



大会

Distr.: Limited  
11 June 2012  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第四十五届会议  
2011 年 6 月 25 日至 7 月 6 日，纽约

## 采购和基础设施发展：今后可能开展的工作\*

### 秘书处的说明

#### 一. 今后的工作

##### A. 导言

1. 在第一工作组 2010 年至 2012 年期间的各届会议上，工作组就适当时可能提交委员会审议的与公共采购有关的今后工作的可能议题交换了初步意见。工作组第二十一届会议报告（A/CN.9/745，第 38-41 段）指出下列问题或许可以作为相关议题：

(a) （委员会 2011 年第四十四届会议通过的）《贸易法委员会公共采购示范法》中未涉及的公共采购的某些方面，<sup>1</sup>例如，采购中的合同管理阶段、暂停资格和中止资格、企业守规规则、可持续性和环境问题。工作组在前一届会议上指出，采购规划也是公共采购中的一个相关方面，现在的《示范法》没有涉及；<sup>2</sup>

(b) 《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》（《私人融资基础设施项目立法指南》）（2000 年）和《示范立法条文》（2003 年）中涉及采购相关方面的条文与《示范法》条文的统一；

\* 本文件未在会前十周提交，是因为需在最后审定本文件之前就其他机构在相关领域中的工作进行非正式协商。

<sup>1</sup> 查阅网址：[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html)。

<sup>2</sup> A/CN.9/718，第 138 段。第一工作组各届会议的工作文件和报告可查阅网址：[www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/1Procurement.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/1Procurement.html)。



(c) 《立法指南》与《示范立法条文》(统称贸易法委员会私人融资基础设施项目文书)的合并;

(d) 确定关于私人融资基础设施项目的现代法规中应涉及的其他议题(如监督以及促进国内争议解决措施而不是使用国际争议解决机构);

(e) 在今后制定的任何法规中扩展目前的贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的范围,以涵盖基础设施发展方面的各种私人融资形式以及目前尚未涉及的有关交易,例如,可能不包括基础设施发展的公私伙伴关系、自然资源开采特许权以及政府提供的服务改由私人提供。

2. 本说明依次论及这些可能议题中的每一项。

## B. 就今后可能开展的工作提出的议题的背景情况

### 1. 《贸易法委员会公共采购示范法》中未涉及的公共采购的方面

#### (a) 合同管理

3. 如工作组所注意到的,采购周期有三个主要阶段:(1)在启动采购程序之前进行规划和编制预算,(2)挑选供应商,(3)合同管理。<sup>3</sup>这是其他机构在采购改革中以及评论人士采取的做法,并反映在《经合组织关于公共采购加强廉洁的建议》所述的原则中,其中将采购周期界定为从需要评估到“合同管理和最后付款”。<sup>4</sup>《联合国反腐败公约》(《反腐败公约》,2003年)第九条第(二)款规定,采购制度必须确保充分的内部控制和风险管理,此项要求显然并不限于阶段(2)。<sup>5</sup>

4. 然而,工作组决定,《示范法》的范围将不扩大到阶段(3),并将只涉及阶段(1)的某些方面。(在这方面,《示范法》与许多国家立法和其他国际采购法规的范围是一致的。)特别是,工作组注意到,以预算立法(采购规划)和合同法(合同管理)作为论题可能比采购法更合适。<sup>6</sup>尽管如此,工作组认为所有这三

<sup>3</sup> 提交工作组第十三届会议的 A/CN.9/WG.I/XIII/INF.2, 第 31 段。采购周期这一阶段所使用的术语包括合同管理(contract management 和 contract administration)、合同执行。如果今后就这一题目开展工作,可以考虑将术语纳入其范围。本说明将采用“合同管理”(contract management),因为该词在这几个词中的词义范围最广。

<sup>4</sup> 《经合组织公共采购廉洁性原则》,2009年,定义,第 126 页,查阅网址: [www.oecd.org/document/25/0,3746,en\\_2649\\_34135\\_42768665\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_2649_34135_42768665_1_1_1_1,00.html)。

<sup>5</sup> 第九条第(二)款:“(二)各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则采取适当措施,促进公共财政管理的透明度和问责制。这些措施应当包括下列方面:……(四)迅速而有效的风险管理和内部控制制度……。”案文可查阅网址: [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/)。

<sup>6</sup> 例如,见 A/CN.9/590, 第 13 段, A/CN.9/595, 第 80-82 段, 审议 A/CN.9/WG.I/WP.42, 第 36-48 段。

个阶段都是采购周期的组成部分，<sup>7</sup>《示范法》所附的《颁布指南》应当比较详细地审议这三个阶段。<sup>8</sup>

5. 合同管理阶段的主要目标是确保合同的履行，也就是说，确保按规定的数量和质量、以议定的价格准时提供采购合同规定的货物、工程和服务，同时避免舞弊。这些目标反映了在资金价值和避免采购过程本身出现舞弊这两个方面的目标。如透明国际及其他机构最近所指出，采购周期的这一阶段以及采购规划“日益面临腐败危险”，<sup>9</sup>这可能是因为对规范评选阶段进行了改革。在实务中发现的舞弊行为包括：在安装之前偷盗资产，在有些情况下因承包商与监管官员串通而造成监管不力、做假账、费用乱分配等。<sup>10</sup>

6. 确保合同执行需要哪些条件，取决于所采购标目的复杂性：简单采购可能涉及提货和直接付款，但在复杂情况下则需要制定具体方案，涉及工程技术人员、勘察人员、项目管理人员、审计员等等。

7. 《示范法》的颁布指南草案以下述方式处理合同管理问题：“合同管理阶段施行不当，可能会损害采购程序的公正性，不利于实现《示范法》在公平待遇、竞争和避免腐败方面的目标，举例来说，最终价格会因更改合同而大大提高，接受低于标准的质量，经常拖欠付款，以及因发生争议而干扰履约，等等。《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》（2000 年）[...]载有关于含私人融资成分复杂采购合同管理的详细建议：该文书中的许多观点同样适用于各类采购合同的管理，尤其是涉及复杂项目合同的管理。”<sup>11</sup>

8. 《立法指南》及其他法规就减轻履约风险提出的解决办法包括在项目协议条款中列入适当规定（应涉及资产所有权、财务安排、担保权益、转让、计划审批、项目条款更改、监测政府实体权力、基础设施运营、以及一般合同安排，如合同分包、赔偿责任和保证、条件更改、违约和救济）。《立法指南》还涉及项目协议的期限、展期和中止以及争议的防止和解决。其他指导意见则建议使用一些项目管理工具，如工作业绩表、确定对每项任务（如交付和检验）的职责、对政府工作人员权限和各级报告制度的清楚了解、界定明确的付款程

<sup>7</sup> 同上。

<sup>8</sup> A/CN.9/590，第 13 段。

<sup>9</sup> 透明国际手册，“杜绝公共采购中的腐败”，2007 年，查阅网址：[www.transparency.org/global\\_priorities/public\\_contracting/tools\\_public\\_contracting/curbing\\_corruption\\_in\\_pp\\_handbook](http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting/curbing_corruption_in_pp_handbook)。

<sup>10</sup> 《经合组织公共采购廉洁性原则》，第 69 页，以及“合同管理最佳做法指南”，联邦采购政策办公室，1994 年，查阅网址：[www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf](http://www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf)。

<sup>11</sup> 《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》，第一部分，综述，“采购周期所有阶段贯彻《示范法》各项原则：采购规划和合同管理”，第 27 段，载于 A/CN.9/WG1/WP.79/Add.1。

序、以及通信和记录保持工具。<sup>12</sup>

9. 如果委员会决定今后开展这一领域的工作是适当的，委员会还似应审议，条例中是否需考虑到采购合同中所阐明的合同管理法律框架（《示范法》未对采购合同的条款加以规范）；如果需要考虑到这一点，那么不涉及合同条款恐怕难以处理合同管理问题。包括联合国<sup>13</sup>和世界银行<sup>14</sup>在内的许多采购实体都对按一般合同条款进行的标准采购作出了规定，而国际顾问工程师联合会（菲迪克，该组织印发了一套工程合同）等组织则印发了可适合特殊需要的专门合同。<sup>15</sup>

10. 另一个观点是，只有当“某一资产的使用寿命结束时或者服务合同结束时”，公共采购周期才应被视为已经终止。<sup>16</sup>某些国家的法律反映了这种做法，它们把公共资产处分问题归入采购法范畴。<sup>17</sup>因此，委员会还似应审议是否审议公有资产处分问题（关于剥离国有资源问题，下文结合私人融资基础设施文书的范围也作了论述）。

## (b) 采购规划

11. 工作组注意到采购周期这一阶段的重要性，认为在《示范法》和（或）《指南》中处理采购规划问题而不是合同管理问题可能更可行。<sup>18</sup>为此，工作组回顾，《示范法》的确论及了采购规划的某些方面，例如界定采购条款和条件（包括第 10 条对说明需要和规格的规定），谁可以参加采购（第 8 条和第 9 条）、如何确定胜出者（第 11 条）以及采购方法和招标办法的选择（第二章）。《示范法》还鼓励发布今后采购机会的消息（第 6 条，例如，以采购计划的形式）。《指南》还指出，“[预告]的好处一般都是通过改善采购管理、加强治理和提高透明度而逐渐实现的。具体而言，这种做法鼓励制订采购规划，加强采购纪律，从而减少诸如不必要地使用为紧急采购设计的方法（这里指的是未作规划造成的紧迫情形）和分拆采购以规避更严厉规则之类的情形。这样做对供应商

<sup>12</sup> 例如，见上文脚注《经合组织原则》，第 70-73 页，以及上文脚注，联邦采购政策办公室“合同管理最佳做法”，Dr. Rene G. Rendon（查阅网址：[www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf](http://www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf), citing Gregg A. Garrett, Rene G. Rendon, Contract Management: Organizational Assessment Tools, National Contract Management Association, 2005）。

<sup>13</sup> 见 [www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm](http://www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm)。

<sup>14</sup> 关于作为此种条款实例的货物采购，见 <http://go.worldbank.org/SOTGACP3U0>。

<sup>15</sup> 见 [www.fidic.org/](http://www.fidic.org/)。

<sup>16</sup> Review of Civil Procurement in Central Government, Peter Gershon, 1999, reproduced in “Getting value for money from procurement”, National Audit Office, United Kingdom, 查阅网址：[www.nao.org.uk/Guidance/vfmprocurementguide.pdf](http://www.nao.org.uk/Guidance/vfmprocurementguide.pdf)。

<sup>17</sup> 例如，见 2005 年《肯尼亚公共采购和处分法》，2003 年《乌干达公共采购和公共资产处分法》，2007 年《尼日利亚公共采购法》。

<sup>18</sup> A/CN.9/595，第 80-82 段。

和承包商也有利，他们可以借此查明需求，为分配必要资源制订规划，并为参加未来采购预先采取其他准备行动”。<sup>19</sup>

12. 除此之外，《示范法》或《指南》并没有述及更广义的需要评估以及规划和预算问题。关于需要评估，经合组织指出，私营部门与公共实体之间的信息不对称会滋生腐败，要避免这种信息不对称就要进行市场调研，可能还需与市场互动；经合组织还指出，应当根据明确的目标和尺度来评估需要本身，而且这一过程应当突出透明度措施。至于规划和预算，经合组织建议根据有关组织的战略重点对采购作出评估，确定现实可行的时间框架和概算，提出商业上的理由，确保这一过程中决策的适当分工，并为采购程序本身的透明度要求创造条件。<sup>20</sup>这些要点都反映在《立法指南》中。<sup>21</sup>

### (c) 暂停资格和中止资格

13. 暂停和中止供应商或承包商的资格（又称为“列入黑名单”）是采购实体可运用的制裁手段。关于此种措施的目的，一种看法是，可以确保政府只同将履行其法律和合同义务的潜在供应商或承包商打交道，而把那些以往未能履行这些义务的供应商或承包商排除在外；其他看法则认为，取消资格的制度是支持采购程序的适当制裁制度的一部分。取消资格是指一旦确定不当行为或其他非法行为供应商或承包商即在一段固定时期内失去争取政府合同的资格；暂停资格通常是指暂时排除在外，例如，在此期间对不当行为的指控进行调查。

14. 《联合国反腐败公约技术指南》指出，作为遵守该公约关于公共采购和公共财政管理的第九条的规定的一个方面，公共采购机构或类似机构应当制定取消资格的政策和程序。<sup>22</sup>

15. 《示范法》第 21 条涉及以供应商或承包商试图或实际利诱、拥有不公平竞争优势或存在利益冲突为由而将供应商或承包商排除在采购程序之外；该条详尽列出了以舞弊为由而不是以资格材料或提交书内容本身为由将供应商或承包商强制排除在采购程序之外的各种理由。该条并不涉及将供应商或承包商排除在未来采购之外，也就是说，并不涉及取消资格，这一点与其他许多制度不同，包括多边开发银行的制度。

16. 在国际和区域一级可以找到一些取消资格制度的实例。世界银行的取消资格制度是以一种行政程序为依据的，置于世界银行制裁委员会程序之下。多边开发银行还订立了《相互执行取消资格决定的协议》（2011 年 7 月生

<sup>19</sup> 颁布指南草案，第一部分，综述，“采购周期所有阶段贯彻《示范法》各项原则：采购规划和合同管理”，第 26 段。

<sup>20</sup> 《经合组织公共采购廉洁性原则》，见上文，第 55-57 页。

<sup>21</sup> 例如，见《私人融资基础设施立法指南》，第三章，特许公司的选定，A.4 “筛选程序的准备工作”。

<sup>22</sup> 第 47 页，“二.7. 预防滥用私营实体管理措施”；案文可查阅网址：[www.unodc.org/documents/corruption/Technical\\_Guide\\_UNCAC.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf)。

效)。<sup>23</sup>2004 年欧盟《公共采购指示》第 45 条和 2009 年欧盟《国防采购指示》第 39 条为禁止被判定腐败罪、欺诈罪、洗钱罪和参加犯罪组织罪的公司投标公共合同或者强制将其排除在外提供了依据。

17. 各区域的国内立法都涉及取消资格，不过并非所有国内制度都是通过公共采购授权立法建立的，关于每个区域取消资格的条例的实例，分别见阿根廷（第 1023/01 号法令，第 28 条）、美国（《联邦购置条例》第 9.4 分节—取消资格、暂停资格和丧失资格）、捷克共和国（捷克共和国政府 2006 年 10 月 25 日第 1199 号法令）、尼日利亚（2007 年《公共采购法》第 6(1)(e)款；在新加坡，取消资格的权力来自《防止腐败法》，此项权力由取消资格常设委员会行使。<sup>24</sup>

18. 如果委员会认为贸易法委员会应当就取消资格及相关问题开展工作，委员会似应就此种工作的可能范围提供指导，所涉及的问题包括正当程序要求、确保适用的一致性、确保相称性和公平性、考虑强制性取消资格和（或）裁量性取消资格、取消资格的职能是否应集中、透明度、时间期限（以及如何申请从黑名单上除名）、<sup>25</sup>“自我清洗”。<sup>26</sup>

#### (d) 公司守规规则

19. 《示范法》对政府和采购实体的行为加以规范，但除了对《示范法》第 21 条明文禁止的行为规定制裁措施之外，并没有对供应商或承包商的行为加以规范。根据某个国家正在审议的逐步形成的做法曾建议工作组对供应商或承包商适用规范和标准。据指出，目的是警醒供应商有可能因采购中的欺诈和腐败行为而受到起诉，并鼓励他们遵守既定的防范措施（这些措施反映了采购实体的义务以及上文所述《示范法》第 21 条的范围）。虽然工作组认为不宜以此种方式扩大《示范法》的范围，但委员会似应考虑审议这一问题，可能的话结合取消资格和自我清洗问题（见上文），并确保分包商守规。

#### (e) 可持续性和环境问题

20. 已经提出这样的观点，即“可持续的采购是国家和国际一级的议程项目。从约翰内斯堡地球峰会的下述建议可以看出这一点：‘各级有关当局应当促进推

<sup>23</sup> 详见网址：<http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>。。

<sup>24</sup> 见亚洲开发银行/经合组织亚洲及太平洋反腐败举措和亚洲及太平洋反腐败政策：关于杜绝公共采购中腐败行为的规定和做法的主题审查，新加坡自评报告，查阅网址：[www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf)。

<sup>25</sup> 例如，见透明国际“关于欧洲联盟发展和执行有效的取消资格制度的建议”，2006 年，查阅网址：[www.eib.org/attachments/strategies/TI\\_EU\\_debarment\\_recommendations.pdf](http://www.eib.org/attachments/strategies/TI_EU_debarment_recommendations.pdf)。

<sup>26</sup> 根据此种程序，因贿赂罪或某些其他罪行本来会被排除在采购程序之外的供应商可以被允许参加今后的采购，理由是他们已采取措施纠正其行动的后果。

行能鼓励发展和推广无害环境的货物和服务的公共采购政策’”。<sup>27</sup>举例来说，为促进可持续的采购，联合国环境规划署与各种组织结成了伙伴关系，如世界银行、国际劳工组织国际培训中心、阿拉伯国家联盟以及国际地方环境行动理事会，并且与各国政府结成伙伴关系促进可持续的采购。<sup>28</sup>

21. 工作组当时并没有采纳列入“可持续的采购”作为《示范法》的一个目标的建议。<sup>29</sup>但是，工作组认为，对这个议题的关注不断增加或许表明今后应当开展这一领域的工作。<sup>30</sup>

22. 颁布指南草案在涉及这一问题时作了以下论述：“委员会注意到，关于可持续采购的定义，并没有达成一致看法，但一般认为这一定义包括采购政策的长期方针，以审查采购对于颁布国社会和环境的全面影响作为基本思考（审查办法包括促进寿命周期成本计算、清理成本和环境影响）。在这方面，采购的可持续性很大程度上可以看作是如何运用《示范法》所设想的最佳做法。因此，序言没有将可持续性单独列作一项目标，而是将其作为《示范法》中的一种运用方法加以论述。可持续的采购一词还可用来泛指通过采购推进社会、经济和环境政策，比如说，“社会”因素有：雇用条件、社会包容、禁止歧视；“道德”因素有：人权、童工、强制劳动；还有环保采购/绿色采购。关于《示范法》在允许以此种方式推行社会经济政策方面的灵活性，[第 8-11 条的评注]载有详细论述”。<sup>31</sup>

23. 委员会似应审议是否有必要在这一领域进一步开展立法工作，还是说《示范法》已经通过《颁布指南》中的上述评注作出补充的方式提供了必要工具；如果属于后一种情形，委员会似应采取步骤，使活跃于这一领域的各机构了解《示范法》的这一做法。

## 2. 对贸易法委员会私人融资基础设施项目各项文书中采购方面的条文和《公共采购示范法》中有关的采购方法进行协调统一

24. 工作组注意到《示范法》与私人融资基础设施项目各项文书之间保持一致的重要性。<sup>32</sup>《立法指南》指出，评选特许公司的方法依据的是 1994 年《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》中的“服务采购的主要方法”。<sup>33</sup>2011 年《示范法》不再包括此种采购方法，而是列入了一种称之为“通过对话征求建议书”（第 49 条）的针对复杂标的的采购方法，其中包含了《立法指南》建议（《建议》）和评注中的评选特许公司过程的某些特征，如预选过程。此种评

<sup>27</sup> 引自“Sustainable procurement — making it happen”，联合王国政府，查阅网址：[www.idea.gov.uk/idk/aio/69979](http://www.idea.gov.uk/idk/aio/69979)。

<sup>28</sup> 具体情况见 [www.unep.fr/scp/procurement/](http://www.unep.fr/scp/procurement/)。

<sup>29</sup> 在闭会期间协商中提出的建议一见 A/CN.9/WG.I/WP.71，第 32(a)段。

<sup>30</sup> A/CN.9/713，第 142 段。

<sup>31</sup> 颁布指南草案，综述，同上文，第 47-48 段。

<sup>32</sup> A/CN.9/713，第 142 段。

<sup>33</sup> 查阅网址：[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html)。

选过程和《示范法》第 49 条有共同特征，包括初步公告、预选程序、参加预选邀请书的规定内容、最低限度技术标准、预先披露的评选标准。尽管如此，第 49 条的规定与《建议》是不同的；前者更为具体，规定了额外要求（如关于评审标准的要求）。因此，委员会似应增订《立法指南》关于评选特许公司的内容，以反映《示范法》的相关规定。

### 3. 私人融资基础设施项目现代法规的补充条文

#### (a) 监督

25. 强制要求采购程序必须同时有每次采购过程的记录（《示范法》第 25 条）是为了便于对采购过程进行监督。《立法指南》建议 38 规定，评选过程应保持相应的记录。《立法指南》还考虑了评选过程、合同审批、监测义务和遵守合同条款、许可条件等方面的监管措施以及制裁措施和争端解决办法。<sup>34</sup>关于基础设施的运营，《立法指南》规定，订约当局或者独立监管机构可以行使有关的监督职能，特别是如果涉及提供公共服务的法律要求或者可能考虑更改条例（此种更改可能影响到项目的可行性）的话。

26. 《立法指南》指出，“详尽讨论基础设施运营条件的法律问题将超出本《指南》的范围”。<sup>35</sup>假如对监管范围进行调整并使用合同机制，例如，有时用来处理合同机制（而且已招致大量批评意见的）稳定条款，<sup>36</sup>委员会似应更为详细地研究监督问题。

#### (b) 促进国内争议解决措施

27. 在 2007 年举行的题为“全球商务现代法律”大会上，敦促贸易法委员会确定以下两个方面：(a)防止并解决特许环境下监管人与运营人之间争议的健全国内制度的必要条件，(b)相关的最佳做法。据指出，在这一领域开展工作的目的，是因为各国显然没有能力，无法适当“处理由于需对一向被视为政府核心职责的经济部门日趋私营化进行监管而产生的争议”以及因此妨碍对这些部门的私人投资问题。尽管解决投资争端国际中心（解决投资争端中心）或许能够处理某些此种争议，但认为促进有关受援国中当地机构的参与是一项重要考虑。

28. 建议贸易法委员会根据《立法指南》第六章中的争端解决规定，在考虑到适当论题的情况下，制定防止和解决争端的国内制度。今后在这一领域制定的

<sup>34</sup> 见第一章“一般性立法和体制框架”，第 30-53 段。

<sup>35</sup> 见第四章“基础设施的建造和运营……”，第一节“基础设施的运营”，第 80 段。

<sup>36</sup> 例如，见“稳定条款与人权：为国际金融公司和联合国秘书长人权与商业企业问题特别代表进行的一项研究项目”，2008 年，查阅网址：[www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p\\_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf)，以及“冻结政府政策：投资合同中的稳定条款”，R. Howse，2011 年，查阅网址：[www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/](http://www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/)。



任何法规的内容都可以包括“关于监管人与运营人之间定期信息交换的协议和条例的规定”；问题出现时的“早期预警”系统，可能的话建立常设机构（类似于合同审查委员会或其他关于适用独立专门知识的常备规定），以便通过保证监管人的正当执法和运营人的诚信守规来处理萌芽中的问题”。与这些规定有关的一项建议是，争端解决机构（应包括挑选有关机构的成员并确保有能力）及相关的行政管理制度应当独立于而且应当被视为独立于政治和短期政府政策。<sup>37</sup>

#### 4. 合并贸易法委员会私人融资基础设施项目各项文书

29. 2001 年，委员会请秘书处在适当时候将贸易法委员会私人融资基础设施项目各项文书的案文合并成单一本出版物，并在这样做的时候保留《立法指南》所载各项立法建议，将其作为当时正在拟订的《示范立法条文》的基础。<sup>38</sup>如果委员会决定进行此项合并工作，委员会似应确保《立法指南》中论及的所有问题都反映在《建议》和《示范立法条文》中（《立法指南》的评注范围比《建议》和《示范立法条文》更广）。

#### 5. 扩展私人融资基础设施项目文书的范围，以涵盖基础设施发展方面的各种私人融资形式以及私人融资基础设施项目文书中目前尚未涉及的相关交易

30. 公私伙伴关系已成为基础设施发展方面的既定执行方式。现在流行许多定义，但是，如世界银行所解释的，“‘公私伙伴关系’一词具有非常广泛的含义，但关键要素是，在提供基础设施方面存在着一种‘合作伙伴’式的做法，而不是那种通常的‘供应商’关系……。要么每一方当事人对整个企业的某一方面各负其责，共同工作，要么双方当事人对某一方面承担共同责任……。公私伙伴关系涉及风险分担、责任分工和奖励分享，是在可为纳税人实现资金价值的情况下使用的”。<sup>39</sup>因此，可以认为“公私伙伴关系”一词的内涵比私人融资基础设施项目一词的含义更广，因为私营部门也可能提供非资金捐助。不过，对公私伙伴关系和私人融资基础设施项目这两个术语的共同理解是，它们是大体相当的工具。

31. 在某些人看来，公私伙伴关系定义还包括政府以其他形式提供服务，包括外包和为此目的剥离国有资产或企业。根据一份报告，“公私伙伴关系经过演变已包括社会基础设施资产及相关非核心服务的采购。公私伙伴关系已扩大到住

<sup>37</sup> 见贸易法委员会第四十届会议期间举行的联合国国际贸易法委员会大会（2007 年 7 月 9 日至 12 日，维也纳）议事记录第 351-363 页，查阅网址：[www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf)。

<sup>38</sup> 在其第三十五届会议上，见 A/58/17，第 171 段。

<sup>39</sup> 世界银行，2003 年，另见网址：<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>。

房、卫生、教养设施、能源、水和废物处理”。<sup>40</sup>一个关键的特征是，过去由政府提供的服务现在由第三方提供；《立法指南》并未涉及此种服务的提供，只是将其作为基础设施发展的一部分。

32. 《立法指南》在导言中指出，“本《指南》特别注重于这样一些基础设施项目，它涉及由选定的投资者承担义务，进行实际建造、修理或扩建工程，以换取因为该基础设施的使用或其所产生的服务而向公众或向某一公共当局收取价格的权利。虽然此种项目有时与涉及政府功能或财产的“私有化”的其他交易合在一个类别，但是，本《指南》并不关注与公共基础设施的发展和运营并无关系的那种“私有化”交易。此外，本《指南》也不涉及开发自然资源的那些项目，例如根据东道国公共当局发给的某种“特许”、“许可证”或“许可权”进行采矿、石油或天然气开发的项目。”<sup>41</sup>注意到此种交易可以包括向私营部门转移共有自然资源或土地，并且有报告指出存在着忽视此种土地上的权利，对环境产生不利影响和某些交易缺乏透明度的情形。<sup>42</sup>报告还表明，涉及土地及其他自然资源处分的项目显著增加。<sup>43</sup>

33. 据认为，《立法指南》的许多建议都将适用于这些被排除在外的交易；的确，经合组织与伊斯坦布尔股票交易所以及区域专家制定的“一项关于特许协议的基本要点”涉及了所有类型的特许。<sup>44</sup>鉴于相关交易的重要性日渐增加，委员会似应考虑是否应扩大《立法指南》的范围，以纳入这些交易。委员会还似应考虑到欧盟委员会就一项关于特许的指示提出的建议的设想范围。<sup>45</sup>

34. 委员会似应回顾，《立法指南》指出，成功的基础设施项目应当“平衡兼顾两个方面：一方面需要方便和鼓励私人参与[有关的]项目，另一方面又要顾及东道国的各种公共利益关切”。<sup>46</sup>委员会似应考虑，如果扩大《立法指南》的范围，将上文指出的目前尚未涉及的项目包括在内，则需要对这些方面以及它们之间的适当平衡作出进一步阐述。在这方面，为了确定相关的公共利益以及公

<sup>40</sup> 新南威尔士财政部（2009年）：New South Wales Public-Private Partnerships — An Evolution, cited in Public-Private Partnerships, Literature Review — Draft, G. Palmer, Aid Delivery Methods Programme, 2009（查阅网址：[www.dpwg-lgd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership\\_\\_Lit\\_\\_Review.doc](http://www.dpwg-lgd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership__Lit__Review.doc)）。

<sup>41</sup> 见《立法指南》导言和关于私人融资基础设施项目的背景资料，第8段。

<sup>42</sup> 见 Uniform law Review, NS — Vol. XVII 2012, Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures, C. Nicholas, 以及其中提到的各种来源。

<sup>43</sup> 例如，见 S. Haralambous, H. Liversage and M. Romano, The Growing Demand for Land Risks and Opportunities for Smallholder Farmers, Discussion Paper prepared for the Round Table organized during the Thirty-second session of IFAD's Governing Council, 18 February 2009, 查阅网址：[www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf](http://www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf)，以及 Rachel Nalepa, The Global Land Rush: Implications for Food, Fuel, and the Future of Development, Pardee Papers, No. 13, May 2010, 查阅网址：[www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13\\_GlobalLandRush.pdf](http://www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13_GlobalLandRush.pdf)。

<sup>44</sup> 同上，第3页。经合组织《一部关于特许协议的法律的基本要点》的案文可查阅网址：[www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf)。

<sup>45</sup> 相关案文可查阅网址：<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:EN:PDF>。

<sup>46</sup> 见《立法指南》导言和关于私人融资基础设施项目背景资料，第4段。

共利益关切，可能需要加以特别谨慎的处理：正如所指出的，任何“对公共政策结果所具有的‘价值’的评判”，<sup>47</sup>都有可能是主观性的。

35. 在这方面，委员会似应注意的是，统法协会正在考虑今后在相关领域可能开展的工作：与农发基金和粮农组织一道开展关于合同耕作问题的工作，并在更大范围提供关于土地投资合同的国际指导意见，同时特别考虑到《统法协会国际商事合同通则》。

## 6. 其他事项

36. 委员会似应考虑，如果对上述某些议题作出简要说明，则需要作出进一步阐述，以便确定今后任何工作的适当任务授权；如果是这样，委员会似应指示秘书处对相关的规范、标准和做法进行更详细的研究，并讨论委员会在有关领域中的工作的可行性和可取性问题。委员会还似应审议举行一次学术讨论会是否有助于拟订今后任何工作的适当范围。

37. 委员会似应评价今后在这些领域制定的任何法规的适当范围和形式。委员会似应审议上文确定的问题在多大程度上适合加以规范；委员会或许认为其中有些问题更适合通过最佳做法指导意见的方式加以处理。在这方面，工作组第二十一届会议认为，某些问题虽然对公共采购及相关活动有着重要意义，但超出了一部法规的范围，也超出了诸如颁布指南这样的政策指导的范围，包括在有关法规的执行和使用方面（例如，见上文第 6-9、12、17 和 34 段中审议的问题）。因此，工作组考虑拟订其他补充文件以支持《公共采购示范法》，其中包括《示范法》及随附《颁布指南》的术语表。<sup>48</sup>

38. 委员会还似宜审议可否在《示范法》的颁布、执行、解释和使用方面收集并提供进一步信息。关于解释，1994 年《示范法》几乎都不是不考虑当地情况颁布的，而 2011 年《示范法》估计也将采用这种做法。因此，作为一种工具使用法规判例法或许有一定帮助。

39. 在破产领域，“《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视”（2011 年）和《贸易法委员会跨国界破产合作实务指南》（2009 年）都为有关的《示范法》提供了支持：一种类似做法，而且鼓励通过贸易法委员会网站和专家协商提供投入也可为《公共采购示范法》提供支持。

<sup>47</sup> Illidge, R. and Cicmil, S. [2000] From PFI to PPP: Is risk understood? 查阅网址：[www1.uwe.ac.uk/bl/bbs/trr](http://www1.uwe.ac.uk/bl/bbs/trr)，第 2 页。

<sup>48</sup> A/CN.9/745，第 36 段。