联 合 国 A

大 会

Distr.
GENERAL

A/CN.9/458/Add.5
17 February 1999
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
第三十二届会议
1999 年 5 月 17 日至 6 月 4 日，维也纳

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

第四章. 项目协议

	段 次	页 次
立法建议	—	2
立法建议说明	1—67	4
A. 一般性考虑	1—8	4
1. 立法做法	2—4	4
2. 项目协议的缔结	5—8	4
B. 项目协议的核心条款	9—67	5
1. 财务安排	10—21	5
2. 项目场地	22—27	7
3. 地役权	28—31	8
4. 担保权益	32—40	9
5. 特许权实体的组建	41—51	10
6. 特许权的转让	52—55	12
7. 项目公司股份的可转让性	56—63	13
8. 项目协议的期限	64—67	14

立法建议

项目协议的缔结(见 5－8 段)

(1) 东道国似应颁布法律条款，简化项目协议的缔结程序并事先确定负责审批和签订项目协议的部门或机构。

财务安排(见 10－21 段)

(2) 东道国似应规定：

(a) 基础设施的任何筹资其数额和条款条件得由特许权实体决定，为此目的，特许权实体可特别发行债券、股票和其他证券或债务，并可用其任何财产作物权担保，获取任何融资；

(b) 项目协议中应规定特许权实体得以对其设施或服务的使用所收取的收费标准或使用费，并应规定用以调整此种收费和使用费的方法和计算公式；

(c) 项目协议应规定允许所收费用或使用费的限度足以收回其投资以及运营和维护费用并能有合理的收益比率。

(3) 东道国似应进一步规定：

(a) 缔约当局有权在适当情况下同意通过向特许权实体的直接付款来替代或增补应由使用者支付的服务费；

(b) 缔约当局有权在适当情况下订立协议，承诺购买固定数额的货物或服务。

项目场地(见 22－27 段)

(4) 东道国似应规定：

(a) 项目协议应酌情具体指明哪些资产将继续是缔约当局的财产或其他政府机构的财产，哪些资产类别将继续是特许权实体的私有财产；

(b) 对私人融资基础结构项目所需土地的强制征购应遵照东道国法律所规定的最有效办法进行。

地役权(见 28－31 段)

(5) 东道国似应颁布法律，用以确定特许权实体所需要的地役权。

担保权益(见 32－40 段)

(6) 东道国似应规定：

(a) 特许权实体可针对基础设施中的任何财产权益建立某种担保；

(b) 特许权实体可用由于其特许权而产生的收益和应收款作为抵押，借以获取任何融资。

特许权实体的组建(见 41－51 段)

(7) 东道国似应规定，被选定的投标人应建立一个独立的法人实体，注册地应在该国，除非在某种情况下缔约当局放弃了此项要求。

(8) 在被选定的投标人须按要求建立一个独立的法人实体时，东道国似应规定，项目协议应具体写明：

(a) 法人实体的形式及其最低限度资本；

(b) 特许权公司章程及细则的根本性更改如何获得缔约当局的认可，而缔约当局不得无故拒绝认可。

特许权的转让(见 52－55 段)

(9) 东道国似应要求在项目协议中列明缔约当局在何种条件下可对特许权的转让给予同意，其条件包括：

(a) 新的特许权实体接受项目协议规定的所有义务；

(b) 有证据说明新的特许权实体拥有为提供该服务所必要的技术和财务能力。

项目公司股份的可转让性

(10) 东道国似应规定，如欲转让某一特许权实体资本中的股份，在下述情况下需得到缔约当局的同意：

(a) 特许权实体现拥有的公共资产或资产在特许期终了时，该特许权实体必须将其移交给缔约当局；或

(b) 特许权实体得到或受益于政府提供的贷款、补贴、入股或其他形式的直接财政支助。

项目协议的期限(见 64－67 段)

(11) 东道国似应规定，所有特许权均应有一个期限，在考虑到需由特许权实体作出投资的性质和数额之后，应在项目协议中具体写明此种期限。

立法建议说明

A. 一般性考虑

1. 政府同特许权实体之间的“项目协议”是基础结构项目的中心文件。项目协议界定项目的范围和目的，同时也界定当事双方的权利和义务；它详细阐述项目的执行并规定该基础设施的运营条件或提供有关服务的条件。项目协议可以是一份单一的文件，也可以是缔约当局与特许权实体之间缔结的多项协议文件。本节讨论的是项目协议与东道国有关私人融资基础结构项目的法律之间的关系。此外，还讨论到项目协议的缔结及其生效的程序和手续。

1. 立法做法

2. 项目协议是政府借以行使权力，将实施某一基础结构项目的责任委托给一个特许权实体的一份文件(见第一章，“一般性立法考虑”，__)。因此，项目协议与东道国有关实施私人融资基础结构项目的法律或有关公共服务方面的一般性法规之间有着某种内在的联系。国内法常常对项目协议的内容有所规定。在这方面，主要有三种做法。有些国家的法律仅仅提到特许权实体需要与缔约当局订立一项协议，另一些国家的法律则对协议应予列入的条款的内容作出许多强制性规定。介于两者之间的一种做法是在法律中列出一系列在项目协议中需予涉及的事项，但不详细规定其条款的内容。

3. 就项目协议的某些基本要点作出法律规定，其目的在于为当事双方的权利和义务分配确定一个总框架。它旨在确保对某些契约问题在处理上的连贯一致，同时为不同政府级别(国家、省或地方)参与谈判项目协议的公共当局提供指导。缺乏项目协议谈判经验的公共当局可能会发现这种指导特别有用。有些国家还可能进一步认为对有关项目协议某些要点作出法律规定可以加强缔约当局相对于特许权实体的谈判地位。最后，有时需要有相应的法规，使得缔约当局有权议定某些类别的条款。

4. 在法律中详细规定当事双方权利和义务，这种做法的一个可能缺点是，它也许会使缔约当局和特许权实体得不到必要的灵活性，来根据具体项目的需要和特点来谈判协议。因此，最好将涉及项目协议的法律规定限制在确属必要的范围之内，例如涉及需要事前得到立法授权的事项，或可能影响到第三方利益的事项，或者不允许经由协议加以变通的基本政策事项。

2. 项目协议的缔结

5. 对于基础结构项目这么复杂的项目来说，需要几个月时间的谈判之后双方才准备签订项目协议是不足为奇的。据报导，使谈判拖延时日的一系列因素有例如双方的谈判经验，各政府机构之间不够协调，无法确定政府方面提供多大程度的支持，或者难以确定对放款人来说可以接受的担保安排。[1]为避免缔结项目协议的不必要拖延，似应颁布条例，明确指明在各个谈判阶段有权代表缔约当局(以及酌情其他政府机构)在协议中作出承诺以及有权签署项目协议的个人或部门。对于涉及不同政府级别(国家、省或地方)的部门或机构的那些项目，也许不可能事先确定所涉及的各有关的部门或机构，在此种情况下，似应采取其他办法来确保它们之间的适当协调(见第一章，“一般性立法考虑”，___)。

6. 此外，为推动谈判的进展，政府还可对代表缔约当局的谈判人员提供适宜的指导。对于应在项目协议中作出规定的事项，当事双方了解得越清楚，项目协议的谈判就越有可能顺利进行。反之，如果选择过程结束后仍有重要问题未解决，而且谈判人员在项目协议的实质性问题上也得不到什么指导，则大有可能造成花费高昂和

---

[1] 关于影响到最后达成财务安排的一些事项的讨论，见国际金融公司《对私人基础结构的融资》，华盛顿特区，1996年，第37页。

拖延时日的谈判，还可能有人提出投诉，指控选择过程不够透明、没有充分竞争性(又见第三章，“特许权实体的选择”，____)。

7. 除作出切实可行的安排来促进项目协议的谈判外，还应考虑采取措施加快协议的缔结。一些国家的法律阐述了缔结项目协议及使其生效的某些手续。有些国家规定，缔约当局与被选定的投标人之间谈判达成的协议，其条款须经更高一级当局的批准。在某些国家，项目协议的生效或者某些类别的项目协议的生效须经由国会法案议决或甚至须通过一项特别的立法。

8. 为简化手续和避免项目时间表延误所产生的不良后果，有些国家约束缔约当局或政府的权力在有关的法律中委托给指定的官员来行使，这样一来，只要得到了该官员的签字，或完成了某些手续，例如在官方公报上发表后，项目协议即告生效。在这类程序不可行或者仍需经由另一实体最后核准的国家，似有必要考虑某种办法避免不必要的拖延。必须谨记，项目在谈判完成后因得不到批准而受挫的风险，并不是特许权实体所愿意承担的风险。如果审批手续被视为有个人专断或麻烦风险，也许应请政府方面针对这种风险向特许权实体和放款人提供充分的保证(见第二章，“项目风险和政府支助”。____)。在确有这类审批要求的国家，政府方面有时在项目协议中同意，如果由于并非特许权实体的原因，项目最后得不到批准，则由政府赔偿所花费的全部费用。

B. 项目协议的核心条款

9. 项目协议通常都是很长的文件，其中除涉及一般性事项外，还涉及许许多多有关该项目的具体事项。本节将讨论在国家法律中似可称为项目协议核心条款的可能立法事项，这种核心条款包括：界定当事双方基本的财政义务，赋予特许权实体何种性质的权利，项目场地和对于项目资产的所有权规定，特许权实体的组建和项目期限。

1. 财务安排

10. 财务安排属于项目协议中的基本条款。这些条款通常涉及特许权实体为项目筹集资金的义务，概述资金支付和核算办法，规定用以计算和调整特许权实体收费价格的方法并规定向特许权实体的债权人提供何种物权担保。在拟定这些条款时，务必注意确保其与特许权实体所签订的贷款协议及其他财务承诺相一致。另一重要事项是确保东道国的法律有利于而不是有碍于项目的财务管理。

(a) 特许权实体的财政义务

11. 在私人融资的基础结构项目中，一般都是由特许权实体负责为项目筹集足够的融资。在多数情况下，缔约当局或其他政府机构都很注意将自己的财务义务仅限制于项目协议中具体规定的某些义务或者政府方面同意给该项目提供的那些直接支助(见第二章，“项目风险和政府支助”，____)。

12. 由项目公司各股东直接投入的私人资本数额通常只不过是拟议投资总额的一部分。更大部分的资本来自商业银行向特许权实体提供的贷款和来自债券和其他流通证券投放于资本市场所得的收益(见“导言和私人融资基础结构项目的背景资料”，____)。因此，法律上似应承认特许权实体有权为筹措基础设施的资金而订立它认为适宜的筹资安排。还应确保东道国的法律不会不合理地限制特许权实体得以订立必要财务安排的能力，例如限制特许权实体不得向其放款人提供适当的担保(见第 32－40 段)。

13. 由于投放债务和其他流通票据而得到的收入可能成为基础结构项目的一大融资来源。那些票据可以由特许权实体自己发行，在这种情况下，购买了证券的投资者便成了它的债权人，或者也可以由某一第三方发行，把项目的应收款(见第 39 段)通过所谓的“证券化”机制转让给该第三方。证券化涉及创立金融证券，由项目的持续收入作保证，对该证券还本付息。证券化交易通常涉及建立一个与特许权实体完全分开的法人实体，专门从事使资产或应收款证券化的业务。这一法人实体常常称为“专门媒介”。特许权实体将其项目应收款转让给专门媒介，然后由专门媒介向投资人发行带利息的票据，以项目应收款作为后盾。证券化债券持有人因而有权获取特许权实体同其客户的交易所产生的收益。特许权实体向顾客收取费用，然后把款项转给专门媒介，再由专门媒

介将之转给证券化债券持有人。有些国家的最新立法明确承认特许权实体有权将项目应收款让给专门媒介，由它掌握和管理信托应收款，使项目债权人获益。为保护债券持有人不致因特许权实体的破产而受损害，似宜采取必要的立法措施，使特许权实体和专门媒介在法律各自分开。

(b) 特许权实体收取公共服务价格的权力

14. 在一些国家内，也许需要事先得到法律授权，特许权实体才能对其提供的公共服务或对使用其公共基础设施收取价格费用。因此，似有必要在法律中载入一般性条款，允许缔约当局和特许权实体议定对特许权实体的适当支付形式，包括允许它有权对使用基础设施或对其提供的服务或货物，收取一定的价款。由于没有此种一般性的法律条款，在某些国家中已经引起司法争端，质疑特许权实体收取服务价款的权力。

15. 除了总体上承认特许权实体有权就其提供的公共服务或就其公共基础设施的使用收取价格费用之外，还有一个重要问题是考虑特许权实体可以收取多高程度的费用和价格。特许权实体所收取的费用和价格，在缔约当局(见第 17－21 段)或政府方面并无提供补贴或付款的情况下(见第二章，“项目风险和政府支助”，_____)，也许是用以偿还项目投资的主要(有时甚至是唯一的)收入来源。因此，特许权实体将力求把那些费用和价格确定并保持在一个足以保证该项目有足够现金流量的水平之上。提供公共服务的收费通常是政府的基础结构政策的一个组成部分，也是大部分公众直接关注的事项。因此，许多国家的法律框架都载有特别规则，用以控制提供公共服务的收费和价格(见第五章，“基础结构的开发和运营”，_)。此外，有些法律制度的法律条款或一般法律规则规定了货物或服务的定价原则，例如规定有关价格必须符合“合理”、“公正”或“公平”的标准。

16. 如果认为有必要对特许权实体可收取的费用和价格水平作出规定，则应力求平衡兼顾投资者和当前及未来使用者双方的利益。法律上为确定价格而确立的标准除了考虑到政府认为相关的社会因素之外，还应考虑到使特许权实体获得一定水平的现金流量，用以确保项目的经济可行性和商业赢利性。因此，似应在法律上确认，收回投资和运营及维护费用再加上合理的赢利率是公平收费制度的基本要素之一。此外，还应使当事双方得到必要的权力来谈判适当的安排，包括确定补偿条款来处理下述情况，即执行与提供公共服务直接或间接有关的价格控制条例也许会使所定价格低于该项目进行盈利性运营所需的水平(见第五章，“基础结构的开发和运营”，____)。

(c) 缔约当局的财政义务

17. 在特许权实体直接向一般公众提供服务的情况下，缔约当局或其他政府机构可承诺直接向特许权实体付款，作为取代或增补应由使用者支付的服务费。如果特许权实体生产的商品是为了由另一个提供服务者进一步输送或分销，则缔约当局可承诺按商定的价格和条件成批购买此种商品。下面简单讨论一下这种安排的主要实例。

㈠ 直接付款

18. 由缔约当局直接付款的办法在一些国家中被用替代或补充最终使用者的付款，特别是在收费公路项目，其使用的办法称之为“影子通行费”。影子通行费的安排是由特许权实体承担义务，在规定的若干年之内，开发、建设、筹资和运营一段公路或另一运输设施，以换取定期付款，此种定期付款是取代或补充使用者所支付的实际费用或直接费用。影子通行费办法可用以处理运输项目所特有的风险，特别是交通流量低于原估计量的风险(见第二章，“项目风险和政府支助”，_____)。而且，在某些情况下，影子通行费办法在政治上可能比之直接收费更易于得到接受，例如，有些情况下人们担心，公共道路收取通行费也许会引发道路使用者的示威抗议。

19. 影子通行费办法会给缔约当局带来很大一笔开支，因而需要由缔约当局进行密切的频繁的监测。在采用影子通行费办法来发展新公路项目的一些国家，缔约当局支付给特许权实体的款项主要是按以车辆公里数为衡量标准的实际交通流量来计算的。似可规定，在公路开始通车之前并不支付款项，借以刺激尽快开通道路。与此同时，人们又发现最好是在特许期内按实际交通量计算应付款项，这样一来，特许权实体也有理由确保在此期间该道路只需最低限度的停用修理。另一做法是，可以在项目协议中载入一条因修路工程而减少行车道的罚款或损失赔偿条款。有些国家又对付款办法作进一步的改进，把交通量分为若干“路段”，定出各自不同的年交通

量和预交通车费，交通量较低者预交费较高，交通量高则预交费降低　　。道路分段也可在一个时期后根据交通量的预计增长而增多。此种分段可按照车辆的长度来确定。特许权实体通常需要进行连续的车辆测算，用以计算出每年的车辆公里数，计算结果由缔约当局定期核实。一种经略加修改的办法是影子通行费与使用者直接付费的结合。在此种办法中，只有当某一时期交通量降低到原先议定的最低水平以下时，缔约当局才支付影子通行费，确保特许权实体在运营公路方面得到盈利。

㈡ 收购承诺

20. 在有些情况下，私人融资的基础设施所产生的商品或服务可在一段较长时间内交付给一个指定的收购者，为减少特许权实体可能遭受的市场需求和价格风险，可以作出契约安排，确保收购该设施的全部产出或收购其一部分——经议定的最低限度比例。如果缔约当局或另一政府实体是特许权实体提供的服务或商品的唯一客户，有时在法律中规定那些实体有义务按议定的费率购买由特许权实体提供的商品和服务。此种合同通常又称为“承购协议”，常常用来支持由独立的电力生产商建造新的发电厂。承购协议常常包括两种办法：按生产能力的利用率付款和按实际消耗单位付款。例如，在一个发电项目中，电力承购协议可定出下述两种收费：

(a) 装机容量收费。此种应付费用并不计及某一付款期的实际产出，而是按生产成本计算，使之足以支付特许权实体为筹资建立和维持该项目而引起的固定费用，包括偿还债务和其他经常性供资支出、固定的运营和维持费用加上一定的收益比率。支付装机容量费用办法常常必须遵行某种运行或利用率标准。

(b) 消耗量收费。此种收费办法不是为了补偿特许权实体的全部固定费用，而是偿付特许权实体为生产和交付某一单位有关服务或商品(例如千瓦小时电力)而必需承担的可变成本或边际成本。消耗量收费的计算通常是要补偿特许权实体的可变生活成本，例如设施运行时消耗的燃料，水处理费用以及消耗品的费用。可变的付款常常联系着特许权实体自己的可变生产成本，或联系着能合理反映出运行成本变化情况的某一指数。

21. 从特许权实体的角度看，装机容量和消耗量收费相结合的办法特别相宜，它可确保在特许权实体的商品或服务的输送或分配功能受到垄断时得以收回成本。但是，承购协议中规定的装机容量收费应大致相当于缔约当局所能利用的或实际利用的其他发电能力来源。如果装机容量收费偏高，会给缔约当局的承购能力带来重负，增大以某种理由例如以公共利益为理由不履行或拒绝履行协议的风险。为确保缔约当局能得到资金支付承购协议的应付款，似应考虑是否需要事前作出预算安排。为确保承购协议的付款，可由东道国政府或由某一国家或国际担保机构提出一份担保书(见第二章，“项目风险和政府支助”，　)。

2. 项目场地

22. 如果一个新的基础设施要建造在缔约当局所拥有的土地之上，或者要将一个现有的基础设施加以更新或改造(例如“更新－运营－移交”或“改造－运营－移交”项目)，通常要由拥有土地或设施的缔约当局将其提供给特许权实体使用。缔约当局即可把土地或设施的所有权转给特许权实体，也可保留所有权而赋予特许权实体以使用该土地或设施并在其上进行建设的权利。除了需得到一般的法律权力，缔约当局才能把公共财产转交给特许权实体或赋予特许权实体以使用此种公共财产的权利之外(见第一章，“一般性立法考虑”，　　)，另一重要事项是考虑为发展和运营基础设施所需各类资产的所有权制度，以及在资产已经为缔约当局所拥有时如何获得该财产的程序。

(a) 项目资产的所有权

23. 有些国家的法律规定，提供公共服务所需的有形基础结构继续是缔约当局的财产。但是，在项目的寿命期内，对于原来从缔约当局手中接收过来或原先由特许权实体建造的有形基础结构，特许权实体可以作出大量改进或增补。特许权实体还可以购置各种其他资产，此类资产虽不是提供服务所必不可少或严格必要的，但可以增大运营设施的方便或效率，或提高服务质量。无论哪一种情况，都会对那些资产的所有权发生疑问。必需在这方面得到明确性，以便决定特许权实体对于项目资产确立何种以及多大程度的担保利益，然后筹措项目资金(见第 34－36 段)。而且，必需有此种明确性才可确保在“建设－运营－移交”项目和类似项目中，在项目期终了

时将资产妥当地移交给缔约当局或另一特许权实体(见第六章，“项目期的终了、展延和终止”，__)。法律可明确规定哪些种类的资产一般情况下应继续是缔约当局或另一政府机构的财产，或规定在将来必须移交给缔约当局，但对于这一事项，并无太大必要在法律中加以详细阐述和规定。事实上，一些国家都认为只须在法律中规定，项目协议在适宜时应具体指明哪些资产将继续是缔约当局或另一政府机构的财产，哪些类别的资产将继续是特许权实体的私有财产。

(c) 获取执行项目所需要的土地

24. 无论基础设施将来是交回缔约当局还是由特许权实体永久拥有，当事双方最好在土地和设施交给特许权实体时认真确定该土地和设施的状况。这样做可以减少在基础设施交还缔约当局时发生的争议。因此，项目协议应当规定在将土地和现有设施转让给或提供给特许权实体使用之前，对土地和设施进行检查、测量和划界。在项目协议中通常还要处理的其他事项包括移交土地或设施和提交所需文件的程序。

25. 如果土地并非缔约当局已经拥有的土地，而需要从其所有人手中购买过来，情况可能会更复杂一些。在多数情况下，特许权实体不一定有条件承担责任为实施项目而购买到所需的土地。特许权实体可能害怕与可能是一大批单个的土地所有人进行谈判时可能发生的拖延和涉及的费用，而且害怕象世界上有些地方发生的那样，为了确定某些所有人的产权是否正常，需要对地契进行复杂的调查研究，并审查先前发生的一连串产权转让。因此，通常都是由缔约当局承担责任，提供为实施项目所需的土地，以避免由于购置土地而造成不必要拖延或增大项目费用。缔约当局可以从土地所有人那里购置所需的土地，必要时也可强行征购。按照东道国现行法规及有关的国际法规则在付给所有人适当补偿情况下强制征购私人财产的程序，在国内法中提及时使用多种技术词语。在《指南》中提及此种程序时称之为“征用”。

26. 在需要诉诸征用程序时，可能需要采取各种准备措施，确保建设工程不被延误。在法律中规定了一种以上征用程序的国家，最好规定私人融资基础结构项目所需的一切征用均采用这些程序之中最有效率的那种程序，例如采用在某些国家中出于迫切的公共需要而实施的特别程序（见第七章，“管辖法律”，_____）。

27. 私人财产征用权通常属于政府，但一些国家的法律也授权基础设施经营人或公共服务提供者（如铁路公司、电力局、电话公司等）采取某些行动，征用为向公众提供服务或扩大服务所需的私有财产。特别是在有些国家，征用私人财产时给予所有人的赔偿是在法院诉讼中判定的，在此种情况似宜赋予特许权实体以履行某些行为的权力，而政府方面仍然负责履行根据有关法规属于启动征用程序前需具备的条件的那些工作。土地一经征用，其产权往往归政府所有，不过在某些情况下，法律也可允许缔约当局和特许权实体根据各自在征用财产中的费用比例，商定另一种安排。

3. 地役权

28. 除了为建造设施而获得地产之外，如果项目场地所在地点需跨越或通过第三方的地产才能进入，可能还需确保特许权实体对这类地产的准入。项目也许由于其性质而需要由特许权实体进入属于第三方所有的地产（例如在毗邻地面安置交通标志；在第三方的地产上竖立电线杆或在其上方架设输电线；安装和维修变电和配电设备；修剪影响到架设在毗邻地产上的电话线的树木）。在本《指南》中，为特定目的而使用他人地产或在他人地产上作业的权利一般称之为“地役权”。

29. 地役权通常需有关财产的所有人同意，除非法律上规定了此种权利。除了所需地役权仅涉及少数毗邻房地产的情况，由特许权实体直接向有关财产所有人洽商获得地役权，往往不是便捷办法或者不是合乎成本效益的做法。更常见的做法是由政府出面在征用项目场地的同时取得那些地役权。以强制手段获得地役权的条件通常与强制获得财产的条件相同，即存在有公共利益方面的理由，并按照东道国现行的法规和有关的国际法规则，给予适当的经济补偿。

30. 一种略为不同的变通办法是，由法律本身规定给予特许权实体何种地役权，而不必非要征用此种地役权所属的财产。如果政府认为有可能事先确定特许权实体所需的最低限度的地役权，便可对有关的具体法规使用此

种办法。例如，针对发电部门的某一具体法规可以规定，按照什么条件，特许权实体可以在属于第三方的房地产之上安装和操作基本的输电和配电网络，从而获得架设电线的权利。有些措施的实施可能必需得到此种权利，例如敷设或安装地下或架空电缆及建立支撑结构和安装变电和配电设备；这类装置的保养、维修和拆除；沿地下或架空电缆设立安全区；拆除有碍线路或影响安全的各种障碍物等。

31. 在有些法律制度中，如果由于地役权的具体性质而大大影响到房地产所有人对财产的使用，特许权实体可能有义务向地产所有人支付赔偿，如同征用土地时支付赔偿费一样。

4. 担保权益

32. 一般地说，个人财产中的担保权益是使有担保的债权人得到两种权利：一是财产权，使有担保的债权人原则上有权收回财产或让某一第三方将其收回和变卖，二是优先偿付权，在债务人违约时优先从变卖财产的收益中获得偿付。按照一般的融资惯例，放款人通过谈判得到的担保权益可使他们有权取消某一项目的抵押回赎权，从而整个地接管和占有它，然后或使之恢复其经济活力，以便日后变卖，或者长期保有该项目，获取连续不断的收入。此外，担保还可以起到防范性或预防性作用，确保万一某一第三方接管了债务人的业务（例如，由于取消抵押回赎权，陷入破产或直接从债务人手里接管），那么，由于变卖那些资产而得到的收益将首先用来偿还未清偿的贷款。

33. 担保安排在基础结构项目的融资中起着中心作用，尤其是按照“项目融资”方式而组成的融资。针对私人融资基础结构项目的融资文件通常都包括广泛的担保安排，多数情况下，担保安排包括两个方面：对与项目有关的有形资产的担保以及对特许权实体持有的无形资产的担保。下面将讨论顺利完成担保安排的几项主要要求。

(a) 有形资产的担保

34. 如果东道国的法律允许对基础设施所含有形资产确立担保权益，则会有助于谈判达成必要的担保安排，以便项目公司获得项目所需的融资。但是，对于此种担保权益的确立，会存在一些法律障碍，尤其是如果此种资产在整个项目期内始终是缔约当局或另一政府机构拥有的财产。假如特许权实体并不拥有财产所有权，在许多法律制度中，它并没有（或只有有限的）权力以此种财产作为抵押。

35. 存在这种局限时，为有助于谈判担保安排，仍可在法律中指明对哪些类别的资产可以确立担保权益，或者指明允许确立何种担保权益。在有些法律制度中，特许权实体在获得租赁物权益或使用某些财产的权利时，即可根据租赁物权益或使用权来确立某种担保权益。此外，在特许权包含有多种公共财产时，例如一家铁路公司除有权使用公共设施外，还得到了毗邻土地的所有权（不仅仅是使用权），也可确立担保权益。

36. 对于缔约当局所拥有的或别人必须移交给它的资产，或者缔约当局根据合同有权选择购买的资产（见第六章，“项目期的结束、展延和终止”，_____），如有可能确立任何形式的担保权益，法律可要求缔约当局给予认可，以便特许权实体确立此种担保权益。在这种情形下，另有助于确立担保，似应授权缔约当局明白表示此种认可，在项目协议中写入一条总则，而不必要求针对确立担保权益的每种资产一一作出认可表示。

(b) 无形资产的担保

37. 一个基础结构项目中的主要无形资产就是特许权本身，亦即特许权实体得以运营该基础设施或提供有关服务的权利。在多数法律制度中，特许权意味着持有此种权利者有权操纵整个项目，特许权持有人可得到项目产生的收入。因此，特许权的价值甚至超过了一个项目所涉全部有形资产的总价值。由于特许权持有人通常有权占有和处置全部项目资产（可能的例外是某些资产为其他当事方所拥有，例如缔约当局或另一政府机构所拥有的那些资产），特许权通常包括现有的以及未来的资产，包括有形和无形性质的资产。因此，放款人会把特许权看作是与特许权实体谈判担保安排的一个重要组成部分。以特许权本身作抵押对于特许权实体和放款人都会有多种实际好处，尤其是某些法律制度并不允许以某一公司的全部资产作担保抵押，或一般情况下并不承认非占有性的担保权益（见第七章，“管辖法律”，_____）。这些好处包括：免得对项目资产逐一确立单独的担保权益，使特许权实体得以按照通常的商业惯例继续处理那些资产，使得有可能抵押某些资产而无须把资产的实

际占有权转给债权人。此外，以特许权作抵押还可使放款人在一旦特许权实体违约时避免终止项目，只需把特许权接过来，再作出安排，就可让另一个特许权实体继续实施该项目。因此，以特许权作抵押实际上是很好地补充或在某些情况下替代放款人与缔约当局之间有关放款人介入权利的直接协议（见第五章，“基础结构的发展和运营”，_____）。

38. 然而，在某些法律制度中，如果法律上没有明文规定，以特许权作抵押会遇到障碍。按照某些法律制度，能够确立担保权益的资产必须是提供担保者可以自由转让的资产。由于基础设施的运营权在得不到缔约当局的同意时，在多数情况下是不能转让的（见第 52－55 段），因而在某些法律制度中，特许权实体不可能对特许权本身确立担保权益。有些法系的法域最新颁布的法律已经消除了该障碍，创立了一种特别的担保权益，有时把它称之为“hipoteca de concesi∴n de obra pδblica”或称为“prenda de concesi∴n de obra pδblica”（特许权抵押”或“以公共工程特许权为抵押”），一般来说，它可使放款人得到一种涵盖项目协议中给予特许权实体的所有权利的、可以强制执行的担保权益。然而，为了保护公共利益，法律规定放款人为执行此种权利而采取的任何措施，必需得到缔约当局的同意，其条件应载入缔约当局与放款人签订的协议之内。某些英美法系的法域采取了一种略有限制的办法，它区分开两种权利，一种是不可转让的权利，亦即按照政府颁发的许可证从事某一活动的权利（亦即由于许可证而产生的“公共权利”），一种是索取许可证持有人所得收益的权利（亦即后者根据许可证得到的“私人权利”）。

39. 有些国家也许法律上不可能容许对特许权本身确立担保权益，对于这些国家，也许应在法律上明文允许特许权实体对其特许权产生的经济权利或所得收益确立担保权益。这种收益一般包括向公众收取的、使用基础设施的费用（例如收费公路的通行费）或客户对特许权实体提供的商品或服务支付的价款（例如电力费用）。此种收益还可包括附带特许权的收入。此种担保是与放款人谈判融资安排的一个典型要素。它对于特许权实体发行债券和其他流通票据，也可起到重要作用。一些法律制度最新颁布的国内法都列入法律条款，确认特许权实体有权以基础结构项目的收益作抵押。

(c) 特许权实体股份的担保

40. 就特许权实体的股份设置物权担保，原则上会引起类似于特许权转让所引起的那种关切（见第 52－55 段）。在不经缔约当局同意不得转让或转移特许权的情况下，法律有时禁止就特许权实体的股份设置物权担保。但应指出的是，以特许权实体的股份作担保是放款人在项目融资交易中通常要求的一种担保，因此，对设立此种担保一律加以禁止也许会不必要地限制了特许权实体为项目筹措资金的能力。因此，如同其他形式的担保一样，较好的做法是法律上允许特许权实体的股东设立此种担保，但如果项目公司中股份资本的转移必须报请批准的话，此种担保也必须得到缔约当局的事先批准（见第 62 段）。

5. 特许权实体的组建

41. 项目协议通常都载有关于特许权实体的法律地位的条款，并要涉及特许权实体是否应作为一个独立的法律实体成立或是否可将项目集体授予某一项目联营集团的问题。关于这类事项的条款往往也载于关于私人融资基础结构项目的国家立法之中。

42. 按照商业惯例的理解，联营集团是一组企业据以承诺合作执行一个项目而不并为一个独立的法律实体的契约性安排。在建筑行业中，联营集团已得到广泛利用，以开发需要有不同领域技术专门知识的大型的资本密集项目。联营集团一般被视为纯粹的契约性安排，其自身并不具有法人性质。不过也并没有什么关于联营集团的统一的法律制度。这些联营集团可分属于国家法律所规定的不同的契约类别，而且联营集团的法律地位及其成员的权利和义务也往往因法律制度的差异而不同。

43. 组成一个项目联营集团可能会有一定的好处，例如，联营集团成员之间的业务关系可具有更大的灵活性。避免双重征税也可能是不选择在所在国成立独立法律实体的一个原因，以防所在国和外国投资者以纳税为目的的居所地的一个或多个国家之间并无双边双重征税协定。也可能有这样的例子：缔约当局根据项目的规模和性质，或者为了使所有联营集团成员共同为整个项目承担责任，往往希望保留邀请联营集团参与基础结构项目的

可能性。

44. 对于那些希望保留这种可能性的国家，法律可规定项目授予当局选择将项目授予某一联营集团或要求中选的项目联营集团成立一单独的法律实体，具体视项目的需要而定。不过，有些问题需要在项目协议中加以解决，而且可能需要有大量的谈判和详细的规定，以确保联营集团成员间的协调、同缔约当局的充分联络，以及澄清联营集团各个成员在项目执行方面职责和赔偿责任的范围。[2]

45. 但是，更常见的却是要求将特许权实体成立为一个独立的法律实体。从缔约当局的角度看，独立法律实体便于项目执行方面的协调，而且可作为保护项目的利益的一种机制，而项目的利益可能并不一定与联营集团所有成员的具体利益相一致。在项目所需的相当大一部分服务和供应都由项目联营集团成员提供时，这一点可能尤为重要。由于特许权实体的责任和义务中相当大一部分通常都是在早期阶段商定的，其中包括长期性的（项目协议、贷款和担任协议、建筑合同），所以在就这些文书进行谈判时能有独立的代表，那对项目是有好处的。

46. 获得提供公共服务特许权的实体往往被要求按照东道国的法律作为国内法人实体而建立。考虑到特许权实体活动的公共利益，缔约当局会希望特许权实体遵守本国有关会计和公开性要求（例如发表财务报告；涉及某些法人行为的公开性等要求）。不过，这样的要求更突出说明东道国有必要颁行合宜的公司法（见第七章，“管辖法律”，_____）。使特许权实体能比较容易地成立，并适当顾及被视为符合公共利益的合理要求，可能有助于避免项目实施中发生不必要的拖延。

47. 特许权实体的建立应以何时为宜的问题，是一个应当根据典型项目所涉不同利益来加以考虑的问题。出于希望尽快开始实施阶段的考虑，有些缔约当局可能倾向于要求尽早成立特许权实体。但应当记住的是，放款人和其他资本提供者在特许权最后授予之前一般是不会作出确定的最后承诺的，特别是在将单独的法律实体视为项目集资的一种手段的情况下，例如在“项目融资”交易中（见“导言和私人融资基础结构项目的背景资料”，第____段）。因此，如果缔约当局要求被选定的中标财团的成员建立一个独立的法人实体来实施项目，一般来说，最好要求在授予项目之后而不是在此之前的一个合理短期内建立起特许权实体。

48. 组建特许权实体方面的另一个重要问题，涉及到成立特许权实体所需的股本投资。缔约当局理所当然地要重视争取充足的股本，以确保特许权实体健全的财政基础和保证其履行义务的能力。所需的投资总额以及债务与股本的理想比例，每一项目均不相同，一般难以确定一个对任何项目都合宜的固定数额或百分比。因此，不宜由法律规定一固定数额作为在本国内实施基础结构项目的所有公司的最低限度资本。一种较灵活的做法也许是在招标书中指明建立特许权实体所必要的最低限度资本，作为项目总费用的一个理想比例。如果缔约当局愿意与被选定的中标财团谈判其提出的股本投资数额或比率，缔约当局最好有一定的灵活性，以便在选择过程中达成一个合宜的最低限度资本额。

49. 除了最低限度资本额以外，国家法律还可载列关于特许权实体组成形式的规定。有些法律明确规定须按某种公司类型组成特许权实体，而有些法律则并不对此加以规定。如果认为应当规定拟成立的特许权实体的形式，则最好顾及到联营集团成员对于确保将其赔偿责任限制在其投资额限度之内一事的关切。为了避免支付特许权实体债务的附带责任，其股东一般都希望采用诸如合股公司的形式，以便将各自的赔偿责任限制在各自在公司资本中的股份额的限度之内。股东们一般不会愿意实施需要为特许权实体的债务承担无限责任的项目。

50. 有些法律载有关于特许权实体活动范围的规定，例如要求将活动限制在特定项目的开发和运营的范围之

---

[2] 关于将建筑工程承包给并非并为一体的一组企业所引起的问题，《贸易法委员会关于建造工厂的立法指南》中载有简略的讨论（第二章，“缔约方法的选择”，第 9—16 段）。其中所提到的某些问题，只要略加修改便可适用于关于私人融资基础结构项目的谈判，包括：发生争执时如何克服向来自不同国家的联营集团成员提出索赔方面的困难；如何拟定争端解决条款，以便能在同一仲裁或司法程序中解决缔约当局同几个或全体联营集团成员间的任何争端；拟由第三方作为履约担保作出的保证和拟由联营集团成员作出的质量保证应采用什么样的结构；缔约当局可能还应缔结什么附属协议；是否有强制性法律规则管束与一个承包人集团订立的协议。

内。这类限制可起到确保项目帐目的透明度和保持资产的完整性的作用，因为它可以将该项目的资产、收益和负债同其他项目或与该项目无关的其他活动的资产、收益和负债区分开来。此外，这种规定还便于评估每个项目的绩效，因为每个项目的亏损或利润是不能以其他项目或活动的债务或收益来弥补或抵减的。

51. 缔约当局可能还希望确信特许权实体的章程和细则充分反映该公司在项目协议中承担的义务。因此，项目协议有时规定：对项目公司章程和细则的修改，必须在得到缔约当局的批准时才能生效。如果缔约当局或另一政府机构参与了特许权实体，有时作出这样的规定：在股东会议或董事会上，对于作出某些决定，必需得到缔约当局的赞成票。无论如何，必须对两个方面进行权衡：一是由国家所代表的公共利益，一是有必要给项目公司以开展业务的必要灵活性。如果就连公司内部事务方面的一些细小事项照例也要事先得到政府的批准，项目的日常管理就会受到影响。而且，这样的要求会增大对特许权实体施加不正当压力的风险。如果认为有必要规定，对特许权实体章程和条例的拟议修改必须得到缔约当局的批准，此种规定最好只限于那些被认为关系重大的事项（例如，资本数额、股份等级及其特权、清偿程序），而且还应明确规定在项目协议之内。

6. 特许权的转让

52. 特许权是根据特许权实体的具体资格和可靠程度授予的，而且多数法律制度中都规定不得自由转让特许权。因此，国内法往往禁止在未经缔约当局同意的情况下转让特许权。这种限制目的在于确保缔约当局对基础结构运营人或公共服务提供者的资格严加控制。

53. 有些国家认为还应在法律中提及可对到期前的特许权的转让予以核准的条件，例如新的特许权实体应接受项目协议中所规定的一切义务；提出新的特许权实体为提供服务所需具备的技术和财务能力方面的证据。这种类型的一般性立法规定还可以项目协议中的具体规定作为补充，在项目协议中列出这些限制的范围以及缔约当局可给予同意的条件。然而，应当指出，这些限制一般施加于特许权实体自愿转让其权利；它并不排除按照它们与缔约当局之间的直接协议，为避免由于特许权实体严重违约而终止特许权，因而强制转让特许权——转让给放款人指定的一个实体（又见第五章，“基础结构的发展和运营”，_____）。

54. 需要给予立法考虑的另一种情况涉及向另一实体转让执行属于特许权范围内一项具体活动的职责，并不是全盘转让特许权。在特许权实体有权提供辅助性服务的情况下，或在特许权涉及可单独执行的多重活动的情况下，特许权实体可能希望采取部分转让其项目协议中的权利的方式请另一实体执行这些活动中的某些活动。此种部分转让的做法在某些法律制度中称之为“分包特许权”。如果特许权本身是不可转让的，则未经立法授权的部分转让便会遇到障碍。不过，在通常情况下，缔约当局并没有令人信服的理由完全排除分包特许权的可能性，只要能使其确信分包特许权实体具备应有的可靠性和资格。

55. 另一有关问题涉及分包特许权实体的选定方法。有些国家对于公共服务提供者授予合同法律上有特别规定，而且有些国家的法律还明确规定应采用招标程序授予分包特许权。在几乎所有基础结构均由国家拥有和运营而没有或只有很少的私人部门投资的时代，往往采用这类规则。其目的在于确保公共资金使用中的经济、效率、廉洁和透明度。不过，在由私人实体实施基础结构项目的情况下，恐怕再也没有什么令人信服的公共利益理由对特许权实体授予分包特许权规定一套必须遵行的程序了。

7. 项目公司股份的可转让性

56. 缔约当局可能关心要使原有的中标财团成员在整个项目期内一直保持其对项目的承诺，对于特许权实体的有效控制不会转到缔约当局并不了解的另一些实体手中。为实施基础结构而选择特许权实体至少部分地是根据其对于该类型项目的经验和能力来选定的（见第三章，“特许权实体的选定”，_____）。因此，缔约当局会担心，如果特许权实体的股东们完全可以随便转移其在某一项目的投资，则无法保证将来由谁提供有关的服务。

57. 有些国家已经对提供公共服务的公司中股份的转让实行限制，以便消除缔约当局对于某些公司有无能力按商定的标准和条件提供有关服务的担忧。但是，从立法角度看，重要的问题是应该考虑对转移特许权实体中的

投资施加限制可能产生的不利之处以及此种限制是否足以确保提供已承诺的服务。

58. 缔约当局也许满足于某一参与投标的联营集团在投标初期显示的经验或满足于由联营集团及其分包人的母公司所提供的履约保证。但是，这种满足实际上只是得自特许权实体各股东的表面专门知识，不应过份强调。如果为实施项目而另外建立一个法人实体，如果常见的那样（见第 41－51 段），那么，万一项目遇到了麻烦，股东们的支持也许只限于其各自的最低限制责任。因此，对投资转让的限制，其本身并非抵御特许权实体不履行合同的风险的充分保障。特别是，这些限制并不能代替项目协议所规定的适当补救措施，例如监督所提供报务的水平（见第五章，“基础结构的发展和运营”，_____），发生不能令人满意的情况时终止合同而不给予金额补偿（见第六章，“项目期的结束、展延和终止”，_____），或由放款人根据其与缔约当局的直接协定指定另一个特许权实体来替代该项目公司（见第五章，“基础结构的发展和运营”，_____）。

59. 还应指出，在某种程度上，对于特许权实体能否令人满意地执行项目协议的问题，并不只是缔约当局一方的关注事项。特许权实体的各伙伴，包括放款人在内，也会如同缔约当局一样，表示关注，力图确保设计者、建筑承包商和运营公司充分履行各自在项目协议中承担的义务。实际上，契约担保书、履约保证金或保险单（见第五章，“基础结构的发展和运营”，_____）也许要比强迫留下某一违约伙伴的投资更能有效地确保避免未来的不履约风险。

60. 除上述以外，对转移公共服务公司股份的限制还会给缔约当局造成某些不利。限制私人部门自由转移其在私人融资基础结构项目中的股份资本，也会同时限制了投资类别和投资者的多样性，从而减少降低筹资费用的可能机会。从长远看，如果投资者转移其在私人融资基础结构项目中的利益的自由受到不必要的限制，要发展一个公共基础设施的投资市场将会受到影响。

61. 如同前面所指出的（见“导言和私人融资基础结构项目的背景资料”，_____），目前可以从不同投资者那里得到多种多样的融资，风险各不相同，回报率也不一样。初始的投资者，例如建筑公司和设备供应商，将会力图在较高风险中争取获得较高回报，但随后的投资者会宁愿获得较少回报而承受较低的风险。初始投资者多数只拥有一定的资源，需短期实现资本回收以便再参与新的项目。因此，那些投资者一般都避免把资本固定在长期项目之上。在建筑期终了时，初始投资者也许想把他们的股权转售给另一个并不要求高额回报的股本提供者。在惯例比较稳定后，就可进行另一次再筹资。但是，如果由于基础结构项目中股份的可转让性受到制约，投资者对于项目开发的投资和再投资能力就受到限制，在此情况下，就可能使筹资的费用升高。在某些情况下，也许根本不可能为某一项目筹到资金，因有些投资者也许不愿意参与投资，而他们的参与也许对于项目的实施具关键作用。

62. 由于上述原因，对于转让特许权公司股份的限制最好只局限于某些特殊情况，即出于公共利益的原因，在不得已的情况下才施加这种限制。例如，会有这么一种情形，缔约当局或另一政府机构把公有资产托付给了特许权实体（见第 23 段），或者特许权实体得到了政府的贷款、补贴、股本或其他形式的直接政府支助（见第二章，“项目风险和政府支助”，_____）。在此种情况下，缔约当局对于妥当使用公共资金的责任要求得到保证，确信那些资金和资产托付给一个可靠的公司，而由初始的投资者在一段合理的时限内仍然承担责任。有理由对特许权公司的股份转让施加限制的另一种情况是，缔约当局出于某种利益，需防止把股份转给某些特定的投资者。例如，缔约当局也许希望控制购买公共服务提供者的控股，以避免在自由化的部门中形成寡头垄断或垄断局面（见“导言和私人融资基础结构项目的背景资料”，_____）。或者，如果是诈骗了政府部分财产的公司，也许不应该再让它转给另一家公司，重新获取补贴。

63. 对于这些例外的情况，最好是要求初始的投资者在转让他们的股权之前，先应获得缔约当局的同意。应在项目协议中写明，此种同意不得无理地拒绝或过份拖延。为了透明度的目的，最好是在法律中提出可以取消批准的理由，并要求缔约当局在每次拒绝批准时都具体陈述理由。施加此种限制的合宜时限（例如适用于项目的某一特定阶段或是适用于整个特许期）也许应视具体情况逐个加以考虑。在某些项目中，也许可以在设施完工之后即放松此种限制。还可以在项目协议中明确指明，如果有此种限制的话，它是否适用于特许权实体中任何股份的转让，或者缔约当局的关切只侧重于某一特定投资者（例如某一建筑公司或是设施的设计者），所施加的限制只在建筑阶段有效，或延续更长一段时间。

8. 项目协议的期限

64. 有些国家的法律载有具体条款，规定基础设施的特许权期限不得超过若干年。有些法律对多数基础结构项目作出一般限制，而对特定基础结构部门的项目作出特别的限制。有些国家只对某些基础结构部门规定最大限度的期限。

65. 一个项目协议的有效期应以多长为宜，可取决于一系列因素，例如，设施的运营寿命；需要多长时间内提供该服务；项目所涉资产的估计使用寿命；项目所需技术的变化程度；特许权实体偿还债务和摊还原始投资所需的时间。由于对基础结构项目的期限难以确定单一的法律限制，因此，似可考虑在法律中规定某种办法，使缔约当局得到某种灵活性，视具体情况谈判确定有关项目的合宜期限。

66. 为达到这种结果，有些法律规定了对所有特许权都适用的一个最大限度的期限，而并不具体规定多少年。有时，法律只指明在确定特许权有效期时应考虑到的因素（例如需由特许权实体作出投资的性质和数额，有关的特定设施和安装设备通常的投资摊还期）。某些涉及具体项目或部门的法律则规定二者兼顾的办法，要求项目协议中规定在某一期限终了时特许权即告期满，或规定一旦特许权实体全部清偿了债务并已达到某一收入水平、生产水平或使用水平，以最早发生者为准，特许权即告期满。

67. 不管怎样，在认为有必要规定法律期限时，应当定出一段足够长的时限，使特许权实体得以全部清偿债务而且获得合理的利润。此外，似应允许缔约当局在某些特殊情况下，考虑到投资数额及所需的摊还期，同意定出更长的特许权期限，但必需经过特殊的批准程序。

* * *