



# 大会

Distr.  
GENERAL

A/CN.9/438  
18 December 1996  
CHINESE  
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会  
第三十届会议  
1997年5月12日至30日，维也纳

## 私人融资基础结构项目\*

### 私人融资基础结构项目法律指南的各章草案

#### 秘书长的报告

1. 委员会在1996年举行的第二十九届会议上，决定起草关于建设-运营-移

---

\* 委员会希望此后用“私人融资基础结构项目”的词汇称呼其在该领域的工作，而不再用截止目前所用的“建设-运营-移交”（BOT）的词汇。虽然BOT有时用作不同形式的私人融资公共基础结构项目的一种通用的表示方法，但BOT的字面意思仅指一种特定类型的私人融资基础结构项目。然而，随着该领域的习惯做法进一步演变，形成了各种不同类型的安排，这些安排不属于纯粹的“BOT”类型，如“建设-拥有-运营”（BOO）、“建设-拥有-运营-移交”（BOOT）、“建设-拥有-租赁-移交”（BOLT）或“建设-租赁-移交”（BRT），这里仅举几例。提出这些词汇意在表明委员会在该领域的工作覆盖发展涉及私人融资公用基础结构项目的所有安排，包括但不限于BOT安排。

交(BOT)和有关类型项目的法律指南。<sup>1</sup> 委员会在审议秘书长编写的、载有在该领域其他组织正在进行的工作信息的报告,以及有关这些安排的各国法律所涉问题的要点后,做出了决定。<sup>2</sup>

2. 据报告说,在政府融资的项目中,政府负责项目的整个实施过程,包括负责取得资金和担保偿还,私人融资基础结构项目则与此不同,对于这类项目,政府聘请一个私人实体开发、保养和运营一个基础结构设施,换取要么向公众要么向政府收取使用该设施或其提供的服务或货物的价款的权利。

3. 委员会在审议中注意到,许多国家对 BOT 或其他形式的私人参与公用基础结构项目产生了兴趣,在发展中国家尤其如此,因为这些项目的成功实施将使各国能够大大节约政府开支,重新配置如果不采用这种形式将投资于基础结构设施以满足更紧迫的社会需求的资源。而且,由于项目由项目公司建设,在特许权期限内亦由项目公司运营,国家可以得益于私营部门运营和管理有关基础结构设施的专门知识。政府尤其可以指望取得有时自律性的国家垄断部门可能提供不了的高效率和高标准服务。

4. 但是,有人指出, BOT 和类似项目可能十分复杂,其实施需要有一种在保护公众利益的同时促进国内和国外潜在投资者信心的有利的法律框架。因此,委员会认为,对起草与这些项目有关的法律或使其现代化的各国来说,提供立法指导是有用的。根据委员会的请求,秘书处审查了适合在法律指南中论及的问题,并编写了供委员会审议的材料草稿,这些材料与本报告一起提交。

5. 本报告附件一中所载文件含有一份内容表(该表列出提议法律指南将要包括的题目),接着是有关建议在其中加以讨论的问题的较为详细的注解。提供这些注解是为了使委员会能够对拟议的法律指南及其内容的结构做出有根据的决定。在起草该文件时,秘书处考虑了有关私人融资基础结构项目的各国法律和条例中经常涉及的许多问题。但是,委员会并没有提出法律指南应建议在立法层次处理所有这些问题,而是提出是否最好考虑在法律指南中通过立法处理一些问题,将另一些问题留给各方在有关实施项目的协议中处理。

6. 为了使委员会清楚地了解为法律指南设想的风格和详细程度,秘书处还草拟了一些章的初稿,如第一章“本指南的范围、宗旨和术语”,第二

---

<sup>1</sup> 联合国国际贸易法委员会第二十九届会议工作报告,《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 17 号(A/51/17)》,第 225-230 段。

<sup>2</sup> A/CN.9/424 号文件。

章“私人融资基础结构项目的当事方与阶段”和第五章“预备性措施”(本文件的附录一到附录三)。

7. 在编写材料草稿过程中,秘书处牢记有必要在为基础结构项目吸引私人投资的目标与保护所在国政府和基础结构设施用户利益之间保持平衡。

8. 委员会期望对拟议的法律指南的结构提出意见并对建议在文中讨论的问题提供指导,从而使秘书处能够为委员会 1998 年举行的下届会议起草法律指南的其余各章。

## 附件一

### 私人融资基础结构项目的法律指南草案 附有注解的内容表

#### 导 言

- A. 指南的由来
- B. 指南的编排
- C. 建议和说明性条款

#### 说明

1. 正如《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》和《贸易法委员会国际对销贸易法律指南》中所载的导言一样，建议导言解释指南的由来、其编排和风格、其建议的性质并提供类似性质的其他信息。

#### 一、本指南的范围、宗旨和术语

- A. 本指南所包括的交易
- B. 本指南的宗旨
- C. 本指南所用的术语

#### 说明

- 2. 建议在本指南的第一章提供关于指南所包括交易及指南的宗旨的信息，以及本指南常用术语的解释。
- 3. 第一章的初稿载于 A/CN.9/438/Add.1 号文件中。

#### 二、私人融资基础结构项目的当事方与阶段

- A. 一般评论
- B. 私营部门和公共基础结构
- C. 项目融资概念
- D. 项目当事方
  - 1. 所在国政府
  - 2. 项目主办人和项目公司
  - 3. 贷款人和国际金融机构

4. 其他资本提供者
5. 建造承包商和供应商
6. 运营和保养公司
7. 保险人

E. 实施阶段

1. 项目认定
2. 选择项目主办人
3. 为实施项目做准备
4. 建造阶段
5. 运营阶段
6. 项目终止

说明

4. 作为对私人融资基础结构项目的介绍，建议第二章包含有关项目融资的概念、私人融资基础结构项目的当事方及其执行的阶段的一般评论。第二章的目的是给读者提供背景信息，便于其对随后在本指南中讨论的问题的可能立法解决方案做出有根据的选择。
5. 第二章初稿载于 A/CN.9/438/Add.2 号文件中。

### 三、一般立法问题

- A. 私人融资基础结构项目的法律框架
  1. 立法授权
  2. 基础结构项目的立法做法
- B. 其他有关的立法领域
  1. 一般商业法和财产法
  2. 争议的解决
  3. 投资和税法
- C. 国家立法和国际协议
  1. 国际投资保护协定
  2. 国际贸易文书

说明

#### A. 私人融资基础结构项目的法律框架

6. 建议在第三章的第一节讨论有关私人融资基础结构项目一般法律框架

的两个问题，即所在国政府对于进行这些项目的立法授权及制约这些项目的法律制度。

7. 实施私人融资基础结构项目可能需要制定法规或通过特别条例，在政府自己承担提供“公共服务”，或者建设或扩大基础结构的责任的国家尤其如此。在有将提供“公共服务”或发展“公共工程”的特许权授予私营部门的长期传统的国家里，可能有规则，这些规则规定原则上国家进行的任何有经济价值的活动(这一经济价值使其能够被私营企业利用)可以委托给私营部门。有时，这类一般性法规确定可以由私人实体提供或发展的活动领域或基础结构类型。在没有这类一般性法规而更愿制定涉及特殊活动领域私人融资项目的具体法律的国家，可以看到有一种不同的做法。在一些国家，作为一种立法惯例，认为正式通过监督管理一个或多个个别项目的执行和运营的具体法规是适当的。建议讨论一般性法规和具体项目或具体部门法规的可能的优点和局限性，并且讨论有否可能综合一般性法规和具体部门法规的做法。

8. 在通过一般性法规或具体法规时，许多国家发现最好能发表某种形式的有关私营部门参与公共服务或公用事业的政策声明，或发表一份有关所在国政府追求的目标的解释。政策声明可能是向潜在的主办人、其他实体投资者和贷款人保证政府支持所在国的私人融资基础结构项目的有用途径。还有，所在国政府公开表明采取有利于私人融资基础结构项目的政策的承诺可以达到教育的目的，即告诉公众预计政府关于私人融资公共基础结构项目的政策将如何对国家产生利益。

9. 建议讨论的另一个问题关系到私人融资基础结构项目的法律制度。在某些国家，人们认为项目公司和所在国政府之间的关系具有契约性质，从而使双方处于实质上平等的地位。在其他国家，特别是在许多大陆法法域，私人融资基础结构项目隶属于常常称为“行政法”法体的界定明确的范畴和规则(见第一章，“本指南的范围、宗旨和术语”)。项目公司和所在国政府之间协议的法律制度的这些不同做法的实际结果值得注意。

## **B. 有关私人融资基础结构项目的其他立法领域**

10. 除了与私人融资基础结构项目直接相关的立法问题之外，建议单独用一节考虑其他领域的立法对这些项目的成功实施的可能影响。

11. 所在国的商业法对促进项目的实施起着非常重要的作用。私人融资基础结构项目常常由项目主办人专门为此目的设立的公司来进行。因此，重要的是所在国政府要有一项适当的公司法，该公司法要有关于实质性问题的适合现代情况的条款，如设立程序，管理层结构，股票、债券和公司债

券的发行及其销售和转让，会计报表和财务报表，对少数股东的保护等等。还有，重要的是有关商业合同和证券的各国法律能对项目公司和贷款人的需要提供适当的解决方案，包括有可能转让由本项目产生的应收款项和在制定基础结构的建设和运营所需要的合同时具有灵活性。适当的商业银行法也可以进一步促进项目公司的日常交易。在现有的国际法律文书中可以找到许多对于商业法问题的适合现代情况的解决方案，包括由于贸易法委员会的工作而导致形成的公约和示范法，如《联合国国际货物销售合同公约》、《贸易法委员会国际贷记划拨示范法》、《联合国独立担保和备用信用证公约》和《贸易法委员会电子商业示范法》。

12. 所在国政府的财产法最好能反映现代可以接受的标准和包含关于土地和建筑物，以及动产和知识产权（版权、商标）的所有权和使用权的适当条款，这能确保公司在适当时候购买、出售、转让和许可财产的使用权。尤其是关于保护知识产权，可以通过遵守有关保护和登记国际知识产权的国际协议提供一个法律框架。

13. 实施私人融资基础结构项目的另一个重要因素是所在国解决争议的法律框架。项目主办人、承包商和贷款人会受到鼓励，参与这样一些国家的项目，即它们能提供有利的和国际上可接受的解决争议的法律气候，正如《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》中提供的那样。除了有否可能承认和强制执行外国仲裁裁决之外，国家司法制度的效率、审判程序是否迅速和是否可获得适合于商业争议的司法补救形式都是要考虑的额外因素。

### C. 国家立法和国际协议

14. 建议在第三章最后一节，考虑所在国政府关于便利和促进全球或区域货物和服务贸易国际协议的私人融资基础结构项目的法律的可能影响。

15. 这些国际协议可能载有关于在其缔约国取消进口货物或由外国人提供服务的壁垒的条款。这类条款可能与有关私人融资基础结构项目的国家立法有关系，这些国家立法考虑对于外国公司参与基础结构项目给予限制，或者确定对本国实体或在本地市场采购供应品给予优先照顾。

16. 项目主办人和贷款人特别关注的一个问题是所在国政府对外国投资提供保护的程度。这种保护可能源自所在国政府为鼓励和保护外国投资而参加的国际协议。外国投资者对所在国的信心可由于下述情况而得到增强，例如保护其投资不致在没有进行司法审查或适当补偿的情况下被国有化或没收。潜在的项目主办人还关注其将利润转移到国外或汇回利润的能力问题。另一吸引外国投资的方法可能包括为外国投资者提供特别税收制度，如免除公司税或其他税，免除为项目配备的外国人员的所得税，免除不动

产税，对特许权使用费、进口税给予税收减让。

#### 四、选择项目主办人

- A. 一般评论
- B. 选择项目主办人的可能方法
  - 1. 公开招标
  - 2. 征求计划书
  - 3. 直接谈判
  - 4. 主动提出的计划书
- C. 资格审查标准
  - 1. 与项目主办人有关的要求
  - 2. 对国内公司的优先照顾
- D. 选择过程
  - 1. 资格预审阶段
  - 2. 招标和计划书
  - 3. 评审和项目给予

#### 说明

##### A. 一般评论

17. 建议第四章第一节讨论与建立一个适当选定项目主办人的方法和程序选择法律框架有关的一般性问题和可能办法。一个重要的步骤是所在国政府明确规定将要采购的工程和服务的性质和范围。还有，设想私营部门在任何特定事例中的作用（例如该设施是由项目公司永久拥有还是暂时拥有或者是否在一定期限结束时移交给所在国政府），可能要求所在国政府在设计资格审查要求和评审标准时给予特别考虑。而且，如果法律为选定项目主办人的目的过分强调建造阶段的要求，就可能忽视该设施运营的长期要求，对这点给予适当的重视也很重要。

##### B. 选定项目主办人的可能方法

18. 建议用一节来审查采购货物和服务常用的方法，并考虑其对于基础结构项目是否适宜，特别要注意《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》。在与私人融资公共基础结构项目有关的各国法律中，常常把竞争性方法称为选择项目主办人的主要或唯一方法。公开招标是公开采购货物，



以及在某些情况下用公共资金付款的服务的最常用方法。但是，鉴于基础结构项目的复杂性，有时觉得可供选择的竞争性方法，如“征求计划书”程序更适合于选择项目主办人。

19. 除了竞争性方法，各国立法有时提到其他方法，如直接谈判，或者对于主动提出的计划书采取单一来源采购方法。有时在例外情况下允许采用直接谈判，例如由于特殊原因，竞争性方法不能产生满意的结果，或者对于预计期初投资值不超过一定数额或期限有限的项目。

20. 关于私人融资基础结构项目的各国立法有时涉及的另一问题关系到主动提出的计划书。一些法律提到主动提出的计划书的可采纳性及其谈判的一般性标准，但并未提供有关这些计划书的处置及遵循的程序的进一步详细情况。可采纳性标准可能一般包括国家优先原则、独特性和费用考虑。对于主动提出的计划书的另一做法可能是提供处理它们的特定程序，例如提供审查主动提出的计划书的标准，随后将该项目置于竞争性选择下，对于主动提出计划书的人给予某种形式的鼓励或优先照顾。

### C. 资格审查要求

21. 建议用一节论述所有潜在候选人均必须达到的条件，不管所在国政府选择用什么方法选定项目主办人。

22. 论述的第一类要求涉及到诸如潜在项目主办人的财务资格或其法律地位的要求。一些法律要求股本投资的最小比例，作为总投资费用一定的百分比，或者确定得到用于该项目的公共资金的上限。要求项目主办人提交满足项目的工程、建造和运营阶段筹资要求的适当能力之证明的条款，可以补充这种最小投资。可能还有否定性标准，如宣布某些人或某些类别的人或公司无资格参与选择过程的规则（例如以这种或那种形式参与与给予项目有关的行为的人，或者以前曾经进行过类似活动其特许权又被该国取消的公司）。建议考虑法律直接涉及这些要求或将此事提交采购实体处理是否可取。

23. 建议在同一节讨论的第二类问题，可以在确定对国内实体的某种优惠待遇或对承诺使用本国货物或雇用当地劳力的候选人提供特殊待遇的条款中找到。这种优惠或特殊待遇可以规定作为选定项目主办人的条件，或评估报盘的标准，或对项目公司赋予的义务。在一些法律中，优惠待遇以特殊评估标准的形式出现，这些标准规定了对本国候选人或提出在本地市场采购供应品、服务或产品的候选人给予的优惠幅度。而其他法律则没有明确地把使用国内供应渠道作为一种评估标准，但把其包括在报盘中强制或自愿包括的其他要素中。另外一些法律规定，在所有其他条件都相同的情

况下，对本国候选人给予优先照顾。重要的是，在规定这些优先照顾时，权衡从这种对国内公司的优先照顾中期望的利益与项目的特殊需要孰轻孰重。在把这些对国内公司的优先照顾作为给予项目的标准方面确保有透明度也很重要。

#### **D. 选择过程**

24. 建议用一节说明和分析基础结构项目典型的竞争性选择过程的法律框架，其中分两个分节，一个论述有关预审标准的条款，一个论述有关接下来的过程的条款，包括招标或征求计划书、标书或计划书的内容、可行性或其他研究、投标担保、标书或计划书的评估、给予项目或解决争议。

25. 建议在论述主办人的资格预审的分节中考虑的第一个问题，与参加资格预审的邀请、其循环方式和内容有关。至于资格预审的要求，建议讨论诸如对于项目主办人的法律地位，以及经验和过去业绩的要求等问题（这可能包括诸如主办人在类似或有关项目中的业绩、其主要人员的经历、组织和财务能力等方面）。

26. 建议在接下来的分节中考虑有关投标人或建议人的资格预审之后的步骤的条款。最理想的是在给潜在的项目主办人的须知中，详细指明其标书或计划书中应包括的各个方面，其中包括技术、财务或法律方面的建议。应特别重视研究，诸如与标书或计划书一起提交的可行性研究，这项研究一般涉及诸如适销性，工程设计，项目的经济、财务和运营方面的可行性，以及环境影响研究等问题。也应讨论所在国政府进行或获得自己的可行性研究的重要性。所在国政府发出的须知中所包括的另一方面的问题关系到评估标书或计划书所采用的标准。一般来说，在立法中详细规定选择过程也许是不可取的。但是，在一定程度上，国家立法可以就所有这些方面对采购实体提供指导上发挥重要的作用。同样，国家立法可以为采购实体在选择过程的其余阶段的职能确定适当的框架。法律可以允许，譬如，在最后提交标书或计划书之前举行一次会议，在这次会议上当事各方有机会澄清有关项目的问题，作为这次会议的结果，所在国政府可以酌情修订或改正须知。建议在本节的结尾讨论最后谈判和给予程序，以及讨论解决与给予项目有关的争端的适当机制。

### **五、预备性措施**

#### **A. 项目的场地**

##### **1. 为建造该设施获取土地**

- 2. 通行权和其他地役权
- B. 特许公司的设立
  - 1. 作为一个财团的特许公司
  - 2. 作为一个独立的法律实体的特许公司
- C. 许可证和批准书

### 说明

27. 建议在第五章讨论为实施项目进行准备中的几个重要步骤：为建造设施取得土地，包括出入项目场地的权利；建立将获得建造和经营基础结构设施特许权的财团或公司；颁发进行项目活动所必需的许可证和批准书。建议第五章考虑国家立法在多大程度上能够适当处理这些问题，而又不使各当事方失去满足各个项目的需要所必需的灵活性。

28. 第五章的初稿载于 A/CN.9/438/Add.3 号文件中。

## 六、项目协议

- A. 一般问题
- B. 项目公司的权利
  - 1. 财产权
  - 2. 专营权
- C. 项目公司的一般义务
  - 1. 项目的执行和有关的义务
  - 2. 履约保证
  - 3. 责任和保险
- D. 转授特许、转让和担保
  - 1. 项目的转授特许和转让
  - 2. 担保和财产抵押

### 说明

#### A. 一般问题

29. 建议用一节论述有关项目协议的一般问题，特别是讨论有关项目协议的国家立法所采取的不同做法(从几乎不提项目协议的做法到载有关于将包括在协议中的条款的多方面强制性规定的做法)。这一节将在考虑到在各级政府(国家、省或地方)可能存在的对制定项目协议的立法指导可能有不同需要的情况下，考虑现有做法的可能好处和局限性。其余各节将涉及项

目公司的权利和义务，这点除了在项目协议中论及之外，也可能在立法中得到有效处理，因为它们可能影响第三方的利益。

## **B. 项目公司的权利**

30. 建议论述项目公司在设施和有关财产中的权利和利益的性质，对于这一问题可以找到不同的解决方案。在一些国家，法律明文规定，所在国政府最初为建造该设施所提供的全部资产，以及项目公司建造的全部设施和改造工程的所有权，在整个协议存续期内均属于所在国政府。不过，其他一些法律给予项目公司某类财产权，并详细规定其性质和范围。有关立法澄清项目公司财产权的性质也许是可取的，如果立法允许用这些资产和财产设定某种物权担保，这一方面尤其重要。还有，如果立法要求在特许权期限结束时将设施移交给所在国政府，可能会产生谁拥有对项目公司最初得到的财产进行的改造工程的所有权问题。

31. 还建议在同一节中论述对于项目主办人和贷款人尤为重要（但与所在国政府和设施的用户也有关）的两个其他问题，即特许权是否专有和是否允许竞争性的设施运营。项目主办人和贷款人将会关心是否得到这样的保证，即设施将产生足够的收益以偿还项目公司的债务，补偿投资并允许他们取得合理的利润。这样，各国法律常常授权所在国政府给予项目公司进行作为特许权标的的活动的专营权。在某些情况下，所在国政府承诺不对可能形成与项目公司竞争的类似项目提供公共资金。但是，这一专营权并不总是得到法律的保证。在某些情况下，所在国政府可能保留在同一地区授予多项特许权的权利，假定这点在招标时指明的话。在某些情况下，所在国政府授权在“受监管的专营权”制度下授予特许权，在该制度下，项目公司运营的设施由一个管理机构监督，以确保该公司满足公众利益，这一方面的问题将在第六章“运营阶段”更详细地考虑。

## **C. 项目公司的一般义务**

32. 一些国家的法律通过一般性地提到项目公司筹资、建造、运营和保养设施的义务，规定了项目公司有关建造和运营设施的义务，而另一些国家的法律则包括更全面的义务清单，诸如提供适当的服务或监督和确保遵守与此有关的规则和条例等等。尤其是为了将设施最终移交给所在国政府，一些法律要求项目协议包含技术转让条款，并规定所在国政府选派的当地人员得到适当的技术培训。

33. 有时提供针对违约后果的某种形式的履约保证或保险补充了项目公司

的义务。法律可能一般要求项目公司提供适当的履约保证，并在项目协议中对该问题作出更详细的规定。但是，一些法律载有更详尽的条款，例如要求在项目开始时履约保证金达到项目公司提供的基础投资的一定百分比。也许必须为建造和运营阶段提供不同的履约保证。所在国政府也可能希望与执行项目有关的其他公司提供履约保证，或者项目主办人已筹集足以进行该项目的资金或有担保的资金的证明。要考虑的一个方面是，根据履约保证的条件，严肃的保证人可能不会为项目的整个存续期出具保证。建议本指南考虑在立法中规定具体担保类型，而不是将这一问题留待项目协议解决的可能意义。

34. 建议在同一节中论述的另一问题，与项目执行或设施运营过程中给第三方造成的损失立法条款有关。通常项目公司对由于项目公司的过失导致给所在国政府、服务的用户或第三方造成的损失负责。在某些情况下，这种责任扩大到对环境损失负有责任。为了确保项目公司承担责任，一些法律要求项目公司购买和保留适当的保险，包括工伤事故补偿保险，而其他一些法律规定经所在国政府批准，可以选择对特定形式的责任进行自行保险，如果不能在本国或国际保险市场上以合理费用获得保险的话。

#### D. 转授特许、转让和担保

35. 建议用一节讨论转授特许、项目公司权利的转让和为了项目公司债权人利益而设定的物权担保问题。

36. 如果项目公司被给予提供辅助服务的权利，或如果特许权涉及能够分开进行的多项活动，项目公司可能希望聘用另一实体进行其中一些活动。一些法律要求项目协议禁止事先未经所在国政府批准，全部或部分地进行转授特许或为此目的所做的任何安排。在各国法律中可以找到不同的做法，这种做法是在仍要求所在国政府事先同意的同时授权转授特许，但条件是转授特许要通过竞争性办法给予，且特许分包商在转授特许范围内承担特许公司的所有权利和义务。

37. 在项目有效期内，可能发生第三方有兴趣取代项目公司的事。还有，可能发生这样的情况，即由于项目公司没有或不能履行义务，因而允许项目在另一公司或财团负责下继续运营也许符合各当事方的利益。这可以通过将特许权转让给第三方的方式来完成。很少有法律直截了当地禁止任何特许权转让，而其他一些法律则准许经所在国政府批准进行这样的转让，转让控制项目公司的权利也可能需要所在国政府的批准。贷款人的主要或唯一依靠是项目产生的收益，如果项目公司无法顺利运作的话，他们可能对此有兴趣，即确保工程不半途而废和特许权（项目）有利可图地运营。在

有些情况下，法律承认这种兴趣，规定在某些情况下，贷款人有权选择经所在国政府批准，指定一家新的项目公司取代最初的项目公司。

38. 为项目得到筹资的一个重要因素是项目公司向贷款人提供可接受的物权担保的能力，如抵押或项目产生的应收款项的转让。一些法律通过允许项目公司经所在国政府同意对特许权、由特许权而产生的权利和所涉的财产设定物权担保，明文承认这种利益。一些法律特别准许用项目财产进行抵押或其他物权担保，假定这些财产继续用于特许权目的的话。但是，一些法律严格禁止对特许权及与之有关的权利设定任何债务负担，或规定特许权协议可能包含这种禁止条款。建议讨论这些做法的可能的意义。

## 七、政府支助

### A. 财政支助

1. 国家担保
2. 贷款和收入保证

### B. 鼓励措施、便利条件和利益

1. 税收和关税
2. 辅助收入来源
3. 其他保证和便利条件

## 说明

### A. 财政支助

39. 建议第七章第一节题目涉及所在国政府为降低项目公司和贷款人面临的商业、财政、政治或其他风险可能采取的财政措施。所在国政府实施私人融资基础设施项目的目的之一常常是限制承付公款，在规定所在国政府不给予担保的情况下，特许公司单独负责项目的财政维持能力的那些法律中便反映了这一目的。反过来，其他一些法律为了鼓励私人投资，准许所在国政府分担项目风险，其办法是考虑由所在国政府以担保或贷款的形式，提供某种形式的财政支助，离开这些贷款或担保项目就可能实现不了。建议考虑是否需要允许所在国政府在确定可能为实施项目提供的支助程度时有某种灵活性。为此目的，建议审查支助类型，这些支助类型有时在国家立法中考虑，在有些国家则可能需要特别的立法授权。

40. 各国法律中考虑的担保可能包括：外汇保证，如保证设施产生的收入可以为偿还借贷资本和利息、支持需要外汇的开支或向外国投资者支付利

润份额的目的而兑换成外汇；当货物或服务向所在国政府或公共实体提供时，对项目公司提供的货物和服务付款的保证；有关偿还项目公司所取得贷款的贷款担保。由于项目公司偿还贷款的能力实质上是根据项目产生的收入预计的，政府对于偿还贷款的担保可以使贷款人和项目公司确信，万一提前终止协议或出现项目公司不能控制的其他情况变化或紧急情况，使项目公司暂时不能经营项目或承担其财政义务，将不会使他们不合理地承受风险。所在国政府提供的某些形式的担保可以由国际金融机构如世界银行签发的担保支持。其中一些机构可以给予担保或提供直接有利于私营部门的承保范围。

41. 除了担保之外，在某些情况下，所在国政府或直接或通过一个政府机构，可能自己为特定目的对项目公司提供某种贷款，例如抵偿由所在国政府导致的或由不可抗力事件导致的可能损失或损害，或为修改项目协议提供资金。这些贷款可能要求项目公司提供某种附属担保品，如为开发本项目提供给项目公司的不动产的抵押。如同提供贷款担保一样，提供这些贷款也许是所在国政府在先期承付公款的情况下分担项目风险的一种方式。从贷款人和主办人的观点来看，这种风险分担对于降低或限制他们承受由所在国政府单方面的行动，或项目公司无法控制的其他事件导致的损失的风险，也许很有意义。

42. 另一类财政支助可能是所在国政府对项目公司提供的最少收入保证。当政府或政府实体是特许公司提供的服务或货物的唯一客户时，法律有时规定政府或某个政府实体有以议定费率购买由特许公司提供的这些货物和服务的义务。至于直接向公众提供的服务，所在国政府有时承诺如果官方批准的费率低于项目协议中规定的水平时，给项目公司以补贴。在其他情况下，由所在国基于在选择过程中得出的该设施付款用户的估计数量，直接支付项目公司一笔统一或可变的金额。

## **B. 鼓励措施、便利条件和好处**

43. 建议单独用一节论述经常向私人融资基础设施项目提供的其他支助形式。所在国可以给予项目公司某种形式的税收和关税减免或利益（例如通过免除关税的方式便利进口项目公司所使用的设备），或者可以规定某种优惠税收待遇。有时法律准许所在国政府要么给予关税免除，要么保证不提高关税水平以免对项目造成损害。

44. 降低项目公司承受的商业风险的一种形式，也许包括可能就提供辅助服务或利用其他活动给予额外特许权。通过给予项目公司可供选择的收入来源，所在国政府可以使项目公司采取对于主要服务收取较低的或受管制

的价款的政策。这样，一些法律授权所在国政府在招标中规定，特许公司将在享有或不享有专营权的情况下，有可能被给予来自可供选择的、补充或辅助项目的其他收入来源，目的是鼓励采用较低的收费价格。法律有时规定，所在国政府可以给予项目公司为这些活动的目的使用属于所在国政府的财产（例如用于建造服务区的邻近公路的土地）。

45. 所在国政府可能向项目公司提供的额外保证和便利条件也许包括，向项目公司或其雇员提供各种形式的承保范围，或保证向项目公司提供或其可以方便地得到基础结构设施的运营所需的供应品、货物和便利条件。

## 八、建造阶段

### A. 项目公司的承包商

1. 给予程序
2. 约定制度

### B. 项目开发

1. 项目开发的监督
2. 验收和最后核准

## 说明

### A. 项目公司的承包商

46. 考虑到基础结构项目的复杂性，项目公司有可能保留一个或多个承包商进行项目协议下的工程。建议第八章用一节论述选定承包商的程序和有关指导其与项目公司的合同的法律。

47. 处理选定项目公司承包商的问题采用两种基本做法。一些法律要求项目公司在其标书或计划书中确定将要保留的承包商，包括有关他们的技术能力和财务资格的信息；其他一些法律仅要求潜在的项目主办人指出他们打算转让给第三方的工程的总价值百分比，如果有的话。还有些法律要求项目公司选择其承包商时基本上遵守与选择项目公司本身相同的程序，这一义务还可能扩大到选择承包商的分包商。

48. 项目主办人集团常常包括工程和建设公司，它们参与选择过程以期望被给予执行建造和其他工程的主要合同。如果没有得到被给予这些合同的保证，这些公司将不愿与其他项目主办人一起参加选择过程。一个可能的解决方案是制定类似一些国际金融机构的采购规则那样的规则，这些采购规则规定，如果项目公司是按照这些金融机构接受的竞争性办法选定，项



目公司可以不受约束地用自己的程序采购该设施需要的货物、工程和服务。但是，如果项目公司本身不是按照这些金融机构接受的竞争性办法选定，则该设施需要的货物、工程和服务必须通过竞争性办法采购。

49. 常常由项目公司及其承包商选择他们所熟悉的，在他们看来适合管理其合同所处理问题的法律。潜在的项目主办人通常不想让合同受他们不熟悉的法律制度管辖，如果所在国的法律规定他们的所有合同受其国内法管辖，或要求适用外国法律需经所在国政府批准的话，他们也许不愿意参与项目。但是，在大多情况下，各国政府没有任何强制性理由就项目公司与其承包商之间的合同所适用的法律作出规定，而更愿把这一问题留给选择法律条款或冲突法规则处理。在某些情况下，为了澄清起见，酌情包括了这样的条款，即项目公司与其承包商签订的合同一律受私法管辖，承包商不是政府的代理人，以及，据此，所在国政府对承包商的行为不负任何责任或没有任何义务对与工程有关的疾病、伤亡向承包商的雇员支付赔偿金。

## **B. 项目开发**

50. 建议在第八章 B 节讨论与项目开发有关的法律问题，包括监督建筑工程的进度的程序和基础结构设施最后验收的程序。

51. 各国法律常常包含有关项目开发的条款和确保项目公司遵守工程设计和技术规范的程序，最初的建设项目可能受到所在国政府的审查，以便确保其符合项目开发的规范和技术要求。为了避免开工的拖延，法律可能确定所在国政府批准建设项目的截止日期，并规定如果在一定期限内所在国政府没有提出反对，即被认为已经给予批准。如果所在国政府发现建设项目违背规范，法律有时明文规定所在国政府有权要求修改项目，并说明所在国政府对因需要进行这些修改而导致的拖延不负责任。在某些情况下，法律除了设定所在国政府审查建筑项目的截止日期，还可以明确限制所在国政府对项目提出反对的理由，并制定解决不同意见的规则。

52. 在批准建筑项目之后，法律通常规定由所在国政府在整个建造阶段进行不间断监督。法律可能涉及根据项目协议中提供的时间表，项目分几个阶段的执行情况，并要求每一阶段的最后完成由政府核准。为了便利所在国政府和项目公司之间进行联系，法律有时要求所在国政府指派一名官员实施法律规定的所有监督功能，或说明由哪一政府机构做这项工作。在某些项目中，人们发现要求项目公司任命一位独立的项目经理，通过他与有关的政府实体进行所有交往很有益处。

53. 当发现项目公司完成的工程令人不满或不符合规范时，法律有时规定项目公司可能被处以项目协议中规定的罚款或违约赔偿金。建议在第十章

“履约问题”中讨论这一问题。

54. 在建筑项目完工时，一些法律规定由所在国政府对工程进行最后验收和通过，作为授权项目公司经营该设施的条件。法律也可以授权在所在国政府最后验收前暂时经营该设施。对设施的最后验收有时包括根据需要测试由项目公司安装的任何设备，确保其处于良好工作状态，从而给项目公司提供改正可能在此时找到的缺陷的机会。对于由公众使用的设施，这类规定可能对于所在国政府来说至关重要，在政府因由设施建造中的缺陷导致的损失或伤害对公众负有直接责任或剩余责任的国家尤其如此。如果是对公众封闭和通常只有项目公司及其工作人员可以接近的其他设施，公共利益可能不太突出，所在国政府可能要求项目公司进行属于所在国政府一般监督权的那些测试就满意了。

## 九、运营阶段

### A. 一般监管问题

### B. 运营状况

1. 服务的范围和质量
2. 价格和提价
3. 与用户的关系

### C. 检查和监督

1. 一般检查措施
2. 特别监督权力

## 说明

### A. 一般监管问题

55. 建议在第九章第一节讨论关于项目公司经营结构设施的一般监管问题。在实行私营部门参与基础结构时，各国政府通常期望取得有时自律性国家垄断部门不能提供的高效率和高标准服务。如果对同一部门给予多项特许权，所在国政府可能期望特许权公司之间的竞争起一定的制约作用，并有助于取得效率和质量目标。但是，政府可能发现，以符合公共利益的方式解决与基础结构设施的运营有关的问题并不总能依靠市场，这样某种形式的外部监管也许仍是必要。对于自然垄断取代国家垄断的专营特许权，可能更需要这种外部监管。

56. 在某些情况下，所在国政府可能试图在项目协议或有关立法中解决所

有监管问题（例如服务质量、价格水平），鉴于基础结构设施项目的长期性，这一方法并不总是适当的。在其他情况下，可能给予项目公司制定商业和定价政策的较大自由，一些政府也许不愿采取这一方案。希望为自己保留监管基础结构设施营运的可能性的政府，有时将某些权力授予给予特许权的权力部门。但是，其他政府可能更愿为这些特殊目的另建一个机构，并给予这一机构行使其职能的某种自由。不管设想什么样的机制，政府可能发现为行使这些监管职能提供一定程度的立法指导会有所裨益。

## B. 运营状况

57. 建议在讨论以上一般监管问题之后，单独用一节讨论与基础结构设施的运营状况有关的三个基础问题：项目公司提供服务的范围和质量、项目公司收费价格的确定和调整，以及项目公司与货物或服务的购买者或设施的用户的关系。

58. 法律有时笼统地提到由项目公司提供服务的范围，尤其是那些有关一个特殊部门或一项特殊服务的法律。有时服务的范围和必须提供服务的方式受到由主管机构颁布的规则或经该机构批准由项目公司颁布的规则制约。除了有关服务范围的一般规则，一些法律规定了评估项目公司提供服务质量以及适用的质量标准的一般定义。另一种做法是将这一问题留给项目协议处理。

59. 虽然认识到特许权的条件服从于当事方的协议，但在一些法律体系中，所在国政府有权为了公共利益改变项目公司提供服务的范围和特点，条件是补偿由所在国政府进行的单方面改变对项目公司造成的财务损失或额外损失。

60. 关于项目公司的收费价格，人们注意到有两种基本做法：在某些情况下，项目公司随意确定其定价和商业政策，而在其他情况下，法律规定项目公司的最初收费价格受某种控制机制的制约（例如主管机构的批准，或在项目协议中规定价格的要求）。主管机构必须核准确定合理价格水平所应遵守的标准和参数，这一价格水平允许项目公司收回投资并获取合理的收益率。在某些情况下，法律本身可以规定确定项目公司收费价格的方法。

61. 除了就确定最初价格作出规定之外，各国法律可能提供关于协议有效期内调整这些价格的规则。提出的价格水平常常是选择项目主办人的一个重要因素，如果不是决定性因素的话。因此，所在国政府可能有兴趣对提价确定合理的限制，以劝阻潜在的项目主办人提出低得不切实际的报价而期望能够在后期提高价格。法律有时指出价格调整的标准和参数，正如官方的价格指数那样。除了官方价格指数变量之外，一些法律规定，在签订

项目协议后，由于所在国政府包括税收在内的行为的结果而使项目公司的成本提高时，主管机构将授权调整价格。为了制定适当的调整价格机制，最为理想的是所在国政府牢记所涉各当事方的期望。例如，贷款人也许需要事先确定的价格调整公式，以便估计项目的收入。这样，贷款人可能希望此种公式在项目协议或广泛应用的一些其他文件中得到反映，而不是唯一服从于管理机构的随意决定。因此，如果一个管理机构受权审批提价参数或条件，贷款人也许能从法律规定了实施这一权力的指导原则而找到某种安慰。另一有关的问题是，为了项目的利益，法律在多大程度上可以使项目公司得到豁免，使其不受关于价格和费率控制或关于提供有利于某些类别用户特殊待遇的特定法律的管辖。

62. 如果项目公司直接向公众提供服务，法律有时载有监管其关系或阐明所涉服务的用户的权利和义务的条款。常常要求项目公司在不歧视任何用户群体的情况下提供服务，除非是基于目标考虑的差别，诸如技术特点和由对不同类别用户提供服务导致的特别成本。在某些情况下，可能要求项目公司与服务的用户或项目公司所提供货物的消费者(如煤气、水或电力)签订合同。根据这些货物或服务的性质，法律可能规定一系列法律安排，各项安排受不同的合同制约，诸如能源生产者与输送者之间，能源输送者与能源配给者之间及能源配给者与消费者之间的合同。

63. 在某些情况下，要求项目公司制定处理所服务的用户提出的投诉和索赔的程序。在其他情况下，法律委托主管机构或其他政府机构负责保护服务的用户的利益，并保证他们享有向这一机构提出投诉的权利。

### C. 检查和监督

64. 鉴于基础结构设施项目对于所在国政府的重要性，以及政府最终要对向公众提供的服务的质量负责，所在国政府有可能保留监督设施运营的权利。可能的立法办法有所不同，有的法律指定官员进行检查、指明授予他们的权力并详述检查的程序，有的法律只笼统地提到这一检查和监督权力，而要求在项目协议中规定有关程序。而且，可能要求项目公司定期就设施的运营情况向主管机构报告或一经要求就提供特别报告。项目公司违反合同义务或法定义务的后果可以包括罚款或其他经济制裁，正如法律规定的那样，建议在第十章“履约问题”中考虑这一问题。但是，一般来讲，所在国政府行使这些监督职能并不免除项目公司对于因其违反义务而使所在国政府、用户或第三方承受损失的责任。

65. 一般而言，最为理想的是，实施检查和控制措施要以对设施的运营引起尽可能少的干扰或避免不合理地干预其运营的方式进行。至于实施检查

和有关措施的费用，一些法律规定要求项目公司按照所在国政府的规定承担这些费用，而另一些法律则把这一问题交给项目协议处理。

66. 除了一般检查权力，一些国家法律授权所在国政府为了公共利益的缘故承担对设施的控制和临时管理设施。在一些国家，法律规定了负责临时管理的官员的权力，这些权力一般并不包括处理资产或请求终止特许权。为了向潜在的项目主办人和贷款人保证不会任意或不合理地行使这些权力，法律可能详细说明可能授权所在国政府任命临时管理人的例外情况(又见上文第 37 段)。

## 十、履约问题

### A. 迟延、缺陷和其他不履约

#### 1. 不履约的定义

#### 2. 建造阶段和运营阶段的不履约

### B. 免责条款

#### 1. 免责事件的定义

#### 2. 对于当事方的后果

### C. 情况的改变

#### 1. 政府的行为

#### 2. 艰难条款

## 说明

### A. 迟延、缺陷和其他不履约

67. 建议用一节论述项目公司不履约的问题，各国法律对这一问题采用不同的做法。在一些国家，立法并不包含有关这一问题的特别条款，而将其留给项目协议处理。但是，其他法律则包含界定项目公司违反合同和提供补救措施的笼统条款，它构成了在项目协议或具体条例中规定更详细条款的总体框架。在制定关于这一问题的条款时，也许正如有些法律的做法一样，最好应区分项目公司在建造阶段的不履约和设施运营中的不履约。

68. 可能要求项目公司在执行项目前采取几项措施(例如取得必要的金融手段；准备技术资料；自给予特许权起在一定期限内签订项目协议；设立项目公司；获得许可证或执照)。如果项目公司不能满足这些条件，所在国政府可以采取不同的补救措施，包括，对于特别重要的条件，终止项目协议。在这些情况下，也许最理想的是规定所在国政府在终止项目协议之前

书面通知项目公司满足尚未满足的条件。特别是对于由于未能取得许可证而终止项目协议，也许更为理想的是应该指出当不是因为项目公司的过错而未能取得许可证时，将不会发生终止项目协议的事情。这一条款也许会使贷款人和主办人放心，他们不会因为，例如，所在国政府或其代理人的不行动或过错而受到惩罚。

69. 在建造阶段，不履约也许涉及两大类情况：施工迟延和施工有缺陷。对于该阶段的不履约所能采取的补救措施可能包括，在项目公司提供的保证下付款，支付违约赔偿金或罚款。一般来讲，法律要求项目协议中包含有关该问题的条款就足够了，而不需制定适用于所有类型项目的补救措施方案。在多数情况下，也许这样是适当的，即把终止项目协议和撤销特许权作为最后采取的措施，只在特别严重或屡次不履约的情况下，或当已不能合理地预期项目公司能够或愿意完成工程或纠正缺陷时，才采用这些措施。在一些国家，在采取合同规定的补救措施之前适用特殊程序确定项目公司的不履约情况。所在国政府和贷款人都对确保完成设施的建造感兴趣。因此，在某些情况下，所在国政府不是终止协议和承担完成设施的责任和费用，而是希望给予贷款人一个机会，让其指定一家所在国政府接受的替代公司，完成未完成的基础结构设施并使其运营起来（见上文第 37 段）。

70. 另外，在设施运营期间，也许最为理想的是，法律规定各当事方根据项目公司不履约的严重性及后果，可以确定所在国政府可用的各级补救措施，并附有规定确定不履约和诉诸可采取的补救措施的程序的条款。在某些法律体系中，所在国政府通常在项目公司严重不履约的情况下，有权暂时接管设施的运营。一些法律可能规定某些事件是撤销特许权的正当理由。这里，也许最好是把在运营期间撤销特许权限制到特别严重的情况。

## **B. 免责条款**

71. 在起草国家法律时，最好应考虑到可能阻止项目公司暂时或永久地履行其合同义务的事件，这些事件常常用诸如“不可抗力”的说法或其他有类似意义的术语提到。这些障碍可能是诸如火灾、暴风雨或水灾等自然现象的结果，或者是诸如战争、暴乱或叛乱等人类行为的结果。免责事件的发生，有时可能是阻碍持续期内暂停项目执行或特许权项目的运营的正当理由，但条件是不得超过最长暂停期限。项目公司有无权利向所在国政府要求赔偿或所在国政府是否分担一些项目暂停所发生的费用，对于这些问题不同国家的法律提供不同的答案。法律有时详细说明在一个特定事例中确定事件是否属于不可抗力范畴的程序。

## **C. 情况的改变**

72. 一些法律论及在项目的执行受到所在国政府的行为妨碍的情况下项目公司的权利。在某些情况下，有关规则包含所在国政府除了在特别情况下不干涉项目的执行的一般性承诺。但是，在另一些法律体系中，当公共利益有要求的话，所在国政府以对特许公司进行赔偿为条件，通常有权改变特许权的条款。如果作为政府行为的结果项目的执行被打断，项目公司有权要求延长特许权期限以及补偿它所承受的损失。在某些情况下，所在国政府负责支付这样的赔偿可能是不言而喻的，但也许最为理想的是，在法律中为此目的包括一项特别条款，以便向项目公司保证，它不会由于政府行为的结果而不得不承担并非由于自己不履约而引起的额外费用。

73. 另一个有关的问题涉及到一些因素的改变，这些因素的改变并没有妨碍履行合同规定的义务，但是使项目公司的履约比承担这些义务时所预见的要困难得多。一些法律体系有处理这些情况的特殊规则，这些规则允许修订项目协议的条款以便恢复原来的经济平衡。在某些情况下，在所有政府合同中一般都暗示可以修订协议条款，或在立法中明文规定这种可能性。一些关于私人融资项目的法律一般承认情况改变的可能性，但将这一问题留给项目协议具体解决。

## 十一、项目协议的期满、展期和提前终止

- A. 项目协议期满
  - 1. 项目协议的期限
  - 2. 设施的转让及有关措施
- B. 项目协议展期
- C. 项目协议提前终止
  - 1. 提前终止的理由
  - 2. 对当事方的后果

### 说明

#### A. 项目协议期满

74. 建议讨论项目协议的期满、展期和提前终止，首先论述项目协议到期和在项目期限结束时向所在国政府转让项目的结果。

75. 许多国家法律将特许权有效期限限制为最多几年，这一期限有时明确包括建造期，以及由于不可抗力的缘故引起的展期。把建造期包括在总的特许权期限内的基本理由是为了鼓励项目公司提前完成建筑工程，以便从较长的特许权期限获益。但是，在某些情况下，政府更愿确定一种混合制度，根据该制度，以最大限度的固定年限为条件，一旦项目公司的债务被完全偿还，并达到一定收入、生产或使用水平，项目协议即告结束。

76. 在典型的“建设－运营－转让”项目中，基础结构设施通常在特许权期限结束时转让给所在国政府。一些法律明文规定，要转让的资产不仅包括原来向项目公司提供的资产，还包括项目公司随后为该设施运营的目的获得的资产、货物和财产，而另一些法律将这一问题留待招标或项目协议澄清。一些法律特别规定，在特许权终止时，所在国政府将就项目公司为确保服务的连续性对原来资产进行改进的、那时还没有收回的成本，向项目公司进行补偿。在这些情况下，所在国政府有权收到与特许权有关的良好和能运营状态下的资产和财产。为此目的，可能要求项目公司提供某种财政担保。在某些情况下，在特许权终止前对设施进行一次特别检查，作为检查的结果，所在国政府有权要求项目公司进行额外的维护措施，以便确保设施在移交时处于良好状态。在某些情况下，法律规定项目公司给予的担保必须被延长，直到所在国政府满意地接收设施，并且规定所在国政府可以动用这种担保金支付损坏资产或财产的修理费用。



## B. 项目协议展期

77. 建议在第十一章第二节考虑项目协议展期的可能性，各国法律对这一问题有不同的解决方法。一些法律授权一次或多次将特许权期限延长相等或较短的期限，而其他法律一般禁止展期，但特殊情况除外，诸如允许项目公司收回要求对设施进行的额外工作的成本。

78. 有关延长特许权期限的限制有时作为对所在国政府反对项目公司提出的要求的保护规定下来。在某些情况下，为了鼓励所涉部门的竞争，法律要求所在国政府在特许权期满后对其进行公开招标，在此情况下可以给予项目公司相对于其他同样合格的候选公司的一定优先幅度。

## C. 提前终止

79. 建议单独用一节讨论导致项目协议提前终止或有理由使项目协议提前终止的事件或情况，以及由此产生的对于各当事方的后果。

80. 提前终止的主要理由通常包括下面的任何一种：对于项目公司提起某些类型的破产诉讼；项目公司的征收；由于公共利益的原因而终止；项目公司不能或严重不履行义务；或所在国政府不履行义务。

81. 特许权项目的征收，或所在国政府为了公共利益对其接管，典型地受到特殊程序和支付适当补偿的制约。少数法律明文规定，给予项目公司在所在国政府违约或不履行其义务的情况下终止协议的权利。

82. 如果项目公司破产、不能或者无法继续提供服务，那么作出规定以避免服务的中断可能符合所在国政府的利益。法律可以规定，在这些情况下，所在国政府可以任命一个暂时的管理人，以便确保持续提供有关服务，或给予贷款人替换项目公司或指定替换者的权利。一些法律规定继续实行这种暂时管理，直到破产诉讼所承认的债权人根据破产管理人的建议，决定是否继续进行这种活动或是否将利用特许权的权利付诸拍卖。在某些情况下，法律将与特许权有关的资产和财产排除在清偿或破产诉讼之外，或要求政府事先批准财产清算人或破产管理人的任何处理行为（又见上文第 66 段）。

83. 与作为对项目公司不履行义务的制裁的提前终止不同，由于公共利益的原因而提前终止通常不是项目公司的行为造成的，确定在每一事例中对项目公司支付的补偿时，法律可能考虑到这一区别。

## 十二、适用法律

### 说明

84. 建议用一章处理私人融资基础结构项目适用的法律问题以及适用于项目不同方面的不同法律的可能意义。

85. 一些关于私人融资基础结构项目的国家法律包含适用于关于所在国政府和项目公司之间的项目协议的法律的条款，这些条款常常批准适用国内法。根据特许权的法律特征被认为是一项契约还是一项政府行为（这一问题在第三章“一般立法问题”和第六章“项目协议”中论述），法律也许优先采用私法或行政法。在后一种情况中，法律采取一种不同做法，即规定辅助性地适用行政法，或确定适用于项目的法律规定的先后顺序。一般来说，最为理想的是在法律中澄清项目协议是否可以以及在多大程度上可以违背或补充这种立法的规定。

86. 在一些国家中，有关私人融资基础结构项目的法律并不包含有关在多大程度上项目协议可以受非所在国政府法律的法律制约的特别条款。采用的另一种做法是列出所在国的法律适用的领域（例如技术转让、会计、劳资关系、外汇管制），并规定对于不受所在国法律制约的问题，可以规定项目协议受外国法律的制约。

87. 适用于项目公司与非所在国政府实体签订的合同的法律有所不同。贷款协议常常受当事方选择的法域的法律管辖。项目主办人之间的协议也可以受外国法律管辖。反过来，项目公司与当地客户和设施的用户，或与其当地雇员、供应商或其他商业伙伴之间的合同，常常受所在国的法律管辖。重要的是各当事方认真考虑有否可能在所在国强制执行在其他法域产生的权利或承担的义务。同时，所在国政府针对项目公司为获得实施项目所必需的金融和其他工具而作出的承诺，审查国家法律的有关条款是可取的。

### 十三、争议的解决

#### 说明

88. 建议用一节论述解决可能发生的与私人融资基础结构项目有关的争议的法律框架。

89. 项目公司与外国承包商之间，或所在国政府与项目公司之间的争议，常常带有商业性质，且常常议定将这些争议提交仲裁解决。可以通过基于国际上接受的有关国际商业仲裁和反映国际仲裁特别需要的标准的特别立法，提供解决这些争议的适当法律框架。这种法规的特别合适的范本是《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》。

90. 但是，应当指出，某些法律体系下也许对项目公司与所在国政府之间的争议是否提交仲裁有些限制，正如在涉及政府的争议均强制性地接受国家法院管辖的国家的情况那样。

91. 考虑到私人融资基础结构项目可能出现潜在的潜在的大型而复杂的争议，最为理想的是法律使各当事方能够设想出在分歧出现时处理分歧和避免分歧升级为公开诉讼的机制。在某些情况下，各当事方会发现建立专家小组很有益处，专家小组的构成根据利害攸关的问题的性质而不同，他们就解决争议向各当事方提供建议。如果由于对在较早阶段解决争议的机制没有明确的立法授权，有关技术问题的十分细小的不同意见或争议也需要提交冗长的诉讼，那么项目的实施过程也许将困难重重。

92. 所在国政府关注的另一类争议是项目公司与其客户之间的争议。项目公司可能被授权，或在某些情况下被要求，建立解决争议的机制。在多大程度上这些机构可以取代国家法院的管辖权则根据各国的法律而定。

\* \* \*