



大会

Distr.
GENERAL

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

联合国国际贸易法委员会
第三十一届会议
1998年6月1日至12日，纽约

私人融资基础结构项目

私人融资基础结构项目立法指南各章草案

秘书长的报告

增编

第一章. 一般性立法考虑

	段	次	页	次
立法建议	-		3	
立法建议的说明	1 - 67		5	
A. 私人融资基础结构项目所需的法律框架	1 - 27		5	
1. 宪法的有关规定	1 - 4		5	
2. 一般的和针对特定部门的法律	5 - 8		5	
3. 一项授权法律的要点	9 - 21		6	
4. 行政协调	22 - 27		9	
B. 其他有关的立法领域	28 - 62		10	
1. 投资保护	29 - 32		10	
2. 产权法	33 - 35		11	
3. 征用土地的规则和程序	36 - 37		11	
4. 知识产权法	38 - 39		12	
5. 担保法	40 - 45		12	
6. 公司法	46 - 49		13	

	段 次	页 次
7. 会计方法	50	14
8. 合同法	51 - 52	14
9. 破产法	53 - 54	15
10. 税收法	55 - 57	15
11. 环境保护	58 - 60	16
12. 争议的解决	61 - 62	16
C. 国家立法和国际协定	63 - 67	17
1. 关于便利和促进贸易的一般协定	64	17
2. 关于特定产业的国际协定	65	17

立法建议

宪法的有关规定

(1) 似宜重新审视现有的宪法规定，看其中是否对私营部门参与基础结构的发展和运营有所限制，是否限制私人实体使用公共财产以及在私人拥有基础结构方面有无障碍(见第 1 至 4 段)。

立法方式

(2) 在一般的授权法律之外，似宜再补充一些专门针对基础结构部门的特别法律。如已经存在此种专门法律，似宜重新审查此类法律，以便确保其适用于私人融资基础结构项目(见第 5 至 8 段)。

赋予特许权的法律授权

(3) 法律中应明确规定所在国政府有权将基础结构项目授予私人部门，并应具体列举可由私人实体发展基础结构的领域或基础结构类别(见第 10 段)。

(4) 似宜在法律上确认项目公司有权对基础结构的使用或对所提供的服务和商品收取价款，但须遵依该国法律和项目协议中规定的条件。法律还应赋予权力，交由当事各方议定用以计算和调整那些价格的机制(见第 11 段)。

项目的适用法规

(5) 在针对私人融资基础结构项目的特别法律中，似宜写入实际上已为人们采用而且就这些项目而言被认为合宜的那些权利和义务。似可利用颁布一般性授权法律的机会，排除适用那些被认为有碍于私人融资基础结构项目的实施的法律条款(见第 12 至 15 段)。

基础结构的所有权和使用权

(6) 法律应允许国家把实施项目所需的公共土地或现有的基础结构转给或交给项目公司使用(见第 16 至 19 段)。

公共服务提供者的法律地位

(7) 如果公共基础结构的运营和公共服务的提供属于国家的专有权利，法律似宜允许国家向项目公司授予必要的权利、特权和方便条件，使其得以用自己的名义或作为所在国政府的代理，建造和运营基础结构及提供有关的公共服务(见第 20 至 21 段)。

行政协调

(8) 似宜在法律中具体指明所在国政府内有权针对基础结构项目授予特许权的机关，适当时还包括国家级、省级和地方的有关当局(见第 22 至 23 段)。

(9) 法律似可授权某一机关，专职负责受理关于实施基础结构项目的许可证申请，将这种申请转给有关的机构并监督在授予项目时各种所需许可证的签发以及此后可能规定的其他许可证的签发(见第 24 至 26 段)。

(10) 法律还可授权有关机构发给临时许可，并规定一个时限，超过该时限即视为审批了此种许可，除非发出了不予批准的书面通知(见第 24 至 26 段)。

(11) 如所在国政府不能作出上文(9)、(10)两项安排，则似应在法律中列入一条规定，要求授权当局尽力协助项目公司获得所需的许可(见第 27 段)。

其他有关的法律领域

(12) 除了与私人融资基础结构项目直接相关的法律之外，还应在其他法律中作出适当规定，使之有利于为实施基础结构项目所必要的交易并减少在本国投资所涉的法律风险(例如投资保护法、财产法、没收财产的规则和程序、知识产权法、担保法、公司法、会计惯例、合同法、破产法、税收法、环境保护法、争端的解决)(见第 28 至 62 段)。

国家立法和国际协定

(13) 所在国政府似应考虑加入有关促进贸易的国际协定或促进在那些对私人融资基础结构项目产生积极影响的工业和服务业开展贸易的协定(见第 63 至 67 段)。

A. 私人融资基础结构项目所需的法律框架

1. 宪法的有关规定

1. 有些国家的宪法只是一般性提到由国家承担提供公共服务的责任。有的国家具体列出应由国家负责的基础结构和服务部门，另一些国家的宪法则规定由立法机构具体指明那些部门。有些国家的宪法规定，某些公共服务的提供属于国家或专门创立的公用事业单位的专有权利。但是，另一些宪法则允许国家向私人实体授予发展和运营基础结构和提供公共服务的特许权。有些国家对外国人参与某些部门的交易有所限制，或者规定国家应参与投资那些提供公共服务的公司。

2. 对于有意促进基础结构中的私人投资的国家而言，一个重要的事项是重新审视现有的宪法规定，看其中是否对私人融资基础结构项目的实施有所限制。在有些国家，由于未能肯定国家授予此种项目的权力范围，推延了私人融资基础结构项目的兴办。有时，有关人员担心此种项目会违反有关国家垄断的宪法规定，或违反由国家提供公共服务的规定，引发司法争端，对项目的实施带来消极影响。

3. 关系重大的另一类宪法条款包括涉及土地所有权或基础设施所有权的那些条款。有些国家的宪法对私人拥有土地及某些类别生产资料作出某些限制。另一些国家内，私有财产受到确认，但宪法宣布所有基础结构或某些类别的基础结构为国家财产。这种性质的禁止或限制对于某些项目的实施也许构成障碍，因那些项目涉及有关基础结构的私人运营，或涉及私人运营兼所有权。

4. 不论所在国政府在基础结构的所有权问题上作出何种选择，对于有意在基础结构方面吸引私人投资的国家而言，重要的事项是确保国家有权向项目公司提供为其实施基础结构项目所需的土地和现有基础结构。在有些国家中，人们认为有必要修改宪法，以便国家拥有此种权力。

2. 一般的和针对特定部门的法律

5. 在有些国家，按照其立法惯例，一般认为适宜于颁布特定法律来管理一个或多个项目的实施和运营。另一些国家具有为提供公共服务而向私营部门授予特许权的固有传统，在一般立法中允许国家将某种原由公共部门开展的活动转给私营部门，此种活动的某种经济价值使其可以交由私人实体来开发利用。这种一般性的授权法律形成了一种统一法规，对各个基础结构部门私人融资项目所常见的问题，提供了统一的处理方法。凡认为适宜于颁布一般性法规的国家，先应确定哪些事项应在这一立法层面处理，哪些事项应留给特定的法律、条例或由项目协议加以规定。

6. 一般性法律由于其本身的性质，通常不适宜于详细涉及对各个部门的特定要求。事实上，某些公共服务的提供，在若干国家内分别由管理特定基础结构部门(例如

电信、发电供电、公路和铁路运输)的特别法规来管辖。即使在颁布了管辖跨部门事项的一般性授权法律的国家内,主张针对特定部门来颁布立法的理由之一是,它使立法机构得以按照市场结构来拟定具体基础设施部门的管理机制。

7. 针对特定部门的法律通常都阐明政府对有关部门的政策,为此种政策的执行而规定必要的机制,并对有关服务的提供规定一般准则。在许多国家,针对特定部门的法律是在国家基础结构的相当一部分或全部由国家垄断之时颁布的。近年来一些国家促进私营部门对基础结构投资的战略,往往有广泛的调查研究材料作为根据,这些材料中详细分析了一系列问题,例如在整个市场或在部分市场范围内可以实行多大程度的竞争,同时权衡了取消法定的垄断或全部保留或部分保留此种垄断可能带来的经济损失和预计的得益(见第二章,“部门结构和管理”,____)。对于有意促进私营部门对基础结构投资的国家而言,似宜重新审查现有的针对特定部门的法规,以便确定其对私人融资基础结构项目的适宜性。

8. 针对特定部门的法规还有一个重要作用是建立起管理具体基础结构部门的框架(见第二章,“部门结构和管理”,____)。对处于建立或发展国家管控能力的初期阶段的国家来说,法律指导特别重要。此种指导还有利于使放款人和项目联营集团确信,管理部门在行使其职能中并非拥有无限权力,它们的决定权受到法律有关条文的约束。但是,一般而言,似宜避免法律规定过于死板或过于详细,因为死板和过份详细的法律在多数情况下并不能适应于私人融资基础结构项目的长期性。

3. 一项授权法律的要点

9. 为实施私人融资基础结构项目,首先需要颁布专门的法规和条例,允许国家委托私人实体提供公共服务,或委托给全部或部分国有的非中央集权实体。除了有时需满足本国宪法要求或其他要求外,明文颁布此种法律授权对于增强本国或外国的潜在私人投资者的信心,也是一个重要步骤,促使他们相信国家所推行的促进私人部门向基础结构投资的政策。一般来说,不宜试图通过一般性的立法来管辖项目公司与政府的相互权利、义务等具体事项,但仍有一系列核心问题似可在一般性法律中作出规定。

(a) 授予特许权的法律授权

10. 在有些法律制度中,国家直接承担提供公共服务的责任,如无立法授权,这一职能是不能转让的。因此,对于有意在基础结构方面吸引私人投资的国家而言,特别重要的是在法律中明确规定,政府有权把提供某些公共服务并收取相应费用的权利交给除政府机构以外的其他实体。为了明确这一点,还应在此种一般性法律中具体列出可授予特许权的那些活动领域。

11. 法律还应授权当事各方共同议定关于计算和调整价格的办法,如果此种价格不是由管理机构所规定。授权法律中的此种一般性规定在某些国家中也许特别重要,因那些国家的公共事业是由国家垄断的,或者设想由私人实体提供的某些服务一向是免费

提交公众使用的。在某些国家，由于没有事先的法律授权，引发了司法争议，有些人质问项目公司根据何种权力要求支付服务费用。

(b) 私人融资基础结构项目的法律制度

12. 有些法律制度属于大陆法传统或受大陆法传统影响，因而公共服务的提供也许由一部称之为“行政法”的法律来管辖，此种法律规定了一系列国家职能。在多数那些国家中，有着一系列明确界定的行政法概念，其中涉及某些形式的基础结构项目，例如针对提供某些形式的公共服务，有所谓“公共工程特许权”、“公共服务特许权”或者“委托授权”、“许可证”或“许可执照”。当事各方的各种权利和义务也许源自法律条款、司法先例或一般的法律原则，视项目的类别和授权文书的性质而定(例如是否为一项双边协议，或只是单方面出具的文件)。

13. 例如，在上述的某些法律制度中，政府一般有权出于公共利益考虑，取消行政合同或修改其范围和条款，但通常需要赔偿承包商的损失或赔偿他们的额外花费。政府的其他权利也许包括广泛的监测权和检查权，以及有权对私人运营者的不履约给予处罚。在有些国家，法律中有特别的条款规定了由政府合同引起的争端的解决办法，其中也许限制政府机构不得同意以非司法程序来解决争端(见第十一章，“争议的解决”，----)。与此同时，有些法律制度认可在所有政府合同中对政府承包人赋予一定程度的保护的某些默示条件，例如有权在发生意外的情况变化后重新审查合同条款(见第八章，“迟延、缺陷和其他不履约情况”，----)。但是，在有些国家中，政府取消或修改合同的能力受到限制，有关的文书若是以单方面的决定的形式签发，政府才能取消或修改某一私人实体据以提供某种公共服务的合同条款。

14. 以专门的法规来管辖基础结构的运营者和公共服务的提供者，这种情况并不限于上述的法律制度。有些普通法传统或受此传统影响的国家，也针对每一类别的公用事业(例如电信、铁路、电力)制定特别的规则，这些规则并不一定系统地归纳到一部大的法律之内。这些国家也为政府合同制定有专门的规则，往往广泛采用标准表格和条款这种办法。那些专门规则一般都赋予政府终止或修改合同的某些权力，但同时又有义务赔偿承包商在履行合同方面遭受的损失。在这方面，有些普通法国家对“专营权”和单纯的“许可证”作出重大区别，“专营权”是在公用事业中确立其提供有关服务的既定权利，而单纯的“许可证”是赋予个人的、通常可由颁发者宣布取消的特权。然而，在有些国家，不言而喻的惯例是，即使单方面发给的允许某一私人实体进行某种活动的许可文书也产生既定权利，非经私人实体同意，政府不得加以改变，除非法律中或许可文书的条款中明文规定了此种可能性。

15. 凡属政府合同须由特别法规管辖的国家，立法机构似宜重新审视现有法规，看其是否适应于私人融资基础结构项目，查明由于适用此种特别法规而可能产生的困难。为达到透明度并且避免潜在的外国投资者和本国投资者抱有疑虑，最好在涉及私人融资基础结构项目的特别法规中明文列出那些目前只是默示包含或在法律制度中并没有系统地作出规定然而适宜于针对此种项目加以规定的权利和义务。同样地，在颁布一般授

权法律时亦可乘机排除适用那种可认为对私人融资基础结构项目的实施起障碍作用的法律条款。

(c) 基础结构的所有权和使用权

16. 一些国家对于维持和保护国家财产作出了广泛规定，包括必须经过特别程序和授权才可将此种财产的所有权转给私人实体或授予私人实体以使用国家财产的权利。不论所在国政府对于拟建造、更新或改建的基础设施在所有权问题上作出何种选择，对于欲想吸引私人投资于基础结构的国家来说，重要的事项是允许国家把实施项目所需的土地或现有基础结构转给或提供给项目公司使用，其期限应不短于项目协议的有效期。

17. 某一特定项目采取什么样的所有制，这也许是在经过种种实际考虑后才决定，例如要看基础结构运营寿命的长短或看政府保持所有权的利益如何。此外，在有些项目中，当事各方宜把两种资产明确区分清楚：一种是在特许权终了时应由政府拥有或将之归还政府的资产，另一种是项目公司在此期间购置的而且继续属于项目公司财产的资产。有些国家的法律明文规定，无论是原先由所在国政府为建造设施而提供的全部资产，还有此后由项目公司建造的设施及改进部分，在整个协议期内，其所有权一律属于所在国政府。另一方面，也有一些法律允许将特许权项目所需财产的所有权转给项目公司，或规定项目公司将拥有由于特许权而获得的全部资产。另一些法律虽然不允许将所有权转给项目公司，但也规定另一些对物权利并详细规定了此种物权的性质和范围（例如租赁权、使用权、用益权）。

18. 不管给予项目公司的权利采取何种形式，重要的是要使项目公司确信此种权利是有充分的法律依据的，它可以针对第三方来实施此种权利。这方面，放款人和其他项目投资者都会表现出同样的关切。此外，鉴于许多国家对私人实体使用公共财产有法律限制，政府方面有必要作出事先的法律授权，允许项目公司使用任何额外的公共财产。

19. 因此，有关的法律似宜考虑到所涉基础结构类别，明确规定可授予项目公司的任何财产权利的性质。此外，法律上最好还允许政府在必要时批准项目公司按照项目协议规定的条款条件，使用某些虽然与项目无直接关系但又为建造和运营基础结构所必需的土地、公路及其他辅助设施。

(d) 公共服务提供者的法律地位

20. 提供公共服务的公共机构和国家机关一般都被赋予一定的权力，使之有利于服务的提供和确保使用者遵守并履行有关条例和规则。这种权力可以包括例如发布安全条例或监督其遵守情况，以及出于紧急情况或安全原因或者因使用者违约或不履行义务而暂停提供服务（见第七章“运营阶段”，——）。这些权力一般来自国家的全面管辖权，在某些法律制度下，这些权力是政府固有的权力。

21. 对提供公共服务一贯采取授予特许权的传统做法的国家中，一般以国家授权的方式把必要的权力委托给特许权公司。在项目协议中通常规定了赋予特许权公司的权力范围，而在本《指南》中谈及的那种一般性授权法规不一定需要对此作出详细规定。然

而，如果公共基础结构的运营或公共服务的提供只能由国家控制，则可取的做法是，在法律中规定国家有权给予项目公司必要的权利、特权和便利，使项目公司得以用自己的名义或者以所在国政府代理人的名义建造和运营基础结构并提供有关的公共服务。

4. 行政协调

22. 私人融资基础结构项目可能需要政府各级的若干不同政府机构的参与，视所在国的行政结构而定。例如，对有关的活动制定条例和规则的权限可能全部地或部分地归属于某个政府机构，而其级别又与负责提供有关服务的政府机构的级别不同。还可能有这样的情形：管理职责和运营职责同时赋予某个实体，但授予政府合同的权力则集中在另一个政府机构中。对于涉及外国投资的项目来说，可能还会出现这样的情形：某些具体权限可能属于所在国政府中负责核批外国投资建议的机构的职权范围。

23. 如系颁布一般性授权法规，似宜明确规定哪些机构或政府级别有权向私人部门授予基础结构项目。似应考虑中央政府以外的其他部门需有多大权力来执行一些属于其权限之内的项目。一般法规本身即可规定必要的程序，用以确定或优先安排拟授予私营部门的基础结构项目，也可在有关的细则中来确定这些程序。同样，这种法规还可规定挑选特许权公司所应依循的程序，或者表明应根据哪些规则进行挑选（另见第三章“特许权公司的选定”）。

24. 除阐明针对某个具体部门授予项目的全面权力的所涉事项之外，这种法规还规定必要程序，使之便利签发项目过程中可能需要的批准书和许可证（如外汇管制制度下的许可证；组建项目公司的许可证；雇佣外籍人的批准书；使用或拥有土地的登记和印花税；设备和用品的进口许可证；建造许可证；安装线缆或管道的许可证；设施投入运营的许可证；流动通讯的频率分配）。所需要的许可证和批准书可能属于国家各级行政管理机关的职责范围，而签发这些证件所需要的时间可能很长，如果审批机关或部门最初未参与项目的设计或项目条件的谈判，更是如此。

25. 到签订项目协议时，项目联营集团通常已为项目花费了大量的时间并投入了大量的资金（例如，编写可行性研究报告、技术设计以及其他技术文件；编写投标文件和参与投标过程；谈判项目协议、贷款协议以及其他与项目有关的合同协议；聘用顾问和专家）。若可能得不到建造设施所需要的许可证，往往会使认真的投资者望而却步，不参加项目的竞标。此外，基础结构项目因许可证不齐备而迟迟无法投入运营，也可能影响项目的财政维持能力或给项目发起人造成巨大损失。如果不能以延长特许期、增加费率或提高价格的方式挽回额外的经济损失，那么项目公司就可能请求所在国政府给予补救或支持。由此产生的后果，通常是项目成本增加，最终由公众付出代价。

26. 尽早对某一具体项目所需要的各种许可证作出评析，可能大大有助于避免实施阶段的拖延。为加强协调许可证和批准书的签发，一种可能的办法是授权某个机关接收许可证申请，将其转交给有关机构，并监测招标书内所列的所有许可证以及此后的条例可能要求的其他许可证的签发情况。法律还可授权有关机构签发临时许可证，规定期限，

期限过后，除非有书面的拒发通知，否则即可认为已准许发给这些许可证。

27. 然而，可能还有这样的情形：所在国政府因宪法原因或其他与其内部组织结构有关的原因而无法承担签发各种许可证的责任，也不能把此种协调职能完全委托给某个机构。在此种情况下，所在国政府似可考虑提供某种保证：所在国政府将尽力协助项目公司获得国内法规定的许可证，例如，可指定一办事处或机构专门负责就必须办理的有关事项以及有关程序和条件向项目联营集团提供信息和援助。

B. 其他有关的立法领域

28. 除了对直接涉及私人融资基础结构项目的有关问题制定法律之外，一个有利的法律框架还应包括有其他立法领域的法律规定。制定促进私人对经济活动投资的法规，亦将有利于鼓励对基础结构的私人投资。以下各段所指出的，不过是其他法律领域中可能对执行基础结构项目有影响的某几个方面¹。在其他这些领域中制定完备的法律条文，会有利于促成一系列必要交易，以利于执行基础结构项目和减少在某国投资的预期法律风险。

1. 投资保护

29. 项目联营集团和放款人特别关心的一个问题是所在国对外来投资提供多大程度的保护。必要的法律规定可增强投资人对所在国的信心，例如，确保未经司法复审和给予适当的赔偿，不得收归国有或剥夺财产。参与项目联营集团的公司还关心它们能否把项目所需要的合格人员派遣到某个国家，而不会无故受到限制；能否进口必要的货物和设备；能否在必要时利用外汇；以及能否把它们利润转移到国外或汇回本国；等等。

30. 对于那些已经制定了完备的投资保护法规的国家来说，似可考虑明文指出此种法规中提供的保护扩大到基础结构项目的私人投资。

31. 除通过关于投资保护的国内法规之外，越来越多的国家订立了旨在便利和保护缔约双方之间投资流动的双边投资协定。投资保护协定通常载有下述方面的规定：外国投资的许可和待遇；缔约方之间的资本转移（例如，向国外支付红利，把投资汇回本国）；能否用外汇把投资收益转移或汇回本国；在不被国家征收或收归国有方面的保护；以及投资争端的解决。所在国与项目联营集团成员所属国家之间是否订立有此种协定，会对它们作出在所在国投资的决定起重要的作用。视其规定的条件，此种协定可减少政府针对个别的基础结构项目提供保证或保障的必要性。

¹ 关于促进对私有化部门私人投资所需要的法律框架的一般论述，参见联合国贸易和发展会议（贸发会议）的《私有化的比较经验》，纽约和日内瓦，1995年，第40-52页。特别针对转型期国家的资料，参见联合国欧洲经济委员会的《工业私有化的法律方面》，纽约，1992年，第13-30页。

32. 在经济合作与发展组织（经合组织）的主持下，目前正在就投资事宜签订一项多边协定进行谈判。经合组织的多边投资协定着眼处理的问题是：争端的解决、对投资者和投资的保护、自由化、私有化和垄断、关键人员、环境和劳工问题、履约要求以及投资促进办法等。

2. 产权法

33. 所在国的产权法有必要反映公认的现代标准，载明关于土地和建筑物所有权和使用权以及关于动产和无形财产（如版权）的适当规定，同时确保项目公司能够酌情购买、出售、转让和给予使用财产的许可。

34. 不论项目公司拥有建造某设施所占用的土地，还是仅仅被赋予土地使用权，都务必通过适当的登记和公布程序明确无误地确定土地的所有权。项目公司和放款人将需要得到合理的证据，证明该土地的所有权不会产生争议。因此，如果所在国的法律未提供证明土地所有权的适当手段，项目公司和放款人将不愿意对项目投入资金。还必须确保项目公司能够为获得项目资金而对此种财产建立担保权益（见第四章“项目协议的缔结及其一般性条款”，第 39 - 45 段）。

35. 还有必要提供有效的机制，用以依法执行授予项目公司的产权和拥有权，防止第三方侵权。另外，还应把强制执行的范围扩大到项目公司为提供和保持有关服务而可能需要的地役权和通行权（为确保供电而在私人地产上架设电线杆和铺设线缆）（见第四章，“项目协议的缔结及其一般性条款”，第 13 - 16 段）。

3. 征用土地的规则和程序

36. 通常，所在国政府负责为执行项目提供所需要的土地，可以向土地拥有人购买土地，必要时也可通过征用获得土地（见第四章，“项目协议的缔结及其一般性条款”，第 8 - 12 段）。许多国家都制定了关于征用程序的法规，凡是私人融资基础结构项目所需要的征用，均可适用这种法规。

37. 征用程序一般漫长而复杂。此事还可能涉及政府各部或各级政府的一些部门。在有些国家，征用采取法院诉讼的形式进行，拖延时间可能特别长。因此，所在国政府似应在适当考虑到拥有人权利的情况下，重新审视出于公共利益而征用土地的现行规定，以便对这些规定是否适合大型基础结构项目的需要作出评估，并确定此种规定是否有利于实行迅捷而有效益的程序。特别重要的是，所在国政府要能够尽快取得产权，这样才能避免延误开工和增加项目成本（见第三章，“延迟、缺陷和其他不履约情况”，——）。

4. 知识产权法

38. 私人融资基础结构项目经常涉及使用受专利保护或受类似知识产权保护的新技术或先进技术。这些项目可能还涉及拟订和提交独创的或新颖的解决办法，而这些办法可构成提出者的专有知识，受到版权保护。私人投资者，不论是本国的还是外国的，在把新技术或先进技术引入某国或开发独创的办法时，需要得到保证：它们的知识产权将受到保护，它们将能够对侵权行为行使这些权利。

39. 通过加入关于保护和登记产权的国际协定，即可提供保护知识产权的法律框架。[委员会似应考虑是否与世界知识产权组织（产权组织）协商，开列出相关的主要国际文书并简要介绍这些文书的内容，将其加在本段内。]

5. 担保法

40. 项目公司或其股东提供担保的种类和范围，将对基础结构项目融资的合同安排起关键作用。担保安排可能很复杂，由各种形式的担保组成，其中包括对项目公司有形资产的固定担保（如抵押或质权）、项目公司的质押股票以及转让项目的应收款。虽然贷款协议通常均受适用法律和当事方自主权所限制，但在多数情况下，所在国的法律将决定哪类担保可以针对在其境内的资产强制执行，以及可以获得哪些补救。担保种类的差别，或者按所在国法律可提供补救的限制条件，可能是造成实际困难的一个原因。因此，重要的是确保国内法为有担保的债权人提供充分的法律保护，不要妨碍当事各方确定适当的担保安排。

41. 基本的法律保护可包括：确保固定担保（如抵押）是一种可登记的权益，以及一旦此种担保在所有权中心登记处或其他公共登记处登记，则任何购买附有此种担保的财产的人即应按此种担保的限制接受这一财产。另外，担保应当是可以对第三方强制执行的，具有产权的性质，而不只是一种债务，而且，应当使接受担保的人有权在依法执行的程序中出售作为抵押担保的资产。在破产诉讼程序中，有担保的债权人应当享有优先于无担保债权人的索偿权。

42. 另一个重要的方面涉及给予当事各方确定有担保的债务或数笔债务以及确定当作担保的资产的灵活性。对确定可以作为担保的资产，有些法律制度给予当事方广泛的自由。在有些法律制度下，可以用企业的全部资产作为担保，这样就可以将企业作为运营中的企业出售，从而有可能挽救陷入财政困难的企业，同时有助于有担保的债权人更快地挽回损失。然而，其他一些法律制度只允许以某些单项资产作为抵押，而不承认包括债务人全部资产的抵押。对于债务人以抵押的货物进行交易，也规定了一些限制。诸如此类的限制和约束的存在，使债务人难以甚至根本无法用规定的某类资产或者用普通商业过程中得来的资产作为抵押。

43. 鉴于私人融资基础结构项目的长期性质，当事各方似应能够对有担保的债务或数笔债务以及对当作担保的资产具体加以确定或一般加以确定。他们可能还希望此种担保包括现在的资产或未来的资产，而且包括担保期内可能发生变化的资产。或许有必要重新审查关于担保权益的现行规定，以便加入一些规定，使当事各方得以商定适当的担

保安排。

44. 另一种与某些私人融资基础结构项目有关的典型担保方式，是把项目公司从其客户合同所得的收益转让给放款人。这些收益可以包括单项合同（如某个电力分配实体的购电承诺）的收益，也可包括大量个别交易（如煤气单或用水单的每月付款）的收益。在多数情况下，让项目公司逐项具体说明转让给债权人的应收款，是不切实际的，因此，在项目融资中，转让应收款一般都采取整笔转让未来应收款的方式。然而，关于整笔转让应收款和未来应收款的有效性问题的，在各种法律制度下可能仍有许多不明确之处。

45. 迄今为止，国际政府间机构尚未就制订国内担保法律订出全面统一的制度或模式。欧洲复兴开发银行为协助中东欧国家进行立法改革而编写的《有担保的交易示范法》提供了制订关于担保权益现代法规的示范。²除了关于哪些人能够建立担保权益和哪些人能够接受担保权益的一般性规定以及关于有担保债务和有质权财产的一般性规则之外，欧洲复兴开发银行的《有担保的交易示范法》还涉及其他事项，如担保权益的建立、第三方的权益、担保的强制执行和登记程序。欧洲复兴开发银行的《有担保的交易示范法》中提出的解决办法旨在实现上文第 41 - 44 段中所讨论的目标。[在适当阶段，可以在本段中加入关于贸易法委员会在转让应收款领域中所作工作的叙述。]

6. 公司法

46. 在大多数新基础设施的开发项目中，项目联营集团的成员们将成立一个项目公司作为在东道国一个单独的法律实体（见第四章，“项目协议的缔结及其一般性条款”，第__段）。因此，所在国颁布适当的公司法至关重要，其中应有关于基本事项的最新条款规定，例如关于成立手续、公司管理、股票发行及其出售或转让、会计和财务报表以及对小股东的保护。

47. 项目公司的股东所关心的是其赔偿责任仅限于公司资本中其股份的价值。如果打算由项目公司公开发行人股票，那么有限责任将是必不可少的，因为未来的投资者通常只是为了投资价值的购买股票，并不密切参与项目公司的运营。因此，所在国法律对股东赔偿责任的限制作出充分的规定至关重要。另外，对商业公司发行债券、公司债券或其他证券作出充分规定，将使项目公司能够在证券市场上获得投资者的资金，便于为某些基础设施项目筹措资金。

48. 现代的公司法常常载有一些关于管理人员行为的具体规定，以防利益冲突。这类规定要求管理人员为了公司的最大利益诚信办事，不利用自己的地位损害公司，为自己或为他人谋取经济利益。对于基础设施项目，限制公司管理人员利益冲突的规定可能特别适用，因为项目公司可能希望在项目的某个阶段聘用公司的股东完成公司的工程或提供相关的服务（见第六章，“建造阶段”，__）。

49. 对于股东会议和公司管理机关（例如董事会或监督理事会）会议，法律充分规

² 欧洲复兴开发银行，《有担保的交易示范法》，伦敦，1994 年。

定其决策过程至关重要。保护股东权利，特别是保护小股东利益不受控股者或大股东侵害，是现代公司法的重要内容，似宜承认，对于与项目公司管理有关的其他一些事项，股东应有通过商议方式参与管理的权利。

7. 会计方法

50. 实行标准的会计方法是许多国家为达到评价企业的统一性而采取的一项措施。采用国际公认的现代会计方法可有助于确保项目公司为筹措资金而发行的债券和其他证券得以在国际市场上销售。对于特许权公司的挑选，采用标准会计方法还可便于对建议书作出评价和比较，确定哪一份建议方案可在整个特许期内带来最大的经济价值（见第三章，“特许权公司的选定”，第 75-77 段）。对公司的利润进行审计也需要采用标准会计方法，这是管理部门实行税则和核查守法情况而可能需要的（见第七章，“运营阶段”，_____）。

8. 合同法

51. 本国商业合同法应针对项目公司和放款人的需要，规定适当的解决办法，包括允许为基础设施的建设和运营灵活拟定所需的合同。除合同法通常应有的一些基本内容外，例如承认当事方自主权的一般原则、对合同义务的司法强制执行以及对违反合同的适当补救，所在国法律还可作出一些规定，便利为项目拟定必要的合同安排，为私人融资基础设施项目创造一种有利的环境。

52. 如果是建设一个新的基础设施，项目公司可能需要进口大量物资和设备。所在国法律如载有特别适用于国际销售合同的规定，可有利于加强这些交易的法律明确性。加入《联合国国际货物销售合同公约》（1980 年，维也纳）或关于特定合同的其他国际文书，如统法社《国际金融租赁公约》（1988 年，渥太华），可提供一个特别适合的法律框架。

9. 破产法

53. 运营基础设施或提供公共服务的公司发生破产后会引起一系列问题，因此，一些国家制定了对于这种情况的特别法规，包括有些法规使所在国政府得以采取必要措施来确保项目的继续运营（见第九章，“项目协议的延期和提前终止”，_____）。对于有担保的放款人，特别关心的将是法律上对于有担保的债权的规定，尤其是关于有担保的债权人在破产程序开启后是否仍可取消对抵押品的赎回权，在使用抵押品收益偿付债务时，有担保的债权人是否享有优先偿付权，以及对有担保的债权人的求偿权如何划分等

级。

54. 项目公司的破产可能涉及不只一个国家的债权人或涉及位于若干国家的资产。因此，所在国似宜有适当的法规便于司法合作、让外国破产管理人介入法庭和承认外国破产程序。希望实行这类立法的国家可采用一种适当的示范法，这就是《贸易法委员会跨国界破产示范法》。³

10. 税收法

55. 所在国的一般税收法规对私营公司的投资决定起重要作用。除评估税收对项目成本和预计利润率的影响外，私人投资者还考虑其他一些问题，如国内税收制度的总体透明度、税务当局自由裁量权的限度、印发给纳税人的准则和指示的明确性、用于计算应缴税款的标准的主观性。

56. 一些国家，特别是发展中国家和经济转型期国家，使用了税收优惠政策来吸引外国投资或促进对特定产业或地区的投资。常见的税收优惠可包括降低公司所得税、项目需配备的外国人员免除所得税、免除不动产征税以及专利权使用费或进口关税的税收减让。但是应该注意，针对具体项目的税收优惠，例如特定税收的减免、税款特别留成或扣减办法或临时偏离一般税收制度的其他优惠措施，具有潜在的区别对待特点，其透明度比不上更加直接形式的政府对项目的支持（见第五章，“政府支助”，第____段）。另外，各国政府还似宜重新审查其对外国企业广泛提供的税收刺激，特别是那些无限期和给予所有类别外国投资的税收刺激，因为这些优惠措施的长期继续会使本国投资者处于不公平的竞争劣势。

57. 外国投资的私人融资基础设施项目一个特别问题是参加项目联营集团的外国公司有可能受到双重征税，即在自己本国以及项目所在国都须缴纳与利润、专利权使用费和利息有关的税项。一些国家已通过订立双边协定来消除或至少减少双重征税的负面影响，如果所在国与项目集团成员本国之间订有这类协定，常常可对其税收考虑起一定的作用。

11. 环境保护

58. 环境保护法可对基础设施项目的各级实施工作产生直接影响。环境保护法常常要求在进行一些营业活动前事先获得批准，对某些类别的基础设施来说（例如废水处理、废物收集），这种审批可能特别严格。从事建筑工程或安装某些有形结构常常需要有批准书和许可证。在有些情况下，不发给环境许可证可能构成对执行整个项目的一个障碍。

3 示范法的案文已由贸易法委员会第三十届会议通过（1997年5月12日至30日，维也纳），并载于贸易法委员会第三十届会议工作报告附件一（《大会正式记录，第五十二届会议，补编第17号》（A/52/17））。

59. 因此，似宜确保下列方面的规定尽量达到最大限度的明确性：关于环境当局可实行的检测；关于申请人需要满足的文件要求和其他要求；关于颁发许可证所依据的条件；关于拒发或收回许可证的理由，以及关于申请人可以利用的上诉程序和司法补救。在最后授予项目之前，还似宜尽可能确定是否确已达到发给这种许可证的条件（见第 22 - 27 段）。在一些国家，政府特别机构或社会团体可能有权诉诸法律程序，力求防止对环境的破坏，其中可包括有权要求收回被认为不符合现行环境标准的许可证。在有些国家，似宜让民众代表参加促成颁发环境许可证的审理程序。

60. 如项目公司接手一个现有的基础设施，特别是如果尚未澄清在私营化之前国有工业造成的环境破坏的责任问题时，便会出现按所在国环境法需解决的进一步问题。如果今后可能被要求补偿或补救企业私营化之前造成的环境破坏，那么私人投资者便可能不愿意接手这样的现有基础设施或购买这种公用事业的股票。因此，似宜建立机制，对私人投资者承担的在国营期间造成的环境破坏责任加以补偿。

12. 争议的解决

61. 实施私人融资基础设施项目的另一个重要因素是所在国解决争议的法律框架（见第十一章，“争议的解决”，_____）。如果所在国为解决争议提供了一种适宜的、国际公认的法律环境，如同《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》所规定的那样，那么投资者、承包商和放款人便会受到鼓舞而参加所在国的项目。国家司法系统的效率、法院审理程序的及时性以及是否提供了各种形式的、适用于商业争议的司法补救，都是需要考虑另外一些因素。是否承认和执行外国仲裁裁决具有特别重要性，加入联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958 年，纽约）将可有助于这一领域的工作。

62. 加入《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》（1965 年，华盛顿），可为解决所在国政府与参加项目集团的外国公司之间发生的争议而提供一个框架（见第十一章，“争议的解决”，_____）。迄今为止，已有 139 个国家加入了该公约。该公约设立了国际投资争端解决中心（投资争端解决中心）。投资争端解决中心为具有其他成员国国民资格的投资者与成员国之间发生的争议提供和解与仲裁便利。诉诸投资争端解决中心进行和解和仲裁是自愿而为的。但是，合同或争议的当事方一旦同意根据投资争端解决中心公约进行仲裁，便不得后悔而单方面收回所表示的同意。根据公约的规定，投资争端解决中心的所有成员国，无论是否成为争议的当事方，都须承认和执行投资争端解决中心的仲裁裁决。投资争端解决中心是一个与世界银行有密切联系的独立的国际组织。

C. 国家立法和国际协定

63. 除所在国的国内立法外，私人融资基础设施项目还可能受到所在国缔结的国际协定的影响。现对某些国际协定的影响简单讨论如下。

1. 关于便利和促进贸易的一般协定

64. 为促进全球自由贸易，各国谈判了一系列多边协定。其中最突出的是在关税及贸易总协定（关贸总协定）及后来在世界贸易组织（世贸组织）主持下谈判的协定。这些协定可能载有一些关于贸易促进和便利货物贸易的一般性规定（例如最惠国条款、禁止使用数量限制和其他歧视性贸易壁垒）以及关于促进公平贸易活动的一般性规定（例如禁止倾销和限制使用补贴）。一些具体的协定旨在消除那些限制外国人在缔约国提供服务的各种障碍或旨在促进公共采购方面的透明度和消除对供应商的歧视。这些协定可能关系到对于私人融资基础设施项目的国家立法，这些立法可能考虑限制外国公司参加基础设施项目或对本国实体给予优惠，或者这些协定关系到在当地市场的物资采购。

2. 关于特定产业的国际协定

65. 电信部门迄今一直受到关于市场结构、竞争和调控的特别国际承诺的约束。在作为《服务贸易总协定》一部分而进行的基础电信谈判中，世界贸易组织（世贸组织）中代表着大部分世界电信服务市场的一些成员国，为便利电信服务贸易作出了特别的承诺。世贸组织的其他成员国仍可作出特别的承诺，那些已作出承诺的成员国则可随时提出改进，而世贸组织的新成员国则可能被要求在加入世贸组织的谈判中列入具体的电信承诺。

66. 应该指出，世贸组织的所有成员国（甚至那些未作出具体电信承诺的成员国）都须遵守关于服务事业的服务贸易总协定一般规则，包括关于最惠国待遇、透明度、调控、垄断和营业活动的特别规定。世贸组织的电信协定为总体的服务贸易总协定补充了具体部门和具体国家的承诺。通常的承诺包括开放各部分市场，其中包括话音电话、数据传输和增大服务，以便于竞争和外国投资。因此，世贸组织当前或未来成员国的立法机关将确保本国的电信法律符合服务贸易总协定及其作出的具体电信承诺。

67. 国际一级另一项重要的具体部门协定是 1994 年 12 月 17 日在里斯本缔结、1998 年 4 月 16 日起生效的《能源宪章条约》，该条约的颁布是为了促进能源领域的长期合作。条约规定了各种商业措施，比如发展能源材料和产品的公开竞争市场，便利能源技术的转口、获取和转让。另外，条约还旨在避免能源部门的市场变态和经济活动障碍，促进资本市场的开放，鼓励资本的流通，以便为经济材料和产品贸易获得融资。条约还载有关于投资促进和保护的规定：对投资者的公平条件，与投资有关的资金转移，补偿因战争、社会动乱或其他类似事件造成的损失，以及赔偿被没收的财产。

* * *