

● 政治与法律

节能服务法律制度研究

韩兴旺¹, 闫飞飞²

(1. 华东理工大学法学院, 上海 200237; 2. 华东理工大学社会与公共管理学院, 上海 200237)

[摘要] 节能不是义务, 而是一种商品, 一个产业, 节能服务更是一种产业。节能的时代要求催生了数千亿元的节能服务市场, 但是节能服务法律制度的不完善严重制约着节能服务市场的发展, 本文希望通过节能服务法律制度的研究, 提出一些对我国节能服务市场发展的可行性建议。

[关键词] 节能服务公司; 能源管理合同; 能源审计

[中图分类号] D922.67 [文献标识码] A [文章编号] 1008-7672(2007)03-0072-04

一、节能的时代要求催生巨大节能服务市场

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》中明确提出 2010 年单位 GDP 能耗比“十五”末降低 20% 的约束性指标。作为“十一五”开局之年, 2006 年的预期目标是下降 4% 左右。然而国家统计局发布的 2006 年国民经济和社会发展统计公报显示, 我国 2006 年万元 GDP 能耗为 1.21 吨标准煤, 单位国内生产总值能耗同比下降 1.23%, 虽然这是中国单位 GDP 能耗 2003 年以来首次下降, 但是从数据显示, 我国未完成年初预定的下降 4% 左右的节能目标。今年两会期间, 我国政府明确表示“十一五”规划《纲要》确定的节能降耗目标不会变, 面对能源、资源的严重制约, 不走节能减排的路, 不走建设资源节约型和环境友好型社会的路, 我们无路可走。而“十一五”期间, 中国的节能目标是 2010 年每万元 GDP 能耗比 2005 年降低 20% 左右, 这意味着在 GDP 年均增长 7.5% 的情况下, 年均节能 1.1 亿吨标准煤左右。为了实现“十一五”的节能目标, 仅实施国家十大重点节能工程需要投资 5000 多亿元, 每年需要投资 1000 多亿元, 这就充分表明, “十一五”期间节能服务市场空间巨大, 关键要看我们节能服务产业的发展能不能与之相适应。

二、节能服务公司是节能服务主体

节能服务公司也称能源服务公司或者能源管理服务公司, 在我国国内简称 EMCo (energy management

companies), 国外简称 ESCo (energy services companies), 它指与愿意进行节能改造的客户签订能源管理合同, 向客户提供能源效率审计、节能项目设计、原材料和设备采购、施工、培训、运行维护、节能量监测等一条龙综合性服务, 并通过与客户分享项目实施后产生的节能效益来赢利和滚动发展的公司。节能服务公司是节能服务市场的主体。

一般的 EMCo 可以提供以下服务:

- (一) 节能诊断, 发掘评估节能潜力
- (二) 能源成本分析
- (三) 能源效率审计
- (四) 能源项目的财务分析
- (五) 节能项目设计
- (六) 节能设备的动态监测
- (七) 能源消费的实时管理
- (八) 负责工作人员培训和提供长期的维修保养
- (九) 需保证节省的费用不低于成本投资

可以看出, 从事节能服务的 EMCo 公司是不具备政府色彩的商业性的经济实体, 与我国现有隶属于地方政府的节能(技术)服务中心有本质区别。

节能服务公司(EMCo)主要通过合同能源管理这个运行机制来实现节能, 其核心在于用合同的方式来使能源管理公司承诺其所承包的节能工程的节能效果 (Energy performance), 比如能源管理公司在合同中向客户承诺每年可节省多少能源费用。这种合同的订立使得能源管理公司

[收稿日期] 2007-08-14

[作者简介] 韩兴旺, 男, 华东理工大学法学院硕士研究生; 闫飞飞, 女, 华东理工大学社会与公共管理学院硕士研究生。

必须为其承包项目的节能效果承担法律责任,从而从法律上保障了客户的利益,降低客户实施节能项目的风险,提高了客户实施节能的激励。

节能服务公司的商业模式,从大的方面可以分为两种:一种是投资型的,一种是咨询顾问型的。所谓投资型,就是能源管理公司投资于其他企业或政府、学校的能源设施系统的节能改造,通过合同的方式确定节约能源的收益分配模式。所谓咨询建议型,就是指能源管理服务公司不对节能改造项目进行任何投资,而是由客户根据能源管理服务公司的节能方案,自行投资购买设备和支付工程款,能源管理服务公司承诺节能效益,并享受分成。如果节能效果达不到能源管理服务公司承诺的水平,则能源管理服务公司负责赔偿。

按照合同能源管理的合同类型来分类,主要有“分享节能收益”(Shared savings)、“保证节能收益”(Guaranteed savings)等方式。分享节能收益(Shared savings)是合同能源管理项目早期采用得比较多的合同方式。它一般指作为承包方的能源管理公司承担全部或部分的节能投资,其回报则来自于和客户分享的节能收益。这种合同方式在国内的能源管理服务公司中也较为普遍,一般在能源管理服务公司投资实施节能措施(Energy conservation measure)后头2至3年,能源管理服务公司会提取较大的比例节能收益,后几年的比例会下降,直至合同期结束。保证节能收益(Guaranteed savings)是目前发达国家的合同能源管理项目中采用最为普遍的一种合同方式。能源管理服务公司在这种形式的合同中必须向客户承诺能耗性能,即保证其承包项目在改造后的节能收益,作为回报客户在项目竣工验收结束后即将所有工程款支付给能源管理服务公司。如果实施节能措施后的合同期内项目的节能收益没有达到能源管理公司在合同中承诺的数字(通常是个范围),那么能源管理服务公司必须将这部分收益差额退还给客户。

三、以政府为主的节能服务产业发展模式效率较低

虽然早在2004年国家发改委就引进国外普遍采用的综合资源规划、电力需求侧管理、合同能源管理、能效标识管理、自愿协议等节能新机制,但是在我国还没有广泛推行,有的还处于试点和探索阶段。节能服务的市场主体节能服务公司更是凤毛麟角。早在1998年国家经贸委利用世界银行的贷款和全球环境基金的拨款实施了“世行\GEF中国节能促进项目”,成立了北京、辽宁、山东三个示范性的节能服务公司(简称EMC)和国家节能信息传播中心,希望可以在我国推广“合同能源管理”的应用。但是由于上述三家能源管理服务公司具有强烈的官方背景,并不是完全市场化运行的公司,所以并未形成示范效应,市场上虽然出现了一些冠以“节能服务公司”名称的公司,但是更多的是提供节能技术的技术公司,而不是提供各种能源资源评

估、能源成本分析、财务预算、能源消费的实时管理、能源项目的财务分析、节能设备的动态监测、节能量的准确确认,以及节能诊断、能源效率审计、节能项目设计、施工、监测、管理等一条龙服务的综合性节能服务公司。

而外国则已经形成了巨大的产业,培育了一些世界级能源服务企业,如CONECO、Duke SolutionsSM、ECONOLER INTERNATIONAL 能源服务公司,美国有专业节能企业2100多家,仅纽约州的营业额就达85.5亿美元,加拿大的节能服务市场约200亿加元。

四、节能服务法律的缺失严重制约着节能服务公司的发展

为什么这么巨大的节能服务市场却没有与之相适应的节能服务产业?究其原因有两点:

1. 我国政府把节能看作政府的责任和企业的义务,试图通过强化责任,加强考核来强制节能。节能成为了企业的义务的附加,企业作为市场的利益主体当然没有动力去节能,更不会找节能服务公司主动节能。只有当政府、全社会认为节能不单单是义务,而是一种商品,是一个产业的时候,我们有理由认为节能产业的春天就要到来了,节约型社会的构建也就指日可待了。

2. 我国政府没有充分认识到节能服务公司在国家节能规划中的重要性,仅仅是把节能服务公司作为行政辅助机构去节能,而不是充分利用市场机制,培育并建立节能的市场主体——节能服务公司,他们可以给企业提供节能技术服务、资本融资服务和能源管理服务,通过实施合同能源管理等一系列的新型节能机制,来帮助企业实现主动节能降耗。更重要的是我们不仅仅需要成立节能服务公司,我们更需要的是培育和完善节能服务公司发展的“法律制度土壤”,通过节能服务法律的制度安排来充分利用市场机制去节能。

五、节能服务法律制度的现状

现行的关于节能服务主体的法律依据,在法律层面主要有《中华人民共和国公司法》,即节能服务公司适用公司法关于公司的一般性规定,可以分为节能服务有限责任公司和节能服务股份有限公司,其出资方式、注册资本、组织机构、表决方式、分配利润都要符合《公司法》的规定,但上述规定都是公司的一般性规定,并没有专门的针对节能服务公司的立法。我国的《节约能源法》、《煤炭法》、《电力法》等关于能源的部门法中,也没有关于节能服务主体的规定,也许是上述法律颁布过早,并没有对这一新生事物进行规制,如今节约能源法的修改稿马上就要交付国务院审议,希望这次修订中,有关于节能服务主体的专门规定。

在政策层面主要有国务院2007年5月23日颁布的《节能减排综合性工作方案》第十九条规定:“加快建立节能技术服务体系。制订出台《关于加快发展节能服务产业

的指导意见》,促进节能服务产业发展。培育节能服务市场,加快推行合同能源管理,重点支持专业化节能服务公司为企业以及党政机关办公楼、公共设施和学校实施节能改造提供诊断、设计、融资、改造、运行管理一条龙服务”。与此相关的还有国务院2006年6月8日颁布的《国务院关于加强节能工作的决定》第十八条规定:“培育节能服务体系。有关部门要抓紧研究制定加快节能服务体系建设的指导意见,促进各级各类节能技术服务机构转换机制、创新模式、拓宽领域,增强服务能力,提高服务水平。加快推行合同能源管理,推进企业节能技术改造。”但上述两个文件仅仅是国务院的规范性文件,并不是法律,也不是行政法规,缺乏法律的约束力,效力等级较低,并且规定较为模糊,更多是一个政策导向,缺乏实际可操作性,需要进一步的相关配套法律法规的出台。

笔者建议在《节约能源法》的修改中,单列节能服务法律制度一章,明确规定节能服务公司的节能服务主体地位,并对节能服务公司的运行做出原则性的规定来规范节能服务公司的行为。

六、能源管理合同的性质

能源管理合同是节能服务公司服务客户,实施合同能源管理的核心,对其性质的确定以及适用法律的确定对我国节能服务产业的发展具有重要的意义。

这里需要探讨的是能源管理合同的法律性质。能源管理合同是节能服务公司与节能企业签订的,约定节能服务公司对节能企业进行诊断、设计、融资、改造、运行管理一条龙服务,而节能服务公司对企业的节能收益进行共享,实施节能措施一定年限后,节能设备归节能企业所有的合同。

能源管理合同在现行的《合同法》中不能找到任何与之完全相同的有名合同。即使在《民法典草案建议稿》中,在《合同法》原有的15种有名合同的基础上又增加了15种,新增存款合同、借用合同、雇用合同、项目建设运营合同、物业管理合同、教学培训合同、医疗合同、餐饮合同、住宿合同、旅游合同、演出合同、出版合同、合伙合同、保证合同和独立保证合同,但上述合同中也并没有完全与能源管理合同相同的合同。

也许有人会提出,把能源管理合同当作无名合同处理就可以了,何必非要作为有名合同也就是典型合同来处理呢。合同法奉行合同自由原则,在不违反社会公德和社会公共利益以及强制性规范的前提下,允许合同双方任意签订合同。但是这需要建立在一个基础上,即双方地位平等,信息对称,并对合同设计的主要方面有一定的认识,才能保证合同的公平。正如霍布斯所说:“平等是社会契约的首要条件,且是人自由意志的结果。”^[1]而作为新生的能源管理合同,合同当事人对它的了解本身就不是很均等的,甚至在签订合同之前节能服务公司要花费一多半的时间来给节能企业介绍能源管理合同和节能服务的好处,可见双方的信息的不对称,再加上

新生事物具有的多变性与法律的滞后性的矛盾很可能导致市场的交易风险,因此如果能在现行法律体系中,找到关于能源管理合同的特殊规定即作为有名合同来处理,不仅可以做到有法可依,明确了双方的权利和义务,界定产权的归属,而且还通过法律的严格适用,就会降低双方的交易风险和交易成本,提高产权的效率,实现节能资源的最优配置。《合同法》第124条规定:“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”有人提出能源管理合同作为委托合同,笔者以为不妥,应该作为融资租赁合同。

1. 能源管理合同并不是委托合同。

依据我国《合同法》第396条规定:“委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同”。虽然节能服务公司是受节能企业的委托,才对企业进行节能诊断、审计、节能设计等一系列节能措施。但能源管理合同并不是委托合同,它与委托合同有本质的区别。

(1) 委托合同双方都可以随意解除合同,但能源管理合同不能随意解除。《合同法》第410条明确规定:“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。”究其原因,委托合同的订立以双方当事人相互信任为基础,当事人双方均享有任意终止权,可任意终止合同。这一点使委托合同具有了区别于其它任何合同的本质特征。但能源管理合同不能随意解除合同,由于节能服务公司在采取节能措施之前会做大量的能源诊断、能源审计、能源设计的前期工作,并且它主要是依靠稳定的后期节能收益来实现盈利。如果在合同履行过程中,节能企业随意解除合同,那对节能服务公司来说将受到较大损失,虽然可以要求赔偿,但高昂的诉讼成本也是不容忽视的,因此,在能源管理合同中双方无正当理由不得随意解除合同。

(2) 委托合同中,受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的,应当经委托人同意。受托人以委托人名义开展活动,受托人行为的法律后果、所得收益和支出的费用在委托范围内由委托人承担和享受。但在能源管理合同中,节能服务公司采取的节能措施是节能诊断、审计之后自主得出的结论,由于涉及专业的技术,节能企业并未有明确的指示来指导节能事务,另外节能服务公司开展业务,也以自己的名义开展,节能措施带来的法律后果以及支出费用由节能服务公司支付,仅仅在所得收益一项,双方依照合同进行分成,节能服务公司对节能效果负有责任。

以上两点的不同可以得出,能源管理合同不是委托合同。

2. 能源管理合同是融资租赁合同。

尽管能源管理合同与融资租赁合同有一定的区别,但是在现行法律体系中,融资租赁合同是最类似于能源管理合同的制度。

依据我国《合同法》,融资租赁合同是出租人根据承租

人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁物,提供给承租人使用,承租人支付租金的合同。融资租赁合同双方可以约定双方合同到期,租赁物的归属。并且合同法专门规定了承租人有妥善保管、使用租赁物的义务。承租人应当按照约定支付租金。

能源管理合同重要的一环就是设备的归属以及节能收益的划分与收取。把能源管理合同作为融资租赁合同,可以较好的解决上述问题,把收益作为租金来看待,可能会是现行法律制度中较为完善的方法。

七、能源审计法律制度

能源审计是一种能源科学管理和服务的方法,其主要内容是按照审计类别的不同对用能单位能源使用的效率、消耗水平和能源利用经济效果的客观察察,通过对用能物理过程和财务过程进行统计分析、检验测试、诊断评价并提出节能改造措施。能源审计包括下列内容:

- (一) 用能单位的能源管理状况;
- (二) 用能单位的用能概况和能源流程;
- (三) 用能单位的能源计量及统计状况;
- (四) 用能单位的能源消费指标计算分析;
- (五) 用能设备运行效率计算分析;
- (六) 产品综合能源消耗和产值能耗指标计算分析;
- (七) 能源成本指标计算分析;
- (八) 节能量计算;
- (九) 节能技改项目的财务和经济分析。

现行的能源审计法律就没有,甚至连行政法规也没有,唯一的一个《企业能源审计技术通则》是1997年由国家技术监督局颁布的部门规章,能源审计法律表现出立法层次较低、效力不高、缺乏配套措施、可操作性不强的特点。《企业能源审计技术通则》中对能源审计的定义、内容、方法、程序及审计报告的编写作了原则性的规定,但是却并没有规定谁是能源审计单位,也没有发布明确的能源审计标准,连能源审计单位的管理机关都没有,导致我国能源审计行业鱼龙混杂,从而降低了能源审计的权威性。

在能源审计这一方面,日本做得较好。日本有独特的

能源管理师制度。日本把能源审计作为一个独立的类似于会计行业的中介行业,实施能源审计报告的是能源管理师,要求一定量的用能单位必须配备一定数量的能源管理师和能源管理员。能源管理员通过培训取得能源管理员培训结业证,无先期条件要求。能源管理师,有两种资格取得渠道,其一为全国统一考试,无先期条件要求,考试通过发给能源管理师执照;其二为能源管理师进修,要求具备3年实际工作经验,考试合格发给能源管理师执照。到2005年底日本全国已有能源管理师62970人。^[2]

依据日本节能法要求,焦炭制造业、供电企业、供气企业、供热企业为第一种重点用能单位中,年能源消耗量在3000kl~100000kl(3971t~132370t标煤),需配备1名能源管理人员(必须具备能源管理师资格);年能源消耗量在100000kl以上(132370t标煤以上),需配备2名能源管理人员(必须具备能源管理师资格)。

第一种重点用能单位中除焦炭制造业、供电企业、供气企业、供热企业以外的单位,年能源消耗量在3000kl~20000kl(3971t~26474t标煤),需配备1名能源管理人员(可为具备能源管理师资格或能源管理员资格,以下同),年能源消耗量在20000kl~50000kl(26474t~66185t标煤),需配备2名能源管理人员;年能源消耗量在50000kl~100000kl(66185t~132370t标煤),需配备3名能源管理人员;年能源消耗量在100000kl(132370t标煤),需配备4名能源管理人员。

日本通过能源管理师制度用较小的成本解决了企业能源审计的问题,对我国具有可资借鉴的现实意义。笔者建议在我国《节能能源法》中规定能源管理师制度以及对企业配备能源管理师的要求,明确能源审计的主管机关,对我国企业的能源审计将会具有重大的意义。

[参考文献]

- [1][英]霍布斯.利维坦[M].商务印书馆,1985:685.
- [2]徐明才.日本节能法律体系建设及节能实践[J].应用能源技术,2007(3).

(责任编辑:唐荣智)

A Research on the Legal System of Energy-efficiency Service

HAN Xinwang, YAN Feifei

Abstract: Energy-saving is not compulsory, but a commodity and industry. So is energy-saving service. Energy-saving requirements of the time has created an energy-efficiency service market worthy of hundred billions of dollars. Yet the legal system for energy efficiency service is far from being perfect, which severely restricts the development of energy efficiency service market. This paper aims to give some feasible recommendations for the development of China's energy efficiency service market.

Key words: Energy Service; Company; Energy Management Contract; Energy Audit