



联合国国际贸易法委员会
公私伙伴关系国际学术讨论会
2014年3月3日至4日，维也纳

今后可能在公私伙伴关系领域开展的工作

讨论文件——第二部分

目录

	段次	页次
三. 今后公私伙伴关系工作面临的主要问题（续）.....	1-75	3
B. 列入公私伙伴关系立法案文的主要议题（续）.....	1-62	3
2. 项目规划，包括风险分担和政府支助.....	1-14	3
(一) 项目规划和准备.....	1-7	3
(二) 风险分担.....	8-14	4
3. 项目合作伙伴的选定.....	15-34	5
(一) 筛选程序.....	15-20	5
(二) 国内优惠.....	21-23	6
(三) 审查和质疑机制.....	24-27	7
(四) 非邀约投标书.....	28-34	8
4. 项目协议和运行.....	35-51	9
(一) 立法或合同的规定.....	35-40	9
(二) 裁决后争端.....	41-51	10
5. 其他议题.....	52-59	12



(一) 透明度.....	52-58	12
(二) 其他问题.....	59	13
6. 就纳入有关公私伙伴关系的任何新立法案文的内容得出的结论.....	60-62	14
C. 将建议的任何立法案文的性质.....	63-70	14
D. 今后可能就公私伙伴关系开展工作的重要性.....	71-75	16

三. 今后公私伙伴关系工作面临的主要问题（续）

B. 列入公私伙伴关系立法案文的主要议题（续）

2. 项目规划，包括风险分担和政府支助

(一) 项目规划和准备

相关立法建议，《示范立法条文》：无

《立法指南》：第一章“一般性立法和体制框架”，D.1节“筹备措施的协调”

1. 私人融资基础设施项目文书提供有关项目规划和准备的一般性指导，概述良好做法的重要内容，并特别强调可行性研究的重要性。指导意见强调，可行性研究应包括“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的创收以及项目对环境的影响”。¹

2. 然而，专家认为，鉴于有证据显示发展中国家公私伙伴关系失灵的比率高得不可接受（项目运行仅仅两年之后估计超过 50%），这些规定是不充分的。他们指出，政府预算中没有充分考虑有效规划和准备的费用，许多国家没有在项目开始之前估算这笔费用。他们补充说，非洲所有世界银行公私伙伴关系每年所需的准备费用估计为 10 亿美元，其中大部分应用于可行性研究，但实际上在可行性研究上花费的金额不到 5,000 万美元。另外，支出不均衡，没有在所涉许多部门之间进行协调。据报告，这种情况因管理不善和既得利益而加剧。从业人员认为，缺乏适宜的项目规划和项目准备框架是公私伙伴关系体制框架的主要弱点之一（本文件第一部分述及），总体而言是公私伙伴关系法律的主要弱点之一。因此，专家认为，今后有关公私伙伴关系的任何立法案文均需要更详细和更规范性的办法。

3. 专家还认为，从避免项目失败实现的节余远比良好规划和准备的费用重要，而且国际金融机构和从业人员在国家与国际层面的规划和准备政策方面的经验在很大程度上可以统一和整合在一起。从这方面经验和相关工作组²的经验中吸取的教训可以帮助正式确定适用于公私伙伴关系所有形式及其所有各方的良好做法，以及可以广泛应用的标准和指南。

4. 可以处理的规划和准备步骤包括：(1)拟定基础设施发展（中期）总计划，包括提供公共服务；(2)根据社会经济目标和考虑、财务影响、对可持续发展的影响等等排定项目相应的优先顺序；(3)为了处理项目类型的选择事宜，根据一国或订约当局的财务及其他能力（传统采购、设计与建筑、公共金融机构/公私伙伴关系、特许型公私伙伴关系）为每个项目编制计划；(4)为每个项目进行计划的市场评估；(5)根据反映所涉项目类型的既定标准，包括透明度要求，由单个项目的不同参与者进行评价。

¹ 《立法指南》，第 25 段，第一章“一般性立法和体制框架”，D.1 节“筹备措施的协调”。

² 如公私营基础设施咨询基金，www.ppiaf.org/。

5. 还建议应公布相关计划，以便能够以透明的方式评价所需社会经济成果是否已实现以及作为项目类型选择基础的财务评估是否已证明是准确的。下文有关透明度和其他问题的章节也讨论了这些问题。

6. 专家还注意到，最近的公私伙伴关系法律包括有关项目选择、排定优先顺序和项目发展的规定，但有一些传闻证据表明，这些条款有时被视为发展项目的障碍（因此，订约机构可能设法绕过它们并参与非竞争性筛选程序）。此外，如上文所述的基础设施计划的重要性可能会协助解决非邀约投标书一些方面的问题，下文关于这一议题的章节将深入探讨。

7. 专家建议，《立法指南》中关于确保相关机构拥有充足资源并且能够在审慎调查事项和财务准备方面酌情进行协调的建议，也应当作为今后有关公私伙伴关系的任何立法案文中进一步规定的基础。本文件第一部分讨论的相关机构的范围和职能将是这种背景下的一个相关考虑因素。

(二) 风险分担

相关立法建议 12

《示范立法条文》：无

《立法指南》：第二章“项目风险和政府支助”，B节“项目风险和分担风险”

8. 2013 年学术讨论会听取了以下意见：应当在今后有关公私伙伴关系的任何案文中更详细地阐述风险分担问题；就许多公私伙伴关系法律中的私营部门而言，有关该议题的灵活性太小；《立法指南》就该议题的某些方面提供的指导不充分。³

9. 《立法指南》描述了影响该项目各当事方及其利益攸关方的不同项目风险类别，并作为一项一般性原则建议最有能力阻止风险发生、承担其费用或后果以及（或者）采取减轻风险步骤的当事方应当承担和管理风险。这项原则在其他有关公私伙伴关系的国际案文中（以及在以上提及的公司伙伴关系公共治理的经合组织原则中）得到广泛遵循。

10. 专家认为，某些风险——如需求风险和公众承付能力风险——不容易鉴别、定义和衡量，公私伙伴关系各方可能以不同的方式描述一些风险。《立法指南》还注意到，有些风险仅是公私伙伴关系某一方的内生风险，而有些风险是任何一方都无法控制的，因而无法由任何一方进行管理（即对于所有各方都是外生风险）。因此，对于这些风险的特别安排需要在项目协议中加以解决。经合组织注意到，这些外生风险的一个例子是无法承保的不可抗力风险，如冲突风险。

11. 因此，就项目协议和相关文件进行谈判将是确保适当分担风险的关键因素，在风险很难界定等情况下以及在对风险的描述各执一词时尤其如此。风险评估非常复杂，在这些情况下因风险转移而付出的代价将尤其难以弥补（并且

³ 另见上文第 3.5.1 节，Simmons 和 Simmons 报告，本讨论文件第一部分，A/CN.9/819，脚注 8。

可能是衡量公私伙伴关系最终是否物有所值的关键决定因素)。专家建议,对更深入的可行性研究和其他项目规划问题制定更严格的要求可能有助于更好地鉴别、定义和衡量风险,使谈判进程更顺畅,因而在今后关于公私伙伴关系的任何立法案文中都必不可少。此外,他们建议在可行性研究和风险评估之间建立更明确的联系。

12. 专家还建议,立法建议 12(关于风险分担)应当在处理条例和合同中的合同条款平衡问题中特别加以考虑(在下文有关该议题的章节中讨论),分担重大风险的方法应当纳入合同条款中。从公共政策角度来看,建议应当就理论上风险已转移至私营部门情况下给公共利益带来的不利影响问题提供更完善的指导,但是没有明说的假设是,这些风险可能最终由订约当局承担。如果实际上不允许出现服务中断等一些后果,则可能产生这种情况。

13. 专家还注意到,在有些情况下,公共部门可以通过汇集在其广泛业务中可能产生的风险来对风险做自我保险。在这种情况下,明确界定和赔偿具体风险可能会被视为违反公众利益。⁴专家建议,该段和上一段中的问题需要在今后的案文中进一步扩展,借鉴已确定的各种来源。

14. 《立法指南》讨论了政府担保和其他减轻风险的支助形式(例如补偿风险出现时的受影响者,稳定条款),还讨论了某些政策考虑因素。专家还在此建议,在今后有关公私伙伴关系的任何案文中需要进一步阐述,例如,考虑在具体影响项目的风险方面是否应提供支助以及是否不应允许此类支助涵盖影响整个经济体的风险。他们还建议,条文与指导应与项目规划明确联系起来。

3. 项目合作伙伴的选定

(一) 筛选程序

相关立法建议: 18-39

《示范立法条文》: 5-27

《立法指南》: 第三章“特许公司的选定”

15. 2013 年讨论会听取了以下意见,即筛选项目运营者的主要步骤是预选、联营公司的参与、方法和技术(单一阶段、两阶段、单一来源、谈判);投标书的比较和评价;授予合同公告;以及记录的保持。这些步骤是以公正、透明和竞争为指导原则实施的;并接受审查或质疑(这方面内容在以下章节讨论)。这些步骤和原则反映了《联合国反腐败公约》的要求。

16. 已确认传统招标程序一般不适合公私伙伴关系。2013 年学术讨论会还获悉,《贸易法委员会公共采购示范法》包括本质上属于私人融资基础设施项目文书中的筛选程序的更新和完整形式的内容。所涉方法称为“通过对话征求建议书”,可供查阅复杂条款和服务(如基础设施项目)。

⁴ 见“公私伙伴关系——决策者指南”, Michael Burnett, 欧洲公共行政学会, 2001 年, 第 57 页。

17. 每份私人融资基础设施项目文书都载有关于筛选程序的详细规定，除了正在更新以反映《公共采购示范法》中有关“通过对话征求建议书”的规定以外，学术讨论会可考虑合并相关条文以方便读者阅读。

18. 这一方法设想了一个两步过程，旨在允许对技术问题采用创新性解决方案，鼓励可持续采购，并规定基础设施需求。使不同的技术解决方案得以提出，并在各方之间就技术、法律和财务问题进行互动。但是，它没有解决可能与公私伙伴关系项目有关的所有采购相关问题。其他关键问题围绕着是否需要界定、保障和评估服务的提供以及订立施工合同，如何就项目整个寿命期业绩衡量进行资金效益的评估，如何在服务提供时考虑到利益攸关方的权益，以及在包括出贷人在内更广泛的项目当事方群体中，处理比公共采购中出现的更复杂的谈判问题。

19. 从更详细层面来看，对于公共采购相对灵活的一些义务可能需要在今后有关公私伙伴关系的任何立法案文中进一步阐述。其中包括在征求建议书阶段对拟议采购合同的披露程度以及选定项目运营者之后需要最终确定项目协议（《示范法》禁止就采购合同进行谈判，但是《立法指南》和《示范立法条文》第 17 条均予以了考虑）。专家建议，这些问题需要结合考虑项目协议内容来处理（就此而言，见下文关于立法或合同规定的章节），合同修订及项目介入安排的范围可能意味着重新开放竞争或可能涉及采购程序的其他方面。在上文“采购规划和准备”以及下文“透明度”两节中讨论的整个项目期间得以实现透明度的解决方案可能也需要纳入考虑范围，如项目目标和目的公开声明（包括利益攸关方的惠益），以便能够对服务交付和实际建造进行问责。

20. 2013 年学术讨论会同意，今后关于公私伙伴关系的任何案文应基于上述采购方法，以确保无论是政府资助还是私人资助的项目程序和担保都是一致的。学术讨论会不妨在其给委员会的报告中纳入关于该议题的看法。

(二) 国内优惠

相关立法建议/《示范立法条文》：无

《立法指南》：第三章“特许公司的选定”，B.4 节“预选与国内优惠”

21. 《立法指南》提供国内优惠的指导纲要，并注意到尽管许多国家寻求使用国内优惠，但这种优惠会引起许多政策问题。此外，《立法指南》指出国内优惠的使用可能受到颁布国国际承诺的限制，还提及 1994 年《贸易法委员会公共采购示范法》条文以及关于优惠幅度的随附评论。专家注意到，各国政府寻求使用国内优惠的主要原因是追求其社会经济政策目标，更一般而言是支助发展目标（这些目标和公私伙伴关系之间的联系在下文，在今后可能就公私伙伴关系开展工作的重要性一节进一步讨论）。此外，国内优惠可能是支助与小型私人运营者的公私伙伴关系的重要工具，本文件第一部分作了讨论。

22. 当前的（2011 年）《公共采购示范法》和《颁布指南》载有关于各国为了追求这些社会经济政策目标而可使用的优惠和其他工具的条款和广泛讨论。只要国际义务许可，例如世贸组织《政府采购协议》下产生的国际义务，并且在利

用国际捐助者提供的贷款进行采购时，都赋予使用这些工具的灵活性。相关措施包括完善的透明度机制，旨在确保在此过程中潜在参与者了解如何在该程序中实施目标，这些目标可能在四个阶段的任一阶段实施：决定将采购限于国内供应商时，以及审查投标人的资质、响应度及评估投标人时。制定相关条文也是为了使各国能够利用其他捐助机构（如联合国环境计划署、经合组织和其他组织）制定的实用工具来实现可持续采购，并使个别国家得以实行任何强制性要求（如关于环境标准的要求）。

23. 学术讨论会可以考虑今后关于公私伙伴关系的任何立法案文应遵循这一办法，但注意到其在公私伙伴关系环境中的应用比公共采购中的应用要复杂得多。例如，将国内优惠用于以非价格评价标准和服务提供为主的环境极为困难。此外，专家建议，鉴于公共服务义务及其对项目周期所有阶段的影响，在公私伙伴关系框架内需要扩大的指导；应当就如何使用社会条款及其他促进社会责任和扶贫项目的措施提供明确的实例。

(三) 审查和质疑机制

相关立法建议：39

《示范立法条文》：27

《立法指南》：第三章，“特许公司的选定”，I节，“审查程序”

24. 私人融资基础设施项目文书载有关于审查和质疑机制的建议纲要，即公私伙伴关系筛选程序中产生的争端（与裁决后争端区分开来，此项争端在下文有关该议题的章节讨论）。在 2013 年学术讨论会上，与会者将这种机制作为适用于与公共采购法律协调的的公私伙伴关系管理的例子，并且可能同样适用于公共采购和公私伙伴关系环境。

25. 《公共采购示范法》中有一章包含审查和质疑综合规定，实施私人融资基础设施项目文书中规定的核心原则。其中允许三种类型的质疑（提交采购实体的质疑，以及（或者）提交一个独立机构和（或）司法当局的质疑）。这一章还规定了向受害供应商提供的补救措施。

26. 条文的起草具有灵活性，因此需要专门制定以适合颁布国的法律制度，如所附之《颁布指南》所解释。条文范围相当宽泛，使投资者和公私伙伴关系其他各方得以使用相关机制。该章旨在实施《联合国反腐败公约》关于审查和申诉机制的要求，包括一项不服一审裁决提出上诉的要求。

27. 因此学术讨论会可以考虑在今后有关公私伙伴关系的任何案文中包含一条规定，使公私伙伴关系各方得以利用采购质疑机制。

(四) 非邀约投标书

参考：立法建议：建议 30-35

《示范立法条文》：第 20-23 条

《立法指南》：第三章，E 节：“非邀约投标书”，第 97-117 段。

28. 专家提出，非邀约投标书在大多数国家都是有争议的问题，过去十年因非邀约投标书而进行开发取得令人满意结果的项目实例寥寥无几。

29. 他们还注意到，在“基础设施加服务”公私伙伴关系中，采用非邀约投标书的范围应参考私人融资基础设施项目文书中的当前指南加以限制。总之，专家认为这些条文代表最佳做法，其中规定，凡声称涉及使用新概念或新技术的非邀约投标书可以采纳，而那些声称解决未获确认的基础设施需要的非邀约投标书则不应采纳。排除后者的理由包括订约当局将无法评估其需要是否得到适当满足，以及对投资计划中的其他项目的承付能力可能受到损害（另见上文关于项目规划和准备的章节）。

30. 专家注意到，非邀约投标书可能符合公众利益（即符合此前未获确定的需要），仅仅这一事实不足以允许无竞争的直接谈判。他们还建议，需要补充规定来解决无任何形式的竞争时非邀约投标书是否可以被接受的问题。

31. 私人融资基础设施项目文书还规定，如果非邀约投标书的主体被认为是一个符合公众利益的项目，但没有提出新概念或新技术，或没有受到知识产权或类似权利的保护，则该主体可着手告诫订约当局应启动正常的竞争性筛选程序。然而，这方面最近的经验表明，一份投标书如果不属于政府的基础设施计划和相应的预算编制安排，一般不应视为符合公众利益：在作进一步考虑之前必然存在特殊情况。

32. 此外，专家同意《立法指南》的建议，即在投标书载有新概念或新技术的情况下，正常筛选程序可能需要作一些修改。例如，订约当局可公布关于该投标书主要产出要素的说明，征求相互竞争的投标书。专家补充说，该程序可包括对话（在上文关于筛选程序的章节中描述的采购方法的意义上），其中包括如果选中则向原始投标人支付溢价的规定。专家指出，即使鉴于就这种方法的实施提供的现有指导，这一程序也并不简单；还指出当前的规定需要有所加强。⁵

33. 如果非邀约投标书涉及专属知识产权，现行规定允许当局直接与投标人谈判，但尽可能提出一般性建议，寻求引入竞争。专家注意到，如果该投标书用于公共金融机构/公私伙伴关系，则有关该程序的采购法可适用，尽管采购法通常允许直接谈判（采购法与公私伙伴关系法之间可能发生重叠，本文件第一部分对此作了讨论）。专家补充说，需要提供有关此类非邀约投标书的更多详情。

⁵ 例如，见“竞争性对话宪章”，全球对话研究所，2007 年 1 月，可访问 www.fondation-igd.org/files/pdf/The%20Competitive%20Dialogue%20Charter%20%204.pdf，以及《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》第五章。

34. 专家得出结论，有了十年的经验之后，私人融资基础设施项目文书关于该议题的总体规定已被证明是公正和健全的。他们不建议作任何根本性修正，但建议对三项文书中的规定予以巩固和有所加强，根据需要进行更新以切实反映进展情况。除了上文提及的问题以外，这些进展包确定一项投标书是否符合公众利益，在提出新概念或新技术的意义上是否是“独一无二的”意义上的提出新的概念或技术，包括体制上的制衡。关于处理非邀约投标书的程序，瑞士挑战等问题使原始投标人得以获得投标溢价，偿还编制原始投标书的成本（或向原始投标人提供资金以实施筛选程序），这些问题也在今后任何案文中述及。

4. 项目协议和运行

(一) 立法或合同的规定

主要相关立法建议：12, 40

《示范立法条文》：第 28 条

《立法指南》：第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，A 节“项目协议的一般规定”

35. 法律确定性被公认为是确保公私伙伴关系投资的一个先决条件。私人融资基础设施项目文书列明建议的项目协议内容，并注意到法律规定协议内容的程度因国家而异。赞成立法规定的要点包括一致性和减少谈判的范围和时长，而赞成合同规定的要点包括谈判中的灵活性。

36. 专家对于这些方法之间可能达到适当平衡之处意见不同。然而，他们一致认为，法律制度一般将订约自由视为既对商业交易至关重要，又需要加以限制以保护这些交易中的弱势方和公众利益。这种限制已经实行了数十年。相关实例包括违约方责任限制条款、消费者保护（这是欧洲等区域不断扩大的法律领域，以及可能包括保护公共服务最终用户的法律领域）、限制私有化和通过强制性购买计划实现完全财产权。在普通法和民法制度中，无论合同法是否编成法典，无论管辖公私合同协议的法律是否拥有独立部分，此类条款均可找到。

37. 总体上已获公认的是，事先制定并分发给所有参与者的规范性基础法律原则，以及合同解释的关键原则，对于大多数公私伙伴关系的成功至关重要。公私伙伴关系的长期性质要求对从订约当局修改合同条款或终止合同的权利到如果公共服务受阻为特殊经济情况和强制性特殊程序提供补偿等问题作出合同规定。公共服务的主要特征及其范围有时是一个主要问题（例如：确定价格表、无差别待遇、连续性、变通应用）。⁶

⁶ 例如，见“公私伙伴关系的一种新办法”，财政部，英国，2012年12月；可查阅 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf。“Infrastructure productivity: How to save \$1 trillion a year”，麦肯锡全球研究所，2013年1月，可查阅 www.mckinsey.com/insights/engineering_construction/infrastructure_productivity，其中强调了养老基金资助公共基础设施项目和公私伙伴关系的重要潜力，前提是已制定适当的法律框架和良好做法。

38. 另一方面，承认不必要的合同限制具有风险，但这种风险因公私伙伴关系各方必须始终能够证明其协议总体上能够符合社会利益和公共利益的理念而有所减轻。这种概念有时称为“社会对业务颁发的许可证”（例如，在采矿业）。⁷

39. 因此，建议的解决方案各不相同，部分反映了在特许型公私伙伴关系和公共金融机构/公私伙伴关系方面的不同考虑。在特许型公私伙伴关系中，发展中国家经验不足特别表明任何谈判都不是简单易行的：许多条款对于该合资企业的长期成功至关重要，而且与合同法和订约当局的法律文化相冲突。另一方面，在公共金融机构/公私伙伴关系中，该项目的财务方面表明，不那么需要广泛的有关这些项目取得长期成功的规范性或解释性公共合同法条款，但只是在投资环境和投资保护条例符合某些标准的范围内。

40. 专家建议，私人融资基础设施项目文书载有可能构成有关合同条款的立法规定依据的许多要素：实例包括关于特许公司的义务、合同期限和展期、立法变更补偿、合同修订、订约机构终止合同以及收取和修订费率、处理和转移资产、转移控股权益等等的立法建议和《示范立法条文》。虽然需要补充条款，但私人融资基础设施项目文书和实践中有足够的资料确定公私伙伴关系取得成功的大致普遍性原则，这在任何可持续的公私伙伴关系协议中占有所有合同权利和义务的极大比例。

(二) 裁决后争端⁸

参考：立法建议 69-71

《示范立法条文》：第 49、50 和 51 条

《立法指南》：第一章“一般性立法和体制框架”，E.6 节“对管理机构所作决定的申诉”；第六章“争端的解决”

41. 委员会曾在 2012 年作为一个问题提到争端解决问题，委员会还听取了一项建议，即贸易法委员会应当借鉴《立法指南》第六章的条款制定防止和解决争端国家制度，同时考虑适当的处理机构。委员会注意到，今后有关争端解决的工作应遵循 2007 年题为“全球商务示范法”的贸易法委员会大会（2007 年 7 月 9 日至 12 日，维也纳）提出的建议。⁹

42. 贸易法委员会大会上提出的主要建议包括发展当地解决公私伙伴关系争端的能力，制定示范法以纳入争端解决和预防机制。防止争端也将通过向投资者提供就制定适用他们的规则和条例提出评论意见的机会来予以支持。

⁷ 例如，见“Conflict and Coexistence in the Extractive Industries”，Chatham House，2013 年 11 月，可查阅 www.chathamhouse.org/publications/papers/view/195670。

⁸ 对于裁决前时期产生的争端，见有关审查和质疑机制的章节。

⁹ 见《大会会议记录》，第五章，可访问：www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf。

43. 私人融资基础设施项目文书建议订约当局与特许公司之间的争端在项目协议中解决；应当建立一个机制受理客户和用户的投诉，特许公司和项目其他参与方应可自由选择其争端解决机制。

44. 在大会上，有人指出上述建议和《立法指南》中的指导意见并不足以解决公私伙伴关系中可能出现的多种类型的争端。本文件第一部分关于“利益冲突”的章节中列明的公私伙伴关系结构导致法律协议成倍增加，其中许多协议相互关联：从项目协议、持股/赞助协议到各种贷款协议、与某一设施的设计、建造和运行有关的协议，以及联营集团和分包协议等等。

45. 2013 学术讨论会报告还指出，私人融资基础设施项目文书不足以处理公私伙伴关系中这些不同系列类别的协议。报告强调，由此产生的复杂法律关系为争端埋下了极大的可能性，争端可能从一项协议转移到另一项协议。那些被认为在私人融资基础设施项目文书中未获充分解决的争端实例包括监管者与运营者的争端，以及项目专营公司及其承包商和分包商之间的争端（如关于设计和建筑合成要素的争端）。此类争端可能在后时期出现，涉及订立项目协议和相关协议；施工阶段；运行阶段；以及项目终止。

46. 私人融资基础设施项目文书也被视为没有妥善处理公私伙伴关系中争端解决机制的复杂问题：没有充分强调管辖法律的关键作用（以及立项期间的法律选择）、仲裁规则和争端解决论坛，及其彼此之间的相互影响。

47. 2013 年学术讨论会注意到在国际仲裁中未达最理想的结果，因此还敦促在处理国际仲裁和国内争端解决时实现更好的平衡。多个投资条约、多个国际仲裁论坛、案件和裁决以及对国际仲裁裁决执行不力被认为是主要关切问题。据指出，建设当地解决争端的地方能力应列为私人融资基础设施项目文书的重点。在大会上以及后来，专家向秘书处建议，涉及各国政府的某些仲裁形式的增加应当体现在有关公私伙伴关系的立法案中。然而，他们注意到相关关切问题，即一些国家禁止涉及国家作为一个主权实体的仲裁，以及任何公私伙伴关系机制和投资调控之间的关系需要纳入考虑范围。

48. 在大会上，有人建议需要有关“防止并解决监管人与运营人之间争议的健全国内制度”的立法。尽管这种制度的本质是借鉴私人融资基础设施项目文书，但据认为，《立法指南》重点关注以“抽象”的方式解决争端的技术细节，并且监管在防止和解决争端方面的作用没有充分发挥出来。

49. 因此，并考虑到以上要点，已将建议扩大到需要为公私伙伴关系所有要素建立此类机制的状态。2013 年学术讨论会上为此提出的具体领域包括：(a) 确保拥有必要的经验、技能和专门法律知识以解决公私伙伴关系中的复杂问题；(b) 解决法院系统效率低下问题；(c) 解决缺乏独立性问题；(d) 提供有效可及性（各项程序可能会歧视外国投资者而不是国家实体）；(e) 确保国内有效执行国际决定。争端解决机制的必要性已在大会上提及，并且在该论坛之前在专家协商会议期间被列为相关问题。学术讨论会可以考虑从已设定特别论坛审理争端的国家吸取的经验教训应纳入考虑范围（向秘书处报告的此类经验充其量是喜忧参半）。

50. 这种制度的一个相关目标是避免冲突性决策以及平行和并发争端引起的其他问题，因此设想的机构作出的决定必须对所有有关方具有约束力，因而所有有关方应当能够参与其中。鉴于当事方倍增，诉讼期间发生的利益冲突必须加以解决；同时确保该实体内部任命、运作和适当行为标准的独立性。

51. 大会获悉，示范立法条文和/或立法指导应由贸易法委员会审议以解决这些问题；学术讨论会不妨考虑可能列入今后关于公私伙伴关系的任何立法案文的内容。

5. 其他议题

(一) 透明度

参考：立法建议 1

《示范立法条文》：第 1 条

《立法指南》：“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，A 节“导言”；第一章“一般性立法和体制框架”，B.1(a)节“透明度”、D.2 节“便利许可证和执照颁发的安排”、E.5 节“管理过程和程序”；第三章“特许公司的选定”；第四章“基础设施的建造和运营：立法框架和项目协议”，B 节“特许公司的组建”、G 节“项目公司控制权益的转让”、J.1(a)节“分包商的选择”；第五章“项目协议的期限、展期和终止”，C 节“项目协议的展期”和 D 节“终止”；第七章“其他有关的法律领域”，B.9 节“税收法”和 B.14 节“反腐败措施”

52. 2013 年学术讨论会注意到确保整个公私伙伴关系项目期间而不仅仅是筛选程序中的透明度的重要性。给出的例子是在运行期间将资源从公共部门转移到项目经营者的过程必须透明。此次学术讨论会不妨注意到贸易法委员会关于投资者与国家争端方面的透明度的工作包含与该议题相关的讨论。贸易法委员会关于该议题的规则是建立在以下各方面基础上的：透明度对于善政的重要性、可预测的监管框架和这些要素在鼓励投资和随之带来的可持续发展方面的重要性、公众获得信息的权利¹⁰以及与公共采购和公共财务管理中的规则和程序（如《联合国反腐败公约》下所设想的规则程序）的联系。

53. 已经承认，虽然私人融资基础设施项目文书强调透明度在立法框架、监管和行政程序及决定、筛选程序（包括在处理非邀约投标书方面）以及基础设施的运营中的重要性，其他对透明度的提法则重点描述在一些国家制度中发现的有关规定。后者的实例包括项目帐户、关于股权转让的行政决定、管辖分包商选择和特许期延长的任何规则方面的透明度。事实上，立法建议和《示范立法条文》中唯一提及透明度是在建议 1 中，其中规定宪法、立法和体制框架应确保透明度（除其他目标以外）。

¹⁰ 国际法庭公认的一项权利，例如 Claude Reyes 诉智利案（2006 年）（美洲人权法院）；Társaság 诉匈牙利案（2009 年）（欧洲人权法院）。

54. 透明度作为确保问责和善政的一项工具的重要性，长期以来在关于公共采购和公私伙伴关系的国际案文中得到认可和实施。如上所述，它是《联合国反腐败公约》的基石原则。在公私伙伴关系框架下，透明度对于鼓励私人参与项目也非常重要。上文提及的经合组织原则声称，公私伙伴关系制度“应确保公众对公私伙伴关系的相对成本、效益和风险的认识，[并且应包括]与利益攸关方积极协商与合作并在确定项目和随后监测服务质量时让用户参与”。¹¹

55. 因此，建议今后关于公私伙伴关系的任何立法案文应包括在所有上述领域更健全的透明度规定，将其作为示范条文而不光是指导意见。筛选程序中的透明度要求可借鉴公共采购中的工作和私人融资基础设施项目文书中的现行规定。关于公私伙伴关系的规划阶段，已促请公众审查支持基础设施计划的决定以及关于个别项目的决定。例如，并且与传统采购相比较，已说明公私伙伴关系一些负债的“账外”性质，在财政可持续方面不鼓励负责任的决策，并且这种性质对未来的借贷和投资能力具有负面影响。国际货币基金组织已建议披露公私伙伴关系财务方面的要求；¹²建议这种方法可支持在财政问题上作出更好的决策。

56. 澄清通过公私伙伴关系追求的社会经济和发展目标，有助于衡量是否已达到这些目标：同时，由于对项目经营者的付款有可能基于确定的绩效成果，因此对于绩效目标评估而言，相关成果的透明度显然是必要的。此次学术讨论会之前的协商会议还强调，今后有关公私伙伴关系的任何立法案文都应当考虑项目协议作为问责制辅助工具予以公布的范围。围绕一国合同治理的问题已被认为是这种情况下具有挑战性的问题，有必要免于披露。贸易法委员会关于披露投资者——国家范围内的商业和其他公众利益理由的例外情况的讨论，也可评估何时不应在公私伙伴关系框架内披露信息提供有用的参数。同样，在实际工作中，评论者提及需要避免所谓的一揽子公布“僵尸数据”，¹³实际上这种做法可能损害问责制。

57. 2013 年学术讨论会还建议贸易法委员会应通过建立全球透明度登记册来鼓励善政，该登记册将追踪运营者的情况，可供各国政府评估潜在合作伙伴时查询。

58. 因此，此次学术讨论会不妨列明其建议应纳入今后关于公私伙伴关系的任何立法案文的透明度的关键内容。

(二) 其他问题

59. 专家指出可能需要在私人融资基础设施项目文书中较少重大修订的其他议题包括：参与公私伙伴关系的权限、继贸易法委员会有关这些议题的案文问题

¹¹ 上文原则 1，经合组织关于公私伙伴关系公共治理的原则。

¹² 见公私伙伴关系、政府担保和财政风险，国际货币基金组织，2006 年，可查阅 www.imf.org/External/Pubs/NFT/2006/ppp/eng/ppp.pdf。

¹³ 参考“Public-Private Partnerships (PPPs) in International Development: Are we asking the right questions?”，天主教海外开发基金会，2013 年，可查阅 www.cafod.org.uk/curation/search?SearchText=ppps。

后的破产和担保权益，¹⁴与财政可持续性有关的会计和财务问题，如披露公私伙伴关系及其在政府资产负债表中的或有负债（包括为此协助完成评估风险这一艰巨任务的规则）。

6. 就纳入有关公私伙伴关系的任何新立法案文的内容得出的结论

60. 2013 年学术讨论会和自 2013 年委员会会议以来的协商会议已表明，专家广泛同意修订私人融资基础设施项目文书的主要建议议题。

61. 因此，学术讨论会不妨评估和报告这些议题及其视为相关的其他议题所需的工作范围。还不妨提供工作方案的可能范围和时间表的说明，以制定包括相关议题并允许出现其他方面内容的立法案文。在其报告中，学术讨论会也可能认为适宜列出这些结论所依据的假设以及有关意外情况。

62. 此外，并注意到迄今为止开展的调查与研究的初步性质，学术讨论会可考虑其建议应强调所赋予的任何任务应足够灵活，以便允许在编制立法案文时不必随着问题的展开而进一步或反复请示委员会修订任务授权。

C. 将建议的任何立法案文的性质

63. 在 2013 年学术讨论会上，普遍的看法是，今后关于公私伙伴关系开展的任何工作，理想的立法解决方案是《示范法》，因为可为立法者提供相对较容易使用的框架，并在法律框架方面鼓励达到良好水平的可预见性和安全保证（例如，减少在公私伙伴关系仅通过指导进行监管的情况下对政治变化的敏感性）。学术讨论会注意到并非所有问题都须通过法律手段来解决，并鼓励贸易法委员会必须明确公私伙伴关系适用《示范法》的方面以及在随附指导意见或其他监管形式方面将涉及的内容。此外，学术讨论会注意到《示范法》的益处包括：它提供一个灵活的、非说明性的文本，以及已达成国际共识的最佳实践，涵盖所监管的公私伙伴关系类型的所有基本条款（在此种情况下）。该《示范法》将确定每个项目的最低要求（即，立法解决方案适用的要求）以及哪些条款必不可少但应当根据逐个项目予以起草。此外，学术讨论会强调，随附《颁布指南》对于规定有效实施和使用《示范法》以及解释选择方案和该案文中可能出现的偏差将是至关重要的。

64. 不同的观点，即增订《立法指南》而不是起草《示范法》，也在学术讨论会上获得一些支持。这样做的理由包含对贸易法委员会参与超越其核心管辖权领域（如颁布国各机构）的工作的历史性政治阻力、对该主题复杂性的关切，以及需要保持大量的灵活性。本文件注意到，《立法指南》能够提供的分析指导将协助查明和克服有效公私伙伴关系的障碍。

65. 因此，关于公私伙伴关系的可取立法案文形式是在此次学术讨论会之前协商会议的一个重要因素。虽然大多数专家继续推荐《示范法》及随附《颁布指

¹⁴ 见 2003 年后案文，www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html 和 www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security.html。

南》，但对于寻求制定《示范法》提出了以下关切问题。一般情况下，可以将其区分为示范法问题和公私伙伴关系问题。

66. 通常就示范法提出的主要关切问题围绕着专门制定以适应当地情形而不损害其效用的难度，另一方面，将示范法复制到地方法律而无需专门制定的诱惑。虽然在这些问题上出现了截然相反的意见，但它们均提出了可转移性问题：法律、社会、经济、文化和政治背景使得示范法的使用无效吗？学术讨论会不妨考虑贸易法委员会在审议这一问题时在各种主题方面促进和支持采用示范法的经验，如最近发布更全面的贸易法委员会最新《示范法》《颁布指南》方面的经验。

67. 关于颁布国各机构的问题，贸易法委员会最近在破产、公共采购和担保交易¹⁵以及此次学术讨论会之前的协商会议方面的经验表明，国内机构、以前被视为政治上敏感和可能在贸易法委员会核心主管领域之外，如今作为贸易法委员会移交事项的一部分被接受。

68. 在公私伙伴关系关切的问题上，提出了下列问题：

筛选程序，如果设在传统采购程序中，对于公私伙伴关系而言不够灵活。在此，学术讨论会不妨考虑 2013 年学术讨论会上就这一问题提出的评论意见，以及上文有关“筛选程序”的章节中列明的问题；

现代公私伙伴关系法律包括关于轻重缓急的条款和拟定项目及其他规划内容，而将这些纳入关于公私伙伴关系的《示范法》有一定难度。另外，学术讨论会不妨考虑上文关于“项目规划和准备”的章节中列出的问题；

结合对示范法“剪贴”合成的普遍关切和需要考虑到公私伙伴关系领域各种广泛的其他相关法律，因而将可能形成一项不协调和无效立法框架的风险。在此，学术讨论会不妨将与所有大型基础设施项目有关的法律与公私伙伴关系范围内出现的法律区分开来。前者必须在公共采购中考虑，因此在贸易法委员会有关该议题的工作（包括《公共采购示范法颁布指南》）中提及，此前尚未得到同样的关注。后者可包括宪法法、私有化法、公司法、担保权益法、破产法、立法变更和长期合同所产生的问题（如合同条款的变化），以及金融和投资问题。许多这些问题在当前《立法指南》中提及，如上文“其他相关法律”一节所示，学术讨论会可考虑它们依然是指导性而非《示范法》问题。若如此，问题就在于这些议题是否非常重要，使得《示范法》将涵盖公私伙伴关系中一个即将生效的不充分领域。

69. 2013 年学术讨论会报告还注意到示范法、立法指南和颁布指南的非约束性质，并得出结论，更新《立法指南》本身不会提供上文所述之容易使用的框架。

70. 因此，此次学术讨论会不妨重新考虑这一问题：缺乏对建议的立文案文类型协商一致的意见是委员会指示秘书处在委员会决定将公私伙伴关系作为一个议题移交给某一工作组之前参与进一步筹备工作时所凭借的问题之一。

¹⁵ 另见上文 2013 年学术讨论会《讨论文件》，第 35 段。

D. 今后可能就公私伙伴关系开展工作的重要性的

71. 委员会同意 2013 年学术讨论会的结论，即公私伙伴关系已成为“为国际和区域基础设施和其他发展以及为所有发展阶段的各个国家获取资源”的重要工具。¹⁶委员会的观念与国家元首和政府首脑以及高级别代表在 2012 年联合国可持续发展会议（“里约+20 首脑会议”）上所作的发言相呼应，确认“落实可持续发展取决于公共和私营部门的积极参与”，并认识到，“私营部门借助公私伙伴关系这一重要工具等方式积极参与，有助于实现可持续发展”。¹⁷“里约+20”宣言：

声称“我们重申国际贸易是推动发展和持续经济增长的引擎，还重申一个普遍、有章可循、开放、非歧视和公平的多边贸易体系以及名副其实的贸易自由化，可在刺激全世界经济增长和发展方面发挥关键作用，使处于各个发展阶段的各个国家都能在推动实现可持续发展过程中受益。在这种情况下，我们继续着眼于在处理诸如扭曲贸易的补贴、环境商品与服务的贸易等一系列重要问题方面取得进展”；¹⁸以及

宣布支持“国家监管和政策框架，使工商企业能够考虑到企业社会责任的重要性，推动可持续发展举措。”¹⁹

72. 在 2013 年委员会会议上，代表团强调，在评估赋予各议题的优先顺序时，促进经济和社会可持续发展及法治非常重要。²⁰如上所述，2013 年学术讨论会强调了公私伙伴关系在促进扶贫项目和社会责任以及更一般的可持续发展问题方面的重要性。

73. 如本文件第一部分所示，委员会将审议授权拟订公私伙伴关系法律时是否不但根据为此提出的建议在技术上的优势，而且还参考所建议的其他工作。在 2012 和 2013 年委员会最近两届会议上，注意到关于排定议题优先顺序的以下要点：

确定法规制定之后的潜在使用者的重要性；

必须阐明制定该法规和贸易法委员会在联合国范围内开展工作的重要性；

强调战略方针响应全球事件、技术发展和商业趋势演变的可取性（援引促使私人资本满足公共需要的各种手段的实例，例如通过公私伙伴关系和私营部门提供国家服务、金融合同和消费者破产）；

必须确定各国对该项工作的重视程度；

必须对该项工作的经济影响或必要性予以量化；

¹⁶ 第四十六届会议的报告，A/68/17 号文件，第 36 段。

¹⁷ “我们希望的将来”，第 46 段，2012 年 6 月 22 日在里约热内卢“里约+20”首脑会议上通过，大会第 66/288 号决议，可查阅 www.un.org/en/sustainablefuture/。

¹⁸ 同上，第 281 段。

¹⁹ 同上，第 46 段。

²⁰ 上文第四十六届会议报告，第 297 段。

避免创建事实上的常设工作组；

允许贸易法委员会需要保持以适应新出现的优先事项的灵活性；以及

审查可能与委员会考虑今后开展工作的议题相关的其他组织的工作。²¹

74. 委员会在其 2013 年届会上强调，“正如大会赋予贸易法委员会的任务所述，所设想的立法案文在多大程度上支助国际贸易法的发展应是指导委员会决定是否就一个议题开展工作的主要因素。”²²委员会将其一般性考虑应用于今后的工作，并在授予第一工作组一项任务的情况下强调解决“特别是发展中经济体中小微企业整个生命周期遇到的法律障碍”的重要性（另见本文件第一部分关于与小型私营运营者的公私伙伴关系以及国内优惠的章节）。²³

75. 学术讨论会不妨列明其报告中有关这些问题的相关事实考虑因素，从而协助委员会进行审议。

²¹ 见 2012 年委员会第四十五届会议下列文件：“贸易法委员会的战略方向”，A/CN.9/752 号文件，第 19-22 段，可查阅 www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html，以及 A/CN.9/752/Add.1，第 24 段（网址同前），其中注意到贸易法委员会在联合国内部及国际贸易和商业领域的作用和重要性。在评估贸易法委员会的作用和重要性时，可参照联合国的工作和优先事项、捐助界以及各国政府的优先事项。决定这些机构优先事项的有：重要的发展情况，如《援助实效问题巴黎宣言（2005 年）》，以及国际关心的主要问题——反腐败议程、2008 年全球金融危机、冲突/冲突后局势。另见 2013 年第四十六届会议文件“计划中并且今后有可能开展的工作”，第四章 B 节（“对主题领域的优先安排”），A/CN.9/774 号文件，可查阅 www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/46th.html。

²² 上文第四十六届会议报告，第 297 段。

²³ 同上，第 321 段。