



大会

Distr.: General

13 May 2003

Chinese

Original: English

联合国国际贸易法委员会

第三十六届会议

2003 年 6 月 30 日至 7 月 11 日*，维也纳

贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南增编草案

秘书处的说明**

政府和国际组织评论汇编

增编

目录

	页次
二. 评论汇编.....	2
A. 国家.....	2
1. 美利坚合众国.....	2

* 订正日期。

** 由于收到原始评论的时间晚，所以耽误了联合国国际贸易法委员会秘书处提交本增编的时间。

二. 评论汇编

A. 国家

1. 美利坚合众国

[原文：英文]

1. 以下是纽约市律师协会项目融资委员会关于贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南增编草案的评论。本报告经过了纽约市律师协会的核准。

介绍性评论

2. 立法指南所宣称的目的是“协助建立一个有利于私人融资基础设施项目的立法框架”（引言，第4段）。我们特意强调了“有利于”这个词，以强调说明，按最初的设想，《立法指南》将以均衡的方式建议制定将能吸引外国私人资本流向发展中国家的法律框架。

3. 总的说来，增编草案中保持了必要的平衡，但在某些地方我们觉得，具体措词偏离了为吸引外国私人资本提出积极建议的目标，而转向了对选择权或宗主国政府可能或不可能希望采取的措施的复述，似乎这是一个自由选择的问题。在下面讨论的某些方面，立法指南中所包含的、我们相信有利于吸引外国资本的积极建议被弱化了，增加了一些我们认为不利于这一目标的其他规定。

4. 我们在本备忘录第一部分中的评论将针对关于“基础设施的建造和运营”的立法指南增编草案中的那些条文，即增编草案第三部分。这里介绍了融资立法指南的主要条文。不过，我们注意到示范条文第1条“序言”中提到，只在透明、公平、可持续性和消除对外国私人资本的“不合理”限制的情况下吸引外国私人资本。我们认为如果第1个“鉴于”从句更符合“促进”的第二句和立法指南“导言”第4段，那么示范条文第1条就会更完善，因此建议第1个“鉴于”从句扩展如下：

“鉴于……[政府][议会]认为有必要确立有利于私人投资基础设施的立法框架；以及

鉴于……[政府][议会]认为有必要通过促进透明度、公平性和长期可持续性以及消除对私营部门参与基础设施投资、发展和运营的不合理限制，促进和便

利私人融资基础设施项目的实施；”

5. 我们在本备忘录第二部分中的评论针对关于“特许公司的选定”立法指南增编草案的那些条文，即增编草案第二部分。

6. 根据秘书处附函中提出的询问，我们赞成将增编案文作为一份单独文件保留，因为我们担心，将两份文件合并会使宗主国政府及其顾问出现一定的分歧和扩大全盘考虑的范围，因此最好将这些文件纳入最初的立法指南。在合并两份文件的时候会遗失许多内容。编制拟议的合并文件无疑会需要一些时间，而且应该为审查和评论留出充足的时间。

关于立法指南条文示范草案的评论

参考增编草案中的示范条文序号。

第一部分

7. 示范条文第 28 条“特许权合同的内容”若能提及有关特许权合同内容的各项示范条文，则会产生更好的效果。否则一些重要的示范条文就有可能成为次要条文。

8. 示范条文第 34 条，“财务安排”，删除了立法建议 47 和 48 的一些有用部分，我们认为，应该恢复这些内容。立法建议 46、47 和 48 要求特许公司能够收取费用或用户使用费（46），要求法律对定期或专门调整这类关税或费用的机制作出规定（47），要求授权缔约当局直接向特许公司支付替代或补充最终用户支付的服务费的权利（48）。这三项建议中只有建议 46 被采纳。但建议 47 和 48 在商业上非常重要，应该被采纳。

9. 相关的脚注 40 讨论了一些国家是如何处理有关价目控制的问题的。不过，文本未能提出吸引外国私人资本最佳办法。我们建议删除该脚注。

10. 示范条文第 35 条“担保权益”指出，限制规定可以适当地包含在项目协议中（见脚注 41），这种说法似乎在一些重要方面削弱了立法建议 49 中所包含的积极建议，包括特许公司是否应有权以它所拥有的项目资产、项目公司股份和应收款设立担保权益，不论法律有何相反的规定。这个问题可以通过删除“在……的情况下”子句和脚注 41 加以解决。

11. 示范条文第 39 条和第 40 条“对法规具体变化的补偿”和“特许权合同的修订”，比起建议 58 来，似乎较为宽松，因为示范条文 39 把特许公司有权因法律变化而获得补偿的情况限制在具体适用于基础设施的法律上，而且不再提及因经济或财政状况的变化而改变补偿条件的可能性。我们赞成立法建议 58 在这方面的措辞，因为它给当事人之间的谈判提供了更大的灵活性。

12. 示范条文第 42 条“特许公司的替换”不如立法建议 50 那么有用，因为在该草案中，当局“可以”而不是“应该”同出资实体商定替换特许公司的标准。对于这些项目的贷款者而言，这是一个重要的问题。我们赞成恢复从前的措辞。

13. 示范条文第 45 条“由特许公司提出终止特许权合同”似乎减少了由于示范条文第 28 (h) 和 (i) 笼统提到的那些订约当局的行为或疏忽特许公司终止合同的权利。相反，立法建议 64 (b) 段中允许特许公司因为订约当局的命令或行为、意外的情况变化或其他公共当局的行为而终止合同。应恢复这样的措辞。

14. 示范条文第 48 条“停业和移交措施”通过放弃补偿规定减轻了立法建议 66 的力度，建议 66 要求制订在项目协议期满或终止时就转移的资产向特许公司进行补偿的标准。我们认为，恢复这项规定可使该示范条文得到加强。

第二部分

15. 示范条文第 6 条“预选的目的和程序”可以改进，办法是将 3 (b) 中的措词“拟建设或翻修”后面加上“或经营”一语。

16. 示范条文第 8 条“联营集团的参加”可以改进，办法是不根据推测禁止一个失败的投标集团的成员参加另一个投标集团，不过，条件是应向所有当事人披露这一情况而且在其他方面可以接受，另外，任何投标人都不得同时是一个以上投标集团的成员。例如，一个投标人已经签约参加了一个无法获得所需资金的集团——但是现在希望加入另一个投标集团。这对所有相关当事人也许都有利。我们认为这一建议并非与立法建议 16 不相一致，但还是以有益的方式对它作了详细阐述。

17. 示范条文 12.2 (a)、(b) 和 (c) “投标担保”，在我们看来，与立法指南第三章第 62 段相比，在投标担保的丧失方面增加了建议的订约当局中补救方法。第 62 段只是说最好要求提议指明任何投标担保条款。该示范条文中关于投标担保丧失的扩充规定在我们看来考虑不周。例如，目前的一项规定授权在投

标人未能参加最后谈判（2（b）小段）或未能提出一个最佳和最终报价（2（c）小段）的情况下没收投标人的担保。我们认为如果投标人对谈好的交易出尔反尔，那么没收投标人的担保是完全恰当的（（d）和（e）提到的情况），但如果投标人不想提出一个“最佳和最终报价”，那么不应以丧失其投标担保相要挟迫使它这么做，也不应强迫它进入“最后谈判”。我们认为，这样的标准在这些项目常常漫长而复杂的谈判中缺乏足够的客观性，也许会对投标人参加投标的意愿产生不良的影响。

18. 示范条文第 17 条“最后谈判”最后一句话不在立法建议 27 中（但立法指南第 84 段中有类似的规定），并且，在我们看来，是不可取的。我们不明白为什么订约当局应禁止自己重新开始与一个以前被拒绝的投标人进行讨论。也许是因为这样一个投标人提出的是订约当局（一开始）认为“不合行情”的建议。但是，出于多种原因，订约当局可能无法完成与其他投标人的谈判，而希望同那些一开始被拒绝的投标人再试一试。

19. 示范条文第 24 条“谈判的保密性”规定与投标人的任何“通信”均应保密，这不在立法建议 36 之内。通过在第二个句子末尾加上“只有适当的例外”这句话可以很好地解决这个问题。

20. 示范条文第 28 条“特许权合同的内容”。在我们看来，还应该涉及以下几点：1）如果任何基础设施的公共用户不支付提供的商品/服务的费用，可以采用现有的强制执行机制；2）对需要修理的设施中未发现的缺陷的分担风险；以及 3）对将由特许公司经营或修复的设施中未发现的环境状况分担风险。业界人士已经注意到这些问题的重要性。

结论

21. 《立法指南》和增编将作为有用的工具，帮助地方政府及其顾问吸引外国私人资本投资基础设施项目。如果还能进一步开展这方面工作，我们认为把注意力放在基础设施部门或类型上会大有帮助，这样就可以提出更注重实际而较少关注程序和形式的建议。