

徐向欣. 国际海底区域“两年规则”相关法律问题探析[J]. 中国海商法研究, 2022, 32(2): 93-102

国际海底区域“两年规则”相关法律问题探析

徐向欣

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200030)

摘要:2021年6月,瑙鲁触发了《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》下的“两年规则”,即国际海底管理局理事会须在两年内完成开发规章的制定。否则,理事会将不得不在没有规章的情况下审议开发申请。尽管瑙鲁触发“两年规则”的行为有权利滥用的嫌疑,但很难充分证明此种“滥用”并以此叫停“两年规则”。《“区域”内矿产资源开发规章草案》中环境、财政、检查、合规和执行以及机构事项下仍有许多议题有待商榷,按期出台规章的难度较大。理事会若在规章缺位情况下审核开发工作计划,只能依据《联合国海洋法公约》中的规定和理事会暂时制定的规章审议和暂时核准该工作计划,待规章出台后再作终局决定。中国无须被“两年规则”的启动扰乱节奏,而应坚持加强自身能力建设,并从全球深海治理的角度对“区域”布局进行全面的战略考量。

关键词:国际海底区域;国际海底管理局;《“区域”内矿产资源开发规章草案》;“两年规则”

中图分类号:D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)02-0093-10

Analysis on legal issues of the “two-year rule” in the international seabed area

XU Xiang-xin

(KoGuan Law School, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: In June 2021, Nauru triggered the “two-year rule” under the *Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982*, which requires the Council of the International Seabed Authority to complete the Exploitation Regulations within two years. Otherwise, the Council shall consider and provisionally approve such a plan of work without Exploitation Regulations in place. It is debatable whether it is an abuse of rights for Nauru. Nevertheless, it is difficult to prove such abuse and further halt the “two-year rule” triggered by Nauru. Moreover, it is unknown whether the Exploitation Regulations can be adopted within two years since a series of issues are still under discussion. In the absence of Exploitation Regulations, the Council may consider and provisionally approve such a plan of work according to relevant provisions under the *United Nations Convention on the Law of the Sea* and *Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area* provisionally adopted by the Council, which is subject to the Council’s final decision after the Exploitation Regulations in place. China should not be interfered with the trigger of the “two-year rule” but should insist on strengthening its own capacity building and making comprehensive strategic considerations for activities in the “Area” from the perspective of the global deep-sea governance.

Key words: international seabed area; International Seabed Authority; *Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area*; “two-year rule”

2021年6月30日,国际海底管理局(International Seabed Authority,简称海管局)理事会主席通知理事会成员,海管局于6月25日收到瑙鲁总统莱昂内尔·鲁文·安吉米亚(Lionel Aingimea)的信函,

要求海管局理事会根据1994年《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》(简称《执行协定》)附件第1节第15段的规定完成关于国际海底区域(简称“区域”)内开发工作

收稿日期:2022-04-14

基金项目:2020年度国家社科基金重大研究专项“中国参与全球深海治理的行动方案研究”(20VHQ008)

作者简介:徐向欣,女,上海交通大学凯原法学院博士后。

计划批准的必要的规则、规章和程序的制定和出台,并表示,瑙鲁担保的瑙鲁实体——瑙鲁海洋资源公司(简称NORI)打算在两年后申请批准在“区域”的开发工作计划^①。这一举动触发了“区域”制度中的“两年规则”,即应一个其国民打算申请核准开发工作计划的国家的请求,理事会应着手进行拟订工作,在请求提出后两年内完成这些规则、规章和程序的制定。否则,理事会将不得不在没有规章的情况下审议任何此类申请。

此前,由于深海采矿的巨大潜在环境影响和社会经济影响,深海矿产资源的商业开发前景尚不明朗,开发规章出台的期限不断拖延。^[1]瑙鲁不惜触发“两年规则”迫使海管局加速推进《“区域”内矿产资源开发规章草案》(简称《开发规章草案》),这一行为也反应出相关实体在“区域”内进行矿产资源商业开发的意愿愈加强烈。中国是“区域”活动的重要参与者,经海管局批准已经为三个中国承包者的五份勘探合同提供担保,覆盖三种矿产资源,中国已成为目前拥有勘探合同区数量最多、矿种最全的国家^②。“区域”内的规则变化和政策动态直接影响中国在深海领域的国家利益。不仅如此,“区域”活动作为中国参与全球海洋治理的重要切入点,其制度发展和活动动向还将影响中国的深海战略与海洋战略。^[2]因此,中国必须对“两年规则”被触发这一影响“区域”制度发展及首批商业开发计划核准的事件高度重视,并对其引发的法律问题进行全面分析。

鉴于此,笔者以“两年规则”作为研究对象,首先审查瑙鲁触发“两年规则”的合法性,探究“两年规则”是否有被叫停的可能。随后,对“两年规则”引发的直接法律后果,即开发规章制定的相关法律问题进行分析,并对开发规章是否能按时出台作出研判。其后,聚焦《执行协定》附件第1节第15(c)段,对开发规章缺位的情况下审核开发工作计划的法律依据和法律效果进行分析。

一、瑙鲁触发“两年规则”的合法性

瑙鲁触发“两年规则”的合法性是“两年规则”

启动的基础,包括瑙鲁是否为适格主体以及瑙鲁行使的权利是否为《联合国海洋法公约》(简称《公约》)授权下的合法权利两个方面。

(一)主体适格

根据《执行协定》附件第1节第15(a)段的规定,触发“两年规则”的适格主体是“一个其国民打算申请核准开发工作计划的国家”,符合条件的国家向理事会提出请求,则“两年规则”宣告启动。NORI原是鸚鵡螺矿业公司的附属公司,其声称于2008年与鸚鵡螺矿业公司脱离关系,并在瑙鲁共和国的法律管辖内进行公司注册,成为瑙鲁法人。NORI于2008年由瑙鲁担保向海管局申请多金属结核的勘探计划并于2011年被理事会核准^③。瑙鲁总统的信函中指出,NORI打算在两年后提交“区域”内矿产资源的开发工作计划。因此,瑙鲁符合启动“两年规则”的形式条件,确为启动这一规则的适格主体。

(二)行使权利合法

同样根据《执行协定》附件第1节第15(a)段,任何“一个其国民打算申请核准开发工作计划的国家”都有向理事会提出这一请求的权利。因此,瑙鲁行使的是《执行协定》附件第1节第15(a)段授予海管局成员国的合法权利。然而,《公约》第300条还规定:“缔约国应诚意(good faith)履行根据本公约承担的义务并应以不致构成滥用权利(abuse of rights)的方式,行使本公约所承认的权利、管辖权和自由。”那么,瑙鲁在行使《执行协定》附件第1节第15段所赋予其的权利或自由时,是否存在权利滥用呢?

关于权利滥用的讨论一直都未有结论。国际海洋法法庭认为,《公约》第300条不能单独被触发,其必须与某一具体的权利、管辖权、自由或义务条款共同适用^④。也就是说,必须指明《公约》赋予缔约国的哪一具体权利被其滥用了。但有学者指出,这种“权利滥用”的提法本身就不成立,即普拉尼奥尔(Planiol)提出的命题:“一种行为不可能既符合法律又违反法律。”^[3]在这种逻辑下,既然《执行协定》附件第1节第15段赋予担保国触发“两年规则”的权

① 参见海管局理事会:《2021年6月30日国际海底管理局理事会主席给理事会成员的信》,访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/ISBA_26_C-38-2108753C.pdf。

② 中国大洋矿产资源研究开发协会(简称大洋协会)是中国担保的首个承包者,其与海管局分别于2001年、2011年和2014年签署了多金属结核、多金属硫化物和富钴铁锰结核勘探合同。合同期限为15年。关于多金属结核的勘探合同于2016年到期,大洋协会于2016年、2021年两次申请延期并获批准。2017年,中国五矿集团公司与海管局签署了多金属结核勘探合同,2019年,北京先驱高技术开发公司提交的多金属结核勘探计划获得批准。

③ 参见海管局理事会:《国际海底管理局理事会关于瑙鲁海洋资源公司请求核准勘探工作计划的申请的报告和建议》,访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/isa-17c-9_0.pdf。

④ 参见 *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 4。

利,那么瑙鲁行使权利就不应该被指责为违反了《公约》的规定。但在《公约》的磋商进程中,各国代表团并未考虑采纳此种学说。相反,各代表团从未对设置这样一个限制权利而保护他国或国际社会共同利益的条款产生质疑,而只是对于这一条款的位置提出不同建议。^{[4]151}

《〈联合国海洋法公约〉评注》指出,第300条所指的禁止权利滥用的适用包含两个要点:一是本条款的适用限于缔约国之间的利益损害,在《公约》下也可以理解为对公共利益的损害;二是缔约国对权利、管辖权和自由的不必要或者随意(unnecessary or arbitrary)的使用或权力的错误使用。^{[4]152}这里可以具化为三种情形。第一种情形,一国行使权利的方式妨碍了另一国行使自己的权利并使其因此而受到损害。这种情况可能是由于对共享自然资源、迁徙物种或无线电电子频谱的不加考虑的使用而引发。在这种情况下,共享资源的国家因一国的权利滥用而减少了应享资源份额。第二种情形是故意地有悖于权利创设的目的行使权利并使他国受到损害。这种情形主要适用于国际组织超越设立宗旨和目的行使职权的情况。在第三种情形下,一国任意行使其权利,对其他国家造成损害,但并未明显侵犯其权利,也可构成滥用权利。主观恶意或造成伤害的意图并不是构成这种情形的必要条件。此种情形包括对外国人施加不正当措施的情况,例如不适当的驱逐。^[5]

在《公约》第十一部分的制度中,针对上述权利滥用的第一种情形可以适用。“区域”及其资源是全人类共同继承财产。尽管对于全人类共同继承财产内涵的理解不尽相同,但可以确定的是,它既包括对“区域”及其资源共同所有的权利,又包括对其共同保护的义务。^[6]“两年规则”触发后的直接法律后果就是加速了开发规章的制定进程,迫使海管局在两年内完成开发规章。在全球新冠疫情肆虐,海管局无法线下充分磋商,全球海洋科学研究进程放缓或停滞的背景下,强行为规章出台设定期限,如此出台的开发规章很难保证不损害其他缔约国和整个国际社会的利益。^[7]

尽管如此,想要援引《公约》第300条叫停“两年规则”或者追究瑙鲁的国家责任也并不现实。

《〈联合国海洋法公约〉评注》中指出,这一条款的设立和应用应在第十五部分争端解决的范围之内。^{[4]152}也就是说,在未有“两年规则”引发的争端的存在,也未有适格主体将此争端诉诸国际法院或法庭之前,很难依据《公约》第300条有关“禁止权利滥用”的相关规定叫停“两年规则”。即使诉诸国际法院或法庭,“禁止权利滥用”的援引也不易成功。它需要援引方承担举证责任,如*German Interests in Polish Upper Silesia*案的判决中所述,“这种滥用不能被推定,它需要声明存在这种滥用的一方证明他的陈述”^①。此外,滥用权利造成伤害的事实似乎是执行该原则的基本要素。正如*Trail Smelter*案的仲裁裁决中指出,权利滥用的判定应视其是否“具有严重后果”,并且其造成的损害“由明确和令人信服的证据确定”^②。即使未来瑙鲁被诉诸法院,如何找出明确和令人信服的证据来确认由其行为引发的严重后果将是必须要解决的难题。

二、开发规章制定的困境与两年期限到期前的待决事项

开发规章的制定与出台与“两年规则”息息相关。若开发规章无法按期出台,海管局则不得不在开发规章缺位的情况下审核申请人的开发工作计划。开发规章的制定工作并非始于2021年瑙鲁的信函。早在2011年斐济代表团在海管局第17届会议上就正式提案促请海管局着手开始开发规章的制定工作。2012年理事会同意将开发规章制定工作纳入法律和技术委员会(简称法技委)优先工作事项。此后,海管局便着手准备相关工作,并于2014年进入到实质性阶段。^[8]2014至2019年,负责规章起草工作的法技委先后发布了一系列针对开发规章的讨论文件(discussion papers)和工作草案(working drafts)^③。2019年,秘书长宣布法技委已完成规章起草工作,并已转交理事会开始进行针对规章的审议工作。尽管海管局在推进开发规章方面取得了巨大进展,但从2020年2月开始,由于新冠疫情的影响,理事会无法召开线下会议,只能通过线上会议的方式,并采取“默许程序”的方式,通过多项决定。直到2021年12月才恢复线下会议,这也极大阻滞了开发规章的推进节奏。2021年6月瑙鲁的请求为开发规章的推进打了一剂“强心针”,海管局明确

① 参见*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Merits, Judgment No. 7, 1926, P. C. I. J., Series A, No. 7, p. 30, at 30.

② 参见*Trail Smelter Case (United States v. Canada)* (1941) 3 RIAA 1905, at 1965.

③ 参见 International Seabed Authority: *Draft Exploitation Regulations*, 访问网址: <https://www.isa.org.jm/index.php/mining-code/ongoing-development-regulations-exploitation-mineral-resources-area>.

指出开发规章预计将在2023年7月前出台^①。

法技委提交给理事会的《开发规章草案》(ISBA/25/C/WP.1)包括序言、正文、十个附件、四个附录和一个附表^②。正文共十三部分总计107条,内容涉及承包者的权利和义务、保护和保全海洋环境、开发工作计划的审查和修改、开发合同的财政条款、争端解决等内容。此外,与之相配套的标准和指南(Standards and Guidelines)将分三个阶段推进,第一阶段的标准和指南计划与开发规章同步出台,第二阶段的标准和指南将在第一份开发申请递交前推出,而第三阶段的标准和指南将在商业开发之前推出,计划第一阶段出台的10份标准和指南已经由法技委编纂完成^③。由于之前理事会对案文的商讨进展缓慢,理事会决定成立三个非正式工作组,以进一步促进交流,推进对谈判文本的讨论。这三个工作组分别是:保护和保全海洋环境非正式工作组;检查、合规和执行事项非正式工作组;机构事项非正式工作组(包括海管局各机关的作用和职责、求助于独立专家和利益相关者参与)^④。此外,针对合同财政条款问题的不限成员名额工作组早在2018年7月就已经成立,由奥拉夫·梅克勒伯斯特(Olav Myklebust)先生主持,旨在探讨深海采矿的财政模型和支付机制,截至2022年4月已召开四次会议。这四个工作组共同推进开发规章的出台。尽管四个工作组成立以来,取得了一些进展,但是《开发规章草案》仍有许多不尽人意之处。且理事会报告中指出,尽管要加快《开发规章草案》的商讨工作,但不能影响案文的质量,而且“全部谈妥才算谈妥”,因此,理事会还有大量的工作要做。在预期出台日期前《开发规章草案》中需要理事会高度重视且亟待解决的问题如下。

(一) 环境方面

深海采矿活动的环境影响问题一直伴随着“区域”制度的讨论。在《执行协定》缔结之前进行的非正式谈判期间,代表们普遍担心采矿活动对海洋环境的损害,但最后代表们同意不在《执行协定》中对

这一问题进行规定,而是留待海管局出台的规则、规章和程序对其加以规定。^[9]根据《公约》第145条的规定,海管局应制定适当的规则、规章和程序,以确保切实保护海洋环境,不受“区域”内活动可能产生的有害影响。海管局的主要职责之一,也是面临的主要挑战之一,是在其保障“区域”矿产资源开发以造福全人类的责任与有效保护海洋环境免受“区域”内活动的有害影响之间取得公平的平衡。^[10]因此,环境问题一直是开发规章讨论的重中之重,其在《开发规章草案》不同版本的迭代过程中也不断得到加强。^[11]尽管如此,由于技术性因素和利益诉求差异,环境议题下仍有许多问题未能在成员国间达成共识。

1. 规章与标准和指南缺乏一致性

《开发规章草案》第7条第3款要求申请人在提交工作计划的同时提交环境影响报告、环境管理和监测计划以及关闭计划。尽管相关的标准和指南已经由法技委编撰完成,但这些标准和指南仍不完善,特别是其与《开发规章草案》仍有许多不一致之处。许多代表团都对这一问题表示关切,并建议在完成对规章的审议后再讨论标准和指南,以保证一致性^⑤。

2. 区域环境管理计划的法律地位尚不明确

除了发布于2012年的《克拉里昂-克利珀顿区域环境管理计划》外,海管局后续采取了一系列措施来推进其余区域环境管理计划的发展。但区域环境管理计划的法律地位仍不明确,即它是否具有法律约束力。若区域环境管理计划具有法律约束力,则法技委和理事会在审核开发申请的时候就必须考虑这一区域的区域环境管理计划的环境目标和其中规定的本区域“承载能力”,即环境限制,并且可以合法地驳回不符合本区域的区域环境管理计划的申请。^[12]^④针对此问题,理事会仍在讨论之中。

3. 试开采的相关内容尚未商妥

德国代表团提出在《开发规章草案》中加入强

① 参见海管局理事会:《“区域”内矿物资源开发规章草案现状及2022年和2023年拟议路线图》,访问网址:https://isa.org.jm/files/documents/ISBA_26_C_44-2112033C.pdf。

② 若无特殊说明,下文提到的《开发规章草案》皆指文件号为ISBA/25/C/WP.1的版本。

③ 参见International Seabed Authority: *The Mining Code: Standards and Guidelines*, 访问网址:<https://www.isa.org.jm/index.php/mining-code/standards-and-guidelines>。

④ 参见海管局理事会:《理事会关于推动讨论“区域”内矿物资源开发规章草案的工作方法的决定》,访问网址:https://isa.org.jm/files/documents/isba_26_c_11-2002804c.pdf。

⑤ 参见Rajjeli Taga: *Summary of General Comments and Initial Reactions Made by Representatives of Members and of Observers to the Facilitator's Text (ISBA/27/C/IWG/ENV/CRP.1) at the Webinar on 28 February 2022*, para. 6, 访问网址:https://isa.org.jm/files/documents/Facilitators_Summary.pdf。

制性试开采的相关内容的提案^①。上述提案要求在以下两个阶段进行一定程度的强制试采和伴随监测。第一阶段预计在勘探阶段进行,在此期间承包者有义务进行一定程度的设备测试和小规模系统监测。其结果需反馈到随后的环境影响评价和环境影响报告中,与开发工作计划的申请一起提交给海管局。^[13]第二阶段预计在开发阶段(商业生产开始之前)进行。这一阶段必须进行完整的系统测试,并将结果形成报告或作为可行性研究的一部分,海管局须据此考虑并确定是否有必要对开发工作计划进行重大变更(material change)。若海管局作出重大变更的决定,则承包者必须再进行一次测试。^[13]这一提议对海管局和承包者都有重大影响。《开发规章草案》中增加强制性试开采的相关内容,意味着开发工作计划的审核过程中增加了一个额外审核节点。这一设置的好处是可以降低潜在环境风险,但与此同时,承包者的工作量、申请成本和被驳回的风险都相应增加。^[12]^④ 尽管在理事会会议上对德国的提案进行了部分讨论,但各代表团对试开采是否应该强制、勘探阶段的试开采与开发阶段试开采的关系以及试开采的位置仍有疑问,迄今为止尚未达成共识。

4. 责任和赔偿相关内容缺失

责任和赔偿的问题,即确保在对环境、人员和财产造成损害的情况下,有适当的规则和程序,确保这些损害能得到足够和迅速的赔偿,应是“区域”制度必须要包含的问题。^[14] 2018年,国际治理创新中心(Centre for International Governance Innovation, CIGI)、英联邦秘书处(Commonwealth Secretariat)以及海管局秘书处共同启动了一个题为“深海采矿中责任问题研究”(Liability Issues for Deep Seabed Mining Project)的项目,邀请全球12位法律专家组成工作组,澄清《公约》第十一部分中的法律责任问题以促进开发规章的制定。法律责任工作组出台了一系列卓有成效的研究报告,报告内容涵盖了参与深海采矿各主体的赔付责任、“有效控制”等术语界定、保险和环境补偿基金等重要议题^②。遗憾的是,有关

责任议题的探讨止步于此,除了环境补偿基金外,这些成果并未在《开发规章草案》中得到充分体现。

环境补偿基金的内容规定于《开发规章草案》第54条至第56条中。海管局发布了一份技术研究报告帮助厘清这一问题^③。但环境补偿基金的建立时机、用途、资金来源以及运行细则等问题仍在讨论之中。环境补偿基金的用途是补足在环境赔付责任方面可能出现的缺口(liability gaps),这一核心目标必须在开发规章中得到保障且不应受到减损。基金运行等具体内容可以在规章之外的规则和程序中加以规定,但应尽快且不晚于商业生产前出台,以保证基金在发生环境损害的情况下能及时发挥补足责任缺口的作用。此外,理事会需继续研究如何保证充足的基金来源。应考虑国际海底区域和资源的“全人类共同继承财产”性质,据此扩大基金的捐助群体。^[15] 另外,若在资金到位前出现需要使用本基金的情况,也可考虑成员国非义务性的一次性捐助(one-off contributions)。

(二) 检查、合规和执行

检查、合规和执行事项非正式工作组的工作内容主要集中于《开发规章草案》第十一部分。事实上,迄今为止,海管局对这部分内容关注较少。法技委也承认,由于时间限制,未有机会详细审议这一事项,其将在以后的会议上审议,然后向理事会提出建议^④。现阶段以下两方面问题较为突出。

1. 检查机构尚未建立

《公约》第162条第2款(z)项规定:“设立适当机构来指导和监督视察工作人员,这些视察员负责视察‘区域’内活动,以确定本部分的规定、管理局的规则、规章和程序以及同管理局订立的任何合同的条款和条件,是否得到遵守。”如何建立这样一个检查机构,其建立时机和运行细则仍未被讨论。若无此类专门检查机构定期检查承包者的活动并核实他们提交的报告,海管局将很难判断承包者的行为是否合规,也很难为其决定的执行措施提供合理依据。

① 参见 The Federal Republic of Germany: *Comments on the Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area* (ISBA/25/C/WP.1), pp. 5-6, 19-20, 访问网址: https://isa.org.jm/files/files/documents/191015_ISA%20draft%20exploitation%20regulations_comments%20Germany.pdf。

② 工作组成员包括: Alfonso Ascencio-Herrera、Christopher Brown、Eden Charles、Neil Craik、Tara Davenport、Elie Jarmache、Hannah Lily、Ruth Mackenzie、Stephen E. Roady、Andrés Sebastián Rojas、Dire Tladi、Guifang (Julia) Xue。工作组一共发布8份研究报告,访问网址: <https://www.cigionline.org/series/liability-issues-deep-seabed-mining-series>。

③ 参见 International Seabed Authority: *Study on an Environmental Compensation Fund for Activities in the Area*, 访问网址: https://isa.org.jm/files/files/documents/ISA_Technical_Study_27.pdf。

④ 参见海管局理事会:《“区域”内矿物资源开发规章草案(法律和技术委员会的说明)》,访问网址: https://isa.org.jm/files/files/documents/25C-18-ch_0.pdf。

2. 海管局主导的监测计划缺失

《公约》第165条第2款(h)项授权法技委“就设立一个以公认的科学方法定期观察、测算、评价和分析‘区域’内活动造成的海洋环境污染危险或影响的监测方案,向理事会提出建议”。然而,到目前为止,海管局在监测方面的工作重心是责成承包者制定监测计划以及指定影响参照区和保全参照区,但并未讨论过海管局主导的监测计划的建立和设计。^[12]⁵ 海管局必须有自己的独立监测计划,以确定该地区采矿活动的累积影响,以及验证和整合承包者的监测结果。^[13]《公约》第165条第2款(d)项和第165条第2款(e)项为此提供了法律依据。

(三) 机构事项

机构事项工作组的工作主要包括明确海管局不同机构之间的职能和权限分工,确定开发计划申请、核准等规章中所有程序事项的时间节点,独立专家的安排(求助于独立的专门知识)以及利益攸关者参与的相关问题。鉴于机构事项的内容贯穿于整个《开发规章草案》,散见于各个部分并与其他工作组负责的条款有重合,因此理事会并未给机构事项工作组明确指明其应负责的具体条款。这一工作组的工作也处于起步阶段,协调人案文预计于2022年7月海管局理事会常会前发布。从以往各成员国和利益攸关方的书面反馈和理事会的讨论中不难发现,存在以下较为突出的问题。

1. 秘书长职权越界

秘书长的职权范围引发各方关切,主要是因为《开发规章草案》中的一些条款授权秘书长决定实体事项^①。有意见支持在某些条款中进一步向秘书长授权^②。但更多的是对此种授权提出异议。例如,德国的评论意见指出,在理事会和法技委会议之间的间隔时期,授权秘书长决定某些实体事项或许是顾及效率的权宜之计。然而,根据《公约》第166条第3款的规定,秘书长作为海管局的行政首长,即使理事会和法技委交付给秘书长其他职权,这种授权也应应以行政事务为限。鉴于此,诸如《开发规章草

案》第57条决定开发工作计划的变更是否属于实质性变更这样的职权,不应单独授予秘书长。这与《公约》下对各个职权机关的授权相违背。理事会必须这样的事项中处于主导地位。对于闭会期间的紧急事项,秘书长必须遵照理事会制定的指南来履行职责。但目前并未出台任何此种指南^③。

针对这一问题的讨论势必还是要回归《公约》框架内,以《公约》为依据厘清哪些职能和哪些级别的权力可以且应当授予秘书长,具体程序和细则应由海管局发布标准和指南予以澄清。鉴于海管局各机构的会议有时间间隔,应将一些紧急但不重要的事项授权秘书长采用额外批准机制^④,即海管局理事会闭会期间,酌情考虑授权秘书长针对特定的紧急但不重要的事项作出临时性决定,但这些决定必须留待理事会予以核准或否决。对于重要的实体问题,必须按《公约》的规定,由理事会审核。

2. 独立的专门知识的应用方式存疑

鉴于环境问题的专业性和复杂性,有建议指出,法技委应求助于外部专家的专门知识。这一问题的讨论焦点集中于外部专家的遴选程序、参与程度以及在决策机制中的地位和作用。中国的评论意见指出,独立专家的遴选和任命应坚持包容和透明。无论是建立独立专家库名册,还是就具体问题指定独立专家,均应本着公开、公平、公正的原则,充分考虑地域平衡和文化差异,确保独立专家参与的程序公正^⑤。法技委认为,与外部专家,特别是《公约》第163条第13款所指专门机构和国际组织接触有益于补充专门知识。但法技委认为,此类接触应由法技委自行斟酌决定而非强制性,且必须避免建立一种过于官僚主义和形式主义的机制^⑥。这一讨论反映了成员国和观察员更深入参与决策过程的诉求与法技委拒绝职权稀释之间的争锋。目前这一讨论仍在继续。

(四) 财政模型

财政问题是开发规章中另一非常重要的议题,

① 参见海管局理事会:《关于“区域”内矿物资源开发规章草案的评论意见(秘书处的说明)》,访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/25c-2-c_3.pdf。

② 参见海管局理事会:《理事会的职能下放和监管效率》,访问网址:<https://isa.org.jm/files/files/documents/25c-6-c.pdf>。

③ 参见 The Federal Republic of Germany: *Comments on the Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (ISBA/25/C/WP.1)*, 访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/191015_ISA%20draft%20exploitation%20regulations_comments%20Germany.pdf。

④ 参见海管局理事会:《关于“区域”内矿物资源开发规章草案的评论意见(秘书处的说明)》,访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/25c-2-c_3.pdf。

⑤ 参见《中华人民共和国政府关于〈“区域”内矿产资源开发规章草案〉的评论意见》,访问网址:<https://isa.org.jm/files/files/documents/Comments%20of%20China%20%28Chinese%20Version%29.pdf>。

⑥ 参见海管局理事会:《“区域”内矿物资源开发规章草案(法律和技术委员会的说明)》,访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/25C-18-ch_0.pdf。

规定于《开发规章草案》第七部分。2018年海管局第24届会议理事会第二期会议采纳了德国代表团的建议,成立一个不限成员名额工作组(OEWG)用以讨论财政问题,包括审查麻省理工学院撰写的备选模型比较研究报告^①。报告中包括四种财政模型,分别为:不分阶段的固定费率从价权益金;两阶段的固定费率从价权益金;两阶段的从价+从利组合权益金(第一阶段固定从价权益金费率,第二阶段从价权益金费率加上从利权益金费率);两阶段的累进制从价权益金(第一阶段为固定从价权益金费率,第二阶段费率可变从价权益金)。到目前为止,开放性工作组已于2019年2月、2019年7月、2020年2月和2022年3月召开了四次会议。理事会就财政模型选择尚未达成一致。

上述模型在法律层面上也存在一些问题。德国和意大利代表团指出,上述模型未能充分反映环境成本^②。非洲集团提出,现有模型中提议的2%的比例,无法补偿全人类拥有的“区域”矿产资源的所有权的损失^③。财政模型的选择必须同时虑及《公约》中“区域”及其资源的全人类共同继承财产的性质,以及鼓励商业开发两个方面,并寻找二者的平衡点。^[16]鉴于向承包者收取的权益金将是惠益分享的主要收入来源,因此如果让渡采矿权利给承包者而获得的权益金并不令人满意,也就是说“区域”内开展的活动可能对全人类没有利益,那么建立在这一模型基础上的财政制度的合法性将受到质疑。^{[12]5}

三、开发规章缺位情况下开发工作计划核准的法律问题

如上文所述,《开发规章草案》仍有许多亟待讨论的事项,能否按计划于2023年7月前出台仍是未知数。若两年后,海管局无法顺利出台开发规章,而有实体坚持在此情况下提出开发申请,那么海管局核准开发申请的法律依据和核准行为的法律效果都需要解释和澄清。《执行协定》附件第1节第15(c)段对此提供了依据,其规定:“如果理事会未在规定时间内完成关于开发的规则、规章和程序的拟订工作,而已经有开发工作计划的申请在等待核准,理事会仍应根据《公约》中的规定和理事会可能已暂时

制定的任何规则、规章和程序,或根据《公约》内所载的准则和本附件内的条款和原则以及对承包者不歧视的原则,审议和暂时核准该工作计划。”然而,由于此次是《执行协定》生效以来对附件第1节第15段的首次应用,这一条款仍有许多不清晰与不确定之处,且缺乏权威的司法解释,可能妨碍这一条款发挥作用。

(一)开发规章缺位情况下开发工作计划核准的法律依据

首先,这一条款对海管局在开发规章缺位情况下核准开发工作计划的法律依据作出了规定,即“《公约》中的规定和理事会可能已暂时制定的任何规则、规章和程序,或根据《公约》内所载的准则和本附件内的条款和原则以及对承包者不歧视的原则”。“《公约》中的规定”以及“根据《公约》内所载的准则和本附件内的条款和原则”至少应包括与“区域”矿产资源勘探和开发相关的《公约》第十一部分(“区域”),附件三(探矿、勘探和开发的基本条件)和附件四(企业部章程),以及与其为一个整体的《执行协定》的相关内容。除此之外,除以上部分,《公约》中的其他部分也不乏与“区域”矿产资源勘探和开发相关的条款,包括序言和第1条(用语和范围)、第82条(对二百海里以外的大陆架上的开发应缴的费用和实物)第4款、第84条(海图和地理坐标表)第2款、第209条(来自“区域”内活动的污染)、第256条(“区域”内的海洋科学研究)、第273条(与各国国际组织和海管局的合作)、第274条(海管局的目标)、第286条(导致有拘束力裁判的强制程序的适用)第3款、第287条(导致有拘束力裁判的强制程序的选择)第2款、第305条(签字)、第308条(生效)第3款至第5款、第311条(同其他公约和国际协定的关系)第6款、第314条(对本公约专门同“区域”内活动有关的规定的修正案)、第316条(修正案的生效)第5款、第319条(保管者)第2款至第3款。^[17]此外,在存在法律缺口的情况,国际法、海洋法以及国际环境法的一般法律原则,也可成为此处理事会核准开发申请的依据。^{[18]509}

① 参见海管局理事会:《主席关于理事会不限成员名额工作组就联合国海洋法公约附件三第十三条第1款和〈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〉附件第八节下合同的财政条款的制定和谈判而召开的第一次会议所获成果的报告》,访问网址:<https://isa.org.jm/files/files/documents/25c-15-c.pdf>。

② 参见 *Summary of the Twenty-sixth Annual Session of the International Seabed Authority (First Part)*: 17-21 February 2020, 访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/enb_24_sep.pdf。

③ 参见 *African Group Submission on the ISA Payment Regime for Deep-Sea Mining in the Area*, 访问网址:<https://www.isa.org.jm/files/files/documents/agmsmitmodfinal.pdf>。

其次,“理事会可能已暂时制定的任何规则、规章和程序”,根据《公约》中的相关措辞,是指经过理事会协商一致而通过的、但仍未被大会核准的《开发规章草案》版本。根据海管局大会和理事会的职能分工,海管局的最高机关是大会,所有其他机关都对大会负责^①。《公约》第160条第2款(f)项(ii)目要求大会审议和核准理事会依据第162条第2款(o)项(ii)目暂时制定的海管局规则、规章和程序及其修正案,包括涉及探矿、勘探和开发的规则、规章和程序^②。也就是说,《开发规章草案》在理事会层面得到通过之后必须得到大会的核准,才能成为正式的开发规章。而经过理事会通过、但还未得到大会核准的这份文件(或草案),即为理事会“暂时制定(provisionally adopted)”的规章,其在暂时性的基础上生效^③。若《开发规章草案》未在理事会层面协商一致通过,则不应看作是本条所指“理事会可能已暂时制定的任何规则、规章和程序”。其因缺乏理事会成员的正式同意而不具合法性。此处存在的潜在问题是,由于申请者提交申请时间的不同,可能适用不同版本的理事会“暂时制定(provisionally adopted)”的规章。^[7]在这种情况下如何适用不歧视原则以及如何在程序上适用实用性管理以使申请者的申请得到公平的评审,仍是需要进一步探讨的问题。

除此之外,针对《公约》的解释和适用存在问题的情况,海管局大会和理事会可以向国际海洋法法庭海底争端分庭请求咨询意见。2011年,海管局理事会曾就担保国的义务和责任问题向海底争端分庭请求过一份咨询意见^④。事实证明,这份咨询意见不但澄清了理事会提出的三个法律问题,还起到了许多其他积极作用,包括促进了担保国相关国内立法出台的小高潮,^[19]以及推动环境补偿基金条款的产生。然而,理事会对于是否会针对《执行协定》附件第1节第15段请求咨询意见,仍有一些争议^⑤。一是请求咨询意见的时机问题。若两年后开发规章可以顺利通过,那么就不存在考虑其他法律依据的问题。因此,即使需要请求咨询意见也不应在2023

年7月前请求。但若两年后,开发规章无法通过,理事会再向海底争端分庭请求咨询意见,似乎又为时已晚。毕竟,咨询意见不是朝夕之间可以完成。二是海管局作为《公约》授权的管理“区域”活动的国际组织,其将核准开发申请的法律依据的决定权“转交”海底争端分庭,对其权力是一种削弱,这也是海管局和成员国都不愿见到的局面。

(二)“暂时核准”的法律解释与法律效果

《执行协定》附件第1节第15(c)段还规定:“如果理事会未在规定时间内完成关于开发的规则、规章和程序的拟订工作,而已经有开发工作计划的申请在等待核准,理事会仍应……审议和暂时核准该工作计划。”此条款中,《公约》授予理事会的究竟是结果性权能,即“暂时核准”是指申请者提交核准的工作计划必须被通过?还是行为性权能,即理事会必须执行“审议”这个行为而无需理会结果,其蕴含着理事会有驳回申请的可能性?从文义解释来看,此处的措辞为“应当”,表示理事会必须审议和通过该申请。但若结合第十一部分甚至整个《公约》的精神来看,此处使用文义解释会使此条款与《公约》其他条款产生矛盾。

首先,根据《公约》规定的理事会审议工作计划的程序,申请者的开发工作计划提交后,首先由法技委审议,通过委员协商一致的原则形成建议并提交理事会审议。理事会应核准法技委关于核准该工作计划的建议,除非理事会以出席并参加表决的成员三分之二多数,包括理事会每一分组出席并参加表决的成员过半数,决定不核准该项工作计划。若法技委建议不核准该项工作计划或没有提出建议,理事会需要按照其就实质问题作决策的议事规则核准该项工作计划^⑥。也就是说,只要开发工作计划提交到理事会审议,它就有不被批准的可能性。那么,《执行协定》附件第1节第15(c)段中的理事会“应审议”与“应暂时核准”之间就存在矛盾。较为合理的解读是理事会“应审议”并“可以暂时核准”开发

① 参见《公约》第160条第1款。

② 参见海管局理事会:《管理局各机关在拟订“区域”内矿物资源开发的规则、规章和程序以及在《联合国海洋法公约》第一五一条第10款所设想的补偿制度方面的职能(秘书处的说明)》,访问网址:<https://isa.org.jm/files/files/documents/isba24c-10-ch.pdf>。

③ 参见《公约》第162条第2款(o)项(ii)目。

④ 参见 *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, p. 10。

⑤ 一些代表团表示,必须讨论如果理事会不能在2023年7月前最终确定规章草案的后果,包括请海底争端分庭发表咨询意见的可能性。几个代表团虽然认识到进行这种讨论的好处,但强调这将分散理事会的注意力,而此时理事会应该把案文谈判作为一个紧急优先事项处理。参见海管局理事会:《理事会主席关于理事会第二十六届会议续会期间工作的声明》,访问网址:https://isa.org.jm/files/files/documents/ISBA_26_C_13_Add.1-2119396C_1.pdf。

⑥ 参见《执行协定》附件第3节第11条(a)款。《公约》第162条第2款(j)项的规定应不适用。

工作计划,但倾向于批准,并且对于承包者来说审查的标准也许会宽松一些。^{[18]510}

其次,“应暂时核准”与《公约》整体重视环境保护的精神相违背。海管局作为代表全人类管理“区域”及其资源的管理者,《公约》授权其进行开发工作计划审核的目的之一就是要让其将不合格的、可能对环境造成严重损害的申请者拒之门外。若其只进行表面审查,无论申请者的经济和技术能力高低,都予以核准,那么不仅是海管局的失职,也是对《公约》精神的冲击。从这个角度来看,《执行协定》附件第1节第15(c)段也应被理解为理事会“应审议”并“可以暂时核准”开发工作计划。

最后,重要的是要明确“暂时核准”的法律效力。《执行协定》中并没有具体说明“暂时核准”的确切含义,但“暂时”这一措辞清楚地表明,这需要在所有相关规章、标准和指南到位后重新考虑申请,通过最终批准来确认。承包者须考虑标准改变以及申请被驳回所必须承受的投资损失,可能会阻止承包者及投资人在“两年规则”下去尝试申请。^{[18]511}

四、结语

“两年规则”的启动加速了开发规章制定进程,但成功出台的决定性因素仍是规章的内容能否令成员国满意。开发规章中环境方面,检查、合规和执行方面,机构事项方面以及财政方面还有许多具体问题需要讨论。在规章之外,还有惠益分享和企业部设立和运行等相关问题尚未解决。这些议题能否在有限的会期内进行充分讨论并使开发规章顺利通过仍未可知。海管局若无法按期出台开发规章,可以首先尝试在成员国之间达成谅解,使其暂缓为计划提交开发申请的实体提供担保,以便理事会有足够时间继续就规章内容进行磋商并最终达成共识。^[20]若无法达成此种谅解,海管局则有必要根据《执行协定》附件第1节第15(c)段仔细审视开发规章缺位情况下开发工作计划核准的法律依据及效果。可以确定的是,开发规章缺位的情况下进行开发工作计划的申请,申请者需要面对很多法律不确定性和经济风险。

尽管有深海采矿公司称,深海采矿是为全球向循环经济和脱碳之路迈进提供所需基本金属的最佳选择。但深海采矿对海洋环境和生物多样性不可避免的影响(目前无法准确评估)仍是国际社会最关切的问题。^[21]随着开发阶段的临近,近年要求暂停深海采矿活动的呼声也越来越高,其主要思想是在确定这一活动对环境的影响以及了解开发过程中一切可能存在的风险之前,所有深海采矿工作都应被停止。2021年3月,几家主要的科技和汽车公司加入了这场运动,承诺在环境影响未明前,不支持深海采矿活动,并将海底矿物排除在其供应链之外。^[22]未来两年金属的需求量与市场情况大概率不会有巨大改变。近期可能仍不是商业开发的良好契机。

综上判断,尽管瑙鲁的请求中提到其担保的NORI有进行开发的打算,但在巨大的法律风险和缺乏市场利好的情况下,NORI以及其他潜在申请者也很难会在短时间内着手开发。因此,中国无须被“两年规则”的启动打乱节奏,而应从全球深海治理的角度进行全面的战略考量,根据自身能力和需求,审慎地制定深海活动计划。从短期来看,中国目前的技术能力与规章标准的契合度应是中国关注的重点。中国应认真评估自身经济与技术能力,将超越中国现有能力的条款和标准进行弱化或予以删除。从长期来看,提升自身能力建设应是中国关注重点。中国应继续按照“持续开展深海勘查、大力发展深海技术、适时建立深海产业”的工作方针,以及逐步构建“立足太平洋、开拓印度洋、挺近大西洋”的战略格局,确立以确定商业开采矿址为目标的国际海底矿产资源调查评价、以具有商业开发能力为目标的深海矿产资源开发技术研究、以提升国际海底环境问题话语权为目标的环境影响评价研究等工作方案。^[23]只有提升自身硬实力,同时注重提升参与规则制定的软实力,中国才能在制度构建中有充分的话语权和“弹药”,将符合国家利益的规则纳入“区域”制度中,并将海洋命运共同体理念推广到深海领域,为“区域”制度建设提供宝贵的中国智慧、中国方案、中国路径,发挥“引领国”的作用。^[24-25]

参考文献:

- [1] KIM R E. Should deep seabed mining be allowed? [J]. Marine Policy, 2017, 82: 134-137.
- [2] 薛桂芳. 国际海底区域环境保护制度的发展趋势与中国的应对[J]. 法学杂志, 2020, 41(5): 47.
- [3] 雅克·盖斯旦, 吉勒·古博. 法国民法总论[M]. 陈鹏, 张丽娟, 石佳友, 等译. 北京: 法律出版社, 2004: 702.
- [4] NANDAN S N, LODGE M W, ROSENNE S. *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary*, Volume V[M]. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

- [5] KISS A. Abuse of rights [EB/OL]. [2022-04-13]. <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/1.%20Investors/4.%20Legal%20Authorities/CA301.pdf>.
- [6] NOYES J E. The common heritage of mankind: past, present, and future [J]. *Denver Journal of International Law and Policy*, 2012, 40: 450-451.
- [7] BLANCHARD C. Nauru and deep-sea minerals exploitation: a legal exploration of the 2-year rule, the blog of the Norwegian Centre for the Law of the Sea [EB/OL]. (2021-09-17) [2022-04-13]. <https://site.uit.no/nclos/2021/09/17/nauru-and-deep-sea-minerals-exploitation-a-legal-exploration-of-the-2-year-rule>.
- [8] 李学文.《“区域”内矿产资源开发规章》2019年谈判情况[M]//中国国际法学会.中国国际法年刊(2019).北京:法律出版社,2020:339.
- [9] ANDERSON D H. Resolution and agreement relating to the implementation of Part XI of the *UN Convention on the Law of the Sea*: a general assessment [J]. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1995, 55: 281.
- [10] WARNER R. International environmental law principles relevant to exploitation activity in the Area [J]. *Marine Policy*, 2020, 114: 1.
- [11] 王勇.国际海底区域开发规章草案的发展演变与中国的因应[J].当代法学,2019,33(4):82.
- [12] SINGH P A. The two-year deadline to complete the *International Seabed Authority's Mining Code*: key outstanding matters that still need to be resolved [J]. *Marine Policy*, 2021, 134.
- [13] GINZKY H, SINGH P, MARKUS T. Strengthening the International Seabed Authority's knowledge-base: addressing uncertainties to enhance decision-making [J]. *Marine Policy*, 2020, 114: 7.
- [14] Legal Working Group on Liability. Legal liability for environmental harm: synthesis and overview [EB/OL]. (2018-07-13) [2022-04-13]. https://www.cigionline.org/static/documents/documents/Deep%20Seabed%20paper%20no.1_3.pdf.
- [15] XU Xiang-xin, XUE Gui-fang. The environmental compensation fund: bridging liability gaps in the deep seabed mining regime [J]. *Coastal Management*, 2021, 49(6): 557-574.
- [16] LODGE M W, SEGERSON K, SQUIRES D. Sharing and preserving the resources in the deep sea: challenges for the International Seabed Authority [J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2017, 32(3): 432.
- [17] NANDAN S N, LODGE M W, ROSENNE S. The development of the regime for deep seabed mining [M]. Kingston: International Seabed Authority, 2002: para. 1.
- [18] WILLAERT K. Under pressure: the impact of invoking the two year rule within the context of deep sea mining in the area [J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2021, 36.
- [19] LILY H. Sponsoring state approaches to liability regimes for environmental damage caused by seabed mining [EB/OL]. (2018-12-05) [2022-04-13]. https://www.cigionline.org/static/documents/documents/Deep%20Seabed%20Paper%20233_2.pdf.
- [20] SINGH P A. What are the next steps for the International Seabed Authority after the invocation of the 'two-year rule'? [J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2022, 37: 9.
- [21] HALFAR J, FUJITA R M. Ecology: danger of deep-sea mining [J]. *Science*, 2007, 316: 987.
- [22] WILLAERT K. Protest at sea against deep sea mining: lawfulness, limits and remedies [J]. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2021, 36(4): 672.
- [23] 中国大洋矿产资源研究开发协会, 外交部条约法律司. 中国国际海底区域活动纪实 [M]. 长沙: 中南大学出版社, 2021: 13-14.
- [24] 张琪悦. 构建海洋命运共同体与维护海洋安全的辩证思考及实现路径 [J]. *中国海商法研究*, 2022, 33(1): 27.
- [25] 杨泽伟. 国际海底区域“开采法典”的制定与中国的应有立场 [J]. *当代法学*, 2018, 32(2): 31-32.