

制定公私合作（PPP）法律： 国际经验观察意见

NO. 4

2016年4月

亚行东亚局
工作报告

亚洲开发银行





东亚局系列工作报告

制定公私合作（PPP）法律： 国际经验观察意见

作者：菲利普·凯利（Philip Kelly）

No.4 | 2016 年 4 月

菲利普·凯利是政府和社会资本合作方面的独立法律和经济顾问。

感谢亚洲开发银行的菲奥娜·康奈尔（Fiona Connell）、克雷格·萨格登（Craig Sugden），以及在亚洲开发银行的支持下，由中国国家发展和改革委员会引领召开的研讨会中各与会者为本工作报告做出的贡献。

亚洲开发银行



亚洲开发银行
6 ADB Avenue, Mandaluyong City
1550 Metro Manila, Philippines (菲律宾马尼拉)
网址: www.adb.org

© 2016 亚洲开发银行
2016 年 4 月
出版物库存编号: WPS168473-2

本出版物中所述为作者的观点, 并不代表亚洲开发银行(亚行)、亚行理事会或其代表的政府的观点和政策。

亚行不担保本出版物中所含数据的准确性, 而且对使用这些数据所产生的后果不承担任何责任。

在本出版物中指称或引用某个特定版图或地理区域时, 或使用“国家”一词时, 不代表亚行意图对该版图或区域的法律地位或其他地位做出任何评判。

注: 亚行所指的“中国”为中华人民共和国。东亚局系列工作报告为亚行东亚局的员工、顾问或专家提供了一个平台, 鼓励大家对他们当前正在进行及最近完成的调查和政策研究展开讨论并征求反馈意见。该系列报告聚焦重要的经济和发展问题, 以及与项目或计划的经济分析、统计数据和测量有关的概念、分析和方法问题。该报告旨在增进对亚洲面临的发展与政策挑战的认识; 提高亚行国别合作伙伴关系战略、次区域业务和国家业务的严谨性和质量; 以及提高用于监测发展成效的统计数据和发展指标的质量和可获得性。

东亚局系列工作报告是一份传播快速的非正式出版物, 其标题经后期修订可作为专业期刊文章或书刊章节出版。该系列报告由东亚局负责供稿。

译文声明:

为扩大读者范围, 特将本出版物由英文翻译为中文。亚洲开发银行(亚行)尽力确保翻译的准确性, 但英语是亚行的官方语言, 因此, 本出版物的英文原版是唯一合法的(即官方的和经授权的)文本。任何对本出版物内容的引用, 必须以其英文原版内容为准。

目录

图、表和专栏	iv
缩略语	v
概要	vi
I. 引言和概述	1
II. PPP 法律框架	2
A. PPP 法律框架	2
B. PPP 和法律环境	2
C. 合作伙伴的需求与关注点	3
III. 定义关键术语	5
A. 术语区分	5
B. 总结	8
IV. PPP 法律：趋势和内容	9
A. PPP 发展趋势	9
B. PPP 法律内容	12
C. 结论	13
V. 观察意见与建议	14
A. PPP 法律：范围和定义	14
B. 国有企业合作伙伴	15
C. 制度化 PPP (IPPP)	17
D. PPP 法律细化程度	20
E. 协调 PPP 项目实施	20
F. 争议	21
G. 行政法与合同法	23
H. 上诉与赔偿	24
I. 非应标建议书	25
J. 合作伙伴收益与政府支持	26
K. PPP 协议	27
L. 财政风险	27
M. 超额利润	28
N. PPP 法律修订	29
VI. 总结建议	29
附录 A: PPP 法律和指南	31
附录 B: PPP 与其他法律关联	33
附录 C: PPP 定义	37
附录 D: 更新 UNCITRAL 指南	40
附录 E: PPP 法律的范围和理论基础	42

图、表和专栏

图

图 1: 争议解决方案	22
-------------	----

表

表 E.1: 指南和示范法	42
表 E.2: PPP 法律内容的一般性结论	45

专栏

专栏 1: 合作伙伴关注点	3
专栏 2: IPPP 的关键问题	19

缩略语

ADB	—	亚洲开发银行
BOT	—	建设—经营—转让
CIS	—	独立国家联合体
EBRD	—	欧洲复兴开发银行
ECJ	—	欧洲法院
EPEC	—	欧洲PPP专家中心
EU	—	欧盟
IADB	—	泛美开发银行
IPPP	—	制度化PPP
OECD	—	经济合作与发展组织
PPP	—	公私合作
SOE	—	国有企业
UNCITRAL	—	联合国国际贸易法委员会
UNECE	—	联合国欧洲经济委员会

概要

该工作报告借鉴国际良好实践，为起草和完善公共—私营部门合作伙伴关系（PPP）法律提供观察建议。报告指出了PPP法律发展过程中常见的主题与趋势，以及它们的实践状况。报告重点关注东亚地区发展，其观察建议对整个亚洲发展产生了相关影响。

该报告的主要观点为：PPP法律应当促进形成完善的PPP计划，推动单个PPP项目的实施。PPP计划应当建立在当地具体情况之上，与公共投资管理与规划以及公共财政管理政策相吻合，从而最大程度地发挥PPP的影响力。PPP法律应促使PPP计划基于PPP安排而非通过传统公共采购获得较高物有所值量的目的，选择和实施优先公共投资和公共服务项目。

相比初期PPP法律，现代PPP法律更加关注财政方面的问题。从多个国家的不良实践中可以明显看出，PPP法律必须确保项目在使用者和政府可负担范围之内，并且要保证政府在整个PPP计划中所面临的财政风险是经过评估的、可控的。

项目开发质量决定着一个国家PPP计划的好坏，而现代PPP法律则在保障项目质量中发挥着重要作用。PPP法律应规定一个唯一的、合理的PPP项目生命周期流程，使政府各机构各尽其能。由于PPP计划涵盖各类政府活动，因此政府各机构需了解各自的角色并在不同角色间成功转换。合作与协调是实现政府不同部门间协同工作网络的关键。缺乏合作与协调，政府各机构便不清楚其在项目实施过程各环节中应当发挥的作用。必须向潜在合作伙伴、投资者、贷款机构以及政府机构提供清楚明确的PPP法律和PPP计划，以确保PPP项目执行过程不会脱节，其影响不会受限。

一个银行可接受的PPP项目必须要满足合作伙伴、贷款机构和投资者的合理预期¹。合作伙伴、贷款机构和投资者会密切关注PPP法律及整体法律框架分配和管理项目风险的方法。一个有力的PPP法律和法律框架应当：

- (i) 提供形成完善和稳固的PPP法律框架（包括PPP法律和其他相关立法以及程序和惯例）所需的可信基础；
- (ii) 提高潜在合作伙伴对PPP采购体系和竞争机制的信心，使其在选择合作伙伴时，能够使用规则明晰、客观公正的遴选标准；
- (iii) 营造稳定的监管环境，以便提升各方信心并使PPP安排产生稳定的项目收益；
- (iv) 拥有公平的争端解决机制，保障PPP协议的有效性和可执行性；
- (v) 保护贷款机构的权利（例如担保权）；以及
- (vi) 使人们相信政府在整个项目生命周期内始终保持公正。

国际上PPP法律重要趋势之一便是它们可灵活地接受新的、混合性的安排。通过分享经验以及传播国际知识，创新融资、收益流以及所有权和控制权结构的形式和组合方式不断发生变化。一个

¹ 银行能接受的PPP项目，是指金融机构愿意为其实施提供融资的项目。

国家的PPP计划不可避免地会产生一些目前尚难以预知的创新形式和组合。因此，PPP法律应对PPP、PPP的实施领域和活动、PPP形式和使用者的付费方式、政府以及使用者和政府联合付费方式进行广泛灵活的解释。

I. 引言和概述

1. 亚行在制定东亚发展中国家和地区 PPP 法律及其管理框架中发挥着重要作用。亚行已帮助蒙古国（蒙古）制定了《2010 特许经营法》，现在正为蒙古中央政府和乌兰巴托市政府加强 PPP 法律和管理框架提供咨询²。同时，亚行也在为中国特许经营法的制定提供咨询³。亚行持续的技术援助使人们进一步认识到，优质完善且在财务上可持续的 PPP 项目需要良好的法律和监管环境。

2. 该工作报告借鉴国际良好实践，为起草和加强 PPP 法律提供观察意见。报告指出了 PPP 法律发展过程中常见的主题与趋势，以及它们的实践状况。报告重点关注东亚地区发展，其观察建议对整个亚洲发展产生了相关影响。

3. 该工作报告共分为六个部分，其中包括引言和概述：

*PPP 法律框架：*报告第二部分概述了 PPP 法律如何适应更广泛的法律框架，并表明 PPP 法律本身无法创造一个有利于 PPP 计划成功实施的法律环境。报告认为，PPP 与其他主题和法律，以及合作伙伴、投资者和贷款机构对 PPP 安排的需求和关注有关。

*关键术语：*报告第三部分分析了多个国家和组织使用的术语，包括 PPP、特许经营和特许经营权。目前，国际上对这些术语没有统一的定义，因此使用同一术语指代不同的安排形式时，便会产生混淆。报告强调，相比 PPP、特许经营和特许经营权或其他术语，安排的实质和 PPP 协议内容更为重要。

*PPP 法律的内容和趋势：*报告第四部分提出了 PPP 法律和指导的主要内容和趋势。

*观察和建议：*报告第五部分阐述了在制定 PPP 法律时应当考虑的各类问题，并且为制定 PPP 法律提供了一些建议。

*结论建议：*报告第六部分提出了一些有利于推进 PPP 法律制定的重要建议。

4. 附录 A 包含一份源自多个国家的 PPP 法律，以及国际组织制定的示范法和指南文件的列表，这些法律和文件在工作报告撰写的过程中进行了研究和审查⁴。其他附录和参考文献也是制定或完善 PPP 法律的过程中也被引用。

² 亚行，2009，蒙古 PPP 技术援助支持，马尼拉（TA 7291-MON）；亚行，2010，蒙古 PPP 发展技术援助，马尼拉（TA 7577-MON）；亚行，2012，营造蒙古 PPP 有利环境技术援助（TA 8236-MON）；亚行，2014，蒙古混合型热力电厂交易咨询服务技术援助（TA 8637-MON）；亚行，2015，蒙古乌兰巴托市市政服务技术援助，该项目由日本减贫基金资助（TA 8939-MON）。

³ 亚行，2014，中国制定基础设施和公共服务特许经营相关法律的技术援助，8月，马尼拉（TA PRC-8717）。

⁴ 部分 PPP 法律可参见 <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws>。

II. PPP法律框架

A. PPP 法律框架

5. 《欧洲 PPP 专家中心（EPEC）PPP 指南》中提出了 PPP 法律与监管框架的目的和主要内容。该框架包括其他有关法律（如合同、担保交易和融资相关法律的内容、运用和执行）、政策声明、指引和合同，比 PPP 核心法律的范围更大。

“支持 PPP 项目的法律和监管框架旨在促进对复杂的长期 PPP 安排的投资、降低交易成本、保障合理管控，并建立法律和经济机制，促进合同纠纷解决。在欧盟各国，PPP 法律框架的设计因不同的法律传统和现行法律而有所不同。PPP 法律框架应当包括：

- (i) 推动 PPP 项目立项并促进其运转的条款（例如，成立 PPP 公司的法定权利、公共资产转移至非国有制机构的各项条款和条件、PPP 公司根据自身条件选择分包商的权力）；以及
- (ii) 推动政府为相关项目提供融资的条款（例如，提供补贴或承诺在 PPP 合同期内提供长期公共财政支持）。

PPP 法律框架通常由法律法规确定，但有时也规定在政策文件、指导说明和 PPP 合同设计中。适用于具体 PPP 交易的法律和监管框架的性质取决于经审议的融资机制以及 PPP 公司的责任范围等。针对这些问题，公共部门应当寻求专家顾问的专业意见。”⁵

6. 全面的 PPP 实施方法应包含政策、法律、法规和各项程序，以明确各政府部门的职责，以及各部门如何在 PPP 项目周期内密切协作。它还要制定工具和技术手册，以及一系列条款和使用者指南，并能依据 PPP 计划的开展和变化对上述文件进行修订与更新。在项目筹备阶段，需提供资金以及政府支持，以吸引投资者、贷款方以及优质的施工与运营合作伙伴。此外，项目还应具备在相关行业或活动中具有丰富 PPP 项目经验的专业法律、金融和技术顾问来提供指导。

7. 一个国家 PPP 法律框架是否可行，是由政策、法律及法律工具、执行程序、实施手册，相关法律和组织间的关系、公共管理和私营经济体系之间的关系，以及专业知识和经验等因素综合决定的。法律框架的内容在法律、法规、指导及程序中的位置取决于各国的历史、立法体例、实践和环境。各国 PPP 法律框架的表达方式各不相同。国际贷款机构将要求实施 PPP 的明确法律权利或不受限制的法律权利。

B. PPP 和法律环境

8. 需保持 PPP 法律与影响 PPP 计划和其他法律、程序和实践一致，并发挥协同作用，促进 PPP 项目成功实施。

⁵ 欧洲 PPP 专家中心（EPEC）PPP 指南：<http://www.eib.org/epec/g2g/annex/2-legal-frameworks/>。

9. 附录 B 中概述了可能影响 PPP 计划和项目的各项事宜，这些事项应当在 PPP 法律或其他法律和配套工具或 PPP 协议中予以解决⁶。采取何种形式解决这些问题取决于国家的法律环境。

附录 B 中指出 PPP 包括以下相关事宜：

- (i) 政府批准和 PPP 项目授予；
- (ii) PPP 采购；
- (iii) 对 PPP 安排、定价和责任的监督和监管；
- (iv) PPP 融资、贷款担保以及政府和贷款机构的介入权；
- (v) PPP 和公共投资管理 and 规划，以及公共财务管理；
- (vi) PPP 和政府支持；
- (vii) PPP 土地、环境和社会问题；
- (viii) PPP 与合同法、行政法以及争议解决；
- (ix) PPP 和破产或企业破产法，包括重组或破产解救；以及
- (x) PPP 和税收、消费者保护、健康和安、劳动、标准和公众责任、投资者保护、外国投资者、外汇、保险等事宜。

C. 合作伙伴的需求与关注点

10. 潜在合作伙伴包括承包商（建设和运营）、投资者和贷款机构。它们是参与 PPP 采购流程并在 PPP 安排中进行投资的目标群体。参与 PPP 采购流程将产生大量的费用和风险，而投资 PPP 项目同样风险巨大。对于专栏 1 中列示的合作伙伴的各项需求与关注点，PPP 法律框架必须在 PPP 法律和配套法律文件，或在最适合该国家具体国情的 PPP 协议中予以妥善解决。

专栏 1：合作伙伴关注点

承包商和投资者的关注点

- (i) PPP 投标流程所需的成本、时间和质量：土地等主要待批事项是否已获得批准？
- (ii) 明确、稳定的法律和监管框架
- (iii) 投标评标标准
- (iv) 公共部门项目团队及其顾问的质量
- (v) 项目收益流保障（与公共部门在 PPP 协议中的承诺有关的需求和信用风险）
- (vi) 可交付成果是什么，以及如何评估？
- (vii) 长期债务融资的有效性和成本
- (viii) 项目公司的投资者还关注施工承包商和运营商的信誉和业绩，以及其在预算内按时交付成果的情况
- (ix) 基础设施与供应投入和期限之间是否存在关联，以及关联状况如何
- (x) PPP 合同和相关协议的有效性和可执行性
- (xi) 潜在外汇风险
- (xii) 社会资本的整体运作环境
- (xiii) 公共和私营部门之间以及私营部门间的风险分担
- (xiv) 与协议中预计发生的项目风险相匹配的收益流
- (xv) 公共部门合同管理和决策的有效性
- (xvi) 债务再融资或出售投资的机会

⁶ 世界银行、亚行与泛美开发银行联合编制的《PPP 参考指南》以及世界银行政府和社会资本基础建设资源中心 (PPPIRC) 的网站中提供了在实施基础设施计划或项目或起草 PPP 法律时可以有效利用的法律和主题链接：<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment>。关于 PPP 法律环境的尽职调查清单，可参见 <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/due-diligence-checklist>。

贷款方关注点

- (i) 稳定、可靠的法律框架，包括 PPP 法律和其他相关立法、程序和实践
- (ii) 采购制度的可信度；明确、客观的合作伙伴选择标准
- (iii) 能够提升可信度的稳定的政治和监管环境
- (iv) 发生纠纷时 PPP 合同及其他协议的有效性和可执行性
- (v) 已充分了解有限的可控风险，并合理分配给最佳的风险管理单位
- (vi) 项目现金流的可靠性是否满足债务服务要求
- (vii) 需求风险的承担者
- (viii) 政府信用风险；政府机构的公信力及其债务的银行可贴现性
- (ix) 承包商的执行能力和管理水平
- (x) 承包商的银行可贴现能力以及承包商的担保质量
- (xi) 项目的声誉和影响（环境、土地、社会，包括移民安置和保障在内的各方面评估）
- (xii) 项目失败后的是否存在其他施工和运营承包商，以及他们的介入权
- (xiii) 保险的可用性和有效性

资料来源：改编自克莱门西亚·托雷斯·德·米斯特拉尔（Clemencia Torres de Mästle）和 E.R. 耶斯考比（E.R. Yescombe）合著的《新兴市场公私合作模式》，世界银行公私合营基础设施咨询机构，2011 年

11. 穆迪、惠誉和标准普尔等国际评级机构针对合作伙伴的需求和关注点以及项目风险提供了有价值的观点。

12. 穆迪的投资者服务报告阐述了基础设施 PPP 项目的风险和收益，具有特殊意义⁷。

13. 根据国际经验，惠誉评级公司采用基础设施和项目融资评级标准，以及交通和能源基础设施的特定行业标准，以确定项目面临的主要风险⁸。惠誉从项目合理性、项目合作伙伴和法律结构、完工风险、技术风险、运营和维护风险，以及总量、价格和可行性的变化对项目总收入带来的风险等角度，对项目进行分析。主权、政治和行业风险与未来资本支出和信息质量一并进行考虑。风险分配是项目融资的一项关键特征。依据各项风险因素，惠誉评级公司就风险分配对项目公司产生的影响进行了评估。多数情况下，其风险评估包括一个与风险大小相一致的最低水平信用评级。报告还提供了一系列 PPP 示例，以阐释各类风险。惠誉评级公司发布了评级标准，概述了针对公共基础设施资产进行 PPP 融资时，评价政府合作方（中央、州、省、地区和地方政府、部门和机构，以及公共领域管理机构）债务的方法⁹。

14. 基于国际经验，标准普尔（S&P）项目融资评级框架的评价内容包括：

- (i) 合作伙伴的风险评估标准（主要合作方的信用等级，包括项目产出买家或为项目服务和材料供应商等）；
- (ii) 施工阶段项目风险评估标准；
- (iii) 运营阶段项目风险评估标准；以及

⁷ 2015 年 7 月，穆迪投资者服务报告：《中国实现基础设施 PPP 融资的次主权收益任重道远》。报告概述可参见 https://www.moodys.com/research/Moodys-Benefits-of-PPP-infrastructure-funding-in-China-will-take--PR_330472

⁸ 惠誉评级《2013 年全球 PPP 经验专项报告》：<http://ibttta.org/sites/default/files/documents/IBTTA%20Publications/Fitch%20Ratings%20Global%20PPP%20Lessons%20Learned%202013.pdf>

⁹ <https://www.fitchratings.com/site/fitch-home/pressrelease?id=9884122015> 年 7 月

- (iv) 用于评估项目限制因素、法律框架和保护措施的交易结构评估标准。例如，项目能否发行附加债券，项目在何种情况下以及何时可以分配现金流？¹⁰

15. 尽管标准普尔的评级方法针对项目融资，但是对于所有希望其 PPP 计划能吸引贷款机构融资的政府来说都具有指导意义，因为它阐述了一个负责任的贷款方在 PPP 项目中所关注的各项问题。惠誉和标准普尔的报告说明了受到合作伙伴和贷款机构关注且政府需要了解的各类问题。惠誉的报告显示，任何协议都不可能涵盖 PPP 项目生命周期内发生的所有事件。PPP 法律和协议必须具有一定的灵活性，应指出在协议期内很可能需要反复谈判。

16. 很多此类问题可以在筹备 PPP 项目、选择交易结构、采购文件和采购进程以及 PPP 协议中予以解决。但 PPP 法律需要为这些问题的解决提供支撑。

III. 定义关键术语

A. 术语区分

17. 目前，国际上对 PPP、特许经营和特许经营权等术语没有统一的定义。这些术语在不同的国家有着不同的含义。即使在同一个国家，其含义也因具体情形和背景各不相同。PPP、特许经营和特许经营权等不同术语可能无意中产生诸多不确定性，或无端地限制了潜在的 PPP 范围。因此，应促使各方在术语理解上达成一致。

18. 各国 PPP 安排类型的差别主要源于对提供公共服务、国家或公共财产（尤其是当国家拥有或控制的财产与个人拥有或控制的财产存在法律地位上的不平等时）、以及在提供设施和公共服务中，政府和私营部门不断变化的不同态度。一些国家针对不同类型的 PPP 安排，或不同行业或活动制定了不同的法律。多年来为应对 PPP 立法脱节或出于适应 PPP 新的安排形式的需要，许多针对 PPP 安排的法律陆续出现。现行 PPP 法律不符合欧盟统一市场的要求，且与欧盟所有成员国已向企业开放公共采购和 PPP 安排的现况不一致。

19. 报告中该部分回顾了 PPP、特许经营和特许经营权在其他国家的应用情况，并提供了旨在优化 PPP 收益的相关建议。

1. PPP

20. 目前，国际上对 PPP 这一术语没有统一定义。该术语在不同国家有着不同含义，即使在同一个国家，其含义也因具体情形和背景的不同而各异。工作报告该部分回顾了 PPP 的定义，而后探讨了其他相似术语。在考虑其他类似术语之前，将对 PPP 的定义进行审查。附录 C 中展示了国际组织和各国多种类的 PPP 示例定义。考虑不同类型的 PPP 项目时，有必要思考项目结构的详细信息，而非仅根据项目名称。

¹⁰ 关于项目融资评级标准评估方法的详细说明，请参见 http://www.spratings.com/documents/20184/86990/SPRS_Project%2BFinance%2BRatings%2BCriteria%2BReference%2BGuide_FINAL/cdfde690-57d1-4ff4-a87f-986527603c22

“PPP 下的活动 P) 有时会被标记为‘特许经营’、‘特许经营权’或者‘BOT’交易，并且存在两种极端情形：‘完全’公共部门企业和‘完全’私营部门企业。这两者之间存在着不同形式的公私混合型安排。公共部门可以将项目的建设和运营工作委托给私营部门企业执行。公共部门也可以仅将运营或管理或个别服务（如电能计量）委托给私营部门企业。

无论使用怎样的术语，重要的是要理解其具体细节。例如，在鼓励私营企业参与供水服务方面，法国与英格兰和威尔士的做法明显不同。法国采用特许经营方式，而英格兰和威尔士采取私有化的方式。进一步仔细观察，便发现两种方式之间并无重大差异。因为拥有水权，英国的水务公司就能关闭供水服务吗？当然不可以，它供水服务必须提供。那么它能不能停止运营，挖出铺设的供水管道然后撤离呢？同样不行。但所有权是私有的，而在法国，水属于公共财产，在特许经营期结束后，也就是 25 年后，私营公司需将这一资产归还给公共部门。根据特许经营证书的规定，只要在正式取消前 10 年向公司发出通知，英国水务主管部门便可在任何时间，且无需说明原因的情况下，撤销水务公司的特许经营证书。撤销后，资产将由政府接管。由此可见，这两种方式之间没有实质性区别。在另一种情况下，即使企业为完全公共的性质，项目建设以及办公室保洁或餐饮等许多服务工作也通常外包给私营部门”¹¹。

21. 《PPP 参考指南》将 PPP 定义为“私营部门与政府机构之间达成的关于提供公共资产或服务的长期协议，其中私营部门承担主要风险和管理责任，其报酬与项目执行情况挂钩”¹²。

22. 上述《PPP 参考指南》中补充道：“这个定义包含提供新的资产和服务，以及针对现有资产和服务的 PPP。它包括完全由服务使用者向私营部门付费，以及由政府机构部分或全部付费的 PPP。设计、建设、融资、运营和维护等交由私营部门承担的项目功能会因合同不同而有所不同，但无论何种情形，私营部门均对项目的执行负责，并且承担主要风险和管理责任”。所有 PPP 安排中的关键要素都是如何分担风险，以及如何将合作伙伴的付款与项目执行情况关联起来。

23. PPP 定义中的长期通常是指五年或更长的一段时间。外包或合同外包安排多采用短期形式。较短的时限通常不适合将付款与执行情况挂钩，对于涉及到公共资产建设的项目更是如此。私营性合作伙伴和政府机构时常存在关联。通过制度化 PPP (IPPP) 提供某种公共资产或服务时，国有企业 (SOE) 或政府机构将作为合作伙伴与私营部门建立联系。制度化 PPP 是欧盟为确保其所有成员国中的企业都能进入市场（在这些成员国中，政府机构在提供公共工程或服务时均与私营部门合作），在确定应用不同的公共采购规则时所采用的术语。在此背景下，随着由政府机构和私营部门联合控股的实体的建立，IPPP 随之产生。根据欧盟委员会 IPPP 指南，除资本和其他资产出资外，私营部还可通过积极参与公共和私营部门的合同执行或公共和私营机构管理或两者均涉及的方式进行投入。私营投资者对政府控股企业的出资本身并不构成 IPPP 的一部分。¹³ 在 PPP 安排中，国有企业一般不会成为政府的合作伙伴，但也有一些特例。

¹¹ Michael Klein, 公私合作伙伴关系承诺与宣传。世界银行政策研究工作论文, 7340 号, 2015 年 6 月 http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2015/06/26/090224bo82f92d16/1_o/Rendered/PDF/Publicprivate0000promiseoandohype.pdf 公共

¹² <http://api.ning.com/files/lumatxx-0jz3owSB05xZDKmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3UyoNtPPRgPWYO1lLrWaTUqybQeTXIeuSYUxbPFWlysyNI5rL6b2Ms/PPReferenceGuidevo2Web.pdf>

¹³ I 欧洲经济共同体委员会。2008 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:mio001>[注：该指引并非 IPPP 法律，其目的是确定适用的公共采购规则。该指引早于 2014 年公共采购、特许经营和公用事业三项指令发布。这些指令的目的是通过市场准入和公平竞争，进一步推进欧洲单一市场目标的实现。其主要目的不在于推进或启动 PPP 项目。欧盟曾出台关于特许经营的相关指令，但未针对 PPP 安排发布相关指令。在选择 PPP 合作伙伴方面，成员国政府须遵守欧盟关于市场准入条约和其他法律的总体原则和义务。

2. 特许经营

24. 与 PPP 的情况一样，目前国际上对特许经营这一术语也没有统一的定义。

25. “特许经营”在词典中有多个解释。其中之一是，在出于特殊目的使用土地或其他财产时，用于描述政府、法人团体或其他管理机构授予的许可证、权力或批准时使用的术语。它可以表示在大型实体（例如，一家百货公司）场所内依据协议开展的某项商业运营活动，或被授予的、在特定地理区域内出售商品或提供服务的权利。“特许经营”在机构给予的优惠补贴或税率方面（例如，就某个商品对某一类人实行税收减免或降价）还存在许多其他的含义或用法。

26. 德尔蒙（Delmon）阐述了特许经营的不同含义：¹⁴

“特许经营”一词在全球范围内被用作不同目的。它最基本的含义是指政府授予的提供服务或使用资产的权利。例如，授予开发位于特定地块之上或其地下自然资源的权利。它还可以表示不同的 PPP 结构。在俄罗斯，“特许经营”是指一种联邦政府交易结构，即项目公司建设相关设施、转移给授予人并进行长期经营。在法国，法律规定，“特许经营”是指授予私营实体在一段时间内使用政府资产，并对其维护、运营和管理的权利。法国的模式通常不要求特许权获得者承担重大的投资义务。在巴西，管理型特许权指允许特许权获得者运营国有资产，并通过向使用者收费来获取收益，而赞助型特许权则要求授予人拨付一部分款项，以充实收益流。在智利，特许经营被用于改造和建设收费公路以及水务部门私有化。马尼拉水务特许经营内容包括向项目公司转移现有资产以及大量的未清偿债务，由项目公司负责水务系统的运营、维护和扩建，并向使用者提供供水服务。当然，在采掘业（如石油、天然气和矿业），特许经营是指在特定区域内的采掘权，通常需要向政府支付特许使用费。“特许经营”是特许经营术语中最常见，也是意义最为宽泛的一个词。”

27. 公共基础设施和公共服务特许经营应当区别于（1）通过协议或立法授予的自然资源（石油、天然气、矿业、林业、橡胶、棕榈油或其他资源的勘探或开采）的特许经营，（2）其他形式的特许经营或许可（如通过协议方式授予的机场或体育设施内的零售网点特许经营），或（3）通过立法授予的用于监管目的的许可或执照，如广播许可证。

28. 公共基础设施或公共服务的特许经营也可指国有资产或服务经营和管理权的授予。在一些国家，特许经营用来描述收益流、或收益流的绝大部分直接来源于使用者付费的项目安排。在其他国家，特许经营是指具有财务可行性、无需政府支持的安排。

29. 应当避免特许经营这一术语因用途不一而造成混乱。公共基础设施和公共服务特许经营（无论如何定义）应被视为在单一简化的 PPP 项目生命周期过程中需要阐述的一种 PPP 形式。

¹⁴ 杰弗里·德尔蒙在《上层建筑中的公私合作计划》中对此进行了总结：BOT、DBFO、DCMF、特许经营、租赁……公共政策研究工作论文，5173 号，世界银行，2010 年 1 月 http://www.wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/01/11/000158349_20100111150559/Rendered/PDF/WPS5173.pdf。

3. 特许经营权

30. 特许经营权是在讨论 PPP 过程中经常提及的词。目前，在公共基础设施和公共服务上，特许经营权一词并没有国际上统一接受的定义。知识产权特许经营权是指根据特许经营协议授予的在指定区域内从事指定业务或者特定商标业务的权利，但是在公共基础设施和公共服务安排中，特许经营权的含义不同。“特许经营需要进行临时性的专有权分配，一般通过拍卖机制来控制市场准入。基本前提是市场竞争有效替代其内部竞争：要享有专有权，私营部门企业需要参与竞争，以获得这些权利。和外包活动类似，特许经营同时涉及权利授予程序的设计和运行，以及特许经营管理的监督、谈判和批准。”¹⁵。

31. 在英国或澳大利亚¹⁶，基础设施特许经营权是指铁路服务特许经营权，在印度¹⁷则是指电力配送特许经营权，在法国是指包干制委托经营合同（*affermage*）（一种租赁或服务特许经营，不要求私人运营商进行大规模的资本投资）¹⁸，或者一种委托服务合同形式。在这些示例中，特许经营权是指使用、运营和维护现有设备或网络，向使用者收取固定费用、服务费或通行费，并且向政府支付特许经营费用的权利。可能会要求特许权获得者从其收取的总金额中留出一部分，用以支付将来对设施进行修复时产生的费用。

B. 总结

32. 国家和组织使用不同的术语来描述相似的 PPP 安排，而同一术语在同一国家内也可能具有不同含义。相比于描述 PPP 安排的术语，PPP 协议中规定的权利、义务和风险分担更为重要。

33. 目的是确保 PPP 计划和项目能够提供优先发展的公共基础设施和公共服务，并达到比传统公共采购更好的物有所值量。同时这类计划和项目还应在使用者和政府可负担范围内，且不会给政府造成过大的财政风险。

34. 需要考虑的问题包括：

- (i) 无论采用传统公共采购或 PPP 方式，项目是否为优先项目？
- (ii) 该项目是否具备 PPP 项目的条件？
- (iii) PPP 可行性研究是否表明 PPP 模式比传统公共采购具有更高的物有所值量？
- (iv) 是否是使用者和政府能否负担得起该项目？
- (v) 项目具有哪些财政风险，能否对这些风险实施有效管理？

¹⁵ 关于英国最初将公共特许经营引入政府活动时开展的相关讨论，请参见 C. Harlow 与 R. Rawlings 合著的《法律与行政》（*Law and Administration*）（第二版，巴特沃斯出版社，1997 年）第 270 页：关于在同一时期英国鼓励更多社会资本参与提供政府服务时针对特许经营和政府开展的大讨论，请参见 R Baldwin 与 M Cave 合著的《特许经营——政府的一种工具》（*Franchising as a Tool of Government*）（伦敦管制产业研究中心）1996。

¹⁶ 参见英国政府铁路运输特许经营部官网 <https://www.gov.uk/government/collections/rail-franchising>。

¹⁷ Pargal、Sheoli、Sudeshna Ghosh Banerjee 合著的《2014 年关于增加印度电力供应：华盛顿特区配电方向发展的挑战：世界银行》

¹⁸ 法国《饮用水配送委托经营协议指南》，法国市长协会（*Association des Maires de France*）编制，它更新了 1980 年的委托经营协议 <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/new-model-leasing-contract-public-drinking-water-distribution-services> 以及协议模板 <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/new-model-leasing-contract-public-drinking-water-distribution-services>

- (vi) 何种 PPP 交易结构能提升政府、合作伙伴和贷款方的项目目标，包括私人融资、政府支持、以及使用者付费或政府付费或使用者与政府共同付费的收益形式等各方面？

35. PPP 交易结构应在项目开发（筹备）过程中提出，且应在必要分析后予以确定。事实表明，有些国家在开展项目筹备前便确定了交易结构，最终致使妨碍了合作伙伴、贷款机构和投资者的项目利益，或是造成项目结构不合理，而最终无法实现预期结果。在 PPP 项目周期中过早确定 PPP 交易结构，并且没有开展必要的 PPP 项目筹备工作是低效的、不可取的。

36. 广义上来说，PPP 允许灵活地设计和选择 PPP 安排的最佳结构。应当使用唯一的、简化的流程评估项目是否适合采用 PPP 模式，明确不同阶段中，各个政府机构应当承担的具体职能，并相互协调统一。

IV. PPP法律：趋势和内容

A. PPP 发展趋势

1. 2014 年联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）指南讨论会

37. 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）秘书处和顾问开展的关于私人融资基础设施的研究和磋商，以及 2014 年关于更新 UNCITRAL 指南和示范立法条文的讨论会确立了以下事宜：¹⁹

“讨论会认为，PPP 现在通常被视为一个法律概念，没有国际统一的定义。但讨论会一致认为，一个项目必须具备某些特征才可被列为 PPP，包括：由公共管理机构选择一个私营实体来执行基础设施的建设、改造、维护和/或运营工作和/或提供服务，各方之间签订长期合同。…… PPP 的法律文件应当涵盖 PPP 的最基本特点。……它应当是解决基础设施项目的设计、建设、改造和融资问题最有效的法律文书，包括项目配套服务（设施维护型和公共服务型），无论此种服务是由公共机构、最终使用者付费或两者共同付费。”

38. 讨论会的结果包括：

- (i) 现有 UNCITRAL 指南和示范立法条文不适合创新型融资模式。新兴的融资机制和风险分配形式正在改变 PPP 的治理和结构。需要考虑不同的项目遴选方法，以便更好地推进项目的规划工作。在寻求项目建议书之前与潜在参与者进行磋商，开发新的 PPP 采购模式，以挑选最佳合作伙伴。应适当调整最佳合作伙伴的选择方法，完善选择的复审与异议机制。
- (ii) 基础设施私人融资最初是建立在多数项目风险将由私人合作伙伴承担的假设之上。现在，政府承担越来越多的风险，包括公共服务需求和收益流的风险。由政府付费的基于可用性 PPP 项目模式变得越来越普遍²⁰；

¹⁹ 联合国大会（A/CN.9/821），UNCITRAL 第 47 次会议，纽约，2014 年 7 月 7 日至 18 日，讨论会的报告工作，UNCITRAL PPP 研讨会，维也纳，2014 年 3 月 3 日至 4 日。 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V14/017/93/PDF/V1401793.pdf?OpenElement>

²⁰ 在欧洲的法国、西班牙等国家，有大量的历史特许经营安排，它们主要依靠使用者付费来实现项目收益。其中许多安排被授予国有企业（这些国有企业当时面临的市场竞争有限或没有竞争），或在 20 世纪上半叶被收归国有。推动欧盟单一市场准入是将这些特许经营和新的安排置于更强的竞争环境之中的需要。最近几年，欧盟范围内，由政府

- (iii) 需进一步加强项目规划，包括风险分配和政府支持方面的规划；
- (iv) 由于需要支付大量投标和其他费用，交易成本，包括后期合同管理和项目运营成本，随着项目金额的增加而逐渐上升。法律框架中需要探索和反映将养老基金用于基础设施和公共服务投资、在项目采购之前通过竞争方式提供债务或股权融资、政府安排集资债务，以及减少交易时间和成本的手段等方面的问题；
- (v) UNCITRAL 指南和示范立法条文可进一步更新的其他主题包括：
 - a) 争议解决——认识到安排和争议的复杂性，形成可行的决议，同时稳定政府、私营部门，贷款机构和公众的信心；
 - b) 非应标建议书——旨在更好地管理和控制非应标建议书获准的流程；
 - c) 在法律和协议之间，分配条款规定——反映出必要因素的同时，允许根据具体项目安排，灵活地定制协议；
 - d) 与建立公信、增强信息有关的透明度问题，以及其他事宜；以及
 - e) 跨境的国际基础设施项目。

2. 2015 UNCITRAL 秘书处

39. 在 2015 年 7 月的第 48 届 UNCITRAL 会议上，UNCITRAL 秘书处发表了一篇关于未来基础设施开发的文章²¹。秘书处从各国家或地区收集到有助于改革 UNCITRAL 立法指南与示范性法律条文的信息，并且再次审查了这些法律文书的各项规定。秘书处指出，政策性问题的正趋于融合，揭示了使用者付费和政府付费型 PPP 在计划、筹备和采购时的相似之处。尽管不同类型的 PPP 安排之间存在区别，但是秘书处认为修订后的立法文件能涵盖所有 PPP 类型中的各项要素。

40. 附录 D 总结了 UNCITRAL 秘书处 2015 年确定的 UNCITRAL 指南和示范性法律条文中将要更新的内容。

3. PPP 法律和指引——发现

41. 对附录 A 中法律和指引的分析揭示了法律和实践的演变趋势与发展情况。一个关键的发现是，随着经验和国际知识传播的增加，在应对新趋势和发展方面上，各国在法律上越发趋于融合。这主要得益于各国日趋多样化的 PPP 项目和融资安排以及国际知识与经验的传播与应用。

42. 事实与分析表明，随着一个国家从成功的 PPP 项目中积累的经验将带来更多扩大 PPP 应用的机会。新机会将覆盖更多部门和活动领域，带来更富有创造性的项目结构和融资安排。PPP 法律和其他相关法律的逐渐演变推进了这些安排的实施。这些法律文件也将消除 PPP 实施过程中不可避免地出现的障碍和矛盾。PPP 法律框架需要维持 PPP 的稳定性，同时不约束其发展。PPP 法律框架必须具备一定的灵活性，以允许对 PPP 计划和项目进行积极的调整。

府付费的 PPP 项目比使用者付费的项目更为常见。例如，2014 年，欧盟 28 个国家以及土耳其和巴尔干西部地区国家（例如，阿尔巴尼亚、波黑、马其顿、科索沃、黑山和塞尔维亚）的 82 个 PPP 项目实现资金到位。这些项目的总值达到 187 亿欧元。其中超过 85% 的项目是政府可用性付费项目。这些交易采用设计—建设—融资—运营（DBFO）、设计—建设—融资—维护（DBFM）或特许经营安排方式，具有建筑要素特性，提供公共服务，并且在公共和私营部门之间实现真正的风险分担。这些项目通过项目融资形式获得资金，在相应时期内实现资金到位，每个项目的债务+股权价值至少达到 1,000 万欧元（不包括任何政府出资）。这个数值可能远远低于总资本投资成本。请参见 EPEC2014 年欧洲 PPP 市场行情回顾 http://www.eib.org/epec/epec_market_update_2014_en.pdf

²¹ UNCITRAL 未来采购和基础设施开发规划与工作，2015 年 4 月 29 日秘书处 A/CN.9/850 号，提交第 47 次 UNCITRAL 委员会会议（维也纳，2015 年 7 月 29 日 6 月 16 日）审议

43. 对 PPP 项目发展成熟的国家的审查显示，这些国家的 PPP 总体法律框架和组织结构以及 PPP 实施过程总在定期地更新和改进。这反映出此类国家不断从以往经验中吸取教训，增加政府以及潜在投资者、贷款方和投资人之间 PPP 的了解，并不断加强运营能力。在制定 PPP 计划的初期阶段，PPP 项目实施的法律法规、流程、实践以及组织管理都将不可避免地随着环境的变化而变化。

44. 为确定以下主要问题并促进其解决，多国家的 PPP 法律框架正在逐渐演变：

- (i) 私营和公共渠道的创新融资：例如各种政府支持机制，包括混合了私营融资的赠款和出资，以及其他金融或非金融性支持，从而确保重点项目能够获利；
- (ii) 改变对最佳需求风险分配的态度；
- (iii) 基于可用性、由政府付费并承担主要需求风险的 PPP 项目模式变得越来越普遍；
- (iv) 通过项目开发融资，更好地开展项目筹备工作；
- (v) 改善项目运营阶段的合同管理和监督，以审查服务绩效以及与绩效挂钩的付款事宜；
- (vi) 定期审查，以确保实现预期物有所值²²；
- (vii) 重点关注 PPP 项目整体规划产生的总体影响以及项目的生成机制，而不是一系列一次性项目上；
- (viii) 促进项目潜在合作伙伴之间的竞争，以推动创新，提高效率和物有所值；
- (ix) 基于经济和金融可行性以及物有所值原则为 PPP 选择合适项目时，进行的公共投资管理²³；
- (x) 为了评估与管理财政风险、判断财政负担能力而进行的公共金融管理²⁴；
- (xi) 项目不同阶段的风险识别、管理与分配，在各方之间实现最佳平衡，以实现最大物有所值；
- (xii) 不再将私人融资视为资产负债表之外的融资或是规避预算限制的临时举措，而是将其视为 PPP 在实现物有所值时本就具备的优势²⁵；以及

²² 很多司法管辖区倾向于通过最高审计机关（或地方同类机关）来审查 PPP 计划和单个项目，以确定项目的经济效益预测目标是否已经实现，以及是否符合 PPP 立法和程序。最高审计机关需具备开展物有所值分析的必要权力和能力。应当考虑到 PPP 法律或其他相关法律的这一需求。参见最高审计机关国际组织，2007，《公私合作融资和特许经营最佳审计实践指南》。

²³ 目前，人们逐渐不再将从公共投资管理项目中通过个别流程识别和选择的 PPP 项目视为一系列一次性项目。随着重点转移到 PPP 计划方面，政府逐渐开始从满足标准的公共投资项目中选择适合采用 PPP 模式的项目。在许多地方，物有所值已经成为选择 PPP 模式的主要标准。英国将物有所值定义为用以满足使用者需求的商品或服务全生命周期内的成本和质量（或适用性）的优化组合。物有所值取决于各种项目产出交付方式的成本、风险和收益，并且用于检验公共融资、私人融资或两者的组合是否最适合该项目。PPP 法律或其他相关法律应当确认 PPP 项目和优先公共投资项目之间的联系。（参见 Rajaram、Anand、Tuan Minh Le、Kai Kaiser、Jay-Hyung Kim 和 Jonas Frank 2014 年合著的《公共投资管理权力：将资源转变为资产增长》。发展方向。华盛顿特区：世界银行。<http://dx.doi.org/10.1596/978-1-4648-0316-1> 和 Schwartz、Gerd、Ana Corbacho 和 Katja Funke 2008 年合著的《公共投资与公私合作：应对基础设施挑战和管理财政风险》，国际货币基金组织，华盛顿特区）。

²⁴ 目前，人们逐渐不再将 PPP 视为一次性项目，而是可实现最大项目影响的项目计划。这反映在项目对公共财政的影响方面。实际、隐藏、隐性和或有负债可能导致对政府资金的其他预期外需求。单个 PPP 项目可能均满足物有所值标准，但是综合而言，这些项目对政府资金的需求可能超出政府的财政负担能力。在使用者付费和政府付费项目的关键阶段，由于可能产生财政风险敞口的来源较多，必须对其财政负担能力和财政风险敞口进行评估。PPP 法律、公共财政管理法律或其他相关法律应当反映在 PPP 项目筹备和采购阶段开展财政风险和负担能力评估的要求（参见世界银行 2013 年《实施公私合作财政管理框架》，业务操作说明，华盛顿特区）。

²⁵ PPP 法律或配套文件或其他立法中应当规定如何将 PPP 纳入政府财政收入账户和国民收入账户。（参见 Funke Katja、Tim Irwin 和 Isabel Rial 2013 年合著的《公私合作预算与报告》，OECD 国际交通论坛联合交通研究中心讨论文件）

- (xiii) PPP 计划和具体项目涉及各类政府职能和责任，需要国家和地方政府机构协同开展工作。

B. PPP 法律内容

45. 附录 E 中的表 E.1 显示了 PPP 安排的主要事项和出现的问题。理想情形下，这些主要事项和问题应当由一份综合的 PPP 法律框架予以解决。该表所列事项与问题参考 UNCITRA、经济合作与发展组织（OECD）、欧洲复兴开发银行（EBRD）、联合国欧洲经济委员会（UNECE）、欧洲 PPP 专家中心（EPEC）、独立国家联合体（CIS）示范法给出的指南、示范性法律条文和原则。

46. 表 E.1 未对上述参考材料的内容或质量进行审查或评估。附录 E.1 引用对某一主要事项的引用并不表明该内容是全面或符合要求的，仅说明该主要事项在某种程度上或通过某种方式得到了解决。法律或指南中未涉及的主题可能会在配套法规、意见、决议或 PPP 合同指南，或其他 PPP 相关法律（例如，公共采购法或公共财务管理法）中予以论述。

47. 附录 E 中的表 E.2 概述了与表 E.1 所列主题相关的趋势、目的和良好实践。

48. 附录 A 中的法律分析表明，从广义上来看许多国家的 PPP 法律所要解决的都是相似的主题。虽然 PPP 法律框架是针对具体的司法管辖权限而言，但它通常都会处理以下事项：

- (i) 法律的范围，包括：
 - a) 各类 PPP 安排的定义；
 - b) 可能成为 PPP 安排主题的不同类型的公共基础设施、公共设施和公共服务；
 - c) 在审批和决定进入 PPP 安排的项目和合作伙伴时，国家和地方各政府机构所发挥的作用和拥有的权力；以及
 - d) 在 PPP 安排中，哪些机构能够成为政府的合作伙伴？
- (ii) PPP 行政管理，包括实施 PPP 安排相关的法律、政策、程序和惯例时，如何保持横向与纵向上的协调，以及 PPP 计划如何与公共投资管理（优先项目的选择与物有所值分析）、公共财务管理（财政负担能力与财政风险评估）、公共采购以及设施和服务的交付等并行不悖；
- (iii) PPP 项目的识别、选择、筹备与审批流程和责任（PPP 项目筛选、PPP 业务案例的预先可行性与可行性研究、PPP 项目开发）；
- (iv) 识别和选择合作伙伴的流程和责任（PPP 采购）；²⁶
- (v) 合作伙伴收益和收款来源、PPP 融资和政府支持；
- (vi) PPP 协议的内容——具有指示性、许可性（但并非规定性的），包括各方之间的风险分配、不可抗力因素以及政治、法律、宏观经济上的风险与补偿、违约、终止与争议解决，以及对协议中有所规定而政府未曾触及的问题进行澄清；以及
- (vii) 合同管理和监督。

²⁶ PPP 项目的采购应当符合高质量传统公共采购的原则。PPP 的采购流程不同于传统公共采购（例如，在过程的各个阶段要进行各种形式的磋商和谈判）。PPP 法律中应当规定 PPP 采购的专业性质，或在公共采购或招标法中通过单独章节进行规定。

C. 结论

49. PPP 法律中确定的内容和趋势、内容和趋势，其基本原理及 PPP 和其他法律之间的联系，以及合作伙伴、投资者和贷款方的需求与关切一致表明：有效的 PPP 法律和配套法律文件或广义上的 PPP 法律框架均需包含以下核心元素：

- (i) 对 PPP 安排、公共基础设施和公共服务采用广义的定义或描述，以便随时引进新类型的安排（部门、设施和活动）。应重点关注 PPP 的目标与特征，而非罗列 PPP 安排和项目结构的类型。这种广泛而开放的 PPP 实施方式能够灵活地容纳新的混合型 PPP 安排，此类安排伴随由融资创新产生，将政府财政支持和私人融资结合并将 PPP 应用于新领域、新活动、新类型，同时能够将 PPP 安排中具体的风险分配交由 PPP 协议处理。
- (ii) 明确规定哪些政府部门有权与合作伙伴签订 PPP 协议、哪些类型的机构可以成为 PPP 合作伙伴，以及是否有针对特定类型机构的限制性领域或活动。
- (iii) 在设计和实施 PPP 计划和项目过程中，政府各机构的角色和责任，以及各机构间的相互沟通方法必须界定清晰，并得到广泛了解。PPP 的设计和实施涵盖各类政府职能和责任。PPP 与公共投资、公共财务管理、公共采购、公共会计以及公共设施和服务的交付相关，而这些内容有可能属于不同政府部门的职责。因此，各部门需要组成互联互通的网络体系，以便有效、成功地开展 PPP 项目。作出决策或展开行动时，政府机构不能孤立地局限在自己的权责范围内。对于潜在合作伙伴、贷款机构和投资者以及公众和政府机构来说，PPP 计划和项目的实施流程与具体做法必须是透明、清晰、明确的。PPP 法律或配套法律文件或其他类型文书中的条款的细化程度将视具体国家情况确定。
- (iv) 划分出 PPP 项目周期中的不同阶段，并制定这些阶段中各个实施步骤的工作流程。流程和步骤的设计与各政府机构的具体职责与角色，以及机构间的相互联系保持一致，并涵盖实施过程中的 PPP 项目评估和选择、物有所值、财政负担能力和财政风险评估、合作伙伴采购流程、方案评估以及相关政府审批等各方面问题。PPP 法律的细化程度取决于一国起草法案的具体风格，以及该国其他相关法律有效解决公共采购和招标等问题的能力。通常，PPP 法律仅概述几个关键阶段，而详细的流程内容一般在配套法律文件中予以说明。
- (v) PPP 法律应灵活采用使用者付费、政府付费，或是政府和使用者以及政府和使用者付费的多种组合。同样，PPP 法律也应允许针对获得相关政府部门批准的 PPP 项目提供多种政府支持。
- (vi) PPP 法律应当包含指明 PPP 项目协议核心内容的支撑材料，但无需描述 PPP 协议应当如何解决这些核心事项。协议应当视具体项目而定，灵活规定其具体内容。PPP 法律应当指出 PPP 协议必须解决的问题，但不应限定 PPP 协议解决这些问题必须采取的方法。例如，PPP 法律可以指出各种不同的争议解决方式，而一份具体的 PPP 协议中究竟采取哪种，或哪几种方式解决争议则交由政府和合作伙伴共同商定。
- (vii) PPP 法律应当指出每一个 PPP 项目都应采取的合同管理与监督措施，以便实现项目主要目标并遵守项目原则，而其具体实施细节则由 PPP 协议予以规定。PPP 法律可以指定合同管理和监督工作中各政府机构的具体职责。例如，国家最高审计机关应在 PPP 法律或由其自身建立的法律中发挥一定作用，确保遵循 PPP 各项流程或检验设施和服务交付时实现预期物有所值。

V. 观察意见与建议

50. 本部分将提供最终确定 PPP 法律的若干观察意见与建议。相关观察与建议的依据包括：

- (i) 前文描述的有关法律内容和趋势的结论，这些结论源自对不同国家法律、附录 A 中的规定以及亚行 2015 年 5 月 PPP 国际示范法所进行的研究与分析；
- (ii) 对附录 A 所列法规与附录 E 中表 E.1 所列国际上的指南文件进行的对比；以及
- (iii) PPP 法律内容总结中所述以及附录 E 中表 E.2 更加详细的表格形式列出的 PPP 法律内容的基本原理。

A. PPP 法律：范围和定义

1. 观察意见

51. 该工作报告前面章节有关 PPP、特许经营和特许经营权的讨论表明，PPP 是一个广义术语，它能涵盖多种不同类型的 PPP 安排，包括使用者付费、政府付费、使用者与政府付费的各种组合等。尽管有些国家针对不同类型的 PPP 安排或不同部门和活动制定了不同的法律，但人们认为有必要制定一个范畴宽广的 PPP 法律。虽然对于具体部门或活动，有必要制定阐释 PPP 法律的不同法规、通知或指导方针，但人们认为 PPP 法律的总体原则、目标和核心内容应当适用于所有部门和活动。

52. PPP 安排的形式最好能够具有一定灵活性。近年来，PPP 政策和法律的发展趋势不断演变，已从描述项目设计、建设、融资、运营、管理元素的不同组合或不同收入来源组合，演变为对各种 PPP 形式、部门和活动的广泛描述，这些形式、部门和活动能够：

- (i) 产生更加注重风险分配和管理的新的、有别于以往的混合型项目形式；
- (ii) 创新私营部门和政府融资渠道，制定更多类型的政府支持机制；
- (iii) 提供更多元化、范围更广泛的收入组合，采用设施和服务使用者付费和/或政府付费；
- (iv) 更加注重绩效与付款的关联；
- (v) 不过分限制 PPP 安排的基础设施和公共服务类型；
- (vi) 提供多种合作伙伴选择（项目采购）办法，但默认方法是竞标；以及
- (vii) 允许制度化 PPP（IPPP）安排，同时承认其风险分配与其他形式的 PPP 安排不同。

53. 《科索沃 PPP 法》是对 PPP 进行广义定义的范例（参见附录 C）。该法律规定，PPP 是一个或多个政府管理部门与一个或多个私营合作伙伴之间以契约或制度的形式建立的合作，其中私营合作伙伴应：

- (i) 代表公共机构提供公共服务或公共基础设施；
- (ii) 承担与提供公共服务或公共基础设施相关的财务风险、技术风险、施工风险和运营风险，包括需求风险和/或可用性风险；以及
- (iii) 通过公共机构从其预算中付费、由私营性合作伙伴向公共服务或公共基础设施的使用者或客户收费，或采用公共机构付费和向使用者或客户收费相结合的方式，取得提供公共服务或公共基础设施的收益。

2. 建议

54. PPP 法律应当有能力接受新的、混合型安排。因为随着经验和国际知识传播，创新融资、收益流以及所有权和控制结构的形式与组合方式不断发生变化。一个国家的 PPP 计划将会产生目前难以预测的、富于创新性的安排形式和组合。正因如此，我们需要采用广义、灵活的方式，解释 PPP 模式和执行方法以及可采用 PPP 模式的领域和活动。

55. PPP 法律或许要将“建设—移交模式”排除在外，因为这种模式无法使绩效与付费挂钩，而且必须受到传统的政府采购和招标法律的约束。建设—移交模式属于传统的政府采购方式，通常在施工结束后以延期付款的方式付费。因此，PPP 法律必须明确规定何种形式属于 PPP 安排，何种形式不属于 PPP 安排，以避免引起混乱，阻碍 PPP 目标、或其他目标的实现，比如管理和监督地方政府融资与债务，以控制其风险。

56. 为防止规避 PPP 法律，PPP 采购与招标应在 PPP 法律、或公共采购法律中专门描述 PPP 的章节里作出明确规定。传统政府采购与 PPP 采购之间存在重大差异，这些差异应被指出，并妥善地用法律条款予以明确。

B. 国有企业合作伙伴

1. 观察意见

57. 在大多数国家，PPP 合作伙伴默认的是完全私人拥有或掌控，而非政府拥有或掌控。典型的 PPP 安排通常采用竞争方式订立责任明确、付款与绩效相关的合同。PPP 安排远不止是广义的合作协议。它通常依靠相关服务的政府采购者在合作伙伴选择程序中施加竞争压力，以激励合作伙伴产出更大物有所值。

58. 在世界银行、亚行与泛美开发银行联合编制的《PPP 参考指南》（PPP Reference Guide）中，PPP 的定义仅将私营部门视为政府部门的订约方，附录 C 列出的其他定义也持同样立场。国际上，绝大多数 PPP 安排的政府订约方均为私营性合作伙伴（政府非直接或间接拥有或控制的、参与 PPP 安排的私营部门合作伙伴）。

59. 有些国家的示范立法和 PPP 法律明确规定，私营性合作伙伴不能由政府拥有或控制，或规定，以政府的名义订立 PPP 安排的部门不得成为 PPP 安排的合作伙伴²⁷。有些法律明确指出，合作伙伴应为私营部门拥有或控制；有些法律则是以推定或暗示形式，表示政府不能与其拥有或控制的实体订立 PPP 安排。

²⁷ 独联体《示范法》（Model Law）第 14 条规定，根据本法、其他国家法律或其他法令规定，任何可以在公私合作关系中充当政府合作伙伴的机构以及因此受政府控制的法人实体，均不得作为私营合作伙伴。如果政府合作伙伴或其他由政府合作伙伴控制的机构拥有相关法人实体注册（股份）资本的多数股权，和/或如果该控制方有权通过协议或其他方式决定该法人实体的行动或决策、任命单人执行机构和/或 50% 以上的集体执行机构成员，和/或如果该控制方能够无条件地选择该法人实体 50% 以上的董事会（监事会）成员或其他集体管理机构成员，该法人实体则被视为由政府合作伙伴控制。根据本法、其他国家法律或其他法令规定，任何可以在公私合作关系中充当政府合作伙伴的机构均不得是法人协会和/或无需建立法人的个体企业协会的成员，这些成员参与公私合作时，应被视为私营合作伙伴。

60. 有些国家在提及 PPP 安排的本质时，不使用公共或私营的字眼。例如，法国在其法律中不使用 PPP 这一术语，而是使用描述性术语对具有 PPP 安排特点的各种安排进行描述，包括合作合同、公共服务委托外包（法国的 PPP 模式）、临时使用公共领域财产的授权、带有提前赎回条款的租约等。法国的许多此类安排，尤其是在过去，均由中央政府或市级政府与国有企业订立。

61. 在其他国家，国有企业的定义可能较为局限。此种情况下，一个实体依照公司法设立为公司同时由个人而非政府拥有或控制，则该实体可被认作不属于政府的一部分，即使它由政府直接或间接拥有或控制。因此，这一实体可以被视为 PPP 安排中的合作伙伴。

62. 国有企业成为政府订约方的积极或消极影响取决于实践中 PPP 安排的实质。决定产生何种影响的因素包括是否具有使私营机构及其他国有企业得以参与 PPP 安排的透明度和公平竞争机制以及建议方案能否得到客观评价。

63. 世界银行认为 PPP 的潜在好处之一是，通过 PPP 将国有企业和政府置于私营部门不断扩大参与的大环境中，并通过构建 PPP 模式，确保技能转移，从而推动国内领军企业的诞生。这些领军企业随后可以使用其技能与经验，参与国外工程项目和合资企业的投标，向海外拓展²⁸。

64. 在 PPP 安排中，只要政府直接或间接拥有或控制的国有企业充当政府的合作伙伴，就不可能进行有效的风险分配，因为合作伙伴和政府的风险最终将由政府吸收。政府、国有企业和 PPP 项目公司之间有可能出现目标冲突，这将扭曲激励机制，损坏 PPP 的绩效。当国有企业与政府关系密切，并参与 PPP 采购流程，以期成为 PPP 安排的合作伙伴时，合作伙伴选择过程将毫无竞争可言，因为其他参与者会因此而畏惧不前。由于竞争是刺激 PPP 安排实现效率和效益的主要因素，因此缺乏竞争将会束缚经济效益的提升。

2. 建议

65. PPP 法律可以在 PPP 安排中明确规定哪些可以、哪些不可以作为合作伙伴或政府部门加入 PPP 安排。若由政府直接或间接拥有或控制的某一国有企业成为 PPP 安排中的合作伙伴，则相比合作伙伴与政府没有任何关联的情况而言，上述情形会引发截然不同的问题和风险。当国有企业成为合作伙伴时，必须妥善对其把控，防止妨碍 PPP 的主要目标（通过公平竞争成为 PPP 安排的合作伙伴，提高项目成效并实现更高的物有所值）。

66. 如果国有企业广泛参与提供公共基础设施和公共服务的项目，那么在 PPP 安排中，把正寻求合作伙伴的与政府部门无关的国有企业排除在外，可能不切实际，即使该国有企业直接或间接地由国家拥有或管控。倘若将这样的国有企业排除在外，项目招标时，竞争者的压力便会降低，甚至可能将竞价地、各方面又都符合条件、只是不属于国家所有的其他服务供应商拒之门外。

67. 以上因素表明，在 PPP 安排中，国有企业不能成为其主管政府部门的私营合作伙伴，但当商业化的国有企业与 PPP 安排中的政府部门无关时，则该企业可以成为 PPP 安排的合作伙伴。这里可能存在一个时间的问题——国有企业可能会在 PPP 初期发挥较大的作用，而随着 PPP 规划的声誉以及人们对它的信心不断增强，地方和国际上的私营合作伙伴将在其中发挥更大的作用。

²⁸ 世界银行政府和社会资本基础建设合作资源中心 (PPPIRC) PPP 目标 <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/ppp-objectives>。

68. PPP 能够推动国有企业的市场化，帮助国有企业未来的结构调整，让私有经济在国有企业管理中发挥更大作用，并促进多种所有制经济的发展。这一观点与英国财政部近期关于中国的一份报告中的观点不谋而合，后者指出，“政府机构和国有企业签订的合同能反映出一些 PPP 原则，极好地显现了公共机构与私营部门间的过渡性结构，表明公私双方正迈向更加市场化的关系和全面的 PPP 模式²⁹。”

C. 制度化 PPP (IPPP)

1. IPPP

69. 最近几年，PPP 安排的混合型与多样性不断加深。有合营的 PPP 安排（政府部门和私营部门以合同或合资形式联合成为政府的合作伙伴），以及其他混合型 PPP 安排，包括政府本身与私营投资者共同持有合作伙伴股权，或是政府贷款和拨款及国际来源的贷款和拨款与私人融资相结合等类型的 PPP 安排³⁰。以向 PPP 安排合作伙伴注资的方式提供的政府支持，可以用于抵消私营部门投资者的股本注资，维护政府对某些项目决策的控制权，或者获取到用其他方式难以获取的有关项目公司的信息。

2. 观察意见

70. 早前在中国见到的许多 PPP 项目与西班牙和拉丁美洲见到的混合型公私所有制企业（合资企业）有一定相似之处³¹。

71. 最近几年，欧盟颁布了 IPPP 安排指南³²。值得注意的是，该指南并非指导如何创建或运营 IPPP，而是旨在协助人们将欧盟有关公共采购和特许经营的指令适时用于 IPPP 安排。私营企业和政府承包商实体展开合作，形成公私合营实体，但在将公共合同或特许经营权分配给该私营企业或该公私合营实体之时，政府承包实体，仍必须要遵守有关政府合约和特许经营的法律规定。欧洲法

²⁹ 英国财政部《支持中华人民共和国 PPP 模式的发展——国际视角》（Supporting the Development of PPPs in the People's Republic of China An International Perspective），2015 年 3 月。

³⁰ 有关将各种来源和金融工具进行混合和结合的更多信息，请参见《欧洲 PPP 专家中心 PPP 指南：将凝聚力基金和结构基金与 PPP 相结合》（EPEC PPP Guide: Combining Cohesion and Structural Funds with PPPs）<http://www.eib.org/epec/g2g/annex/3-struct-cohes-ppp/index.htm> 以及非洲开发银行、亚洲开发银行、欧洲复兴开发银行、欧洲投资银行、泛美开发银行、国际货币基金组织和世界银行于 2015 年 4 月 18 日发展委员会会议联合编制的《从数十亿到数万亿：发展融资改革——2015 年后的发展融资：多边发展融资》（From Billions to Trillions: Transforming Development Finance Post-2015 Financing for Development: Multilateral Development Finance）[http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/DC2015-0002\(E\)Financing for Development.pdf](http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/DC2015-0002(E)Financing%20for%20Development.pdf) “随着政府委托人和官方机构参与单个项目，多边开发银行在降低风险和支持创新融资方面发挥重要作用。这种作用可能需要将政府和私营部门合作伙伴团结在一起，发展具有相关担保、风险保障、混合融资等风险缓解措施（如结构性融资，通过发行散居侨民债券充分挖掘具有较高风险承受能力的投资者）的 PPP 交易。”

³¹ 维维安·卡斯特罗（Vivian Castro）和扬·詹森斯（Jan G. Janssens），2011 年，《混合型公私所有制企业“合资企业”》（Mixed Private-Public Ownership Companies “Empresa Mixta Mixta”）http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/EmpresaMixtaAFDpublicationJune7_0.pdf

³² 委员会有关欧共体公共采购和特许经营法令对制度化 PPP 之适用性的解释通报（Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP)）[2008/C 91/02 - 2008 年 12 月 4 日官方公报 C 91] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2008.091.01.0004.01.ENG；欧洲共同体委员会.2008.公共采购：委员会关于建立制度化公私合作关系的问题指南——常见问题解答（Commission Issues Guidance on Setting Up Institutionalized Public-Private Partnerships - Frequently Asked Questions.）.备忘录/08/95.布鲁塞尔

院认为，在某公司的资本构成中，当存在政府承包商实体的参与时，私营企业的参与(即便是少量地参与)可避免该承包商实体与此公司形成内部关系（欧盟公共采购法不适用于内部关系安排）。

72. 英国已公布合资企业和政府实体参与 PPP 安排的方法，与私营部门进行磋商的具体规定以及政府对有关问题的回应也已经公布³³。

73. 在某些情况下，为了与私营性合作伙伴订立 PPP 安排，两个或多个政府实体会组成联合体。例如，为制定道路或电力互联的跨境 PPP 安排，一国政府机构和其邻国的政府实体之间或许就需要建立某种形式的合营安排。

74. 伙伴关系公私共享的 PPP 形式包括国有企业将部分股份转让给私营企业而形成的合营企业和安排。

75. IPPP 带来更多挑战。所有权共享引发了 PPP 安排的目标冲突，因为选择合作伙伴的政府是合作伙伴的部分拥有人。当政府是 PPP 安排所涉部门或活动的监管机构时，目标冲突更为激烈，因为从某种意义上而言，政府是在对自身进行有效监管³⁴。所有权共享对政府的管理技能提出了更多的要求，因为政府既要协助管理作为服务供应商的合作伙伴，又要同时管理 PPP 协议。如果同为合作伙伴的政府和私营参与者有着不同的目标、管理规范或核心价值观，则管理起来会极为艰难³⁵。相比独立于政府之外的合作伙伴而言，这种情形下的管理安排将更为复杂。

76. 德尔蒙指出，政府以股权出资 PPP 项目公司的方式，给政府和投资者造成了特殊的挑战。德尔蒙将挑战分类为利益冲突、决策流程、政府股权管理和监督³⁶。

“利益冲突——政府既是特许经营协议的甲方又是乙方，由此产生利益冲突，私营投资者又担心他们未来面临艰难抉择，此情形下，政府很可能在项目中采用不同于商业运作的处理方式。例如，当项目公司有权向政府提出索赔时，作为股东，政府是否允许公司提出此项索赔？而且由于政府是股东，可以获得项目公司及其发展策略的相关信息，这是否会给项目公司的索赔带来不利影响？通常，应对这种利益冲突的方法是不让政府代表参与冲突问题的决策，且不让其接触与冲突问题相关的信息。

³³ 英国财政部，2013 年，政府回应——公私合作新方式：有关公共部门以股权方式参与 PF2 项目条款的磋商 (Government response to: A new approach to public private partnerships consultation on the terms of public sector equity participation in PF2 projects), 10 月 (该文件旨在汇总所收到的公众反应，并阐明政府的回应) 英国财政部。2012.公私合作新方式 (New Approach to Public Private Partnership) 12 月； 英国财政部。2013.公私合作新方式：有关公共部门以股权方式参与 PF2 项目条款的磋商 7 月； 参见安理国际律师事务所的回应——有关公共部门以股权方式参与 PF2 项目条款的磋商，2013 年 8 月 [http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Response%20to%20consultation%20on%20terms%20of%20public%20sector%20equity%20participation%20in%20PF2%20projects%20\(email\).pdf](http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Response%20to%20consultation%20on%20terms%20of%20public%20sector%20equity%20participation%20in%20PF2%20projects%20(email).pdf) 有关其他回应，请参见 <https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-approach-to-public-private-partnerships-consultation-on-the-terms-of-public-sector-equity-participation-in-pf2-projects>。

³⁴ 有关 PPP 项目合营企业的潜在非预期后果的讨论，可参见《印度政府 2008.基础设施公私合作关系财政支持计划和指南》(Government of India. 2008. Scheme and Guidelines for Financial Support to Public Private Partnerships in Infrastructure.)，财政部，新德里。

³⁵ Esteve, M 和 Ta. Ysa, 2010。《制度化公私合作：难以融合？》(Institutional Public-Private Partnerships: Mixing Oil and Water?) 该论文发表于第 14 届国际公共管理研究学会年度会议“危机：公共管理的挑战”。4 月 (伯尔尼)。

³⁶ 杰弗里·德尔蒙 (Jeffrey Delmon)，2014。《公私合作计划——制定私营部门投资基础设施的框架》(Public-Private Partnership Programs Creating a Framework for Private Sector Investment in Infrastructure)。Kluwer Law International 出版社。

决策流程——政府程序往往不能与良好的公司治理很好地相互匹配，例如公司的表决程序、董事会成员任命和管理人员甄选的程序等。投资者会质疑政府是否能够充分地进行商业化运作。他们会存在各种疑问，比如如何管理政治风险？市场将如何看待政府参与？如何进行项目决策——依据商业还是政治原则？决策过程是否足够迅速？

政府股权管理和监督——通常情况下，政府审计人员及其他政治职能机构拥有对政府持有大部分或绝大多数股权的实体进行监督、检测和审计的特殊权力。这可能会使项目公司的管理复杂化。”

77. 政府机构在 IPPP 模式中面临的风险要大于契约化 PPP 模式（见专栏 2）³⁷。这些困难源自于公共部门和私营部门运作方式的差异，包括目标、管理规范和核心价值观的不同。这些差异意味着，要实现 IPPP 的目标必须制定复杂完善的管理体系。

78. 当私营性合作伙伴是国有企业，或者项目为 IPPP 安排时，相比合作伙伴的拥有者或控制者为个人而非某政府机构而言，风险分配整体上对政府更为不利。

专栏 2：IPPP 的关键问题

如果 IPPP 不成功，政府机构可能无法收回转移至该 IPPP 的全部资产价值，甚至一分也收不回。IPPP 及其管理面临着各种风险，政府机构作为 IPPP 参与者面临各种风险。包括在获得服务并因此向 IPPP 付费时面临的风险。关键问题在于：参与 IPPP 是否是最充分、有效地利用资源的方式？

政府机构需要建立并积极参与 IPPP 的时间和资源成本。这是否是充分、有效地利用资源的方式？

管理人员与工作人员在 IPPP 职责与政府机构职责之间存在潜在冲突。作为 IPPP 股东之一，政府机构可能也要为 IPPP 所提供的服务付费。

资料来源：作者

3. 建议

79. 政府决定加入 IPPP 时，应当采用不同于用 PPP 安排采购设施或服务标准。PPP 法律应当明确规定，在 PPP 安排中哪些可以作为私营性合作伙伴、哪些可以作为政府合作伙伴。如果允许采用 IPPP，PPP 法律必须制定附加条款。

80. IPPP 中需要解决的问题包括：

- (i) 采购物资或货物、工程、咨询服务、金融及其他服务时，IPPP 合作伙伴是否受公共采购相关法律的制约？
- (ii) 建立 IPPP 合作伙伴关系时，政府选择合作伙伴的流程是否受公共采购相关法律的制约？
- (iii) 为避免以寻求 IPPP 合作伙伴和与其他实体竞争 PPP 项目的方式重复进行投标，应在项目被授予 IPPP 时，采用竞争的方式选择政府机构的 IPPP 合作伙伴。

³⁷ IPPP 主要管理难点的报告，请参见《制度化公私合作：难以融合？》（Institutional Public-Private Partnerships: Mixing Oil and Water?）。Esteve 和 Ysa。2007 年，出处同上。

D. PPP 法律细化程度

81. 这取决于各国不同的立法风格。原则上，PPP 法律应当着眼于普适原则，但也需要有充分的细节信息，以保证明确性。有关 PPP 实施细节的法规、通知、意见、指导方针和手册，可作为 PPP 法律补充以支持其实施。附录 E 将示范法的内容与 PPP 法律的各种常见内容进行了对比。该工作报告列出了 PPP 法律框架应当包含的关键内容。一个国家起草法律及配套实施文书的惯例和风格对 PPP 法律所包含的细节内容以及配套文件的内容具有决定性作用。

E. 协调 PPP 项目实施

1. 观察意见

82. PPP 法律框架以及不同政府部门之间关系中需解决的 PPP 合作与协调事项包括：

- (i) 公共投资管理与 PPP 优先可行性项目和交易结构选择之间的联系（案例分析撰写、物有所值评价以及标书拟定——包括协议起草）；
- (ii) 公共财务管理（在 PPP 项目生命周期的适当阶段开展财政负担能力和财政风险评估）；
- (iii) 在识别和选择合作伙伴的过程中，充分实现采购目标；³⁸以及
- (iv) 在国家与地方各级 PPP 计划和项目的采购和实施过程中，开展审批和决策方面的合作与协调。³⁹

83. 在实践中，如何在政府各部门和机构之间展开合作与协调（这里的“合作与协调”有别于“控制和监督”），并精简其决策过程？这些问题能否通过法律或其他形式的法律文书或通知加以解决，主要取决于各个国家的具体国情。PPP 是一个跨领域议题，涉及不同的政府机构。有必要在同级政府机构之间开展横向合作与协调，并在国家和地方级政府机构之间开展纵向合作与协调。横向和纵向合作与协调的效果取决于政府机构加入共同解决 PPP 计划和项目中所出现问题的联合工作体系的意愿和经验。必须明确规定 PPP 计划和 PPP 项目不同阶段中，国家和各地方政府部门的职责是什么，并指明行使审批和决策权的具体部门。

84. 职责划分应进行公示，并在政府内部明确说明，以使合作伙伴和贷款方确认其已获得了所有必要的审批并遵守了所有适用法律。

85. 各个国家的立法风格和惯例，以及公共管理系统内部沟通的效率、效果和应对能力，对明确划分职责和展开协调具有推动作用。有些国家可能倾向于通过 PPP 法律规定或附属立法（法规、规章）来达到目的，也有些国家选择颁布在政府内部和私营部门具有权威和分量的程序、指令或通函。

³⁸ 完善的采购应具有可核算性、竞争性以及公正性；应保证各方受到公平待遇以及具有透明性；并应保证执行过程的真实性。

³⁹ *协调*：各组织间信息流所提供的联合或共享信息。协调指的是各组织间关系（集中或点对点以及直接或间接关系）的特别组成部分，而非信息使用方式。*合作*：部分个别组织的共同目的。合作指的是联合行动而非各组织间的关系。*协作*：各组织间的合作（共同目的）以及点对点联系。协作指的是各组织间的共同行动以及结构化关系。（参见经济合作与发展组织，2005，电子政务项目：通过电子政务实现善政）。http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/e-government-for-bettergovernment_9789264018341-en#page27

86. PPP 法律通常会规定负责特定事项审批和决策的机构，各机构再以通知、法规、指令或指导意见的形式制定具体规定和表格文件。

87. 在针对某些事宜成立工作组或委员会进行合作与协调的情况下，PPP 法律可提供一个总体框架。如果公共管理系统低效，或者政府机构之间未曾有过有效的合作与协调，则 PPP 法律或配套法规需要对该框架的构建做出更加具体的描述。

2. 建议

88. 一项 PPP 法律应当规定各政府机构必须针对 PPP 项目的统筹和管理，以及地方机构与各级政府机构间的合作与协调制定相关政策。细节、惯例和程序对项目效果具有决定性意义，但将相关安排付诸实施的意愿和能力也具有极为重要的意义。有必要进一步说明进行协调的必要性，并指明如何在实践中运作。如上所述，决策做出后，就要选择建立协调机制的最佳方法——PPP 法律、配套法律文书或是其他措施。

F. 争议

1. 观察意见

89. 关于争议和争议解决，应了解 PPP 交易中的违约行为发生的主要原因为项目分析与筹备不充分，这种不充分会导致高估需求或低估成本，而非因为各方之间的冲突或授权人的违约行为。争议分为适用民法的争议与适用行政法的争议，当一些（但非全部）当事方同时涉及这两种争议时，则需考虑两种争议之间可能存在的相互影响。

90. 实施 PPP 的国家需要一个公正合理的争议解决机制，既能反映 PPP 协议各方需求和关注点，又能树立信心。合作伙伴、投资者和贷款方都希望在 PPP 计划实施、采购过程以及项目的生命周期中得到公平公正的对待。外国合作伙伴、投资者或贷款方均有各自不同的需求和关注点，并且相比 PPP 安排的国内私营企业合作伙伴或国有企业合作伙伴，他们更倾向于规避风险⁴⁰。

91. 解决这些问题并不只有一种方法，不同的国家做法不同。不同国家对政府和私营性合作伙伴在 PPP 协议中的地位有着不同的理解（基于历史、政治学、政治思想、公共管理传统，而非严格意义上的法律议题）。对于国家、公共服务、公法和私法、行政法、行政诉讼的作用和地位，哪些法院裁决哪些问题，法院的组织架构如何，以及当所有当事方均非外籍人士时，国家或政府是否可以参与仲裁程序等问题，不同国家也有着不同的理解。

92. 民事法庭、行政法庭或其他备选争议解决机制的良好业绩、公平性、平等对待、仲裁官的知识和专业性以及争议解决程序的质量都是树立信心的关键要素。

93. 当私营性合作伙伴在法律地位上与政府不对等时，或者政府有能力单方面更改协议时，必须设立补偿机制，表明更改是合理的而非反复无常的，且私营性合作伙伴将得到及时、充分、有效的补偿。

⁴⁰ 参见世界银行《执行公私合作合同：激励合同与财政体制的作用》（Enforcing Public-Private Partnership Contract: Role of Incentive Contract and Fiscal Institution），Manabu Nose，2015 年 5 月，http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Event/DEC/ABCDE/ABCDE-2015/PPP_and_Investment_Nose.pdf

94. PPP 法律通常不会规定争议是由民事法庭还是民法系统中的行政法庭解决，也不会规定 PPP 协议适用公法还是民法，但可以通过一般性法律原则和惯例进行解释。

95. 下图由世界经济论坛与波士顿咨询集团合作编制，展示了一系列不同国家基础设施建设相关争议的解决机制。

96. 一些大陆法系国家有过或现今规定：凡政府为争议一方的，不得进行仲裁。其中，有些国家已经发展为允许某些类型的 PPP 安排可以进行仲裁。当然，也可以修订国家法律，允许对 PPP 争议进行仲裁，例如，巴西即对其法律进行了修订，允许对某些类型的 PPP 安排进行仲裁。还有一些大陆法系国家（如德国）早已允许对政府为协议一方的许多法律事件进行仲裁。



97. 一般情况下，法律或惯例所允许的争议解决机制应当在 PPP 协议中列明，并根据争议的性质和严重程度进行分级。国际经验表明，可行的争议解决方案各式各样，包括内部调解、具有或不具有法律约束力的专家小组或仲裁、法院判决等。应当准许当事各方为不同类型的争议商定最适当的解决形式⁴¹。

⁴¹ 发生争议时，最好争取通过尝试理解另一方的立场、积极寻找惠及项目和当事各方的产出之类的快速、非正式方式，尽快解决争议。这是限制长期合作关系遭受破坏的最佳方式。当事各方可通过 PPP 协议建立非正式的争议解决

98. 在项目建设和运营过程中，可能会出现分歧，但许多分歧都不足以称之为争议，也无需采用争议解决机制。所有分歧和争议都需要积极的管理，有些甚至需要对协议进行修订。

99. 必须始终平衡投资者和贷款方盈利的可持续性与政府的物有所值目标。破产和服务中止都代价沉重，需要避免，但不宜为此向政府施压，逼迫政府挽救已陷入困境的项目。相比之下，寻找一个新的私营性合作伙伴兴许是更好的办法。

2. 建议

100. 一国在选择恰当的争议解决方式，写入 PPP 法律或 PPP 协议时，该国应当利用各种争议解决方式处理政府与私营部门争议的丰富经验。原则上，PPP 法律应广泛吸收各种不同的争议解决方法，以供当事各方选用，解决各种类型的争议。

101. PPP 法律应当规定备选争议解决方法。在仲裁、调解和专家小组合议等方法尚未健全，或尚未被用于处理政府与国内外私营性合作伙伴之间争议的情况下，更应当规定备选争议解决方法。在许多具有完善、有效的争议解决机制的国家，PPP 协议通常包含争议解决的相关规定。外国投资者通常会将通过海外仲裁解决争议的权利视作一项基本的银行可贴现性要求。

102. PPP 项目的初次招标有助于选择最适宜的公司来实施项目，使其在关注风险、奖励和项目效益的同时，实现最好的项目初期成果。在长期 PPP 安排的实施过程中，变更是不可避免的，相关协议必须进行相应的调整。协议调整是监管标准价格与质量的一种形式，在政府拥有或控制的协议以及 PPP 安排中，标准价格与质量的监管是不可或缺的。

103. PPP 法律应当允许订立预期需要调整或重新谈判的协议，且该协议应当包含条款调整的原则框架、调整流程以及将要涉及的各个机构。私营合作伙伴及其融资者通常会接受可进行调整的 PPP 协议，如因较难管理的风险而引起的成本增加而作出法律条款变更。但应尽量避免此类变更，且在变更不可避免时，不得损害任何一方的权利并得到各方一致同意。⁴²

104. 有些国家试图阻止合作伙伴或政府方面作出投机性的调整，而相应地采取一些措施，如：设立评审和仲裁小组；签订 PPP 协议后，不得在规定时间内进行重新谈判；收取合同变更申请费用；对于总体上不服从规定的合作伙伴，强制设定一个未来期限，禁止其在该期限内与政府签订合同或加入 PPP 安排；以及限定重复谈判最大次数等。上述措施，有些需要写入 PPP 法律，有些可能需要写入 PPP 协议。

G. 行政法与合同法

1. 观察意见

105. 大陆法系国家和普通法系国家都有不少将订立具有约束力的协议之前与之后发生的争议进行区别对待的案例。争议解决方案通常采用“两层方法”。在普通法系国家，如果争议发生在订立 PPP 协议之前，如涉及 PPP 采购程序的行政管理，该争议将被视为属于行政法庭的管辖范围，

机制。如果没有独立的监管机构，可由专家小组替代。专家小组可依据 PPP 协议条款的监管规定，对长期 PPP 协议的不完整性进行详细阐述。

⁴² 关于处理变更的讨论参见国际复兴开发银行/世界银行、亚洲开发银行和泛美开发银行。2014 年亚行公私合作参考指引，2.0 版，210-213 页。

或者所作裁决可适用司法审查⁴³。签订协议之后发生的，属于第二层。如果争议属于政府与私营性合作伙伴之间协议条款项中的商业问题，则该问题属于适用合同法的民事法庭管辖范围。部分（并非全部）大陆法系国家将发生于政府与私营部门之间 PPP 项目所有阶段的所有问题都归入行政法庭的管辖范围。

2. 建议

106. 有必要澄清和明确下列事项：

- (i) PPP 协议是否仅适用行政法？或者协议的商业元素是否适用民事法律并属于民事法庭的管辖范围？
- (ii) 仲裁是否被排除在争议解决机制外？
- (iii) 针对 PPP 项目中复杂的商业、金融和技术安排，行政法庭和民事法庭具备怎样的能力和经验？
- (iv) 由单一事件引发并涉及 PPP 项目不同参与者（部分或全部承包商、分包商、合作伙伴、贷款方、政府部门）的争议将如何解决？
- (v) 就协议事项而言，作为 PPP 协议当事方的政府与合作伙伴是否具有平等的法律地位？

107. 以上各项事宜必须向政府、国有企业、民营企业、外资企业以及潜在投资者和贷款方明确说明。

H. 上诉与赔偿

1. 观察

108. 参与 PPP 项目采购流程的成本高昂，当投标人已花费大量资金参与时，应当有合理机制将有关流程和产出（不仅只是最终结果）通知未中标者，并给予未中标者正当质询的机会。许多情况下，只有在授标结束、中标建议书的相关信息公开之后，其他投标人才意识到他们未能遵守正确的程序。

109. PPP 的实施与采购方法因国别不同而形式各异。PPP 与传统的政府采购不同，例如，在提交建议书之前，政府与潜在私营性合作伙伴会以程序性谈判或竞争性对话的形式进行早期沟通。无论是 PPP 法律还是一般采购法，PPP 都应当是一个重要组成部分，但具体细节应在具体规章制度而非法律中予以规定。

110. 有些国家设立有公共采购委员会之类的机构，用以监管传统的公共采购活动，并处理针对授标或采购实施过程的上诉。现在，这些国家有望利用公共采购委员会来审理有关 PPP 采购的上诉。由于用以识别 PPP 安排合作伙伴的评价和选择标准往往比传统的公共采购模式更为复杂——在传统的公共采购中，价格往往是决定性因素——并且由于委员会成员对 PPP 事项的接触和了解可能有限，所以为 PPP 采购争议制定不同的裁决程序和形式不容忽视。

⁴³ “行政法”和“行政诉讼”在不同国家有着不同的含义。

2. 建议

111. 投诉处理体系通常包括：

- (i) 确定负责审理和裁决投诉和上诉的部门；
- (ii) 确定准备和提交投诉与上诉的基本条件；
- (iii) 投诉与上诉的处理过程；以及
- (iv) 设定提交投诉和公布裁决的时间节点。

112. 应尽量避免投诉和上诉体系转变成对投标建议书的二次评估，其侧重点应当是审查程序和标准是否正确，其使用是否公平合理。

113. 要避免或减少合作伙伴选择上的投诉或上诉，最好的方法是制定明确的投标程序、健全的投标文件和准确的进程记录。投诉与上诉很可能会不时出现。虽然投标人不得滥用投诉和上诉手段妨碍采购流程，但应当为真正的投诉和上诉制定相关条款，以建立采购流程公信力和人们对它的信心，确保采购程序得以公正客观地实施。

I. 非应标建议书

1. 观察

114. 非应标建议书是指私营部门企业在政府尚未发布建议邀请书时，向政府提出承接 PPP 项目的建议书。非应标建议书不应仅是一个项目建议或项目概念。它应当包含详细的施工、运营、维护和融资方案，使政府能够评估该项目及建议书是否值得进一步考虑。在竞争有限的各种不同类型的基础设施和服务的供应中，非应标建议书可以作为特殊个案出现。

115. 私营部门企业提出项目建议时，往往带着规避某种竞争流程的目标。如果私营部门企业获得该项目的独家授权，它在与政府磋商项目细节时，往往基于唯一的供应渠道。签订协议时不进行建议书竞争性遴选而仅依靠唯一的供应渠道，这种做法已在许多国家引发批评和质疑，因为这种方式缺乏竞争性和透明度。国际经验表明，这种行为往往会影响整个 PPP 模式的声誉，并损害未来项目的可信度，因为缺乏竞争性和透明度的结果令人堪忧。

116. 各国政府用于应对非应标建议书的方法各不相同，如：

- (i) 拒绝接受非应标建议书，理由是政府已确定其公共投资计划中的优先发展项目，没有必要因为不在计划内的项目建议书偏离这些项目选项。如果非应标建议书是针对基础设施建设计划内项目编制的，那么这将纯粹是一个时间问题，取决于政府何时征询该项目的建议书；
- (ii) 将其视为源于政府方面的建议书，使用同一程序提交建议书，绝不偏袒该非应标建议书的建议人；
- (iii) 为竞争对手提供提交反建议的机会，但给予该非应标建议书的建议人一定优势，如评估评级方面的奖励，或者采用“瑞士式竞标程序”，允许非应标建议书的建议人与优于该非应标建议书的最佳反建议相竞争；以及
- (iv) 向非应标建议书的建议人提供项目建议书开发成本补偿。

117. 凡允许非应标建议书的，应为私营部门参与公共基础设施建设制定非应标建议书处理程序，以确保创造性建议书得到公平处理。为将非应标建议书限制到真实案例中，应将该建议书视为由政府机构提交的建议书一样，采用严格标准评估其是否是可纳入 PPP 程序。如果一国决定允许非应标建议书，则该国应将非应标建议书限制在设有以下条件的项目中：

- (i) 建议书不涉及已经或正在考虑纳入 PPP 项目周期以进行可行性测试的项目；
- (ii) 建议书是由建议人独立创建和撰写；
- (iii) 政府机构未监督或参与建议书的编制；以及
- (iv) 建议书包含详细信息，能够对其进行客观、及时的评价。

118. 如果建议书提出的项目确为优先发展项目，并适合采用 PPP 安排进行采购，且没有任何特殊理由（如知识产权）表明该建议者应被优先考虑，则该建议书应当在可行的范围内进行竞标。

2. 建议

119. 凡决定允许非应标建议书的国家，应将相关条款规定写入 PPP 法律，保证政府有效管理和控制非应标建议书的提交、评估和采购过程，确保政府获得最大物有所值。法律条款的规定应当力求鼓励高质量的原创新建议书，遏制低质量的建议书，确保项目的竞争性氛围和透明度。

120. 一国政府需要考虑接受政府投资计划尚未包含的、就基础设施或公共服务优先发展项目提出的非应标 PPP 建议书，并考虑此类建议书的预计数量、来源和审议它们所需的资源。审议非应标建议书时，有必要利用宝贵资源和专业知识，防止非应标建议书使政府偏离基础设施建设和公共服务优先发展项目。

J. 合作伙伴收益与政府支持

1. 观察

121. 使用者付费常见于各种不同形式的安排，并不局限于 PPP 安排。例如，政府可以向使用者收取政府出资和运营的设施或服务的使用费。在这种情况下，使用者所需支付的费用由政府或政府合作伙伴代表政府收取。在另一种安排中，运营设施的合作伙伴可以代表政府向使用者收费，并将收缴的资金转交给政府，政府再基于项目可用性向合作伙伴付费。如果不基于可用性而付费，政府可以基于设施或服务的使用情况支付“影子费用”，但此情形下，合作伙伴需要继续承担需求风险。

122. 使用者付费与政府支付的可用性付费可产生截然不同的风险状况。在采用使用者付费的安排中，合作伙伴面临着管理需求风险的风险，但政府也承担着因公众反对使用者付费而引发的风险或管理项目失败后果的风险。可用性付费与提供设施或服务的绩效挂钩时——绩效应始终纳入 PPP 安排，合作伙伴将面临收入风险。合作伙伴收取并保有使用者支付的费用时，政府将承担机会成本——政府自身原本可以就公共设施和服务的提供获得财政收入，而它并没有这样做，而是让合作伙伴收取并保有使用者的付费。

123. 在使用者付费安排和政府付费安排中，政府都必须承担包括财政风险（如可能需要承担解约费）在内的各种风险。任何时候，无论收入流的来源是什么，政府都有责任为公众提供设施和服务。倘若项目失败，政府须接管项目，解决项目的资金问题，继续提供基本的公共服务。

124. PPP 安排的核心驱动因素是使政府与合作伙伴间的风险分配和绩效激励达到最佳状态，实现任何其他安排都不能超越的物有所值。使用者、政府或两者结合的收入流所产生的风险源和风险程度仅仅是 PPP 安排风险分配矩阵中的要素之一，PPP 安排尚且存在很多其他风险因素。

2. 建议

125. 有必要在 PPP 法律中明确指出付费可以是使用者付费、政府付费（可用性付费）或使用者付费和政府补贴相结合的方式，也有必要对政府财政支持的形式作出澄清。正如该工作报告所建议的，PPP 法律应当面向范围广泛、形式灵活的各种 PPP 安排，因而向合作伙伴付费的类型以及政府财政支持的形式不应有所限制，以便保持 PPP 创新融资的灵活性。

K. PPP 协议

1. 观察

126. PPP 法律通常会指明 PPP 协议应当解决的主要问题，但并不规定单个 PPP 协议应如何解决这些问题。尤其是对于政府或国家缺乏或完全没有经验的主题事项，PPP 法律会指出 PPP 协议应当包含的主题事项，如政府或贷款方的介入权利或者政府与贷款方之间的直接协议。

127. PPP 法律通常不提供标准化合同，以避免 PPP 项目死板地套用标准化合同，而无视具体情况进行调整。标准化合同（经过必要调整后）可作为 PPP 协议通过终审机构审批的一项条件。

128. 对于项目采购而言，提供标准化的定义和条款供具体项目签订协议时借鉴使用，同时对协议涉及的各项事宜——比如再融资、政府与私营伙伴之间的收益分享等——提供指导，但又不过度追求统一，有助于积累知识、增强意识、加快进度。当 PPP 安排各参与方使用不同语言时，这样的做法也会大有裨益。应谨慎避免将标准化条款或协议生搬硬套地应用到所有项目，而不根据项目具体情况进行必要调整。

2. 建议

129. 在采购过程中，应向潜在投标人提供协议。投标人可能会被问及其对协议的看法，并被要求在采购的征询建议书阶段提交拟议修正案。如果为选择 PPP 合作伙伴而编制的招标文件中包含拟议协议，则可在评估建议书的过程中，对投标人希望变更的拟议协议内容予以考虑。确定拟议的变更事项造成的预期风险转移程度，以及在物有所值上的影响，既需要技能与经验，也需要专业顾问的专业意见。

L. 财政风险

1. 观察

130. 制定 PPP 法律的一个重要趋势是：相比联合国国际贸易法委员会十五年前制定的现行《指导方针和示范立法条款》，人们更加重视财政风险评估。

131. 财政风险源于财政变量有可能偏离预算或其他预期。财政风险的 (i) 直接起因是资本成本分摊、服务付费义务 (包括可用性费用、影子费用); (ii) 间接起因是 (a) 各种形式的或有合同义务 (明示性的) 义务, 比如补偿事件 (主管当局自担风险)、修改调整、物价指数规定和对冲承诺 (利率、货币)、各种保障 (如融资、需求、收入)、不可抗力条款、合约终止费用等, 以及 (b) 或有非合同 (暗示性的) 义务, 入重复谈判、补救措施等。

132. 葡萄牙、巴西等国都曾遭受过 PPP 项目的财政压力。财政压力正是源于在项目遴选和准备以及采购期间未能充分评估财政风险, 包括或有负债和承受能力的风险评估⁴⁴。

133. 财政风险的起因包括: 项目研究、评估和准备不充分; 乐观偏见; 在采购过程中未能对承受能力和效益进行验证或审查; 因财政风险评估不充分而导致合同质量低劣; 合作伙伴甄别过程缺乏竞争性; 技术性 or 商业性变化; 人口结构变化; 政治或法律变更; 以及合同管理不善等。

2. 建议

134. 在许多项目失败的案例中, 财政风险加大的原因都是由于项目开发资金不足, 而未能邀请到在相关领域和 PPP 项目中有着丰富经验的专业顾问。PPP 法律应当认识到, 财政风险和财政负担能力评估在 PPP 项目各关键阶段具有至关重要的作用。项目准备不充分和专业 PPP 顾问不到位, 可能会导致项目选择不佳、采购不善, 继而导致采购过程无法确立优质的私营性合作伙伴, 致使 PPP 项目无法实现最佳物有所值, 甚至会使 PPP 项目超出财政负担能力。

135. 一般而言, 具体风险分配由 PPP 协议规定。然而, PPP 法律可以提供一些有助于优化风险分配的步骤, 比如政府支持、直接协议、介入权利等, 但 PPP 法律无需指定 PPP 协议解决相关事宜的具体方法, 因为那些问题往往需视项目具体情况而定。有时, 可通过 PPP 安排设定政府的财政风险暴露限制, 例如将其设定为某一年或若干年国民总收入的一定比例——参见上文财政部有关收入比例的限制规定。

M. 超额利润

136. 政府有责任管理 PPP 关系, 避免出现超额利润。要在 PPP 项目周期内做到这一点, 竞争性 PPP 采购程序通常是一项很好的开端。然而, PPP 法律通常不涉及这一问题。潜在超额利润的问题, 一般是通过 PPP 筹备和采购程序、PPP 协议、合同管理和项目监管予以解决。成本、收益以及财务和服务绩效的监管, 将由独立的监管机构执行, 或根据相关协议条款而实施。

137. 政府应当避免由于出现暴利性利润, 而不得不买断相关私营企业以平复公众谴责的情况。有些 PPP 协议规定, 当暴利性利润超过订立 PPP 安排时财务模型中的乐观情形时, 收益必须进行分享, 同样, 当亏损超过悲观情形时, 将相应地实行各种形式的亏损分担。政府不会热衷于分担亏损, 但它有必要采取措施, 避免自己不得已介入项目, 为项目承担所有损失。至于这些方法是否能够奏效, 或者是否会遏制更具创新性的合作伙伴或建议书——如苏格兰热捧的非利润分配模型, 目前言之尚早。PPP 收益分享也有一些其他做法, 比如合作伙伴与政府分享再融资收益。

⁴⁴ 参见世界银行《PPP 财政承诺管理框架的实施》(Implementing a Framework for Managing Fiscal Commitments from PPP), 2013 年 https://library.pppknowledge.org/attached_files/documents/2290/original/ON-FCManagement-ForDistribution.pdf?1433886710

N. PPP 法律修订

138. 早期展开 PPP 时，对其概念定义的相对狭隘的国家（如 PPP 仅包含使用者付费安排），通常会由于投标吸引力不足而在若干年后修订或出台新法律，允许实施更广泛的 PPP 安排（如政府付费或使用者与政府联合付费）。

139. 未意识到 PPP 是一种新体系、未能将实行 PPP 可能引发的各种问题纳入法律条文予以解决的国家，也有必要对 PPP 法律及其他法律进行修订，以促成经济效益良好的成功项目。

140. 未能在最初的 PPP 法律及其他法律中反映合作伙伴、投资者和贷款方需求与关注点的国家，将必须对 PPP 法律及其他法律进行修订，以便在吸引投资者和贷款方上更具竞争力。

141. 未能解决 PPP 法律与其他法律之间关系的国家，需要对 PPP 法律或其他法律进行修订，以充分、高效地推进 PPP 进程，使项目能够取得良好经济收益，吸引潜在合作伙伴。

VI. 总结建议

142. 该工作报告从国际视角出发，为亚洲发展中国家和地区编制和完善 PPP 法律提供观察意见。这些观察结论源自多国 PPP 法律框架的分析和实践。在参考实践经验的基础上，本报告审视了各国法律和指南，从中找出它们的共同内容和演变趋势。报告分析指出，对于 PPP 整体法律框架中的必要或不必要的内容，各国看法大体相同，而对于相关内容如何在 PPP 法律与配套的法律文件和指南中分配，各国做法各异。报告的附录为正文中各项观点提供了有力依据。

143. 该工作报告分析了一项 PPP 法律如何通过通知、意见、条例和指南等配套文件形成有效的 PPP 法律框架。PPP 法律与配套文件的内容需要均衡分配，以确保 PPP 法律中的核心内容不被细化的程序所覆盖。这些细化程序的具体规定应纳入配套文件和指南中，且应准许依据实践经验加以修正。

144. PPP 法律及配套文件的主要宗旨是确保公共基础设施和公共服务成功交付，为政府创造经济效益，吸引资金和合作伙伴，为民众提供服务、创造福祉。

145. 报告中的观察意见表明，PPP 法律应兼顾确定性和灵活性。PPP 法律不应当仅局限在 PPP 许可或 PPP 实施方法的具体规定上。尽管在 PPP 法律中作出详尽规定能更好地实现 PPP 的明确性和管控力，但这种做法会消除政府和私有领域的灵活性与创造性，而这种灵活性与创造性正是成功的 PPP 所需要的。PPP 的实施细节和具体程序可在配套文件予以规定，以便使其依据实际情况做出相应的调整。

146. 最有效的 PPP 法律应当是授权性的，它能够在保证所有需求与关注点得到处理的同时，促进和鼓励政府、合作伙伴和贷款方积极引领并推动 PPP 的实施。

147. 在确定 PPP 法律时，应将新的、不同类型的政府和私有领域的关系与合作纳入考虑范畴。PPP 法律不应当将 PPP 安排仅局限在目前能够想到的、可以实现的类型上，因为那会使 PPP 法律自身成为 PPP 未来发展的障碍。随着一国自身实践经验不断增加以及从国内外实践经验中获取的新实践理念的不断传播，该国的 PPP 规模与类型都将扩大。

148. PPP 法律应当对 PPP 安排的实质和类型、可实施 PPP 的领域和活动进行灵活性地规定,避免当 PPP 将来不可避免地出现更大领域、更多类型时而仓促修订 PPP 法律以适应新形势。最好将所有类型的 PPP 项目都纳入一部法律予以规定,以避免不必要的混淆,防止在研究与分析未完时便对某项 PPP 安排下定论。该工作报告表明,如果 PPP 法律的架构和条文解释是局限的,那么不久便需要对该法进行修订,或是重新立法,才能使 PPP 取得成功。

149. 该工作报告探讨了 PPP 法律及配套文件如何与其他涉及 PPP 实施的法律相互关联。本报告建议在确定 PPP 法律及配套文件时,考虑在中国开展 PPP 的整体法律环境,从而保证与其他法律的兼容与协同。否则,即便 PPP 法律及配套文件切合实际目的,PPP 的实施也有可能遭到破坏。其他法律和法律文件中的规定或省略也可能会成为 PPP 发展的障碍。

150. 本报告总结了 PPP 引发的主要问题,提出了观察意见和审议建议。报告表明在确立 PPP 法律的过程中,简化 PPP 法律及配套文件,有助于增强政府机构、投资人、贷款方和合作伙伴,以及参与 PPP 规划的各政府部门间的连贯性、明确性和公信力。

151. 为顺利有效地实施 PPP 法律,该工作报告强调,在规划、批准、达成协议和实施 PPP 的过程中,必须准确、清晰地规定国家和地方各级政府部门不同权责。

152. 正如设计完备的 PPP 法律一样,该工作报告并非规范性文件。该工作报告中的观察意见建立在国际经验的基础上,附录为其提供了证明依据。该工作报告旨在将国际上 PPP 的相关经验与亚洲发展中国家和地区的实际联系起来,并重点关注了东亚发展中国家和地区。报告建议了 PPP 法律确立时应考虑并解决的问题,但并未限定其解决方法。

附录A：PPP法律和指南

1. 独立国家联合体（独联体）PPP 示范法（2014）。
2. Crown Agents 公司 2014 年 2 月对 58 国 PPP 法律与 UNCITRAL 指导方针和示范性法律条文的比较。
3. 关于 PPP 合同授予第 2014/23/EU 号令 [2014 年 3 月 28 日，官方公报第 L 94 号]；关于公共采购第 2014/24/EU 号令[2014 年 3 月 28 日，官方公报第 L 94 号]；关于水利、能源、交通运输和邮政服务行业部门采购第 2014/25/EU 令（2014 年 2 月 26 日）和第 2004/17/EC 号废除指令（2014 年 3 月 28 日，官方公报第 L 94 号）。
4. 欧洲复兴开发银行（EBRD）《现代特许权法（MCL）》核心原则（2006 年）。
5. EBRD 《<特许权法评估（2011）>分析》（2012 年 5 月）。
6. 经济学人智库（EIU）评估亚太地区公私合作环境的《2014 Infrascopes》（2015 年）。
7. 欧洲 PPP 专家中心（EPEC）成员单位 PPP 部门建立和改革 PPP 部门的分析与经验总结（2014 年，又称个别国家报告）。
8. EPEC 《西巴尔干地区 PPP 法律与制度框架概述》，2014 年 7 月。
9. 东亚东盟经济研究中心（ERIA）《东盟成员国 PPP 一览（2014）》。
10. 经济合作与发展组织（OECD）《特许经营法基本要素（2003）》。
11. 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《私人融资基础设施项目指南的立法准则(2001)》。
12. UNCITRAL 《私人融资基础设施项目示范性立法条例（2003）》。
13. UNCITRAL 秘书处《UNCITRAL 指南和示范性立法条例概要说明报告（2014）》。
14. 联合国工业发展组织（UNIDO）《通过建设-运营-转让（BOT）模式开展基础设施建设指南（1996）》。
15. 联合国欧洲经济委员会（UNECE）西盟斯律师事务所 PPP 专家小组有关 PPP 示范法的第三会议报告，2011 年 4 月 18-19 日。

16. 联合国亚太经社会 (UNESCAP) 《PPP 基础设施指南 (2011)》。
17. 《特许权法律与法律制度框架的国际比较研究》例如《C'M'S 欧洲 PPP 律师报告 (2012)》。
18. 个别国家的国家及地方层面的政策、法律和文件, 包括:
 - (i) 澳大利亚 (含新南威尔士州, 维多利亚州)
 - (ii) 奥地利
 - (iii) 巴西
 - (iv) 加拿大 (含不列颠哥伦比亚省, 魁北克省)
 - (v) 智利
 - (vi) 克罗地亚
 - (vii) 捷克共和国
 - (viii) 法国
 - (ix) 德国
 - (x) 印度 (含安得拉邦, 古吉拉特邦)
 - (xi) 印度尼西亚
 - (xii) 爱尔兰
 - (xiii) 日本
 - (xiv) 哈萨克斯坦
 - (xv) 肯尼亚
 - (xvi) 韩国
 - (xvii) 科索沃
 - (xviii) 立陶宛
 - (xix) 毛里求斯
 - (xx) 蒙古
 - (xxi) 荷兰
 - (xxii) 巴布亚新几内亚
 - (xxiii) 菲律宾
 - (xxiv) 葡萄牙
 - (xxv) 俄罗斯
 - (xxvi) 塞尔维亚
 - (xxvii) 西班牙
 - (xxviii) 南非
 - (xxix) 坦桑尼亚
 - (xxx) 泰国
 - (xxxi) 东帝汶
 - (xxxii) 土耳其
 - (xxxiii) 英国 (含英格兰、北爱尔兰)
 - (xxxiv) 美国 (含各州和波多黎各)

附录B：PPP与其他法律关联

在 PPP 法律最后定稿之前需要考虑以下几类问题。下面提到的许多问题将是现行法律、意见和指南的主题。不同法律与其配套文件需保持一致性，从而确保清晰和明确。

(i) 政府批准和授予 PPP

- a) 政府部门能将重要公共服务委托给私人合作伙伴提供吗？
- b) PPP 法律应确保与法律、步骤手续和实践惯例就政府决策和行政管理保持清晰一致，包括 PPP 的法律地位和决定 PPP 模式安排及订立协议的政府部门。

(ii) PPP 采购

- a) PPP 项目通过选取合作伙伴完成项目采购的方式适用于（1）公共采购法的一般性规定，或（2）通用公共采购法的 PPP 采购专门章节，还是（3）关于 PPP 模式安排的专门法律？
- b) 其宗旨是在确认 PPP 采购有别于传统公共采购的特殊性质的同时实现与传统公共采购相同的原则和目的（透明的步骤和标准、权责分明、平等对待参与者包括提供平等获取信息的机会、确保参与者开展公平竞争）。
- c) 要考虑的问题包括 PPP 采购法律框架、PPP 采购组织框架、PPP 采购能力、PPP 采购步骤与工具、PPP 采购决策与控制体系、PPP 合同管理、监控和管理和 PPP 采购流程投诉处理系统。
- d) 采购流程中的其他参与者是否会给阻碍私人合作伙伴的选择？
- e) 如果国有企业被选为私人合作伙伴，公共采购法是否适用于国企参与的 PPP 采购业务？
- f) 如果项目失败，借款人行使介入权，在选取新合作伙伴的过程中会发生什么？

(iii) 监管和调控 PPP 模式安排与价格设定⁴⁵

- a) 作为 PPP 模式的主题，经济监管和其他形式的部门或行动监管采取的是什么样的结构？PPP 模式是通过 PPP 协议的条款来监管，还是通过依法设立的客观独立的行业监管机构来监管？
- b) 存在独立行业监管机构的，由协议规定的价格确定与审核机制和成本监控机制如何与由设立该独立行业监管机构的法律所规定的相关机制相协调。
- c) 如何向合作伙伴和借款人保证该行业监管机构不会推翻 PPP 协议的条款，并且付款不会违背协议规定的价格确定和审核机制？
- d) 如果独立的行业监管机构是在 PPP 协议管制的项目生效后依法建立的会如何呢？
- e) 合作伙伴能否执行收入征集，并向不付费的使用者征收罚款或停止提供服务？
- f) 合作伙伴能否参与到基于市场行情和消费者忠诚度的差别定价和其他模式安排中？

⁴⁵ 经济监管指设定价格水平和结构，企业注册，企业报告和账目审计，监控运营成本，设置行业进出要求，创造公平竞争环境确保公平竞争。其他形式的监管指设置质量标准和监控性能，设置环境和规划细则与执行，设置公用事业外包采购细则与执行，健康安全的调控监控与执行

(iv) 义务⁴⁶

- a) 普遍服务义务、社区服务义务或公共服务义务及与此相关的成本是什么？

(v) PPP 融资和贷款担保⁴⁷

- a) 融资可以从国有或国家控股的金融机构以外的渠道获取吗？
- b) 除银行向企业提供的贷款外，PPP 模式还可获得哪些形式的融资，例如项目融资，银团贷款、项目债券、政府和私人的混合融资渠道？为拓宽融资渠道需对法律或实践做出哪些改动？⁴⁸
- c) 对以下项目开展担保（抵押，质押，浮动抵押等）是否可行？
- 项目的资产或资产所在土地
 - PPP 项目公司的股份
 - PPP 协议和其他关键项目协议
 - 既定收入
- d) 现行立法和实践是否允许借款人以国有资产开展和实施担保，关于哪些项目资产必须为国有哪些项目资产可以为私有是否有清楚明确的规定？
- e) 作为一项良好实践，在拟定立法草案时最好通过专项立法解决专项问题。例如税务问题最好通过税法解决。担保问题也最好通过相关法律来解决。在此类问题缺乏专项法律的情况下，或者为了明确以 PPP 模式中的各类资产为担保进行融资而产生的特殊或独有问题，PPP 法律可包含相关规定。
- f) 多借款人如何以资产、股份和现金流为担保进行融资？

⁴⁶ 由政府或监管机构征派 PPP 模式下的义务：普遍服务义务（USO）是一个经济、法律兼商业术语，多用于管制行业（特别是能源、电信、交通、邮政服务等具有大型业务网络的行业），指的是向一个社区或地区的每个居民提供基本水平服务的实践。澳大利亚的社区服务义务（CSO）是一项非商业活动，由国有贸易企业按照实现政府社会政策目标的方向开展，同时也可用于由政府付款抵消成本的 PPP 模式。CSO 的范围可包括为退休人员提供交通优惠，以低于成本价收取电费，及提供非商用渡轮服务。欧盟的公共服务义务（PSO）是主管部门或其他机构通过招标形式授予公共交通补贴的一种模式。竞标成功者可在规定的期限内得到规定的补贴，成为特定公共交通服务的垄断供应商。PPP 采购招标的竞争程度依据于补贴水平的高低。艾米莉·普尔（Emily Poole），卡尔·图希（Carl Toohey）和彼得·哈里斯（Peter Harris）（2014 年），公共基础设施：决策框架——澳大利亚储备银行会议卷宗，第 97—135 页 <http://www.rba.gov.au/publications/confs/2014/pdf/poole-toohey-harris.pdf> “在私营收入很可能抵不上私营成本的情况下，对基础设施服务的评估可以以社会净效益为保障。这些情况将需要公共基金，但公共基金可能不需要公共投资：否则，政府也许可以仅代表社区向基础设施供应商“购买”非商业性服务（例如向一个地区提供服务）。这些合同可以是承担社区服务义务（CSO）的持续付款服务，也可以是通过前期一次性现金出资或现金等价物出资的服务，或其他模式的服务。”

⁴⁷ 简·亨德里克·罗孚（Jan - Hendrik Röver）《项目融资担保》<http://www.ebrd.com/downloads/legal/secured/roever7m.pdf> EBRD 对此进行了很好地概述，其中包含一份不同国家和地区担保交易的参考书目。简·亨德里克·罗孚《项目融资与 PPP 担保及〈担保交易法〉的启示》：“担保是一项保障而非武器”——Frederique Dahan《商业交易担保融资研究手册》（Elgar 2015 年出版）EBRD《担保交易示范法》（1994 年）<http://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html> UNCITRAL《担保交易立法指南》（2010 年）https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10_English.pdf 担保交易法改革项目网站：<http://securedtransactionslawreformproject.org/> 包含对英格兰与威尔士及其他国家开展的法律改革的探讨。

⁴⁸ Chong, S. 和 Poole, E. (2013) “基础设施融资：系列办法”澳大利亚储备银行 2013 年第三季度简报，第 65-76 页。<http://www.rba.gov.au/publications/bulletin/2013/sep/pdf/bu-0913-8.pdf>

(vi) 破产和介入权

- a) 是否制定了强健的破产/资不抵债法律？
- b) 当承揽 PPP 项目的公司资不抵债或破产时，债权人的优先级顺序是什么？
- c) 当承揽 PPP 项目的公司出现财务困境，但还需继续提供必要的公共基础设施和公共服务时，如何处理企业破产或企业纾困及重组？
- d) 如果允许在重组过程中改变合作伙伴，如何处置现有债务？
- e) 是否对资产担保进行登记？
- f) 政府能否行使介入权，介入权是否符合《公司法》和《企业破产法》的规定？
- g) 能否给予借款人介入权，如何行使介入权才能符合《公司法》和《企业破产法》的规定？
- h) 政府和借款人之间能否直接订立协议？
- i) 如果政府或借款人能够行使介入权，如何确定并选择新的合作伙伴，选择的过程是否以 PPP 法律为准？借款人能否选择替代的合作伙伴？
- j) PPP 法律中可能会表示政府部门有权订立直接协议并可按照需要规定介入权，但不包括 PPP 业务的具体细节。在直接协议和介入权情况此前从未出现的情况下，PPP 法律中可能会指明这一部门。

(vii) PPP 与公共投资和公共财务管理

- a) PPP 法律应遵循公共投资和公共财务管理相关法律，因为 PPP 项目应为公共投资计划中的优先项目并进行财政风险和财政可承受能力评估，这是一种有别于财务和经济可行性评估及物有所值评估的独立评估形式。

(viii) PPP 与政府支持

- a) 在法律上，政府是否有权提供财务和其他支持，例如提供项目担保及所需批准？

(ix) PPP 相关土地、环境和社会问题

- a) 政府机构能否将公共资产的所有权、管理权或控制权移交给私人合作伙伴？
- b) 将土地和其他资产移交给项目公司的过程是否清晰、明确且及时？
- c) 移交给项目公司和移交给政府时的环境责任由谁承担？
- d) 例如安置项目现场的居民时，由谁负责解决项目现场发生的社会和社区问题，是否存在合法的机构和步骤为拆迁户提供补偿？
- e) 例如在非政府和私人合作伙伴占有的土地上铺设水管时，是否存在合法的机构和步骤授予土地通行权？

(x) PPP 就业问题

- a) 政府职员是否会被置换或转让给私人合作伙伴的运营项目，是否有相应的处理程序？

- (xi) PPP 与《合同法》、《行政管理法》、《争议解决》
- a) PPP 协议适用《合同法》还是《行政管理法》？
 - b) 如果 PPP 协议适用《行政管理法》会有什么影响？协议各方是否具有平等的地位？政府是否有权采取单方面行动？
 - c) 如果政府有权采取符合公众利益的单方面行动，通过（1）限制政府权力针对具体情况采取行动和（2）提供适当及时的补偿，PPP 合作伙伴享受哪些保护措施？
 - d) 针对 PPP 协议有哪些争议解决机制？
 - e) 争议解决制度是否得到潜在合作伙伴和借款人的信任？
 - f) 争议解决制度是否可信？能否解决复杂纠纷？
 - g) 是否可将国内国际仲裁作为法院诉讼的替代办法？
 - h) 是否存在调解，和解或独立专家裁定？
 - i) 能否执行仲裁决议，执行是否有效及时？
- (xii) PPP 与税收、消费者权益保护、标准和公众责任、健康和安全、外国投资者、投资者保护、外汇、保险等事宜。⁴⁹

⁴⁹ 参见唐娜·亨特（Donna Hunt）和瓦莱丽·翁德尔卡（Valerie Onderka）《公私合作项目保险注意事项》第二部分：公私合作咨询工程师专业实践问题；戴维·哈特姆（David J. Hatem）和帕特丽夏·加里（Patricia B. Gary）《美国工程公司协会——公私合作对咨询工程师的机遇与风险（2014）》http://www.michaelbradydesign.com/Transfer/ACEC%20files/PPP/Ch_7_Hunt_1st_round.pdf

附录C：PPP 定义

目前还没有广泛认可的 PPP 定义，不同国家和组织制定了许多不同的定义，这些定义之间存在一定差异。

亚洲开发银行（亚行）：公私合作运营计划 2012—2020：PPP 在亚行的业务中指公共部门（国家、州、省或地方）与私营部门之间的一种合同模式，以互补的方式分配每个公私部门的技能、资产和/或金融资源，共担风险且共享报酬，为公民交付最优服务和提供良好的价值……PPP 是用于采购高效现代化服务的一种方式，不应仅仅被视为获取私人融资进行资产创建的方式。而应是一种通过长期合作伙伴关系管理基础设施和交付公共服务的模式。其宗旨是利用全生命周期方法优化风险配置，实现管理协同效应，鼓励创新，有效利用资产和资产管理为消费者提供完善的服务和为纳税人实现经济效益。在 PPP 项目中，服务交付及基础设施开发和运营的某些特定方面的工作应由私营部门承担，其他工作则仍然由公共部门承担。在亚行业务范围内，所有的合同关系如基于业绩表现的合同（管理和服务合同）、租赁—运营—移交、建设—拥有一运营—移交、设计—建设—融资—运营、其他衍生形式的合同及特许经营合同都被视作不同的 PPP 形式。不包括涉及“一站式”设计和施工的公共采购合同（工程、采购和施工合同）。也不包括不与业绩标准（更加符合将公共资产外包给私营承包商运营的要求）挂钩的简单服务合同和带有延长保修期和/或维修期的施工合同，比如延期到项目竣工 5 年后（资产是新建的，仅需要进行基本维护，因此分担的业绩风险最小）。但在一些情况下，服务合同是向高级 PPP 过渡的第一步，特别是在公共部门刚刚开始探索 PPP 模式的情况下。

印度安得拉邦（AP）（《AP 基础设施开发授权法案》，2001）：PPP 指私营部门参与者对政府部门或本邦地方机构（地方政府）的基础设施项目的投资。根据合同类型和特许权条款，特许经营者可或不可向使用者收费。

澳大利亚：在 PPP 项目的定义中：私营部门提供公共基础设施及相关服务；由私人投资或融资。PPP 作为一种采购方法，是公私部门广阔合作关系的一部分，旨在建造资产和/或交付服务。不同于早期的承包商参与、联盟、主承包商、传统采购（设计和施工）和其他采购方法。

欧盟委员会：PPP 的定义没有停留在社区层面，而是着眼于全局，指的是公共部门和商界的一种合作形式，其中后者负责确保基础设施的融资、施工、翻修、管理和维护，从而向民众提供服务。欧盟：“公共部门和私营部门之间的合作形式，旨在完善基础设施项目和其他类型业务的投资交付，通过风险分担、吸取私营部门专长和额外资金渠道的方式交付公共服务”，PPP 业务“指通过或打算通过公私合作框架实施的业务”。⁵⁰

欧洲投资银行：PPP 是一个通用术语，指私营部门和公共部门之间形成的旨在通过引入私营部门资源和/或专长以帮助公共部门提供和交付资产和服务的一种关系。术语 PPP 用于描述各种工作模式，有松散的非正式战略合作伙伴关系，设计—建设—融资—运营（DBFO）类型的服务合同和正式的合资企业。

惠誉（Fitch）：将 PPP 广义地定义为各种情况，即在特许权结构和私人所有权结构等框架下将公用基础设施资产的融资、施工、扩建、运营和/或维护，根据既定收费标准向使用者收取报酬或向

⁵⁰ 欧盟结构和投资基金（ESI）《2013 欧洲结构与投资基金新通用条例（CPR）》。<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=EN>

公共部门收取既定数额款项作为补偿等特定的权利与责任移交给私营部门的行为都包括在 PPP 的范围内。这些框架包括可用性支付结构以及投资者承担价格和需求风险的结构。

法国没有在法律中对 PPP 进行定义。开展 PPP 业务模式的依据是其他国家类似的 PPP 实践和法律。描述这些业务模式的各种术语包括特许经营、承租和合作伙伴关系合同，这些术语是法国和一些法语国家所特有的。

印度古吉拉特邦（古吉拉特邦基础设施发展局法案）；该法案包括对特许权合同的定义，特许经营指根据特许权合同条款，向除本邦政府、政府部门或指定政府部门以外的个人施以财务援助或授予政府财产和公共资产权利。附表 2 列出的合同包括在特许权、建设—拥有一运营—移交、建设—拥有一运营—维护、建设—移交、建设—租赁—移交、建设—移交—运营、租赁管理、管理、复原—拥有一运营—维护、服务合同、供应—运营—移交和合资协议等定义的范围内。根据合同类型和特许权条款，特许经营商可或不可向使用者收费。

国际货币基金组织（IMF）：PPP 是一种由私营部门提供原本由政府提供的基础设施资产和服务的模式。除由私营部门提供和执行公共投资外，PPP 还有另外两个重要特征：1) 私营部门有所侧重地提供服务和投资；2) 重大风险由政府转移给私营部门。PPP 广泛地渗透进了各类社会经济基础设施项目中，但主要用于建设和运营医院、学院、监狱、公路、桥梁和隧道、轻轨网络、空中交通管制系统及水和卫生项目。

印度：PPP 模式中，一方是政府或法定实体或政府所有实体，另一方是私营部门实体，双方就公共资产和/或相关公共服务的提供达成一致，由私营部门实体在一段规定期限内进行投资和/或管理，其中私营部门分担了大量风险并按照特定的、既定的可衡量业绩标准（或以此为基准）收取与业绩表现挂钩的报酬。财政部《公私合作基础设施项目财政支持准则》中的“可行性缺口补足基金准则”将 PPP 定义为一类基于合同或特许权协议的项目，一方是政府或法定实体，另一方是私营部门企业，双方就交付由使用者付费的基础设施服务达成一致。印度基础设施项目开发基金的制度和准则由财政部发布，印度政府将 PPP 定义为公共部门实体（发起机构）和私营部门实体（私营部门合作伙伴占有 51% 及以上的股权）之间按照商业条款在一定期限（特许经营期）内就创建和/或管理公用基础设施达成的合作伙伴关系，其中私营部门合作伙伴通过透明公开的采购制度开展采购。

爱尔兰：国家机构可

- (i) 与合作伙伴就优化国家机构职能开展 PPP 模式业务，协议规定的职能包括：
 - a) 资产的设计和施工与相关服务的运营，以及必要的融资
 - b) 资产的施工与相关服务的运营，以及必要的融资
 - c) 资产的设计和施工与融资
 - d) 在不少于 5 年时间内提供与资产相关的服务和必要的融资
- (ii) 安排向合作伙伴付款。

韩国：由社会资本负责建设和运营原本由政府基金建设和运营的公路、港口、铁路、学校和环境设施等基础设施项目，以此调动私营部门的创造性和效率。

科索沃：PPP 指一方或多方公共部门与一方或多方私人合作伙伴之间的合同或制度合作，其中私人合作伙伴：

- (i) 代表政府机构提供公共服务或公共基础设施；
- (ii) 假设财务、技术、施工和运营风险，包括需求和/或可支付风险，与公共服务或公共基础设施的提供有关；
- (iii) 收取由公共部门从预算中拨款支付的公共服务或公共基础设施收益；
- (iv) 向使用者或消费者收取公共服务或公共基础设施使用费；或
- (v) 收取政府付款与使用者付费相结合的收入。

新西兰：就交付服务订立的一项长期合同，提供的服务包括建设新资产和强化现有资产，通过不可追索的外部（私营）渠道融资，资产的全部法律所有权由政府保留（官方）。

经济合作与发展组织：将 PPP 定义为政府与私人合作伙伴之间的一项长期协议，其中政府的服务交付目标与私人合作伙伴的利益目标相一致，两个目标符合的程度取决于风险是否充分地转移给私人合作伙伴。

南非：将 PPP 定义为政府机构与私人合作伙伴之间的一项商业交易，其中私方代表政府机构在一段指定或不定的期限内履行机构职能，或者出于商业目的在一段指定或不定的期限内获得国有资产的使用权。私方通过收益基金补偿、私方向使用者或消费者收取服务费或补偿与服务费相结合的方式获得代政府履行职能或使用国有资产取得的收入。

标准普尔（S&P）金融服务：PPP 是公私部门之间的一项中长期关系，在分享公私部门技能、专长和资金的过程中共同分担风险和分享报酬，从而实现理想的政策效果。

英国：将 PPP 定义为一种公私部门合作的典型模式。从最广义的角度讲，PPP 包括各种类型的公私合作，涉及协作开展工作和风险分担以交付政策、服务和基础设施。（财政部、基础设施采购：交付长期价值，2008 年 3 月）。

美国联邦公路管理局：PPP（在美国常被称为 P3s）是公共机构和私营部门实体之间达成的契约协议，允许私营部门深入参与交通运输项目的交付和融资。

维多利亚州（澳大利亚）：PPP 的定义与基础设施及相关配套服务的提供有关，其中涉及了私人投资或融资，且在合作伙伴关系（与一般性服务采购无关的）持续期间，由政府或/或消费者支付现值超过 1,000 万澳元的服务费。

世界银行、亚行、泛美开发银行（PPP 参考指南） PPP 是私方与政府部门之间就提供公共资产或服务而订立的一项长期合同，其中，私方承担大量的风险和管理责任，报酬与业绩挂钩。

附录D：更新UNCITRAL指南

UNCITRAL 指南与示范性立法 条例内容标题	UNCITRAL 秘书处 2015 更新建议
引言与背景信息	<ul style="list-style-type: none">- 修订草案，反映基本公共利益、经济效益比较、可持续发展等术语和定义的最新进展；- 将项目合作伙伴负责交付全部公共服务的 PPP 与只交付一部分的 PPP 区分开来，从而反映 PPP 的核心业务范围和最新实践；- 简化文案，去掉不必要的讨论；- 说明 PPP 使用者付费和政府付费的区别；- 更新内容，适当引入最新经验，- 适当包含对《UNCITRAL 公共采购示范法》的交叉引用。
其他相关法律领域	<ul style="list-style-type: none">- 仅有小幅简化。
一般性立法和制度框架	<ul style="list-style-type: none">- 修订目的：- 更有效地平衡公私利益；- 保障公共当局的职能；- 解决筹备措施和项目选择；- 拓展必要的机构体制和相关机构的治理范围，包括竞争管理机构以及 PPP 部门和委员会等美国常见的使用 PPP 的机构，并在新立法文案里加入新增条款。
项目风险和政府支持：	<ul style="list-style-type: none">- 完善项目的经济性探讨；- 讨论和分担特定风险；- 加深项目风险分担、保障提供、经济效益和整体经济优势这些方面之间的联系；- 从公众的角度建议提高透明度。
施工和运营：立法框架与项目协议：	<ul style="list-style-type: none">- 解决合同形式、对合同自由的限制和合同最低要求（项目协议的范围可能更广）；- 深入讨论分包安排和负债；- 深入讨论在项目期限内再协商、再融资和修改合同（有关合同规范等方面）；- 明确项目协议扩展为一组文件的可能性；- 明确：- 特许经营商的活动范围，- 项目现场的不同所有权概念（和取得所有权），- 费用和报酬，及对此进行补充并缓解政治风险的保障，其中一些也许能够转让，其余则被视作最低法律保障。- 基础设施运营，需要制定更多的指南用于：- 项目方的标准与义务，- 执行公共当局的指令，- 适当限制特许权期限。- 建议公布项目文件的主要条款，提高透明度。

接下页

附录 D 接上页

UNCITRAL 指南与示范性立法条
例内容标题

UNCITRAL 秘书处 2015 更新建议

项目协议的期限、延期和终止：	<ul style="list-style-type: none"> - 解决项目的时间限制； - 投资与风险问题； - 修改和终止间更好的衔接。
争议解决：	<ul style="list-style-type: none"> - 制定更加切实可行的指南； - 强烈建议： - 利用仲裁， - 提交争议委员会可能是第一个强制性步骤， - 引入紧急仲裁。 - 在以下方面扩充指南内容： - 利用与国际论坛相对的国家论坛解决争议， - 确保该论坛的独立性， - 选择法律， - 股东、借贷双方、运营财团的合作伙伴、监管机构与运营商和承包商和分包商之间以及公共当局与项目合作伙伴之间的争议。

附录E: PPP法律的范围和理论基础

表 E.1: 指南和示范法

主题	UNCITRAL 指南和示范 性立法条例	OECD 特许 权协议相关 法律内容	EBRD 现 代特许权 法律原则	UNECE 2011	EPEC PPP 法律体系 2014	CIS PPP 示范法 2014
定义	✓	✓	✓		✓	✓
法律的一般性目的与范围 地区、国家、地方、部门和活动（允许或不允许）	✓	✓	✓			✓
PPP 的形式	✓	✓	✓			✓
确认负责实施 PPP 计划的国家和地方政府部门、开发 PPP 项目渠道的政府部门和订立协议的当局	✓	✓	✓	✓	✓	✓
确认个人是否有资格成为合作伙伴	✓		✓			✓
国家和地方不同政府部门的职责	✓					✓
管理协调、批准和决策过程	✓				✓	✓
受到 PPP 协议管制或受到依据行业法建立的独立监管机构的管制						
项目筹备基金（项目开发或筹备基金）	✓					
任命 PPP 顾问的权力部门和任命过程						
公共投资管理和项目选择 —— 物有所值和生命周期成本						
公共财政管理 —— 对实际、隐藏、隐性和或有负债进行财政可承受能力和财政风险评估						
采购原则与目的：在全部采购流程中实现公平、透明、基于客观标准、平等地参与和获取信息			✓	✓	✓	
开展审核确保实现物有所值						
政府财政收入账户和国民收入账户 PPP 核算						
非应标建议书			✓			✓
选择合作伙伴	✓	✓			✓	✓
选择方法		✓				✓
允许非竞争选取的少数例外情况		✓	✓			✓
在项目周期不同阶段与潜在竞标人展开对话						
资格预审	✓	✓				

接下页

表 E.1 接上页

主题	UNCITRAL 指南和示范 性立法条例	OECD 特许 权协议相关 法律内容	EBRD 现 代特许权 法律原则	UNECE 2011	EPEC PPP 法律体系 2014	CIS PPP 示范法 2014
建议书申请的程序和文件		✓				
复杂的项目程序		✓				
小型项目的程序和可能对较小项目进行的捆绑（分组）						✓
选取合作伙伴建议书的评估标准	✓	✓				
敏感商业信息的保密	✓					
裁定通知	✓					
诉讼记录	✓					
投诉或审核裁定效力		✓	✓			
PPP 协议						
协议允许内容或指示性内容	✓	✓				
产出规范、业绩标准及与业绩挂钩的付款						
协议对各方包括政府部门的约束		✓				
合作伙伴的法律地位和结构						✓
各方就协议的内容、再协商和修改自主达成一致（可能在一定限度内，或根据法律限定的准则）	✓	✓	✓	✓		✓
反映风险分担和管理的协议	✓		✓			✓
收益来源和征收执行付款的当局	✓					
价格设定和审核安排	✓					
经济 — 财务平衡	✓	✓	✓			
不可抗力						
稳定化条款 — 开展补偿活动，保护合作伙伴免受立法修改带来的财务影响	✓					
协议期限、期满延期、终止、提前终止（含补偿）	✓					✓
项目现场和资产的权责	✓					
合作伙伴或政府部门对项目所有权的分配或移交						✓
政府介入权						
融资渠道	✓					
提供支持的当局，政府项目支持的形式、标准和利用方式，包括财政支持等	✓		✓	✓		✓

接下页

表 E.1 接上页

主题	UNCITRAL 指南和示范 性立法条例	OECD 特许 权协议相关 法律内容	EBRD 现 代特许权 法律原则	UNECE 2011	EPEC PPP 法律体系 2014	CIS PPP 示范法 2014
贷款安全利益 —— 合作伙伴的社会 资本、项目资产、收入来源等	√	√	√			
借款人介入权和直接协议			√	√		
再融资安排（如果资金来源为项目融 资）						
结构						
变动管理						
争议解决	√	√	√		√	√
采购过程中协议双方解决过程的形 式、适用的法律和补救办法				√		√
确认和解决其他法律中的争议性规定			√	√		
国际义务						
应在法律中阐明的条例或程序，包括 发布指南的要求						

EBRD=欧洲复兴开发银行，EPEC=欧洲 PPP 专家中心，NDRC=国家发展和改革委员会，OECD=经济合作与发展组织，PFIP=私人融资基础设施项目，PPP=公私合作，UNCITRAL=联合国国际贸易法委员会，UNECE=联合国欧洲经济委员会

注：√表示指南或法律引用了这个主题。并不表示引用的内容是全面且令人满意的。

来源：作者对独立国家联合体（CIS）《PPP 示范法（2014）》、欧洲复兴开发银行（EBRD）《现代特许权法律核心原则（2016）》、EPEC《西巴尔干地区 PPP 法律和制度框架概述》（2014 年 7 月）、OECD《特许权协议的基本法律内容（2003）》、联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《私人融资基础设施项目指南的立法准则（2001）》、UNCITRAL《私人融资基础设施项目示范性立法条例（2003）》、联合国欧洲经济委员会（UNECE）西盟斯律师事务所 PPP 专家小组有关 PPP 示范法的第三会议报告（2011 年 4 月 18—19 日）的分析

表E.2：PPP法律内容的一般性结论

主题	一般性结论
<p>定义</p> <p>法律的一般性目的与范围 地区、国家、地方、部门和活动（允许或不允许）</p>	<p>定义应清晰明确，但不应过度限制</p> <p>在国家和地方可能利用 PPP 模式提供的设施、服务、活动中保证可信度和确定性。法律应明确 PPP 模式的行业适用范围。法律规定应保持灵活，允许未来添加新行业。可能还规定了不适用 PPP 法律的活动，例如自然资源特许经营，短期（比如少于 5 年）外包安排。基础设施的分类可能有多种方式，典型的分法是：市政基础设施，例如道路照明、城市公路、桥梁和供水网络（通常为地下）、污水处理等公用事业，例如水和电，交通，例如高速公路和铁路。社会基础设施，例如学校、医院、文化场所（博物馆等）。</p>
PPP 的形式	<p>PPP 安排的形式最好能够具有一定灵活性。近年来 PPP 政策和法律内容的变迁见证了项目设计、建设、融资、运营、管理的不同结合形式和收入多元化的演变，拓展的新内容允许（1）更加强调风险分担与管理的多种新增的混合项目形式（2）通过私人 and 政府渠道获得的政府支持面更广的创新性融资（3）更大范围内更加多样化的使用者付费与政府付费相结合的收入组合形式（4）更加强调付款与业绩挂钩（5）在明确不同形式 PPP 安排的不同风险分担方式的同时实现 PPP 安排制度化。</p>
<p>确认负责实施 PPP 计划的国家和地方政府部门、开发 PPP 项目渠道的政府部门和订立 PPP 协议的机构。</p>	<p>由于 PPP 的实施涉及跨部门合作，因此 PPP 法律和制度框架应纳入最好采用政府部门协作网络实施 PPP 项目这一内容。</p>
<p>确认个人是否有资格成为合作伙伴</p>	<p>法律应明确规定中国私人机构、国有机构和外资机构或外资控股机构的参与资格和范围。契约式财团或契约式合资企业能否参与？国有企业能否与私营企业或外资企业组成合资企业？将 PPP 安排制度化怎么样？</p>
<p>国家和地方不同政府部门的职责</p>	<p>法律和配套文件应清晰明确地规定政府机构和潜在参与者在 PPP 流程中的职能与责任。</p>
<p>管理协调、批准和决策过程</p>	<p>主要条款涉及：</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) 项目确认与选取 (ii) PPP可行性与物有所值评估 (iii) 财政负担能力和财政风险评估 (iv) 采购与合作伙伴选择 (v) 协议定稿 (vi) 施工阶段 (vii) 运营阶段 (viii) 合同监控与管理 (ix) 根据协议条款将项目和资产移交给政府机构 <p>详细内容包含在依法制定的法律文件中。</p> <p>PPP 法律或配套法律文件应清晰明确地规定政府机构和潜在参与者在 PPP 流程中的权责，以提高政府实施 PPP 计划的效率和效能。必须通过协调和精简政府各部门在 PPP 流程中发挥的职能，强化 PPP 法律和配套法律文件的作用，这些部门包括负责提供设施或服务、负责公共投资计划和选择优先项目、负责 PPP 项目筹备和评估、负责采购、负责财政风险与可承受能力评估、负责 PPP 相关问题决策、负责已竣工运营项目的物有所值审计与评估以及视情况发放牌照、许可证和同意函的部门。</p>

接下页

表 E.2 接上页

主题	一般性结论
受到 PPP 协议管制或受到依据行业法建立的独立监管机构的管制	在某些司法管辖区内，由依法设立的独立行业监管机构监控定价、定价审核、服务水平、普遍服务义务和 PPP 安排的其他方面。在其他司法管辖区内，这类问题则根据 PPP 协议中的合同约定解决。不论采取法律监管还是合同监管，监管责任及相关过程与标准都必须清晰明确。监管机构的能力和跟踪记录是投资者和借款人对独立监管机构信任的重要来源。对于合作伙伴、投资者和借款人而言，监管风险是一项关键因素。
项目筹备基金（项目开发或筹备基金）	高质量的项目筹备是实现健康采购以吸引优质参与者所不可缺少的。这在最大程度上减少了选定合作伙伴以后花费在敲定协议上的时间。经验表明，在许多司法管辖区内，政府部门并没有现成的基金用于支付顾问费。为实现顺利采购和加速协议定稿，必须在项目筹备过程中制定高品质的文件，包括精心准备的清晰明确的协议草案。由政府设立项目筹备基金，以较高水准开发项目并编制文档以吸引优质参与者已经成为一种趋势。项目筹备的初始设立阶段尤其需要经验丰富且训练有素的 PPP 顾问。根据参与条件规定，被选中的合作伙伴需按照提案要求支付费用以抵消项目筹备支出和顾问费。可在 PPP 法律中针对此主题规定一条允许设立基金的有利规定。参见欧洲 PPP 专家中心，2014。《顾问在筹备和实施 PPP 项目中的职责和作用》（卢森堡）
任命 PPP 顾问的权力部门和任命过程	经验表明，政府外部的专业熟练的 PPP 顾问是实现高品质计划的关键。在许多司法辖区，政府部门自身有权力通过一般性公开招聘的方式聘任顾问。针对 PPP 项目需要反复快速招聘顾问这一需求，理想的情况是建立一个顾问资格预审委员会。为此，可能有必要修改一般性公共采购法，或者在 PPP 法律中加入一条定期招聘顾问的规定。在没有聘请外部顾问帮助项目筹备和文档编制传统的司法管辖区，PPP 法律可能会明确规定顾问聘任事宜以消除没有相关传统的惯性，但还应保证聘用顾问的资金来源。
公共投资管理和项目选择 —— 物有所值和全生命周期成本	通过独立的过程从公共投资管理项目选取结果中确认和选取一系列一次性 PPP 项目加以推进已经成为一种趋势。随着重点转移到 PPP 计划方面，政府逐渐开始从满足标准的公共投资项目中选择适合采用 PPP 模式的项目。在许多地方，物有所值已经成为选择 PPP 模式的主要标准。英国将物有所值定义为商品或服务生命成本和质量（或适用性）的优化组合，以满足使用者需求。物有所值取决于各种项目产出交付方式的成本、风险和收益，并且用于检验公共融资、私人融资或两者的组合是否最适合该项目。PPP 法律或其他法律应确认 PPP 项目和优先公共投资项目之间的联系。 [参见编辑拉贾拉姆（Rajaram），阿南德（Anand），Tuan Minh Le, Kai Kaiser, Jay-Hyung Kim 和乔纳斯·弗兰克（Jonas Frank）2014。《公共投资管理权力：将资源转变为资产增长。》发展方向。华盛顿特区：世界银行 http://dx.doi.org/10.1596/978-1-4648-0316-1 和施瓦茨（Schwartz），盖德（Gerd），安娜尔巴乔（Ana Corbacho）和卡佳冯克（Katja Funk），2008。《公共投资与公私合作：应对基础设施挑战和管理财政风险》，国际货币基金组织，华盛顿特区]
公共财政管理 —— 对实际、隐藏、隐性和或有负债进行财政负担能力和财政风险评估	存在这样一种趋势，PPP 由一次性项目朝着项目计划发展，从而最大限度扩大整体影响。这反映在项目对公共财政的影响方面。实际、隐藏、隐性和或有负债可能导致对政府资金的其他意外需求。从单个层面上来说，PPP 项目可能均满足物有所值标准，但是综合而言，这些项目对政府资金的需求可能超出政府的财政负担能力。在使用者付费和政府付费项目的关键阶段，由于可能产生财政风险敞口的来源较多，必须对其财政负担能力和财政风险敞口评估。针对在 PPP 项目筹备和采购的适当阶段开展财政风险和可承受能力评估，PPP 法律、公共财政管理法和其他相关法律应做出相应规定。 [参见世界银行 2013。《实施公私合作财政管理框架》——业务操作说明，华盛顿特区]

接下一页

表 E.2 接上页

主题	一般性结论
采购原则与目的：在全部采购流程中实现公平、透明、基于客观标准、平等地参与和获取信息	PPP 项目的采购应满足传统公共采购遵循的优质原则。PPP 的采购流程不同于传统公共采购（例如，在过程的各个阶段要进行各种形式的磋商和谈判）。PPP 采购的独特性质应反映到 PPP 法律中，或者在公共采购或招标法中设立独立章节加以规定。
开展审核确保实现物有所值	在许多司法管辖区存在这样一种趋势，利用最高审计机构（或地方同等效力机构）对 PPP 计划和独立项目进行审核，以查实其是否取得了预期物有所值并遵循了 PPP 法规和程序。最高审计机关需要具备基本的权力和能力来开展物有所值分析。PPP 法律或其他相关法律应对这种需求加以反映。 [参见国际最高审计机构组织 2007。《公私合作融资和特许经营最佳审计实践指南》]
政府财政收入账户和国民收入账户 PPP 核算	PPP 法律或配套文件或其他立法中应针对如何将 PPP 落实到政府财政收入账户和国民收入账户加以规定。 [参见冯克（Funke），卡佳（Katja），蒂姆·欧文（Timlrwin）和伊莎贝尔·里亚尔（Isabel Rial）2013。《公私合作预算与报告》，OECD 国际交通论坛联合交通研究中心讨论文件]
非应标建议书	如果允许非应标建议书，相关法律规定应以管理和控制这个过程并鼓励公平竞争为方向。如果允许非应标建议书，则允许标准必须清楚明确且限于罕见例外的情况。建议书中的项目应符合公共投资计划优选项目标准。非应标建议书不应仅仅表述提供设施、服务或项目带来的利益。还应包含充足详细的信息以供 PPP 计划筛选和物有所值评估。较高的物有所值主要得益于通过合作伙伴获得的比传统公共采购更高的效率。提高效率的主要推动力是潜在合作伙伴之间的竞争。但必须采取审慎规范的方式对待非应标建议书，否则将有可能破坏这一切。
选择合作伙伴	PPP 旨在实现比其他采购方法更大的经济效益。优质参与者之间的竞争是实现效能从而得到更大物有所值的主要推动因素。
筛选方法	缺乏竞争有可能会使这个过程实现的经济效益小于竞争过程。立法可能会规定一些竞争行不通的例外情况。
允许非竞争选取的少数例外情况	对于有限的例外，标准应清晰明确且具有较高的门槛以防止逃避竞争。
在项目周期不同阶段与潜在竞标人展开对话	在请求资格审核和征求建议书前与潜在参与者接触以保证项目创新机会成为一种趋势。
资格预审	根据实施 PPP 或类似行业项目的技术实力和财务经验开展资格预审能够为优质参与者提供更好的竞争环境。
建议书申请的程序和文件	妥善的筹备和详细的文档有利于吸引优质参与者并选出优质合作伙伴，从而确保交付的效率和效益。
复杂的项目程序	复杂项目可能需要设定专项程序，即通过明确的规则和程序开展磋商得到结构明确的结果。
小型项目的程序和可能对较小项目进行的捆绑（分组）	小型项目可能不足以平衡项目筹备和采购及敲定 PPP 协议所需的咨询和交易成本。绑定多个小型项目实现规模化可能会比其他采购方法实现更大的物有所值。
选取合作伙伴建议书的评估标准	在参与者满足技术、环境和财务标准的情况下，更多的司法管辖区将物有所值作为关键评估标准。物有所值是一项一般性评估条款，其来源因项目而不同。选择建议书（合作伙伴）的标准应反映项目的既定目标，包括产出规格、目标业绩指标、全周期成本。传统公共采购往往给予政府的项目资本成本以较高的优先级。PPP 评估往往会设置一套较为复杂的以优先目的为权重的标准，旨在保证设施特别是服务的交付。

接下页

表 E.2 接上页

主题	一般性结论
敏感商业信息的保密	为提高参与者信任度，与参与者及其建议书有关的敏感商业信息必须得到保护，不得与其他参与者分享此信息，或在商业活动中发布此信息造成可能的破坏性影响。
裁定通知	在一些司法管辖区，在发布服务裁定通知与继续敲定协议中间的这段期限内，允许竞标失败的参与者就裁定效力提起投诉。
诉讼记录	完整地记录整个决策过程有利于证明决定的正确性和确认合作伙伴选取过程的有效性。该记录为最高审计机构提供了用以确认整个过程是否符合相关法律和程序的基本信息。该记录是否对外公布或至少提供给参与者？
投诉和审核裁定效力	在某些司法管辖区内，允许竞标失败的参与者通过正式程序进行投诉或请求审核裁定。例如，欧盟补救指令适用于包括 PPP 在内的所有公共采购。在确定了公共合同授予方后存在一个缓冲期，订约当局至少需等待 10 天才能签订合同。竞标人可在这段时间内检验裁定结果，并决定是否开启程序审核。如果竞标人要求在缓冲期内开展审核，则采购程序将自动暂缓，直至审核机构得出结论。如果这些规则没有得到遵守，则国家审核机关将在特定情况下判定已签约合同无效。欧盟也有针对非法直接裁定公共合同的严格规定，对于不具备透明度和先期竞争性招标的非法裁定合同，国家法院可能会判定其无效。由谁审核 —— 是否由审核传统公共采购的同一家机构或熟知 PPP 效益的专家委员会审核？
PPP 协议	PPP 协议是众多协议和文件中的一种，例如合作伙伴股东协议，设计、施工、维护、运营协议，融资（股权，债权和准股权，创新融资）、服务供应或承购协议、履约担保、保险安排等。在德国、荷兰、英国，PPP 是一项受到合同法管制的商业安排。政府方与私方在协议中的地位没什么不同。在一些司法管辖区，PPP 相关内容属于公共法或行政授权的一部分，可能会因政府意愿而撤销或为协议执行带来难度。合作伙伴（特别是来自国内外私营部门）和贷款人会对政府可能做出的单方面改变有所担忧，尤其是在没有根据善治合法性、适度、合法预期、法律确定性、非歧视、透明性等既有原则对行使这项权力的政府进行严格跟踪记录的情况下。法律应明确规定协议性质、主权豁免和其他尤其会涉及到私营部门投资者和贷款人的问题。
协议的允许或指示内容	PPP 法律不应事无巨细地规定能够在 PPP 协议中得到更有效解决的问题，但可能会规定协议中可能列出的没有现成经验的新问题，从而根据具体情况删除任何疑问或沉默条款。
产出规范、业绩标准及与业绩挂钩的付款	PPP 法律可能会将产出规格、业绩标准和与业绩挂钩的付款视为 PPP 项目的关键内容。
协议对各方包括政府部门的约束	将 PPP 视作一项特权和商业安排已经成为一种趋势。理想情况是将 PPP 协议视作一项与政府绑定的商业协议。应将协议的商业方面同纯政府行为区分开来，否则可能会受到行政法院根据行政法开展的司法审查。
合作伙伴的法律地位和结构	允许设立特殊目的机构吗？契约财团能否参与 PPP 采购过程？国企能否自行参与或通过 PPP 机构参与采购过程？PPP 协议在政府和国企之间居于何种法律地位？
各方就协议的内容、再协商和修改自主达成一致（可能在一定限度内，或根据法律限定的准则）	法律应确认各方拥有自主权可自行约定协议内容并可就协议变动自行达成一致。PPP 协议主要为长期协议（25 年或更长时间）。可能有必要在协议期限内修改协议内容以反映多种原因造成的情况变动。
反映风险分担和管理的协议	有关风险分担的内容不适合规定在法律里，因为风险因项目而变动。PPP 协议各方应能为具体项目设计和确定合适的方案。在法律可能的表述中，PPP 协议应明确协议各方根据约定的风险分担方案所对应承担的权利与义务。可就风险分担与管理制定准则，也可在规范合同条款的使用者指南中反映为个别项目制定风险分担规定时考虑的问题。

接下页

表 E.2 接上页

主题	一般性结论
收益来源和征收执行付款的当局	可在法律中确认项目的各种收入来源，即使用者付费、政府付费或使用者付费和政府付费相结合。
价格设定和审核安排	在法律可能的表述中，协议应规定除非存在负责设定和审核价格的独立监管机构，否则应根据协议规定设定和审核价格。
经济或财务平衡	在法律可能的表述中，PPP 协议可能规定了触发补偿性条款变动的条件和情况。一些大陆法系国家强调经济或财务平衡条款，赋予合作伙伴权力使其能够改变合同的主要财务条款以补偿特定外部事件对收入造成的影响。对条款的调整可基于双方商定的适用于整个合同期的财务模型。某些司法管辖区允许政府出于公共利益的原因单方面修改协议，但通常会对这项权力进行约束以确保修改不会破坏合同整体结构，并对合作伙伴进行保护，因为必须保持合同的经济平衡并对损失进行充分补偿。不可抗力（重大自然灾害或动乱）、政府行为和变幻莫测的经济形势可能导致破坏财务平衡的意外变化。
不可抗力	不可抗力条款是 PPP 协议中约束行为的条款，规范的是当超出协议各方控制的意外事件发生并对合同绩效造成实质性影响时的行为。项目可能会受到超出合同各方控制的外部事件（比如自然灾害、战争或动乱）造成的不可保风险的影响，需慎重考虑保险和不可抗力问题。不可抗力条款通常被放入 PPP 协议，但在不常规定不可抗力条款和其他补偿性条款的政府协议里，理想的做法是引用 PPP 法律相关内容，明确在协议中包含这些条款是可行的。[参见欧洲 PPP 专家中心 2013。《PPP 合同的终止条款和不可抗力条款》（卢森堡）]
稳定化条款 - 开展补偿活动，保护合作伙伴免受立法修改带来的财务影响	某些 PPP 协议（和某些主办国投资协议）针对不同情况下法律变动造成的不利财务影响规定了索赔条款。相对于立法对所有活动造成的一般性影响，某些协议将法律变动造成的影响限定在具体的项目范围内。某些司法管辖区将法律变动视作经济或财务平衡的一部分。可能需要在法律中设定一条有利规定，表明允许政府将这类条款放入协议。
协议期限、期满延期、终止、提前终止（含补偿）	PPP 法律不但不会过分限制 PPP 协议规定的灵活性，还可能承认 PPP 协议就政府合同不常涉及的特定问题进行的规定。协议期限应留白，或应灵活规定以反映项目的性质和周期、投资回报率、经济效益。应根据协议各方的违约程度（如有）对各种情况下由不同原因造成的协议终止进行补偿。合作伙伴违约或政府终止合同均可能导致合同提前终止，不论是由于违约还是出于对公共利益的考虑，提前终止都是由外部原因造成的（例如不可抗力）。政府往往会对方进行补偿，然后接过项目资产的控制权（可能会根据新安排重新招标）。如果 PPP 安排在合同期满后继续，是否有必要开展采购过程或现有合作伙伴能否同意延期？
项目现场和资产的权责	相关法律可能指出，能够通过协议解决土地、建筑物和其他资产的接近权、所有权、占有权和其他权利，包括（通行权）对他人财产的权利，从而保证管道、电缆和其他设备的安装。
合作伙伴或政府部门对项目或所有权的分配或移交	相关法律可能指出，PPP 协议规定可能包括在项目的不同阶段根据 PPP 协议分配权利，转移合作伙伴或政府部门的所有权，在特定的情况下转移项目的所有权或控制权
政府介入权	根据现行法律，在不存在政府介入权或同等效力办法的情况下，PPP 法律可规定 PPP 协议可向政府赋予特定情况下的介入权。政府寻求替换合作伙伴时是否需要开展竞标？
融资渠道	法律可规定政府的资金或支持渠道。私人资金将仅供给可融资项目，即能够以合理的条件吸引资金的项目。PPP 法律和拟议 PPP 协议的内容能够从正反两方面影响项目的可融资性。借款人将特别留意 PPP 法律、其他法律和协议中有关借款人权利（例如，担保权、破产优先清算权）保护、政治风险、不可抗力、征用和侵占、提前终止付款、协议终止时项目资产的残余价值、争议解决和执行的相关规定。政府支持有利于降低融资成本和提高项目可行性。

表 E.2 接上页

主题	一般性结论
提供支持的当局，政府项目支持的形式、标准和利用方式，包括财政支持等	法律可能会授权政府为项目提供各种形式的支持，包括拨款和资本出资、股权和其他形式的财务和非财务援助。法律可能会明确政府对项目提供支持的形式。应采用灵活宽泛的术语表述这些形式，因为融资和政府参与形式呈现出推陈出新的趋势。政府支持可能包括：政府在 PPP 协议中承担的义务、不同形式的资产出资（例如土地、现有设施）、股权投资、贷款、补助、财务担保、税收激励措施和其他支持。政府可提供的支持应反映在建议书的请求里，招标参与者应指明他们想在招标过程中获得何种程度的支持。
贷款安全利益 —— 合作伙伴的社会资本、项目资产、收入来源等	根据现行法律、实践和程序中对获取贷款担保的规定，最好在 PPP 法律中指明贷款能够以 PPP 协议中的权利（和权利转让）、合作伙伴的社会资本及不同形式的项目资产（包括收入流）作为担保。
借款人介入权和直接协议	法律可能会规定政府与借款人订立直接协议，在直接协议规定的情况下给予借款人介入权，包括合作伙伴违约。法律可指明更换合作伙伴是否需通过竞标程序（最好不要），或者是否允许借款人根据类似条件和政府批准确定合作伙伴？
再融资安排（如果资金来源为项目融资）	法律可能会规定，PPP 协议应指明如果项目进行再融资，应在合作伙伴和政府之间分享再融资所得。
结构	更加强调运营、服务供应、业绩水平和与此挂钩的付款已经成为一种趋势。因此，为确保实现物有所值将更加重视合同管理与监控和业绩考核办法。法律可能会强调在 PPP 协议中解决合同管理与监控问题的必要性。协议可规定获取设施和信息的一致结构、流程和权利，以在项目的施工和运营阶段进行合同管理与监控。法律可能会规定由合作伙伴支付合同管理和监控费，但这项费用应列入建议书的请求。 [参见欧洲 PPP 专家中心 2014。《合同期的 PPP 管理：完美管理指南》（卢森堡）]
变更管理	协议期间有可能需要对协议进行更改。相关法律可能会认同这一点，指出协议应对适应变更需求并实现既定产出的条件和流程加以规定。这样做有利于在争议发生前预测和解决问题与差异。
争议解决	灵活适应项目和争议性质。采取更加灵活的手段判决或解决与 PPP 协议的商业面有关的争议成为一种趋势。民事法庭诉讼和各类仲裁、调解、专家委员会、（服务供应投诉是不同于争议的一个独立问题）。PPP 协议较为复杂，判决争议可能给不熟悉这类协议的法院带来挑战。再加上法院诉讼拖延且对法官处理 PPP 争议的能力和缺乏信任导致对其他争议解决机制的需求十分旺盛，只有通过公正、平等、透明和高效的方式建立起争议解决跟踪记录后才能树立起信任。各国政府可能同意的其他争议解决机制在争议解决的范围上有所差异。
采购过程中，协议各方解决争议的形式、适用的法律和可执行的补救措施	争议可能在采购过程或项目的施工和运营阶段发生。法律可用灵活的术语指明争议解决机制和流程针对的范围，供协议各方灵活采纳以选出最适合的办法。
确认和解决其他法律中的争议性规定	有可能需要修改其他法律或者将相关规定纳入 PPP 法律，否则将为实施 PPP 计划造成障碍。
国际义务	法律应指出条约、公约和协议（一国为其成员方）规定的义务，这些内容可能覆盖 PPP 法律的规定或在 PPP 法律中增加其他规定。例如《双边投资协议》、《国际解决投资争议公约》、《执行仲裁裁决纽约公约》，当某个合作伙伴是另一方公约的成员时适用这些规定。
应在法律中阐明的条例或程序，包括发布指南的要求	法律的具体程序和形式等内容需通过通知、条例等法律文件进行补充规定。经验表明 PPP 法律本身具有局限性，除非通过其他文件和协助政府部门实施 PPP 的工具技术手册加以补充和支持。编制 PPP 法律配套文件以确保落实全面的法律框架和实施网络已成为一种趋势。

来源：作者对 PPP 法律和指南的观点包含在附录 A 中。

制定公私合作（PPP）法律：

国际经验观察意见

本报告所提供的国际视角，主要针对亚洲发展中国家公私合作法的（PPP）起草和加强，重点关注东亚地区。这些评论是基于对多个国家PPP法律框架进行的仔细分析和实践经验。对很多国家的法律和指南进行了评估之后，找出了共同的内容和趋势，主要针对的是在PPP实践过程中，这些法律和指南是如何演变的。本分析发现，在总体的PPP法律框架中，哪些是合适的，哪些是不合适的，各国在很大程度上都是一致的，同时也认识到，PPP法律和支持性的法律工具及指南之间的内容分配，在各个国家的差别很大。报告建议在完成PPP法律终稿时应当考虑并且涉及哪些问题，但同时为解决这些问题上留出开口。

关于亚洲开发银行

亚洲开发银行（亚行）的远景目标是实现没有贫困的亚洲和太平洋地区。亚行的工作旨在帮助其发展中成员体减少贫困，改善亚太地区人民的福祉。尽管亚太地区发展迅速，但全世界大多数贫困人口仍然集中在该地区。亚行致力于通过包容性经济增长、环境可持续发展和区域一体化来帮助减少亚太地区贫困。

亚行总部设在菲律宾首都马尼拉，现有67个成员体，其中亚太地区成员48个。亚行主要通过政策对话、贷款、股本投资、担保、赠款以及技术援助等工具向成员体国家提供帮助。



亚洲开发银行

6 ADB Avenues, Mandaluyong City
1550 Metro Manila, Philippines (菲律宾马尼拉)
www.adb.org

亚洲开发银行驻中国代表处

北京朝阳区建国门外大街1号
国贸大厦（三期）17层
邮编: 100004
www.adb.org/prc
cn.adb.org