



大会

Distr.: General
27 May 2013
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十六届会议
2013 年 7 月 8 日至 26 日，维也纳

今后可能在公私伙伴关系领域开展的工作

贸易法委员会公私伙伴关系学术讨论会的报告 (2013 年 5 月 2 日至 3 日，维也纳)

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1-5	2
二. 学术讨论会讨论摘要	6-71	2
A. 贸易法委员会在公私伙伴关系领域开展工作的需要	6-35	2
1. 自 2003 年以来在公私伙伴关系使用和管理方面的经验	6-18	2
(a) 公私伙伴关系的使用	6-9	2
(b) 公私伙伴关系的管理	10-18	3
2. 利用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的经验	19-22	5
3. 证明贸易法委员会应当在公私伙伴关系领域开展工作的具体因素	23-35	6
B. 贸易法委员会可能在公私伙伴关系领域开展的任何工作的范围	36-71	8
1. 贸易法委员会工作中应涉及哪种类型公私伙伴关系?	36-45	9
2. 管理公私伙伴关系的方法	46-55	10
3. 贸易法委员会的工作应采取何种形式?	56-64	12
4. 贸易法委员会在公私伙伴关系领域的工作安排所应考虑的因素	65-71	13
三. 结论	72-84	15



一. 导言

1. 委员会 2012 年第四十五届会议称，进一步审议今后是否应当并且能否就公私伙伴关系开展工作，要求秘书处开展更多的研究和编写详细的研究报告。因此，商定举行一次学术讨论会以查明可能的工作范围和需要处理的主要问题将有所裨益。委员会请秘书处在筹备这次学术讨论会时，利用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书¹的条款，借鉴其他机构的资源并根据委员会第四十五届会议的审议情况，界定学术讨论会可能讨论的议题。预计学术讨论会的结果将提交委员会审议。还就此商定今后在这方面开展的任何工作都必须有明确的任务授权。²
2. 学术讨论会于 2013 年 5 月 2 日至 3 日在维也纳举行。讨论会汇集了来自政府、政府间组织和国际非政府组织、私营部门和学术界的专家。学术讨论会集中讨论了两个主要问题：(a)贸易法委员会是否需要在公私伙伴关系领域开展工作；以及(b)如果需要，则这种工作的范围多大。
3. 与会者围绕第一个问题讨论了以下方面：(a)自 2003 年贸易法委员会最后一次在私人融资基础设施项目相关领域开展工作以来在公私伙伴关系的使用和管理方面的经验；(b)利用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的经验；以及(c)证明贸易法委员会应当在公私伙伴关系领域开展工作的特殊因素。
4. 与会者围绕第二个问题讨论了以下几个方面：(a)贸易法委员会的工作应处理哪类公私伙伴关系；(b)管理公私伙伴关系的各种方法；(c)贸易法委员会工作应当采取哪种形式；以及(d)在安排贸易法委员会公私伙伴关系领域的工作时应考虑哪些因素。
5. 本说明将该学术讨论会讨论摘要及其得出的主要结论送交委员会审议。

二. 学术讨论会讨论摘要

A. 贸易法委员会在公私伙伴关系领域开展工作的需要

1. 自 2003 年以来在公私伙伴关系使用和管理方面的经验

(a) 公私伙伴关系的使用

6. 与会者指出，在最近的十年里，特别是自金融危机爆发以来，人们对公私伙伴关系作为资源调动的有效手段用于提供公共服务的兴趣日益浓厚。公私伙伴关系在筹备大型公共活动（如奥运会）方面也得到了普及。因此，公私伙伴关系的使用越来越多，并且出现了新的公私伙伴关系形式。

¹ 贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》（2000 年）和《私人融资基础设施项目示范立法条文》（2003 年），可查阅：www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html。

² 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 17 号》（A/67/17），第 120 段。

7. 许多法域管辖公私伙伴关系使用的政策出现了变化。以前，使用公私伙伴关系的主要动力是由于公共资源缺乏或不足。现在，人们普遍认识到，私营部门融资并不是公私伙伴关系具有吸引力的唯一因素，其他因素包括私营部门能够为公共需求提供创新的、有创造力的高效解决办法。

8. 虽然“公私伙伴关系”概念之前被认为是只能在国家一级长期发展方案或愿景中找到的政策术语，但自 2005 年以来，已经有多个法域对这一概念进行了界定和管理。

9. 公私伙伴关系方面的经验喜忧参半：有些公私伙伴关系非常成功，有些不太成功，还有一些彻底失败。国际金融机构和其他实体就此启动了若干研究，对公私伙伴关系失败的原因进行分析。得出的结论似乎是，落实公私伙伴关系的问题十分具体，取决于落实公私伙伴关系的国家的国情和经验。

(b) 公私伙伴关系的管理

10. 有些法域需要具体的立法来推动公私伙伴关系；其他法域则不然。最近对公私伙伴关系管理程度的研究，如对欧洲复兴开发银行业务所在国的研究，显示出在公私伙伴关系管理和立法范围方面各国相差悬殊。

11. 许多国家的一种趋势是通过成文法对公私伙伴关系进行管理，有时在事先没有任何使用公私伙伴关系的实际经验时也这么做。在一些法域，对公私伙伴关系进行立法只在地方/市一级开展工作，而不是在国家/联邦一级进行；在其他法域，这两个级别可能都有公私伙伴关系立法。只有在少数情况下，才会认为立法工作催生了连贯而全面的法律框架，有助于而不是不利于公私伙伴关系的缔结和成功使用。一些国家颁行与公私伙伴关系具体有关的法规导致立法框架不相一致。一些国家所颁行的公私伙伴关系法规只是纸上谈兵，并未用于实践。有些法域颁行公私伙伴关系法规的结果是出现了三个或三个以上管理同一事项的立法性法规（例如管理公共采购的法律、管理特许权的法律和公私伙伴关系法律），这可能导致法规之间相互冲突。

12. 与会者回顾了国际和区域两级关于公私伙伴关系的现有法律文本。³有人指出，并非所有国家在起草公私伙伴关系法律时都会将这些法律文本考虑在内。

13. 在一些法域，公私伙伴关系是通过管理条例或指导而不是法规进行管理的。其他国家根本不对公私伙伴关系进行专门管理。这些国家的公私伙伴关系可按照现有的法律框架创建和实施，即结合使用本国的其他法律，如公共采购法或特许权法。有人注意到，这种做法并非总能产生预期效果，例如，公共采购法或特许权法的严格要求在不做任何修改的情况下被调换，以适应公私伙伴关系的要求。特别是，公共采购法中常见的将关注价格作为主导评价标准在公私伙伴关系中可能显得过分和不适当。有人说，对公共采购法中通常所包含的谈判进行限制，也无法保证在公私伙伴关系中有足够的灵活性。

³ 另见 A/CN.9/782，第二.B.4 节。

14. 在一些法域，如果没有具体的公私伙伴关系法律框架，则会按项目逐个通过管理公私伙伴关系的规则；随后，创建公私伙伴关系可能须经立法机构或市政当局繁琐的审批，并且可能首先需要编写有待政府批准的可行性研究报告。

15. 独立国家联合体（独联体）被援引为在编制公私伙伴关系示范法上区域努力的一个实例。

16. 管理公私伙伴关系的法律在范围和详细程度上各不相同。有些法律包含“公私伙伴关系”术语的定义，而其他法律则不对该术语进行界定。观察到的趋势是公私伙伴关系法律中包含范围广泛的安排，私营部门可通过这些安排参与提供公共服务。一些公私伙伴关系法律在管理公私伙伴关系的各个方面上十分详细（据称有过度管理的风险），而其他法律则非常笼统，在管理重要问题上可能存在漏洞。大多数法律管理公私伙伴关系所产生的合同关系，并要求设立一个具有多种功能和作用的公私伙伴关系单位。一些法域在落实公私伙伴关系方面积累的经验和债权人在这过程中的作用致使现有的法律框架得到调整，目的是使法律更具可操作性，并使在该框架下创建的公私伙伴关系“有利可图”。⁴独联体议会间会议目前正在讨论的示范法草案的范围涵盖了产量分成和收益共享协议。

17. 观察到的另一个趋势是将公私伙伴关系列为加入世界贸易组织《政府采购协定》的谈判主题之一。⁵如果公私伙伴关系是一国政府采购协定承诺的组成部分，则国民待遇和最惠国条款对其也将适用。

18. 与会者对公私伙伴关系的管理质量与其落实质量之间的联系进行了讨论。据观察，在一些法域，公私伙伴关系在没有任何具体的法律框架情况下得到成功落实。在公私伙伴关系惨遭失败的其他法域，缺少一个可能成为促进因素的合适的法律框架。与此同时，在一些情况下，在出台了可适用于公私伙伴关系的适当法律框架的法域，公私伙伴关系也以失败而告终。缺少落实公私伙伴关系方面的实践经验可能成为在这种情况下公私伙伴关系惨遭失败的促成因素。与会者认识到，公私伙伴关系的成败可能有很多促成因素，其中包括东道国对项目的政治意愿和在项目中的利益，以及参与项目各方的能力和素质。虽然很难证明适用于公私伙伴关系的法律框架质量与公私伙伴关系成败之间存在因果关系，但无可争议的是，法律框架不当会对创建和成功利用公私伙伴关系构成障碍。

⁴ 该术语可用来描述为机构投资者所接受从而承包商可能参与的项目。

⁵ 世界贸易组织的这一政府采购协定于 1994 年与乌拉圭回合合同时谈判，并于 1996 年 1 月 1 日生效。2011 年 12 月 15 日，谈判方就政府采购协定的重新谈判结果达成一致意见。这一政治决定于 2012 年 3 月 30 日得到证实，根据《政府采购协定》第二十四:7 条正式通过了关于谈判结果的决定（GPA/113）。两份案文都可查阅：www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm。

2. 利用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的经验

19. 一些发言者指出，国家、区域或国际一级的法律文书，包括贸易法委员会私人融资基础设施项目文书，都不可被视为各国进行公私伙伴关系法律改革的事实上的标准或模式。其他发言者认为，贸易法委员会私人融资基础设施项目文书可被视为进行公私伙伴关系法律改革的模式和实例，并且列举了独联体国家、东欧、北非、中国和蒙古在贸易法委员会私人融资基础设施项目文书基础上颁布公私伙伴关系法律的实例。欧洲复兴开发银行报告，它利用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书评估其三十四国关于公私伙伴关系的立法，并将其视为一个有用的基准工具。特别强调了这些文书的效用，因为这些文书涉及的问题不仅限于项目运营商的选择——这是相对简单的阶段，适用合理的公共采购主要原则。有人指出，并非所有使用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的国家、机构或个人都承认这一事实。

20. 一些发言者指出，尽管有些国家和组织将贸易法委员会私人融资基础设施项目文书用作法律改革的基准，但对这些文书的认识并不普遍。事实证明这些文书是有用的信息来源，但这主要是对于在公私伙伴关系方面经验丰富的国家和机构的专家和学术界而言。对于其他国家和机构来说，特别是在公私伙伴关系方面没有或很少有经验的国家，这些文书过于复杂，没有反映当地的迫切需求和现实情况，因此被证明对于立法者和监管者效用有限。这些文书并不反映各区域的特点和公私伙伴关系在各个领域（水、卫生、道路等）的特殊性，也不允许各国将公私伙伴关系从简单形式转为复杂形式。这些文书往往向读者灌输复杂的概念，而不考虑读者可能连公私伙伴关系的简单概念都不明白，比如国家支助措施有哪些内容、相对于其责任或义务而言哪些风险可被视为各方的风险。

21. 一些发言者提出了关切，虽然贸易法委员会私人融资基础设施项目文书涉及到大多数公私伙伴关系（私人融资基础设施项目），但它们未涉及自 2003 年以来已经普遍存在的其他一些公私伙伴关系形式（如建立伙伴关系和结盟）。其他一些发言者则认为，贸易法委员会私人融资基础设施项目文书在这方面可能只会显得过时，除非在编制时对其范围加以限制，重点关注基础设施的开发。出于选择，一些项目被排除在覆盖范围之外（如石油和天然气特许权及机构公私伙伴关系）。只解决私人融资基础设施项目的核心问题也是一种明智的选择。如果为了使适用于私人融资基础设施项目的法律框架连贯而全面而必须进行改革，则还会在法律其他方面对颁布国进行指导。

22. 针对对贸易法委员会私人融资基础设施项目文书复杂性提出的关切，有人解释说，项目复杂必然要求处理复杂问题。一些国家没有能力落实公私伙伴关系，不应该意味着要以特别简单的方法来处理不简单的问题，从而降低贸易法委员会文书的质量；也不应该将这些文书的作用降级为只具有教育性质方面的作用。贸易法委员会的文书需要体现在管理公私伙伴关系方面的最佳做法。与会者还指出，在《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》方面，关于复杂性的抱怨可能是有根据的，但在《贸易法委员会私人融资基础设施项目示范立法条文》方面并非如此。前者的确冗长而复杂，但考虑到该指南是一个分

析工具，用于解释各种可选方案及每个方案的意义，这是合情合理的。而后者，即《贸易法委员会私人融资基础设施项目示范立法条文》，是一则简短明了的案文，在关于拟列入其私人融资基础设施项目的法律核心条款方面向颁布国提供指导。

3. 证明贸易法委员会应当在公私伙伴关系领域开展工作的具体因素

23. 如上文第一节概述的讨论所表明的，越来越多的国家开始管理公私伙伴关系，这一概念的定义也越来越多。目前在术语、关于公私伙伴关系法律的适当范围、其内容及与法律其他领域的相互作用、政治方面以及政策因素（贸易、治理和就业）方面非常混乱。法律跟不上导致项目不佳，特别是导致交易成本过高，因为需要筹备和谈判复杂的合同，以解决现行法律框架中的差距和不一致问题。这不利于对公共、私人或发展援助资源的有效利用。伴随立法工作而开展的体制改革增添了更多的复杂性，因为这些改革导致处理公私伙伴关系问题的国家机构不断增多。与会者指出，这个问题在 2003 年之前并不存在，因为当时只有少数几个机构被委托处理公私伙伴关系问题，如公私伙伴关系单位（处理公私伙伴关系中的政策和实际问题的机构统称）。

24. 有人认为，国际社会即国际、区域和次区域机构在公私伙伴关系领域的立法或体制改革方面并未对各国提供有效的指导。形势的特点是在规则制定、技术援助和能力建设方面的不协调以及结果不一致和混乱。因此，根据提出这个问题的发言者的观点，编制公私伙伴关系示范法或制定如何编制和实施公私伙伴关系国家法律的指南的所有组织都迫切需要采用综合办法。

25. 因此，会上敦促贸易法委员会解决各国在编制关于公私伙伴关系的连贯法律方面所面临的所有难题。贸易法委员会的任务是协调编制国际贸易法领域法律文本的各个组织的活动，它可确保国际社会在贸易法委员会模式的基础上以同一种语言发表意见。目前的情况正好相反，贸易法委员会私人融资基础设施项目文书不足以改变现状。发言者认为，现在分析为何如此以及如何纠正这种局面是适当的。

26. 公私伙伴关系越来越多地被用于各种形式和各种情形中，并且很有可能被用于更广泛的情形和形式中。对全世界私人融资基础设施项目和公私伙伴关系立法进行的调查表明，公私伙伴关系法律包含的一些要素是私人融资基础设施项目法律中所没有的，包括源于与基础设施无关的公私伙伴关系鲜明特点的贸易法委员会私人融资基础设施项目文书。因此，有人认为，应当通过管理目前未覆盖的一些或所有类型的公私伙伴关系来扩大贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的范围。

27. 由于公私伙伴关系在某些情况下已证明是个极其有效的工具，但在其他一些情况下是不受欢迎的工具，有人认为，分析从落实公私伙伴关系中汲取的经验教训有助于确定导致其成败的因素。需要相应提供防止滥用和常见错误的保障措施。还需要添加贸易法委员会私人融资基础设施项目中没有的一些保障措施，而对这些文书中已有的一些保障措施需要加以改写或修订以反映实际情况。

28. 与会者指出，在这方面，贸易法委员会私人融资基础设施项目文书目前缺乏一些重要的保障措施和规定，如促进社会责任和扶贫项目的社会条款和其他措施。如贸易法委员会“全球商务示范法”大会（2007年7月9日至12日，维也纳）所建议的，⁶还应当制定旨在预测和尽量减少订约当局与项目运营商之间争端的规定，作为有效处理公私伙伴关系核心订约方之间持续关系的一种办法。这种预防机制可能包括定期会议、关于法规条例可能变动的提醒，以及在各个部门设立随时对争端进行干预的常设委员会。

29. 贸易法委员会私人融资基础设施项目文书中包括的一些保障措施并没有充分列出。例如，那些旨在提高透明度和加强问责制的保障措施不应只适用于项目运营商的选择，还应适用于项目的所有阶段。特别强调需要公开披露关于资源在国家和项目运营商之间相互流动的信息。应当加强反腐败措施，例如，为此不鼓励举行一对一会议，而是鼓励利用公共媒体和现代通讯手段以更好地对运营情况进行追踪。

30. 与会者补充说，贸易法委员会私人融资基础设施项目文书中有待发展的另一项工作是有效解决争端。贸易法委员会私人融资基础设施项目文书并未详细论述公私伙伴关系通常所涉及的争端解决机制的复杂性，以及对适用法律和争端解决论坛的选择在有效解决争端中的关键作用。不同组群的协定可能涉及解决争端的各种仲裁规则和适用法律及场所。应说明它们彼此之间的相互作用。

31. 还有人表示，贸易法委员会示范立法条文和指南中关于争端解决的规定在对待各种争端解决（国际仲裁相对于国内争端解决）论坛时可以更加平衡。在许多情况下，通过国际仲裁解决争端并没有带来有效成果，特别是在执行国际仲裁裁决方面，尽管1958年6月10日在纽约签署的《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）做了规定，⁷而且对现在的大多数国家都具有约束力。国际仲裁论坛、案例和判决激增，加上投资条约激增，使得通过国际仲裁解决争端变得更加复杂。贸易法委员会私人融资基础设施项目文书可能需要转而强调有效解决国内争端的重要性以及需要为此种目的开展地方能力建设。

32. 这种转变如果真的发生，建议不要破坏国际仲裁的有利环境。特别是法律应当允许订约当局根据公私伙伴关系合同接受国际仲裁；在许多法律制度中，这种做法目前是不可能的，虽然法律框架一般允许进行国际仲裁。敦促贸易法委员会在今后关于公私伙伴关系的工作中也应处理其他障碍的问题，以有效解决公私伙伴关系产生的争端：(a)司法机构解决公私伙伴关系中复杂问题的必要经验、技能和专门知识；(b)法院系统效率低下；(c)缺乏独立性；(d)可及性（相对于国内实体，相关程序可能歧视外国投资者；以及(e)（出于各种原因）在国内一级不愿意执行国际仲裁裁决，虽然根据《纽约公约》和其他多边及双边条约，国家有这么做的国际义务。有人指出，主权行为和主权豁免的问题也应得

⁶ 见《大会会议记录》，第五章，可查阅：www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf。

⁷ 联合国，《条约汇编》，第330卷，第4739号。也可查阅www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html（2013年5月访问）。

到更加细致的解决，因为曾经有一些滥用主权案件援引了主权豁免权抗辩和豁免。

33. 非邀约投标书也被确定为需要贸易法委员会提供更多具体指导的另一个方面。贸易法委员会私人融资基础设施项目文书允许审慎考虑非邀约投标书，并遵守一些透明度保障措施，但在实务中，该领域被评估为存在缺陷，滥用也被认为常见，尤其是在没有体制和透明度保障措施的国家。有人建议，通过应用全世界自 2003 年以来在管理非邀约投标书方面的积极经验，可大大加强对这个问题的规定。主要的做法是维护竞争，同时保护知识产权并鼓励创造力和创新。然而，有人表示，对这个有争议的问题进行详尽管理务必谨慎。这个问题的任何管理文本都必然伴随着大量解释性说明。还有人指出，非邀约投标书这个概念取决于公私伙伴关系的定义：如果该定义的重点在于提供公共服务，则出现非邀约投标书的可能性和理由都很小，因为私营部门不可能比公共部门更好地界定公众的需求是什么。还有人补充说，尽管如此，非邀约投标书的概念不应与如私营部门投标书等其他相关概念相混淆。

34. 一些发言者认为，对于贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的其他一些条款，特别是关于风险分配、政府担保和国家支助措施的条款，应作进一步阐述，因为这些问题在实践中存在着不小的混乱。贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的一些其他条款被认为传达了不正确的信息，或者给人以错误印象，因此需要改写。

35. 一些发言者指出有其他一些因素可能影响到贸易法委员会在这一领域要开展工作的任何决定，包括国际舞台上的发展态势，如《联合国反腐败公约》的生效（2003 年 10 月 31 日，纽约）。⁸本文载有与公私伙伴关系相关的条款。贸易法委员会本身的发展，特别是在公共采购、破产法和担保权益方面新的立法标准，可能要求对贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的一些规定进行修订。

B. 贸易法委员会可能在公私伙伴关系领域开展的任何工作的范围

36. 如以下各节所进一步阐述的，发言者当中无意见分歧的是，鉴于上文提到的事实，迫切需要贸易法委员会提供对公私伙伴关系问题的指导。发言者在这种指导应采取什么形式上意见不一——采用示范法还是经扩大和修订的立法指南、立法建议和示范条款。虽然示范法获得了大力支持，但一些发言者不确定编制示范法是否可取或者可行。各种考虑因素，包括贸易法委员会分配给其在公私伙伴关系领域工作的时间（如果有的话），都会影响委员会对该领域任何预期工作的范围和形式所做的决定。

⁸ 联合国，《条约汇编》，第 2349 卷。也可查阅 www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf。

1. 贸易法委员会工作中应涉及哪种类型公私伙伴关系？

37. 与会者达成以下共识，即对公私伙伴关系取得共同理解是准确界定工作范围所必不可少的。公私伙伴关系概念必须保持灵活，以涵盖在提供公共服务方面所有可能的私营部门参与形式，与会者对此没有异议。这种做法将导致一个伞式概念，而这反过来可分为几个亚类，而不是一个关于公私伙伴关系的严格定义的术语。

38. 出于这种目的，贸易法委员会需要认定可归因于由贸易法委员会管理的公私伙伴关系的类似特点，使其明确区分于不属于预定工作范围的公私合作的相关形式。有人表示，有形基础设施的存在不应被视为可归因于将由贸易法委员会管理的公私伙伴关系不可或缺的标准。关于贸易法委员会今后可能在此领域开展的工作是否应包含建立伙伴关系和结盟、机构公私伙伴关系和长期租赁、租赁和管理合同以及自然资源特许权，与会者意见不一。

39. 学术讨论会初步审议了将由贸易法委员会管理的公私伙伴关系鲜明特征，特别是相对于公共采购和自然资源特许权的鲜明特点。

40. 有人指出，在公共采购项目中，预计政府将从一开始便为项目提供资金。不管在项目开始或结束时付款，还是分期付款，都会对公共预算产生影响；公共债务增加将非常明显。在公私伙伴关系中，预计通常是私营部门，而不是政府将从一开始就为项目提供资金，但项目实施后期阶段的融资来源各不相同。据观察，公私伙伴关系对国家预算编制过程的影响并不清楚；这已经被专家确定为贸易法委员会应当提供指导的一个领域，同时考虑到许多法域的短期预算编制周期并不考虑公私伙伴关系的长期性质。风险分配被认为是区分公私伙伴关系与公共采购的另一个特点；公共采购中的履行合同风险主要由公共部门承担，而公私伙伴关系中的项目风险则在私营部门和公共部门之间分配。然而，对于所有的公共采购和公私伙伴关系仍然实施这种严格的风险分配方案有人表示质疑。

41. 有人解释说，大多数自然资源特许权涉及对公共财富/货物的利用，而不是提供公共服务，其结果是特许权对公众的直接影响小于对公私伙伴关系的影响。有人认为，特许权的这一特点不应成为其免于遵守竞争、透明度和问责制这些完善的采购原则的合理理由，特别是因为公共财富应当被用来造福于所有的人，且有特许权（如水力资源开发）涉及到或影响到提供公共服务的实例。有人说，这种特许权的另一个鲜明特点（至少在采矿业）是不事先假定公共当局将持续参与项目实施；公共当局通常参与利润分享和其他各类配套安排。

42. 一些发言者提出公私伙伴关系具有以下几个鲜明特点：(a)私营部门长期参与提供公共服务；(b)公私伙伴关系安排可随着时间的推移而进行修改和调整；(c)项目的可持续和持久表现等生命周期因素是最重要的（特别是因为需要向公众不间断地提供服务）；(d)仍然负责在整个项目期间和项目之后向公众提供服务的政府当局头等重要；(e)私营部门有机会创新和发挥其创造力；以及(f)通过各种计划就提供的服务向私营部门支付项目资金。

43. 一些发言者认为，私营部门长期参与提供公共服务和政府仍有责任向公众提供公共服务是公私伙伴关系的主要鲜明特征。有人指出，这些特征对项目结构、合同的订立及其条款以及实施具有短期和长期影响。由于个人是公私伙伴关系的最终受益人，而公众在公私伙伴关系中的利益要大于在其他公私交易中的利益，管理公私伙伴关系的法律应当限制各方商定条款的自由。例如，合同应当规定在合同终止时的必要保障措施，以确保公共服务的连续性。法律还应当处理在提供公共服务和公平分享利润上不歧视等敏感问题。其他一些发言者指出，有些公共采购合同也涉及私营部门长期提供公共服务；公共采购不应当因为引入公私伙伴关系而沦为供应商采购。

44. 特别是在开采特许权方面，有人坚称，贸易法委员会不应考虑对这样一个在政治方面和国际上非常敏感的行业实施管理，因为这个行业在很大程度上仍然实行自我管理（矿业法对其适用，在一些法域，该行业可能按照立法机构批准的特殊制度运作）。也有人指出，同贸易法委员会应当管理的公私伙伴关系不一样，这些自然资源特许权对个人的迫切需要并没有直接影响。

45. 贸易法委员会应邀对国有企业参与的公私伙伴关系以及与可用性付款或作为私募股权的基础设施项目有关的各种新的公私伙伴关系进行研究。也有人指出，贸易法委员会应当更密切地关注跨境公私伙伴关系，因为在一些次区域出现了这种公私伙伴关系，并可能越来越受欢迎，特别是在次区域和区域经济一体化背景下。这种公私伙伴关系可能面临特殊问题：可适用的法律、法律冲突、超国家机构、域外适用标准等等。

2. 管理公私伙伴关系的方法

46. 有人建议，贸易法委员会应着眼于制定一般原则，对公私伙伴关系的共同要素进行管理。不应挑出一种公私伙伴关系模式进行管理，而应当处理范围广泛的公私伙伴关系。据说以这种方式将贸易法委员会文本限制在适应当地情况的高水平总体框架上，对于使贸易法委员会在公私伙伴关系方面的工作可行且有用来说至关重要，否则，该项目将过于冗长而复杂，无法满足对更加广义的贸易法委员会公私伙伴关系标准的迫切需求。还有人补充说，管理所有公私伙伴关系的具体要素毫无用处，因为无论如何对这些要素将根据地方文化和每个项目的需求加以界定。

47. 与会者指出，任何监管目标都应当是便利和促进各种形式的公私伙伴关系以提供更好的公共服务并实现可持续发展。

48. 与会者一致认为这项工作应当界定管理边界，并指出，并非所有问题都须通过法律手段来解决。例如，贸易法委员会不应当试图管理利用公私伙伴关系所依据的政策事项，或者宪法所包含的问题（例如，集体财产优先于私人财产）。贸易法委员会应当重点关注需要通过立法解决的问题，如权力和风险的分配以及法律障碍（如建立公私伙伴关系的权力和能力，以及公私伙伴关系的政策和法律与法律其他相关分支（破产、税收）之间的不一致），并关注投资者将分析的基本标准和保障措施，以确保项目有利可图（如介入权、透明度和其他稳健的采购原则、防范征用的保障措施）。

49. 在管理公私伙伴关系方面，应重点关注促成合适的项目和减少交易成本，其中一些成本可以通过适当的法律框架尽量降低或避免。例如，在法律或条例中列入关于关税的核心原则也就不必与地方当局举行冗长的谈判。

50. 会议敦促在严谨的学术态度与务实的方法之间取得平衡。公共部门如何仍向公众负责并参与到整个项目当中这样的实际问题应得到解决，在城市化、打击欺诈和身份管理上的新做法等趋势也应得到解决。对于后者，会议提出这样的建议供贸易法委员会审议，即建立一个全球透明度登记册，追踪全世界每家公司的落实公私伙伴关系方面的情况，使得参考登记册的政府从中受益。与会者表示关切的是，发展中国家的商业欺诈风险是实实在在的，国际社会必须提供在国际上打击经济犯罪的工具。

51. 与会者还鼓励贸易法委员会澄清基本立法应当涉及哪些方面以及条例或指南说明应涉及哪些方面，以确保适用于公私伙伴关系的法律框架有适当水平的可预测性和安全性。这种做法还确保公私伙伴关系的基本法律框架不会只取决于政府或某一位部长，因此，政府的变更不会对公私伙伴关系的形成和落实产生直接影响。目前，一些国家存在这些风险，因为影响公私伙伴关系的基本问题将依据管理条例或指导来解决。然而，这种做法并不意味着所有的基本问题都要由单一的立法性法规来解决——解决关税、税收、投资保护、土地权、破产法、担保权益等问题的法律也被认为具有相关性。

52. 因此，公私伙伴关系的法律框架应当能够与其他适用于该项目的法律相互作用。特别是，与会者指出，应当在公共采购与公私伙伴关系法律之间实现一定程度的协调，必要时加以相互参照，因为某些条款可能同样适用于公共采购和公私伙伴关系。给出的实例包括独立机构的质询以及对权利受侵害的投资者的补偿。贸易法委员会关于公私伙伴关系的案文将更有价值，因为它能在公共采购立法通常所允许的限度外对需要灵活把握的公私伙伴关系的具体特点进行管理，并从而能避免对公私伙伴关系构成限制和阻碍。

53. 与会者强调，为了解决实际问题，贸易法委员会不可避免地要解决机构改革问题：旨在支持公私伙伴关系的机构应当相互兼容且连贯一致；应当避免形成更多官僚主义的趋势，因为这会增加不必要的复杂性。在这方面，有人指出，设置更加灵活的机构是可取的（例如，政策问题咨询委员会，该委员会的构成恰恰就是为了反映落实公私伙伴关系的部门）。

54. 有人补充说，贸易法委员会应当在没有公私伙伴关系的法域倡导渐进推行公私伙伴关系的做法（从简单到复杂），并应当为能力水平不同的国家提供各种选项。有人指出，即使在有健全的法律框架的情况下，如果社会和公共当局未做好准备，也不会采用公私伙伴关系。

55. 与会者补充说，术语问题应得到解决，今后的任何文本都应当用通俗易懂的语言拟订，以便于读者理解。

3. 贸易法委员会的工作应采取何种形式？

56. 对于贸易法委员会关于公私伙伴关系的文本的形式，许多发言者倾向于采用示范的形式，特别是考虑到上文所列的各种事实。然而，与会者承认，各国社会合同的性质大相径庭，因此管理公私伙伴关系的需要也各不相同。从而并非所有国家都需要或都想要制定关于公私伙伴关系的法律。如果有这种需要和意愿，贸易法委员会示范法将为各国提供一个国际认可的模式，可随时用来制定关于公私伙伴关系的国家法律。如果没有这种模式，各国极有可能通过考虑不周的公私伙伴关系法律。如果有这种模式，各国将能够重点关注当地的特殊性，从而对模式进行必要的调整。因此，贸易法委员会示范法将使决策者和立法者获得一定程度的信心，他们在贸易法委员会模式的基础上颁布的法律反映了最佳的国际实践。这反过来会在适用于公私伙伴关系的地方法律框架的充足性和稳定性方面向私营部门发出积极信号。

57. 会议建议示范法具备以下特点：不应过于复杂；应当灵活；应当包括已达成国际共识的最佳做法，有争议的问题不应列入其规定中；应涵盖适用于示范法管理的所有类型公私伙伴关系的所有核心条款，并应在必要时相互参照其他分支法律；法律应当界定法律中所用的与公私伙伴关系相关的主要术语；法律应探讨公私伙伴关系各方的义务、国家支持的义务和措施、监测机制，包括民间社会的参与、关系终止时的补偿、国际仲裁和介入权利。法律还要求，如果法律本身并没有规定具体的解决办法，则要求由公私伙伴关系合同来解决这些问题。法律应当明确规定，对每个项目必须单独拟订哪些强制性条款，并应当确定适用于这些条款的任何最低要求。《贸易法委员会私人融资基础设施项目示范立法条文》述及许多所列举的要点，应当成为这种示范法的基础。

58. 为贸易法委员会可能在这一领域开展的工作所考虑的其他选项是更新、修订和扩大贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的范围。与会者回顾，在编制贸易法委员会私人融资基础设施项目文书时，政府对在贸易法委员会核心职能之外领域开展工作（双边关系、政治敏感领域、国内机构）较为谨慎。有人询问，政府现在是否不愿意这么做。因此，要求在这些领域达到较高水平的特性、全面性和协调性的示范法不会成为一种选项。

59. 此外，有人认为该主题复杂，需要保持尽可能多的灵活性，以期不致阻碍在公私伙伴关系方面的创新，这表明提供了更全面的分析指导，如《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》中包含的指导。有人指出，后者指明了在私人融资基础设施项目方面的法律障碍，解释了各国如果不解决这些障碍将会产生的影响，并指出了需要处理的非法律障碍。通过提供这种分析信息，该指南使决策者和立法者在立法和体制改革选择上的能力得到增强。

60. 对此，那些倾向于编制示范法的与会者认为，更新、修订和扩大贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的范围将不会带来所期望的主要结果——编制一个简单易用的模式供立法者使用。该模式被认为是贸易法委员会编制此种国际模式所必不可少的，反过来也需要对这种模式辅以补充材料，如对示范法条款的评注、对公私伙伴关系和政策文件实施过程中提出难题最多的具体问题的指导。

61. 一些发言者确信，示范法无法为拟列入示范法的所有公私伙伴关系问题提供一种解决办法。因此，与会者强调，虽然法律文本可能是可取的，但随附指导（如《公共采购示范法立法指南》⁹）是绝对必要的，这样不仅让执法者有执法的能力，而且还可向他们解释与模式的可能偏离，或者关于模式中所载的各种选项。这种说明性指导也将包括对未达成共识的任何有争议问题的讨论。

62. 有人建议，《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》的更新可以与编制示范法同时进行，更新后的文本可成为起草颁布指南的基础，后者将解释示范法的各项规定，并将为使用公私伙伴关系的部委和其他政府部门提供更详细的技术指导。与会者敦促应当从预期文本最终用户的角度仔细考虑如何起草这种指南，以避免现行指南中的某些错误。指南既应具体详细，又应保持简洁并容易为预期用户所理解。应当回避复杂的术语，应当列入实例和说明性解释，还应当考虑通过各种方式将预计冗长的材料以对用户友好的形式呈现（如，可以将指南分为不同的小节，并辅以附件，对每个部门的公私伙伴关系的具体特点进行说明）。还建议编制一份与公私伙伴关系相关的术语表。指南中也可以以附件或其他形式列入一套基本合同术语（类似于国际顾问工程师联合会（菲迪克）的规则和程序），术语应当对合同当事各方都有价值，可通过提及的方式将其列入公私伙伴关系合同，从而无需就此展开谈判。这套术语还可以用作应当列入合同的核心条款清单。

63. 为支持示范法及其立法指南以及其他补充材料方面的工作，有人认为，从现行的示范立法规定和立法指南转向带有颁布指南的示范法将对颁布国影响巨大。与会者承认，由于国家颁布法律并不一定以贸易法委员会模式为基础，因此，这两个选项只是提供了不具有约束力的指导，可以根据当地具体情况在他们认为合适时对贸易法委员会的模式进行调整。尽管不同之处最终可能只是文书名称和呈现方式的不同，而不是其内容或性质，但形式的确将造成差异，因为当地决策者、立法者和援助提供者对易于使用的模式会做更认真的考虑并广泛采用。

64. 在回答关于 2003 年为什么不编制示范法的问题时，有人解释说，当时没有就公私伙伴关系定义达成共识，对示范法的需求也没有那么大，因为公私伙伴关系被认为是一个政策概念，不受法律管理。如上文第二.A 章所解释的，这些因素自 2003 年以来发生了变化。

4. 贸易法委员会在公私伙伴关系领域的工作安排所应考虑的因素

65. 对于公私伙伴关系方面的任何工作，发言者指出，在管理公私伙伴关系以提供公正的意见方面找到最佳或足够好的做法至关重要。由于既得利益和代表这些利益的机构，包括一些私营部门顾问和金融机构，贸易法委员会在这方面会遇到困难。例如，如果它们既是政府和立法改革顾问及技术援助和能力建设

⁹ 2012 年委员会第四十五届会议通过。《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 17 号》（A/67/17），第 46 段。可查阅 www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html。

提供者，同时又是公私伙伴关系的融资者或项目运营商，它们就有内在的利益冲突。同样重要的是确定不良做法，其中很多做法已为政府的国际咨询人员和顾问所仿效。

66. 鼓励贸易法委员会利用各个机构积累的公私伙伴关系方面的大量信息，包括世界各地在合同、公私伙伴关系法律和其他与公私伙伴关系有关的法律方面的数据库、对公私伙伴关系的调查，以及对一些国家公私伙伴关系法律框架的评估结果、关于公私伙伴关系专家、顾问、专业人员和当地联络人数据库。还重点介绍了允许对各种公私伙伴关系取得的成果、投资量、可再生能源方面和按部门分类的公私伙伴关系数据进行追踪的工具。

67. 虽然贸易法委员会在这一领域可能开展的任何工作都应当参考其他管理公私伙伴关系各个方面的国际和区域文书，但是，鉴于这些文书的范围、重点和目的多种多样，并不鼓励贸易法委员会致力于实现所有这些文书的协调统一。相反，贸易法委员会应当从文书对其工作的效用（将其用作工作基础是否更有价值，或者只是用作参考）角度对不同的文本进行重点研究。与会者指出，贸易法委员会在这一领域的工作可能要求对其他文书进行更新或修订。

68. 与会者强调，必须铭记在一段合理时间内可以实现什么，同时考虑到拟解决的问题的复杂性。关于所涉工作的工作量意见不一。有人认为，编制示范法或扩大指南不需要太多时间，因为大多数问题由贸易法委员会私人融资基础设施项目文书来处理，而其他人则认为，仍需要开展大量工作，以更新现有文本，并编制一份示范法。虽然对贸易法委员会私人融资基础设施项目文书已经探讨的核心要素进一步澄清可能并不耗时，但增加新的要素和澄清范围及术语需要开展大量工作。还有人指出，编制一份简短的文书（这应当是贸易法委员会在这一领域工作的目标）比编制一份大的复杂文书难得多。有人强调，应当以简练的语言重新组织目前的《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》，使之对预定受益者有用。

69. 与会者强调，将由一个政府间论坛（委员会及其工作组）改进贸易法委员会编写的任何文本。秘书处将编写的研究报告和初稿对加快政府间机构的工作至关重要。专家参与秘书处的筹备工作并让其有充足的时间开展筹备工作，是编写研究报告和拟订达到一定质量水平的草稿所必不可少的。

70. 还有人指出，讨论应该尽量具有包容性和全面，以实现各种观点和利益的均衡代表，从而取得令人满意的结果（除了成员国和观察国，也需要专业协会、学术界和民间社会组织的参与）。应当确保贸易法委员会与从事公私伙伴关系领域工作的国际及区域机构密切合作。在编制文本的过程中应当允许当地专家和国际专家交流思想、知识和经验，以便就国际公认的管理公私伙伴关系最佳做法将由哪些做法构成达成共识。

71. 与会者商定，贸易法委员会今后在这一领域开展的任何工作和该工作产生的结果对于贸易法委员会和其他实体的技术援助和当地的能力建设都很重要。

三. 结论

72. 与会者商定，公私伙伴关系在全世界不仅被越来越多地用作私营部门调动资源满足公众需求的手段，还在私营部门创造力、创新力、专业知识和竞争优势的基础上被用作向公众提供更好服务的手段。公私伙伴关系被认为是实现持久和可持续发展以及促进减贫的重要机制，因为这种关系要求公共部门和私营部门共同努力——要取得成功，必须考虑到众多因素，包括项目对最终用户即公民个人的直接影响。

73. 与会者还认为，考虑到在项目开发和实施方面私营部门的效率高于公共部门，公私伙伴关系可能是有利的。

74. 与会者认识到，公私伙伴关系已经成为一种法律概念，并成为许多法域的立法主题，管理公私伙伴关系的法律框架不适当导致一些法域的公私伙伴关系遭到失败。适当的法律框架不会解决所有这类失败，但会提供一个公私伙伴关系可以依据的制度。然而，鉴于必须解决的问题错综复杂，制定一个适当的法律框架并不是一个简单的任务。

75. 国家为设计这种框架所做的努力可受益于以易于使用的模式为形式的国际支持，但目前还没有这种模式。贸易法委员会私人融资基础设施项目文书不能被视为此种模式，尽管其内容被普遍看好，因为其范围有限，其长度和复杂性使其对国际专家和专业人士有用，而不是对地方决策者、立法者或监管者有用。此外，对公私伙伴关系的多重国际指导（有些不太一致）使得那些从事法律改革的人任务更加艰巨。

76. 与会者一致认为，鉴于在管理公私伙伴关系方面的发展态势，以及在上文第二.A 章所述的使用贸易法委员会私人融资基础设施项目文书方面的经验，贸易法委员会应当对其私人融资基础设施项目文书进行评价，以评估如何确保其在管理公私伙伴关系方面继续体现最佳做法。普遍的看法是，贸易法委员会目前也可寻求为国际社会提供公私伙伴关系示范法，并辅之以详略适当的颁布指南。

77. 此项任务符合贸易法委员会的总体任务授权和贸易法委员会的作用，即确定管理特定商业交易方面的最佳做法，以及制定一个适当反映这些最佳做法的法律文本。

78. 分配给项目多少时间以及不可能协调好公私伙伴关系所有方面等考虑因素将影响这种项目的范围。虽然这一领域的工作可能被视为紧迫的工作，且意味着项目应当尽速开展，但是，如果需要扩大并澄清贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的范围，其所涉的工作量不可低估。

79. 今后这种工作将以贸易法委员会私人融资基础设施项目文书和业已完成的工作为基础，特别是因为在学术讨论会上对公私伙伴关系管理和实施做法提出的许多关切已经在贸易法委员会私人融资基础设施项目文书中得到解决。至于文书中所载建议是否还足够准确和全面仍有待分析。

80. 应当提高对贸易法委员会私人融资基础设施项目文书内容的认识，以开展这种批判性分析。分析的目标应当是确定这些文书的差距和需要改进的地方——诸如准确或全面、现存差距的原因（有意选择、在文书使用上的新进展或积累的经验）。在发现这样的差距或需求时，目标应当是确定如何并在哪一个时间段内能够作出改进，哪些差距是在任何情况下都会存在的以及出现这种情况的原因。

81. 如果上一段的分析表明没有形成足够的共识，无法为颁布国提供选项有限的示范法，与会者商定，在现有形式的贸易法委员会私人融资基础设施项目文书基础上进一步开展工作对国际社会仍然具有可观的价值。

82. 贸易法委员会不仅应当考虑其在该领域工作的最终结果，还应考虑带来这种结果的过程。不应低估上文建议的提高人们对贸易法委员会私人融资基础设施项目文书作为技术援助和地方能力建设工具的认识方面的工作价值。这项工作还有助于完成贸易法委员会的另一项任务，即协调活跃在国际贸易法领域的各组织的工作，并鼓励它们彼此合作。在公私伙伴关系领域，各种机构和个人在立法、技术援助和能力建设工作中必须密切协调与合作，以遏制目前的趋势，即拟订相互冲突的规则、提供不一致的意见和仿效不良做法。虽然贸易法委员会对指导公私伙伴关系的所有现存文本加以协调统一将会困难重重或无法实现，但通过制定公私伙伴关系领域的标准，贸易法委员会将鼓励国际社会在公私伙伴关系问题上以同一个声音说话。

83. 人们同意，鉴于所涉问题的复杂性，需要在提交由此产生的文本供政府间机构审议之前做大量准备工作。为了确保这一文本将在许多参与公私伙伴关系的实体中普遍适用，参与工作应当尽量包容各方，并应努力确保其包容性。

84. 有人认为，今后在公私伙伴关系领域开展工作的任何任务授权都将包括下列有益要素：

(a) 制定一个关于公私伙伴关系的法律文本，包括示范法（或者，如果不可行，则制定示范法律规定）和随附的政策与实际指导；

(b) 保证灵活性、创新和创造力，从而促进实现可持续发展和相关的社会经济目标；

(c) 确定贸易法委员会私人融资基础设施项目文书的不足之处、修订已过时的元素，并纳入那些以前不受管理但随着市场的成熟变得可以管理的问题，以便从关于公私伙伴关系的现有文本和做法中提炼并确定最佳做法；

(d) 探讨适用于常见形式的公私伙伴关系的核心规定，并考虑是否需要就其他形式的公私伙伴关系（如建立伙伴关系和结盟）或特定的市场部门开展进一步工作，以及是否应当将任何形式的公私伙伴关系排除在公私伙伴关系法律文本范围之外；

(e) 管制公私伙伴关系的整个生命周期，包括项目规划和管理；

(f) 确定将影响国家管理公私伙伴关系的任何重大国际义务（如《联合国反腐败公约》）；

(g) 分析确保《贸易法委员会公共采购示范法》¹⁰所述透明度和竞争的主要程序应在何种程度上适用于公私伙伴关系程序，目的是倡导确保物有所值和避免滥权的核心价值；以及

(h) 平衡兼顾分析的严谨性与采用务实做法的实证分析，以确保贸易法委员会及时颁发关于公私伙伴关系的文本，且该文本对于在公私伙伴关系方面能力和经验处于不同水平的国家的立法者都具有实际效用。

¹⁰ 同上，《第六十六届会议，补编第 17 号》（A/66/17），附件一。也可查阅：
www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html。