

# WTO机制下欧盟碳边境调节机制 合法性研究

龙美玲

华东政法大学, 国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年6月27日; 录用日期: 2022年9月6日; 发布日期: 2022年9月13日

## 摘要

气候变化时代, 气候与贸易结合越来越密切。多边的应对气候变化协议效果有限, 不少国家采取单边的气候应对措施。而这些单边气候措施不可避免的涉及到贸易领域, 实际上具有气候加贸易措施的双重属性。欧盟于2021年推出的碳边境调节机制就是气候贸易措施的典型代表, 作为一项单边的贸易措施, 必须要符合WTO现有的机制。通过对碳边境调节机制的法律性质界定, 其与WTO一般例外条款兼容性分析, 可以得出该机制将很可能违反WTO的国民待遇规则, 并且很难通过一般例外条款取得豁免的结论。尽管欧盟将面对WTO现有机制的挑战, 但是气候贸易时代正面临着贸易游戏规则的革新, 这对于欧盟来说更是一次掌握规则制定权的机遇。

## 关键词

CBAM, WTO规则, 气候贸易措施, 一般例外条款

## A Study on the Legality of EU Carbon Border Adjustment Mechanism under WTO Mechanism

Meiling Long

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 27<sup>th</sup>, 2022; accepted: Sep. 6<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 13<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

In the era of climate change, climate and trade are increasingly integrated. Multilateral agree-

ments on climate change have limited effect, and many countries have adopted unilateral climate response measures. These unilateral climate measures inevitably involve trade, and in fact have the dual attributes of climate and trade measures. The carbon border adjustment mechanism launched by the EU in 2021 is a typical representative of climate trade measures. As a unilateral trade measure, it must comply with the existing WTO mechanism. By defining the legal nature of the carbon border adjustment mechanism and analyzing its compatibility with the WTO general exceptions, it can be concluded that the mechanism will likely violate the WTO's national treatment rules, and it is difficult to obtain exemptions through the general exceptions. Although the EU will face the challenge of the existing WTO mechanism, the climate trade era is facing the reform of the rules of the trade game, which is an opportunity for the EU to master the rule-making power.

## Keywords

CBAM, The WTO Rules, Climate Trade Measures, General Exception Clause

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

21 年欧盟提出了设立碳边境调节机制(Carbon Border Adjustment Mechanism, 以下简称“CBAM”),一石激起千层浪。根据欧盟发布的提案, 欧盟将对与其贸易往来密切的但是并没参与欧盟的碳排放交易体系(以下简称“ETS”)的国家的特定领域的进口商品征收碳排放费用。本质上, 欧盟此举就是对进口的国外产品加税, 实现所谓的碳成本的“公平”。虽然欧盟官方的理由是应对“碳泄露”<sup>1</sup>问题的气候措施, 将其定义为《绿色计划》的一部分, 但是从目前流出的具体设计议案来看将会对欧盟的贸易伙伴的贸易竞争力产生直接的影响。可以说实际上 CBAM 具有气候措施与贸易措施的双重属性, 甚至某些方面带有限制贸易的属性。而现有的 WTO 多边贸易体制下并非禁止成员方采取单边的贸易措施, 但是成员方的措施必须符合 WTO 的规则尤其是不能对自由贸易构成限制。因此必须讨论 CBAM 在 WTO 框架下的合法性问题。

## 2. CBAM 概述

(一) 欧盟推出 CBAM 的立法动因

1) 推动碳减排

根据欧盟委员会 19 年的《欧洲绿色协议》<sup>2</sup>, 欧盟承诺到 2050 年在欧洲实现“碳中和”, 使欧洲成为第一个气候中立的大陆。<sup>3</sup>2020 年 9 月, 欧盟委员会提出了其最新的减排目标, 即在 2030 年实现温室气体净排放量较 1990 年至少减少 55%。为落实这一减排目标, 欧委会发布了一揽子的气候方面相关提案, 这其中包括了碳边界调节机制(CBAM)。从实现减排目的和政策的连续性上来说, CBAM 作为一项碳减

<sup>1</sup>碳泄露漏指一个国家实施较为严格的碳减排政策, 导致该国国内相关产品的生产转移到其他未采取碳减排措施的国家, 碳减排严格国家减少的碳排放, 将会被非减排国家在高于前者碳排放基准上的排放而补偿, 由此导致全球碳排放总量增加。

<sup>2</sup>Communication from the Commission of 11 December 2019 on The European Green Deal (COM(2019) 640 final, p. 4.

<sup>3</sup>European Commission, “The European Green Deal, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions,” Brussels, 11 December 2019, COM (2019) 640 final, p. 2.

排的气候政策具有一定的合理性。

## 2) 防止碳泄露

欧盟官方强调推出 CBAM 的根本原因是防止“碳泄露”问题。欧盟相关的报告指出,由于欧盟执行严格的碳排放政策,一方面导致欧盟内部的企业转移到那些排放政策更宽松的国家去生产(产业外移),另一方面导致低含碳量的欧盟产品被高碳含量的进口产品所替代(市场份额损失)。这种情况下,虽然欧盟的碳排放减少了,但是减排的碳都“泄露”到其他国家去。不但全球的减排目的落空,客观上造成欧盟为其减排不公平的负担成本[1]。

然而欧盟的这一理由,遭到了广泛的质疑:是否存在如欧盟所说的严重的碳泄露问题。在 UNFCCC 及其《京都议定书》体系下<sup>4</sup>,仅有部分发达国家承担强制性的减排义务,中国等广大的发展中国家本身并未承担严格的强制减排义务,从而导致了各国间“非对称性”减排政策[2]。这种规定必然导致碳泄露发生,甚至出现发展中国家成为“污染避难所”。然而 2016 年的《巴黎气候协定》确立了“国家自主贡献”原则,UNFCCC 的所有缔约方均可以根据本国的国情做出相应的减排承诺。在这一原则下,非对称减排措施引发碳泄露的问题被弱化,更多的是关注由非减排措施所引发的碳泄露。实际上国际贸易中受诸多因素的影响,很难明确单一的导致碳泄露的原因。

## (二) CBAM 的法律性质

如上文提到的 CBAM 本质上是一种征税手段,但是对于其法律性质一直存在着争议。目前来看主流观点有两种:一部分学者主张 CBAM 本质上就是关税措施;另一部分学者主张 CBAM 属于边境调节税。

### 1) 不符合关税要素

首先 CBAM 不属于一种关税措施。关税作为一种国家税收,一般由特定的国家机关——海关依法进行征收,对象为特定的进出国境的货物以及物品[3]。CBAM 所针对的对象虽然也是进口的商品,但是征税机关并非海关,而是由欧盟的各成员国自己确定的主管机关。除此外,从《草案》看成员国的 CBAM 主管机关也不是直接对进口商品征税,而是通过出售 CBAM 电子证书,并且不是在产品进口环节逐笔征收,而是按年度进行结算。以上可以看出 CBAM 并不符合关税征收的通常要素,因此不能将其归类为关税。

### 2) 边境税收调整的适格性

边境税调整问题一直广受争议,GATT 缔约国为此成立了工作小组,在 1970 年 12 月发布了《边境税调整工作组报告》[4]。根据该报告,目的地原则是边境税收调整制度的基础。在国际贸易中,进口国可以对进口产品征收等同于国内相似产品的税收。这保证进口产品与国内产品承担相同的税收成本,实质上是一种国内税调整措施。这种征税是符合 WTO 的规则,根据 GATT 第 2.2(a)款的有关规定,进口国可以对同类进口产品或者用于制造生产该进口产品的全部或者部分产品征收国内税或者是其他国内费用。适用这一条的限制条件是,征收国内税或者是其他国内费用必须符合第 3.2 条。而 3.2 条是关于国民待遇的规定,由此可见 GATT 允许成员国在不违背国民待遇的基础上对进口产品实施国内税的边境调整。但是问题的关键在于,GATT 没有明确说明何种国内税可以进行边境税的调整。

根据《报告》的有关规定,增值税、消费税等直接对产品征税的税种可以适用边境税收调整。这种税负的特点在于直接对产品征收,可以通过流通而将税负直接转嫁给最终的消费者。显然 CBAM 并不符合以上特点,在 CBAM 下并没有将税负最终直接转嫁给消费者,因此 CBAM 不属于直接对产品征税,其在特点上更有可能归于不直接对产品的征税。然而不直接对产品的征税有包含了具体的两种情形,需要做进一步的判断。

<sup>4</sup>《京都议定书》规定第一承诺期(2008~2012 年)的减排目标只针对发达国家 and 经济转轨国家(即附件 1 国家),非附件 1 国家尚未承担具体的减排义务。

首先 CBAM 是对进口产品含碳量进行征税，而不是最终所得和财产，所以排除直接税的可能。其次关于对产品的间接征税的定义，GATT1947 以及《报告》中都没有进行说明，但是 GATT1994 第 2 条第 2 款规定了对产品投入物所征税属于边境税收调整范围<sup>5</sup>。具体解读该条款，其中“通过其”(from which)表明这种对产品的投入物必须是物理性的投入物。实践方面，“美国超级基金案”[5]也表明可以对作为产品投入物的化学品进行边境税收调整。该案中，WTO 的争端解决机构认可了对产品中物理性投入物化学品进行边境税调整。在 CBAM 下，征税的对象“碳”实际上就是生产过程中物理性投入到进口产品中的化石能源。因此 CBAM 符合对产品投入物所征税，可以适用边境税收调整机制[6]。

综上可以得出结论，CBAM 的法律性质上属于边境调节税，适用边境税调整制度。而根据前文所述，GATT 和 WTO 明确要求成员国所采取的边境税调整不得违反 GATT 第三条有关国民待遇的规定。

### 3. CBAM 与 GATT 具体规则的兼容

#### (一) CBAM 与 GATT 第三条的兼容

具体来看 GATT 第三条第二款要求成员方给与其他成员方与本国“相同产品”相同的待遇，同时第三条第二款的后半段要求成员方不能够以保护本国产业目的，对进口产品实施国内税或其他国内费用。再结合有关注释，明确了成员对于与本国产品有“直接竞争或替代竞争”关系的进口产品应当征收相同的税，并且不能够以保护国内产业的目的征收。

关于对“相同”(likeness)的定义，WTO 上诉机构认为需要对产品的物理特征、消费者口味和感知、最终用途和海关分类表进行逐案分析[7]。值得注意的是，在欧共体石棉案中，上诉机构认为产品不同的健康影响可能影响消费者对产品是否“相同”的感知。此外，上诉机构在解释《技术性贸易壁垒协定》(TBT)中的非歧视条款和在重新考虑相同的标准时，重申：“监管方面的关切和考虑可能在适用某些‘相同’标准(即身体特征和消费者偏好)方面发挥作用。因此，在根据《1994 年关贸总协定》第三条第 4 款确定相似性方面也发挥作用。”从消费者对气候变化或其对他们生活产生的影响的关注程度而言，将产品视为“不同”的产品是有意义的，因为它们有不同的碳足迹。然而，根据 GATT 的判例，任何对“相同”产品的确定都应该考虑到所有的标准，即使它们提供了“冲突的指示”。因此，当其余的标准表明它们相同时，可能很难根据碳含量，根据消费者的口味和习惯，将产品(比如铝)视为非“相同”[8]。可以说，仅仅根据碳含量来区分产品是不太可能的。基于此 CBAM 下如果根据进口产品的碳排放量来确定征收税，那么则很有可能某一类进口产品根据上述四种标准和本国的产品属于同类产品，但由于进口产品的高碳排放量而征收了高于本国相同的产品的税，这就违反了第三条的国民待遇要求。

在这种构成对 GATT 具体规则违反的情况下，欧盟依然可能通过援引 GATT 第 20 条一般例外来取得豁免。

#### (二) CBAM 与 GATT 第 20 条“一般例外”的兼容

GATT 第 20 条“一般例外”条款可以说是豁免条款，被控违反 WTO 基本的国民待遇等贸易原则的措施一旦能够证明符合 20 条“一般例外”中的规定，则可以取得在 WTO 下的合法性。20 条中的(b)项与(g)项涉及到气候措施，则欧盟必需要证明 CBAM 符合(b)项或者(g)项。

##### 1) CBAM 是否符合 GATT 第 20 条(b)项

具体来看(b)项：首先是目的的正当性，措施要属于保护人类、动植物的生命或健康的范围。虽然 GATT 在 1947 年订立之初，“保护人类、动植物生命或健康”可能仅限于卫生问题，但是已不在以这种有限的方式为特征[9]。确定减缓气候变化涉及保护生命和健康通常被认为是合理的[10]，这一点在后续不少案

<sup>5</sup>GATT1994 第 2 条第 2 款规定：“本条的任何规定不得阻止……征收下列关税和费用：(a) 对于用于制造或生产进口产品的全部或部分的物品所征收的……费用。”

件的裁决中都得到体现。在石油案中，专家组裁定减少空气污染是一项旨在保护生命和健康的政策目标。<sup>6</sup>此外在巴西翻新轮胎案中，上诉机构认定翻新轮胎进口增大了废旧轮胎，造成火灾和鼠疫疾病传播的风险，因此禁止进口是为了保护生命或健康的政策目标服务。<sup>7</sup>据此部分学者主张碳排放实际上，类似于巴西翻新轮胎案中相对的非特定的环境损害。而根据有关研究表明当前全球的气温升高可能带来很多潜在的损害，例如某些疾病死亡率上升、热带疾病增多、空气和水中寄生虫传播增加、海平面上升而失去住所等。这些潜在的损害表明，从广义上来说减缓气候变化涉及保护生命或健康。<sup>8</sup>

欧盟 CBAM 措施在某些方面能够起到减缓气候变化的作用，那么对于欧盟来说下一步就是要证明 CBAM 对于实现这一目的是“必需”(necessary)的贸易限制措施。专家组对于条款中“必需”含义的理解经历了不断的变化，在 20 年代早期的一些 GATT 的争端中，专家组根据一项措施是否是“最小的贸易限制”来审查该措施的必要性。<sup>9</sup>最早是欧共体诉美国 337 条款案，本案中专家组对 GATT 第 20 条的(d)项中的“必需”(necessary)的含义进行了界定。认为措施不仅要满足可行性以及合理性，而且必须与 GATT 的其他规则不相违背；而如果不存在满足以上条件的措施情况下，则缔约方有义务在满足可及性和合理性的措施中，使用与关贸总协定其他条款不一致程度最低的其他替代性措施[11]。在泰国香烟案中专家组借鉴了上述 337 条款案中的“最小贸易限制”标准，认定泰国政府所采取的对进口香烟数量限制的措施不满足(b)项，从而不具有正当性。WTO 成立后的美国汽油案中也沿用了“最小贸易限制”，但是这种标准过于强调对贸易的限制，忽略了实践中替代措施的可行性，实际上替代性措施往往也难以找到。而到了韩国牛肉案，上诉机构没有简单的沿用“最小贸易限制”标准，而是引入了包含一系列因素的“相称性考虑”(proportionality test)。上诉机构解释说，确定一项措施是否“必要”涉及权衡和平衡一系列因素的过程，这些因素主要包括受该法律所保护的共同利益或价值的重要性，措施对于实现共同价值的贡献程度、以及对进出口贸易所产生的不利影响大小。一项措施对所追求的目标的贡献越大，对贸易的限制越小就越有可能被定性为“必要的”[12]。欧共体石棉案[13]则是一次突破，该案成为第一个被认定符合 GATT 一般例外条款，而取得正当性。在本案中，专家组在运用“最小贸易限制”标准的基础上，还应用了韩国牛肉案中的“相称性考虑”。上诉机构通过一系列因素的分析认定，法国政府禁止石棉进口的措施的目的是为了保护人类生命或健康，这个价值的重要性不言而喻。另一方面所谓的替代性措施也就是加拿大方面主张的“控制性使用”，这一措施并不能达到法国追求的健康保护目的。因此上诉机关维持了专家组的结论，认定法国石棉进口禁止措施符合 GATT20 条(b)项。本案反映了对于“保护人类、动植物生命健康”这一目的的重视，环境因素在“相称性考虑”中成为越来越重要的因素。

然而这并不意味着环境贸易措施都能够通过检测，取得 GATT 第 20 条一般例外的豁免。目前来看：第一，欧盟的 CBAM 措施对环境目标的贡献程度大小与实质性联系尚待证明，具体也要看欧盟实施后的效果。第二，欧盟实施 CBAM 必然会对贸易产生不小的限制，不少国家都主张这一措施实际上是一种新型的“绿色壁垒”。第三，替代性措施问题，对于欧盟来说要缓解碳泄露和气候问题是否可以采取较为缓和以及对贸易限制较小的措施也是一大质疑。因此从目前来看，欧盟很难证明 CBAM 符合(b)款的要求。

## 2) CBAM 是否符合 GATT 第 20 条(g)项

<sup>6</sup>Gasoline Panel Report, at para. 6.21. Although this was not considered by the Appellate Body because the "necessary" test under XX(b) was not satisfied. TREBILCOCK & HOWSE, at 527.

<sup>7</sup>Retreaded Tyres Appellate Body Report, at para 258. Retreaded tires presented a health risk under Article XX(b) because they would reach the stage of waste earlier than new tires. See paras. 3, 118-19,121.

<sup>8</sup>WTO Secretariat & United Nations Env't Programme, Trade and Climate Change, 3, (2009) (prepared by Ludivine Tamiotti *et al.*) at 68. Countries considered "developed" are included in "Annex B", and the goal of the Kyoto Protocol is to reduce greenhouse gas emissions from Annex B countries to five percent below 1990 levels during the first commitment period. Sikina Jinnah, Note, Emissions Trading Under the Kyoto Protocol: NAFTA and WTO Concerns, 15 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 709, 714 (2003).

<sup>9</sup>See for instance, GATT Panel Report, United States Section 337 of the Tariff Act of 1930 (henceforth US -Section 337). L/6439, adopted 7 November 1989, BISD 36S/345. para. 5.26. Also see GATT Panel Report, Thailand- Cigarettes, para. 75.

根据 WTO 的判决实践来看, 成员要援引(g)项要证明三点: 首先是该措施必须指向“可用竭的自然资源”, 其次是该措施必须与保护可用竭的自然资源具有相关性, 最后是此类措施必须与限制国内生产或消费一同实施。而对欧盟来说如果想要成功的适用本款, 关键是要证明: 地球大气层可被视为一种可耗尽的资源以及 CBAM 与保护地球大气层有关;

首先是考虑“可用竭自然资源”这一概念是否可以包含地球大气或者说气候系统。实际上从 GATT 以往判例来看, 对“可用竭自然资源”这一概念早已突破了文义解释, 不限于诸如煤、矿产品等有限的资源。在美国的海虾案中, 上诉机构强调有必要对“可耗尽”一词进行动态而非静态的解释, 指出有必要“根据国际社会对环境保护和养护的当代关切”来解释该词[14]。“可再生的自然资源”和“可用竭的自然资源”两个概念之间并不是完全无关。根据自然科学知识, 生物物种能够自然繁殖, 从这个意义上说, 是“可再生”; 但在某些情况下, 它们确实容易枯竭、枯竭和灭绝, 这往往是因为人类的活动。<sup>10</sup>地球的大气层(即地球周围调节地球气候的气体层)可以被视为一种可耗尽的资源, 因为大气层中发生的任何损害或衰变都会持续很长时间, 几乎是不可逆转的。加上人类活动的影响, 这使得地球上可供未来使用的大气层变少了; 另一方面人类活动还产生了大量的二氧化碳, 加剧了“温室效应”。实际上, 由于饱和, 越来越少的地球大气层可用于吸收更多的二氧化碳。这种二氧化碳浓度的不可逆性以及由此产生的对地球大气的衰变或破坏, 本质上是证明大气资源耗竭性的关键论点[15]。所以基于 CBAM 措施可以初步满足措施指向“可用竭的自然资源”。

其次是“相关性”的问题。在 WTO 初期的争端中, 专家组将“有关”解释为“主要目的”。<sup>11</sup>在加拿大鲑鱼和鲱鱼案中, 专家组认为只有当措施主要目的是为了保护可用竭的天然资源, 才能被认为与保护可用竭的自然资源具有“相关性”[16]。在后续的美国石油案以及美国的海虾案中, 专家组以及上诉机构在认定“相关性”上仍然沿用了“主要目的”的标准。但是在具体的判断和分析上已经开始明显的宽松, 只要存在实质性关系, 而不仅仅是“偶然或者无意地”旨在保护自然资源, 就可以被认定为“有关”。例如在美国石油案中, 上诉机构对美国政府的基准确立规则予以了认可。强调基准规则的存在不是偶然而是必需, 如果没有基准规则就无法审查有关的汽油规则, 那么美国政府防止空气污染的环保目的就无法实现。基于这种实质性的关系存在, 不能认定该措施仅仅是“偶然或无意地”保护美国的清洁空气[17]。

结合到欧盟的 CBAM, CBAM 如果实施, 对进口产品征收碳税必然在一方面迫使没有达到标准的企业努力减排。排放量削减可减少 CO<sub>2</sub> 对洁净空气的耗竭, 确实在缓解气候变化和保护气候资源方面起到作用。因而可以认定存在实质性联系, 继而符合“相关性”。最后一点要求这种限制贸易的措施与国内限制措施一同实施, 在这一点上欧盟 CBAM 初衷就是希望将国内的碳税政策扩展适用到进口商品, 创造其认为的公平的市场竞争。综上可以初步得出, 相较于难度大的(b)项, 欧盟的 CBAM 能够证明符合(g)项的规定。

### 3) 碳关税是否符合 GATT 第 20 条序言

即使欧盟的 CBAM 符合 20 条的(g)款, 仍然要考虑是否满足序言部分的要求。在美国汽油案中上诉机构认为, 序言部分的措辞是为了防止滥用第二十条下的例外。<sup>12</sup>根据序言部分要求, 该措施必须“不构成对情况相同的成员之间任意或者不合理的歧视以及对国际贸易的变相限制”。

具体分析, 第一个要素是“任意或者不合理的歧视”。在美国的海虾案中, 上诉机构在根据 20 条序言分析时指出, 美国政府的措施对其他政府产生了有意和实际的强制效果。因为在国际贸易关系中,

<sup>10</sup>(footnote original) We note, for example, that the World Commission on Environment and Development stated: “The planet’s species are under stress. There is growing scientific consensus that species are disappearing at rates never before witnessed on the planet...” World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, 1987, p. 13.

<sup>11</sup>The GATT Panel Report. *Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon* (henceforth *Canada - Herring and Salmon*). L/6268. adopted 22 March 1988. BISD 35S/98 Panel Report, *Canada- Salmon and Herring*, para. 4.6).

<sup>12</sup>Appellate Body Report, *US -Gasoline*, paras. 22.

一个 WTO 成员采取经济禁运措施并要求其他成员采取与在该成员领土内实施的政策目标基本相同的综合监管计划，是不可接受的。不考虑在这些其他成员领土内可能发生的不同情况，构成了任意或不合理歧视[18]。

结合我们本文讨论的欧盟的 CBAM，欧盟的 CBAM 措施想要避免被认定为“任意或者不合理的歧视”，必须首先保证该措施的应用遵循“基本公平和正当程序”。程序应是“透明的”和“可预测的”，并为有关出口国提供“表达意见、提出质疑”的机会。<sup>13</sup>其次，在实施 CBAM 制度之前，欧盟必须与其他相关的贸易方进行“认真、全面的谈判，目的是达成双边或多边协议”，以应对气候变化。<sup>14</sup>而鉴于欧盟是《气候公约》全面谈判的关键参与者，满足这一要求对欧盟来说可能并不困难。因为它不要求欧盟缔结实际协议，进行真诚的谈判就足够了[19]。<sup>15</sup>第三，该措施必须有足够的“灵活性”。<sup>16</sup>欧盟不得要求出口国采取与欧盟采取的政策“相同”<sup>17</sup>的气候变化缓解政策。相反，欧盟应该以“有足够的灵活性来考虑出口成员的具体情况”的方式设计措施，<sup>18</sup>比如说中国或印度。欧盟必须“考虑到不同出口国可能出现的不同情况”，<sup>19</sup>并确保该措施的适用允许调查其是否适合这些出口国的现行条件。考虑的因素例如：像中国和印度这样的发展中国家是否在减缓气候变化方面应采取与欧盟等发达国家采取的行动类似的行动？以及这些国家是否正在采取可能与欧盟采取的“不同”的缓解措施，但鉴于这些国家的具体情况，这些措施仍然是适当的？除此外欧盟还不应当忽视巴黎协定下达成的共识，发展中国家与发达国家的“共同而有区别的责任”。因此，对于欧盟来说要使 CBAM 尽可能符合“不构成任意或不合理歧视”，在具体的实施方案中需要考虑非常多因素。21 年 8 月 27 日结束的金砖国家第七次环境部长会议发表了联合声明，《声明》重申金砖国家将继续反对 CBAM，认为其属于“歧视性的单边贸易壁垒”。<sup>20</sup>反对的声音如此之大，也加大了欧盟 CBAM 的证明难度。

第二个因素是“对国际贸易的变相限制”，世贸组织争端小组和上诉机构已逐步采用了三项标准来判断：第一，是否公开，如果未公开，将直接构成变相限制；第二，考虑该措施的适用是否也构成任意或不合理的歧视；第三，根据措施的设计、架构和结构，考察其实施是否具有保护目的。<sup>21</sup>上文已经分析过欧盟 CBAM 在“不构成任意或不合理歧视”方面的证明困难，除此外测试的第三个要求则存在更大的证明难度。欧盟想要确保 CBAM 不被认定为具有保护主义目的，必须在立法设计以及后续的实施方面考虑诸多因素，这将是巨大的工程量。当然，外部因素也不能忽略。其他国家特别是广大发展中国家对于 CBAM 的质疑，或许是欧盟 CBAM 在 WTO 下最需要解决的。发展中国家质疑的主要是欧盟所谓的“碳

<sup>13</sup>In determining whether the US measure at issue constituted “arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail”. The Appellate Body in Shrimp-Turtle I considered whether the measure was implemented in accordance with “basic fairness and due process” [See Appellate Body Report, Shrimp-Turtle I, supra note 32, paras. 180-181].

<sup>14</sup>As part of the process of determining whether the measure had been applied in a manner that constituted a means of “unjustifiable discrimination”, the Appellate Body on Shrimp-Turtle I addressed the issue of international negotiations and concluded that the US negotiated seriously with some Members, but not with other Members, including the appellees, that export shrimp to the US: [I]t he effect is plainly discriminatory and, in our view, unjustifiable’ [Appellate Body Report, Shrimp-Turtle I, supra note 32, para. 172].

<sup>15</sup>As later interpreted by the panel in Shrimp-Turtle II and upheld by the Appellate Body, it appears that the Appellate Body in Shrimp-Turtle I was referring to the negotiation and not the conclusion of an agreement. Thus, the US was obligated only to make serious good faith efforts to reach an agreement before resorting to unilateral measures [Panel Report, Shrimp-Turtle II, para. 5.63 and 5.67. Also see the Appellate Body Report, Shrimp-Turtle II, para. 134].

<sup>16</sup>The Appellate Body on Shrimp-Turtle I ruled that the “rigidity and inflexibility” of the application of the measure by the US constituted “arbitrary discrimination” within the meaning of the chapeau [See Appellate Body Report, Shrimp-Turtle I, supra note 32, para. 177].

<sup>17</sup>The Appellate Body in Shrimp-Turtle I noted that “it is not acceptable, in international trade relations, for one WTO Member to use an economic embargo to require other Members to adopt essentially the same comprehensive regulatory program, to achieve a certain policy goal, as that in force within that Member’s territory, without taking into consideration different conditions which may occur in the territories of those other Members” [The Appellate Body Report, Shrimp Turtle I, supra note 32, para 155].

<sup>18</sup>The Appellate Body in Shrimp-Turtle II noted that “a measure should be designed in such a manner that there is sufficient flexibility to take into account the specific conditions prevailing in any exporting Member” [Appellate Body Report, Shrimp-Turtle II, paragraph 149].

<sup>19</sup>See the Appellate Body Report, Shrimp Turtle I, supra note 32, para 155.

<sup>20</sup><https://static.pib.gov.in/WriteReadData/specificdocs/documents/2021/aug/doc202182731.pdf>

<sup>21</sup>In the Shrimp-Turtle II, the panel demonstrated that the measure at issue did not constitute a disguised restriction on international trade by examining the “design, architecture and revealing structure” of the measure [Panel Report, Shrimp-Turtle II, para. 5.142].

泄露”问题是否真的严重，以及征收进口碳税是否能像欧盟说的那样减少“碳泄露”。另外就是欧盟主张的是对进口产品征收碳税从而创造一个公平的市场环境，发展中国家认为欧盟的目的更多是为了保护欧盟内部企业的优势，具有明显的保护主义[20]。以上分析可以看出，欧盟的 CBAM 很难成功的证明符合 GATT 第 20 条的序言部分。

#### 4. 结语

综合上述的分析，欧盟很难证明 CBAM 在 WTO 机制下的合法性。一方面欧盟的 CBAM 制度在现行的 WTO 规则下很有可能会违反国民待遇；另一方面，欧盟很难证明 CBAM 符合例外条款而获得豁免。虽然欧盟的 CBAM 极有可能遭遇 WTO 的挑战，但是这对于欧盟来说更是一次抢夺气候变化时代贸易规则制定权的机遇。我们当前对于欧盟的 CBAM 合法性的分析是基于现有的 WTO 的体系规则。然而现有的 WTO 贸易规则成型于 90 年代，缺乏对气候措施明确的规制，也没有预见到 20 年代全球的贸易与气候结合的如此紧密。而欧盟已经敏锐的察觉到气候变化时代贸易规则面临革新，CBAM 就是其在试图运用规范性力量取得规则制定者地位。

#### 参考文献

- [1] Zane, S.N. (2011) Leveling the Playing Field: The International Legality of Carbon Tariffs in the EU. *Boston College International and Comparative Law Review*, **34**, 199-225.
- [2] Marcu, A., Egenhofer, C., et al. (2013) Carbon Leakage: An Overview. CEPS Special Report, No. 79.
- [3] 张红. 海关法[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2002: 275.
- [4] GATT Working Party (1970) Border Tax Adjustments, Reported on 2 December 1970, L/3464, BISD 18S/97-109.
- [5] United States—Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (L/6175-34S/136), Report of the Panel Adopted on 17 June 1987.
- [6] 龙英锋. 论世界贸易组织规则下碳税边境调整的合法性[J]. 税务研究, 2021(10): 102-105.
- [7] WTO (1996) Report of the Appellate Body, Japan—Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. 20.
- [8] WTO (2001) Appellate Body Report, European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products. WT/DS135/AB/R.
- [9] Charnovitz, S. (1991) Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX. *Journal of World Trade*, **25**, 38-55.
- [10] Sindico, F. (2008) The EU and Carbon Leakage: How to Reconcile Border Adjustments with the WTO. *European Energy and Environmental Law Review*, **17**, 328-340. <https://doi.org/10.54648/EELR2008032>
- [11] WTO (1989) Report of the Appellate Body, United States—Section 337 of the Tariff Act of 1930, BISD 36S/345.
- [12] WTO (2000) Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R. 162-163.
- [13] WTO (2001) Appellate Body Report, European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products. WT/DS135/AB/R.
- [14] WTO (1998) report of Appellate Body, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R.
- [15] Das, K. (2011) Can Border Carbon Adjustments Be WTO-Legal. *Manchester Journal of International Economic Law*, **8**, 65-97.
- [16] WTO (1998) Report of Appellate Body, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R.
- [17] WTO (1996) Report of Appellate Body, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R.
- [18] WTO (1998) Report of Appellate Body, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R.
- [19] 李晓玲, 陈雨松. “碳关税”与 WTO 规则相符性研究[J]. 国际经济合作, 2010(3): 77-81.
- [20] 姜婷婷, 徐海燕. 欧盟碳边境调节机制的性质、影响及我国的应对举措[J]. 国际贸易, 2021(9): 38-44.