

## 张利宾 —— 中国能源转型需要从观念的改变落实到法律的支撑

### 发言稿

今天我有幸作为一个评议人参加这个研讨会，今天在座的许多都是很资深的能源专家，我主要是从法律的角度作一些解读。我想首先对卫东老师的报告作一个简单的评议，然后基于我前一段时间参与的国家油气改革课题的法律部分的研究，对卫东老师的报告作一个个人的解读。卫东老师今天讲的东西对我们帮助很大。我们搞能源行业的人一般都知道，上个世纪70年代，西方世界因为石油短缺陷入了一种恐慌。由于这种恐慌，大型石油公司增加投资到海外进行油气勘探开发。近些年，随着美国页岩气革命的成功以及全球经济放缓，石油的供给和需求发生了变化。现在世界经济进入了一个“能源过剩时代”，这是一个巨大的时代变迁。如果在这个时候我们的认识还是停留在能源短缺的时代，还是抱着过去计划体制的思路，即：“保证能源供应安全，扭转稀缺资源难以为继的局面”，如果还是这种思想的话，我们对很多能源问题的认识就会出现偏差和错误。很多资深的老专家，搞了一辈子能源，现在还是抱着老的思维模式不放，一直没走出老观念。所以，我觉得，新一代的能源学者、能源专家应对世界大的能源格局有个整体认识。如果这个整体认识出现偏差错误，就可能影响到我们后面的所有分析，以及由此所得出的结论。

在美国页岩气革命成功的背景下，中国目前应该在供应侧以油气改革的方式冲破现有格局，来增加自己的油气生产与供应。我相信，通过计划体制向市场体制转变，我们会激发很大的市场活力，并降低成本，也会由此增加一些油气供应。同时，我认为中国更大的油气改革可能是在消费侧。卫东老师提到一个很重要的问题，就是中国能源消费的模式问题。他认为，中国模式的着力点可能在能源消费的问题上。我觉得，这是今天卫东老师提出的一个很重要的问题，是值得我们所有搞能源改革的人思考并应为之努力的问题。我觉得能源消费侧改革

应该打破垄断，如果垄断不打破，技术的创新、制度的创新、市场活力的焕发，以及各种资源的整合，都将无从谈起。也就是说，我们能源改革的重点是在消费侧的改革，是基于中国的情形搞一个中国的能源消费模式出来。而能源改革的这个方面又与我们经济的整体制度改革息息相关，也是我们油气改革非常重要的一环。当然，其中还有很多细节问题需要讨论和解决，上面只是提出了一个方向性的问题。

现在我们回来谈谈美国的油气行业的成功。基于卫东老师所说，美国油气行业成功首先是美国的技术带动整个油气行业和页岩气革命的成功，降低了成本，其次是美国的资本市场对上游油气资源开发的资本需求做出了回应。另外，美国的各种法律制度，包括油气法、财产法、合同法、公司法、基金法和证券法都给美国油气行业的资源、技术和资本的整合提供了有效的法律支撑，也催生了美国上游的页岩气革命的成功。我们讲能源法，最先考虑的就是资源的所有权问题。根据美国普通法(common law)有关土地所有权的规定，美国的土地以及地下的资源大都是私有的，例外的是联邦政府所用的土地和资源。美国这种基于普通法的土地所有权，以及延伸到私人地下资源的所有权，使得美国油气行业和市场从一开始就不是政府主导，而是市场主体自发参与并主导，市场非常活跃。在这种所有权模式下，有一种职业叫 landsman，专门帮助油气开发者寻找土地和油气租约，他们的服务对象就是中小规模的独立石油公司。在寻找到油气租约之后，基于行业对资金的需求，美国的油气业又出现了一种很重要的基金模式。这种模式叫 MLT ( Master Limited Partnership )，它通过一种有限合伙设立基金，基金的 LP 是基金的投资人，和基金的 GP 既是基金的管理者也是作业者，这两种力量能够结合在一起；再通过跟资源的所有者签订油气租约，参与投资的各方可以签订联合作业合同，这样就可以把资源、资金和各种有技术能力的人联合在一起。可以说，没有上述现有的法律机制，这件事情是不可能发生的。

所以在当时,当中国最初听到美国页岩气革命成功的时候,能源圈里一个很重要的话题就是:中国能不能复制美国页岩气革命的成功?最后多数人认为是不可复制的。首先且不说中国地质资源的不确定性和成本因素,就中国整个法律制度、国家石油公司对资源的垄断,以及中国资本市场对产业资本需求的融资能力,以及油气行业现有的运营模式,都不足以给油气行业以支撑,无法确保中国复制美国页岩气的成功。这样的话,我们只能把美国的页岩气革命当作一个故事,我们自己是不可能取得这种成功的。中国油气管道基础设施的垄断,也不能给上游的开采提供一种支持。此外还有定价机制的问题,由于“三桶油”的垄断,油气交易没有市场机制,没有定价方面的价格发现机制。我想说的是,在法律层面上,无论是资源所有权和矿权的法律制度,还是公司法,基金法和证券法等各个层面上的法律支撑,如果我们没有一个有效的法律体系,我们很难取得油气行业的成功。对于很多问题而言,如果在观念改变之后没有制度改革和法律的实施的话,问题的解决实际上都是无从谈起的,它只会停留在一个口号、一个观念。当然,观念的改变也很重要,它是方向性的。

关于中国的能源模式,刚刚李俊峰老师提到了关于话语权的问题,现在世界能源格局已经发生根本变化,中国现在成为全世界关注的最大的能源消费市场,中国的能源政策也是各国都在关注的,中国作为最大的一个能源消费国具有很大的市场谈判地位和话语权,我们应该充分认识到这一点,可以利用它来进行对外油气方面的谈判。年初的时候,我、卫东老师,还有其他几位老师一起商议通过各种路径敦促有关方面重启冬中国的 LNG 长协的价格复议谈判,解决中国“三桶油”在签署的长协合同中进口 LNG 的价格过高的问题,让中国消费者能够使用上更便宜的天然气,同时促进中国从煤炭向天然气的转型。

关于 LNG 价格复议的法律基础,我简单说几句。欧盟国家也曾签署了许多 LNG 长协合同,欧盟天然气 LNG 价格复议谈判的成功是基于法律的条款,欧盟国家签署的大部分长期 LNG 协议

都有价格复议条款。LNG 长协的期限都很长，有的是 25 年。许多长协合同都是英格兰法律管辖。按照英格兰法，合同神圣，一旦签订之后不能变更，包括价格条款和定价机制，都不能变。但是长协一般都有一个价格复议条款，也就是说，它允许买卖双方每几年有一个价格重新谈判，这个法律条款使得欧盟的 LNG 进口国可以有一个法律依据和程序来应对上游 LNG 供应价格的波动（尤其是价格的大幅下降）。依据法律和合同进行 LNG 价格复议是欧洲 LNG 价格复议的一个成功经验。亚洲国家，包括日本、韩国和中国，当年签订的高价进口 LNG 的长协合同大都没有包含价格复议条款。这样的话，在这些合同受英格兰法（EnglishLaw）管辖的情况下，我们就没有法律依据来启动价格复议谈判。但是有没有其他办法吗？印度的国家石油公司 Petronet 最近有一个成功案例，就是跟卡塔尔的卖家成功地进行 LNG 的价格复议谈判。Petronet 在印度政府支持下，利用它是印度最大的买家的市场规模和地位来跟对方谈判，这不是通过法律进行谈判，而是通过商业性谈判来解决问题。当然，它也利用了法律条款的一些漏洞，比如它通过照付不议条款，造成对方存货的积压和现金流的紧张，最终通过扩大 LNG 进口规模促使对方同意降价。也就是说，合同条款可被用来创造机会，促成商业性谈判。中国目前的 LNG 进口量大于日本与韩国，完全有能力利用最大的买家这种市场地位和话语权，重启 LNG 长协的价格复议谈判。如果这个谈判成功的话，不但能降低中国大量的外汇消耗，同时也有利于我们的能源转型，即用天然气更多地替代煤炭。上面这个例子是我给卫东老师讲到话语权问题所加的一个注脚。

关于改革动力的问题，我顺着俊峰老师的话也谈谈自己的看法。我觉得反腐会成为一种改革的动力。当时，在讨论促进中国的 LNG 长期谈判的时候，我们这些人也在思考这个问题。印度公司开始也没有动力，因为是国家石油公司。印度政府启动了一个反腐调查程序，最后促使印度国家石油公司不得不启动这个谈判。也就是说，为了国家利益，大家就要追问：全民支付那么高的价格，当时的价格怎么谈的？在全球 LNG 价格比较低的情况下，还支付这么高的长期价格，这是什么道理？当时印度是通过反腐来驱动谈判的。当时我们在讨论促进中国国家石油公司开启 LNG 价格谈判时候，有朋友建议我谨慎，免得动了有些人的奶酪，但我觉得这件事情必须去做，只要是对国家和社会有利的事情为什么不去做呢。

关于上游的垄断，主要是指三桶油对油气资源的垄断，就是油气行业的准入限制，别人想进来也没法进来。其实，国企和民企可以都参与进来。墨西哥改革的模式不是说非把国企搞垮，

国企可以和其他企业进行合作，包括引入外资。你既然可以和外资合作，通过产品分成合同允许外资进入，为什么内资就不能进来呢？所以这还是一个观念的问题。可以说，我们在油气资源领域还有许多重要的法理问题没有搞清楚，例如与油气矿权有关的法律问题。在北京仲裁委员会发布的 2017 年的能源争议观察报告中，我着重提到有关矿权的问题。最高法院去年公布了一些与矿权争议有关的代表性案例，其中涉及到矿权转让的问题。现有的探矿权和采矿权转让管理办法规定：“采矿权转让应该报国土资源部审批，转让合同自批准之日生效。”签订合同之后，到底这个合同有没有效力？法规规定，“转让合同自批准之日生效”，就是说我签完合同到批准还有一段时间，那么在我报批并获得批准之前这个合同是否有效呢？这个问题一直在困扰中国法律界搞矿权研究的人。有外国同行问我，“你们签订的这个矿权转让合同，在没批准之前，到底是有效还是无效？对合同方有没有约束力？”我只能说：“哦，根据中国法律规定，这个合同有约束力，但是它无效。”外国律师一脸茫然，我也没法更好地解释。在现实中，正因为这个问题的存在，导致了很多人交易在市场价格发生变化后，当事人改变主意不履行合同。这是一种机会主义，就是说在签订合同后，价格如果变化，我就不去报批了，合同也不会生效。例如，有些煤炭纠纷案件是因为煤炭矿权价格变化而产生的。签约后因为需要国土资源部审批，但批准不下来，当事人后来就不想再转让了。那么，这个合同到底是否可执行就存在巨大的争议。这样的问题实际上很好解决。在国外，一旦签订合同，合同就生效，报批只是一个合同履行的程序而已，你可以把报批获得批准作为双方交割的前提条件(condition precedent to the closing)去处理。如果前提条件不满足的话，这个交割就不实施，但是合同本身是生效的，你有义务去申请批准。就是这么一个简单的逻辑，国外的并购就是这样操作的。

今天正好梁治平老师在场，他是法学界的大家。我想讲一下，其实在法学界还有一种理论可以很好地解决上面这个问题。德国法学家萨维尼认为：交付与作为原因的买卖合同不是一样的法律关系，交付是一个特别的以所有权转移为目的的一个物权安排，后者是一种契约安排。如果我们这样去看待不动产转让合同，我们就可以非常容易地去区分房地产转让合同和房地产过户的手续是两个法律行为。按照台湾的民法学者王泽鉴老师的观点，签合同是一个负担行为，即一方相对于另一方承担一定的法律行为，而过户是一个处分行为，既直接让渡一个权利，变更权利内容，设定权利负担或者设定权利的这种行为都是处分行为。中国《物权法》第 15 条对二者做出了区分，该条规定：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动

产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。在中国的实际司法实践中，法院其实不太认同这样的做法，即把没有获得国土资源部的批准的合同认定为无效。《探矿权和采矿权转让管理办法》中的这样一个规定，即“转让合同自批准之日起生效”，已经完全过时，是完全没有法理支撑的，完全混淆了上述两种法律关系的性质，在现实生活中造成了很多混乱和纠纷。在这个问题上，我们可以说，中国法学界实际上没能很充分地给中国的能源改革提供一个很好的法律支撑。作为一个法律学者，我觉得大家应该首先梳理中国油气领域的矿权问题。

关于垄断问题，这是很大的一个问题。如果垄断问题不解决，中国的所谓创新就无从谈起。创新主要是在需求侧，矿权的改革是上游供应侧的问题，下游的需求侧更加重要。如果产业链没有打破垄断，没有放开，就像电力行业一样，由一个世界上最大的电力公司来垄断和控制整个行业市场的话，那么，其他主体的任何创新想法都不能实现。总之，垄断不破除，法律制度改革跟不上，我觉得会延误我们整个能源改革。目前能源领域可以说是行业垄断的最后一个堡垒，《反垄断法》的许多限制性规定还没有很有效地在这个领域实施。可以预期，由于更多的主体进入能源领域，能源领域会出现越来越多的反垄断纠纷和案例，包括某云南民企起诉中石化的反垄断案例。虽然在这个案件中这个民企败诉了，但是我觉得这个案件还是有意义的。能源行业的下游如售气的特许经营领域也出现诸如搭售的问题，有垄断专营权存在，不允许别人卖别人的产品。这样的案例非常多。总之，垄断不破就会影响到企业竞争，也会影响到整个行业的创新。好了，以上是我给卫东老师的发言作的一个评论发言。谢谢大家！