



金研律师文库

特许经营法律实务



legal practice in concession

张 栋 主编



公用事业特许经营

concession on public utility

自然资源国际合作开发特许经营

concession on international cooperation in the exploitation of natural resources



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



金研律师文库

特许经营法律实务



legal practice in concession

张 栋 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

特许经营法律实务/张栋主编. —北京:法律出版社,
2008.11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8928 - 4

I. 特… II. 张… III. 专卖—商业管理—经济法—基本
知识—中国 IV. D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 164067 号

© 法律出版社·中国

特许经营法律实务
张栋 / 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 24.5
字数 376 千
版本 2008 年 12 月第 1 版
印次 2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn
电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779
咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8928 - 4

定价: 49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

金研律师集团的律师在从事国内外特许经营法律实务过程中,从大量的实际运作方案和文本中,结合理论研究成果,总结出来了特许经营法律实务。

书中不仅对特许经营制度进行了综述,还对政府特许经营法律实务进行了独有的阐述,对政府特许经营招投标、特许经营协议、项目融资等主要法律实务结合实例进行了研究和探讨;同时对特许经营中有争议的重大理论问题阐明了特有的见解。配合国家实施“城镇化”战略和“公用事业市场化改革”政策,加大特许经营在国内的适用范围的需要,重点阐述了国内篇公用事业特许经营及其法律制度;顺应国家“走出去”战略,适应国际化的需要,重点阐述了国际篇自然资源国际合作开发特许经营及其法律实务。书中所举的各种实例文本均是金研律师的智力成果。

随着金研律师集团“立足中原,面向全国,走向世界”目标的实现,创造品牌业务,服务于国际经济一体化,为国家法治的创新发展做出更大的贡献,已成为全体金研人的共识。“精诚所至,金石为开,诚实守信,求索进取”的金研精神激励金研人将《金研律师文库》打造成专业化、规范化、国际化的金研文化品牌。特把此书作为《金研律师文库》专著类,奉献给广大读者,还望各界人士多提宝贵意见!

金研律师集团董事局主席 张栋

二〇〇八年九月八日

目 录

上篇：总 论

第一章 特许经营制度综述	(3)
第一节 特许经营制度概述	(3)
第二节 政府特许经营制度概述	(6)
第三节 商业特许经营制度概述	(12)
第二章 政府特许经营法律实务概述	(16)
第一节 政府特许经营权授予的法律原则	(16)
第二节 政府特许经营招投标法律实务	(18)
第三节 政府特许经营协议法律实务	(27)
第四节 政府特许经营项目融资法律实务	(43)

中篇：国内篇

第三章 公用事业特许经营及其法律制度	(51)
第一节 公用事业特许经营概述	(51)
第二节 公用事业特许经营合作方式	(55)
第三节 我国法律体系中的公用事业特许经营	(56)
第四章 公用事业特许经营几个法律误区	(59)
第一节 特许经营权和特许经营协议的性质与关系	(59)
第二节 公用事业特许经营与 BOT	(64)
第三节 公用事业特许经营与公用事业单位改制	(66)
第四节 公用事业特许经营与约定监管和法定监管	(67)
第五章 公用事业特许经营共性法律实务	(69)
第一节 选择特许经营者的程序和方式	(69)

2 特许经营法律实务

附:《××市污水处理特许经营项目招标文件》	(74)
第二节 项目公司的几个法律问题	(98)
第三节 项目资产和特许经营权的有偿转让	(103)
第四节 公用事业特许经营区域的调整	(107)
第五节 公用事业产品和服务价格及调整	(108)
第六节 土地使用与公用事业特许经营	(113)
第七节 公用事业特许经营风险与承担	(116)
第八节 保函与公用事业特许经营	(124)
第九节 公用事业特许经营中期评估	(127)
第十节 特许经营期满前终止的处理	(130)
第十一节 特许经营期满的移交	(134)
第十二节 保险资金间接投资与公用事业特许经营	(140)
第十三节 外商限制类投资与公用事业特许经营	(144)
第六章 城市供水特许经营法律实务	(145)
第一节 城市供水相关基本问题	(145)
第二节 供水设施的建设与特许经营	(146)
第三节 供水运营与特许经营	(149)
第四节 水质与特许经营	(151)
第五节 水价与特许经营	(155)
第六节 特许经营中公众权益保障机制	(159)
第七章 污水处理特许经营法律实务	(163)
第一节 污水处理 BOT 特许经营协议概述	(164)
第二节 污水处理 BOT 特许经营的项目融资	(168)
第三节 污水处理特许经营年限的确定	(173)
第四节 污水处理 BOT 基本水量(保底水量)	(174)
第五节 污水处理厂进出水质与特许经营	(175)
第六节 污水处理服务费的预决算制度	(180)
第七节 污泥处置与特许经营	(181)
第八节 中水回用与特许经营	(183)
附:关于《××市中水项目特许经营协议》的修改意见书	(184)

第九节 污水管网与特许经营	(191)
附:××市城市污水处理二期项目配套管网 BT 建设协议	(195)
第八章 城市管道燃气、生活垃圾处理、医疗废物处置特许经营法律	
实务	(210)
第一节 城市管道燃气特许经营	(210)
附:××市城市管道燃气特许经营协议	(213)
第二节 生活垃圾处理特许经营	(237)
第三节 医疗废物处置特许经营	(238)

下篇: 国际篇

第九章 自然资源国际合作开发特许经营综述	(243)
第一节 自然资源国际合作开发特许经营概述	(243)
第二节 自然资源国际合作开发特许经营协议法律问题	(245)
第三节 自然资源国际合作开发特许经营与 WTO 的联系和评 价	(251)
第四节 我国国际合作开发中的“走出去”战略	(257)
第十章 自然资源国际合作开发特许经营法律实务	(260)
第一节 投资人和资源国的背景	(261)
第二节 自然资源国际合作开发特许经营协议	(261)
附:××矿产开发项目特许经营协议	(270)
第三节 离岸公司	(308)
附:×××有限公司组织章程大纲及细则	(325)
第四节 项目前期融资	(361)
附:A 有限公司股权融资合同	(364)
参考文献	(379)
后记	(381)

上篇：总论

第一章 特许经营制度综述

第一节 特许经营制度概述

一、特许经营制度在各领域的起源及应用

(一) 特许经营制度在基础设施领域的起源

特许经营制度可追溯至中世纪的欧洲,最初表现为国王的“先买权”。14世纪以后,逐步转化为“特许经营权”制度,国王在授予私人经营者特许经营权的同时获得一笔收益。而基础设施的特许经营现象出现于18世纪,授予公共设施特许经营权最早起源于1782年,由巴黎市政府授予佩里兄弟建设给水设施,大革命前的法国政府就利用这种方式建设桥梁、开通运河等。1830年后,基础设施方面的特许经营权制度传播到了西班牙、意大利、比利时和德国。19世纪中期,特许经营权制度在西方对外扩张中开始国际化。基础设施特许经营权国际化运用最为著名的案例是埃及境内的苏伊士运河。

特别是20世纪80年代BOT项目融资模式的出现,将特许经营制度在基层设施领域的应用推向了新的发展时期。BOT模式一出现,就引起国际金融界的广泛重视,被认为是代表国际项目融资发展趋势的一种新型结构。自1984年土耳其首相首次将BOT用于该国公共基础设施项目的私有化后,BOT模式引起世界各国尤其是发展中国家的重视。作为开发公共基础设施的一种重要手段,BOT也是发达国家公共服务或公共基础设施私有化的一种主要方式。目前世界各国共有二百多个BOT项目正在实施,其中尤以英国和法国共同建设的英吉利海峡海底隧道工程、澳大利亚悉尼港海底隧道工程和香港的海底隧道工程最为著名。

(二) 特许经营制度在自然资源国际合作开发中的应用

自然资源国际合作开发由来已久,由于该开发方式主要适用于各种自然资源的大型开发和生产,尤其是适用于在对于一个国家具有战略储备意义的自然资源,如石油、有色金属等资源的开发和生产。其发展历史可以追溯到19世纪末主要的资本主义国家剥削和掠夺殖民地国家资源时,如19世纪末荷兰皇家公司在荷属殖民地印度尼西亚开采作业、1901年英国英伊石油公司在伊朗取得特许。此阶段的合作即采用了特许经营方式,合作条件通常有利于外国投资者,其仅向资源国交纳低额特许经营权费或租金就完全控制或垄断该自然资源的生产、运输和销售,带有明显的不平等性。

第二次世界大战后,随着非殖民化运动的发展,大批资源国在政治上获得独立,作为国家主权之一的自然资源永久所有权也越来越被资源国重视,此前带有明显不平等色彩的“合作开发协议”被重新审视。要求平等合作的呼声日益高涨,一些开发特许经营协议中的原则和条款不得不对资源国作出让步而被改变或调整,这个过程也促使国际投资中合作开发制度逐步成熟和完善起来。

(三) 商业领域的特许经营制度

商业领域的特许经营起源于19世纪的美国。1865年,现代商业特许经营的鼻祖——美国胜家缝纫机公司为了迅速将自己的新产品打开销路,运用特许经营的方式在美国各地建立销售网络,该公司的新产品迅速地占领了国内市场,取得了巨大的成功。

美国汽车制造业在20世纪20年代,由于当时福特开发的现代化汽车生产的流水生产装配线,使得生产效率获得了空前的提高,为了扩大销售规模,汽车制造业纷纷采取特许经营的方式,把汽车的销售权授权给一些代理机构,这种特许经营的方式使汽车制造业的企业迅速摆脱了销售的隐患,大大地带动了汽车工业的发展。

在饮料业中,要运输大量的饮料到较远的地方去销售,显然是比较严重的问题,为了解决这个问题,饮料公司便采用特许经营方式,授权当地的公司装瓶生产并组织销售,美国的百事可乐和可口可乐公司都是在美国各地授权了许多家装瓶工厂,这样,既保证了企业的销售稳步增长,又进一步扩大了企业的发展规模和知名度,使企业迅速崛起。在餐饮业中,麦当劳、肯德基采用商

业经营,使自己的加盟店遍布世界各地。

现在,商业特许经营在全球商业领域得到了广泛的应用。商业特许经营对于特许人而言使其企业得以迅速发展、成长和扩张;对于特许经营者而言,可在资金有限,缺乏经验,但又确实想投资创业的情况下,通过特许加盟可以得到成功的经营管理方法、品牌效应,以及得到特许人的指导和帮助,从而降低投资风险,成功创业。

为了促进经济发展,规范、引导、发展商业特许经营行为,我国自2007年5月1日起施行《商业特许经营管理条例》。

二、特许经营制度的概念及分类

(一) 特许经营的概念

特许经营在基础设施、资源开发、商业等领域应用时,其应用的动机、参与主体、特许经营权的载体、参与主体之间的权利义务内容虽各不相同,但抽象来看其都有一些共同的特征,如果将其概念化,可简单表述为:特许人将某项专属权利,通过一定的程序授予被特许人在约定的时间和范围内享有和利用,并承担相应义务的一种行为。

在基础设施特许经营中,政府或其职能部门将基础设施的投资和经营权,授予投资人设立的项目公司,由项目公司在约定的特许经营期限和范围内得到投资和经营收益,并承担提供相应的公共产品和服务的义务。资源开发特许经营中,通过公开竞争程序,资源的所有者代表政府将一定时间和区域内的资源的开发和利用权授予投资者设立的项目公司,项目公司在开发和经营成果的同时按照约定的额度向政府或其指定机构支付费用、提供产品等。商业特许经营中,特许人将自己拥有的注册商标、企业标志、专利、专有技术的使用权授予被特许人,被特许人履行支付费用和按要求进行经营的义务。

(二) 特许经营的分类

1. 特许经营的分类

特许经营按照授予主体的不同以及特许经营权利的性质和内容不同,分为政府特许经营和商业特许经营。政府通常在资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业,以行政许可等方式实施特许经营,如自然资源开发、城市供水、污水处理、高速公路、桥梁等领域。商业特许经营发生在市场竞争充分的行业领域,市场主体之间通过平等协商,交易注册商标、企

业标志、专利、专有技术的使用权的民事行为,如国际餐饮业中的麦当劳、肯德基采用的加盟经营方式。

2. 政府特许经营的分类

(1)政府特许经营根据客体的不同,可分为资源开发特许经营和基础设施特许经营,如煤炭、矿产、石油、天然气等项目的合作开发特许经营就属于资源开发特许经营,城市供水、污水处理、高速公路、桥梁等项目的特许经营就属于基础设施特许经营范畴。(2)政府特许经营根据被特许人的主体是国内和国外的不同,可分为国际合作特许经营和国内特许经营。本书下篇对国际合作特许经营中的自然资源国际合作开发特许经营有专门论述。

3. 基础设施特许经营的分类

基础设施特许经营按照功能区域的不同,狭义地分为一般基础设施特许经营和城市基础设施特许经营。一般基础设施特许经营指处于城市规划区外的国民经济基础行业,如高速公路、桥梁等交通运输行业,以及通讯设施等;城市基础设施特许经营又称市政公用事业特许经营,它包括城市供水、燃气、污水处理、公交等公用事业特许经营项目,该类项目的功能系构建城市功能的组成部分,通常位于城市规划区内。本书中篇对市政公用事业特许经营进行专门论述。

第二节 政府特许经营制度概述

一、政府特许经营的成因

政府特许经营中的自然资源开发和公用事业特许经营法律实务为本书的重点,我们有必要先分析政府特许经营制度的成因。

市场经济中,市场作为资源配置的一种方式,市场经济主体之间的自由竞争为其必要条件。但在西方几百年的市场经济发展过程中也暴露出了市场经济自身的一些局限性。从自由竞争这一角度来看,市场经济以经济人追求利益最大化的自由竞争为其基本运转形式,但有些行业则由于其特殊性而不宜实行自由竞争,自由竞争不能实现人们期望达到的效率和公平,而应该由政府对竞争予以限制,这些领域主要就是经济学所时常论及的自然垄断行业。社会需要的有些产品或服务,由于不具有消费的排他性,不容易形成价格,市场

主体不愿意提供此类公共产品和服务,所以,一般情况下此类公共产品和服务都是由政府提供。

上述自然垄断行业和公共产品和服务领域,一方面由于国家垄断经营,严格禁止民间资本和国外资本的介入,国有企业的低效率在这里体现得淋漓尽致。另一方面,经济的迅猛发展,对这些行业的需求大增,而国家的财力又不能满足相应的需求量需要民间资本甚至是国外资本的介入。政府特许经营制度就在此背景下提出。

政府特许经营制度的主要目的和作用就在于:一是通过引进国内外资金、技术解决资源开发、基础设施建设、公共产品和服务提供方面的政府投入和能力不足,从而满足相应的社会需求;二是通过改变投资和经营方式,引进新的管理机制和制度,改革由政府或国有企业投资经营的单一模式,提高公共产品和服务质量,以及生产效率。

二、政府特许经营的概念和特征

(一)政府特许经营的概念

我国建设部在2004年5月1日起施行的《市政公用事业特许经营管理办法》中指出:“市政公用事业特许经营,是指政府按照有关法律、法规规定,通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。”成都市人民政府所颁布的《成都市人民政府特许经营权管理暂行办法》中对特许经营权的界定,提出特许经营权的概念是“特许经营权是经特定程序许可而获得的并在政府的管制下对公用物或政府垄断和控制的资源的经营权”。

参考上述规定中提出的特许经营概念,结合政府特许经营的特点,本书提出的政府特许经营概念为:指政府或其授权部门,通过一定程序,将一定时间和区域内的自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的经营权授予符合条件的主体,被授权主体履行提供公共产品、服务或费用等义务的行为。

(二)政府特许经营的特征

政府特许经营的特征有以下几项:

1. 政府或其授权的职能部门为一方参与主体

政府特许经营活动中一方参与主体为政府或其授权的职能部门,这是由

该类特许经营项目的行业特性——自然资源、公共资源、公益行业决定的,而政府作为自然资源和公共资源的所有者和支配者,以及社会公共事务管理者的角色,决定了该类特许经营项目中,政府必然成为一方主体,即其是特许经营权的授予者,也是特许经营协议的签约主体,还是特许经营协议履行的监督主体。

2. 所处行业或属于资源利用或涉及公共利益

凡政府特许经营项目所处行业要么是有限自然资源的开发利用以及公共资源的配置和利用,如矿产、石油、天然气等行业;要么是与公共利益密切相关的行业,如供水、燃气、公交等行业。也正是这类行业的特性决定了政府特许经营授权行为的行政性,出于公共利益的可征收性特征。

3. 有限的特许经营期

即特许经营者只在有限的期限内享有政府特许经营项目的特许经营权。理由有三:其一政府特许经营的目的之一在于弥补政府财政资金的不足和提高资源利用的效率。因此,如果将特许经营权永久授予特许经营者,则该权利所指向的资源归属形式实际上已经改变了性质,不再成为政府所控制的资源而成为了私人资源,与特许经营权的设立目的相悖。其二限定特许经营权的期限可以增加特许经营者的竞争压力,特许经营者获得权利是付出了成本的,在特许经营期内,特许经营者会努力改善企业的经营绩效以收回投资,并且如果该权利的实际运行证明对特许经营者来说是有利可图的,那么为了在将来再次获得特许经营权,特许经营者就会努力改善经营管理,提高技术水平,促进整个产业的进步。其三随着社会经济的发展和技术的进步,某些产业可能会失去由政府进行垄断或控制的经济政策理由,限定特许经营期限就给政府一个对特许经营权范围的调整空间,以适应社会的发展。

4. 区域垄断性

特许经营的行业特性决定了其具有自然垄断性,以及自由竞争的不经济性决定了政府特许经营项目的区域垄断性,即在特许经营区域和范围内,特许经营者对项目经营权独家垄断,如在矿产资源开发特许经营项目中,除特许经营者按照约定交还的勘探区域外,在特许区域内特许经营者享有独家勘探、开发、生产和销售矿产的权利;如在城市供水特许经营项目中,由于多家敷设输配水管网的不经济性,在特许经营区域内特许经营者享有独家经营供水业务

的权利。

5. 公益性

特许经营权的授予和实施必须符合国家利益和社会公共利益的需要,这是由特许经营权存在的价值取向和设立目的决定的。在政府特许经营项目实施过程中,当特许经营者的经营行为侵害了国家利益和社会公共利益,政府有权根据法律规定或特许经营协议的约定收回特许经营权;政府也可根据国家利益和社会公共利益的需要,对特许经营项目设施、产品进行征用,但应进行相应的补偿。这充分体现了政府特许经营项目的公益性特征和公共利益优先原则。

三、政府特许经营的合作模式

(一) 政府特许经营合作方式的分类

1. 从项目融资建设的角度来区分,主要分为三种形式

(1) BOT (build-operate-transfer) 模式,指政府授权特许经营者投资修建一个新的项目,运营一定时期后,将项目无偿移交给政府;(2) 租赁经营 (leases),也称为 TOT (transfer-operate-transfer),指政府将已建成的正在运营或即将开始运营的项目转移给特许经营者,特许经营者向政府交纳特许经营权费或设施使用费,或资源开发费用,政府利用融到的资金建设新的项目或用于其他政府项目;(3) ROT (rehabilitate-operate-transfer),它具有租赁经营的全部特点,但特许经营者首先要投资修复或改扩建已有基础设施,在经营期间特许经营者负责项目设施的维护和修理工作。

2. 从政府实行特许经营的目的来划分,主要分为两种形式

以市政设施建设或改建及资源开发所需资金的筹集为目的的融资性的特许经营和以改进市政设施生产经营效率为目的的效率性的特许经营。效率性的特许经营是政府管制和民营化的一种形式。

3. 从承担风险的角度进行划分,主要分为三种形式

(1) 全部风险特许经营 (CRI)。特许经营者负责政府项目开发、投资及经营费用,自负盈亏,承担全部风险,政府不承担任何风险。这种方式一般适用于企业对某一政府项目相关市场的全面开发和经营管理,如市政公用事业特许经营当中的污水处理特许经营 BOT 合同。(2) 共担风险特许经营 (CRP)。特许经营者承担政府经营过程中的技术风险,以及其所投入部分的投资风险,

政府承担原有投资的风险。租赁经营属于这种方式。(3)有限风险特许经营(CRL)。因市场的特殊性,特许经营者从下游用户收取的费用不足以弥补运营成本,须由政府通过财政预算予以补贴,企业仅承担有限风险。这种方式适用于客源不明、不能仅依靠客户付费的政府项目,如污水处理厂特许经营项目、公共交通特许经营项目、电厂特许经营项目。

以上三种分类方法并不能概括政府特许经营的全部种类,合作方式的选择和适用取决于项目特点,以及特许经营合作各方的价值取向和合作条件。

(二) 政府特许经营常见合作模式——BOT 模式

政府特许经营合作模式在发展过程中产生了很多种形式,在 20 世纪 80 年代至 90 年代中期,采用较多的就是 BOT 模式。由于该模式在许多国家的广泛应用,人们往往用 BOT 来代称政府基础设施的特许经营模式。根据《1994 年世界发展报告》的定义,BOT 是“Build-Operate-Transfer”的缩写,即建设—经营—移交,是指东道国政府(或它的某一机构)与特许经营者签订特许经营权协议(Concession Agreement),将政府项目的建设及在一个特许经营期内运营的特许经营权授予特许经营者,由特许经营者设立的项目公司筹资并建设该项目。项目公司以项目自身预期的收入现金流量、自身的资产与权益来承担债务偿还责任,它在特许经营期内运营和维护这项设施,并通过收取使用费或服务费回收投资,取得合理利润。特许经营期满后,该项设施的所有权将被无偿移交给项目东道国政府或其所属机构。BOT 模式的参与主体包括:政府及其职能部门、股东(或者称投资人)、股东设立的项目公司、贷款银行、项目工程施工单位、运营商、用户等。BOT 模式的特点为:

1. 以政府授予特许经营权为前提的一种项目融资模式;
2. 投资人设立专门的具有独立法人资格的项目公司实施特许经营项目;
3. 特许经营项目的融资、建设、运营风险均由项目公司承担,政府不承担此类风险;
4. 项目公司实施项目的大部分资金,以项目本身的资产或项目特许经营权、收益权进行担保融资获得,融资资金只由项目公司归还,贷款人等不能追索到投资人,即有限追索权;
5. 对项目公司提供的产品或服务,政府对项目公司有最低量购买保证;
6. 特许经营期满,项目资产在清偿所有债务后,无偿移交给政府。