

法学研究

南极海洋保护区的国际法依据辨析

陈 力

(复旦大学 法学院, 上海 200438)

【摘 要】南极海洋保护区是南极国际治理中的最新议题。2009 年英国提议的南奥克尼群岛海洋保护区获准设立。近年来,围绕美国与新西兰提议的罗斯海保护区以及法国、澳大利亚和欧盟等提议的东南极保护区建议,南极海洋生物资源养护委员会(CCAMLR)成员方就新的南极海洋保护区的设立与管理展开了新一轮的利益角逐与政治博弈。争议焦点集中于南极海洋保护区的合法性、必要性与可行性等问题,集中反映了国际社会在海洋生物资源养护与合理利用、人类当代利益与后代利益、粮食安全与可持续发展等合法利益之间的平衡与取舍。作为联合国海洋法公约、生物多样性公约的成员国以及南极国际治理的重要参与者,我国应当充分利用 CCAMLR 协商一致的决策机制,积极参与南极海洋保护区这一新的南极治理规则的制定,努力引导其朝着有利于维护南极条约体系稳定以及我国南极重大利益的方向发展。目前,我国应将谈判重心从南极 MPA 设立的合法性转向其设立与管理的科学性与必要性,以 CCAMLR 确立的“生态系统方法”、“风险预防方法”以及“最佳科学依据”为依托,在利益平衡基础上完善现有提案;同时,在加大南大洋科考力度的前提下,适时选取具备保护价值的海域,提出我国的南极 MPA 提案,从而维护我国在南极条约体系中的核心利益与大国地位。

【关键词】海洋保护区 海洋法公约 南极条约体系 《养护公约》或《南极海洋生物资源养护公约》 CCAMLR《总体框架》

自 2009 年世界首个公海保护区——南奥克尼群岛海洋保护区——建立以来,南极海洋保护区(Antarctic Marine Protected Area,简称南极 MPA)就成为南极国际治理中的最新议题。围绕南极海洋保护区的建立与管理,南极条约体系中的主要国家展开了新一轮的利益角逐与政治博弈。争议焦点集中于南极海洋保护区设立与管理的合法性、必要性及可行性等问题,集中反映了国际社会在海洋生物资源养护与合理利用、人类当代利益与后代利益、粮食安全与环境保护等合法利益之间的平衡与取舍。本文将海洋保护区的产生与发展为线索,全面梳理和分析南极海洋保护

区的国际法依据及其特征,揭示目前南极海洋保护区的设立与管理现状。在此基础上,从国际法依据的充分性、设立南极 MPA 的必要性与可行性以及利益平衡等视角探讨南极海洋保护区的合法性问题。

一、海洋保护区的由来及界定

海洋保护区这一概念和用语于 1962 年在美国西雅图举行的“国家公园世界大会”(the World Conference of National Parks)上被首次提出。但早在 1925 年,美国在阿拉斯加州的冰川湾(Glacier Bay)就设立了首个正式 MPA,10 年后,杰斐逊堡国家纪念地

【作者简介】陈 力,复旦大学法学院教授,博士生导师。

◎ 本文系作者主持的国家海洋局极地考察办公室 2014 年中国极地软科学研究项目“南极保护区研究”、国家哲学社会科学基金项目“我国南极权益维护的法律保障研究”(项目批准号:11BFX141)以及中国极地中心极地权益项目“英国的南极政策与法律”(项目批准号:QY201501-04)的阶段性成果。作者特别感谢国家海洋局极地考察办公室的指导与支持。

(Fort Jefferson Reserve) 在美国佛罗里达州设立,将更早的关于内陆环境资源养护的概念延伸至海洋生态系统。^① 随着国际环境法与国际海洋法的不断发展以及保护海洋生物多样性理念的日益深入,近年来海洋保护区的数量大幅增加。1970年,全球只有27个国家设立了118个海洋保护区,到1994年,全世界已经拥有了1300余个海洋保护区,而截至2010年,各类海洋保护区总数已接近5900个。^② 不过,尽管海洋保护区数量迅猛增加,但其总面积尚不到全球海洋面积的2%,其中绝大部分为国家管辖海域内的海洋保护区,真正意义上的公海保护区仅有南极的南奥克尼群岛海洋保护区。此外,在过去的几十年中,意识到海洋环境保护的重要性,国际社会通过了大量的国际公约、国际协定以及不具有法律效力的国际性规范文件以保护海洋生态环境,部分直接或间接涉及到海洋保护区问题。

不同管理主体(Administrative bodies)对海洋保护区提出不同的表达或含义,即使使用相同的术语(Term),也可能具有完全不同的设立目标、管理规则和法律地位。^③ 有些定义将其看作是纯粹的水域保护区,也有一些包括一定陆地区域的海岸带保护区;有些是严格的海洋自然保护区,也有些是不同类型的海洋管理区。世界自然保护联盟(IUCN)对海洋保护区的定义是“任何通过法律程序或其他有效方式建立的,对其中部分或全部环境进行封闭保护的潮间带或潮带陆架区域,包括其上覆水体及相关的动植物群落、历史及文化属性。”^④1988年,在哥斯达黎加举行

的IUCN第17届全会通过决议,明确了海洋保护区的目标:“通过创建全球海洋保护区代表系统,并根据世界自然保护的战略原则,通过对利用和影响海洋环境的人类活动进行管理,来提供长期的保护、恢复、明智的利用、理解和享受世界海洋遗产。”^⑤海洋保护区可以禁止进入,或限制相关活动,也可以进行有规制的活动或加以利用。1992年《生物多样性公约》(以下简称CBD)是对保护区(涵盖海洋保护区)做出明确定义的具有法律约束力的国际条约。作为公约意义上保护“生物多样性”^⑥的手段之一,保护区被视为“就地养护”^⑦的重要措施,“指一个划定地理界限、为达到特定保护目标而指定或实行管制和管理的地区”。^⑧ 因此,CBD定义的保护区因其保护的对象(陆地生态系统、海洋生态系统以及其他水域生态系统)不同,又可分为陆地保护区、海洋保护区或水域保护区等。在实践中,沿海国通常根据IUCN的定义,并结合各自的实际情况,采用不同的海洋保护区定义。目前,我国海洋管理部门和大多数学者认可的海洋保护区的定义是“以海洋自然环境和自然资源保护为目的,依法把包括保护对象在内的一定面积的口岸、河口、岛屿、湿地或海域划出来,进行特殊保护和管理的地区。”^⑨

二、一般国际法在南极海洋保护区的适用

(一) 一般国际法有关海洋保护区的规定

南极条约体系(简称ATS)之外与海洋保护议题

① Gabriela Weber de Moraes, Achim Schluter, Marco Verweij, “Can Institutional Change Theories Contribute to the Understanding of Marine Protected Areas?” *Global Environmental Change* 31 (2015): 155.

② 另据统计,截至2008年,全球海洋保护区总数为5045个。MPA数量的稳步增长与《湿地公约》(RAMSAR)保护地球湿地以及IUCN支持实施MPAs的倡议有着正相关联系。See Gabriela Weber de Moraes, Achim Schluter, Marco Verweij, “Can Institutional Change Theories Contribute to the Understanding of Marine Protected Areas?” *Global Environmental Change* 31 (2015): 155.

③ Susanna M. Grant, “The Applicability of International Conservation Instruments to the Establishment of Marine Protected Areas in Antarctica,” *Ocean & Coastal Management* 48 (2005): 783.

④ 格雷厄姆·凯勒著,周秋麟、周通、张军译《海洋自然保护区指南》,北京:海洋出版社2008年,第12页。

⑤ IUCN, Resolution 17.38 of the 17th general assembly of the IUCN, San Jose, Costa Rica, 1-10 February 1988 (Gland, Switzerland, Cambridge, UK, 1988).

⑥ CBD将“生物多样性”定义为“是指所有来源的形形色色生物体,这些来源除其他外包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体;这包括物种内部、物种之间和生态系统的多样性”。

⑦ CBD第2条分别界定了“移地养护”(ex situ conservation)与“就地养护”(in situ conservation)。其中,“移地养护”是指将生物多样性的组成部分移到它们的自然环境之外进行保护;而“就地养护”则指保护生态系统和自然生境以及维护和恢复物种在其自然环境中生存力的群体;对于驯化和培植物种而言,其环境是指它们在其中发展出其明显特征的环境。

⑧ 《生物多样性公约》第2条。

⑨ 我国海洋保护法将海洋保护区分为海洋自然保护区与海洋特别保护区两类。参见《中华人民共和国海洋环境保护法》第22、23条。

相关的国际公约及规范性文件数量庞大,^①但就缔约国数量及其影响力、公约的综合性以及与南极海洋保护区的直接相关性而言,1982年《联合国海洋法公约》(以下简称《海洋法公约》或 UNCLOS)、1992年《生物多样性公约》以及世界可持续发展峰会(以下简称 WSSD)的规范性文件最为重要。此外,作为非政府组织 IUCN 有关保护区的界定与分类也具有重要的指导意义。这也可以从作为南极海洋保护区迄今为止最为重要的法律文件——2011年通过的《关于建立 CCAMLR 海洋保护区的总体框架》(以下简称《总体框架》)——中得到印证。《总体框架》在其序言和第1条中明确了建立南极海洋保护区的一般国际法依据,包括 WSSD 决议、^②IUCN 关于保护区的分类、^③包括联合国《海洋法公约》在内的国际法^④以及《生物多样性公约》。^⑤由于南极海域的特殊法律地位,^⑥拟议中的南极 MPA 可能涵盖不存在主权争议的次南极大陆岛屿所属国管辖范围内的海洋保护区,以及存在潜在争议的“公海保护区”。

1. 1982年联合国《海洋法公约》

作为规范海洋问题最重要的国际法,《海洋法公约》界定了主权国家的基本海洋权利,并确立了有关海洋划界、沿海国对领海、专属经济区以及大陆架享有的主权权利、公海自由以及国际海底区域等基本法律制度。在《海洋法公约》规定的公海自由中,除了航行自由与飞越自由以外,其他自由包括与海洋保护区

相关的捕鱼自由与科学考察自由都受到公约自身及一般国际法的限制。例如公约强调各国负有保护海洋环境、养护海洋自然资源以及为达上述目标而开展国际合作的义务。不过《海洋法公约》中并未出现“海洋保护区”的概念,这与公约酝酿形成于1970年代,保护区尚未成为海洋保护与管理的主要手段有关。针对不同海域,公约对海洋环境保护及海洋生物资源养护提出了一般要求。包括:(1)国家管辖海域内的养护要求。如规定沿海国在其管辖的领海及专属经济区内应采取适当措施养护和管理海洋资源;^⑦沿海国在专属经济区内享有“养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源(不论为生物或非生物资源)为目的的主权权利”;^⑧(2)国际海底区域资源保护相关规定;^⑨(3)海洋环境的保护与养护。公约第12部分详细规定了减少、防止及控制海洋污染的相关规定。同时规定防止海洋环境污染的措施包括“按照本部分采取的措施,应包括为保护和保全稀有或脆弱的生态系统,以及衰竭、受威胁或有灭绝危险的物种和其他形式的海洋生物的生存环境,而有必要的措施”。^⑩就公海海洋生物资源养护与管理问题,《公约》第117条与118条分别规定了缔约国单独或联合采取“必要措施”^⑪以及直接或间接合作的义务。^⑫针对缔约国采取的“公海生物资源养护”措施,第119条强调相关养护和管理措施的实施标准应建立在“最佳科学证据”以及“风险预防”基础之上。^⑬

① 例如,具有法律约束力的全球性公约包括1946年通过的《国际捕鲸公约》(International Convention for the Regulation of Whaling)第6条第1款;1948年《国际海事组织公约》(Convention on the International Maritime Organization)及《防止船舶倾废公约》(MARPOL)附件1与附件5;1971年《关于特别是水禽生境的国际重要湿地公约》(《拉姆萨尔公约》Convention on Wetlands of International Importance Especially as Wildfowl Habitat)第4条;1972年《保护世界文化和自然遗产公约》(Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage);1982年《联合国海洋法公约》(LOS Convention);1992年《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity)以及一些国际软法文件。如1995年针对CBD行动项目Jakarta Mandate on the Conservation and Sustainable Use of Marine and Coastal Biodiversity;2002年《可持续发展世界峰会执行计划》(World Summit for Sustainable Development WSSD Plan of Implementation);《21世纪议程》第17章;2002年《联合国大会关于海洋与海洋法决议》等。

② 《总体框架》序言第一段“WSSD在2012年前建立代表性MPAs的决定。”

③ 《总体框架》序言第十段“整个公约区域属于IUCN第四类海洋保护区。”

④ 《总体框架》第一条“CCAMLR海洋保护区的设立与实施应符合包括联合国海洋法公约在内的国际法规定。”

⑤ 《总体框架》序言第一段规定南极海洋保护区的设立目标是“养护CCAMLR海域的海洋生物多样性”。

⑥ 关于南极海域法律地位问题的深入分析,参见陈力《论南极海域的法律地位》,《复旦学报》(社会科学版)2014年第5期。

⑦⑧⑨⑩ 参见《海洋法公约》第21-1(d)以及第61-2、56-1、145、194-5条。

⑪ 《海洋法公约》第117条“所有国家均有义务为各该国国民采取,或与其他国家合作采取养护公海生物资源的必要措施。”

⑫ 《海洋法公约》第118条“各国应互相合作以养护和管理公海区域内的生物资源。凡其国民开发相同生物资源,或在同一区域内开发不同生物资源的国家,应进行谈判,以期采取养护有关生物资源的必要措施。为此目的,这些国家应在适当情形下进行合作,以设立分区域或区域渔业组织。”

⑬ 《海洋法公约》第119条“1.在对公海生物资源决定可捕量和制定其他养护措施时,各国应:(a)采取措施,其目的在于根据有关国家可得到的最可靠的科学证据,并在包括发展中国家的特殊要求在内的各种有关环境和经济因素的限制下,使捕捞的鱼种的数量维持在或恢复到能够生产最高持续产量的水平,并考虑到捕捞方式、种群的相互依存以及任何一般建议的国际最低标准,不论是分区域、区域或全球性的;(b)考虑到与所捕捞鱼种有关联或依赖该鱼种而生存的鱼种所受到的影响,以便使这种有关联或依赖的鱼种的数量维持在或恢复到其繁殖不会受严重威胁的水平以上。”

2. 1992 年《生物多样性公约》

1992 年里约地球峰会达成的《生物多样性公约》首次尝试在全球范围保护生物多样性。CBD 在可持续利用生物资源上采用了全新的方法即“保护区”以达成上述目标。除了对“生物多样性”、“保护区”等重要概念做出定义外,CBD 将其管辖范围主要适用于“生物多样性组成部分位于该缔约国管辖范围的地区内”以及“在该国管辖或控制下开展的过程和活动,不论其影响发生在何处,此种过程和活动可位于该国管辖区内也可在国家管辖区外”。^①因此,CBD 并没有直接赋予缔约国在公海建立保护区的权利,只是要求缔约国控制在公海的过程和活动。不过,CBD 第 5 条规定了缔约国防止对管辖领域外海域的损害义务以及“为保护和持久使用生物多样性在国家管辖范围外地区进行直接合作或通过国际组织进行间接合作的义务”。这与《海洋法公约》对各国公海保护义务的规定非常相似。CBD 第 8 条有多款直接规定了保护区的内容“每一缔约国应尽可能并酌情:(a) 建立保护区系统或需要采取特殊措施以保护生物多样性地区;(b) 于必要时,制定准则数据以选定、建立和管理保护区或需要采取特殊措施以保护生物多样性的地区;……(d) 促进保护生态系统、自然生境和维护自然环境中生存力的物种群体。(e) 在保护区域的邻接地区促进无害环境持续发展,以谋增进这些地区的保护。”其中,(a)、(b) 两款都确认了根据特定准则以选定、建立和管理的,旨在保护生物多样性的区域系统的概念。这个概念非常重要,它强调了保护区应为高水平的或具有重要生物多样性类型的区域,同时也强调了对保护区进行有效持续管理的重要性。^②

与《海洋法公约》相似,CBD 作为框架公约,也未直接规定“海洋保护区”,特别是国家管辖范围以外的海洋保护区概念。直至 2004 年,《生物多样性公约》缔约方大会(UNEP/CBD/COP/7/21)第七次会议通过决定,首次明确指出,海洋保护区是帮助实现国家管辖范围以外的生物多样性(Biological Diversity

Beyond Areas of National Jurisdiction,简称 BBNJ)保护和可持续利用的工具。BBNJ 面临的风险在增加,且这些地区的海洋和沿海保护区的目的性、数量和覆盖面严重不足。同意迫切需要开展国际合作和行动,改进 BBNJ 的保护和可持续利用,包括按照国际法并以科学信息为基础进一步建立海洋保护区,包括如海隆、深海热泉、冷水珊瑚和其他脆弱生态系统区。^③同时大会通过保护区工作规划,目的是于 2010 年前对陆地和 2012 年前对海洋建立并维护综合性的、管理有效的并在生态方面具有代表性的国家和区域保护区系统,通过全球性网络,这些系统总体上有助于实现公约的三个目标和到 2010 年显著降低目前生物多样性丧失速度的目标。同时,大会决定成立保护区问题不限名额特设工作组(United Nations Ad Hoc Open-Ended informal Working Group),以支持和审查工作规划的执行,并向大会报告。还要求保护区问题不限名额特设工作组探讨进行合作的备选方法,以便根据包括 CBD 在内的国际法并以科学资料为依据在国家管辖范围以外的海洋区域建立保护区。^④

3. 2002 年可持续发展世界峰会(WSSD)决议

WSSD 通过了一系列关于建立保护区和其他海洋保护措施的建议。其中《WSSD 执行计划》(Plan of Implementation)重申了对《里约宣言》及《21 世纪议程》(Agenda 21)的承诺。第 31 条规定,为执行《21 世纪议程》第 17 条,^⑤在各个层面促进对海洋的养护和管理,应当对五个方面的国际文件“给予必要的注意”;第三个方面要求“发展和促进多种方法和工具的应用,包括生态系统方法、减少破坏性渔业实践、建设符合国际法规定并建立在科学基础上的海洋保护区(包括 2012 年之前建成代表性保护区体系)、间歇性/区域性关闭养护区域以及间歇合理地利用沿海陆地”。^⑥《执行计划》被视为建立海洋保护区体系的全球战略构想,尽管 WSSD 尚未通过后续协议具体落实《执行计划》关于 2012 年前建立代表性保护区体系的

① CBD 公约第 4 条。

② 参见秦天宝著《生物多样性国际法原理》,北京:中国政法大学出版社 2014 年,第 255 页。

③ 《生物多样性公约》缔约方大会第 VII/5 号决定,第 29、30 段。www.cbd.int/doc/decisions/cop-07/full/cop-07-dec-zh.pdf.

④ 《生物多样性公约》缔约方大会第 VII/28 号决定,第 25、29 段。

⑤ WSSD Plan of Implementation, paragraphs 29a & 29b.

⑥ WSSD Plan of Implementation, paragraphs 29a & 29b., paragraph 31.

目标。^①

4. IUCN 对保护区的分类及《环境与发展国际盟约(草案)》

作为非政府间国际组织,IUCN 在保护区(包括海洋保护区)制度的形成和发展中发挥了重要作用。其不仅对保护区^②及海洋保护区做出定义,而且将保护区划分为严格的自然保护区(strict nature reserve)、国家公园(national park)、自然遗迹(natural monument)、栖息地/物种管理区(habitat/species management area)、陆地及海洋景观保护区(protected landscape/seascape)、资源管理保护区(managed resources protected area)等六类。该分类囊括了几乎所有类型的保护区和保护地,代表了国际上对保护区概念的一般观点。CCAMLR《总体框架》也认同IUCN的保护区分类方法,并指出“科学委员会(SC-CAMLR)认定整个公约区域相当于一个世界自然保护联盟的第四类海洋保护区,但是,仍需要特别考虑将公约区域内的一些区域纳入代表性海洋保护区体系中进一步加以保护”。

IUCN 还积极推动就环境与发展问题制定一项“硬法”性质的框架性国际公约,以便协调所有在特别法基础上形成的国际环境法。1995年,IUCN 环境法委员会向联合国提交了第一份《环境与发展国际盟约》草案,目前该盟约已经进行了进一步修改,并在2010年发布了第四稿。《盟约草案》与保护区特别有关的是其第25条,该条第1(b)款规定“缔约国应采取各种适当措施来保护生物多样性。……特别是通过就地保护。为此目的,缔约国应……在适当时,设立带有缓冲区和内部相连的走廊的保护区系统。”这一规定被认为强化了CBD第8条的规定,并引入了多用途保护地的理念,该概念经由“人与生物圈计划”

而得到进一步的细化。^③

(二) 一般国际法在南极海域的适用及障碍

南极条约体系并不排除一般国际法,特别是《海洋法公约》在南极海域的适用,但《海洋法公约》适用于南极海域时会与南极条约体系产生碰撞与冲突。突出体现在南纬60度以南海域的公海地位、南极外大陆架划界以及次南极大陆岛屿所属国专属经济区权利与《养护公约》下缔约国海洋生物资源“养护”义务的冲突与碰撞。^④目前,除了ATS与国际捕鲸委员会(IWC)在南极海域捕鲸问题上达成共识,由IWC管辖^⑤以外,适用于南极海洋保护区的一般国际法主要包括具有法律约束力的《海洋法公约》、《生物多样性公约》以及仅具倡导性质的WSSD决议以及IUCN保护区分类等规范性文件。由于上述公约或规范性文件将海洋保护区分为国家管辖范围内的海洋保护区与国家管辖范围外(公海)保护区等两类。前者由各国在其主权范围内决定保护区的类型及管理模式,而后者仅能通过国家间直接或间接(如通过区域组织)合作的方式探索保护区的划定范围、保护对象以及具体的管理方案等。因此,上述国际立法适用于南极海域时只要甄别《养护公约》适用范围内海域的法律地位即可,并不存在一般适用上的障碍。

然而,理论上的可适用并不等于实际上可以得到适用。ATS以外一般国际法适用于南极MPA时仍存在实际的障碍与困难:(1)《海洋法公约》与CBD虽为具有法律效力的“硬法”,但作为框架性条约,相关规则非常原则抽象,缺乏对海洋保护区进行直接规制的依据。例如《海洋法公约》没有直接规定海洋保护区制度,只要求主权国家在其管辖范围内或通过国际合作在其管辖范围以外采取“必要的措施”,以保护海洋环境及养护海洋生物资源。而作为首部将保护区作

① 《生物多样性公约》缔约方同意将这一期限延长至2020年。“爱知目标”(Aichi Biodiversity Targets)第11条规定“至2020年,……10%的沿岸和海洋区域,特别是对生物多样性和生态系统服务具有特殊重要性的区域,应当受到有效、平衡管理、具有生物代表性和连接良好的保护区体系或者其他有效的以区域为基础的养护措施的保护。”CBD, Strategic Plan, Target 11; United Nations, *Future We Want Resolution*, para. 177.

② IUCN 在1994年发布的定义的基础上,于2008年对保护区进行了重新定义,认为保护区是指通过法律和其他有效手段进行识别、管理,致力于实现自然以及相关生态服务和文化价值长期有效保存的一定的界限分明的地理空间。Barbara Lausche, *Guidelines for Protected Areas Legislation*, (IUCN, Gland Switzerland, UK) 12.

③ 秦天宝著《生物多样性国际法原理》,第269页。

④ 陈力《论南极海域的法律地位》,《复旦学报》(社会科学版)2014年第5期。

⑤ 1946年《国际捕鲸公约》允许采取必要的保护鲸鱼资源的方法,包括:保护的鲸鱼种类、捕鱼季的确定、开放或封闭区域,包括禁捕区域、各类鲸鱼的捕捞限额、捕鲸的时间、方法以及频率等(第V-1条)。1994年通过的公约执行计划第II-7b规定,禁止在南大洋鲸鱼禁捕区对须鲸与齿鲸进行任何商业捕捞。

为“就地保护”最重要形式的《生物多样性公约》,也被认为“作为框架性公约,其所有的细节都是不明确的”。^① (2) 明确界定海洋保护区并对保护区详细分类的 IUCN 以及 WSSD 执行计划是仅具倡导性质的“软法”,并不具有法律约束力。例如,CCAMLR《总体框架》将 2002 年 WSSD “在 2012 年前建成代表性海洋保护区网络”的决定作为南极海洋保护区的重要法律依据,但由于该决定的倡导性质以及缺乏跟进的具有约束力的法律文件,2012 年前在全球范围内建成代表性海洋保护区网络的目标并未实现; (3) 一般国际法虽然既适用于国家管辖范围内的海洋保护区,也适用于国家管辖范围以外的公海保护区,但前者由主权国家主导,取决于一国国内立法的转化实施。后者则取决于国家间的合作程度。例如在国家管辖范围之外(如公海),CBD 仅要求各国“酌情”对“保护生物多样性或其他共同关切的事项”进行合作,而未作任何强制要求。虽然目前部分国家和非政府组织正在联合国框架下积极推动公海保护区制度的具体化与实体化,但尚未取得突破性进展。正是基于这一现实,南极海洋保护区制度才得以在一般国际法滞后的情况下,在南极条约体系的框架下得以萌芽与发展。

三、南极条约体系中的海洋保护区依据

(一) 1959 年《南极条约》与 1964 年《协议措施》

1959 年《南极条约》并没有直接涉及环境保护与资源养护的条款。^② 但《南极条约》第 9 条的决策机制为南极条约协商会议成员国(ATCPs) 通过与南极环境保护与资源养护相关的后续立法留下了发展空间。南极保护区制度就是在《南极条约》向南极条约体系演进过程中逐步形成的。在南极研究科学委员会(SCAR) 等的建议之下,1964 年 ATCM 通过的《南极动植物养护协议措施》首次提出,在南极设立“特别保护区”(Specially Protected Areas,简称 SPAs),旨在

保护具有代表性、独特性或特别兴趣的地点,同时要求进入该区域需获得许可。不过,SPAs 仅包括南极的陆地与淡水区域,南极海域和非生物兴趣区被排除在外;1972 年,第 7 届 ATCM 讨论通过了建立特别科学兴趣区(SSSIs) 的建议,^③旨在保护该区域的科学活动及资源免受侵扰;1987 年第 14 届 ATCM 通过了建立海洋特别科学兴趣区的建议(Marine SSSIs);^④到 1991 年,ATCPs 共提出设立八类保护区,分别为特别保护区、特别科学兴趣区、特别旅游兴趣区(ASTIs,一直未建立)、历史遗迹(HSMs)、坟墓(Tomb)、特别保留区(SRAs)^⑤、多用途规划区(MuPAs)^⑥等。但除了一个特别保留区与一个多用途规划区以外,^⑦上述区域事实上从未正式获得指定并发挥其功能。其中,只有 MuPAs 涵盖了大面积的南极海洋部分。^⑧

(二) 1991 年《马德里议定书》及《附件五》

1991 年签署、1998 年生效的《马德里议定书》将整个南极洲指定为仅用于和平与科学的自然保护区(Natural reserve),其通过六个附件从环境影响评价、南极动植物保护、废弃物处理与管理、预防海洋污染、区域保护与管理以及环境责任等方面落实南极环境保护的宗旨与原则。2002 年,依据《马德里议定书》附件五的规定,第 25 届 ATCM 通过“南极特别保护区的命名与编号系统”,将已在南极设立各类保护区重新划分为特别保护区(ASPAs) 与特别管理区(ASMA) 两类。自此,《附件五》正式取代了以往 ATCM 通过的各类保护区建议。尽管 ASPAs 与 ASMA 在保护对象、管理目标、许可证制度以及提出的形式等方面存在差异,但两者都可以涵盖南纬 60 度以南的南极海域。由于进入 ASPAs 需要获得许可,通常认为《附件五》对海域 ASPAs 的保护标准高于一般海洋保护区。针对海洋 ASPAs,《附件五》规定了两项指定标准:一是“在系统的地理环境框架内”,二是“主要

① 秦天宝著《生物多样性国际法原理》,第 256 页。

② 《南极条约》唯一与南极环境保护相关的条款是第 5 条,该条规定“禁止在南极进行任何核、爆炸和在该区域处置放射性尘埃。”

③ Recommendation VII-3, 1972.

④ Recommendation XIV-6, 1987.

⑤ Recommendation XV-10, 1989.

⑥ Recommendation XV-11, 1989.

⑦ 上述两个区域采用自愿遵守(Voluntary observance) 的方式进行管理。

⑧ Susanna M. Grant, “The Applicability of International Conservation Instruments to the Establishment of Marine Protected Areas in Antarctica,” *Ocean & Coastal Management* 48 (2005): 796.

海洋生态系统所在的典型区域”^①但何为“系统的地理环境框架内”以及实践中究竟应如何执行与实施,目前并未得到清晰的解释。^②与 ASPAs 相比,ASMAs 的管理标准虽然相对较低(如进入无需获得许可),但也缺乏清晰的管理目标。例如,针对海洋 ASMAs 内的何种活动进行管理以及如何进行管理等问题,仍需得到进一步的澄清。目前全部或部分为海域的 ASPAs 有 10 个,部分为海域的 ASMAs 有 3 个,^③且均为南纬 60 度以南的南极大陆沿海海域,规模较小。

(三) 1982 年《南极海洋生物资源养护公约》及《总体框架》

《南极海洋生物资源养护公约》(以下简称《养护公约》)制定前,ATCM 曾于 1972 年通过《南极海豹公约》(CCAS)。该公约指定了六个季节性禁止捕猎海豹区域以及三个常年禁捕区,意在保护南纬 60 度以南南极海域的所有海豹。不过,由于 CCAS 生效后再未出现商业捕猎海豹现象,因此,CCAS 未能发生实际效用。1982 年生效的《养护公约》发展至今,不仅构建了南极条约体系框架下独立的运作机制,^④而且形成了一系列行之有效的南极海洋生物资源养护与合理利用的措施。《养护公约》被视为采用“生态系统方法”^⑤、“风险预防方法”^⑥以及有效打击 IUU 捕鱼活动、避免误捕海鸟等海洋生物资源管理的典范与先锋,其作用超越了一般区域性渔业管理组织(RFMO)

种群管理的功能。^⑦《养护公约》适用的海域占全球海洋面积的 10%,不仅地理位置独特,其范围也超出了《南极条约》及《马德里议定书》,扩展至具有显著生态边界的整个南极海域辐合带。作为独立的决策机制,南极海洋生物资源养护委员会(CCAMLR)通过了大量行之有效的管理手段,对南极海洋生物资源进行养护。例如,针对 IUU 活动,CCAMLR 采用视察机制、“船舶监控系统”与“追踪记录计划”等技术手段以及商业与外交方法加以规制。其通过的具有法律效力的措施不断扩展,涵盖了“遵守”、“通知”、“传动装置规则”、“数据报告”、“科学研究与实验”、“减少意外死亡率”、“环境保护”、“一般措施”、“捕捞季节”、“封闭区域以及禁止捕捞”、“副渔获限制”、“犬牙鱼”、“银鱼”、“磷虾”、“保护区”等十四大类。^⑧

作为南极海洋生物资源养护的措施或手段之一,保护区制度虽形成较晚,但已成为当前 CCAMLR 机制内的焦点与前沿问题。目前,CCAMLR 通过的涉及海洋保护区的法律措施(第 91 大类—保护区)包括:(1)“养护措施 91-01(2004 年)”保护 CEMP 地址的程序(适用于所有海域、所有物种);(2)“养护措施 91-02(2012 年)”保护南极特别管理区与特别保护区价值(适用于所有区域、所有物种);(3)“养护措施 91-03(2009 年)”南奥克尼群岛以南冰架的保护(适用于次区域 48.2,所有物种);(4)“养护措施 91-04

① 《议定书》附件五第 3 条第 2 款(b)。

② Susanna M. Grant, “The Applicability of International Conservation Instruments to the Establishment of Marine Protected Areas in Antarctica,” *Ocean & Coastal Management* 48 (2005): 782-812, 808.

③ 截至 2015 年,已经设立的 ASPAs 共计 72 个,ASMAs 为 6 个。分别参见 www.ats.aq/ep/protected.htm 及 List of ASPAs and ASMAs which have Marine Components and are located within the Convention area, <http://www.ccamlr.org/sites/default/files/91-02.pdf>。

④ 关于《养护公约》及南极海洋生物资源养护委员会(CCAMLR)在南极条约体系中的地位与作用,及其与南极条约体系其他条约的关系,参见陈力、屠景芳《南极国际治理:从南极协商国会议迈向永久性国际组织》,《复旦学报》(社会科学版)2013 年第 3 期,以及 Information on CCAMLR and its links to the Antarctic Treaty, <http://www.ccamlr.org/en/document/organisation/ccamlr-and-its-links-antarctic-treaty>。

⑤ 生态系统方法通常指综合管理土地、水和生物资源,公平促进其保护与可持续利用的战略。《养护公约》采用的“生态系统方法”则指考虑构成南极海洋生态系统的不同生物之间微妙与综合的关系及其物理进程包括海洋、陆地与空气空间[This takes into account the delicate and complex relationships between organisms (of all sizes) and physical processes (marine, terrestrial, and atmosphere) that constitute the Antarctic marine ecosystem]。

⑥ 风险预防方法通常指在生物多样性遭受严重减少或损失的威胁时,不应以缺乏充分的科学定论为理由,而推迟采取旨在避免或尽量减轻此种威胁的措施。1992 年《里约环境与发展宣言》第 15 条、CBD 序言以及《海洋法公约》第 196 条都有类似规定。其核心是:一旦存在一定的环境风险,就应采取各种防范性措施,科学不确定性不是不行动的合法根据。《养护公约》采用的“风险预防方法”是指“CCAMLR 收集所有可能的数据,并在决定采取相关管理措施前衡量上述数据的不确定性与缺口(如不足)的范围与效果”(This means that the CCAMLR collects data as it can, then weighs up the extent and effect of uncertainties and gaps (i. e. “deficiencies”) in such data before taking a management decision)。

⑦ CCAMLR 在南极海洋生物资源养护方面采用的生态系统方法,被视为具有超越一般 RFMO 单纯渔业管理的功能。例如 CCAMLR 执行审查专家组就认为“CCAMLR 通常被认为超越了一般 RFMO 的功能,这是由 CCAMLR 作为南极条约体系不可分割的一部分以及南极条约之间的法律联系决定的。此外,养护公约的首要目标是南极海洋生物资源的养护。仅此两点就能充分证明 CCAMLR 与传统 RFMOs 的区别,因为后者主要规范对特定物种的商业捕捞活动。”CCAMLR Performance Review, note 13 at 7 [20]. 转引自 Marcus Haward, “Marine Resources Management, Security and the Antarctic Treaty System – An Ongoing Agenda?” *Antarctic Security in the Twenty-First Century: Legal and Policy Perspective*, eds. Alan D. Hemmings, Donald R. Rothwell and Karen N. Scott, p. 222.

⑧ See www.ccamlr.org/en/conservation-and-management/browse-conservation-measures.

(2011年)”建立 CCAMLR 海洋保护区的总体框架(适用于所有区域,所有物种)等。作为最为重要的法律措施,《总体框架》序言明确了南极海洋保护区的直接法律依据是《养护公约》第2条以及第9条第2款(f)与(g)项。即“基于最佳科学证据,养护措施可以包括在 CCAMLR 适用范围内指定开放或封闭区域,以及在南极地区或次南极区域进行科学研究或采取养护措施,包括特别保护和科学研究区域”。

(四) 《议定书》与《养护公约》在海洋保护区管辖上的冲突与协调

在南极条约体系内,依据《附件五》指定的海洋 ASPAs 与 ASMAs 可能会与《养护公约》下的 MPA 产生适用范围上的重合。虽然《议定书》与《养护公约》具有共同的目标,如《养护公约》在序言中明确其目标之一是“维护海洋环境以及保护环南极海域生态系统的完整性”,而《议定书》也强调其目标是“深信有必要加强对南极环境及依附于它的和与其相关的生态系统的保护”。不过由于《养护公约》在强调养护的同时,还允许“合理利用”,则被视为与议定书的目标宗旨存在差距,也常常被环保组织所诟病。但由于《议定书》项下海洋 ASPAs、ASMAs 与《养护公约》项下 MPA 的保护“价值”不同,前者侧重保护南极独特的“价值”以及协调南极各类活动,而后者重在“养护及合理利用”南极海洋生物资源,同时管理的模式也存在差异,因此在重合海域可能会产生管辖权上的冲突。

针对可能产生的管辖冲突,《议定书》与《养护公约》机制分别或联合确立了以下原则加以协调:(1)“双重决策”原则。即指定南极海洋区域为南极特别保护区或南极特别管理区应同时获得 ATCM-CEP 与 CCAMLR 的双重批准。^①就此,海洋 ASPA 与 ASMA 的保护目标应同时符合《马德里议定书》的环境保护价值取向以及《养护公约》确立的“海洋生物资源养护与合理利用”的价值取向;(2)“互不减损”原则。《议定书》第4条第2款明确“本议定书任何条款都不应损害本议定书各缔约国根据南极条约体系内其他有效的国际文书所承担的权利和义务”。CCAMLR 通过的第“91-02 措施”(《特别管理与特别

保护区的价值保护》)亦规定“每一缔约方应确保其渔船获得依据第‘10-02 号措施’的许可并意识到其所在地点及所有指定的 ASPAs 与 ASMAs 的管理措施”,同时还以附件形式列出了目前包含海域部分的特别保护区与特别管理区名单。(3)“协商合作”原则。由于《养护公约》管辖的海域面积远远超出《马德里议定书》管辖的海域面积,为确定具有共同利益的海洋区域、达成养护目标与优先顺序的共同理解,作为体系内后订条约的《马德里议定书》第5条规定:“各缔约国应与南极条约体系内其他有效的国际文书的各缔约国及各相应的机构协商并合作以保证本议定书各项目标和原则的实现,避免对实现这些国际文书各项目标与原则的任何干扰或者执行这些国际文书与执行本议定书之间的不一致性。”负责落实《马德里议定书》的南极条约环境委员会(CEP)与 CCAMLR 下辖科学委员会(SC-CAMLR)开展了积极的对话与合作,分别于2009年和2011年联合举办两次关于南极海洋保护区的专题研讨会。在首次研讨会上,双方围绕“海洋管理与保护区域”议题,就共同关切的区域、合作机制以及领导机构达成了共识。强调双方应采用协调方法在共同管辖的海域进行海洋环境的保护与管理;双方应通过互换信息、专家交流和(或)联合会议的方式加强合作;明确 SC-CAMLR 应作为南极海洋生物多样性养护的主导机构,在不减损 CEP 对 ASMP 与 ASMA 管理权限的基础上,南极 MPA 的主导权应为 CCAMLR。^②因此,在海洋 ASPA 与海洋 ASMA 与 CCAMLR 的重叠部分,其保护目标应同时符合《议定书》环境保护与《养护公约》“养护与合理利用”的价值取向,两种保护价值并行不悖,互不减损;而在非重叠区域,CCAMLR 则享有绝对的主导权。

四、CCAMLR 框架下南极 MPA 的产生与发展

(一) 南极海洋保护区之雏形:CEMP 监测点

南极 MPA 的雏形是 CCAMLR 的“生态系统监测项目”监测点(CCAMLR Ecosystem Monitoring Program protected site 简称 CEMP)。从1997年开始,CCAMLR

^① 《附件五》第6条第1、2款。

^② See *Summary of the work of the CEP on Marine Protected Areas* (Updated September 2014), www.ats.aq/documents/ATCM37/ww/atcm37_ww003_e.pdf.

选取了一系列 CEMP 观测点,通过建立管理计划实施特殊保护制度,围绕以磷虾为中心的生态系统,选取了企鹅、鸟类和海豹等对磷虾种群数量减少比较敏感的物种,按照一系列标准指标展开观测,旨在通过捕捞区域和非捕捞区域的对比,发现气候变化和渔业对生态系统产生的影响。^① 1991 年和 1994 年,CCAMLR 先后通过决议,设立了“海豹群岛 CEMP 观测点”(Protection of the Seal Islands CEMP Site)^②与 Cape Shirreff CEMP 保护区(Cape Shirreff CEMP Protected Area)。^③ 2004 年通过了名为“促进保护 CEMP 观测点程序”(Procedure for According Protection to CEMP Sites)的具有法律效力的第 91-01 号养护措施。但是由于缺乏整体设计和资金安排,同时也缺乏合理有效的观测指标和标准体系,CEMP 的观测结果并不理想。^④ 作为南极 MPA 的早期形态,CEMP 功能较为单一,类似于目前南极 MPA 提案中提出的科学参照区域。

(二) 全球首个公海保护区:南奥克尼群岛保护区的建立与管理

2009 年,英国向委员会提议设立南奥克尼群岛海洋保护区。该保护区的设立顺利获得成员国协商一致通过。该保护区也成为世界上首个全部为公海的海洋保护区,保护面积为 94000 平方公里。根据《养护公约》第 2 条和第 4 条规定,对南奥克尼群岛南大陆架采取一系列的保护措施。其中最为重要的是禁止在这片区域所有类型的捕鱼活动(no take),进而使这一区域成为保护水平最高的区域成为可能。不过该保护区设立以来保护的效果并未能显现。究其原因,一是该保护区范围仍被认为过于狭小,未能涵盖该群岛周边生物多样性最为丰富的区域,而这一紧邻区盛产磷虾,也是企鹅与其他海鸟的主要觅食地,同时也是主要的磷虾捕捞场;^⑤二是缺乏本底数据、衡量成功的标准和衡量具体保护成果的科学指标和标准。

例如南奥克尼群岛保护区建立的五年内,成员国基本上没有在保护区内开展任何科学考察活动,CCAMLR 只能以“没有证据表明保护区内的自然特性发生了变化”作为审议结论。^⑥此外,还有学者将其归咎于缺乏必要的管理和监测计划,设立年限较短,因而许多区内发现的物种在短短几年内不足以看到任何实际变化,以显示生物多样性、种群或渔获量的积极变化等。^⑦

作为 CCAMLR 在公海上设立的首个海洋保护区,南奥克尼群岛海洋保护区的设立标志着向在南大洋建立一个具有代表性海洋保护网络的目标迈出了重要一步,进一步确立了 CCAMLR 在国际海洋生物资源管理方面的领先地位,同时也促使成员国加快了建立南极海洋保护区提案的步伐。

(三) 南极海洋保护区之推进:罗斯海与东南极保护区提案

2011 年《总体框架》的生效加快了相关国家 MPA 提案的步伐。根据《总体框架》提议的南极海洋保护区包括美国联合新西兰提议的罗斯海保护区、澳大利亚联合法国与欧盟提出的东南极保护区以及英国和欧盟联合提出的南极半岛冰架保护区。围绕上述保护区提案,CCAMLR 成员国展开了多轮的政治博弈。25 个 CCAMLR 成员方(包括 24 个国家及欧盟)在南极 MPA 设立上存在较大分歧,例如在 2013 年的 CCAMLR 会议上,包括欧盟在内的 12 个成员方支持罗斯海与东南极 MPA 的设立,另有 12 个成员国(印度缺席)则对南极 MPA 表示关切或质疑。^⑧而在 2014 年 CCAMLR 会议上,除俄罗斯和中国以外,表示关切或质疑的国家开始转向妥协和支持。

政治博弈的结果导致各项提案的不同命运,使得南极 MPA 的未来仍充满变数。例如,基于风险防范原则,英国与欧盟联合提议的南极半岛冰架保护区提案意在保护因冰架崩塌而对栖息动植物产生的影响。

①④⑥ 参见杨雷等《〈关于建立 CCAMLR 海洋保护区的总体框架〉有关问题分析》,《极地研究》2014 年第 4 期。

② Resolution 8/X.

③ Resolution 11/XIII.

⑤ C. M. Brooks, "Competing Values on the Antarctic High Seas: CCAMLR and the Challenge of Marine Protected Areas," *The Polar Journal* 3(2013): 282.

⑦ 参见桂静《不同维度下公海保护区现状及其趋势研究——以南极海洋保护区为视角》,《太平洋学报》2015 年第 5 期。

⑧ Cassandra M. Brooks, "Competing Values on the Antarctic High Seas: CCAMLR and the Challenge of Marine-Protected Areas," *The Polar Journal* 3(2013): 287-289.

但由于缺乏必要和翔实的数据支持,其设立的必要性受到普遍质疑。欧盟最终作出妥协,将其提案由海洋保护区改为特别科学研究区域(CCAMLR Special Area for Scientific Research)。^①

与罗斯海保护区提案相比,东南极保护区被视为“科学数据贫乏区域”(data-poor region),这使得建立在“风险防范方法”基础上的管理方案存在极大的生态不确定性,缺乏足够的说服力。尽管联合提议国法国、澳大利亚以及后来加盟的欧盟在相关科学数据的收集、集成与分析上付出了巨大努力,并曾提出七个海洋代表性区域,但最终因其不确定性及数据不完整,方案不得不放弃大量原划定区域,包括可复制栖息地(replicate habitats),以保护最重要的物理及生物进程。^②

与南极半岛冰架保护区提案和东南极保护区提案不同,早在2002年,罗斯海就因其独特的特学与生物价值而被CCAMLR视为南大洋代表性MPA网络的关键区域。^③罗斯海被视为科学研究最为深入的南极生态系统,^④也被许多科学家称为“地球上唯一现存完整的海洋生态系统”。^⑤500名科学家曾联合签名请愿,要求采取有力措施保护罗斯海,防止过度捕捞和利用。^⑥2012年,美国与新西兰曾分别提出两个独立的罗斯海保护区方案,两者虽然在首要的养护目标上一致(即保护该区域的生态结构与生态体系的功能),但在相关区域禁捕犬牙鱼与“特别研究区域”(Special Research Zone)等问题上也存在分歧。最终,两国协商决定将两个方案合并,于2012年联合提交委员会审议。为了回应成员国的关切与质疑,美国与新西兰不断根据科学委员会的建议对联合提案进行调整或修改,以期尽早通过CCAMLR的审议表决。在2013年联合提案中,罗斯海海洋保护区包括普遍

保护区、特别科学研究区和产卵期保护区等三个部分,总面积达227万平方公里,而2013年9月版的提案中,罗斯海保护区面积被缩减为134万平方公里。尽管如此,如获批准,其将成为世界上最大的保护区。罗斯海保护区联合提案包括了保护目标、保护区构成与管理、监管措施与监测计划、与非缔约国以及其他组织的合作以及管理方案等内容,详细规定了设立海洋保护区的目标以及为了达到上述目标而应采取的管理措施与行政安排,涵盖了养护委员会、科学委员会、秘书处以及缔约方的主要职责。

五、南极海洋保护区合法性之追问

综上所述,南极海洋保护区的建立与管理已经初步具备了一般国际法以及ATS下特别法的双重法律依据。不过,围绕个案的有关南极海洋保护区的合法性(Legitimacy)之争并未在《养护公约》成员国之间平息。南极MPA设立的政治博弈集中体现在:如何平衡好养护(从时间或地域上禁止或限制南极海洋生物资源的捕捞活动)与合理利用^⑦这两个公约确定的合法利益。“养护”与“合理利用”的关系不仅体现了人类共同利益与特定国家经济利益之间的博弈,也体现了当代人类利益(全球食品安全)与人类后代利益(可持续发展)之间的平衡与取舍。目前,建议或支持南极MPA的国家或者是在南大洋没有或较少渔业利益的国家(如比利时、德国、意大利、瑞典、美国等),或者是对次南极大陆岛屿享有主权进而享有附属海域专属经济区权利的国家(如新西兰、法国、澳大利亚、英国等);对MPA建议表示关切(Concern)的国家主要是那些在南大洋具有重要渔业和经济利益的国家(包括阿根廷、智利、中国、日本、韩国、纳米比亚、挪威、俄罗斯、南非、乌克兰、乌拉圭等)。^⑧如俄罗斯就

① CCAMLR, XXXI, paras 7.82, 7.88 & 7.105.

② SC-CAMLR, XXX, Annex 6, paras 3.14-3.19; CCAMLR, XXXI, para 7.63.

③ E.g. SC-CAMLR, XXVII, Figure 12.

④ Ainley, Ballard and Weller, "Ross Sea Bioregionalization Part I."

⑤ Ainley, "The Ross Sea, Antarctica," Halpern et al. "A Global Map of Human Impact".

⑥ ASOC, "Scientists' Consensus Statement."

⑦ 《养护公约》并未对“合理利用”进行定义。但其后续法律文件对“合理利用”的解释包括“智慧利用”(wise use)、“确保未来利用”(keeping for future use)或者“在现在及未来南极资源利用者之间进行公平分配的管理方法”(management that will result in an equitable distribution of benefits between present and future users of the resource)。

⑧ 根据2013年CCAMLR会议情况统计。See Cassandra M. Brooks, "Competing Values on the Antarctic High Seas: CCAMLR and the Challenge of Marine-Protected Areas," *The Polar Journal* 3.2 (2013): 277-300, 288.

担心 MPA 的设立将会危及其在南极海域的捕捞作业,进而大大影响其经济利益。这一担忧不无道理,因为作为基础法律文件的《总体框架》虽然没有在条文中明确表明海洋保护区作为禁捕区永久存在,仅仅规定了每隔十年对保护区进行审查,但其缺乏对保护区衡量成功的标准、本底科学数据、容纳合理使用的科学机制等关键要素的要求,海洋保护区事实上既没有科学的评估标准,也缺乏合理的退出机制。从目前提交的罗斯海和东南极提案以及 NGO 的推广宣传活动来看,提案国显然倾向于追求将海洋保护区设置成长期性或者永久性禁捕区。^①除此之外,CCAMLR 与海洋保护区提案国还应积极回应有关国家的其他“合法性”关切,包括南极海洋保护区国际法依据是否充分、南极海洋保护区设立是否必要以及南极海洋保护区管理目标是否可以实施等。

追问一:南极海洋保护区国际法依据是否充分?

在 2012 年与 2013 年 CCAMLR 年度会议上,俄罗斯、乌克兰、中国等国就法律问题的质疑集中于 CCAMLR 的法定资格(Legal Capacity)以及缺乏南极海洋保护区的定义等方面。俄罗斯甚至表示,如果这两个问题没有解决,将拒绝进一步就此议题进行谈判。作为回应,美国与新西兰最新联合提议的罗斯海保护区建议不仅重申其直接的法律依据是《养护公约》第 2 条与第 9 条,并强调罗斯海保护区的设立目的是为了具体实施《养护公约》第 9 条第 1 款(f)项与第 2 款(g)项。同时还新增第 2 条规定“本养护措施不得以损害缔约国在一般国际法,包括联合国海洋法公约项下所享有权利与承担义务的方式进行解释和适用”。^②尽管如此,南极海洋保护区制度仍处于起步阶段,其国际法基础仍然较弱。具体表现为:(1)公海保护区制度尚未定型。国际社会在公海保护区的概念、养护目标以及管理方案等方面尚缺乏一致和统一的认识;(2)在南极条约体系内,作为南极 MPA 最重要依据的《养护公约》仅规定“特别保护和科学研究区域”,而未直接定义“海洋保护区”。而国际社会有关公海保护区的讨论与规则发端于 1992 年的

CBD,直至 2002 年的 WSSD 中才被正式使用。从国际国际法(inter temporal law)角度观察,作为前法的 1982 年《养护公约》第 9 条(f)、(g)款虽为 CCAMLR 机制的后续发展留下了空间,但将其作为南极 MPA 的直接法律依据似有违后法优于前法的国际法原则。(3)从南极条约体系机制看,ATCM 从未通过后续立法明确承认 CCAMLR 管理 MPA 的主体资格,CCAMLR 的主体资格仅仅是 ATCM 下辖 CEP 与 CCAMLR 下辖 SC-SCMLR 在第一次 MPA 研讨会上达成的默契;(4)作为罗斯海保护区等后续提案重要依据的《总体框架》具有框架文件的特点,这使得其在科学依据、设立标准等实体问题以及监测措施、监测计划和可操作性等程序问题上仍缺乏清晰的规定和明确的指导性。这也是俄罗斯等国质疑其不足以支撑目前海洋保护区建立的主要理由。作为南极 MPA 设立的最重要的法律文件,《总体框架》高度抽象,其不仅设立目标笼统宽泛,而且未对海洋保护区、“合理利用”等重要概念进行精确定义,同时也缺乏可以参照的 MPA 科学方法、科学指标、标准体系以及数据收集分析和处理等。

追问二:南极海洋保护区设立是否必要?

南极 MPA 设立的必要性问题集中于对下列问题的澄清:《养护公约》已有的养护措施是否足以或充分克服既有的风险与威胁,并实现其“海洋生物资源养护(包括合理利用)”的宗旨与目标?是否仍需设立海洋保护区以进一步保护南极海洋生物资源?《总体框架》引言规定“科学委员会认定整个公约区域相当于一个国际自然保护联盟第四类保护区”,在此情况下,为何在养护公约区域范围内仍需要进一步划定海洋保护区?南极海洋保护区保护的对象与一般保护区的区别是什么?针对上述疑问,作为基础法律文件的《总体框架》本身及相关 MPA 提案并未给出令人信服的答案。事实上,1982 年《养护公约》生效以来,CCAMLR 已经从科学数据收集、渔具使用、捕捞限额、产品证书、船舶监控、打击 IUU 等方面,制定了一整套行之有效的规则与措施,捕捞行为在现行制度下已经

① Antarctic Ocean Alliance.《南极海洋联盟简报》第 1~3 号 2013 年。

② See A Proposal for the Establishment of a Ross Sea Region Marine Protected Area Delegations of New Zealand and the USA. CCAMLR-XXXIII/21. 5 September 2014.

得到有效管理。^①《总体框架》中规定的保护区目标似乎忽视了 CCAMLR 现有养护体系的有效性和取得的成就,既未能合理论证并指出保护区之上再建保护区的依据,亦未能指出哪些威胁因素使 CCAMLR 需要对一些区域加以特别考虑,并将其纳入新的海洋保护区体系。^②此外,《总体框架》设定了海洋保护区的具体目标,却没有说明这些目标是否面临威胁以及威胁的来源和作用机制,也未对现有管理制度的有效性进行任何科学审查。

追问三: 南极海洋保护区管理目标是否可行?

南极海洋保护区设立后将会对各国(包括缔约国以及非缔约国)在该保护区的渔业活动与科考活动构成不同程度的限制。以罗斯海保护区提案为例,其虽确立了 CCAMLR 在海洋保护区的主导地位(如分别规定了 CCAMLR、SC-CAMLR 与秘书处的职责),但相关管理措施的落实(如有关管理方案的遵守与监督 Compliance & Monitoring)仍有赖于缔约国的行动,包括发放许可、行使视察权等。这自然会引发一些国家的疑虑。如一些南极科考大国或近南极国家是否会借机实施“圈地”或实行“实际控制”?其次,针对南极海洋保护区,CCAMLR 成员国有限的管理能力与手段是否能够实现《总体框架》确立的宏大宽泛目标也受到了不少质疑。例如,作为首个南极海洋保护区,南奥克尼群岛保护区就因缺乏必要的管理和监测计划,使其保护效果未能显现。从更广泛的海洋保护区管理实践来看,绝大部分海洋保护区虽位于国家管辖范围之内,但并未得到有效管理,MPAs 的管理被称为仍停留在“纸面公园”的阶段。^③2014 年,发表于《自然》杂志的《影响全球海洋保护区保护成效的五项核心指标》一文^④列举了“开放渔业许可程度”、“强制保护水准”、“设立成为保护区的时限长度”、“保护海域的范围大小”以及“鱼类自由迁徙海域的连续性”等

五项海洋保护区计划与管理指标,^⑤并认为只有满足三项以上指标的海洋保护区才具有潜在的保护价值。而抽样统计的数据则表明,大多数(59%)海洋保护区仅能达到其中一项或两项核心指标。作为国家管辖范围之外,距离人类活动中心最为遥远、且地理气候环境严峻的南极海洋保护区管理目标若要真正实现,必将面临更大的困难与挑战。

六、结论

作为南极条约体系的最新发展,南极海洋保护区问题从萌芽到发展,至今不过 10 年时间,但借助国际环境保护与可持续发展的国际潮流,南极海洋保护区却在短期内取得了突破性进展。《总体框架》成功地将南极 MPA 与包括《海洋法公约》以及《生物多样性公约》在内的一般国际法联系在一起,使其成为国际法下一般海洋保护区,特别是公海保护区机制的一部分。与此同时,在南极条约体系框架下,南极 MPA 的国际法基础也被逐步夯实。这不仅体现在南极 MPA 已经被成功纳入 CCAMLR 的养护措施之列,^⑥而且也表现为相关的国际法实践。2009 年在南极海域设立的世界第一个公海海洋保护区——南奥克尼群岛海洋保护区——以具有法律约束力的“措施”形式加以确立,进一步巩固了 CCAMLR 在公海保护区上的引领地位,而且还成功确立了国际法上的“禁止反言”原则,使得相关国家对后续南极保护区提案的合法性质疑变得困难重重。可以预见,如果罗斯海保护区提案获得 CCAMLR 通过,在南极海域内将会激发南极海洋保护区的提案“竞争”;而在南极海域之外,也会为联合国框架下 BBNJ 的谈判提供现成的标准和范例。

作为《联合国海洋法公约》和《生物多样性公约》成员国以及南极国际治理的重要参与国,我国应当充

① CCAMLR. Report of the 31th Meeting of the Commission, 2012; Para. 7.65.

② 杨雷等《〈关于建立 CCAMLR 海洋保护区的总体框架〉有关问题分析》,《极地研究》2014 年第 4 期。

③ Gabriela Weber de Moraes, Achim Schluter, Marco Verweij, “Can Institutional Change Theories Contribute to the Understanding of Marine Protected Areas?” *Global Environmental Change* 31 (2015): 154.

④ See Graham J. Edgar, etc. “Global Conservation Outcomes Depend on Marine Protected Areas with Five Key Features,” *Nature* 506. 13 (February 2014).

⑤ Five key planning and management features of MPAs: (1) degree of fishing permitted within MPAs; (2) Level of enforcement; (3) MPA age; (4) MPA Size; and (5) presence of continuous habitat allowing unconstrained movement of fish across MPA boundaries.

⑥ 目前 CCAMLR 养护措施(Conservation Measures)具体包括遵守(Compliance)、一般渔业事项(General fishery matters)、渔业规制(Fishery regulations)以及海洋保护区(Protected areas)等四个部分。See www.ccamlr.org/en/conservation-and-management/conservation-measures.

分利用 CCAMLR 协商一致的决策机制,积极参与南极 MPA 这一新的南极治理规则的制定,并努力引导南极 MPA 规则朝着有利于维护南极条约体系稳定以及我国南极重大利益的方向发展。2015 年第七轮中美战略与经济对话中,中美双方就设立南极罗斯海保护区议题取得积极进展。^① 在习近平主席访美成果中,中美双方“同意加强联合研究,共同就建立南极罗斯海海洋保护区的建议开展工作”。^② 目前,我国应

将谈判重心从南极 MPA 设立的合法性转向其设立与管理的科学性与必要性问题,充分依据南极条约宗旨,以《养护公约》所确立的“生态系统方法”、“风险预防方法”以及“最佳科学依据”为依托,在利益平衡基础上完善现有提案;同时,在加大南大洋科考力度的前提下,适时选取具备保护价值的海域,提出我国的南极海洋保护区提案,从而维护我国在南极条约体系中的核心利益与大国地位。

Study on the International Legal Bases of Antarctic Marine Protected Area

CHEN Li

(Law School, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: Antarctic Marine Protected Area (MPA) assumes pre-eminent status in Antarctic international governance discussion. After the establishment of the first Southern Ocean MPA in 2009, plans for large MPAs in the Ross Sea and East Antarctic came up for discussion in CCAMLR. Recent years have witnessed a new round of interest rivalry and political wrestling of the major players of the Antarctic Treaty System on the establishment and management of Antarctic MPAs. Their debate turns on the legitimacy, necessity and applicability of the protected area hereof. Such debate reflects the trade-offs of lawful interests for the international community in striking balance between conservation and rational use of marine living resources, between contemporary interests of mankind and that of their offspring, and between food security and sustainable development. Whereas as a member state of United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and Convention on Biological Diversity (CBD) and as a weighty participant of Antarctic international governance, China shall make full use of the decision-making apparatus adopted by the Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR) and honor its due role in setting up rules for Antarctic international governance. Meanwhile, China shall strive to lead such rules working in favor of both the stability of Antarctic Treaty System and China's major interests in Antarctic region. Currently, China should centralize its MPAs negotiation on the scientific bases and necessity instead of its legitimacy. And try to propose revised plan based on ecosystem approach, precautionary approach and best science available. For the purpose of safeguarding National's core interests and status in Antarctica, China may propose suitable MPA plan based on advanced research on South Ocean.

Key words: marine protected area; UNCLOS; Antarctic Treaty System; CAMLR Convention, general frame for the establishment of CCAMLR MPAs

[责任编辑 刘 慧]

① http://www.soa.gov.cn/xw/hyyw_90/201506/t20150624_38671.html 2015 年 9 月 28 日访问。

② 《习近平访美 49 项中方成果清单公布》。http://www.china.com.cn/newphoto/news/2015-09/27/content_36692698_5.htm 2015 年 9 月 28 日访问。