

世界贸易组织法下碳贸易壁垒合法性判定的相对性

王云鹏

摘要：欧盟碳边境调节措施等具有贸易阻碍效应的气候单边措施正在成为气候时代新形态的贸易壁垒，即碳贸易壁垒。WTO 的司法实践表明，同类产品和歧视性待遇确立标准的灵活性使得非歧视待遇原则适用的法律基准具有较大弹性；GATT 第 20 条（b）项的必要性标准、（g）项的有关性标准和“引言”的解释适用也存在较大的不确定性。这使得碳贸易壁垒或能援引一般例外规则为其必要性进行辩护。《巴黎协定》下国际气候制度的变迁，如国家自主减排模式、减排合作的俱乐部化和国内气候立法的勃兴，强化了措施方基于 WTO 的一般例外规则为碳贸易壁垒的合法性进行抗辩的合理性，也增加了援引第 20 条（d）项例外的可能性。中国应积极完善国内碳市场机制，推动与欧盟等的双边合作，有效降低碳边境调节措施对中国相关产业的负面影响，并推动对此类措施的多边国际规制。

关键词：应对气候变化；世界贸易组织；贸易壁垒；巴黎协定

[中图分类号] D996 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2023) 05-0034-22

一、问题的提出

欧盟碳边境调节措施（Carbon Border Adjustment Mechanism, CBAM）立法引发了世界各国对于以气候变化为由的新形态国际贸易壁垒的担忧。⁽¹⁾ 此类以应对气候变化为由而采取的单边主义措施，主要表现为以商品在生产过程中的碳排放量为依据制定的边境调节关税、国内税费、碳配额申购要求或其他具有贸易阻碍效应的措施，可概称为“碳贸易壁垒”。碳贸易壁垒是绿色壁垒在气候变化领域的体现。此类措施的阻碍效应因其表征的出口国和进口国碳价的差异、覆盖的范围和对商品隐含碳排放的计算标准不同，而有所差异。⁽²⁾ 虽然碳贸易壁垒的实际效应尚未显现，

【作者简介】王云鹏，法学博士，河南大学法学院副教授。

【基金项目】国家社会科学基金后期资助项目“国际碳交易机制的全球协同与中国因应”（项目批准号：20FFXB065）。

(1) European Parliament and European Council, *Regulation (EU) 2023/956 Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism*, *Official Journal of the European Union* (L 130/52), European Commission (10 May 2023), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2023:130:FULL>.

(2) UNCTAD, *A European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: Implications for Developing Countries*, UNCTAD (1 September 2021), https://unctad.org/system/files/official-document/osginf2021d2_en.pdf.

但是作为当今世界第一贸易大国，其必然会对中国的贸易利益构成重大负面影响。⁽³⁾此外，在欧美等西方国家看来，碳市场链接等所形成的气候俱乐部是解决气候治理中集体行动危机良方⁽⁴⁾，而 CBAM 等措施是实施“选择性激励”以破解搭便车问题的关键环节。⁽⁵⁾作为发展中国家，中国很难设立与已实现碳达峰的欧美等发达国家具有同质性的减排目标⁽⁶⁾，而会被排斥在“小院高墙”之外。CBAM 等单边措施的滥觞，必然会侵蚀气候全球治理的多边基础，损害中国在气候全球治理中的话语权和领导力。中国要维护发展中国家在气候全球治理中的话语权，反对以各种小集团损害气候多边治理体系，就要对碳贸易壁垒在国际法上的合法性问题进行综合研究以拟定应对之策。

综合评判是有效应对的前提。国际法上碳贸易壁垒合法性争论的实质是气候政策与贸易政策的协调问题。⁽⁷⁾学界对该问题的关注始于《京都议定书》时期欧盟提出的对美国出口商品所征收的碳关税以及《美国清洁能源与安全法案》拟定的对中国等发展中国家出口商品所实施的碳边境调节措施（Border Carbon Adjustments, BCAs），且主要基于以世界贸易组织（WTO）为核心的多边贸易规则评定此类措施的合法性。⁽⁸⁾美国巴格沃蒂（Bhagwati）教授从 WTO 法的角度分析了因美国急于采取气候行动而发起的单边贸易措施的合法性问题，并就欧盟等可能采取的措施，从反补贴规则、关税协议和非歧视待遇等角度对措施的合法性进行了具体分析。⁽⁹⁾比利时鲍威林（Pauwelyn）教授则更为系统地分析了 WTO 下 BCAs 所可能面临的制度风险和合法性限度。他认为，进口限制、惩罚性关税、反补贴或者反倾销措施不大可能通过 WTO 的合法性检验；相比之下，BCAs 或配额申购要求更有可能被确认与 WTO 规则相符合；即使这些措施仍有可能违反最惠国待遇被认为存在歧视，但是可以援引《关税及贸易总协定》（GATT）一般例外条款作为依据。⁽¹⁰⁾合法性得以证立的关键是措施设计及其实施应建立在灵活的基础上且充分考虑各国碳减排的行动力度和发展中国家的经济发展水平。⁽¹¹⁾欧盟航空碳关税和 CBAM 所引发的类似争议也基本

(3) European Commission, *Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism*, SWD (2021)643 final, 17 July 2021, p. 64–66. 当 CBAM 价格在 45.4–47.3 欧元/吨的条件下，受影响的中国相关产业对欧出口将下降 11%。

(4) Michael A. Mehling, Gilbert E. Metcalf & Robert N. Stavins, *Linking Climate Policies to Advance Global Mitigation: Joining Jurisdictions Can Increase Efficiency of Mitigation*, 359 *Science* 997, 997–998 (2018).

(5) William Nordhaus, *Climate Clubs: Overcoming Free-Riding in International Climate Policy*, 105 *American Economic Review* 1339, 1339–1370 (2015).

(6) Lars H. Gulbrandsen, Jørgen Wetttestad, David G. Victor & Arild Underdal, *The Political Roots of Divergence in Carbon Market Design: Implications for Linking*, 19 *Climate Policy* 427, 427–438 (2018).

(7) 刘勇：《气候治理与贸易规制的冲突和协调——由碳边境调节机制引发的思考》，载《法商研究》2023 年第 2 期，第 46–59 页。

(8) Paul-Erik Veel, *Carbon Tariffs and the WTO: An Evaluation of Feasible Policies*, 12 *Journal of International Economic Law* 749, 749–800 (2009).

(9) Jagdish Bhagwati & Petros C. Mavroidis, *Is Action Against US Exports for Failure to Sign Kyoto Protocol WTO-Legal?*, 6 *World Trade Review* 299, 299–310 (2007).

(10) Joost Pauwelyn, *Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments Under WTO Law*, in G. Van Calster & D. Prévost eds., *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 448–506.

(11) Zhongxiang Zhang, *The U.S. Proposed Carbon Tariffs, WTO Scrutiny and China's Responses*, 7 *International Economics and Economic Policy* 203, 203–225 (2010).

循沿了巴格沃蒂和鲍威林的分析范式，只是因立场不同，中外学者观点迥异。西方学者倾向于探究碳贸易壁垒在 WTO 法下的正当性——存在被违反可能的规则恰恰为设计“合法”的措施提供了指引。⁽¹²⁾ 中国学者则更为关注的是碳关税等措施对于国际贸易和经济的负面效应⁽¹³⁾，主张其是具有显著贸易阻碍效应的单边措施，且其无法基于对 WTO 中一般例外的援引而具有合法性。⁽¹⁴⁾

问题是，碳贸易壁垒兼具气候政策与贸易政策双重属性，依据 WTO 法对其评判时应否考虑当前国际气候变化法的范式变迁对 WTO 有关规则解释适用的影响？WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第3款规定，相关协定之具体规则应根据国际公法的惯例得以解释之。作为国际公法的一个分支，WTO 法并非绝对自足（self-contained）的规范体系；国际环境法或国际人权法等其他国际公法的构成部门也有可能适用于 WTO 具体规则的解释。⁽¹⁵⁾ 既然应当考虑，这是否会影响合法性评判的结论？当气候变化《巴黎协定》下各国减排责任的法律性质已明显发生显著的范式变迁⁽¹⁶⁾，仍基于 CBAM 等碳贸易壁垒与 WTO 不一致的断言，可能会忽视措施方基于气候变化新科学事实和新制度发展所可能提出的新论点。因此，为有效应对碳贸易壁垒、维护我国企业的合法权益和捍卫气候多边治理体系，我们需要全面、审慎地探究 WTO

(12) E.g., Ludivine Tamiotti, et al., *Trade and Climate Change: A Report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization*, 2009; Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, *To B (TA) or Not to B (TA)? On the Legality and Desirability of Border Tax Adjustments from a Trade Perspective*, 34 *The World Economy* 1911, 1911–1937 (2011); Keith Kendall, *Carbon Taxes and the WTO: A Carbon Charge Without Trade Concerns?*, 29 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 49, 49–90 (2012); Joshua Meltzer, *Climate Change and Trade—The EU Aviation Directive and the WTO*, 15 *Journal of International Economic Law* 111, 111–156 (2012); Aaron Cosbey, et al., *Developing Guidance for Implementing Border Carbon Adjustments: Lessons, Cautions, and Research Needs from the Literature*, 13 *Review of Environmental Economics and Policy* 3, 3–22 (2019); Gracia Marín Durán, *Carbon Border Adjustments: Securing Compatibility with the Multilateral Climate and Trade Regimes*, 72 *International & Comparative Law Quarterly* 1, 1–24 (2023).

(13) 黄凌云、李星：《美国拟征收碳关税对我国经济的影响——基于 GTAP 模型的实证分析》，载《国际贸易问题》2010 年第 11 期，第 93–98 页；李继峰、张亚雄：《基于 CGE 模型定量分析国际贸易绿色壁垒对我国经济的影响——以发达国家对我国出口品征收碳关税为例》，载《国际贸易问题》2012 年第 5 期，第 105–118 页；林伯强、李爱军：《碳关税的合理性何在？》，载《经济研究》2012 年第 11 期，第 119–128 页；袁嫣：《基于 CGE 模型定量探析碳关税对我国经济的影响》，载《国际贸易问题》2013 年第 2 期，第 92–99 页；王有鑫：《征收碳关税对中国出口贸易和国民福利的影响——基于中美贸易和关税数据的实证研究》，载《国际贸易问题》2013 年第 7 期，第 119–127 页；帅传敏、高丽、帅传系：《基于 GTAP 模拟的碳关税对我国农产品贸易影响的研究》，载《国际贸易问题》2013 年第 8 期，第 133–141 页；刘斌、赵飞：《欧盟碳边境调节机制对中国出口的影响与对策建议》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 6 期，第 185–194 页；王谋、吉治璇、康文梅等：《欧盟“碳边境调节机制”要点、影响及应对》，载《中国人口·资源与环境》2021 年第 12 期，第 45–52 页。

(14) 王慧：《美国气候安全法中的碳关税条款及其对我国的影响——兼论我国的诉讼对策》，载《法商研究》2010 年第 5 期，第 21–30 页；黄文旭：《碳关税的合法性分析——以 WTO 为视角》，载《时代法学》2010 年第 6 期，第 110–116 页；梁咏：《WTO 框架下碳关税可能引致的贸易争端与解决》，载《法学》2010 年第 7 期，第 76–84 页；沈木珠：《多边法律体制下碳关税的合法性新析》，载《国际贸易问题》2011 年第 5 期，第 149–156 页；崔凡：《欧盟碳边境调节机制可能会违反 WTO 规则》，载《中国经济评论》2021 年第 8 期，第 54–58 页；陈红彦：《欧盟碳边境调整机制的合法性考辨及因应》，载《法学》2021 年第 12 期，第 177–192 页；边永民：《世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性》，载《经贸法律评论》2022 年第 2 期，第 1–21 页等。

(15) Joost Pauwelyn, *Conflict of Norm in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 29–39.

(16) Robert Falkner, *The Paris Agreement and the New Logic of International Climate Politics*, 92 *International Affairs* 1107, 1117–1118 (2016).

争端解决机构审理环境有关案件的裁判思路，从而释明 WTO 有关碳贸易壁垒合法性评判的法律适用逻辑和法律标准中的相对性，并进而查明国际气候制度的变迁对上述逻辑和标准的具体影响，以探究措施方所可能提出的论辩思路，从而有的放矢地制定务实应对策略。

二、WTO 非歧视义务裁判基准的相对性

基于环境保护与可持续发展的基本宗旨，WTO 允许成员方采取更有雄心的环境和气候政策，除非其构成了不合理的歧视或变相的限制。相关规则的具体适用有极大的灵活性以寻求贸易与环境等公共利益保护之间的平衡。WTO 争端解决机构（DSB）所裁判的贸易与环境案件，和其他援引 GATT 第 20 条一般例外条款为其国内单方措施进行辩护的案件^{〔17〕}，都首先涉及定性问题。如果属于关税，即属于对 GATT 第 2 条减让表义务的违反；如果属于非关税措施，则考察措施内容是否有违反其他相关条款或协定的可能。措施的定性主要是审查措施是否构成边境税费、国内规制、数量限制、补贴、技术性贸易壁垒或动植物检验检疫等措施。^{〔18〕}从实践来看，措施本身的定性并不是影响其与所涉协定是否一致的决定性因素，关键在于：其一，措施及其实施方式是否构成对非歧视义务的违反；其二，措施方能否援引例外规则豁免其行为的不法性。最惠国待遇和国民待遇共同构成了成员方在 WTO 项下的基本义务。最惠国待遇要求措施方对于产自或运往任何其他国家或地区的产品所给予的优惠、特权或豁免应立即无条件地给予产自或运往 WTO 所有其他成员的同类产品。GATT 第 I 条第 1 款对于最惠国待遇适用措施的规定，涵盖了成员方所实施的对产品有实质影响的边境和边境后措施，涉及与进出口有关的关税和费用、关税和费用的征收方法、进出口的规章手续以及国内税费和有关产品的国内销售、推销、购买、运输、分销或使用的法律法规。无论碳贸易壁垒被界定为何种性质的贸易措施，都会受到最惠国待遇原则的规制。与之相比，国民待遇原则适用于成员国维持的影响产品销售的国内税费和国内规章。譬如，CBAM 即属于典型的 GATT 第 3 条第 4 款规定的“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”。

（一）同类产品：碳足迹能否构成判定相似性的关键标准

碳贸易壁垒的实质是基于产品碳足迹的不同给予相异待遇。措施违反非歧视原则的关键是对

〔17〕 WTO 争端解决机构涉及 GATT 第 20 条例外适用的主要案件，包括美国汽油案（DS 2/4）、美国虾和海龟案（DS58）、欧共同体石棉案（DS135）、阿根廷预征所得税措施案（DS155）、韩国牛肉案（DS161）、加拿大小麦出口和谷物进口措施案（DS276）、多米尼加香烟案（DS302）、墨西哥软饮料税案（DS308）、巴西翻新轮胎案（DS332）、中国汽车零部件案（DS340）、美国—泰国虾案（DS343）、美国海关担保指令案（DS345）、中国出版物和音像制品案（DS363）、哥伦比亚入境口岸限制措施案（DS366）、泰国香烟案（DS371）、美墨金枪鱼案（DS381）、中美禽肉案（DS392）、中国原材料案（DS394/395/398）、欧共同体海豹制品案（DS400/401）、中国稀土案（DS431）、印度太阳能电池案（DS456）、印度尼西亚进口许可证制度案（DS477/478）、印度尼西亚鸡肉案（DS484）等。

〔18〕 Gabrielle Marceau, *The Interface Between the Trade Rules and Climate Change Actions*, In Deok-Young Park ed., *Legal Issues on Climate Change and International Trade Law*, Springer, 2016, p. 3–39.

同类产品（like product）施加歧视性待遇。⁽¹⁹⁾因此，其与非歧视原则是否一致的先决问题是产品的隐含碳排放量（embedded emissions）是否构成产品相似性（likeness）的区分标准。⁽²⁰⁾如果 WTO 法认可产品的隐含碳排放量应当或可以作为判断产品相似性的决定性因素，那么措施方对隐含碳排放量不同的进口产品和国内产品给予不同的待遇，就具有与非歧视原则相一致的前提。问题是，同类产品的判定标准并不具有无可辩驳的确定性。

首先，WTO 规则文本中缺乏对“同类产品”的具体界定。“同类产品”这一概念主要见于 GATT 第 1 条（最惠国待遇条款）、第 3 条（国民待遇条款）、第 6 条（反倾销条款）、第 11 条（数量限制条款）、第 16 条（补贴），以及《反倾销协定》的第 2 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条，《反补贴协定》的第 6 条、第 11 条、第 15 条，《技术性壁垒协定》的第 2 条和第 5 条。在这些条款中，仅有《反倾销协定》第 2.6 条和《反补贴协定》第 15.1 条提供了有关同类产品的解释：一是与相关产品所有方面都相似（alike）的“相同（identical）产品”；二是虽不相同，但是具有与相关产品非常类似特征的其他“相似（resembling）产品”。这一解释是规定在作为 WTO 一揽子文件的协定文本中的，可以视为直接体现立法者意图的对于“同类产品”这一关键概念的立法解释。根据 WTO 法律解释的基本规则，即约文（text）的意义应结合条约上下文（context）和条约目的及宗旨等善意解释之。⁽²¹⁾非歧视原则中的“同类产品”约文的内涵，在对应条款缺乏明确规定的情况下，可以依据作为其上下文的《反倾销协定》和《反补贴协定》的相关条款所提供的文义解释得以确定。GATT 国民待遇原则在具体争议中的适用可以印证这一判断。争端解决机构在“日本酒税案”中认为，GATT 第 3 条第 2 款的条文中存在两种产品：一种是第 2 款第 1 句中的“国内同类产品”（like domestic products）；另一种是第 2 款第 2 句所指向的与国内产品有直接竞争或替代关系的进口产品。⁽²²⁾

其次，WTO 争端解决机构所发展的同类产品界定的实践标准也存在不确定性。虽然争端解决机构并未被赋予创设先例的权力，但是上诉机构在争端案件中对于 WTO 文本规则的解释仍然具有指导意义。无论是专家组还是上诉机构，在确定成员方的措施是否违反非歧视原则时，均需要对系争措施所涉及的国内产品和进口产品是否属于同类产品进行判断。从实践来看，争端解决机构所遵循的标准比较一致，大体上可以概括为以下在适用上有层进关系的两个标准：其一，基于目的解释原则将同类产品解释为具有竞争关系的产品，认为非歧视原则得以适用下的“同类产品”

(19) Simon Lester, Bryan Mercurio & Arwel Davies, *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, Hart Publishing, 2012, p. 227–257, 263–268.

(20) Bradley J. Condon, *Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law*, 12 *Journal of International Economic Law* 895, 895–926 (2009).

(21) 张乃根：《条约解释的国际法（上）》，上海人民出版社 2019 年版，第 299–300 页。

(22) Appellate Body Report, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, p. 25. 上诉机构认为，即使进口产品（伏特加以外的烈酒）不属于 GATT 第 3 条第 2 款第 1 句所指的同类产品，但是考虑产品的性质以及相关市场上竞争条件，这些产品也应归入范围较广的“直接竞争或可替代产品”的范围，并应适用 GATT 第 3 条第 2 款第 2 句的规则，以确定日本政府所实施的措施是否违反了国民待遇原则。

标准旨在给予进口产品与国内产品相同的市场竞争环境。将“同类产品”解释为具有竞争关系的产品，符合 WTO 创设自由竞争下全球统一市场的宗旨，也符合 GATT 有关的条文，特别是 GATT 第 3 条第 1 款和第 2 款的规定。但是，这一解释却扩大了同类产品所覆盖的范围，因为经济学意义上有竞争关系的产品范围比较模糊。同类产品覆盖的范围越广，成员方基于对产品分类管理而实现特定监管目的和公共政策的空间就越小。其二，把同类产品应具备的特征具体化为四个方面的要素：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与消费者偏好。⁽²³⁾ 需注意的是，争端解决机构所确立的四个要素标准本身也存在不确定性，特别是消费者的偏好与习惯。经济学认为，商品的价格决定了消费者为获取一个商品应当支付的数额，而消费者偏好则决定了他愿意支付多少。⁽²⁴⁾ 可见，消费者偏好具有主观性，容易受到社会风尚和社会环境的影响——气候变化政策和低碳经济发展理念毫无疑问正在重塑消费者偏好。⁽²⁵⁾ 并且，前述四个要素标准不是争端解决机构必须遵循的强制性规则，也不是穷尽性列举。专家组和上诉机构在适用时有自由裁量的权利⁽²⁶⁾，任何一个单一要素都有可能起决定性作用。比如，涉及最惠国待遇原则适用，海关分类相对较为重要⁽²⁷⁾；涉及国民待遇原则中直接竞争或替代产品的确认，相同的最终用途则较为关键。⁽²⁸⁾

概言之，WTO 文本中并未提供有关同类产品的统一解释，WTO 争端解决机构在实践中也没有创设较为一致的解释性标准。非歧视原则得以适用的前提涉及两类宽严不一的产品：一类是狭义的同类产品，即相同产品；另一类是广义的同类产品，即直接竞争或可替代的产品。就系争产品是否属于同类产品从而触发非歧视义务的适用而言，争端解决机构只能基于个案的具体事实综合前所提及的四个要素进行衡量。就碳贸易壁垒措施的适用而言，即使是适用较为严格的相同产品标准，争端解决机构可能仍需要确定产品可否因隐含碳排放量的不同而被视为非同类产品。这是因为产品隐含碳排放量的不同可能会影响进口国对产品的海关分类、消费者的偏好。即使产品的隐含碳排放量被确定为同类产品认定的关键要素，碳贸易壁垒措施所涉及的产品仍将因其终端用途的相同而被认定为具有直接竞争关系或有替代效应的产品，而受非歧视

(23) E.g., Bradley J. Condon, *Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law*, 12 *Journal of International Economic Law* 895, 906 (2009).

(24) [美] 哈尔·R.范里安：《微观经济学：现代观点》，费方域等译，格致出版社 2011 年版，第 39-40 页。

(25) Felix Creutzig, Joyashree Roy, William F. Lamb et al., *Towards Demand-Side Solutions for Mitigating Climate Change*, 8 *Nature Climate Change* 260, 260-263 (2018).

(26) Appellate Body Report, *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, para. 102; Appellate Body Reports, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R, 21 December 2011, para. 131.

(27) Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton & Michael G. Plummer eds., *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Springer, 2004, p. 104-105.

(28) Appellate Body Report, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, paras. 23-26.

原则的规制。然而，措施是否违反非歧视义务仍须审视措施是否在作为同类产品的系争产品之间构成了歧视性待遇。

（二）歧视性待遇确立标准的相对性

依据 WTO 法审视碳贸易壁垒的合法性涉及两个基本问题：第一，措施本身的非歧视问题，即措施在实体规则的设置上是否违反最惠国待遇原则或国民待遇原则；第二，措施实施方式的非歧视问题，即在确定措施本身违反最惠国待遇原则或国民待遇原则但能援引例外进行抗辩的前提下，审视其实施方式是否违反 GATT 第 20 条一般例外条款引言中所规定的非歧视标准。在此讨论前者。

国际经贸条约中普遍存在的非歧视原则，其适用标准并不统一；WTO 中非歧视原则的适用也是如此。⁽²⁹⁾ 关键问题是，当受措施影响的产品构成相同产品的前提下，应当如何确认歧视的存在？歧视的存在是以意图还是效果作为关键的判定标准？如果是以歧视效果作为判定歧视存在的关键标准，在何种条件下可以认定存在歧视结果？是否存在歧视结果即可认定措施与非歧视相关条款的不一致性，抑或是仍须考虑歧视结果是否改变了产品之间的竞争条件？碳贸易壁垒措施歧视性待遇认定的不确定性在于，就歧视效果是否存在这一事实问题而言，专家组往往会基于个案事实分别采取均衡方法作整体性评判或者采取诊断式方法。这使得非歧视待遇的标准在不同的案件中会呈现出一定的相对性。以欧盟的 CBAM 为例，理论上讲，如果专家组在确定是否存在歧视时采取的是均衡方法进行整体性评判，或会考虑豁免国产品已经承担了与欧盟产品相同程度的碳监管成本而认为并不存在违反最惠国待遇的歧视性待遇，也可能因欧盟取消了免费配额而认为 CBAM 并未对进口产品课以低于欧盟国内产品的待遇。在同类产品不以隐含碳排放量为区分标准的前提下，碳贸易壁垒措施之于 WTO 非歧视义务的违法性是较为明显的。然而，基于前述有关相同产品的讨论来看，WTO 争端解决机构是有作出高碳产品与低碳产品属于非相同产品的裁量空间的。

有两个观点值得关注。第一，欧盟等发达国家制定的 CBAM 等碳贸易壁垒措施应依据《联合国气候变化框架公约》(United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC) 中“共同但有区别的责任原则”（下称共区原则）给予发展中国家以差别待遇；未考虑 WTO 最惠国待遇原则中的授权条款作如此规定，事实上是以单边主义行动“强制”不承担减排义务的发展中国家采取对等的减排行动。这增加了认定措施方存在歧视意图的可能性。这一论断所依据的是 UNFCCC 和《京都议定书》所建立的减排义务履行的“双轨制”模式：附件 1 的发达国家承担强制性的量化减排义务；发展中国家根据自身能力作出自愿减排承诺，不承担强制减排义务。这一减排义务的“双轨制”模式事实上已经被《巴黎协定》以“国家自主贡献”为核心的普遍承诺所替代。第二，进口产品的减排负担应当按照进口国的碳价来计算；欧盟按照本国碳市场碳价作为标准对进口产品补征碳价差额，构成了对国民待遇的违反。这一论断成立的前提是 WTO 下的国民待遇原则禁止成员方通过国内措施避免使进口产品享受比国内产品更优惠的待遇。WTO 下的国

(29) Nicolas F. Diebold, *Standards of Non-Discrimination in International Economic Law*, 60 *International & Comparative Law Quarterly* 831, 835–841 (2011).

民待遇原则显然并不支持这一解释。该原则禁止的是成员方以国内税收或其他政府管理措施为国内产品提供保护。⁽³⁰⁾ 成员方在被禁止的“领域”以外显然享有制定国内贸易政策的自主权。制定措施避免进口产品享有超国民待遇，并不违背国民待遇原则保障国内产品与进口产品公平竞争的宗旨。欧盟能否通过国内措施“迫使”其他国家采取与之强度相同的碳减排行动或按照域内碳价作为进口产品购买 CBAM 凭证的基准。这一问题的实质是成员方能否制定具有域外适用效力的促进气候治理的贸易限制措施。从实践来看，只要该类措施的首要目的是保护环境且其实施是非歧视和善意的，环境措施的域外适用效力并不是被绝对禁止的。⁽³¹⁾

从实践来看，最惠国待遇原则和国民待遇原则所规制的对象均包括法律上（*De jure*）的歧视和事实上（*De facto*）的歧视。虽然在立法意图上并未将外国同类商品区别对待，只要措施的实施事实上导致了对外国同类产品的歧视性效果，即可认定措施方违反了非歧视义务。在“欧共同体海豹制品案”中，虽然来自加拿大和挪威的产品也可援引措施规定的例外规则进入欧盟市场，但是与来自丹麦格陵兰岛的产品相比，加拿大和挪威的海豹制品受到了更多限制，存在事实上的歧视，因而违反了最惠国待遇原则。⁽³²⁾ 在日本酒税案中，税收措施看起来虽然是中性的，但是高税率主要适用于威士忌、白兰地和伏特加等进口产品；措施因而被认定存在事实上的歧视，实施的目的是保护国内清酒产业，违反了国民待遇原则。⁽³³⁾ 在该机构所审理的申诉方直接援引非歧视待遇原则的案件中，专家组几乎无一例外地确认了被申诉方相关措施与最惠国待遇或国民待遇原则的不一致性。⁽³⁴⁾ 可见，虽然歧视性待遇标准的适用存在相对性，但是在认定成员方措施对非歧视义务的违反时，争端解决机构即使采取均衡方法进行整体比较，也倾向于采取较为严格的判断标准，去审视措施是否改变了相同产品之间的竞争条件。然而，非歧视待遇的严格适用，并不必然使得有歧视意图或歧视效果的碳贸易壁垒措施违反 WTO 法。争端解决机构还需要审视措施方是否提出了基于例外规则的抗辩及该等例外可否适用。

三、WTO 例外规则解释适用的相对性

碳贸易壁垒的合法性评定必然涉及 WTO 法中例外规则的适用。⁽³⁵⁾ 基于美国 BCAs、欧盟航

(30) Mitsuo Matsushita, et al., *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2015, p. 183 – 184.

(31) Asif H. Qureshi, *Extraterritorial Shrimps, NGOs and the WTO Appellate Body*, 48 *International & Comparative Law Quarterly* 199, 199 – 206 (1999).

(32) Appellate Body Reports, *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, para. 6.1.

(33) Appellate Body Report, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, p. 32.

(34) WTO 提供了以各涵盖协定的具体条文为检索项的对应争端解决案例数量和编号，笔者整理了涉及 GATT 第 1 条和第 3 条的 296 个案例（2022 年 12 月 31 日前），并浏览了相关案例专家组和上诉机构报告的结论部分。参见 WTO, *Disputes by Agreement*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm.

(35) Ludivine Tamiotti, *The Legal Interface Between Carbon Border Measures and Trade Rules*, 11 *Climate Policy* 1202, 1205, 1207 – 1209 (2011).

空碳关税和 CBAM 等合法性的讨论和有关环境措施的案件实践可见，此类措施在 WTO 下的合法性取决于措施方能否成功援引一般例外规则证明其措施的正当性，特别是 GATT 第 20 条 (b) 项、(g) 项与 GATT 第 20 条“引言”。GATT 第 20 条的适用逻辑被概括为“两步法”：一是判断措施与 (b) 项和 (g) 项等子项的一致性；二是判断措施与“引言”的一致性。前者是对措施能否援引例外的事实和法律评判；后者是在前者结论为“是”的前提下对措施实施方式是否具备正当性的法律判断。⁽³⁶⁾

(一)(g) 项标准的不确定性

在与环境措施有关的争议案件中，(g) 项是被援引频次最多的。其适用要满足两个条件：其一，与可用竭的自然资源有关的措施；其二，该措施“与对国内生产或消费的限制一同实施”。就 CBAM 等措施而言，(g) 项得以适用的关键前提是气候能否构成“可用竭的自然资源”。基于“美国汽油案”和“美国虾和海龟案”等案例来看⁽³⁷⁾，争端解决机构在解释何谓“可用竭的自然资源”时采取了较为灵活与动态的立场，须考虑“国际社会对保护环境的现实关切”。⁽³⁸⁾ 作为生物资源的海龟和作为非生物资源的支撑人类生存的清洁空气，均可以被视为可用竭的自然资源。作为人类共同之关切且考虑国际社会就应对气候变化所已达成的《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》，气候系统可被认定为可用竭的自然资源。中外学界对此并无异议。⁽³⁹⁾ 考虑制定碳贸易壁垒的国家基本都是在《京都议定书》下承担强制性减排义务的附件 1 国家（如欧盟等国），国内均已形成了较为完善和严格的碳监管制度，措施“与对国内生产或消费的限制一同实施”事实应无太大争议。(g) 项适用的不确定性主要来自“有关性”(relating to) 标准。从实践来看，“有关性”所要求的作为手段的措施与作为目的的资源保护与养护之间的关联性，虽不需要达到“必要”或“不可或缺”的程度⁽⁴⁰⁾，但是仍必须存在“密切和真实的关联”。⁽⁴¹⁾ 如果气候公约明确规定了设计合理的贸易措施是具有减缓气候变化效应的措施，那么 CBAM 等措施应毫无疑问满足

(36) Niall Moran, *The First Twenty Cases Under GATT Article XX: Tuna or Shrimp Dear?*, In Giovanna Adinolfi, Freya Baetens, José Caiado et al. eds., *International Economic Law: Contemporary Issues*, Springer, 2017, p. 3–21.

(37) Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996; Appellate Body Report on *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.

(38) Appellate Body Report on *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, paras. 129–130.

(39) 梁咏：《WTO 框架下碳关税可能引致的贸易争端与解决》，载《法学》2010 年第 7 期，第 82 页；边永民：《世界贸易组织法视域下欧盟碳边境调节措施的合法性》，载《经贸法律评论》2022 年第 2 期，第 11–12 页；Bradly J. Condon, *Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law*, 12 *Journal of International Economic Law* 895, 911 (2009); Sarah Davidson Ladly, *Border Carbon Adjustments, WTO-Law and the Principle of Common But Differentiated Responsibilities*, 12 *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 63, 76–77 (2011).

(40) Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p. 15.

(41) Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 141; Appellate Body Reports, *China-Measures Related to the Exportation Of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 January 2012, para. 355.

(g) 项的“有关性”标准。其不确定在于，虽然《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》并未明确禁止具有贸易阻碍效应的边境调节措施，但是此类措施的减缓效应取决于碳泄漏的真实存在——这是一个缺乏确定结论的问题⁽⁴²⁾，且措施的实施能够消弭碳泄漏问题也存在争议。⁽⁴³⁾

(二)(b) 项标准的不确定性

通说认为，援引 GATT 第 20 条 (b) 项须满足两个条件：第一，措施的制定是为保护动植物的生命或健康之目标；第二，措施是该目标的实现所必要的。⁽⁴⁴⁾ 第一个条件是对措施立法目的的审视。争端解决机构主要审视措施的条文结构。上诉机构在“欧共体海豹制品案”中认为，专家组应审查措施文本对于其立法宗旨或目标的陈述，且应考虑措施的立法过程、结构和实施方式。⁽⁴⁵⁾ 审视的目的在于是否存在危及动植物生命健康的某种风险且措施的制定与实施有助于应对该风险。⁽⁴⁶⁾ 如果结论是肯定的，即意味着措施援引 (b) 项的第一个条件。专家组在“巴西关税措施案”中指出，减少二氧化碳排放是与 (b) 项有关的公共政策目标。⁽⁴⁷⁾ 考虑有关气候变化灾难性影响的科学事实已毋庸置疑，BCAs 或 CBAM 等措施如果明确宣示其立法目标是促进温室气体减排的国际合作以减少碳泄漏，措施方仅需要使专家组或上诉机构认同措施的采取“有助于”规制碳泄漏目标的实现，就可满足援引 (b) 项例外的第一个条件。其证立难度与 (g) 项中的“有关性”标准的证立相当，除非申诉方有充分的实证数据表明该类措施的实施不能对碳泄漏问题的规制产生任何效果。⁽⁴⁸⁾

相比之下，“必要性”的证明存在较大的不确定性。作为国际习惯法中“比例原则”的规则体现，“必要性”条件或标准的适用旨在平衡存在冲突的贸易利益和其他公共利益。⁽⁴⁹⁾ 从 GATT 和 WTO 的司法实践来看，“必要性”解释和适用已经从单一的“合理可替代”标准发展为更有灵活

{42} E.g., Zhongxiang Zhang, *Trade and Climate Change: Focus on Carbon Leakage, Border Carbon Adjustments and WTO Consistency*, 12 *Foundations and Trends® in Microeconomics* 1, 1–108 (2018).

{43} Hui Zhou & Jichuan Sheng, *Has EU ETS Caused Carbon Leakage in the EU Carbon-Intensive Industries? A Study from the Perspective of Bilateral Trade*, 13 *Chinese Journal of Population Resources and Environment* 132, 132–138 (2015).

{44} Peter Van Den Bossche & Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2008, p. 591–688.

{45} Appellate Body Reports, *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, para. 5.144; Panel Report, *Brazil-Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/R, WT/DS497/R, 30 August 2017, para. 7.884.

{46} Panel Report, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 12 June 2007, paras. 7.53, 7.84., 7.102.

{47} Appellate Body Reports, *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, para. 5.144; Panel Report, *Brazil-Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/R, WT/DS497/R, 30 August 2017, para. 7.904.

{48} Appellate Body Report, *Colombia-Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, WT/DS461/AB/R, 7 June 2016, para. 5.68; Panel Report, *Brazil-Certain Measures Concerning Taxation and Charges, Brazil-Taxation (Japan)*, WT/DS472/R, WT/DS497/R, 30 August 2017, para. 7.905.

{49} Axel Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, 4 *Journal of International Economic Law* 441, 441–480 (2001).

性的对多个因素的综合平衡。⁽⁵⁰⁾ 基于“韩国牛肉案”“欧共体石棉案”“美国博彩案”(2005)和“多米尼加香烟案”(2005)等多个案件⁽⁵¹⁾, 上诉机构在“巴西翻新轮胎案”(2007)形成了审视GATT第20条(b)项中“必要性”的现有逻辑: 首先, 基于对相关因素的综合平衡分析, 特别是受到危害的利益或价值的重要性、系争措施对于其政策目标达成的贡献程度和措施的贸易限制性等三项因素, 形成有无必要性的初步判断。其次, 如果综合平衡分析的结论为“是”, 则必须将系争措施与可能的替代措施进行比较, 该替代措施与系争措施相比贸易限制程度较低且对目标达成的贡献度相当; 专家组进行比较时应考虑被危害利益或价值的重要性。上诉机构认为, 在完成上述分析过程中, 专家组应对每个因素进行评判以形成最后的整体结论。⁽⁵²⁾

概言之, “必要性”适用标准不确定性在于三个方面。第一, 该标准的适用逻辑并非一成不变。上诉机构和专家组在处理与气候变化有关的案件中可能会引入新的考虑因素, 譬如措施所规制的风险对所保护利益或价值产生损害的不确定性。第二, 专家组在评判措施于多大程度上能促进其政策目标时享有较大的自由裁量权。上诉机构认为专家组可以在分析当时可获取的证据基础上选择定性或定量的分析方法, 并考虑风险的性质、需保护的利益或价值和措施方选择的保护程度。⁽⁵³⁾ 第三, 可替代措施“合理”与否的判断主要是一个定性分析的问题。专家组和上诉机构需要结合个案事实衡量可替代措施是否具有现实可行性、替代措施能否促成政策目标的实现、在措施方选定的保护程度下替代措施的可行性等。⁽⁵⁴⁾ 专家组和上诉机构在对相关因素的考量和这些因素所隐含的不同利益的综合平衡中享有较大的自由裁量权。他们对于贸易与环境之于人类社会价值的偏好会影响其在综合平衡过程中对相关要素之于结论达成的权重考量。

或有观点认为, 气候变化的灾难性影响会增加各类碳贸易壁垒措施符合相关例外规则中“必要性”的可能性, 因为这些措施的政策目标是减少温室气体排放以避免全球变暖对地球生态和人类社会整体构成灾难性的不可逆转的影响。按照功利主义的伦理观, 人类整体的存续无疑是比某

(50) Simon Lester, Bryan Mercurio & Arwel Davis, *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, Hart Publishing, 2018, p. 397–402. “合理可替代”标准是指, 当存在一个合理可替代且与系争措施相比对WTO规定的违法性程度较低的措施时, 则系争措施不能被证明具有“必要性”。该标准的严格解释使得具有“必要性”措施必须是为了实现所保护的公共目标所“不可或缺”(indispensable)。GATT Panel Report, United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930, L/6439–36S/345, 16 January 1989, para. 5.26.

(51) 上诉机构在“韩国牛肉案”(2001)中认为具有“必要性”措施不仅仅指该措施是“不可或缺”或“绝对必要”, 推翻了“美国337案”(1989)所代表GATT时期对“必要性”的严格解释——措施即使达不到“不可或缺”的程度也能具有“必要性”。Appellate Body Report, Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R WT/DS169/AB/R, 11 December 2000, para. 161; Appellate Body Report, Dominican Republic-Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes, WT/DS302/AB/R, 25 April 2005, para. 12.

(52) Panel Report on Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/R, 12 June 2007, paras. 139–145, 178, 182.

(53) Panel Report on Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/R, 12 June 2007, paras. 145–146.

(54) Appellate Body Reports, European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, para. 5.169; Appellate Body Report, United States-Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements: Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada and Mexico, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 June 2012 para. 5.205; Appellate Body Report, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, paras. 309–311.

一个人或某些群体的生命健康更为重大的利益或价值。然而，随着国际气候制度日趋完善，专家组或者上诉机构也许会认为通过多边环境协定协调减排更为可行，允许碳贸易壁垒或会导致类似措施的泛滥，毕竟气候变化问题与传统的环境问题不同，其对经济社会的影响更为普遍和复杂。对碳贸易壁垒持以对传统绿色壁垒相同的灵活性，会使得一般例外被滥用的可能性大幅增加——气候变化问题与现代经济体系的紧密关联可以使得几乎所有影响产品进出口的措施与气候变化有关。退而言之，即使 CBAM 等措施能够通过（b）项的“必要性”审视，也并不意味着该类措施可以援引一般例外而获得在 WTO 法律体系下的合法性——其仍需要符合“引言”的要求。

（三）“引言”中标准的不确定性

从文义上来看，“引言”的基本要求是措施即使满足 GATT 第 20 条（b）和（g）项等的要求，如果措施的实施方式构成“任意或不合理的歧视”或“对国际贸易隐蔽的限制”，也不会被允许。“引言”的立法目的是基于善意原则（good faith）限制成员方对一般例外的滥用^{〔55〕}，但是其语义过于模糊而难以形成清晰的标准。^{〔56〕}

从实践来看，“任意或不合理的歧视”这一标准有两个问题需要澄清。其一，“任意或不合理的歧视”和非歧视义务中歧视的判断标准是否同一；其二，如何解释“相同条件为准”（same condition prevails）。^{〔57〕}对前一个问题，上诉机构的立场并不一致。在“美国汽油案”和“美国虾和海龟案”中，上诉机构认为“引言”中的歧视和前述非歧视待遇原则中的歧视所依据的事实依据是不同的^{〔58〕}；在“欧共体海豹制品案”中，上诉机构则认为两类歧视的事实依据是相同的。^{〔59〕}区分的原因是上诉机构认为，“引言”中的歧视所指向的并非措施的内容，而是措施的实施；不区分则表明“引言”中歧视得以确立的根本因素仍是具有竞争替代效应的相似产品被给予差异化的待遇。两种逻辑并不矛盾，仅能证明上诉机构在个案衡量中自由裁量权的真实存在。在“相同条件为准”的限定下，“引言”所禁止的是对来自“条件”相同国家的相似产品给予差别待遇。上诉机构在“欧共体海豹制品案”中认为“条件”所指的是与措施所要保护的目标或利益有关的情况。^{〔60〕}可见，“条件”还应涉及措施所规制的对所保护的目标或利益构成损害的风险或其他情形。^{〔61〕}

〔55〕 John Jackson, *World Trade and The Law of GATT*, Bobbs-Merrill, 1969, p. 743 – 744.

〔56〕 Arwel Davies, *Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the “New” Approach in Brazil-Tyres*, 43 *Journal of World Trade* 507, 507 – 509 (2009).

〔57〕 Lorand Bartels, *The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction*, 109 *American Journal of International Law* 95, 95 – 125 (2015).

〔58〕 Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, para. 23; Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 150.

〔59〕 Appellate Body Reports, *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, para. 5.130.

〔60〕 Appellate Body Reports, *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, paras. 5.300, 5.317.

〔61〕 Lorand Bartels, *The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction*, 109 *American Journal of International Law* 95, 111 (2015).

气候变化作为人类共同之关切，所有国家均面临着其所导致的危害。专家组和上诉机构是否会以国家有无制定国内应对气候变化法或采取有效的减排措施作为标准，将措施方与申诉方视为“条件”不同，因而认为对那些怠于应对气候变化或未履行《巴黎协定》下减排承诺的国家所出口商品施加 BCAs 或 CBAM 视为有正当理由？从上诉机构关于认定“任意或不合理的歧视”的实践来看，这一问题获得肯定回答的可能性是存在的。措施方（如欧盟）或会主张：其一，与“美国虾和海龟案”中美国未与申诉方（印度、巴基斯坦等国）进行谈判从而达成与美洲五个国家（巴西、墨西哥、委内瑞拉等）所缔结的《地区性保护海龟的美洲间公约》不同⁽⁶²⁾，其在制定措施前已秉持善意与潜在的被影响方进行了双边或多边的国际谈判，因而不构成无端歧视；其二，与“美墨第二金枪鱼案”中被专家组和上诉机构所认定的不构成不合理歧视的措施实施方式相同⁽⁶³⁾，其措施在实施的过程中考虑受影响国不同的国情，允许产品的进口商在缴纳 BCAs 或申购 CBAM 时减除产品在出口国境内已承担的碳价。有鉴于此，考虑气候变化导致的灾难性后果，即使经济学界的实证研究并未形成有关碳泄漏问题的一致性结论⁽⁶⁴⁾，争端解决机构也有可能基于“荷尔蒙牛肉案”中关于风险评估并不需要单一科学结论的观点⁽⁶⁵⁾，认为措施方可以为了避免碳泄漏问题而基于减排承诺水平的差异对来自不同国家的产品进行差别化实施。

至于“隐蔽的限制”，现有实践并未提供明确指引。上诉机构在“美国汽油案”中指出，审查“任意或不合理的歧视”所需考虑的因素与审视“对国际贸易隐蔽的限制”的因素是相同的。⁽⁶⁶⁾如果措施构成了“任意或不合理的歧视”，意味着具有贸易限制效应的措施缺乏与其声称的应受保护的目标和利益缺乏必要的联系，因而必然是隐藏实际目的的“隐蔽”限制。如果措施不构成任意或不合理的歧视，是否仍可被认定为隐蔽的限制？专家组在“欧共同体石棉案”中通过援引条约解释的习惯法指出，“隐蔽”与措施方的意图或动机有关。⁽⁶⁷⁾主观的意图是难以确定的。考虑“引言”实施的目的是限制措施方对例外的滥用，因此即使不构成任意或不合理的歧视，如果措施的

(62) Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 166.

(63) Appellate Body Report, United States-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products: Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, WT/DS381/AB/RW/USA, WT/DS381/AB/RW2, 14 December 2018, paras. 6.280–6.281. 美国 2016 年的立法根据不同海域相异捕鱼方法对海豚的危险差异化程度来调整措施实施方式。

(64) E.g., Thomas Rutherford & Mustafa Babiker, *The Economic Effects of Border Measures in Subglobal Climate Agreements*, 26 *The Energy Journal* 99, 99–125 (2005); Stéphanie Monjon & Philippe Quirion, *A Border Adjustment for the EU ETS: Reconciling WTO Rules and Capacity to Tackle Carbon Leakage*, 11 *Climate Policy* 1212, 1212–1225 (2011); Hui Zhou & Jichuan Sheng, *Has EU ETS Caused Carbon Leakage in the EU Carbon-Intensive Industries? A Study from The Perspective of Bilateral Trade*, 13 *Chinese Journal of Population Resources and Environment* 132, 132–138 (2015); Stefano F. Verde, *The Impact of the EU Emissions Trading System on Competitiveness and Carbon Leakage: The Econometric Evidence*, 34 *Journal of Economic Surveys* 320, 320–343 (2020).

(65) Appellate Body Report, European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, para. 194.

(66) Appellate Body Report, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, para. 25.

(67) Panel Report, European Communities-Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, WT/DS135/R, 18 September 2000, para. 8.236.

实施超出了其声称的政策目标实现的必要限度，措施方的意图就有可能被视为仍是追逐经济利益的贸易限制，而非其所声称的公共健康、环境等公共政策目的。

总之，“引言”的适用是“必要性”的考量，其所审视的是措施实施方式与规制目标之间的相称性或比例性。⁽⁶⁸⁾ 具言之，为实现措施所指向的目标或利益，措施方在实施措施的过程中有无合理的必要对来自不同国家的相同产品进行差别化待遇。从前述有关措施本身必要性问题的讨论来看，气候问题的严峻性和牵涉利益的重大性会给予措施方较大的论辩空间。可见，基于 WTO 法下相关规则的适用逻辑，并不能得出碳贸易壁垒必然与相关规制不一致的必然性结论，其取决于争端解决机构解释适用相关规则时对贸易利益和 WTO 所允许的应受保护的其他公共利益（环境、健康、公共道德等）的权衡。这种权衡是在相应规则所存在的具有相对性的解释空间内进行的。规则解释和适用的相对性保障了条约适用的灵活性，以发展的方法来解释条约，以使得不变的条文能够适应变化的国际政治和经济关系，并避免与嗣后条约的冲突。⁽⁶⁹⁾ 与 CBAM 等措施有关的争端之解决中必然会涉及 WTO 诸协定与国际气候条约的关系，即同样作为国际公法一部分的国际气候条约是否会对其成员方在 WTO 法下的权利义务。WTO 《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 2 款规定，专家组和上诉机构应“按照国际公法解释的习惯规则，澄清有关协定的现有条文”。作为被普遍接受的条约解释的国际法，《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（c）项规定，为确定条约用语之通常含义，应考虑“适用于当事方关系之任何国际法规则”。当发起 WTO 争端解决的双方同时也是《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》的缔约方时，这些气候规则毫无疑问属于适用于当事方关系的在 WTO 相关规则进行条约解释时应被考虑的国际法规则。从实践来看，即使这些规则不会成为 WTO 案件审理中参照适用的规则，必然会影响专家组和上诉机构对于 WTO 协定中条文用语通常含义的解释，譬如，前文所论证的存在相对性解释空间的“相同产品”“必要的”“任意或不合理的歧视”“条件相同”等术语。事实上，学者在论证 CBAM 等措施在 WTO 法下的合法性问题时，也援引了气候规则，特别是“共区原则”，认为在“共区原则”下，UNFCCC 和《京都议定书》等气候条约并未赋予承担强制性减排义务的成员方采取单方措施迫使自愿减排的发展中国家采取同等程度的减排行动的权利。⁽⁷⁰⁾ 然而，这一论断所基于的是《京都议定书》框架下对“共区原则”的传统解释，并未考虑《巴黎协定》后国际气候制度的新发展对 WTO 相关规则解释和适用的影响。

四、国际气候制度演进对合法性论辩逻辑的影响

WTO 规则中判定碳贸易壁垒合法性与否的相关法律标准存在明显的相对性问题，争端解决机

(68) Panel Report, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/R, 12 June 2007, para. 227.

(69) [比]约斯特·鲍威林：《国际公法规制之冲突——WTO 法与其他国际法规则如何联系》，周忠海等译，法律出版社 2005 年版，第 304 页。

(70) 陈红彦：《气候变化制度引入边境措施的现实困境及应对》，载《法学》2015 年第 1 期，第 25-34 页。

构需要综合考量气候政策目标与贸易利益，在解释适用相关规则中必然会受到国际气候制度变迁的影响，特别是《巴黎协定》所形成的全球气候治理的新规范和新模式。

（一）《巴黎协定》下国际气候制度的新发展

国际气候制度是以 UNFCCC 为基础的规范全球气候合作的规范体系。UNFCCC 设定了各成员方在国际气候合作中的基本原则、基本目标和基本政策框架。该公约虽然规定了各国进行碳排放核算与报告的基本义务，但是并未设置具体的减排责任。⁽⁷¹⁾ 嗣后达成的《京都议定书》在 UNFCCC 的框架下基于“共同但有区别的责任原则”下以“自上而下”确立了成员国减排责任的“双轨制”模式，即发达国家承担强制性的量化减排义务、发展中国家自愿减排。⁽⁷²⁾ 《京都议定书》缔约不久，美国就退出了该协定，使得其生效伊始就存在着有效性问题；其第一承诺期内（2008—2012）全球温室气体排放并未得到有效控制。⁽⁷³⁾ 另外，欧盟、加拿大等发达国家缔约方以中国、印度等新兴经济体未承担同等减排责任为由，缺乏继续承担强制性减排义务的政治意愿。⁽⁷⁴⁾ 2009 年哥本哈根气候会议失败之后，各国开始寻求达成新的综合协定；历经德班、利马、华沙和巴黎气候大会的多轮谈判，在中国和美国等排放大国的积极参与和推动下，国际社会形成了新的具有里程碑意义的《巴黎协定》。国际气候合作进入“巴黎时代”。以《巴黎协定》为基础的当前国际气候制度主要呈现以下三个特征。

1. 减排责任方式的范式变迁

《巴黎协定》要求各国均应按照“国家自主贡献”（Nationally Determined Contributions, NDCs）中的方式或水平承担同一减排责任。⁽⁷⁵⁾ 有学者基于对《巴黎协定》的文本分析，认为作为协定核心条款的第 4 条所确立的减排责任既包括以所有成员方为责任主体的集体减缓义务，如第 4.1 条规定的缔约方整体为实现长期目标应尽快实现碳达峰并在公平的基础上实现碳中和，也包括以每一缔约方为责任主体的单独责任，如第 4.2 条所规定的“各缔约方，无论发达国家或是发展中国家，均应按照协定要求编制、通报其 NDCs，并采取国内减缓措施来履行 NDCs 所体现的国家减排责任”。⁽⁷⁶⁾ 这种由国家自主确定本国在条约项下减排目标和行动路线图的方式，或称“国家自

(71) Jonathan Kuyper, Heike Schroeder & Björn-Ola Linnér, *The Evolution of the UNFCCC*, 43 *Annual Review of Environment and Resources* 343, 343–368 (2018).

(72) Jacob Werksman, *Compliance and the Kyoto Protocol: Building a Backbone into a “Flexible” Regime*, 9 *Yearbook of international environmental law* 48, 48–101 (1998).

(73) Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2013 – The Physical Science Basis*, Cambridge University Press, 2013, p. 1–30.

(74) 王苏春：《后〈京都议定书〉时代的国际气候谈判：制约因素与协同合作》，载《阅江学刊》2015年第4期，第27–33页。

(75) Klein, Daniel, et al., *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, 2017, p. 141, 145–148.

(76) Daniel Bodansky, *The Legal Character of the Paris Agreement*, 25 *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 142, 142–150 (2016).

主减排模式”⁽⁷⁷⁾，其实质是各国基于国家主权原则在保障其生存和发展限度内对碳排放空间进行自我设限。依据《巴黎协定》第4条、第13条、第14条和第15条等相关条款，缔约方所应承担的单独责任因条文表述为“应当”(shall)而具有强制性义务特征的，主要是NDCs的编制标准和提交方式有关的程序性义务，对各国减排行动的实质内容和力度并无强制性要求。⁽⁷⁸⁾这种“自下而上”的减排义务自主承诺方式和以透明的、非对抗和非惩罚的“全球盘点”为特征的履约方式，虽然有利于凝聚政治共识从而打破《京都议定书》下国际气候合作的僵局⁽⁷⁹⁾，但是却弱化了UNFCCC所确立的“共区原则”下发达国家承担主要减排责任的强制性。诚如学者所言，《巴黎协定》下强调各自能力原则的国家自主减排模式并未从“原则”层面对基于“共区原则”所形成的国际气候制度构成根本特征的改变，但是其也从“规范”意义上改变了国际气候制度的实质特征，对各国减排责任的履行方式构成“非颠覆性的重大变化”。⁽⁸⁰⁾具言之，各国基于各自国情作出减排承诺并善意履行该承诺的国家自主减排模式，强化了“共区原则”中的“共同责任”，即发展中国家也应当编制和通报NDCs并善意地实施相应的减排行动，而基于“各自能力原则”的“区别责任”则要求发达国家应当设定涵盖全经济领域的绝对减排目标。可见，《巴黎协定》下发达国家和发展中国家所应承担的减排义务是具有同质性的非约束性义务，差别在于发达国家被鼓励作出符合其能力的更高水平的减排承诺，以实现协定所规定的长期减排目标。考虑长期目标是各缔约方均应承担的集体责任，承诺较高减排目标的发达国家或会声称，其通过CBAM等措施规制碳泄漏问题是保障本国减排政策有效性所必需的措施，有利于推动发展中国家加强减缓行动，是在善意履行其所承担的推进碳达峰和碳中和等长期目标实现的集体责任。

2. 气候全球治理的俱乐部化

国家自主减排模式弱化了对各国减排责任的强制性要求，使得《巴黎协定》的实施同样存在着无法实现其所设定目标的有效性。根据联合国环境规划署(UN Environment Programme, UNEP)的统计，虽然截至2022年9月有166个缔约方提交了更新的NDCs，且有88个缔约方以各类形式作出了碳中和承诺，但是在目前的政策情景下，实现《巴黎协定》所确定的1.5℃和2℃的目标，仍存在250亿吨和170亿吨二氧化碳当量的差距。⁽⁸¹⁾减排合作的“俱乐部化”被西方学者视为弥补《巴黎协定》减缓目标实现有效性不足的一个可行性倡议。⁽⁸²⁾所谓气候“俱乐部”是指若干减缓目标和机制相同或相似的国家之间减缓制度的链接所形成的减缓联盟或减缓俱乐部。

(77) 巢清尘、张永香、高翔等：《巴黎协定——全球气候治理的新起点》，载《气候变化研究进展》2016年第1期，第61-67页。

(78) 秦天宝：《论〈巴黎协定〉中“自下而上”机制及启示》，载《国际法研究》2016年第3期，第64-76页。

(79) David G. Victor, *Global Warming Gridlock: Creating More Effective Strategies for Protecting the Planet*, Cambridge University Press, 2011, p. 1-10.

(80) 徐崇利：《〈巴黎协定〉制度变迁的性质与中国的推动作用》，载《法制与社会发展》2018年第6期，第198页。

(81) United Nations Environment Programme, *Emissions Gap Report 2022*, www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2022.

(82) Håkan Pihl, *A Climate Club as a Complementary Design to the UN Paris Agreement*, 3 Policy Design and Practice 45, 45-57 (2020).

哥本哈根会议之后，“俱乐部”方式即被气候经济学和气候政治学的主流学者视为克服国际气候合作因“搭便车”效应而陷入集体行动困境的一种有效机制。⁽⁸³⁾《巴黎协定》缔结之后，学者进一步阐明了该协定框架下以“俱乐部”方式强化减排行动的合法性、有效性和可行性⁽⁸⁴⁾，并提出了若干具体的政策建议。譬如，美国基欧汉教授等所建议的建立在诸边协议基础上的碳市场俱乐部⁽⁸⁵⁾，英国斯图阿研究员所论证的《巴黎协定》第6条下自愿减排合作基础上的碳减排信用的国际互认⁽⁸⁶⁾，经济合作与发展组织（Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD）国家限制煤炭出口金融激励措施的联盟⁽⁸⁷⁾，旨在通过减少短期大气污染物排放的气候和清洁空气联盟⁽⁸⁸⁾，北极地区国家间限制黑碳和甲烷排放的国家俱乐部⁽⁸⁹⁾，以及欧盟和美国提出的促进气候友好型产品贸易的联盟等。无论以何种形式体现，“俱乐部”方式的合作均会涉及对非俱乐部成员或违规者的制裁。譬如，美国经济学家诺德豪斯所建议的惩罚性关税⁽⁹⁰⁾，欧洲学者提出的碳边境税或类似措施。⁽⁹¹⁾ IPCC 的权威性科学报告所重申了的强化减排行动的紧迫性⁽⁹²⁾，增加了通过“俱乐部”方式推动更高水平减排目标实现的正当性，而作为气候“俱乐部”之必要政策构成的碳边境税或类似措施，也因而具有一定的合理性。

3. 国内气候立法的勃兴

《巴黎协定》下的国家自主减排模式和国际减缓合作俱乐部化均表明新的国际气候政治逻辑的

(83) E.g., Robert Falkner, Naghmeb Nasiritousi & Gunilla Reischl, *International Climate Policy After Copenhagen: Towards a “Building Blocks” Approach*, 1 *Global Policy* 252, 252–262 (2010).

(84) E.g., Nicolas Lamp, *The Club Approach to Multilateral Trade Lawmaking*, 49 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 107, 107–190 (2016); Robert Falkner, et al., *Climate Clubs: Politically Feasible and Desirable?*, 22 *Climate Policy* 480, 480–487 (2021); Leonidas Paroussos, Antoine Mandel, Kostas Fragkiadakis et al., *Climate Clubs and the Macro-Economic Benefits of International Cooperation on Climate Policy*, 9 *Nature Climate Change* 542, 542–546 (2019).

(85) N. Keohane, A. Petsonk & A. Hanafi, *Toward a Club of Carbon Markets*, 144 *Climatic Change* 81, 81–95 (2017).

(86) Michele Stua, Colin Nolden & Michael Coulon, *Climate Clubs Embedded in Article 6 of the Paris Agreement*, 180 *Resources Conservation and Recycling* 1, 1–8 (2022).

(87) Jessica C. Liao, *The Club-Based Climate Regime and OECD Negotiations on Restricting Coal-Fired Power Export Finance*, 12 *Global Policy* 40, 40–50 (2021).

(88) Charlotte Unger, Kathleen A. Mar & Konrad Gürtler, *A Club’s Contribution to Global Climate Governance: The Case of the Climate and Clean Air Coalition*, 6 *Palgrave Communications* 1, 1–10 (2020).该行动是由孟加拉国、加拿大、加纳、墨西哥、瑞典和美国政府以及联合国环境规划署发起的。

(89) Stine Aakre, Steffen Kallbekken, Rita Van Dingenen & David G. Victor, *Incentives for Small Clubs of Arctic Countries to Limit Black Carbon and Methane Emissions*, 8 *Nature Climate Change* 85, 85–90 (2017).

(90) William Nordhaus, *Climate Clubs: Overcoming Free-Riding in International Climate Policy*, 105 *American Economic Review* 1339, 1339–1370 (2015).

(91) Jeroen C. J. M. van den Bergh, Arild Angelsen, Andrea Baranzini et al., *A Dual-Track Transition to Global Carbon Pricing*, 20 *Climate Policy* 1057, 1057–1069 (2020).

(92) Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2013 – The Physical Science Basis*, Cambridge University Press, 2013.工作组关键政策结论是：从自然科学的角度来看，将人为引起的全球变暖限制在特定水平上需要限制累积二氧化碳排放并至少达到二氧化碳净零排放，同时需要大幅减少其他温室气体排放。

形成。⁽⁹³⁾ 各国虽然愿意继续在一个新的全球性协定框架下进行气候全球治理的气候合作，但是缺乏政治意愿接受“自上而下”的具有法律拘束力的减排目标。这种新政治逻辑的现实基础是各国在哥本哈根会议之后纷纷通过国内气候立法或气候政策对本国愿意承担减缓责任的申明。据英国格兰瑟姆研究所的统计，在 2009 年哥本哈根会议之前，其统计分析的 99 个国家制定了 426 项气候法律和政策，这一数据在 2014 年底攀升至 804 项。⁽⁹⁴⁾ 《巴黎协定》生效之后，英国、法国、德国、墨西哥、丹麦、菲律宾、澳大利亚、荷兰、肯尼亚、新西兰等国通过对本国气候变化法的修订或制定新法，宣告本国行动与该协定所确立目标的契合性。中国也在积极推动国内的应对气候变化立法工作，比如制定《国家应对气候变化规划（2014—2020 年）》和《国家适应气候变化战略 2035》，以及《温室气体自愿减排交易管理办法》《碳排放权交易管理办法（试行）》《工业企业温室气体排放核算和报告通则》等文件。

国内气候立法和政策已经成为各国普遍接受的履行减排责任的重要形式，同时也为碳壁垒措施提供了国内立法基础。譬如，CBAM 就是作为欧盟为保障其国内减排行动与《巴黎协定》长期目标相一致所制定的一揽子政策中的一项内容；美国提议的 BCAs 也是 2009 年《美国清洁能源与安全法案》中的具体制度。有效应对气候变化显然属于应被 WTO 所尊重的公共政策目标。以实施国内气候立法为目标的碳贸易壁垒或会被解释为“为保证某些与本协定的规定并无抵触的法令或条例的贯彻执行所必需的措施”，即 GATT 第 20 条中（d）项所指向的措施。除此之外，随着国内气候立法中有关碳排放核算与报告体系的完善，基于隐含碳排放量的产品标准制度和相应的低碳产品或零碳产品认证机制也正在初步完善。譬如，中国就有《节能低碳产品认证管理办法》。在气候变化问题日趋被公众所关注的背景下，此类机制在国内气候立法和气候政策中的普遍实施将影响消费者对带有低碳或碳中和标签产品的消费偏好⁽⁹⁵⁾，进而影响有关“相同产品”的认定标准。

（二）变迁对合法性论辩逻辑的影响

概言之，《巴黎协定》下的国家自主减排模式强化了各成员国减排责任的同一化趋势，改变了《京都议定书》所确立的义务“双轨制”模式。各国均需要根据各自能力承担共同的减缓责任。《巴黎协定》并不禁止各国采取强化的减缓行动，反而因其所确立的 1.5°C 目标，倾向于鼓励各国根据科学界所披露的全球变化问题的紧迫性采取必要措施提高减排水平。譬如，鼓励各国通过国内立法实现 21 世纪中叶的碳中和，允许成员国基于自愿以碳市场俱乐部方式（第 6.2 条和第 6.4 条）

(93) Robert Falkner, *The Paris Agreement and the New Logic of International Climate Politics*, 92 *International Affairs* 1107, 1107–1125 (2016).

(94) Michal Nachmany, Sam Fankhauser, Jana Davidová et al., *The 2015 Global Climate Legislation Study: A Review of Climate Change Legislation in 99 Countries: Summary for Policy-Makers*, https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2015/05/Global_climate_legislation_study_20151.pdf.

(95) Qianwen Li, Ruyin Long & Hong Chen, *Empirical Study of the Willingness of Consumers to Purchase Low-Carbon Products by Considering Carbon Labels: A Case Study*, 161 *Journal of Cleaner Production* 1237, 1237–1250 (2017).

推进减缓目标的实现。气候协定中减排责任履行的国家自决特征，弱化了气候协定的多边治理体制，为各国所采取的各类单边气候政策提供了国际法上适法性空间。即使这些政策的实施达不到其所宣称的效果，全球变暖问题的紧迫性和灾难性后果也为其提供了现实的合理性基础。气候单边政策在气候协定下适法性空间的扩大及其在全球变暖问题日趋严峻下合理性基础的强化，或会影响争端解决机构在审视措施必要性时利益平衡的考量标准，增加措施被认定为具有必要性的可能性。更为重要的是，各国在《巴黎协定》框架内的国内和区域气候立法和政策发展或会使措施方为其实施的碳贸易壁垒措施提供新的辩护理由。

1. 碳足迹与同类产品的判定标准

措施方或会主张，以产品的碳足迹作为区分同类产品的关键标准，有利于通过国际贸易推动全球范围内的低碳产品消费和低碳经济模式的形成⁽⁹⁶⁾，进而推动 UNFCCC 和《巴黎协定》下全球气候治理目标的达成。考虑 WTO 法下同类产品标准的模糊性及其解释和适用同类产品标准中的灵活性和相对性，争端解决机构在个案审理中或会受到该论辩理由的影响，基于各国国内法中就产品的碳足迹所制定的产品标准或产品标签是否足以塑造新的消费者偏好，形成新的终端用途模式。考虑同类产品标准的改变将直接影响非歧视原则的适用基准，争端解决机构应不会作出如此激进的解释，但是基于产品碳足迹的产品标准制度和相应的技术性法规，会降低碳贸易壁垒措施实施的行政管理成本。措施实施合规成本的降低也会降低措施的贸易阻碍效应。

2. GATT 第 20 条 (d) 项例外的可适用性

措施方或会主张，其以产品碳足迹不同给予差异待遇的国内政策是“为保证某些与本协定的规定并无抵触的法令或条例的贯彻执行所必需的措施”。印度曾经援引 GATT 第 20 条 (d) 项例外为其“全国太阳能计划”中的国内含量要求等措施进行辩护，主张 UNFCCC 等国际条约是国内法的一部分，在国内有直接适用的效力，辩称其措施是为了履行这些条约所必需的措施。⁽⁹⁷⁾ 上诉机构认为，第 20 条 (d) 项中的“法令或条例”并未排除国际条约，只要依据措施方的国内法，条约已经被“并入”该国国内法律体系或该条约在其境内有直接适用的效力。⁽⁹⁸⁾ 专家组和上诉机构认为，印度未能证明 UNFCCC 等条约在其境内有直接适用的效力⁽⁹⁹⁾，且印度所主张的作为其措施依据的国内文件主要是不具有法律拘束力的政策⁽¹⁰⁰⁾，因此不能援引第 20 条 (d) 项例外。

(96) Diana Ivanova, John Barrett, Dominik Wiedenhofer et al., *Quantifying the Potential for Climate Change Mitigation of Consumption Options*, 15 *Environmental Research Letters* 93, 93–112 (2020).

(97) Panel Report, *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/R, 24 February 2016, paras. 7.285, 7.288, 7.296.

(98) Appellate Body Report, *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, 16 September 2016, para. 5.140.

(99) Panel Report, *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/R, 24 February 2016, paras. 7.298–7.301; Appellate Body Report, *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, 16 September 2016, para. 5.141.

(100) Panel Report, *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/R, 24 February 2016, paras. 7.302–7.309, 7.311; Appellate Body Report, *India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, 16 September 2016, para. 5.114.

与“印度太阳能电池案”相比，当前的国际情势已发生了较为根本性的变化。《巴黎协定》下各国气候立法的大量制定，为援引 GATT 第 20 条（d）项例外提供了坚实的国内法律基础。这些国内立法大都表明其立法是为了实施《巴黎协定》下的国家减排责任。^{〔101〕}当然，即使措施方能够援引该项例外，其措施也需要满足该项中的“必要性”标准。上诉机构在“韩国牛肉案”中认为，GATT 第 20 条（d）项中“必要性”标准需要衡量措施指向的国内法令或条例所保护的公共利益的重要性——该利益越重要，措施越容易被认定为实施该法令或条例所必需的措施。^{〔102〕}这一适用逻辑与（a）项和（b）项的适用逻辑是一致的。

五、余论

CBAM 等碳贸易壁垒的滥觞正在成为现实，然而，鉴于 WTO 相关规则解释和适用中的相对性，受影响方不宜依赖 WTO 法律制度作为唯一有效的应对途径。WTO 上诉机构的停摆更使得 WTO 法律制度对于碳贸易壁垒的规制极大地被弱化。即使中国和欧盟之间有“多方临时上诉仲裁安排”，但是其具有临时性和开放性特征，对案件的管辖须有双方的同意。^{〔103〕}措施方（如欧盟）应不会同意将未来中欧之间依据 CBAM 所产生的贸易争端提交该机制。因此，中国作为受此类措施影响最为显著的国家，应采取务实有效的应对策略，降低此类措施对相关产业的负面影响，维护我国在全球气候治理中的话语权。

第一，完善全国碳市场制度，形成清晰稳定的碳价格信号，鼓励受 CBAM 等措施影响的非重点排放单位自愿加入碳市场，从而建立并完善企业层面的温室气体核算与报告体系，提高受影响企业的应对能力。以欧盟 CBAM 为例，其计划在 2023 年 10 月开始实施。在过渡期内（2027 年 1 月 1 日之前），覆盖行业相关产品的进口商需要按照欧盟的标准和要求进行产品隐含碳排放量的统计与申报工作。根据有关研究，中国和欧盟在企业层面的碳排放核算与报告体系上，核心方法是一致的，只是在核算边界和涵盖温室气体排放种类等方面有一定的差异，具有相当的可比性。^{〔104〕}随着中国全国碳市场机制的完善，应进一步扩大覆盖的温室气体排放种类，并实现从排放强度目标控制向绝对总量目标控制的转换^{〔105〕}；进一步扩大覆盖行业和企业范围，鼓励钢铁、铝、水泥、化肥等行业中有进出口业务的重点企业积极参与碳市场，自愿履约。作为碳市场主管部门，生态环境部应在已形成的“国家、地方、企业”三级温室气体排放统计和核算工作体系基础之上，鼓

〔101〕 Maria Socorro Manguiat & Andy Raine, *Strengthening National Legal Frameworks to Implement the Paris Agreement*, 12 *Carbon & Climate Law Review* 15, 15–22 (2018).

〔102〕 Appellate Body Report, *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R WT/DS169/AB/R, 11 December 2000, para. 162.

〔103〕 石静霞：《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉：基于仲裁的上诉替代》，载《法学研究》2020年第6期，第167页。

〔104〕 陈健华、孙亮、陈亮等：《国内外企业温室气体排放核算标准的比较分析》，载《气候变化研究进展》2016年第6期，第545–553页。

〔105〕 段茂盛：《利用全国碳市场促进我国碳达峰和碳中和目标的实现》，载《环境与可持续发展》2021年第3期，第13–15页。

励企业在遵循所发布的 24 个核算行业核算与报告指南的前提下,参考 ISO 14064-1 修订版和 ISO 19694 系列标准细化企业的核算报告,确保各类企业核算报告数据的国际可比性。

第二,推进与欧盟等国在碳市场和气候政策方面的双边合作,推动实现企业在本国碳市场所承担碳价成本、低碳产品标签或碳中和标志等技术法规的双边互认。中国和欧盟作为全球气候治理的两大主要领导者,在碳市场等领域一直有着良好的合作。《中国和欧盟气候变化联合宣言》建立了中欧的气候伙伴关系,并为《京都议定书》下国际碳交易机制的顺利实施奠定了基础。此后,中欧多次重申双方国际气候合作的重要性,先后签署了 2010 年《中欧气候变化对话与合作联合声明》、2015 年《中欧气候变化联合声明》和 2018 年《中欧领导人气候变化和清洁能源联合声明》,并在 2020 年建立了中欧环境与气候高层对话机制。“中欧碳市场对话与合作项目”有力地推进了中国的地方碳市场试点和全国碳市场机制的建立与完善。在已建立较为完善的碳市场机制的前提下,中国可以与欧盟签订“碳市场双边合作协议”,仿照双边税收协定中税收饶让减免的做法,就原产于中国的由被纳入全国碳市场或地方碳市场管控的重点排放单位或非重点排放单位所生产的出口至欧盟的产品,豁免 CBAM 的申购要求,只要相关企业能够取得中国碳市场交易管理平台签发的履约证明(或碳价已付证明、碳中和证书)。中欧作为 UNFCCC 和《巴黎协定》的缔约方,应当善意履行 UNFCCC 第 3.1 条公平基础上的“共区原则”,不滥用《巴黎协定》赋予成员方的减排行动的自决权,应遵守 UNFCCC 第 3.5 条中关于气候单边措施“不得构成国际贸易上任意或无理的歧视手段或者隐蔽的限制”的原则。虽然中欧之间碳市场上的平均碳价存在较大差异,但应注意到:这种碳价差异所反映的主要是各国碳减排成本的差异,而非碳监管宽严程度的差异。正是因为这种减排成本差异的存在,《巴黎协定》第 6 条才规定了基于自愿的市场化减排合作,目的是通过国际碳交易实现减缓气候变化中收益与成本的均衡结果。^[106]气候目标的实质在于减排量的多少,而非减排成本的差异。对于国内存在完善碳价格机制的国家的出口商品,仍课以碳关税或 CBAM 要求,或者要求商品的进口商申购商品在原产国已承担的碳价格与欧盟碳价格的差额,恰恰说明相关措施制定的主要目的并非推动气候合作,而是为了维护本国产品的竞争力,是一种隐蔽的贸易限制。

第三,推进贸易与气候政策协调的多边谈判进程,实现对碳贸易壁垒的多边规制。自 BCAs、CBAM 之后,美国《通胀削减法案》和欧盟《零碳工业法案》相继成为国际热议话题,其中规定大量的名义上推进低碳技术研发和低碳产品制造的补贴措施,对当前的国际多边贸易体制构成了重大挑战。这些措施的大量出现表明,国际社会应尽快达成协调贸易与气候政策的国际体制。碳贸易壁垒兼具气候政策和贸易措施的双重属性,这意味着该议题既可以在 WTO 框架内也可以在《巴黎协定》的框架内讨论。目前来看,在《巴黎协定》框架内谈判更具有现实可行性。首先,

[106] Martin L. Weitzman, *Can Negotiating a Uniform Carbon Price Help to Internalize the Global Warming Externality?*, 1 *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists* 29, 29-49 (2014). 魏兹曼认为,一个单一的国际碳价格与市场主体的自利动机是相悖的,或不能有效激励市场主体。

WTO 的决策体制决定了达成一项新的协定是极为艰难的。该议题因其气候问题属性可以纳入《环境产品协定》的谈判，但是《环境产品协定》业已陷入僵局⁽¹⁰⁷⁾，将气候这一更具有根本性和复杂性的议题纳入其中，显然缺乏政治可行性。其次，依托联合国全球气候变化大会这一机制，全球气候治理近年来就《巴黎协定》的实施达成了一系列涵盖全球碳市场合作、损失与损害机制等成果。欧盟的 CBAM 措施在格拉斯哥气候会议上就已引发各国关注。中国可以围绕 CBAM 和拟议的气候补贴等措施，在未来的气候大会上作出提案，要求成员方就该类措施的实施进行讨论，即使不能达成具有拘束力的决议，也可以形成一项多边框架内的关于限制该类措施制定和实施的宣言。

The Relative Legality of Carbon Trade Barriers Under the WTO Regime

WANG Yunpeng

Abstract: Unilateral climate measures with trade-deterrent effects, such as the EU's carbon border adjusted measures, are becoming the new trade barriers in the climate era. WTO judicial practice shows that, the flexibility of the standard of for like products and discriminatory treatment allows for greater flexibility in the application of the non-discriminatory principles. There is also considerable uncertainty about the application of the necessity standard in Article 20(b) of the GATT and the interpretation of its chapeau. These flexibility and uncertainty allow trade measures in the name of addressing climate change to invoke the general exception rule to justify their necessity. The key bones of the international climate regime under the *Paris Agreement*, such as the nationally determined reduction target, the clubbing of international mitigation cooperation and the burgeoning of domestic climate legislation, have strengthened the rationale to defend the legality of carbon trade barriers based on the WTO's general exception rule and increased the possibility of invoking the GATT Article 20(d) exception. China should actively improve its domestic carbon market mechanism and promote bilateral cooperation with the EU and others to effectively reduce the negative impact of carbon border regulation measures on relevant Chinese industries and promote multilateral international regulation of such measures.

Keywords: Mitigation of Climate Change; WTO; Trade Barriers; Paris Agreement

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)

(107) 魏艳茹:《WTO 环境货物贸易谈判的最新进展及我国的对策》,载《国际经贸探索》2008 年第 4 期,第 64-68 页;屠新泉、刘斌:《环境产品谈判现状与中国谈判策略》,载《国际经贸探索》2015 年第 3 期,第 83-94 页。