

理论·实务·创新·实用

# PPP

项 | 目 | 合 | 同

争 端 解 决 机 制 理 论 与 实 务

李学辉·著

非  
外  
借

人民法院出版社

## 该书特色

### 一、体系完整

有对 PPP 发展的历史起源、发展阶段的总结；有对常见 PPP 项目合同争端类型、争端原因和 PPP 项目合同的性质的分析，且提出了 PPP 项目合同属于具有一定行政因素的民事合同的观点；还有对 PPP 项目合同争端解决机制存在问题以及完善建议的观点。

### 二、观点新颖

该书中的一些观点在国内较早提出，例如，对违约方实施惩罚性违约赔偿，而且对政府方的惩罚性赔偿应超过社会资本方，引入公益诉讼制度，维护社会公共利益等。

### 三、案例丰富

该书选取近几年各种类型的案例近 30 个，具有较强的代表性，裁判观点较为可信、裁判理由较为可取。

### 四、可读性强

该书虽仅有 12 余万字，但观点鲜明、简洁明了，具有很强的可读性。



人民法院出版社



懂法，更懂法律人



中国审判杂志

责任编辑 / 王 婷

执行编辑 / 尹立霞

封面设计 / 刘晓峰

ISBN 978-7-5109-2602-0



9 787510 926020 >

定价：35.00 元



理论·实务·创新·实用

# PPP

项 | 目 | 合 | 同

争 端 解 决 机 制 理 论 与 实 务

李学辉·著

人民法院出版社

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

PPP项目合同争端解决机制理论与实务 / 李学辉著.  
—北京: 人民法院出版社, 2019.7  
ISBN 978-7-5109-2602-0

I. ①P… II. ①李… III. ①政府投资—合作—社会资本—合同法—研究 IV. ①D913.64

中国版本图书馆CIP数据核字 (2019) 第160152号

法律资料分享, docsriver.com

## PPP项目合同争端解决机制理论与实务 李学辉 著

---

责任编辑 王 婷 执行编辑 尹立霞  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷27号 (100745)  
电 话 (010) 67550637 (执行编辑) 67550558 (发行部查询)  
65223677 (读者服务部)

客服QQ 2092078039  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E-mail courtpress@sohu.com  
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司  
经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092毫米 1/16  
字 数 150千字  
印 张 11.5  
版 次 2019年7月第1版 2019年7月第1次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-2602-0  
定 价 35.00元

---

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有 侵权必究

# 序

PPP项目相关的协议是一个合同群，涵盖了PPP项目合同、融资合同、履约合同、股东协议、保险合同等，而项目合同居于PPP协议的核心地位。政府与社会资本方签订的PPP项目合同的性质一直争议较大，基于PPP项目合同产生的争端和纠纷是否可以提起民事诉讼或者申请商事仲裁，在实务中出现了明显的分歧，迫切需要从理论和实务结合进行系统的梳理，因此，李学辉博士的这本有关PPP项目合同争端解决的著作出版正逢其时，值得PPP相关人士学习参考。

该书具备以下特点：

一、体系完整。该书首先对PPP发展的历史起源、发展阶段和当前国内外PPP研究和实务动态做了简要的回顾和总结，就常见PPP项目合同争端类型和争端原因进行了系统的分析；然后，就PPP项目合同的性质进行了较为详细的分析，提出了PPP项目合同属于具有一定行政因素的民商事合同的观点，并通过法律部门的划分以及法律关系的分析，得出PPP项目合同是“公益事业的民营化”的具体体现，PPP项目合同争议总体上属于民商事合同争议的结论；最后，该书还就PPP项目合同争端解决机制存在问题以及完善建议提出了系统的观点。

二、观点新颖。该书中的一些观点在国内较早提出，例如，对违约方

实施惩罚性违约赔偿，而且对政府方的惩罚性赔偿应超过社会资本方，引入公益诉讼制度，维护社会公共利益等。相信通过阅读本书，读者会有不一样的收获和启发。

三、案例丰富。为加强论证，该书选取各种类型案例近 30 个，绝大部分案例为近几年判决的，具有较强的代表性，其中不乏最高人民法院、省高级人民法院案例，裁判观点较为可信、裁判理由较为可取。

四、可读性强。该书虽仅有 12 余万字，但观点鲜明，简洁明了，具有很强的可读性。写作也较规范，对所引用的他人观点和数据等均予以标注，利于读者查找和继续阅读。

是为序。



王守清博士

清华大学建设管理系教授、博导  
清华大学 PPP 研究中心首席专家  
全国高校 PPP 论坛学术委员会主任

2019 年 6 月 26 日于清华园

# 目 录

第一章 绪论	1
一、PPP 项目发展概览	3
二、国内外研究动态综述	13
三、研究方法	15
四、研究重点和创新点	17
第二章 常见 PPP 项目合同争端分析	19
第一节 常见争端类型分析	22
一、因特许经营区域范围不清引发的纠纷案	22
二、政府重复授予特许经营权纠纷案	23
三、政府收回经营权纠纷案	25
四、管辖权纠纷案	29
五、投资款返还纠纷案	31
六、社会资本方违约纠纷案	33
七、回购款支付依据纠纷案	36
第二节 常见争端原因分析	37
一、公共主体因素	38

二、合同因素·····	40
三、采购因素（采购模式）·····	40
四、私营主体因素·····	41
五、社会因素·····	41
六、法律因素·····	41
<b>第三章 PPP 项目合同的法律性质分析</b> ·····	<b>45</b>
第一节 行政合同说·····	50
第二节 民事合同说·····	54
第三节 经济合同说·····	55
第四节 行政许可中的特许论说·····	57
第五节 混合合同说·····	59
第六节 独立合同说（第三类合同说）·····	62
第七节 信托说·····	64
第八节 本书观点：具有行政因素的民商事合同·····	65
一、现行“特许经营协议”法律关系性质的认定·····	65
二、PPP 项目合同具有一定行政因素·····	65
三、PPP 项目合同性质属于民商事合同·····	66
<b>第四章 PPP 项目合同争端性质的认定</b> ·····	<b>75</b>
第一节 PPP 项目合同争端性质认定现状·····	77
第二节 民事法律关系、行政法律关系的界定与区分·····	78
一、法律部门与法律关系的划分·····	78
二、民事法律关系、行政法律关系异同·····	81
三、私法公法化与公法私法化·····	83
四、PPP 项目合同争议性质的认定方法·····	85
五、常见争端类型与性质归纳·····	86



第五章 我国 PPP 项目合同争端解决机制存在问题 .....	89
第一节 立法层面问题 .....	91
一、立法规范效力较低 .....	92
二、立法规范相互矛盾 .....	92
三、立法规范内容简单 .....	93
第二节 实践层面问题 .....	94
一、司法裁判观点冲突 .....	94
二、适用行政诉讼程序的不周延性 .....	96
三、仲裁解决方式的不确定性影响争议解决效率 .....	98
第六章 PPP 项目合同争端解决机制构建 .....	101
第一节 其他国家和地区 PPP 项目合同争端解决机制考察 .....	104
一、以 GPA 协定为代表的质疑程序与争端解决机制的双重救济机制 .....	105
二、以英国为代表的多层次争端解决机制 .....	106
三、以法国为代表的行政诉讼解决机制 .....	106
四、以德国为代表的民事诉讼解决机制 .....	107
五、以美国为代表的行政、司法并举的解决机制 .....	108
六、韩国强制政府接受调解的多层级争端解决机制 .....	110
七、拉美国家保守的 PPP 争端解决方式 .....	111
八、以我国台湾地区为代表的行政、司法分工解决机制 .....	111
第二节 建立专门议事协调机构 .....	113
第三节 建立民事、行政的多元化争端解决机制 .....	115
一、民事救济途径与行政救济途径 .....	116
二、民事诉讼与商事仲裁 .....	123
三、商事仲裁与 PPP 项目合同争端 .....	126
四、社会资本方退出 PPP 项目合同的几个问题 .....	129
第四节 推进 PPP 统一立法 .....	132

一、基本立法过程·····	133
二、立法应当坚持的原则·····	136
第五节 确立惩罚性违约损害赔偿制度·····	138
一、惩罚性赔偿与精神损害赔偿·····	139
二、惩罚性赔偿在合同责任中的限制运用·····	143
第六节 引入公益诉讼维护社会公共利益·····	148
第七节 “一带一路”背景下的 PPP 项目合同争端解决 ·····	150
一、建立“一带一路”争端解决机制和机构应把握的问题·····	152
二、建立“一带一路”争端解决机制和机构应坚持的原则·····	154
第八节 违约损失赔偿数额的主张和计算·····	157
一、违约损害赔偿——主要的违约救济方式·····	157
二、违约损害赔偿与其他几种主要违约救济方式的关系·····	159
三、主张违约损失赔偿数额应坚持的原则·····	166
四、可得利益损失的限制规则·····	167
五、可得利益损失的计算方法·····	171
六、可得利益损失赔偿诉讼中的举证规则·····	173
七、违约金的调整·····	173
结 论·····	176

## 第一章 绪 论





## 一、PPP 项目发展概览

### (一) PPP 项目的起源

PPP 是 Public-Private-Partnership 的缩写,其中文全名为“公私合作伙伴关系”,又名“公私合营”。特许经营是 PPP 最早发展形态,最初出现在 19 世纪初的法国,当时在政府开支浩大的城市供水、煤气和热力系统采用特许经营模式,土耳其于 20 世纪 80 年代首次提出并运用 BOT 模式。

特许经营肇始于英国的 PFI 制度(“私人融资倡议”,The Private Finance Initiative 的简称),其经验和举措是引领世界很多国家大范围采取公私合作建设公共基础设施的典范。PFI 是由英国政府在 1992 年秋季的一份声明中,作为一项旨在实现公私双方更加紧密合作的措施提出来的,自提出以后,PFI 在基础设施和公共服务领域得以普遍适用,并逐渐形成一套完善的规章制度。英国推行发展的 PFI 模式及其指导政策,为世界很多国家效仿。一些国际经济组织,例如世界银行和国际货币基金组织,就将公私合作或者特许经营作为确定受援助国家贷款项目的条件。比较成功的 BOT 项目有土耳其的火力发电厂(当代全球第一个 BOT 项目)、菲律宾的诺瓦斯塔电厂(国际公认的第一个成功 BOT 项目)、深圳的沙角 B 电厂(当代全球第一个成功移交的 BOT 项目)、广西来宾电

厂（中国第一个国家批准的 BOT 项目）。<sup>①</sup>

我国最早在 20 世纪末便完成了许多公私合作项目的引进，其中就包括了上文所提及的广西来宾电厂以及深圳沙角 B 电厂等集中于城市交通、水务、电力等基础设施建设领域，并且大多采用的是 BOT 模式融资建设，只是没有提出明确的 PPP 的概念，未形成燎原之势。<sup>②</sup> 当时我国引进公私合作项目的—个主要原因是为了缓解财政压力。据专家的分析与估计，只有在城市基础设施投资增量达到 2600 亿元，才能有效提升 1 个百分点的城市化率，而以政府投资为主的传统投资模式下，基础设施投资建设水平长期滞后经济社会发展。联合国开发计划署推荐的基础设施投资占 GDP 的比例为 3%~5%，而我国投资占比仅为 1.37%，历史欠账严重。<sup>③</sup> 原有的公共基础设施供给模式远不能适应社会经济快速发展的需要，在此情形下，政府引入社会资本弥补政府投资的不足就成为一种必然。

## （二）PPP 概念辨析

通常认为，在学理层面，按照其覆盖面的不同，可以将 PPP 进行广义与狭义的区别。广义概念的 PPP 所代表的公共产品是由公共部门和私营部门双方联合提供的，美国学者萨瓦斯通过研究发现，广义上的 PPP 的实质是物品或者是服务的生产与提供之中，由公共部门和私营部门联合进行提供。<sup>④</sup> 这一意义上的 PPP 包括但并不限于特许经营、购买服务、外包、股份合作等诸多形式。人们在一般意义上谈到 PPP 时，通常指的

<sup>①</sup> 王守清、柯永建：《特许经营项目融资（BOT、PFI和PPP）》，清华大学出版社 2008年版，第23页。

<sup>②</sup> 宋飞漾：《论PPP项目中外国投资者与我国政府间投资争端解决机制》，2016年华东政法大学法律硕士专业学位论文，第8页。

<sup>③</sup> 陈金亮：《充分利用民间资本和外资发展基础设施》，载《中国经济时报》2009年3月4日。

<sup>④</sup> E·S.萨瓦斯：《民营化与公私部门的伙伴关系》，中国人民大学出版社2002年版，第105页。

是广义上的 PPP。狭义概念的 PPP 仅指政府部门与私人部门签订特许经营协议，授予私人部门（项目公司）一定期限的特许经营权，由私人部门（项目公司）负责项目公司的融资、建设、运营等。

外国政府和国际组织对 PPP 也有界定。通过相关研究，美国 PPP 国家委员会提出 PPP 所代表的公共产品的提供方式，是在外包和私有化这两种模式特点所集合的基础之上进行的。其通过对私人资源加以有效利用进一步实施公共基础设施的规划、建设、资本投放、运作管理以及维护，与此同时，有效提升产品与服务的品质以进一步对公共多样化的需求加以满足。针对 PPP 的概念，联合国开发计划署（UNDP）提出，PPP 在本质上是一种交互合作的关系，这种关系以某一个项目的运行与管理为依托，有效地将政府与营利性企业的作用结合在一起。并且，在此基础上，进一步以高效的联合运行与管理取代各自的单独操作。<sup>①</sup> 另一方面，就 PPP 的概念，亚洲开发银行（Asian Development Bank）也相应地发表了自身的看法，在其看来，PPP 的实质是进行一种交互式合作关系的营造，在这一过程之中，有效的利用基础设施建设或者公共服务的提供进一步将公共部门与私营部门双方之间建立实体化联系。<sup>②</sup>

### （三）PPP 与特许经营的关系

常规情况下，对 PPP 的相关规章制度进行划分，主要涉及政策、指南以及法律等多个层面，并且由于国家的不同，其相对应的立法也会出现一定程度的差异，在一些国家中，PPP 相关法律的制定，以特许经营法的制定来完成；有些国家则是通过 PPP 单独立法的方式来进行制定，还有一些国家则是将这两种方式有效结合在一起。以英国为例，在国内，并没有单独的 PPP 立法相关条例存在，PPP 的制度建立是通过一系

<sup>①</sup> United Nations Institute for raining and Research. PPP-For sustainable development (R) 转引自陈晓：《论我国 PPP（公私合营）模式的法律框架》，2010 年中国政法大学法学专业硕士学位论文，第 2 页。

<sup>②</sup> 亚洲开发银行：《公司合作手册》（2006 年版）第 1 页。

列的政策以及指南性文件的颁布来进行的。与此同时，法国主要采取特许经营立法模式，如 Law 2004-559 on Partnership Contracts，即伙伴关系合同（简称 CP）。巴西既具有特许经营法，也具有 PPP 单独立法。

就 PPP 项目合同与特许经营的关系而言，存在多种观点：（1）特许经营属于 PPP 的一部分，PPP 的外延和内涵比特营经营的覆盖面要相对广泛一些；（2）特许经营与 PPP 之间存在等价关系；（3）PPP 与特许经营之间不存在等价关系，双方是完全独立存在的，主要表现在特许经营归属于行政许可之类，而 PPP 则是归属于民事类的范畴；（4）PPP 与特许经营存在很大交叉，但不包容。总体来说，多数学者认为特许经营仅是 PPP 的一种类型，不能覆盖 PPP 的全部模式。<sup>①</sup> 依据当前的 PPP 的理论这一基础来进行分类，主要可以将 PPP 项目划分为外包、特许经营以及私有化三大类。其进行划分的根据在于 PPP 项目合同之中内容和性质所体现出来的差异性。<sup>②</sup> 本书认为，PPP 就是政府和社会资本之间以特许经营协议为基础，彼此通过合同形成的一种伙伴式的权利和义务分配关系，以达到利益共享、风险共担。简言之，在相关法律允许范围之内，PPP 模式实际上就是通过合法结合的方式将市场力量与公共权力有效结合在一起。<sup>③</sup>

#### （四）PPP 模式与传统 BOT 模式的对比

PPP 模式与传统的 BOT 模式既有联系又有区别。PPP 模式与 BOT 模式的共同点主要包括：①两种模式的主体都包括融资人、出资人、担保人；②两种模式都是通过签订特许经营协议在公共部门与私人企业之

<sup>①</sup> 吉富星、樊轶侠：《述评：PPP立法研究中的热点问题》，载《经济研究参考》2016年第15期，第38页。

<sup>②</sup> 李样举：《PPP争议解决机制设计应注重制度兼容性》，载《中国政府采购报》2016年1月22日。

<sup>③</sup> 王伟：《PPP模式与政府的法治思维》，载《我国党政干部论坛》2015年第11期，第53页。



间建立合同关系；③两种模式都以项目运营的盈利偿还债务并获得投资回报。

PPP模式与BOT模式的区别主要包括：①组织机构设置不同。BOT模式参与项目的公共部门和私人企业之间是以等级关系发生相互作用的，PPP模式是政府、营利性企业和非营利性企业基于某个项目而形成的以“双赢”或“多赢”为理念的相互合作形式，参与各方可以达到与预期单独行动相比更为有利的结果。②运行程序不同。PPP模式中私人企业从项目论证阶段就开始参与项目，而BOT模式则是从项目招标阶段才开始参与项目，PPP模式中政府始终参与其中，而在BOT模式中，在特许协议签订之后，政府对项目的影响力通常较弱。<sup>①</sup>

#### （五）PPP模式在我国的运用

我国最早于20世纪80年代在电厂领域试水BOT项目，1998年投入使用的深圳沙角B电厂被认为是我国最早的BOT项目，我国政府最早批准的规范化的BOT项目是广西来宾B电厂，紧随其后，四川成都自来水六厂B厂和北京第十水厂又陆续获批采用BOT形式融资建设。<sup>②</sup>据财政部统计，目前我国城镇化率为53.6%，预计将在2020年将达到60%，与此同时这也将可能的投资缺口扩大到42万亿人民币。近年来，我国PPP呈现出突飞猛进状态。截至2016年末，我国入库项目达到11260个，投资额13.5万亿元，其中，已签约落地1351个，投资额2.2万亿元，落地率31.6%。<sup>③</sup>在国家大力推动PPP模式的大背景下，落地率之所以如此之低，主要原因是少数地方政府诚信不够，90%的企业家、

---

① 周巍、张蕾蕾：《PPP争端之解决机制之困》，载江苏博仕达律师事务所网站<http://www.boomstarlaw.com/ctt/29/58.htm>，最后访问时间：2018年2月5日。

② 王守清、柯永建：《我国的BOT/PPP实践和经验》，载《投资北京》2008年第10期，第82~83页。

③ 陈龙：《谨防PPP的异化与风险》，载2017年3月3日《学习时报》。

70%的民企最大的顾虑就是地方政府不讲信用。<sup>①</sup>通过对2017年11月16日出台的《关于规范政府和社会资本合作（PPP）综合信息平台项目库管理的通知》（财办金〔2017〕92号）进行研究，发现管理库7749个项目均已完成物有所值评价和财政承受能力论证的审核，2018年二季度季报4批示范项目共计1009个，投资额2.3万亿元。储备清单项目4800个，投资额5.4万亿元。通过对社会资本合作方的类型进行研究可以发现，截至2018年6月末，落地示范项目总数高达866个，并且其中涉及独家社会资本项目数量448个，涉及联合体项目数量为418个。并且通过相关统计数据显示，共有1516家签约社会资本，其中598家民营社会资本、40家港澳台社会资本、821家外商社会资本，并且涉及国家数量高达17个之多，除此之外还有40家类型不易辨别社会资本。在所有行业领域当中，涉及民企的行业数量高达19个之多，主要包括了181个市政工程、27个城镇综合开发工程、26个养老工程、53个生态建设和环境保护工程以及若干数目不足25个的工程。<sup>②</sup>

目前，国内PPP项目有七个显著特点：

第一，规模大、速度快。部分地方政府没有坚守地方PPP项目占一般公共预算支出比例不超过10%的上限要求，快速上马大量PPP项目，脱离财政承受能力，透支未来几年财政收入，形成政府未来违约隐患。一般来说，PPP项目都有着较大的投资规模，这就意味着整个管理过程要复杂得多，并且一些交通、能源、环保等基础设施项目所涉及的投资数额通常都是十亿乃至百亿元级别的。与此同时，由于项目回报周期较长，所以在项目进行的过程之中，在社会资本完成投资与建设之后，往往整个项目的回报需要经过较长时间才会出现一定起色，并且整个项目的运营周期往往是以十年为单位，有效项目的运

<sup>①</sup> 蔡浩：《政府失信成为PPP模式“拦路虎”》，载《中国经济导报》2015年9月11日。

<sup>②</sup> 财政部PPP中心：《“中国PPP大数据”之全国PPP综合信息平台项目管理库2018年二季度季报》，载《中国经济周刊》2018年第31期，第52~55页。