



上海政法学院学术文库
环境资源法学丛书

LEGAL REGULATION ON CARBON LEAKAGE IN THE NEW ERA:
IT'S THEORETIC LOGIC AND REALIZATION

姜明 著

新时代背景下碳泄漏的法律规制： 理论逻辑与实现路径

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

高校法学高原学科环境资源法建设项目

人文社会科学研究项目《碳排放转移的国际防

范与法律应对》(编号13YJC820036) 资助

湖南省教育厅科学研究项目《气候公平视角下的碳泄
漏法律防范机制研究》(编号14A009) 资助

LEGAL REGULATION ON CARBON LEAKAGE IN THE NEW-ERA:
IT'S THEORETIC LOGIC AND REALIZATION

姜明 著

新时代背景下碳泄漏的法律规制: 理论逻辑与实现路径

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

新时代背景下碳泄漏的法律规制:理论逻辑与实现
路径 / 姜明著. —北京:中国法制出版社, 2019. 8

(上海政法学院学术文库. 环境资源法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5216 - 0435 - 1

I. ①新… II. ①姜… III. ①二氧化碳 - 排气 - 法律 -
研究 - 世界 IV. ①D912. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 169893 号

责任编辑 陈兴 (cx_legal@163.com) 孙静

封面设计 杨鑫宇

新时代背景下碳泄漏的法律规制:理论逻辑与实现路径

XINSHIDAI BEIJINGXIA TAN XIELOU DE FALÜ GUIZHI; LILUN LUOJI YU SHIXIAN LUJING

著者/姜明

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16 开

印张 / 10.5 字数 / 200 千

版次/2019 年 8 月第 1 版

2019 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5216 - 0435 - 1

定价: 59.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66010405

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

“环境资源法学丛书”

总 序

我校环境法学科在“十一五”期间被上海市教委列为重点学科，在上海市教委的资助下出版了系列学术著作和教材。在“十二五”开局之年，经专家评审，上海市教委批准，我校环境法学科被列入上海高等教育内涵建设“085”工程建设项目，建设周期五年，包括环境法重点学科建设项目和城市环境安全知识创新平台建设项目两个子项目。2012年，我校环境法学科被列入上海市高校一流学科（上海市重点学科）法学建设规划项目，建设周期五年。该学科以环境资源法理论和实践为总体建设方略，注重与相关学科的交叉与融合，下设环境保护法、自然资源法、能源法、海洋法、环境健康法、灾害防治法、循环经济法、国际环境法、房地产法、环境资源经济（金融）法、环境资源行政法、环境资源犯罪、环境社会学、生态哲学14个方向。根据总体建设方略，该学科在“十二五”期间，成果形式除课题和论文外，计划出版系列环境法专著和教材。期盼学术界同人和广大读者提出批评和建议，帮助我们在这套丛书出好。

王文革
2013年1月

序

全球气候变暖是人类共同面临的巨大挑战，维护气候安全是国际社会的共同目标。国际社会为推进气候变化应对举措作出了不懈努力。《联合国气候变化框架公约》是世界上第一个为全面控制二氧化碳等温室气体排放，应对全球气候变暖给人类经济和社会带来不利影响的国际公约。《联合国气候变化框架公约》就应对气候变化的目标、原则、各方的权利和义务做了相对原则的规定，为各国共同应对气候变化、积极参与国际合作提供了一个基本框架。《联合国气候变化框架公约》明确规定，根据共同但有区别责任原则和各自能力原则，发达国家应率先采取行动应对气候变化及其不利影响，“将大气中温室气体浓度稳定在防止气候系统受到危险的人为干扰水平”，并向发展中国家提供资金、转让技术和能力建设。《联合国气候变化框架公约》承认发展中国家的优先目标是发展经济和消除贫困，为实现发展其能源消耗和由此产生的温室气体排放也将有合理的增长，因此发展中国家不需要承担约束性减排义务，但要在可持续发展框架内采取有利于应对气候变化的政策措施。发展中国家在多大程度上履行公约规定的义务取决于发达国家履行提供资金和转让技术义务的程度。

1997年12月，在日本京都召开的《联合国气候变化框架公约》缔约方第三次会议通过了旨在限制发达国家温室气体排放量以抑制全球变暖的《京都议定书》，为《联合国气候变化框架公约》设立

了具体的减排方案，是确保《联合国气候变化框架公约》得以实施的重要法律文件。《京都议定书》为发达国家设立了从2008年到2012年第一承诺期量化的温室气体减排指标，确定了发达国家率先减排的长效机制。从《联合国气候变化框架公约》到《京都议定书》，发达国家和发展中国家之间确立了减排责任分担的基本格局。

但是，发达国家对于中国等发展中国家不承担强制减排责任一直不满，试图通过国际贸易措施来维护自身利益，“碳泄漏”成为发达国家指责减排政策存在区域差异性的理由，声称碳泄漏抵消了减排效果，造成了减排国家的产业竞争力下降，并试图以此为由，为单边贸易措施寻找合法性。碳泄漏问题的应对，既与气候变化相关，也是国家间贸易利益之争，既是贸易与环境的问题，也是国家间的政治和经济利益博弈。从发达国家单边贸易措施的表现形式看，虽然各种对进口的限制措施大都表现为以保护环境为目的，但实际上是发达国家希望通过环境规制实现对贸易活动的影响。事实上，贸易与环境的相互影响和协调问题一直被国际社会所关注，并被纳入WTO多边谈判议题。

《巴黎协定》后，中国在全球气候治理中的角色和定位已经发生改变，中国应对气候变化的重点已经从国际谈判战略规划制定，转向建立高效合理的监督管理体系。2015年11月，习近平主席在气候变化巴黎大会开幕式上的讲话提出，中国将于2030年左右使二氧化碳排放达到峰值并争取尽早实现，2030年单位国内生产总值二氧化碳排放比2005年下降60%—65%，非化石能源占一次能源消费比重达到20%左右，森林蓄积量比2005年增加45亿立方米左右。这既是中国在国际气候合作中展现的大国担当，也是国内社会经济建设可持续发展的客观要求。

在碳泄漏的问题上，中国作为发展中国家，利益立场不同于发达国家。发达国家声称的竞争力受损，是指国内减排措施导致高排放产业转移到发展中国家；这对于发展中国家来说，却未必是“福

利”，其实质是污染的转移。中国经过改革开放以来的快速经济发展，生态环境问题日益突出，能源和资源“瓶颈”不断凸显，节能减排、发展低碳经济是必然选择。中国的发展，应该是可持续的发展，而不是成为“污染的天堂”。

本书围绕碳泄漏问题，展开了以下几个方面的分析和探讨。

第一，关于碳排放权的探讨与碳泄漏的关系。碳排放权的概念，与大气环境容量有关，是伴随气候变化的科学理论研究发展起来的。随着人类越来越多的利用和排放需求，大气环境容量成为稀缺资源，而基于全球大气环境的整体性、流动性等自然属性，一国排放温室气体的行为不可能不对其他国家产生影响，尽管国家对本国自然资源和一切经济活动拥有完全的永久主权，但权利的行使不应致使别国利益受到损害，包括别国对大气环境资源享有的利益。因此，国际法意义上碳排放权概念出现了，通过签订国际条约，在对国家主权实现有限让渡的基础上，发达国家基于历史责任，应承担更多的减排责任。发展中国家在共同但有区别的责任原则基础上，其生存权和发展权应受保护，发展中国家享有的碳排放权具有正当性和合理性。

第二，碳泄漏与碳壁垒的关系。碳泄漏能否成为碳壁垒的正当性理由？发达国家总是试图通过援引 WTO 中的环境例外规则，来获得采取碳壁垒措施的正当性依据。但是，在我们讨论国际环境问题，特别是考察应对气候变化时，不能忽略背后密切相连的国家利益问题。发达国家在国际分工和国际贸易中居于绝对优势地位，而发展中国家受制于落后的社会生产力水平，在国际分工中并没有更多的选择权。在很大程度上，发展中国家的产业结构不是由发展中国家自己决定的，而是受制于发达国家；发展中国家当前备受指责的高排放水平，是由现有产业结构决定的。因此，如果打着环境保护的旗号，对发展中国家的产品设置碳壁垒、实施单边贸易措施，会造成事实上的不公平，也有违 WTO 协议的初衷。

第三，中国的低碳发展与法治化建设。2015年，《巴黎协定》确立了2020年后以国家自主贡献为主体的国际应对气候变化机制，全球气候治理的理念确定为低碳绿色发展。一方面，中国必定会践行承诺，履行大国责任，承担一定的减排责任；另一方面，中国加快低碳发展、完善绿色法治建设，既是气候变化国际合作的要求，更是中国经济可持续发展的必然选择。

作者在湖南大学法学院攻读博士学位期间，我曾担任其导师。她多年来持续关注国际投资与贸易中的环境法律问题，博士论文以来华投资的跨国公司为研究对象，探讨如何运用法律手段规制跨国公司的环境行为，以及跨国公司如何承担环境责任的问题。2013年以来，她进入中国社会科学院法学研究所从事博士后工作，在关注气候变化法的基础上，继续围绕贸易与环境问题，深入分析碳泄漏背后的深层次法律问题，在对碳排放权进行理论分析的基础上，分别从国际法和国内法的角度提出了应对碳泄漏的对策建议。这本著作不仅是作者主持的教育部人文社科项目的最终成果，也是作者多年坚持学术研究的积淀。多年来发达国家以碳泄漏为由，对中国的碳排放水平和减排努力横加指责，本书的问世，算是一个很好的回应，有利于透过碳泄漏的现象，看到发达国家和发展中国家利益博弈的本质。

欣闻姜明副教授的专著《新时代背景下碳泄漏的法律规制：理论逻辑与实现路径》即将付梓，十分高兴，特作此序为贺。我相信读者能够从该书获得许多收获和启迪，并祝愿她在环境法学研究道路上继续前进、勇于开拓，取得更多的成绩。

蔡守秋

2018年10月8日

导 论	1
一、气候变化是个“伪命题”? / 2	
二、争论背后：各国减排承诺的博弈 / 6	
三、“不确定性”与法律应对的必要性 / 8	
第一章 碳泄漏法律规制的基本范畴	11
第一节 碳泄漏的内涵与外延	11
一、碳泄漏的产生及其概念 / 11	
二、碳泄漏的本质 / 13	
三、碳泄漏的表现形式 / 15	
第二节 碳泄漏法律规制的逻辑基础——碳排放权的法律属性	17
一、碳排放权的二重性解构 / 18	
二、碳排放权既是生存权利也是发展权利 / 18	
三、碳排放权既是环境权利也是经济权利 / 22	
第三节 碳泄漏法律规制的必要性	23
一、能够应对国际碳排放责任的分配不公平 / 24	
二、能够平衡碳泄漏中存在的多方利益冲突 / 26	

第二章	碳泄漏法律规制的理论依据	30
第一节	共同但有区别责任原则的内涵	30
	一、共同但有区别责任原则的概念及发展 / 30	
	二、对共同但有区别责任原则的理解分歧 / 32	
第二节	共同但有区别责任原则的正当性与合理性	33
	一、共同责任体现了实质公平 / 33	
	二、共同责任体现了共同福利 / 36	
	三、区别责任体现了社会分工 / 38	
	四、区别责任体现了矫正正义 / 40	
	五、共同但有区别责任体现了利益平衡 / 42	
第三章	典型国家和地区应对碳泄漏的做法	47
第一节	美国碳泄漏的立法现状	47
	一、东部各州的区域减排制度与碳泄漏的防范措施 / 48	
	二、西部各州的区域减排制度与碳泄漏的防范措施 / 52	
	三、州气候变化应对措施 / 57	
	四、联邦政府的碳泄漏法律应对措施 / 57	
第二节	欧盟应对碳泄漏的立法现状 / 62	
	一、免费配额分配制度 / 63	
	二、配额拍卖制度 / 66	
	三、替代性的方法 / 68	
	四、边境税调整制度 / 69	
	五、欧盟防止碳泄漏的制度评价 / 70	

第三节	发展中国家的应对举措	71
一、	印度 / 71	
二、	韩国 / 74	
第四章	碳泄漏的国际防范: WTO 规则下的因应	77
第一节	碳壁垒的产生、发展及法律评价 / 77	
一、	碳壁垒的概念及特征 / 77	
二、	碳壁垒的实践基础 / 80	
三、	碳壁垒的未来趋势及评价 / 84	
第二节	碳关税与 WTO 的适应关系及中国应对 / 85	
一、	碳关税的功能和法律属性 / 86	
二、	WTO 规则对碳关税的适用性问题 / 90	
三、	碳关税对中国的影响及应对 / 99	
第三节	碳标识制度的法律分析及应对建议 / 103	
一、	碳标识的概念及发展 / 103	
二、	碳标识制度的法律评价 / 109	
三、	碳标识制度的中国应对 / 111	
第五章	碳泄漏的国内应对: 构建新时代低碳法律制度体系 ...	115
第一节	理念调整与制度完善: 能源法的生态化及体系化	117
一、	低碳背景下的能源法发展现状 / 117	
二、	能源法的低碳化 / 121	
三、	能源法的体系化 / 125	
第二节	构建与创新: 碳排放权交易的法律规制	129
一、	碳排放权交易的理论基础 / 129	
二、	中国碳排放权交易制度的发展现状及现实困境 / 131	

三、中国碳排放权交易的法律规制进路 / 135	
第三节 调整与完善：外商投资环境准入制度	138
一、外商投资环境准入制度的理论意义 / 138	
二、外商投资环境准入制度的发展现状 / 140	
三、环境准入制度与 WTO 规则的协调 / 143	
四、环境准入制度的完善路径 / 145	
参考文献	147
一、中文著作与论文 / 147	
二、英文著作与论文 / 153	

导 论

历次气候变化国际谈判的博弈进程表明，全球应对政策最终都要落实为一系列经济权利的分配公约，国家间如何分配减排责任更是各国参与国际谈判的核心议题之一，《京都议定书》中规定第一承诺期（2008—2012 年）的减排目标只针对发达国家和经济转轨国家（即附件 I 国家），非附件 I 国家未承担具体的减排义务，这样的减排责任分配对世界经济格局和国际贸易关系都将产生深远的影响。

在经济全球化的今天，国家和地区间减排政策的差异性可以导致碳密集型产业的区域生产成本差异，甚至成为碳密集型产业由严格减排政策国家流向宽松减排政策国家的动因之一。西方发达国家认为：因严格减排政策导致的生产成本差异将削弱本国相关产业的竞争力，碳密集型产业的流动还将导致减排效果被抵消，故而将其称为“碳泄漏（Carbon Leakage）”，其实质就是一种区域间的碳排放转移。

探讨碳排放转移问题，是基于气候变化的大背景之下，直接与气候变化的国际应对相联系，因此，有必要就气候变化命题做一个简单的梳理，厘清对气候变化法律应对的不同看法，在此基础上，分析论述就碳排放转移展开法律应对研究的必要性和紧迫性。

一、气候变化是个“伪命题”？

关于气候变化是否确实存在，科学上一直存在争议。^① 自政府间气候变化委员会（以下简称 IPCC）发布的《第三次评估报告》以来的研究进展表明，可辨别的人类活动影响超出了平均温度的范畴，这些影响已扩展到了气候的其他方面，报告的第二章就气候变暖得出了如下结论：“过去 50 年观测到的大部分变暖可能是由于温室气体浓度增加”。^② 可辨别的人类活动影响超出了平均温度的范畴，这些影响已扩展到了气候的其他方面，其中包括温度极值和风场。^③ 过去 30 年以来，人为变暖可能在全球尺度上已对在许多自然和生物系统中观测到的变化产生了可辨别的影响。^④

但是，作为结论的主要科学依据受到了质疑，如 McIntyre S. 和 McKittrick R. 认为，结论依据的千年温度变化曲线所采用的数据资料及分析方法有问题；^⑤ Soon W. 等人则认为由于中世纪暖期与小冰期的普遍存在，因此 20 世纪不可能是近千年最暖的时候。^⑥ 不同的观点所引发的争议从来没有停止过，更为激烈的反对观点认为目

① 王绍武、罗勇、赵宗慈等：《关于气候变暖的争议》，载《自然科学进展》2005 年第 8 期。

② IPCC, *Climate Change 2001: Mitigation Working Group III, IPCC 3rd Assessment Report*, 2001, WGI 9.4, SPM.

③ Ibid., WGI 9.4, 9.5, SPM.

④ Ibid., WGII 1.4, SPM.

⑤ McIntyre S., McKittrick R., *Corrections to the Mann et al. (1998) proxy data base and Northern Hemispheric average temperature series*, Energy and Environment, 2003, 14 (6), pp. 751 - 771.

⑥ Soon W, Baliunas S, Idso C, et al., *Reconstructing climatic and environmental changes of the past 1000 years: Peapptaisal*, Energy and Environment, 2003, 14 (2, 3), pp. 233 - 296.

前气候根本没有变暖。^① 如美国有学者认为：地球气候呈现波动变化的周期，人类对气候的影响微不足道，气候变暖是一个毫无由来的恐慌。瑞典地质学家兼物理学家尼尔斯——阿克塞尔·默纳明确表示，气候变暖导致海平面上升是世纪谎言，^② 他带领专家小组前往马尔代夫和图瓦卢进行考察，结果证实马尔代夫的海平面 50 年来没有上升，图瓦卢甚至比数十年前更低，他们还发现亚得里亚海的水位并没有上升，只是水城威尼斯正在陆沉而已。还有的历史研究也认为，被视为变暖证据的天气现象，如炎热、严寒、洪水、干旱等都在过去几百年甚至上千年历史中出现。

特别是在 2009 年哥本哈根气候变化会议召开前夕，气候变化“阴谋论”再一次被热议。据称，黑客侵入了英国气候专家的电脑，从上千封研究人员的内部邮件中可以看出，气象专家们的研究并不严肃，甚至篡改对气候变化结论不利的数据，刻意向公众隐瞒部分不支持气温升高的数据，直指人类活动影响气候的观点，是一场精心设计的谎言和欺骗！在国内，基于气候变化委员会发布的 IPCC 第四次报告相关数据和科学结论遭受质疑。例如：气候变化研究一般需要以 30 年平均值作为基准态，但 IPCC 报告是以 15 年作为一个分析周期。还有一些人抛出了气候变化“阴谋论”，担心气候变化是发达国家制约发展中国家的阴谋，在新能源投资领域，由于发展前景的不明朗，很多人还联想到美苏当年的星球大战，怀疑发达国家提出气候变化、低碳经济是为了抑制发展中国家的快速发展，甚至拖垮中国经济。美国国内也有类似的观点：气候变化是欧洲用来制约美国的阴谋论，美国退出《京都议定书》的理由之一，就是有关全球变暖的结论缺乏确凿的科学证据。

① Singer S F. , Human contribution to climate change remains questionable, *EOS Transactions* 01 (1999): pp. 183 -187.

② 中国新闻网：《瑞典学者：气候变暖导致海平面上升是世纪谎言》，2009 年 3 月 30 日。

面对质疑，坚持气候变暖说的科学家们为考证天气变化与人为活动之间的联系做了大量研究，在接下来 IPCC 完成的第四次评估报告和 2013 年的第五次评估报告中，研究结论一次比一次更充分有力地证明了全球气候变暖与人类活动的内在联系，关于气候变化影响和对策的科学认识有了长足的发展。

IPCC 在第四次评估报告中称：从全球平均气温和海洋温度升高、大范围积雪和冰融化、全球平均海平面逐渐上升的观测中可以看出，气候系统变暖是明显的，按照温室气体的 100 年全球变暖潜势（GWP）加权计算，1970 年至 2004 年期间全球温室气体年排放总量已经增长了 70%。由于人为排放，目前大气中氧化亚氮的浓度远远超出工业化前几千年中的浓度值，而甲烷和二氧化碳浓度则远远超出过去 65 万年的自然范围。在 IPCC 第五次评估报告中，气候变暖说得到了更多量化的科学数据的证实。例如，在海洋增暖方面，第四次评估报告的评价是：1961 年以来，海洋变暖所吸收热量占地球气候系统热能储量的 80% 以上；而在第五次评估报告中，1971 年至 2010 年间海洋变暖所吸收热量占地球气候系统热能储量的 90% 以上，几乎确定的是，海洋上层（0 米至 700 米）已经变暖。与此同时，1979 年至 2012 年，北极海冰面积以每 10 年 3.5% 至 4.1% 的速度减少；自 20 世纪 80 年代初以来，大多数地区多年冻土层的温度已升高，升温速度因地区的不同而不同。

2015 年，全球大气二氧化碳平均浓度突破 400ppm，全球大气甲烷平均浓度达到 1845ppb，氧化亚氮平均浓度为 328.0ppb。由于海洋吸收了约 30% 人类活动排放的二氧化碳，海洋酸化现象趋重。

2016 年 8 月，世界气象组织（World Meteorological Organization，以下简称 WMO）发布《2015 年全球气候状况声明报告》，这份报告采用了各 WMO 计划和各联合发起的计划采集的现场和空间观测结果以及数值客观分析。这些观测值即已由全球气候观测系统（GCOS）所定义的基本气候变量（ECV），支撑这一评估的国际资料集中由与

WMO 合作的先进的气候资料、监测和研究中心维护。报告指出：2015 年全球平均近地表气温与以往平均气温有明显的差值，大约比 1961—1990 年平均水平高 $0.76 \pm 0.09^{\circ}\text{C}$ ，比 1850—1900 年时期高约 1°C ，是有记录以来最高的，在所有有人类居住的大陆上均是如此。全球海面平均气温和海平面平均高度也均超过了 2014 年创下的纪录。二氧化碳平均浓度比 2014 年高百万分之 3.1，是 58 年来最大的年度增加值。极端降雨在一些情况下造成特大洪水和严重干旱，热带风暴等极端天气。

尽管气候变暖说不断得到科学佐证，但目前的科学研究水平还难以“量化界定”气候系统受到危险的人为干扰的水平。历年的 IPCC 研究报告并未否认关于气候变化某种程度的“不确定”（uncertainty）性可能存在。^① IPCC 第四次评估报告采用了“气候变化很可能（very likely，95% 以上可能性）是由观测到的人为温室气体浓度增加所导致”^② 这样的措辞。“很可能”意味着人类活动与气候变暖之间存在联系，是有“确凿发现（Robust findings）”的，^③ 即沿用当前的气候变化减缓政策和相关的可持续发展做法，未来几十年内全球温室气体排放将继续增长。IPCC 第五次评估报告中继续采用了“很可能”之说，称人类活动很可能导致了 20 世纪 50 年代以来的大部分（50% 以上）全球地表平均气温升高。其中，温室气体在 1951 年至 2010 年间可能贡献了 0.5°C 至 1.3°C 。在一系列情景模式下，相对于 1986 年至 2005 年，全球地表平均气温在 2016 年至 2035 年将升高 0.3°C 至 0.7°C ，2081 年至 2100 年将升高 0.3°C 至 4.8°C 。到 2100

① 赵宗慈、王绍武：《从 IPCC AR4 得到的启示》，载《中国气象报》2009 年 9 月 15 日。

② IPCC. , *Summary for policymakers of climate change 2007: the physical science basis. Contribution of working group I to the fourth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.

③ “确凿发现”被定义为：那些在各种方法、模式和假设情况下都成立的发现，并预计相对而言这些发现不受不确定性的影响。