

雄安新区规划建设中 地方政府参与 PPP 模式的法律风险防范研究

张淑萍

摘要：地方政府参与 PPP 模式可以充分利用社会资本的资金、技术和管理优势，减轻财政负担，促进基础设施建设，提高公共服务质量，具有传统融资模式不可比拟的优势。规划建设雄安新区七方面重点是建设绿色智慧新城、打造优美生态环境、发展高端高新产业、提供优质公共服务、构建快捷高效交通网、推进体制机制改革、扩大全方位对外开放，这七重点任务的开展都离不开良好的基础设施和优质的公共服务。PPP 模式可以成为开展重点任务的有力助推器。但是，PPP 模式是一种复杂的合作方式，涉及到地方政府与投资、建设、运营、保险等各方主体的权利、义务分配，期间存在着诸多法律风险。通过对 PPP 项目实施全方位的监管机制，以及通过绩效评估激励社会投资者积极履约，可以有效防范雄安新区参与 PPP 模式的各类法律风险。

雄安新区规划建设中 地方政府参与 PPP 模式的法律风险防范研究 引言

雄安新区作为北京非首都功能疏解集中承载地，完善的城市功能，便捷高效的交通网络，系统完备的现代基础设施，优质的公共服务体系是其发展目标。¹完善的基础设施和优质的公共服务均有赖于现代化的行政管理理念。政府与社会资本合作的 PPP

(Public-Private-Partnership) 模式在发挥政府监管职能的同时，引入社会资本的资金、技术和先进的管理经验，在基础设施建设和公共服务领域被积极推广，规划建设雄安新区可以充分利用 PPP 模式的优势。自 1992 年 PFI (Private Finance Initiative) 概念在英国首次提出并最早应用于实践以来，世界各国纷纷采用并大力推广该模式，由此演化而来的 PPP 模式已经成为各国政府部门提高其公共服务水平的核心理念和主要方式。作为 PPP 模式的主体之一，政府通过竞争性程序与社会资本建立长期合作关系，实质是在基础设施和公共服务领域引入社会资本，通过特许经营、购买服务及股权合作等方式，由社会资本负责提供公共服务或产品。但是，法律规范层面的疏漏和冲突，以及 PPP 模式本身的复杂性导致地方政府参与 PPP 模式面临诸多法律风险，准确识别并有效规避这些法律风险对于规划建设雄安新区具有重要意义。

一、PPP 模式基本法律理论

(一) PPP 模式的概念

不同的公私部门参与程度构成了不同形式的 PPP，广义的 PPP 模式是一种公共服务提供机制，是指公共部门和私人部门共同提供公共产品（包括基础设施和公共服务），介于完全由公共部门和私有化后

¹参见《河北雄安新区规划纲要》。

完全由私人部门提供公众产品两个极端之间。而狭义的 PPP 是一系列项目融资方式的总称，是指公共部门与私人部门签订 PPP 项目协议，由该私人部门根据 PPP 项目协议，负责项目的筹资、建设与运营等的一种集建设、运营和管理的公共产品的提供方式。

有关 PPP 模式的概念，我国财政部、国家发改委以及国务院均在相关文件中有所涉及¹，从这些文件的规定可知，财政部和国家发改委发布的上述文件的规定可知财政部和国家发改委对 PPP 模式的理解存在差异，财政部制定的文件强调 PPP 模式的工作分工和收益机制，而国家发改委的文件强调 PPP 模式的目的是具体操作方式，上述规定均强调政府和社会资本建立的一种长期合作关系。在 PPP 模式概念的外延上，国务院、财政部和国家发改委都持较为开放的意见，也就是说，在具体的 PPP 模式选择上，我国地方政府具有更多的自主决定权。

（二）PPP 模式的结构

在 PPP 项目中，项目的参与主体通过签订一系列协议或者合同确立和调整彼此之间的权利义务关系，签订的一系列构成 PPP 项目的协议体系。PPP 协议通常包括 PPP 项目合同、股东协议、履约合同、融资合同和保险合同等。

履约合同是指 PPP 项目公司为履行 PPP 项目合同的义务，保证项目的正常运行而签订的一系列合同，不同项目的履约合同体系因 PPP 项目合同中社会资本方履行义务的内容不同而不同，实践中履约合同一般包括工程承包及分包合同、运营服务合同、原料供应合同以及产品或服务购买合同。

PPP 项目合同是整个 PPP 协议体系的基础和核心，在 PPP 协议体系中，各个协议、合同之间并非完全独立、互不影响，而是紧密衔接、

¹参见财政部《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）、国家发改委《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）、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》（国办发[2015]42号）。

相互贯通，合同之间存在着一定的“传导关系”。在合同签订阶段，PPP项目合同的具体条款不仅会直接影响到项目公司股东之间的协议内容，而且会影响项目公司与融资方的融资合同，以及与保险公司的保险合同等其他合同的内容。此外PPP项目合同的具体约定，还可能通过工程承包或产品服务购买等方式，传导到工程承包合同、原料供应合同、运营服务合同和产品或服务购买合同上。在合同履行阶段，合同关系的传导方向可能发生逆转。例如分包合同的履行出现问题，会影响到总承包合同的履行，进而影响到PPP项目合同的履行。

（三）PPP模式的流程

PPP模式的流程，即PPP模式的运作程序，是指政府或社会资本在开展PPP项目的过程中，按照可能涉及的主要事项及阶段进行划分，财政部制定的《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》（财金[2014]113号）是目前对PPP模式的运作程序进行梳理和划分主要的规范性文件，根据操作指南的规定，PPP模式的运作程序一般可以分为项目识别、项目准备、项目采购、项目执行、项目移交等阶段。

项目识别是政府或社会资本选择可能适用PPP模式项目的过程，实践中并非所有的基础设施和公共服务项目均适合采用PPP模式，PPP模式适用于投资规模较大、需求长期稳定、价格调整机制灵活、市场化程度较高的基础设施及公共服务类项目。一般PPP项目识别由政府或社会资本发起，政府发起是指县级以上地方政府发展改革、财政、国土、环保、住房城乡建设、交通运输、水利、价格、能源、金融监管等行业主管部门按照各自职责分工在新建、改建项目或存量公共资产中筛选适宜采用PPP模式的政府和社会资本合作项目，社会资本认为存在适合采用PPP模式的项目的，也可以通过项目建议书的方式向政府主管部门推荐潜在的政府和社会资本合作项目。¹

¹参见财政部《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》（财金[2014]113号）第二章。

项目准备是指针对通过物有所值评价和财政承受能力论证的项目，在项目具体开展实施以前，针对项目的具体情况，建立项目协调机制，编制项目实施方案。¹

项目采购是指政府或其授权主体依照规范的竞争性程序选择社会资本的过程，由于PPP项目对社会资本的资质要求较高，为保证选择社会资本的竞争性，实践中要求政府或其授权主体实施资格预审。

²

项目执行是指政府或其授权主体通过竞争性方式选择社会资本后，与社会资本或其设立的项目公司签订PPP项目协议，由社会资本或项目公司负责项目投资、建设及运营等事务的过程。³

项目移交是指PPP项目按照项目协议的约定提前或到期移交给政府或其授权主体的过程，PPP项目协议在订立时应明确约定移交形式、补偿方式、移交内容和移交标准。⁴

（四）PPP协议的法律性质

民事法律关系说认为PPP协议是民事合同，强调政府部门从事私法行为（如向私人承租房屋、购买物品）时，处于非公权力的地位，⁵公私双方地位平等是民事法律关系的重要特征。虽然政府部门拥有行政权力，但是PPP协议的最终形成，是政府部门和社会投资者双方协商一致的结果，体现了民事法律关系中的契约自由。此外，谈判、协商、仲裁等争议解决方式，反应出PPP协议平等自愿的民事法律关系特征。因此，将PPP协议定性为民事合同，强调政府和社会资本的平等自愿、等价有偿的特点，有利于吸引社会资本参与国家基础设施的建设。

行政法律关系说认为PPP协议是行政合同。拥有公权力的政府与

¹参见前引财金[2014]113号第三章。

²参见前引财金[2014]113号第四章。

³参见前引财金[2014]113号第五章。

⁴参见前引财金[2014]113号第六章。

⁵参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001版，第13页。

社会投资者相比显然具有权力和资源上的优势，双方的法律地位不平等。在工程的建设 and 运营过程中，政府可以通过公权力对工程进行干预，甚至对参与的社会投资者进行管理、监管和惩罚。PPP 协议是政府给予社会资本建设和经营一定基础设施和公用事业项目权利的授权性法律文件，标的一般为大型的公共基础设施，关系到国计民生，属于国家专有专管的公共物品，是国家行使社会管理职能的延伸。

笔者认为，PPP 协议属于兼具契约性与行政性的行政协议。从协议目的来看，PPP 协议的订立目的是为了基础设施建设或者提供公共产品，本质上是政府履行行政管理及公共服务职能的延伸。从协议特征来看，PPP 协议带有明显的行政性和公益性，政府在 PPP 协议中享有行政优益权，对社会资本有监督、制裁、强制执行的特权，以及依据法律规定或根据公共利益需要单方、变更解除协议。在法律规定层面，现行行政诉讼法已经将政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议纳入行政诉讼的受案范围，且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《适用解释》）第 11 条第 1 款明确规定了行政协议的概念，PPP 协议具备该条规定的各项要素，属于行政诉讼的受案范围。¹无论从协议目的、协议特征，还是法律规定层面的来看，PPP 协议均属于行政协议范畴。此外，就协议特征而言，除具有行政性、公益性外，PPP 协议是政府与社会资本合意的产物，具有契约性。

二、地方政府参与“PPP 模式”面临的法律风险

优质项目的识别会为整个 PPP 项目的成功运作奠定良好的基础，项目准备的充分与否，关乎 PPP 项目后续阶段能否正常开展，项目采购的顺利进行是 PPP 项目运行的关键的支撑，项目的有效执行是 PPP 项目最核心的步骤，项目的顺利移交则是检验整个 PPP 项目成果的现

¹参见江必新主编：《中华人民共和国民事诉讼法及司法解释条文理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 108 页。

实标尺。在 PPP 项目运行的不同阶段，政府面临着不同的法律风险，处理好政府面临的各种法律风险，对发挥 PPP 项目的优势服务规划建设雄安新区至关重要。

（一）签订合同时面临的法律风险

1. 政府与社会资本合作（PPP 模式）的法律性质问题

在理论界与实务界均争议比较大的问题是：政府与社会资本合作（PPP 模式），应当定性为行政行为还是民事行为？政府与社会资本合作过程中签订的各种协议、合同，究竟是民事合同还是行政合同？对此，各方观点不尽统一，上文已详细论述。

民事合同与行政协议在性质上截然不同，相关的救济途径及举证责任分配也有较大区别。行政诉讼中，政府部门要对行政行为的合法性承担举证责任，否则就要承担举证不能的不利后果。地方政府在参与 PPP 模式的过程中，如果不能厘清 PPP 协议的性质，按照法律规范要求履行订立协议的法定程序、确定协议的内容与方式，可能会面临败诉的风险。

2. 项目合作合同风险

PPP 项目识别和项目准备阶段的合同文本成果通常为《合同备忘录》《路线图》《投资战略框架协议》等。从法律上讲，这些合同文书含有预约的性质。预约合同在过去并不能成为独立的合同，但现在的观点倾向于将预约合同认定为独立的合同。违反预约合同，要承担违约责任。就法律风险而言，其一这类框架协议可以直接约定违约责任，如约定违约损害赔偿金或违约金；其二，如果没有约定违约损害赔偿金或违约金，违约方赔偿守约方的损失范围也大于缔约过失责任的赔偿范围。地方政府在参与 PPP 模式的过程中，如果前期分析、准备不充分，容易陷入违约纠纷。

3. 项目实施合同的风险

PPP 协议框架中包括工程合同、委托合同等协议文本，其中一个风险高发点就是建设工程合同。PPP 模式的主要应用领域之一就是基础设施建设，如果工程进展出现问题，很容易引发建设工程合同纠纷。地方政府如果作为工程的业主方，以建设工程合同的发包人角色参与 PPP 项目，将面临总承包人与实际施工人产生纠纷时，地方政府被牵涉到诉讼中的风险，还可能导致地方政府代替总承包人给付工程欠款的责任风险。因政府招商引资引发的在建工程烂尾纠纷中，当事人往往会辩称出于对政府的信任才介入工程，要求政府承担给付工程款的责任。根据法律规定，在建设施工合同纠纷案件中，如果实际施工人追索工程款，发包人应当在欠付总承包人工程款的范围对实际施工人承担付款义务。¹实践中，如果承包人抽走资金，发包人将承受欠付工程款的“烂摊子”，而且可能诱发涉稳或群体性事件。

（二）选择社会资本的法律风险

在选择项目合伙人即社会投资者的法律适用上，我国存在招标投标法政府采购法并行的局面。一方面，根据招标投标法的规定，PPP 项目应当进行招投标，因为 PPP 项目涉及公共基础设施建设或者公共服务的供给，关系到社会公共利益。²另一方面，根据政府采购法，PPP 项目应当适用政府采购程序，因为 PPP 项目本质上就是一种政府使用财政性资金，以合同方式采购货物、工程和服务的行为。³政府采购方式除了公开招标外，还包括邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价、国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。⁴由此导致 PPP 模式下政府选择社会投资者过程中，会面临以下问题：一是招标投标法和政府采购法本身不协调导致的程序合法性问题；二是招投标方式无法满足 PPP 项目的充分谈判需要；三是使用者付费方式的 PPP

¹参见《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 26 条。

²参见招标投标法第 3 条第 1 款第 1 项。

³参见政府采购法第 2 条第 4 款。

⁴参见政府采购法第 26 条。

项目中，地方政府对采用何种方式确定社会资本合伙人无所适从。

（三）地方政府配置土地资源法律风险

依据土地管理法，城市基础设施用地和公益事业用地，以及国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地，可以通过划拨方式取得。¹如果 PPP 项目是营利性的，地方政府在配置土地上可能会面临两个问题：一是招拍挂方式难以保证项目公司获得预期的土地使用权；二是即使获得，招拍挂方式提高了项目公司的土地使用成本，最终成本可能会转嫁到地方政府或使用者身上。以零成本或者相对较低的成本获得项目土地是 PPP 模式下社会投资者重点考量的因素，但是，PPP 项目的许可与国有土地使用权的取得是两个渠道，按照《土地管理法》的相关规定，地方政府为社会投资者做出的有关直接配置土地的承诺，目前不具备合法可行的操作方式。

（四）地方政府出资的法律风险

地方政府参与 PPP 模式进行投资，其目的不同于一般国有企业的投资。虽然国有企业在一定程度上承担着公共利益和社会责任的角色，但是国有企业毕竟是市场主体，所以强调其保值增值的任务很有必要。但是，地方政府在参与 PPP 模式的过程中，通过对项目公司的股权投资、各类政府基金支持进行的投资，是对传统政府投资和财政补贴方式的变革，其目的不是为了追求投资收益，而是通过 PPP 模式更高效的使用财政资金，以提高基础设施建设和公共服务水平。尽管如此，如果地方不能合理控制损失，将会面临陷入玩忽职守或滥用职权的风险。

三、地方政府参与 PPP 模式的法律风险防范

（一）我国的立法现状及问题

对于 PPP 项目的运作，我们尚未出台国家层面的立法，相关的法

¹参见土地管理法第 54 条。

律依据散见于民商法、行政法、经济法和社会法等各类部门法。这些法律对 PPP 项目运作流程、风险控制和纠纷解决缺乏针对性的规定，且不同法律之间出现冲突的情况时有发生。在部门规章层面，财政部《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）和国家发改委《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）对 PPP 项目运作起着关键的指导作用。各地政府在部门规章出台后，相继着手制定 PPP 管理办法。但财政部和国家发改委的部门规章本身存在冲突，且部门规章只是法院裁判案件的参照性依据；此外，财政部《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》规定的争议解决途径是申请仲裁或者提起民事诉讼¹；而根据行政诉讼法及司法解释规定政府特许经营协议等政府和社会资本合作协议属于行政协议，属于行政诉讼受案范围。²因此，通过梳理与法律规定不一致的规章、法规及规范性文件，协调各级法律规范之间的冲突，是规范 PPP 项目运作，保障项目各参与方合法权益的必要之举。

（二）英国 PPP 模式风险防范机制借鉴

英国是最早推广 PPP 模式的国家，1992 年马斯特里赫特条约签订之后，英国在公共基础设施领域开始进行大规模市场民营化改革。英国财政部是 PPP 主管机构的核心，其下设三个专门管理部门，形成统一协调的 PPP 管理体系。³同时，在 PPP 模式相配套的法律政策体系方面，英国也在不断完善。英国没有针对 PPP 模式单独制定专门的法律，但是以其完整的政府采购法律以及财政部的配套政策体系支撑起 PPP 模式的有序施行。在争端解决机制上，英国根据争端的严重程度分别采用协商、专家建议以及法律仲裁或者判决解决。实现财政

¹参见财金[2014]113号第28条。

²前引《中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用》，第108页。

³参见王铁山：《PFI项目融资：英国和日本模式的比较研究》，《国际经济合作》2008年第1期，第49页。

资金的价值 (value for money, VFM) 是英国发展 PPP 模式核心理念, 以付费机制为例, 政府只有在项目完工并且达到约定的标准时才开始向社会投资者付费,¹以防止社会投资者的违约及道德风险。

(三) 地方政府参与 PPP 模式的法律风险防范机制

针对前文对地方政府参与 PPP 模式的法律风险的分析, 以及对我国 PPP 模式立法现状和英国 PPP 模式风险防范机制的研究, 提出我国地方政府参与 PPP 模式的法律风险防范机制。

1. 梳理 PPP 模式的法律规范

全面而清晰的法律规范是 PPP 项目成功运作的法律保障, 可以有效避免因为规章、法规及规范性文件与法律之间的冲突而导致的违法风险。地方政府根据政府采购法、招标投标法等法律, 结合本地实际情况, 制定地方政府参与 PPP 模式的地方法规、地方政府规章或者地方规范性文件, 有关法律适用及争端解决机制可能存在与行政法相冲突的地方。PPP 协议争议采用行政诉讼等行政争议争端解决机制, 对 PPP 协议进行全面审查, 可以防止对公共利益的损害。通过梳理中央层面及地方层面 PPP 模式的法律规范, 明确 PPP 协议的行政协议性质, 在纠纷解决途径上采用行政诉讼, 在法律适用上, 行政法律、法规有明确规定的, 适用行政法的规定, 没有明确规定的参照适用合同法等民事法律规范。

2. 全方位的监管机制

考虑到政府部门的公益性和社会资本的逐利性之间的冲突, 有必要成立专门的监管机构, 建立全方位的监管机制, 以保障 PPP 项目的有序、高效运行。

在监管机构的设置方面, 可以借鉴英国模式, 以财政部门为核心。同时, 考虑到 PPP 项目的专业性, 财政部门可以与发改、交通、水务、

¹参见巴曙松、杨现领: 《新型城镇化融资与金融改革》, 中国工人出版社 2014 年版, 第 67 页。

建设、环保等部门共同组建 PPP 项目中心，负责 PPP 项目运作全程的监管工作，以及时发现项目运作过程中的风险，提高项目运行效率。为了提高监管的专业性，PPP 项目中心应当吸收各行业、各部门的专业技术人员进入，使监管委员会同时具备专业咨询机构的功能。

在监管内容上，应当涉及 PPP 项目的各个流程，包括项目识别、项目准备、项目采购、项目执行和项目移交。

在项目识别阶段，PPP 项目中心从专业视角对潜在项目进行筛选、评价，选定具有优势价值的 PPP 项目。选择潜在的 PPP 项目的主要方式就是对项目进行物有所值评价工作和财政承受能力评价工作。¹项目的物有所值评价工作，包括从定性和定量两方面进行物有所值评价工作。其中定性分析重点关注项目采用 PPP 模式与采用政府传统采购模式相比能否增加供给、优化风险分配、提高运营效率、促进创新和公平竞争等。而定量分析主要通过对 PPP 项目全生命周期内政府指出成本现值与公共部门比较值进行比较，计算项目的物有所值量值，判断 PPP 模式是否降低项目全生命周期成本。对于通过物有所值评价工作的项目，为确保财政中长期可持续性，财政部门应根据项目全生命周期内的财政支出、政府债务等因素，对部分政府付费或政府补贴的项目，开展财政承受能力论证，每年政府付费或政府补贴等财政支出不得超出当年财政收入的一定比例。

在项目准备阶段，PPP 项目中心负责协调各部门工作，并编制项目实施方案。PPP 项目具有专业性、复杂性，通过编制项目实施方案，PPP 项目中心可以清晰把握项目的基本情况，以便选择适当的项目运作方式和交易结构，合理分配项目风险。

在项目采购阶段，PPP 项目中心对潜在的社会投资者进行资格预审，并通过政府采购程序选定合适的社会投资者作为合作对象。社会

¹参见《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》（财金[2016]92 号）第 4 条。

资本合作对象选择程序是否合法、合规，是 PPP 项目中心在项目采购阶段应重点监管的问题。目前，我国对社会资本选择程序规定存在部门规章之间的冲突，涉及公共基础设施建设或公共服务的项目，财政部指引适用《政府采购法》，国家发改委指引适用《招标投标法》，两部法律的程序规定不尽相同，为保证 PPP 合同体系的合法性，PPP 项目社会投资者选择应当以公开招标为原则，除非符合法定的邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价的条件。

在项目执行阶段，PPP 项目中心作为政府代表与社会投资者签订 PPP 项目协议，约定由社会投资者或者项目公司负责项目的投资、建设及运营等事务，以及风险的划分和利益的分配、违约责任和争议解决条款，并要求社会投资者提交履约保函。为严格控制政府财政风险，对政府支付义务，财政部门应当结合中长期财政规划统筹考虑，并纳入政府综合财务报告。为避免政府承担过重责任，在 PPP 项目协议中应严格划分双方承担风险的范围，对社会投资者具有控制力的投资、建设、运营风险，约定由社会投资者承担。同时，除必要的监管职责外，地方政府应当严格按照 PPP 项目协议约定行事，不主动介入到项目实施中，避免因越位介入而对项目实施过程中的纠纷承担连带责任。为保证社会投资者严格履约，应严格监管社会投资者出资情况，避免因社会投资者出资不到位影响工程进度或服务质量。对争议解决方式，约定优先采用协商、第三方专家建议，必要时依法申请仲裁或者提起民事诉讼。

在项目移交阶段，PPP 项目中心根据项目合同约定与社会投资者或者项目公司确认移交标准和补偿方式，制定资产评估和性能测试方案。资产评估应当委托具有相关资质的资产评估机构，按照项目合同约定的评估方式，对移交资产进行资产评估，作为确定补偿金额的依据。对性能测试结果不达标的，PPP 项目中心可以要求社会投资者或

项目公司进行恢复性修理、更新重置或提取移交维修保函。项目移交完成后，PPP 项目中心对项目产出、成本收益、监管成效、可持续性、PPP 模式应用等进行绩效评价，评价结果作为政府开展 PPP 管理工作决策的参考依据。

3. 纠纷解决机制

前文已经论述，PPP 模式下的合同、协议是兼具行政性与契约性的行政协议，同时，为了避免对公共利益损害，PPP 纠纷解决机制应当选用行政诉讼等行政争议的纠纷解决机制。

通过梳理 PPP 模式的法律规范，可以从法律规范层面避免关于 PPP 协议争议管辖的不确定性。在 PPP 协议中明确约定争议解决采用行政诉讼等行政争议解决机制也是一种策略。实践中，在发生争议时，为了提高纠纷解决的效率，地方政府可以聘用专门的法律顾问团队参与纠纷解决。此外，在 PPP 项目运作过程中，地方政府应当尽量克制公权力的介入，审慎行使行政优益权，对地方政府的监管和管理责任应当通过 PPP 协议转化为合同约定事项，以避免对 PPP 协议的过度干预而面临被提起行政诉讼的风险。

4. 绩效支付激励机制

社会资本具有逐利性，如果缺少监督和激励，社会投资者可能会出现怠于履行合同义务或者提供的公共产品不符合合同要求的情况，因此，地方政府可以在 PPP 协议中约定，根据社会投资者的绩效评估情况，相应调整公共产品的价格及补贴数额，以此来激励社会投资者自觉履行合同义务，从而保证公共产品的质量。

绩效评估是指运用科学的方法、标准和程序，对行为主体的绩效信息（如业绩、成就和实绩作为等）进行观察、收集、组织、贮存、提取、整合，并尽可能做出准确评价的过程。PPP 项目绩效评估包括向公众提供公共物品或服务的数量、质量及公众满意度，分为对成本

投入的评估、对产出的评估、对效率的评估和对公众满意度的评估四个方面。公共服务的质量在社会公共服务项目中至关重要，地方政府可以与投资者在项目协议中约定一个详细的绩效监控方案，以确保项目公司能够达到合同要求的绩效标准。绩效监控方案一般会明确约定项目公司的监控义务，包括：运营情况检测，信息发布，定期报告，保证信息准确性、真实性和完整性等。同时，在项目协议中约定将绩效评估结果作为政府财政补贴、项目收费标准以及合同期限等事项的调整依据，以激励投资者严格履约，提高项目运作效率，从而实现公共利益最大化。

5. 其他风险防范策略

(1) 以作价出资方式配置土地

对土地使用权获取渠道与 PPP 项目许可的冲突问题，在现有法律背景下，合法可行的策略是地方政府以作价出资方式为 PPP 项目配置土地使用权。具体操作方式上，先由地方政府将相应土地使用权作价出资到项目公司，以土地使用权评估价格为依据持有项目公司股权，地方政府与社会投资者签订协议，约定地方政府不参与 PPP 项目收益分享，但保留对项目公司资产的处置权。

(2) 明确地方政府出资程序

现有政策对政府投资行为仅允许有限损失，如果超出合理损失限度，政府可能会因滥用职权或玩忽职守而被追究责任，有必要规范政府出资程序，防止政府因市场风险而被追责。具体而言，PPP 项目中心可负责起草相关文件，明确规定政府在 PPP 项目中的出资应当首先通过对项目的物有所值评价和财政承受能力评价，并且符合财政部门有关财政支出的相关规定，如果政府的出资行为已经遵守上述规定，则不因市场风险而被追究法律责任。有关地方政府出资程序的文件应当经过地方政府同级人大或人大常委会通过，以提高法律依据的效力

位阶。

(3) 多个协议分散风险

PPP 模式是一种复杂的合作方式，在项目运行期间需要合理分配政府部门和社会资本之间的责任，有关风险和收益的分配经常会引发不同主体之间的矛盾，并最终导致项目合作破裂。为了避免这一弊端，地方政府在参与 PPP 模式时，可以采用合同“分解模式”，即针对 PPP 的各个部分单独订立合同进行采购，而不是只订立一个 PPP 合同，以此来规避和分散风险。