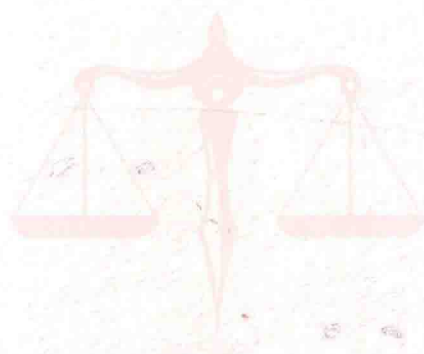


■ 2016年卷

巴渝法学论丛

主 编 许明月

副主编 陈永标 杨春平



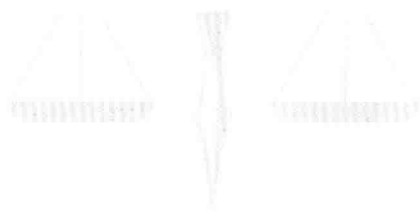
BAYU FAXUE LUNCONG



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

■ 2016年卷

巴渝法学论丛



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

巴渝法学论丛. 2016 年卷/许明月主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 11
ISBN 978-7-5615-6660-2

I. ①巴… II. ①许… III. ①法学—文集 IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 213160 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 邓 臻

封面设计 李嘉彬

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 37

插页 2

字数 746 千字

版次 2017 年 11 月第 1 版

印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

定价 88.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



国际经济法

能源危机的国际法应对论纲	邓瑞平 周亚光	2
论国际金融监管领域的软法	何晖菡	14
应对气候变化与国际环境法的新发展		
——以 1992 年《联合国气候变化框架公约》为视角	林 泰	22
论反垄断法实践中相关市场的法律界定	李雯青	36
论国际投资仲裁的反腐败功能与缺陷	马 迅	49
GATS 一般例外条款实证研究		
——以公共道德和公共秩序为视角	彭致强	63
试论社会主义市场经济条件下政府与市场的关系	冉丹妮	79
以 PPP 模式助推“一带一路”沿线国家基础设施投资法律问题	魏洪香	89
论国际投资争端解决机制的透明度	杨洪鑫	98
论联合国《公共采购示范法》的新发展		
——兼谈我国政府采购法律制度的完善	杨文明	107
中国-东盟自由贸易区民用核能安全保障法律机制研究	岳树梅	119
中小企业贸易便利化论	张 帆	142
国际投资仲裁中“岔路口条款”的限缩适用及我国的应对之策	章歆翊	158
人民币加入 SDR 对我国对外贸易的影响	任婷玉	166

经济法

多边开发银行环境与社会保障的公众参与规则探究			
——兼论对亚投行规则完善的启示	曾文革	党庶枫	174
第三方网络支付中消费者权益保护法律问题研究		何育妍	188
著作权法定许可制度的反思与重构			
——以著作权法第三次修改为视角		华 鹰	202
利率市场化改革中主体合作博弈的实现路径			
——经济法理论的回应与制度构建		李瑞雪	211
“三权分置”下集体土地所有权的权能重构		刘恒科	227
论我国文化产业知识产权保护法律制度的完善	戴 萍	赵 靖	239
浅析我国银行监管法律制度的完善			
——以世界银行监管理论的发展为契合点		屈淑娟	246
工业用地出让价格管制研究		万 江	262
论证券信息披露制度的完善		王 双	279
支持养老产业发展的财税政策工具及其应用研究	杨复卫	张新民	288
“农民集体”的理论止争与二元性解析		杨青贵	306
论企业年度报告公示制度的公司法完善			
——以公司债权人的保护为视角	张 琦	刘 琳	320
“热钱”对我国经济的影响及法律应对		张晓丽	328
论股东提案制度对公司社会责任的促进		钟 颖	335
论第三方互联网支付中的消费者权益保护		周 强	347
我国网络借贷平台借贷交易的法律风险及规制研究		周含玉	358

民商法

P2P 网络借贷平台监管立法研究			
——以重庆市地方立法为例	程 勇	肖乃双	374
虚假诉讼检察监督面临的困境及完善	戴 萍	赵 靖	383
劳动关系的认知路径		顾鲁晓	399
论派生诉讼之原告的激励与约束:基于利益平衡的考量		杭 佳	405

类别股制度功能定位及该制度移植的利弊探究	申晓玥	417
网络约租车的法律规制及其竞争性嵌入	刘乃梁	423
论我国房地产投资信托的不足与完善		
——以受益凭证的证券性质为视角	綦磊	446
后民法典时代对待“司法解释之痛”的路径选择	石娟	455
我国数字出版产业版权利益失衡及平衡机制研究	谭玲	468
网购消费者反悔权的行使规则及制度完善	王俞人	476
能扣？不能扣？		
——抵押关系中挂靠船舶的问题研究	王月茜	488
工伤救济与侵权救济的关系	吴晓静	497
行政主导到公益诉讼：食品安全事件大规模侵权的救济之道	叶卓	505
双重劳动关系的司法认定和责任承担	尹琳	515

相关法

论编制生态功能红线规划管理的问题与对策	曾文革	李轩锋	528
审判权运行机制的实践逻辑与改革展望			
——以案件审批制改革为起点	颜倩	李雄飞	536
游离于公正与效率之间的执行权分权改革困境与方向抉择			
——以某基层法院执行权分权改革的实证分析为基点	龚箭	覃辉	545
政府在中国企业海外并购中的角色问题分析	经磊		557
人民建议征集制度：民意表达走向制度化的路径	凌燕		565
农产品召回法律制度初探	王晓倩		570
妥善解决经济纠纷，充分发挥司法指引功能			
——以商业特许经营合同纠纷审理为视角	徐华		577
刍议违法所得没收程序的性质	杨晓		582



国际经济法

GUOJIJINGJIFA

能源危机的国际法应对论纲

邓瑞平 周亚光*

摘要:能源作为战略性资源对政治安全、经济安全与军事安全有着举足轻重的战略意义。在“能源政治化”的国际背景下,本文认为,WTO体系下的贸易是我国在全球层面的最佳模式选择,同时应当积极对ECT模式进行深入研究,分析《能源宪章》的法律内容,为在WTO中的谈判积累经验;在区域层面,应当对能源结构不同国家采取不同战略,在上合组织层面加速推动“上合组织能源俱乐部”,同时在中日韩之间尝试进行联合采购中心;在双边层面,运用多种类型的双边合作模式进行能源合作,同时强化对非政治风险的预防保障。

关键词:能源危机;全球贸易;区域合作;双边投资

引言

能源危机在许多人看来是由于人口的爆炸式增长所带来的绝对量的减少,就是其稀缺性越来越高的一个过程。但是以美国经济学家 Simon 与生态学家 Ehrlich 论战表明,“充裕”并不是由天然禀赋决定的,而是由人类对自然世界的掌控与认知能力决定的,只要认为人的创造力无限,那么资源就是无限的,而资源的紧缺危机永远是暂时与相对的。恰如他所比喻的那样,人与动物一样的喜欢以鸡肉为食物,动物把鸡的数量越吃越少,而人则把鸡的数量越吃越多。^①

1980年,人们估测全球石油的储量为6450亿桶,今天这个数字变成了1.3万亿桶,而且在这20多年的时间内全球共消耗了7000亿桶石油,这些石油不是天上掉下来的,而是

* 作者简介:邓瑞平(1963—),西南政法大学教授、博士生导师;周亚光(1987—),西南政法大学国际法学专业2012级博士研究生。

① 叶玉:《石油投资与贸易措施的国际法规制》,上海人民出版社2009年版,第25页。

之前没有被人找到,现在之所以能找到它们,是因为新的勘探技术及其回报,我们永远也不会耗尽石油^②。

因此,能源危机概念的本质并不是能源绝对量的减少,而是能源在地理分布和消费在空间上的错位,供求关系在数量上的失衡。能源危机的预防与解决应当由市场的机制解决而非单纯的节约。对我国而言应当采取不同的战略和相应策略来保证能源安全。本文试图就我国在国际法领域应对能源危机提出粗略看法。

一、全球国际法的应对

在全球多边层面,有同盟型组织(国际能源署、欧佩克组织)、对话型组织(国际能源会议、世界石油大会),还有协调型组织(世界能源理事会、独立能源输出国组织、八国集团、联合国贸发会议),但是这些组织我国或无资格参加(如国际能源署等),或者没有产生具有法律拘束力的文件和机制,因此只讨论以《能源宪章条约》(ECT)为中心的能源宪章体系和世界贸易组织体系。

当前的国际能源存在两个非均衡性特征。首先是分布的非均衡性。根据 2012 年世界能源统计报告的数据,全球石油探明储量的分布为:中国占 0.9%,俄罗斯占 5.3%,欧盟国家占 0.4%,中东 OPEC(石油输出国组织)成员国家占据了全球的 72.4%,其中沙特一个国家便占了 16.1%。^③ 其次是成本非均衡性。在 20 世纪 70 年代初,美国生产一桶油所需成本为 2.5 美元,委内瑞拉平均为 0.4 美元,而波斯湾只有 0.10 美元。^④ 由于货币贬值等因素,最近的资料则显示,沙特阿拉伯生产一桶油花费大约 3 美元,其产量为全球第一而成本则为全世界最低,而美国等 OECD 国家的海上生产,单位产量下的成本花费为沙特的 3 到 5 倍,最高的是美国墨西哥湾,需要 14.50 美元/桶。^⑤ 因此,在全球层面形成调整能源非均衡性的经贸安排对能源供求双方均有重要意义。

(一)能源宪章机制

能源宪章机制是于 1994 年 12 月达成以《欧洲能源宪章条约》为蓝本在欧洲工业国家与前东欧亚洲国家之间形成的多边机制。该条约是以《能源宪章条约》为主体,涵盖了贸易修正案、投资补充条约、能源效率议定书和能源运输议定书等多个法律文件的能源综合性法律体系。ECT 的适用看似广泛,但是其仍然是能源的地缘政治属性的反应,成员国

② 亚伦·M.海尔顿,安德鲁·S.托伊费尔:《能源投资》,朱晓婷译,中信出版社 2010 年版,第 101 页。

③ BP Statistical Review of World Energy 2012, p.9.

④ United States Senate, *Petroleum Companies and Foreign Policy*, January 30, 1974, United States Government Printing Office, Washington, 1974, p.197.

⑤ 叶玉:《石油投资与贸易措施的国际法规制》,上海人民出版社 2009 年版,第 28 页。

主要仍然是苏联国家与欧洲能源需求国在能源与资本之间的交易。因此 ECT 无法成为全球能源合作的法律机制。

第一,从 ECT 的序言中我们无法推断出其设立目的是旨在全球能源经济领域建立一个多边能源制度安排,还是建立在西方国家的市场、资金和技术与东方国家自然资源的互补关系的基础上的制度安排。^⑥而这一点也为俄罗斯等能源大国所长期诟病,认为 ECT 体系是西方能源需求国主导的制度安排,从 ICSID 等机制“借用”过来的相关标准以及争端解决机制的缺陷无法充分平衡供求双方的利益需求。^⑦

第二,在贸易方面,ECT 始终认为条约成员方最终都会成为 WTO 的成员国,其在能源贸易领域的法律机制是以 WTO 若干规则作为基础,旨在解决 WTO 成员方不允许 WTO 规则适用能源领域情况的能源法律问题,并且在非 WTO 成员方与 WTO 成员方之间使用 WTO 贸易规则。条约第 30 条规定,缔约方承诺它们将依照 1994 年 4 月 15 日乌拉圭回合多边贸易谈判达成的最终结果。在 1995 年 7 月 15 日或本条约生效日之前,开始考虑对本条约作适当的、宪章大会可能采纳的修正。因此,ECT 在能源贸易领域依旧遵循着 WTO 规则,与其在是否加入旧规则上抉择,不如在多哈回合中釜底抽薪的就能源贸易积极磋商,形成更为有利于我国的新规则。

第三,有学者认为我国当前无论从重要的投资输出国还是能源需求国考虑,都应当积极加入 ECT。^⑧但在笔者看来,如果我国加入该条约(2001 年我国成为 ECT 观察员),在 ECT 的能源投资自由化的制度下,能源国有企业将面临重大的并购威胁、跨国能源公司利用技术优势将我国能源产业锁定在能源上游开采的低附加值水平、我国政府对能源领域的宏观调控政策执行力度将会受到严重限制,为获得短期一定数量的能源供应而将这三把“达摩克利斯之剑”置于头顶,无异于饮鸩止渴。而事实上,这也是美国基于国家安全不加入 ECT 的重要原因之一。2005 年中国中海油公司拟出价 185 亿美元收购美国优尼科石油公司,但是美国以国家安全为由最终未能成功。在法国学者洛佩兹看来,“对于美国来说,石油与国家安全同等重要,在石油市场上有时连自由主义与法律条文都无计可施,为了不让中国在美国本土获得石油资源储备,本应主宰石油市场运行规律的经济和财政因素有时不得不让位于地缘政治的考量”。^⑨

⑥ 对此,Haghighi 有着更为激烈的批评,See Energy Charter Secretariat, *Energy Security: the External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Country*, October 11, 1993, pp.192~194.

⑦ Yuliavselivanova, *WTO, NATFA and Energy Chaerter*, Wolters Kluwer Press, 2011, pp.329~331.

⑧ See Sheng Zhang, *The Energy Charter Treaty and China: Member or Bystander?* *The Journal of World Investment & Trade*, Volume 13, Issue 4, pp. 597~617.

⑨ 菲利普·赛碧叶·洛佩兹:《石油地缘政治》,潘革平译,社会科学文献出版社 2008 年版,第 13 页。

因此,ECT 不能成为我国在全球层面的优先选择,其只能成为我国加入或建构其他国际能源法律机制时的重要参考。同时有学者认为由于能源贸易的非全球性,应当建构一个“包括统一的法律规则框架、相应的制度体系、国际经济法属性以及争端解决机制”的世界能源组织(WEA)^⑩,试图通过建立全新的多边能源合作机制来代替现在的全球双边合作机制并且在管制框架、制度体系以及争端解决机制方面,借鉴 WTO 的成熟安排,另起炉灶,解决能源贸易问题。但笔者认为抛开既有的全球多边框架下的努力成果,将使国际能源法律机制重回各方利益交换的最初时代,是一种“全有或全无”(all or nothing)的激进观点。

(二)世界贸易组织

有学者指出,基于石油贸易的战略重要性,其作为特殊情况应当在更大的政治背景下进行探讨,而不是在多边贸易规则下。^⑪但是,WTO 体制中并没有任何的条款将能源排除在外,其作为贸易产品适用 WTO 规则在理论上并无问题。

2001 年多哈回合刚刚启动,美国、智利、古巴、欧共体、挪威等 8 个成员相继向服务贸易理事会特别会议提交能源服务谈判建议,对能源服务贸易谈判的必要性、能源服务的界定与分类的进一步谈判、国内管制的合法性承认、有区别的能源自由化等方面,有着相同的看法。^⑫2003 年美国、欧共体、日本、挪威等成员组成“能源之友”(Friends of Energy)成员集团,开展了一系列推动 WTO 能源服务贸易谈判。WTO 香港部长会议宣言明确了服务贸易谈判模式,除了原有“请求与报价”的双边模式外,另增加复边谈判模式。2006 年 2 月,美国、欧共体、沙特等 11 个成员方正式通过 WTO 向包括中国、巴西等拉美国家,7 个 OPEC 国家等(除委内瑞拉)递交“联合请求”,要求其报价开放能源服务市场,内容涵盖了油气生产、加工与销售的所有核心活动,从地图制作、钻井到零售,一应俱全。^⑬在未来的 WTO 谈判中,笔者以为我国应当积极参与诸如能源技术中立、能源来源中立、国内管制权、能源服务的界定等相关焦点事项的谈判。

(三)普遍性合作的法律应对策略

1. 加强对 ECT 的研究

虽然加入 ECT 并不是我国的最佳选择,但是这并不意味着其对我国就毫无意义。

^⑩ 岳树梅:《国际能源合作法律框架构建研究》,载《政治与法律》2008 年第 2 期,第 120 页。

^⑪ UNCTAD, *Trade Agreements, Petroleum and Energy Policies*, 2000, p.17.

^⑫ UNCTAD, *Managing “Request-Offer” Negotiations Under the GATS: The Case of Energy Services*, 2003, p.22.

^⑬ Victor Menotti, *The Other Oil War: Halliburton's Agenda at the WTO*, June 2006, <http://www.ifg.org/reports/WTO-energy-services.htm>, last visited on August 22, 2012.

ECT 不仅展示了欧洲国家在全球能源领域合作的基本态度,而且有着细致的多边投资与贸易的制度建构。其代表了能源供给国与需求国之间的能源合作妥协框架。因此,对 ECT 研究的价值在于为全球能源治理(global energy governance)提供法律机制基础。

2. 在 WTO 谈判中联合发展中国家形成集团化要价

多哈回合谈判至今胶着,我国应当积极参与谈判,对能源技术中立、能源来源中立、国内管制权、能源服务的界定等相关焦点事项的谈判,联合发展中国家,增加发展中国家的能源利益。在 Evans 看来,能源服务部门谈判其实是南北谈判,由 OECD 国家主导是一个错误的模式,应当鼓励发展中国家更多地参与,考虑到能源贸易增长是大势所趋,更为细致的能源贸易规则不仅有利于发展中国家与发达国家之间的贸易,而且对发展中国家之间的贸易保障有着重要的意义。^⑭

二、区域国际法的应对

在亚洲区域层面,诚然有许多有关能源的正式与非正式会议,影响较大的有“亚太经合组织”(APEC)能源部长会议,但该地区曾是典型的冷战地区,各方(特别是日本)在战略能源方面仍然对我国采取“合作中抑制”的能源策略。因此,区域内经济体对多边能源合作方式的认识和实践,目前仍然进展甚微,建立区域能源市场、共同石油战略储备以及组建国际能源开发团等深层次的合作尚未正式启动。因此,现有的对话机制中,亚洲对话和上合组织成为主要平台。

20 世纪 60 年代,联合国东南亚大陆礁层探测报告团的报告中指出,中南半岛和中国南海地区大陆架油气储量超过 210 万立方千米,相当于委内瑞拉与美国东南部、墨西哥海湾附近的总和,该地区预言为已成为“第二中东”。目前,印度尼西亚、菲律宾、马来西亚和越南等周边国家在南海地区已钻井 100 多口,查明油气资源 268 亿吨,占有 28 个油田和 25 个气田,每年开采 500 万吨以上石油和 40 亿立方米以上天然气,为中国近海油气年产量的 2.5 倍和 7 倍,基本相当于中国大庆油田的石油年产量和中国从土库曼斯坦进口的天然气全年总量。^⑮ 因此,在亚洲形成成员广泛与内容完整的区域能源合作机制对我国而言具有重要意义。

(一) 亚洲对话机制

亚洲对话(ACD)是一个新的泛亚区域非正式的合作对话机制,该机制由泰国倡议于 2002 年创立,现有成员国 32 个,是唯一面向全亚洲的政府间对话与合作平台。ACD 能

^⑭ Peter C. Evans, *Liberalizing Global Trade in Energy Services*, AEI Press, 2002, p.19.

^⑮ 胡健:《南海缘何成为问题》,载《社会观察》2011 年第 4 期。

源论坛是 ACD 框架下开展能源合作的唯一平台,该论坛对于能源合作、能源投资、能源战略储备等问题在五次非正式外长会议中都有涉及。2004 年在青岛就提高油气销售网络、基础设施利用率、煤炭、石油和天然气的发展达成了《青岛倡议》。^⑮ 但笔者认为,在 ACD 机制内形成具有实质内容的能源合作机制并不具有期待可能。

首先,该对话机制采用非正式的会议方式,并没有形成具有国际法律拘束力的任何法律文件。尽管对话方有阿联酋、俄罗斯、沙特、科威特等能源大国,但同时也有日本、韩国等纯进口能源国家。是否参加、在何种领域进行合作完全取决于各方的主观态度,而中东国家已经在能源供应市场形成垄断地位,“能源出口集团”已经在 WTO 层面对能源进口国形成要价,因此在区域供应与价格方面没有做出主动让步的主观需求。这种机制出现的可能性微乎其微,不管这些国家怎么做,诸如《青岛倡议》等计划,将永远停留在设计层面,永远没有付诸实施的一天,他们都最终无法摆脱对中东地区的能源依赖。^⑯

其次,在能源进口大国之间,并未形成能源合作的良好氛围。中日两国是世界第二、第三大石油消费国^⑰,不仅面临着能源进口的“亚洲溢价”难题^⑱,而且在能源运输方面都高度依赖马六甲海峡。从逻辑上看,共同竞争国家的理性选择应当是如同 OECD 国家一样走向合作发展,但日本却采取了“相对获益”的能源外交策略^⑲。2003 年中俄两国石油公司签署了《关于“中俄原油管道长期购销合同”基本原则和共识的总协议》,决定修建陆地石油运输管道“安大线”,但是日本展开能源外交游说,最终中国管道直至 2011 年才开始输油。^⑳ 换言之,日本对中国的获益程度的关注超过了自己本身的获益事实以及获益程度,日本的不安全感造成了中日之间的一种没有机制约束的“零和博弈”模式。

(二) 上合组织机制

上合组织是在“上海五国”(中国、俄罗斯联邦、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦)元首会晤机制上发展而来的区域多边合作机制。其成员国俄罗斯、伊朗,中亚的哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦和观察员蒙古等国家是亚洲地区的能源生产大国。在 2007 年年底,上合组织成员国和观察员国中大约拥有世界 1/4 的石油储量和产量,近一半天然气储量和近 1/3 天然气产量,近一半煤炭储量和一多半的煤炭产量,以及 50% 已探明的铀矿

^⑮ 相关 ACD 的会谈成果请参见其官方网站, http://www.acddialogue.com/key_documents/key_document03.php, 最后访问时间:2012 年 10 月 28 日。

^⑯ 菲利普·赛碧叶·洛佩兹:《石油地缘政治》,潘革平译,社会科学文献出版社 2008 年版,第 293 页。

^⑰ BP Group, BP Statistical Review of World Energy, June 2011, p.6.

^⑱ 亚洲溢价是指,中东国家在同一时间就同一质量的石油卖给亚洲国家的离岸价格普遍高于卖给欧美国家的价格。

^⑲ 伍福佐:《中日能源竞争与合作之结构现实主义阐释》,载《国际论坛》2005 年第 5 期。

^⑳ 王春树:《中国石油管线改道风波》,载《世界知识》2007 年第 18 期,第 67 页。

储藏量。因此,上合组织无论在组织内部开展能源资源的互补合作,还是在有成员国和观察员国共同参与解决世界能源市场存在问题,都应当有充分的发言权。^②

2004年9月,俄罗斯总理弗拉德科夫就在上海合作组织成员国政府首脑比什凯克会议上表示:“在上海合作组织框架内,能源领域可以成立消费者俱乐部和能源生产者俱乐部,并制定统一的油气和能源运输体系。”^③2006年的上海峰会,俄罗斯总统普京就积极地提出了建立“上合组织能源俱乐部”的建议;9月,成员国政府首脑在杜尚别会议中责成能源工作组会同上合组织秘书处尽快研究建立该俱乐部的可行性,当时预计2007年6月的能源部长会议应能签署《上合组织能源俱乐部章程》并在8月的比什凯克首脑峰会宣布俱乐部的建立,但是由于个别成员国在某些问题上存有保留意见,《章程》未能如期签署以致该计划搁浅。^④

被誉为“中国版的马歇尔计划”的“丝绸之路经济带”和“海上丝绸之路”(一路一带)的重要合作内容就是亚太地区的能源合作问题。鉴于作为合作平台的一路一带的能源合作当前并没有一个完整的对话机制,因此将其放在已经成熟的成员相对较少、利益冲突相对集中、成员方能源地位相对重要的上合组织框架下先行讨论并推出合作范本,对我国而言是一个较为务实的选择。

(三)区域合作的法律应对策略

亚洲对话机制并不能产生具有法律拘束力的若干成果,因此,我国应当考虑在上合组织和“中日韩”三个能源消费国层面采取相应的应对策略。

1. 加速推动“上合组织能源俱乐部”

当今上合组织成员国、观察员之间仍然遵循着双边谈判的合作模式,合作模式也仅仅局限于油气及部分勘探项目,没有在多边框架下进行合作。因此,虽然上合组织的能源合作取得了实质性的成就,但是仍然缺乏一个专门就能源领域的合作对话平台。笔者以为,我国应当积极加速推动由俄罗斯倡导的成立“上合组织能源合作俱乐部”的设想^⑤,建立一个以企业主导、政府协调的多边半官方能源合作平台。首先,为各国企业在电力、石油、天然气、煤炭等多重能源领域提供项目开发投融资与公司合作,充分利用我国在煤炭资源、电力技术方面的优势,作为在天然气与石油方面的合作议价底牌,形成区域性能源多元合作模式。其次,强化成员方之间的交通运输合作,拓展成员国之间陆路、铁路运输渠

^② 孙永祥:《上合组织能源合作的进展及问题》,载《亚非纵横》2009年第5期,第22页。

^③ 马振岗主编:《稳步向前的上海合作组织专家学者纵论SCO》,世界知识出版社2006年版,第45页。

^④ 王海运:《上合组织能源俱乐部:互利共赢的新型能源合作平台》,载《国际石油经济》2007年第12期,第8页。

^⑤ 王海运:《上合组织能源俱乐部:互利共赢的新型能源合作平台》,载《国际石油经济》2007年第12期,第8页。

道,缓解我国在能源进口运输渠道对霍尔木兹海峡、马六甲海峡的战略依赖。再次,建立非诉性的纠纷解决机制,运用外交磋商解决成员方与观察员之间的矛盾冲突,避免将矛盾尖锐化。最后,一方面,有日本学者指出,应当将俄罗斯、美国、中国、日本、韩国共同纳入到“东北亚能源体系”之下,实现所谓区域能源共同安全;^⑤另一方面,有中国学者也认为,基于 ECT 对各成员国在运输通道、能源进口与投资方面的成功,借此呼吁我国也应当在东亚地区建立能源共同体。^⑦事实上,ECT 的产生是在东欧剧变后,多数苏联成员国中的能源国家纷纷倒戈转向了资本主义阵营,为在国际投资浪潮下分得投资利益的一杯羹而在《欧洲能源宪章》基础上与发达国家之间达成能源协议,这与当前东亚的政治环境并不相符,不能简单套用。^⑧而我国已经在上合组织层面由于和俄罗斯达成了默契,也就有效地将日本与俄罗斯做了一定的“切割剥离”,再将日本、韩国纳入到多边体系搅局的设想,既不合适也不现实。笔者坚持认为,必须保证上合组织能源俱乐部成员方的稳定性与相对封闭性,由于我国与韩国、日本之间的特殊地缘政治关系,一旦日本和美国加入该组织,那么对我国与创始成员国的合作可能造成不必要的矛盾,甚至会对我国的能源安全造成严重威胁。

2. 建构中日韩的联合采购中心

中日韩三国在石油进口方面不仅都面临着“亚洲溢价”的困境,而且还面临着“竞争成本”问题,可以考虑对中东能源进口采取建立联合采购中心的方式。从经济学上看,中东石油作为垄断性产品,其利润由正常利润及垄断利润(垄断一般利润、垄断超额利润、买方竞争利润)构成,垄断一般利润是所有垄断者无差别地对买方所攫取的利润,垄断超额定价利润是对特定买方的歧视性加价利润(即亚洲溢价);而当中日韩三国就同一卖方产品存在竞争时,为产品获得而产生的向中东国家提供的低息贷款、免除债务、项目合作以及各种许诺等引起的成本。当两个能源消费国存在竞争的时候,买者竞争利润将会增加,但是,如果中日两国能够在购买中东原油时取得一致,将在很大程度上减少两国付出的买者竞争利润。因此,笔者认为,三方可以尝试建立联合采购中心,在能源运出之前不做分割,形成共同共有财产,经过霍尔木兹海峡和马六甲海峡后再按之前协议进行分割,这样做可谓一举三得:将三国在中东市场上形成的巨大消费份额转化为进口议价能力,有效地减少了成本开支;由于经过马六甲海峡之前的石油产品是共同共有产品,三方都应当提供相应

^⑤ 伊藤庄一、赵镐:《东北亚能源合作构想——中、俄、日三边能源合作前景探讨》,载《中国石油企业》2004年第10期,第40页。

^⑦ 舒小昀:《东亚能源共同体建设的背景、进程与前景——基于〈能源宪章条约〉的讨论》,载《世界经济与政治》2010年第3期,第26页;姚莹、焦扬:《东北亚能源合作法律机制研究》,载《长春市委党校学报》2012年第4期,第53页。

^⑧ Julia Dore, Robert de Bauw, *The Energy Charter Treaty: Origins, Aims and Prospects*, Royal Institute of International Affairs press, 1995, pp.5~7.

的警备力量保证海上的运输安全,从避免三方在马六甲海峡方面“以邻为壑”的困局;将三方之间的能源竞争矛盾有效转移到中东能源输出国家,对东亚稳定也不无裨益。随着近期日本试图寻求缓和与我国在国际政治与经贸方面的努力以及中韩自贸区获得实质性成果的背景下,该俱乐部的形成未必就全无可能。

三、双边投资合作机制的应对

在双边能源合作层面,我国能源获得方式既有合作开发,也有间接通过资本运作获得能源供应的模式。这里所指的能源投资不足并不是指全球在能源领域的投资资本总量的不足,而是由于能源民族主义主导下的重商主义对能源投资造成的“投资遏制”。有研究表明,由于能源分布的非均衡性,投资资本应当是从发达经济体流向资源丰富国家,但是“资源禀赋越好的国家往往经济开放程度越低,经济发达国家则反之”。^②

这一规律非常明显地表现在油气资源大国的法律稳定性方面。2005年以来,油气资源国为提高本国收益,实现收益最大化,不断调整能源方面的法律和税收政策,增大能源公司的控股比例,因此国际石油公司被迫出售项目股份,在各大油企上游勘探成本大幅提高、回报率有所下降的情况下,投资方向逐步地向下游炼油等业务倾斜,造成国际石油公司的油气储量进一步的减少。例如,俄罗斯将外资参与能源开发的股份比例限定在49%以下,2007年壳牌被迫减少了在俄罗斯萨哈林2号项目中的一半股份,油气储量直接减少10亿桶当量。^③又如,因为2005年厄瓜多尔总统令宣布将原定与外国及私人石油企业的超额油价分成比例由50%提高到99%,有人预计中国石油等中资公司至少损失20亿美元。^④此举迫使多个石油企业停止开采,退出厄瓜多尔市场。在投资准入方面,许多产油国家都对外商资本进入能源上游领域在法律上持否定态度,《墨西哥宪法》第27条与第28条禁止私人甚至是本国来源的资本参与石油、天然气、电力等战略性部门。科威特、伊朗、沙特均存在这样的准入限制。

(一) 产品分成

产品分成是指在开发能源过程中,以股权合作或者非股权合作的方式安排双方的权利义务的合作方式。股权合作是以入股的方式参与开发活动,并且在产量中换取一定份

^② See Michael Michaely, Demetris Papageorgiou, Armeane M. Choksi, *Liberalizing Foreign Trade In Developing Countries: The Lessons Of Experience*, Vol. 7, Cambridge, Mass., B. Blackwell Press, 1991, p. 269.

^③ 余建华:《世界能源政治与中国国际能源合作》,长春出版社2011年版,第236页。

^④ 张光荣:《中国的资源能源类境外投资基本问题研究——基于中国的企业实践和政府政策的角度》,中国经济出版社2010年版,第142~145页。

额量能源的合作方式。非股权合作的方式是不拥有股权,而是为合作方提供资金、技术、管理等要素换取能源的合作方式,一般通过特许协议、销售合同、风险服务等形式完成。该种方式有利于降低各类经营风险(如征收风险)、减少投资阻力的优点,该种方式已经成为当前我国在发展中国家获取能源的重要方式之一。

(二) 双边国际贷款

双边国际贷款模式也称为双边贷款换石油模式,该种模式通过给予能源东道国一定数额的贷款融资来换取一定量的出口配额。诚然,严格从国际经济法角度看,这种方式是一种进口贸易,只不过是附加了对价较大的贸易对价条件(低息高额贷款)。但是,正如 Salacuse 指出的那样,在国际投资领域,何谓“投资”是一个仁者见仁智者见智的问题,这取决于交易的性质和目的,国际仲裁实践已经表明,更为宽泛的“投资”概念已经出现在投资协定和投资合同之中。比如,本国企业通过国际贷款的方式在本国进行的投资。^② 这种投资安排既能获得稳定的能源供应,又能通过将外汇资产储备(美元)通过“贷款换石油”的方式进行消化,从而降低我国的外汇贬值风险。

(三) 双边并购合作

跨国并购通常为双边并购,包括兼并与收购两种行为。兼并是指两个或者两个以上具有独立法律人格的企业合并组成只有一个法律人格的新企业;收购则是指议价企业通过现金、股票购买等方式获得该企业全部或者部分控制权的行爲。双边并购的合作国家可以是发展中国家,也可是发达国家。2007年12月,中国五矿集团联手江西铜业股份有限公司以4.55亿加元成功收购加拿大上市的北秘鲁同业公司。2009年,中国石化旗下的中国石化国际石油勘探开发有限公司以82.7亿加元收购加拿大 Addax Petroleum Corporation,该交易不仅可以借此控制在伊拉克 TAQ 大型油田的业务,还可以涉足勘探前景较好的尼日利亚和加蓬海上油田。2012年,中海油斥资151亿美元成功收购加拿大克森公司(Nexsen)达成协议,这对我国的石油海外稳定供应有着巨大的意义。这种以双边并购为主的跨国并购,一方面能够利用外国的先进技术,提高我国能源公司核心技术的竞争力;另一方面,由于合作国家的能源公司占有富矿区位,对我国以较低价格获得稳定供应有着举足轻重的地位。

(四) 双边合作的法律应对

在千禧年过后,许多能源东道国放弃了获利较少的“租让制”合同模式,并且在能源领

^② Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, p.28.