务融资设定类似流程。

69. 然而，据报告，养恤基金和类似基金可能无法投资项目，除非公开并能监测项目的社会/经济目标。²⁴此外，如果不对采购流程进行改革、不增强整个项

²⁴ 关于目标和指标，见“可持续发展议题”一节；披露和保密性问题在“透明度”一节得到论述，两者均见本文件第二部分。

目的透明度、不改善运营阶段的合同管理和治理（在本节其他地方讨论过），它们可能不愿意投资。

70. 本次学术讨论会不妨审议今后的任何公私伙伴关系立法案文应当在多大程度上涉及这些问题，包括以一个单独专题或作为其他相关专题的一部分加以论述。

(五) 与小型运营商建立的公私伙伴关系

未引用私人融资基础设施项目文书

71. 上文第 26 段提及的非洲法语区的水和废物管理服务项目是与小型私人运营商订立的。这些项目历来被视为不在公私伙伴关系环境范围内。然而，随着公共当局开始与这些运营商合作组织和管理这些服务，情况发生了变化。因为这类公私伙伴关系很多是在城市环境中开展的，所以可通过特许权支付相关服务费用——向秘书处引用了摩洛哥的实例。

72. 此类公私伙伴关系有利于发展目标——地方就业和建立地方私人市场，使公众获得基本服务（例如，废物和水收集、交通、卫生和电）。公共采购方面较常见的，是旨在支持中小型企业政策（从简化流程到财政支持）。与小型运营商开展的项目还可以作为能力建设工具。

73. 本次学术讨论会不妨从政策角度审议这些项目中有哪些应在贸易法委员会可能述及的公私伙伴关系范围内。例如，与特许权项目相比，公共资助的项目显然是较简单的中小型企业支持型工具，因为融资相对安全，来自长期合同。因为供资比较安全，且依据长期合同进行。

74. 这些项目若要得到解决，第二个问题就是，是否应放松监管（如筛选程序）以鼓励小型私人运营商。专家在这一问题上存在意见分歧。

75. 其他相关问题包括：如何界定相关运营商、如何确保这些运营商的股本投资、如何设计适当的支付系统、如何通过监管和（或）指导提高能力、如何提供适当的机构支持，以及如何在项目期间做出可能对小型运营商产生明显影响的变动。

76. 本次学术讨论会不妨注意到，法国最高行政法院、法国开发署和世界银行正在牵头一个与小型私人运营商建立公私伙伴关系的同业交流圈。将向本次学术讨论会提供更多与此类公私伙伴关系相关的信息。

(六) 公私伙伴关系与其他法律保持一致

相关立法建议/示范立法条文：无

《法律指南》：“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”中的 B.1(a)节“竞争政策和垄断”和第七章，“其他有关的法律领域”。

77. 2013 年学术讨论会指出确保立法框架适当述及其他相关法律的重要性。现行《法律指南》述及竞争法和竞争政策以及一系列其他相关法律（促进和保护投资的国家法律到反腐败措施）和相关国际协定。专家们指出，需要参照现行《法律指南》对既有的指导意见进行更新和一些修订，指导意见涉及促进和保

护投资（包括判例法发展情况、业务风险和认知）等事项；竞争法；许可证法；数据保护和信息披露法（另见本文件第二部分“透明度”一节）。此外，专家们援引宪法问题发展情况（如应在多大程度上将项目协议提升到立法地位，由此取代之前不一致的法律）和判例法发展情况，²⁵认为需要对其进行审查。

78. 本次学术讨论会报告强调，这些问题并非均能通过法律解决，今后的立法案文应侧重于立法解决办法。

79. 本次学术讨论会不妨考虑如何提供适当的指导意见，以支持今后的任何立法案文。例如，《公共采购示范法》所附《立法指南》载有协助实施和使用《示范法》的其他有关法律；²⁶贸易法委员会还发表了一篇关于采购条例的论文，解释了这些条例如何补充《示范法》。²⁷在公私伙伴关系背景下，一个等效办法可能提请人们注意法律可能重叠的情况以避免冲突（现行采购和（或）特许权法；私有化法；现行《法律指南》中提及的法律以及有部门针对性的条例）。²⁸

80. 委员会也不妨审议由《联合国反腐败公约》（《反腐败公约》）产生的两个相关问题，²⁹专家们指出，在私人融资基础设施项目文书中这两个问题已经过时。

(a) 反腐败和廉正措施

相关立法建议（示范立法条文）：无

《法律指南》：“促进筛选程序的公正和赢得信任”和“法律和程序的透明度”第三章第 2(b)项和第 2(c)项（“筛选程序的一般目标”）；“反腐败措施”，第七章 B.14 项（“其他相关的法律领域”）。

81. 《反腐败公约》在私人融资基础设施项目文书发行之后生效，所以在起草后者时未予以考虑。《反腐败公约》第九条（“公共采购和公共财政管理”）和第十二条（“私营部门”）载有公私伙伴关系的相关条文。

82. 《法律指南》指出公正性措施和适当的政府合同规则的重要性，概述一些关键要素，并让读者参考《反腐败公约》生效之前的国际案文作为相关条文的资料来源。在 2013 年学术讨论会上，有与会者指出，在整个项目期间需要更加强调透明度和问责措施，公共部门向私营部门公开披露资源，反之亦然，以及利用媒体进行通信和会议。

²⁵ 专家们提及国际投资争端解决中心的判例（https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home）和与欧洲隧道公司项目有关的很多判例。

²⁶ 第 61 段，C 节，“实施和使用《示范法》……”。

²⁷ A/CN.9/770 号文件，可查阅：http://uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html。

²⁸ 另见第 41 段关于法律可能重叠情况的内容。

²⁹ 联合国，《条约汇编》，第 2349 卷。也可查阅：www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf。

83. 2013 年学术讨论会指出，起草《公共采购示范法》是专门为了遵守《反腐败公约》，并强调《示范法》与今后任何公私伙伴关系案文之间在廉正措施方面保持一致的重要性。

84. 《反腐败公约》对公共财政管理的要求包括：国家预算的通过程序；按时报告收入和支出情况；核算、审计和监督；风险管理和内部控制制度；以及保持相关文件完整的措施。这些要求载于《反腐败公约技术指南》第九条，³⁰并且由第十条“公共报告和透明度”（获得关于公共行政部门的信息和定期提供公共报告）和第十二条“采取措施预防涉及私营部门的腐败”加以补充，这两条专门提及公私伙伴关系和公司治理。

85. 经合组织发行了一系列相关出版物，可协助起草相关标准。上文所述的《公私伙伴关系公共治理原则》指出需要一个清晰的、可预测的、合理的和获得适当资源的机构框架——涉及通过协商公私伙伴关系的相关费用、好处和风险来提高公众认识；需要维持关键的机构作用和责任（以确保审慎的采购流程和明确的问责体系）；以及条例必须清晰、透明、强制执行且不过度。他们还讨论公私伙伴关系需要一个透明预算过程，以尽量降低财务风险并确保采购过程的公正性，披露所有费用和或有负债，以及需要确保采购过程的公正，并参照经合组织的其他参考工具。³¹

86. 因此，本次学术讨论会认为，需借鉴上述案文，对私人融资基础设施项目文书进行修订，以符合现行国际标准。

(b) 利益冲突

相关立法建议/示范立法条文：无

《法律指南》：“机构机制”，第一章 E.2 项（“管理基础设施服务的权力”）（第 37、第 38 和第 47 段）；“分包商的选择”，第四章第 1(a)项“一般合同安排”（第 101 段）；“公司法”，第八章 B.8 项（“其他有关的法律领域”）（第 32 段）。

87. 与前一专题相关的是利益冲突。公私伙伴关系通常很复杂：利益攸关方众多、融资方案复杂、惯例和用法不同、期限长、项目所提供的服务具有公共性以及争端错综复杂。

88. 此类项目涉及大量当事方和公共实体：政府或公共当局、特许公司或承包私人当事方、具有独立法人资格的私人方建立的法人实体（特殊目的载体——“SPV”）、资助人、放款人（机构放款人等）、资本市场、顾问、保险人、运营商、承包商、供应商、使用者和监督机关。

89. 公私伙伴关系的结构以及所涉当事方和公共实体的结构可能存在固有的利益冲突。公私伙伴关系一般涉及具有各种身份的同一起事方。资助人一般是项目所有人，通常也是项目承包商或供应商。资助人作为承包商或供应商的主要利益在多数情况下是建造项目基础设施或向项目提供货物或服务。它们作为资

³⁰ 可查阅：www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf。

³¹ 另见编写《原则》的讨论材料——可查阅：www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf。

助人将控制特殊目的载体及其承包商和供应商，这可能需要照顾承包商或供应商的立场。一般而言，特殊目的载体的董事和管理人员是资助人的雇员和资助人高管的下属。在政府成为所有人集团的一员时，政府的利益是公共利益，主要利益不是特殊目的载体的利益，参与特殊目的载体管理的政府代表起到维护政府利益的作用。此外，政府也可以起到很多其他作用：收税人、管制机构、项目主管、金融代理人、服务提供商、项目所需资产所有人、参与竞争的货物和服务提供商等。此外，金融代理人将在项目融资结构中起到强有力的控制作用，尤其是对项目现金流的控制。

90. 各类参与者的利益发生冲突时会引发多种情况。可能在现金流和利润的使用方面发生这类利益冲突，此时项目参与者之间或当中的争端涉及建造、货物或服务等的质量。

91. 与利益冲突相关的问题似乎很少受到关注，可能是因为没人理解这些问题或一些参与者想从中受益。《私人融资基础设施项目法律指南》中只是零零碎碎地提及这些问题，而《立法条文》完全没有提及。除简单提及上述特殊目的载体资助人的相关问题外，《法律指南》仅建议了关于监管机构工作人员、订约当局工作人员在甄选过程中的利益冲突的条文，还建议承包人向潜在分包人披露信息以确定可能的冲突。

92. 因此，有人建议，利益冲突应纳入制定今后公私伙伴关系立法案文的工作中，（除其他外）借鉴《反腐败公约》第八条中的行为守则要求、《公约》第九条第一(e)款中的采取措施规范采购的负责人员的要求、《贸易法委员会公共采购示范法》及随附《立法指南》第 26 条对这些条文的思考，以及可能借鉴拟议的欧洲联盟特许权指令中特许权授予程序中关于利益冲突的条文。这些措施可包括利益声明、筛查程序和培训要求以及合同安排。

[本文件第二部分见 A/CN.9/820 号文件]