



联合国国际贸易法委员会

第五十二届会议

2019年7月8日至26日，维也纳

公私伙伴关系：对《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》的拟议修订（经修订的第四章）

秘书处的说明

目录

| | 页次 |
|----------------------------------|----|
| 四. 公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同 | 2 |
| A. 公私伙伴关系合同的一般规定 | 2 |
| B. 私人伙伴的公司结构 | 4 |
| C. 项目场地、资产和地役权 | 6 |
| D. 财务安排 | 9 |
| E. 担保权益 | 15 |
| F. 私人伙伴转让权利 | 18 |
| G. 项目公司控股权益的转移 | 18 |
| H. 建造工程 | 19 |
| I. 基础设施的运营 | 22 |
| J. 一般性合同安排 | 26 |



四. 公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同

A. 公私伙伴关系合同的一般规定

1. 订约当局和私人伙伴之间的“公私伙伴关系合同”是公私伙伴关系的核心合同文件。公私伙伴关系合同界定项目的范围和目的，也界定当事各方的权利和义务；它就项目的执行作出详细规定，并载列运营基础设施或提供有关服务的条件。在特许权公私伙伴关系中，该合同还涵盖私人伙伴提供公共服务并主要从用户和订约当局那里得到付款的条件。在非特许权公私伙伴关系中，该合同将确保基础设施得以建设或服务得以提供以换取订约当局支付商定的报酬。公私伙伴关系合同可以是单一文件，也可以是订约当局与私人伙伴或项目所涉任何相关实体之间订立的多项不同协议。立法条款可以提供指引，例如公共政策原则和解释规则，从而避免各种合同文件互不一致。本节讨论公私伙伴关系合同与地方或国家公私伙伴关系合同条例之间的关系。此外，本节还讨论公私伙伴关系合同的订立及其生效的程序和手续。

1. 立法做法

2. 国内立法往往载有处理公私伙伴关系合同内容的条款。有些国家的法律仅提到私人伙伴和订约当局之间需要订立协议，另一些国家的法律则包含广泛的强制性规定，其中涉及协议应予列入条款的内容。有些法律采取介于两者之间的做法，列出公私伙伴关系合同需要解决的若干问题，但没有详细规范合同条款的内容。

3. 关于公私伙伴关系合同某些基本要素的立法条款可能有助于就当事各方之间分配权利和义务建立一个总体框架，以落实作为项目设计的基础的风险分配（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）。立法条款可能意在确保以一致方式处理某些合同问题，并为不同级别政府（国家、省或地方）参与谈判公私伙伴关系合同的公共当局提供指引。这种指引对缺乏公私伙伴关系合同谈判经验的订约当局而言可能特别有用。最后，有时需要立法赋予订约当局就某些类型的条款达成协议的能力。

4. 但是，在一般立法条款中详细规定当事各方的权利和义务，可能会使订约当局和私人伙伴失去了必要的灵活性，无法根据具体项目的需要和特点来谈判协议。因此，最好将涉及公私伙伴关系合同的一般立法条款限制在确属必要的范围之内，例如关于当事各方需要事前得到立法授权的事项的条款，或关于可能影响到第三方利益的事项的条款，或者与不允许协议更改的基本政策事项有关的条款。

2. 公私伙伴关系合同的管辖法律

5. 关于公私伙伴关系合同适用法律的法定条款往往并不见于关于公私伙伴关系的国内立法中。这是因为许多国家的法律认为公私伙伴关系是公共合同的一个类别，因此受订约当局的国内法管辖（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第…段）。处理这一问题的公私伙伴关系立法通常只是规定适用东道国的法律，一般性提及国内法或提及适用于公私伙伴关系合同的专门法律或规章。某些法律体系可能暗示应由东道国法律管辖，甚至根本没有这方面的法定条款。然而，在跨境公私伙伴关系的情况下，例如，当基础设施或服务跨越不止一个法域时，可能需要确定由哪一项或几项法律来管辖合同。

6. 适用于公私伙伴关系合同的法律包括东道国适用于公私伙伴关系项目执行期间出现的各种问题的法律，这些法律有时可能是行政法的组成部分（一般论述，见第七章，“其他有关的法律领域”，B节）。适用于公私伙伴关系合同的法律包括具有行政法或其他公法性质的规则时，在东道国适用这些规则可能具有强制性，如关于环境保护措施与卫生和劳动标准的规则。有些国内法明确规定哪些事项须遵守强制性规则。然而，公私伙伴关系合同或设施运营所产生的一些问题，可能不受具有公法性质的强制性规则管辖。由公私伙伴关系合同产生的大部分合同问题一般属于这种情况（例如，合同的订立、有效性和违反，包括违反合同和不正当终止的赔偿责任和补偿）。

7. 没有公私伙伴关系立法而希望通过此种立法的东道国可能需要在不止一项法律文件中解决此类项目提出的各种问题。另外一些国家可能只想对尚未在现行法律规章中令人满意地处理的某些问题制定立法。例如，关于公私伙伴关系的专门立法可以规定挑选私人伙伴的程序的具体特点，而关于管理该程序的细节，可酌情参考关于授予政府合同的现行立法。同样，在通过关于公私伙伴关系的立法时，东道国可能需要废止立法机关认为会妨碍公私伙伴关系的实施的某些法律规章的适用，并确保此类法律规章与总体公私伙伴关系立法相一致（见第一章，“一般性法律和体制框架”，第26段）。

8. 为了明确起见，一种有益的做法可能是向潜在投资人提供信息，说明哪些立法和规章直接适用于公私伙伴关系的执行，并酌情说明哪些立法和规章的适用已由立法机关废止。然而，由于不可能在法律中详尽列出与公私伙伴关系直接或间接相关的所有立法或规章，最好在一份非立法文件中提供这样一份清单，如存在公私伙伴关系机构时由此种机构编写的宣传手册（见第二章，“项目规划和准备”，第47段），或负责促进投资的机构编写的宣传手册。也可在发出建议征求书时向投标人提供相关条例（见第三章，“授予合同”，第...段）。

3. 公私伙伴关系合同的订立

9. 对于像基础设施项目这样复杂的项目而言，从挑选中标投标人到最终敲定和签署所有合同文件之间需要几个月的时间并不罕见（见第三章，“授予合同”，第...段）。在规划阶段进行的可行性研究和其他研究的质量，以及有详细和充分的合同模板和指南（见第二章，“项目规划和准备”，第...段），对于促进完成相关工作并减少不必要的延误至关重要。然而，按道理不能指望放款人和其他资本提供者会在最后授予公私伙伴关系合同之前就作出不可撤销的最后承诺，当事各方在最后敲定公私伙伴关系合同时仍需要将融资条款和条件考虑在内。还可能需要额外的时间来履行法律常常规定的某些手续，例如由上一级当局批准公私伙伴关系合同。在有些国家，公私伙伴关系合同或某些类型公私伙伴关系合同的生效需要议会颁布法令，甚至需要通过专门的立法。与提供公共服务有关的特许权公私伙伴关系通常是这种情况。考虑到拖延实施公私伙伴关系合同带来的成本，似宜设法加快最后的调整，避免不必要地拖延公私伙伴关系合同的订立。

10. 当事各方可通过在规划阶段制定时间表来减少拖延的风险，该时间表规定重要的步骤和基准，如公共当局方面批准这些强制性程序（见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。在最后阶段本身，已发现有几个因素拖延合同的订立，例如当事方缺乏经验、不同公共当局之间协调不良、政府支持程度不确定以及难以确定放款人

可以接受的担保安排。政府可以向代表该国订约当局行事的代表提供充分指导，从而做出重大贡献。在这方面，公私伙伴关系机构或类似协调机构的作用对于保持订立合同进程的正常进行和促进快速取得进展至关重要（见第二章，“项目规划和准备”，第 47 段）。当事各方对公私伙伴关系合同中应包括的条款理解得越清楚，圆满地订立公私伙伴关系合同的可能性就越大。相反，如果重要问题在授予合同之后始终悬而未决，并且当事各方很少得到关于公私伙伴关系合同实质内容的指导，则相关讨论很有可能费用高昂、旷日持久，也很有可能会有人不无理由地指责挑选过程透明度和竞争性不够。

11. 世界银行¹或国际顾问工程师联合会²等国际组织提供了关于公私伙伴关系合同起草的建议，或者汇编了可作为起草公私伙伴关系合同或合同某些内容的起点的标准条款。这些模板在世界各地得到广泛接受和使用，并由这些机构定期更新。此外，还就其含义和解释提供了指导意见，从而确保一致性并相应降低风险。

12. 还应当审查公私伙伴关系合同订立和生效的程序，以便加快步伐，避免项目时间表延迟造成的不利后果。在一些国家，相关立法将酌情约束订约当局或政府的权力授予指定官员，以便一经签署或一经履行某些手续，例如在政府公报上公布，公私伙伴关系合同即告生效。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最后批准，这些国家似宜考虑精简批准程序。当这种程序被认为具有随意性或太过繁琐时，可能会要求政府向私人伙伴和放款人提供充分的担保以防范这种风险（见第二章，“项目规划和准备”，第 45-50 段）。有些国家有批准要求，如果由于不属于选定投标人的原因而未予最后批准，订约当局有时有权补偿选定投标人在选择过程中和项目准备过程中发生的费用。

B. 私人伙伴的公司结构

13. 关于私人伙伴公司结构的某些要求常见于国内立法中，并由公私伙伴关系合同的详细条款加以阐述。这些要求通常涉及私人伙伴作为法律实体的设立、其资本、活动范围、章程和细则。在大多数情况下，选定投标人设立一个项目公司，该项目公司是一个独立的法律实体，拥有自己的法律人格，通常称为“特殊目的载体”或“特殊目的实体”，项目公司然后成为公私伙伴关系合同下的私人伙伴。作为独立法律实体设立的项目公司是一般用来按照项目筹资方法筹集资金的载体（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 54 段）。这种独立的项目公司有助于项目执行中的协调，并为保护项目的利益提供一个机制，项目公司的利益不一定与母公司的利益或视情形而定与联合体成员或其他项目促成人的利益相一致。当项目联合体成员承诺提供项目所需的相当部分服务或用品时，这一方面可能至关重要。

14. 如果尚未成立项目公司，通常要求在选定中标联合体之后较短时间内设立项目公司。由于私人伙伴的责任和义务中相当一部分通常是在早期商定的，其中包括长期性的责任和义务（公私伙伴关系合同、贷款和担保协议和建造合同），所以在就这些文书进行谈判时项目有其独立的代表，对项目而言是有益的。还有，长远来看，项目公司的持股结构应当反映中标联合体成员之间就各自对项目的承诺水平和股权参与达成的一致意见（见第三章，“授予合同”，第 42 段）。在一些国家，外国投

¹ “公私伙伴关系合同条款指南”，2017 年版，国际复兴开发银行，世界银行。

² 有关信息载于国际顾问工程师联合会网站：<http://fidic.org>。

资须遵守专门的规则并由主管当局逐案批准，这些国家发现将投资登记要求与公私伙伴关系项目授权要求合并成一个单一程序是有益的，有利于节省时间和成本。

15. 提供公共服务的实体往往需要按照东道国的法律作为法律实体而设立。这项要求反映出立法机关希望除其他以外确保公共服务提供者遵守本国会计和公开性条款（例如公布财务报表或关于公开某些法人行为的要求）。不过，这突出说明东道国有必要实施适当的公司法（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 30-33 段）。项目公司可以很容易设立，并适当顾及被视为符合公共利益的合理要求，这些可能有助于避免不必要地拖延项目的实施。

16. 另一个重要问题涉及设立项目公司所需的股本投资。订约当局理所当然要争取充足的股本，以确保项目公司有坚实的财务基础并保证其履行义务的能力。但是，所需的投资总额以及债权资本与股权资本的理想比例随着项目的不同而不同，不宜由法律规定一个固定数额作为在本国实施基础设施项目的所有公司的最低限度资本。相反，可以让订约当局有更大的灵活性，以得出与项目的财务需要相称的适当的股本投资数额。例如，可以在建议征求书中用债务和股本之间的一个理想比例来表示预期股本投资，并可将其作为财务和商业建议书的评价标准之一，以激励投标人之间的竞争（见第三章，“授予合同”，第 75 和 77 段）。

17. 无论如何，都似宜审查关于私人伙伴组建的立法条款或条例要求，以确保这些条款与东道国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，以及从外国人持股的最高百分比限制或单笔或全部外国投资的总值方面限制外国资本的参与，这些规定均可能与关于经济一体化或服务贸易自由化的某些国际协议的签署国所承担的具体义务不一致。

18. 关于私人伙伴公司结构的上述考虑也适用于将公私伙伴关系合同授予现有法律实体、在该国运营其他公私伙伴关系项目的法律实体的子公司或者将公私伙伴关系合同授予国有企业，后者在一些国家比较常见。在国有企业实施公私伙伴关系项目的情况下，需要认真考虑——最好早在规划阶段——缓解国家作为项目公司控股股东与少数股东之间潜在利益冲突的措施。由于国家和项目公司之间的代理关系，还需要考虑放款人对政治风险的担忧。此外，还应当考虑在会计上如何处理国有公司承担的债务以及这种债务作为潜在的附属或间接负债对国家资产负债表可能产生的影响（见第二章，“项目规划和准备”，第...段；另见第七章，“其他有关的法律领域”，第...段）。

19. 国内法有时载有关于项目公司活动范围的规定，例如要求活动仅限于特定项目的开发和运营。这类限制可能有助于确保项目账目的透明度并保持项目资产的完整性，因为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。然而，给予私人伙伴将其活动扩展到相关项目或辅助活动的可能性（例如，与建造地铁线路相关联，开发火车站附近的购物中心或房地产项目）可能会对拥有此类相关项目专门知识的私人伙伴或联合体成员产生强烈的激励（见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。

20. 订约当局可能还希望得到以下保证，即项目公司的章程和细则充分反映该公司在公私伙伴关系合同中承担的义务。因此，公私伙伴关系合同有时规定：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，即在股东会议或董事会会议上，订约当局投赞成票才能作出某些决定。无论如何，必须对两个方面进行权衡，一方面是由订约当局代表的公共利益，另一方面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正必须得到订约当局批准，此种规定最好只限于涉及被认为关系非常重大的条款的情况（例如，资本数额、股份等级及其特权或者清算程序），这些应在公私伙伴关系合同中予以确定。

C. 项目场地、资产和地役权

21. 关于项目场地的规定是多数公私伙伴关系合同的基本组成部分。它们涉及的问题一般包括土地和项目资产的所有权、土地的购置以及私人伙伴施工或运营基础设施所需的地役权。如果公私伙伴关系合同设想向私人伙伴转让公共财产或确立使用公共财产的权利，可能需要事先的立法授权。如果项目场地不在公共财产上，可能还需要立法为购置所需要的财产或地役权提供方便。

1. 项目资产的所有权

22. 如前所述，公私伙伴关系项目可能涉及项目相关资产为公共所有或设施完全由私人利益方拥有和运营的情况（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 47-53 段）。不管东道国的一般政策或部门政策如何，重要的是所涉各种资产的所有权制度得到明确界定并以充分的立法授权为依据。然而，制定这方面的详细立法条款可能并无迫切需要。在许多国家，提供一个立法框架概述需要在公私伙伴关系合同中处理的事项就足够了。

23. 有些法律制度一般将在特许权类公私伙伴关系下提供公共服务所需的有形基础设施视作公共财产（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第...段），即使该基础设施最初是用私人资金购置或建立的。其中除可能由订约当局向私人伙伴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，在项目寿命期内，私人伙伴可能对该设施进行大规模的改进或扩建。也许并非总是能够容易地根据适用的法律，确定这种改进或扩建是否是私人伙伴所持有的公共财产的一部分，或者其中一些改进或扩建是否可与私人伙伴所持有的公共财产分开并成为私人伙伴的私有财产。因此，公私伙伴关系似宜酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将成为私人伙伴的私有财产。

24. 明确项目资产所有权的必要性并不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，公私伙伴关系合同似宜酌情具体规定哪些资产将依然是公共财产，哪些资产将成为私人伙伴的私有财产。私人伙伴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赁权或使用权，以及在这种土地上建造的权利，当这种土地仍然是公共财产时尤其如此。在任一种情况下，私人伙伴权利的性质都应当明确规定，因为这将直接影响私人伙伴为筹集项目资金而在项目资产上设定担保权益的能力（见第 54 和 55 段）。

25. 除了公私伙伴关系合同期限内资产的所有权之外，还应当考虑公私伙伴关系合同期满或终止时的所有权制度。在特许权类公私伙伴关系中，订约当局寻求服务的连续性，因此对与项目有关的有形资产感兴趣，这将要求在合同结束时移交所有项

目资产。反过来，在非特许权类公私伙伴关系中，公私伙伴关系合同主要被视为在特定期限内采购服务的手段，而不是建造有形设施的手段。因此，在非特许权类公私伙伴关系中，法律可以将私人伙伴的移交义务限制于最初从订约当局或其他公共机构那里收到的公共资产和财产，或被认为是确保提供服务所必需的某些其他资产。如果指定了一个新的私人伙伴，这种财产直接从私人伙伴移交给该私人伙伴之后提供服务的另一个私人伙伴（另见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第…段）。

26. 这种立法办法的差异往往反映出公共部门和私营部门在不同的法律和经济制度下起着不同的作用，但也可能是因为订约当局有一些实际考虑。订约当局允许私人伙伴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的费用。如果项目资产可能对私人伙伴有剩余价值，并且在挑选过程中可以考虑到该剩余价值，订约当局就可以指望收取的服务费会低一些。的确，如果私人伙伴不指望必须在项目寿命期内收回资产的全部成本，而是可以在公私伙伴关系合同到期后通过出售资产或将其用于其他目的而收回部分成本，则提供的成本可能低于私人伙伴必须在项目寿命期内摊销其全部成本的情况。此外，某些资产在项目期结束时可能需要广泛的整修或技术升级，订约当局要这些资产或许并不合算。还可能有一些剩余赔偿责任或相应的费用，例如，环境损害赔偿或拆除费等。

27. 出于这些原因，某些国家的法律并未设想无条件将所有资产移交给订约当局，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。此类资产一般包括私人伙伴用来提供有关服务的公共财产。资产可能包括订约当局向私人伙伴提供的设施和私人伙伴根据公私伙伴关系合同建造的新设施，尽管在非特许类公私伙伴关系中，保留这些资产可能并不总是符合公共利益。有些法律还要求移交私人伙伴此后为运营设施而购置的资产、货物和财产，特别是已成为移交给订约当局的基础性设施的一部分或永久性附属物的资产、设施和财产；

(b) 订约当局可选择购买的资产。此类资产通常包括最初由私人伙伴拥有或者后来由其购置的资产，这种资产虽非提供服务所不可或缺或绝对必要，但可增进设施运营的便利性或效率，或提高服务的质量；

(c) 仍属于私人伙伴私有财产的资产。这些资产是由私人伙伴拥有、不属于上文(b)项范畴的资产。订约当局一般无权获得此种资产，私人伙伴可以自由地转移或处置此种资产。

28. 鉴于上文所述，似宜在法律中要求公私伙伴关系合同酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将是私人伙伴的私有财产。公私伙伴关系合同应当确定在公私伙伴关系合同到期或终止时，私人伙伴需要移交给订约当局或新的私人伙伴的资产；订约当局可选择向私人伙伴购买的资产；以及在公私伙伴关系合同到期或终止时私人伙伴可以自由地转移或处置的资产。这些规定应辅以合同规定的标准，以酌情确定私人伙伴在公私伙伴关系合同到期或终止时就移交给订约当局或新的私人伙伴或订约当局购买的资产而可能有权获得的赔偿（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第 37-40 段）。

2. 执行项目所需土地的购置

29. 如果一个新的基础性设施要建造在公共土地上（即土地由订约当局或另一个公共当局拥有），或者要对一个现有基础性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私人伙伴使用。如果土地并非订约当局已经拥有，而需要从土地所有人手中购买，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可能发生的拖延和涉及的费用，私人伙伴不一定最有条件负责购买项目所需的土地，或者如在某些法域可能需要的那样，为了确定单个所有人的产权是否有效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提供实施项目所需土地的责任，以避免由于购置土地而造成不必要的拖延或增加项目费用。在项目准备阶段进行的环境和社会影响研究应当估计购置所需土地的成本，例如确定要遵循的程序、需要的时间以及所有可能的障碍或可能造成延误的原因（见二章，“项目规划和准备”，第…章）。订约当局可以从土地所有人那里购置所需的土地，必要时也可强制征购。

30. 政府在付给所有人适当补偿情况下强制征购私有财产的程序，各国国内法律制度对此使用不同的技术词语，如“征用”，本《指南》中称为“强制征购”。多数国家的法律规定了政府强制征购私有财产的条件和限制，包括向所有人支付补偿（见第七章，“其他有关的法律领域”，第…段）。在法律中规定了一种以上强制征购程序的国家，最好授权公私伙伴关系所需的一切购置行为均由主管公共当局采用这些程序中最有效率的程序进行，例如在某些国家出于迫不得已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）。

31. 强制征购财产的权力通常属于政府。但是，对特许权类公私伙伴关系而言，有些法律制度授权基础设施运营者或公共服务提供者（如铁路公司或电力局）采取某些行动，强制征购为向公众提供服务或扩大服务所需的私有财产。特别是在有些国家，强制征购财产时给予所有人的赔偿是在法院诉讼中判定的，这些国家似宜赋予私人伙伴以采取与强制征购有关的某些行动的权力，而政府仍然负责完成根据有关法规属于启动强制征购程序前需要具备的条件的那些行动。土地一经征购，往往成为公共财产，不过在某些情况下，法律也可允许订约当局和私人伙伴根据各自在购置财产的费用中所占的比例商定另一种安排。

3. 地役权

32. 如果私人伙伴提供服务需要跨越或通过第三方的财产才能进入项目场地和实施或维护任何工程，可能需要作出特别安排（例如在毗邻地面设立交通标志；在第三方的财产上竖立电线杆或在其上方架设输电线；安装和维护变电和配电设备；修剪影响到架设在毗邻财产上的电话线的树木；或者埋设油、气、水管）。

33. 为特定目的而使用他人财产或在他人财产上作业的权利通常称为“地役权”。地役权通常需要有关财产的所有人同意，除非法律上规定了此种权利。由私人伙伴直接从有关财产的所有人那里获得地役权，往往不是一种快速或者具有成本效益的办法。更常见的做法是订约当局在强制征购项目场地的同时强制取得这种地役权。

34. 一种略为不同的变通办法可能是，由法律本身授权公共服务提供者视公共基础设施的施工、运营和维护的需要，进入或通过第三方财产或在第三方财产上作业或

附设装置。如果认为有可能事先确定私人伙伴可能需要的某种最低限度的地役权，就可在针对特定部门的法规中使用此种办法，以便不必取得个人财产的地役权。例如，专门针对发电部门的法规可以规定，私人伙伴可按什么条件获得架设电线的权利，以便在属于第三方的财产之上安装和运营基本网络和配电网络。有些措施的实施可能需要得到此种权利，例如敷设或安装地下和架空电缆以及建立支撑结构和安装变电和配电设备；这类装置的维护、修理和拆除；沿地下或架空电缆设立安全区；或拆除电线沿线或侵入安全区的各种障碍物。如果东道国的法律并未明文规定，在私人伙伴获得的权利大大妨碍财产所有人对财产的使用（例如，基础设施的运营或维护所造成的干扰；由于赋予私人伙伴的地役权而造成财产的市场价值减少）的情况下，应当在多大程度上补偿受服务提供者地役权影响的财产所有者，则似宜酌情在一般的公私伙伴关系立法或具体部门的公私伙伴关系立法中就此作出规定。

D. 财务安排

35. 公私伙伴关系项目的财务安排通常采取项目融资结构，一般包括涉及下列方面的条款：私人伙伴为项目筹集资金的义务，资金支付和核算办法，私人伙伴的报酬，以及可能为私人伙伴的债权人和股本提供者设立的担保权益的类别。特许权类公私伙伴关系的财务安排可能与非特许类公私伙伴关系没有什么共同之处，甚至在这两个类别之内，不同的部门和项目可能需要不同的财务安排。必须确保东道国的法律考虑到这种多样性，便利或至少不妨碍项目的财务管理。

1. 私人伙伴的财政义务

36. 在公私伙伴关系中，一般由私人伙伴负责为基础性设施的建造和运营筹集和提供必要的资金。私人伙伴在这方面的义务一般载列于公私伙伴关系合同的详细条款中。在多数情况下，订约当局或其他公共当局有意将其财政义务限制于公私伙伴关系合同中具体规定的义务，或者政府同意为筹集项目资金而提供的直接支持措施（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）。

37. 由项目公司各股东直接投入的私人资本数额通常不过是拟议投资总额的一部分。更大部分来自商业银行和国际金融机构向私人伙伴提供的贷款和来自在资本市场发行债券和其他流通票据所得的收益（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 54-67 段）。因此，应当确保法律不会不必要地限制私人伙伴订立其认为适合用来为基础设施融资的财务安排的能力。

2. 付款来源和付款方法

38. 正如在规划和可行性评估阶段所设想的那样，私人伙伴有权获得的经济补偿以及计算和确保付款的方法是项目的核心要素（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）。公私伙伴关系合同和相关文件通常载列处理这些问题的详细条款，视项目类型而定，立法可以在便利甚至促成当事各方设想的财务安排方面发挥重要作用。

39. 付款来源和付款方法因项目类型和部门而有所差异。在特许权类公私伙伴关系中，项目的现金流主要通过私人伙伴运营的基础性设施的最终用户（例如通过收费桥的司机）或购买其提供的服务或商品的客户（例如支付电费或饮用水水费的家庭）

付款来得到保证。反过来，在非特许权公私伙伴关系中，订约当局直接向私人伙伴支付基础设施的建造费用，并酌情支付此类基础设施或服务的使用或运营费用。显然，这是基于主要报酬形式的两种极端模式。在实践中，必要时常常兼而使用这两种办法，以确保项目的成功实施以及商定的私人伙伴的投资回收和利润率。铭记这种一般区别以及有可能组合使用各种付款方法，以下各段列出了可用的主要选择，并酌情指出立法在促成或便利这些选择方面的作用。

(a) 使用费

40. 在特许权公私伙伴关系中，在订约当局（见第...段）或政府（见第二章，“项目规划和准备”，第 30-60 段）没有提供补贴或付款的情况下，私人伙伴收取的服务费或使用费也许是收回项目投资的主要（有时甚至是唯一）收入来源。因此，私人伙伴将力求将服务费和使用费确定并保持在一个足以保证项目有足够现金流的水平。然而，某些法律制度可能会限制私人伙伴确定服务费和使用费的自由。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，也是广大公众直接关心的事项。因此，许多国家的监管框架都载有专门的规则，以控制公共服务的服务费和使用费。此外，有些法律制度的法定条款或一般条例规定了货物或服务的定价基准，例如要求费率必须符合“合理”、“公正”或“公平”的标准。

(一) 私人伙伴收取服务费的权力

41. 在一些国家，私人伙伴就提供公共服务收取服务费或要求就基础性公共设施收取使用费，可能必须事先得到立法授权。在一些国家，由于立法中没有这样一项一般性规定，因而产生了司法争端，对私人伙伴收取服务费的权力提出质疑。

42. 如果认为有必要在一般立法中对服务费和使用费的水平作出规定，这些规定应力求平衡兼顾投资者的利益和当前及未来使用者的利益。用来确定服务费和使用费的法定标准除考虑到政府认为相关的社会因素之外，还应考虑到私人伙伴在实现一定水平的现金流方面的利益，以确保项目的经济可行性和商业赢利性。这方面的好做法要求在可行性研究和招标文件中纳入暂定费率计算。此外，最好向当事双方提供必要的授权，以便谈判适当的安排，包括补偿条款，处理适用直接或间接与提供公共服务有关的费率控制规则可能导致确定的服务费或使用费低于项目运营并产生利润所需要的水平这种情况（见第 133 段）。

(二) 控制费率的方法

43. 国内法常常规定服务费或使用费须遵从某种控制机制。许多国家选择只在立法中规定笼统的费率原则，这些原则的实际实施则留给有关的管理机构及许可证或公私伙伴关系合同的条款和条件来决定。这种方法是可取的，因为计算公式因部门而异，而且可能需要在项目寿命期内加以改写。如果采用费率控制措施，法律一般要求将费率计算公式与建议征求书一起公布，并将费率计算公式列入公私伙伴关系合同。费率控制制度一般包括调整费率的公式和对费率条款的监测，以确保费率调整参数得到遵守。国内法中最常见的费率控制办法以收益率和最高限价原则为基础。还有兼有这两个原则的要素的混合制度。应当指出，费率控制机制有效发挥作用，

需要作详细的商业和经济分析，下文的简短讨论只是概要介绍部分问题和可能的解决办法。

a. 收益率法

44. 在收益率办法下，设计的费率调整机制允许私人伙伴获得商定的投资收益率。任何特定期间的费率都是根据私人伙伴运营设施所需要的总体收入确定的，其中涉及确定其开支、为提供服务所作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审查。为此目的，订约当局核实设施的开支，确定私人伙伴所作投资在多大程度上可计入费率基数，并计算需要产生多少收入才能够支付所允许的开支并获取商定的投资收益。收益率法通常用于可预见有稳定需求量的公共服务的提供，如供电、供气或供水。对于需求量有较大弹性的设施或服务，如收费公路，也许不可能通过定期调整费率使私人伙伴的收益率保持稳定。

45. 据认为收益率法为基础设施运营商提供高度安全性，因为私人伙伴得到保证，收取的服务费将足以支付运营开支，并留出商定的收益率。由于定期调整费率，从而使私人伙伴的收益率保持基本稳定，公司用于提供公共服务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，基础设施运营商几乎没有什么动力去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，如果不即时调整费率或者如果调整不追溯适用，这些运营商可能会有一定程度的动力。应当指出，实施收益率法要求有大量信息以及进行大量谈判（例如关于符合规定的支出和成本分配）。

b. 最高限价法

46. 采用最高限价法时，为特定期间（例如四年或五年）确定一个费率计算公式，其中考虑到未来的通货膨胀和设施预期的未来效率增益。允许费率在公式确定的限度内波动。在有些国家，该公式是各种指数的加权平均数，在另一些国家，它是消费价格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组成部分以将这些额外费用考虑在内。该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，可对不同类别使用不同的公式。不过，公式的定期调整以收益率类型的计算为基础，要求上述同样类别的详细信息，虽然没有那么频繁。

47. 实施最高限价法可能没有收益率法那么复杂。据认为最高限价法给公共服务提供者更大的激励，因为在下一个调整期之前，私人伙伴将保留成本低于预期所带来的好处。不过，与此同时，公共服务提供者在最高限价法下通常比在收益率法下面临更多风险。特别是，当成本高于预期时，私人伙伴面临损失的风险，因为私人伙伴在下次费率调整之前不得提高费率。风险敞口越大，资本成本就越高。如果不允许项目公司提高收益，吸引新的投资可能会有困难。还有，公司可能倾向于降低服务质量以便降低费用。

c. 混合法

48. 目前采用的许多费率调整法兼有收益率法和最高限价法的要素，以便既降低服务提供者承担的风险，又对提高基础设施的运营效率提供足够的激励。其中一种混合法使用费率调整滑动比额表，确保当收益率低于某一阈值时向上调整，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。平衡兼顾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私人伙伴所作的投资，以确保这些投资符合有用性标准，以便在计算私人伙伴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标杆定价法。通过将一个人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的此类要素和国际标准进行比较，订约当局能够判断公共服务提供者要求的费率调整是否合理。

(三) 控制费率的政策考虑

49. 以上讨论的每一种主要费率调整法各有利弊，对私营部门的投资决定有着不同影响。视情况而定，立法者、监管者和订约当局在考虑费率控制办法是否适合国内环境时必须考虑到这些问题。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私人伙伴时根据投资和服务的范围和性质要么采用最高限价法，要么采用收益率法。在选择费率控制方法时，应当考虑到各种政策抉择对私营部门投资决定的影响。不管选择什么机制，都应当认真考虑订约当局或管理机构是否有能力适当监测私人伙伴的绩效和令人满意地实施调整办法（另见第一章，“一般法律和体制框架”，第 30-53 段）。尽管应当考虑到私人伙伴的利益，公共当局也应当确保对特许权公私伙伴关系的最终用户有足够的透明度。应当及早选择并明确告知费率控制方法，例如视情形在可行性研究报告、预选标准或建议征求书中告知，订约当局或管理机构应当允许公众了解计算和决策过程。

50. 必须牢记，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公私伙伴关系合同期内肯定会发生很大变化，这种变化有时甚至是不可预测的。另外，费率调整公式一般是在假设一定水平的产出或需求情况下制定的，如果产出或需求量发生很大变化，这种公式会导致不能令人满意的结果。因此，许多国家建立了修订费率公式的机制，包括定期（例如每四年或五年）修订公式或每当事实证明公式不能确保给予私人伙伴适当补偿时予以临时修订（另见第 133 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流进行融资。投资者和放款人可能尤其关心影响费率调整方法的监管变化。因此，它们一般要求将费率调整公式载入公私伙伴关系合同。

(b) 订约当局付款

51. 订约当局付款的功能和性质可能因公私伙伴关系安排的类型而有所不同。此类付款可以包括对实际提供的服务的直接付款、对可用的空间或生产能力的直接付款、公共补贴或订约当局和私人伙伴之间商定的其他形式的财政转移。在非特许权公私伙伴关系中，如果私人伙伴不对基础设施或服务的最终用户收费（例如，当私

人伙伴运营一个供公众使用的设施时)，订约当局直接付款可能是私人伙伴的唯一收入来源。还有，如果私人伙伴生产的商品是为了由另一个提供服务者进一步输送或分配，订约当局可能承诺按商定的价格和商定的条件成批购买此种商品。反过来，在特许权类公私伙伴关系中，直接付款不是项目供资的主要来源，因为私人伙伴通常会通过向设施的最终用户或其提供的服务或产品的购买者收取费用而获得经营收入。尽管如此，在某些特许权类公私伙伴关系中，订约当局或其他公共当局可承诺直接向特许公司付款，以取代或补充应由使用者支付的服务费（例如，以所谓的“影子通行费”的形式，这种通行费意在保证商定的交通流量预测中预期的收入流）。在任一种情况下，订约当局的财务状况和金融机构的评级（如果适用的话）对于以适当的成本获得融资至关重要。

52. 若非直接付款，许多公私伙伴关系项目可能不可行，无论是因为对非公共部门开发的服务或设施没有直接的市场需求（例如废物收集、惩教设施或污水处理厂），还是因为需求不足以支付项目成本（如交通流量较低地区的桥梁或隧道），还是因为订约当局是私营部门的实际客户（如政府机构使用私人伙伴建造和管理的办公空间，或者私人伙伴建造和维护由国家卫生和社会保障系统运营的医院）。在非特许权公私伙伴关系中，订约当局直接向私人伙伴付款。因此，私人伙伴不会面临需求风险（付款水平与需求水平无关），而只会面临提供率风险（例如，私人伙伴可能无法按照公私伙伴关系合同中商定的水平提供服务的风险）。在特许权类公私伙伴关系中，私人伙伴的情况有所不同，在这种伙伴关系中，主要通过设施用户付款而获得报酬，这使得私人伙伴面临需求低于预期的风险。无论如何，付款的类型、金额和计算方法应以绩效为基础，并与项目评估期间和授予合同时编制的财务模型相一致（见第二章，“项目规划和准备”，第…段；以及第三章，“授予合同”，第…段）。此外，为透明起见，可能需要订约当局或政府（视情况而定）定期报告为支持项目而直接向私人伙伴支付的款项，并就此提出理由，如计量的数量或履约情况评价报告（见下文第 104 段和第二章，“项目规划和准备”，第…段）。下面简要讨论这种安排的主要示例。

(一) 预付款或租金付款

53. 预付款或租金付款经常用于未设想由最终用户付款的非特许权公私伙伴关系中。在这些情况下，订约当局向私人伙伴支付根据公私伙伴关系合同进行的建造、翻新或其他工作的费用，并根据合同中商定的公式酌情支付基础性设施和服务的运营和管理费用。最常见的方法是每月或每年按照商定的基础设施开发时间表付款。一旦工程完成，设施可投入使用，就可以按照合同规定，根据表面或类似物理参数的付费表，为设施可供使用或实际投入使用提供付款。

54. 无论公私伙伴关系的类型如何，订约当局都应当仔细考虑预付款和租金付款的必要性，因为此类付款为私人伙伴参加公私伙伴关系项目投标提供了重要的激励，许多潜在投资者可能将此类付款纳入最初的财务模拟中。虽然在某些类型的非特许权公私伙伴关系（如私人伙伴提供设施供订约当局使用的情况）中这种付款可能是必不可少的，但在另一些项目如许多特许权公私伙伴关系中，预付款可能与公私伙伴关系安排的根本目的背道而驰，并对设施建造和运营的效率起不到激励作用。最好将此类付款与合同中规定的绩效监测机制挂钩（见下文第…和…段），例如通过扣款和奖金来鼓励高效行事。此外，由于付款可能需要事先拨出预算，并可能要接

受审计和其他形式的公共控制，因此必须确保公式清楚明确，而且用来监测和衡量私人伙伴绩效的合同机制和参数是可核查和客观的。

(二) 基于生产能力和使用情况付款

55. 有些项目设想订约当局有义务支付款项，以对私人伙伴提供某种服务或提供可供使用的能力作出补偿。基于生产能力和使用情况付款通常使用基于提供的服务单位数量乘以每个单位的商定价格的公式。在非特许权公私伙伴关系中，这些付款是私人伙伴的唯一报酬来源，或者与订约当局其他类型的直接付款（例如预付款或租金付款）结合使用。在特许权类公私伙伴关系中，这种付款通常作为最终用户实际付款水平低于合同估计数时的补充。

56. 交通部门基于使用情况付款方面一个很有名的例子是称作“影响通行费”的机制。影子通行费是这样一种安排，即私人伙伴承担义务，在一定年限内开发、建造和运营一段公路或另一交通设施或为之提供资金，以换取定期付款，此种定期付款取代或补充使用者支付的实际的或明确的通行费。影子通行费办法可用来处理交通项目所特有的风险，例如交通流量低于预期的风险（见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。而且，影子通行费办法在政治上可能比直接收费更易于接受，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抗议。然而，当这种安排涉及对项目公司提供某种形式的补贴时，应当认真考虑这种安排是否与东道国在区域经济一体化或贸易自由化国际协定下承担的某些义务相符（见第七章，“其他有关的法律领域”，第4-6段）。

57. 影子通行费（以及基于使用情况估计的任何类似补充付款）可能给订约当局带来很大一笔开支，因而需要进行密切和全面的监测。在采用影子通行费办法开发新公路项目的一些国家，订约当局支付给私人伙伴的款项主要是按以车辆英里数衡量的实际交通流量来计算的。据认为，似宜规定在开始通车之前不支付款项，以激励尽快开通道路。与此同时，人们发现似宜根据公私伙伴关系合同期限内的实际交通量计算付款。这种制度使私人伙伴有理由确保尽量减少因修复工程而导致道路停用。另一做法是，可以在公私伙伴关系合同中载入一条因修复工程而减少行车道的罚款或违约赔偿金条款。私人伙伴通常需要进行连续的车辆测算，以计算出每年的车辆英里数，计算结果由订约当局定期核实。一种略加变通的办法是影子通行费与使用者直接付通行费相结合。在此种办法中，只有当某一时期交通量降低到原先商定的最低水平以下时，订约当局才支付影子通行费，确保私人伙伴在运营公路方面盈利。

(三) 收购承诺

58. 如果私人伙伴运营的设施所产生的货物或服务能够长期交付给一个指定的收购者（如独立的发电厂），订约当局或其他公共当局通常有义务按商定费率购买私人伙伴提供的货物或服务。此种合同通常称为“承购协议”。承购协议常常包括两种付款办法：按所提供生产能力付款和按实际消费单位付款。例如，在一个发电项目中，电力承购协议可设想下述两种收费：

(a) 容量收费。无论计费期内实际产出如何，这些收费均应支付，这些收费应以支付私人伙伴为项目融资和维护项目而发生的所有固定费用，包括偿还债务和其他持续性融资费用、固定的运营和维护费用以及一定的收益率。容量收费的支付常常以达到某种绩效或可用率标准为条件；

(b) 消费量收费。此种收费不是为了补偿私人伙伴的全部固定费用，而是为了偿付私人伙伴为生产和交付某一单位相关服务或货物（例如一度电）而需要承担的可变成本或边际成本。消费量收费通常应能够补偿私人伙伴的可变运营成本，例如设施运行时所消耗燃料的费用、水处理费用以及消耗品的费用。可变付款通常挂钩私人伙伴自身的可变运营成本或者合理反映运营成本变化情况的某一指数。

59. 从私人伙伴的角度看，容量收费和消费量收费相结合的办法特别有用，可确保在私人伙伴生产的商品或服务的输送或分配功能被垄断时得以收回成本。但是，承购协议中规定的容量收费应与订约当局可以利用或实际利用的其他发电容量来源相称。为确保订约当局有资金根据承购协议付款，似宜考虑是否需要预先作出预算安排。为确保承购协议下的付款，可由东道国政府或由某一国家或国际担保机构出具一份担保书（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）。

E. 担保权益

60. 个人财产上的担保权益为有担保债权人提供主要两种权利：一是财产权，有担保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（除本部分涉及一般经济和法律问题的内容外，见第七章，“其他有关的法律领域”，第…段）。项目融资中的担保安排一般起到防范性或预防性作用，确保万一某一第三方获得了债务人的业务（例如，由于收回担保物、破产情形或直接从债务人手里获得），那么由变卖这些资产而得到的所有收益将首先用来偿还未清偿的贷款。尽管如此，放款人通常会致力于获得担保权益，使他们能够收回担保物，占有他们能够接管和运营的项目，以恢复项目的经济活力，从而在适当时候转售项目，或者无限期保留项目并持续取得收益。

61. 担保安排在基础设施项目的融资中起着关键作用，尤其是采用“项目融资”方式进行的融资。公私伙伴关系的融资文件一般包括与项目有关的有形资产上的担保权以及私人伙伴持有的无形资产上的担保权。下文讨论成功地订立担保安排的几项主要要求。然而，应当指出，在有些法律制度中，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：设立这种担保需要订约当局同意；设立担保的目的应当只是为了方便项目的融资或运行；担保权益不应影响私人伙伴承担的义务。这些条件往往源自一般法律原则或法定条款，订约当局不得通过合同安排予以放弃。

1. 有形资产担保权益

62. 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融资会面临一些法律障碍。如果私人伙伴并不拥有财产的所有权，在许多法律制度中，它就没有（或只有有限的）权力在这种财产上设保。存在这类限制时，法律仍可为担保安排的谈判提供便利，例如指明可以在哪些资产上设定此种担保权益，或者允许设定担保权

益的类型。在有些法律制度中，私人伙伴在获得租赁权益或某些财产的使用权时，即可在租赁权益或使用权上设定担保权益。

63. 此外，在公私伙伴关系合同包含有不同类别的公共财产时，也可设定担保权益，例如一家铁路公司除有权使用公共基础设施外，还得到了毗邻土地的所有权（不仅仅是使用权）。对于订约当局所拥有或必须移交给订约当局的资产，或者订约当局根据合同有权选择购买的资产（见第 28 段），如有设定任何形式担保权益的可能性，法律可以要求，私人伙伴设定此类担保权益须经订约当局批准。

2. 无形资产担保权益

64. 一个特许权类基础设施项目中，主要无形资产即特许权本身，亦即特许公司运营该基础设施或者提供相关服务并就所提供的服务向公众收取使用费的权利。在多数法律制度中，随附公私伙伴关系合同的特许权意味着特许权持有人有权控制整个项目，并使私人伙伴有权获得项目产生的收入。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。由于私人伙伴通常有权占有和处置所有项目资产（可能的例外是其他当事方所拥有的资产，例如由私人伙伴占有的公共财产），特许权通常涵盖目前和未来的有形或无形资产。因此，放款人可能将特许权视作与私人伙伴谈判的担保安排的一个重要组成部分。质押特许权本身的做法可能对私人伙伴和放款人有多种实际好处，尤其是在不允许在一家公司的所有资产上设定担保权或一般不承认非占有式担保权益的法律制度中（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 10-16 段）。这些好处可能包括：免得以在每项项目资产上设定单独的担保权益，使私人伙伴能够在企业正常经营过程中继续处理这些资产，使得有可能质押某些资产而无需将资产的实际占有权转给债权人。此外，质押特许权使放款人有权在私人伙伴违约时，通过接管特许权并作出安排由另一私人伙伴继续实施项目而避免项目被终止。因此，质押特许权实际上很好地补充或在某些情况下替代了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 162-165 段）。

65. 然而，在某些法律制度中，如果没有明确的立法授权，质押特许权可能会遇到障碍。在某些法律制度下，只能在设保人可以自由转让的资产上设定担保权益。在多数情况下，基础设施的运营权未经订约当局同意是不能转让的（见第 70 和 71 段），因此，在有些法律制度中，私人伙伴不可能对特许权本身设定担保权益。有些大陆法系法域最近的立法已经消除了该障碍，这些立法创设了一种特别的担保权益，有时称作“*hipoteca de concesión de obra pública*”或“*prenda de concesión de obra pública*”（“公共工程特许权抵押”或“公共工程特许权质押”），这种担保权益普遍向放款人提供了涵盖公私伙伴关系合同赋予私人伙伴的所有权利的可执行担保权益。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任何措施，需要征得订约当局同意，相关条件应载入订约当局与放款人订立的协议中。某些普通法系法域采取了限制性较强的办法，这种办法区分两种权利，一种是按照政府执照开展某项活动的不可转让权利（产生于执照的“公共权利”），另一种是索取执照持有人所得收益的权利（后者在执照下得到的“私人权利”）。

3. 贸易应收款担保权益

66. 大多数公私伙伴关系中通常提供的另一种担保形式是将源于与私人伙伴客户的合同的收益转让给放款人。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，或者非特许权公私伙伴关系中订约当局的租金付款），也可以是大量单笔交易的收益（例如每月煤气费或水费付款）。在特许权类公私伙伴关系中，这些收益一般包括因公众使用基础设施而向公众收取的服务费（例如收费公路的收费），或者消费者因使用私人伙伴提供的商品和服务而支付的价款（例如电费）。它们还可能包括公私伙伴关系附属合同的收入。这类担保是与放款人谈判达成的融资安排的一项典型内容，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管理的代管帐户。这种机制在私人伙伴发行债券和其他流通票据方面也可以发挥重要作用。

67. 贸易应收款担保在涉及发行债券和其他流通票据的融资安排中起着重要作用。这些票据可以由私人伙伴自己发行，在这种情况下，购买该证券的投资者将成为其债权人，也可以由某个第三方发行，项目应收款已通过所谓的“证券化”机制转让给该第三方。证券化涉及创立由项目收入流支持的金融证券，项目收入流被承诺用来支付该证券的本金和利息。证券化交易通常涉及建立一个与私人伙伴相分开的法人实体，该实体专门从事资产或应收款证券化业务。这一法人实体常常称作“特殊目的载体”。私人伙伴将项目应收款转让给特殊目的载体，然后由特殊目的载体向投资人发行由项目应收款支持的有息票据。证券化债券持有人因而有权获取私人伙伴同其客户的交易所产生的收益。私人伙伴向顾客收取服务费，将资金转给特殊目的载体，再由特殊目的载体转给证券化债券持有人。有些国家的最新立法明确承认私人伙伴有权将项目应收款转让给特殊目的载体，由它为了项目债权人的利益而持有和管理应收款。为保护债券持有人不致因私人伙伴破产而受损害，似宜采取必要的立法措施，使私人伙伴和特殊目的载体在法律上相互分开。

68. 在大多数情况下，由私人伙伴逐笔确定向债权人转让的应收款并不切实可行。因此，项目融资中的应收款转让一般采用大批转让未来应收款的形式。各种法律制度的国内立法都纳入了承认私人伙伴有权质押基础设施项目收益的法定条款。然而，各种法律制度对于整批转让应收款和未来应收款的有效性可能有着相当大的不确定性。因此，应当确保关于担保权益的国内法不妨碍当事各方有效转让贸易应收款以便获得项目所需资金的能力（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 10-16 段）。

4. 项目公司担保权益

69. 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 70 和 71 段），法律有时禁止在项目公司的股份上设立担保权。但是应当指出，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，法律应当允许私人伙伴的股东设立此种担保，但如果转让项目公司的股份必须报请批准的话，则此种担保也必须得到订约当局事先批准（见第 72-76 段）。

F. 私人伙伴转让权利

70. 公私伙伴关系合同中包含的特许权是根据私人伙伴的具体资格和可靠程度而授予的，而且多数法律制度都规定特许权不得随意转让。事实上，国内法往往禁止未经订约当局同意而转让私人伙伴在被授予合同后获得的权利。这种限制的目的一般是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加以控制。一些国家还禁止在项目设施完工之前进行这种转让。

71. 有些国家认为，应当在立法中提及，在什么条件下可以批准特许权到期前的转让，例如，新私人伙伴接受公私伙伴关系合同规定的所有义务，以及关于新私人伙伴提供服务的技术和财务能力的证据。这类一般性立法条款还可以公私伙伴关系合同中的具体条款作为补充，其中列出这些限制的范围以及订约当局可予同意的条件。在这方面，在投标阶段及早披露公私伙伴关系合同草稿将使潜在投资人能够充分知悉在什么条件下可能准予转让特许权（见第三章，“授予合同”，第…段）。应当指出，这些限制一般适用于私人伙伴自愿转让其权利；这些限制并不排除在订约当局同意的情况下，为避免由于私人伙伴严重违约而终止，而将特许权强制转让给放款人指定的一个实体（另见第…段）。在任何情况下，对转让权利的限制应与对转移项目公司控股权益的限制相一致（见下文第 72 至 75 段）。

G. 项目公司控股权益的转移

72. 订约当局可能希望，投标联合体原始成员在整个项目期内一直保持对项目的承诺，对项目公司的有效控制不会转移到订约当局不了解的实体手中。选择私人伙伴实施基础设施项目至少部分是因为他们对于这类项目的经验和能力（见第三章，“授予合同”，第 38-40 段）。因此，订约当局会担心，如果私人伙伴的股东们完全自由转移其对某一项目的投资，则无法保证由谁实际提供有关服务。然而，实际上，私人伙伴和投标联合体的这种承诺只有在其履行义务的能力范围内才有意义。

73. 订约当局可从部分投标联合体在预选阶段所展示的经验以及原始联合体的母组织及其分包商提供的履约担保中得到保证。但是，在实践中，由私人伙伴各股东显而易见的专门知识所带来的保证也非常重要。如果为实施公私伙伴关系而建立一个单独的法律实体，如常见的那样（见第…段），则一旦项目遇到麻烦，私人伙伴股东的支持可能仅限于它们的最大赔偿责任。因此，对投资转让的限制，其本身并非防范私人伙伴不履约风险的充分保障。特别是，这些限制并不能代替公私伙伴关系合同所规定的适当补救措施，例如监督所提供报务的水平（见第…段），或发生绩效不尽人意的情况时终止合同而不给予全额补偿（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第 44 和 45 段）。

74. 除上述以外，限制提供公共服务的公司的股份转让也会给订约当局造成某些不利。如前所述（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 54-67 段），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。初始投资者，如建筑公司和设备供应商，寻求在较高风险中获得较高回报，而随后的投资者可能会要求与他们承担的较低风险相称的较低回报。初始投资者多数拥有有限的资源，需要回收资本以便再参与新的项目。因此，这些投资者可能不愿意将资本绑定在长期项目上。在建造期结束时，初始投资者可能更愿意将权益出售给要求较低回报率

的二级股本提供者。在使用量更加确定之后，就可进行另一次再融资。但是，如果由于基础设施项目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，就可能使融资费用升高。在某些情况下，也许根本不可能为某一项目筹到资金，因为其参与对于项目实施至关重要的有些投资者可能不愿意参与投资。从长远看，如果投资者转移其在公私伙伴关系项目中的权益的自由受到不必要限制，则公共基础设施投资市场的发展可能会受到影响。

75. 由于上述原因，法律对于转让项目公司控股权益的限制最好局限于某一段时间（例如公私伙伴关系合同订立后若干年，或建造阶段完成后），或者局限于出于公共利益原因需要施加这种限制的情况（例如，订约当局认为联合体某一成员继续存在于私人伙伴的股权结构中对于按照合同和监管要求运营基础设施或提供服务至关重要）。以下情形可能属于这种情况，即私人伙伴占有公共财产，或私人伙伴得到政府的贷款、补贴、股本或其他形式的直接支持。在此种情况下，订约当局对公共资金得到妥善使用负有责任，这就要求得到保证，即资金和资产托付给一个可靠的公司，初始投资者在一段合理的时限内始终对该公司承担责任。有理由对私人伙伴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，需要防止将股份转让给某些特定的投资者。例如，订约当局也许希望对购买公共服务提供者的控股权益加以控制，以避免在完全放开的部门形成寡头垄断或垄断。或者一家公司曾对政府某个部门实施诈骗，该公司通过一家新收购的子公司而被政府另一个部门雇用，这种情况也被认为是不合适的。

76. 对于这些例外情况，最好要求初始投资者在转让其股权之前先获得订约当局同意。应在公私伙伴关系合同中写明，不应不合理地拒绝或不适当地拖延此类同意。为透明度起见，还似宜规定不予批准的理由，并要求订约当局在每次拒绝批准时都具体陈述理由。这种限制的适当期限——无论是针对项目的特定阶段还是针对公私伙伴关系合同的整个期限——可能需要逐案考虑。在某些项目中，设施完工之后也许可以放松此种限制。还应在公私伙伴关系合同中明确指明，任何此种限制适用于私人伙伴中任何股份的转让，还是在建造阶段或此后很长一段时间，订约当局重点关心某一特定投资者（例如某一建筑公司或是设施的设计者）。

H. 建造工程

77. 在传统采购中，购买建造工程的订约当局一般是建造合同下的雇主，拥有广泛的监测和检查权利，包括审查建造项目和要求对其进行修改、密切跟踪建造工程和施工时间表、检查和正式接收竣工工程并最终批准设施运营的权利。因此，订约当局通常承担费用超支和进度推迟以及建造项目竣工后能否正常运行方面的风险。

78. 在公私伙伴关系项目中，私人伙伴承担着按照公私伙伴关系合同规定的标准和成本按时完成项目的风险，连同相关的财务风险（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）。因此，私人伙伴愿意确保项目按时竣工和费用概算不被超出，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、固定时间的统包合同。

79. 出于这些原因，关于以公私伙伴关系形式建造设施的立法条款，在某些国家局限于笼统地规定私人伙伴根据公私伙伴关系合同条款实施公共工程的义务。法律可以赋予订约当局监测工程进度以确保工程进度符合协议条款的笼统权利。在这些国家，较详细的条款可在公私伙伴关系合同中加以规定。

1. 施工计划的审查和批准

80. 可取的做法是在公私伙伴关系合同中制定相关程序，帮助将竣工时间和建造成本保持在估计范围内，并降低私人伙伴和相关公共当局之间发生争端的可能性。如果法定条款要求订约当局审查和批准建造项目，公私伙伴关系合同应当规定审查的程序和最后期限，并规定如果订约当局在相关期限内没有提出异议，即应视为已予批准。也许还可在公私伙伴关系合同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、安保、环境问题或不符合技术标准。

2. 施工条款的变动

81. 在建造基础性设施的过程中，常常出现一些情况，因而有必要或最好改动建造工程的某些方面。因此，订约当局似宜保留下令就施工范围、工程所用设备或材料的技术特征或按照技术标准、图纸和工程标准提供所需的建造服务等方面作出改动的权利。这些改动在本《指南》中称为“变动”，一般包括对原始合同文件所要求的工程结构的某一方面作出改动。变动通常在合同中加以规定，不涉及合同的修改或修正。此外，变动不包括由于成本变化或货币波动而调整费率或修订价格，也不包括修订付款条件，尽管变动可能导致按公私伙伴关系合同规定的条件调整价格（见第…段）。同样，在情况发生重大变化、遇到免责障碍或因为其他原因而重新谈判公私伙伴关系合同（见第…段）在本《指南》中也不视为变动。

82. 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造标准或其他要求的必要性。不过，这些变动常常导致执行项目或提供公共服务的推迟；还可能使私人伙伴履行公私伙伴关系合同更加繁重。而且，落实对相关要求的大规模改动在费用上可能超出私人伙伴自己的财力，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，订约当局最好考虑采取措施，控制可能需要变动的情形。订约当局要求的可行性研究和在挑选过程中提供的技术标准（见第三章，“授予合同”，第…和…段）的质量在避免随后改动项目方面发挥着重要作用。

83. 公私伙伴关系合同应当载列订约当局可以要求变动建造标准的具体条件和酌情应支付私人伙伴的补偿，用以弥补落实这些变动引起的额外费用和迟延。公私伙伴关系合同还应当澄清私人伙伴在多大程度上有义务落实这些变动，以及私人伙伴是否可以对这些变动提出异议，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，当变动引起的额外费用数额超过设定的最高限额时，私人伙伴即可免除义务。应当指出，并非所有变动都必定由订约当局发起。在实践中，变动也可能源于订约当局同意执行私人伙伴提出的建议，例如，在施工阶段采用更有效的工艺或材料，降低成本或提高性能。为了鼓励旨在提高效率或降低成本的建议，当事各方似宜在公私伙伴关系合同中承认私人伙伴为此目的提议技术改动的权利，前提是这种技术改动须经订约当局同意。此外，许多国家认为，规定超出某一单项或累积价值的变动须交由上级当局批准是一项好的政策。

84. 大型建造合同曾使用各种处理变动的合同方法，以确定承包商落实改动的义务的程度以及对合同价款或合同期限的必要调整。经适当变通后，这些解决办法可用

来处理订约当局在公私伙伴关系合同下谋求的变动。³不过，应当指出，在基础设施公私伙伴关系合同中，项目公司得到的付款包括设施产出的使用费或价款，而不是建造工程的全盘价格。因此，基础设施公私伙伴关系合同中使用的补偿办法有时包括从一次总付到提高费率或延长公私伙伴关系合同期限各种办法的组合。例如，可能有些改动造成的费用增加是私人伙伴能够自己消化或为之出资的以及酌情通过调整费率或付款机制予以摊销的。如果私人伙伴本身没有能力为这些改动再融资或提供资金，当事各方似宜考虑一次总付，以代替昂贵而复杂的再融资结构。无论如何，当事各方可能不得不进行直接的重新谈判。

3. 订约当局的监督权力

85. 在有些法律制度中，购买建造工程的公共当局通常保留出于公共利益而下令暂停或中断工程的权力。不过，为了让潜在投资者在某种程度上放心，需要限制这种干预的可能性，并规定这种中断不得超过必要的期限或范围，同时考虑到导致要求暂停或中断工程的情形。立法中关于可称作公共利益理由的事件的定义可以让潜在投资者在这方面感到放心，这些事件包括大规模环境问题，或者危及建设公私伙伴关系项目所在地区的入口。可能还需要商定此种暂停的最长期限或者规定给予私人伙伴以适当补偿。此外，可以提供担保，以确保补偿得以支付，或者为项目暂停所造成的损失以及暂停解除后恢复公私伙伴关系合同的经济和财务平衡而赔偿私人伙伴（另见下文第 140 段和第二章，“项目规划和准备”，第 48-50 段）。

86. 在有些法律制度中，为提供某些公共服务而建造的设施在施工结束后成为公共财产（见第...段）。在这种情况下，法律常常要求已竣工设施由订约当局或另一个公共当局正式接收。在正式接收之前，通常对已竣工设施进行检查，并圆满完成必要的测试，以确定该设施能够运行，并符合有关标准和技术与安全要求。即使在不要订约当局正式接收的情况下（例如设施仍然是私人伙伴的财产），也常常需要就订约当局最后检查和批准建造工程作出规定，以确保工程符合健康、安全、建筑或劳工条例。公私伙伴关系合同应当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，可能适宜在某一阶段内进行局部测试，而不是在竣工时进行一次性测试）；未通过测试的后果；以及安排测试所需资源尤其是聘用独立的工程人员进行测试和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，即在订约当局最后批准之前准许设施临时运行，并提供一次机会，使私人伙伴可以纠正在这个时候发现的一些缺陷。

4. 保证期

87. 私人伙伴谈判的建造合同一般规定质量保证，即承包商对工程缺陷以及与工程一起提供的技术文件的不准确或不充分之处承担赔偿责任，但合理的例外情形除外（例如正常的损耗或私人伙伴维修或运行不当）。额外的赔偿责任也可能源自适用法下的法定条款或一般法律原则，如某些法律制度对工程结构缺陷规定了特别长的赔偿责任期。公私伙伴关系合同应当规定，订约当局最后批准或接收设施，并不解

³ 关于综合工厂建造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”。

除建造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的不准确或不充分之处所负的任何赔偿责任。

I. 基础设施的运营

88. 建造阶段一旦完成，与公私伙伴关系有关的最重要风险之一，即项目未能完成的风险，就不复存在（见第 75 段，以及第二章，“项目规划和准备”，第...段）。因此，公私伙伴关系合同允许建筑公司在第一阶段结束时离开项目公司的情况并不罕见（见第...段）。

89. 运营和维护设施的条件，以及质量和安全标准，常常在法律中列出并在公私伙伴关系合同中详加说明。此外，特别是在水、电、环境卫生和公共运输领域，订约当局或一个独立的管理机构可对设施的运营行使监督职能。详尽讨论与基础性设施运营条件有关的法律问题将超出本《指南》的范围。因此，以下段落只简要介绍一些主要问题。

90. 关于基础设施运营的监管规定和提供公共服务的法律要求的目的是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，有可能在公私伙伴关系合同有效期内需要改变此类规定和要求。因此，运营阶段由订约当局要求的或当事各方另行商定的变动可能远远大于建造阶段。在私人伙伴向最终用户提供服务或商品的项目中，如在特许权类公私伙伴关系中，上述规定和要求尤其重要和详细。然而，必须牢记私营部门需要一个稳定和可预测的监管框架。改变规章或者频繁地引入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，一方面当事各方可以达成合同安排，以抵消随后的规章改变的不利影响（见第 131-134 段），另一方面管理机构或政府（视情况而定）最好避免过度监管或不合理地频繁改变现有规则。

1. 技术或服务标准

91. 公共服务提供者一般必须满足一套技术和标准。在大多数情况下，此种标准太详细，不能在立法中列举，可能载于实施法令、条例或其他文书。不过，立法可以规定为制定详细标准提供指引的基本原则或者要求遵守国际标准，例如，国际金融公司的《绩效标准》⁴。服务标准常常详细载列于公私伙伴关系合同，作为在授予合同程序期间发给投标人的订约当局的要求的组成部分（见第三章，“授予合同”，第...段），随后也在公私伙伴关系合同本身得到反映。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；以及环境、社会、劳动、卫生和安全标准。

92. 订约当局一般保留监测项目公司是否遵守规定的运营标准的权力。私人伙伴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。私人伙伴将寻求得到保证，订约当局行使监督或监管权不致造成设施运营不应有的干扰或中断，也不会给私人伙伴造成不应有的额外费用。

⁴ 国际金融公司，《绩效标准》，2012 年，可在以下网址查阅：<https://www.ifc.org/>。

2. 服务的扩展

93. 在有些法律制度中，在一项政府公私伙伴关系合同下运营以向一个社区或地区及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。这一义务常常不仅涉及授予公私伙伴关系合同时的历史需求，而且意味着有义务与所服务的社区或地区的增长保持同步，并按社区或地区的合理需求的要求逐步扩展该系统。在有些法律制度中，这一义务具有公共义务的性质，有关社区或地区的任何居民可以援引这一义务。在另一些法律制度中，这一义务具有法定义务或合同义务的性质，视具体情形而定，订约当局或一个管理机构可以强制执行这一义务。

94. 在有些法律制度中，这一义务并不是绝对和无限制的。私人伙伴扩展其服务设施的义务实际上可能取决于各种因素，如扩展的必要性和成本以及预期可从这种扩展中得到的收入；私人伙伴的财务状况；进行这种扩展所带来的公共利益；以及私人伙伴根据公私伙伴关系合同在这方面承担的义务的范围。在有些法律制度中，私人伙伴可能有义务扩展其服务设施，即使该扩展工程不能立即盈利，或者即使由于进行扩展，私人伙伴的服务范围最终可能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，因为不得要求私人伙伴进行给私人伙伴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私人伙伴消化、以提价或特别收费的形式转嫁给客户或最终用户，或者由订约当局或其他公共当局以补贴或赠款的形式全部或部分消化。鉴于评估任何特定扩展工程的合理性可能需要考虑多种多样的因素，公私伙伴关系合同应当规定在什么情况下可能要求私人伙伴扩展其服务设施及为这种扩展筹措资金的适当办法。

3. 服务的连续性

95. 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，除非发生了严格定义的免责事件（另见第…段）。在有些法律制度中，这一义务具有法定义务的性质，即使在公私伙伴关系合同中沒有明文规定，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（例如经济困难或另一当事方违约），不能被私人伙伴援引作为全部或部分暂停或中断公共服务的提供的理由。在有些法律制度中，订约当局甚至拥有特别的强制执行权力，在出现非法中断情形时强迫私人伙伴恢复提供服务。

96. 这一义务也必须服从合理性这项一般规则。各种法律制度承认私人伙伴有权因在困难情况下必须提供服务而得到公平的补偿（见第…段）。而且，在一些法律制度中，人们认为，如果整体运营导致亏损，不可以要求公共服务提供者进行运营。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，私人伙伴有权得到订约当局的直接补偿，或者有权终止公私伙伴关系合同。不过，终止一般要求征得订约当局同意或者需要作出司法裁定。在允许这种解决办法的法律制度中，最好在公私伙伴关系合同中具体列明有理由暂停服务甚至免除私人伙伴在公私伙伴关系合同下的义务的特殊情况（见第…段；另见第五章“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第34段）。

4. 平等对待客户或用户

97. 在一些法域，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客户提供服务。不过，在这些法律制度中，只要在同时期向类似情况下从事类似业务的消费者和用户提供服务，基于对消费者和用户的合理和客观分类的区别对待就得到接受。因此，向不同类别的用户（例如一方面是居民消费者，另一方面是商业或工业消费者）收取不同价格或提供不同的准入条件可能不违背平等对待的原则，前提是这种区分以客观标准为基础，并且符合消费者情况或向他们提供服务的条件的实际差异。尽管如此，如果收费或其他服务条件的差异以服务的实际差异为依据（例如，消费高峰时间提供的服务收费较高），则这种差异通常必须与实际差异的幅度相称。

98. 除了私人伙伴自己确定的区分外，对某些用户或客户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客户提供某些服务（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、通过以所有公共服务提供者分担这些义务的财务负担为目的而建立的基金或其他官方机制、或者通过来自盈利更高的服务的内部交叉补贴（见第二章，“项目规划和准备”，第 42-44 段，以及第七章，“其他有关的法律领域”，第…段）。

5. 相互连接和接入基础设施网络

99. 在铁路运输、电信或供电或供气等部门经营基础设施网络的公司有时被要求允许其他公司接入网络。这一要求可以在公私伙伴关系合同中规定，也可以在具体部门的法律规章中规定。某些基础设施部门引入此种相互连接和接入要求，作为对某一部结构改革的补充；另一些部门引入这些要求的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“导言和公私伙伴关系背景信息”，第 21-46 段）。

100. 常常要求网络运营商以财务和技术方面公平和不歧视的条件提供接入机会。不歧视指新的入网者或服务提供者应能够以不次于网络运营商给予自己网点或与之竞争的服务提供者的网点的条件使用网络运营商的基础设施。然而，应当指出，例如，许多管道接入制度不要求运营商和竞争用户享用完全平等的条件。接入义务可能以某种方式受到限制。例如，接入义务可能仅限于多余容量，或者受制于合理的条款和条件，而非同等的条款和条件。

101. 尽管入网定价通常以成本为基础，但管理机构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对所需要的基础设施进行投资，而又低得足以使新的入网者能够以公平条件进行竞争。如果网络运营商也提供服务，与其他服务提供者存在竞争，可能要求从会计角度将其活动分开，以便确定第三方使用网络或部分网络的实际成本。

102. 技术准入条件可能同样重要，网络运营商可能需要调整其网络以满足新入网者的接入要求。接入可以是接入整个网络或者是接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造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

要接入网络的一小部分，根据许多条例，其必须支付的费用不能超过与使用所需特定设施相对应的费用，例如，本地电信环路、供电中的输电能力或使用铁路的一个区段。

6. 披露要求和透明度义务

103. 许多国内法规定公共服务提供者有义务就其运营情况向管理机构提供准确和及时的信息，并赋予管理机构具体的执法权。这些权利可能包括查询和审计，包括详细的绩效和合规审计，对不合作的公司实施制裁，以及要求披露信息的强制令或处罚程序。

104. 通常要求公共服务提供者保存并向管理机构披露其财务账目和报表，并保持详细的成本核算，使管理机构得以分别跟踪公司活动的各个方面。私人伙伴公司和各附属公司之间的财务交易也需要详细审查，因为私人伙伴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。可能对基础设施运营商有详细的技术和绩效报告要求。不过，一般而言，需要对要求基础设施运营商提交的信息的范围和类型确定合理的限度。而且，应当采取适当的措施对私人伙伴及其附属公司可能提交给管理机构的任何专利信息保守机密。除了可能要求私人伙伴向订约当局或监管机构提供的信息之外，为透明度起见，并为了确保向私人伙伴支付的基于绩效的付款是合理的，订约当局本身也可能有义务向公众披露绩效评价的一些内容（见第 52 段，另见第三章，“项目规划和准备”，第…段，以及第三章，“授予合同”，第…段）。

7. 私人伙伴的执行权

105. 在授予提供公共服务的公私伙伴关系合同方面已形成传统的国家，私人伙伴可能有权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暂停提供服务。为此目的，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逐案授权。但是，授予私人伙伴的权力的范围通常在公私伙伴关系合同中确定，不需要在立法中详加规定。最好规定由私人伙伴颁布的规则应酌情在管理机构或订约当局批准后生效。不过，批准私人伙伴所提议的运营规则的权利不应随意行使，私人伙伴应有权对拒绝批准所提议规则的决定提出上诉（另见第一章，“一般性法律和体制框架”，第 49 和 50 段）。

106. 一个特别重要的问题是，尽管有确保服务连续性的一般义务，私人伙伴是否可以因为用户违约或不遵守规则而中断服务（见第…和…段）。许多法律制度承认，提供公共服务的实体可以制定和实施允许对未付费或严重违反使用条件的消费者或用户切断服务的规则。这样做的权力常常被认为对于防止滥用并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项权力可能需要立法授权。另外，对行使这一权力可能有一些明示或默示的限制或条件，如特别通知要求和具体的消费者补救措施。其他限制和条件可能源于一般消费者保护规则的适用（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 45 和 46 段）。

J. 一般性合同安排

107. 本节讨论部分合同安排，这些安排一般出现在各个部门的公私伙伴关系合同中，并常常在国内订约当局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，但视东道国的具体法律制度，这些安排可能对东道国的立法有某些重要影响。

1. 分包

108. 鉴于基础设施项目的复杂性，私人伙伴一般会利用一家或几家建筑承包商的服务，以实施公私伙伴关系合同下的一些或大部分建造工程。私人伙伴也可能希望在项目的运营阶段利用具有经营和维护基础设施经验的承包商提供的服务。一些国家的法律总体上承认私人伙伴为实施建造工程而订立必要合同的权利。在政府承包商分包能力受到限制的国家，承认私人伙伴分包权利的立法条款可能尤其有用。视公私伙伴关系合同下建造或管理的设施类型而定，订约当局可能希望知道，谁出现在正在施工或承包商提供服务所在的建筑工地上，或者谁出现在订约当局负责或订约当局有监督权的建筑物、基础设施或区域现场（如市政厅、市立学校、体育设施、港口或高速公路）。

(a) 挑选分包商

109. 私人伙伴雇用分包商的自由在一些国家受到限制，在这些国家，规则规定公共服务提供者须使用招标程序或类似程序授予分包合同。在基础性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，往往采用此类法定规则。此类法定规则的目的是确保使用公共资金的经济性、高效、廉正和透明度。不过，在公私伙伴关系中，这些规定可能妨碍潜在投资者参与，因为项目资助人会认为这些规则过于繁琐，或影响其灵活雇用分包商。

110. 然而，不管是否有此类明确限制，私人伙伴挑选分包商的自由都不是无限的。总承包商披露与分包商相关信息的义务始终适用，无论是在招标过程还是在施工阶段。在一些国家，私人伙伴必须在其建议书中确定将保留哪些承包商，包括这些承包商的技术能力、财务状况和公司治理方面的信息（见第三章，“授予合同”，第…段）。另一些国家或者要求在订立公私伙伴关系合同时提供这类信息，或者要求这类合同需由订约当局事先审查和批准。分包链条的透明度有助于实现各种目的。订约当局希望了解分包商，并得到关于分包商遵守环境、社会和劳动法领域的适用义务以及劳动监察机构或环境保护机构下令采取的管理措施的保证。披露分包商的信息还将使订约当局能够核实，分包商本身不存在妨碍私人伙伴竞标公私伙伴关系合同的任何情况。这将确保被禁止竞标公共合同的公司（例如，因为违反反腐败或洗钱法律，见第三章，“授予合同”，第…段）不会绕过这些法定限制，并非法受益于公共合同。分包链条的透明度也有助于防止订约当局和分包商之间的利益冲突，例如，与订约当局代理人有不良代理关系的个人或公司持有分包商的股份或其他权益。项目公司与其股东之间也可能存在利益冲突，放款人通常也关心这一点，放款人可能希望确保项目公司的承包商不会获得过高报酬。无论如何，如果认为订约当局有权审查和批准项目公司的分包合同，公私伙伴关系合同应当明确规定这种审查和批准

程序的目的是和订约当局可以不予批准的具体情况。作为一般规则，授予订约当局的审查权力应受到限制，通常不应拒绝批准，除非发现分包合同包含明显违背公共利益的条款（例如，向分包商支付过多款项的条款或对赔偿责任的不合理限制、腐败证据），或者分包商不遵守东道国适用于执行公私伙伴关系的具有公法性质的强制性规则（例如，国际或国家环境、社会和劳动法）。换言之，重要的是在挑选私人伙伴方面对公共当局规定的任何限制也适用于私人伙伴挑选分包商。

(b) 管辖法律

111. 私人伙伴及其承包商常常选择他们熟悉的而且他们认为妥善管辖其合同所涉问题的法律。视合同的类型而定，管辖的法律条款会出现不同的问题。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他们所熟知的法律，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保证制度。而私人伙伴则可能同意对其与当地客户签订的合同适用东道国的法律。

112. 专门管辖公私伙伴关系的国内法很少载有关于管辖私人伙伴所签订合同的法律的条款。事实上，多数国家没有找到令人信服的理由，以制定关于管辖私人伙伴与其承包商之间合同的法律的具体条款。因此，在大多数国家，这些合同由当事双方根据其合同的法律选择条款或适用的国际私法规则选择的适用法律管辖。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东道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定的缔约国有义务颁布相互协调的国际私法条款，除其他外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性质时，例如东道国公共当局订立的某些合同（例如政府的担保和保证，公共当局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。私人伙伴与其分包商之间的合同选择外国法律不应免除他们遵守东道国关于设施建设或运营的强制性法律（如环境、劳动、安全或安保法律规章）的义务。

113. 在有些情况下，国内立法载有一些规定，目的是酌情澄清私人伙伴与其承包商之间订立的合同受私法管辖，以及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雇员与工作有关的伤病或死亡支付工伤赔偿。

2. 对用户和第三方的赔偿责任

114. 基础性设施施工或运行过程中的缺陷可能会造成私人伙伴的雇员、设施用户和其他第三方的人身伤亡或者财产损害。出现这种情况时，向第三方支付损害赔偿的问题很复杂，可能不受公私伙伴关系合同适用法律中管辖合同约定赔偿责任的规则管辖，而是受往往具有强制性的管辖非合同约定赔偿责任的适用法律规则管辖。另外，在某些法律制度中，还有管辖公共当局非合同约定赔偿责任的特别的强制性规则，订约当局可能受制于这种规则，尤其是公私伙伴关系属于公共服务领域时。此外，公私伙伴关系合同不能限制私人伙伴或订约当局赔偿非公私伙伴关系合同当事方的第三方的赔偿责任限额。因此，订约当局和私人伙伴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害而应向第三方支付损害赔偿的风险，但这种分摊

须不受强制性规则的管辖。当事各方还似宜就这类风险的投保作出规定（见第 128 和 129 段）。

115. 如果第三方因设施的施工或运营受到人身伤害或遭受财产损害，因而向订约当局提出索赔，法律可能规定仅由私人伙伴对这种情况承担全部责任，订约当局不应应对第三方的这种索赔承担任何赔偿责任，但因订约当局严重违约或轻率造成的损害除外。尤其应当规定，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或供公众使用，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遭受的损害承担任何赔偿责任。另外，由于根据适用法律，关于分配赔偿责任的条款可能不能对第三方强制执行，因此，公私伙伴关系合同似宜规定，在第三方因基础性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并得到赔偿。

116. 公私伙伴关系合同还应当规定，当事各方应当相互通报对他们提出的和预期会提出的、而订约当局又有权得到赔偿的索赔要求或诉讼，并在提起这种诉讼的国家的法律所许可的范围内，在抗辩这种索赔要求或诉讼方面相互提供合理的协助。

3. 履约担保和保险

117. 除私人伙伴的义务之外，常常还须提供某种形式的履约担保和与施工（见第…段）和运营（见第…段）有关的若干风险的保险。一些国家的法律一般要求私人伙伴提供适当的履约担保，并要求在公私伙伴关系合同就此事作出更详细的规定。在其他国家，法律载有更详细的规定，例如要求提供上限为基础投资规定百分比的某一类别的担保。

(a) 履约担保的类型、功能和性质

118. 履约担保一般有两种类型。一种类型是货币履约担保，担保人仅承诺向订约当局支付不超过指定限额的资金，用于在私人伙伴不履约的情况下履行私人伙伴的赔偿责任。货币履约担保可以采取履约保证金、备用信用证或见索即付保函的形式。⁵另一类型的担保是履约保证书，担保人选择两种办法中的一种：(a)自己纠正有缺陷的建设或完成未完工的建设，或(b)让另一家承包商纠正有缺陷的建设或完成未完工的建设，并就未履约造成的损失补偿订约当局。这种保证的价值限于指定的金额或合同价值的某一百分比。使用履约保证书时，担保人也常常保留仅通过给订约当局付款而解除义务的选择。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，并担保完工后保证期内的任何修理或维护工作将由私人伙伴自己负担费用妥善实施。

119. 履约担保按性质一般可分为独立担保和从属性担保。若担保人的义务独立于私人伙伴在公私伙伴关系合同下的义务，其担保称为“独立”担保。使用独立担保（常称为一索即付担保）或备用信用证的，担保人或开证人有义务在受益人要求时付款，

⁵ 关于见索即付保函的更多信息，见国际商会《见索即付保函统一规则》（RUGD 758），经 2010 年修订，贸易法委员会第四十四届会议核准；《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 17 号》（第 247-249 段）。

后者出示担保书或备用信用证中规定的凭据，即有权获得该文书下的款项。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情事为理由而不付款；不过，根据适用于该文书的法律，在非常例外和严格界定的情况下可以拒绝或限制付款（例如，当受益人的要求明显属于欺诈时）。相比之下，如果担保人的义务不仅涉及检查付款的书面要求，还必须评估承包商对于没有履行工程合同的赔偿责任的证据，此种担保即为从属性担保。不同担保下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

120. 从订约当局的角度来看，货币履约担保对于支付订约当局因私人伙伴的拖延或违约而发生的额外费用也许特别有用。货币履约担保还可用作给私人伙伴施加压力使其根据公私伙伴关系合同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的经济价值的一小部分，常常不足以支付雇用第三方代替私人伙伴或其承包商履约的费用。

121. 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立即得到所担保的款项。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私人伙伴是否存在未履行公私伙伴关系合同的情况的争端。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私人伙伴的资产迅速、高效地收回在此种担保下支付的款项。

122. 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，因为私人伙伴通常有义务以开具一索即付担保或备用信用证的机构为受益人，获得并保留大额反担保。还有，提供这种担保的私人伙伴可能希望购买保险，以防范在私人伙伴事实上并未不履约的情况下订约当局索取了此种担保或备用信用证下的款项的风险，而这种保险的费用也包括在项目成本中。私人伙伴还可能将其可能需要针对订约当局采取任何行动以便追回被不当索要的款项的潜在成本纳入项目成本。

123. 一索即付担保或备用信用证对于私人伙伴的不利之处是，如果私人伙伴没有不履约而订约当局索取了担保款项，私人伙伴将会因担保人或信用证开证人在向订约当局付款后从私人伙伴的资产中得到补偿而承受直接损失。私人伙伴在向订约当局追回被不当索要的款项时也可能遇到困难和拖延。

124. 从属性担保的条款常常要求受益人证明承包商没有履约，以及受益人所受损失的程度。另外，债务人被控告没有履约时可以采用的抗辩理由也可以为担保人采用。因此，订约当局在根据该保证书提出索赔时有可能面临旷日持久的争端。实际上，可以减少这种风险，例如可以规定根据保证书条款提出索赔要求时须依照国际商会拟订的《契约保证单统一规则》第 7(j)(-) 条规定的程序。⁶该《统一规则》第 7(j)(-) 条规定，尽管委托人和受益人对合同或任何合同义务的履行有任何争端或分歧，一旦由第三方（可以是但不限于独立建筑师、工程师或鉴定人）如保证书所规定的那

⁶ 《契约保证单统一规则》的案文转载于 [A/CN.9/459/Add.1](#) 号文件。

样出具违约证明，而且这种证明或其正式副本送达担保人，就应视为违约已经确立，即应当根据契约保证单支付赔偿金。如果采用这种程序，订约当局可能有权根据契约保证单获得赔偿金，哪怕私人伙伴对订约当局获得赔偿金的权利有异议。

125. 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，因而涵盖了公私伙伴关系合同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，而需要第三方安排协助纠正或完成，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私人伙伴掌握的技术，由第三方纠正或完成可能行不通，那么，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。对于私人伙伴来说，从属性担保的好处是保留私人伙伴的借款能力，因为从属性担保与一索即付担保和备用信用证不同，并不影响私人伙伴在放款人那里的信贷额度。

126. 从上述考虑可以看出，不同类型的担保对私人伙伴承担的不同义务可能有益。尽管要求私人伙伴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以及对于私人伙伴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 109-110 段），以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担保、应担保哪些具体风险或损失和在每一种情况下哪一类担保最合适。确定的担保金额过高可能影响项目公司为项目筹集资金的能力。

(c) 担保的期限

127. 公私伙伴关系的一个特殊问题涉及担保的期限。订约当局可能想获得在项目整个寿命期间保持有效的履约担保，既包括建造阶段又包括运营阶段。然而，鉴于基础设施项目期限较长，而且难以估量可能产生的各种风险，担保人开具涵盖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，这个问题因为以下规定而变得更加复杂，相关规定是，不续签履约保证书即构成要求兑现保证书的理由，因此，仅仅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。某些国家使用的一种可能的办法是要求分别为建造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。可以通过精确地确定运营阶段需要投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。订约当局要考虑的另一个可能是要求提供特定重要时期、而不是整个项目期限的履约担保。例如，也许需要有建造阶段的保证书，这一保证书持续到竣工后的适当期限，以便涵盖可能的潜在缺陷。然后，这一保证书可酌情由涵盖若干年运营期的履约保证书来代替，以便项目公司证明其根据规定标准运营设施的能力。如果事实证明项目公司的履约情况令人满意，可以放弃运营阶段剩余时间的保证书要求，直到公私伙伴关系合同期限结束前的一定时期，此时可能要求项目公司再提供一份保证书，酌情担保其履行与移交资产和采取其他措施以有序完成项目扫尾工作有关的义务（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第 50-62 段）。

(d) 保险安排

128. 公私伙伴关系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，如营业中断险，可能是私人伙伴为自己的利益而购买的，而其他形式的保险可能是东道国法律的要求。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、工伤保险、污染和环境损害保险。

129. 东道国法律规定的强制性保险单往往需要从当地保险公司或者获准在该国经营的另一家机构获得，在某些情况下这可能带来一些实际问题。某些国家通常提供的保险类别可能不如一般可国际市场买到的保险品种那么多，在这种情况下，私人伙伴仍然面临可能超出其自我保险能力的各种风险。这种风险就环境损害保险而言尤其严重。在一些国家可能会出现更多困难，因为当地保险公司在国际保险和再保险市场上再保险的能力有限。因此，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

130. 公私伙伴关系通常持续很长时期，在这段时期内许多与项目有关的情况可能发生变化。可以在公私伙伴关系合同中自动处理这些变化的影响，要么通过例如含有指数化条款的费率结构（见第 43-50 段）等财务安排，要么明文规定或通过排除方式规定，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，由私人伙伴消化吸收价格高于预期的危险）。不过，在自动调整机制中纳入某些变化可能并不可行，或者当事各方可能更愿意排除自动调整的可能性，而留待当事各方在一致认为情况需要时通过相互协议修正合同。虽然公私伙伴关系合同纳入避免重新谈判合同必要性的长期调整机制通常被视为良好做法，但立法者试图列出合同自动调整适用的所有情况是不可取的。(a)和(b)节提及经常导致修改合同的情况，无论这种修改源自自动机制（调整）；还是源自双方之间的谈判（修正）；还是通过外部机制，如争端解决（改写）。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

131. 鉴于公私伙伴关系持续时间长，私人伙伴在履行公私伙伴关系合同下的义务时可能面临额外的费用，因为适用于其活动的立法未来可能发生意外变化。在极端情况下，立法甚至会使私人伙伴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，似有必要将立法变化分为两类，一类是对公私伙伴关系或对某个具体项目有特殊影响的立法变化，另一类是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。

132. 私营部门和公共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业务产生的后果，包括这些变化对其产品价格和需求的影响。可能的例子也许包括：资本减免税结构的变化，这种变化适用于所有类别资产，不管这些资产由公共部门还是私营部门所有，也不管这些资产是否与基础设施项目有关；不仅仅影响基础设施项目建筑工人的健康和安全的，而是影响到所有建筑项目建筑工人的健康和安全的条例变化；以及关于危险物品处理的条例的变化。法律的一般变化

可视为普通商业风险，而不是私人伙伴活动特有的风险，政府可能难以承诺保护基础设施运营者免于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。当公私伙伴关系由不受中央政府直接监督的地方当局实施时尤其如此，中央政府保留对相关部门进行监管的权力。因此，似乎并无明显理由表明私人伙伴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。

133. 如果公私伙伴关系合同中规定了费率控制机制，私人伙伴将酌情寻求订约当局和管理机构保证，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私人伙伴谈判，当不能通过费率控制措施全部收回一般性立法变化产生的额外成本时，私人伙伴可能有权得到的赔偿。在规划阶段发布的准备文件中（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）和在合同文件中纳入这种经济和财务场景是可取的。

134. 另一种情况是，针对某一项目、某类类似项目或一般公私伙伴关系的特定立法变化使私人伙伴面临成本提高的情况。这种变化不能视为普通商业风险，可能大大改变谈判公私伙伴关系合同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、某类类似项目或一般公私伙伴关系的具体立法而带来的成本增加。例如，在高速公路项目中，针对具体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公私伙伴关系合同中的有关条款调整费率。当公私伙伴关系涉及外国投资时，私人伙伴也可以援引任何适用的促进或保护投资条约的争端解决机制（见第七章，“其他有关的法律领域”，第…段）。

(b) 经济条件的变化

135. 一些法律制度有这样的规则，即如果经济或财务条件发生变化，虽不妨碍某一当事方履行合同义务，但使履行这些义务在财务上比原来订立公私伙伴关系合同时预想的更危险，这种情况下可以修改公私伙伴关系合同条款。在有些法律制度中，修改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。在有些国家，法院也可以下令修改合同。同时，重要的是确保这种一般法律理论不会导致订约当局承担无限责任。

(一) 导致修改合同的情形

136. 与私人伙伴投资有关的财务和经济考虑是根据基于谈判时的情况所作的假设及当事各方对项目周期内这些情况如何发展的合理预期谈判确定的。在某种程度上，订约当局发布的招标文件所描述的经济和财务场景以及投标人提交的财务建议书的假设，通常包括对经济和财务参数的预测，有时甚至包括一定幅度的风险（见第三章，“授予合同”，第 68 段）。但是，可能会发生当事各方在谈判公私伙伴关系合同时未能合理预见到的某些事件，当初要是考虑到这种事件，就会作不同的风险分配或对私人伙伴投资作不同考虑。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。一些国家采用关于修改合同的规则，并发现此类规则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，从而避免发生私人伙伴不能履约的破坏性情况。不过，这些规则也可能有不利之处，尤其是从政府的角度来看。

137. 如同一般性立法变化一样，大多数商业组织也面临经济条件发生变化的风险，但无法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补偿私人伙伴的无限制义务可能导致原来分配给私人伙伴的商业风险的很大一部分转嫁给公共部门，这是一种不限数额的财务责任。而且，应当指出，拟议的费率水平和风险分配的要素是挑选私人伙伴的重要因素，即使不是决定性因素（见第二章，“项目规划和准备”，第…段）。过分宽容地允许重新谈判项目鼓励在筛选程序期间提出低得不切实际的建议书，因为指望一旦被授予项目即可提高费率。因此，订约当局可能希望对于经法定条款或合同条款授权在经济条件变化后修改公私伙伴关系合同作合理限制。

138. 最好在公私伙伴关系合同中规定，有理由修改公私伙伴关系合同的情况变化必须是私人伙伴无法控制的，并且在谈判公私伙伴关系合同时不能合理预期私人伙伴将其考虑进去或者避免或克服其后果。例如，不可能预期享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一个实体随后开设一条不收费的替代公路而造成交通量减少并承担此种风险。然而，通常预期私人伙伴会考虑到在项目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，工资高于预期这一事实不足以成为修改公私伙伴关系合同的理由。

139. 最好还在公私伙伴关系合同中规定，只有所指称的经济和财政条件变化达到招标文件所界定的项目总成本（见第三章，“授予合同”，第…段）或私人伙伴收益的某一最小比值时才能要求修改公私伙伴关系合同。这样一条门槛规则也许有助于避免因为小的变化就繁琐进行调整谈判，而直到此种变化积累到成为一个较大数字才进行此种谈判。有些国家有为定期修订公私伙伴关系合同确定累积数额上限的规则。这些规则的目的在于避免滥用变化机制，将其作为实现与原来公私伙伴关系合同中所设想的财务平衡无关的总体财务平衡的手段。不过，从私人伙伴和放款人的角度来看，此类限制可能意味着，例如万一发生特别急剧的情况变化而导致成本大幅提高，它们将承受相当大的风险。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。

(二) 获承认的修改合同的范围

140. 订约当局应有可能促成在某种合理限度内修改公私伙伴关系合同。当事方这样做的最佳方式是在公私伙伴关系合同内插入具体的审查条款或选择条款，例如提供明确的价格调整或指数化机制（见上文，第…段），或者准确地确定由于设施运行过程中出现的技术困难而有必要对合同进行的其他改写的范围，例如为了确保公共服务的继续而可能需要进行的任何特殊维护措施（见下文，第…段）。

141. 除了合同约定的变动、指数化或调整机制所涵盖的修改之外，订约当局还可能面临其授予公私伙伴关系合同时最初没有预见到的外部环境。如果订约当局虽曾合理谨慎地拟订初始授标书，但仍然无法预测到某些事件或事态发展，这些事件或事态发展使履行现有合同变得繁重得多，在这种情况下，似宜考虑到具体项目的性质和特点及相关领域的良好做法，允许修改合同，以确保公私伙伴关系合同仍然具有经济和实际上的可持续性。然而，与此同时，应当限制当事各方修正合同的权利，以避免设想的修改会根本性改变整个合同的性质的情况。例如，这种情况的例子可能包括，当事各方将有待执行的工程或有待提供的服务改成别的什么内容，或者从

根本上改变公私伙伴关系安排的类别（例如，从特许权类公私伙伴关系改为需要订约当局大量直接付款的风险分担安排）。

142. 避免对合同进行广泛修改的原因是为了维护公私伙伴关系合同授予和管理的透明度、完整性和经济性。事实上，至少在假设情况下，如果在投标时已经知道或预计到经过修改的条款，那么授予合同程序的结果可能会不同，这样也许另一个投标人会提交一份比实际选择的建议书更有利的建议书，从而为订约当局带来总体上更高的性价比。作为一个原则问题，法律应当要求，在初始合同发生重大变化的情况下，特别是当事各方权利和义务的范围和内容发生重大变化，或者最初设想的风险分配发生变化的情况下，应当实施新的合同授予程序。

143. 尽管如此，仍然有可能对公私伙伴关系合同进行修改，导致在某一价值范围内对合同价值作小的改动，而不必进行新的合同授予程序。为此，并且为了确保法律的确定性，法律可以规定最高门槛，超过该门槛，只有在明确界定的例外情况下，才可能修改公私伙伴关系合同。为了确定可能需要授予新合同的门槛，法律可以参照招标文件界定的公私伙伴关系合同的现值（见第三章，“授予合同”，第…段）。导致修改合同的例外情况的一个例子可能是需要满足订约当局关于立法中规定的环境、安全或其他要求的请求，这类要求可能随着时间而变化。另一个例子可能是需要再次为公私伙伴关系合同融资。这种情况在大型公私伙伴关系项目中并非罕见，政府似宜为融资安排提供便利，以便公私伙伴关系项目得以继续。

144. 为了防止规避设定的门槛，法律还可以规定，在几次连续修改的情况下，该值的评估应当以几次连续修改的累计净值为基础。这种累计计算只适用于给定期限，而不适用于公私伙伴关系合同的整个期限。

5. 免责障碍

145. 在基础设施项目的寿命期内，可能发生妨碍当事一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、暴乱或恐怖袭击。许多法律制度公认，由于发生某些类别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。这一概念（有时称为“不可抗力”）由来已久，定义明确，对公私伙伴关系合同的当事各方都有重要影响。

(a) 免责障碍的定义

146. 免责障碍有两重意义：免责障碍一般包括当事一方无法控制的事件，这类事件导致该当事方无法履行其义务，并且该当事方即使给予应有的注意也不能予以克服。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；不可预见和抗拒的自然要素包括地质条件的影响；以及非常重大的罢工行动。

147. 一些法律只笼统地提及免责障碍，而另一些法律载有使当事方免除履行公私伙伴关系合同义务的各种情况的详尽清单。后一种方法可能有助于确保对于根据有关

立法开发的所有项目前后一致地处理此事，从而避免一个私人伙伴获得比其他公私伙伴关系合同更有利的风险分配的情况。然而，有必要考虑在法规或管理规定中列出一个在所有情况下应视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，遗漏了重要的障碍。另外，某些自然灾害，如暴风雨、龙卷风和水灾，可能是项目现场一年中特定时间的正常情况。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当承担的风险。

148. 需要认真考虑的另一个方面是订约当局以外的公共当局的某些行为是否以及在多大程度上可能构成免责障碍。私人伙伴可能需要获得执照或其他官方批准书才能履行某些义务。因此，公私伙伴关系合同似宜规定，如果私人伙伴因为自身不能达到签发执照或批准书的有关标准而被拒发执照或批准书，或者虽被签发但随后又被收回，则私人伙伴不能将这种拒绝作为免责障碍来依赖。不过，如果由于无关或不适当的动机而拒发或收回执照或批准书，则规定私人伙伴可将这种拒绝作为免责障碍来依赖是公平的。另一种可能的障碍可能是订约当局以外的一个公共当局或政府机关导致项目中断，例如由于政府计划和政策发生变化，要求中断项目或对其进行重大修改，这种修改对原来的设计有很大影响。在这种情况下，应当考虑订约当局和导致这种障碍的公共当局之间的体制关系，以及它们相互独立的程度。归类为免责障碍的事件在有些情况下可能相当于订约当局直接违反公私伙伴关系合同，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

149. 施工阶段发生免责障碍通常应当延长为设施竣工留出的时间。在这方面，必须考虑任何这种延长对整个项目期限的影响，公私伙伴关系合同的总期限将施工阶段也计算进去时尤其如此。设施延迟竣工会减少经营期限，可能对私人伙伴和放款人的全部收入估计数产生不利影响。因此，似宜考虑在什么情况下理应延长公私伙伴关系合同的期限，以便考虑到施工阶段可能发生的延期。最后，似宜规定如果所述事件具有持久性，当事各方可以选择终止公私伙伴关系合同（另见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第 34 段）。

150. 另一个重要问题是私人伙伴是否有权因为发生免责障碍导致收入损失或财产损害而得到补偿。公私伙伴关系合同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持，公私伙伴关系一般由私人伙伴自负风险，包括自然灾害和其他免责障碍导致的亏损风险，因此，常常要求私人伙伴针对这些障碍购买适当的保险。为此，一些法律明文规定，发生免责障碍造成亏损或损害时，不得给予私人伙伴任何形式的补偿。然而，不一定由此就认为，与此同时不能将可作为免责障碍的事件当作修订公私伙伴关系合同的条款以恢复合同的经济和财务平衡的理由（另见第 135-144 段）。

151. 不过，有时对涉及建造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办法。在有些国家，订约当局有权作出安排，帮助私人伙伴修理或重建由自然灾害或公私伙伴关系合同中界定的类似事件损坏的基础性设施，前提是在建议征求书中已设想给予这种帮助的可能性。有时，订约当局有权同意，在工程中断超过某一天数，但又不超过某一最长时限的情况下，向私人伙伴支付补偿，前提是此种中断非由私人伙伴负责的事件造成。

152. 如果私人伙伴由于任何这种障碍而不能履约，而当事各方又未能就修订合同达成可接受的方案，有些国家法律授权私人伙伴终止公私伙伴关系合同，而不损害在这些情况下可能应当得到的补偿（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第 34 段）。

153. 还需要结合适用于提供有关服务的其他规则考虑关于免责障碍的法定和合同条款。在某些法律制度中，法律要求尽管发生定义为合同规定的障碍事件的情况，公共服务提供者仍要为继续提供服务作出一切努力（见第 95 和 96 段）。在这些情况下，似宜考虑在多大程度上可以合理地要求私人伙伴承担这种义务，以及对于私人伙伴面临的额外费用和困难应当给予什么补偿。

154. 除下述机制外，一些风险（特别是武装冲突和内乱）可以通过多边投资担保机构由世界银行等国际金融机构部分承保，条件是该国有资格由多边投资担保机构承保，并且其他适用的条件得到满足（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第...段）。

6. 违约和补救方法

155. 一般来说，当事各方可就处理违约的后果商定多种补救方法，直至终止公私伙伴关系合同。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（见第 156 和 157 段）。这些段落探讨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 158-161 段）或替换私人伙伴（见第 162-165 段）的立法问题。终止公私伙伴关系合同这种最终补救方法以及终止可能产生的后果在《指南》别处讨论（见第五章，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，D 和 E 节）。

(a) 一般性考虑

156. 对私人伙伴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、合同规定的罚款和违约赔偿金。⁷在大多数情况下，此种补救方法一般具有合同性质，并不引起重要的立法考虑。尽管如此，必须规定适当的程序，以核实不履约情况并给予纠正这种情况的机会。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，包括在实施较严厉制裁之前，由订约当局的高级官员进行审查。这些程序可由区分可纠正缺陷和不可纠正缺陷的规定来补充，同时要确定相应的程序和补救方法。虽然事先通知并非总是切实可行，尤其是在紧急情况下，但通常要求订约当局向私人伙伴发出通知，要求它在合理期限内纠正违约情况。还似宜考虑在未履行基本义务的情况下由私人伙伴支付罚款或违约赔偿金，并澄清在违反次要或附属义务的情况下不得实施罚款，可根据国内法寻求别的补救办法。另外，实施罚款或违约赔偿金的绩效监测制度可辅以对私人伙伴绩效超出商定条款支付奖金的办法。

157. 虽然订约当局可以通过司法上可强制执行的各种合同安排保护自己免受私人伙伴违约后果的影响，但在订约当局违约的情况下，私人伙伴可利用的补救方法可

⁷ 关于综合工厂建造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合同的法律指南》，第十八章，“迟延、缺陷和其他不履约”。

能受到适用法律的各种限制。主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国家或国际条例。视对私人伙伴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证这些公共实体订立的义务得以履行（见第六章，“争端的解决”，第 33-35 段）。这种情况使得提供保护私人伙伴免受订约当局违约后果影响的机制变得非常重要，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（另见第二章，“项目规划和准备”，第 61-71 段）。

(b) 订约当局的介入权利

158. 一些国家法律明文准许订约当局暂时接管设施的运营，通常是在私人伙伴不履约的情况下，特别是订约当局有确保有关服务在任何时候都得到有效提供的法定义务时。在有些法律制度中，这一特权是大多数政府合同所固有的内容，即使在立法或公私伙伴关系合同中没有明确提到，也可以推定这一特权是存在的。

159. 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意愿，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各种情况。应当将订约当局干预的权利限制于服务严重中断的情形，而非仅仅对私人伙伴的绩效不满的情形。似宜在法律中澄清，订约当局干预项目是暂时的，目的是纠正私人伙伴未能纠正的迫切问题。一旦紧急情况得到纠正，私人伙伴应恢复提供服务的责任。

160. 订约当局介入的能力可能受到限制，因为可能难以立即确定和雇用分包商来执行订约当局介入的行动。另外，频繁干预有可能将公私伙伴关系合同中已转移给私人伙伴的风险又返还订约当局。私人伙伴不应依赖订约当局介入以处理按公私伙伴关系合同应由它自己处理的特定风险。

161. 最好在公私伙伴关系合同中澄清哪一方承担订约当局干预的费用。在大多数情况下，私人伙伴应承担订约当局因私人伙伴自身过错造成的不履约而引起的干预费用。在有些情况下，为了避免就赔偿责任和费用的适当数额产生争端，协议可以授权订约当局采取措施自己纠正问题，然后向私人伙伴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之后发生的（见第 131-139 段），当事各方可以视公私伙伴关系合同如何分配特定风险商定不同的解决办法。

(c) 放款人的介入权利

162. 在项目寿命期内可能出现这样的情况，即由于私人伙伴违约或发生私人伙伴无法控制的非常事件，若项目由另一个私人伙伴负责而继续进行下去，从而避免项目终止，可能符合当事各方的利益。放款人依赖的主要担保是项目产生的收入，他们特别担心贷款偿还之前项目中断或终止的风险。如果发生影响私人伙伴的违约障碍，放款人将有兴趣确保工程不会半途而废，以及公私伙伴关系合同的执行保持盈利。订约当局也可能有意让一个新的私人伙伴实施项目，作为必须接管项目并由自己负责继续实施项目的替代办法。

163. 最近几个大型基础设施项目的协议列入了允许放款人经订约当局同意挑选一个新的私人伙伴履行现有公私伙伴关系合同的条款。这类条款一般由订约当局和给私人伙伴提供资金的放款人之间订立的直接协议加以补充。这种直接协议的主要目的是在私人伙伴违约时，允许放款人让另一个私人伙伴代替违约的私人伙伴继续履行公私伙伴关系合同，从而避免订约当局终止公私伙伴关系合同。放款人的介入权利与订约当局的干预权利不同，前者针对私人伙伴不提供服务的情形经常发生或者可以合理地认为此种情形不可补救的情况，后者涉及特定、暂时和和紧急的不提供服务情形。根据最近已利用此类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私人伙伴的可能性给了放款人又一项担保，使之可以免受私人伙伴违约的影响。与此同时，订约当局也得到机会避免由终止公私伙伴关系合同而引起的中断，从而保持服务的连续性。

164. 不过，在有些国家，在没有立法授权的情况下实施这些条款可能面临着困难。私人伙伴不能履行自身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，“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第 15-23 段）。为了挑选一个新的私人伙伴来代替违约的私人伙伴，订约当局常常需要采用原先挑选私人伙伴的相同程序，订约当局也许不可能经与放款人协商而同意雇佣一个没有按照这些程序挑选的新的私人伙伴。另一方面，即使订约当局有权在紧急条件下与一个新的私人伙伴进行谈判，也可能需要与新的私人伙伴订立新的公私伙伴关系合同，该私人伙伴能否承担前任私人伙伴的义务，可能有一定的限制。

165. 因此，似应在法律中承认订约当局有权与放款人订立协议，其中规定当私人伙伴程度严重地没有根据公私伙伴关系合同的要求提供服务时，或者在发生可能有理由终止公私伙伴关系合同的其他明确规定的事件后，经订约当局同意，可以指定新的私人伙伴履行现有的公私伙伴关系合同。订约当局和放款人之间的协议，除其他外，应当具体说明以下各点：什么情况下允许放款人用新的私人伙伴代替；替换私人伙伴的程序；订约当局拒绝提议的替代私人伙伴的理由；以及放款人按照公私伙伴关系合同规定的相同标准和相同条件维持服务的义务。

三. 公私伙伴关系合同的内容和实施

示范条文第 33 条. 公私伙伴关系合同的内容和实施

公私伙伴关系合同应当就当事各方认为适当的事项作出规定，³⁷ 其中包括：

- (a) 私人伙伴拟实施的工程和拟提供的服务的性质和范围（见第四章，第 1 段）；
- (b) 提供这些服务的条件和公私伙伴关系合同下私人伙伴权利的任何排他性程度；
- (c) 订约当局为私人伙伴获得实施基础设施项目所需要的执照和许可证而承诺向其提供的帮助；
- (d) 对依照示范条文第 35 条组建的法律实体的任何设立和最低限度资本方面的要求（见示范条文第 30 条）；
- (e) 依照示范条文第 36 至 39 条，与项目有关的资产的所有权和当事方与酌情购置项目场地和任何必要地役权有关的义务（见示范条文第 36 至 39 条）；
- (f) 私人伙伴的报酬由利用设施或提供服务的服务费和使用费等经营收入构成时：付款金额和方法、其细分情况、变动方式以及任何适用的公共补贴；
- (g) 私人伙伴的收入由订约当局支付的款项构成时：向公共当局提供服务的总费用及其细分情况；此种付款的确定或调整方法和公式；支付程序，特别是每年在什么条件下，订约当局应付私人伙伴的款项总额扣除私人伙伴可能因任何罚款、合同罚款或预定的损害赔偿金而应付的任何款项；
- (h) 订约当局对工程设计、施工计划和技术标准的审查和批准程序，以及基础性设施的测试和最后检查、批准和验收程序；
- (i) 私人伙伴酌情确保为满足对服务的实际需求而改动服务并确保服务的连续性和以基本相同条件为所有用户提供服务的义务的程度（见示范条文第 43 条）；
- (j) 订约当局或其他公共当局对私人伙伴拟实施的工程和拟提供的服务进行监督的权利，以及订约当局或管理机构可以下令对工程和服务条件加以改动或采取其可能认为适当的其他合理行动以确保依照适用的法律要求和合同要求妥善运营基础设施和提供服务的条件和程度；
- (k) 私人伙伴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；

³⁷ 颁布国似宜注意，在特许权合同中纳入关于本条示范条文所列某些事项的规定是其他示范条文规定的一项强制性要求。

(l) 订约当局或另一公共当局下达任何与上文(i)项和(j)项有关的命令而可能造成的额外费用和其他后果的处理机制，包括私人伙伴可能有权得到的任何补偿；

(m) 订约当局对私人伙伴拟订立的重大合同的任何审批权，特别是与私人伙伴自己的股东或其他关联人士订立的重大合同；

(n) 私人伙伴为实施基础设施项目而应提供的履约担保和应保持的保险单；

(o) 任一当事方违约时可采用的补救方法；

(p) 任一当事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公私伙伴关系合同下的任何义务时可以免除赔偿责任的程度；

(q) 公私伙伴关系合同的期限以及公私伙伴关系合同期满或终止时当事各方的权利和义务；

(r) 依照示范条文第 53 条计算补偿的方式；

(s) 解决订约当局与私人伙伴之间可能出现的争端的管辖法律和机制（示范条文第 34 和 54 条）；

(t) 当事各方关于机密资料的权利和义务（见示范条文第 29 条）。

示范条文第 34 条. 管辖法律

除非公私伙伴关系合同另有规定，公私伙伴关系合同由[本颁布国]的法律管辖。³⁸

示范条文第 35 条. 私人伙伴的公司结构

订约当局可要求中标者建立一个根据[本颁布国]法律组建的法律实体，但需酌情在预选文件或建议征求书中对此加以说明。公私伙伴关系合同应当按照建议征求书的条款，载明对此类法律实体的建立时限、最低限度资本、其章程和细则及章程和细则的重大更改获得订约当局批准的程序的任何要求。

³⁸ 关于特许权合同当事方可否选择东道国法律以外的法律作为合同的管辖法律问题，各种法律制度的解决办法有所不同。另外，正如《立法指南》所述（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第 5-8 段），在一些国家，特许权合同可能由行政法管辖，而在另一些国家，特许权合同可能由私法管辖（另见《立法指南》，第七章，“其他有关的法律领域”，第 24-27 段）。管辖法律还包括适用于基础设施项目执行期间出现的各种问题的其他法律领域的法律规则（一般论述，见第七章，“其他有关的法律领域”，B 节）。

示范条文第 36 条. 资产的所有权³⁹

公私伙伴关系合同应当酌情指明哪些资产是或应当是公共财产，哪些资产是或应当是私人伙伴自己的财产。公私伙伴关系合同应当特别指明哪些资产属于下列类别：

(a) 依照公私伙伴关系合同的规定，私人伙伴需要返还或移交给订约当局或由订约当局指定的另一实体的任何资产；

(b) 订约当局可以选择向私人伙伴购买的任何资产；

(c) 在公私伙伴关系合同期满或终止时私人伙伴可以保留或处分的任何资产。

示范条文第 37 条. 获得与项目场地相关的权利

1. 订约当局或者法律条款和公私伙伴关系合同规定的其他公共当局，应当向私人伙伴提供或酌情协助私人伙伴获得与实施项目所需项目场地相关的权利，包括项目场地的所有权。

2. 凡是实施项目所需土地的强制征购，均应依照[颁布国指明本颁布国关于公共当局为公共利益而强制征购私有财产的法律规定⁴⁰]进行。

示范条文第 38 条. 地役权⁴¹**备选案文 A**

1. 订约当局或者法律条款和公私伙伴关系合同规定的其他公共当局，应当依照[颁布国指明本颁布国关于公用事业公司和基础设施运营人依法享有的地役权和其他类似权利的法律规定]，向私人伙伴提供或酌情协助其享有酌情并视实施项目的需要而进入或穿过第三方的财产或在第三方的财产上施工或附设装置的权利。

³⁹ 私营部门对基础设施项目的参与可以采取不同的形式（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 47-53 段）。这项一般政策通常决定了对项目相关资产所有权的立法方式。不管东道国的一般政策或部门政策如何，所涉各种资产的所有权制度应得到明确界定并以充分的立法授权为依据。这方面清晰明确至关重要，因为这将直接影响到私人伙伴能否为项目融资目的而在项目资产上设立担保权益。本示范条文与各种法律制度所采取的灵活做法相一致，并不设想将所有资产无条件地移交给订约当局，而是允许加以区分，分清哪些是必须移交给订约当局的资产，哪些是订约当局可以选择购买的资产，哪些是特许权合同期满或终止时或任何其他时间私人伙伴保留的私有财产。

⁴⁰ 如果颁布国没有这种立法，关于公私伙伴关系的具体法律应当作出这方面的规定。

⁴¹ 私人伙伴可直接购置为项目相关目的而在邻接财产上通过或穿行的权利，或在这些财产上施工的权利，也可由公共当局在强制征购项目场地的同时强制征购这些权利。一种略为不同的变通办法是，如备选案文 B 所反映，由法律本身授权公共服务提供者视公共基础设施的施工、运营和维修的需要，进入或通过第三方财产或在第三方财产上施工或附设装置。

备选案文 B

1. 依照[颁布国指明本颁布国关于公用事业公司和基础设施运营人依法享有的地役权和其他类似权利的法律规定]，私人伙伴应当拥有酌情并视实施项目的需要而进入或穿过第三方的财产或在第三方的财产上施工或安设装置的权利。
2. 实施项目所需要的任何地役权，应当依照[颁布国指明关于为公共利益而设置地役权的法律规定]设置。

示范条文第 39 条. 财务安排

1. 如果私人伙伴根据公私伙伴关系合同运营供公众使用的设施或向公众提供服务，私人伙伴应当有权依照公私伙伴关系合同对利用设施或其服务征收、接受或收取服务费或使用费。公私伙伴关系合同应当[依照主管管理机构制定的规则]就用来确定和调整这些服务费或使用费的方法和公式作出规定。⁴²
2. 订约当局应当有权同意向私人伙伴直接付款，以此作为前款所述使用设施或其服务的服务费或使用费的替代或补充。
3. 如果私人伙伴运营公众使用的设施或向订约当局或其他公共机构提供服务，私人伙伴应当有权根据公私伙伴关系合同，因为设施或其服务被实际使用或者因为提供设施或其服务而获得合同规定的租金、使用费或其他付款。公私伙伴关系合同应当就用来确定和调整这些付款的方法和公式作出规定。

示范条文第 40 条. 担保权益

1. 在不违反公私伙伴关系合同可能载列的任何限制规定的情况下，⁴³ 视获得任何必要的项目融资所需，私人伙伴有权在其任何资产、权利或权益上设立担保权益，包括在与基础设施项目有关的资产、权利或权益上设立担保权益，其中特别包括：
 - (a) 在私人伙伴拥有的动产或不动产或其在项目资产中的权益上设立担保；
 - (b) 在私人伙伴应从利用其提供的设施或服务中得到的收益和应收款上设立质押。
2. 私人伙伴的股东应当有权在其私人伙伴的股份上设立质押或设立任何其他担保权益。

⁴² 应付给私人伙伴的通行费、使用费、价款或其他费用，在本《立法指南》中称作“服务费”，在订约当局或其他公共当局不提供补贴或付款的情况下，可能是收回项目投资的主要（有时甚至是唯一）收入来源（见第二章，“项目规划和准备”，第 30-60 段）。对提供公共服务收取费用，通常是政府基础设施政策的一个组成部分，同时也是广大公众直接关心的事项。因此，许多国家有关提供公共服务的管理框架包括专门的服务费控制规则。此外，有些法律制度中的成文法规定或一般法律规则还规定了货物或服务的定价标准，例如要求收费必须符合“合理性”、“公正性”或“公平”等某些标准。

⁴³ 这些限制规定可能特别涉及与基础设施项目的资产有关的权利或权益的执行。

3. 如果[本颁布国]法律不允许,则不得在公共财产或提供公共服务所需要的其他财产、资产或权利上设立第 1 款规定的担保。

示范条文第 41 条. 公私伙伴关系合同的转让

除示范条文第 40 条另有规定外,未经订约当局同意,公私伙伴关系合同规定的私人伙伴的权利和义务不得转让给第三方。公私伙伴关系合同应当载明订约当局应当同意转让公私伙伴关系合同规定的私人伙伴的权利和义务的条件,其中包括新的私人伙伴接受公私伙伴关系合同规定的所有义务和对于新的私人伙伴具备提供服务所需要的技术能力和财力的证明。

示范条文第 42 条. 私人伙伴控股权益的转移⁴⁴

除公私伙伴关系合同另有规定外,未经订约当局同意,私人伙伴的控股权益或者其参与项目公司被认为对项目的成功维护和运营至关重要的股东的权益不得转让给第三方。公私伙伴关系合同应当载明订约当局可能给予同意的条件。

示范条文第 43 条. 基础设施的运营

1. 公私伙伴关系合同应当酌情载明私人伙伴下述义务的限制:
 - (a) 确保改动服务使之满足服务要求的义务;
 - (b) 确保服务连续性的义务;
 - (c) 确保以基本相同的条件为所有用户提供服务的义务;
 - (d) 确保其他服务提供者酌情不受歧视地接入私人伙伴运营的任何公共基础设施网络。
2. 私人伙伴应当有权经订约当局或管理机构批准后颁布和执行设施的使用规则。

示范条文第 44 条. 对立法具体变化的补偿

如果因具体适用于基础性设施或私人伙伴所提供服务的立法或规章发生变化,致使与原先设想的履约费用和履约价值相比,私人伙伴履行公私伙伴关系合同的费用显著增加,或者私人伙伴为此种履约收到的价值显著下降,公私伙伴关系合同应当载明私人伙伴有权为此获得补偿的程度。

⁴⁴ “控股权益”概念一般指任命公司管理层和影响或决定其业务的权力。不同法律制度中,甚至在同一法律制度的不同法律门类中也有可能使用不同的标准,其中有形式标准,将控股权益定为在公司各类股票表决权总和中占有一定数量(通常超过 50%),也有更加复杂的标准,将公司的实际管理结构考虑进去。对“控股权益”一词尚无法定义的颁布国可能需要在为实施本示范条文而发布的条例中对这个词加以定义。

示范条文第 45 条. 公私伙伴关系合同的修正

1. 在不影响示范条文第 44 条的情况下，公私伙伴关系合同应进一步载明，因下列情形致使与原先设想的履约费用和履约价值相比，私人伙伴履行公私伙伴关系合同的费用显著增加或者私人伙伴为此种履约收到的价值显著下降的情况下，私人伙伴有权要求修正公私伙伴关系合同的限度：

- (a) 经济或财务条件变化；或
- (b) 并非专门适用于基础性设施或其提供的服务的立法或规章变化；

但经济、财务、立法或规章的变化须是在下述情形下发生的：

- 变化发生在合同订立之后；
- 变化超出私人伙伴的控制范围；
- 变化的性质决定了按情理不能指望在公私伙伴关系合同谈判时私人伙伴已将这些变化考虑在内或者已规避或克服其后果。

2. 在不违反第 5 款规定的前提下，订约当局和私人伙伴可商定扩大公私伙伴关系合同的范围，以包括由私人伙伴提供额外工程或服务，这些工程或服务没有包括在初始合同中，但是已变得必要，并且选择另一个私人伙伴履行这些工程或服务不符合公共利益：

- (一) 因为经济或技术原因，如与根据初始合同采购的现有设备、服务或装置的互换性或互操作性要求；
- (二) 因为选择另一个私人伙伴将给订约当局造成很大的不便或带来大量的重复费用。

3. 公私伙伴关系合同应当确定根据第 1 和第 2 款修正公私伙伴关系合同的条款的程序。

4. 订约当局应当要求，对公私伙伴关系合同任何符合下列条件的修正须经 [颁布国指明公共机构或实体] 批准：

- (a) 这种修正超过原始合同价值的 [颁布国指明百分比]；或
- (b) 这种修正规定根据第 2 款由私人伙伴提供未包括在初始合同中的额外工程或服务。

5. 凡第 2 款所述类别对公私伙伴关系合同的修正或修改使该合同在性质上与最初订立的合同有重大不同的，订约当局不得接受这样的修正或修改。在满足下述一个或多个条件的情况下，修改应视为重大修改：

(a) 修正导致私人伙伴得到的报酬总价值超过合同期限内拟议通行费、使用费、单位价格和其他收费的现值与订约当局根据示范法条文第 19 条第 2(a) 和 2(b) 款评价各项建议书时考虑的拟议直接付款的现值之和的 [颁布国指明百分比]。在几次连续修改的情况下，该值的评估应当以 [颁布国指明期望的时限内] 几次连续修改的累计净值为基础。

(b) 修改引入了这样的条件，即如果这些条件是最初的合同授予程序的组成部分，将允许接纳最初选定的投标人以外的投标人，或允许接受最初接受的建议书以外的建议书，或将吸引更多参与方参与合同授予程序；

(c) 修改大大扩展了合同的范围；

(d) 在示范条文第 47 条规定情形以外的其他情形下，新的私人伙伴取代订约当局最初授予合同的私人伙伴。

示范条文第 46 条. 订约当局接管基础设施项目

在公私伙伴关系合同载明的情形下，如果私人伙伴严重失职，未能履行义务，并且在订约当局通知其纠正违约情形后未能在一段合理期限内予以纠正，订约当局有权暂时接管设施的运营，以确保服务得到有效和不间断提供。

示范条文第 47 条. 替换私人伙伴

订约当局可以同基础设施项目的出资实体和私人伙伴约定，在私人伙伴严重违约或者发生其他事件因而本来应当终止公私伙伴关系合同或出现其他类似情形时，作出安排，由指定的新的实体或个人代替私人伙伴履行现有公私伙伴关系合同。⁴⁵

⁴⁵ 根据彼此间约定的条件由放款人提议并经订约当局接受，用另一实体替换私人伙伴，目的是使当事各方有机会避免因终止特许权合同而造成的破坏性后果（见第四章，“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第 147-150 段）。当事各方似宜首先诉诸其他切实可行的措施，可能的话按先后顺序，例如由放款人或由放款人指定的临时管理人暂时接管项目，或者执行放款人在私人伙伴公司股份上享有的担保权，将这些股份出售给订约当局可以接受的第三方。