

气候变化国际法律框架下的损失和损害： 超越责任和赔偿

孙 林 林*

摘 要:损失和损害与减缓、适应一起构成气候变化国际法律框架的三大支柱。但气候变化国际法律框架并没有对损失和损害进行定义。在气候变化影响相关损失和损害华沙国际机制下,损失和损害的范围是开放的、类型是多样的。且不同于国际环境法下的环境损害,气候变化损失和损害不限于物理损害,其重心也不在于责任和赔偿,而在于全面风险管理。在气候谈判中,发展中国家与发达国家围绕损失和损害问题形成了竞争性的话语:发展中国家聚焦于责任和赔偿,发达国家聚焦于风险和保险。风险管理已经被纳入气候变化国际法律框架,相比之下,责任和赔偿问题欲进入气候变化国际法律框架的范畴存在政治和法律上的障碍。不过,责任和赔偿问题是否最终出局或者回归将取决于目前选择的道路能否在实际运行中满足“特别易受气候变化不利影响的发展中国家”有关气候正义的诉求。

关键词:气候变化 损失和损害 华沙国际机制 环境损害国际责任 损失和损害基金

2015年《巴黎协定》第8条将“损失和损害”作为独立的标题,使其成为气候变化国际法律框架下与减缓、适应并列的第三大支柱。^①然而,损失和损害的含义和范围是什么?损失和损害的救济能否通过责任和赔偿的路径来实现呢?目前这两个问题的答案是不清晰的。在国内层面的气候诉讼案件中,学术界和实务界对损失和损害的理解和运用似乎完全不同于国际层面对损失和损害的理解。有学者在检视了27个与损失和损害有关的国内案件后发现,没有一个案件提及《联合国气候变化框架公约》(以下简称《公约》)下的损失和损害问题,特别是《巴黎协定》第8条的规定、气候变化影响相关损失和损害华沙国际机制(以下简称“华沙国际机制”)或者任何其他

* 中南财经政法大学法学院、中南财经政法大学国际法研究所讲师
基金项目:中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(31512010604)

^① See Broberg Morten, *The Third Pillar of International Climate Change Law: Explaining Loss and Damage After the Paris Agreement*, 10(2) *Climate Law*, 211–223(2020).

下属机构的文件。^① 还有学者认为,国际和国内有关损失和损害含义和效果的理解呈现出一种二元格局。^② 那么到底如何来理解气候变化国际法律框架下的损失和损害制度的现状及未来可能的发展趋势? 本文试图澄清这些问题。

一、气候变化损失和损害概念的提出与华沙国际机制的建立

气候变化之所以会成为一个国际政治和法律话题,是因为它对人类和自然界产生了不利影响。可以说与气候变化不利影响有关的损失和损害在国际气候变化法产生之时起便已存在。早在《公约》谈判之际,刚刚成立的小岛国联盟就提议成立一个国际气候基金和一个国际保险集团来处理小岛屿发展中国家因受海平面上升的不利影响而遭受的损失赔偿问题。^③ 当时,这一提议并未引起国际社会的关注。《公约》则通过要求发达国家承担减排和帮助脆弱发展中国家适应气候变化的义务来应对气候变化不利影响。2007年《巴厘行动计划》缔约方同意加强适应气候变化的行动,包括考虑以减灾战略和手段来处理损失和损害问题。^④ 这是“损失和损害”第一次作为一个概念出现在《公约》缔约方大会的官方文件之中。2008年《公约》秘书处发布了一个有关“由气候变化对发展中国家造成直接影响所造成的资金风险的管理机制”^⑤的技术文件,而小岛国联盟的“多窗口机制”提案则认为应对气候变化损失和损害的国际机制应包含3个相互依赖的要素:保险、恢复和赔偿、风险管理。^⑥ 2010年,《坎昆协议》缔约方决定确立一个工作方案来处理损失和损害问题。^⑦ 执行上述工作方案最重要的成果是在2013年《公约》第19届缔约方大会上决定成立华沙国际机制及华沙国际机制执行委员会(以下简称“执行委员会”)。^⑧

华沙国际机制的3大职能包括:(1)增进对处理与气候变化不利影响(包括缓发事件影响)相关的损失和损害的全面风险管理办法的认识和了解;(2)加强相关利害关系方之间的对话、协调、统一和协同;(3)加强行动和支持,包括资金、技术和能力建设,以处理与气候变化不利影响相关的损失和损害。华沙国际机制和执行委员会的出现不仅标志着损失和损害问题在气候变化国际议题中的重要性增强,也为损失和损害问题的处理提供了持续的动力。此后,在执行委员会

^① See Patrick Toussaint, Loss and Damage and Climate Litigation: The Case for Greater Interlinkage, 30(1) Review of European, Comparative & International Environmental Law 16-33(2020).

^② 参见余耀军:《气候损害的概念研究》,《现代法学》2022年第3期。

^③ See Negotiation of a Framework Convention on Climate Change, Elements Related to Mechanisms, UN Doc. A/AC.237/WG.II/CRP.8, 17 December 1991.

^④ See UNFCCC, Bali Action Plan, 1/CP.13, 2007, para. 1(c)(iii).

^⑤ See UNFCCC, Technical Paper on Mechanisms to Manage Financial Risks from Direct Impacts of Climate Change in Developing Countries, <https://unfccc.int/documents/5369>, 2024-06-07.

^⑥ See AOSIS Proposal to the AWG-LCA, Multi-Window Mechanism to Address Loss and Damage from Climate Change Impacts, https://unfccc.int/files/kyoto_protocol/application/pdf/aosisinsurance061208.pdf, 2024-06-07.

^⑦ See UNFCCC, The Cancun Agreements: Outcome of the Work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention, 1/CP.16, 2010, para. 26.

^⑧ See UNFCCC, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, 2/CP.19, 2013, paras. 1-2.

的指导、协调和促进下,有关损失和损害的决定、文件、机构和活动快速增多。分析执行委员会的工作计划及其实施、《公约》历届缔约方大会的决定以及对华沙国际机制的审查报告可知,在华沙国际机制下,损失和损害问题主要涵盖了与气候变化不利影响有关的5个主题领域:风险管理、缓发事件、非经济损失、人口流动以及行动和支持。^①

回顾损失和损害概念进入气候变化国际议题的历程,可以发现小岛屿发展中国家(它们组成“小岛屿联盟”集体发声)是最积极的推动力量,而“77国集团和中国”则是小岛屿发展中国家最重要的支持力量。^②从2010年坎昆会议开始,“77国集团和中国”采取共同的立场持续推动损失和损害话题进入《条约》框架之中。“77国集团和中国”的团结一致是2013年华沙国际机制建立、2015年《巴黎协定》第8条通过以及2023年损失和损害基金建立这些里程碑事件背后的关键因素。

与上述动力因素直接相关,损失和损害概念内置了一个特别的“脆弱国家视角”:它只涵盖“特别易受气候变化不利后果影响的发展中国家”所遭受的损失和损害。这一点对于理解损失和损害话题(包括责任和赔偿维度)极为关键,因为它为这个话题设定了目的和价值导向。而这一目的和价值导向具有科学和伦理上的合理性。从科学上来说,气候变化对自然资本(生态系统所带来的益处)的全球价值的影响是不平等的:前50%最贫穷的国家和地区将承担90%的自然资本的价值损失,而前10%最富有的国家只承担约2%的损失。^③从伦理上来说,最不发达国家和小岛屿发展中国家对气候变化的影响最小,却不成比例地承担了气候变化所带来的不利影响,这明显违背了气候正义。^④可见,损失和损害的概念具有特定的优先性偏好,它在很大程度上承担了矫正气候不正义的功能或者说体现了气候正义的价值追求。

二、气候变化损失和损害概念的内涵与外延

虽然损失和损害概念进入国际议题近20年,但是迄今为止,无论是《公约》《巴黎协定》还是《公约》缔约方大会的决定都没有对“损失和损害”进行定义。只是在2013年建立华沙国际机制的决定中有这样一句话:“认识到与气候变化不利影响相关的损失和损害包括但在某些情况下超过了通过适应措施所能减少的范围”。^⑤这句话措辞模糊,是谈判各方妥协的产物。它一方面确认了损失和损害与适应之间的复杂关系,另一方面承认了适应的极限。^⑥从文本上看,损失和损

^① 参见孙若水等:《气候变化损失损害谈判:现状与新焦点》,《环境保护》2022年第20期。

^② See Linda Siegele, Financing for Loss and Damage under the UNFCCC: Have We Come Full Circle? 32 Review of European, Comparative & International Environmental Law, 403-415(2023).

^③ See B.A. Bastien-Olvera et al., Unequal Climate Impacts on Global Values of Natural Capital, 625 Nature, 722(2024).

^④ See Lukas H. Meyer and Dominic Roster, Climate Justice and Historical Emissions, 13(1) Critical Review of International Social and Political Philosophy, 229-253(2010).

^⑤ UNFCCC, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, 2/CP.19, 2013, preambular para.4.

^⑥ See Kristin Dow et al., Limits to Adaptation, 3 Nature Climate Change, 305-307(2013).

害的范围是开放的。同时,建立华沙国际机制的决定也规定了对华沙国际机制的审查制度。^①开放的文本与审查制度相结合为损失和损害的范围预留了广阔的空间。由于缺乏正式的定义,我们只能根据执行委员会的工作实践对损失和损害的含义进行推论和整理。

(一)气候变化损失和损害概念的范围

华沙国际机制处理损失和损害问题以事件(包括极端事件和缓发事件)为起点展开。其中,极端事件即与气候有关的灾害(包括热浪、干旱、洪水、热带气旋、沙尘暴和其他极端天气事件);缓发事件则是指随着时间的经过而逐步展开的气候变化不利影响(包括荒漠化、冰川后撤及相关影响、升温、陆地和森林退化、生物多样性损失、海平面上升、海洋酸化和盐化等)。在事件引起损失和损害的思维框架中,风险是一个核心概念。执行委员会倡导一个全面的风险管理方法来应对损失和损害。“全面”是指涵盖应对气候变化不利影响的全过程(包括评估、减轻、转移和保持气候风险)。“风险管理”是指跨越国际、区域、国家、次国家多个层面,涉及科学、技术、资金以及公共和社会治理等多个维度的综合管理活动。“方法”则至少包括:(主要针对气候灾害发生之前的)应急准备工作(包括早期预警系统),(灾害或其他不利影响发生之后的)恢复和复原措施,社会保护工具(包括社会安全网),以及变革型办法等。可见,全面的风险管理方法是一个全过程、多层面、多维度的风险管理混合方法。而从执行委员会对风险的应对可以直接推断出,执行委员会定义下的损失和损害的范围是复合、宽广且具有延展性的。

除以事件为起点外,执行委员会还重点关注处理损失和损害问题中的难点:非经济损失、人口流动(特别包括流离失所)以及行动和支持。非经济损失是与经济损失相对而言的,包括范围广泛的、在财务上无法量化并且通常不在市场上交易的损失,可影响到个人(生命、健康、人的流动)、社会(领土、文化遗产、土著知识、社会或者文化身份)和环境(生物多样性、生态服务)。流离失所是非经济损失的一种,同时也是气候变化的人权维度凸显的一个具体体现。在2015年通过《巴黎协定》的决定中缔约方正式提出要解决流离失所问题。^②很快,流离失所工作组在执行委员会之下成立并开始工作。^③处理损失和损害问题最终需要落脚在实施层面,即采取有效的行动,包括对特别脆弱的国家和人群提供资金、技术和能力建设方面充足的支持。为此,2020年执行委员会成立了缓发事件专家组、非经济损失专家组、行动和支持专家组。^④

执行委员会的工作几乎涉及气候变化不利影响的所有方面,同时也突出了解决损失和损害问题时在理解和行动层面的难点所在。鉴于华沙国际机制在本质上是一个协调与促进机制,执行委员会在处理损失和损害问题时不可避免地需要与其他问题、机构相互关联和交叉。

《巴黎协定》第8条显示,损失和损害是“一套独特的交叉问题”。^⑤这集中体现在执行委员会

^① See UNFCCC, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, 2/CP.19, 2013, para.15.

^② See UNFCCC, Adoption of the Paris Agreement, 1/CP.21, 2015, para. 49.

^③ See Report of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, FCCC/SB/2017/1 and Add.1, Annex 2.

^④ See Report of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, FCCC/SB/2020/3, Annex 2, Annex 3 and Annex 4.

^⑤ Linda Siegele, Loss and Damage (Article 8), in Daniel Klein et al.(eds.), The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary, Oxford University Press, 2017, p. 225.

的组成和工作方式上。就组成而言，执行委员会成员包含下述机构各自派出的两名代表：(1)适应委员会；(2)最不发达国家专家组；(3)融资问题常设委员会；(4)技术执行委员会；(5)非《公约》附件一所列缔约方国家信息通报问题专家咨询小组。^①就工作方式而言，执行委员会主要通过专家组来履行其职责。而执行委员会下设的专家组则吸纳其他方面(如风险管理问题、适应问题、流离失所问题、灾害应对问题、金融问题)的专家进行交叉任职。^②因此，执行委员会与《公约》和《巴黎协定》之下或之外的机构相互联合、参与和合作，而在工作内容上相互融合、参考借鉴。^③这种工作方式不仅仅是为了通过合作避免重复工作，从根本上说，这是由损失和损害问题本身的宽广性和交叉性所决定的：执行委员会无法仅仅靠自身甚至无法只在气候变化的框架下应对损失和损害问题。

首先，“从最宽泛的理解，所有为控制全球气温上升和适应气候变化不利影响的努力都有助于预防和减轻损失和损害的风险”，^④而应对损失和损害最终取决于控制气温上升。特别是损失和损害与适应两者之间的关系较为复杂：(1)最初，损失和损害是作为适应的一个下属问题被讨论。2015年《巴黎协定》第8条以一个单独的条款规定了损失和损害问题，这标志着损失和损害问题脱离了对适应问题的隶属关系，取得了一个独立的地位。但是，“《巴黎协定》第8条列举的合作领域中有些是适应而不是损失和损害的内容”。^⑤甚至华沙国际机制也是在坎昆适应框架下成立和开展工作的。这至少在形式上导致损失和损害问题既独立于又附属于适应问题的奇怪现象。(2)适应本身是避免、尽量减轻和应对损失和损害的一种方法。联合国环境规划署在2023年《适应缺口报告》中指出：在适应问题上的失败对于损失和损害产生了巨大的影响，特别是对最脆弱的国家和人群而言。^⑥(3)适应与损失和损害两个概念之间的关系也取决于对后者的定义。如果将损失和损害定义为“适应所无法避免的不利后果”，那么两者相互独立；反之，则两者相互交叉。

其次，损失和损害问题与灾害问题的关联紧密。过去20年间极端天气事件数量几乎翻倍，在低收入和中等收入国家加剧造成了死亡、贫穷和流离失所。^⑦执行委员会在处理损失和损害问题时纳入了现有的应对灾害的国际机构和机制——联合国减少灾害风险办公室(以下简称“减灾办公室”)和《兵库行动框架(2005—2015)》《2015—2030仙台减少灾害风险框架》。由于减灾办公室应对灾害的理念由管理灾害转变为管理风险，因此与损失和损害议题下的全面风险管理

^① See Report of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, FCCC/SB/2014/4, para. 5.

^② See Report of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, FCCC/SB/2017/1, Annex 2.

^③ See UNFCCC, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts and its 2019 Review, 2/CP.25, 2019, paras.17–22.

^④ UNFCCC, Elaboration of the Sources of and Modalities for Accessing Financial Support for Addressing Loss and Damage, FCCC/TP/2019/1, para. 20.

^⑤ Daniel Bodansky, Jutta Brunnee and Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2017, p. 239.

^⑥ See UNEP, *Adaptation Gap Report*, 2023, p. 62.

^⑦ See UN Office for Disaster Risk Reduction, *Policy Brief: Disaster Risk Reduction and Climate Change*, 2021.

这一主题的内容相交叉。同时,以增强抗御能力为共同目标,减灾办公室寻求减少灾害风险与适应气候变化的融合和协同增效。

最后,在“行动和支持”主题事项之“技术”方面,针对损失和损害问题与适应、灾害问题及相关机构相互关联。2019年《公约》第25届缔约方大会决定成立圣地亚哥网络,目的是在华沙国际机制框架下促进有关组织、机构、网络和专家向发展中国家提供技术援助。^①执行委员会2020年度报告显示,全面风险管理之技术支持以与适应规划利害关系方和灾害风险管理界的合作作为切入点。^②而2023年《公约》第28届缔约方大会确定了由减灾办公室和联合国项目事务署共同作为圣地亚哥网络秘书处,初始期限为5年,每5年延长一次。^③在“行动和支持”主题事项之“资金”方面,损失和损害基金与融资问题常设委员会合作,对现有的与气候变化有关的资金机制进行补充。^④

总之,虽然执行委员会在实践中确立了有关损失和损害的5大主题领域,但是,其工作内容的范围极广且常常与《公约》和《巴黎协定》之下或之外的机构的职能范围相互交叉和关联。损失和损害问题的边界难以划定。

(二)气候变化损失和损害概念的类型化

通过分析上述实践可以发现下列4个分类标准对于理解损失和损害的含义和范围起着关键作用:

第一,损失和损害是可避免的还是不可避免的?不可避免的损失和损害是指无法通过减缓或适应措施避免或减少的不利影响;反之,可避免的损失和损害则是可以通过减缓或适应措施避免或减少的不利影响。这一分类与如何理解损失和损害与减缓或适应的关系问题密切相关。在建立华沙国际机制的决定中,损失和损害同时包含了可避免的损失和损害与不可避免的损失和损害,这显示损失和损害与适应是交叉重合的关系。但是,也有学者认为,应将损失和损害限定于不可避免的损失和损害即“剩余的影响”。^⑤这个观点有意将损失和损害与适应问题相分离,避免两者的交叉。建立损失和损害基金的文件通常采取后一种观点。例如,《公约》秘书处在2019年有关建立损失和损害基金的技术文件中指出:损失和损害概念的范围仍不确定,这构成

^① See UNFCCC, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts and its 2019 Review, 2/CP.25 and 2/CMA.2, 2019, para. 43.

^② See Report of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, FCCC/SB/2020/3, para. 34.

^③ See UNFCCC, Santiago Network for Averting, Minimizing and Addressing Loss and Damage under the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, FCCC/PA/CMA/2023/L.9 and FCCC/CP/2023/L.8.

^④ See UNFCCC, Funding Arrangements for Responding to Loss and Damage Associated with the Adverse Effects of Climate Change, including a Focus on Addressing Loss and Damage, 2/CP.27 and 2/CMA.4, para. 2 and preambular para. 5. 与气候变化有关的现有资金机制包括:全球环境基金、绿色气候基金、气候变化特别基金、最不发达国家基金、适应基金。

^⑤ Alexis Durand and Saleemul Huq, Defining Loss and Damage: Key Challenges and Considerations for Developing an Operational Definition, International Centre for Climate Change and Development, 2015.

一个挑战；而将损失和损害限定于“剩余的影响”显然有助于增强概念范围的确定性。^①又如，2022年联合国环境规划署在介绍损失和损害基金时，将损失和损害定义为“源于气候变化不可避免的风险所产生的不利后果”。^②

第二，损失和损害是潜在的还是真实发生的？^③ 潜在的损失和损害即风险。应对风险主要是通过有效的风险管理方法以达到预防和尽量减轻损失和损害的目的。这是事前的应对损失和损害的方法。相反，对于真实发生的损失和损害，则只能采取事后的救济措施以期达到对受损方进行赔偿的目的。对真实发生的损失和损害的责任和赔偿问题长久以来也是气候变化政治谈判中的一个禁忌话题。^④ 当然，2023年成立的损失和损害基金一旦开始运营，将有助于应对已经真实发生的损失和损害。在这方面的实践和效果还有待观察。在此可以得出的结论是：迄今为止华沙国际机制关注的重点是潜在的损失和损害。

第三，损失和损害是经济的还是非经济的？经济的损失和损害通常是指能够直接以金钱数额的形式表现出来的损失和损害。反之，不能或者不易以金钱数额的形式表现出来的损失和损害被认为是非经济的损失和损害。经济的损失和损害相对容易处理，而非经济的损失和损害面临如下难题：如何确定这种损失和损害的存在并评估其大小？^⑤ 华沙国际机制囊括了经济和非经济的损失和损害。执行委员会特别将非经济的损失和损害作为一个单独的主题事项来处理。由于非经济的损失和损害可能表现为多种多样的形式，由此进一步的问题是：华沙国际机制到底处理哪些形式的非经济的损失和损害？

第四，损失和损害是由极端事件还是由缓发事件造成的？由于这两类事件的特性非常不同，因此应对的方式也不同。以应对损失和损害风险的金融工具为例，虽然融资问题常设委员会2016年论坛梳理出现有的金融工具有4类可用于应对极端事件（主要是灾害），但是缺乏应对缓发事件的金融工具。^⑥ 因此，创新金融工具的建议主要是针对缓发事件所引起的损失和损害而言的。鉴于对缓发事件的理解程度和应对方式的不足，执行委员会特别将其作为5大主题事项之一。

① See UNFCCC, *Elaboration of the Sources of and Modalities for Accessing Financial Support for Addressing Loss and Damage*, FCCC/TP/2019/1, paras. 17–30.

② UNEP, *What You Need to Know About the COP27 Loss and Damage Fund*, 29 November 2022, <https://www.unep.org/news-and-stories/story/what-you-need-know-about-cop27-loss-and-damage-fund>, 2024-06-07.

③ See UNFCCC, *A Literature Review on the Topics in the Context of Thematic Area 2 of the Work Programme on Loss and Damage: A Range of Approaches to Address Loss and Damage Associated with the Adverse Effects of Climate Change*, FCCC/SBI/2012/INF.14, para. 7.

④ See Benito Muller et al., *Framing Future Commitments: A Pilot Study on the Evolution of the UNFCCC Greenhouse Gas Mitigation Regime*, Oxford Institute for Energy Studies, 2003, Chapter 5.

⑤ See Olivia Serdeczny, *Non-economic Loss and Damage and the Warsaw International Mechanism*, in Reinhard Mechler et al. (eds.), *Loss and Damage from Climate Change: Concepts, Methods and Policy Options*, Springer, 2019; Cymie Payne, *Valuation of Climate Change Loss and Damage*, in Meinhard Doelle and Sara Seck (eds.), *Research Handbook on Climate Change Law and Loss & Damage*, Elgar, 2021.

⑥ See UNFCCC, *Summary Report on and Recommendation of the 2016 Forum of the Standing Committee on Finance*, FCCC/CP/2016/8, pp. 29–43.

总之,华沙国际机制下损失和损害概念的范围极广、含义复杂,无法使用单一的标准来对其进行分类,其复杂性也导致不同主体对这个概念的理解非常不同。学者们通过采访等实证研究的方法对不同主体有关损失和损害的视角进行类型化,即适应和减缓的视角、风险管理的视角、适应极限的视角以及存在主义的视角。^① 采取第一种视角的只有发达国家,它们主张在现有的机制内应对潜在的损失和损害,实质上是否定了损失和损害独立于减缓和适应的必要性。前两种视角的重点在于事先预防,即避免和尽量减轻损失和损害的发生。小岛屿发展中国家和最不发达国家一般采取后两种视角,它们强调其国家、人口、文化和生态系统在面临气候变化不利影响时的脆弱性,突出处理不可避免的损害(包括赔偿的要素)的重要性以及行动的急迫感。华沙国际机制可以容纳上述所有4种视角。

不论是通过概念分类这样一个传统的法学分析方法,还是使用社会学研究方法,都有助于澄清损失和损害的含义和范围。然而,不可否认的是,损失和损害依然是一个不确定的概念。如果将其与国际环境法的“环境损害”概念进行比较,可以进一步凸显出它的这一特点。

(三)气候变化损失和损害与国际环境法下的环境损害比较

国际环境法是围绕“环境损害”这个中心概念展开的。这包含两层意思:(1)国家承担国际环境义务的目的在于预防相关行为造成严重的环境损害或者降低损害发生的风险,这一目标构成了国际环境法之预防原则、谨慎方法/原则、环境影响评价的共同基础。(2)一旦严重的跨界环境损害真实发生,受损方(国)将向致损方(国)援引救济措施——行使求偿权,由此产生环境损害国际责任问题。概言之,国际环境法由损害发生前的预防与损害发生后的责任和赔偿两部分构成。尽管2001年联合国国际法委员会(以下简称国际法委员会)《关于预防危险活动的跨界损害的条款草案》(以下简称《预防条款草案》)评论部分开篇第一段就揭示了这一观点;但是,它并没有详细阐述“环境损害”这个概念,相反,它关注的重点是国家如何对从事危险活动的行为者进行规制以及如何在跨界环境损害的相关国家间进行利益平衡。

“环境损害”这一概念常常出现在多边环境协定的责任条款或国际环境责任公约中。法国学者拉法耶特在对环境损害国际责任机制进行研究后总结道:“看起来‘环境损害’或‘污染损害’的定义可以归为两个大类:(1)那些聚焦在传统的国内侵权法下的损害类型,如人身损害、财产损害和经济损失;(2)那些聚焦在对环境本身的损害。”^②大部分国际环境责任机制都纳入了第一大类的环境损害,这一类环境损害也可以称之为“经由环境造成的损害”,而纳入“对环境本身的损害”的国际环境责任机制非常罕见。非常类似地,2006年国际法委员会《关于危险活动造成跨界损害案件中损失分配的原则草案》(以下简称《损失分配原则草案》)在大量多边环境协定的责任条款或国际环境责任公约的基础上对“环境损害”作出如下定义:“损害”包括对人身、财产和环境本身的重大损害,以及采取修复和应对措施所产生的成本。这个定义包含了拉法耶特所称的“经由环境造成的损害”和“对环境本身的损害”。这两个分类可以分别与《损失分配原则草案》所宣

^① See Emily Boyd et al., A Typology of Loss and Damage Perspectives, 7 Nature Climate Change, 723—729 (2017).

^② Louise de La Fayette, The Concept of Environmental Damage in International Liability Regimes, in Michael Bowman and Alan Boyle (eds.), Environmental Damage in International and Comparative Law, Oxford University Press, 2002, p. 181.

示的双重目的相对应,即“对受害人进行即时和充分的赔偿”以及“对环境本身的保护和保存”。相对于拉法耶特的总结,国际法委员会的定义尽管与之类似,仍有两个值得关注的细微变化:(1)国际法委员会将对环境本身的保护和对人的保护作为并列的目的,相应地,它将处理“对环境本身的损害”擢升到与处理“经由环境而造成的损害”同等重要的地位。这显然是有意矫正拉法耶特所观察到的大多数国际责任机制只纳入“经由环境造成的损害”而不纳入“对环境本身的损害”的现象。(2)国际法委员会的定义将“采取修复措施的成本”和“采取应对措施的成本”单独列为“环境损害”的类别。更准确地说,这两个类别应该是“对环境本身的损害”的两种具体的以成本为基础的评估方法。

虽然《损失分配原则草案》不是条约,但是作为国际法委员会在“国际法不加禁止行为造成损害后果的国际责任”(以下简称“国际责任”)主题之下近30年工作的最终成果之一,它无疑可以被认为是有关国际责任的国际法规则的编撰或渐进发展。在《损失分配原则草案》之下,“环境损害”包括(经由环境造成的)对人的生命和健康、财产的损害和对环境本身的损害的观念已经牢固确立。有必要提醒的是,成熟和广泛的实践使得对前一类环境损害的认定和救济相对容易;^①因“国际法没有规定评估对环境本身的损害以确定赔偿的特定方法”,^②且相关实践较少,使得对后一类环境损害的认定和救济不确定和不可预测。尽管后一类环境损害在实施层面面临一些技术上的困难,环境损害概念本身的含义和范围却是清晰的。

通过对比,可以发现气候变化损失和损害与国际环境法下的环境损害有明显区别:(1)环境损害的概念以责任和救济为落脚点,而损失和损害则将重心放在风险管理,它甚至有意回避责任和赔偿问题。(2)环境损害仅限于物理损害,且它的范围受到一个严格的限制——损害与行为/活动之间必须存在直接的确定的因果联系。^③相反,气候变化的损失和损害不限于物理损害,它可能延伸到其外部界限难以界定的范围。例如,气候变化导致的流离失所和移民,在气候变化影响下国家和群体生存所需的物理条件、生活方式、文化身份和国家资格改变或丧失,都可能落入损失和损害的范围。同时,关于因果关系的证明,相比传统的环境损害求偿案件,气候变化求偿案要复杂得多。(3)从另一个角度看,“环境损害”主要是一个科学的逻辑证明问题,而气候变化的损失和损害则明显具有社会性和政策性。如果说法律概念必须具有精确性的特点,那么环境损害的概念具有这一特点,损失和损害的概念则不然,它的内涵和外延都很难明确界定。从这个意义上可以说损失和损害不是一个法律概念,而更像是一个政策术语。损失和损害的概念缺乏精确性的特点会导致责任和赔偿的范围变得不可控,进而削弱责任和赔偿问题的可行性和可欲性。这是将气候变化损失和损害纳入责任和赔偿所面临的首要法律障碍,此外,它还面临政治障碍。

^① 大部分实践是在国内层面的民事侵权法诉讼,在国际层面最重要的实践是国际油污赔偿基金和(因伊拉克侵占科威特而成立的)联合国求偿委员会的求偿实践。

^② ICJ, *Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica (Costa Rica vs Nicaragua)*, Judgment of 2 February 2018, para. 52.

^③ 例如,在“哥斯达黎加诉尼加拉瓜案”中,国际法院指出,“不法行为与所遭受的损害之间应该有充分直接和确定的因果联系”或“损害是尼加拉瓜活动的直接后果”。See ICJ, *Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, Judgment of 2 February 2018, paras. 32, 72, 75 and 89. 又如,联合国求偿委员会要求求偿只能针对伊拉克侵略和占领科威特造成的直接(环境)损害。See UN Doc. S/RES/687 (1991), para. 16.

三、将气候变化损失和损害纳入责任和赔偿的政治和法律障碍

在气候谈判过程中,发展中国家和发达国家就损失和损害形成了两个具有竞争性的话语框架:发展中国家聚焦于责任和赔偿,而发达国家聚焦于风险和保险。^① 最终,《巴黎协定》第8条宣示了损失和损害的独立地位,而通过《巴黎协定》缔约方大会决定第51段(以下简称“第51段”)则指出:“协定第8条不涉及任何责任和赔偿或为其提供基础。”因此,“虽然发展中国家最终成功地将损失和损害问题纳入了议程之中,但是没能成功达成一个承认可归责性和赔偿可能性的具体的、嵌入法律之中的有关损失和损害的理解”。^② 换句话说,直到今天在国际政治层面有关损失和损害的责任和赔偿禁忌仍未被打破。但是第51段使用的措辞是“liability and compensation”(责任和赔偿)而没有提及“state responsibility”(国家责任)。很多学者认为,它没有也不能排除国家责任一般规则在气候变化背景下的适用。^③ 那么,这两个不同的措辞的区别到底何在?

(一)“国家责任”与“环境损害国际责任”的概念区分

根据2001年国际法委员会《国家对国际不法行为的责任的条款》(以下简称《国家责任条款》)的规定,任何可以归因于国家的国际不法行为都会引起国家责任。而判断是否存在国际不法行为则取决于国家是否违反了对其有效的国际法义务。就气候变化而言,若要主张某一国的国家责任,则需要查清该国是否违反了它所承担的与气候变化有关的国际法义务。而要查清这个问题,需要回答如下两个问题:(1)该国所承担的与气候变化有关的义务有哪些?(2)履行义务的标准为何?第一个问题涉及义务的内容,第二个问题则与义务的性质有关。对这两个问题的回答都由构成义务来源的法律根据(即法律渊源)所决定。鉴于气候变化的影响几乎无所不在,构成与气候变化有关的国家义务的法律渊源几乎涉及国际法的所有分支,包括气候变化法、海洋法、人权法、国际环境法、国际贸易法、国际投资法等。不论产生义务的法律渊源形式为何、隶属于哪个国际法分支,只要它们能够清楚地说明国家所承担的与气候变化有关的义务的内容和性质即可。国家责任成立的关键在于国际不法行为,即义务的违反。单从这个角度看,它与本文所探讨的主题——气候变化损失和损害——无关,因为损失和损害并不构成国家责任成立的要件。

国际环境法领域的责任机制则不同,它以环境损害的存在为前提条件。正是因为如此,

^① See Lisa Vanhala and Cecilie Hestbaek, Framing Climate Change Loss and Damage in UNFCCC Negotiations, 16(4) Global Environmental Politics, 111–129 (2016).

^② Lisa Vanhala and Cecilie Hestbaek, Framing Climate Change Loss and Damage in UNFCCC Negotiations, 16(4) Global Environmental Politics, 111–129 (2016), p. 127.

^③ See Roda Verheyen, Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility, Martinus Nijhoff, 2005; Christina Voigt, State Responsibility for Climate Change Damages, 77 Nordic Journal of International Law, 1–22 (2008); Christina Voigt, State Responsibility for Damages Associated with Climate Change, in Meinhard Doelle and Sara Seck (eds.), Research Handbook on Climate Change Law and Loss & Damage Elgar, 2021; M.J. Mace and Roda Verheyen, Loss, Damage and Responsibility after COP21: All Options Open for the Paris Agreement (2016), 25(2) Review of European, Comparative & International Environmental Law, 197 (2016); Benoit Mayer, The International Law on Climate Change, Cambridge University Press, 2018.

1978年国际法委员会从“国家责任”主题中分离出“国际责任”作为一个独立的研究主题。^①在这两个主题中,“责任”一词在英文中使用了不同的措辞:前者是“responsibility”而后者是“liability”。前者的含义清晰,实践中对它的理解和使用是一致的;相反,学术界和实务界对后者的理解和使用较为混乱:liability有时与responsibility混用或者并用,有时与compensation混用或者并用。在此,有必要通过回顾国际法委员会“国际责任”主题下的工作来展示这个概念的演进过程,进而澄清其含义。“国际责任”不是一个具体的概念而是一个类属概念,它既包括初级规则也包括次级规则,既覆盖国家主体也覆盖私人主体。当提及“国际责任”时,它可能指以下3种类型中的任何一种:(1)国家的严格责任(State liability sine delicto),即不论是否存在国际不法行为,一旦确定了环境损害的存在就产生国家责任。考虑到1972年《空间物体导致损害的国际责任公约》是唯一规定了国家的严格责任的公约,这种类型的国际责任是例外而非原则。(2)国家的不法行为责任(State liability ex delicto)。由于进入了次级规则的领域,这一类国际责任重新落入国家责任的范畴。因此,它与国家责任在很大程度上重合。当出现环境损害时,一旦国家的国际不法行为成立,受损方可以援引国家责任的一般规则进行求偿。但有两点需要说明:第一,当条约中有特定的条款规定了以环境损害作为主张国家责任的前提条件,那么它就排除了国家责任一般规则的适用,即若能够确定国际不法行为成立但是没有出现环境损害时,则不能援引国家责任一般规则主张国家承担责任。这可以说是特别规则排除一般规则适用的后果。^②第二,在环境领域中国的赔偿通常需要与运营者赔偿作为一个整体来考量,因为它们面临同一“环境损害”;反之,在国家责任一般规则之下,国家责任与运营者责任不相关联。因此,虽然国家责任一般规则可能在国际环境领域适用,但适用过程中仍有特殊性。(3)运营者责任(因从事工业活动的运营者通常是国家之外的私人主体,故此种责任是国际民事责任)。国际民事责任以污染者付费原则为理论基础,以特定的条约为法律根据,它通常在国内司法体系中实施。检视民事责任条约的规定和实践,可以看到运营者的民事责任常常被其他赔偿机制(如强制保险和基金)所补充。这种相互结合互为补充的结果使得民事责任机制转变为一个以运营者责任为中心、以资金保障为后盾并以其他资金来源作为补充的损失分配机制。这就是2006年国际法委员会在“国际责任”主题下编纂《损失分配原则草案》的原因。

(二)气候变化损失和损害纳入责任和赔偿的政治障碍

第51段所排除的责任和赔偿仅指国际环境法意义上的责任,即以损害发生为前提的责任。而依照传统国际环境法,确定损害以赋予受损方求偿权为落脚点和指向。气候变化损失和损害与责任和赔偿脱钩意味着受损方无法根据气候变化国际法来主张求偿权,这是对传统国际(环境)法的背离。从国际法委员会在“国际责任”主题下的工作可以看到,跨界环境损害可能引起国家责任和运营者国际民事责任,且根据污染者付费原则环境损害责任首先应该由运营者承担。第51段并未明确指出缔约方意欲排除的是与损失和损害有关的国家责任还是同时包括运营者责任。但是,从实践看,第51段无法排除所有与气候变化损失和损害有关的求偿可能性:它只能

^① 鉴于“国际法不加禁止的活动”主要就是指可能产生环境损害的工业活动,“国际法不加禁止的活动所产生的国际责任”也可以称之为“环境损害国际责任”,简称“国际责任”。

^② 2001年《国家对国际不法行为的责任的条款》第55条规定了“特别规则”,《联合国海洋法公约》第139条也可以说就是相对于国家责任一般规则的“特别规则”。

阻碍在国际层面针对国家的求偿诉讼,但是无法阻碍在国内层面针对国家特别是运营者的求偿诉讼。一国公民和团体(主要是非政府环境组织)作为或代表受损方可能在国内层面以法院地法或者国际人权法作为依据对他国或他国运营者提起求偿诉讼,从而绕过第51段所设置的障碍。事实上,在过去几十年间,尤其是2015年《巴黎协定》通过以来的近10年,国内层面的气候诉讼案件剧增,其中包括少量针对气候变化损失和损害的求偿之诉。^①在国际层面,小岛屿国家试图通过利用国际法院的咨询程序来打破第51段所强化的有关责任和赔偿的禁忌。在2023年“国际法院气候变化咨询案”^②中,联合国大会提请国际法院回答的第二个问题如下:国家不履行与气候变化有关的法律义务并引起与国家特别是小岛屿发展中国家或当代及后代的群体和个人有关的气候系统和环境其他部分的显著损害的法律后果是什么?这个问题被小心地措辞:有意避免使用“气候变化损失和损害”而代之以“重大的损害”。有意避免使用“责任”而代之以“法律后果”。尽管如此,不可否定的是:(1)这个问题本质上就是责任问题;(2)该问题以损害作为责任的必要构成要素;(3)它将责任的相对人限定为“受害国”/“受到影响的特定国家”/“特别脆弱的国家”及其公民或群体。国际法院对这个问题的回应将不可避免地涉及对第51段的理解。

近年的实践似乎倾向于赞同这一观点:“所有在气候变化机制下有关损失和损害责任和赔偿的选择依然是开放的。”^③考虑到华沙国际机制仍在实践中不断地演变,缔约方大会决定本身的法律地位有争议,且相对于《巴黎协定》而言其内容更容易被后续的条约、决定或实践所修改,能否通过第51段达到排除责任和赔偿的效果仍无定论。然而,围绕损失和损害的责任和赔偿问题真正的难点不在于责任机制是否存在而在于其适用(求偿的实体法)和实施(求偿的程序机制)。即使将来第51段被废除,有关责任和赔偿的禁忌被打破,确定责任的成立仍是一个障碍重重的艰难过程。

(三)确立气候变化损失和损害责任的法律障碍

在环境损害国际责任的框架之下,国家责任和运营者责任的成立包含一个共同的触发要素:环境损害。另一个构成要素是行为与损害之间存在因果关系。考虑到国家和运营者所担任的不同角色,证明国家作为环境立法者、规制者、管理者的行为与环境损害之间的因果关系比证明运营者的行为与环境损害之间的因果关系更难,因为后一种因果关系与前一种因果关系相比更直接。如果适用无过错责任原则,证明了“损害”和“因果关系”,将导致责任成立,那么受损方对运营者或(和)国家产生求偿权;如果适用过错责任原则,那么“损害”“因果关系”还需要与运营者或者国家的“过错”或“不法行为”相结合方可确定责任成立,产生受损方的求偿权。鉴于目前仍缺

^① See United Nations Environmental Programme, Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review (2020): <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>, 2024-06-07; Joana Setzer and Catherine Higham, Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot, Policy Report in June 2022 by the Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-change-litigation-2022/>, 2024-06-07.

^② See ICJ, Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Obligations of States in Respect of Climate Change, submitted by the UNGA on 12 April 2023.

^③ M.J. Mace and Roda Verheyen, Loss, Damage and Responsibility After COP21: All Options Open for the Paris Agreement, 25(2) Review of European, Comparative & International Environmental Law, 197(2016).

乏有关气候变化损失和损害责任的国际规则，以下试参考现有环境损害国际责任框架说明气候变化损失和损害责任成立的困难。

1. 损失和损害的定义及评估

气候变化损失和损害的定义缺乏、范围宽泛且不同主体对它的理解不一，构成确定责任和赔偿的第一个障碍。如果损失和损害以责任和赔偿为指向，那么需要对损失和损害的概念内涵进行重塑并限定其范围。这将意味着要对华沙国际机制现有职能进行实质性的重大修改。而从求偿实践的角度看，鉴于气候变化损失和损害表现形式的多样性以及因果关系的复杂性，还需要革新损失和损害的评估方法和标准。事实上，定义和评估环境损害一直以来都是适用环境损害国际责任的难点之一，特别是有关“对环境本身的损害”。由于气候变化损失和损害的作用机理更加复杂、范围更广，对它的定义和评估毫无疑问也将更加困难。

2. 因果关系的证明

第二个难题是如何证明求偿对象的活动与求偿者的损失和损害之间存在因果关系。这包括两个因果链：(1)证明求偿对象的活动引起气候事件；(2)证明气候事件造成求偿者的损失和损害。虽然联合国政府间气候变化专门委员会的报告已经表明，在自然变化之外，人为活动是造成气候变化的原因，^①但是如何区分引起气候变化的人为原因和自然原因，如何将人为原因特定化到具体的求偿对象是证明第一个因果链面临的困难。当然，科学技术的迅速发展有助于解决这一困难。^②第二个因果链的证明则不是一个单纯的科学问题，因为气候事件的风险程度通常跟暴露的资产的价值和脆弱程度有关，也跟受影响主体应对灾害的能力有关，它与贫穷和发展相联系，在根本上是一个政治的、社会的和法律的问题。^③气候变化的延迟损害的性质也使得因果关系难以证明；有学者认为这一因果关系证明障碍可能是责任机制不太可能被用于应对气候变化的首要政策工具的一个原因。^④气候变化国际法还有一个独特的维度——历史责任，这是共同但有区别责任原则背后的原理。根据这一原则，如果在责任和赔偿问题上要求发达国家对其历史排放而造成的损失和损害承担赔偿责任，那么因果关系的证明将会进一步复杂化。可以说气候变化损失和损害是一个独特的因果领域，它很难通过现有的法律上的因果关系所认可的必要条件测试。其后果是：对气候变化损失和损害的求偿诉讼很难在现有的法律因果关系理论下取得成功。面对这一状况，有学者主张应以气候变化归因科学来变革现有的法律因果关系理论，并提出证明气候变化损失和损害因果关系的新测试标准——“概率事件归因”。^⑤与此同时，在求偿诉讼实践中，需要利用最新的科学证据来支持诉讼中因果关系的证明。^⑥总之，因果关系证

^① See IPCC, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Cambridge University Press, 2023, section B1.

^② See Klaus Hasselmann, *Multi-pattern Fingerprint Method for Detection and Attribution of Climate Change*, 13 *Climate Dynamics*, 601–611(1997).

^③ See Christian Huggel et al., *Loss and Damage Attribution*, 3 *Nature Climate Change*, 694–696(2013).

^④ See Eric Biber, *Climate Change, Causation, and Delayed Harm*, 37 *Hofstra Law Review*, 975–983(2009).

^⑤ See Petra Minnerop and Friederike Otto, *Climate Change and Causation: Joining Law and Climate Science on the Basis of Formal Logic*, 27(1) *Buffalo Environmental Law Journal*, 49–86(2020).

^⑥ See Rupert F. Stuart-Smith et al., *Filling the Evidentiary Gap in Climate Litigation*, *Nature Climate Change*, 651–655(2021).

明向来是环境损害求偿诉讼中的最大难题,而在气候变化领域这一难题的难度更甚。要跨越这一障碍,须得发展气候归因科学,结合变革法律中的因果关系理论,并在求偿诉讼实践中善加利用科学证据。

3. 国际不法行为或过错/过失的证明

假如损失和损害的定义和评估障碍、因果关系的证明障碍都已经跨越,针对国家的求偿还需要越过第三个障碍——证明国际不法行为的存在,即国家未履行其与气候变化有关的国际法义务——除非将来规定了国家对损失和损害承担严格责任。虽然与气候变化有关的义务的法律依据涉及国际法多个分支,但只有在国际环境法领域,不履行法律义务必须与“环境损害”相结合方能产生国家责任,且责任的内容是以对环境损害的赔偿为中心。在国际环境法中,不得损害原则及其后来发展而成的预防原则被普遍认为具有一般法律原则(习惯国际法)的法律地位。所有主张气候变化责任的学者都认为上述两项原则在气候变化领域同样构成国家义务来源的法律基础。^①根据这两项原则,国家承担采取必要措施尽量避免损害发生的义务。这一义务也被称之为适当注意义务,其性质是行为义务而非结果义务。^②然而,适当注意的行为标准需要在具体情况中判断,且国家可以根据其能力不同而适用不同的标准。这就使得国际不法行为的认定过程变得不确定。就气候变化而言,为预防损失和损害的发生,国家主要承担减排的义务。然而,由于《巴黎协定》采取了国家自主贡献的模式,减排义务的具体内容由国家自我决定且具有弹性,这就使得确定义务违反即国际不法行为的构成变得极端困难。不同于国家责任,国际民事责任公约常常采取严格责任的归责原则。如果在气候变化领域,对运营者责任也采取严格责任的归责原则,那么只要证明存在损失和损害以及因果关系,就能够主张运营者责任,其结果是对运营者的求偿比对国家的求偿难度更低。

综上,借鉴环境损害国际责任的框架,气候变化损失和损害责任成立需要同时满足以上2个或3个条件。然而,上述分析显示证明满足任何一个条件都面临巨大障碍。在此,我们尚未考虑到实施层面(即求偿程序机制上)可能面临的困难。即便如此,已然可以得出如下初步结论:有关气候变化损失和损害求偿诉讼要取得成功实非易事,且在国际层面比国内层面难,针对国家的求偿比针对运营者的求偿难。就目前的情形看,在国内层面,由于气候诉讼的势头正盛,针对本国和他国运营者的求偿诉讼蕴藏着巨大的法律发展和创造的空间。但是,这些发展和创造是否会产生溢出效应并影响到国际层面的话语体系和发展趋势仍是一个大的问号。就目前而言,虽然在国际层面仍缺乏国家间求偿诉讼的空间,但是发展出了一个责任和赔偿的替代机制,即损失和损害基金。

四、气候变化损失和损害基金:一个责任和赔偿的替代机制

2021年《公约》第26届缔约方大会开始讨论损失和损害的资金机制;2022年《公约》第27届

^① See Benoit Mayer, The Relevance of the No-Harm Principle to Climate Change Law and Politics, 19(1) Asia Pacific Journal of Environmental Law, 79-104(2016).

^② See ITLOS, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber), Advisory Opinion of 1 February 2011, para.110.

缔约方大会决定“建立新的资金机制，以及一个应对损失和损害的基金，其任务包括重点处理损失和损害问题”；2023年《公约》第28届缔约方大会通过《基金治理章程》并成立损失和损害基金。

值得注意的是，和第51段一样，在建立损失和损害基金的《公约》缔约方大会决定中同样包含排除责任和赔偿的申明：“回应损失和损害的资金安排，包括一个基金，是以合作和促进为基础，不涉及责任和赔偿”。^①那么，应该如何认识损失和损害基金的性质？损失和损害基金脱离了责任的框架，甚至不属于国际法委员会所说的“损失分配机制”。因为损失分担机制往往包含由多种主体组成的多层赔偿设计：第一个层面几乎无一例外是以运营方的民事责任形式存在的赔偿，第二个层面通常是运营者的环境责任保险承保人的赔偿，第三个层面则可能是以一个环境损害赔偿基金的形式而存在的赔偿。重要的是，第三个层面赔偿机制的触发以第一个和第二个层面的赔偿失灵或者不充足为条件。显然，在气候变化损失和损害背景下，第一个和第二个层面的赔偿不存在，因此，它不是一个损失分配机制。与其将损失和损害基金与传统国际环境法的赔偿机制进行类比，不如说它与多边开发银行、国际金融机构和国际发展机构中的针对发展中国家和最不发达国家的政策性金融工具的相似性更大。损失和损害基金是一个为彰显“全球团结”而存在的资助性资金机制，是一个国际责任的替代机制。

鉴于损失和损害基金不涉及责任和赔偿问题，在日后资金分配的实务中，将无须证明任何国家的国际不法行为或者任何非国家主体的过错/过失，也无须证明它们的行为与损失和损害之间的因果关系；但是，依然需要定义和评估损失和损害。^②更进一步，基金要实际运行，还需要妥善回答包括但不限于如下问题：谁可以取得资金分配的资格？分配的标准是什么？^③谁是提供资金的主体以及如何在不同主体间分配供资的负担？另外，供资要求是否为强制性义务？如果供资方不按照要求供资有什么法律后果？

由于很难被认定为脆弱国家，中国取得资金分配资格的可能性非常小。我们所要特别关注的是将来如何承担供资方面的负担。《基金治理章程》敦促发达国家提供支持，鼓励发展中国家在自愿的基础上提供支持，要求发达国家带头提供资金。^④中国作为发展中国家不应该被迫承担供资负担。但是，仍有两点需要注意：（1）中国目前是世界第一的排放大国，面临着很大的供资的舆论压力。例如，联合国环境规划署在谈及损失和损害基金时强调“20国集团”国家而不是发达

^① UNFCCC, Report of the Conference of the Parties on its Twenty-Seventh Session, 2022, FCCC/CP/2022/10, para. 7(b); UNFCCC, Report of the Conference of the Parties Serving as the Meeting of the Parties to the Paris Agreement on its Fourth Session, 2022, FCCC/PA/CMA/2022/10, para. 71.

^② 值得注意的是，在基金的框架下，损失和损害的定义可以更加宽泛和灵活；相反，通过法律求偿程序来应对损失和损害则势必要求对损失和损害作出精确的定义。从这一点看，基金机制比责任和赔偿机制更能够匹配目前损失和损害缺乏精确定义的现状。

^③ See Stacy-ann Robinson et al., Vulnerability-Based Allocations in Loss and Damage Finance, 13 Nature Climate Change, 1055–1062 (2023).

^④ See UNFCCC, Operationalization of the New Funding Arrangements, including a Fund, for Responding to Loss and Damage Referred to in Paragraphs 2–3 of Decisions 2/CP.27 and 2/CMA.4, 2024, 1/CP.28 and 5/CMA.5, Annex I: The Governing Instrument of the Fund, paras. 12–13.

国家的历史排放。^① (2)《基金治理章程》规定基金可以接受各种各样的供资来源,不仅包括来自国家和其他方面的公共资金,也包括私人资金。^② 如果将来公司也要成为基金的供资主体,那么中国企业(尤其是排放大户)就可能成为重点关注对象。

在国际层面,特别易受气候变化不利影响的国家寄希望于国际社会提供资金,以帮助其应对已经发生的气候变化损失和损害,这一实质诉求已经在一定程度上得到了国际社会的回应。但是,回应不是以“责任”或“赔偿”之名,而是以“合作和促进”之名,即责任和赔偿的禁忌依然没有被打破,而是成立了一个替代机制。相应地,获取资金这一实质诉求的实施途径也不会通过求偿诉讼,而是通过国际资金机制和国际行政程序。这一选择如果将来在实践中能够取得好的效果,势必进一步削弱气候变化损失和损害责任和赔偿问题存在的必要性。^③ 然而,就目前而言,对损失和损害责任和赔偿问题敲响丧钟为时过早。一是损失和损害基金的实际运行效果仍不可知;二是责任机制尽管目前仍为发达国家所排斥,且有适用和实施上的难处,但是它的功能不仅仅是事后的救济手段(矫正功能),其存在本身就有预防、威慑功能;^④用经济学的语言来说,责任机制是一个强化的互惠合作模式,其存在本身即发挥着极有价值的激励功能(包括正向激励和反向激励)。^⑤ 这正是责任话题具有持久吸引力的原因所在。

五、总结

气候变化是一个全人类共同面临的危机,而“特别易受气候变化不利影响的发展中国家”则处于灾难性的气候危机的最前线。与气候变化不利影响有关的损失和损害概念进入国际议程和条约是对身处气候危机最前线的脆弱国家的回应:它以脆弱国家的特别需求为优先性偏好,以气候正义为价值追求。

然而,气候变化损失和损害概念缺乏法律定义。从华沙国际机制执行委员会的工作实践看,损失和损害的范围极为宽广,几乎涉及气候变化不利影响的所有方面。相应地,执行委员会在处理损失和损害问题时不可避免地需要与其他问题、机构相互关联和交叉。因此,损失和损害问题的边界难以划定。同时,损失和损害的含义复杂,无法使用单一的标准来对其进行分类,且不同

^① See UNEP, What You Need to Know about the COP27 Loss and Damage Fund, 29 November 2022, <https://www.unep.org/news-and-stories/story/what-you-need-know-about-cop27-loss-and-damage-fund>, 2024-06-07. 一直以来,我们所理解的“历史排放”指的是发达国家自工业革命以来几百年间的排放。然而,在联合国环境规划署的话语下,新兴发展中国家过去几十年因经济发展而产生排放的“当代史”迅速地被归入了“历史排放”的范畴。这种话语变化值得警惕。

^② See UNFCCC, Operationalization of the New Funding Arrangements, including a Fund, for Responding to Loss and Damage referred to in Paragraphs 2-3 of Decisions 2/CP.27 and 2/CMA.4, 2024, 1/CP.28 and 5/CMA.5, Annex I: The Governing Instrument of the Fund, para. 54.

^③ 不仅在国际层面进一步强化责任禁忌,考虑到将来工业活动的运营方也可能会成为基金的供资方,一旦基金运行效果良好,也可能产生溢出效应,对国内的气候变化损失和损害求偿诉讼产生抑制效果。

^④ See Rene Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Kluwer, 1996.

^⑤ See Elisabeth Gsottbauer et al., *Broadening the Scope of Loss and Damage to Legal Liability: An Experiment*, 18(5) *Climate Policy*, 600-611 (2018).

的主体对这个概念的理解非常不同。因此,损失和损害的概念内涵缺乏精确性,这与传统国际环境法下的环境损害概念有明显区别。总体而言,气候变化损失和损害更像是一个政策术语而非法律概念。这一特点也构成选择责任和赔偿途径应对气候变化损失和损害问题的首要法律障碍。与此同时,国际政治实践已经选择了以华沙国际机制下全面风险管理与损失和损害基金下资金支持相结合的道路来应对气候变化损失和损害,两者都极力避免责任和赔偿的路径。这一选择在实质上是对传统国际环境法的基本逻辑——环境损害以受损方的求偿权为落脚点——的背离。这是一个超越国际责任和赔偿的选择,它意味着国际社会选择不以诉诸求偿诉讼的对抗模式而是以全球团结的合作模式来应对气候变化损失和损害的难题。由此观之,中外学者们在应对气候变化损失和损害问题上对责任和赔偿路径的推崇与目前的国际政治和法律现实相去甚远。但是,这一选择能否在未来的政治博弈中继续获得支持在很大程度上将取决于它能否取得良好的实效,即能否满足脆弱国家对于气候正义的价值追求。若答案是否定的,则很可能为责任和赔偿的回归创造条件,因为以《公约》缔约方大会决定的方式排除责任和赔偿只能封印而不能杀死它。因此,目前的政治选择并不是终局性的,相反,它依然处于演进过程中。

Abstract: Loss and damage together with mitigation and adaptation have become the three pillars of the international legal framework of climate change. The existing international legal framework does not define the concept of “loss and damage”. Under the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts, loss and damage is characterized with indefinite scope and diversified types. Moreover, unlike the concept of environmental damage under international environmental law, climate loss and damage is not confined to physical harms, and it centers not on liability and compensation but on comprehensive risk management. During the climate negotiations, developing and developed countries had contested narratives over loss and damage: developing countries focused on liability and compensation, while developed countries emphasized risk and insurance. In contrast with the fact that risk management had already been incorporated into the international legal framework, liability and compensation remains to be accepted due to political as well as legal obstacles. Nonetheless, whether the liability and compensation issue would be out or back eventually depends on whether the practical effects of the paths taken could satisfy the aspiration of “the developing countries that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change” for climate justice.

Key Words: climate change, loss and damage, Warsaw International Mechanism, international liability for environmental damage, Loss and Damage Fund
