

THE ECO-ENVIRONMENTAL LEGAL PRACTICE

within the context of
the carbon peak
and neutrality goals

[中伦生态环境文集]

『双碳』目标背景下的生态环境法律实务

• 碳中和 • 环保合规 • 绿色金融 • ESG • EOD •



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

CONTENTS

CHAPTER 01 环境领域热点法律问题

SECTION ONE

绿色转型

- 01/ EOD助力资源枯竭型区域高质量转型发展 012
- 02/ 浴火重生的湖北,如何推深做实“生态优先,绿色发展”? 018

SECTION TWO

绿色金融

- 01/ “碳中和”必须依法“中和” 026
- 02/ 绿色信贷的制度设计和法律实践 033
- 03/ 借力绿色债券,助力绿色经济 039
- 04/ 上市公司ESG信息披露趋势及如何打造ESG报告 045
- 05/ 注册制背景下的绿色证券的现状及其发展 052

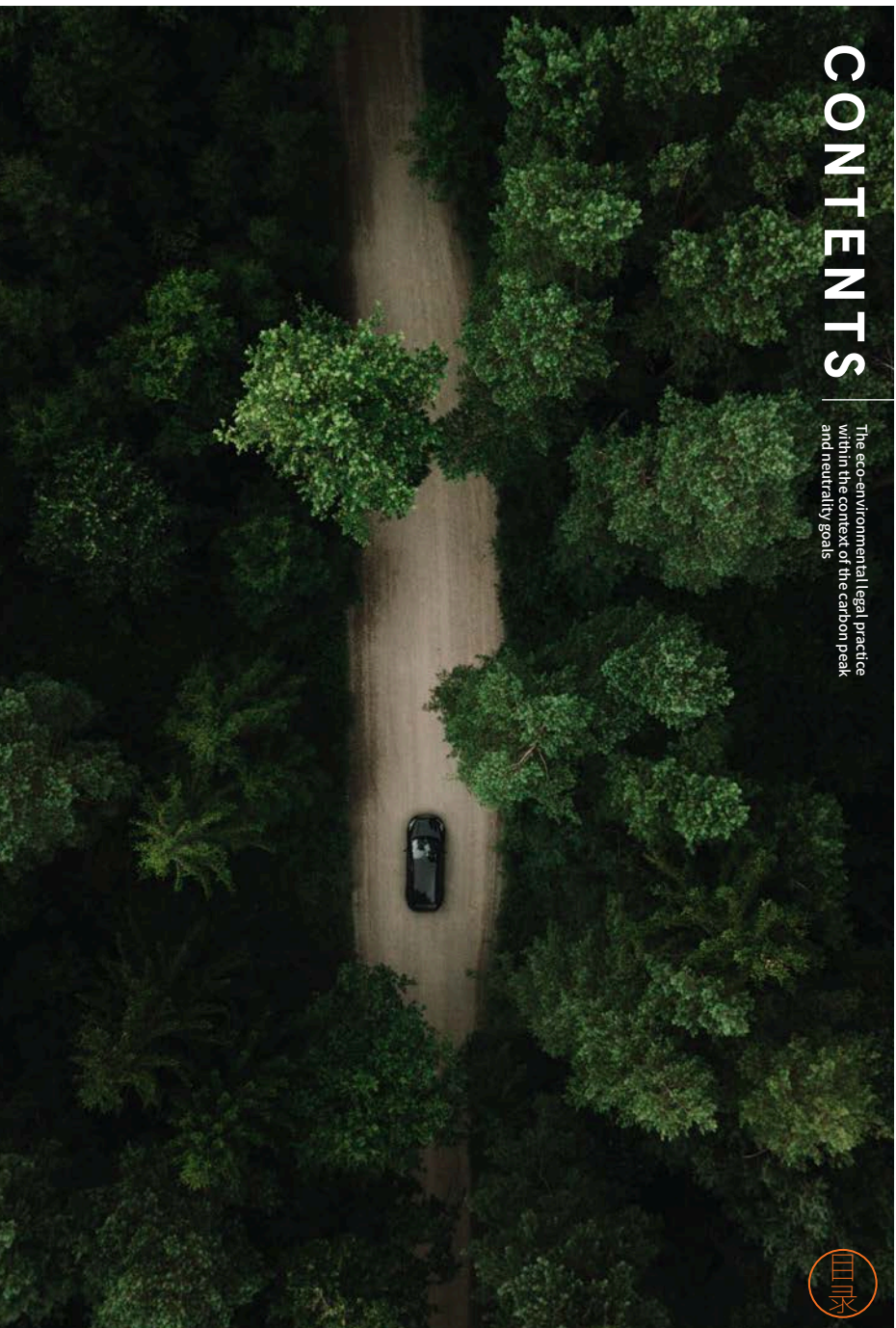
SECTION THREE

环保合规

- 01/ 推动《土壤污染防治法》全面有效实施大背景下
房地产开发企业的合规义务及争议解决 060
- 02/ 浅析施工企业环保合规体系的构建——兼论如何应对环境公益诉讼 067
- 03/ 企业应对环境行政处罚重点问题解析 073

CONTENTS

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals



04/ 远离环保涉刑风险——企业环保刑事合规治理方案	079
05/ 浅谈新固废防治法下企业进口合规风险	085

SECTION FOUR

环境争议解决

01/ 环境公益诉讼概述	092
02/ 从基础法律关系分析环境民事公益诉讼的适格被告——以“常州毒地案”为例	098
03/ 环境监测报告证据效力要点分析	104
04/ 破产案件中的产能指标处置研究	109

CHAPTER 02 生态环保领域热点法律问题

SECTION FIVE

生态环保项目投融资建营

01/ 存量PPP项目以EOD模式实施的注意要点	118
02/ 法律视野下城乡供水一体化特许经营项目的实践热点话题	124
03/ PPP模式下水环境综合治理工程项目用地法律问题探析	130
04/ 建设用地土壤修复工程主要法律问题及风险防范	137
05/ 水环境治理EPC+O项目实务要点	143
06/ 环境第三方治理中的契约规治问题	150

SECTION SIX

生态环保项目再融资

01/ 城市水务资产盘活之ABS资产证券化	158
02/ 环保领域基础设施通过公募REITs退出机会的法律分析	165

CONTENTS

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals



SECTION SEVEN

生态环保项目争议解决

- | | |
|---------------------------------|-----|
| 01/ 海外环保工程承包项目合作架构设计中的风险控制 | 172 |
| 02/ EPC模式下的环保工程固定总价范围及风险管理刍议 | 180 |
| 03/ 浅谈EPC模式下环保工程最低交付标准的界定及其法律责任 | 187 |
| 04/ 从行政法的视角观察污水处理特许经营协议纠纷的解决 | 194 |

CHAPTER 03 生态环境企业经营法律实务

- | | |
|---------------------------|-----|
| 01/ 水务项目并购法律尽职调查关注要点 | 203 |
| 02/ 危废处置项目并购过程中的若干问题探讨 | 210 |
| 03/ 固废处置项目并购交易架构和重点合同条款安排 | 217 |
| 04/ 环境企业IPO上市的监管重点及其应对 | 224 |
| 05/ 环境企业科创板上市的知识产权合规应对 | 229 |
| 06/ 环境科技企业数据合规要点 | 235 |

CHAPTER 04 长江保护

- | | |
|----------------------------|-----|
| 01/ 《长江保护法》下港航企业的环境法律义务与责任 | 243 |
| 02/ 《长江保护法》规制下生产建设活动的环保责任 | 249 |

CONTENTS

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals





P R E F A C E

“十三五”期间，我国全面建成小康社会取得决定性成就，生态文明建设发生了历史性、转折性、全局性变化。“十四五”是我国“两个百年”奋斗目标的历史交汇期，是推进社会主义现代化建设进程中的关键阶段。而在面对错综复杂的国际国内形势，特别是受到新冠肺炎疫情严重冲击的背景下，十九届五中全会仍将生态环境保护作为“十四五”和更长时期发展的重要内容，并在《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》（以下简称“‘十四五’规划”）中对我国“十四五”期间生态文明建设和生态环境保护工作做出了系统谋划和战略部署，将绿色发展、碳排放、生态环境质量改善等关键词与把我国建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国紧密相连。

2020年9月22日，习近平总书记在第75届联合国大会上提出“双碳”目标。力争2030年前实现碳达峰、2060年前实现碳中和，是党中央作出的重大战略决策，也事关中华民族永续发展和人类命运共同体的构建。时隔一年，2021年9月12日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于深化生态保护补偿制度改革的意见》，将生态保护补偿制度作为生态文明制度的重要组成和调动各方参与生态保护积极性的重要手段。可见，“十四五”时期作为我国能源低碳转型的关键期，在“双碳”目标的驱动下，绿色发展是我国生态文明战略下的必然选择，也是早日实现可持续发展的必由之路。而生态环境保护作为绿色发展的重要支撑，在为每个企业和个人提出了新挑战的同时，也带来了新的机遇和发展空间。

有鉴于此，在“十四五”规划和“双碳”目标的双重背景下，《中伦生态环境文集》（以下简称“《文集》”）立足于我国生态环保政策体系格局，结合中伦律师的丰富实务经验，对当前生态环境领域的热点和难点法律问题进行了全面分析和解读，为读者带来最具权威的前沿观点和实操建议。《文集》共分四大部分，为企业绿色转型、绿色金融、环保合规、环境争议解决、生态环保项目投融资和再融资以及生态环境企业经营法律实务等设置专章，并特别囊括了生态环境导向开发模式（EOD模式）、绿色债券、环保项目ABS、基础设施公募REITs再融资、土壤修复、水环境综合治理等一系列前沿业务问题。

我们理解，“十四五”规划和“双碳”目标的实现离不开企业积极承担环境保护和社会责任，企业在项目开发、工程建设、安全运营等各个环节都会面临更全面而严格的监督管理。《文集》还特别从企业合规管理与争议解决两个方面入手系统梳理相关法律风险，并提出相应的应对策略作为参考，聚焦项目开发中的土壤污染防治、新固废进口、污水处理、环境行政处罚、公益诉讼等法律风险控制。在监管趋严的大背景下，相信《文集》能够进一步为企业在生态环境领域的合规治理与争议解决提供新的思路。

PREFACE

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals



CHAPTER ONE

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals



CHAPTER ONE

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals

环境领域热点 法律问题

S E C T I O N

0 1

绿色转型



EOD助力资源枯竭型区域 高质量转型发展

作者/周兰萍、王振华、叶华军

生态环境导向的开发模式(Ecology-Oriented Development,简称“EOD模式”)是一种创新性的项目组织实施方式,旨在探索将生态环境治理项目与资源、产业开发项目有效融合,解决生态环境治理缺乏资金来源渠道、总体投入不足、环境效益难以转化为经济收益等瓶颈问题,推动实现生态环境资源化、产业经济绿色化,提升环保产业可持续发展能力,促进生态环境高水平保护和区域经济高质量发展。生态环境部、发展改革委、国家开发银行联合发布的《关于推荐生态环境导向的开发模式试点项目的通知》(环办科财函〔2020〕489号)等政策文件中明确提出,要探索包括政府与社会资本合作(PPP)在内的多种投融资模式推进试点项目实施,推动建立多元化生态环境治理投融资机制。本文针对资源枯竭型区域亟需解决的发展方向迷失及矿区生态环境恶劣态势等问题,就EOD模式与新建PPP项目如何进行有机结合,创新生态及产业联合开发模式,实现生态环境治理与关联产业一体化实施进行简要分析并提供相关建议。

PART 001

基于EOD理念的PPP模式整体策划

对于此类项目,在PPP项目策划之初即应融入EOD理念,以EOD模式对新建PPP项目进行通盘整合、规划,将区域生态环境治理与区域产业转型加以统筹考虑,通过EOD综合开发,提高区域自我造血能力,实现区域转型的可持续发展。与此同时,在引入社会资本实施EOD综合开发过程中,尚需注重合作模式的合规,以降低各方风险,保障项目的稳定实施。

例如,对于资源枯竭型区域,可以因地制宜,采用“EOD+PPP”模式引入社会资本,统筹发展多元化业态,推进“生态+”“赛事+”“旅游+”“教育+”等具有特色的科创文旅产业落地,以关联产业升值所回收的利润反哺矿坑生态环境修复、运营和维护,实现生态环境治理与关联产业一体化实施。类似案例操作,可见山东威海华夏城矿山生态修复项目¹、云南大板桥矿山地质环境恢复治理项目²等等。

1. 详见周兰萍、张留雨,《EOD模式助推裸露矿坑建成“绿色矿山”》,载<https://mp.weixin.qq.com/s/jkaJtqZUQmg7Qi6R-fzIPg>。最后访问日期:2021年8月15日。

2. 详见周兰萍、张留雨,《废弃矿坑竟能蜕变为5A景区?》,载<https://zhuanlan.zhihu.com/p/274472470>。最后访问日期:2021年8月15日。

PART 002

基于区域治理与发展需求策划EOD项目

资源枯竭型区域以EOD理念谋划转型发展时,应当根据项目区域特点,结合生态环境修复的成果形式,发展具有高度关联性、强收益性的关联产业,并以区域综合开发的思维整合产业链上下游,打破生态治理修复与经济转型发展之间在时间和空间上的隔膜,践行“产业先行”的“生长式”综合治理修复和项目开发。例如,参考相关实践案例,对于煤矿资源枯竭型区域,一方面政府可考虑引入社会资本“变废为宝”,以煤矿开采后遗留的废石废渣等原料发展新兴建材产业;另一方面,可结合该区域的转型发展方向导入配套的酒店、餐饮、文旅等第三产业,通过良性循环吸引更多社会资本和关联产业落地生根,促进产城融合的有机发展。

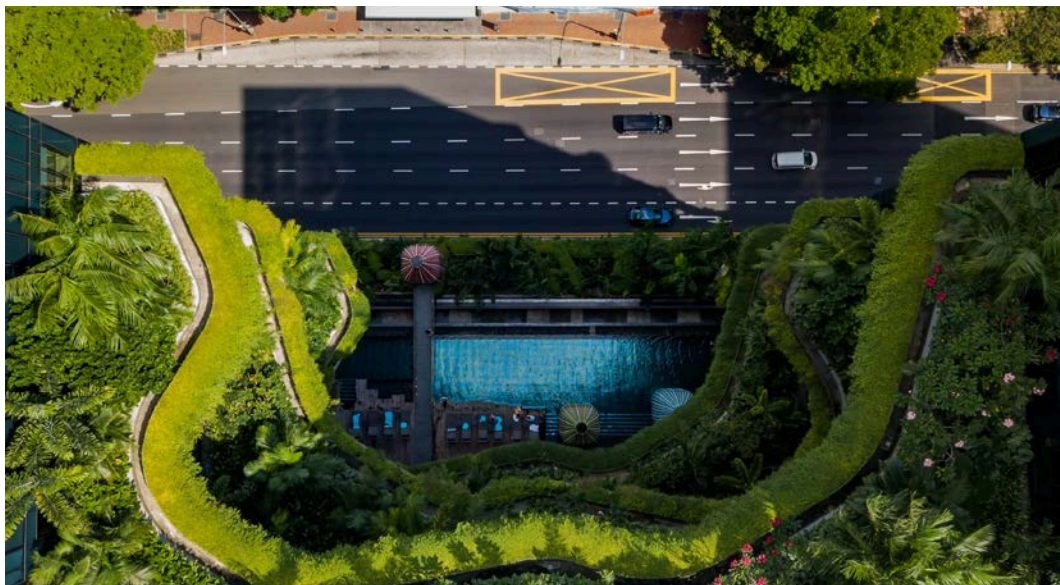
另外,合理选择有相关产业资源及运营经验的社会资本,是EOD项目成功运作的关键。就此而言,通过市场调研测试并经竞争性程序选定适格的社会资本并实行按效付费的回报机制,从而实现物有所值,PPP项目中的政企合作经验做法同样值得其他非PPP项目借鉴参考。

PART 003

合理设置产业收益反哺机制

在此类“EOD+PPP”的项目中,政企双方可通过签署相关协议的方式,由政府方授予社会资本矿区废石废渣的使用权和经营权,由社会资本承诺进行减量化加工及产成品销售,相关销售收入可用于抵减项目可行性缺口补贴;同时,社会资本可将引入的科创文旅产业等关联产业升级所回收的利润“反哺”矿坑生态环境修复、运营和维护。这些举措将废弃资源的综合利用、项目产业经营收益、商业经营收益与特许经营权的有偿转让通过PPP模式得以有机融合,在实现生态环境治理经济价值内部化的同时,最大程度降低了地方财政支出的压力,PPP模式按效付费的可行性缺口补助机制则进一步保障了生态治理的效果。

需要提示的是,以资源反哺生态治理项目的,资源的获取、使用和流转有其特殊程序要求,实施主体应当重视资源获取的程序合规;对于EOD项目实施中涉及的土地



出让收入、指标收入等增量财政收入，尚需注意相关资金支付路径的合规性与可行性，并相应设置合理的交易结构回报机制。

PART 004

拓宽融资渠道，创新融资工具

以EOD模式助力资源枯竭型区域高质量转型发展时，应当以资金投入与产出平衡为核心，确保项目收益来源的稳定与可靠，创新融资信用结构³，积极尝试碳排放配额、湿地碳汇等环境权益创新融资工具，并根据项目自身特点积极借力绿色产业基金、绿色债券、绿色贷款、ESG贷款等绿色金融工具，拓宽资金筹措渠道，降低项目融资成本，降低项目投融资风险，提升项目盈利能力和水平。

在具体项目实践中，可考虑采取分期推进策略，根据相关政策要求应当重视项目预期收益与投入支出的资金平衡，在资金筹集方面，结合项目生态修复属性统筹各项发展资源，除了传统融资渠道之外，可以采用包括申请各项专项资金、生态环保基金、绿色金融贷款等在内的多渠道进行资金筹措。

3. 详见周兰萍、张留雨，《以EOD理念助推PPP项目高质量融合发展》，载<https://mp.weixin.qq.com/s/voOUARn5aDlpCs7vzU0jvg>。最后访问日期：2021年8月15日。

PART 005

整体规划, 分期实施

正如上文所言,在打造具备强收益性关联产业的同时,通过“肥瘦搭配”组合开发以达到项目整体投入与产出的自平衡,也恰恰是因设置资金的反哺和平衡机制,便决定了生态环境治理项目与关联产业的实施主体的一体化。在以EOD关联产业引爆区域转型高质量发展时,应由同一实施主体统筹生态环境治理项目与关联产业的治理开发时序、空间编排、资金平衡和实施衔接等事项,以达成 $1+1>2$ 的治理和开发效果。依托项目实施主体,“EOD+PPP”项目应在政府方与社会资本建立清晰分工合作边界基础上,共同组织项目分阶段实施。同时,通过科学规划矿区空间布局,实施主体围绕区域转型升级目标进行一体化开发建设,以实现区域生态治理与改善和EOD关联产业的一体化实施。

PART 006

政府支持, 不可或缺

鉴于资源枯竭型区域转型发展的特殊性,加之EOD项目实施的综合性和复杂性,在将生态环境治理项目与关联产业统一实施的转型发展阶段,离不开政府提供有力的政策支持,整合区域各自优势发展资源,营造良好的转型氛围,达到事半功倍的治理效果和开发预期。

例如,政府方为支持“EOD+PPP”项目发展,可以在矿产、土地、税收、价格、产业、招商等方面给予政策支持,统筹区域发展资源,引导和激励社会资本投入废弃矿山的治理与修复和关联产业发展,促进矿区摆脱“工矿废弃地”的束缚,快速走上转型发展轨道。

结语

当前EOD项目相关支持政策为资源枯竭型区域高质量转型发展提供了新的机遇,但如何将“枯竭的资源”变废为宝、如何将区域生态环境治理修复与产业转型升级相关联,成为了资源枯竭型地区所面临的现实性挑战。目前实践中已有部分项目通过“EOD+PPP”等模式开始先行先试,并在区域转型发展的新方式、统筹区域优势发展

资源打造强收益性关联产业、产业收益反哺机制、构建多元化资金筹集渠道以及多方位政策保障等方面,为我们提供了一个很好的资源枯竭城市转型发展思路。随着EOD试点项目实施过程中对多种投融资模式的探索,以及多元化生态环境治理投融资机制的逐渐建立和完善,相信有越来越多的资源枯竭型地区EOD模式的助力下能够实现“华丽转身”。



周兰萍
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3766
laurazhou@zhonglun.com



王振华
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5087 2886
wangzhenhua@zhonglun.com



浴火重生的湖北,如何推深做实 “生态优先,绿色发展”?

作者/邹鲲

本文首发于《法治湖北》2020年第5-6期,总第137期

党的十八大以来,我们党关于生态文明建设的思想不断丰富和完善。湖北省地处长江中游,是九省通衢的战略要地。作为中部老工业基地的“千湖之省”,历史上“先污染后治理”的发展模式导致遗留了很多生态欠帐。2016年以来,随着“长江经济带”区域战略的确立,“共抓大保护,不搞大开发”的理念逐渐深入人心,湖北在“污染防治攻坚战”中亦取得阶段性成果。殊料2020年春,一场突如其来的疫情导致湖北省成为全国受害最严重、封控时间最长、经济受影响最大的省份。英雄的湖北人民在防控疫情的关键时刻咬紧牙关不松劲儿,最终战胜了疫情。

浴火重生,凤凰涅槃。经济恢复发展的同时仍然要坚持生态优先,绿色发展的战略定力不动摇——湖北该如何做好必答题和加试题?依法行政、司法保障应当是做好两道大题共同的准绳。

PART 001

继续巩固“污染防治攻坚战”的阶段性成果,生态行政执法既要坚持底线更要保持温情

2019年,湖北省基本实现“蓝天、碧水、净土”,污染防治攻坚战成果显著¹。成绩的背后是无数重污染企业“关改搬转”的阵痛,是诸多治污技术的迭代更新,是生态执法人默默奉献的日以继夜。疫情结束后,规范执法依然是依法行政不变的内核。

(一)加强执法能力建设,打造生态铁军,提升治理能力现代化

2019年,全省各地生态环境部门共立案3500多件,实施环境行政处罚案件近3000件,罚款金额约2.83亿元,环保铁军威名远扬²。应当注意到,“山水林田湖草”是生态系统的有机整体,涉及各级党委政府的管理部门范围广,执法机关责任大,我们不仅需要“环保铁军”更需要“生态铁军”。不断提升行政管理者依法行政的能力和水

1.《2019年湖北污染防治攻坚战成果扫描》,载《楚天都市报》2020-01-17。

2.同上。

平,强化执法干部的能力是提升监管效率的有效途径。笔者认为,执法行为规范的载体是执法案卷的标准化,建议湖北省内所有涉及自然资源领域管理机关、生态保护执法部门每年在全系统范围内广泛开展执法大练兵活动,每年年底在全系统内遴选各地市州优秀案卷,邀请同行评审与法律专家评审相结合的方式,将评选出的优秀案例进行推广,结合评优评先等具体措施,在涉生态保护管理行政系统内形成“树典型、学先进”的良好氛围,树立执法队伍的良好形象,打造生态铁军,推进生态治理体系和治理能力现代化。

(二)生态管理把握宽严有度,坚持深入推进湖北省行政执法“三项制度”实施方案的贯彻实施

近日,笔者团队接到某市生态环境局咨询:某临湖房地产开发项目有污水直排污染湖水应予以处罚,依据《水污染防治法》规定罚款10万元至100万,执法部门考虑受疫情影响拟按最低金额进行处罚,但拿不准是否适当。我们结合生态环境部《关于统筹做好疫情防控和经济社会发展生态环保工作的指导意见》《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间有关建设项目环境影响评价应急服务保障的通知》《环境保护部关于强化建设项目环境影响评价事中事后监管的实施意见》等进行分析后,认为环保部门拟按最低限额给予罚款的行政处罚没有超出《水污染防治法》的法定幅度,同时也符合生态环境部助力企业复工复产的文件精神,是合法且适当的。这是一个非常典型的促进经济恢复发展又保护生态环境的案例,宽严有度的执法值得推广。

同时,各生态行政管理部门也应当在助力企业复工复产的同时坚持贯彻《湖北省全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度实施方案》(以下简称“三项制度”)。“三项制度”于2019年发布实施。“三项制度”是推进国家治理体系和治理能力现代化的具体体现,是提升执法公信力和人民群众获得感的重要保障,是优化营商环境、服务高质量发展的关键措施,对促进政府各部门严格规范公正文明执法具有明确的指引作用。

PART 002

充分发挥检察机关公益诉讼职能作用,做到生态保护领域检察监督不缺位

公益诉讼制度的设立目的和意义在于维护国家和社会公共利益,2015年,《环境保护法》修订实施后明确了环境公益诉讼制度。2017年6月,全国人大常委会修改《民事诉讼法》和《行政诉讼法》,确立了检察机关有权在生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域提起公益诉讼。2020年6月,湖北省人大常委会全票通过了《关于进一步加强新时代检察机关法律监督工作的决定》,按照刑事、民事、行政、公益诉讼“四大检察”的总布局,对加强湖北省检察机关法律监督工作作出系统规定³。

自2017年7月1日检察公益诉讼制度全面实施以来,截止2019年8月底,全国检察机关共立案公益诉讼案件204446件,向行政机关发出诉前检察建议174534件,发布民事公益诉讼公告4224件,提起诉讼5911件,全国检察机关公益诉讼成效显著⁴。湖北省检察系统完全可以在监督社会组织公益诉讼方面有所作为,即,检察机关除自己作为公益诉讼原告启动生态环境保护职责外,还应当注意充分发挥监督职能。

(一)加强检察机关的监督功能

从我国的权力配置格局看,检察机关作为宪法确定的国家法律监督机关,专司法律监督之权,以监督法律统一、正确实施为宗旨,是监督公益诉讼制度实施的最佳主体。这不仅是保障公益诉讼权规范运行的客观需要,也是国家法律监督权的宪政使命,进而达到环境保护的目的。由于环境要素包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等范畴,多样的环境要素也直接影响了被诉主体范围的扩大。例如,涉及林业问题,行政公益诉讼的被诉行政机关可能为林业局、园林绿化局或森林公安局;矿产领域被诉主体往往是国土资源局。

(二)加强对社会组织提起公益诉讼的监督

公益诉讼,按照提起诉讼的主体、诉讼类型的性质不同划分如下图所示。

3.《湖北省人大常委会通过<决定>加强新时代检察机关法律监督工作》,澎湃新闻2020-06-04。

4.《最高人民法院关于开展公益诉讼检察工作情况的报告》,中国人大网2019-10-24。

提起主体	检察机关	社会组织
诉讼类型	民事公益诉讼 行政公益诉讼 刑事附带民事公益诉讼	民事公益诉讼

公益诉讼制度在推动全社会保护环境具有重要价值,但是出现了某些社会团体滥用权利,随意起诉,调解与诉请背离等现象。例如,一些公益组织未到现场,实地调查,就根据媒体的“报道”向法院起诉,要求天价赔偿;还有一些公益组织通过天价赔偿向被告施压,如果被告愿意对其捐赠,就同意调解或撤诉等。这些公益组织将法律赋予的权利当做牟利的工具,滥用诉讼权利,严重违背立法初衷。从维护环境公共利益的初心出发,检察机关必须发挥监督权的制度功能和法律监督者的宪法定位,充分挖掘现行法律规定的价值内核。因此,加强对公益诉讼权的监督已成为我国保障公益诉讼制度健康发展的关键,而发挥检察机关的监督功能,构建、完善检察监督的途径和机制正是强化监督的最优选择。目前全国范围内尚没有检察机关对社会组织公益诉讼进行检察监督的案例,湖北能否在该领域创新成为“第一个吃螃蟹的人”值得期待。

PART 003

各级法院加大涉生态环境领域各类案件审理力度,发挥引导与震慑作用

(一)为“长江十年禁渔和补偿”民事、行政、刑事案件做好应对

随着长江大保护战略各项举措的深入,农业农村部等三部委2019年联合发布了《长江流域重点水域禁捕和建立补偿制度实施方案》,从2020年1月开始,长江水生生物保护区全面禁止生产性捕捞。2020年6月3日,湖北省高级人民法院举行“推进长江流域十年禁渔司法行动暨世界环境日专题活动”,发布了过去五年湖北法院为长江禁渔提供司法保障的相关情况——2016年至2020年4月,全省法院严厉打击破坏长江水生态违法犯罪活动,坚持惩治犯罪与生态修复并重、刑事责任与民事责任并处,累计受理非法捕捞水产品案件639件⁵——这一数字与湖北省全面禁捕水生生物保护区

5.《湖北法院严惩破坏长江水生态违法犯罪,受理非法捕捞水产品案件639件》,新华网2020-06-03。

数量占全国总量的25%，长江干流湖北段、汉江干流常年禁捕总里程超过2000公里的体量是极不相称的。湖北各级法院未来在落实长江大保护、打赢碧水保卫战提供有力司法保障方面仍大有可为。

(二) 重视并积极引导生态环境损害赔偿司法确认，强化生态环境损害赔偿诉讼审判工作，提高审理生态损害案件的效率

生态环境损害赔偿诉讼是不同于环境民事公益诉讼和普通环境侵权责任诉讼的新的诉讼类型。2017年12月，中共中央办公厅和国务院办公厅印发了《生态环境损害赔偿制度改革方案》，生态环境损害赔偿制度由试点转向了全面实施。2019年6月5日，最高人民法院发布《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》（以下简称“《若干规定》”）。《若干规定》共二十三条，对生态环境损害赔偿诉讼受理条件、证据规则、责任范围、诉讼衔接、赔偿协议司法确认、强制执行等问题予以规定，并在2020年修订中得以延续。

与环境民事公益诉讼不同，生态环境损害赔偿诉讼采取磋商前置主义，即原告须与被告磋商不能达成一致或因客观原因无法进行磋商才能提起诉讼，这是生态环境损害赔偿诉讼的一大特色。2019年，湖北省已有10项生态环境损害赔偿磋商成功案例⁶，但真正进入法院司法审理的案件几乎没有。2020年5月，最高人民法院发布《中国环境资源审判绿皮书》统计全国各级人民法院2019年共受理生态环境损害赔偿案件49件⁷——尽管全国范围的生态损害赔偿诉讼案例也不多，湖北省法院系统该项工作未来可期。

生态文明战略的要旨是解决好群众反映强烈的突出环境问题，既是改善环境民生的迫切需要，也是加强生态文明建设的当务之急，是疫情影响下的湖北重振不能回避的重大课题。应当注意到，无论是审判机关、检察机关、行政机关，依法保障和推进生态环境，维护国家和社会公共利益，都是各方应尽的法定职责，而非某一机关一家之事。生态管理行政执法机关的职能明确、主动作为能够最直接的引导相对人减少污染排放保护环境；检察机关以提起公益诉讼的方式为公益化的环境问题提供补

6.同2。

7.最高法发布《中国环境资源审判(2019)》(白皮书)和《中国环境司法发展报告(2019)》(绿皮书)2019年，全国法院共受理社会组织提起的环境民事公益诉讼179件，审结58件，同比分别上升175.4%、262.5%。受理检察机关提起的环境公益诉讼2309件，审结1895件，同比分别上升32.9%、51.4%，其中环境民事公益诉讼312件，审结248件；刑事附带民事公益诉讼1642件，审结1370件；行政公益诉讼355件，审结277件。受理生态环境损害赔偿案件49件，审结36件，同比分别上升145%、350%，其中生态环境损害赔偿司法确认案件28件，审结23件；生态环境损害赔偿诉讼21件，审结13件。

充性救济,将倒逼行政机关强化依法行政意识,提升执法能力;审判机关通过典型案例的审理可以有效发挥法律的惩罚与教育作用,引导社会公众、行政机关保护生态环境的行为规范。

绿水青山,就是金山银山。我们相信,浴火重生的湖北能够不断加强新时代生态环境治理体系建设,创新生态环境制度,创新环境经济政策,创新环境管理体制,恢复经济社会发展的同时亦能为推动生态环境根本好转、建设美丽中国提供有智慧的湖北方案。



邹鲲
合伙人
合规与政府监管部
武汉办公室
+86 27 5942 5180
zoukun@zhonglun.com

S E C T I O N

0 2

绿色金融



“碳中和”必须依法“中和”

作者/周亚成、周旋

2020年9月22日,国家主席习近平宣布“2030年碳达峰、2060年碳中和”的目标。随后,“做好碳达峰和碳中和工作”被列为我国2021年经济工作的八项重点任务之一。“碳中和”亦成为“两会”期间的核心议题。无论是《巴黎协定》,还是中国的“十四五”规划,再到《碳排放权交易管理办法(试行)》等法律规章,都是“碳中和”在法理学意义上的法律渊源。因此,“碳达峰”必须依法“达峰”,“碳中和”必须依法“中和”,才能稳步有效地实现目标。

PART 001

碳中和概念及背景

“碳中和”是指在一定时期内,通过植树造林、碳消减技术、节能减排、碳汇等方式将排放的二氧化碳进行抵消,从而实现“零排放”。“碳达峰”是指二氧化碳的排放达到峰值后不再增长,并逐渐下降。《巴黎协定》的目标是要求联合国气候变化框架公约的缔约方立即明确对减缓气候变化的国家自主贡献,碳排放尽早达到峰值,并在本世纪下半叶实现碳中和。

PART 002

碳中和实现路径

我们认为,在遵守国际条约和国内法律制度的前提下,各方参与主体需充分了解并遵守法律规则,运用市场手段和技术手段,在平等互利的基础上积极开展国际、国内的合作,才是实现碳中和目标的可行路径。

(一) 法律保障

1. 制定上位法

在国家应对气候变化的过程中,无论是“碳达峰、碳中和”目标的订立,还是具体措施的采取,都是基于特定的国内外形势,是国家法律规制的结果,都高度依赖健全



的法律制度。目前我国在应对气候变化领域尚无一部统领全局的上位法,为了实现碳中和目标,应当制定具有统领性和更高效力的法律,来全面规范应对气候变化工作,确保碳中和行动有法可依。

2. 建立配套法律制度

碳中和是一项复杂的系统工程,在具体执行层面也应建立配套法律制度。首先,应明确碳排放配额等相关概念的法律属性,为碳资产的管理和碳金融产品的开发提供法律依据。其次,应通过立法增加碳交易市场产品种类。再次,应建立碳交易市场实施细则,明确各方的权利和义务。最后,碳交易市场的稳定发展,需要以全方位的配套立法确保碳市场的长期存续,从而确保碳中和行动在法律规定的框架内运行,给市场和投资者一个相对长期稳定的政策信号和行动预期。

(二) 市场手段

市场手段主要是指始于《京都议定书》生效时期的碳排放权交易。国际碳市场实践表明,碳排放交易体系是低成本减少碳排放的最有效工具之一。

1. 碳配额交易市场发展状况

我国碳配额交易市场的发展分为碳交易试点和全国碳交易市场建立两个阶段。2011年10月29日,国家发改委确定在北京、上海、天津、重庆、湖北、广东和深圳七个省市开展碳交易试点。2021年2月1日,生态环境部发布的《碳排放权交易管理办法(试行)》正式生效,全国碳交易市场已于2021年7月16日正式启动。

2. 自愿减排量(CCER)市场发展状况

2012年6月13日,国家发展改革委发布《温室气体自愿减排交易管理暂行办法》,符合条件的企业可以通过开发自愿减排量项目产生额外的收益。按照前述办法规定CCER的5%抵消比例,每年将产生上亿吨的CCER需求¹。随着全国碳市场的建立,2017年3月后暂停的CCER项目备案,应被重新提上日程,自愿减排量交易凭借自身的特点将为实现碳减排创造更多可能。

(三) 技术运用

技术运用在碳中和目标实现过程中极为重要,根据技术特点可分为降碳、零碳及负碳技术。降碳技术指降低碳排放的技术;零碳技术指运用不产生或产生极低碳排放

1. 碳市场如何为环保行业带来“额外”收益<http://www.solidwaste.com.cn/news/319151.html>

的技术实现零排放目标,例如用光伏发电等代替化石能源发电;负碳技术指在生产过程中,直接从大气中捕获二氧化碳,实现碳捕捉、利用、封存(CCUS)。

(四) 国际合作

应对气候变化的国际合作由来已久。目前已有120多个国家提出碳中和目标,中国作为全球最大的碳排放国,其加入将为全球应对气候变化行动注入强劲动力。

PART 003

碳中和参与主体应重点关注的问题

(一) 政府机关

碳中和是一项完全基于国家政策自上而下开展的系统工程,政府机关是碳中和的政策制定者、主导者及监督者²。碳中和在纵向上涉及各级政府机关,在横向上涉及生态环境部、央行、证监会、银保监会、发改委、财政部等多个部门。为实现各部门之间的分工合作,需在借鉴国际成功经验的同时兼顾实际情况,完善法律框架,对碳中和行动进行有效的管理。

(二) 重点排放单位

重点排放单位是碳中和行动中的关键主体,应当关注以下问题:

1. 碳管理合规

重点排放单位应当树立碳管理意识,将碳排放与企业核心业务相结合,通过明确其中的关联性,指导企业开展各项工作时注意合规风险。以下仅举几例说明:

项目类型	重点关注问题
碳排放配额	1. 碳盘查 2. 配额的发放 3. 协议转让的履行风险 4. 碳资产管理和碳金融交易中基于碳排放配额特定属性的关联风险 5. 上市公司或国有企业的监管规定等

2.高瓴发布首份碳中和报告,关注这些机遇与挑战<https://www.gelonghui.com/p/452084>

项目类型	重点关注问题
CCER项目	1. 项目初始文件(PDD) 2. 融资方式选择 3. 项目方案制定 4. 额外性认定 5. 核查核证 6. 签发 7. 收益分配等

2. 碳中和方案制定合规

对于碳中和方案的制定,应结合企业自身业务特点,将合规要求贯穿到日常业务、重点减排领域各个方面。首先,碳中和行动涉及企业部门多、时间周期长、经济利益重大,是从组织到个人层面,从意识到行动层面的整体计划安排;其次,碳中和方案制定应重视合规要求。由于目前碳中和并没有统一的法律和标准,这就要求方案的制定应当结合相关的规章、规定,并参照国内外实践经验,以便做出合理的预判。例如,碳排放已被纳入中央生态环境保护督察范围,某些地方省市已将碳排放纳入环境影响评价范围等。最后,碳中和方案应当注意规避方案对现有业务的合规风险。我们建议企业应当建立科学有效的碳合规管理体系,在合规方案中明确相关风险的预案及处置原则。

3. 上市公司信息披露合规

随着未来上市公司环境信息强制披露制度的实施和国内外对于ESG投资的关注度的提升,上市公司积极开展碳信息披露无疑会成为未来的趋势。上市公司碳信息披露将关系到其是否依法履行碳减排义务、其经营和投资策略、是否符合其承诺的减排目标等重要事项。

4. 并购交易风险

随着碳中和行动的开展,碳排放等问题应在并购交易中得到足够重视。并购交易的收购方应当着重关注并购对象是否有减排义务、未来是否会被纳入义务主体范围、目前的碳排放量如何、碳减排配额是否符合自身履约要求、是否有减排解决策略、配额的权属是否清晰、项目安排是否存在风险等问题。

(三) 交易机构

交易机构,主要指为各类交易主体从事碳减排配额、自愿减排量等环境权益产品提供交易服务的场所,如环境交易所、排放权交易所等。随着交易机构在碳中和行动中参与的逐渐深入,一方面,交易机构应当关注其中潜在的合规风险,避免触及各种监管红线。另一方面,监管机构对于交易机构的监管也不能“一刀切”,应当通过完善的立法,使交易所发挥好连接碳中和相关各方的桥梁作用。

(四) 金融机构

首先,碳中和目标的实现过程中会产生大量的投融资需求,据测算,实现碳达峰和碳中和的资金需求规模级别都是百万亿人民币。³但是机遇永远与风险相伴,以自愿减排量项目为例,从选择开发方案、融资方式,到项目审定、备案、监测、核证、签发等,整个流程中都存在不确定的因素,金融机构在面对相关专业问题时应重点关注。

其次,金融机构应凭借金融专业背景,成为碳金融产品开发的核心力量,同时金融机构亦应重点关注合规及监管问题,避免出现近期某上市公司刚发行碳中和债,却几乎在同一时间因违反大气污染防治规定被处以巨额罚款的尴尬局面。

最后,随着碳中和行动深入,金融机构原先投放至高碳行业的贷款违约率可能大幅上升,金融机构应当提高环境和气候风险的分析和管理能力。

(五) 投资机构

随着碳中和目标确定,新能源技术、储能技术、碳捕捉、利用封存技术等相关的投资作为特殊的另类资产也逐步进入投资机构的视野。在全球应对气候变化的过程中,国际投资的理念和方向都发生了巨大变化。气候友好型投资往往能够享受更加优惠的政策⁴,参与中国投资的国际资本也将更加青睐于气候友好型投资。随着全国碳市场逐步发展、完善,未来有可能会引进外资参与国内碳交易。

3. 参见:用好正常货币政策空间 推动绿色金融发展——中国人民银行行长易纲在中国发展高层论坛圆桌会的讲话<http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4211212/index.html>

4. 《碳达峰碳中和100问》56页 陈迎 巢清尘编著

结语

碳中和目标的确定无疑是激动人心的，然而这只是万里长征的第一步。中国实现碳中和目标所面临的困难相比其他发达国家较多，在这项艰巨的任务面前，目标的如期实现需要所有参与主体依法“中和”、依规减排。



周亚成
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2095
zhouyacheng@zhonglun.com



周旋
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5087 2832
zhouxuan@zhonglun.com



绿色信贷的制度设计和法律实践

作者/陈冬悦、黄怡欣、郭静娟

PART 001

绿色信贷在绿色金融体系中起核心作用

为支持《巴黎协定》共同阻止全球气候变暖的目标,2020年9月22日,总书记在联合国气候大会上庄严宣布我国要在2030年前实现碳达峰、2060年前实现碳中和的目标。据渣打全球研究团队发布报告显示,为达成碳中和目标,2060年前我国在脱碳进程中需进行高达人民币127-192万亿元的投资,相当于平均每年投资人民币3.2-4.8万亿元。金融业将在支持向低碳经济结构转型,推动绿色金融发展领域起到重要作用。其中,绿色信贷是目前我国绿色金融最重要的组成部分。

绿色信贷政策通常是指银行用较优惠的利率或者其他条件来支持有环保效益的项目,或者限制有负面环境效应的项目。绿色信贷包括针对个人的房屋贷款、汽车贷款、绿色信用卡业务,以及面向企业的项目融资、建筑贷款和设备租赁等。

PART 002

绿色信贷的体系建设及发展阶段

相比其他绿色金融领域,我们绿色信贷起步较早。自2012年起,银保监会陆续出台了《中国银监会关于印发绿色信贷指引的通知》(银监发【2012】4号)、《中国银行业监督管理委员会关于报送绿色信贷统计表的通知》(银监办发【2013】185号)、《中国银监会办公厅关于绿色信贷工作的意见》(银监办发【2013】40号)、《绿色信贷实施情况关键评价指标》(银监办发【2014】186号)和《中国银监会、国家发展和改革委员会关于印发能效信贷指引的通知》(银监发【2015】2号),旨在推动银行业金融机构以绿色信贷为抓手,积极调整信贷结构,积累有关绿色行业专业知识,加强绿色信贷能力建设,引导信贷资金流向绿色、低碳、节能经济领域。

现阶段绿色信贷业务主要是银行为各类绿色项目提供担保型信贷产品,并配套创新担保方式,除此之外,碳排放权金融衍生品的信贷产品也是各金融机构积极相继探索的方向,力争多元化、特色化、专业化完善绿色信贷体系。总体而言,银行绿色信贷业务已经基本覆盖了低碳经济、循环经济以及生态经济三大领域。

据人民银行发布的最新数据显示,绿色信贷余额从2013年6月末的4.85万亿(老口径)迅速增长,截至2021年3月突破13万亿(新口径)大关。从增速看,自2019年以来,绿色信贷余额同比增速基本保持高于贷款总额增速的水平,尤其是2021年以来

增速环比显著上行,说明银行绿色信贷投放力度持续加大。

PART 003

绿色信贷业务相比传统信贷业务的优势

(一) 银行视角

1. 满足银行合规需求。2021年5月27日人民银行发布的《银行业金融机构绿色金融评价方案》的通知,将银行业金融机构绿色金融评价结果纳入央行金融机构评价等中国人民银行政策和审慎管理工具。绿色金融评价指标定量和定性权重分别为80%和20%。银行加大绿色贷款投放将有效提高其绿色金融评价结果。

2. 便于国际市场再融资。绿色金融已成为全球资本市场关注的焦点。具有良好绿色发展、可持续发展品牌的金融机构,信贷资金被充分证明投向绿色行业、可持续发展领域的融资项目,将更有优势获得国际资本市场低成本的再融资。

3. 伴随企业绿色升级,绿色信贷将是银行业务的高增长点。企业为进行绿色升级而引进的绿色技术、生产线、设备等,将产生大量资金需求,显著提升银行贷款业务规模。

4. 积极响应国家政策,提升公司品牌形象和社会影响力。

(二) 企业视角

1. 降低融资成本。为推动绿色金融发展,各地纷纷出台绿色金融扶持政策,通过贷款贴息、费率补贴等多种方式降低融资主体的绿色项目融资成本。如湖州市政府按照融资主体绿色等级,分别给予12%、9%、6%的贷款贴息。

2. 信贷担保品更加多元。金融机构创新担保方式,如光伏行业信贷产品的政府补贴应收账款质押等。

3. 更大可能性获得固定资产贷款。我国信贷业务传统上以短期流动资产贷款为主导,伴随企业绿色升级的进程,势必产生大量项目建设等固定资产融资需求,从而引导银行增加长期项目融资的信贷投放。

4. 打造自身绿色企业品牌形象,获得更广泛的投资者,拓宽业务领域。

PART 004

绿色项目的认定及绿色贷款核心要素

为促进支持绿色经济活动,国际银团贷款协会出台了《绿色贷款原则》,为绿色信贷领域建立一套框架性的市场标准和指引,以维护绿色贷款市场的诚信发展。

(一)绿色项目认定

根据《绿色贷款原则》附录1,绿色项目涵盖:可再生能源;能源效益,如新建和翻新建筑中的能源存储装置或产品;污染预防及控制;生物自然资源及土地利用的环境可持续发展管理;陆地和水域生态的多样性保护;清洁交通运输;可持续的水资源和污水管理;气候变化的适应,如气候观测预警系统;高生态效率和/或循环经济的产品、生产技术及流程;符合地区、国家或国际认可标准或认证的绿色建筑等。

为避免绿色金融宏观背景下个别“漂绿”情形的发生,银行等金融机构应采取审慎态度挑选和评估绿色项目。贷款人将与借款人沟通其环境可持续性目标,拟融资的项目如何符合《绿色贷款原则》附录1中规定的合格类别,同时鼓励借款人积极寻求外部绿色认证。目前实务中聘请的具有认证资质的绿色信贷认证机构主要包括审计机构、咨询公司、协会和评级机构等。

(二)绿色贷款核心要素¹

绿色贷款必须符合《绿色贷款原则》的如下四项核心要素,且该等要素将贯穿该项目的不同阶段,并通过签署融资文件的形式就借款人应履行的义务予以明确约定:

1.资金用途

判断绿色贷款的基本因素是贷款资金必须用于“绿色项目”(包括其他相关及支持性支出,如研发支出),而此用途必须在融资文件以及营销文件中进行适当的描述。所有申请的“绿色项目”均应具有明确的环保效益,且借款人需就此等环保效益进行评估、量化(如可行)、测量和报告。

2.项目评估及挑选过程

见上述第1段。

3.资金管理

绿色贷款可出现在一笔贷款的一个部分或多个部分中,且应指明贷款中绿色贷

1.国际银团协议《绿色贷款原则》。

款的部分。绿色贷款部分的资金应由借款人存入独立账户,或以适当方式展现相关绿色贷款资金的流向。

4.信息报告

借款人应在绿色贷款完全提款前,及时更新并随时提供最新资金使用信息,并在其后每年或项目有重大推进时更新。该等信息应包括:被分配绿色贷款资金的“绿色项目”清单、项目简要描述、已分配贷款金额以及预期环保作用。

PART 005

绿色贷款协议的特色条款

(一)贷款资金用途条款

如上述《绿色贷款原则》“资金用途”“资金管理”所述,贷款协议通常就资金流向、使用、监管作出明确约定,限制属于绿色贷款的资金仅能用于指定绿色项目。

(二)利率调整条款

贷款协议可根据绿色项目的评定等级、绿色资金使用情况,约定贷款利率调整机制,或者同一贷款协议项下,就满足绿色贷款的部分与非绿色贷款部分进行分级处理,以适用不同利率。

(三)绿色信息承诺条款

贷款协议通常要求借款人就其绿色项目在贷款期限内符合《绿色贷款原则》出具相关的绿色承诺,并就其绿色贷款形成的环保效益成效(如能源容量、发电量、温室气体排放的减少/避免等)(如可行)、成效认定过程中采用的主要方法等在定期报告予以披露。

(四)绿色陈述与保证

贷款协议通常要求借款人就其绿色项目符合特定评级等绿色指标做出陈述与保证,如要求借款人在贷款期限内陈述并保证,其运营和管理的标的物将获得中国绿色建筑协会认证的二星级或以上绿色建筑,并使用中国绿色建筑标识,以确保该项目达到绿色信贷的要求。

PART 006

绿色贷款创新担保制度

(一) 碳配额质押登记

2021年5月6日,申能碳科技有限公司向交通银行申请获得了长三角地区首笔碳配额质押融资。申能碳科技有限公司作为借款人提供了碳配额(即政府分配的碳排放额度)作为创新性担保品,并在上海环境能源交易所办理碳配额的质押登记。

经笔者查询北京环境交易所、四川联合环境交易所、广州碳排放权交易中心官网,上述碳交易所均推出各自特色碳金融服务。如四川联合环交所推出碳配额和CCER(国家核证温室气体自愿减排项目)组合质押融资,北京环交所推出碳回购融资等。

(二) 排污权质押融资

与碳配额质押登记类似,借款人可将其享有的排污权作为担保品,经环交所办理质押登记后,向银行(通常为环交所合作银行)申请质押融资。

(三) 电费收益权及应收补贴款质押

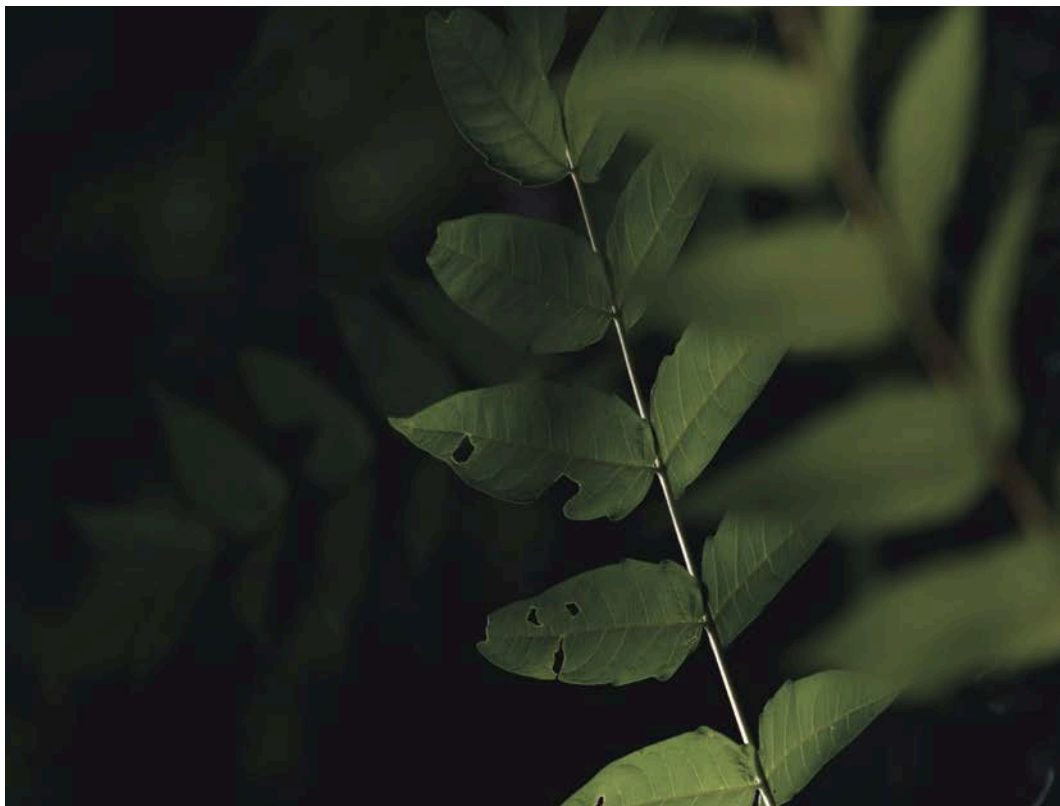
可再生能源企业可将其发电项目并网后获得的电费收益权,以及纳入补贴名录、已确权应收未收的财政补贴资金向银行申请质押融资。上述应收账款质押应在中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统办理质押登记。

结语

以上为我们根据实践经验就绿色信贷业务进行的概要总结,在此抛砖引玉,请各位专家批评指正。未来随着绿色金融制度进一步细化,绿色金融市场及实践不断发展成熟,我们期待绿色信贷的融资方式和实现路径也将更加多元化。绿水青山就是金山银山,以金融引领和助力经济绿色转型,银行及企业携手共作绿色金融的积极践行者,为早日实现碳达峰、碳中和目标贡献力量。



陈冬悦
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2011
chendongyue@zhonglun.com



借力绿色债券,助力绿色经济

作者/职慧、文俏骄

2020年底,中央经济工作会议中提出“30•60目标”——我国将力争于2030年前达到二氧化碳排放峰值,并在2060年前实现碳中和。低碳、可持续发展已成为我国经济发展的新目标。现阶段,我国正处于经济结构调整和发展方式转变的关键时期,绿色产业和经济社会可持续发展的转型使得绿色金融需求持续扩大。在已有的绿色金融体系中,绿色债券是发展最早也是目前最成熟的绿色金融产品。

本文从国内市场出发,阐述绿色债券的市场发展、监管体系、产品特点以及与国际标准接轨等,协助市场参与者了解该金融工具。

PART 001

绿色债券的市场发展和结构

2015年,国家发展和改革委员会发布《绿色债券发行指引》,鼓励企业发行绿色债券,并提出一系列的鼓励措施,包括提出比照适用“加快和简化审核类”债券审核程序发行绿色债券、适当放宽准入条件、允许企业使用不超过50%的募集资金用于偿还银行贷款和补充营运资金等政策。从此,中国的绿色债券市场不断发展,市场规模逐步扩大。

发展至今,我国的绿色债券市场,已经成为全球最大的绿色债券市场之一。仅2020年,我国境内绿色债券发行规模已达到2165.82亿元,参与主体增至155个,发行数量达220只,¹包括由银行等金融机构在银行间市场发行的金融债,公有或私营企业在上交所或深交所发行的企业债、公司债、私募债以及在银行间市场发行的多种资产支持证券产品和其他商业票据、中期票据、定向票据等债务融资工具。

丰富的发行主体和多样的发行行业,使得我国绿色债券结构更加稳定,也促成了绿色债券在我国绿色金融政策体系中的重要地位。

1.文章:《2020年中国绿色债券发展概况及特点》;作者:中国人民银行研究局课题组;来源:野望文存<网址:<https://finance.yiewan.com/news-id-113162.html>>。

PART 002

绿色债券的监管体系

我国针对绿色债券监管的基本规定包括《绿色债券发行指引》以及《绿色债券支持项目目录(2021年版)》。除此之外,针对不同类型的绿色债券,其主管机构也发布了不同指引和规则,包括中国人民银行发布的《在银行间债券市场发行绿色金融债券有关事宜的公告》和银行间市场交易商协会制定的《非金融企业绿色债务融资工具业务指引》及配套表格,上海证券交易所(“上交所”)的《公司债券发行上市审核规则适用指引第2号——特定品种公司债券》以及深圳证券交易所(“深交所”)的《债券创新品种业务指引第1号——绿色公司债券(2021年修订)》等等。具体绿色债券的监管体系建制如下:

	金融债	企业债	公司债	资产支持 证券化	地方 政府债	债务融资 工具
债券品种	商业银行 债、政策银 行债、其他 金融机 构债	/	一般公司债、私 募债等	银保监会主管 ABS、证监会主 管ABS、交易 所协会ABN、 ABCP	/	商业票据、 中期票据、 定向工具、 可转债、可 交换债
发行市场	银行间债 券市场	银行间债 券市场、上 交所、深交 所	上交所、深交所	银行间债券市 场、上交所、深 交所	银行间债券市 场、上交 所、深交所	银行间债 券市场
监管机构	人民银行	发展和改 革委员会	证券监督管 理委员会	银行保险监督 管理委员会、证 券监督管理委 员会、银行间市 场交易商协会	财政部	证券监督 管理委员会、银行 间市场交易 商协会
法律法规	《在银行间 债券市场 发行绿色 金融债券 有关事宜 的公告》	《县城新型 城镇化建 设专项企 业债券发 行指引》等	《债券发行上市 审核规则适用 指引第2号—— 特定品种公司 债券》《债券创 新品种业务指 引第1号——绿 色公司债券》	《资产证券化监 管问答(一)》、 上交所《资产支 持证券业务问 答(一)(二)	《关于梳理 2021年新 增专项债券 项目资金需 求的通知》 等	《非金融企 业绿色债 务融资工 具业务指 引》

PART 003

绿色属性的认定原则

与普通债券相比,绿色债券特点在于其独有的绿色属性,但其中的“绿色”如何定义?

中国金融学会绿色金融专业委员会在2015年就编制了《绿色债券支持项目目录》,明确了绿色债券的发行用途与项目范围。经过多年的实践以及向国际市场的学习,2021年中国人民银行、发展改革委和证监会共同编撰并印发最新《绿色债券支持项目目录(2021年版)》(下称“《目录》”)。新的《目录》为发行主体提供具体指引,为审查单位提供确定标准,也为投资者提供明确方向——现阶段绿色债券发行均须说明其项目内核与《目录》所列项目的一致性。

PART 004

绿色属性的具体体现

实践中,对绿色债券“绿色”属性的考核涵盖了债券发行和存续的各个阶段,具体反映在募集资金用途、项目评估、资金使用监管以及项目跟踪四个方面。

(一) 资金的专一用途

如前述,现阶段境内发行绿色债券所募集的资金应专门用于支持绿色项目,具体的项目方向须符合《目录》所列明的6项绿色产业,包括节能环保产业、清洁生产产业、清洁能源产业、生态环境产业、基础设施绿色升级和绿色服务。

另一方面,鉴于我国处于绿色债券起步阶段,政策向鼓励与支持绿色金融发展倾斜,主管机构也对绿色债券的资金用途也做出一定让步,允许在有限范围内将募集资金用于补充公司运营资金等“非绿”用途。如《绿色债券发行指引》中允许使用50%的募集资金偿还银行贷款和补充营运资金;上交所及深交所的公司债发行指引中,进一步要求募集资金用于绿色项目的金额应不低于总额的70%。²

需要重视的是,绿色专项用途也是绿色债券对投资者的吸引力。根据市场的调研,79%的受访资产管理公司表示,他们仅会购买发行时明确将资金投向合格绿色项

2. 《公司债券发行上市审核规则适用指引第2号——特定品种公司债券》和《深圳证券交易所公司债券创新品种业务指引第1号——绿色公司债券》明确绿色公司债券募集资金用于绿色项目的金额应不低于募集资金总额的70%;如公司为绿色产业领域公司,可不对应具体绿色项目发行绿色公司债券,但募集资金应主要用于公司绿色产业领域的业务发展。

目的绿色债券。³发行人应在政策尚允许的情况下,努力完成自身的转型,减少募集资金在绿色专项用途外的比例。

(二) 项目的专项评估

目前我国未建立成熟的绿色认证体系,国内发行绿色债券未强制要求进行第三方评估认证,但各类绿色债券发行仍需就是否与《目录》范围内的绿色项目匹配进行说明,说明可以由发行人自行在募集说明书阐述;如项目是不容易识别的,或发行人认为需要聘请第三方评估认证的绿色项目,申报发行时应聘请独立的专业评估或认证机构出具评估意见或认证报告。

与此同时,各类发行市场已在积极引导发行人引入第三方认证机构对发行的绿色债券进行评估,中国人民银行、中国证券监督管理委员会也已发布《绿色债券评估认证行为指引(暂行)》,对绿色债券评估认证机构的资质及业务开展提出要求。

绿色债券市场中,发行人通常采用的外部审查类型包括第二方意见(Second party opinion, “SPO”)以及绿色债券认证(Green bond assurance)。相信未来,我国也将采取国际主流的专项论证方式,将独立绿色认证作为发行条件之一。

(三) 用途的专门监管

与普通的债券存续期监管要求一致,已发行的绿色债券应有明确的资金用途监管制度,但绿色债券侧重资金绿色专项用途。目前主流的监管方式为“专户专用”监管,监管方可以由监管行、债券受托管理人或发行人担任,且发行人对债券权利人有相应披露义务。债券募集资金使用的监管是绿色债券在存续期间绿色属性的保证,也是绿色债券可持续取得市场信赖的基础。

(四) 存续期跟踪披露

存续期内,发行人还有义务对绿色债券的绿色效益及社会影响进行跟踪披露。包括深交所、上交所的绿色债券指引在内的多个发行指引均要求,发行人在绿色公司债券定期报告等文件中,应按照相关规则规定或约定披露绿色公司债券募集资金使用情况、绿色项目进展情况和环境效益等内容;同时,托管理人应在年度受托管理事务报告中披露上述内容。

3.文章:《中国绿色债券市场2019研究报告》;作者:气候债券倡议组织和中债研发中心联合整理发布;来源:中央结算公司·中国债券信息网<网址:<https://www.chinabond.com.cn/cb/cn/yjfx/zzfx/nb/20200629/154731622.shtml>>。

我国已在积极探索绿色债券环境效益信息披露指标体系,2021年4月中央结算中心旗下的中债研发中心便发布了《中债-绿色债券环境效益信息披露指标体系(征求意见稿)》,努力实现绿色债券社会效益和环境效益的量化,为未来绿色债券跟踪披露和考核评估标准化打下基础。有了成熟的披露指标体系和考核评估体系,未来绿色债券将得以更稳定的发展。

PART 005

希冀与展望

综合来看,绿色债券基于其与一般债券的不同,以其绿色标签吸引到更多市场投资者,帮助投资者平衡资本收益和环境效益,一定程度实现投资者的社会责任,对冲气候政策风险。同时,绿色债券又得益于其债券属性,受股票和能源市场影响较低,相较于其他投资产品而言风险也较低。投资者将多种投资进行组合时,分散了投资风险,提升了投资稳定性。对于发行主体而言,绿色债券拓宽企业的融资渠道,实现融资方式多元化,在提供绿色项目资金来源的同时,促进发行人企业转型的内部动力,增强发行人的市场声誉。这一“双赢”的效益使得绿色债券受到市场青睐。

现有的多种考核和监管,都是为了确保绿色债券在快速扩张的同时不丢“绿色属性”。无论是“贴标绿”还是“实质绿”,标准的发行和监管制度可以减少投资人的尽调投入,降低市场发展阻力,促进气候相关投资的增长。在未来,我国绿色债券标准仍需努力实现与国际标准一体化,使“可投资的绿色资产与项目”与国际市场接轨,吸引如联合国责任投资原则(UN PRI)组织内更注重环境、社会和公司治理的投资人,提升国内整体绿色投资意识,让融资方与投资者共同完成“低碳转型”,更好地促进绿色经济的发展,实现“碳中和”目标。



职慧
合伙人
公司业务部
深圳办公室
+86 755 3325 6933
zhihui@zhonglun.com



上市公司ESG信息披露趋势 及如何打造ESG报告

作者/李启茂、吴翌婷

ESG, 即Environment、Social、Governance的简称, 是指关注企业的环境、社会、治理三方面绩效, 以此评估企业可持续性发展的投资理念。就今年引起热议的新疆棉事件、某车企维权事件等, 其本质上与ESG表现和ESG信息披露紧密相关。近年来, 各国家和地区的交易机构均开始明确要求上市公司披露ESG报告, 如何进行ESG信息披露逐渐成为企业关注的焦点问题。

PART 001

ESG理念的起源: 投资者日渐关注企业的社会履责情况

ESG理念最早起源于欧美, 可追溯至18世纪衍生的“社会责任投资”理念 (Socially Responsible Investment, “SRI”), 当时部分投资者因受宗教教义的影响, 拒绝投资对社会存在潜在危害的业务。随着国际机构对环保问题的日益关注, 2006年, 联合国责任投资原则组织 (UNPRI) 成立, 旨在推进投资者将环境、社会和公司治理等要素融入投资战略决策。高盛同年发布研究报告, 正式提出了完整的ESG理念。¹

近年来, 随着UNPRI的签约机构迅速增加, 具备ESG理念的产品逐步成为资本市场青睐的投资方向。与此同时, 各国际组织、评级机构和证券交易所发布了一系列ESG评价体系, 如明晟 (MSCI) ESG评级指数等, 成为评价企业ESG因素的重要依据。但无论采用何种评价体系, 其评价尚需以企业的ESG信息披露为前提条件。

PART 002

上市公司ESG信息披露的发展趋势

(一) 国际监管: 鼓励披露为主, 部分已要求强制披露

针对ESG信息披露, 国际组织已发布成型的系列指引, 例如国际标准化组织的ISO26000社会责任指引等。此外, 目前已有三十多个国家和地区的交易机构明确要求上市公司披露ESG信息, 其中以鼓励披露为主, 但亦有部分交易机构要求强制披露, 例如印度、孟买的证券交易所要求市值排名前100家的上市公司在社会责任报告

1.《中国ESG发展白皮书2019》, 中央财经大学绿色金融国际研究院、新浪财经, 2019年11月28日发布。

中强制披露ESG信息,巴西、马来西亚的证券交易所要求未披露ESG信息的上市公司解释原因。²

(二) 国内监管

1. 香港地区:不遵守就解释,且部分事项要求强制披露

在中国香港地区,针对ESG信息披露,香港联交所制定了专门的指引,并经历了从“建议披露”到“不遵守就解释”再到部分“强制披露”的演变历程。2012年,联交所首次颁布《环境、社会和管制报告指引》,明确了港股上市公司ESG信息披露的具体事项,但对全部事项均仅为“建议披露”;2015年,联交所第一次修订指引,将部分事项提升至“不遵守就解释”层面;2019年,联交所第二次修订指引,除了将全部事项提升至“不遵守就解释”层面外,还新增了要求“强制披露”的ESG事项。可见,香港联交所正愈渐强化港股上市公司的ESG报告披露义务。

2. 中国内地:鼓励主动披露,且作为上市公司社会履责考核加分项

与此相较,中国内地目前的ESG信息披露规则尚不成熟,主要体现在如下:

第一,中国内地尚未正式出台专门针对ESG信息披露的法律法规。但值得关注的是,在社会责任报告(**CSR报告**)以及环境保护等各单项披露规则中,相关ESG的信息披露要求已有雏形体现。深圳证券交易所曾于2006年及2010年先后颁布《上市公司社会责任指引》《主板上市公司规范运作指引》等,要求上市公司自愿披露含环境保护、社会关系事项的CSR报告。上海证券交易所亦于2008年发布《关于加强上市公司社会责任承担工作的通知》,鼓励上市公司披露年度CSR报告,披露其在促进社会、环境及生态可持续发展等方面的工作。

第二,虽然CSR报告包含了ESG事项内容,但对于CSR报告,内地证券交易机构主采“鼓励披露”态度,故多数上市公司尚未予以重视。需关注的是,对于特定类型上市公司,交易机构对其要求为“强制披露”,例如上交所《关于做好上市公司2008年年度报告工作的通知》规定,上证公司治理板块样本公司、发行境外上市外资股的公司及金融类公司须强制披露CSR报告。

值得关注的是,中国证监会于2018年9月修订《上市公司治理准则》,首次确立了ESG信息披露的基本框架。2020年9月,深交所修订《上市公司信息披露工作考核办法》,明确其对上市公司履行社会责任情况的考核将重点关注“是否主动披露ESG履

2.《2019中国上市公司ESG评价体系研究报告》,中国证券投资基金业协会、国务院发展研究中心金融研究所著,2019年11月18日发布。

行情况,报告内容是否充实、完整”。同月,上交所发布《科创板上市公司自律监管规则适用指引第2号——自愿信息披露》,亦明确将ESG履行情况纳入上市公司信息披露范畴中。据悉,目前内地证券交易机构已制定ESG信披指引草案且进入征求意见阶段。³

(三) ESG表现将影响企业市值、投资者关系

鉴于目前投资者对企业ESG因素愈加重视,在未来,不披露ESG信息或ESG表现不佳的企业,将很难再进入知名投资机构的预投资企业名录。因此,ESG表现可能影响企业的市值、投资者关系,上市公司须重视并完善企业ESG体系,提高ESG表现并予以披露。

综上所述,无论是出于投资者对企业ESG表现的关注,还是基于证券主管部门的监管要求,上市公司ESG信息披露必将成为趋势。

PART 003

ESG信息披露的主要内容:环境、社会、公司治理

ESG信息披露的内容,包含三方面主要事项:环境(Environment)、社会(Social)、公司治理(Governance)。由于我国内地目前尚未正式颁布ESG信息披露细则,故梳理我国现行规定及征求意见稿中的ESG披露事项,总结如下:

(一) 环境事项Environment

事项	具体内容
基本事项	生产经营过程中需遵守的环境相关法律法规、行业标准
	环境保护相关的企业内部制度
	环境风险的预防措施、突发事件的应急预案
	环境行政许可
	环境治理和保护投入

3.《上交所〈ESG指引〉将出台,强制披露环境等事项》,中国经营报,2019年6月9日发布。

事项	具体内容
污染物	排污许可证、排污物的种类及相关排放数据、污染物的处理等
温室气体	温室气体的排放种类及排放数据、削减排放的措施及效果
资源使用	资源的消耗数据、节源的措施及效果、可再生能源的开发利用
生物多样性	生物多样性受影响的情况, 预防及修复的措施及效果
环境事故	环境事故发生的情况、影响、处理、行政处罚及整改

(二) 社会事项Social

事项	具体内容
基本事项	需遵守的员工权益、产品安全等社会事项相关法律法规
	员工权益、产品安全等社会事项相关的企业内部制度
员工权益	雇佣情况、劳动健康情况、职业培训情况等
利益相关者权益	与供应商、客户、债权人等利益相关者的冲突情况
产品责任	保障产品安全的措施及执行; 事故的应急预案等
隐私与信息安全	保护信息安全的制度及执行; 相关涉诉处罚
反商业贿赂	防范商业贿赂的措施及实施效果; 相关涉诉处罚
社会公益	在公益事业方面做出的投入和成果
每股社会贡献值	在基本每股收益的基础上, 增加公司年内税收、工资、借款利息、对外捐赠额等为利益相关者创造的价值额, 扣除公司因环境污染等造成的社会成本, 计算形成公司为社会创造的每股增值额

在上述社会事项中, 尤其值得关注的是“每股社会贡献值”。上交所在《关于加强上市公司社会责任承担工作的通知》中即提出鼓励上市公司披露“每股社会贡献值”。据悉, 国内证券交易机构将会在ESG信息披露指引中进一步明确其具体计算公式, 该事项披露或将成为国内ESG报告的亮点。



(三) 公司治理Governance

事项	具体内容
基本情况	公司治理的基本状况,尤其关注合法合规性、与控股股东之间的独立性、同业竞争问题
	公司治理相关的内部制度、措施及成效
股东大会	股东大会的召开及决议,尤其关注中小投资者相关权益事项
董事会	董事会组成及运作
监事会	监事会组成及监督工作
控股股东和实际控制人	公司股权结构、控股股东或实际控制人的情况及其对公司的影响
独立董事	独立董事的履职
投资者关系	投资者参与公司治理的情况、投资者关系活动的开展
党建	党建工作
内部控制	内部控制制度的实施、缺陷;异常事项的处理
追责机制	内部违规追责制度的执行情况、措施、处理结果

PART 004

如何应对ESG信息披露:构建ESG体系与打造ESG报告

(一) 构建企业的ESG体系

1. 对比ESG规则要求,完善公司ESG战略和管理体系

打造出色的ESG报告,企业首先需制定、完善ESG方面的战略、内部管理体系及制度。企业可在原有制度架构的基础上,通过梳理、逐项对比ESG评价体系或ESG信息披露的要求,将ESG事项引入公司管理制度中。例如,逐项对比环境各子事项的要求,企业是否就“环境事故”风险制定了预防措施及应急预案等。必要时可考虑聘请专业的ESG咨询公司、律师事务所等服务机构提供专业服务。

2. 根据公司行业、业务情况,强化ESG加分事项的管理

参考香港联交所的ESG信息披露规则,ESG披露事项可分为强制项和加分项。因此,企业不必生硬地执行各项事项指标,关键是在建立完善ESG合规义务管理体系的

基础上,根据企业自身行业、业务的特点及实际情况,强化ESG加分事项的管理制度。

3. 注重ESG关键数据的收集、监测

鉴于排污物、温室气体排放数据等ESG关键数据属于ESG信息披露的内容,因此企业可搭建相应的数据收集平台,以便科学梳理并监测ESG各方面的数据与指标运行情况。

(二) 聘请专业机构协助打造ESG报告

除了构建企业ESG战略和管理体系,上市公司还需出具ESG报告,履行ESG信息披露义务。首先,ESG信息披露主要遵循四项原则,即影响显著性原则、量化原则、平衡性原则、一致性原则。⁴其次,就ESG报告的内容,需根据ESG信息披露规则的各项要求,结合企业的ESG管理体系、行业及业务特色予以披露。即使此前ESG某方面表现不够理想,但只要披露时该事项显示出改善趋势,也是很好的加分项。最后,为提升ESG信息披露的客观性及可信度,公司可聘请第三方机构如律师事务所等对其ESG信息核查鉴证并出具专业报告。

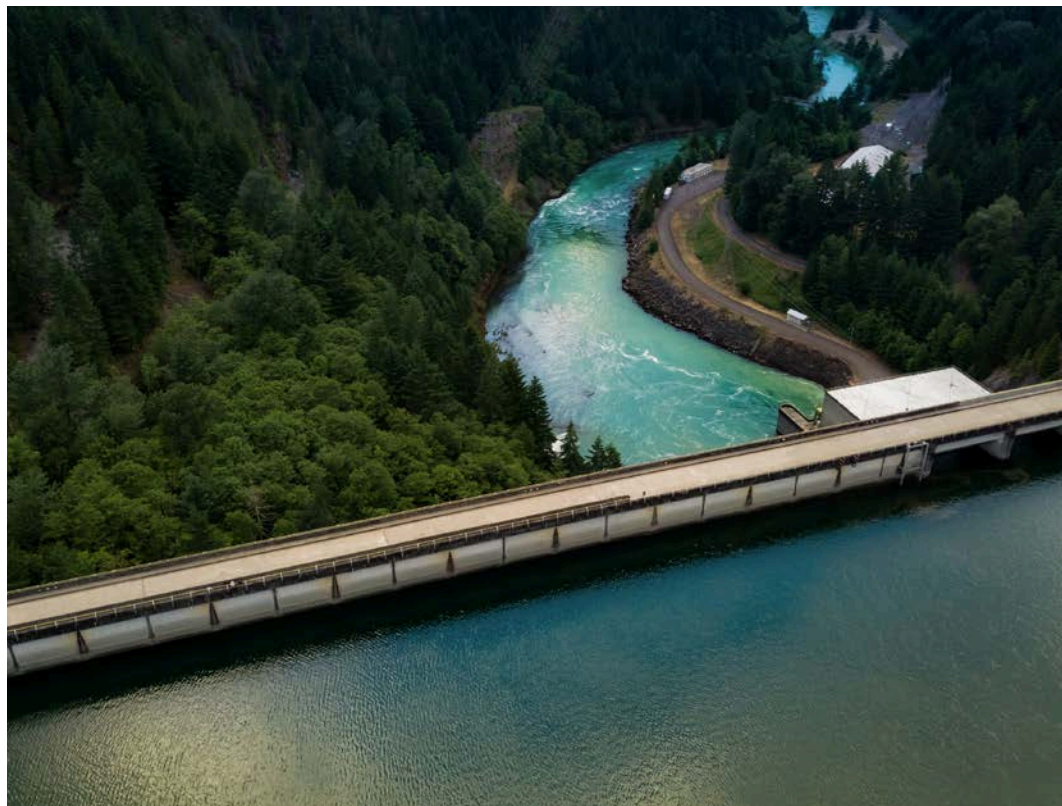
结语

各国家或地区的证券交易机构正愈渐强化上市公司的ESG披露义务,我国内地上市公司披露ESG报告乃至被要求强制披露将成为趋势。不披露ESG信息或ESG表现不佳的企业,将很难再进入知名投资机构的预投资企业名录,且影响企业市值、投资者关系。对此我们建议,上市公司应及早采取行动,根据公司行业、业务实况及特点,完善公司内部的ESG管理体系,聘请机构提前开展ESG合规审查及评估等,不仅有助于ESG报告的打造,而且将是企业提升可持续发展水平、展现社会贡献价值的良好契机。



李启茂
合伙人
公司业务部
广州办公室
+86 20 2826 1686
leo_li@zhonglun.com

4.同脚注2。



注册制背景下绿色证券的现状及其发展

作者/唐周俊、李科峰、李煜坤

《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》提出“强化绿色发展的法律和政策保障,发展绿色金融,支持绿色技术创新,推进清洁生产,发展环保产业,推进重点行业和重要领域绿色化改造”,强调了发展绿色金融的重要性。作为绿色金融重要组成部分的绿色证券,其在开启全面注册制时代背景下的现状与发展值得关注。

PART 001

绿色证券的基本概念

绿色证券的界定在当前法律规范中尚未统一。2015年9月21日,中共中央、国务院印发的《生态文明体制改革总体方案》中指出,“加强资本市场相关制度建设,研究设立绿色股票指数和发展相关投资产品,研究银行和企业发行绿色债券……支持设立各类绿色发展基金,实行市场化运作。建立上市公司环保信息强制性披露机制。”根据上述表述,绿色证券应包括如下三类:绿色股票指数和发展相关投资产品、银行绿色债券,以及企业绿色债券。

根据上海证券交易所官网的绿色证券专栏¹,绿色证券一般指募集资金主要用于支持绿色产业项目的证券,包括但不限于绿色债券、绿色资产支持证券等绿色基础证券以及基于绿色基础证券的绿色指数与绿色基金等。

《深圳经济特区绿色金融条例》系我国首部绿色金融条例,该条例所称的绿色金融,是指为支持应对气候变化、环境改善、资源节约高效利用和生态系统保护等经济活动所提供的金融服务。而绿色融资主体取得绿色信贷、发行绿色债券、获得绿色基金投资以及以其他方式取得绿色资金的,应当建立绿色资金使用与管理制度。根据上述表述,绿色证券包含绿色信贷、绿色债券、绿色基金投资以及以其他方式取得绿色资金的投资产品四种形式。

而分析绿色证券所可能涵盖的类型有助于形成对绿色证券的正确理解。针对我国证券市场,就绿色债券而言,其是指将募集资金专门用于支持符合规定条件的绿色产业、绿色项目或绿色经济活动,依照法定程序发行并按约定还本付息的有价证券,

1. 上海证券交易所绿色证券专栏, <http://www.sse.com.cn/services/greensecurities/home/>。

包括但不限于绿色企业债、绿色中票、绿色短融、绿色ABS、绿色PPN等；就绿色基金而言，其主要是关注环境与经济的协调发展，以获得经济收益为主要目的而设立的投资基金；就绿色股权投融资而言，其为主要通过股权投资的方式参与到绿色产业的投融资方式；就绿色股票指数产品而言，其为通过购买该指数的全部或部分成分股构成投资组合，以追踪标的绿色指数表现的产品，如国内首只反映绿色金融产业发展的股票指数国证香蜜湖绿色金融指数（代码980052）。

PART 002

注册制背景下绿色证券的发展

（一）注册制下绿色证券市场的扩容

注册制下涉及多种类型绿色证券的法律规范改革正逐步推进。2020年3月，《国家发展改革委关于企业债券发行实施注册制有关事项的通知》（以下简称“《发债注册制通知》”）发布实施，企业债券发行由核准制改为注册制。《发债注册制通知》在发行条件上取消了筹集资金投向、债券利率、发行人的净资产规模和累计债券余额占净资产比例四个方面的要求。

2020年4月，《非金融企业债务融资工具公开发行注册工作规程（2020版）》《非金融企业债务融资工具公开发行注册文件表格体系（2020版）》（中国银行间市场交易商协会公告〔2020〕5号），以及《非金融企业债务融资工具定向发行注册文件表格体系（2020版）》《债务融资工具定向发行协议（2020版）》（中国银行间市场交易商协会公告〔2020〕6号）公告发布，其对银行间债券市场的注册发行相关规则进行升级优化，从对企业分层分类进一步细分，就成熟层企业扩大了实行统一注册证券产品的范围等方面进行完善，提高了发行效率。

2021年2月，《公司债券发行与交易管理办法》（中国证券监督管理委员会令第180号）发布实施，公司债同企业债一样由核准制改变为注册制。该办法主要从明确公开发行公司债券的发行条件、注册程序，减少决议事项要求、将信用评级标准转变为更具操作性的净资产规模标准等方式，在风险合理可控的前提下为公司债的发行松了绑。

2021年4月，《中国人民银行、发展改革委、证监会关于印发〈绿色债券支持项目目录（2021年版）〉的通知》发布。新版绿色债券支持项目目录在统一国内绿色债券项目标准，将国内标准与国际标准接轨，提升可操作性以使得更多绿色项目能够被贴上

“绿色标签”，扩大绿色债券的市场规模等方面均体现了积极意义。

在绿色证券的市场状态方面，通过对最先试点注册制的上海证券交易所的数据分析以及依据其对绿色证券类型的划分，可以发现绿色证券发行数量和规模的持续增长。绿色债券、绿色资产支持证券、绿色ETF（即绿色基金）和绿色指数均处于增长状态，而其中绿色债券的增幅最大，也由此可见其在绿色证券中的重要地位。

时间 类型	2019/1/2 ²	2019/12/31	2020/12/31	2021/8/11
绿色债券	51	93	263	328
绿色资产支持证券	85	97	172	156
绿色ETF	2	5	3	8
绿色指数	31	45	57	63

表1：上海证券交易所绿色证券上市/挂牌数量统计（单位：只）

时间 类型	2019/1/2	2019/12/31	2020/12/31	2021/8/11
绿色债券	565.14	941	2178.81	2560.85
绿色资产支持证券	82.53	127.52	220.1	174.87
绿色ETF	15.21	52.76	25.9	34.72
绿色指数	-	-	-	-

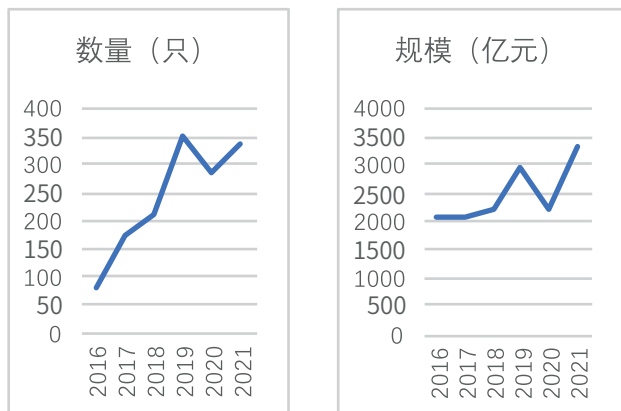
表2：上海证券交易所绿色证券上市/挂牌规模统计（单位：亿元）

（以上数据来源：上海证券交易所官网绿色证券专栏）

根据Wind数据，绿色债券的发行规模逐年保持增长。2016年至2020年，绿色债券发行规模分别为2071亿元、2078亿元、2220亿元、2970亿元、2215亿元，而2021年仅截至8月，绿色债券的发行规模即为3225亿元。相对于全国境内债券的发行规模来说，我国绿色债券近两年即2020年与2021年截至8月，占比分别为0.4%和0.8%，可以预见2021年绿色债券发行规模的占比可能较2020年超过一倍。注册制改革对绿色债券发行规模的影响可见一斑。

2. 上海证券交易所绿色证券专栏可查询的数据最早追溯至2021年1月2日。

不过,通过分析绿色债券发行占全国境内债券发行比例的数据,也可见绿色债券发行规模占比仍然较低。究其原因,可能包括绿色债券发行主体能获得的实质性优惠政策相对有限,发行人未意识到其发行债券可以按照绿色债券进行发行从而选择了其他形式,国内适合发债的发行人从事绿色产业的数量相对较少等。



全国境内绿色债券发行的发展概况
(数据来源: Wind数据)

(二) 注册制对绿色证券信息披露制度的完善

信息披露是证券发行注册制的核心。而绿色债券作为绿色金融体系中重要金融工具之一,反映其绿色属性的环境效益信息是构成其债券信息完整性不可或缺的一部分。在债券发行同样从核准制转变为注册制后,建立统一、系统、科学、合理、操作性强的绿色债券环境效益信息披露制度势在必行,以有效降低监管成本、发行成本和投资成本,有效促进绿色债券健康快速发展,从而更好地满足绿色产业发展对融资的需求。

2020年11月,上海证券交易所发布《上海证券交易所公司债券发行上市审核规则适用指引第2号——特定品种公司债券》规定,除按照普通公司债券相关要求进行信息披露外,发行人还应在绿色公司债券募集说明书中披露募集资金拟投资的绿色项目情况,包括但不限于绿色项目类别、项目认定依据或标准和环境效益目标等内容。以上披露要求在该规定2021年的修订版中也得到延续。2021年7月,深圳证券交易所也发布了绿色债券的业务指引,即《关于发布<深圳证券交易所公司债券创新品种业务指引第1号——绿色公司债券(2021年修订)>等业务指引的通知》,其明确了“碳中和绿色债券”“蓝色债券”等子品种相关安排,还进一步优化了绿色债券募集资金使用和信息披露要求,确保募集资金流向绿色产业领域。

2021年4月,中央国债登记结算有限责任公司发布《关于发布<中债-绿色债券环

境效益信息披露指标体系(征求意见稿)的公告》，针对绿色行业6个大行业203个子行业，结合市场实践经验，设计了30个通用指标和13个特殊指标，有利于信息披露指标体系的进一步完善。

2021年5月，生态环境部发布《环境信息依法披露制度改革方案》(以下简称“《改革方案》”)。2021年6月，中国证监会就修改上市公司年度报告内容与格式，发布了《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第2号—年度报告的内容与格式》《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第3号—半年度报告的内容与格式》(以下简称“《信息披露内容与格式准则》”)，进一步表明我国环境信息依法披露机制迎来重大变革。《改革方案》主要从明确披露主体、确定披露内容、及时披露信息、完善披露形式、强化企业管理五个方面，明确了建立健全环境信息依法强制性披露规范要求的工作任务；而《信息披露内容与格式准则》新增环境和社会责任一节，将与环境保护、社会责任有关条文统一整合至该节中，并要求全部上市公司披露报告期内因环境问题受到行政处罚的情况，对企业的环境信息披露质量提出了更高的标准。由此，绿色债券信息披露制度的变革对企业的环保义务提出了更高的要求。



结语

为了实现绿色证券更好的发展,我们认为,可以实行的措施包括普及绿色证券的概念和政策、加强绿色债券发行的政策优惠、降低绿色债券的发行门槛、促进绿色股权和绿色基金的发展等。

可以预见,在证券发行注册制的背景下,绿色证券相关配套法律法规已经得到了重要的修改,绿色证券的发展方兴未艾。由此带来我国绿色证券市场规模扩容,信息披露制度逐步完善的局面,完善绿色证券的进程正有条不紊地推进中。由此,一方面能够为我国发展绿色产业、解决环境污染问题提供必要而更具效率的资金支持;另一方面,有利于发挥资本市场优化资源配置、服务实体经济的功能,以支持和促进生态文明建设,贯彻和落实绿色发展与可持续发展的理念。



唐周俊
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5087 2866
tangzhoujun@zhonglun.com



李科峰
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5087 2723
likefeng@zhonglun.com

S E C T I O N

0 3

环 保 合 规



推动《土壤污染防治法》全面有效 实施大背景下房地产开发企业 的合规义务及争议解决

作者/孙怀宁

我国国土面积辽阔,土地资源丰富,但多年以来因大规模经济开发、环保意识缺乏和法律制度缺位等原因,导致土壤污染、破坏和浪费极大,土壤污染防治形势严峻。为防治土壤污染,《土壤污染防治法》于2019年1月1日正式实施,为我国的土壤污染防治工作的扎实推进和“净土保卫战”的强力实施提供了行动指南和法制保障。

PART 001

污染地块房地产开发情况

(一)基本情况

据统计分析:污染地块原行业主要是化工行业,占比约41%,其次是钢铁行业、机械制造行业和制药行业,约90%的省会城市中存有化工行业造成的污染地块。在各省会城市公布的第一批污染地块名录中合计174幅污染地块,其中109块已有明确的规划用途,有47%被用于商住用地开发,约18%被用于学校、文体活动设施、绿地或医院等公共用地的开发,而被用作工业用地的污染地块仅占1%。¹

综上,全国省会城市列入名录的第一批污染地块中约有50%用于商业住房开发,房地产开发企业在土壤污染防治问题上风险巨大。

(二)主要问题

当前,我国污染地块开发呈现出一些严重的共性问题:**第一,投入资金少**,污染地块土地出让金与修复投入严重不成比例。**第二,修复时间短**,开发商因存在大量的“建筑贷”“开发贷”等银行、信托贷款,因此对开发项目的资金回笼速度要求高,污染地块的修复时间短。**第三,责任主体错位**。真正的原始污染者逃脱了土壤污染的治理责任,而由收回土地的政府或者开发商来承担了本应依法由污染者承担的法定责任。**第四,监管不明确**。《土壤污染防治法》对于地方各级人民政府负责的规定过于笼统、原则、模糊,缺乏具体的操作程序和实施细则。**第五,技术不达标**。污染地块修复具有较高的技术性要求,修复机构不专业、修复和治理技术落后必然导致修复不到位。**第六,信息不透明**。仅44%的污染地块公布了相关土壤环境评估、治理修复或验收的信息,56%的污染地块未予公布。²

1.绿色和平、南京大学(溧水)生态环境研究院:《中国城市污染地块开发利用中的问题与对策》,2019年4月发布。

2.绿色和平、南京大学(溧水)生态环境研究院:《中国城市污染地块开发利用中的问题与对策》,2019年4月发布,第2页。

对于开发商而言,如何处理好待开发地块的污染状况调查、风险评估、风险管控和修复等程序,面临着一系列政策、法律和技术上的难度。

PART 002

开发商在土壤污染防治中的主要合规义务

(一) 开发商在法律法规层面的主要合规义务

1、环境影响评价义务

根据《土壤污染防治法》第十八条的规定,开发商在进行土地开发建设项目(商业住宅或办公等)或者对污染地块进行风险管控和修复时,应分别依据《环境影响评价法》《建设项目环境影响评价分类管理名录》等的规定依法进行环境影响评价。

2、土壤污染状况调查

对开发商而言,土壤污染状况调查包括主动调查、依法调查两种。主动调查是指为掌握拟开发地块的土壤污染真实状况而主动进行的调查;依法调查是指在特殊情况下,法律强制性规定必须进行的调查。

(1) 主动调查

一般而言,如开发商开发的地块是通过“招拍挂”等公开程序从自然资源等部门受让取得,则开发商在正常情况下不需要自行独立进行土壤污染状况调查,但是存在一些特殊情形:第一,已有的《土壤污染状况调查报告》存在弄虚作假。第二,政府部门未提供《土壤污染状况调查报告》。第三,开发商通过购买、以物抵债、司法拍卖等方式从原土地使用权人处直接获得地块使用权,原权利人未进行土壤污染状况调查的情形。第四,开发商储备土地,此前未进行过土壤污染状况调查。

综上,上述情形下开发商均有必要独立聘请第三方专业机构对相关地块进行土壤污染状况调查,通过极小的费用提前掌握待开发地块的土壤污染风险,避免后续造成重大的经济损失。

(2) 依法调查

第一,对土壤污染状况普查、详查和监测、现场检查表明有土壤污染风险的建设用地地块,地方人民政府生态环境主管部门应当要求土地使用权人按照规定进行土壤污染状况调查。第二,用途变更为住宅、公共管理与公共服务用地的,变更前应当按照规定进行土壤污染状况调查。

3、报送评审义务

根据《土壤污染防治法》第五十九条第三款的规定，针对已查明存在土壤污染风险的建设用地和用途变更为住宅、公共管理与公共服务的用地，开发商需要在制定《土壤污染状况调查报告》后报送当地生态环境部门，由生态环境部门会同自然资源部门组织评审通过。

4、土壤污染风险评估

根据《土壤污染防治法》第六十条的规定，开发商作为土地使用权人，对污染物含量超过土壤污染风险管控标准的建设用地依法应按照国家生态环境部的规定进行土壤污染风险评估，并将土壤污染风险评估报告报当地省级生态环境厅。

5、风险管控义务

根据《土壤污染防治法》第六十二条的规定，对建设用地土壤污染风险管控和修复名录中的地块，土壤污染责任人应当采取相应的风险管控措施。

6、修复义务

根据《土壤污染防治法》第六十四条的规定，对建设用地土壤污染风险管控和修复名录中需要实施修复的地块，土壤污染责任人应当结合土地利用总体规划和城乡规划编制修复方案，报地方人民政府生态环境主管部门备案并实施。

7、评估义务

根据《土壤污染防治法》第六十五条的规定，风险管控、修复活动完成后，土壤污染责任人应当另行委托有关单位对风险管控效果、修复效果进行评估，并将效果评估报告报地方人民政府生态环境主管部门备案。

综上所述，上述各项义务产生的情形和条件不同，但在实践中开发商均可能适用。并且“未达到土壤污染风险评估报告确定的风险管控、修复目标的建设用地，禁止开工建设”。否则，地方人民政府生态环境主管部门可以依据《土壤污染防治法》九十一条第（四）项的规定予以处罚。

（二）各地政策的监管要求

目前，我国部分省市已制定了相关地方性法规对污染地块的行政监管在程序上做了规定，具体如下：³

3. 参照绿色和平、南京大学（溧水）生态环境研究院：《中国城市污染地块开发利用中的问题与对策》，2019年4月发布，第25页。

序号	国土部门在审批手续时 与环保部门的协调	规划部门在审批手续时 与环保部门的协调	省份
1	征求环保部门意见	有效的环保部门的书面通知;修复后地块未达到土壤环境质量标准的,不得办理涉及相关地块的建设工程规划许可证;已办理建设工程规划许可证的,不得办理建筑工程施工许可证	河北
2	需有效的环保部门有关污染地块修复情况的书面通知	需提供有效的环保部门书面通知	浙江
3	未按规定开展活动,不予审批	无法提供有关活动报告地块不予发放建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证	河南
4	提供证明用地达到土壤环境质量标准;未达到标准的,已纳入年度供地计划或出具供地方案的,不得办理该地块土地使用权收储、出让(含划拨)、转让或终止等手续	修复后地块未达到土壤环境质量标准的,已出具规划条件文件的,不得办理设施用地规划许可证;已办理建设用地规划许可证的,各城建部门不得核发建设工程施工许可证	四川

(三) 侵权与合同责任

开发商因违反法定或约定的土壤污染风险防控义务、均可能产生现实的法律责任。而此类与开发地块相关的土壤污染往往容易导致周边环境的损害,包括周边环境敏感目标的损害和生态破坏,如“常州毒地案”。

在房地产开发过程中一旦出现“毒地”情形,还会引发次生的诉讼,如房屋买卖合同纠纷、租赁合同纠纷,乃至集体诉讼、环境公益诉讼,房地产企业民事赔偿或违约责任风险巨大。

(四) 舆论风险

“毒地”开发导致的舆论压力和风险必然是巨大的。在出现舆情事件的同时,还容易触发当地政府监管,开发项目被停工、罚款、甚至拆除都有可能,并且对于上市公司而言,还容易导致企业市值蒸发等经济损失以及证监会的监管或问询。

综上所述,无论是对污染地块的开发还是对普通地块的开发,开发商均应秉持谨慎、合规的原则积极履行新法规定的义务并按照当地政府监管的要求,切实把控好土壤污染防治领域的相关风险。

PART 003

开发商可能的维权路径与选择

开发商可能并非真正的污染责任人,但是因各种原因,开发商最终承担了开发地块的土壤污染风险防控与修复义务,产生了巨额经济损失。此时,开发商承担法律责任后的维权路径主要有:

(一) 依合同违约路径

适用此种维权路径的土地来源方式包括:通过政府公开“招拍挂”获得、从原土地使用权人处依合同受让(包括企业并购、重组)、以物抵债取得、司法拍卖取得、通过继承方式取得等。因此类地块使用权取得方式归根结底是依据合同、协议等,开发商与合同相对方签订有《土地使用权转让合同》等书面文件。因此,开发商完全可以依据合同约定进行维权。

此外,若第三方中介机构在土壤污染状况调查、修复、评估等过程中存在弄虚作假的情形,根据《土壤污染防治法》的规定,中介机构对开发商的相关损失应承担连带责任。

因此,依据合同维权的路径首先需满足合同条款本身的风控要求,违约责任及其补偿条款应尽可能细致。

(二) 依侵权责任路径

依侵权责任法一般原理,侵权行为应承担侵权责任,无论是否存在主观故意。因此,在不知存在土壤污染的情况下受让污染地块的,开发商有权依《中华人民共和国民法典》侵权责任编追溯该地块的原始污染责任人,遵循“谁污染、谁治理”的一般原则,向原始污染责任人追偿,当原始污染责任人为两个或两个以上时,构成共同侵权。

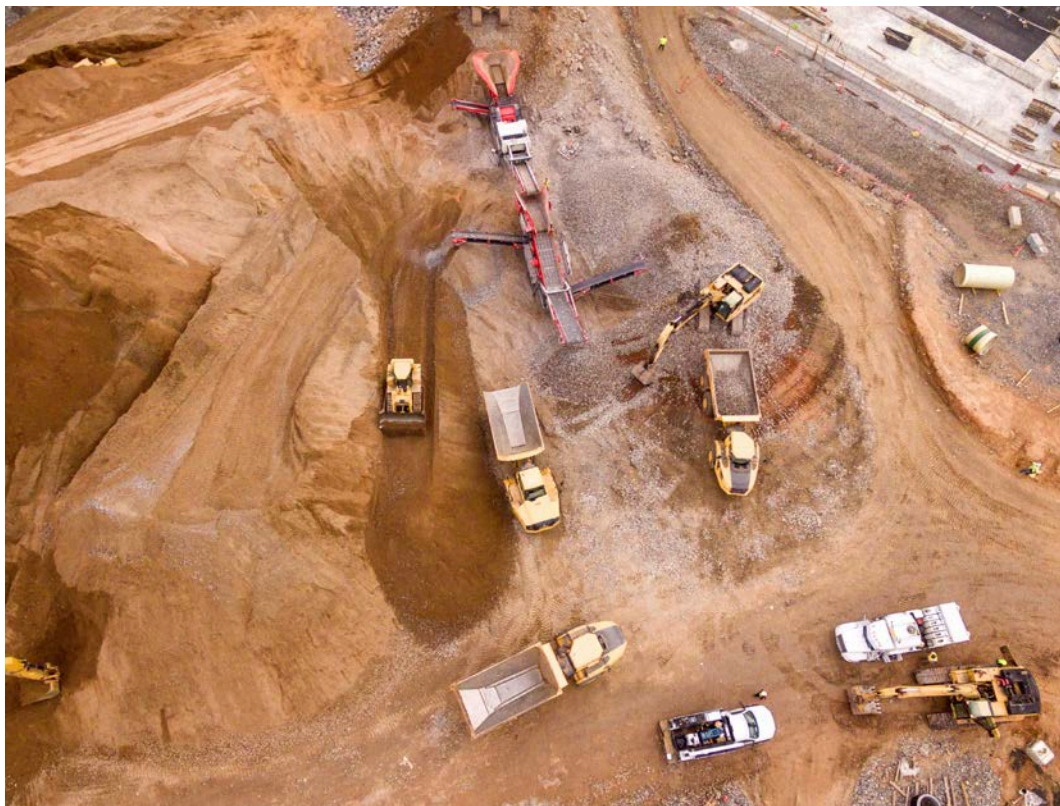
(三) 土壤污染防治基金路径

依据《土壤污染防治法》第七十一条的规定,对于2019年1月1日之前产生的,并且土壤污染责任人无法追溯的污染地块,开发商可以申请国家、省级土壤污染防治基金,用于土壤污染风险管控和修复。

特别需要指出的是,对于那些列入污染地块名录中的污染地块,只有经过合规的风险管控、修复并评估达标后方能申请移出名录。《土壤污染防治法》强力禁止开发商将列入污染地块名录的地块进行住宅、公共用地等商业开发。因此,开发商如何避免被列入污染地块名录、列入后如何移出名录、在移出名录前如何管控和修复并防范环境风险就是新法实施后开发商需面对的现实核心命题。



孙怀宁
非权益合伙人
合规与政府监管部
南京办公室
+86 25 6951 1858
sunhuaining@zhonglun.com



浅析施工企业环保合规体系的构建 ——兼论如何应对环境公益诉讼

作者/高焱、张粒

施工企业在项目工程建设过程中可能面临由建筑垃圾污染、污水污染、扬尘污染等引发的法律风险。如何开展企业环保合规体系构建以规避法律风险,是企业合规管理难点之一。本文将围绕企业环保合规体系构建展开论述,以期有所裨益。

PART 001

施工企业环保合规体系的构建

国家有关环境保护法律制度的设立与完善,是引导和规制施工企业进行环境保护合规体系建设的基础。《民法典》规定了绿色原则,即“有利于节约资源,保护生态环境”为民事主体从事民事活动的基本原则之一¹,并规定“污染环境、破坏生态”两种侵权责任。²《刑法》《建筑法》《环境保护法》等分别从刑事责任与行政责任角度,规制施工企业的环境污染行为。违反前述法律规定,需单独或一并承担民事、行政及刑事责任。因此,施工企业必须充分、全面地了解和掌握环境保护法律制度,依法依规开展环境保护合规体系建设。

环境保护部门的环保监管与环保组织以及利害关系人的环保监督,是督促施工企业纠正环保合规体系缺陷的外在推动力。针对违法违规行为,环保部门可通过罚款、限制生产等措施,要求施工企业进行环保整改以实现环保目的。环保组织可提起环境公益诉讼,利害关系人可提起环境侵权之诉,以诉讼方式要求施工企业承担停止侵权、修复生态环境等民事责任。

除上述施工企业外部因素的推动外,施工企业内部环境保护合规体系的建设,也是实现环保合规目标的关键因素,可从以下方面展开:

一是环保合规管理组织的设置。该组织可以由法务、风控、审计等部门人员组成。工作思路如下:

搜集并整理涉及本企业环保责任的全部法律法规等规范性文件→按照规范性文件审查企业涉及环保事项的实际情况,分析潜在风险→针对潜在风险提出解决方案、应急预案及合规指引等文件,并制定环保合规制度→对企业成员开展环保合规教育与再培训。

1.《民法典》第九条:民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。

2.《民法典》第一千二百二十九条:因污染环境、破坏生态造成他人损害的,侵权人应当承担侵权责任。

二是污染物管理与排放。施工企业应当按照法律法规、国家标准等，如实记录企业污染物排放情况，确保污染物排放符合国家要求。如需第三方代为处置污染物、废弃物，应当审慎检查第三方资质能力，避免因第三方行为被罚或涉诉。

三是民事、行政及刑事责任的应对机制。违反环保法律法规，不仅企业面临停工停产的窘境，还需承担高昂的经济支出，且有损于企业社会形象与信誉。建立妥善合理的应对机制尤为重要。鉴于环境公益诉讼可能同时涉及前述责任的承担，故本文将围绕环境公益诉讼应对机制展开论述。

PART 002

施工企业应对环境公益诉讼的机制

(一) 预防机制

根据相关法律法规，环境公益诉讼一般可分为民事环境公益诉讼、行政环境公益诉讼以及刑事附带民事公益诉讼。施工企业除在行政环境公益诉讼中为第三人而一般不直接承担责任外，其他两种情形均需直接承担环保合规责任。为避免涉诉及不利结果发生，可从以下方面采取措施：

1. 遵循行政处罚决定，及时治理污染源并修复生态环境等。对于环境公益诉讼而言，“诉的利益”即在于运用民事诉讼实现对公共利益及生态环境的保护。³若施工企业未按照环保部门的意见开展环保整改工作，即可能被提起环境公益诉讼。根据相关规定，在环保部门依法履行环保监管职责而使原告诉讼请求全部实现时，原告可以申请撤诉。⁴故企业若及时开展环保整改，则可能实现规避涉诉风险。

2. 涉刑案件中，开展环保合规整改工作以获得检察机关不起诉决定。最高人民检察院启动企业合规改革试点工作，允许检察机关督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实，促进企业合规守法经营。⁵以张家港市某公司涉嫌污染环境罪一案为例，因涉案公司排放污水量较小，尚未造成实质性危害后果，故检察机关以《企业刑事合规告知书》的形式要求该公司进行合规整改，并依据最终整改结果，决定对该企业及主要负责人不予起诉。⁶此即合规不起诉制度。据此，在对生态环境造成污染或破坏程度

3. 参见邵明：《论诉的利益》，载《中国人民大学学报》，2000（04）：118-124。

4. 《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十六条：“负有环境资源保护监督管理职责的部门依法履行监管职责而使原告诉讼请求全部实现，原告申请撤诉的，人民法院应予准许。”

5. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210408_515148.shtml#1

6. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202106/t20210603_520232.shtml



较轻的情况下,配合检察机关开展企业环保合规整改工作,完成合规评估,即可有效规避涉诉风险。但需要注意,合规不起诉制度适用前提是涉案企业“认罪认罚”。⁷

3.涉及侵害民事主体私权益时,施工企业应当积极赔偿损失,并采取污染治理、环境修复等方式,避免进一步损害社会公共利益,以致引起民事环境公益诉讼。

(二) 诉讼机制

经检索和研究相关司法案例,笔者认为施工企业进入环境公益诉讼程序后,可以围绕以下要点展开答辩并采取应对措施:

1.针对原告的主体资格提出合理质疑。根据《民事诉讼法》《环境保护法》等有关规定,环境公益诉讼的原告是法律规定的机关和有关组织以及检察机关。对于“有关组织”提起的民事环境公益诉讼,被诉企业可针对以下内容,对其是否具备起诉资格提出抗辩:(1)组织章程规定的宗旨和业务范围是否包含维护环境公共利益;(2)是否实际从事环境保护公益活动;(3)案涉环境公共利益是否与原告的宗旨和业务范围

7. 参见陈瑞华.企业合规不起诉制度研究[J].中国刑事法杂志,2021(01):78-96.

具有关联性。⁸若前述三种要件缺少任一种,被诉企业即可请求法院以“有关组织”不具备提起公益诉讼资格为由,裁定驳回起诉。⁹

2.针对被诉侵权事项,被诉企业可搜集企业环保合规等相关证据材料,并就不应承担责任或减轻责任等事由承担举证责任。主要证据材料包括:(1)企业环保设施建设及运转合规材料;(2)企业污染物治理、排放及处置合规材料;(3)受到行政处罚后的整改及环境修补费用缴纳材料;(4)其他能够证明因果关系不存在或责任应当减免的材料。此外,环境公益诉讼的原告需先行提供证明侵权行为与损害后果发生的证据材料,以及能够证明侵权行为与损害结果之间存在关联性的证据材料。¹⁰若原告未提交前述证据材料,被诉企业可依法提出被告主体身份不适格或侵权事实不成立等进行抗辩。

3.为确保施工企业在诉讼过程中正常经营,减轻未来可能承担的高额赔偿或修复费用。被诉企业可主动选择进行绿植种植等类似方式以实现对其受害环境的修复补偿。有法院判决认为,“被告应在其下属厂区土地进行绿化树种植,以达到保护环境、降低环境损害的作用。”¹¹据此,施工企业可选取在其可控区域内开展生态环境修复工作,减轻企业经济负担的同时,完成生态环境修复工作。若环境修复费用过高,超过企业承受能力,被诉企业可请求法院裁决部分费用延期支付或采取有条件抵扣的方法,以实现环境修复与企业环保合规的整合。¹²

4.若施工企业构成刑事犯罪,则可采取“认罪认罚”+“积极补救”的方式,以期得到法院认可,并尽量获取从轻处罚的不利后果。以某公司非法占有农用地案为例,该公司因在临时用地上修建永久性建筑物及毁坏林地等违法行为,被检察机关提起刑事附带民事公益诉讼。诉讼过程中,该公司及法定代表人主动承认侵权行为存在,并于诉前超额完成植树复绿工作,全额缴纳植被恢复费用。因此,法院判决免除对该公司的刑事处罚。¹³

8.《环境保护法》第五十八条第一款:对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼:(一)依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记;(二)专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录。

9.参考(2019)粤03民初3510号民事判决书。

10.参见代杰、徐建宇:《民法典》环境污染与生态破坏责任:原因行为导向与公私救济衔接——以206份裁判文书为样本的实证研究[J].法律适用,2020(23):101-112.

11.参考(2020)豫03民初26号民事判决书。

12.参见吕忠梅:环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境公益诉讼案评析[J].中国法学,2016(03):244-264.

13.参考(2019)鄂1303刑初68号刑事附带民事判决书。

(三) 非诉讼解决机制

根据有关规定,当事人可以就环境公益纠纷达成调解协议或自行达成和解协议,经过公告期间后即可由法院出具调解书予以确认,以此来解决环境公益纠纷。¹⁴非诉讼方式能够灵活地将法律、道德伦理及常识情理等运用到纠纷处理中,促成双方合意形成,减少对立与对抗,对生态环境修复以及社会公益保护等事项起推进作用。同时可减轻或避免因败诉而承担高额费用。当然,调解协议或和解协议的内容不得损害社会公共利益,否则法院将不予确认。

结语

对于施工企业而言,构建合理系统完备的环保合规体系,不仅有利于项目开工建设、企业长远发展,而且能够有效降低企业涉诉风险,规避不利法律后果,从而实现国家宏观环境治理与企业微观环境管理的统一。



张粒
合伙人
公司业务部
武汉办公室
+86 27 5942 5199
zhangli@zhonglun.com

14.《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十五条第一款:环境民事公益诉讼当事人达成调解协议或者自行达成和解协议后,人民法院应当将协议内容公告,公告期间不少于三十日。



企业应对环境行政处罚 重点问题解析

作者/孙怀宁



中伦律师事务所
ZHONG LUN LAW FIRM

近年来,生态环境部指导各级生态环境部门在加强生态环境行政执法的规范性、震慑性的同时,生态环境部门大力推动“放管服”改革工作以及“六稳六保”,对生态环境行政执法工作带来了显著的改变,对被执法企业、被检查对象,特别是可能面临生态环境行政处罚的广大企业及相关人员产生了重要影响,对守法企业“无事不扰”,对轻微违法、无心之过或能力不足的企业加强帮扶指导,推进严格规范公正文明执法。

因此,可以说当前的生态环境执法监管形势是我国历史上最严格又最规范的时期。毫无疑问,这就为企业在当前或今后一个时期内受到生态环境行政处罚或拟被生态环境部门予以行政处罚提供了良好的现实背景。下文将从环境行政处罚案件的程序及重点可关注的实体内容的角度,为企业合规应对生态环境行政处罚提供解决思路。

PART 001

审查行政处罚决定的合法性

行政处罚决定书是行政管理机关针对当事人的违法行为,处罚理在经过调查取证掌握违法证据的基础上,制作的记载当事人违法事实、理由、依据和决定等事项的具有法律强制力的书面法律文书。很多当事人收到行政机关送达的行政处罚决定书后,有的不以为然,有的惶恐万分,正确的做法应该从以下几个方面着手:

1、审查接受处罚的对象是否正确。行政处罚的对象包括违反行政管理秩序的公民、法人和其他组织,具体到企业作为处罚对象,可能会涉及产权单位、经营单位、管理单位等多个单位,此时就要审查真正应当接受处罚的是否就是本企业,还是与本企业相关的其他单位。

2、审查该行政机关是否具有作出处罚决定的主体资格。在2019年后,我国生态环境部门实行“垂直管理”,区县一级生态环境部门统一成为地市级生态环境部门的派出机构,不再具有行政处罚权。因此,在生态环境行政处罚案件中,只能由地市级以上生态环境部门以其自己的名义作出行政处罚。

3、审查该行政机关作出处罚决定的相关事实是否清楚、证据是否充分。

《行政处罚法》第五十九条规定:行政处罚决定书应当载明(二)违反法律、法规、规章的事实和证据,因此如果行政处罚决定内容过于笼统模糊,事实不清、证据不足的,应当提出异议。

4、审查作出处罚决定的程序是否合法,是否告知当事人享有陈述申辩和听证的权利。

5、审查该行政处罚是否适当,是否超越了行政机关处罚的自由裁量权。根据《环境行政处罚办法》第六条规定,环境保护主管部门在行使行政处罚自由裁量权时,应当考虑当事人的过错程度等情节。因此,企业可以围绕违法行为所造成的环境污染、生态破坏程度及社会影响,改正违法行为的态度和所采取的改正措施及效果予以应对。

6、审查行政执法过程(含调查取证)是否符合法定要求。这里面包含的情况非常复杂,在行政复议、行政诉讼案件中企业能够“反败为胜”的关键着眼点往往就是全面依法审查其执法过程(程序)的合法性。

(1) 审查是否是2名以上持有生态环境执法证件的执法人员共同执法。因我国生态环境执法力量相对薄弱,基层生态环境部门存在编制不足、人手不够的情形,因此可能在一些地方的生态环境执法过程中存在使用编外人员(无执法证件)参与执法的情况(例如现场执法中只有1人有证,其他人无证)。

(2) 审查执法人员是否主动告知被调查询问人员具有申请执法人员回避的权利。

(3) 现场取证过程是否符合法定要求。例如现场“采样”,应根据国家规定的程序规范进行采样、封存并由见证人签字确认,防止“采样”过程中的疏漏、更换等问题,确保所采集的样品与检测结果的匹配。对于超标排放类的行政处罚案件,“采样”后依法出具的《检测报告》是认定企业存在生态环境违法事实的直接依据,也是在陈述申辩、听证、行政复议、行政诉讼等过程中企业可以有突破空间的关键领域。

因此,对于生态环境行政处罚案件,企业应做好充分的准备,严格审查行政处罚的程序和实体是否符合法律,依法维护自身的合法权益。企业依法维护自身的合法权益有利于促进行政执法的规范性、合法性、合理性,有利于促进我国社会主义法治建设。



PART 002

企业应对生态环境行政处罚的具体步骤

1、向生态环境部门申请听证。此时，生态环境部门只是拟对企业做出行政处罚，并未真正行政处罚。企业如果认为生态环境部门拟处罚不当，根据《行政处罚法》第六十三条的规定，可以向生态环境部门提出听证，提出拟行政处罚存在错误的事实或者法律理由。

2、向生态环境部门上一级机关或者同级人民政府申请行政复议。听证完毕后，如果生态环境部门仍然出具了正式的行政处罚决定书。企业可根据《行政复议法》相关规定，向生态环境部门上一级或者同级人民政府申请行政复议。比如，针对深圳市生态环境局作出的行政处罚决定，可以向广东省生态环境厅或者深圳市人民政府提出行政复议。

3、向法院提起一审行政诉讼。行政复议如果维持生态环境部门行政处罚决定，企业仍然不服，可以向生态环境部门所在地基层法院提起诉讼。一审诉讼是最关键的，较之前的听证、复议程序，一审系独立的第三方法院根据严格的法律标准确定行政机关的行政处罚是否应当维持或者撤销。

4、向中级人民法院提起二审上诉。一审判决下达后，企业仍然不服只能向中级人民法院提起上诉二审。

尽管企业走完全部程序，赢得行政诉讼的概率可能还是偏低的，主要原因是当前行政机关执法水平不断提高，犯错误的概率大大降低，人民法院在一定程度上也会考虑对行政执法权威性的保护。但是环保执法人员虽然谙熟相关行业知识，但受制于部分执法人员未受过专业的法学训练，在执法程序、证据收集、综合认定等环节难免出现疏漏。因此，行政处罚存在被上级机关或者人民法院撤销的可能，企业的积极维权恰恰能够反向促进执法机关提高专业水平。

PART 003

生态环境行政处罚救济期限规定

企业应注意以下法定期限，以免错过行政处罚案件依法维权的良机。

1、申请听证期限

企业应在收到《行政处罚听证告知书》之日起的五日内提出。生态环境部门应在

举行听证之日7日之前通知企业听证的时间、地点等内容。

2、行政复议期限

《行政复议法》第九条规定，公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。

3、行政诉讼期限

《行政诉讼法》第四十五条规定，公民、法人或者其他组织不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

第四十六条规定，公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。除了因不动产提起诉讼的案件之外，其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

PART 004

针对行政处罚案件的几点建议

生态环境行政处罚案件类型多样，根据生态环境部的行政处罚指导目录，截至2021年共有354项各类生态环境违法行为可以被处以行政处罚。但归根结底，企业受到生态环境行政处罚时，可以在做好前文所述基础工作的前提下，进一步做好以下几项工作：

1、高度重视申请陈述、申辩、听证。根据相关法律规定，陈述、申辩、听证均应向作出行政处罚的机关提出。企业可以通过陈述、申辩、听证程序充分阐明自己的主张和减轻、免于行政处罚的理由。通过这些救济程序，企业有可能在生态环境部门作出正式的《行政处罚决定书》之前即决定不予处罚或者减轻、从轻处罚。另外，通过这些救济程序，还有利于企业利用此期间充分组织第三方机构进行检测、论证，甚至是主动积极整改，消除或减轻环境污染后果。这些因素都将有利于企业行政处罚的撤销、减轻或从轻。

2、高度重视依法提起行政复议。同上文所述，申请行政复议是企业的法定

权利,申请行政复议还需要综合衡量向谁提出的问题。

根据《行政复议法》的规定,申请行政复议可以向作出行政处罚决定的机关的上级机关以及同级人民政府提出。结合“环保垂直改革”后的实际情况,生态环境行政处罚均由地市级以上生态环境部门作出,区县一级生态环境部门不再具有行政处罚权。因此,这就产生了企业申请行政复议既可以向省级生态环境部门,也可以向地市级人民政府提出的问题。企业应结合当地政府及生态环境部门对待生态环境治理的力度、地方经济保护程度等情况综合考虑向哪个复议机关申请复议。

3、企业应在行政处罚决定书正式下达前积极整改并争取整改到位,同时在行政复议期间不停止行政处罚的执行,即主动履行缴纳罚款等义务。这样有利于争取减轻或从轻行政处罚。同时避免在一些特殊违法中产生的“按日连续计罚”(例如超标排放)等更加严重的违法不利后果。

以上是对企业应对环境行政处罚时部分重点问题的解析,供企业参考。



孙怀宁
非权益合伙人
合规与政府监管部
南京办公室
+86 25 6951 1858
sunhuaining@zhonglun.com



远离环保涉刑风险 ——企业环保刑事合规治理方案

作者/王峰、王潜

近年来,我国环保监管政策不断趋严,各级生态环保督察工作持续深化,在强监管政策背景下,刑事立法和刑事司法也对企业环保合规问题给予了回应。无论是2019年最高院、最高检、公安部、司法部、生态环境部联合印发的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》(下称“《环保刑事案件纪要》”),还是2021年《刑法修正案(十一)》对环境污染犯罪的修改,都从刑事规制的角度,逐步加重企业及相关管理人员的环保刑事责任。对企业来说,如何构建环保刑事合规方案、切实防范环境污染相关的刑事风险,已然成为企业亟需关注的焦点问题。

PART 001

环保刑事法律规制特点

与其他类型刑事犯罪的追责方式相比,刑事实务对环境污染犯罪案件适用的是更为严格且特殊的定罪方法。

(一)对犯罪故意的推定

环境污染类犯罪为故意犯罪,但是,刑事实务对企业及相关人员主观心态的判断存在较大难度,故意与过失往往难以查证。为此,刑事实务逐步降低了对“故意”的认定标准,通过采用推定的方法,从客观行为反推主观心态。

根据《环保刑事案件纪要》,企业如果存在没有通过环评、未及时排除环保设备故障、未审查合作方资质、合作方收费明显低于市场价格等情况,可以直接推定企业具有污染环境的犯罪故意。

对主观罪过的推定,也意味着举证责任倒置——即企业及相关责任人员需要自证没有主观故意,否则将面临承担刑事责任的风险——这对于举证能力有限的企业来说是较为困难的。

(二)单位责任与个人责任的牵连

企业环境污染案件通常是因基层业务人员的违规操作而引发,具体实施涉案行

为的人员往往首先被认定为直接责任人员。但在环保刑事案件中，刑事实务对案件背后企业的单位刑事责任及决策层、管理层的刑事责任给予了重点关注，个人与企业之间存在着责任牵连的刑事风险。

这主要体现在，刑事实务降低了单位犯罪的认定标准。根据《环保刑事案件纪要》，除了单位决策实施犯罪外，单位主管人员对违规行为未加制止、未采取应对措施，以及使用单位证照、使用单位车辆和生产设备实施违规行为的，都可直接认定为单位犯罪。

相应的，根据单位犯罪双罚制的特点，发挥决策、审批、授权、监督等治理职能的高管也将在单位犯罪中面临刑事处罚。同时，对于存在“纵容”、“默许”以及对违规行为未加制止等情节的高管人员，也会被认定为刑事责任主体。

(三) 刑事处罚力度加强

从《环保刑事案件纪要》到《刑法修正案(十一)》对环境污染犯罪的修改，环保刑事案件的处罚力度进一步加大，主要体现在三个方面：

首先，在量刑方面，《刑法修正案(十一)》针对污染环境罪增设了量刑档次，将法定最高刑期从7年有期徒刑提升至15年有期徒刑。

其次，在犯罪形态方面，对于尚未实际排放、倾倒、处置有毒有害污染物等尚未造成危害后果的行为，也会按照犯罪未遂追究刑事责任。

最后，在刑罚适用上，《环保刑事案件纪要》明文规定，针对环保刑事案件，应当从严把握刑罚适用，严格限制适用不起诉、缓刑、免予刑事处罚等从宽处理举措。

PART 002

常见的企业环保刑事合规漏洞

企业环境污染犯罪通常可以分为三种类型，并且诱发原因具有共通性，这在企业环保刑事合规构建中应当特别关注。

(一) 常见犯罪类型

整体上，环保刑事风险主要分为破坏资源类、污染环境类以及非法进出口污染物三大类。

首先，对于破坏资源类环保刑事风险，主要涉及对生态环境稀缺性及生物物种的

破坏。例如，危害国家重点保护植物、破坏自然保护地、非法占用农用地、破坏性采矿、滥伐林木等都会涉及刑事犯罪。

其次，对于污染类环保刑事风险，主要涉及排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物及其他有毒有害物质。这其中，污染方式、污染区域及污染结果大小都将成为影响企业环保刑事责任的重要因素。

最后，对于非法进出口污染物刑事风险，主要涉及逃避海关监管、将境外的固体废物等运输入境，以及未经许可，擅自进口固体废物或者非法处置进口的固体废物。相关行为可能构成走私废物罪、擅自进口固体废物罪、非法处置进口的固体废物罪等罪名。

（二）常见合规管理漏洞

在我们办理的企业环境污染涉刑案件中，企业内部合规治理缺陷和外部合作方违规是导致环保刑事风险发生的主要诱因。

在内部合规治理层面，企业治理架构中往往欠缺刑事合规保护方案，企业的决策层、管理层和执行层之间未能形成一体化的合规治理机制和责任分隔机制。这样一来，企业决策层和管理层无法及时识别潜在的刑事风险点，内部合规监管容易流于形式、丧失实效。另一方面，基于刑事实务对单位责任与个人责任的牵连，相关刑事风险也将自下而上地波及至顶层管理人员，加剧刑事风险状态的恶化。

在外部合作方管理层面，由于缺乏有效的外部合规监督机制，合作方的违规行为也将给企业带来刑事风险。这主要体现在三个方面：第一，企业与合作方建立合作关系时，未对合作方进行尽职调查，未对其资质、技术能力、违法记录等关键信息进行核实；第二，企业未能在业务过程中持续对合作方进行监督，未能及时发现合作方的违法行为；第三，在发现合作方实施环保违法行为后，企业未予以制止或未终止与其合作，而是继续与其合作。一旦出现这些情况，企业极易被认定为与合作方构成共同犯罪，从而面临被追究共犯责任的刑事风险。

PART 003

环保刑事合规治理机制构建

随着环保领域刑事监管政策的不断趋严，企业环保刑事合规治理对于企业经营发展的重要性不言而喻。尽管企业之间具体环保业务有所不同，但在构建企业环保刑

事合规治理方案中,仍有共通性的原理和方法,主要包括以下三个方面:

(一) 刑事风险识别机制

风险识别机制是企业研判刑事风险类别、风险大小的基础,也是企业采取针对性整改措施的关键。一般而言,企业在构建刑事风险识别机制时,通常需关注三个方面,即内部治理、业务经营、外部合作。

首先,在内部治理风险的识别中,企业需关注在决策、授权、审批、执行等治理环节是否存在刑事合规缺陷,现有治理制度能否有效防止刑事风险的发生和扩大。

其次,在业务经营风险的识别中,企业需结合业务类别、业务区域和业务流程,参照刑事实务的定性规则开展风险评估;此外,企业还应当对内部监管措施在具体业务中的有效性进行充分评估。

最后,在对外部合作风险的识别中,企业需重点关注合作伙伴的资质能力、行业资信、违法涉诉记录、是否存在违规外包等情况,从而发现业务合作可能存在的潜在风险。

(二) 刑事风险控制机制

在明确了类型化的刑事风险和具体风险环节之后,企业需在内部治理和业务经营中融入刑事合规元素,明确不同治理层级的权限和职责,在治理架构和业务管理中嵌套有效的监督和保护措施。

首先,在企业内部治理中,需为决策层、管理层和执行层配置与其治理职能相适应的合规职责权限,并在决策、授权、审批等治理流程中增加合规化的执行规则和保护方案,从而提升企业不同层级部门和人员的合规能力,预防刑事风险。其次,在对合作伙伴的合规管理上,通过采取针对合作方的刑事合规审查、在合作协议中增加合规保护举措、在业务开展过程中采取持续性的风险提示和合规监督等举措,有效防范和控制刑事风险。

(三) 刑事风险处置机制

在发生风险事件时,如何通过合规化的应对方式化解和处置风险,也是企业环保刑事合规的重要内容之一。需要特别注意的是,由于污染环境犯罪属于“行政犯”,行政执法和刑事司法所针对的违规事项具有高度重合性,因此无论是面对行政执法,还是刑事司法,企业都应当对违规事项的刑事风险予以充分关注,并进而开展合规化的

风险处置。

此外,值得关注的是,2021年6月3日,最高检、司法部、生态环境部等部委机构印发了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》,该意见规定,对于采取了有效刑事合规整改举措的涉案企业,可以依法采取不批捕、不起诉或从宽处罚的有利举措。与此同时,最高检也于同日发布了企业合规改革试点典型案例,这其中也包括某企业污染环境案。在该案件中,涉案企业通过执行环保刑事合规整改方案,最终获得不起诉的有利结果。因此,企业在出现环保刑事风险时,亦可以积极把握当前的刑事合规改革制度,通过制定、落实切实有效的合规整改方案,争取有利的案件处理结果。

结语

随着国家对生态文明建设的不断深化,刑事法律已经对污染环境犯罪形成了更为细致、更为严厉的规制趋向,这也对企业的环保刑事合规能力提出了更高的要求。在这样的政策背景下,企业需要准确把握刑事规制要点,识别环保刑事风险类型,研判环保刑事风险诱因,并在此基础上制定与自身相契合的环保刑事合规方案,从而实现远离环保刑事风险、安全合规经营的长远目标。



王峰
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3165
fengwang@zhonglun.com



浅谈新固废防治法下 企业进口合规风险

作者/梁清华、孙顺舜



中伦律师事务所
ZHONG LUN LAW FIRM

PART 001

固废进口监管制度变迁概述

自1990年中国正式签署《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》至今,我国对固体废物进口的监管经历了从初步探索到科学管理的发展历程。1996年,随着《废物进口环境保护管理暂行规定》颁布实施,国家开始正式发布废物管理目录,明确了国家限制进口可用作原料的废物范围,细化了对进口固体废物进行分类管理的相关制度。环保总局、商务部、发展改革委、海关总署、质检总局陆续发布了相关公告,从各自的职能角度对固废进口进行监管。

2004年至2016年间,国家四次修订《固体废物污染环境防治法》,并从2002年开始,陆续制订发布一系列法律法规和政策,对固体废物进行更加深入和细致的分级分类管理。2008年1月29日,环保总局、商务部、发展改革委、海关总署、质检总局首次共同发布《禁止进口固体废物目录》《限制进口类可用作原料的固体废物目录》和《自动许可进口类可用作原料的固体废物目录》,此后上述固体废物管理目录多次适时调整、更新,成为国家对固废进口进行监管的主要依据。

2020年4月29日,《固体废物污染环境防治法》再次修订,同年11月24日,由生态环境部、商务部、国家发展改革委、海关总署共同发布《关于全面禁止进口固体废物有关事项的公告》,明确自2021年1月1日开始禁止以任何方式进口固体废物。

PART 002

规制固废进口的适用法律

(一) 海关监管法律法规

海关对固废进口进行监管的主要法律依据有:《中华人民共和国海关法》《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》《中华人民共和国海关办理行政处罚案件程序规定》《中华人民共和国海关行政处罚听证办法》《最高人民法院关于海关行政处罚案件诉讼管辖问题的解释》《中华人民共和国海关行政复议办法》等。

新修订的《固体废物污染环境防治法》中与海关执法直接相关的监管变化,主要有以下几点:

- (1) 明确了国家逐步实现固体废物零进口;
- (2) 以法的形式确立了由海关委托固废属性鉴别;

(3) 强化了固废违法犯罪的处罚力度,同时明确了承运人与进口者承担连带责任(部分违法行为可处五十万元以上五百万元以下的罚款);

(4) 以法的形式,新增或明确了“查封、扣押”、“拘留”、“治安管理处罚”等打击手段,新增或明确了对企业相关管理人员的处罚规定。

此前,海关针对固废进口建立了“事前预防——国外供货商注册登记+国内收货人注册登记+进口固废境外装运前检验”、“事中控制——进口许可证核验+装运前检验证书核验+到货查验检验+风险布控固废属性鉴别”以及“事后惩处——稽查、企业日常监管,信用管理”的全链条监管制度措施,现在随着固废“零进口”的逐步实施,相应制度也将随之取消。

《固体废物污染环境防治法》第二十五条规定:“海关发现进口货物疑似固体废物的,可以委托专业机构开展属性鉴别,并根据鉴别结论依法管理”。如海关认为进口企业或承运人行为涉嫌刑事犯罪,即会将案件移交缉私部门进一步调查处理。海关为打击固废走私行为,加强了与生态环境、公安、交通等部门的协作、联动并与国际国外组织情报共享,通过逐年开展“蓝天行动”等专项整治行动对洋垃圾入境进行打击。

(二) 刑法

在刑事责任方面,非法进口固体废物的责任人可能因违反《刑法》第一百五十二条第二款规定而构成走私废物罪。该条规定:“逃避海关监管将境外固体废物、液态废物和气态废物运输进境,情节严重的,处五年以下有期徒刑,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”对于本条规定的情节严重以及情节特别严重的情形的判定,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条进行了量化规定。

PART 003

企业固废进口合规风险

(一) 行政合规风险

对于经海关调查,确认企业不存在走私废物的主观故意,只是因为对国家有关进口废物的监管制度缺乏了解等过失性原因,导致发生了进口固体废物的违规行为,或是未达到走私废物罪入罪标准的走私废物行为,《固体废物污染环境防治法》第一百一十五条至第一百一十七条规定了以由海关责令退运并处以五十万元以上五百万元



以下的罚款为主要行政责任,同时规定了由承运人与进口者承担连带责任的处罚制度。此外,海关还可依照《海关行政处罚实施条例》的相关规定,没收走私的废物及违法所得,可以并处罚款;如果还存在与走私人通谋并为其提供协助的,海关可以认定为“共同违法行为人”,并区分情节及责任大小,分别作出行政处罚。此外,根据《关于<中华人民共和国海关企业信用管理办法>及相关配套制度实施有关事项的公告》(海关总署公告2018年第32号)的相关规定,企业只要实施了走私行为,无论是否构成走私犯罪,都将被纳入海关企业信用管理的范畴,严重者会面临被海关降为失信企业从而难以开展进出口业务的风险。

因此,企业在开展贸易活动前,可以参考《固体废物鉴别标准通则》对拟进口货物的属性进行初步判断,在存有疑虑时,应当及时征询律师和海关的专业意见,必要时可以提请相应资质的鉴定机构进行预鉴定。

(二) 刑事合规风险

1. 旧案引发的刑事合规风险

自2017年开始,海关总署已连续开展了5年的“蓝天专项整治行动”,重点打击走



私“洋垃圾”的犯罪行为,其中主要涉及的就是走私境外固体废物入境的犯罪活动。虽然目前已经从法律层面全面停止了固体废物的进口审批,但海关仍然在通过调查、稽查以及缉私部门侦查等方式对2021年1月1日前已开展的进出口业务中存在的固废走私犯罪活动进行追责。

在当时的监管框架和现实情况中,基于限制进口可用作原料的固体废物进口许可证管理制度,会出现部分企业的配额无法用尽,部分企业配额不足或是因不符合许可证申请资质未申请许可证但仍从事相关废物处理业务的情况。反映到走私固体废物类案件的司法实践中,被追究刑事责任的主体通常包括:出借(出租、出售)许可证的单位、中介机构(经营单位/通团结伙)和借用(租用、购买)许可证单位(实际货主)。

根据笔者在执业过程中办理多起走私废物类的刑事案件的经验,对该类案件中的要点内容归纳总结如下:

(1) 各主体的地位及作用认定

对不同的主体而言,根据其在犯罪链条中的地位和作用的不同,相应承担不同的责任。通常而言,对未在走私活动中起积极、主动的作用,仅提供了许可证的出借(出租、出售许可证)的单位、中介机构(经营单位/通团结伙)均认定在走私废物犯罪中起次要作用,以从犯论处;借用(租用、购买)许可证单位(实际货主)通常会被认定为主犯。

(2) 非扣押现货的数量(金额)问题及其司法认定

由于走私犯罪活动具有较强的隐蔽性和持续性,较少出现走私的全部货物被缉私部门一次性当场查获扣押的情况,也由此引发了对未扣押部分现货以何种方式认定数量的问题。在该种情况下,法院可依据公司内部制作的清单或案件中查获的账本、银行记录、邮件、对账短信等等可以反映数量的材料或同案中已扣押送检、鉴定的货物来作为对未扣押部分的认定;在缺失上述材料的情况下,还可依海关掌握的进口数据、已被使用的许可证的数量,结合工厂实际开工生产的情况进行数量认定。

(3) 出借许可证企业是否实际开展生产活动的认定

根据笔者办理此类案件的经验,出借许可证的企业若有自行生产,则对用作自行生产的数量是不应划入承担刑事责任的范围内的。对出借许可证企业是否并未实际开展生产而是制作虚假的出入库单证以逃避海关监管,法院通常以侦查机关进行的现场勘验、搜集的证人证言、被告人供述等证据进行认定,此外还可能会结合案涉借用许可证企业的机械设备、损耗件使用情况和工厂水电使用情况综合认定是否实际

开展生产。

因此,对于在近年来开展了相关废物进口业务且存在不合规操作的企业而言,应当尽快寻求法律专业人士的指导,通过主动向海关陈述情况、缴纳罚款、积极整改不合规业务等形式降低、化解法律风险。

2. 新固废防治法下的刑事合规风险

目前,我国已经进入固废“零进口”管制的新监管阶段,可以预计海关将会进一步加大对“进口洋垃圾”等违法案件的打击力度。在以往,在涉嫌走私废物时,企业往往以未能准确区分固体废物管理目录或在进口处置固体废物时管理不当等理由进行免责抗辩,但在固废“零进口”的新监管形势下,前述抗辩理由均失去空间,进口固废就意味着违法,被定罪的可能性大增。对进出口企业而言,不能仅仅依赖常识或目前已经确定为固体废物的目录来进行判断。针对敏感类进口货物或无法准确判断属性的货物,建议企业务必事先进行废物属性鉴别。在遇到因涉嫌进口固废而遭海关调查时,企业及相关人员应尽快寻求专业律师的指导,冷静应对,及时化解法律风险。同时,应当努力提高守法合规意识,尽快完善进出口贸易合规体制,对确定属于固体废物的货物,无论存在多大的利润空间,都应当严格遵守固废“零进口”的监管制度,切莫以身试法。



梁清华
合伙人
合规与政府监管部
广州办公室
+86 20 2826 1689
liangqinghua@zhonglun.com

S E C T I O N

0 4

环 境 争 议 解 决





环境公益诉讼概述

作者/迂峰、汪龙

1968年,美国学者哈丁发表了著名的《公地的悲剧》(The Tragedy of the Commons),哈丁在文章中举了一个例子,即如果有一片对所有人开放的公共牧场,那么牧民们会倾向于在这块公共牧场上养尽可能多的牲口,直到过度放牧引发牧场退化。这背后的逻辑很简单:对于个体来说,多养一个牲口的收益完全归自己享受,但多养牲口给牧场带来的负担却是全体牧民承担。¹这则简单的例子揭示了一个道理:由于人类逐利的本性,那些缺少明确产权所有者和管理者的公共财产或资源(例如自然环境),往往更容易受到侵害。“公地悲剧”理论提出后,如何避免环境问题成为了学者研究的热点,反映在法律层面上,则促进了现代公益诉讼制度的诞生。

PART 001

环境公益诉讼的历史

公益诉讼是一项古老的法律制度,上可以追溯到古罗马时期,当时的政权机构远没有近代这样健全和周密,仅依靠官吏的力量来维护公共利益是不够的,故授权市民代表社会集体直接起诉,以补救其不足。²然而现代意义上的公益诉讼制度,则被普遍认为诞生于美国。1863年美国《反欺骗政府法》规定任何个人或公司在发现有人欺骗美国政府,索取钱财后,有权以美国的名义控告违法的一方;1890年《谢尔曼法》和1914年《克莱顿法》均规定对反托拉斯法禁止的行为,检察官、任何个人及组织都可以起诉。³

环境领域的公益诉讼起步则更晚一些。美国在1970年密歇根州《环境保护法》中首次创设“公民诉讼”的概念。该法律规定,为保护自然资源等不受污染和损害,任何个人或法律实体,都可以提起诉讼。⁴同时期的英国在环境公益诉讼领域也开始突破,建立了由公共卫生监察员代表公众进行群体诉讼的制度,英国的《污染控制法》亦为

1. Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, Science 162 (3859), 1243-1248.

2. 周相,《罗马法原论》,北京:商务印书馆2014年版,转引自梁鸿飞. 美国公益诉讼的宪法变迁及其对中国的镜鉴[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2019(4), 第3页。

3. 赵许明. 公益诉讼模式比较与选择[J]. 比较法研究, 2003, 000(002), 第69页。

4. 颜运秋,《中国特色生态环境公益诉讼理论和制度研究》,中国政法大学出版社,第207页。

个人提起环境公益诉讼提供法律依据。⁵在德国,1979年不莱梅州率先在修改《自然保护法》时赋予了环境团体公益诉权,开启了德国环境公益诉讼之先河,此后德国在全国范围逐步确立了环境团体公益诉讼制度。⁶

PART 002

我国环境公益诉讼立法发展

我国公益诉讼制度在近几年才开始发展。2012年修正的《民事诉讼法》首次规定“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。⁷但是所谓“法律规定的机关和有关组织”当时还不明确,法律规定过于笼统导致公益诉讼制度尚不具备操作性。

2014年修订的《环境保护法》进一步完善了社会组织提起环境公益诉讼的制度,明确了有权提起环境民事公益诉讼的社会组织的条件。2015年1月《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》发布,进一步明确了社会组织提起环境民事公益诉讼的主体资格、环境公益诉讼的适用范围以及人民法院审理环境民事公益诉讼案件的相关程序等。

2017年6月,全国人大常委会通过了关于修改《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的决定,分别增加了检察机关提起民事公益诉讼和行政公益诉讼的规定。根据修订后的法律,在没有社会组织起诉的情况下,检察机关有权提起环境民事公益诉讼;检察机关发现对生态环境和资源保护负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,检察机关应当向人民法院提起诉讼。上述规定标志着我国检察机关提起公益诉讼制度的正式确立。⁸

5.关丽.环境民事公益诉讼研究[D],中国政法大学,第47页。

6.颜运秋.《中国特色生态环境公益诉讼理论和制度研究》,中国政法大学出版社,第208页。

7.《民事诉讼法(2012修正)》第五十五条。

8.我国近年来也在推行由相关行政机关作为起诉主体的生态环境损害赔偿诉讼。根据中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》以及《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》,国务院授权省级、市地级政府(包括直辖市所辖的区县级政府)作为本行政区域内生态环境损害赔偿权利人提起生态环境损害赔偿;根据《海洋环境保护法》以及《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》,海洋环境监督管理部门有权代表国家对破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区的责任者提出损害赔偿要求。此类诉讼与上述环境公益诉讼在功能上有重合或相似之处,因此也有学者认为此类诉讼也具有公益属性,本质上属于环境公益诉讼(请见李浩.《生态损害赔偿诉讼的本质及相关问题研究》,《行政法学研究》2019年第4期)。本文讨论的环境公益诉讼暂不包括生态环境损害赔偿诉讼。

2021年1月1日起实施的《民法典》也为环境民事公益诉讼提供了实体法上的依据。《民法典》第一千二百三十四条规定了有关机关和组织有权请求侵权人承担生态环境修复责任⁹；第一千二百三十五条规定还进一步规定了生态环境损害赔偿的范围。¹⁰

PART 003

我国环境公益诉讼司法实践发展

(一) 案件数量逐年上升，检察机关成为环境公益诉讼主力

据统计显示，我国环境公益诉讼案件数量总体呈逐年上升的趋势。但具体而言，由社会组织提起的环境民事公益诉讼增长不明显，但由检察机关提起的环境民事公益诉讼和环境行政公益诉讼数量均有很大涨幅(见下表)。¹¹由此可见，检察机关已经成为发动环境公益诉讼的绝对主力。

	2015年1月 至2016年6月	2016年7月 至2017年6月	2018年	2019年
由社会组织提起	93件	153件	65件	179件
由检察机关提起	21件	71件	1737件	2309件

(二) 案件类型逐渐丰富

除了传统的大气、水、土壤等环境要素外，近年来的环境公益诉讼案件类型还涉及鸟类、濒危植物、湿地、自然保护区、文物、自然遗迹等，呈现出多样化的特点，环境公益诉讼的覆盖面进一步扩大。

(三) 相关配套机制在摸索中完善

由于环境公益诉讼在立法层面仍有不少空白，环境公益诉讼的很多相关制度仍在摸索完善的过程中。例如，在环境公益诉讼赔偿资金的使用问题上，近年来最高人

9.《民法典》第一千二百三十四条 违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。侵权人在期限内未修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复，所需费用由侵权人负担。

10.《民法典》第一千二百三十五条 违反国家规定造成生态环境损害的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用：(一)生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失；(二)生态环境功能永久性损害造成的损失；(三)生态环境损害调查、鉴定评估等费用；(四)清除污染、修复生态环境费用；(五)防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。

11.以上数据均来源最高人民法院历年发布的《中国环境资源审判》白皮书。

民法院推动在省级层面设立公益诉讼和生态环境损害专项资金账户,从全局上统筹解决环境修复问题,确保修复费用和赔偿金专款专用;有的案件中法院还创新引入公益信托机制,由污染者设立信托基金来履行环境保护义务。¹²

此外针对环境公益诉讼中鉴定难、鉴定贵问题,近年来,法院已经在实践中尝试了专家证人、专家咨询委员会、专家陪审员等做法,为庭审提供技术支持。法院对于生态环境修复费用,结合破坏生态的范围和程度、生态环境的稀缺性、生态环境恢复的难易程度、被告因侵害行为所获得的利益以及过错程度等因素,在参考负有环境保护监督管理职责的部门和有关专家的意见的基础上予以合理确定。¹³

PART 004

环境公益诉讼的特点

(一) 诉讼主体资格的法定性

在我国,环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼的原告资格有所不同。社会组织、人民检察院都可以成为环境民事公益诉讼的原告;但是环境行政公益诉讼只能由检察机关提起。具体而言,根据《环境保护法》第五十八条,提起环境民事公益诉讼的社会组织必须符合两个条件,一是依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记;二是专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录;而根据《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第五条,提起第一审民事公益诉讼案件的检察机关则应当是市(分、州)一级的人民检察院;第一审行政公益诉讼案件由基层人民检察院负责。¹⁴

(二) 请求保护的客体是环境相关的社会公共利益

环境公益诉讼旨在保护“社会公共利益”,这也是环境公益诉讼最核心的特征。虽然法律并未明确“社会公共利益”的具体定义,但是一般认为社会公共利益是与私人利益相对的概念,是公众可以享有且不排除他人享有的利益。例如,工厂向水塘排放超标废水,导致水塘内的养殖经营人放养的鱼类大面积死亡,养殖户据此提起环境污

12. 参见《中国环境资源审判(2019年)》。

13. 巩固. 2015年中国环境民事公益诉讼的实证分析[J]. 法学, 2016年第9期, 第23页。

14. 此外,省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构,或者受国务院委托行使全民所有自然资源资产所有权的部门、海洋环境监督管理机关,均有权作为原告提起生态损害赔偿诉讼。

染责任之诉,请求工厂赔偿其经济损失,这只能算传统的民事侵权诉讼;但是如果工厂向河流排放废水导致生态破坏,相关环保组织起诉要求工厂停止破坏环境的行为,这就是典型的环境公益诉讼。

(三) 兼顾预防功能和赔偿功能

在传统民事诉讼中,原告通常只能请求被告赔偿其实际遭受的损失。例如原《侵权责任法》第六十五条就规定,“因污染环境造成损害的,污染者应当承担侵权责任。”¹⁵但因为环境问题具有不可逆性、稀缺和脆弱性,环境公益一旦遭到侵害,事后补救就变得极度困难或无法挽回,因此环境民事公益诉讼允许原告**基于潜在的生态环境受损风险提起预防性的诉讼请求**。例如在“云南绿孔雀”案中,环保组织发现野生保护动物绿孔雀栖息地恰好位于在建的红河(元江)干流戛洒江一级水电站的淹没区,遂起诉要求建设单位立即停止建设,这就是公益诉讼预防性功能的体现。

结语

曾经,人们以为生态环境问题是一个只要通过技术手段就可以解决的问题,然而后来人们越发意识到,生态环境问题既是一个科学技术问题,也是一个人文社会和法律问题,需要各方共同努力。环境公益诉讼为应对环境问题提供了一个可行的解决方案。与发达国家相比,我国的环境公益诉讼发展历史还较短,不论是立法还是司法实践仍在不断发展的过程中,对此企业应当保持关注。企业在日常生产、经营过程中应当严格执行环保合规要求,才能降低诉讼风险,防患于未然;如果企业成为环境公益诉讼的被告,则更要高度重视,积极应诉,维护自身合法权益。



迂峰
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3198
yufeng@zhonglun.com



15. 现《民法典》第一千二百二十九条就规定,“因污染环境、破坏生态造成他人损害的,侵权人应当承担侵权责任。”



从基础法律关系分析环境民事公益诉讼的适格被告 ——以“常州毒地案”为例

作者/邹鲲

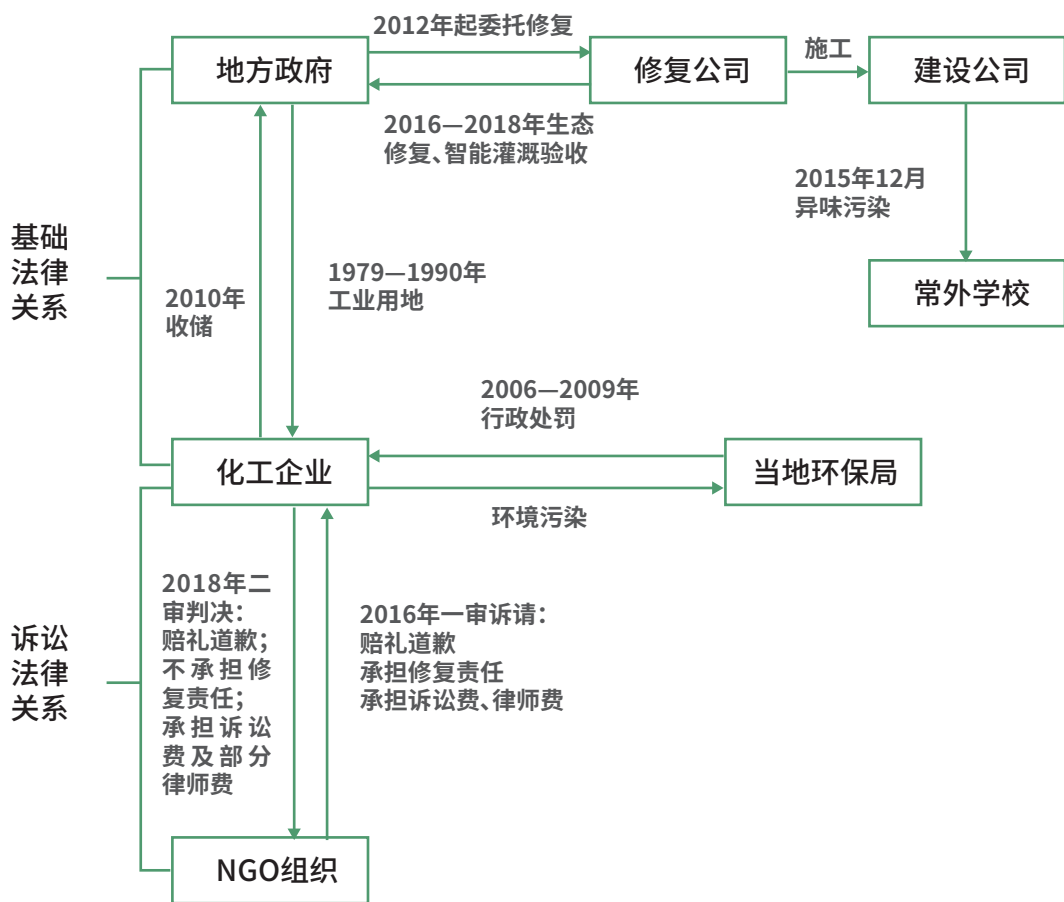
本文首发于《中华环境》2019年第1期

环境民事公益诉讼自2015年《中华人民共和国环境保护法》修订实施后呈现了较大发展,截至2017年6月,社会组织提起的环境民事公益诉讼已达194件,环境民事公益诉讼的实践对维护生态环境保护自然资源等公共利益起到了积极作用。综观这些案件的诉讼结果整体上呈现“两多一少”的状态——社会组织胜诉的多,调解的多,败诉的少。

2017年2月,常州市中级人民法院判决驳回两家社会组织对于化工企业污染土壤、地下水的环境民事公益诉讼请求,并判令原告社会组织承担189万元巨额诉讼费——社会组织败诉的判决结果引发舆论广泛关注。2018年12月26日,江苏省高级人民法院二审宣判撤销一审判决,支持了两家社会组织关于被告化工企业赔礼道歉的诉讼请求,驳回了其他诉讼请求,同时对诉讼费分担作出判决——二审判决同样在法律实务界引发激烈讨论。本文拟从基础法律关系角度分析该案适格被告的选择与责任承担问题,为方便表述简称该案例为“常州毒地案”。

PART 001

基础法律关系与诉讼法律关系分析图



由上图可见, 本案基础法律关系包括:

- 1、地方政府与化工企业之间土地管理使用法律关系;
- 2、当地环保局与化工企业行政管理法律关系;
- 3、地方政府与修复公司委托合同法律关系;
- 4、修复公司与建设公司之间的工程施工法律关系; 以及,
- 5、建设公司施工不慎导致异味污染常州外国语学校等周边环境的侵权法律关系。

本案一审、二审的诉讼法律关系是社会组织与化工企业之间环境侵权法律关系。

评判本案诉讼法律关系被告主体适格与否的前提是要确定各主体在基础法律关系中的责任,只有明晰了基础法律关系中的权利义务和责任,确定诉讼法律关系及责任承担问题将迎刃而解。

PART 002

基础法律关系中各主体责任分析

1. 地方政府与化工企业之间形成土地管理使用法律关系

在我国,城市土地等资源属于国家所有,地方政府代表国家是国有土地的所有权人。地方政府于1979年-1990年期间将案涉地块以工业用地交给化工企业使用,2010年将案涉土地收储改变土地用途为商业用地,2016年改为公共绿化用地。以上案涉土地从所有权人交给使用权人再到收回储备的整个流转过程近30年,由于使用权人是化工企业,不可避免的造成了土壤、地下水等环境要素长期累积的污染。通常而言,地方政府收回土地要与原土地使用的化工企业签订《国有土地收储合同书》,双方在合同中需明确各自的权利义务包括环境修复和治理的内容。不可否认的是,收储后政府作为土地所有权人责无旁贷的应履行修复土壤及地下水环境的义务,至于《国有土地收储合同书》是否约定了环境修复费用或者约定费用不足实际修复使用的问题,是地方政府与化工企业之间的合同法律关系。

2. 当地环保局与化工企业形成行政管理法律关系

本案被告中一家化工企业2006年8月至2009年8月期间在案涉土地上因环境违法曾受到当地环保局20份《行政处罚决定书》,从而形成当地环保局与企业之间的环境行政管理法律关系。这一法律关系足以佐证化工企业的污染行为多么严重,但这些环境违法行为造成的后果已无法证明,并且由于地方政府已收回土地所有权,所有环境污染后果的修复责任已经转移给政府承担后,这一行政处罚法律关系与社会组织提起的追究化工企业环境民事赔偿的诉讼请求没有了关联。

3. 地方政府与修复公司形成委托合同法律关系

地方政府在土地收储后进行了积极的作为,2010年收储当年即委托修复公司开展案涉土地的环境状况调查、制订修复方案、专家论证等工作,地方政府与修复公司之间形成了委托合同法律关系。从委托合同的基本属性上看,修复公司按照地方政府



委托工作内容要求完成修复土地、地下水的义务,修复完成的后果仍归于地方政府,这是为维护生态环境展示出的积极的法律关系。但需要注意的是,修复公司是否是修复整个案涉土地的总承包人,即如果修复公司是案涉土地的总承包人,那么修复公司要对其分包单位的行为向地方政府承担连带责任。

4.修复公司与建设公司之间的建设工程施工法律关系

修复公司与地方政府签订《委托修复合同》后将具体的土壤异地资源化利用的开挖、运输、绿化等建设工程施工工作交给了建设公司,因而修复公司与建设公司之间形成了建设工程施工法律关系,这符合《建筑法》《合同法》规定。建设公司在施工过程中应当遵守双方的合同约定,安全施工、合法施工、及时完成合同约定工作任务。

5.建设公司施工不慎导致异味污染常州外国语学校等周边环境的侵权法律关系

2015年12月中旬,建设公司在案涉土地开挖堆放了3万吨污染土壤受冬季北风影响,对周边大气环境造成污染,引起常州外国语学校及周边居民等敏感人群的身体不适,经媒体公开报道后引发广泛关注。可见,周围人群的不适反应是因为建设公司施工不慎导致的次生环境污染问题,与前述化工企业的排污行为没有直接的因果关系。次生环境污染的侵权人是建设公司,当然如果修复公司没有尽到总承包单位的监督管理职责也应当承担连带环境赔偿责任。

PART 003

诉讼法律关系中适格被告的选择

以上五个法律关系不难看出,本案直接涉及环境侵害的法律关系有两个——案涉土地本身的环境污染致害人是化工企业,但由于土地收储行为案涉土地的修复责任主体是地方政府;造成常州外国语学校及周边环境大气污染的直接致害人是建设公司和修复公司。基于对基础法律关系的分析便能够引导环境民事公益诉讼确定格的被告。

1、如果以案涉土地环境修复不及时为由提起环境民事公益诉讼,适格被告应当是地方政府。本案二审中,社会组织上诉的重要理由是一审法院没有追加地方政府为第三人参与诉讼因而存在诉讼程序瑕疵——由于地方政府不是本案必要共同诉讼当事人,法院实在没有理由追加地方政府。其实,原告在一审中也有主动申请追加当地

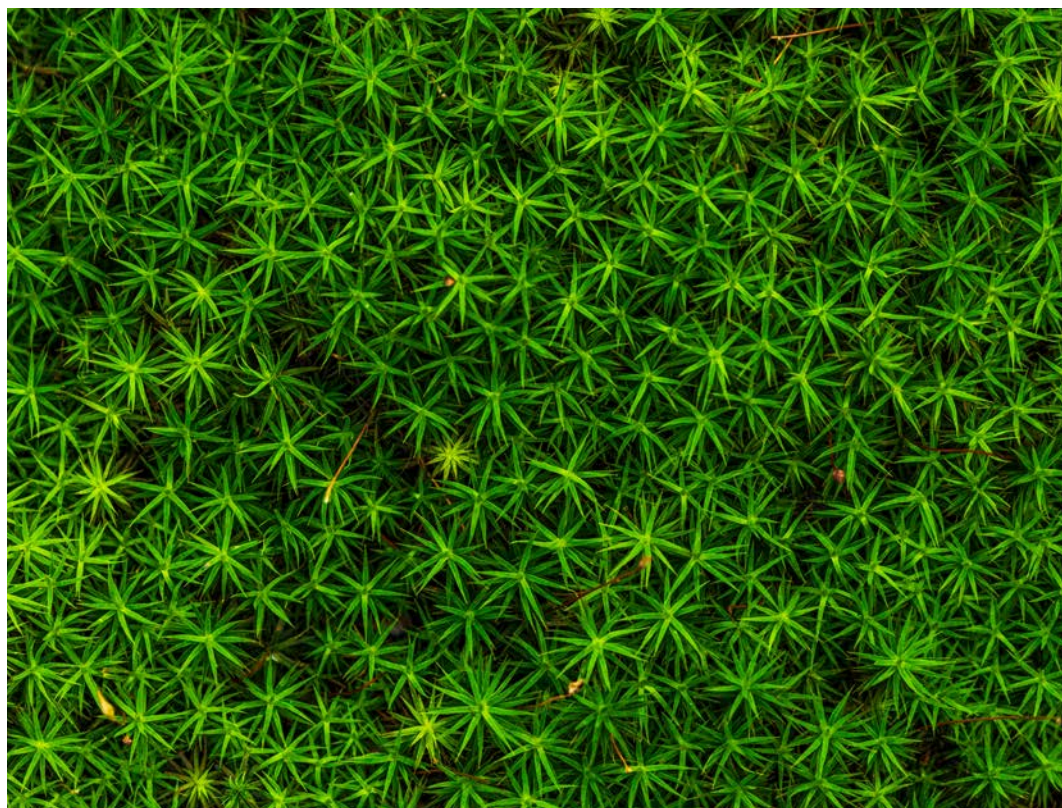
政府为第三人的权利，很可能也很可惜原告错过了诉讼时机。

2、如果以修复过程中发生的大气污染次生环境问题提起公益诉讼，适格被告应当是修复公司和建设公司。如果社会组织继续提起新的环境民事公益诉讼，修复公司和建设公司很有可能成为被告。

以上对于“常州毒地案”的分析仅仅是依据一审、二审判决内容进行的法律分析，虽是个案但对所有从事环境法实务的法律人都敲响了警钟——从事环境法实务不仅仅需要维护公共利益的情怀，不仅仅需要依靠法律原则、实体法规定，还需要研究诉讼法的基本规则，提升诉讼技能方能在诉讼实务中稳中求胜。这也正是我们对环境法与各类实体法、诉讼法交叉而形成的综合学科应有的认识。



邹鲲
合伙人
合规与政府监管部
武汉办公室
+86 27 5942 5180
zoukun@zhonglun.com



环境监测报告证据效力要点分析

作者/邹鲲

本文首发于《中华环境》2018第五期

随着党的十九大进一步确立了生态文明国家战略,“绿水青山就是金山银山”的理念已深入人心。国务院机构改革方案中将发改委、国土资源、农业、水务等六部门环境管理职责划归生态环境部,进一步夯实生态环境部的监管职能,环境执法将会更有效率。

环境保护部自2016年底开展了全国范围内的“环境执法大练兵”活动,笔者有幸连续两年参加案卷评审并担任终审专家评委,参评案卷涉及行政处罚、按日计罚、查封扣押、限产停产、移送行政拘留、移送刑事侦查等诸多类别。参评案卷中对于行政相对人污染事实的确定很大程度上依赖环境监测报告——这也是我国目前环境行政执法的普遍现象。本文以现行有效的规范为基础,结合司法判例对环境监测报告的证据效力进行分析,希望对环境执法实务工作有所补益。

一般而言,环境行政处罚证据主要有书证、物证、证人证言、视听资料和计算机数据、当事人陈述、监测报告和其他鉴定结论、现场检查(勘察)笔录等形式。行政相对人受到行政处罚后有权申请复议,或者行政诉讼,因而行政处罚应严格按照司法标准制作,否则可能导致行政机关败诉的后果¹。环境行政处罚的诸多证据中,监测报告在涉及大气、水、噪声等环境要素受侵害程度中运用颇广,甚至是关键证据。因此,监测报告的合法性是审查被诉环保行政处罚事实认定是否清楚的基础,也是确定行政相对人是否存在环境违法行为事实的主要证据。



1.《环境行政处罚办法》第三十二条

PART 001

监测报告的形式合法性要点

监测报告形式合法性体现为外在的表现形式,监测报告必须载明事项包括:(一)监测机构的全称;(二)监测机构的国家计量认证标志(CMA)和监测字号;(三)监测项目的名称、委托单位、监测时间、监测点位、监测方法、检测仪器、检测分析结果等内容;(四)监测报告的编制、审核、签发等人员的签名和监测机构的盖章²。

在环境执法大练兵参评案卷中,问题集中出现在缺少国家计量认证标志(CMA)、欠缺监测报告的编制、审核、签发等人员的签名和监测机构的盖章三种情形,这需要引起执法部门的注意。

PART 002

监测报告形成程序合法性要点

1. 采样及检测主体合法

现场采样取证应由县级以上环境保护主管部门所属环境监测机构、环境监察机构或其他具有环境监测资质的机构承担。采样人员可通过摄影、摄像等方式对采样地点、采样过程进行记录,与样品一同作为检查证据。同时,污染源现场采样、保存应符合国家相关环保标准和技术规范的要求。现场采集样品应当交由县级以上环境保护主管部门所属环境监测机构或其他具有环境监测资质的机构实施检测³。

司法实践中,广东省江门市某金属表面处理公司涉嫌违法排放被吊销排污许可证行政诉讼一案,法院认为“处罚决定主要依据是江门市环境监测中心站检测作出的监测报告,结合双方提交的证据和法院查明的事实,监测报告并没有监测人员的签名,亦没有监测机构和监测人员的资质证明,对于其合法性法院不予确认”,最终撤销了行政处罚决定⁴。

2.《环境行政处罚办法》第三十五条

3.《工业污染源现场检查技术规范》5.2.2

4. (2014)江蓬法行初字第39号行政判决书

2. 采样及检测程序合法

环境行政执法发现相对人有可能存在违法行为时,执法人员会进行现场检查取样,此时需要注意应当制作取样记录或者将取样过程记入现场检查(勘察)笔录,可以采取拍照、录像或者其他方式记录取样情况⁵。

现场采样取证应填写采样记录。采样记录应一式两份,第一份随样品送检,第二份留存环境监察机构备查。排污者代表对样品和采样记录核对无误后在采样记录上签字盖章确认。采样后,除进行现场快速检测或必要的前处理外,现场采样人员应立即填制样品标签及样品封条。样品标签应贴在样品盛装容器上,样品封条应贴在样品盛装容器封口,封条的样式应便于检测单位确认接收前样品容器是否曾被开封。采样人员和排污者代表应当在封条上签名并注明封存日期⁶。

司法实践中,海南某水务有限公司与儋州市生态环境保护局环境行政处罚纠纷一案,法院认为“根据《环境行政处罚办法》第三十四条规定,采样是本案监测的必经程序。但儋州环保局未能提供采样记录或采样过程等相关证据,无法证明其采样程序合法,进而无法证明送检样品的真实性,直接影响监测结果的真实性。因此,儋州环保局在没有收集确凿证据证实样品来源真实可靠的情况下,仅以海南省环境监测中心站出具的153号《监测报告》认定该水务公司超标排放废水,主要证据不足”,因而判决撤销行政处罚决定⁷——本案因入选2017年6月最高人民法院发布的环境司法典型案例而受到普遍关注,值得环境执法部门参考。

PART 003

监测内容合法性要点

行政诉讼证据规则要求当事人——行政执法机关及行政相对人应当围绕证据的**关联性、合法性和真实性**,针对证据有无证明效力以及证明效力大小,进行质证。人民法院裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据,对证据逐一审查和对全部证据综合审查,进行全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实⁸。

5.《环境行政处罚办法》第三十四条

6.《工业污染源现场检查技术规范》5.2.3

7. (2015) 儋行初字第5号行政判决书、(2016)琼97行终47号行政判决书

8.《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(法释[2002]21号)第三十九条、第五十三条、第五十四条、第五十五条、第五十六条

1、关联性。关联性是指作为行政处罚的各种证据之间存在关联,形成证据链后能够证明相对人的违法行为以及应当受到的行政处罚,而不是证据的简单堆砌。执法实务中对于按日连续计罚这一新型执法形式,有些地方出现前后两个行政处罚证据不关联的现象。例如,2016年度的案卷评审中某市环保局对建筑施工单位的噪音污染连续处罚案,初始接到居民噪音投诉后进行现场检查,发现施工单位未办夜间施工许可,实施首次处罚;复查发现仍未补办夜间施工手续且噪声超标,因而启动噪声排放超标连续处罚。本案因首罚无噪声监测报告与连罚的噪声监测报告无法对应导致前后证据无关联,按日连续处罚证据明显不足。

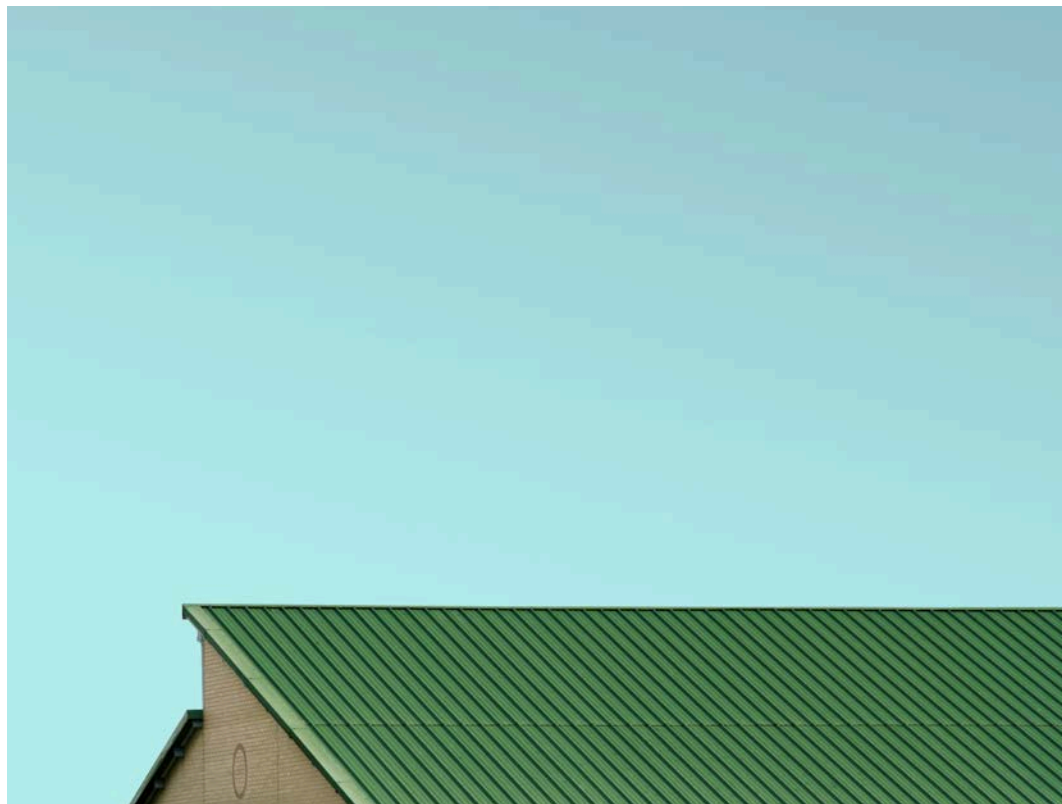
2、客观性。客观性是指监测报告能够反映行政相对人违法行为的客观唯一性,也就是违法行为及后果确定是行政相对人所为,而不是其他人所为,即证据具有排他性——这与民事诉讼证据规则盖然性要求是截然不同的。如上所述,广东省江门市某金属表面处理公司涉嫌违法排放被吊销排污许可证行政诉讼一案,法院认为“监测报告监测的水样取自雨水渠沙井,而该雨水渠沙井在原告厂区外,与周边其他生产单位的排放渠道均相通,被告没有对该雨水渠沙井内的污水作排他性处理,没有证据证明其在该雨水渠沙井内所取污水样本由原告唯一排放,故监测报告不能作为本案处罚的依据”,也是导致最终撤销了行政处罚决定的原因之一⁹。

以上分析不难看出,监测报告作为行政执法的关键证据,其外在形式、形成过程及内容的合法性要件均有严格的要求,这提示一线执法干部在工作中要自觉运用法律思维,以司法标准衡量执法证据的效力,真正做到依法管理,以法服人。



邹鲲
合伙人
合规与政府监管部
武汉办公室
+86 27 5942 5180
zoukun@zhonglun.com

9. (2014)江蓬法行初字第39号行政判决书



破产案件中的产能指标处置研究

作者/乃菲沙·尼合买提、王荐芹、池万里

受国际形势的影响,我国国内部分市场需求增速趋缓,部分产业供过于求,传统制造业产能普遍过剩。¹该类产能严重过剩行业可能造成市场恶性竞争,银行不良资产增加、能源资源瓶颈加剧、生态环境恶化等问题。

为缓解、解决上述问题,各地政府建立和完善了以市场为主导的化解产能严重过剩矛盾的长效机制,通过产能置换的方式化解过剩产能。在破产案件中,管理人可以主动处置债务人的产能指标财产,明确产能置换的责任范围,实现债务人可偿债资金的最大化,保障广大债权人的利益。

PART 001

定义与性质

产能也即生产能力,是指在一个计划周期内,企业参与生产的全部固定资产在既定的组织技术条件下所能生产的产品数量,或者能够处理的原材料数量。以煤炭行业为例,国务院发改委2019年公布的《煤炭先进产能评价依据(暂行)》划定了机械化程度、资源利用率、安全生产、能耗和环保、产品质量等5个方面的标准,以确定一个企业的产能是否先进。另外,产能指标具有双重性质:一方面是衡量经济生产能力的指标;另一方面是监管部门进行行业管理的指标。

PART 002

破产案件中的产能指标处置

(一) 产能指标的市场化处置

我国《行政许可法》第九条规定:“依法取得的行政许可,除法律、法规规定依照法定条件和程序可以转让的外,不得转让。”《国务院关于加强淘汰落后产能工作的通知》(国发〔2010〕7号)提出了淘汰落后产能以调整行业结构、促进节能减排的政策指导。产能置换作为淘汰落后产能的方式之一,可以在置换双方达成合意、且不违反法律法规的规定时进行。以钢铁行业为例,《工业和信息化部关于印发<钢铁行业产

1.《国务院关于化解产能严重过剩矛盾的指导意见》,国发〔2013〕41号,“2012年底,我国钢铁、水泥、电解铝、平板玻璃、船舶产能利用率分别仅为72%、73.7%、71.9%、73.1%和75%,明显低于国际通常水平。钢铁、电解铝、船舶等行业利润大幅下滑,企业普遍经营困难。”

能置换实施办法>的通知》(下称“《钢铁行业产能置换实施办法》”)第八条规定,“建设钢铁冶炼项目企业按照本办法相关条款规定,制定产能置换方案。方案主要包括建设项目和退出项目情况”。产能置换分为等量置换与减量置换,等量置换是指建设产能等于退出产能,减量置换是指建设产能小于退出产能。²根据不同地域与政策,原退出产能与新建设产能间的置换比例也有相应的规定。³

产能指标通过市场化的运作,可以进行交易置换,具有了财产属性。中国政法大学的李建伟教授认为,“衍生出的产能指标置换交易,是平等市场主体之间的民事法律行为,不需要行政审批或许可,当事人之间达成协议即发生法律效力。”但产能置换目前仍需政府相关部门的批准。以钢铁产能置换为例,根据《钢铁行业产能置换实施办法》的规定,产能交易需要报送省级工业和信息化主管部门。即产能置换过程中,仅有出让方与受让方达成交易的合意是不够的,还需要政府有关部门的同意才能完成交易。

(二) 产能指标独立处置

产能作为标的,在双方达成合意且政府相关部门批准后方可流通置换。⁴然而,产能是否可以被强制处置?能否脱离固定资产及生产设备单独处置?截至2021年7月28日,笔者在阿里司法拍卖上以“产能”、“无形资产”为关键字搜索,共有9次公开拍卖/变卖。以“产能”、“其他”为关键字搜索,共有58次拍卖/变卖。

《河北省钢铁产能使用权交易管理办法(试行)》第十二条规定,产能指标使用权的交易不涉及所对应的装备、土地等实物资源。在(2019)最高法执复109号裁定书中,最高院认为,虽然吕梁市人民政府《关于印发吕梁市焦化产能置换及项目备案管理办法的通知》规定,“法院查封的焦化产能处置,对已建成投产的焦化项目,产能和资产要整体拍卖不能分割处置。”但地方政府的管理性规定尚不足以否定司法拍卖的效力,单独拍卖被执行人产能指标的执行行为并不违背地方政府规定中关于统一处置案涉焦化产能和配套资产的要求。邢台市中级人民法院也在(2020)冀05财保5号裁定书中支持了申请人的诉求,并查封了被申请人河北大光明实业集团有限公司的2×700/t玻璃产业产能指标。文安县新钢钢铁有限公司的钢铁产能也曾分别被衡水

2.《工业和信息化部关于印发钢铁行业产能置换实施办法的通知(2021修订)》,工信部原(2021)46号,第三条。

3.《工业和信息化部关于印发钢铁行业产能置换实施办法的通知(2021修订)》,工信部原(2021)46号,第七条,“大气污染防治重点区域严禁增加钢铁产能总量。未完成钢铁产能总量控制目标的省(区、市),不得接受其他地区出让的钢铁产能。长江经济带地区禁止在合规园区外新建、扩建钢铁冶炼项目。大气污染防治重点区域置换比例不低于1.5:1,其他地区置换比例不低于1.25:1。为鼓励企业兼并重组,提高产业集中度,对完成实质性兼并重组(实现实际控制且完成法人或法人隶属关系、股权关系、章程等工商变更)后取得的合规产能用于项目建设时,大气污染防治重点区域的置换比例可以不低于1.25:1,其他地区的置换可以不低于1.1:1。”

4.例如,《河北省钢铁产能使用权交易管理办法(试行)》中对交易条件、交易规则、交易程序进行了详细的规定。

市中级人民法院和石家庄市中级人民法院单独拍卖。

(三) 破产案件中债务人财产范围的确定

近年来,许多传统高耗能企业因国内外政策及市场影响而经营困难,部分企业资不抵债、不能清偿到期债务而被当地法院宣告破产。产能指标作为债务人的重要资产,在申请破产重整或清算阶段、管理人接管债务人财产、管理人债权审查时均引起关注。

无论是债务人、债权人或是出资人申请企业破产重整或清算,法院均会对债务人是否资不抵债进行审查。实务中,亦存在因申请人忽视产能指标的价值,而做出错误判断的案例。例如,在(2020)冀0207破申2号不予受理债权人的破产清算申请民事裁定书中,河北省唐山市丰南区人民法院判决,“债务人虽已停产,但其公司的120万吨炼钢产能、132万吨炼铁产能指标价值可达近20亿元,资产总额大于债务总额,因此不符合《中华人民共和国企业破产法》第二条规定的资产不足以清偿全部债务的破产清算条件。”

管理人接管企业后,应当依据《中华人民共和国企业破产法》第二十五条、第三十四条、第三十七条,接管、取回债务人的财产。**对于曾出售、抵押生产设备的债务人而言,管理人需特别注意,产能指标因其具有独立的财产属性,并不必然与生产设备一同被买卖。**例如,浙江省杭州市江干区人民法院在(2018)浙0104执异14号民事裁定书中指出,“产能指标系一种行政许可资格,而高炉炼铁设备系动产,两者法律概念及价值形态均完全彼此独立,产能指标并非固定于相应的高炉炼铁设备上,亦非随高炉炼铁设备的转让而当然转移该行政许可资格。若关于生产设备的买卖合同并未约定产能指标的转让对价,也未办理过任何产能指标的转让行政审批手续,则产能指标不为生产设备买卖合同的标的。”⁵

在债权审查阶段,由于破产企业的机械设备大多被抵押,**但若抵押合同及抵押登记中未明文包括产能指标,抵押权人的优先受偿范围的财产份额仅为机械设备的价值,而不包括机械设备所对应的产能指标价值。**例如,江苏省溧阳市人民法院在(2020)苏0481民初7372号民事判决书中指出,因抵押权人仅就机械设备订立抵押合同并进行抵押登记,并未对产能指标签订合同并设立抵押登记,因此抵押权人在该破

5.《贵州亚冶铁合金有限责任公司、唐山兴隆钢铁有限公司委托合同纠纷执行审查类执行裁定书》(2018)浙0104执异14号,“此外,新兴隆公司与兴隆公司之间的《设备转让合同》本身并未约定产能指标的转让与对价,事实上也未办理过任何产能指标的转让行政审批手续,现新兴隆公司仅凭设备转让合同,即主张产能指标一并归其所有,理由不能成立。”

产案件中对设备抵押物的优先受偿权范围不包括产能指标的价值。⁶

(四) 破产案件中的产能指标处置

由于司法强制执行不需要当事人的意志介入,部分学者认为对于产能指标的司法强制执行与工信部关于产能置换的自愿交易规定相冲突。⁷但进入破产程序后,管理人实质上接管了债务人企业,在处置债务人财产时,管理人可以选择以拍卖、变卖的形式处置债务人的产能指标。例如,(2018)川1111破1号之五裁定书中,四川省乐山市沙湾区人民法院对管理人就债务人的产能指标及在建工程进行网络司法拍卖的行为进行了确认。辽宁省开原市人民法院裁定受理开原水泥有限责任公司的破产清算后,管理人于2020年12月23日将开原水泥有限责任公司拥有的水泥熟料产能1000t/d指标进行拍卖出让。在徐州市铜山区人民法院裁定受理铜山县利国钢铁有限公司破产清算后,管理人于2019年11月15日对铜山县利国钢铁有限公司持有的炼铁、炼钢产能指标共计290万吨进行公开拍卖。

铜山县利国钢铁有限公司管理人于2019年11月15日对债务人的炼铁、炼钢产能指标共计290万吨(炼铁产能指标120万吨、炼钢产能指标170万吨)进行了公开拍卖。在竞买公告中,管理人声明仅对竞买人的主体资格作初步的审查。⁸对于竞买人是否具有产能置换之适格条件、能否将产能指标顺利过户,管理人均不做出保证。⁹由于产能置换需要在原退出产能地与新建设产能地的相关地方政策指导下进行,管理人无法在竞买前判断竞买人的地域及主体资质,过户责任应当由竞买人承担。管理人对于产能置换在原退出地的成功退出¹⁰负有责任,但对于转让登记手续,包括转入省份相关手续,并不承担责任,仅负有配合义务,包括但不限于提供相关产能指标转让所需资料及转出申请等。

6. 建材集团进出口有限公司与江苏申特钢铁有限公司、溧阳昌兴炉料有限公司等普通破产债权确认纠纷一案民事判决书,(2020)苏0481民初7372号,“本案中,原告建材公司与部分被告申特系企业仅以机械设备签订了抵押合同并办理了抵押登记,亦仅是对设备进行了评估,并以此确定抵押物的价值,但双方并未对其中江苏申特钢铁有限公司名下的产能指标签订抵押合同并进行抵押登记,故原告建材公司仅应在设定了抵押权的设备抵押物的价值范围内享有优先受偿权,并不及于江苏申特钢铁有限公司名下的产能指标。”

7. 如人大教授汤维建认为,“法院的强制性拍卖与工信部的自愿性交易规定相违背,强制执行是一种非自愿交易……产能是企业最核心财产,没有产能指标,企业就无法存在了。既然还有很多其他方面的财产,应当先执行其他的财产。如果没有其他财产,只能破产。产能指标拍卖只能在破产时阶段,不能在强制执行阶段。”

8. 竞买公告:“竞买人必须符合国家强制性规定产能使用的钢铁企业,并于开拍前5日内将营业执照等资质材料交至管理人审核。”链接:<https://su-song-item.taobao.com/auction/606978210484.htm?spm=a213w.7398504.paiList.26.539f5c65jpq8eL>

9. 竞买公告:“竞买人需要自行了解被拍卖产能企业所在行政区域内产能交易(或行政审批)的法律、法规规定,过户审批流程及可能产生的交易税费等由竞买人自行前往相关部门了解,标的物过户登记手续由竞买人自行办理,产能指标交易应符合江苏省人民政府政策等要求。”链接:<https://su-song-item.taobao.com/auction/606978210484.htm?spm=a213w.7398504.paiList.26.539f5c65jpq8eL>

10. 通常以工信厅发布置换(退出)公告为标志

结论

产能指标作为衡量经济生产能力及行业管理的行政许可指标,其重要性不言而喻。破产企业的管理人应当公开、公正地处置债务人企业的产能指标,实现债务人可偿债资金的最大化,保障广大债权人的利益,实现破产企业由高污染、高能耗、长流程向低排放、高附加值的绿色、环保、短流程转型升级、高质量发展的蜕变,为行业内产能置换市场化提供多样化渠道。¹¹



乃菲莎·尼合买提
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3177
naifeisha@zhonglun.com



王荐芹
非权益合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3178
wangjianqin@zhonglun.com

11.《统筹推进疫情防控和行业健康运行,坚定不移走高质量发展之路》中国钢铁工业协会4月29日,“前几年已停产、破产企业的产能中,有超过4000万吨用于置换建设新的项目。”

CHAPTER TWO

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals



CHAPTER TWO

The eco-environmental legal
practice within the context of
the carbon peak and neutrality
goals

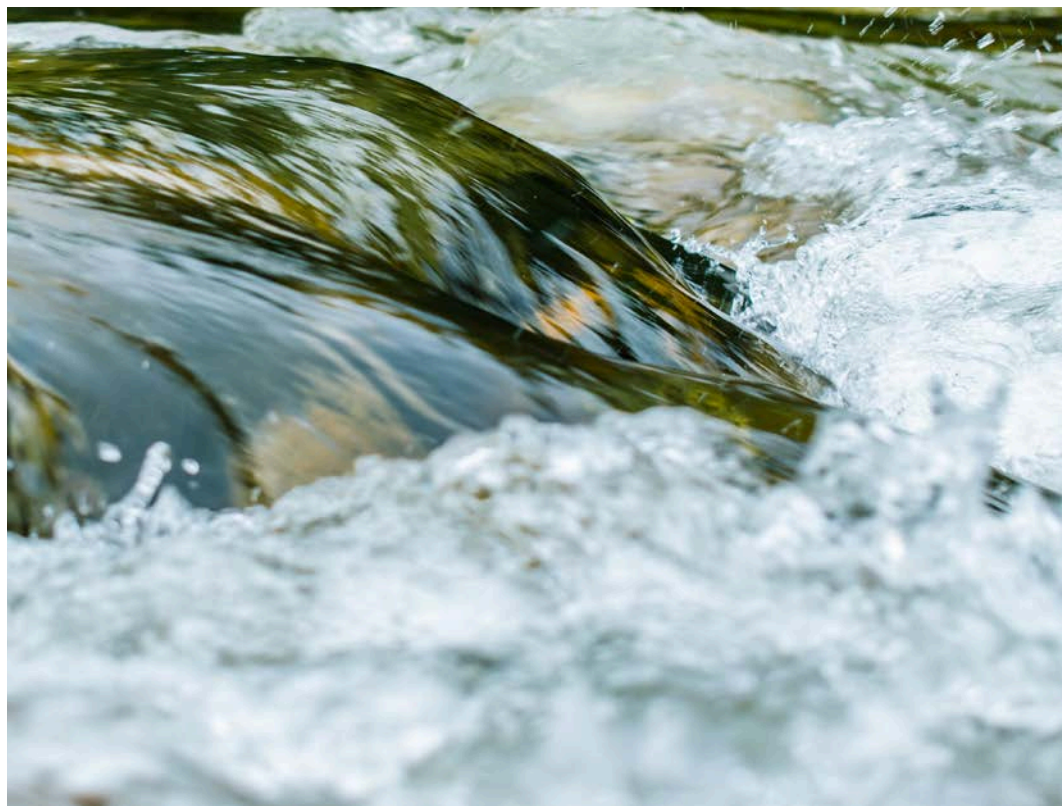
生态环保领域 热点法律问题

S E C T I O N

0 5

生 态 环 保 项 目
投 融 建 营





存量PPP项目以EOD模式实施的 注意要点

作者/周兰萍、张留雨、叶华军

根据全国PPP综合信息平台管理库项目2021年半年报,截至2021年6月末,生态建设和环境保护行业累计PPP项目数956个、投资额1.1万亿元,分别占管理库的9.4%和6.8%¹。从回报机制来看,生态环保类的PPP项目以政府付费和可行性缺口补助方式为主,纯使用者付费的项目很少,说明此类项目公益性较强,难以实现投入产出的自平衡,对地方财政支付资金的依赖性较高,在一定程度上也制约了此类项目的高质量可持续发展。而EOD模式的理念,在于通过产业链延伸、联合经营、组合开发等方式,推动公益性较强、收益性差的生态环境治理项目与收益较好的关联产业有效融合,建立产业收益补贴生态环境治理投入的良性机制,实现生态环境治理与产业经济发展的充分融合。因此,采取EOD模式对存量PPP项目进行升级改造,提升项目整体的自身造血能力,将成为存量PPP项目可持续发展的重要方向。就此,笔者尝试结合实践中的具体案例,剖析存量PPP项目以EOD模式实施的注意要点,探索EOD生态产品价值反哺PPP项目投入的路径和保障机制,以期如何以EOD模式促进存量PPP项目高质量发展提供借鉴和帮助。

PART 001

关联产业与存量项目有机融合

存量PPP项目以EOD模式实施改造时,应重点考虑以特色生态产业运营为支撑来策划和设计EOD产业布局,并综合考虑和评估既有PPP项目规划及建设要求,统筹、匹配和衔接区域需求和优势。

以某存量水库项目为例,在原PPP模式下,主要以湿地公园科普宣教区为核心,并在其周边开展多项生态综合治理工程,通过生态修复恢复水库饮用水源功能;同时,政府在规划层面明确该区域是以生态保护和水源涵养为主,相关区域禁止工业和房地产项目进驻。后该存量项目采用EOD模式进行整合实施,在项目策划和规划时,坚持保护区域优良生态环境本底,兼顾存量水库一期PPP项目的规划要求,从流域角

1. 详见《全国PPP综合信息平台管理库项目 2021年半年报》,载<https://www.cpppc.org/jb/1000863.jhtml>。最后访问日期:2021年8月15日。

度系统解决水质安全问题,导入与生态发展匹配的生态产品销售、生鲜农产品加工及销售、游乐休闲等特色产业,着力开发生态项目的产业价值,提升产业反哺能力。

PART 002

合理设置一体化实施交易路径

存量PPP项目实行EOD模式改造,尤其是原中选社会资本不退出的,更需兼顾存量PPP项目中选社会资本的主体身份,合理设置主体一体化的交易路径。当然,在满足实施主体一体化要求过程中,涉及到国有企业产权转让的,应当遵循企业国有资产交易监督管理规定。

以前述存量水库项目为例,该项目在原PPP模式下,政府方授权项目实施机构已通过公开招标方式选定了中选社会资本方,并签订了PPP项目合同。为实施EOD模式改造,根据流域综合治理与生态修复总体方案等要求,由流域内相关政府会同相关主体联合组建流域投资公司作为投资主体,并由其控股子公司作为某水库EOD项目的实施主体,通过股权转让方式受让原PPP项目公司社会资本方股权,推进流域生态修复和关联产业开发一体化实施。尽管上述试行经验和做法仍有待于实践深入进一步验证,但其对于交易路径的探索符合生态环境部等三部委《关于推荐生态环境导向的开发模式试点项目的通知》(环办科财函〔2020〕489号)关于实施路径创新的政策导向,具有较强的借鉴意义。

PART 003

充分利用开发性金融等长期资金

以EOD模式改造存量PPP项目时应重视项目融资的可行性以及EOD模式的实施可能会对存量PPP已有融资安排所造成的影响。例如,前述存量水库PPP项目以合同项下应收账款质押,并由中选社会资本提供担保融资,已经完成PPP项目项下的融资交割;该项目转为EOD模式后,EOD项目除自有资金外所需项目资金需通过贷款融资,流域投资公司与政策性银行签署了银企合作协议,创新融资模式,充分发挥开发性金融作用,强化银企战略合作联系。

因此,其它项目也可借鉴上述水库EOD项目多元化的投融资体系,在争取获得政



府资金支持下,建立深度的银企合作关系,同时积极尝试碳排放配额、湿地碳汇等环境权益创新融资工具,并根据项目自身特点借力绿色产业基金、绿色债券、ESG贷款等绿色金融工具,拓宽项目资金来源渠道,降低融资成本,提升项目融资能力和水平。

PART 004

提升自我造血功能,降低对财政过度依赖

以EOD实施改造的出发点之一就在于有效盘活存量、切实减轻存量PPP项目对政府财政资金的过度依赖,而实现该目标的途径即在于打通EOD产业收益反哺路径。通过构建出循环经济、承接产业转移、发展生态旅游等多方面反哺路径,保障反哺路径畅通,最大化地将生态环境治理带来的经济价值内部化,提升生态环境治理项目自身造血功能,切实减轻政府财政负担。

例如,前述水库PPP项目属于公益性项目,采用政府付费的回报机制,运营期间,政府依据项目公司的运营维护绩效考核情况,向其支付资产可用性付费和运维绩效付费。而在该项目以EOD实施改造的过程中,构建了多渠道多途径反哺机制,实现面源污染治理政府“零投入”,并以果蔬基地等产业收入反哺湿地等生态环境治理PPP项目,从而减少每年政府对存量PPP项目的付费投入。

PART 005

合理设置存量项目与产业项目相关合同体系衔接

对于已进入实施阶段的存量PPP项目，通常已确定了中选社会资本且成立PPP项目公司，并签署了PPP项目合同、股东协议及章程，并就施工、采购等与相关方建立了相应合同关系，形成了PPP项目合同体系。在其转为EOD模式实施后，涉及的合作主体、合作内容及周期等更为广泛，不仅需要确立EOD项目的核心主体，还涉及到实施主体设立到项目投资、建设、运营，再到收益反哺等各个层面的法律安排，合同关系更为复杂、多元。

为满足项目一体化实施要求，EOD项目势必将对存量PPP项目既已确立的合同体系造成不同程度的影响，包括PPP项目公司股东调整、施工单位变化、融资结构优化等等方面。以EOD模式改造存量PPP项目时，应当重视存量PPP与EOD项目的合同体系衔接问题，规避因合同体系调整造成不必要的风险和争议。

PART 006

重视资源获取的程序合规，不以各种形式增加地方政府隐性债务

为锁定EOD项目产业收益，解决环境效益难以转化为经济收益等瓶颈问题，需探索将EOD项目与资源、产业开发深度捆绑及融合发展。以前述水库EOD项目为例，该项目建立了多渠道多途径的生态环境治理投入反哺机制，包括发展循环经济、承接非首都功能产业转移、发展生态旅游等等。其中，产业转移项下配套建设大型游乐场、商业综合体等设施。此外，围绕流域环境综合治理，谋划产业协同发展路径，政府还同步推进水库周边土地流转。

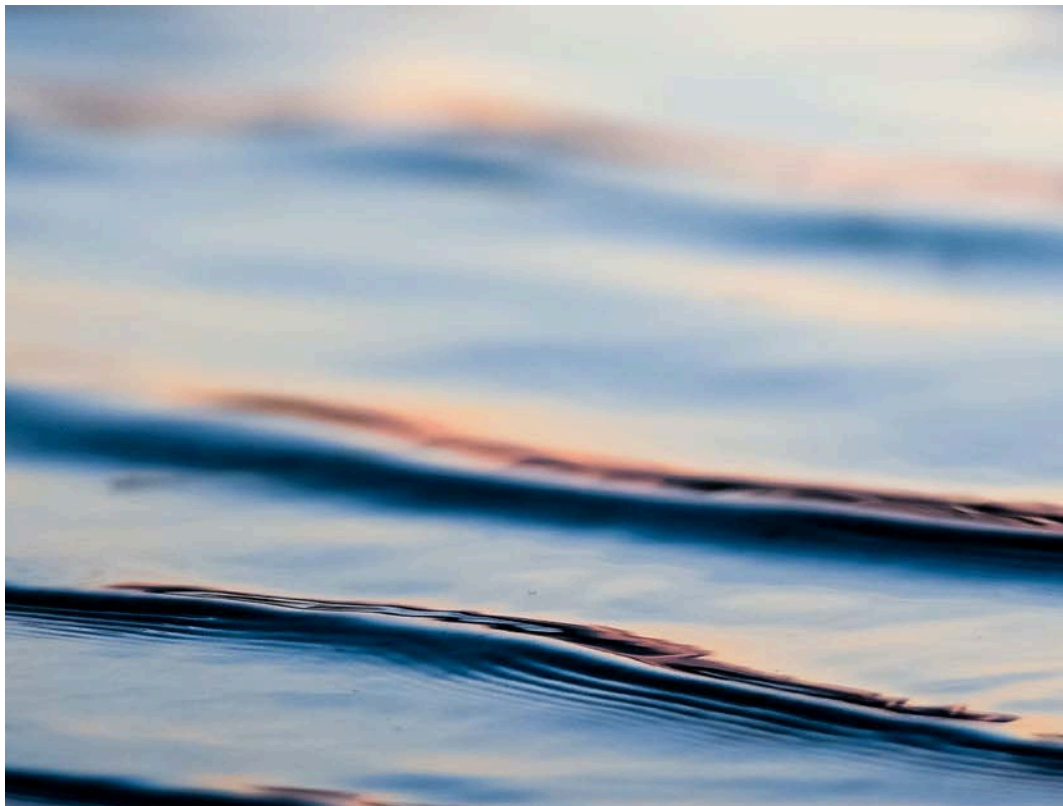
因此，从上述EOD项目的反哺机制试行经验来看，为导入与生态发展匹配的特色产业，各方应统筹汇集土地资源、水资源、森林资源等资源助推产业发展。但，上述资源的获取、使用和流转有其特殊程序要求，相关实施主体在推进一体化实施时，应当重视资源获取的程序合规，不以试点名义突破现有法律法规政策等要求，不以各种形式增加地方政府隐性债务。

结语

PPP前期发展泛化和异化问题,加之国内经济发展理念的转变和经济社会发展的转型需求,对国内PPP项目的发展提出了新的挑战。如何用EOD理念来盘活和改造既有存量PPP项目,亦成为PPP项目高质量可持续发展进程中亟待突破的关键问题。尽管目前存量PPP项目以EOD模式实施的实务案例较为有限,且其具体操作方法是否具备可复制性仍有待于实践进一步检验和验证,但该等经验可为两者的融合发展提供有益的案例借鉴,起到“先行先试”的良好效果,有助于促进EOD模式的创新和规范化发展。



周兰萍
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3766
laurazhou@zhonglun.com



法律视野下城乡供水一体化 特许经营项目的实践热点话题

作者/王霁虹、韩江瑜、吴鹏

水是生命之源,农业是立国之本。“十三五”以来,在乡村振兴国家战略及脱贫攻坚等中央政策的引导下,以解决农村供/饮水安全问题为核心目标的城乡供水一体化项目逐渐成为各地基础设施补短板的重点。笔者参与实施了多个城乡供水一体化项目,现结合近期承办的福建省某市城乡供水一体化项目(以下简称“N项目”)经验,对法律视野下城乡供水一体化特许经营项目的实践热点话题作简要总结分析。

PART 001

城乡供水一体化项目概述

目前,关于城乡供水一体化,国家层面尚未出台专门的法律法规或政策规范对其内涵外延做出界定,现行城乡供水一体化项目主要是以各级地方政府为主体进行推进。就笔者在福建省承办的N项目而言,福建省曾出台《关于推进城乡供水一体化建设试点的意见》,明确城乡供水一体化是“以提高农村供水保障水平为目标,统一标准、统筹规划、分步实施,参照城市供水建设经营管理模式,多渠道、多主体、多方式推进农村供水‘标准化建设、企业化运营、专业化管理、规模化发展’,逐步实现城乡供水同质同服务”。

城乡供水一体化项目实施过程中,主要的操作模式通常有EPC+O模式、PPP模式、特许经营模式等,各种模式均有其不同的特点。EPC+O模式与传统的EPC模式相比延伸了后端运营环节,通过整合设计、采购、施工、运营各阶段工作,有利于提高项目的运营效率,降低项目全生命周期成本,但由于其仍属于传统的政府投资项目范畴,投融资责任由政府方承担,当期往往需要大量的财政资金和纳入财政预算,使得政府方面面临着较大的财政压力。因而在实践中,除了极少数财政实力雄厚的地方政府愿意采用EPC+O模式外,大部分的地方政府更乐意采取PPP模式或特许经营模式。PPP模式和特许经营模式也由于其均具有引入社会资本缓解当期财政压力、提高政府资金使用效率、优化运营管理机制、保障运营绩效服务产出、促进政府职能转变等优势广受地方政府欢迎。而PPP模式和特许经营模式在运作方式、交易架构、功能优势等方面的相似性和重叠性,也使得许多地方政府将两种模式混为一谈。但随着近年来PPP模式的监管日趋严格,“两评一案”论证、入库审核监督等较长的耗时和复杂的

程序,一般公共预算支出10%的红线控制和财政预算使用受限等等逐渐使得地方政府对PPP模式也望而却步,PPP模式和特许经营模式出现了分野,越来越多的城乡供水一体化项目以特许经营模式出现。

根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》、《市政公用事业特许经营管理办法》,城乡供水工程可实行特许经营,即政府采用竞争方式依法授权法人或者其他组织,通过协议明确权利义务和风险分担,约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益,提供公共产品或者公共服务。城乡供水一体化项目在特许经营过程中的方式主要有BOT(建设-运营-移交)、TOT(移交-运营-移交)、ROT(改建-运营-移交)、OM(委托运营)等。以笔者承办的N项目为例,城乡供水一体化特许经营项目在实施过程中的模式就包括BOT、ROT、OM等多种方式的组合。

PART 002

法律视野下的实践热点话题

城乡供水一体化的目的是解决城乡供水发展不平衡、不充分的问题,但由于城乡之间的天然差距和客观事实,各地在实施城乡供水一体化项目过程中均存在不同的难点问题,而且从法律角度来看,各类难点问题具有相似性。以笔者承办的N项目为例,由于城镇和乡村供水“同水源、同管网、同水质、同服务”一体化的前提和要求,N项目在实施过程中就面临着以下几个难点问题。

(一) 存量水务资产整合

城乡供水一体化的落脚点在于城乡供水同质同服务,这一目标的实现需要以水务资产统一建管、统一运营为前提。因此,城乡供水一体化特许经营项目实施过程中,往往需解决存量水务资产整合及其所涉及的原有社会资本退出、债权债务处置、职工安置等问题。

1. 存量资产整合方式

城乡供水一体化首先表现为供水单位的一体化,即把特许经营项目公司打造为属地城乡供水投融资、工程建设、管护维修“三位一体”的独家平台。对于一体化项目实施前当地已建成的存量水务资产(水厂、管网等),通过无偿划拨、作价入股、委托代管、兼并收购等方式,整合移交给新组建的项目公司管理运营。对于已实际停运、或无

实际效用、或无合法手续(例如非法用地、违法建筑等)的水务资产,可由属地政府依法取缔、关停,无需再进行整合。以N项目为例,部分存量水务资产经评估作价后,作为政府方股东对项目公司的实物出资;其余政府方(包括属地政府部门或其下属自来水公司、国有企业)或乡镇集体、村集体所有的存量水务资产按照资产权属不变、经营权分离的原则,无偿委托给项目公司改扩建和运营,待特许经营期届满后再移交给政府指定接收单位。

2. 原有社会资本退出

在N项目中,有部分存量水务资产是由福建省级国企控股的水务公司(以下简称“原投资人”)投建和运营,为确保新引入的投资人及其控股的项目公司取得此类存量资产的管理权,属地政府需要结合相关资产用地的性质,分类引导原有社会资本实现退出。具体而言,如为划拨用地,则土地和资产均归属地政府所有,由属地政府对原投资人已投资金额、已经营期限、已获得回报等进行综合评估后(评估时扣除政府投入金额和补贴)折算合理费用并予以支付,实现原有社会资本退出。如为出让用地,则土地和资产均归原投资人所有,由属地政府与原投资人进行磋商,按照评估确定的价值收购其资产后实现原有社会资本退出,或由原投资人与新引入投资人协商共同参与当地城乡供水一体化特许经营项目。

3. 债权债务处置

对于存量水务资产整合涉及的债权债务(特别是债务)问题,应由属地政府或社会投资人依法进行处置。以N项目为例,其存量水务资产建设运营的资金来源包括银行贷款、民间借款或其他社会融资,该等债务的余额、性质、合法性、真实性等经核查确认后,原则上由属地政府自行安排资金解决;若部分存量资产委托代管后拟由新组建的项目公司负责解决该等资产所涉债务,则该等债务须事先经项目公司确认,且相关债务将构成项目公司的额外建设、运营成本,需要在特许经营期内通过折算的供水水价和政府应给予的财政补贴来覆盖成本和合理回报。需要注意的是,对于民营企业或省级国企控股子公司等非属地政府所有的存量水务资产所涉债务,其债务余额上限不应超过该类资产经依法评估确定的净资产值,否则无论是属地政府还是项目公司承接债务,承债金额都会高于直接收购该类存量资产所需金额,进而给属地政府或项目公司造成经济损失。

4. 原有职工安置

存量水务资产涉及的原有职工可由新组建的项目公司依法接收、安置。但考虑到

城乡供水一体化特许经营项目的社会投资人多为中央企业或省级国有企业，人员编制管控严格，其控股的项目公司可能无法对存量资产整合涉及的人员进行全部接收。为此，项目公司可通过委托运营方式处理原有职工安置问题。具体做法为：项目原有供水设施作业人员的劳动关系、人事关系保持在原单位不变，项目公司通过将原有供水设施委托给原单位运营，经由原单位间接对相关作业人员进行安排使用和考核管理，并通过委托关系将上述人员的工资薪金支付给原单位，由原单位转付给相关作业人员，从而保障原有职工薪资待遇，确保人员和社会稳定。

（二）项目建设资金来源及回报机制

城乡供水一体化项目公益属性较强，加之受供水管理体制复杂、资产质量不高、农村供水点分散、用水量缺乏保证、水费回收难度大等因素制约，对社会投资人的吸引力相对有限。在这样的背景下，如何有效筹集建设资金、保障投资收益便成为城乡供水一体化特许经营项目各方主体关注的焦点。

1. 项目建设资金来源

城乡供水一体化建设资金由项目资本金和债务性资金两部分组成。N项目资本金的一部分为项目公司股东按股权比例实缴的出资，其中政府方以存量水务资产作价出资，投资人以货币出资；另一部分为上级政府补助资金，以资本公积方式注入项目公司，但补助资金未及时到位时，项目需“先建后补”。N项目的债务性资金包括政府专项债券和银行贷款，其中专项债以政府为借款人，具有利率低、还款期限长的优势，有助于减轻社会投资人的融资压力，但债券资金使用须接受财政部门的绩效评价；银行贷款以项目公司为借款人，一般需以特许经营期内的项目收费权提供质押担保。需要注意的是，近期《银行保险机构进一步做好地方政府隐性债务风险防范化解工作的指导意见》（银保监发[2021]15号）出台后，一些银行开始对以有权取得政府补贴为由申请建设贷款的项目放贷持谨慎态度，对城乡供水一体化特许经营项目融资造成了一定不利影响。

2. 项目投资回报来源

城乡供水一体化特许经营项目的投资回报主要来自水费收入，以及经人大批准的属地政府中长期财政规划和各年度财政预算中安排的政府补贴。其中，水费收入与水价密切相关，考虑到水价调整受到政府物价部门严格管控、容易引发社会民众强烈关注，在属地政府尚未建立并公开合理且可预期的水价形成及调整机制的情况下，社

会投资人应在特许经营协议中对水价问题进行细化约定,并争取让政府方就水价调整作出承诺。如N项目的协议中约定,政府方“同意根据项目《可行性研究报告》《特许经营实施方案》等相关分析,根据项目运营情况,依法依规逐步开展水价调整工作,并在进入运营期后10年内将项目水价调整至不低于合理成本水价”。此外,城乡供水一体化项目水费收入增长的另一制约因素为农村的低水价、低水费收取率。为解决该问题,政府方应协助投资人做好农村用水、节水及水费收缴的宣传、督导工作,实行农村供水一户一表收费到户,逐步实现城乡供水“同网、同质、同价、同服务”。

结语

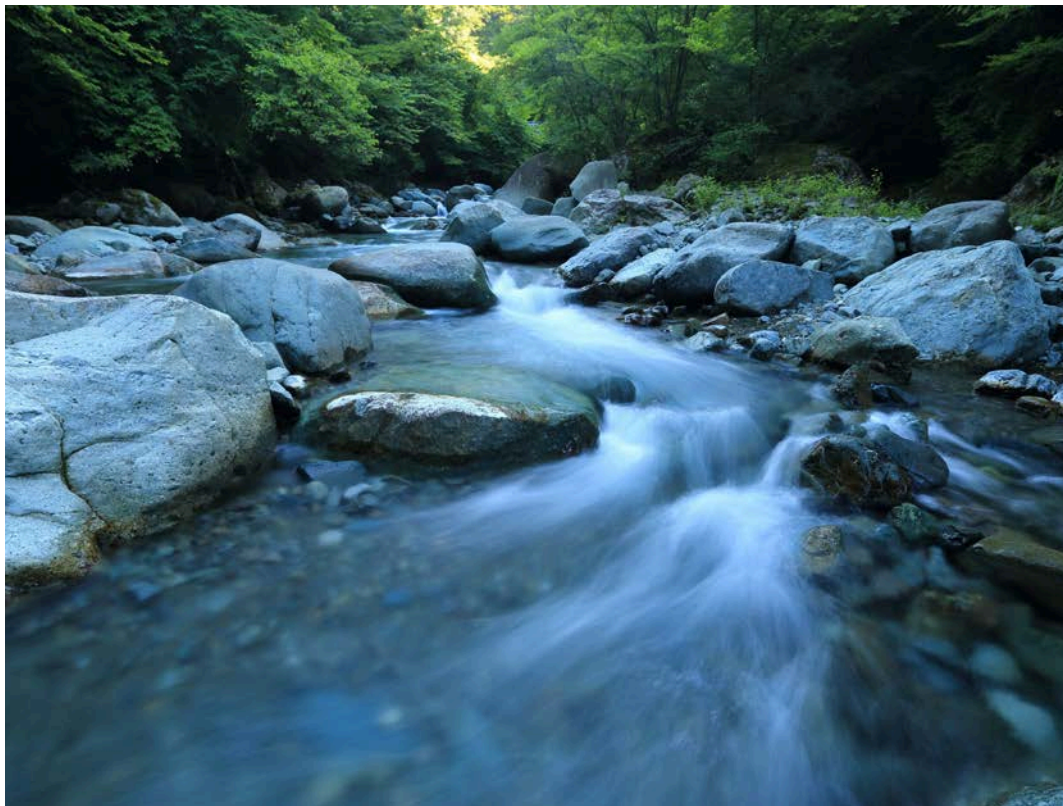
农为邦本,本固邦宁,加快城乡供水一体化建设对于推进农业农村现代化和乡村振兴具有重要意义。随着福建、江西、海南、安徽、浙江、江苏、山东等地的指导性文件相继出台,全国各地势将掀起新一轮城乡供水项目投资建设高潮。对于以特许经营模式实施的城乡供水一体化项目,建议政府方及社会投资人重点关注存量水务资产整合及项目建设资金和回报来源等问题,合理制定项目交易架构,严格履行特许经营协议,力争实现多方合作共赢。



王霁虹
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2063
wangjihong@zhonglun.com



韩江瑜
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5087 2817
hanjiangyu@zhonglun.com



PPP模式下水环境综合 治理工程项目用地法律问题探析

作者/王霁虹、汤宏伟

在“绿水青山就是金山银山”的生态文明理念下,生态建设和环境保护类的项目已经成为基础设施和公共服务领域中的热点项目之一。根据全国PPP综合信息平台项目管理库截至2021年8月的统计数据¹,全国采用PPP模式实施的生态环保类在库项目为953个,在19个领域分类中,仅次于市政工程类和交通运输类项目。其中,水环境综合治理项目是最为常见的生态环保类项目之一,其“综合治理”的范围通常包含“厂、网、河、景”的一体化治理,包括污水处理厂及管网、黑臭水体治理、河道整治、河堤修缮、泵站、调蓄池、控源截污、雨污分流、河道生态景观、湿地公园、智慧水务管理系统等诸多工程。水环境综合治理项目的最大特点是覆盖的工程领域广,子项目众多,包括经营性、半经营性和非经营性项目,项目用地性质多样,投资人获取及使用项目用地也存在多种方式、面临各种法律问题。本文着重探析PPP模式下水环境综合治理工程项目用地的供应方式及用地环节常见的法律问题。

PART 001

水环境综合治理工程项目用地的供应方式

1. 无偿提供

项目用地由政府方无偿提供给PPP项目公司,这是实践中最为常见的形式。此种形式下,项目用地中的建设用地部分的产权通常登记在政府平台公司(政府出资代表)名下,交由项目公司无偿使用,项目公司一般仅承担征地拆迁安置补偿费用。此外,由于水环境综合治理工程往往还涉及到园地、林地、草地、农田水利用地等农用地,如果不涉及到改变上述土地用途和性质,无需履行农用地转用手续仍按原地类管理的,比如仅仅进行园地、林地、草地的生态修复或者农田水利用地的疏浚,项目公司对此类土地的使用应事先征得上述土地权利人的同意。

1. 财政部政府和社会资本合作中心全国PPP综合信息平台项目管理库(截止2021年8月26日), <https://www.cpppc.org:8082/inforpublic/homepage.html#/projectPublic>

2. 划拨方式提供

水环境综合治理工程涉及的符合《划拨用地目录》的建设用地,经有权人民政府批准,可以划拨给项目公司使用。水环境综合治理工程用地一般分为环境卫生设施用地(如雨水处理设施、污水处理厂)、供水设施用地(如水源地、取水工程、净水厂、输配水工程)、道路广场用地与绿地用地,都属于城市基础设施用地的范围,在《划拨用地目录》范围之内。一般情况下,河道生态景观用地、湿地公园用地、雨污处理设施用地采用划拨方式供应基本不存在障碍。但对于污水处理厂用地,部分地方政府认为此类项目可以产生不错的收益,如果由社会投资人尤其是民营投资人投资,应采用出让方式。所以,近些年污水处理厂采用出让方式供地的案例也越来越多。实际上,《划拨用地目录》中对城市基础设施用地并未要求此类用地项目必须是“公益性”或“非营利性”的。《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》(自然资办发[2019]31号)也明确提出,“对于《划拨用地目录》明确要求‘非营利性’或‘公益性’的建设用地项目,自然资源主管部门方可要求建设单位提供拟使用土地者的非营利性质证明文件……**不得对《划拨用地目录》未明确要求‘非营利性’或‘公益性’的建设用地项目提出同等要求。**”此外,《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》也明确,“市、县自然资源主管部门划拨国有建设用地使用权时,在符合国土空间规划的前提下,可以**建设项目审批、核准、备案文件记载的项目建设内容为依据判断是否符合《划拨用地目录》,不得以建设单位投资来源为民间投资、外商投资或政府和社会资本合作等为由限制申请划拨用地。**”因此,部分地方政府依据污水处理厂的营利性或者投资来源判断是否能以划拨方式供应土地的理解是有失偏颇的。但《关于扩大国有土地有偿使用范围的意见》(国土资规[2016]20号)中同时提出,“对可以使用划拨土地的能源、环境保护、保障性安居工程、养老、教育、文化、体育及供水、燃气供应、供热设施等项目,除可按划拨方式供应土地外,**鼓励以出让、租赁方式供应土地。**”综上分析,污水处理厂可按划拨方式供应土地,也可按出让方式供应土地,但并不是以项目的营利性尤其是项目投资来源(国有、民营、外商)来区别对待的。

3. 出让方式提供

如前文分析,对于水环境综合治理工程中的污水处理厂用地,部分地方政府选择出让方式供应土地。原则上,污水处理厂可以采用协议出让方式供地。《协议出让国有土地使用权规定》第九条规定,“在公布的地段上,同一地块只有一个意向用地者的,

市、县人民政府国土资源行政主管部门方可按照本规定采取协议方式出让;但商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地除外。”但对于采用PPP模式实施的污水处理项目,由于PPP项目的采购原则上不采用单一来源方式,所以意向投资人(也即意向用地者)并不只有一人,不满足上述协议出让的条件,应当按照《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》,采取招标、拍卖或者挂牌方式出让。考虑到PPP项目投资人采购程序和项目用地招拍挂出让程序是两个不同的程序,而投资人和土地竞得人只能是一个主体,因此,上述两种程序有必要合并实施。《关于联合公布第三批政府和社会资本合作示范项目、加快推动示范项目建设的通知》(财金[2016]91号)规定,“依法需要以招标投标挂牌方式供应土地使用权的宗地或地块,在市、县国土资源主管部门编制供地方案、签订宗地出让(出租)合同、开展用地供后监管的前提下,可将通过竞争方式确定项目投资方和用地者的环节合并实施。”实践中,已经有大量将PPP项目投资人采购环节与项目用地出让环节合并实施的案例。

4. 租赁、作价出资等方式提供

除前述三种方式外,实践中,还存在土地租赁的方式、土地作价入股的方式。项目公司以土地租赁的方式取得项目用地,应注意受《民法典》保护的最长租赁期限是20年,超过部分无效。国有土地的租赁应遵守《规范国有土地租赁若干意见》(国土资发[1999]第222号)等对于租赁方式、租金标准的相关规定。集体经营性建设用地的租赁应遵守《土地管理法(2019年修订)》《土地管理法实施条例(2021年修订)》等相关法律法规的要求。

《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》第十七条规定了“以作价出资(入股)方式供应国有建设用地使用权”三种适用条件²,水环境综合治理工程涉及的项目用地基本满足上述条件的第(二)款规定,以土地作价入股不存在政策障碍。PPP项目中,由于项目用地最终在合作期结束后是要交还政府方的,若投资人接受政府出资代

2.《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》第十七条(以作价出资(入股)方式供应国有建设用地使用权)国有建设用地使用权作价出资(入股)是指国家以一定年期的国有土地使用权作价,作为出资投入改组后的新设企业,该土地使用权由新设企业持有,可以依照土地管理法律、法规关于出让土地使用权的规定转让、出租、抵押。

符合下列规定的,国有建设用地使用权可采取作价出资(入股)方式供应:

(一)依据《国务院办公厅关于加强鲜活农产品流通体系建设的意见》(国办发[2011]59号)的规定,政府投资建设不以盈利为目的、具有公益性质的农产品批发市场,可按作价出资(入股)方式办理用地手续,但禁止改变用途和性质。

(二)依据《关于扩大国有土地有偿使用范围的意见》(国土资规[2016]20号)的规定,对可以使用划拨土地的能源、环境保护、保障性安居工程、养老、教育、文化、体育及供水、燃气供应、供热设施等项目,除可按划拨方式供应土地外,鼓励以出让、租赁方式供应土地,支持市、县政府以国有建设用地使用权作价出资或者入股的方式提供土地,与社会资本共同投资建设。支持各地以土地使用权作价出资或者入股方式供应标准厂房、科技孵化器用地。

(三)国有企业原使用的生产经营性划拨土地使用权,符合国家有关行业、企业类型和改革需要的,可采用作价出资(入股)方式进行有偿使用。

各地以作价出资(入股)方式供应土地使用权时,可参照出让程序,由省(市、县)人民政府自然资源主管部门会同城市建设、房产管理部门共同拟定方案,报经同级人民政府批准后,由省(市、县)人民政府自然资源主管部门实施。

自然资源主管部门在办理以作价出资(入股)方式供应国有建设用地使用权时,应当依据《企业国有资产法》提请本级人民政府授权特定机构履行出资人职责。

表以土地作价的方式入股项目公司的,需注意核实土地作价的资金是否纳入PPP项目总投资以判断政府出资代表是否应享有对应股权的分红。若土地作价的资金未纳入PPP项目总投资,而政府出资代表又享有该部分土地作价出资所对应股权的分红,对投资人而言,相当于让渡了自身的部分收益给政府出资代表,对投资人较为不利。

PART 002

水环境综合治理工程建设过程中项目用地环节常见法律问题

水环境综合治理工程建设过程中项目用地环节法律问题繁多且复杂,限于篇幅,本文仅就四个常见问题进行提示。

1. 未理解“未批先建”中的“批”,造成违规用地。通常水环境综合治理工程子项目较多,为赶工期,项目公司通常在拿到项目用地批复,甚至项目用地预审意见后即全面建设、多点开工。常有人认为,项目用地预审意见或者项目用地批复已经代表了土地行政主管部门批准了项目用地,此时项目开工建设不属于“未批先建”,甚至包括部分专业律师也存在类似错误的认知。严格意义上,根据《土地管理法》《土地管理法实施条例》《建设用地审查报批管理办法》等法律法规的相关规定,对于项目划拨用地而言,建设单位取得《国有土地划拨决定书》和《建设用地批准书》后方可使用土地;对于项目出让用地而言,建设单位签订土地有偿使用合同,取得《建设用地批准书》,缴纳土地有偿使用费后方可使用土地。在上述手续完成或取得之前动工建设的,都属于“未批先建”的违规用地行为,自然资源主管部门有权依照相关规定予以处罚。此外,需要说明的是,有些投资人错误地认为,项目公司动工建设是应政府方要求的,所以当地自然资源主管部门不可能予以处罚。而实际上,现在大部分违规占地的事实一般都是自然资源部、省自然资源厅通过卫星遥感、无人机拍摄等方式调查取证的,地方自然资源主管部门在收到自然资源部或省厅的通报后,也只能依据上级主管部门调查发现的违法事实进行查处。有些投资人希望项目公司所缴纳的罚款能够纳入PPP项目总投资,实践中大部分政府方是不会同意的,即使同意未来也会面临政府审计的质疑。所以,投资人在项目建设中一定注意合规用地,即使在面临政府方催赶工期的要求下,也要充分考虑到自身违规用地可能承担的风险。

2. 未注意临时用地的使用期限与审批程序的法定要求。水环境综合治理工

程内容很多涉及到原有工程的改造,施工工作面较窄,红线内批复用地可能无法满足施工需要;又如河道整治、河堤修缮等此类点状或线装工程不可避免地需要占用附近的土地临时使用。由于是临时使用、用完即还,投资人对此临时用地的合规性很难予以重视,通常经政府方口头同意后就直接占用了。事实上,临时用地存在法定的使用期限和审批程序的要求。根据《土地管理法实施条例(2021年修订)》的相关规定,**临时用地由县级以上人民政府自然资源主管部门批准,期限一般不超过二年**。个别地方允许临时用地期限届满后续期,但一般只能续期一次,且续期期限通常为一年。自然资源部门在具体行政执法中,对于使用后难以恢复原状的、兴建永久性建(构)筑物等设施的、未取得临时用地批准文件和临时用地合同的、不在临时用地批准期限或批准位置内的、超出批准临时用地规模30%以上的,都认定为违规用地。此外,如建设单位使用临时用地可能造成土地损毁的,还应进行土地复垦并缴纳复垦费用,复垦完成后应通过复垦验收。

3. 未事先进行土地状况调查。PPP项目合同中通常存在有关“土地的适用性和土地的状况”的约定,如“乙方已察看并检查了项目场地,充分了解了该宗土地及其周围的状况,包括前期工作所包含的地下土壤状况、通道和设施关联物等情况,自愿接受该宗土地的现状(包括地下地质条件)以及所有缺陷,甲方未就土地状况向乙方或项目公司做出任何声明和保证。”在市政工程类和交通运输类项目,投资人对此类条款一般并不重视,因为此类项目只需要关注地下管线、通道即可,对于水环境综合治理工程项目,尤其是包含黑臭水体治理内容的工程,事先进行土地状况调查,了解土壤污染状况,可以判断水质治理的难度,直接关系到项目建设及维护成本,对投资人而言至关重要。如果投资人未事先进行土地状况调查,而又在合同中承诺已经察看项目场地,同意承担土地现状的所有缺陷,则未来向政府方可能主张的索赔或补偿也丧失了合同依据。

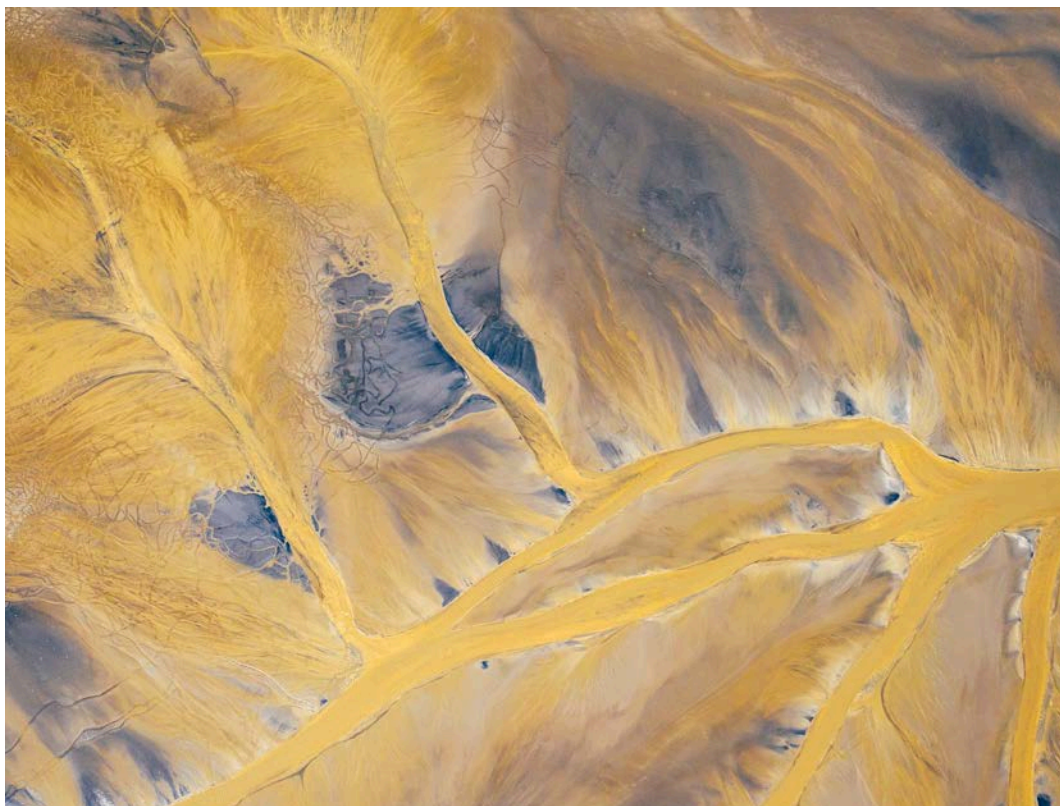
4. 擅自处理土壤中掩埋的固定废物。河道治理工程或者岸带修复工程的工程地点通常在城郊或城乡接壤处,由于地处偏僻,有时会存在附近村民或者企业、工厂在河岸边倾倒、掩埋垃圾或固体废物的情况。有些建设单位在施工过程中发现土壤中掩埋的垃圾,直接将其移到红线范围外掩埋,认为只要移到红线外,就跟自己没关系了。虽然建设单位并非这些固体废物的产生者,但根据《固体废物污染环境防治法

(2020年修订)》的规定, 处置固体废物的单位和个人, 应当采取措施, 防止或者减少固体废物对环境的污染, 对所造成的环境污染依法承担责任。因此, 建设单位作为处置者 also 需承担相应责任, 不得私自处置, 建设单位应及时向当地生态环境主管部门报告, 在其指导下采取合理措施或委托有处置资质的相关单位进行处置。

总体而言, PPP模式下水环境综合治理工程项目由于子项目众多, 项目用地供应方式也较多样, 可能是本文提及的上述方式的某一种, 也可能是上述多种方式的组合, 具体取决于各子项目的建设内容、用地性质等各自的特点。同时由于其建设内容的多样性, 投资人在用地环节需要关注的法律问题更为复杂多样, 投资人在“埋头干活”之外, 一定要充分注意和研判相关法律风险, 保障项目用地的合规性, 保障项目的顺利实施。



王霁虹
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2063
wangjihong@zhonglun.com



建设用地土壤修复工程 主要法律问题及风险防范

随着国家对绿色环保的大力倡导和城市更新进程的不断发展,城市建设用地的土壤污染防治成为社会关注的热点。而在国家相关法规政策的支持下,土壤修复工程也已在各地广泛开展。2019年1月1日《土壤污染防治法》正式施行,建立完善了我国土壤污染风险监管防控制度,为建设用地土壤修复工程的开展提供了法律保障。然而,由于土壤修复工程的复杂性和系统性,以及我国相关市场和法规体系尚处于发展阶段,相关法律风险和纠纷也时有发生。在本文中,笔者对在建设用地土壤修复工程的发包签约、履约实施和验收交付三个阶段的主要法律问题进行了梳理,并就相关风险的防范提出了建议。

PART 001

发包签约阶段主要法律问题及风险防范

(一) 工程模式和发包方式问题

《土壤污染防治法》建立了土壤污染责任人制度,明确了建设用地土壤污染风险管控和修复的实施要求和责任主体。在该制度框架下,建设用地土壤修复工程有多种开展模式,实施主体包括土壤污染责任人、土地使用权人以及地方政府和有关部门等。

实践中,目前开展较为广泛的为“净地出让”模式,即由地方政府或其土地储备平台公司完成土壤污染修复和评估后,再将净地进行出让。根据《招标投标法》相关规定,目前土壤修复不再属于必须招标的工程建设项目类型,但如项目全部或部分使用国有资金投资或国家融资,仍应依法进行招标。因此,对于“净地出让”模式或其他使用国有资金的土壤修复工程,应根据工程规模依法进行招标,涉及使用财政性资金的工程还应遵守政府采购相关规定;而对于由非国有的土地使用权人或土壤污染责任人开展的土壤修复工程,可采用直接发包的方式。

(二) 招标合规性问题

对于依法应进行招标的土壤修复工程,其发包应遵守《招标投标法》及其实施条例的相关规定,否则可能导致中标结果和签订的合同无效,乃至引起行政或刑事处罚。实践中,常见的违规情形既包括招标人为操纵中标结果,设置不合理的招标条件、

进行标前实质性谈判或与投标人串通投标等;也包括投标人为中标,以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假等。建设用地土壤修复工程往往投资金额较大,一旦发生此类违规情形,不仅将导致工程无法顺利实施,相关人员还可能将面临严重后果。因此,在招投标过程中,应特别注意相关合规要求,并设置合理的招标要求和期限,可考虑聘请专业机构或人员协助编制招投标文件和完成相关工作。

(三) 承接工程的资质要求问题

建设用地土壤修复工程通常被认为属于环保工程,按照现行《建筑业企业资质标准》,承接工程的主体应至少具有环保工程专业承包资质。根据2020年底印发的《建设工程企业资质管理制度改革方案》,环保工程专业承包资质即将与特种专业工程专业承包资质合并为通用专业承包资质,且不分等级。因此,未来承接土壤修复工程的资质要求将进一步放宽,有利于更多企业进入该市场。但与此同时,市场的高速发展也带来了企业良莠不齐的问题,一些缺乏资质和能力的企业,通过转包挂靠、违法分包等手段承接工程,给土壤修复的质量效果埋下了隐患,同时也会导致相关工程合同无效。因此,发包方在发包签约阶段就应做好对工程承接方的资格和资信审查,并在合同中对于工程管理和人员提出明确要求,就转包挂靠、违法分包等违法违规情形设置严格的违约责任。

(四) 工程合同的法律性质问题

目前我国尚未出台针对土壤修复工程的合同示范文本,对于相关合同的法律性质也可能存在不同意见。实践中,此类合同在多数情况下被视为建设工程合同。然而也有意见认为,由于土壤修复工程并不涉及形成建筑物或构筑物,与通常意义上的“建设工程”存在差异,故不应完全理解为建设工程合同。而从目前的司法实践来看,土壤修复工程相关合同还可能被定性为承揽合同或者技术服务合同,乃至可能属于没有明文规定的无名合同。而在缺少合同明确约定的情况下,双方的权利义务将取决于合同被认定的法律性质和类型。因此,笔者建议在合同中就工程所涉及的双方权利义务尽可能进行明确、具体的约定,必要时可参考目前体系和内容已较为完善的建设工程施工合同范本及与建设工程相关的法律规定,以减少因约定不明产生的合同风险。

PART 002

履约实施阶段主要法律问题及风险防范

(一) 工期控制问题

建设用地土壤修复是复杂的系统性工程,部分场地土壤修复所需的时间甚至长达数年。然而,由于土壤修复大多受到后续出让或开发驱动,发包方为了尽快完成修复并利用场地,留给工程承接方的修复时间往往十分有限。中国环保产业协会编写的《中国污染场地修复行业发展报告》统计了2017年我国开展的土壤修复工程工期信息,其中,59.2%的项目工期不超过半年,86.8%的项目工期不超过1年。由于土壤修复工期普遍较短,一旦承接方未如约完成修复工程,又会引发后续的相关纠纷和损失。因此,发承包双方应在合同中合理确定工期长度,并就工程的进度控制、工期顺延的情形和程序要求,以及未按期完成工程的违约责任作出具体约定,以减少工期延误引发的纠纷。

(二) 实施过程控制问题

土壤修复工程的实施主要包括清挖环节、运输环节、暂存环节、修复环节和回填环节等,一旦完成后再返工,所需时间和费用成本较高,因此对各实施环节的有效控制是保证工程质量效果的基础。除此之外,实施过程本身也会对环境产生影响,特别是对受污染土壤如未妥善处理,不仅会使得修复目的不能达到,甚至还可能因污染土壤外运填埋导致新的污染。因此,一方面应注意在工程实施过程中定期进行相关检测,检测合格方可进入后续环节,检测不合格的应尽快予以整改,并就相关责任承担进行明确约定;另一方面,对于污染土壤应根据《土壤污染防治法》等法规政策要求进行处理外运,避免因不合规情况导致新的污染。上述工作可由发承包双方开展,也可以考虑聘请专业的环境监理等咨询单位进行监督与管理。

(三) 合同价格调整支付问题

建设用地土壤修复工程以总价或单价包干合同为主,并在签订合同时往往已有确定的预估土方量。但在出现工程量的重大变化时,双方仍可能就工程量计算和价格变更调整方式等发生争议。除此之外,如实施过程中出现市场价格波动、疫情天气等突发事件影响等工程条件的重大变化时,双方还可能就包干价格是否可调整、是否可进行索赔等事项产生争议。为防范相关风险,笔者建议,对于合同价格形式、调整原则

和工程量计量方式,包括实方与虚方之间的换算问题等进行明确约定,并且从招标签约阶段就要注意投标价格是否合理。而在过程中要做好工程量和价格信息的记录确认工作,对相关调价、变更、索赔及时处理和进行过程结算,避免纠纷矛盾的累积扩大。

PART 003

验收交付阶段主要法律问题及风险防范

(一) 竣工日期确定问题

建设用地土壤修复工程完工后,还需要经过发包方和相关政府部门的验收,且该过程往往耗时较长。对此,究竟是以实际完工之日、发包方验收之日还是相关政府部门验收之日为竣工日期,实践中较易产生争议。如在(2018)渝05民初186号案中,发包方基于通过环保验收备案的时间主张存在工期延误,而承接方则认为按实际完工时间来看并未延误,未及时处理验收的责任应由发包方承担。法院基于合同已明确约定工期天数包含通过当地环保部门验收的时间,且承接方也未举证自身以外因素对工期造成的影响,最终认定以通过环保验收备案的日期为准计算实际工期,且承接方应承担逾期违约金。因此,笔者建议在合同中对竣工日期的确定方式在公平合理的基础上进行明确约定,包括与此相关的价款结算支付时间以及质保期起算时间等,以避免因此产生纠纷或损失。

(二) 工程验收标准问题

建设用地土壤修复工程的目的是将土壤内污染物水平降低至目标值,因此工程验收的核心在于通过现场采样与实验室分析等方式,评估是否达到土地修复效果。为此,可以参照国家以及各地政府机构发布的相关技术规范,并按照合同约定的程序和目标开展验收。但实践中,由于验收取样具有一定的不确定性,且工程验收结果除经发包方认可,还需通过相关政府部门验收备案,因此实践中也可能就验收结果发生争议。如在(2019)冀06民终1791号案中,发包方提出第三方检测报告载明经承接方处理后的土壤“铬”浸出值为 $\text{mg/L} < 0.15$,不符合修复目标值 $\text{mg/L} < 0.05$,应进行返工。但法院认为,工程已通过验收并获得当地环保局的确认备案,而第三方出具的检测报告系阶段性报告,因而认定修复土壤达到了修复要求。因此,建议在合同中对验收主体和标准进行明确约定,包括结果出现冲突时如何处理、是否需要引入第三方机

构协助确认,以避免就验收结果与时间产生争议。

(三) 交付后的责任问题

由于建设用地土壤修复工程具有复杂性且通过采样检测进行验收,其实际修复效果往往在工程验收交付后的使用阶段才能逐步体现。例如近期的某公司房地产开发工程被紧急叫停的案例,就是因为原址地块出让并用于房地产开发后,在建设过程中发现该地块土壤、地下水及环境空气存在污染超标,交房被当地环保部门紧急叫停,房地产开发商最终与小业主解除了购房合同。对于此类情况,一方面可通过质保期的质保责任或进行补充的修复工作进行弥补处理;另一方面,在无法通过质保修复解决问题时,对于发包方所产生的损失,包括第三方(如小业主)向发包方索赔造成的损失,则根据合同相对性原理,一般需要先由土地受让方向土地出让方索要赔偿,再由土地出让方向受托对地块进行土壤修复的承接方或验收检测机构等责任方进行索赔,其追索链条较为复杂。因此,对于此类情形导致的责任承担,建议在相关合同中进行明确约定。特别各方均需要注意其前后环节的合同中责任传递和分担的相关约定,避免因责任链条断裂导致自身损失,甚至替他方承担责任的情况。

结语

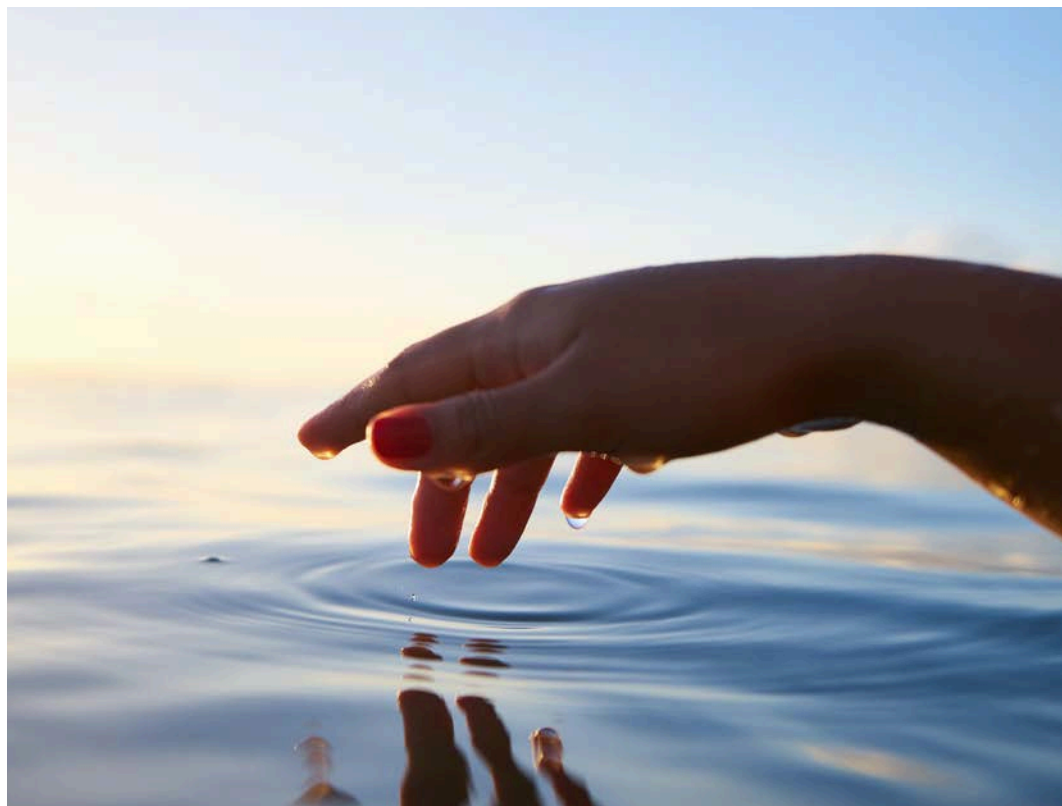
综上,在建设用地土壤修复工程领域,仍存在一系列的法律问题和风险,相信随着国家法规政策体系的不断完善,以及未来市场的发展和规范化,这些问题都会逐步得到解决。与此同时,相关从业机构在日常开展经营过程中,需时刻关注最新的法律政策出台情况,并可根据自身所处的行业环节积极参与相关法律法规、政策文件及合同范本的意见征集和制定;而在实施工程过程中,需特别注意防范和规避相关风险,尤其是注意应选择具有相应资质和资信的合作方,以及在合同中对于相关问题尽可能进行明确、具体的约定,必要时可参考相关的建设工程合同范本,以全面防范相关法律风险。



周月萍
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3098
cindyzhou@zhonglun.com



刘思侯
非权益合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3486
liusiyu@zhonglun.com



水环境治理EPC+O项目实务要点



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

作者/周月萍、叶华军

在传统的生态环保项目实施模式中,项目的建设运营往往是分离的,分别由不同的建设承包商和运营商负责,不仅不利于提高整体实施效率,也容易出现项目衔接等一系列问题。随着近年来国家政策的引导以及市场的不断探索,EPC+O等建运一体化模式已逐渐成为越来越多生态环保项目的首选,本文以EPC+O模式的基本概念为切入点,分析该模式有别于其它模式的基本特征,并结合水环境治理领域的EPC+O具体实践案例,简要梳理此类项目在实务中应当注意的要点,以期项目参与各方提供帮助。

PART 001

EPC+O模式的基本概念

EPC+O(或O&M),即设计、采购、施工及运营(或运营维护)一体化的总承包模式,是在EPC总承包模式基础上向后端运营环节的延伸,即总承包商除承担建设期内传统的设计、采购、施工任务外,还要承担运营期内的运营维护职责,通过该种整合方式提高项目的运营效率,降低全生命周期内的成本。

EPC+O并非一个法定的概念,在我国国家政策文件层面,最早提及类似概念的文件是2005年底国务院发布的《关于落实科学发展观加强环境保护的决定》(国发〔2005〕39号),文中要求“推行污染治理工程的设计、施工和运营一体化模式,鼓励排污单位委托专业化公司承担污染治理或设施运营”;其后国务院又陆续出台了《关于加快发展节能环保产业的意见》(国发〔2013〕30号)、《关于加快发展生产性服务业促进产业结构调整升级的指导意见》(国发〔2014〕26号)等文件,提出要在环保领域鼓励发展包括系统设计、设备成套、工程施工、调试运行、维护管理的环保服务总承包。因此,在上述政策的引导下,设计、施工和运营一体化总承包模式最早开始在国内的环保领域运用,适用范围也最为广泛。

PART 002

EPC+O模式与其它模式的比较

(一) EPC+O模式与DBO模式

在国际工程中,相比于EPC+O,在项目实践中被使用更多的是DBO(设计、施工和运营, Design-Build-Operate, “**DBO**”)的概念,在2008年发布的《FIDIC金皮书》中,将DBO表述为一种“有别于传统的设计施工承包合同与运营合同相互独立的方式,而是通过把设计、施工和长期运营整合到一个合同中授予一个承包商(通常为联合体或联营体),从而获得更优的创新、质量与性能的组合”。因此,DBO模式的内涵,与我们通常所称的EPC+O非常接近,但这两种模式之间仍然存在一定区别,主要表现为:项目设备采购主体可能不同;承包商的设计职能范围有所差异;项目运营收费权归属主体不同;业主和承包商之间的风险分配存在差异等。

(二) EPC+O模式与PPP模式

从国际视野来看,加拿大PPP(Public-Private-Partnership, “**PPP**”)国家委员会根据私营部门在PPP项目中承担风险的大小将PPP模式划分为12种具体运作方式,其中就包括DBO,即认为DBO属于PPP模式的一种。而关于EPC+O模式能否纳入PPP模式范围的问题,国际范围内亦尚未有明确的观点。

从我国关于PPP模式的现行规定来看,并未明确将EPC+O模式列入PPP范围,因此也导致国内在EPC+O模式的项目实践上存在一些争议。笔者认为,尽管在EPC+O模式与PPP模式下,均可能由承包商承担项目的部分或全部设计、建造和运营职责,并通过该种一体化的整合实现降低全生命周期成本和提高效率的目的,但两种模式在投融资模式、资产所有权及收费权归属、回报机制、风险分配和采购程序方面仍然存在较大的差异。而从国内推行PPP模式以避免新增政府债务和化解存量债务的初衷来看,EPC+O模式是否适合纳入我国PPP体系仍然有待商榷。

PART 003

水环境治理EPC+O项目案例分析

下表是我们通过公开渠道检索到的部分典型水环境治理EPC+O项目:



序号	项目名称	采购主体	采购方式	是否接受联合体投标	资金来源
①	淮南市黑臭水体水质提升工程设计-采购-施工-运维(EPC+O)一体化	淮南市市政管理处	邀请招标	不接受	财政资金
②	定远县南城河水环境治理工程EPC+O(设计、采购、施工+运营维护)总承包项目	定远县城市基础设施开发建设有限公司	公开招标	不接受	财政资金
③	跳蹬河综合整治(二期)项目EPC+O	重庆渝隆资产经营(集团)有限公司(项目业主)和重庆桃花溪市政建设有限公司(代理业主)	公开招标	接受	业主自筹及区财政补助
④	古襄河、老赵店河水环境治理工程EPC+O	全椒县城乡规划建设局	公开招标	接受	财政资金
⑤	中山市未达标水体综合整治工程(五乡、大南联围流域)EPC+O(勘察设计、采购、施工+运营)	中山市水务局	公开招标	接受	财政资金

从上述典型项目案例来看,目前国内水环境治理EPC+O项目的主要特点如下:

1.采购主体以政府职能部门和派出机构(园区管委会)为主,也包括作为地方政府融资平台的城投类公司。

2.采购方式基本以公开招标为主,唯一检索到的以邀请招标方式进行采购的项目为“淮南市黑臭水体水质提升工程设计-采购-施工-运维(EPC+O)一体化项目”。

3.大部分项目接受承包人以组建联合体方式进行投标,并分别明确项目的勘察设计、施工运营招标范围;在联合体构成上,通常要求以施工方为联合体牵头人,勘察设计、施工单位及项目负责人需要具备一定的资质;运营要求为中国境内独立企业法人,其营业范围符合项目运营要求;但也有极个别项目要求联合体必须以运营单位为牵头单位。此外,还有少部分项目不接受联合体投标。

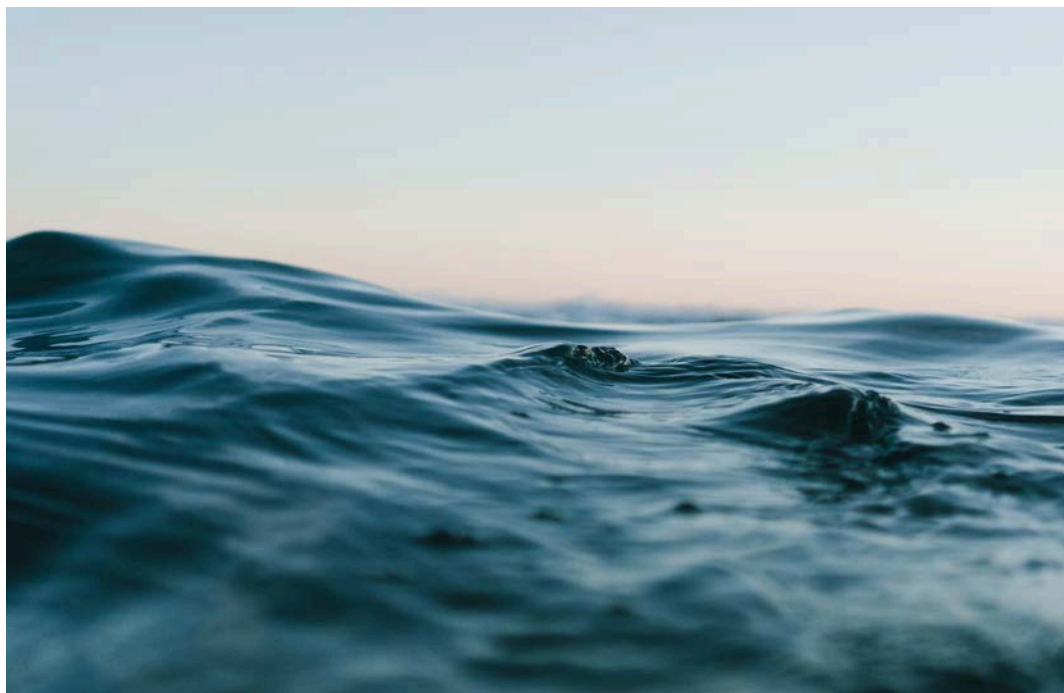
4.项目资金来源以财政资金为主(包括上级专项补助资金等)、企业自筹为辅。

5.不同项目的采购竞价标的设置差异较大,大部分项目要求承包商对勘察、设计、施工、运营各部分的承包费用或费率同时进行报价;但存在有部分污水处理项目仅要求承包商对污水处理服务费进行竞价,而不再要求另行对工程相关的费用进行报价。

6.关于总承包合同中是否已包含运营条款的问题,从笔者可检索到招标文件的几个项目来看,业主方通常要求承包人在设计施工承包合同之外,另行签订运营维护合同。

7.从运营期限来看,不同项目之间跨度差异也比较大。笔者检索到运营期最短的为1年,运营期最长的为30年。

从上述分析和对比可以看出,由于目前国家层面对于EPC+O模式尚缺乏统一、明



确的操作细则,因此也导致水环境治理的EPC+O模式实践中,不同项目在具体操作细节上仍存在一定的差异。

PART 004

实务思考与建议

(一) 防范借“EPC+O”之名行政府违规举债之实

就水环境治理项目的投融资,除PPP模式/特许经营等较为成熟的模式外,近年来ABO、F+EPC、EPC+O等新型投融资模式也纷纷出场亮相。尽管这些模式为水环境治理领域的项目投融资创新做出了尝试,但从笔者观察到的一部分项目实践情况来看,交易架构中存在由承包商通过垫资等方式承担建设资金投融资义务的情况,其目的是通过名义上的包装在一定程度上规避PPP的相关审批程序(特别是财政可承受能力论证),故可能存在被认定为政府违规举债的风险,不论是政府还是承包商,都应对该问题引起足够重视。

(二) 履约担保的全周期覆盖

传统EPC总承包模式下,承包商通常需要提交预付款担保、建设期履约担保和质保金等各种形式的履约担保。EPC+O模式下,由于承包商的义务延伸至运营期,故除前述与建设有关的履约担保外,项目业主通常还会要求承包商提交运营期的履约担保,用于确保承包商按照承包或运营合同的约定履行在运营期内的相关义务。在《FIDIC金皮书中》也有类似的规定,即业主在运营服务期内可从向承包商应付的款项中扣除5%的数额作为维修保留金或由承包商提供维修保留金保函。对于承包商在运营期内需承担的履约担保责任,笔者认为,应当随着运营期的进行而逐步缩减。例如,金溪县城西生态高新产业园区工业污水处理厂建设项目设计施工运营总承包项目中,即约定运营期履约保证金在达标排放后第二年退30%、达标排放后第三年再退30%、达标排放后第四年再退30%、达标排放后第五年退10%,笔者认为是比较合理的安排。

(三) 运营付费纳入预算安排

按照PPP相关规定,PPP项目中涉及政府付费或可行性缺口补助等财政性支出的,均需纳入财政预算及中长期财政规划。对于EPC+O模式而言,对于设计施工部分

的工程款,按照政府采购工程应遵循“先有预算后采购”的原则,应当纳入预算,这一点是毫无争议的。而对于运营期可能涉及的政府性支出,如政府委托运营费等,是不是也应当逐年纳入预算安排呢?笔者认为,根据现行《预算法》等相关规定,政府支出必须以经批准的预算为依据,未列入预算的不得支出。如果采取EPC+O模式的项目在运营期内涉及财政性支出的,也应当严格按照规定纳入各年度的财政预算及中长期财政规划,从而确保政府付费的合法合规性。

结语

EPC+O是我国水环境治理领域项目模式创新的重要探索方向之一,在此过程中,不但需要依靠各方参与主体通过实践不断进行分析总结和提炼经验,同时也亟待国家层面出台相关的政策法规及对应的操作细则加以指导和规范,以推动水环境治理项目的顺利实施,从而尽快实现我国环境保护的战略规划目标,全面改善环境质量,最终促进社会和经济的可持续发展。



周月萍
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3098
cindyzhou@zhonglun.com



环境第三方治理中的 契约规治问题

作者/于鲁平

PART 001

环境第三方治理的概念

环境治理,按照实施主体不同,可大致分为政府治理、排污单位自我治理和第三方专业治理三类。其中,政府治理与排污单位治理主要表现为行政管理与排污单位自律,具体表现为行政调查、行政强制、行政处罚和依法经营等行为模式,在此过程中缔结的法律关系多为行政法律关系,背后理念为“谁污染,谁治理”。而第三方治理则将社会资本、社会力量引入环境治理中来,兼具行政性与市场性,背后理念为“谁污染,谁付费,第三方治理”。在第三方治理中,既有行政法律关系,又有民事法律关系,其中缔结的各类合同也同时受到公法与私法的双重规制,但其性质又不同于行政合同,而更具民事属性。

狭义的环境第三方治理专指“环境污染第三方治理”,治理范围详见后文服务模式部分所述。鉴于对环境的治理不应局限于“事后补救”,而应从源头控制、过程清洁、末端治理的全局视角理解。故本文将环境第三方治理的概念稍作扩张,可以将第三方环评、环境损害第三方鉴定、环境审计、碳排放权交易第三方核查、温室气体减排量第三方审定与核证等概念囊括进来。在前述概念之外,随着生态环境保护市场化进程的推进,环保产业的发展与细分,还将产生更多的环境第三方治理的子概念。

下面我们将以环境污染第三方治理为重点展开介绍。

PART 002

环境污染第三方治理的服务模式

我国环境治理参与主体的多元化、第三方治理服务模式的创新伴随着治理理念现代化的过程。

从治理领域来看:2021年4月,国家税务总局、国家发展改革委、生态环境部发布《关于落实从事污染防治的第三方企业所得税政策有关问题的公告》,以附件明确环境污染治理范围包括:水污染治理、大气污染治理、噪声污染治理、土壤污染风险管控的修复、固体废物处理与处置、自动连续监测、清洁生产、区域环境托管服务。

从具体服务事项来看:2014年末,国务院办公厅印发《关于推行环境污染第三方治理的意见》,提出培育企业污染治理新模式,包括工业集聚区引入环境服务公司开展环境诊断、生态设计、清洁生产审核和技术改造,组织实施园区循环化改造;推行环

境绩效合同等。2017年8月,原环境保护部发布《关于推进环境污染第三方治理的实施意见》,提出鼓励第三方治理单位通过签订环境绩效合同,提供包括环境污染问题诊断、污染治理方案编制、污染物排放监测、环境污染治理设施建设、运营及维护等活动在内的环境综合服务。

党的十八大以来,在宏观政策支持下,各地第三方治理实践不断深入,呈现出以下主要特点:¹

一是治理对象由面向污水、垃圾、典型污染物等环境要素治理,转向环境公用基础设施、工业园区及其重点企业等区域性、综合性治理领域。

二是运行模式由PPP、政府购买服务等方式为主,逐步转向鼓励排污者付费,以及与排污许可证制度相结合的市场化模式。

三是对参与治理的环保企业的金融支持形式开拓创新,能效信贷、绿色金融租赁、资源环境产权和治理收益权质押融资等金融产品日益多样化。

四是监管执法与前置的规范化契约相匹配,国家发改委公布的规范合同文本形式,为进一步监管治理效果和明晰各方责任奠定坚实基础。

PART 003

环境污染第三方治理的合同架构

无论采用何种服务模式,环境污染第三方治理,本质上是排污单位通过与第三方治理机构缔结环境契约,将排污单位本应完成的污染治理义务委托第三方治理机构完成。

环境契约可以定义为“国家与个人以及个人与个人之间就环境资源使用权的确定和转移达成的协议”。环境契约依据目的不同可以分为两类:一类是污染防治契约,一类是资源利用和保护契约。²这类契约具有不同于传统民事契约及行政契约的特点,兼具公法契约和私法契约的双重属性。

2016年12月,国家发展改革委办公厅、财政部办公厅、原环境保护部办公厅、住房城乡建设部办公厅联合印发《环境污染第三方治理合同(示范文本)》,分为“建设运营模式”“委托运营模式”两种适用场景。

1. 杨顺顺:《深入推进环境污染第三方治理》,载中国社会科学网-中国社会科学报http://m.cssn.cn/zx/zx_bwyc/202002/t20200219_5090289.htm?ivk_sa=1023197a, 2020.02.19。

2. 张忠民:《能源契约论》,中国社会科学出版社2013年10月第1版,第3页。

其中,建设运营合同示范文本由“定义与合同文件”“建设运营权”“项目建设”“运营与维护”“计价与结算”“项目的移交与拆除”“声明和保证”“权利和义务”“合同的转让和合同的备案”“违约责任”“争议的解决”“其他条款”共计十二章构成。在“建设运营权”章节下,双方明确约定第三方治理机构的建设运营相关权利、收益范围,明确划分双方在同一厂界内的责任界限,约定在界限范围内的排污费承担责任。在“声明与保证”章节下,对于乙方具有的资格文件、拟提交政府部门的申请文件及项目建设资金合法性作出特别约定,并对该等信息披露的真实性设置相应的违约责任。

委托运营合同示范文本基本参照委托合同的通常结构编制,设置有合同主体、委托范围、运营管理的组织机构及岗位要求、运营管理的规范要求、合同价款及支付、双方责任和义务、违约责任、争议解决等条款。

PART 004

环境污染第三方治理的立约规治

国务院办公厅《关于推行环境污染第三方治理的意见》指出,“健全统一规范、竞争有序、监管有力的第三方治理市场”。当前,我国环境污染第三方治理市场的市场准入门槛、招投标管理、治理效果评价等主体约束机制不健全,第三方治理机构不履约、毁约等“失信”现象时有发生。此外,个别地方政府的扶持政策不够明晰,第三方治理机构对其委托方(政府或排污单位)的履约信用存在疑虑。

对此,环境污染第三方合同的缔约双方应加强在签约主体、签约程序(包括招投标手续、危废处置等特定合同的备案等)方面的合规管理。对于作为委托方的政府或排污单位来说,在签署该类合同时,应注意审查受委托方第三方治理机构是否合法存续、是否具备签约及履约的相应资质和能力;在签署该类合同后,如有审批备案要求的,应依法办理相应手续。对于第三方治理机构来说,在签署该类合同时亦应审查委托方主项目的合法有效性,委托方是否取得了主项目的全部核准文件,是否规范履行招投标手续等。



PART 005

环境污染第三方治理的契约履行与责任承担

目前,环境污染第三方治理多以项目为载体,履约期长,在服务过程中与委托方之间多存在场地重合,在行政执法及潜在民事、刑事责任承担上,容易发生主体及责任划分不明确的情况。

《中华人民共和国环境保护法》第六条规定:“企业事业单位和其他生产经营者应当防止、减少环境污染和生态破坏,对所造成的损害依法承担责任”。原环境保护部《关于推进环境污染第三方治理的实施意见》规定:“排污者担负污染治理主体责任,并根据污染物种类、数量和浓度,承担污染治理费用。第三方治理单位按照有关法律法规和标准以及排污单位的委托要求,承担合同约定的污染治理责任。”

因此,在对外责任承担上,无论在现行的哪一种服务模式下,排污单位始终是污染防治责任主体,其承担的行政法上的主体责任均不转移,而运营单位(第三方治理机构)根据有关法律法规和标准的规定及合同约定,承担相应的法定责任及约定责任。在“建设运营模式”下,排污单位与第三方治理机构以建设运营期的开始和结束大致划分责任范围,在建设运营期间特定情形下(例如因乙方原因导致其运营的环保设施未能达到约定的性能保证值),乙方可以直接、自行承担一部分民事、行政、刑事责任。在“委托运营模式”下,若第三方治理机构存在违反法律明文规定情形时(例如运营单位违反《污染源自动监控设施现场监督检查办法》第二十条之规定,存在弄虚作假行为),应承担相应环境行政法律责任,而不得以自身不是污染物的产生、排放主体为由主张不承担法律责任。在民事责任对外承担上,若第三方治理机构存在弄虚作假等违法行为,则其应当与造成环境污染和生态破坏的排污单位就民事赔偿承担连带责任。

在对内责任划分上,排污单位与第三方治理机构可以在民事合同中约定各类情形下的责任承担主体,以此作为排污单位在承担了行政处罚责任后向第三方治理机构追偿(包括因此遭受的处罚、其他损失及违约责任)的依据。

除民事、行政、刑事责任之外,自2014年11月国务院办公厅《关于加强环境监管执法的通知》的发布,至2016年7月国家发展改革委、人民银行、原环境保护部等31部门联合印发《关于对环境保护领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》的实施,环境违法行为早已经与信用制度挂钩,并将对排污单位、第三方治理机构的生产经营造成直接、长期影响,严重者将被列入黑名单,无法开展主营业

务。

因此,第三方治理机构应特别注意审查委托合同中对于双方的权利义务划分是否明晰、合理,在委托合同中界定清楚服务的内容及本质,反映清楚责任主体和责任承担方式,列明对外各类事项的处理职权,避免出现具有歧义的表述等;同时,在服务过程中做好自身组织机构设置、岗位责任划分、与委托单位及有关行政部门的往来函件管理、各项数据保管与审计,以此加强服务过程中的风险管控。在运营项目后期,建立和实施稳妥的移交、退出机制,做好自身风险防范。

PART 006

环境污染第三方治理的履约激励

与从业风险相对地,国家和地方对于环境污染第三方治理已经设置或将落实多重履约激励措施。

第一,财税支持:国家对符合条件的第三方治理项目给予中央资金支持,有条件的地区对第三方治理项目投资和运营给予补贴或奖励。2019年4月财政部、税务总局、国家发展改革委、生态环境部发布《关于从事污染防治的第三方企业所得税政策问题的公告》列明能够申报享受税收优惠的第三方治理机构条件³,对符合条件的机构减按15%的税率征收企业所得税。

第二,支持第三方治理机构参与用能权、排污权等环境权益交易,确保治理机构获得合理的经济收益。第三方治理取得的污染物减排量,计入排污单位的排污权账户,由排污单位作为排污权的交易和收益主体。

第三,参与环保资本市场:对符合条件的第三方治理机构,在上市融资、发行企业债券时实行优先审批。

上述履约激励措施的落实,将为排污单位与第三方治理机构开展长效合作打下更为深厚的基础。

3.二、本公告所称第三方防治企业应当同时符合以下条件:(一)在中国境内(不包括港、澳、台地区)依法注册的居民企业;(二)具有1年以上连续从事环境污染治理设施运营实践,且能够保证设施正常运行;(三)具有至少5名从事本领域工作且具有环保相关专业中级及以上技术职称的技术人员,或者至少2名从事本领域工作且具有环保相关专业高级及以上技术职称的技术人员;(四)从事环境保护设施运营服务的年度营业收入占总收入的比例不低于60%;(五)具备检验能力,拥有自有实验室,仪器配置可满足运行服务范围内常规污染物指标的检测需求;(六)保证其运营的环境保护设施正常运行,使污染物排放指标能够连续稳定达到国家或者地方规定的排放标准要求;(七)具有良好的纳税信用,近三年内纳税信用等级未被评定为C级或D级。

随着上层政策及规范支持下生态环境治理专业化、产业化实践的深入开展,环境第三方治理的含义在不断丰富,服务模式亦处在不断细分、创新的变化过程中。例如,在碳达峰、碳中和目标提出与落地的背景下,随着碳排放权交易第三方核查、温室气体减排量第三方审定与核证的常态化开展,环境第三方治理机构将迎来更广阔的发展空间。由于实践的先行性与法律的滞后性,法律关系的复杂化下一步便是执法的跟进以及纠纷争议更为频繁的发生。因此,第三方治理的各方参与主体更应重视相互之间契约缔结的合规性,防范自身履约风险,争取最大化获取履约收益。科学严格的监管与环保执法,规范的市场秩序,将为第三方治理的开展营造良好的法治市场环境,引导第三方治理行业蓬勃、健康发展。



于鲁平
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2191
yuluping@zhonglun.com

S E C T I O N

0 6

生 态 环 保
项 目 再 融 资



城市水务资产盘活之 ABS资产证券化

作者/刘洪蛟、黄伟凤

近年来,资产证券化(以下简称“**ABS**”)被越来越多水务企业(本文系指从事供水及/或污水处理业务的企业)关注并作为融资工具加以采用。据不完全统计,供水、污水处理等领域的基础设施收费收益权ABS累计已发行产品超过60单,规模累计超过人民币380亿元。通过ABS,水务企业可以通过较低的融资成本盘活不宜变现的水务资产,增强水务资产的流动性,为开拓新的城市基础建设项目获得融资资金。

城市水务企业拟开展水务ABS时应甄选合格资产,并根据自身特点和需求个性化做好ABS相关交易安排和机制的妥善设计。根据是否涉及政府和社会资本合作,水务资产可分为PPP类和非PPP类,其中对于PPP类资产ABS,交易所还有专门的审查规则。¹囿于篇幅,本文着眼于对非PPP类水务资产ABS的介绍及经验分享。

PART 001

水务ABS资产属性界定

ABS中,基础资产一般分为合同债权类资产和收益权类资产。合同债权类资产针对既定债权——即基于已经签订并履行完毕的合同而要求债务人支付款项的权利。收益权类资产针对未来债权——即未来基于一定基础法律关系而享有的收取相关费用的权利,相关权利尚未形成实际的资产,收益权类资产现金流来源于原始权益人未来的经营。

水务运营公司获得政府许可的收费权,但水务资产ABS的基础资产通常被界定为“收费收益权”而并非“收费权”本身,这是由于运营主体经营供水、污水处理业务所享有的收费权转让通常是受到限制的。收费收益权,系指以相应收费权为基础权利所享有的该基础权利产生的现有或将来的现金流入收益的权利,属于交易双方根据收费权这一基础权利和交易需要而拟定的一项约定权利。法律法规未禁止收费收益权的转让,因此,收费收益权可以作为基础资产开展ABS。

1. PPP类基础设施适用《上海证券交易所政府和社会资本合作(PPP)项目资产支持证券挂牌条件确认指南》《上海证券交易所政府和社会资本合作(PPP)项目资产支持证券信息披露指南》或《深圳证券交易所政府和社会资本合作(PPP)项目资产支持证券挂牌条件确认指南》《深圳证券交易所政府和社会资本合作(PPP)项目资产支持证券信息披露指南》,非PPP类基础设施适用《上海证券交易所基础设施类资产支持证券挂牌条件确认指南》《上海证券交易所基础设施类资产支持证券信息披露指南》或《深圳证券交易所基础设施类资产支持证券挂牌条件确认指南》《深圳证券交易所基础设施类资产支持证券信息披露指南》。

PART 002

水务ABS合格资产的筛选

水务ABS基础资产系收费收益权，必须符合证监会、交易所有关ABS合格资产的基本要求，且特别关注水务收费权包括但不限于如下方面：

（一）收费权的来源是否合规

审查基础资产时，需要关注运营主体为何有权经营供水业务、污水处理业务。一般而言，如运营主体通过签署特许经营协议而获得相关收费权，可以认为运营主体的收费权具有法律基础，但仍需关注以下要点：（1）签署特许经营协议的政府方是否为有权签署协议的主体；如签署主体并非有权签署主体，则运营主体收费权的来源将存在合规瑕疵；（2）政府方选择运营主体的方式：根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》和《市政公用事业特许经营管理办法》等相关法规，特许经营者应当通过招标等竞争方式选择产生；如非通过竞争方式产生，需要结合当时、当地的法规和运营主体所取得的批文等来判断运营主体担任实施主体的选择过程是否合法合规。

实践中，未签署特许经营协议而直接在当地开展供水业务、污水处理业务的情形并不少见。该等情形通常属于历史遗留问题，一般发生于早些年地方政府招商引资的情形中，运营主体通常与当地政府签署相关投资协议，约定工厂和工程设施设备的建设维护、运营主体的经营权等。实践中，交易所关注运营主体相关业务的稳定性、排他性和特定范围内的垄断性，对于前述情形，建议补办特许经营手续、补充签署特许经营协议。

（二）收费权相关资质是否合规

开展供水业务、污水处理业务，需要相应资质许可，具体而言：就供水业务而言，通常需要取水许可证、卫生许可证；就污水处理业务而言，通常需要排污许可证。

上述资质通常具有一定的有效期，沪深交易所均规定，“经营资质在专项计划存续期内存在展期安排的，管理人应当取得相关授权方或主管部门关于经营资质展期的书面意向函，在计划说明书中披露按照相关规定或主管部门要求办理展期手续的

具体安排。”²如运营主体的相应资质无法覆盖专项计划期限的,需要提前取得相关部门的同意函,内容应至少包括:同意在运营主体的该等资质文件期限届满时妥善受理其续期申请,若因客观原因续期手续未及时完成,同意运营主体在正常运营时按照原证件开展业务。

不过,主管部门的上述同意函不能完全取代展期后的经营资质,且即便主管部门出具了上述同意函,仍存在资质文件期限届满时或届满后合理期限内运营主体未能及时完成续期手续、进而无法正常经营的风险。因此,专项计划文件需要充分揭示风险并设置相应风险缓释措施(包括但不限于设置加速清偿事件、提前终止事件和其他增信安排等)。

(三) 基础资产是否可转让

在进行资产审查时,需要关注特许经营协议(或与政府方签署的其他协议)对于运营主体开展ABS是否有特殊要求或限制,如果该等协议限制转让收费收益权的,需要提前征得协议签署方的同意,避免收费收益权无法转让。

(四) 基础资产是否存在权利限制

在进行资产审查时,需要关注运营主体是否在收费权、收益权或相关资产上设置了抵押、质押等权利负担或存在其他权利限制;如存在权利限制,需要提前解除或者设置充分合理的措施以通过专项计划相关安排在原始权益人向专项计划转移基础资产时予以解除。³

PART 003

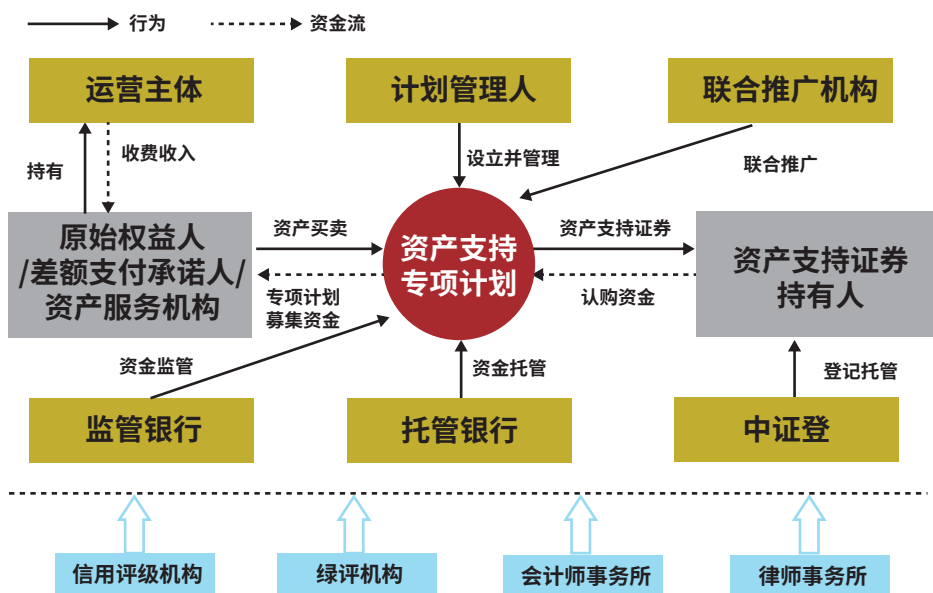
水务ABS交易结构及交易机制设计

(一) 水务ABS常见交易结构及机制

以供水或污水处理收费收益权作为基础资产的专项计划,交易结构通常如下:

2. 分别见《上海证券交易所基础设施类资产支持证券挂牌条件确认指南》第四条第(三)项和《深圳证券交易所基础设施类资产支持证券挂牌条件确认指南》第四条第(三)项。

3. 以上海证券交易所的规定为例,《上海证券交易所基础设施类资产支持证券挂牌条件确认指南》第六条规定,“基础资产、底层资产及相关资产的权属应当清晰明确,不得附带抵押、质押等担保负担或者其他权利限制。基础资产或底层资产已经存在抵押、质押等担保负担或者其他权利限制的,应当能够通过专项计划相关安排在原始权益人向专项计划转移基础资产时予以解除。”深圳证券交易所亦有类似规定。



交易机制安排通常如下：

1. 投资者将认购资金交付计划管理人，计划管理人设立并管理专项计划，投资者取得资产支持证券，成为资产支持证券投资者。

2. 原始权益人向专项计划出售基础资产。管理人委托原始权益人作为资产服务机构对基础资产进行管理，包括但不限于将相应水费/污水处理费缴存/归集至资金归集账户等。

上述交易结构图适用于原始权益人并非运营主体的情形，该等情形下，原始权益人先从运营主体处受让收费收益权，再转让给专项计划（根据沪深交易所的规定，该等情形下，基础资产系从第三方受让所得，原始权益人应当已经支付转让对价，且转让对价应当公允）。

3. 为避免出现基础资产现金流意外短缺导致ABS产品无法兑付，一般需要引入第三方（通常为财力雄厚、资信良好的关联方）作为差额支付承诺人等外部增信方，以降低现金流回款风险、应对原始权益人经营风险、缓释收费收益权类基础资产存在的破产隔离风险。当发生差额支付启动事件时，差额支付承诺人根据差额支付承诺的约定将差额资金划入专项计划账户。

4. 监管银行根据监管协议对归属于专项计划基础资产的资金进行监管，保证资金的安全；托管人根据托管协议对专项计划资产进行托管。

(二) 水务ABS中产品安全性保障机制设计

以收费收益权作为基础资产的ABS中,收费收益权所依赖的基础权利(即收费权)并未转让,收费收益权依赖于运营主体持续合法有效提供服务并收取费用。如运营主体破产,在破产申请被受理后,运营主体可能停止营业、被取消相关收费权等,进而无法继续提供服务并收取水费/污水处理费等费用;运营主体所享有的相关收费权将作为破产财产被接管。该等情形下,专项计划无法单独享有收费收益权。

上述风险是收费收益权ABS的固有风险,无法完全避免,需要重点考虑如何缓释、将风险降到最低,例如,设置资金及时归集和划转。供水企业、污水处理企业的收入划转,通常有两种方式,一是收支两条线模式项下的现金流划转,二是使用者直接付费。无论是哪种模式,都需要关注回收款的支付/转付频率,以确定专项计划的归集和分配安排。根据沪深交易所的规定,现金流回款从产生到归集至专项计划账户的周期应当不超过1个月,特定情形下(原始权益人及资产服务机构资信状况良好且专项计划设置有效增信措施)可适当延长,但最多延长3个月。⁴

另外,为应付基础资产现金流意外短缺风险,水务ABS中通常还搭配设置相关主体提供的差额支付承诺、保证金等增信安排等,并因此涉入该等增信主体的信用风险。项目组承办业务时,除了对资产进行审查,也需要提前对运营主体、原始权益人、差额支付承诺人等进行尽职调查,且在交易文件中可以对其设置约束机制,确保其无影响ABS兑付的重大经营风险和法律风险等。

(三) 水务ABS中兼顾产品流动性与原始权益人融资灵活性需求的机制设计

城市水务特许收费期限通常比较长,因此水务ABS期限也可以设置为较长的期限。在水务ABS期限较长的情形下,既需要考虑投资人对产品流动性的考虑,也需要考虑运营主体对较长期限产品融资成本的考虑。为平衡二者利益关系,水务ABS可借鉴债券中交易安排利率调整机制、赎回机制和回售机制。具体安排比如:

预期收益率调整机制:在每一类优先级资产支持证券到期前,原始权益人有权申请调整优先级资产支持证券的预期收益率(调整后的预期收益率不溯及既往)。鉴于优先级资产支持证券预期收益率与原始权益人的融资成本相挂钩,该等安排可平衡

4. 以上海证券交易所的规定为例,《上海证券交易所基础设施类资产支持证券挂牌条件确认指南》第十三条第三款规定,“自专项计划设立之日起,基础资产或底层资产回款自产生至归集进入专项计划账户的周期应当不超过1个月。资产服务机构可以根据专项计划的约定,提高资金归集频率。原始权益人及资产服务机构资信状况良好,且专项计划设置担保、差额支付等有效增信措施的,现金流归集周期可以适当延长,但最长不得超过3个月。”深圳证券交易所亦有类似规定。

原始权益人的利益诉求，原始权益人可根据市场情况调整较长期限产品的后续融资成本。

赎回机制：在每一类优先级资产支持证券到期前，原始权益人有权申请支付相应预期收益和本金、赎回全部或部分优先级资产支持证券份额。该等安排可平衡原始权益人的利益诉求，原始权益人可根据市场情况调整融资安排。

回售机制：在每一类优先级资产支持证券预期到期前，剩余优先级资产支持证券有权申请将所持有的优先级资产支持证券份额全部或部分回售至原始权益人，原始权益人应当按照约定支付对应回售所需支付资金。该等安排可平衡投资者的需求，投资者可根据市场情况、自身财务安排、预期收益率的调整情况(如有)调整投资安排。

如果你有稳定的现金流，一切可证券化，城市水务资产领域亦是如此。



刘洪蛟
合伙人
私募基金与资管部
深圳办公室
+86 755 3325 6366
liuhongjiao@zhonglun.com



环保领域基础设施通过公募 REITs退出机会的法律分析

作者/魏轶东、宋淑一

随着环保领域基建领域壮大发展,我国已在环保领域沉淀大量优质的基础设施项目。但环保领域基建产业长期面临投入资金大,回收周期长等发展瓶颈。随着公募REITs产品的推出,环保领域基础设施项目可以借助公募REITs实现提前退出及循环投资。目前,环保领域基础设施通过公募REITs退出已有明确的相关政策支持及成功先例。

PART 001

环保领域基础设施的发展瓶颈

环保企业的社会资本方缺乏提前退出机制。环保领域基础设施属于重资产行业,如生物质发电、污水处理等基础设施,其项目选址、立项、规划、建设的周期较长,前期需要投入大量的资金,且资金回收周期长,社会资本缺乏能够迅速回收资金的方式。目前环保领域基础设施多采用PPP(政府和社会资本合作,Public-Private-Partnership,“PPP”)或特许经营模式,退出机制主要是到期移交或政府回购。如拟通过转让基础设施项目或特许经营权的方式退出,又受限于持有期限、受让主体要求、政府部门审批或备案程序等诸多约束,社会资本难以实现从项目中提前退出。

受限于提前退出机制的缺乏,环保企业的社会资本方往往无法进一步发挥其自身的基建优势。环保领域基础设施项目的社会资本方在基础设施项目建设过程中可能更依赖于自身在相应环保领域的基础设施建设或资金方面的优势,而在对相应环保领域基础设施项目的长期运营和管理方面略有欠缺。如社会资本方能够在基础设施项目平稳运营后实现及时退出,能够帮助其进一步发挥自身在基础设施项目建设方面的优势,回笼资金,投资建设新的环保项目。

PART 002

环保领域基础设施是公募REITs重点支持领域

从公募REITs试点项目推行、首批REITs试点项目申报、首批REITs项目发行再到公募REITs项目扩容,环保领域一直是公募REITs相关政策及法规重点支持的领域。

证监会、发改委于2020年4月24日发布的《关于推进基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)试点相关工作的通知》(证监发[2020]40号)中已明确:聚焦重点行业,优先支持水电气热等市政工程,城镇污水垃圾处理、固废危废处理等污染治理项目。此后,发改委于2020年7月31日发布的《关于做好基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)试点项目申报工作的通知》(发改办投资[2020]586号)进一步明确:“城镇污水垃圾处理及资源化利用、固废危废医废处理、大宗固体废弃物综合利用项目”等环保项目属于优先支持的试点项目。

作为优先支持的试点项目,多家环保企业参与发改委试点项目申报,且在首批已发行9单项目中,已有生物质发电项目首钢绿能及污水处理项目首创水务2单环保类项目。

在市场的踊跃参与下,公募REITs扩容在即。发改委也于2021年6月29日发布《关于进一步做好基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)试点工作的通知》(发改投资[2021]958号,以下简称“958号文”),除延续前述文件继续明确试点行业包括“生态环保基础设施。包括城镇污水垃圾处理及资源化利用环境基础设施、固废危废医废处理环境基础设施、大宗固体废弃物综合利用基础设施项目”之外,958号文扩大了试点行业范围,新增“能源基础设施。包括风电、光伏发电、水力发电、天然气发电、生物质发电、核电等清洁能源项目,特高压输电项目,增量配电网、微电网、充电基础设施项目,分布式冷热电项目”。

环保领域基础设施通过公募REITs实现提前退出,已有明确的政策及法规支持,并已有成功实现退出的先例。

PART 003

环保领域基础设施通过REITs退出的优势

作为公募REITs重点支持的领域,环保领域基础设施发展公募REITs,通过公募REITs实现提前退出亦有其自身优势。

(一) 能够满足试点项目要求

1. 聚集优质的底层资产

环保领域拥有大量的基础设施项目可以满足公募REITs对于底层资产的要求。根据958号文的规定,基础设施项目应成熟稳定,并满足基础设施项目权属清晰,资产

范围明确,发起人(原始权益人)依法合规直接或间接拥有项目所有权、特许经营权或经营收益权等条件。环保类基础设施项目,如污水处理、生物发电等需要取得政府审批许可,项目建设及投入运营亦需要政府相关部门的支持。此外,环保领域基础设施项目多采用PPP或特许经营模式,原始权益人将以与政府方签订特许经营协议等形式明确获取特许经营权。因此相较而言,基于政府方对环保领域基础设施项目的审批,以及环保领域基础设施项目的技术及商业门槛,环保领域基础设施拥有一定的合规优势。政府审批手续、特许经营协议及相应产权证书等则赋予原始权益人对基础设施项目完全的所有权或特许经营权。综上,环保领域基础设施项目能够满足基础设施项目权属清晰、资产范围明确、原始权益人依法合规直接或间接拥有项目所有权、特许经营权或经营收益权等合规要求。

2. 具有相应的可转让性

公募REITs底层的可转让性是监管部门关注的重点。发改委958号文已明确,相关规定或协议对项目公司名下的土地使用权、项目公司股权、特许经营权、经营收益权、建筑物及构筑物转让或相关资产处置存在任何限定条件、特殊规定约定的,相关有权部门或协议签署机构应对项目以100%股权转让方式发行基础设施REITs无异议,确保项目转让符合相关要求或相关限定具备解除条件;对PPP(含特许经营)类项目,无论设定限制与否,PPP(含特许经营)协议签署机构、行业主管部门应对项目以100%股权转让方式发行公募REITs无异议。

尽管政府方在与社会资本方订立特许经营协议时,基于保障环保项目的稳定运营、保护公共利益的考虑,对社会资本方转让项目公司的股权或特许经营权设定了相关限制条件,如转让项目公司股权或特许经营权须经政府方的批准等。但在国家大力推行REITs产品的背景下,首批已发行REITs项目中,地方政府对于环保领域开展REITs项目均有沟通出具无异议函的空间。如首创水务项目中,深圳首创与项目实施机构深圳市水务局于2009年2月10日签署的《特许经营协议》约定,在特许经营期内,未经政府批准,项目公司及其投资人无权转让项目建设权或受让权等限制条件;深圳市水务局于2020年10月16日出具《关于福永等水质净化厂实施REITs项目有关事宜的函》,原则上同意首创股份在确保相关水质净化厂实际控制权不发生转移的前提下将所持深圳首创股权开展本次发行交易结构下的股权转让。

3. 现金流来源合理分散

除上述对于底层资产的合规及可转让性要求外,公募REITs还要求项目成熟稳定,并明确项目收益持续稳定且来源合理分散,直接或穿透后来源于多个现金流提供

方。环保领域基础设施项目,如生物质发电项目或污水处理项目,穿透来看,实际为使用者付费,因此能够产生稳定的现金流。实践中,政府为支持环保领域基础设施项目的建设,可能给予部分政府补贴。但对于基础设施项目的收入来源含地方政府补贴的,需在依法依规签订的PPP合同或特许经营协议中有明确约定,且不当依赖第三方补贴等非经常性收入。

(二)原运营管理人员持续运营

环保领域基础设施发行REITs后,基金管理人可以自行运营管理或委托外部运营管理机构运营管理基础设施项目,外部运营管理机构通常为基础设施项目原始权益人或其关联方。届时,可将原运营管理人员剥离至外部运营管理机构或基金管理人下设的专门部门,由其继续运营管理基础设施项目,确保环保项目能够平稳运营。如首钢绿能项目中,基金管理人已与北京首钢生态科技有限公司(简称“首钢生态”)签署运营管理服务协议,由首钢生态作为运营管理机构运营基础设施项目。首钢生态为发起人(原始权益人)首钢环境产业有限公司的全资子公司,运营人员从原项目公司剥离到首钢生态,实际仍由原运营人员继续运营管理基础设施项目。而在首创水务项目中,运营管理机构则直接由原始权益人北京首创股份有限公司担任。

(三)通过REITs募集资金及后续扩募实现循环投资

环保企业可以通过REITs回收资金继续用于环保项目建设。首钢绿能项目的回收资金将主要用于北京首钢新能源发电项目(生活垃圾二期)项目、永清县生活垃圾焚烧发电厂项目(一期);首创水务项目中,原始权益人首创股份通过本次公募REITs发行盘活资产,实现的回收资金将全部以资本金形式用于深圳、安徽等地共9个城镇水务、水环境综合治理等环保产业项目投资。

环保企业也可以通过后续扩募新建环保项目。发改委958号文已对项目资产规模明确要求,“发起人(原始权益人)具有较强扩募能力,以控股或相对控股方式持有、按有关规定可发行公募REITs的各类资产规模(如高速公路通车里程、园区建筑面积、污水处理规模等)原则上不低于拟首次发行公募REITs资产规模的2倍。”首钢绿能项目招募说明书披露,首钢绿能项目目前后续拟扩募项目主要包括北京首钢新能源发电项目(生活垃圾二期),基金管理人将寻找更多合适标的装入本基金。

公募REITs退出方式的灵活性也将为环保领域基础设施项目退出提供便利。基于目前公募REITs通常的交易架构,环保企业可选择在底层转让项目公司股权或特许经

营权等,也可以转让持有的基金份额等方式实现退出。发行公募REITs实现提前退出,能够满足权益投资者的投资需求,盘活环保类的存量资产,加快环保类基础设施资金的周转效率,为环保类基础设施建设提供更丰富的资金来源。



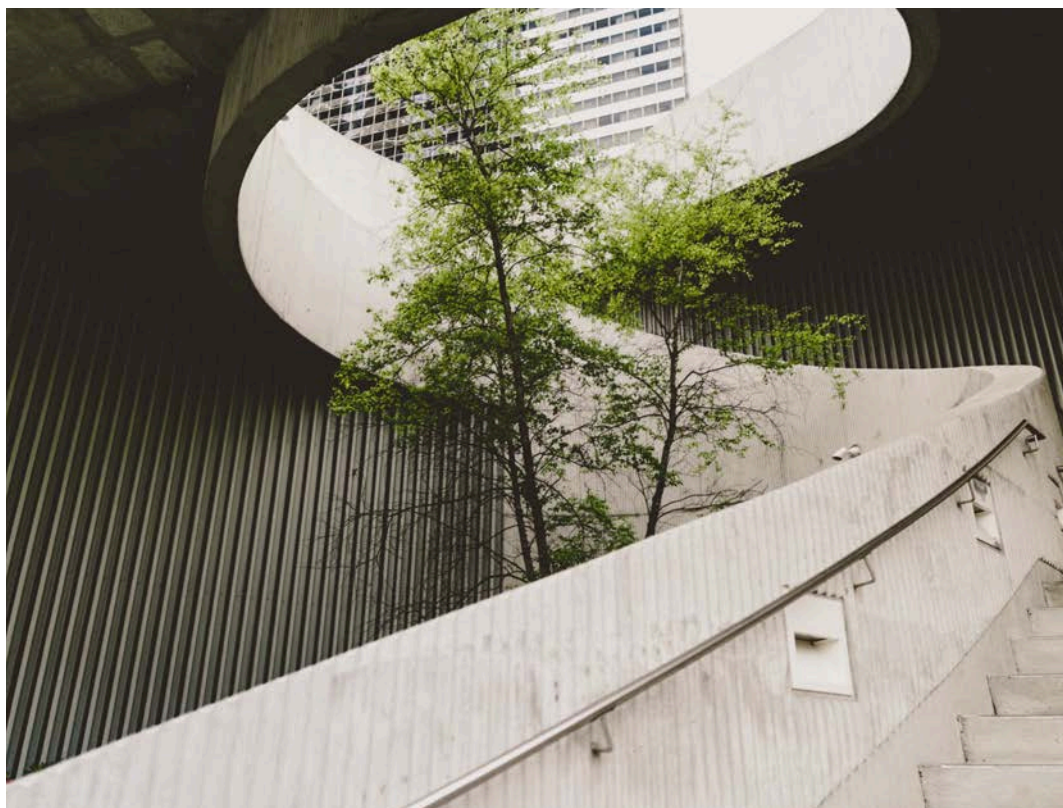
魏轶东
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2193
weiyidong@zhonglun.com

S E C T I O N

0 7

生 态 环 保
项 目 争 议 解 决





海外环保工程承包项目 合作架构设计中的风险控制

作者/张炯、张文靖、杜照康

在生态与环境保护的国际环境与政策推动下,世界环保产业市场出现迅速发展的势头,中国承包商也正在逐渐获得海外环保工程的商业机会和市场份额。此类海外工程通常具有投入资金多、项目规模和技术难度大、资源依赖性强、工期长、合作关系复杂等特点,加之以工程地点远在海外,存在着很多的不确定因素。如果企业不能对潜在风险进行充分、准确的识别和预判,可能会使项目无利可图甚至蒙受巨大损失。特别是,海外工程承包项目的开展,离不开与包括业主方、联合体合作方及分包商/供应商的合作,而主要的项目风险源恰恰又来自于这些合作。因此,如何优化合作架构是中国承包商防控风险和提升海外承包经营管理水平的关键,合作架构的前期规划设计更是项目稳妥运行的重中之重。

如上所述,作为承包商,在海外工程合作关系中的三个关键环节分别是:向上与业主的合作、平行与联合体单位的合作、向下与分包单位的合作,本文将结合几则典型案例,从以上三个层面分别分析海外环保工程承包合作架构设计中潜在的风险点及防控对策:

PART 001

与业主单位的合作

作为项目的投资人和发包方,业主在项目承发包关系中通常具有较为强势的话语权,特别是不少项目通过招投标的方式遴选承包商,合作模式一旦由业主决定,承包商能够调整的空间非常小。加之以在“走出去”大环境中的激烈竞争态势,为保持竞争优势,常常使得承包商对业主提出的合作模式全盘接受,而重大的风险也恰恰存在于这种模式所导致的不公平条件之下。

案例A:在土耳其的某EPC工程项目中,中国承包商负责的工作范围是设计、供货和施工监理,并没有施工的工作内容,但业主却提出以EPC合同为框架签署合约,依照约定承包商需要对包括施工在内的项目整体工期和质量负责,将一个供应项目变成了交钥匙工程。承包商未考虑到自身的管理能力有限,且在海外工程项目对施工单



位更是鞭长莫及,完全接受了这一工作范围与风险和责任极不匹配的合作模式。在项目推进过程中,一方面,施工单位的施工质量和进度出现严重问题;另一方面,承包商也存在一定程度的疏于监督管理,最终发现承包商对项目施工完全失控,工程在项目调试期暴露了大量安装问题。此时业主单位将工程工期延误和质量问题的责任都依EPC合同归因于承包商,并向承包商提出巨额索赔,不仅给项目进度带来了明显不利的影响,也给承包商造成了重大的亏损。

在本案中,作为监理身份,承包商本不必对施工质量和工期承担如此直接和主要的责任,但因就范于业主提出的合作模式和EPC合同文本,使得自己承担了远超过合理程度的风险。如果承包商在合作初期对此有充分认识,本可以存在若干不同的解决渠道:第一,即使在不改变基础合同文本的前提下,也可以与业主协商调整风险分配机制,对工程施工只承担管理责任而不是施工责任;第二,基于EPC合同的需要,要求将施工工作也纳入本身的承包范围,从而在合约关系上能更顺畅地管理施工单位;第三,如果已经在合作模式中承担了施工责任,那么就不能再将自己仅仅定位为供货单位,而是要如代建单位一般在履约过程中加大施工管理的人力、物力投入;第四,如果无法改变风险分配机制又对自身管理能力没有充分信心,则应考虑果断地放弃项目。

案例B:在合约架构的设计中,付款安排是否合理,可能成为承包商重要的风险源,直接影响着承包商的经济效益。例如,若合同中规定无预付款或预付款比例过低,工程款支付周期过长,质保金返还条件苛刻等都可能给承包商造成一定的资金压力。如我国某央企作为承包商承揽了北非的生态修复工程项目,在其合同履行过程中遇到业主方资金链断裂的问题,被迫中途终止合同。正因为该项目的合同未约定业主方支付预付款的义务,使得承包商前期投入的人力、机械设备及工程材料的损失无法得到补偿。因此,国内承包商应在投标时及时安排具备丰富业务经验的人员对项目资料进行收集整理和严格审查,仔细梳理相关合同、协议条款,避免合同条款的不合理安排造成的己方履约风险的累积。对于没有预付款和其他资金保障手段的长期垫资陷阱,应坚定地提出异议。

因此,虽然在海外工程项目中,合作模式和合同文本多由业主确定,但这决不意味着承包商就因此而无所作为。项目的风险和责任要与工作范围和收益匹配,应当是海外工程承包商始终要牢牢把握的原则。对于可能给自身造成巨大风险和损失的不公平条件,应改变在国内工程市场中常见的“低价中标,先拿项目,高价索赔,再拿利润”的思路。须知在境外不再有如国内一样从法律、政策到政府执法层面全方位对承包商的保护。加之进入到陌生的商业和文化环境,承包商抵抗风险的能力其实非常脆

弱,很多海外工程项目的折戟沉沙都源自于在前期为拿项目不谈条件,中期盲目自信疏于管理,后期问题暴露损失惨重。因此,海外工程承包商需要提升自己在合约规划阶段的风险分析、识别能力,做到在合同谈判时有所坚持,在风险巨大时也敢于舍弃。

PART 002

联合体合作

如前所述,由于海外环保工程具有技术难度大、工期长、风险高等特点,国内承包商可能难以独自承揽。因此,形成相互协作、优势互补的联合体模式在海外环保工程项目中被广泛应用。但与此同时,如果联合体各方之间的合作出现问题或内部责任未清晰划分,就可能出现更加复杂的局面。如联合体内部目标和利益诉求发生变化,出现矛盾,进而互相推诿、扯皮,甚至引发联合体各方之间的相互追责和索赔。而一旦项目因此出现工期拖延、付款延迟等情况,业主或分包商就很有可能会提出索赔。

(一) 联合体连带责任

由于国际环保工程项目高投入、高风险等特点,一般对参与者的资信、财务(现金流)及履约能力要求很高。如果承包商在投标阶段对潜在合作伙伴进行选择时未对其上述方面进行充分的尽职调查,就很可能为后续项目的顺利推进埋下隐患,甚至出现其中一方在项目执行阶段破产、无法正常履行合同义务的情形。在约旦某新能源EPC工程中,联合体单位A公司负责供货,联合体单位B公司负责设计和施工,采购相对方由业主单位指定,在这种合作模式下,联合体A公司能获得的预期利润仅900万元,但作为联合体一方向业主承担了整个项目的风险。虽然在联合体内部协议中,对A和B之间的责任有所隔离,但孰料后来B公司因经营不善等原因进入破产程序,工程又因恶劣天气和质量问题遭遇重大损毁,A公司马上面临着业主的巨额索赔。此时A公司为减少损失,不得不独力承担起将项目向前推进的重任,为尽快修复项目考虑,又承接了B公司的分包商。B公司的分包商向B公司主张债权不成,转而向A公司索要工程及劳务款,并且A公司还需承担B公司因设计问题造成质量事故的连带责任。来自于上下游各方矛盾的夹击使A公司不得不付出大量的资源和成本以协调关系和解决争议,并最终向业主支付了不菲的赔偿金。

在本案中,A公司的收益同样与风险严重不对称,整个项目在初期就利润极薄,承揽项目的主要动力是出于将集团的海外业绩做大做强,特别是因为多年缺乏海外项



目的业绩,拿到一单生意成为公司的迫切需求。A公司本来认为,设计和施工由联合体合作方承担,供货单位又是业主指定,自身压力较小,可以接受不高的利润,但在这一背景下,却未能事先充分评估联合体合作方的经营状况和履约能力,就将自己的利益和风险系于对方一身,最终在对方破产时措手不及。此外,既然公司并未以追求利润为目的,实际上可以,也应当将更多的资金和资源投入项目管理。本次风险爆发的主要原因除了联合体一方破产外,严重的工程质量事故导致的返工和索赔也是决定性的,如果A公司能够将更多的资源向工程的实际施工管理倾斜,在B公司已现危机之时确保不出现重大质量事故,项目仍有挽回余地。因此,我们总结的经验是,公司的商业目的、收益和风险是一个有机的整体,所有的收益和风险的安排必须围绕着商业目的的实现开展,才能收获良好的效果。

(二) 联合体决策机制

在某一海外环保工程项目中,外国A公司与中国B公司组成联合体承揽。后期由于原料价格出现明显的波动,A公司认为该情况属于情势变更,向业主单位索赔不成,欲提起仲裁。然而,依据联合体协议,出现特定情形时通过提起诉讼主张权益,需要联合体各单位的一致行动,故联合体各单位就是否有权单方面提起仲裁发生了争议,使中国企业在行使索赔权时受到重大程序性障碍。

另在一南美项目的联合体合作机制中,中国企业投入了主要的资金、人力和物力以实施工程,另外两个当地联合体成员主要起到协调当地关系的作用,并无太多的实际投入。但在表决机制上,当地联合体成员要求和中国企业成立联合体技术委员会,并享有和中国企业同等比例的表决权,甚至提出设置当各方无法达成一致时采取抽签确定决策人的机制。这完全无法保障中国企业与投入和风险相匹配的决策权。

因此,在组建联合体的过程中,关于各方发生分歧时的决策机制始终是合作谈判时的重中之重。在谈判中,务必要保证自身的决策权与自身的投入份额相匹配,并通过一致决、多数决、独立决等不同的事项层次,尽可能在重要的商务决策上争取到话语权。

(三) 联合体分工和收益模式

在澳门某联合体承包的垃圾焚烧项目中,联合体根据当地法律要求注册了项目实体,联合体的四方在项目设计方案和报价都不成熟时,签订了合作备忘录,约定了5:3:1:1的股权比例,并同时约定项目实施时亦按此比例划分工作范围,并各自获得所承包范围内的收益。其中,中国企业在联合体中的股权比例为30%,负责本工程主要设备的供应。但在项目正式拟向业主报价并签订联合体的正式合作协议书时,随着条件的成熟,各方发现,主要设备的价值已经大大超出了合同价值的30%,但其他各方依据备忘录中股权比例的要求,提出中国企业应删减设备的供应范围,以符合备忘录关于工作范围划分的约定。此时,中国企业面临非常被动的局面,如删减工作范围,可能造成利润无法达到预期,但如不删减工作范围,又直接违反了合作备忘录的约定。

究其原因,是因为合作备忘录在较早时已签订,但当时对实际情况没有充分的评价,后续出现了联合体股权比例与其各自的工作内容价值占比无法匹配的情况。实际上,作为联合一方,理应在确定股权比例及工作范围这样的重大事项时,对项目进行充分的预估和测评,就分工、股权比例、项目效益分成比例等事项应结合项目和各成员单位实际情况在联合体协议中作出科学、合理的约定,尽可能地实现各方收益和工作价值量的匹配。如条件不成熟的,宁可待条件相对成熟时再签署有关约定,也要避免为了匆匆达成合作而将尚不清晰的商务条件过早锁定。

(四) 联合体退出机制

承包商A和非洲B公司组成联合体单位中标某海外环保工程项目,非洲B公司将部分股份转让给项目所在国前总统亲属的私人C公司。后来,新上任总统签发总统令

要求非洲B公司退出联合体，B公司由于政治原因被迫退出。此时，A公司本拟另行寻求联合体成员进行合作承揽该项目，但在联合体协议中却约定了双方互相排他的“共进退”机制，即当一方退出时，另一方不得再与其他方寻求合作。由于未事先在联合体协议中明确约定联合体成员单方退出的救济机制，项目一度陷入停滞状态，且A公司面临前期投入无法收回的窘境。

综上，鉴于海外工程项目复杂的环境和巨大的风险，无论是对行业形势、竞争对手、还是合作伙伴，都应展开持续且深入的调研分析，定期、及时掌握相关方的整体运营状况。尤其是在组成联合体时，应慎重选择联合体合作方。在自身条件有限的情况下，可以通过工程咨询机构、律师事务所、会计师事务所等第三方服务机构协助进行尽调，根据自身优劣势和需求，有针对性地挑选合作伙伴，确保合作相对方的资信情况、项目经验、财务能力、履约能力等满足合作的要求。

另一方面，应结合拟进行合作项目的实际情况，在联合体协议中就各方的责权利进行合理设置，既要考虑易于操作和执行，避免冗长繁琐的机制造成联合体内部管理内耗和丧失互信，又要尽量做到责权利的平衡，确保联合体的平稳运营。其中，应重点关注联合体各方的分工界面、利润分配和收付款制度、决策机制、内部索赔机制和流程、违约责任的救济和补偿、退出机制、争议解决机制等方面。

PART 003

与分包商/供货商的合作

在某海外光伏项目中，业主单位指定了多家供应商，总包方经询价后将供应商的报价纳入其投标报价中，在未及与供应商签订供货协议的情况下，即与业主签订了合同。实际履行过程中需要进行采购时，部分供应商以物价上涨为由提出增加货款，受合同条件的限制，总包又不能更换业主指定的供应商，最终造成了总包方的亏损。

对此，作为总包方应：第一，在向业主报价前，与供应商事先签订供货合同或框架协议，以锁定供货价格，避免后期坐地起价；第二，在承包合同中，争取约定清楚在特定条件下反对指定分包/供货的权利。例如，当业主指定的供货单位不能以总包合同的价格供货时，总包保留更换供货商的权利。总包单位应注意，在总包项目的报价过程中，可能会涉及大量的与分包商的沟通协调以及分供合同的谈判和签署事务。这些事务虽然繁琐但是极有必要，是实现合约风险控制的有效手段。

结语

综上,我们可以看到,作为海外环保工程项目的承包商,在走出国门、迈向世界的同时,也难免会由于不同的合作架构,在工程项目实施过程中,面对来自业主单位、联合体单位、分供单位等方面的多重风险。因此,国内企业应当不断提高风险意识,事先对项目合作架构进行充分的评估,加深对合同或协议条款的理解和研判,设计对己方更为有利的风险分配与责任分担机制。尽可能地达到风险与收益、责任与利润的平衡,以此更好地规避风险,减少不必要的损失,在海外市场中为企业赢得最大的经济效益,实现预期的商业意图。



张炯
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com



张文靖
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2466
zhangwenjing@zhonglun.com



EPC模式下的环保工程固定 总价范围及风险管理刍议

作者/魏志强

传统施工总承包模式下, 承包人习惯了据实结算的方式, 即在合同约定计量、计价标准的前提下, 按照竣工图及联系单据实结算, 或者在已有施工图的情况下, 按照固定总价加变更的形式进行结算。而工程总承包模式下, 发包人往往在可行性研究(投资估算)或者初步设计(初步设计概算)阶段即进行固定总价发包, 此时由于不具有施工图, 设计深度往往不够, 发、承包人对于最终价款结算也纠纷不断。司法实践中, 对于固定总价是否可调以及如何调整均是难点。下面我们将以“某环保科技有限公司与某高新技术产业园区管理委员会建设工程施工合同纠纷”一案为例进行说明。

案涉项目开始施工时仅有立项文件, 无初步设计、无施工图纸。招标文件明确: “投标企业应根据扩大初步设计阶段图纸进行项目概(预)算等造价文件编制并投标报价; 本项目中标价为暂定合同价, 中标后, 招标人组织对中标人提交的扩大初步设计及前期设计文件进行综合评审, 中标人依照评审结果进行设计修改和完善, 并接续展开施工图设计。开工前, 中标人需在投标造价文件及施工图设计的基础上编制施工图预算造价文件(全部费用总额不得高于中标价), 经财政等部门审核后, 作为施工造价控制及竣工结算的重要依据。”后双方就涉案工程是固定总价还是按实结算产生纠纷。在分析法院对这一纠纷的认定处理之前, 有必要先对EPC工程总承包项目投资过程管理进行分析。

PART 001

EPC工程总承包项目投资过程管理

EPC项目的建设过程包括项目的建议书、可行性研究(投资估算)、初步设计(初步设计概算)、施工图设计、施工等阶段。在项目投资中, 发包人重点关注的是产量目标、投资预期、粗略建设标准和关键里程碑节点, 并通过性能和功能定位、估算指标、概算指标、工程造价指数等实现投资的目标控制。

具体的项目投资控制分为编制精确的投资估算及设置合理的招标控制价、严格

审查初步设计及后审设计概算两个阶段。

(一) 工程总承包项目投资估算的编制及发包

投资估算是在工程总承包项目建设的可行性研究阶段进行编制,精确的投资估算是初步设计限额的基础,如果发包人在可研之后即进行发包,在投资估算基础上制定EPC合同固定总价,发包人要求决定了EPC总承包项目的范围及标准。由于此时没有详细基础资料 and 设计方案,发包人要求清单就成为了工程总承包文件的核心部分。投标人须充分理解发包人需求及项目定义。发包人要求是总承包商完成设计及编制投标文件和技术方案的基础依据,是发包人审查的依据,同时也是工程竣工验收的依据。以《建设项目工程总承包合同》GF-2020-0216(下称《示范文本》)为例,发包人要求包括:

一、功能要求;

二、工程范围((一)概述、(二)包括的工作、(三)工作界区、(四)发包人提供的现场条件、(五)发包人提供的技术文件);

三、工艺安排或要求(如有);

四、时间要求;

五、技术要求;

六、竣工试验;

七、竣工验收;

八、竣工后试验(如有);

九、文件要求;

十、工程项目管理规定;

十一、其他要求。

总承包商在投标时需要借鉴其完成类似建设规模及功能性质项目的实施经验,充分理解发包人的要求和意图,并通过中标后的初步设计将发包人要求清单转化为项目的整体策划和实施方案。

(二) 工程总承包项目初步设计及初步设计方案的审查及发包

由于发包人要求仅有项目的“功能性要求”,而无具体可量化工程指标。工程总承包商需要对工程项目的整体要求定义,包括相关标准、形状、类型、质量、性能等量化指标。该定义可分为三个阶段:第一阶段是将发包人要求清单(主要包括投资限额、建

设标准、功能要求、工程范围、时间要求等)转化为实施要素(商务、技术、管理等方案,设计依据标准、设计范围、设计质量、限额设计、设计进度,施工进度、施工质量等);第二阶段将实施要素转化为项目目标(成本、质量、进度、技术目标等);第三阶段将项目目标最终转化为功能指标(建筑指标、结构指标、电气指标等)。

发包人进行**初步设计及初步设计概算审查**时,主要基于发包人要求进行功能性审查、基于限额设计进行经济性审查、基于可施工性及可行性审查,从而实现项目的使用功能目标、投资控制目标、项目价值增值。**然后以其审批的初步设计及初步设计概算为基数进行发包,确定最终的EPC合同固定总价。**

在上述“某环保科技有限公司与某高新技术产业园区管理委员会建设工程施工合同纠纷”中,涉案工程虽然在初步设计之后进行发包,但是其工程总价并非是按照初步设计及初步设计概算为基数确定,而是按初步设计报价(暂定价)中标后,由中标人依照评审结果进行初步设计修改和完善,并接续展开施工图设计,然后编制施工图预算造价文件,经财政等部门审核后,作为施工造价控制及竣工结算的重要依据。即初步设计概算只是暂定价,并非是按照初步设计概算为合同固定总价,本质上还是按照施工图预算施工。

PART 002

EPC合同价款及承包范围

下面我们以《示范文本》为例对EPC工程总承包项目合同价款及承包范围进行具体分析。

4.1 承包人的一般义务

除专用合同条件另有约定外,承包人在履行合同过程中应遵守法律和工程建设标准规范,并履行以下义务:

(4)按合同约定的工作内容和进度要求,编制设计、施工的组织和实施计划,保证项目进度计划的实现,并对所有设计、施工作业和施工方法,以及全部工程的完备性和安全可靠负责。

通过上述合同条款分析,可以总结出EPC总承包模式的一个特点在于:以总承包

商为履约核心, 发包人获得一个可投产或者运行的工程设施。由总承包商自行完成对整个工程项目的设计(初步设计或施工图设计)与采购施工一体化的策划, 设计、生产(制造)及生产产品所需物资的采购、调配和EPC项目的试运行管理, 直至符合并满足发包人在合同中规定的性能标准。

PART 003

EPC工程总承包项目风险的承担

EPC总承包模式下, 承包人承担着更多责任, 负担的风险从传统的以工程质量缺陷风险和工期延误风险为主, 增加到包括设计、施工、管理等全过程的风险, 发包人只承担项目的目标、功能要求、设计标准不明确所带来的风险, 总承包商承担按发包人要求完成设计而实现项目预期价值的风险。由于发包人对未来的工程项目的预计可能还仅仅是一些概念、技术要求和标准等原则性的文字约定, 没有相应设计图纸, 对项目的设计、设备采购、施工的具体环节不是很明确, 这种宽泛的要求加上合同双方之间仅有文字而无图纸约定, 将会导致**工程承包范围**难以清晰的界定。因此, 在**可行性研究阶段后即进行发包**, 承包商承担的风险是最大的, 毕竟发包人对工程项目的工作管控是有限的, 一般不得干涉承包商的工作, 但可对其工作进度、质量进行检查和控制。

设计包括方案设计、初步设计和施工图设计。工程项目总承包商承担设计任务范围的不同, 会深刻影响合同义务、责任和风险。设计深度的不同会导致风险分担的差异, 如果在初步设计之后进行发包, 发包人承担的责任加大, 当然如果是施工总承包, 发包人在施工图设计之后发包承担的责任更大。因此, 发包人承担的设计工作越多, 存在提供的技术资料越详细, 承包商承担的风险越小。当承包商需完成所有设计工作时, 应保证发包人的功能需求的实现, 承担的是严格责任; 若承包商仅需完成的是施工图设计, 则应按业主提供的设计文件 and 设计要求工作, 承担的是过错责任。

PART 004

发包人审批修改设计文件的法律后果分析

如前所述, 在可行性研究(投资估算)基础上的EPC合同固定总价, 发包人要求确

定EPC总承包项目的范围及标准。在发包人对设计方案的审批中,对承包人设计的方案有不同意见,拒绝批准该图纸或文件,要求必须采用其他方案或要求承包人进行修改。发包人对总承包商设计文件的修改意见都可以被发包人视为是符合工程预期目的的修缮和优化,已经包死的合同价格将难以突破。这往往导致发包人和总承包商在项目进行过程中的冲突与矛盾。

我们认为,发包人有权依据合同否决承包人的设计方案,但应当说明不批准的理由、依据,如果要求承包人必须采用某种方案,该审查批准影响到**合同中发包人要求的实质性变化**,该指令可能构成“变更指令”,即构成工程变更(区别于合同变更,这是发包人的权利,但需承担相应的费用和工期),总承包人可据此要求增加费用或延长工期。《示范文本》14.1.1表示,除专用合同条件中另有约定外,本合同为总价合同,除根据第13条[变更与调整],以及合同中其它相关增减金额的约定进行调整外,合同价格不做调整。但《示范文本》**未对工程变更范围做出明确的约定**。

在传统施工总承包模式下,由于施工图设计系由发包人认可并办理报建手续,所以,只要承包商的施工符合施工图要求,最终合同约定不能实现的责任要由发包人承担。施工合同中,发包人确认的施工图设计文件是施工合同双方履约的基础,发包人确认的施工图设计文件因发包人原因发生变更的,施工单位可以提起索赔。

但在EPC总承包模式下,如在可行性研究阶段后即进行发包,承包的范围是发包人的要求,且由于初步设计及施工图设计均由总承包商负责完成,所以,即使初步设计及施工图设计系由建设单位即发包人认可并办理报建手续,但发包人仍不一定对最终合同约定不能实现的结果承担责任。因此,与初步设计的变化经原审批单位批准的设计变更、初步设计或概算漏项、施工图设计与估算设计产生的工程量差均可称为承包人的风险。

下面我们结合环保案例就发包人审批设计文件的法律后果问题,继续予以探讨。总承包商所完成的施工设计图纸不符合发包人要求,发包人要求修改,设计院完成了修改。施工图完成后,总承包方认为该修改后的设计变更了经发包人认可并政府批准的承包商完成的初步设计,因此提出变更索赔。发包人以施工图纸的变更在发包人项目要求的范围内为由,对设计院提出的索赔请求,明确予以拒绝。

发生前述纠纷,是混淆了工程变更和设计变更的区别。本质上混淆了工程总承包合同与施工总承包合同的承包范围的区别。设计变更是指,设计单位根据委托人或者根据政府的有关规定对施工图纸的改变。

在施工总承包项目中,承包范围是由施工图决定的,施工图变更可以理解为工程变更;但在可行性研究阶段后即进行发包EPC项目,承包范围是发包人要求决定的。据以确定合同价款的依据是发包人的项目要求,而不是签约后总承包方完成的初步设计图纸、或施工图纸。《示范文本》1.1.6.3对变更做了定义:指根据第13条[变更与调整]的约定,经指示或批准对《发包人要求》或工程所做的改变。变更条款是对EPC的承包范围做了进一步的明确。

在上述案例中,是否构成工程变更以及变更调价,关键看是否对发包人的项目要求进行了实质性变更,如进行了实质性变更,总承包方有权提出索赔。总承包方仅仅拿施工图纸对初步设计图纸做了修改为由要求索赔,是不会得到法律支持的。因此,EPC工程总承包项目施工图变更并不意味着工程变更及变更调价。



魏志强
合伙人
争议解决部
南京办公室
+86 25 6951 1808
wzqlawyer@zhonglun.com



浅谈EPC模式下环保工程 最低交付标准的界定 及其法律责任

作者/魏志强

随着经济不断发展和国家有关部门的推动,EPC模式也逐渐被应用于环保、教育、商业、医疗和住宅等领域。但是我们也应该看到,在EPC模式迅猛发展的背后,是法律法规和理论研究的相对缺位,许多单位仍采用原有的施工总承包的思路去进行理解和分析。因此,研究EPC模式自身特有问题的意义不言而喻,本文将对EPC模式特有的“最低交付标准”进行探讨,试图梳理在EPC模式下的最低交付标准界定并对其可能产生的法律责任进行探讨。

PART 001

EPC模式的概念和特点

EPC(Engineering Procurement Construction)是指公司受业主委托,按照合同约定对建设工程项目的设计、采购、施工、试运行等实行全过程或若干阶段的承包。在这一模式下,由总承包商来全权负责整个工程项目的采购、设计、施工、试运行等,并且对整个工程的进度、质量、安全和造价负责;在这一过程中,业主只需要对工程的关键节点进行考核把关,最终总承包商向业主交付的是一个符合合同约定、满足使用功能、具备使用条件并经竣工验收合格的工程项目。

从上述对EPC模式的分析也引发了本文核心关注的问题,即在EPC模式中,如果总承包商已完工程未能满足业主约定使用功能,鉴于经济性的考虑,是否可以不拒收而采取减价处理的方式?这其中减价处理工程的最低交付标准如何界定,是否具有相应的法律依据?

PART 002

EPC模式最低交付标准及其法律责任的法律与合同基础

无论是谈EPC最低交付标准的界定还是其法律责任,笔者认为应当深入探讨其法律基础并结合合同条款去讨论其合同基础。

(一)法律基础

EPC模式虽然有其自身的特点,但本质上仍属于我国《民法典》第七百八十八条

规定的建设工程合同的范畴,需要受到我国《民法典》的规制¹。

EPC模式最低标准及其法律责任在《民法典》中的法律依据,为EPC模式最低交付标准的设定及其相应的法律责任提供了法律依据,而**是否可以减价而非更换、重作的标准就是本文探讨的EPC模式的最低交付标准**。

对于建设工程质量合格都分为两个层次,一是**法定的质量合格**,主要指的依照法律、行政法规的有关规定制定的保证建设工程质量和安全的强制性国家标准和行业标准以及国家颁发的施工验收规范;二是**约定的质量合格**,即建设工程合同中约定的对该项建设工程特殊的质量要求。

结合EPC模式的特点,其交付标准也可以分为法定的交付标准和约定的交付标准,前者就是法律、行政法规的有关规定制定的保证建设工程质量和安全的强制性国家标准和行业标准以及国家颁发的施工验收规范,后者则是EPC合同中约定的对该项工程的特殊交付要求。由此,本文所称的EPC模式最低交付标准是在符合法定交付标准的前提下,介于法定交付标准和约定交付标准之间,由双方在合同中明确的业主可承受的一种交付标准。与之相应的,此种最低交付标准背后的法律责任,是《民法典》所规定的减少报酬、赔偿损失等违约责任。

(二) 合同基础

下面我们就《建设工程总承包合同(示范文本)》(GF-2020-0216)中有关EPC模式最低交付标准及其责任承担的条文进行梳理和分析²:

在该示范文本中,将EPC总承包模式的工程交付使用了从诸如“未产生实质性影响”,到“任何主要部分丧失生产、使用功能”“整个工程或区段工程丧失生产、使用功能”这几个递进叠加的表述来对EPC工程交付做出规定。据此,在该示范文本中,EPC模式的最低交付标准即为,在工程质量符合法定标准的基础上,未对工程的操作和使用产生实质性影响,仍能符合业主预期的目的和效果,或者不是部分或者全部丧失了生产、使用功能,对于在竣工验收阶段未满足约定交付标准而满足最低交付标准的,发包人有权要求减价。

1.《民法典》第五百八十二条规定,履行不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确,依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

2.《建设工程总承包合同(示范文本)》9.4.2 (2) 未能通过竣工试验,对工程或区段工程的操作或使用未产生实质性影响的,发包人有权要求承包人自费修复,承担因此增加的费用和工期损害赔偿,并赔偿发包人的相应损失;无法修复时,发包人有权扣减该部分的相应付款,同时视为通过竣工验收;
(3) 未能通过竣工试验,使工程或区段工程的任何主要部分丧失了生产、使用功能时,发包人有权指令承包人更换相关部分,承包人应承担因此增加的费用和工期损害赔偿,并赔偿发包人的相应损失;
(4) 未能通过竣工试验,使整个工程或区段工程丧失了生产、使用功能时,发包人可拒收工程或区段工程,或指令承包人重新设计、重置相关部分,承包人应承担因此增加的费用和工期损害赔偿,并赔偿发包人的相应损失。同时发包人有权根据第16.1款[由发包人解除合同]的约定解除合同。

同样,对于在竣工后试验阶段未满足约定交付标准而满足最低交付标准的,则发包人有权要求承包人支付赔偿金。

PART 003

实务裁判案例中对最低交付标准界定及其法律责任的裁判态度

笔者选择了以下两个与环保领域关联度较高的案例,来分析审判界对于EPC模式下环保工程最低交付标准及其法律责任的司法认知和裁判态度。

(一)滁州市环境卫生社会化服务中心与凌志环保股份有限公司建设工程施工合同纠纷案

2013年1月30日,滁州市环卫中心就滁州市生活垃圾填埋场渗滤液处理站升级改造工程EPC总承包(二次)工程对外发布招标文件,后凌志环保股份有限公司(以下简称“凌志公司”)中标,双方签订了《滁州市生活垃圾填埋场渗滤液处理站升级改造工程EPC总承包工程合同书》,约定了**改造后的渗滤液处理站日处理能力(日处理300吨)、净出水率(不低于70%)、出水率及出水水质标准(《生活垃圾填埋场污染控制标准》(GB16889-2008)表2标准)**;约定若属凌志公司自身原因导致未达标排放或处理规模达不到设计要求,将视为项目存在重大缺陷,合同自动终止,造成的一切损失均由凌志公司承担,本项目凌志公司的所有设施、设备、建筑物、构筑物和项目用地等无条件交给滁州市环卫中心。

中标后凌志公司依约进场施工,但其改造后的渗滤液处理站主要工艺设备运行没能达到设计要求,**试运行阶段处理站日最高处理量70t/d,远低于设计要求的300t/d**,滁州市环卫中心遂起诉至法院,要求解除合同、移交项目并承担相应的违约责任。凌志公司也不甘心,向法院提出反诉,要求滁州市环卫中心支付工程款700余万元,返还履约保证金88万元。

一审法院在审理后判决双方合同解除,凌志公司赔偿滁州市环卫中心528万元(合同总价60%),违约金30万元,且滁州市环卫中心无需返还履约保证金,但同时也支持了凌志公司要求滁州市环卫中心支付工程款的诉讼请求,认为案涉EPC工程已通过环保验收,滁州市环卫中心接收案涉EPC工程亦应支付相应的对价,且凌志公司也已经依据合同支付赔偿金528万元,其请求支付剩余工程款的诉请应当被支持。凌志公司不服一审判决提起上诉,二审法院基本维持了一审法院的观点,仅对凌志公司

的赔偿金额进行调整,支持528万元的损失赔偿金,对于违约金30万元不再支持,并要求滁州市环卫中心返还88万元履约保证金。

后凌志公司不服,又向安徽省高院提起了再审申请,安徽高院在(2016)皖11民终1150号裁定书中进一步明确,“工程总承包合同是设计、施工、采购一体的‘交钥匙’工程,承包人交付的工程达不到合同及招标文件约定的各项设计指标,不能满足合同约定的业主需求,视为承包人违约,承包人应承担违约责任,发包人有权解除合同。”驳回了凌志公司的再审申请。

在本案中,约定的交付标准为“改造后的渗滤液处理站日处理能力为300吨,净出水率不低于70%,出水水质达到《生活垃圾填埋场污染控制标准》(GB16889-2008)表2标准……”,但是并没有就最低交付标准做进一步明确,因此,本案中最低交付标准就是法定标准,即通过“环保验收”。法院也是以工程通过环保验收支持了承包人请求工程款的诉请,而由于法定的交付标准低于约定的交付标准,承包人需要向发包人承担违约责任,具体到本案中就是向发包人支付赔偿金528万元(合同总价的60%),实质上就是对整个工程做了减价处理。

(二)明泽节能环保科技有限公司与萍乡萍钢安源钢铁有限公司、第三人江西省第六建筑工程有限公司、萍乡钢铁冶金建设有限公司建设工程施工合同纠纷案

2013年9月29日,明泽节能环保科技有限公司(以下简称“明泽公司”)与萍乡萍钢安源钢铁有限公司(以下简称“萍乡安钢公司”)签订了一份180m²烧结机烟气脱硫工程EPC总承包合同³,双方在技术协议书中明确,“主要调试参数为脱硫塔出口二氧化硫浓度小于等于200mg/m₃”。

明泽公司依约进行施工,在竣工试验阶段,经萍乡市环境监测站四次对案涉工程外排废气监测显示未达到合同约定的排放标准。在萍乡安钢公司多次催告整改后,明泽公司仍未整改到位,无法达到双方合同约定标准和国家强制性标准。萍乡安钢公司据此拒付剩余工程款,明泽公司向法院提起诉讼,要求萍乡安钢公司支付工程款和返还履约保证金,萍乡安钢公司则提起反诉,要求明泽公司承担损失。一审法院同时驳回了两家公司的诉请。

3. 合同主要包括:一、明泽公司总承包萍乡安钢公司厂区180m²烧结机烟气脱硫工程,萍乡安钢公司承担该工程全部设施的工程设计、设备及材料采购与供应、工程施工、设备安装、人员培训、调试、试生产、达产达标、环保验收、与本工程相关的外部给排水、能源介质管道及高低压供配电设施的设计、供货及施工,承包方式为设计、建设、调试“交钥匙”工程,明泽公司按萍乡安钢公司要求对工程的完整性和使用功能负责……九、明泽公司保证工程是可靠的、质量上优越、没有设计、材料及工艺上的缺陷,能达到合同及附件规定的性能、工艺技术要求(质量、环保等各项技术经济指标的要求),否则,明泽公司必须承担违约责任,承担一切经济损失……

明泽公司提起上诉,二审法院在审理后认为,因明泽公司交付的工程无法达到双方约定的合同标准和国家标准,致使萍乡安钢公司二氧化硫减排的合同目的无法实现,萍乡安钢公司有权单方解除合同。同时,案涉工程经明泽公司多次修复后仍验收不合格,因此明泽公司要求支付工程款的诉讼请求,依法不予支持。明泽公司遂向江西省高级人民法院提起再审申请。江西省高院在(2017)赣民申989号裁定中支持了二审判决。

在本案中,双方同样没有约定最低交付标准,但是法院在审理中发现,承包人交付的项目既不符合法定的交付标准(国家强制性标准)也不符合双方约定的交付标准,因此在两个标准都不符合的情况下,EPC项目的发包人有权拒付工程款。

通过对上述两个案例中的法院观点进行提炼和总结后,大致可以归纳出法院的裁判态度为,在EPC模式下,若双方未约定最低交付标准的,则以法定标准为最低交付标准;交付工程达到法定交付标准但未能达到约定交付标准的,承包人有权主张工程款,但发包人同时也有权要求承包人承担违约责任,形式包括要求支付违约金、赔偿金、减价等;交付工程同时达不到法定和约定交付标准的,发包人有权拒收工程及拒付工程款,还可进一步向承包人主张违约责任。

结语

EPC环保工程总承包模式的发展前景不言而喻,本文也通过对于EPC模式下环保工程所特有的最低交付标准这一问题进行了相关的梳理和讨论,在文章的最后,笔者产生了一些思考和总结。

(一) 在EPC环保工程总承包模式下,质量合格是前提,符合业主需求是必须

EPC合同不同于传统施工合同,在诸多特征中最为重要的就是承包方从传统的“按图施工”,转变成“按约施工”,即根据合同约定,最终是向业主提交一个满足使用功能、具备使用条件的工程项目。其本质特征是使工程项目满足业主使用功能,传统施工模式下的项目只需要“质量合格”的观点应替换成“质量合格基础上,满足合同约定的业主需求”,即达到合同约定的工程应具备的各项性能指标,否则,承包人就是违约。

(二) 交付工程不能满足业主需求, 属承包人违约, 承担违约责任时还应考虑是否达到了最低交付标准

在EPC模式下, 如果双方在合同中已经明确约定了工程应达到的产能指标或某种交付标准, 而承包人交付的工程最终未达到该指标或标准的, 即应认定其履行合同义务不符合约定应承担相应的违约责任。如果无法通过返修、重做达到合同约定的标准但达到了最低交付标准, 可以以减价或赔偿损失方式承担违约责任。



魏志强
合伙人
争议解决部
南京办公室
+86 25 6951 1808
wzqlawyer@zhonglun.com



从行政法的视角观察污水处理 特许经营协议纠纷的解决

作者/魏志强、苗雨鹤

近年来,污水处理成为我国生态环境保护的重点领域。污水处理行业涉及到污水处理设备的生产制造、污水处理厂区的设计、施工与维护运营等全产业链,鉴于我国生产和生活等污水的巨大排量,污水的无害化处理需要巨大的建设与运行成本投入。各级政府在控制政府预算、激活市场活力与满足人民需求的多方平衡之下,多采用与社会资本合作的形式提供污水处理服务的公共职能,简称为“政企合作”。

PART 001

聚焦污水处理行业中的特许经营模式

在政府与社会资本合作¹的特许经营、购买服务、股权合作²等多元模式中,政府方可根据项目经营特定选择BOT、BOOT或BOO任一模式运行污水处理市政项目。其中BOT模式(建设-运营-移交)最为常见,即政府授予社会资本方在一定区域内一定年限(通常20~30年)的污水处理的特许经营权,社会资本方负责项目的投资建设与运行,政府按照协议约定向公司支付费用(采用政府付费模式),经营期满项目移交给政府。

为了满足特定区域内污水处理的需求,政府会对污水处理厂的净化能力与排放物标准等提出功能性要求,所以社会资本方统筹从设备定制到厂区设计、再到建造与施工的全过程更为高效。相应的,实践中发展出了EPC+BOT的模式,将EPC引入到B(Build, 建设)的环节。从项目建设角度而言,以BOT特许经营的形式吸引社会投资方去承担EPC总承包义务;从投融资角度而言,在建设环节就明确授予了EPC总承包方以BOT特许经营权来收回投资。最终在一个BOT协议中实现污水处理项目的全过程设计、采购、施工、运营。

1. 发改委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》(发改投资〔2014〕2724号)

一、充分认识政府和社会资本合作的重要意义

政府和社会资本合作(PPP)模式是指政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率,通过特许经营、购买服务、股权合作等方式,与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作关系。

2. 发改委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》(发改投资〔2014〕2724号)

三、合理确定政府和社会资本合作的项目范围及模式

(一)项目适用范围。PPP模式主要适用于政府负有提供责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目。燃气、供电、供水、供热、污水及垃圾处理等市政设施,公路、铁路、机场、城市轨道交通等交通设施,医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目,以及水利、资源环境和生态保护等项目均可推行PPP模式。各地的新建市政工程以及新型城镇化试点项目,应优先考虑采用PPP模式建设。

(二)操作模式选择。

1. 经营性项目。对于具有明确的收费基础,并且经营收费能够完全覆盖投资成本的项目,可通过政府授予特许经营权,采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营—移交(BOOT)等模式推进。要依法放开相关项目的建设、运营市场,积极推动自然垄断行业逐步实行特许经营。……

PART 002

特许经营协议纠纷包括政府不履行协议义务、提前终止协议等纠纷

因特许经营期限很长,在政府付费的污水处理BOT协议中,都会约定价格调整机制,即企业申请价格调整、政府审核同意后采用新的计价标准。当政府以明示拒绝或默示不回复的形式不调整价格时,会引发纠纷。此外,实践中也常见政府以社会公共利益需求等为由收回特许经营权、提前终止协议的情形。企业方一般会先进行行政诉讼,请求确认政府方撤回许可的行政决定违法、请求法院判决撤销该行政决定;并另行提起协议履行违约或/与协议被提前解除的赔偿诉讼。

以笔者最近代理的污水处理特许经营协议纠纷为例:某公司与某县政府于2007年签订了一份污水处理特许经营协议,协议明确县政府按照约定的计价方式直接支付费用,公司可以申请价格调增、县政府是否同意都必须在30日内明确回复。在协议履行过程中,县政府对公司的多次调价申请置若罔闻,从未明确给予回复。2017年,市政府划定了新的饮用水水源保护区,该污水厂的排污口正位于了新划定的水源保护区游。因而,该排污口被上级政府责令整改,县政府遂作出《撤回特许经营决定书》,撤回特许经营权并收回特许经营项目,只同意依法予以部分补偿。该公司诉请县政府支付应当调增的污水处理服务费与提前终止协议的赔偿,进行了行政协议诉讼的一审与二审。由于最高人民法院在2019年颁布了《关于审理行政协议案件若干问题的规定》,将特许经营协议纠纷归入了行政诉讼的范畴,具体到本案,也体现了有别于民商事纠纷的一些特点。

(一) 不履行协议义务与不履行法定职责的关系

就调价问题,一审法院认为县政府有权不同意调价申请,二审法院指正了县政府的错误,否定了县政府有权不同意调价申请。但二审法院认为要尊重行政机关的自由裁量权,不能以司法权僭越行政权、先行做出司法裁判。法院将政府在协议中的审核回复义务理解成了一种行政职责。根据《行政诉讼法》第七十二条³与最高人民法院关于适用《行政诉讼法的解释》第九十一条⁴,二审法院认为调价尚需县政府“调查或者裁量”,故没有直接作出裁判。此处法院运用了行政法中的行政机关“首次判断权”的

3.第七十二条 人民法院经过审理,查明被告不履行法定职责的,判决被告在一定期限内履行。

4.第九十一条 原告请求被告履行法定职责的理由成立,被告违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的,人民法院可以根据行政诉讼法第七十二条的规定,判决被告在一定期限内依法履行原告请求的法定职责;尚需被告调查或者裁量的,应当判决被告针对原告的请求重新作出处理。

概念。

(二) 行政机关有权行使行政优益权是有别于民商事纠纷的另一特征

在协议履行的诉讼前,该企业已另外起诉请求确认县政府撤回污水处理的行政许可决定违法、提前解除协议违法,但市中院以撤回许可系公共利益需求,驳回了诉请。市中院的判决基础是对行政优益权的适用,即行政机关在行政合同中享有较行政相对人优先的权利,为了行政管理或者社会公共利益需求而有权单方变更、撤销、解除、终止行政协议。

我国现行立法虽未对行政优益权的概念作出明确界定,但从最高人民法院【(2017)最高法行申3564号】等多个案例可以看出,法院早已将行政协议中的行政机关优益权纳入了裁判考量,并总结出了适用逻辑:行政优益权是行政机关的单方行为,行使必须符合法律规定,非因公共利益需要或国家法律政策发生重大调整,行政机关不得行使行政优益权单方变更、解除合同。人民法院对行政机关行使行政优益权的审查就是合法性审查。行政机关行使行政优益权要具备事实根据,履行正当程序,保障相对人的陈述、申辩等程序权利,还要符合比例原则、采用对行政相对人损害小的方式等。

行政优益权在最高人民法院《关于审理行政协议案件若干问题的规定》中体现在第十六条,第一款⁵明确肯定了行政机关基于国家利益或公共利益单方变更、解除行政协议的权利,且行政机关需给予补偿。

PART 003

污水处理特许经营协议纠纷的诉讼之路

2014年修订的《行政诉讼法》第十二条首次列举式规定了“行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议”属于行政案件受案范围(2017年修订版保留了此条)。

2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十一条⁶细化了人民法院应当受理当事人就政府特许经营协议提起的行政诉

5. 第十六条 在履行行政协议过程中,可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形,被告作出变更、解除协议的行政行为后,原告请求撤销该行为,人民法院经审理认为该行为合法的,判决驳回原告诉讼请求;给原告造成损失的,判决被告予以补偿。

6. 第十一条 行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:(一)政府特许经营协议;……

讼。2019年11月，最高人民法院发布《关于审理行政协议案件若干问题的规定》（2020年1月1日生效），在第一条基本沿袭了原司法解释对于行政协议的定义，⁷在第二条开放式列举了包括政府特许经营协议在内的各类行政协议，属于人民法院应当受理的行政诉讼的范围。在法律适用上，在第二十八条明确规定了因2015年5月1日后订立的行政协议产生的诉讼属于行政诉讼，2015年5月1日前的行政协议适用当时的法律规定。

有人据此认为，在2015年5月1日前订立的行政协议纠纷仍可以民事案由起诉。但据笔者观察，在《规定》出台前以民事案起诉的，也存在被驳回起诉的情况，且依据2014年修订的《行政诉讼法》与2015年的司法解释已经将特许经营协议履行纠纷列为行政案件受案范围，法院可能会驳回起诉。

可以说，特许经营协议纠纷解决的民事诉讼渠道逐渐缩减、逐渐聚集于行政诉讼通道，是特许经营纠纷领域最显著的变化。这样的处理模式在《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第八条⁸，也得到了最终确认。

PART 004

特许经营协议的合法性是行政诉讼中法院主动审查的重点

特许经营协议诉讼作为最典型的行政协议案件类型，即使协议的合法性并非是当事人主动提出的争点，法院也会依职权主动进行审查。鉴于行政协议在性质上兼具行政法律关系和民事合同关系的的双重特性，法院对行政协议的合法性审查较民事合同更为严格。但适用何种法律依据审查合法性上，在《关于审理行政协议案件若干问题的规定》发布前并不明确，司法实践中也有不同的做法。

笔者观察到过去一些案件中，法院会主动引用《行政诉讼法》第七十五条判断行政协议的合法性，比如代理的前述案件中，一审法院在双方对协议效力无争议的情况下、主动将协议效力列为第一个争议焦点，首先对案涉协议是否合法进行了查证。

过去也有一些案件中，法院除了会适用《行政诉讼法》第七十五条，还会适用原

7. 第一条 行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。

8. 第八条 公民、法人或者其他组织向人民法院提起民事诉讼，生效法律文书以涉案协议属于行政协议为由裁定不予立案或者驳回起诉，当事人又提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。

《合同法》第五十二条⁹对行政协议的合法性进行认定。如【(2019)最高法行申10466号】案中,最高法院就在引用前评述道:行政协议是一类特殊类型的行政行为,对行政协议效力的判断首先应当适用行政诉讼法关于无效行政行为的规定。同时行政协议作为体现双方合同的产物,又可在不违反行政诉讼法的情况下适用民事法律规范中关于合同效力的规定。

我们可以看到,《行政诉讼法》第七十五条¹⁰规定了**行政行为**有实施主体没有资格、没有依据等“重大且明显违法情形”时无效,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第九十九条¹¹对何为“重大且明显违法”的行政行为做了进一步解释。原《合同法》五十二条则是对民事合同法定无效情形做了规定。

但《行政诉讼法》第七十五条落脚于“行政行为”的效力,能否适用于行政协议一直存在争议;且仅规定了行政机关的行为,没有考虑到行政相对人的行为。原《合同法》第五十二条是调整平等民事主体订立的合同的私法,没有考虑行政协议中行政机关优益权、双方并不对等的状况,能否将私法规定适用于公法领域的行政协议,也一直存在争议。最高法院仍引用《行政诉讼法》第七十五条进行判决,应该是认为行政协议集行政性与契约性于一身,故将行政主体在特许经营协议中的行为比照传统行政行为进行了处理;最高院同时又认为在符合行政法的前提下,可以补充适用民事法律规范中关于合同效力的规定审理行政协议。

直到《关于审理行政协议案件若干问题的规定》发布,才将行政协议效力审查的法律依据明确固定了下来。第十二条延续了最高人民法院在前述【(2019)最高法行申10466号】的裁判精神,第一款规定:“行政协议存在行政诉讼法第七十五条规定的重大且明显违法情形的,人民法院应当确认行政协议无效”,第二款规定:“人民法院可以适用民事法律规范确认行政行为无效”。**由此首次明确了行政协议的合法性审查依据既有行政法律也有民事法律,过去实践中的争议就此告一段落。**

9.第五十二条【合同无效的法定情形】有下列情形之一的,合同无效:

(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;
(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;
(三)以合法形式掩盖非法目的;
(四)损害社会公共利益;
(五)违反法律、行政法规的强制性规定。

10.第七十五条 行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形,原告申请确认行政行为无效的,人民法院判决确认无效。

11.第九十九条 有下列情形之一的,属于行政诉讼法第七十五条规定的“重大且明显违法”:

(一)行政行为实施主体不具有行政主体资格;
(二)减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据;
(三)行政行为的内容客观上不可能实施;
(四)其他重大且明显违法的情形。

结语

环境治理是我国近年来整治的重点,在国家狠抓污水治理的大背景下,各地政府或重新设定水源环保区或提高排放标准,导致污水厂关停、将污水并入其他厂区处理,我们代理的这起案件就因水源保护区的重新划定而起。此类案件中,政府都声称出于环境保护的公共利益需求,法院基本都予以认可,并确认行政机关行使行政优益权撤回行政许可合法、提前解除协议的合法性。

加之《关于审理行政协议案件若干问题的规定》出台后,污水处理特许经营协议纠纷归于行政诉讼,在解除协议合法的大前提下,企业想以“违约解除协议”诉求大额赔偿金几乎不再可能。在新的规定的大背景下,企业如何最大程度上保护自己的权益,成为新的挑战。我们认为,或许可以从比例原则出发,讨论行政机关直接解除协议并非是对行政相对人损害最小的方式;以及如何在协议中确定补偿的金额角度出发,讨论社会资本方的损失是未来年限的收益权,以此尽可能提高补偿金额。



魏志强
合伙人
争议解决部
南京办公室
+86 25 6951 1808
wzqlawyer@zhonglun.com

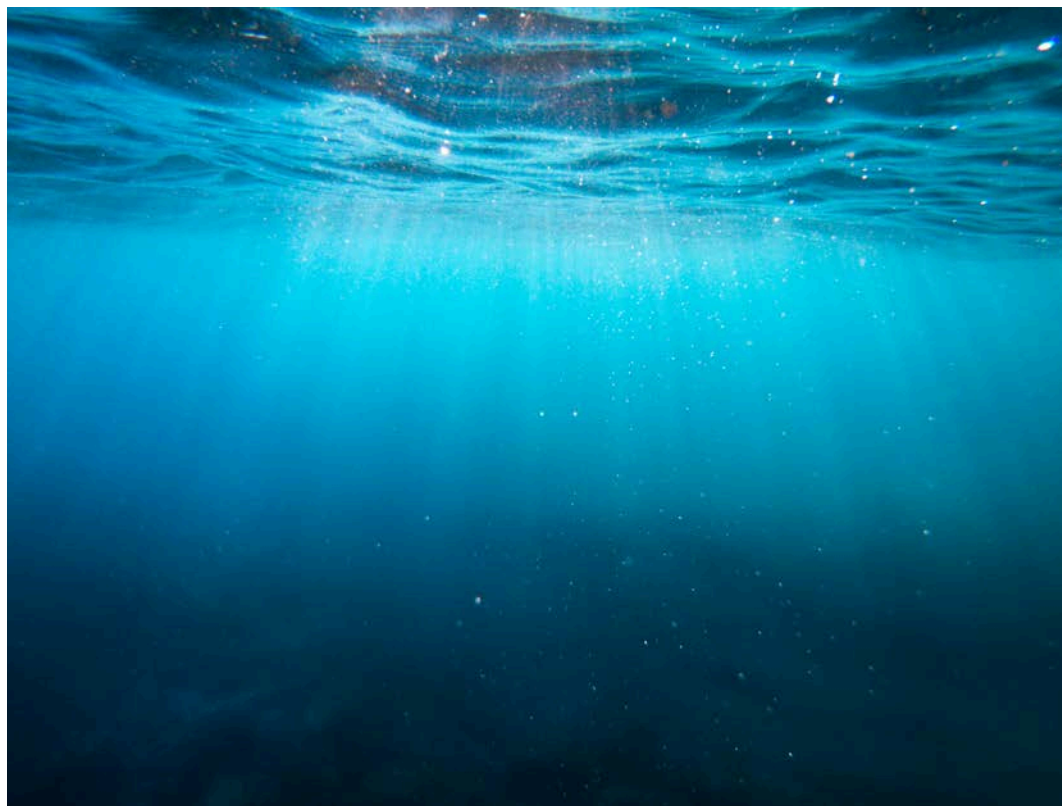
CHAPTER THREE

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals

CHAPTER THREE

The eco-environmental
legal practice within
the context of the
carbon peak and
neutrality goals

生态环境企业 经营法律实务



水务项目并购法律尽职调查 关注要点



中伦律师事务所
ZHONG LUN LAW FIRM

作者/朱颖、胡惜子

水务行业作为关系到国计民生的行业，具有政府特许经营、初始投资大、投资回收周期长、资金沉淀性强等特点，是典型的政策导向性和法律法规驱动型行业。水务行业的传统领域包括供水和污水处理两个子行业。根据相关统计数据，近年来我国城市及县城供水量和污水处理量保持稳定增长的趋势，行业运营基础稳定。随着近年来我国环保监管的趋严和生态治理的需求升级，政策持续推动下黑臭水体治理、海绵城市建设、农村等水环境治理类新兴领域的需求快速增长，既有水源地建设和污水处理领域提质增效仍有较大规模投资需求，市场发展潜力仍较大。2020年以来，在国内经济部分下行压力持续加大背景下，行业政策重点聚焦生态文明建设及环境治理，水务行业发展迎来新机遇，在国家持续重视生态文明建设和节水政策等因素影响下，污水处理等领域仍是行业未来重点发展方向；同时，随着市场化改革及国资国企改革推进，行业集中度将进一步提升，形成强者恒强的趋势，水务领域的并购整合预计将持续活跃。

水务项目由于其特许经营及固定资产投资的属性，存在与这个行业相关的特殊法律问题，在并购方实施水务行业项目投资并购的过程中，是否能够识别这些法律问题并设置有效的风险防控措施，是水务并购项目落地的关键因素之一。因此，笔者将结合过往在水务领域的投资并购法律服务实务经验，对水务并购项目的法律尽职调查关注要点进行梳理和解析，以供行业相关人士参考。

PART 001

水务项目的取得方式

根据《市政公用事业特许经营管理办法》(中华人民共和国建设部令第126号)的规定，实施特许经营的项目由省、自治区、直辖市通过法定形式和程序确定。实施市政公用事业特许经营，应当遵循公开、公平、公正和公共利益优先的原则，主管部门应当依照招标程序选择投资者或者经营者。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(国家发展和改革委员会等六部委令第25号)也规定，基础设施和公用事业特许经营，需

由政府采用竞争方式依法授权投资建设运营。水务项目作为公用事业,依据上述规定需采取招标等公开竞争性方式进行授予。然而实践中,有些早期的水务项目存在着建设经营单位通过与政府部门签订合作框架协议直接先行建设,后补招投标流程,或未通过公开招投标手续而是通过政府部门邀标或比选等方式确定投资方后直接进行授予等情形。此外,有些水务项目存在分期建设或改扩建等情形,而在初期的特许经营合同或特许经营招标文件中对后续项目建设或改扩建事宜没有明确约定,导致项目后期建设和改扩建部分是否应当再度通过招标手续方可授予原项目建设经营单位开展存在争议。

由于水务项目的核心资产以及投资方未来收益的基础为特许经营权,而特许经营权的取得方式对授权效力存在着核心影响。因此在对水务项目进行投资并购过程中,需要重点关注特许经营权的取得程序是否符合当时的法律法规规定,是否有效授予,以及是否存在或可能存在争议。如对历史取得方式的合法有效性存在重大疑问的,需要结合历史资料、政府访谈等方式夯实相关问题的事实基础,并通过行政许可法以及特许经营合同条款约定,以及要求政府补正相关文件或作出确认等方式,制定有效的并购风险防控方案。

PART 002

水务项目的用地合规问题

水务项目需要占用大量的土地,用于其预处理车间、格栅车间、泵房、锅炉房、污泥脱水间、生化池、办公楼等多种处置车间、设施和房屋建筑或构筑物的建设。通常而言,水务项目建设经营单位需要在取得项目土地的使用权之后再进行开工建设。然而实践中,水务项目属于市政公用项目,地方政府在推进水务项目建设的过程中,往往会出于尽早满足当地生活污水、工业污水处置需求的增加,或者为尽快完成当地环境治理任务要求等考虑,希望建设经营单位在政府要求的期限内尽快开工并快速完成建设。但是,水务项目的建设用地需要经过用地预审、规划调整、用地批复、挂牌出让或行政划拨等一系列手续方可达到土地使用证的办理条件。由于这种快速建设的要求与项目土地使用权流程相对耗时的矛盾,水务项目往往会出现用地手续“边建边报”的情形,项目开工建设时往往土地使用证尚未办理完成,而有的项目甚至可能会因为征地、调规、土地指标等进度滞后或存在一些历史遗留问题,导致项目在运营后相当长的时间内仍未取得土地使用证的情形。此外,有一些水务项目可能通过TOT的

方式转移给建设经营单位,而该等TOT项目本身的土地资产或存在瑕疵。例如,TOT项目土地使用权往往由资产转让方所持有,而当地政府或资产转让方可能出于土地使用权转让成本过高,或者出于特许经营权期限届满后收回土地使用权的方便,要求将土地使用权保留在政府或政府旗下的资产转让方名下,导致建设经营单位实质上只能以事实占有或租赁的方式使用该等土地使用权。

由于土地使用权对水务项目的重要性,投资并购方在对水务项目开展尽职调查过程中,需要通过历史资料挖掘、政府访谈或土地部门调档等手段,对项目占地的权属、性质以及办理进展进行深入摸底调查,如历史上存在边建边报土地手续,而当前已经取得土地使用证且其用途符合工业用途或公共基础设施用途,则用地风险通常可以排除;但如果土地手续仍在办理过程中,则需要对后续办理土地手续的障碍及法律风险进行充分论证,若项目本身不存在非法占用农用地等重大合规问题,或征地补偿未付清等可能导致重大纠纷的问题,则在确保后续办理土地手续无障碍的情形下,可以通过交易对手特别承诺的方式推进交易。对于有些项目特许经营授权方本身即要求土地使用权保留的情形下,通常在特许经营协议中也会约定特许经营授权方负责协调办理土地手续、保证被授权方在特许经营期限内合法使用项目用地的条款,该等情形下也需要对该等租赁用地是否获得实际权利人授权、是否履行必要的批准手续等进行充分核查,并结合特许经营合同/土地租赁合同的约定设置相应风险防控措施。

PART 003

水务项目建设运营合规手续问题

水务项目从实质而言是一种特许经营权,由政府部门授予建设运营单位在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益,提供公共产品或者公共服务。尽管建设运营单位系授权经营,但实际在水务项目建设过程中,由于涉及项目用地、基础设施和房屋建设,建设运营单位仍需就水务项目的合法建设及运营办理相关的前期合规手续及项目验收手续,其中包括项目立项、环评、水土保持、消防、安全生产、职业病防护、建设工程规划许可、建筑工程施工许可等手续,以及在项目建成正式投运之前完成前述各个环节的验收手续,尤其是取得环保验收手续和排污许可证之后(供水项目还涉及卫生许可证等),方可正式合规投运。如在上一段土地问题中所述,鉴于项目进度的要求,项目存在边建边报的情形下,可能存在合规手续未及时

办理的状况。部分项目(尤其是TOT项目)由于土地使用权未转移到项目公司名下,而绝大多数情况下后续项目建设手续的办理需要以土地使用权人的名义申请,导致建设运营单位无法自身申请相关手续而需要以授权方或资产转让方的名义申请相关手续。有的项目可能因为历史土地问题或建设手续问题,导致水务项目特许经营权授予后无法办理相关手续(其中以建设工程规划许可、建筑工程施工许可最为普遍)。

水务项目作为建设项目,如果在未依法取得相关必要手续的情形下建设或投运,建设单位可能面临金额不等罚款的行政处罚,严重情形下可能导致项目停产停工或拆除的风险。因此,在实施水务项目并购过程中,需要对项目建设运营的相关手续进行充分梳理,对于未获得的手续需要判断合规风险,设置相应风险防控措施,例如建议交易对手尽快申请取得,或在交易时间表限制的情形下,要求交易对手向有关政府部门申请取得有关缺失手续不影响项目运营、不予以行政处罚的书面豁免,并与交易对手对该等合规手续缺失的处理方式进行协商并由其承诺完成时间;如因该等手续缺失导致行政处罚,由交易对手予以赔偿。

PART 004

水务项目的环保合规问题

水务项目,尤其是污水处理项目,由于其环境污染治理设施的属性,环保合规问题是该等项目所面临的最核心和重大的监管。即使是供水项目,其也涉及到生产经营过程中的污染物排放等影响环境的情况。对于水务项目而言,其建设和运营需要经历环境影响评价、试运行和环保验收后的正式运行等过程,正式投运前还需申领获得排污许可证。在其运营过程中,环保主管部门会对其污染物排放情况进行实时监测,若发现违规排放或排放超标情况,会及时预警并要求整改,建设运营单位还可能由此会被处以罚款等行政处罚并要求责令改正。水务行业作为基础设施行业,根据相关政策享有增值税即征即退的优惠,但如果被处以1万元以上的环保处罚,将导致建设运营单位取消该优惠资格36个月,这对建设运营单位来讲是一项非常大的损失。

因此,在对水务项目进行尽调过程中,需要对其环保合规情况进行重点审查,核实其建设运营中的相关环保合规手续是否合法取得,且可能需要对环保“三同时”要求的落实情况进行核查,重点关注排污方式、排污量、排污口设置等是否符合原有环评和环保验收文件的要求,并通过走访当地环保部门核实合规情况,必要时要求交易对手提供项目公司所在地环保部门出具的环保合规证明等方式,排查环保合规风险。

在并购交易文件中,也需要对环保合规事项作出充分的风控条款安排,确保遇到相关问题时能有可执行的应对措施。

PART 005

水务项目特许经营合同相关问题

水务项目的建设运营单位的核心权利义务,都在特许经营合同中进行了约定。特许经营合同是建设运营单位履行建设义务和获得投资收益的基础性文件。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十八条对特许经营协议应当包括的主要内容进行了列举。就上述约定而言,对投资并购方产生重要影响的条款主要包括:1.经营的地域范围和经营期限,对建设运营单位可以取得处理量以及经营期限直接相关。2.股权转让限制条款,对投资并购方是否能够通过股权转让方式取得项目公司股权直接相关,通常实践中为了稳妥起见,并购项目需获得特许经营授权方的同意。3.维护更新改造条款,该等条款通常会对建设运营单位后续对水务项目更新改造,甚至改扩建事项设定义务,需要充分判断该等未来投资所会导致的支出以及回报收回的可能性及收益率;4.价格和收费标准的确方法及调整程序,直接决定了水务项目污水处理或供水服务的定价,而特许经营期限通常持续20-30年,在此期间经营成本可能发生较大变化,调价机制将影响到建设运营单位在特许经营期限内是否能够持续获得足够的投资收益。5.付款条件,是项目现金流是否能够满足运营需要的核心条款,实践中由于地方政府财政紧缺,常常会出现大规模拖欠处理费的情形,导致项目公司存在大量应收款而现金流为负,相关应收款是否能够收回以及收回账期,值得投资方关注。6.终止及补偿条款,涉及合同终止及由此导致的对建设运营单位损失补偿的安排,需要特别关注终止情形以及补偿的有效性,并识别可能存在的风险。

因此,在水务项目尽调过程中,对于特许合同的约定,需要进行重点逐条审查,确保投资方对相关特许经营项目的权利义务充分知悉并了解相关的后果。此外,项目经营过程中常常会存在对原有特许经营合同进行补充约定的情形,故需要在尽调过程中要求交易对手充分披露所有与特许经营项目相关的书面文件,包括补充协议、备忘录甚至是政府会议纪要,确保相关权利义务能够完整披露,以便投资方进行项目投资收益测算过程中予以充分考虑。同时,对特许经营合同的履行情况也需进行完整的核查,确保建设运营单位不存在违约的同时,也对授权方的违约情形以及纠正可能进行识别,确保投资并购方对投资所涉的风险进行全面判断并在此基础上形成相应决策。

结语

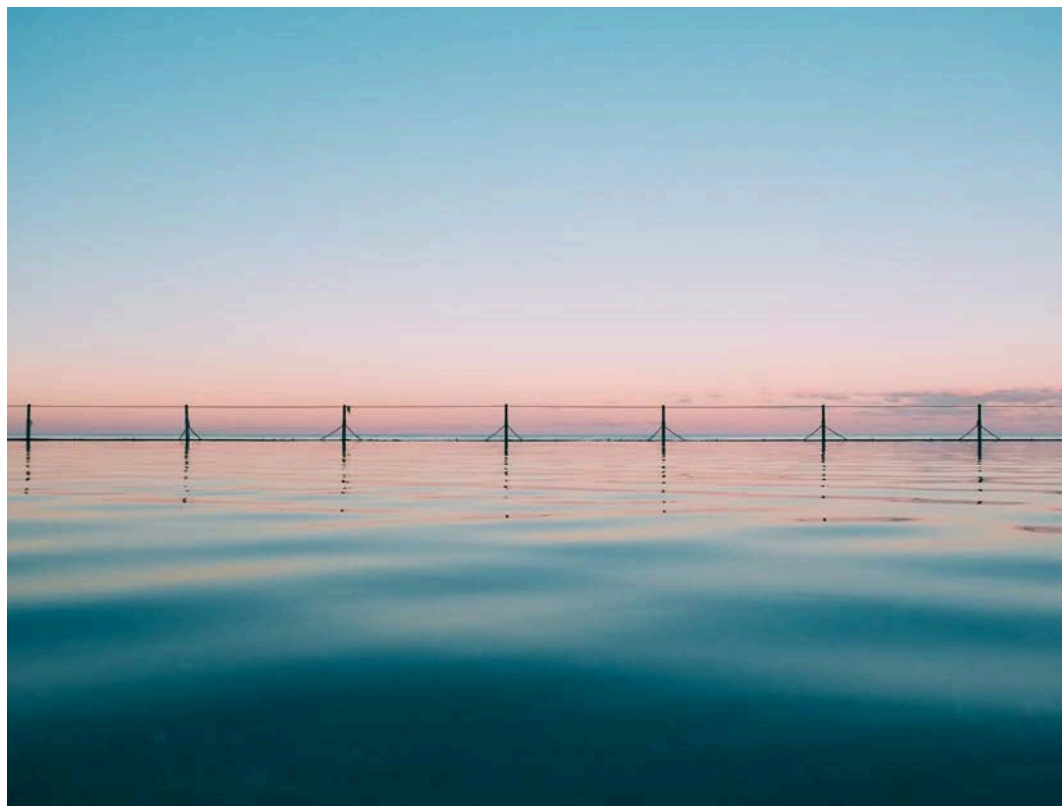
随着水务领域的并购活动持续活跃,水务行业和其他基础设施行业类似,其发展持续迈向行业巨头的集中趋势。对于业内投资者而言,通过持续并购扩张持续形成规模效应,是其快速发展或保持业内优势的必然道路。水务项目作为同时具备特许经营特性、建设项目合规要求较高以及面临环保强监管的项目类型,对其尽调过程中需关注的要点较多,尽调工作较为繁杂且细致程度要求很高,对于并购参与方和相关中介机构的专业度要求也较高,唯有通过细致全面的尽职调查以及完善有效的风险控制措施,才能有效应对水务领域并购交易的各类风险。限于篇幅,笔者本文对水务项目尽调要点的梳理,仅是对诸多关注问题的重点提炼,以期对该行业并购参与方进行抛砖引玉,希望能够为相关方提供有益的参考。



朱颖
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3080
juliazhu@zhonglun.com



胡愔子
非权益合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3518
tedhu@zhonglun.com



危废处置项目并购过程中的 若干问题探讨

作者/翁春娴、江学勇

随着国家倡导“绿色发展”以及环保立法¹对危险废物监管的进一步趋严、环保违规处罚力度的加大,企业对危险废物处置的需求日益增加,社会资本对危废行业的投资随之大规模增长,并购整合现有危废处置项目成为投资方进入危废市场、扩大经营规模的有效途径。

结合过往项目经验监管趋势,本文简要总结危废处置项目并购过程所需重点关注的法律问题,以供探讨。

PART 001

并购过程重点关注的法律问题

针对危废处置项目,因其行业监管和企业运营的特殊性,除一般股权并购常见关注点外,还需要重点关注以下两方面法律问题:

(一)经营资质

1、危险废物经营许可证

危废处置企业需要满足《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》(2020修订)(以下简称《固废法》)以及《危险废物经营许可证管理办法》(2016修订)(以下简称《经营许可证办法》)的相关规定¹,实践中经常存在实际经营方式、处置的危废品类别、处置规模与经核准的处置方式、类别和规模不完全一致的情形,可能影响企业是否可以继续合法持有经营许可证。因此在并购过程中,除需要关注证照颁发机关是否为有权机构,证照是否在有效期,实际处置设施地址与证照登记的是否一致外,还需重点关注企业实际所从事的经营方式是否超越经许可的经营方式、实际处置的危废类别是否存在超越许可类别范围的情形,同时,如许可证已临近有效期的,还需进一步核查持证单位是否符合续期条件(如有符合要求的专业人员、具备贮存、处置的设

1.根据《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》(2020修订)(以下简称《固废法》)以及《危险废物经营许可证管理办法》(2016修订)(以下简称《经营许可证办法》)的相关规定:(1)从事危废的收集、贮存、利用、处置综合性经营活动的经营单位,应按规定申请取得危险废物综合经营许可证。禁止无许可证从事危废收集、贮存、利用、处置的经营活动,无证经营单位将面临100万元到500万元罚款,并被责令停业或者关闭。(2)已领取经营许可证的危废经营单位如发生以下情形之一均需要重新申请和领取危险废物经营许可证:1)改变危险废物经营方式;2)增加危险废物类别;3)新建或者改建、扩建原有危险废物经营设施;4)经营危险废物超过原批准年经营规模20%以上。未按照许可证规定从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动的,由生态环境主管部门责令改正,限制生产、停产整治,处50万元以上200万元以下的罚款;情节严重的,报经有批准权的人民政府批准,责令停业或者关闭,还可以由发证机关吊销许可证。同时,2020年9月1日实施的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》(2020修订)对法律责任专章进行了扩充完善,加大对固体废物管理不合法的处罚力度,加大了企业的违法成本。为落实新修订的《固废法》,2020年11月25日,生态环境部、国家发展改革委、公安部、交通运输部和卫生健康委修订发布了《国家危险废物名录(2021年版)》,对危险废物类别进行了完善、细化。

施、设备和配套的污染防治设施、建立健全了危险废物经营安全的规章制度、污染防治措施和事故应急救援措施等)、续期是否存在实质性障碍。

2、道路运输许可证

危废处置企业往往会存在因管理不规范导致符合要求的人员变动未及时聘请到位、车辆未及时维护、检测、未及时投保等影响许可条件的情形。针对自行运输危废的处置企业,需要核查其是否持有经有权审批机关颁发的道路运输许可证,是否配备了有相关资格证的驾驶员、押运人员或具备合格的运输专用车辆、设备,是否及时投保承运人责任险;否则依据相关法律²,可能面临不同程度的行政处罚,甚至构成刑事犯罪。

3、取水许可证

在并购过程中需要核查企业是否存在自行取水的情形,如有但未办理许可的需提示及时办理;如已取得取水许可证的,则需要重点核查项目取水来源,是否为有权的审批机构,是否在有效期内以及项目实际取水量、用途是否与许可的取水量、用途相符。根据相关法律法规³,若存在违法违规取水的行为,情节严重的可能被吊销取水许可证,一旦取消取水许可证可能会影响企业的正常运营。

4、排污许可证

为确保企业排污的合规⁴性,通常需要核查许可有效期以及其副本中列示的主要生产设施、污染防治设施,环境影响评价审批意见、排放污染物的种类、许可排放浓度、许可排放量等,核实是否落实了排污许可证规定的环境管理要求,并与全国排污许可证管理信息平台的公开信息进行核对验证。

(二) 生产经营过程的合规问题

危险废物具有腐蚀性、毒性、易燃性、反应性和感染性等危险特性,因其来源广泛、成分复杂,其贮存、使用、运输、处置等诸多环节都存在环境和安全风险,国家对危险废物的监管亦是环保监管的重中之重。危废处置企业在生产经营过程中如存在违

2.《中华人民共和国道路运输条例》(2019修订)规定,如处置企业自行运输危险废物,则需要配备符合规定的运输工具、持证人员并办理危险废物道路运输许可证,投保承运人责任险。未取得道路运输经营许可,擅自从事道路运输经营的,将面临被责令停止经营;没收违法所得,处违法所得2倍以上10倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足2万元的,处3万元以上10万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。未按规定投保承运人责任险的,责令限期投保;拒不投保的,可吊销道路运输经营许可证。

3.根据《取水许可和水资源费征收管理条例》(2017修订)的规定,危废处置项目如涉及取水工程或者设施直接从江河、湖泊或者地下取用水资源,则需要办理取水许可证,并缴纳水资源费。未经审批擅自取水或者未依照批准的取水许可规定条件取水的,将面临2万元以上10万元以下的罚款;情节严重的,吊销其取水许可证。

4.根据《排污许可管理办法(试行)》固定污染源排污许可分类管理名录(2019版)》的规定,专业从事危险废物贮存、利用、处理、处置的排污单位,需办理排污许可证,且实行排污许可重点管理。排污单位应当每年在全国排污许可证管理信息平台上填报、提交排污许可证年度执行报告并公开。如无排污许可证排放污染物的,将面临被责令改正或者责令限制生产、停产整治,并处10万元以上100万元以下的罚款;情节严重的,报经有批准权的人民政府批准,责令停业、关闭。

规行为,不但面临罚款、吊销许可证照的风险,甚至可能面临刑罚的风险。此外国家还建立了固废处置单位的信用记录制度,将相关信用记录纳入全国信用信息共享平台,对存在严重失信情况(如无证照经营、生态环境、安全生产等领域严重失信)的企业实施市场和行业禁入措施(如不得参与招投标活动),限制向其提供贷款、财政补贴、保险等服务。

如存在违反税收、环保法律法规受到处罚(警告或单次1万元以下罚款除外)的,自处罚决定下达的次月起36个月内,企业无法享受基于销售资源综合利用产品和提供资源综合利用劳务的行为而享受的增值税即征即退政策。另根据上市公司再融资的相关规定及审核要求,如通过由上市公司收购方式进行间接上市的,收购标的相关指标对上市公司主营业务或净利润有重要影响的(占比超过5%以上),在收购前或收购后标的公司存在重大违法行为的,对上市公司后续的再融资将构成障碍。

根据危废处置行业特点以及我们过往收购项目的经验,就经营合规性事项,一般需要重点关注如下问题:

1、项目来源是否合规

危废处置项目建设运营模式主要包括由政府部门建设后委托企业提供运营服务、由政府以特许经营项目授予企业进行建设、运营(主要模式为BOT、PPP)以及企业自行投资、经营三种模式。针对前两种模式,如未按规定履行合规程序,则可能面临协议无效导致失去项目经营权的风险,因此需要核实该等项目来源的合规性:如是否按照规定履行了招投标/竞争性谈判/单一来源采购的程序,且采取该等程序是否合规,是否存在不正当竞争行为等。

2、是否违规转移危废进行贮存、处置、利用

危废以就地、就近处置为主,虽然从规定上,经批准,危废可以跨省、自治区、直辖市转移进行贮存、处置,但随着我国不断加大危废处置管控力度,自2017年以来,已有包括北京、新疆、安徽、江西、河北、河南、山东、湖南、湖北、青海等接收地发布政策,禁止将省外危废转移至本省贮存、焚烧或填埋,并严格控制省外危废转移至本省进行资源化利用:

省市	危险废物跨省转移要求
北京	不得将本市行政区域外的危险废物输入本市行政区域内贮存、处置。
新疆	严禁危险废物转移进入新疆,严厉查处危险废物非法转移,倾倒和利用处置违法犯罪行为。

省市	危险废物跨省转移要求
安徽	严格落实利用危险废物跨省转入限额, 禁止外省危险废物转入我省焚烧、干化、物化、填埋。
江西	严禁处置类危险废物跨省移入, 超危险废物经营范围、无机氰化物废渣等情况的严禁转入。
河北	雄安新区、张家口禁止跨省转入; 所有新批准的危险废物利用处置企业, 要以利用处置本地和省内相邻区域产生的危险废物为主, 不得接收外省危险废物转入。
河南	危险废物经营单位以处置本省危险废物为主, 严格控制自外省转入危险废物量, 禁止转入以焚烧、贮存、填埋为主要措施的危险废物。
山东	严控危险废物跨省转入, 强化危险废物跨区域转移照管, 严格把控危险废物跨省处置。
湖南	不接收以焚烧和填埋处置方式的外省危险废物转入, 不接收以贮存为主要措施的外省危险废物转入。
湖北	不接收以焚烧和填埋处置方式的外省危险废物转入。
青海	属于危险废物贮存已超过1年的、单纯以焚烧、填埋方式处置等情况之一的危废不予同意转入。

在并购过程中需要特别关注危废处置企业是否存在跨省、自治区、直辖市转移危废进行贮存、填埋、处置、利用的情形, 并核实该等转移行为是否获得有权审批机构的批准或违反转入地区规定的情形。否则可能面临罚款、没收违法所得甚至被责令停业或者关闭的风险。⁵

3、是否严格执行转移联单制度

转移危废应按规定填写、运行危险废物电子或纸质转移联单: (1) 按照“一车一单”、“一类一单”填写; (2) 省内转移实行网上报告制度, 实行电子联单; (3) 跨省转移危废的单位仍需填写纸质联单, 并同时网上填报; (4) 电子联单须打印一份, 与跨省转移填写的纸质联单一起整理, 建档备查; (5) 网上申报正常, 无漏报, 实际转移总量须与网上申报转移总量一致; (6) 企业将近5年内(联单保存期限一般为5年, 贮存危废的, 其联单保存期限与危废贮存期限相同) 的危险废物转移联单保存齐全, 数据与申报登记等材料数据一致。违规填写和运行的, 企业可能面临罚款、没收违法所得, 情节

5. 根据《固废法》规定, 违反前述转移规定, 将面临10万元以上100万元以下的罚款、没收违法所得, 情节严重的, 存在被责令停业或者关闭的风险。

严重的,存在被责令停业或者关闭的风险。

在并购尽职调查核查中,需要结合危险废物经营情况记录簿、转移联单档案以及网上申报登记数据等交叉核实是否严格执行转移联单制度。

4、经营情况记录簿是否完整记录、保存

在并购尽职调查过程中,需要核实危废处置企业是否按规定⁶建立了危险废物经营情况记录簿,其记录是否完整,并与转移联单档案、网上申报登记数据等核实是否存在差异。

5、是否严格执行环保规定

根据《中华人民共和国环境影响评价法》(2018修正)《建设项目环境保护管理条例》(2017修订)《建设项目环境影响评价分类管理(2021年版)》等规定,危废利用及处置项目应提交建设项目环境影响报告书办理环评手续;配套建设的环境保护设施与主体工程执行“三同时”原则,且应经验收合格后方能投入生产或使用。此外在生产经营过程中,应确保环保设施正常运作、污染控制符合排放标准,并按监测方案定期开展环境监测、保存检测报告。

在并购尽职调查过程中,需要核实项目建设环评手续是否办理,实际建设内容与批复内容是否存在差异,实际生产规模与经批复的规模是否存在较大变更(如有变更的是否依据实际情况办理了相应的变更手续),环保设施是否正常运作,定期监测报告是否显示存在污染超标排放的情况,是否存在因环保不合规而被主管环保部门要求整改、甚至处罚的情形,针对处罚情况还应进一步核实对应违规行为是否已按要求履行罚款缴纳以及完成整改,是否仍存在其他潜在的处罚风险。

6、项目用地是否合规

根据《固废法》《经营许可办法》的相关规定,在生态保护红线区域、永久基本农田集中区域和其他需要特别保护的区域内,禁止建设危险废物集中贮存、利用、处置的设施、场所;以填埋方式处置危险废物的,还应在办理经营许可证前取得填埋场的土地使用权。

在并购尽职调查过程中,针对项目用地需要核实项目用地所处区域是否属于前述禁止建设的区域、是否符合当地用地规划、是否办理了相应的用地审批手续(如未办理的,是否存在办理的障碍),项目用地获取方式(如租赁、出让、划拨等)是否符合

6.根据《经营许可办法》的规定,危废经营单位应当建立危险废物经营情况记录簿,如实记载收集、贮存、处置危险废物的类别、来源、去向和有无事故等事项。危废经营单位应当将危险废物经营情况记录簿保存10年以上,以填埋方式处置危险废物的经营情况记录簿应当永久保存。否则,将面临被责令改正、警告,逾期不改正的,由原发证机关暂扣或者吊销危险废物经营许可证。

规定,用地批准文件或签署的用地协议中是否存在限制项目公司股权变更等相关约定或特殊要求。

结语

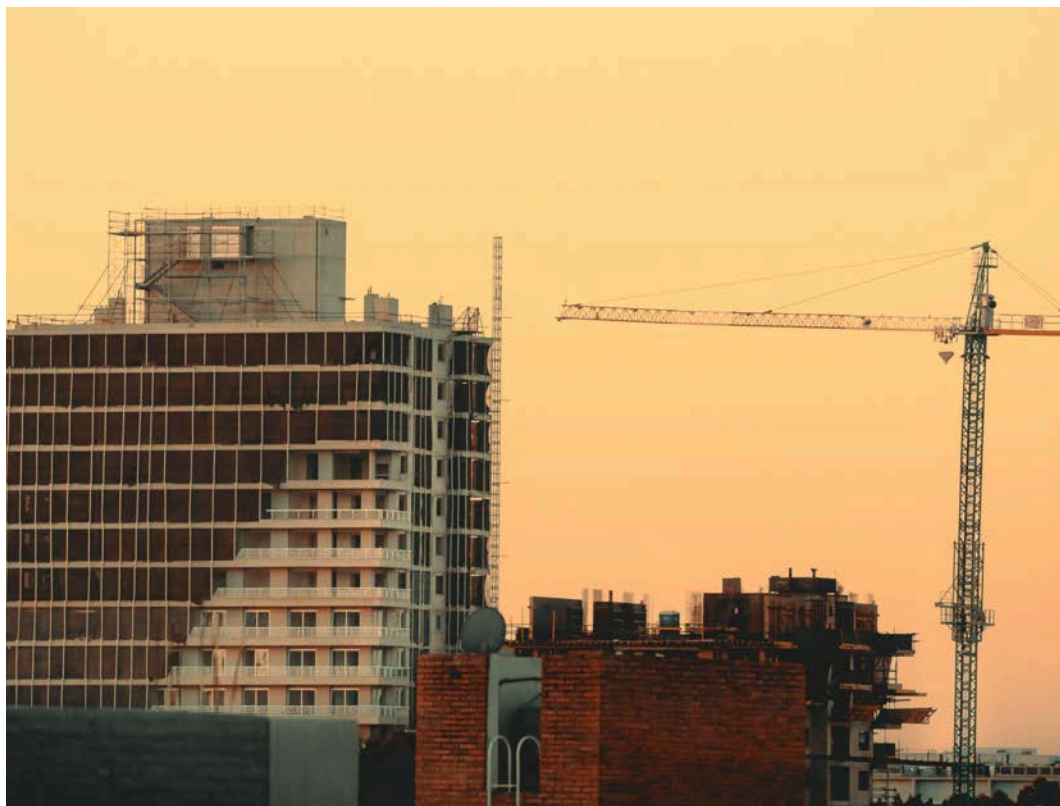
危废处置企业的合规性问题贯穿其经营活动,在日常经营过程应加强对环境、安全生产、公众健康等方面的制度建立、完善,并通过加强日常培训和管理、贯彻落实该等制度,通过定期审查、改进来实现和提升合规管理工作,避免违规行为的发生;同时,通过投保方式降低该等合规风险对企业经营的不利影响。并购过程中对危废处置企业涉及的合规、资质问题应予以特别关注。



江学勇
合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6388
jiangxueyong@zhonglun.com



翁春娴
非权益合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6390
wengchunxian@zhonglun.com



固废处置项目并购交易架构 和重点合同条款安排

作者/朱颖、胡惜子、沈圆



中伦律师事务所
ZHONG LUN LAW FIRM

随着修订后的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》于2020年9月1日开始施行,国家对于固废处置行业的监管力度明显加强,固废处置行业的运营成本和合规成本将进一步提高,未来固废行业的并购趋势,会向环保龙头企业集中。¹环保龙头企业也纷纷将并购作为其业务拓展的重要手段。固废项目的并购交易将持续保持热度。

固废处置行业根据其处置的固废类别,通常可以划分为一般固废处置和危险废物处置。对于一般固废,还可以进一步区分为生活废物和工业废物。对一般固废而言,其处置通常由地方政府通过特许经营的方式授予相关企业经营;而对于危险废物而言,通常以相关环保部门颁发经营许可证的方式许可相关企业经营。相比于其他行业的并购交易,固废处置项目的并购交易既有与其他行业的相似之处,也有其行业特点。笔者将结合实务经验,从典型交易架构和重点条款安排两个方面,对固废项目并购交易进行解析。

PART 001

固废处置项目并购交易架构

固废处置由于其对公用事业的属性以及对生态环境的重大影响,属于监管比较严格的行业,一个固废项目的正常运营往往代表着项目公司已经通过了多个审批环节,取得了一系列的前期手续。特别是危废项目,更是通过许可证进行定量处置管理。任何想要涉足固废行业的投资方,都需要慎重考虑各项合规手续办理的难度和对项目进度的影响。如果收购方直接收购项目公司资产,虽然可以规避项目公司之前发生的债务,包括潜在环保行政处罚等或有负债,但是承接项目资产的新项目公司可能需要以新项目公司的名义,重新办理各项前期手续,重新签署特许经营合同或取得相应许可证,由此产生的不确定性和负面影响可能远远大于规避或有负债所带来的收益。因此,固废项目多采用收购项目公司股权的方式进行并购,直接收购资产的方式较为罕见。

1. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1677231648492980249&wfr=spider&for=pc>, 2021年8月10日访问。

对一般固废处置项目而言,项目公司通常需要通过公开竞标的方式获得特许经营权,并与当地政府签订特许经营协议。根据《市政公用事业特许经营管理办法》的规定,获得特许经营权的企业擅自转让特许经营权的,主管部门应当依法终止特许经营协议。而在特许经营协议中,往往也有专门条款对项目公司的股权转让进行限制,如在项目公司股权转让前应取得相对方的事先书面同意等。针对这种股权转让的限制情形,如从特许经营协议相对方或主管部门取得关于股权转让的同意或批准存在实质性障碍,则可以通过收购项目公司的持股平台进行规避。在这种模式下,收购方通过收购持股平台的股权,从而实现对项目公司的控制。

PART 002

固废处置项目并购的重点合同条款安排

固废处置项目并购的重点条款,必须根据固废项目的特点和主要风险点,进行针对性设置。下列条款通常是收购方和转让方需要重点协商并详加约定的条款。

(一) 交割先决条件

与其他项目收购的交易模式类似,收购方和转让方会根据尽职调查的结果,以及项目自身的情况,设置一系列交割先决条件。这些交割先决条件主要分为适当批准和授权、陈述与保证的真实准确及无重大不利影响、债权债务清理、交割前应解决问题等几个方面。通常而言,适当决策和授权以及陈述与保证的真实准确及无重大不利影响属于常规条款,一般双方不会有争议,但以下几个先决条件事项,对卖方而言可能对并购交易的进度造成不利影响,对买方而言如果不解决将可能导致并购交易完成后触发相应风险,需要并购双方在交易过程中重点协商关注:

1. 特许经营授权主体对项目公司股权转让事项的同意

在以特许经营模式实施的固废处置项目中,项目公司的唯一客户即为特许经营授权方(当地政府或其授权主体)。在该等特许经营权的相关招投标文件,以及项目特许经营协议中,对项目公司的股权转让的限制性规定非常常见,在此情形下,如果需要通过直接收购项目公司股权的方式实施并购,则需将取得特许经营授权方同意作为交割先决条件。此外,根据笔者的经验,有些较为早期的特许经营合同中可能并未约定项目公司股权转让的限制事项,但是出于避免发生被主管部门认定为转让项目公司股权以变相进行特许经营权转让的风险,为了维持特许经营权的稳定以及并购

交易后继续维持与授权方的良好合作关系,并购方通常也会要求将取得特许经营授权方的同意作为交割先决条件。

2. 重要手续缺失或者项目用地瑕疵的解决

就固废项目而言,如果目标项目存在重要手续的缺失(例如环保验收、正式危险废物经营许可证等)或者项目用地存在瑕疵(土地使用证尚未办理等),那么项目的合规性就会受到比较明显的挑战,而此类瑕疵通常难以在短期内解决,那么交易双方就需要在交易风险和交易节奏上进行平衡,以决定是否将该等瑕疵的整改作为交割的先决条件。通常,需要较长时间才能解决的问题,但该等问题能够通过尽职调查(通常是以访谈或相关主管部门书面确认)验证属于程序性事项,最终解决概率较大,或者收购方通过商业判断认为能够最终取得,则为了项目的正常交割,可以将该等手续取得作为交割后承诺事项。但是,收购方需要关注的是,交割后承诺带来的后果就是这些风险较大的瑕疵在交割之后仍留在项目公司体系内,并有可能导致项目公司受到行政处罚或影响到项目持续经营,进而造成重大风险,因此就需要回购等其他条款安排来应对。

(二)付款条款

固废行业属于强监管行业,其合规要求较高,合规风险较大。因此,在确定收购对价后,收购方通常会设置多个付款节点,逐步释放收购对价,并将部分消缺事项的解决和特别承诺事项的达成作为付款的触发条件。根据我们的经验,固废项目并购交易双方的争议焦点,一般主要涉及以下关键节点:

1. 消缺

通常而言,在交割先决条件达成后,项目公司股权将完成交割,收购方会在这个阶段支付大部分股权收购价款,或者通过承接股东借款的方式,向转让方支付大部分款项。但是,考虑到合规性风险,如果有些重要项目手续未取得,则有可能需要通过设置相关消缺条款,以促使卖方协助完成相关手续的办理。根据项目消缺事项的数量和严重程度,收购方会预留一部分股权转让价款作为消缺保证金,或者预留一部分债务承接价款,并根据转让方实施消缺的实际情况,进行扣减。

消缺事项、消缺期限和消缺保证金往往是双方协商的重中之重,因为消缺事项涉及到了交易对价的调整,关乎收购方最终应向转让方支付的款项总额,是涉及到“真金白银”的条款。在实务中,很多消缺事项实际转让方是没有办法在约定的消缺期限内妥善解决的,之所以约定消缺保证金,其实质性目的就是买断消缺义务,在收购方



扣除消缺保证金后，转让方即不再承担消缺义务。因此，转让方往往希望尽量减少消缺事项，降低消缺保证金，以减少损失。

与此相反，收购方的主要诉求并不是扣除消缺保证金，而是希望通过消缺保证金来促使转让方尽量完成消缺事项。对于收购方而言，作为项目的新业主方，在当地的资源，对于当地相关部门的熟悉程度，对于项目的了解程度都不及转让方，因此通常解决消缺事项的难度更大，所以收购方通常希望转让方能够尽量将消缺事项处理完毕，尽量减少目标项目的瑕疵。所以，收购方希望尽可能多列一些消缺事项，多留一些消缺保证金，从而能够促使转让方投入足够资源来解决问题。

由于双方诉求的天然对立，消缺事项和消缺保证金往往是双方激烈交锋的条款，甚至在谈判中需要双方单独设置谈判小组对消缺清单开展专项谈判。

2. 特别承诺保证金

除了消缺保证金之外，交易双方往往对特别承诺保证金条款也会展开争夺。特别承诺保证金本质上类似于“质保金”，如果在项目交割后一段时间内，特别承诺事项并没有出现问题，则收购方释放特别承诺保证金。该条款双方关注的重点在于保证金的

金额和放款的期限。转让方通常希望金额越少放款时间越短越好,最好不设置特别承诺保证金。而对于收购方而言,设置了特别承诺保证金,则可以在双方协商解决问题的过程占据相对主动的地位,毕竟还有款项可以扣减以弥补损失。

(三) 特别承诺条款

1. 关于土地问题的特别承诺条款

由于部分固废项目选址在新开发的工业园区,或者位于远离城市的远郊,特别是部分填埋场项目,其占用的土地在项目开发时往往难以取得土地权属证书。部分土地项目尚未完成建设用地审批手续,尚未转为建设用地。对于存在此类土地情况的目标项目,收购方通常会要求转让方对项目占地的合规性做出承诺,承诺项目建设符合规划,项目占地转为建设用地并由项目公司取得土地权属证书不存在实质性障碍。此外,土地相关手续的办理也会作为消缺事项,约定由转让方在一定时间内办理完毕。固废项目作为当地重点监管的项目,基本上不会出现不符合规划,违法占地等情形,转让方通常不会对土地问题的特别承诺太过抵触。

2. 关于处置量和处置范围的特别承诺

处置量与固废项目的收益息息相关,是收购方最为关心的指标之一。收购方往往会提出要求转让方对交割后一段时间内的处置量做出特别承诺。如果处置量未达到承诺的量,转让方需要对目标项目收益的差额进行补偿。关于处置量的特别承诺,本质上类似于业绩补偿条款。由于交割后,转让方已实际上对目标项目失去了控制,所以转让方往往认为处置量受多种因素影响,而项目控制权已经易手,即使处置量未能达到收购方预期,其原因也不在转让方身上,而更多是收购方自身经营管理问题。所以对于处置量的特别承诺很有可能遭到转让方的反对。转让方甚至会提出业绩对赌要求,要求设置处置量的下限和上限,如果交割后实际处置量超过上限,则收购方应调整项目估值,向转让方支付额外对价。这种业绩对赌条款,对于收购方而言往往难以操作。尤其是国资收购方,估值调整往往意味着重新决策,甚至重新评估,几乎不存在可操作性。在这种情况下,收购方通常需要将目标处置量降低到一个合理的区间,并对导致处置量未能达标的原因进行限制,如仅在目标项目出现工程质量问题,或因交割前原因导致停工停产等情形,从而导致处理量未达约定量时,才触发补偿机制。

此外,固废处置项目中,处置范围也是影响到项目未来收益的关键内容。对一般固废处置项目而言,特许经营合同中会规定固废处置项目的经营区域范围,如果未来在相应范围之内授予其他固废处置特许经营权,将会影响既有项目的未来收益。对于

危废处置项目而言,其根据危废经营许可证通过市场化方式收集处置危废,没有特别的经营区域范围。相对于处置量而言,一般固废项目中,通常可以设置经营区域范围作为特别承诺条款,以替代处置量的承诺。

3. 关于环保责任及其他行政处罚的特别承诺

固废项目是环保重点监管项目,固废项目如发生环保事故,可能招致严厉的行政处罚。因此,收购方通常会要求转让方承诺,因交割前原因导致的行政处罚和环保责任,均由转让方承担,由此给目标公司和收购方造成的损失均由转让方赔偿。该条款对于收购方控制或有风险极为重要,通常收购方都会坚持要求转让方进行特别承诺,并设置一定金额的特别承诺保证金。

结语

随着近些年来我国环保和污染防治力度的加强,固废行业的发展已体现出逐步向头部企业集中的趋势。固废项目的并购交易已成为头部企业整合行业资源,扩大业务规模的重要手段。无论是收购方还是转让方,唯有深入了解固废项目交易的基本架构和重要条款安排,才能充分维护自身利益,合理协调各方关切,促成交易的顺利达成。



朱颖
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3080
juliazhu@zhonglun.com



胡愔子
非权益合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3518
tedhu@zhonglun.com



环境企业IPO上市的 监管重点及其应对

作者/唐周俊、慕景丽、曹美璇

环境企业即服务于环境保护行业的企业类型。环境保护行业(以下简称“**环保行业**”)是指为节约能源资源、发展循环经济、保护生态环境提供物质基础和技术保障的产业。狭义上,环保行业是指为环境污染控制与减排、污染清理以及废弃物处理等方面提供设备和服务的行业。广义上,环保行业是指以防止环境污染、改善生态环境、保护自然资源为目的所进行的技术开发、产品生产、商业流通、资源利用、信息服务、工程承包、自然保护开发等活动的总称,不仅包括狭义的环保行业的内容,而且增加了清洁技术、清洁产品和生态环境建设等部分。

一直以来,环境企业都是投融资、资本市场的热门领域,基于其高科技属性以及巨大的发展潜力,该类公司的估值也居于高位。鉴于环境企业所属行业的特殊性,笔者随机选取若干家近年在科创板或创业板成功发行上市的环境企业,根据其公开披露的相关文件,从该等案例中总结出监管部门对于该类企业上市的监管重点以及相应的应对策略,以供拟上市环境企业参考。

PART 001

监管重点一:特许经营权项目

尽管环境企业具备高科技属性,但由于较多情况下为大型生产性企业,且涉及城市生活垃圾、污染等处理的运营主要由政府环卫部门负责,因此以授予特许经营权的方式进行企业与政府合作是企业项目中常见的业务运营模式。基于该种情况,特许经营权项目成为环境企业IPO中的问询重点。具体包括:(1) 发行人特许经营权项目取得的主要方式、履行的主要程序、审批手续情况及合规性;(2) 发行人与各项目的特许经营权授予方签订的主要合同涉及的主要内容,发行人权利转让移交的时间及转让移交时的具体安排,风险责任承担等。

针对特许经营权项目取得的问题,监管关注重点为发行人在该等项目获取过程中是否存在对项目审批人员/负责人进行利益输送、项目审批人员/负责人持股等特殊利益安排。因此,律师在核查过程中应当重点关注特许经营权项目取得是否履行了招

投标或竞争性谈判程序、是否经过政府或其授权单位审批等。此外,对于应履行而未履行招投标程序取得的特许经营权项目,建议应当由相关项目主管部门出具书面说明对其合法合规性进行确认。

针对特许经营权合同问题,监管关注重点为发行人就该等特许经营权项目签署的项目合同权利义务约定是否清晰,风险责任承担划分是否明确,以及是否存在潜在违约风险等。因此,律师在核查过程中应当重点关注授予方与建设方具体权利义务内容分配、特许经营权期限、项目移交日期、项目移交准备、项目移交范围等方面。同时也应当关注相关规则中对于特许经营权项目的强制性规定,例如根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第六条规定“基础设施和公用事业特许经营期限应当根据行业特点、所提供公共产品或服务需求、项目生命周期、投资回收期等综合因素确定,最长不超过30年。对于投资规模大、回报周期长的基础设施和公用事业特许经营项目可以由政府或者其授权部门与特许经营者根据项目实际情况,约定超过前款规定的特许经营期限。”因此,环境企业应当注意规范特许经营权合同内容,在合同条款当中明确权利义务、转让移交安排等相关约定内容的同时,也要注意符合《基础设施和公用事业特许经营管理办法》等法律法规中对特许经营权项目经营期限等方面的强制性规定。

PART 002

监管重点二:环保处理过程

环境企业在业务开展过程中大多涉及到对于各类污染物、废物的处理,除与其他类别企业类似的关注环评/安全生产批复、验收等手续之外,监管在问询过程中亦关注(1)环保行业常出现的废物的处理过程合法合规性;(2)该等废物的处理过程与其他数据的匹配性(例如处理能力和收入情况的匹配性)等。

针对废物的处理过程合法合规性问题,律师在核查过程中应当重点关注发行人自身或者废物处理服务提供方是否具备相应危险废物经营许可证等资质,以及行政许可范围与待处理废物类别能否匹配。此外,还可结合专业检测机构对发行人废气、废水和噪音等污染检测出具的专业意见,对发行人废气、废水等排放是否达到《大气污染物综合排放标准(GB 16297-1996)》、《污水综合排放标准(GB 8978-1996)》、《石油化学工业污染物排放标准(GB 31571-2015)》、《一般工业固体废物贮存、处置

场污染控制标准(GB 18599-2001)》等法律、法规规定的排放标准,以及废物处理过程的合法合规性进行综合论证。

针对废物的处理过程与其他数据的匹配性问题,律师在核查过程中应当结合环境影响评价报告表、环评验收批复、危险废物经营许可证等所载明的危险废物最大处理量判定发行人目前废物收集数量、处置数量、存储数量等是否超过许可范畴。此外,可将发行人生产经营过程中签署的废物处置业务合同载明的处置规模、合同金额与当前业务收入数量进行比较,进而对于其处理能力与收入的匹配性进行核查。

PART 003

监管重点三:招标投标程序履行情况

环境企业作为大型生产性企业的代表,且涉及城市生活垃圾、生产垃圾、污染等处理的运营主要由政府环卫部门负责,因此参与招标投标是环境企业开展业务的重要取得方式,招标投标程序的履行情况亦为环境企业IPO中的问询重点。具体包括:(1)主要业务合同是否需履行公开招标投标程序,是否存在应招标未招标的情形;是否存在商业贿赂、不正当利益交换或不正当竞争的情形;(2)是否满足招标投标程序中对业务资质的要求,是否存在法律纠纷以及合同无效或被撤销的风险;是否存在联合竞标、转包、分包等情形。

针对招标投标程序履行情况,律师在核查过程中应当结合项目所处行业、合同标的金额综合判断该等合同是否必须履行招标投标程序,以及是否存在应招标未招标的情形,相关合同是否存在无效或被撤销的法律风险,以及对发行人生产经营的影响。依据《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》、《工程施工项目施工招标投标办法》、《工程施工项目招标范围和规模标准规定》(已被2018年6月1日生效的《必须招标的工程项目规定》废止),2018年6月1日之前,大型基础设施、公用事业等项目以及使用国有资金投资或国家融资的项目,施工单项合同估算价在200万元以上、货物采购单项合同估算价在100万元以上或服务采购单项合同估算价在50万元以上的,必须招标。依据《必须招标的工程项目规定》,2018年6月1日起,大型基础设施、公用事业等项目以及使用国有资金投资或国家融资的项目,施工单项合同估算价在400万元以上、货物采购单项合同估算价在200万元以上或服务采购单项合同估算价在100万元以上的,必须招标。同时,招标投标分为公开招标和邀请招标,

其中国有资金占控股或主导地位的依法必须招标的项目,应当公开招标;但有下列情形之一的,可以邀请招标:(一)技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制,只有少量潜在投标人可供选择;(二)涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾,适宜招标但不宜公开招标;(三)采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大。因此,应当结合相关规则确定是否应当履行招投标程序,以及招投标的具体形式,进而对其合规性进行综合判断。

针对招投标程序中对业务资质的要求以及联合竞标、转包、分包的情况,律师在核查过程中应当重点关注招标文件是否要求取得开展业务所必需的特定业务资质或许可,以及该等资质是否存在到期不能续期的风险;针对联合竞标情况,律师应当重点核查联合投标各方的具体工作内容,以及发行人对于联合体其他成员或其他合作方是否存在市场开拓、资金投入、工程实施、技术落地等方面的依赖。通过结合发行人是否拥有独立的市场开拓及销售团队、技术和运营服务团队,是否存在向联合体其他成员或其他合作方借款融资的情形等综合核查发行人在业务开展过程中的独立性;针对转包、分包情况,律师应当重点核查相关招投标文件及签署的合同中是否存在限制转包、分包的约定,是否属于《中华人民共和国民法典》等法律法规中禁止的转包、违法分包建设工程的情形,并进一步核查发行人在合同履行过程中是否存在转包、分包的行为,从而判断相应的法律风险及对发行人生产经营的影响。

环境保护是我国的一项基本国策,是社会可持续发展的基础,是我国经济发展与社会进步的重中之重。环境企业上市可以充分利用资本市场的优势改变当前环保行业相关企业规模较小的现状,为其提供发展壮大所需的资金,对于环境企业的发展具有重大意义。但需要注意的是,企业规范运作仍然是企业成功上市的重要前提,环境企业应不断提高自身的规范运作水平,健全并完善公司治理结构,以满足上市的要求并顺利实现企业融资的需求。随着注册制的逐步落实以及环保行业的政策红利,环境企业上市亦将持续保持向好态势,实现稳步发展与提升。



唐周俊
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5087 2866
tangzhoujun@zhonglun.com



慕景丽
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 105087 2725
mujingli@zhonglun.com



环境企业科创板上市的 知识产权合规应对

作者/何丹

行业专家预测，到2025年，我国环保产业总产值将达到10万亿级。在《上海证券交易所科创板企业发行上市申报及推荐暂行规定》提出的六大领域企业中，节能环保领域的企业占有重要一席。环境企业迎来利用资本市场迅速成长的重大机遇。笔者结合科创板拟上市企业知识产权的最新监管政策以及近期通过上市审核的环境企业案例解读，总结科创板知识产权合规经验，以帮助环境企业早日成功登陆科创板。

PART 001

科创板对上市企业知识产权的最新规定

2021年4月，中国证监会发布公告，修改《科创属性评价指引(试行)》，修改后形成“4+5”的科创属性评价指标。与此同时，上海证券交易所发布《上海证券交易所科创板企业发行上市申报及推荐暂行规定(2021年4月修订)》。这两项规定对拟登陆科创板的环境企业知识产权指标提出了新的要求，主要内容如下：

一是评价体系由之前的“3+5”完善为“4+5”，新增“研发人员占比不低于10%”的常规指标。

二是实施负面清单管理，严格限定科创板行业领域。根据企业科创属性情况，从严把关，限制在科创板上市；对于房地产和主要从事金融投资类业务的企业，禁止在科创板上市。

三是明确保荐机构应该围绕科创板定位，严格核查发行人科创属性的认定依据和相关信息披露，督促发行人按照要求在专项说明中充分、客观地反映自身的科创属性，并在专项意见中详细说明核查依据。综合判断保荐机构的核查是否充分，并将此作为发行上市审核中的一项重要环节。

PART 002

顺应政策趋势，打造“硬科技”实力，科学推进知识产权合规体系建设

从科创板对上市企业知识产权的最新规定中可以看出，围绕科创板定位，筛选、

推荐科创板重点支持领域中的“硬科技”企业，支持和鼓励“硬科技”企业上市将成为新的趋势。作为“硬科技”风向标的知识产权指标成为影响环境企业科创板上市的最核心、最关键的因素。

科创板拟上市环境企业需要注意的是，本次修订完善科创属性评价指标体系，旨在“聚焦支持‘硬科技’的核心目标，突出实质重于形式”。随着上市监管力度的不断加强，注册制对中介机构的责任不断加大，拟上市企业欲通过中介机构包装不具有高科技实力的企业，以便突击上市的可能性大幅降低。环境企业还要引起注意的是，科创板所指的“硬科技”并非指企业的“高科技”，而是拥有知识产权作为护城河的“高科技”，是拥有“合法垄断”权的“高科技”。没有知识产权加持的高科技不属于“硬科技”。科创板对是否属于“硬科技”企业的判断标准是：环境企业是否拥有展示“硬科技”实力的知识产权。环境企业的竞争优势源于其拥有受知识产权保护的核心技术和创新能力的“硬科技”，并且保护该“硬科技”的知识产权具有稳定性，无权属争议、侵权等风险。

因此，拥有解决绿色难题的“高科技”基因的环境类科创板拟上市企业应该对照审核要点，踏踏实实做好标志“硬科技”实力的知识产权合规体系建设，将“高科技”实力转化为“硬科技”实力，以顺利登陆科创板。

（一）做好尽职调查，确保核心技术有完备的知识产权保护

拟上市环境企业的知识产权合规，首先需要做好尽职调查，分析企业知识产权和产业、产品、技术的内在关联，了解是否有解决绿色难题的核心技术，核心技术的独立性与完整性，核心技术的先进性、稳定性与可持续性，同时全面梳理已有知识产权情况，核查核心技术是否有完备的知识产权保护。

在此基础上，了解企业的核心产品，产业上中下游应用场景，企业在自身所处产业中的定位与地位，竞争对手的知识产权布局等，结合技术与专利生命周期，开展技术开发工作。

在此基础上，企业应该考虑选择成果的保护方式。如果选择以商业秘密的形式保护技术方案，则应充分考虑商业秘密的法律特征，做好秘密点的确认及相关保密手段的运用。如果选择通过专利保护，则应围绕主要产品、核心技术做好基础专利或核心专利的布局。对于产品与核心技术之间的关系，在近期上海证券交易所向科创板拟上

市环境企业下发的《审核问询函》¹中, 高度关注发行人核心技术在其核心业务中的具体体现, 发行人律师对此也做了详尽的说明², **包括发行人的核心业务情况、核心技术情况、核心技术如何解决核心业务的具体技术问题以及相应的专利组合情况等**。同时, 环境企业应围绕基础专利或核心专利做好外围专利布局。如果企业采用的是进攻型知识产权战略, 则应采用高价值专利布局策略, 从诉讼角度考虑, 在核心产品、关键技术领域布局严密的专利网。根据外观设计专利、实用新型专利和发明专利的不同特点, 合理构建专利组合, 达到侵权识别容易、侵权认定清晰、侵权方无效涉案专利组合困难的法律效果。如果产品将出口国外, 则应构建专利家族, 在出口目的地国布局专利。除专利外, 还应同时完成商标、著作权的规划与布局, 避免发生商标被他人抢注的情形, 特别是对于出口产品国, 避免发生商标抢注或出口国语言商标被抢注等情形。

最后, 企业应制订周全的包含专利布局、专利组合管理的知识产权申请战略, 并严格落实, 真正做到完备周全的知识产权保护。

(二) 针对权属、侵权、不稳定性等风险建设知识产权合规体系

首先是应对权属方面的知识产权风险。如果是合作开发, 应在合作开发合同中明确约定知识产权的归属。例如, 是一方单独所有, 还是双方共有。要关注发明人的身份, 是否有兼职或离职一年内的情况, 避免出现职务发明的权属争议。在近期上海证券交易所向科创板拟上市环境企业下发的《审核问询函》³中, 高度关注曾任职其他单位的发行人主要人员的权属争议。问询内容包括:**发行人核心技术是否涉及董事、高管、核心技术的研发人员曾任职单位的职务成果, 是否存在违反与曾任职单位的竞业禁止协议或保密协议, 现有知识产权是否属于原任职单位的职务发明, 与第三人公司之间是否存在纠纷或潜在纠纷等**。针对与高校开展科研合作的知识产权归属问题, 近期上市委也高度关注⁴, 问询内容包括:**发行人与高校之间是否在《技术开发(委托)合同》后就双方如何具体履行申请和使用专利的权利, 分配共有专利有关收益以及后续发明专利拥有等情况做明确的约定; 发行人单独申请并拥有后续发明专利并独享该等后续专利收益是否构成违约, 高校是否知晓发行人独享专利并明确放弃任何权利主张, 是否有权就发行人在后续的持续开发中形成的多项独有专利提出权利主张; 高**

1. 上证科审(审核)[2020]858号《关于浙江卓锦环保科技有限公司首次公开发行股票并在科创板上市申请文件的审核问询函》

2. 浙江卓锦环保科技有限公司首次公开发行人民币普通股(A股)股票并在科创板上市的补充法律意见书(四)

3. 上证科审(审核)[2020]481号《关于青岛达能环保设备股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市申请文件的审核问询函》

4. 上海证券交易所2020年12月3日《关于青岛达能环保设备股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市的上市委问询问题》

校是否存在国有资产流失的风险等。企业在确定发明人的时候,也要注意真实发明人的情况,不能随意更改发明人。同时应做好保密工作。要求参与研发各方签署保密协议,未经允许不得申请专利,不得公开商业秘密,并约定违约赔偿等。

其次是排查侵权方面的知识产权风险。主要通过专利信息分析和侵权比对等方法,对项目的主要内容及关键技术、创新点进行产品不侵权分析(Freedom To Operate),判断研发项目落地后是否可能侵犯第三人的专利权。当然,对相关竞争对手主动发起知识产权侵权诉讼,或无效核心专利审查的可能性,也要通过专利信息分析、市场调研等工作做好充分预判,未雨绸缪。如果产品将销往国外,还要针对目的地国开展专利预警分析。如果存在可能侵权的情形,需要提前做好专利规避方案。如果发现难以规避或者规避成本过高,可考虑放弃该立项或者获得知识产权许可、收购目标知识产权,甚至并购权利人公司。

最后是排查知识产权稳定性风险。核心技术对应的专利,既要有很好的权利稳定性,又要有较大的权利保护范围,这样才能经得起无效专利审查,打得赢诉讼。因此,需要排查知识产权的稳定性风险,一方面主动评估专利的稳定性,了解相关专利若被认定为无效对本单位经营的影响;另一方面,对涉及被提出无效的专利,积极关注第三方无效请求的进展,评估该专利若无效对本企业经营利润的影响,采取应对措施。

(三) 建设知识产权管理制度, 营造知识产权合规文化

企业知识产权管理策略应符合企业的整体战略定位,按照企业制定的知识产权战略总体实施。在此基础上,环境企业应建立健全完善的知识产权管理组织体系,制定符合企业个性化特点的知识产权管理制度,将知识产权管理贯穿于技术开发工作的全过程,做到知识产权管理合规,营造企业的知识产权合规文化,应对企业的系统性风险。知识产权管理合规包括技术成果奖励合规、技术成果管理合规、技术档案管理合规等方方面面的问题,企业要高度关注,避免出现专利权因未缴年费而终止、职务发明创造奖励不到位、商业秘密泄露、权属证据灭失等情形。

环境企业应建立健全保密体系。如果将研发成果作为商业秘密保护,应做好保密工作。例如,要求参与研发各方签署保密协议,未经允许不得申请专利,不得公开商业秘密,并约定违约赔偿等。特别在涉商业秘密的产品需要外协加工时,应注意商业秘密的保护。同时,也要注意不得侵犯第三方商业秘密。

结语

环境企业的高科技属性体现在解决绿色难题的技术创新，该技术创新一定要有管理体系完备的知识产权加持。环境企业应该抢抓科创板青睐“硬科技”的政策趋势，积极推进知识产权合规体系建设，大力提升展示“硬科技”实力的知识产权合规水平，积极将解决绿色难题的“高科技”转化为“硬科技”，早日顺利登陆科创板。



何丹
合伙人
知识产权部
武汉办公室
+86 27 5942 5198
hedan@zhonglun.com



环境科技企业数据合规要点

随着我国立法、执法的不断完善,针对数据保护的监管口径也逐渐趋于严格,许多在过去司空见惯的数据相关实践,现在都可能落入“违规”的范畴,涉事企业轻则遭受通报批评导致商誉受损,重则经营中止停业整改,对企业的正常经营可能带来较大的影响。基于此,数据合规作为当今企业必须引起重视的课题,亦是环境科技企业应当关注的要点。

PART 001

收集用户个人信息的合规要点

伴随着大数据时代的到来,不少环境科技企业选择通过提升C端用户的数量来开拓业务,并选择以App、小程序等作为渠道。随着近年来监管力度的加强,包括网信办、工信部在内的多个部门多次对违规收集个人信息、侵害用户权益的App、小程序进行了通报,部分环境科技企业开发的App亦位列其中,个人信息收集合规已经成为环境科技企业不可忽视的重要一环。因此,我们建议环境科技企业着重把握以下几点:

(一) 应仅限于业务必要的范围收集数据

《中华人民共和国网络安全法》(“《网络安全法》”)第四十一条明确将“必要”规定为企业收集个人信息的原则之一。2019年发布的《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》(“《认定方法》”),则在《网络安全法》的基础上进一步细化,将“收集的个人信息类型或打开的可收集个人信息权限与现有业务功能无关”等行为¹明确列入违法违规的范畴。例如,某App软件的功能仅是根据用户地理位置提供周边环境污染及天气信息,那么调取用户的联系人通讯录等与上述功能无关的信息就可能属于非必要情形。因此,环境科技企业在收集用户的个人信息之前,应当先对收集行为的必要性进行论证。

1. 《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》第四点规定:“以下行为可被认定为‘违反必要原则,收集与其提供的服务无关的个人信息’:1.收集的个人信息类型或打开的可收集个人信息权限与现有业务功能无关;2.因用户不同意收集非必要个人信息或打开非必要权限,拒绝提供业务功能;3.App新增业务功能申请收集的个人信息超出用户原有同意范围,若用户不同意,则拒绝提供原有业务功能,新增业务功能取代原有业务功能的除外;4.收集个人信息的频度等超出业务功能实际需要;5.仅以改善服务质量、提升用户体验、定向推送信息、研发新产品等为由,强制要求用户同意收集个人信息;6.要求用户一次性同意打开多个可收集个人信息的权限,用户不同意则无法使用。”

(二) 收集前应明示目的、方式、范围,并取得被收集者的同意

除信息收集的范围外,信息收集的方式同样是监管关注的重点,《网络安全法》第四十一条也规定,企业应当公开收集、使用个人信息的规则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经被收集者同意。就具体操作而言,企业可以考虑在App或小程序的隐私政策、用户协议或相关文本中列明以上内容,并通过用户主动确认、主动勾选“同意”等方式,确保个人信息的收集行为均取得用户的合法同意。

由于违反上述要求收集个人信息可能导致App或小程序被下架、企业受到行政处罚等诸多不良后果,环境科技企业应当重视个人信息的收集环节,严格遵循相关规定的要求,以降低合规风险。

PART 002

爬取公开数据的合规风险点

基于产业分工的细化,部分企业选择将更多的精力投入数据的分析与处理中,并通过在互联网上“爬取”的方式获取大量公开数据作为分析基础(例如通过爬取互联网上公开的天气信息,用以整合制作天气预报产品)。在此模式下,企业也容易陷入一个误区,即“信息都是公开的,所以如何爬取都不会违规”,但这恰恰与法律及监管的态度相悖。

(一) 爬取数据有构成不正当竞争的风险

很多组织、个人的网站虽然免费公开数据,但也往往带有吸引流量等商业性的盈利目的。如果环境科技企业直接爬取同一市场内其他企业基于商业目的公开提供的数据并用于自己的业务,就有可能对数据的原发布者形成实质性替代,并导致原发布者商业机会的损失。在司法实践中,部分法院认为该类行为违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条中“遵守公认的商业道德”的要求,属于“损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序”的不正当竞争行为。

(二) 极端情况下,爬取数据可能带来行政处罚乃至刑事风险

基于爬取手段的技术差异,爬取者对于被爬取网站系统造成的负担也各不相同。实践中,也曾出现因爬取行为导致被爬取网站响应速度变慢,乃至瘫痪的情况。鉴于《网络安全法》第二十七条规定:“任何个人和组织不得从事非法侵入他人网络、干扰

他人网络正常功能、窃取网络数据等危害网络安全的活动”，因此干扰被爬取网站正常运行的行为有可能遭受行政处罚。严重的甚至可能构成《刑法》第二百八十五条中“非法获取计算机信息系统数据”等罪名，并需要承担相应的刑事责任。

因此，从降低风险的角度，我们提出以下几点建议：第一，环境科技企业可以更多采用自行收集、协议购买等方式取得数据；第二，如果需要采取爬取手段，企业应当首先审查被爬网站是否具备Robots协议，并遵守被爬网站中Robots协议的要求。其次，企业应当避免突破/破坏网站的防护措施进行数据爬取。最后，在爬取时应当合理控制爬取频率²，避免给被爬网站的运行造成过度负担。

PART 003

因违反特殊规定而遭遇的数据合规风险

除法律法规中对各类企业普遍性的数据合规要求外，环境科技企业也可能因业务原因触发一些特殊的数据保护与合规标准，并将因此承担更高的合规义务。

（一）环境监测中地理测绘、气象数据的特殊合规要求

实践中，部分环境科技企业存在直接监测、收集某一地区的环境数据的情况。对于其中可能涉及的涉密地理信息与气象数据，现行法存在特殊规定，环境科技企业应当特别重视违反该类规定可能带来的合规风险。

1. 涉密地理信息数据的合规要求

随着科技的发展，大范围监测技术在环境监控中发挥了越来越重要的作用，部分环境科技企业的监测数据中也可能包括相应地区的地理信息等数据。例如，《中华人民共和国测绘法》规定：“地理信息生产、保管、利用单位应当对属于国家秘密的地理信息的获取、持有、提供、利用情况进行登记并长期保存，实行可追溯管理。”因此，如环境企业在业务过程中接触涉密地理信息的，应当尤其重视相关数据的存储安全，并按照上述法律规定对数据的各项情况做好记录和保存工作。

2. 对气象数据、资料的特殊限制

就各类气象资料，《气象数据管理办法（试行）》第二十条规定：“任何单位和个人，

2.《数据安全管理办法（征求意见稿）》规定：“自动化访问收集流量超过网站日均流量三分之一”的属于“严重影响网站运行”的行为。虽然该规定并未生效，但是可以作为企业规范自己业务的参考。

未经允许,不得将所获取的气象数据³以转发、转让、出售等方式对外披露,或用于气象业务、科研开发以外的其他用途。”《涉外气象探测和资料管理办法》第五条则规定:“任何组织和个人不得向未经批准的境外组织、机构和个人提供气象探测场所和气象资料,不得将涉及国家秘密的气象资料以任何方式提供给其他组织和个人或者予以发表。”因此,如环境科技企业业务开展过程中涉及气象数据的,应当遵守上述规定。尤其当企业需要与境外主体建立合作关系时,应特别注意境外主体能否通过合作取得环境科技企业收集的气象数据。如存在此类情形的,应当提前与监管部门联络,并取得批准。

(二)“关键信息基础设施运营者”的特殊义务

《网络安全法》第三十一条明确“一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露,可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益”的网络系统属于“**关键信息基础设施**”,并要求对其进行“重点保护”。

如最终被认定为“**关键信息基础设施运营者**”,企业可能需要为此承担一系列额外的义务,例如设置专门安全管理机构和负责人,并对负责人和关键岗位的人员进行安全背景审查;定期对从业人员进行网络安全教育、技术培训,并进行技能考核;对于重要系统和数据库应当采取容灾备份的措施;就网络安全事件应急预案必须定期进行演练;所收集的数据必须存储在中国境内等。此外,如涉及采购网络产品和服务且存在可能影响国家安全的情形,还将触发网络安全审查,必须由网信部门会同国务院有关部门审查确定企业能否采购相关产品或服务。

(三)“重要数据”的额外保护规定

《中华人民共和国数据安全法》第二十一条使用了“重要数据”这一特别概念,并在《网络安全法》的基础上详细规定了同重要数据保护相关的一系列制度,如明确数据安全负责人和管理机构、定期开展风险评估并发送报告等。

一旦环境科技企业收集的环境信息等数据被归入“重要数据”,企业就必须履行重要数据保护义务。虽然“重要数据”的范围及识别标准尚待进一步明确,但如前所述,环境监测中的部分地理、气象数据均可能涉及国家安全,无法排除其在未来被列

3.《气象数据管理办法(试行)》第三条规定:“本办法所称气象数据,是指通过观测监测、考察调查、收集交换、科学研究、试验开发、生产分析、授权管理等方式,获得的大气和空间天气科学技术领域的数字、文字、符号、图片和视音频等。”

入“重要数据”范畴内的可能性。因此,我们建议环境科技企业在数据合规过程中应当时刻关注最新的立法动态,了解监管部门的口径,以便提前进行合规规划与应对。



刘新宇
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3700
jeffreylu@zhonglun.com

CHAPTER THREE

The eco-environmental legal practice
within the context of the carbon peak
and neutrality goals



CHAPTER FOUR

The eco-environmental legal
practice within the context of
the carbon peak and
neutrality goals

长江保护



《长江保护法》下港航企业的环境法律义务与责任

作者/迂峰、汪龙

2021年3月1日,《长江保护法》正式施行,这是我国首部流域法律,关系到在长江流域从事经营活动的港航企业的切身利益。本文围绕《长江保护法》对港航企业在长江流域的环境保护法律义务和责任进行了梳理,从航行规则、危险货物运输、岸电使用、岸线利用等方面展开讨论,以期为港航企业提供环保合规方面的风险提示与建

PART 001

水生生物重要栖息地的禁航、限航

在《长江保护法》实施之前,我国关于内河禁止、限制航行区域的法律法规主要是《内河交通安全管理条例》(以下简称“《内河条例》”)。《内河条例》第二十条规定,“船舶进出港口和通过交通管制区、通航密集区或者航行条件受限制的区域,应当遵守海事管理机构发布的有关通航规定。任何船舶不得擅自进入或者穿越海事管理机构公布的禁航区。”《内河条例》第二十三条规定海事管理机构可以基于恶劣天气、大范围水上施工作业、影响航行的水上交通事故等对航行安全影响较大的情形,采取限时航行、单航、封航等临时限制措施。¹

根据《长江保护法》,交通运输部将会同有关部门在长江流域水生生物重要栖息地划定禁止航行区域和限制航行区域(以下简称“**生物禁航区**”)。针对禁止航行区域,原则上禁止一切船舶在该区域内航行,只有基于“国家发展战略和国计民生需要”经有关部门批准且采取必要措施后才能在该区域航行。²

值得注意的是长江流域还有很多自然保护区。根据《自然保护区条例》第十八条、第二十七条和第二十八条的相关规定,禁止任何人进入自然保护区的核心区,禁止在自然保护区的缓冲区开展旅游和生产经营活动。因此,理论上被划入自然保护区的长江区段应当适用前述规定,禁止船舶航行。不过在现实中,这样的规定几乎无法执行。例如安徽部分长江区段处于铜陵淡水豚国家级自然保护区中,但是要在这一江段禁止航运是不现实的。有学者指出,按照现有(自然保护区)功能区划,无论是长江航道

1. 此外,内河航线也可能受到军事禁区限制,《军事设施保护法》第十七条第一款规定,禁止陆地、水域军事禁区管理单位以外的人员、车辆、船舶等进入军事禁区,禁止航空器在陆地、水域军事禁区上空进行低空飞行,禁止对军事禁区进行摄影、摄像、录音、勘察、测量、定位、测绘和记述。但是,经有关军事机关批准的除外。

2.《长江保护法》第二十七条。

的繁忙航运,还是保护区内原住民基本生产活动,实际都处于被动的违法状态。³目前,《长江保护法》下的生物禁航区范围还在制定中⁴,我们认为,这种有针对性的生物禁航区应当平衡生物保护和航运经济的现实需求,提供更加合理的功能区划。

在海事主管部门发布的交通管制区、通航密集区、航行条件受限制区域或者禁航区强行航行的,根据《内河条例》会被处五千元以上五万元以下的罚款;情节严重的,禁止船舶进出港口或者责令停航,并可以对责任船员暂扣适任证书或者其他适任证件3个月至6个月。⁵《长江保护法》实施后,如果船舶在生物禁航区航行,罚款金额提高为一万元以上十万元以下;情节严重的,处十万元以上五十万元以下罚款。⁶《长江保护法》对违反生物禁航区的处罚力度相比《内河条例》的规定有大幅提高。

PART 002

运输危险货物的船舶污染责任保险或财务担保

《长江保护法》第五十一条要求“国家建立长江流域危险货物运输船舶污染责任保险与财务担保相结合机制。具体办法由国务院交通运输主管部门会同国务院有关部门制定”。该条款为长江流域船舶污染责任强制保险提供顶层制度框架。不过目前只有《危险化学品安全管理条例》针对内河运输危险化学品的船舶,要求其所有人或者经营人取得船舶污染损害责任保险证书或者财务担保证明。交通运输部在《防治船舶污染内河水域环境管理规定》第十一条第三款中明确:“通过内河运输危险化学品的中国籍船舶的所有人或者经营人,应当向在我国境内依法成立的商业性保险机构和互助性保险机构投保船舶污染损害责任保险。具体办法另行制定。”对于违反上述规定的船舶所有人或经营人,根据《内河条例》第六十七条可能面临责令限期改正、责令停航以及1万元以上10万元以下罚款的处罚。

内河船舶污染责任保险具体实施办法一直处于缺位状态,诸如保险标的、投保金额、保险或担保机构资质等方面均缺少规范,影响了上述规定的实施。交通运输部正在制定《船舶污染损害民事责任保险实施办法》,根据2020年8月征求意见稿,在内河水域航行的载运散装液体危险化学品的船舶被明确纳入该办法调整范围。如果该办

3.刘馨,郝玉江,王克雄,等.长江江豚自然保护区建设管理存在的问题及调整建议[J].水生生物学报 2020年44卷6期, 1360-1368页, ISTIC PKU CSCD BP, 2020.

4.https://xxgk.mot.gov.cn/2020/jigou/zcyjs/202103/t20210325_3539827.html 交通运输部2021年3月份例行新闻发布会

5.《内河条例》第六十八条

6.《长江保护法》第八十四条

法最终实施,能够一定程度上填补立法的空白,但是对散装液体危险化学品以外的其他危险货物,该征求意见稿依然未作规定。

《长江保护法》虽然未涉及内河船燃油污染责任保险问题,但今后也可能纳入强制责任保险制度框架。《船舶污染损害民事责任保险实施办法》征求意见稿第八条规定,“在中华人民共和国内河水域航行的载运散装液体危险化学品的船舶,投保污染损害民事责任保险或者取得其他财务保证,其保险或者财务保证标的应当包括危险化学品及燃油造成的污染损害。”如果该规定最终实施,则所有载运散装液体危险化学品的船舶不仅要取得有关作为货物的危险化学品污染责任保险或财务担保,还应取得燃油污染责任保险或财务担保。

PART 003

剧毒化学品和危险化学品禁运

《危险化学品安全管理条例》第五十四条规定,“禁止通过内河封闭水域运输剧毒化学品以及国家规定禁止通过内河运输的其他危险化学品。前款规定以外的内河水域,禁止运输国家规定禁止通过内河运输的剧毒化学品以及其他危险化学品。”其中“剧毒化学品”指国家安全生产监督管理总局制定的《危险化学品目录(2015版)》中备注为“剧毒”的148种化学品,以及其他符合该目录第二条剧烈急性毒性判定界限的化学品;“禁止通过内河运输的剧毒化学品以及其他危险化学品”则参见交通运输部制定的《内河禁运危险化学品目录(2019版)》。《长江保护法》第五十一条第二款规定,“禁止在长江流域水上运输剧毒化学品和国家规定禁止通过内河运输的其他危险化学品。”也就是说,长江流域剧毒化学品的禁运要求已经和内河封闭水域的要求完全一致。

根据《危险化学品安全管理条例》第八十七条,通过内河封闭水域运输剧毒化学品以及国家规定禁止通过内河运输的其他危险化学品的,或者通过内河运输国家规定禁止通过内河运输的剧毒化学品以及其他危险化学品的,船舶所有人、经营人可能会被处十万元以上二十万元以下的罚款,有违法所得的,没收违法所得;拒不改正的,责令停产停业整顿;构成犯罪的,依法追究刑事责任。如今,在长江流域违反有关剧毒和危险化学品禁运规定的,面临的行政处罚力度更大,包括没收违法所得,并处二十万元以上二百万元以下罚款,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元

以上十万元以下罚款;情节严重的,责令停业整顿,或者吊销相关许可证。⁷

PART 004

停泊期间强制使用岸电

船舶岸电是指船舶停靠港口码头泊位期间,停止使用船舶上的发电机,改用码头岸电箱对船舶供电。我国已于2020年底实现了长江沿线港口岸电基本覆盖⁸,这给大规模强制使用岸电提供了可能性。此前《大气污染防治法》规定“船舶靠港后应当优先使用岸电”;《长江保护法》第七十二条则进一步规定“具备岸电使用条件的船舶靠港应当按照国家有关规定使用岸电,但使用清洁能源的除外”。相比之下,《长江保护法》的规定更加具有可操作性。一方面,使用岸电需要港口和船舶有配套设施,不能一刀切地强制所有情况下都使用岸电;另一方面,《长江保护法》也要求地方政府制定港口岸电设施、船舶受电设施建设和改造计划,给予港航企业相应资金补贴、电价优惠等政策扶持,提高岸电使用率。对于使用清洁能源的船舶来说,使用岸电并无特别必要,因此不作要求。

《大气污染防治法》未规定船舶不优先使用岸电的法律责任,《长江保护法》弥补了这一空白,违反相关规定可能面临被责令停止违法行为,给予警告,并处一万元以上十万元以下罚款;情节严重的,处十万元以上五十万元以下罚款。⁹

PART 005

合法利用长江流域岸线

岸线是港口企业、修造船企业宝贵的生产资料,港口、船厂的新建、扩建均可能涉及岸线的开发利用。近年来,长江上新增港口岸线的审批难度越来越大,港口岸线总规模基本不得突破原有规模。¹⁰《长江保护法》也延续着近年来长江不搞大开发的基本要求,对长江流域河湖岸线实施特殊管制,严格控制岸线开发建设,促进岸线合理

7.《长江保护法》第九十条

8.《长江沿线港口岸电基本覆盖》中国能源网http://www.cnenergynews.cn/dianli/2020/12/09/detail_2020120984890.html

9.《长江保护法》第八十四条

10.2019年交通运输部办公厅、国家发展改革委办公厅《关于严格管控长江干线港口岸线资源利用的通知》(交办规划〔2019〕62号)要求,严控港口岸线总规模。坚持有保有压、有增有减,保障集约高效的公用规模化港区 and 提升安全绿色发展水平设施建设的港口岸线需求,根据生态保护和城市发展需要调整、压缩或退出部分港口岸线。沿江各港在修编已批准的港口总体规划时,规划的港口岸线总规模只减不增,不得突破原规划规模。

高效利用。

针对非法利用长江流域河湖水域、岸线的行为,当事人会面临责令停止违法行为、限期拆除、恢复原状并承担费用,没收违法所得,并处五万元以上五十万元以下罚款。¹¹如果违法利用岸线的行为同时违反生态环境准入清单的,罚款金额加重为五十万元以上五百万元以下,且对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上十万元以下罚款;情节严重的,经人民政府批准后责令关闭。¹²

结语

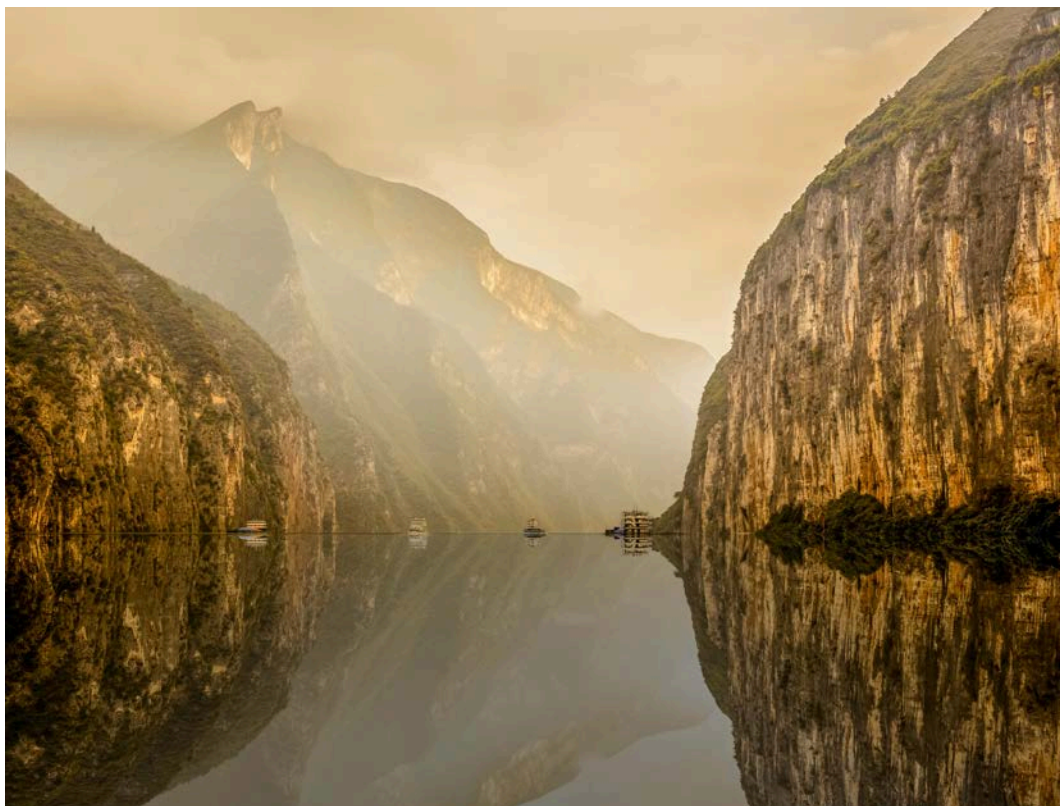
长江是中华民族的母亲河,是中华民族永续发展的重要支撑。对于依托于长江的港航企业来说,一方面要注意《长江保护法》对企业生产经营提出的诸多要求和限制,避免法律风险;另一方面也要抓住机遇,借助《长江保护法》下政府推动产业升级改造、提升技术装备水平、建设长江水运基础设施等契机,实现自身的绿色发展。



迂峰
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3198
yufeng@zhonglun.com

11.《长江保护法》第八十七条

12.《长江保护法》第八十八条



《长江保护法》规制下 生产建设活动的环保责任

作者/韩秋林、肖圣军、张粒

《中华人民共和国长江保护法》¹（以下称“《长江保护法》”）作为我国第一部针对流域管理制定的法律，覆盖了长江流域180万平方公里积水区域，在行政区划上横跨19个省级行政单位。《长江保护法》共九章九十六条，涵盖了流域规划与管控、资源保护、水污染防治、生态环境修复以及绿色发展等诸多方面，全方位地落实长江流域的生态保护与绿色发展理念。

在强调生态环境保护的大背景下，《长江保护法》的出台，对长江流域生产建设活动提出了系统明确的环保责任要求。本文拟通过梳理《长江保护法》关于法律责任的规定，引导生产建设单位提升环境合规体系建设的法律意识。

笔者对《长江保护法》规定的法律责任类型及典型生产建设活动中的法律责任进行了梳理，包括以下几个方面：

PART 001

法律责任类型分析

《长江保护法》第八章“法律责任”一章共用12个条文详细规定了不同主体违反相关规定的法律责任，既包括各级政府及其有关部门在执法过程中玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊等行为的法律责任，也包括各种类型的生产建设及运输活动等违反具体条款的法律责任。

从法律责任类型看，除对应具体违法行为的具体行政责任外，《长江保护法》第九十二条还规定了准用性的行政责任，明确规定对于该法未作行政处罚规定的违法行为，适用有关法律、行政法规的规定。

而《长江保护法》第九十三条规定的民事法律责任，主要着眼于污染环境、破坏生态导致的民事侵权责任，既与《中华人民共和国民法典》（以下称“《民法典》”）中对个别被侵权人的侵权责任相链接，同时也与破坏生态环境的公益诉讼制度相链接。

与此同时，《长江保护法》第九十四条还对刑事法律责任作出了概括性地规定，即

1.《中华人民共和国长江保护法》于2020年12月26日由第十三届全国人大常委会第二十四次会议通过，自2021年3月1日起施行。

违法行为构成犯罪的,应当承担刑事责任。

可以说,《长江保护法》构建的法律责任体系相当完备,作为一部以行政管理内容为主的法律,对违反其规定的行政法律责任作出了明确且充分的规定,同时也与最新颁布的《民法典》中的民事法律责任做到了有效链接,并且也兼顾到了违法行为可能涉及的刑事法律责任。

PART 002

违反生态环境准入清单进行生产建设活动的责任

(一)生态环境准入清单的制定情况

《长江保护法》第二十二条规定,长江流域各省应当制定并实施生态环境准入清单。实际上,国家发改委在2016年便印发了《重点生态功能区产业准入负面清单编制实施办法》,要求各省以县级为单位统筹编制产业准入负面清单。目前长江流域主要省份均已在2017年至2018年间发布了负面清单。²

以湖北省生态环境准入负面清单为例,该清单由28个县级负面清单组成,这些负面清单将列举产业分为限制类和禁止类两大类,其中禁止类产业全部集中在四个门类,即“制造业”、“采矿业”、“电力、热力、燃气及水生产和供应业”以及“农、林、牧、渔业”。

值得注意的是,列为禁止类的“电力生产”中不仅包括污染较大的火力发电,还包括通常认知为清洁能源的风力发电及水力发电。背后的主要原因在于:新建风力发电厂会占用天然林地或者耕地等;而小水电的无序开发对生态环境的影响已越来越突出,《长江保护法》第二十三条也明确规定,对于不符合生态保护要求的小水电工程,地方政府应当组织分类整改或者采取措施逐步退出。

此外,在湖北省生态环境准入负面清单中,“房地产业”作为一个单独的产业门类,在28个县级负面清单中均被列为了限制类,并且都对其提出了明确的管控要求:1、必须在现有城镇规划范围内集中布局,禁止成片蔓延式扩张;2、禁止别墅类房地

2. 青海省于2017年5月18日发布《青海省国家重点生态功能区产业准入负面清单(试行)》;西藏自治区分别于2017年11月1日和2018年6月29日分两批发布《西藏自治区第一批国家重点生态功能区9个县产业准入负面清单(试行)》及《西藏自治区当雄等22个县国家重点生态功能区产业准入负面清单(试行)》;四川省于2017年8月8日发布《四川省国家重点生态功能区产业准入负面清单(第一批)(试行)》;云南省于2018年3月1日发布《云南省国家重点生态功能区产业准入负面清单(第一批)(试行)》;重庆市于2017年12月27日发布《重庆市国家重点生态功能区产业准入负面清单(试行)》;湖北省于2018年4月24日发布《湖北省第一批国家重点生态功能区产业准入负面清单(试行)》;湖南省分别于2018年5月5日和2018年12月8日分两批发布《湖南省国家重点生态功能区产业准入负面清单》及《湖南省新增19个国家重点生态功能区产业准入负面清单(试行)》;江西省于2017年4月26日发布《江西省第一批国家重点生态功能区产业准入负面清单》;安徽省于2017年5月22日发布《安徽省国家重点生态功能区产业准入负面清单(试行)》;目前尚未检索到江苏省及上海市发布的生态环境准入清单。

产开发项目;3.禁止在林地、河湖管理范围内新建、改扩建房地产开发项目。

(二)违反生态环境准入清单的责任

对于违反生态环境准入清单的法律责任,《长江保护法》第八十八条作了明确规定,违法行为人需承担的行政责任包括:1.停止违法行为,限期拆除并恢复原状,所需费用由违法者承担;2.没收违法所得;3.并处五十万元以上五百万元以下罚款,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上十万元以下罚款。

如果行为人违法情节严重,生态环境、自然资源等主管部门报经有批准权的人民政府批准,可以对违法行为人责令关闭。

如前文所述,长江流域的主要省级行政单位均在《长江保护法》颁布前已经制定生态环境准入清单;就笔者的检索结果来看,目前尚未有省级行政单位在《长江保护法》颁布后修订准入清单或者制定新的清单,但可以预见的是,近几年内,各省将会针对长江流域生态环境保护制定新的清单或更新已有的清单。因此,在长江流域开展相关生产建设活动前,有必要查询所在地区的生态环境准入清单,以确定计划开展的生产建设活动符合相关清单规定。

PART 003

非法侵占河湖水域及违法利用、占用河湖岸线的责任

《长江保护法》保护的核心内容之一便是长江流域的水体资源,随着长江流域的开发建设活动日益扩张,围湖造田、占用河湖岸线的行为屡禁不绝,曾经的国内第一大淡水湖洞庭湖面积缩小到第二,其背后亦有大规模围湖造田因素的影响。

因此,在《长江保护法》立法过程中,河湖水域以及河湖岸线的保护受到了特别关注。《长江保护法》中共有四个条文明确提到了河湖水域以及河湖岸线保护,包括第二十五条、第二十六条、第五十五条以及第八十七条。

对于非法侵占河湖水域,或者违法利用、占用河湖岸线的法律责任,《长江保护法》第八十七条作了明确规定,违法行为人需承担的行政责任包括:1.停止违法行为,限期拆除并恢复原状,所需费用由违法者承担;2.没收违法所得;3.并处五十万元以上五十万元以下罚款。

对于在长江流域从事生产建设活动的主体而言,河湖水域以及河湖岸线的划界,并非凭各自主观即可判断的内容,在开展的相关活动临近河湖水域时,有必要具体咨

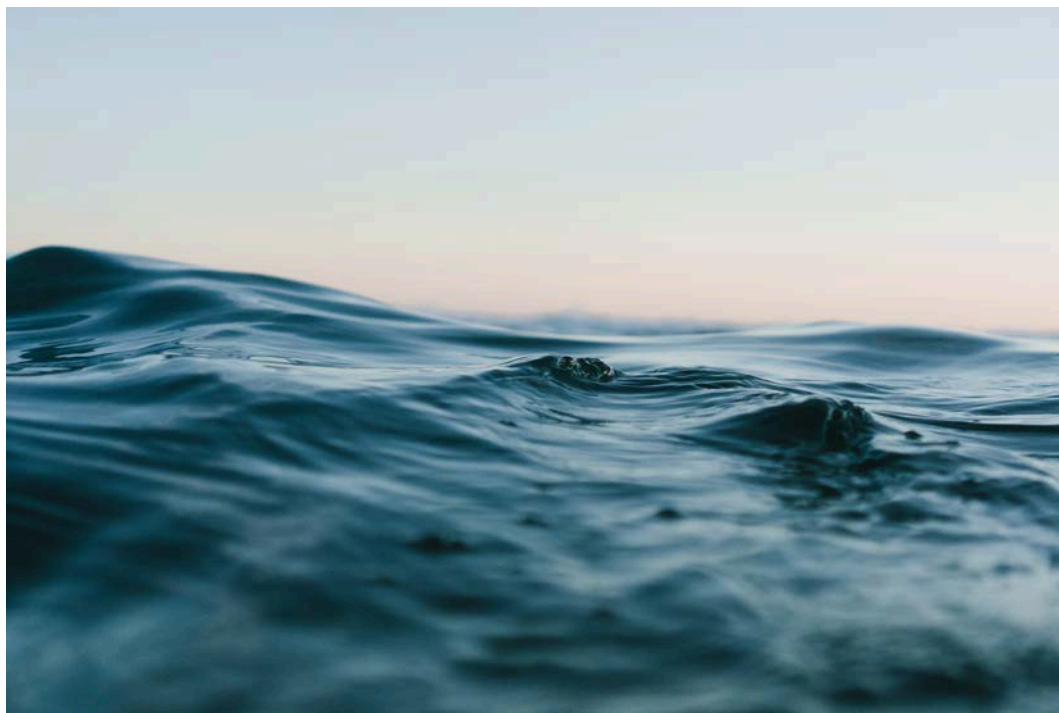
询相关政府部门确定生产及施工建设范围未侵占河湖水域或占用河湖岸线，以避免受到行政处罚。

PART 004

在长江干支流岸线一定范围内建设化工园区、尾矿库等的法律责任

水体污染的防治同样是《长江保护法》关注的重点之一，而化工产业及工矿产业是水污染的重要源头之一，对此，《长江保护法》第二十六条第二款和第三款分别规定禁止在长江干支流岸线一定距离范围内新建、扩建或改建化工园区、化工项目及尾矿库。

对于违反上述规定的法律责任，《长江保护法》第八十八条作了明确规定，相关的行政责任与前述的违反生态环境准入清单的法律责任相同。相关主体在规划施工前，同样有必要咨询相关政府部门以确定新建及改扩建项目符合规定。



PART 005

在长江流域从事非法采砂活动的法律责任

由于非法采砂影响河势稳定,带来洪灾隐患,同时还影响桥梁和通航安全,长期以来,政府部门一直对非法采砂行为持高压打击态势,早在2001年便颁布了《长江河道采砂管理条例》。《长江保护法》同样也对采砂活动进行了明确的规制,其中第二十八条规定,禁止单位和个人在长江流域禁止采砂区和禁止采砂期从事采砂活动。

对于违反上述规定的法律责任,《长江保护法》第九十一条作了明确规定,违法行为人需承担的行政责任包括:1.停止违法行为;2.没收违法所得以及用于违法活动的船舶、设备、工具;3.并处货值金额二倍以上二十倍以下罚款,货值金额不足十万元的,并处二十万元以上二百万元以下罚款;4.对于已经取得河道采砂许可证的违法行为人,吊销河道采砂许可证。

相比于《长江河道采砂管理条例》以及《湖北省河道采砂管理条例》(2020年修正)等规定的30万元的最高罚款金额,《长江保护法》明显提高了对非法采砂活动的打击力度,相关生产建设主体需严格遵守相关规定,杜绝非法采砂行为。

PART 006

其他与生产建设活动相关的环保责任

除前述各项生产建设活动外,《长江保护法》还在第四十二条和第五十三条对在长江流域开放水域进行养殖、投放外来物种以及开展生产性渔业捕捞等行为作了明确禁止,也在第四十六条对磷矿开采加工等生产行为进行了规制,同时也在“法律责任”一章明确了违反相关规定的行政责任。

主要的行政责任可以归纳为:1.停止违法行为;2.限期捕回违法养殖、投放的外来物种等;3.没收渔获物、违法所得及用于违法活动的工具;4.罚款;5.情节严重的,责令停产整顿、吊销相关生产经营许可证或者责令关闭。

结语

《长江保护法》立足于“生态优先、绿色发展”的战略定位,将保护和修复长江流域生态环境放在首要地位,通过构建清晰明确、类型完备的法律责任体系保障相关规定的有效落实,显示了中央促进长江流域经济社会发展全面绿色转型的坚定决心。

《长江保护法》的出台,对长江流域的生产建设主体带来了更多的挑战,但正如习总书记所言,“绿水青山就是金山银山”,只有与全社会一同学法守法,严格依照法律法规开展生产建设活动,我们的民族和国家才能如母亲河长江一般生生不息、奔腾不止。



张粒
合伙人
公司业务部
武汉办公室
+86 27 5942 5199
zhangli@zhonglun.com

总编辑：

龚乐凡

张炯

周兰萍

编委 (按姓氏笔画排序)：

乃菲莎·尼合买提

于鲁平

王荐芹

王振华

王峰

王霁虹

孙怀宁

江学勇

李启茂

李科峰

刘思侯

刘洪蛟

刘新宇

迂峰

朱颖

何丹

张文靖

张萍

张粒

陈冬悦

邹鲲

周月萍

周亚成

周旋

胡愷子

唐周俊

翁春娴

梁清华

职慧

韩江瑜

慕景丽

魏志强

魏轶东



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM



中伦研究院出品