

工程建设法律实务丛书

PPP

项目法律实务解读

PPP XIANGMU FALV SHIWU JIEDU

丛书主编 张正勤
本书主编 易 斌

中国建筑工业出版社

工程建设法律实务丛书

PPP项目法律实务解读

丛书主编 张正勤

本书主编 易 斌

中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

PPP项目法律实务解读 / 易斌本书主编. —北京: 中国建筑工业出版社, 2016. 4
(工程建设法律实务丛书)
ISBN 978-7-112-19269-4

I. ①P… II. ①易… III. ①政府投资—合作—社会资本—法规—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第059900号

本书分为两大部分: 第一部分是本书笔者及丛书其他编者在各类针对PPP项目的法律讲座及培训中解答学员现场提问的记录为基础, 整理编纂而成的PPP项目法律实务问答。此部分的特色在于不囿于形式的桎梏, 以精简的表达直接点明问题的关键点, 并相应地给出具有操作性的建议; 第二部分是对《政府和社会资本合作项目通用合同指南》的解读。在此部分内容中, 对国家发展和改革委员会发布的《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014年版)》进行了逐条的解读和说明, 并从实际操作层面给出建议, 同时提供了结合专业研究及实务经验的建议条款, 以资读者在进行PPP合同编制时参考。

本书适合于从事PPP项目的工程管理人员、技术人员以及政府行政管理人员参考使用, 也适用于土木工程相关高等院校师生使用。

责任编辑: 赵晓菲 朱晓瑜

责任校对: 陈晶晶 刘 钰

工程建设法律实务丛书 PPP项目法律实务解读

丛书主编 张正勤

本书主编 易 斌

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)
各地新华书店、建筑书店经销
北京京点图文设计有限公司制版
北京云浩印刷有限责任公司印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 22½ 字数: 412 千字
2016年5月第一版 2016年5月第一次印刷
定价: 55.00 元

ISBN 978-7-112-19269-4
(28492)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换
(邮政编码 100037)

近年来,随着政府对房地产及基础设施领域的改革愈加深化以及国家推动“一带一路”战略等重要举措,建筑行业迎来了历史新机遇。在这一波蓬勃发展的势头下,预计未来海内外基建投资前景将一片大好。

然而,许多建筑业企业、地方政府乃至部分法律行业从业者对于国家不断出台的各项法规及政策无法正确理解或尚未深刻领悟,对于实务中的一些关键概念未能透彻认识,例如对于海外基建工程中常用的 EPC 承包模式的理解,对于 PPP 模式究竟该如何操作,如何把控工程纠纷诉讼中的司法鉴定环节等,以致在实践中逡巡不前。本套丛书正是基于此背景付梓,以期从专业律师的视角为读者从事相关实务工作或提供相关法律服务给予些许参考。

本套丛书的根本特点在于贴近实务。正如美国联邦最高法院大法官、法学家霍姆斯先生所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”对于法律问题的理解绝不能仅停留在对理论的理解上,而要紧扣实务操作,结合深入浅出的说理,从最直观的角度给出实操层面上的建议,以做到“有理、可行、不空洞”。

本套丛书的另一大特色在于建筑领域专业知识与法律的结合。实践中,法学从来都不是一门孤立的学科。当法学融入社会生活后,势必与各类专业相关联。因此,我们应当学会建立专业问题与法律问题的联系,使“法律问题专业化、专业问题法律化”,由此才能更好地解决实务问题,同时促进法学理论乃至法治建设的发展。

由于时间仓促,加之水平所限,丛书中谬误与偏颇之处在所难免,恳请广大读者及业界同仁提出宝贵意见和建议。

本书前言

2014年9月21日，国务院颁布《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》国发〔2014〕43号文，改革了地方政府的举债模式，废除了地方政府融资性平台公司为地方政府举借新债的功能，立下地方政府举债的新规矩——发行政府债券或采取政府与社会资本合作模式。其中，政府与社会资本合作(Public-Private Partnership, 简称PPP)是一种全新的运作模式。

此后，国务院各部委为了落实43号文的精神，也分别或联合出台了一系列政策。纵观国务院、财政部、发展改革委、人民银行、银监会等发布的有关PPP文件，很容易发现，不仅各主体出台的文件彼此存在冲突，不同层级的文件也存在冲突，这使得其在PPP模式推进过程中的适用与解释众说纷纭，导致实践中无所适从。

鉴于此，作为提供建设工程与房地产领域法律服务的专业律师，笔者与一批同仁紧跟实务，立足于自身的专长与经验，将长期以来对于PPP模式的研究与思考进行总结，以期从实务角度为各级政府的PPP项目管理者及相关领域中中介服务机构的从业者提供些许参考，为我国PPP模式的良好推进、PPP项目的可持续发展贡献绵薄之力。

本书从结构上分为两大部分：第一部分是本书笔者及丛书其他编者在各类针对PPP项目的法律讲座及培训中解答学员现场提问的记录为基础，整理编纂而成的PPP项目法律实务问答。此部分的特色在于不囿于形式的桎梏，以精简的表达直接点明问题的关键点，并相应地给出具有操作性的建议；第二部分是《政府和社会资本合作项目通用合同指南》的解读。在此部分内容中，笔

者对发展改革委发布的《政府和社会资本合作项目通用合同指南（2014 年版）》进行了逐条的解读和说明，并从实际操作层面给出建议，同时提供了由笔者结合专业研究及实务经验拟写的建议条款，便于读者编制 PPP 合同时参考。

受限于时间及笔者的经验和水平，本书难免有疏漏乃至谬误之处，敬请广大读者及业界同仁不吝赐教、批评指正。

目录

上篇 政府与社会资本合作 (PPP) 关键点五十问

1 关于 PPP 合同主体的问题	2
2 关于 PPP 术语和定义的问题	3
3 关于 PPP 合同名称的问题	5
4 关于合同背景与目的的问题	7
5 关于合同构成及有效次序的问题	9
6 关于合同排他性条款的问题	11
7 关于合同中主要内容的问题	12
8 关于合作中履约担保的问题	15
9 关于 PPP 项目总投资的问题	17
10 关于 PPP 项目的投资控制问题	19
11 关于 PPP 项目的境外融资问题	22
12 关于 PPP 项目通过国家开发银行融资的问题	24
13 关于 PPP 项目与四大银行对接的问题	26
14 关于中国银行对 PPP 的态度及措施问题	28
15 关于中国工商银行对 PPP 的态度及措施问题	30
16 关于中国建设银行对 PPP 的态度及措施问题	32
17 关于中国农业银行对 PPP 的态度及措施问题	34
18 关于信托对 PPP 的态度及措施问题	36
19 关于政府政策对 PPP 项目的影响问题	38
20 关于 PPP 项目的资金监管问题	40

21	关于 PPP 项目的融资违约问题	42
22	关于 PPP 项目的工程咨询问题	45
23	关于律师在 PPP 项目中的作用问题	47
24	关于 PPP 项目前期工作的问题	50
25	关于 PPP 项目中政府前期工作的问题	52
26	关于 PPP 项目中规划的问题	54
27	关于 PPP 项目中土地的问题	56
28	关于 PPP 项目招投标的问题	60
29	关于 PPP 项目合同文本的问题	62
30	关于 FIDIC 合同红皮书的问题	65
31	关于 FIDIC 合同黄皮书的问题	67
32	关于 FIDIC 合同银皮书的问题	70
33	关于标准施工承包合同的问题	72
34	关于建设工程施工合同示范文本的问题	74
35	关于社会资本在工程建设中的风险规避问题	77
36	关于政府在工程建设中的监管问题	80
37	关于存量 PPP 项目中的资产尽职调查问题	82
38	关于存量 PPP 项目中的资产评估问题	85
39	关于存量 PPP 项目中的人力资源问题	87
40	关于 PPP 项目合同文本编制的问题	89
41	关于 PPP 项目的运营团队建设问题	91
42	关于 PPP 项目运营阶段政府与社会资本的互动关系问题	94
43	关于 PPP 项目的运营监管问题	96
44	关于 PPP 项目的政府介入问题	98
45	关于 PPP 项目的纠纷解决机制问题	101
46	关于 PPP 项目移交的问题	103
47	关于 PPP 项目的投资回报问题	106
48	关于不可抗力法律概念的问题	108

49 关于 PPP 项目合同解除的问题	111
50 关于 PPP 项目争议解决的问题	113

下篇 《政府和社会资本合作项目通用合同指南》解读

使用说明	118
第一章 总 则	140
第 1 条 术语定义和解释	140
第 2 条 合同背景和目的	145
第 3 条 声明和保证	146
第 4 条 合同生效条件	150
第 5 条 合同构成及优先次序	151
第二章 合同主体	152
第 6 条 政府主体	152
第 7 条 社会资本主体	154
第三章 合作关系	160
第 8 条 合作内容	160
第 9 条 合作期限	168
第 10 条 排他性约定	169
第 11 条 合作履约担保	169
第四章 投资计划及融资方案	171
第 12 条 项目总投资	171
第 13 条 投资控制责任	176
第 14 条 融资方案	177
第 15 条 政府提供的其他投融资支持	178
第 16 条 投融资监管	179
第 17 条 投融资违约及其处理	181
第五章 项目前期工作	183

第 18 条 前期工作内容及要求	183
第 19 条 前期工作任务分担	185
第 20 条 前期工作经费	187
第 21 条 政府提供的前期工作支持	187
第 22 条 前期工作监管	189
第 23 条 前期工作违约及处理	191
第六章 工程建设	192
第 24 条 政府提供的建设条件	192
第 25 条 进度、质量、安全及管理要求	193
第 26 条 建设期的审查和审批事项	195
第 27 条 工程变更管理	196
第 28 条 实际投资认定	198
第 29 条 征地、拆迁和安置	199
第 30 条 项目验收	200
第 31 条 工程建设保险	201
第 32 条 工程保修	203
第 33 条 建设期监管	204
第 34 条 建设期违约和处理	205
第七章 政府移交资产	208
第 35 条 移交前准备	208
第 36 条 资产移交	210
第 37 条 移交违约及处理	211
第八章 运营和服务	213
第 38 条 政府提供的外部条件	213
第 39 条 试运营和正式运营	215
第 40 条 运营服务标准	216
第 41 条 运营服务要求变更	217
第 42 条 运营维护与修理	218

第 43 条	更新改造和追加投资	219
第 44 条	主副产品的权属	220
第 45 条	项目运营服务计量	220
第 46 条	运营期的特别补偿	221
第 47 条	运营期保险	222
第 48 条	运营期政府监管	223
第 49 条	运营支出	224
第 50 条	运营期违约事项和处理	225
第九章	社会资本主体移交项目	227
第 51 条	项目移交前过渡期	227
第 52 条	项目移交	228
第 53 条	移交质量保证	229
第 54 条	项目移交违约及处理	230
第十章	收入和回报	232
第 55 条	项目运营收入	232
第 56 条	服务价格及调整	233
第 57 条	特殊项目收入	234
第 58 条	财务监管	234
第 59 条	违约事项及其处理	235
第十一章	不可抗力 and 法律变更	237
第 60 条	不可抗力事件	237
第 61 条	不可抗力事件的认定和评估	239
第 62 条	不可抗力事件发生期间各方权利和义务	240
第 63 条	不可抗力事件的处理	241
第 64 条	法律变更	242
第十二章	合同解除	244
第 65 条	合同解除的事由	244
第 66 条	合同解除程序	245

第 67 条 合同解除的财务安排	246
第 68 条 合同解除后的项目移交	248
第 69 条 合同解除的其他约定	248
第十三章 违约处理	250
第 70 条 违约行为认定	250
第 71 条 违约责任承担方式	251
第 72 条 违约行为处理	251
第十四章 争议解决	253
第 73 条 争议解决方式	253
第 74 条 争议期间的合同履行	255
第十五章 其他约定	256
第 75 条 合同变更与修订	256
第 76 条 合同的转让	257
第 77 条 保密	257
第 78 条 信息披露	258
第 79 条 廉政和反腐	258
第 80 条 不弃权	259
第 81 条 通知	259
第 82 条 合同适用法律	260
第 83 条 适用语言	261
第 84 条 适用货币	261
第 85 条 合同份数	262
第 86 条 合同附件	262

附录 涉及 PPP 项目的主要法律法规及文件

附录 1 《中华人民共和国合同法》摘要	264
附录 2 《中华人民共和国建筑法》	287

目 录

附录 3 《中华人民共和国政府采购法》.....299

附录 4 《中华人民共和国政府采购法实施条例》..... 311

附录 5 《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》国发〔2014〕43 号..... 325

附录 6 《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 330

附录 7 《国务院办公厅转发财政部发展改革委人民银行关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见的通知》国发〔2015〕42 号 338

附录 8 《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》财政部发展改革委 中国人民银行..... 339

上 篇

政府与社会资本合作（PPP）关键点五十问

1 关于 PPP 合同主体的问题

一问一答

问：PPP 是国务院新近推广的一种全新的模式，所涉政府部门繁多，参与项目的社会资本方也众多。如何落实 PPP 项目，各地都在积极探索。在具体操作上，各参与方都会有不同意见。能否请律师就如何定 PPP 项目合同主体，给一些法律方面的建议？

答：PPP 是英文 Public-Private-Partnership 三个词首位字母的英文缩写，官方翻译为政府与社会资本合作。官方译名给出了 PPP 项目合同主体最明确的指向。一方为政府，另一方为社会资本。

政府作为 PPP 合同的一方，国务院要求以一级人民政府作为合同的签约方。国家发展和改革委员会（简称“发展改革委”）、财政部认为以政府主管机构乃至政府控股的公司，可以作为 PPP 合同的签约方。法律规定以国有资产对外投资，政府机构以及政府授权的国有公司可以代表政府作为国有资产投资人。

国务院要求以一级人民政府作为合同签约方，具有将权力关到笼子里的政治安排，作为一个政府与社会资本合作的民事项目，笔者认为 PPP 难以承受政治体制改革之重。

发展改革委与财政部对合同主体的安排，尽管与国务院不尽相同，但是符合法律的规定，也与过去政府投资操作管理相容。因此深得地方政府认同。合同主体政府方选择地方政府机构或地方政府指定的平台公司，比较容易得到地方政府的接受。

合同的另一方为社会资本。有可能通过两类主体作为 PPP 项目的签约方：一类是社会资本。PPP 就是用民间资本为社会提供公共产品，由哪一路民间资本为主体作为合同的签约方，取决于项目的发起人。社会资本一方负责 PPP 项目的建设、融资、运营、维护，并承担项目合同期的全部商业风险。根据项目的不同，PPP 项目的发起人可以是建设方，也可以是投资方，也有可能是运营方。因此，PPP 项目合同社会资本签约方具有不确定性。

社会资本另一类签约主体可以是 PPP 项目公司。项目公司可以由社会资本投资组建，也可以由社会资本与政府共同出资组建。通常项目公司股东包括总包方、

投资方、运营方以及 PPP 项目不可替代的合作方。

需要特别提醒的是，社会资本作为签约方本身并不需要具备特别资质（需取得特许经营权的除外）。但是，参与 PPP 项目建设、运营的总包方、运营方以及其他各类参与方，必须依法具备相应的资质，才能参与 PPP 工作。

通常情况下，政府方在与社会资本签订合同之前，会要求社会资本方提供与投资方、运营方或其他不可或缺方签订的本 PPP 项目合同。有时甚至会要求重要的参与方加入项目合同的签约。这是社会资本应当注意的。

律师建议

PPP 项目合同，政府方签约主体以一级人民政府为首选。就政府相关部门或政府指定的平台公司而言，只要政府出具签署的委托书，其作为政府方签约主体无法律障碍。社会资本或项目公司均具有签约主体资格，只是涉及特许经营的项目，应当获得特许经营权许可。

2 关于 PPP 术语和定义的问题

一问一答

问：我们注意到 PPP 项目所涉行业广，PPP 合同专业跨度大。如有一个通用的合同文本，将大大降低拟定 PPP 合同的难度。我们也专门收集了一些 PPP 合同文本，发现各种文本都有一个术语定义的条款。每种文本术语定义所包含的术语数量不同，术语的内容也各不相同，甚至出现同一术语在不同合同文本中的定义都不同。能否请律师介绍一下术语定义条款是什么意思，合同中安排此条款有何作用？不要此条款可否？

答：PPP 合同专业跨度大，各 PPP 合同文本也存在差异性，尤其是各文本术语定义这一条款，同样是术语定义，但各文本体现出的条款内容与数量均不尽相同，这正说明 PPP 合同文本的复杂性。

在国际上通行的规则是，对于比较复杂的合同，在合同的开篇，都会对合同文本中出现的专业用语或容易产生歧义的词语，进行专门的定义，以确保所定义之词在合同界定范围之内，保证内涵与外延的统一性，以减少合同纠纷。

PPP 合同与其他合同相比，有两大突出特点。第一，所涉专业范围广。除了涉及法律专业外，还与工程建设、金融、证券、企业管理乃至工业自动化、检测技术等专业具有高度关联性。第二，合同履行期长。PPP 合同，合同期最短的也在 10 年以上，有的长达 30 年。对正处在改革开放过程中的中国，要保持一份合同 30 年的稳定性，其难度也可想而知。

PPP 合同专业技术的复杂性与合同履行期的超长性，决定了 PPP 合同必须具备术语定义条款。PPP 合同的术语从专业角度上分，大致可以分为四类：

(1) PPP 合同结构性术语，只要选择 PPP 模式皆可适用的术语，如政府、社会资本、项目公司等术语。

(2) 项目所涉行业性术语，只要同行业的 PPP 项目，均可适用这类术语。以供电类 PPP 项目为例，水力发电、风力发电、火力发电、垃圾发电等所通用的术语。

(3) 项目所涉专业术语。比如污水处理 PPP 项目，对污水网管进水口作出术语定义。

(4) 其他需要特别定义的词语。

PPP 合同各层面的术语定义，构成了 PPP 合同各专业共识的基础，是解释合同各条款的基础。合同是当事人之间真实意思的表示，意思表达真实、准确、完整是法律对合同最基本的要求。在未来的合同履行中，如发生对合同理解的分歧，词义解释依法将作为首选解释，起到定纷止争的作用。

一份 PPP 合同术语定义表述到位的合同，对于社会资本去寻找承包商、投资方、运营方等合作伙伴都具有积极的意义。PPP 合同中对工程建设、融资、企业管理等条款表述得越专业，越体现 PPP 发起人对运作 PPP 项目的专业水准，越能获得 PPP 项目各潜在合作伙伴的青睐，合同谈判越顺利。相反，合同术语定义不全或定义不准，要想顺利完成 PPP 项目，是难以想象的。

律师建议

术语定义不能忽视，相反应该尽可能多地扩大术语的范围。作为合同文本的编制方，应当充分了解每一术语的内涵与外延，尤其是非本专业的术语定义。将各方当事人对合同的理解统一到项目发起人的思路上来。