

PPP模式风险识别与管理研究

——基于经济管理与行政法、 民法典的视阈

李奕漫

澳门科技大学法学院，澳门

收稿日期：2022年8月15日；录用日期：2022年9月12日；发布日期：2022年9月19日

摘 要

PPP全称为Public-Private Partnership，是一种政府部门与社会私人部门为提供公共产品而创建的所有合作关系。我国政府自2014年以来在公共项目建设中大力推广运用PPP模式。由于利益冲突和市场经济环境复杂等风险因素的存在，PPP模式在运用过程中存在着高风险。经济管理视角下，从空间层级视角出发划分PPP项目主要风险类型，树立理性化的风险识别意识，以案例辅证，并提出管理方法。行政法与民法典视角下，对经济管理视角中研究不深入的合同风险着重分析，围绕着合同成立到终止可能遭遇的风险也提出了相关对策。在前文众多理论研究与实例论证的基础上，从建议上升到制度层面，提出了立法完善的必要性。

关键词

风险识别，风险管理，合法行政，合理行政，风险分担

Research on Risk Identification and Management of PPP Mode

—From the Perspective of Economic Management, Administrative Law and Civil Code

Yiman Li

Faculty of Law, Macau University of Science and Technology, Macao

Received: Aug. 15th, 2022; accepted: Sep. 12th, 2022; published: Sep. 19th, 2022

Abstract

The full name of PPP is public private partnership, which is a kind of partnership between government departments and social private sectors to provide public goods. Since 2014, the Chinese government has vigorously promoted the use of PPP mode in public project construction. Due to the existence of risk factors such as conflict of interest and complex market economic environment, there are high risks in the application of PPP mode. From the perspective of economic management, the main risk types of PPP projects are divided from the perspective of spatial hierarchy; a rational risk identification awareness is established, supported by cases, and management methods are proposed. From the perspective of administrative law and civil code, this paper focuses on the analysis of contract risks that are not deeply studied in the perspective of economic management, and puts forward relevant countermeasures around the risks that may be encountered from the establishment to the termination of the contract. On the basis of numerous theoretical studies and case studies, the necessity of legislative perfection is raised from the suggestion to the system level.

Keywords

Risk Identification, Risk Management, Legal Administration, Reasonable Administration, Risk Sharing

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

PPP 模式是一种为公共利益服务的方式，它所呈现的公共产品琳琅满目地出现在公众日常生活中，地铁站及其轨道、高铁站及其轨道、高速公路、公立医院等。中华人民共和国财政部已经建立了政府和社会资本合作(PPP)专题专栏，搭建了全国 PPP 综合信息平台项目管理库；此外在经验交流板块，发布了民营社会资本参与财政部 PPP 示范项目案例，这些公开信息都有利于本文的研究。

PPP 模式高风险的魔咒一直挥之不去，且以行政法和最新的民法典为视角识别 PPP 风险和提出防范的研究甚少，故通过经济视角和法律视角两者相结合研究 PPP 模式的风险，目的是树立风险意识，探讨 PPP 风险管理中一些解决问题的新思路和新制度。

自 2014 年以来，PPP 项目如雨后春笋般落地，随着时间的推移，经验积累越来越丰富，PPP 模式的推广运用已经进入一个新阶段，在顶层设计上亟需立法破局；2016 年财政部发布的《中华人民共和国政府和社会资本合作法(征求意见稿)》已经酝酿许久，对于健全 PPP 法律法规体系问题，财政部将按照“法律规范 + 管理制度 + 操作指引”三位一体的思路会同各部门推进工作。

PPP 合作模式中多方主体利益冲突、市场经济环境复杂，高风险是其必然存在的突出特征。而 PPP 模式风险的合理规避和解决不仅依赖于市场主体，还需要政府从全局和微观层面出发，有效管理 PPP 项目，根据合法行政原则和合理行政原则选择最佳社会资本方，积极与社会资本方达成合理的风险分配契约，发扬风险共担精神，保证 PPP 合同的适当履行。

2022 年 7 月 15 日发布的《政府采购法(修订草案征求意见稿)》预示着 PPP 项目将正式纳入政府采购

监管范围，融入“政府采购统一大市场建设”的趋势中，因此，深入研究 PPP 模式存在的风险及其管理策略具有重要意义。

2. 经济管理视角下的 PPP 项目风险识别与管理

2.1. PPP 项目风险的分类

风险分类是风险分担的基础，合理的风险类型划分能使不同的项目参与主体结合自身情况最优化地发挥在风险承担中的作用。国内外不同学者对风险分类有不同的划分标准，例如从风险来源视角可以分为内部可控风险和外部不可控风险；从空间层级上可以分为微观、中观和宏观风险。本文将借鉴空间层级的分类方法具体探析 PPP 项目的风险种类。

2.1.1. 微观层面风险

何为微观风险，指的是发生在合作关系内部的主体之间利益诉求纷争而引起的风险，主要包括了官员腐败风险、监管不当风险、机会主义风险、运营能力风险等。

例如，机会主义风险的案例有深圳白鸽湖垃圾焚烧发电厂项目：在该项目中，初始方案设计的烟囱高度标准需要达到 120 米，而社会资本方为了节约投资建设成本，不但将烟囱高度下降到 80 米，在项目建设的技术设备配置方面更是违反了竞标承诺，在项目运营后臭气、噪音、污水等污染将较为严重，该项目建设两度被迫停工，政府在 2014 年决定暂缓实施该项目。

2.1.2. 中观层面风险

何为中观风险，指的是与项目运作状态相关的内源性风险，主要包括市场需求风险、采购程序冗长风险、融资风险、项目唯一性风险、技术设备风险等。

例如，市场需求风险是受项目预测不准、国家政策变化、社会与经济发展不稳定等因素产生的。项目唯一性风险和市场需求风险是息息相关的，常见于交通基础设施建设项目，例如杭州湾跨海大桥项目的失败就是因为受到城市建设发展、交通网变化、政策变更等原因分散车流量而收益颇减，特别是嘉绍大桥对杭州湾跨海大桥形成了实质性商业竞争。

2.1.3. 宏观层面风险

何为宏观风险，指的是来源于国家、社会、自然环境等不可控制的外部风险，这类风险具有长期性的特点，主要包括政策变更风险、政府稳定性风险、经济形势变化风险、不可抗力风险和公众反对风险等。

不容忽视的是来自社会环境方面的不可抗力风险，比如受到新冠疫情影响，采用 BOT 运作方式的冬奥会国家速滑馆项目建设在一定程度上必然存在阻滞，尤其是 2020 年疫情肆虐期间人员流动等各种社会活动受到政府严格管控，工人们或许难以返京开工。

本节参照域外学者 Li Bing 和 A. Akintoye 以微观、中观、宏观的空间层级视角观察 PPP 项目的主要风险，形成科学化、系统化和精确化的正确认知，才能够促使 PPP 各类参与主体树立理性化的风险识别意识，这既能提高 PPP 合作项目的成功率，提供示范模板，又能实现各方主体的最优利益。

2.2. PPP 项目风险的特征

在识别风险因素的基础上，可以归纳出 PPP 项目风险具有三个明显特征：长期性、复杂性、传导性。

风险长期性在于 PPP 是一种长期合作关系，PPP 项目全生命周期长，往往经历数十年周期，例如财政部公布的示范项目中，签署于 2015 年 9 月的张家口桥西区集中供热 PPP 项目的合作期限便是 25 年¹，

¹笔者注：相关数据来源于中华人民共和国财政部网《北京源通热力公司实施集中供热 PPP 项目——民营社会资本参与财政部 PPP 示范项目案例绍》，访问地址为 http://jrs.mof.gov.cn/zhuant2019/ppp/jyjlppp/201612/t20161202_2471626.htm。

我们熟知的北京“鸟巢”项目合作期限是 30 年。在市场经济不稳定的情况下，利率风险也会一直伴随着 PPP 项目的生命周期，直至债权债务关系终止为止。从阶段特征来看，由于多元主体的利益诉求交锋冲突，更加影响了项目执行阶段的顺利进行，比如 SPV (全称 Special Purpose Vehicle) 的股权结构分配必定会产生一定争执。政治风险、不可抗力风险、法律政策变更风险等更是贯穿项目的生命周期。此外，针对政府而言，即便是项目移交运营期间，政府仍需要考虑利益回报，研究补贴方式，维护基础设施。

复杂性根源在于参与主体、交易结构之庞杂(如图 1)，包括了委托代理关系、特许经营关系、行政管理关系等，此外 PPP 模式复杂性还源于风险分配约定的不完备。通过建立各个主体之间的法律关系可以将 PPP 项目合作结构的复杂性呈现出来。加之合作周期较长，风险通常是不确定且难以预测的，这就导致在 PPP 合同的磋商阶段各方都无法完整而精确地安排风险分担。在美国安然公司与印度政府合作的大博电厂项目中，受到亚洲金融危机影响，印度卢比兑换美元汇率夸张地贬值到 40% 以上，由于印度政府有关部门对项目运作毫不决断，导致大博电厂项目完美错过了金融危机波及印度前的经济发展稳定时期，同时世界能源价格的猛涨使得购买大博电厂电力的印度马邦地方电力局几乎无力支付。

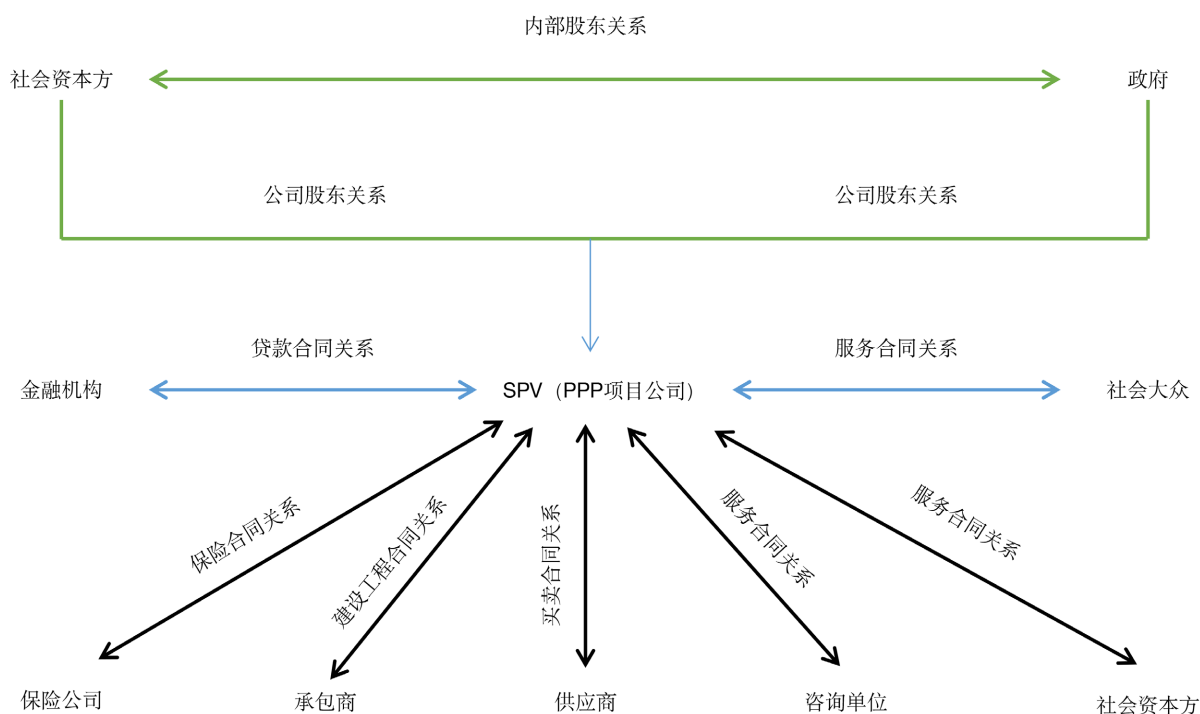


Figure 1. Legal relationship in PPP project

图 1. PPP 项目中的法律关系²

PPP 风险的传导性指的是风险因素通过一定的人、事、物在内部之间(比如环境保护风险引发成本风险)或者以内部向外部(比如环境保护风险容易引起公众反对风险)，或者以外部向内部(比如环境保护风险导致工程延期风险)的方式传导。风险源的传导性具有牵一发而动全身的表现并不夸张。

2.3. PPP 项目的风险分配

风险的合理分配是实现科学管理风险的重要前提，只有通过合理地将 PPP 长期合作中不同来源、不同表现、不同演变特征的风险划分给特定的参与主体作为固定责任范围，利用这种风险共担与利益共享

² 图 1 PPP 项目中的法律关系。

的交换纽带,才能将政府和社会资本等各方参与主体联合成为真正的风险共同体,最大程度上降低风险损失与影响。

风险分配的明确性是风险分配合理性的前提,在形式要件层面上要求以签订契约的方式加以确定。在实质要件层面上,需要专业力量尤其是法律咨询机构的专业知识力量支撑,还需要贯彻公平原则和收益风险对等原则,即政府不能通过单方意志决定最终风险分配结果,否则将使 PPP 项目缺乏内在激励,而且根据《民法典》关于合同“显失公平”的规定,PPP 项目合同就将面临被撤销的法律风险。结合 PPP 项目生命全周期的运作阶段来看,PPP 项目动态的风险分配在项目准备阶段表现为风险初步分配(风险识别和评估,分析发生概率、预计损失等)、在项目采购阶段表现为风险全面分配(控制力之外的宏观风险)、在项目执行阶段表现为风险再分配(遗漏分配的和实际风险状态严重违背预期的风险)。

一般而言,政府对政府稳定性风险、政策变更风险、公众反对风险、审批延误风险、项目唯一性风险、配套基础设施缺乏风险等类似风险较具有识别力和处理上的优势,所以应由政府承担此类风险。而社会资本的市场运作经验丰富而且控股项目公司,诸如运营成本风险、工程超期风险、技术设备风险、项目公司治理风险应由其承担。而公共设施需求风险、不可抗力风险、经济波动引起的融资风险等社会资本方无法通过商业保险转移的风险则发挥 PPP 模式风险共担的功能由政府和社会资本共同承担。使所有项目参与主体都能通过风险分担而获得相应的收益是 PPP 风险分担的帕累托最优状态,而合理的风险分配结果有利于政府和私人企业进行科学有效的风险管理。

2.4. PPP 项目中政府风险管理

结合前述对 PPP 风险的分类,对于政府风险管理可以从 PPP 项目识别阶段、准备阶段、项目采购阶段这三个主要操作流程分阶段来规范。

以项目识别阶段为例,政府需要管理的是微观层面中的官员腐败风险。PPP 项目建设的最终所有权属于国家,相关政府部门是建设权力的使用人,权力的所有和使用相分离使政府官员有了寻租空间[1]。所以在项目识别阶段,财政部门会同主管部门做出的物有所值评价和财政承受能力论证之后,同级政府或者上级政府应当对这个结果进行客观公正的审查,避免地方政府官员为了政绩与社会资本方相互勾结,将 PPP 项目作为筹码。

PPP 项目操作流程是比较复杂的,横跨了不同专业领域,因此政府还要培养和引进项目需要的专业人才,如果主管人员缺乏相关经验和技术力量,很容易使项目重要批准程序流于形式[2]。

在项目识别阶段,政府还需要特别注重宏观层面的政策变更风险。集中局部利益考虑的地方政府决策很可能与着眼于国家发展全局的中央整体规划产生冲突;比如上世纪 90 年代 BOT 项目建设中,中央认识到地方政府开出的较高的固定回报的巨大风险,下令要求地方政府整改清理含有较高固定回报率的项目,但地方政府为了本地经济发展,以及考虑到可能需要付出再谈判的成本和高额的违约赔偿,并未立即开展整改工作,直到中央连续下发相关文件表明严厉的整改态度才有所行动;在此期间通过的 PPP 项目就面临着政策变更风险,但原本是可以完全避免的,笔者认为这种情况的杜绝需要政府建立健全严格的 PPP 政策执行回馈机制,上级政府与下级政府本就是领导与被领导的关系,反馈通过逐级层报,可以限制地方政府肆意违背中央政策开展不符合顶层设计的 PPP 项目。

在项目操作流程中政府的风险管理主要聚焦于宏观层面的政治风险,即政府要注意对自身的风险管理,政治风险可谓是蛰伏于项目全生命周期且发生率极高的。所以政府在对其他风险进行科学管理之外,也要积极开展内部主管人员的培训,贯彻落实履约精神,减少政府换届带来的政府稳定性风险[3]。因为 PPP 合同作为合作关系的桥梁纽带,是项目实施落地的轨道,政府能够遵守契约精神,妥善履行合同义务,是防范政治风险的需要和确保 PPP 合同目的实现的关键。

2.5. PPP 项目的政府监管

我国基础设施等公用事业运用 PPP 模式，蓬勃发展，要求政府部门创新监管理念和监管方式，若政府没有建立合理有效的监管体系，很可能造成 PPP 项目运营效率低下、项目失败的风险，这意味着有必要将政府监管作为 PPP 项目风险管理中独立的一部分进行研究。

创新监管理念，是要重塑监管思路，因为在 PPP 模式中，政府和社会资本不仅是监管者与被监管者的关系，双方还是合作关系，因此科学合理的政府监管不仅是管制企业，还应当包含对企业合法利益的保护，通过“激励性”监管，以企业利益的实现助推公共利益的实现[4]，例如在对北京地铁四号线项目的绩效监测或中期评估中，若该项目实际运营收入水平比预期收入水平低，则北京市政府负责进行补偿。

创新监管方式，可以按项目生命周期整合为事前监管、事中监管和事后监管，需要项目实施机构牵头整合财政部门、审计部门和物价部门等行政管理部门进行。事前监管的对象包括立项审批、物有所值评价、采购程序和合同签署等发生在项目识别阶段、准备阶段的事项；事中监管是对合同履行过程中社会资本的履行情况进行管理，并予以纠正偏差，包括监管相关质检是否符合标准、工期推进是否符合进度安排，社会资本履约担保是否落实、信息披露是否真实，以及风险实际状态是否严重偏离预期等；事后监管的对象包括项目成本收益核算。

建立完备的监管体系，首先需要以相关法律法规为准则，行政机关应严格遵循合法行政原则和合理行政原则，在监管执法活动中负有积极执行和实施现行有效法律规定的义务，既包括 PPP 领域的政策规定，也包括《行政许可法》、《安全生产法》、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》。其次，应当设立相对独立的监管机构，实现 PPP 项目的行政权与监管权分离。避免监管空白是我国 PPP 政府监管体系建设的当务之急。再次，由于 PPP 项目涉及经济管理、工程技术和法律政策等多个专业领域，所以应当在划清各部门职能权限的基础上建立 PPP 不同主管部门之间的沟通协调机制。

需要注意的是，政府的介入监管或多或少会动摇社会资本参与 PPP 项目的决心，因此政府在 PPP 项目监管中不仅需要对项目参与主体和项目运营质量进行监管，也要谨记进行行政自我规制，这是一种：自发地约束其所实施的行政活动，使其职权在合理合法范围内运行的一种自主行为[5]。

3. 行政法与民法典视角下的项目合同风险识别与管理

PPP 政企合作合同是一揽子合同，一般包括政府和项目公司签订的 PPP 项目合同、履约合同、项目公司与股东签订的股东协议、项目公司与金融机构签订的融资合同等，其中，项目合同在 PPP 政企合作合同体系中属于基础和核心地位[6]，故本章重讨论项目合同风险识别。

最高人民法院行政协议解释第二条列举了人民法院应当受理的几类行政协议案件，其中包括符合该解释第一条规定的政府与社会资本合作协议。行政诉讼领域的学者对此众说纷纭，在这样的法律政策和学术观点不一背景下，对如何进行 PPP 项目合同风险管理，促进政府、社会资本和社会公众共赢，成为本文在行政法与合同法视角下需要着重探讨的问题。

3.1. 合同不成立及效力风险

3.1.1. 实施机构与采购主体不一致

财政部和国家发改委在规范性文件中均表示合同签订主体应是项目实施机构，而《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》却规定由采购人签订合同，所以项目实践中可能出现项目实施机构与采购人不一致的情形，会导致合同被认定为操作不合规，产生合同不成立风险。

3.1.2. 合同不具备成立的形式要件

结合《政府采购法》第 44 条和《招标投标法实施条例》第 57 条规定，PPP 合同需采用书面形式签

订方可成立，而在实践中，政府总以“请示”、“批复”的政府公文代替签订书面合同，发生合同纠纷时若不能加以证明双方就 PPP 项目建设问题已经达成一致，则法院会直接认定合同不成立。

3.1.3. 签约主体不适格

按照行政法中“法定职责必须为，法无授权不可为”的原则，项目实施机构签订合同时须有政府的授权，社会资本方也应该经被授权的实施机构发出中标通知书后才能成为适格的合同一方当事人。这些情况下，若签约主体不具备相应的权利能力，则会产生合同无效风险。

3.1.4. 行政行为不合法

《行政诉讼法》第 75 条规定了严重违法的行政行为当属无效。在项目合同中，政府享有行政优益权，但应依法行政。若政府官员缺乏法治意识，做出不履行承诺、非法承诺等内容违法行为和未按规定立项审批等程序违法事项，且无法补正，则会产生合同无效风险。

3.1.5. 民事法律规定的无效情形

根据《民法典》第 153 条以及第 508 条的规定，PPP 项目中损害国家利益、公共利益和违反法律、行政法规效力性强制性规定的合同当属无效，比如垃圾焚烧发电厂项目损害居民生命健康，招投标程序不合法等。

此外，在项目审批环节，项目合同应经主管部门审批而未审批的，则存在合同效力待定的风险。

3.2. 合同成立及效力风险管理

3.2.1. 严格遵守合同签订程序

使合同有效成立，第一要明确合同签约主体。政府应合法合规授权，保证授权文件有效，必要时将授权文件作为合同附件，避免出现合同诉讼纠纷时，诉讼主体不适格而导致诉讼请求被驳回。

第二是严格以书面形式签订合同。明确“批复”、“请示”等政府公文不能代替书面合同，必要时咨询金融、建设、法律专业人士，由其对项目合同条款和配套文件进行审核把关。

第三是严格遵守招标投标法、政府采购法等关于合同成立需具备的要件，包括签约方式、签约程序和审批手续等。另外，依据《政府信息公开条例》第 13 条、14 条、15 条、16 条以及公开是常态、不公开是例外的原则，依法向公众公开项目信息。

3.2.2. 加强合同文本审查

合同文本审查过程中，按照《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》，应当检查是否合理设计好项目合同的结构及主要条款，重点要确定风险分配是否合理、项目产出和绩效监测的合格标准、利益回报机制的合理性等，以免合同内容违反法律法规效力性强制性规定而无效。

3.3. 履约风险

3.3.1. 不可抗力风险

《世界银行 PPP 指南(2019 版)》指出：“不可抗力是指超出合同双方控制，并且使得合同一方不可能履行全部或关键部分的合同义务。”不可抗力常见有自然灾害、疫情传播和战争等，此时项目合同会受阻而陷入履行不能的情况。

3.3.2. 政策变更风险

由于中国 PPP 法律体系不完善，政策变动较频繁，而恰好 PPP 项目运作时间长，因此受法律变更影响导致的失败的项目并不少数，且政府与社会资本分配政策变更风险时存在不合理的情况，下级政府承担更多来自上级政府的政策变更风险，使得政府方履约风险更加滋生。

3.3.3. 当事人履约风险

一方面是社会资本方履约风险。政府在招投标阶段对社会资本方的技术、资金和运营能力分析不足，社会资本方在项目运作中表现出明显的履约能力不足，导致项目产生履约风险。

一方面是政府方履约风险。常见就是政府信用风险，主要是由政府决策失误、违背契约精神和缺乏监管引起的。比如政府虽然做出了项目唯一性承诺，但是由于无法控制其行政管辖区域外的类似项目的建设，或者政府换届，甚至于承诺本身违规，都会导致政府信用风险。

3.3.4. 合同设计不完全风险

PPP 项目运作时间长、复杂性的特征决定了 PPP 合同的不确定风险比普通合同高，政府和社会资本方在缔约时无法预见的履约风险更加多。

3.4. 履约风险管理

3.4.1. 完善合同条款

包括但不限于违约条款、奖惩条款、风险分配条款。奖惩机制和风险分配机制在经济管理视角已结合案例提出一些措施和建议，不再赘述。

完善违约条款的必要性在于，依据行政诉讼两造恒定的原则，当社会资本方违约时政府方不能直接起诉或提出反诉，导致政府方救济手段有限，所以应当适当增加违约条款，比如由社会资本方的母公司提供违约担保，以分散政府方风险，有利于更好地监督社会资本方合法履约，维护好公共利益和国家利益。

3.4.2. 完善配套机制

比如完善保险机制降低风险，对于政府和社会资本方均不能控制的风险，可以组织专业保险人才进行市场调研，确认保险费是否适宜以及是项目是否具有可保性再购买保险。

再比如效仿英国 PFI 制度建立定期的合同风险评估机制，由社会资本方作为汇报主体按约定向政府报告潜在的风险信息，一方面可以预防风险发生，又有助于解决实践中政府和社会资本方信息不对称的问题。

3.5. 合同变更及解除风险

3.5.1. 行政优益权自由裁量风险

行政优益权是基于公共利益的一般原则而行使的，公共利益是一个含义不明确的概念，所以政府在实践中才可以自由裁量。学界有观点认为行政优益权是行政机关在合同法体系之外做出的单方处置^[7]，行政优益权的行使应是出于国家利益和公共利益考量，才能变更或解除 PPP 项目合同。

3.5.2. 合同僵局风险

根据《民法典》合同编第 580 条第 2 款的规定，若项目运作中遭遇通货膨胀、利率波动等商业风险，双方交易阻滞导致工期延迟，致使合同的公共利益目的不能实现，当事人可以请求法院或仲裁机构终止权利义务关系。若社会资本方作为违约方申请终止合同权利义务关系，虽违约责任仍要承担，但是负兜底责任的政府方蒙受了经济和社会效益损失的巨大风险。

3.6. 合同变更及解除风险管理

3.6.1. 遵循比例原则

比例原则包括合目的性、适当性和损害最小三个子原则。政府方在行使行政优益权变更或解除 PPP 合同时，应同时满足符合公共利益需要且合法，对社会资本方权益损害最小的要求。对公共利益的含义

作限制性规定，与情势变更区分开来以避免混淆和无端扩大行政优益权行使范围。

行使行政优益权前，有关主管人员审查合同是否构成根本违约而面临解除风险时，政府方应当综合行政法规、民事法律和最高院指导理念判定，充分论证合同解除的合法性和必要性。此外，根据最高院行政协议解释的第10条第1款规定，政府方应当在行政诉讼或行政复议过程中对其做出的行政行为的合法性举证，即政府方应当对行使行政优益权解除合同的行为承担举证责任，因此政府方若要避免败诉风险，应当在做出行政行为的过程中，注重对有关证据的收集和整理。

行使行政优益权解除合同时，应当履行相关程序，比如先行催告程序，给予逾期履行的社会资本方以一定期限履行，还应当告知其有陈述、申辩和申请听证的权利，保障社会资本方合法权益不受侵害。

3.6.2. 明确补偿标准

有学者认为，政府行使行政优益权解除合同，增加了社会资本方的履约成本[8]，所以政府在单方变更解除合同之后，应遵循能够反映市场价格变化的补偿标准，保障社会资本方得到合理救济，使政府和社会资本方权利义务关系趋于平衡，补偿内容包括了法定利益和社会资本方的信赖利益损失。

4. 完善立法的建议

不管是国务院还是全国人民代表大会及其常务委员会，立法权的暂时缺失导致了PPP法律规范分散、法治体系混乱、有关条款的操作性不强，致使各个行政管理部门因为利益博弈而冲突，呈现出多头管理格局，PPP项目建设和运行容易发生困难，2017年发布的《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例(征求意见稿)》被称为“PPP基本法”而至今尚未有音信，但是制定一部与现有法规政策有效衔接、整合现有条款制度功能的国家级统一性法律是PPP实践领域的期待。就PPP立法事项主要存在立法模式和立法主要内容为何的讨论。

关于PPP立法模式，有的学者提出了照葫芦画瓢式的立法建议，即参照《民法总则》的国家立法模式先行出台《PPP法总则》，作为一般法律，专门用于调整PPP有关事项，在国家层面构建以国家普通法律为引领的我国新时代PPP制度安排[9]。参照民法总则与民法典的关系，可以认为PPP立法模仿《民法总则》立法模式，精炼和提取现有的法规政策和制度，将PPP项目责任和争端解决途径等一般性规则正式成文化，可以为将来《PPP法》确定基本框架和内容，在所谓的《PPP法总则》向《PPP法》的过渡期间，国务院作为中央政府可以精细化分工，制定出不同领域的专门政策规定，地方亦可以响应中央政策指示因地制宜出台地方性法规或规章，形成统一法与单项法相结合、行政法规和行政规章相呼应的PPP法律体系。从实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现共同富裕的目标、全面建成小康社会这些提升民生福祉的公共利益出发，公共基础设施建设是关键一环，虽然PPP模式的规范体系是重要制度保障，但一部完备而成熟的《PPP法》确实不可能一蹴而就，所以笔者认为像制定《民法典》一样采取分步走的立法模式和技巧并非不可。

关于PPP立法的内容，主要包括政府监管职责立法、沟通协调机制、风险预防评估等。

4.1. 监管职责立法

政府履行监管职责所依据的法律基础散见于不同行政管理部门制定的位阶高低不同的规章或规范性文件中，这样的制度框架极不利于政府严格履行监管职责、监管缺位、制度反而流于形式，更会使PPP项目运作风险提高。北京鸟巢采用PPP模式的失败案例亦警示着政府审查职责的重要性，中标的中信集团并不具有大型体育馆的运营和管理优势，而只是具有融资优势，政府却错误选择社会资本方，2009年中信集团即放弃了PPP协议中约定的30年特许经营权期限，宣告了该项目PPP模式运用的失败。鉴于此，我们可以学习借鉴英国的先进立法经验，如《项目治理指导》构建绩效导向PPP项目监管法律制度，

通过立法明确项目评估的要点，例如经济性、效率性、有效性，以及以立法明确 PPP 项目中政府履职人员的相关资质，不仅需要具备专业知识，还应当以公平公正为要素考核其综合素质。此外，在构建政府监管职责立法框架层面上，可以参考学习加拿大中央与地方结合的 PPP 模式，在高位阶的法律规定中创设违反低位阶法律规定时的行政问责或处罚机制，在低位阶的法规、规章中对高位阶法律不明确不具体的规定予以补充说明，使得 PPP 法律制度都能得到严格遵守^[10]。

4.2. 沟通协调机制立法

立法应当完善沟通协调机制，重点是关注协议争端解决机制。基于 PPP 模式的长期性和高风险，PPP 协议是一份不完全契约，沟通协调机制具体规定的缺失会阻碍契约精神的贯彻。财政部和国家发改委在合同指南里都提到了 PPP 合同争议解决途径包括协商、调解、仲裁和诉讼，但是对于具体适用情形，以及与《仲裁法》和《民事诉讼法》亦或是《行政诉讼法》的衔接却没有规定。最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 11 条指出特许经营协议为行政合同，可以纳入争议解决的行政救济范围，但对于特许经营协议之外的其他 PPP 合同类型明显不适用。从域外 PPP 解决方式中，我们可以观察到德国采用了“二阶层”的争议解决方法，以签订 PPP 合同为节点，在合同签订前的招投标准备阶段，政府行为视为公法上的行政行为，采用行政解决方式。在合同签订之后的采购社会资本方的产品或服务阶段，不涉及政府行政职能的政府行为视为私法上的民事行为，有如政府担保、政府股权、政府违反契约性义务等可以采用民事解决方式，若有约定仲裁条款则可选择仲裁。

4.3. 风险预防评估立法

结合 PPP 项目中政府监管职责和审查职责的立法完善，我国在 PPP 立法中还应当强化 PPP 项目风险评估与预防条款的刚性约束，设立独立的监管机构定期审查项目公司潜在风险指数以及政府和社会资本方是否存在引诱风险产生的行为，并深入贯彻合理公平的风险分担原则，细化法律风险规制的条款，既要设置弹性条款保障在不可抗力 and 情势变更情形下风险的承担，也要确保在政府信用危机出现时社会资本方的合理退出。在制定本部分条款时立法者要根据对以往的 PPP 实践经验和普遍共识，把握住规律来设置行之有效的原则与规则，以中立者的角度平衡项目风险与收益才能将常见的风险种类的合理分配通过立法形式固定下来。

5. 结语

不管是本文还是其他理论研究都应多以政府为本体，结合我国国情与制度环境，对 PPP 风险管理进行本土化、系统化、规范化、实务化的研究，多关注本土实践案例，因为政府既有 PPP 项目的主导者，又有合作者、监管者的身份特征，能为构建完整的风险管理系统起到引领作用，所以政府不能总停留在处理 PPP 项目危机事件的事后管理中。本文对于政府风险管理中提出的策略，多是预防性策略，笔者认为这应该成为风险管理的主要方向，即风险管理应从被动的事后管理中多向主动的事前管理转变，未雨绸缪、防患于未然的道理应成为 PPP 项目风险管理的常识。

本文还采用了行政法与民法典的视角来重点研究 PPP 合同的相关风险，可使得全文研究角度多样，解决问题覆盖面更广。经济角度和法律角度的研究分析各有千秋，但加强专业人才任务建设是两者的共同点，不论以哪种角度研究 PPP 风险，都要统筹考量不同核心因素，以从源头上避免 PPP 风险。

PPP 项目的可持续发展和风险问题的合理解决，对于政府而言，将有利于缓解财政支出压力，规范政府举债行为等；对于社会资本方而言，打破了传统准入清单的壁垒，有利于促使社会企业在追求利润最大化的同时承担社会责任；对于社会大众而言，有利于扩大民生福祉，提高公共服务水平和保障公共服务供给。

参考文献

- [1] 彭以忱. PPP 项目行为风险研究——基于个体特征视角[M]. 北京: 经济管理出版社, 2019: 90-91.
- [2] 赵洪升. 政府官员在 PPP 项目中法律风险之防范[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 23-24.
- [3] 姚明来, 王艳伟, 刘秦南, 饶碧玉. 基于全生命周期理论的公共基础设施 PPP 项目风险动态评价[J]. 工程管理学报, 2017, 31(4): 65-70.
- [4] 张一楠. 中国城市公用事业 PPP 模式研究[D]: [博士学位论文]. 吉林: 吉林大学, 2020.
- [5] 于立深. 多元行政任务下的行政机关的自我规制[J]. 当代法学, 2014, 28(1): 12-20.
- [6] 周婷. PPP 运作中政企合作合同风险问题研究[D]: [硕士学位论文]. 山东: 山东大学, 2020.
- [7] 张鲁萍. 行政协议优益权行使的司法审查——基于对部分司法判决书的实证分析[J]. 西南政法大学学报, 2018, 20(5): 3-12.
- [8] 邢钢. 一带一路建设背景下 PPP 项目中政府单方变更合同法律问题研究[J]. 东方法学, 2017(6): 35-44.
- [9] 丁新正. 构建以普通法律立法为引领的我国 PPP 制度安排研究[J]. 重庆理工大学学报, 2020, 34(1): 132-145.
- [10] 何志豪. PPP 模式下政府职责立法问题研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中央民族大学, 2020.