



大会

Distr.
GENERAL

A/CN.9/444/Add.5
2 March 1998
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
第三十届会议
1998年6月1日至12日，纽约

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

第四章. 项目协议的缔结和一般性条款

	段	次	页	次
立法建议	-		2	
立法建议说明	1 - 48		4	
节次				
A. 一般性考虑	1 - 6		4	
1. 立法做法	1 - 4		4	
2. 项目协议的缔结	5 - 6		4	
B. 项目协议的一般性条款	7 - 47		5	
1. 项目场地	8 - 12		5	
2. 地役权	13 - 16		6	
3. 独家经营权	17 - 21		6	
4. 特许权公司的法律地位	22 - 34		7	
5. 特许权的转让	35 - 38		10	
6. 物权担保	39 - 45		11	
7. 有效期	46 - 47		12	
C. 具体条款	48		12	

立法建议

项目协议的立法做法

(1) 最好将所在国政府和项目公司相互的权利和义务的立法规定限制在十分必要的范围之内，例如关于可能需有事先立法授权的事项的规定，或可能影响第三方利益或与根本政策问题有关的规定的范围之内（见第 2 至 4 段）。

项目协议的缔结

(2) 最好简化缔结项目协议的程序和事先确定代表所在国政府主管项目协议核准和签署的一个或多个当局（见第 5-6 段）。

项目场地

(3) 项目场地用地需由所在国政府通过征用取得时，最好规定私人融资基础结构项目所需的一切征用都应按照所在国法律所规定的现有最便捷程序进行（见第 8 至 12 段）。

(4) 项目公司可能需要的地役权可在具体的部门立法中予以规定（见第 13 至 16 段）。

独家经营权

(5) 法律最好规定由所在国政府和项目公司商定所在国政府是否需要保证不促进或支持可能造成同该项目公司的竞争的并行项目的实施（见第 17 至 21 段）。

特许权公司的法律地位

(6) 所在国政府似宜要求项目联营集团成立以该国为所在地的独立法律实体。如认为符合公众利益，法律可授权所在国政府将项目授予外国公司（见第 26 至 27 段）。

(7) 规定固定总额作为最低资本的要求可能并不可取（见第 29 至 30 段）。

(8) 法律可要求将项目公司的活动限制在授予项目公司的一个或多个具体项目的开发和运营的范围之内。法律还可进一步规定项目公司的章程和细则的根本性改动和对项目公司有效控制权的转让须经所在国政府的核准（见第 31-34 段）。

特许权的转让

(9) 未经政府的同意，项目公司无权转让特许权。可给予到期前特许权的转让以核准的条件可包括：

(a) 新的特许权公司接受项目协议所规定的一切义务；

(b) 说明新的特许权公司具有为提供服务所需的技术和财务能力的证据（见第 35 至 36 段）。

(10) 特许权公司可得到授予分包特许权的授权，但须有所在国政府的事先核准（见

第 37 至 38 段)。

物权担保

(11) 如基础结构中的有形资产并非项目公司所有，法律最好明确说明项目公司是否可就这些资产建立物权担保以及担保的范围（第 40 至 42 段）。

(12) 由法律规定项目公司能够就项目协议所产生的权利建立担保是不无好处的，但这类担保的实施不得影响项目公司根据协议所承担的义务（第 43 至 44 段）。

(13) 由法律授权建立对项目公司股份的物权担保也是有好处的，但须有所在国政府的核准（见下文第 45 段）。

期限

(14) 如果认为最好应通过将特许权期限限制在某一最高年份数的立法规定，最好规定充分长的期限，使项目公司能够偿还债务、取得合理的收入和达到合理的生产或使用水平（见第 46 至 47 段）。

立法建议说明

A. 一般考虑

1. 政府和项目公司间的“项目协议”是基础结构项目的中心文件。项目协议界定项目的范围和目的、当事方的权利和义务；它详细介绍拟由项目公司进行的工程，并规定了基础结构运营或有关服务提供的条件。

1. 立法做法

2. 国家立法就项目协议的内容所采用的有三种主要做法。有些国家的法律根本不提及这种类型的协议，而有些国家的法律却载有关于拟列入协议的条款内容的大量的强制性规定。有些只列举一些应在项目协议中加以处理的问题但不详细规定协议条款内容的国家法律所采取的则是一种中间做法。

3. 就项目协议的某些基本要素作出法律规定，可起到一种在谈判开始时便确定当事方权利和义务分配的总框架的作用。其目的可以是针对不同政府级别（国家、省或地方）参与项目协议制订的公共当局以立法指导。缺乏项目协议谈判方面经验的公共当局可能会感到这类指导特别有用。有些国家还可能进一步认为关于项目协议某些要素的立法规定可以加强政府对项目公司的谈判地位。最后，有时可能还需要有规定政府有权同意某些类型的规定的立法。

4. 详细涉及当事方权利和义务的立法规定的一个可能的坏处是，可能会使政府和项目公司失去那种在照顾到具体项目的需要和特点的情况下谈判协议的必要的灵活性。因此，最好将关于项目协议的立法规定限制在确有必要的范围之内，例如关于可能需要有事先立法授权的事项或可能影响第三方利益的事项的规定，或与不允许通过协议加以变动的基本政策事项有关的规定。

2. 项目协议的缔结

5. 私人融资基础结构项目通常根据政府和项目公司间的书面协议进行。对于书面协议的谈判和签署，法律通常有明确的要求。有些国家法律对项目协议的缔结和生效规定了一定的手续。在某些国家，授予当局和选定的项目联营集团之间谈判的协议条件可能还须经更高当局的核准。有时候，项目协议的生效须有国会法案甚至还须通过特别立法。

6. 为简化手续和避免项目时间表延误所产生的不良后果，有些国家使所在国接受约束的权力是在有关立法中改由经指定的官员行使的，以便一俟签字或一俟履行了某些手续，例如在官方公报上发表等，项目协议即告生效。在这类程序不可行或者仍需另一实体最后核准的国家，则最好考虑如何避免不必要延误的办法。重要的是要记

住，项目在谈判完成后因无核准而受挫的风险，并不是项目公司所愿意承担的风险。在将核准要求视为带有武断性或十分麻烦的情况下，可请求所在国政府针对这类风险为项目公司和贷款人提供充分的保障。在某些存在着这类核准要求的国家，政府有时在项目协议中同意就项目最后核准由于并非项目公司方面的原因遭到拒绝而产生的全部费用给项目公司以补偿。

B. 项目协议的一般条件

7. 项目协议通常都是广泛涉及多种多样一般性和项目性问题的很长很长的文件。本节将讨论国家法律中似可称为核心条款的可能的法律含义。

1. 项目场地

8. 如果拟将一新的基础结构设施建造在为所在国政府所有的土地上，或拟对一现有基础结构设施进行更新或整顿（例如“更新－运营－移交”或“整顿－运营－移交”项目），通常是由所在国政府作为这类土地或设施所有者向项目公司予以提供。所在国政府可或者向项目公司转让土地或设施的产权或者保留产权而授予项目公司以使用土地或设施和进行建设的权利。

9. 无论是将基础结构设施移交回所在国政府还是由项目公司永久性所有，最好都要在将这类土地和设施交给项目公司之时由当事方确定土地和设施的条件。如此确定可减少在将基础结构设施移交所在国政府时发生的争议。因此，项目协议应当规定在将这类土地和现有设施转让或提供项目公司之前对土地和设施进行检查、测量和划界。在项目协议中通常要涉及的进一步的事项包括移交土地或设施的程序和所需文书的提交的程序。

10. 如果土地不是已为所在国政府所有而是需要从其所有者手中购买，情况可能会更复杂一些。如果项目源于私营部门主动报价的提议（见第三章，“特许权公司的选定”，第87－93段），或者基础结构设施虽有较高商业潜力却并未被视为国家优先，所在国政府可能不会认为有什么迫切的理由去取得土地并向项目公司提供。不过，在多数情况下，项目公司在承担购买项目所需土地的责任方面可能并不是处于最佳地位的。项目公司可能害怕潜在的迟延，害怕同可能是许许多多的单个的所有者谈判所涉及的费用，而且，也害怕象世界上有些地方所需要的那样，为了确定具体所有者的产权是否正常而对地契进行复杂的调查和审查以前财产一系列转让的各个环节。因此，提供为项目实施所需的土地的责任通常都是由所在国政府承担的，以避免由于土地获取所造成的不必要的延误或增加项目费用。所在国政府可从所有者手中购买所需的土地或者在必要时以征用方式取得土地。

11. 在需要诉诸征用程序时，可能需要采取种种准备性措施，以免延误建设工程。在法律规定了一种以上征用程序的国家，最好规定私人融资基础结构项目所需的一切

征用均按这些程序中较为便捷的程序进行，例如在某些国家中出于迫切的公共需要而实施的特别程序等（见第一章，“一般立法考虑”，第36-37段）。

12. 私人财产征用权通常属于政府，但有些国家的法律也授权公用事业或公共服务提供者（如铁路公司、电力局、电话公司等），允许其采取某些行动征用为向公众提供或扩大其服务所需的私有房地产。尤其是在那些通过法院程序对被征用房地产所有人所得补偿进行调整的国家，一种大有好处的做法是，授权特许权公司进行与征用有关的某些工作，而所在国政府则仍然负责完成根据有关法律属于启动征用程序之前需具备的条件的工作。土地一经征用，其产权往往为所在国政府所有，不过有时候法律也可授权所在国政府和项目公司商定不同的安排，同时考虑到各自在房地产征用费用中所占比重。

2. 地役权

13. 除要为设施建造获得房地产外，如果项目场地所在地需跨过或通过第三方房地产之后才能进入，可能还需确保项目公司对这类房地产的准入。项目也许因其性质而需要由项目公司进入属于第三方的房地产（例如在邻近、地面安置交通标志；在第三方房地产上竖立电线杆或在其上方布设电力传送线；安装和维护变电和转接设备；修剪影响敷设在邻近房地产上的电话线的树木）。在本《指南》中，为特定目的使用他人房地产或在他人房地产上作业的权利一般称为“地役权”。

14. 地役权通常需经有关房地产所有人的同意，除非法律已规定了此种权利。除了所需地役权仅涉及为数不多的毗邻房地产这类情况以外，由项目公司直接从有关房地产所有人处获取地役权，往往并不是什么便捷或合乎成本效益原则的解决办法。更常见的做法是由所在国政府通过与征用项目场地同时并举的征用程序获得这类地役权。

15. 一种略为不同的变通办法是，由法律本身规定给予项目公司的地役权的类型，而不必非要征用与这类地役权有关的房地产。如果所在国政府认为有可能事先确定项目公司可能需要的某些最低限度的地役权，便可就针对具体部门的立法采用上述变通办法。例如，针对发电部门的法律可规定特许权公司为了在属于第三方的房地产上安装和操作基本性和配电性网络而据以取得布线权的各种条件。有些措施的实施可能需要有这样的权利，例如敷设或安放地下或架空电缆及建立支撑性结构和安装变电和转接设备；这类装置的保养、维修和拆除；沿地下或架空电缆经过处设立安全区；拆除有碍线路或影响安全区的各种障碍物。

16. 在有的法律制度中，如果由于地役权的具体性质而大大影响了房地产所有者对房地产的使用，项目公司可能有义务向所有者支付赔偿，如同征用时支付赔偿一样。

3. 独家经营权

17. 项目协议所涉及的核心问题之一是，运营基础结构或提供服务的权利究竟是

独家经营权还是也许可竞争性基础结构运营。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；也可涉及提供一种特定类型货物和服务的权利，包括向某一特定客户（如电力公司是输电和配电公司享有独家经营权的地区供应商），或向少数客户群体（例如国家长途电话运营人向各地方电话公司提供通连）。

18. 对于希望对私人融资基础结构项目实行授权性立法的国家来说，处理独家经营权问题的一种灵活的做法可能是，由法律规定政府有权在其认为符合公共利益的情况下给予独家经营的特许权，例如可出于技术或经济可行的理由授予独家经营权。可要求授权当局就每一具体情况说明授予独家经营特许权的原因。可以用通过适合各个特定部门的方式管束独家经营权问题的有部门针对性的法律来作为这类一般性立法的补充（见第二章，“部门结构和管理”，……）。

19. 在有些项目中可能提出的另外一个问题是，是否可给予项目公司以不允许竞争性基础结构运营的保证。有些国家法律载有这样的规定：政府应保证不为可能造成同项目公司的竞争的并行项目的实施提供便利或支持。在有些情况下，法律还载有未经项目公司同意政府将不对这类独家经营条件作不利于项目公司的更改的政府承诺。在其他一些国家，这类承诺可暗含于适用于特许权的一般规则或行政法一般原则之中，特别是在有关活动是或者曾经是国家垄断的对象的情况下。

20. 这种类型的规定的目的可能是为了提高项目公司股东和贷款人的信心，使其相信将不会实施并行的竞争性项目，或者据以授予项目的基本设想将受到尊重。不过，这样的规定也可能限制所在国政府按照公共利益可能的需要应付情势变化的能力。例如，为使收费公路营利而规定的收费水平，可能会超出公众中低收入阶层的支付能力。因此，政府可能会注意以保持某一不收费公路的对公众开放作为新的收费公路的一种变通办法。在路运项目中，这种安排并非罕见。

21. 因此，法律最好授权所在国政府和项目公司在项目协议中寻求一种适宜的解决办法，而不要对所有项目以同样方式就这一事项加以限制。所在国政府对有关部门的政策随后发生变化的可能性，包括促进竞争和建筑并行基础结构的决定，可由当事各方在涉及情况的改变的规定中进一步予以解决（见第八章，“迟延、缺陷和其他不履约情况”……）。

4. 特许权公司的法律地位

22. 项目协议通常都载有关于特许权公司的法律地位的条款，并要涉及特许权公司是否应作为一个独立的法律实体成立或是否可将项目集体授予某一项目联营集团的问题。关于这类事项的条款往往也载于关于私人融资基础结构项目的国家立法之中。

23. 按照商业惯例的理解，联营集团是一组企业据以承诺合作执行一个项目而并不为一个独立的法律实体的契约性安排。在建筑行业中，联营集团已得到广泛利用，以开发需要有不同领域技术专门知识的大型的资本密集项目。联营集团一般被视为纯

粹的契约性安排，其自身并不具有法人性质。不过也并没有什么关于联营集团的统一的法律制度。这些联营集团可分属于国家法律所规定的不同的契约类别，而且联营集团的法律地位及其成员的权利和义务也往往因法律制度的不同而不同。

24. 组成一个项目联营集团可能会有一定的好处，例如，联营集团成员之间及其共同商业伙伴之间的业务关系可比单独的项目公司的具有更大的灵活性。避免双重征税也可能是不选择在所在国成立独立法律实体的一个原因，以防所在国和外国投资者以纳税为目的的居所地的一个或多个国家之间并无双边双重征税协定。也可能有这样的例子：所在国根据项目的规模和性质，或者为了使所有联营集团成员共同为整个项目承担责任，往往希望保留邀请联营集团参与基础结构项目的可能性。

25. 对于那些希望保留这种可能性的国家，法律可规定项目授予当局选择将项目授予某一联营集团或要求中选的项目联营集团成立一单独的法律实体，具体视项目的需要而定。不过，有些问题需要在项目协议中加以解决，而且可能需要有大量的谈判和详细的规定，以确保联营集团成员间的协调、同所在国政府的充分联络，以及澄清联营集团各个成员在项目执行方面职责和赔偿责任的范围。¹

26. 但是，更常见的却是要求将特许权公司成立为一个独立的法律实体的法律规定。从所在国政府的角度看，独立法律实体便于项目执行方面的协调，而且可作为保护项目的利益的一种机制，而项目的利益可能并不一定与联营集团所有成员的具体利益相一致。在项目所需的相当大一部分服务和供应都由项目联营集团成员提供时，这一点可能尤为重要。由于项目公司的责任和义务中相当大一部分通常都是在早期阶段商定的，其中包括长期性的（项目协议、贷款和担任协议、建筑合同），所以在就这些文书进行谈判时能有独立的代表，那对项目是有好处的。

27. 所在国政府可能还会希望要求根据该国的法律成立项目公司。如果项目公司须受外国法域的法律的管束，所在国政府可能会认为它对由项目公司提供的服务的管理和监测的职能的行使会受到妨碍。而且，考虑到项目公司活动中的公共利益，所在国政府可能希望项目公司遵守国家关于会计和宣传的规定（例如，发表财务报表；关于某些法人行为的宣传的要求）。不过，这样的要求强调的是政府需要有充分的公司法律（见第一章，“一般性立法考虑”，第 46-49 段）。使项目公司能够比较容易地成立，并适当顾及各种被视为出于公共利益考虑的合理要求，可能有助于避免项目实施方面的不必要的延误。

¹ 关于将建筑工程承包给并非并为一体的一组企业所引起的问题，《贸易法委员会建筑立法指南》中载有简略的讨论（第二章，“合同方法的选择”，第 9-16 段）。其中所提到的某些问题，只要略加修改便可适用于关于私人融资基础结构项目的谈判，包括：发生争执时如何克服向来自不同国家的联营集团成员提出索赔方面的困难；如何拟定争端解决条款，以便能在同一仲裁或司法程序中解决所在国政府同几个或全体联营集团成员间的任何争端；拟由第三方作为履约担保作出的保证和拟由联营集团成员作出的质量保证应采用什么样的结构；政府可能还应缔结什么附属协议；是否有强制性法律规则管束同一组承包人订立的协议。

28. 成立项目公司应以何时为宜的问题，是一个应当根据典型项目所涉不同利益来加以考虑的问题。出于希望尽快开始实施阶段的考虑，有些所在国政府可能倾向于要求尽早成立项目公司。但应当记住的是，贷款人和其他资本提供者在特许权最后授予之前一般是不会作出确定的、最后的承诺的，特别是在将单独的法律实体视为项目集资的一种手段的情况下，例如在“项目融资”交易中（见“导言和私人融资基础结构项目的背景资料”，第 68-71 段）。因此，一般最好要求在项目授予之后（而不是之前）的一适当短的期间之内成立项目公司。

29. 成立项目公司方面的另一个重要问题，涉及到成立项目公司所需的股本投资。所在国政府理所当然地要重视争取充足的股本，以确保项目公司健全的财政基础和保证其履行义务的能力。这类关切可通过要求在具备某一最低限度的资本的情况下成立项目公司来加以解决。在有些国家，这一问题是由法律本身来处理的，由法律规定某一固定数额或确定占项目费用总额的某一百分比来作为项目公司最低限度资本。有些国家不由法律处理这类问题，而是由采购实体去决定，而且有时候是在同选中的项目联营集团谈判之后决定。

30. 所需投资总额以及理想的债务和股本资本比例往往因项目的不同而不同，所以通常很难确定一个适用于所有情况的固定数额或百分比。一种较灵活的做法可能是在考虑到每个项目和基础结构类型具体情况的情况下分别确定具体要求。如果授予当局无法事先估算出项目的预期费用总额，则可在招标或征求建议书中表明成立项目公司所需的最低限度资本。如果不可能预先估计出项目费用，或者如果所在国政府有意就选中的项目联营集团提出的股本投资额或比例进行谈判，则授予当局可能会希望灵活从事，以便在遴选过程中得出一个适当的最低限度资本额。在有些由所在国政府以正式文告授予项目的国家，例如授予命令或通知等，则可在这类文告中表明所要求的项目公司最低限度资本额。

31. 除了最低限度资本额以外，国家法律还可载列关于项目公司组成形式的规定。有些法律明确规定须按某种公司类型组成项目公司，而有些法律则并不对此加以规定。如果认为应当规定拟成立的项目公司的形式，则最好顾及到联营集团成员对于确保将其赔偿责任限制在其投资额限度之内一事的关切。为了避免支付项目公司债务的附带责任，项目公司股东一般都希望采用诸如合股公司的公司形式，以便将各自的赔偿责任限制在各自在公司资本中的股本额的限度之内。股东们是不愿意实施要求其为公司债务承担无限责任的项目的。

32. 有些法律载有关于项目公司活动范围的规定，例如要求将活动限制在特定项目的开发和运营的范围之内。这类限制可起到确保项目帐目的透明度和保持资产的完整性的作用，因为它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的资产、收益和负债区分开来。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。不过，与此同时，所在国政府也可能有意保留并入其他项目进行共同管理的可能性，同一项目公司在另外遴选过程中被授予某一补充性项目便适用于这种情况。

33. 所在国政府可能还希望确保项目公司的章程和细则充分反映该公司在项目协议中承担的义务，而且不致作出任何可能妨碍项目实施的决定。因此，可在法律中规定：对项目公司章程和细则的修改，须有所在国政府的事先授权。在有些国家，为了进行这样的管制，往往要求所在国政府作为优先股东参与项目公司，但是，在股东会议或董事会上，对于某些决定，所在国政府一定要投赞成票。在要求政府核准对项目公司章程和细则的修改或其他公司决定方面，最好对两个方面进行权衡：一是由国家所代表的公共利益，一是给项目公司以开展业务的必要的灵活性的必要。如果就连公司内部事务方面的一些细小事项照例也要事先得到政府的批准，项目的日常管理就会受到影响。一种可能的解决办法是，对所在国政府否决拟议修正案的权利进行限制，使其仅针对那些涉及具有根本重要性的条文的情况（如资本数额、股权等级及其特权、清算程序等），以及项目协议中已经列明的条文的情况。

34. 所在国政府可能会理所当然地希望确保以下两点：一是项目联系集团原始成员在整个项目期间始终坚守对项目的承诺，一是不以一些为所在国政府所不了解的实体取代这些成员。因此，除上述事项外，法律还可规定，项目公司有效管制权的转让须有所在国政府事先的核准。

5. 特许权的转让

35. 特许权是根据特许权公司的具体资格和可靠程度授予的，而且多数法律制度中都规定不得自由转让特许权。因此，国家法律往往禁止在未经政府同意的情况下转让特许权，而且项目公司控制权的转让可能也要有政府的同意。这种类型的一般性立法规定可提高公众的信心，使其相信政府确实对基础结构运营人或公共服务提供者的资格严加控制。

36. 有些国家认为还应在法律中提及可对到期前的特许权的转让予以核准的条件，例如新的特许权公司应接受项目协议中所规定的一切义务；提具新的特许权公司为提供服务所需具备的技术和财务能力方面的证据。这种类型的一般性立法规定还可以项目协议中的具体规定作为补充，在项目协议中列出这些限制的范围以及可由政府给予同意的条件。

37. 同完全转让不同的是，次级特许权涉及向另一实体转让执行属于特许权范围内一项具体活动的职责。在项目公司有权提供辅助性服务的情况下，或在特许权涉及可单独执行的多重活动的情况下，项目公司可能希望利用分包特许权的方式请另一实体执行这些活动中的某些活动。如果特许权本身是不可转让的，则未经立法授权分包特许权便会遇到障碍。不过，在通常情况下，所在国政府并没有什么迫切的理由完全排除分包特许权的可能性，只要能使其确信分包许可权公司具备应有的可靠性和资格即可。因此，法律似宜明确说明许可权公司有权授予分包许可权，但须经所在国政府事先核准。

38. 另一有关问题涉及分包特许权公司的选定方法。有些国家有关于公共服务提

供者授予合同的特别规则，而且有些国家的法律还明确规定应采用招标程序授予分包特许权。在几乎所有基础结构均为由国家拥有和运营而没有或只有很少的私人部门投资的情况下，往往采用这类规则。其目的在于确保公共资金使用中的经济、效率、廉洁和透明度。不过，在由私人所有的实体实施基础结构项目的情况下，规定应由特许权公司遵守的分包特许权授予程序可能不再有什么令人信服的理由或符合公共利益了。

6. 物权担保

39. 私人融资基础结构项目融资文件通常包括大量的担保安排。即使是在基础结构潜在的市场价值可能比投资费用少的情况下，有形资本形式的担保可能也要至少承担项目公司举债总额的一部分。对流通证券、应收款和无形权益的担保也可能是减少贷款人受到项目风险和甚至可能提高贷款条件的重要因素。因此，项目公司通常都希望以由特许权产生的资产、财产和权益的全部或部分作为给贷款人的质押。

(a) 有形资产的担保

40. 对基础结构中的有形资产设立物权担保，如果这些资产在整个项目期间一直为国家财产，便可能遇到法律障碍。如果项目公司没有对这种财产的所有权，那么，在许多法律制度中，项目公司便没有（或只有很少）权力以这类财产作为抵押。

41. 不过，在有些国家，设立某种形式的担保是有可能的，特别是在给予项目公司租赁权益或对有关财产的使用权的情况下。这类担保并不以财产本身作保，而只是以项目协议给予项目公司的权利或权益作保。而且，在特许权包括不同类型国家财产的情况下也可设立物权担保，例如这样的情况：除了使用公共基础结构权以外，还将对毗邻房地产的所有权（而不仅仅是使用权）给予了铁路公司。

42. 法律最好明确规定项目公司可就基础结构中的有形资产设立物权担保的范围，例如可对其设置物权担保的资产类型或可允许的物权担保的类型。不过，政府将希望项目公司设立的物权担保不对项目造成不利影响。因此，法律可作出须有政府核准之类的规定，而且通常应在项目协议中有所反映，以便项目公司设置这类物权担保。

(b) 无形资产的担保

43. 在多数情况下，基础结构的运营权未经政府同意是不能转让的，在这种情况下，通常不能对特许权或许可证设置物权担保。不过，即使特许权本身不可能作抵，有些国家的法律仍然授权项目公司就特许权或许可证产生的权利或得到的收益设置物权担保。这些收益通常包括就使用基础结构向公众的收费或客户就特许权公司所提供的货物和服务支付的款项。还可包括附属特许权的收入。这种类型的担保是同贷款者谈判作出的融资安排中的一个典型构成部分。

44. 以特许权收益转让或保证为形式的物权担保，并不影响政府对特许权有形资

产的所有权，而且通常不致引起抵押或类似方式可能会引起的那种政策关切。但是，由于这类担保有的在实施时会造成这样一种局面：由债权人取代特许权公司行使特许权所产生的某些权利，所以，这种物权担保也可能影响到政府、公众或项目公司的缔约方或客户。因此，一种不无好处的做法是由法律作出如下规定：为了为设施的建设运营融资，经政府同意，项目公司可就项目协议所产生的任何权利设置物权担保，但这类担保的实施不得影响项目公司根据协议承担的关于项目或其运营方面的义务。

(c) 项目公司股份担保

45. 就项目公司股份设置物权担保，原则上会引起类似于特许权转让所引起的那种关切。在不经政府同意不能转让特许权的情况下，法律有时禁止就项目公司股份实行留置或其他担保。但应指出的是，项目公司股份担保是项目融资活动中贷款人通常所要求的一种担保，而且，对设立这种担保的一般性禁止可能是对项目公司为项目集资的能力的一种没有必要的限制。因此，同其他形式的担保一样，由法律授权项目公司设立这种担保而且须经所在国政府的事先核准，可能是有好处的。

7. 有效期

46. 项目协议的有效期限应以多长为宜，可取决于一系列因素，例如设施的运营寿命或项目公司偿还债务和摊还期初投资所需的时间等。因此，由法律规定可适合所有类型项目的有效期限是行不通的。不过，有些国家认为应当实行将基础结构特许权有效期限限制在某一最高限度年数的范围内的立法规定。有些法律则采用二者兼顾的办法，既要求项目协议规定特许权在项目公司偿清债务和达到一定的收入、生产或使用水平时到期，还要求须受某一固定年数的最高限度的管束。在宜实行将特许权有效期限限制在某一最高限度年数的情况下，限制应允许确定一充分长的期限，以便使项目公司偿清债务并实现合理的利润。

47. 关于特许权有效期的计算方法，各国法律所规定的办法不尽相同。有些法律明确地将建设阶段以及因不可抗力而给予的任何展延列为特许权期间的一部分。但有些法律却明确规定，在计算特许权有效期时，并不考虑执行项目所需要的时间。有些法律规定特许权的有效期限在工程完工之时即行开始，也可得到同样的结果。将建设期列入总的特许权有效期的理由是可以鼓励项目公司提前完成建设工程，以便有更长的时间利用设施从而从中得到好处。如果法律将建设排除在整个特许期之外，这种鼓励因素便不存在了。

C. 具体条款

48. 除了上一节所讨论的基本规定外，项目协议通常还要涉及许许多多的其他问题，这些问题将在《指南》的下述各章中予以讨论，例如政府为项目提供的支助的范

围（见下文第五章“政府支助”）；工程时间表（见第六章，“建造阶段”）；基础结构的运营状况、服务的水平和质量、收费结构和价格调整条款（见第七章，“运营阶段”）；有关不履或违反项目协议的规定和补救办法、关于情况变化或未预料情况的规定、项目公司的绩效保证和保险义务（见第八章“迟延、缺陷及其他不履约情况”）；项目期终了时设施的移交、项目协议展期的可能性和提前终止的原因（见第九章“项目协议的期限、展延和提前终止”）；关于适用法的规定和争端解决机制（见第十章“适用法律”和第十一章，“争端的解决”）。

* * *