

欧盟航空排放 交易体系的 WTO 法解读^{*}

黄德明 李若瀚

摘 要：欧盟通过 2008/101/EC 号指令建立的航空排放交易体系在国际社会引起了广泛争议。该指令因违反一系列 GATT 及 GATS 与最惠国待遇和国民待遇相关的规则，实际上属于 WTO 规则所定义的贸易限制措施。借助 WTO 争端解决机制处理该问题是一种可行的方式，但我国需谨慎为之。努力建立我国自身的航空排放交易体系，并与欧盟相互豁免，同时提高我国航空业的节能减排能力，是应积极采取的应对该问题的国内措施。

关 键 词：欧盟航空排放交易体系； 例外措施； 合法性； WTO

作者简介：武汉大学 法学院 教授 博士 武汉 430072

武汉大学 法学院 博士研究生 武汉 430072

中图分类号：D996

文献标识码：A

文 章 编 号：1005-4871(2014)01-0105-12

^{*} 本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“全球安全基本法律问题研究”(项目编号：12JJD820004)的阶段性成果，并受中央高校基本科研业务费专项资金“《里斯本条约》以来的欧盟法创新前沿问题研究”(资金编号：2013106010202)资助。

一、引言

欧盟于2008年通过第2008/101/EC号指令,将航空业纳入欧盟温室气体排放交易机制之中,以建立欧盟航空排放交易体系。^①但欧盟航空排放交易体系刚一建立就成为众矢之的,^②2009年12月,美国航空运输协会及3家美国航空公司向英格兰和威尔士高等法院就第2008/101/EC号指令的合法性提起诉讼,^③2011年12月21日欧洲法院对第C-366/10号案件做出了裁决,认为“欧盟航空排放交易体系指令完全符合相关国际法规则”。^④欧洲法院的合法性裁决也引来诸多质疑,^⑤迫于各方压力,欧盟委员会于2013年4月通过第377/2013/EU号决议,作出了暂停对进出欧盟机场的第三国航班适用欧盟航空排放交易体系的决定,^⑥但欧盟委员会仍强调欧洲法院的裁决及欧盟航空排放交易体系合法性并不存在问题。鉴于欧洲法院对第C-366/10号案件做出的合法性判决,以及从欧盟目前的政策和态度来看,在欧盟内部通过司法途径解决问题的可能性很小。因而在欧盟框架之外寻求问题的解决方法十分必要。虽然欧洲法院强调,第2008/101/EC号指令的重点在于保护环境,而非影响商品贸易,^⑦但欧洲法院不能回避的事实是,欧盟

① 欧盟航空排放交易体系要求欧盟每年给予境内航空业营运人一定额度的免费碳排放量,超出部分则需要由其在欧盟排放交易市场中购得相应额度,航空公司可以将多余指标出售,或者将其结转于下一年的排放。违反该指令规定的航空公司将受到罚款、纳入黑名单、冻结账户甚至停航的制裁措施。指令的具体实施,由成员国根据第2008/101/EC号指令进行立法(或采取行政措施),对成员国境内营运的航空公司进行监管。欧盟成员国之间的航空排放,由核发营运许可证的成员国负责监管,而那些非欧盟籍承运人的航空排放,则由其航行过程中产生温室气体最多的航段的成员国负责监管。Directive 2008/101/EC amending Dir. 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, OJ L 8, 13.1.2009, pp. 3-21.

② 许多国家认为在航空排放管辖问题上,欧盟的立法权基于其领土或国籍管辖,其航空立法仅可以约束欧盟空域内的航线以及欧盟籍航空公司,但无权对进出其空域的非欧盟籍航空公司在欧盟空域以外的航空排放行使管辖。因而欧盟第2008/101/EC号指令违反了《芝加哥公约》(1944年)第1条关于“每一国家对其领土之上的空气空间享有完全的和排他的主权”的规定。

③ 它们分别是:美国航空运输协会(Air Transport Association of America)、美利坚航空公司(American Airlines)、美国大陆航空公司(Continental Airlines)和美国联合航空公司(United Airlines)。上述法院认为该案涉及对欧盟立法的司法审查问题,因而将该案件转呈欧洲法院,欧洲法院将其编号为第C-366/10号案件进行审查。

④ Air Transport Association of America and Others V. Secretary of State for Energy and Climate Change, C-366/10. OJ C 49, 18.2.2012, p. 7.

⑤ 参见余丽:《欧洲法院关于欧盟航空排放交易指令合法性初裁》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》,2013年第1期,第107-113页。

⑥ Decision No 377/2013/EU. OJ L 113, 25.4.2013, pp. 1-4.

⑦ 参见 Judgment of 21 Dec. 2011, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117193&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8055>, 访问日期:2014-03-02.

航空排放交易体系的建立必然会对 WTO 成员与欧盟间的航空贸易产生实质性影响,因为无论其他国家的航空公司是否遵守该体系约束,它们都将为此付出更高的成本(配额费或罚款),从而影响国际航空运输贸易。因此,在 WTO 框架下考虑欧盟航空排放交易体系的合法性问题变得更为重要,因为它不仅涉及成员国的合法权利,更涉及到相关国家通过 WTO 争端解决程序获得救济的可能。

二、欧盟航空排放交易体系在 GATT 框架下的合法性探析

(一)欧盟第 2008/101/EC 号指令是否违反 GATT 规则

因为 GATT1994(《1994 年关税与贸易总协定》)对于影响货物贸易的财政措施(包括关税、税收和其他费用)和其他措施有着区别性的规定,因此对欧盟航空排放交易体系进行合法性辨析的前提,是判断其性质上是属于财政措施还是其他措施。

在 C-366/10 号案中,欧洲法院总法律顾问科克特(Juliane Kokott)认为欧盟航空排放交易体系不构成“收费或者税收”,^①欧洲法院支持其观点,认为“该体系并不旨在产生财政收入,因而与燃料消费的税收、费用、或其他收费无关”。^② 这种观点是有道理的,虽然实施该体系会使欧盟财政随之增加,^③但实际上,要求航空公司购买碳排放量的行为与政府实施的财政措施最大的不同在于,航空公司在交易中获得了财产权利。与政府的财政收入相比,作为排放权购买者的航空公司实际上获得了一种可以随着市场需求变化而增值的价值,这是财政措施所不具有的效果。^④ 因而,财政收入并非欧盟建立该体系的根本目的,出售航空排放配额应被理解为欧盟的一种管理措施。

就管理措施而言,欧盟航空排放交易体系是否构成 GATT1994 第 11(1)条中的数量限制(Quantitative Restriction)就成为一个关键问题。该条规定“任何缔约国除征收税捐或其他费用以外,不得设立或维持配额、进出口许可证或其他措施以限制或禁止其他缔约国领土的产品的输入,或向其他缔约国领土输出或销售出口产品。”对于条款中的“其他措施”,WTO 专家组认为它“包括与进口有关的任何形

^① Case C-366/10, ATAA. at paras 214 and 216; Case C-366/10, AG's Opinion, 6 Oct. 2011, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=110742&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8055>, 访问日期:2014-03-02.

^② Case C-366/10, ATAA. at para. 143.

^③ 一些学者认为这一事实足以证明欧盟航空排放交易体系属于一种财政措施。参见 Joshua Meltzer, “Climate Change and Trade — The EU Aviation Directive and the WTO”, *Journal of International Economic Law*, 15, 2012, pp. 1-46, here p. 30.

^④ Rainhard Quick, “‘Border Tax Adjustment’ in the Context of Emission Trading: Climate Protection or ‘Naked’ Protectionism?”, *Global Trade and Customs Journal*, 3, 2008, pp. 163-175, here p. 166.

式的限制”。^① 上诉机构在“中国原材料案”(China — Raw Materials)的裁决中也指出“GATT1994 第 11 条包括那些对进出口产品的质量和数量起限制和阻碍作用的措施。”^②在“哥伦比亚入境口岸限制措施案”(Colombia — Ports of Entry)中,专家组进一步明确了“其他措施”的判断标准,即“只要该方式影响了货物从始发地到销售地的水运成本即构成一种限制措施”。^③ 虽然欧洲法院不承认第 2008/101/EC 号指令是限制国外航空公司的一种“具体规则”,^④但实际上欧盟对超过排放额度的航空公司(无论其国籍)征收每排放单位 100 欧元的费用,已对国外航空公司构成一种具体限制,对它们来说,遵守欧盟航空排放交易体系无疑将导致航空运输成本的增加,比照“哥伦比亚入境口岸限制措施案”的判决(该案关注的是“水运成本”),欧盟航空排放交易体系无疑对进口到欧盟产品的空运成本产生影响,因而其构成第 11(1)条中的数量限制措施。

另外,无论成员国的内部措施还是其影响货物进口的措施都应遵守 GATT 第 1(1)条中关于最惠国待遇的规定,它要求成员国在制定或建立直接施加于进口货物的相关规则或制度时,应当将给予某一成员国的优惠、特权和豁免无条件地给予其他缔约国的相同产品。根据这个标准,欧盟航空排放交易体系很显然违反了该条规定。因为与欧盟距离不同的国际航线,在欧盟航空排放交易体系内所增加的成本是不同的,该体系下进口产品成本的增加额与其原产地同空运至欧盟的距离有直接关系,例如,从香港运往伦敦与从中东运往伦敦的产品所需购买的排放额度(反过来看就是它们分别享受的优惠程度)是不同的。欧盟第 2008/101/EC 号指令也规定,“对那些采取措施以减少航空对环境产生影响的第三国应加以区别,并免于对其适用欧盟航空排放交易体系”,^⑤虽然目前尚未有航空公司获得此项豁免,显然,欧盟航空排放交易体系并未对所有 WTO 成员国的类似产品给予同等待遇。

此外,GATT 第 3 条也对国内税及国内规章的国民待遇作出了规定,国民待遇规则要求一旦外国商品进入成员国的国内市场,成员国就不应给予其低于本国国内商品的待遇。其中第 3(4)条规定“一缔约国领土的产品输入到另一缔约国领土时,在关于产品的国内销售、兜售、购买、运输、分配或使用的全部法令、条例和规定

^① WTO Panel Report, Colombia — Ports of Entry, WT/DS366/R, adopted 20 May 2009, at para. 7.227.

^② WTO Appellate Body Report, China — Raw Materials, WT/DS394/AB/R, adopted 22 Feb. 2012, at para. 320.

^③ WTO Panel Report, Colombia — Ports of Entry, at para. 7.258 — 7.275.

^④ Case C-366/10, ATAA, at para. 128.

^⑤ Directive 2008/101/EC, at 25(a).

方面,所享受的待遇应不低于相同的国产品所享受的待遇”。而欧盟航空排放交易体系关于航空公司获得的免费配额与其历史排放量相关的规定(通常被称为“祖父原则”)^①,实际上是一种差别待遇,由于欧盟内部航空业发展基本稳定,从长远来看其获得的免费许可配额完全够用,但对航空业正处于发展阶段的发展中国家而言,它们在未来将不得不承担额外增加的排放交易成本,该规定虽符合发达国家占用全球温室气体排放容量完成工业化进程后向低碳经济回归的发展规律,但却为发展中国家航空公司设定了不同于欧盟标准的减排义务,因而违反了国民待遇的基本要求。此外,这种区别对待的做法还可以被认为是欧盟向国内航空业提供了一种保护措施,欧盟第 2008/101/EC 号指令也指出其建立欧盟航空排放交易体系是基于“竞争力和环境目标的考虑”,^②欧盟航空排放交易体系可以被认为是一种降低国外航空公司在欧盟内部竞争力的一种措施,因为其宣称的“为了实现其内部的环境目标而向其他国家航空公司征收配额费用”的做法实际上起到了使欧盟航空业免受国际市场竞争的效果,即使欧盟航空排放交易体系配额费不能被解释为作为一种政府补贴的碳关税,其运行效果也构成了有利于国内航空业的保护措施,因此,欧盟航空排放交易体系无疑也将违反 GATT 第 3(1)条禁止国内保护措施的规定。

相对于国内管理行为,GATT 第 5(6)条为其他国家的相同产品提供了一定程度的保护。^③ 该条规定:“缔约国对经由另一缔约国领土过境的产品所给的待遇,不应低于这些产品未经另一缔约国领土过境而直接从原产地运到目的地时所给予的待遇。”就航空业而言,该条要求对于经由 WTO 成员国领空进入欧盟的产品受到的待遇不应低于它们通过其他路线进入欧盟受到的待遇,但欧盟航空排放交易体系则明显违反了这一要求。因为与通过另外一个成员国进入欧盟相比,一种产品直接从其原产地进入欧盟所需要缴纳的交易费用要高出许多,例如,从香港到法兰克福的直航航空公司需要购买 9130 公里的排放额度,而如果从香港转航迪拜再飞法兰克福,则其只需购买 4800 公里的排放额度。因而欧盟航空排放交易体系造成 WTO 成员国之间的不平等待遇的事实显然违反了 GATT 第 5(6)条的规定。

(二)欧盟航空排放交易体系是否构成 GATT 第 20 条的例外措施

虽然欧盟航空排放交易体系涉嫌违反上述 GATT 规则,但也有学者认为欧盟航空排放交易体系因符合 GATT1994 第 20 条规定而具有合法性,因为 GATT 第

① Directive 2008/101/EC, at 3(e).

② Directive 2008/101/EC, at 16.

③ Panel Report, Colombia — Ports of Entry, at para. 7.475.

20 条为成员国基于环境保护原因制定限制性贸易措施提供了合法性依据。^①

的确,第 20 条是 GATT 限制措施的一般例外条款,那些被用以证明贸易限制措施合法性的观点,通常都援引 GATT 第 20 条作为依据。^② WTO 上诉机构在“美国海虾案”中表明,判断一项措施是否属于一项被允许的限制措施,应符合两个基本要求,一是,该措施是否属于第 20 条规定的十种类型措施,二是,属于某一例外类型的措施还应满足该条款序言部分的要求。^③

就第一个要求而言,欧盟航空排放交易体系的合法性涉及 GATT 第 20(b)条和 GATT 第 20(g)条两项例外规定。GATT 第 20(b)条排除了“为保障人类、动植物的生命或健康所采取的必要措施”的违法性。此“必要措施”的目的应与它对贸易的限制相平衡;^④且必须不存在与 GATT 更一致的合理的替代措施;^⑤同时是能够得到定性或者定量的证据支持的保护措施。就欧盟航空排放交易体系来说,其保护措施可被理解为是通过增加航空公司的经济压力以督促其减少航空排放的方式实现,但问题是,如果航空公司将遵守该指令的费用转嫁到航空费用之中,而该增加的成本又被航空公司转嫁到航空运输的消费者身上,该指令就不能为航空公司提供减少航空排放的经济动力,因此该指令对贸易的限制是否是保障人们健康的一种“必要措施”就非常值得怀疑。另外,也没有定性或者定量的证据来证明欧盟航空排放交易体系属于第 20(b)条的必要措施。因而欧盟航空排放交易体系不符合 GATT 第 20(b)条的要求。

就 GATT 第 20(g)条来说,它排除了“为有效保护不可再生自然资源的有关措施”的违法性,^⑥适用第 20(g)条的一个基本要求是,对国内产品实施相类似的国内措施,以使对国内和进口产品的限制达到公平的效果。而欧盟建立欧盟航空排放

① 参见 Lorand Bartels, “The WTO Legality of the Application of the EU’s Emission Trading System to Aviation”, *European Journal of International Law*, 23, 2012, pp. 429 – 467.

② 参见马翠萍、刘小和:《GATT 第 20 条争端案例下的碳关税征收合法性分析》,载《国际贸易问题》,2012 年第 3 期,第 149 – 152 页。

③ 如在《美国海虾案》中,上诉机构虽承认美国禁止虾及其制品的措施符合第 20(g)条的例外,但又指出其措施违反了序言中的要求,因此构成“武断的不可论证为正当的歧视”。WTO Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp Products, at 138, 145, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).

④ Appellate Body Report, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, at 210, WT/DS332/AB/E (Dec. 3, 2007).

⑤ Appellate Body Report, Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, at 161, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Dec. 11, 2000).

⑥ 其中“不可再生自然资源”指有价值的在质和量上都可以被耗竭的自然资源。如在“美国汽油案”中,专家组指出,清洁空气是一种不可再生自然资源,因为它具有价值而其能够被污染而耗竭。Panel Report, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, at 6. 37, WT/DS2/R (Jan. 29, 1996).

交易体系的目的在于“稳定国际航空运输温室气体排放以缓解气候变化的影响,包括对生态系统,粮食生产,以及人类的健康和安全”,该目的与缓解气候变化有关,但不能被认为是“保护不可再生自然资源”的直接措施;同时该指令并未考虑与之配合的国内措施,它直接作用于飞往或飞离欧盟的国内与国际航班,对于欧盟域内飞行的航班来说,无疑它们不会受该体系建立的影响,在欧盟并没有制定类似的可以达到公平效果的内部措施之前,显然欧盟航空排放交易体系也不能援引第 20 (g)条的例外。

更重要的是,在判断一项措施是否符合第 20 条规定的例外措施时,专家组会进一步评估其是否符合第 20 条序言的要求。^① GATT 第 20 条序言的作用在于避免成员国对 GATT 实体规则例外的滥用,它实际上建立了一种平衡机制,使得希望援引该条采取限制性措施的成员国与那些被该措施影响的成员国的情况都被适当考虑。^② 上诉机构在“美国海虾案”中阐明了序言对这类限制性措施的要求,即这类措施(在情况相同的国家之间)不应构成“武断的歧视”、“不可论证为正当的歧视”和“对国际贸易变相的限制”。^③ 其中对“武断的歧视”的判断应基于作出该措施的程序,该措施的灵活性,以及该措施在多大程度上考虑了出口国的普遍情况;^④ 对“不可论证为正当的歧视”的判断应基于适用该措施的实质影响;^⑤ 判断“对国际贸易变相的限制”实际上是判断一成员国采取的措施是否隐含着限制贸易的目的,这需要考虑三个标准,一是该措施被公开宣布;二是该措施构成对限制贸易的歧视;三是该措施的设计、规划和结构都是基于保护性的目的而作出的。^⑥ 任何违反序言要求的措施都不能因为援引 GATT 第 20 条而被认为是合法的例外措施。^⑦

① 该序言规定:“本协定的规定不得解释为阻止缔约国采用或实施以下措施,但对情况相同的各国,实施的措施不得构成武断的或不合理的差别待遇,或构成对国际贸易的变相限制”。参见曾令良、陈卫东:《论 WTO 一般例外条款(GATT 第 20 条)与我国应有的对策》,载《法学论坛》,2011 年第 4 期,第 32-49 页。

② John H. Knox, “The Judicial Resolution of Conflicts Between Trade and the Environment”, *Harvard Environmental Law Review*, 28, 2004, pp. 1-78, here p. 56.

③ United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body Report, at 23.

④ Panel Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products Recourse to Article 21.5 by Malaysia, at 5.122, WT/DS58/RW (Jun. 15, 2001).

⑤ 如在“美国海虾案”中,上诉机构认为美国提出的出口国应实施与美国相同管理措施的要求未考虑成员国不同的情况,而且美国在实施进口禁令之前并未给予其他出口国进行双边或多边谈判的机会,因而美国的措施是缺乏灵活性的“武断的歧视”。United States-Import Prohibition of Certain Shrimp Products, Appellate Body Report, at 166.

⑥ Panel Report, European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, at 8.236, WT/DS135/R (Sep. 18, 2000).

⑦ United States-Import Prohibition of Certain Shrimp Products, Appellate Body Report, at 184.

在“美国海虾案”中,上诉机构已经承认那些寻求 GATT 第 20 条例外的单边环境措施并非不能在该条款下被证明是合法的,换言之,它尊重成员国为保护环境而采取的环境政策;在“美国汽油案”中,上诉机构也指出“WTO 成员有根据其自身环境政策、环境目标和环境立法制定其环境措施(包括与贸易有关的措施)的广泛自由”,只有在这些措施违反 GATT 实质性规定和其他 WTO 协定的情况下,这些措施才会被限制。^① 但就欧盟航空排放交易体系来说,即使其被证明是符合 GATT 第 20(b)条或第 20(g)条的例外环境措施,欧盟航空排放交易体系也不符合 GATT 第 20 条序言的要求。因为首先它并没有考虑出口国的普遍情况,如发展中国家与发达国家减排义务的差异,对发展中国家来说这属于一种“武断的歧视”;而从其控制航空排放的方式来看,航空排放燃料消耗的计算是基于欧盟和非欧盟国家之间的航行距离,而在此机制之下,两架飞行了同样距离的飞机会因为其中一架在中途转航而被要求购买不同的排放额度,这就会使直航欧盟的航班支付更高的排放费用,而那些航行距离更远却在靠近欧盟的国家转航的航班却花费较少,在这种情况下,欧盟所采取的措施与该指令所宣称的降低温室气体排放的目的之间是相互矛盾的,而且这可能促使那些航空公司通过更多地气体排放(比如在靠近欧盟的国家或地区转航)来规避欧盟更高的排放费用,这在客观上与该指令的目标是相悖的,因此这种歧视也不能被证明是正当的;另外,欧盟航空排放交易体系最终会根据进口到欧盟产品运输距离的远近影响这些产品的价格,但是这些产品的碳排放不仅存在于运输过程还存在于其生产过程,^②与那些本身产生大量碳足迹而运输距离却很短的产品相比,本身产生很少碳足迹却长距离运输的产品无疑要付出更多的成本,对生产环节的忽视也使得欧盟航空排放交易体系并不能真正起到像其宣称的减少温室气体排放的效果。专家组在“韩国牛肉案”中认为:“如果一项法规为私人行为者提供了选择一种方式的动机,而这种行为方式又会对市场竞争带来消极影响,那么该行为者就没有必要遵守该项法规行事”,^③欧盟航空排放交易体系无疑符合这一特征。因而当一种措施本身不符合它援引的 GATT 第 20 条中某一例外措施的目的时,该措施就因构成“武断和不可论证为正当的歧视”而不具有合法性。

① United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body Report, at 30.

② 参见 Report of the Commission Joint Research Centre on the “Carbon Footprint — what it is and how to measure it”, 2007, <http://lct.jrc.ec.europa.eu/pdf-directory/Carbon-footprint.pdf>, 访问日期: 2014-03-02.

③ Appellate Body Report, Korea — Beef, on Art. III: 4 GATT, WT/DS161/AB/R, adopted 10 Jan. 2001, at para. 146.

三、欧盟航空排放交易体系在 GATS 框架下的合法性探析

判断欧盟航空排放交易体系是否违反 GATS(《服务业贸易总协定》)的相关规范,首先应判断 GATS 规则能否对该体系适用。而判断欧盟航空排放交易体系是否应遵守 GATS 规则,取决于它是否对成员国的航空服务贸易产生了实质影响。根据 GATS 第 1 条“本协定适用于成员国影响服务贸易的措施”,以及 GATS 空运服务附件第 3 条“该协定适用于影响:(a)飞机维修和保养服务的措施;(b)空运服务的销售和营销的措施(c);计算机预订系统(CRS)服务的措施。”^①欧盟航空排放交易体系虽未对航空服务的销售和计算机预定系统服务产生直接影响,但其带来的航空销售和预定系统服务价格的增加却是不争的事实,据国际航空运输协会估计,如果欧盟航空排放交易体系得以在欧盟范围内实施,第一年进出欧盟的航空公司需要为碳排放缴纳的费用将会让航空业成本增加 35 亿欧元,这一数字将会逐年增加,^②且这些费用将会被航空公司转嫁到消费者身上,从而又会对航空运输业的需求弹性产生影响,^③因而该措施对成员国的航空服务贸易产生了实质影响。

出于与欧盟航空排放交易体系违反 GATT 第 1(1)条中关于最惠国待遇规定同样的理由,该体系违反了 GATS 第 2(1)条关于最惠国待遇的规定,该款规定“在本协定项下的任何措施方面,各成员应立即和无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者以不低于其给予任何其他国家相同的服务和服务提供者的待遇”,但欧盟航空排放交易体系对欧盟之外的 WTO 成员国的航空运输服务提供者及其提供的相类似的服务实质上采取了差别待遇。同样地,同欧盟航空排放交易体系违反 GATT 第 3 条关于国民待遇一样,该体系也违反了 GATS 第 17 条关于国民待遇的规定,该条第 1 款规定“有关影响服务供给之所有措施,会员国给予其他会员国之服务或服务提供者之待遇,不得低于其给予本国类似服务或服务提供者之待遇”,同时该条第 3 款明确表示“如该措施改变竞争条件,导致会员国本国之服务或服务提供者较其他会员国之服务或服务提供者有利,不论该措施在形式上是否相同,则该项措施都应被视为不利之待遇”,虽然欧盟强调欧盟航空排放交易体系的建立并不旨在排除竞争,但该体系实施的效果实质上却使欧盟内部的航空服务提供者享有较优越的地位,这属于形式相同却实质不同的差别待遇。

^① Annex on Air Transport Services, GATS, Art. 3.

^② 师怡:《环境权、航权与国家主权——欧盟航空排放指令的合法性反思》,载《甘肃政法学院学报》,2013 年第 3 期,第 112—120 页,这里第 114 页。

^③ CAPA, Centre for Aviation, “Like dominos: Airlines globally raise fares after EU Emissions Trading Scheme starts”, 10 Jan. 2012, <http://www.centreforaviation.com/blogs/aviation-blog/like-dominos-airlines-globally-raise-fares-after-eu-emission-trading-scheme-starts-65856>, 访问日期:2014-03-02.

同样,GATS也存在一般例外条款,即“只要这类措施的实施不在情况相同的国家间构成武断的、或不公正的歧视,或构成对服务贸易的变相限制”,容许成员国采取一些服务贸易限制措施,这些措施即为GATS第14条规定的5类措施。就欧盟航空排放交易体系来讲,其援引一般例外条款的主要依据是它可以在一定程度上被解释为符合第14(b)条规定的“为保护人类、动物或植物的生命或健康而必需的”措施,^①该条款与GATT第20(b)条完全一致,但不同的是GATS协定对援引一般例外条款并不像GATT第20条那样有序言的限制,GATS协定本身也未对该类措施作出进一步明确的解释,这就导致在GATS规则下欧盟航空排放交易体系的辩护者可以轻易援引第14条(b)款的例外。因而,虽然事实上欧盟航空排放交易体系存在违反GATS规则的情况,但要在GATS框架下断定其不属于GATS合法的例外措施却缺乏必要的依据。

四、我国对欧盟航空排放交易体系的应对

总体来看,我国航空业的航空节能和控制污染能力跟不上航空排放增长的步伐,因而欧盟航空排放交易体系的实施将对我国航空业产生重大影响。^②特别是受欧盟航空排放交易体系“祖父原则”的影响,我国航空业未来在欧洲的发展将不得不承担更高标准的减排义务,从而增加贸易成本。据预估,仅2012年我国航空公司为超出配额的碳排放就将支付约8亿元人民币,到2020年,至少会因此损失30亿元人民币。^③表面上看,欧盟将其内部航空排放标准适用到欧盟范围之外旨在迫使其航空业竞争对手增加成本,但相较于它对国际气候变化谈判的影响,欧盟航空排放交易体系对市场竞争的影响显得微不足道。因为欧盟航空排放交易体系更严重的影响在于它突破了《联合国气候变化框架公约》和《京都议定书》确定的“共同但有区别的责任”原则,一旦欧盟航空排放交易体系被作为先例适用到其他贸易领域,在与气候变化有关的国际贸易问题上,发展中国家将处于十分不利的地位。^④基于前文分析,欧盟航空排放交易体系在GATT及GATS框架下的合法性均存在问题,因而诉诸WTO争端解决机制是解决该问题的一个出路。

① Lorand Bartels, “The WTO Legality of the Application of the EU’s Emission Trading System to Aviation”, pp. 466 – 467.

② 欧盟航空排放交易体系涉及中国33家航空公司,中欧航线占我国国际航空总量三分之一以上。

③ 刘萍:《单边抑或多边:航空排放法律规制路径分析》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》,2012年第3期,第33–40页,这里第40页。

④ 根据“共同但有区别的责任”原则,发展中国家的航空公司现阶段不需要承担具体的二氧化碳减排义务,但欧盟航空排放交易体系适用于所有进出欧盟机场的航班的规定,实际上是为所有进出欧盟机场的航班设定了一种“共同责任”,这种改变在本质上已超出了“共同但有区别的责任”原则范围,为无强制减排义务的发展中国家增加了额外的减排义务。

欧盟航空排放交易体系已违反 GATT 关于最惠国待遇和国民待遇的禁止性规定,它对进入欧盟市场的其他成员国的航空产品构成了“武断和不可论证为正当的歧视”,因而我国可以借助 WTO 争端解决机制解决中欧航空排放争端。^①但我们也不能忽视利用该争端解决机制存在的一些困难:虽然欧盟航空排放交易体系构成 GATT 第 11(1)条中的数量限制,并涉嫌违反 GATT 第 1(1)条、第 3(4)条和第 5(6)条规定,且欧盟航空排放交易体系在 GATT 框架下不能满足 GATT 第 20 条的序言要求,但在诉讼过程中,作为被告方,欧盟并不需要对“欧盟航空排放交易体系满足 GATT 第 20 条序言要求”做出证明,相反,举证责任应当由原告一方提供,那么,如何向争端解决机构证明欧盟航空排放交易体系构成“武断的歧视”、“不可论证为正当的歧视”和“对国际贸易变相的限制”,就成为一个难题,毕竟学理上的证明与提供客观证据是两回事。诚如韩立余教授所言:“如果我们提起诉讼,有可能会成功,但是举证责任非常复杂。”^②但并不就是说因为举证责任复杂,我国就不能提起诉讼,而是我国方面如想在诉讼中占据有利地位就必须承担上述主张的举证责任,因而在欧盟再一次将境外航空公司纳入该体系之前,我们应在 WTO 争端解决程序的举证问题上进行充分的研究,并做好诉讼相关的准备工作。

需要指出的是,虽然欧盟航空排放交易体系也违反了 GATS 第 2 条和第 17 条关于最惠国待遇和国民待遇的相关规定,但与欧盟违反 GATT 规范的主张相比,向争端解决机构主张欧盟航空排放交易体系违反 GATS 规范则更加困难。因为 GATS 对于一般例外措施的适用甚至没有原则性的限制(GATT 第 20 条序言也只能被认为是宽泛的原则性限制),目前也没有可供援引的类似判例。更重要的一点是,GATS 空运服务附件第 4 条规定“该协定的争端解决程序只有在有关成员已承担了义务或具体承诺时以及用尽双边和其他多边协定或安排中的争端解决程序才可以引用。”就是说,在我国没有同意参加欧盟航空排放交易体系或者没有用尽其他救济之前,即使我国提出该体系违反 GATS 规范(不管是针对配额费还是针对罚款)的主张,争端解决机构也不会受理,因为 2012 年 2 月 6 日中国民用航空局已向各航空公司发出指令,禁止我国境内各运输航空公司参与欧盟排放交易体系,同时我国尚未通过司法或者外交方式与欧盟就该问题进行谈判,显然我们当前并不具备 GATS 诉讼主体的地位。

鉴于欧盟已迫于压力暂停对非欧盟国家实施欧盟航空排放交易体系,^③并表

① 梁咏、叶波:《欧盟航空业碳减排规则的国际法分析》,载《欧洲研究》,2012 年第 1 期,第 32-50 页,这里第 43 页。

② 孙韶华:《商务部条法司组织中外法律专家讨论——能不能去 WTO 告欧盟航空碳关税》,载《经济参考报》,2012 年 9 月 25 日,第 008 版。

③ Decision No 377/2013/EU. OJ L 113, 25.4.2013, pp. 1-4.

示“如果国际民航组织(ICAO)能够就航空排放问题达成一个全球性的解决方案,欧盟将修改其欧盟航空排放交易体系”。^①因而我国目前尚无必要向WTO提出诉讼请求。国际民航组织已于2013年10月会议决定,在2016年前起草全球航空碳交易市场建议,同时要求有关国家在实施单独措施前征求其他国家意见。对我国来说,如果能在国际民航组织的多边框架之中解决该争端也未尝不可,因为国际民航组织在航空排放问题上坚持“共同但有区别的责任”原则这一点上对我们仍然有利。

在国内层面,我国也应积极通过国内措施寻求解决问题的办法。考虑到目前美国、日本、澳大利亚等国已开始建立起自身的航空排放交易体系,并希望就航空排放问题与欧盟展开旨在达成互相豁免协议,我国也应积极寻求达成某种排放豁免协议的可能,必要时,可以效仿其他国家建立我国自身的温室气体排放交易机制以及航空排放交易体系,争取在航空排放问题上与欧盟相互豁免。同时,我们应认识到,通过减少温室气体排放来应对气候变化已是大势所趋,在这个背景下,我国航空业也不可能被长期置于减排义务之外,目前国外一些航空公司,特别是欧盟内部的航空公司已经着手采取积极措施以应对航空排放问题,如建立科学的碳排放管理系统、购置更加节能环保的飞行器以及对现有飞行器进行更有效率的改造等,^②对我国民航业而言,在配合政府抵制欧盟航空排放交易体系的同时,也不能消极观望,应采取积极措施推动先进节能减排技术的利用、替代性清洁能源的开发,以提高我国航空业的国际竞争力。

责任编辑:郑春荣

① 欧盟指出,“如果未能在2013年的第38届大会上就全球航空业的温室气体减排问题达成解决方案,欧盟仍然会继续实施该指令”。参见 Jos Delbeke, “Written testimony for Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation hearing on the European Union’s Emissions Trading System”, June 6, 2012, http://ec.europa.eu/clima/news/articles/news_2012060601_en.htm, 访问日期:2014-03-02。

② 如美国、中东、欧洲的一些航空公司已开始使用国际航空电信公司(SITA)研制的航空器碳排放管理系统以帮助其制定更加节能的航空管理计划;瑞典的SAS航空公司推出了《绿色降落计划》以控制燃油消耗和温室气体排放;欧洲瑞安航空公司也计划投入50亿欧元以购买新型节能航空器。参见郭兆晖、李普、廉桂萍:《欧盟对民航业碳排放收费问题的透视》,载《内蒙古大学学报》,2010年第3期,第12-16页。