



大会

Distr.
GENERAL

A/CN.9/458/Add.8
10 March 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

第七章. 管辖法律

目 录

	段	次	页	次
立法建议	1-3		3	
立法建议的说明	1-63		4	
A. 概述	1-2		4	
B. 管辖项目协议和有关合同的法律	3-8		4	
1. 管辖项目协议的法律.....	4-5		4	
2. 管辖特许公司签订的合同的法律.....	6-8		4	
C. 其他有关的立法领域	9-58		5	

目 录 (续)

	段 次	页 次
1. 投资的促进和保护.....	10-11	5
2. 产权法	12-14	5
3. 征用土地的规则和程序.....	15-16	6
4. 知识产权法	17-21	6
5. 物权担保	22-30	7
6. 公司法	31-34	8
7. 会计方法	35	9
8. 合同法	36-37	9
9. 政府合同规则和行政法.....	38-41	9
10. 破产法	42-44	10
11. 税收法	45-50	10
12. 环境保护	51-54	11
13. 消费者保护法	55	12
14. 反贪污措施	56-58	12
D. 国际协定	59-63	12
1. 多边金融机构的成员地位.....	60	12
2. 关于便利和促进贸易的一般协定.....	61	13
3. 关于特定产业的国际协定.....	62-63	13

立法建议

1. 管辖项目协议的法律(见第 4—5 段)

1. 东道国也许要制订条款,适当表明适用于项目协议的法律或规章以及排除适用的那些法律和规章。

2. 管辖特许公司签订的合同的法律(见第 6—8 段)

2. 东道国也许要考虑颁布法律条款,承认特许公司及其放款人、保险人和其他合同伙伴可自由选择管辖其合同关系的适用法律。

3. 其他有关的立法领域(见第 9—58 段)

3. 东道国也许要考虑审查并酌情修订与私人融资基础结构项目有关的其他领域的法律规则(投资的促进和保护、产权法、征用土地的规则和程序、知识产权法、物权担保、公司法、会计方法、合同法、政府合同和行政法的规则,破产法,税收法,环境保护和消费者保护法以及反贪污措施)。

立法建议的说明

A. 概述

1. 东道国有关法律的发展阶段、它的法律制度的稳定性和使私人当事方得到充分的补救手段，是私人融资基础结构项目全面法律框架必不可少的内容。通过审查和酌情修改与私人融资基础结构项目直接有关的领域的法律，东道国将确保为私营部门对基础结构投资创造有利环境作出重要贡献。法律上的更大确定性和有利的法律框架将使放款人和项目主办人对国家风险作出较好的评价。这会对调动私人资本的费用产生积极影响并减少政府给予支助或担保的必要性(见第二章，“政府支助”，—)

2. B 节叙述选择管辖项目协议和特许公司在项目存活期签订的其他合同的法律问题(见第 3—8 段)。C 节指出东道国某些方面的法律虽然不一定是直接针对私人融资基础结构项目的，但可能会对它们的实施产生影响(见第 9—58 段)。D 节表明有几项国际协定可能与在东道国实施的私人融资基础结构项目有关(见第 59—63 段)。

B. 管辖项目协议和有关合同的法律

3. 管辖项目协议的法律规定在关于私人融资基础结构项目的国内法律中往往是找不到的，在它们出现的地方，它们通常只是规定应执行东道国的法律，一般性地提及国内法或者提及适用于项目协议的特别法律或规章。某些法律体系可能暗示应由东道国法律管辖，甚至根本不提及这种内容的法律条款。关于适用特许公司签订的合同的法律规定在国内立法中似乎更少了，这一点在下文讨论。

1. 管辖项目协议的法律

4. 管辖项目协议的法律一般包括东道国与私人融资基础结构项目直接有关的法律和规章中所载的规则，如果存在这方面的具体立法的话。这些法律的要点在《指南》的前几章里已经讨论过了。正如前面已经指出过的(见第一章，“一般性立法考虑”，—)，在某些国家，项目协议可能要遵守行政法，而在其他国家，项目协议可能要由私法管辖(也见第 38—41 段)。支配的法律还包括适用于基础结构项目实施期间出现的各种问题的其他法律领域的法律规则(见第 9—58 段)。这些规则中的有些规则可能具有行政法或其他公法的性质，它们在东道国的执行可能是强制性的，如环境保护措施与卫生和劳动条件。有些国内法明确指明了要遵守强制规则的事项。然而，项目协议或设施运营所产生的一些问题，也许不是具有公法性质的强制性规则的主体。由项目协议产生的大部分合同问题一般都是这种情况(例如，合同的订立、有效性和违反，包括违反合同和非法终止的责任和赔偿)。

5. 虽然法律中不可能详尽无遗地列出与私人融资基础结构项目直接有关或具有附属关系的全部法规或规章，但是为了澄清问题，法律中似宜说明那些直接适用于实施私人融资基础结构项目的法规和规章，并酌情说明不适用的法规。

2. 管辖特许公司签订的合同的法律

6. 特许公司及其承包商常常选择他们熟悉的，而且他们认为适用于其合同所涉问题的法律。根据合同的种类会产生关于管辖法律条款的不同问题。例如，对于特许公司签订的融资协议，放款人很可能要求以某个法域的法律作为管辖法律，因该法域拥有一套关于国际金融交易的确定法律。可能与外国公司签订设备供应合同和其他合同，签约双方可能希望选择它们知道的法律，以便为例如设备故障或设备不符合要求等问题提供一种适当的担保体制。而特许公司则可能同意对其与当地客户签订的合同适用东道国的法律。

7. 国内法很少载有管辖特许公司签订的合同的条款。有几个国家的法律限制对国内法未作规定的问题适用外国的法律，或者规定选择外国法律要经订约当局批准。然而，多数国家认为并没有令人信服的理由对适用特许

公司与其承包商之间的合同的法律作出规定，而宁愿按合同中的法律选择条款或适用的法律冲突规则解决这个问题。

8. 在有些情况下，国内立法中已经酌情作出规定，明确说明特许公司与其承包商之间签订的合同受私法管辖，承包商不是订约当局的代理人。此类规定在有些国家可能会产生一些实际后果，如订约当局对分包商的行为不负附带赔偿责任，或者负责的公共实体没有义务对分包商的雇员与工作有关的伤病和死亡进行赔偿。

C. 其他有关的立法领域

9. 除了具体涉及私人融资基础结构项目的立法问题之外，一个有利的法律框架还需要其他立法领域制定支持条款。有了促进和保护私人对经济活动投资的法规，将会鼓励私人对基础结构的投资。以下各段仅举出了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。在这些其他领域中存在完备的法律条文，可能有利于促成一些执行基础结构项目所必需的交易，有助于减少在东道国投资的预期法律风险。

1. 投资的促进和保护

10. 项目联营集团和放款人特别关心的一个问题是东道国对外来投资提供多大程度的保护。例如，确保未按照国际法规定经过司法复审和给予适当的补偿，不得将财产收归国有或剥夺财产，可以增强投资者对东道国的信心。参与项目联营集团的项目主办人还关心它们能否把项目所需的合格人员派往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；能否获得必要外汇；以及能否把它们的利润或者偿还公司为实施基础结构项目所借贷款所需的款项转移到国外或汇回本国。除了政府可能提供的具体保证以外(见第二章，“政府支助”，一)，制订促进和保护投资的法律对私人融资基础结构项目可能起重要作用。对于已经制定了适当的投资保护法的国家来说，似可考虑把这种法律中所规定的保护明文扩大到对基础结构项目的私人投资。

11. 越来越多的国家签订了旨在便利和保护缔约双方间投资流动的双边投资协议。投资保护协议通常载有以下条款：外国投资的允许进入和待遇；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划拨或汇回本国；保护投资不被国家征收或收归国有；以及投资纠纷的解决。所在国与起源国或项目主办人国家之间是否订有此种协议，对它们作出在东道国投资的决定可能起重要的作用。视其规定的条件，此种协议可能减少政府针对个别基础结构项目提供保证或保障的必要性。

2. 产权法

12. 东道国的产权法似应反映出可以接受的现代标准，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的适当规定，并确保特许公司能够酌情购买、出售、转让和通过许可证方式准予使用此种财产。人们已经发现，保护产权的宪法条款是许多国家促进私人投资的重要因素(也见第一章“一般性立法考虑”，一)。

13. 如果特许公司拥有了建造设施的土地，务必通过适当的登记和公布程序明确无误地确立土地的所有权。特许公司和放款人将需要得到明确的证据，证明土地的所有权不会发生争议。因此，如果东道国的法律未提供证明土地所有权的适当手段，他们不会愿意对项目投入资金。

14. 还必须提供有效的机制，用以依法执行授予特许公司的产权和拥有权，防止第三方侵权。此外，还应把强制执行的范围扩大到特许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方面(例如在私人地产上架设电线杆和铺设线缆以保证供电)(见第四章，“项目协议”，一)。

3. 征用土地的规则和程序

15. 在东道国政府负责提供执行项目所需的土地时，可以向土地拥有人购买土地，必要时也可以按《指南》中谈到的程序在支付适当补偿的情况下强制性得到土地，即“征用土地”（见第四章，“项目协议”，—）。许多国家都有关于征用程序的法规，私人融资基础结构项目所需的土地，可适用此种法规强行获取。

16. 征用程序往往分行政阶段和司法阶段，可能漫长而复杂。因此，东道国政府可能要审查为了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快速和具有成本效益的程序，同时适当考虑到所有人的权利。特别重要的是，要使东道国政府能够在法律允许的情况下，尽早取得产权，避免延误开工和增加项目成本。

4. 知识产权法

17. 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利信息，受到版权保护。因此，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东道国或开发独创的解决办法时，都需要得到保证：它们的知识产权将得到保护，它们将能针对侵权行为行使这些权利。

18. 遵守关于保护和登记知识产权的国际协定，即可提供保护知识产权的法律框架。根据 1883 年的《保护工业产权巴黎公约》¹ 等文书加强对知识产权的保护是可取的。这项《公约》适用于最广义的工业产权，包括发明、商标、工业产品设计、实用新型、商品名、地理标志和制止不公平竞争。这项《公约》规定，关于保护工业产权，每个缔约国必须授予国民待遇。它还规定了专利、商标和工业产品设计的优先权，并确定了所有缔约国都必须遵守的关于专利、商标、工业产品设计、商品名、产地标记、不公平竞争和本国行政管理的几条共同规则。1970 年的《专利合作条约》进一步提供了国际专利保护框架。有了这项《条约》，人们就有可能通过提出国际专利申请，同时也在许多国家中谋求对一项发明的专利保护。

19. 为工业产权提供国际保护的其他重要文书是 1891 年的《商标国际注册马德里协定》²、1989 年的《与马德里协定有关的议定书》和 1998 年的《马德里协定和与马德里协定有关的议定书规定的共同条例》。《马德里协定》规定，商标(商标和服务业标志)在世界知识产权组织(知识产权组织)国际局进行国际注册。根据《马德里协定》的规定，进行了国际注册的商标在若干国家，将来可能在所有缔约国(原产国除外)有效，此外，1994 年的《商标法条约》简化和统一了申请商标注册、注册以后改动和展期的程序。

20. 在工业产品设计方面，1925 年的《工业品外观设计国际保存海牙协定》³规定，工业产品设计的国际保存处为知识产权组织国际局。在申请人指定的每一个缔约国，国际保存处具有同样效力，就好像申请人已符合国内法规定的提供保护所需的一切正式手续，又好像那个国家的办事处已经完成了为此目的规定的一切行政行为。

21. 除了上述文书，还有规定国际分类的条约，如 1971 年的《斯特拉斯堡国际专利分类协定》、1957 年的《商标注册用商品与劳务国际分类尼斯协定》、1973 年的《关于订立标志图案国际分类的维也纳协定》和 1968 年的《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》。

¹ 1900 年 12 月 14 日修订于布鲁塞尔，1911 年 6 月 2 日修订于华盛顿，1925 年 11 月 6 日修订于海牙，1934 年 6 月 2 日修订于伦敦，1958 年 10 月 31 日修订于里斯本和 1967 年 7 月 14 日修订于斯德哥尔摩；并于 1979 年 10 月 2 日修正。

² 1900 年 12 月 14 日修订于布鲁塞尔、1911 年 6 月 2 日修订于哥伦比亚特区华盛顿、1925 年 11 月 6 日修订于海牙、1934 年 6 月 2 日修订于伦敦、1957 年 6 月 15 日修订于尼斯和 1967 年 7 月 14 日修订于斯德哥尔摩。

³ 还有 1961 年的《摩纳哥增订法》、1979 年 9 月 28 日修正的 1967 年《斯德哥尔摩补充法》和 1998 年的《工业品外观设计国际保存，海牙协定规定的条例》。

5. 物权担保

22. 私人融资基础结构项目成功的关键在于有一个向放款人提供可靠担保的国内法律制度。可以作抵押的资产种类和可能设定的物权担保种类，因法律制度而异。由于涉及物权担保法的法律制度之间差别很大，本《指南》不详细讨论必要立法的技术细节，以下各段仅仅一般性地概述进行有担保交易的现代法律制度的主要内容。

23. 在某些法律制度中，包括知识产权在内的几乎所有种类的资产都可以设定物权担保，而在另一些制度中，物权担保只能以种类有限的资产如地产和建筑物来设定。在有些国家，可以对尚不存在的资产(未来的资产)设定物权担保。可以用一家公司的全部资产作担保，同时又允许该公司继续在日常业务中处理那些资产。有些法律制度规定物权担保是非占有的，这样就可以用资产作抵押而担保人不实际占有资产；在其他制度中，关于那些不受所有权登记制度约束的资产，可能只能通过实际占有或推定占有作担保。在某些制度下，实施物权担保无需法院参与，而在其他制度下，物权担保可能只能通过法律程序来实施。有些国家规定可强制执行补救措施，其中不仅包括出售资产，而且使得有担保放款人能够通过占有资产，或是通过指定一个财产接管人经营资产；在其他国家，经法院决定的强制出售可能是主要强制执行手段。在某些制度下，若干类担保将排在优先债权人的前面，而在其他制度下，优先债权人则排在各类担保的前面。在某些国家，设定物权担保具有成本效率，应缴的费和税最少，而在其他国家，那可能是很费钱的。在有些国家，提供担保的数量的价值可能是没有限制的，而在其他国家，与所欠债务相比，担保品的价值再高也不算过份。有些法律制度规定，有担保放款人在强制执行担保权益时对债务人和第三方承担义务，如按公平的市场价值出售资产。

24. 特许公司或其股东提供的担保的类型和范围，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，其中包括对特许公司的有形资产的固定担保(如抵押或固定费用)、特许公司的质押股票以及转让项目的无形资产(应收款)。虽然贷款协议通常要受缔约方选择的支配法律的限制，但是在大多数情况下，东道国的法律将决定哪类担保可以针对在东道国境内的资产强制执行，以及可以利用哪些补救措施。担保种类的差别，或者按东道国法律在可利用的补救措施方面的局限性，可能是使潜在放款人感到不安的原因。因此，重要的是要确保国内法为有担保债权人提供适当的法律保护，同时不妨碍当事方作出适当的担保安排。

25. 基本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接受这一财产时应受到此种担保的限制。要这样做可能是困难的，因为许多国家根本就没有所有权中心登记处。此外，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，有担保债权人应当享有优先于无担保债权人的索偿权。

26. 另一个重要方面涉及给予当事各方某种灵活性来确定作为担保的资产。在确定可以作为担保的资产方面有些法律制度给予当事方以广泛的自由。在有些法律制度下，可以用企业的全部资产作担保，这样就可以把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，同时可增加有担保债权人挽回的损失。然而，其他一些法律制度只允许以某些单项资产作为担保，不承认包括债务人全部资产的担保。对于债务人以抵押的货物进行交易，可能也规定了一些限制。诸如此类限制和约束的存在，使得债务人难以甚至根本无法用一般所说的资产或者用普通商业过程中进行交易的资产作为担保。

27. 鉴于私人融资基础结构项目的长期性，当事各方可能希望能对当作担保的资产具体地或一般地加以确定。他们可能还希望此种担保包括现在的资产或未来的资产，以及在担保期内可能发生变化的资产。审查关于物权担保的现行规定，以便包括一些使当事各方能够商定适当担保安排的规定也许是可取的。

28. 正如在前面所表明的(见第四章，“项目协议”，一)，与某些私人融资基础结构项目有关的另一种典型的担保形式，是把特许公司从其客户合同中所获得的收益转让给放款人。这些收益可以是单项合同(例如某个电力分配实体的购电承诺)的收益，也可以是许多个别交易(例如煤气单或用水单的每月付款)的收益。在大多数情况下，要特许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，在各种法律制度中

可能仍有许多不明确的地方。

29. 迄今为止，国际政府间机构尚未就制订国内担保法律拟订出全面统一的制度或模式。然而各国政府最好把各组织目前正在进行的工作考虑进去。

30. 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《有担保交易示范法》为制订现代物权担保法作了示范。除了关于谁能设定和谁能接受担保权益的一般性规则，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《有担保交易示范法》还涉及其他事项，如担保权益的设定、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《示范法》中提出的解决办法旨在实现上文第 24-29 段所讨论的目标。

【请委员会注意：还将适当提及目前国际合同惯例工作组正在制订的《应收款融资转让公约》草案以及其他国际倡议(例如美洲国家组织在筹备第六次美洲国际私法会议的范围目前正在审议的《美洲有担保交易示范法》草案和统法社的《移动设备国际权益公约》草案)。】

6. 公司法

31. 在大多数新基础结构的开发项目中，项目主办人将成立项目实体作为在东道国的一个单独的法律实体(见第四章，“项目协议”，一)。人们认识到，在不同的国家，项目实体可以采取各种形式，可能不一定是公司。由于大多数项目实体选择公司形式，东道国有适当的公司法就特别重要，这种公司法应列有关于成立手续、公司管理、股票发行及其出售和转让、会计和财务报表及对小股东的保护等重要事项的现代条款。此外，承认投资者可以成立单独的实体充当筹资和支付资金的专门工具，可能有利于项目融资交易的结帐(见第四章，“项目协议”，一)。

32. 虽然可以采用各种公司形式来组成项目经营实体，但是一个共同特点是，特许公司的所有人(或股东)将要求把他们的赔偿责任限于其在公司资本中的股份的价值。如果打算由特许公司公开发行股票，那么有限赔偿责任是必要的，因为未来的投资者通常只为了投资价值而购买股票，而不会密切参与特许公司的经营。因此，东道国法律对股东赔偿责任的限制作出适当规定是很重要的。此外，对商业公司发行债券、公司债券或其他证券作出适当规定，将使特许公司能够在证券市场上获得投资者的资金，这样就有利于为某些基础结构项目筹措资金。

33. 法律应当确立特许公司的董事和管理人员的责任，包括刑事责任的基础。它还可规定保护因任何违反公司责任而受影响的第三方。现代公司法往往载有一些关于管理人员行为的具体规定，以免发生利益冲突。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，为自己或为任何其他他人谋取经济利益。对于基础结构项目，限制公司管理人员的利益冲突的规定可能特别适用，因为特许公司可能希望在项目的某个阶段聘用它自己的股东完成它的工程或提供相关的服务(见第五章，“基础结构的开发和运营”，一)。

34. 对于股东会议和公司管理机构(例如董事会或监事会)会议来说，法律对决策过程作出适当规定是很重要的。保护股东权利，尤其是保护小股东的利益不受控股者或大股东侵害，是现代公司法的重要内容。解决股东中间的纠纷的机制也极为重要。承认这样一点是有用的，即股东们有权通过它们之间的协议或者通过与特许公司的董事们签订的管理合同，介入与特许公司的管理有关的其他一些事项。

7. 会计方法

35. 在若干国家内，法律规定公司必须实行公认的会计方法。其原因有，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。使用国际公认的现代会计方法可有助于确保特许公司为筹措资金而发行的债券和其他证券在国际市场上销售。对于特许公司的选择，使用标准的会计方法还有助于完成对投标者

的财务状况进行估价的任务，以便确定它们是否达到订约当局规定的预选标准（见第三章，“特许公司的选定”，——）。对公司的利润进行审计也绝对需要采用标准会计方法，这是管理机构实行税率结构和核查守法情况所需要的（见第五章，“基础结构的开发和运营”，——）。

8. 合同法

36. 东道国合同法对于特许公司与分包商、供货商和其他当事方签订的合同起着重要作用。国内商业合同法应为特许公司及其缔约方的需要提供适当的解决办法，包括灵活拟定为基础结构设施的建设和经营所需的合同。除了适当的合同法的一些基本内容外，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及对违反合同行为的适当补救，东道国法律还可为私人融资基础结构项目可能作出的合同安排提供方便，为这些项目创造有利的环境。考虑到特许公司签订的合同可能包括一些国际因素，拥有一套国际私法的适当规则也是重要的。

37. 如果是建设一个新的基础结构，特许公司可能需要进口大量物资和设备。东道国的法律如载有特别适用于国际销售合同的规定，这将有利于确保这些交易的法律确定性。遵守《联合国国际货物销售合同公约》（维也纳，1980年）⁴或涉及特定合同的其他国际文书，如国际统一私法协会（统法会）编写的统法会《国际金融租赁公约》（渥太华，1988年）⁵，可提供一个特别适合的法律框架。

9. 政府合同规则和行政法

38. 在属于民法传统或受民法传统影响的许多法律制度中，公用服务的提供可能要受一些称作“行政法”的法律的管辖，这种法律管辖广泛的政府职能。这种制度按这样的原则运作，即政府可以通过行政行为或行政合同行使其权力和职能。人们还普遍知道，另一种方式是，政府可以根据管辖私人商业合同的法律签订私人合同。这两种合同之间的差别可能是很大的。

39. 根据行政合同的概念，私人合同当事方享有的自由和自主权服从于公众利益。在某些法律制度下，政府有权为了公众利益终止行政合同（见第六章，项目期限的结束、延长和终止”，——）或者修改合同范围和条款，这样做通常要赔偿私人缔约方所遭受的损失（见第五章，“基础结构的开发和运营”，——）。其他权利可能包括广泛的监督和检查权，以及对于不执行合同的私人经营者实行制裁的权利。为了保持平衡，常常规定可以对合同作出其他必要修改，以便恢复当事方之间原来的财务平衡，保持合同对私人缔约方的总值（见第五章，“基础结构的开发和运营”，——）。在有些法律制度下，政府合同产生的纠纷要受专门受理行政事项的特别法庭专属管辖权的管辖，在有些国家，这种法庭独立于司法系统（见第八章，“争端的解决”，——）。

40. 对基础结构经营者和公用事业提供者实行特别法律制度的并不限于上文谈到的法律制度。虽然在受普通法传统影响的其他法律制度中，行政合同和私人合同之间没有这样明确的区分，但用不同的手段可以取得类似的结果。尽管在这种法律制度下，人们往往认为，使政府受普通私法约束能够最有效地维持法治，但是人们普遍承认，行政机关主权职能的行使不能受合同的束缚。在履行这些影响公众利益的政府职能时，它决不能妨碍其履行未来的行政权力。根据在一些依普通法的管辖权中实行的主权行为原则，如果政府作为最高统治者为了公众利益颁布阻止执行合同的法律、规章或命令，那么，作为承包人的政府可以不执行合同。因此，法律可以允许政府机构干预既定合同权利。这种行动通常是有限的，变化不致于大到使得其他当事方无法公平适应。在这些情况下，私人当事方一般有权得到某种补偿或公平的调整（见第五章，“基础结构的开发和运营”，——）。

⁴ 《联合国国际货物销售合同公约会议正式汇录，1980年3月10日至4月11日，维也纳》（联合国出版物，出售品编号：E.82.V.5），第一部分。

⁵ 《通过统法会关于国际保理公约草案和国际金融租赁公约草案外交会议的文件和会议记录，渥太华，1988年5月9日至28日》，第一卷。

由于预料到有这种可能性，所以在某些国家，政府合同里包括一个标准“修改”条款，使得政府能够单方面改变条件，或者规定因某种干预性主权行为而作出修改。

41. 在那些法律制度中，由于是为了公众利益，政府机构享受特权是合理的。然而，人们承认，政府的特权，尤其是单方面改变合同条款的权力，如果使用不当，可能对政府承包人的既定权利产生不利影响。由于这个原因，具有私人参与基础结构项目的既定传统的国家制订了一系列控制办法和补救措施，来保护政府承包人不受政府机构专横或不当行为的损害，如利用公平解决纠纷的机构和就政府不当行为支付充分赔偿的计划。如果没有这种性质的保护，潜在的投资者就可能认为规定政府机构享有特权的法律规则是一种无法正确估量的风险，因而可能使他们不在某些管辖区域内投资。为此，一些国家审查了其关于政府合同的法律，以便提供促进私人投资所需的那种保护，废除那些使人对基础结构项目所需的合同长期稳定性感到忧虑的规定。

10. 破产法

42. 经营基础设施或提供公共服务的公司发生破产会引起一系列问题，因此，一些国家制定了应付这些情况的特别规则，包括使东道国政府能采取必要措施确保项目的连续性的规则（见第六章，“项目期限的结束、延长和终止”，—）。提供服务的连续性可以通过建立规定挽救经济上有活力但面临经济困难的企业的法律框架来实现，如进行改组和采取类似程序。如果启动破产程序不可避免，那么有担保放款人将特别关心有担保的债权的规定，尤其是关于有担保债权人在破产程序启动后是否仍可取消对抵押品的赎回权，在使用抵押品收益偿还债务时，有担保债权人是否有优先偿还权，以及对有担保债权人的求偿权如何划分等级。正如上文所指出的，特许公司很大一部分债务采取“优先”贷款的形式，放款人要求债务的偿还先于特许公司附属债务（见“导言和关于私人融资基础结构项目的背景资料”，—）。放款人能在多大程度上实施这些从属安排，取决于在破产程序中指导划分债权人等级的国家法律的规则 and 规定。在法律承认当事方对确定不同类别贷款在合同中的主次地位享有自主权，可能有利于基础结构项目的融资。

43. 法律应当对以下问题作出规定：债权人的等级划分问题；破产管理人和债权人之间的优先顺序问题；破产债务人改组的法律机制；在特许公司破产时旨在确保公共事业的连续性的特别规则；以及关于避免债务人在破产诉讼即将开始时进行交易的规定。

44. 特许公司破产涉及可能不只一个国家的债权人或者影响到存在于不只一个国家的资产。因此，东道国似宜有适当的规定便于进行司法合作，让外国破产管理人介入庭审和承认外国破产程序。希望颁布此类法律的国家似可使用的一个适当范本是《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

11. 税收法

45. 除了在东道国或许普遍实行的或者专门对私人融资基础项目实行的可能税制刺激（见第二章，“政府支助”，—），东道国的一般税收制度对私营公司的投资决定起重要作用。除了评估税收对项目成本和预计利润率的影响外，私人投资者还要考虑其他一些问题，如国内税收制度的总体透明度、税务当局行使的自由裁量权的限度、印发给纳税人的准则和指示的明确性以及计算应缴税款的标准的客观性。这件事情可能很复杂，在那些已把确定或增加税收或实施税法的权力下放的国家尤其如此。

46. 税制稳定对于私人融资基础结构项目的成功至关重要。许多项目在很大程度上是举债经营，要求能够预知现金流量。不可预见的税收变化会减少这种现金流量，这对项目可能产生严重后果。在整个项目期内，税收涉及的一切潜在问题都应当是随时可以评估的。在有些国家，为了保证与项目相关的税制的稳定性，允许政府同投资者签订此种保证。然而，政府可能受宪法或政治原因的限制，无法提供这种保证，在这种情况下，当事各方可以针对因税收变化使成本增加问题而商定赔偿或修改合同办法。（也见第五章，“基础结构的开发和运营”，—）。

47. 大多数国家的税制属于三大类中的一类。一个办法是实行税收扣除的世界范围征税，即在任何地方所赚

的一切收入都在本国上税，通过采用扣除外国税收制度避免双重征税；本国税收中扣除已在外国缴纳的税款。如果投资者的本国采用这种办法，那么投资者的纳税责任可能和本国的纳税责任一样。如果征税办法不同，那么已在外国纳税的国外收入在投资者本国可以免税。如果采用领土办法，那么国外收入在本国全部免税。本国实行后两种税收制度的投资者可以从本国的免税期和较低的税率中获益，但是这种税款减免不会对位于避税地的投资者形成什么刺激。

48. 参与项目的各当事方对于潜在的纳税责任可能有不同的忧愁。投资者通常关心的是在东道国赚取的利润的纳税问题，付给承包商、供应商、投资人和放款人的款项的纳税问题，以及特许公司结业清理时任何资金收益（或损失）的纳税待遇。投资人可能会发现，根据其本国的税制应予减税的付款（如用于支付借款利息的款项、调查费、投标费和外汇损失）在东道国可能不予减税，反之亦然。由于只有国外所得税能享受外国税收扣除，投资人需要确保在东道国缴纳的任何所得税都符合其本国税务当局的所得税定义。同样，在东道国的特许公司就税收目的而言在本国可能被当作一种不同的实体。资产成为政府财产的项目，根据本国的法律，可能不得扣除折旧税。

49. 涉及外国投资的私人融资基础结构项目的一个特别问题是，参加项目联营集团的外国公司有可能受到双重征税，即在自己本国和在项目东道国，其利润、专利权使用费和利息都要纳税。纳税的时间和缴纳预扣抵税的规定也能产生问题。一些国家已通过签订双边协定来消除或至少减少双重征税的负面影响。如果东道国和项目主办人本国之间订有这种协定，常常有利于其税收考虑。

50. 最后，需要考虑的是所有税收加在一起的积累效应。例如，可能不只一个级别的税务局向项目征税；除了国民政府的征税以外，特许公司还可能面临省或市的征税。除了缴纳所得税以外，可能还要缴纳某些赋税，这些税往往在特许公司赚得任何收入之前就要缴纳。它们包括营业税、增值税、财产税、印花税和进口税。另一方面，有时也可以作出实行税款减免的特别规定。

12. 环境保护

51. 环境保护涉及各种各样的问题，从处理废物和危险物质到因建设大型项目的用地而重新安置住户。人们普遍认识到，保护环境是可持续发展的极其重要的先决条件。遵守有关保护环境的条约也许有助于加强国际环境保护制度。在过去的几十年里，为确定共同的国际标准，已经拟订了许多国际文书。其中包括 1992 年联合国环境与发展会议通过的《21 世纪议程》和《关于环境发展的里约宣言》；《世界大自然宪章》（大会 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议；1989 年的《管制有害废物越界移动及其处置的巴塞尔公约》；1991 年的《关于在越界情况下环境影响评估的公约》；以及 1992 年的《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》。

52. 环境保护法可能对基础结构项目在各级的实施工作产生直接影响，环境问题是产生纠纷的最常见根源。环境保护法可包括各种要求，如各环境当局的同意、证明并无未了结的环境赔偿责任、保证遵行环境标准、承诺对环境遭到的破坏进行补救以及发布有关的通知。这些法律往往规定开展业务活动要事先获得批准，对某些类别的基础设施来说（例如废水处理、废物收集、燃煤发电部门、电力输送、公路和铁路），这种审批可能特别严格。从事建筑工程或者安装某些有形结构往往要有批准书和许可证。不发给环境许可证可能是执行整个项目的一个无法克服的障碍。

53. 因此，似宜确保以下规定达到最大限度的明确性：关于环境当局可能进行的测验；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。特别重要的是保证申请人酌情采取快速上诉程序和司法补救措施的规定。在最后授予项目之前，尽量确定是否已达到发给这种许可证的条件也许更为可取。在有些国家，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适用环境标准的许可证。在其中有些国家，人们发现让民众代表参加促成颁发环境许可证的审理程序是有益的。法律还可确定处罚的范围，并具体说明哪些当事方要对破坏环境负责任。

54. 特许公司接手一个现有的基础设施时，尤其是如果尚未澄清在私有化之前该国有工业所造成的环境破坏

责任时，按东道国环境法的规定可能会出现进一步的问题。如果将来可能被要求补偿或补救现有基础设施或公用事业在私有化之前造成的环境破坏，那么私人投资者有可能不愿意接手这样的基础设施或购买这种公用事业的股票。因此，似宜建立对私人投资者因在政府经营期间造成环境破坏而承担的责任进行补偿的机制。

13. 消费者保护法

55. 一些国家拥有消费者保护法的特别规则。消费者保护法的结构和实质内容在各国之间有很大的差别。尽管如此，消费者保护法往往包括这样一些规定，如提出索赔和强制执行合同权利的有利时限；解释其条款通常未与消费者谈判的合同(有时称作“标准格式合同”)的特别规则；扩大有利于消费者的保证；特别终止权；利用简化的解决纠纷诉讼手续；或者其他保护措施。从特许公司的角度出发，重要的是考虑东道国的消费者保护法是否会限制或妨碍特许公司强制行使例如以下权利：收取所提供服务的费用、调整价格或者对于不支付服务费的客户中断服务。

14. 反贪污措施

56. 采取措施在政府合同的管理中打击贪污腐败，也会改善在东道国投资和经营业务的环境。应审查关于订约当局行使职能和监测涉及公款的合同的规则，如果未拟订这种规则，应当制订和颁布适当的法律和条例，确保所需的透明度和公正性。简明和一致性，取消那些拖延行政程序或使之十分烦琐的不必要程序，是在这方面要考虑的其他因素。

57. 采取有效具体行动打击各种形式的贪污、行贿和有关的非法行为，尤其是有效实施现行的禁止贿赂的法律，对于东道国是特别重要。

58. 制订法律，纳入有关确保公营企业廉正守法的国际协定和标准，可能是在这方面迈出的一大步。联合国大会的两项决议中载有重要标准：1996年12月12日的第51/59号决议通过了《公职人员国际行为守则》；1996年12月16日的第51/191号决议通过了《联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》。其他重要文书包括美洲国家组织于1996年在加拉加斯举行的审议美洲反贪污公约草案的特别会议上通过的《美洲反贪污公约》；和1997年在经济合作与发展组织的主持下谈判拟定的《打击在国际商业交易中贿赂外国政府官员的公约》。

D. 国际协定

59. 除了东道国的国内立法，私人融资基础结构项目还会受到东道国签订的国际协定的影响。下面简单讨论一下某些国际协定涉及的问题。

1. 多边金融机构的成员地位

60. 多边金融机构如世界银行、国际开发协会、国际金融公司、多边投资担保机构和各区域开发银行的成员地位可能在许多方面对私人融资基础结构项目产生直接影响。首先，东道国在这些机构中的成员地位一般是东道国的项目得到这些机构资助和担保的条件。其次，这些机构提供资金和担保书的规则一般载有与项目协议和特许公司通过谈判签订的贷款协议直接有关的各种条件(例如保证不以公共资产作抵押的条款以及为多边金融机构提供反担保)。最后，多边金融机构通常定有一些政策目标，并力求对它们支助的项目执行这些目标(例如遵守国际公认的环境标准；项目在其初始特许期之后的长期可持续性；选择特许公司和拨付贷款的透明度和公正性)。

2. 关于便利和促进贸易的一般协定

61. 已经通过谈判签订了一些多边协定来促进全球自由贸易。这些协定中尤其值得注意的是在关税及贸易总协定(关贸总协定)和后来的世界贸易组织(世贸组织)的主持下谈判签订的协定。这些协定可能载有促进贸易和便利货物贸易的一般规定(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)和关于促进互惠贸易的一般规定(例如禁止倾销和限制使用补贴)。一些具体协定旨在消除妨碍外国人在缔约国提供服务的障碍或者在政府采购中加强透明度和消除对供应商的歧视。这些协定可能关系到私人融资基础结构项目的国家法律,因国家法律有时规定限制外国公司参与基础结构项目,或者规定本国实体优先,或者规定供应品在当地市场采购。

3. 关于特定产业的国际协定

62. 作为《服务贸易总协定》一部分而进行的基础电信谈判中,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承诺。应当指出,世贸组织的所有成员国(甚至那些尚未作出具体电信承诺的成员国)都要遵守关于服务业的《服务贸易总协定》的一般规则,包括关于最惠国待遇、透明度、管理、垄断和营业活动的具体要求。世贸组织的电信协定为整个《服务贸易总协定》补充了针对具体部门和国家的承诺。通常的承诺包括开放各部分市场,其中包括语音电话、数据传输和各种增强服务,以便于竞争和外国投资。因此,世贸组织目前或未来成员国的立法者应当确保本国的电信法符合《服务贸易总协定》及其作出的具体电信承诺。

63. 国际一级另一项针对具体部门的重要协定是 1994 年 12 月 17 日在里斯本缔结并于 1998 年 4 月 16 日起生效的《能源宪章条约》,缔结这项条约是为了促进能源领域的长期合作。这项条约规定了各种商业措施,如发展能源材料和产品的公开竞争市场,为能源技术的转口、获取和转让提供便利。此外,这项条约还旨在避免市场变态和能源部门给经济活动造成障碍,促进资本市场的开放,鼓励资本流动,以便为材料和产品贸易融资。这项条约还载有关于促进和保护投资的条例: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,以及征用土地的补偿。
