

商丘昆仑公司与新奥公司 管道燃气经营纠纷调研报告

天则经济研究所中国企业家研究中心课题组

北京，2017年3月25日

课题组名单

课题组长：

高岩，教授，天则经济研究所副所长，天则中国企业家研究中心
代理主任，
宁越，独立学者

课题组名单（按拼音顺序）：

蒋豪，中国政法大学法学讲座教授，原全国人大外事委条法处处长，
律师
张曙光，中国社会科学院经济所研究员，著名经济学家
杨华，天则经济研究所中国企业家研究中心副主任、秘书长

主笔：

蒋豪，中国政法大学法学讲座教授，原全国人大外事委条法处处长，
律师

重要法规政策

坚持平等保护。健全以公平为核心原则的产权保护制度，毫不动摇巩固和发展公有制经济，毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯。

——中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》

七、完善政府守信践诺机制

大力推进法治政府和政务诚信建设，地方各级政府及有关部门要严格兑现向社会及行政相对人依法作出的政策承诺，认真履行在招商引资、政府与社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各类合同，不得以政府换届、领导人员更替等理由违约毁约，因违约毁约侵犯合法权益的，要承担法律和经济责任。因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要改变政府承诺和合同约定的，要严格依照法定权限和程序进行，并对企业和投资人因此而受到的财产损失依法予以补偿。对因政府违约等导致企业和公民财产权受到损害等情形，进一步完善赔偿、投诉和救济机制，畅通投诉和救济渠道。将政务履约和守诺服务纳入政府绩效评价体系，建立政务失信记录，建立健全政府失信责任追究制度及责任倒查机制，加大对政务失信行为惩戒力度。

——中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》

及时审理执行相关案件，有效化解非公有制经济发展中的各类纠纷。当前，非公有制经济发展迅速，投资经营过程不可避免会产生一些纠纷，这些纠纷将有相当部分通过诉讼程序进入人民法院。各级人民法院要充分考虑非公有制经济的特点，依法公正高效审理执行相关案件，及时化解非公有制经济投资经营中的各类纠纷。

——最高人民法院关于《依法平等保护非公有制经济促进非公有制经济健康发展的意见》

主管部门应当依照下列程序选择投资者或者经营者：

（一）提出市政公用事业特许经营项目，报直辖市、市、县人民政府批准后，向社会公开发布招标条件，受理投标；

（二）根据招标条件，对特许经营权的投标人进行资格审查和方案预审，推荐出符合条件的投标候选人；

（三）组织评审委员会依法进行评审，并经过质询和公开答辩，择优选择特许经营权授予对象；

（四）向社会公示中标结果，公示时间不少于 20 天；

（五）公示期满，对中标者没有异议的，经直辖市、市、县人民政府批准，与中标者签订特许经营协议。

——2004 年 5 月 1 日起施行的《市政公用事业特许经营管理办法》第八条

在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目……

——《中华人民共和国招标投标法》第三条

有下列情形之一的，合同无效：

……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

——《中华人民共和国合同法》第五十二条

政府和社会资本合作（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。

——国家发展改革委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》

广泛采用政府和社会资本合作模式提供公共服务。在能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域，鼓励采用政府和社会资本合作模式，吸引社会资本参与。其中，在能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域需要实施特许经营的，按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行。

——财政部、发展改革委、人民银行《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》

目录

摘要.....	7
一、商丘市始建天然气工程项目的总体情况.....	12
二、商丘市天然气工程项目的发展.....	13
三、新奥公司与昆仑公司的纠纷.....	15
四、两公司尝试合作谈判、存在的矛盾和问题.....	18
五、分析与总结.....	21
六、有关解决管道燃气经营纠纷案的一些思考.....	28
大事记.....	32

摘要

商丘市政府先后引进新奥公司和昆仑公司两家燃气公司，两家在燃气特许经营范围问题上存在争议。经过诉讼程序之后，在政府协调下，两家开始接触拟建立合资公司。但是由于在一些问题上仍然存在分歧，还不能达成最后一致。本报告拟在客观梳理和分析两家纠纷的过程和症结的基础上，提出解决该管道燃气经营纠纷的一些思考。供有关方面参考。新奥公司和昆仑公司均为非公有制经济，其财产权利必须平等得到尊重和保护。

2007年12月27日，商丘市市政公用事业管理局作为甲方与商丘新奥燃气有限公司作为乙方签订《城市管道燃气特许经营协议》。其第三章“特许经营权授予和取消”第3.2条规定，特许经营权有效期限30年，自2004年8月28日起至2034年8月28日止，第3.3条规定：本协议之特许经营权行使地域范围为**商丘市城市规划区域内**。第九章“权利和义务”第9.2条甲方义务（1）规定：维护特许经营权的完整性，在特许经营期间，甲方不得在已授予乙方**特许经营权地域范围**内，再将特许经营权授予第三方。第9.3条乙方权利（1）规定：享有**特许经营权**范围内的管道燃气业务独家经营的权利。第十五章“附件”规定：**附件三、特许经营区域范围图示**。第十三章“附则”第13.2条规定，本协议的补充协议以及**附件是本协议的组成部分，与本协议具有同等效力**。

2013年5月26日，商丘市委宣传部通过代表市委市政府主动招商，与商丘昆仑燃气有限公司签订《招商引资项目合同书》，项目名称：商丘昆仑燃气有限公司天然气综合利用项目（包括天然气门站、母站、标准站及城镇燃气管网建设）。商丘市领导多次批示昆仑公司加快建设，以缓解用气难问题。截至目前，昆仑公司已累计投资3亿多元，铺设高、中、低压燃气管网200多公里，天然气门站、母站、标准站也已竣工投产，并办理了相关手续，符合国务院583号令规定的通气条件。

在昆仑公司依法向商丘市城市管理局申报燃气经营许可之际，新奥公司涉嫌采取不法手段，暴力阻挠昆仑公司施工。市政府为了解决纠纷、明确两家燃气公司的经营区域，多次组织召开专题会议。

新奥公司于 2014 年 4 月向商丘市中级人民法院起诉昆仑公司侵权。诉讼从商丘市中级人民法院一直到最高人民法院，三级法院均驳回新奥公司对昆仑公司的起诉。河南省高级人民法院裁定书称“商丘市城市管理局、商丘市规划局、商丘市政府法制办公室对新奥公司经营区域存在不同意见”。商丘市城管局再次进行详细调查论证，于 2015 年 8 月上报市政府《关于市区管道燃气经营有关问题的报告》，明确了新奥公司经营区域为 56 平方公里。至此，三家单位意见一致。新奥公司在三审均败诉的情况下又到河南省检察院申请抗诉。河南省检察院也是依法驳回了新奥公司的抗诉申请。至此，该纠纷的所有法律程序已经全部结束。

市政府原承诺官司结束后，给昆仑公司划定经营区域。而新奥公司作为上市公司有其较大的影响力，从其角度向政府施加影响，导致市政府未能依法依规划分区域。2015 年 9 月，市政府为彻底解决纠纷，要求两家燃气企业合作，组建合资公司共同经营商丘燃气市场。

11 月 9 日，市政府安排市城管局牵头，新奥公司与昆仑公司及城管局三方共同签署了《友好合作备忘录》。约定：截止到 11 月 5 日起，双方不能再进行燃气施工，如继续施工，不能纳入资产评估。此协议一式三份，城市管理局留存一份。

合作备忘录签订后，城管局为尽快解决两家燃气公司合作事宜，分别向两家公司发去关于两家燃气企业合作有关问题，请两家回答，努力促使两家合作。

今年 2 月 17 日，商丘市政府督查室给市城市管理局发文，要求城管局于 3 月 30 日前，将两公司管道燃气特许经营权问题妥善处理到位。

本报告区分四个问题来分析昆仑公司与新奥公司之间的管道燃气纠纷案背后的实质。

问题 1：新奥公司签订的《城市燃气管道特许经营协议》是否有效？

新奥公司签订的《城市管道特许经营协议》违反了《市政公用事业特许经营管理办法》、《招标投标法》等法律法规的强制性规定，根据《合同法》应该是无效的，新奥公司依照此协议办理的燃气经营许可证也是非法的。

问题 2：新奥公司的特许经营区域范围究竟多大？

商丘市之前的有关文件只是一种意向，新奥公司签订的《城市管道特许经营协议》并没有（按照以前的文件精神）将整个商丘城市规划区域交新奥公司独家

经营，各个条文之间逻辑严丝合缝，没有任何矛盾之处。而附件三“特许经营区域范围图示”更是明确规定了新奥公司的经营区域范围。新奥公司的特许经营范围就是 56 平方公里。

问题 3：昆仑公司是否从事违法经营？

昆仑公司通过商丘市政府招商引资进入商丘，在进行燃气工程建设，依法积极向商丘市城市管理局申报燃气经营许可之际，遇到不可预测的阻力。主管部门未能依法审批，致使迟迟拿不到特许经营权。在此期间，政府批准昆仑公司向部分用气单位供气，属于政府授权行为。昆仑公司开阀供气是受权行为，不涉及违法经营问题。

问题 4：商丘市政府是否违约或者存在错误？

商丘市政府早期与新奥公司的接触以及政府文件可以表明，商丘市开始确实有意让新奥公司在商丘**城市规划区范围内**具有独家城市燃气开发建设经营权。这也仅是市政府与新奥集团公司初步达成的意向。但是，事实上在新奥公司与商丘市市政公用事业局签订的《城市管道燃气特许经营协议》中上述意图并未真正落实或实现，新奥在商丘成立的是独资公司，137 公里长输高压管线等项目新奥也没有建设。因此，商丘市政府并没有违约，市政府与新奥公司的法律关系只能由上述协议进行约束。

根据上述基本事实和分析，可以看出，商丘昆仑燃气有限公司与商丘新奥燃气有限公司关于管道燃气经营纠纷的实质在于双方对于商丘市市政公用事业管理局与商丘新奥燃气有限公司签订《城市管道燃气特许经营协议》特许经营权行使地域范围理解不同。昆仑公司作为商丘燃气市场的后来者，是通过市政府招商引资进入商丘的，昆仑公司并没有任何错误。

在这一正确认识的基础上，才可能有下一步的解决方法。

在昆仑公司与新奥公司合作成立合资公司的前提下，主要可以有两种解决方案。一种是双方直接合资，另一种是双方加上政府三方成立合资公司。

双方直接合资是目前各方正在进行的合作方案，利弊兼有，实现这个方案目前仍存在一定困难。

如果缺乏政府的高压，双方互不信任，都想对合资公司控股。实际上难以达成合作协议。目前，各方都想最大控制合资公司 70% 的股权。即使各自让步，仍

有一定分歧，都想控制 51%的股权。据说目前双方的底线仍有大约 9%股权的差距。

由于新奥公司的特许经营范围为 56 平方公里，该范围之外的资产违反特许经营协议，不能参与评估，该部分资产将来应经审计由合资公司向新奥公司折价购买。这个标准是唯一合法合规的标准。按照这一标准，新奥公司总资产大约是目前新奥公司评估资产 18589 万元的一半，即 9294.5 万元（更准确的数值需要新奥公司、昆仑公司与城管局通过审计精算后得出）。由于昆仑公司评估总资产 10247 万元，最后昆仑公司占合资公司股权 52.44%，新奥公司占 47.56%。

目前进行的资产评估标准是，2015 年 11 月 5 日起之前的资产。严格说来，这一标准并不符合三方协议。《友好合作备忘录》只是约定，“截止到 2015 年 11 月 5 日起，双方不能再进行燃气施工，如继续施工，不能纳入资产评估。”并没有详细约定资产评估的范围。其第二条约定，甲乙双方协商确定审计和评估的原则、范围、时间等具体内容。

新奥公司、昆仑公司和商丘市政府三方合资是另一种选择。

国家发改委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》，以及国家发改委、财政部和人民银行在《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》中明确公共服务领域鼓励采用政府和社会资本合作模式，即 PPP 模式。在这种情况下，可以设想商丘市政府和新奥公司、昆仑公司三方合资设立新的燃气公司。

商丘市政府可以以某些优惠、特别管理服务以及相关资产折算为资本入股，与新奥公司和昆仑公司的合并成立合资公司。比如，政府占股 6%，新奥 47%，昆仑 47%，新奥或昆仑也可以偏离一定幅度，这些都属于稳定的三角股权结构。政府可以起到很好的调停和协调作用，也避免公司参股方担心大股东的侵害。

同时，新奥公司作为外商独资企业、昆仑公司作为民营企业，其产权都应该得到充分的保护。2016 年 11 月，中共中央、国务院在《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》中提出，健全以公平为核心原则的产权保护制度，毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯。《意见》的核心是平等、全面和依法保护产权。而且《意见》特别强调要完善政府守信践诺机制：“地方各级政府及有关部门要严格兑现向社会及行政相对人依法作出的政策承诺，认真履行在招商引资、政府与

社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各项合同，不得以政府换届、领导人员更替等理由违约毁约，因违约毁约侵犯合法权益的，要承担法律和经济责任”。在今后的运营过程中，新奥公司和昆仑公司均为非公有制经济，作为新的合资公司的主体，其财产权利必须得到尊重和保护。

一、商丘市始建天然气工程项目的总体情况

为抓住国家“西气东输”工程带来的发展机遇，2002年商丘市政府同意新奥燃气控股有限公司开发建设商丘市“西气东输”天然气工程，组建“商丘新奥燃气有限公司”，经营期限30年。同意商丘新奥燃气有限公司在商丘市（含各县、市、区）具有城市燃气开发经营权，在商丘城市规划区范围内具有独家城市燃气开发建设经营权，经营期限内政府不再审批新的城市管道燃气项目。具体依据为《商丘市人民政府关于开发建设我市“西气东输”天然气工程项目的批复》（商政文[2002]88号）。

2007年12月27日，商丘市市政公用事业管理局作为甲方与商丘新奥燃气有限公司作为乙方签订《城市管道燃气特许经营协议》。其第三章“特许经营权授予和取消”第3.2条规定，特许经营权有效期限30年，自2004年8月28日起至2034年8月28日止，第3.3条规定：本协议之特许经营权行使地域范围为商丘市**城市规划区域内**。第九章“权利和义务”第9.2条甲方义务（1）规定：维护特许经营权的完整性，在特许经营期间，甲方不得在已授予乙方**特许经营权地域范围内**，再将特许经营权授予第三方。第9.3条乙方权利（1）规定：享有**特许经营权范围内的管道燃气业务独家经营的权利**。第十五章“附件”规定：**附件三、特许经营区域范围图示**。第十三章“附则”第13.2条规定，本协议的补充协议以及**附件是本协议的组成部分，与本协议具有同等效力**。

这个协议涉及的《商丘城市总体规划（1993-2010）》于1994年编制完成，1995年经河南省人民政府批准实施。该规划界定了商丘城市规划区范围，总面积约496.51平方公里。城市建设总用地为56平方公里。

上述协议和总体规划成为日后本报告所涉两家燃气公司纠纷的焦点。

二、商丘市天然气工程项目的发展

2012年商丘举办华商文化节时，商丘昆仑燃气有限公司（中石油昆仑燃气有限公司和河南省弘泰燃气有限公司的合资公司）接受商丘市政府招商引资，在商丘新规划区投资建设天然气综合利用项目。招商时市领导明确表示：“商丘已经有了一家新奥公司，他们在老规划区经营，你公司在新规划区经营，你们互不影响。”

2012年10月12日，商丘睢阳区政府与河南省弘泰燃气有限公司（后变更为昆仑公司）签订《关于投资建设天然气母站、CNG站、LNG工厂项目合同书》，约定在睢阳区境内投资建设城市基础设施（含燃气管道）。合同书第2.2.4款规定，弘泰公司应于2013年2月28日前完成一期工程建设并投入使用。2012年11月13日，余学友市长在弘泰公司的有关请示上批示：请规划局、睢阳区政府按市政府统一规划积极推进。

2013年5月26日，商丘市委宣传部通过代表市委市政府主动招商，与商丘昆仑燃气有限公司签订《招商引资项目合同书》，项目名称：商丘昆仑燃气有限公司天然气综合利用项目（包括天然气门站、母站、标准站及城镇气管网建设）。

6月28日，睢阳区政府报市政府《关于商丘燃气管理涉及的若干问题的报告》反映：我区曾协调新奥燃气尽快铺设管道到我区，满足居民用气和工业用气需求，但多次协调未果。区政府建议：为解决我区燃气供应难问题，建议市政府组织相关部门，根据昆仑燃气公司投资已形成事实现状和睢阳产业集聚区企业及部分区域居民生活需求，依法审批。

6月28日，城乡规划局报市政府《关于商丘燃气管理若干问题的情况说明》认为，新奥公司的《城市管道燃气特许经营协议》的特许经营权地域范围，应适用于《商丘城市总体规划（1993-2010）》版所确定的城市规划建设用地范围，面积56平方公里。

11月28日，昆仑公司报市政府《关于商丘城市燃气经营区域划分方案的

紧急请示》，表示放弃新奥原特许经营范围之外全部交由昆仑公司经营的想法，提出两个区域划分方案。根据这两个方案，当时的用气点基本集中在新奥公司56平方公里特许经营区域内，也可说如果区域这样划分新奥将占据商丘燃气市场80%的市场份额。但商丘是向东、南两个方向发展，若干年后，无论是经营区域还是市场供气份额，双方都相差不大。

11月29日，商丘市工商行政管理局出具《关于商丘昆仑燃气有限公司与河南省弘泰燃气有限公司合并的证明》，合并后的公司名称为：商丘昆仑燃气有限公司。

三、新奥公司与昆仑公司的纠纷

商丘市领导多次批示昆仑公司加快建设，以缓解用气难问题。截至当前，昆仑公司已累计投资 3 亿多元，铺设高、中、低压燃气管网 200 多公里，天然气门站、母站、标准站也已竣工投产，并办理了相关手续，符合国务院 583 号令规定的通气条件。

在昆仑公司依法向商丘市城市管理局申报燃气经营许可之际，新奥公司涉嫌采取不法手段，暴力阻挠昆仑公司施工（多次打伤昆仑公司职工，新奥公司副总李建设、路森也曾被公安机关依法刑拘）。

鉴于城市管理局[2014]4号《关于燃气管道铺设问题的批复》同意新奥公司在其原特许经营范围之外铺设管道，2014年1月21日，昆仑公司报城市管理局《关于收回市城管局[2014]4号〈关于燃气管道铺设问题的批复〉文件的请示》认为，城市管理局在未通过招标确定经营范围之前，批复商丘新奥燃气在其原特许经营范围之外铺设管道，严重违反国务院583号令《城镇燃气管理条例》、河南省人民政府158号令《河南省城镇燃气管理办法》。1月22日、23日，昆仑公司职工王奎等100余人大规模集体上访，在市行政服务中心门前打横幅喊口号，要求撤销城市管理局[2014]4号文件，情绪异常激烈。

市政府为了解决纠纷、明确两家燃气公司的经营区域，多次组织召开专题会议。3月21日，城乡规划局报市政府《关于商丘市中心城区内管道燃气规划管理情况的说明》再次认为，新奥公司的《城市管道燃气特许经营协议》适用于《商丘城市总体规划（1993-2010）》版所确定的城市规划建设用地范围。3月24日，市法制办《关于新奥燃气与昆仑能源就管道燃气特许经营范围争议的处理意见和建议》认为，新奥公司的特许经营权范围为56平方公里；同时提出，该协议所指“商丘市城市规划区域内”实际应指《城市规划法》所指城市规划区中的城市市区。

4月10日，城市管理局给新奥燃气下通知：因特许经营地域范围存在争议，待争议解决后方可进行燃气工程的施工。7月2日，城市管理局给新奥燃气下通

知：在市政府未有妥善处理商丘昆仑燃气有限公司与你公司关于燃气特许经营纠纷之前，停止燃气管网建设工程。

新奥公司于2014年4月21日向商丘市中级人民法院起诉昆仑公司侵权。新奥公司与商丘市市政公用事业局签订的《城市管道燃气特许经营协议》第三章3.3条特许经营协议地域范围：“本协议特许经营权行使地域范围为商丘市城市规划区域内”，“第十五章附件三，特许经营区域范围图示”明确规定了新奥公司的经营区域范围。但在庭审时新奥公司认为经营区域为496.51平方公里，而且拒不出示该附件三图示，推脱说丢失。7月5日，商丘市中级人民法院作出(2014)商民一初字第96号《民事裁定书》，认为：鉴于原告（新奥公司）在本案中未向本院提交该协议的附件三，本院根据双方当事人提交的现有证据，不能明确确定新奥公司特许经营的区域范围，故无法证明昆仑公司对原告构成侵权。商丘市人民政府作为特许经营的批准机关，有权对其区域范围进行明确；法院作为国家审判机关，无权对特许经营的区域范围进行确认，故本院对原告新奥公司的特许经营区域范围问题不予审理。裁定如下：驳回原告商丘新奥燃气有限公司对被告商丘昆仑燃气有限公司的起诉。

新奥公司不服该裁定，8月6日上诉到河南省高级人民法院。9月19日，河南省高级人民法院作出(2014)豫法民一终字第186号《民事裁定书》，认为：新奥公司与经商丘市政府授权的原商丘市市政管理局（即商丘市城市管理局）签订的《管道燃气经营协议》3.3条约定特许经营权区域范围为“商丘市城市规划区内”，该约定对于新奥公司特许经营区域范围的面积及四至界定并不明确，而作为该协议内容的重要组成部分附件三“特许经营区域范围图示”，新奥公司未能提供。由于双方当事人对于该协议授予新奥公司特许经营的区域范围产生争议，且商丘市城市管理局、商丘市城乡规划局以及商丘市政府法制办公室对协议约定新奥公司特许经营的区域范围也存在不同意见；依据作为当事人的新奥公司提交的现有证据不能明确界定新奥公司特许经营的区域范围。而关于特许经营区域范围的界定或确认问题，属于政府的行政职权范围，不属于民事案件审理的范围。有鉴于此，河南省高级人民法院裁定如下：驳回上诉，维持原裁定。

河南省高级人民法院裁定书说“商丘市城市管理局、商丘市规划局、商丘市政府法制办公室对新奥公司经营区域存在不同意见”。在官司结束后，商丘市城

管局再次进行详细调查论证，于 2015 年 8 月 14 日上报市政府《关于市区管道燃气经营有关问题的报告》，明确了新奥公司经营区域为 56 平方公里。至此，三家单位意见一致。

新奥公司不服该裁定，向最高人民法院申请再审。最高法于 2015 年 10 月 16 日作出（2015）民申字第 256 号《民事裁定书》，认为本案中商丘市相关部门对该市城市规划区域范围的意见并不一致。商丘市人民政府或其他有权机关亦未就商丘市城市规划区域的范围作出明确的认定。政府特许经营协议属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。在行政机关未明确本案《特许经营协议》所涉商丘市城市规划区域范围的情况下，直接认定新奥公司依该协议所享有特许经营权的区域范围，超出人民法院民事裁判的范畴。但是一审、二审裁定以新奥公司未能提供该图示故不能证明其特许经营区域范围为由驳回其起诉不当。上述裁定关于界定城市规划区域范围属政府行政职权的意见正确，在该范围未经行政机关依法确定前，驳回新奥公司基于此提起的侵权诉讼，并无不当。按此，最高人民法院裁定如下：驳回商丘新奥燃气有限公司的再审申请。这一裁定是正确的。

新奥公司以不服河南省高级人民法院（2014）豫法民一终字第 186 号民事裁定为由，向河南省人民检察院申请监督。2016 年 5 月 14 日河南省人民检察院作出豫检民（行）监[2016]41000000083 号《不支持监督申请决定书》，认为：关于特许经营区域范围的界定问题，属于政府的行政职权范围，而不属于民事案件裁判范畴。因此，原审裁定驳回新奥公司的起诉并无不当。本院决定不支持商丘新奥燃气有限公司的监督申请。这一决定也是正确无误的。

至此，新奥公司诉昆仑公司的所有法律程序已经全部结束。

诉讼期间，昆仑公司多次向城管局等单位提出关于两家公司燃气经营区域划分的意见和建议，关于申请天然气特许经营权的紧急请示。

四、两公司尝试合作谈判、存在的矛盾和问题

市政府原承诺官司结束后，给昆仑公司划定经营区域。而新奥公司作为上市公司有其较大的影响力，从其角度向政府施加影响，导致市政府未能依法依规划分区域。2015年9月，市政府为彻底解决纠纷，要求两家燃气企业合作，组建合资公司共同经营商丘燃气市场。

2015年9月30日，昆仑公司在给城管局《关于解决燃气有关问题的紧急情况汇报》中，提出合资公司中由新奥公司控股55%，昆仑公司控股45%。当时还未进行资产评估，形势对新奥有利，他们只答应给昆仑20%的股权。昆仑公司以为新奥公司仅燃气设施配套费就收取了约7亿元，如果全部作为资产再加上新奥公司前期投入，昆仑公司股权占比肯定很少。如果不进行资产评估，能给昆仑公司45%股权，他们也勉强可以接受。

11月9日，市政府安排市城管局牵头，新奥公司与昆仑公司及城管局三方共同签署了《友好合作备忘录》。主要内容为：三方选定会计师事务所和资产评估事务所对两家公司涉及燃气的资产进行评估，新奥和昆仑协商确定审计和评估的原则、范围、时间等具体内容；从11月5日起，双方均不能再进行燃气施工，如继续施工，不能纳入资产评估。此协议一式三份，城市管理局留存一份。

针对《友好合作备忘录》合作事宜，昆仑公司多次组织律师、专家召开专题研讨会，经过对双方资产评估情况、有关材料及商丘燃气现状的深入研讨，他们认为：

1. 根据资产评估情况，昆仑公司总资产10247万元，新奥公司总资产18589万元，合资公司股权昆仑公司约占35.54%，新奥公司约占64.46%。但是新奥公司已经收取了7亿多元的配套费，燃气行业与其他行业的不同之处就是一次性收费要提供永久的服务。双方正式合作后，合资公司要进行售后服务、换件、维护、保养等，还需投入2.7亿元。按照双方评估资产比例，新奥公司应补偿昆仑公司9595.8万元，折成股权后昆仑公司约占合资公司股权51.63%。不能新奥公司一方享受收费权利，而让两家共同为燃气用户提供免费服务。

2. 根据三级法院判决及市政府法制办、市城管局、市规划局意见，新奥公司

特许经营区域已被明确认定为“北到建设路、西到君台路、南到北海路、东至睢阳大道”的 56 平方公里范围。而昆仑公司接受招商引资时，市领导就承诺昆仑公司在新奥经营区域之外建设经营。56 平方公里之外的新规划区都是昆仑公司经营区域，比新奥公司大几倍，发展潜力远大于新奥公司，如果双方要合作，应适当增加昆仑公司股权。

3. 市政府、市城管局在协调解决双方纠纷期间，要求两家公司在纠纷解决之前均不得擅自施工，市城管局也多次下发了停工通知。但新奥公司四年来一直采取激化矛盾的行为，在 56 平方公里经营范围之外趁夜间或节假日强行违法施工，并违背《友好合作备忘录》将违法建设的燃气管道等设施又纳入了资产评估。新奥公司违法违规的资产应从评估中剔除，在股权确定之后，经审计由合资公司按照成本收购。剔除后其有效资产还没有昆仑公司多，如果不能剔除，也可以给昆仑公司增加股权。

4. 新奥公司超范围违规施工经营期间，在昆仑公司经营区域内违法收取了 3 亿多元的配套费。这 3 亿多元的配套费本应由昆仑公司收取，并作为基础设施配套投入，新奥公司应该将该费用退还给昆仑公司，或者相应增加昆仑公司在合资公司的股权。

昆仑公司认为，新奥公司利用其集团上市公司的影响力胡搅蛮缠，想方设法刁难昆仑公司；导致三方协议签订至今一年，合作事宜久拖不决。商丘众多工、商企业及居民小区用不上天然气，老百姓频繁上访，在商丘造成了严重的社会影响。昆仑公司还认为，它接受招商引资，因新奥公司的胡搅蛮缠，至今四年没有得到解决，严重影响了商丘的招商引资环境；同时也给昆仑公司造成了重大的经济损失，股东们拿半生积累的财富应政府招商引资入驻商丘，眼看要打水漂，近 200 名员工也将失业，招商引资企业处于破产边沿，即将面临走投无路。

综合以上几点因素，昆仑公司认为，己方应对合资公司控股 70%，新奥公司占股 30%。

昆仑公司多次在给城管局等单位的请示报告中表示，为了大局稳定、不让领导为难，愿意做出让步，合资公司股权由两家公司各占 50%，或者昆仑公司占 49%。

2016 年 3 月 12 日，城管局下发“两家燃气公司合作的几项基本原则”，涉及六个方面：资产范围确认，资产项目确定，债权债务不纳入合作的账目处理，

土地资产处置，抵押资产处置，以及对合作期间施工的处理。4月9日，昆仑公司针对城管局下发的合并原则，逐条提出意见。

合作备忘录签订后，两家公司分别向有关主管部门反映对方违法违规施工的情况，甚至向省委、省政协揭发对方负责人违法违规的情况。

城管局为尽快解决两家燃气公司合作事宜，分别向两家公司发去关于两家燃气企业合作有关问题，请两家回答，努力促使两家合作。

今年2月17日，商丘市政府督查室给市城市管理局发文，要求城管局于3月30日前，将两公司管道燃气特许经营权问题妥善处理到位。

3月15日，城管局向昆仑公司作出《责令停止违法行为通知书》：“经查：你单位未取得燃气经营许可证，擅自经营管道燃气。上述行为违反了国务院令第五83号《城镇燃气管理条例》第四十五条的规定，现责令你单位立即停止上述行为，并于2017年3月17日携带有关手续等材料，到商丘市城市管理监察支队听候处理，特此通知。”

五、分析与总结

可以区分四个问题来分析昆仑公司与新奥公司之间的管道燃气纠纷案背后的实质。

1. 问题 1：新奥公司签订的《城市燃气管道特许经营协议》是否有效？

新奥公司签订的《城市管道特许经营协议》违反了《市政公用事业特许经营管理办法》、《招标投标法》等法律法规的强制性规定，根据《合同法》应该是无效的，新奥公司依照此协议办理的燃气经营许可证也是非法的。

自 2004 年 5 月 1 日起施行的《市政公用事业特许经营管理办法》第八条规定：

“主管部门应当依照下列程序选择投资者或者经营者：

（一）提出市政公用事业特许经营项目，报直辖市、市、县人民政府批准后，向社会公开发布招标条件，受理投标；

（二）根据招标条件，对特许经营权的投标人进行资格审查和方案预审，推荐出符合条件的投标候选人；

（三）组织评审委员会依法进行评审，并经过质询和公开答辩，择优选择特许经营权授予对象；

（四）向社会公示中标结果，公示时间不少于 20 天；

（五）公示期满，对中标者没有异议的，经直辖市、市、县人民政府批准，与中标者（以下简称“获得特许经营权的企业”）签订特许经营协议。”

2000 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国招标投标法》第三条规定：

“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（二）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目……”

2007 年 12 月 27 日新奥公司与商丘市市政公用事业局签订《城市管道特许经营协议》，该协议的签订并未通过招标、投标、评审和公示，违法了法律、法规的强制性规定。《中华人民共和国合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的”

的，合同无效：

……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

据此，该《城市管道特许经营协议》无效，新奥公司依照此协议办理的燃气经营许可证也是非法的，应该予以取缔，办证人员也应该承担相应责任。

2. 问题 2：新奥公司的特许经营区域范围究竟多大？

与之前商丘市的有关文件精神不同，新奥公司签订的《城市管道特许经营协议》并没有（按照以前的文件精神）将整个商丘城市规划区域交新奥公司独家经营，各个条文之间逻辑严丝合缝，没有任何矛盾之处。而附件三“特许经营区域范围图示”更是明确规定了新奥公司的经营区域范围。新奥公司的特许经营范围就是 56 平方公里。

新奥公司与商丘市市政公用事业局签订的《城市管道燃气特许经营协议》第三章 3.3 条特许经营协议地域范围：“本协议特许经营权行使地域范围为商丘市**城市规划区域内**”，“第十五章附件三，特许经营区域范围图示”明确规定了新奥公司的经营区域范围。法院庭审时新奥公司说经营区域为 496.51 平方公里，但是拒不出示该附件三图示，推脱说丢失。

这个纠纷实际上涉及几个有细微区别的关键概念：“城市规划区域”、“城市规划区域内”、“特许经营权地域范围”和“特许经营权范围”。

从前述事实可知，在商丘市与新奥公司的前期接触和市政府的有关文件中，商丘市确实有意将商丘市管道燃气特许经营权给予新奥公司。如商政文[2002]88 号表示：同意商丘新奥燃气有限公司在商丘市具有城市燃气开发经营权，在商丘**城市规划区范围内**具有独家城市燃气开发建设经营权。

但是，事实上，在新奥公司与商丘市市政公用事业局签订的《城市管道燃气特许经营协议》中上述意图并未真正落实或实现。该协议 3.3 条规定“本协议特许经营权行使地域范围为商丘市**城市规划区域内**”，9.2 条规定“特许经营期间，甲方不得在已授予乙方**特许经营权地域范围内**，再将特许经营权授予第三方”，9.3 条规定乙方“享有**特许经营权范围内**的管道燃气业务独家经营的权利”的内容。

上述协议正文中的三条表面上给新奥公司一个与商丘市政府[2002]88 号文

件内容一致的错觉，实际上两者完全不同。这三条中，后面的每一条都比上一条“偏离”政府文件的精神。3.3条中的措辞“**城市规划区域内**”虽然与政府文件措辞相同，但是结合下文看，实质含义已经不同。如果政府在协议中有意让新奥公司独家经营，3.3条应该规定“本协议特许经营权行使地域范围为商丘市**城市规划区域**”，实际协议中多了一个“内”字，为政府在协议下文和附件中的规定留足了空间。

9.2条规定“特许经营期间，甲方不得在已授予乙方**特许经营权地域范围**内，再将特许经营权授予第三方”。这里的**特许经营权地域范围**，实际上政府与新奥公司已经是开始各自表述了。政府将其理解为**城市规划区域内的建设用地范围，即56平方公里**；新奥公司理解为商丘市**城市规划区域，即496.51平方公里**。

9.3条规定乙方“享有**特许经营权范围**内的管道燃气业务独家经营的权利”的内容。这里的措辞是**特许经营权范围**，并不是**特许经营权地域范围**。而9.2条规定“特许经营期间，甲方不得在已授予乙方**特许经营权地域范围**内，再将特许经营权授予第三方”，其中的措辞还是**特许经营权地域范围**。根据该条，新奥公司只是享有**特许经营权范围**内的管道燃气业务独家经营的权利，几乎是同义重复，没有实质意义。由于没有直接规定，理论上，新奥公司**不能**直接援引“享有**特许经营权地域范围**内的管道燃气业务独家经营的权利”。

因此，这里的问题或者不幸在于，新奥公司理解商丘市政府的文件和该协议正文内容可以认为是一致的，也就是，即新奥公司在**城市规划区范围内**具有独家城市燃气开发建设经营权。

不过，更加重要的是，该协议还有很关键的“**附件三、特许经营区域范围图示**”，以及第十三章“附则”13.2规定，本协议的补充协议以及**附件是本协议的组成部分，与本协议具有同等效力**。

“第十五章附件三，特许经营区域范围图示”明确规定了新奥公司的经营区域范围。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”之规定，新奥公司之所以拒不提供图示三，说明如出示附件三图示，将对新奥公司产生不利后果，道理再明显不过了。据此，可以认为，该图示标明的新奥公司特许经营区域范围就是56平方

公里。

这样，从甲方即政府看来，该协议正文并没有（按照以前的文件精神）将整个商丘城市规划区域交新奥公司独家经营，正文的各个条文之间逻辑严丝合缝，没有任何矛盾之处。而附件三“特许经营区域范围图示”更是明确规定了新奥公司的经营区域范围。附件三与正文也没有矛盾。

但是，新奥公司却认为，协议赋予其经营范围为整个商丘**城市规划区域**，或者也许认为，至少协议正文赋予其经营范围为商丘城市规划区域。按照新奥公司的理解，正文也没有矛盾，但是，正文与附件三图示却不一致。对于这一关键问题，新奥公司认为，协议约定的特许经营权区域范围，应根据法律对“城市规划区域”的明确规定确定，无需该协议图示附件进一步证明。与法律规定、省政府批复不一致的图示、意见均不能成为认定商丘市城市规划区域的依据。这两句话后一句话没有问题，但是，第一句话有问题。新奥公司没有明白或者故作糊涂的是协议约定的特许经营权区域范围是“**商丘市城市规划区域内**”，而不是“**商丘市城市规划区域**”。因此，新奥公司的理解有误。

3. 问题 3：昆仑公司是否从事违法经营？

昆仑公司通过商丘市政府招商引资进入商丘，在进行燃气工程建设，依法积极向商丘市城市管理局申报燃气经营许可之际，遇到不可预测的阻力。主管部门未能依法审批，致使迟迟拿不到特许经营权。在此期间，政府批准昆仑公司向部分用气单位供气，属于政府行为。昆仑公司开阀供气是授权行为，不涉及违法经营问题。

新奥公司认为，自 2012 年 11 月起，昆仑公司在商丘市内持续铺设燃气管道，侵犯了新奥公司的特许经营权，给其造成重大经济损失，并对其可持续发展造成损害。同时认为，昆仑公司未取得燃气经营许可证，擅自经营管道燃气，违反了国务院令 583 号《城镇燃气管理条例》第四十五条的规定，且经营活动存在重大安全隐患。新奥公司多次向有关部门举报昆仑公司违法经营。

在认为新奥公司的特许经营范围是 56 平方公里的前提下，昆仑公司也多次向有关部门举报新奥公司违法违规施工，并反映其燃气设施遭恶意破坏的情况。

根据前述基本事实和有关分析可以知道，首先新奥公司的特许经营范围就

是协议约定的 56 平方公里。虽然在三级法院作出裁定时，商丘市相关部门对商丘市城市规划区域范围的意见并不一致，但是，2015 年 8 月 14 日，城市管理局报市政府的《关于市区管道燃气经营有关问题的被告》认为，新奥燃气公司特许经营区域面积应为 56 平方公里。至此，政府方面意见已经完全统一。

综合上述情况，对于昆仑公司是否从事违法经营的问题，可以理解如下。

2012 年之前，商丘市只有新奥燃气一家公司经营管道燃气。随着城市发展，天然气供给出现缺口。睢阳区曾协调新奥燃气尽快铺设管道到睢阳区，满足居民用气和工业用气需求，但多次协调未果。在此情况下，2012 年 10 月 12 日，商丘睢阳区政府与河南省弘泰燃气有限公司签订《关于投资建设天然气管道、CNG 站、LNG 工厂项目合同书》，约定在睢阳区境内投资建设城市基础设施（含燃气管道）。2013 年 5 月 26 日，商丘市委宣传部与商丘昆仑燃气有限公司签订《招商引资项目合同书》。有关市领导多次批示，请规划局、睢阳区政府按市政府统一规划积极推进，要求昆仑公司加快建设，以缓解商丘用气难问题。

昆仑公司先建燃气工程，再申请燃气经营许可证资质与相关法律要求有关。这完全符合国务院 583 号令《城镇燃气管理条例》第十条：“县级以上地方人民政府应当根据燃气发展规划的要求，加大对燃气设施建设的投入，并鼓励社会资金投资建设燃气设施。”第十五条：“国家对燃气经营实行许可证制度。从事燃气经营活动的企业，应当具备下列条件：（一）符合燃气发展规划要求；（二）有符合国家标准的燃气气源和燃气设施；（三）有固定的经营场所、完善的安全管理制度和健全的经营方案；（四）企业的主要负责人、安全生产管理人员以及运行、维护和抢修人员经专业培训并考核合格；（五）法律、法规规定的其他条件。符合前款规定条件的，由县级以上地方人民政府燃气管理部门核发燃气经营许可证。”

截至当前，昆仑公司已累计投资 3 亿多元，铺设高、中、低压燃气管网 200 多公里，天然气门站、母站、标准站也已竣工投产，并办理了相关手续，符合《城镇燃气管理条例》规定的通气条件。

在昆仑公司依法向商丘市城市管理局申报燃气经营许可之际，新奥公司一方面采取办法阻挠昆仑公司施工，另一方面采取法律行动，将昆仑公司告上法庭。

从 2014 年 4 月 21 日新奥公司向商丘市中级人民法院起诉昆仑公司侵权，到 2015 年 10 月 16 日最高人民法院作出《民事裁定书》，三级法院认识基本一致。

认为：直接认定新奥公司依该协议所享有特许经营权的区域范围，超出人民法院民事裁判的范畴，驳回新奥公司基于此提起的侵权诉讼，并无不当。2016年5月14日，河南省人民检察院《不支持监督申请决定书》认为：关于特许经营区域范围的界定问题，属于政府的行政职权范围，而不属于民事案件裁判范畴。因此，原审裁定驳回新奥公司的起诉并无不当。本院决定不支持商丘新奥燃气有限公司的监督申请。

至此，所有法律程序都已经走完，新奥公司并没有达到诉讼目的。诉讼期间，昆仑公司多次向城管局等单位提出关于两家公司燃气经营区域划分的意见和建议，关于申请天然气特许经营权的紧急请示。

在此情况下，两家公司开始接受城管局的协调，谈判组建合资公司共同经营商丘燃气市场。2015年11月9日，市政府安排市城管局牵头，新奥公司与昆仑公司及城管局三方共同签署了《友好合作备忘录》。

由此可知，昆仑公司在具备燃气经营条件后，一直在争取按照正常程序申请天然气特许经营权，根据现有的材料和条件，政府本来就应该给昆仑公司核发燃气经营许可证。由于不可预知的外来因素一直干预这一过程，主管部门未能依法审批，致使迟迟拿不到特许经营权。在此期间，政府批准昆仑公司向部分用气单位供气。

新奥公司于2004年进入商丘，2007年与商丘市公用事业管理局签订《城市管道燃气特许经营协议》，2011年取得城镇燃气经营许可证。该《城市管道燃气特许经营协议》规定的特许经营权有效期限为30年，自2004年8月28日起至2034年8月28日止。

由此可知，昆仑公司目前供气属于一事一批阶段，本身并没有违法违规，将来批准的特许经营权也可以包括当前这一段时间，像之前对待新奥公司那样。

4. 问题 4：商丘市政府是否违约或者存在错误？

商丘市政府早期与新奥公司的接触以及政府文件可以表明，商丘市开始确实有意让新奥公司在商丘**城市规划区范围内**具有独家城市燃气开发建设经营权。这也仅是市政府与新奥集团公司初步达成的意向。但是，如上文分析，事实上在新奥公司与商丘市市政公用事业局签订的《城市管道燃气特许经营协议》中上述意

向并未真正落实或实现，新奥在商丘成立的是独资公司，137 公里长输高压管线等项目新奥也没有建设。因此，商丘市政府并没有违约，市政府与新奥公司的法律关系只能由上述协议进行约束。该协议并没有任何问题，正文与附件并无矛盾。

虽然城管局开始与规划局及政府法制办意见不一，但是，最终政府各部门均认为新奥公司的特许经营地域范围就是 56 平方公里。

因此，可以说商丘市政府并没有违约，上述协议范围就是 56 平方公里。至于说该协议与之前的政府文件精神并不一致。商丘市政府单方面的承诺并不对其构成法律义务，最终对商丘市政府构成约束的还是上述协议。

5. 总结

根据上述基本事实和分析，可以看出，商丘昆仑燃气有限公司与商丘新奥燃气有限公司关于管道燃气经营纠纷的实质在于双方对于商丘市市政公用事业管理局与商丘新奥燃气有限公司签订《城市管道燃气特许经营协议》特许经营权行使地域范围理解不同。

昆仑公司作为商丘燃气市场的后来者，是通过市委市政府招商引资进入商丘的。且不论新奥公司特许经营范围是否是整个商丘市城市规划区域，昆仑公司并没有任何错误，如果有错误也是商丘市政府对于新奥公司违反原来的承诺。

在这一正确认识的基础上，才可能有下一步的解决方法。

昆仑公司曾经提出过多个对 56 平方公里之外的区域由两家公司划分经营的方案，均未被采纳。这种思路仍不失为下述方案不能实现时的一种现实替代方案。

2015 年 11 月 9 日，由市政府安排市城管局牵头，新奥公司与昆仑公司及城管局三方已经共同签署了《友好合作备忘录》。各方已经在此基础上做了大量工作，下面关于解决纠纷的思考以此作为起点。

六、有关解决管道燃气经营纠纷案的一些思考

在昆仑公司与新奥公司合作成立合资公司的前提下，主要可以有两种解决方案。一种是双方直接合资，另一种是双方加上政府三方成立合资公司。

1. 双方直接合资

这种方案是目前各方正在进行的合作方案，利弊兼有，实现这个方案目前仍存在一定困难。

表面看来，这种方案的参与方少，在政府高压下确实可以快速达成协议，这是其表面优点。实则不然。由于双方存在一定竞争关系，很难相信对方。这样做只是暂时掩盖了矛盾，不利于长期稳定。即使暂时达成合作协议，在以后合资公司的具体运作过程中，由于利益冲突也极易出现动荡和变数。这样的股权结构不是一种稳定的结构。

如果缺乏政府的高压，双方互不信任，都想对合资公司控股。实际上达成合作协议存在一定困难。目前，各方都想最大控制合资公司 70% 的股权。究竟双方的股权比例多少仍未达成一致。

如果一定要采取这一方案，首先要落实有关原则，而其中最重要的是双方涉及燃气的资产的评估。该资产的范围界定主要有两个标准。

通过上述各级法院裁定、有关政府部门文件、证人证明及合同证据可知，新奥公司的特许经营范围为 56 平方公里，该范围之外的资产违反特许经营协议，不能参与评估，该部分资产将来应经审计由合资公司向新奥公司折价购买。昆仑公司通过招商引资对 56 平方公里之外开展天然气综合利用项目，具有充分的法律依据和证据证明。这个标准可以认为是地域标准，是唯一合法合规的标准。但是，这一标准目前未被落实。按照这一标准，由于新奥公司在 56 平方公里之内和之外的资产大约对半，应该计入合资公司的新奥公司总资产是目前新奥公司评估资产 18589 万元的一半，即 9294.5 万元（更准确的数值需要新奥公司、昆仑公司与城管局通过审计精算后得出）。由于昆仑公司评估总资产 10247 万元，最后昆仑公司占合资公司股权 52.44%，新奥公司占 47.56%。

燃气行业的特点是一次性收费、提供永久服务。由于新奥公司已经收取了 7 亿多元的配套费，其中有约 3.5 亿元是在 56 平方公里以外收取的，这是属于

昆仑公司的经营范围，新奥公司应将 3.5 亿元配套费退还给昆仑公司。合资公司今后新增用户由合资公司收费并进行售后服务，这毋庸置疑。新奥公司将 3.5 亿元配套费退还给昆仑公司后，现有 56 平方公里以外燃气用户的售后服务就归属当前昆仑公司负责。双方用户数量大致相差不大，如任何一方还有异议，可由新奥公司、昆仑公司、城管局三方精确统计双方用户数量。当然，前提是新奥公司必须将其在 56 平方公里以外收取的配套费退还给昆仑公司（更准确的数值需要新奥公司、昆仑公司与城管局通过审计精算后得出）。如果新奥公司不将配套费归还昆仑公司，应将此费用折算成为昆仑公司在合资公司中的股权。

目前进行的资产评估标准是，2015 年 11 月 5 日起之前的资产。这个时间基本上是《友好合作备忘录》的签订时间。这个标准可以认为是时间标准。但是，严格来说，这一标准并不符合三方协议的内容。《友好合作备忘录》只是约定，“截止到 2015 年 11 月 5 日起，双方不能再进行燃气施工，如继续施工，不能纳入资产评估。”目的在于防止矛盾进一步发展，以及双方恶意增加资产。并没有详细约定资产评估的范围。其第二条约定，甲乙双方协商确定审计和评估的原则、范围、时间等具体内容。

2. 新奥公司、昆仑公司和商丘市政府三方合资

目前，由财政部主导的政府和社会资本合作（即 PPP）立法和发改委坚持的特许经营法立法工作，已经交由国务院法制办主导制定一部统一的法律。

国家发改委在《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》中认为，PPP 模式的运作方式有特许经营、购买服务、股权合作等。国家发改委、财政部和人民银行在《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》中明确公共服务领域鼓励采用政府和社会资本合作模式，在能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域需要实施特许经营的，按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行。从这两个规范性文件可以推断：国家发改委和财政部对 PPP 包含特许经营、特许经营为 PPP 的一种实施方式已达成共识。

虽然 PPP 与特许经营的具体关系界定还有一些待细化完善的地方，但是，政府和有关企业合作进行管道天然气项目基本上没有法律障碍。

在这种情况下，可以设想商丘市政府和新奥公司、昆仑公司三方合资设立新的燃气公司。

商丘市政府对新奥公司在税费方面给予过很多优惠，除去《外商投资企业和外国企业所得税法》等国家法律规定部分，在增值税地方部分、土地使用税、城市房地产税、政府土地净收益部分等方面也给予了免征优惠或支持。

昆仑公司也曾享受《商丘市鼓励外来投资优惠办法》的各项优惠政策，以及《商丘市招商引资优惠政策》规定的税收优惠。

商丘市政府可以以某些优惠、特别管理服务以及相关资产折算为资本入股，与新奥公司和昆仑公司成立合资公司。当然，政府的股权比例可以小于这样实际计算出的比例。比如，政府占股 6%，新奥 47%，昆仑 47%，新奥或昆仑也可以偏离一定幅度，这些都属于稳定的三角股权结构。政府可以起到很好的调停和协调作用，也避免公司参股方担心大股东的侵害。政府入股的目的在于调整合资公司的股权结构，使双方都不能完全控制合资公司，使其具有稳定性，同时也使得双方的合作易于达成。

同时，新奥公司作为外商独资企业、昆仑公司作为民营企业，其产权都应该得到充分的保护。2016 年 11 月，中共中央、国务院在《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》中提出，健全以公平为核心原则的产权保护制度，毫不动摇巩固和发展公有制经济，毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯。在今后的运营过程中，新奥公司和昆仑公司均为非公有制经济，作为新的合资公司的主体，其财产权利必须得到尊重和保护。《意见》的核心是平等、全面和依法保护产权。而且《意见》特别强调要完善政府守信践诺机制：“地方各级政府及有关部门要严格兑现向社会及行政相对人依法作出的政策承诺，认真履行在招商引资、政府与社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各项合同，不得以政府换届、领导人员更替等理由违约毁约，因违约毁约侵犯合法权益的，要承担法律和经济责任”。而且，《意见》还规定：“因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要改变政府承诺和合同约定的，要严格依照法定权限和程序进行，并对企业和投资人因此而受到的财产损失依法予以补偿。对因政府违约等导致企业和公民财产权受到损害等情形，进一步完善赔偿、投诉和救济机制，畅通投诉和救济渠道。将政务履约和守诺服务纳入政府绩效评价体系，建立政务失信记录，建立健全政府失信责任追究制度及责任倒查机制，加大对政务失信行为惩戒力度。”这些明文保护的力

度是空前的，属于中国走向实现十八届三中全会决议提出的“国家治理体系和国家治理能力的现代化”的坚实举措。

由于管道燃气是公用事业项目，政府的股权收益可以完全反哺于合资公司，在合资公司运作过程中政府仅具有表决权。使得合资公司的运作有利于公益，而不是受制于某一方的商业利益。

总之，该管道燃气经营纠纷涉及落实中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》的精神，事关商丘市的民生工程和社会稳定，也涉及维护地方政府形象。为营造和谐社会，达到双赢目的，该纠纷的当事双方负责人宜平心静气，在保护己方基本权利的基础上，发挥企业家的能动精神，眼光放长远一些，力争在地方政府的协调参与下，达成合作共识，携手并进一起做大做强。两家燃气公司均为政府的招商引资企业，对商丘市政府而言，应秉持公正立场，一碗水端平，依法依规主动为企业排忧解难，加紧化解纠纷，推动当地经济的持续稳定发展。

大事记

2002 年

商丘市人民政府给市政公用事业管理局《关于开发建设我市“西气东输”天然气工程项目的批复》（商政文[2002]88号）：同意商丘新奥燃气有限公司在商丘市具有城市燃气开发经营权，在商丘城市规划区范围内具有独家城市燃气开发建设经营权。

2005 年

10月12日，商丘市人民政府给市政公用事业管理局《关于新奥（中国）燃气投资有限公司投资建设我市天然气工程项目有关问题的批复》（商政文[2005]136号）表明，新奥（中国）燃气投资有限公司在商丘市注册成立“商丘新奥燃气有限公司”和“商丘新奥燃气工程有限公司”两家外商独资公司。

2007 年

12月27日，商丘市市政公用事业管理局与商丘新奥燃气有限公司签订《城市管道燃气特许经营协议》，其3.2规定，特许经营权有效期限30年，自2004年8月28日起至2034年8月28日止，3.3规定：本协议之特许经营权行使地域范围为商丘市城市规划区域内。第十五章附件规定：附件三、特许经营区域范围图示。

2010 年

（关于新奥公司特许协议“商丘市城市规划区域内”的涵义）城管局商城管函[2010]38号表示：省政府于2008年以豫政文[2008]4号批复《商丘市2005-2020城市总体规划》，界定城市规划范围为……，总面积2165平方公里。城市规划区范围应为2165平方公里。（见2014年3月24日市法制办《关于新奥燃气与昆仑能源就管道燃气特许经营范围争议的处理意见和建议》）

2012年

2月10日，城市管理局向市政府提交的《关于维护城市管道燃气特许经营权问题的调查报告》提出：根据市规划局提供的《商丘市（2005-2020）城市总体规划》应涵盖睢阳产业集聚区；睢阳区政府在产业集聚区建设管道燃气违反了商丘市政府与新奥公司签订的《管道燃气经营协议》。

10月12日，睢阳区政府与河南省弘泰燃气有限公司签订《关于投资建设天然气母站、CNG站、LNG工厂项目合同书》。

2013年

5月26日，商丘市委宣传部与商丘昆仑燃气有限公司签订《招商引资项目合同书》，项目名称：商丘昆仑燃气有限公司天然气综合利用项目（包括天然气门站、母站、标准站及城镇气管网建设）。

6月28日，睢阳区政府报市政府《关于商丘燃气管理涉及的若干问题的报告》：我区曾协调新奥燃气尽快铺设管道到我区，满足居民用气和工业用气需求，但多次协调未果。

6月28日，城乡规划局报市政府《关于商丘燃气管理若干问题的情况说明》认为，新奥公司的《城市管道燃气特许经营协议》的特许经营权地域范围，应适用于《商丘城市总体规划（1993-2010）》版所确定的城市规划建设用地范围，面积56平方公里。

11月28日，昆仑公司《关于商丘城市燃气经营区域划分方案的紧急请示》提出两个划分方案，根据这两个方案，新奥将占据商丘燃气市场80%的市场份额，城市建成区新奥占据80%区域面积。

11月29日，商丘市工商行政管理局出具《关于商丘昆仑燃气有限公司与河南省弘泰燃气有限公司合并的证明》，合并后的公司名称为：商丘昆仑燃气有限公司。

12月26日，商丘市城市管理局报市政府《关于处理市区城市管道燃气纠纷问题的请示》，提出，由市政府授权商丘新区管委会对市规划局界定的《城市

管道燃气特许经营协议》中规定城市规划区范围以外，新区规划区以内的区域，由新区管委会对管道天然气经营权实行公开招投标，确定管道燃气特许经营企业。张家明副市长批示，建议市政府授权城管局全权处理市区管道燃气经营问题。

2014 年

1 月 21 日，昆仑公司报城市管理局《关于收回市城管局[2014]4 号〈关于燃气管道铺设问题的批复〉文件的请示》认为，城市管理局在未通过招标确定经营范围之前，批复商丘新奥燃气在其原特许经营范围之外铺设管道，严重违反国务院 583 号令《城镇燃气管理条例》、河南省人民政府 158 号令《河南省城镇燃气管理办法》。

1 月 22 日、23 日，商丘市昆仑燃气公司职工王奎等 100 余人大规模集体上访，要求撤销城市管理局[2014]4 号文件，情绪异常激烈，在市行政服务中心门前打横幅喊口号。

3 月 21 日，城乡规划局报市政府《关于商丘市中心城区内管道燃气规划管理情况的说明》再次认为，新奥公司的《城市管道燃气特许经营协议》适用于《商丘城市总体规划（1993-2010）》版所确定的城市规划建设用地范围。

3 月 24 日，市法制办《关于新奥燃气与昆仑能源就管道燃气特许经营范围争议的处理意见和建议》认为，新奥公司的特许经营权范围为 56 平方公里。

4 月 10 日，城市管理局给新奥燃气下通知：因特许经营地域范围存在争议，待争议解决后方可进行燃气工程的施工。

4 月 21 日，新奥公司向商丘市中级人民法院起诉昆仑公司侵权。

7 月 2 日，城市管理局给新奥燃气下通知：在市政府未有妥善处理商丘昆仑燃气有限公司与你公司关于燃气特许经营纠纷之前，停止燃气管网建设工程。

7 月 5 日，商丘市中级人民法院《民事裁定书》认为：鉴于原告（新奥公司）在本案中未向本院提交改协议的附件三，本院根据双方当事人提交的现有证据，不能明确确定新奥公司特许经营的区域范围，故无法证明昆仑公司对原告构成侵权。商丘市人民政府作为特许经营的批准机关，有权对其区域范围进行明确；法院作为国家审判机关，无权对特许经营的区域范围进行确认，故本院对原告新奥公司的特许经营区域范围问题不予审理。裁定如下：驳回原告商丘新奥燃气有

限公司对被告商丘昆仑燃气有限公司的起诉。

8月6日，昆仑公司给信访局《关于尽快解决商丘燃气市场经营区域纠纷的情况反映》提出新建议，新奥56平方公里经营范围之外重新划分两个区域，各自独立经营。

8月12日，昆仑公司给城管局《关于昆仑燃气和新奥燃气经营区域划分的意见和建议》建议，56平方公里区域之外的北部让给新奥公司，56平方公里之外的东部、南部、西部为昆仑公司经营区域。

9月19日，河南省高级人民法院《民事裁定书》认为：新奥公司与经商丘市政府授权的原商丘市市政管理局（即商丘市城市管理局）签订的《管道燃气经营协议》3.3条约定特许经营权区域范围为“商丘市城市规划区内”，该约定对于新奥公司特许经营区域范围的面积及四至界定并不明确，而作为该协议内容的重要组成部分附件三“特许经营区域范围图示”，新奥公司未能提供。由于双方当事人对于该协议授予新奥公司特许经营的区域范围产生争议，且商丘市城市管理局、商丘市城乡规划局以及商丘市政府法制办公室对协议约定新奥公司特许经营的区域范围也存在不同意见；依据当事人提交的现有证据不能明确界定新奥公司特许经营的区域范围。而关于特许经营区域范围的界定或确认问题，属于政府的行政职权范围，不属于民事案件审理的范围。裁定如下：驳回上诉，维持原裁定。

11月14日，昆仑公司给城管局《关于尽快划分燃气经营区域的请示》认为，根据《招标投标法》和《市政公用事业特许经营管理办法》，新奥公司的《城市管道特许经营协议》，并未通过招标、投标、评审和公示，违反强制性规定，属无效协议。重复了8月12日的建议，同时认为，如新奥公司仍坚持除56平方公里之外的区域进行招投标，那么昆仑公司则要求市政府依法对全市范围内（包括56平方公里）都要进行招投标，确定经营单位。

2015年

3月18日，城市管理局向中石油西气东输管道公司证明：商丘昆仑燃气有限公司管道天然气燃气经营许可证正在办理中。

8月14日，城市管理局报市政府《关于市区管道燃气经营有关问题的报告》

(商城管[2015]76号),认为新奥燃气公司特许经营区域面积应为56平方公里。对56平方公里以外的其他区域,建议由市政府授权城市管理局向社会进行公开招标,再确定经营企业。

8月18日,昆仑公司向城管局反映新奥公司违法违规情况。新奥公司违法违规进行燃气管道施工,给商丘市民生命财产带来重大安全隐患;**新奥公司与市政公用事业局签订的《城市管道特许经营协议》违反法律强制性规定,属于非法经营**;新奥企图垄断商丘燃气市场的行为属于违法行为,应当及时制止。

9月6日,城市管理局给昆仑燃气《关于停止管道天然气经营的通知》,为落实“8月28日省安委会《关于对商丘市两家燃气公司存在重大安全隐患挂牌督办的通知》要求,鉴于贵公司没有取得管道燃气特许经营许可证属非法经营城市管道燃气企业,根据《河南省城镇燃气管理办法》第十一条之规定,请贵公司接通知立即停止管道天然气经营”。

9月30日,昆仑公司在给城管局《关于解决燃气有关问题的紧急情况汇报》中,提出合资公司中由新奥公司控股55%,昆仑公司控股45%。

10月16日,最高人民法院《民事裁定书》认为:本案中,商丘市相关部门对该市城市规划区域范围的意见并不一致。商丘市人民政府或其他有权机关亦未就商丘市城市规划区域的范围作出明确的认定。政府特许经营协议属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。在行政机关未明确本案《特许经营协议》所涉商丘市城市规划区域范围的情况下,直接认定新奥公司依该协议所享有特许经营权的区域范围,超出人民法院民事裁判的范畴。但是一审、二审裁定以新奥公司未能提供该图示故不能证明其特许经营区域范围为由驳回其起诉不当。上述裁定关于界定城市规划区域范围属政府行政职权的意见正确,在该范围未经行政机关依法确定前,驳回新奥公司基于此提起的侵权诉讼,并无不当。裁定如下:驳回商丘新奥燃气有限公司的再审申请。

11月9日,新奥公司与昆仑公司签订《友好合作备忘录》。约定:截止到11月5日起,双方不能再进行燃气施工,如继续施工,不能纳入资产评估。此协议一式三份,城市管理局留存一份。

2016 年

1 月 12 日，昆仑公司报城管局《关于商丘昆仑燃气有限公司与商丘新奥燃气公司组建合资公司的请示》：我们也愿意做出让步，由新奥公司控股 51%，昆仑公司占 49%。

3 月 12 日，城管局下发“两家燃气公司合作的几项基本原则”，涉及方面：资产范围确认，资产项目确定，债权债务及未纳入合作的账目处理，土地资产处置，抵押资产处置，合作期间施工。

4 月 9 日，昆仑公司针对城管局下发的合并原则，逐条提出意见。

5 月 14 日，河南省人民检察院《不支持监督申请决定书》认为：关于特许经营区域范围的界定问题，属于政府的行政职权范围，而不属于民事案件裁判范畴。因此，原审裁定驳回新奥公司的起诉并无不当。本院决定不支持商丘新奥燃气有限公司的监督申请。

10 月 8 日，昆仑公司给河南省政协副主席、省工商联主席梁静《关于请求解决商丘天然气有关问题的情况汇报》，表示“我们也愿意做出让步，合资公司股权由两家公司各占 50%”。梁静批示“此事已反映到全国工商联，全国政协副主席、全国工商联主席王钦敏亲自批示过问。请（王）战营书记百忙中尽快协调解决”。

11 月 29 日，昆仑公司对城管局《针对商丘昆仑燃气有限公司的问题》做出《关于九点问题的回复》。

12 月 16 日，昆仑公司对城管局第二次《针对商丘昆仑燃气有限公司的问题》做出《关于燃气合作有关问题的回复》。

2017 年

2 月 17 日，市政府督查室给市城市管理局发文，要求城管局于 3 月 30 日前，将两公司管道燃气特许经营权问题妥善处理到位。

3 月 8 日，昆仑公司给河北省委书记赵克志去信《关于河北廊坊市政协副主席、廊坊市工商联主席王玉锁违法违规的情况反映》。

3 月 15 日，城管局向昆仑公司作出《责令停止违法行为通知书》：“经查：你单位未取得燃气经营许可证，擅自经营管道燃气。上述行为违反了国务院令第

583号《城镇燃气管理条例》第四十五条的规定，现责令你单位立即停止上述行为，并于2017年3月17日携带有关手续等材料，到商丘市城市管理监察支队听候处理，特此通知。”

天则经济研究所中国企业家研究中心课题组

联系人：蒋豪 13511010880