

West Nutshell Series

美国法精要·中译本

chinese
translation
series

美国能源法

Energy Law

Joseph P. Tomain
Richard D. Cudahy

【美】约瑟夫·P.托梅因
理查德·D.卡达希 著
万少廷 译
张利宾 审校



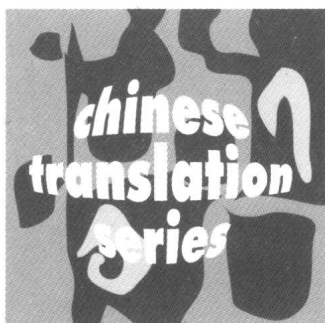
法律出版社
LAW PRESS • CHINA

West Nutshell Series
West Group

美国法精要·中译本

美国能源法

Energy Law



【美】约瑟夫·P. 托梅因/Joseph P. Tomain
理查德·D. 卡达希/Richard D. Cudahy

万少廷 译
张利宾 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国能源法/(美)托梅因,(美)卡达希著;万少廷译;张利宾审校,
—北京:法律出版社,2007.12

(美国法精要中译本)

ISBN 978-7-5036-7911-7

I. 美… II. ①托…②卡…③万…④张… III. 能源法—美国
IV. D971.226

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 175007 号

©法律出版社·中国

美国法精要·中译本

美国能源法

[美]约瑟夫·托梅因 著
理查德·卡达希
万少廷 译
张利宾 审校

责任编辑 郭亮
装帧设计 李瞻

开本 850×1168 毫米 1/32

版本 2008 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 11.5 字数 258 千

印次 2008 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 对外合作出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7911-7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

约瑟夫·P. 托梅因 (Joseph P. Tomain), 1974 年获得乔治华盛顿大学法律博士 (J. D.) 学位, 现任辛辛那提大学法学院院长和法学教授。主要讲学和研究方向是能源法、合同法、政府监管、土地使用规划等。

理查德·D. 卡达希 (Richard D. Cudahy), 1955 年获得耶鲁大学法律博士 (J. D.) 学位, 自 1979 年起任美国联邦第七巡回上诉法院高级法官。

译者简介

万少廷, 先后获得哈尔滨工业大学工程硕士学位和加拿大多伦多大学 MBA 学位, 从事过煤矿和发电厂的工程设计、石化项目的工程承包、发电设备的制造和销售、跨国公司的业务开发和收购兼并、北美电力市场的产品定价和运行计划工作。

审校者简介

张利宾, 对外经济贸易大学经济学学士, 美国得克萨斯大学奥斯汀法学院法律博士 (J. D.), 美国纽约州注册律师, 现任美国贝克博茨律师事务所 (Baker Botts L. L. P.) 合伙人, 吉林大学法学院法律与经济研究所客座研究员。主要擅长能源等领域的投资和购并方面的法律服务。

中文版总序



摆在读者面前的《美国能源法》是一部美国法律精要，其原著于2004年由美国韦斯特出版公司（West Publishing Co.）出版。因为中国目前正在制定能源法，法律出版社在此时出版本书的中文版意义重大。在此时出版美国能源法一书，无论是在政策和价值考量（例如经济效益、环保、可持续性发展、社会公平和能源安全等因素）方面以及立法形式上，还是从能源监管机构和体制的建立等方面，该书都能为中国制定能源法提供很好的参考和借鉴。解决中国的能源问题需要制订适当的能源政策和法律。但仅靠一部好的能源法是不够的，能源问题的解决还有赖于经济发展模式的转变和制定及实施与之相关的有效经济政策（包括能源政策）。



要讨论能源法，我们先要搞清楚为什么要进行能源监管。在能源领域，通常不存在完全自由化的市场，充分竞争的市场

只是一种理想状态。实际上,完全依靠市场自然地实现充分竞争也几乎是不可能的。美国能源的发展历史和能源监管实践已经印证了这一点。完全自由化的市场竞争会在行业发展初期造成投资混乱和资源浪费。美国得州的 Spindletop 在发现石油后的迅即崛起和随后的快速衰退就是在这方面较为突出的例子。能源市场只有在其发育良好时才有可能最接近充分竞争市场的情形。因此,市场发展初期和发展成熟阶段的监管在性质和程度上不同。同时,能源作为自然资源所具有的稀缺特性和其不可避免的运输瓶颈因素,极易导致市场垄断。此时,监管就成为必要。

在美国,能源监管的重要手段是价格控制。当市场失效时,政府通过价格控制进行干预是必要的,这一点对于能源领域尤其如此。因为在能源领域,资源是相对有限的,容易形成垄断。鉴于单纯的价格管制会产生一系列的副作用,一旦价格监管使得市场恢复正常,就有必要解除价格管制。例如,从第二次世界大战结束到 70 年代的石油禁运期间,美国实行的是石油价格控制。到了 1970 年,美国则开始倾向于解除价格控制。解除价格控制后,石油供应随市场价格上升而增加,油价反而下降。由此可以看出,市场价格的上升有助于鼓励国内石油的生产和供给,同时减少消费者不必要的能源消耗而起到节能的效果。因此,在中国石油生产行业放开的初期,我们可以适当地考虑提高国内市场的石油价格。同时,由于石油行业容易形成垄断,为避免垄断企业赚取不适当的垄断利润,对具有垄断地位的石油生产和运输企业进行价格监管也是必要的。

因为能源的价格监管有时会人为地使市场扭曲而造成混乱,对于能源的价格监管一定要审慎。美国对天然气的监管可以说是在这方面的一个失败例子。但我们仍然可以从中获得启示,从而更加谨慎地处理类似问题。《1938 年天然气法》人为地使美国出现了两个天然气市场:一个是不受监管的、由市场定价的州内市场;另一个是受联邦电力署监管的、基于历史成

本定价的跨州市场。由于处于价格监管下的企业倾向于将天然气供应给价格更高的某些州内市场,导致了跨州市场的天然气供应短缺。随后,美国联邦试图通过《1978年天然气政策法》来消除天然气的双重市场,以统一价格。

能源监管的另一个手段是税收。在某些情况下,能源价格上升不是由于市场供应成本的变化,而是由一些非市场因素引起的。例如,在美国石油的供给与其需求平衡的情况下,国内石油价格会因国外石油禁运而大幅升高。国内石油供应商在没有任何新的投资情况下,会因价格升高获得暴利。对此不正常的市场表现,美国政府会通过征收暴利税来减少国内石油供应商的暴利。相比之下,中国也应对国家石油公司因国际市场价格暴涨而获得的暴利征收暴利税,并将征缴的税款用于补贴下游的炼油商或消费者等。

能源监管应主要通过法律形式进行。例如,美国的能源监管(不论是价格监管、税收补贴或是其他措施)一般都是通过法律方式进行的。

三

从现代能源行业开始至今,美国是通过联邦及州的制定法和联邦法院判例,来逐渐发展成目前的比较完整的能源法体系的。如何研究美国的能源法并制订中国自己的能源法?笔者认为,能源法的研究应采取实证—理性的法律方法论,即应在历史的和实证的研究基础上进行政策和价值规范权衡的研究方法来学习和借鉴美国能源法。这也是我在其他文章中所主张的“实证—理性主义”的法律方法论。

通过阅读本书,我们会发现,美国的能源法和能源监管体系中不存在脱离历史阶段的绝对一成不变的监管模式。以美国电力监管为例,在行业发展的初期,市场完全自由竞争;后来,一些公司通过购并获取垄断地位,并滥用其垄断力量,导致

出现价格混乱。在市场失效的情况下,政府介入并进行监管。这种纠正性的监管是完全必要的。而随着政府纠正市场失效的监管对策发挥成效时,放松监管使之市场化则成为一种新的趋势。此时美国政府的监管是从指令性监督转向以市场竞争为主导的监管模式。与上述变化相适应,美国能源监管的政策和法律亦随之发生变化。因此,在研究美国的某个能源法案时,一定要了解其立法背景和当时的经济和政治阶段。

在中国进行能源立法时,我们应首先分析和研究中国能源结构的总体情况和各个不同能源行业的状况,对其进行实证研究。这也就是我们常说的“没有调查就没有发言权”。缺乏对现实情况的了解和把握,去制订能源政策和法律只会是无的放矢,闭门造车。如果你是能源政策和法律的参与者,我建议你更多地学习和了解这个行业的技术和运营以及监管方面的现状,多向这个行业的专家请教。须知,仅仅知道一些法律和技巧是远远不够的。需要注意的是,在借鉴美国能源法的同时,我们必须考虑中国经济与美国经济所具有的共性和差异。美国能源监管体系中的一些前提在中国目前的市场中是不存在的。例如,两个国家财产法中的土地所有制度是完全不同的。但是两国在各自的体制中都曾经或正在面临一些共有的问题,如权衡经济发展和环境保护。

四

在对我国能源行业进行实证研究之后,我们可以对若干政策和价值规范进行思考和权衡。在制定能源法时,我们需要不断地问自己是否已经就我国能源法背后的若干政策和价值规范进行了深入的思考并在其相互冲突时进行了权衡和选择、是否对上述问题进行了充分研究并就此在行业界、学术界、法律界、实业界和政界达成共识。可以说,对能源法所涉及的具体问题在政策和价值规范层面进行国民内部的广泛讨论是完全

必要的。这不仅是因为能源关乎国家未来的经济和安全,也是因为能源与每个国民的生活息息相关,牵涉到不同社会利益集团的利益,是一个政治正确和社会公平问题。需要强调的是,在讨论能源法有关的政策和价值时,有关政策和价值的讨论必须针对能源行业总体的或某个能源行业所涉及的具体问题及其相关事实和现状。笔者不赞同学究式地、脱离对能源行业具体事实和现状把握地、泛泛而抽象地讨论能源法的某些政策和价值问题。

能源法背后的政策和价值规范可能包括如下内容。首先是能源安全,其具体表现是能源为保障经济秩序和经济发展具有重要作用。其次,在战争时期或其他紧急状态下,一个国家具有充足的能源战略储备至关重要。另外,一个国家应减少经济对进口能源的依赖程度。

其次,能源法要考虑效率问题。经济发展要求我们具有低成本的能源以降低经济发展的成本。例如,我们按照单位成本比较,燃煤发电成本低于核电的成本,煤电就是一种更为便宜的能源。当然,这种比较的结果没有考虑燃煤所带来的环境破坏成本(即外在成本)。如果在清洁煤技术的商业化应用实现重大突破之前,通过立法要求企业为排放二氧化碳支付更多的罚款或为安装减排设备支付更多的设备购置费,燃煤发电的成本就会更高,也可能就不再是更便宜了。

效率和公平都要求在能源行业的市场准入方面建立竞争机制。如果市场是竞争有效的,能源生产和运输企业会积极地考虑降低成本,从而降低能源价格,并最终使能源消费者受益。但是,如果能源生产和运输环节存在垄断,垄断企业通过垄断价格来获得垄断利润,就导致对其他能源企业的不公平,也使消费者为购买能源支付更多。这样就变得“不效率”,也不公平。由于能源资源的有限性,能源行业容易形成垄断,从而使市场失效,政府有必要对此垄断进行监管。对垄断的监管一般是通过定价限制来进行的,但是这种价格限制应是有限度的,

政府不能随心所欲地行事。如果政府将发电企业的上网电价限定在一个较低的水平,使企业没有合理的利润时,企业就会减少或停止对发电设施的投资。同时,由于价格较低,能源的消费者也不会珍惜能源,造成浪费,能源的利用就会变得没有效率。上述两个例子所涉及的情形,一个是缺乏监管,一个是监管过度。这样的例子在美国卡特政府和里根政府的能源监管中都发生过。

我们可以进一步通过能源的市场准入来说明与公平有关的问题。美国联邦政府拥有超过6亿英亩的公有土地,为鼓励私有公司和公有公司通过承租这些土地进行石油天然气开发,美国联邦政府以制定法的形式规定了联邦土地的出租方式和诚信。根据《1920年矿藏土地租赁法》和《1987年联邦陆地石油和天然气租赁改革法》,可以通过竞标方式租赁联邦土地。中国的陆上和海上石油对外合作上也实行了竞标方式。笔者建议,在我国对内资开放陆上和海上石油资源开发的情况下,也实行这种竞标的方式。我们可以借鉴美国在这方面的制定法,进一步改善我国现有的对外和对内开放陆上和海上石油天然气资源的招标程序。中国近海和外部大陆架的土地区块招投标则可参考美国的《水淹地法》和《外部大陆架土地法》。关于特许使用费的法律规定,我们可以参考《1982年联邦石油和天然气管理法》中的有关规定。在上述制定法中,立法者主要考虑的价值和政策因素是公平,即给予不同的市场主体以公平的市场准入的机会。目前中国能源上游开发和勘探中仅由一两家国有企业和数家外国石油公司参与。鉴于我国的上游石油天然气的勘探、开发和开采已经对外国资本开放,我们为什么不能对有实力的国内民营资本开放呢?对能源的上游开发和开采,中国的一些民营企业已经在资本和技术上具备了一定的实力,完全可以参与到我国能源的上游勘探和开发中。

当然,上述政策和价值之间可能会在某些具体问题或情形中兼而有之,有时这些因素是相互支持的,有时则可能是不相

容的。对此,我们需要进行某种权衡以做出选择。在能源的立法中,最为紧张的冲突关系也是最迫切需要解决的两个价值规范是经济发展和环境保护。美国虽然在这个问题上已有理论模型,但在现实中仍没能解决二者之间的矛盾。由于中国近年来持续的高速经济增长,而且这种增长是以耗能和对环境破坏为代价而实现的,如何协调经济发展和环境保护也是中国亟待解决的问题。有关煤炭的立法可能是说明上述冲突最好的一个例子。

对于过分注重经济发展而忽略环境保护问题,中国和美国都有真实且触目惊心的例子。于1969年1月28日发生的美国加州圣巴巴拉石油泄漏事件引发了一系列联邦立法,其中包括《1969年国家环境政策法》、《1972年海洋研究、保护和保护区法》、《1972年沿海综合管理法》、《1972年海洋哺乳动物保护法》、《1973年濒危物种法》、《1977年洁净空气和洁净水法》、《1978年对外部大陆架土地法修正案》。这些立法关注的焦点是开发还是保护环境?为了解决因开发造成的环境破坏(尤其是因石油泄漏污染事件)问题,联邦成文法试图对环境污染的责任和补偿机制作出更加详细的规定。例如,美国国会于1990年通过了《石油污染责任和补偿法》,试图通过该法建立(包括创立石油泄漏责任信托资金和罚款及处罚办法)补偿和责任机制。这些规定对我国立法有很大的借鉴作用。对于四川开县的井喷事件和中国石油吉林石化公司双苯厂爆炸引起的松花江水环境污染事件,中国政府应该认真研究对策,考虑借鉴美国的责任信托资金和处罚及补偿机制。目前,我国的能源法律中还缺少这种紧急应对机制和补偿机制。

环保也是替代能源法律需要考虑的一个重要政策问题。大部分替代能源(如风能、生物能等)都是对环保有利的。在现阶段的技术和开发条件下,替代能源的成本高于传统的能源(如煤)。如果只考虑效率,而不考虑外在成本,开发利用替代能源是不“经济”的。但是,如果我们考虑社会和环境成本及其

所涉及的公平和政治因素,以及不积极开发供应更为稳定的新能源而造成中国在此领域内落后于其他国家等因素,我们应该通过积极的能源政策(如价格补贴或税收优惠)来鼓励替代能源的研究和开发。

五

美国能源法的构成和形式主要是普通法判例、美国宪法的若干条款、联邦和各州相关的成文法、美国各能源监管部门经国会授权所颁布的行政法令以及基于这些行政法令所进行的诉讼而发展起来的美国法院判例。学习美国能源法,绝不仅是法律条文的研读,更是对美国能源行业中实际发生的事件和判例进行研究。而这些成文法和判例,均是基于美国能源行业发展的不同阶段出现的情况和问题而制定或做出的。

基于美国普通法,能源资源是一种财产,适用于财产法。美国财产法中的一些基本原则和判例构成美国能源法的基础。美国财产法中一个源于普通法的原则是“天空原则”(即某块土地的上空和地下所存在的资源归该土地所有者拥有)。后来由于石油所具有的流动性,这种天空原则不再适合石油行业的发展,美国财产法出现了一种由法官确立的“获取原则”(即个人或实体可以从他人拥有的土地的地下抽取石油)。读者通过阅读本书会注意到,除了早期适用的一些普通法原则和判例外,美国能源法中的大部分判例主要适用联邦宪法和有关制定法。联邦和各州的制定法是能源监管的主要依据。例如,在石油行业发展的初期,为了避免无序的和破坏性的开采,美国各州颁布了制定法,通过限产来保护石油资源。同时,美国联邦政府也开始进行早期的制定法立法,这些制定法主要针对不正当竞争和反托拉斯。在1958年,为了限制进口石油对美国国内石油的竞争,美国联邦通过了《贸易协议延期法案》。该法案随后引起了一系列美国国内政治和经济问题。为解决这些问题,美国

在 1970 年通过了《经济稳定法》等一系列联邦法律。

除联邦的制定法外,由于联邦监管部门具有国会授予的立法(如制定规则,rule making)职能,这些部门还制定了一系列的行政法令。例如,对于天然气的监管,除了美国联邦的制定法外,联邦能源监管署还制定了一系列行政法令,如第 436 号令、第 500 号令和第 636 号令。这些法令构成美国联邦对天然气行业进行监管的核心,其主要目的是促使天然气管道的开放使用,减轻“照付不议”(take or pay)义务以平衡天然气管道公司与生产商之间的风险划分和利益分配。

和其他领域的立法一样,中国现有的能源立法的一个主要的缺陷是法律过于粗放,不够详细,有许多漏洞。立法所涵盖的有些情形是可以被立法者在立法时预见的。如果中国法律的笼统粗放问题不是由于立法技术的局限,那就可能是为了行政部门的管理方便,或便于扩大性的对立法做出随机的解释。在另一方面,立法订得再细,也不能涵盖未来的一些情形。立法者的有限理性使其难以在立法过程中考虑到未来所有的可能性。为了保证法律的可操作性、一致性和稳定性(即排除立法者日后对粗放的法律进行任意的、主观的和不一致的甚至是为了保护部门利益所进行的法律解释),我国的能源法应该制定详细的配套实施性法律和行政法规。随着中国对英美法的学习和重视,中国也可适当地考虑将在能源领域中发生并积累的一些案例(包括行政复议案、行政诉讼案和民事诉讼案判例)给予一定的法律效力或更大的参考效力,使其成为我国能源立法的补充。

六

本书英文版的两位作者分别是美国联邦巡回第七上诉法院的理查德·卡达希(Richard D. Cudahy)法官和美国辛辛那提大学法学院院长约瑟夫·托梅因(Joseph P. Tomain)教授。我

最初是于1995年在美国得州大学奥斯汀法学院读J. D.时读到这本书。那时,这本书是我选修得州大学法学院欧内斯特·史密斯(Earnest Smith)教授的石油天然气法的课外参考书。我当时选修这门课的两个原因是,我在赴美之前曾在中国为一些石油公司客户工作过,对石油天然气法产生了兴趣;另外,美国得州以石油工业著称,其石油天然气法律研究相当发达。我便想利用这个机会学习美国的石油天然气法。在修完这门课后,我写了一篇有关中国石油天然气法律的文章。

光阴飞逝,在从美国法学院毕业9年后,我加入了美国著名的贝克博茨律师事务所(Baker Botts L. L. P.),成为其合伙人兼北京代表处首席代表。该所擅长能源法律业务,最近连续三年被专业杂志评为北美能源业务律师事务所排名首位,其主要客户是《财富》杂志100强公司。2007年,该所北京代表处正式开业。此时,适逢中国有关立法部门正在制定能源法。在与中国能源界一些业内人士(如中石油海外投资研究所所长徐小杰教授和中国欧盟商会能源工作组主席陈新华博士)交流中发现,中国在制定能源法的工作中还有一些政策性和法律性的问题没有考虑成熟,而美国走过的路(包括成就和教训)都是值得我们借鉴和参考的。因此,我计划把本书翻译出版。于是,我首先找到法律出版社对外合作分社社长朱宁女士,将我的想法说给她听,两人一拍即合。同时,我还说服了我所在的贝克博茨律师事务所(Baker Botts L. L. P.)的负责合伙人对此书的出版给予资助。经过法律出版社与美国韦斯特出版公司(West Publishing Co.)联系谈判有关原书版权事宜,我和原书的两位作者通过电子邮件联系获得其同意,终于使法律出版社获得本书中译本在中国的出版权。两位作者还欣然为本书中文版作序。

在本书出版事宜商定后,我邀请好友万少廷先生将本书翻译成中文,然后由我审校。少廷兄是我以前的同事,他毕业于哈尔滨工业大学电气工程系和加拿大多伦多大学工商管理专业。他是我所知的少数既有全面的能源行业技术背景,又对北

美能源监管比较了解的专业人士之一。他克服了法律知识的局限,不辞辛苦,在其繁忙的本职工作之余,以最快的速度完成了本书的翻译。在2007年国庆长假期间,我们俩连续几个昼夜讨论修改意见。随后,我又对第二稿进行审校,并对法律内容比较复杂的第三章重新进行认真校核,反复与英文原文核对。本书中文译稿最终于10月底交出版社。我特别感谢本书的责任编辑郭亮先生,感谢他为本书的编辑工作所付出的努力。当然,我尤其要感谢法律出版社的朱宁女士,没有她的努力和支持,本书中文版的出版是不可能的。我要感谢我的秘书车菲女士和对外经贸大学法学院的学生谭杰伦先生为本书所做的工作。最后,我特别要感谢美国贝克博茨律师事务所(Baker Botts L. L. P.)对本书出版的热心赞助和支持。

本书中译文如果有错误不当之处,请发电子邮件指正,我们将不胜感激。我的电子邮件是:libin.zhang@bakerbotts.com。

张利宾

2007年10月23日夜
于北京齐家园外交公寓

PREFACE TO CHINESE EDITION

It is interesting that the first request for a foreign language edition of *Energy Law in a Nutshell* is for a Chinese translation. This signals the fast-growing importance of China in the global energy picture. The industrialization of China is, of course, proceeding at breakneck speed and, with it, the demand for energy and energy resources accelerates. Hopefully, energy development can be accomplished with a decline in energy intensity. China is also in the process of drafting an energy law, the first of its kind, and the counterpart picture in the United States should be of considerable value.

The Nutshell is based on energy law and policy in the United States, but the energy configuration of the United States is similar in important respects to that of China. Both nations are generously endowed with coal, a key ingredient in the historical use of the fossil fuels almost everywhere. Coal, however, is a major source of greenhouse gases, which are now assuming a growing role in environmental and energy planning. China has signed and ratified the Kyoto Protocol, and the United States has only signed it.

China is, of course, not subject to numerical limitations under the treaty. Both nations are struggling with the problems of global warming that that agreement attempts to address.

The United States is, of course, a huge importer of oil, which its vast consumption requires, and China is importing more and more oil each year as its own production gradually declines, although it continues to have high hopes for the as-yet-undeveloped South China Sea reserves.

China is also becoming an importer of natural gas, like the United States. China has an important LNG (liquified natural gas) source in Indonesia and is negotiating for an LNG arrangement with Australia. China also aspires to obtain pipeline natural gas from Russia. This sort of importation would be similar to the large quantities of gas received by the United States from Canada. China is also emulating the extensive development of hydropower in the United States by building the Three Gorges Project. This is part of broader plans for enhanced electrification of the country.

One of the principal focuses of the present Nutshell is the effort in the United States and elsewhere to substitute market competition for direct regulation in a number of energy fields-notably in natural gas and electricity. The efforts to deregulate the transportation of natural gas has been apparently successful in allocating and pricing gas in the United States and has been followed in many other countries where market economics prevails. The transition in the United States to deregulation in electricity, in the context of potentially rival state and federal regulatory agencies, has been fraught with greater difficulty and conflict, primarily in maintaining appropriate price levels, but efforts to implement deregulation continue. The evolution of these regulatory developments should be of considerable interest and assistance to