



联合国国际贸易法委员会
第三十六届会议
2003年6月30日至7月11日，维也纳

贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南增编草案

秘书处的说明

政府和国际组织评注汇编

增编

目录

	页次
二. 评注汇编	2
A. 国家	2
意大利	2
马来西亚	4
土耳其	6
B. 国际组织	6
亚洲开发银行	6
欧洲复兴开发银行	8
国际金融公司	9

* 订正日期。



二. 评注汇编

A. 国家

意大利

1. 意大利政府对在完成编写关于私人融资基础设施项目示范立法条文提交联合国贸易法委员会（贸易法委员会）下一届会议的任务方面所做的工作表示赞赏。示范条文确实反映了意大利代表团曾发表过的大多数建议和看法，然而意大利代表团还是想对个别的条文发表一些评注，目的始终是增加竞争程序中的透明度和公正性。

2. 关于示范条文草案与《立法指南》中所载的立法建议之间的关系，意大利代表团建议采用秘书处 2002 年 12 月 19 日说明（A/CN.9/522/Add.1）第 2 段中提及的第三种选择。由于实际上不可能用示范立法条文取代整个立法建议（第二种选择），则取代立法建议中委员会就其通过了示范法条文的那些建议也许是可取的。

示范条文第 5 条. 筛选程序的规则

3. 显而易见，示范条文没有涉及通常能在一种充分的一般采购制度中找到的一些实际程序或步骤（例如投标担保和程序审查、公众知情权、通知的公布方式等）。然而，如果在颁布国的一般框架中不载有其中某些基本但却实用的程序条文，则示范条文似宜提及一些补充条文（例如提及贸易法委员会《示范采购法》条文），以便规定透明的有效率的竞争程序。

示范条文第 6 条. 预选的目的和程序

4. 关于参加预选程序的邀请书应当载有充分的资料，以便使投标人能够确定有兴趣的投标人是否能够提供项目所要求的工程和服务（例如，在可能采用的预选标准方面，使用本国货物或者雇用当地劳工）。

5. 因此，可以考虑在本条文最后增加一些词语，例如“关于项目基本要件的任何其他资料”。

示范条文第 15 条. 投标书的比较和评价

6. 本项示范条文可以提及其他评价程序，例如两步评价程序或两信封制度（贸易法委员会《立法指南》第三章“特许公司的选定”，第 79-82 段中所述）。

示范条文第 17 条. 最后谈判

7. 这种谈判可能具有一些弊端，因为这种谈判需要有高度熟练和经验丰富的人员，并具有较高的滥用职权或腐败的可能性。因此，似宜在示范条文中具体规定，使用竞争挑选程序是私人融资基础设施项目授标的一条规则，而仅仅在个别情况下保留采用不经竞争程序授予特许权的做法。

示范条文第 19 条. 特许权合同的谈判程序

8. 为了提高透明度，本条文可以规定一个投标人最低限度人数，供订约当局在可行情况下与其进行谈判或者向他们招标（b 项）。

示范条文第 26 条. 筛选和授标程序的记录

9. 必须要有筛选和授标程序的记录，以便确保透明度和责任制，并使投标人较易行使权力要求审查订约当局做出的决定。

10. 因此，如果颁布国的法律没有充分述及这些事项的话，申明这项权力将是可取的，做法可以是在提及颁布国有关条文时增加“如果现有”或者类似的表述。

示范条文第 30 条. 特许公司的组建

11. 如《立法指南》所述，在示范条文中提及立法条文或者规定监管要求应与所在国承担的国际义务相符将是可取的。

示范条文第 33 条. 地役权

12. 一般来说，特许权公司不能简捷地直接从有关财产的所有人处获得地役权；由于这一原因，更常见的做法是由订约当局在确定项目地址时强制性地获得必要的地役权。因此，似宜使用“特许公司应当被给予”这些字样。

示范条文第 34 条. 财务安排

13. 本项条文规定了特许公司征收和收取服务费或使用费的权利，这种服务费或使用费是特许公司收入的主要来源，如果不是唯一来源的话。

14. 特许合同应当就确定和调整这些服务费或使用费的方法和公式做出规定；一般假设订约当局在制定特许合同时将以公正和公平标准原则为基础考虑到为货物或服务定价的参数。为此，方括号内所载的文字似宜删除。

示范条文第 43 条. 特许权合同的期限和展期

15. 工作组已经审查了订约当局与特许公司在特许权合同中商定延长特许权期限的可能性。在这方面，工作组商定保留条文的案文，但建议增加一个脚注。尽管如此，由于一般来说完全排除谈判特许权期限展期这一选择并不可取，可以修改脚注，将“强制服从的公共利益”改为“在某些特定情况下（例如特许权合同中规定的情况下）”。

示范条文第 44 条. 由订约当局提出终止特许权合同

16. 鉴于实施终止的严重后果，应当将终止作为一项极端的措施。因此，应当限制任一当事方行使这项权力的条件，例如在援引公共利益理由时维持“强制性”这些字样。

17. 另外一种可取的做法是，在示范条文中暗示只有当已经在随招标书分发的特许权合同草案中明文提及，才能出于公共利益予以终止。

18. 另外，由于在对特许公司的表现不睦时使用出于公共利益而终止特许权合同的权力来替代其他合同中规定的补救办法并不适宜，示范条文可以载列“特许权合同中如无其他具体规定”等字样。

19. 为了减少订约当局单方面终止合同的酌处权，示范条文可以规定需要由一司法机构或其他争议解决机构做出决定。

马来西亚

1. 马来西亚注意到，贸易法委员会私人融资基础设施项目示范立法条文（示范条文）的目的是提供示范条文，以便：

(a) 建立一个良好的立法框架，通过提高透明度、公正性和长期可持续性以及消除妨碍私营部门参与基础设施开发和运营的并不可取的限制，来促进和便利私人融资基础设施项目的实施；

(b) 通过为基础设施项目的授标确定具体的程序，来制定出公共当局合同授标中的透明度、经济节约和公正性的普遍原则。

2. 基于这些目标，示范条文除其他外包括了：

(a) 关于签订特许权合同的权力的条文和关于挑选特许公司的规则；

(b) 投标人预选程序；

(c) 允许不经竞争程序授予特许权合同的情形；

(d) 谈判特许权合同的程序和特许权合同的内容。

3. 马来西亚现时没有涉及这一事项的任何特定立法。总理署中的一个机构经授权监督和实施与私营化过程和程序有关的事项。在监管制度方面，已经颁布

了特定的法律来规范和实施针对特许公司和私有化活动的规则。此处评注所涉及的是示范条文和贸易法委员会《私人融资基础设施项目立法指南》。

关于签订特许权合同的权力的条文

4. 示范立法条文草案提议颁布国列示可以签订特许权合同的有关公共当局。它还建议法律应当确定有权授予特许权和签订协议以实施私人融资基础设施项目的公共当局。

5. 马来西亚认为这项提议管制性太强，可能过于限制。公共当局不必是所有特许权合同中的当事一方，但可能在一些情况下公共当局也许须是当事一方，以便确保特许权合同的有效执行。如果已经颁布本国法律对公共当局的特定职能做出规定，这种法律将足以使公共当局有必要的权力来监管和控制私营化实体及其活动。因此，没有必要列示可以签订特许权合同的有关公共机构。

关于挑选特许公司的规则

6. 示范立法条文草案提议通过透明和有效率的程序选定特许公司。这项提议很有希望，可以在不违背国家政策和做法的情况下加以考虑。马来西亚注意到，在某些国家，当局鼓励对潜在的投标书数目加以限制，以确保有意义的竞争（如三或四份投标书）。另外，一些国家对于潜在的投标人采用评级制度，以便维持质量。这些做法均可以促进透明度和效率。

允许不经竞争程序授予特许权合同的情形

7. 当项目涉及国防和国家利益或者当只有一个来源能够提供所需服务时，示范条文建议须经上一级当局批准。马来西亚认为这项建议具有实用价值，可以予以适当考虑。

8. 马来西亚还认为，当将这样一种合同授予外国投标人时，必须制定有关保密和机密的特别规定。应当在一定情况下提供某种程度的灵活性，以便适应条件的变化，包括扩展服务以满足需求的增加。

谈判特许权合同的程序

9. 示范立法条文草案提议，应当发出关于打算开始谈判一项特许权合同的通知，当局应当查明尽可能多的有能力执行项目的人，以及应当确定评价标准。只有当设立了一个独立和有效率的委员会来监督所有这些标准时，这项提议才能够有效。应当向这种委员会提供投标书，可由委员会仔细研究标准的制定和投标书的评价。

10. 马来西亚认为，尽管这项建议是值得赞许的，但实际上它可能妨碍程序的简捷进行。为谈判程序做出具体规定将使整个过程变得刻板 and 累赘。这可能无助于建立一个良好的经营环境。

特许权合同的内容

11. 示范立法条文草案就特许权合同的内容列出了一些建议，其中特别包括工程的性质和范围、特许公司的义务、可使用的补救办法和终止。

12. 马来西亚注意到所有这些建议均是有益的，已经付诸实施。

13. 然而马来西亚认为，示范条文第 40 条规定特许公司在经济、金融状况发生变化或者法规发生变化时有权修订特许权合同。马来西亚认为，这项条文将增加订约国的负担。不应当在经济或金融状况发生变化时给特许公司提供补偿，因为这些条件是特许公司必须承受的商业风险的一部分。同样，也不应当在法规发生变化时给特许公司提供任何补偿，因为这将限制政府的决策过程。

14. 马来西亚还注意到，关于终止特许权合同的第 44 条(a)项规定，如按情理不可能再预计特许公司仍能够和愿意履行其义务，可以终止合同。虽然情理的标准看来是一项客观标准，但它在很大程度上是一个是否属实问题，可以争议。为当事一方不能够或不愿意履行义务所提出的一些情况是破产、严重违约或其他情形。“严重”违约一词常常是争议的核心，为了避免疑虑起见，建议合同应确定和具体规定哪些规定如遭违反将属严重违约，从而导致终止。同样，“或其他情形”词语含义模糊，有待考虑。

15. 述及纠纷的解决的示范条文第 49 条如果能够包括解决纠纷的各种选择，以便使颁布国能够考虑在本国立法中采取哪种做法则将会更加明确。

示范条文和指南是两份相互关联但又相互独立的文书，还是应当将两者合并成一份单一的案文

16. 虽然对将制定一项有助于私人投资公共基础设施的法律框架的国家来说，指南是一种有益的参考，但据认为，编写一份更具体的指南，以示范立法条文或者示范法的形式处理各种具体问题将是可取的。为此目的，草拟了示范条文。马来西亚还注意到，指南是对示范条文的很好的补充。示范条文并非详尽无遗，而仅仅规定了核心条文。也许原本就打算如此，因为这样将使当事各方有灵活性和更大的机动余地。马来西亚认为，示范条文和指南应当作为一个单一的案文加以阅读。

17. 两个文件将提供更完整和更全面的案文。然而，这个问题仅是次要问题，因为主要问题仍然是是否有必要以法规的形式颁布这些条文。借助准则或手册仍然能够实现透明度、公正性和责任制。

土耳其

土耳其认为，为了确保愿意使用贸易法委员会私人融资基础设施项目示范立法条文草案的国家能够最好地使用这些条文，应当在考虑到贸易法委员会《私人融资基础设施项目立法指南》中所载各项立法建议的情况下妥善地解释这些条文的文字和精神。另外，土耳其相信，示范条文草案和立法建议应当合

并成一个单一的案文，载列所有示范立法条文和未就其拟订任何示范条文的那些立法建议，以便将所有有关的案文加以全面的汇编，便于使用。

B. 政府间组织

亚洲开发银行

1. 示范条文草案是贸易法委员会先前在这一领域就 2001 年出版的《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》开展工作的成果。虽然贸易法委员会是通过一个由许多专家组成的示范条文草案工作组进行工作的，示范条文草案也包含了很大的工作量，但这次是首次提供示范条文草案征求意见。秘书处的首页来函要求“…就各项条文提出具体的意见，以便利编写分析性评注提交委员会”。鉴于供亚洲开发银行对这样一大份立法文书进行评议的时间短暂，亚洲开发银行不能进行非常全面的审查，但想提出以下看法。

特许权

2. 如示范条文草案导言所明示的，贸易法委员会工作组先是就基础设施项目的某一具体阶段，即特许公司的选定进行工作。然而，它的任务授权随后扩大到其他重要领域，即建造和运营以及纠纷的解决。

对具体条文的评注

示范条文第 18 条允许不经过竞争程序授标的情形

(a)项

3. 本项条文对于便利迅速安装长期忽视而又迫切需要的基础设施非常可取。例如，一个国家在多年忽视发电之后，可能需要通过此处述及的简便程序，紧急安装大量的小发电站来满足高峰需要，同时要求通过示范条文草案早先述及的竞争投标方式来授予大型工厂。

非邀约投标书

4. 总的来说，这些条文为想在这些有争议的领域制定某些基本规则的立法机构提供了迫切需要的指导。

示范条文第 23 条. 涉及知识产权、商业秘密或专署权的非邀约投标书

5. 本项条文规定订约当局可以公布关于一非邀约投标书主要要素的说明，以便为该项目征求其他投标书。第 4 款规定，如果随后收到了多份投标书，订约当局应当要求一些投标书进行示范条文草案第 10-17 条中规定的充分竞争招标程序。

6. 投标人很可能不会花费示范条文草案第 21 条第 2 款所述的努力和费用，如果他可能恰恰因为他在编写可行性研究报告方面所做的艰辛工作而将项目输给其他投标人。这将违背最初为接受非邀约投标书程序而经常提出的一个理由，即可能需要迅速执行一个特定类型的项目（例如小型水处理项目或污水处理项目）。亚洲开发银行建议工作组考虑具体规定，只能考虑按项目费用总数衡量的小于一定规模的未邀约投标书。订约当局或另一机构将定期确定这个数额。订约当局然后将进行简要的费用和价值比较，来核实投标书的好坏，随后根据法律要求酌情进行公众听证会。

示范条文第 45 条. 由特许公司提出终止特许权合同

7. 最近有一些特许公司因为自己的困难或业务方向的改变而撤出了项目。示范条文第 45 条将禁止特许公司在这种情况下终止合同，这是非常可取的。在某些情形下，订约当局不能很容易找到替代特许公司，尽管有合理的计划，还是在项目打算提供的基础设施方面面临非常绝望的处境。亚洲开发银行建议，工作组考虑大意如下的补充规定(d)项：

“(d) 特许权合同应规定特许公司在其他情形下终止特许权合同时应向订约当局支付的损害赔偿，所谓的其他情形包括但不限于特许公司自己的财务困难、业务方向的改变或者项目的不经济性。”

8. 请注意脚注 14 中的打印错误。

欧洲复兴开发银行

1. 欧洲复兴开发银行祝贺工作组制定了示范立法条文，建设性地处理了便利基础设施特许权融资方面的许多基本问题。欧洲复兴开发银行特别高兴地看到为挑选特许公司所规定的程序的清晰透明度。此外，与欧洲复兴开发银行在特许权协议的条款中鼓励灵活性的做法相一致，欧洲复兴开发银行高兴地看到采用了一种并非过分强制的做法来规定特许权协议中必须载列的内容，而且还允许经当事各方约定可使用外国法律和仲裁。

2. 欧洲复兴开发银行还赞许工作组明文列入了一节关于向放款人提供担保的条文和经订约当局赞同将允许替换特许公司的机制。

3. 然而，在这方面示范立法条文草案有三个领域可能需要进一步澄清。

4. 首先，如上所述，示范条文第 42 条表明，订约当局可以同特许公司的放款人约定，在特许公司违约时以新实体替代之。从这些措词中不完全明确的是这种约定是否可以事先订立，例如通过一项直接协议订立。再则，示范立法条文看来可能并没有完全明确订约当局是否可以同放款人签订一个更加全面的直接协议，例如承认给予担保或者做出对这种特许权合同或者融资来说可能是重要的规定。

5. 其次，与上面意见相关，我们注意到示范条文第 36 条一般性地建议，未经订约当局的同意，不允许转让或抵押特许权协议。虽然放款人在对于特许权协

议拥有担保权方面的许多关切可能通过上述拟议中的可能享有的替代权得到了充分的处理，但放款人可能会想对特许权协议中规定的特许公司的某些权利享有第一担保权益，例如终止任何付款。另外，如果能让放款人确信他们对特许权融资中的主要资产，即特许权协议享有担保权，则哪怕这种担保权要受制于订约当局根据这种特许权协议所享有的权利，一般来说，也将有助于融资。因此，建议应当允许特许公司转让它们在特许权协议中的权利，以作为从融资者获得贷款的担保，但也应当允许在取消这种赎回权而替代实体又不能满足与订约当局商定的标准时终止特许权协议。

6. 第三，我们注意到示范条文第 35 条允许特许公司的股东抵押他们在特许公司股份中的权益。然而，我们并不完全清楚允许这种担保如何同禁止改变控股权的示范条文第 37 条相互影响。

7. 最后，我们高兴地指出，欧洲复兴开发银行总顾问办公室现正式将贸易法委员会《立法指南》称作为最佳国际公认标准基准。在欧洲复兴开发银行活动所涉及的所有 27 个国家的特许权法律评估中和在开发欧洲复兴开发银行网址有关特许权的网页时都将这样做。

国际金融公司

1. 贸易法委员会《私人融资基础设施项目立法指南》拟议增编草案对我们的成员国来说是一项重要的工作。国际金融公司很高兴能有机会就其发表评注。鉴于时间有限，国际金融公司仅简要审查了立法建议并根据国际金融公司的经验提出以下评注。

前言

影响私人基础设施项目的其他法律和司法制度

2. 最后一段还应当提到税务、银行、外汇和破产等法规是指南没有加以提及但对私人融资基础设施项目有影响的一些领域。所附的评注应当鼓励政府授权管制部门实施切实可行和简单明了的条例和程序来实施法律。例如，兑换和调回外汇的制度必须简单迅捷。指南的最后一段还应当陈述，法院系统的经验、透明度和预测性也非常重要。最后，这一段应当鼓励政府调和同其他有冲突的法规的不相符之处。例如，一国的特许权法是否可以取代税法或者关于政府合同的法律？

具体条文

外国投标人

3. 指南示范条文第 7 条规定，在某些情况下可以优先考虑国内投标人，只要招标书对此有明确规定这是可以接受的。国际金融公司支持所附的评注，其中说明了这些类型的优惠所涉及的问题及如何提供替代外国投标人的做法。

议会批准

4. 虽然指南看来没有涉及议会批准问题，也许关于订约当局权力的条文应当规定对于哪些范围（最好范围有限）的问题需要议会批准。

管辖法律和纠纷的解决/豁免/语文

5. 示范条文第 29 条规定，除非特许权合同另有规定，特许权合同由本国法律管辖。虽然这为规定外国管辖法律提供了某些灵活性，但许多国家的法律禁止或限制外国管辖法律或者在实际上反对外国管辖法律。特别是结合下面一句中关于解决纠纷的评注，这会对调动外国投资者和放款人产生影响。评注应当鼓励政府确保其法律即使在涉及一政府实体时也允许外国管辖法律。

6. 示范条文第 49 条规定各方当事人可以在特许权合同中具体规定解决纠纷的机制。据推测这将意味着他们可以规定外国仲裁规则或者外国法院。然而，许多国家既不是有许多其他国家参加的执行外国判决的条约的缔约国，也不是 1958 年《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》的缔约国。评注应当鼓励政府赞同国际仲裁并且通过或者加入有关的条约。

7. 另外重要的是政府应当有法律允许它在这些解决纠纷的程序以及相关的裁决或判决中放弃其特权。某些国家的法律禁止或限制放弃这种特权。评注可涉及这一点。

8. 指南应当明文规定特许权合同的语文可以是英文。

所有权和资产与担保权的转让

9. 示范条文第 31 和第 35 条涉及到资产的所有权和可以对这种资产取得的担保权，并规定如法律不允许设立担保权，则不得对公共资产享有担保权。政府应当重新审查这种普遍禁止的理由和重新考虑这种普遍禁止，并应当努力缩小这种禁止的范围或者为订约当局提供不遵守这种禁止的灵活性。

对法规具体变化和经济状况变化的补偿

10. 示范条文第 39 和第 40 条规定，当因法律或经济大环境发生变化使履约费用“显著增加”或者特许公司收到的价值“显著下降”时，特许公司可以有权获得补偿。这一措词范围广，含义模糊，会在今后引起纠纷。

项目的临时接管

11. 示范条文第 41 条规定，在某些情形下，订约当局可以临时接管项目的运营。国际金融公司发现，有时在特许权合同中有条文规定允许订约当局（通常是政府当局）永久性地接管资产并在融资文件方面替代特许公司。这对国际金

融公司这样的机构来说会成为一个问题。建议最好仅鼓励临时接管和在坚持有权接管融资协议方面有灵活性，例如，须经放款人同意。

同等条款

12. 示范条文第 45 条规定，除个别情形外特许公司不得终止特许权合同，而不是说特许权公司可以在某些情形下终止合同。这种限制是不同寻常的，违背了特许公司订立项目合同的精神。无论如何，特许权合同最好是应当还允许特许公司因延续时间较长的不可抗力或者至少是政府性的不可抗力以及使合同无效的法律变化而终止合同。

总的评注

仅涉及特许权

13. 指南如能涉及以特许权为基础的基础设施合同之外的其他结构将是有益的。例如，许多条文和原则适用于不带特许权地将独立发电项目授予私人公司。

谈判小组

14. 也许，与述及所建议的立法条文一样重要的是，各国应当处理影响在本国进行商务活动的直接障碍。例如，虽然述及了订约当局的权力，但应当促请各国在本国部委内设立小组，有权谈判和约定特许权合同中的条文。常常发现，部委自己坚持要参与谈判和决定，这会严重地延迟项目的实施。虽然这一点本身并不能增加到法规中去，但它是重要的。

国际交易顾问

15. 我们促请政府向经验丰富的国际交易顾问征求咨询意见以代表他们在这些交易中的利益。各种多边机构中都可能会有技术援助资金为这种咨询提供经费。