



联合国国际贸易法委员会

第五十二届会议

2019 年 7 月 8 日至 26 日，维也纳

公私伙伴关系：对《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》的拟议修订（经修订的第一章和第二章）

秘书处的说明

目录

	页次
一. 一般性法律和体制框架	2
A. 概述	2
B. 公私伙伴关系法律框架的指导原则和备选办法	2
C. 订立公私伙伴关系的权力范围	8
D. 管理基础设施服务的权力	10
二. 项目规划和准备	17
A. 概述	17
B. 项目评估和备选办法	17
C. 项目风险和风险分配	22
D. 行政协调	27
E. 政府支持	29
F. 国际金融机构提供的担保	36
G. 出口信贷机构和投资促进机构提供的担保	38



一. 一般性法律和体制框架

A. 概述

1. 公私伙伴关系是政府可用来开发基础设施或采购提供公共服务所需要的或供公共实体使用的设施或系统的备选办法之一。要吸引私人投资于政府认为值得以公私伙伴关系形式实施的项目，需要有一个适当的法律框架。有些国家考虑通过新的法律，有些国家已经有此类法律框架，这两类国家均应当确保相关的法律规章措辞明确，符合良好治理和可持续发展的基本原则，全面而又足够灵活，可以响应本国的基础设施发展目标和政策，并跟得上各个基础设施部门的技术和市场发展情况。本章处理为实现上述目标，国内立法者在建立或重新审查公私伙伴关系法律框架时应当考虑的一些一般性问题。B 节（第 2-28 段）讨论公私伙伴关系法律框架的指导原则和备选办法；C 节（第 29-36 段）处理以公私伙伴关系形式开展项目的权力范围；D 节（第 37-60 段）概述管理基础设施部门的体制和程序安排。

B. 公私伙伴关系法律框架的指导原则和备选办法

2. 本节讨论可能有助于建立公私伙伴关系法律框架的一般指导原则。本节还指出东道国宪法可能对实施其中一些项目产生的影响。最后，本节简要讨论就一国可能需要颁布的文书的级别和类别及其适用范围可以采用的各种办法。

1. 公私伙伴关系法律框架的一般指导原则

3. 《可持续发展目标》表达了联合国会员国的承诺，即除其他以外，“发展优质、可靠、可持续和有抵御灾害能力的基础设施，包括区域和跨境基础设施，以支持经济发展和提升人类福祉，重点是人人可负担得起并公平利用上述基础设施。”¹公私伙伴关系法律框架是一国可用来实施其公共基础设施和服务发展战略的政策工具之一，应当以符合该国战略并有利于实现其目标的方式来制定和执行。

4. 因此，在考虑颁布有利于实施公私伙伴关系的法律规章或审查现有法律框架是否适宜时，国内立法者和监管者似宜考虑国际公认的一些良好治理和可持续发展原则。例如，联合国大会认识到“公平、稳定和可预见的法律框架对于促成包容、可持续和公平的发展、经济增长和就业，对于拉动投资和促进创业精神，都具有重要意义”。²同样，在几乎得到普遍通过的《联合国反腐败公约》³第五条第一款，各缔约国承诺“制订和执行或者坚持有效而协调的反腐败政策，这些政策应当促进社会参与，并体现法治、妥善管理公共事务和公共财产、廉正、透明度和问责制的原则”。这些原则和专门目的在于从公私伙伴关系中获取最大益处的其他原则对于各国的立法行动具有启发意义，下述段落对这些原则加以简要讨论。

¹ 《变革我们的世界：2030年可持续发展议程》（联合国大会2015年9月25日第70/1号决议），目标9.1。

² “我们确认，公平、稳定和可预见的法律框架对于促成包容、可持续和公平的发展、经济增长和就业，对于拉动投资和促进创业精神，都具有重要意义。在这方面，我们赞扬联合国国际贸易法委员会在协调国际贸易法并使之现代化方面所做的工作。”（《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》，大会2012年9月24日第67/1号决议）。

³ 《公约》由联合国大会2003年10月31日第58/4号决议通过，于2005年12月14日生效。

(a) 公共利益

5. 公私伙伴关系是用来实施一国基础设施和公共服务发展战略和政策的一种工具，公私伙伴关系法律框架必须促进和保护公共利益。就公私伙伴关系而言，公共利益是指政府一方面作为基础设施和公共服务的提供者和管理者，另一方面作为公私伙伴关系下开发的设施或系统的购买者、使用者也可能还有所有者或运营者或者公私伙伴关系合同的当事方的利益。其中每一个方面都需要立法者予以适当考虑。虽然《指南》侧重于订约当局作为公私伙伴关系合同当事方的作用（将对这一点作全面讨论，尤其是在第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”和第五章“公私伙伴关系的期限、展期和终止”），但《指南》也注意到政府作为基础设施和公共服务管理者（尤其见本章，第 37-60 段，以及第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）以及公共财产和公共资源的管理人和受托人的作用（尤其见第三章“授予合同”）。

6. 另一方面，公私伙伴关系中的公共利益还指国家的公民和公司作为基础设施的使用者、作为基础设施所产生的服务或货物的消费者和使用者的利益，以及作为在公私伙伴关系下所开发设施或系统的支持下提供的公共服务的最终受益人的利益。从这个角度来看，公私伙伴关系立法框架必须考虑到特定基础设施或服务部门的具体监管制度，并与该制度相协调（尤其见本章第 37-60 段；以及第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段），以及关于消费者保护的一般规则（见第七章“其他有关的法律领域”）。

(b) 透明度

7. 透明的法律框架具有以下特点，即明确和容易获得的规则，以及实施这些规则的高效程序。透明的规则和行政程序产生可预期性，使私营部门能够估计其投资的成本和风险，从而提出最有利的条件。透明的规则和行政程序也可通过要求公布行政决定的条款来促进公开性，这些条款酌情包括说明这些决定所依据的理由并披露与公众有关的其他信息的义务。透明的规则和行政程序还有助于防止订约当局或其官员的任意或不适当行动或决定，从而有助于增进对一国公私伙伴关系方案的信心。

8. 透明的规则和程序为在实施公私伙伴关系项目时行使裁量权提供了框架。透明的规则和程序在适当情况下限制裁量权的行使，允许裁量权受到监测，并在必要情况下受到质疑。透明的规则和行政程序是促进对政府所采取行动或所作出决定问责的一个关键因素，从而有助于廉正和公信度。规划和实施公私伙伴关系方面一套透明的规则和行政程序便利按照期待的结果对一国的公私伙伴关系方案 and 具体项目进行评价。

9. 在公私伙伴关系整个寿命期内，规则和行政程序都需要保持透明，从规划和项目开发，到基础设施的运营和向公民提供服务，均包括在内。透明的公私伙伴关系法律框架可能要求，例如，公布关于项目实施的重要决定，包括在具体案例中选用公私伙伴关系的理由（见第二章“项目规划和准备”，第 3 段）。透明度对于授予公私伙伴关系合同尤其重要，对此，《指南》强调了五个关键方面：公开披露法律框架；发布合同机会；事先确定和公布据以评估报价的合同关键条款；按照规定的规

则和程序透明地开展程序；以及存在着用来监测适用的规则得到遵守并在必要时强制执行这些规则的制度（见第三章“授予合同”，第 138-239 段）。基础设施运营期间保持透明还可能需约当局或管理机构向公众披露有关私人伙伴的有针对性信息，例如财务报表或绩效报告文件（见第 15 段和第 49 段；另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第 103-104 段）。

(c) 公平性、稳定性和可预测性

10. 与透明度原则密切相关的是要求有一个公平、稳定和可预测的公私伙伴关系法律框架。法律规章是政府规范并确保向其公民提供公共服务的手段。与此同时，法律规章向公共服务提供者及其客户提供保护自身权利的手段。公平的法律框架考虑到政府、公共服务提供者及其客户的不同（有时可能相互冲突的）利益，并寻求在这些利益之间实现公平的平衡。私营部门的商业考虑、用户（无论在质量还是价格方面）得到适当服务的权利、政府对于确保持续提供基本服务的责任及其在促进国家基础设施发展方面的作用，这些只是法律应当予以适当承认的利益中的几项。

11. 考虑到基础设施项目一般期限较长，稳定的法律框架对于公私伙伴关系尤为重要。私人伙伴需要能够预测和评价在项目周期内的风险和可能的变化，以便调集所需资源，并采取必要措施减轻预期风险的后果。订约当局和公众也应当能够依赖服务的连续性和提供服务的条件。当然，公私伙伴关系法律框架必须能够进行调整，以满足不断变化的需要（见第 28 段）。然而，不合理、不及时或任意改动法律规章会导致私人伙伴的表现不稳定，损害成功的公私伙伴关系所需要的互信基础，并最终危害政府的基础设施和公共服务发展目标和政策。

12. 稳定的公私伙伴关系法律框架将有助于增强涉及授予和实施公私伙伴关系项目的行政或司法裁决的可预测性。这会对有关各方产生积极影响。例如，项目实施期间需要办理各种行政手续（建筑和规划许可证、技术性检查或监管决定），私人伙伴如果能够依赖这些行政手续可预测的结果，就能够更加高效地规划和管理项目。订约当局本身可能也会受到其他当局所作决定的后果的影响，同样会受益于可预测的程序。如果提供公众服务是一项公私伙伴关系的标的，而公众可以预测，例如，与提供公众服务的条件有关的决定将遵循符合适用法律和政策的可预测的模式，而不是出于不相干的考虑，则公众也会对这样的制度感到欣慰。健全和明确的规则与行政程序的效率和负责执行法律框架的人员拥有资格和受过培训一样，是确保可预测性的一个条件。

(d) 妥善管理、廉正和问责

13. 依项目类型或相关设施或系统的性质而定，公私伙伴关系可能涉及公共财产的管理、公共资金的拨付或者同时涉及这两者。因此，适用的法律规章必须载列适当的保障措施，以防止管理不善、挪用或以其他方式不当管理公共财产或资金。这方面的多数规定载于管辖公共财产或行政程序、预算和会计控制的法律规章中以及刑法中（见第七章“其他有关的法律领域”，第...段）。无论如何，鉴于一些公私伙伴关系项目规模很大，政府应当确信相关行政法和刑法适用于公私伙伴关系，不得滥用公私伙伴关系以逃避适用的管制。至于管辖公私伙伴关系或管辖可订立公私伙伴关系的基础设施部门的专门法律，有必要确保有关公私伙伴关系规划、授予合同、

合同内容和基础性设施或系统运营的条款将促进公共财产和资金的财产管理方面的最佳做法，不留会助长不当行为的漏洞。

14. 与必须避免对公共财产或资金管理不善密切相关，需要确保公私伙伴关系合同授予和履行过程中的廉正。这里，通常也是由其他法律以刑法条款、行政法标准和行为规则的方式规定维护廉正的实质性规则。为促进廉正，一个核心问题是需要从公私伙伴关系的所有主要阶段防止利益冲突：从规划阶段，到投标阶段，一直到项目结束。许多公私伙伴关系项目规模巨大，往往期限很长，需要政府官员、订约当局的代理人 and 私人伙伴的雇员或代理人之间不断互动，这些情况可能助长贿赂、勒索或其他腐败行为，并为这些行为创造很多机会。有必要确保订约当局的官员不能直接或间接从项目中获益或通过私人伙伴打交道而获益。私人伙伴也不应当对参与项目设计、选择、实施或管理的任何官员施加不当影响。应在项目设计（见第二章“项目规划和准备”，第49段）、授予合同（见第三章“授予合同”，第...段）和执行（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）各个阶段规定适当的保障措施。除经济和财政损失外，公私伙伴关系中的腐败行为可能给广大公众带来严重的消极后果，尤其是公私伙伴关系涉及提供公共服务或涉及管理公众使用的基础设施时。事实上，腐败行为往往导致过分宽松，容忍较低的安全、安保或质量标准，这会成为有可能造成财产损失或危及公民健康或生命的事故或其他危害的原因。

15. 必须通过有效的问责制度来实施旨在维护廉正的有效制度。在这方面，预期也会在其他法律领域找到一些重要机制，尤其是在刑法和行政法以及管辖刑事案件侦查和审判的规则中（见第七章“其他有关的法律领域”，第...段）。专门管辖公私伙伴关系的法律规章可通过以下办法促进问责制：规定适当的披露和报告要求，订约当局或其他相关政府机构可以审计账目或以其他方式合理地要求私人伙伴提供相关资料（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

(e) 经济性和效率

16. 法律和规章框架，包括预算和批款程序，应当确立确保公私伙伴关系在整个寿命周期内具有经济性和效率的必要条件（见第七章“其他有关的法律领域”，第...段）。在开始挑选项目伙伴之前，需要订约当局进行严格的规划和可行性评估，尤其是审查公私伙伴关系在多大程度上可以优化资源利用以实现相关项目的预期影响（或“物有所值”测试标准）。只有在这些测试标准证明下列条件得到满足的情况下，才应当推进公私伙伴关系项目：(a)项目可以实现成本、时间和其他资源以及项目目标的质量之间的最佳关系；(b)如果采用公私伙伴关系结构，与不采用公私伙伴关系结构相比，预期项目将以较低的成本、较少的时间和其他资源提供所要求的服务水平，同时不降低这些服务的质量；(c)与不利用公私伙伴关系相比，公私伙伴关系将提供高于要求水平的服务，或者在成本、时间和其他资源方面实现项目投资的更好回报（见第二章“项目规划和准备”第6-14段）。

(f) 长期可持续性

17. 国家基础设施发展政策的重要目标包括确保公共服务的长期提供，不断提高基础设施的质量，以及实现经济、环境和社会可持续性。公私伙伴关系是一国可用于落实其政策的手段之一，因此，专门处理公私伙伴关系的法律规章应当有助于促进这些目标。适当的规划和准备是确保基础设施项目具有可持续性所不可或缺的，尤其是这类项目以公私伙伴关系形式实施时。从一般政策角度，积极的步骤包括制定基础设施发展，包括公共服务总规划，并根据社会经济考虑、财务影响、对可持续发展的影响和其他相关因素，确定优先的部门、项目或项目类别。

18. 具体项目的适当规划和准备要求根据订约当局的财力和其他能力，认真选择项目的类别（即无论是公共采购和运营，还是任何特定类别的公私伙伴关系）。对公私伙伴关系模式的益处或成本抱有不切实际的假想，可能使通过公私伙伴关系发展基础设施的预期落空，应当通过早期阶段的认真规划和项目评估尽量予以避免（见第二章“项目规划和准备”，第...段）。事实上，拙劣的规划或糟糕的规则或程序可能导致公共基础设施运营和维护方面的合同安排或管理安排不当，严重限制所有基础设施部门的效率，降低服务质量，并提高政府或用户的成本（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。从立法角度来看，重要的是确保东道国拥有机构能力，能够履行赋予受权订立公私伙伴关系的公共当局在公私伙伴关系的所有实施阶段的各种任务（见第二章“项目规划和准备”，第 44-45 段）。政府可通过一种办法确定其机构是否准备就绪，可以处理公私伙伴关系项目，即对其公共投资能力进行评估，包括审查负责制定国家和部门计划、编制投资预算、评估和选择项目以及管理和监测项目实施情况的机构和程序。一个国家的总体体制和行政资源具有效率，对于确保公私伙伴关系项目的可持续性非常重要，国家似宜考虑采用反映最佳做法的适当工具，评估这些资源对于确保公私伙伴关系项目的可持续管理而言是否适宜。⁴

(g) 竞争

19. 在国家基础设施政策范围内加强公私伙伴关系长期可持续性的另一项措施是实现以竞争方式和垄断方式运营基础设施和提供公共服务的恰当平衡。竞争可以降低总成本，为基本服务提供更多的后备设施。在某些部门，竞争还有助于提高基础设施投资的生产率，加强对客户需要的响应能力，并获得更优质的公共服务，从而改善所有经济部门的营商环境（另见第七章“其他有关的法律领域”，第...段）。

20. 就与公私伙伴关系直接相关的法律规章而言，竞争有两个层面。一方面，相关部门或活动的竞争余地是订约当局在项目规划阶段需要审查的要素之一（见第二章“项目规划和准备”，第 19-20 段）。订约当局的评估应当作为依据，用于确定私人伙伴在公私伙伴关系下是否应当享有运营基础设施或提供相关服务的独家经营权，或相关部门或市场可否从竞争中受益（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 28-32 段）。另一方面，竞争通常是公共采购制度的一个结构性因素，目的是公共部门实现最大限度的经济性（或“物有所值”）。对公私伙伴关系合同的竞争，即潜在投

⁴ 例如，国际货币基金组织开发了公共投资管理评估工具，以帮助各国评价各种公共投资管理做法的优势（见 <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>）。

资者和私营实体参与激烈竞争，以求获得被授予公私伙伴关系合同的机会，可以减少总体费用和其他资源需求，提高基础设施投资的生产率，加强对客户需求的响应度，从而获得更优质的公共服务。竞争具有以下潜力：既能使公私伙伴关系更物有所值，又能够提高相关项目实现预期结果的可能性。根据《联合国反腐败公约》第九条第一款，竞争也是国内公共采购制度的指导原则之一。因此，《指南》强烈建议使用竞争性程序授予公私伙伴关系合同（见第三章“授予合同”，第 17-19 段）。促进潜在的投资者和私营实体参与公私伙伴关系，是为获得公私伙伴关系合同而开展竞争的关键前提条件。不过，《指南》所建议的采购程序认识到，就复杂的基础设施项目而言，限制参与者数目可使竞争最为有效。有两个理由支持这一明显的悖论：首先，多数公私伙伴关系项目在技术、商业和金融方面非常复杂，因此，如果订约当局必须审查可能数目很多的建议书，对于订约当局而言将过于繁琐、耗费时间和资源；其次，参与相关程序成本高昂，私营实体因而不愿参与，除非私营实体评估它们有合理的机会赢得最终合同。因此，《指南》建议的采购程序首先是确定有限数目的优质的潜在合作伙伴（见第三章“授予合同”，第 34-50 段）。

2. 宪法与公私伙伴关系

21. 许多国家的宪法提到国家确保提供公共服务的责任。有些国家具体列出了应由国家负责的基础设施和服务部门，另一些国家则规定由立法者确定这些部门。有些国家的宪法规定，只能由国家或专门设立的公共实体来提供某些公共服务。但另一些国家的宪法则允许国家让私营实体开发和运营基础设施和提供公共服务。有些国家对外国人参与某些部门有所限制，或者规定国家应在提供公共服务的公司中参股。

22. 希望利用公私伙伴关系发展公共基础设施和服务的国家需要确定现有的宪法规则是否对实施公私伙伴关系施加可能的限制。有些国家实施公私伙伴关系的法律依据具有不确定性，这种情况可能会拖延甚至阻碍公私伙伴关系的实施。对于公私伙伴关系可能会违反关于国家垄断或关于提供公共服务的宪法规则的担心曾引发司法争端，给公私伙伴关系项目的实施带来消极影响。

23. 还应当考虑关于土地所有权或基础性设施所有权的宪法规则。一些国家的宪法对私人拥有土地和某些生产手段有某些限制。在另一些国家，私人财产得到承认，但宪法宣布所有或某些类别的基础设施为国有财产。这种性质的限制可能会对执行有关基础设施由私人运营或者私人运营和拥有的项目构成障碍（另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

3. 一般性立法和具体部门立法

24. 法律在增进对公私伙伴关系的信心方面发挥核心作用。在立法者和政府作出的政策选择的基础上，公私伙伴关系法律框架通常包括基本的法律或法律组合、次级条例或法令、内部规则和指导意见。法律通常规定据以授予和实施项目的一般性规则，体现一种政治承诺，提供特定的法定权利，也是对法律和管理制度稳定性的一种重要保证。关于授予和实施公私伙伴关系项目的法律，包括具体部门立法，通常由关于各种其他事项的法律规章加以补充，并应当与这些法律规章相互协调，其中

包括国家关于税收或投资保护的义务（见第七章“其他有关的法律领域”，第...段）。

25. 有些国家按照其宪法或立法惯例，可能需要通过有关具体项目的特定立法。有些国家则有授予私营部门以提供公共服务的特许权的固有传统，这些国家的一般性立法允许政府将某种原由公共部门开展的具有经济价值的活动转给私营部门，这种经济价值使其可以交由私营实体开发利用。这种一般性立法为统一处理各基础设施部门公私伙伴关系常见的问题建立了一个框架。

26. 然而，一般性立法由于其本身的性质，通常不适合处理各个部门的所有特定要求。即使在通过了管辖跨部门事项的一般性立法的国家，也可看到补充性的具体部门立法使立法者能够制定考虑到各个部门的市场结构的规则（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 33-45 段）。应当注意的是，在许多国家，具体部门立法是在国家基础设施的相当一部分甚至全部由国家垄断之时通过的。对于有意促进私营部门投资于基础设施的国家而言，似宜重新审查现有的具体部门立法，以便确定其对公私伙伴关系是否合适。考虑通过关于公私伙伴关系的一般性法律的国家似宜借此机会，酌情审查和修正现有的具体部门法律，以确保这些法律与关于公私伙伴关系的一般性法律相一致，或以其他方式明确表明遇有冲突时哪个案文优先（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

27. 具体部门立法还可在建立管理具体基础设施部门的框架方面发挥重要作用（见下文，第 37-60 段）。对处于建立或发展国家管理能力的初期阶段的国家来说，立法指导特别有用。这种立法是一种有益的保证，保证管理者在履行职能时并非拥有无限裁量权，而必须受到法律规定的有关标准的约束。但是，一般而言，似宜避免处理实施公私伙伴关系的合同事宜的立法规定较为死板或过于详细，因为这样的立法在多数情况下不能适应公私伙伴关系的长期性（另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段；和第五章“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第...段）。

28. 许多国家利用立法就基础设施部门的组织和基本政策、机构和管理框架订立总的原则。然而，法律可能并不是确定详细的技术和财务要求的最佳手段。许多国家倾向于颁布条例，为实施本国法律中关于公私伙伴关系的一般规定订立较详细的规则。人们认为条例较容易根据环境的变化加以修改，无论这种变化起因于向市场规则过渡，还是起因于新技术或者经济或市场条件发生变化等外部动态。正如《指南》先前所强调（见上文，第 11 段），法律框架具有稳定性对于增进对一国公私伙伴关系政策的信心至关重要。选择仅利用授权性立法订立总的原则并利用条例就详细事项作出规定的国家，应当避免太过频繁地修改条例，或者条例与作为条例基础的法律互不一致，这些情况正是公私伙伴关系有不确定性和发生争端的常见原因（另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。无论使用什么文书，清晰性和可预测性都是必不可少的。

C. 订立公私伙伴关系的权力范围

29. 为实施公私伙伴关系，可能需要颁布专门的立法或条例，明确授权国家委托私人实体开发基础设施或提供公共服务。具备明确的立法授权可能是一个重要条件，

有利于增进本国或外国的潜在投资者对通过公私伙伴关系促进私营部门投资于基础设施的国家政策的信心。

1. 获授权的机构和有关的活动领域

30. 在有些法律制度中，若事先没有立法授权，是不能将政府发展基础设施或提供公共服务的责任委托他人的。对有意通过公私伙伴关系发展公共基础设施或服务的国家而言，特别重要的是在法律中明确规定将提供某些公共服务的权利委托东道国公共当局以外的其他实体的权力。在公共服务由政府垄断的国家或在考虑由私人实体提供曾经免费向公众提供的某些服务的国家，这种一般规定可能尤其重要（另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

31. 如果采用一般性立法，还应当明确规定哪些公共当局或哪些级别的政府有权授予基础设施项目和担任订约当局。为避免不必要的拖延，尤其应当制定可据以确定有权代表订约当局（和酌情代表其他公共当局）在谈判不同阶段作出承诺和签署公私伙伴关系合同的个人或部门的规则。考虑中央政府以外其他当局为实施其职权范围内的项目可能需要的权力范围是有益的。有些项目涉及不同级别政府（例如国家、省或地方）的部门或机构，不可能提前确定涉及的所有相关部门和机构，对于这些项目，可能需要采取其他措施，以确保在这些部门和机构之间进行适当的协调（见第二章“项目规划和准备”，第 44-53 段）。

32. 为了明确起见，似宜在这种一般性立法中确定在哪些部门可授予公私伙伴关系合同。或者，如果认为授予公私伙伴关系合同不可行或不可取，法律可以确定哪些活动不可以作为公私伙伴关系合同的标的（例如，与国防或国家安全有关的活动）。

2. 公私伙伴关系的目的和范围

33. 法律似宜界定本国可以订立公私伙伴关系的项目的性质和目的。一种可能的做法可以是根据私人伙伴享有的权利和承担的义务的程度来界定各类项目（例如“建设—运营—移交”、“建设—拥有一运营”、“建设—移交—运营”和“建设—移交”）。然而，鉴于在私人投资于基础设施方面可能采用多种多样的办法（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 23-24 段），这种做法并不可取。另一种做法是，法律可以笼统地规定，可以为发展任何或特定类别的公共基础设施或服务订立公私伙伴关系。法律可以澄清，公私伙伴关系可能涉及私人伙伴根据主管当局授予的特许权直接向公众提供服务，或者涉及管理和运营订约当局或其他政府机构为提供公共服务或为开展自己的活动而使用的基础设施。法律可以进一步澄清，私人伙伴的报酬可以采取以下形式：对使用设施或场所或因它所创造的服务或货物收取价款的权利，或者当事各方商定的其他付款或报酬。最后，法律似宜进一步澄清，可以为建造和运营新的基础性设施或系统，或维护、修理、翻修、现代化更新、扩建和运营现有基础性设施和系统，或仅仅为管理和提供公共服务而使用公私伙伴关系。

34. 另一个重要问题涉及赋予私人伙伴的权利的性质，尤其是提供服务的权利是独家经营权还是私人伙伴将面临其他基础性设施或服务提供者的竞争。独家经营权可能涉及在特定地理区域提供公共服务的权利（如社区供水公司），或者包括整个国家领土（如国家铁路公司）；也可涉及将特定类型的货物和服务提供给某一特定客

户（如对输电和配电公司来说，电力公司是享有独家经营权的地区供应商）或有限的客户群体（例如国家长途电话运营人向地方电话公司提供通路）的权利。

35. 在决定是否对某一个项目或某一类项目授予独家经营权时，应当考虑到东道国对相关部门的政策。如上所述，竞争余地在不同的基础设施部门有很大差异。某些部门或其中某些部分具有自然垄断性质，因而公开竞争往往不是一种在经济上可行的做法，但另一些基础设施部门已经成功地开放供自由竞争（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 28-32 段）。

36. 因此，似宜以灵活的方式处理独家经营权问题。较为可取的做法不是排除或事先规定公私伙伴关系享有独家经营权，而是由法律授权在认为符合公共利益的情况下授予独家经营权，例如可以为了确保项目在技术和经济上的可行性而授予独家经营权。订约当局应当在按规定在开始挑选私人伙伴的程序之前进行的评估和研究中陈述赋予独家经营权的理由（见第二章“项目规划和准备”，第 19-20 段）。具体部门法律也可以适合特定部门的方式规范独家经营权问题。

D. 管理基础设施服务的权力

37. 涉及私人伙伴直接向公众提供服务或货物的公私伙伴关系（“特许权公私伙伴关系”）通常与受到特殊管理的部门或活动有关。适用的管理制度可能包括实质性规则、程序、工具和机构。这一框架是实施政府对有关部门的政策的一种重要手段（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 25-26 段）。视有关国家的体制结构和各级政府之间的权力划分而定，省级或地方立法可以完全管辖或与国家立法一道管辖一些基础设施部门。

38. 对基础设施服务的管理涉及很多一般性问题和具体部门特有的问题，这类问题往往因每个东道国社会、政治、法律和经济现实的不同而可能有很大差别。《指南》虽然偶尔也讨论不同部门在类似情况下遇到的一些主要管理问题（例如见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...和...段），但无意详尽无遗地阐述在管理各个基础设施部门方面产生的所有法律问题或政策问题。“管理机构”一词系指为实施和监测基础设施运营人活动管理规则所需要的机构机制。因为适用于基础设施运营的规则常常允许有某种程度的裁量权，所以需要有一个机构来解释和适用这些规则，监督遵守情况，实施制裁，并解决规则实施过程中产生的争端。管理机构的具体管理任务和裁量权的大小将由有关规则确定，这方面可能差异很大。

39. 《指南》假定，选择授权在任何这些部门实施公私伙伴关系的国家已经确信，本国已有实施公私伙伴关系所需要的适当的体制和行政机构和人力资源。但为了帮助各国立法机关考虑建立管理机构以监测公共服务提供情况的必要性和适宜性，本节讨论这方面可能出现的一些主要体制和程序问题。本节的讨论列举了为建立公私伙伴关系管理框架而在国家立法措施中采用的各种不同办法，但《指南》并不因此而主张建立某种特定的模式或行政结构。有关实际资料和技术咨询，可向实施方案以协助成员国建立适当管理框架的国际金融机构（例如世界银行和各区域开发银行）索取。

1. 管理机构的部门权限和任务

40. 管理职责既可按部门安排，也可跨部门安排。选用部门办法的国家在许多情况下决定把密切相关的几个部门或这些部门的某些部分置于同一个管理结构之下（例如由一个共同的管理机构负责电力和煤气，或负责机场和航空公司）。有些国家则采取跨部门办法安排管理职责，在有些情况下，由一个管理实体管理所有的基础设施部门，而在另一些情况下，则由一个实体管理公用事业（水、电、煤气、电信），另一个实体管理运输。在有些国家，管理机构的权限还可能扩展到某个区域的若干部门。

41. 管理机构的权限局限于某个具体部门通常会促进本部门特有的技术性专门知识的发展。实行具有部门针对性的管理可便利制定符合该部门需要的规则和措施办法。但是，究竟是实行具有部门针对性的管理还是实行跨部门管理，部分取决于本国的管理能力。在基础设施管理方面专门知识和经验有限的国家可能会发现减少独立结构的数目并努力实现规模经济更胜一筹。

42. 建立管理机制所依据的法律往往规定用以指导管理机构行动的一系列总目标，例如促进竞争，保护用户的利益，满足需求，本部门或公共服务提供者的效率，其财政维持能力，维护公众利益或为公共服务义务提供保障，以及保护投资者的权利。确定一两项目标有助于明确管理机构的任务并为有时相互冲突的目标确立优先次序。明确的任务也可加强管理机构的自主权和信誉。

2. 机构机制

43. 管理基础设施部门的机构机制多种多样。有些国家将管理职能交给政府机关（例如政府的有关部委或部门），有些国家则选择在政府之外设立自主的管理机构。有些国家决定某些基础设施部门由自主和独立的机构管理，而将其余的基础设施部门留给某个部委直接管理。有时候，也可能是自主的管理机构与政府共同行使权力，颁发执照通常便属于这种情况。从立法的角度来看，需要在考虑到本国政治、法律和行政传统的情况下制定管理职能的机构安排，确保管理机构达到充分的效率。

44. 管理制度的效率主要取决于是否能够客观地作出管理决定。这就要求管理机构应该能够在没有来自基础设施运营人和公共服务提供者的干扰或不适当压力的情况下作出决定。为此，一些国家的立法规定要求管理决定的决策过程具有独立性。为了达到希望的独立程度，似宜将管理职能与运营职能分开，取消公共服务提供者可能仍然拥有的任何管理职能，将这些职能交给一个在法律上和职能上独立的实体。管理的独立应辅之以防止利益冲突的规定，例如禁止管理机构的工作人员在所管辖的公司、其母公司或子公司兼职，接受其礼品，以及缔结合同或有任何其他关系（直接或通过家庭成员或其他中间人）。

45. 这就引出一个有关的问题，即如果某个机构在其管辖的部门还拥有企业，或某个机构行事以政治考虑而不是技术根据为依据，就需要尽量减少这种机构作出决定或影响决策的风险。一些国家认为，管理机构需要具有相对于政府政治机关的一定程度的自主权。独立性和自主权不应仅仅基于管理职能的机构地位，还应基于其职能自主权来考虑（即拥有充足的财力和人力资源用以充分履行其职责）。

3. 管理机构的权力

46. 管理机构可拥有决定权、咨询权或纯属协商性的权力，或视所涉主题事项的情况而兼具这些不同级别的权力。在一些国家，管理机构最初只拥有有限的权力，但随着管理机构建立了独立性和专业能力的良好记录之后，享有的权力随之扩大。立法中往往具体规定哪些权力属于政府，哪些权力属于管理机构。这方面的明确性至关重要，可避免不必要的冲突和混乱。应让投资者、消费者以及其他有关各方都知道向哪些部门提出各种要求、申请或投诉。

47. 例如，挑选公共服务提供者在许多国家是一个既涉及政府又涉及管理机构的过程。如果授予项目的决定涉及政治性而非技术性的广泛判断（基础设施私有化往往便属于这种情况），最终责任往往在于政府。但是，如果授予项目的标准主要是技术性的（如同发电或电信服务自由许可制那样），许多国家往往将决定权委托给一个独立的管理机构。在其他情况下，政府在授予合同之前还需征求管理机构的意见。另一方面，也有一些国家不允许管理机构直接参与授予项目的过程，理由是这样可能影响到管理机构日后对有关服务的提供进行管理的方式。

48. 管理机构的管辖权通常包括对所辖部门所有企业的管辖，不论是私营企业还是公共企业。法律可能规定有些管理权或手段的使用只限于该部门占支配地位的公共服务提供者。例如，管理机构可能只对现有的或占支配地位的公共服务提供者拥有价格监督权，而允许新加入的公司自由定价。

49. 管理机构必须就一系列事项作出决定，其中包括：从制定规范的责任（例如关于授予合同的规则、设备验证合格的条件）到实际授予合同；审批所管实体提出的合同和决定（例如关于入网的时间安排或合同）；确定和监督提供某项服务的义务；对公共服务提供者的监督（特别是监督遵守许可证条件、规范、性能指标的情况）；为了透明起见，向公众披露与私人伙伴有关的有针对性的财务信息（例如其股权结构或项目中使用的基准财务模式）；价格的确定或调整；审查所实行的补贴、豁免或可能影响本部门正常竞争的其他优越条件；制裁措施；解决争端。

4. 管理机构的组成、工作人员和预算

50. 在建立管理机构时，少数国家选用的办法是一个机构只由一名官员构成，而多数国家则采用管理委员会的形式。委员会形式可提供更严密的保障，抵制不适当的外来影响或游说，还可减少草率作出管理决定的风险。另一方面，单人管理机构可以较快作出决定，责任更加分明。为改进管理委员会决策过程的管理，委员会成员人数通常保持为少数几名（一般为三名或五名）。虽然委员会主席可以投决定性一票，但通常都避免双数，以防止陷入僵局。

51. 为扩大管理机构的自主权，各种不同的机构都可参与提名。在一些国家，管理机构由国家元首根据国会提出的名单而任命；有些国家则是由政府的行政部门任命管理机构，但须经国会确认，或根据国会、用户协会或其他机关提出的名单任命。对于管理机构的官员，通常要求有最低限度的专业资历，同时不能有利益冲突，否则会使他们丧失资格。管理机构成员的任期要适当错开，避免发生大换班并由同一届政府任命所有成员的现象；任期的交错还可促进管理决策的连续性。成员的任期往往采取定期制；可规定不得连任；任期届满之前可以撤换，但只能因为某些有限

的理由（例如被宣判有罪、精神失常、严重渎职或玩忽职守）。管理机构常常要同富有经验的律师、会计师或为所辖行业效力的其他专家打交道，因此管理机构本身也需具备同样水平的专门知识、技能和专业水平，除机构内部人员外，必要时还可聘用外部顾问。

52. 稳定的经费来源对管理机构充分发挥作用至关重要。在许多国家，管理机构的预算经费来自对所辖行业的收费和其他收缴项目。收费可定为公共服务提供者营业额的一个百分比，或从颁发执照、合同或其他授权中收取。在一些国家，管理机构的预算必要时由年度财政法中规定的预算拨款来补充。但这会产生不确定因素，从而削弱机构的自主权。

5. 管理过程和程序

53. 管理框架一般包含程序性规则，其中规定负责各种管理职责的机构如何行使其权力。管理过程要取得人们的信任，必须要有透明度和客观性，无论管理权是由某一政府部门或部长或由某个自主的管理机构来行使。规则和程序应该是客观的、明晰的，以便确保管理机构公正不偏，及时采取行动。为达到透明度，法律应要求公开有关的规则和程序。作出的管理决定应陈述所依据的理由，并应通过出版物或其他适当方式供有关各方查阅。

54. 按照一些法律的要求，由管理机构每年发表有关部门的年度报告可进一步提高透明度，包括例如公布活动期间所作的决定、发生的争端以及解决争端的方式等等。这种年度报告还可列出管理机构的账目以及独立审计员对账目的审计。许多国家的立法还要求将年度报告提交国会的一个委员会审查。

55. 管理决定可能对不同群体的利益产生影响，包括所涉及的公共服务提供者、其目前的或潜在的竞争者，以及企业或非企业用户。在许多国家，管理过程包括就重大决定或建议举行协商的程序。在有些国家，这种协商采取公开听证会的形式，在另一些国家则采取协商文件的形式征求有关群体的意见。有些国家还建立了由用户和其他有关各方组成的协商机构，并要求须在作出重大决定和提出重大建议前征求其意见。为增加透明度，协商过程中提出的意见、建议或观点需加以公布或提供公众查阅。

6. 对管理机构所作决定的申诉

56. 东道国管理制度的另一个重要因素是公共服务提供者可据以请求对管理决定进行复审的机制。如同整个管理过程一样，高度的透明度和可信性至关重要。为了具有可信性，复审权应委托给一个独立于作出原决定的管理机构、东道国政治当局和公共服务提供者的实体。

57. 对管理机构的决定进行复审往往属于法院的管辖权，但在有些法律制度中，对管理机构所作决定的申诉属于只处理行政问题的专门法庭的专属管辖权，在有些国家，这样的法庭独立于司法体系。如果对复审过程心存担忧（例如，担心可能的拖延或者法院对管理决定所涉复杂经济问题作出评价的能力），那么可以至少是在向法院或行政法庭提出最终申诉前先将复审职能委托给另一机构。在有些国家，复审请求由一个独立的高级跨部门监督机构审议。也有些国家由掌管特定的司法和学术

职能的人组成的小组来听取复审请求。许多情况下对复审请求所依据的理由有所限制，特别是限制受理上诉机构以自己对事实的自由裁量评估取代其决定正接受复审机构所作评估的权利。

7. 公共服务提供者之间争端的解决

58. 相互竞争的私人伙伴（例如两个移动电话系统运营人）之间或在同一基础设施部门的不同部分提供服务的私人伙伴之间可能会产生争端。这些争端可能涉及不公平贸易做法（例如低价倾销）、不符合国家基础设施政策的非竞争性做法（见“导言和公私伙伴关系的背景资料”，第 25-31 段）或违反公共服务提供者的特定义务（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）等指控。在许多国家，人们发现为了建立解决这些争端的适当框架，立法规定是必要的。

59. 首先，当事各方相互之间可能没有可以提供适当的解决争端机制的合同安排。即使有可能建立一种合同机制，东道国也可能想让一个特定机构解决涉及某些问题（例如，进入特定基础设施网络的条件）的争端，以便确保有关规则的适用相互一致。另外，公共服务提供者之间的某些争端可能涉及根据东道国法律被认为不能通过仲裁解决的问题。

60. 国内法往往规定处理公共服务提供者之间争端的行政程序。一般来说，公共服务提供者可以向管理机构或向负责实施据称遭到违反的规则的另一政府机构（例如，负责执行公平竞争法律规章的政府机构）提出申诉，在有些国家，这种政府机构有权就这类事项作出有约束力的决定。这类机制即使是强制性的，也不一定妨碍受害人求助于法院，虽然在有些法律制度中，法院可能仅仅有权裁定有关决定是否合法（例如是否遵守适当程序），而无权裁定有关决定的是非曲直。

一般规定

示范条文第 1 条. 公私伙伴关系指导原则

备选案文 1

鉴于[.....][政府][议会]希望授权在发展基础设施和向公众提供相关服务方面利用公私伙伴关系；

鉴于为此目的，[政府][议会]认为应当规范公私伙伴关系，以提高透明度、公平性、稳定性和可预测性；促进妥善管理、廉正；竞争和经济性；并确保长期可持续性；

[颁布国可能希望申明的其他目标；]

兹颁布如下规定：

备选案文 2

本法规定按照透明度、公平性、稳定性、妥善管理、廉正、竞争、经济性和长期可持续性原则批准、授予和实施公私伙伴关系项目的程序。

示范条文第 2 条. 定义

在本法中：

(a) 公私伙伴关系系指在订约当局或设施用户付款的情况下，订约当局和私营实体就实施一个基础设施项目订立的协议；

(b) “基础性设施”系指直接或间接向一般公众提供服务的有形设施和系统；

(c) “基础设施项目”系指新的基础性设施的设计、建造、开发和运营或现有基础性设施的翻修、现代化更新、扩建或运营；

(d) “订约当局”系指有权[根据本法的条文]订立公私伙伴关系合同的公共当局；¹

(e) “私人伙伴”系指订约当局留下以根据公私伙伴关系合同实施项目的私营实体；

(f) “公私伙伴关系合同”系指订约当局与私人伙伴之间订立的载列实施某一公私伙伴关系的条款和条件的有相互约束力的协议；

¹ 应当指出的是，本定义仅与订立公私伙伴关系合同的权力有关。视颁布国的管理制度而定，(i)项中称作“管理机构”的某一单独机构可能负责发布关于提供相关服务的规则和条例。

(g) “投标人”系指授予公私伙伴关系合同的筛选程序的参加者，包括参加者群体；²

(h) “非应标建议书”系指非因响应订约当局在筛选程序内发出的一项请求或邀请而提交的与实施一个基础设施项目有关的任何建议书；

(i) “管理机构”系指获得授权负责就基础性设施或有关服务的提供而发布和执行规则和条例的公共当局。³

示范条文第 3 条. 订立公私伙伴关系合同的权力

下列公共当局有权为实施属于其各自权限范围的基础设施项目而订立公私伙伴关系合同：[颁布国列举东道国可订立公私伙伴关系合同的有关公共当局，详尽或作为示例列出公共当局名称一览表、公共当局的类别或种类一览表，或名称兼类别]。⁵

示范条文第 4 条. 合适的基础设施部门

下列部门的有关当局可以订立公私伙伴关系合同：[颁布国详尽或作为示例列出有关部门]。⁶

² “投标人”一词视情况而定，既包括已要求应邀参加预选程序者，也包括响应订约当局的征求建议书而提交了建议书者。

³ 可能需要在专门立法中处理这种管理机构的组成、结构和职能（见第...段）。

⁴ 应建立机构机制，协调负责根据关于有关类别基础性设施的建造和运营的法规或管理规定签发实施公私伙伴关系所要求的批准书、执照、许可证或授权书的公共当局的活动（见第二章“项目规划和准备”，第...段）。除此之外，对那些在考虑为基础设施项目提供特定形式政府支持的国家来说，相关法律，例如关于获授权提供政府支持的实体的活动的立法或条例，可能有必要明确指出哪些实体有权提供这种支持以及可以提供何种支持（见第二章“项目规划和准备”，第...段）。

⁵ 对于如何完成此项示范条文，颁布国一般可有两种选择。一种方法是，可在示范条文或拟附在其后的附表中提供一份有权订立公私伙伴关系合同的当局的名称一览表。另一种方法是，颁布国可指明有权订立这种合同的政府级别，而无需给出有关公共当局的名称。例如，在一个联邦制国家，这种授权条款可提及“联邦、州[或省]和市”。无论如何，那些希望载列一份详尽的当局名称一览表的颁布国不妨考虑建立可根据需要修订此一览表的机制。为达到这一目的，可将该名称一览表列入法律的一个附表之中或可能根据法律发布的条例之中。

⁶ 那些希望载列一份详尽的部门名称一览表的颁布国不妨考虑建立可根据需要修订此一览表的机制。为达到这一目的，可将该名称一览表列入法律的一个附表之中或可能根据法律发布的条例之中。

二. 项目规划和准备

A. 概述

1. 公私伙伴关系是政府用来发展提供公共服务或支持某一政府实体的职能所需基础设施或系统的手段之一。若妥善设计和实施，公私伙伴关系可提供机会，有助于减少在发展基础设施或提供公共服务方面投入的公共资金和其他资源。公私伙伴关系还可以将一些风险转移给私营部门，与政府相比，私营部门也许能够以更有效或更经济的方式控制或减轻此类风险。

2. 这些预期益处有多大程度上能够变为现实取决于各种因素。这些因素包括：总体法律和管理框架的适足性和稳定性（见第一章“一般性法律和体制框架”，第 10-12 段）、挑选合格的私人伙伴（见第三章“授予合同”，第 6-9 段）、项目在技术和商业上的可行性、合同安排健全并且适合整个项目周期（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。虽然构成这个方程式的一些因素可能超出当事各方的控制，但公私伙伴关系取得成功的一个重要前提是规划和准备阶段全面、严格并且专业，该阶段将测试关于项目的各种假设，并预期公私伙伴关系整个寿命周期的各种风险和突发情况。

3. 正如在 B 节中所讨论的，公私伙伴关系法律框架因此应当要求强制性审查各种项目假设并提供这方面的机制，以便主管当局准确评估，与政府直接采购、融资和管理相比，公私伙伴关系是否是发展相关基础设施或服务的适当选择（第 5-22 段）。此类初步研究还应当分析公私伙伴关系遇到的主要风险，包括合同通常对风险分配的解决办法，以及高效分配项目风险所需要的灵活度（见 C 节，第 23-45 段）。D 节第 46-55 段讨论了项目准备和协调涉及的体制和行政方面。E 节（第 56-86 段）阐述了政府在考虑在多大程度上向基础设施项目提供直接的政府支持时似宜考虑的政策因素，如执行任何特定项目所涉及的公共利益程度，以及避免政府承担无限或过分或有负债的必要性。最后，F 节（第 87-98 段）和 G 节（第 99-101 段）概述了可由出口信贷机构和投资促进机构提供的担保和支持措施。

4. 《指南》其他章节论及东道国政府的法律制度中与项目的信贷和风险分析有关的各个方面。特别建议读者参阅第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”；第五章“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”；第六章“争端的解决”；和第七章“其他有关的法律领域”。

B. 项目评估和备选办法

5. 确保公私伙伴关系项目成功实施的一项重要措施是要求有关公共当局对项目的可行性进行初步评估，包括经济和财务方面，例如项目预期的经济效益、估计成本和基础性设施运营后预期的潜在收入以及项目的经济、社会 and 环境影响。订约当局编写的研究报告尤其应当明确确定项目的预期产出，提出需要投资的充足理由，提议私营部门参与的方式并说明要达到产出要求的特定解决办法。如果妥善开展此类研究，其作用应当不仅仅局限于证实就公私伙伴关系的项目类型和合同授予程序的结构作出的政策选择。实际上，彻底的项目评估和规划阶段应考虑公私伙伴关系

项目的整个生命周期，并为合同设计和合同管理（包括合同监测和调整机制）方面的关键决定提供基础。

1. 经济性和效率（“物有所值”）评估

6. 授予公共合同的任何制度的主要目标之一是经济性和效率的最大化，这也是例如《贸易法委员会公共采购示范法》关心的一个核心问题。在这方面，《示范法颁布指南》解释说，“经济性”（往往称作“物有所值”或“最大价值”）系指支付的价格与采购标的的质量等其他要素之间的最佳关系，其先决条件是公共采购方的需要实际上得到了满足。采购中的“效率”是指每一采购程序的交易成本和行政管理时间与采购的价值之间的关系是相称的。“效率”还包括这样一个概念：整个采购系统的成本也与通过该采购系统进行的所有采购的价值相称。

7. 经济性和效率是所有公私伙伴关系项目的核心关切。其中一些项目可能属于一般公共采购法的范畴，尤其是订约当局承诺直接付款给私人伙伴的项目。不过，其他类别的公私伙伴关系项目并不涉及向项目伙伴拨付公共资金，订约当局作为总体项目管理人的作用与政府在传统的公共采购中的作用可能不大相同。这意味着公私伙伴关系中经济性和效率（或“物有所值”）的概念比在狭义的公共采购中具有更加广泛的含义。

8. 的确，在公私伙伴关系中，政府主要关注的并非就私人伙伴实施的工程或服务支付的价款，而是需要能够证明，与例如公共采购工程或服务或公共运营基础设施或服务相比，以公私伙伴关系形式实施项目是一种不仅更加经济而且更加高效的办法。考虑不周或设计错误的公私伙伴关系项目可能导致项目失败、公共服务中断、费用超支或者对于牺牲公共利益而由私营部门赚取不适当利润的担心。为了确保透明度和良好治理，订约当局需要表明，以公私伙伴关系形式实施项目最“物有所值”。因此，法律应当要求彻底评估项目的经济性和效率（“物有所值”），以此作为任何拟议项目批准过程中一个强制性步骤，并作为订约当局着手为挑选项目伙伴做准备的前提条件。

9. 一般而言，测试标准应当包括对项目的成本、效益和质量进行的定量和定性分析，这种分析确定性地表明，以公私伙伴关系形式实施项目是可以采用的最佳选择。只有以公私伙伴关系形式运营项目与用任何其他方法或安排开展项目或提供类似的结果相比，可以以更低的成本提供更好的质量，才能认为一个公私伙伴关系项目“物有所值”。甚至在投标程序之后重复该测试也是有益的，以确保计算方法和结果始终如一（见第三章“授予合同”，第...段）。

10. 订约当局可以利用各种工具进行物有所值评估。一个常见和广泛使用的工具是所谓的“公共部门比较基准”。这一测试包括，一个公共部门项目如由政府实施，其整个寿命期内的假定成本估计数。公共部门比较基准以拟议的产出说明和拟议的风险分配为基础，将公私伙伴关系办法与提供预期由私营部门提供的相同水平和质量的服务的公共部门以最高效的项目执行方式实施项目时假定的项目成本相比较，并考虑到项目整个寿命周期的风险。起点往往是公共部门实施时实施项目的资本成本和寿命周期运营和维护费用的最佳估计数。

11. 进行“物有所值”测试的方法和确切地说需要考虑哪些因素，可能根据项目的性质而有所不同，也可能随着时间推移而发生变化。如果有一个负责批准、协调或

咨询的中央当局（见 D 节，第...段），东道国也许考虑建立专门的机构，定期或系统地审查所采用的方法并确定这种方法使用的适当参数。不过，应当指出，物有所值评估是否有用和准确，取决于是否有公共部门比较基准以及这种基准是否可靠，在公私伙伴关系方面或在政府采用先进的会计核算和管理做法方面没有多少经验的国家，这种基准可能很有限，一些发展中国家就是这种情况。此外，准确的“物有所值”分析可能超出了一些公共当局的能力，因为也许没有足够或完整的数据来进行这种评估。而且，用作公共部门比较基准的政府实体的效率对于项目成本有重大影响，订约当局可能不具备相关专门知识，不能在比较分析中适当地将公共部门的绩效作为一个因素考虑在内。这些潜在的限制因素突出说明，需要确保订约当局或负责规划公私伙伴关系的其他机构具备进行这种评估所需要的必要人力和技术资源。政府还应当充分了解并跟上当前关于适当的物有所值评估的国际标准和指导。¹

12. 考虑到多数公私伙伴关系项目的筹资结构，需要准确和现实地确认项目的企划案就显得更加重要。过去，基础设施项目是在项目资助人、多边和国家出口信贷机构、政府和其他第三方提供信贷支持的基础上举债筹资的。这些传统来源无法满足对基础设施资本日益增长的需求。事实上，公私伙伴关系项目筹资越来越多是在项目融资基础上实现的。

13. 项目融资作为一种融资方法，甚至在开工之前或产生任何收入之前，就设法在“自立”的基础上建立私人伙伴的信誉并凭借此种信誉来借款。评论家认为，项目融资好比一把钥匙，可以打开从理论上说聚集在资本市场上的巨额资本的库门，并投放于基础设施之中。但是，从金融角度来看，项目融资具有一些不同于其他融资的要求较高的特点。其主要特点包括，在项目融资构架中，融资各方必须主要依赖私人伙伴的资产和现金流量来获得偿付。如果项目失败，融资各方将无法求助于或只能在有限程度内求助于资助人公司或其他第三方的财政资源获得偿付（另见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 57 和 58 段）。

14. 项目融资的财务方法要求准确地预测项目的资本成本、收入和预计费用、开支、税务和负债。为了准确而确定地预测这些数字，并为项目建立财务模型，一般需要对私人伙伴较长时间——通常为 20 年以上——的收入、费用和开支的“基本”数额作出预测，以确定项目能够支持的债务和股本数额。这项分析的关键是确定风险并对风险进行定量分析。为此，从财务角度来看，风险的确定、评估、分配和减轻是项目融资的核心所在。事实上，风险分配是每一个公私伙伴关系的核心，深入了解风险分配安排是起草公私伙伴关系合同的前提条件。能否适当运用风险分配原则决定着特定公私伙伴关系项目能否吸引资金并在整个寿命期内可以持续。（C 节第 27-36 段简要介绍公私伙伴关系中最常见的风险和关于风险分配的一般性考虑）。

¹ 为支持政府在早期阶段确定和选择适合以公私伙伴关系形式实施的项目，联合国亚洲及太平洋经济社会委员会（亚太经社会）设计了公私伙伴关系物有所值定性分析工具包，该工具包是一个在线工具，政府和公共当局可用在物有所值基础上作出正确的公私伙伴关系项目选择。该工具包见以下网址：<https://ppp.unescap.org/>。另见世界银行，2017 年，《公私伙伴关系：参考指南，第 3 版》，第 3.2.4 节“公私伙伴关系中物有所值评估”。世界银行，华盛顿特区，©世界银行；世界银行学院；公私合作促进基础设施发展咨询机制。2013 年，《物有所值分析——实践和挑战：政府如何选择何时利用公私伙伴关系提供公共基础设施和服务》。世界银行，华盛顿特区，©世界银行。

2. 财政风险评估

15. 要求准确和现实地确认项目的企划案，以此作为项目作为公私伙伴关系向前推进的前提条件，另一个重要原因是需要避免给公共部门带来意外费用（“财政风险”）。在许多国家，以公私伙伴关系形式开展投资项目并非出于效率，而是为了规避预算拮据的状况，并推迟记录提供基础设施服务的财政费用。因此，一些政府实施的一些项目，最终要么无法通过预算手段供资，要么使公共资金面临形式为没有准确估计、也没有适当核算的或有负债的财政风险。因此，如果潜在财政风险和来自拟议公私伙伴关系项目的风险的评估还不是强制性“物有所值”测试标准不可分割的组成部分，则订约当局或总体负责公私伙伴关系相关政策的任何中央部门（见下文，第 47 段）似宜及早进行此种评估（见第 6-14 段）。彻底的财政风险评估应当考虑可能影响项目总体财务平衡的各种因素（见下文第 23-36 段），以及通过合同商定的权利和义务进行风险分配的备选办法（见下文第 37-45 段）。此外，为了充分估计预期成果和项目在其整个寿命周期所涉预算问题，评估应当至少考虑到公私伙伴关系项目的四个主要变量：

(a) 项目发起人：主要财政指标（即赤字和债务）的影响依最终负责项目的公共实体（例如，中央、地方政府、国有企业等）而有所不同；

(b) 谁控制资产：财政风险的可能性和程度依政府控制与公私伙伴关系有关的资产——通过所有权、租赁、使用权或其他权益——的能力而有所不同；

(c) 最终由谁为基础设施付款：项目的供资结构（即政府用公共资金为基础性设施或系统付款；还是私人伙伴向基础性设施或系统的用户直接收费；还是两者相结合）对于评估项目对主要的总体财政指标的影响至关重要；

(d) 政府是否为项目提供额外支持。政府能够直接为公私伙伴关系项目供资，也能够以多种方式为项目提供支持，包括提供担保、股权资本或税收和关税优惠（见下文，第 56-86 段）。对拟为公私伙伴关系项目提供的任何政府支持的财政影响进行早期评估，对于避免面临无限负债并寻求公共资源的长期投入以促进国家基础设施发展战略和政策的可持续性至关重要。

16. 政府可以采用各种方法和工具来进行这种评估。国际货币基金组织和世界银行开发了一种分析工具，帮助政府量化公私伙伴关系项目的宏观财政影响。公私伙伴关系财政风险评估模型主要供各国财政部负责公私伙伴关系的部门使用，该模型利用标准软件处理项目特有的数据和宏观经济数据，并自动生成标准化结果，其中包括：(a)项目的现金流；(b)现金和权责发生制基础上的财政图表；(c)有公私伙伴关系项目和无公私伙伴关系项目情况下的债务可持续性分析；(d)主要的总体财政指标对宏观经济参数和项目特有的参数的敏感度分析；(e)项目风险简要汇总表。²

3. 福利和社会影响评估

17. “物有所值”测试的目的，是允许在知情基础上就下列事项作出初步决定，即与通过公共采购开发项目的其他形式相比，公私伙伴关系到底是不是一种高效且经

² 公私伙伴关系财政风险评估模型可在以下网址查阅：<http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>。

济上合理的替代办法。拟议项目未通过物有所值测试，并不意味着以这种方式实施项目不可行，而应当促使订约当局考虑比公私伙伴关系更加负担得起的其他备选办法。同样，拟议项目物有所值这一事实也不一定意味着应当以公私伙伴关系形式实施项目。政府必须确信，项目符合其整体基础设施和公共服务发展需要和战略（见第一章“一般性法律和体制框架”，第 17 和 18 段），以及政府更为广泛的经济和社会政策，同时适当注意对实现可持续发展目标作出的承诺。

18. 事实上，物有所值测试非常重要，这种测试注重的是基础设施和公共服务发展方面良好治理涉及的可以用资金来量化的参数。为了全面评估公私伙伴关系的益处——还有潜在风险，政府应当考虑对项目进行另一种评估。首先，单纯从财务角度，有关当局似宜计算有关基础设施可供使用所产生的影响，除现金流动状况外计算投资的财政回报。其次，由于公私伙伴关系项目在本质上因其规模和所提供的服务对公众而言非常重要，公共当局在准备阶段应当处理项目的社会影响。特别重要的一点是，政府应当考虑，不管是否以公私伙伴关系形式实施，项目在多大程度上符合相关的联合国可持续发展目标。一般而言，建议在规划阶段评估项目的可持续性及其环境、经济和社会影响。从良好治理和透明度角度来看，在此阶段还应当考虑非商业伙伴和利益攸关方的利益——可能的话通过适当的协商机制，以促进公众支持项目，并减少在以后阶段遭到质疑甚至发生诉讼的风险。

4. 环境影响评估

19. 除分析项目的福利和社会影响外，还应当全面评估项目的环境影响。《关于环境与发展的里约宣言》明确要求，“凡是可能对环境产生重大不利影响的拟议活动”，均应进行环境影响评估，环境影响评估是一种国家手段，“须由主管国家当局作决定”。³如果某一项目可能具有“重大不良的跨国界环境影响”，则进一步吁请各国“向可能受影响的国家预先和及时地发出通知和提供有关资料”，并“应在早期阶段诚意地同这些国家进行磋商。”⁴环境影响评估是“旨在识别和评价拟议项目潜在的环境后果、影响（以及在较小程度上社会和经济影响）和效应的一个系统过程，这种信息可提供给决策者和其他利益攸关方，以便最大限度地减少、减轻或彻底消除拟议发展项目产生的任何不良潜在影响”。⁵环境问题上的良好治理和透明度原则要求借助这样一个机制，使环境影响评估过程开放且有包容性：该机制要确保信息可供获取以及所有可能受影响的利益攸关方按照相关国际标准参与决策过程。⁶

20. 进行环境影响评估对于确保项目具有可持续性并且不会对人们的生活或自然环境产生不利影响至关重要（必要时使用减轻措施实现这一目标）。环境影响评估

³ 《联合国环境与发展会议的报告》（1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢）（A/CONF/151/26（第一卷），附件一《关于环境与发展的里约宣言》，原则 17）。

⁴ 同上，原则 19。在一些区域，此项义务有一项基于条约的法律框架，例如通过在联合国欧洲经济委员会主持下谈判的《越境环境影响评估公约》（1991 年 2 月 25 日，芬兰埃斯波）（联合国，《条约汇编》，第 1989 卷，第 309 页）。

⁵ 联合国环境规划署，《环境评估导论》，2015 年，第 23 页。（http://apps.unep.org/publications/index.php?option=com_publication&task=download&file=011945_en）。

⁶ 例如，第四届“欧洲环境”部长级会议（1998 年 6 月 25 日，丹麦阿尔胡斯）通过的、在联合国欧洲经济委员会主持下谈判的《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》（《阿尔胡斯公约》），要求缔约国保证在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的权利，以便有助于保护“今世后代”的每一个人有权生活在与其健康和福祉相适宜的环境中（联合国，《条约汇编》，第 2161 卷，第 447 页）。

应帮助了解拟议项目对环境的后果或影响，并确定可以改进项目的方式，例如，通过尽量减小对环境的负面影响。为此，环境影响评估应审查和评价拟议项目可能对自然环境、地方环境和当地社区产生的影响，并列示在项目实施后避免、减少或补偿环境影响所需的措施。这些措施应反映私人伙伴在项目建造和运营阶段相应的义务中（分别见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段和第...段）。环境影响评估中一个日益重要的因素是评估设施或其技术可能过时的情况，以及制定无害环境的退役计划并将退役措施纳入公私伙伴关系合同的必要性（见第五章“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”，第...段）。

5. 对竞争的影响

21. 订约当局在规划阶段还需要考虑，在多大程度上私人伙伴应当获得运营基础设施或提供相关服务的独家经营权，或者是否私人伙伴可能需要这种独家经营权作为对收回最初投资的一种保证。这项初步评估应当考虑独家经营权的地域范围——如果准予独家经营权的话——并考虑到国家对有关部门的政策（见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，第 27-45 段和第一章“一般性法律和体制框架”，第 24-28 段）。独家经营权问题在评估项目的财政和商业可行性及其经济和社会影响方面发挥着核心作用。从实际角度来看，独家经营权也是核心的合同条款之一（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段），而且它将影响私人伙伴可能要求的政府支持水平（见 E 节，政府支持，(f) 保护免受竞争）。

22. 订约当局应当认真考虑给予私人伙伴独家经营权的宏观经济影响和在政策上的弊端，以及排除竞争在福利方面带来的总体成本。私人伙伴可能渴望拥有独家经营权，这方面发生串通和腐败的风险可能尤其高。法律规章可就授予独家经营权规定适当的参数，并且一般应当要求订约当局就其授予独家经营权的建议提供理由（关于竞争，另见第七章“其他有关的法律领域”，第...段）。

C. 项目风险和风险分配

23. 一般要在考虑许多因素之后，确定有关当事方之间如何准确地分配风险，这些因素包括：发展有关基础设施涉及的公共利益，私人伙伴、其他投资人和放款人面临风险的程度（以及这些当事方在多大程度上能够和愿意以可接受的成本承担这些风险）。适当的风险分配对于降低项目成本和确保项目得以成功实施至关重要。相反，不适当分配项目风险会损害项目的财政维持能力或妨碍其有效管理，从而提高相关服务的成本。

[第 24 至 45 段对应于《立法指南》第二章第 8 至 29 段，但 [A/CN.9/939](#) 第 17 至 19 段和第 31 段解释的术语改动，以及为反映《指南》范围有所扩大和委员会第五十一届会议及政府间专家组会议（2018 年 11 月 26-30 日，维也纳）上的审议情况所作的其他调整除外。]

24. 本章所使用的“项目风险”概念系指当事各方经评估后认为可能对它们期望通过该项目获取的利益产生负面影响的情形。尽管可能出现对多数当事方造成严重风

险的事件（例如自然灾害对设施的损毁），但各方的风险将因其在该项目中的作用不同而不同。

25. “风险分配”一语系指确定哪个或哪些当事方应对发生认定为项目风险的事件承担后果。这通常是当事方谈判的主题，尽管一国的规章、政策或行政指引通常为某些风险的分配确立了参数。当事方在此方面达成的协议随后将转化为公私伙伴关系合同中的权利和义务。例如，如果私人伙伴有义务在某些设备处于运行状态的情况下向订约当局交付基础性设施，私人伙伴就要承担设备运行可能达不到商定的性能水平的风险。这种项目风险的出现反过来会对私人伙伴产生一系列后果，包括未能履行公私伙伴关系合同或适用法律所规定的合同义务的责任（如因推迟设施投入运行的时间而向订约当局支付损害赔偿费）；某些损失（如因推迟设施投入运行的时间而造成收入上的损失）；或额外费用（如修理故障设备或获取更换设备的费用）。

26. 承担某一风险的当事方可采取预防措施以限制发生风险的可能性，并采取具体措施保护自身完全或部分免遭此种风险的后果。这些措施常常被称作“减轻风险”。在前一例中，私人伙伴要认真审查设备供应商和建议的技术的可靠性。私人伙伴可要求设备供应商对其设备的性能提供单独的保证。供应商也有责任对其设备故障的后果向私人伙伴支付罚金或预定的违约赔偿金。在某些情况下，可能需要作出一系列复杂程度不等的合同安排以减轻项目风险的后果。例如，私人伙伴可以将设备供应商提供的保证同承保因设备故障造成业务中断的某些后果的商业保险结合起来。

1. 项目风险主要类别概述

27. 为了具体说明起见，以下各段对项目风险的主要类别进行概述，并举例说明了某些用于风险分配和减轻的合同安排。如需对这一问题作进一步讨论，建议读者参照其他资料，如《工发组织 BOT 准则》。⁷

(a) 由当事方无法控制的事件造成的项目中断

28. 当事各方面临的风险可能是其无法控制的意外或非同寻常的事件造成项目中断，这些事件可能是自然性质的，如洪水、风暴或地震等自然灾害，也可能是人为行动的结果，如战争、暴乱或恐怖袭击。这种意外或非同寻常的事件可能造成项目的实施或设施的运行临时中断，其结果是工程延期、收入损失及其他损失。严重的事件可能对设施造成实物损害或甚至导致无法修复的毁损（关于发生此种事件的法律后果的讨论，见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

(b) 由于政府不利行为造成的项目中断（“政治风险”）

29. 私人伙伴和放款人面临的风险可能是由于订约当局、另一政府机构或东道国的立法机关的行为对项目实施造成负面影响。这种风险常常称作“政治风险”，并可分为三大类：“传统的”政治风险（如将私人伙伴的资产收归国有或征收新的税种危及私人伙伴偿还债务和收回投资的前景）；“管理”风险（如对服务的提供采用更

⁷ 见“导言和公私伙伴关系的背景信息”，脚注 2。

为严格的标准或开放某一行业部门允许竞争)；以及“半商业”风险(如订约当局违约或由于订约当局优先事项和计划的变更造成项目中断)(关于发生此种事件的法律后果的讨论，见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段)。除来自东道国的政治风险外，某些政治风险可能是由外国政府的行为造成的，如投资人本国政府实行的封锁、禁运或抵制。

(c) 建造和运营风险

30. 当事方在建造阶段可能面临的主要风险是设施建造根本不能完工或不能按商定的时间表交付(完工风险)；建造成本超过原先的估计(建造费用超额风险)；或设施在完工时未达到性能标准(性能风险)。同样，在运营阶段，当事各方可能面临的风险是完工的设施不能有效运行或维护从而达到预期的能力、产出或效率(性能风险)；或运营成本超出原先的估计(运营费用超额)。应该注意的是建造和运营风险不只影响私营部门。东道国订约当局和使用者可能因所需服务的中断而受到严重的影响。政府作为公共利益的代表，一般都关注设施运营不当造成的安全风险或环境损害。

31. 有些风险可能是由私人伙伴或其承包商或供应商带来的。例如，建造费用超额和延误完工可能是由于效率低下的建造做法、浪费、预算不足或各承包商间缺乏协调所致。设施达不到性能标准还可能是由于设计缺陷、所用技术欠缺或私人伙伴供应商所提供的缺陷设备造成的。在运营阶段，性能不达标可能是如设施维护不当或机器设备操作疏忽的结果。运营费用超额也可能是管理不善所致。

32. 但这些风险中，有些还可能由订约当局、其他公共当局或甚至东道国立法机关采取的特定行动造成的。性能不达标或费用超额可能因为订约当局在公私伙伴关系合同授予期间所提供的技术规格不当所致。延期和费用超额还可能是由于订约当局在合同授予后的行动(拖延获得批准和许可，因计划不周而改变要求导致费用增加，检查机构造成的中断或设施用地交付的拖延)造成的。一般性立法或管理措施，如更严格的安全或劳工标准也会造成建造或运营成本提高。生产量上不去，原因可能是公共当局未提供必要的供应品(如电或煤气)。

(d) 商业风险

33. “商业风险”涉及项目由于市场价格或对其所生产的货物或服务的需求的变化而无法取得预期收益的可能性。这两种形式的商业风险都会严重损害私人伙伴的偿债能力，并会损害该项目的财政维持能力。

34. 商业风险因项目所属的行业部门和类型而有很大差异。如果私人伙伴对有关服务进行垄断或当其通过长期承购协议对单一客户进行供应时，这种风险被认为是最小或不大的。然而，当项目依靠基于市场的收入，尤其是存在可供选择的设施或供应来源使其难以对使用量或需求量作出可靠的预测时，商业风险会相当大。这种情况可能很严重，如在收费道路项目中，因为收费道路面临来自免费道路的竞争。视司机进入免费道路的难易程度而定，通行费收入可能难以预料，尤其是在城市地区，可能有多条道路可供选择，而且道路在不断地修建或改善。此外，人们发现新的收

费道路的交通量更加难以预测，那些并非现有收费设施系统增建项目的收费道路尤其如此，因为此类收费道路没有现成的运输量作为精算依据。

(e) 汇率及其他金融风险

35. 汇率风险涉及外汇汇率的变化改变项目产生的现金流量的兑换值的可能性。价款和向本地用户或客户收取的使用费极有可能用本地货币支付，而贷款以及有时还有设备或燃料费则可能用外币标价。这种风险会很大，因为许多发展中国家或经济转型期国家的汇率特别不稳。除汇率波动外，私人伙伴还可能面临的危险是，外汇管制或外汇储备的降低会限制本地市场上私人伙伴为偿债或收回原有投资所需的外币的供应量。

36. 私人公司面临的另一个风险是利率可能上升，迫使项目承担额外的融资成本。对基础设施项目而言，这种风险可能极大，因为这种项目通常借款金额大，期限长，有的贷款期长达数年。贷款通常按固定利率发放（如固定利率债券），以降低利率风险。此外，整套融资计划可包括套期保值以抵御利率风险，例如采取利率互换或利率封顶的做法。

2. 风险分配和减轻的合同安排

37. 综上所述，当事各方需要考虑到广泛的因素以便有效地分配项目风险。为此，一般不宜通过实行法律规定不必要地限制谈判者根据具体项目需要而均衡地分配项目风险的能力。尽管如此，政府似可向代表国内订约当局办事的官员提供某些一般性指导，例如，拟订关于风险分配的建议原则。

38. 在若干国家中，向订约当局提供的实际指导往往提及关于分配项目风险的一般性原则。这类原则之一是通常向风险评估、控制和管理能力最佳的当事方分配特定的风险。另一项指导原则设想，让最容易获得套期保值手段（即通过同时在另一笔交易上获利来抵消某笔交易的损失的投资安排）或在分散风险或以最低代价减轻风险方面能力最强的当事方承担项目风险。而实际上，风险分配常常是政策考虑（如项目的公共利益或订约当局在各个项目下的总风险）和当事各方谈判实力的一个因素。此外，在分配项目风险时，重要的是应考虑到被分配特定风险的当事方的财力及其在风险发生时承担后果的能力。

39. 私人伙伴及其承包商通常承担与开发和运营基础设施相关的普通风险。例如，完工、费用超额及其他典型的建造阶段风险通常通过统包式建造合同分给一家或多家建造承包商，该承包商承担以固定价格在规定工期内按特定性能规格设计和建造设施的全部责任（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。该建造承包商一般要负责对延迟完工支付预定的违约赔偿金或罚款。此外，通常还需要该承包商提供履约保证，如银行担保或保证书。另外，通常还需要独立的设备供应商对其设备的性能提供保证。在承包商和设备供应商提供的性能保证之外，通常还有私人伙伴为订约当局提供的类似保证。同样，私人伙伴一般通过订立运营和维护合同来减轻其运营风险，在该合同中，运营公司承诺达到规定的产出并对运营故障的后果承担责任。在多数情况下，这类安排将是项目成功的关键要求。放款人则寻求得到保障，避免因为这些风险的后果而受到损害，办法包

括要求转让为保证承包人履约而开具的任何保证书所产生的收益。贷款协议一般要求将履约保证书所产生的收益存入质押给放款人的账户（即“代管账户”），以此防范私人伙伴挪用或第三方（如其他债权人）扣留。然而，如有需要，该保证书下支付的资金定期发给私人伙伴，用以支付修理费或运营及其他费用。

40. 另一方面，订约当局理应承担与其自身行动造成的事件相关的风险，如在挑选过程中所提供的技术规格不当，或由于未能按时提供商定的供应品而造成的迟延。订约当局还理应承担由于政府行为造成中断的后果，如同意赔偿私人伙伴由于价格控制措施所招致的收入损失（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。尽管可以通过购买保险来减轻某些政治风险，但是，即使可在有关国家为项目购买此类保险，其代价也可能令人无法接受。因而，潜在投资者和放款人可能求助于政府以得到例如免遭征收或收归国有的保证，以及一旦发生这类事件时可提供适当赔偿的保证（见第...段）。根据对东道国所面临的风险程度的评估，潜在投资者和放款人可能不会在没有这些保证和保障的情况下放心地开展某一项目。

41. 以上各段提及的多数项目风险或多或少可认为可由某一当事方或另一方控制。但是，有很多项目风险源自当事各方无法控制的事件，或归因于第三方的行为，因此，可能需要考虑其他风险分配原则。

42. 例如，私人伙伴可能期望利率风险以及通货膨胀风险会通过提价而转移到设施的最终用户或客户头上，但由于市场相关的形势或价格控制措施，并非总是可能这样做。私人伙伴与订约当局间协商的价格结构将决定私人伙伴避免这些风险的程度或是否指望私人伙伴承受其中的一些风险（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

43. 根据各种安排分配的另一类风险涉及像战争、内乱、自然灾害或当事方无法控制的其他事件这样的外部事件。在公共部门实施的传统基础设施项目中，有关政府实体通常要承担如自然灾害或类似事件毁坏设施的风险，因为可能不能为这类风险购买保险。在公私伙伴关系项目中，政府可能希望由私人伙伴承担这类风险。然而，私营部门根据其对东道国面临的这种特别风险的评估可能不愿承担这些风险。因此，实际上对付这一大类风险不存在一个单一的解决办法，常常需要逐个地对其作出特别安排。例如，当事方可能一致同意在出现其中的某些风险时免除受影响的当事方承担未按公私伙伴关系合同履约的后果，并且将作出合同安排为某些不利后果提供解决办法，如合同展期以补偿因事件所造成的延迟或在特别情况下进行某种形式的直接支付（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。如果能够以可接受的费用购买商业保险，私人伙伴将以商业保险补充这些安排（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。

44. 此外，还可能就需要就分配商业风险谈判特别的安排。类似移动通信项目的公私伙伴关系项目通常有相对高的直接收回成本潜力，在多数情况下可以指望私人伙伴在不同订约当局分担这些风险并且不求助于政府支持的情况下实施项目。在其他基础设施公私伙伴关系项目中，如发电项目中，私人伙伴可能要再与订约当局或其他公共当局作出合同安排以减轻其商业风险，例如谈判长期承购协议以确保产品以商定的价格销售的市场。付款可采用按实际消费或供应情况收费或将二者的要素相结合的形式，并且适用的费率通常要按提价或指数化条款调整，以保护收入的实际价值不受运营老化设备而成本增加的影响（另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律

框架和公私伙伴关系合同”，第...段)。最后，有些资本相对密集的项目开发成本回收较慢，如供水和某些收费道路项目，如果不以某些形式与订约当局分担风险，例如以固定收入保证或商定的按能力付款而不论实际使用情况如何的方式，私人伙伴可能不愿实施此类项目（另见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段和第...段）。

45. 订约当局和私人伙伴最终商定的风险分配将反映在公私伙伴关系合同中规定的相互权利和义务中。项目协议中常见的某些条款可能涉及的立法问题将在本《指南》其他章节讨论（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第五章“公私伙伴关系合同的期限、展期和终止”。）当事各方还将谈判其他各种协议以减轻或重新分配其承担的风险（如贷款协议；建造、设备供应、运营和维护合同；订约当局和放款人之间的直接协议；及适用的承购和长期供应协议）。

D. 行政协调

46. 视东道国的行政结构而定，公私伙伴关系可能需要各级政府若干公共当局的参与。例如，就有关的活动制定条例和细则的权限可能全部或部分归属于某个与负责提供有关服务的公共当局不同级别的公共当局。还可能是管理职能和运营职能同时归于某个实体，但授予政府合同的权力则集中在另一个公共当局。对于涉及外国投资的项目来说，也可能是某些具体权限属于负责批准外国投资建议的机构的职权范围。

47. 国际经验表明，委托东道国行政机构内某一中央单位全面负责制定有关公私伙伴关系的政策和提供实际指导是有益的。这一中央单位还可以负责协调与私人伙伴打交道的主要公共当局的投入。但也要看到，有些国家因为其行政结构特殊，实行这种安排也许是不可能的。如果建立这样一个中央单位不可行，可以考虑采取其他措施，以确保在各有关公共当局之间进行适当的协调，如以下几段所讨论。

1. 筹备措施的协调

48. 在确定未来的项目并且经过评价得出积极结果，认为拟议的公私伙伴关系是实施项目的最佳选择之后，政府需要确定项目的相对优先顺序，并为实施项目分配人力和其他资源。这时，订约当局似宜审查与运营拟议类型基础性设施有关的现行法律或规章要求，以查明需要哪些主要公共当局为实施项目提供投入。在这一阶段，还应当考虑可能需要采取哪些措施，以便订约当局和其他有关公共当局能够履行其可能合理预期的与项目有关的义务。例如，政府可能需要预先做好预算安排，使订约当局或其他公共当局能够满足跨越若干预算周期的财政承诺，如购买项目产出的长期承诺（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...和...段）。另外，还可能需要一系列行政措施来落实对项目提供的某些形式的支持，例如免税和海关便利（见下文，第 26-56 段），这可能需要相当长时间。

2. 为挑选私人伙伴做准备

49. 挑选能够以订约当局满意的方式开发项目的最佳私人伙伴是项目取得成功的核心条件。正是基于这个原因，订约当局必须及早将注意力转向为适当的筛选程序

做准备，以确保这一结果（见第三章“授予合同”）。同多数公共采购示范法一样，《贸易法委员会采购示范法》一般允许采购实体灵活决定每次采购中何为物有所值，以及如何进行采购程序才能实现物有所值。具体而言，《贸易法委员会公共采购示范法》规定采购实体享有广泛的裁量权以决定要购买什么，并对确定什么将被视为响应采购实体的需要（第 10 条）、哪些人可以参加并以何种条件参加（第 9 条、第 18 条、第 49 条）以及挑选中选提交书时适用哪些标准（第 11 条）享有裁量权。挑选私人伙伴实施公私伙伴关系项目也应当有这种灵活程度。

50. 然而，灵活性并不意味着订约当局享有随时作出此种决定或无正当理由而改变程序的性质的自由。相反，订约当局必须在规划阶段就从国家一般公共采购法或关于公私伙伴关系的任何专门法律中确定适当的筛选程序并予以详细研究（见第三章“授予合同”，第...段）。实际上，选择适当的程序取决于订约当局需要结合项目准备阶段加以考虑的一些实际问题。事实上，对于公私伙伴关系方式（见第一章“一般性法律和体制框架”，第 16 段）、为设施设想的所有权和维护安排（见第一章“一般性法律和体制框架”，第...段）、付款模式（例如，是向用户收费、由政府付款，还是两者相结合）和项目设计的其他基本内容的选择，将决定例如订约当局在多大程度上对各方面实际工作感兴趣，因而又可能影响订约当局在多大程度上希望通过编制一套说明而控制技术说明，或者倾向到最后由投标人自己提出满足预期产出的解决办法。有不同的筛选程序可用来实现订约当局的偏好（见第三章“授予合同”，第...段）。

51. 订约当局还需要在此阶段就考虑授予合同程序的一些重要方面。订约当局必须根据市场实际存在的竞争程度和是否需要确保有一个健全和透明的筛选程序，考虑预选程序是否必要或可取。订约当局需要根据预期产出和所设想的公私伙伴关系的性质，认真考虑预选标准。订约当局还需要制定适当的评价标准，以便对各项建议书进行排序，从而选出物有所值方面做得最好的投标人。从实际角度来看，订约当局必须确保它能够利用必要的技术专门知识，不仅在技术方面而且在财务和商业方面对各项建议书进行评价。

52. 准备过程中另一个重要步骤是订约当局完善在“物有所值”测试时考虑的关于风险分配的假设，并确定合同的基本条款，包括不容谈判的条款，因为这将构成挑选过程的一项核心要素，以及比较所收到建议书的依据之一（见第三章“授予合同”，第...段）。挑选选定的私人伙伴之后订立公私伙伴关系合同需要的时间往往过长，从而增加了项目的总体费用。订约当局使用基于以往经验和做法、反映公私伙伴关系基本条款的尽可能多的标准文件（当然，根据有关项目的情形作出修改），可帮助缩短所需要的时间，并使最后的谈判更有条理、更加高效。

3. 便利颁发执照和许可证的安排

53. 立法在便利颁发项目过程中可能需要的执照和许可证方面可发挥有益的作用（例如外汇管制制度下的执照；设立私人伙伴的执照；雇用外籍人的授权；使用或拥有土地的登记和印花税；设备和用品的进口执照；建造执照；安装电缆或管道的执照；设施投入运营的执照；移动通信的频谱分配）。颁发所需要的执照或许可证可能属于不同行政级别不同机关的权限，而颁发这些证件所需要的时间可能很长，如果负责批准的机关或部门最初未参与项目的设计或项目条件的谈判则更是如此。

基础设施项目如果因并非由私人伙伴原因造成的执照或许可证不齐备而迟迟无法投入运营，有可能导致项目成本和用户支付的价格提高。

54. 因此，似宜及早评估特定项目需要的执照和许可证，以避免实施阶段的拖延。为加强执照和许可证颁发事宜的协调，一种可能的办法是授权某个机关接收执照和许可证申请，将其转交有关机构，并监督建议征求书中所列的所有执照和许可证和此后的条例可能要求的其他执照的颁发情况。法律也可授权有关机构颁发临时执照和许可证，规定一个期限，期限过后，除非有书面的拒发通知，否则即认为已准许发给这些执照和许可证。

55. 但是应当指出，各级政府（例如地方、地区和中央）之间行政权限的划分常常体现一国政治组织的根本原则。因此，有些情况下，中央政府无法承担颁发所有执照和许可证的责任，也不能将此种协调职能完全委托给某一个机构。在这些情况下，需要采取措施解决因为行政权限的这种划分而可能造成的拖延，例如，订约当局和其他有关公共当局之间为便利办理特定项目的手续而签订协议，或者采取旨在确保各有关公共当局之间进行适当程度的协调和使获得执照的过程更加透明和高效的措施。另外，政府还可以考虑提供某种保证，即它将尽力协助私人伙伴获得国内法规定的执照，例如就所要求的执照以及相关程序和条件向投标人提供信息和协助。从实际角度来看，除各级政府和各公共当局之间的协调之外，还需要确保执照颁发标准和行政程序透明度标准在执行方面的一致性。

E. 政府支持

[第 56 至 86 段对应于《立法指南》中第二章第 30 至 60 段，但 [A/CN.9/939](#) 第 17 至 19 段和第 31 段解释的术语改动，以及为反映《指南》范围有所扩大和委员会第五十一届会议及政府间专家组会议（2018 年 11 月 26-30 日，维也纳）上的审议情况所作的其他调整除外。]

56. C 节的讨论表明当事各方可运用各种合同安排来分配和减轻公私伙伴关系项目风险。但这些安排并不总是足以确保私人投资者放心地参与公私伙伴关系项目。人们还认为需要某种额外的政府支持以增强东道国公私伙伴关系项目对私人投资的吸引力。

57. 政府支持可能有各种形式。一般说来，政府为改善公私伙伴关系项目投资环境所采取的任何措施都可看成政府支持。从这一角度看，存在授权政府授予公私伙伴关系合同的立法，或对谈判和落实公私伙伴关系合同规定明确的权限（见第一章“一般性法律和体制框架”，第 29-36 段）都是支持实施基础设施项目的重要措施。但《指南》中使用的“政府支持”一语含义较窄，特指特别措施，大多是政府为加强某一项目的执行条件或协助私人伙伴应付某些项目风险可能采取的财政或经济措施，超出了订约当局与私人伙伴间为分配项目风险所商定的合同安排的一般范围。政府支持措施（如有的话）一般是政府吸引私人对基础设施项目投资方案的组成部分。

1. 与政府支持有关的政策考虑

58. 实际上, 决定为项目实施提供支持的依据是政府对该项目的经济及社会价值的评估及这种价值可否作为提供额外的政府支持的理由。政府可能估计, 单凭私营部门的力量, 可能无法以可接受的费用为某些项目融资。政府还可能考虑到, 没有某些减轻项目风险的支持措施, 特定的项目或许得不到落实。事实上, 私营部门和放款人愿意在某一国家实施大型项目不仅是依据其对特定项目风险的评估, 而且还受其对东道国尤其是基础设施部门投资环境的满意程度的影响。私人投资者特别重视的因素包括东道国的经济制度和市场结构的发展状况以及该国几年来在公私伙伴关系项目上取得成功的情况。

59. 基于以上原因, 有些国家采取一种灵活办法对待政府支持问题。某些国家采用立法条款, 其中规定按照基础设施部门的具体需要确定支持的程度和类型。另一些国家一方面向东道国政府提供作出某种类型保证或担保的充分的立法授权, 同时又规定政府可以斟酌决定不在所有情况下提供此类保证或担保。然而, 东道国政府所关心的是, 确保向项目提供支持的程度和类型不会导致承担无限的责任。实际上, 公共当局通过向特定项目提供担保而作出过多承诺, 可能妨碍它们为其他或许与公共利益更密切相关的项目提供担保。

60. 要加强政府支持私人投资基础设施方案的效率, 可以采用适当的技术为政府支持措施编制预算或估计其他形式政府支持的总成本。例如, 由公共当局提供的贷款担保, 成本低于商业放款人提供的贷款担保。其差额相当于(减去应由私人伙伴支付的费用和利息的价值)政府承担的费用和对私人伙伴的补贴。因此, 设想为公私伙伴关系提供某种形式政府支持的政府应认真考虑其总体财务影响, 以避免意外或有负债的风险(见上文第 15 和 16 段)。例如, 贷款担保常常要在要求还款时才记作开支。因而, 政府提供的补贴的实际金额并未记录, 这可能给人一种不正确的印象, 即贷款担保造成的债务责任要小于直接补贴。同样, 政府准予免税的财政和经济费用可能不明显, 这使其没有其他形式政府直接支持那么透明。由于这些原因, 那些正在考虑制定公私伙伴关系项目支持方案的国家可能需要设计出特别的方法来估计由公共当局提供的免税、贷款和贷款担保等支持措施的预算成本, 此类方法应考虑到将来的费用或收入损失的预期现值。

2. 政府支持的形式

61. 政府直接提供的支持, 不论是财务担保、政府贷款还是收入保证, 都可能是项目财务结构的重要组成部分。以下各段简述有时按国内法批准的政府支持的几种形式, 并讨论它们可能给东道国带来的立法问题, 但并不特别提倡使用哪一种形式。

62. 一般而言, 除了在整个项目期间确保履行政府承诺所需要的行政和预算措施外, 立法机关最好考虑可能需要就提供某些形式的支持而规定明确的立法授权。在认为需要政府支持时, 立法机关需要考虑到东道国根据区域经济一体化或贸易自由化国际协定所承担的义务, 而这些义务可能会限制缔约国的公共当局向在其境内运营的公司提供财政支持或其他支持的能力。此外, 如果政府考虑对基础设施项目的实施提供财政支持, 就应在筛选程序期间的适当时间向所有潜在投标人阐明这种情况(见第三章“授予合同”, 第 75 段)。

(a) 政府贷款和贷款担保

63. 在某些情况下，法律授权政府向私人伙伴提供无息或低息贷款以降低项目的融资成本。根据应遵循的核算规则，某些由政府机构提供的无息贷款可在私人伙伴账户中记作收入，而贷款偿还额则记作为税收和会计目的可以扣除的成本。此外，由政府提供的次级贷款可增强项目的财政条件，它是商业银行提供的优先贷款的补充，但不在偿债问题上与优先贷款相竞争。政府贷款一般向某一部门所有私人伙伴提供，或者限于在某种项目风险出现时向私人伙伴提供临时援助。还可进一步将任何这种贷款的总额限于某一固定金额或项目总成本的某一比例。

64. 除政府贷款外，某些国家的法律授权订约当局或东道国政府的其他机构为私人伙伴偿还贷款提供贷款担保。贷款担保旨在保护项目放款人（以及在某些情况下保护向该项目提供资金的投资者）不受私人伙伴违约的影响。贷款担保并不需要立即支付公共资金，因而对政府来说比直接贷款更具吸引力。但贷款担保可能意味着很大一笔或有债务，政府的风险会很大，尤其是在私人伙伴完全破产时。的确，在多数情况下，政府对有可能代偿放款人对无偿债能力私人伙伴的债权不会感到很踏实。

65. 因此，除了采用一般性措施加强政府支持方案的效率外（见第 60 段），最好考虑通过具体的规定限制政府因贷款担保所承担的风险。有关提供贷款担保的规则可规定一个上限，可用固定金额表示，如果需要更多灵活性，也可按某一项目总投资的特定百分比表示。限制担保机构或有债务范围的另一措施是，可以对提供此种担保的情况加以界定，同时考虑到政府愿意分担哪些类别的项目分担。例如，如果政府考虑只分担因当事各方无法控制的事件造成临时中断的风险，则可将此种担保局限于出现专门指定的超出私人伙伴控制范围的不可预测事件而使私人伙伴暂时无法偿还贷款的情形。如果政府想对放款人提供更大程度的保护，这种担保还可包括私人伙伴因同样原因永远无法偿还贷款的情况。但在这种情况下，最好不要取消鼓励放款人为项目继续下去而另做安排的激励措施，如确定另一个合适的私人伙伴或任命一个代理人对私人伙伴的违约进行补救（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。因此，可能必须事先用尽项目协议、贷款协议或放款人可能同订约当局签订的直接协议为放款人提供的其他补救办法，才能要求兑现政府担保。无论如何，政府提供充分贷款担保以全面保护放款人免受私人伙伴违约的风险，并不是按项目融资方式实施的基础设施项目的常见特征。

(b) 参股

66. 政府提供额外支持的另一种形式可包括对私人伙伴的直接或间接参股。政府参股有助于实现更为有利的资产负债比，是对项目资助人提供的股本的补充，特别在当其他股权资本来源如投资基金无法为私人伙伴所利用时。政府的股本投资还有助于满足东道国对本地组建的公司在构成上的法律要求。某些法域的公司法，或有关基础设施项目的特别立法规定，在本地组建的公司中要有一定数目的本地投资者参与。但并不总是能够以可接受的条件实现所要求的本地投资者参与程度。本地投资者可能没有兴趣或资金投资于大型基础设施项目；也可能不喜欢处理具体的项目风险或缺乏这方面的经验。

67. 政府的参与可能包含某些风险，这一点政府似宜考虑到。尤其是，有一种风险是此种参与可能被理解为政府默示担保，这样当事各方甚至第三方可能会指望政府充分为该项目提供充分支持，甚至一旦私人伙伴破产最终会自己出钱将其接管。如果这种默示担保并非其意图，应作出相关规定，澄清政府参与项目的限度。

(c) 补贴

68. 当项目的实际收入低于某一最低水平时，某些国家使用费率补贴来补充私人伙伴的收入。由于需求较低或运营成本较高，或由于私人伙伴被要求按较低费用向某一部分人提供服务，在私人伙伴被要求运营的某些领域提供服务可能不是一项有利可图的事情。因此，某些国家的法律授权政府向该私人伙伴提供补贴，使其能够以较低的价格提供此项服务。

69. 补贴通常采用向私人伙伴直接付款的形式，或者一次总付，或者按专门为补充私人伙伴的收入计算所得的数额付款。在后一种情况下，政府应确保建立适当机制，核查对私人伙伴的补贴付款额的准确性，例如在项目协议中就审计和财务公开作出规定。直接补贴的替代办法是允许私人伙伴以赢利较多活动获得的收入交叉补贴赢利较少的活动。为此，可以在同一份公私伙伴关系合同中将赢利和不太赢利的活动或业务领域结合起来，或允许私人伙伴对单独的或较赢利的辅助活动进行商业利用（见第...段）。

70. 然而，立法机关必须考虑到向私人伙伴提供补贴的实际影响及可能的法律障碍。例如补贴被认为损害自由竞争，并且许多国家的竞争法禁止提供立法未明确授权的补贴或其他形式的直接财政援助。补贴也可能不符合东道国在区域经济一体化或贸易自由化国际协定下承担的国际义务。

(d) 主权担保

71. 与公私伙伴关系项目有关，“主权担保”一词有时用以指由东道国政府提供的两类担保中的任何一类。第一类包括由东道国政府开具的涉及订约当局违反在公私伙伴关系合同下所承担义务的担保。第二类包括以下担保，即政府不阻止私人伙伴行使公私伙伴关系合同赋予它的或由该国法律派生的某些权利，例如在项目结束时汇回利润的权利。不论这些担保采取何种形式，政府和立法机关必须考虑到政府是否能够高效地评估和应对自身面临的项目风险，并确定政府能够承担的直接或或有负债的可接受程度。

(一) 订约当局履约担保

72. 当订约当局是一个不涉及政府本身责任的单独或自主的法律实体时，可能会使用履约担保。可用东道国政府或公共金融机构的名义开具此项担保。此类担保也可采取国际金融机构开具并得到政府反担保支持的担保的形式（见第...段）。政府提供的担保会是保护私人伙伴不受订约当局或其他在公私伙伴关系合同下承担具体义务的公共当局违约影响的有用文书。使用这种担保最常见情况包括以下几种：

(a) 承购担保。在这些安排下，政府保证私人伙伴向公共实体供应的货物和服务得到付款。往往在涉及电力部门“承购”协议所规定的付款义务时使用付款担保（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。当私人伙伴的主要或唯一的客户是政府垄断单位时，这种担保可能格外重要。如果是由国际金融机构开具这种担保书，私人伙伴和放款人就更放心了；

(b) 供应担保。还可提供供应担保，以保护私人伙伴不致由于提供该设施运营所需要的货物和供应——如燃料、电或水——的公共部门实体违约而受到影响，或保证订约实体根据供应协议应付的赔款得到支付；

(c) 一般担保。这些担保旨在保护私人伙伴不受订约当局任何形式违约——而不是违背特定的义务——的影响。尽管一般履约担保可能并不常见，但在某些情况下，私人伙伴和放款人会将其视为实施项目的必要条件。例如，当订约当局承担了与其清偿能力不相称的义务时就会出现这种情况，如市政当局或其他自主实体授予大型公私伙伴关系合同。政府担保对于确保履行特定义务可能是有益的，例如，当东道国政府承诺代替订约实体实施某项行为时（如为处理副产品提供适当的地点）。

73. 总的说来，重要的是不要过高估计主权担保，以为单凭这种担保足以保护私人伙伴不受订约当局违约的影响。除了其目的是确保履行特定义务外，政府担保通常具有补偿功能。因此，在订约当局违约情况下，它们不能取代适当的合同补救办法（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。可使用不同类别的合同补救办法或其组合处理各种违约事件，例如违约时使用预定的违约赔偿金的办法，订约当局的行为造成项目执行的额外拖延时使用提高价格或延长合同的办法。此外，为了限制政府的风险并减少要求兑现担保的风险，最好考虑采取措施，鼓励订约当局履行其在公私伙伴关系合同下承担的义务或努力控制违约的根源。这类措施可包括担保人对订约当局的明示代位求偿权或使用内部控制机制以确保在出现如肆意或任意违背其在公私伙伴关系合同下的义务并导致要求兑现主权担保时能够追究订约当局或其代理人的责任。

(二) 防止政府不利行为的担保

74. 这里所说的担保与保护私人伙伴不受订约当局违约影响的履约担保不同，这种担保是针对东道国其他当局损害私人伙伴的权利或以其他方式严重影响公私伙伴关系合同实施的行为的担保。这种担保通常称做“政治风险担保”。

75. 国内法中考虑的一种担保形式包括外汇担保，这种担保通常有三个功能：担保本地收入可兑换为外币；保证能够提供所需的外币以及保证能够将兑换的款项转移国外。外汇担保在涉及大量以外币而非当地货币表示的债务的公私伙伴关系项目中很常见，尤其是在不能自由兑换外币的国家。某些法律还规定，此种担保可以由银行为私人伙伴开具的担保书作为保证。外汇担保的目的通常不是保护私人伙伴和放款人不受汇率波动或市场引发的贬值等风险的影响，这些被看作普通商业风险。但是，在实践中，当私人伙伴因当地货币急剧贬值而无力偿还外币债务时，政府有时会同意援助私人伙伴。

76. 另一种重要的担保形式可能是向公司及其股东保证，没有足够的补偿不会对他们进行征收。这种担保一般针对没收私人伙伴在东道国拥有的财产以及将私人伙伴

本身收归国有，即没收私人伙伴的股本。在涉及外国直接投资的法律和双边投资保护条约中通常对这类担保作出规定（见第七章“其他有关的法律领域”，第 4-6 段）。

(e) 税收和关税优惠

77. 东道国政府支持公私伙伴关系项目实施的另一种方法可以是提供某种形式的税收和关税减免或优惠。关于外国直接投资的国内立法往往提供特别税制以鼓励外国投资，在某些国家已可看出明确对参与公私伙伴关系项目的外国公司实行这种税制的好处（另见第七章“其他有关的法律领域”，第 34-39 段）。

78. 典型的税收免除或优惠包括免除所得税或利得税，或设施的财产税，或免除贷款应收利息的所得税及私人伙伴承担的其他财政义务。一些法律规定，所有与公私伙伴关系项目相关的交易将免除印花税或类似费用。在某些情况下，法律规定了某些优惠的纳税待遇，或规定私人伙伴将从一般给予外国投资的同样优惠纳税待遇中受益。有时税收惠益采取一种更为优惠的所得税率形式，加上在项目开始几年中逐年减少免税额。有时还向私人伙伴雇用的承包商尤其是外国承包商提供此种减免及优惠。

79. 有时用来促进公私伙伴关系项目的进一步税收措施是对于为项目提供贷款的外国放款人免于预扣税款。在许多法律制度下，与一笔贷款或负债有关、由当地组建的公司直接或间接负担的或可从当地赚取的收入中扣除的任何利息、佣金或费用，为纳税目的均被视为本地收入。因此，基础设施项目的本地和外国放款人都有在东道国缴纳所得税的义务，可要求私人伙伴从支付给非东道国居民的外国放款人款项中扣除这项所得税。放款人应在东道国缴纳的所得税一般在私人伙伴与放款人间的谈判中加以考虑，并会增加项目的财务费用。在有些国家，如果对某些非居民的付款被认为目的是促进或加强东道国的经济或技术发展，或因别的原因被认为与某项涉及公众的目的有关，主管机关有权准予对此类付款免于预扣税款。

80. 除了税收优惠或免税外，国内法有时通过免除关税的办法为进口私人伙伴使用的设备提供便利。这种减免一般适用于该国进口的旨在进行初步研究、设计、建造和运营基础设施项目的设备、机械、附件、原材料和材料的进口税。如果私人伙伴希望在国内市场转让或出售这些进口设备，通常需获得订约当局的许可，并需根据该国的法律支付相关的进口税、营业税或其他税款。有时，法律授权政府免征关税或保证不提高税率从而有损于项目。

(f) 保护免受竞争

81. 政府支持的另一种形式可包括保证在某一时间内不开发竞争性基础设施项目或者没有任何政府机构直接或通过其他私人伙伴同该私人伙伴进行竞争。这类保证相当于提供这样一种担保：向私人伙伴提供的这种独家经营权（见第一章“一般性法律和体制框架”，第 19-20 段）不会在该项目期限内取消。在私人伙伴和放款人看来，保护免受竞争是参与东道国基础设施开发的关键条件。某些国内法载有政府承诺不向实施会对该私人伙伴形成竞争的类似项目提供便利或支持的规定。在某些情况下，法律载有政府的如下承诺，即未经私人伙伴同意，政府将不改变这种独家经营权的条款，从而有损于私人伙伴。

82. 这类规定旨在使项目资助人和放款人坚信授予项目时所依据的基本假定将受到尊重。但这些规定可能不符合东道国在区域经济一体化和贸易自由化协定下承担的国际义务，此外，还可能限制政府根据公众利益的需要应对有关服务需求增加的情况，从而确保向各类用户提供此项服务的能力。因此，必须认真考虑到有关各方的利益。例如，规定的收费标准虽有利于收费道路的经营获利，但有可能超过低收入阶层的支付能力。因此，订约当局可能有意保持一条向公众开放的免费公路，以此作为新建收费道路的替代。与此同时，如果订约当局决定更新或改进这条替代道路，运输量就会自私人伙伴建造的收费道路分流出去，影响其收入流。同样，政府似宜对提供长途电话业务引入自由竞争，以扩大服务面并降低电信服务的成本（关于与竞争有关的问题的概述，见“导言和公私伙伴关系的背景资料”，第 28-31 段）。然而，此项措施的后果可能是大大损害私人伙伴的预期收入。

83. 一般来说，似宜授权政府酌情保证，如无适当的补偿，私人伙伴的独家经营权不会因政府政策以后的改变而受到不当的影响。但运用法律规定排除日后政府改变有关部门的政策——包括决定鼓励竞争或建造平行的基础设施——的可能性并不可取。当事各方应在关于情形变化的合同条款中处理将来此种变化可能给私人伙伴带来的后果（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...段）。特别可取的做法是，赋予订约当局必要的权力，以便其与私人伙伴谈判因订约当局后来发起的竞争性基础设施或政府可能影响私人伙伴独家经营权的任何同等措施所造成的损失或损害而应付的补偿。

(g) 辅助收入来源

84. 为实施公私伙伴关系项目提供支持的另一种形式是，允许私人伙伴通过提供辅助服务或开发其他活动而实现投资多样化。在某些情况下，替代收入来源也可用作对私人伙伴的补贴，目的是对主要服务实行低价或控制价格的政策。辅助活动如果可产生足够利润，就可能增强项目在财务上的可行性：例如，对现有桥梁收费的权利可以作为对实施新的收费桥梁项目的激励手段。但是，辅助收入来源的相对重要性不应过分强调。

85. 为了允许私人伙伴从事辅助活动，政府可能需要获得立法授权，以授予私人伙伴为这类活动使用属于订约当局的财产的权利（如与公路相邻用于建造服务区的土地），或对订约当局建造的设施收取使用费的权利。如认为有必要控制此类辅助的开发和可能的扩展，可能需经订约当局批准，私人伙伴才能够大幅度扩展用于辅助活动的设施。

86. 根据某些法律制度的规定，由政府提供的某些类型的辅助收入来源可被看成独立于主要特许权的一种特许权，因此，似宜审查对私人伙伴订立辅助设施运营合同的自由可能作出的限制（见第四章“公私伙伴关系的实施：法律框架和公私伙伴关系合同”，第...和...段）。

F. 国际金融机构提供的担保

[第 87 至 97 段对应于《立法指南》中第二章第 61 至 71 段，但 [A/CN.9/939](#) 第 17 至 19 段和第 31 段解释的术语改动，以及为反映《指南》范围有所扩大和委员会第五十一届会议及政府间专家组会议（2018 年 11 月 26-30 日，维也纳）上的审议情况所作的其他调整除外。]

87. 除了由东道国政府直接提供的担保外，世界银行、多边投资担保机构和区域开发银行等国际金融机构也可签发担保。此种担保通常保护私人伙伴免遭某些政治风险，但在某些情况下，还对违反项目协议的情况进行保障，例如私人伙伴由于订约当局违反义务而拖欠贷款的情况。

1. 由多边贷款机构提供的担保

88. 除了向政府和公共当局贷款外，世界银行和区域开发银行等多边贷款机构也制定了向私营部门提供贷款的方案。有时它们还向公共和私营部门项目的商业放款人提供担保。在多数情况下，由这些机构所提供的担保需有东道国政府的反担保作保证。

89. 多边贷款机构提供的担保旨在减轻私人放款人不愿承担并且没有能力评估的主权合同义务或长期贷款违约的风险。例如，世界银行提供的担保一般涉及特定风险（部分风险担保）或融资期间特定时段的所有信贷风险（部分信贷担保），如下文所述。多数区域开发银行都按类似世界银行的条件提供担保。

(a) 部分风险担保

90. 部分风险担保的范围是由不履行主权合同义务或某些不可抗拒的政治事件所引起的特定风险。此类担保确保在出现因不履行政府及其机构承诺的合同义务导致不履行偿债义务时进行支付。此类担保的担保范围可包括各种类型的不履约，如未遵守商定的监管框架，包括价格公式；未交付投入，如向私营电力公司供应的燃料；未对产出付款，如政府公用事业单位从电力公司购买的电或当地公营供水公司购入的水；未对由政府行为或政治事件造成项目延迟或中断提供补偿；程序上的拖延；以及外汇管制法律或条例的不利变化。

91. 当多边贷款机构参与一个项目的融资时，它们有时以如下方式提供支持，即在违约系由政治风险等事件所致的情况下，放弃它们本来可向私人伙伴提出追索的权利。例如，如果未完工是政治风险所致，接受私人伙伴提供的完工担保的多边贷款机构可能认可自己不得强制执行此项担保。

(b) 部分信贷担保

92. 部分信贷担保提供给持有政府反担保书的私营部门借款人。这种担保旨在为私人放款人正常贷款期限过后应付的那部分融资作保。此类担保一般用于有私营部门参与并需要长期资金才能在财政上维持下去的项目。部分信贷担保一般延长贷款的到期日，担保范围包括偿债安排中某一指定部分未得到偿还的各种情形。

2. 由多边投资担保机构提供的担保

93. 多边投资担保机构向源自任何成员国并用于投资来源国以外的任何发展中成员国国家的新投资提供长期政治风险保险。与现有项目扩建、现代化更新或融资结构调整有关的新投资有资格获得这种担保，涉及国有企业私有化的收购也有资格。有资格的外国投资形式包括股本、股东贷款和由股东开具的贷款担保，条件是这种贷款及贷款担保至少为期三年。也可为非关联借款人提供的贷款提供保险保障，只要同时也为该项目的股东投资提供保险保障。其他有资格的投资形式有技术援助、管理合同以及特许和许可协议，条件是它们至少为期三年，并且给投资者的报酬与该项目的运营结果挂钩。多边投资担保机构承保下列风险：外币转账限制，征用，违约，战争及内乱，不履行财政义务。

(a) 转账限制

94. 多边投资担保机构提供外币转账担保的目的类似于可能由东道国政府提供的主权外汇担保（见第 75 段）。这种担保保护投资者免受因无法将本地货币（资本、利息、本金、利润、使用费及其他汇款）换为外币后转出东道国而造成的损失。这种保险目的是防止因东道国政府的作为或不作为，外汇管制法律或条例的不利变化及限制本地货币兑换和转账的条件恶化致使买进外币时过分拖延。外币贬值不在保险范围之内。从投资者那里收到转移受限制的本地货币后，多边投资担保机构即以其担保合同的货币支付补偿。

(b) 征用

95. 此项担保目的是防止因东道国政府可能减少或取消对已投保投资的所有权、控制或权利而造成该项投资的损失。除直接收归国有和没收外，“逐步”征用——经过一段时间后具有征用后果的一系列行为——也在保险范围内。对于部分征用（如没收资金或有形资产）则提供有限的保险。东道国政府在行使其正当的管理权时采取的善意、非歧视性措施不在保险范围内。对于股本投资被全部征用，多边投资担保机构对已投保投资支付其账面净值。对于资金被征用，多边投资担保机构支付被冻结投资中已投保的部分。对于贷款和贷款担保，该机构则对未结清的本金和任何应计未付的利息提供保险保障。投资者对被征用投资的权益（如股份或贷款协议中的利息）一经转让给多边投资担保机构，立即付给赔偿金。

(c) 违约

96. 此项担保旨在防止东道国政府违背或拒绝履行与投资者订立的合同所造成的损失。一旦出现所指称的违约或拒绝情形，投资者必须能够援用基础合同规定的争端解决机制（如仲裁）并要求判给损害赔偿金。在规定的期限之后，如投资者未收到款项，或由于东道国政府的行动致使争端解决机制未能发挥作用，则由多边投资担保机构支付赔偿金。

(d) 战争和内乱

97. 此项担保旨在防止因东道国的政治动机战争行为或内乱，包括革命、叛乱、政变、破坏和恐怖活动，使有形资产被损坏、毁坏或消失而造成的损失。对于股本投资，多边投资担保机构将支付投资者在资产的账面价值、其重置成本或被损坏资产的修复费用三者之最小数额中所占的份额。对于贷款和贷款担保，多边投资担保机构将支付直接因战争和内乱破坏项目资产而导致拖欠的本金和利息中的已投保部分。战争和内乱的保险范围还包括导致项目运营中断长达一年的事件，而项目运营对总体财政维持能力至关重要。当投资被视为完全损失时，才可认为此类经营中断确已存在；此时，多边投资担保机构将支付全部已投保股本投资的账面价值。

(e) 不履行财政义务

98. 此项担保旨在防止主权和次主权实体以及国有企业在无条件付款义务或与合格投资有关的担保到期时未能付款造成的损失。主要受益人是向参与发展投资的公共部门实体提供贷款的商业放款人。只有在付款义务是无条件的且不受任何抗辩约束时，投资者才可提供这种保险——这意味着主权、次主权或国有企业没有任何理由对这种债务到期应付的事实提出合法抗辩。多边投资担保机构关于不履行财政义务的担保的另一个优点是这种担保不要求投资者必须获得仲裁裁决才能向多边投资担保机构提出索赔要求。

G. 出口信贷机构和投资促进机构提供的担保

[第 99 至 101 段对应于《立法指南》中第二章第 72 至 74 段，但 [A/CN.9/939](#) 第 17 至 19 段和第 31 段解释的术语改动，以及为反映《指南》范围有所扩大和委员会第五十一届会议及政府间专家组会议（2018 年 11 月 26-30 日，维也纳）上的审议情况所作的其他调整除外。]

99. 可从出口信贷机构和投资促进机构获得针对某些政治、商业和金融风险的保险以及直接贷款。一些国家通常建立出口信贷机构和投资促进机构，以协助该国的货物或服务出口。出口信贷机构代表为项目供应货物和服务的国家的政府而行事。多数出口信贷机构都是国际信用和投资保险人联盟（伯尔尼联盟）的成员，其主要目标包括促进国际合作并促进有利的投资环境；制定并维护健全的出口信贷保险原则；以及制定并维持国际贸易信贷条件的纪律。

100. 尽管提供的支持因国家而异，但出口信贷机构一般提供两类保险：

(a) 出口信贷保险。就公私伙伴关系项目融资而言，出口信贷保险的基本目的是，一旦出口货物和服务的外国买方获准推迟付款，向卖方提供支付担保。出口信贷保险采取“供方信贷”或“买方信贷”保险安排的形式。在供方信贷安排下，出口商和进口商就由买方签发的可转让票据（如汇票或本票）证明的延期付款要求的商业条件达成一致。在须证明信用可靠的前提下，出口商可获得本国出口信贷机构提供的保险。按照买方信贷的方式，买方的支付义务由出口方银行供资，而出口方银行则从出口信贷机构获得保险。出口信贷一般分为短期（偿还期一般在两年以下），中期（一般两到五年）和长期（五年以上）。由出口信贷机构提供的官方支持

可采取“纯保险”的方式，这意味着在没有融资支持的情况下向出口商或贷款机构提供保险或担保。官方支持也可以采取“融资支持”的形式，其范围包括向国外买方提供直接信贷、再融资及各种形式的利率支持；

(b) 投资保险。出口信贷机构可以直接向借款人或出口商提供某些政治和商业风险的保险。典型的政治和商业风险包括战争、叛乱或革命；征用、收归国有或收购资产；货币不可兑换；缺少外币供应。由出口信贷机构提供的投资保险一般保护在海外设立的私人伙伴的投资者抵御此类承保风险，但并不保护私人伙伴本身。投资保险的保险范围通常是各种政治风险。准备承保此类风险的出口信贷机构一般要求提供有关东道国法律制度的充分资料。

101. 经济合作与发展组织（经合组织）多数成员国的出口信贷机构对供应商和买方信贷交易提供支持的条件必须《经合组织关于官方支持出口信贷指导原则的安排》（又称“经合组织共识”）。此项安排的主要目的是提供适当的体制框架，防止官方支持出口信贷导致的不公平竞争。为了避免使用会扰乱市场的补贴，该《安排》规范了政府支持的保险、担保或直接贷款的条款的具体条件。

示范立法条文

二. 项目规划和准备

示范条文第 5 条. 公私伙伴关系项目建议书

1. 设想通过公私伙伴关系发展基础设施或服务的订约当局，应当进行或促成可行性研究，以评估项目是否满足[这些条文]所列的批准条件。
2. 可行性研究应当：
 - (a) 查明拟通过拟议公私伙伴关系项目满足的公共基础设施和服务需求，以及项目如何符合国家或地方关于发展公共基础设施和服务的优先事项；
 - (b) 评估订约当局可用来满足这些需求的各种备选办法，并确定性地证明以公私伙伴关系形式实施的比较优势、战略和业务方面的益处，尤其是项目：
 - (一) 以公私伙伴关系形式实施，与项目由订约当局或另一公共机构采购和实施相比，可以提供更具经济性和更高效的解决办法（“物有所值”）；以及
 - (二) 不会给公共部门带来意外的财务责任（“财政风险”）。
3. 除了可行性研究，公私伙伴关系项目申请书应当：
 - (a) 评估项目的社会、经济和环境影响；
 - (b) 确定技术方面的要求和预期的投入和交付成果；
 - (c) 考虑在多大程度上私人伙伴可在与订约当局订立的合同下执行项目活动；
 - (d) 确定与项目的批准或实施有关，订约当局或其他任何公共当局可能需要颁发的执照、许可证或授权书；
 - (e) 查明和评估项目的主要风险，并说明在合同下拟议的风险分配办法；
 - (f) 确定拟议为项目实施提供政府支持的形式；
 - (g) 确定订约当局有效执行合同的能力，包括能够监测和管理项目的实施和私人伙伴的绩效；
 - (h) 确定授予合同的适当程序。

示范条文第 6 条. 公私伙伴关系项目建议书的批准

1. [由颁布国指明的主管机构]应当负责[批准订约当局向其提交的拟议公私伙伴关系项目][就拟议公私伙伴关系项目是否符合[这些条文]所列的批准条件向[由颁布国指明的主管机构]提出建议]。
2. [由颁布国指明的主管机构]尤其应当负责：

- (a) 审查订约当局提交的公私伙伴关系项目建议书和可行性研究报告，以确定拟议项目是否值得以公私伙伴关系形式实施以及是否满足[这些条文]所规定的要求；
- (b) 审查订约当局是否有开展项目的能力并提出适当的建议；
- (c) 审查订约当局编写的征求建议书草案，确保与核准的项目建议书和可行性研究报告相一致；
- (d) 就与公私伙伴关系有关的行政程序向政府提出建议；
- (e) 制定与公私伙伴关系有关的准则；
- (f) 就开展可行性和其他研究的方法向订约当局提出建议；
- (g) 编写标准招标文件和合同文件供订约当局使用；
- (h) 就实施公私伙伴关系项目发布咨询意见；
- (i) 必要时协助订约当局，确保公私伙伴关系按照[这些条文]实施；
- (j) 履行[由颁布国指明发布实施示范条文的条例的主管机构]可能赋予的与公私伙伴关系有关的任何其他职能。

示范条文第 7 条. 行政协调

[由颁布国指明的主管机构]应当[设立][向[由颁布国指明的主管机构]建议设立]机构机制，对负责根据关于有关类型基础性设施的建造和运营的法规或管理规定颁发实施公私伙伴关系项目所要求的批准书、执照、许可证或授权书的各公共当局开展的活动进行协调。