

Jun He Law Review

# 君合

法律评论

2015 (第二期) WWW.JUNHE.COM

总第三十五期

- 王老吉和加多宝谁动了谁的红罐
- PPP超重磅 —— “国办发42号文” 评述
- 待岗的劳动法要件与实务操作
- 涉UNCITRAL规则之仲裁协议效力确认之诉案件简析



中国证监会国际部刘鑫处长到君合律师事务所开展“证监会国际部最新审核政策及案例分析”讲座



2015年第2期  
CONTENTS  
目录  
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微  
编 辑 部：赵锡勇 黄 湘 刘世坚  
          令狐铭 何 侃 张红斌  
          刘 洋 郑跃杰 伊向明  
          肖 一 马 锐 孙丕伟  
          刘 燕 叶 礼 左玉茹  
          金 川 付晓斌 万 晶  
          刘嘉明 张莘阳

分所通讯员：万 晶  
封面设计：赵米乐  
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- 3 王老吉和加多宝谁动了谁的红罐 徐初萌 赵克峰 卢 亮  
11 中国证监会非行政处罚性监管措施之性质及合法性探析 柯 湘  
19 碳排放权交易法律问题研究 孙丕伟

基础设施法律专栏

- 25 PPP超重磅——“国办发42号文”评述 刘世坚  
31 PPP项目筹备阶段法律实务问题提示与说明 易 芳 赵 冲 李德庭  
37 建设项目环保制度及其非诉法律实务初探 缪晴辉 周文韦华

新人新语

- 58 外管局19号文新规：让FIE使用外汇资本金的自由度更高 郑 宇 汪琼玥

他山之石

- 62 武器平等 攻防得当——医疗技术损害案件举证责任规则探析  
顺义法院 朱建娜

君合讲堂

- 70 待岗的劳动法要件与实务操作 杜 琨

案例评析

- 76 涉UNCITRAL规则之仲裁协议效力确认之诉案件简析  
陈鲁明 崔文辉 刘佳迪

声明

《君合》法律评论所刊登的文章仅代表作者本人观点，不能将其视之为君合律师事务所及其律师出具的正式法律意见或结论。如您有任何法律问题或法律委托事务，请与本所联系。

# 卷首语

古人云事急从权，然“事急”无数次地成为以“权”破坏规则的借口。

2015年下半年伊始，救市成了主旋律，其浩大的声势一点不亚于抗震救灾。证监会、央行、国务院先后出手，重磅的利好消息批发出台，密集地砸向如惊弓之鸟的广大股民；券商、央企集体表忠心，坚定承诺不减持；修改游戏规则，限制期指做空；同时派出国家队亲自上阵托盘，央妈负责提供无限弹药。

为了挽救摇摇欲坠的股市，政府已经顾不上法律和规则这些条条框框，“主旋律”不会去考虑这些救市措施是否在干涉经营者的自主经营、是否涉嫌操纵市场、是否属于“法无明文不可为”。质疑的声音在声势浩大的主旋律下淹没殆尽。

在这个喧闹夏天，受到伤害的不仅仅是惶然失措的广大股民，受到威胁的也不只是中国的经济，还有“依法治国”的承诺和法治社会的梦想。

# 王老吉和加多宝谁动了谁的红罐

徐初萌 赵克峰 卢亮

## 一、序言

被称为“中国包装装潢第一案”的广药、加多宝“红罐之争”一审判决在过去的一个月中引起无数的讨论。那么到底是谁动了谁的“红罐”呢？广东高院认定，“红罐”属于广药，不属于加多宝。在（2013）粤高法民三初字第1号广东加多宝饮料食品有限公司（以下简称“加多宝”）诉广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有包装装潢纠纷一案中，广东高院驳回了加多宝的全部诉讼请求。而在（2013）粤高法民三初字第2号即广州医药集团有限公司（以下简称“广药”）诉加多宝擅自使用知名商品包装装潢纠纷一案中，广东高院判决加多宝立即停止使用与王老吉红罐凉茶特有包装装潢相同或相近似的包装装潢；赔偿广药公司经济损失人民币1.5亿元及合理维权费用265,210元；在《南方日报》、《广州日报》、人民网刊登声明公开消除影响；以及承担案件受理费、证据保全费及审计费。

本案的核心问题是知名商品特有包装装潢的归属，可以细化为三个问题：

1、本案的知名商品是什么，是“王老吉凉茶”，还是加多宝出品的“红罐凉茶”？

2、特有包装装潢所指向的对象是什么，是包括黄色“王老吉”等文字商标、红色底色等色彩在内的包装装潢，还是仅仅指由红色、黄色、黑色色调组合而成的铁

罐（铝罐）装潢？

3、特有红罐包装装潢是否可与王老吉商标相分离，归属于不同的主体？

我们注意到，在一审判决作出后，专家学者及知识产权从业人士对此问题进行了大量的论述，观点各不一致。但是，学者多从学理出发再到判理，来分析“知名商品”是什么，“知名商品包装装潢权”与商标权是否可以区分并且归属不同的主体，以及该权利到底是应该归属加多宝还是广药。

对此，我们认为有必要重新回顾本案的基本事实，考察当时历史条件下，双方当事人签订履行王老吉商标许可协议时，在经营红罐过程当中，对红罐商业外观归属的预期与认知。

而且，在上述三个问题之外，我们认为还需要问一个更深层次的问题：在广药与加多宝的博弈过程中，消费者的地位在哪里？他们在看到“红罐”商业标识时，期待买到的是什么商品？消费者想喝的到底是谁的凉茶？我们在判断红罐归属的时候，是否也要从便利消费者，减少购买成本的角度，考虑红罐的归属问题？

## 二、广药与加多宝的合作背景及过程

我们首先回顾一下双方合作的历史进程：

## （一）双方最初合作的背景

王老吉牌凉茶，始创于公元1828年（清道光八年），创始人是王泽邦。据考，清道光年间，广州爆发瘴疠，疫症蔓延。为挽救患者，王泽邦（即王老吉）历尽艰辛寻找良药，最终得一秘方，研制出一种凉茶配方，这种凉茶不仅解除了乡民的病痛，也帮助乡民躲过了天花、疫症等灾难。王老吉从此声名大振，被誉为岭南药侠，还被道光皇帝召入皇宫，封为太医院院令。1828年，王老吉在广州十三行开设第一间“王老吉凉茶铺”，深受街坊欢迎，被誉为“凉茶王”。可见，百年前，王老吉成名是作为“药侠”，官封“太医”院院令。王老吉的凉茶更大程度上是治病救人的“药”。

20世纪50年代初由于政治原因，王老吉凉茶铺分成两支：一支完成公有化改造，发展为今天的广药系，另一支由王氏家族的后人带到香港。新中国成立后，广州中药九厂按原来的处方，继续生产“王老吉”凉茶。1991年5月9日，广州羊城药厂与广州市轻工研究所就“王老吉牌凉茶饮料”项目签订了《广州市技术开发合同书》，约定由广州市轻工研究所利用广州羊城药厂提供的王老吉牌广东凉茶浸膏，研究并确定可供工业生产的王老吉牌凉茶饮料配方、工艺技术条件及设备要求。1992年，广州羊城药业股份有限公司（以下简称“羊城药业”）成立，生产绿色纸盒装的王老吉凉茶。1992年11月，广东省著名商标评选委员会认定羊城药业“王老吉”商标为1992年广东省著名商标。1993年3月1日广州市人民政府授予羊城药业“王老吉牌”商标为“广州市著名商标”称号。1995年9月95中国（广东）十佳饮料推选活动组委会认定羊城药业生产经销的王老吉牌清凉茶（利乐包装）产品荣获“95中国（广东）首届最受欢迎的十佳饮料奖”。1998年2月广东省工商行政管理局认定羊城药业“王老吉”商标为广东省著名商标。可见，在双方合作之前，由广药前身羊城药业生产并销售的盒装王老吉凉茶，已经在广东省地区内，在清凉茶（凉茶）这种特定市场上，具有了较高的知名度。

## （二）双方最初进行合作的关键事实

### 1、基本合作模式

1995年，羊城药业与鸿道集团签订《商标使用许可合同》，约定羊城药业许可鸿道集团独家使用第626155号“王老吉”注册商标，限于红色纸包装清凉茶饮料，鸿道集团可委托其他厂进行加工制造上述产品并送羊城药业备案；双方在各自生产的清凉茶商品上的所有包装图案和颜色均不得与另一方相同。鸿道集团生产的带有“王老吉”三个字的清凉茶产品，须符合中国食品卫生有关标准，其包装上须注明生产企业名称及地址，产品包装及商标使用样板经羊城药业认可才可生产。

1997年，羊城药业与鸿道集团签订了《商标许可使用合同》，其中约定：鸿道集团已于1995年从羊城药业处取得了独家使用“王老吉”商标生产销售红色纸包装及红色铁罐装凉茶饮料的使用权。在本协议期间，鸿道集团有权在中华人民共和国境内为其生产或委托他人加工生产和销售的王老吉凉茶饮料和龟苓膏产品上使用第626155号王老吉商标，该项权利是专有的、独占的。“被许可商品”取用铁罐（或铝罐）装。双方还约定，本合同生效后，羊城药业可以保留生产和销售原已生产的用纸包装的王老吉清凉茶，但包装颜色不得取用红色，包装设计图案不得与鸿道集团生产的“被许可商品”相同。

2000年5月2日，广药与鸿道集团签订了《商标许可协议》，其中约定，广药许可鸿道集团独占使用第626155号“王老吉”商标，使用的商品范围为生产及销售红色罐装及红色瓶装王老吉凉茶，地域范围为中国境内，不包括香港、澳门和台湾地区，使用期限自2000年5月2日至2010年5月2日。双方还约定，如鸿道集团知道任何第三者有任何侵权行为，可以书面形式将详细情况通知广药，在广药决定采取法律手段、制止侵权行为时，鸿道集团须向广药提供有关资料及予以协助，由此发生的一切费用（包括诉讼费用、律师费用和其他费用）及风险责任由鸿道集团承担，由此所获得的利益归鸿道集团享有；鸿道集团知道任何第三者有任何侵权行为时，可直接以鸿道集团的名义采取任何法律手段，制止任何侵权行为，由此引起的费用由

鸿道集团负担，有关赔偿利益归鸿道集团享有。

## 2、双方配方的差异

广药和加多宝的配方配比上有一定的区别，导致红罐凉茶更甜，绿盒凉茶略苦。那么二者的配方究竟有何不同？根据加多宝官方网站的介绍以及红罐凉茶产品背面的产品配料介绍，加多宝出品的红罐凉茶依据传统配方，采用上等本草材料配制，秉承传统的蒸煮工艺，经由现代科技提取本草精华、悉心调配而成；其内含菊花、甘草、仙草、金银花、鸡蛋花、夏枯草、布渣叶等具有预防上火作用的本草植物。而根据王老吉官方网站的介绍以及绿盒凉茶产品背面的产品配料介绍，绿盒凉茶配料包括鸡蛋花、菊花、金银花、甘草、夏枯草、仙草、布渣叶。广东省食品行业协会会长张俊修曾对《三联生活周刊》解释，红罐和绿盒王老吉的成分表上都注明由水、白砂糖、仙草、鸡蛋花、布渣叶、菊花、金银花、夏枯草、甘草9种成分构成，但二者喝起来口感仍有区别，红罐王老吉入口更甜，绿盒则略带苦味。凉茶特有的香气是由香草和鸡蛋花形成的，配方只是一方面，更重要的是配比。配方和配比的不同不仅仅导致同样310毫升的加多宝比310毫升的王老吉能量和碳水化合物的营养成分都高，更导致二者口感上的差异。

对于配方来源，双方各执一词。广药一直宣称其配方来自于正宗王老吉。而2013年3月26日，王健仪等王泽邦后人在新浪微博上登载了一篇《王泽邦后人王健仪发布联合声明：从未将祖传配方授权广药集团》的报道，称：2013年3月26日，凉茶创始人王泽邦先生第五代玄孙王健仪女士携家族成员在深圳召开“凉茶创始人王泽邦后人媒体见面会”。王氏家族发表联合声明，表示从未将祖传秘方授予广药使用。根据加多宝提供的《王健仪声明书及公证认证文件》以及王泽邦后人发布的联合声明，证明加多宝生产的红罐凉茶采用的才是王健仪女士授权的王泽邦正宗凉茶秘方，自1992年开始鸿道集团及之后的加多宝生产的标有王老吉商标的红罐凉茶及加多宝现在生产的标有加多宝商标的红罐凉茶配方均源自王泽邦的正宗秘方。因此加多宝凉茶包装上所称的“加多宝凉茶传承王泽邦开创于清朝道光年间，已逾百年历史的凉茶配方”属实。而广药

从未获得上述凉茶配方，其生产的凉茶产品为与加多宝完全不同的产品。加多宝亦提供其红罐凉茶产品的产品生产许可证及其说明、广药相关企业生产的绿色纸包装凉茶产品的生产许可证信息，证明加多宝生产的红罐凉茶产品与广药相关企业生产的绿盒凉茶产品不同、口味、品质有差异，消费者通过红罐和绿盒包装装潢及凉茶的口感品质已经能够区分二者的商品来源。

## 3、红罐的起源和定型

广药和加多宝最初展开合作时，只是概括性地界定了包装的颜色，市场上只有绿纸盒王老吉这一款成熟的产品，并没有成型的红色包装凉茶，更没有红色罐装凉茶。加多宝基本属于“白手起家”。新灵印刷设计公司（SUNNING PRINTING & DESIGN CO）独资东主潘良生于2012年8月15日作出声明，证明红罐王老吉包装从1995年开始设计，1995年为第一阶段设计，1996年2月为第二阶段设计，1998年7月为第三阶段设计。1995年12月18日，陈鸿道向国家知识产权局申请名称为“饮料盒标贴”的外观设计专利，请求保护色彩。1996年6月5日陈鸿道向国家知识产权局申请名称为“罐贴”的外观设计专利，1997年7月2日予以公开，请求保护色彩。加多宝委托设计公司设计了红罐，并申请了外观专利。从公开信息来看，广药方面对加多宝将红罐申请外观专利是知情的，但并未提出异议。这是不是意味着，广药方面以自己的行为认可了红罐的设计权利属于加多宝？是不是意味着，广药方面默认了红罐上附着的商誉归属于加多宝？加多宝设计、使用红罐，是对商标许可协议的履行，还是属于自主经营行为？其经营红罐所获得的商誉，究竟应该归属商标许可人，还是应该归于红罐的自主经营人呢？

回到双方合作的本意，广药为什么不让加多宝做绿盒？显然，在广东市场上，绿盒已经是广药认为相对成熟有一定知名度的产品，而广药和加多宝最初的合作协议只是十分简单的商标许可协议，广药只给加多宝使用“王老吉”商标之授权，而从配方到质控、营销都全面放权，仅规定了达到国家的卫生标准即可。恰因为当时市场上并无成熟的红色包装王老吉产品，因此广药有意地划定了“红色包装/绿色包装”这样一条商誉防火墙。在保障自己能

收取许可费并保护已有的绿盒王老吉商誉避免受到加多宝经营失败波及的同时，也客观上让加多宝有了可以放手一搏一款相对独立和区分明显的新款产品的空间。但加多宝果断弃用红色软盒，重新设计铁罐，也是希望强化红罐和绿盒两款商品之间的区分。后面会分析到，如此的初始格局是导致红罐和绿盒各自形成独立商誉的起因。

### （三）双方合作的进展

1、1997-2003年，加多宝经营的红罐销量不佳。一方面，王老吉品牌仅在广东地区有一定知名度，有较大的地域限制；而另一方面，红罐产品相比绿盒是新款产品，且外观差异明显，红罐产品无法借力绿盒王老吉已有商誉。

2、2003-2008年，红罐王老吉获得了快速发展。加多宝品牌团队的创新使凉茶摆脱了“药品”的桎梏，将凉茶产品重新定位为预防上火的饮料，并包括在央视砸重金等方式广泛宣传“怕上火喝王老吉”，使得红罐取得飞速发展。2003年鸿道集团通过国内投资公司投资数亿元首次竞标拿到中央电视台3个黄金时段“标王”广告播放权，启动“怕上火，喝王老吉”的品牌广告语宣传，以后长达近十年时间在中央电视台不间断进行广告投放。

3、2008年，在汶川地震赈灾晚会上，加多宝捐出高达1亿元人民币的善款，并通过“封杀王老吉”的反向营销手段再一次大大增加了红罐王老吉凉茶的知名度，加多宝的知名度也大大提升。1998年至2011年上半年，加多宝生产和销售红罐王老吉产品，共支出建厂、广告、促销费用共计84.5亿元。加多宝历年参加各种慈善、公益活动所支出的费用合计3.09亿元，其中，2008年汶川大地震时捐助1亿元，2009年玉树大地震时捐助1.1亿元。

4、在红罐不断取得成功的同时，广药自营的绿盒王老吉也借力红罐王老吉之知名度，推出“王老吉也有绿盒”的营销语，借力红罐以期提升销量。

那么，在双方合作的历史中，究竟发生了什么？

（1）加多宝生产的红色罐装、口味偏甜的王老吉凉茶初始知名度不高，对于广东本土市场都是一款陌生的

新产品，而在广东省之外，近乎白手起家，谈不上有多借“王老吉”商标之力，而亟待商誉的原始积累。广药的“王老吉”仅仅为加多宝方面提供了一个故事背景，而故事主人公的命运则是靠加多宝的奋斗了。

（2）红罐王老吉的崛起，跟加多宝从特定功能饮料到大众消费饮料的产品定位转变有很大关系，这又伴随着加多宝团队从配方到营销上和广药绿盒王老吉存在明显差异，并不断扩大这种差异有关。可以说，“求不同、求颠覆”是红罐“反客为主”成为凉茶中最成功一款商品的关键。在客观上，红罐凉茶的崛起过程中，消费者会自然而然地将绿盒王老吉凉茶与红罐王老吉凉茶进行区别对待。

（3）随着汶川地震赈灾晚会加多宝走向前台，加多宝作为“红罐凉茶”的实际生产者、经营者和提供者的身份也逐渐为公众所知悉。加多宝正式走向了前台，其商号开始为公众所知悉并经久不忘。消费者的认知中，其所希望购买的商品，是由加多宝生产的、红色罐装的，口味偏甜的，带有王老吉商标的凉茶产品。在这其中，加多宝生产占有重要地位，加多宝也竖立了自身的企业形象，红罐凉茶也成为知名度日益提高的独特的商业标识。

（4）广药的“王老吉也有绿盒”营销语反映出红罐和绿盒各自形成独立商誉的客观事实：①“也有绿盒”说明，在全国范围内，大部分公众知道王老吉凉茶有红色铁罐包装，红罐在全国范围内享有极高的知名度，而绿盒王老吉的知名度较低；②绿盒和红罐由于在包装、口味、定位等方面存在明显差异，已经形成了鲜明的“商誉隔离墙”，加多宝团队的营销和宣传一直集中于红罐，绿盒在“商誉隔离墙”的另一边，没有得到商誉的传导。“王老吉也有绿盒”营销语的目的正在于搭建绿盒和红罐的联系，从而帮助广药越过“商誉隔离墙”，分享红罐的商誉。

我们注意到，广东高院将本案的“知名商品”定义为“王老吉凉茶”。但是，如果本案的知名商品仅仅就是“王老吉凉茶”，那么意味着红罐和绿盒两种商品的商誉是共同依附于“王老吉”商标来共享的。也意味着绿盒王老吉凉茶能够自然而然的受益于红罐王老吉凉茶的良好商誉，自然而然的获得销量的增长和知名度的提高。但是，



广药“王老吉还有绿盒”的营销语表明，商誉并没有因为两种商品共享同一个“王老吉”商标而发生自然传导。可见，本案的“知名商品”，不宜简单的定义为“王老吉凉茶”。广东高院关于红罐包装与王老吉商标已经浑然一体、商誉不可分割的观点，也是值得商榷的。

### 三、法律观点

#### （一）焦点一：王老吉商标与红罐包装装潢是否可以分割？

笔者认为，红罐和绿盒两款商品在口味、消费者认知和市场定位等各方面差异明显，尽管两款商品共用“王老吉”一个商标，但红罐、绿盒均具有各自独立的商誉。红罐包装装潢与王老吉商标的商誉具有独立性，红罐包装装潢与王老吉商标应是可分的。

上文已经分析，首先，红罐在一开始根本不是知名商品，它就是从零开始，从无到有，自我原始创造和积累商誉。其次，红罐成功的原因恰恰在于摆脱“王老吉”商标原有品牌定位求新求变，红罐凉茶的口味、产品定位和营销均存在很大差异。红罐本身也是加多宝设计创造出来的独特的商业标识。由于红罐和绿盒两款商品存在明显差异，在“商誉隔离墙”的两边，红罐和绿盒的商誉各自独立积累，从消费者认可的结果来看，红罐凉茶无疑取得了比绿盒凉茶更大的市场成功。

那么，单独就红罐凉茶这一商品来看，红罐凉茶的商誉到底源自加多宝的经营还是源自“王老吉”这块牌子呢？广药的“王老吉也有绿盒”营销语表明，知名的和被消费者认可的主要是加多宝经营的红罐凉茶。这句营销语可以解读为：“红罐凉茶很好，但还有一款绿盒王老吉也是王老吉，那款凉茶也不错，也请大家光顾下”。这句广告语可否理解为是将商誉从红罐凉茶商品——王老吉商标——绿盒凉茶商品进行依次传导？如果是，那么红罐、绿盒、王老吉商标并不存在一个整体的密不可分的商誉。王老吉商标和红罐包装装潢应是可分的。

#### （二）焦点二：红罐上的权利是否应当纳入商标许可关系中在商标许可到期后由广药一并收回？

在传统的商标许可模式下，使用授权商标的商品以及其上的商誉一般归商标许可人所有。大多数的商标许可经营模式比如肯德基、可口可乐等为：（1）许可人是知名商品和商标的缔造者，打下了知名商品之所以为知名商品的品质、品牌形象、营销渠道、消费者认可等良好基础；（2）在被许可人获得许可之时，被授权生产的对象已经是相对较为成熟的并有市场美誉度的商品；（3）许可人不但要与被许可人签署特许经营协议等，对被许可人的商业外观、商标的使用方式、商标标识的来源、原料和配方来源、质量监控、管理等事项进行一系列的协议控制和后续监督。整个过程中是许可人“劳心”，被许可人“劳力”的过程，被许可人的经营自主权很少，也并无对商标以及相应商品商誉的创造性贡献，主要是借助已有商誉进行经营获利。在这种模式下，商标以及相应授权商品上的商誉当然应当归属于许可人所有。

本案中，广药与加多宝许可经营模式存在诸多特殊之处，体现在：（1）在知名商品起源方面，原来并不存在红罐凉茶这一商品，这一商品的商誉是经由加多宝的经营而从零开始积累而来的。（2）在经营自主权方面，广药与加多宝当初仅签订了框架性的合作合同，除了使用“王老吉”商标和包装颜色需为红色来与其本身的绿色纸盒包装相区别以外，广药没有对加多宝进行其他限制，加多宝弃用红色软包、独立设计红罐取得外观专利以及后续营销等都得到广药的默许。红罐的外观设计权利由加多宝申请，归加多宝所有。（3）广药和加多宝的商标许可合同中对于红色包装的生产问题，并不是以“授权”的方式进行约定的，更多是通过商品划分的方式进行约定的。即广药只能做绿而不能做红，加多宝只能做红而不能做绿。双方在订立合同之初就有两商品的商誉不分享、不影响的明确意图。（4）在一般的商标许可模式中，许可人是大名鼎鼎的品牌公司，而被许可人通常是默默无闻的代工商，而加多宝则具有较高的知名度，广大公众普遍知晓其为红罐凉茶的实际经营者。

笔者认为，本案中广药和加多宝之间的合作关系，与传统的商标许可模式中许可人和被许可人的关系存在很大的差别。应当依据知名商品的起源、经营自主权、双方的合意以及消费者认知等事实因素综合认定和判断红罐的归属。认为红罐归属应该参照商标归属处理的观点值得商榷。笔者认为，认定红罐归属，应当充分考虑加多宝作为红罐凉茶实际经营者并为红罐凉茶成为知名商品作出巨大贡献的事实。

### （三）焦点三：在知名商品特有包装归属缺乏明确法律规定的情况下，本案如何确定适用法律？

广东高院的判决中，并没有明确提出认定红罐归属的法律规则。根据目前《反不正当竞争法》以及相关司法解释，也并没有针对知名商品包装权利人认定的具体法律规则。这种情况下，应当如何确定本案认定红罐归属所适用的法律呢？笔者认为，本案的法律适用和相应的争议焦点认定的问题，可以从以下四个角度展开讨论：

#### 1、反不正当竞争法角度

谈到《反不正当竞争法》，首先需要理清其与《商标法》之关系。《反不正当竞争法》和《商标法》都是全国人大通过的法律，没有依附与被依附的关系。两部法律中均没有规定，知名商品的包装依附于商标，或者是适用、参照商标的权属来认定知名商品以及知名商品包装的归属。因此，关于知名商品包装权属的认定，应当结合反不正当竞争法的立法本意以及其他法律原则综合判断。笔者注意到，在《反不正当竞争法》及相关司法解释中，并没有“商标权人”或者是“所有权人”的概念，只有“经营者”和“竞争者”的概念。

将《反不正当竞争法》与《商标法》对比分析，可以发现，《反不正当竞争法》和《商标法》在权利取得的规定上有本质区别，知名商品的一系列权利是通过经营商品获得知名度取得的，属于“使用取得”，商标权是向商标局申请取得的，属于“先申请注册取得”。商标权的取得和保护要兼顾程序正义，而知名商品权利的取得和行使更侧重实质正义，谁经营保护谁，因此，

以实质贡献和经营行为来界定知名商品包装装潢权的归属，更符合反不正当竞争法的立法本意。通常理解，经营意味着设计、制造、营销、广告等一系列市场行为。根据加多宝案的具体情况，认定加多宝是红罐凉茶的“经营者”也符合客观事实，似乎也更为适宜，而广药可以被认定为是绿盒凉茶的“经营者”。

#### 2、合同法角度

对于履行合同中产生的收益，应该按照双方约定进行分配，双方约定不明时，应当通过合同解释、合同履行等多方面探求合同缔约双方之真实意思。红罐在合同创立之开始，并无成熟产品，“红色包装”只是广药对加多宝生产产品的限定。由于并无法定和约定的“红罐经营权”，在合同履行过程中积累形成的红罐独立商誉，为合同约定不明，此时要探求双方真实意思。上文已经分析，广药主动建立商誉防火墙、给予加多宝充分经营自主权并默许一系列自主经营行为等事实表明，广药在订约之初以及后续的履约过程中，目的只在于与加多宝建立单纯的商标许可关系，其期待的合同对价仅仅为商标权使用费。从加多宝一方来看，因为红绿划分，加多宝必须独立承担红罐凉茶所有的经营责任和风险，但也相应地应享有其独立创造的商誉。合同双方权利义务的界定，应当以签约和履约时双方的真实意思为据。广药在合同终止后再主张收回“红罐经营权”，从合同法的角度分析，缺乏相应的合同依据和法律依据。

#### 3、一般民法角度

民法通则中规定了公平原则、诚实信用原则、财产权保护和权利不得滥用原则。广药和加多宝双方进行合作，根据在合作之初和合作过程中双方的协议安排，红罐经营的风险实际上由加多宝一方独力承担。红罐取得巨大成功后，广药主张收回红罐的权利，实际上是要求分享红罐经营的收益。综合合同条款和双方的履约情况来看，广药的行为不免有违反平等主体之间的公平原则和诚实信用原则之虞。此外，广药作为王老吉商标权人，具有法律上的优势地位，广药主张红罐和商标权不可分割，实际上是要求扩张商标权的保护范围，这样的请求得到支持，相当于在广药没有任何对价的情况下将加多宝多年经营“红罐凉

茶”外观设计所取得的利益判归广药，是值得商榷的。

《民法通则》和其他民事法律，都旨在保护公民、法人的合法财产权利不受侵犯。红罐之争案的法律适用，一方面要遵循特殊法优于一般法，尽量寻求具体可适用的法律规则。另一方面，也应当注意在选择和适用具体法律规范的过程中，做到不违背民法的基本法律原则。

#### 4、消费者权益保护法角度

消费者权益保护法规定，消费者享有知情权、自主选择权、公平交易权。尽管本案是两个民事主体之间的不正当竞争纠纷，但是不正当竞争纠纷立法目的之一是保护市场竞争，进而维护消费者应有的利益，在现有规则尚不完备的情况下，司法机关处理新类型纠纷也应当将消费者权益保护作为判决案件的重要考虑因素。从知情权的角度，裁判者需要考虑，应当让红罐这一重要的视觉标记尽量准确地指示产品的实际内容和来源，使得消费者不至于错失他们真正想选择的产品。从自主选择权和公平交易权的角度，裁判者需要考虑，红罐归属的认定应当尽量便利消费者，降低消费者的辨认成本和选择成本，确保消费者能够以公平的条件获得商品。

进一步分析，本案应主要适用的《反不正当竞争法》其实与《消费者权益保护法》关系紧密。反不正当竞争法是一部公私兼顾之法，“私”在于协调竞争者之间并行不悖、有序竞争，各自通过诚实经营获利，“公”在于维护市场秩序，保护消费者权益。反不正当竞争之目的，恰为消费者权益保护，消费者权益保护法的实现，正是反不正当竞争法的目标。消费者权益保护关系到本案中一个核心问题，即“知名商品”的界定。笔者认为，“知名商品”的界定，应最大程度保障消费者能够准确辨认产源，买到自己想买到的产品，无论是制止仿冒商标、包装、名称，还是要求产品上标注生产信息，落脚点只有一个，就是：让消费者买到自己想买到的产品。在《消费者权益保护法》中，让消费者买到自己想买到的产品，则体现为消费者知情权、自主选择权和公平交易权的实现。

本案中的“知名商品”，红罐是其包装也是其独有的、自创的商业标识，独特口味和配方的红罐凉茶是其

产品。不仅仅在本案，在其他案件中，消费者的认知习惯、呼叫习惯，都是以某个产品的识别标记为对象的，这没有错。但是，识别标记是为指示产品而服务的，知名商品的包装、品牌、名称都只是知名商品的“表”，而不是“里”，不能以“消费者认知习惯”为由，误将知名商品上的识别要素之一作为知名商品本身。知名商品的“里”是指商品的品质、文化、内涵、消费者体验和认同，等等等等。法律为了实现消费者权益保护的目，不需要关注商品的品质、文化、内涵、消费者体验和认同等等这些经营者才需要去关注的事情，法律只需要关注一点：谁是真正的经营者和产品来源？谁为消费者买到的产品的质量负责？确保知名商品的实际经营者有权使用知名商品的特有包装，不仅仅是反不正当竞争法的立法本意，也是消费者权益保护法的内在要求。只有这样，才能确保消费者买到自己想买到的产品，知名商品的“里”才能真正地增加消费者的福利。

#### 结语：

红罐之争涉及极为复杂的事实和法律问题，知名商品特有包装装潢缺乏具体的法律规则，也给争议双方和裁判者带来巨大的挑战。本文开辟了这样一个事实观察的角度，即通过探究双方在签订、履行合同过程中对自己合同权利与利益的认知，梳理事实、辨析焦点，逐步解读究竟是谁动了谁的红罐。笔者认为，本案中涉及的“知名商品是什么”，“红罐和王老吉能否分割”等疑难问题，固然涉及模糊不清的法律概念的辨析，但这些问题更多是事实问题，需要从事实、也只有从事实中才能找出答案。笔者也相信，在这场红罐之争的旷世大战中，裁判者能够充分考虑消费者的立场，维护消费者的权益，实现商业利益和公共利益的最佳平衡。在文章的最后，作为凉茶爱好者，笔者在此寄语未来中国的凉茶市场：红色有红色的热情，绿色有绿色的生机，何不花红柳绿，各自绚烂，既是对法律的尊重，也是对消费者味觉和视觉的尊重。



**徐初萌**  
**执业领域**

徐初萌律师是于2013年加入君合律师所，现在君合北京办公室执业。

1997年至2013年间，徐初萌律师在中国国际贸易促进委员会专利商标事务所工作并担任商标处副处长职务。徐初萌律师在商标申请、确权、维权和诉讼领域积累了丰富的专业知识和实践经验并办理了大量各类商标案件。她熟悉中国的商标、版权、反不正当竞争等知识产权法律理论与实践，执业领域包括与商标、版权和不正当竞争有关的法律业务，在商标权的取得和维护方面提供综合性意见，办理商标申请、许可、续展、转让、变更等，以及商标异议、争议、复审等各类商标权属纠纷案件，并成功在各级法院包括最高法院办理了許多商标诉讼案件，具有丰富的诉讼经验。为许多知名跨国公司提供全方位的知识产权保护建议和战略。所服务的客户涉及汽车、饭店、服装、奢侈品、科技、食品与饮料、慈善基金和慈善机构、零售和药品等领域。

#### **执业经验**

徐初萌律师擅长疑难复杂的商标案件的办理，曾经在商标评审委员会和法院多次为客户获得驰名商标的认定，包括宝马、BMW、Jeep、BUICK、别克等等，有些具有重大影响的案件被中央电视台等多家媒体广泛报道。

徐初萌律师是《各国商标法律与实践》（2006）一书的合著作者，是《中国药品商标保护》（世界商标评论，2010）、《中国2010年典型商标案例》（世界商标评论，2011）、《中国商标保护》（南美商标杂志，2011）、《比较法——各国商标法之中国篇2012》和《比较法——各国商标法之中国篇2013》等多篇学术文章的作者。

徐初萌律师在2010年、2011年、2012年和2013年“钱伯斯亚洲法律大奖”（Chambers）中连续多年被评选为亚洲领先的商标律师，在2011年、2012年和2013年“全球商标评论”（World Trademark Review）杂志评选的全球1000名领先的商标律师（WTR 1000）中，连续多年被评选为中国第一级别的商标律师。

#### **教育背景**

黑龙江大学英语系，获英语语言学学士学位（1997）

在一家美国律师所学习商标法（2000）

获得欧盟和欧洲专利局奖学金，赴爱尔兰三一大学法学院（Trinity College School of Law）学习知识产权法（2002-2003）

#### **专业组织**

徐初萌律师2000年取得中国商标代理人执业资格，2006年取得中国律师资格。现为国际商标协会(INTA)立法委员会委员。



**卢亮**  
**执业领域**

争议解决、知识产权

#### **执业经验**

卢亮律师于2011年、2012年在君合的争议解决业务组实习，2012年正式进入君合，主要从事争议解决业务。在君合实习和工作期间，卢亮律师参与了多家国内外企业的诉讼、仲裁案件工作，涉及商事合同、产品责任、股东争议、侵权纠纷等内容。此外，卢亮律师还擅长商标、著作权法律业务，为多家跨国公司提供与知识产权相关的法律服务。

#### **教育背景**

中国政法大学知识产权法学硕士（2012）

中国政法大学法学学士（2009）

#### **工作语言**

卢亮律师的工作语言为普通话和英文，并可说粤语。



# 中国证监会非行政处罚性监管措施之性质及合法性探析

柯 湘

## 一、引言

2008年，江苏期望期货经纪有限公司（以下简称“江苏期望公司”）因不服中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）作出的证券监管措施，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。具体案情如下：2008年3月20日，中国证监会作出（2008）4号行政监管措施告知书（以下简称“被告告知书”），内容为：“鉴于江苏期望公司已不符合持续性经营规则，且无正当理由停业连续3个月以上，根据《期货交易管理条例》第二十一条的规定，证监会决定依法注销该公司《期货经纪业务许可证》（许可证号A031610063，以下简称第A031610063号许可证）。并将有关事项告知如下：（1）江苏期望公司的第A031610063号许可证自本告知书发布之日起失效。江苏期望公司应及时向江苏证监局缴回该许可证（正副本）；（2）江苏期望公司应在江苏证监局的监督指导下，尽快与一家资质较好的期货公司签订客户资金托管协议，妥善处理客户的保证金和其他资产，切实维护投资者的合法权益，并做好相关信息公告工作；（3）江苏期望公司应在本告知书发布之后立即办理名称、营业范围和公司章程等工商变更登记，且该公司不得继续以期货公司名称从事期货业务，变更后的名称中不得有‘期货’或者近似字样，并将变更结果报证监会备案；（4）江苏期望公

司应认真配合监管部门和司法机关做好有关违法违规问题的责任追究工作。”原告江苏期望公司认为该告知书从名称上看属于行政强制措施范围，但其内容实质上是撤销第A031610063号许可证的行政处罚行为，被告中国证监会作为证券监督管理机关，虽有相应法定职权，但其作出注销经营许可证重大具体行政行为事实不清，证据不足，且程序违法（中国证监会作出的注销许可证的决定，涉及企业的生死存亡，因此不论是冠名为“监管措施”或其他名义，都应当履行相应的法律程序，该行为属于行政处罚行为，应当依照行政处罚的原则履行相应的调查、听证等程序），据此请求法院撤销被告告知书。本案经二审后认定被告告知书是中国证监会针对江苏期望公司出现不符合持续性经营条件的事实状态而作出的监管措施，其并不具备认定第A031610063号许可证的颁发行为违法或江苏期望公司存在某种违法行为的否定性评价之属性，因此，江苏期望公司认为被告告知书的作出应当履行行政处罚的程序，缺乏事实及法律依据。

上述被媒体称为“期货业行政诉讼第一案”的判决结果虽然最终确认中国证监会的监管措施合法，但该判决留下的更多的是争议和思考。随着我国证券市场的发展，对证券市场违法行为的监管体系日渐成熟，作为我国证券监管机构的中国证监会的监管措施或手段也越来越多样化。这些监管手段中有些属于行政许可和行政处

罚行为，因此可分别适用《行政许可法》和《行政处罚法》的规定，但更多的监管措施要么无法被定性为行政许可或行政处罚行为，要么被人为地从行政许可或行政处罚中割裂出来，从而使得这些监管措施不受《行政许可法》和《行政处罚法》相关规定的制约。2002年，中国证监会在《关于进一步完善中国证券监督管理委员会行政处罚体制的通知》（以下简称“《通知》”）中，首次提出了“非行政处罚性监管措施”的概念，并对非行政处罚性监管措施作出了与行政处罚不同的程序规定。然而，值得研究的是，这些非行政处罚性监管措施是否确实具有“非行政处罚性”？中国证监会是否有权采取这些监管措施？对这些问题的研究不但有助于促进中国证监会依法行政，保护行政相对人的合法权益，而且对于证券市场的长远健康发展有着非常重要的意义。

## 二、中国证监会非行政处罚性监管措施的类型

根据《通知》中的相关规定，中国证监会的非行政处罚性监管措施是指中国证监会对证券违法行为<sup>1</sup>施加的一种监管措施，但该等措施不属于行政处罚（即不属于《行政处罚法》和相关法律和行政法规中规定的行政处罚类型），同时由于该等措施是调查工作完成后作出的，因此调查、检查措施以及在调查、检查过程中采取的一些监管措施应不属于非行政处罚性监管措施的范畴。基于此等界定，笔者查阅了《证券法》、《公司法》、《基金法》、《股票发行与交易管理暂行条例》、《期货交易管理条例》、《证券公司监督管理条例》、《证券公司风险处置条例》以及中国证监会颁布的截至2015年5月30日有效的规章和其他规范性文件，归纳出了我国现行法律法规及规范性文件中符合《通知》中界定的非行政处罚性监管措施如下：

序号	监管措施
1	监管谈话、谈话提醒
2	重点关注、出具监管关注函、出具警示函
3	记入诚信档案，记入信用记录
4	责令改正
5	责令增加内部合规检查的次数（并提交合规检查报告）
6	责令处分有关责任人员，并报告结果
7	请司法机关禁止其转移、转让或者以其他方式处分财产，或者在财产上设定其他权利
8	通知出境管理机关依法阻止其出境
9	限制业务活动
10	限制分配红利
11	限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利
12	限制转让财产或者在财产上设定其他权利，限制证券买卖
13	限制公司自有资金或者风险准备金的调拨和使用
14	暂停履行职务
15	指定其他机构托管、接管公司
16	限制董事、监事、高级管理人员权利
17	限制有关股东行使股东权利
18	责令暂停部分或全部业务，停止批准新业务
19	停止批准增设、收购营业性分支机构
20	责令暂停或者停止收购、暂停或者终止回购股份活动
21	责令清理违规业务
22	要求报送专门报告、提交合规检查报告，要求披露资料，要求公开作出说明
23	要求公司进行重大业务决策前报送临时报告，说明有关业务对公司财务状况和风险监管指标的影响
24	采取要求公司增加注册资本金、提高风险准备金提取比例
25	责令进行业务学习、责令参加培训
26	责令保荐机构更换保荐代表人、保荐业务负责人、内核负责人
27	暂停业务资格
28	责令暂停新增客户
29	暂不受理业务或业务资格申请、暂缓审核相关申请
30	责令更换董事、监事、高级管理人员和有关业务部门和分支机构负责人
31	责令股东转让股权
32	限期撤销境内分支机构
33	证券市场禁入
34	撤销公司
35	责令其进行停业整顿 <sup>2</sup>
36	对公司及其有关董事、监事、高级管理人员、境内分支机构负责人给予谴责
37	记入诚信档案并公布
38	向社会公示违反承诺的情况
39	将有关情况向其所在工作单位、所属主管部门或行业自律组织通报
40	一定期间内不受理有关文件、申请或推荐
41	认定为不适宜担任相关职务；认定为不适当人选
42	责令清理子公司

1 笔者理解这里的证券违法行为包括由中国证监会负责处理的违法行为，包括证券、证券投资基金、期货市场上发生的违法行为等。  
2 《期货交易管理条例》将责令停业整顿放入了法律责任一章，即作为行政处罚的一种类型，但《证券法》等其他法律法规均未将其作为放入法律责任一章作为行政处罚之一种形式。

### 三、中国证监会非行政处罚性监管措施的性质及合法性分析

笔者认为，在上述监管措施中，4-29项属于行政强制措施的范畴，30-42项应被认定为行政处罚，而1-3项的性质则需要具体分析。

#### （一）将4-29项定性为行政强制措施的理由及其合法性分析

##### 1、行政强制措施的定义与特征辨析

《中华人民共和国行政强制法》（以下简称“《行政强制法》”）第二条第1款将行政强制措施定义为“行政机关在行政管理过程中，为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形，依法对公民的人身自由实施暂时性限制，或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为”。笔者认为，现行的《行政强制法》对行政强制措施的范围界定过于狭窄，仅仅包括对公民的“人身自由”和对公民、法人或者其他组织的“财产”进行限制或控制，而未能将诸如限制公民、法人或者其他组织从事某种活动的措施涵括在内。

基于此种理解，笔者倾向于将行政强制措施定义为：行政机关在实施行政管理的过程中，依法对公民人身自由进行暂时性限制，或者对公民、法人、其他组织的财产实施暂时性控制或对其行为和其他权利实施暂时性限制的措施。在上述界定基础上，并结合我国法学界关于行政强制措施的特性的观点中较为一致的看法，笔者认为一个具体行政行为要被认定为行政强制措施，应具备如下特征：

##### （1）强制性

行政强制的强制性表现在对行政相对人的人身、财产、行为或权利的强制限制或控制，这种强制不一定体现在实施该等行为的强制性上，但该等行为造成的结果一定是强制性的，即行政相对人的人身、财产、行为或

权利受到了限制或控制。这一特征使行政强制措施与行政非强制措施得以区分。

##### （2）临时性和非最终性

这是由行政强制措施实施的目的决定的。采取行政强制措施制目的是为了预防、制止违法行为、证据损失、某种危险状况或危害状态的发生或扩大，因而当危险状况、危害状态被排除、违法行为被制止、证据得以保存或行政相对人履行规定的义务后，行政主体就应解除行政强制措施或不再采取进一步的监管措施。而如果已采取的措施尚不能预防、制止某种危险状况或危害状态的发生或使行政相对人履行规定的义务，则行政主体还可以采取进一步的处理，如采取更严厉的行政强制措施或给予行政处罚。这就决定了行政强制措施对行政相对人的人身、财产、行为或权利的限制或控制必然是临时性的、短时间、非最终的。临时性和非最终性是行政强制措施区别于行政处罚的最显著的特征。

##### （3）不以实现某一行政处理决定所规定的内容为前提和目的

这是行政强制措施区别于行政强制执行的最重要的特征。根据《行政强制法》的规定，行政强制执行是指行政机关或者行政机关申请人民法院，对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织，依法强制履行义务的行为。也就是说，行政强制执行的存在前提是必须已经有一个发生法律效力的行政决定，而这一行政决定又未能由相关的行政相对人自觉执行，而行政强制执行的目的就是通过强制手段实现这一行政决定的最终实现。而行政强制措施则并不以一个发生法律效力的行政决定存在为必要，在采取行政强制措施之前，可能没有任何的行政决定存在，也可能有（如原采取的行政强制措施未能制止某种违法行为时，可以再行采取另外的更为严厉的行政强制措施），而即使在已存在处理决定的情况下，采取行政强制措施的目的也不是为了实现该行政决定的内容，而是为了实现法律法规原本就规定的行政相对人应履行的义务或恢复正常状态。

## 2、将4-29项定性为行政强制措施的理由

在厘清行政强制措施的定义和特征后，笔者认为在上述42项中国证监会非行政处罚性监管措施中，第4-29项符合行政强制措施的定义和特征，因而可以被界定为行政强制措施。理由主要如下：

第一，该等措施都具有强制性特征，即该等措施的实施使行政相对人的人身、财产、行为或权利受到了限制或控制。其中，第4项监管措施“责令改正”和第21项“责令清理违规业务”是通过责令行政相对人改变当前的违法行为而达到限制其行为的效果，第5项措施“责令增加内部合规检查的次数”和第28项“责令暂停新增客户”会使行政相对人的正常经营性活动受到影响或限制，第22和23项措施是通过给行政相对人负担报告和披露义务而限制了其行为，<sup>3</sup>第24项“采取要求公司增加注册资本金、提高风险准备金提取比例”使公司在法定范围内自主决定公司资本金和风险准备金提取比例的权利受到了限制，第25项“责令进行业务学习、责令参加培训”则限制了相关人员在特定时间内自主决定如何使用时间的权利，第6项“责令处分有关责任人员，并报告结果”以及第26项“责令保荐机构更换保荐代表人、保荐业务负责人、内核负责人”则是对公司内部人事管理自主权的限制，但对于被更换或处分的人来说尚不构成处罚；其余的措施要么是直接限制了行政相对人的行为（如阻止出境、限制向有关人员支付报酬），或对其权利予以直接限制（如限制有关股东行使股东权利、指定其他机构托管或接管公司等），要么通过对行政相对人的申请不予受理、暂缓审核或不予批准而间接地限制行政相对人的行为或权利（如停止批准业务或收购、不予受理发行新股的申请、不予受理保荐机构的推荐等）。

第二，该等措施都具有临时性和非最终性。这些措施均在出现法定情形时适用，而该等情形不复存在时这

些措施将被解除。如出境管理机构依法阻止证券公司直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员出境的时间仅限于在证券公司被责令停业整顿、被依法指定托管、接管或者清算期间或者出现重大风险时，该等情形不复存在或期间届满，上述人员便可自由出境。又如证券公司净资本或者其他风险控制指标达到预警标准的，中国证监会派出机构可要求公司进行重大业务决策时至少提前5个工作日报送专门报告，这一报送义务在证券公司净资本或者其他风险控制指标降低至预警标准以下时自然应予终止。

第三，这些措施都不以实现某一行政处理决定所规定的内容为存在前提和目的。

这些措施中，有些要么在采取之前没有任何的行政决定存在（如责令改正），有些要么既可以在已有先行行政决定的情况下采取，也可以在事先没有行政决定存在的情况下采取，如《证券法》第150条规定的限制业务活动、责令暂停部分业务限制分配红利、限制转让财产等措施既可以在证券公司的净资本或者其他风险控制指标不符合规定从而严重危及该证券公司的稳健运行、损害客户合法权益时采取，也可以在中国证监会因证券公司的净资本或者其他风险控制指标不符合规定从而责令其限期改正，但其不予改正时采取；原采取的行政强制措施未能制止某种违法行为时，可以再行采取另外的更为严厉的行政强制措施；而即使在已存在处理决定的情况下，采取行政强制措施的目的也不是为了实现该行政决定的内容，而是为了实现法律法规原本就规定的行政相对人应履行的义务或恢复正常状态。如根据《证券公司风险控制指标管理办法》第三十五条的规定，证券公司净资本或者其他风险控制指标不符合规定标准时，派出机构应当责令公司限期改正，在5个工作日内制定并报送整改计划，证券公司未按时报送整改计划的，派出机构

<sup>3</sup> 需要说明的是，“要求报送专门报告、提交合规检查报告、要求披露资料”从表面上看似乎应属于最狭义的行政调查的范畴，即拟作出行政制裁之前的违法事实调查，但经过分析规定这些措施的规范性文件，笔者发现这些措施是在行政相对人已经被确认违反法定义务之后所采取的措施，因此并不符合行政调查的特征。



应当立即限制其业务活动。此规定中的限制证券公司业务活动并非是为了促使证券公司报送整改计划，而是为了其净资本或者其他风险控制指标能符合规定的标准。

### 3、从《行政强制法》第三条第3款看4-29项的合法性

《行政强制法》第三条第3款规定：“行政机关采取金融业审慎监管措施、进出境货物强制性技术监控措施，依照有关法律、行政法规的规定执行。”就如何理解第三条第3款与《行政强制法》的关系，主要存在三种观点：第一种观点认为，金融业审慎监管措施是对金融业监管机构基于审慎监管原则而采取的各种措施的统称，因此，证券期货执法中所适用的包括查封、冻结、限制业务在内的各类监管措施，均不适用《行政强制法》，此可称为“完全不适用说”；第二种观点认为，金融业审慎监管措施只涉及那些针对金融业市场风险防范、行业合规监管而采取的监管措施，而那些为调查违法行为而采取的措施，如查封、冻结、限制买卖等，仍应遵守《行政强制法》的相关规定，此可称为“部分不适用说”；第三种观点认为，该条应从一般法与特别法的关系着眼，理解为相关金融法律或行政法规有特别规定的，适用该特别法的规定，没有特别规定的，统一适用《行政强制法》的一般规定。理由是：（1）该种理解符合立法者的本意。立法者的本意是对一些有特殊技术性要求的领域，预留灵活处理的空间，防止立法上过度的整齐划一与特殊领域的个性要求相冲突，而不是试图使金融监管部门与进出境行政管理部门完全逍遥于《行政强制法》之外。（2）避免了纠缠于“审慎监管”定义的困境。（3）符合法学理论与立法实践，一般法与特别法的关系问题是法学理论上的基本问题之一，就同一问题的处理，特别法优于一般法适用，从立法实践上来看，此类规定亦属常见<sup>4</sup>。笔者赞同第三种观点。

《行政强制法》第九条列举了一些常见的行政强制措施：限制公民人身自由，查封场所、设施或者财物，扣押财物，冻结存款、汇款，而不在该条列举了范围内

的行政强制措施，根据《行政强制法》第十条和第十一条的规定，只有法律、行政法规和地方性法规可以设定。此外，根据《行政强制法》第三条第3款的规定，行政机关采取金融业审慎监管措施也应按法律和行政法规的规定来执行。而根据《行政强制法》第七十条的规定，法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织在法定授权范围内，以自己的名义实施行政强制，适用本法有关行政机关的规定。鉴于我国证券市场实行的是中国证监会集中统一监管，因此根据上述规定，中国证监会应依据且只能依据法律和行政法规的规定采取性质上属于行政强制执行的监管措施。但在上述第4-29项监管措施当中，只有第4-19项是属于法律和行政法规有规定的行政强制类型，第20-29项均由中国证监会颁布的规章或规范性文件设定，因此，第20-29项监管措施的设定违法。

## （二）将30-42项定性为行政处罚的理由及合法性分析

我国虽然早在1996年便颁布并实施了《行政处罚法》，但该法中并未对行政处罚的定义作出规定，只是在第8条列举了行政处罚的种类。根据该条的规定：行政处罚的种类包括警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留以及法律、行政法规规定的其他行政处罚。而目前对证券违法行为规定了行政处罚措施的法律和行政法规只有《证券法》、《股票发行与交易管理暂行条例》、《基金法》、《期货交易管理条例》、《证券公司监督管理条例》、《证券公司风险处置条例》。上述法律和行政法规中规定的行政处罚类型包括：罚款、取缔、警告、暂停或撤销任职资格/从业资格、没收违法所得、没收业务收入、责令关闭、责令停止承销或者代理买卖、责令依法处理其非法持有的证券、暂停或者撤销、吊销相关

4 黄江东.《行政强制法》与证券监管执法若干问题辨析.国家行政学院学报, 2011, 6: 85-88.

业务许可。然而，是否只要从名称上看不能归入上述几种处罚类型的，就不属于行政处罚？答案显然是否定的。理由很简单：如果某种行政行为从名称上看不能归入上述几种处罚类型，就不能被认定为行政处罚的话，那么行政机关就很容易通过行政立法的方式，自行创设一些名称上似乎无法纳入《行政处罚法》规定的行政处罚种类的措施，从而规避《行政处罚法》中关于行政处罚的设定权及行政处罚的决定、执行程序的规定，最终导致《行政处罚法》成为一纸空文。因此，是否属于行政处罚，不仅要从《行政处罚法》规定的类型上去判断，更要从行政处罚所具有性质和特征去判断。

关于行政处罚的性质和特征，理论界也是众说纷芸，但总体而言，大多数学者认为，与行政强制措施相比，行政处罚具有如下性质和特征：

(1) 行政处罚是一种制裁行为。它以损害违法者的自由、财产能力或其他利益为目的，行政处罚的直接目的不是促使行政法义务的实现，而是要造成违法者精神、自由和经济利益受到限制或损害的后果。<sup>5</sup>这是行政处罚不同于行政强制措施的一个重要特征。

(2) 行政处罚是针对某一特定违法行为的一次性和最终的处理行为。与行政强制的临时性、非最终性不同，特定的行政主体对行政相对人的某一违法行为进行处罚的决定是最终的，一次性的，行政处罚遵循一事不再罚原则<sup>6</sup>。行政主体不能对同一违法行为进行两次以上的处罚，也不能因为违法行为人在被处罚后改正而撤销处罚。

在分析了行政处罚的上述性质和特征后，笔者认为，第30-42项措施虽然从名称上看不属于行政处罚，而且中国证监会亦未将这些措施视为行政处罚（主要体现在采取这些措施时并未按照行政处罚的程序进行）但

这些措施完全符合行政处罚的性质和特征，因而应被认定为行政处罚，具体分析如下：

(1) 第30-42项措施均有具最终处理性的特征，不属于临时性的控制或限制措施。如责令更换董事、监事、高级管理人员，责令股东转让股权的监管措施均是在证券公司的净资本或者其他风险控制指标不符合规定时采取的措施，这些措施一旦被采用和执行，则很难逆转，而监管机构也并未设置逆转的机制。也就是说，证券公司更换董事、监事、高级管理人员或其股东转让股权后，即使证券公司的净资本或者其他风险控制指标符合了有关的规定，原董事、监事和高级管理人员也不必然就能恢复原职，原股东更是难以将转让出去的股份再受让回来。又如证券市场禁入或一定期间内不受理有关文件、申请或推荐的监管措施，虽然从表面上看，这些措施都是有时间限制的（在违法情节特别严重的情形下证券市场禁入还可能是终身的），但采取这些时间限制与违法行为是否得到纠正、义务是否得到履行或危险危害状态是否已经解除并无关系，也就是说，这些措施的时间是固定的，监管机构并不会因为违法行为已经得到纠正、义务得到履行或危险危害状态已经不再存在而及时解除这些措施。再如认定为不适宜担任相关职务、认定为不适当人选等措施，这些措施一旦被采取，则相关机构和人员在某一期间内便不再具备某种资格，而被剥夺某种资格的期间同样是固定的，不会视违法行为是否得到纠正、义务是否得到履行或危险危害状态是否已经解除而调整该期间<sup>7</sup>。再如，像记入诚信档案并公布、向社会公示其违反承诺的情况以及将有关情况向其所在工作单位、所属主管部门或行业自律组织通报这类监管措施，由于被采取这类措施的行政相对人的声誉因为其违法行为在全社会或在一定范围内被公开、公示而受到损

5 应松年. 行政行为法. 北京: 人民出版社, 1992:464, 转引自杨小君. 行政处罚研究. 北京: 法律出版社, 2002:10.

6 虽然《行政处罚法》第二十四条规定“对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚”，从而使得实践中有人认为是“一事不再罚”只适用于罚款这一形式，但从公正的角度出发，行政法学界几乎一致认为对《行政处罚法》第二十四条应做广义解释，“一事不再罚”应属于所有行政处罚的共同原则。

7 如根据《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》第七条的规定，自被中国证监会认定为不适当人选之日起未逾2年的人员不得担任证券公司董事、监事和高管人员；《期货公司董事、监事和高级管理人员任职资格管理办法》第十九条规定，自被中国证监会及其派出机构认定为不适当人选之日起2年内的人员不得申请期货公司董事、监事和高级管理人员的任职资格。

害<sup>8</sup>，同时这一类监管措施同样不会因为违法行为得到纠正而解除，因此明显具备行政处罚中的声誉罚之特征。最后，撤销公司、<sup>9</sup>清理子公司、限期撤销境内分支机构这一措施更是彻底剥夺了公司、子公司和分支机构的营业能力，其直接后果就是公司、子公司和分支机构从市场上退出。

(2) 尽管从发生的原因上看，第30-42项措施确实是为了促使某种行政法义务的实现或为了预防、制止某种危险状况或危害状态的发生而采取的，但正如上文所述，这些措施一旦采取，就与行政法义务的实现与否、危险危害状态仍旧存在与否相脱离，这就使得这些措施的目的发生了变化，转变为纯粹的制裁，即转变为以损害违法者的自由、财产能力或其他利益为目的。这就使得这些貌似行政强制措施监管措施具备了行政处罚的特质。

既然这些措施实质上属于行政处罚，那么根据《行政处罚法》的规定，只有法律、行政法规、地方性法规和规章有行政处罚的设定权或规定权，没有法定依据的行政处罚无效，而在第30-42项实质属于行政处罚的监管措施中，只有第30至36项是在《证券法》、《股票发行与交易管理暂行条例》、《基金法》、《期货交易管理条例》、《证券公司监督管理条例》和《证券公司风险处置条例》中有明确规定的，其余几项均由中国证监会的规章或规范性文件作出规定，因此依这些规章或规范性文件采取的36-42项监管措施应归于无效。

### (三) 关于1-3项监管措施的定性及合法性分析

监管谈话、谈话提醒、出具监管关注函、出具警示

函、重点关注、记入诚信档案和记入信用记录等措施的定性需要具体分析。

首先看看监管谈话、谈话提醒、重点关注、出具监管关注函、出具警示函这五种监管措施。根据规定这五种措施的中国证监会颁布的规章或规范性文件的相关条款，这些监管措施不具有制裁性和最终性的特征，因而无法归类于行政处罚；同时，这些措施本身的实施并不会使行政相对人的人身、财产、行为或权利受到限制或控制（据笔者了解，中国证监会对保荐代表人采取监管谈话措施时，就出现过被谈话人缺席的情况，而在这种情况下中国证监会也没有采取进一步的措施），因此这些监管措施并不具备强制性的特征，故无法归入行政强制措施之列。经过分析，笔者认为这四种措施应属于非强制性行政措施，但是，如果监管机构在谈话中或在其所出具的关注函、警示函中向行政相对人提出了改正要求或在法律法规规定的既有正常义务之外要求行政相对人提交有关信息、报告等要求的，则这些措施应被认定为行政强制措施，因为此种情形下行政相对人的行为将受到限制。

再看看记入诚信档案/记入信用记录这一监管措施。正如上文所分析的，笔者认为记入诚信档案并公布这一监管措施应属于行政处罚中的声誉罚，但是，仅记入诚信档案/记入信用记录但并不公布又如何定性呢？由于未向社会公布，因而违法的行政相对人的声誉不会受到损害，其他利益也不会因此而受到损害，而根据目前中国证监会的有关规定，记入诚信档案/记入信用记录亦不会使违法的行政相对人之其他利益受到损害，因此这种措施不符合行政处罚的制裁性特征，故不应被定性为行

8 被采取该等措施的行政相对人还可能会因该声誉的受损而导致其他利益的损害，如上市公司的高管如被采取记入诚信档案并公布的监管措施时，今后若其想到其他上市公司任职时，其他上市公司可能会因为该记录的存在而予以拒绝。

9 从实施的后果看，撤销公司与责令公司关闭所引起的后果并无二致，但令人疑惑的是《证券法》中却将两者分开，把撤销公司作为监管措施的一种，而把责令关闭放在“法律责任”一章中作为行政处罚的一种。而经笔者查阅中国证监会网站上公布的行政处罚记录，中国证监会实践中也并未将撤销公司（如2002年撤销鞍山证券、2003年撤销新华证券）作为行政处罚看待，故并无撤销公司的行政处罚决定书记录。不过由于当时的《证券法》等法律法规并未规定中国证监会有权采取撤销这一监管措施，所以严格来说中国证监会在2006年之前对证券公司作出的撤销决定并无法律依据；而由于2006年《证券法》修订后至今尚未有被撤销的证券公司，因此笔者还不能确定中国证监会是否会将该措施作为行政处罚对待。

政处罚。而另一方面，这种监管措施似乎也难以被定性为行政强制措施，因为不良记录会一直存在，同时被记入诚信档案在我国目前的相关规定中并不会使行政相对人的人身、财产、行为或权利受到限制或控制，故不符合行政强制措施的临时性和强制性特征。所以，笔者认为，在目前的规定下，记入诚信档案但并不公布这一监管措施目前只能定性为非强制性行政措施。

鉴于我国目前对有权创设非强制性行政措施的主体或立法位阶并无限制，且考虑到非强制性措施对行政相对人的权利侵入性小，因此笔者认为作为法律法规授权的具有行政管理职能的中国证监会应有权采取该等措施。

#### 四、结语

中国证监会“非行政处罚性监管措施”是在《行政处罚法》出台后、其他行政行为的专门规范法出台前这一期间内出现的一个特定概念。由于某些行政行为其实很难完全予以界分，《行政处罚法》对“行政处罚”并未对行政处罚的内涵作出明确，而列举式的处罚种类之规定显然先天存在“挂一漏万”之不足，这一不足在需要采取多种监管手段的证券监管领域尤显突出，这就使得中国证监会采取的“非行政处罚性监管措施”中的某些措施实际上与行政处罚无异，但却不受《行政处罚法》的约束。另一方面，由于《行政强制法》明确列举的行政强制措施种类非常少，且该法第三条第3款的规定之技术性缺陷致使金融业审慎监管措施是否适用《行政强制法》显得扑朔迷离，因此对于那些确实属于非行政处罚性的监管措施，中国证监会是否有权采取，应如何采取，目前基本属于无约束状态，而这种无约束状态不但使行政相对人的权益无法得到应有的保障，也使中国证监会的执法权威受到质疑、执法效果欠佳。因此，未来如何在完善我国行政执法法律体系的基础上结合证券监管的特性，建构兼顾效率与公平的证券执法体系，是一个非常值得深入研究的课题。



柯湘  
执业经验

柯湘曾为众多的境内和境外IPO项目、公募基金、私募股权基金提供法律服务。

#### 教育背景

中山大学法学学士（1998）

中山大学法学硕士（2001）

中山大学管理学博士学位（2007）

2012年在美国Chapman University作访问学者



# 碳排放权交易法律问题研究

孙丕伟

2015年5月28日,《国务院批转发展改革委关于2015年深化经济体制改革重点工作意见的通知》(国发[2015]26号)中提出,“要扩大碳排放权交易试点”,这是首次在国务院层面对碳排放权交易提出要求。国家发改委作为碳排放权交易的主管部门,也一直积极推动碳排放权交易的推广。2011年10月29日,国家发改委发布了《国家发展改革委办公厅关于开展碳排放权交易试点工作的通知》(发改办气候[2011]2601号,下称“2601号文”),2012年6月13日发布了《温室气体自愿减排交易管理暂行办法》(发改气候[2012]1668号,下称“1668号文”),2014年12月10日发布了《碳排放权交易管理暂行办法》(国家发展和改革委员会令第十七号,以下简称“17号令”),使碳排放权交易的法律规范体系得到完善,随着试点省市碳排放权交易规模的扩大,全国性碳排放权交易市场的建立也将指日可待。本文将与碳排放权交易相关的法律规范进行简单梳理及分析。

根据国家发改委出台的一系列规范性文件及碳排放权交易试点省市的实践,目前碳排放权交易的交易品种有两种,即排放配额和国家核证自愿减排量。这两种交易品种产生于碳排放权交易的两种类型,即强制控排交

易和自愿减排交易。

## 一、强制控排交易

### (一) 制度建立

根据《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》,碳排放交易也称“碳排放权交易”,主要是指通过在特定范围内设定碳排放总量,并按照一定规则分配碳排放权(或额度),实现排放权(或额度)像商品一样进行交易,从而达到单位减排成本最小化的目的。

自中国加入《京都议定书》,使中国的清洁能源项目有资格申请成为联合国清洁发展机制项目以来,在国际碳资金的推动下,中国清洁能源项目的开发得到了很大的发展,中国长期保持着联合国清洁发展机制执行理事会批准的清洁发展机制项目(CDM项目)和签发的核证减排量(CERs)世界首位的地位。很多能源企业通过与发达国家的减排义务企业、碳基金、碳交易机构签署核证减排量购买协议获得了丰厚的回报。

但自2009年之后,国际碳市场一蹶不振,到目前已

经是有价无市，对于中国的项目业主而言，清洁发展机制已经名存实亡。但清洁发展机制有一个很好的制度，即碳排放权的交易制度，根据这一制度，碳排放权可以作为一种商品进行交易，并可为能耗低的企业带来额外收益。因此，中国在借鉴清洁发展机制项目经验的基础上，也开始摸索建立国内的碳排放权配额交易市场。

## （二）法律规范

配额交易目前仅在2601号文规定的七个试点省市展开，包括北京市、天津市、上海市、重庆市、湖北省、广东省及深圳市等。目前，这七个省市已经分别出台了针对配额交易的相关规定，具体见下表：

## （三）配额交易流程

尽管各试点地区的规定并不完全相同，配额交易的基本流程如下：

- 1、政府主管部门（发改委）确定碳排放强度控制目标并设立年度碳排放总量控制目标，计算年度配额总量；
- 2、将年度碳排放量达到一定规模的重点排放单位纳入配额管理；
- 3、政府主管部门综合考虑重点排放单位的碳排放历史水平、行业特点及其他因素，确定并向重点排放单位发放一定数量的配额；
- 4、一个履约年度届满，重点排放单位应向政府主管部门报告其当年度碳排放数据；

5、政府主管部门可指定第三方机构对该数据进行核查确认；

6、经确认该重点排放单位当年的排放量后，其应提交与其排放量相等的配额完成其履约义务，配额不足的，可在市场上购买配额，配额有结余的，可以在后续年度使用，也可以进行交易，卖给其他配额需求方。

通过这种交易机制，重点排放单位应在所发放配额数量的范围内排放二氧化碳，并应在年度履约期届满时上缴与其碳排放数量相等的配额。为了避免其排放量超过配额数量而导致的处罚，重点排放单位往往选择在指定交易平台购买配额，而通过节能等手段降低碳排放的单位，可在指定交易平台出售其已有的配额，通过这种交易机制，实现了节能降耗。

## （四）相关法律问题

尽管17号令突破了2601号文的地域范围，将碳排放权交易从试点省市扩大到全国范围，但由于目前其他省市并未真正开展碳排放权交易，因此，全国市场的建设仍需一定时日。就目前正在试点省市开展的交易而言，有如下问题可予以关注：

### 1、重点排放单位的确定

由于试点地区的经济发展水平、工业布局结构不同，目前各地认定重点排放企业的标准也各有不同。在传统的重工业发达省份，所设定的排放量要求较高，在轻工业发达地区，则相对较低（具体见表二）。同时，重点排放企业主要集中在工业领域，对于其他领域（建

表一：各试点省市配额交易规定列表

试点省市	交易启动日期	相关立法	交易机构
深圳	2013年6月18日	《深圳市碳排放权交易管理暂行办法》	深圳排放权交易所
上海	2013年11月26日	《上海市碳排放管理试行办法》	上海环境能源交易所
北京	2013年11月28日	《北京市碳排放权交易管理办法（试行）》	北京环境交易所
广东	2013年12月16日	《广东省碳排放权管理试行办法》	广州碳排放权交易所
天津	2013年12月26日	《天津市碳排放权交易管理暂行办法》	天津排放权交易所
湖北	2014年4月2日	《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》	湖北碳排放权交易中心
重庆	2014年6月19日	《重庆市碳排放权交易管理暂行办法》	重庆联合产权交易所

筑、移动排放源、非工业领域等)的要求各地目前也不尽相同。笔者认为,在确定重点排放企业的标准时,需要考虑企业减排的成本,比如能源类企业,自身排放基数大且减排成本较高,而对一些技术型的企业来说,通过改进技术可能很轻松的实现减排目标,因此,不同行业的企业应当有不同的认定标准。同时,在对不同行业的企业分配配额时,也应考虑该行业的特点,不能所有行业均一刀切。

表二:重点排放企业排放量要求

试点省市	重点排放企业划分标准 <sup>1</sup>
深圳	任意一年的碳排放量达到三千吨二氧化碳当量以上的企业;大型公共建筑和建筑面积达到一万平方米以上的国家机关办公建筑的业主
上海	钢铁、石化、化工、有色、电力、建材、纺织、造纸、橡胶、化纤等工业行业2010年—2011年中任何一年二氧化碳排放量两万吨及以上(包括直接排放和间接排放,下同)的重点排放企业,以及航空、港口、机场、铁路、商业、宾馆、金融等非工业行业2010年—2011年中任何一年二氧化碳排放量一万吨及以上的重点排放企业
北京	固定设施年二氧化碳直接排放与间接排放总量1万吨(含)以上,且在中国境内注册的企业、事业单位、国家机关及其他单位
广东	年排放二氧化碳1万吨及以上的工业行业企业,年排放二氧化碳5千吨以上的宾馆、饭店、金融、商贸、公共机构等单位
天津	钢铁、化工、电力、热力、石化、油气开采等重点排放行业和民用建筑领域中2009年以来排放二氧化碳2万吨以上的企业或单位
湖北	2010年—2011年中任何一年年综合能源消费量6万吨标准煤及以上的重点工业企业
重庆	2008—2012年任一年度排放量达到2万吨二氧化碳当量的工业企业

## 2、交易主体

在配额交易中,最主要的交易主体是重点排放企业,这些企业由于承担强制控排义务,需要按期上缴与其排放量同样数量的配额,必须对其配额进行细致的管

理,即要避免过多买入配额造成浪费,也要避免配额不足导致罚款。因此,重点排放企业是交易所开户、交易的主要群体。除了重点排放企业,各地交易所也允许符合条件的企业或者个人参与碳排放权交易,这些不承担强制控排业务的交易主体需满足一定金额的注册资本(企业开户)或者个人资产(个人开户)。

## 3、交易模式

目前配额交易主要有线上交易和协议交易两种方式。线上交易是指在各地的交易所建立的交易平台上通过系统在线申报、成交的方式成交,交易金额也通过交易所的结算系统直接扣划。协议交易是指由交易双方通过签订协议的方式达成交易。部分地区规定交易量超过一定数量应采用协议交易的方式。

由于市场建设尚处于初级阶段,为避免过多的投机因素,目前各地交易所只允许现货交易和现金结算,期货、掉期交易尚未大规模展开。此外,为了避免内幕交易、人为操纵市场等,各地交易所均仿效证券交易所风险控制制度制定了一些监管规定。

## 4、违规罚则

在17号令出台前,各地制定的相关规定中,如重点排放企业(也称履约机构)未能足额提交与其排放量相等的配额,完成规定的履约义务的,相应的罚则大多为经济性处罚,即以履约当时配额市场价格的1~3倍对企业处以罚款。从现有的内容看,处罚力度并不大,但除了经济性处罚外,17号令还提出了建立相关主体的信用记录(信用管理系统)及“黑名单”等处罚措施的目标,较有新意。

## 二、自愿减排交易

### (一) 制度建立

自愿减排交易也源自于国际碳市场。伴随着清洁发展机制在全球范围内的开展,有一些企业出于社会责任

<sup>1</sup> 除重点排放企业之外,各地也均要求排放量(或者燃煤消耗量)达到一定标准的企业将其碳排放的情况按年度上报主管部门,不排除将来将这些企业一并纳入强制控排体系。

的目的，会自愿地购买一些碳减排量。在此基础上，一些国内外的组织、机构也制定了自愿减排项目的认定及减排量签发标准（例如VCS标准、黄金标准等），以促进更多的企业参与到碳排放权交易中。

2009年12月，在丹麦首都哥本哈根举办的《联合国气候变化框架公约》缔约方大会上，国务院前总理温家宝提出，到2020年，中国国内的单位GDP二氧化碳排放要比2005年的水平下降40%—45%。2011年12月1日，国务院发布《“十二五”控制温室气体排放工作方案》（国发[2011]41号），明确了在“十二五”期间需大幅度降低单位国内生产总值二氧化碳排放，到2015年全国单位国内生产总值二氧化碳排放比2010年下降17%。在发改委的推动下，国内自愿减排市场也逐渐形成。

## （二）法律规范

在配额交易的规定出台前，国家发改委就发布了1668号文对自愿减排交易进行了规定。为了鼓励自愿减排项目的开发，国家发改委将自愿减排体系项下的“国家核证自愿减排量”纳入到强制控排交易中，允许履约机构可以使用一定比例（5%）的国家核证自愿减排量用于履约。

## （三）自愿减排交易流程

总体来看，自愿减排项目的开发流程和《京都议定书》项下清洁发展机制项目的开发机制类似，大致的流程为：

- 1、申请自愿减排项目应经发改委备案的审定机构采用经国家发改委备案的方法学进行审定，证明其具有真实性、可测性和额外性；
- 2、经审定的项目在国家发改委审查备案后，成为自愿减排项目；
- 3、自愿减排项目在产生减排量后经发改委备案的核证机构核证；
- 4、经核证的减排量经国家发改委审查备案后正式获

得签发；

5、签发的国家核证自愿减排量在国家登记簿进行登记后，在经备案的交易机构内进行交易。

根据中国自愿减排量信息平台（<http://cdm.ccchina.gov.cn/ccer.aspx>）的消息，自2014年3月27日首个自愿减排项目（内蒙古巴彦淖尔乌兰伊力更300兆瓦风电项目）取得备案以来，截至2015年6月29日，已经有178个自愿减排项目取得发改委备案。

## （四）相关法律问题

### 1、交易主体

根据1668号文，国内外机构、企业、团体和个人均可参与自愿减排量交易。在根据《京都议定书》项下的清洁发展机制进行交易的项目中，国家发改委要求项目开发方（即碳减排量卖方）必须为中资或者中资控股的企业，限制了外资控股、外资全资的企业在中国取得碳交易收入。在清洁发展机制项目开发早期，由于经核证的减排量市场价格高，很多外商投资的能源类企业希望在中国开发清洁发展机制项目，但由于受到“中资控股”的限制，不得不在持股比例上作出一些调整，这曾引起很多外方股东的不满，认为中国对清洁发展机制项目的开发进行额外限制。在目前的自愿减排交易体系中，对交易参与方的性质没有任何限制，这有利于扩大交易规模。

### 2、交易价格

在清洁发展机制下，为了保护中国项目业主的价格谈判权，国家发改委对经核证的减排量设定了价格底线，低于底价的项目无法获得发改委的批准函。这种做法也曾被质疑为通过政府行为控制市场价格，引起了境外碳交易投资机构的不满。在目前的自愿减排交易体系中，也并没有对自愿减排量的价格作出任何限定，完全由市场决定。

### 3、CER和CCER的转化

根据1668号文，允许以下三类申请过清洁发展机制的项目申请成为自愿减排项目：



(1) 已经国家发改委批准但尚未在联合国清洁发展机制执行理事会(“执行理事会”)注册的项目;

(2) 就获得国家发改委批准且在执行理事会注册的项目,在其注册之前已经产生的减排量;

(3) 获得执行理事会注册但未获得签发的项目。

以上规定表明国家发改委允许申请过CDM项目的项目继续申请自愿减排项目,并且只要未经联合国执行理事会签发的减排量,均可以申请为国家核证自愿减排量。因此,在已经批准的自愿减排项目中,有一部分是已经联合国执行理事会注册的CDM项目。

但由于CDM项目严重的供过于求导致市场价格长期低迷,减排量的收益甚至无法支付项目开发的成本,导致清洁发展机制的发展现状已经严重背离了当初设计该机制的初衷,考虑到这一教训,国家发改委对于自愿减排项目的备案及国家核证自愿减排量的签发,目前看还比较慎重,没有过快的对大批项目进行备案。

#### 4、抵消机制

在各试点地区的交易规则中,均允许使用一定数量的国家核证自愿减排量来抵消排放量,但对于可以抵消的自愿减排项目种类以及可抵消的数量又做了限制。这说明抵消机制在强制控排体系内只是一种辅助手段,控排的核心还是强制重点排放企业(履约企业)自行减排,这一点也符合该机制的设立初衷。从某种意义上来说自愿减排项目的数量是不受限制的,只要符合前述的真实性、可测性和额外性,均应予以备案,只是时间早晚而已。而配额则是根据总体排放计划设定的有限资源,具有强制性。但抵消机制的存在,一定程度上可以提高国家核证自愿减排量的市场流动性,并借此提高自愿减排项目业主的开发积极性。

### 三、碳排放权交易市场的若干法律问题的完善

随着碳排放权立法的不断完善,试点地区操作经验的不断积累,全国性的碳排放权交易体系应当会在未来两三年内落地。为达到这一目标,有以下问题可能需要逐步完善:

#### 1、排放企业的标准

由于我国经济结构发展不均衡,强制排放企业的准入门槛在目前七个试点地区并不完全相同,如果适用全国统一的标准,则不同地区的重点排放企业还需要重新进行调整。由于全国范围内各省市企业的差异较大,建议继续由各省市自行确定排放企业的标准。

#### 2、交易价格

在各试点省市中,碳交易价格(主要是配额的价格)差异很大,且均分布在不同的价格区间。如果建立统一的交易体系,价格区间较低地区的交易无疑更有吸引力。此外,各试点地区对配额的管理也各不相同,需要主管部门考虑是否允许政府通过采取拍卖、回购等方式调节价格。

#### 3、交易规则统一

除发改委的统一立法外,各试点地区的立法层级也不尽相同,有些是地方人大立法,有些以发改委规定为主导。从各试点地区已经公布的文件看,其交易模式、行政处罚等内容也均存在差异,可以说,目前碳排放权交易仍处于初级发展阶段。如建立全国统一市场,应在吸取已有经验的基础上,逐步实现各层级、各地区的立法逐渐统一。

#### 4、碳金融

碳排放权交易的概念一经推出,除即将要承担减排义务的重点排放单位外,还有很多机构对此表现出浓厚的兴趣,这其中不乏金融机构。根据清洁发展机制项目开发的经验,碳交易会吸引很多基金、投行参与其中,特别是参与二级市场的交易。目前我国已有一些政府财政出资的基金对减排行业给予了资金支持,一些银行对减排项目也有特定的融资优惠。在试点地区已经出台的文件中,有些明确要求金融机构提供对接服务支持,鼓励银行等金融机构运用节能收益权质押、能效融资、节能贷等新型金融产品,为碳排放权交易市场参与者提供灵活多样的金融产品和服务。

但在目前的法律法规框架下,碳融资的相关法律制度并不完善。从物权法的角度,碳排放权的属性并没有明确的规定,且目前国内试点的交易仅限于现货交易。

但从长远看，碳金融未来将获得大发展。近年来涌现了以下几类碳金融业务类型，其经验值得借鉴：

#### (1) “碳债券”<sup>2</sup>

2014年5月8日，首单“碳债券”中广核风电附加碳收益中期票据在银行间交易商市场定价发行。该碳债券发行人为中广核风电，发行金额10亿元，发行期限5年。浦发银行和国开行作为其主承销商，中广核财务公司和深圳排放权交易所担任财务顾问。该债券利率采用“固定利率+浮动利率”模式，其中浮动利率部分与发行人中广核风电下属5家风电项目公司在债券存续期内实现的碳资产（即国家核证自愿减排量）收益正向关联，浮动利率区间设定为5BP-20BP（基点）。

#### (2) 碳排放权质押贷款<sup>3</sup>

2014年9月9日，首单碳排放配额质押贷款项目在湖北签约，湖北宜化集团将用210万吨碳排放配额作为抵押，获得兴业银行4000万元贷款，用于实施节能减排。根据协议，这笔贷款单纯以碳排放配额作为质押担保，无其他抵押担保条件。作为独立的第三方平台，湖北碳排放权交易中心将为融贷双方提供质押物登记存管和资产委托处置服务，如果出现违约，中心将按照协议规定处置碳资产。

#### (3) 碳基金<sup>4</sup>

2014年11月26日，华能集团与诺安基金共同发行全国首只碳基金，首批基金金额3000万，全部投放于湖北碳交易市场，基金交易标的为配额和国家核证自愿减排量。

#### (4) 碳排放配额回购融资<sup>5</sup>

2014年12月30日，中信证券股份有限公司与北京华远意通热力科技股份有限公司在北京环交所正式签署了国内首单碳排放配额回购融资协议，融资总规模达1330万元。北京华远意通是一家供暖企业，每到采暖季资金需求量很大。为此，该公司将自身持有的配额向中信证券出售，并约定在6个月后按照约定价格回购所售配额，

从而获得了1330万元短期资金用于购买燃料及节能减排。对售出方华远意通来说，碳排放配额融资的成本比向银行贷款更低，而且无需其他抵押物，而对买入方中信证券来说，则提高了放贷资金的安全性。

#### (5) 碳排放权掉期交易<sup>6</sup>

2015年6月15日，中信证券股份有限公司、北京京能源创碳资产管理有限公司、北京环境交易所“第六届地坛论坛”正式签署了国内首笔碳排放权场外掉期合约，交易量为1万吨。掉期合约交易双方以非标准化场外合同形式开展掉期交易，并委托北京环境交易所负责保证金监管与合约清算工作。

根据各地已经出台的管理规则，碳金融业务将作为一种支持性政策，用于为减排义务企业提供融资。而碳金融对于市场主体的刺激在于将碳排放权这种商品的交易转化为资本的运作，这使得很多机构对其抱着前所未有的热情。随着碳排放权交易体系的完善，未来将会有越来越多的融资渠道和方式，支持这个市场的发展。



孙丕伟  
执业领域

主要业务领域为基础设施项目建设，特别在清洁发展机制开发及节能减排领域具有突出的业绩。

#### 执业经验

孙丕伟律师2007年5月加入君合律师事务所，主要从事外资并购、节能减排、一般公司业务、融资等方面业务，参与为多家跨国公司、机构和国内著名公司提供法律服务，参与项目尽职调查、谈判、法律文件的起草审阅等工作。

#### 教育背景

中国政法大学法学院，获得法学硕士学位（2006）

2 资料来源：<http://money.163.com/14/0513/00/9S3A8M6700253B0H.html?from=endart>

3 资料来源：<http://biz.xinmin.cn/2014/09/18/25418498.html>

4 资料来源：<http://money.163.com/14/1127/02/AC18OD3M00253B0H.html>

5 资料来源：<http://www.forestry.gov.cn/thw/1807/content-729479.html>

6 资料来源：<http://finance.huanqiu.com/roll/2015-06/6702504.html>

# PPP超重磅——“国办发42号文” 评述

刘世坚

2015年5月22日，国务院办公厅向各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构转发财政部、国家发展改革委、中国人民银行《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》（国办发[2015]42号）（下称“《国办发42号文》”），全文共六条二十五款内容，是继《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）（下称“《国发60号文》”）专章论述政府和社会资本合作模式（下称“PPP模式”）以来，国内首次从国务院层面，以转发部委行文的形式，为PPP模式的重大意义背书，为其核心理念及原则定调，为其在公共产品与服务领域的全面推广与落地鼓与呼！对于一个长期以来仅为特定领域、特定行业、特定机构所熟知的项目发展模式而言，《国办发42号文》所赋予PPP模式的，不仅仅是高规格的聚焦与关注，更是对PPP模式在“犀利新政”中所发挥的关键作用的要求与期待。

以下，本文拟结合自2014年启动的PPP大潮的若干特点，对《国办发42号文》展开评述，以期更好地理解这一文件的重要意义及其对当前PPP模式实施的深刻影响。

## 一、PPP (Public-Private-Partnership) 实质上应被理解为PPPP-PP

(Public-Private-Partnership-Provision-Politics-People)

借用清华大学王守清教授提出的观点（PPP还应考虑公众和政治两方面的因素），笔者认为，中国式PPP不应仅限于表面的公私合作，还应在PPP项目的全生命周期当中重点关注公共产品或服务的实际供给情况（Provision，即绩效评价与考核），并赋予产品或服务的受众（People）以充分的知情权，在政治因素（Politics，包含国家治理现代化、投融资机制改革、重大利益协调等）合理可控的前提下，最大程度地确保社会大众（People）的利益与福祉。

比此前的《国发60号文》更进一步，《国办发42号文》在以下几个方面充分体现了国务院及相关主管部门目前所持有“PPPP-PP”的理念和原则：

### 1、Public-Private-Partnership（“政企合作，风险共担、合理回报”）

自2014年以来，尽管财政部、国家发展改革委及各地政府分别就PPP模式颁布大量文件，而且在某些领域存在分歧，但难能可贵的是，各方在PPP核心价值观方面已经基本达成共识，即“政企合作、风险共担、合理回报”。《国办发42号文》对此给予了十分明确的背书：

● 政府和社会资本“双方按照平等协商原则订立合同，明确责权利关系，由社会资本提供公共服务，政府依据公共服务绩效评价结果向社会资本支付相应对价，保证社会资本获得合理收益”——平等协商、合理收益。

● “重诺履约。政府和社会资本法律地位平等、权

利义务对等，必须树立**契约理念**，坚持**平等协商、互利互惠、诚实守信、严格履约**”——**法律地位平等、契约理念、互利互惠。**

● “合理确定合作双方的权利与义务。树立**平等协商**的理念，按照**权责对等**原则**合理分配项目风险**，按照**激励相容**原则科学设计合同条款，明确项目的产出说明和**绩效要求、收益回报机制**、退出安排、应急和临时接管预案等关键环节，实现**责权利对等**。引入价格和补贴动态调整机制，充分考虑**社会资本获得合理收益**……建立投资、补贴与价格的协同机制，为**社会资本获得合理回报**创造条件”——**风险共担、合理回报。**

以上内容虽然令人鼓舞，但随之而来的一个不容回避的问题，就是新近出炉的《行政诉讼法》以及《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》中对特许经营协议的性质及相关争议解决路径的规定，我们在使用特许经营模式的PPP项目当中到底应该如何应对呢？对于法律地位平等的两方主体经过平等协商订立的合同，是不是就因为其中涉及特许经营，双方就不能通过民事诉讼或仲裁机制解决合同争议呢？对这样一个业内热点问题，国家发展改革委最近颁布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（下称“《**特许经营管理办法**》”）采取了回避的姿态，但PPP项目的当事人，特别是社会资本一方却无法对此视若无睹。在当前法规及项目实践的现状之下，我们只能期待有关部门能够听到《国办发42号文》“着力解决政府和社会资本合作项目运作与现行法律之间的衔接协调问题”的呼吁，并着手解决这一困扰业界十余年之久的法律难题。

## 2、Provision（有效供给、绩效评价）& People（公众监督）

此前在市政公用事业行业广泛推行的特许经营制度，以及相应的BOT、TOT等项目模式，因其重融资、轻监管的倾向而广受诟病。而《国办发42号文》即在本轮PPP所看重的全生命周期的绩效评价与监管、以及公众知情和监督方面着墨甚多：

● “政府依据公共服务**绩效评价**结果向社会资本支付相应对价”——**绩效评价对应服务对价。**

● “政府作为监督者和合作者，减少对微观事务的直接参与，加强发展战略制定、社会管理、**市场监管、绩效考核**等职责”——**政府是监督者和合作者，承担市场监管和绩效考核的职责。**

● “政府以运营补贴等作为社会资本提供公共服务的对价，以**绩效评价**结果作为对价支付依据”——**绩效评价对应服务对价。**

● “公开透明。实行阳光化运作，依法充分披露政府和社会资本合作项目重要信息，保障**公众知情权**，对参与各方形成有效监督和约束”——**公众的知情权与监督权。**

● “建立政府、公众共同参与的综合性评价体系，建立事前设定**绩效目标**、事中进行**绩效跟踪**、事后进行**绩效评价的全生命周期绩效管理**机制，将政府付费、使用者付费与**绩效评价**挂钩，并将**绩效评价**结果作为调价的重要依据，确保实现公共利益最大化。依法充分披露项目实施相关信息，切实保障公众知情权，接受社会监督”——**绩效目标、绩效跟踪、绩效评价构成PPP项目全生命周期的绩效管理**机制。

● “依据项目运行情况和**绩效评价**结果，健全公共服务价格调整机制，完善政府价格决策听证制度，广泛听取社会资本、公众和有关部门意见，确保定价调价的科学性。及时披露项目运行过程中的成本变化、公共服务质量等信息，提高定价调价的透明度”——**绩效评价需要集思广益、公开透明，为科学的定价和调价提供依据。**

● “保障公共服务持续有效。按照合同约定，对项目建设情况和公共服务质量进行验收，逾期未完成或不符合标准的，社会资本要限期完工或整改，并采取补救措施或赔偿损失……项目资产移交时，要对移交资产进行性能测试、资产评估和登记入账，并按照国家统一的会计制度进行核算，在政府财务报告中反映和管理”——**对服务质量、可持续性和资产移交作出明确要求。**

除上文外，《国办发42号文》还有多处提及“绩效”二字，总共竟有十余次之多，其对PPP项目的产出质量的重视由此可见一斑！结合此前财政部、国家发展改革委、各省市已经出台的PPP相关规定，绩效评价与考核在PPP项目当中的重要位置已经不容置疑。不



夸张地讲，PPP项目里的绩效评价已经成为政府方手中的一把利剑，在PPP项目的全生命周期当中如影随形，并直接关系到项目对价、付费和调价等重大边界条件的落实及调整。对于绩效评价所可能带来的重大实质性影响，PPP项目相关各方不可不察！！

### 3、Politics（国家治理现代化、投融资机制改革、重大利益协调等）& People（公众利益）

《国办发42号文》从《国发60号文》手中接棒，继续强调投融资机制改革，并明确提及国家治理体系与能力的现代化，将推广PPP模式的意义上升到“稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险”的战略高度：

- “加快转变政府职能，实现政企分开、政事分开……有助于解决政府职能错位、越位和缺位的问题，深化投融资机制改革，推进国家治理体系和治理能力现代化”——**转变政府职能，深化投融资机制改革，推进国家治理现代化。**

- “在当代人和后代人之间公平地分担公共资金投入，符合代际公平原则”——**放眼长远，体现对公众利益的长期关注。**

- “改革创新公共服务供给机制和投入方式，发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，引导和鼓励社会资本积极参与公共服务供给，为人民群众提供优质高效的公共服务”——**倡导机制改革与创新，强调市场的决定性作用，要求政府引导和鼓励PPP模式在公共服务领域的应用，实现对社会受众的优质高效的供给。**

- “公众受益。加强政府监管，将政府的政策目标、社会目标和社会资本的运营效率、技术进步有机结合，促进社会资本竞争和创新，确保公共利益最大化”——**实现政策目标、社会目标和社会资本的效率之间有机结合，确保公共利益最大化。**

- “行业主管部门根据经济社会发展规划及专项规划发起政府和社会资本合作项目，社会资本也可根据当地经济社会发展需求建议发起。行业主管部门应制定不同领域的行业技术标准、公共产品或服务技术规范，加强对公共服务质量和价格的监管”——**政府和社会资本**

**均可主动发起PPP项目，但政府应是标准和规范的制定者，以加强监管，保证产出质量。**

- “完善法律法规体系。推进相关立法，填补政府和社会资本合作领域立法空白，着力解决政府和社会资本合作项目运作与现行法律之间的衔接协调问题”——**填补立法空白，解决法律冲突。**

- “简化项目审核流程。进一步减少审批环节，建立项目实施方案联评联审机制，提高审查工作效率。项目合同签署后，可并行办理必要的审批手续，有关部门要简化办理手续，优化办理程序，主动加强服务，对实施方案中已经明确的内容不再作实质性审查”——**显示出切实降低PPP项目审批风险的诚意。**

- “国务院各有关部门要按照职能分工，负责相关领域具体工作，加强对地方推广政府和社会资本合作模式的指导和监督。财政部要会同有关部门，加强政策沟通协调和信息交流，完善体制机制……行业主管部门，要结合本行业特点，积极运用政府和社会资本合作模式提供公共服务，探索完善相关监管制度体系。地方各级人民政府要结合已有规划和各地实际，出台具体政策措施并抓好落实”——**财政部、行业主管部门和地方政府需要扮演的角色。**

- “财政部要强化统筹协调，会同有关部门对本意见落实情况督促检查和跟踪分析，重大事项及时向国务院报告”——**财政部的统筹与协调，是权力，也是责任。**

从本届政府的改革路线图来看，《国办发42号文》既是对《国发60号文》的接力，也是对包括《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》（下称“《国发43号文》”）、《国务院办公厅转发财政部人民银行银监会关于妥善解决地方政府融资平台公司在建项目后续融资问题意见的通知》（下称“《国办发40号文》”）、《特许经营管理办法》、《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》、《财政部关于政府和社会资本合作示范项目实施有关问题的通知》、《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》等一系列PPP相关文件的协调、梳理和纠偏，并站在党中央和国务院的高度，要求各地各部门统一认识、思想和行动，不是国发文件，胜似国发文件。

## 二、政府的“三破”和社会资本的“三怕”

从国务院、相关部委行会及各地政府已经推出的PPP相关法规政策来看，在PPP模式之下，政府方志在“三破”——破题、破局、破四旧，而社会资本却有“三怕”——怕陷阱、怕违约、怕反复。对于这“三破三怕”，《国办发42号文》似乎也心领神会，并已有所安排。

### 1. 破题——新一轮改革破题

本届政府的工作可谓千头万绪，单就内政而言，比较显著的焦点有两个，一是化解地方债风险，二是改革投融资机制。在对包括《国办发42号文》在内的PPP系列文件进行解析时，需要聚焦于此，方能切中主题。

● “在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式，是转变政府职能、激发市场活力、打造经济新增长点的重要改革举措。围绕增加公共产品和公共服务供给，在能源、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、文化等公共服务领域，广泛采用政府和社会资本合作模式，对统筹做好稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险工作具有战略意义”——国家对PPP模式广开门户、并赋予其最高战略高度，PPP的“准国策”地位呼之欲出。

● “为打造大众创业、万众创新和增加公共产品、公共服务“双引擎”，让广大人民群众享受到优质高效的公共服务，在改善民生中培育经济增长新动力……”——开宗明义，将PPP模式界定经济增长的新动力。以目前的形势而言，对外需要“一带一路”，对内就看政府与社会资本合作。

● “充分认识推广政府和社会资本合作模式的重大意义”——PPP模式是重大创新，可为投融资机制改革及国家治理体系和能力的现代化提供助力；可以打破行业准入限制，为经济增长提供动力；可以提高财政资金使用效益，防范和化解政府性债务风险。PPP模式的推

### 广与落地实为国之大事。

综上所述，文件名为《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》的《国发60号文》虽然只为PPP模式列出一个章节，但其通篇文字几乎都与PPP模式相关<sup>1</sup>。《国办发42号文》是《国发60号文》的接力棒，也是PPP模式上升至准国策高度的点题之作。

### 2. 破局（打破旧的增长方式和利益格局）与破四旧（旧思维、旧模式、旧规则、旧玩家）

为了打破旧的经济增长方式，化解地方债务风险，以《国发43号文》为代表的政策性文件采取了收的办法，封堵“土地财政”和“地方平台融资”，效果显著但后续问题不少。在《国办发40号文》尝试为地方政府融资平台公司在建项目后续融资问题临时松绑之后，《国办发42号文》跳出了“头疼医头、脚疼医脚”的政策模式，从制度建设、项目实施、政策保障和组织实施等四个方面提出若干颇具新意的举措，决意破除在经济发展和政府治理层面的旧思维、旧模式和旧规则，借社会资本与公众之力，打破旧有玩家的旧有利益链条，启动“公共产品、公共服务双引擎”，以期打造“大众创业、万众创新”的崭新局面。

● “进一步完善操作指南，规范项目识别、准备、采购、执行、移交各环节操作流程，明确操作要求，指导社会资本参与实施。制定合同指南，推动共性问题处理方式标准化。制定分行业、分领域的标准化合同文本，提高合同编制效率和谈判效率。按照预算法、合同法、政府采购法及其实施条例、《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》（国办发〔2013〕96号）等要求，建立完善管理细则，规范选择合作伙伴的程序和方法，维护国家利益、社会公共利益和社会资本的合法权益”——全盘采纳财政系统有关PPP模式的话语体系，引入新的游戏规则。

● “针对政府付费、使用者付费、可行性缺口补助等不同支付机制，将项目涉及的运营补贴、经营收费

1 如需进一步了解《国发60号文》的内容，可另行参见本文作者发表于2014年11月的《“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”简评》一文。

权和其他支付对价等，按照国家统一的会计制度进行核算，纳入年度预算、中期财政规划，在政府财务报告中进行反映和管理，并向本级人大或其常委会报告”——**付费的重要保障，政府履约能力的来源，有望在一定程度上纾解社会资本普遍存在的疑虑，即担心投资陷阱、害怕政府违约。**

● “广泛采用政府和社会资本合作模式提供公共服务。在能源、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、文化等公共服务领域，鼓励采用政府和社会资本合作模式，吸引社会资本参与。其中，在能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域需要实施特许经营的，按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行”——**在广开门户的同时厘清边界。基础设施和公用事业特许经营项目被清晰界定为PPP模式的组成部分之一，二者不可混为一谈。**

● “将融资平台公司存量公共服务项目转型为政府和社会资本合作项目，引入社会资本参与改造和运营，在征得债权人同意的前提下，将政府性债务转换为非政府性债务，减轻地方政府的债务压力，腾出资金用于重点民生项目建设。大力推动融资平台公司与政府脱钩，进行市场化改制，健全完善公司治理结构，对已经建立现代企业制度、实现市场化运营的，在其承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的前提下，可作为社会资本参与当地政府和社会资本合作项目，通过与政府签订合同方式，明确责权利关系。严禁融资平台公司通过保底承诺等方式参与政府和社会资本合作项目，进行变相融资”——**有条件地修改了财政部之前对“社会资本”的定义，给地方融资平台指明生路。可以视为对《国发43号文》的放水，短期可能加剧地方政府与国有资本之间的结盟，对PPP模式的长期健康发展未必有益，甚至可能使相关改革出现社会资本所担心的“反复”。**

● “提高新建项目决策的科学性。地方政府根据当地经济社会发展需要，结合财政收支平衡状况，统筹论证新建项目的经济效益和社会效益，并进行财政承受能力论

证，保证决策质量。根据项目实施周期、收费定价机制、投资收益水平、风险分配基本框架和所需要的政府投入等因素，合理选择建设—运营—移交（BOT）、建设—拥有一运营（BOO）等运作方式”——**提及财政承受能力论证，但未提及物有所值论证。明确提及BOO模式，有利于破解某些地方政府官员对BOT模式的盲目推崇和对“期满后无偿移交”安排的迷信。**

● “简化项目审核流程。进一步减少审批环节，建立项目实施方案联评联审机制……对实施方案中已经明确的内容不再作实质性审查”——**认可国家发展改革委提出的联审机制，降低社会资本在PPP项目中所普遍面临的重复审查风险。**

● “多种方式保障项目用地……以作价出资或者入股方式取得土地使用权的，应当以市、县人民政府作为出资人，制定作价出资或者入股方案，经市、县人民政府批准后实施”——**在土地资源配置方面没有进一步的政策突破。《特许经营管理办法》的联合签发部门中不包括国土资源部，就已经说明土地政策获得突破的可能性暂时还比较小。**

● “中央财政出资引导设立中国政府和社会资本合作融资支持基金，作为社会资本方参与项目，提高项目融资的可获得性。探索通过以奖代补等措施，引导和鼓励地方融资平台存量项目转型为政府和社会资本合作项目。落实和完善国家支持公共服务事业的税收优惠政策，公共服务项目采取政府和社会资本合作模式的，可按规定享受相关税收优惠政策。鼓励地方政府在承担有限损失的前提下，与具有投资管理经验的金融机构共同发起设立基金，并通过引入结构化设计，吸引更多社会资本参与”——**有新意，具体措施有待观察，特别是税收优惠政策，可以与当年吸引外商投资的财税政策力度做比较分析。**

● “鼓励开发性金融机构发挥中长期贷款优势，参与改造政府和社会资本合作项目，引导商业性金融机构拓宽项目融资渠道。鼓励符合条件的项目运营主体在资本市场通过发行公司债券、企业债券、中期票据、定向票据等市场化方式进行融资。鼓励项目公司发行项目收益债券、

项目收益票据、资产支持票据等。鼓励社保资金和保险资金按照市场化原则，创新运用债权投资计划、股权投资计划、项目资产支持计划等多种方式参与项目。对符合条件的“走出去”项目，鼓励政策性金融机构给予中长期信贷支持。依托各类产权、股权交易市场，为社会资本提供多元化、规范化、市场化的退出渠道”——**鼓励资本市场、开发性、政策性金融机构与PPP模式的全面对接。而这样一种对接一旦成功，则PPP模式的生命力将大为增强，创新的空间也将得到极大拓展。社会资本所担心的政策性“反复”的风险也会因此而大幅减低。**

● “加强组织领导”、“加强人才培养”、“搭建信息平台”——**从组织层面理顺关系，并为PPP模式的长期推行准备人才及信息平台，在一定程度上显示出较为长远的考量。**

### 三、PPP的总体特征及《国办发42号文》的响应小结

根据笔者对本轮PPP大潮的总体观察，截至目前，PPP模式在中国所呈现的特征可以总结为“财政主导、减债先行、广开门户、各取所需、物有所值、量入为出、风险共担、利益共享、绩效监测、善始善终”。《国办发42号文》由财政部牵头，与国家发展改革委、人民银行共同制定，在持续关注政府性债务风险化解的同时，对2014年下半年以来的国务院文件、各大部委行会及地方政府的PPP相关政策法规进行了一次全面的总结。在《国发60号文》的基础之上，《国办发42号文》正式向PPP模式打开“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、文化等公共服务领域”的大门，鼓励地方政府、社会资本、地方融资性平台、资本市场、金融机构、社会公众等诸多主体从不同角度广泛参与PPP项目，并强调在财政能力可承受的前提下，以政企合作、平等协商、风险共担、利益共享为核心理念，通过“事前设定绩效目标、事中进行绩效跟踪、事后进行绩效评价的全生命周期绩效管理机制”，以期实现公共产

品和服务的优质、高效、持续供给。

抛开PPP的具体特征不谈，《国办发42号文》对PPP模式的全面肯定，对其赋予的高度期望，以及为此在政策保障、组织安排、部门利益协调方面做出的努力，都充分显示出PPP模式当仁不让的“准国策”地位，较之前的吸引外商投资、国有企业改革等重大政策的地位有过之而无不及。后续需要保持观察的，是《国办发42号文》中提及的立法、财税、土地、金融、预算等方面工作的落实情况，以及PPP项目各方玩家对此重磅文件作出的反应。



刘世坚

#### 执业领域

刘世坚律师主要从事基础设施和公用事业项目投融资、并购重组、特许经营、招标投标、工程建设、外商投资、项目融资和涉外争议解决方面的法律服务。

#### 执业经验

刘世坚律师于2007年加入君合律师事务所。此前，他是北京市君屹律师事务所合伙人，并曾在北京市大地桥基础设施投资咨询有限公司任职。1998年，刘世坚律师曾参加亚洲开发银行举办的BOT专业培训并获颁培训证书。

在特许经营领域，自1998年开始，刘世坚律师即分别作为政府或投资人顾问参与了包括成都自来水厂六厂、广西来宾A电厂、北京水十厂、合肥王小郢、杭州七格、南京城北、杭州四堡污泥处置、北京天堂河、北京市管道天然气、青岛海淡、乳山垃圾发电、大连长兴岛、南充化工园、深圳地铁、国道110高速公路等在内的诸多项目的具体运作。除中国国内相关项目外，刘世坚律师还参与了在伊朗、土耳其、澳大利亚、泰国、巴西、埃及、阿根廷、伊朗、委内瑞拉、智利等国家的工程、投资、国际贸易项目和争议解决，具有较丰富的法律服务经验。

#### 教育背景

中国人民大学经济学学士（1995）

北方交通大学系统工程硕士（1998）

美国杜克大学法学院硕士（2010）

#### 工作语言

普通话、英语。



# PPP项目筹备阶段法律实务问题提示与说明

易芳 赵冲 李德庭

PPP项目筹备阶段，如投融资方案的确定、社会投资人的选择，涉及复杂的法律问题，采购人一般会聘请具有PPP项目经验的律师事务所就包括筹备阶段在内的PPP项目提供全过程的法律顾问服务。一般来说，PPP项目法律顾问服务可划分为招商筹备阶段、招商实施阶段以及其他后续服务阶段三个阶段。

三个阶段法律顾问服务侧重点不同。在第一个阶段，法律顾问服务的主要内容是配合PPP项目采购人及其他中介机构共同讨论、确定项目投融资方案，就项目投融资方案的合规性、可行性等发表法律意见，并就相关问题提供针对性的法律解决方案，协助委托方及其它中介机构共同制定项目招商谈判方案，包括项目招商关键问题的谈判底线及谈判中可行变通方案的制定等。在第二个阶段，法律顾问服务的主要内容是法律文件的准备及谈判支持。具体来说包括就项目协议架构提出专业意见；负责对项目重要事项提供法律咨询并出具法律意见；起草或协助起草特许经营协议、运营协议等相关法律文件，并提出审核修改意见；作为谈判组主要谈判人员参与招商重要事项和全部协议文件内容和条款的谈判以及协议文件的修改，审核等。在第三个阶段，法律顾问服务的主要内容是对项目公司设立所涉及的法律问题

进行研究，提出方案或建议以及根据现行法律法规的规定，协助委托方履行政府主管部门审批、登记、备案等相关工作。

受文章篇幅所限，本文仅就招商筹备阶段涉及之法律实务问题进行提示与说明如下。就后两个阶段涉及之法律实务问题，笔者将在后续文章中进行提示与说明。

## 一、招商方式选择

招商方式选择为招商筹备阶段必然涉及之法律实务问题。但就如何选择PPP项目社会投资人，财政部体系和发改委体系的规定有所不同。

财政部体系规定将PPP项目选择社会投资人定性为政府采购服务（财政部发布《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》首次提出政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务），应根据《中华人民共和国政府采购法》及相关规章制度，包括《政府采购非招标采购方式管理办法》、《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》等执行。其中《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》规定“PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞

竞争性磋商和单一来源采购”。

发改委体系规定并未将PPP项目选择社会投资人统一性为政府采购服务，也并未完全将PPP项目社会资本投资人选择局限在政府采购这个概念之下。发改委体系关于社会投资人选择程序的规定包括：《国家发展改革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）规定“实施方案审查通过后，配合行业管理部门、项目实施机构，按照《招标投标法》、《政府采购法》等法律法规，通过公开招标、邀请招标、竞争性谈判等多种方式，公平择优选择具有相应管理经验、专业能力、融资实力以及信用状况良好的社会资本作为合作伙伴”，以及《基础设施和公用事业特许经营管理办法》规定“实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营项目。特许经营项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营项目。”

考虑到目前看来，财政部就PPP项目推广力度较大且就社会投资人选择程序推出了较为完整的规范性文件体系，故介绍财政部体系PPP项目社会投资人选择程序如下：

《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》第四条规定，“PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。”

就各采购方式的适用范围说明如下：

君合简评	
公开招标、邀请招标	适用范围：适用采购需求中核心边界条件和技术经济参数明确、完整的项目
单一来源采购	适用范围：符合下列情形之一的货物或者服务，可以采用单一来源方式采购： （一）只能从唯一供应商处采购的； （二）发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的； （三）必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。

竞争性磋商、竞争性谈判	适用范围：适用核心边界条件和技术经济参数并不明确、完整，需要与社会资本谈判明确核心边界条件和技术经济参数的项目。
	两种采购方式在流程设计和具体规则上的联系和区别： 在“明确采购需求”阶段，二者关于采购程序、供应商来源方式、磋商或谈判公告要求、响应文件要求、磋商或谈判小组组成等方面的要求基本一致；在“竞争报价”阶段，竞争性磋商采用了类似公开招标的“综合评分法”，区别于竞争性谈判的“最低价成交”。之所以这样设计，就是为了在需求完整、明确的基础上实现合理报价和公平交易，并避免竞争性谈判最低价成交可能导致的恶性竞争，将政府采购制度功能聚焦到“物有所值”的价值目标上来，达到“质量、价格、效率”的统一。

## 二、PPP项目实施机构确定

PPP项目的准备、采购、监管和移交等工作一般不由政府直接操作，而是通过政府授权的实施机构负责，故明确实施机构为PPP项目招商筹备阶段必须解决的法律实务问题。

关于何等主体可以作为实施机构，财政部规范性文件与发改委规范性文件存在差别，具体如下：

	财政部	发改委
规范性文件名称	《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金[2014]113号）	《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）
具体规定	政府或其指定的有关职能部门或事业单位可作为实施机构。	按照地方政府的相关要求，明确相应的行业管理部门、事业单位、行业运营公司或其他相关机构，作为政府授权的项目实施机构，在授权范围内负责PPP项目的前期评估论证、实施方案编制、合作伙伴选择、项目合同签订、项目组织实施以及合作期满移交等工作。

PPP项目操作过程中，在确定是以发改委规范性文件还是财政部规范性文件为依据确定实施机构这一问题时，我们提示可以从以下几个角度进行考量：

1、如果是中央或地方财政部门推出的PPP项目，则一般以财政部规范性文件为依据较为合适；

2、如果是中央或地方发改委推出的PPP项目，则一般以发改委规范性文件为依据较为合适；

3、如果结合PPP项目实际情况决定采用竞争性磋商方式的，因竞争性磋商采购方式是财政部首次明确的一种的采购方式，此情形下，以财政部规范性文件为依据较为合适；

4、因PPP项目操作一般会涉及地方发改委和财政部门的审批/备案，且实践中PPP项目采购方一般都会与地方发改委和财政部门存在内部沟通的渠道，故应注意就此问题与地方发改委和财政部门进行事先沟通，并通过会议纪要等形式将沟通内容进行记录，以避免PPP项目在后续发改委和财政部门审批/备案过程中遇到障碍。当然，也应尽可能寻找两套体系交叉的地方以尽可能同时遵守两套体系，以便于项目的推进。

### 三、是否允许社会资本以组建联合体方式参与PPP项目

自财政部《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》从政策角度肯定PPP项目允许联合体参与招商后，实践中出现了行业公司与财务投资人组建联合体参与PPP项目招商的情况。此种模式的出现，减轻了行业公司投资PPP项目的资金压力，同时扩大了财务投资人的投资渠道，但相应地增加了PPP项目公司股权结构设计、PPP项目招商文件制定、谈判等方面工作的难度，也给PPP项目公司的后续经营管理提出了新的挑战。

此外，《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》规定，PPP项目采购应当实行资格预审，且资格预审公告应当明确是否允许联合体参与采购活动。这也使得是否允许社会资本以组建联合体方式参与PPP项目成

为了PPP项目采购人需要在招商筹备阶段考虑的一个法律实务问题。我们特此提示PPP项目采购人应结合项目实际需求，尽早明确是否允许联合体参与采购活动。

### 四、政府方持股比例限制问题

财政部颁布之《PPP项目合同指南（试行）》（以下简称“**财政部合同指南**”）规定，项目公司可以由社会资本（可以是一家企业，也可以是多家企业组成的联合体）出资设立，也可以由政府和社会资本共同出资设立。在项目公司由政府和社会资本共同出资设立情况下，需考虑政府持股比例限制这一问题。具体如下：

财政部合同指南规定，政府在项目公司中的持股比例应当低于50%、且不具有实际控制力及管理权，但考虑到该指南编制之目的是为指导PPP项目合同的订立和履行，而并非强制要求必须遵守，且业内一般认为PPP模式非常多元丰富，不能简单套用指南的模式或结构、合同，因此该指南不是强制性的，也不应该是强制性的，我们理解该指南中50%的政府出资比例限制规定并不必然强制适用于PPP项目。

在财政部合同指南颁布后，地方财政部门也颁布了相应的配套性规定，但各地方规定在是否明确政府出资比例限制这一点上并不相同。举例来说，江苏、安徽、江西、福建四个省级关于PPP项目的规定以及厦门市、南昌市规定并未明确政府出资比例应限制在50%以下，但《浙江省财政厅关于推广运用政府和社会资本合作模式的实施意见》中却明确指出“政府在项目公司中的持股比例应当低于50%”。我们曾就浙江省PPP项目是否必须遵守50%政府出资比例限制问题咨询过该实施意见的发文单位，其表示应当遵守“持股比例低于50%”的规定。

综上，我们提示，在确定PPP项目政府出资比例时，应注意检索地方有关PPP规定中关于政府投资比例的限制性规定。若存在此等限制，则建议向该地方发文单位确认此政府投资比例限制的适用性。

## 五、本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业、政府设立的PPP项目产业基金作为PPP项目公司股东参与PPP项目之身份问题

财政部合同指南中规定“项目公司可以由社会资本（可以是一家企业，也可以是多家企业组成的联合体）出资设立，也可以由政府和社会资本共同出资设立”。“本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业（上市公司除外）不得作为社会资本方参与本级政府辖区内的PPP项目”。

就上述规定中“政府”的内涵是否包括本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业？是否包括政府设立的PPP项目产业基金？若不包括，前述主体作为股东参与PPP项目时，其身份为何等问题，目前出台的PPP相关的法律、法规及规范性文件并未明确回答。

我们提示PPP项目法律顾问应时刻关注不断出台的PPP项目新规，并尝试与相关财政部门进行积极的沟通，以试图就上述问题寻找明确的答案，以便于更好的设置PPP项目公司股东出资比例。

## 六、适用竞争性磋商程序、竞争性谈判、单一来源采购涉及之政府审批

《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》规定，达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用竞争性磋商采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，依法向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。

《政府采购非招标采购方式管理办法》规定，达到

公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用非招标采购方式（本管理办法中所称的非招标采购方式指竞争性谈判、单一来源采购和询价采购方式）的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。

根据上述该规定，PPP项目拟采用竞争性磋商、竞争性谈判、单一来源方式采购的，应履行报主管预算单位同意以及人民政府财政部门批准这两个政府审批程序。

我们理解，如果PPP项目采购人有预算主管单位<sup>1</sup>的，则应履行上述主管预算单位同意以及人民政府财政部门批准这两个政府审批程序；如果PPP采购人本身即为一级财政预算单位的，则该采购人应仅需作出决定并报设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准即可。我们曾就前述意见与某省财政厅进行沟通，其亦认可我们的上述看法。当然，考虑到不同地方财政部门对《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》的学习和理解程度不同，特定PPP项目拟采用竞争性磋商、竞争性谈判、单一来源方式采购的，我们建议应就如何操作所涉及之报主管预算单位同意以及人民政府财政部门批准两个程序向地方财政部门进行沟通和确认。

## 七、评审专家的组成

就评审专家的组成，《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》做出了明确规定：评审小组由项目实施机构代表和评审专家共5人以上单数组成，其中评审专家人数不得少于评审小组成员总数的2/3。评审专家可以由项目实施机构自行选定，但评审专家中至少应当包含1名财务专家和1名法律专家。项目实施机构代表不得以评审专家身份参加项目的评审。

<sup>1</sup> 根据2012年《行政单位财务规则》，第七条和第八条的规定，按照预算管理权限，行政单位预算管理分为下列级次：（一）向同级财政部门申报预算的行政单位，为一级预算单位；（二）向上一级预算单位申报预算并有下级预算单位的行政单位，为二级预算单位；（三）向上一级预算单位申报预算，且没有下级预算单位的行政单位，为基层预算单位。一级预算单位有下级预算单位的，为主管预算单位。各级预算单位应当按照预算管理级次申报预算，并按照批准的预算组织实施，定期将预算执行情况向上一级预算单位或者同级财政部门报告。



虽然管理办法规定评审专家可以由项目实施机构自行确定，但我们需要提示的是：

1、在项目实施机构确定评审专家时，应遵守《政府采购评审专家管理办法》中关于评审专家回避的规定，即评审专家不得参与与自己有利害关系<sup>2</sup>的政府采购项目的评审活动；

2、根据《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》及《政府采购非招标采购方式管理办法》的有关规定，采用竞争性磋商程序或竞争性谈判程序的PPP项目，采购代理机构人员不得参加本机构代理的采购项目的评审；

3、如果PPP项目采用竞争性谈判方式或竞争性磋商方式的，根据《政府采购非招标采购方式管理办法》及《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》的有关规定，在自行确定评审专家之前，应履行经主管预算单位同意这一政府审批程序。

## 八、项目资本金（PPP项目公司注册资本）问题

因PPP项目公司注册资本直接关系到社会投资人就PPP项目的出资数额，故PPP项目公司注册资本之确定成为PPP项目筹备阶段需要重点考虑的法律问题之一。

虽然固定资产投资项目资本金与公司注册资本并非同一法律概念，但因在PPP项目实践操作中，PPP项目一般会涉及固定资产投资且PPP项目一般实行项目公司制，即一个PPP项目设立一个PPP项目公司，在此等情形下，PPP项目固定资产投资金额一般大体上等于PPP项目公司注册资本。故我们提示：

（1）PPP项目公司注册资本金额可参照PPP项目涉及之固定资产投资项目资本金数额设定；

（2）应结合不断变化的《关于固定资产投资项目试行资本金制度的通知》以及特定行业规定确定固定资产投资项目资本金数额。下图以轨道交通项目为例，列示

了不断变化的项目资本金比例要求：

日期	规范性文件名称	内容
1996年8月23日	《关于固定资产投资项目试行资本金制度的通知》（国发[1996]35号）	交通运输，资本金比例为 <b>35%及以上</b>
2003年9月27日	《关于加强城市快速轨道交通建设管理的通知》（国办发[2003]81号）	原则上，城轨交通项目的资本金须达到总投资的40%以上
2009年5月25日	《国务院关于调整固定资产投资项目资本金比例的通知》（国发[2009]27号）	<b>城市轨道交通项目，最低资本金比例为25%</b>
2015年1月12日	《国家发展改革委关于加强城市轨道交通规划建设管理的通知》（发改基础[2015]49号）	城市轨道交通项目资本金比例不低于40%

PPP项目操作模式众多，不同项目各有特点且情况也不完全相同，以上内容为笔者结合实际操作过的PPP项目就招商筹备阶段涉及之法律实务问题进行的总结，难免挂一漏万，希望可以起到抛砖引玉的作用，引发法律从业者更为广泛和深入地展开讨论、加深对PPP项目相关法律问题的理解，对全国范围内兴起的PPP热潮下具体PPP项目的合法合规操作起到一定程度的积极作用。

2 根据《政府采购评审专家管理办法》的规定，有利害关系主要是指三年内曾在参加该采购项目供应商中任职（包括一般工作）或担任顾问，配偶或直系亲属在参加该采购项目的供应商中任职或担任顾问，与参加该采购项目供应商发生过法律纠纷，以及其他可能影响公正评标的情况。



**易芳**

**执业领域**

基础设施发展和能源、金融银行与项目融资

**执业经验**

易芳律师是君合银行组及基础设施组合伙人，现在上海办公室执业。

易芳律师在基础设施发展和能源、银行金融领域拥有丰富的重大交易项目的法律服务经验。在基础设施建设方面，易芳律师负责承办了数个国家重点建设项目和上海市重大项目，代表性项目包括但不限于“西气东输项目”（获《亚洲法律业务杂志》“2004年度中国最佳项目大奖”中的“基础设施建设”、“能源及资源”两个大奖提名）、世博园区中国馆、主题馆太阳能光伏发电合作项目（于2009年被上海市律师协会推荐为“世博服务明星奖”候选项目）。在银行金融方面，易芳律师为多家跨国外资银行的在华银团贷款、项目融资、合规经营和不良资产处置提供专业法律服务，并代表电厂投资方的电厂扩建工程项目融资提供法律服务。

易律师在能源、项目融资及基础设施建设领域长期保持领先地位：自2010年度起，多次被IFLR、Legal 500和/或Chambers评选为能源、项目融资及基础设施建设领域第一级别领先律师，其所在业务组也多次荣膺“能源、项目融资及基础设施建设”第一级别律所大奖。

此外，易芳律师于2008年荣膺第三届“上海市优秀女律师”荣誉称号，2010年获得上海市律协颁发的“服务世博优秀律师”称号，并被客户誉为“最值得信赖的专业伙伴”。

**教育背景**

华东政法学院法律系法学学士学位  
清华大学法学院民商法专业研究生班

**专业组织**

易芳律师于1996年取得中国律师执业资格

**工作语言**

普通话、英语



**赵冲**

**执业领域**

银行与金融、基础设施、公司/并购

**执业经验**

2012年2月，赵冲律师正式加入君合律师事务所，并专注于银

行与信托、公司/并购业务领域。在此之前，赵冲律师于2009年至2011年期间就职于锦天城律师事务所，并为多家跨国公司和国内知名企业提供境内外融资、国际和国内并购以及公司日常法律事务等方面的法律服务。

赵冲律师曾参与多个国际银行的多个境内融资项目、跨境融资项目和银团贷款项目的谈判、文件起草和出具法律意见书等工作，以及参与多家信托公司的各类信托计划发行项目（如信托贷款项目、应收账款转让回购项目、房地产股权投资项目等）。

**教育背景**

西南政法大学法学学士、西南政法大学经济学学士（2008）  
马丁路德大学国际经济法硕士（2009）

**专业组织**

赵冲律师是全国律师协会的会员。

**工作语言**

赵冲律师的工作语言为普通话和英文。



**李德庭**

**执业领域**

李德庭律师专注于基础设施、能源、项目融资。

**执业经验**

李德庭律师于2006年开始执业，在加入君合上海办公室之前，在中伦律师事务所上海分所、锦天城律师事务所工作。李德庭律师在基础设施建设、能源、项目融资等领域积累了较为丰富的经验。

在基础设施建设和能源项目方面，李律师曾在燃机电厂、风电场、大型工业基地等重大项目中为客户提供工程建设法律服务，也曾为客户提供天然气销售、光伏电站建设、分布式能源电站建设、合同能源管理等方面的法律服务。

在项目融资领域，李律师曾为多个大型项目建设提供银行贷款、信托贷款、资产证券化、城市基础设施和公用设施PPP融资等方面的法律服务。

在长期的法律服务过程中，李德庭律师逐渐形成了将法律环境与客户商业目标相结合，在既有的法律环境中实现客户目标最大化的法律服务思维和法律服务技能，获得了客户的认可和信赖。

**教育背景**

吉林大学法学硕士（2006）  
吉林大学法学学士（2003）

**专业组织**

李德庭律师是全国律师协会的会员。

**工作语言**

李德庭律师的工作语言为普通话和英文。

# 建设项目环保制度及其非诉法律实务初探

缪晴辉 周文韦华

1979年9月13日，我国正式制订颁布了《中华人民共和国环境保护法》（试行），开启了我国环境保护制度立法的序幕。但该法并未明确规定我国建设项目应遵循怎样的环境保护法律程序。我国建设项目环境保护制度的立法规范始于1981年5月11日国务院环境保护委员会、国家计划委员会、国家经济委员会等三部委联合颁布的《建设项目环境保护管理办法》<sup>1</sup>。该法规首次相对系统地明确提出了建设项目的环境影响评价制度、“三同时制度”、环保验收制度，奠定了我国建设项目相关环保制度发展的雏形。在此基础之上，历经多年的发展，我国初步建立了一套与建设项目建设程序、运营管理相匹配的环境保护程序和制度，并与整个建设项目的立项、建设程序和运营相衔接匹配。

## 一、立项阶段：环境影响评价

环境影响评价（下称“环评”），是指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评

估，提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施，进行跟踪监测的方法与制度。

我国建设项目环评制度的基本内容如下：

### 1、环评分类管理

根据对环境的影响程度，《中华人民共和国环境影响评价法》（下称“《环评法》”）等法律法规将建设项目的环评分为三个等级，实施分类管理：

（1）环境影响报告书：适用于可能造成重大环境影响的建设项目，需对其产生的环境影响进行全面评价；

（2）环境影响报告表：适用于可能造成轻度环境影响的建设项目，需对产生的环境影响进行分析或者专项评价；

（3）环境影响登记表：适用于对环境影响很小、不需要进行环境影响评价的建设项目。

不同行业、规模的建设项目具体应适用哪个等级的环评手续，应按照《建设项目环境影响评价分类管理目录》的规定确定<sup>2</sup>。

### 2、适用情况

1 该法规已被国家环境保护总局于1999年7月8日以《国家环境保护总局令（第6号）——环境保护部门规章和规范性文件修正案》废止。

2 需要指出的是，根据《中华人民共和国环境影响评价法》第18条的规定，不排除有部分建设项目因所在地区已进行区域环境影响评价而导致项目的环评手续予以简化，出现编写建设项目环境影响报告表、而非编制建设项目环境影响报告书的情况。

《中华人民共和国环境影响评价法》第18条：“建设项目的环评，应当避免与规划的环境影响评价相重复。作为一项整体建设项目的规划，按照建设项目进行环境影响评价，不进行规划的环境影响评价。

已经进行了环境影响评价的规划所包含的具体建设项目，其环境影响评价内容建设单位可以简化。”

(1) 新建建设项目；

(2) 建设项目的性质、规模、地点、采用的生产工艺或者防治污染、防止生态破坏的措施发生重大变动的，需重新报批环评文件；

(3) 环评文件自批准之日起超过五年方决定该项目开工建设的，其环评文件应报原审批部门重新审批。

### 3、审批权限

环评文件的审核审批分为行业预审和环保审批。其中，建设项目有行业主管部门的，其环境影响报告书或者环境影响报告表应当先经行业主管部门预审后，报有审批权的环保部门审批<sup>3</sup>。

参考《环评法》第24条以及环境保护部的前身国家环境保护总局于2005年11月23日颁布的《建设项目环境影响评价文件审批程序规定》以及环境保护部（原国家环境保护总局及环境保护部以下统称“环保部”）于2015年3月13日颁布的《环境保护部审批环境影响评价文件的建设项目目录（2015年本）》的相关规定<sup>4</sup>，环保部门对建设项目环评文件的审批权的划分原则如下：

#### (1) 环保部的法定审批权

环保部负责审批环评文件的建设项目的一般原则为：(a) 核设施、绝密工程等特殊性质的建设项目；(b) 跨省、自治区、直辖市行政区域的建设项目；(c) 由国务院审批或核准的建设项目，由国务院授权有关部门审批或核准的建设项目，由国务院有关部门备案的对环境可能造成重大影响的特殊性质的建设项目。

具体判断有关建设项目的环评文件是否需由环保部审批，可以以环保部所下发的《环境保护部审批环境影

响评价文件的建设项目目录（2015年本）》为准。

#### (2) 地方环保部门的法定审批权

除上述法定应由环保部审批环评文件的建设项目外，其他建设项目环评文件的审批权均在地方，由省级环境保护部门提出分级审批建议，报省级人民政府批准后实施，并抄报环保部。

#### (3) 环保部委托审批

环保部有权将部分法定由其负责审批的部分建设项目环境影响评价文件的审批权限，委托给该项目所在地的省级环保部门；受委托的省级环保部门不得转委托，应当在委托范围内，以环保部的名义审批环境影响评价文件，并由环保部对该审批行为的后果承担法律责任。

### 4、环评文件的审查原则

结合2015年1月1日起施行的《中华人民共和国环境保护法》（以下简称“《新环保法》”）以及《国家环境保护总局建设项目环境影响评价文件审批程序规定》第12条，环评文件的内容审核要点包括：

(1) 是否符合环境保护相关法律法规。建设项目涉及依法划定的自然保护区、风景名胜区、生活饮用水水源保护区及其他需要特别保护的区域的，应当符合国家有关法律法规该区域内建设项目环境管理的规定；依法需要征得有关机关同意的，建设单位应当事先取得该机关同意。

(2) 是否符合国家产业政策和清洁生产标准或者要求。

(3) 建设项目选址、选线、布局是否符合区域、流域规划和城市总体规划。

(4) 项目所在区域环境质量是否满足相应环境功能

3 《新环保法》第22条第1款：“建设项目的环境影响评价文件，由建设单位按照国务院的规定报有审批权的环境保护行政主管部门审批；建设项目有行业主管部门的，其环境影响报告书或者环境影响报告表应当经行业主管部门预审后，报有审批权的环境保护行政主管部门审批。”

4 根据该《建设项目环境影响评价文件审批程序规定》第2条，有关海洋工程和军事设施建设项目的环境影响评价文件的分级审批，应依据其他有关法律和行政法规执行。除此之外，其他建设项目，不论投资主体、资金来源、项目性质和投资规模，其环评均应按照该规定确定分级审批权限。



区划和生态功能区划标准或要求。

(5) 拟采取的污染防治措施能否确保污染物排放达到国家和地方规定的排放标准, 满足污染物总量控制要求、取得主要污染物排放总量指标<sup>5</sup>; 涉及可能产生放射性污染的, 拟采取的防治措施能否有效预防和控制放射性污染。

(6) 拟采取的生态保护措施能否有效预防和控制生态破坏。

(7) 所在地区的重点污染物排放总量控制指标是否超过, 是否未完成国家确定的环境质量目标。如否, 则省级环保部门将暂停审批其新增重点污染物排放总量的建设项目环评文件<sup>6</sup>。

环保部确定的上述环评文件的审核原则也构成了地方环保部门审核由其负责的环评文件的指引。具体由各地的环保部门的意见确定。

## 5、信息公开、公众参与

### (1) 《环评法》的规定

对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目, 建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前, 举行论证会、听证会, 或者采取其他形式,

征求有关单位、专家和公众的意见。

但需要指出的是, 《环评法》等法律法规仅规定的是应当编制环评报告书的建设项目应就环境影响问题征询意见, 应将上述意见作为附随文件并说明是否采纳<sup>7</sup>, 但并未将征询意见的结果作为有关建设项目是否应通过环评的决定因素。

### (2) 《新环保法》的规定

对比1989年版的旧环保法, 《新环保法》虽然增加了第五章“信息公开和公众参与”对环保问题的信息公开和公众参与问题作出专门的规定, 但具体到环评制度上, 其并未对于我国建设项目的环评制度的信息公开和公众参与问题作出重大修改和调整, 主要是明确、强调了以下两点<sup>8</sup>:

(a) 《环评法》明确的环评论证会、听证会等征求公众意见活动的主办单位应为建设单位, 但在实践中, 还是有相当数量的建设项目以当地环保部门作为征求公众意见活动的主办单位的情况, 从而引发了环保部门“既当运动员又当裁判员”的疑问。鉴此, 《新环保法》再次明确, 报批建设项目环境影响报告书前, 应以建设单位作为责任主体, 由其负责举行论证会、听证会

5 如果有建设项目属于排放国家或地方实行总量控制的主要污染物的建设项目, 则其在申报环评文件前, 应首先申请取得主要污染物的排放总量指标。“十二五”, 中央确定的主要污染物为化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物; 地方实行总量控制的主要污染物, 根据各地政府的要求确定。

关于总量控制指标的申请办理, 请参考2014年12月30日环保部下发的《建设项目主要污染物排放总量指标审核及管理暂行办法》。

6 《新环保法》第44条: “国家实行重点污染物排放总量控制制度。重点污染物排放总量控制指标由国务院下达, 省、自治区、直辖市人民政府分解落实。企业事业单位在执行国家和地方污染物排放标准的同时, 应当遵守分解落实到本单位的重点污染物排放总量控制指标。”

对超过国家重点污染物排放总量控制指标或者未完成国家确定的环境质量目标的地区, 省级以上人民政府环境保护主管部门应当暂停审批其新增重点污染物排放总量的建设项目环境影响评价文件。”

7 《环评法》第21条第1款和第2款: “除国家规定需要保密的情形外, 对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目, 建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前, 举行论证会、听证会, 或者采取其他形式, 征求有关单位、专家和公众的意见。”

建设单位报批的环境影响报告书应当附具对有关单位、专家和公众的意见采纳或者不采纳的说明。……”

8 《新环保法》第56条: “对依法应当编制环境影响报告书的建设项目, 建设单位应当在编制时向可能受影响的公众说明情况, 充分征求意见。”

负责审批建设项目环境影响评价文件的部门在收到建设项目环境影响报告书后, 除涉及国家秘密和商业秘密的事项外, 应当全文公开; 发现建设项目未充分征求公众意见的, 应当责成建设单位征求公众意见。”

或者采取其他形式，征求公众意见；环保部门作为主管单位，应负责监督建设单位的上述活动和对于环评信息的公开情况。

(b)《新环保法》明确，建设单位应“充分”征求公众意见。这里的“充分”应如何理解，实践中建设单位应以是否遵守、执行了环保部于2006年2月24日颁布的《环境影响评价公众参与暂行办法》的相关规定为主要判断标准。

#### 6、环评手续的办理阶段

自2004年国务院颁布《关于投资体制改革的决定》以来，我国改革了之前不分投资主体、不分资金来源、不分项目性质，一律按投资规模大小分别由各级政府及有关部门审批的建设项目投资管理办法，将建设项目的立项程序区分为以下三种<sup>9</sup>：

(1) **审批制**：适用于政府投资项目。政府投资项目是指全部或部分使用中央预算内资金、国债专项资金、省级预算内基本建设和更新改造资金投资建设的地方项目。主要在社会公益事业、公共基础设施和国家机关建设，改善农村生产生活条件，保护和改善生态环境，调整和优化产业结构，促进科技进步和高新技术产业化等方面。

(2) **核准制**：适用于企业投资（含国有企业使用自有资金、银行贷款等）投资的重大建设项目和限制类项目（具体以中央和地方颁布的历次《政府核准的投资项目目录》为准）。企业投资建设实行核准制的项目，仅需向政府提交项目申请报告，不再经过批准项目建议书、可行性研究报告和开工报告的程序。政府对企业提交的项目申请报告，主要从维护经济安全、合理开发利用资源、保护生态环境、优化重大布局、保障公共利益、防止出现垄断等方面进行核准。

(3) **备案制**：适用于审批制和核准制以外的一切建设项目，具体备案的实施办法由省级政府制定规定规范。

根据上述分类，区分项目立项的不同程序，我国对于建设项目环评手续究竟应在哪个阶段办理进行了区分管理：

- 审批制项目：环评前置，应在项目可行性研究报告报发展改革部门审批立项前办理<sup>10</sup>；

- 核准制项目：环评前置，应在项目申请报告报发展改革部门核准立项前办理<sup>11</sup>；

- 备案制项目：不前置，开工前完成项目的环评即可，否则不得开工建设<sup>12</sup>。

因此，对于使用财政资金投资的审批制建设项目，

9 就适用于审批制和核准制的建设项目而言，它们的主要区别体现在资金来源方面；而就核准制和备案制的建设项目，它们的主要区别体现在行业方面。

10 《建设项目环境保护管理条例》第9条第1款

“建设单位应当在建设项目可行性研究阶段报批建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表；但是，铁路、交通等建设项目，经有审批权的环境保护行政主管部门同意，可以在初步设计完成前报批环境影响报告书或者环境影响报告表。”

11 《企业投资项目核准暂行办法》第8条：“项目申报单位在向项目核准机关报送申请报告时，需根据国家法律法规的规定附送以下文件：

(一) 城市规划行政主管部门出具的城市规划意见；  
(二) 国土资源行政主管部门出具的项目用地预审意见；  
(三) 环境保护行政主管部门出具的环境影响评价文件的审批意见；  
(四) 根据有关法律、法规应提交的其他文件。”

12 《建设项目环境保护管理条例》第9条第2款：“……按照国家有关规定，不需要进行可行性研究的建设项目，建设单位应当在建设项目开工前报批建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表；其中，需要办理营业执照的，建设单位应当在办理营业执照前报批建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表。”

以及纳入《政府核准的投资项目目录》的政府重点监控行业的建设项目，我国政府是通过环评手续前置、将其作为立项的必备条件的办法，以督促企业办理环评手续。而其他适用备案制的建设项目，其环评并不是立项备案的前提条件。相比其他使用财政资金投资的审批制建设项目，以及纳入《政府核准的投资项目目录》的政府重点监控行业的建设项目，我国法规对于适用备案制立项的建设项目办理环评手续的严格程度要求略低。

但需要指出的是，随着国务院办公厅于2014年12月10日颁布《国务院办公厅关于印发精简审批事项规范中介服务实行企业投资项目网上并联核准制度工作方案的通知》（国办发〔2014〕59号）（下称“《并联核准通知》”），对于建设项目的政府投资管理体制和审批方式作出改革，我国多年以来实行的审批制、核准制建设项目环评前置审核的管理方式将发生了一定的变化，对此，笔者将在后文中作出分析。

### 7、行政处罚

根据《新环保法》第63条，建设单位未依法进行环评，被责令停止建设，拒不执行，尚不构成犯罪的，除依照有关法律法规规定予以处罚外，县级以上环保部门或其他主管部门有权将案件移送公安机关，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处十日以上十五日以下拘留；情节较轻的，处五日以上十日以下拘留。

除以上对于未依法环评情况下建设单位主管人员和责任人员的行政处罚外，关于建设项目未依法环评的行政处罚问题，请见本文第五部分的相关内容，本处不再赘述。

## 二、建设阶段：试生产和环保验收

我国相关法律法规确立了建设项目的环境保护措施必须与主体工程同时设计、同时施工和同时投产使用的“三同时”制度对于建设项目建设施工阶段的环保问题予以规范。在管理上主要分为三个阶段：建设项目施工阶段、建设项目试生产阶段、建设项目竣工环保验收阶段。

“同时设计”是指建设项目的初步设计，应当按照环境保护设计规范的要求，编制环境保护篇章，并依据经批准的环评文件，在环境保护篇章中落实防治环境污染和生态破坏的措施以及环境保护设施投资概算<sup>13</sup>。此项要求隶属于初步设计及其审核/备案程序。针对建设项目建设阶段的环保程序问题，本文将重点关注试生产和环保验收两项程序。

### （一）试生产

试生产是指建设项目完成主体工程设计施工和交工验收后对项目设施设备进行调试运行，并接受环保部门监督监控，对于环保设施进行调试、监控、评价的阶段和制度。目的是使得环保部门能够对该等项目环保设施的技术能力、运行情况作出检测和监察，以确保有关环保设施投入运营后，能够稳定地发挥污染处置、环境保护的功能。通过试运营期、检查监测达标，有关建设项目方能够正式通过环保验收，投入正式运营。

#### 1、适用情况

根据《建设项目环境保护管理条例》第18条：“建设项目的主体工程完工后，需要进行试生产的，其配套建设的环境保护设施必须与主体工程同时投入试运行。”根据环保部于2003年12月31日给广东省环境保护厅的复函，“建设项目是否安排试生产，由各个行业部

<sup>13</sup> 《建设项目环境保护管理条例》第17条。

门规定”<sup>14</sup>，暨，就如何判断有关建设项目是否需要进行试生产，环保部的意见是如果该建设项目的行业主管部门要求该项目进行试生产，则该项目也应在试生产前向环保部门提出试生产申请，以便环保部门从环保的角度进行审核监督。

从实务操作的层面，一般而言，对于环境影响轻微的建设项目可忽略本步骤，直接申请环保验收。具体到某个项目是否需要进行试生产，除可参考环保部的上述复函的意见外，也可以该项目的环评文件中环保部门是否要求该项目进行试生产为准（如有）。

## 2、审批权限

《建设项目竣工环境保护验收管理办法》第7条规定“建设项目试生产前，建设单位应向有审批权的环境保护行政主管部门提出试生产申请。”从“谁审批，谁监管”的原则出发，为方便建设项目环评文件的执行和落

实，这里的对于试生产有“有审批权”的环保部门通常应是指审批该项目环评文件的环保部门。

但需要指出的是，上述仅仅是试生产申请审批的一般原则。为方便建设单位申请办理试生产申请，体现项目所在地环保部门的属地管理的便利，《建设项目竣工环境保护验收管理办法》中直接将由环保部审批环评文件的非核设施建设项目的试生产申请的审核权下放至了省一级环保部门<sup>15</sup>；除此之外，实践中也存在相当数量的上一级环保部门将由其审批环评文件的建设项目试生产申请的审核权下放至项目当地下级环保部门的情况。

## 3、建设单位试生产申请的审核原则

建设单位提出试生产申请应满足的主要条件，同时也是环保部门审核的主要要点大致如下所示：

（1）环境保护设施<sup>16</sup>与主体工程同步建成，且符合环评文件及其批准书和环境保护设计要求；

14 环保部于2003年12月31日下发的《关于建设项目主体工程投入生产认定问题的复函》（环函[2003]380号）第二条：“二、建设项目是否需要试生产的判断依据

《条例》第十八条规定：“建设项目的主体工程完工后，需要进行试生产的，其配套建设的环境保护设施必须与主体工程同时投入试运行”。在实际监管过程中，建设项目是否需要试生产，可依据以下规定判定：

1、根据1982年国家经委、国家计委、财政部、建设银行《关于认真清理收尾项目抓紧竣工验收交付使用的几点意见》（经基【1982】190号）的规定：“国外引进成套设备项目和化工项目，从投料试车出合格产品时可以安排不超过3个月的试生产”。

2、1990年国家计委《关于印发〈建设项目（工程）竣工验收办法〉的通知》（计建设[1990]1215号）规定，除国外引进设备项目外，“其他项目在验收前是否要安排试生产阶段，按各个行业的规定执行”。根据该文件规定，建设项目是否安排试生产，由各个行业部门规定。”

15 《建设项目环保竣工验收管理办法》第7条：“……对国务院环境保护行政主管部门审批环境影响报告书（表）或环境影响登记表的非核设施建设项目，由建设项目所在地省、自治区、直辖市人民政府环境保护行政主管部门负责受理其试生产申请，并将其审查决定报送国务院环境保护行政主管部门备案。

核设施建设项目试运行前，建设单位应向国务院环境保护行政主管部门报批首次装料阶段的环境影响报告书，经批准后，方可进行试运行。”

16 根据环保部2000年2月22日发布的《关于建设项目环境保护设施竣工验收监测管理有关问题的通知（环发〔2000〕38号）的附件《建设项目环境保护设施竣工验收监测技术要求(试行)》第3.1.1条的规定，建设项目的“环境保护设施”的含义和外延如下：

“3.1.1 建设项目为自身污染物达标排放或满足污染物总量控制的要求而必须采取的治理措施。主要包括以下方面的设施、装置、设备：

- a、专用于环境、生态保护和污染防治；
- b、既是生产工艺中的一个环节，同时又具有环境保护功能；
- c、用于污染物回收与综合利用；
- d、为建设项目环境保护监测工作配套；
- e、用于防止潜在突发性污染事故。

3.1.2 建设项目为维护其影响的生态环境而必须采取的环境保护工程措施包括：生态恢复工程、绿化工程、边坡防护工程等。

3.1.3 建设项目为满足环境影响评价中提出对原有污染物一并治理的要求以及为新建项目污染物排放总量控制要求而承担的区域环境污染综合整治和区域污染物排放削减中的污染治理工作而建设的污染治理设施。”



(2) 对试生产中可能存在的环境风险，有必要的防范措施和应急预案；

(3) 配备了符合上岗条件的环境保护专业管理人员等。

#### 4、试生产的时限

一般不超过3个月，建设单位应自试生产之日起3个月内申请环保验收。为控制建设单位故意拖延试生产期限、不申请环保竣工验收的问题，对试生产3个月确不具备环保验收条件的建设项目，建设单位应当在试生产的3个月内，向环保部门提出该建设项目环境保护延期验收申请。经批准后建设单位方可继续进行试生产，但最长不超过一年。核设施建设项目试生产的期限最长不超过2年<sup>17</sup>。

#### 5、行政处罚

(1) 根据《建设项目环境保护管理条例》第26条的规定，试生产建设项目配套建设的环境保护设施未与主体工程同时投入试运行的，审批该建设项目环评文件的主管环保部门有权责令限期改正；逾期不改正的，有权责令其停止试生产，并可以处5万元以下的罚款。

但需要指出的是，建设项目配套的环境保护设施如果与主体工程同时投入试运行，但建设单位未向环保部门提出试生产申请，国家现有法律法规并未设定相应的行政处罚条款。建设单位仅是应向但未向环保部门提出试生产申请的情况，并不会导致建设单位遭遇相应的行政处罚。

(2) 《建设项目环境保护管理条例》第27条的规

定，建设项目投入试生产超过3个月，建设单位未申请环保验收或者延期验收的，环保部门有权责令限期办理环境保护验收手续；逾期未办理的，责令停止试生产，并可以处5万元以下罚款。

## (二) 环保验收

环保验收是建设项目竣工后，环保部门依据项目环评文件和有关法律法规，结合环境保护验收监测或调查结果，并通过现场检查等手段，考核该建设项目的环境保护设施是否达到环境保护要求的一种制度。

### 1、适用情况

所有建设项目。

### 2、审批权限

根据“谁审批，谁监管”的原则，建设项目的环保验收由其环评文件的审批备案环保部门负责<sup>18</sup>。

### 3、审查原则

根据《建设项目竣工环境保护验收管理办法》第16条的规定，建设项目竣工环境保护验收的审查原则如下：

(1) 建设前期环境保护审查、审批手续完备，技术资料与环境保护档案资料齐全；

(2) 环境保护设施及其他措施等已按批准的环评文件和设计文件的要求建成或者落实，环境保护设施经负荷试车检测合格，其防治污染能力适应主体工程的需要；

(3) 环境保护设施安装质量符合国家和有关部门颁

17 《建设项目竣工环境保护验收管理办法》10条：“进行试生产的建设项目，建设单位应当自试生产之日起3个月内，向有审批权的环境保护行政主管部门申请该建设项目竣工环境保护验收。

对试生产3个月确不具备环境保护验收条件的建设项目，建设单位应当在试生产的3个月内，向有审批权的环境环境保护行政主管部门提出该建设项目环境保护延期验收申请，说明延期验收的理由及拟进行验收的时间。经批准后建设单位方可继续进行试生产。试生产的期限最长不超过一年。核设施建设项目试生产的期限最长不超过二年。”

18 《建设项目竣工环境保护验收管理办法》第5条：“国务院环境保护行政主管部门负责制定建设项目竣工环境保护验收管理规范，指导并监督地方人民政府环境保护行政主管部门的建设项目竣工环境保护验收工作，并负责对其审批的环境影响报告书（表）或者环境影响登记表的建设项目竣工环境保护验收工作。

县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门按照环境影响报告书（表）或环境影响登记表的审批权限负责建设项目竣工环境保护验收。”

发的专业工程验收规范、规程和检验评定标准；

(4) 具备环境保护设施正常运转的条件，包括：经培训合格的操作人员、健全的岗位操作规程及相应的规章制度，原料、动力供应落实，符合交付使用的其他要求；

(5) 污染物排放符合环评文件和设计文件中提出的标准及核定的污染物排放总量控制指标的要求；

(6) 各项生态保护措施按环评文件规定的要求落实，建设项目建设过程中受到破坏并可恢复的环境已按规定采取了恢复措施；

(7) 环境监测项目、点位、机构设置及人员配备，符合环评文件和有关规定的要求；

(8) 环评文件提出需对环境保护敏感点进行环境影响验证，对清洁生产进行指标考核，对施工期环境保护措施落实情况进行工程环境监理的，已按规定要求完成；

(9) 环评文件要求建设单位采取措施削减其他设施污染物排放，或要求建设项目所在地地方政府或者有关部门采取“区域削减”措施满足污染物排放总量控制要求的，其相应措施得到落实。

#### 4、行政处罚

根据《建设项目环境保护管理条例》第28条的规定，建设项目需要配套建设的环境保护设施未建成，未经建设项目环保验收或者验收不合格，主体工程正式投入生产或者使用的，环保部门有权责令其停止生产或者使用，并可以处10万元以下的罚款。

### 三、建成后的运营管理阶段：排污许可、排污费和污染物排放监测

在各类建设项目建成投入运营后，其产生的污染物主要包括废气、废水、固体废物、噪声和光污染。目前，我国中央和地方主要针对前三种污染物的排放制定了不同的制度予以规范：

其中，就废气、废水，由于其中包含的污染物质理论和实践上是可以通过相应的无害化处理与相应的气体、水分离的，因此，我国的相关法规和实践允许经过处理的废气和废水直接排入环境。就向环境直接或间接排放废气、废水和噪声的排污者，其应领取相应类别的排污许可证（或污水排入排水管网许可证）、缴纳排污费（或污水处理费）方得合法排污。本文将在以下部分对于其中的排污许可和排污费制度予以介绍分析。

而固体废物则与上述三种污染物略有不同。作为单独的一种废物类型，除了建设项目生产过程中产生的固体废物外，废气、废水类污染物处理后的污染残留凝聚物（如污水处理后产生的污泥、废气处理后的废渣等）也应被视为是固体废物。对于固体废物，在现实处置中，其中部分可以予以循环再生、综合利用，而部分则作为最终的污染物，无法通过降解、分离的做法予以无害化处置，必须妥善储存、销毁，而不能直接排向环境。体现在法规层面，我国针对建设项目固体废物运输、处理处置的法律制度与废气、废水的制度不尽相同，比较复杂。本文将不予涉及，留待以后专项讨论。

#### （一）排污许可

我国排污许可办理的法律依据见诸于《中华人民共和国水污染防治法》、《中华人民共和国大气污染防治法》等污染防治单行法<sup>19</sup>。但该等单行法只是规定了污水排放和废气排放应实行排污许可管理；而多年来，虽然环保部门几次力推制定《排污许可管理条例》，但均无果而终。在我国中央一级政府还未对排污许可的问题制定、颁布系统的法律规范的情况下<sup>20</sup>，排污许可管理的操作依据主要为各地方政府颁布的相关管理规定，排污许可的核发、管理制度并不完善。现行的排污许可制度的主要内容大致如下：

### 1、排污许可证的发放对象

所有直接或间接向环境（包括城市集中处理或者其他工业污染物集中处理设施）排放废气、废水的法人、其他组织和个体工商户<sup>21</sup>。

### 2、排污许可证对污染物排放的控制方法

根据笔者的经验，我国排污许可证对于废气、废水的排污者排污行为的控制主要通过以下三项实现：

（1）确定排污者的排放物（总体可分为国家重点控制的污染物、地区特征污染物，以及行业特征污染物三

种）；

（2）确定污染物总量控制指标和/或浓度控制标准<sup>22</sup>；

（3）确定排污口和排污走向（部分地区的排污许可证中并不包含此项）。

### 3、排污许可证类型及有效期

（1）排污许可证分《排污许可证》和《临时排污许可证》两种类型：

（a）对排放污染物不超过排污总量控制指标的主要排污者和排放污染物不超过国家或者地方规定的排放标

19 《中华人民共和国水污染防治法》第20条：“国家实行排污许可制度。

直接或者间接向水体排放工业废水和医疗污水以及其他按照规定应当取得排污许可证方可排放的废水、污水的企业事业单位，应当取得排污许可证；城镇污水集中处理设施的运营单位，也应当取得排污许可证。排污许可的具体办法和实施步骤由国务院规定。

禁止企业事业单位无排污许可证或者违反排污许可证的规定向水体排放前款规定的废水、污水。”

《水污染防治法实施细则》第10条：“县级以上地方人民政府环境保护部门根据总量控制实施方案，审核本行政区域内向该水体排污的单位的重点污染物排放量，对不超过排放总量控制指标的，发给排污许可证；对超过排放总量控制指标的，限期治理，限期治理期间，发给临时排污许可证。具体办法由国务院环境保护部门制定。”

《中华人民共和国大气污染防治法》第15条：“国务院和省、自治区、直辖市人民政府对尚未达到规定的大气环境质量标准的区域和国务院批准划定的酸雨控制区、二氧化硫污染控制区，可以划定为主要大气污染物排放总量控制区。主要大气污染物排放总量控制的具体办法由国务院规定。

大气污染物总量控制区内有关地方人民政府依照国务院规定的条件和程序，按照公开、公平、公正的原则，核定企业事业单位的主要大气污染物排放总量，核发主要大气污染物排放许可证。

有大气污染物总量控制任务的企业事业单位，必须按照核定的主要大气污染物排放总量和许可证规定的排放条件排放污染物。”

20 2003年1月2日，环保部下发了《排污许可试点工作方案》，对于排污许可的发放、管理等问题作出了相对系统的规定。但从我国排污许可的现有实践看，该试点工作方案并未得到普遍的遵循，证据之一是，检索各地环保部门所公布的办理《排污许可证》的法律依据中，笔者暂未发现有将《排污许可试点工作方案》列为法律依据的，基本都是以前《水污染防治法》、《大气污染防治法》等环保单行法，以及相关地方政府颁布的关于排污许可的相关法规（如有）为依据的。

21 《中华人民共和国大气污染防治法》第15条：“国务院和省、自治区、直辖市人民政府对尚未达到规定的大气环境质量标准的区域和国务院批准划定的酸雨控制区、二氧化硫污染控制区，可以划定为主要大气污染物排放总量控制区。主要大气污染物排放总量控制的具体办法由国务院规定。大气污染物总量控制区内有关地方人民政府依照国务院规定的条件和程序，按照公开、公平、公正的原则，核定企业事业单位的主要大气污染物排放总量，核发主要大气污染物排放许可证。”

《中华人民共和国水污染防治法》第20条：“第二十条 国家实行排污许可制度。

直接或者间接向水体排放工业废水和医疗污水以及其他按照规定应当取得排污许可证方可排放的废水、污水的企业事业单位，应当取得排污许可证；城镇污水集中处理设施的运营单位，也应当取得排污许可证。排污许可的具体办法和实施步骤由国务院规定。

禁止企业事业单位无排污许可证或者违反排污许可证的规定向水体排放前款规定的废水、污水。”

22 “浓度控制”是指以控制污染源排放口排出污染物的浓度为核心的环境管理的方法体系。其核心内容为国家环境污染物排放标准。此外，还有不同行业污染物排放标准和省级污染物排放标准。“浓度控制”一直以来都是中国环境管理政策的核心。但其存在的一个重大不足在于，即便某一时段内某地区的所有排污企业都遵守了相应的污染物排放标准，但是由于环境容量有限，该时段内该区域的环境容量依然超载、受到严重污染。为此，我国政府引入了“总量控制”这一管理方法，将其适用于大量排放重点污染物的排污大户的排污管理：首先确定区域主要污染物的排放总量，在此基础上，将总量指标层层分解下放，从而，这一类排污大户的排污行为，除了应遵守相应的污染物排放标准（浓度控制），还应控制排放总量不得超过自身所得的污染物排放总量指标。

准的其他排污者，发放《排污许可证》；

(b) 对排放污染物超过排污总量控制指标的主要排污者，限期治理。限期治理期间，发放《临时排污许可证》；对排放污染物超过国家或地方规定排放标准的其他排污者，发放《临时排污许可证》；

(c) 建设项目试生产期间排放污染物的，发放《临时排污许可证》；建设项目正式投产前，环保设施经环保验收合格的，换发《排污许可证》。

(2) 《排污许可证》有效期一般为三年，《临时排污许可证》有效期一般为一年。

#### 4、行政处罚

在《新环保法》颁布实施前，我国中央一级的法律法规对于单纯的建设单位未办理排污许可证即排污的行为（即无排污许可证排污，但排污达标的情况）是否应施以行政处罚、施以怎样的行政处罚问题，并未作出明确的规定（如没有排污许可证且超标排污，则按超标排污处理），主要交由各地方政府颁布制定地方性法规、规范处理。2015年《新环保法》正式将排污许可制度纳入了该法规范的范畴，无证排污行为的行政处罚体系也随之相应建立：

(1) 根据《新环保法》第59条，地方性法规可以对无证排污的行为规定相应的处罚措施，包括处以罚金；如环保部门要求无证排污的建设单位限期改正，且其拒不改正的，环保部门可以自责令改正之日的次日起，按照原处罚数额按日连续处罚<sup>23</sup>。

(2) 根据《新环保法》第63条，建设单位违反法律规定无证排污，被责令停止排污，拒不执行，尚不构成犯罪的，除依照有关法律法规规定予以处罚外，县级以

上环保部门或其他主管部门有权将案件移送公安机关，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处十日以上十五日以下拘留；情节较轻的，处五日以上十日以下拘留。

## (二) 排污费

### 1、适用情况

根据2003年7月1日起实施的由国家发展计划委员会、财政部、国家环境保护总局、国家经济贸易委员会等四部委联合下发的《排污费征收标准管理办法》第3条，我国的各类排污费及其适用情况如下：

(1) 污水排污费——对向水体排放污染物的，按照排放污染物的种类、数量计征污水排污费。

超标排污费——超过国家或者地方规定的水污染物排放标准的，按照排放污染物的种类、数量和本办法规定的收费标准计征的收费额加一倍征收超标排污费。

除外情况：

(a) 向城市污水集中处理设施排放污水、按规定缴纳污水处理费的，不再征收污水排污费。

(b) 对城市污水集中处理设施达到国家或地方排放标准排放的水，不征收污水排污费。

但是，如果城市污水集中处理设施接纳符合国家规定标准的污水，其处理后排放污水的有机污染物（化学需氧量、生化需氧量、总有机碳）、悬浮物和大肠菌群超过国家或地方排放标准的，其仍需缴纳超标排污费（对氨氮、总磷暂不收费）。

(2) 废气排污费——对向大气排放污染物的排污

23 《新环保法》第59条：“企业事业单位和其他生产经营者违法排放污染物，受到罚款处罚，被责令改正，拒不改正的，依法作出处罚决定的行政机关可以自责令改正之日的次日起，按照原处罚数额按日连续处罚。

前款规定的罚款处罚，依照有关法律法规按照防治污染设施的运行成本、违法行为造成的直接损失或者违法所得等因素确定的规定执行。

地方性法规可以根据环境保护的实际需要，增加第一款规定的按日连续处罚的违法行为的种类。”



者，按照排放污染物的种类、数量计征废气排污费。

除外情况——对机动车、飞机、船舶等流动污染源暂不征收废气排污费。

(3) 固体废物及危险废物排污费——对没有建成工业固体废物贮存、处置设施或场所，或者工业固体废物贮存、处置设施或场所不符合环境保护标准的，按照排放污染物的种类、数量计征固体废物排污费。对以填埋方式处置危险废物不符合国务院环境保护行政主管部门规定的，按照危险废物的种类、数量计征危险废物排污费。

(4) 噪声超标排污费——对环境噪声污染超过国家环境噪声排放标准，且干扰他人正常生活、工作和学习的，按照噪声的超标分贝数计征噪声超标排污费。

除外情况——对机动车、飞机、船舶等流动污染源暂不征收噪声超标排污费。

## 2、法律性质和征收管理体制

根据《排污费征收管理条例》、《排污费资金收缴使用管理办法》的相关规定：

(1) 排污费属于中央设定的环保类型的全国性的行政事业性收费，收缴的目的主要是为了补偿排污者对于自然公共资源的占用和损害。

(2) 排污费资金纳入财政预算，收缴、使用必须实行“收支两条线”的管理原则，不得由环保部门擅自截留保存，必须缴入地方国库。之后，地方国库按照1:9的比例，10%作为中央预算收入缴入中央国库，作为中央环境保护专项资金；90%作为地方预算收入，缴入地方国库，作为地方环境保护专项资金。作为环境保护专

项资金管理的排污费，全部专项用于污染防治，任何单位和个人不得截留、挤占或者挪作他用。

但需要指出的是，2014年11月21日，财政部颁布了《关于完善政府预算体系有关问题的通知》。根据该《通知》第二条第(三)款，随着我国税费体制的改革(尤其是排污费改环境保护税的改革)，不排除未来我国政府将逐步取消排污费专款专用的规定，统筹安排相关经费的可能。

## 3、排污费的核定和排污费的缴纳标准

### (1) 排污费核定的程序

根据相关实践，为确定排污者应缴纳的排污费：

首先，排污者进行排污申报登记，向环保部门申报其所排放的污染物的种类、数量以及排污情况，并在排污状况有重大变化时及时变更申报<sup>24</sup>；

第二步，环保部门以其对排污者的调查、监测数据、排污单位的排污申报数据以及日常检查记录等资料和信息为基础，核定各排污单位的实际排污量。

### (2) 排污费征收标准和计算方法

表格中所述四类污染物数量的核定方法、排污费的具体计算方法，请参考2003年的《排污费征收标准管理办法》以及2014年的《关于调整排污费征收标准等有关问题的通知》，本文不再赘述。

## 4、排污费的减免

根据2003年6月3日，财政部、国家发展改革委员会、国家环境保护总局联合颁布的《关于减免及缓缴排污费等有关问题的通知》(财综[2003]38号)，排污费

24 1992年8月14日，环保部颁布了《排放污染物申报登记管理规定》，确立了排污者自行申报排放污染物的种类、数量等信息后，可以合法排污的管理制度。2010年12月12日，环保部颁布命令废止了该管理规定，笔者理解，废止该规定的主要理由是，从法律层面，污染物的排放申报制度实际上与排污许可制度本身是重复的，从简化政府监管程序的角度，污染物的排放申报制度被废止。但在实践中，污染物的排放申报制度实际上依然是被沿用的，具体用途包括：(1)在我国还未建立起完善的政府对于污染物排放的自动监测体系的情况下，依然需要依赖排污者对于污染物排放的申报来确定排污者排放污染物的种类、数量等，从而据此计算排污费；(2)由于固体废物的排放难于进行自动监测，排污许可制度暂时在固体废物的排放管理方面未予适用，仍需依赖生产固体废物的排污者对于其生产的固体废物的种类和数量等信息进行申报，从而方便政府监管。

	征收标准 <sup>25</sup>	备注
污水	0.7元/污染当量	根据2014年9月1日国家发展和改革委员会、财政部和环保部三部委联合下发的《关于调整排污费征收标准等有关问题的通知》，在2015年6月底前，污水中的化学需氧量、氨氮和五项主要重金属（铅、汞、铬、镉、类金属砷）污染物排污费征收标准调整至不低于每污染当量1.4元。
废气	0.6元 对难以监测的烟尘，可按林格曼黑度征收排污费。每吨燃料的征收标准为：1级1元、2级3元、3级5元、4级10元、5级20元。	根据2014年9月1日国家发展和改革委员会、财政部和环保部三部委联合下发的《关于调整排污费征收标准等有关问题的通知》，2015年6月底前，废气中的二氧化硫和氮氧化物排污费征收标准调整至不低于每污染当量1.2元。
固体废物	对无专用贮存或处置设施和专用贮存或处置设施达不到环境保护标准（即无防渗漏、防扬散、防流失设施）排放的工业固体废物，一次性征收固体废物排污费。每吨固体废物的征收标准为：冶炼渣25元、粉煤灰30元、炉渣25元、煤矸石5元、尾矿15元、其它渣（含半固态、液态废物）25元。 对以填埋方式处置危险废物不符合国家有关规定的，危险废物排污费征收标准为每次每吨1000元。	
噪声	噪声污染的排污费的征收标准比较复杂，具体可参见2003年的《排污费征收标准管理办法》。	

减免制度的主要内容如下：

**(1) 适用情况**

排污者遇台风、火山爆发、洪水、干旱、地震等不可抗力自然灾害以及因突发公共卫生事件、火灾、他人破坏等遭受重大直接经济损失，可以申请减缴或者免缴排污费；排污者因未及时采取有效措施，造成环境污染的，不得申请减缴或者免缴排污费。

**(2) 减免限额**

排污者申请减免排污费的最高限额不得超过1年的排污费应缴额。

**(3) 审批权限**

(a) 装机容量30万千瓦以上的电力企业申请减免二氧化硫排污费，按照下列权限审批：

(i) 减免排污费数额在500万元以下（含500万元）

的，由省级财政、价格主管部门会同环保部门审批。

(ii) 减免排污费数额在500万元以上的，由省级财政、价格主管部门会同环保部门提出审核意见，报国务院财政、价格主管部门会同环保部门审批。

(b) 除上述(a)所列项目以外，排污者申请减免排污费，按照下列权限审批：

(i) 减免排污费数额在50万元以下（含50万元）的，由市（地、州）财政、价格主管部门会同环保部门审批。

(ii) 减免排污费数额在50万元以上500万元以下（含500万元）的，由省级财政、价格主管部门会同环保部门审批。

(iii) 减免排污费数额在500万元以上的，由省级财政、价格主管部门会同环保部门提出审核意见，报国务院

25 本栏所列的征收标准均根据2003年7月1日起实施的《排污费征收标准管理办法》确定。

院财政、价格主管部门会同环保部门审批。

### 5、行政处罚

根据《排污费征收使用管理条例》第21条和第22条的规定，排污者未依规缴纳排污费或者以欺骗手段骗取批准减缴、免缴或者缓缴排污费的情况下，其面临的行政处罚如下：

(1) 排污者未按照规定缴纳排污费的，由县级以上地方环保部门责令限期缴纳；逾期拒不缴纳的，处应缴排污费数额1倍以上3倍以下的罚款，而报经有批准权的人民政府批准的，环保部门还有权责令其停产停业整顿。

(2) 排污者以欺骗手段骗取批准减缴、免缴或者缓缴排污费的，由县级以上地方环保部门责令限期缴纳，并处所骗取批准减缴、免缴或者缓缴排污费数额1倍以上3倍以下的罚款。

## (三) 污染物排放监测

自2005年起，环保部陆续制定颁布的《污染源自动监控管理办法》以及《主要污染物总量减排监测办法》等系列法规，初步建立了以重点污染源自动在线监测为核心，以污染源监督性监测（包括手工监测和实验室比对监测）为辅的环境污染物排放监测体系。

### 1、适用情况、监控方式

重点污染源自动在线监测——适用于被列入国家、地方（省市县）重点污染源的企事业单位（具体名单由相关政府发布，动态更新）。该等企事业单位应安装污染物自动在线监测装置和系统（已建成或在建项目应加装，未建项目应在环评文件、环保设计和施工过程中予以落实），数据监测由排污企事业单位负责，日常运行由有资质的运营单位负责，并与环保部门的监控中心联网，实施上传污染物排放数据。

污染源监督性检测——适用于对下列排污者的监

测：（1）应安装但未安装自动监测设备的重点污染源企事业单位，（2）未强制要求安装自动监测设备的普通污染源企事业单位，及（3）安装自动监测设备，但其没有与环保部门监控中心联网的企事业单位。环保部门定期对上述排污者进行手工监测，其中国控污染源的监测频次不少于每季度一次。

### 2、行政处罚

根据《污染源自动监控管理办法》第16-18条，我国对于违反重点污染源自动监控管理规定行为设定的行政处罚如下：

(1) 如负有安装、运行自动监测系统的现有重点污染物排放单位未按规定的期限（2008年）完成安装自动监控设备及其配套设施的，由县级以上环保责令限期改正，并可处1万元以下的罚款；

(2) 新建、改建、扩建和技术改造的项目未安装自动监控设备及其配套设施，或者未经验收或者验收不合格的，主体工程即正式投入生产或者使用的，由环保部门依据《建设项目环境保护管理条例》责令停止主体工程生产或者使用，可以处10万元以下的罚款。

(3) 有下列行为之一的，由县级以上地方环保部门按以下规定处理：

(a) 故意不正常使用水污染物排放自动监控系统，或者未经环境保护部门批准，擅自拆除、闲置、破坏水污染物排放自动监控系统，排放污染物超过规定标准的；

(b) 不正常使用大气污染物排放自动监控系统，或者未经环境保护部门批准，擅自拆除、闲置、破坏大气污染物排放自动监控系统的；

(c) 未经环境保护部门批准，擅自拆除、闲置、破坏环境噪声排放自动监控系统，致使环境噪声排放超过规定标准的。

有前述（a）项行为的，依据《中华人民共和国水污染防治法》第48条和《中华人民共和国水污染防治法实

施细则》第41条的规定，环保部门有权责令恢复正常使用或者限期重新安装使用，并处10万元以下的罚款；有前述第（b）项行为的，依据《中华人民共和国大气污染防治法》第46条的规定，环保部门有权责令停止违法行为，限期改正，给予警告或者处5万元以下罚款；有前述第（c）项行为的，依据《环境噪声污染防治法》第50条的规定，环保部门有权责令改正，处3万元以下罚款。

#### 四、建设项目环保行政管理存在的问题

仅从法规的层面，针对建设项目，我国目前已经初步建立了一整套环环相扣、动静监管结合的环保行政管理制度：

首先，环评作为整个环保程序的最重要的一环，确定了有关建设项目项目污染物排放的总量、排放种类、环保工艺技术等一系列重大问题，是项目后续编制设计文件、施工、环保设备采购、进行环保验收、确定项目排污总量和种类、申领颁发排污许可证等一系列的基础性文件。

其次，环保验收是建设阶段的最后一环和正式运营的起始点，目的是通过一定时期的试运营，由环保部门从技术的角度对建设项目的环保设施是否稳定达到了环评文件所要求的性能功能作出评价和确认。

第三，颁发排污许可、重点项目环保联网监测构成了环保部门对建设项目运营排污监管的主要手段。其中：（1）《排污许可证》是总量监控和/或浓度控制（静态监控）手段，确定了建设项目总体上需要达到的污染物排放总量和/或浓度控制和分类控制目标；（2）对重点项目的日常监控（动态监控）由污染物排放自动监测制度承担。

第四，在环境保护税暂未出台的情况下，通过向排污者征收排污费，作为对其实施环境污染行为的补偿，

通过施加一定的经济压力促使企业采取环保措施、节能减排，也为我国环境环保和污染防治事业筹集了相应的资金。

然而，在实践中，受到环保意识、监管能力，特别是经济发展压力和水平的限制，仅从行政管理角度，我国建设项目环保制度的问题也是非常突出的：

##### （一）环评不规范，基础性作用不足

环评补办率太高，再加上环评文件的内容合理性合法性经常存在问题、刻意降低应予执行的环保标准的情况比较常见，导致环评程序无法充分发挥环评程序的基础性程序的作用，环保文件无法充分发挥环保设施设计、施工、运行的基础性文件的作用。

##### （二）轻事中和事后监管，轻动态监管

在这一方面，比较典型的的就是建设项目建成投入运营后的排污许可发放、污染物排放自动监测和排污费方面的问题。

从理论上说，在建设项目建成投入运营后，通过排污许可证、排污费和污染物排放监测三项制度的协同作用，建设项目是可以达到合法达标排污，保护环境的效果的：

（1）排污许可证通过明确建设项目排放污染物的种类、数量（浓度上限、总量指标）、排污口的设置、污染治理设施的情况等，在总体上设定了建设项目污染物排放应予遵循的各项具体规则和控制目标，是建设项目运营后排污监管的基础法律文件。

（2）污染物排放自动监测制度作为落实排污许可的各项要求的动态控制手段，使得环保部门可以通过与企业联网，直接、实时地掌握建设项目的排污情况，将相



关数据作为环保部门进行排污申报核定、排污许可证发放、总量控制、环境统计、排污费征收和现场环境执法等环境监督管理的依据。

(3) 排污费作为对于建设项目环境污染的补偿性收费, 在根据污染物排放的实际监测数据核定的情况下, 体现多排多缴、超排惩罚、少排少缴的原则, 不仅有助于在经济方面补偿建设项目对于环境的实际损害, 还有助于倒逼排污者采取污染防治措施, 通过改变个体的污染防治能力、提高个体的环保效果, 实现社会和国家整体的污染防治效果、环境保护能力。

但现实中, 污染物排放自动监测制度在我国实际上在2005年才被正式提出, 适用的对象也仅是重点排污者而非所有的排污者; 而受限于环保意识补强、企业承受能力有限、财政支持力度不足等多方面的原因, 污染物自动监测的覆盖范围不足、监测力度不够是比较常见的情况, 甚至还出现了相当数量的排污者通过伪造监测数据, 减轻、规避其环保义务的情况。

而由于作为运营排污监控的主要控制手段的污染物自动监测制度本身存在缺陷, 落实起来也困难重重, 导致我国的排污许可和排污费制度在实践中也问题突出, 形同虚设:

(1) 在缺乏有效、准确的监测数据的情况下, 环保部门只能依赖排污者自行申报确定排污种类、数量等信息, 无法准确掌握排污者污染防治设备的运营情况, 从而使得排污许可证这一本应是控制污染物排放的法律工具,

在实践中演化成了排污的执照, 排污者拿到排污许可即可合法排污, 而非排污者必须达标排污才能视为合法排污。

(2) 同理, 环保部门在核定排污费时, 缺乏现实依据, 主要依赖排污者自行申报的数据。从而使得排污费的缴纳与排污者的实际排污情况脱节, 难于从经济成本方面倒逼排污者采取污染防治措施、节能减排。

### (三) 罚金排污费征收标准过低, 政府监管不严, 环保违法成本过低

1、在《新环保法》实施前的多年中, 对比建设项目普遍较高的投资总额, 我国相关环保法律法规对于环保违法行为的处罚力度普遍较轻。例如, 针对环评缺失而擅自开工建设的情况, 根据2003年的《环评法》, 只有在建设单位逾期不补办手续的, 环保部门方才可以对其处以罚款, 而罚金的上限仅为20万元。而根据《建设项目环境保护管理条例》, 针对违反“三同时”制度的建设项目, 一般也首先适用限期改正而非直接处罚; 而最高的罚金处罚上限也仅为人民币10万元<sup>26</sup>。

2、在2014年9月1日国家发展改革委员会、财政部和环保部三部委联合下发的《关于调整排污费征收标准等有关问题的通知》前, 多年以来, 我国排污费的征收标准和方式方法问题沿用的均是2003年7月1日起实施的《排污费征收标准管理办法》, 其中, 污水类和废气类污染物排污费征收标准分别为每污染当量0.7元和0.6

26 《建设项目环境保护管理条例》第26条: “违反本条例规定, 试生产建设项目配套建设的环境保护设施未与主体工程同时投入试运行的, 由审批该建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表的环境保护行政主管部门责令限期改正; 逾期不改正的, 责令停止试生产, 可以处5万元以下的罚款。”

第27条 违反本条例规定, 建设项目投入试生产超过了3个月, 建设单位未申请环境保护设施竣工验收的, 由审批该建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表的环境保护行政主管部门责令限期办理环境保护设施竣工验收手续; 逾期未办理的, 责令停止试生产, 可以处5万元以下的罚款。”

第28条 违反本条例规定, 建设项目需要配套建设的环境保护设施未建成、未经验收或者验收不合格, 主体工程正式投入生产或者使用的, 由审批该建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表的环境保护行政主管部门责令停止生产或者使用, 可以处10万元以下的罚款。”

元，远远低于相应的环境治理成本。这种排污费“打折优惠”做法的出台，与我国届时国民经济发展水平、企业承受能力等因素密切相关，有着相应的时代背景。但现实就是长年低于治理成本的排污费标准达不到激励企业排污减排的目的，无法达到倒逼企业采取环保措施、节能减排、加强环境保护的目的<sup>27</sup>。

3、环保部门作为所属人民政府的组成部门，受限于所属人民政府大力发展经济的压力，无法真正运用相关法规赋予的环境执法权对有关环保违法行为施以处罚；而有时甚至会为作为地方纳税就业大户的重点排污企业保驾护航，在不符法定条件的情况下减免其排污费缴纳的义务等<sup>28</sup>。过低的环保违法成本使得环保领域“守法成本高，违法成本低”的情况极为普遍，环保法律要求往往形同虚设。

## 五、建设项目建设阶段律师非诉环保法律实务初探

2015年1月1日开始实施的修订后的《新环保法》号称史上最严格的环保法，体现出了鲜明的“重刑主义”倾向，特别是加大了对于排污者违法排污行为的监管和惩治力度，如：（1）环保部门可查封、扣押污染设施；（2）引入“按日计罚”制度，对违法排污企业的罚款力度加大，增加企业的违法成本；（3）环保部门可直接对排污企业处以限制生产、停产整治的处罚等。而为落实上述规

定，环保部也陆续颁布了一系列配套性的规范，如《环境保护部门实施查封、扣押办法》、《环境保护部门实施按日连续处罚办法》、《环境保护部门实施限制生产、停产整治办法》等，对《新环保法》规定的相关具体制度和处罚措施进行了细化和落实。由此，企业建设、经营过程中的环保问题日益引起了企业类客户的关注，也要求律师在日常业务的处理过程中对于环保法律问题予以更多的重视。因此，以下将就建设项目建设阶段的若干常见的环保法律问题探讨，并提出相应的分析意见，以供参考。

### （一）取消部分核准类建设项目环评手续前置的问题

如前文所述，根据现有的《环境影响评价法》、《建设项目环境保护管理条例》等法律法规的规定，我国对审批制和核准制立项的建设项目是实行环评前置的管理手段以督促建设单位办理环评手续的。但是自2014年12月10日《并联核准通知》颁布后，情况发生了变化：根据《并联核准通知》第三条第（五）款第一项和第二项，除非是纳入发改委和环保部、海洋局确定的重特大项目范围内的建设项目，否则，其他建设项目均只保留规划选址、用地预审（用海预审）为立项审批（核）的前置条件，与立项审批（核）合并办理<sup>29</sup>。

对于《并联核准通知》的上述规定，笔者认为，应从正反两个方面理解：

27 新华网，2014年9月5日，《中国将对已实施11年的排污费征收标准进行大调整》，链接：<http://money.163.com/14/0905/16/A5D3L6UN00253BOH.html>。

28 第一财经日报，2013年8月6日：《排污大户两成不缴费 排污费减免成钱权交易筹码》，链接（中国环境网转载）：[http://www.cenews.com.cn/pthy/qyfx/201308/t20130806\\_745791.html](http://www.cenews.com.cn/pthy/qyfx/201308/t20130806_745791.html)。

29 《并联核准通知》第三条第（五）款：“一是精简前置审批。只保留规划选址、用地预审（用海预审）两项前置审批，其他审批事项实行并联办理。对重特大项目，也应将环评（海洋环评）审批作为前置条件，由发展改革委商环境保护部、海洋局于2014年底前研究提出重特大项目的具体范围。

二是优化审批程序。其他确需保留在项目开工前完成的审批事项，与项目核准实行并联办理。对于在同一阶段同一部门实施的多个审批事项予以整合，“一次受理、一并办理”。各有关部门都要按照公开透明的要求，制定发布工作规则、办事指南，并公开受理情况、办理过程、审批结果等，主动接受社会监督。”

1、《并联核准通知》改变部分审批、核准类建设项目环评手续前置的做法，具备相应的现实基础：

首先，环评不再作为一般类核准项目的前置审批程序而是与立项程序等合并办理，不仅有助于精简政府办事流程、提高办事效率，为企业减负，更为重要的是，有助于在我国经济整体增长水平下滑、基本建设项目投资受阻的背景下，提高基建速度、拉动经济增长<sup>30</sup>。

其次，在《并联核准通知》颁布前，虽然针对核准类的建设项目，我国法律法规是要求环评前置于项目立项的，但在实践中，确实存在有部分该类建设项目还未办理环评手续，即已在政府的默许下通过项目立项。之后，多数该等项目的建设单位也还是会办理环评、并据此进行项目的初步设计和施工图设计工作，落实环评文件中关于项目环保设施的相关要求，并之后开工建设。

这些核准类项目的建设单位的做法和备案制建设项目的建设单位处理环评、设计和施工问题的做法是大体一致的：未依据相关法规在立项前办理环评手续，并不意味着这些核准类项目的建设单位以后也不会办理环评手续、落实环保措施。从建设单位的角度看，先立项后环评报批主要的目的是为了加快项目进度，但如果立项后不补办环评手续，将会导致其无法进行环保措施的设计、施工、环保验收、竣工验收备案以及运营后的环境保护，反而不利于项目的顺利进行。而本次国务院办公厅颁布《并联核准通知》，虽然取消了部分核准类建设项目的环评前置审核，但并不意味着免除了建设单位办理环评的义务。

2、如前文所述，在我国目前企事业单位环保意识相对

薄弱的情况下，我国政府督促企事业办理有关环保手续是靠将其作为其后的某些建设工程项目必备手续的前置程序和前提条件，以促使企事业为办理其后的关键性建设程序而办理相关环保程序。但在《并联核准通知》后，对于之前属于核准类但纳入发改委和环保部、海洋局确定的重特大项目范围内的建设项目，情况发生了改变，仅从建设程序的角度，制约该等项目的建设单位办理环评手续的法律程序将只剩下环保验收程序。在取消部分核准类建设项目环评手续前置的情况下，如项目所在地政府环保监管不力，确实有可能出现部分建设项目环评未通过却通过立项、开工建设，从而影响环保措施落实的情况；甚至不排除出现某些建设单位不办理环评和环保验收程序也可办理项目的竣工验收备案手续、投入运营，从而其根本不落实项目环保措施的情况。

总结上述正反两面的因素，笔者认为，在《并联核准通知》颁布后，律师在处理建设项目的环保法律问题时需要关注：

(1) 相关的法律法规的动态变化，发改委、环保部等对于“重特大项目”范围的界定，更新对于建设项目建设程序的认识和理解，并在处理建设项目和工程的法律业务中体现；

(2) 一方面是中央取消部分核准类建设项目的环评前置审批，另一方面是《新环保法》修改实施、中央和地方政府密集颁布一系列环保领域的政策法规文件对于相关问题作出规范、特别是加强对于环境违法行为的处罚力度，律师需要关注我国政府对于建设项目环保监管的态度越来越从注重事前的静态监管（环评审核）向注重事中和事后的动态监管的改变<sup>31</sup>。

30 澎湃新闻网：《国务院再出招保增长：环评简化，项目上马周期可缩短至少半年》，2014年12月30日，链接：[http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1290129](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1290129)。

31 《并联核准通知》第三条第（五）款第四项：“四是加强纵横联动，确保监管到位。坚持“各负其责、依法监管”的原则，建立纵横联动协管体系，将工作重心从事前审批转向事中事后监管。企业依法取得审批手续后，按照批准的建设方案，自行决定开工建设。结合企业信用信息公示系统，建立投资项目建设信息在线报告制度。对于未依法取得审批手续即开工建设的，有关部门要依法查处。建立企业和中介机构信用档案制度，向社会公开有关信息，将企业和中介机构信用记录纳入国家统一的信用信息平台。”

## （二）环评手续缺失的行政处罚问题

就建设项目环评手续缺失的行政处罚，2003年9月1日起实施的《环评法》和《新环保法》的规定不一致，具体如下：

### 1、《环评法》第31条的规定

（1）针对存在建设单位未依法报批建设项目环评文件情况的而擅自开工建设的情况的，环保部门有权责令其停止建设，限期补办手续；逾期不补办手续的，环保部门可以处五万元以上二十万元以下的罚款，对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。

（2）针对环评文件未经批准或者未经原审批部门重新审核同意，建设单位擅自开工建设的，环保部门有权责令建设单位停止建设，可以处五万元以上二十万元以下的罚款，对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。

### 2、《新环保法》第61条的规定

建设单位未依法提交建设项目环境影响评价文件或者环境影响评价文件未经批准，擅自开工建设的，由负有环境保护监督管理职责的部门责令停止建设，处以罚款，并可以责令恢复原状。

就上述差异，笔者理解：

首先，虽然在《新环保法》颁布实施前，相关的环保法律法规也早已明确规定建设项目未办理环评手续不得开工建设，但由于《环境影响评价法》第31条第1款规定，只有在经环保部门责令限期补办但建设单位不予补办的情况下，环保部门方有权对建设单位处以罚款处罚，导致在之前的实践中，存在有大量建设项目先开工后补办环评手续的情况；而因为其已开工建设，此时再报批环评文件，反而因此更容易通过审批。《新环保

法》删除了该项前置条件，明确只要出现未办环评即开工的情况，环保部门即有权责令停止建设并处以罚款。

其次，《新环保法》并未对于未办环评的建设项目是否可以补办环评的问题予以明确。对此我们理解，在实践中，建设项目如果未办环评即开工建设的，依然是可以补办环评手续的：因有关建设项目未办环评而开工建设，但又不适合对其采取拆除、恢复原状的处罚，如果不允许其补办环评而将其从不确定的事实和法律状态中解脱出来，将会造成社会资源的闲置和浪费。因此，补办环评这一问题虽然在《新环保法》中并未规定，但在现实中依然有其存在的必要。但需要指出的是，随着我国政府对于环保问题的日益重视，环保部已经将整治“未批先建”的环评乱象问题作为下一步环保整治工作的重点<sup>32</sup>，补办环评的难度肯定将加大，而建设项目未办环评即开工建设而可能招致的处罚和风险也将上升。

第三，《环评法》规定“逾期不补办（环评）手续的，环保部门可以处五万元以上二十万元以下的罚款”。从实践的角度，5-20万元的金额对于投资金额相对较大的建设项目而言，往往是杯水车薪，反而可导致出现“违法成本比守法成本”低的局面，过低的罚款金额有时并不能够起到威慑、督促的作用。因此，我国环保法学界和实务界一直有要求提升本项处罚金额的呼声。但需要指出的是，《新环保法》中虽然并未延续《环评法》中的既有罚金安排，但也没有对环评手续缺失的罚金金额和幅度作出明确。因此，律师需对该项罚金金额的明确事宜保持关注。

第四，《新环保法》明确赋予了环保部门责令未办理环评手续的建设项目恢复原状暨对已开工建设项目予以拆除的权力。在实践中，环保部门的本项权力可能受到多重因素的制约，行使可能性较小，但不排除在个别极端的情况下予以行使的可能性。

32 中国政府网：《环保部：将更加重视环境法治建设》，链接：[http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/03/content\\_2824217.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/03/content_2824217.htm)。



### （三）环保手续缺失可能带来的交易风险判断

我国有相当数量的建设项目存在环保手续不完备的法律瑕疵，如环保验收未完成即投入商业运营、试运营期超过3个月却未申请环保验收、未向环保部门申请试生产、未办理《排污许可证》即排污、未依法安装污染自动监控装置等。以并购项目为例，如果目标项目环保程序存在瑕疵，作为律师，如果不加区分地要求客户或者交易对手补办相关手续，并将其作为交易的付款乃至签约条件，在某些情况下，难免被认为是“交易杀手”，不仅交易对手反对，甚至本方客户也难免不认可；但如果不重视该类问题或过于灵活地处理，又难免给自身和客户带来相当的风险隐患。

当然，就具体项目环保程序缺失的风险和损失问题，还需结合实际情况。在此，笔者仅以环评等部分环保手续缺失为例，结合笔者对建设项目环保程序的理解，选取房地产、污水处理行业，对此问题作为一般性的分析，以供参考借鉴：

#### 1、建设项目环保程序的意义

为更好地说明环保程序之于建设项目的意义，笔者想以自己曾经历的一项目为例作出说明：

该项目为某地皮革工业园区内的一已经投入运营的工业污水集中处理厂项目。在为收购该项目而进行的尽职调查过程中，目标企业未向律师提供该项目环保有关的资料，而通过在当地环保部门的网站上检索，笔者发现该项目法人因项目超标排污而面临高额的罚款。以此为线索，经进一步调查和了解情况，笔者发现该项目未办理环评手续，进而导致后续一系列环保手续无法办理；而经技术顾问进一步调查确认，由于环评手续的缺失，项目的设计和施工先天就存在缺陷，导致污水处理工艺、设备技术等均不达标；如要满足相应的环保要求，必须从整体上对该项目进行改造改建。在这种情况下，

环评手续的导致的损失和损害对于项目而言，就是不可逆的、也是难于弥补的。

当然，上述的事例是非常极端的，但上述案例依然揭示了律师处理建设项目环保程序有关的业务时的一条基本原理——完善的环保手续是建设项目是否在技术上完备无风险的法律上的体现。相应的，律师在处理具体项目时，如发现项目有环保手续不齐全的问题和瑕疵，需要结合自身对于该行业的理解，及时就相关缺失和瑕疵问题与客户、技术顾问沟通，在技术顾问对于项目环保设施的实际设计、施工、运行能力所作出的评估的基础上，在法律上对此作出评价并提出现实的风险解决方案，以排除和控制因技术风险而可能给客户带来的损失和责任。

#### 2、房地产和污水处理项目的环评（环保）手续缺失问题的具体分析

##### （1）房地产项目

房地产行业，无论是住宅类的房地产项目，抑或者是商业类的房地产项目，其在建成投入运营后，排放的主要污染物为生活污水和固体生活垃圾。在房地产项目主要聚集于基础设施和公共服务相对完备的城市建成区域的情况下，其所排放的污水一般可以通过排水管网收集，并通过城市生活污水处理厂（城市污水集中处理设施）予以处置；排放的生活垃圾通常也有专人或专业机构负责收集、运输和处理。因此，相对于工业项目，房地产项目运营后，其本身直接向环境直接排放污染物致害的情况相对较少。而在建设阶段，房地产项目因施工建设而产生的污水、建筑生活垃圾、空气污染、噪声污染等虽无法像建成运营阶段获得相对完善的收集、处理，但其污染性通常是临时，亦相对较低。

因此，也正是因为房地产行业项目污染性一般较低的特点：一方面，相关政府部门、特别是非一线城市的政府部门对房地产项目的环保要求和监控力度相对也会

较低，导致部分运作不甚规范的小型房地产企业在开发的房地产项目时，忽视办理环评、环保验收手续；而另外一方面，仅从环保法律制度的角度，环保程序的缺失和瑕疵一般并不会对项目产生颠覆性的致命影响（但如果有关房地产项目是在环境敏感区内建设开发的项目，如旅游地产项目，考虑到所在区域环境保护的特殊性，对比一般的房地产项目，环保程序的齐备对于该类项目的重要性会更高）。

但需要指出的是，根据2000年颁布、2009年修订的《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案管理办法》第5条第3款，建设单位在办理包括房地产项目的房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案工作时，必须提交的文件就包括“法律、行政法规规定应当由规划、环保等部门出具的认可文件或者准许使用文件”，即必须提交环保验收文件。由于竣工验收备案是房地产项目由在建项目转为建成项目、办理房地产权证的一个必要环节，因此，律师在处理具体项目上依然需要注意，项目所在地竣工验收备案手续办理时是否必须要求提供环保验收文件？如项目所在地的相关政府部门在环保监管上虽然不够严格，但在办理房地产项目的竣工验收备案时依然要求必须提交环保验收文件方能办理竣工验收备案手续，则律师依然需要就此提请客户关注，该项目存在的环评上的瑕疵是否影响到了该项目的环保设计和施工，会导致该项目无法办理环保验收，进而影响该项目整体的竣工验收备案以及房产证办理事宜。

## （2）污水处理项目

就污水处理项目，应区分环评手续和其他环保手续两项进行分析：

（a）对于污水处理项目而言，环评文件的缺失不仅仅意味着环保程序存在重大法律上的瑕疵，在现实上，也意味着项目可能在核心的生产工艺、技术、关键设备等关系项目生产能力、盈利能力的生产线上存在重大问

题。所以，对于污水处理项目而言，环评手续是否缺失的问题，必须从技术、经济和法律的角度对项目的整体作出评估，例如：（1）如果仅仅是环评的手续缺失，但是项目本身的核心生产工艺、技术、设备等本身是具备了相应的污染处理能力，而且当地政府也愿意全力配合协助补办环评手续、完善整个环保程序，从律师的角度，可以建议客户考虑将环评手续的补办、环保程序的完善问题作为交易的付款条件；（2）如果环评手续缺失，而项目在核心生产工艺、技术、关键设备等生产线上因此存在重大工艺和技术缺陷，即便当地政府同意补办环评手续，但如果这种工艺和技术缺陷是无法通过技术改造和少量的投资解决的，这时补办环评手续的意义可能也不大。相应的，这时律师更多考虑的应是建议客户放弃整个项目。

（b）以笔者的经验，污水处理项目很多都存在项目已经完工并开始试运营收费，但却迟迟未能取得环保验收批准；项目法人未取得《排污许可证》即从事污水处理和排放活动；项目未安装水污染物排放自动监测设备等。导致上述瑕疵、不完善之处出现的原因是多方面的，除了项目本身工艺、技术和设备的原因外，也可能是其他因素导致的。因此，针对不同的情况，相应的解决方案也各不相同：

- 项目技术能力存在缺陷导致无法通过环保验收、取得排污许可证等。

处理建议——建议客户和技术、财务顾问考量项目后续技术改造的成本和时间，在此基础上决定是否继续投资该项目。

- 由于试运营期水价较低等原因，存在政府为减轻其支付义务而存在授意环保部门故意拒绝、拖延项目法人申请环保验收申请的情况，从而导致环保验收手续缺失的情况。

处理建议——该情况表面上是环保手续缺失的法律

问题，但背后却是重大的商业问题。污水处理项目的收益来源于政府支付的服务费。在政府付费意愿和能力不足的情况下，建议客户慎重考虑是否投资该项目。

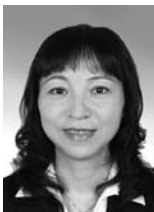
- 因为政府未能提供足够的污水导致项目无法调试、稳定的试运营，从而导致项目无法进行环保验收。

处理建议——区分污水不足是中长期原因造成的，还是短期原因造成的。其中，如果污水不足是项目当地政府无力修建污水收集管网，抑或者是污水处理项目所服务的区域人口、企事业单位的保有量远达不到预期水

平等中长期因素导致的，建议客户慎重考虑相应的商业风险，并决定是否投资该项目。

- 项目所在地环保部门未依照法律法规的规定安装、联网运行在线监测设备，导致污水处理项目未安装水污染物排放自动监测设备。

处理建议——可将安装自动监测设备作为交易后事项处理，并建议客户要求对方承担未能及时安装自动监测设备而可能招致行政处罚的全部责任。



缪晴辉

#### 执业领域

金融、外商投资、企业重组并购、房地产、国内企业境外投资

#### 执业经验

缪晴辉律师于2011年7月以合伙人身份加入君合律师事务所。缪律师执业以来一直服务于金融、外商投资、企业重组并购、房地产、国内企业境外投资等领域，积累了丰富的业务经验。曾代理或正在代理的客户包括：中国东方资产管理公司、花旗环球金融亚洲有限公司、中国银行广东省分行、中国进出口银行广东省分行、中国电力投资集团南方分公司、中国对外贸易广州展览总公司、三井物产株式会社、太古集团、联邦快递、3M等。

#### 教育背景

复旦大学和中山大学获得法学学士学位和法学硕士学位  
英国律师学院颁发的普通法研究生文凭（CPE/PgDL）  
香港大学颁发的法律专业文凭（PCLL）

#### 执业资格

缪晴辉律师于1994年取得中国律师资格和律师执业证，于2005年取得香港执业律师资格和执业证，可以同时在中国大陆及香港两个法域执业。

#### 工作语言

英文、中文（普通话及广东话）



周文韦华

#### 执业经验

周文韦华律师现为君合广州分所的中级律师。在加入君合广州前，周文韦华律师曾在金杜律师事务所广州分所任职。周文韦华律师专门从事君合广州分所的基础设施和公用事业业务，并在房地产（土地一级开发）项目的融资建设、外商投资、公司并购（尤其是外资并购）领域取得了丰富的法律专业和行业知识及经验。

2006年6月-2011年8月，北京市金杜（广州）律师事务所，律师助理和律师

2012年9月至今，北京市君合（广州）律师事务所，律师

#### 教育背景

中山大学法学院国际法硕士（2004-2006）

西南政法大学法学学士（1999-2003）

四川外语学院英语系英语文学学士（双学位）（2000-2003）

# 外管局19号文新规：让FIE使用外汇资本金的自由度更高

郑宇 汪琼玥

2015年3月30日，国家外汇管理局（以下简称“外管局”）发布《关于改革外商投资企业外汇资本金结汇管理方式的通知》（汇发[2015]19号）（以下简称“19号文”），就外商投资企业（FIE）资本金结汇方式及结汇资金使用推出新规。

19号文已于2015年6月1日生效，包括（1）外汇资本金“意愿结汇”；（2）外汇资本金及结汇使用实行“负面清单”管理；及（3）允许外商投资企业外汇资本金结汇所得人民币用于境内股权投资等在内的重要改革举措在全国范围实施，这一新规将为外商投资企业资本金的运用带来更多便利和自由度。

## 一、加速试点政策的推广

实际上，根据外管局《关于在部分地区开展外商投资企业外汇资本金结汇管理方式改革试点有关问题的通知》（汇发[2014]36号文）（以下简称“36号文”），从2014年8月4日起，外管局就已经在全国范围内选取了16个试点地区，如天津滨海新区、苏州工业园区、深圳前海深港现代服务业合作区等，开展了外汇资本金结汇

管理改革的试点工作。其中，36号文中有关外汇资本金“意愿结汇”的新规，实际来源于2014年2月开始在上海自由贸易试验区实行的试点政策<sup>1</sup>。

此次19号文基本全部保留了36号文内容，实际是将36号文项下的规定的适用范围由试点地区推广至全国。根据19号文的规定，其生效的同时36号文将废止。36号文从颁布到废止，其时间仅10个月，由此可见外管局在外汇资本项目管理改革中的步伐正在逐步加快。

## 二、重要的便利举措

### 1、对外汇资本金实行意愿结汇

在外汇资本金结汇管理上，中国之前采取的是单一的“支付结汇制”，即只有在真实的支付需求发生后，外商投资企业才能凭相关证明文件向银行申请外汇资本金结汇，银行在审核资金支付用途的真实性与合规性后，才为企业办理支付额度内的结汇。在该制度下，企业允许结汇的时间和额度均存在严格的限制。

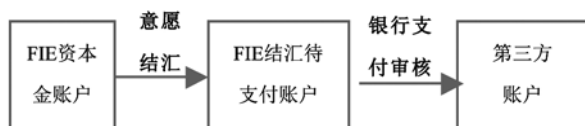
这种结汇制度最大的弊端在于外国投资者无法避免

1 外管局上海分局经外管局批准出台的《支持中国（上海）自由贸易试验区建设外汇管理实施细则》（上海汇发[2014]26号）。



或减少因汇率变动而造成资本金的汇兑损失，而这种弊端在2013年《公司法》删除公司注册资本必须在2年内<sup>2</sup>全部缴清的规定之前，显得尤为突出。因为外国投资者的外汇出资一旦全额汇入外商投资企业的资本金账户，在暂时没有相关具体用途的情况下，即便相关外汇对人民币的汇率产生较大贬值，外国投资者也无法将已出资的外汇先行结汇成人民币，以减少外汇汇率连续贬值所造成的汇兑损失。

19号文的一项重大改革措施是引入“意愿结汇制”，实施外汇资本金结汇与结汇人民币支付分离，放松结汇端，审核支付端。具体而言，企业可以根据实际需要先将资本金账户中的外汇资本金按照外管局规定的比例（目前为100%）<sup>3</sup>，由企业自行选择时机办理结汇，结汇所得人民币全部纳入结汇待支付账户管理，待企业需要实际使用结汇资金进行支付时，再由银行对结汇资金支付用途进行审核<sup>4</sup>。



实行意愿结汇管理，使得外商投资企业可以根据自身对汇率变动的预期，自行掌握结汇的时机，大大增强了企业控制汇兑风险的能力。但值得注意的是，办理结汇后进入结汇待支付账户的人民币资金不得再重新购汇划回资本金账户。

## 2、外汇资本金及结汇资金使用适用“负面清单”管理

中国的外汇管理通常是“正面清单”管理模式，即有明文规定的，企业才能申请办理相关外汇业务，对没有明文规定的，除非获得外管局特殊批准，企业一般无

法办理。

如今，19号文对外商投资企业的外汇资本金及其结汇所得人民币的使用采取“负面清单”管理方式，即明确规定外汇资本金及结汇所得人民币不得用于以下用途：

(1) 不得直接或间接用于企业经营范围之外或者法律法规禁止的支出；

(2) 除法律法规另有规定外，不得直接或间接用于证券投资；

(3) 不得直接或间接用于发放委托贷款（经营范围许可的除外）、偿还企业间借贷以及偿还已经转予第三方的银行人民币贷款；

(4) 除外商投资房地产企业外，不得用于支付购买非自用房地产。

对于上述“负面清单”所列用途之外对外汇资本金和结汇所得人民币资金的使用，只要外商投资企业能够向银行提供与交易支付相关的真实性证明材料，银行在通过真实性和合规性审查后即可直接为企业办理相关支付业务。

甚至在企业确有特殊原因暂时无法提供真实性证明材料的，银行也可在履行尽职审查义务、确定交易具备真实交易背景的前提下为企业办理相关支付，但需在办理业务当日通过外管局业务系统进行特殊事项备案，并在支付完毕后20个工作日内向企业收齐补交的真实性证明材料，并将补交材料情况在外管局业务系统中进行备案。

面对企业经营过程中交易种类和支付用途日益多元化的趋势，“负面清单”管理模式应可以大大提高外商投资企业的交易支付效率，同时降低管理支付所需的行政成本。

## 3、允许使用结汇人民币资金开展境内股权投资

根据《公司法》和原对外贸易经济合作部和国家工

2 外商投资性公司为5年。

3 19号文规定外商投资企业外汇资本金意愿结汇比例暂定为100%，外管局可以根据国际收支形势适时对该比例进行调整。

4 19号文规定，无论是通过支付结汇制还是意愿结汇制结汇，银行对结汇人民币支付用途的审核均是基于企业上一笔资金支付用途真实性与合规性的审核。

商行政管理局于2000年发布的《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》，外商投资企业进行境内股权投资（包括新设子公司或并购其他境内公司股权）并不存在法律障碍，但2008年外管局发布的《关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》（汇综发[2008]142号）（以下简称“142号文”）却使外商投资企业使用外汇资本金结汇所得人民币进行境内股权投资不再具有可行性，因为142号文明确规定，外商投资企业资本金结汇所得人民币资金不得用于境内股权投资。

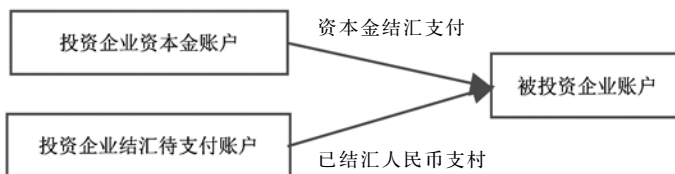
之后，外管局于2013年发布的《关于印发〈外国投资者境内直接投资外汇管理规定〉及配套文件的通知》（汇发[2013]21号）重申了上述142号文下的限制，并规定以投资为主要业务的外商投资企业（包括外商投资性公司、外商投资创业投资企业、外商投资股权投资企业）进行境内股权投资时，仅限于以外汇原币划转，不得将外汇资本金结汇支付。

我们理解，142号文上述规定出台的背景应是在当时的国际收支状况和对人民币升值的预期下，国家希望运用这样的措施来防止境外热钱通过外商投资企业境内股权投资的形式涌入中国。然而，这样的限制性规定却使得许多正常经营的外商投资企业无法通过设立子公司或并购境内公司股权的方式来扩大生产和经营，以满足市场的需要，给许多外国投资造成不便。

此次，19号文在保留之前允许外商投资企业使用外汇资本金原币划转进行境内股权投资政策的同时，改变之前142号文中的禁止性规定，允许外商投资企业以资本金结汇所得人民币资金进行境内股权投资，并作出了如下规定：

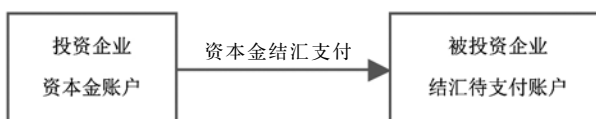
#### （1）以投资为主要业务的外商投资企业

在投资项目真实、合规的情况下，可以按照实际投资规模将外汇资本金直接结汇或将结汇待支付账户中的人民币资金直接划入被投资企业账户中。



#### （2）一般性外商投资企业

应由被投资企业先到注册地外管局（银行）办理境内再投资登记并开立相应结汇待支付账户，再由开展投资企业将结汇所得人民币划转到被投资企业开立的结汇待支付账户。



由于19号文明确规定142号文在其实施的同时废止，因此，我们理解19号文的实施意味着所有外商投资企业（包括投资性和一般性外商投资企业）均可以使用外汇资本金结汇所得人民币资金进行境内股权投资，不再受到之前142号文相关规定的限制。不过值得注意的是，根据我们目前与外管局部分地方分局的初步沟通，他们对19号文实施后是否立即放开一般性外商投资企业资本金结汇所得人民币用于境内股权投资仍持有不同的理解。因此，19号文在正式实施后给一般性外商投资企业境内股权投资松绑的实际效果仍有待观察。

### 三、与跨境人民币资本金使用管理衔接问题

值得注意的是，自从商务部2011年10月12日出台《关于跨境人民币直接投资有关问题的通知》（商资函[2011]第889号）（以下简称“商务部889号文”），外国投资者在对外商投资企业进行资本金出资时，不但可以使用外汇资金，而且可以使用境外人民币资金<sup>5</sup>。

若外国投资者使用境外人民币进行资本金出资，由于资本金账户中的境外人民币在境内使用时不存在结汇问题，因此外商投资企业以境外人民币形式存在的资本金能否用于境内股权投资的问题在商务部889号文出台

5 根据商务部889号文，境外人民币是指：（1）外国投资者通过跨境贸易人民币结算取得的人民币，以及从中国境内依法取得并汇出境外的人民币利润和转股、减资、清算、先行回收投资所得人民币；和（2）外国投资者在境外通过合法渠道取得的人民币，包括但不限于通过境外发行人民币债券、发行人民币股票等方式取得的人民币。

后，成为了一个有争论的问题。

但是这个争论很快就被平息了，因为主管跨境人民币使用的人民银行在2012年6月29日发布了《关于明确外商直接投资人民币结算业务操作细则的通知》（银发[2012]165号）（以下简称“**人行165号文**”），其中第



**郑宇**

#### 执业领域

外商直接投资、跨境并购、涉外争议解决、劳动法

#### 执业经验

郑宇律师于2014年5月1日加入君合律师事务所。郑宇律师于1999年开始在广州的一家律师事务所执业，主要从事与公司和商业事务有关的争议解决工作。2003年，郑宇律师作为入选“中国青年律师赴法交流培训项目”的两名中国青年律师之一，获得了法国政府设立的奖学金，在巴黎律师学院（EFB）接受律师职业培训。2004年，郑宇律师加盟国际知名的法国基德律师事务所，并先后在该所的巴黎办公室和北京办公室工作十年时间。2011年3月，郑宇律师成为基德律师事务所合伙人并担任其北京办公室的共同管理合伙人之一。

在基德律师事务所工作的十年间，郑宇律师为众多领先的跨国公司在华的经营业务和投资项目提供法律服务。郑宇律师在复杂的外商直接投资项目、跨境并购项目、复杂的涉外争议解决（仲裁和诉讼）、企业合规、劳动法事宜及旅游房地产项目等方面均有着丰富的经验，执业领域涵盖能源、建设、基础设施、制造业、汽车业、国际贸易、金融服务、保险、医药行业、旅游业等等。

郑宇律师在《钱伯斯亚太指南》（2013、2014、2015年版）被列为争议解决领域推荐的领先律师，在《亚太法律500强》（2012、2013、2014、2015年版）被列为争议解决和房地产领域推荐的领先律师。

#### 教育背景

汕头大学法商学院国际贸易专业学士学位（1996）

中山大学和汕头大学联合培养国际企业管理专业硕士学位（1999）

法国巴黎律师学院（EFB）接受律师职业培训（2003）

#### 专业组织

郑宇律师于1998年取得中国律师资格，现为中华全国律师协会会员。

#### 工作语言

中文（母语）、英语（熟练）、法语（一般）

十六条明确规定，对于非投资类的外商投资企业，其人民币资本金专用存款账户中的人民币资金，不得用于境内再投资。

由于人行165号文的上述规定，导致对于一般性外商投资企业而言，无论外国投资者是以外汇出资，还是以境外人民币出资，其资本金都不得用于境内股权投资（外汇资本金原币划转的情况除外）。

若在19号文实施后，外管局在实操中真正放开了一般性外商投资企业外汇资本金结汇所得人民币用于境内股权投资的限制，为了统一利用外资的政策，我们理解，人民银行也应考虑出台相应政策，取消人行165号文对一般性外商投资企业使用境外人民币资本金进行境内股权投资的限制。对此，我们拭目以待。



**汪琼玥**

#### 执业领域

汪琼玥律师专注于收购兼并、外商在华投资、一般公司业务和合规事务。

#### 执业经验

汪琼玥律师于2014年开始在君合执业。截至目前，汪律师参与了多起生物医药行业、新能源行业及房地产行业的收购兼并和融资交易，在其中承担了主要的法律研究和尽职调查工作。

#### 教育背景

北京大学JD（美国法）& 法律硕士（中国法）（2014）

浙江大学理学学士（药学）（2010）

#### 工作语言

汪琼玥律师的工作语言为普通话和英语。

# 武器平等 攻防得当

## ——医疗技术损害案件举证责任规则探析

朱建娜 北京市顺义区人民法院

武器平等原则源于宪法平等权保障的要求，是人格权平等在民事诉讼中的体现，要求诉讼中的双方当事人地位平等、机会平等、风险平等。在医疗技术损害案件中，患方固有的“武器不平等”现象非常明显，主要表现在事实不知、专业不知和证据偏在，因此武器平等原则的适用在医疗技术损害案件中显得尤为必要。本文立足《侵权责任法》设定的医疗技术损害案件举证责任规则，以武器平等原则为标尺，以地位平等、机会平等、风险平等为主线，分析目前医疗技术损害案件存在的问题。

### 一、医疗技术损害案件举证责任规则分析

医疗损害案件作为一种类型化案件，占用了侵权责任的第七章，共分三类：医疗技术损害责任、医疗伦理损害责任、医疗产品损害责任。<sup>1</sup>其中医疗技术损害是医疗损害案件的基本类型，也是司法实务中比较常见的类型。限于篇幅，本文仅就医疗技术损害案件举证规则展开讨论。

#### （一）规则分析：以过错为原则，以过错推定为例外

医疗技术损害责任是指医疗机构及医务人员在医疗活动过程中，违反医疗技术上的高度注意义务，具有违背当时的医疗水平的技术过失，造成患者人身损害的医疗技术损害责任，具体包括：诊断过失损害责任、治疗过失损害责任、护理过失损害责任、感染、传染损害责任以及孕检生产损害责任。<sup>2</sup>

依据《侵权责任法》第五十四条的规定，医疗技术损害案件适用过错责任原则确定侵权责任。患方如主张医方应对其承担赔偿责任，应就违法诊疗行为、患者损害、因果关系和医疗技术过错四个构成要件承担举证责任，并在举证不能时承担败诉风险；同时，《侵权责任法》设定了一个例外条款，如医方具备第五十八条规定的情形：1、违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；2、隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；3、伪造、篡改或者销毁病历资料，则可以直接推

1 参见：杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2012年3月第2版，第411-437页。

2 参见：杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2012年3月第2版，第412-414页。



定医疗机构及医务人员有过错，即法定情形下的过错推定。综上所述，医疗技术损害案件以过错责任为一般规则，由患方承担举证责任，同时设定了法定情形下的医方过错推定制度以缓和患方的举证责任。

## （二）实务分析：“举证责任正置”的积极影响和消极影响

新的举证责任规则改变了“双重倒置规则”矫枉过正的局面。学界普遍认为过错和因果关系的“双重倒置”对医方过于严苛，是国民就医成本增加和医院防御性医疗行为形成的重要原因，同时将过错原则引入医疗技术损害案件也符合世界范围的立法例。因此在侵权责任法讨论时，与会专家普遍认为医疗技术损害案件举证责任应当回归“正置”。明确医疗技术损害案件以过错责任为原则，体现了立法对于医疗风险的一种体谅，<sup>3</sup>侵权责任法实施已近四年，新的举证规则历经实践检验，在调整医患权利义务、促进医患关系和谐发展、推动医疗事业进步方面也确实发挥了积极的作用。

但不可否认的是，患方在诉讼中的不利地位非常明显，主要表现在事实不知、专业不知和证据偏在<sup>4</sup>：1、事实不知，患方在诊疗过程中处于被动地位，一般在主诉病症之后，采取何种检查手段、治疗措施均由医方依据病情需要进行，患方无法掌握医疗过程以及损害发生的实际情况；2、专业不知，患方基于专业知识的不足，在诉讼中难以完整陈述医方的诊疗过程，更难以就医方的诊疗过失提出具体意见，直接影响了患方的举证和质证权利；3、证据偏在，作为医患就诊、治疗过程的依据，病历资料全程由医方制作并保存，患方获取病历材

料的渠道有限、内容不全、时机滞后。

对比患方的不利之处，立法设置的医方过错推定制度在平衡医患诉讼能力差距、降低患方败诉风险方面仍显僵化，患方在诉讼中仍表现出极大的被动性，与医方进行对抗的能力弱，在医疗过错鉴定这一关键环节尤为弱势。患方诉讼权利行使的不充分，加剧了医患之间的矛盾，患方的不满情绪甚至波及鉴定机构和司法机关，导致该类案件涉诉信访频发，成为不折不扣的“烫手山芋”。

## 二、平衡医患诉讼利益的利器——武器平等原则

武器平等原则作为衡量诉讼是否正义的标尺，在医疗技术损害赔偿案件的审理中更为重要，是平衡医患诉讼机会和诉讼利益的利器。

### （一）武器平等原则是诉讼正义的标尺

武器平等原则要求诉讼中的双方当事人地位平等、机会平等、风险平等，具体为：1、地位平等体现在当事人不论是攻击者还是防御者，也不论其在诉讼外是否具有实体发生的上下从属关系，在诉讼中均享有相同的地位；2、机会平等体现在当事人享有平等地接近、利用法院的机会，以及提出攻击、防御方法的机会；3、风险平等表现在诉讼的胜败风险应当对当事人平等分配，不应由一方负担较高的败诉风险，而另一方负有较低的败诉风险。

武器平等原则是人格平等在民事诉讼中的体现，源于宪法对平等权的保障。<sup>5</sup>从前述的内涵看，武器平等不仅仅是形式上的平等，也须为实质平等的保障。<sup>6</sup>原告和被告只有以平等或对等的诉讼权利武装自己，在一个平

3 张洪惠：《〈侵权责任法〉对医患利益保护的平衡机制分析》，载于《法制博览》2014年第3期。

4 参见杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2012年3月第2版，第408页。

5 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2012年3月第2版，第407页。

6 沈冠伶：《民事诉讼证据法与武器平等原则》，元照出版公司2007年版，第92页。

等的环境中赢得诉讼，才是公平的。<sup>7</sup>

## （二）武器平等原则是平衡医患诉讼利益的利器

武器平等原则作为衡量诉讼是否正义的标尺，对于妥善处理医患诉讼机会和平衡医患诉讼利益意义非常。

结合医疗技术损害案件的举证规则设置以及患方的固有不利地位，不难看出医患双方之间的武器不平等现状是该类案件审理的难点，这种不平等现象主要表现为以下方面：1、医患诉讼能力的不平等：对比医方，患方首先在获取“核心证据”——病历材料方面处于不利地位，按照目前的规章制度，病历材料全程由医方制作并保存；其次，患方医学专业知识的不足极大的限制了患方诉讼权利的行使，使得患方在“关键环节”——医疗过错鉴定环节十分被动，难以充分实现自身权利；2、以过错为原则、以推定医方过错为例外的举证责任制度尚显僵化，医疗行为本身的实践性和不确定性决定了案件事实处于真伪不明、医疗过错鉴定无法进行的情形较为常见，如按照举证规则判定患方败诉易使司法行为过于武断。针对这一僵化的败诉风险分配，目前尚缺乏对应的解决方案。综上，以武器平等原则为标尺，对医疗技术损害案件中的现实问题进行分析 and 考量，就有了极强的理论和现实意义。

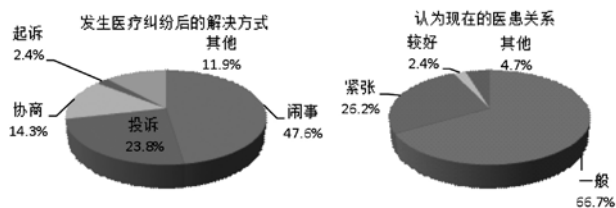
如果医疗技术损害案件举证责任“正置”是大势所趋，那么立法者和司法者面临的下一个问题就是，如何在“正置”的基础上进行调整以弥补患方在诉讼中的固有不利，平衡医患双方的诉讼权利义务，以期实现实体正义，这也正是武器平等原则的题中之义。

## 三、地位平等：医患角色定位需谨慎

### （一）理性对待患者不利地位

医疗技术损害案件中，患者的弱势地位前文已有论述，这种弱势主要体现在患者接近证据的机会不足和医学专业的能力不足等方面，这些不足可以也应当通过立法技术和司法手段予以补强。

但近年来，社会公众对于医药关系和医疗腐败的关注，以及部分媒体对于整个医生行业“妖魔化”倾向的评判，使得医疗行业的处境愈加困难。《新华时报》曾就医患关系和医疗纠纷解决方式进行过一项调查：



从数据中可以看出，医患关系不和谐的问题日渐突出，而产生医患纠纷后，患者通过闹事手段解决问题的比例非常大，甚至促成了一个全新职业——“医闹”的产生。据不完全统计，中国每年被殴打致伤的医务人员已超过1万人，2000年至2010年，共有11名医务人员被患者杀害。<sup>8</sup>医生已经由原本受人尊重的职业转变为现在的“高危”职业。

从法律的价值和立法精神看，法律保护弱者这一立场并无争议。但要贯彻这一精神至少需要明确两点：谁是弱者以及如何保护弱者，强与弱原本就是相对而言的

<sup>7</sup> 邵明：《名师诉讼法理研究》，中国政法大学出版社2004年版，第102页。

<sup>8</sup> 数据来源：李怀宁、杨欢欢、吴畏：《试论〈侵权责任法〉对改善医疗环境的现实意义》，载于《哈尔滨医药》2012年第33卷第6期。

范畴。医疗行业目前堪忧的现状应当予以重视，医生的正当执业权利和患者的生命健康权一样都不容忽视。长期对于医疗行业的否定性评价和不当的压制手段，势必会导致整个医疗行业的畸形发展，恶果仍需整个社会负担。因此，在医疗技术损害案件中，对患者的保护必须有限度，不理性的偏袒患者的行为应予杜绝。

## （二）避免司法行为不当倾斜

社会层面对于“和谐”的曲解间接影响了法官的审判思维。目前医疗技术损害案件的司法实务中，有一种非常不好的现象：法官在审理这类案件时，存在息事宁人、转移矛盾、规避涉诉信访的倾向。司法机关为求案结案了而对医方苛以重责渐成趋势。医疗技术损害鉴定机构作为营利性的社会服务机构，权衡收益与风险，在医患矛盾突出、患方鉴定期望值过高的情况下，为避免患者闹事，也存在加重医方责任的倾向，而此种行为在某种程度上也得到了司法机关的默许。

司法的价值导向作用之一在于以裁判来鼓励和肯定理性和善良的行为，法官需要用裁判来肯定“正能量”。在医疗技术损害案件的审理中，必须树立正确的裁判思维：1、医疗行业的公益性和崇高性必须纳入到法官的裁判思维中，不能因为社会舆论的倾向影响司法裁判的正面导向性。医疗机构担负着救死扶伤、挽救病患、维护大众健康的职责，承载着发展医学科学、改进医疗技术、提高全民健康水平、推进社会进步的重任。<sup>9</sup>医生这个职业和法学职业一样，甚至比法学职业更古老，是一个专业的活动，是应该受到社会一般的认同。<sup>10</sup>

医学本身应该是高尚的，司法裁判也应该往这个方向还原，而不是加剧矛盾的产生；2、医疗过失行为的判定还必须考虑治疗的时段性和医学的不可预测性。<sup>11</sup>实务中医患之间的最大分歧源于二者对于医疗行为的风险性缺乏统一认识：患方强调诊疗过程与结果的可靠和安全，而医方则强调诊疗结果的不确定性。实际上，虽然现代医学发展取得了很大的进步，但却不能从根本上解决人们所有的健康问题。<sup>12</sup>医学是一门经验科学，尽管现在已经有了多种实验方法鉴定绝大多数的病症，但也确实存在病人个体情况差异和医生经验水平的不同。法官在审理医疗技术损害案件过程中，应当摒弃自身作为潜在患方的意识，对医疗行为有一个准确的和理性的认识，不能因为个体之间天然的同情心而偏袒患方，也不能忽视患方固有的诉讼不利地位，司法的立场必须公正且坚定。

## 四、机会平等：医患机会分配需公平

### （一）保障患者靠近证据的权利

病历材料作为医疗技术损害案件的“核心证据”，是回溯医方诊疗行为的重要载体，是医疗过错鉴定的唯一依据。司法实务审理中，医患双方对于病历材料的关联性、合法性质疑较少，真实性是认证病历材料的最大难点，而引发患方对病历真实性质疑最大的原因，在于病历的形成、保存全程由医方完成，患方面临“证据偏在”。

#### 1、“证据偏在”导致患方在病历质证环节劣势明显

按照目前的病历保存相关规定，患者接触全部病历材料的最早阶段是封存病历阶段，即发生医疗纠纷后由

9 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2012年3月第2版，第401页。

10 《侵权法三人谈》，杨立新、张新宝、姚辉著，法律出版社，2007年10月第一版，第193页。

11 参见：《科学鉴定为法律公正奠下基石——北京市医疗损害责任技术鉴定专家库周忠蜀谈履职》，载于《首都医药》，2014年2月（上）。

12 张洪惠：《〈侵权责任法〉对医患利益保护的平衡机制分析》，载于《法制博览》2014年第3期。

医患双方同时在场对涉及纠纷的已经形成的病历材料进行封存，封存的病历在案件进入诉讼后，由司法机关当庭拆封并进行质证。

依据病历质证的基本规则，如果患方对于病历存有异议，应当明确提出异议并说明理由。然而，患方因专业知识不足、对诊疗过程不知，很难对病历提出理由充足的异议。一旦法官以异议不成立为由认定病历材料符合证据要求，可以作为鉴定依据，则极易引发患方的激烈对抗。实务中，患方基于对医方的不信任，以病历形成过程患者未参与且不知情为由通盘否定病历材料、使诉讼进入僵局的情况很常见。

近年来，随着电子病历的推广，传统纸质病历逐渐被电子病历取代，电子病历“易更改且难发现”为司法实务带来了更大的困难，相较于针对前者的“文件检验程序明辨真伪”，对后者进行真实性的判断面临更大的技术难题和制度障碍。不少医疗技术损害案件在固定鉴定材料环节即陷入僵局，耗费医患双方尤其是患方的财力、人力、物力。

## 2、可信第三方介入制度解决病历保存公信问题

针对这一实务难点，有学者建议引入证据保全制度，但证据保全最早也只能溯及纠纷产生之初，与病历封存的目的之一致，区别仅在于有司法机关参与，无法从根本上解决问题。要保障患方与医方享有同样靠近证据的权利，就要从病历保存体制本身入手，在病历形成之初即由可信第三方介入保存体制，以保障病历自始真实。目前已有实践的方式有：

(1) 可信第三方备份：由医方将病历材料定期备份于可信第三方，同时备份医生登陆、退出系统，打开、书写、修改文件的安全日志文件，上述材料作为病历的原始数据用以证明病历的真实性。这种方式我国已有实践先例，南海中医院自1999年起就采取了病历自动备份卫生局保管的方式，南海地区的司法机关也有案例认可

了卫生局备份数据的真实性；

(2) 加盖时间戳：时间戳是指文件属性里的创建、修改、访问的时间，是数字签名技术的一种变种应用。医方可以通过时间戳认证服务系统，及时将形成的电子病历加盖时间戳，以保障数据电文至形成时内容完整、未被更改，确保文件形成的时间和文件内容的完整性。2008年深圳市龙岗区法院做出了全国第一例时间戳技术司法应用案例。据笔者了解，目前北京地区已有医疗机构购买了时间戳认证服务。

严格来讲，病历的备份和保存制度并不属于法律范畴，放在本文中作为解决司法难题的方案略有不妥，但法律从来都不是“独行侠”，医患矛盾也不仅仅局限于法律层面，而是一个社会层面的问题，要解决这一问题，综合利用所有有效资源是十分必要的。

## (二) 弥补患者专业不足的劣势

医学专业知识不足是患方在诉讼中处于被动地位的最大原因，直接影响了患方在诉讼中的攻防能力，使其与医方处于明显的“武器不平等”对立面。

### 1、专家辅助人弥补患方专业不足

患者专业不知在实务中表现主要有：鉴定程序中陈述医方诊疗过错存在障碍；鉴定结论质证环节提出异议否定鉴定结论的能力不足。上述两个程序恰恰是关系医方“是否赔偿以及赔偿比例”的重要诉讼阶段。要扭转患者专业不知的不利地位，法律需要赋予患者专业武装自己的机会。

2012年的新《民事诉讼法》第79条设立了专家辅助人制度，规定当事人可以申请法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见，赋予了患方专业武装自己的机会。专家辅助人制度引入医疗技术损害案件，可以实现专家辅助人与鉴定人



之间的充分对抗，从而使患者有能力就鉴定结论提出实质性的否定意见，充分行使自身的诉讼权利。

《民事诉讼法》设立专家辅助人制度后，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第122条、第123条对此作了进一步的规定，但实务中的具体适用仍依赖于患者寻找合适专家的信息便利和经济承受能力。

## 2、细化规定完善专家辅助人制度

目前专家辅助人制度在资质认定、诉讼地位界定、意见效力审查方面存在不足。<sup>13</sup>

资质上，民法并未规定专家辅助人的资质需满足何种条件，仅需具有与涉案问题相关的专业知识即可，这与法律对于鉴定人的要求迥异。司法鉴定制度与专家辅助人制度作为民法两大专家介入机制，立法者有意让二者相互对抗和制衡以尽可能准确的认定专业问题，因此专家辅助人的制度不应照搬鉴定人制度，二者应有区别。关于资质，学界普遍认为专家辅助人的门槛不宜过高<sup>14</sup>，否则会限制专家辅助人的灵活性和广泛性；

诉讼地位上，法律未明确专家辅助人的诉讼地位，对于专家辅助人意见也未明确是否属于法定证据种类。按照规定，专家辅助人依当事人的聘请、经人民法院允许出庭就相关专业问题陈述意见，并就鉴定相关问题质询鉴定人。<sup>15</sup>他们区别于当事人的代理人和证人，与鉴定人隐隐处于对立面，应当是诉讼中独立的主体，其专业意见应当作为证据的一种，经由举证、质证环节后，由司法机关决定是否作为裁判的依据；

效力审查是放低专家辅助人门槛后法官直接面临的难题，即如果专家辅助人与鉴定人就同一问题给出不同结论，其效力如何认定的问题。笔者以为，诉讼中如果

二者就同一问题得出不同结论，如果通过比拼资质进行效力评价易使诉讼进入“死胡同”，有失公允。正确的方法应当是由专家辅助人和鉴定人就其结论所依据的客观材料提交证据，通过证据认定规则来评判何种意见更加客观和公正，由法官担任“守门员”的角色，裁判权重归司法机关。

## 五、风险平等：医患风险负担需合理

### （一）完善推定医方过错制度

按照《侵权责任法》第58条的规定，推定过错情形可以分为两种：一为违反法律、法规、诊疗规范推定过错；二为与病历材料相关的推定过错。本条款作为缓和患方举证责任、分配败诉风险的补充性规定，有着积极的立法目的和意义，但在实务中仍表现出一定的不足，主要反映在两个方面：一是未涵盖医方违反病历记载义务的情形；二是未明确因果关系的判定问题。

#### 1、推定医方过错情形应扩展至违反病历记载义务

目前法律规定的推定医方过错的情形未涵盖医方记载病历材料欠详细、鉴定机构无法凭借现有材料展开鉴定进而做出退案处理的情况。按照“谁主张、谁举证”的举证规则，鉴定不能的败诉风险由患方负担，但实务中是否能够如此裁判？笔者认为，应当将推定医方过错的情形扩展至违反病历记载义务。

首先，病历记载义务属医方的法定义务，应予遵守，依据《病历书写规范》第三条的规定，病历记载义务指医方在书写病历时应当客观、真实、准确、及时、完整；

13 参见侯斌：《缺失与完善——以民事诉讼法确立专家辅助人制度为背景》，载于《北京审判》2014年第3期。

14 奚晓明主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，人民法院出版社2012年9月版，第202页。

15 参见：奚晓明主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，人民法院出版社2012年9月版，第202页。

其次，医方违反病历记载义务，源于医方故意或者疏忽大意的过失。病历形成于治疗过程中，彼时医疗纠纷尚未形成，因此医方主观上违反病历记载义务的情形比较少见，大多系医方因疏忽未能准确、完整的记载治疗经过；同时，也不能排除医方在意识到病历是医疗过错鉴定的主要依据、败诉风险由患方负担的情况下，有意识的对就医过程的记载进行模糊处理。

综上，笔者认为，在已有规范为医方设定病历记载义务的情况下，将医方未尽病历记载义务而导致的诉讼风险转移至医方，既可以敦促医方积极、谨慎履行病历记载义务，又符合公平正义的法律理念。

需要明确的是，将病历记载义务纳入到医方过错推定之中，必须明确病历记载的衡量标准，从医学角度出发，以医学专业人员能够清楚认识内容为准。同时还需强调的是，医方违反病历记载义务，并不当然导致医方败诉，应当赋予医方举证证明其过错行为与患方的损害结果不具有因果关系的权利，以充分保障医患双方诉讼权利。

## 2、因果关系应视个案情形综合判定

立法对于因果关系的判定未予明确，实际上也很难明确。学界将《侵权责任法》第58条的规定视为证明妨碍责任在医疗损害案件中的确立。依据证明妨碍理论，如果诉讼一方当事人因其故意或者过失造成证据灭失以及其他妨碍对方当事人获得证据的情形，致使对方当事人无法利用该证据证明自己的主张，则需承担证明妨碍责任。证明妨碍的设置旨在避免在双方当事人所控制的证据不平衡的情况下，因适用传统的辩论主义和证明责任理论而产生的实质上的不公平。<sup>16</sup>

证明妨碍责任的法律后果是否及于因果关系推定，学界有不同看法，其一、认为应将证明妨碍的法律效果扩展至患方的其他主张，即推定医方有过错且该过错与患方的损害结果之间具有因果关系；其二、认为应当采取证明责任转换的方式，由医方承担举证责任证明其过错与损害结果之间不具有因果关系；其三、认为应当综合其他证据、查明的事实以及双方的辩论情况进行综合判定；其四、认为应当通过降低患方的证明度从而实施救济；第五、还有学者认为应当赋予法官广泛的自由裁量权，针对个案情况择一适用以上方法。对此笔者倾向于最后一种观点。个案的多样性是社会生活多样性在诉讼中的反映，医疗损害案件在实务中的情况也千差万别，赋予法官根据个案案情选择因果关系判定方法的权利是达到个案公平的最好方法。

## （二）重视举证责任缓和制度

“欲以一个简单、一致的方式通盘适用于所有的事件，既可能不符合个案正义，也未必适当。”<sup>17</sup>在医疗损害责任制度改革中，必须对与其相适应的程序制度以及具体的举证责任制度进行改革，以实现程序上的公平来保证实体法公平的实现。<sup>18</sup>

### 1、以举证责任缓和制度调整现有举证责任规则

举证责任缓和制度是指如遇个案特殊情况时，可以适当减轻患方的举证责任，由受害患者承担表见证据的举证责任，证明医疗机构或者医务人员可能具有过错，然后实行举证责任转换，由医疗机构承担自己没有过错的证明责任。能够证明自己没有过错的，免除责任；不

16 参见：谷佳杰：《论证明妨碍在医疗损害赔偿诉讼中的适用——以〈中华人民共和国侵权责任法〉第58条为视角》，《证据科学》2013年第2期。

17 沈冠伶：《民事诉讼证据法与武器平等原则》，元照出版公司2007年版，第92页。

18 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社，2012年3月第2版，第408页。

能证明自己没有过错的，应当承担赔偿责任。这种方法能更好地保护受害患者的合法权益，避免严格的举证责任制度对受害患者权益造成伤害。<sup>19</sup>

举证责任缓和制度的适用符合国际上关于医疗损害赔偿的立法例。美国的“事实本身说明过失”原则、德国的“表见证明”理论以及日本的“大致推定”原则均与此类似，其核心目的是平衡医患双方的举证责任，赋予法官依据个案情况灵活分配举证责任的权利。这一制度的独特价值在于：法官可以通过当事人提出的表面证据和基础事实，根据高度盖然性的经验法则对待证事实形成完整的心证。当事人借助表见证明，不仅减轻了举证责任，某种程度上也提高了诉讼效率，增加了司法的公信力，缓解了适用客观证明责任造成的不公平。<sup>20</sup>这对于缓和目前僵化的医疗技术损害案件举证责任分配规则有着十分重要的意义。

## 2、赋予法官自由裁量权适时分配举证责任

举证责任缓和制度对法官的审判能力提出了非常高的要求，需要法官全面、准确的把握个案案情，适时分配主观证明责任，引导医患双方充分行使诉讼权利，达到个案公平正义。为此，法官需要充分运用其自由裁量权。

许多学者认为只有尽可能的详尽、完备的规则才能实现权力的有限保护，才能杜绝司法擅断导致的腐败。殊不知徒法不能自行，完美的法律不可能存在。在立法和现实的缺口之间，应当积极地向司法寻求解决之道。<sup>21</sup>司法擅断固然应当禁止，法官的自由裁量权也必须肯定。

虽然社会公众、甚至部分学者对于赋予法官自由裁量权都持否定态度，但其实能够主动使用裁量权的法官都很有勇气，毕竟将裁判结果推脱给立法机构和鉴定机

构是如此容易又没有风险的一种选择。实务中患者抱怨“法院、医院、鉴定机构”是一家并不是毫无根据的揣测，司法机关的被动和对鉴定结论的过于依赖确实给了患者发挥想象力的空间。将案件的关键环节交由鉴定机构、“形式化”的审理只能加剧医患矛盾，削减司法的公信力，最终只能使司法裁判丧失“救济的最后一道防线”的功能，终审不终。因此法官加强业务能力、行使自由裁量权公平的分配举证责任、保障患者充分行使诉讼权利是扭转自身司法不公形象、确保个案公平正义的应然选择。

## 结语：

医疗损害赔偿案件在侵权赔偿类案件中所占的比例并不大，但却格外引人关注，这与医疗本身与国民健康息息相关有很大原因。纵观建国后国家立法相关的规定，可以发现医疗损害案件举证责任的分配几经变迁，立法机关一直致力于寻求一种模式来恰当的平衡医患之间的诉讼关系，在维护患者生命健康权的同时保障医生正当执业的权利。其实法学与医学一样，都是实践性很强的学科，医学靠不断的实验寻求突破，法律也需要总结经验不断完善。侵权责任法的举证责任“正置”顺应了社会发展的趋势，但在平衡医患诉讼能力上仍有不足，需要司法机关在适用法律过程中进行调整，以达到个案公平。

19 杨立新：《〈侵权责任法〉规定的医疗技术损害责任归责原则》，载于《河北法学》2012年第12期。

20 魏庆玉：《表见证明在医疗侵权纠纷中的适用》，载于《赤峰学院学报》2013年5月第34卷第5期。

21 许晓娟、彭志刚：《医疗侵权责任的类型化司法规则探析——以〈侵权责任法〉第58条第一款为视角》，载于《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2013年第8期。

# 待岗的劳动法要件与实务操作

杜 琨

待岗的概念系相对于在岗而言，并无明确的法律定义，主要是指用人单位无法为劳动者安排工作岗位，而在保持双方劳动关系的情况下安排其停止工作，等待重新上岗机会的工作状态。在企业面临生产经营困难的时候，除容易引起劳资纠纷的裁员外，待岗不失为困难时期过渡且相对温和的法律手段。本文即在此对待岗的适用范围及构成要件等进行简要分析，并对待岗的实务操作提出意见和建议。

## 一、待岗的法律依据

待岗的法律实质，系用人单位在法定情形下，可集体性单方变更劳动者的工作岗位和工资待遇的单方变更劳动合同行为。虽然劳动者提供劳动以及领取劳动报酬的权利受到很大限制，但此时应将劳动者与用人单位视为利益共同体，在用人单位遇到经营困难时，劳动者亦应承担一定的经营风险，与单位一同共渡难关，否则劳资双方将会面临俱损的局面。

有关待岗的法律依据，主要见于《工资支付暂行规定》第十二条：“非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，

若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理”。基于此条规定，有部分省市在有关工资支付的地方性法规或政府规章中对待岗的先关标准予以了细化说明（详见下表）。

根据以上法律规定，本文将就待岗实践中若干核心法律问题进行详细探讨。

## 二、待岗的劳动法构成要件

### 1、待岗的法定条件

《工资支付暂行规定》第十二条的立法目的主要在于解决待岗期间的工资待遇问题，其次才是设定待岗的法定条件，即“单位停工、停产”。实践中，有观点基于以上分析主张待岗的法定条件不应局限于“停工、停产”，但由于待岗是对劳动合同的重大变更，将会对劳动者的权益产生极大影响，故在进一步法律规定颁布之前，笔者认为不宜扩大待岗的法定情形。

需要注意的是，《郑州市劳动用工条例》将因不可抗力造成停工、停产排除在待岗条件之外，意即发生不可抗力的情况下，用人单位不得安排员工待岗，此时用



地区	法律依据	待岗待遇（安排工作）	待岗待遇（未安排工作）
全国	《工资支付暂行规定》第十二条	不低于当地的最低工资标准	按国家有关规定办理
省、直辖市、自治区级			
安徽	《安徽省工资支付规定》第二十七条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的70%
北京	《北京市工资支付规定》第二十七条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的70%
重庆	《重庆市最低工资保障实施办法》第六条	● 不得低于最低工资	按国家有关规定办理
广东	《广东省工资支付条例》第三十五条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的80%
海南	《海南省最低工资规定》第七条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	未规定
湖南	《湖南省工资支付监督管理办法》第二十三条	未规定	不低于当地失业保险标准支付停工津贴
江苏	《江苏省工资支付条例》第三十一条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的80%
江西	《江西省工资支付规定》第二十一条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	按国家有关规定办理
辽宁	《辽宁省工资支付规定》第三十五条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	未规定
内蒙	《内蒙古自治区劳动者工资保障规定》第二十三条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的80%
山东	《山东省企业工资支付规定》第三十一条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的70%（附加条件：劳动者未到其他用人单位工作）
浙江	《浙江省企业工资支付管理办法》第十八条	● 不得低于最低工资	未规定
地市级			
包头	《包头市劳动者工资保障条例》第十九条	未规定	不低于本市城镇居民最低生活保障标准支付生活费
昆明	《昆明市企业工资支付条例》第二十四条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	未规定
南京	《南京市企业工资支付办法》第二十九条	● 不得低于最低工资	不低于当地最低工资标准的60%（附加条件：经与企业工会或者劳动者协商一致）
厦门	《厦门市企业工资支付条例》第二十四条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于最低工资标准
郑州	《郑州市劳动用工条例》第三十五条	● 重新约定工资标准 ● 不得低于最低工资	不低于最低工资标准的60%（附加条件：不可抗力造成停工、停业的除外）

用人单位只能选择按照客观情况发生重大变化的规定解除劳动合同，或按原工资标准维持劳动关系。

## 2、待岗的原因

对于如何理解停工、停产之前的限定条件——“非因劳动者原因”，本文认为，推究该条款的立法本意，系在保证劳动者在待岗后仍能获得基本的生活费用，故

此处“非因劳动者原因”主要着眼于排除劳动者的主观故意或重大过失因素，否则该劳动者应被解除劳动合同或赔偿单位损失，而不能享受待岗生活费。同时，从理性逻辑来看，企业在一般情况下不会为了让劳动者待岗或少支付工资而故意放弃生产经营。故法律实质上并未给待岗行为设定必须的条件，只要劳动者不存在故意或恶意，企业停工、停产应当视为待岗的法定条件成就。

### 3、待岗的适用范围

实践中待岗主要发生于以下四种情况：1) 用人单位因生产经营困难失去经济效益无法安排劳动者岗位；2) 是由于劳动者患病、非因工负伤，在医疗期满后不能从事原工作或不能胜任工作，而被安排待岗；3) 由于企业改制或者合并、分立、重组等原因需要对机构或者岗位进行调整暂时无法安排职工工作；4) 劳动者违反劳动合同或规章制度，用人单位将“待岗”作为一种处罚手段。

1) 就因单位效益不佳导致的待岗。如果是导致企业全部或大部分停工、停产的，则符合待岗的法定条件，即使员工不同意，也不得强制要求公司解除劳动关系并支付经济补偿。如果只是导致企业部分或个别部门停工、停产的，则存在较大争议，若认定合法，可能导致对待岗的滥用，但一概否定可能导致企业经营继续恶化进而引发更大的矛盾，故可针对第一种情况适当放宽待岗的法定要求。

2) 就因劳动者原因导致的待岗。虽然法律未明确规定用人单位可以调岗的具体条件，但实践中普遍认为即使存在不能从事原工作而调岗的情况，也应调整至与原岗位相关且具有合理性的其他岗位，而直接安排待岗显然违背了调岗的合理性，不符合法定情形，存在较大的法律风险。

3) 就因企业改制导致的待岗。属于客观情况发生重大变化的情形，首先需要劳资双方就劳动合同变更进行协商，此时用人单位能否安排员工待岗则存在较大争议。由于待岗系平衡劳资双方利益并给予宽限期已重新安排工作机会的法律机制，故本文赞成此种情况给予用人单位安排待岗的权利。

4) 就因劳动者违规违纪导致的待岗。本情况因不符合停工、停产的法定条件，有违法律规定，用人单位应当恢复劳动者的工作岗位并补发工资差额。

### 4、待岗的法定程序

《劳动合同法》第四条第二款要求用人单位在决定直接涉及劳动者切身利益的重大事项时，应当经职工代表

大会或全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或职工代表平等协商确定。待岗是否需要经过民主程序确定，尚未有明确法律规定，虽然从理论上分析，待岗的确属于直接涉及劳动者利益的重大事项，应当经过民主程序，但考虑到目前实践中集体协商尚未建制完全，片面强调民主程序将导致企业陷入决策混乱，故可适当放宽对民主程序的要求，待集体协商建制成熟后再给予严格要求。待岗决定做出后，应当向劳动者履行公示、告知手续。

综上所述，如果用人单位的待岗安排在实体和程序上均符合以上构成要件，则应当认定待岗产生法律效力。

## 三、待岗的法律后果分析

### 1、待岗待遇

根据法律规定，在待岗第一个工资支付周期内，用人单位仍应按照原工资待遇或劳动合同约定的标准支付工资。此时，在劳动合同标准之外的与出勤有关的补贴、补助等可不再发放，如与出勤直接挂钩的交通补贴、通讯补贴、餐饮补贴、出勤奖金等，但如果上述补贴系劳动合同约定的工资组成部分，则仍需继续支付。

在待岗第一个工资支付周期之后，劳动者的待遇需按是否提供劳动区别对待。第一、劳动者在待岗后仍然提供劳动的，多数地方性规定均鼓励劳资双方在不低于最低工资标准的条件下重新约定工资标准；如没有约定，或未能达成一致约定的，由于劳动者仍然提供了正常劳动，实践中难以认定该劳动者属于待岗范围，故用人单位仍应执行原劳动合同的工资标准。第二、劳动者在待岗后未提供劳动的，则应根据当地规定，支付最低工资标准或最低工资标准一定比例的待岗基本生活费；对于没有明确规定或注明“执行国家有关规定”的地区，则以支付最低工资为宜。

在支付待岗基本生活费之后，用人单位可在下一年度根据当地最低标准申报社会保险和住房公积金缴费基数，此时社保及公积金缴纳费用均应由用人单位负担，不得在员工的待岗基本生活费中划扣社保和公积金费用。

## 2、双重劳动关系的建立

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第八条之规定：企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。该条规定明确了待岗人员如在新的用人单位提供劳动，双方之间建立的系劳动关系，赋予了待岗人员建立双重劳动关系的权利。因此，如果待岗员工在待岗期间到其他用人单位提供劳动，则可分别与原单位及新单位建立双重劳动关系。

此时，原用人单位是否可以禁止员工在待岗期间另谋职业，则是一个值得探讨的问题。从司法解释的立法精神来看，由于待岗期间另谋职业并未对原用人单位造成实质性影响，故鼓励待岗人员另谋职业并从劳动法上给予保障。因此，虽然原用人单位出于便于管理的考虑，禁止员工另谋职业具有一定合理性，但该理由尚无法对抗司法解释的法律效力，并不足以阻碍劳动者双重劳动关系的建立。

对于建立双重劳动关系的员工，原用人单位不宜按照员工违反待岗协议、规章制度或同时建立双重劳动关系为由解除与员工劳动合同，否则被仲裁或司法机关认定为违法解除劳动关系的风险比较高。但如果原用人单位通知员工返岗工作或有其他工作安排，而该员工因已另谋职业而拒不服从的，则可适用“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位工作任务造成严重影响”之规定解除劳动关系。

## 3、劳动合同的续订

待岗期间，如果员工的劳动合同到期而用人单位有续订意愿的，一般会以待岗为附加条件提出续订，而员工往往并不同意此条件，导致无法续约成功，此时应区分以下两种情况处理：

1) 双方系第一次签订劳动合同。在无法续约的情况

下，用人单位有三个处理方向：到期终止该劳动合同、以员工拒绝续签为由解除劳动合同以及不签订劳动合同而继续用工。对于第一种处理方向，虽然用人单位整体处于待岗，但以待岗为条件续约不能视为《劳动合同法》第四十六条“用人单位维持或提高劳动合同条件，劳动者不同意续订”的例外情况，故仍应支付终止劳动合同经济补偿金；对于第二种处理方向，由于不再给予到期后一个月的签订合同宽限期，应适用劳动合同法实施条例第六条之规定，用人单位仍需支付解除劳动合同经济补偿金；对于第三种处理方向，虽然不签订劳动合同的意思表示系由员工做出，但用人单位续约条件降低，未签劳动合同责任不能完全归咎于员工，故用人单位据此仍需支付未签劳动合同双倍工资，且在一年之后双方视同建立无固定期限劳动合同法律关系。由于用人单位已陷入经营困境，且已保障了员工双倍工资和无固定期限劳动合同的权利，故从平衡双方责权利的角度出发，本文赞成以待岗工资标准作为未签劳动合同双倍工资的计算基数。

2) 双方系第二次及以上签订劳动合同。此时用人单位丧失到期终止双方劳动合同关系的权利，如果无法续约，用人单位将面临两难处境：第一，如果以员工拒绝签订劳动合同为由解除劳动合同，由于员工可要求签订无固定期限劳动合同，其拒绝待岗条件的续签正当合理，此时解除的合法性将受到极大挑战；第二，如果继续保持劳动关系，用人单位仍需支付双倍工资甚至无固定期限劳动合同双倍工资。结果将导致用人单位即不能解除还应支付双倍工资的高额赔偿，因此本文建议为此类情况寻找解决途径，即允许用人单位解除劳动合同并支付经济补偿金，或以待岗工资为基数支付最高不超过12个月的双倍工资后建立无固定期限劳动关系，以平衡劳资双方的利益。

## 4、劳动关系的解除

从员工主动要求解除劳动关系的方式来看，待岗工资标准过低，极大的影响了经济收入和生活水平，故

有相当一部分员工并不满意待岗安排而依据《劳动合同法》第三十八条解除劳动关系，同时要求用人单位补发工资并支付经济补偿。虽然用人单位存在降低工资标准、未提供劳动场所和劳动条件的情形，但这些情况实质上均系待岗的外在表现，故如果待岗发生法律效力，则用人单位上述行为并不违法，亦无需补发工资差额并支付经济补偿金，毕竟经营困境需要用人单位与员工共同渡过，员工亦需要承担部分经营风险。

从公司主动要求解除劳动关系的方式来看，经营困难及停产、停业应当构成劳动合同法规定的“客观情况发生重大变化”和“客观经济情况发生重大变化”，原劳动合同已无法继续履行，故公司可依据《劳动合同法》第四十条第一款第三项和第四十一条第一款第四项之规定，在履行法定程序后进行解除劳动合同或经济性裁员，但仍需支付经济补偿金。

## 5、劳动关系的恢复

如果公司的解除劳动合同行为在实体或程序上违反法律规定，员工可依法要求恢复劳动关系。但由于公司已处于停产、停业且员工待岗状态，此种情况能否构成《劳动合同法》第四十八条中“劳动合同已经不能继续履行”的情形，在实践中尚存有较大争议。由于员工的原岗位和工资待遇已不存在，恢复劳动关系对于双方均会形成僵局，甚至引发连锁的劳动争议纠纷，无论是法律效果还是社会效果均不佳，故本文赞成将待岗状态作为劳动合同不能继续履行的主要情形之一，并由司法机关在释明后改判违法解除劳动关系赔偿金。

退一步考虑，如果司法机关支持员工恢复劳动关系的诉求，则由于待岗的法律效力带有普遍适用性，故恢复劳动关系的员工不应有例外权利，应按照与其他员工一致的待岗标准确定工资待遇。

## 四、用人单位安排待岗的实务操作

### 1、待岗决定

由于待岗涉及到全体劳动者的重大权益，故用人单位应当由依据组织章程确定的权力机关或权力执行机关做出待岗决定，形成书面决议并据此加盖公章和法定代表人签字。如果有条件的，应当在决议作出之前经过职工代表大会或全体职工讨论并提出意见。用人单位研究该意见后应当给予反馈，将最终决定意见以及待岗的背景、原因等告知工会或职代会。

### 2、待岗范围

待岗决定中，应注意待岗员工的范围：第一、如果是整体停工、停业，除个别需要维持单位基本运营的财务、人事、技术等部门外，待岗应适用于全员范围；第二、如果是部分停工、停业，则应当安排停工所涉及部门的员工待岗；第三、进入上述范围的待岗人员，无论职位、职级应一视同仁，不宜有例外安排，否则将会遭到其他员工或仲裁、司法机关的质疑，如不能进行合理解释和证明，则待岗的法律效力可能无法得到认可。

### 3、待岗期限

待岗期限并无法律强制性规定，因此期限的长短可由用人单位根据生产经营的实际情况确定，具体来说，如果待岗的原因系用人单位停产、停业所致，则可以不设定待岗期限，或设置较长时间的期限；如果待岗的原因系因企业改制或者合并、分立、重组等原因需要对机构或者岗位进行调整暂时无法安排工作的，则应当设定一个确定、合理的期限，具体长短应该根据实际情况而定。

### 4、待岗协议与公示

为确定待岗期间劳资双方的权利义务，应鼓励双方签订待岗协议，协议主要分为两种类型：

1) 留守人员协议。对于留守的部分劳动者，双方可签订协议，用人单位可以低于原工资标准支付留守人员工资，适当扩大或缩小留守人员的工作职责范围，调



整留守人员的工作岗位，但调整后的工资不应低于当地最低工资标准；需要注意的是，如果双方未达成留守协议，则仍应按照原工资标准支付劳动报酬，故为鼓励劳动者签订协议，可将留守或待岗的选择权交给劳动者，如不选择签订留守协议的，则用人单位只能安排待岗而另选他人留守。

2) 待岗人员协议。对于待岗的人员，待岗协议应尽力包括以下内容：待岗的开始时间、待岗待遇、待岗培训、守纪要求、保密及不竞争要求、另行谋职要求、另行谋职的人身伤害责任、返岗要求和服从工作安排等。为鼓励劳动者签署待岗协议，可考虑在返岗时优先安排签署协议的员工。

如劳动者拒绝签署协议的，用人单位还应通过召开会议、张贴公告、特快专递、电子邮件等方式向劳动者公示，以保证待岗对劳动者产生法律效力。

## 5、返岗安排

用人单位恢复生产经营之后，需要安排待岗员工返岗，此时在法律和操作上主要面临三个问题：1) 返岗员工的选择；2) 返岗的工资、岗位调整；3) 劳动者不服从返岗工作安排的处理。

1) 用人单位恢复生产经营后，很多情况下并不需要待岗员工全部或在同一时间返岗，必然会产生分批次、分时间的返岗安排。此时，在待岗具有法律效力的前提下，需要哪些员工返岗一般应属用人单位自主决定的范畴，法律不宜过多干涉。

2) 返岗后是否必然恢复原劳动合同的履行，是值得探讨的问题。从理论上分析，如果用人单位恢复生产经营，亦应当恢复原劳动合同的履行，但实践中用人单位一般难以恢复到原经营水平，且恢复的水平很难通过举证和审理进行判断，故建议仍赋予用人单位一定程度的自主经营权，在与原合同相关的岗位范围内进行合理调整，薪酬应按照岗位及规章制度予以确定。

3) 返岗操作中极易产生纠纷，最典型的的就是劳动者对岗位、薪酬不满意而拒绝返岗的情况。对此，用人单

位应审视返岗安排是否公平、合理，如果仍然按照原劳动合同条件履行，或遵循第2项原则进行了合理调整，劳动者仍拒绝上岗的，则属于不服从工作安排的情形。用人单位应根据规章制度给予妥善处理，如多次不服从安排给生产经营带来困难的，可视情况给予内部警告直至解除劳动合同的处理。



**杜 琨**  
**执业领域**

杜琨律师专注于劳动法业务与争议解决业务。

### 执业经验

杜琨律师自2014年2月加入君合，之前曾于2007年7月至2014年1月期间在北京市第二中级人民法院担任劳动争议专业化审判法官，共积累1500余件案件的办理经验，多次被北京市高级人民法院评为“北京市优秀法官”、“结案能手”、“十佳青年法官”。

加入君合之后，他为众多跨国公司和国内知名企业提供劳动法方面的日常合规性问题咨询，起草、修改劳动合同、集体合同、员工手册以及保密、竞业限制协议等文件，参与众多跨国公司及大型国有企业裁员、员工转移、劳务派遣、服务外包、商业贿赂调查、外国专家聘用等项目，还在北京和国内其他主要城市，代理跨国公司和国内知名企业处理各种类型的劳动争议案件。此外，在处理买卖合同、担保合同、公司及侵权责任争议方面，杜琨律师也具有丰富的经验。

### 教育背景

中国政法大学法学硕士（2007）  
西安交通大学法学学士（2004）

### 专业组织

中华人民共和国实习律师  
中国法学会会员  
北京市劳动和社会保障法学会会员

### 工作语言

中文，英文

# 涉UNCITRAL规则之仲裁协议效力 确认之诉案件简析

陈鲁明 崔文辉 刘佳迪

《中华人民共和国仲裁法》（下称“《仲裁法》”）第十六条规定，仲裁协议必须同时具备请求仲裁的意思表示、仲裁事项及选定的仲裁委员会。因此，根据《仲裁法》的上述规定，在中国境内进行的仲裁，只能选择机构仲裁，不能选择临时仲裁。实践中，在中国境内进行的机构仲裁，当事人可能会选择《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（下称“UNCITRAL仲裁规则”）作为其仲裁规则。由于UNCITRAL仲裁规则最初多用于临时仲裁，在中国境内进行的机构仲裁中，当事人对UNCITRAL仲裁规则在实践中的适用存在误区，故容易引发争议。

君合近期处理了一个此类案件，在该案中，在君合律师事务所上海分所（下称“君合”）代表申请人提起仲裁后，仲裁被申请人一方以仲裁协议中约定UNCITRAL仲裁规则为仲裁规则、未明确约定仲裁机构为由，认为双方之间的仲裁协议系未约定仲裁机构的临时仲裁协议，从而向人民法院提出申请，请求确认该案所涉仲裁条款无效（下称“系争仲裁条款”）。君合在该案中代理该案的被申请人，为当事人赢得该案胜诉裁定，法院最终确认系争仲裁条款合法有效，君合的客户得以顺利推进案件仲裁程序。

## 一、案件背景

本案系争仲裁条款的双方为某跨国公司在上海设立的子公司（下称“上海公司”）和江苏当地的建筑公司（下称“江苏公司”），双方因一份《施工合同》（下称“施工合同”）的履行引发争议。根据《施工合同》的约定，因该合同引发的争议应通过仲裁解决，仲裁条款内容如下：“双方同意通过有约束力的仲裁解决所有因本协议引起或与本协议有关的争议。仲裁由三名仲裁员根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则进行。仲裁地点为中华人民共和国，上海，仲裁语言为英语。中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会应主持仲裁并在联合国国际贸易法委员会仲裁规则要求仲裁员指定机构行动时充当仲裁员指定机构。……。”（英文原文：The parties agree to resolve all differences arising out of or relating to this AGREEMENT through binding arbitration before three arbitrators pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules. The place of arbitration shall be Shanghai, People's Republic of China and the language of the arbitration shall be English. The China International Economic and Trade Arbitration

Commission, Shanghai Commission shall administer the arbitration, and also act as the appointing authority when the UNCITRAL Arbitration Rules call for an appointing authority to act.)

2012年12月3日，君合代表上海公司，依据《施工合同》中的仲裁条款，向中国国际贸易仲裁委员会上海分会提出仲裁申请。

2013年4月16日，江苏公司以系争仲裁条款系无效的临时仲裁条款为由，向上海市第二中级人民法院（下称“上海二中院”）提出申请，请求法院确认系争仲裁条款无效、中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会（下称“贸仲上海分会”）对该案无管辖权。

## 二、江苏公司主张系争仲裁条款为临时仲裁条款的理由

江苏公司在本案中主张系争仲裁条款为临时仲裁条款的理由主要为：

1、根据中国法律规定，未选定明确仲裁机构的仲裁条款为临时仲裁条款，系无效仲裁条款。而系争仲裁条款中“仲裁由三名仲裁员进行”的条款属于典型的临时仲裁条款，仲裁员通过独任仲裁员或仲裁庭行使仲裁管辖权，进行仲裁为临时仲裁；

2、系争仲裁条款中并非约定由贸仲上海分会进行仲裁，只是约定由其作为管理机构、指定机构，不能等同于机构仲裁，上述仲裁条款并未约定明确的仲裁机构，因而为无效仲裁条款。

## 三、君合提出的抗辩思路

本案中，双方主要的争议焦点为系争仲裁条款关于“仲裁由三名仲裁员……进行”的表述，以及“中国国

际经济贸易仲裁委员会上海分会应主持仲裁……充当指定机构”的表述，表明当事人的真实意思表示是仅约定由贸仲上海分会作为UNCITRAL仲裁规则项下的指定机构提供行政性的服务，还是作为本案仲裁机构行使仲裁管辖权。

君合结合《仲裁法》的相关规定、仲裁当事人意思自治原则、当事人约定由三名仲裁员进行仲裁的本意、联合国国际贸易法委员会关于UNCITRAL Rules规则在实践中之适用而发表的相关声明和建议以及《仲裁法》禁止临时仲裁制度的立法本意等角度作出全方位的答辩，概括如下：

### 1、系争仲裁条款并不存在因违反法律规定而导致其无效的情形：

（1）根据《仲裁法》四条的规定，仲裁实行当事人自愿原则。系争仲裁条款系双方自愿订立，体现了双方的真实意思表示，即签订《施工合同》时，双方均同意通过有约束力的仲裁解决所有因该协议引起或与该协议有关的争议。江苏公司试图将系争仲裁条款曲解为无约束力的临时仲裁，显然与双方的真实意思表示相悖；

（2）系争仲裁条款中，双方约定仲裁由三名仲裁员进行，仅为双方对仲裁员人数所做的约定，完全符合《仲裁法》关于当事人可以约定由三名仲裁员组成仲裁庭，或约定由一名仲裁员成立仲裁庭的规定；

（3）联合国国际贸易法委员会在其官方网站的声明中明确UNCITRAL仲裁规则广泛适用于各种仲裁，并未将机构仲裁排除在外，因此，贸仲上海分会作为仲裁机构适用UNCITRAL仲裁规则完全符合UNCITRAL仲裁规则的规定；

（4）实践中，贸仲上海分会已经受理过适用UNCITRAL仲裁规则的仲裁案件，并且依法成立仲裁庭作出有效仲裁裁决。

### 2、系争仲裁条款并非临时仲裁条款：

(1) 江苏公司混淆了仲裁“审理权”和“管辖权”两个概念。在中国，所有的仲裁机构受理的案件都是由仲裁庭或独任仲裁员审理并作出裁决，仲裁机构对仲裁案件的管辖权主要体现在程序管理方面，仲裁机构并不直接参与案件的审理和裁决，也即，仲裁庭或独任仲裁员审理仲裁案件并作出仲裁裁决并非区分机构仲裁和临时仲裁的要件；

(2) UNCITRAL仲裁规则并不排斥仲裁机构同时以仲裁机构的身份和“指定机构”的身份管理仲裁案件。根据系争仲裁条款，贸仲上海分会首先作为仲裁机构负责主持仲裁（或称之为“管理仲裁”），行使程序管理等职责；然后，贸仲上海分会也在需要时充当指定机构。而不是如江苏公司所述的，贸仲上海分会仅作为指定机构、管理机构提供所谓“管理服务”；

(3) 在中国，机构仲裁与临时仲裁之间的主要不同之处在于仲裁机构是否在裁决书上加盖仲裁委员会印章，而根据贸仲上海分会的法律实践，在其受理的适用联合国国际贸易法委员会仲裁规则的案件中，也会在仲裁裁决书上盖章；

(4) 中国目前尚未建立临时仲裁制度的原因在于中国目前尚不具备建立临时仲裁制度的法治环境，而本案中双方约定由具有专业资质和良好声誉的贸仲上海分会作为仲裁机构管理涉案仲裁，双方选定的仲裁员均能够参与案件审理，以保证裁决的公正和中立，临时仲裁中可能出现的弊端在涉案仲裁中根本不可能出现，江苏公司生硬地将“仲裁由3名仲裁员进行”解释为临时仲裁，显然没有任何依据。

#### 四、法院关于涉案仲裁效力的裁定

2015年3月12日，上海二中院开庭审理本案后作出裁定，驳回江苏公司关于确认仲裁协议无效的申请，确

认系争仲裁条款系合法有效的仲裁协议，且本案应由上海国际经济贸易仲裁委员会依法行使仲裁管辖权。

关于系争仲裁条款并非临时仲裁条款，上海二中院的理由为：系争仲裁条款中“中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会应主持仲裁并在联合国国际贸易法委员会仲裁规则要求仲裁员指定机构行动时充当仲裁员指定机构”的部分文字表述虽有一定的临时仲裁特性，但其中“主持仲裁”（英文表述为administer the arbitration）和“指定机构”（英文表述为“appointing authority”）两项表述，表明当事人通过系争仲裁协议赋予了中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会有别于临时仲裁中相关机构一般只提供行政管理服务的更多职能，而《中华人民共和国仲裁法》及中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会的仲裁规则本身也不排斥当事人选择仲裁过程中所适用的仲裁规则，因此，按照有利于实现当事人仲裁意愿的目的解释的方法分析，系争仲裁条款已经选定了仲裁委员会，且不属于临时仲裁性质。

#### 五、本案的法律启示

1、在涉及UNCITRAL仲裁规则的仲裁协议效力纠纷案件中，主张仲裁协议无效一方当事人的理由可能为UNCITRAL仲裁规则仅为临时仲裁规则、当事人在仲裁协议中约定的指定机构不是以仲裁机构的身份参与案件。对于积极维护仲裁条款效力的当事人一方，应结合双方签署仲裁协议的背景和目的、仲裁当事人意思自治原则、联合国国际贸易法委员会关于UNCITRAL仲裁规则在实践中之适用所发表的声明和建议，选定的仲裁机构对于适用UNCITRAL仲裁规则进行仲裁的实践等角度，进行全方位的抗辩。

2、基于当事人意思自治原则，中国境内的仲裁机构允许当事人选择该仲裁机构仲裁规则之外的仲裁规则



进行仲裁，但也需要注意，根据不同仲裁机构的仲裁规则，当事人对非该机构仲裁规则的选定并非是无条件的。例如，2015年4月1日起实施的《北京仲裁委员会仲裁规则》第二条第（一）款明确规定：“当事人就仲裁程序事项或者仲裁适用的规则另有约定的，从其约定，



**陈鲁明**  
**执业领域**

陈律师具有中国执业律师和美国纽约州执业律师的资格。

#### **执业经验**

陈律师2011年加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。加入君合前，陈律师是美国众达律师事务所的合伙人。在此之前，陈律师曾在美国德普律师事务所和美迈斯律师事务所执业。

在赴美国学习和工作前，陈律师1986年至1992年在北京中国国际经济贸易仲裁委员会工作，担任副秘书长。在此期间，陈律师担任仲裁员，处理了多起对外贸易及外商投资纠纷，还代表中国政府和机构参加与国际组织的谈判。

陈律师在处理复杂的国际争议方面具有丰富的经验，擅长涉外仲裁、诉讼、调解和谈判。他擅长处理工程建筑争议，由外贸合同、长期采购合同、复杂的商业合同、股权及资产收购合同和合资合同引起的争议，以及涉及保险和破产的争议。

陈律师现担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

陈律师在外商直接投资、项目融资、公司收购与兼并、能源及基础设施等方面具有长期和广泛的经验。陈律师广泛参与了外商在中国的各类投资项目，其中包括：代理多家跨国公司在各类不同的行业进行直接投资；代理多家跨国公司在进行公司收购与兼并；代理外国能源公司在进行电力、天然气管道、污水处理及其它基础设施项目的开发及投资；代理外国风险基金在中国进行投资。陈律师还代表中国的公司到境外投资。

#### **教育背景**

复旦大学获文学学士学位（1983）

复旦大学获文学硕士学位（1986）

美国哈佛法学院获法学博士学位（1995）



**崔文辉**  
**执业领域**

争议解决（诉讼及仲裁）、房地产与建设工程、公司合规业务、破产及清算

#### **执业经验**

崔文辉律师于2008年4月加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。

崔律师在处理复杂的涉外争议案件方面具有丰富的经验，曾代表众多跨国公司和大型企业成功地处理了大量争议案件。崔律师曾经多次主办或参与办理中华人民共和国最高人民法院审理的商事诉讼案件，并经常代理上海国际经济贸易委员会、上海仲裁委员会以及中国国际经济贸易仲裁委员会等仲裁机构审理的重大、复杂仲裁案件，擅长处理房地产、建设工程、股权转让以及公司法律纠纷等案件。

崔律师在公司合规业务领域也具有丰富的经验，曾经全程参与GSK（葛兰素史克）涉嫌商业贿赂案件的刑事程序，并曾多次代理跨国公司配合工商等部门进行的合规调查、为客户提供公司合规培训、对客户业务进行合规性审查等。崔律师曾在上海市公安局浦东分局工作，能够从不同的视角为客户提供切实可行的代理方案和咨询意见。

此外，崔律师还主办了大量的破产及强制清算案件。在这些案件中，崔律师曾担任破产管理人或清算组成员，也曾代表客户参与债权申报，或代表客户申请破产，全方位参与了破产、清算程序。崔律师还参与编写了CCH于2010年出版的《中国公司法实务指南——破产与清算》一书。

在加入君合之前，崔律师在一家大型房地产集团公司主管法务工作，并曾在上海市公安局浦东分局工作。

#### **教育背景**

上海大学法学学士学位

#### **专业组织**

崔文辉律师于2005年取得中国律师资格，现为中华全国律师协会会员。

#### **工作语言**

中文、英文

但该约定无法执行或者与仲裁地强制性法律规定相抵触的除外”，即以当事人之约定的可执行性、与中国强制性法律规定不存在抵触为前提条件。上海二中院对本案的裁定结果在一定程度上表明，UNCITRAL仲裁规则不存在与中国强制性法律规定相抵触的情况，否则法院不会确认本案系争仲裁条款合法有效。

3、但是，也需要注意的是，有些仲裁机构的仲裁规则还规定当事人对其他仲裁机构的选择需取得该机构的同意。例如，2013年1月1日起施行的《上海仲裁委员会仲裁规则》第八条规定：“当事人就仲裁程序事项或者仲裁适用的规则另有约定且经仲裁委员会同意的，从其约定”，即以取得仲裁机构的同意作为适用其他仲裁规则的前提条件。因此，尽管当事人在特定案件中选择适用UNCITRAL仲裁规则与相关仲裁机构的仲裁规则可能并不冲突，但也要注意选定的仲裁机构是否无条件的接受当事人对UNCITRAL仲裁规则的选择，我们建议当事人在最终确定仲裁条款之前，就选择UNCITRAL仲裁规则的作为案件仲裁规则的情形咨询选定的仲裁机构，并取得仲裁机构的书面同意，确保当事人对仲裁规则的选择合法有效。

4、根据上海二中院对本案的裁定结果，UNCITRAL仲裁规则并非仅能适用于临时仲裁案件，在中国进行的机构仲裁中，根据当事人的约定，UNCITRAL仲裁规则完全可以作为个案的仲裁规则。对于仲裁庭在中国境内依据UNCITRAL仲裁规则进行审理的案件，相关仲裁机构可能不仅是UNCITRAL仲裁规则项下“指定机构”，同时也为仲裁提供程序管理职责，并在仲裁庭作出的仲裁裁决上加盖仲裁机构的公章，由此作出机构仲裁裁决。

事实上，近年来，中国相关仲裁机构的实践也表明，已开始有中国仲裁机构在其仲裁规则中明确规定当事人可以约定适用UNCITRAL仲裁规则作为特定案件的仲裁规则。例如，2015年1月1日起实施的《上海国际经

济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）仲裁规则》第二条第（七）款规定“仲裁委员会可以根据当事人约定适用的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或其他仲裁规则作为仲裁员指定机构，并依照约定或规定提供程序管理服务”。但是，由于UNCITRAL仲裁规则在中国境内的实践较少，在具体适用过程中，难免会出现各种各样的问题。我们建议当事人在拟约定适用UNCITRAL规则作为仲裁规则，在最终确定仲裁条款的内容之前，先寻求专业律师的专业建议，以避免仲裁条款无效的法律风险。



刘佳迪  
执业经验

刘佳迪律师于2009年通过国家司法考试，获取中国法律职业资格。加入君合之前，她曾于上海WTO事务咨询中心信息部进行为期4个月的实习，并曾于北京金杜律师事务所上海分所外商投资组进行为期8个月的实习。在金杜的实习期间，她曾参与多起跨国公司的并购项目，以及多起外资企业在华代表处和分公司的清算工作，在跨国公司并购及清算业务方面拥有一定的经验。

刘佳迪律师于2011年加入君合律师事务所上海分所争议解决组。加入君合后，刘佳迪律师参与了大量民商事诉讼和仲裁案件，在外商投资、公司股权转让、公司破产清算、保险、工程建设、房地产、租赁、文化传媒及广告、著作权、人身伤害、婚姻、海商海事等领域的纠纷解决方面积累了一定经验。

#### 教育背景

华东政法大学法学学士学位国际经济法专业（2008）  
复旦大学法学硕士学位国际经济法（2011）

#### 工作语言

中文、英文



君合律师事务所为新入所律师开展新人系列培训





请使用微信扫描二维码  
关注“君合法律评论”



## 君合律师事务所

### 君合北京总部

地址：北京市建国门北大街8号华润大厦20层  
邮编：100005  
电话：(86-10) 85191300  
传真：(86-10) 85191350  
电子信箱：junhebj@junhe.com

### 君合上海分所

地址：上海市延安中路1228号  
静安嘉里中心办公楼三座25层  
邮编：200040  
电话：(86-21) 52985488  
传真：(86-21) 52985492  
电子信箱：junhesh@junhe.com

### 君合海口分所

地址：海口市滨海大道81号  
南洋大厦2117室  
邮编：570105  
电话：(86-898) 68512544  
传真：(86-898) 68513514  
电子信箱：junhehn@junhe.com

### 君合深圳分所

地址：深圳市福田区中心四路1-1号嘉  
里建设广场第三座第2803-04室  
邮编：518048  
电话：(86-755) 25870765  
传真：(86-755) 25870780  
电子信箱：junhesz@junhe.com

### 君合香港分所

地址：香港中环康乐广场1号  
怡和大厦37楼3701-10室  
电话：(852) 21670000  
传真：(852) 21670050  
电子信箱：junhehk@junhe.com

### 君合广州分所

地址：广州市天河区珠江新城珠江东路13号  
高德置地广场E座13楼1301室  
邮编：510623  
电话：(86-20) 28059088  
传真：(86-20) 28059099  
电子信箱：junhegz@junhe.com

### 君合纽约分所

地址：美国纽约市第五大道630号  
洛克菲勒大厦45号2320室  
邮编：10111  
电话：(1-212) 7038702  
传真：(1-212) 7038720  
电子信箱：junheny@junhe.com

### 君合大连分所

地址：大连市中山区人民路15号  
国际金融大厦16层F室  
邮编：116001  
电话：(86-411) 82507578  
传真：(86-411) 82507579  
电子信箱：junhedl@junhe.com

### 君合硅谷分所

地址：美国加州帕拉阿图湾岸东路  
2275号101室  
邮编：94303  
电话：(1-888) 8868168  
传真：(1-888) 8082168  
电子信箱：junhesv@junhe.com