



ADB

International Workshop Report

Project Number: 48007-001

中華人民共和國：
TA 8717: 国际研讨会：
基础设施和公用事业特许经营立法

2015年06月9日
北京

Asian Development Bank

Table of Contents

Session 1: Introduction to Concession Legislation Work of PRC

议题一：介绍中国基础设施和公用事业特许经营立法

1. Promotion of the Legislation on Infrastructure and Public Utilities Concession Briefing— Zhao Chengfeng ----- 1
推进基础设施和公用事业特许经营立法基本情况介绍— 赵成峰

Session 2: Overview of British and International Experience

议题二：介绍英国相关制度建设及实践经验

2. A Holistic approach to Law, Policy and Regulation— Karineh Gregorian----- 8
律、政法策与法规的统筹兼顾方式— Karineh Gregorian

Session 3: Overview of British and International Experience

议题三：介绍法国相关制度建设及实践经验

3. The French Concession and Laws: Experience. Key Lessons and common issues with PRC— Bruno de Cazalet ----- 19
法国特许经营和PPP法经验以及中国常见问题的重要教训— Bruno de Cazalet

Session 4 and 5: International Experience (Introduction)

议题四和五：介绍国际相关制度建设及实践经验（第一部分）

4. Law International Stock- Take— Philip Kelly----- 35
法律的国际盘点— 菲利普凯利
5. Concession Law for Infrastructure and Public Services— Christopher Clement-Davies--- 43
基础设施和公用事业特许法— 克里斯托弗·克莱门特·戴维斯
6. Legal Frameworks for PPP Projects— Cristina Paul----- 52
公私合作（PPP）项目的法律框架— Cristina Paul
7. Concession Law for Infrastructure: Are there lessons from common law countries— Michael Schur and Alex Sundakov ----- 59
基础设施项目特许经营法：英美法系国家是否有可借鉴的经验？— 舒尔与亚历克斯和桑德科夫

Session 6: Implications for the Concession Legislation of PRC 议题六：中国特许经营立法专题研讨

- 8. Propel Concession, Promote Public Utilities Management Efficiency— Jin Yongxiang--- 64
推进特许经营提升公用事业管理效率— 金永祥
- 9. On the Government as One Party to PPP Agreement— Yu An----- 67
特许经营协议中政府当事人的地位问题— 于安
- 10. Promote Infrastructure and Utilities Concession Respectively— Li Kaimeng----- 73
分类推进基础设施和公用事业特许经营— 李开孟

| | |
|-------------------------------|----|
| Appendix: Agenda ----- | 79 |
| 附錄：议程 ----- | 79 |

Summary

This report summarizes the presentations of the Legislation on Infrastructure and Utilities Concessions workshop held in Beijing on 9 June 2015. The workshop was organized by Department of National Development and Reform Commission (NDRC), PRC and the Asian Development Bank (ADB).

More than 80 participants attended the workshop from central governments, the financial and consulting sectors, academia, and development partner institutions. The workshop focused on concession legislation work of PRC, British and French experiences, and international practices and experience on legislation on infrastructure and utilities concession.

推进基础设施和公用事业特许经营立法 基本情况介绍

国家发展改革委法规司

赵成峰

2015年6月9日

目录页

一

立法背景（必要性）

二

《办法》总体思路和主要亮点

三

下一步立法工作考虑

立法背景

- » 从1984年深圳沙角B电厂项目实行特许经营至今，我国开展特许经营已超过30年。
- » 30年来，国务院有关部门和有关省市先后制定了60余件地方性法规、规章或规范性文件。
- » 各地方推出了大量基础设施和公用事业特许经营项目。

立法背景

三方面问题

1

制度规范不统一

2

保障机制不健全

3

部门合作不协同

第89次国务院常务会议审议通过

- » 重要的改革和制度创新，给社会资本吃“定心丸”
- » 有利于撬动社会投资，增加公共产品和服务供给
- » 与“大众创业、万众创新”形成经济发展“双引擎”

总体思路

一个立足：立足我国实践（借鉴国际经验）

两个坚持：坚持问题导向、坚持改革创新

四项原则：体现立法基本政策导向

《办法》四项基本原则

则



(一)

发挥社会资本优势，提高公共服务质量效率



(二)

转变政府职能，强化政府和社会资本协商合作



(三)

保护社会资本合法权益，保证特许经营持续性和稳定性



(四)

兼顾经营性和公益性平衡，维护公共利益

《办法》主要亮点

四大亮点

突出权益保护

稳定特许经营预期

突出政策支持

鼓励社会资本投资

突出高效便捷

提高特许经营效率

突出利益平衡

兼顾经营性与公益性

突出权益保护

- 一、投资者保障
- 二、强化政府履约
 - » 强调双方协商合作
 - » 严格政府履约
 - » 明确政府违约责任

突出政策支持

- 一是强化融资服务创新。
- 二是强化政府投资支持。

突出高效便捷

- 一是通过加强部门协同增进合力。
- 二是通过简化审核内容避免重复审查。
- 三是通过严格依法管控禁止新增行政审批。
- 四是通过明确政府协助义务提高效率。
- 五是通过完善机制促进争议高效解决。

突出利益平衡

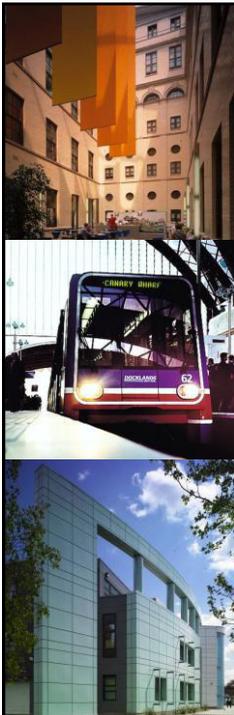
- 一是明确实施条件。
- 二是强化行政监管。
- 三是加强社会监督。
- 四是完善保障机制。

三、下一步特许经营立法工作考虑

四方面工作：

- (一) 通过立法工作机制，加强部门协调
- (二) 总结《办法》贯彻情况，针对性做出制度安排。
- (三) 委托专家研究，组织开展调研，广泛听取意见。
- (四) 继续学习和借鉴国际经验，并结合中国国情转化。

谢 谢 ！



英国基础设施局

法律、政策与法规的统筹兼顾方式

Karineh Grigorian

2015年6月



英国基础设施局

议程

- 整体视角—英国的监管体系
- 为何制定一项法律？
- 监管金字塔
- 法律/政策/指导方针/合同的统筹兼顾方式
- 什么行得通——什么行不通



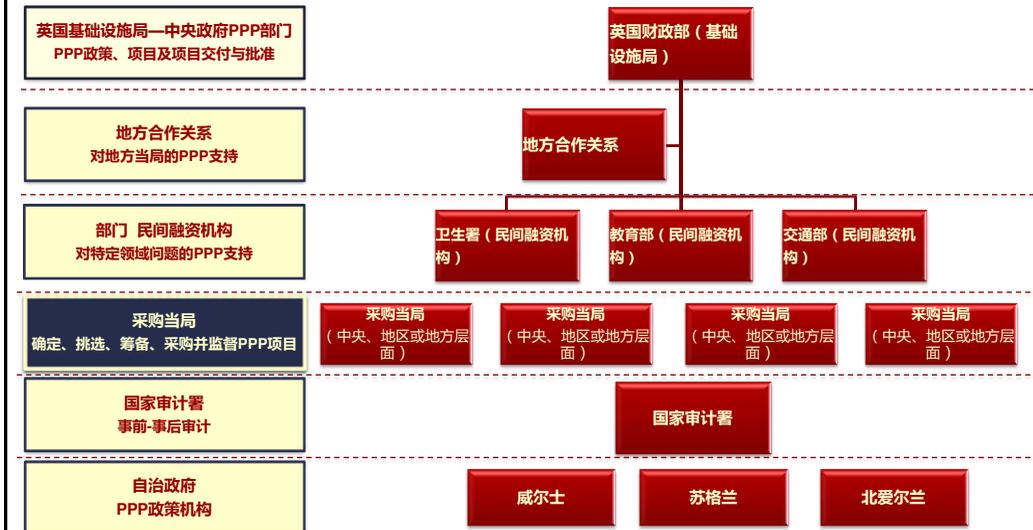
英国基础设施局

英国的PPP监管体系



英国基础设施局 K

英国的PPP/PFI制度框架





英国基础设施局

为何制定一项法律？

- 制定该法的主要目标为：
 - 赋权
 - 监管
 - 提供立法确定性
- 大陆法系国家/英美法系国家
 - 不同的传统
 - 英国没有PPP法律！不需要这样的法律
 - 政府部门已经有权签订PPP合同
- 英国的方式：合同决定一切！
 - 在英国，你不需要了解相关法律以便理解合同。所有事项均写入合同
 - 干涉合同，后果自负（破坏市场信心）
- 大陆法系国家
 - 政府机关需要获得法律授权
 - 合同与法律你必须都要了解



英国基础设施局

PPP法律起草过程中的常见错误？

- 一些国家在PPP法律中的规定太过狭隘
 - 法律成为一种束缚，而且很难更改
 - 很快它便会过时
 - 一些国家在起草PPP法律时以一种模式为基础（例如特许经营）
 - 结果发现它不符合现实情况
- 一些国家制定的PPP法律太过详细
 - 这反而会产生法律上的不确定性——律师的可乘之机
 - “少即是多”
- 一些国家经常还未充分考虑整体政策和方式便发布PPP法律



英国基础设施局

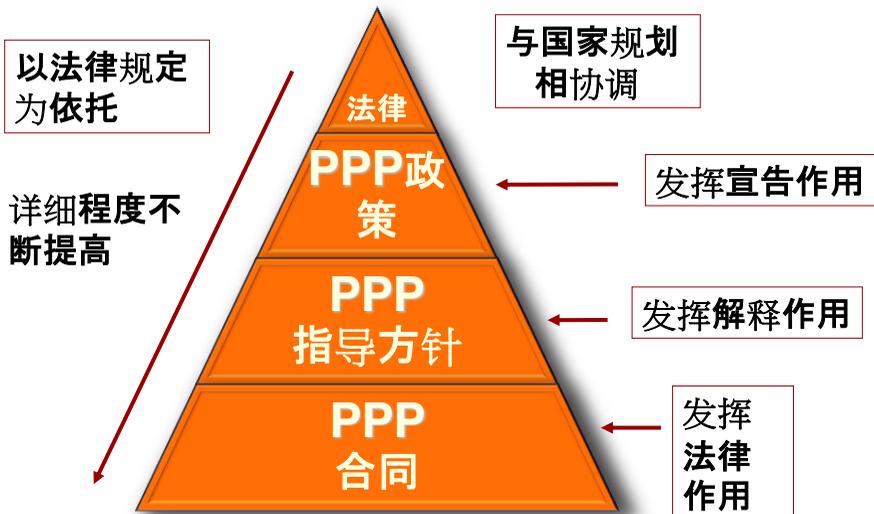
我们需要的是.....

- 一种统筹兼顾的问题处理方式
- 监管金字塔



英国基础设施局

监管金字塔——统筹兼顾的方式





英国基础设施局

金字塔:PPP法律都包括什么:

- 立法规定应宽泛,并赋予相关部门权力
 - 大陆法系和英美法系的不同方式
 - 在处于金字塔顶部的法律层面不要试图施加过多的管控
- 法律、法规或法令
 - 哪个更好?
 - 如果还没准备好制定一项法律,那就先出台一些约束力较弱的规定(主席令等)
 - 法律是长期施行的(很难改变),但它同时宣告了国家意图(对于国际市场有用)
- 阐明其与现行法律的关系
 - 哪项法律优先适用?如有矛盾之处,其他法律无效(例如建设-运营-转让(BOT)法律)
 - 与采购法、银行法等法律之间的关系
- 进行国家管控/设置限制条件(但非微观管理)



英国基础设施局

金字塔:PPP法律都包括什么:

- 介绍PPP的整体概念
 - 但几乎无法对其定义(提供一份“说明表”)
- 明确谁可以参与PPP项目
- 现行法律是否允许提供“银行安全”利益
- 现行法律是否允许政府部门出资/提供金融支持
- 如何解决争议
 - 法律是否规定了强制性补救措施
 - 司法是否独立
 - 是否允许海外仲裁



英国基础设施局

金字塔:PPP政策都包括什么(英国)

- 商业案例研究方法
- 投标评估标准
- 投标谈判管理
- 合同期限
- 合同付款方法
- 最适合采用PPP模式的项目类型
- 适合与不合适PPP模式的服务类型

- 用户支付/政府支付模型
- 赋税



英国基础设施局

金字塔:PPP政策都包括什么(英国)续

- 再融资
- 股权与转让条款
- 合同到期时的补偿方法
- 透明度/信息

在大陆法系国家,上述方面(在英国作为政策规定)有一些是作为法律规定的,但要谨防作为法律规定约束力太强。英国可以在24小时之内更改自己的政策(而变更法律可能需要一年)。

政策的一个重要部分就是“何时利用、何时不利用”民间融资

。



民间融资在以下情况中可能行不通

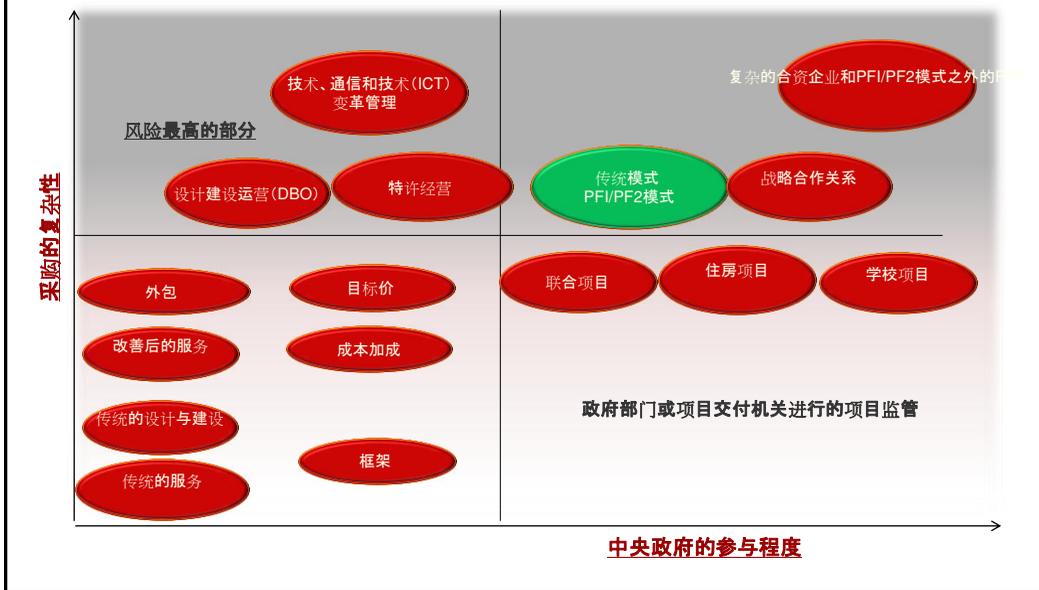
-  项目需要难以确定的较长期限
-  政治不确定性
-  技术快速变革
-  无固定成本定价



哪些内容不在英国典型的民间融资合同范围之内？

- 政策不稳定的项目
- 无需稳定的较长期限的项目
- 无明确服务产出的项目
- 合资企业
- 私营化
- 短期项目
- 技术快速变革(IT)的项目
- 仅提供设备的项目
- 仅提供服务的项目
- 非常复杂的项目/小型项目

PF2只是众多模式中的一种。英国采购模式的案例范围



英国基础设施局

金字塔: 指导方针都包括什么(英国)

- 在英国, 我们的指导方针对我们的政策与合同进行进一步阐释(例如阐释在合同起草中的假设)
- 假设都包括什么?
 - 由中央政府还是地方政府签订合同
 - 是特许经营还是以可实施性为基础的合同
 - 投标人提供土地还是政府提供土地
 - 企业融资还是项目融资
- 融资假设
 - 可实施项目的资金流
 - 可行性缺口补助
 - 政府担保
 - 或有负债



英国基础设施局

金字塔：合同都包括什么

进一步详细阐述相关政策以及特定领域的问题等，如

- 法律保护的变化
- 条款
- 担保
- 违约
- 补偿
- 赔偿
- 信息提供
- 保密性
- 项目特殊事项

合同必须反映相关政策、指导方针和法律



英国基础设施局

如何就合同达成一致

以指导方针开始——逐步转向强制性合同起草

磋商

- 为达成一致
- 合同包括什么、不包括什么
- 政府与社会资本方

明确利益相关者

核心条款/非核心条款

- 遵从
- 克减制度

标准化合同还是标准化起草？

谈判？

- 更新



英国基础设施局

为什么要有标准化合同条款？

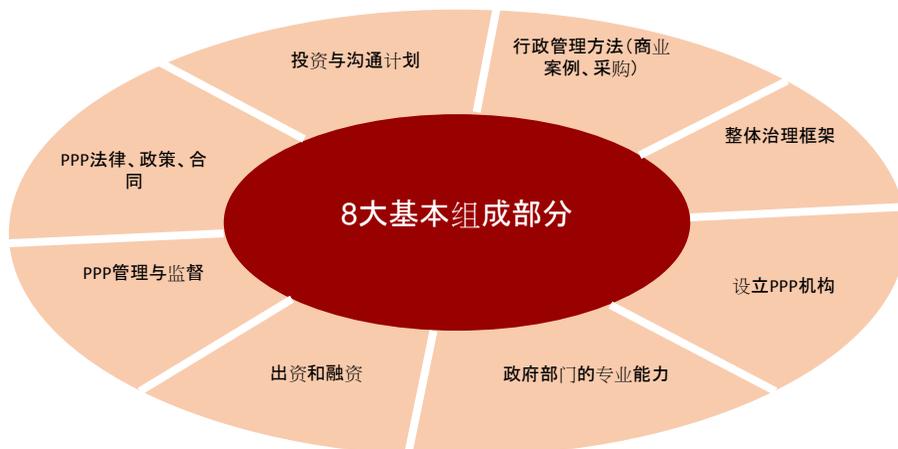
- 获得市场空头买入, 提振信心
- 逐步实行政策
- 达成一致性
- 优化风险转移的平衡
- 提高合同质量
- 减少谈判时间/成本
- 减少采购时间
- 采用国际标准以吸引国际投资

需要一个强大的赞助方和监管平台



英国基础设施局

开发一个成功的PPP项目所必需的八大基本组成部分





英国基础设施局

总结

- 各国国情不同，法律与监管环境也存在差异
- 因此，没有一种“适用于所有国家”的PPP法律
- 不过，通过采取一种统筹兼顾的方式（并利用“金字塔”），相关国家可以避免在PPP立法的初期起草阶段会遇到的困难
- 但是，仅有立法还不够通过全面落实八大基本组成部分（作为立法的辅助），相关国家就能够开发成功的PPP项目



英国基础设施局

网站

英国基础设施局出版物

英国基础设施局网站：

<https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-uk>

英国财政部/基础设施局民间融资2(PF2)政策文件：

<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-2-pf2>

英国财政部/基础设施局政府和社会资本合作的新方式：对政府部门以股权方式参与PF2项目的条款进行磋商：

<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>

英国财政部/基础设施局PF2标准化合同起草

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF

英国财政部/基础设施局(国家基础设施规划)：

<https://www.gov.uk/government/collections/national-infrastructure-plan>

英国财政部/基础设施局(项目数据)：

<https://www.gov.uk/government/publications/pfi-projects-data-march-2013>

英国财政部/基础设施局(政府建设资金渠道)：

<https://www.gov.uk/government/publications/government-construction-pipeline>

英国财政部/基础设施局(英国担保计划重要文件)：

<https://www.gov.uk/government/news/government-uses-fiscal-credibility-to-unveil-new-infrastructure-investment-and-exports-plan>

<https://www.gov.uk/government/publications/uk-guarantees-scheme-key-documents>

英国财政部/基础设施局(成本审核)：

<https://www.gov.uk/government/publications/infrastructure-cost-review-annual-report-2012-to-2013>

英国财政部/基础设施局(成本审核&基础设施采购路线图档案)：

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130410173120/http://hm-treasury.gov.uk/iuk_cost_review_index.htm

International Consultation Workshop

研讨会

9 June 2015

2015年6月9日

Beijing

北京

法国特许经营和PPP法经验以及中国常见问题的重
要教训

作者: Bruno de Cazalet

商业顾问委员会成员

联合国欧洲经济委员会PPP国际卓越中心

ADB



法国特许经营和PPP法经验
以及与中国常见问题有关的重要教训。

总结和简介

- I-历史背景: 法国特许经营与PPP双重体系
- II-中国境内特许经营与PPP双重体系的相关性
- III-法国与中国之间的常见PPP法律问题

- 我将在本文当中为大家展示双重管理体系为何以及如何适用于法国这样的国家。
- 我将尽力借助真实的法国经验证明双重系统可能与中国相关的原因。
- 我已经确定了常见的PPP问题, 以及中国和法国PPP法律框架当中存在的常见缺口/薄弱环节, 并将为大家展示我们在法国处理此类问题的方法。

ADB

法国特许经营和PPP法经验 以及与中国常见问题有关的重要教训。

总结和简介

- I-历史背景：法国特许经营与PPP双重体系
- II-中国境内特许经营与PPP双重体系的相关性
- III-法国与中国之间的常见PPP法律问题

- 我将在本文当中为大家展示双重管理体系为何以及如何适用于法国这样的国家。
- 我将尽力借助真实的法国经验证明双重系统可能与中国相关的原因。
- 我已经确定了常见的PPP问题，以及中国和法国PPP法律框架当中存在的常见缺口/薄弱环节，并将为大家展示我们在法国处理此类问题的方法。

ADB

I-历史背景： 法国特许经营与PPP双重体系

特许经营的传统民法概念

- 几个世纪以来，特许经营在欧洲大陆和大陆法系国家较为常见，尤其是在法国。
(传统上，特许经营是公共部门与私营部门之间在公共服务管理和基础设施建设授权方面建立合作伙伴关系所采用的一种合同方法)。
- 奇怪的是，像法国这样的大陆法系国家并未设定**特许经营普通法**，而特许经营主要由国家顾问判例法监管。
(近期颁布了几项处理特许权受让人选择或特许经营融资证券规定程序性规则的管理条例，但均非普通特许经营法或建设-经营-转让法。)

ADB

I-历史背景(2): 法国特许经营与PPP双重体系

过去20年中，在普通法影响下特许经营以及公私合作关系法律概念的发展演化

- 普通法已经重新审视了特许经营概念，过去20年间从业者将其转变为一种现代化项目融资工具。
- 特许经营概念已被普通法系国家所采用，作为项目融资PPP契约结构当中的主体。
- “特许经营”和“特许权受让人”已经变为英语中的常见术语。

ADB

I-历史背景(3): 法国特许经营与PPP双重体系

英国私人融资计划政策

- 继英伦海峡海底隧道项目之后，
- 英国于1992年正式启动私人融资计划（PFI）政策。
- 这项政策涉及到各种类型的基础设施私人融资活动：
 - 利用不同的首字母缩写（例如，BOT、BOO、ROT、DBFO等），反映不同范畴、所有权和转让方式
 - 适于获得/未获得公共服务管理授权的
 - “未开发”和“再开发”项目，
 - 其中资金来自用户或（部分/全部）来自政府。
- PFI已经在一些普通法系国家（澳大利亚、爱尔兰）广为传播，并且
- 也对大陆法系国家产生了影响。

ADB

I-历史背景(4): 法国特许经营与PPP双重体系

面向合伙合同发展的措施步骤

- **法国显然**对英国的PFI政策**感兴趣**，该政策超越了由用户为基础设施融资注资的传统特许经营模式，
- 原则上来说，如果缺少特定的赋权法例，**法国行政法禁止将国家延期付款**用于市政工程或服务采购。
- 自**2002年**以来，随着允许特定行业领域内基础设施和公共服务私筹资金参与的行业规章制度陆续颁布，法国的公私合作关系已经有了显著复兴，例如**国家安全、司法和医疗保健**。
- **2004年**，法国政府条例启动了一项名为“**合伙合同**”（*Contrat de Partenariat*）的综合性协定，适用于国家和地方层面公共干预的所有部门。

ADB

I-历史背景(5): 法国特许经营与PPP双重体系

合伙合同

- 在法国，法律术语“**合伙合同**”仅用于公共基础设施以及设施检修当中的私人投资领域，
 - 并不提供公共服务，同时
 - 所需资金仅来自国家，而非用户。
- 《合伙合同法》的**颁布过程十分艰难**（建筑师针对全球合同持有反对意见，触及公共财富或公共服务的政治敏感性问题的，以及使用限制的合理证明等）
- 因此，合伙合同只适用于**特殊情况**，并且必须满足以下三种情况之一：
 - 有效紧迫性，
 - 实际复杂度或
 - 被证明是最佳公共采购解决方案。
- 2008年法律出台后，上述限制要求得以略微放松；同时，与前两项有关方面的限制即将被废除。

ADB

I-历史背景(6):
法国特许经营与PPP双重体系

法国双重体系

- 目前，法国至少存在两种不同的PPP法律框架：
 - 传统特许经营项目，施工建设公共服务和/或设施和公共服务使用（包括BOT类项目）和公共服务交付管理的一种授权形式，由用户注资，和
 - 合伙合同，不将公共服务（保持在公共方活动范围以内）外包给其他方，但在合同有效期间，始终为设施提供服务，其中资金单独由公共方提供。

ADB

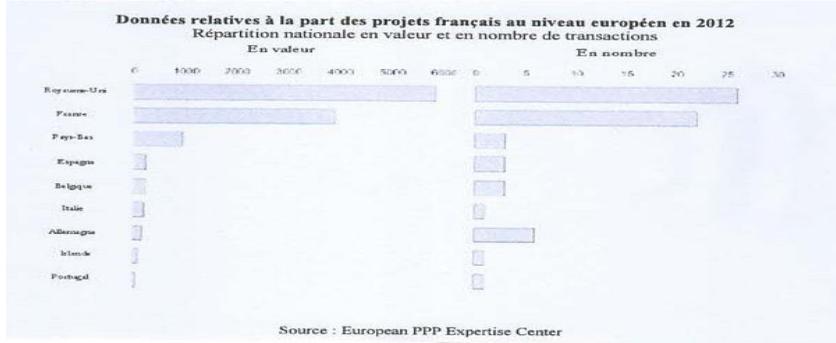
I-历史背景(7):
法国特许经营与PPP双重体系

法国双重体系结果

- 在过去10年当中，法国已经通过推进合伙合同的发展以及建立促进PPP（MAPPP）的全新行政结构等方式，彰显出良好结果。
- 在统计学上，法国目前是欧洲大陆中最重要的PPP国家，尽管自2012年以来，针对PPP项目方面存在部分政治抵抗问题，而这种抵抗活动在地方层面尤为成功。

ADB

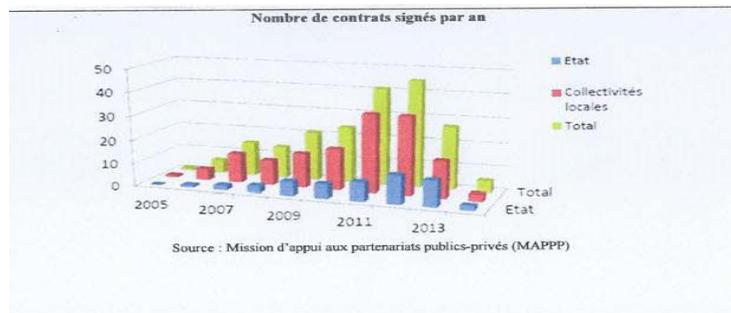
欧洲PPP统计数据（价值与%数量）



资料来源：欧洲PPP专业中心

ADB

合伙合同数量统计 在法国签署（国家/地方）



ADB

I-历史背景(8): 特许经营与PPP双重体系在全球范围内获得的成功

法国双重体系

- PPP合伙合同法已在法国传统法律范围内得到发展, 在该法律框架内采用了适于特许经营与合伙合同的相似双重立法。(象牙海岸、布基纳法索、塞内加尔、突尼斯、摩洛哥等)
- 与此同时, 很多其他国家也已经颁布了特殊PPP法或在其PPP法当中纳入PPP合伙类型(巴西、保加利亚、罗马尼亚、塞尔维亚、蒙古等)。
- 近年来, 泰国颁布了“国家事业私人投资法B.E. 2556”(2013年), 菲律宾修订了BOT法R.A 7718, 除BOT以外, 还将与合伙合同对应的各类合同纳入到法律体系当中。

ADB

II-中国境内 许经营与PPP双重体系的相关性(1)

中国PPP的合格形式

- 在试点项目(Labin B发电厂和Ghengdu水处理厂)初期阶段, 中国合法可用的PPP形式仅限于1990年颁布的最初通知当中的BOT部分, 自此, 逐步拓展逐渐显现。
- 当前存在的地方法规仅包含BOT、BOO和TOT, 例如北京2006年监管条例(第4条)和2015年最新颁布的“关于基础设施和公共设施方面的措施”(第5条)。
- 中国现行PPP法律框架当中并未明确提及有关所有权和转让可能引发其他变化的内容。
- 像法国一样, 中国在设施完工之时, 强制要求进行所有权转让, 但不包括并未破坏协议且无所有权转让的PPP的BOO形式。

ADB

II-中国境内 特许经营与PPP双重体系的相关性(2)

PPP范畴

- 2004年以前，法国多数PPP已经存在于国家基础设施商业部门当中，例如交通运输、水利和能源，但并未触及社会部门的非商业性活动领域。
- 中国多数PPP活动仍然局限在经济部门范围当中，尚未覆盖社会部门（除特殊情况以外）。
- 社会福利住房、学校、医院等社会需求领域正在发展中，这也是近年来PPP全球范围内发展的主要部分。
- 中国2015年措施方案第2条内容并未明确覆盖此PPP领域，仅提及差距补贴需求（第35条）（政府不会全部支付固定租金）。

ADB

II-中国境内 特许经营与PPP双重体系的相关性(3)

扩大PPP范畴的方法

- 为了满足PPP范畴扩大的目标（如果是政府目标之一），建议采取以下两种方法之一：
 - 在未来中国国家PPP法当中，采用PPP的广泛一般定义，或
 - 采用特定合伙合同法双重系统（法国现行定位）
 - 或在PPP政府采购规范当中采用特殊方法，施行政府补偿，取消公共服务授权（法国未来定位）。

ADB

II-中国境内 特许经营与PPP双重体系的相关性(4)

扩大PPP范畴的方法

- 未来PPP法当中**PPP的广泛一般定义**将包括筹措私人资本用于经济和社会发展所需的**基础设施和公共服务的任何合作活动**。
- **广泛定义与注资方式和是否进行公共服务管理授权无关**,
- **不包括政府采购和施工合同EPC类型覆盖范围内的简单供应和服务合同**。

ADB

II-中国境内 特许经营与PPP双重体系的相关性(5)

单行法与两种单独法律对比：优势与劣势

- **PPP法大多数条款规定**（包括目标、原则、选择过程和合同主要规定）**同时适用于**特许经营和合伙合同；但两者仍然存在需要特别处理的某些细节，以便将其纳入到同一法律或两项不同文本当中。
- 根据**国际当前实践惯例**，我们注意到，不少监管规定在社会非商业部门领域纳入PPP协议的可能性发展趋势明显，同时存在一系列不同方法可供采用。
 - 对于已经具备理想特许经营或BOT法的国家而言，它们可以推举颁布**特殊合伙合同法**。（突尼斯、摩洛哥、保加利亚、象牙海岸、塞内加尔等）
 - 尚不存在PPP法的其他国家（蒙古）已经选择颁布**全球性PPP法**。
 - 但是部分目前存在特许经营或PPP法的国家更加倾向于废除现行条款，颁布**全新更加普遍的PPP法**（塞尔维亚、罗马尼亚、泰国等）或拓展现行法律的覆盖范围（菲律宾）。

ADB

II-中国境内 特许经营与PPP双重体系的相关性(6)

单行法与两种单独法律对比：法国全新发展趋势

- 法国已经选择**单独法律**，自**2002年分类法律**（国家安全、司法和医疗保健）和**2004的普通合伙法律**开始，后者更加强调政府在推动PPP向社会部门的拓展方面的决心。
- 目前，法国的**全新条例草案**正在讨论当中，如果获得通过，2004年合伙合同条例很有可能被废除，并重新将合伙合同纳入到《**政府采购条例**》当中，条例将采用合伙合同类型相同的处理方法（按照欧盟指令要求）。
- 《**欧盟2014年指令**》并未意识到特许经营和政府采购之间存在全新的合同类别，并且始终将合伙合同视为政府采购机制其中的一个组成部分。

ADB

II-中国境内 特许经营与PPP双重体系的相关性(7)

减少PPP的非法形式

- 在中国，诸如**许可证、管理服务合同或合资**的一些其他许可、合同或制度形式似乎被视为PPP，至少在中国的统计数据看来如此，但其并不受制于相同的采购招标监管或财务处理，因此被用于**中国PPP现有法律框架之外**。
- 如果该等许可、合同或制度的交易形式**符合PPP的定义**（或“北京2006规则”第4条所定义的任何PPP类型的协议），**则无论其采用什么样的名称，均应受制于PPP法律规定**，除PPP法律规定的PPP协议形式之外，任何其他形式均为非法。在法国正是如此。
- “**2015年国家法律顾问措施**”向所有相关部委或县级部门发布的指示应当有助于避免在未来绕开特许法律框架。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(1)

合伙类型协议在中国的法律效力

- 中国PPP法规**禁止政府对私营方保证投资固定回报率**（2015年措施第21条）。
- 源自于公共预算的合伙协议报酬主要基于设施或服务可用性的**固定租金**，这似乎与这项原则相违背。
- 一些现有的PPP法规也限制政府承担“**商业风险**”的权利。北京和上海规则的第17条规定了这一禁令。

“政府不得承诺承担商业风险、投资的固定回报率以及法律法规禁止的其他事项”。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(2)

合伙类型协议在法国的法律效力

- **法国面临类似的法律问题**。正如许多其他大陆法系国家一样，行政法基本原则规定不允许由后代**延期支付公共开支**。
- 然而，公共基础设施这种融资形式的**经济优势**促使法国等许多大陆法系国家重新考虑其立场，并制定合伙合同的具体授权法。
- **合伙合同已被确认具有与传统公共采购不同的性质，而不只是一种延期付款方法**。它涉及到货物和服务（设施可用性和设施服务）提供的特定新组合。
- 合伙合同下的**付款取决于该等可用性和服务绩效**，而不只是法国法律所禁止的**固定投资回报**。（如同中国2015年措施第21条）。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(3)

所有PPP的财务/会计问题

- PPP在中国目前面临的主要问题之一显然是对于任何PPP协议可能产生的负债**缺乏充分的控制措施**。
- 地方政府往往意识不到的它们承担的**或有负债或直接负债**，进而导致省级/中央财政当局无法评估可规划财政需求。
- 地方政府即使已正确理解和计算或有负债或直接负债，它们通常也**无法承担**这些负债。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(4)

特定于合伙合同的财务问题

- 由于政府或市政当局支付给设施或服务的租金将**固定于PPP合同的期限**，通常不附带任何市场调整、价格调节机制或定期审查规定，因此所有合伙合同均可能属于**危险的融资方式**。
- 合伙合同在任何情况下均会给签约当局带来**直接的财政义务**，而非一般特许经营下的或有负债（商定的资助、贷款或股权参与除外）。
- 此外，也通常产生**显式和隐式的或有负债**（上级政府担保）。
- 在**非应标建议书**或直接协商的情况下，合伙合同可能**更具危险性**，由于这类选择过程通常难以管理，所以必须特别谨慎对待。
- 因此，尤为重要是提供一个**风险/责任评估框架**，并在项目选择的初始阶段向所有有关主管部门**报告**PPP的合伙协议形式。

ADB

III——共同的法律PPP问题
法国/中国(5)

特定于合伙合同的预算问题

- 公共方及其担保人的**信用和支付能力**是发起人和贷款人的**主要付款保证**（不同于项目融资中的项目收益）。
- 长期必要的公共支出也需要**多年度预算**保证。
- 政府付款或担保的**有效性**可能还需要通过**立法**（如使财政资源与支付责任保持一致的财政法律或其他法律）作**担保**

ADB

III——共同的法律PPP问题
法国/中国(6)

需要事先评估和比较研究

- 合作协议需要考虑的最重要因素之一为是否通过事先评估报告在整个合同期间向公共部门列出一些**优势**。
- 所有潜在合伙协议项目均应与公共采购其他形式中**提供相同设施和服务的长期成本**进行比较。
- 它们应符合“**物有所值**” (VfM) 的标准，该标准包括可能需要“**参照物**”通过复杂计算得出的其他优点（延误风险、成本超支、服务质量、社会经济因素……）。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(7)

法国评估的制度框架

- 在法国，**法国PPP部门（MAPPP）**负责这种评估，并应提出合伙项目是否符合资格标准的**建议**。
- MAPPP建议应予以公布（对地方政府无约束力）。
- 该MAPPP评估的主要作用可能与其PPP推广职责相冲突。
- 除了可行性研究，特定的“**2012条例**”规定有关当局有义务执行**预算影响研究**，以确认在合同期限内法国对于合伙合同的**负担能力和财政可持续性**。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(8)

可行性研究的中国措施

- 2015年**中国措施**的第11条规定由提议部门在第三方协助下执行**该等可行性研究分析**。
- 第12条规定的可行性研究应涵盖**项目合理性和财务数据**，也包括**市场成熟度和用户需求**。
- 具体措施应由国务院财政部规定（并通过实施规则或未来PPP法律提供更多详细规定）。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(10)

国有企业对竞争干扰风险的解决方案

- 国有企业参与PPP活动是国有企业在主要公共部门中占主导地位的国家的一项要求。
- **避免严重干扰竞争的可能性：**
 - 项目公司股份资本未开放给公共股权
 - 项目公司股份资本在一定限度内开放给公共股权（埃及20%）
 - 禁止政府将PPP授予与实施机构保持密切关系的商业实体。
- 备选方案是如果国有企业充分独立于实施机构，则将它们视为商业实体，并因此将它们作为私营方（或私营方财团的成员）予以接受，使之有资格作为候选人参与透明的选择程序或遵循IPPP程序（法国的情况）。
- 国务院2015年措施似乎在这个问题上未发表意见。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(11)

处理机构PPP（IPPP）

- 公共和私营实体之间达成的PPP项目实施的合资协议即机构PPP越来越受到欢迎：
 - 特别是在欧洲（塞尔维亚、保加利亚……），由最近的**PPP法律法规**予以调整
 - **UE委员会关于IPPP的2008年解释性通知**
 - **英国财政部PF2**（为了分享超额利润和更好地控制PPP，政府成为项目公司的少数股权投资者）。
- 避免利益冲突和公共效率低下的PF2办法:特殊政府控股所拥有的资本，不参与日常管理和[PF2合同（股权文件包括标准股东协议和章程）的标准化](#)。

ADB

III——共同的法律PPP问题 法国/中国(12)

法国处理IPPP的新方式

- **SEMOU：唯一目的组合公司**，法国新形式的公司（2014年7月第744号法律），对应于将IPPP具体纳入独特的运营公司，由其提供包括基础设施建设在内的公共服务。
- **组合项目公司私人合伙人的竞争性选择**，当地社区参与程度在34%至85%之间。
- **管理层持有相同比例的股本。**
- **两步法：**
 - 由SEMOU的公共合伙人采用，由当地社区（多个社区）“内部”授予一个PPP项目。
 - 收购SEMOU私人股份的透明投标过程。

ADB

法律的国际盘点

律师和经济学家菲利普·J·凯利（Philip J Kelly）
2015年6月9日，北京

演示文稿的四大部分

1. PPP法律内容的国际经验
2. PPP法律的演变趋势
3. PPP法律——宏观和微观角度
4. 结束语

注：为了便于更好地理解中文译文，演示文稿的文本以注解方式呈现，而不是更具视觉吸引力的PPT格式。



国际盘点

- ▶ 联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）《私人融资基础设施项目立法指南》，2001年
- ▶ 联合国国际贸易法委员会《私人融资基础设施项目示范立法条文》，2003年
- ▶ 经合组织（OECD）《特许经营合同基本法律要素》，2003年
- ▶ 欧洲复兴开发银行（EBRD）《现代特许经营法的核心原则》，2006年
- ▶ 欧洲复兴开发银行《特许经营法律框架与指标评估》
- ▶ 经济学人智库（EIU）《基础设施报告：亚太与中东欧》
- ▶ 东亚东盟经济研究中心（ERIA）《10个东盟国家的PPP框架回顾》
- ▶ 《美国PPP使能法律下州级公路项目的关键要素》
- ▶ 联合国欧洲经济委员会/西蒙斯&西蒙斯《PPP法律框架的核心原则》
- ▶ 独联体（CIS）《PPP示范法律》，2014年
- ▶ 欧洲PPP专家中心（EPEC）《巴尔干西部PPP法律框架回顾》，2014年
- ▶ 欧盟（EU）《特许经营指令》、《公共采购指令》、《公共事业指令》（2014年）
- ▶ 个别国家的PPP/出台并于此后修订的《特许经营法》



联合国国际贸易法委员会私人融资基础设施项目的相关法律文件

- ▶ 《立法指南》共提出了71条立法原则建议，以协助就PPP立法框架做出明智决策与选择，同时还对相关金融、监管、法律、政策等问题进行了诠释。
- ▶ 《示范立法条文》并非希望成为PPP法律模本。其将《立法指南》中的57条建议转变为51条示范立法条文，旨在解决：
 - ▶ 一般与立法框架，包括从授权到签订合同（第1-4条示范立法条文）
 - ▶ 发布招标信息、招投标过程以及承包商选择的程序（第5-27条示范立法条文）
 - ▶ 合同内容，包括创建项目资产以及现金流的担保物权等（第28-42条示范立法条文）
 - ▶ 合同持续时间、延续与终止，包括补偿等（第43-48条示范立法条文）
 - ▶ 争议的解决（第49-51条示范立法条文）



联合国国际贸易法委员会私人融资基础设施项目的相关法律文件

- ▶ 《示范立法条文》中共有48条与联合国国际贸易法委员会《立法指南》中的57条立法建议存在关联性
- ▶ 《立法指南》中的另外14条立法建议并未在《示范立法条文》中有所反映——其中8条内容涉及：
 - ▶ PPP合同的权限授予范围
 - ▶ 行政协调
 - ▶ 基础设施服务的监管权限
- ▶ 并未就制度框架提出立法建议或示范条文



联合国国际贸易法委员会私人融资基础设施项目的相关法律文件中未涉及的条款范例

- ▶ 优先级项目
 - ▶ 财政风险与承诺、支付能力及或然负债
 - ▶ 由国际金融机构或出口信贷机构和投资促进机构提供的担保
 - ▶ 项目风险与风险分担
 - ▶ 在立法建议中，政府支持受到了肯定；但示范条文并未如此
 - ▶ 可行性缺口资金（政府支持）为那些具有经济可行性但是没有金融/商业可行性的项目提供了可行性
 - ▶ 合同管理与监督
-
- ▶

联合国国际贸易法委员会秘书处对私人融资基础设施项目的相关法律文件进行审查，2014年

- ▶ 新筹资机制与风险分摊形式正在改变着PPP的治理结构，包括选择方法等
 - ▶ 现有的PPP法律在范围与质量方面存在很大差异
 - ▶ 许多国家努力制定有效的PPP法律，并试图制定出独立于国际经验的法律
 - ▶ 2009年之后通过的PPP法律更为全面，特别是在治理与规划方面——早期的PPP法律较为注重采购相关问题
 - ▶ 不断更新PPP法律，以解决透过经验发现的早期立法中存在的不足
 - ▶ 健全制度框架的缺失是有效PPP的重大阻碍
 - ▶ 集合了PPP部分方面的政策解决方案
 - ▶ 欧洲复兴开发银行的《特许经营法》称，许多国家都意识到了，除了或包括特许经营法外，还需要PPP法律。改善并扩大特许经营和适当PPP法律文件框架对于发展PPP而言颇有必要性。相较于公共采购或特许经营，PPP程序所需的机制更为灵活、高效。
-
- ▶

联合国欧洲经济委员会/西蒙斯&西蒙斯《PPP法律框架的核心原则》

- ▶ 识别并确定了负责PPP项目实施工作的单位（以及制定项目的PPP网络）
- ▶ **确认并授权**缔约当局签订**PPP合同/私人融资基础设施特许经营协议**（对相关国家/市政机构具有约束力）
- ▶ **如有必要，允许**缔约当局在法律规定的范围或按照指导方针，就**PPP合同/私人融资基础设施特许经营协议**的条款进行商议或修订
- ▶ 识别、澄清并修订任何可能与其它国家法律存在的潜在冲突
- ▶ 认得并提供公平、透明的招标与筛选程序
- ▶ **确认**并提供可执行的补救措施，可通过法院或国际仲裁
- ▶ 为提供金融支持的国家提供与缔约当局在**PPP合同/私人融资基础设施特许经营协议**方面义务的担保。（其目的不是促进无盈利项目的实施工作，而是**加强相关缔约当局的信用评级**）
- ▶ **确定并提供承包商**就其资产或现金流量所提供担保物权的有效性，并将**授予**贷方介入权
- ▶ **建立并确认**PPP项目得以实施的公共政策框架与治理结构

经合组织（OECD）《特许经营合同基本法律要素》

- ▶ **1 法律涉及范围与定义**
- ▶ **2 特许经营合同——特许经营合同的缔约当局权力以及约束力**
- ▶ **3 承包商的筛选——预选、征求投标书程序、复杂项目程序、评估标准、投标人选择、特许经营合同的签订（无竞争性程序）、签订合同通知书**
- ▶ **4 有效性——项目签订与特许经营合同的有效性**
- ▶ **5 特许经营合同的内容——当事人意思自治、特许经营要素、担保物权、争议解决、稳定条款**

欧洲复兴开发银行《现代特许经营法的核心原则》

- ▶ 《现代特许经营法》应基于明确的私营部门参与政策。
- ▶ 《现代特许经营法》应为特许经营打下良好的立法基础
- ▶ 《现代特许经营法》应提供清晰的规则说明PPP的应用范围、阐述特许经营/PPP的意义所在、确定有权开展PPP不同要素的政府部门，以及可实施PPP的部门或活动
- ▶ 《现代特许经营法》应提供一个稳定且可预测的特许经营法律框架/合同中的稳定条款
- ▶ 《现代特许经营法》应促进特许经营规则与程序的公平性、透明性与可及性，以确保筛选程序的透明与竞争、潜在投资者的公平待遇、挑战缔约当局所定规则与决策，以及主动提交方案竞争规则的机会
- ▶ 《现代特许经营法》应与国家的法律制度及特地区域保持一致，以避免冲突与不一致
- ▶ 《现代特许经营法》应允许特许经营合同的有效商议和实施，以解决广泛存在的问题与风险分担
- ▶ 《现代特许经营法》应准许法院强制执行或仲裁决议
- ▶ 《现代特许经营法》应准许各州对缔约当局的义务提供担保或财政支持
- ▶ 《现代特许经营法》应准许其通过特许经营合同项下的权利以及介入权，进行担保安排

欧洲PPP专家中心《巴尔干西部PPP法律框架回顾》，2014年

- ▶ 在大部分情况下，PPP法律主要解决以下问题：
 - PPP的定义；
 - 负责PPP促进工作的国家机构的设立与运行；
 - PPP项目招标前的准备与审批工作程序；
 - 招标过程；
 - PPP合同的形式与内容；
 - 合同各方间的争议解决程序

Crown Agents对58个国家PPP法律与2014年联合国国际贸易法委员会《立法指南》的审查

- ▶ 联合国国际贸易法委员会《立法指南》中的主要议题是否在国家法律中有所体现（是/否）；
 - ▶ 联合国国际贸易法委员会针对该等议题的立法建议是否一致（是/部分/否）；
 - ▶ 联合国国际贸易法委员会《示范立法条文》是否一致（是/部分/否）？
-
- ▶ 《立法指南》第一至六章中的主要议题中，平均有57%在国家法律中有所呈现，
 - ▶ 第一章为77%：总则与制度框架
 - ▶ 第二章为38% 项目风险与政府支持
 - ▶ 第三章为63%：私营合作伙伴的选择
 - ▶ 第四章为66%：建设与运行：立法框架和项目协议
 - ▶ 第五章为63%：项目协议的持续时间、延续和终止
 - ▶ 第六章为33%：争议解决
 - ▶ 第三章和第四章共占立法建议的66%
 - ▶ 在国家法律中呈现的议题中，分别有57%、37%及6%与立法建议一致、部分一致或不一致。

Crown Agents对58个国家PPP法律与2014年联合国国际贸易法委员会《示范立法条文》的审查

- ▶ 与《立法指南》第三章和第四章内容相关的《示范立法条文》占到后者总体内容的75%
- ▶ 21%的PPP法律与第一章“总则与制度框架”不一致
- ▶ 34%的PPP法律与第三章“私营合作伙伴的选择”不一致
- ▶ 46%的PPP法律与第四章“建设与运行：立法框架和项目协议”不一致
- ▶ 38%的PPP法律与第五章“项目协议的持续时间、延续和终止”不一致
- ▶ 70%的PPP法律与《示范立法条文》中的第六章“争议的解决”不一致，其中分别只有25%和5%与《示范立法条文》一致或部分一致。
- ▶ 在58个国家的PPP法律中，平均有39%与《示范立法条文》不一致

经验增长后的PPP趋势

- ▶ **PPP的范围**更为宽泛、灵活性更大，原因在于（1）多种混合形式的演变；（2）私人和公共来源越来越多的创新性融资；（3）政府支持机制；（4）用户与政府为相关设施与服务支付费用，重点是性能相关的费用支付
- ▶ 较少重视（1）指定PPP的形式；（2）国有财产问题；（3）私营部分提供公共基础设施与服务的新颖性与意义，同时更为重视整个项目周期中的项目与合同的主旨
- ▶ 较少重视（1）主观选择或因偏袒而拥护的个别项目；（2）PPP作为资产负债表以外融资以及将PPP用作暂时逃避预算限制的工具；（3）项目周期中的采购/招标阶段；（4）施工阶段（忽视运行阶段）
- ▶ 更为重视（1）整个PPP项目的影响；（3）相对于传统政府采购的成本周期、效率以及物有所值；（4）项目的竞争性；（5）在基于经济与金融可行性与价值来选择PPP优先项目时，PPP与公共投资管理的关系；（6）PPP与公共财务管理（针对财务风险评估与管理，以及承受能力方面的决策）间的关系；（7）从项目的施工到运行阶段中，合同的管理、监督、重新谈判与再融资等；（8）相对于合同阶段评估的价值性能评估

PPP法律：宏观层面——PPP项目与政府体系

- ▶ **PPP法律**需要反映出，PPP项目与（1）公共投资管理；（2）公共财务管理、报告与审核；（3）公共采购这三部分的目标、法律和体系是一致的
- ❖ （1）传统公共采购与PPP项目的统一投资管理系统
 - 第一步：确定优先投资项目
 - 第二步：确定最适合于PPP，以及能够更好地实现现金价值的优先投资项目
- ❖ （2）可行性/财务风险评估与管理
- ❖ （3）选择PPP合作伙伴时的公平性、透明性与竞争性能够产生效率，从而创造价值
- ▶ **PPP法律和体制框架**必须反映出，PPP的实施工作是由一个共同合作的政府机构网络，而非一个独自承担PPP责任的单个实体
- ▶ **背景很重要**，也会对PPP法律的内容产生影响，因为由于专业知识、政治与公共部门的公信力与质量、公共投资、公共财务管理与决策体系、财务系统、法律系统、经济与市场体系、产权等方面的可行性，使得各个国家之间甚至各个国家内部存在不小差异
- ▶ **PPP法律框架**要比PPP法律涉及的内容更为广泛，因为其还包含与PPP相关的其它法律

PPP法律：微观层面——PPP项目

- ▶ 为国家以及地方两级政府不同类型的公共缔约实体（部门、机构等）签订PPP协议（可能由政府订立）权力与义务提供了确定性
- ▶ 确定了可供开展PPP的部门与活动，以及排除在PPP协议之外的部门与活动
- ▶ PPP协议的广泛范围以及特点说明（不是特定类型的明细表）、私营与公共来源的融资与资金支持、政府支持、银行可贴现问题，如直接协议——介入权、质押贷款等
- ▶ 确定机构/组织在同一网络中的作用与责任，并详细说明运行规章/程序的相互作用
- ▶ PPP项目周期（确定潜在项目尽职调查/PPP可行性、采购、施工、运行、合同管理，并详细说明规章与程序）
- ▶ 为发布适用于参与PPP不同政府实体的规章、准则和说明提供法律依据，且应对PPP如何实施具有约束力，如PPP指导手册、工具与技术（如项目评估、风险管理、融资与再融资等），以及规范的定义与协议条款（其制定方式在应对各种情况时具有极大的灵活性，而不是一味地放松所采取的措施）等
- ▶ 其中，配套法规及其它措施（赋予足够权限来实现PPP法律的合规性）应简明、准确



结束语

- ▶ 制定适合于中国国情的PPP法律、规划PPP实施工作的过程对于建立政府与私营部门对PPP的理解而言至关重要
- ▶ 在整个起草以及PPP实施过程中，需要不断审查以下问题：
 - ❖ PPP方法在法律，以及更广泛的PPP法律框架中是否切实有效？
 - ❖ 法律与监管框架是否能够得到有效执行与实施？
 - ❖ 实施机制是否能够充分地实现高质量、交付成果？
 - ❖ 法律与监管框架是否在政府、私营部门、一般公共部门中以及在交付成果时得到认可？
- ▶ PPP法律需要不时进行修订与更新，以反映国际经验与不断变化的环境，但是在做这项工作时应不应带来任何的不确定性。



基础设施和公用事业特许法

盘点国际范围内的状况；对中国的启示

作者：

克里斯托弗·克莱门特·戴维斯
(国际律师与咨询专家)

引言与总结

- 对于参加本次隆重而鼓舞人心的研讨会，我深感荣幸，非常感谢大家！
- 眼下，在PPP/特许经营方面，中国开始取得一些非常振奋人心的进展。
- 在今天的发言中，我将着重关注菲利普·凯利等人就国际实践得出的经验教训；及其对中国的启示。
- 分析那些实践经验，从中得出一些共同的主题，为建立一个综合有效的PPP法律框架提供帮助
- 这些框架存在的普遍不足以及弥补方法
- 特许法的典型目录以及通常出现的问题
- 简短介绍我的相关经验

评估更为广泛的框架（1）

- 在决定新特权法目录前，需要认真对这一更广泛法律框架进行思考
- 或许根本不需要特许法（大部分普通法法系国家便是如此）
- 对一国现行法律的研究是PPP的可行基础（比如俄罗斯/哈萨克斯坦/土耳其/捷克共和国以及格鲁吉亚）
- PPP可涉及到更多的现行法律分支，包括
 - 商业合同.....采购
 - 公司法.....产权
 - 税务.....特定部门与规章
 - 金融与安全.....投资保护
 - 竞争.....解决争端
- 按照提议，全部都应与PPP相一致。一个“小小的缺陷“可能导致灾难性后果（例如，土耳其）
- 问题所涉及的领域非常微妙，具有特定辖区特点，很难对其进行笼统概括
- 常会出现许多”不足“。需要进行周密谨慎的尽职调查

评估更为广泛的框架（2）

- 尽职调查问卷
- 旨在协助以PPP为目的针对一国法律框架进行的评估
- 约85个问题，分类呈现在下面的幻灯片中
- 问题由一般到具体（参见下一张幻灯片中的例子）
- 周密性非常重要，但是在实践过程中，总会出现不可预见的困难；随着时间的推移，几乎肯定需要进行修正；特许法需要具有灵活性

评估更为广泛的框架（3）——尽职调查问卷

| | | | |
|---------------|---------------|----------|--------------------|
| | | | |
| 一般立法/ 制度框架 | 授予特权的授 权范围 | 行政 协调 | 监管当局 |
| 政府支持 | 挑选特许权 获得者 | 项目协定 | 项目地点/资产 / 权利 |
| 金融与安全 | 施工工程 | 设施运转 | 辅助合约协议 |
| 费率与争端解 决 | 特许期限与终 止 | 项目协议终止 | 风险分担 |

评估更为广泛的框架（4）——尽职调查问卷

- 问题范例包括：
 - 关于私人部门参与基础设施开发与运营，该国法律框架内是否存在任何非期望限制？
 - 法律是否明确界定政府当局（国家/省级/地方）有权授予特许权？
 - 法律是否足够明确地规定了哪些基础设施部门或类型能够采用PPP模式？
 - 是否建立了适当的制度机制去协调授权当局以及其他负责发放批准与许可的公共机构的活动？
 - 关于各方能否就合理分担风险达成一致，是否存在任何不必要的法律限制？
 - 法律是否赋予了各方足够的空间与灵活性就特许协议的目录达成一致？
 - 法律是否可能覆盖不同类型项目的所有收费与费率？
 - 关于可用融资范围与安全结构，法律是否做出了约束？
 - 法律是否包含有针对性设施设计、建设以及运营的任何特定限制？
 - 关于各方能否就合理争端解决机制达成一致，有哪些限制？

先例与指导材料

- 诚如菲利普·凯利所述，有许多来源可以利用。
- 大量受到好评的先例（现行特许法），例如，蒙古/立陶宛/拉脱维亚/斯洛文尼亚/埃及
- CIS示范PPP法
- 过去10多年间欧洲复兴开发银行所采用的评估工具
 - 法律指标调查（“LIS”）（“效力”）
 - 特许法评估（“CLA”）（“效力”、“延伸性”、“一致性”）；
→布鲁诺·德·卡扎莱特
 - 现代特许法的核心原则
- 联合国国际贸易法委员会关于私人融资基础设施的示范法律规定
- 联合国欧洲经济委员会有关实施PPP项目的最佳实践指导
- 通过比较，可以发现迅速显著的进展；欧洲复兴开发银行提到“本地区立法活动的水平令人惊喜”。

特许法目录（1）

- 有时，即便是在特殊必要性悬而未决的情况下，也会引入特许法，为PPP项目提供必要的明晰度、确定性、权威性，以及连贯性。
- 这些先例间存在多少一致性？可以从中得出那些共同主题？
- 典型目录覆盖了下一张幻灯片中所列领域；
- 许多特许法之间存在着惊人的相似。
- 但是，在管辖范围方面存在着许多不同；反映各国特质与传统的独到之处
- 这些法令覆盖了许多相同主题，但是它们都有着大量自身创新特质。

特许法目录（2）

- (1) 初步目的与范围/权力与能力
 - 前沿与定义
 - 行业范围与准许架构
 - 已排除部门及/或资产
 - 授权当局——身份与权力
 - 行政协调以及接口/预算机制
 - 监管规定
- (2) 项目风险与政府支持
 - 分配风险的灵活性
 - 可用的政府支持形式
- (3) 挑选特许权获得者
 - 促进竞争
 - 预挑选
 - 提交程序——一/二阶段
 - 比较提议与特许授予
 - 无竞争程序下的特许授予
 - 非招标提案
 - 保密与记录
 - 审查程序
- (4) 项目协议与实施
 - 综述（例如，条款灵活性以及约束力）
 - 项目地址与资产
 - 特许权获得者组织
 - 金融与安全
 - 特许协议条款——具体
 - 期限和终止
 - 介入权
 - 争议解决
- (5) 其它
 - 与其它法律及法律义务（例如，条约）间的相互关系
 - 配套法规

特许法——中心主题、问题和挑战（1）

- 可能获准部门的范围/优先次序/被排除的部门（哈萨克斯坦）
- PPP/特许定义——需要宽度与灵活性——特许法中，这两个词条通常可相互代替
- 现有资产与新资产？（立陶宛）
- 可用项目架构（BOT/BOO/BOOT/BLT/DBFO/租赁/合资等）；需要灵活性并避免不必要的限制
- 授予并涉足PPP/特许（国家/地区/地方）的权力与权威；创造“活力”并消除“不确定因素（例如，格鲁吉亚）
- 行政协调？很难，但值得。改进现有结构，但要区分法律与程序指引；
- 部门监管；认真解决各方共同关心的问题，尤其是在监管结构逐渐发展的情况下（比如，俄罗斯/罗马尼亚）

特许法——中心主题、问题和挑战（2）

- 风险分担
 - PPP架构的核心
 - 避免试图对模式进行限定——去除不必要的限制——确保各方拥有就细节达成一致的适当自由；
 - 特许协议谈判就是风险分担
- 政府支持形式。批准或阐明所有可用的支持形式，包括：
 - 反映风险分担的商业机构
 - 资产贡献；
 - 股权投资；
 - 提供资金或担保；
 - 税收减免优惠；
 - 补贴
- 预算限制对PPP授予与架构的影响是惊人的，也极具挑战性，例如，
 - 可能限制财政承担（收益流/担保/终止赔偿）
 - 受到年度预算程序甚至议会批准限制的许诺？
 - 占政府债务比重需要进行全面考虑，可能会引起争议（例如，俄罗斯）
 - PPP与资产负债表外结构的政治敏感性（例如：英国）
 - 在这一点上，特许法可能无法发挥关键作用；预算机制才是关键

特许法——中心主题、问题和挑战（3）

- 选择特许权获得者；招标程序通常都是一个关键领域
- 选择特许权获得者的基础是各PPP项目能够成功的一个重要方面。可能包括
 - 完全公开的招标；
 - 合格或受限的招标；
 - 谈判程序；
 - 独立选择
- 允许非招标提案的重要性
- 明确性、一致性、精确性和可预测性都是非常重要的。
- 不同辖区所采取的方法也不同。但是总是需要仔细思考与一国现有公共采购法之间的相互关系
- 此类法律或程序或许概括性太强，或者其适用于PPP的方式不确定
- 与施工合同或商业外包相比，PPP一般有着更大的规模，或者更为复杂，因此，一般情况下，其评估程序也是不一样的

特许法——中心主题、问题和挑战（4）

- 因此，特许法通常详细论述了采购主题，甚至非常全面彻底（比如，立陶宛）
- 即便没有，可能需要清楚说明关键评估标准和程序
- 一般情况下，特许权获得者的选择标准包括：
 - 任职资格；
 - 类似项目经验；
 - 提案的质量；
 - 价格；
 - 实力和团队的能力
- 通常情况下，价格并非最终决定因素。需要进行更复杂的测试，比如“最经济有利的报价”
- 一般情况下，灵活和开放的测试比较可取，可以随时进行改进；
- 同样，也有可能需要考虑到国际投资者和贷款方的期待，特别是开发银行；
- 即便是在特许法必须符合现有公共采购框架的地方，也有可能建立PPP‘小集团’，并带有规定或指导性说明

特许法——中心主题、问题和挑战（5）

- 特许法应该如何应对项目或特许协议？
- 在这一方面，特许法通常都有缺陷，或者受到了误导。可以通过以下方法来改进
 - 规定条款的范围
 - 坚持要求绑定模型格式合同（比如，俄罗斯和印度古吉拉特邦）
 - 为条款制定立法范围（比如，捷克）
- 若协议中采用“授权”方法，来确定各方灵活协商条款的权利和各类条款的可用性，则特许法将发挥最大的作用
- 例如，可以说协议“应规定各方认为合适的事项”，并制定指示性名单
- 应该以提高灵活性为目标；尽量使用“可以”，而不是“必须”
- 否则，会在实践中出现僵局、无法制定合理条款等风险，从而阻止投资人进行投资或者导致项目无法获得银行担保。
- 或许，不可避免的法律限制和既定政策要求是仅有的例外。

特许法——中心主题、问题和挑战（6）

- 因此，若特许法通过明确项目协议中规定的范围来确定其可行性，则会有所帮助
- 此类规定可能在辖区内有特别的法律意义，或受制于有关其操作的法律疑问
- 例如：
 - 特许权获得者的公司结构
 - 项目资产等级（罗马尼亚/斯洛文尼亚）
 - 项目地址和强制购买权
 - 资金来源的范围
 - 特许权获得者资产担保权的授予
 - 可用的价格结构
 - “财政平衡”或“稳定”条款；
 - 特许协议条款
 - 协议终止和赔偿
 - 介入权和“直接协议”
 - 适用的法律和争议解决机制；国际仲裁
- 争论未决的问题，比如是否有必要，或在什么程度有必要；但是通常情况下都是有帮助的
- 指导性说明和标准条款也能得到同样的结果；需要考虑合理使用此类条款和法律

配套法规；运用与滥用

- （应该）在何时采取何种方式使用？
- 常见问题：在何处划定界限？
- 没有简单的答案，实际上并没有多少界定明确的先例。很大程度上取决于辖区内的草案和法律实践
- 或许要避免依靠规定来代替理由充分、完整且全面的法规（比如，土耳其/罗马尼亚）
- 若特许法在未来需要发展或完善，规定是“充实”或扩展特许法灵活方面的工具，则规定将发挥最大的作用
- 例子可能包括：
 - 为特定项目类型明确特定的退让权力（比如，克罗地亚）
 - 招标程序的具体方面（比如，葡萄牙/克罗地亚）
 - 评估PPP或达成某些关键决定的标准（蒙古）
 - 解决具体的特定部门的监管问题（罗马尼亚）
 - 克服具体的司法困难（比如，俄罗斯）
- 但是还要再次强调，在处理更适合采用指导性 or 实践说明的问题时，最好不要采用规定。区分法律和政策。

总结

- 在过去十五年间，PPP所面临的局面发生了翻天覆地的变化。
- 现在有许多有用的先例和指导材料
- 很容易得到清晰、一致且相对简单的特许法
- 但是需要明白其目的、限制、劣势和优势
- 中国在这一领域的工作已经非常超前了，所采取的措施也包括了今天我们所涉及到的多个主题
- 中国似乎要开始做一些特别宏大的PPP和特许计划
- 中国在这一领域的法律很快就能成为另一个领先的国际先例
- 但是强大的司法基础只是这条漫长而艰难的道路上迈出的小小一步！
- 很高兴今天有机会在此进行演讲，谢谢各位



公私合作（PPP）项目的法律框架

亚行与国家发改委联合举办国际咨询研讨会
2015年6月9日，北京

世界银行集团
公共部门与私营部门合作工作组

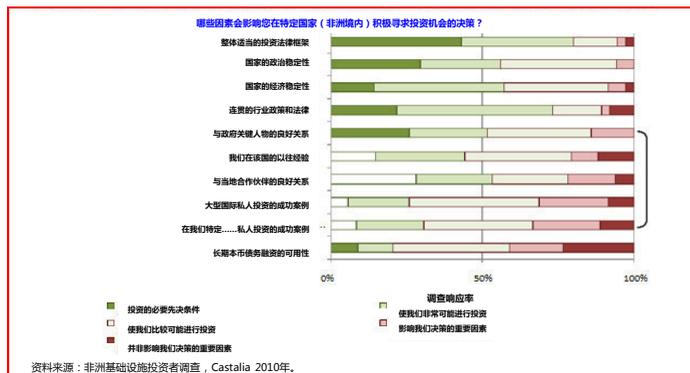
演示文稿概要

- PPP模式的法律框架——通用原则
- PPP模式的法律框架——关键事项
- PPP协议的设计——国际投资者的典型期望



PPP模式的法律框架 通用原则

- 世界银行的投资者调查一再表明，“保护合法权利”是投资者的首要关注事项
- 2010年，国际金融公司委托开展了一项PPP投资者调查（非洲），提问投资者有关影响其投资决策的因素



PPP模式的法律框架

通用原则（续）

- 尽管个别PPP交易可以按特殊方式处理，但要开发PPP交易“管道”，必须要有适当的法律和制度框架
- 适用于所有国家的“通用”PPP法律框架并不存在：

——联合国国际贸易法委员会已发布《私人融资基础设施项目示范立法条文》（2003年）

——然而，大多数成功运作PPP计划的国家均制定了本国的方法：虽然有些普通法系国家（英国、澳大利亚、加拿大）制定了PPP计划，却没有与PPP特别相关的法律条例，但也有许多（尤其是有经济抱负的）国家（无论是普通法系还是民法法系国家）选择制定PPP专项法规，以解决关键的体制和法律问题，向潜在投资者传递积极信号，并为所有相关政府部门提供明确性



PPP模式的法律框架

关键事项

- 采购流程
 - 各国实践：按照（通用）现行采购法监管，或直接写入PPP专项立法
 - 就现行公共采购体制而言，必须确保PPP采购拥有足够的灵活性，如：
 - 对于复杂的PPP采购，建议书征询文件的发放是否具有可预见性？
 - PPP项目建议书的评估标准是否有明确规定？
 - 是否制定有明确透明的非应标建议书处理程序？
 - 是否可以不通过新一轮竞标续签PPP项目协议（如特许权协议）？
 - 如果新的采购规定被写入PPP专项法规，则必须明确规定现采购部门在PPP交易中应扮演怎样的角色。



PPP模式的法律框架 关键事项（续）

- 明确的PPP制度安排：
 - 哪个部委或哪些地方政府部门有权与私营部门签订PPP协议——对于可由私营部门开展的活动，是否有法律限制？
 - 是否有内阁级别的工作组（如部长理事会）负责审批PPP交易？它又是如何运作的？
 - 财政部参与PPP财政风险管理
 - 是否有中央级别的PPP单位——它的具体职责是什么？它和参与PPP交易评估和审批流程的其他政府部门之间是什么关系？
- PPP项目的筛选和评估流程
 - 对于将作为PPP项目采购的项目，必须满足哪些要求？必须开展哪些调研？
 - 对于将作为PPP项目采购的项目，哪些政府部门会参与项目认定流程？



PPP模式的法律框架 关键事项（续）

- 有关PPP协议最低要求的规定，例如：
 - 绩效目标
 - PPP协议项下项目收入/支出的计算
 - 协议期限
 - 违约事件及由任一方承担的相关损害
 - 协议的提前终止
- PPP项目的监督和评估
 - 在PPP项目实施期间，哪些监督机制是可预见的？
 - 哪个政府部门负责监督PPP项目？



PPP模式的法律框架 关键事项（续）

- 贷款机构事项
 - 贷款机构“介入”（即接管）项目的权利
 - 贷款机构与政府部门之间的直接协议
- 外国投资事项
 - 对外国投资者持有当地公司股权的限制
 - 对货币兑换的限制
- 土地事项
 - 对土地私有权的限制，包括外国业主
 - 规划许可
 - 环境和社会影响



PPP模式的法律框架 关键事项（续）

- 争端解决
 - 法院系统是否能满足投资者对公平、透明、有效的争端解决机制的需求？
 - 如果不能满足，是否可能进行国内或国际仲裁？
 - 是否认可国际仲裁裁决？能否强制执行相关裁决？
 - 其他争端解决机制——争端审议委员会、调解、专家裁决



PPP协议的设计——国际投资者的典型期望

风险分担

- 从所有利益相关方的角度出发，进行适当的风险分配，包括：
 - 政府
 - 私人投资者
 - 贷款机构
 - 终端用户
- 通常由私营部门分担的风险包括：
 - 相应设施的设计施工融资和成本
 - 维护成本和生命周期成本
 - 运营服务质量



PPP协议的设计——国际投资者的典型期望（续）

- 通常由公共部门分担的风险包括：
 - 政治风险：征地、政治暴力、货币可兑换与转账
 - 通货膨胀、利率和汇率波动
 - 监管风险：关税变动、通行权问题等
- 由私营部门和公共部门共同承担或由任一方分担的风险包括：
 - 需求/交通风险，即与相应项目结构（如收费公路）未来使用程度相关的风险



PPP协议的设计——国际投资者的典型期望（续）

贷款机构权利的保护

- 抵押PPP协议项下项目设施的可能性（要求私营合作伙伴可以被授予对此类设施的所有权）
- 私营合作伙伴（如特许经销商）抵押其PPP协议项下权利的可能性
- 当PPP协议的私营合作伙伴绩效不佳时，贷款机构“介入”（即接管）项目的权利



PPP协议的设计——国际投资者的典型期望（续）

有关提前终止事件的明确规定

- 任一方的哪些违约事件可赋予另一方当事人提前终止PPP协议的权利？
- 对公共部门出于公共利益可以没收和征收项目设施，继而终止PPP协议的情况的限制
- 提前终止情况下的赔偿规定



PPP协议的设计——国际投资者的典型期望

争端解决条款

- 即使合同拥有设计完善的风险分担条款和调节机制，也需要制定争端解决条款，最好是“多层次”的条款
- 通常而言，在重大的PPP协议中，争端解决条款将包括以下步骤的某种组合，并在合同一方当事人发出正式的争端通知后加以实施：
 - 由当事人自行协商解决争端
 - 将争端提交专家裁决
 - 调解调停
 - 国内或国际仲裁
 - 司法程序



公私合作（PPP）项目的法律框架

亚行与国家发改委联合举办国际咨询研讨会
2015年6月9日，北京

世界银行集团
公共部门与私营部门合作工作组

基础设施项目特许经营法：英美法系国家是否有可借鉴的经验？



迈克尔·舒尔 (Michael Schur)，2015年6月

议程

- 南非与澳大利亚的PPP法律框架
- 南非PPP项目监管方式的背景
- 聚焦PPP立法
- 确保PPP模式不被滥用
- 中国可从中吸取的经验

南非和澳大利亚的PPP法律框架

- 南非和澳大利亚均没有适用于所有情况的特许法律
- 其主要原因在于，在英美法国家，“只要未禁止的都是被允许的”
- 澳大利亚依赖于基于州的采购法律，基于州的PPP政策和指南（后来的国家指南）规定了具体的PPP采购法规
- 澳大利亚将批准程序嵌入了管辖政府机构财政管理的州级（和国家级）法律中
- 南非也依赖于现有的采购法律，并在现有的财政管理法律下制定新的法规



南非与澳大利亚的PPP法律框架

澳大利亚

- 在新南威尔士州，对《公共机构财务管理法案》（PAFA）进行修订，以管理PPP
- 在PAFA法案中，PPP被定义为联合融资方式，获得法律许可
- PAFA法案规定，所有PPP项目需要获得财政部长的批准以及政府的担保
- 其他州也根据财务管理法律法规出台了类似的规定

南非

- 2004年，南非出台了新的法规——《1999年公共财务管理法案》（Public Finance Management Act (PFMA)），1999）财政条例第16条，对国家和省级层面采用PPP模式作出了规定。
- 2003年《市政财务管理法案》也出台了类似的法规，对地方当局始终如一的财政问责体系作出了规定。
- 财政条例第16条定义了PPP，并针对PPP采购周期的不同阶段规定了清晰的批准程序



南非PPP立法框架的背景

- 2009年，在收到私营部门的投标之后，南非政府取消了四所新监狱的PPP采购
- 该项目的启动先于PPP立法框架的出台
- 政府之所以取消该项目，是因为合同成本太高
- 采购部在此之前混淆了财政上是否可行与经济上是否可行这两个概念
 - 二者截然不同
- 若政府签订这些合同，则其修建其他监狱的能力会大幅降低



聚焦南非与澳大利亚的PPP立法

- 两个国家均不需要一项适用于一切情况的PPP法律
- 但是，南非和澳大利亚都认识到了将PPP项目批准程序纳入主导政府机构财政管理事务之现行立法中的重要性
- 南非让财政部在批准程序中扮演主要角色——可行性研究，招标文件、VfM报告、协商。
- 澳大利亚让内阁在批准程序中扮演主要角色——采购、E01、RFP、投标人、合同执行
- 这两个国家出台PPP立法的动机都是因为担心，如果采用PPP模式规避预算要求，那么它可能带来财政风险
- 两国的司法机构都明白，除非PPP项目能够通过征收使用费及/或相关税收完全收回成本，否则无法对其进行融资
- 两国的司法机构都明白，采用PPP模式的主要目的是为了充分利用私营部门高质量完成项目的动机



澳大利亚和南非均制定了非常完善的政策框架，确保按照一致规定采用PPP模式

澳大利亚出台了PPP国家政策&指导方针

包括...

- **PPP预算规则：**
 - 在以物有所值为依据作出PPP项目采购决策之前，该项目必须先获得批准，并且能够收回常规采购的成本
- **标准化物有所值（VfM）测试、贴现率研究方法、商业原则**

南非有一个专门的PPP单元&国家PPP手册

包括...

- **对一个PPP项目进行三项测试：**
 - 支付能力
 - 物有所值
 - 适当的风险转移
- **标准化风险分配原则、合同示范条款**



为何澳大利亚/南非放弃适用于一切情况的法律

- 如前所述，不需要适用于一切情况的法律
- 但还有其他原因.....
 - 两国希望获得由政策带来的灵活性，而非法律——政策随着时间的演变令这种偏向更为合理
 - 两国依赖于预先存在的强有力的内阁程序
 - 两国依赖于强健的财政管理法律和资源充足的财政部，很难规避法规。需要时，会加强这些法律法规。
 - 国家级、省级和地方政府提供有力的PPP机构支持——允许聚焦于良治
 - 澳大利亚尤其具备强大的经济监管追踪记录和实践——尤其是在水资源和能源领域，在水资源和能源领域以及其他领域还具有清晰的第三方准入制度国家框架



澳大利亚：典型的特许法律规定如何处理

典型的特许法律规定

- 筹备——目的和范围/权力和能力
- 项目风险和管理支持
- 特许经销商选拔
- 项目协议和实施
- 其他
 - 与其他法律和法律义务（例如条约）的相互关系
 - 支持性法规

澳大利亚实践

- 通常是在基于州的PPP指南中解决目的和范围；在现行的采购法律以及修订的财政管理法律中解决权力和能力
- 在国家指南中解决风险；在预算规则中解决政府支持
- 特许经销商选拔——采购法律和PPP指南
- 对具体法律（财政管理、税收）进行修订，以涵盖针对PPP项目的要求



中国可从中获得哪些重要经验

- **澳大利亚和南非不需要制定适用于一切情况的PPP法律，原因在于英美法系法律框架和预先存在的机构、政策和监管背景**
- **不能将其解读为适用于一切情况的PPP法律对中国有效或有益**
- 尽管适用于一切情况的PPP法律可能有必要，但对一个成功的PPP项目来说，还不够
- **澳大利亚和南非的例子表明，政策的一致性以及强大的国家指导方针同样必不可少**
- **必须将PPP立法和PPP政策加以结合，确保PPP模式不被滥用**
 - 采用PPP模式的目的是为了充分利用私营部门高质量完成项目的动机
 - 无法收回成本的问题不能通过融资结构加以解决



联系我们

迈克尔·舒尔 (Michael Schur)

常务董事

Castalia战略咨询公司

+61 2 9231 6862

michael.schur@castalia-advisors.com

<http://castalia-advisors.com>

新南威尔士州悉尼市

麦夸里广场 (Macquarie Place) 27-31 1楼

巴黎
法国巴黎
Claude Chahua大道7号
邮编: 75116

悉尼
澳大利亚新南威尔士州悉尼市
麦夸里广场 (Macquarie Place)
27-31号, 1楼
邮编: 2000

惠灵顿
新西兰
惠灵顿
The Terrace 88号, 2楼
邮政信箱: 10-225

华盛顿
美国华盛顿特区
宾夕法尼亚大道西北1747号
1200室
邮编: 20006

纽约
美国纽约州纽约市
派克大街 (Park Avenue) 200
号
1744室
邮编: 10166

波哥大
哥伦比亚
波哥大市
Carrera 7 99-53号
Torrel, Oficina1424

DAYUE
大岳咨询

推进特许经营 提升公用事业管理效率

大岳咨询 金永祥

2015年6月

目录

一、公用事业特许经营的现状与问题

二、推进特许经营制度提高管理效率

一、公用事业特许经营的现状与问题

- 传统体制下存在特许经营吗？
某开发区，传统国有燃气企业与准备进入的央企发生冲突
- 为什么有的城市会出现了燃气飞地？
某市城区主要由市属企业供应燃气，但其中分布着多处小区域是由社会资本供气的，安全隐患令人担忧
- 北京排水集团实行特许经营说明了什么？
北京市政府授予北排特许经营，理清了政府和传统企业的边界
- 政府购买服务的项目可以实行特许经营吗？
社会资本参与的垃圾焚烧PPP项目基本都签署了特许经营协议
- 国有企业的特许经营存在监管吗？
猫和老鼠的游戏一直在进行
——特许经营制度的不规范直接导致了公用事业管理的效率低下

二、推进特许经营制度提高公用事业管理效率

- 把特许经营制度建设作为国家治理现代化的重要手段；
 - 规范适合我国国情的特许经营的内涵和外延；
 - 优化有关部委管理垄断行业的体制，构建中国特色的特许经营制度；
 - 以社会资本参与的特许经营项目为推进特许经营制度的切入点；
 - 逐步规范传统国有企业的特许经营制度。
- 特许经营制度将理清政府与各种所有制企业的边界，减少内耗，提高公用事业管理效率和对社会资本的吸引力

谢谢！

欢迎访问大岳网站：www.dayue.com

欢迎关注微信公众号：“大岳咨询”

电话：010—88086760

特许经营协议中 政府当事人的地位问题

清华大学公共管理学院
于安 教授

政府在特许经营协议中的 当事人资格问题

- 2014年行政诉讼法修订后提出了政府当事人的资格问题
- 民事合同和民事诉讼中的政府当事人：民法上的“机关法人”，以财产责任为中心。
- 行政诉讼中的政府当事人：作出决定的“行政机关”，以法定职责为中心。
- 特许经营协议中的政府当事人：“实施机构”。决策机构和法律主体是否可以认为是本级政府？地方政府的履约能力（职权范围和财政能力）如何判断？

相关条款

- 民法通则第50条：“有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。”
- 2014年新行政诉讼法第12条规定：“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：（十一）认为行政机关不**依法履行**、未**按照约定履行**或者**违法变更、解除**政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”。
- **第26条规定**：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，**作出行政行为的行政机关**是被告。”

当事人是本级政府还是相关部门（1）

- 这是一个实际问题，它关联到政府职责的分配和实现方式。
- 政府职能两个主要方面：项目实施与监督管理。是否可以全部纳入协议范围？
- 地方政府部门的职责来源结构是本级、上级或者全国性立法与行政规定。有些立法将职责权限直接规定为部门。

当事人是本级政府还是相关部门（2）

- “实施机构”可以成为协议当事人和诉讼当事人，但是它的法律能力有限，所以还需要确定权利义务的最终归属者。
- 1、“法律主体”与“行为主体”和“诉讼主体”：前者为最终权利义务的承担者，后者只是权利义务的执行实施机构或者诉讼机构，不能独立地承担公法上的全部权利义务。这是与民法上“机关法人”的区别所在。
- 2、“行政法人”或者其他类型的“公法人”。目前的国家、国家机构与单位制度。
- 3、公共服务提供者和利用者之间的使用关系：公私因素混合型为主。

当事人是本级政府还是相关部门（2）

- “实施机构”可以成为协议当事人和诉讼当事人，但是它的法律能力有限，所以还需要确定权利义务的最终归属者。
- 1、“法律主体”与“行为主体”和“诉讼主体”：前者为最终权利义务的承担者，后者只是权利义务的执行实施机构或者诉讼机构，不能独立地承担公法上的全部权利义务。这是与民法上“机关法人”的区别所在。
- 2、“行政法人”或者其他类型的“公法人”。目前的国家、国家机构与单位制度。
- 3、公共服务提供者和利用者之间的使用关系：公私因素混合型为主。

当事人是本级政府还是相关部门（3）

- 县级以上本级政府是决策机构。《办法》第13条第2款：“项目提出部门综合各部门书面审查意见，报本级人民政府或其授权部门审定特许经营项目实施方
- 实施机构的能力是授权形成的，它的权限已经超越原来的部门权限。《办法》第14条：“县级以上人民政府应当授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作，并明确具体授权范围。”
- 如果“有关部门”是两个以上，实施机构与部门之间的关系如何确定？

政府的承诺与履行能力

- 政府的承诺和履行能力，已经与单一主管部门脱节。
- 《办法》第21条：“政府可以在特许经营协议中就防止不必要的同类竞争性项目建设、必要合理的财政补贴、有关配套公共服务和基础设施的提供等内容作出承诺，但不得承诺固定投资回报和其他法律、行政法规禁止的事项。”

协议履行中的监管权归属问题

- 对特许经营者履行债务的监管：纳入协议形成政府当事人的权利，还是在协议以外进行行政职权性管理？
- 当两个职责给予一个行政机构的时候，两个职责如何处理相互关系？
- 政府的法定职责：提供公共服务的法定责任人。不限于法人的财产责任，不是最终消费者和最终受益人。由此是否可以引伸出对经营的监督权？
- 民事合同履行中的义务和权利：诚实信用原则，通知、协助和保密义务；债权人的不安抗辩权，违约追诉权；担保。

监管问题的当前设计

- 分别规定了政府及其部门、实施机构和社会公众三方面的职责和权利。
- 政府的职权性监管依法进行，没有经济对价的无偿性，不受协议约束，具有中立或者独立性质。
- 社会公众的监督是普遍和无偿的，监督、投诉和提出批评建议，但是没有法律意义的约束力

实施机构的法定权利问题

- 具体体现为监测分析，绩效评价，对价格和补贴的调整机制，以及应急机制。
- 为保证协议的履行，在价格、补贴和应急措施以外，是否还需要补充其他约束性权利？例如调查权、督促权、制止权、替代权和应急处置措施，是否可以有超越经济对价的惩罚性措施？

监督和应急条款

- **第四十三条：**“实施机构应当根据特许经营协议，定期对特许经营项目建设运营情况进行监测分析，会同有关部门进行绩效评价，并建立根据绩效评价结果、按照特许经营协议约定对价格或财政补贴进行调整的机制，保障所提供公共产品或公共服务的质量和效率。实施机构应当将社会公众意见作为监测分析和绩效评价的重要内容。”
- **第四十八条：**“特许经营者因不可抗力等原因确实无法继续履行特许经营协议的，实施机构应当采取措施，保证持续稳定提供公共产品或公共服务。”

法定债务或者合同变更？

- 公共利益变化，是否可以直接成为法定债务？如何形成？没有规定情况下是否可以政府单方认定？补偿依靠协商或者制定标准？
- 第三十六条：“因法律、行政法规修改，或者政策调整损害特许经营者预期利益，或者根据公共利益需要，要求特许经营者提供协议约定以外的产品或服务的，应当给予特许经营者相应补偿。”

基础设施和公用事业特许经营制度与实践国际研讨会/International Workshop for Regulations and Practices on Infrastructure and Utilities Concessions



分类推进基础设施和公用事业特许经营
Promote Infrastructure and Utilities Concessions Respectively



中国国际工程咨询公司 李开孟

Li Kaimeng

China International Engineering Consulting Corporation (CIECC)

一、什么是特许经营?/What is concession?

- 如何理解“经营性项目”、“准经营性项目”和“非经营性项目”? /How to understand “Operational”, “Quasi-Operational” and “Non-Operational” Projects?
- 准经营性项目是否属于经营性项目? /Do quasi-operational projects belong to Operational items?
- 如何理解基础设施和公用事业“特许经营”? /How to understand “concession” for infrastructure and public utilities?

二、为什么要开展“特许经营”? /What's the main rationale of concession?

- 特许经营的核心内涵是什么? /What is the core connotation of concession?
- 30年来我国“特许经营”概念有何变化? /What are the developments of the concept of concession in PRC in the past 30 years?
- 中国式“特许经营”与欧盟《特许经营合同授予程序指令》、俄罗斯《联邦特许经营法》、蒙古国《特许经营法》等的“特许经营”有何区别? /What are the discrepancies among “concessions” in China, Europe (Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contract), Russia (Federal Law on Concession Agreements), and Mongolia (Law of Mongolia on Concessions)?

三、特许经营是国际普遍采用的模式吗？/Is concession common applied internationally?

- **PPP不是基础设施和公共事业项目运作必须采用的模式 /PPP is not a must choice for infrastructure and utilities.**
- **特许经营也不是基础设施和公共事业项目运作必须采用的模式/ Concession is not a necessity either.**
- **明确特许经营的适用范围并分类推进非常重要/It's significantly important to specify the application scope of concession, and promote concessions respectively in the context of Chinese economy.**

四、重点关注公营机构的特许经营/Focus on concessions of public organizations

- **由政府出资成立及营运/Funded and operated by government;**
- **负责基础设施和公共事业运营/In charge of operation of infrastructure and utilities;**
- **不属于政府体系，不是公务员，需要政府授权/ Not belong to the government system, not public officials, government authorization needed.**

五、市场化项目不宜采用特许经营模式

It's inadvisable to apply concession to business projects.

- 我国基础设施和公共事业投资体制改革的方向是什么？ /What's the direction of the reform on the infrastructure and utilities investment system in PRC?
- 市场化经营项目，是否必定需要“特许经营”？ / Do we need to apply concession definitely to a business project or a market operated project?
- 市场化改革应减少政府介入 / Government intervention should be reduced through marketization reform.
- 需要开展特许经营的商业性项目有何特点？ / What are the characteristics of the business projects which should apply concession to?

六、PPP项目可以采用“特许经营”模式

Concession can be applied to PPP projects

- **PPP**模式采用购买服务、特许经营和股权合作等方式 /There are different modes of PPP, such as governmental purchase of services, concession, equity cooperation, etc.
- 特许经营是实现**PPP**理念的路径之一 /Concession is just one possible choice among all PPP modes.
- 应恰当理解特许经营和**PPP**的关系 /The key point is to understand the relations and differences between Concession and PPP mode practically in Chinese context.

七、政府购买服务可采用“特许经营”模式/Concession can be applied to governmental purchase of services.

- **应区别“政府购买服务”和“使用者付费”的不同特点 /The Characteristics of Governmental purchase of services and “User’s Payment” should be identified;**
- **中国目前的特许经营主要应用于“使用者付费”类项目 /The Concession Applied In China now mainly focused on the projects of “User’s Payment”.**
- **政府购买服务可采用服务外包（O&M）、管理合同（MC）、租赁合同、特许合同等模式/ The Patterns of government purchase of services include Operation and Maintenance, Management Contract, Leasing Contract, and Concession Contract also.**

八、如何理解“特许经营”合同性质? /How to identify the nature of concession contract?

- **是“授予特许经营权”还是建立“平等合作伙伴关系”? /Granting a Concession Authorization or establishing a equal partner-relationship?**
- **是“民事合同”还是“行政许可行为”? / Civil Contract or Administrative Approve Act?**
- **争端解决方式，是“申请仲裁”、“提起民事诉讼”还是“申请行政复议”或“提起行政诉讼”? /Choosing Arbitration, Civil Litigation, Administrative Reconsideration or Administrative Proceedings to settle dispute?**
- **关键在于，在中国语境下，针对不同类型的情况如何正确理解/The key points is to define the intention respectively in Chinese context.**

九、如何处理特许经营和PPP模式的关系？/How to deal with the relationship between concession and PPP?

- 特许经营是强调对“经营”的授权吗？/Does Concession stress the grant to the activities of “operation”.
- PPP如何实现可持续的“伙伴关系”/How PPP model reach the goal to establish a sustainable “partnership”.
- 特许经营强调对经营行为的规范/Regulation of operation activities is highlighted in concessions.
- 特许经营的授予对象一定是“社会资本”主体吗？/Is Concession necessarily granted to a “social investors”.

十、为什么要推进“特许经营立法”？/Why should concession legislation be propelled?

- 推动投资立法/It is a very useful opportunity to Impel the legislation of investment in PRC.
- 规范政府行为/It is also a good chance to regulate the behavior of the governments at different level in PRC.
- 推动市场化改革/It if a very important approach to promote the reform of marketization in the field of infrastructure and public utilities in PRC.

基础设施和公用事业特许经营立法国际研讨会

International Workshop: Legislation on Infrastructure and Utilities Concessions

2015年6月9日

9 June 2015

北京
Beijing

AGENDA
议程

| 会议地点：中国职工之家 B 座三层多功能厅东厅 East room of Multi-Function Hall, Third floor, Tower B, China Palace Hotel | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 9:00 – 9:15 | 开幕式 Opening Session: <ul style="list-style-type: none">- 李亢，国家发展改革委法规司司长 Mr. Li Kang, Director General, Laws and Regulations Department of National Development and Reform Commission(NDRC), PRC- 哈米德·谢里夫，亚行东亚局中国代表处首席代表 Mr. Hamid Sharif, Country Director, East Asia Department, Asian Development Bank (ADB) |
| 9:15 – 9:45 | 议题一：介绍中国基础设施和公用事业特许经营立法 Session 1: Introduction to the Concession Legislation work of PRC 主持人：康飞燕，亚洲开发银行法律总顾问办公室首席法律顾问 Moderator: Ms. Fiona Connell, Principal Counsel, Office of the General Counsel, ADB 发言人：赵成峰，中华人民共和国国家发展改革委法规司副处长 Presentations: Mr. Zhao Chengfeng, Deputy director, Laws and Regulations Department of NDRC |
| 9:45 – 10:15 | 议题二：介绍英国相关制度建设及实践经验 Session 2: The British Experience Internationally Introduction 主持人：康飞燕，亚洲开发银行法律总顾问办公室首席法律顾问 Moderator: Ms. Fiona Connell, Principal Counsel, Office of the General Counsel, ADB 发言人：Karineh Grigorian，英国基础设施局国际处官员 Presentations: Ms. Karineh Grigorian, Office of International, Infrastructure UK |
| 10:15 – 10:45 | 议题三：介绍法国相关制度建设及实践经验 |

| 会议地点：中国职工之家 B 座三层多功能厅东厅 East room of Multi-Function Hall, Third floor, Tower B, China Palace Hotel | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p><u>Session 3: The French Experience Introduction</u></p> <p>主持人：康飞燕，亚洲开发银行法律总顾问办公室首席法律顾问 Moderator: Ms. Fiona Connell, Principal Counsel, Office of the General Counsel, ADB</p> <p>发言人：Bruno de Cazalet，联合国欧洲经济委员会国际 PPP 中心商务咨询委员会成员 Presentations: Mr. Bruno de Cazalet, Member of the Business Advisory Board, UNECE PPP International Centre of Excellence</p> |
| 10:45 – 11:00 | 茶歇 Tea/coffee break |
| 11:00 – 12:00 | <p><u>议题四：介绍国际相关制度建设及实践经验（第一部分）</u> Session 4: The International Experience Introduction (Part 1)</p> <p>主持人：康飞燕，亚洲开发银行法律总顾问办公室首席法律顾问 Moderator: Ms. Fiona Connell, Principal Counsel, Office of the General Counsel, ADB</p> <p>发言人 Presentations:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mr. Philip Kelly, International Consultant, 国际专家 2. Mr. Christopher Clement-Davies, PPP Legal Advisor, PPP 法律专家 |
| 12:00 – 12:30 | 互动问答 Question & Answer |
| 12:30 – 14:00 | <p>午餐（自助）：中国职工之家 C 座一层山水湘连餐厅 Lunch (Buffet) : Dining Hall at the 1 Floor of C Tower, China Palace Hotel</p> |
| 14:00 – 15:00 | <p><u>议题五：介绍国际相关制度建设及实践经验（第二部分）</u> Session 5: The International Experience Introduction (Part 2)</p> <p>主持人：柯瑞格，亚洲开发银行东亚局首席 PPP 专家 Moderator: Mr Craig Sugden, Principal PPP Specialist, East Asia Department, ADB</p> <p>发言人 Presentations:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ms. Cristina Paul, World Bank（世界银行） 2. Mr. Michael Schur, Managing Director, Castalia and former Secretary of the New South Wales Treasury, Australia (澳大利亚 Castalia 公司总经理，新南威尔士州财政厅前任秘书) <p>互动问答 Question & Answer</p> |
| 15:00 – 15:15 | 茶歇 Tea/coffee break |
| 15:15 – 16:45 | <p><u>议题六：中国特许经营立法专题研讨</u> Session 6: Implications for the Concession Legislation of PRC</p> |

| 会议地点：中国职工之家 B 座三层多功能厅东厅 East room of Multi-Function Hall, Third floor, Tower B, China Palace Hotel | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>主持人：柯瑞格，亚洲开发银行东亚局首席 PPP 专家 Moderator: Mr Craig Sugden, Principal PPP Specialist, East Asia Department, ADB</p> <p>发言人：1.金永祥，亚行特许经营立法技援项目首席专家 2.于安，清华大学公共管理学院教授 3.李开孟，中国国际工程咨询公司研究中心主任</p> <p>Presentations:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mr. Jin Yongxiang, Team Leader of ADB TA Program on Concession Law - Mr. Yu An, Professor, School of Public Policy and Management Tsinghua University - Mr Kaimeng Li, Director General of Research Centre, China International Engineering Consulting Corporation <p>问答时间 Question and Answer</p> |
| 16:45 – 17:00 | <p>闭幕式 Closing Session:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 赵成峰，中华人民共和国国家发展改革委员会法规司副处长 Mr. Zhao Chengfeng, Deputy director of Laws and Regulations Department, NDRC - 康飞燕，亚洲开发银行法律总顾问办公室首席法律顾问 Ms. Fiona Connell, Principal Counsel, Office of the General Counsel, ADB |
| 17:00 – | <p>晚餐（自助）:中国职工之家 C 座一层山水湘连餐厅 Dinner (Buffet): Dining Hall at the 1 Floor of C Tower, China Palace Hotel</p> |