

欧洲复兴开发银行（EBRD）
关于现代特许经营法的核心原则
——原则的选择和理由

【翻 译】

法规司组织翻译。翻译人：杨凯越。

【版 权】

本报告版权归国家发展和改革委员会法规司所有，未经授权不得进行任何形式的发布、复制，如转载、引用、刊发，须注明出处为“国家发展和改革委员会法规司”，且不得对本报告进行有悖原意的删节和修改。

【申 明】

报告内容完全基于公开信息，虽然力求其准确完整但并不对此作出任何承诺和保证。国家发展和改革委员会法规司及有关联的任何人均不承担因使用本报告而产生的法律责任。

【联系我们】

国家发展和改革委员会法规司

通讯地址：北京市西城区月坛南街 38 号

邮 编：100824

欧洲复兴开发银行（EBRD）关于现代特许经营法的核心原则——原则的选择和理由

欧洲复兴开发银行法律转型团队撰写

引言

EBRD 现代特许经营法的核心原则是 EBRD 在特许经营/PPP 领域法律改革项目设计的基础。核心原则的目的在于在 EBRD 成员国的特许经营法实践中识别并推广合理的现代原则。通过推广清晰化、公平化、稳定化、可预见性、灵活性等主要宗旨，核心原则期望为投资者和公共部门提供保护，使其免于遭受不公平的对待或歧视。核心原则是建立在程序的最大透明化的基础上，并以此确保所有相关方的利益。核心原则是 2005 年第一次在 EBRD 的网站上公布的，当时还仅是作为讨论稿征求公众意见，现在公布的则是最终版本。

更多关于核心原则的信息，包括英文版、俄语版、法语版，可以在 EBRD 的网站上查看：

<http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform/ppp-concessions.html>。

本报告的目标是解释核心原则的含义以及其来源。本报告可以和 2006 年 7 月 EBRD 发布的《PPP 与 EBRD 讨论稿》（Public Private Partnerships and EBRD Discussion Paper）结合起来阅读，后者从银行/金融系统的角度概述了不同形式的 PSP（Private Sector Participation，私人部门参与）。

EBRD 现代特许经营法的核心原则

核心原则是基于国际公认标准和最佳实践而得出，法律转型团队（Legal Transition Team, LTT）也在其提供技术支持的项目（包括区域性研究，部门调查和评估，以及诸如 UNCITRAL 采用私人融资的基础设施项目的法规模型等国际标准制定项目等）中对其进行了测试和改进。

在起草核心原则时参考了以下国际文本：

- UNIDO 关于使用 BOT 模式开发基础设施的指南，1996 年；
- OECD 特许经营协议立法的基本要素，1999-2000 年；
- UNCITRAL 采用私人融资的基础设施项目立法指南，2000 年；
- UNCITRAL 采用私人融资的基础设施项目法规模型，2003 年。

在起草核心原则时参考了一下区域性文本：

- 欧盟关于共同体法下特许经营的解释（2000/C 121/02）
- 欧盟关于成功实施 PPP 的指南；
- 欧盟 PPP 绿皮书，以及共同体法中关于公共合同与特许经营的内容，2004 年

UNCITRAL 立法指南和 UNCITRAL 法规模型是起草核心原则最主要的参考资料，因为这两份资料与特许经营项目的关系较为密切，并且为创造良好的私人融资投资环境提供了有效的立法框架指引。其他参考文件更多是作为概要性指引，因为他们提供了 PPP 的性质、结构、特征（包括特许经营的定义），以及法律法规框架。

原则 1:

现代特许经营法应该建立在“私人部门参与”的清晰政策上。

解释：在一个合理的法律框架中，针对“私人部门参与”设立清晰的政府政策/战略是非常重要的，其表明了政府对于建立稳定和有吸引力的投资环境的承诺，也反映出政府对于改善法律环境的努力。类似的政策一般以政府批准文件的层次进行发布。

来源：UNIDO 的 BOT 指南强调了政府制定私人部门参与政策的重要性，该举措传达了国家对于推广利好政策、法律法规条件，以保障潜在投资人利益的承诺。

原则 2:

现代特许经营法应该为特许经营创造合理的立法基础。

解释：为了私人部门能够有效参与基础设施建设并在特许经营中发挥有效作用，需要一个有利的法律框架/法律制度。有利的法律基础对于确定各相关方的角色和责任以及估计所

谓的潜在投资人的国家风险是很重要的。特许经营法律框架可以是单独的特许经营法，也可以是一系列不同部门的法律集合，其主要目的就是为特许经营项目创造一个清晰、公平、可预见、稳定的法律环境。

来源：有利的特许经营法律框架的重要性在 UNCITRAL 立法指南的建议 1 中有所体现。建议中强调了特许经营立法对于维持投资管理体制的清晰和稳定以及传达国家政策承诺的重要性。

原则 3：

现代特许经营法应该提供清晰的规定。

解释：特许经营法应该清晰界定其应用的范围，例如特许经营法与其延伸内容的法律关系等。这些澄清对于特许经营制度的可预测性、特许经营协议的稳定性和有效性、以及防止授权机构的专断行为都是非常重要的。为实现以上目的，现代特许经营法应该详尽定义什么是“特许经营”，同时提供一份包括相关部门、授权单位、合格特许权受让人的清单。

来源：原则 3 很大程度上是在 UNCITRAL 立法指南的建议 2-建议 5 的基础上提出的。UNCITRAL 立法指南的建议里强调，在特许权法中应该识别不同阶层有权作为授权单位的主体或官员，以及哪些行业部门可以特许经营。为了确保特许经营对象的明确性，指南强调在法律中解释“特许经营”的含义，例如特许经营的形式、类型（例如 BOT, BOO 等）和目的，并明确特许经营授予权利的排他性和地理范围。

欧盟关于共同体法下特许经营权的解释性通讯对于定义特许经营有一定作用，因为在解释性通讯中定义了“工程特许经营”、“服务特许经营”和广义的“特许经营”。UNIDO 的 BOT 指南中同样强调了特许经营项目采购和实施的授权的清晰性和范围。（同样可见于 UNCITRAL 法规模型第 3、4 条）。

原则 4

现代特许经营法应该提供一个稳定和可预测的特许经营法律框架

解释：通常来说，采用私人融资的项目周期很长。然而，各种对项目有影响的因素可能在实施过程中有所变化，其中一项因素就是法律。法律的变动风险可能威胁到项目协议的有效性，甚而影响项目的可持续性。为了确保项目协议的稳定性，保证项目各方能够行使他们的权利和义务，国家应该避免对特许经营相关法律的频繁修改和变动，同时，特许经营法中应有预见性的约束性条款，即当面临法律风险时（法规变动时），对协议实施时已生效的制

度和其他机制的适用性。

来源：UNCITRAL 立法指南第 58 条建议提到，特许经营法应该要求特许经营协议针对潜在法律风险有所识别，并针对由于法律或机制变动而对协议进行修改所造成的不利后果设置相应补偿条款。OECD 关于特许经营协议法的基本要素一文中也提到了所谓的“稳定性条款”，即保护特许经营权受让者，使其不受法律变动的影 响。（同样可见于 UNCITRAL 的法规模型第 39-40 条）。

原则 5

现代特许经营法应该推动特许经营规则和程序的公平性、透明性和公开性

解释：本条原则主要是强调有关选择特许经营权受让者、授予特许经营权、后续实施特许经营的规则和程序的公平性、透明性和公开性。在本原则下，现代特许经营法应该确保规则和程序可以保障：选拔程序透明和有竞争性（包括竞争性程序的例外条款），公平对待潜在投资人，挑战授权机构所决定的规则和决定的机会（与授权机构博弈的机会），以及非招标提案规则的竞争性。

来源：UNCITRAL 立法指南中的许多建议都被应用在了本原则之中。尤其是第 9、10 条建议提出，特许经营的管制程序和规则必须客观、透明、公开。此外，第 10 条建议也强调了由独立第三方对管理决策进行审核的重要性。特许经营规定和程序的公平和透明也在 UNCITRAL 立法指南的第 14 条和第 39 条建议中有所体现，前者指出了在选拔特许经营权受让者时保障公平竞争程序的重要性，后者则提出确保对授权机构在选拔过程中的行为进行监督的权利。UNCITRAL 立法指南同时也建议对非竞争性提案（第 28 条建议）和非招标提案（第 30-35 条建议）有程序性安排。本原则同时也参考了欧盟关于特许经营的解释性通讯，欧盟绿皮书《PPP 和共同体法下的公共合同和特许经营》，以及 OECD 关于特许经营协议法律的基本要素。（同时可参见 UNCITRAL 法规模型第 6 条，第 18-23 条，第 28 条）。

原则 6

现代特许经营法应该和国家的法律体系和特定法律相契合

解释：现代特许经营法应该与国家的其他法规相契合，从而避免不必要的法律冲突或者应用的不一致。应该对一些法条进行适当的修订以确保立法基础的连贯性和一致性。

来源：UNCITRAL 立法指南的第一条建议指出了特许经营法中无论是限制还是保障性条款都要与宪法规定相一致的重要性。

原则 7

现代特许经营法应该考虑及特许经营协议的可协商性

解释：特许经营协议磋商/谈判的自由非常重要，因为这使不同相关方在分配风险时得以将各种各样的情况都考虑进来，从而能够更富有创造力、更经济高效地分配风险。本原则的成功实施还要求在特许经营法中清晰定义哪些授权的主体可以进行协议谈判，哪些负责实施和考核绩效，也包括对中央和地方主体权利的清晰划分。

来源：根据 UNCITRAL 第 2 条建议，为了确保谈判的效率以及后续特许经营项目的有效实施，明确在协议谈判不同阶段哪些人和机关有权参加并作出承诺是非常重要的。同样重要的是在特许经营法里对不同层级政府（中央和地方机构）在项目谈判和实施中的权利进行恰当的划分。为了使得考虑的因素更加全面和广泛，从而使风险分配更有效，UNCITRAL 立法指南的第 12 条建议中强烈反对起草法律条例时对参与方的谈判能力进行不必要的限制。

原则 8

现代特许经营法应该考虑及法律或仲裁决定的可强制执行

解释：根据本原则，现代特许经营法应该确保在争议解决机制（包括可能发生的国际仲裁和仲裁裁决的强制执行）下保护双方权利和利益的可能性。本原则对于为投资人创造一个更加安全、可预测、有吸引力的环境是非常重要的。

来源：本原则是基于 UNCITRAL 立法指南第 69 条建议提出的，该条建议强调了现代特许经营法中赋予各相关方根据项目特点商定最佳争议解决机制的自由。

原则 9

现代特许经营法应该考虑及国家承诺和保障

解释：本原则指出了现代特许经营法条款中应当包含政府对项目进行财务支持的可能性和保障授权机构履行其义务等条款的重要性。政府的支持往往对于增强潜在投资人信心、增强投资吸引力、以及支持项目执行有十分重要的作用。

来源：UNCITRAL 立法指南第 13 条建议指出现代特许经营法应该针对可以提供支持的机构的类型以及可以提供的支持的类型撰写清晰的条款。

原则 10

现代特许经营法应该顾及担保物权

解释：通常来说，在一个特许经营项目里，特许经营权受让人自己投资的金额仅占约 30%。另外的 70%通常是通过银行（出借方）抵押贷款解决，即特许经营权受让人将特许经营协议授予其的权利抵押给出借方。然而，为了抵押担保更加有效，国家也应该同时提供一份担保，即如果强制执行抵押担保，将启动恰当的程序允许特许经营仍能够继续实施，并允许出借人介入特许经营协议。这个机制保障了特许经营项目的连贯性、可持续性，以及投资的效果。

来源：UNCITRAL 立法指南第 49 条建议强调了现代特许经营法中保障特许经营权受让人因项目需要进行抵押贷款，担保物权包括其财产所有权、项目公司的股票质押、实收账款、应收账款、和其他适当的抵押品等。本原则同时参考了 OECD 特许经营协议法案基本要素的第 16 条，该条陈述了特许经营权受让人可以将特许经营协议赋予其的权利作为质押作为支付款和应收款。（同时可参见 UNCITRAL 法规模型第 35 条）