

## 世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性

边永民

**摘要：**欧盟在 2021 年 7 月公布了碳边境调节措施立法建议，计划《碳边境调节措施条例》自 2023 年生效，并自 2026 年开始正式对进口到欧盟的钢铁、铝、水泥、化肥和电力实施碳边境调节措施。欧盟拟议的碳边境调节措施可能违反了 WTO 第 2 条关于对进口产品征税的规定，也与非歧视待遇原则不符。欧盟要求进口产品以欧盟碳排放权交易市场上的碳价为参照购买碳边境调整证书的方式，没有考虑各出口国本地减排温室气体的成本可能明显低于欧盟，使外国产品相比于欧盟的相同产品，在计算为减排而应付出的经济负担时，处于不利的地位，违反了国民待遇原则。并且这种实施碳边境调节措施的方式，构成对进口产品武断的和不正当的歧视，不能通过 GATT 第 20 条前言的检验。我国可以通过在 WTO 内挑战欧盟的碳边境调节措施，迫使欧盟放弃实施碳边境调整；或者通过谈判要求欧盟修正不公平的规则，同时承认中国的减排温室气体措施的效果，豁免中国出口欧盟的产品适用碳边境调整。

**关键词：**碳边境调节措施；碳关税；温室气体减排；WTO 一般例外

[ 中图分类号 ] D996; F743 [ 文献标识码 ] A [ 文章编号 ] 2096-6180 ( 2022 ) 02-0001-21

欧盟自 2005 年开始实施排放权交易<sup>(1)</sup>以后，一直面临其自身的减排措施与其他国家不同而造成的竞争问题，主要是欧盟内部的生产者因为需要承担减排义务，因而相对于欧盟外部的没有被强制要求采取减排措施的国家的生产者，其生产成本增加，在国际贸易中处于不利地位。为了矫正这种因为率先采取激进的减排措施而遭受不利的竞争地位，欧盟多年前即开始酝酿碳边境调节措施。随着在欧盟的碳排放权交易市场上免费分配的排放权配额减少，排放权配额的拍卖比例在 2020 年上升为 70%<sup>(2)</sup>，欧盟内部生产者的减排压力持续增加，矫正竞争劣势的期望再次加强，欧盟委员会决定自 2023 年正式实施《碳边境调节措施条例》，并在 2021 年 7 月 14 日公布了新的碳

【作者简介】边永民，法学博士，对外经济贸易大学法学院教授。

(1) Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 Establishing a Scheme for Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading Within the Community and Amending Council Directive 96/61/EC, 2003 OJ (L 275) 32.

(2) Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 Establishing a Scheme for Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading Within the Community and Amending Council Directive 96/61/EC, 2003 OJ (L 275) 32, Art. 10, 10c (2).

边境调节措施的立法建议（下称碳边境调节措施草案）<sup>(3)</sup>，将新的《碳边境调节措施条例》的框架公布出来。2022年3月，欧盟理事会也基本同意了就碳边境调节机制进行立法<sup>(4)</sup>，仅在有限的细节问题上与欧盟委员会的建议有分歧，诸如欧盟理事会主张建立欧盟一级的机构来集中统一管理碳边境调节机制下进口方的注册，而不是如欧盟委员会建议的由各成员国分散管理；欧盟理事会还建议法案中应包括避免对小企业产生负面影响的规定。<sup>(5)</sup> 欧盟理事会对碳边境调节机制的支持将这项立法工作又向前推动了一步，下一步就需要与欧洲议会协商，希望也可以得到欧洲议会的支持。

欧盟的碳边境调节措施是一项单边贸易措施，虽然欧盟坚称该措施的目的是为了防止碳泄漏，但其必然对国际贸易造成影响，同时对正在进行的《巴黎气候变化协定》（下称《巴黎协定》）下市场化减排机制的实施也是一种干扰，因此其合法性受到国内外学界的广泛关注。早在十多年前，在欧盟最初开始筹划碳边境调节措施时，就已经有学者开始探讨边境调节措施与世界贸易组织（WTO）规则的相符性。<sup>(6)</sup> 因为欧盟当时尚未制定具体的规则，所以这些早期的研究探讨了不同的碳边境调节规则的模式，例如碳边境调节措施应该仅覆盖进口，还是要对进出口进行双向调节等。学者们的确认为碳边境调节措施在符合 WTO 规则方面有巨大挑战<sup>(7)</sup>，但同时也研究如何可以设计具体的规则，使之能够与 WTO 相符。<sup>(8)</sup> 乔治城大学的 Matthew Porterfield 教授认为这个问题的核心是，国家是否有权管理并不体现在最终进口产品中的生产和加工过程（process and production methods, PPMs）<sup>(9)</sup>，或生产和加工方法，即与产品的特性无关的 PPMs 问题，他认为仔细设计的碳边境调节措施是可以与 WTO 规则相符的。<sup>(10)</sup> 国内学者对碳边境调节措施合法性的研究始于2010年美国民主党酝酿这类措施之时，有学者认为精心设计的碳边境调节措施可能通过 WTO 规则的检

---

[3] European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, 2021/0214 (COD), 14 July 2021.

[4] European Council of the European Union, *Council Agrees on the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, 15 March 2022, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/15/carbon-border-adjustment-mechanism-cbam-council-agrees-its-negotiating-mandate/>.

[5] Frank Watson, *EU Council Agrees on General Approach on Carbon Border Charge*, 15 March 2022, <https://www.spglobal.com/commodity-insights/en/market-insights/latest-news/energy-transition/031522-eu-council-agrees-on-general-approach-on-carbon-border-charge>.

[6] Stephanie Monjon & Philippe Quirion, *A Border Adjustment for the EU ETS: Reconciliation of WTO Rules and Capacity to Tackle Carbon Leakage*, 11 *Climate Policy* 1212, 1212 – 1225 (2011); Christine Kaufman & Role H. Weber, *Carbon-Related Border Tax Adjustment: Mitigating Climate Change or Restricting International Trade*, 11 *World Trade Review* 497, 497 – 525 (2011).

[7] Biswajit Dhar & Kasturi Das, *Can Border Carbon Adjustment Be WTO-Legal*, 8 *Manchester Journal of International Economic Law* 65, 71 – 97 (2011).

[8] Kateryna Holzer, *Carbon-Related Border Adjustment and WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, 2014, p. 243 – 263; Ross Astoria, *Design of an International Trade Law Compliant Carbon Border Adjustment*, 6 *Arizona Journal of Environmental Law & Policy* 491 (2015).

[9] Matthew Porterfield, *Border Adjustments for Carbon Taxes, PPMs and the WTO*, 41 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 1 (2019).

[10] Matthew Porterfield, *Border Adjustments for Carbon Taxes, PPMs and the WTO*, 41 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 1, 41(2019).

验<sup>(11)</sup>，但也有学者认为这种措施不符合 WTO 规则。<sup>(12)</sup> 总体来看，这十余年的讨论，尤其是批评性的意见，并没有阻止欧盟国家利用碳边境调节机制的意图，这些批评意见反而对于设计碳边境调节措施的国家是非常有帮助的，它们使得立法人员可以不断修正和矫正碳边境调节措施规则中的问题，从细节上努力使未来的措施符合 WTO 规则。

魔鬼藏在细节里。如果说欧盟的碳边境调节措施立法建议出台之前，学者对这一措施与 WTO 相符性的研究是比较抽象的，那么在欧盟的碳边境调节措施立法建议颁布之后，这一措施的更多细节被展示了出来。在欧盟的碳边境调节措施立法建议发布后，有学者认为，欧盟的措施以生产方式不同而区别对待来自不同国家的进口产品，因此违反了 WTO 的最惠国待遇原则。<sup>(13)</sup> 本文与此观点不完全相同。此外，除了最惠国待遇原则以外，笔者还分析了碳边境调节措施与国民待遇原则的相符性，以及该措施是否可以通过 WTO 例外条款的检验，并就我们可以依据哪些规则和理由挑战欧盟的碳边境调节措施，或者寻求通过谈判的方式解决欧盟的碳边境调节措施给我国出口将造成的障碍提出了建议。

## 一、欧盟选择碳边境调节措施的目的

自 1992 年《联合国气候变化框架公约》签署以后，国际社会一直未能就减排温室气体的义务在全球范围内达成共识，包括在 2015 年达成的《巴黎协定》实际上也未能就各国的减排义务达成实质性的协议。《巴黎协定》更多的是程序性规定，关于各国的实质性的减排义务，该协定采取的是各国自己决定的方式，即各国自己申报的自主贡献。这种模式就必然导致各国自主承担的减排义务具有差异性和不平衡，这种差异性和不平衡将进一步影响各国与温室气体相关的产品生产成本，而这种生产成本的差异，又会造成欧盟反复强调的碳泄漏（carbon leakage）问题。

碳泄漏问题可以由不同国家之间采取差异性的减排政策引发。生产者由于在强制要求减排的国家的生产成本高，可能会将生产转移至没有强制性减排要求或者减排要求明显低的国家，那些有强制性减排要求的国家通过进口解决因本国某些高排放产业向外转移而产生的产品需求。这种高排放产业从对减排要求严格的国家向对减排要求宽松的国家转移而产生的效果，被称为碳泄漏。它的危害是：（1）减损对减排有严格要求的国家的减排政策和法律的效果，增加全球的温室气体排放量，因为高排放产业的转移，排放总量并没有减少；（2）在减排严格的国家，化石能源价格上涨，而减排宽松的国家，化石能源价格低，从而进一步刺激减排宽松的国家的化石能源消费，使得减排宽松的国家可以“受益”于减排严格的国家因减排而引发的化石能源价格差异；（3）碳

---

(11) 边永民：《美国拟议的边境碳调整措施与 WTO 规则》，载《国际经济法学刊》2011 年第 2 期，第 16-32 页。

(12) 马华：《美国“碳关税”法理逻辑与反制措施》，载《浙江工业大学学报（社会科学版）》2010 年第 3 期，第 349-354 页。

(13) 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》，载《国际贸易》2021 年第 9 期，第 40 页。

泄漏还将对采取严格减排政策的国家和地区的投资产生负面影响，因为碳密集型产业的向外转移<sup>(14)</sup>，使得留在区域内的碳密集型企业的投资相比于转移出去的投资的收益可能降低，很多产业的投资都可能要考虑排放成本对收益的影响，最后可能使得投资人减少对采取严格减排政策的国家和地区的投资；（4）产业转移和投资的流失将间接影响采取严格减排政策的国家和地区就业。

对于碳泄漏问题，经济学家能够给出的矫正方式，就是边境调节措施。当然，如果全球各国能够在减排措施上达成一致，那也可以根本性地解决碳泄漏问题，但现实情况是自1992年《联合国气候变化框架公约》达成以后，经过二十多年的协商，各国仍然没有就减排温室气体的实质义务和措施达成一致。欧盟是在这种背景下为了解决碳泄漏问题，出台碳边境调节措施立法建议的。欧盟拟议的碳边境调节措施就是要求向欧盟出口的产品，与欧盟生产的同类产品或相竞争的产品，承担同样的或相似的减排义务，具体措施就是在每年的5月31日前，由得到认可的申报人就进口到欧盟的产品的温室气体排放数量，交纳碳边境调节措施证<sup>(15)</sup>的费用，这种电子证书的价格，与欧盟内部的碳排放权交易市场的碳价相关联。这个单边的碳边境调节措施是在多边减排安排缺位的情况下，不得已的一种次优选择。

## 二、欧盟的碳边境调节措施可能违背WTO规则

### （一）欧盟的碳边境调节措施是否构成收税

欧盟的碳边境调节措施的立法依据是欧盟议会和欧盟理事会2003年颁布的建立欧盟碳排放权交易市场的指令<sup>(16)</sup>，这一指令建立了一个在欧盟范围内的排放权配额（allowances）和碳信用（credits）的交易市场。根据欧盟拟议的碳边境调节措施立法，自2026年1月1日起<sup>(17)</sup>，钢铁、铝、水泥、化肥和电力产品<sup>(18)</sup>在出口欧盟时，将被要求遵守碳边境调节措施。对于进口的钢铁、铝、水泥、化肥和电力产品而言，遵守这种调节措施的结果很可能体现为在产品入关时，需要向欧盟支付一定数量的减排费用。

#### 1. 碳边境调节措施与关税

由于WTO各成员方在加入WTO时，已经就关税的减让达成了协议，并承诺不任意加收关税，所以如果欧盟的碳边境调节措施构成一项关税，那么它肯定违反了《关税与贸易总协定》（General Agreement on Tariff and Trade, GATT）第2条。碳边境调节措施在两个方面与关税相同：它们都是

（14）我国学者也发现经济合作与发展组织国家将高污染、高耗能及资源型行业转移到中国等发展中国家。参见付加锋、高庆先：《中国国际贸易中内涵CO<sub>2</sub>排放及其空间特征》，载《资源开发与市场》2009年第7期，第604页。

（15）European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, 2021/0214 (COD), 14 July 2021, Art. 22.

（16）Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 Establishing a System for Greenhouse Gas Emission Allowance Trading Within the Union and Amending Council Directive 96/61/EC, 2003 OJ (L 275) 32.

（17）欧盟计划现在起草的《碳边境调节措施条例》于2023年1月1日生效，但从2023年1月1日至2025年12月31日的三年为过渡期，进口产品仅承担申报排放量和减排负担的义务，暂不承担财政性义务。见碳边境调节措施草案第X章。

（18）产品范围见碳边境调节措施草案附件I。

边境措施；它们都是义务人的一种经济负担。但不能仅凭这两点就认定碳边境调节措施等同于关税。特别是，关税税率透明、确定，它对义务人造成的经济负担可以明确预见；而碳边境调节措施的经济负担是与欧盟碳市场的碳价相关联的，碳价并不容易预见，碳边境调节措施对义务人造成的经济负担也难以明确预见。

碳边境调节措施也可以被设计成不由“进口”这一行为触发，即不针对进口行为，而是针对产品进口后的国内销售或消费等，这样就更难将它认定为一项关税。不过，仍然可能把它认定为一项国内税。

## 2. 碳边境调节措施与国内税（internal tax）

碳边境调节措施也可能被认为相当于向进口产品征收国内税，崔凡教授就持这一观点。<sup>(19)</sup>

GATT 第 2 条第 2 款（a）项规定：“本条不妨碍缔约方对于任何输入产品随时征收下列税费：（a）与相同国产品或这一输入产品赖以全部或部分制造或生产的物品按照本协定第 3 条第 2 款所征收的与国内税相当的费用……”即成员方有权对进口产品征收等同于国内同类产品所负担的国内税的费用。对于来自一成员方的产品，进口国可以将对国内相同产品直接或者间接征收的税或费，同时对进口产品征收，只要征收的方式符合国民待遇原则即可。这一条也是边境税调节措施的依据。

GATT 本身并无明确规定边境税调节措施的条款，但 1970 年 GATT 成立的边境税调整工作组完成了一份关于边境税调节措施的工作组报告，是这一问题上最权威的文件。该工作组在其报告中采纳了 1968 年经济合作与发展组织关于边境税调整的一个定义：边境税调整即全部或者部分按照目的地原则（destination principle）所采取的任何财政措施，包括出口国在产品出口时，全部或部分退回在国内市场上对于向国内消费者销售的同类产品所负担的税收，以及进口国在产品进口时，对进口产品全部或者部分征收国内市场上向消费者销售的同类产品所负担的税收。<sup>(20)</sup> 因为 GATT 第 2 条第 2 款（a）项援引了第 3 条第 2 款，而第 3 条第 2 款要求缔约方对进口产品不得“直接或者间接”地征收对国内相同产品“直接或者间接”征收的国内税或者其他费用，因此可以推断出，可以在边境进行调整的税收的种类，既包括直接税，也包括间接税。<sup>(21)</sup>

关于边境税调整的案例迄今为止就只有加拿大诉美国的超级基金案<sup>(22)</sup>，该案的争议解决专家组明确：营业税、消费税和增值税等直接对产品征收的税是可以进行边境调整的。<sup>(23)</sup> 但能源与生产产品的其他原材料不同，其他原材料的使用通常都会体现在最终产品中，而能源通常在生产过

---

(19) 崔凡：《为什么说欧盟碳边境调节机制可能会违反世界贸易组织规则》，载企业跨境贸易投资法律支援平台网 2021 年 9 月 3 日，<http://www.ctils.com/articles/2825>。

(20) GATT, Border Tax Adjustments: Report of the Working Party, L/3464, BISD 18S/97 (2 December 1970), para. 4.

(21) Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, et al., *Designing Border Carbon Adjustment for Enhanced Climate Action*, 113 *The American Society of International Law* 433, 458 (2019).

(22) United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, 1987, BISD 34S/136.

(23) United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, 1987, BISD 34S/136, para. 5.2.4.

程中完全消耗掉了，在最终产品中并无体现。超级基金案争议解决专组对于这种情况并无讨论。但能源无疑是获得最终产品所不可或缺的一种投入（input），既然对其他生产产品的投入品所征收的税都可以进行调整，那么对能源所征收的税，应该也可以适用边境税调整。<sup>(24)</sup>我国学者十多年前就对中国出口产品中内涵排放的计算提出了方法论，并指出，中国出口产品的消费国应该对中国出口产品内涵的排放负责。<sup>(25)</sup>从这个角度上讲，现在欧盟作为进口国，对这些进口到欧盟的产品排放进行管理，也有合理性。

但是，GATT 第 2 条第 2 款（a）项只是规定成员方可以征收相当于“国内税”的“费用”（charge），而并不是征收相当于产品的某种经济负担的费用。要求企业获取配额并交纳配额以便获得排放温室气体的许可，这并不是收税或收费，它并不是国家为了增加财政收入，按照既定的税率征收的一种货币或者实物。在 2011 年欧盟法院裁决的美国航空协会挑战欧盟将航空业纳入其排放权交易市场的案件<sup>(26)</sup>中，欧盟法院也认为要求外国航空业遵守欧盟的排放权交易指令不是收税。但碳边境调节措施对于进口产品而言，无疑是一种类似于税或者费的财政负担，即使它不能完全等同于税或者费。

如果碳边境调节措施虽然给产品带来了经济负担，但其本身并不属于关税，也不是一种国内税费，那么 GATT 第 2 条就不适用。

## （二）欧盟的碳边境调节措施与最惠国待遇原则

非歧视待遇原则是 WTO 的基石，它包括最惠国待遇和国民待遇两个原则，分别是 GATT 的第 1 条和第 3 条。按照最惠国待遇原则的要求，欧盟的碳边境调节措施必须对来自所有第三国的产品给予相同的待遇。现在欧盟关于碳边境调节措施的立法建议里有两点偏离了最惠国待遇原则。

### 1. 豁免适用碳边境调节措施的国家 and 领土

欧盟在其 2021 年的碳边境调节措施立法建议中，规定列入其立法建议附件 II 中的国家和领土豁免适用碳边境调节措施。<sup>(27)</sup>在附件 II 中，被豁免适用的国家有 4 个，即爱尔兰、挪威、瑞士和列支敦士登，它们被豁免的原因是它们各自的碳市场与欧盟的碳市场已经相连<sup>(28)</sup>；被豁免适用的领土有 5 个，分别是德国在瑞士的飞地比辛根（Busingen）和在北海东部的黑尔戈兰（Heligoland）、

---

(24) Matthew Porterfield, *Border Adjustment for Carbon Taxes, PPMs and the WTO*, 41 University of Pennsylvania Journal of International Law 1, 2 (2019).

(25) 付加锋、高庆先：《中国国际贸易中内涵 CO<sub>2</sub> 排放及其空间特征》，载《资源开发与市场》2009 年第 7 期，第 605 页；陈迎、潘家华、谢来辉：《中国外贸进出口商品中的内涵能源及其政策含义》，载《经济研究》2008 年第 7 期，第 23 页。

(26) *Air Transport Association of America and other v. Secretary of State for Energy and Climate Change*, Court of Justice of European Union, C-366/10, Judgment released on 21 December 2011. 对该案件的评议见边永民、刘琳：《欧盟将航空业纳入排放权交易制度中的国际法问题》，载《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2013 年第 4 期，第 103 - 110 页。

(27) European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism*, 2021/0214 (COD), 14 July 2021, Chapter I, Art. 2.3.

(28) Elena Sanchez Nicholas, *EU Carbon Border Tax to Target Imports from 2026*, Euobserver (21 July 2021), <https://euobserver.com/climate/152460>.

意大利的利维尼奥（Livigno）、西班牙在北非的休达（Ceuta）和在西北非的梅利利亚（Melilla），这些领土能够豁免是因为它们境内的生产者已经承担了与欧盟成员的其他生产者相同的减排义务。

从欧盟的角度看，上述国家和领土被豁免适用碳边境调节措施的确有合理性。这同时也有一个示范作用：其他寻求豁免适用碳边境调节措施的国家，可以像上述国家一样，寻求与欧盟的碳市场合作，通过打通国家之间的碳市场，获得豁免。但这种实践的效果是欧盟的碳市场规则的外溢和延伸，其他国家要想得到豁免，不但要在减排效果上努力，甚至减排措施也得与欧盟相同。

## 2. 来自第三国或者领土的电力

来自第三国或者领土的电力，在满足下列条件下可以豁免适用欧盟的碳边境调节措施：（1）第三国或者领土与欧盟签订协议，在电力领域适用欧盟的关于可再生能源、环境和竞争的法律；（2）第三国或者领土的国内法实行欧盟的电力市场法，包括与欧盟的电力市场联通；（3）第三国或领土承诺 2050 年达到碳中和，并且已经制定了实施这一目标的国内立法；（4）第三国或者领土建立其国内碳市场，至迟到 2030 年 1 月 1 日，其碳价应该与欧盟相当；（5）第三国或者领土采取措施防止来自其他国家的、不符合欧盟上述要求的电力进入欧盟市场。通过满足上述条件得到豁免主要是 2006 年签署条约与欧盟建立能源共同体的国家<sup>(29)</sup>，在欧盟 2021 年公布的立法建议中，符合这些条件的第三国或者领土的名单暂时是空白的。

欧盟按照其他国家或者领土是否采取了与自己一致的减排目标、法律和措施来决定是否可以豁免适用欧盟的边境碳调节措施具有明显的单边性、自判性和任意性，是对最惠国待遇原则的违反，这种违反并不在最惠国待遇措施的例外之内。与此相对照，根据欧盟所参加《联合国气候变化框架公约》中的共同但有区别的责任原则的规定，欧盟有义务对发展中国家在减排温室气体上给予差别待遇，即不应该强迫发展中国家减排，但欧盟在其碳边境调节措施立法建议中，却没有这种气候变化条约明确允许的差别待遇。欧盟对此的解释是：给予发展中国家豁免适用碳边境调节措施的待遇，可能导致高碳产业在发展中国家聚集，不利于其长远发展；欧盟将通过向发展中国家转移低碳技术和帮助发展中国家建立低碳产业的方式，实现给予发展中国家差别待遇的承诺。

欧盟如果给予发展中国家在减排上的差别待遇，是符合 WTO 中的授权条款的<sup>(30)</sup>，并不会违反最惠国待遇原则。也就是说，欧盟的碳边境调节措施立法中并没有最惠国待遇原则所允许的给予发展中国家减排方面的灵活性，却有根据自身利益所设定的对第三国的差别待遇。

---

(29) Council Decision 2006/500/EC of 29 May 2006 on the Conclusion by the European Community of the Energy Community Treaty, 2006 OJ (L 198) 15.

(30) Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, L/4903, 1979.

### （三）欧盟的碳边境调节措施与国民待遇原则

根据国民待遇原则的要求，欧盟的碳边境调节措施必须对外国产品给予与本国产品相同的待遇。GATT 第 3 条包括数个款项，分别涉及国内税和其他费用以及国内规章。上文已经就碳边境调节措施是否构成国内税费，以及如果构成国内税费，是否可以边境调整进行了讨论。即使可以进行边境税调整，那么调整的幅度也必须符合国民待遇原则。下面不再从国内税的角度讨论欧盟的碳减排措施，仅讨论欧盟的碳边境调节措施是否属于国内规章。

GATT 第 3 条第 4 款规定：“一缔约方领土的产品输入到另一缔约方领土时，在关于产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的全部法令、条例或规定方面，所享有的待遇不应低于相同国的产品所享受的待遇。”欧盟的碳边境调节措施属于这一条款所规定的国内规章，是外国产品在欧盟的领土内销售或使用时需要遵守的。

#### 1. 高碳产品与低碳产品是否属于相同产品

国民待遇比较的是进口产品与国内相同产品之间的待遇。就碳减排而言，进口的高碳产品与国产的高碳产品属于相同产品。但进口的高碳产品与国产的低碳产品是否属于相同产品，是一个在审视欧盟的碳边境调节措施的合法性问题上不能逃避的问题。具体而言，例如以化石能源生产的钢铁与以可再生能源生产的钢铁是否属于同类产品？根据 WTO 的相关判例，相同产品的认定可以考虑四个方面的因素，即产品的物理特性、产品在特定市场上的最终用途、产品的海关税则分类以及消费者的偏好和习惯。以不同的能源生产的钢铁产品在物理特性、最终用途和海关商品分类上都是一致的，这里唯一的一个可能不同的因素就是消费者的偏好和习惯。

虽然现在很多国家都采取了鼓励和支持低排放经济的政策，但我们并没有证据表明消费者通常会偏好低排放的钢铁、水泥、化肥和铝产品。在加拿大诉欧盟的石棉产品案中，WTO 上诉机构的确提到消费者对某些石棉产品的健康风险的关注<sup>(31)</sup>，这意味着产品对人类健康的影响可能成为形成和解释消费者偏好的一个因素。如果顺应这样的逻辑，高碳产品对气候变化有贡献，而气候变化威胁到人类的健康，甚至生存。随着应对气候变化的政策被各国人民广泛接受和重视，高碳产品和低碳产品在将来有被解释为不同产品的可能性。但在比较短的时间内，这种消费偏好并不容易形成，特别是，高碳产品和低碳产品生产过程中所投入的能源的差异性从最终产品身上体现不出来，对其功能和用途都没有影响，在没有标识或者说明等信息指引的情况下，消费者甚至无法区分高碳产品和低碳产品。

高碳产品和低碳产品的区别在于其生产过程中所消耗的能源，这种生产和加工方法（production and process methods）的不同是否可以作为区分不同产品的一个考量因素，在金枪鱼/海豚案<sup>(32)</sup>、

---

(31) European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Appellate Body Report, WT/DS135/AB/R, 2001, para. 115.

(32) US – Restriction on Imports of Tuna, Panel Report of 3rd December 1991, WT/DS21/R, BISD 42S/155.



虾/海龟案<sup>(33)</sup>和转基因产品案<sup>(34)</sup>中都涉及过。前两个案件涉及不同的捕捞方法对海豚或海龟的影响，后面一个案件涉及以转基因方式生产的农产品与以传统方式生产的农产品是否为相同产品。GATT和WTO的争端解决机构在这三个案件中都回避了生产加工方法的不同是否是判断相同产品的一个考量因素。由于产品生产和加工方法的差异性可能涉及的问题很广，不限于环境保护问题，还可能涉及劳工保护甚至人权保护等，WTO的争端解决机构不大可能就作出一个一般性的结论，最可能是在个案的基础上，结合具体的案情予以处理。

综上，按照WTO的规则和过去的案例，高碳产品和低碳产品在现阶段很有可能被认定为相同产品，但WTO的争端解决机构在这个问题上是有作出不同决定的裁量空间的。消费者未来对低碳产品的偏好和选择是最有可能影响WTO争端解决机构在这个问题上的裁决的因素。

## 2. 给予进口产品的待遇不低于给予国内相同产品的待遇

进口国给予进口产品的待遇应不低于给予国内相同产品的待遇，这意味着欧盟在边境对进口产品所施加的减排义务不得高于其境内相同产品所负担的减排义务，但可以低于国内相同产品所负担的减排义务。

确定外国产品的温室气体排放数量是一件很困难的事情。由于温室气体的排放发生在生产和加工过程中，其数量并不能通过产品到达进口国后通过常规的商品检验来确定。而不同的生产者对生产过程的管理不太一致，能源消耗上有一定的差异也是正常的。确定来自不同的外国生产者所生产的每一批货物的温室气体排放数量，对于要实施碳边境调节措施的国家而言，是巨大的行政管理工作。如果要求外国的产品承担的减排数额过高，显然违反了国民待遇原则；如果数额过低，又起不到使外国生产者与本国生产者承担相同的减排义务的立法目的。

为了使欧盟能够比较准确地掌握外国产品的温室气体排放量，欧盟在碳边境调节措施实施的第一阶段，只选取了钢铁、铝、水泥、化肥和电力五类产品，这使得工作量能够显著地缩小；此外，欧盟计划《碳边境调节措施条例》自2023年1月1日开始实施，但前三年仅要求进口方申报产品的排放数量，并不需要就排放温室气体缴纳费用。<sup>(35)</sup>进口方应该委托在欧盟境内注册的合格的申报人（authorized declarant）进行申报，申报人应该有经济注册号（Economic Operation Registration and Identification Number, EORI）。<sup>(36)</sup>也就是说，欧盟用2023—2025年三年时间来收集进口产品的排放数据，并测试进口产品排放数量申报系统，以便2026年开始可以比较准确地实施碳边境调节措施。现在这一机制还只是在设计阶段，运行中可能产生哪些问题还不清楚。考虑进口的上述五类产品的总体数量和不同来源，准确地估算它们在原产国的排放量，并且根据欧盟

---

[33] US – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 1998.

[34] EU – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS 291, 2006.

[35] European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, 2021/0214 (COD), 14 July 2021, Chapter X.

[36] European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, 2021/0214 (COD), 14 July 2021, Chapter X, Art. 5.

的碳市场变化的碳价，相应地计算出进口产品的减排负担，仍然是实施碳边境调节措施中最具有挑战性的一部分工作。特别值得注意的是，欧盟虽然对进口产品的排放数量进行了数据的收集和统计，但减排温室气体的经济负担，即进口申报人必须提交的碳边境调节措施证的价格仍然是与欧盟的碳排放权市场上的碳价挂钩的。也就是说，中国产品减排一吨 CO<sub>2</sub> 的成本，是按照欧盟市场上的碳价来计算的，这对中国的产品是非常不公平不合理的。中国产品的减排负担，应该按照中国市场上的碳价来计算。从这一点来讲，欧盟给予进口产品的待遇低于其给予本土产品的待遇。

### 三、欧盟的碳边境调节措施可能符合 GATT 的例外条款

前文在分析欧盟的碳边境调节措施是否符合 WTO 的贸易规则时，实际上有些结论具有不确定性，尤其是现在缺少边境调节措施方面的 WTO 案例，我们不能十分确定 WTO 的争端解决机构对于上述讨论中可以自由裁量的部分，将如何适用规则。如果欧盟未来的《碳边境调节措施条例》违反了 GATT 的第 2 条，或者违反了非歧视原则，这一措施仍然可能符合 GATT 第 20 条的一般例外条款。虽然气候变化并没有明确规定在第 20 条的任何一款中，欧盟的碳边境调节措施仍然可以通过对 GATT 第 20 条 (b) 款和 (g) 款的解释，援引这两个条款。

#### (一) 欧盟的碳边境调节措施与 GATT 第 20 条 (b) 款

第 20 条 (b) 款允许缔约方采纳“保护人类、动植物生命和健康所必需的措施”。

##### 1. 碳边境调节措施的立法目标符合 GATT 第 20 条 (b) 款的政策目标

在欧共体诉巴西的对自贸区的汽车产业和生产的某些产品征税的案件中，专家组认为：“减少 CO<sub>2</sub> 排放是 GATT 第 20 条 (b) 款所包括的政策目标，这一政策目标在保护人类生命和健康的范围之内。”<sup>(37)</sup> 实际上，气候变化不但威胁人类的生命和健康，也严重威胁其他动植物的生命和健康。但值得注意的是，第 20 条 (b) 款所允许豁免的措施，仅限于为保护人类、动植物的生命和健康所必需的措施，不可援引该条款豁免为了保护公平竞争而采取的措施。所以，欧盟在其碳边境调节措施立法建议中，明确其立法目的只有一个，即防止碳泄漏，虽然调整外国生产者与本国生产者之间因不同的碳减排措施而导致的国际竞争条件的差异也是碳边境调节措施客观上可以发挥的一个作用，但欧盟在立法建议中对此避而不提。

欧盟的研究表明，碳泄漏严重减损了其采取的减排措施的效果。为了防止碳泄漏的发生，欧盟现在所实施的方法是给欧盟的钢铁、铝、水泥和化肥产品的生产者免费发放排放配额，这实质上等于宣布这些行业不必采取减排措施。随着欧盟的碳排放权交易市场机制进入深水区，排放权交易市场对免费分配配额的比例大幅降低，钢铁等行业也将被纳入通过拍卖或交易等有偿获得排放权配额的阶段，继续通过免费发放排放权配额来解决碳泄漏问题已经不可行。防止碳泄漏是重

(37) Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges, WT/DS472/R, 2018, para. 7.880.

要的温室气体减排措施之一，而碳边境调节措施，又是实现矫正碳泄漏最有效的经济措施，符合第 20 条（b）款的政策目标。

## 2. 碳边境调节措施是否为保护人类和动植物生命和健康所必需的措施

一项贸易措施如果想符合 GATT 第 20 条（b）款，还必须满足“必需”（necessary）的要求。根据巴西翻新轮胎案的上诉机构的意见，援引第 20 条（b）款的贸易措施与保护人类、动植物生命健康之间必须有真实的联系（genuine relationship）<sup>(38)</sup>，鉴于气候变化威胁生物多样性，气候变化所引发的极端天气、海平面上升、沙漠化等对人类及很多动植物的生命和健康都造成了严重的危害，减排温室气体的措施与保护人类、动植物的生命和健康之间有真实的联系。鉴于公共健康和环境目标可能需要综合性的措施共同发挥作用才能实现，WTO 上诉机构也同意必需的措施可以是只能实现第 20 条（b）款下的某一个目的，成为由多种措施协同发挥作用的政策框架的一部分。<sup>(39)</sup> 欧盟的碳边境调节措施是作为欧盟碳排放权交易市场机制的一部分，与碳排放权交易市场协同发挥减排作用的。

其他国家如果要挑战欧盟的碳边境调节措施，也可以建议可选择的替代性措施，但暂时经济学家并没有研究出可以实现防止碳泄漏的效果，同时又对贸易有更小的限制效果的替代性措施。<sup>(40)</sup> 这样看来，欧盟的《碳边境调节措施条例》有很大的可能符合“必需”的标准，可以援引第 20 条（b）款得到豁免。

## （二）欧盟的碳边境调节措施与 GATT 第 20 条（g）款

GATT 第 20 条（g）款允许缔约方偏离 GATT 的一般纪律，实施保护可耗尽的自然资源的措施。其具体规定是：“与国内限制生产与消费的措施有效配合，为有效保护可能用竭的自然资源的有关措施。”在 GATT 中已经有多个援引第 20 条（g）款的案例，自印度、马来西亚、泰国和巴基斯坦诉美国的虾/海龟案<sup>(41)</sup>（下称虾/海龟案）以来，WTO 争端解决机构对援引 GATT 第 20 条的措施的争议案件确立了一个分为两个步骤的分析框架：首先确定争议的措施是否符合第 20 条下的某一项或者某几项例外，然后再确定争议的措施是否符合第 20 条的前言。

### 1. 对人类安全的气候系统是可耗尽的自然资源

资源意味着对人类有直接或间接的用途，但资源不一定具备可以进行商业开采或交易的性质。例如，委内瑞拉诉美国汽油标准案<sup>(42)</sup>的争议解决小组，确认清洁的空气（clean air）是一种资源，因为它有价值，即便它不是商品，所以资源的实质是对人有用。

气候系统是一种自然资源，但并不是任何气候系统都适宜人类的生存和发展。现有的气候系

---

(38) Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, WT/DS 332/AB/R, 2007, para. 145.

(39) Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, WT/DS 332/AB/R, 2007, para. 172.

(40) Ross Astoria, *Design of an International Trade Law Compliant Carbon Border Tax Adjustment*, 6 Arizona Journal of Environmental Law and Policy 491, 521 – 522(2015).

(41) US – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 1998.

(42) US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Panel Report, WT/DS2/R, 1996.

统是在地球的历史中形成的，而人类也是在这样的气候系统中进化、生存和发展的。但自工业革命以来，对人类安全的气候系统开始发生改变，在最近几十年里，这种改变正在加速。根据联合国气候变化政府间小组的研究报告，气候的这种改变是由人类的温室气体排放行为引起的。<sup>(43)</sup> 如果我们不采取任何减排措施，地球气温的上升将根本性地改变现有的气候系统，导致大规模的自然灾害的发生，从而导致整个生态系统的崩溃，并将危及人类的生存。在2015年达成的《巴黎协定》中，各国同意努力将地球气温的上升控制在2°C之内，并努力不超过1.5°C。<sup>(44)</sup> 《巴黎协定》的这一目标，表明了191个缔约国对人类安全的气候系统的一种共识。

如果一种资源仅仅理论上讲是可以耗尽的，那么第20条(g)款是否能够适用？是否必须存在资源可能被耗尽的危险的时候，第20条(g)款才能适用？在墨西哥诉美国的第一个金枪鱼案<sup>(45)</sup>中，美国提出，如果海豚的死亡率太高，它们就不可能生存下去，保护海豚的需要是国际公认的。而墨西哥则认为，当且仅当主张适用第20条(g)款的当事国能够提出科学的和国际公认的数据证明案件所涉的资源具有灭绝的危险时，该资源才被认为属于第20条(g)款保护的范畴。为此，墨西哥进一步举证说，海豚尚没有灭绝的危险。美国则辩白说，受保护的耗尽的自然资源不必是受到灭绝威胁的，法律没有这样的要求。该案的争议解决小组最后认为第20条(g)款适用于本案，表明专家组接受了美国的观点。根据现有的研究，当地球气温上升突破2°C之后，人类的生存将经受前所未有的巨大挑战，这种对气候上升的量化控制目标，表明安全的气候系统是有边界的，它是可能被耗尽的，即气温上升突破2°C之后就被认为不安全了。

## 2. 欧盟的碳边境调节措施是否与保护气候系统有关

与第20条(b)款相比，可以发现(g)款所要求的措施是“与……关”(relating to)，而(b)款所要求的是保护人类和动植物资源所必需的。显然，(g)款的要求比(b)款宽松。

根据牛津字典，保护(conservation)的意思是“为了防止损坏、伤害、腐烂或变成废物而采取的措施；小心保存”。<sup>(46)</sup> 如何理解一项措施是否与保护资源相关，稀土案的专家组和上诉机构给出了非常值得参考的分析。在稀土案中，美国主张，与保护相关的措施，必须主要是为了保护资源的目的而设计的措施。但这“主要”(primarily aim at)是一个比较严格的检测标准，在虾/海龟案以及汽油规则案中，上诉机构用了一个密切和真实关系(close and genuine)标准，即要求争议的措施应该与保护资源的目的之间有密切和真实的联系。<sup>(47)</sup> 所以，在稀土案中，上诉机构认为，

---

(43) Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007 – Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007, p. 3 – 5.

(44) 《巴黎协定》第2条第1款。

(45) US – Restriction on Imports of Tuna, Panel Report of 3rd December 1991, GATT document DS21/R, unadopted.

(46) L. Brown ed., *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th ed., Oxford University Press, 2002, Vol. 1, p. 492.

(47) US – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 1998, para. 449; US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Panel Report, WT/DS2/R, 1996, para. 6.40.

一项措施不必主要是为了保护资源的目的而制定的，只要该措施与保护目标之间有重要的（substantial）、密切和真实的联系就可以被认定为与保护资源相关。<sup>(48)</sup> 这种密切和真实的联系可以通过分析具体措施的设计和结构（design and structure）来判断，虽然这不是唯一的分析方法，但它是一个客观的方法，如果争议措施的设计和结构与资源保护没有密切的关系，就不能认为争议的措施与保护相关。<sup>(49)</sup>

碳边境调节措施的立法目的是防止或减少碳泄漏，后者的目的是为了使其减排温室气体的碳排放权交易市场机制更充分地发挥作用，特别是使在欧盟境内的受国际贸易影响较大的高碳产品生产留在欧盟境内并遵守减排义务。所以，碳边境调节措施的主要目的是符合第 20 条（g）款的政策目标的。从碳边境调节措施的设计来看，如果有关的进口产品在原产国已经采取了减排措施，纵然原产国的减排措施与欧盟并不相同，但进口产品与欧盟的同类产品所负担的减排义务是相当的，或者可比的，或者生产进口产品所减排的温室气体在数量上已经与欧盟所生产的相同产品实质上的一致，甚至更低，欧盟对该种进口的产品就不应该再征收任何与减排温室气体相关的费用，或者进行任何碳边境调整。如果欧盟在碳边境调节措施的设计上，不能给予外国的减排温室气体的措施公平的待遇，只是一味要求外国与欧盟采取相同的减排措施，否则就要进行碳边境调整，这就是将本地区的减排措施强加给其他国家。各国的减排措施可以不同，关键应该看减排效果是否相当，而不应该追求形式上的绝对相同。否则，碳边境调节措施可能被欧盟用来实现减缓气候变化和保护国内产品的双重目的，其与保护气候的目标之间是否有重要的联系，就存有很大的疑问。

### 3. 欧盟的碳边境调节措施是否与其境内限制生产或消费的措施有效配合

根据第 20 条（g）款的要求，援引该条款的措施必须与国内限制生产或消费的措施有效配合。也就是说，即使争议的贸易措施的确是保护可耗尽的自然资源有关，但采取这种措施的国家，不能仅仅对进口或者出口进行了限制，却对消耗自然资源的国内生产或者消费没有管理，要一碗水端平，对国内的生产或者消费及对进口的产品都采取限制措施。

#### （1）有效配合

原材料案的上诉机构解释“有效配合”的意思是“一起发挥作用”（work together）。<sup>(50)</sup> 上诉机构并没有给出检验有效性的方法，不过，上诉机构认为，此处对贸易限制措施的要求并非使之确保国内措施的有效性。<sup>(51)</sup> 稀土案上诉机构认为可以从程序和实体两个方面来检验贸易限制措施与国内限制生产或消费的措施之间的联系。

从程序上检验，限制贸易的措施应该与国内限制生产或消费的措施一起颁布。也就是说，限

(48) China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS431/AB/R, 2014, para. 5.105.

(49) China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS431/AB/R, 2014, para. 5.112.

(50) China – Measures Related to Exportation of Various Raw Materials, Appellate Body Reports, WT/DS394/AB/R, 2012, para. 360.

(51) China – Measures Related to Exportation of Various Raw Materials, Appellate Body Reports, WT/DS394/AB/R, 2012, para. 360.

制贸易与限制国内生产或消费的措施是否是同时生效的<sup>(52)</sup>，并一起实施的。

从实体上检验，限制贸易和限制国内生产或消费的措施必须彼此互相支撑（*help, support*）、互相加强（*reinforce*）。一个措施没有损害或者破坏（*undermine*）另一个措施还不足够，应该有更积极的效果，两类措施应该形成一个合理的体系<sup>(53)</sup>，共同提升政策的目标。

从程序上看，欧盟的碳边境调节措施比欧盟的碳排放权交易指令<sup>(54)</sup>颁布的时间晚，二者并非一起颁布，一起生效。但从稀土案的裁决来看，先限制对外贸易，后限制国内生产或消费是有问题的。因为在限制了对外贸易却不限制国内生产或消费的情况下，国际市场上的贸易商获得稀土的条件比国内的稀土用户获得稀土的条件明显变差，受到了歧视，而这种歧视，按照稀土案上诉机构的观点，并没有正当的理由。<sup>(55)</sup>但先限制国内的生产和消费，其次再限制贸易是可以的，因为 GATT 并不禁止“歧视自己”的措施。而欧盟的碳边境调节措施并没有在实施的时间上对外国的生产方或者贸易商不利。

从实体上看，欧盟的碳边境调节措施与其境内的碳排放权交易市场具有互相支撑和互相加强的作用。碳边境调节措施的实施，将使欧盟境内的钢铁、铝、水泥和化肥的生产者不必因为在欧盟境内生产必须参加排放权交易市场而将产业转移到其他国家，这使得欧盟的排放权交易市场可以有效地覆盖更多的产业，提升该市场的减排效果。

## （2）不偏不倚的（*even-handed*）

不偏不倚并不是 GATT 第 20 条（g）款本身的规定，在虾/海龟案中就提出来了。上诉机构认为，鉴于原告所挑战的美国的措施是 1989 年开始适用的，而自 1987 年开始，美国就已经开始要求所有的在海龟出没海域捕虾的美国船舶安装海龟逃离装置，美国政府也有强制的执法措施，所以，争议的美国的措施在对待美国捕虾船和外国捕虾船方面，是不偏不倚的。<sup>(56)</sup>稀土案专家组认为，限制出口与限制国内生产或消费的措施相配合的规定就是要求采取措施的一方，在对待外国人和本国人方面，要不偏不倚，一碗水端平。这是该案件中被讨论得最广泛的问题之一<sup>(57)</sup>，因为不论是 GATT 的缔约历史还是其他国际法，都没有为解释这一问题提供参考或者指引。在英语中，公平的（*fair*）、无偏见的（*impartial*）和平等的（*equitable*）都可以作为不偏不倚的同义词。但这并不意味着进口的产品和国内产品必须受到相同的待遇，因为第 20 条的目的就是可以被用作国民

---

(52) China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, Appellate Body Report, WT/DS431, 2014, para. 7.300.

(53) China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, Appellate Body Report, WT/DS431, 2014, para. 7.302.

(54) Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 Establishing a Scheme for Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading Within the Community and Amending Council Directive 96/61/EC, 2003 OJ (L 275) 32.

(55) China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, Panel Report, WT/DS431/R, 2014, para. 7.596.

(56) US – Import Prohibition of Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 1998, para. 144.

(57) China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, Appellate Body Report, WT/DS431/AB/R, 2014, para. 7.318.

待遇的例外。<sup>(58)</sup> 不偏不倚并不要求就贸易限制措施对国内生产或消费及贸易的影响进行比较性的评估。<sup>(59)</sup> 也就是说，机会均等就可以，不必结果一样。但采取贸易限制措施的成员必须采取措施限制国内的生产或消费，如果没有对国内的自然资源供给进行管理，就无权援引第 20 条（g）款。

欧盟的碳边境调节措施在满足不偏不倚的要求上应该没有困难。欧盟早在 2005 年就开始运行碳排放权交易市场，覆盖的行业范围包括钢铁、铝、水泥、化肥、有色金属加工、纸浆、制陶、玻璃、生石灰、矿棉保温材料、炼油、焦炭生产和航空等<sup>(60)</sup>，从 2021 年开始，免费发放的排放权配额将不超过 40%<sup>(61)</sup>，即 60% 的排放权配额都将通过拍卖来分配，排放单位的减排义务比以前显著增加。在实施碳边境调节措施后，欧盟须注意对进口产品收取的减排负担不超过对境内生产的同类产品所承担的减排负担即可。

### （三）欧盟的碳边境调节措施实施的方式与 GATT 第 20 条前言

一项贸易措施在被判定符合第 20 条下的任何一款例外后，还必须符合第 20 条前言的规定，即争议的措施不能以武断的（arbitrary）、不正当的（unjustified）歧视（discrimination）的方式实施，或对国际贸易的变相限制（disguised restriction on international trade），它审查的重点是实施措施的方式（manner），这是判断一项措施是否能通过第 20 条一般例外条款检验的第二步。

#### 1. 武断的或不正当的歧视

武断的或不正当的歧视必须首先发生了争议的措施导致了歧视的情况。其次，歧视的性质与第 20 条各款下对产品的歧视不同，这是措施实施方式上的歧视。1996 年汽油规则案的上诉机构在解释第 20 条的前言时，指出该前言质疑的只是实施贸易措施的方式，而不是贸易措施的内容，内容则是（a）款到（j）款各例外管辖的范围。最后，歧视发生在条件相同的国家之间。这里的歧视不但涉及违反最惠国待遇的歧视，也包括违反国民待遇的歧视。在分析歧视是否是武断的或者不正当的时，既要分析歧视发生的原因，还要分析歧视的结果。

1996 年汽油规则案的上诉机构就判定美国的汽油规则违反了第 20 条前言中的国民待遇原则，该案中，美国根据其自己确定的汽油清洁度标准，允许国内的炼油厂使用其个别标准。在做这个决定时，美国考虑了国内的炼油厂使用法定标准可能会面临增加生产成本带来的困难，而对外国的炼油厂却没有考虑对它们适用法定标准而可能给其造成的成本增加的困难。美国在拒绝外国的炼油厂使用其本厂的个别标准时，一个重大的理由是很难证明外国炼油厂的数据和资料的真实

---

〔58〕 China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, Appellate Body Report, WT/DS431/AB/R, 2014, para. 7.321. “‘even-handedness’ cannot require that imported and domestic products be subject to identical treatment as the goal of Article XX provisions is to be used as an exception to the national treatment obligation which requires such no less-favourable treatment.”

〔59〕 China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, Appellate Body Report, WT/DS431/AB/R, 2014, para. 7.326.

〔60〕 Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 Establishing a Scheme for Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading Within the Community and Amending Council Directive 96/61/EC, 2003 OJ (L 275) 32, Annex I.

〔61〕 Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 Establishing a Scheme for Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading Within the Community and Amending Council Directive 96/61/EC, 2003 OJ (L 275) 32, Annex I, Art.10c.

性和准确性。但是同样，美国也没有证据证明外国炼油厂的数据和资料是不可靠的。实际上，外国炼油厂的数据的性质与美国所接受的其他货物贸易数据的性质是一样的，例如在反倾销案件中的数据。因此，美国的汽油标准构成了武断的歧视。现在欧盟要求进口产品购买的碳边境调节措施证书的价格是按照欧盟的排放权交易市场的碳价来定价的，没有考虑各出口商减排温室气体的成本差异，这是一种武断的定价方式，是不正当的。

欧盟拟议的《碳边境调节措施条例》，在给予第三国的不同待遇方面，可能与第 20 条的前言不符。欧盟对已经与欧盟实施了同样的排放权交易市场机制的国家，包括爱尔兰、挪威、瑞士和列支敦士登豁免了碳边境调节措施，并且还计划了其他两种豁免方式。一是对第三国在国家层面的豁免：可以被豁免适用碳边境调节措施的国家必须与欧盟实施了相等的（equivalent）碳减排机制。二是交易层面的豁免，即进口商可以举证进口的产品如果已经在外国减排了温室气体，则可以豁免。<sup>(62)</sup>这两种豁免，一是采取了与欧盟相等的碳减排机制的国家可以整体豁免；二是即使国家没有采取与欧盟相等的减排机制，但外国生产者仍然可以通过使用可再生能源或者其他方式减排掉生产过程中排放的温室气体，从而使自己生产的产品在入境欧盟时得到豁免。这两种方式在理论上都可以设计得公平，但在执行层面，仍然有令人担心之处。这种担心主要来自对“相等的”减排机制或“相等的”减排负担的判断。由于欧盟的碳边境调节措施是一项单边措施，对这种“相等”与否的判断，欧盟单方面的话语权太大了，以致其所设立的标准很有可能不公正。这种观点并非仅仅是对欧盟的有罪推定或者妄自揣想。我们可以看一看欧盟是怎样要求进口的电力豁免适用碳边境调节措施的。拟议的欧盟《碳边境调节措施条例》第 2 条第 7 款列举了来自第三国的电力得到豁免需要满足的 6 个条件，包括在电力行业适用欧盟的可再生能源法、环境法和竞争法；在电力市场也实施欧盟电力市场法；必须承诺 2050 年达到碳中和；在国内建立与欧盟类似的碳价机制，至迟到 2030 年实现与欧盟碳交易市场的碳价相等；建立有效系统防止不符合欧盟要求的第三国的电力间接地输入欧盟；为实现上述承诺向欧盟委员会提交路线图。这些条件显然是非常苛刻的，对第三国的豁免谈判不会简单比照这些条件，但欧盟对第三国的减排措施的评估或要求是否构成武断的或者不正当的歧视，仍然是我们在后续实施层面需要仔细辨别的。

## 2. 对国际贸易的变相限制

第 20 条前言的一个目的是防止对一般例外条款的滥用，把贸易限制措施伪装成保护环境或人类健康的或者其他（a）款到（j）款所允许的情况。所以，根据第 20 条采取的措施，必须不能构成对国际贸易的变相限制。第 20 条例外不能用来实施贸易保护主义措施，如果一项措施表面上似乎是追求第 20 条允许的政策目标，但实际上是追求贸易保护主义，则这项措施就是对国际贸易的变相限制。在委内瑞拉诉美国的汽油标准案中，上诉机构认为美国的措施表面上是正当的，

(62) European Commission, The Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of European Parliament and the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, SWD (2021)643, 14 July 2021, para. 5.2.1.6.



但实际上是贸易保护主义。上诉机构认为隐藏的或者没有宣布的对国际贸易的限制或者歧视，还不是变相限制的全部意思，那些判断武断的或不正当的歧视时所考虑的因素，在决定是否对国际贸易的变相限制时，也应该予以考虑。碳边境调节措施要符合不构成对国际贸易的变相限制也是很困难的。<sup>(63)</sup>

虽然欧盟的碳边境调节措施明文规定的立法目的主要就是防止碳泄漏<sup>(64)</sup>，但欧盟对于本地区更加全面地实施碳排放权交易市场机制后，欧盟产品相对于进口产品的竞争问题的担忧是非常明显的，拉平境内外的竞争条件在欧盟的立法建议文件中也数次被提到<sup>(65)</sup>，这说明对境内外产业竞争的调整也是欧盟《碳边境调节措施条例》所关注的。对竞争的调整是否被用来保护欧盟境内的高碳产业，我们还需要进一步观察。

#### 四、挑战欧盟的碳边境调节措施或与欧盟合作之间的选择

欧盟的碳边境调节措施已经酝酿了十多年，方案经过不断调整和优化，2021年公布的一稿已经比2007年的建议稿<sup>(66)</sup>在符合WTO规则方面有了明显的改进。在欧盟已经决心逐步实施碳边境调节措施的情况下，我们需要在挑战欧盟的碳边境调节措施或者与欧盟的碳边境调节措施合作之间作出选择，当然这种选择不是绝对的，挑战和谈判也可以相辅。

##### (一) 挑战欧盟的碳边境调节措施

由于现在气候变化的国际法基本上是框架性或者原则性、程序性的，无论《联合国气候变化框架公约》或者《巴黎协定》都缺乏操作层面的规范，很难为我国挑战欧盟的碳边境调节措施提供法律依据。如果我们要挑战欧盟的碳边境调节措施，仍须以WTO规则为抓手。

从前文的分析来看，我们可以尝试从两个层面来挑战欧盟的碳边境调节措施。一是努力证明欧盟的碳边境调节措施构成一项关税或者国内税，欧盟对进口产品征税的措施违反了GATT第2条；或者论证欧盟的碳边境调节措施违反了非歧视原则，特别是国民待遇原则，可以从欧盟的碳边境调节措施构成国内税或者国内规章两个方面来比较给予进口产品的待遇和给予欧盟的同类产品的待遇。但这些证明能否成功，都有很大的不确定性。因为欧盟的碳边境调节措施是一种全新的贸易措施，在WTO内缺乏同类案例可供参考，这就给了WTO争议解决专家比较大的自由裁量权，在气候变化危害越来越严重、减排温室气体的紧迫性日益被大众理解的情况下，专家组和上

(63) Kasturi Das, *Can Border Carbon Adjustments Be WTO-Legal*, 8 *Manchester Journal of International Economic Law* 65, 97 (2011).

(64) 见欧盟《碳边境调节措施条例(建议稿)》序言第(11)和(12)段，条例建议稿件见 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, 2021/0214 (COD), 14 July 2021.

(65) European Commission, The Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of European Parliament and the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, SWD (2021)643, 14 July 2021, paras. 2.3.1& 3.2; European Commission, Subsidiarity Grid Accompanying the Document Proposal for a Regulation of European Parliament and the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, SWD (2021) 647, 14 July 2021, para. 2.2.

(66) 对2007年《碳边境调节措施条例(建议稿)》部分条款的评议见 Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, et al., *Designing Border Carbon Adjustment for Enhanced Climate Action*, 113 *The American Society of International Law* 433, 449 (2019).

诉机构同情欧盟措施的可能性是非常大的。欧盟在 2021 年颁布碳边境调节措施立法建议后，会受到各方专家的评议，包括在符合 WTO 规则方面的意见，这些意见可能帮助欧盟修改建议稿中的问题，使最终的《碳边境调节措施条例》符合 WTO 的规则。

即使我们成功地证明了欧盟的碳边境调节措施违背了 GATT 第 2 条或者非歧视待遇原则，欧盟必然要援引 GATT 第 20 条寻求豁免。而欧盟的碳边境调节措施通过第 20 条 (b) 款或者 (g) 款检验的可能性非常大，唯一的不确定性在于是否可以通过第 20 条前言的检验。但第 20 条前言只涉及贸易措施实施的方式，欧盟的措施即使被裁定不符合第 20 条前言，欧盟也不大可能完全废除碳边境调节措施，只需要对实施方式加以修改即可。

鉴于绿色低碳发展是欧盟的首要政策，如果我们在 WTO 内挑战欧盟的《碳边境调节措施条例》，不排除欧盟即使在专家组层面败诉，也要上诉的可能性。而 WTO 的上诉机构到 2023 年欧盟的《碳边境调节措施条例》生效之时能否恢复工作，还有很大的不确定性，这也意味着我们在 WTO 内挑战欧盟的碳边境调节措施能否会获得最终的胜利是不确定的。

## (二) 与欧盟的碳边境调整机制合作

我国与欧盟是全世界减排温室气体的领导力量，特别是美国在特朗普政府期间退出《巴黎协定》后，我国与欧盟对减排温室气体的坚持，得到了国际社会的大力称赞。欧盟与我国在 2015 年签署了《中欧气候变化联合声明》，承诺在发展符合成本效益的低碳经济，同时保持经济有力增长上进行合作。<sup>(67)</sup> 我国对温室气体减排工作非常重视，也提前完成了我国在《巴黎协定》中载明的自主贡献，并在 2021 年 7 月启动了全国碳排放权交易市场，具有与欧盟在碳边境调整机制中合作的基础。这种合作的目的是使欧盟承认我国的碳减排机制，豁免我国出口欧盟的产品适用碳边境调整。国内也有学者建议我们对欧盟的碳边境调节措施在多边层面上表示关切和反对，在双边层面上展开沟通和磋商。<sup>(68)</sup>

### 1. 减排效果相当的措施应该得到彼此的互认

既然碳边境调节措施的目的是为了减排温室气体，既不是为了增加欧盟国家的财政收入，也不是为了对欧盟的相关产业提供贸易保护，那么碳边境调节措施的根本目的应该是使该措施所涉产品在生产过程中产生的碳得到减排，至于具体的减排措施的种类或者减排负担是在出口国完成还是在进口国完成，不应该是措施的重点。

欧盟不应该限制减排措施的种类，而应关注减排的效果。在 WTO 虾/海龟案中，马来西亚就对美国要求捕虾船必须安装海龟逃离装置的法令不满。马来西亚提出，各国应该被允许采取各自

---

(67) *EU – China Joint-Statement on Climate Change*, European Council-Consilium (29 June 2015), <https://www.consilium.europa.eu/media/23733/150629-eu-china-climate-statement-doc.pdf>.

(68) 崔凡：《为什么说欧盟碳边境调节机制可能会违反世界贸易组织规则》，载企业跨境贸易投资法律支援平台网 2021 年 9 月 3 日，<http://www.ctils.com/articles/2825>。

的措施保护海龟<sup>(69)</sup>，在马来西亚，一些人吃海龟蛋是导致海龟数量减少的一个重要原因，马来西亚采取的保护海龟蛋的措施也可以起到保护海龟的效果，不应该不被承认，而必须按照美国规定的方式保护海龟。中国 2021 年 7 月开始运行全国碳排放权交易市场，目前仅覆盖电力行业，但 2022 年就可能将钢铁、建材（包括水泥）和电解铝纳入，“十四五”期间（2021—2025 年），该市场的范围计划扩大至电力、钢铁、建材、有色金属、石化、化工、造纸和航空八个行业，即在欧盟的碳边境调节措施的过渡期结束时，该措施所覆盖的进口产品，在中国已经都被纳入了我国的碳排放权交易市场，对生产过程中的碳排放进行了减排。因此，我国完全具有要求欧盟豁免我国出口产品适用碳边境调节措施的条件，为了得到豁免，我们应该尽早与欧盟就此事项启动双边谈判，而不应该等到欧盟的《碳边境调节措施条例》正式生效了才开始谈判，越早开始谈判，越可能在欧盟未来的正式的《碳边境调节措施条例》中为我们的双边安排提供空间。如果欧盟的《碳边境调节措施条例》已经正式出台，再要求欧盟进行修改，鉴于欧盟成员国数量较多，在欧盟方面的困难也比较大。

2021 年 7—8 月，我国的全国碳排放权交易市场的碳价为 48—51 元/吨<sup>(70)</sup>，同期欧盟的碳价大约为 56 欧元左右<sup>(71)</sup>，我国的碳减排成本明显低于欧盟。欧盟不应该要求我们的出口产品为碳减排付出接近于欧盟的成本，而应该把重点放在减排温室气体的数量上。如果我们可以更小的成本减排更多的温室气体，这说明我们的减排效率更高，是值得鼓励的，不应该受到打压。欧盟和我国的减排政策的共同目标应该是使排放到地球大气中的温室气体得到减排，至于这些温室气体是以多大的成本被减排掉的，应该由市场和各减排主体决定，而不应该武断地只认同欧盟的一种模式。

## 2. 减排措施既可以在出口端完成，也可以在进口段完成

既然欧盟的碳边境调节措施是防止碳泄漏，即防止因欧盟作为进口地采取温室气体减排措施，出口国不采取温室气体减排措施而导致的欧盟相关高碳产业的向外转移，那么欧盟的政策的目的就是无论出口国还是进口国都可以采取减排措施，而不应该是要求减排措施必须在产品进口到欧盟时采取。所以，经过中欧谈判，即使发现中欧之间在减排措施的强度或者个别产品的减排力度上仍然有差异，也应该允许我国在产品出口时采取适当的措施补足这种差异，而不应该是只有向欧盟购买排放额度这一个选项。如果我国可以采取适当的措施使我国相关产业的减排强度与欧盟类似，我国至少可以将企业减排的经济支出收归我国所有，进而支持我国的减排技术开发和减排措施的推广。退一步讲，如果我国出口的某类产品，难以避免地被要求因排放减排温室气体而承担一定的减排费用，我们也应该努力通过谈判，使这笔费用可以支付给我们自己的政府。

---

(69) United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products—Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, WT/DS58/AB/RW, 2001, para. 149.

(70) 《全国碳市场满月考：碳价稳定 交易活跃度不高 后续走势如何》，载碳交易网 2021 年 8 月 22 日，<http://www.tanjiaoyi.com/article-34364-1.html>。

(71) *Daily Carbon Price*, Ember (31 August 2021), <https://ember-climate.org/data/carbon-price-viewer/>.

2020年12月,我国通过的《碳排放权交易管理办法(试行)》没有对我国的碳市场与外国的碳市场的对接进行任何规定,这是该试行中管理办法的一个不足,在未来正式制定和实施的碳排放权交易管理办法中应该予以完善。

## 五、结语

由于在多层面的减排温室气体的国际合作进展缓慢,欧盟作为减排温室气体最迫切的经济体之一,已经酝酿实施碳边境调节措施十多年,这一措施也是经济学家提出的在多边措施缺位的情况下的一种次优选择。欧盟委员会2021年提出的《碳边境调节措施条例(建议稿)》本身在欧盟理事会和议会的讨论中仍然可能修改和变动,现在公布的草案在符合WTO规则上也仍然存在一些不确定性,包括有可能与GATT第2条不符,并且可能违反WTO的非歧视待遇原则。但即使碳边境调节措施被证明违反了WTO的这些一般贸易规则,也有可能援引GATT的第20条得到豁免,虽然现在的立法建议在符合GATT第20条前言上仍然可能受到挑战。鉴于欧盟的《碳边境调节措施条例》的最终立法尚未通过,本文关于其措施是否与WTO规则相符的结论也不具有最终的性质,但为挑战其最终版本的条例提供了路径参考。

在欧盟最终版本的《碳边境调节措施条例》制定和公布之前展开此研究的另外一个意义是思考我国下一步的应对方向:我国应坚决抵制欧盟的碳边境调节措施,还是考虑与欧盟的这一政策进行合作。这两种应对并不是截然对立的,抵制的目的可以是促进双边合作的成功,也可以是坚定地对抗和不合作;而合作也不是对欧盟的碳边境调节措施的被动接受,而是努力促使欧盟修正不公平的措施,积极争取我国采取的减排措施得到欧盟的承认,最终豁免我国的出口产品被适用这类措施。不论是哪种选择,都需要建立在对欧盟的碳边境调节措施立法草案的深入研究之上。欧盟的碳边境调节机制立法草案出台后,日本表示“非常不可能”反对该机制。<sup>(72)</sup>美国对欧盟的碳边境调节机制的态度是“友好的,但不热情”,美国强调欧盟的碳边境调节机制必须符合WTO的规则。<sup>(73)</sup>欧盟希望的解决方案是与其他的排放大国组成气候俱乐部(climate club)<sup>(74)</sup>,理想的情况下俱乐部成员都要采取一定的措施来形成一种国际碳价,同时俱乐部成员之间不再互相采取类似征收碳关税一类的措施。这些主要的贸易国的意见也是我们在确定自己的立场时应该考虑的。

---

(72) Yasuo Tanabe, *Japan Should Lead the Global Effort to Decarbonise: Reflections on the EU's Carbon Border Adjustment Mechanism*, VOXEU (23 January 2022), <https://voxeu.org/article/reflections-eu-s-carbon-border-adjustment-mechanism>.

(73) Ann Evelyn Luyten, *Opinion-US Carbon Border Mechanism in the Twilight Zone, E-international Relations*, 7 December 2021, <https://www.e-ir.info/pdf/94912II>.

(74) 气候俱乐部(Climate Club)的概念是诺贝尔经济学奖获得者 William Nordhaus 在 2015 年提出来的,这一概念得到了欧盟国家的支持。Wesley Morgan, *New German Leader Proposes a "Climate Club" of Leading Economies that Would Push Free Riders Like Australia*, The Conversation (3 February 2022), <https://theconversation.com/new-german-leader-proposes-a-climate-club-of-leading-economies-that-would-punish-free-riders-like-australia-175842>.

## **Review of the Legality of EU Carbon Border Adjustment Measures in the Context of the WTO Rules**

BIAN Yongmin

**Abstract:** EU released its proposal on carbon border adjustment mechanism (CBAM) in July 2021. The CBAM will enter into force in 2023, covering steel, aluminum, cement, fertilizer and electricity. EU CBAM might have violated Art. II of WTO about tariff and internal tax on imported products. CBAM is also inconsistent with the rules of non-discrimination. The EU CBAM requires that importers have to buy CBAM certificate based on the carbon price of EU emission trading system without taking into consideration of the low cost of mitigating carbon in exporting states. This calculation which makes the imported products bear inferior economic burden compared with the like products of EU breaches the rule of national treatment. Moreover, the manner of implementing CBAM constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination, therefore will not survive the inspection of the chapeaux of Art. XX. We may challenge EU CBAM within WTO and oblige EU to give up the implementation of CBAM. Or we can advise EU to revise the unfair rules in CBAM by negotiating with EU in order to have the mitigation measures of China be recognized as equivalent to EU ETS. So Chinese products exported to EU would be exempted from applying carbon border adjustment.

**Keywords:** Carbon Border Adjustment Measures; Carbon Tax; Mitigation of Greenhouse Gases; General Exceptions of WTO

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)