



联合国国际贸易法委员会

第五十一届会议

2018年6月25日至7月13日，纽约

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（经修订的导言）

秘书处的说明

目录

	页次
A. 导言 .....	2
1. 《指南》的编排和范围 .....	3
2. 《指南》中使用的术语 .....	3
B. 公私伙伴关系的背景信息 .....	6
1. 私人投资和基础设施政策 .....	7
2. 基础设施部门的结构调整 .....	8
3. 私营部门参与基础设施项目的形式 .....	11
4. 基础设施的融资结构和融资来源 .....	12
5. 实施基础设施项目所涉及的主要当事方 .....	15



## 导言和公私伙伴关系的背景信息\*

### A. 导言

1. 公共部门和私营部门在发展基础设施方面所起的作用随着时间推移发生了巨大变化。公共服务可追溯至十九世纪，如街道煤气照明、电力分配、电报电话、蒸汽火车和有轨电车等。私营部门曾为早期的许多道路或运河项目供资，国际项目融资也曾迅速发展，包括发行国际性债券，用来筹集铁路或其他重大基础设施所需资金。

2. 然而，在二十世纪的大部分时间，世界性趋势转向由公共部门发展基础设施和其他服务。基础设施运营者往往被国有化，或者经历了兼并和收购以减少竞争。在许多国家，私营公司提供公共服务需要政府颁发执照或给予特许权。世界经济的开放程度在此期间也有所倒退。只有在较少几个国家，基础设施部门始终实行私人运营，通常没有什么竞争，甚至完全没有竞争可言。在许多国家，公共部门提供基础设施服务的优先权载入了宪法。

3. 1980 年代初开始出现相反趋势，即私营部门参与基础设施部门并相互竞争的趋势。推动这种发展的因素包括重大的技术革新；债务累累和预算严重损拮据限制了公共部门满足日益增长的基础设施需求的能力；国际和当地资本市场的发展改善了获取私人融资的条件；有私营部门参与和竞争的基础设施取得成功的国际经验越来越多。许多国家通过了新的法律，不仅规范这些交易，而且还针对进行此类交易的各个部门，改变了市场结构和竞争政策。

4. 《指南》的目的是协助建立或调整法律框架，以通过公私伙伴关系吸引私人在公共基础设施和服务方面进行投资。《指南》中提出的咨询意见力求平衡兼顾促进公私伙伴关系和保护公共利益。《指南》讨论了一些涉及公共利益的根本性问题，多数法律制度都承认这些问题，尽管政策和立法处理办法有很多差异。

5. 例如，涉及公共利益的问题包括：提供公共服务的持续性；项目的长期可持续性和可负担性；环境保护、卫生、安全和质量标准；对公众收费标准的公平性；对顾客或用户一视同仁；充分披露关于基础性设施运营的信息；应对条件变化的灵活性，包括扩展服务以满足更多的需求和定期审查合同条款和条件；决策者问责制和监测项目执行情况。另一方面，私营部门关心的根本性问题通常包括：东道国法律和经济环境的稳定性；法律规章的透明度及其实施方面的可预测性和公正性；财产权的可执行性，以及保证私人财产受到尊重，并且不受干涉，除非出于公共利益，并且已经给予补偿；当事方商定可确保所投入资本得到与私人投资者所承担风险相称的合理回报的商业条件的自由。《指南》对这些问题并不提供单独的一套示范解决办法，而是协助读者评估现有的各种不同做法，并选出最适合本国或本地情况的做法。

\* B 节提供《指南》从立法角度审查事项的一般性背景信息。关于更深入的政策和技术信息，尤其请读者参阅其他国际组织编写的出版物，如联合国工业发展组织（工发组织）编写的《通过建设—运营—移交项目发展基础设施准则》（工发组织出版物，出售品编号：UNIDO.95.6.E）；世界银行及其伙伴编写的《公私伙伴关系参考指南——第 3 版》（国际复兴开发银行/世界银行，2017 年）；以及《理事会关于公私伙伴关系公共治理原则的建议》，经合组织，2012 年 5 月。

## 1. 《指南》的编排和范围

6. 《指南》由立法咨询意见和建议组成，这些咨询意见和建议以说明的形式分析本主题领域提出的关键的金融、管理、法律政策和其他问题。说明之后酌情载列示范立法条文，举例说明立法者如何将《指南》中的咨询意见和建议转化为立法语言。建议使用者在阅读示范立法条文时参阅说明部分，其中提供了背景信息，有助于加深理解。

7. 示范条文处理应当在专门涉及公私伙伴关系的法律中处理的事项。这些条文不涉及其他法律领域，正如《指南》所论述，这些法律领域也对公私伙伴关系产生影响。另外，公私伙伴关系的成功实施除需建立适当的立法框架外，一般还要求采取各种措施，例如适宜的行政结构和办事程序、组织能力、技术专门知识、适当的人力和财力资源以及经济稳定。虽然这些事项中有些已在说明部分提及，但并未在示范条文中述及。

8. 《指南》旨在供国家当局和立法机构在拟订新法律或审查现有法规是否适当时作为一份参考材料使用。为此目的，《指南》协助查明与公私伙伴关系关系最密切的法律领域，并讨论这些法律中将有利于吸引本国和外国私人资本的内容。《指南》简单提及其他法律领域，包括例如投资的促进和保护、物权法、担保权益、强制购置私有财产的规则和程序、一般合同法、政府合同规则，以及行政法、税收法、环境保护法和消费者保护法（见第七章，“其他有关的法律领域”，第...段），这些法律可以专门针对公私伙伴关系而颁布，或者在建立公私伙伴关系立法或管理框架时应当予以考虑。《指南》无意就如何起草实施公私伙伴关系的协议提供咨询意见。不过，《指南》确实讨论了与似宜在立法中论及的事项有关的一些合同问题（例如，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...段）。

9. 《指南》涵盖了多种各种公私伙伴关系安排，特别是涉及私营伙伴承担设计、建设、维护和运营一个新的设施或系统或修复、更新、扩建、维护和运营一个现有设施或系统的义务的公私伙伴关系。这些设施或系统可由私营伙伴运营以向公众提供服务或货物，可以开放供公众在私营伙伴控制下使用，也可由政府用来满足自身的需要或为提供一项公共服务提供支持。《指南》涵盖私营部门就基础性设施或系统的使用或就其产生的服务或货物向公众或公共当局（或两者）收取价款从而收回投资的公私伙伴关系，以及仅订约当局或其他政府机构支付根据公私伙伴关系合同提供的设施、货物或服务的费用的公私伙伴关系。虽然公私伙伴关系有时与涉及政府职能或财产“私有化”的其他交易归为一类，但《指南》并不关注与开发和运营公共基础设施、设施和服务无关的“私有化”交易。此外，《指南》也不涉及自然资源开采项目，如根据东道国公共当局颁发的某种“特许权”、“执照”或“许可”而进行的采矿、石油或天然气开采项目。

## 2. 《指南》中使用的术语

10. 以下段落解释在《指南》中频繁出现的某些用语的含义和用法。至于下面没有提到的术语，如金融和商业管理著作中使用的一些行业术语，请读者另外参考与本主题

有关的其他资料来源，如联合国工业发展组织（工发组织）编写的《通过建设—运营—移交项目发展基础设施准则》。<sup>1</sup>

**(a) “公共基础设施”和“公共服务”**

11. 《指南》中的用语“公共基础设施”，系指直接或间接向公众提供基本服务或用来向公众提供基本服务的有形设施。这种意义上的公共基础设施，可在各个部门找到实例，可包括各种类别的设施、设备或系统：发电厂和配电网络（电力部门）；本地和长途电话通信系统和数据传输网络（电信部门）；脱盐工厂、废水处理厂、配水设施（水部门）；废物收集及处理设施和设备（环境卫生部门）；以及用于公共运输的有形设施和系统，如市区和城市间铁路、地下铁路、公共汽车线路、公路、桥梁、隧道、港口、航线和机场（运输部门）。“基础设施”一语也涵盖政府或其他公共当局为履行自身职能所需要的设施或系统（如法院、办公楼）——不管是否向公众开放或公众可否进入——或者用来提供公共服务的设施，如学校、保健设施或教养院。

12. 作为一项公共政策，每个国家必须划定公共所有和私人所有基础设施之间的界线。例如，有些国家的机场由政府所有，另一些国家的机场则由私人所有，但须服从管理，或服从与公共主管当局订立的协议的条款。医院和医疗设施以及监狱和教养设施，视某一国家的偏好而定，可以掌握在公共部门或私人手中。电力和电信设施往往并非一定由私营实体运营，但分配始终掌握在公共部门手中。《指南》对于特定国家应当如何划定这种界线不表示任何看法。

13. 公共基础设施和公共服务这两个概念在一些国家的法律传统中已得到普遍接受，有时由一部专门的法律来管辖，这种法律一般称作行政法（见第七章，“其他有关的法律领域”，第...段）。然而，在另一些国家，除须服从专门的条例外，公共服务被视为与其他类型的商业并无内在的差异。《指南》中使用的“公共服务”和“公共服务提供者”两个用语不应按任何特定法律制度所赋予的专门含义来理解。

**(b) “公私伙伴关系”和相关用语**

14. 在实践中，“公私伙伴关系”一语用来指代公共和私营部门为了一个共同目的而相互合作的多种合同安排或联合经营，并没有一个国际承认的法律定义可以涵盖所有可能的不同形式。《指南》使用“公私伙伴关系”一语专门指代上文第...段所提及的广义上的公共当局和为公共基础设施的私人融资而出资的私营实体之间的长期安排。

15. 公私伙伴关系不是一种特殊的新的类别的政府合同。事实上，公私伙伴关系可以使用各种众所周知的合同结构（租约、特许权、服务合同、统包合同、设计、建设—融资、运营合同）。《指南》所涵盖的公私伙伴关系安排可分为两大类。首先，《指南》涵盖私营伙伴凭政府颁发的执照或“特许权”（见第...段）运营基础设施并向公众收取价款的公私伙伴关系（也称作“特许权公私伙伴关系”）。其次，《指南》涵盖私营伙伴承担与基础设施或设施有关的某项工作（设计和建筑、翻修、扩建、维护或管理，或参与其中任何工作）或与服务系统有关的某项工作（信息或电信、

<sup>1</sup> 工发组织出版物，出售品编号：UNIDO.95.6.E，以下简称《工发组织 BOT 准则》。

客户服务), 但不向公众提供任何服务, 而是直接从订约当局或其他政府机构那里接收付款的公私伙伴关系 (“非特许权公私伙伴关系”)。

16. 后一种情况类似于有些法律制度下所称的“基础设施伙伴关系”或“伙伴关系合同”, 这是一种创新安排, 它允许通过在合同有效期内付款而采购工作或服务, 不必预先承付公共资金。根据这些安排, 私营伙伴往往承担基础性设施的融资和建设, 并在完工后将其交付订约当局或订约当局指定的一方。这种安排经常用于建设由订约当局直接用来提供公共服务的设施, 而私营伙伴在公私伙伴关系协议整个期限内始终负责设施的运营和维护。无论采用哪一类安排, 《指南》通常将订立公私伙伴关系的公共当局称为“订约当局”, 而将执行公私伙伴关系项目的私营实体称为“私营伙伴”。订约当局和私营伙伴之间的协议载列公私伙伴关系项目的范围、条款和条件, 在《指南》中称作“公私伙伴关系合同”。

17. 在上下文要求时, 《指南》有时使用“项目公司”一语专门指代为执行特定公私伙伴关系项目而设立的独立的法律实体。

### (c) “特许权”和相关用语

18. 在许多国家, 公共当局以外的实体提供“公共服务”通常需要得到政府主管机构授予的某种授权文书。各国法律和一些法律制度使用不同的用语来界定此类授权文书; 可能使用各种不同的用语指代不同类别的授权。常用的用语包括“特许权”、“专营权”、“执照”或“租赁” (“承租”)。在某些法律制度中, 尤其是属于大陆法传统的法律制度中, 某些形式的基础设施项目归类为明确界定的类别 (例如, “公共工程特许权”或“公共服务特许权”)。在上在上下文要求时, 《指南》使用“特许权”一词统指这种授权文书, 但该词并不具有任何特定法律制度或国内法可能赋予的专门含义。

19. 在上下文要求时, 《指南》使用“特许公司”一词专门指代根据东道国公共当局颁发的特许权执行基础设施项目的实体。《指南》未使用一些法律制度中可能用来指代某些形式公私伙伴关系安排的其他用语, 如“特许权协议”或“特许权合同”。

### (d) 关于国家当局的提法

20. 《指南》中使用的“政府”一词包括东道国在国家、省或地方级别负责行政或决策职能的各公共当局。“公共当局”一语用来指代尤其是政府行政部门中的实体或与政府行政部门相关的实体。“立法机构”和“立法者”用来专门指代东道国行使立法职能的机关。

21. “订约当局”在《指南》中一般用于指代东道国对项目负全面责任并以其名义授予项目的公共当局。此种当局可以是国家当局、省当局或地方当局 (见下文, 第...段)。

22. “管理机构”一语在《指南》中用于指代受权发布和实行关于项目开发和运营的规则和条例的公共当局。可通过颁布法规来设立管理机构, 专门管理特定公共基础设施部门。

## (e) “建设—经营—转让”和相关用语

23. 《指南》称作公私伙伴关系的各类项目有时按私人参与的不同方式或按有关基础设施的所有权等划分为几类，如下文所述（另见第...段关于私营部门参与公私伙伴关系的各种方式的讨论）：

(a) 建设—运营—移交 (BOT)。下述情况下，一个项目称作 BOT 项目：订约当局选择一个私营伙伴提供融资和建设一个基础性设施或系统，并给予该私营实体在一定期限内对其进行维护和（或）商业运营的权利，该期限终了时，设施的所有权移交订约当局；

(b) 建设—移交—运营 (BTO)。下述情况下，一个项目称作 BTO 项目：订约当局选择一个私营伙伴提供融资及规划、设计和建设一个基础性设施或系统，设施或系统在完工时立即成为订约当局的财产，而私营伙伴在一定期限内保留维护和运营该设施的权利；

(c) 建设—租借—运营—移交 (BROT) 或“建设—租赁—运营—移交” (BLOT)。这些均是 BOT 或 BTO 项目的变式，其中，除 BOT 项目中常见的义务和其他条款外，私营伙伴在协议期限内将设施所在地点的有形资产租借给订约当局，并承诺对其进行维护和运营；

(d) 建设—拥有一运营—移交 (BOOT)。在这些项目中，私营伙伴承担特定基础性设施的规划、筹资、设计、建造、运营和维护，为此而取得向该设施的使用者收取费用和其他附加费用的权利。在这种安排下，私营实体在将该设施移交订约当局之前，一直拥有该设施及其资产；

(e) 建设—拥有一运营 (BOO)。该用语系指私营伙伴永久拥有设施且没有义务将其交回订约当局的项目。

24. 除以不同的缩略语强调特定的所有权制度外，还可能使用另一些缩略语强调私营伙伴的某一项或几项义务。在有些项目中，将现有基础性设施移交给私营实体，由其进行更新或翻修，并且永久或在一段时期内进行运营和维护。视私营伙伴是否拥有此类基础性设施而定，这些安排有的可称作“翻修—运营—移交” (ROT) 或“更新—运营—移交” (MOT) (前一种情况)，有的可称作“改建—拥有一运营” (ROO) 或“更新—拥有一运营” (MOO) (后一种情况)。有时使用“设计—建设—融资—运营” (DBFO) 一语，以强调私营伙伴另外负有设计该设施并为其建造而筹措资金的责任。

## B. 公私伙伴关系的背景信息

25. 在已通过私人投资建设新的基础设施的大多数国家，公私伙伴关系是满足本国公共设施需求的重要手段。国家政策的基本内容包括每个基础设施部门寻求达到的竞争水平、如何安排该部门的结构以及采用何种机制来确保基础设施或公共服务市场的妥善运行。在促进基础设施私人投资的国家政策之外，往往还采取措施以在公共服务提供者之间引入竞争，或者在竞争不可行的情况下，防止滥用垄断地位。

26. 在制定促进私营部门投资开发和运营公共基础设施和服务的方案时，一些国家发现有必要重新审视据以确立公共部门垄断的一些假设，包括促使建立此种垄断的历史和政治状况，以期：

- (a) 查明仍然保持自然垄断特征的活动；
- (b) 评估在某些基础设施部门实行竞争的可行性和可取性。

## 1. 私人投资和基础设施政策

27. 为执行在各基础设施部门促进竞争的政府政策，需要采取的措施主要取决于当前的市场结构。形成特定市场结构的主要因素包括：妨碍竞争者进入的经济、法律、技术和其他性质的障碍，横向或纵向融合的程度，市场上运营公司的数目，以及是否有替代产品或服务。

### (a) 竞争政策和垄断

28. “垄断”一词严格意义上系指某一市场只有一家供应商。然而，纯粹的垄断和完全的竞争代表着事物的两个极端。多数商品市场或服务市场的竞争程度位于这两个极端之间的某个位置。一般来说，垄断可分为自然垄断、法定垄断和事实上的垄断；每一种垄断都需要不同的政策办法：

(a) 自然垄断。这些经济活动使得单独一个提供者来供应整个商场比两个或多个提供者共同供应的成本低。这种情况一般见于这种经济活动，即需要大量投资和较高固定成本，但根据需求增加，每增产一个服务单位（例如增产一立方米的水）生产成本即可递减。自然垄断往往需要预付大量固定投资，这一特点使一个尚无相当规模经济的新公司难以挤进市场并抢去现有公司的生意；

(b) 法定垄断。法定垄断是由法律确立的，所涉部门或活动有的属于自然垄断，有的不属于自然垄断。在后一类中，垄断的存在可能仅仅是因为不允许竞争。许多国家确立法定垄断往往出于这样一种考虑：将基础设施交给自由市场，是无法充分满足国家对基础设施的需求的，无论是质量还是数量方面；

(c) 事实上的垄断。这些垄断不一定由经济基本因素也不一定由法律规定造成，而只是由于缺乏竞争，原因在于例如基础设施公司属于一体化公司，有能力控制至为重要的设施，排除其他供应商的进入。

29. 虽然有时候实行垄断具有正当的法律、政治或社会理由，但垄断会对经济产生不利影响。在垄断条件下运营的服务提供者一般能够确定高于竞争情况下的要价的价格。由于无充分竞争而得到的剩余利润，意味着财富从消费者手中转到生产者手中。人们还发现，垄断造成经济造成福利方面的净损失，这是因为人为的低产量导致价格上升、创新速度下降以及不作出充分努力来降低生产成本。此外，尤其是在基础设施部门，有可能对其他市场产生次生效应。（例如，电信部门缺乏竞争和效率产生不利影响，整个经济的成本因此而增加。）

30. 尽管对经济产生不利影响，但有时在缺乏自然垄断的状况下仍然保留了某些垄断和对于竞争的其他规章障碍。为保留某些垄断而列举的理由之一是，可以用垄断达到某些政策目标，例如确保在某些区域提供服务，或以低价甚至低于成本向某些

类别的消费者提供服务。这种价格低于成本的服务的例子包括救生电话、水和电力服务、对某些类别旅行者（例如学生或老年公民）的折扣价运输，以及对低收入或农村用户的其他服务。垄断性服务提供者能够通过来自其他地区或对其他类别消费者提供的其他盈利服务的内部“交叉补贴”，为提供这种低价服务供资。

31. 对于在缺乏自然垄断条件下仍然保持法定垄断，有时列举的另一个理由是为了让该部门对私人投资者更有吸引力。私人运营者可能坚持得到提供某种服务的专营权，目的是降低其投资的商业风险。然而，必须将这一目标与消费者利益和整个经济的利益予以权衡考虑。对授予专营权被视为是激励私人投资的必要手段的国家而言，似可考虑限制竞争，虽然只是暂时限制竞争（见第二章，“项目规划和准备”，第 XX 段）。

#### (b) 不同部门的竞争范围

32. 直到最近，垄断状况仍普遍存在于多数基础设施部门，有的因为该部门属于自然垄断，有的因为规章障碍或其他因素（例如，公共服务提供者的纵向一体化结构）妨碍了有效竞争。然而，飞速的技术进步和创新扩大了基础设施部门的潜在竞争范围，促使多数国家的立法者和监管者纷纷通过立法，废除垄断和其他进入障碍，改变基础设施部门的组织方式，并建立促进有效竞争的监管框架，从而促进不同基础设施部门的竞争。在多大程度上可以实现有意义的竞争，这取决于具体的部门、市场规模和其他因素。

### 2. 基础设施部门的结构调整

33. 在许多国家，私人参与基础设施的发展是在基础设施部门实行结构调整措施之后发生的。立法行动一般首先是取消禁止私人参与基础设施的规则，并消除无法以公共利益作为理由的影响竞争的所有其他法律障碍。但是，应当指出，特定部门可以在多大程度上开放竞争，这种决定是根据一个国家的总体经济政策而作出的。有些国家，特别是发展中国家，也许从其正当利益出发，需要促进发展当地工业的某些部门，因而可能选择某些基础设施部门不开放竞争。

34. 垄断状态如果不是经济和技术基本条件所造成，而是法律禁令的结果，则引进竞争需要采取的主要立法行动是消除现有的法律障碍，同时也许还应制定一套竞争规则（例如禁止相互串通、卡塔尔、掠夺性定价或其他不公平交易做法）并加以管理监督（见第一章，“一般法律和体制框架”，第...段）。然而，对于某些活动而言，要想实现有效的竞争，也许不仅仅要消除法律障碍，同时还应当采取立法措施来调整有关部门的结构。有些国家暂时保持着垄断，仅仅是为了有一段时间作为从垄断性结构迈向竞争性市场结构的过渡期，以利于渐进式、有条不紊和较易为社会接受的过渡。

#### (a) 基础设施部门的分拆

35. 一些国家的经验表明，有些纵向或横向一体化的基础设施公司也能够妨碍有效竞争。一体化公司会力图将其在一个市场或一个细分市场的垄断力扩展到其他市场或细分市场，以期在这些活动中同样地攫取垄断租金。因此，一些国家发现有必要



将特定基础设施部门的垄断成份（例如许多网络中的专用网）同竞争性成份分割开来。大体上说，基础设施的服务趋于竞争性质，而所依据的有形基础设施常常具有垄断特征。

36. 将竞争性活动与垄断性活动分开，反过来也需要分拆纵向或横向一体化活动。纵向分拆是将上游活动与下游活动分开，例如将电力部门的生产、输送、分配和供应活动各自分开。目标通常是将网络的关键组成部分或基本的设施同该行业的竞争性部分分开。横向分拆是将垄断性公共服务提供者的一种或多种平行活动分给若干单独的公司经营，这些公司可以在同一市场直接相互竞争（如同电力生产中逐渐出现的情况），也可以在一个较小地域内保持垄断（如同电力分配的情况）。横向分拆既指某一种活动或某一细分市场的分割（如同电力部门的实例），也指一个或多个市场内另外组成的替代服务（例如，将移动电话服务与固定电话分开就属于这种情况）。

37. 不过，需要认真考虑这种变革的成本和效益。成本可能包括与变革本身有关的成本（例如，交易和过渡成本，包括新制度的实施使有些公司失去利益或失去受保护地位而遭受的损失），以及实施新制度产生的成本，尤其是例如由于更为复杂的网络规划、技术标准化或管理而带来的更高协调成本。另一方面，效益可能包括新的投资、更好的或新的服务、更多的选择和更低的经济成本。

## **(b) 最近在主要基础设施部门的经验**

### **(一) 电力**

38. 各国在最近颁布的电力法要求分拆电力部门，将电力生产、输送和分配分开。有些情况下，还将供应与分配分开，以便仅留下带垄断性质的活动（例如通过电线输送公众使用的电力）进行垄断经营。在这些国家，电力输送和分配公司并不买电或卖电，只是按规定的费率输送电力。电力交易是以生产者或经纪人为一方，以使用者为另一方进行的。在一些相关国家，竞争仅限于大用户，或只是有步骤地逐渐实施。

39. 凡是选择在电力和煤气部门引入竞争的国家，新立法促成了新的市场结构，规定必须在多大程度上分拆市场（有时还规定必须在打破现有垄断基础上创建多少个公共服务提供者），或消除进入市场的障碍。新的电力法还确立了具体的竞争规则，不管是着眼于结构方面（例如，禁止市场不同部分的公司之间的交叉所有权，如生产、运输和分配，或煤气与电力销售和分配之间的交叉所有权），还是着眼于行为方面（例如，第三方准入规则、禁止组成联盟或其他串通安排）。建立了新的机构和管理机制，使新的能源市场得以运行，如电力联营机构、调度机制或电力管理机构。最后，必须结合这些变革修改能源法律和政策的其他方面，包括石油、煤气、煤炭和其他能源市场管理规则。

### **(二) 水和环境卫生**

40. 水和环境卫生部门实行的市场结构改革多数属于横向分拆。有些国家在以前只有一家自来水公司的地方创立了多家自来水公司。这种情况尤其常见于但又限于

拥有相互间并不连接或只是略有连接的几个单独网络的国家。在实践中，人们发现横向分拆办法有利于比较各服务提供者的绩效。

41. 例如，一些国家邀请私人投资者为一家自来水公司大批量供水，或者建设和运营水处理厂或脱盐工厂。在这种纵向分拆过程中，通常是让私人投资者根据合同向自来水公司提供服务（和所需的各项投资），这种服务并不从根本上改变市场结构的垄断性质：这些工厂之间通常并不相互竞争，并且通常不得越过自来水公司直接供应给客户。有些国家对大量用水的供应和输送实行了竞争；某些情况下，已经有了活跃的水市场。在另一些地方，竞争只局限于昂贵的瓶装水、罐车水和私人水井。

### (三) 运输

42. 一些国家在采取结构调整措施时将运输基础设施与运输服务区分开来。前者可能经常具有自然垄断特征，而运输服务一般具有竞争性。运输服务的竞争不应仅局限于单一运输方式，而且还应考虑各种运输方式，因为火车、卡车、公共汽车、航空公司和船舶往往会争夺客源和货源。

43. 对于铁路，有些国家选择的做法是将基础设施（例如，铁道、信号系统和车站）的拥有和运营同铁路运输服务（例如客运和货运）区分开来。采用这种做法时，法律不允许铁道运营者同时经营运输服务，运输服务由常常是相互之间存在竞争关系的其他公司经营。另一些国家让一些一体化公司同时运营基础设施和服务，但规定了第三方使用基础设施的权利，这种权利有时又称“铁道使用权”。在这些情况下，运输公司，无论是另一铁道公司还是运输服务公司，有权按某种条件使用铁道，而控制着铁道的公司有义务准予使用。

44. 在许多国家，港口直到最近仍由公共部门垄断企业进行管理。在开放该部门供私人参与时，立法者考虑了不同模式。根据地主港办法，港口管理局负责基础设施及港口活动的全面协调，但不对船舶和商品提供服务。在服务型港口，该实体同时运营基础设施和服务。在地主制度下，各服务提供者（例如拖船、装卸和仓储）之间的竞争较易建立和保持。

45. 机场管理法规可能也需要作出变革，允许私人投资，或允许机场之间或机场范围内的竞争。机场运营与空中交通管理之间的联系可能也需要给予认真考虑。在机场范围内，许多国家已在各种服务项目中引进了竞争：装卸服务、餐饮供应和针对飞机的其他服务，还有旅客服务，例如零售商店、餐馆和停车场等等。在某些国家，在现有机场新建和运营航站楼是委托新的运营者进行的，从而促成航站楼之间的竞争。在另一些国家，以 BOT 方式建设了新的机场，并将现有机场改为私人所有。

### (c) 过渡性措施

46. 从垄断到市场的过渡需要予以认真的管理。出于政治、社会或其他因素，一些国家采取了渐进式或分阶段实施办法。由于技术和其他外部力量总在不断变化，一些国家实行了可以根据上述情况的变化而加快步伐或调整步伐的部门改革。

47. 一些国家认为不应当马上实行竞争。在这种情况下，立法就临时专营权、限制公共服务提供者数目和其他限制竞争措施作出规定。这些措施意在给予现有公司充分时间以便为竞争作好准备并调整价格，另一方面，充分激励该公共服务提供者进

行投资和扩大服务。另一些国家则列入了要求对此种限制定期加以修订（例如，在重新审查价格时）的规定，以便查明当初使得理所当然实行限制的那些情况是否依旧存在。

48. 另一项过渡性措施，至少对于由政府所有的企业提供公共服务的一些国家而言，是调整现有服务提供者的结构或使之私有化。在政府所有的公共服务提供者已实行私有化的大多数国家，多数情况下自由化是伴随着或先于私有化进行的。有些国家则不是这样，它们是将享有重要专营权的公司私有化，目的往往是增加私有化的收益。不过，它们会发现，在较后阶段再去取消、限制或削减那些私营或私有化的公共服务提供者已经得到的专营权或垄断权十分困难，有时甚至代价高昂。

### 3. 私营部门参与基础设施项目的形式

49. 公私伙伴关系可以采取多种不同形式，从公有公营基础设施，直至完全私有化的项目。究竟特定形式是否适合特定类别的基础设施或服务，需由政府来考虑，在此过程中需要顾及本国发展基础设施和服务的需求，同时还需要评估哪种方式对开发和运营某些类别基础设施和服务设施最为有效。在特定部门，可以使用不止一种办法。

#### (a) 公有公营

50. 在希望实行公有制和公共部门控制的情况下，为实现私人直接融资以及按商业原则运营基础设施和服务，可以建立一个由政府控制的单独法人实体来拥有和经营该项目。这种实体可以作为一个独立的私营商业企业来管理，遵行适用于私人公司的相同规则和商业原则。有些国家在通过此类公司运营基础性设施方面已有长期传统。允许私人投资于这种公司的资本，或利用这种公司的能力来发行债券或其他证券，可以为吸引私人投资于基础设施创造机会。

51. 私人参与公有公营基础设施的另一种形式，可能是谈判达成“服务合同”，公共运营者根据这种合同将某些运营和维护活动承包给私营部门。政府也可将多种运营和维护活动委托给私人实体，由其代表订约当局开展业务。按照这种有时称作“管理合同”的安排，对私人运营者的补偿与其绩效挂钩，通常通过一种利润分享机制，不过也可按固定费率给予补偿，在各当事方认为难以建立起大家均可接受的机制来评估运营绩效时尤其如此。

#### (b) 公有私营

52. 另一种做法是将公共基础设施和服务设施的全部运营移交给私人实体。一种可能的的方法是授权私人实体通常在某一时期内使用某一设施、提供有关服务并收取这一活动产生的收入。此种设施可以是已经存在的，也可以是由有关私人实体专门建设的。这种公有与私营相结合的方式具有某些法律制度中可称为“公共工程特许权”或“公共服务特许权”的安排的基本特点。

53. 公私伙伴关系的另一种形式是，由订约当局挑选一个私人实体来运营某个由政府建设或以政府名义建设或利用公共资金建造的设施。按照这种安排，运营者负有

运营和维护基础设施的义务，并被赋予就其所提供服务收取费用的权利。在这种情况下，运营者有义务将基础设施产生的收入的一部分付给订约当局，订约当局用这笔收入来分期偿还建造费用。在有些法律制度中，这种安排称为“租赁”或“承租”。

### (c) 私有私营

54. 第三种做法是，私人实体不仅运营设施，而且拥有与之有关的资产。如何对待这些项目，各国的法律也可能存在重大差别，例如，订约当局是否保留收回设施所有权的权利，或是否对其运营承担责任（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 23-29 段）。

55. 如果设施是凭政府的执照来运营的，则有形资产（如电信网）的私人所有权往往是可以与向公众提供服务（如长途电话服务）的执照相分开的，因为公共主管当局在某些情形下可以撤回执照。因此，设施的私人所有权并不一定意味着拥有提供服务的永久权利。

56. 还有一些公私伙伴关系做法是将设施的管理与向公众提供服务相分开。这些类别的公私伙伴关系一般用于非商业部门（即与有偿向公众提供货物或服务无关）所用设施的建造、扩建、翻修或管理，与利润较低的公共活动有关。在这些安排中，提供公共服务的责任本身并没有转嫁给私营伙伴，而是仍然留在订约当局或其他政府实体手中。由于私营伙伴不因公众使用设施而收取使用费或通行费，唯一或主要的报酬来源是订约当局或其他政府实体。

## 4. 基础设施的融资结构和融资来源

### (a) 项目融资概念

57. 建造新的基础性设施的大型公私伙伴关系项目通常由项目促成专门为之成立的新法人实体负责实施。这种新实体通常称作“项目公司”，负责为项目筹措资金。因为项目公司缺乏现成的信用或放款人可依赖的现有资产负债表，所以开发新基础设施时倾向使用的融资方法称作“项目融资”。在项目融资交易中，提供多少信贷，取决于放款人在多大程度上相信可以主要依靠项目的现金流量和收入，作为偿还项目公司所借贷款的资金来源。其他担保要么没有，要么仅针对某些有限的风险。为此目的，项目的资产和收入以及与项目有关的权利和义务都是独立估算的，而且与项目公司各股东的资产严格分开。

58. 由于对项目公司股东无追索权，所以项目融资也称作“无追索权”融资。但是在实践中，放款人很少愿意仅凭项目的预计现金流量或资产就承付基础设施项目所需的巨额款项。为了减少风险，放款人可能要求在项目文件中写入一系列后备或二级担保安排，以及得到项目公司股东、政府、购买方或其他有关第三方提供的其他形式的信用支持。这种办法通常称作“有限追索权”融资。

## (b) 基础设施项目的融资来源

59. 传统公共融资办法之外的其他办法正在基础设施发展中起着越来越大的作用。近年来，各国新的基础设施投资之中就有完全或主要使用私人资金的项目。两种主要的融资办法是举债筹资和股权投资，前者通常采用从商业市场获得贷款的方式。然而，融资来源并不限于这些方式。

### (一) 股权资本

60. 公私伙伴关系股权资本首先来自项目促成入或其他有意持有项目公司股份的个人投资者。然而，这种股权资本通常只占基础设施项目总成本的一部分。为了获得商业贷款或利用其他资金来源满足项目的资本需要，项目促成入和其他个人投资者必须表示意愿优先偿还放款人和其他供资者，因而同意在偿还这些其他供资者的款项之后才偿还它们自己的投资。因此，项目促成入一般来说承担的财务风险最大。同时，一旦初期投资得到偿付，它们在项目利润中所占份额也最大。放款人和政府通常都欢迎项目促成入投入大量股权投资，因为这样不仅有助于减轻利用项目公司的现金流量偿债的负担，而且还可作为项目促成入对项目的承诺的保证。

### (二) 商业贷款

61. 债权资本常常是公私伙伴关系的主要资金来源。项目公司从金融市场获得债权资本的主要渠道是从本国或外国的商业银行获得贷款，商业银行的资金通常来自短期至中期存款，银行对此种存款支付浮动利率。因此，商业银行的贷款通常也采用浮动利率，贷款到期的期限一般短于项目期限。但是，在可行和经济并考虑到金融市场条件的情况下，银行可能更愿意筹措和发放固定利率的中期至长期贷款，以避免自己和项目公司长期受利率浮动的影响，而且减少套期保值交易的必要性。放款人在提供商业贷款时通常提出的条件是，在偿付的安排上它们的贷款应优先于借款人的任何其他债务。因此，商业贷款被称为“非附属”贷款或“优先”贷款。

### (三) “附属”债务

62. 这些项目通常使用的第三类资金是“附属”贷款，有时也被称为“夹层”资本。在偿还贷款的先后次序上，这类贷款先于股权资本，但后于优先贷款。这种附属地位既可以是一般性的（普遍低于任何优先债务），也可以是具体的，即在贷款协议中具体指明其地位低于哪类债务。提供附属贷款通常采用固定利率，一般高于优先债务的利率。作为吸引这种资本的另一种方式，或有时作为避免更高利率的替代办法，可能向附属贷款的提供者提供可直接分享资本收益的前景，即通过发行优先股或可转换股或发行公司债券的方式，有时提供以优惠价认购项目公司股份的选择。

### (四) 机构投资者

63. 除了由项目促成入或公共金融机构提供的附属贷款外，还可以从融资公司、投资基金、保险公司、集体投资安排（例如共同基金）、养恤基金和其他所谓的“机构投资者”那里获得附属债务。这些机构通常拥有大量可用于长期投资的资金，因此

可作为公私伙伴关系项目的补充资本的重要来源。这些机构之所以肯承担风险，向公私伙伴关系项目提供资本，主要原因是有望得到回报，而且投资多样化对其有利。

#### (五) 资本市场融资

64. 公私伙伴关系项目也利用资本市场融资，通过将优先股、债券和其他流通票据投放某个得到认可的证券交易所而筹措资金。一般情况下，流通票据的公开发行人须经管理部门批准，并且须遵守有关法域的相关要求，例如要求在招股书中提供某些信息，某些法域需要事先报备这些信息。债券和其他流通票据的发行可以仅凭发行者的一般信用，无需其他担保，也可以以具体财产的抵押或其他质权作为担保。

65. 已有公认商业信誉的现有公用事业部门比起专门为建设和运营一个新的基础设施而成立的、尚无必要信用评级的公司可能更容易进入资本市场。事实上，许多证券交易所都要求那些发行证券的公司必须拥有一段最低期限内的良好信用记录，才能获准发行流通票据。

#### (六) 伊斯兰金融机构注资

66. 另外一类潜在的资本提供者是伊斯兰金融机构。这些机构的运营遵循源自伊斯兰法律传统的规则和惯例。根据这些规则开展的银行业务，一个最突出的特点是不支付利息，或对收取利息的权利作出严格限制，因此对所借款项确立了其他形式的对价，例如金融机构分享利润，或直接分享客户的交易结果。由于采用这种运营方法，伊斯兰金融机构可能会比其他商业银行更倾向于考虑直接或间接参与某个项目的股权投资。

#### (七) 国际金融机构注资

67. 国际金融机构也可起到重要作用，为公私伙伴关系提供贷款、担保或股本。世界银行、国际金融公司或其他区域开发银行曾联合为一些项目注资，它们积极推动以公私伙伴关系形式开展这类项目。

68. 国际金融机构还在促进组成为项目提供贷款的“银团”方面发挥重要作用。其中某些机构制订了特别贷款方案，在这些方案下，它们成为项目唯一的“记录在案的放款人”，并根据具体的协议，或者依据其作为优先债权人可享有的其他权利，代表自己及各个参与银行出面，负责处理各参与者的拨款事宜，并负责事后收取和分配从借款人处收到的还贷款项。有些国际金融机构还对专门从事基础设施运营者所发行证券的交易的资本市场基金进行投资，从而提供股权资本或夹层资本，最后，国际金融机构可为各种政治风险提供担保，这有利于项目公司在国际金融市场筹集资金（见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。

#### (八) 出口信贷和投资促进机构的支助

69. 出口信贷和投资促进机构可通过贷款、担保或两者相结合的形式为项目提供支助。出口信贷和投资促进机构的参与具有种种优点，例如：利率低于商业银行和贷款期较长，有时采用同定利率（见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。

## (九) 公私融资结合

70. 除商业银行和国家或多边公共金融机构提供的贷款和担保以外，在许多情况下，公共资金也与私人资本相结合，共同为新项目提供资金。这类公共资金可能来自政府收入或主权借款，可与私人资金合在一起作为初始投资或长期款项，也可采取政府赠款或担保的形式。基础设施项目可由政府以参股项目公司的方式共同筹办，从而减少需从私人来源得到的股权资本和债权资本数额（见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。

### 5. 实施基础设施项目所涉及的主要当事方

71. 公私伙伴关系项目的当事方各不相同，视所涉基础设施部门、私营部门的参与方式和项目融资采用的安排而差异巨大。以下段落列出了实施一个典型的公私伙伴关系项目的主要当事方，该项目涉及建设一个新的基础性设施，是按“项目融资”方式进行的。

#### (a) 订约当局和其他公共当局

72. 公私伙伴关系项目的实施往往需要东道国的国家、省或地方级别一系列公共当局的参与。订约当局是政府内负责有关项目的主要机构。另外，实施项目除了订约当局以外，还需要同级或另一级政府中其他公共当局的积极参与（例如发放执照或许可证）。这些公共当局在公私伙伴关系的实施中起着重要作用。

73. 订约当局或另一公共当局一般根据其有关部门发展基础设施的政策来确立项目，并确定私营部门以何种方式参与可实现该基础性设施的最有效运营（见第二章，“项目规划和准备”，第 X 节，第...段）。然后，订约当局即着手其结果是将合同授予选定的私营伙伴的一系列工作（见第三章，“授予合同”，第 12-18 段）。另外，在项目的整个寿命期内，政府可能需要提供各种形式的支助——立法、行政、管理，有时还包括财政支助——以确保成功地建设并妥善地运营有关设施（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，在某些项目中，政府有可能成为设施的最终拥有者。

#### (b) 项目公司和项目促成入

74. 公私伙伴关系项目通常由若干公司组成的一个联合企业实施，其中包括有兴趣成为项目主要承包商或供应商的建筑工程公司和重型设备供应商。在《指南》中，参与这种联合企业的各公司称作项目“促成入”。这些公司将在项目的初始阶段密切参与项目的开发，它们是否能够相互合作并促使其他可靠的伙伴参与，对于工程能否及时和顺利完成至关重要。此外，一个对运营所建类别设施拥有经验的公司的参与，对于确保项目的长期可行性是个重要因素。如果由项目促成入设立一个独立的法人实体，则有些本来不参与项目的其他股权投资者（通常是机构投资者、投资银行、双边或多边放款机构，有时还有政府或政府拥有的公司）也可能参与项目。如果东道国法律要求成立项目公司（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），有时政府也鼓励当地的投资者参与投资。

**(c) 放款人**

75. 在项目融资中，无论是无追索权还是有限追索权融资，放款人承担的风险远远高于传统交易。假如所涉及的有形资产（例如公路、桥梁或隧道）因缺乏易于变卖的“市场”而难以兑现其担保价值，或这种担保价值成为回收或重新占有的障碍，则风险就更大。这种情况不仅影响提供贷款的条件（例如，项目融资通常成本较高，条件繁多），而且还影响到资金可获性这个实际问题。

76. 由于公私伙伴关系项目需要巨额投资，提供的贷款往往是以“银团”贷款形式组织的，即由一个或多个银行牵头，代表其他参与投资的金融机构（主要是商业银行）谈判融资文件。有些专门对某些行业提供贷款的商业银行一般不愿意承担它们不熟悉的风险（关于项目风险和风险分配的讨论，见第二章，“项目规划和准备”，第...段）。例如，长期放款人可能不愿意为基础设施建设提供短期贷款。因此，在大型项目中，常常有不同的放款人参与项目的不同阶段。为了避免由于各个放款人采取相互冲突的行动而引发争议，或放款人之间为贷款的支付发生争议，对大型项目提供资金的放款人有时订立一项共同的贷款协议。在根据分别的贷款协议提供各种信贷便利时，放款人之间通常谈判达成一项所谓的“债权人之间的协议”。债权人之间的协议通常含有处理如下一些事项的规定：关于按比例或按某种优先顺序拨付款项的规定；宣布违约事件和信贷提前到期的条件；在取消项目公司所提供担保的赎回权问题上进行协调。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”E节（担保权益）第二小节（无形资产担保权）以及第七章“其他法律领域”B节第3小节也讨论了赋予放款人的权利这一重要议题。

**(d) 国际金融机构与出口信贷和投资促进机构**

77. 国际金融机构与出口信贷和投资促进机构对项目的担心与其他放款人大致相同。除此之外，这些机构特别关心的是确保项目的实施和运营不会与这些机构的特别政策目标发生冲突。国际金融机构正日益重视基础设施项目的环境影响及其长期可持续性。为项目提供贷款的国际金融机构还将仔细审议用来选定私营伙伴的方法和程序。许多全球和区域金融机构及国家开发供资机构对于使用其提供的资金进行采购都制定了准则或其他要求，这些要求通常载于其标准贷款协议中（另见第三章，“授予合同”，第...段；另见《贸易法委员会公共采购示范法》）。

**(e) 保险人**

78. 一般来说，基础设施项目涉及为其工厂和设备投的意外保险、第三方责任保险和劳工赔偿保险。其他可能的保险类别包括对营业中断、现金流量中断和费用超支的保险（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119和120段）。这些类别的保险通常可在商业保险市场购买，不过针对当事方无法控制的某些特别事件（例如，战争、暴乱、故意破坏他人财产、地震或飓风），现有的商业保险则非常有限。对于防范某些类别的政治风险，如撕毁合同、公共当局不履行合同义务或不合理地收回独立担保，私人保险市场正在发挥日益重要的作用。有些国家的承保人安排综合性的一揽子保险，旨在避免各单项保险单之间的空白导致有些风险未包括在内。除私人保险外，世界银行、多边投资担保机构和国际金融



公司等国际金融机构、区域开发银行或出口信贷和投资促进机构，也可提供针对政治风险的担保（见第二章，“项目规划和准备”，第 61-74 段）。

**(f) 独立的专家和顾问**

79. 独立的专家和顾问在公私伙伴关系项目的各个阶段起着重要作用。有经验的公司通常保留外部专家和顾问的服务，以此作为公司本身技术专门知识的补充，这些外部专家和顾问包括金融专家、国际法律顾问或建筑工程咨询公司等。商业银行和投资银行往往担任项目促成人的顾问，安排融资和拟定有待实施的项目，此种活动虽然对项目融资十分重要，但与融资本身截然不同。独立专家可就例如评估特定东道国的项目风险向项目放款人提供咨询意见。他们还可协助公共当局拟订针对个别部门的基础设施发展战略和制定适当的法规框架。另外，独立的专家和顾问可协助订约当局编写可行性报告和其他初步研究报告，拟定征求建议书或标准合同条款和规格，评价和比较建议书，或谈判公私伙伴关系合同。

80. 除私人实体外，一些政府间组织（例如工发组织和经济及社会理事会各区域委员会）和国际金融机构（例如世界银行和区域开发银行）也有特别方案，在这些方案下，它们可直接向政府提供这种技术援助，或者协助政府物色合格的顾问。