

Legal Security for Infrastructure PPP
(Including Transnational PPP)



基础设施公私合作 (含跨国PPP) 的法律保障

何春丽 著

本书最大特点在于以世界银行《1994年世界发展报告：为发展提供基础设施》和《联合国国际贸易法委员会基础设施PPP立法指南》英文原文为借鉴，结合中国现行有效法律、中国“最新PPP系列政策”和作者自身长期丰富的法律服务实践经验，对PPP的理论基础、项目合同条款设计、项目公司治理、中国企业作为私人部门到境外投资的法律适用等系列问题做了较深入细致的剖析，具有前瞻性。



法律出版社 | LAW PRESS

Legal Security for Infrastructure PPP
(Including Transnational PPP)

基础设施公私合作 (含跨国PPP) 的法律保障

何春丽 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

基础设施公私合作(含跨国 PPP)的法律保障 / 何春
丽著. —北京:法律出版社, 2015. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7768 - 0

I. ①基… II. ①何… III. ①基础设施—基本建设投
资—公私合营—法律保护—研究—中国 IV.
①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 068541 号

基础设施公私合作(含跨国 PPP)的法律保障
何春丽 著

策划编辑 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2015 年 6 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 杨昆玲
印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14 字数 218 千
印次 2015 年 6 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7768 - 0

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

春丽告诉我,她写了本专著,要出书了。长期忙于律师实务,时间和精力似乎都不足以让她坐下来搞研究,但这又是意料之中,因为春丽担任长春市政府投融资平台的法律顾问,关注市政基础设施建设,从事这方面的业务,为此博览中外文献,刻苦钻研,累积的心得一定不少。作为她的硕士论文指导老师,我对春丽的勤奋、专业和取得的成绩,感到由衷的欣慰。

本书研究基础设施公私合作(PPP)的法律保障。PPP是中国全面深化改革、提升在世界经济中地位的一种重要举措。春丽以其为民营企业参与污水处理项目BOT、为政府投融资平台运作、为电力和水利等基础设施建设提供法律服务的经验,上升到现行有效的中国法律和中国缔结或加入的国际条约、双边协定,以《联合国国际贸易法委员会基础设施PPP立法指南》为指引,分析PPP模式的精髓,论述项目合同的权利义务和项目公司治理机制,具体阐述资产证券化、私募股权投资基金、项目公司股票上市等多种基础设施融资方式。书中还介绍了ICSID争议解决方式和《多边投资担保机构公约》(MIGA),为走出去的中国投资者寻求有利的争议解决途径和降低境外投资政治性风险,提出了法律上的建议。

目前我国尚未针对PPP进行专门立法,在PPP实践中如何避免走弯路、减少损失?世界银行《1994年世界发展报告:为发展提供基础设施》和《联合国国际贸易法委员会基础设施PPP立法指南》是国际经验的总结,本书对其进行分析借鉴,因而具有前瞻性。

作者对问题的分析务实、深刻、严谨,能够在工作之余潜心完成写作,反映了她的社会责任感和时代感。而PPP作为公私合作,也容易发生官商勾结、利益输送、坑骗政府及公共利益等腐败,期待春丽有机会时对其作更全面深入的思考和研究。

是为序。

中国人民大学法学院教授、博导

史保春

2015年3月10日

自序

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》要求非公有制企业进入特许经营领域,鼓励和引导社会资本参与基础设施建设。

2014年11月4日,中央财经领导小组第八次会议,研究丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路规划、发起建立亚洲基础设施投资银行和设立丝路基金。

2014年11月11日,亚太经合组织第二十二次领导人非正式会议宣言(APEC北京纲领)批准《亚太经合组织互联互通蓝图(2015~2025)》。《蓝图》倡导加强硬件、软件和人员交流互联互通,实现无缝、全面联接和融合亚太的远景目标、批准《通过公私伙伴关系促进基础设施投资行动计划》解决基础设施发展面临的融资“瓶颈”。

笔者长期为公共部门(政府建设投融资平台)提供法律服务,为私人部门参与污水处理厂BOT项目提供法律服务,为供热工程、电力工程、水利工程提供法律服务。丰富的法律服务实践使笔者对PPP各个环节有了相对深刻的切身体会和理论研究。在我国PPP元年之际,在我国尚未对PPP专门立法之时,如何适用我国现有法律规范PPP各环节、如何准确把握PPP的脉络和精髓等一系列问题跃入笔者脑海,遂产生写作之动机。

笔者愿意把自己多年的切身体会、实践经验和理论与关注PPP模式的各界人士分享,以求对中国PPP在国内和国际上的应用和发展贡献一点力量。

与以往的PPP书籍相比,本书最大的特点在于以世界银行《1994年世界发展报告:为发展提供基础设施》和《联合国国际贸易法委员会基础设施PPP立法指南》英文原文为借鉴,结合中国现行有效法律和中国“最新PPP系列政策”,对PPP的理论基础、项目合同条款设计、项目公司治理、中国企业作为私人部门到境外投资的法律适用等一系列问题做了较深入细致的探讨和研究。

随着PPP项目的再实践,PPP理论定会更加全面与完善。

作者

2015年3月

目录 / CATALOGUE

第一章 基础设施 PPP 的发展历史与现状	1
第一节 基础设施的概念	1
第二节 基础设施的特点	3
第三节 基础设施的分类	4
第四节 基础设施的作用	6
第五节 基础设施 PPP 在世界的发展历史与现状	6
第六节 基础设施 PPP 在中国的发展历史与现状	9
第二章 PPP 模式解析	12
第一节 PPP 模式的概念和特点	12
第二节 PPP 模式的主要原则	13
第三节 基础设施 PPP 模式的意义	15
第四节 PPP 类型的深度解析	16
第三章 PPP 项目审批和实施管理	24
第一节 公共部门的职责分工	24
第二节 项目发起与评价论证	26
第三节 物有所值评价	27
第四节 实施方案的编制和审批	29
第五节 PPP 项目的团队组建	31
第六节 国际经验	33
第四章 私人部门的选择	36
第一节 私人部门的性质和条件	36
第二节 私人部门选择的原则	37

第三节	私人部门选择的方式	40
第四节	私人部门选择的流程	43
第五节	私人部门选择的国际经验	45
第五章	项目合同条款设计	52
第一节	合同的成立与生效	52
第二节	合作范围、特许期、特许经营权	55
第三节	风险分担	60
第四节	付费机制	72
第五节	项目公司融资担保和政府支持	75
第六节	资产所有权分配	79
第七节	实施机关的监督权和介入权	81
第八节	项目合同解除	87
第九节	项目移交	91
第十节	争议解决	94
第六章	项目公司治理	98
第一节	企业的概念、特点、组织形式	98
第二节	我国国有企业与私营企业的历史和现状	101
第三节	项目公司的性质	105
第四节	项目公司治理	107
第五节	项目公司股权的限制与行使	112
第七章	私募股权投资基金	120
第一节	政府融资平台转型	120
第二节	私募股权投资基金的概念、特点、类型	122
第三节	私募股权投资基金的组织形式	126
第四节	私募股权投资基金的投资流程	129
第五节	私募股权投资基金的退出路径	131
第八章	资产证券化融资	137
第一节	结构融资基本原理	137
第二节	专项资产管理计划及案例分析	140
第九章	证券公开发行及上市	146
第一节	PPP 模式下项目公司上市的可行性和必要性	146
第二节	股票主板上市的流程和锁定期	147

第三节 股票主板上市的条件	148
第十章 跨国 PPP 中中国投资者的法律保障	153
第一节 中国投资者参与“一带一路”基础设施建设的重要意义	153
第二节 国家契约	154
第三节 解决国家与他国国民之间投资争端公约	155
第四节 多边投资担保机构公约	158
第五节 中国境外投资法律	160
部分相关政策法规	164
关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知(财金 [2014]76 号)	164
政府和社会资本合作模式操作指南(试行)(财金[2014]113 号)	168
国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见(发改投 资[2014]2724 号)	179
国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见(国 发[2014]60 号)	184
政府购买服务管理办法(暂行)(财综[2014]96 号)	191
政府和社会资本合作项目政府采购管理办法(财库[2014]215 号)	197
境外投资管理办法(商务部令[2014]第 3 号)	201
国务院办公厅关于创新投资管理服务方式建立协同监管机制的若干意见 (国办发[2015]12 号)	206
参考文献	212
鸣谢	214

第一章 基础设施 PPP 的发展历史与现状

本章介绍基础设施的概念、特点、分类、作用,基础设施 PPP 在世界的发展历史与现状以及基础设施 PPP 在中国的发展历史与现状。

第一节 基础设施的概念

至今,世界上对基础设施尚不存在统一的定义,本书分别阐述世界银行《1994 年世界发展报告:为发展提供基础设施》(以下简称为《世界银行 1994 年基础设施发展报告》)、《联合国国际贸易法委员会基础设施 PPP 立法指南》关于基础设施的定义。

一、《世界银行 1994 年基础设施发展报告》关于基础设施的定义

基础设施是服务,包括以下几方面:

1. 公共设施——能源、通信、管道水供应、卫生与污水处理、固体废物的收集与处理、管道天然气;
2. 公共工程——道路、大坝、为灌溉和排水的运河工程;
3. 其他交通部门——城市与城际铁路、城市运输、港口、水运、飞机。

经济学家认为基础设施是一个社会一切资本(资金)活动的伞型术语,尽管任何术语均没有精确地对基础设施进行定义,但都涵盖技术特征(规模经济)和经济特征(从使用者到非使用者的广泛性)的一系列活动。

原文:

What is infrastructure?

The report focuses on economic infrastructure and include services

from:

Public utilities—power, telecommunications, piped water supply, sanitation and sewerage, solid waste collection and disposal, and piped gas.

Public works—roads and major dam and canal works for irrigation and drainage.

Other transport sectors—urban and interurban railways, urban transport, ports and water-ways, and airport.

Infrastructure is an umbrella term for many activities referred to as “social overhead capital” by such development economists as Paul Rosensteinrodan, Ragnar Nurkse, and Albert Hirschman. Neither term is precisely defined, but both encompass activities that share technical features (such as economies of scale) and economic features (such as spillovers from users to nonusers).

二、《联合国国际贸易法委员会基础设施 PPP 立法指南》对公共基础设施和公共服务的定义

公共基础设施是指为公众提供实质服务的各种物理设施、设备或系统,如电力部门的发电厂、电力输送网络,通信部门的本地和长距离的电话通信和数据传输网络,水处理部门的污水处理厂、水分配设施,卫生部门的废物收集和处理,交通部门的城市和城际铁路、地铁、公交、公路、桥梁、隧道、港口、飞机场等公共交通的物理安装和系统。

公共服务不应该在技术意义上理解。

原文:

The expression public infrastructure refers to physical facilities that provide services essential to the general public. Examples of public infrastructure in this sense may be found in various sectors and include various types of facility, equipment or system: power generation plants and power distribution networks (electricity sector); systems for local and long-distance telephone communications and data transmission networks (telecommunications sector); desalination plants, waste water treatment plants, water distribution facilities (water sector); facilities and equipment for waste collection and disposal (sanitation sector); and physical

installations and systems used for public transportation, such as urban and inter-urban railways, under-ground trains, bus lines, roads, bridges, tunnels, ports, airlines, and airports (transportation sector).

The expressions public service and public service providers should not be understood in a technical sense that may be attached to them under any particular legal system.

第二节 基础设施的特点

一、社会性

1. 任何一项基础设施都不是为特定部门、单位、企业或个人服务的,而是为城市所有部门、单位、企业和居民提供服务,为城市整体提供社会化服务。

2. 政府起主导作用

人们为满足生存需要,首先要求可交换的私人物品的供给,其次要求满足安全需要的公共物品的供给,最后要求满足发展需求的公共产品的供给。

基础设施是满足发展需求的公共产品中的重要组成部门。为社会提供公共产品和服务是政府的本质职责。

二、经济性

1. 成本的积聚性

城市基础设施初期投入庞大、呈高度积聚状态,管理成本的积聚程度也很高。

2. 收益长期性、稳定性、低利性

基础设施投入运营后运营成本递减,其收益具有长期性、稳定性、低利性。

三、技术性

1. 系统性

基础设施由各个子系统组成。各子系统内部构成相对独立的系统,同时,各子系统之间也密切联系,形成为城市经济和社会发展提供支撑的有机综合系统。

城市基础设施的构成与城市经济发展水平和城市政府职责范围有关,从系统论角度,可将城市基础设施分为6个子系统及其下属的20个分系统,如下表所示。

城市基础设施子系统	城市基础设施分系统
城市供水与排水系统	水资源开发、利用和管理系统,雨水排放系统,自来水生产与供应系统、污水排放及处理系统
城市能源系统	电力生产与输送系统,人工煤气的生产及煤气、天然气、石油液化气的供应系统,集中供热的热源生产与热力输送系统
城市交通系统	道路与停车设施系统、公共交通系统、快速交通系统、对外交通系统
城市通信系统	邮电设施系统、电信设施系统
城市环境系统	环境卫生系统、环境保护系统、园林绿化系统
城市防灾系统	消防系统、防洪系统、抗震及防地沉系统、人防备战系统

2. 协调性

城市基础设施的发展必须与城市经济、人口规模、居民生活水平、城市规划建设等协调。

3. 前瞻性

城市基础设施的承载能力相对于城市发展应适度超前。因为随着经济和社会的发展,城市对基础设施的需求会产生变化,而基础设施建设却因人、财、物及工程建设的复杂性而不宜频繁扩建变动,所以城市基础设施建设应事先规划并保持容量的适度超前,否则将会阻碍城市经济的发展和城市居民生活水平的提高。

第三节 基础设施的分类

在向市场经济过渡的过程中,应该认识到基础设施本身就是一种资源,可以根据基础设施的性质,挖掘其潜力,确立多元化的投融资模式,以其收益支持城市建设,形成城市建设“投入—产出”的良性循环。

为了实现对城市基础设施的分类管理和市场化运作,将城市基础设施按照是否具有经营性进行分类,如下表所示。

序号	分类	项目属性	公共项目实例	投资主体	权益归属
1	经营性基础设施	纯经营性基础设施	收费高速公路、桥梁等	社会资本	谁投资谁受益
		准经营性基础设施	煤气、地铁、轻轨、自来水、收费不到位的公路等	政府适当补贴, 吸纳各方投资	谁投资谁受益, 政府一般不考虑回报
2	非经营性基础设施		敞开式城市道路等政府投资	政府投资	政府

一、非经营性基础设施

非经营性基础设施主要指无收费机制、无资金流入的基础设施,这是市场失效而政府有效的部分,其目的是为了获取社会效益和环境效益。市场调节对此难以起作用,这类项目的投资一般只能由代表公共利益的政府财政和地方政府债券来承担。尽管如此,可通过授予私人部门非经营性基础设施的冠名权、广告权、沿线开发权挖掘间接效益来源,政府也可通过购买服务的方式吸引私人资本。

二、经营性基础设施

经营性基础设施是指有收费机制、有资金流入的基础设施,又可分为纯经营性基础设施和准经营性基础设施。

1. 纯经营性基础设施(营利性项目)

纯经营性基础设施是指基础设施项目可以通过市场进行有效配置,其动机与目的是利润的最大化,其投资形成价值增值过程,可通过全社会资金加以实现。纯经营性项目属于全社会投资范畴,其投资主体可以是民营企业、外资企业等。

2. 准经营性基础设施

准经营性基础设施是指具有收费机制和资金流入,具有潜在利润,但因政策及收费价格没有到位等因素,无法收回成本的项目。准经营性基础设施附带部分公益性,是市场失效或低效的部分。因准经营性基础设施具有不够明显的经济效益,市场运行结果不可避免地形成资金供给的诸多缺口,要通过政府适当补贴或政府优惠持续运行,待价格逐步到位及条件成熟时,可转变成纯经营性项目,如煤气、地铁、轻轨、收费不到位的公路等。

第四节 基础设施的作用

根据《世界银行 1994 年基础设施发展报告》,基础设施的充足性决定一个国家的成功和另一个国家的失败——在多样性生产方面、贸易扩大方面、应对人口增长方面、减少贫穷方面、改善环境条件方面。

随着经济输出的增长,基础设施容量逐步增长,基础设施容量每增加 1%, GDP 增长 1%。

总的来说,毫无疑问,改善基础设施带来的利益是巨大的。

原文:

The adequacy of infrastructure helps determine one country's success and another's failure—in diversifying production, expanding trade, coping with population growth, reducing poverty or improving environmental conditions. Infrastructure capacity grows step for step with economic output—a 1 percent increase in the stock of infrastructure is associated with 1 percent increase in gross domestic product (GDP). There is no question that the overall benefits from improving infrastructure are large.

第五节 基础设施 PPP 在世界的发展历史与现状

一、基础设施 PPP 在世界的发展历史

根据《联合国国际贸易法委员会基础设施 PPP 立法指南》,公共部门和私人部门在基础设施发展方面的作用追溯至 19 世纪。那时,在很多国家在气体街灯

照明、电力输送、电报和电话,蒸汽机火车方面由私人部门获得许可后提供。大规模私人投资的公路和运河也在执行,工程项目融资也得迅速发展。

然而,在 20 世纪多数时期,国际上关于基础设施提供的趋势由公共部门提供。基础设施运营者经常被国有化,竞争通过并购而减少。只有少数国家保留私人运营而且还很少存在竞争。

从 20 世纪 80 年代早期开始,形势又转向私人部门参与和引进竞争机制。

原文:

The roles of the public and the private sectors in the development of infrastructure have evolved considerably in history. Public services such as gas streetlighting, power distribution, telegraphy and telephony, steam railways were launched in nineteenth century and in many countries they were provided by private companies that had obtained a license or concession from the government. Numerous privately funded road or canal projects were carried out at that time and there was a rapid development of international project financing, including international bond offerings to finance railways or the major infrastructure.

However, during most of the twentieth century the international trend was, in turn, towards public provision of infrastructure and other services. Infrastructure operators were often nationalized and competition was reduced by mergers and acquisitions. The degree of openness of the world economy also only in a relatively small number of countries, often with little or no competition.

The current reverse trend towards private sector participation and competition in infrastructure sectors started in the early 1980s.

从 20 世纪 80 年代开始出现至今,PPP 模式的使用越来越广泛。世界各国的 PPP 项目大多从特许经营协议开始。

购电协议是最普遍的 PPP 合同,全世界 PPP 项目收入中约有 40% 来自购电协议。

在美国最大的 PPP 部门是供水和废水处理,约 15% 的市政水务服务通过 PPP 项目进行。越来越多的交通运输项目也开始采用 PPP 模式。

PPP 模式在欧洲也很有市场,英国、法国、西班牙、波兰等国的基础设施建设

大量运用 PPP 模式,英国签订的 PPP 合同累计超过 700 项,总投资超过 500 亿英镑。

亚洲和非洲各国的 PPP 项目也很多,据世界银行调查,全世界有超过 50% 的 PPP 项目在亚洲设立,主要集中在能源和交通等基础设施领域。

二、基础设施 PPP 在世界上发展遇到的问题

PPP 的发展并不是一帆风顺的,很多项目由于各种原因而失败。基础设施 PPP 的失败主要表现为:

1. 项目拖期完工;
2. 为达到鼓励私人投资的目的,政府与项目公司签署有固定收益的保证协议,项目公司失去了提高运营效率的积极性,同时政府背上沉重的财政包袱;
3. 项目产品价格制定不合理,达不到预期的财务指标;
4. 政府担保的效力受到质疑;
5. 项目设施的能力和质量没有达到设计要求,不能满足市场需求,如道路坍塌、污水处理率不达标等;
6. 项目移交后不能使用等。

三、PPP 模式成功的关键因素

1. 项目计划切实可行。

项目计划不仅是在财务上可行,国民经济评价和社会效益评价也是有益的,并且投资规模在民间投资能力范围内。

2. 政府提供强有力的支持。
3. 明确项目的最终目标。

公众是公共项目的最终用户。PPP 项目成功的标志就是能向公众提供优质、高效的公共产品和服务。同时,在项目进行过程中必须始终保证可获得项目资金价值。

4. 项目风险分担合理。
5. 项目实施过程保证公正、公平和透明。
6. 市场效益预测良好。

通过市场调查和预测、专业评价,证明拟建项目既存在足够的市场竞争,又不会发生竞争过度的现象。

7. 参与各方是有能力的。

投资人具备 PPP 项目实施的经验并有足够的财力,承包商具有与建设项目技术匹配的施工能力,运营商具有该类项目运行的经验和经营能力。

8. 项目管理体现全生命周期理念。

9. 项目融资结构合理。

第六节 基础设施 PPP 在中国的发展历史与现状

一、基础设施 PPP 在中国的发展历史

(一) 实践方面

中国于 1984 年在深圳沙角 B 电厂最早尝试采用 PPP 模式。

2002 年 6 月 5 日,民间资本占 85% 的上海友联联合体与上海市水务局下属的水务资产经营发展公司签约,获得上海市最大污水处理项目——竹园污水处理厂 20 年特许经营权,日处理能力达到 170 万吨,总投资额为 8.7 亿元人民币,以 BOT 形式投资建设和运营,标志着民营资产正式进入我国水务市场。

2005 年 3 月,广州市在获得 2010 年亚运会主办权后,首次对外公布了亚运会包括赞助、特许经营权和场馆建设在内的市场开发三大设想,积极引导个体、私营企业兴建和经营城市基础设施及公用事业,以便更好地营销亚运。广州市对现有的 37 个大型体育场馆进行改造,并新建亚运村、新闻中心和若干大型体育场馆。除政府投入外,广州市还采用场馆冠名、BOT 运营等方式吸引社会资金的注入,并对公共大中型体育场馆实行所有权和经营权分离,通过合作、承包、出让、特许经营等方式,鼓励社会力量参与体育场馆的经营管理。

(二) 我国与基础设施 PPP 有关的政策

国务院于 2004 年 7 月 16 日颁发了《国务院关于投资体制改革的决定》(国发[2004]20 号),《决定》要求逐步理顺公共产品价格、通过注入资本金、贷款贴息、税收优惠等措施,鼓励和引导社会资本以独资、合资、合作、联营、项目融资等方式参与有合理回报和一定投资回收能力的经营性公益事业和公共基础设施建设。

住房和城乡建设部于 2004 年 3 月 19 日颁发了《市政公用事业特许经营管理办法》,《办法》对市政公用事业特许经营作了定义并对市政公用事业特许经营的相关问题作了概括性的规定。如《办法》第 2 条规定:市政公用事业特许经营