联 合 国 A/CN.9/471/Add.5

大 会

Distr.: General
6 December 1999
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三十三届会议
2000 年 6 月 12 日至 7 月 7 日，纽约

私人融资基础设施项目：
私人融资基础设施项目立法指南各章草案

秘书长的报告

增编

四. 基础设施的建造和运营

目录

	段 次	页 次
立法建议		3
立法建议说明	1－150	6
A. 项目协议的一般规定	1－11	6
1. 立法做法	2－4	6
2. 管辖项目协议的法律	5－8	6
3. 项目协议的订立	9－11	7
B. 特许公司的组建	12－18	7
C. 项目场地、资产和地役权	19－32	9
1. 执行项目所需土地的购置	20－22	9
2. 项目资产的所有权	23－29	9
3. 地役权	30－32	11
D. 财务安排	33－51	11
1. 特许公司的财务义务	34－35	11
2. 确定和控制费率	34－46	12

		段 次	页 次
	3. 订约当局的财政义务	47－51	14
E.	担保权益	52－61	15
	1. 有形资产的担保	54－55	15
	2. 无形资产的担保	56－57	16
	3. 贸易应收款的担保	58－60	16
	4. 项目公司股份的担保	61	17
F.	特许权的转让	62－63	17
G.	项目公司控制权益的转让	64－68	18
H.	建筑工程	69－79	19
	1. 审查和批准建筑设计	72	19
	2. 项目条款的变动	73－76	19
	3. 订约当局的监督权力	77－78	20
	4. 保证期	79	20
I.	基础设施的运营	80－97	20
	1. 运营标准	82－83	21
	2. 扩展服务	84－85	21
	3. 服务的连续性	86－87	22
	4. 平等对待消费者或用户	88－89	22
	5. 连接和进入基础设施网络	90－93	22
	6. 信息披露要求	94－95	23
	7. 特许公司的执行权力	96－97	23
J.	一般合同安排	98－150	24
	1. 分包	99－104	24
	2. 对用户和第三方的赔偿责任	105－107	25
	3. 履约担保和保险	108－120	25
	4. 条件变化	121－130	28
	5. 免责规定	131－139	30
	6. 违约事件和补救方法	140－150	31

立法建议

对于希望促进私人融资基础设施项目的东道国，建议通过法律实施下列原则：

项目协议的一般规定（见第 1－11 段）

建议 39. 法律可以确定拟在项目协议中规定的核心条款，这些条款可以包括以下各项建议中提到的那些条款。

建议 40. 除非另有规定，项目协议应受东道国法律的管辖。

特许公司的组建（见第 12－18 段）

建议 41. 订约当局应当可以要求中标方建立一个所在地设在东道国的独立法律实体。

建议 42. 项目协议应当具体规定项目公司最低资本额以及请订约当局批准项目公司的章程和细则与对章程和细则进行根本修订的程序。

项目场地、资产和地役权（见第 19－32 段）

建议 43. 项目协议应当酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将是特许公司的私人财产。项目协议还应当规定哪些资产特许公司在项目协议期满或终止时应移交给订约当局或新的特许公司；哪些资产订约当局可以选择从特许公司手中购买；哪些资产特许公司在项目协议期满或终止时可以自行拆除或处置。

建议 44. 订约当局应当协助特许公司获得设施运营、建造和维修所需的地役权。法律可以视设施的建造和运行所需授权特许公司进入、通过第三方的地产，或者在第三方地产上工作或安装设施。

财务安排（见第 33－51 段）

建议 45. 法律应当使特许公司能够对使用它所提供的设施或服务收取费率或使用费。项目协议应当规定调整这些费率或使用费的方法和公式。

建议 46. 凡特许公司收取的费率或使用费受制于管理部门的外部控制时，法律应当规定对费率调整公式进行定期和特别修订的机制。

建议 47. 订约当局应当酌情有权同意向特许公司直接付款，以替代或补充用户拟支付的服务费用，或者作出承诺购买一定数量的商品或服务。

担保权益（见第 52－61 段）

建议 48. 特许公司应当负责为建造和运营基础设施筹措必要的资金，为此目的，特许公司应当有权用对其任何财产的担保权益、项目公司股份的抵押、特许权产生的收益和应收款的抵押或其他合适的担保来担保项目所需的任何融资，但不得减损可能禁止以特许公司占有的公共财产作担保权益的任何法律规则。

特许权的转让（见第 62 和 63 段）

建议 49. 项目协议应当规定在哪些条件下订约当局可以同意转让特许权，包括新特许公司接受项目协议中的所有义务以及新特许公司为提供服务所必需的技术和财务能力的证据。非经订约当局的同意，不得向第三方转让特许权。

项目公司控制权益的转让（见第 64－68 段）

建议 50. 可以要求转让特许公司资本的控制权益须经订约当局的同意。

建筑工程（见第 69－79 段）

建议 51. 项目协议应当规定由订约当局审查和批准建筑计划和标准的程序，订约当局监督基础设施的建造或改进的权利，订约当局命令修改建筑标准的条件，以及试验和最后检查、批准与接受设施及其设备和配件的程序。

基础设施的运营（见第 80－97 段）

建议 52. 项目协议应当酌情规定特许公司有多大义务确保：

(a) 改进服务以便满足对服务的实际需求；

(b) 持续提供服务；

(c) 以基本相同的条件向所有用户提供服务；

(d) 视情况不歧视其他服务提供者进入特许公司经营的任何公共基础设施网络。

建议 53. 项目协议应当规定：

(a) 特许公司有多大义务酌情向订约当局或管理部门提供关于其经营情况的报告和其他资料；

(b) 监督特许公司经营情况和采取订约当局或管理部门可能认为合适的合理行动的程序，以便确保基础设施得到妥善的经营，服务按照适用的法律要求和合同要求提供。

建议 54. 特许公司应当有权颁发和执行如何使用设施的规则，但须经订约当局或管理部门的批准。

一般合同安排（见第 98－150 段）

建议 55. 订约当局可以保留审查和批准特许公司拟订立的主要合同，特别是与特许公司自己的股东或有关人员缔结的合同的权利。通常不应扣押订约当局的批准书，除非合同载有与项目协议不一致或者明显违反公共利益或公法性质的强制规则的规定。

建议 56. 特许公司及其放款人、保险人和其他订约伙伴应当能自行选择适用的法律来管辖他们的合同关系，但这种选择将侵犯东道国的公共政策的除外。

建议 57. 项目协议应当规定：

(a) 可能要求特许公司在设施的建造和运行方面提供的履约保证的形式、期限和数额；

(b) 可能要求特许公司订立的保险单；

(c) 因发生立法变化或经济、财政条件方面的其他变化而使履行义务比原始设想的大为艰难后可能有权获得的赔偿。项目协议还应当规定在发生任何这种变化后修改项目协议条款的机制；

(d) 任一当事方能在多大程度上因其无法控制的情况而免除对不能或推迟履行项目协议规定的任一义务所负的赔偿责任；

(e) 在其他当事方违约时订约当局和特许公司所享有的补救措施。

建议 58. 项目协议应当规定在哪些情况下订约当局可以临时接管设施的运营，以便在特许公司严重违约时确保有效和连续地提供服务。

建议 59. 应当授权订约当局与放款人订立协议，规定在特许公司严重违约不能提供所需服务或者发生其他具体事件以致有理由终止项目协议时，经订约当局的同意，指定新的特许公司按现有的项目协议运营。

立法建议说明

A. 项目协议的一般规定

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

1. 立法做法

2. 国内法常常对项目协议的内容有所规定。有些国家的法律仅仅提到特许公司需要与订约当局订立一项协议，另一些国家的法律则对协议应予列入的条款的内容作出许多强制性规定。介于两者之间的一种做法是在法律中列出一系列在项目协议中需予涉及的事项，但不详细规定其条款的内容。

3. 就项目协议的某些基本要点作出的一般法律规定，其目的在于为当事双方的权利和义务分配确定一个总框架。它旨在确保对某些契约问题在处理上的连贯一致，同时为不同政府级别(国家、省或地方)参与谈判项目协议的公共当局提供指导。缺乏项目协议谈判经验的公共当局可能会发现这种指导特别有用。最后，有时需要有相应的法规，使得订约当局有权议定某些类别的条款。

4. 但是，在一般法律规定中详细规定当事双方权利和义务，这种做法也许会使订约当局和特许公司得不到必要的灵活性，来根据具体项目的需要和特点来谈判协议。因此，最好将涉及项目协议的一般法律规定限制在确属必要的范围之内，例如涉及需要事前得到立法授权的事项，或可能影响到第三方利益的事项，或者不允许经由协议加以变通的基本政策事项。

2. 管辖项目协议的法律

5. 关于项目协议适用法律的法律规定在关于私人融资基础设施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。

6. 管辖项目协议的法律包括东道国与私人融资基础设施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。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(见第七章“其他有关的法律领域”)。支配的法律还包括适用于基础设施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(见第七章“其他有关的法律领域”)。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，如关于环境保护措施与卫生和劳动条件的规则。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)。

7. 东道国政府如果没有关于私人融资基础设施项目的立法而想订立这种立法，可能需要在好几个立法文书中处理这种项目提出的种种问题。另外一些国家可能只想对在现行法律和条例中没有得到令人满意的处理的某些问题制定立法。例如，关于私人融资基础设施项目的特定立法可以规定挑选特许公司程序的具体特点，同时酌情参考关于订立政府合同的现行立法中有关挑选过程行政管理的细节。同样，在制定关于私人融资基础设施项目立法时，东道国可能需要废止某些法律和条例的适用，如果这些法律和条例从立法机关的角度来看将妨碍私人融资基础设施项目的实施的话。

8. 为了明确起见，一种有益的做法可以是向潜在的投资方提供资料，说明哪些立法和条例文本直接适用于私人融资基础设施项目的执行，哪些立法和条例文本可能已由立法机关废止。但是，由于在法律中详尽无遗地列出所有与私人融资基础设施项目直接或间接有关的法规或条例将并不可能，最好是在某种非立法文件中，例如在与征求投标书通告一起提供给投标人的宣传小册子或一般性资料中提供这种法规或条例的清单（见第三章“特许公司的选定”，第 60 段）。

3. 项目协议的订立

9. 对基础设施项目这种复杂的项目来说，当事方经过几个月的最后谈判（见第三章“特许公司的选定”，第 83－84 段）才准备好签署项目协议，这并非少见。还可能需要额外的时间来履行法律常常规定的某些手续，例如由上一级当局核准项目协议。在某些国家，项目协议或某些类型的项目协议的生效需经议会颁布法令，正式通过特别的立法。鉴于执行这种项目协议延误可能造成的损失，似宜设法加快最后谈判，避免订立项目协议中不必要的延误。

10. 业已查明有一些因素会造成谈判中的延误，例如当事方缺乏经验，不同的公共当局之间缺乏协调，政府支持的程度不明确，订立放款人能接受的担保安排有困难。政府可以作出明显的贡献，方法是向代表本国订约当局行事的谈判者提供充分的指导。当事各方对项目协议拟作出的规定理解得愈明确，项目协议谈判成功的机会就越大。相反，如果在挑选过程结束之后仍有一些重要的问题悬而未决，对谈判者又很少提供关于项目协议实质内容的指导，则谈判很有可能旷日持久，费用高昂，也很有可能会有人不无理由地指责挑选过程不够透明，不够公开（另见第三章“特许公司的选定”，第 83 和 84 段）。

11. 还应当审查项目协议订立和生效的程序，以便加快步伐，避免项目时间表延迟造成的不利后果。在某些国家，由有关的立法授权指定的官员有权约束订约当局或政府，以便一经签署或一经履行了某种手续例如公布政府公报，项目协议即告生效。在另一些国家，这种程序可能并不可行或者还需要另一个实体的最后批准，则较宜考虑精简批准程序。当这种程序被认为武断或累赘时，可能会要求政府向特许公司和放款人提供充分的担保以防范这种风险（见第二章“项目风险和政府支助”，第 45－50 段）。有些国家有批准要求，有时授权订约当局在并非中标方造成的原因而不予最后批准时向该中标方补偿挑选过程和项目准备中所发生的费用。

B. 特许公司的组建

12. 国内立法中常常有关于特许公司组建的某些要求，并由项目协议中的具体条款加以阐述。它们通常涉及特许公司法律实体的建立及其资本、活动范围、章程和细则。在大多数情况下，中标人建立一个项目公司作为独立的法律实体，具有自己的法律人格，它随后就成了项目协议中的特许公司。作为独立法律实体建立的项目公司一般按照项目筹资方法筹集资金（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54 段）。建立独立法律实体便于项目执行方面的协调，而且可作为保护项目利益的一种机制，因为项目利益可能并不一定与所有项目促成者的具体利益相一致。在项目所需的相当大一部分服务和供应都由项目联营集团成员提供时，这一点可能尤为重要。

13. 通常要求在授予项目后较短的一段时间内建立起项目公司。由于特许公司的责任和义务中相当大一部分通常都是在早期阶段商定的，其中包括长期性的（项目协议、贷款和担任协议、建筑合同），所以在就这些文书进行谈判时能有独立的代表，那对项目是有好处的。但是，要求放款人和其他资本提供者在最后获得特许权之前就作出坚定的最后承诺，这是不合理的。

14. 提供公共服务的实体往往被要求按照东道国的法律作为法律实体而建立。这项要求反映出立法机关希望特别确保公共服务提供者遵守本国有关会计和公开性要求（例如发表财务报告或公开某些法人行为的要求）。不过，这突出说明东道国有必要颁行合宜的公司法（见第七章，“其他有关的法律领域”，_____）。使项目公司能比较容易地成立，并适当顾及被视为符合公共利益的合理要求，可能有助于避免项目实施中发生不必要的拖延。

15. 另一个重要问题涉及到成立项目公司所需的股本投资。订约当局理所当然地要重视争取充足的股本，以确保项目公司健全的财政基础和保证其履行义务的能力。但是，所需的投资总额以及债务与股本的理想比例，每一项目均不相同，不宜由法律规定一固定数额作为在本国内实施基础设施项目的所有公司的最低限度资本。相反，可让订约当局有更大的灵活性，达成一个与项目财政需要合宜的股本投资数额。例如，可以在征求投标书通告中用债务与股本之间的一个理想比例来表示预期股本投资，并可将其列作财政和商务投标书的评价标准之一，以便刺激投标人之间的竞争（见第三章，“特许公司的选定”，第 75 和 76 段）。

16. 无论情况如何，都宜审查关于特许公司组建的法律规定或条例要求，以便确保它们与东道国所承担的国际义务相一致。限制或要求服务提供者须通过特定类型的法律实体或合资企业才能提供服务，在外国股东能持有的最高百分比限额或外来投资的个人或集体总价值方面限制外国资本的参与，这些规定均可能与某些关于经济一体化或服务贸易自由化的国际协议的签署国所承担的具体义务不一致。

17. 有些国内法律载有关于项目公司活动范围的规定，例如要求将活动限制在特定项目的开发和运营的范围之内。这类限制可起到确保项目帐目的透明度和保持资产的完整性的作用，因为它可以将该项目的资产、收益和负债同其他项目或与该项目无关的其他活动的资产、收益和负债区分开来。此外，这种规定还便于评估每个项目的绩效，因为每个项目的亏损或利润是不能以其他项目或活动的债务或收益来弥补或抵减的。

18. 订约当局可能还希望确信项目公司的章程和细则充分反映该公司在项目协议中承担的义务。因此，项目协议有时规定：对项目公司章程和细则的修改，必须在得到订约当局的批准时才能生效。如果订约当局或另一公共当局参与了项目公司，有时作出这样的规定：在股东会议或董事会上，对于作出某些决定，必需得到订约当局的赞成票。无论如何，必须对两个方面进行权衡：一是由订约当局所代表的公共利益，一是

有必要给项目公司以开展业务的必要灵活性。如果认为有必要规定对项目公司章程和条例的拟议修改必须得到订约当局的批准，此种规定最好只限于那些被认为关系重大的事项（例如，资本数额、股份等级及其特权、清偿程序），而且还应明确规定在项目协议之内。

C. 项目场地、资产和地役权

19. 关于项目场地的规定是大多数项目协议的基本组成部分。它们所涉及的问题一般包括所需土地的购置，土地和项目资产的所有权，以及特许公司为施工和经营基础设施所需地役权。如果项目协议设想向特许公司转让公共地产或确立使用公共地产的权利，则可能需要事先的立法授权。如果项目场地不位于公共地产，则可能还需要立法来为购置所需要的地产或地役权提供方便。

1. 执行项目所需土地的购置

20. 如果一个新的基础设施要建造在订约当局或另一个公共当局所拥有的公共土地之上，或者要将一个现有的基础设施加以更新或改造，通常要由该土地或设施的拥有者将其提供给特许公司使用。如果土地并非订约当局已经拥有的土地，而需要从其所有人手中购买过来，情况可能会更复杂一些。在多数情况下，考虑到与可能是一大批单个的土地所有人进行谈判时可能发生的拖延和涉及的费用，而且在某些法域，为了确定某些所有人的产权是否正常，需要对地契进行复杂的调查研究，并审查先前发生的一连串产权转让，特许公司不一定最有条件承担责任为实施项目而购买到所需的土地。因此，通常都是由订约当局承担责任，提供为实施项目所需的土地，以避免由于购置土地而造成不必要拖延或增大项目费用。订约当局可以从土地所有人那里购置所需的土地，必要时也可强行征购。

21. 对政府在付给所有人适当补偿情况下强制征购私人地产的程序，在一些国内法制度中使用多种技术词语，如“征用”，在《指南》中称此种程序为“强制购置”。在法律中规定了一种以上强制购置程序的国家，最好授权私人融资基础设施所需的一切购置均由主管公共当局采用这些程序之中最有效率的那种程序进行，例如采用在某些国家中出于迫切的公共需要而实施的特别程序（见第七章，“其他有关的法律领域”，_____）。

22. 强制购置地产权通常属于政府，但一些国家的法律也授权基础设施经营人或公共服务提供者（如铁路公司、电力局、电话公司等）采取某些行动，强制购置为向公众提供服务或扩大服务所需的私有地产。特别是在有些国家，强制购置地产时给予所有人的赔偿是在法院诉讼中判定的，在此种情况似宜赋予特许公司以履行某些与强制购置有关的行为的权力，而政府方面仍然负责履行根据有关法规属于启动强制购置程序前需具备的条件的那些工作。土地一经购置，往往成为公共地产，不过在某些情况下，法律也可允许订约当局和特许公司根据各自在购置地产中的费用比例，商定另一种安排。

2. 项目资产的所有权

23. 如前所述，私营部门参与基础设施项目可以采用各种不同的形式，可以从国家所有和经营的基础设施到完全私有化的项目（见“导言和私人融资基础设施项目背景资

料”第47－53段）。不管东道国的总的政策或部门政策如何，重要的是应当明确界定所涉及的各种资产的所有权制度并以充分的立法授权为依据。然而，可能并不迫切需要制定这方面的具体法律规定。若干国家认为对需要由项目协议处理的事项只要提供立法指导就够了。

24. 某些法律制度一般将提供公共服务所需的基础设施视作为公共财产，哪怕该基础设施最初是用私人资金购置或建立的。除了可能已经由订约当局向特许公司提供的任何财产之外，一般还包括为建造该设施而特意购置的任何财产。不过，在项目有效期间，特许公司可能对该设施进行大规模的改进或增添。也许并非总能容易地根据适用的法律来确定这种改进或增添是否是特许公司所拥有的公共资产的一部分，是否可以将这些改进或增添与特许公司所持有的公共财产分离开来而成为特许公司的私人财产。因此，项目协议似宜酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将成为特许公司的私人财产。

25. 需要明确项目资产的所有权，这并不仅限于将提供公共服务所需的有形基础设施视为公共财产的那些法律制度。一般来说，如果由订约当局提供执行项目所需的土地或设施，项目协议适宜酌情具体规定哪些资产将依然是公共财产，哪些资产将成为特许公司的私人财产。特许公司可以获得这种土地或设施的所有权，也可以仅仅获得这种土地或设施的租借权或使用权以及在这种土地上的建造权，当这种土地仍然是公共财产时尤其如此。无论是哪种情况，特许公司权利的性质应当明确规定，因为这将直接影响特许公司为了项目筹款的目的而对项目资产提出担保权益的能力（见第54和55段）。

26. 除了特许期限内资产的所有权之外，考虑项目协议期满或终止之后的所有权制度也很重要。一些国家的法律特别强调订约当局对与项目有关的有形资产的权益，一般要求将这些资产全部交还订约当局；有些国家则基本上把私人融资基础设施项目视为一种在某一规定时期内采购服务的手段，而不是看作是一种建造资产的手段。因此，后一种国家的法律把特许公司交还资产的义务限于公共财产和最初向特许公司提供的财产或据认为对确保提供服务必不可少的某些其他资产。有时，这种财产由特许公司直接转让给继该特许公司之后提供服务的另一家特许公司。

27. 这种法律方法上的差异通常反映出公私营部门在不同的法律和经济制度下起着不同的作用，但也可能是因为订约当局有一些实际的考虑。订约当局之所以允许特许公司在项目期结束时保留某些资产，一个实际考虑可能是希望降低提供服务的费用。如果项目资产有可能给特许公司带来剩余价值，而且有可能在挑选过程中考虑到这一价值，订约当局就可以估计到服务费的价格会低一些。的确，如果特许公司估计不必在整个项目期内支付资产的全部费用，而可以在项目协议期满后通过出售资产或将其用于其他目的来支付其中部分费用，那么与特许公司不得不在项目期内支付其所有费用相比，就有可能以较低的费用提供服务。此外，某些资产在项目期结束时可能需要范围极广的整修或技术更新，订约当局对这种资产提出要求，或许并不合算。还可能有一些剩余赔偿责任或相应的费用，例如，环境损失的赔偿责任或拆除费等。

28. 出于这些原因，某些国家的法律不考虑不加限制地把资产全部移交给订约当局，而是允许区分为三大类资产：

(a) *必须移交给订约当局的资产*。此类资产一般包括由特许公司用来提供有关服务的公共财产。这可包括订约当局提供给特许公司的设施和特许公司依照项目协议建造的新设施。有些法律还要求移交特许公司此后为运营设施之目的而购置的资产、货物和财产，特别是那些成为移交给订约当局的基础设施设施的一部分或永久性附属物

的资产、设施和财产；

(b) 可由订约局选择决定购买的资产。此类资产通常包括最初由特许公司拥有或者后来由其购置的资产，这种资产虽非对于提供服务不可或缺或绝对必要，但可增进设施运营的方便或效率，或提高服务的质量；

(c) 仍属于特许公司私有财产的资产。这些资产是由特许公司拥有的资产，但不属于上文(b)项的范畴。订约当局一般无权获得此种资产，特许公司可以自由地转移或处置此种资产。

29. 鉴于上文所述，似宜在法律中要求项目协议酌情具体规定哪些资产将是公共财产，哪些资产将是特许公司的私有财产。项目协议应当规定特许公司在项目协议期满或终止时应当将哪些资产转让给订约当局或新的特许公司，哪些资产可以由订约当局决定从特许公司手中购买，哪些资产可以由特许公司在项目协议期满或终止时自行拆除或处置。除了这些规定之外，还应当有合同标准用来酌情确定，在将资产转让给订约当局或新的特许公司或者在项目协议期满或终止时由订约当局购买时，特许公司可能应该得到的补偿（见第五章“项目协议的期限、展延和终止”，___）。

3. 地役权

30. 如果特许公司为了提供服务需要跨越或通过第三方的地产才能进入项目场地和进行或维护任何工程，这可能需要作出特别安排（例如在毗邻地面安置交通标志；在第三方的地产上竖立电线杆或在其上方架设输电线；安装和维修变电和配电设备；修剪影响到架设在毗邻地产上的电话线的树木；或者埋设油、气、水管） 。

31. 为特定目的而使用他人地产或在他人地产上作业的权利通常称之为“地役权”。地役权通常需有关财产的所有人同意，除非法律上规定了此种权利。由特许公司直接向有关财产所有人洽商获得地役权，往往不是便捷办法或者不是合乎成本效益的做法。更常见的做法是由订约当局在强制购置项目场地的同时强制购置。

32. 一种略为不同的变通办法是，由法律本身授权公共服务提供者视公共基础设施的施工、经营和维修的需要，进入或通过第三方地产或在第三方地产上工作或安装装置。如果认为有可能事先确定特许公司所需的最低限度的地役权，便可在针对特定部门的法规中使用此种办法，以便不必购置个人地产的地役权。例如，针对发电部门的某一具体法规可以规定，按照什么条件，特许公司可以在属于第三方的房地产之上安装和操作基本的输电和配电网络，从而获得架设电线的权利。有些措施的实施可能必需得到此种权利，例如敷设或安装地下或架空电缆及建立支撑结构和安装变电和配电设备；这类装置的保养、维修和拆除；沿地下或架空电缆设立安全区；拆除有碍线路或影响安全的各种障碍物等。在有些法律制度中，如果特许公司获得的权利大大影响到地产所有人对地产的使用，则应当向地产所有人支付赔偿。

D. 财务安排

33. 财务安排通常涉及特许公司为项目筹集资金的义务，概述资金支付和核算办法，规定用以计算和调整特许公司收费价格的方法并规定向特许公司的债权人提供何种物权担保。另外重要的是应确保东道国的法律便利或至少无碍于项目的财务管理。

1. 特许公司的财政义务

34. 在私人融资基础设施项目中，一般都是由特许公司负责为基础设施的建造和运营筹集必要的融资。特许公司在这方面的义务一般在项目协议中详细规定。在多数情况下，订约当局或其他公共当局都很注意将自己的财务义务仅限制于项目协议中具体规定的某些义务或者政府方面同意给该项目提供的那些直接支助。

35. 由项目公司各股东直接投入的私人资本数额通常只不过是拟议投资总额的一部分。更大部分的资本来自商业银行和国际金融机构向特许公司提供的贷款和来自债券和其他流通证券投放于资本市场所得的收益(见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54－67 段)。因此，应当确保法律上不不必要地限制特许公司有权为筹措基础设施的资金而订立它认为适宜的筹资安排。

2. 确定和控制费率

36. 特许公司所收取的费率和使用费，在订约当局(见第 47－51 段)或政府方面并无提供补贴或付款的情况下(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 30－60 段)，也许是用以收回项目投资的主要(有时甚至是唯一的)收入来源。因此，特许公司将力求把那些费率和使用费确定并保持在一个足以保证该项目有足够现金流量的水平之上。然而，某些法律制度可能会限制特许公司确定费率和使用费的自由。提供公共服务的收费通常是政府的基础设施政策的一个组成部分，也是大部分公众直接关注的事项。因此，许多国家的法律框架都载有特别规则，用以控制提供公共服务的费率和使用费。此外，有些法律制度的法律条款或一般法律规则规定了货物或服务的定价原则，例如规定有关价格必须符合“合理”、“公正”或“公平”的标准。

(a) 特许公司收费的权力

37. 在一些国家内，也许需要事先得到法律授权，特许公司才能对其提供的公共服务收费或对使用其公共基础设施收取使用费。由于没有此种一般性的法律条款，在某些国家已经引起司法争端，质疑特许公司收取服务费的权力。

38. 如果认为有必要在一般法律中对费率和使用费的水平作出规定，则应力求平衡兼顾投资者和当前及未来使用者双方的利益。法律上为确定费率和使用费而确立的标准除了考虑到政府认为相关的社会因素之外，还应考虑到使特许公司获得一定水平的现金流量，用以确保项目的经济可行性和商业赢利性。此外，还应使当事双方得到必要的权力来谈判适当的安排，包括确定补偿条款来处理下述情况，即执行与提供公共服务直接或间接有关的价格控制条例也许会使所定费率和使用费低于该项目进行盈利性运营所需的水平(见第 124 段)。

(b) 费率控制方法

39. 国内法常常规定费率或使用费须遵从一些控制机制。许多国家选择只在立法中规定概括的价格原则，而把这些原则的实际实施留给有关的管理机关及许可证或特许权的条款和条件决定。这种方法是可取的，因为计算公式视部门而异，而且可能需要在项目有效期内加以修改。如果采用价格控制措施，法律一般要求必须将费率计算公式与征求投标书通告一起公布并必须将公式列入项目协议。价格控制制度一般包括调整价格的计算公式和确保遵守价格调整参数的监测条款。国内法中最常见的费率控制办法系以收益率和最高限价原则为基础。还有兼有两者要素的混合制度。应当指出，费

率控制机制要起作用，需要作详细的商业和经济分析，而下文的讨论只是对某些问题和可能的解决办法的概述。

㈠ 收益率法

40. 按照收益率法，制订出一套价格调整办法是为了让特许公司得到商定的投资收益。任何给定期间的费率根据特许公司运营设施的总收益要求确定，这涉及确定其开支、为提供服务而进行的投资和允许的收益率。定期或者有时在订约当局或其他有关当事方认为实际收益率高于或低于设施的收益要求时对费率进行重新审查。为此，订约当局查证设施的开支、确定特许公司进行的投资在多大程度上符合规定可计入费率基准并计算需获得多大的收入才足以应付可允许的开支和获取议定的投资收益。收益率法一般在提供能预见有固定需求量的公共服务，如提供电、煤气或水时使用。对于需求量会有较大弹性的设施或服务，如收费公路，也许不可能靠定期的费率调整来保持特许公司的收益率不变。

41. 人们发现收益率法为基础设施经营者提供高度安全性，因为特许公司得到保证，收取的费率将足以支付运营开支，并留出议定的收益率。因为定期调整价格，从而使特许公司的收益率保持基本不变，提供公共服务的公司的投资几乎没有什么市场风险。其结果一般是资本费用较低。收益率法可能存在的缺点是几乎不鼓励基础设施运营者最大程度地降低成本，因为它们得到保证这些成本将通过调整费率而收回。不过，如果不及时调整费率或者如果调整不追补适用，可能会有一定程度的刺激作用。 应当指出，实施收益率法要求大量信息以及大量谈判（例如符合规定的支出和成本分配）。

㈡ 最高限价法

42. 采用最高限价法时，为给定期间（例如四年或五年）设定一费率公式，同时考虑到将来的通货膨胀和预期设施将来的效率增益。允许费率在公式确定的限度内波动。在有些国家，费率公式是各种指数的加权平均数，在另一些国家，它是消费品费率指数减去生产率系数。如果需要大量新的投资，公式中可能加入一个额外的成分以便包括这些额外费用。费率公式可以适用于公司的所有服务或者只适用于部分服务类别，可对不同类别采用不同公式。不过，公式的定期调整是以收益率类型的计算为基础，要求上述同类详细信息，虽然没那么频繁。

43. 实施最高限价法可能没有收益率法那么复杂。人们发现最高限价法给予公共服务提供者更大的鼓励，因为在下一个调整期之前，特许公司都能保留低于预期成本的好处。不过，与此同时，公共服务提供者采用最高限价法一般比采用收益率法承受更多风险。特别是到头来成本高于预期时特许公司面临着亏损的风险，因为特许公司在下次调价之前不得提高费率。承受的风险加大提高了资本成本。如果不允许项目公司提高收益，也许难以吸引新的投资。还有，公司可能倾向于降低服务质量以便降低费用。

㈢ 混合法

44. 目前采用的许多费率调整法综合了收益率和最高限价两种方法的要素，以便既降低服务提供者承受的风险，又对提高经营基础设施的效率提供足够的激励。其中一种混合法采用调整费率滑动法，确保当收益率低于某一限度时费率向上调整，当收益率超过某一最高限度时向下调整，当收益率在两者之间时不作调整。综合收益率法和最高限价法的其他可能的方法包括订约当局审查特许公司进行的投资，确保这些投资符

合有用性标准，以便在计算特许公司的所需收益时将其考虑进去。另一种可能用来确定费率或更一般地说监测费率水平的费率调整法是基准或衡量标准定价法。通过将一个公共服务提供者的各种成本组成要素与另一个公共服务提供者和国际标准进行比较，订约公司能够判断公共服务提供者要求的费率调整是否合理。

(c) 费率控制的政策考虑

45. 以上讨论的每一种主要费率调整法各自都有利弊，对私营部门的投资决定有不同的影响（见第 41 和 43 段）。立法机关在考虑费率控制办法对于国内环境的适用性时必须考虑到这些利弊。不同的基础设施部门也可以采用不同的办法。一些法律确实允许订约当局在挑选特许公司时根据投资和服务的范围和性质采用最高限价法或收益率法。在选择费率控制方法时，重要的是应当考虑到各种政策决择对私营部门投资决定的影响。不管选择什么机制，重要的是应当认真考虑订约当局或管理部门如何才能适当监测特许公司的业绩情况和令人满意地实施调整办法（另见第一章，“一般性立法和机构框架”，第 30－53 段）。

46. 重要的是要记住，确定费率调整公式不能一劳永逸，因为技术、汇率、工资水平、生产率和其他因素在特许期内肯定会发生很大变化，有时甚至是不可预测的。再则，调整公式一般是在假设一定水平的产出或需求情况下拟定的，如果产出或需求量发生明显的变化，这种公式会产生不能令人满意的结果。因此，许多国家规定了修订费率公式的机制，包括定期修订（例如每四年或五年）公式或每当证明公式不能确保给予特许公司适当补偿时进行临时修订（也见第 59-68 段）。费率制度也需要适当的稳定性和可预测性，以便公共服务提供者和用户能够相应地制定计划并根据可预测的收益考虑融资。投资者和放款人可能尤其关心影响价格调整方法的规范变化。因此，它们一般要求将价格调整公式载入项目协议。

3. 订约当局的财政义务

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

(a) 直接付款

48. 由订约当局直接付款的办法在一些国家中被用替代或补充最终使用者的付款，特别是在收费公路项目，其使用的办法称之为“影子通行费”。影子通行费的安排是由特许公司承担义务，在规定的若干年之内，开发、建设、筹资和运营一段公路或另一运输设施，以换取定期付款，此种定期付款是取代或补充使用者所支付的实际费用或直接费用。影子通行费办法可用以处理运输项目所特有的风险，特别是交通流量低于原估计量的风险(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 18 段)。而且，在某些情况下，影子通行费办法在政治上可能比之直接收费更易于得到接受，例如，有些情况下人们担心，公共道路收取通行费也许会引发道路使用者的示威抗议。然而，当这种安排涉及对项目公司某种形式的补贴时，应当详细考虑东道国是否遵守了根据区域经济一体化或贸易自由化国际协定所承担的某些义务。

49. 影子通行费办法会给订约当局带来很大一笔开支，因而需要由订约当局进行密切

的频繁的监测。在采用影子通行费办法来发展新公路项目的一些国家，订约当局支付给特许公司的款项主要是按以车辆英里数为衡量标准的实际交通流量来计算的。似可规定，在公路开始通车之前并不支付款项，借以刺激尽快开通道路。与此同时，人们又发现最好是在特许期内按实际交通量计算应付款项。这种制度使特许公司有理由确保尽量减少公路因可能进行的修路工程而停用。另一做法是，可以在项目协议中载入一条因修路工程而减少行车道的罚款或损失赔偿条款。特许公司通常需要进行连续的车辆测算，用以计算出每年的车辆公里数，计算结果由订约当局定期核实。一种经略加修改的办法是影子通行费与使用者直接付费的结合。在此种办法中，只有当某一时期交通量降低到原先议定的最低水平以下时，订约当局才支付影子通行费，确保特许公司在运营公路方面得到盈利。

(b) 收购承诺

50. 当独立电厂或其他基础设施所产生的商品或服务可在一段较长时间内交付给一个指定的收购者时，订约当局或另一公共当局常常承担义务按议定的费率购买由特许公司提供的商品和服务。此种合同通常又称为“承购协议”。承购协议常常包括两种办法：按生产能力的利用率付款和按实际消耗单位付款。例如，在一个发电项目中，电力承购协议可定出下述两种收费：

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

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

51. 从特许公司的角度看，装机容量和消耗量收费相结合的办法特别相宜，它可确保在特许公司的商品或服务的输送或分配功能受到垄断时得以收回成本。但是，承购协议中规定的装机容量收费应大致相当于订约当局所能利用的或实际利用的其他发电能力来源。为确保订约当局能得到资金支付承购协议的应付款，似应考虑是否需要事前作出预算安排。为确保承购协议的付款，可由东道国政府或由某一国家或国际担保机构提出一份担保书(见第二章，“项目风险和政府支助”，第 46 和 47 段)。

E. 担保权益

52. 一般地说，个人财产中的担保权益是使有担保的债权人得到两种权利：一是财产权，使有担保的债权人原则上有权收回财产或让某一第三方将其收回和变卖，二是优先偿付权，在债务人违约时优先从变卖财产的收益中获得偿付。项目融资中的担保安排起到防范性或预防性作用，确保万一某一第三方接管了债务人的业务（例如，由于取消抵押回赎权，陷入破产或直接从债务人手里接管），那么，由于变卖那些资产而得到的收益将首先用来偿还未清偿的贷款。然而，放款人一般会要求获得担保权益，使他们能够取消回赎权，占有项目，加以接管和经营，以便恢复该项目的经济活力，在适当时候重新出售，或者不定期地保持这一项目，不断收取收益。

53. 担保安排在基础设施项目的融资中起着关键作用，尤其是按照“项目融资”方式而组成的融资。针对私人融资基础设施项目的融资文件通常包括两个方面：对与项目有关的有形资产的担保以及对特许公司持有的无形资产的担保。下面将讨论顺利完成担保安排的几项主要要求。然而，应当指出，在某些法律制度中，只有在例外情况和某些特定条件下才允许给放款人某种担保，使其能够接管项目，这种情况和条件是：订立这种担保需要有订约当局的同意；给予担保的目的应当只是为了方便项目的筹资或运行；担保权益不应当影响特许公司承担的义务。这些条件往往由一般法律原则或法律规定提出。订约当局不得通过订约安排予以放弃。

1. 有形资产的担保

54. 如果项目资产为公共财产，谈判必要的担保安排以便获得项目所需的融资会面临一些法律障碍。假如特许公司并不拥有财产所有权，在许多法律制度中，它并没有（或只有有限的）权力以此种财产作为抵押。存在这种局限时，为有助于谈判担保安排，仍可在法律中指明对哪些类别的资产可以确立担保权益，或者指明允许确立何种担保权益。在有些法律制度中，特许公司在获得租赁物权益或使用某些财产的权利时，即可根据租赁物权益或使用权来确立某种担保权益。

55. 此外，在特许权包含有多种公共财产时，例如一家铁路公司除有权使用公共设施外，还得到了毗邻土地的所有权（不仅仅是使用权），也可确立担保权益。对于订约当局所拥有的或别人必须移交给它的资产，或者订约当局根据合同有权选择购买的资产（见第 28 段），如有可能确立任何形式的担保权益，法律可要求订约当局给予认可，以便特许公司确立此种担保权益。

2. 无形资产的担保

56. 一个基础设施项目中的主要无形资产就是特许权本身，亦即特许公司得以运营该基础设施或提供有关服务的权利。在多数法律制度中，特许权意味着持有此种权利者有权操纵整个项目，特许权持有人可得到项目产生的收入。因此，特许权的价值甚至超过了一个项目所涉全部有形资产的总价值。由于特许权持有人通常有权占有和处置全部项目资产（可能的例外是某些资产为其他当事方所拥有，例如由特许公司拥有的公共财产），特许权通常包括现有的以及未来的资产，包括有形和无形性质的资产。因此，放款人会把特许权看作是与特许公司谈判担保安排的一个重要组成部分。以特许权本身作抵押对于特许公司和放款人都会有多种实际好处，尤其是某些法律制度并不允许以某一公司的全部资产作担保抵押，或一般情况下并不承认非占有性的担保权益（见第七章，“其他有关的法律领域”，_____）。这些好处包括：免得对项目资产逐一确立单独的担保权益，使特许公司得以按照通常的商业惯例继续处理那些资产，使得有可能抵押某些资产而无须把资产的实际占有权转给债权人。此外，以特许权作抵押还可使放款人在一旦特许公司违约时避免终止项目，只需把特许权接过来，再作出安排，就可让另一个特许公司继续实施该项目。因此，以特许权作抵押实际上是很好地补充或在某些情况下替代放款人与订约当局之间有关放款人介入权利的直接协议（见第 147－150 段）。

57. 然而，在某些法律制度中，如果法律上没有明文规定，以特许权作抵押会遇到障碍。按照某些法律制度，能够确立担保权益的资产必须是提供担保者可以自由转让的资产。由于基础设施的运营权在得不到订约当局的同意时，在多数情况下是不能转让的（见第 62 和 63 段），因而在某些法律制度中，特许公司不可能对特许权本身确立

担保权益。有些法系的法域最新颁布的法律已经消除了该障碍，创立了一种特别的担保权益，有时把它称之为“hipoteca de concesi∴n de obra pδblica”或称为“prenda de concesi∴n de obra pδblica”（“公共工程特许权抵押”或“以公共工程特许权为抵押”），一般来说，它可使放款人得到一种涵盖项目协议中给予特许公司的所有权利的、可以强制执行的担保权益。然而，为了保护公共利益，法律规定放款人为执行此种权利而采取的任何措施，必需得到订约当局的同意，其条件应载入订约当局与放款人签订的协议之内。某些英美法系的法域采取了一种略有限制的办法，它区分开两种权利，一种是不可转让的权利，亦即按照政府颁发的许可证从事某一活动的权利（亦即由于许可证而产生的“公共权利”），一种是索取许可证持有人所得收益的权利（亦即后者根据许可证得到的“私人权利”）。

3. 贸易应收款的担保

58. 私人融资基础设施项目中一般给予的另一种担保形式是向放款人转让与特许公司的用户签订的合同所产生的收益。这些收益可以包括单一合同的收益（例如配电实体购买电力的承诺），也可以包括许多个交易的收益（例如每月煤气或水费付款）。这些收益一般包括因公众使用基础设施而向公众收取的费率（例如收费公路上的收费），或者消费者因使用特许公司提供的商品和服务而支付的价格（例如电费）。它们还可能包括附属特许权的收益。这种类型的担保是与放款人谈判的融资安排中的一项典型内容，贷款协议常常要求基础设施项目的收益存入由放款人指定的受托人所管理的暂存银行帐户。这种机制在特许公司发放债券和其他流通票据方面也可以起重要作用。

59. 贸易应收款担保在涉及投放债券和其他流通票据的融资安排中起着重要作用。那些票据可以由特许公司自己发行，在这种情况下，购买了证券的投资者便成了它的债权人，或者也可以由某一第三方发行，把项目的应收款通过所谓的“证券化”机制转让给该第三方。证券化涉及创立金融证券，由项目的持续收入作保证，对该证券还本付息。证券化交易通常涉及建立一个与特许公司完全分开的法人实体，专门从事使资产或应收款证券化的业务。这一法人实体常常称为“专门媒介”。特许公司将其项目应收款转让给专门媒介，然后由专门媒介向投资人发行带利息的票据，以项目应收款作为后盾。证券化债券持有人因而有权获取特许公司同其客户的交易所产生的收益。特许公司向顾客收取费用，然后把款项转给专门媒介，再由专门媒介将之转给证券化债券持有人。有些国家的最新立法明确承认特许公司有权将项目应收款让给专门媒介，由它掌握和管理信托应收款，使项目债权人获益。为保护债券持有人不致因特许公司的破产而受损害，似宜采取必要的立法措施，使特许公司和专门媒介在法律各自分开。

60. 在大多数情况下，由特许公司一个个确定向债权人转让的应收款并不确实可行。在项目融资中，转让应收款采取的形式一般是成批转让未来应收款。好些法律制度最近的国内立法中都列入了法律规定，承认特许公司有权抵押基础设施项目的收益。然而，在不少法律制度中对于成批转让应收款和未来应收款的有效性可能还相当不明确。因此，应当确保关于担保权益的国内立法不妨碍当事方能够有效地转让贸易应收款以便获得项目所需的资金（见第七章，“其他有关的法律领域”，___）。

4. 项目公司股份的担保

61. 在不经订约当局同意不得转让或转移特许权的情况下（见第___段），法律有时禁止就项目公司的股份设置物权担保。但应指出的是，以项目公司的股份作担保是放款人在项目融资交易中通常要求的一种担保，因此，对设立此种担保一律加以禁止也许

会限制项目公司为项目筹措资金的能力。因此，如同其他形式的担保一样，较好的做法是法律上允许特许公司的股东设立此种担保，但如果项目公司中股份资本的转移必须报请批准的话，此种担保也必须得到订约当局的事先批准（见第 64－68 段）。

F. 特许权的转让

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

63. 有些国家认为还应在法律中提及可对到期前的特许权的转让予以核准的条件，例如新的特许公司应接受项目协议中所规定的一切义务；提出新的特许公司为提供服务所需具备的技术和财务能力方面的证据。这种类型的一般性立法规定还可以项目协议中的具体规定作为补充，在项目协议中列出这些限制的范围以及订约当局可给予同意的条件。然而，应当指出，这些限制一般施加于特许公司自愿转让其权利；它并不排除在订约当局同意的情况下，为避免由于特许公司严重违约而终止特许权，而将特许权强制转让给放款人指定的一个实体（另见第 147－150 段）。

G. 项目公司控制权益的转让

64. 订约当局可能关心要使原有的中标财团成员在整个项目期内一直保持其对项目的承诺，对于项目公司的有效控制不会转到订约当局并不了解的另一些实体手中。为实施基础设施而选择特许公司至少部分地是根据其对于该类型项目的经验和能力来选定的（见第三章，“特许公司的选定”，第 38－40 段）。因此，订约当局会担心，如果特许公司的股东们完全可以随便转移其在某一项目的投资，则无法保证将来由谁提供有关的服务。

65. 订约当局也许满足于某一参与投标的联营集团在投标初期显示的经验或满足于由联营集团及其分包人的母公司所提供的履约保证。但是，这种满足实际上只是得自特许公司各股东的表面专门知识，不应过份强调。如果为实施项目而另外建立一个法人实体，如果常见的那样（见第 12 段），那么，万一项目遇到了麻烦，股东们的支持也许只限于其各自的最高限制责任。因此，对投资转让的限制，其本身并非抵御特许公司不履行合同的风险的充分保障。特别是，这些限制并不能代替项目协议所规定的适当补救措施，例如监督所提供报务的水平（见第 147－150 段），或发生不能令人满意的情况时终止合同而不给予金额补偿（见第五章，“项目协议的期限、展延和终止”，_____）。

66. 除上述以外，对转移公共服务公司股份的限制还会给订约当局造成某些不利。如同前面所指出的（见“导言和私人融资基础设施项目的背景资料”，第 54－67 段），目前可以从不同投资者那里得到多种多样的融资，风险各不相同，回报率也不一样。初始的投资者，例如建筑公司和设备供应商，将会力图在较高风险中争取获得较高回报，但随后的投资者会宁愿获得较少回报而承受较低的风险。初始投资者多数只拥有一定的资源，需短期实现资本回收以便再参与新的项目。因此，那些投资者可能不愿意把资本固定在长期项目之上。在建筑期终了时，初始投资者也许想把他们的股权转售给另一个并不要求高额回报的股本提供者。在惯例比较稳定后，就可进行另一次再筹资。但是，如果由于基础设施项目中股份的可转让性受到制约，投资者对于项目开发的投资和再投资能力就受到限制，在此情况下，就可能使筹资的费用升高。在某些情况下，

也许根本不可能为某一项目筹到资金，因有些投资者也许不愿意参与投资，而他们的参与也许对于项目的实施具关键作用。从长远看，如果投资者转移其在私人融资基础设施项目中的利益的自由受到不必要的限制，要发展一个公共基础设施的投资市场将会受到影响。

67. 由于上述原因，对于转让项目公司控制权益的限制最好只局限于某一段时间（例如项目协议生效后若干年）或某些特殊情况，即出于公共利益的原因需要施加这种限制。例如，会有这么一种情形，即特许公司拥有公共财产或者得到了政府的贷款、补贴、股本或其他形式的直接政府支助。在此种情况下，订约当局对于妥当使用公共资金的责任要求得到保证，确信那些资金和资产托付给一个可靠的公司，而由初始的投资者在一段合理的时限内仍然承担责任。有理由对特许公司的股份转让施加限制的另一种情况是，订约当局出于某种利益，需防止把股份转给某些特定的投资者。例如，订约当局也许希望控制购买公共服务提供者的控股，以避免在自由化的部门中形成寡头垄断或垄断局面。或者，如果是诈骗了政府部分财产的公司，也许不应该再让它转给另一家公司，重新获取补贴。

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

H. 建筑工程

69. 购买建筑工程的订约当局一般是建筑合同中的雇主，拥有广泛的监测和检查权利，包括审查建筑项目和要求对其进行修改、密切跟踪建筑工程和施工时间表、检查和正式验收竣工工程并对设施运营给予最后审批的权利。

70. 另一方面，在许多私人融资基础设施项目中，订约当局可能愿意向特许公司转让这种责任。订约当局不承担管理项目细节的直接责任，可能更愿把这种责任移交给特许公司，要求特许公司承担建筑工程按时竣工的全部责任。特许公司也想确保项目按时竣工和不致超出费用概算，并且一般将谈判包括建筑承包商履约担保在内的固定价格、固定时间的启钥合同。因此，在私人融资基础设施项目中，大部分情况下正是特许公司履行建筑合同中通常由雇主履行的职责。

71. 因此，关于私人融资基础设施的建设的法律规定，在某些国家局限于笼统地规定特许公司按照项目协议的条款履行公共工程的义务并给予订约当局监测工程进度的笼统权利，以便确保工程符合协议的条款。在这些国家，较详细的条款可在项目协议中加以规定。

1. 审查和批准建筑设计

72. 如果感到有必要在立法上处理建筑工程和有关问题，最好制订出有助于将竣工时间和施工费用保持在估计数之内并降低特许公司和有关政府机构之间发生争端的可能性的程序。例如，如果法律规定要求订约当局审查和批准建筑项目，项目协议应规定

审查建筑项目的最后期限，并规定如果在有关期限内订约当局没有提出异议，即被认为获得批准了。也许还可在项目协议中规定订约当局可提出异议或要求修改项目的理由，例如安全、防卫、保安、环境问题或不符合技术规范。

2. 项目条款的变动

73. 在建设基础设施设施过程中，常常出现一些情况，有必要或最好改变建筑工程的某些方面。因此，订约当局似宜保留在施工的范围、工程使用设备或材料的技术特性或按照技术标准提供所需的建筑服务方面作出一些改变的权利。这些改变在本《指南》中称为“变动”。本《指南》中使用的“变动”一词并不包括由于成本变化或货币波动而调整或修订费率（见第 39－44 段）。同样，在情况发生重大变化时重新谈判项目协议（见第 126－130 段）在本《指南》中并不视为变动。

74. 鉴于大多数基础设施项目的复杂性，不可能排除变动项目的建筑标准和其他要求的必要性。不过，这些变动常常导致执行项目或提供公共服务的推迟；还可能使特许公司履行项目协议更加繁重。而且，广泛的变动要求在费用上可能超出特许公司自己的财力，因而要求增加大量资金，而这些资金又无法以可接受的成本获得。因此，订约当局最好考虑控制可能需要变动的措施。订约当局进行的可行性研究和在挑选过程中提供的标准（见第三章，“特许公司的选定”，第 61 和 64－66 段）的质量在避免随后改变项目方面发挥着重要作用。

75. 项目协议应当阐明订约当局可以要求变动建筑标准的具体条件和酌情付给特许公司的赔偿费，用以弥补执行变动引起的额外费用和迟延。项目协议应澄清特许公司在多大程度上有义务作出这些变动及特许公司是否可以反对作出变动，如果可以的话，依据什么理由。按照一些法律制度中的合同惯例，当所涉修改引起的额外费用超过设定的最高限度金额时，特许公司即可解除其义务。

76. 大型建筑合同中采用过各种处理变动的合同方法，以确定承包商对实施变化承担多大的义务以及对合同价款或合同期限作必要的调整。经适当变通后，这些解决办法可用来处理订约当局根据项目协议而谋求的变动。[1] 不过，应当指出，在基础设施特许权中，付给项目公司的钱包括用户费或设施产出的价格，而不是建筑工程的总价格。因此，基础设施特许权中所采用的补偿办法有时包括从一次总付到提高费率或延长特许期各种办法的组合。例如，可能有些改变造成的费用增加是特许公司或许能够自己消化或弥补的以及酌情通过调整费率或付款机制来摊还的。如果特许公司本身已无能力再筹资或供资，当事各方似宜考虑一次总付，作为昂贵而复杂的再融资结构的一种替代办法。

3. 订约当局的监督权力

77. 在有些法律制度中，购买建筑工程的公共当局通常保留由于公众利益原因而命令暂停或中断工程的权力。不过，为了使潜在投资者感到放心，需要限制这种干预的可能性，并规定考虑到导致要求暂停或中断工程的情况，这种中断不得超过必需的期限或必要的范围。可能还需要议定此种暂停的最长期限并规定给予特许公司适当的补偿。另外，可以提供担保以确保支付赔偿或者补偿特许公司因暂停项目而造成的损失（另见第二章，“项目风险和政府支助”，第 48－50 段）。

78. 在某些法律制度中，供在提供某些公共服务中使用而建造的设施在施工结束后成为公共财产（见第 24 段）。在这种情况下，法律常常要求所建成的设施由订约当局或

另一个公共当局正式接收。一般只有在检查了所建成的设施和进行了令人满意的必要的试验以确定该设施能够运行且满足有关标准和技术与安全要求之后，才正式接收。即使在不要求订约当局正式接收的情况下（例如设施仍然是特许公司的财产），也常常需要就订约当局最后检查和批准建筑工程订立规定，以便确保工程符合健康、安全、建造或劳工条例。项目协议应详细说明已竣工设施竣工测试或检查的性质；测试时间表（例如，可能较宜在某一阶段内进行局部试验而不是在竣工时进行一次性试验）；未通过试验的后果及安排用于试验的资源和支付相应费用的责任。在一些国家，人们发现这样做是有益的：在订约当局最后批准之前准许设施临时运行，以便能提供一次机会使特许公司可以纠正在这个时候发现的一些缺陷。

4. 保证期

79. 与特许公司谈成的建筑合同一般规定质量保证，即承包商对工程中的缺陷以及与工程一起提供的技术文件中的不确或不足之处承担赔偿责任，但合理的例外除外（例如正常的损耗或特许公司维修或运行不当）。还可以根据适用法从法律规定或一般法律原则中推导出其他赔偿责任，例如在某些法律制度中对工程中的结构缺陷规定特别长的赔偿责任期。项目协议应当规定订约当局最后批准或接收设施并不解除建筑合同和适用法中可能规定的建筑承包商对工程缺陷和技术文件中的不确或不足之处所负的任何赔偿责任。

I. 基础设施的运营

80. 运营和维护设施的条件，以及质量和安全标准，常常在法律中规定并在项目协议中详细说明。此外，特别是在电、水及卫生和公共运输领域，订约当局或一个独立的管理机关可以对设施的运营行使监督职能。详尽讨论基础设施运营条件的法律问题将超出本《指南》的范围。因此，下列段落只简要介绍一些主要问题。

81. 关于基础设施运营的管理规定和提供公共服务的法律要求目的在于实现与公众有关的各种目标。鉴于基础设施项目通常期限较长，有可能在项目协议有效期内需要改变此类规定和要求。然而，重要的是要牢记私营部门需要一个稳定和可预测的规章制度。改变规章或者频繁地采用新的和更严厉的规则可能对项目的执行产生破坏性影响并影响到其财政维持能力。因此，在当事各方为了抵销随后的规章改变的不利影响而达成合同安排的同时（见第 122－125 段），管理机关应当谨慎稳妥，避免过份的管制或不合理地频繁改变现有规则。

1. 运营标准

82. 公共服务提供者一般必须满足一套技术和服务标准。在大多数情况下，此种标准太详细，不能在立法中列举，可以载入实施法令、条例或其他文书中。服务标准常常在项目协议中较详细地说明。这些标准包括质量标准，如对水的纯度和压力的要求，进行修理的时间上限；缺陷或投诉数量上限；运输服务的及时进行；供应的连续性；以及卫生、安全和环境标准。然而，法律上可以规定指导制定详细标准的基本原则或要求遵守国际标准。

83. 订约当局一般保留监测项目公司遵守法定运营标准的权力。特许公司将会关注尽可能避免设施运营的中断，保护自己免于承受任何此种中断的后果。它将寻求得到保证，即订约当局行使监测或管制权力不致造成对设施运营不应有的干扰或中断，也不

会给特许公司造成不应有的额外费用。

2. 扩展服务

84. 在有些法律制度中，根据一项政府特许权经营向一个社区或地区和其居民提供某些基本服务（例如电、饮用水）的实体有义务提供一个合理充分地满足社区或地区的需求的服务系统。这一义务不仅关系到给予特许权时的历史性需求，而且意味着应与所服务的社区或地区的增长保持同步并按社区或地区合理的可能需求逐步扩展服务。在有些法律制度中，这一义务具有公共责任性质，有关社区或地区的任何居民可以援引执行。在另一些法律制度中，它具有法律或合同义务的性质，根据具体情况订约当局或一个管理机关可以强制执行这一义务。

85. 在某些法律制度中，这一义务并不是绝对的和无限制的。特许公司扩展其服务设施的义务实际上可能取决于各种因素，如扩展的需要和成本及可以预期得到的收益；特许公司的财务状况；进行这种扩展的公众利益；及根据项目协议特许公司在这方面承担的义务范围。在有些法律制度中，特许公司可能有义务扩展其服务设施，即使扩展工程不能立即获利，或者即使由于进行扩展，特许公司的范围可能最终包括无利可图的地区。尽管如此，这一义务还是受到一些限制，即不得要求特许公司进行给特许公司或其消费者带来不合理负担的扩展。视具体情况而定，扩展服务设施的成本可以由特许公司消化、以提价或特别收费的形式转嫁给消费者或最终用户，或者由订约当局或其他公共当局以补贴或补助的形式全部或部分消化。鉴于为评估任何特定扩展项目的合理性，可能需要考虑多种多样的因素，项目协议应当规定在什么情况下要求特许公司进行服务设施的扩展及实现这种扩展的适当融资方法。

3. 服务的连续性

86. 公共服务提供者的另一项义务是确保在大多数情况下连续提供服务，除非发生了狭义的免责事件（另见第 132－134 段）。在有些法律制度中，这一义务具有法定义务的性质，即使在项目协议中没有明文规定，这一义务也适用。在存在着这一规则的法律制度中，这一规则的必然结果是，根据合同法的一般原则可允许合同当事方暂停或中断履行义务的各种情况（例如经济困难时或另一当事方违约）不能被特许公司援引作为全部或部分暂停或中断提供公共服务的理由。在有些法律制度中，订约当局甚至具有特殊的强制执行权力，在出现非法中断提供服务时强迫特许公司恢复提供服务。

87. 这一义务也服从合理性的一般规则。各种法律制度都承认特许公司有权由于在困难情况下必须提供服务而得到合理的补偿（见第 126－130 段）。而且，在一些法律制度中，认为如果全面运营导致亏损，不可以要求公共服务提供者运营。如果整个公共服务，而非仅仅一个或几个分支或地区不再盈利，特许公司有权得到订约当局的直接补偿，或者有权终止项目协议。不过，终止协议一般要求征得订约当局的同意或者需要作出司法裁决。在允许这种解决办法的法律制度中，最好在项目协议中具体列明有理由暂停服务甚至免除特许公司在项目协议下的义务的特殊情况（另见第五章，“项目协议的期限、展延和终止”，—）。

4. 平等对待消费者或用户

88. 在一些法域内，向一般公众提供某些服务的实体有特定的义务确保按照基本相同的条件向所有同类用户和消费者提供服务。不过，这些法律制度认可基于对消费者和用户作合理和客观分类的区别对待，只要在类似情况下从事类似业务向消费者和用户提供类似的服务。因此，向不同类别的用户收取不同价格或提供不同服务的条件（例如一方面是居民消费者，另一方面是商业或工业消费者）可能不违背平等对待的原则，前提是这种区分是基于客观标准，符合消费者的情况或向他们提供服务的条件的实际区别。尽管如此，如果收费或其他服务条件的差异是以服务的实际差异为依据（例如，在高峰消费期间收费高），一般这种差异必须与金额差异相当。

89. 除了特许公司自己规定的区分外，对某些用户或消费者的不同待遇可能是立法行动的结果。在许多国家，法律要求必须以特别优惠的条件向某些类别的用户和消费者提供某些服务（例如对学生或老年公民的折价运输；或对低收入或农村用户降低水费或电费）。公共服务提供者可以通过多种方式补偿这些服务负担或费用，包括通过政府补贴、通过为在所有公共服务提供者中间分担这些财政负担而建立的基金或其它官方机制、或者通过盈利更高的服务的内部交叉补贴（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 42－44 段）。

5. 连接和进入基础设施网络

90. 在铁路运输、电信或供电或供气等部门中经营基础设施网络的公司有时被要求允许其他公司进入网络。这一要求可以在项目协议中规定，也可以在具体部门的法律或条例中规定。在某些基础设施部门，规定此种连接和进入要求，作为对某一部门结构改革的补充，在另一些部门，规定这些要求目的在于促进仍然完全或部分封闭的部门的竞争（关于市场结构问题的简要讨论，见上文，“导言和背景资料”，第 21－46 段）。

91. 常常要求网络经营者以从财务和技术上公平和不歧视的条件提供准入机会。不歧视指新的入网者或服务提供者应能够以不次于网络经营者给予自己网点或与之竞争的服务网点的条件使用网络经营者的基础设施。然而，应当指出，例如，许多管道准入体制不要求对运输公司和对方的用户采用完全平等的条件。准入义务可能仅局限于多余的能力或遵行合理的而非平等的条款条件。

92. 尽管入网定价通常以成本为基础，但管理机关常常保留监督入网费率的权利，以确保价格高得足以充分鼓励投资于需要的基础设施，而又低得足以使新的入网者能够以公平条件进行竞争。如果网络经营者与其他服务提供者竞相提供服务，可能要求从会计角度使其活动分开，以便确定第三方使用网络或部分网络的实际成本。

93. 技术准入条件可能同样重要，可要求网络经营者改进其网络以满足新的入网者的准入要求。准入可以是准入整个网络或者是准入网络具有垄断性质的部分或分段（有时称为瓶颈或必需设施）。许多国家政府允许服务提供者建立自己的基础设施或者在有可替代的基础设施时使用这些基础设施；在这些情况下，服务提供者只需要进入网络的一小部分，根据许多条例，不得强迫服务提供者支付多于它使用所需具体设施的相应费用；例如，电信中的当地环路、供电中的输电能力或使用铁路的一个区段。

6. 信息披露要求

94. 许多国内法规定公共服务提供者有义务向管理机关提供准确和及时的业务信息，并赋予管理机关具体的执法权。这些权利可能包括查询和审计，包括详细的业绩和守法审计，对不合作公司实施制裁；及要求披露信息的强制令或处罚程序。

95. 通常要求公共服务提供者保存和向管理机关披露其财务帐目和报表，并建立详细的成本核算，使管理机关得以分别跟踪公司业务活动的各个方面。特许公司和附属公司之间的财务交易也需要详细审查，因为特许公司可能试图向不受管制的企业或外国附属公司转移利润。可能对基础设施经营者有详细的技术和业绩报告要求。不过，重要的是对要求基础设施经营者提交的信息的范围和类型确定合理的限度。而且，应采取适当的措施为特许公司及其附属公司可能提交给管理机关的任何专有信息保守机密。

7. 特许公司的执行权力

96. 在授予提供公共服务的特许权方面已形成传统的国家，特许公司可能有权利为便利提供服务而订立规则（例如用户说明书或安全规则），采取合理的措施来保证这些规则得到遵守，并在出现应急情况时或出于安全原因而中止提供服务。为此目的，可能在大多数法律制度中都需要有一般的立法授权或者甚至立法机关的特别授权。但是，授予特许公司的权力的范围通常在项目协议中确定，不需要在立法中详细规定。最好规定由特许公司颁布的规则应酌情在管理机关或订约当局批准后即生效。不过，批准特许公司所建议的经营规则的权利不应是武断的，特许公司应有权就拒绝批准拟议规则的裁决提出上诉（另见第一章，“一般性立法和机构框架”，第 49 和 50 段）。

97. 对于特许公司特别重要的问题是能否对不遵守规章或有违约行为的用户中断提供服务。尽管特许公司有确保连续提供服务的一般义务（见第 86 和 87 段），但许多法律制度承认提供公共服务的实体可以制定和强制执行对没有付款或严重违反使用服务条件的消费者或用户停止服务的规则。这样做的权力常常被认为对于防止滥用和确保服务的经济可行性至关重要。不过，鉴于某些公共服务是人们所必需的，在有些法律制度中这一权力可能需要法律依据。另外，对于行使这一权力，可能有许多明示或暗示的限制或条件，如特别通知要求和消费者特定补救措施。其他限制和条件可能来自适用于一般的消费者保护规则（见第七章，“其他有关的法律领域”，—）。

J. 一般合同安排

98. 本节讨论某些合同安排，这些安排一般出现在各个部门的项目协议中，并常常在国内订约当局所使用的标准合同条款中得到反映。虽然本节讨论的这些安排基本上属于合同性质，但视东道国的具体法律制度，它们可能对东道国的立法有某些重要的影响。

1. 分包

99. 鉴于基础设施项目的复杂性，特许公司一般会保持一家或几家建筑承包商的服务以进行项目协议下的一些或大部分建筑工程。特许公司也想在项目的运营阶段保留具有经营和维护基础设施经验的承包商的服务。一些国家的法律总体上承认特许公司为执行建筑工程而订立必要合同的权利。在政府承包方不能随便授予分包合同的国家，承认特许公司分包权力的法律规定可能尤其有用。

(a) 分包商的选择

100. 一些国家的法律规定公共服务提供者须采用招标和类似程序授予分包合同，限制特许公司雇用分包商的自由。在基础设施主要或完全由政府经营，几乎没有或仅有少

量私营部门投资时，往往采用此类法律规则。此种法律规则的目的是确保在使用公共资金时经济、高效、廉正和有透明度。不过，在私人融资基础设施项目中，这些规定可能妨碍潜在投资者参与，因为项目主办人一般包括工程和建筑公司，它们参与项目就是指望会获得执行建筑和其他工程的主要合同。

101. 然而，特许公司挑选分包商的自由不是无限的。在一些国家，特许公司在其投标书中必须确定将要保留的承包商，包括关于其技术能力和资信地位的资料。其他国家或者要求在订立项目协议时提供这种资料或者要求这些合同需得到订约当局的事先审查和批准。这些规定的目的是避免项目公司和其股东之间可能的利益冲突，通常放款人也关心这一点，放款人可能希望确保项目公司的承包商不致获利过高。在任何情况下，如果认为订约当局有权审查和批准项目公司的分包合同，项目协议应明确规定这种审查和批准程序的目的和订约当局可以不予批准的具体情况。作为一般规则，除非发现分包合同载有明显违反公众利益（例如规定付给分包商过多的钱或对责任的不合理限制）或者明显违反东道国适用于执行私人融资基础设施项目的公法性质的强制规定，一般情况下不应不予批准。

(b) 管辖法律

102. 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，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。

103. 专门针对私人融资基础设施项目的国内法很少载有管辖特许公司签订的合同的条款。实际上，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专门规定，而宁愿按合同中的法律选择条款或国际私法适用规则解决这个问题。然而，应当指出，在某些法律制度中，为合同和其他法律关系选择适用法律的自由要按照国际私法规则或东道国的某些公法规则受制于一定的条件和限制。例如，某些区域经济一体化协议的当事国有义务颁布相互协调的国际私法规则来处理公共服务提供者与其承包商之间的合同问题。虽然国际私法规则常常允许在选择管辖商务合同的法律方面有相当大的自由度，但在某些国家，当合同和法律关系不能确定为商务合同和商务关系时，例如东道国公共当局订立的某些合同（例如政府的保证和担保，公共当局关于购买电力或供应燃料的承诺）或与消费者的合同，这种自由就受到限制。

104. 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。

2. 对用户和第三方的赔偿责任

105. 基础设施施工或运行如果有缺陷可能会造成特许公司的雇员、设施的用户和其他第三方的人身伤亡或者财产损失。出现这种情况时，向第三方支付的损害赔偿问题是复杂的，可能不受适用于项目协议的关于合同赔偿责任的适用法律规则的管辖，而是受关于合同外赔偿责任的适用法律规则的管辖，而这种法律规则常常是强制性的。另

外，在某些法律制度中，还有管辖公共当局合同外赔偿责任的特别强制性规则，订约当局可能受制于这种规则。再则，项目协议不能限制特许公司或订约当局赔偿非项目协议当事方的第三方的赔偿责任限额。因此，订约当局和特许公司似宜规定如何相互分摊因对第三方造成人身伤亡或财产损坏而应对第三方支付的损害赔偿风险，但这种分摊须不受强制性规则的管辖。当事各方还似宜规定对这种风险进行保险（见第 119 和 120 段）。

106. 如果第三方因设施的施工和运行受到人身伤害或其财产受到损害，而向订约当局提出索赔，法律可能规定对这种情况应仅由特许公司负所有责任，订约当局不应对第三方的这种索赔要求负任何赔偿责任，但因订约当局严重违约或轻率所造成的损害除外。可能似宜特别规定，订约当局批准设施的设计或标准或者订约当局接收建筑工程或最后授权设施投入运行供公众使用，并不使订约当局对该设施的用户或其他第三方因设施的施工或运行或者所批准的设计或标准不当而受的损害负任何赔偿责任。另外，由于根据适用法律也许不能对第三方执行关于分摊赔偿责任的规定，项目协议似宜规定在由第三方因基础设施的施工或运行受到人身伤害或财产损害而提出赔偿要求时，订约当局应受到保护，免予受罚。

107. 项目协议还应当规定当事各方应当相互通报对他们提出的和预期会提出的、而订约当局又有权受到免除的索赔要求或程序，并在受理这种程序的国家法律许可的范围内，在抗辩这种索赔要求或程序方面相互提供合理的协助。

3. 履约担保和保险

108. 在特许公司的义务之外，常常还须提供某种形式的履约担保和针对若干风险的保险。一些国家的法律一般要求特许公司提供适当的履约担保，并要求这件事在项目协议中更详细地规定。在其他国家，法律载有更详细的规定，例如要求按基本投资的某一百分比提供某一类别的担保。

(a) 履约担保的类型、功能和性质

109. 履约担保一般有两种类型。一种类型是货币履约担保，担保人仅许诺万一特许公司没有履约时付给订约当局指定限额的资金以履行特许公司的赔偿责任。货币履约担保可以采取履约保证金、备用信用证或凭要求付款担保。另一类型是履约保证书，担保人选择两种选择办法中的一种：（a）纠正有缺陷的或完成未完工的建设，或（b）让另一家承包商纠正或完成未完工的建设，并赔偿订约当局由于未履约而蒙受的损失。这种许诺的价值限于规定的金额或合同价值的某一百分比。根据履约保证书，担保人也常常可以选择仅通过给订约当局付款而解除其义务。履约保证书一般由专业担保机构，如担保公司和保险公司提供。一种特殊的履约保证书是维护保证书，这种保证书保护订约当局不致因将来在启动或维护期间可能出现的故障而蒙受损失，担保完工后担保期内的任何修理或维护工作将由特许公司及时完成。

110. 关于履约担保的性质，它们一般可分为独立担保和附属担保。如果担保人的义务独立于特许公司在项目协议下的义务，其担保称为“独立”担保。根据独立担保（常称为一索即付担保）或备用信用证，担保人或开证人有义务在受益人要求时付款，如果后者出示担保书或备用信用证中规定的凭据，它有权获得担保书所述的款项，此种凭据可以只是受益人关于承包商没有履约的一项声明。担保人或开证人无权以事实上没有不履行主合同为理由不付款；不过，根据适用于该文书的法律，在非常例外和严格

定义的情况下可以拒绝或限制付款（例如，当受益人的要求有明显欺诈时）。相比之下，如果担保人的义务不仅仅是检查付款的书面要求，而必须评估承包商没有履行工程合同的赔偿责任的证据，此种担保即为附属担保。不同担保的连带关系的性质可能有所不同，可能包括在仲裁程序中需要证明承包商的赔偿责任。依其性质而言，履约保证书具有附属于主合同的性质。

(b) 各类履约担保的利弊

111. 从订约当局的角度来看，货币履约担保对于支付因特许公司拖延或违约而引起订约当局额外费用也许特别有用。货币履约担保还可用作给特许公司施加压力使其根据项目协议的要求按时完成施工和履行其他义务的一个手段。不过，这些担保的金额一般只是所担保的义务的经济价值的一小部分，常常不足以支付雇用第三方代替特许公司或其承包商履约的费用。

112. 从订约当局的角度来看，一索即付担保的好处是确保无需出示承包商未履约或受益人损失程度的证据即可得到担保的付款。另外，提供货币履约担保的担保人，特别是银行，更喜欢一索即付担保，因为产生付款责任的条件很明确，因此，担保人不会卷入到订约当局和特许公司是否存在着未履行项目协议情况的争端。银行签发一索即付担保的另一个好处是有可能通过直接利用特许公司的资产迅速、高效地收回在一索即付担保下支付的款项。

113. 一索即付担保或备用信用证对于订约当局的不利之处是这些文书可能增加项目总成本，因为特许公司通常有义务获得和留出付给开具一索即付担保或备用信用证机构的大额反担保。还有，提供这种担保的特许公司可能希望取得订约当局针对当事实上特许公司没有不履约时索取担保或备用信用证下款项的风险的保险，这笔保险的费用也包括在项目成本中。特许公司也可能在项目成本中包括它可能需要对订约当局提出任何诉讼以获得偿还不正当付款要求的潜在成本。

114. 一索即付担保或备用信用证对于特许公司的不利之处是，如果特许公司没有不履约而订约当局索取了担保款项，特许公司可能在担保人或信用证开证人向订约当局付款后须承受用特许公司的资产偿还付款的直接损失。特许公司在向订约当局追回不当索赔款项时还可能遇到困难和拖延。

115. 附属担保的条款常常要求受益人证明承包商没有履约，及受益人所受损失的程度。另外，如果债务人被控告没有履约，他可以用的抗辩理由担保人也可以用。因此，当订约当局根据保证书提出索赔时，订约当局可能面临着持久的争端这一风险。实际上，可以减少这种风险，例如可以规定凭保证书提出索赔要求时须依照国际商会拟订的《合同保证书统一规则》第 7(j)(1)条所规定的那种程序。[2] 该统一规则第 7(j)(1)条规定，尽管委　托人和受益人对合同的履行或任何合同义务有任何争端或分歧，一旦由第三方（可以是一独立建筑师、工程师或鉴定人，不受任何限制）如保证书所规定的那样出具违约证明，而且这种证明或其经过验证的副本送达担保人，就应视为违约业经确定，应当根据合同保证书支付赔偿金。如果采用这种程序，订约当局可以有权根据合同保证书获得赔偿金，哪怕特许公司对它获得赔偿金的权利有异议。

116. 不过，作为担保人承受较小风险的反映，担保人赔偿责任的货币限额可能大大高于一索即付担保下的限额，相当于项目协议下工程的较大百分比。如果订约当局不能方便地自己安排纠正缺陷或完成建筑工程本身，而需要第三方安排纠正或完成，履约保证书也可能有好处。然而，如果建筑工程涉及使用只有特许公司掌握的技术，由第

三方进行纠正或完成可能是行不通的，与货币履约保证相比，履约保证书可能没有最后提到的好处。对于特许公司来说，附属担保的好处是保留特许公司的借款权力，因为附属担保与一索即付担保和备用信用证不同，不影响特许公司在放款人那里的信贷额度。

117. 由以上考虑可认为，不同类型的担保对特许公司承担的不同义务可能有益。尽管要求特许公司提供适当的履约担保是有益的，但最好由当事各方确定需要担保的范围及对于特许公司承担的各种义务应提供哪种担保，而不是在法律上只要求一种形式的担保而排除其他形式的担保。应当指出，项目公司自己将要求其承包商提供一系列履约担保（见第 6 段），以订约当局为受益人的额外担保通常会提高项目的总成本和复杂程度。在有些国家，对国内订约当局提供的实用指导建议它们认真考虑是否要求担保和在什么情况下要求提供、应担保哪些具体风险或损失和在每一事例中哪一类担保最适合。确定的担保金额过高可能影响项目公司为项目筹资的能力。

118. 私人融资基础设施项目的一个特殊问题涉及担保的期限。订约当局也许想获得在项目整个使用寿命期间保持有效的履约担保，既包括建设阶段又包括运营阶段。然而，鉴于基础设施项目期限长和在评估可能产生的各种风险方面有困难，担保人开具项目整个期限的履约保证书或为其在履约保证书下的义务购买再保险可能会有问题。在实践中，按照规定，不续签履约保证书即构成要求付款的理由，使这一问题更加复杂，因此，只允许项目公司提供较短期限的保证书可能不是一个令人满意的解决办法。某些国家使用的一个可能办法是要求分别为施工阶段和运营阶段提供保证书，从而可以更好地评估风险和再保险的可能性。可以通过精确确定运营阶段要承保的风险来加强这一制度，以便更好地评估风险和减少保证书的总金额。订约当局要考虑的一个可能是要求提供特定重要时期、而不是整个项目使用期的履约保证书。例如，也许需要有施工阶段的保证书，这一保证书持续到竣工后的适当期限，以便包括以后可能出现的缺陷。然后，这一保证书可酌情由运营若干年的履约保证书来代替，以便项目公司证明其根据规定标准经营设施的能力。如果项目公司的履约情况证明令人满意，可以放弃运营阶段剩余时间的保证书要求，直到特许期结束前的一定时期，此时可能要求项目公司再安排一份保证书，担保其履行移交资产和有序地清理项目的其他措施的义务（见第五章，“项目的期限、展延和终止”，____）。

(c) 保险安排

119. 私人融资基础设施项目的保险安排一般根据其所适用的阶段而不同，某一项目阶段只购买一定类别的保险。一些保险形式，如营业中断保险，可能是特许公司为自己的利益购买的，而其他形式的保险可能是东道国法律的要求。法律常常要求的保险形式包括设施损坏保险、第三方责任保险、工人赔偿保险、污染和环境损害保险。

120. 东道国法律常常需要规定的强制性保险从一家当地保险公司或允许在该国营业的另一家机构购买，在某些情况下这可能带来若干实际问题。某些国家通常提供的保险类别可能不如国际市场上可买到的标准保险类别那么多，在这种情况下，特许公司仍会承受可能超出其自我保险能力的若干危险。在环境损害保险方面问题特别严重。一些国家可能由于当地保险公司在国际保险和再保险市场上获得再保险的能力有限而产生更多困难。结果，项目公司往往需要在该国境外购买额外保险，以致提高了项目融资的总成本。

4. 条件变化

121. 私人融资基础设施项目通常持续很长时期，在这段时期内许多与项目有关的情况可能发生变化。可以在项目协议中涉及这些变化的影响，要么通过例如含有指数化条款的费率结构（见第 39－46 段）等财务安排，要么明文规定由某一方承担某些风险（例如，如果指数化办法中没有考虑燃料或电力的价格，由特许公司消化吸收高于预期的价格）。不过，有些变化可能不易包括在自动调整机制中，或者当事各方可能更愿从这种机制中排除这些变化。从立法观点来看，有两种特殊变化值得特别关注：立法或规章变化和经济条件的意外变化。

(a) 立法和规章的变化

122. 鉴于私人融资基础设施项目的持续期较长，由于适用于其业务的立法会发生不可预见的变化，特许公司在履行其项目协议义务方面可能要花更多的费用。在极端情况下，立法甚至会使特许公司在财务上或实际上不能执行该项目。为了考虑对付立法变化的适当解决办法，似有必要把立法变化划分为两类，一类是对于私人融资基础设施项目或对某一个具体项目有特殊影响的立法变化，另一类也影响到其他经济活动而不只是基础设施运营的一般立法变化。

123. 私营部门和公营部门的所有商业组织一样受到法律变化的影响，一般都要应付这些变化对其商业产生的后果，包括变化对其产品价格和需求的影响。可能的例子也许包括：适用于所有各类资产，不管是由公共部门还是私营部门所有，也不管是否与基础设施项目有关的资本减免税结构的变化；不仅仅是影响基础设施项目而是影响到所有建筑项目的建筑工人的健康和安全的条例；以及危险物品处理的条例的变化。法律的一般变化可以被视为普通企业的风险，而不是特许公司业务所特有的风险，政府可能难以承诺保护基础设施运营者免受此种同样影响其他商业组织的立法变化的经济和财政后果。因此，似乎并无理由要求特许公司不应承受一般立法风险，包括适用于整个商业部门的法律变化导致的成本风险。

124. 尽管如此，重要的是要考虑到特许公司对付或消化一般性立法变化造成的增加成本的能力的可能限制。基础设施运营者常常需遵守服务标准和费率控制机制，这使得它们难于像其他私营公司那样对法律变化作出反应（例如通过提高费率或减少服务）。如果项目协议中规定了费率控制机制，特许公司将酌情寻求订约当局和管理机关的保证，允许它通过提价收回立法变化带来的额外成本。如果不能给予这种保证，最好授权订约当局与特许公司谈判，如果费率控制措施不能全部收回一般性立法变化产生的额外成本，特许公司可有权得到的赔偿。

125. 另一种情况是针对某一项目或某类类似项目或一般地涉及私人融资基础设施项目的特定立法变化使特许公司面临着成本的提高。这种变化不能视为普通的商业风险，而且会大大改变谈判项目协议时所依据的经济和财务假设。因此，订约当局常常同意承担由于针对某一项目或某类类似项目或一般地涉及私人融资基础设施项目的具体立法而带来的成本增加。例如，在高速公路项目中，针对公路项目或公路运营公司或该类私营公路项目的立法可能导致根据项目协议中的有关条款调整费率。

(b) 经济条件的变化

126. 一些法律制度有这样的规则，即如果经济或财务状况发生变化，虽不妨碍某一当事方履行合同义务但使履行这些义务比原来订立义务时预计得要繁重得多，可允许修

订项目协议条款。在有些法律制度中，修订协议条款的可能性一般在所有政府合同中默示，或在有关立法中明确规定。

127. 特许公司投资的财务和经济考虑因素是根据基于谈判时的情况所作的假设及当事各方对项目使用期限内这些情况如何发展的合理预期议定的。投标人在拟订财务投标书时通常将考虑到经济和财政参数的预测，有时甚至包括一定幅度的风险（见第三章“特许公司的选定”，第 68 段）。但是，可能会发生当事各方在谈判项目协议时未能合理预见到的某些事件，当初如考虑到这种事件的话，会造成另行安排风险分配和另行考虑特许公司的投资。鉴于基础设施项目的持续期较长，应当制订机制来处理这种事件的财务和经济影响。一些国家采用修订规则，并发现它们有助于当事各方找到公平的解决办法，确保基础设施项目持续的经济和财政维持能力，从而避免发生特许公司难以履约的情况。不过，修订规则也可能有不利之处，尤其是从政府的角度来看。

128. 如同一般性立法变化一样，经济状况条件的变化是大多数商业组织承受的风险，而不求助于政府可能保护它们免受这些变化的经济和财务影响的一般担保。订约当局由于经济条件的变化而赔偿特许公司的无限制义务可能导致把原来由特许公司分担的大部分商业风险转嫁给公共部门，这是一种没有限度的财政责任。而且，应当指出，建议的费率水平和风险分担的要素是挑选特许公司的重要因素，即使不是决定性因素。过份宽容地允许重新谈判项目可能导致在筛选程序期间提出低得不现实的标书，因为指望一旦被授予项目即可提高费率。因此，订约当局可能希望合理限制关于在经济条件变化后允许修订项目协议的法律条款或合同条款。

129. 最好在项目协议中规定，有理由修订项目协议的情况变化必须是特许公司无法控制的，并且在谈判项目协议时不能合理预期特许公司将其考虑进去或者避免或克服其后果。例如，不可能预期持有独家经营特许权的收费公路经营者考虑到非订约当局的实体随后开设一条可替代的不收费公路而造成交通量减少并为此承担其风险。然而，通常预期特许公司会考虑到在项目使用寿命期间劳动力成本合理增长的可能性。因此，在正常情况下，结果证明工资比预期高并不能成为修订项目协议的充分理由。

130. 最好还在项目协议中规定，只有经济和财政条件确实发生变化达到与项目总成本或特许公司收益的某一最小比值时才能要求修订项目协议。这样一条规则也许可以避免因为小的变化就进行繁琐的调整谈判，而等到此种变化积累到成为一个较大数字。在有些国家，有规定对项目协议进行定期修订的累积数量上限的规则。这些规则的目的在于避免滥用变化机制作为实现与原来项目协议中所考虑的机制无关的财政总体平衡的手段。不过，从特许公司和放款人的角度来看，此类限制可能意味例如万一发生特别急剧的环境变化造成的成本大幅提高而承受相当大的风险。因此，需要既认真考虑采用一种上限的可取性，又认真考虑这种上限的适当数额。

5. 免责规定

131. 在基础设施项目的使用寿命期间，可能发生妨碍一当事方履行其合同义务的事件。引起妨碍履行义务的事件一般超出任一当事方的控制范围，例如自然灾害，或者是人类行为的结果，如战争、暴乱或恐怖分子袭击。许多法律制度公认，由于发生某类事件而不能履行合同义务的当事方可免除对任何这种未能履约的后果的责任。

(a) 免责障碍事件的定义

132. 免责障碍事件一般包括当事方无法加以控制，造成该当事方无法履行其义务，该当事方即使给予应有的注意也不能克服的事件。通常的例子包括下列事件：自然灾害（例如龙卷风、水灾、旱灾、地震、暴风雨、火灾、闪电）；战争（不管是否宣战）或其他军事行动，包括暴乱和内乱；设施出故障或对设施的蓄意破坏、恐怖行动、犯罪分子的毁坏或威胁采取这种行动；放射性或化学污染或电离辐射；不可预见和抵制的包括地质条件在内的自然力的影响；和非常重大的罢工行动。

133. 一些法律只笼统地提及免责障碍事件，而另一些法律载有使当事方免除履行项目协议义务的各种情况清单。后一种方法可能旨在确保前后一致地对待根据有关立法开发的所有项目的问题，从而避免一个特许公司获得比其他项目协议规定的更有利的风险分配。然而，重要的是要考虑在法律或条例规定中列出一个在所有情况下应被认为免责障碍的事件清单可能会有不利之处。一种危险是该清单可能不完整，遗漏重要的障碍事件。另外，某些自然灾害，如暴风雨、龙卷风和水灾在项目现场一年中某一时间可能属正常情况。因此，这些自然灾害可能是在该地区开展业务的任何公共服务提供者应承担的风险。

134. 需要认真考虑的另一个方面是非订约当局的公共当局的某些行为是否可能构成免责障碍事件和在多大程度上构成免责障碍事件。可能要求特许公司获得履行某些义务的许可证或其他官方批准书。因此，项目协议也许得规定如果因为特许公司本身不能达到签发许可证或批准书的有关标准而拒发许可证或批准书，或者发给了但随后又收回了，特许公司不能把这种拒绝作为免责障碍事件来依赖。不过，如果由于无关或不适当的动机而拒发或收回许可证，则规定特许公司可以把这种拒绝作为免责障碍事件是公平的。另一种可能的障碍事件可以是非订约当局的一个公共当局或政府机关，例如由于要求中断项目或对其进行大的修改（这大大影响原来的设计）的政府计划和政策变化，导致中断项目。在这种情况下，重要的是考虑订约当局和导致这种障碍事件的公共当局间的体制关系，以及它们相互独立的程度。归类为免责障碍事件的事件在有些情况下可能相当于订约当局完全违反项目协议，视订约当局是否能够合理地控制或影响另一个公共当局的行为而定。

(b) 对当事各方的后果

135. 在施工阶段，发生免责障碍通常应当延长时间以便使设施完工。在这方面，必须考虑任何这种延长对于整个项目期限的影响，特别是总的特许期限将施工阶段也计算进去时更是如此。设施延迟完工会减少经营期限，可能对特许公司和放款人的全部收益估计数产生不利影响。因此，最好考虑在什么情况下理应延长特许期，以便考虑施工阶段可能发生的延期。最后，最好规定如果所述事件具有持久性质，当事各方可以选择终止项目协议（另见第五章，“项目的期限、展延和终止”，—）。

136. 另一个重要问题是特许公司是否有权因为发生免责障碍事件导致收益损失或财产损害而得到赔偿。项目协议中规定的风险分配对这一问题作出了回答。除非政府提供某种形式的直接支助，私人融资基础设施项目一般由特许公司自负风险，包括自然灾害和其他免责障碍事件导致的亏损风险，因此，常常要求特许公司针对这些事件购买适当的保险类别（见第 57-58 段）。为此，一些法律明确规定在发生免责障碍事件造成亏损或损坏时排除对特许公司任何形式的赔偿。不过，这不一定由此就认为，被定为免责障碍事件的事件不可以同时成为修订项目协议的理由，以便恢复其经济和财政平衡（另见第 126-130 段）。

137. 不过，有时对涉及建设由订约当局永久拥有的设施或在项目期结束时要求移交给

订约当局的设施设想一种不同的风险分担。在有些国家，订约当局有权作出安排，帮助特许公司修理或重建由自然灾害或项目协议中定义的类似事件损坏的基础设施设施，前提是在招标书中已预期给予这种帮助的可能性。有时订约当局有权同意在中断超过某一天数而达到最大时间限制的情况下向特许公司支付赔偿，如果此种中断不是由特许公司负责的事件造成的话。

138. 如果特许公司由于任何这种障碍事件而不能履约，及当事各方又不能达成对合同的可接受的修订，有些国家法律授权特许公司终止项目协议，而不损害在这些情况下可能应付的赔偿（见第五章，“项目的期限、展延和终止”，—）。

139. 还需要根据适用于提供有关服务的其他规则考虑关于免责障碍事件的法律和合同条款。某些法律制度中的法律要求尽管发生定义为障碍事件的情况，公共服务提供者仍要为继续提供服务作出一切努力（见第 86 和 87 段）。在这些情况下，最好考虑可在多大程度上由特许公司合理地承担这种义务，应对它面临的额外费用和困难支付多少赔偿。

6. 违约事件和补救方法

140. 一般来说，当事各方可就处理违约直至终止协议的后果议定多种补救方法。以下段落讨论关于违约事件和当事方采取的补救方法的一般性考虑（第 141 和 142 段）。这些段落进一步考虑旨在纠正违约原因并保持项目连续性的某些类别的补救方法，特别是订约当局进行干预（见第 143－146 段）或替换特许公司（见第 147－150 段）的立法问题。终止项目协议的最终补救方法及由终止产生的后果在《指南》中别的地方讨论（见第五章，“项目的期限、展延和终止”，—）。

(a) 关于不履约和补救方法的一般性考虑

141. 特许公司违约的补救方法一般包括建筑合同或长期服务合同中常见的方法，如没收担保金、合同规定的罚款和协议的违约赔偿金。[3] 在大多数情况下，此种补救方法一般具有合同性质，不引起重要的立法考虑。尽管如此，似应规定适宜程序，核实不履约情况和给予纠正这种不履约的机会。在一些国家，实施合同规定的罚款要求正式检查和其他程序性步骤的调查结论，包括在较严重制裁前由高级官员对订约当局进行审查。这些程序可由区分可纠正的缺陷和不可纠正缺陷及确定相应程序和补救方法的规定来加以补充。通常最好要求给特许公司发出通知，要求它在足够期限内纠正违约情况。可能最好还需要考虑万一没有履行必要的义务，特许公司支付罚款或协议预定的违约赔偿金，并澄清在不履行次要或附属义务的情况下不得实施罚款，可根据国内法为此寻求别的补救方法。另外，在罚款或协议预定的违约赔偿金的履约监测制度之外，还可补充一种奖励办法，对特许公司按议定条件作出改进时支付一定的奖金。

142. 订约当局可以通过各种可在司法上强制执行的合同安排保护自己免受特许公司违约后果之影响，而特许公司可动用的补救方法可能受到适用法律的各种限制。重要的限制可能来自承认公共当局豁免司法诉讼和强制执行措施的法律规则。视对特许公司承担义务的订约当局或其他公共当局的法律性质而定，前者可能无法采取强制执行措施来保证这些公共实体订立的义务得以履行（见第七章，“争端的解决”，—）。这种情况使得更加需要规定保护特许公司免受订约当局违约后果影响的机制，例如针对具体违约事件的政府担保或由第三方如多边贷款机构提供担保等方式（见第二章，“项目风险和政府支助”，第 61－71 段）。

(b) 订约当局的介入权利

143. 一些国内法明文准许订约当局暂时接管设施的运营，通常是在特许公司不履约的情况下，特别是订约当局有确保在任何时候都有效提供有关服务的法定义务时。在有些法律制度中，这一特权被认为是大多数政府合同中所固有的，即使在立法或在项目协议中没有明文提到也可以推定这一特权存在。

144. 应当指出，订约当局的干预权利，即“介入权利”，是一项极端措施。私人投资者可能担心订约当局会使用或威胁使用这一权利，以便就提供服务的方式强加自己的愿望，甚至控制项目资产。因此，最好尽可能明确界定可以行使介入权利的情况。限制订约当局只在特许公司的服务严重中断时而不是仅仅在对特许公司履约情况不满意时进行干预的权利也是重要的。似宜在法律中澄清，订约当局干预项目是暂时的，目的在于纠正特许公司未能纠正的某种紧急问题。一旦紧急情况得以纠正，特许公司应即恢复提供服务的责任。

145. 订约当局介入的能力可能受到限制，因为它难以立即确定和雇用一名分包商进行订约当局想介入的行动。另外，频繁干预有可能使在项目协议中已转移给特许公司的风险返还订约当局。特许公司不应依赖订约当局介入处理按项目协议应由它自己处理的特定风险。

146. 最好在项目协议中澄清哪一方承担订约当局干预的费用。在大多数情况下，如果干预是由特许公司自己的失职引起的不履约引起的，特许公司应承担订约当局的费用。在有些情况下，为了避免有关赔偿责任和适当费用水平的争端，协议可以授权订约当局采取措施自己纠正问题，然后向特许公司收取此种纠正的实际费用（包括自己的行政费用）。不过，如果这种干预是在发生免责障碍事件之后发生（见第 131－139 段），当事各方可以视项目协议如何分担特殊风险的情况议定不同的解决办法。

(c) 放款人的介入权利和特许权的强制转移

147. 在项目使用寿命期间，可能出现这样的情况，即由于特许公司的违约或发生特许公司无法控制的非常事件，若把项目交由另一个特许公司负责继续进行下去而避免终止项目，可能符合当事各方的利益（见第五章，“项目的期限、展延和终止”，—）。放款人的主要担保是项目产生的收益，他们特别关注偿还贷款之前项目中断或终止的风险。如果发生影响特许公司的违约或妨碍事件，放款人将有兴趣确保不使工程半途而废，及特许权项目的运营能够盈利。订约当局可能也对项目让一家新的特许公司进行感兴趣，作为必须接管项目和自己负责继续下去的一种替代办法。

148. 最近几个大型基础设施项目的协议列入了征得订约当局的同意允许放款人选定一家新的特许公司履行现有的项目协议的条款。这类条款一般由订约当局和给特许公司提供资金的放款人之间订立的一项直接协议加以补充。这种直接协议的主要目的是当特许公司违约时，允许放款人让另一家特许公司接替违约的特许公司继续履行项目协议，而避免订约当局终止项目协议。与订约当局的干预权利不同（这种权利涉及特定的、暂时的和紧急的不提供服务），放款人的介入权利所针对的是特许公司一再不提供服务或可合理视为不可补救的情况。根据最近已采用此种直接协议的国家的经验，人们发现，阻止终止协议和提供替代特许公司的可能性给了放款人免受特许公司违约影响的又一项担保。与此同时，订约当局也得到机会避免终止项目协议而引起的中断，从而保持继续提供服务。

149. 不过，在某些国家，在没有立法授权的情况下实施这些条款可能面临着困难。特许公司不能履行其义务通常是订约当局接管设施的运营或终止协议的一个理由（见第五章，“项目的期限、展延和终止”，—）。为了选定一家新的特许公司来代替违约的特许公司，订约当局常常需要遵守原先挑选特许公司时的相同程序，订约当局也许不可能只同放款人磋商就雇用一家没有按照这些程序挑选的新的特许公司。另一方面，即使订约当局有权在紧急条件下与一家新的特许公司进行谈判，也可能需要与新的特许公司达成新的项目协议，它能否承担前任特许公司的义务，可能有一定的限制。

150. 因此，似应在法律中承认订约当局与放款人达成协议的权利，规定当特许公司程度严重地没有根据项目协议的要求提供服务时，或者在发生可能有理由终止项目协议的其他明确规定的事件后，经订约当局同意，可指定新的特许公司履行现有的项目协议。订约当局和放款人之间的协议，除其他之外，应当具体说明以下各点：在何种情况下准许放款人寻找新的特许公司接替；以另一特许公司代替的程序；订约当局可拒绝拟议的替代公司的理由；以及放款人按照项目协议规定的相同标准和相同条件维持服务的义务。

注

[1] 关于综合工厂建筑合同中采用的方法和可能的解决办法的讨论，见《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》（联合国出版物，出售品编号：C.87.V.10），第二十三章，“变动条款”。

[2] 合同保证书统一规则的案文转载于 A/CN.9/459/Add.1 号文件。

[3] 关于综合工厂建筑合同中采用的补救方法的讨论，见“贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南”，第十八章，“迟延、缺陷和其他不履约”。