



为有源头活水来 授权放权终落地 001 /  
——《国务院国资委授权放权清单(2019年版)》解读

权力(利)的游戏 | 009 /  
股权激励的法律视角(上)

《政府投资条例》对施工企业的影响 019 /

房地产投资与开发中的罪与非罪 026 /

我国涉生态环境民事诉讼制度格局初步形成 039 /  
——解读《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)》



# 为有源头活水来 授权放权终落地 ——《国务院国资委授权放权清单(2019年版)》解读

作者：郭克军、贾琛、李代军、朱将萌

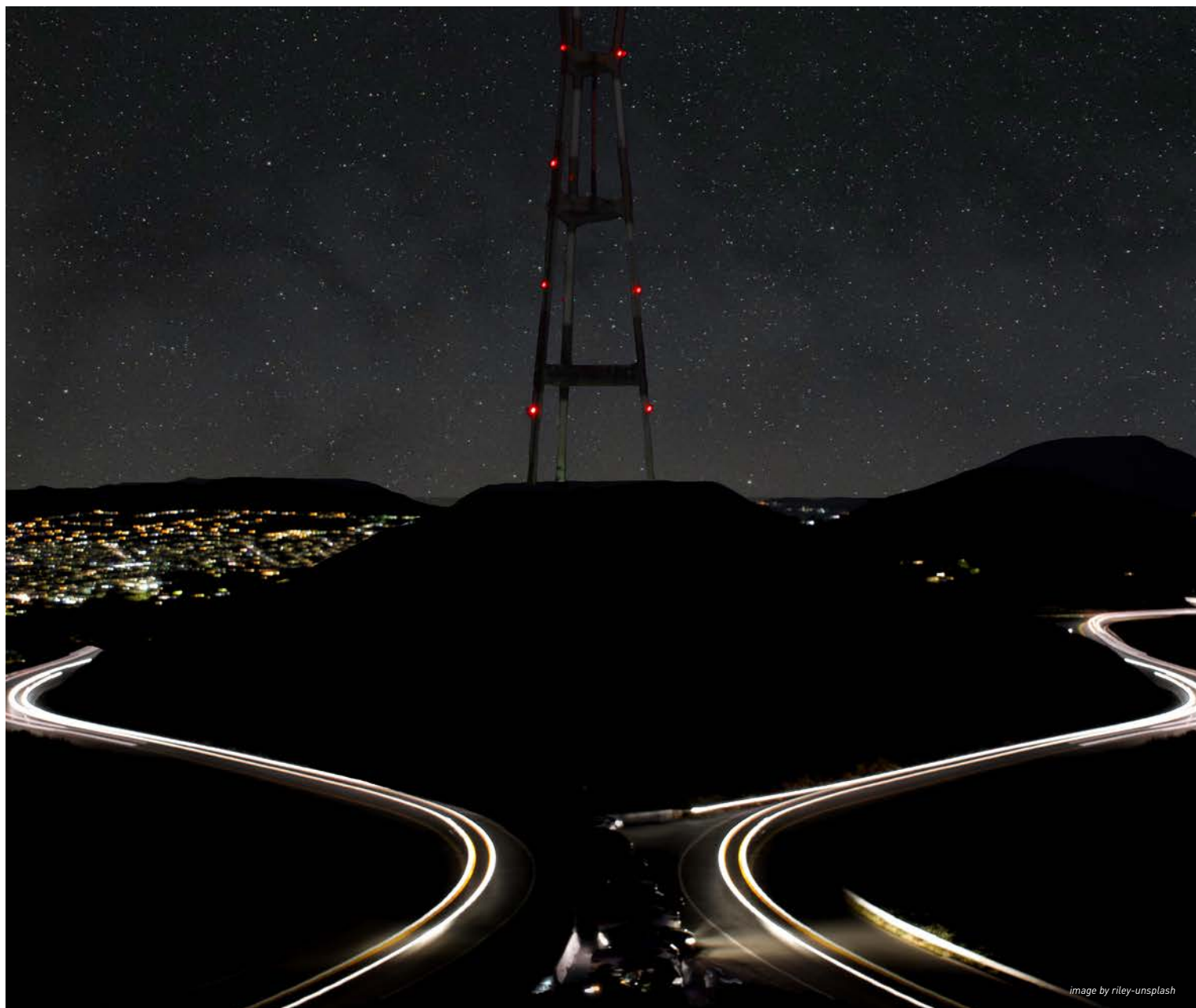


image by riley-unsplash

2019年4月19日，国务院印发《改革国有资本授权经营体制方案》（国发〔2019〕9号，以下简称“《改革方案》”），明确提出分类开展授权放权等改革要求。为落实《改革方案》精神，2019年6月5日，国务院国有资产监督管理委员会（以下简称“国务院国资委”）发布《关于印发〈国务院国资委授权放权清单（2019年版）〉的通知》（以下简称“《通知》”），国务院国资委重点选取了5大类、35项授权放权事项列入《国务院国资委授权放权清单（2019年版）》（以下简称“《清单》”），包括规划投资与主业管理（8项）；产权管理（12项）；选人用人（2项）；企业负责人薪酬管理、工资总额管理与中长期激励（10项）；重大财务事项管理（3项）等。本文将对《清单》出台的背景、亮点作简要梳理，并择重点之重点，就其中部分授权放权事项进行详细分析。

## 第一部分\ 《清单》出台的背景、亮点

2015年9月发布的《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》（以下简称“《指导意见》”），作为国有企业改革的纲领性文件，提出了国有企业改革的总体方向，总体上应实现国有资产管理以管企业为主向以管资本为主的转变。

此后，国务院国资委不断推进以管资本为主的职能转变，相继发布了《国务院国资委以管资本为主推进职能转变方案》（国办发〔2017〕38号）、《国务院国资委出资人监管权力和责任清单（试行）》（国资发法规〔2018〕25号）。

2019年国务院发布的《改革方案》提出分类

开展授权放权，对国有资本投资、运营公司及其他商业类企业（含产业集团）、公益类企业等不同类型企业给予不同范围、不同程度的授权放权。

与以往的授权放权工作相比，《清单》的亮点主要体现在以下方面：

(1) 更加明确相关条件和程序，确保授权放权落实落地。例如，《清单》全面取消了事前备案，基本上不会再出现“事前备案”、“事前沟通一致”、“备案同意后实施”的情形。

(2) 更加聚焦企业的关切重点，确保授权放权激发活力。《清单》涉及的授权放权事项更加具体、务实和实际，均为实打实的、与企业切身相关的拳头事项。一些权利事项虽在其他文件中已有体现，但《清单》作了强化，有的在授权对

象上进行了拓展,有的在程序方面予以细化,有的体现了鲜明的支持态度,更便于操作和落实。

(3)在《改革方案》分类基础上“再分类”,确保授权放权精准到位,有的放矢。根据中央企业的功能定位、发展阶段、行业特点等实际,《清单》分别针对各中央企业、综合改革试点企业(含国有资本投资运营公司试点、创建世界一流示范企业、东北地区中央企业综合改革试点、落实董事会职权试点企业等)、国有资本投资、运营公司试点企业以及特定企业明确了相应的授权放权事项。

同时,根据授权放权工作的不断推进,国务院国资委将适时评估授权放权的执行情况和实施效果,并动态调整授权事项和授权范围,以切实发挥授权放权的功效,尽量避免“该放的没放权到位,该管的没管住、没管好”。

《通知》要求集团公司要对所属企业同步开展授权放权、各地国资委结合各地实际制定授权放权清单,从而形成由一级到N级、从中央到地方的、由点到面的授权放权新态势。

《清单》是国务院国资委继续深入推进国有资本授权经营体制改革、完善国有资产管理体制的重要举措,也是落实国有资产管理由管企业向管资本转变、依法确立国有企业市场主体地位的具体要求。

## 第二部分\ 《清单》重点授权放权事项

《清单》中的事项统称为授权放权事项,但“授权”、“放权”代表的意义不同:授权事项是将出资人权利授予企业董事会或企业集团行使,事项前加上“授权”的表述;这些权利仍属于出资人的权利,出资人对其可授可收、动态调整。而放权事项是将应由企业依法自主决策的事项、延伸到子企业的事项,下放或归位于企业,事项前加上“支持”的表述或直接对事项进行阐述;这些权利本身即应属于企业或子企业的权利,放权后不再回收或动态调整。即,除非事项前明确写了“授权”的,否则均为“放权”事项。

### (一)对各中央企业的授权放权事项

该类放权授权事项统一适用于各中央企业,涉及事项最多(21/35),而且基本上为放权事项(17/21),适用范围最广,带来的影响也会最大,充分体现了国务院国资委推进授权放权工作的决心。

#### 1. 混合所有制改革方案

《清单》首次将中央企业审批所属企业的混合所有制改革方案(主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域,主要承担重大专项任务的子企业除外)纳入授权放权范

围。该事项为放权事项。

自2015年《指导意见》发布以来,国务院陆续出台《关于国有企业发展混合所有制经济的意见》、《关于鼓励和规范国有企业投资项目引入非国有资本的指导意见》、《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》等,支持国有企业混合所有制改革。2018年8月,国务院国有企业改革领导小组办公室发布《国企改革“双百行动”工作方案》,选取百余户中央企业子企业和百余户地方国有骨干企业,在2018-2020年期间实施国企改革,将国有企业混合所有制改革推向高潮。

在积极推进国有企业混合所有制改革的大背景下,《清单》明确将中央企业所属子企业制定的混合所有制改革方案的审批权限放归中央企业,有利于落实中央企业自主决策,提高工作效率,进一步推动国有企业开展混合所有制改革的主动性和积极性,更加有利于国企混改的顺利推进。

但需注意的是,根据国务院分类推进国有企业混合所有制改革的要求,对于主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域以及主要承担重大专项任务的子企业,其混合所有制改革方案原则上仍应当报国务院国资委进行审批;而“主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域以及主要承

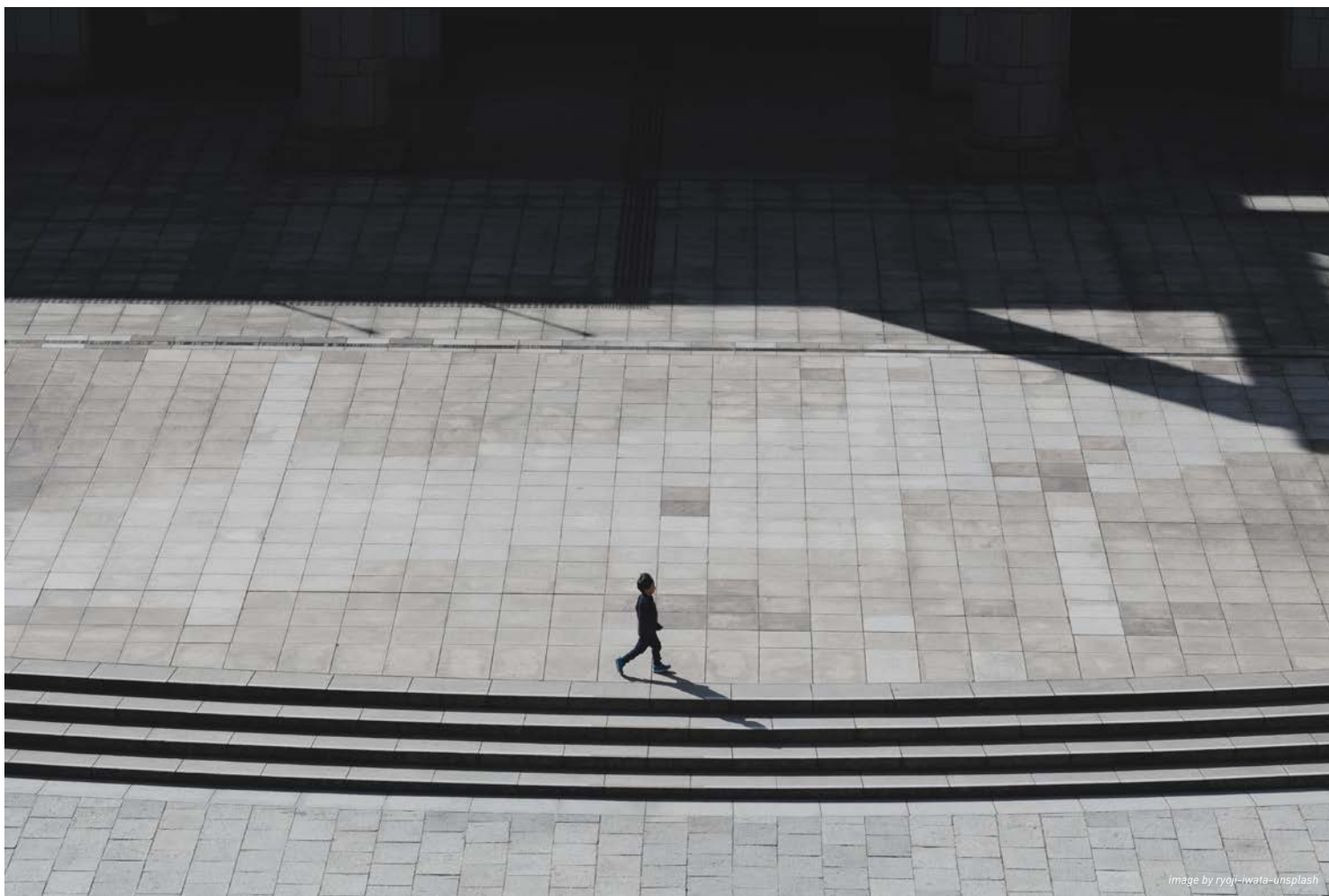
担重大专项任务的子企业”的认定,仍需要一企一议。

## 2. 工资与激励机制

《改革方案》授权国有资本投资、运营公司董事会审批子企业的股权激励方案,支持依法合规采用股票期权、股票增值权、限制性股票、分红权、员工持股等多种方式开展股权激励;首次明确国有资本投资、运营公司子公司的“股权激励预期收益作为投资性收入,不与其薪酬总水平挂钩”。

《清单》明确中央企业控股上市公司股权激励计划报国务院国资委同意后,由中央企业审批分期实施方案;支持中央企业在符合条件的所属企业开展多种形式的股权激励,股权激励的实际收益水平,不与员工个人薪酬总水平挂钩,不纳入本单位工资总额基数;中央企业审批所属科技型子企业股权和分红激励方案,企业实施分红激励所需支出计入工资总额,但不受当年本单位工资总额限制、不纳入本单位工资总额基数,不作为企业职工教育经费、工会经费、社会保险费、补充养老及补充医疗保险费、住房公积金等的计提依据。

此外,《清单》明确提出支持中央企业所属企业按照市场化选聘、契约化管理、差异化薪酬、市场化退出的原则,采取公开遴选、竞聘上岗、公开招聘、委托推荐等市场化方式选聘职业



经理人,合理增加市场化选聘比例,加快建立职业经理人制度;支持中央企业所属企业市场化选聘的职业经理人实行市场化薪酬分配制度等。

《清单》对薪酬分配机制、股权激励机制及市场化选聘机制改革措施细化落地,是对国有企业当下诉求的直接回应,有利于增强微观企业活力,充分调动员工进行改革的积极性和主动性。

### 3. 产权交易事项

《清单》规定了中央企业对其持股的上市公司和非上市公司的授权放权事项。对于非上市公司,规定中央企业有权决定国有参股非上市企业的资产重组,审批所持有非上市股份有限公司的国有股权管理方案和股权变动事项(主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域,主要承担重大专项任务的子企业除外),并授权中央企业决定集团及所属企业

以非公开协议方式参与其他子企业的增资行为及相应的资产评估(主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域,主要承担重大专项任务的子企业除外)。

尤其是,对于非上市股份有限公司的国有股权管理方案,以前要逐级上报到国资委,程序较为繁琐,耗费时间较长,本次放权将大大缩短审批时间;非上市股份有限公司的股权变动事项,“变动”的涵盖范围较广,包括但不限于产权转让、同比例/非同比例增资、无偿划转等。

《企业国有资产交易监督管理办法》规定了经国有出资企业审议决策可采取非公开协议方式增资的情形,且除特定情形增资可依据评估报告或最近一期审计报告确定企业资本及股权比例外,企业增资应当在完成决策批准程序后开展审计和资产评估。《清单》则明确,中央企业决定集团及所属企业以非公开协议方式参与其他子企业的增资行为及相应的资产评估事项(主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域,主要承担重大专项任务的子企业除外),即除例外情形外,中央企业集团内部的子企业增资及其资产评估事项由中央企业自主决定。

对于上市公司,《清单》规定中央企业审批由国有股东持股并在一定比例或数量范围内的上市公司股权转让事项,包括:未导致上市公司

控股权转移的国有股东通过证券交易系统增持、协议受让、认购上市公司发行股票等事项;未触及证监会规定的重大资产重组标准的国有股东与所控股上市公司进行资产重组事项;国有股东通过证券交易系统转让一定比例或数量范围内所持有上市公司股份事项且同时应符合国有控股股东持股比例不低于合理持股比例的要求;未导致国有控股股东持股比例低于合理持股比例的公开征集转让、发行可交换公司债券及所控股上市公司发行证券事项等。

《上市公司国有股权监督管理办法》规定了国家出资企业负责对上市公司的相关股权转让事项进行管理。《清单》则进一步明确,将相关股权转让事项的审批权限直接交由中央企业行使。

#### 4. 发行债券事项

《清单》授权中央企业决定公司发行短期债券、中长期票据和所属企业发行各类债券等部分债券类融资事项;对于中央企业集团公司发行的中长期债券,国资委仅审批发债额度,在额度范围内的发债不再审批。

但是,根据《公司法》第66条的规定“国有独资公司不设股东会,由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项,但公司的合并、分立、解散、增

加或者减少注册资本和发行公司债券,必须由国有资产监督管理机构决定”,该条并未区分短期债券、中长期债券,国有独资公司发行公司债券均须由国有资产监督管理机构决定。《清单》该项授权能否突破《公司法》第66条的规定,未来实践中两者如何适用,可能尚待进一步检验。

## **(二)对综合改革试点企业和国有资本投资、运营公司试点企业的授权放权事项**

在深化国有企业改革的过程中,国务院国资委推出了包括国有资本投资、运营公司试点企业等在内的一系列改革试点企业(以下合称“综合改革试点企业”)。《清单》明确对综合改革试点企业的董事会进行授权,授权范围主要集中在审批战略规划和投资决定两方面:在战略规划方面,授权综合改革试点企业董事会审批企业五年发展战略和规划并向国务院国资委报告结果。在投资决定方面,授权综合改革试点企业董事会按照《中央企业投资监督管理办法》要求批准年度投资计划,报国务院国资委备案;授权董事会决定主业范围内的计划外新增股权投资项目,总投资规模变动超过10%的,应及时调整年度投资计划并向国务院国资委报告等。

此外,《清单》还针对国有资本投资、运营公司试点企业的董事会另行专门授权,授权董事会可在已批准的主业范围以外,根据落实国家战

略需要、国有经济布局结构调整方向、中央企业中长期发展规划、企业五年发展战略和规划,研究提出拟培育发展的1-3个新业务领域,报国务院国资委同意后,视同主业管理,并待发展成熟后,可向国务院国资委申请将其调整为主业。对国有资本投资、运营公司董事会培育发展新业务领域的授权将有助于增强公司经营自主权,加快公司投资布局结构调整,更好发挥其在战略新兴产业的探索与引领推动作用。

其中,授权国有资本投资、运营公司按照国有产权管理规定审批国有资本投资、运营公司之间的非上市企业产权无偿划转、非公开协议转让、非公开协议增资、产权置换等事项。可以看出,相较于统一适用于各中央企业的产权交易授权放权事项,对于国有资本投资、运营公司的产权交易,仍存在一定的区别,授权放权范围更广,不仅包括非公开协议增资,还包括产权无偿划转、非公开协议转让等。

总体而言,对于国有资本投资、运营公司的授权放权,更加市场化,这也与国有资本投资、运营公司的市场化、专业化特点密切相关。

## **(三)对特定企业的授权放权事项**

除对上述主体的授权放权事项进行规定外,《清单》还明确对集团总部在香港地区、澳门地区的中央企业在本地区的投资,可视同境内



投资进行管理。在《清单》公布前,部分中央企业由于集团总部设在香港或澳门,被视作境外企业,在对内地的投资中受到行业准入、持股比例、会计及税务准则等因素的限制,《清单》该条的规定有利于减少对集团总部设立在香港、澳门的中央企业在内地投资的限制,有利于该等中央企业发挥自身优势,根据战略投资规划灵活布局。

此外,《清单》授权“落实董事会职权试点中央企业”董事会相关职权:根据中央企业负责人薪酬管理有关制度,制定经理层成员薪酬管理办法,决定经理层成员薪酬分配,企业经理层成员薪酬管理办法和薪酬管理重大事项报国务院国资委备案;对副职经理人员进行评价,评价结果按一定权重计入国务院国资委对企业高管人员的评价中。《清单》授权董事会职权试点中央企业的董事会对职业经理人实行市场化薪酬分配制度和评价制度,将更加有利于提高试点中央企业高级管理人员的积极性和主动性。

### 第三部分\ 授权放权的保障

如前所述,根据授权放权工作的不断推进,国务院国资委将适时评估授权放权的执行情况和实施效果,并动态调整授权事项和授权范围。

《清单》授权放权在给予中央企业更大的自主经营权的同时,也对其行权能力建设、自我约束、规范运营提出了新的更高要求。《通知》要求各中央企业要加强党的领导和完善公司治理,加快形成有效制衡的公司法人治理结构、灵活高效的市场化经营机制;要夯实管理基础,优化集团管控,健全完善风险、内控和合规体系,确保各项授权放权接得住、行得稳。

同时,《通知》明确国务院国资委将加强事中事后监管,健全监管制度、严格责任追究,以实现授权与监管相结合、放活与管好相统一。国务院国资委将利用好“授权”,既然能授权,亦可以视情况收权;对于获得授权但未能规范行权或出现重大问题的企业,国资委将督促企业做出整改,根据情况收回相应的权利。☒



郭克军  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
guokejun@zhonglun.com



贾琛  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
jiachen@zhonglun.com

# 权力(利)的游戏 | 股权激励的法律视角(上)

作者: 龚乐凡

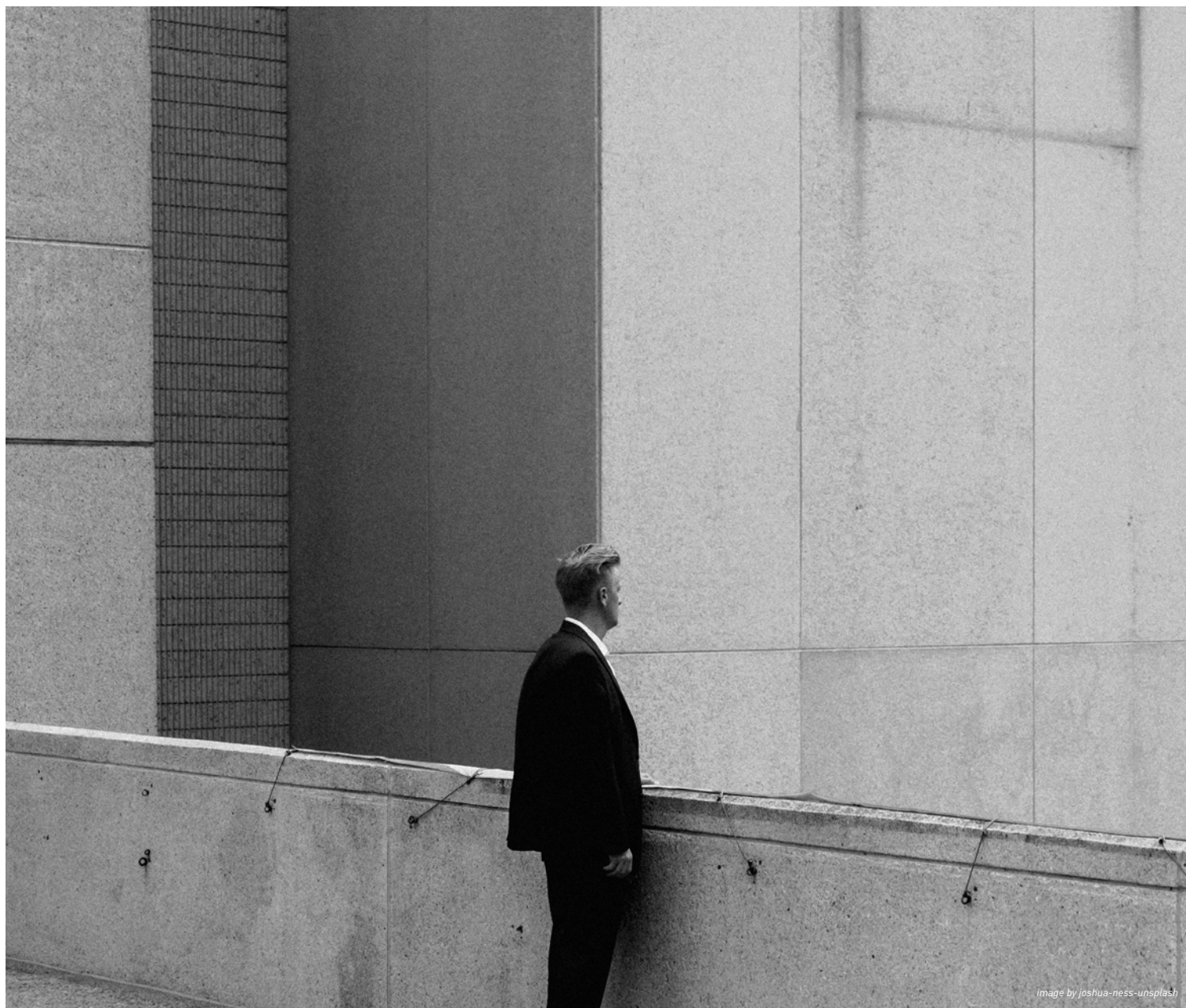


image by joshua-ness-unsplash

**“和大企业相比，小企业一无资金，二无技术，三无品牌，拿什么吸引和留住人才？靠的就是股权激励。既然不能给予员工现在，就要给予员工希望与未来！”——任正非**

## 第一部分\ 前言： 什么是创业失败最重要的原因？

股权分配的不科学往往是合伙人散伙、企业发展受困甚至最终崩盘的最重要导火索之一。早在两千五百年前孔子提出了“不患寡而患不均，不患贫而患不安”。哈佛大学商学院前教授Wasserman在其《创业者的窘境》一书中提及，“创业团队的内部问题是导致创业失败率居高不下的主要原因”；“一项调查表明，风险投资人认为65%的投资失败与创业公司的管理团队有关”；另一项研究要求投资人指出其投资的公司有可能存在的问题，“61%的回答指向团队内部问题”。

管理团队的“内部问题”，包含两个层面，一是合伙人之间的关系问题。中国有句老话，“生意好做，伙计难搁”。企业初创的时候，何时引进合伙人，如何分股权，谁来担任CEO，未来如何引进新的合伙人，如何合理和公允地调整股权以避免“搭便车”的现象，个个都有坑。二是高管激励的模式和方式问题。几乎每家公司都需要进

行高管激励，虽然股比和合伙人相比，可能相对较小，但是高管的激励很可能决定企业未来的兴亡盛衰，尤其是当企业已经发展到一定的规模，原有的合伙人及其团队依靠自身已经难以突破发展瓶颈的时候。

最稳定和持久的股权结构形式之一被称为“分层方式”，包括“创建层”、“执行层”和“员工层”。创建层由创始人(们)组成，是企业的第一批传道者，股权如何在合伙人之间分配好是首当其冲的问题。但同时股权不能全部给创建层，需要同时考虑执行层和员工层，这又涉及到股权激励。这两个层面既有关联性，又有一定的区别，我们将本系列分为《上篇》和《下篇》，前者专注于企业创始之初，如何设计股权的分配，而后者则专注于企业如何给高管进行有效的激励。

实践中，律师在进行股权激励方案的设计的时候，有的会积极主动地帮助客户进行科学的设计，将激励是否到位和公司治理结构、税务安排等有机的结合起来；而有的律师则只是将客户的“激励方案”落实到法律文件，落实到文字，这两种服务的模式存在着天壤之别。

股权架构是否科学、成功，其试金石就是未

来是否既能够产生正向的激励促进企业的增长和发展,同时又能避免产生和股权有关的争议。我们希望通过本文,帮助企业主、股东和投资人澄清哪些是常见的误区和悖论,了解哪些是涉及股权结构的常见问题。

## 第二部分\ 创业和股权方案的第一步:先找合 伙人再创公司?

著名投资人徐小平说,“如果你没有合伙人,没有一两个核心团队的话,最好别成立公司。”创业要“先找人,再找钱。先有人,再有公司。”而徐小平同时承认:“找合伙人,其实比找对象还难”,而且“这么重要的人,你只能在工作生活中‘碰到’,而不可能‘找到’,即使能够‘找到’,你们在一起磨合兼容的过程,也足以让一家初创公司大伤元气”。

徐小平的话看上去很有道理,但是也许并不全对,因为毕竟我们目睹见证不少民营企业、家族企业是创始人独自创业而建立,那么你究竟是否需要等到有了合伙人才能创业?

这个问题首先取决于创始人自己。如果你已经积累了足够的工作经历和资源,自己有强烈的控制欲,完全控制股权,或者希望先单干,等公司走上正轨后再找合适的合伙人和员工,

那么也许你的创业并不以找到合伙人为前提。

但是你必须同时意识到,虽然你独享股权和控制权、不会面临意见分歧或者合伙人之间沟通不畅的问题,独立创业的劣势也很明显。创业的成功仰赖人力资本(不同教育背景和工作经历,尤其是营销、财务等)、社会资本(人脉资源)、财务资本(资金),如果你个人无法筹措获得这三大资本,那么你的企业可能会发展非常缓慢,或者面临功败垂成的风险。所以,你也许需要选择传统的、门槛较低的行业,同时做好企业无法快速增长,而只能慢慢发展的心理准备,还需要不时向有经验的他人请教,获得“高人指路”,并且学会将工作任务外包。

在不少的情况下,你确实需要先找到合伙人才能开始创业,因为合伙创业可能会在人力资本、社会资本和财务资本三个方面同时都给你带来优势,合伙人之间也能互相鼓励,优势互补,共同面对创业道路上的障碍和问题。核心团队也能互相帮助看到风险,提高收集和处理信息的能力。也会更容易获得投资人的青睐。然而,在另一方面,“人”带来价值,你就得面对“人”带来的问题,包括牺牲股权,权力的分割和下放,意见分歧,决策效率变低,还需要给合伙人做思想工作。如果发生矛盾不可调和,那么就面临分家,甚至企业“无疾而终”的风险。

针对这个矛盾,选择合伙人就要非常谨慎,

我的有些客户作为天使或者VC投资人，往往不会投资那些核心的合伙人团队互相才认识不久的初创公司，原因也在于此。我们也会建议创始人，避免因为一时热情、对合伙人还不够了解，就大笔一挥将股权分配出去，而是需要“试用期”、“观察期”和“磨合期”来确定对方的性格和作风，而且要在一开始对于决策的流程、奖励和激励的方式、股权结构的设计投入足够的精力，避免决策产生前后矛盾、出尔反尔、做事不公允的情况。

因此，我们在帮助创始人解答如何分配股权的法律问题的时候，就会将上面的利弊和客户分享，以便客户能够做出一个清晰的判断，充分了解风险和挑战，而不是让客户被某些片面的观点“传销式”地误导，认为企业的发展必须要人云亦云走某一种“成功”方程式（例如股权模式的创新）。

### 第三部分\ 先小人后君子：如何避免搭便车现象

对于初创企业来说，不排除股权在分配的时候，存在拍脑袋的成分，但是对于切蛋糕的合伙人和拿蛋糕的合伙人，双方都希望能够做到公允，但是“公允”与否，就像各自对企业未来产

生的贡献大小的衡量，也许在双方的心目中期望值并不相同。而如果产生严重的“不公允”，则会为合伙人之间未来的矛盾埋下隐患。而所谓“不公允”，无非是发现某一方存在“搭便车”的情形，拿了股权不干活，或者没有全身心投入，没有兑现其承诺，没有产生原先所期望的效果。

所以，创始股东在股权分配方面一定要慎重考虑。均等分配虽然顾及了各位合伙人的兄弟情分，但未考虑的盲区则是在每位合伙人的贡献未做事先预估、将来僵局如何突破未设事先解决机制的情况下，就已均等分配了股权，即是Mike Moyer的Slicing Pie: Fund Your Company Without Funds一书中所提的，在烤蛋糕（创业成功）之前，就事先商定在蛋糕烤制后均等分享蛋糕，未免火候未到，操之过急。创始股东在创业伊始应该重点关注“绝对控股（67%）、相对控股（51%）、一票否决（34%）”这些重要的股权比例。

举例来说，如果核心的合伙人成员，只是在公司里面担任兼职，那么在给予其大额股权的时候，要非常谨慎。不排除该合伙人能够带来“巨大的资源”，“重要的技术支持”，“重要的资金”，但是这些是否能够在现阶段进行衡量并“提前给予”股权奖励？上述的贡献是否可以量化（并基于量化而给予奖励）？

我们会建议创始股东建立科学的机制,例如动态股权分配机制<sup>1</sup>(例如“里程碑”、“贡献点”、“贡献值”等<sup>2</sup>),分次渐进式模型<sup>3</sup>,以及最低服务期的要求<sup>4</sup>,做到动态、量化地持续定期地把每一个人的贡献值进行跟踪和反映,这就是科学的激励机制的精髓所在。这样的股权分配安排,在合伙人中间就能够达到“情”、“理”、“法”所产生的正向激励效果。

#### 第四部分\

## 不患寡而患不均:蛋糕怎么分才能杜绝矛盾隐患?

要做到“不患寡而患不均”,怎么分配股权则是创业过程中最复杂的一项决策。在一开始“平均”分配股权,似乎做到了“均”、“公允”,但是从长远看,创业公司的变数太多,在业务和团队都没有定型的情况下,过早分配股权只是将是否“公允”的讨论押后到未来,而这很可能会引发一系列的后续纠纷。而且,从法律的角度,

1.动态股权分配机制,就是把股权分配这一个环节往后推迟,推迟到公司有实质可观的价值的时候再进行分配。简而言之,即“先把事情做成了,再来分配利益”。动态股权分配机制对于初创公司来说是一个不错的选择,因为过早地分配股权、固定的股权比例都难以面对初创公司复杂多变的环境,在企业发展后期都可能破坏团队的和谐,甚至导致不欢而散。动态股权分配机制的核心是创业团队共同约定、共同恪守的一份契约,契约里的关键因素包括“里程碑”(何时开始分配股权?分多少?分几次?)、“贡献点”和“贡献值”等。

2.“里程碑”——何时开始分配股权?分多少?分几次?“贡献点”——员工对企业的贡献。贡献点的设置需先明确企业发展需要什么样的资源,哪些环节是关键。“贡献值”——根据约定的计算标准对贡献点进行的量化记录。

3.所谓渐进式激励,就是企业将计划授予激励对象的股份分期多次分配给员工行权。案例:假定公司给予某位行权对象每年100万股的激励额度,不必一次性全额授予,可以分为三年三次授予完毕,第一年授予20万股,第二年再授予30万股,第三年最后授予50万股,给激励对象一个“把个人利益与企业长远利益维系在一起”的机会。

4.要求员工承诺对企业的服务时间不低于X年。一般为4-5年,时间过长不易被员工接受,过短起不到激励作用。

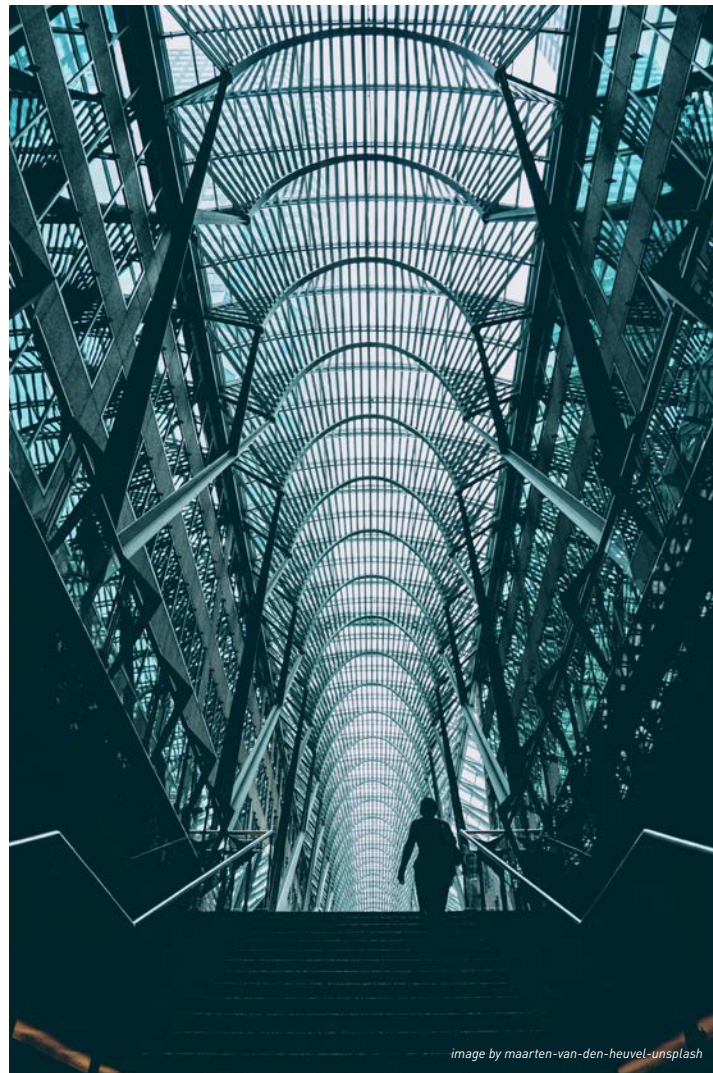


image by maarten-van-den-heuvel-unsplash

一旦股权授予并进行了工商登记,要让相关股东减少股权或者选择退出,如果该股东不配合,那么通过法律手段强制执行,成本不小。

因此,如前文所及,方法上应当尽量推迟分配股权,例如考虑签订分阶段的股权分配协议,或者采用合适的期权。这有利于肯定大家为公司做出的阶段性贡献,另一方面又鼓励大家继续工作,避免搭便车、坐享其成的行为。

那么,针对股权如何进行分配,需要考虑什么因素?有的人提供的是创意,有的人提供的是资本,有的人提供的是销售渠道和资源,那么如何确定各自的“贡献值”呢?我个人的总结,无非是从两个角度,价值因素(如何将贡献和股权对应起来)和时间因素(如何分阶段分配股权)。

**就价值因素**,这并没有特别的公式,但是确实有一些常见的考量点,例如会聚焦在个人资本和资源的投入。例如能够全职投入,投入相当数量的个人资本,掌握企业生存的重要命脉,并且又有一定社会资源的人,会成为大股东。而兼职参与,则应当给予较小的股权和话语权,因为其很可能在未来精力有限,投入不够,逐渐淡出企业,“撂挑子不干”的个人成本最低,如果同时又占据较大比例的股权,这对于整个企业以及创业团队来说,都是具有风险的。

还有一类合伙人,声称能给企业带来很大的销售资源,能够让企业迅速成长,似乎其贡献能够决定企业的生死存亡,那么是否应该给予较大的股权甚至“干股”呢?我们认为,一方面,对于所谓的承诺“贡献”,需要有量化的奖励,并基于里程碑给付,而不是仅仅基于“承诺”过早地授予大额股权,不然将来无法兑现就会面临索回已授股权的尴尬局面。而且,如果该合伙人也是“兼职”参与,那么其投入的精力也将相对有限,“撂挑子”的成本较低,也就是和企业同舟

共济的动力是不足的。

另外的考量因素包括,对于有资深行业经验的人应该给予更多股份,一方面是因为他们有更多的机会去别的公司创业或者工作,另一方面,也是因为他们和“小白”相比,更能为公司创造价值,更能够帮助公司绕过那些“坑”,更高效地走向成功。

对于自己投入资本的合伙人和“引入”资本的人,在股权上自然会有所反映。但是需要注意的是,自己投入资本,不仅反映了每个人的经济实力,也反映了其创业的决心和对公司前景的信心,而“引入”资本的人,毕竟不是自己的钱,那么可以通过符合市场化的标准(参照财务顾问的报酬)给予现金和/或股权的奖励。

对于提出创意和知识产权的合伙人,在其他条件相同的情况下,会给予更多的股权。这里需要关注的则是这个创意所创造的“门槛”。如果是一项能够将绝大多数竞争对手排除在外的专利,并且能够给公司带来不可替代的竞争优势,那么这个IP就具有较大的价值。而如果只是一项好主意,并不具有竞争优势、“门槛”优势,那么只能在股权分配中合理的加以适当体现。

**时间因素**——这首先是一个“革命先后”和“贡献大小”的矛盾问题。有的人革命很早,但是贡献有限,如果股权过大,未来公司就没有足够股权去吸引和奖励真正能带来重大贡献的新合

伙人。时间上,这就意味着,一次性分好,还是分阶段分配股权?如何设计未来退出时的情形?研究表明,“快速平分”股权的团队比“慢速平分”团队的估值要低得多(也比非平分团队低)。把从团队成立到第一次融资之前的创业时间分成几个阶段,在每个阶段都评估一次团队成员的贡献,以决定他在整个阶段应该分得的股权比例。还可以根据每个阶段的重要性和具体情况,为每个阶段设定一个权重。

分阶段股权分配的目的在于应对创业的不确定性。对于“已知的”贡献,“可预见但不确定的”贡献以及“完全不可预见的”贡献,解决的方法并不一致。已知的贡献,可以直接在股权分配中体现,对于可预见但是尚未确定或者实现的贡献,那么就要通过“里程碑”奖励等协议条款加以体现,对于完全不可预见的,那么就要预留股权给予奖励,也需要仰赖团队成员的信任、礼让去应对。所以,作为律师在帮助客户进行股权设计的时候,除了“法”以外,同样还需要关注“情”和“理”。

## 第五部分\ 权力的游戏:创始人和投资人之间如何博弈

“权力的游戏”并不仅仅在创始合伙人之间,

一旦要寻求外部资金,尤其是专业的天使和VC基金的投资,那么创业者必须保持警惕和审慎。我们在就基金投资的项目谈判过程中,发现创始人往往对于复杂和严苛的投资人所谓“标准的”、“符合市场惯例的”投资条款并不熟悉,在没有专业人士帮助的情况下,根本无法真正进行独立的判断。如果没有律师的帮助,他们几乎是“闭着眼”签约。而将来等到真正要用到这份(套)协议的时候,却发现自己签了不该签署的东西。然后就会在“情”和“理”上怪罪投资人设“陷阱”,导致双方的矛盾升级。

我们碰到不少的股权争议,就是双方签署了模棱两可的条款,因为诸如对赌、回购等条款发生纠纷,投资人认为企业以及创始人没有达到成长和业绩的预期,而创始人则认为在谈判和订立投资协议的时候被投资人“欺骗”,签署了所谓符合“市场惯例”但实际上则是“丧权辱国”的不平等条约。如果创始人在谈判的时候,能够聘请专业的投融资律师,能够尽可能看懂投资协议的条款,并对重要的条件据理力争,或者投资人在谈判的时候,明知对方没有专业的律师的帮助,而不去打这样的“小算盘”误导创始人,那么双方的矛盾也许不会演化到剑拔弩张、对簿公堂的地步。

创始人最担心的莫过于因为引入“投资”而自己最终丧失对公司的控制权。而投资人往往



就是要限制创始人的控制权来达到最大限度保护自己权益的目的。所以，投资并不总是能达到所谓“共赢”的情况。接受外部投资的必然结果之一，就是创始人对公司的控制权被削弱。当然，有的创始人是追求财富，有的创始人追求对公司的控制。对于前者来说，更容易和投资人达成“共赢”。

对创始人来说，这里就要自问，自己在企业成长的道路上，最需要什么。仅仅是资金，还是需要人力资本、社会资本以及财务资本？如果是天使投资人，那么你可以获得资金，签署一份并不怎么苛刻的投资协议，但是天使投资人可能给予你的支持和资源是有限的。而专业的投资人，如果能够提供上述资源，将企业“助推”到一个更高的发展层次，那么接受苛刻的投资条款，也许是一个必经的博弈。而你在进行这个博弈的时候，你必须寻求专业的帮助，尽最大可能将投资协议的条款谈到对你自己以及公司的发展最为有利。如果因为节省十几万的律师费而丧失公司的控制，或者因为对赌的失败而要做出数千万、数亿元的赔付，究竟哪个划算，这个账应该好好算一下。

## 第六部分\ 数中有术：股权背后的法律问题

**【股权与公司治理僵局】**最容易被忽略的就是伴随股权分配比例而产生的公司治理问题。所谓公司治理，就是指一组联结并规范公司股东、董事会、经理人之间责、权、利关系的制度安排，从而形成一种有效的激励、约束与制衡机制。如果大股东和二股东股权比例非常接近，例如50%和50%，51%和49%，那么未来非常容易发生决策和管理上的僵局。到那个时候，如果“情”和“理”都无法让任何一方说服另一方，那么“法”就意味着要“上法院”了。真功夫的合伙人蔡达标就是这样被小舅子潘宇海送进监狱判了14年有期徒刑。公司初期蔡达标和潘宇海各占50%的股份（后引进私募投资人两人各占47%）。但到后期双方因此产生了很多纷争。最终潘宇海搬出旧账，控诉蔡达标职务侵占，把蔡达标送了进去。而以卖肉夹馍著称的西少爷也曾犯过相似的错误，三个合伙人股权设计成四三三，为之后的团队互撕埋下定时炸弹。

**【股权认购与“干股”、期权】**由于中国的公司均采用注册资本制，对于初创的股东必须要“出资”认购或者受让现有股东的“老股”才能获得股权，这有时候在实践中会带来一系列的麻烦，例如股东的股比不得和出资相一致，除非进行类似“转增资本公积”的调整。再例如，要给与某个有特殊贡献的股东“干股”听上去似乎容易，但实施起来却有困难——因为如果要对这个

股权进行工商登记,该股东就得实际出资,而以0元进行增资,工商登记这一关就过不了。而从税务的角度,即便该方以低价获得了该股权,那么这个股权“授予”,可能会被认为这是员工激励而被税务机关按照45%的高税率进行课税。所以,对于这样的“干股”安排,若没有提前进行合理设计,必然导致未来难以实操落地、面临高昂税负的被动境地。

与股权不同,期权可以看成一种**条件条款**,在未来的行权条件成熟,比如达到要求的工作年限(**时间期权**),或者完成某些规定的工作任务(**里程碑期权**),被授予期权者可以按照约定的价格购买股权。如果被授予期权者在满足行权条件之前离开公司,就可能需要放弃未行权的股份。而授予限制性股权则指的是激励对象实际持有股权,这些股权在某些情况下公司可以回购。两者的区别主要在于期权模式下激励对象增加了放弃的权利,也不需要像股权激励一样在最开始就要求员工出资购买公司股权。对于创始股东,通常拿股权的较多,期权为辅,因为创始股东往往希望就参与公司管理和决策拥有一定的权利,而期权在没有行权之前并不产生任何股东权利。针对期权,我们将在(下篇)之中针对高管激励,进一步探讨。

**【税务筹划】**不同的股权分配和授予模式,税务成本迥异。如果是股东认购股权或者“跟

投”,退出时征收的税负按照资本利得课税20%,但如果是股权激励,或者这个“跟投”实际上是赠与的“干股”,则很可能须按照工资奖金适用的税率,最高可达45%。而股东面临的悖论则是:如果股东自己在早期以较多资金认购公司的注册资本,税可能少交,但是“打水漂”风险以及个人承受的经济压力却不小,而且,个人本来在初创企业就是少拿工资多拿股权,如果还要个人掏钱认购股权,压力更大,激励效果就可能受到影响。而如果都以干股、授予免费或者低价股权的方式进行激励,那么45%的高税负则很难避免。所以,设计股权激励方案的时候,必须充分考量两者的平衡。

**【股权的赎回或回购】**在相关的协议中需要约定,发生某些特定情形时,股权需要被赎回或者回购,有的时候是股东之间发生僵局、争执和纠纷,则一方可以收购另一方的股权,也就是“退出设计”,如果双方都不想退出怎么办?则需要提前在协议中约定,如何进行赎回安排,例如一方报价收购另一方,另一方可以决定出售,也可以决定给一个“反要约”,以更高的价格收购出价方。这些都需要相应的条款设计。在实践中,往往为很多股东所忽略。

另外,则是要对于发生恶性原因离职、加入竞争对手、严重违法或者故意损害公司利益等情形,作出强制回购的规定。回购价格根据情形

的恶劣程度决定。这也适用于对未确权的股权取消,也可以给予其一段时间考虑确定是否行权;已行权的股权,依情况规定,可以让其继续保留,也可以由公司按照约定的价格予以回购。

**【股权与人身意外以及“要员保险”】**有些人可能会因为个人原因或家庭变故中途离开创业团队,因此在股权分配协议中最好做出相应的约定(包括公司是否可以回购当事人的股权,以什么样的价格回购等),避免为此产生纠纷。如果发生重要股东死亡,在国外,公司可以购买“要员保险”,或者股东间互保,在发生保险事故时,保险金赔付给公司,解决公司可能因为关键人去世导致的资金链紧张和其他危机,保险金赔付给生存的股东,那么该股东则可以以该赔付的现金从去世的股东的继承人手里购买股权。

**【其他法律问题】**股权的设计,还有不少其他的法律问题。例如,是否要设立持股平台?是否创始人代持部分股权,作为未来的股权激励的预留?如何设计有限合伙的持股平台,如果GP是创始股东一人,而把其他重要合伙人都作为LP置入,有什么利弊?

如果未来就股权发生争议,是否同时也构成了劳动争议?而劳动争议则要首先进行劳动仲裁,不服再到法院诉讼。而劳动仲裁中的“不当解除劳动关系”的认定,也可能直接引发股权授予的协议条款中的“劳动关系解除”触发的不

利后果,争议焦点就不限于终止劳动关系导致的工资奖金收入的损失,还会涉及到价值不菲的股权纠葛。如果没有约定清晰,则会产生一系列的争议和诉讼。

\* \* \*

曾国藩带兵打仗,发现自己作为一介书生,难以做到《孙子兵法》上所讲的为将者的“智、信、仁、勇、严”,但发现如果自己作为领导,做到“廉”和“明”至关重要,“廉”就是自己不能贪婪,要把好处多分给别人,而“明”则是大家的贡献多少能明察秋毫,并做到赏罚分明。这两点做到了,手下的“智信仁勇严”的效果自然就有。

股权分配既是一门技术,也是一门艺术,其实就是要做到“廉”和“明”。其中还有很多其他相关的问题值得探讨,尤其是当股东同时也担任高管,又有高管激励计划的时候。限于本文篇幅所限,我们将在下篇对高管激励进行更深入的探讨。☞

陈志浩、陈怡亦对本文有所贡献。



龚乐凡  
合伙人  
资本市场部  
上海办公室  
lefangong@zhonglun.com

# 《政府投资条例》 对施工企业的影响

作者：魏志强、卞冲冲



我国政府投资领域的第一部行政法规《政府投资条例》（以下简称《条例》）终于在2019年5月5日正式出台，其将于今年7月1日起实施。《条例》共七章三十九条，对政府投资决策、实施、监管、责任追究等问题进行了全面规定。

《条例》主要目的在于发挥政府投资作用、提高政府投资效益、规范政府投资行为，似乎并不涉及工程承包主体。但是，《条例》对政府投资项目单位产生的巨大影响，必然会反映到项目工程承包合同的订立和履行中，进而对此类工程承包人的合同权利义务及其相应的履约行为产生影响。

司法部、发展改革委负责人就《政府投资条例》有关问题答记者问中针对政府投资项目实施中存在的问题，也即对施工企业的影响指出如下三点：一是政府投资项目开工建设应当符合规定的建设条件，并按照批准的建设地点、建设规模和建设内容实施，需要变更的应当报原审批部门审批。二是政府投资项目所需资金应当按规定确保落实到位，不得由施工单位垫资建设；项目投资原则上不得超过经核定的投资概算，确需增加投资概算的，项目单位应当提出调整方案及资金来源，报原初步设计审批部门或者投资概算核定部门核定。三是政府投资项目应当合理确定并严格执行建设工期，项目建成后应当按规定进行竣工验收并及时办理竣工财务决算。

上述三点内容也是《条例》对施工企业影响最核心的部分，笔者分述如下：

## 第一部分 政府投资项目的开工建设条件

《条例》第二十条规定，政府投资项目开工建设，应当符合本条例和有关法律、行政法规规定的建设条件；不符合规定的建设条件的，不得开工建设。《条例》第三十四条第（一）项也规定

了相应的法律责任。实际上，本条款对现有规则变化不多，现行的《建筑法》第七条和第六十四条中即有类似规定，不同的是，《建筑法》并非只针对政府投资项目，而《条例》系专门针对政府投资项目。因此，本条款的适用对施工企业不会产生新的合规影响，施工企业应当切实遵守法律规定，在建设单位未取得项目施工许可手续和重大政府投资项目开工报告审批手续之前不轻易开工，一旦实际提前开工，工期将从提前开工日期开始计算。

## 第二部分\ 政府投资项目不得由施工单位垫资建设

《条例》第二十二条规定，政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位。政府投资项目不得由施工单位垫资建设。现阶段发承包双方地位的严重不对等以及建筑市场竞争的激烈，导致垫资施工的大量存在，实践中，大量的垫资往往是引发工程施工中违法现象发生的主要甚至根本原因。

### (一) 垫资的含义

2006年原建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行联合下发的《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》中第一条第三款对带资承包给出了官方的定义，带资承包是指建设单位未全额支付工程预付款或未按工程进度按月支付工程款(不含合同约定的质量保证金)，由建筑业企业垫款施工。

根据上述定义，垫资可以分为两种类型：1. 未全额支付工程预付款。工程预付款是发包人解决承包人在施工准备阶段资金周转问题提供的协助。2. 未按月支付工程进度款。

### (二) 垫资在我国法律制度上的衍变

早在1996年，原建设部、国家计委、财政部就联合发出过《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》，对包括政府投资项目和非政府投资项目在内的建设工程均禁止强令施工企业带资垫资施工。根据该通知，任何建设单位都不得以要求施工单位带资承包作为招标投标条件，更不得强行要求施工单位将此类内容写入工程承包合同。对于在工程建设过程中出现的资金短缺，应由建设单位自行筹集解决，不得要求施工单位垫款施工。施工单位不得以带资承包作为竞争手段承揽工程，也不得用拖欠建材和设备生产厂家货款的方法转嫁由此造成的资金缺口。

2004年最高法院发布《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》的第六条规定：“当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。”

2006年原建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行又联合下发了《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》。该通知明确规定政府投资项目一律不得以

建筑业企业带资承包的方式进行建设,不得将建筑业企业带资承包作为招投标条件;严禁将此类内容写入工程承包合同及补充条款,同时要政府对投资项目实行告知性合同备案制度。

直至此次《条例》的公布,《条例》第二十二条款第二款,直接将禁止政府投资项目垫资施工上升为行政法规的规定。

### (三) 垫资条款的效力及对施工企业的影响

#### 1、《条例》出台前的司法观点

根据2004年最高法院就建设工程施工合同司法解释第六条的规定,垫资条款并不当然无效,其规定的垫资利息超过同期银行贷款利率的部分不受保护。该解释的出台并没有很好地缓解垫资施工的问题。由于施工单位融资成本往往高于同期银行贷款利率,导致垫资施工屡禁不止。

#### 2、《条例》施行后的可能改变

由于《条例》明确禁止了政府投资项目中的垫资行为,基于其属于行政法规的法律层级,根据合同法的明文规定,违反法律、行政法规的强制性规定的,合同无效。笔者认为,《条例》的颁布将对会使得法院对政府投资项目中的垫资条款效力给予否定性评价。

理由是:第一,垫资约定直接违反了行政法规的禁止性规定;第二,垫资约定如被认定有效

可能产生严重社会后果,比如,对于明显超过地方政府财政预算安排的资金数量,对项目所在地经济社会发展所需的其他资金使用计划产生冲击;或者垫资有利息约定,可能导致政府承担财政计划之外的较大支出。甚至可以预计,越是重大工程项目、越是垫资严重的项目、越是财政超支严重的垫资项目,被认定为无效条款的可能性越高。

#### 3. 垫资条款的效力对承包人权利的影响

垫资条款如被认定无效,有关垫资利息的约定亦将被认定为无效,这对于大量垫资的施工单位来说通常是极为不利的。即便垫资条款被认定有效,垫资利息的约定如果过高,过高部分亦可被认定无效,施工企业原先期待的垫资利益将不能完全实现。

而且,由于垫资的出现,项目单位有可能因适用《条例》第三十四条第(五)项被暂停或者停止项目建设,相应地,施工承包合同将被中止甚至解除,施工企业履行合同取得商业利润的目的将可能部分或者全部不能实现。

因此,对于施工企业来说,《条例》出台之后,应当尽可能避免垫资承接《条例》规定的项目工程,以免承担过高的法律及商业风险。

### 第三部分 项目投资原则上不得超过经



## 核定的投资概算

《条例》第二十三条第一款规定，政府投资项目建设投资原则上不得超过经核定的投资概算。其第二款对于超过核定投资概算的情况也留下政策口子，即“因国家政策调整、价格上涨、地质条件发生重大变化等原因确需增加投资概算的，项目单位应当提出调整方案及资金来源，按照规定的程序报原初步设计审批部门或者投

资概算核定部门核定；涉及预算调整或者调剂的，依照有关预算的法律、行政法规和国家有关规定办理”。

上述规定对于施工企业来讲，施工合同的实际结算价格受初步设计文件提出的经核定的投资概算控制，施工企业应特别重视。目前实践中，当出现需要发包人承担价款的设计变更、工程其他变更的签证等事项超过投资概算价格时，法院裁判对于增加的部分一般予以支持。但



在《条例》实施之后,由于项目单位会因此承担行政责任,项目单位在对于今后价款的设计变更、工程其他变更等都会更加谨慎,不排除其在施工合同中作出设计变更等不再另行增加工程价款的约定,届时承包人能否获得设计变更等增加的工程价款将存在重大不确定性,如果承包人依然秉持过去的观点,很有可能会承担较大不利后果。

在今后承接此类工程时,施工企业在合同订立或者履行过程中事先要求发包人提供经核定的投资概算,并对于可能的超概算工程调整事项,要求发包人先行履行概算调整审批手续,或者至少作出相应承诺,以减轻未来发包人无来源偿付超概算工程款的风险。同时,承包人还应尽可能协助发包人做好依据本条第二款确需增加投资概算的客观事实证明的证据搜集和准备工作。

#### 第四部分\ 项目严格执行建设工期

《条例》第二十四条规定,政府投资项目应当按照国家有关规定合理确定并严格执行建设工期,任何单位和个人不得非法干预。事实上,《建设工程质量管理条例》第十条第一款早有“建设单位不得任意压缩合理工期”的规定。针

对当事人压缩合理工期的后果,最高人民法院早有规定。最高人民法院在《关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》(法办[2011]442号)第24条及《最高人民法院〈第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要〉》(2016年11月30日发布)第30条均有规定,对建设工程施工合同当事人违反工程建设强制性标准,任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定,应认定无效。

本次《条例》针对建设工期问题又进行了特别强调,施工企业应当充分重视,在实际施工过程中可以依据《条例》的规定拒绝建设单位压缩合理工期的违法要求,切实保障自身的合法权益。

#### 第五部分\ 竣工验收合格后及时办理竣工财务决算

《条例》第二十五条第一款规定,政府投资项目建成后,应当按照国家有关规定进行竣工验收,并在竣工验收合格后及时办理竣工财务决算。政府投资项目的施工合同中通常有根据审计结果结算工程价款的约定,或者虽无上述约定但以发包人存在内部审核流程为由不约定明确的工程结算期限,导致竣工结算久拖不决。

本条规定也只是原则性规定,《条例》也并没有对违反该条规定作出相应的处罚措施,但施工企业在订立合同时以本条规定为由要求建设方明确竣工结算时间。当然如随后出台的《条例》配套制度中对于项目竣工验收合格后办理竣工财务决算的时限规定有明确的约定,对施工企业不啻为较大的利好。

综上,《条例》的实施,有效实施政府投资项目建设,其在破除垫底、严格执行工期、及时办理竣工决算等方面对于施工企业来说,既有积极的方面,也存在挑战。施工企业应当认真理解吸收《条例》的条文内容,妥善应对《条例》实施后带来的影响。☞



魏志强  
合伙人  
房地产与基础设施部  
南京办公室  
wzqlawyer@zhonglun.com

# 房地产投资与开发中的罪与非罪

作者:黄思佳、崔汐淘、穆耸



*image by margarida-csilva-unsplash*

近年来，房地产领域的刑事案件频见报端，房地产企业的负责人因涉嫌相关刑事犯罪被公安机关采取强制措施，相关案件被立案侦查屡见不鲜。与一般的刑事案件相比，房地产领域的刑事案件往往涉案金额巨大，社会影响广泛、深远。刑事立案侦查程序一旦启动，企业相关负责人所面临的很可能是巨额罚金及数年徒刑。然而，在房地产项目开发的过程中，众多房地产企业对从事相关房地产投资与开发行为可能导致的刑事责任往往并不了解。

本文基于对现行法律法规、司法判例的研究并结合本团队实务经验，试对房地产领域的三个常见罪名——非法占用农用地罪，非法转让、倒卖土地使用权罪，非法经营罪的核心内容进行分析与介绍，以期对降低及防范房地产投资与开发中的刑事风险有所裨益。

## 第一部分\ 非法占用农用地罪

历史上，农业是华夏民族得以延续发展的命脉和基础；在当今的中国，国家对于农用地的保护亦是不可逾越的红线。因此，房地产领域刑事犯罪中首先需要加以防范的便是非法占用农用地导致的刑事责任。

### 1.非法占用农用地罪的基本规定

《刑法》第三百四十二条对非法占用农用地的规定：“违反土地管理法规，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地大量毁坏的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚

金。”

### 2.非法占用农用地罪的核心要素解析

以上述《刑法》条文为基础，根据对法律法规的进一步检索及对司法判例的研究，笔者将非法占用农用地罪的核心要素逐一解析如下：

#### (1) 非法占用农用地罪的犯罪主体

##### 1)相关规定

自然人和单位均可以成为非法占用农用地的责任主体。单位犯罪的，根据《刑法》第三百四十六条的规定，除对单位判处罚金外，单位的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”亦应承担刑事责任。

##### 2)司法判例

a)在单位非法占用耕地、林地、旱地等农用

地并改变其土地用途的判例中,存在法院要求单位直接负责的主管人员承担刑事责任的判例<sup>1</sup>。

b)值得注意的是,司法实践中,亦存在村委会成员因其提议、申请的相关建设行为导致农用地被破坏,从而被追究刑事责任的判例<sup>2</sup>。

### (2)非法占用农用地罪的犯罪主观状态

《刑法》并未将“以营利/牟利为目的<sup>3</sup>”作为构成本罪的要件;经过检索相关司法解释及司法判例,笔者亦未发现任何规定或者判例要求构成非法占用农用地罪应以“以营利/牟利为目的”为条件。因此,笔者倾向于认为,不论相关主体是否系出于谋求利润的主观目的从事非法占用农用地行为,均存在触犯《刑法》第三百四十二条、进而构成违法犯罪的风险。

### (3)非法占用农用地罪的犯罪行为及其特征

根据《刑法》第三百四十二条的规定,非法占用农用地罪的犯罪行为及其特征应为:“违反土地管理法规,非法占用耕地、林地等农用地,改变被占用土地用途,数量较大”。具体而言:

#### 1)关于“违反土地管理法规”的解析

对于《刑法》第三百四十二条规定的“违反土地管理法规”,根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释》(2001年8月31日生效)规定,“是指违反土地管理法、森林法、草原法等法律以及有关行政法规

中关于土地管理的规定。”

#### 2)关于“农用地”的解析

在土地管理法规层面,根据《土地管理法》第四条的规定,“农用地”是指“直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等”。

在刑事法规层面,就《刑法》第三百四十二条所规定的“农用地”的范围,《最高人民法院关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2000年6月22日生效,法释[2000]14号,简称“《破坏土地资源司法解释》”)、《最高人民法院关于审理破坏林地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2005年12月30日生效,法释[2005]15号,简称“《破坏林地资源司法解释》”)、《最高人民法院关于审理破坏草原资源刑事案件应用法律若干问题的解释》(2012年11月22日生效,法释[2012]15号,简称

1.相关案例:海南省高级人民法院(2014)琼刑二终字第5号《乐东三湾实业发展有限公司等非法经营、抢夺、故意伤害、非法采矿、贪污、非法占用农用地、职务侵占案刑事裁定书》、甘肃省高级人民法院(2016)甘刑终34号《郭勇等集资诈骗、贪污、非法占用农用地、非法经营案刑事判决书》、云南省高级人民法院(2016)云刑终1115号《仰朝等合同诈骗、诈骗、非法占用农用地、行贿案刑事裁定书》。

2.山西省高级人民法院在(2016)晋刑申65号《李晋财犯非法占用农用地罪再审查与审判监督驳回申诉通知书》中认定:“经本院审查,原判认定原审被告人王天成承包山西省忻州市××路取土,2012年3月,忻州市豆罗镇政府召集项目部工作人员、高速路沿线村庄的支部书记、村委会主任及王天成开会,计划从你村取土50000方;2012年4月13日,你村召开村支两委会议,研究高速路取土事宜,你提议在本村堡寨沟取土,但因该宗土地系李建春承包且系退耕还林地,会议没有通过;2012年4月14日,你以村委名义向豆罗镇政府就堡寨沟取土事宜提交申请,并同意王天成在堡寨沟取土,李建春提出该宗土地是生态林,不能取土,但王天成仍在2012年4月23日未办理任何土地审批手续的情况下,开始取土;2012年4月24日、25日豆罗镇土地管理所、豆罗镇政府分别对王天成下达责令停止国土资源违法行为通知书、停工通知书,王天成无视通知,一直取土20余天,取土期间,你与村支书李万全以王取土超出50000方为由,召集村民阻拦;2012年6月初,取土结束,项目部购进松树苗2000余株,在被毁坏的林地上补栽了油松树苗2000余株的事实清楚。……以上证据均经原审法院开庭举证、质证,已形成完整的证明体系,足以认定王天成与你违反土地管理法规,非法占用林地,数量较大,造成20.5亩林地的大量毁坏,你们的行为符合《中华人民共和国刑法》第三百四十二条规定的非法占用农用地罪的犯罪构成要件。”

3.根据部分法官及学者的文章观点,刑法意义上的“以营利为目的”及“以牟利为目的”的含义基本相同。笔者亦赞同此观点。相关文章参见(1) <https://www.chinacourt.org/article/detail/2013/02/id/893382.shtml>(最后访问时间:2019年5月14日11:45);(2) 张明楷:《论刑法中的以营利为目的》,载《检察理论研究》,总第18期。

“《破坏草原资源司法解释》”)三个司法解释明确提及耕地、林地、草原三种农用地类型;此外,《最高人民法院、公安部关于印发<最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)>的通知》(2008年6月25日生效,公通字[2008]36号)第六十七条则提及了耕地、林地和“其他农用地”。

### 相关概念辨析——“未利用地”、“四荒地”与“农用地”的关系

根据《土地管理法》第四条之规定,我国实行土地用途管制制度,并将土地分为农用地、建设用地和未利用地三大类。因此,未利用地是一种独立的用地类型,不属于农用地,占用未利用地并不会触犯非法占用农用地罪。

而我们经常见到的“四荒地”这一概念则是一个通俗概念,并非法律概念,因此,一部分“四荒地”从法律意义上属于农用地,在这种情况下,非法占用“四荒地”亦可能涉嫌非法占用农用地罪。因此,笔者提示相关单位在处理“四荒地”时应保持慎重,并应在充分确定土地性质合法合规的前提下作出投资、开发的决定。

### 3)关于“数量较大”的解析

《破坏土地资源司法解释》、《破坏林地资源司法解释》、《破坏草原资源司法解释》分别对《刑法》第三百四十二条中的“数量较大”具体标准予以了明确和细化,具体如下:

耕地	林地	草原
《破坏土地资源司法解释》规定:“非法占用耕地‘数量较大’,是指非法占用基本农田五亩以上或者非法占用基本农田以外的耕地十亩以上”。	《破坏林地资源司法解释》规定:“(一)非法占用并毁坏防护林地、特种用途林地数量分别或者合计达到五亩以上;(二)非法占用并毁坏其他林地数量达到十亩以上;(三)非法占用并毁坏本条第(一)项、第(二)项规定的林地,数量分别达到相应规定的数量标准的百分之五十以上;(四)非法占用并毁坏本条第(一)项、第(二)项规定的林地,其中一项数量达到相应规定的数量标准的百分之五十以上,且两项数量合计达到该项规定的数量标准”。	《破坏草原资源司法解释》规定:“非法占用草原,改变被占用草原用途,数量在二十亩以上的,或者曾因非法占用草原受过行政处罚,在三年内又非法占用草原,改变被占用草原用途,数量在十亩以上的,应当认定为刑法第三百四十二条规定的‘数量较大’”。

#### (4)非法占用农用地罪的损害后果

根据《刑法》第三百四十二条规定,非法占用农用地罪的损害后果应为:“造成耕地、林地等农用地大量毁坏”。

##### 1)相关规定对“造成耕地、林地等农用地大量毁坏”的细化

《破坏土地资源司法解释》、《破坏林地资源司法解释》、《破坏草原资源司法解释》分别对《刑法》第三百四十二条中的“造成耕地、林地等农用地大量毁坏的”具体标准予以了明确和细化,具体如右:



耕地	林地	草原
《破坏土地资源司法解释》规定:“非法占用耕地‘造成耕地大量毁坏’,是指行为人非法占用耕地建窑、建坟、建房、挖沙、采石、采矿、取土、堆放固体废弃物或者进行其他非农业建设,造成基本农田五亩以上或者基本农田以外的耕地十亩以上种植条件严重毁坏或者严重污染”。	《破坏林地资源司法解释》规定:“在非法占用的林地上实施建窑、建坟、建房、挖沙、采石、采矿、取土、种植农作物、堆放或排泄废弃物等行为或者进行其他非林业生产、建设,造成林地的原有植被或林业种植条件严重毁坏或者严重污染”。	《破坏草原资源司法解释》规定:“非法占用草原,改变被占用草原用途,数量较大,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第三百四十二条规定的‘造成耕地、林地等农用地大量毁坏’: (一)开垦草原种植粮食作物、经济作物、林木的; (二)在草原上建窑、建房、修路、挖砂、采石、采矿、取土、剥取草皮的; (三)在草原上堆放或者排放废弃物,造成草原的原有植被严重毁坏或者严重污染的; (四)违反草原保护、建设、利用规划种植牧草和饲料作物,造成草原沙化或者水土严重流失的; (五)其他造成草原严重毁坏的情形”。

## 2)司法判例中相关法院对“造成耕地、林地等农用地大量毁坏”的判断

值得注意的是,在(2017)鄂刑再6号《连国胜、郭志勇等组织、领导、参加黑社会性质组织罪再审刑事判决书》中,湖北省高级人民法院认为仅在耕地修筑了围墙,但并未对耕地的种植条件严重毁坏或严重污染的,不属于“造成耕地大量毁坏”的情形:“《刑法》第三百四十二条规定,违反土地管理法规,非法占用耕地、林地等农用地,改变被占用土地用途,数量较大,造成耕地、林地等农用地大量毁坏的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。构成本罪的要素是:非法占用耕地的行为,既要达到数量较大的标准,又要具备‘造成耕地大量毁坏’的情节。本案中,申诉人连国胜及原审上诉人肖小毛虽然未经土地行政主管部门批准,违法占用约20亩耕地,数量较大,但涉案耕地仅修筑了围墙,该耕地的种植条件并未严重毁坏或严重污染,故其行为不符合非法占用农用地罪的构成要件。”

由此可见,对于“造成耕地、林地等农用地大量毁坏”的认定,部分人民法院会采取较为审慎的态度。根据相关司法判例,“造成耕地、林地等农用地大量毁坏”应主要指造成了农用地相应用地功能、条件的大规模毁坏或严重污染的情形。”

## 第二部分\ 非法转让、倒卖土地使用权罪

土地使用权转让是一种常见的土地流转方式,但这种转让行为如果不符合法定条件,则可能构成非法转让、倒卖土地使用权罪。

### 1.非法转让、倒卖土地使用权罪的基本规定

《刑法》第二百二十八条就非法转让、倒卖土地使用权罪的规定:“以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金。”

### 2.非法转让、倒卖土地使用权罪的核心要素解析

以上述《刑法》条文为基础,根据对法律法规的进一步检索,笔者将非法转让、倒卖土地使用权罪的核心要素逐一解析如下:

#### (1)非法转让、倒卖土地使用权罪的犯罪主体

自然人和单位均可以成为该罪的责任主



体。单位犯罪的,根据《刑法》第二百三十一条的规定,除对单位处罚金外,单位的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”亦应承担刑事责任。

## **(2)非法转让、倒卖土地使用权罪的犯罪主观状态**

根据《刑法》第二百二十八条的规定,非法转让、倒卖土地使用权罪的犯罪主观状态应为“以牟利为目的”,即以谋求利润为目的实施相关行为。

## **(3)非法转让、倒卖土地使用权罪的犯罪行为、损害后果**

根据《刑法》第二百二十八条的规定,非法转让、倒卖土地使用权罪的犯罪行为、损害后果应为“违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重或特别严重的”。具体而言:

### **1)关于“违反土地管理法规”的解析**

根据《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国刑法>第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释》,《刑法》第二百二十八条规定的“违反土地管理法规”是指“违反土地管理法、森林法、草原法等法律以及有关行政法规中关于土地管理的规定”。

### **2)关于“情节严重或特别严重”的解析**

《破坏土地资源司法解释》第一条和第二条分别对“情节严重”和“情节特别严重”作出了明

确规定:

(第一条)“以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,具有下列情形之一的,属于非法转让、倒卖土地使用权‘情节严重’,依照刑法第二百二十八条的规定,以非法转让、倒卖土地使用权罪定罪处罚:(一)非法转让、倒卖基本农田五亩以上的;(二)非法转让、倒卖基本农田以外的耕地十亩以上的;(三)非法转让、倒卖其他土地二十亩以上的;(四)非法获利五十万元以上的;(五)非法转让、倒卖土地接近上述数量标准并具有其他恶劣情节的,如曾因非法转让、倒卖土地使用权受过行政处罚或者造成严重后果等。”

(第二条)“实施第一条规定的行为,具有下列情形之一的,属于非法转让、倒卖土地使用权‘情节特别严重’: (一)非法转让、倒卖基本农田十亩以上的;(二)非法转让、倒卖基本农田以外的耕地二十亩以上的;(三)非法转让、倒卖其他土地四十亩以上的;(四)非法获利一百万元以上的;(五)非法转让、倒卖土地接近上述数量标准并具有其他恶劣情节,如造成严重后果等。”

## **3.直接转让土地使用权vs以股权转让的形式转让土地使用权**

根据相关司法判例,项目用地不满足土地投资强度等转让条件即通过直接转让土地使用

权的形式进行转让的,有关人民法院通常认定当事人构成非法转让、倒卖土地使用权罪<sup>4</sup>;但是,对于在不满足土地转让条件的情况下通过股权转让的形式进行转让的(即房地产开发企业原股东转让股权以使新股东通过该房地产开发企业控制目标地块的形式),有部分法院认为其应构成刑事犯罪<sup>5</sup>,亦有部分法院认为其应属无罪:(1)在一则判例<sup>6</sup>中,人民法院以转让标的是股权而非土地使用权、形式上的土地使用权人并未发生变动为由,认定当事人不构成犯罪;(2)另一则判例<sup>7</sup>中,人民法院综合当事人中标、签约受让土地使用权、受让后的经营行为等情节,认为当事人股权转让附随土地使用权转让的行为并非单纯为了转让土地使用权而牟利,而是为了降低投资风险,从而应属无罪。笔者认为,实际上,该案例中法院并不是基于股权转让这一外在形式而判定其不构成犯罪,而是基于股权转让背后的实际目的不是为了“炒地皮”来判定其不构成犯罪。

综上,司法实践中,在目标地块尚未达到土地转让条件的情况下,(1)直接转让土地使用权的案件存在着较高的被认定为非法转让、倒卖土地使用权罪的风险;(2)以股权转让的形式转让土地使用权的案件,其是否构成刑事犯罪、在何种情节下构成刑事犯罪尚存在争议,不同司法机关基于不同的案情会做出不同的判断。

### 第三部分\ 非法经营罪(房地产开发领域)

根据有关新闻报道,在荆门市2012年的一起案件中,由于被告人王某不具备开发资质、未取得营业执照、建设工程规划许可、商品房预售许可,违法建房且公开销售获利,销售金额270.34万元,其被有关人民法院认定构成非法经营罪,判处有期徒刑3年,并处罚金40万元。根据该篇报道,仅2012年上半年,荆门市全市公安机关就破获了违建领域的非法经营案13起<sup>8</sup>。可见,“非法经营罪”这一罪名是有关部门打击房地产领域刑事犯罪的一把利剑。

笔者根据《刑法》等法律法规及司法判例,对房地产开发领域非法经营罪分析如下:

#### 1.非法经营罪定罪处罚基本规定及立案追诉标准

《刑法》第二百二十五条就非法经营罪的定罪处罚规定:“违反国家规定,有下列非法经营

4.相关案例:安徽省芜湖市中级人民法院(2009)芜中刑终字第178号《章菊芳非法转让土地使用权案刑事判决书》(该案例被最高人民法院中国应用法学研究所选为2010年度“十佳案例”,在北大法宝上被列入了经典案例评析中)、浙江省金华市中级人民法院(2013)浙金刑二终字第354号《张某甲非法转让土地使用权案刑事裁定书》。

5.相关案例:上海市高级人民法院(2009)沪高刑终字第157号《周小弟等故意伤害、非法倒卖土地使用权案刑事裁定书》、浙江省义乌市人民法院(2013)金义刑初字第1257号《陈朝根等非法倒卖土地使用权案刑事判决书》、浙江省义乌市人民法院(2014)金义刑初字第2867号《朱某甲、吴某非法转让、倒卖土地使用权案刑事判决书》。

6.相关案例:江西省庐山市人民法院(2017)赣0483刑初93号《某房地产开发经营有限公司、孙某非法转让、倒卖土地使用权一审刑事判决书》。

7.相关案例:黄石市中级人民法院(2017)鄂02刑终40号《吴家明、吴礼勇非法转让、倒卖土地使用权二审刑事判决书》。

8.参见[http://paper.jmnews.cn/jmrb/html/2012-08/02/content\\_11806.htm](http://paper.jmnews.cn/jmrb/html/2012-08/02/content_11806.htm),最后访问时间:2019年5月14日11:45。

行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；(三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”

——由此可以看出，对于非法经营行为的范围，《刑法》第二百二十五条存在一项兜底性条款——“(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，而究竟何种行为属于该等行为，在司法实践中，法官可以对这一问题进行较为灵活的解释。因此，非法经营罪实际上是一项典型的“口袋罪”。

《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(2010年5月7日生效，简称“《刑事立案追诉标准(二)》”)规定的非法经营罪立案追诉标准(即公安机关立案侦查、检察机关审查批捕、审查起诉的标准)中，除了对非法经营行为和活动的范围进行了扩充及明确，亦包含了相应的兜底性条

款：“第七十九条 违反国家规定，进行非法经营活动，扰乱市场秩序，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：(一)……非法生产、储运、销售食盐……(二)……非法经营烟草专卖品……(三)……非法经营证券、期货、保险业务，或者非法从事资金支付结算业务……(四)非法经营外汇……(五)出版、印刷、复制、发行严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物……(六)非法从事出版物的出版、印刷、复制、发行业务……(七)……擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动……(八)从事其他非法经营活动，具有下列情形之一的：1.个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在一万元以上的；2.单位非法经营数额在五十万元以上，或者违法所得数额在十万元以上的；3.虽未达到上述数额标准，但两年内因同种非法经营行为受过二次以上行政处罚，又进行同种非法经营行为的；4.其他情节严重的情形。”

## 2. 房地产开发领域非法经营罪的核心要素解析

在食盐、烟草、证券、期货、保险、外汇、出版、国际电信、药品等领域，最高人民法院和最高人民检察院均在规范层面明确了相应非法经营行为应按非法经营罪定罪处罚或者应予立案追诉。然而，人们时常忽视非法经营罪与房地产

行业之间存在的密切关联,实际上,由于非法经营罪是一个“口袋罪”,房地产开发领域也可能被装进这个“口袋”罪名之中。

目前,笔者并未检索到针对房地产开发领域非法经营罪的成文性规定。根据笔者的实务经验,并结合笔者检索到的房地产开发领域的10例非法经营罪司法判例(简称“10个房地产非法经营判例”)<sup>9</sup>,笔者倾向于认为,在房地产开发领域,未依国家有关规定取得相关证照/许可/资质或未依国家有关规定经过相关审批、验收等程序即从事房地产建设并销售或其他经营性行为的,依具体情节可能构成非法经营罪,具体如下:

### (1)房地产开发领域非法经营罪的犯罪主体

1)自然人和单位均可以成为该罪的责任主体<sup>10</sup>。单位犯罪的,根据《刑法》第二百三十一条的规定,除对单位判处罚金外,单位的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”亦应承担刑事责任。有关司法判例中,根据不同案情,该等责任人为法定代表人、公司实际控制人、销售总监或项目负责人等。

### 2)延伸问题——关于实际控制人的认定方法

就实际控制人在实务中的具体认定问题,人民法院除会通过公司员工、相关合作方等人员的证人证言确定公司的实际控制人之外<sup>11</sup>,还

会结合企业日常经营与运行过程中的各类业务或非业务文件中能够直接或者间接体现的相应主体对企业的控制程度进行综合判断。例如,在海口市中级人民法院(2015)海中法刑终字第421号《陈曙光与海南太和实业有限公司非法经营罪刑事二审裁定书》中,被告陈曙光并非公司股东或法定代表人,而根据相关委托书、承诺书、工资单、电信业务单、购买瓷砖发票、餐饮发票,人民法院认为被告人陈曙光是该公司的实际控制人,具备相应责任主体资格<sup>12</sup>。

### (2)房地产开发领域非法经营罪的犯罪主观状态

《刑法》并未将“以营利/牟利为目的”作为构成本罪的要件,且根据非法经营罪领域的相关司法判例,部分法院认为非法经营犯罪并不是“目的犯”,是否以营利为目的,并不影响构成

9.相关案例:北京市第一中级人民法院(2012)一中刑初字第5501号《尹焱鑫等非法经营罪一审刑事判决书》、义乌市人民法院(2013)义刑初字第47号《董富贵、段冬梅非法经营一案刑事判决书》、北京市高级人民法院(2015)高刑终字第410号《藏长泉等非法经营罪二审刑事判决书》、北京市通州区人民法院(2015)通刑初字第645号《王某甲等非法经营罪一审刑事判决书》、新疆博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院(2016)新27刑终25号《苏某非法经营罪二审刑事裁定书》、涉县人民法院(2016)冀0426刑初40号《河北广悦房地产开发有限公司、权某非法经营一审刑事判决书》、安阳市殷都区人民法院(2017)豫0505刑初408号《刘某某非法经营一审刑事判决书》、平山县人民法院(2017)冀0131刑初54号《河北万某房地产开发有限公司、牛新立非法经营一审刑事判决书》、新疆生产建设兵团第一师中级人民法院(2018)兵01刑终2号《刘伟、阿拉尔光华慧远房地产开发有限公司、张新非法经营罪二审刑事裁定书》、焦作市中级人民法院(2018)豫08刑终326号《王建飞、闫国辉非法经营二审刑事判决书》。

10.根据相关司法解释,公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处:《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》(1999年6月18日生效,法释[1999]第14号)第二条规定:“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。”

在部分房地产开发领域非法经营罪司法判例中,相关法院根据上述规定并结合具体案情认定相关案件不以单位犯罪论处,而是以个人犯罪论处,例如,新疆博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院在(2016)新27刑终25号《苏某非法经营罪二审刑事裁定书》中认定:“分公司系为开发本案涉案土地而成立,该分公司成立后主要经营活动是违法开发、销售‘河畔丽景’小区房屋,且收取资金均存入被告人苏某及其妻子帐户,按照《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第二条的规定‘公司设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处’,故本案被告人苏从非法经营的犯罪行为应认定为个人犯罪”。

11.相关案例:北京市通州区人民法院(2015)通刑初字第645号《王某甲等非法经营罪一审刑事判决书》。

12.该案例中,法院依据罪刑法定原则并结合有关案情,认定其不构成非法经营罪,而应构成非法处置查封的财产罪。

本罪<sup>13</sup>。

### (3) 房地产开发领域非法经营罪的犯罪行为及损害后果

在讨论房地产开发领域的定罪处罚所依据的具体标准时,笔者主要根据《刑法》第二百二十五条及笔者检索到的10个房地产非法经营判例进行了总结及梳理。笔者倾向于认为,房地产开发领域的非法经营罪犯罪行为、损害后果是指违反国家规定,未取得相关证照/许可/资质或未经过相关审批、验收等程序即从事房地产建设并销售或其他经营性行为,扰乱房地产市场秩序,且情节严重或者特别严重的。具体如下:

#### 1) 违反国家规定

综合10个房地产非法经营判例中人民法院的判决意见,《刑法》第二百二十五条所述“违反国家规定”主要指违反《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《城乡规划法》、《建筑法》、《商品房销售管理办法》等国家层面的相关规定。具体而言,笔者倾向于认为,该等案件违反的规定主要是国家关于房地产行业经营许可制度的规定。

#### 2) 相关证照/许可

综合10个房地产非法经营判例中人民法院的判决意见,相关证照许可主要包括国有土地使用证、建设用地规划许可、建设工程规划许可、建筑工程施工许可、商品房预售许可等依国

家有关规定应当办理的证照、许可。此外,此类案件中,被追究刑事责任的通常为未取得证照、许可数达到3个或以上的犯罪主体(范围限于10个房地产非法经营判例,仅供参考)。

#### 3) 相关审批、验收程序

相关审批程序包括土地用途变更审批等依国家有关规定应当履行的审批程序。

相关验收程序包括竣工验收等依国家有关规定应当履行的验收程序。

#### 4) 非法从事房地产建设并销售(或其他经营性行为)

在10个房地产非法经营判例中,相关企业的犯罪行为均为非法建设并销售。因此,结合《刑法》第二百二十五条关于非法经营罪的规定,笔者倾向于认为,在房地产开发领域,非法经营罪的犯罪行为应为非法从事房地产建设并销售(或其他经营性行为)。

#### 5) 情节严重或者特别严重

在10个房地产非法经营判例中,最低涉案金额为非法销售房屋款项770万元(仅供参考)。

此外,《刑事立案追诉标准(二)》第七十九条第(八)项对于“从事其他非法经营活动”的各类型案件的立案追诉标准统一规定为“1.个人非

13. 相关案例:绍兴市中级人民法院(2016)浙06刑初7号《俞军、孙某犯走私普通货物、物品罪汪涛、林抒颖等犯非法经营罪一审刑事判决书》、宣城市中级人民法院(2017)皖18刑终37号《汪某某犯非法经营罪一案二审刑事裁定书》。

法经营数额在五万元以上,或者违法所得数额在一万元以上的;2.单位非法经营数额在五十万元以上,或者违法所得数额在十万元以上的……”,而第七十九条对于其他各具体领域非法经营行为的立案追诉标准规定的数额却各不相同,甚至相差甚远,例如在烟草领域规定为:“非法经营烟草专卖品,具有下列情形之一的:1.非法经营数额在五万元以上,或者违法所得数额在二万元以上的……”,而在电信领域规定为“擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动,扰乱电信市场管理秩序,具有下列情形之一的:1.经营去话业务数额在一百万元以上的……”就此,笔者倾向于认为,即便《刑事立案追诉标准(二)》第七十九条对于“从事其他非法经营活动”的立案追诉标准的统一规定适用于房地产开发领域,亦不代表该等立案追诉标准亦应被视为属于“从事其他非法经营活动”的各类型案件的定罪处罚标准(严格来说,立案追诉标准及定罪处罚标准具有不同含义,前者指公安机关立案侦查、检察机关审查批捕、审查起诉的标准<sup>14</sup>,后者指人民法院定罪处罚的标准)。不仅如此,笔者认为,出于公平的目的,对于不同领域的案件,其立案追诉标准及定罪处罚标准均应当依据不同领域的特性而具有差异性。由于房地产项目的价值远高于其他商品,房地产开发领域中的非法经营款项的数额往往

远高于其他领域的非法经营款项的数额,因此,笔者认为,对于房地产领域非法经营罪的立案追诉及定罪量刑标准,不宜过低。

### 3.关于“罪刑法定”原则在房地产开发领域非法经营案件中的应用

在研究房地产开发领域非法经营案件时,我们发现,部分人民法院认为,我国《刑法》并未明文规定未依法取得相关证照/许可/资质或未经相关程序即从事房地产建设并销售即属于刑事犯罪,根据“罪刑法定”原则,此类行为并不触犯《刑法》,不应当被定罪。由此可见,部分法院对于《刑法》第二百二十五条第(四)项兜底性条款的适用采取极为谨慎的态度。笔者认为,由于规定层面尚不明确,不同法官在适用“罪刑法定”原则时会采取不同的标准,将导致该罪名在个案审理适用上的巨大差异。

## 第四部分 结语

从本文对非法占用农用地罪、非法转让、倒卖土地使用权罪、非法经营罪的分析与介绍中可以看出,对于企业、企业负责人甚至是单个项

14.《刑事立案追诉标准(二)》规定:“各级公安机关应当依照此规定立案侦查,各级检察机关应当依照此规定审查批捕、审查起诉。”

目的负责人来说, 房地产项目的投资、开发、销售的产业链条中潜伏着多重刑事风险。而在笔者了解到的一些案件中, 一些企业往往基于对政府部门作出的非法定形式的承诺的信任, 对不符合法定条件而从事房地产投资、开发或销售行为的刑事风险抱有侥幸心理。但是, 政府部门的“表态”或双方良好的合作关系并不代表相关房地产项目投资、开发或销售已经具备法定条件, 亦不能确保项目未来能够符合相应法定条件。在此, 我们建议相关企业在开展风控核查时, 应将刑事风险纳入核查或跟踪核查范围, 以最大程度降低、防范此类重大法律风险。 ☞



穆聃  
合伙人  
房地产和基础设施部  
北京办公室  
musong@zhonglun.com

# 我国涉生态环境民事诉讼制度格局初步形成

——解读《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)》

作者：于鲁平、郑小雨





## 第一部分\ 起草背景

2019年6月4日,《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》”)发布并于次日实施。《若干规定》是在中共中央办公厅、国务院办公厅于2017年印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称“《改革方案》”)统领下,根据我国环境保护法律规定并结合我国司法实践,对审理生态环境损害赔偿案件的法律适用等方面作出的司法解释性质的具体实施性规定。

自党的十七大提出建设生态文明的目标以来,最高人民法院不断探索加强环境资源司法保护的有效途径和方法。《若干规定》发布和实施以后,在我国基本形成了三种涉生态环境民事诉讼(环境侵权私益诉讼、环境民事公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼)并存的制度格局。<sup>1</sup>

在我国司法实践中,虽则2017年《改革方案》提出“省级、市地级政府及其指定的部门或机构均有权提起诉讼”,但生态环境损害赔偿诉讼的性质不确定导致立案困难,与公益诉讼和民事诉讼的关系不明确导致确定管辖困难。<sup>2</sup>此外,《改革方案》作为政治性文件,也亟需司法文件的衔接。

据新京报报道,2018年以来,各省级、地市级人民政府及其指定的部门提起生态环境索赔案例共计306件,但截至2019年5月,各级人民法院仅受理30件,其中诉讼案件14件,赔偿协议司法确认案件16件。《若干规定》全面回应了上述司法实践中存在的困难和问题,提出了相应的司法解决方案。

## 第二部分\ 《若干规定》的理念与主要内容

生态环境损害行为产生的后果包括两部分:一是对生态环境本身的损害,二是藉由生态环境损害而导致的人身、财产损害。后者属于环境侵权的范畴,而对于前者,即生态环境本身的损害是否应当由损害行为人承担责任的问题,在我国则由环境公益诉讼制度、生态环境损害赔偿制度作出了有效的制度安排。从生态环境损害赔偿的角度,现行政策和司法实践的思路,倾向于以维护社会公共利益、国家自然资源产权权益的名义,要求损害行为人对达到一定受损程度的生态环境承担修复或赔偿责任,其制度的核心要义是对于社会公众“环境权益”的维护。

1. 语出中国人民大学法学院教授肖建国,转引自新京报网,“赔什么,怎么赔?首个生态环境损害赔偿司法解释出炉”,载<http://www.bjnews.com.cn/news/2019/06/05/587765.html>,2019年6月8日访问。

2. 语出全国政协常委、社法委副主任吕忠梅,转引自新京报网,“赔什么,怎么赔?首个生态环境损害赔偿司法解释出炉”,载<http://www.bjnews.com.cn/news/2019/06/05/587765.html>,2019年6月8日访问。

《改革方案》对于什么是“生态环境损害”作出了解释,即“因污染环境、破坏生态造成大气、地表水、地下水、土壤、森林等环境要素和植物、动物、微生物等生物要素的不利改变,以及上述要素构成的生态系统功能退化”。

《若干规定》践行了《改革方案》的核心要义,即环境有价、损害担责,环境资源生态功能的价值损失可以用货币进行赔偿。这一制度与环境侵权私益诉讼、环境民事公益诉讼配合发力,将对于污染环境、破坏生态行为形成强有力的震慑。正如最高法院副院长、第三巡回法庭庭长江必新大法官所言,责任主体“既要承担实质性的修复和赔偿责任,又要承担临时的救济性责任;既要承担恢复责任,又要承担赔偿责任;既要承担已造成损失的责任,也要承担将来可能和必然的损害责任;既要承担人身财产损害的责任,还要承担功能性丧失方面的责任”,“这个责任是非常大大的,一旦造成生态环境破坏,有可能是天文数字。”

相对于环境侵权私益诉讼、环境民事公益诉讼而言,生态环境损害赔偿诉讼有特定的适用范围、因果关系认定规则和赔偿机制,并进一步强化了义务主体的生态环境责任。《若干规定》内容全面,主要规定了受理条件、案件管辖、证明规则、损害赔偿责任、与环境民事公益诉讼案件的顺位和衔接、赔偿协议的司法确认、裁判

和协议的强制执行等方面的内容。

### 第三部分\ 《若干规定》对司法实践的总结、创新与回应

#### (一)明确了生态环境损害赔偿诉讼案件的受理条件

##### 1、原告资格

《若干规定》明确的原告与《改革方案》认可的“赔偿权利人”基本一致。

第一类具有原告资格的主体是省级、市地级人民政府。《改革方案》对该类主体诉权合法性来源的表述是“国务院授权”该类主体“作为本行政区域内生态环境损害赔偿权利人”。

省级、市地级政府可指定的相关部门、机构提起诉讼,负责生态环境损害赔偿具体工作,此即第二类原告。

第三类原告是受国务院委托代行全民所有自然资源资产所有权的部门。《改革方案》同时认可,在国家自然资源资产管理体制试点区,受委托的省级政府可指定统一行使全民所有自然资源资产所有者职责的部门作为赔偿权利人。对后一类主体,《若干规定》未作回应。

由以上规定可见,有权提起此类诉讼的原告主体多元、广泛,将赋予地方政府更多选择空

间。另一方面赔偿权利人也要对社会公众的举报及要求作出处理及答复,就目前法律的规定来看,针对该处理和答复的不满将有可能引起法律监督机关提起的行政公益诉讼。

《若干规定》赋予行政主体以原告资格,规定该类主体有权以诉讼途径向造成生态环境损害的行为人主张生态环境受损的赔偿责任,这是继《公益诉讼解释》之后,涉生态环境民事诉讼对于民事诉讼法第一百一十九条“与本案有直接利害关系”规则的再次突破。

## 2、适用范围

由《若干规定》第一条列举的三类情形可知,不同于环境民事公益诉讼可针对尚未造成损害但“具有损害社会公共利益重大风险”的行为提起诉讼,生态环境损害赔偿诉讼须针对已经造成生态环境损害后果的、达到一定程度(表现为符合法定情形)的行为,法定情形有:

- (1) 发生较大、重大、特别重大突发环境事件的;
- (2) 在国家和省级主体功能区规划中划定的重点生态功能区、禁止开发区发生环境污染、生态破坏事件的;
- (3) 发生其他严重影响生态环境后果的。

上述对于法院受案范围内起诉情形的列举,相较于《公益诉讼司法解释》对可诉行为的表述更为具体可行。其中第一项“突发环境事

件”的等级划分可参照《国家突发环境事件应急预案》(国办函[2014]119号)中的规定。

## 3、起诉材料

在原告向人民法院提起诉讼时需要提交的起诉材料当中,有三类材料值得引起注意。

第一类是证明自身具有本诉原告资格的材料,主要表现为被省级、市地级政府指定的相关部门、机构在起诉时提交的相关指定文件。

第二类是本诉符合《若干规定》第一条规定情形之一的证明材料,即证明被诉行为符合上文“适用范围”部分列举的三种情形之一。由于此类型诉讼的原告是对被告具有行政管理权限的行政主体,具有掌握相关违法情形的能力和渠道,因此,司法规则对于起诉的受理设定了较其他类型的诉讼而言更高的门槛。

第三类是关于原告未成功与被告磋商的说明。关于磋商程序,将在下一部分进行详述。

## 4、关于磋商程序的定性

根据《若干规定》和《改革方案》,行使行政职权的适格原告须在与造成生态环境损害的被告经磋商未达成一致或者无法进行磋商的前提下,方可提起生态环境损害赔偿诉讼。

磋商程序是针对生态环境损害行为由行政处理导向司法流程的一个必经前置程序,其目的是从有效解决环境损害的角度出发,通过行政权力加快主导实施环境修复的行政进程,将

环境损害的后果减至最低。该制度与美国公民诉讼所确定的诉前程序有本质区别。美国公民诉讼强调的是司法审查权的介入,通过司法程序引导原告与污染者达成修复协议,即“先司法,后磋商”。而《改革方案》中所设立的赔偿协议及《若干规定》所确立的磋商制度是以行政权为先导,司法后期介入并参与保障实施的方式,即“先磋商,后司法”。

磋商的具体内容是:经调查发现生态环境损害需要修复或赔偿的,赔偿权利人根据生态环境损害鉴定评估报告,就损害事实和程度、修复启动时间和期限、赔偿的责任承担方式和期限等具体问题与赔偿义务人进行磋商,最终达成赔偿协议。

主动磋商符合当今世界普遍的环境纠纷解决前置磋商机制,有助于尽快、迅速地解决生态环境破坏问题,将生态环境破坏的损害降到最低。

## **(二)明确了生态环境损害赔偿诉讼案件的管辖**

生态环境损害赔偿诉讼案件的地域管辖、级别管辖规则与环境民事公益诉讼案件一致。

在地域管辖上,第一审生态环境损害赔偿诉讼案件由生态环境损害行为实施地、损害结果发生地或者被告住所地的中级人民法院

管辖。集中管辖情形有:经最高人民法院批准,高级人民法院可以在辖区内确定部分中级人民法院集中管辖第一审生态环境损害赔偿诉讼案件。

在级别管辖上,第一审案件由中级人民法院管辖。管辖权的转移情形有:中级人民法院认为确有必要的,可以在报请高级人民法院批准后,裁定将本院管辖的第一审生态环境损害赔偿诉讼案件交由具备审理条件的基层人民法院审理。

在审判组织问题上,比《公益诉讼解释》更进一步,《若干规定》反映实践中环境资源案件审判专门化的情况,明确规定生态环境损害赔偿诉讼案件由人民法院环境资源审判庭或者指定的专门法庭审理。

## **(三)明确了生态环境损害赔偿诉讼案件的证明规则**

### **1、原告的举证责任**

原告应当就以下事实承担举证责任:

第一,原告应就损害行为要件承担举证责任,即证明“被告实施了污染环境、破坏生态的行为或者其他应当依法承担责任的情形”。

如前文“起诉材料”部分所述,基于此种类型诉讼的原告所具有的掌握信息的能力和渠道,《若干规定》要求原告在起诉时就案件的基

本事实提交一定的初步证明材料。如果原告在起诉时不能提供相关证明材料,将面临被驳回起诉的风险,而非其他类型诉讼在进入审判阶段后才承担举证不能的后果。

**第二**,原告应就损害后果要件承担举证责任,即证明“生态环境受到损害,以及所需修复费用、损害赔偿等具体数额”。对这一事实要件的证明,是原告举证的重点和难点所在。

**第三**,原告应当就损害行为与损害后果具有之间具有关联性承担举证责任,即证明“被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性”。

与其他类别的涉生态环境民事诉讼在“因果关系”要件上实行举证责任倒置的证明规则一致,就因果关系这一要件,生态环境损害赔偿诉讼案件的原告仅需初步证明“被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性”即可,由被告对于行为与损害之间不存在因果关系以及法律规定的不承担责任或减轻责任的情形承担举证责任。<sup>3</sup>

## 2、证据规则

关于刑事裁判、行政执法和当事人诉前活动中形成的哪些事实和材料可以被人民法院作为证据采纳,《若干规定》第八至十条作出了说明:

(1) 已为生效的刑事裁判所确认的事实属

于免证事实,但有相反证据足以推翻的除外;其他未予确认的事实,举证能够达到民事诉讼证明标准的,应予认定。

(2) 有权部门或其委托的机构在行政执法过程中形成的事件调查报告、检验报告、检测报告、评估报告、监测数据等,经质证并符合证据标准的可被采纳。

(3) 当事人在诉前活动中,委托符合条件的机构出具的鉴定意见、检验报告、检测报告、评估报告、监测数据等,经质证并符合证据标准的可被采纳。

## (四) 在承担民事责任的方式上的创新

首先,在承担民事责任的方式上,《若干规定》创新性地将“修复生态环境”与“赔偿损失、停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉”并列,作为责任主体承担民事责任的方式之一,没有使用传统民事侵权责任“恢复原状”的表述。<sup>4</sup>

此外,在赔偿损失责任的具体承担方式上,《若干规定》虽未做出详细规定,但司法实践中已有确定被告“可申请分期付款”赔偿款项的案例载入最高人民法院于2019年6月5日公布的《人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典

3. 参见江苏省高级人民法院关于印发《江苏省高级人民法院关于生态环境损害赔偿诉讼案件的审理指南(一)》的通知(苏高法电(2018)518号)。  
4. 参见新京报网,“赔什么,怎么赔?首个生态环境损害赔偿司法解释出炉”,载<http://www.bjnews.com.cn/news/2019/06/05/587765.html>, 2019年6月8日访问。

型案例》，该种做法在保障生态环境得到及时修复的同时，维护了企业的正常经营，体现了司法机关妥善处理生态环境保护和经济社会发展之间的辩证关系、力争“共赢”的探索。<sup>5</sup>

## (五) 明确了生态环境损害赔偿范围

较早进入国际和国内法律保护视野的“污染损害”，是海上船舶油污事故造成的损失，大致可分为五类：1、清污等预防措施的费用及损失；2、有形财产损害；3、因有形财产损害所引起的收入损失，又称间接损失；4、单纯因环境污染造成的收入损失，即纯经济损失；5、自然资源等环境损害。<sup>6</sup>其中，第2、3项损害是传统侵权法所规范的一般损害类型，第1项和第5项是《若干规定》所代表的生态环境损害赔偿制度的特点、难点和重点。

根据《若干规定》，原告有权主张的损害赔偿范围包括以下六项：

(1) 不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用（包括制定、实施修复方案，监测、监管以及验收、评估费用等）；

(2) 生态环境受到损害至修复完成期间服务功能损失；

(3) 修复不能时，生态环境功能永久性损害造成的损失；

(4) 实施应急方案以及为止损采取合理预

防、处置措施发生的应急处置费用；

(5) 为磋商和诉讼支出的调查、检验、鉴定、评估等费用；

(6) 律师费及其他为诉讼支出的合理费用。

以上第(2)至(6)项由人民法院根据具体案情予以判决。

与《公益诉讼解释》所确定的费用相比较，《若干规定》增加了“应急处置费用”和“生态环境功能永久性损害造成的损失”两项费用。

应急处置费用主要指突发环境事件发生后，为防止污染发生和扩大采取的合理预防、处置费用。根据2014年发布实施的《国际突发环境事件应急预案》第6.2条规定，该费用首先由事件责任单位承担，县级以上地方人民政府提供资金保障。根据污染者担责原则理解该条规定，该费用可由政府部门先行垫付，最终由污染者承担。《若干规定》为此处污染者担责的最终实现提供了司法路径。

生态环境功能永久性损害损失则是“应赔尽赔”的体现。相对于之前环境司法所强调“修复为主”原则，《改革方案》和《若干规定》更关注当修复不能之后的赔偿方式及污染者责任。在鉴定方法技术不断完善的前提下，更趋向于用

5. 详见最高人民法院发布《人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例》（2019年6月5日）案例一：山东省生态环境厅诉山东金诚重油化工有限公司、山东弘聚新能源有限公司生态环境损害赔偿诉讼案。

6. 参见最高人民法院民四庭负责人解读《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》，载律师商网“水污染处理防治”专栏。

货币赔偿来填补前述文件适用范围内所发生的生态环境损害。

对于《改革方案》中提及的“环境健康损害赔偿”，本次《若干规定》未作规定。通过环境这一载体间接对人身造成损害的案件，存在加害人身份难以确定、损害后果难以衡量、因果关系难以证明、当事人诉讼能力差异显著等诸多难题。<sup>7</sup>相信随着各地区环境健康损害赔偿探索性研究与实践的开展，下一步在立法和司法层面将对此作出突破。

## (六) 有关被告的规定

《若干规定》第一条对被告的表述是“造成生态环境损害的自然人、法人或者其他组织”，被告以其侵权行为成为被诉对象、承担生态环境损害赔偿法律责任。《改革方案》对于赔偿义务人的选择表达了“应赔尽赔”的理念，并鼓励各地区根据需要扩大赔偿义务人范围，提出相关立法建议。

## (七) 明确了与环境民事公益诉讼的顺位和衔接

生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼都指向污染环境、破坏生态的行为，两类诉讼的适用范围和赔偿范围存在交叉，都属于民事诉讼的范畴，但在原告资格和被诉行为上存在

差异。根据一事不再理的诉讼原则，针对同一污染行为提出的诉讼请求，污染者只能赔付一次。而一项生态环境损害事由发生有极大可能引起多方主体的权利诉讼。因此，法律应对不同类型的诉作出谨慎划分，并确认两诉之间在受理、审理和裁判各环节的顺位和衔接关系，防止一拥而上，更防止彼此推诿，加强赔偿诉讼与公益诉讼的衔接。

关于两类诉讼的顺位和衔接问题，在实践当中存在争议，各地做法不尽相同。《若干规定》以第十六条至第十八条对此予以明确规定：

第一，管辖法院和审判组织：在生态环境损害赔偿诉讼案件审理过程中，同一行为又被提起民事公益诉讼，此时应由受理生态环境损害赔偿诉讼案件的人民法院受理并由同一审判组织审理。

第二，审理顺序：如果法院受理了一个行为之上的两诉，应先中止民事公益诉讼案件的审理，待生态环境损害赔偿诉讼案件审理完毕后，再就民事公益诉讼案件未被涵盖的诉讼请求作出裁判。

第三，当前诉的裁判生效后，适格原告就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害，并提起另一类诉讼的，人民法

7. 万州法院,《环境健康损害赔偿的司法困境》,载重庆法院网<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2013/11/id/1142612.shtml>, 2019年6月9日访问。

院应予受理。

由此可见,无论在管辖、审判组织和审理顺序上,生态环境损害赔偿诉讼相较于民事公益诉讼而言,均具有优先顺位。与此同时,由于生态环境损害的复杂性,往往一个诉请不能在一个空间和时间解决全部问题,如存在诉请遗漏,则《若干规定》设定的程序允许各诉讼类型之间的相互弥补,可总结为“应管尽管,应赔尽赔。”

### **(七) 规定了生态环境损害赔偿协议的司法确认**

《若干规定》明确,当事人之间经磋商达成生态环境损害赔偿协议的,可以向人民法院申请司法确认,经司法程序确认后,该赔偿协议即具有了强制执行力。

赔偿协议实质上是行政机关在综合考量修复技术方案可行性、成本效益最优化、赔偿能力、第三方治理可行性等情况下,经过与赔偿义务人磋商所达成的赔偿协议,该协议本身具有一定的行政公信力,在强化司法确认的基础上,可以更快地进入保障的实施阶段。

由于司法是最后的一道保障,如何更好地通过司法程序对赔偿内容的公允性进行审查,防止行政机关利用赔偿协议避重就轻、逃避责任,也防止赔偿义务人通过赔偿协议分散风险、大事化小,是后期应该着重探究考虑的问题。此

外笔者认为,赔偿协议应是由各种检测指标、技术参数、实施方法所构成的生态环境修复综合方案,而非仅仅是一纸协议。司法对该赔偿协议的确认应当进行综合判断,而非仅作形式审查。

## **第四部分 可能存在的问题与保障措施**

一方面,生态环境损失的量化需要制度保障。

磋商阶段向赔偿义务人提出主张并达成协议,生态环境损害赔偿诉讼程序的启动、赔偿责任的确定,赔偿协议司法确认程序中的司法审查,均需要对生态环境损失进行量化;在执行阶段,对于修复工作的监测、监管,以及修复完成后的验收、评估,直接影响案件裁判结果的公平、公正执行。因此,制定相关技术标准和规范,公正遴选鉴定评估机构并完善相关管理制度和工作程序等,都是非常重要的制度保障。

另一方面,生态环境损害赔偿资金及修复费用的缴纳、管理和使用办法,对于生效裁判、生态环境损害赔偿协议的执行,以及对于生态环境修复与损害赔偿各个阶段的法律监督、公众参与,均是生态环境损害赔偿诉讼发挥实效的必要制度保障。生态环境服务功能损失赔偿资金、生态环境功能永久性损害造成的损失赔



偿资金,以及被告不履行生态环境修复义务时所应承担的修复费用,从公共环境利益的角度考虑也应区别与一般的民事诉讼标的,通过诉讼制度的保障,确保其“物尽其用、专款专用”。

以《若干规定》与《公益诉讼解释》、《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2015]12号)三份司法解释效力层级的文件为代表,在中央政策文件和《环境保护法》、《侵权责任法》等法律文本支撑下,我国环境侵权私益诉讼制度、环境民事公益诉讼制度和生态环境损害赔偿诉讼制度基本建立,三种涉生态环境民事诉讼并存的制度格局已初步形成。<sup>88</sup>

#### 参考文献

- 【1】最高人民法院发布《人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例》(2019年6月5日)
- 【2】最高人民法院民四庭负责人解读《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》,载律商网“水污染处理防治”专栏。
- 【3】万州法院,《环境健康损害赔偿的司法困境》,载重庆法院网<http://cqfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2013/11/id/1142612.shtml>,2019年6月11日访问。
- 【4】新京报网,“赔什么,怎么赔?首个生态环境损害赔偿司法解释出炉”,载<http://www.bjnews.com.cn/news/2019/06/05/587765.html>,2019年6月8日访问。
- 【5】于鲁平,《又一把悬在污染者头上的“达摩克利斯之剑”——解读<生态环境损害赔偿制度改革方案>》,载律商网“环境行政处罚”专栏。



于鲁平  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
yuluping@zhonglun.com



中伦研究院出品



*image by matthew-henry-unsplash*

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。

[www.zhonglun.com.cn](http://www.zhonglun.com.cn)