



联合国国际贸易法委员会
第三十二届会议
1999年5月17日至6月4日，维也纳

私人融资基础结构项目

私人融资基础结构项目立法指南各章草案

秘书长的报告

增编

第一章. 一般性立法考虑

	段	次	页	次
立法建议.....				2
立法建议的说明.....			1—55	3
A. 总的看法.....			1—15	3
1. 宪法和私人融资基础结构项目.....			2—5	3
2. 立法方针的选择.....			6—11	3
3. 私人融资基础结构项目的法律制度.....			12—15	4
B. 授予特许权的权力范围.....			16—25	5
1. 受权机构和有关的活动领域.....			17—18	5
2. 特许权的目的和范围.....			19—22	5
3. 基础结构的所有权和使用.....			23—25	6
C. 行政协调.....			26—32	6
1. 筹备措施的协调.....			27—28	6
2. 便利颁发执照和许可证的安排.....			29—32	7
D. 基础结构服务的管理当局.....			33—55	7
1. 管理机关.....			36—49	8
2. 管理过程和程序.....			50—55	10

立法建议

一般性考虑（第 1—15 段）

(1) 法律应当使所在国的订约当局有必要的权力来授予开发和运营基础结构的特许权。似宜审查现行的宪法规定，以便取消对私营部门参加基础结构的开发和运营的不合理限制或者对私营实体使用公共财产的不必要限制，取消对基础结构私人所有的障碍。

授予特许权的权力的范围（第 16—25 段）

(2) 所在国似宜考虑采用法律规定：

(a) 授权所在国的订约当局，酌情包括国家、省及地方当局，为新的基础结构设施或系统中基础结构的建造和运营，为现有基础结构设施和系统的维护、修理、翻新、现代化、扩建和运营，或者仅仅为管理和提供其权限范围内的某项公共服务授予特许权；

(b) 授权授予的特许权其范围可涉及订约当局管辖范围内的整个区域，也可仅涉及其中一个地理分区，并根据适用于有关部门的法律、条例和政策，酌情带有或不带有独家经营权；

(c) 授权订约当局或政府其他机关向特许权公司转让或提供执行项目可能需要的公有土地。

行政协调（第 27—32 段）

(3) 所在国似宜考虑通过立法规定，要求：

(a) 有兴趣开发私人融资基础结构项目的订约当局在其权限范围内对其可行性进行一次初步评估，其中即包括项目的预期经济利益、估计成本和预期由基础结构设施运营所提供的潜在财政收入等经济和财务方面问题，也包括项目对环境的影响；

(b) 有关订约当局审查与所提议的这一类基础结构设施运营有关的现行法定要求或条例要求，以期确定批准和签发执照或许可证的是哪些政府机关，或者执行项目还需要哪些政府机关提供投入，从而采取必要的措施来协调这些机关对拟议中项目的投入。

管理基础结构服务的权力（第 33—55 段）

(4) 所在国似宜考虑通过立法规定，以便：

(a) 将运营职能和管制职能分离开来，并将管理权限赋予法律上和职能上独立的机关；

(b) 允许该管理机关有充分的自主权，以便确保能在不受基础结构经营者和公共服务提供者所施加的政治干预或不恰当的压力情况下作出其决定。

(5) 所在国似宜考虑通过立法规定：

(a) 要求公布有关管理程序的规则；

(b) 要求管理决定陈述其所依据的理由并能供有关当事方通过出版物或其他手段加以查询；

(c) 规定针对管理机关决定的上诉程序和充分的补救措施，以保护公共服务提供者不受害于管制机关的武断决定。

立法建议的说明

A. 总的看法

1. 成功地实施私人融资基础结构项目要求有这样一个法律框架,这种法律框架能使所在国的订约当局有必要的权力来授予开发和运营基础结构的特许权。根据一国的法律和政治传统,这项权力可以来自现行的宪法规则、法律、条例和案例法,但也可能需要通过新的规定加以订立。本节所处理的是国内立法机关在为私人融资基础结构项目建立法律框架时似宜考虑的一些一般性问题。首先,立法机关应当考虑所在国宪法对执行这类项目可能具有的影响。其次,必须选择需要颁布的文书的级别和类型及其适用范围。最后,应当考虑本国法律传统如何看待私人融资基础结构项目,特别是什么法律制度将适用于私人融资基础结构项目。

1. 宪法和私人融资基础结构项目

2. 有些国家的宪法只是一般性提到由国家承担的提供公共服务的责任。有的国家具体列出应由国家负责的基础结构和服务部门,另一些国家的宪法则规定由立法者具体指明那些部门。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共用事业单位的专有权力。但是另一些宪法则允许国家向私人实体授予开发和运营基础结构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,或者规定国家应参与投资那些提供公共服务的公司。

3. 对于有意促进基础结构中的私人投资的国家而言,一个重要的事项是重新审视现有的宪法规则,看其中是否对私人融资基础结构项目的实施有所限制。在有些国家,由于未能肯定国家授予此种项目的权力范围,推延了私人融资基础结构项目的兴办。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,从而引发司法争端,对项目的实施带来消极影响。

4. 还应当考虑宪法中关于土地所有权或基础结构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作出某些限制。另一些国家内,私人财产受到确认,但宪法宣布所有基础结构或某些类别的基础结构为国家财产。这种性质的禁止或限制可能会对某些项目的实施构成障碍,如果那些项目涉及有关基础结构的私人运营或者私人运营及所有权的话。

5. 不论政府在基础结构所有权问题上作出何种选择,对于有意在基础结构方面吸引私人投资的国家而言,重要的事项是确保国家有权向特许权公司提供为其实施基础结构项目所需的土地和现有基础结构。在有些国家,人们认为有必要修改宪法,以便国家拥有此种权力。

2. 立法方针的选择

6. 立法往往在促进公共基础结构项目中的私人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,并可代表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结构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。

7. 在有些国家,按照其立法惯例,一般认为适宜颁布特定立法来管理一个或多个项目的实施和运营。另一些国家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,在一般立法中允许国家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。这种一般性的立法形成了一个框架,对各个基础结构部门私人融资项目所常见的问题,提供了统一处理方法。凡认为适宜于颁布一般性立法的国家,先应确定哪些事项应在这一立法层面处理,哪些事项应留给特定的法律、条例或由项目协议加以规定。

8. 一般性立法由于其本身的性质,通常不适宜于详细涉及对各个部门的特定要求。为此,某些公共服务的提

供，在若干国家内，分别由管理特定基础结构部门（例如电信、发电供电、公路和铁路运输）的特定立法来管辖。即使在颁布了管辖跨部门事项的一般性立法的国家内，主张针对特定部门来颁布立法的理由之一是，它使立法者得以按照市场结构来制订各个基础结构部门服务提供者活动的管制规则（见上文“私人融资基础结构项目简介和背景资料”，_____）。

9. 针对特定部门的立法通常都阐明政府对有关部门的政策，为此种政策的执行而规定必要的机制，并对有关服务的提供规定一般准则。在许多国家，针对特定部门的立法是在国家基础结构的相当一部分或全部由国家垄断之时颁布的。近年来一些国家促进私营部门对基础结构投资的战略，往往有广泛的调查研究材料作为根据，这些材料中详细分析了一系列问题，例如在整个市场或在部分市场范围内可以实行多大程度的竞争，同时权衡了取消法定的垄断或全部保留或部分保留此种垄断可能带来的经济损失和预计的得益（见“私人融资基础结构项目简介和背景资料”，_____）。对于有意促进私营部门对基础结构投资的国家而言，似宜重新审查现有的针对特定部门的立法，以便确定其对私人融资基础结构项目是否适宜。

10. 针对特定部门的立法还有一个重要作用是建立起管理具体基础结构部门的框架（见下文第 33—55 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。此种立法还有助于使放款人和特许权公司确信，管理部门在行使其职能中并非拥有无限权力，他们的决定权受到法律有关条文的约束。但是，一般而言，似宜避免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结构项目的长期性。

11. 每项文书均有其特殊性，使它或多或少地适宜于一定的情形。立法规定可能较难修改。许多国家使用立法规定来为基础结构部门的组织和基本政策、机构和管制框架订立总的原则。然而，法律可能并非规定详细的技术和财务要求的最佳文书。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结构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。无论使用什么文书，清晰明了必不可少。但是，这并不意味着所有事项必须一开始就都得到处理。

3. 私人融资基础结构项目的法律制度

12. 在有些法律制度特别是在那些属于大陆法传统的法律制度中，公共服务的提供由一部称之为“行政法”的法律来管辖，此种法律涉及到一系列国家职能。在那些国家中，多数国家有着一系列明确界定的行政法概念，其中涉及某些形式的基础结构项目，例如针对提供某些形式的公共服务，有所谓“公共工程特许权”、“公共服务特许权”或者“委托授权”、“执照”或“许可证”。当事各方的各种权利和义务也许源自法律条款、司法先例或一般的法律原则，视项目的类别和授权文书的性质而定（例如是否为一项双边协议，或只是单方面出具的文件）。

13. 例如，在上述的某些法律制度中，政府一般有权出于公共利益考虑，取消行政合同或修改其范围或条款，但通常需要赔偿承包商的损失或额外费用。政府的其他权利可以包括广泛的监督权和检查权，以及有权对私人运营者的不履约给予处罚（见第五章“基础结构的开发和运营”，_____）。在有些国家，法律中有特别的条款规定了由政府合同引起的争端的解决办法，其中可能限制政府机构不得同意以非司法程序来解决争端（见第八章“争端的解决”，_____）。与此同时，有些法律制度认可在所有政府合同中对政府承包人赋予一定程度的保护的某些默许条件，例如有权在发生意外的情况变化后重新审查合同条款以便恢复其经济和财政平衡（见第五章“基础结构的开发和运营”，_____）。

14. 以专门的法则来管辖基础结构的运营者和公共服务的提供者，这种情况并不限于上述的法律制度。在某些属于普通法传统的国家，往往广泛采用标准表格和条款这种做法，为政府合同制定了专门的规则。这些专门规则一般都赋予政府终止或修改合同的某些权力，但同时又有义务赔偿承包商在履行合同方面遭受的损失。在某些普通法域内，制定了详细的规则来管辖公益事业（例如电信、铁路、电力）运营者的活动。

15. 凡属政府合同须由特别法则管辖的国家，立法机关似宜重新审视现有法规，看其是否适应于私人融资基础

结构项目，查明由于使用此种特别法规而可能产生的困难。为达到透明度并且避免潜在的外国投资者和本国投资者抱有疑虑，最好在涉及私人融资基础结构项目的特别立法中明文列出那些目前只是默示包含或在法律制度中并没有系统地作出规定然而适宜于针对这种项目加以规定的权利和义务（见第五章“基础结构的开发和运营”，_____）。同样地，在颁布一般立法时也可趁机采用促进私人融资基础结构项目的新规则或者排除使用那些据认为妨碍私人融资基础结构项目的实施的法律规则。

B. 授予特许权的权力范围

16. 为实施私人融资基础结构项目，首先需要颁布专门的立法或条例，允许国家将公共服务的提供委托给私人实体或委托给全部或部分国有的非中央集权实体。除了有时须满足本国宪法要求或其他要求外，明文颁布此种法律授权对增强本国或外国的潜在投资者的信心，可能也是一个重要步骤，促使他们相信国家所推行的促进私营部门向基础结构投资的政策。在许多国家，关于在基础结构项目中授予特许权的权力的立法规定并不限于确定政府中被赋予这种权力的机构。一般来说，他们将确定订约当局可以授予的特许权的范围并界定与该项目有关的资产的所有权制度。

1. 受权机构和有关的活动领域

17. 在有些法律制度中，国家直接承担提供公共服务的责任，如无立法授权，这一职能是不能转让的。因此，对于有意在基础结构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，政府有权把提供某些公共服务并收取相应费用的权利交给政府机构以外的其他实体。在公共服务为国家垄断的国家里或在将考虑由私人实体提供曾经是免费向公众提供的某些服务的国家里，授权立法中的这种一般性规定可能特别重要。在有些国家，由于缺乏事先的立法授权，结果产生了司法争端，对特许权公司要求为所提供的服务支付某一费用的权力提出了疑异。

18. 另外，如果采用一般立法规定，则似宜明确指出哪些政府机关或哪些政府有权将基础结构项目授予私营部门。考虑到中央政府以外其他当局为实施其权限范围内项目所需的权力的范围也许是有益的。为了明确起见，还似宜在这种一般性立法中确定在哪些活动领域可以授予特许权。这些规定可能有助于确保充分的行政协调（另见下文第 26—32 段）。

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结构项目的性质和目标可能是有益的。一种做法可以根据特许权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—提交”、“建设—拥有一运营”、“建设—转让—运营”、“建造—转让”）。然而，鉴于在私人投资基础结构方面可能会出现多种多样的安排，也许很难对所有这些安排作出详尽无疑的定义。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结构工程或提供某种公共服务，但有权因提供该项设施或场地或者因它产生的服务或产品或当事各方商定的其他付款或酬劳而要求支付某一费用。法律可进一步澄清可以为了新基础结构设施或系统的建造和运营或者现有基础结构设施和系统的维修保养、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到授予特许权公司的权利的性质。在私人融资基础结构项目中出现的一个主要问题是，提供服务的权利究竟是独家经营权还是项目公司将面临其他基础结构设施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连)。

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结构部门而有很大差异。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,但在另外一些基础结构部门将自由竞争开放已经取得了成功(见“私人融资基础结构项目简介和背景资料”,_____)。

22. 因此,以灵活的方式来处理独家经营权问题是可取的。较好的做法是不排除或不事先规定独家经营特许权,而是由法律授权政府在其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。可要求订约当局陈述在各具体情况下授予独家经营特许权的理由。可以由针对各部门的法律来补充这种一般性立法,针对各部门的法律以适宜于各个部门的方式来管制独家经营权问题。

3. 基础结构的所有权和使用

23. 一些国家对于维护和保护国家财产作了规定,包括必须经过特别程序和授权才可将这种财产的所有权转给私人实体或授予私人实体以使用国家财产的权利。不论所在国政府对拟建造、更新或改建的基础设施的所有权问题作出何种选择,重要的是要确保订约当局有充分的权力酌情向项目公司转让或提供执行该项目所需的任何土地或现有基础设施,其期限应不短于项目协议的有效期。

24. 某一特定项目采取什么样的所有制,这也许要在经过种种实际考虑后才决定,例如要看基础结构运行寿命的长短或看政府保持所有权的利益如何。此外,在有些项目中,当事各方似宜把两种资产明确区分清楚:一种是在特许权终止时应由政府拥有或将其归还政府的资产,另一种是特许权公司在此期间购置的而且继续属于特许权公司财产的资产。无论是哪一种情况,特许权公司将需要确信,它对项目资产的权利,无论可能采取什么形式,是以充分的立法授权为依据的,并将能够对第三方行使这些权利。在这方面,放款人和其他项目投资者都会表示出同样的关切。此外,鉴于许多国家对私人实体使用公共财产有法律限制,政府方面有必要作出事先的法律授权,允许特许权公司使用执行项目可能需要的任何额外的公共财产,例如毗连的土地、公路和其他设施。

25. 因此,由有关法律在考虑到所涉基础结构类别的情况下澄清可授予特许权公司的任何财产权利的性质是可取的。此外,由法律允许政府在必要时批准特许权公司按照项目协议规定的条款条件,使用某些虽然与项目无直接关系但又为建造和运营基础结构所必需的土地、公路及其他辅助设施,这也许是有利的。

C. 行政协调

26. 私人融资基础结构项目可能需要各级政府若干政府机构的参与,视所在国的行政结构而定。例如,对有关的活动制订条例和规则的权限可能全部地或部分地归属于某个政府机构,而其级别又与负责提供有关服务的政府机构的级别不同。还可能有这样的情形: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政府机构中。对于涉及外国投资的项目来说,可能还会出现这样的情形:某些具体权限可能属于所在国政府中负责审批外国投资建议的机构的职权范围。

1. 筹备措施的协调

27. 确保私人融资基础结构项目得以成功实施的一个重要措施是要求有关的政府机构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创造的收入以及项目对环境的影响。这一阶段得出的初步结论对于设想私营部门以何种方式参与项目的实施将起重要的作用,例如基础设施是否将为所在国政府所拥有而由私营实体暂时运营,或基础设施是否为项目公司所有和由其

运营。

28. 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。此时，政府似宜审查与拟议中这类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政府机构对实施项目提供投入。在此阶段，还应考虑可能需要哪些措施，以便订约当局和其他有关政府机构得以履行它们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，使之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（见下文第四章“项目协议”，_____）。另外，还可能需要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“政府支持”，_____），这可能相当的一段时间。

2. 便利颁发执照和许可证的安排

29. 立法可起到帮助作用，为签发在项目过程中需要的批准书和许可证提供便利（例如外汇管制制度下的许可证；组建特许权公司的许可证；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；安装线缆和管道的许可证；设施投入运营的许可证；移动通信的波长频率分配）。所需要的许可证和授权可能属于国家各级政府中若干行政管理机关的权限，而签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，更是如此。

30. 到签订项目协议时，特许权公司通常已为项目花费了大量的时间并投入了大量的资金（例如，编写可行性研究报告、工程技术设计以及其他技术文件；编写投标文件和参与投标过程；谈判项目协议、贷款协议以及其他与项目有关的合同协议；聘用顾问和专家）。若可能得不到建造设施所需要的许可证，往往会使认真的投资者望而却步，不参加项目的竞标。此外，基础结构项目因许可证不齐备而迟迟无法投入运营，也可能影响项目的财政维持能力或给项目投资人造成巨大损失。如果不能以延长特许期、增加费率或提高价格的方式挽回额外的经济损失，那么特许权公司便可能请求政府给予补救或支持。由此产生的后果通常是项目成本增加，并最终由公众付出代价。

31. 因此，尽早对某一具体项目所需的各种许可证作出评析，可有助于避免实施阶段的拖延。为加强协调许可证和批准书的签发，一种可能的办法是授权某个机关接受许可证申请，将其转交给有关机构，并监测招标书内所列的所有许可证以及此后的条例可能要求的其他许可证的签发情况。法律还可授权有关机构签发临时许可证，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。

32. 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，有些情况下政府无法承担签发各种许可证的责任，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，似宜考虑一些其他措施，应付因为行政权限这种划分而可能造成的拖延，例如，旨在使获得许可证的过程增加透明度和效率的措施。另外，政府还似宜考虑提供某种保证，确保将尽力协助特许权公司获得国内法规定的许可证，例如就拟获取的必要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，除各级政府和各政府部门之间的协调之外，还需要确保执行许可证的签发标准相互一致，行政程序透明。

D. 基础结构服务的管理当局

33. 在一些国家，某些公共服务的提供由一套专门的管理制度加以管理。国家和部门的管理制度规定了服务提供者、消费者、管理机关和政府的权利和义务。这套制度包括实质性规则、程序、执行手段和机构，是有关部门实施政府政策的一种重要手段（见“私人融资基础结构项目简介和背景资料”，_____）。视有关国家的体制结构和各级政府之间的权力划分而定，本省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结构部门。

34. 对基础结构服务的管辖，广泛地涉及一系列一般性问题和具体部门特有的问题，视各所在国社会、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（例如见第五章“项目的执行”，_____），但并非旨在逐一列出在管理各个基础结构部门中产生的所有法律问题或政策问题。

35. 本指南假设，所在国已拥有为实施私人融资基础结构项目所需的适当体制和部门结构及人力资源。但如果本国立法机关考虑需要或应该建立管理机构，监测公共服务的提供情况，那么作为对此的贡献，本节讨论这方面出现的一些主要体制和程序问题。本节的讨论列举了为建立私人融资基础结构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。可向实施方案以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）索取实际资料和技术咨询。

1. 管理机关

36. “管理机关”一词是指为实施和监督基础结构运营人活动管理规则所需的机构机制。因为适用于基础结构运营的规则常常允许某种程度的酌处权，所以需要有一个机关来解释和适用这些规则，监督遵守情况，施加制裁，并解决规则实施过程中产生的争端。其具体的管理任务和所涉酌处权的大小将由有关的规则加以确定，这方面有可能差异很大。

(a) 管理机关的部门属性

37. 管理职责既可按部门安排，亦可跨部门安排。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结构部门，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，管理机构还可能负责某个地区内的若干部门。

38. 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。实行针对具体部门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，究竟是实行针对具体部门的管理还是实行跨部门管理，这种决定部分地取决于本国的管理能力。在基础结构管理方面专门知识和经验有限的国家可能认为最好是减少独立的结构，努力取得规模经济的效益。

(b) 机构机制

39. 基础结构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结构部门由自主和独立的机构管理，而将其余的基础结构部门留给某个部直接管理。有时候，独立管理机构与政府之间也可能分享权力，例如颁发专营许可证通常是这样。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体制安排，确保管理机构达到充分的效率。

40. 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结构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离开来，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。管理上的独立性以防止利益冲突的规定作为辅助，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（直接或间接通过家庭成员或其他中间人）。

41. 这就引出一个有关的问题，即需要尽量减少由这样一种机构作出决定或影响决策的风险：这种机构在其管

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。一些国家认为，相对于政府的政治机关，管理机构需要拥有某种程度的自主权。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充分履行其职责）。

(c) 管理机构的法定任务

42. 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，本行业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。把一项或两项目标定为首要目标有助于明确管理机构的法定任务，为有时相互冲突的目标确立优先次序。明确的法定任务也可加强管理机构的自主权和信誉。

(d) 管理机构的权力

43. 管理机构可拥有决定权、咨询权或单纯的协商权，或按照所涉及的主题事项，这些不同程度的权力兼而有之。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，其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掌握。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交各种要求、申请或投诉。

44. 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广义上的评断，如同基础结构私有化常常属于这类情况那样，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，如同对发电和电信服务的开放性许可证制度那样，那么许多国家便把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，理由是这可能影响到管理机构日后对提供有关服务进行管理。

45. 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。

46. 管理机构必须对相当广泛的事项表示自己的看法，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；这些文书的修改；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）；收费价目的确定或调整；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；和解决争端。

(e) 管理机关的组成及其工作人员

47. 在建立管理机关时，少数国家选用的办法是一个管理机关只由一个官员构成，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说情，还可减少草率作出管理决定的可能性。另一方面，单人的管理机关可以较快作出决定，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。

48. 为扩大管理机关的自主权，各种不同的机构都可参与提名。在一些国家，管理机关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关，但须经过国会的确认，或根据国会、用户协

会或其他机关提出的名单任命。对于管理机关，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。管理委员会成员的任期要适当错开，避免发生大换班，由同一届政府任命所有成员；任期的交错还可促进管理决策的连续性。委员的任命往往采取定期制；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）。管理机关常常遇到富有经验的律师、会计师或其他专家为所辖行业效力，因此管理机关本身也需具备同样水平的专业知识、技能和专业水平，除机关内部人员外，必要时还可聘用外面的专家人才。管理机关还常常被允许把某些管理职责分包给外聘专家去履行，但最终的管理决定除外。

(g) 管理机关的预算

49. 稳定的经费来源对管理机关的充分运作至关重要。在许多国家，管理实体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，管理实体的预算必要时由预算拨款作补充，并在年度财政法中加以规定，但这会产生不确定因素，削弱管理机关的自主权。

2. 管理过程和程序

50. 管理法规一般包含有序程序性规则，规定负责各种管理职责的机构如何行使其权力。

(a) 程序

51. 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某个部或由某个独立的管理机关来行使。规则和程序应该是客观的、明晰的，以便确保公正不偏。为达到透明度，法律应要求公布有关的规则和程序。作出的管理决定应陈述所依据的理由，并应供有关各方通过出版物或其他合宜方式加以查询。

52. 根据一些法律的要求，可进一步增加透明度，由管理机关每年发表一份本部门的年度报告，例如包括公布行使管理职责时作出的决定，发生了哪些争议，以及是如何解决的。这种年度报告还可列出管理机关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。

53. 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、其目前的和潜在的竞争者，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程序。在有些国家，这种协商采取公共听证会的形式，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，并要求在作出重大决定和提出重大建议前必须征求其意见。为增加透明度，协商过程中提出的意见、建议和观点需加以公布或可供公众查阅。

(b) 制裁和上诉

54. 许多国家的法律赋予管理机关一些强制或惩罚权力。这些权力可包括有权修改、中断或撤消特许权；有权确定公共服务提供者之间的合同条款（例如相互连接或准入协议）；向公共服务提供者发出指令或命令；实行民事惩罚，包括对拖延执行管理机关的决定进行处罚，以及提起刑事诉讼或其他法院程序。

55. 立法者往往规定了对管理机关的决定提出上诉的程序。上诉程序是一项重要的内容，可保护公共服务提供者免受管理机关武断决定的侵害。但是，有些上诉主要是为了拖延管理决定的生效时间，为了防止在管理上可能因此而出现的不确定性，许多国家的法律都对可提出上诉的理由作了限制。因此，需要同时兼顾到保护公共

服务提供者的合法权益和管理系统的效率这两个方面。迅速作出决定常常是十分必要的。例如，取消竞争者进入基础结构网络的上网权这种问题如果不能迅速解决，便可能迫使竞争者陷于破产境地。凡赋予了上诉权利的地方，主管上诉的机构应是具有必要技能和专门知识来裁决这种事项的机构。有些法律允许公共服务提供者有权对管理机关的某些决定向国家主管竞争的当局提出上诉，有些国家则规定可向行政法庭或司法法院提出上诉。

* * *