

刘美,管建强. 从区域实践到普遍参与:BBNJ协定下公海治理的条约困境[J]. 中国海商法研究,2021,32(2):102-112

## 从区域实践到普遍参与:BBNJ协定下公海治理的条约困境

刘美,管建强

(华东政法大学 国际法学院,上海 200042)

**摘要:** BBNJ 协定将海洋保护区问题纳入谈判范畴,意在遏制公海治理中“公地悲剧”与“反公地悲剧”的继续演化,缓解公海自由与海洋保护的矛盾,调和主权国家间的利益冲突。然而,囿于条约相对效力原则,除非公海保护区条约所载规则为习惯国际法,否则对非缔约方无拘束力。而习惯国际法的形成有赖于国家实践,即使被认定为习惯国际法,非缔约方仍可依据一贯反对者规则主张不受其约束,此外,国际社会新设例外规则约束非缔约方的动力亦不足。为实现公海保护区的普遍参与,应当在 BBNJ 协定制度构建上突出互利性,增强公海保护区制度与现有公海治理规则的互补性,坚持规则定向与价值导向并重,以条约实践促进非缔约方实践,以破解公海保护区的条约困境。

**关键词:** BBNJ 协定;公海保护区;条约相对效力;公海治理

**中图分类号:** D993.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)02-0102-11

### From regional practice to universal participation: the dilemma of treaties on high seas governance under the BBNJ treaty

LIU Mei, GUAN Jian-qiang

(School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The propose of marine protected areas issue under the BBNJ negotiation, which intends to promote the overall governance of the high seas, helps curb the continued evolution of the tragedy of the commons and the tragedy of the anticommons under the governance of the high seas. It also helps alleviate the contradiction between freedom of high seas and marine protection, and reconcile conflicts of interests between the states. However, unless the rules of the high seas marine protected areas treaties are customary international law, of which the formation depends on the practices of states, the non-parties cannot be bound due to the principle of relative validity of treaties. Even if the relevant rules are customary international law, the non-parties can still claim to be unfettered under the rule of persistent objector. In addition, the international community has a limited impetus to formulate new restricted rules to the non-parties. In order to stimulate universal participation in high seas protected areas, mutual benefits should be highly emphasized in the BBNJ agreement, and the complementarity should be enhanced between the high seas protected area rules and existing high seas governance rules. Besides, rules and value orientations should be equally emphasized, and the non-parties' behaviors should be further constrained by increasing treaty practices. Through the above, the dilemma of high seas protected areas treaties can be possibly resolved.

**Key words:** BBNJ agreement; high seas marine protected areas; the principle of relative validity of treaties; high seas governance

从 20 世纪 80 年代建立公海保护区的倡议首次被提出,到目前联合国大会已经先后召开三次会议,就包括海洋保护区在内的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题展开协商和

收稿日期:2020-08-20

基金项目:2018 年度国家社会科学基金重大项目“军民融合战略下海上通道安全法治保障研究”(18ZDA155),华东政法大学优秀博士论文培育项目“平时国际法下军舰海上执法的困境与出路”(2020-1-015)

作者简介:刘美(1995-),男,湖北荆门人,华东政法大学国际法学院国际法专业博士研究生,E-mail:xmlusa@163.com;管建强(1958-),男,上海人,华东政法大学国际法学院教授、博士生导师,中国国际法学会常务理事,中国军事科学院国际军事法制研究院特聘专家,E-mail:380667398@qq.com。

讨论,并初步形成《〈联合国海洋法公约〉关于养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的协定草案》(Draft Text of an Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction,简称《BBNJ协定草案》)<sup>①</sup>及其修改稿(简称草案修改稿)<sup>②</sup>,公海保护问题一步步被推上国际舞台<sup>③</sup>。总体来看,BBNJ协定谈判大致经历了特设工作组(2004年—2015年)、筹备委员会(2016年—2017年)、政府间大会(2018年至今)三个阶段,<sup>[1]</sup>根据2020年BBNJ政府间谈判第四届会议公布的草案修改稿,BBNJ协定由12个部分,共70条组成,主要内容涵盖海洋遗传资源及其惠益分享问题、包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施、环境影响评估、能力建设和海洋技术转让等,其中第3部分“包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施”重点指向国家管辖范围以外的海洋保护区,其中,对海洋保护区的目标、国际合作与协调、确定需要保护的区域、海洋保护区的提案、提案协商和评估、决策方式、执行方式以及监测和审查均作了详细规定。根据草案修改稿第61条规定,缔约国达到一定数量时协定即可生效。事实上,公海保护作为一项基本原则早已被包括《联合国海洋法公约》(简称《海洋法公约》)在内的诸多国际法律文书所明确,但鲜有证据表明其得到大多数国际部门机构的有效适用,除了《BBNJ协定草案》的规定外,尚没有在国际法律与政策文件中具体化,换言之,现有制度并没有为公海保护提供适当的框架。<sup>[2]</sup>尽管如此,截至目前已经有四个涉及公海的海洋保护区以单边行动的方式先后建立<sup>④</sup>。部分国家或区域性组织采取此类行动既反映出人类对公海治理的诉求,也凸显了国家管辖范围内资源日益耗竭的背景下,随着技术的进步,国家主权在海洋方向进一步扩张的趋势,因而有学者称之为“新海洋圈地运动”。<sup>[3]</sup>不过也有学者认为,现有国际法不同程度上限制了选择特定海域进行保护的权力,但并未排除该权利。<sup>[4]</sup>客观而言,公海治

理事关国际社会的共同利益,包括公海本身承载的利益,以及海洋保护衍生出的其他利益。为保证公海治理的公平有序,在联合国的主导下,基于《海洋法公约》的制度框架,在BBNJ协定文本中就公海治理达成协议,具有应然性亦有必然性。当前对BBNJ协定下公海保护区问题的讨论大都立足于具体的权利义务平衡与条款设计方面,较少从条约的视角出发,前瞻性、系统性地对BBNJ协定生效后的公海及其海底区域治理问题进行展望。而不管是已有的区域层面达成的公海保护条约,抑或联合国主导下形成的条约草案,无论其最终采取全球、区域还是混合管理模式,都必须回答同一问题,即条约是否有可能约束非缔约方。申言之,就治理效果最大化而言,条约如何实现对全体国际社会成员的最大约束力。本文以BBNJ协定谈判下的公海保护区制度为例,意在以该问题为导向,探明条约相对效力原则下公海治理的困境与出路。

### 一、普遍参与需求下公海保护区规则构建的背景及意义

《BBNJ协定草案》及其修改稿均将海洋保护区定义为:“一个划定地理界限,为达到特定长期生物多样性养护和可持续利用目标而指定和管理的并提供比周围地区更高程度保护的海区。”公海保护区作为一种将“公海治理”与“海洋保护区”结合的划区管理工具,源起于部分国家和区域性国际组织的单边实践。设立此类海洋保护区有助于保护公海的生态环境,在国际道义上无可厚非,但在国际法上却没有充分的依据,甚至与传统的公海自由原则相左,加之涉及到各国的政治策略、经济利益、法律规制等问题,<sup>[5]</sup>更显得法律正当性不足。然而,相较于全球行动,国家或区域性国际组织能够更加迅速地对环境变化作出反应,很大程度上有助于海洋环境的改善。值得注意的是,与《BBNJ协定草案》不同,草案修改稿第5条第1款(c)项明确了国家管辖范围以外区域适用人类共同继承财产原则。尽管该条受到以美国为代表的部分国家的抵制,<sup>[6]</sup>但至少应当承认,公海是具有公共物品属性的领域,任何国家不

① 参见 A/CONF. 232/2019/6。

② 参见 A/CONF. 232/2020/3。

③ 《BBNJ协定草案》及其修改稿均在序言中强调,“需要一个全面的全球制度,以更好地处理国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题”。草案及其修改稿第1条第4款中均指出,“国家管辖范围以外区域”是指公海和“区域”。可见,公海以及区域的保护问题是草案及其修改稿指向的重要议题,而公海保护区则是草案及其修改稿第三部分划区管理工具的重要组成部分之一,为方便叙述,本文将国家管辖海域以外的海洋保护区表述为公海保护区,包括水体部分及海底区域。

④ 包括位于地中海的派拉格斯海洋保护区,位于南极半岛西部的南奥克兰群岛南部大陆架海洋保护区,东北大西洋海洋保护区以及南极罗斯海海洋保护区。

得将其据为己有,不得对其行使主权或管辖权。鼓励各国共同应对公海保护问题,不仅契合国际环境法下的国家合作原则,亦能最大程度体现公平正义,有助于在全球治理的语境下实现公海的法治与良治。而在最具代表性与普遍性的联合国大会下开展此项工作,无疑最具有合法性与公信力。事实上,作为 BBNJ 协定谈判中的重要组成部分,公海保护区问题备受瞩目,该协定下的公海保护谈判,意在加强国家间的合作,在充分对话和协商的基础上,通过普遍参与促进公海保护<sup>①</sup>。

### (一) 遏制公地悲剧与反公地悲剧的继续演化

哈丁(Hardin)认为,人类面临的污染等生态环境问题,是由于公地条件下的过度使用、过度排放和人口激增,即公地悲剧理论。<sup>[7]</sup>而迈克尔·赫勒(Michael Heller)提出的反公地悲剧理论则认为,一旦资源分割过于破碎,导致过多的个体享有资源的排他性权利,可能致使资源使用不足。<sup>[8]</sup>与之相应,一方面,由于公海不属于任何主权国家,掠夺式开采屡见不鲜,导致海洋生态环境的破坏,深刻印证了公地悲剧理论。另一方面,部分国家或区域性组织开始以保护为名在公海创设自身权利,引人遐想。此类看似占据道德高地的行动,实际上颇有染指公海及其资源的嫌疑,一旦沦为资源划分和占领的工具,完全可能导致反公地悲剧理论下的资源低效率使用。

基于上述理论,公海需要秩序。虽然公海不是任何国家的领土,但其作为国际法客体,并非处于无法律、无政府的状态。<sup>[9]<sup>101-102</sup></sup>事实上,一定法律秩序的存在和遵守,能够保证各国安全有效地行使公海自由的权利。<sup>[10]</sup>在公海生态环境问题日益严重的今天,公海秩序主要包括两个方面,其一,为避免公地悲剧,公海需要有序治理,实现由过去不减损海洋生态环境的消极义务向积极采取措施提高海洋生态环境承载力的转向,即由“公海自由”向“公海治理”转变。<sup>[11]</sup>其二,基于反公地悲剧理论,公海的治理应当强调有序性,公海作为国家管辖范围以外的区域,不论开发还是保护,都应当尽量避免采取单边行动,防止区域规则取代各国共同参与的全球治理。实践证明,只有在《海洋法公约》的框架下,以联合国职能机构为对话协商平台,在兼顾全人类共同利益的基础上,通过普遍参与,才能既保全公海作为公共物品

的基本价值属性,又实现公海的有序保护。与之相应,BBNJ 协定下公海保护问题谈判,正是为了解决公海无人治理与治理无序化问题,在鼓励各国充分对话协商的基础上,最大程度实现公地治理的效率和秩序,既要防止公地悲剧在公海的持续上演,又要避免公海治理陷入反公地悲剧的困境。

### (二) 缓解公海自由与海洋保护的矛盾

公海自由意味着公海不属于并且永远不能属于任何国家主权,任何国家通常没有在公海的任何部分行使立法、行政、管辖或警察的权利。<sup>[9]<sup>101</sup></sup>然而,海洋环境的恶化证明了传统海洋管理方式的不足,日益加剧的海洋环境危机迫切需要新的管理措施和手段。<sup>[12]</sup>公海保护区作为“2.0 版海洋保护区”,设立的目的之一就是新的管理工具缓解现有国际法框架下公海自由与海洋保护的矛盾。客观而言,公海自由与海洋保护的矛盾始终存在,只不过当人们真正意识到海洋保护的重要性,并在美国阿拉斯加州的冰川湾建立起第一个正式的海洋保护区开始,自由与保护的冲突才日渐加剧,并从国家管辖范围内外溢至公海区域。一方面,公海自由原则肯定了各国的权利,甚至鼓励各国在公海开展活动,而另一方面,相继建立起来的公海保护区却要求限制主权国家在公海上的权利。部分国家或区域性组织的单边划区保护实践,由于缺少国际法依据,甚至与现行的《海洋法公约》相抵触,使得公海使用与保护的矛盾被进一步放大。

不过,公海保护区的设立并非完全没有国际法依据。首先,《海洋法公约》除在第十二部分规定各国有关公海自由的规定中,同样明确要求各国在行使公海自由的权利时适当顾及其他国家利益。申言之,一国不得对其他国家的海洋环境利益造成损害,当然亦不得减损属于所有国家的公海环境利益。其次,1972 年《联合国人类环境会议宣言》第 21 项原则在肯定国家环境主权的同时,明确各国有不损害其他国家或国家管辖范围以外地区环境的义务。1992 年《里约热内卢环境与发展宣言》在重申该原则的基础上,进一步提出各国应加强合作,对损害行为追究国家责任。最后,国际司法实践也对公海保护予以了肯定。例如,渔业管辖权案中,国际法院判决认为,海洋生物资源的开发应当适当顾及其他国家的

<sup>①</sup> 《BBNJ 协定草案》及其修改稿均在序言中提出:“渴望实现普遍参与。”此外,草案及其修改稿第 14 条第 1 款中都强调,包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施,其目标是促进一致性和互补性。

权利和全人类的共同利益<sup>①</sup>。又如,法国核试验案中,原告方澳大利亚与新西兰均提出,法国核试验危害公海自由,澳大利亚还特别提及了试验对公海环境的污染<sup>②</sup>,虽然法院最终未对公海自由与保护作出明确回应,但至少肯定了公海自由不得威胁和损害他国利益以及公海所承载的全人类共同利益。

事实上,已有的公海保护区实践之所以引发各国间的分歧,根源不在于是否应当保护公海环境,而是应当由何者保护以及如何保护。BBNJ协定下的海洋保护区问题协商,最大程度开启了国家间的公海保护合作,尽管仍然可能与部分国家的公海自由立场相冲突,但却为国际社会解决公海保护问题提供了一个绝佳的互动和沟通平台,有助于在不伤及公平正义与公海自由原则的基础上,实现现有国际法规则之间的有效衔接和相互补充,完成该议题由“高政治”敏感度向“低政治”属性的转化,缓解公海自由与保护的矛盾。

### (三)调和主权国家间的利益冲突

公海的保护不仅关系到代际平衡,即资源的可持续利用,更可能影响代内平衡,也即公海资源在各国间的公平分配。随着陆地资源的日益枯竭以及人类技术水平的提高,主权国家的权利诉求向海洋方向扩张成为必然。通过建立或者参与建立公海保护区扩大本国或区域性国际组织在该海域治理上的影响力,增强制度性话语权,确立起国家实践,无疑有助于其在资源分配上占据优势。以南极海域的南奥克尼群岛海洋保护区和罗斯海保护区为例,通过南极海洋生物资源养护委员会(简称CCAMLR)的相关实践,不仅巩固了CCAMLR在公海保护区上的引领地位,还为BBNJ谈判下其他公海保护制度的构建提供了范本。<sup>[13]</sup>公海环境保护中单边措施的出现,一方面是因为海洋环境保护的国际法还不成熟,另一方面,现有条约及国际法院判决,一定程度上为此类单边措施提供了合法性依据。且就实效性而言,通过在公海保护上小部分国家的率先垂范,当收益显现时,公海保护区能够得以扩张,其他公海使用

国亦将积极响应参与保护。<sup>[14]526</sup>然而,对非参与方而言,因为事先缺乏公海保护的实践,至少在协商对话的起点上,已经与参与实践的国家产生了差距。部分国家或区域性国际组织之所以热衷于单边开展公海保护区的建设,很难相信没有掺杂利益因素。

公海的公共物品属性加之国家间基于公海的利益主张重叠,导致各国存在潜在的利益冲突,部分国家前期的单边划区保护实践使该冲突进一步升级,倒逼BBNJ协定谈判的开启和深入。而BBNJ协定谈判尤其重视广泛协商一致和普遍参与,如邀请各国和政府间组织及机构协助大会审议相关问题<sup>③</sup>,就举行政府间会议设立筹备委员会,联合国会员国、专门机构成员及《海洋法公约》缔约方均可参加<sup>④</sup>,该会议向上述所有成员开放,并强调确保尽可能广泛而有效地参加会议<sup>⑤</sup>。除此之外,已经公开的《BBNJ协定草案》及其修改稿序言一再重申希望建立一个全面的全球性制度,鼓励各国的普遍参与。鉴于国际社会的无政府状态,以及世界范围内资源的有限,可能导致国际法主体间的冲突,<sup>[15]</sup>BBNJ协定谈判通过增强开放性和扩大参与度,旨在最大程度满足各方利益诉求,调和公海问题上的各国间利益冲突。世界自然基金会管理全球海洋保护区的经验表明,政治意愿、法律保障和利益相关方的支持对于保护区的建立、管理与执行都尤为必要,公海上,利益相关方的支持只能通过尊重使用者的合法权利来实现。<sup>[14]523</sup>然而,从目前针对草案修改稿提交的28份国家或国际组织的修改意见来看,利益协调并不容易,形成一份为各个国家普遍满意的协定文本将是一个艰难的过程。从《海洋法公约》框架下的前两份协定签署批准情况来看<sup>⑥</sup>,即使BBNJ协定最终得以达成,其得到广泛参与仍需要一个漫长的过程,如何最大程度发挥生效条约的影响力,真正实现公海治理的普遍参与,将是相当长一段时期内缔约国乃至国际社会必须面对的重大课题。

## 二、规则约束力不足与公海治理普遍参与需求间的供需矛盾

草案修改稿第14条明确提出,包括海洋保护区

① 《BBNJ协定草案》及其修改稿均在序言中提出:“渴望实现普遍参与。”此外,草案及其修改稿第14条第1款中都强调,包括海洋保护区在内的划区管理工具等措施,其目标是促进一致性和互补性。

② 参见I. C. J. Reports 1973, p. 103 & pp. 139-140。

③ 参见A/RES/66/231, para. 165。

④ 参见A/RES/69/292, para. 1。

⑤ 参见A/RES/72/249, paras. 8-9。

⑥ 一是《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the Convention of 10 December 1982), 1994年7月28日签订, 1996年7月28日生效;二是《执行1982年〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(Agreement for the Implementation of the Provisions of the Convention of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks), 1995年8月4日签订, 2001年12月11日生效。截至2020年4月1日,前者已有150个国家和实体签署批准,后者得到包括欧盟在内的91个国家和实体签署批准。

在内的划区管理工具等措施的实施,其目标是加强各国、相关法律文书和框架以及相关全球、区域、次区域和部门机构间的合作与协调,建立一个相互连通且得到有效公平管理的具有生态代表性的海洋保护区系统,促进一致性和互补性。换言之,BBNJ 协定旨在通过补足多边法律框架,为公海保护区提供明确的法律基础和设立原则,建立起能够协调环境与其他价值、促进沿海国与国际机构之间协作的机制。<sup>[16]</sup>正如《BBNJ 协定草案》及其修改稿所倡导,一致行动和普遍参与是实现公海有序治理的最佳方案,因此联合国大会致力于促成缔结具有普遍约束力的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性养护和可持续利用条约。然而,就目前 BBNJ 协定谈判的进展和各方立场来看,即使协定达成,几乎也不可能在短期内形成普遍约束力,公海治理的普遍参与需求一定程度上仍然会受限于缔约国的数量有限。

### (一) 条约相对效力原则制约公海治理的效果

1999 年,由法国、意大利、摩纳哥三国根据《建立地中海海洋哺乳动物保护区协议》建立的派拉格斯海洋保护区是第一个涵盖公海区域的海洋保护区。在随后论证其合法性时,就有学者提出,在三方均未宣布地中海专属经济区的情况下,该保护区实际上落入三方有权宣布的专属经济区范围内,故沿海国对外国船舶有管辖权。<sup>[17]</sup>即该条约对非缔约国的拘束力并非来源于条约本身,而是缔约方基于《海洋法公约》实际所享有的权利。通常而言,条约的相对效力原则决定了条约只对缔约方有拘束力,而基于海洋环境的整体性和公海的公共物品属性,要实现公海的良治,必须协调各方利益,保证国际社会普遍参与以及各国行动一致。BBNJ 协定下海洋保护区的谈判意在为各国设立一个共同的行动标准和指南,然而主权国家享有缔约自由,即有权决定是否接受条约的约束。如此可能导致公海保护规则在主权国家范围内的有限适用与公海保护一致性需求间的偏差。

一方面,条约相对性将减损公海治理的实际效果。对缔约方而言,公海保护协议的达成,不会改变公海的公共物品属性,但有助于实现公海由各国均有权利使用向各国均有义务保护的转变,平衡公海利用与保护之间的关系,避免只利用不保护的公地悲剧。对非缔约方而言,基于条约的相对效力原则,缔约方之间达成的公海治理协议无法对其产生有效约束,相关规则无法管控非缔约方的行为,非缔约方

也没有义务遵守缔约方之间达成的任何协定,公海作为公地的无序开发仍将延续,无疑将减损公海保护的的实际效果。更为重要的是,条约相对性会导致缔约方与非缔约方之间在公海治理上的权利义务失衡,有违国际法的正义理念。如罗尔斯所说,正义是社会制度的首要价值,正如真理是思想体系的首要价值。<sup>[18]</sup>国际法的正义体现为国家间权利义务分配的正义,既要实现一国享有利益与承担责任的匹配,更要促进国家间惠益平衡,在环境法领域,它表示环境利益或负担在不同人群间分配的正义。<sup>[19]</sup>公海治理是各国的权利,也是一项普遍性义务,基于正义理念,其制度安排应当有助于实现每个成员根据承担义务能力的大小、获取环境利益的多少而承担相应的义务。<sup>[20]</sup>囿于条约相对效力原则,BBNJ 海洋保护区下公海保护的相关规则无法有效约束非缔约方,可能导致非缔约方的“搭便车”行为,使其在享受公海治理的红利同时,又有理由不遵守条约的规定,甚至实际破坏条约下的规则,导致公海治理的无序性,最终减损缔约方乃至全人类的共同利益,这无疑是对国际正义的极大挑战。

### (二) 习惯国际法规则的约束力有限

《维也纳条约法公约》(简称《条约法公约》)第 35 条至第 38 条对条约相对效力原则作了例外规定,原则上条约欲对非缔约方设定权利义务,仍然需要非缔约方的同意,但第 38 条为例外规定,即条约所载规则为习惯国际法。现阶段,作为公海保护区法律依据的习惯国际法往往是国际海洋环境法中的一些基本原则,如适当顾及他国利益原则、风险预防原则等,这些原则对公海保护区所起到的规范作用主要停留在指导层面,<sup>[21]</sup>从实际效果来看,尚不足以有效规制各国在公海上的活动。因此,在条约不足以形成普遍约束力的情况下,为保证公海治理的有序性和实效性,更具针对性和实践性的习惯国际法规则无疑是《条约法公约》所能提供的绝佳补充。换言之,如果 BBNJ 协定中能够发展出具体的习惯国际法规则,或将有效补充条约相对效力原则导致的规则适用局限。

《国际法规约》第 38 条将习惯国际法表述为“作为通例之证明而经接受为法律者”。国际法委员会在其通过的关于习惯国际法识别的报告中指出,“要确定一项习惯国际法规则的存在及内容,必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例<sup>①</sup>。”即习惯国际法必须具备一般惯例和法

<sup>①</sup> 参见 A/73/10, p. 119。

律确信两个要素,换言之,必须审视国家的通常实践以及其是否将该实践视为法律层面的权利义务。通常认为一项习惯国际法的形成需要国家的反复实践,因此不太可能在短时间内形成。尽管理论上存在“速成习惯国际法”一说,王铁崖先生也认为,随着国家间交往的日益便捷和频繁,习惯国际法可能在较短的时间内形成,<sup>[22]</sup>但该学说并没有获得普遍认同。相反,可以肯定的是习惯国际法基于国家的广泛实践而产生,不可能一蹴而就。至于法律确信,根据国际法委员会的评注,是指国家在采用该惯例时,相信自身是基于一项习惯国际法行事<sup>①</sup>。归根结底,习惯国际法的识别不存在一个具体的判断标准,而是建立在大量事实证据之上,这就意味着,一项习惯国际法规则的形成很大程度上必须立足于各个国家的长期实践。而公海保护区实践的起步比较晚,面临相关管理制度不成熟,各个保护区规则不一致,涉及的国家数量有限等问题,即使在 BBNJ 协定下就公海保护区问题达成有效的共识,也不足以推定某些具体措施构成国家的通常实践。基于传统公海自由观念的根深蒂固,短期内恐怕亦难以形成法律确信,意欲借助条约之外的习惯国际法规则规制非缔约方,至少短期内并不现实。进言之,除了认定相关规则为习惯国际法存在困难外,一贯反对者规则也进一步降低了条约规则以习惯国际法的形式对非缔约方适用的可能,使得习惯国际法本身的适用范围受到限制,对国际社会成员的适用存在例外。理论上,习惯国际法应当平等且普遍适用于国际社会成员,防止违背国际法基本规则的单边行动,但国际社会是一个平权社会,习惯国际法的适用应当保持适当的克制,尤其对于那些一贯反对该规则的国家,理应允许其免受规则约束。因此,即使 BBNJ 协定下海洋保护区谈判就公海保护确立或者发展出一项习惯国际法规则,非缔约方仍然可以一贯反对者的身份抗辩,从而避免受到此类规则的约束。

### (三) 新设例外规则约束非缔约方的动力不足

就实际效果而言,条约相对效力原则的例外除了习惯国际法之外,还包括建立“客观制度”的条约、《联合国宪章》(简称《宪章》)的规定以及国际强行法,三者事实上也可能导致条约规则适用于非缔约方。其中,“客观制度”的条约包括规定非军事化、中立化或国际化的条约,新设国家并规定其义务的条约,规定国际交通水道的条约。李浩培先生认

为,是否构成一项客观制度,应当判断其是否符合全世界的一般利益和各国的主权。<sup>[23]412</sup> 第二项例外主要指《宪章》下为维护世界和平与安全所作出的规定,通常关涉人类的基本生存权。至于国际强行法,是经国际社会作为整体接受,不得以任何行为背离,并以维护全人类基本利益和社会公德为目的的,具有普遍拘束力的最高行为规范。<sup>[24]</sup> 国际法委员会在其发布的《国际法不成体系报告》中列举了一系列具有强行法性质的规则,包括禁止侵略、禁止奴役和奴隶贸易、禁止种族灭绝、禁止种族歧视、禁止种族隔离、禁止酷刑以及适用于武装冲突中的国际人道主义法基本规则和自决权。报告同时指出,只要是国际社会全体接受并公认为不许损抑的规则也具有绝对法的性质<sup>②</sup>。从已有的国际司法判例来看,通常基于人道主义和维护人类整体利益而确定。<sup>[25]</sup>

从上述三项已有的例外规则来看,大致可以抽象出条约对非缔约方产生拘束力的两项基本构成要素。其一,该条约涉及事项重大,关乎国际社会成员的整体利益,往往指向全人类的基本生存权,要求各国按照规则采取一致行动。其二,仍然强调各国主权平等原则,以各国普遍接受或认可为基础,在为非缔约方“立法”上保持应有的克制。毋庸置疑,条约相对性的例外只是国际间的异常现象,与国家主权平等原则背道而驰。<sup>[23]412</sup> 尽管有学者认为,在国际环境法领域,主权权威在环境问题的挑战面前正在接受客观事实带来的限制,<sup>[26]</sup>但实际上全球环境保护仍无法超越国家主权,是否参与相关条约依然取决于主权国家的利益考量,正如美国先后退出《京都议定书》和《巴黎协定》,以及日本退出国际捕鲸委员会等。亦有学者提出,现代国际立法在某些情况下应当能够违背某些国家的意愿而对其产生约束力。<sup>[27-29]、[30]788</sup> 否则无法应对例如环境保护等问题,然而,现有国际法立法范式提出的基本问题是,各国在不同主题下都需要分别同意其义务,而没有一个国家愿意承担比现状更多的法律义务。<sup>[31]577</sup> 究其根本,在非合意立法(nonconsensual lawmaking)的语境下,如何为非缔约方设定权利义务,本质上是平衡国家利益与全人类共同利益的问题,只要国家间的界限未被打破,国家主权所表征的国家利益仍会占据主导地位,适当顾及他国及全人类共同利益的义务,道义属性多于法律属性。从目前各国的谈判立场来看,在公海保护理念、具体保护方案、客观利益划分

① 参见 A/73/10, p. 138。

② 参见 Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-eighth Session, ILC, 2006, p. 182。

等方面,还存在很大的分歧,国际社会恐怕没有足够的动力达成一项共识,即在上述三项规则之外,通过增设例外规则实现公海保护区内某些规则对非缔约方的普遍拘束力。现阶段,为公海保护区规则适用保留足够的弹性,仍是国际社会的首选。

### 三、条约相对效力原则下 BBNJ 协定治理的出路

公海治理的初衷是在满足全人类整体需求的情况下,寻求海洋生态保护的最优解,维护国际社会的共同利益,而非各国利益的简单相加。一方面,公海治理乃至全球环境治理,实际是一损俱损,却非一荣俱荣,需要国际社会的共同参与,并形成有效的管控和约束机制,另一方面,国家有权决定是否缔结或参加条约,即是否接受条约规则的约束。当然,这并不意味着条约的影响仅限于缔约方。在现代国际社会相互依赖性日益加强的情况下,很少有条约会不影响第三国,即第三国实际上也可能得到利益或蒙受损害。<sup>[23]389</sup> 欲破解条约相对效力原则下公海保护区的治理困境,实现 BBNJ 协定下公海生物多样性养护和可持续利用的普遍参与,应当多举并重。

#### (一) BBNJ 协定制度构建突出互利性

公海虽然是国家管辖范围以外区域,却与各国利益休戚相关。因此,BBNJ 协定下,欲实现公海保护区的行动一致,必须在制度设计上突出互利性。换言之,鼓励更多国家参与 BBNJ 协定的协商,通过利益协商达成为各方普遍满意的条约文本,为缔约国提供更多合作、分享和发展的机会,从而鼓励更多国家参加条约,促使条约最终文本得到大多数国家的认可和批准,进而使其受到条约约束。此即草案修改稿第 56 条所明确提出的:“缔约国应鼓励本协定之非缔约方成为缔约方并通过与本协定条款一致的法律和规章”。

事实上,条约相对效力原则是国家同意原则在条约适用问题上的具体体现。诺贝尔经济学奖获得者威廉·诺德豪斯教授(William D. Nordhaus)曾评论:“威斯特伐利亚体系导致全球公共物品面临严重问题,一致同意实际意味着无所作为……就今后几十年全球公共物品可能变得越来越重要来看,我们面临的主要挑战是设计一种机制,以克服在威胁生存的问题上对现行国际法现状及自愿性的偏见……国际法必须应对国家主权不能处理重要的国际公共物品这一事实。”<sup>[32]</sup> 在诸如公海治理、气候变化、核不扩散等问题上,条约相对效力原则的适用应当得到重新审视,应当尊重国家主权,满足国家的个

别需求,也不能忽视此类国际公共物品上承载的国际社会乃至全人类的整体需求。换言之,国际制度需要反映整体需求与个体需求之间的微妙平衡。<sup>[31]624</sup>

从经济学角度来看,公海治理的帕累托改进(Pareto Improvement)要求,适用于公海治理的新规则不使任何一方受损,而且至少应当有一方受益。而卡尔多·希克斯改进(Kaldor-Hicks Improvement)则要求国际社会的收益总体上高于损失,即新规则容许部分参与方受损,但其他各国的收益超过该损失。客观而言,公海治理的帕累托改进几乎是不可能的,即 BBNJ 协定下的公海保护区制度难以保证不损害任何一方的利益,事实上各国之所以在规则协商过程中各执己见,也正是出于保护自身既得利益及可期待利益的需要。因此,追求整体受益的卡尔多·希克斯改进更切实际,而无论选择何者,有效且适当地解决问题的方案都不可能始终服务于每个国家的利益,有时最佳的解决方案需要一些国家作出牺牲,而使其他国家受益。<sup>[30]788</sup> 当然,在公海保护区制度构建的具体路径选择上,与其期待某些国家在利益问题上作出重大让步,更可行的是使规则设计更加具有互利性。借鉴新功能主义理论,任何领域合作的成功都会增强国家间在其他领域进行合作的愿望与信心,<sup>[33]</sup> 为促使各国就公海保护区条款达成一致,可以通过在 BBNJ 协定制度构建上突出互利性,在某些特定问题上对特定国家有针对性地施以惠益,从而促成该国在公海保护区问题上作出让步乃至牺牲。例如制度设计上,在海洋技术转让或能力建设方面给予发展中国家一定的优待,而在公海治理方面,则可增加技术转让国或能力输出国的利益权重,适当优先地考虑其诉求。

就实现条约互利性的具体路径而言,应当增强协商信息的访问透明度和公开性,充分发挥联合国大会的平台优势,鼓励国际社会间就 BBNJ 协定的具体条款展开对话和互动,使各个国家及国际组织充分了解彼此在公海治理方面的核心利益,支持个别提案、联合提案和相关国际组织发表提案,为后续有针对性的就相关条款进行协商建立基础。概言之,BBNJ 协定互利性即为缔约国提供更多合作、分享和发展的机会。而随着公海治理的紧迫性加强,公海治理愈加具有合法性,无论是基于舆论压力还是现实利益需要,各国会更有动力接受具有互利性的条约。BBNJ 协定文本作为一个整体最终为国际社会接受的前提,应当是其在不同章节项下回应了

不同国家的关切,兼顾了各国的整体利益,使得各国能够在协定文本中各取所需,真正实现卡尔多·希克斯改进。

### (二) BBNJ 协定与现有公海治理规则的互补性

公海保护作为国际环境问题的一部分,实际上突破了传统国际法理论中的纯粹国家利益,彰显了更加一体化的利益诉求。<sup>[34]</sup>然而在应对国际环境问题的具体行动安排上,国际社会几乎总是举步维艰,多边主义渠道被堵塞的另一个结果就是部分支持者已经探索了单边路径。<sup>[35]</sup>正如前述,部分国家或区域性组织在 BBNJ 协定谈判之前就已经开始了建立公海保护区的尝试,并积累了相当的实践经验。除了现有的四个涉公海海洋保护区之外,国际社会在公海治理方面还存在其他多样化的实践,并形成了相应的规则。具体而言,包括联合国粮食及农业组织的脆弱海洋生态系统(Vulnerable Marine Ecosystems)、国际海事组织的特别敏感海域制度(Particularly Sensitive Sea Areas)、国际海底管理局的环境特别关注区(Areas of Particular Environmental Interest)等。整体来看,在缺乏统一的行动纲领的情况下,公海治理基本呈现出碎片化的状态,而碎片化使得各个机构内的治理充满活力,同时又抑制了机构间的治理,<sup>[31]</sup><sup>566</sup>增加了机构间的协调成本,也提高了公海治理的成本,造成了不必要的资源浪费。

多层次的保护制度只有在所涉及的各种制度及实体为此目的充分合作的情况下才能发挥作用。<sup>[36]</sup>实践中,在公海保护区问题上已经有相关的合作先例,例如据以建立东北大西洋海洋保护区的《奥斯陆巴黎保护东北大西洋海洋环境公约》(*The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic*,简称 OSPAR)与东北大西洋渔业委员会(*North-East Atlantic Fisheries Commission*,简称 NEAFC)均致力于东北大西洋的海洋生态环境保护,OSPAR 与 NEAFC 曾先后达成谅解备忘录和集体安排(Collective Arrangement),以解决双方在包括公海海域在内的管辖范围上的重叠问题,通过协商合作避免了相同海域管理措施冲突问题,有效促进了东北大西洋海洋保护区的建立和管理。

事实上,草案修改稿第 4 条也规定了 BBNJ 协定与《海洋法公约》,相关法律文书和框架,以及相关全球、区域、次区域和部门机构的关系,强调了协定的解释和适用不应妨害现行的相关制度框架,同时第 6 条第 1 款明确提出,加强 BBNJ 协定与现行制度框架间的合作。草案修改稿第 14 条进一步明

确合作的义务及其目标,并在第 15 条对公海保护区方面的国际合作与协调作出了具体安排。因此,应当加强与相关国际组织的对话与合作,尤其应当重视 BBNJ 协定下公海保护区制度与现行公海划区管理工具之间的协调问题,增强 BBNJ 协定与现有海洋养护和可持续利用规则的互补性,以此提高协定下的公海保护区规则对相关国家的制度吸引力。同时,通过规则互补,实际上也有助于条约对部分非缔约国发挥影响力,以此促进其发挥更普遍的约束力。

### (三) 规则定向与价值导向并重

伴随着国际社会整体环境保护意识的觉醒,各国间逐步达成共识,即国际环境保护不仅关乎自身的利益,也与国际社会的整体利益密切相关,这使得国际环境保护具有极强的道德属性,同时具有广泛的价值感召力。

即使 BBNJ 协定下的公海保护区规则不能约束非缔约方,但从联合国大会将该问题纳入讨论范围开始,其价值就已经在国际层面得到了强化。首先,客观上谈判本身为公海保护问题的解决提供了一个契机,足以引起国际社会的关注和重视,使参会各方充分认识到公海治理的重要性、必要性和正当性。对于非缔约方而言,法律约束不足的情况下,条约谈判过程中的政治对话是促进其提高公海治理价值认识的一个有效手段。其次,强化“对一切义务”对非缔约方的道德制约。诚然,一国有义务采取措施保护环境,并不代表其有义务必须接受公海保护条约的约束,<sup>[37]</sup>但“对一切义务”不是基于条约,更不是基于权利和义务的对等交换或互惠,而是国际法要求国家遵守的某种共同的规范制度,<sup>[38]</sup>尽管有些时候这些要求可能只是原则性、模糊性甚至倡导性的。积极保护和治理公海是每一个国际社会成员的义务。对缔约方而言,就公海治理达成合作协议,其目的不是从特定的其他缔约方处获得利益,而是通过维护人类共同利益来实现自身利益最大化。缔约方依照条约具体规则在公海治理方面的实践,可以为非缔约方履行义务提供比照,强化其公海保护的道德意识,一旦其行为危及公海生态环境,还可能招致严厉的道德谴责。最后,通过海洋保护区下的公海保护规则实践,为非缔约方遵守条约规则营造舆论压力。基斯教授认为,正是由于公众舆论,国际环境法才诞生并迅速发展,<sup>[39]</sup>可见,在环境保护领域,公众舆论发挥着重要的作用。以日本退出国际捕鲸委员会并恢复商业捕鲸为例,其行为不仅在国际上招致广泛的批评,甚至国内舆论也对该行为持保留态

度,<sup>[40]</sup>而事实上,日本政府此次开放将捕捞范围限于领海和经济专属区,一定程度上也是囿于公众舆论作出的部分妥协。因此,即使公海保护的条约规则无法适用于所有国家,也无碍于其借助公海保护的舆论压力,对非缔约方产生间接约束。

进言之,在价值导向的具体路径选择方面,中国提出的“海洋命运共同体”理念,作为“人类命运共同体”的重要组成部分,为 BBNJ 协定下公海治理的普遍参与提供了绝佳的理论支撑。具体而言,“海洋命运共同体”意识强调的是一种整体利益优先的意识和相互关照的利益协调机制,既彰显了人类社会对“一”的诉求和愿景,也反映了在海洋治理领域对“多”的需求和肯定。<sup>[41]</sup>“海洋命运共同体”理念包括海洋安全共同体、海洋利益共同体、海洋生态共同体以及海洋和平与和谐共同体,<sup>[42]</sup><sup>143</sup>事实上均不同程度体现在《BBNJ 协定草案》文本及其磋商的过程中,全面概括了 BBNJ 协定下公海治理的客观价值导向。无论是 BBNJ 协定下的公海治理议题还是中国提出的“人类命运共同体”理念,均是立足于人类当前共同面临的史无前例的生存与发展问题,正是基于此社会基础,全球海洋治理下的 BBNJ 议题才得以获得国际社会的共同关注,而中国倡导的人类命运共同体理念是对人类主体性的回应,它弘扬坚守全人类命运休戚与共的立场,从而为 BBNJ 制度的构建提供了主体性和价值观念。<sup>[43]</sup><sup>56</sup>因此, BBNJ 协定倡导的公海治理普遍参与和“人类命运共同体”乃至“海洋命运共同体”理念实际上不谋而合,后者为前者提供了理论基础,指明了具体方向,而前者则是后者的具体实践表现。在重视 BBNJ 协定的规则拘束力同时,在草案磋商过程中体系化融入“人类命运共同体”与“海洋命运共同体”理念,有助于强化价值引导,促进公海治理的普遍参与。

综上所述,在环境保护领域,条约的作用不仅限于对缔约方的拘束力,很大程度上还表现为对环境正义的宣扬和对环保价值的强调。公海保护问题的谈判,除了推动公海保护条约的达成,形成公海治理的合力外,也是对公海治理的价值以及国际间公平正义的明确与强化,进而影响非缔约方的行为选择。中国作为“人类命运共同体”以及“海洋命运共同体”的首倡者,应当利用好 BBNJ 协定磋商的平台,更加积极主动地向国际社会阐明该理论的内容和价值,为 BBNJ 协定草案以及后续磋商注入新的活力。

#### (四) 以条约实践促进非缔约方实践

国际法源于国家实践,同时又推动国家实践的

发展。条约作为国际法的重要渊源,不仅能够规范缔约方的行为,亦可以推动非缔约方的实践。一方面,就条约对各国实践的影响来看,通过条约谈判过程中各国间的磋商,可以最大程度表明各方立场,在条约的具体实施过程中,又可通过缔约方的实践带动,把相关规则引入非缔约方的实践范畴,或者使其成为非缔约方在公海治理实践中的考量因素,有助于放大条约规则在非缔约方实践中的作用。另一方面,通过缔约方的实践,有助于促成习惯国际法的生成。随着缔约方实践的累积,相关实践在国际社会的影响不断深入甚至形成定式,自然可以孕育出规范层面的遵从感,即法律确信。习惯国际法从来不要所有国家的实践一致,这为公海保护条约规则的扩大适用提供了可能性,通过国际社会的持续实践,沉淀出的规则将更具有普适性。除此之外,在国际法体系中,一国行为的正当性主要依靠与其他国家的行为进行比较来获得,当其他国家的此种行为已经成为一种普遍的国家行为模式,那么这种普遍的行为模式实际上就具有了规范性意义。<sup>[44]</sup>换言之,在习惯国际法形成之前,反复的国家实践可以对非缔约方产生一定程度的规范性拘束力。因此,尽管有关公海治理的习惯国际法不可能在短期内形成,甚至国际社会成员亦有可能通过持续反对而主张免受习惯国际法约束,但可以肯定的是,缔约方的实践具有规范性意义,也能够促进非缔约方不同程度地接受条约规则的约束。

作为《海洋法公约》的第三份执行协定, BBNJ 协定旨在为海洋治理提供更加全面有效的行为范式。然而,当前 BBNJ 协定谈判仍然面临诸多分歧与困难,逆全球化下部分国家国际责任感的缺失,以及全球治理的主体多元化所引发的价值冲突,共同构成了 BBNJ 协定最终缔结所面临的现实困境。<sup>[45]</sup><sup>49</sup>该困境折射出各国立场与利益的分歧,后者又如实反映在条约磋商的过程当中。作为 BBNJ 协定重要组成部分的公海保护区规则最终能否产生普遍的法律约束力,取决于各方核心利益诉求在 BBNJ 协定各个核心议题中能否得到满足,协定的最终达成需要取各国利益的“最大公约数”,通过在不同议题上的利益互换,适当顾及已有的公海保护区方案,促成各国参与以及规则形成。而对于将来协定生效后仍游离于规则之外的非缔约国,通过条约的价值导向及其实践,可鼓励并督促其参与协定下的公海治理,正如作为非缔约国的美国将《海洋法公约》视为其海上行动规范。当公海治理真正从区

域实践走向普遍参与时,习惯国际法的应运而生成为可能,BBNJ协定下的公海保护区规则将不再是对各国海上行为的桎梏,而是更深层次的价值导向,成为对“人类命运共同体”和“海洋命运共同体”理念的践行,进一步促使公海治理突破条约困境。

#### 四、结语

BBNJ协定下的海洋保护区谈判,很大程度上标志着公海治理由无序向有序的转变。然而,条约作为国际法的重要表现形式,是各国妥协的产物,难以满足每个国家的利益诉求。至少目前为止,还不存在一个为所有国家接受的条约,即使是被视为“海洋宪章”的《海洋法公约》,亦有包括美国在内的诸多国家置身其外,更何况被视为其第三份执行议定书的BBNJ协定。在包括公海保护在内的国际环境保护领域,如果坚持要求以在科学上、法律上和道德上的确定性作为与其有关的法律义务的基础,那么当这种法律义务形成的时候或许它已经失去意义了,因为那个时候深远的不可逆转的灾难性的环境损害和危险已经成为了现实。<sup>[45]</sup>究其根本,当下的国际法仍然停留在国家本位的阶段,但公海治理需要一个更加包容、开放、互惠的规则。

事实上,中国提出的“人类命运共同体”理念为国际法朝着国际本位的方向发展指明了道路,<sup>[46]</sup>即以人类共同利益为目标,寻找更加契合公海治理需求的规则。对中国而言,应当审慎对待BBNJ协定谈判,既要顺应公海治理的趋势,借BBNJ协定谈判

阐述中国的“人类命运共同体”与“海洋命运共同体”理念,又要坚定维护自身的合法合理利益。一方面,应当积极参与和引导BBNJ国际文书的制定,防止部分国家构筑绿色壁垒,保障广大发展中国家的海洋权益。<sup>[47]</sup>以“人类命运共同体”以及“海洋命运共同体”理念占据话语优势,在公海治理体系构建的过程中积极深化、丰富海洋命运共同体的内涵,积极应对欧美国家的现有海洋布局,在促进中国海洋强国建设的同时,打造“共商共建共享”的蓝色海洋生态环境保护体系,进而实现中国参与下的全球海洋命运共同体。<sup>[48]</sup>另一方面,在制定国家管辖外海域开发规章时,遵守包括《海洋法公约》在内的国际法,充分考虑到BBNJ协定的进展情况,并且尽量与之相衔接,<sup>[42]</sup><sup>[45]</sup>切实践行“人类命运共同体”与“海洋命运共同体”的理念,在公海治理方面发挥表率作用和示范作用,同时积累实践经验。概言之,法律制度必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值,<sup>[49]</sup>在“人类命运共同体”理念的视域下,公海治理即公海保护区制度指向的基本价值,尽管条约相对效力原则应当得到尊重,但国际社会成员仍有义务积极参与公海治理,条约相对效力原则既不是非缔约方的“避风港”,也不会实质改变公海治理的趋势。就此而言,或许以公海保护区为代表的公海划区管理工具真正面临的不是缔约困境,而是如何实现从区域实践到普遍参与的条约实施困境。

#### 参考文献:

- [1] 郑苗壮. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性国际协定谈判与中国参与[J]. 环境保护, 2020, 48(3/4): 70-71.
- [2] FREESTONE D. The limits of sectoral and regional efforts to designate high seas marine protected areas[J]. AJIL Unbound, 2018(112): 133.
- [3] 丘君. 悄然兴起的“新海洋圈地运动”[N]. 中国海洋报, 2012-03-02(4).
- [4] PEET G, GUBBAY S. Marine protected areas in the North Sea[J]. International Journal of Estuarine & Coastal Law, 1990(5): 243-244.
- [5] 刘惠荣, 韩洋. 特别保护区: 公海生物多样性保护的新视域[J]. 华东政法大学学报, 2009(5): 142.
- [6] UN. A compilation of textual proposals for consideration at the fourth session[EB/OL]. (2020-03-02)[2020-06-08]. [https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/textual\\_proposals\\_compilation\\_-\\_28\\_feb\\_2020.pdf](https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/textual_proposals_compilation_-_28_feb_2020.pdf).
- [7] HARDIN G. The tragedy of the commons[J]. Science, New Series, 1968, 162(3859): 1245.
- [8] HELLER M A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from marx to markets[J]. Harvard Law Review, 1998, 111(3): 677.
- [9] 劳特派特, 修订. 奥本海国际法(上卷, 第二分册)[M]. 王铁崖, 陈体强, 译. 北京: 商务印书馆, 1981.
- [10] 周鲠生. 国际法(下)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2009: 401.
- [11] 何志鹏. 在国家管辖外海域推进海洋保护区的制度反思与发展前瞻[J]. 社会科学, 2016(5): 104.
- [12] 刘洪滨, 刘康. 海洋保护区——概念与应用[M]. 北京: 海洋出版社, 2007: 95.
- [13] 陈力. 南极海洋保护区的国际法依据辨析[J]. 复旦学报(社会科学版), 2016, 58(2): 163.

- [14] GJERDE K M. Participant report of the expert workshop on managing risks to biodiversity and the environment on the high seas, including tools such as marine protected areas; scientific requirements and legal aspects[J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2001(16).
- [15] 廖诗评. 条约冲突基础问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 196.
- [16] SCOTT K N. Conservation on the high seas; developing the concept of the high seas marine protected areas[J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, 27(4): 857.
- [17] SCOVAZZI T. The mediterranean marine mammals sanctuary[J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2001, 16(1): 137-138.
- [18] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 3.
- [19] DOBSON A. Justice and the environment[M]. Oxford: Oxford University Press, 1998: 20.
- [20] 胡中华. 环境保护普遍义务论[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 149.
- [21] 罗婷婷, 万芳芳, 范晓婷. 论公海保护区国际法律制度的现状及发展趋势[M]//高之国, 贾宇. 海洋法前沿问题研究. 北京: 中国民主法制出版社, 2014: 234.
- [22] 王铁崖. 国际法[M]. 北京: 法律出版社, 1995: 10.
- [23] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [24] 万鄂湘, 石磊, 杨成铭, 等. 国际条约法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1998: 318.
- [25] 古祖雪, 陈辉萍. 国际法学专论[M]. 北京: 科学出版社, 2007: 110.
- [26] 王曦. 环境与主权[M]//邵沙平, 余敏友. 国际法问题专论. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 313.
- [27] PALMER G. New ways to make international environmental law[J]. *American Journal of International Law*, 1992, 86(2): 273-278.
- [28] HELFER L R. Nonconsensual international lawmaking[J]. *University of Illinois Law Review*, 2008(1): 79-89, 96-123.
- [29] TRACHTMAN J P. The future of international law: global government[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2013: 279.
- [30] GUZMAN A T. Against consent[J]. *Virginia Journal of International Law*, 2012, 52(4): 788.
- [31] MEYER T. From contract to legislation; the logic of modern international lawmaking[J]. *Chicago Journal of International Law*, 2014, 14(2).
- [32] NORDHAUS W D. Paul Samuelson and global public goods[EB/OL]. (2005-01-05) [2020-08-08]. <http://www.econ.yale.edu/~nordhaus/homepage/homepage/PASandGPG.pdf>.
- [33] 潘忠歧. 新功能主义扩溢理论及其批判[J]. *上海交通大学学报(哲学社会科学版)*, 2003(5): 9.
- [34] 刘美. 环境保护议题: 参与北方海航道治理的法律路径[J]. *中国海商法研究*, 2019, 30(2): 64.
- [35] KRISCH N. The decay of consent; international law in an age of global public goods[J]. *American Journal of International Law*, 2014, 108(1): 19.
- [36] VIGNI P. Protecting the environment of polar regions[M]//LENZERINI F, VRDOLJAK A. *International Law for Common Goods*. Oxford: Hart Publishing, 2014: 329.
- [37] 李文杰. 海洋保护区制度与中国海洋安全利益关系辨析[J]. *国际安全研究*, 2019, 37(2): 63.
- [38] PROVOST R. Reciprocity in human rights and humanitarian law[J]. *British Yearbook of International Law*, 1994(65): 386.
- [39] 亚历山大·基斯. 国际环境法[M]. 张若思, 编译. 北京: 法律出版社, 2000: 16.
- [40] 正式“退群”! 时隔31年日本今起重启商业捕鲸[EB/OL]. (2019-07-01) [2020-01-01]. <https://www.newsctv.net/219news/video.html?videoId=4FE3ECCB-D82F-AEB0-6C1C-0589142E28AA>.
- [41] 杨震, 蔡亮. “海洋命运共同体”视域下的海洋合作和海上公共产品[J]. *亚太安全与海洋研究*, 2020(4): 72.
- [42] 姚莹. “海洋命运共同体”的国际法意涵: 理念创新与制度构建[J]. *当代法学*, 2019(5).
- [43] 江河, 胡梦达. 全球海洋治理与BBNJ协定: 现实困境、法理构建与中国路径[J]. *中国地质大学学报(社会科学版)*, 2020(3).
- [44] 姜世波. 习惯国际法的司法确定[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 105.
- [45] 邵沙平, 余敏友. 国际法问题专论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 284.
- [46] 车丕照. “人类命运共同体”理念的国际法学思考[J]. *吉林大学社会科学学报*, 2018, 58(6): 19.
- [47] 袁雪, 寥宇程. 基于海洋保护区的北极地区BBNJ治理机制探析[J]. *学习与探索*, 2020(2): 90.
- [48] 张卫彬, 朱永倩. 海洋命运共同体视域下全球海洋生态环境治理体系建构[J]. *太平洋学报*, 2020, 28(5): 102.
- [49] E. 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: V.