

“一带一路”倡议背景下GATT 第5条第2款对管道天然气过境的适用

钟 磊*

内容摘要:能源合作是“一带一路”倡议的重中之重。天然气管道过境涉及的国家众多,双边协定的规制效果并不理想,但我国与“丝绸之路经济带”上的能源合作伙伴之间并没有关于能源问题的、具有约束力的多边机制。WTO框架下的GATT第5条具有解决天然气管道过境问题的优势和可适用性。其第2款确立了过境自由,并规定了非歧视原则来保障该自由的实现。但是,将这种非歧视的过境自由适用于管道天然气过境的情境中,就意味着可能要允许其他国家在过境国领土上建设新的管道,或允许其他国家托运人的天然气进入过境国已经存在的管道,即第三方准入。虽然GATT第5条第2款没有直接规定上述义务,但可以将其中的“过境自由”理解为一种缔约承诺,即各方有达成执行协定的义务。按照透明度原则来解释第5条第2款,也可以将非歧视原则解释为一种同等的、进入管道的可能性。

关键词:过境自由 GATT第5条 管道天然气过境 第三方准入

过境是国际贸易中非常重要的一个环节,可以直接影响国家和平共处和经济发展,但过境所产生的问题却没有得到重视。随着我国对环境保护的日益重视,天然气在能源消费中的比重逐渐增加。天然气运输具有管道网络依赖性,对过境自由有着非常高的要求,因此天然气得以进入管道成为发展国际天然气贸易的重要先决条件。^①进入管道后,如果遇到过境国中断天然气的情形,石油的管道运输

* 武汉大学国际法研究所博士研究生、新疆大学法学院副教授。

本文系教育部人文社科基金规划项目《中亚国家投资壁垒法律对策实证研究》(项目批准号:16YJA820017)、新疆法学会2017年度法学研究重点项目《新疆“丝绸之路核心区”建设与欧亚经济联盟对接法律机制研究》(项目批准号:XF2017A03)、新疆稳定与地区经济发展法律保障研究基地重点项目《与丝绸之路经济带对接背景下的欧亚经济联盟法律机制研究》(项目批准号:XJEDU010915B03)的研究成果。

① Paul Stevens, *Transit Troubles: Pipelines as a Source of Conflict*, A Chatham Report 16 (Chatham House 2009), <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108992>, visited on 26 February 2018.

可以在非常短的时间内转换为铁路、公路或油轮运输,从而避免供应中断。^①但天然气管道运输的问题就严重的多,液化天然气船舶每单位运量并不高,天然气的气态特征决定了无法在短时间内完成运输工具的切换,而且在中断运输后也需要仔细检查管道,排除渗漏和混入空气的可能性才能恢复运输。因此,管道运输天然气的过境自由一旦无法保障,往往危及国内能源安全,并可能进一步影响邻国关系。

能源领域的国际合作是“丝绸之路经济带”建设的重中之重,已经成为“一带一路”倡议的亮点和明星合作领域。^②目前我国有1条过境天然气管道,即中国——中亚天然气管道,其包含4条支线,被誉为“新时期的能源丝绸之路”,该管道涉及的国家包括土库曼斯坦、乌兹别克斯坦、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦,这些国家全部位于我国“一带一路”倡议中的“丝绸之路经济带”沿线。2017年5月,中国国家发展与改革委员会和国家能源局联合发布的《推动丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路能源合作愿景与行动》提出倡议,各国应“加强能源基础设施互联互通,不断完善和扩大促进沿线各国和地区互联通道规模,共同维护油气管道安全。”

在国际能源合作领域,中国虽然取得了长足进步,但仍存在短板。中国目前的天然气消费量及天然气贸易合作伙伴与欧洲高度相似。从20世纪90年代的《欧洲能源宪章》到如今的《国际能源宪章宣言》,欧洲一直没有停止将其与俄罗斯以及中亚的能源出口国之间的能源贸易投资纳入多边法治化框架的努力。但中国与其管道天然气出口国之间并不存在专门的、有约束力的多边机制,且长期游离于多边国际能源组织之外,这种局面制约着“一带一路”能源合作目标的实现。

中国已经成为WTO较为积极、日益老练的成员方,俄罗斯、哈萨克斯坦也相继加入WTO,WTO成为中国在管道天然气过境问题上唯一可以依赖的、有约束力的多边机制,这对中国而言十分重要。GATT第5条调整过境自由问题,但GATT第5条是一个宽泛而缺乏澄清的条款,在适用于管道过境问题时有很多不确定性,而《贸易便利化协定》的生效并没有终结这种不确定性。因此,本文试图澄清GATT第5条第2款的过境自由条款在管道天然气过境中的含义,为

① Stephen Dow, Ishrak Ahmed Siddiky & Yadgar Kamal Ahmmad, *Cross-border Oil and Gas Pipelines and Cross-border Waterways: A Comparison between the Two Legal Regimes*, 6 *Journal of World Energy Law and Business* 109 (2013).

② 参见国家能源局:《开放包容的国际能源合作平台——努尔白克力博鳌纵论“一带一路”能源合作》, http://www.nea.gov.cn/2018-04/20/c_137125035.htm, 2018年8月21日访问。

我国产业部门及相关国家机构在援引GATT第5条保护自身利益时提供一定的参考。

一、GATT第5条对管道天然气过境的可适用性

(一)GATT第5条规定的过境自由

GATT1994第5条名为“过境自由”(freedom of transit),共7款,为货物的过境建立了过境自由原则。GATT第5条与GATT其他条款的共同目的与宗旨是维持一个安全和可预测的多边贸易体系。^①历史上每一次促进过境自由的努力都与维持国家之间的和平稳定相关,GATT第5条的建立也基于自由贸易有利于经济和安全的信念。

《哈瓦那宪章》草案在第33条规定了过境自由,随着GATT1947的生效,第33条几乎被逐字照搬进GATT1947第5条。^②GATT1947第5条自1948年1月至1994年有效,接下来这一条又被纳入到GATT1994,没有进行任何修改。因此可以说,GATT中的过境自由条款从1948年到今天都没有改变。但是这一条在GATT或WTO的发展进程中几乎成为“睡美人”,有学者认为这是GATT中最不成功的条款之一。^③直到2009年,专家小组才在“哥伦比亚入境港”案中第一次对GATT第5条进行了解释,这也是该条至今唯一一次得到澄清。但是,这一次也仅仅解释了这一条的第2款和第6款。随着对能源相关问题的重视,这一条逐渐重新进入了人们的视野。

GATT第5条在GATT中的地位非常特殊,即使像GATT第1条的最惠国待遇和GATT第3条的国民待遇这种基本原则都并不适用于第5条,因为GATT中的大部分条款都只与货物的进口和出口有关,而并不适用于过境。GATT第5条共7款,建立了保障过境自由的具体规则。“哥伦比亚入境港案”的专家小组认为正如第5条的标题“过境自由”所体现的那样,这一条广泛地调整与货物过境自由有关的问题。这包括保护过境免于不合理的收费或迟延(第2款至第4款),还包括将最惠国待遇扩展到过境运输的货物(第2款和第5款)或已经过境的货物(第6

① “美国海虾案”的专家小组报告对GATT1994的目的与宗旨的概括是“维持一个安全和可预测的多边贸易体系”。See *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Product*, WT/DS58/R, Panel Report, Adopted on 15 May 1998, para. 7.44.

② B. Kurmanov, *Transit of Energy Resources Under GATT Article V*, (Provisional) Transnational Dispute Management 6 (2013).

③ C. Bamberger, *Adjudicatory Aspects of Transit Dispute Conciliation under the Energy Charter Treaty*, 3 Transnational Dispute Management 11 (2006).

款)。^①

(二)天然气是否是“货物”

能源产品的贸易与传统产品的贸易完全不同,因为能源在大自然中是稀缺的,但同时又面临高度刚性的需求。出口国往往希望通过限制能源的出口和供应来提高其谈判实力,而进口国想要降低进口的门槛并确保能源供应安全。因此,传统商品贸易中的贸易扭曲措施一般都出自于进口国,而能源贸易的扭曲措施一般是由出口国实施的。能源贸易缺乏地区间多样化的基础设施、竞争性的价格、没有在一个真正的全球化自由市场进行交易,同时能源还具有战略重要性。^②因此一些学者质疑,WTO多边贸易制度并不调整天然气或石油贸易问题,GATT的缔约者并没有这个目的。^③但利用《维也纳条约法公约》对GATT条文进行解释可以发现这种论点无法成立。

首先,从用语本身来看,GATT第5条第1款调整的对象是“货物、船舶及其他运输工具”。^④“货物”的一般意义是广泛的,包括“所有商品”或“所有物”以及“运输的物品”,以区别于旅客。^⑤它的广义定义可以包括天然气,因为天然气是物质的组合(一种碳氢化合物的混合物),它可以在市场上买卖,通过管道以及远洋轮船运输。

其次,《商品描述和编码协调系统》(The Harmonized Commodity Description and Coding System,通常简称为HS)包含液化天然气LNG(编码2711.11)以及气态天然气的条目(编码2711.21)。WTO成员使用该系统作为货物贸易关税减让承诺的基础,这些条目已经纳入到绝大多数WTO成员方的关税减让表中。HS是WTO以外的国际协定,但是上诉机构已经在案例中表明,HS是《维也纳条约法公约》第31条第2款(a)意义上的WTO协定的上下文,即“全体当事国间因缔

① *Colombia-Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS336/R, Panel Report, adopted on 20 May 2009, para. 7.387.

② UNCTAD, *Trade Agreements, Petroleum and Energy Policies* 1-2, 2000.

③ K Aidelojie & Z. Makuch, *Multilateral Organizations, Fossil Fuel and Energy Law and Policy: The Tower of Babel Re-visited*, 17 *European Energy and Environmental Law Review* 227(2008).

④ GATT第5条第1款规定:“货物(包括行李在内)、船舶及其他运输工具,经由一缔约国的领土通过,不论有无转船、存仓、装卸或改变运输方式,只要通过的路程是全部运程的一部分,而运输的起点和终点又在运输所经的缔约国的领土以外,应视为经由这一缔约国领土过境,这种性质的运输本条定名为过境运输。”

⑤ See Della Thompson, *The Oxford Dictionary of Current English* 376 (Oxford University Press 1993).

结条约所订与条约有关之任何协定”。^①由此,HS中包含天然气的条目证明GATT中“货物”这个词可以覆盖天然气。

再次,在一些天然气的过境国和出口国加入WTO时,WTO成员十分关注管道天然气问题,要求新加入成员作出具体承诺。这构成《维也纳条约法公约》第31条第3款(b)项的嗣后实践。^②例如乌克兰作为一个主要的天然气过境国和进口国于2008年加入WTO,它的入世被认为是一个强化能源过境规则的机会。乌克兰的入世工作组报告就包含与能源过境相关的承诺:“乌克兰确保其所有法律、法规以及其他调整货物(包括能源)过境的措施与GATT1994第5条及其他WTO相关条款相符”。这一承诺旨在确保第5条规则适用于管道天然气运输。^③在俄罗斯入世谈判过程中,欧委会对欧盟与俄罗斯的能源谈判议程提出6个需要谈判的问题,即“拉米一揽子”(lami package),其中包括俄罗斯天然气价格问题、俄罗斯国有石油天然气Gazprom公司的天然气出口垄断地位问题、天然气过境自由问题、允许外国资本在俄修建管道问题、本地使用或出口天然气与过境天然气价格平等问题、取消天然气出口关税问题。^④俄罗斯关于市场准入的一般性承诺中也有“俄罗斯联邦将使其规范货物(包括能源)过境的措施与GATT和WTO条款一致”的承诺。^⑤在俄罗斯的入世工作组报告中也记载,一些成员对俄罗斯关于石油和天然气的措施是否与GATT第5条相符表示关切,俄罗斯代表表示管道过境的所有措施将与GATT第5条相符。^⑥

① *European Communities-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, Appellate Body Report, Adopted on 12 September 2005, paras. 194-199. Danae Azaria, *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures* 32 (Oxford University Press 2015).

② Mireille Cossy, *Energy Transport and Transit in WTO*, The Graduate Institute of International and Development Studies, Panel 3 Conference Paper for Global Challenges at the intersection of Trade, Energy and the Environment, 2009.

③ WTO, Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the WTO, WT/ACC/UKR/152, adopted on 25 January 2008.

④ Andrei A. Konoplyanik, *Russia-EU Summit: WTO, the Energy Charter Treaty and the Issue of Energy Transit*, 2 International Energy Law and Taxation Review 32 (2005).

⑤ Danae Azaria, *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures* 32 (Oxford University Press 2015).

⑥ WTO, Report of the Working Party on the Accession of Russian Federation to the WTO, WT/ACC/RUS/70, adopted on 17 November 2011.

（三）管道是否“运输工具”

GATT第5条第1款规定,其调整的是“货物、船舶及其他运输工具”的过境。有一种观点认为“其他运输工具”这个词指的是移动的交通工具。这种观点认为如果全部运输工具或者至少全程中的一部分运输工具没有移动,而是以一种固定设施来运输,例如电线、石油或天然气管道,那么这种运输就不是第5条第1款调整的对象。^①将管道运输的方式排除在外的观点主要是考虑到管道与其他运输方式的不同,尤其是管道的运力有限,且可能为私人所有。但是,管道的特点不足以成为将这种运输方式从第5条排除的理由。

第一,这一条的用语没有列举所有可能的运输工具,而只提到“船舶”和“其他运输工具”,唯一被明确排除的运输方式是航空器,这规定在第5条第7款中,排除航空器运输的原因是其过境由1944年《芝加哥公约》所调整。管道作为固定设施,其本身的确没有移动,但是其运输的货物在移动过境,属于广义上的过境运输。^②因此第5条用语本身并不支持将固定基础设施排除的解读方式。

第二,条文的目的往往是界定该条适用范围的基础,考虑到GATT第5条的历史来源以及它在GATT中独特的地位,可以单独考察GATT第5条本身的目的和宗旨。WTO上诉机构在“美国海虾海龟案”^③中已经使用过这种考察某一条的目的和宗旨的方法。^④GATT第5条的标题是“过境自由”,这一条的主要目的是确保货物通过WTO成员方领土过境的自由。管道也是可以满足货物过境的工具,“运输工具”这个词不是要将这个条款的适用范围限定在自身移动的运输工具,而是确保过境国不通过妨碍运输工具的移动来阻止过境。^⑤

第三,“运输工具”属于一般性术语,其含义可随时间推移而发展演进。在未来的案例中,专家小组和上诉机构有可能运用演进的解释方法以及系统的解释方

① Mireille Cossy, *Energy Trade and WTO Rules: Reflections on Sovereignty over Natural Resource, Export Restrictions and Freedom of Transit*, in *European Yearbook of International Economic Law* 286 (Springer 2012)

② Mireille Cossy, *Energy Trade and WTO Rules: Reflections on Sovereignty over Natural Resource, Export Restrictions and Freedom of Transit*, in *European Yearbook of International Economic Law* 286 (Springer 2012).

③ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, adopted on 12 October 1998, para.116.

④ Michael Lennard, *Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements*, 5 *Journal of International Economic Law* 17 (2002).

⑤ Danae Azaria, *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures* 31 (Oxford University Press 2015).

法,参考其他条约来解释“运输工具”这个一般性术语。上诉机构在“美国海虾海龟案”中为了寻求“可能用竭的自然资源”这个术语的现代化含义而参考了《联合国海洋法公约》《生物多样性公约》《卡塔纳赫生物安全议定书》。^①联合国国际法委员会认为使用《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)的恰当方法应该是,使那些范围足够广,且能反映对某一技术领域的普遍认识的条约在解释时有效。^②《能源宪章条约》的核心条款——第7条具备了上述资质,较好地反映了在能源过境这一技术领域的普遍认识。其第7条第10款(b)规定,“能源运输设施”包括高压输气管道、高压输电网格和线路、原油输送管道、煤浆管道、成品油管道和其他专门应对能源材料和产品的固定设施。这些都不是传统的运输工具或设施,但被《能源宪章条约》包含在内。这一定义可能为解释GATT第5条中的“运输工具”这一术语提供参考,这并不需要所有的WTO成员方都是《能源宪章条约》的缔约国。

综上,GATT第5条适用于管道天然气过境运输。2010年《世界贸易报告》以“自然资源的贸易”为主题^③,可见WTO可以为解决复杂的能源问题做出贡献。但是,为了将GATT第5条适用于管道天然气过境问题,仍需要进一步澄清和发展。第5条第2款确立了过境自由原则,是GATT第5条的核心,因此这一款是理解GATT第5条的重中之重。

二、GATT第5条第2款过境自由的内涵

(一)第5条第2款中“自由”的边界

GATT第5条虽名为“过境自由”,但在整个第5条的7款条文中,“自由”这个词只在第2款第一句中出现:“来自或前往其他缔约国领土的过境运输,有权按照最便于国际过境的路线通过每一缔约国的领土自由过境”。

在“哥伦比亚入境港案”中,专家小组认为第5条第2款第一句要求过境自由要扩展到所有过境运输,并对什么是过境自由进行了解释。专家小组依据巴拿马的观点将“自由”定义为不受限制地使用某事物,这种解释源自于新牛津英语词典

① United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, Appellate Body Report, adopted on 12 October 1998, paras. 130-131.

② Martti Koskenniemi (Study Group of the International Law Commission), Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, U.N. Doc. A/CN.4/L.872, 13, April 2006.

③ World Trade Organization, World Trade Report 2010: Trade in Natural Resources.

(2001)中这个词的一般定义。^①专家小组的这种解释采用了宽泛而自由的定义,认为任何对过境自由的限制都可能潜在地违反这个条款。按照专家小组的这种解释,可能得出部分禁止过境也侵犯过境自由的结论。但如此一来,第5条第3款和第5条第4款对不必要限制和不合理规则的禁止就没有了独立实施的空间,也就没有了存在的必要。^②依照《维也纳条约法公约》的解释规则,第5条第3款和第5条第4款属于第2款的“上下文”,对第2款的过境自由的解释要受到第5条第3款和第5条第4款的限制。第5条第3款禁止“不必要”的耽延或限制,第5条第4款则禁止对过境实施“不合理”的规制。因此,不应该认为对过境货物的任何限制都是对第5条第2款“过境自由”义务的违反,必要的、合理的条件或限制是可以允许的,这种条件和限制勾勒出第5条第2款的过境自由的边界与范围。这种解释看似与WTO专家小组在哥伦比亚入境港案中将过境自由解释为不受限制的过境相互矛盾,实际则不然。在这个案例中,“自由”是在特定的情境下使用的,专家小组的工作是要决定,哥伦比亚将转运作为限制入港规则的例外是否违反了第5条第2款。在用于这种较窄的用途时,“自由”的字典定义可能可以满足其解释的要求,但是这会使过境国缺乏规制的空间,因此需要辨别其是否适用于所有的情形。^③

(二)非歧视待遇

通常而言,国际法将准入和待遇问题进行分开规定,但GATT第5条并非如此。^④第5条第2款第一句通过建立过境自由实现准入,而第二句的非歧视待遇与第一句的过境自由紧密相关,补充并扩展了对货物的过境自由的保护,这两种义

^① *Colombia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, Panel Report, Adopted on 20 May 2009, para. 7.399.

^② GATT第5条第3款规定:“缔约国对通过其领土的过境运输,可以要求在适当的海关报关;但是,除了未遵守应适用的海关法令条例的以外,这种来自或前往其他缔约国领土的过境运输,不应受到不必要的耽延或限制,并应对它免征关税、过境税或有关过境的其他费用,但运输费用以及相当于因过境而支出的行政费用或提供服务成本的费用,不在此限。”GATT第5条第4款规定:“缔约国对来自或前往其他缔约国领土的过境运输所征收的费用及所实施的条例必须合理,并应考虑运输的各种情况。”

^③ Pogoretsky Vitaliy: *Freedom of Transit and the Principles of Effective Right and Economic Cooperation-Can Systemic Interpretation of GATT Article V Promote Energy Security and the Development of an International Gas Market?* 16 *Journal of International Economic Law* 323 (2013).

^④ Danae Azaria, *Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade*, 27 *Journal of Energy & Natural Resource Law* 571(2009).

务是同一条款的不同部分。^①专家小组认为,“第 5 条第 2 款要求确保来自所有成员方的货物得到同等水平的准入,并得以同等条件过境”。^②“准入”是指为了完成过境运输而进入的水平,而“过境的条件”可以被理解为待遇,这意味着第 5 条第 2 款要求同等水平的准入和同等待遇。^③

这是一个不典型的非歧视义务,概括地禁止基于货物来源或所有权的区别待遇,即不得以船舶的国籍、来源地、出发地、进入港、驶出港或目的港的不同,或者以有关货物、船舶或其他运输工具的所有权的任何情况,作为实施差别待遇的依据。之所以是不典型的,因为它与常见的 GATT 第 1 条第 1 款的最惠国待遇原则和 GATT 第 3 条的国民待遇原则的基本模式完全不同,这主要是由于第 5 条第 2 款第二句源自于 1921 年《巴塞罗那公约》。这一句所建立的非歧视标准是此处讨论的核心问题。“哥伦比亚入境港”案的专家小组认为第 5 条第 2 款将最惠国待遇义务扩展到过境货物,禁止基于货物的来源或者入境前的运行轨迹、货物的所有权、船舶或其他运输工具的所有权区别对待。^④

一般认为,WTO 法的非歧视待遇包括最惠国待遇原则和国民待遇原则。GATT 第 5 条第 2 款的非歧视待遇无疑包含最惠国待遇原则,但是否包含国民待遇,即是否禁止在过境国的进口运输、本地运输和过境运输之间存在歧视待遇仍有不同观点。一种观点认为该条只规定了最惠国待遇义务,而没有包括国民待遇义务,换言之,基于过境和非过境运输的区别待遇是允许的。^⑤还有一种观点认为该条包含了一定的国民待遇的要素,但并没有要求要像对待本国进口来的、从本国出口的货物那样对待过境货物,也没有要求像对待在国内市场运输的货物那样对待过境货物,主要禁止的是对本国所有的货物或运输工具的过境给予特定优惠

① *Colombia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, Panel Report, Adopted on 20 May 2009, para. 7.397.

② *Colombia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, Panel Report, Adopted on 20 May 2009, para. 7.402.

③ Danae Azaria, *Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade*, 27 *Journal of Energy & Natural Resource Law* 572 (2009).

④ *Colombia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, Panel Report, Adopted on 20 May 2009, para. 7.428.

⑤ Raj Bhala, *Modern GATT Law* 472 (Thomson Sweet & Maxwell 2005); quoted in Lothar Ehring & Yulia Selivanova, *Energy Transit* in Yulia Selivanova, *Regulation of Energy in International Trade Law: WTO, NAFTA and Energy Charter* 65 (Kluwer Law International 2011).

待遇。^①

本文支持第二种观点,应注意到GATT第5条的要求已经超越了单纯的最惠国待遇。过境自由并不会因为没有完全的国民待遇而失去保障,因为如果歧视是发生在过境货物和国内运输的货物之间,尤其是这种歧视达到明显程度时,仍然可以援引第5条第4款和第5条第3款。^②这些条款要求过境费用、规则、手续要合理,并禁止不必要的限制。假如一个过境国可合法地只将运力分配给本地来源的天然气或者只分配给国内运输,过境天然气就无法准入,那么过境国就逃避了第5条义务,使得这一条在用于管道过境时完全失效,促进过境自由的目的和宗旨将完全落空。^③因此,这一句包括了最惠国待遇和一定的国民待遇要素,这里的国民待遇要素指禁止对本国所有的货物或运输工具给予特殊的优惠待遇。

三、第2款的过境自由适用于管道天然气过境的困境

(一)是否包括建设或允许建设新的过境管道的义务

“有权按照最便于国际过境的路线通过”是第5条第2款^④第一句中最引人注目的规定。到底何为“最便于国际过境的路线”?从这一用语本身来看,第5条第2款采用了“最便于国际过境”,而没有采用“最便于过境国”或“最便于过境依赖国”这样的术语,这可能表明方便与否是从过境运营的角度,而非某个国家的角度来衡量。^⑤但WTO秘书处对第5条的注释认为,“按照最便于国际过境的路线通过每一缔约国的领土自由过境”是对过境自由的重要限制,即保障过境自由的义务并不实施到所有路线。^⑥该注释表明了由过境国决定路线的立场。那么,在缺乏管道过境设施的情况下,GATT第5条的“有权按照最便于国际过境的路线通

^① Vitaliy Pogoretskyy, *Freedom of Transit and Access to Gas Pipeline Network under WTO Law* 150 (Cambridge University Press 2017).

^② Lothar Ehring & Yulia Selivanova, *Energy Transit in Regulation of Energy in International Trade Law: WTO, NAFTA and Energy Charter* 61 (Yulia Selivanova ed., 2011).

^③ Vitaliy Pogoretskyy, *Freedom of Transit and Access to Gas Pipeline Network under WTO Law* 151 (Cambridge University Press 2017).

^④ GATT第5条第2款规定:“来自或前往其他缔约国领土的过境运输,有权按照最便于国际过境的路线通过每一缔约国的领土自由过境。不得以船舶的国籍、来源地、出发地、进入港、驶出港或目的港的不同,或者以有关货物、船舶或其他运输工具的所有权的任何情况,作为实施差别待遇的依据。”

^⑤ Cherise Valles, *Article V Freedom of Transit*, in *WTO-Trade in Goods* 183, (Rüdiger Wolfrum & Peter Tobias Stoll & Holger P. Hestermeyer eds., 2011).

^⑥ Negotiating Group on Trade Facilitation, *Art.V of GATT 1994-Scope and Application*, Note by the Secretariat, TN/TF/W/2, 12 January 2005, para. 17.

过”是否意味着过境国有为便于国际过境而建设或允许建设管道的义务?

有观点认为构建管道是一个高度政治化的话题,在一个国家的领土上建设公路、铁路、水道或管道的决定通常属于一国的主权,一国在这些项目上的自由不应受到国际承诺的限制。GATT第5条的条款中没有明显的、要求成员方扩大已有运力或允许构建设施的规定。这种观点还认为即使GATT第5条包含了这种义务,在实践中也不可能在未得到过境国同意和支持的情况下发生。管道的建设意味着对过境国领土的永久占据,因此依照投资法,建设管道的前提是有特定的条约赋予外国投资者市场准入,或者投资者获得了修建管道的特别许可。^①所以这种观点认为修建管道的义务并不是调整过境问题的GATT第5条所能解决的。能源宪章秘书处也认为“GATT并不涵盖缺乏过境设施或没有空闲运力的情形”。^②本文并不赞成这种观点。

首先,比较GATT第5条第2款和《巴塞罗那公约》。《巴塞罗那公约》第2条第1款规定,“缔约国依其主权或权力规制或促进从其领土过境的运输应便利于通过正在使用中的国际过境的线路过境”。而GATT第5条第2款舍弃了“使用中”,这可能意味着GATT第5条的适用不限于已有的路线,可能包括建设新的天然气管道或电线。^③

其次,依据《维也纳条约法公约》第31条第1款,条约的解释应当参考其目的和宗旨。GATT第5条的宗旨如其标题,应当是促进“过境自由”,而没有设施是不可能实现过境自由的。如果GATT并不涵盖缺乏过境设施或没有空闲运力的情形,或在没有设施的情况下,过境国没有任何促进过境的义务,可以任意拒绝新设施的修建,这就违背了该条的目的和宗旨。

再次,著名国际法学家劳特派特在其关于过境问题的论文《国际法中的过境自由》中认为,当外界情形使得主张过境权显得合理的时候,过境自由的法律权利就因此情形而产生,它独立于条约存在。^④既然没有像第7款排除航空运输那样,

① Wäde Thomas W., *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, 277 *Common Market Law Review* (1996).

② Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents*, Guide to the Energy Charter Treaty, 11.

③ Marhta M. Roggenkamp, *Implications of GATT and EEC on Network Bound Energy Trade in Europe*, 12 *Journal of Energy and Natural Resource Law* 72-73 (1994).

④ Elihu Lauterpacht, *Freedom of Transit in International Law*, in *Transactions of the Grotius Society, Problems of Public and Private International Law* 325 (Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law 1958).

特别排除这种过境自由权适用于管道运输的情形,我们就不能对缺乏过境设施或没有空闲运力的情形视而不见。因为缺乏过境设施或没有空闲运力恰恰是在管道运输语境中,外界情形要求主张过境权的时候。

最后,《贸易便利化协定》属于《维也纳条约法公约》第31条第3款(a)意义上的GATT1994的嗣后协定,在解释GATT的规定时应将其与上下文一并考虑。《贸易便利化协定》针对成员方面面临过境技术困难的情形做出了规定,其第11条第5款含有一个“最大努力条款”：“鼓励各成员在可行的情况下为过境运输提供实际分开的基础设施(如通道、泊位及类似设施)”。这种“尽最大努力”的义务要求成员方应该履行这种义务,但是只需在可行范围内尽量执行。^①过境国对缺乏过境设施或没有空闲运力的情形视而不见显然违反了“尽最大努力义务”。该义务强调可行性,不意味着强迫过境国修建新设施,但在有建设需求,也有投资者愿意承担此工程的投资,又不对过境国的安全等利益形成威胁时,过境国如果反对该项目,显然将违反这一义务。

(二)是否包括对管道的强制第三方准入权

前述对GATT第5条第2款第二句非歧视待遇范围的剖析,证明第5条第2款同时规定了准入和待遇问题,该待遇包括最惠国待遇和一定的国民待遇要素。但是将其适用到管道运输,就创造了一个允许在非歧视的基础上进入管道的义务——同等水平的准入。在管道能源运输领域,在有兴趣准入的主体之间分配运力意味着管道的第三方准入权(Third Party Access,简称“TPA”)^②。第三方准入权是指在管道有多余运力时允许其他方使用管道运力。举例来说,假如欧盟和土库曼斯坦缔结一个天然气采购协定,天然气将通过管道网络穿越俄罗斯领土由土库曼斯坦运输到欧盟。欧盟也从俄罗斯购买天然气,且在欧盟和俄罗斯之间已经有成熟的输气管道。那么,对欧盟而言,其既可以从土库曼斯坦进口天然气,也可以从俄罗斯进口天然气,这种多元化的来源可以更好地确保其能源安全。对土库曼斯坦来说,它是一个内陆国,通过欧盟和俄罗斯的管道运输天然气比新修建一条管道成本要低。在这种情形下,对欧盟和土库曼斯坦而言,最好的选择是俄罗斯赋予土库曼斯坦的天然气进入管道的许可,给土库曼斯坦天然气提供一个特定容量。

但在实践中,管道建设投资非常大,一旦修建管道,回收投资的任务紧迫,不

^① 漆彤:《多哈回合之〈贸易便利化协定〉探析》,《国际经济法学刊》2014年第4期,第174页。

^② K. Talus & A. de Hauteclocque, *Third Party Access: A Comparative Study on Access Regimes in EU Electricity Grids and Natural Gas Pipelines*, 3 Oil, Gas & Energy Law (OGEL) (2011), <http://www.ogel.org/article.asp?key=3128>, visited on 17 March 2018.

可能在有充分气量可以运输的情况下使管道闲置。由于投资成本高,在有足够天然气可供开发的情况下,进口国通常会与出口国约定好,如果没有出口气量承诺,就没有管道的投资。因此管道一般是专门为某一块天然气田修建,或者是服务于一个长期的天然气买卖合同安排,一味要求平等地进入管道的权利可能构成对之前购买合同的违约。同时,管道投资通常是通过天然气进口和销售来回收的,即使有多余运力,非歧视原则也不能不考虑在建造管道时不同主体在投资贡献上的区别。过境国很难确保在其领土内的不同的天然气运输在待遇上没有区别。

一些国家在其竞争法中规定了第三方准入权。例如,澳大利亚的《国家天然气法》作为其2008年《国家天然气法案》的附件,是对整个澳大利亚领土上所有天然气管道实施TPA的统一联邦立法。^①该法建立了第三方获得已有管道准入权的程序。^②此外,欧盟也在电线和天然气管道领域建立起了成熟的TPA制度。^③但是,WTO是否可以调整竞争法问题,学术界仍有争论。^④GATT第5条第2款是否已经规定了强制的TPA也是不确定的。

四、GATT第5条第2款适用于管道天然气过境运输困境之解决

(一) 缔约承诺

以上论证可以支持GATT第5条第2款可以适用于管道运输天然气过境的结

① See National Third Party Access Regime , Competition and Consumer Act 2010, Part III A; National Competition Council “Access to Monopoly Infrastructure in Australia”, http://www.ncc.gov.au/images/uploads/Access_to_Monopoly_Infrastructure_in_Australia.pdf, visited on 4 March 2018; quoted in B. Kurmanov, *Transit of Energy Resources Under GATT Article V*, (provisional) Transnational Dispute Management 26 (2013).

② See National Third Party Access Regime , Competition and Consumer Act 2010, Part III A; National Competition Council “Access to Monopoly Infrastructure in Australia”, available at http://www.ncc.gov.au/images/uploads/Access_to_Monopoly_Infrastructure_in_Australia.pdf, visited on 4 March 2018; quoted in B. Kurmanov, *Transit of Energy Resources Under GATT Article V*, (provisional) Transnational Dispute Management 26 (2013).

③ K. Talus and A. de Hauteclocque, *Third Party Access: A Comparative Study on Access Regimes in EU Electricity Grids and Natural Gas Pipelines* 3 Oil, Gas & Energy Law (2011), www.ogel.org/article.asp?key=3128, visited on 4 March 2018.

④ See Fiona Marshall, Competition Regulation and Policy at the World Trade Organization (Cameron May Pub., 2010); David J. Gerber, *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship* 10(3) Journal of International Economic Law 707, quoted in B. Kurmanov, *Transit of Energy Resources Under GATT Article V*, (provisional) Transnational Dispute Management 27 (2013).

论。这样一来,就面临一种困境:一方面,GATT第5条第2款的过境自由条款并未要求过境国在缺乏管道过境设施时,承担建设额外设施的义务,而且,由于管道的建设涉及投资法,即便有投资者愿意投资修建管道,也不能仅依据GATT第5条第2款修建过境管道,而且GATT第5条第2款也没有规定强制的TPA。另一方面,依据上段分析,必须意识到GATT第5条第2款建立了实体上的过境自由,这种过境自由在管道运输天然气过境的领域必须要有实际意义,这是一种可以主张的权利,过境国不能任意拒绝。但是,如果过境依赖国没有获得过境国的允许,与过境国签署协定,过境自由的权利就无法实现。因此GATT第5条第2款赋予过境国的是一个必须通过缔结其他协定才能实现的权利。那么,这种权利的意义是什么?事实上,这种模糊性并不只存在于GATT第5条第2款中,几乎所有过境条约和许多环境法领域调整资源共享问题的公约都存在这个问题。对于GATT第5条第2款所规定的权利的性质,本文认为,这应该是一种可以要求缔结执行协定的权利,即“缔约承诺”(pactum de contrahendo)^①。

“缔约承诺”是双方之间的一个约定,这个约定创设了一个未来就某个事项缔结协定的约束义务。^②国家负有义务有所作为,使谈判具有意义,而不是沦为各方固执己见、不愿考虑对方立场以作出任何调整的情形。依该原则,国家要在合作中善意地做出有法律意义的努力,达成产生国际法规范的协议。虽然学者们对于这样一个协议具体创造了什么样的义务并不能达成一致的观点,但可以确定的是,缔约承诺约束双方在未来就协议中所列的事项达成一个具体的法律规则(即条约)。^③缔约承诺的义务必须得到善意地履行,拒绝达成协议或者不合理地延迟构成对国际法的违反,协议的其他方可以要求其承担国际责任,包括履行该协

① Elihu Lauterpacht, *Freedom of Transit in International Law*, in Transactions of the Grotius Society, Problems of Public and Private International Law 347 (Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law 1958).

② Owada Hisashi, *Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), para. 3, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rskey=MjtMMt&result=1&prd=EPIL>, visited on 1 March 2018.

③ Owada Hisashi, *Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), para. 3, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rskey=MjtMMt&result=1&prd=EPIL>, visited on 1 March 2018.

议。^①“缔约承诺”必须要和“预约谈判义务”(pactum de negotiando)^②区分开,预约谈判义务是两个或更多主体有义务为了缔结一个协定而谈判,但不承诺谈判一定会达成协定。^③缔约承诺是一个关于结果的义务,相同的例子在国际法中并不难找到。例如,在1878年的《柏林协定》中,塞尔维亚同意取代土耳其来履行其与奥地利—匈牙利关于铁路建设和运营的承诺,该条约第38条规定,“解决这些问题所必须的协定将在本协定签字后立即缔结”。^④

另外,1982年签署的《联合国海洋法公约》第125条(出入海洋的权利和过境自由)第2款规定,“行使过境自由的条件和方式,应由内陆国和有关过境国通过双边、分区域或区域协定予以议定”。同一条的第1款已经规定:“为行使本公约所规定的各项权利,包括行使与公海自由和人类共同继承财产有关的权利的目的,内陆国应有权出入海洋。为此目的,内陆国应享有利用一切运输工具通过过境国领土的过境自由。”可以看出,第1款已经规定了内陆国的过境自由,这已经满足劳特派特所说的主张过境权的条件。^⑤这是一个关于结果的义务,即内陆国有权出入海洋。第2款建立了一个缔约承诺,确立了保障实现结果的方式,即相关国家承诺缔结关于内陆国过境的区域、次区域或双边协定。一旦没有缔结这种

① Owada Hisashi, Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), para.4, available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rskey=MjtMMt&result=1&prd=EPIL>, visited on 1 March 2018.

② 调整各类活动并对缔约国施加了进行协商或谈判的义务的条约条款的例证非常多,例如1957年《欧洲原子能条约》第34条、第41条和第43条、1968年《非洲自然和自然资源保护公约》、1974年《北欧环境保护公约》第11条、1974年联合国环境规划署《关于保护波罗的海海洋环境的赫尔辛基公约》第12条、1979年《长程越界空气污染公约》第5条、1991年欧洲经济委员会《跨境环境影响评价公约》第5条、1992年《生物多样性公约》第17条。参见[英]欧文·麦克因泰里:《国际法视野下国际水道的环境保护》,秦天宝译,知识产权出版社2014年版,第393页。

③ 参见古祖雪:《国际造法:基本原则及其对国际法的意义》,《中国社会科学》2012年第2期,第136页。

④ Hertslet's Commercial Treaties, Vol. XIV, 1174, quoted in Elihu Lauterpacht, *Freedom of Transit in International Law*, in Transactions of the Grotius Society, Problems of Public and Private International Law 348 (Cambridge University Press on Behalf of the British Institute of International and Comparative Law 1958).

⑤ Elihu Lauterpacht, *Freedom of Transit in International Law*, in Transactions of the Grotius Society, Problems of Public and Private International Law 325 (Cambridge University Press on Behalf of the British Institute of International and Comparative Law 1958).

协定,就会违反缔约承诺,并因此违反第125条第1款的过境自由。

至于一个协议到底包含的是谈判义务,还是缔约义务,这并不是由该协议的形式或名称决定的。通常,一个缔约承诺或预约谈判义务是一个多边条约或双边条约中的一部分,有时也表现为一个单独的法律文件。判断一个义务是关于谈判的义务还是关于结果的义务取决于内容。^①各方或者通过明确表述,或者可以从其达成的协定中明确推断出有受谈判或缔结协定的义务约束的意愿。协定中的措辞越模糊或含混,其条款被解释为产生具体法律义务的可能性就越小。^②

具体到过境自由,一方面,过境自由条款的条件和形式可能需要缔结执行协定,另一方面,过境自由独立于过境国的意志存在,这实际明确表明过境自由是一种存在于国际法的权利。国际协定规定过境的条件,如果国家满足这些条件,过境国就不能阻止过境自由的实施。^③

即使过境权并不存在于习惯国际法中,GATT第5条第2款第一句也已经规定了过境自由的义务。根据《维也纳条约法公约》第31条的规定,条约应依其用语按其上下文并参考条约之目的及宗旨善意解释。在实践中,一个义务越具体,越有结果导向,在国际法中就越可能得到执行。GATT第5条第2款第1句和第2句的用语非常具体,“有权……自由过境”、“不得……作为实施差别待遇的依据”。第2句要求一个明确的结果,即过境自由,这些用语的结果导向非常明显。而GATT第5条的目的和宗旨——促进和保障过境自由也支持GATT第5条的过境自由是关于结果的义务。GATT第5条第2款的协议要求WTO成员在那些没有明确在条款中规定,却又对WTO过境义务的执行至关重要的过境技术细节问题善意合作,必要的时候要缔结执行协定。^④

综上所述,本文认为GATT第5条过境自由的规定并没有直接要求过境国承

① Owada Hisashi, *Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), para. 15, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rskey=MjtMMt&result=1&prd=EPIIL>, visited on 1 March 2018.

② Owada Hisashi, *Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), para. 9, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rskey=MjtMMt&result=1&prd=EPIIL>, visited on 1 March 2018.

③ Beatriz Huarte Melgar, *The Transit of Goods in Public International Law* 197 (Koninklijke Brill NV 2015).

④ Vitaliy Pogoretsky, *Freedom of Transit and Access to Gas Pipeline Network under WTO Law* 78 (Cambridge University Press 2017).

担建设新管道或允许建设新管道的义务,也没有要求强制的TPA,但第5条第2款的过境自由仍然必须要得以实现。然而考虑到执行、司法手段的限制,有过境要求的国家没有办法强迫过境国开放其线路,因此过境国的同意仍然至关重要。但是同时,过境国又有必须同意的法律义务,拒绝协商或者通过设置实质上更为苛刻的条件来阻挠协商,等同于违反法律义务。只要谈判的协定中的细节不与过境自由相抵触,过境国还是有一定的自由裁量权。因此,WTO成员方可以在本地天然气生产者和销售者出资修建的管道有额外运力的情况下,缔结允许第三方准入的协定来实现过境自由;如果现有设施不能满足过境需求,又有投资方愿意承担此工程的投资,缔约承诺要求过境国与过境依赖国善意谈判,在没有合法例外的情形出现时,批准沿着相同或相似的路线建设另一条管道,达成不使第5条建立的过境自由落空的协定。拒绝谈判或者没有善意谈判、在无合法例外时没能达成协定,都可以视为违反GATT第5条。

(二)透明度原则

GATT第5条第2款的非歧视原则一方面要求同等水平进入管道,另一方面又没有规定强制的第三方准入,但是GATT第5条的非歧视原则又不能在能源管道运输中彻底失效,过境国不能任意拒绝天然气通过管道从其领土过境。援引一般法律原则或许可以解决这种困境。

依据《维也纳条约法公约》第31条第3款(c),应与上下文一并考虑的还可以包括适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。这里的“有关国际法规则”指的是《国际法院规约》第38条第1款所列的国际法渊源,包括条约、国际习惯、一般法律原则、司法判例及学说等。^①依据这一款,对条约术语的解释可以依照适用于当事方之间的任何相关国际法规则,这些规则不需要与被解释的协定之间有特定关系。在《维也纳条约法公约》第31条其他解释方法不足以解决第5条第2款第一句的非歧视原则适用于固定设施过境运输运力不足的问题时,可以依据《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)援引透明度原则。

透明度原则在国际法中扮演着重要的角色,如果协定的谈判、制度的设立或争端的解决缺乏透明度,则会被认为是非法的,至少是不民主的。^②透明度原则的

① 《国际法院规约》第38条第1款规定:法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(1)不论普通或特别国际协议,确立诉讼当事国明白承认之规条者;(2)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。(3)一般法律原则为文明各国所承认者;(4)在第59条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。

② 张潇剑:《WTO透明度原则研究》,《清华法学》2007年第3期,第131页。

重要性可以与最惠国待遇原则、国民待遇原则相提并论,但其含义在学术界并不明确,有学者认为透明度原则是“一种制度,它包含了若干程序,供应商、合同相对方(甚至广大公众)经由这些程序可以确信,政府的商业行为是以公正、公开的方式从事的”。^①这一概念包含了公正的要求,即政府有义务提供无偏见和非歧视的待遇。在国际贸易法框架下,WTO的透明度原则包含三个层面的要求。第一,涉及贸易政策的法律、法规可以公开获得;第二,程序公平(行政决定遵照规则程序,相对稳定和公开);第三,对行政性决定拥有独立和公正的审查体系。^②透明度原则的设立意在为国际贸易营造一个公开、透明的法律和政策环境,减少乃至消除该组织以及国际贸易体制运行中的不确定性,进而推动国际贸易的进一步自由化,而这本身也是WTO协定缔结的目的之一。学者们通常认为透明度原则在GATT中具体体现在第10条(贸易法规的公布与实施)。事实上,透明度原则渗透于整个WTO法律体系。^③除第10条所规定的贸易法规的公布之外,程序的公平、公正更是透明度原则的应有之义。

将透明度原则作为一般法律原则引入第5条第2款的解释中,就可以发现,将“哥伦比亚入境港案”专家小组的结论适用于管道天然气运输问题的方法可以是,将“同等水平的准入”解释为要求过境国建立一个允许货物的所有者同样的、进入设施的可能性的程序,也就是说可以确保机会平等。^④WTO成员方必须建立公平的程序,想方设法分配稀缺的运力,使各方都有同样水平的进入设施的可能性,在拒绝准入的情况下必须要给出合理的解释,否则即为违反GATT第5条。反之,在机会平等的程序中,即使过境依赖国的天然气没有获得准入,也并不违反GATT第5条。过境自由和经济主权保护的是不同的合法价值,在面对这些合法价值之间的冲突时,这种解释方法更为尊重东道国的经济主权,为东道国规制过境留出更大的空间。

综上所述,这种解释方法将第5条第2款的非歧视的过境自由解释为一种机

① Steven L. Schooner, *Desiderata, Objectives for a System of Government Contract Law*, 11 *Procurement* 103,105(2002).

② Sarah Biddulph, *Through a Glass Darkly: China, Transparency and the WTO*, 3 *Australian Journal of Asian Law* 59 (2001)。转引自胡家祥、彭德雷:《WTO贸易政策的透明度要求:法律原则与中国实践》,《时代法学》2012年第1期,第100页。

③ 胡家祥、彭德雷:《WTO贸易政策的透明度要求:法律原则与中国实践》,《时代法学》2012年第1期,第104页。

④ Danae Azaria, *Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade*, 27 *Journal of Energy & Natural Resource Law* 572 (2009).

会上的平等,与上文“缔约承诺”一节中的,必须通过谈判达成不使第5条建立的过境自由落空的协定的解释完全不同。“缔约承诺”包含新建管道的可能性,而新建管道的路线并不一定和原有管道完全相同,因此并不是实现了“同等水平的准入”。如果要专家小组的“同等水平的准入”运用于管道天然气过境的情境中,只能基于透明度原则将其解释为同样的可能性。但是,“缔约承诺”的解释对过境国保护过境自由提出更高的要求,对我国这样的过境依赖国而言更加有利,在实践中可以依据所处情形做出选择。

五、结语

随着各国对环境保护的日益重视,天然气消费日益增长。天然气的产地和消费地一般都距离较远,加之天然气的物理特征决定了其运输在多数情况下需要过境,且具有管道网络依赖性。我国目前以及未来的天然气进口可能都主要依赖中亚及俄罗斯。中国—中亚管道的出口国以及过境国都是《能源宪章条约》的成员国,但我国没有加入《能源宪章条约》。不过,俄罗斯、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦都已经加入WTO,因此WTO是我国在管道能源过境问题上唯一可以依赖的、有约束力的多边平台。WTO中适合保护过境自由的机制是GATT1994,其第5条名为“过境自由”。这一条的初衷并不是规制管道能源过境问题,但具有对管道能源过境的可适用性。GATT第5条第2款是GATT第5条的核心,这一条首先确立了过境自由权,又通过非歧视义务加强了过境自由权。但是将这一款适用于管道天然气过境会产生过境国是否有义务新建管道,以及是否有义务允许其他方使用管道运力(第三方准入)的问题。第5条第2款的过境自由的规定并不直接要求过境国承担建设新管道或允许建设新管道的义务,而是一种缔约承诺,这种缔约承诺要求在有投资者愿意承担修建管道的投资时,过境国不得随意拒绝,要与过境依赖国善意地谈判,而且要达成过境自由的谈判结果。在管道天然气过境的情境中很难实现第三方准入权,GATT也没有规定这么深远的义务。因此第5条第2款的非歧视义务也可以理解为要求过境国建立允许天然气的销售方或托运人同等地进入设施的可能性。由于短期内不太可能在WTO或其他国际组织中出现一个为能源管道过境量身定制的、有强制约束力的多边规则,反而增加了现有的WTO协定在未来的管道能源过境争端中发挥作用的可能性。GATT第5条有望成为国际能源过境争端解决中的关键条款。《贸易便利化协定》在各国的实施、《能源宪章条约》的修订,以及未来有可能出现的与GATT第5条相关的案例,都将对GATT第5条第2款的解释产生影响,应予以持续关注。

The Application of GATT Article V (2) to the Freedom of Transit for International Gas Pipeline

Abstract: Energy cooperation is the top priority of the “Belt and Road Initiative”. There are many countries involved in pipeline natural gas transit. The regulation effect of bilateral agreements is not ideal, but there is no binding multilateral mechanism for energy issues between China and its energy partners on the “Silk Road Economic Belt”. “in GATT Article V” has the advantage of adjusting the transit issue of energy pipelines. Article V (2) establishes freedom of transit and establishes the principle of non-discrimination to guarantee the realization of transit freedom. The application of this obligation to the pipeline gas transit means that it is possible to allow other countries to build new pipelines in the territory of the transit country, or allow other natural gas shippers to access to existing pipelines, which is called “third-party access right”. GATT Article V (2) does not directly stipulate the obligations above, but the “freedom of transit” in Article V (2) should be construed as a *pactum de contrahendo* to reach further agreement. Interpretation of non-discrimination principle in Article V (2) with the principle of transparency can also be interpreted as the possibility of an equal entry into the pipeline.

Key words: freedom of transit; Article V of GATT 1994; pipeline natural gas transport; third-party access

(责任编辑:漆 彤)