

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

平乱网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书

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，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 项目的影晌问题	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

目 录

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	运营维护及修理	218

目 录

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。

3 关于 PPP 合同名称的问题

一问一答

问:PPP 合同有几种名称? 我们注意到有的称 PPP 合同为特许经营权许可协议, 有的就称为 PPP 合同, 有的则称为 PPP 合同体系。这些合同是同一合同的不同名称, 还是三种不同的合同? 如果是不同的合同, 这些合同有哪些不同? 彼此之间究竟是什么关系? 能否请律师给我们做一个简要介绍。

答: 此问题是关于 PPP 合同组成的问题。因为 PPP 项目操作法律结构复杂, 所以体现出来的就是 PPP 合同组成的复杂。

典型的 PPP 项目从法律结构上说, 他涉及法律上的两个部门法, 一个是行政法, 另一个是民法。特许经营权许可协议、PPP 合同、社会资本与 PPP 各参与方签订的合同, 从法律上说, 构成整个 PPP 项目的合同体系。

PPP 项目所涉范围广阔, 如能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等领域。其中一些领域的 PPP 项目, 依据相关法律规定必须取得行政许可——特许经营权, 诸如铁路、地铁、高速公路等。因此, 这类 PPP 项目在政府与社会资本发生民事关系之前, 有一个前置的行政关系。

我们知道, 政府给予社会资本特许经营权是一项具体行政行为。依据相关法律规定, 政府行政行为一经作出就具有法律效力。然而, 授予 PPP 项目特许经营权对政府而言, 又非一般的行政行为。为了保证所授予的行政行为不被滥用, 政府在授予特许经营权的同时, 还会对特许经营权进行权利限制。这种特许经营权的授予与对权力的限制, 难以准确地体现在政府的行政许可中。为了解决这一矛盾, 政府与社会资本通过签订特许经营权协议来界定政府具体行政行为所授予社会资本特许经营权的范围。故 PPP 项目中, 有了特许经营权许可协议。

从上述可知, 特许经营权许可协议是基于政府授予社会资本特许经营权, 故特许经营权许可协议是(www.docin.com) 商务印书馆 政府与社会资本在合同中的地位是不平等

的，政府行使的是行政权力。因此，一旦政府与社会资本基于协议发生争议，社会资本只能依法通过行政诉讼寻求救济。

PPP合同是整个PPP合同体系的核心。上承特许经营权许可协议，下启和PPP各参与方签订的PPP实施合同。签约的主体仍为政府与社会资本，但是在这份合同中，政府与社会资本法律地位平等，双方均为民事主体，在平等的基础上，签订PPP合同。基于本合同产生的争议，双方应当通过民事诉讼或仲裁寻求救济。

由于PPP是一种全新的商业模式。从根本上颠覆了过去政府与各类经济体合作的模式，因此，从全国范围来讲，PPP模式都还处在摸索、实验阶段。有不少地区、项目所使用的PPP合同文本，是将政府的行政行为与民事行为合在一本PPP合同中。政府权力与权利的交织，使合同参与方很难判断政府的行为是行使管理社会行政权力，还是履行合同主体的民事权利。这种行政权力与民事权利不分的合同，在未来二三十年的合同履行当中，发生纠纷，应当说是高概率事件。

PPP合同，是基于政府授予的特许经营权，在政府授予的特许经营权范围内，与政府在平等互利的基础上，为达到双方利益均衡而得到的谈判结果。PPP合同的范围不得逾越特许经营权范围，内容要比特许经营权协议更加丰富、完整、具有可操作性。特许经营权许可协议可以比喻成PPP合同的大纲，PPP合同是特许经营许可协议的具体落实、实施方案。

社会资本为实现PPP合同约定的目的，组织各相关单位，完成PPP合同约定的任务，与各相关单位所签署的协议，构成PPP项目关联合同。PPP合同的主要关联方，如承建商、投资方、运营方以及可能对PPP合同产生实质性影响的关联方，通常并不完全是由社会资本自主选择。即使是通过合法的程序选定，最终重要关联方的确定，还是需要政府方面的认同。

律师建议

在PPP实际操作中，应当清晰界定政府在合同中的身份，同时也要厘清各合同文本在项目中的阶位。政府签约身份的确定，有利于区分行政行为和民事行为；合同阶位的确定，有利于聚焦项目核心，抓住项目实质。

4 关于合同背景与目的的问题

一问一答

问：我们关注到发展改革委颁布的《政府与社会资本合作项目通用合同指南》中有一条款为“合同背景和目的”。通常合同的背景与目的只是在合同文本的开篇中作一简要表述，一般都不将其单列一条款。PPP 项目合同，将其单独作为一条款，有什么特殊的意义？能否就这一问题，请律师给我们作一个介绍？

答：确实如此，“合同背景和目的”在合同条款的安排中，通常都不单独作为一个条款，只是在合同开篇中作一简要介绍。PPP 合同之所以将合同的背景与目的作为独立的一个条款，我个人认为，是由 PPP 合同的特性决定的。

PPP 合同与其他合同相比，主要有两个显著的特性。一个是合同期限长，通常一个 PPP 合同的合同期短则 15 年，长则 30 年。另一个是合同对价的不确定性大。一份合同期长达 30 年的合同，对价在合同中没有锁定，看似不可思议，其实质体现出 PPP 合同的性质。

从合同的长期性说。我们知道，当今社会科技发展日新月异，不仅深刻地改变了我们的生活，而且也已经开始左右、支配我们的行为方式。回望过去，三十年前，我们无论如何也预见不到今天的网络给我们的生活带来的改变。科技不断地向前发展，一方面会给我们提供全新功能的产品，让我们感受到前所未有的体验；同时也会给我们提供比现有产品更加经济、便利的替代品。完全有理由相信，我们今天无法预见未来 30 年后的社会生产、生活方式。我们无法排除今天 PPP 项目提供的产品，在未来的 30 里不会被替代。

为了应对未来科技的发展对社会生产、生活的深刻变革，导致 PPP 合同签订时的社会经济、政治、技术基础发生实质性改变，在合同订立之初，对合同订立时的社会政治、经济、技术状况做一个真实的描述，作为对未来社会变化量的考核参照物，显然是不可缺少的。PPP 合同为社会提供公共产品的属性，决定了 PPP 合同 www.docerlive.com 就固定了参照物，故在对 PPP 项目构

成实质性影响的因素出现之后，就可以参照物为基点，就新增因素对 PPP 合同的影响进行有效评估，从而达成一个新的平衡。

从合同对价的不确定上说。PPP 项目对价支付的一个显著特点，就是不直接在合同中约定对价。合同对价是要通过绩效考评确定。而绩效考评的内容，不仅包括项目提供的产品质量，还包括对社会提供服务的社会效果。因此对合同订立时同等产品当下的社会效果在合同中进行充分表述，有利于对合同目的将来是否实现进行效果考量。合同的目的能否实现，直接关系到社会资本的投资回报能否实现。

有时，一个 PPP 项目提供的社会公共产品的质量达标，却因为当地产业结构调整导致公共产品的受众群体不足，尽管存在“照付不议”条款，但继续履行合同不可能实现政府、社会资本、公共利益三者共赢的局面。由于合同的目的不能实现，合同将发生实质性变更也就难以阻止。

为了便于说明“合同背景和目的”条款的作用，笔者介绍一下“合同背景和目的”条款在某一水厂项目中的作用。

1998 年，某市为了利用外资进行基础设施建设，准备建设水厂项目，总投资 25 亿元，设计处理能力为每日 45 万吨。按计划，水厂预计于 2014 年年底建成通水供水。

公开招投标吸引了世界上众多一流的企业参加。最终定标已到了 2000 年，而此时，情况发生了较大的变化。当初立项时规划该市从 1999 ~ 2004 年，每年增加 10 万吨供水，到 2004 年供水量达到 350 万吨/天。事实情况是，到了 2000 年，该市进入用水高峰时每天也只需要 280 万吨供水，用水量出现下降，另外，大量工业企业也大规模外迁。

雪上加霜的是，原先规划为水厂水源地的水库，1999 年后一直处于枯水期。无法满足水厂项目每年从该水库提取 1.5 亿 ~ 2 亿吨的源水。

在前述诸多变数之下，2004 年 7 月，承包人正式要求终止该项目，并向政府索要几千万美元的违约金。最终双方本着合同背景和目的实际情况，友好化解分歧，和平解约。

律师建议

PPP 合同的长期性与不确定性，要求合同的履行始终不能背离签订合同时的背景与目的。这是 PPP 合同履行过程中出现分歧双方取得共识的基础，也是 PPP 合同解决一切纠纷不可背离的核心。因为有着如此重要的地位，所以 PPP 合同中将其单独列出，以示重要。

5 关于合同构成及有效次序的问题

一问一答

问：我们比较了发展改革委颁布的《政府与社会资本合作项目通用合同指南》与财政部颁布的《PPP项目合同指南（试行）》，发现在发展改革委的版本中有“合同构成及优先次序”条款，在财政部的版本中就没有。能否请律师就发展改革委为何要在其版本中加入这一条款，给我们作一解读？

答：发展改革委颁布的《政府与社会资本合作项目通用合同指南》比财政部颁布的《PPP项目合同指南（试行）》文本中，多出一条“合同构成及优先次序”条款。我们再审视一下发展改革委颁布的指南文本的名称中有“通用”二字，财政部的指南文本中没有“通用”二字，从业内人士的眼光看，这都表明一个问题，就是双方在拟定指南的过程中，指导思想是不一样的。

新建的PPP项目都少不了工程建设。从某种程度上说，PPP项目可以说成是建设工程服务的延伸。由工程建设延伸到融资，再延伸到运营，直到返还移交。专业从事建设工程法律服务的律师，看到“合同构成及优先次序”，会条件反射般地联想到“FIDIC合同条件”。

“FIDIC”一词，是国际咨询工程师联合会的缩写，是世界上拥有最多具有独立身份的工程建设类咨询工程师会员的联盟，是世界范围内最权威的工程咨询工程师组织。其所编制的《土木工程施工合同条件》等文本，推动着全球范围内高质量、高水平的工程建设业务的发展。我国自1996年正式加入之后，就将FIDIC系列合同文本引入国内建设工程领域，成为国内建设工程总包合同权威性文本，并成为国内各种建设工程总包合同文本的鼻祖。FIDIC系列合同文本每一次修订版本，中国工程咨询协会都会经FIDIC授权，将新版合同条件翻译成中文。

国内目前使用率比较高的建设工程总包合同《建设工程施工合同》（GF-1999-0201）、《建设工程施工合同》（GF-2013-0201）及发展改革委等六部门颁发的《标准条件》www.docin.com/1111111111 是以FIDIC商家同条件《土木工程施工合同条件》为蓝本编制的。

FIDIC《土木工程施工合同条件》将建设工程总包合同分为三部分：协议书、通用条款、专用条款。因此上述三类合同也是将合同分为三类：协议书、通用条款、专用条款。同样，FIDIC《土木工程施工合同条件》中有“合同构成及优先次序”这一条款，故上述三类合同中也安排有“合同构成及优先次序”条款。

“合同构成及优先次序”条款出自于FIDIC《土木工程施工合同条件》，且不说其出身的权威性，单从技术角度上说，也称得上是人类建设工程经验积累、智慧沉淀的结晶。建设工程投资金额大，履行期间长，涉及专业广，往来文件多。在合同签订时，就界定在漫长的合同履行期内，哪一类文件能够作为项目履行的合同，可以有效地明晰双方权益义务的边际。对性质不同、形式各异的合同文件作出效力优先次序的排位，解决了各有效合同文件之间的权利冲突，双方都明确了各份有效合同文件在工程整个过程中的权重。最大限度地减少了合同纠纷，为合同有效履行、顺利完成工程建设奠定了基础。

PPP项目比建设工程项目还要复杂。正如前述所称，建设工程只是PPP项目的一个阶段。就PPP项目中的建设工程而言，其工程建设的复杂程度至少等同于同类单一建设工程。单一的建设工程尚需“合同构成及优先次序”，较之复杂的PPP项目合同，实在没有理由不要该条款。发展改革委由于长年主管国家工程建设工作，因此比较了解建设工程合同框架如何构建有利于工程顺利进行，故安排了此条款。财政部由于从来没有在第一线指挥工程建设，因此这一实用条款没有引起财政部的重视。我们相信，财政部的本意也是希望PPP合同约定的条款意思表示真实、准确、完整。

前面提到，发展改革委的版本中有“通用”二字。依照FIDIC合同条件以及发展改革委等六部委颁发的《标准施工条件》的原理，与发展改革委版本配套的还应有“协议书”和“专用条款”。“专用条款”比较好理解，将发展改革委版本进行充实完善的部分均可列入“专用条款”。但“协议书”是指什么？是由政府与社会资本再拟定一份“协议书”还是“协议书”已经有所指。这倒是有待好好考量。

律师建议

“合同构成及优先次序”条款，是PPP项目合同中最重要条款之一。如果将合同文件的构成范围增大或缩小，或将合同文件的效力优先次序做一轮换，必将实质性影响合同当事人双方的权利义务，导致合同的目的不能实现。因此，该条款可以请专业律师进行审核，从而降低其风险。

6 关于合同排他性条款的问题

一问一答

问：当下国家实行的是社会主义市场经济，充分竞争应当说是社会的主流。“排他性约定”指的是什么意思？在合同中能起到什么作用？会妨碍充分竞争吗？能否请律师就这些问题做一讲解。

答：首先需要说明的是，市场经济是规则公开透明的竞争，而非无序的竞争。我国目前实行的是市场经济，当然，我们也不能忘却我国现在所处的还是社会主义初级阶段，市场经济还在培养、发育过程中。由于我国在建设社会主义市场经济过程中，法律法规以及市场参与者的市场经济观念难以一蹴而就，一些不正当的竞争时有发生。正是为了规范竞争，保护项目参与竞争方的基本权利，才在 PPP 项目合同中安排有“排他性约定”。

政府与社会资本合作项目合同中安排“排他性约定”主要是为了起到三方面作用：(1) 在 PPP 合同谈判阶段，可以防止政府或社会资本以谈判为名，套取对方标底，作为打压其他竞争对手的筹码；(2) 在合同期内，防止出现特许经营权重复授予，引发恶性竞争；(3) 在合同期内，抵御行业入侵，保护社会资本合法投资收益。第一、第二项作用都比较好理解，而对于第三项作用，可能会产生困惑。为了便于说明，笔者通过国内外两个广义的 PPP 案例来帮助读者理解行业入侵。

国外的就举英法海峡隧道项目，该项目的过程大体是这样的：1981年9月11日，英法两国举行首脑会晤，宣布英法海峡隧道必须由私营部门出资建设经营。1985年3月2日，两国政府发出招标邀请。1986年1月20日，两国政府宣布 CTG-FM 中标。承诺没有该公司的同意，在 2020 年前不会批准建立竞争性的海峡连接项目。1987年12月10日，工程建设完工，移交给项目运营公司。1994年5月6日，英法海峡隧道正式开通。1997年7月10日，项目公司进入重组。

一个国际性项目，从立项到完工，前后历经 13 年，终于完成。为何仅仅经营了 3 年就进入了破产重组。其中的原因固然很多，诸如：工期延误、材料人工费上