

公海保护区法律概念界定

邢望望*

内容摘要:人类活动的拓展导致公海生态环境退化,“公海保护区”开始被国际社会讨论且付诸实践。因为现有海洋保护区概念不能自然延伸至公海,需要对公海保护区概念中的诸多要素重新界定,因此,国际社会在讨论国家管辖外海域生物多样性与可持续利用问题时,对公海保护区的定义充满争论,如何将现有“海洋保护区”概念延伸到“公海保护区”也就成为核心问题。考虑到中国自身的海洋权益和海洋治理诉求,中国应注意到《生物多样性公约》与国际自然保护联盟之海洋保护区概念的科学与广泛性,并在此基础上有所损益地参考和借鉴该概念体系,提出符合中国权益的公海保护区法律概念方案,力求在维护中国海洋权益和保护公海生态环境之间达到平衡。

关键词:海洋保护区 公海保护区 《生物多样性公约》 国际自然保护联盟 中国海洋权益

随着科技进步、社会发展,人类活动的影响不断深入,公海生态环境开始不断退化,传统的海洋生态环境保护方法已难以有效应对,在公海设立管理海洋保护区的实践开始引起国际社会的关注。在2002年约翰内斯堡可持续发展问题世界首脑会议上,各国商定要在2012年底^①前建立起连贯的海洋保护区网络,其中就包括国家管辖范围外的海域。^②《生物多样性公约》第七次成员国大会指出:国家管辖范围外海域的生物多样性正不断受到威胁,而现有海洋保护区却无法有效地应对这一威胁,^③大会进一步呼吁通过国际合作建立“公海保护区”。^④

海洋保护区法律实践在不断推进,关于公海保护区的倡议和国际法实践也开始得到国际社会的重视,但在现行国际法框架内,除2004年《生物多样性公约》特

* 上海财经大学法学院讲师,法学博士。

本文得到“上海财经大学中央高校基本科研业务费专项资金(2019110120)”资助。

① 此处《可持续发展问题世界首脑会议的执行计划》中文版翻译为“2010年底”。

② 参见《可持续发展问题世界首脑会议的执行计划》第32(c)条。

③ UNEP/CBD/COP/DEC/VII/5, 13 April 2004, para.29.

④ UNEP/CBD/COP/DEC/VII/5, 13 April 2004, para.30.

设技术专家组海洋保护区定义外,^①目前缺少权威渊源对“公海保护区”这一专业术语进行法律界定。^②无论是国际法还是国内法,有关海洋保护和生物多样性的法律规范卷帙浩繁,但大多只涉及海洋保护区的某一方面或某一项管理活动,没有对公海保护区作出全面且专门的定义。^③有关公海保护区法律概念的问题在联合国相关会议上多次被提及,在依据《联合国海洋法公约》就国家管辖范围外海域海洋生物多样性养护和可持续利用问题拟订一份具有法律拘束力国际文书^④筹备委员会第二次会议上,各国代表就划区管理工具与公海保护区的法律概念问题表达了诸多观点,争论主要集中在公海保护区法律概念要素、地理区间、保护客体目标、与既有国际法的关系等。^⑤在学术界,关于公海保护区一直没有一致观点,存在着不同的保护内容和分类形式。在诸多研究中,划区管理工具、公海保护区等词汇常被混杂在一起使用,缺少必要的分析和梳理,不利于有关公海保护区法律制度研究的推进。

关于海洋保护区概念的争论已影响到国际法实践的推进。在“南极海洋生物资源养护委员会”(以下简称“委员会”)2008年会议上,日本代表提醒委员会须依据养护南极海洋生物资源的目的来谨慎清晰地定义海洋保护区之概念,以平衡保护和合理利用之间的关系。^⑥在2013年南极海洋生物资源养护委员会的第二次特别会议上,俄罗斯代表就提出海洋保护区的概念存在争议,至今并没有一个清晰的海洋保护区概念,从而引出南极海洋生物资源养护委员是否有权建立海洋保

① See Kristina M. Gjerde, *High Seas Marine Protected Areas and Deep-Sea Fishing*, 838 *FAO Fisheries Report* 141-180 (2007).

② 参见邢望望:《划区管理工具与公海保护区在国际法上的耦合关系》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第1期,第11-25页。

③ See FAO & Japan Government, *Expert Workshop on Marine Protected Areas and Fisheries Management: Review of Issues and Considerations*, 825 *FAO Fisheries Report* 53 (2006). Kirsten Martin *et al.*, *Experiences in the Use of Marine Protected Areas with Fisheries Management Objectives—A Review of Case Studies*, FAO Expert Workshop on Marine Protected Areas and Fisheries Management: Review of Issues and Considerations, 825 *FAO Fisheries Report* 21-108 (2007).

④ An International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Diversity of Areas beyond National Jurisdiction.

⑤ IISD, Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity Beyond Areas of National Jurisdiction, USA, 26 August - 9 September 2016, p.6.

⑥ See CCAMLR, Report of the Twenty Seventh Meeting of the Commission, CCAMLR-XXVII, Australia, 2008, para.7.13.

护区,建立怎样的海洋保护区,以及依何种程序建立南极海洋保护区的疑问。^①俄罗斯认为这个问题至关重要,甚至还指出如果这个问题不解决,其将拒绝继续进行谈判。^②在2014年会议上,法国代表也认为现有国际法体系并未就海洋保护区提供一个广泛接受的定义,而《生物多样性公约》也只具有参考意义。^③

事实上,《生物多样性公约》的“海洋保护区”定义亦非原创,而是并入了国际自然保护联盟(IUCN)所界定的海洋保护区概念。无论如何,将《生物多样性公约》与国际自然保护联盟所界定的“海洋保护区”法律概念适用于公海可以作为国际社会的选项之一。通过分析海洋保护区概念的必备要素,如地理空间、保护方式、保护客体、保护目标等,可以发现国际自然保护联盟界定的“海洋保护区”概念十分详细严谨且具有操作性,但有关表述和内容在适用到公海上时需要进一步修正。中国在参与公海保护区国际实践时,应该在中国海洋权益和公海生态环境保护的基础上,结合公海的特殊法律和治理体系,检视海洋保护区法律概念具体要素,从而提出符合中国海洋诉求的公海保护区法律概念。虽然近年来,国内多家单位均在关注和研究公海保护区法律问题,但是对公海保护区法律概念这一基础问题却着墨不多。笔者希望从海洋保护区到公海保护区之法律概念争辩这一角度出发,基于中国的公海权益,深入探究公海保护区法律制度中的具体要素,为中国参与有关国际实践提供参考。

一、海洋保护区概念延伸适用于公海保护区

早在2006年,联合国粮农组织就曾在罗马召开会议讨论将海洋保护区适用于公海渔业管理的问题,但有学者提出以下疑问:考虑到公海的特殊性,是否需要确定专门的公海保护区概念?既有海洋保护区概念能否适用到公海?^④

(一)海洋保护区法律概念的产生与发展

海洋保护区理念根植于渔业养护理念:长久以来,南太平洋岛国渔民就有着

① See CCAMLR, Report of the Second Special Meeting of the Commission, Bremerhaven, Germany, 15 and 16 July 2013, para.3.18.

② 参见唐建业:《南极海洋保护区建设及法律政治争论》,《极地研究》2016年第3期,第370-380页。

③ CCAMLR, Report of Thirty-Third Meeting of the Commission, CCAMLR-XXXIII, Australia, 2014, para.7.57.

④ FAO & Japan Government, *Expert Workshop on Marine Protected Areas and Fisheries Management: Review of Issues and Considerations*, 825 FAO Fisheries Report 314 (2006). Anthony Charles & Jessica Sanders, *Issues Arising on the Interface of MPAs and Fisheries Management*, 825 FAO Fisheries Report 301-332 (2007).

“禁渔区”的概念;^①马达加斯加渔民在9世纪就开始尝试管理海洋资源。^②禁止涸泽而渔^③的可持续发展理念,早在中国2000多年前的“数罟不入洿池,鱼鳖不可胜食也”^④中即得到体现。近代以来,国际社会开始选取海洋区域以加强对特定海洋生物资源的保护,1913年美国总统一伍德罗·威尔逊通过总统宣言^⑤在加利福尼亚州设立了美国第一个海洋保护区国家公园(Cabrillo National Monument)。^⑥

随着早期实践的推进,保护区的概念开始逐渐被引入国际法。通过设立特定区域来保护自然的国际法义务迅速被国际社会认可。^⑦1933年《关于保全自然状态下的动植物的公约》(适用于非洲)则是第一次为国际社会设置了国际法上的义务,即设立保护区来保护濒危野生动物。^⑧

20世纪50年代后,随着科学技术的进步,人类活动对海洋的破坏越来越强,国际社会开始关注海岸和海洋养护管理,并逐渐意识到海洋保护区的作用。1982年《联合国海洋法公约》开始强调海洋环境保护,虽然该公约并没有使用“海洋保护区”这一概念,但却为缔约国设置了明确的保护和保全海洋环境义务。^⑨1988年国际自然保护联盟第17届成员国大会文件对“海洋保护区”作出了定义:“通过法律或其他有效方式予以保护的、任何潮间或低潮带内的部分或全部封闭之环境,包括该区域内的上覆水域以及相关动植物群、历史文化要素。”^⑩

① See Robert E. Johannes, *Traditional Marine Conservation Methods in Oceania and Their Demise*, 9 Annual Review of Ecology and Systematics 349-364 (1978).

② See Lalaina R. Rakotoson & Kathryn Tanner, *Community-Based Governance of Coastal Zone and Marine Resources in Madagascar*, 49 Ocean & Coastal Management 855-872 (2006).

③ 出自《淮南子·难一》:“先王之法,不涸泽而渔,不焚林而猎。”

④ 《孟子·梁惠王上》。

⑤ 根据1906年《美国联邦古物法》(The Antiquities Act),美国总统有权在联邦土地上通过总统宣言形式(presidential proclamation)设立国家纪念碑来保护重要的自然、文化、科学地物。

⑥ See Matthew T. Craig & Daniel J. Pondella, *A Survey of the Fishes of the Cabrillo National Monument*, 92 California Fish and Game 172-183 (2006).

⑦ See Alexander Gillespie, *Conservation, Biodiversity and International Law* 171 (Edward Elgar Publishing 2013).

⑧ See IUCN, *An Introduction to the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources*, Switzerland & UK & Germany, 2004, p.3.

⑨ 参见1982年《联合国海洋法公约》第192条。

⑩ IUCN, 17th Session of the General Assembly of IUCN and 17 IUCN Technical Meeting, San José, Costa Rica, 1-10 February 1988, p.105. 英文原文为: Any area of intertidal or subtidal terrain together with its overlying water and associated flora, fauna, historical and cultural features, which has been reserved by law or other effective means to protect part or all of the enclosed environment.

2008年,国际自然保护联盟对“保护区”概念进行了修订:“保护区必须是一个明确界定的地理空间,并通过法律或其他方式来认定、专设、管理,从而实现与生态服务和文化价值相关的自然环境之长期保护。”^①

1992年《生物多样性公约》是现行国际法体系内唯一界定海洋保护区法律定义的国际公约。在《生物多样性公约》中,“保护区”是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。^②2004年《生物多样性公约》特设技术专家组对“海洋保护区”的定义进行了阐述,并得到了第七次成员国大会的认可,其定义如下:海洋和沿海保护区是指海洋环境内或与其毗邻的任何确定区域,以及其覆盖水域及相关动植物和历史文化地物,已经受到立法或其他有效手段(包括习惯)的保护,使得海洋和/或沿海周边生物多样性得到更高水平的环境保护。^③

在公海保护区设立管理的问题上,《生物多样性公约》虽然表现积极,但更强调《联合国海洋法公约》和联合国大会的作用。《生物多样性公约》本身不能成为公海保护区设立管理的依据,其给定的海洋保护区概念很难通过国际法来直接适用于公海保护区,只能为公海保护区法律概念确定提供参考。

(二)海洋保护区概念适用到公海保护区的法律障碍

从“保护区”到“海洋保护区”再到“公海保护区”,既是概念递进细化的逻辑过程,也是公海特殊地理生态环境对“保护区”概念的特定适用。可是公海保护区法律问题,在地理空间上受公海治理的国际法体系所约束,在实体上又属于国家管辖范围外海域生物多样性与可持续利用的重要内容,在法律适用上与位于国家管辖范围内的海洋保护区具有很大的差异,因此,海洋保护区的法律概念并不当然能直接适用于公海保护区,这一过程可能还存在一定法律障碍。

1. 国家管辖范围外海域适用独特的国际法治理体系

国家管辖范围外海域包括公海和国际海底区域。公海在国际法上指各国内水、领海、群岛水域和专属经济区以外不受任何国家主权管辖和支配的海洋部

① IUCN, Guidelines for Applying Protected Area Management Categories, Switzerland, 2008, p.8.

② 1992年《生物多样性公约》第2条英文表述为“a geographically defined area which is designated or regulated and managed to achieve specific conservation objectives”。

③ See UNEP/CBD/COP/DEC/VII/5, 13 April 2004. Note 11.英文原文为:Marine and coastal protected area' means any defined area within or adjacent to the marine environment, together with its overlying waters and associated flora, fauna and historical and cultural features, which has been reserved by legislation or other effective means, including custom, with the effect that its marine and/or coastal biodiversity enjoys a higher level of protection that is surroundings。

分。^①国际海底区域是指国家管辖范围外的海床和洋底及其底土。^②

公海,作为一个法律概念,一般认为起源于17世纪荷兰著名国际法学者格劳秀斯的“海洋自由论”,即被陆地环绕的边缘海域属于“内海”,而之外的海域是“外海或海洋”“外海或海洋”是“巨大的、无限的、属于天堂”且不能被“扣押或封闭”。^③格劳秀斯还进一步阐述了在“外海或海洋”的航行自由与捕鱼自由,这一思想最终在《联合国海洋法公约》第89条与第86条中得到体现,即对公海主权主张的无效与公海自由原则。

在格劳秀斯的“海洋自由论”中,最早的海洋自由包括航行自由和捕鱼自由,1958年《日内瓦公海公约》则进一步补充了铺设海底管道自由与飞越自由。^④国际法委员会的报告指出,公海自由权利的行使应基于国际社会的整体利益,^⑤公海自由也不应限于1958年《日内瓦公海公约》中规定的四种自由,还应包括其他公海行动自由,比如包括科学研究自由、勘探和开发公海底土自由等。^⑥在第三次联合国海洋法会议上,对公海自由的限制被很多代表提及,对过度捕捞渔业的管理和限制成为讨论焦点。^⑦公海自由与公海环境保护之间的矛盾也被提及,但在《联合国海洋法公约》的最终文本中并没有规定对公海环境的特殊保护。^⑧《联合国海洋法公约》第87条规定了公海六大自由,即在承认航行、捕鱼、飞越、科学研究自由之外,还进一步有限制地认可了铺设海底电缆和管道的自由,建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由。

若将海洋保护区制度直接适用于公海,必然会与公海自由原则产生冲突,沿海国单方面将其依据内水、领海和专属经济区制度而享有的管辖权,通过海洋保护区扩张

① 参见1982年《联合国海洋法公约》第86条。

② 参见1982年《联合国海洋法公约》第1条第1款。

③ See Robin Warner, *Protecting the Oceans beyond National Jurisdiction: Strengthening the International Law Framework* 28 (Brill 2009).

④ 参见1958年《日内瓦公海公约》第2条。

⑤ See Report of the International Law Commission on the Work of its Eighth Session, 23 April-4 July 1956 to the General Assembly, Eleventh Session, Supplement No.9, UN Doc.A/3159, Chapter II-III.

⑥ See Report of the International Law Commission on the Work of its Eighth Session, 23 April-4 July 1956 to the General Assembly, Eleventh Session, Supplement No.9, UN Doc.A/3159, Chapter II-III; *Commentary to the Articles concerning the Law of the Sea*, Part II, Section I, Article 27, para.2.

⑦ See Report of the Forty Seventh Meeting of Sub-Committee II of the Sea-Bed Committee, UN Doc.A/A.138/SC.II/SR.47, p.95.

⑧ See Robin Warner, *Protecting the Oceans beyond National Jurisdiction: Strengthening the International Law Framework* 34 (Brill 2009).

到公海区域,必然会侵害其他国家的公海自由,也很难得到国际社会的广泛接受。

2. 公海生态环境保护法律体系

《联合国海洋法公约》并未在第七部分“公海”中规定公海环境保护,第十二部分“海洋环境的保护与保全”中的权利义务将拓展到国家管辖范围外的海域。《联合国海洋法公约》缔约国和相关国际组织都被要求通过信息和数据搜集,基于科学研究的标准,合作制定出更多详细的具体规则来防治公海污染。^①由于没有超越国家层面的国际组织全权管辖公海,船旗国管辖就成为了最主要的公海管辖方式,即将船舶和船旗国相关联,自动设立起一套权利义务分配体系。^②虽然国际海事组织在控制船源污染上作出很多贡献,但不能保证每一个国家都能对其所属船舶进行有效控制和管辖,尤其是在公海上。^③

对于公海生物资源保护,《联合国海洋法公约》第七部分第二节特别规范了公海生物资源的养护和管理,以对公海捕鱼自由进行限制。《联合国海洋法公约》为国家管辖范围外海域的生物资源和国际海底非生物资源设置了不同的法律制度:针对公海生物资源基本处于自由获取的状态,并通过区域和国际渔业组织加以规制;针对国际海底区域的非生物资源,规定国际海底区域及其资源是人类共同继承的财产,^④一切权利属于全人类并由国际海底管理局代为行使。^⑤公海生物资源与国际海底区域非生物资源所对应的两种不同的开发养护制度,使公海生态环境保护制度变得更加复杂,^⑥也给公海保护区国际实践带来了影响。

由于国家管辖范围外海域的特殊国际法属性与独特的海洋生态环境与生物资源保护法律机制,海洋保护区这一原本适用于国家管辖范围内的法律概念并不能直接适用于国家管辖范围外海域。

二、公海保护区法律概念的要素分析

无论是《生物多样性公约》中的海洋保护区法律概念还是国际自然保护联盟所建议的海洋保护区概念,大致都包涵了四个具体要素,即海洋保护区的空间界

① See Robin Warner, *Protecting the Oceans beyond National Jurisdiction: Strengthening the International Law Framework* 51 (Brill 2009).

② See Robin Warner, *Protecting the Oceans beyond National Jurisdiction: Strengthening the International Law Framework* 35 (Brill 2009).

③ See David Freestone, *Problems of High Seas Governance*, 43 *The Berkeley Electronic Press* 1-29 (2009).

④ 参见1982年《联合国海洋法公约》第136条。

⑤ 参见1982年《联合国海洋法公约》第137条第2款。

⑥ See Robin Warner, *Protecting the Oceans beyond National Jurisdiction: Strengthening the International Law Framework* 27 (Brill 2009).

限、保护方式、保护客体和保护目标。不过,在对公海保护区作出概念界定时,还须重点关注公海保护区的特殊法律要素问题。

(一)公海保护区的空间界限

海洋保护区必须是一个有着明确商定或界定边界的空间区域。空间(space)有多个延伸维度,比如某一海洋保护区上方禁止低空飞行器,或延伸至某一水深。对于远离海岸的海洋保护区之界限划定比较困难,实践中越来越多借助高精度经纬坐标来标识。根据美国联邦《海洋保护区法》(The National Marine Sanctuaries Act)的要求,在划定美国海洋保护区界限时,须借助一系列相关地图。^①海洋保护区需要对所保护之空间区域有着清晰的描述和界定,澳大利亚大堡礁海洋公园在《2003年规划计划》中就公布了非常详细的空间规划方案,^②包括了海床以下1000米至海面以上915米空域。^③

1. 水平维度

在平面上,公海保护区须部分或全部位于国家管辖范围外海域。地球表面超过70%的面积是海洋,全球海洋中约62%的面积是公海,由于很多国家间专属经济区和大陆架划界并未完成,公海的具体区间和界线仍难以界定。^④2006年,葡萄牙就曾正式提名彩虹热液喷口区(Rainbow Hydrothermal Vent Field)作为1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》下的海洋保护区,然而该区域位于葡萄牙的专属经济区之外,葡萄牙所主张的外大陆架之上,属于亚速尔群岛陆地的自然延伸。^⑤葡萄牙认为,依据《联合国海洋法公约》第192条有关保护和维持海洋环境以及预防原则的内容,在联合国大陆架界限委员会作出关于外大陆架划界的最终决定之前,葡萄牙也应承担保护海床和底土的责任。^⑥有些国家在特定海域并没有采用专属经济区制度,使得领海之外即是公海,那么相应公海保护区便位于沿

^① See The National Marine Sanctuaries Act, SEC.304.(a) (2) (D).

^② Australian Government, Great Barrier Reef Marine Park ZONING PLAN 2003, p.3.

^③ The Commonwealth of Australia, Great Barrier Reef (Declaration of Amalgamated Marine Park Area) 2004, p.3. 该宣言是澳大利亚总督根据1975年《大堡礁海洋公园法》第31条签署并公告的。

^④ Ronán Long & Mariamalia Rodriguez Chaves, *Anatomy of a New International Instrument for Marine Biodiversity beyond National Jurisdiction: First Impressions of the Preparatory Process*, 23 Environmental Liability Law, Policy and Practice 213-229 (2015).

^⑤ OSPAR Commission, 2016 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas, 2017, p.14.

^⑥ OSPAR Commission, 2016 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas, 2017, p.14.

海国潜在专属经济区上,如地中海派拉格斯海洋哺乳动物保护区,若地中海沿岸国家都主张并划定专属经济区,那么地中海海域就不大可能存在公海区域。^①公海界线未定,会影响公海保护区确定地理空间,在现实中,还需要通过技术和法律手段予以规避,或者通过与沿海国合作来解决。

2. 垂直维度

与陆地保护区需要考虑的空间维度不同,海洋保护区通常需要考虑的空间维度是立体垂直性的,包括海面以上空间、海面、水体、海床、海床以下底土,是其中一种或两种以上空间维度的结合。有些海洋保护区只需要保护底土和海底生物,而非水体区间,比如澳大利亚东南部的胡恩海洋保护区,该空间以深度划分,涵盖了所有的海床底土和相邻水域,而在水面向下的500米深度范围内,却允许商业捕鱼活动。^②至于公海的垂直维度空间,由于公海处于国家管辖范围外区域,国际海底尤其是海底底土矿产资源由国际海底管理局管理,^③而联合国粮农组织等渔业组织对公海渔业资源的管理起着重要作用,^④国际海事组织涉及公海航运,^⑤同时沿海国有可能将其外大陆架延伸至公海区域以下,^⑥因此一个基于生态系统保护的公海保护区若跨越多个垂直维度则必然会给设立、管理、评估等实践带来相当的复杂性。

(二)公海保护区的保护方式

对于海洋保护区的保护方式,《生物多样性公约》的表述是“已经受到立法或其他有效手段(包括习惯)的保护”,^⑦国际自然保护联盟的表述为“通过法律或其他方式来认定、专设、管理”。^⑧由此可见,公海保护区的保护方式包含了三个要素:一是设立管理海洋保护区的具体方式;二是设立管理海洋保护区的依据;三是管理海洋保护区的主体。

1. 设立管理公海保护区的具体方式

设立管理的具体方式包括“认定”“专设”“管理”等。“认定”是指可以被多种形

① See Yoshifumi Tanaka, *Reflections on High Seas Marine Protected Areas: A Comparative Analysis of the Mediterranean and the North-East Atlantic Models*, 81 *Nordic Journal of International Law* 295-326 (2012).

② Huon Commonwealth Marine Reserve, <http://www.environment.gov.au/topics/marine/marine-reserves/south-east/huon>, visited on 6 March 2019.

③ 参见1982年《联合国海洋法公约》第137条第2款。

④ 参见1982年《联合国海洋法公约》第118条。

⑤ 参见1982年《联合国海洋法公约》第197条。

⑥ 参见1982年《联合国海洋法公约》第76条第5款。

⑦ See UNEP/CBD/COP/DEC/VII/5, 13 April 2004, Note 11.

⑧ See IUCN, *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, 2008, p.8.

式的政治体制所认可,既可以是特定群体所拥护的政权团体,也可以是国家指向的政府,相关保护区的选址应该在某种程度上被认可,尤其应该被世界保护区数据库(WDPA)所收录。^①“专设”是指依据专门有约束力的协定以维护长期之保护,此处的专门协定包括:国际公约和协议,国家、省级和地方法律,习惯法,非政府组织的盟约,私人信托和公司政策,各种认证计划等。^②某一海洋保护区的设立依据可以是相关有约束力协定之一项,亦可以是多项,像加拉帕戈斯海洋保护区,依据厄瓜多尔的国内法而设立,而该群岛本身也是世界遗产。^③“管理”是指采取积极措施来维护自然或其他价值,管理也可以是决定保持某一区域的最原始状态(排除人类活动干扰)以作为最优保护手段。和陆地保护区一样,海洋保护区的管理手段也有很多可能,荷属加勒比地区的克拉伦代克国家海洋公园在《2006年管理计划》中就列举了一系列详细的管理手段。^④这些具体保护管理方式运用于公海保护区上并不存在法律障碍,但问题更多的是,依据哪些有拘束力之文件,或者是由哪些有权能之主体来实施。

2. 设立管理公海保护区的依据

国际自然保护联盟的海洋保护区定义强调了保护方式,即“通过法律或其他方式”,这是指保护区必须被国内立法、国际公约或其他方式所认可,比如土著区域的传统习惯或非政府组织的政策。土著人的土著习惯也可以作为海洋保护区设立的依据,斐济的Vueti Navakavu海洋保护区就是一例,该保护区由当地土著人依据土著人文化协议主张建立,由当地土著人管理。^⑤澳大利亚北部的Dhimurru土著保护区,位于卡彭蒂亚海湾,由Dhimurru土地管理机构与原住民合作管理。^⑥海洋保护区定义在保护方式上应充分尊重多样性,从而为环境保护留下空间。从国际公约到国内立法、地方法规,以及各式各样的规范、文件、习惯等都可以成为海洋保护区的设立依据,甚至包括土著群体的习惯规范。对于公海保护区

^① See IUCN, Guidelines for Applying the IUCN Protected Area Management Categories to Marine Protected Areas, 2012, p.13.

^② See IUCN, Guidelines for Applying the IUCN Protected Area Management Categories to Marine Protected Areas, 2012, p.13.

^③ See UNESCO, Report of the World Heritage Committee, WHC-01/CONF.208/24, December 2001, p.28.

^④ See STINAPA, Bonaire National Marine Park Management Plan 2006, 2006, pp.90-107.

^⑤ See IUCN, Guidelines for Applying the IUCN Protected Area Management Categories to Marine Protected Areas, 2012, p.13.

^⑥ Dhimurru Indigenous Protected Area, <http://www.environment.gov.au/indigenous/ipa/declared/dhimurru.html>, visited on 6 March 2019.

的保护方式,保护区的认定、专设和管理不能完全依据沿海国的法律法规,也不大可能依据除国际协定、区域协定、国际组织规章以外的其他方式,比如土著人的习惯和文化就不太可能适用于公海范围内。问题是,现有国际法框架内并不存在专门针对公海保护区的全球性国际条约,只有个别条约^①中散见的关于生物多样性保护的条款可以被视为规范公海保护区的直接或间接的法律依据,可是这些条款对公海保护区的概念并没有进行清晰界定。^②在公海上设立管理海洋保护区的现有两类国际法实践中:区域海洋组织设立公海保护区依据的是地区性区域海洋组织条约;国际组织采用的划区管理工具则基于国际公约的授权,诸多国际组织也通过划区管理工具来履行保护海洋生态环境的职能。^③

3. 设立管理海洋保护区的主体

无论是政治实体,还是地方政权、社团、企业、土著群体,都可以成为保护海洋保护区的主体。由于公海处于国家管辖范围以外区域,公海保护区的认定、专设和管理不能被置于某一国家的管辖权之下。有权实施公海保护区保护方式的主体也就只能是国际组织、区域组织或者是国际协议特别约定的其他组织机构。由于公海远离陆地和人类生产生活区域,社区、土著团体等类似民间团体在公海管理上有作为的可能性亦不大,公海属于全人类的公域要求以国家为主要参与方的国际合作来共同管理,诸如海达国委员会这样的在国际法上没有被认定为国家或类国家实体的政治团体,很难脱离于加拿大而直接参与公海保护区的设立管理。^④现有国际法实践中,设立管理公海保护区的有权机构主要为区域海洋组织和担负公海治理职能的国际组织。问题在于,如何协调主权国家、区域海洋组织和国际组织三者公海保护区设立管理问题上的国际合作,由谁设立、如何设立、如何管理、如何监督、监测审核与标准等问题都困扰着国际社会,这也使得海洋保护区法律概念不能自然地适用于公海保护区之上。

(三)公海保护区的保护客体

根据《生物多样性公约》和国际自然保护联盟所给出的定义,海洋保护区的保护客体主要包括两个方面:一是自然生态环境;二是具有历史文化价值的地物。

① 与公海保护区问题关联最紧密的两部国际公约,分别是 1982 年《联合国海洋法公约》与 1992 年《生物多样性公约》。

② 参见范晓婷主编:《公海保护区的法律与实践》,海洋出版社 2015 年版,第 65 页。

③ 参见邢望望:《划区管理工具与公海保护区在国际法上的耦合关系》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2019 年第 1 期,第 11-25 页。

④ History of the CHN, <http://www.haidanation.ca/index.php/history/>, visited on 6 March 2019.

1. 自然生态环境

《生物多样性公约》之保护区定义并没有直接指明保护客体为自然生态环境,而是强调了基因、物种、生态系统意义的生物多样性,也经常指地质、地貌和更广泛自然价值意义上的多样性。公海保护区的客体涉及环境保护、生态系统和特定物种等,环境问题与生态问题本身具有一定的区分,广义的环境保护包括污染防治和生态保护,而狭义的环境保护和保全主要强调污染防治。《联合国海洋法公约》第十二部分的海洋环境的保护与保全主要采用了狭义的环境保护定义,而有关的生态保护与生物资源养护则分别于其他部分阐述。现有公海保护区实践所保护的客体具有明显的区分:

第一,强调保护生态。地中海派拉格斯公海保护区是对特定海洋哺乳动物及其栖息地进行保护,进而保护脆弱的生态环境。虽然其保护手段涉及环境治理的部分内容,比如船舶搁浅、污染等,但都是通过治理这些问题以强调生态保护。即便是专门针对生态的保护,也可以分为两类:一是对特定物种的专门保护;二是对濒危物种以及对应的脆弱生态环境进行综合保护。^①对于第二种综合保护,显然海洋保护区还需要提供广泛的生态系统服务,甚至包括旅游文化经济服务,例如据估计,每年游客游览伯利兹海洋保护区内的礁石就带来超过1500万美元的收入。^②海洋保护区为生态系统提供修复的机会,例如保护海草草地、红树林和海岸带森林的保护区,可以更好地促进这些物种吸收二氧化碳,应对全球气候变暖。^③

第二,分别保护生态和环境。在南大洋的海洋保护区设立管理实践中,环境与生态是被分别予以保护的,即平行保护的机制,虽然两者之间存在联系与合作,但并未联合。1980年《南极海洋生物资源养护公约》强调了海洋生物资源养护,而1991年《南极条约环境保护议定书》则是强调了环境保护。在设立相应的海洋保护区时,《南极海洋生物资源养护公约》更加关注南极海洋生物资源的养护,而不涉及有关污染防治和环境保护问题,更强调生物多样性问题;《南极条约环境保护议定书》的附件五则强调通过建立南极特别保护区(ASPAs)和南极特殊管理区(ASMA),致力于保护对环境、审美、科学研究、历史、野外生物等有着重要意义的区域。^④

^① See Yoshifumi Tanaka, *Reflections on High Seas Marine Protected Areas: A Comparative Analysis of the Mediterranean and the North-East Atlantic Models*, 81 *Nordic Journal of International Law* 295-326 (2012).

^② World Resources Institute *Coastal Capital: Belize-Economic Valuation of Belize's Reefs and Mangroves*, 2009, p.12.

^③ See IUCN, *The Management of Natural Coastal Carbon Sinks*, 2009.

^④ See Josie Hawkey *et al.*, *Marine Protected Areas in the Southern Ocean*, 601 *Syn-dicate Project ANTA 1-32* (2013).

第三,综合保护生态和环境。东北大西洋海洋保护区网络的首要目标和宗旨是保护自然,即保护和恢复物种、栖息地和生态过程免受人类活动不利影响。^①1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》(OSPAR)本身就来源于1972年防止倾倒废物及其他物质污染海洋的《奥斯陆公约》和1974年扩展到陆上源头和海上开采业污染防治的《巴黎公约》,从而主要目标也包括采取一切可能步骤来预防和消除污染,采取必要的措施来保护海区免受人类活动的不利影响,以保护人类健康和保护海洋生态系统,并在切实可行的情况下恢复受到损害的海洋区域。^②从这个角度来看,东北大西洋海洋保护区网络所保护的客体不仅是生态系统,更是广义的生态环境整体。

2. 历史文化价值

历史文化价值(cultural values)包括那些不干预保护结果的文化价值(保护区内的所有文化价值都应符合这一标准),特别包括:(1)有助于保护结果的文化价值(例如关键物种已经依赖的管理实践);(2)本身受到威胁的文化价值。如果仅以保护自然作为主要目标,不考虑文化价值,海洋保护区将仅具有自然保护的属性。不过,很多海洋保护区都包含具有文化意义的地物,或者保护区本身具有重要的文化价值,一些海洋保护区本身已经成为著名的文化遗产。例如,马达加斯加南部名为NosyVe的一个海岛,在当地Dina协议^③下受到保护,该岛既具有人文价值,还是重要的珊瑚和热带鸟的栖息地。^④

为了保护公海区域的历史文化价值,2016年,联合国教科文组织发布了题为《公海世界遗产:一个时代的到来》的研究报告,认为1972年《保护世界文化和自然遗产公约》不应将具有突出普遍价值的公海自然与文化遗产排除在该公约的保护之外。^⑤虽然《保护世界文化和自然遗产公约》曾意图囊括国家管辖范围外区域的世界遗产保护,但在随后的国际法实践和解释中,《保护世界文化和自然遗产公约》并没有被适用于国家管辖范围外海域,因此,联合国教科文组织暂时还无法依据这一公约,获得对国家管辖范围外海域具有历史文化价值的世界遗产进行选

① See OSPAR Commission, 2012 Status Report on the OSPAR Network of Marine Protected Areas, 2013.

② 参见1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》第2条。

③ Dina协议或称为“社会协议”,是马达加斯加当地的一种习惯法,已被马达加斯加政府所认可,并具有执行力。Dina协议不能与正式立法冲突,但得到官方的承认和尊重。

④ See Oceanographic Research Institute, Offshore Fisheries of the Southwest Indian Ocean: Their Status and the Impact on Vulnerable Species, Special Publication No.10, May, 2015, pp.415-416.

⑤ See UNSECO & IUCN, World Heritage Report 44, World Heritage in the High Seas: An Idea Whose Time Has Come, 2016, p.11.

取、认定、管理、保护的权力。能否将历史文化价值作为公海保护区的保护客体还须进一步观察。^①

(四)公海保护区的保护目标

海洋保护区的保护目标是为了实现对海洋保护区保护客体的长期保护,是海洋保护区定义的目标价值,需要通过有效的管理手段、保护方式,对特定海洋区域内的动植物群、生态系统、文化价值等进行有效的保护。国际自然保护联盟的海洋保护区定义在保护目标上设置了很高的标准,“长期性”和“有效性”都需要国际社会在公海保护区的设立、管理、评估实践中付诸努力。将“保护”作为海洋保护区的主要目的和任务,给不愿放弃开发和利用公海的国家 and 私人实体带来了利益冲突。

1. 公海保护区保护目标的长期性

“长期”指应永久地管理保护区,而不是只适用短期或临时的管理策略,海洋保护区的有效管理时限应该是跨越几代人的。^②若没有额外的生物多样性目标或优先保护的自然人,季节性关闭的某一区域(如休渔)并不能被认定为海洋保护区,例如,新西兰鸟蛤湾每年10月到4月禁止采集贝类,但其不能算是海洋保护区。当然对特定物种和栖息物的季节性保护也可以是有效的保护区管理手段,如澳大利亚的大澳洲海湾海洋公园(英联邦水域)的哺乳动物保护区,每年5月1日至10月31日,为了保护南方鲸鱼的产卵繁殖地,都会禁止船舶航经此区域。^③长期并不意味着无限期,而应该是一个较长的时间过程,可以是20年或更多,届期之后的公海保护区需要进行审核评估,如果延期则需要进行新的评估和申请。对于公海保护区的具体管理时间周期和届期后是否自动顺延等问题,国际社会亦充满争议。77国集团和中国在讨论公海保护区时强调长期保护和可持续利用为总体目标,^④同时,中国和日本都建议包括海洋保护区在内的划区管理工具在达到具

^① See Jeff A. Ardron, *et al.*, *The Sustainable Use and Conservation of Biodiversity in ABNJ: What Can be Achieved Using Existing International Agreements?*, 49 *Marine Policy* 98-108 (2014).

^② See Garry R. Russ & Angel C. Alcala, *Marine Reserves: Long-Term Protection Is Required for Full Recovery of Predatory Fish Populations*, 138 *Oecologia* 622-627 (2004).

^③ Australian Government, *Determination Prohibiting Use of Vessels - Part of the Great Australian Bight Commonwealth Marine Reserve-Marine Mammal Protection Zone of the Former Great Australian Bight Marine Park (Commonwealth Waters)*, 2013.

^④ See IISD, *Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction*, 10 - 21 July 2017, p.6.

体目标后应终止,^①这便导致了对“长期性”界定存在争议。

2. 公海保护区保护目标的有效性

实现海洋保护区的保护目标需要达到一定程度的有效性。国际自然保护联盟1988年版保护区定义并不要求保护区的有效性,之所以在2008年版本中增加,是响应了许多保护区管理者的强烈要求。^②虽然管理措施有效性的标准很难客观认定,但管理措施及其结果将被世界保护区数据库(WDPA)逐步记录,并随着时间推移成为识别和认定保护区目标实现的重要标准。海洋保护区需要一定程度的有效性评估,即应该进行监测、评估和报告。例如,根据联合国教科文组织(UNESCO)“加强我们的遗产”项目^③的评估,依据客观信息,认定塞舌尔的阿尔达布拉世界遗产海洋保护区的保护目标正在实现,但仍有许多需要改进之处。^④

现代环境治理原则和管理工具很难有效引入公海保护区。无论基于生态系统方法、风险防御原则、污染者治理原则、利益相关者磋商、使用最佳可用科学信息、应用最佳实践和最佳可行技术、综合适应性管理等现代环境保护原则,还是环境影响评价、环境战略评价、累积影响评估、海洋空间规划、代表性海洋保护区网络等现代环境管理工具,在国家管辖范围外海域的适用都存在障碍。^⑤

3. 海洋保护区保护目标与可持续利用

人类活动对自然环境和人类社会有着深远影响。保护自然环境是限制人类活动的不利影响,海洋保护区所要保护的客体既具有广泛性也具有独特性。广泛性体现在海洋保护区保护内容的广泛,其内容甚至包括了文化价值。独特性是区别海洋保护区和其他海上功能区划的主要要素,体现在并未强调人类对自然的开发利用与可持续发展,而是强调保护和维护。有些海洋区划,比如海上风能开发区、海上油气开采区等,其首要目标不是保护生态系统,即便可能会给周边生态系

① See IISD, Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 10 - 21 July 2017, p.12.

② See IUCN, Guidelines for Applying the IUCN Protected Area Management Categories to Marine Protected Areas, 2012, p.13.

③ “加强我们的遗产 - 监测和管理世界自然遗产之成功”项目(Enhancing Our Heritage - Monitoring and Managing for Success in World Natural Heritage Sites)由UNESCO和IUCN共同主导,意在研究如何通过评估、监测和报告等手段来促进世界遗产保护的有效性。

④ See UNESCO & IUCN, Report of Initial Management Effectiveness Evaluation - Aldabra Atoll, September 2002, p.115.

⑤ See IUCN, Regulatory and Governance Gaps in the International Regime for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction, IUCN Global Marine Program, 2008.

统带来益处,但不必然是海洋保护区。^①

在现实中,在公海保护区的保护目标问题上,在“保护”的严格定义与“合理使用”之间一直存在争议,这也体现在国际自然保护联盟标准与《南极海洋生物资源养护公约》之间的不同。根据国际自然保护联盟对“保护区”的定义,“保护”(conservation)是指对生态系统、自然和半自然栖息地、自然环境中的各类物种、处于其发展出独特性质的环境中被驯养或被种植的物种的养护和维护。^②《南极海洋生物资源养护公约》第2条表明了该公约的目的是养护生态环境从而防止因过度捕捞而导致的对南极海洋生物资源的种群和数量造成的长期不可逆之损害,其中“养护”一词包括“合理利用”。^③

虽然有国家主张将《生物多样性公约》和国际自然保护联盟的海洋保护区定义直接适用于公海,如欧盟就曾建议直接将《生物多样性公约》体系下的海洋保护区概念直接引入到国家管辖范围外生物多样性和可持续利用问题中,^④可是考虑到公海治理法律体系的特殊性,机械地将《生物多样性公约》和国际自然保护联盟的海洋保护区概念适用到公海保护区可能并不可行,但是,在经过一定调整和技术处理后,既有海洋保护区法律概念具有适用于公海区域之上的法律可操作性。

三、中国海洋权益考量下的公海保护区法律概念

在国际社会讨论公海保护区法律概念的过程中,中国积极参与并提出了很多有益建议,基于维护中国在国家管辖范围外海域的权益和诉求,中国应在平衡自身公海权益和保护公海生态环境的基础上,提出既符合中国现实权益立场,又有利于保护公海生态环境之目标的公海保护区法律概念。

(一)中国参与的相关国际法实践

从第三次联合国海洋法外交会议以来,中国一直积极参与国际海洋法律制度的构建,自从联合国就有关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讨论以来,中国积极参与并建言献策。考虑到国家管辖范围外海域生物多样性与可持续利用问题上存在的法律空缺,2004年联合国大会第59/24号决议决定设立不限成员名额的非正式特设工作组(以下简称“联合国特设工作

① See IUCN, Guidelines for Applying the IUCN Protected Area Management Categories to Marine Protected Areas, 2012, p.16.

② See IUCN, Guidelines for Applying the IUCN Protected Area Management Categories to Marine Protected Areas, 2012, p.14.

③ 参见1980年《南极海洋生物资源养护公约》第2条。

④ See IISD, Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 26 August - 9 September 2016, p.6.

组”)以研究相关问题。在联合国特设工作组成果的基础上,2015 年联大 A/RES/69/292 号决议,决定设立根据《联合国海洋法公约》的规定就国家管辖范围外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题拟定一份具有法律约束力的国际文书之筹备委员会(以下简称“联合国筹备委员会”),将就包括划区管理工具和公海保护区在内的诸多问题进行讨论研究,为召开政府间会议做准备。无论是在联合国特设工作组,还是联合国筹备委员会的会议中,中国代表与各国代表一起就划区管理工具和公海保护区的法律定义、管理措施、保护客体目标等问题进行了充分讨论和意见交换。^①

中国还积极参与公海保护区设立管理实践,即在南极海洋生物资源养护委员会框架下设立管理海洋保护区。国际社会就在《南极海洋生物资源养护公约》下建立南极罗斯海海洋保护区进行协商谈判时,中国在阐述海洋保护区和公海保护区概念的同时强调了《南极海洋生物资源养护公约》中的“养护”包括“合理利用”以追求在保护与利用南极海洋生物资源之间达到适当平衡。^②

(二)中国需要考量的公海保护区法律概念要素

中国在继续参与公海保护区设立管理国际法实践与国际协定协商进程时,需要在海洋保护区的基础上进一步考量公海保护区法律概念的具体要素,结合维护中国合法公海权益,提出中国的关切点和中国方案,力求推动达成对中国和国际社会都有利的公海保护区法律概念,从而平衡可持续利用海洋资源与保护海洋生态环境的关系。

1. 地理空间:在《联合国海洋法公约》的基础上加强国际合作

全球海域划界并没有完成且存在大量争议。外大陆架延伸、海洋渔业资源养护、国际海底区域、船舶水面航行等各种因素的存在,使得界定公海保护区的明确地理空间变得更加困难。虽然为了便于海洋开发利用才将海洋进行空间划分,但是海洋作为全球最大的单一生态系统,海洋生态环境保护却是一个整体要求。我们认为,在拟定公海保护区法律概念时需要考虑以下几个方面:首先,公海保护区必须是全部或部分位于国家管辖范围外区域,对于基于生态系统方法而部分位于国家管辖范围内、部分位于国家管辖外的公海保护区,应该通过国际合作予以协调,而不能由沿海国扩张管辖。其次,应督促相应沿海国尽快确定其海域界线主张,明确专属经济区和外大陆架范围,减少因为潜在专属经济区和外大陆架界线问题而导致海洋保护区地理空间性质不明。再次,对于具体公海保护区地理空间

^① See IISD, Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 26 August - 9 September 2016, p.6.

^② See CCAMLR, Report of Thirty- Third Meeting of the Commission, CCAMLR-XXXIII, 2014, p.57.

的界定,需要在合理、必要、科学的基础上,防止因为过大、过小或者过浅、过深而导致海洋生态环境保护效果不佳。

考虑到在地理上,中国大陆架无法完全延伸,无论是东海还是南海,都被多个国家环绕,形成了半封闭海形态,^①也不大可能会存在公海海域,^②因此应该强调全球性的国际合作。^③中国须和国际社会共同努力,强调在现有国际法体系下,尤其是在《联合国海洋法公约》框架下加强国际合作,从而保障中国作为利益攸关方参与公海保护区设立管理之实践。

2. 保护客体:综合保护生态和环境以及历史文化价值

公海保护区的直接保护客体应该包括海洋生态环境和文化价值,对此,需要在法律上将环境问题和生态问题进行综合考量。虽然《联合国海洋法公约》对海洋环境保护制度和海洋生物资源养护问题进行了分别规定,但是不可否认,二者紧密相连、息息相关。如果将公海保护区的保护客体仅限于海洋生物多样性和可持续利用,则显然不利于对海洋生态环境的综合保护与保全。考虑到传统国际环境法和国际海洋法分别为海洋环境保护和海洋生物资源养护设置了不同的法律制度体系,在拟定公海保护区法律定义时,应该考虑采用广义定义并对此予以特别考量,在保护客体上强调对海洋生态环境的综合保护。

考虑到中国在公海环境保护国际组织中的较优势地位(从2005年到2020年,中国已连续并将继续担任国际海底管理局理事会A类理事成员国),推动公海保护区在保护客体上综合保护公海生态环境以及相应历史文化价值,有利于中国以利益攸关方身份通过国际组织平台参与公海保护区国际实践。

3. 保护目标:可持续利用与长期有效保护的平衡

公海生态环境面临危险和困境,情势复杂且微妙,科学认知不足,海洋保护区被认为是行之有效的风险预防方式。在此情形下,公海保护区的保护目标应该强调长期性和有效性。所谓长期,并不是无限期的,而是应该有确定的期限,如20年或者30年,在保护期限届期后,需要对公海保护区的保护时效进行综合考察,如果需要延期则必须重新提出公海保护区设立提案。^④所谓有效,中国应该主张

① 参见国家海洋局战略研究所:《中国海洋发展报告》,海洋出版社2015年版,第23页。

② 参见邢望望:《海洋地理不利国问题之中国视角再审视》,《太平洋学报》2016年第1期,第11-19页。

③ 参见邢望望:《划区管理工具与公海保护区在国际法上的耦合关系》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第1期,第11-25页。

④ See IISD, Summary of the Third Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, USA, 27 March - 7 April 2017, p.7.

有拘束力的监测标准和程序,从而在公海保护区的保护方式中体现并实现有效性。^①为了达到公海保护区之长期有效的保护,限制公海自然资源开发,比如限制公海捕捞量似乎不可避免。

正如《南极海洋生物资源养护管理公约》中所提到的,养护包括合理利用,人类的繁衍生息离不开物质资源的供给,因此亦不能为了追求对自然环境的保护,而忽视人类自身的发展。对于此问题,在联合国第四次筹备委员会会议上,77国集团和中国就强调长期保护和可持续利用为总体目标。^②中国作为一个发展中人口大国,对公海生物资源和海洋矿产资源也有很大需求,^③因此,中国应该继续强调公海保护区保护目标并不应该排斥对海洋的合理开发和利用。公海保护区需要在合理使用海洋资源和保护海洋生态环境之间寻求平衡,杜绝过度环保和对海洋资源的无节制攫取这两种极端主张,才能最终实现可持续发展目标。

4. 保护方式:完善设立管理的依据与程序

公海保护区由于其特殊的地理空间,应以既存国际法体系为基础。但是,在既存国际法体系中,如何处理与既存公约的关系,尤其是如何符合《联合国海洋法公约》中有关国家管辖范围外区域的法律框架和生态环境保护要求,都应该被国际社会所重视。经过多年加速海洋强国战略的推进,中国的海洋权益已经拓展到海洋水体的许多方面,因此,中国应强调公海保护区的设立不得违反《联合国海洋法公约》关于航行自由和研究自由的现行规定,从而切实维护中国的合法权益。^④

虽然公海保护区的法律概念未必可以涵盖设立、管理、监督、评估公海保护区的机制,但是相应合理的程序对维护中国的权益和国际社会的共同关切至关重要。对公海保护区实施设立、管理、监督、评估等具体保护措施是保证公海保护区能真正起到保护海洋生态环境的必要条件,因为现有实践证明,只有管理良好的海洋保护区才能真正起到保护的作用。若再出现南极罗斯海海洋保护区提案之反复难产的情形,对国际社会而言无疑是不利的。对此,77国集团和中国就明确支持:有关国家和其他组织提起的划区管理工具提案应该根据预防方针/原则和

① See IISD, Summary of the Second Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 26 August - 9 September 2016, p.8.

② See IISD, Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 10 - 21 July 2017, p.6.

③ http://www.china-cfa.org/news_1452.asp, visited on 6 March 2019.

④ See IISD, Summary of the Fifth Meeting of the Working Group on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 7 - 11 May 2012, p.3.

最佳可用信息,并由科学技术机构对提案进行评估。^①具体到设立、管理、监督、评估等保护措施,则需要进一步明晰程序和依据,明确主体权责,比如公海保护区提案的主体包括国家和国际组织,管理的手段和方式应该包括的内容,监督和评估整改的主体与依据标准,设立科学委员会和管理委员会以及相应的具体职能和责任问题。对于这些具体的保护方式,在拟定的公海保护区法律概念中同样应予以必要的体现。

结语

海洋保护区的概念根植于人类长期的生产生活中,通过国际自然保护联盟的努力,保护区的法律概念才并入《生物多样性公约》而在国际法上得以确立。2004年《生物多样性公约》特设技术专家组对海洋保护区定义进行了阐述,这些实践和文本构成了海洋保护区法律概念的基本内容。由于国家管辖范围外区域(包括公海)的法律治理模式与国家管辖范围内区域有着本质的不同,应对海洋生态环境退化的法律机制亦存在很大区别,海洋保护区的法律概念并不能被直接适用于公海之上。由于没有统一且被广泛接受的公海保护区法律概念,有关国际法实践的进一步推进亦受到了影响,这将不利于对公海生态环境的保护,确立统一的公海保护区法律概念愈发重要。

既有《生物多样性公约》和国际自然保护联盟的海洋保护区法律概念具有广泛影响力,尤其2008年版国际自然保护联盟修订后的海洋保护区概念在法律内涵上已经十分详细且严谨,虽然有关表述和内容在适用到公海保护区时需要进一步修正,但是该概念体系有足够的空间和潜力来被适用于公海之上。通过分析海洋保护区概念中的具体要素,可以看出由于公海治理法律体系的特殊性,机械地将《生物多样性公约》和国际自然保护联盟的海洋保护区概念适用到公海保护区并不可行,而是需要经过一定调整和技术处理。

在有所损益地将海洋保护区法律概念适用于公海时,中国应该关注到自身参与国际社会关于公海保护区的讨论以及中国参与设立管理南极公海保护区的实践,结合中国在国家管辖范围外区域的海洋权益,提出既符合中国权益又能有效促进公海生态环境保护的公海保护区法律概念。对应该注意以下几点:第一,在地理空间上,中国应该强调在《联合国海洋法公约》基础上加强国际合作,以弥补地理空间未定带来的不确定性;第二,在保护客体上,中国宜主张公海保护区应保护海洋生态环境和历史文化价值,从而在法律上综合保护公海生态环境;第三,在

^① See IISD, Summary of the Fourth Session of the Preparatory Committee on Marine Biodiversity beyond Areas of National Jurisdiction, 10 - 21 July 2017, p.11.

保护目标上,中国须继续强调公海保护区应实现对保护客体的长期保护,通过对海洋资源的合理使用,实现人类可持续发展;第四,在保护方式上,中国要继续推动公海保护区设立、管理、监督、监测、评估的依据与程序之完善。

The Legal Definition of the High Seas Marine Protected Area

Abstract: Human activities have affected the environment of the high seas, thus the international community is trying to establish more High Seas Marine Protected Areas (HSMPAs) to protect high seas. Because of the uniqueness of the high seas legal framework in international law, the existing concept of MPAs could not be directly extended to the high seas without modifications, thus no consensus has been reached by the international community on the concept of HSMPAs. Since no generally-accepted and legally binding definition of HSMPAs and Areas-Based Management Tools (ABMTs) exist under international law, debates are raised up during the intergovernmental discussion on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (BBNJ). The core question is how to connect the existing concept “Marine Protected Area” with the concept “High Seas Marine Protected Area”. Considering the maritime rights and interests of China, it is suggested that The Chinese government take note of the concept of MPAs under the Convention on Biological Diversity and the International Union for Conservation of Nature, and draw on a legal concept of the HSMPAs by referring to and modifying the relevant elements of existing MPAs concept. In the long run, it is advisable that China draft a Chinese Proposal of HSMPAs legal concept to achieve the balance between safeguarding the rights and interests of China and protecting the ecological environment of the high seas.

Key words: marine protected areas; high seas marine protected areas; Convention on Biological Diversity; International Union for Conservation of Nature; maritime rights and interests of China

(责任编辑:彭苓萱)

联合国难民署应对难民大规模流动的困境与出路

谢焱琪*

内容摘要:欧洲难民危机将难民大规模流动问题推向风口浪尖,引发国际社会广泛关注。联合国难民署通过自愿遣返、重新安置和融入本土等机制应对难民的大规模流动。然而,联合国难民署在实践中面临“公约难民”定义过窄、难民来源国与收容国责任分担不均、联合国难民署与国际移民组织缺乏明确分工等困境。对此,国际社会迫切需要将战争难民纳入与难民有关的条约体系,实现难民安置责任的合理分担,同时明确联合国难民署与国际移民组织的职能分工。

关键词:联合国难民署 难民危机 难民大规模流动 纽约宣言 难民安置

2015年初,第二次世界大战后最为严重的难民危机开始席卷欧洲大陆,并成为当年全球最大热点之一。^①2018年6月20日,联合国难民事务高级专员菲利普·格兰迪(Filippo Grandi)在国际难民日致辞中指出:“当今世界,由于冲突的爆发、再起、持续与恶化,全球共有6850万人被迫流离失所。每10位难民中,就有9位逃到邻国避难。这对难民群体与东道社区都产生了深远的影响。今天的国际社会比历史上任何时期都更加需要团结。为颠沛流离的难民们提供庇护是全世界共同的责任。”^②正如格兰迪所言,难民大规模流动形成难民潮,进而在难民涌入国引发社会危机。联合国难民署与难民来源国、收容国和第三国积极开展多方合作,在既有的难民大规模流动应对机制下着力化解危机,实现大规模流动中难民的自愿遣返、重新安置和融入本土。然而根据联合国难民署每年发布的《全球趋

* 武汉大学国际法研究所博士研究生,法国巴黎第二大学访问学者。

本文系国家社科基金重点项目“海外安全利益法律保护的中国模式研究”(项目批准号:13AFX028)阶段性成果之一。

① 参见鲍永玲:《欧洲难民潮冲击下的多元文化主义政策危机》,《国外社会科学》2016年第6期,第65页。

② 《联合国难民署高专菲利普·格兰迪在世界难民日发表致辞》, <http://www.unhcr.org/cn/11731-难民署高专菲利普·格兰迪在世界难民日发表致辞.html>, 2018年8月20日访问。

势报告》数据显示,^①越来越多的难民处于岌岌可危境地,但仅仅依靠以上三种安置方案应对由难民大规模流动而引发的复杂情势却远远不够,难民大规模流动问题的解决关键在于联合国难民署主导下的国际合作与责任分担。^②

一、难民大规模流动的界定及成因

(一)难民大规模流动的界定

为了引导难民有序流动,实现大规模流动难民以自愿、安全、有尊严和可持续的方式返回,联合国大会第71届会议将《关于难民和移民的纽约宣言》^③(以下简称《纽约宣言》)作为提交解决难民大规模流动问题高级别会议的决议草案,号召国际社会通过合作更好地应对难民大规模流动这一愈演愈烈的全球性问题。

《纽约宣言》第一次以联合国大会决议通过的宣言形式,界定了“难民大规模流动”这一概念,提出其中应该考虑的四点因素:第一,涌来的人数;第二,经济、社会和地理环境;第三,接收国的应对能力;第四,突如其来或旷日持久的流动的影响。《纽约宣言》指出“大规模流动”可能涉及难民或移民的混合流动,难民和移民流动的原因不同,但所走的路线可能相似,“大规模流动”的概念在于定义难民的非正常流动,而并不包括诸如移民从一个国家到另一个国家的正常流动。^④难民大规模流动的责任通常由难民接收国承担,然而因为涉及由于不同原因和采用非正常渠道流动的混合人口流,^⑤大部分难民接收国自身经济不发达,应对能力有限,国际合作和责任分担显得尤为重要。

虽然《纽约宣言》对“难民大规模流动”的概念进行了界定,但是由于每个国家或地区应对难民大规模流动的承受能力不同,所以“大规模”的认定一方面需要参考《纽约宣言》中的四点因素,另一方面也需要根据个案,在具体情势中判断“难民大规模流动”的规模和影响。

(二)难民大规模流动的原因

难民大规模流动是一个涉及国际法、国际关系、国际政治、经济学和人口学等

① See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

② See Kevin Appleby, *Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees*, 5 *Journal on Migration and Human Security* 794 (2017).

③ 2016年9月19日,193个联合国会员国在纽约联合国总部一致通过《关于难民和移民的纽约宣言》。

④ See UN, A/RES/71/1, para.6.

⑤ See UN, A/70/L.34, para.4.

诸多学科的复杂问题。笔者认为,难民大规模流动的原因,可以从人口学的“推拉理论”(push-pull theory)中得到解释。

推拉理论认为,人口迁移是两种不同方向作用力的结果。在人口流出地存在着一种起主导作用的“推力”把居民推出居住地;而在人口涌入地则存在“拉力”因素把外地人口吸引进来。^①“推”和“拉”构成了人口流动的根本原因,而难民的大规模流动在适用推拉理论的过程中也呈现其特殊性,即与普通的人口流动相比,难民流出地的推力比难民涌入地的拉力更加重要。

虽然作为经济因素的“拉力”,例如,稳定的生活环境、成熟的经济制度和健全的社会福利等是大多数国际移徙的驱动力,并在一定程度上引导了难民大规模流动的方向,但是就大规模流动的难民而言,战争、冲突、暴力、迫害、政治压迫等才是导致流动的主要原因。^②因此从推拉理论“推力”的角度分析,产生难民大规模流动现象主要有以下三点原因:

1. 战争和武装冲突

20世纪,战争的国际化、东欧和巴尔干地区旧帝国的解体、民族国家的扩大和增加过程中产生的矛盾以及生态环境的每况愈下,导致难民大规模流动。^③其中,20世纪50年代以前的难民大规模流动和两次世界大战密不可分;而德国是第二次世界大战难民潮的发动机和难民集散中心。^④

根据联合国数据统计,大规模内战在1990年到2000年之间数量逐步减少,然而从2007年开始则由4个增加到了2014年的11个。^⑤虽然每次冲突的根源不同且原因复杂,但结果往往是产生大量的难民,他们被迫远离家园,在城市间辗转,甚至远渡重洋、跨越边界寻求庇护。与此同时,在受冲突影响的脆弱国家,同时还会滋生跨国犯罪集团,对冲突后国家的稳定和建设造成威胁。

虽然国际社会针对战争和武装冲突已经建立了完整的条约体系,但是少数国家对战争行为基本规则的不尊重也会影响其他国家的判断和遵守;武装冲突各方对国际人道法的无视,也直接导致了难民潮的卷土重来。难民是战争和武装冲突的直接产物,国际社会未能处理难民原籍国的武装冲突和暴力侵犯人权行为等问

^① 参见吕晨:《人口的迁移与流动——人口空间集疏的机理研究》,中山大学出版社2014年版,第12页。

^② See UN, A/70/L.34, para.7.

^③ 参见闫金红:《解读难民政策——意识形态视阈下美国对社会主义国家的研究》,人民日报出版社2014年版,第65页。

^④ 参见宋全成:《欧洲移民研究:20世纪的欧洲移民进程与欧洲移民问题化》,山东大学出版社2007年版,第74页。

^⑤ See UN, A/70/709, para.6.

题是导致难民大规模流动的主要原因。^①

2. 民族、种族、宗教冲突

在20世纪和21世纪之交,不仅是局部战争和武装冲突,民族、种族、宗教冲突也导致了难民的大规模流动。^②如果在时间上把难民问题分为“冷战”“冷战后”“21世纪”三个时期,“冷战”时期的难民大规模流动问题往往带有大国特别是超级大国争夺的背景,在某种程度上可以说是大国较量的产物。“冷战”结束以后,难民潮产生的原因出现了新的特点,难民潮的爆发与民族、种族和宗教冲突密不可分,几乎每一次难民的大规模流动,都有民族、种族和宗教冲突因素的影响,^③索马里南部的少数族裔在索马里内战爆发后为躲避屠杀,不得不外逃他国;伊拉克库尔德难民等都是例证。

1951年《关于难民地位的公约》(以下简称《难民公约》)和1967年《关于难民地位的议定书》(以下简称《难民议定书》)明确将“种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解”^④纳入到难民定义的客观方面中。国际法禁止基于种族、性别、语言、宗教、政见或其他主张、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份的任何类型的歧视。这种禁止众所周知。^⑤然而一些国家或地区的不同族裔、宗教或政治派别间存在不信任和紧张关系,一旦爆发冲突,难民大规模流动的现象便接踵而至。

3. 环境因素

2012年,瑞士和挪威提出了“南森倡议”(Nansen Initiative),建议考虑因自然灾害和气候变化而导致的人口大规模跨界流动情形,并在国家政策和实践层面,对“环境难民”的大规模流动予以关注。《2015—2030年仙台减少灾害风险框架》也呼吁各国采取措施,减轻灾害风险和解决由此造成的难民大规模流动的问题。^⑥

① See Victoria Metcalf-Hough, A Migration Crisis: Facts, Challenges and Possible Solutions, <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/9913.pdf>, visited on 7 September 2017.

② See Kevin Appleby, *Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees*, 5 *Journal on Migration and Human Security* 791 (2017).

③ 参见宋全成:《欧洲移民研究:20世纪的欧洲移民进程与欧洲移民问题化》,山东大学出版社2007年版,第225页。

④ 《难民公约》第1条第1款乙项。

⑤ See UN, A/70/L.34, para.14.

⑥ See United Nations High Commissioner for Refugees, *Global Trends—Forced Displacement in 2016*, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

沙漠化、盐碱化和气候变暖等环境因素,导致“环境难民”的大规模流动。^①环境难民大规模流动情形虽然也引起了国际社会特别是联合国难民署的广泛关注,但是“环境难民”并不符合《难民公约》《难民议定书》以及《联合国难民署章程》对难民的定义,故本文对此不作进一步讨论。

二、难民大规模流动下联合国难民署的应对机制

联合国难民事务高级专员办事处(Office of the United Nations High Commissioner for Refugees),简称联合国难民署(UNHCR / The UN Refugee Agency),成立于第二次世界大战结束后,由联合国大会于1950年12月14日创立,总部设在日内瓦。联合国难民署受联合国委托负责指导和协调世界范围内保护难民的国际行动。联合国难民事务高级专员是难民署的最高负责人,现任高级专员自2016年起由意大利外交官菲利普·格兰迪担任。

联合国难民署是1951年《难民公约》和1967年《难民议定书》的坚定守护者和践行者,它的首要目标是保护难民的基本权利,而最终目标是帮助他们找到长远的解决方案,让难民能够重获尊严并在和平环境中重建生活。目前联合国难民署主要通过自愿遣返、重新安置和融入本土三种机制应对难民大规模流动现象。^②

(一)自愿遣返

自愿遣返是指难民在自由和知情的前提下决定安全并有尊严地返回原籍国,重新得到自己国家的保护。在难民自愿选择回原籍国且原籍国的状况有利于他们返回的情况下,联合国难民署会与原籍国和收容国合作帮助难民返回。

自愿遣返仍然是现阶段应对难民大规模流动的主要方式。原籍国和收容国应确保遣返出于自愿而非强迫,是根据客观分析得出的解决方案,并确保遣返在安全和有尊严的前提下进行。与此同时,为使难民重返家园,重新融入并持续发展,亦需要为难民提供足够的支持和援助。

根据2016年联合国难民署《全球趋势报告》数据统计,返回原籍国的难民人数在2016年大幅增加,达到自2008年以来的峰值,与2015年的20.14万人相比,增加了一倍左右,达到55.22万人,其中大约90%自愿遣返的难民得到了联合国难民署的援助。然而,由于难民潮的爆发和难民人口总数的大幅增加,同时缺乏有利于难民返回原籍国的条件,自2013年以来,自愿遣返的难民人数在难民总数

^① See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

^② See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

中的比例不到5%,远低于每年新增难民的人数。^①

难民已经返回的国家或地区的数量从2015年的39个增加到2016年的40个。阿富汗的难民返回人数从2015年的6.14万人增加到2016年38.4万人,连续两年成为返回难民人数最多的国家。这些难民绝大多数由巴基斯坦返回原籍国,另一部分则从伊朗返回。苏丹报告的难民自愿遣返人数为3.72万人,几乎全部来自乍得。据报道,大约有3.61万名难民返回索马里,其中大部分来自肯尼亚,一小部分来自也门。^②

由于难民返回本国的情况复杂,难民返回后的生活环境令人担忧。难民自愿遣返的最佳状态是难民的返回与新增难民的数量达到合理的平衡。而达到这一最佳状态,一方面需要各方协调一致作出努力以消除导致难民流离失所的根源,另一方面难民原籍国应支持选择返回者的重新融合。^③

(二)重新安置

重新安置又称异地安置,是让难民离开入境国,合法地在另一个国家定居并受到法律保护,享有《难民公约》和《难民议定书》赋予的政治、经济、社会和文化权利。重新安置可以让难民在一定时候成为入籍公民。但是,被安置到第三国并不是一项权利,联合国难民署不能保证所有被核实的难民都能得到安置。在全球范围内,接纳难民重新安置的国家数量很少。每一个安置国对安置申请的接受标准都有所不同。安置的过程通常十分漫长。由于每一个安置国的安置政策及每一个案的具体情况都不尽相同,重新安置平均需要花费的时间难以计算。

据各国政府数据统计,在2016年期间,重新安置难民总数为18.93万人,比2015年的10.71万人增加了77%。在2016年接收重新安置难民的国家中,美国接收的难民人数所占比例高达51%,共计重新安置了9.69万名难民。其他主要的接收国还包括加拿大(4.67万人)和澳大利亚(2.76万人)。^④

联合国难民署在2016年帮助16.26万名难民实现了重新安置,比2015年增加21%,是20年来的最高水平。来自叙利亚的难民申请重新安置人数最多,共计有7.72万人。其次是来自刚果(金)、伊拉克、索马里和缅甸的难民。以上5个国家

① See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

② See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

③ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

④ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

的难民合计占到了重新安置难民人数的80%以上。^①共有来自69个国家的难民从83个国家或地区重新安置到了37个国家。^②

根据世界银行的报告,难民得到重新安置的平均时间长达18年。^③尽管联合国难民署并不是负责难民重新安置的唯一主体,一些国家也接受独立于联合国难民署之外的重新安置申请以实现家庭团聚,但是国际社会重新安置难民的能力仍然十分有限。

(三)融入本土

融入本土又称就地融合,是让难民融入庇护国(地区),使他们得到庇护国(地区)政府的保护。这是一种持久解决难民大规模流动的办法。然而难民融入本土是一个复杂而渐进的过程,需要难民个人和接收难民国家的共同努力,难民在庇护国寻找永久性住所并融入当地社区的同时,也应在法律、经济、社会和文化方面享有独立但平等的权利。^④

难民融入本土所涉及的问题较为复杂,衡量和量化难民是否成功融入本土并不容易。在法律上,最大程度上的融入通常反映在获得持久的法律地位。归化(naturalization)通常是融入本土的重要手段,也就是难民获得庇护国的公民身份或国籍。然而,对归化的数据统计并不十分准确,它不得受数据可用性和覆盖率以及政策和法律变化的限制,尤其是这些数据难以在难民和非难民入籍上加以区分。因此,这些数据只能作为参考,并且根据该数据所作的解读可能也低估了难民入籍的难度。

2016年,有23个国家报告其至少有1例难民入籍,而2015年则有28个国家。联合国难民署2016年安排了2.3万名难民入籍,而2015年则为3.2万名。其中,加拿大报告的接收难民入籍的人数最多,达1.63万人,虽然这大大低于它2015年报告的2.59万人。其他报告在2016年接收较多难民入籍的国家是法国(3200人)、比利时(1400人)和奥地利(1200人)。^⑤

综上所述,联合国难民署对难民大规模流动的情势表示关注,全力帮助难民

① See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

② See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

③ 参见史蒂芬·安格内特、安妮·科赫:《联合国难民峰会的意义和契机》,王菲菲译,《环球财经》2016年第9期,第41页。

④ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

⑤ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

寻求长远的解决方案。然而面对数百万大规模流动的难民,传统的自愿遣返、重新安置和融入本土安置机制在实践中面临诸多困境。

三、难民大规模流动下联合国难民署面临的困境

在与难民有关的条约体系中,难民享有在大规模流动情势下自由迁徙自由和在除因国家安全和公共秩序原因外不被驱逐的权利。在难民大规模流动情势出现后,联合国难民署作为联合国体系内处理难民事务的专门机构,通过自愿遣返、重新安置和融入本土等传统方式和紧急庇护、集群保护等非传统途径予以应对。然而难民大规模流动有着突发和无序等特点,联合国难民署在应对之际也面临难民公约和议定书对难民定义过窄、难民来源国与收容国责任分担不均以及联合国难民署与国际移民组织缺乏明确分工等诸多困境。

(一)《难民公约》将难民定义局限于政治难民

1951年《难民公约》和1967年《难民议定书》是国际难民法的重要渊源,也是国际社会应对难民大规模流动的法律基础。然而《难民公约》和《难民议定书》的订立至今已有半个多世纪,难民情势也由欧洲范围内小规模流动的政治难民逐渐转变为世界范围内政治难民、战争难民混合流动的难民潮。《难民公约》和《难民议定书》也面临着定义过窄、程序缺失等诸多困境。

1951年《难民公约》确定了国际法上难民的基本定义,^①而1967年《难民议定书》并未对《难民公约》的定义作出任何改变,只是废除了有关时间和地域上的限制。《难民公约》和《难民议定书》所确定的难民定义,是因“畏惧迫害”而产生的传统政治难民。^②虽然该定义在公约制定时符合当时国际社会对“难民”的理解,但是难民定义本就处于发展过程中,政治难民能享受《难民公约》对难民基本权利的保护,而因战争或武装冲突而被迫大规模流入他国的“战争难民”则随时面临着被推回的险境。

在实践中,1969年《非洲统一组织关于难民问题某些特定方面的公约》(以下简称《非洲难民公约》)将难民的适用范围扩大至包括由于外来侵略、统治、占领或危及公共秩序的事件等原因而被迫离开其常住地到其原住地国家或其国籍国以

① 根据《难民公约》第1条第1款乙项,难民是指“由于1951年1月1日之前发生的事情并因有正当理由畏惧因种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政见的原因留在本国之外,并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人;或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人”。

② 参见罗超、高鹏:《国际难民问题的挑战、应对及中国的参与》,《世界政治与经济论坛》2017年第2期,第140页。

外的另一地去避难的人。^①1984年《关于中美洲难民国际保护的卡塔赫纳宣言》(以下简称《卡塔赫纳宣言》)除了与《非洲难民公约》保持一致之外,还将“国内冲突”和“大规模侵犯人权”也纳入到难民身份确定的客观原因中。新的有关难民的国际文件适应时代的发展,对难民的定义作出了不同程度的扩展。

国际社会在难民问题上的立法和实践,意味着世界各国在难民的接纳、安置、援助、保护和难民事务开支的分担上致力于加强团结与合作,以共同解决难民问题。^②《难民公约》中将难民定义局限于政治难民已不能满足联合国难民署在实践中甄别战争难民身份的需要。

(二)难民收容国承担过重难民安置责任

难民收容国与难民来源国相比,在应对难民大规模流动上承担了过多的不对称责任。难民来源国是难民大规模流动的根源,理应承担应对难民大规模流动的主要责任,然而该责任在实践中往往由难民收容国代为承担。联合国难民署2016年发布的《全球趋势报告》指出,全球难民人数在2016年破纪录地达到2250万,其中包括联合国近东巴勒斯坦难民和救济工程处(UNRWA)所负责的530万巴勒斯坦难民和联合国难民署负责的1720万难民。^③责任分担不均直接导致联合国难民署在应对难民大规模流动过程中难以调和难民来源国与收容国之间的矛盾。《全球趋势报告》从来源国、收容国两个维度分析了难民大规模流动中两者责任分担不均的困境。

《全球趋势报告》指出:2016年难民的主要来源国是叙利亚,2015年叙利亚的难民人数是490万,到了2016年底,难民人数增加到了550万。^④尽管数量有所减少,但阿富汗仍然是难民第二大来源国。截至2016年底,阿富汗难民人数为250万,而2015年为270万,下降的主要原因是巴基斯坦持续最大限度收容了阿富汗的140万难民。

截至2016年底,来自缅甸的难民人数从2015年的45.18万人上升到49.03万人。根据数据统计,其他主要的难民来源国还包括:越南(32.94万人)、伊拉克(31.6万人)、哥伦比亚(31.11万人)、卢旺达(28.61万人)、乌克兰(23.91万人)和尼

① 参见苏琳婧:《国际难民保护制度的困境及出路探析》,外交学院2016年硕士学位论文,第21页。

② 参见《国际公法学》编写组:《国际公法学》,高等教育出版社2016年版,第248页。

③ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

④ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

日利亚(22.93万人)。^①

总体上,大规模流动的难民来源国中前10个国家的难民总计多达1350万人,占由联合国难民署负责援助难民总数的79%,这一数据与2015年的76%相比有所增加。而这10个国家除叙利亚外,都被认为是最不发达国家,无法承担管理难民大规模流出的工作;而这些难民往往文化程度不高、经济能力较弱,给收容国带来较大的管理压力。^②

在2015年,土耳其是接纳难民人口最多的国家。截至2016年底,土耳其接纳难民的人数达到290万,高于2015年12月的250万。土耳其所接纳的绝大多数难民来自叙利亚,280多万叙利亚难民占土耳其收容难民总数的98%以上,其中还包括约33万新登记的叙利亚难民。此外,还有其他国家的难民也在土耳其寻求庇护,其中伊拉克有3.04万名难民在土耳其登记,伊朗有7000名,阿富汗有3400名,索马里有2200名。^③

巴基斯坦接纳难民人数占全球第二,尽管人数减少的主要原因是难民的返回。2015年底,巴基斯坦有160万难民,而2016年底,巴基斯坦接纳的难民数量缩减到140万,主要原因是大约有38万左右的难民返回原籍国。而巴基斯坦的难民几乎完全来自它的邻国阿富汗。^④根据数据的统计汇总,由于难民身份的注销和难民离开以寻求重新安置,黎巴嫩接纳的难民人数也略有减少。但是,与2015年它所接纳的110万难民人数和2014年的120万难民人数相比,截至2016年底,黎巴嫩仍然接纳了超过100万难民。黎巴嫩大部分难民来自叙利亚(100万人),6500人来自伊拉克。^⑤

在德国,由于2015年和2016年初通过了大量新的庇护申请,难民人口大幅度增加。到2015年底,德国的难民人数为31.61万人,而一年之后这个数字为66.95万。大部分难民来自叙利亚(37.51万人),同时,其他的难民来源国还包括伊拉克(8.6万人)、阿富汗(4.63万人)、厄立特里亚(3万人)、伊朗(2.29万人)和土耳其(1.91万人)。^⑥

^① See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

^② See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

^③ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

^④ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

^⑤ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

^⑥ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

可见,发展中国家在收容难民方面承担着不成比例的安置责任。根据联合国难民署数据统计,排在前10位的难民收容国中有9个是发展中国家,其中还有3个国家,即刚果(金)、埃塞俄比亚和乌干达,被列为最不发达国家。^①

联合国难民署除了面临难民收容国承担过重难民安置责任的困境之外,还需要处理与国际移民组织之间的职能分工问题。

(三)联合国难民署与国际移民组织缺乏明确分工

联合国难民署虽然在设立之初是以解决难民问题为宗旨,但是经过近70年的发展,难民署所关注的人群早已不局限于《难民公约》和《难民议定书》中定义的难民,而是包含了战争、内乱和外来侵略等原因造成的难民,^②以及在数量上已经超过难民的流离失所者,同时还兼顾寻求庇护者、自愿遣返者和无国籍人。

国际移民组织的行政机构由行政署、执行委员会、理事会、总干事四部分组成。国际移民组织在成立后作为关于移民问题的政府间国际组织,一直处于联合国体系之外。^③2016年第71届联大解决难民和移民大规模流动问题高级别会议,是联合国历史上首次召开的国家元首和政府首脑级别的应对难民和移民问题的高级别会议,国际移民组织也在该会议上成为联合国系统的一个专门机构。

联合国难民署和国际移民组织在职能上存在一定程度的交叉,而部分国家在应对难民和移民大规模流动的同时,也并未就难民与移民作出适当、合理的区分。首先,理论上难民与移民的定义存在较大差别。联合国经济和社会事务部(United Nations Department of Economic and Social Affairs)将移民定义为“不考虑移民的原因和移民的身份合法与否,单纯改变其经常居住国的行为”。^④广义上的难民包括政治难民、战争难民和经济难民,是指因畏惧政治迫害、战争或自然灾害而被迫离开其本国或经常居住国而前往别国避难的人;狭义上的难民仅指政治难民。^⑤难民在身份上有强烈的政治色彩,往往是被迫离开原籍国前往他国避难的个人或群体;而移民则直接和经济发展挂钩,他们的目的更多的是前往他国寻求更好的工作和生活条件。

其次,难民与移民不仅在定义上存在明显区分,实践中难民与移民也易出现

① See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

② 参见苏琳婧:《国际难民保护制度的困境及出路探析》,外交学院2016年硕士学位论文,第21页。

③ 参见郭秋梅:《国际移民组织与全球移民治理》,暨南大学出版社2013年版,第10页。

④ United Nations Department of Economic and Social Affairs: Migrant, <https://refugeesmigrants.un.org/definitions>, visited on 10 August 2018.

⑤ 参见梁西原著主编、曾令良修订主编:《国际法》,武汉大学出版社2011年版,第257页。

身份上的混同,著名的国际难民法专家詹姆斯·哈撒韦教授认为,难民和被迫迁徙的移民混同将导致对难民地位特殊性的忽视,而使难民难以在原有的框架下得到保护。^①在大规模流动的过程中,难民与移民最大的区别在于《难民公约》第33条赋予难民的不被推回的权利。^②国际移民组织积极开展政府间合作以及和非政府伙伴的合作。从国际移民组织的名称来看,可能会产生它只关涉移民领域的误解,事实上国际移民组织的移民治理主要集中在以下四个领域:移民与发展、促进移民、规范移民、帮助被迫移民。^③而庇护者、难民和流离失所者的安置和遣返都属于帮助被迫移民领域。国际移民问题结构复杂,应对难民大规模流动只是国际移民组织的移民治理四个领域中帮助被迫移民的分支,而移民劳工、人口贩卖和偷渡、技术移民等隶属于其他三个领域的移民问题的解决都存在异质性,面临着不同的难度。国际移民组织的应对能力有极大的局限性。

尽管国际社会已逐步达成共识,那就是没有任何一个国家或组织可凭一己之力有效地管理难民的大规模流动,但是联合国难民署与国际移民组织在难民大规模流动应对上的分工不明,会导致难民不推回原则在一定程度上遭到背离,特别是在缅甸罗兴亚难民大规模流动的情势中,安置工作就因为是两方分头负责而缺乏凝聚力。^④

四、联合国难民署应对难民大规模流动的出路

如前所述,面对突发和无序的难民大规模流动,联合国难民署在应对过程中面临着诸多困境。首先,《难民公约》将难民定义局限于政治难民,已无法适应当前形势;其次,难民来源国无力管控难民大规模流动情势,难民收容国承担过重的难民安置责任,也让难民来源国与收容国在难民安置和管控的责任分担上出现裂痕;最后,联合国难民署作为应对难民大规模流动的核心机构,面临赋能缺失和与国际移民组织分工不明等多项挑战。由于新出现和尚未解决的各种冲突,世界正面临着前所未有的大规模流动难民人数。^⑤国际社会迫切需要将战争难民纳入与难民有关的条约体系,实现难民安置责任的合理分担和明确联合国难民署与国

① See James C. Hathaway, *Forced Migration Studies: Could We Agree Just to "Date"*, 20 *Journal of Refugee Studies* 349 (2007).

② 参见刘国福主编:《移民法理论与实践》,法律出版社2009年版,第305页。

③ 参见郭秋梅:《国际移民组织与全球移民治理》,暨南大学出版社2013年版,第110页。

④ See Arya Pradhana Anggakara, *Legal Protection Aspect of Refugees in Indonesia (Case of Rohingya's Refugees)*, 64 *Journal of Law, Policy and Globalization* 24 (2017).

⑤ See UN, A/70/L.34, para.15.

际移民组织的职能分工。

(一)将战争难民纳入与难民有关的条约体系

现有的难民条约体系是所有国际法主体应对难民大规模流动的法律基础。然而,无论是《难民公约》还是《难民议定书》,制定时间都在半个世纪之前,难民情势与现在有很大的不同,将难民定义限制在政治难民的框架内,符合当时国际社会的社会形势。而难民大规模流动具有突发性和无序性,这是在上述公约制定之时国际社会未曾预料到的。《纽约宣言》不同于《难民公约》和《难民议定书》,重点关注战争难民大规模流动的情势,承诺从难民局势一出现就寻求解决办法,丰富了难民的定义。

在将战争难民纳入与难民有关的条约体系过程中可考虑借鉴《非洲难民公约》和《卡塔赫纳宣言》的规定,将“武装冲突”和“大规模侵犯人权”也纳入到难民身份认定的客观原因中。《非洲难民公约》规定该公约缔约国必须接受逃离社会动荡、普遍暴力和战争的难民身份申请,无论其是否有充足理由担心自己受到迫害。^①该公约扩大了难民定义的客观方面,将战争难民概念纳入到区域性国际公约中,联合国与难民有关的条约体系也可借鉴。

(二)实现难民安置责任的合理分担

联合国难民署应与包括难民来源国以及收容国在内的有关国家密切协调,在其他有关联合国实体参与下,针对每个难民大规模流动局势制定和提出“难民问题全面响应框架”(Comprehensive Refugee Response Framework)(以下简称“全面响应框架”),以应对难民大规模流动中难民来源国与收容国责任分担不均的问题。

难民来源国与收容国在应对难民大规模流动上承担着不对称的安置责任。难民之所以大规模流入收容国,大多数是由于来源国爆发“国内冲突”或出现“大规模侵犯人权”的行为,形成强大的“推力”将难民推向它国。然而,难民来源国由于自身的能力有限和情势的突发,无法对难民大规模流动的方向进行引导,导致难民收容国承担了过重的责任。因此,《纽约宣言》的附件一难民问题全面响应框架提出联合国难民署将和有关伙伴从以下三方面对收容国和收容社区予以支持:

第一,在难民大规模流动发生之前或之后,实施一项联合、公正和迅速的风险和(或)影响评估,以确定并优先处理难民、国家和地方当局及因难民存在而受影响社区的所需援助。

第二,酌情将难民问题全面响应框架纳入国家发展规划,以加强为收容社区和难民提供基本服务和基础设施的工作。

第三,考虑到需求的增加和对社会服务的压力,努力为国家 and 地方政府

^① 参见刘国福:《国际难民法》,世界知识出版社2014年版,第7页。

当局和其他服务提供者提供充足的资源,但不影响官方发展援助。方案应有利于难民、收容国和收容社区。^①

一方面,难民来源国应确保承认人人有权离开任何国家,包括自己的国家,并有权返回自己的国家,同时根据国际法规定的义务,在安全的前提下,在充分尊重人权的情况下,履行接受本国国民的义务,并考虑采取便利措施归还其财产,帮助回返者重新融入社会和经济生活;^②另一方面,《纽约宣言》确立难民来源国将为难民安全和有尊严地返回原籍国创造条件,强调全面响应框架必须消除暴力和武装冲突等难民大规模流动的根源,实现必要的政治与和平解决争端,并协助重建努力。难民收容国在与联合国难民署、联合国近东巴勒斯坦难民救济和工程处以及其他联合国实体、金融机构和其他有关伙伴合作应对大规模难民流动的同时,应适当考虑到它们的能力及其根据国际法承担的义务。

(三)明确联合国难民署与国际移民组织的职能分工

应对难民大规模流动的出路不仅在于制定难民问题全面响应框架,达成全球难民契约,也在于明确联合国难民署与国际移民组织的责任分担。

1. 确认联合国难民署的核心地位

《难民公约》在序言中明确提出,“注意到联合国难民事务高级专员对于规定保护难民的国际公约负有监督的任务,并认识到为处理这一问题所采取措施的有效协调,将依赖于各国和高级专员的合作”。^③不仅联合国大会确立联合国难民署在应对难民大规模流动时的核心地位,其他区域性条约也对难民署的国际地位予以了肯定。^④如非洲联盟的前身非洲统一组织在1969年《非洲难民公约》中强调了《难民公约》在难民保护领域的地位,明确了联合国难民署在非洲难民保护中的作用。^⑤同样,作为中美洲难民保护的行动纲领,1984年《卡特赫纳宣言》的第一部分就提到了联合国难民署的核心地位。^⑥

确认联合国难民署在应对难民大规模流动中的核心地位,有利于难民问题的持久解决。难民问题的根源在于难民来源国,解决难民问题的关键在于国际合作。联

^① See UN, A/RES/71/1, Annex I, para.8.

^② See Kevin Appleby, *Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees*, 6 *Journal on Migration and Human Security* 780 (2017).

^③ 《难民公约》序言第6段。

^④ See Will Jones & Alexander Teytelboym, *Matching Systems for Refugees*, 5 *Journal on Migration and Human Security* 667 (2017).

^⑤ 参见《非洲难民公约》序言第11段。

^⑥ 参见《卡特赫纳宣言》第1章第4段。

联合国难民署以它践行多边主义的行动印证了它在应对难民大规模流动情势中的核心作用。

2. 重视国际移民组织的辅助地位

国际移民组织自成立伊始就与联合国难民署一直保持着协作与互动,共同处理移民和难民的有关问题。《联合国宪章》第57条和第63条规定,联合国可与在某一特定业务领域负有广大国际责任的政府间专门性国际组织订立协定,使之成为其体系下的专门机构。^①移徙终于纳入到联合国人道主义机制和发展机制的工作之中,而在2016年国际移民组织也成为联合国系统的一个专门机构。

国际移民组织作为负责应对移民问题的国际组织,在成为联合国系统的一个相关组织后,与联合国结成一种更加密切的法律和工作关系。^②联合国难民署依靠自愿遣返、就地安置和融入本土实现大规模流动情势下难民的安置;国际移民组织通过帮助被迫移民而参与到难民治理中。重视国际移民组织的辅助地位,就是要在难民安置上,重视国际移民组织帮助被迫移民的经验,在甄别难民的过程中加强与国际移民组织的合作,提高甄别效率。国际移民组织在应对难民大规模流动中的辅助地位不应因联合国难民署的核心作用而忽视。

五、结论

联合国难民署的《全球趋势报告》指出,大量的难民在流动过程中被迫以家庭为单位逃离家园,其中来自叙利亚、南苏丹、中非共和国、布隆迪及中美洲等地的难民以家庭为单位被迫逃亡的人数上升至历史新高。^③难民大规模流动问题本质上是难民跨国无序流动的问题。保护难民是联合国难民署的基本职责,特别是面对难民大规模流动的特殊情形,联合国难民署着力避免未经评估分析就对难民强行遣返,从而保障难民潮中的每一个人都有寻求庇护的权利。^④联合国难民署通过自愿遣返、重新安置和融入本土等机制应对难民的大规模流动情势。然而,在实践中联合国难民署面临难民定义过窄、难民来源国与收容国责任分担不均、联合国难民署与国际移民组织缺乏明确分工等诸多困境。

① 参见张丽君:《全球政治中的国际组织(IGOs)》,华东师范大学出版社2017年版,第35页。

② See UN, A/RES/71/280, para.3.

③ See United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends—Forced Displacement in 2016, <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/>, visited on 7 September 2017.

④ See Marjoleine Zieck, *Refugees and the Right to Freedom of Movement: From Flight to Return*, 39 Michigan Journal of International Law 22 (2018).

因此,国际社会迫切需要将战争难民纳入与难民有关的条约体系,实现难民安置责任的合理分担,同时明确联合国难民署与国际移民组织的职能分工。责任分担是联合国难民署应对难民大规模流动问题的核心。联合国大会在各项决议中反复强调应加强分担对难民的责任。联合国大会于2018年12月17日通过了一项具有历史性意义的国际框架——《难民问题全球契约》,旨在改变世界各国应对大规模流离失所民众和难民危机的方式,使难民和收容他们的社区都能够受益。《难民问题全球契约》以现有的难民国际法律制度为基础,以实现难民安置责任的合理分担为宗旨。^①然而,《难民问题全球契约》本质上只是一个用于加强国际合作而不具备任何法律约束力的框架协议。难民大规模流动问题的最终解决,仍然有赖于难民来源国与收容国在联合国难民署主导下实现的合作。

The Large Movements of Refugees and UNHCR's Response, Plight and Way out

Abstract: The refugee crisis in Europe has brought the problem of large movements of refugees to the fore, which has aroused widespread concern of the international community. UNHCR responds to large movements of refugees through voluntary repatriation, resettlement and local integration. However, in practice, UNHCR is in the plight that the definition of convention refugees is too narrow, the burden sharing between the countries of origin and the host countries is unequal, and there is no clear division of labor between UNHCR and IOM. In the context of large movements of refugees, there is an urgent need for the international community to integrate war refugees into the refugee-related treaty system, to achieve a reasonable sharing of refugee resettlement responsibilities, and to clarify the division of functions between UNHCR and IOM.

Key words: UNHCR; refugee crisis; large movements of refugees; New York Declaration for Refugees and Migrants; resettlement of refugees

(责任编辑:石磊)

^① See UN Affirms “Historic” Global Compact to Support World’s Refugees, <https://news.un.org/en/story/2018/12/1028791>, visited on 18 October 2018.