

# BBNJ环评实施过程中的关键分歧

## ——法理探究和协调对策

曹怡昕

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年8月2日; 录用日期: 2022年9月8日; 发布日期: 2022年9月15日

### 摘要

国家管辖范围外海域生物多样性养护和可持续利用协定中的环境影响评价制度(以下简称BBNJ环评)是目前国际上认同度最高的海洋治理安排之一。对BBNJ环评实施过程中的关键分歧开展法理探究有助于我们超越传统的利益分析路径, 从而为后续谈判提供兼顾学术合理性和现实可行性的对策建议。环评实施过程的焦点问题在于“阈值”和“环评结果与决策的关系”。本文认为, 普遍适用单一高阈值对BBNJ环评而言最为合理, 而预留特殊规制则会确保协定的灵活性。BBNJ环评的不利结果对决策不会产生决定性影响是符合法理和现有法的务实判断, 但考虑到BBNJ环评的特殊性, 有必要借助环评义务群和国际机构以增加环评报告对决策的影响力。

### 关键词

BBNJ协定, BBNJ环境影响评价, 阈值, 环评报告

# The Key Differences in the Implementation of the Environment Impact Assessment System in BBNJ Agreement

## —Jurisprudential Study and Coordination Countermeasures

Yixin Cao

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 2<sup>nd</sup>, 2022; accepted: Sep. 8<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 15<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

The environment impact assessment system in BBNJ Agreement (EIA in BBNJ) is one of the most well-recognized ocean governance arrangements. The jurisprudential study of the key differences in the implementation of the EIA in BBNJ will help us to transcend the traditional path of state interests analysis and put forward countermeasures and suggestions of the follow-up negotiations that take into account rationality and feasibility. The focus of the EIA implementation process includes the threshold and the impact of the EIA report on decision-making. The paper holds that, establishing a single high threshold is the most reasonable plan for the EIA in BBNJ, while special regulations are conducive to ensuring the flexibility of the BBNJ agreement. The judgement that adverse results of the EIA report will not have a decisive impact on the decision-making is in line with the jurisprudence and Lex Lata, but considering the particularity of the EIA in BBNJ, it is necessary to increase the influence of EIA report on decision-making by means of EIA obligation group and international institutions.

## Keywords

BBNJ Agreement, EIA in BBNJ, Threshold, EIA Report

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

环境影响评价(Environmental Impact Assessment, 下称环评)是“评价拟议活动对环境可能影响的程序”,<sup>1</sup>对于旨在保护环境或促进可持续发展的法律规制体系,<sup>2</sup>环评构成了有效的决策辅助工具和必要的预防性措施。在国家管辖范围外海域生物多样性养护与可持续利用协定(The Convention on Marine Biodiversity Conservation and Sustainable Utilization beyond Areas of National Jurisdiction, 下称“BBNJ 协定”)的“一揽子交易”(Package deal)中,环评议题是认同度最高的海洋治理安排[1]。谈判各方意图在 BBNJ 协定第五次政府间大会期间达成“案文上的共识”,即成功议定草案。强烈的政治意愿带来了过高期待,各国确实在环评的一般义务和技术性事项上展现出较多共识,但求同意愿并未伴随更多求同动作。各国竞存的利益立场、意见和建议被充分表达但远未“合众为一”,受制于协定的谈判模式,少数关键分歧会成为“协商一致”无法逾越的障碍并阻碍整体谈判进程[2]。

笔者认为,阻碍国际谈判的分歧包括“利益分歧”和“认知分歧”,前者意指各国的利益立场有异,在主权利益和人类共同利益间也存在持续的紧张关系;认知分歧则是因为各国对 BBNJ 环评这一涉及多学科的高度复杂体存在认知差距,理论诠释尚不通达。协商一致不仅需要“协调利益分歧”的政治谈判过程,也需要“弥合认知分歧”的规范说理过程。为提供相应的理论支撑和智力支持,学者们尤应注重法理探究,学界当前的研究范式更偏爱国家利益分析,法理探究的重要性常被低估,但后者却是保证国际法建立在“优势理性”而非“优势武力”之上的关键[3]。唯此才能提出既符合权力政治运作规律,又

<sup>1</sup>此处援引了1991年《跨界环境影响评价公约》(埃斯波公约)第1(vi)条中给出的环评的术语定义。

<sup>2</sup>有关环境的国际法和有关可持续发展的国际法在规则、原则、技术和制度上存在较多重合,当前国际环境法的大部分内容都可被视作是旨在促进可持续发展“领域”的法律,但二者仍然存在着细微但重要的差别,特别是它们的目标并不是同一的,可持续发展在环境关切之外也同样关注经济发展。

符合国际法一般原理的协调对策。

## 2. BBNJ 环评的阈值：普遍标准和特殊规制

BBNJ 环评议题涉及环评的实施过程和管理制度[4]。后者本质上是一个跨领域问题(Cross-Cutting issue)，有赖于“领域内”问题的先行解决，<sup>3</sup>是故本文将聚焦 BBNJ 环评的实施过程，关注在环评的阈值和决策问题上存在的分歧。

阈值(Threshold)是启动环评的门槛，也即触发 BBNJ 环评的标准。具言之，国家要进行筛选(Screening)，评价拟议活动是否存在达到或超过阈值的风险从而确定是否有开展环评的义务。各方就阈值问题的争议可被概括为以下两点：第一、BBNJ 环评的阈值应采“重大和有害的变化”还是“轻微或短暂影响”？应设置单一还是分层阈值？第二、环评阈值是否有必要对特殊区域实施特殊规制？

### 2.1. BBNJ 环评应以“重大和有害的变化”作为单一阈值

联大第 69/292 号和 72/249 号决议指明了 BBNJ 协定从属于《联合国海洋法公约》(下称《公约》)框架的法律事实。《公约》第 204、205 和 206 条涉及海洋环境影响评价制度[5]，第 206 条的专门规定更被公认为提供了 BBNJ 环评基本的框架要素[6]。“重大污染或重大和有害的变化”是《公约》环评的阈值，此种单一高阈值模式亦为大多数国际文书所沿用。<sup>4</sup>BBNJ “协定草案修改稿”中提供了三种备选方案：第一、以“重大和有害的变化”作为单一阈值；第二、以“大于轻微或短暂的影响”作为单一阈值；第三、参照《关于环境保护的南极条约议定书》(马德里议定书)设置分层阈值。

#### 2.1.1. 环评阈值是否适当取决于能否实现协定所设立的目标

上述三种方案中，第二、三种方案都采用了比《公约》更低的阈值，故在字面上已经偏离了《公约》第 206 条的规定，这超越了联大决议关于 BBNJ 协定的谈判过程和结果“应符合”“不得损害《公约》”的授权范围[7]。但超越授权的方案并非绝对不可采纳，有必要进一步探究在偏离的表象之下是否蕴含充足理由。

一些国家和地区(以色列、印度尼西亚、加勒比共同体、韩国、新西兰等)赞同第三种方案，它们的理由是：和“大于轻微或短暂的影响”的单一低阈值相比，分层阈值在筛选阶段会依据损害风险的不同程度而采取相应的判定过程，对低风险活动只需做初步判断，此种“过滤机制”可以降低对环境影响较小活动进行规制的成本；与此同时，相比采用“重大和有害的变化”的单一高阈值，分层阈值更契合对生物多样性较高的养护要求。简言之，第三种方案超越授权的行为值得辩护，因为分层阈值具有更高的“成本效益性”(cost-effectiveness)和更多的环境关切(environmental concerns) [8]。

然而上述辩护的论证部分并不完备，这是因为要证成“分层阈值比依循《公约》的单一高阈值更为适当”的结论，不仅要证明分层阈值在实现养护目标上更为优越，还要论证单一高阈值并不足以保护环境，特别是无法实现“养护和可持续利用生物多样性”的基本目标。这是因为若单一高阈值已经是充分的，则无越权“增加实体”之必要。<sup>5</sup>

阈值的设置反应了特定规制体系对于环境“风险”的容忍程度，测度阈值是否“适当”是一个价值判断的过程，适当与否的判断标准主要取决于能否实现基本文件所设立的目标[9]。进行判断不能从生物多样性的概念本体出发，拿理想主义的抽象养护要求来“证否”具体阈值的规制有效性，妥当的做法是立足 BBNJ 协定的具体语境，综合考虑协定的二元目标、生物多样性的“价值形式”和“生境环境的基

<sup>3</sup>简言之，首先要明确环评的实施过程，然后才能讨论如何管理这个过程。

<sup>4</sup>大多数国际文书均选择了与《公约》措辞有异但实质相同的阈值，包括《里约环境与发展宣言》(原则 17 号)《生物多样性公约》(第 14 条)和《埃斯波公约》(第 2 条)等。

<sup>5</sup>即著名的奥卡姆剃刀原理：如无必要勿增实体。

本情况”，即依据 BBNJ 协定所欲达到的目标和所要解决问题的具体性质来判断特定阈值是否“适当”。

### 2.1.2. 单一高阈值更能兼顾“养护和可持续利用”

分层阈值往往依赖强有力的法律规制体系，譬如《马德里议定书》中的环评制度便从属于《南极条约》体系。由于脆弱或特殊的生态系统难以承受错误选择的后果，规制体系对环境风险的容忍程度很低，因此经济和政治等因素所占权重较为次要，环境的“人类共同利益”属性和“固有价值”得以凸显。相关国际法仅是环境相关的国际法而无涉“可持续发展”领域，环境关切此时处于无可辩驳的优越地位，模式复杂的分层阈值可确保大多数活动都会被给予某种形式的环境影响评估从而避免错误选择，同时强有力的法律规制体系也保障了环评分层阈值的有效实施以确保履约。然而国家管辖范围以外海域的地理范围极广，无法一般性地断言生境是脆弱的，协定谈判的现实情况也不支持 BBNJ 协定建立起强有力的规制体系来实施环评并控制全部活动。BBNJ 协定“养护和可持续利用的二元目标”要求环评制度必须兼顾环境和发展问题并提出平衡的阈值设置方案。

毋庸讳言，国际环境法对生物多样性养护确实提出了比传统的对特定物种的保护更高的要求<sup>[10]</sup>。后者往往是依特定物种对人类的功用，在种群数量已受威胁的时刻采取补救措施；而生物多样性养护则是将生境中的全部物种视作整体，由于生物多样性的不可替代性，相关国际文书一般以积极的养护作为基本目标，而非仅满足于通过实施“配额”等方式消极地维持“最大可持续产量”(maximum sustainable yield)。<sup>6</sup>但这并不意味着相关规制体系一定要选择分层阈值以回应更高的保护要求，譬如《生物多样性公约》在设置环评规则时也沿用了传统的单一高阈值方案。这是因为即使案文在措辞上表现为对《公约》的重述，但文书中所载“确定损害可能性”的法律原则或方法已经发生了变化，《公约》中的损害预防原则在《生物多样性公约》和 BBNJ 协定中被“风险预防原则(或方法)”所替代，风险预防原则要求各国不能以缺乏科学上的确定性为由拒绝采取包括环评在内的预防性措施<sup>[11]</sup>，故在适用时仍为确定是否有必要开展环评设定了一个比《公约》更低的门槛。

此外，适用 BBNJ 环评的典型活动主要是为获取“海洋遗传资源”而开展的生物勘探活动，由于原生境获取的采集量一般很小，抽取标本并无耗竭物种之虞。国际社会主要忧虑的是海洋遗传资源在经过生物工程转化后会因为“知识产权制度”而在法律意义上被耗竭，生物多样性正是作为经济资源而非环境要素才成为“人类共同关切事项”的。然而单个样本在未经实验室增值并转化为商业产品前并不具有经济价值，或至多只有无法预见的潜在价值，因此特定的某次原生境获取活动很难被认定为会对生物多样性的固有价值或经济价值产生不利影响，这些活动对于海洋生物多样性总体上是低风险的，错误选择也不会严重有害于环境。

综合考虑 BBNJ 协定对“环境与发展问题”“养护与可持续利用二元目标”的兼顾，法律规制体系缺乏强度的谈判现状，区域生境的脆弱程度以及生物勘探活动的低风险特征，笔者认为，沿袭《公约》第 206 条的“单一高阈值”足以实现协定的预期目标，而分层阈值方案则在超越决议授权的同时，亦有违于成本效益原则。<sup>7</sup>是故以“重大和有害的变化”作为单一阈值不仅符合了在《公约》第 206 条和众多国际文书中呈现出的现有法(Lex Lata)，而且在各方面均更具合理性。

## 2.2. 在确保阈值普遍适用性的同时也应为“特殊区域”预留规制空间

关于是否应给诸如“被确定为具有重要生态或生物意义的区域”(Ecologically or Biologically Signif-

<sup>6</sup> 以渔业资源为例，最大可持续产量是指在不损害种群本身再生产能力的情况下，渔业从种群资源中连续获得最大产量的平均值。参见，中国农业百科全书总编辑委员会水产业卷编辑委员会，中国农业百科全书编辑部。中国农业百科全书：水产业卷 下[M]。北京：农业出版社，1994。

<sup>7</sup> 单一低阈值方案意味着要注意到环境中可能发生的极细微的变化。然而国际社会对于大部分深海环境仍缺乏用以比较海洋环境变化的基线信息，这使得采用低阈值的环评方案在技术上缺乏可行性并将付出过高成本。

icant Marine Areas, EBSAs)规定特殊阈值, 谈判各方也持不同意见。“被确定为具有生态或生物意义的区域”这一概念最初是在《生物多样性公约》第7届缔约方大会上被提出并在第9届大会获得通过的[12]。BBNJ 协定谈判过程中此概念被反复提及并纳入讨论, 这体现了 BBNJ 协定“国际海洋法”和“生物多样性国际法”的双重性, 基于协定和《生物多样性公约》框架的密切关系, 源于后者的概念会为前者所征用。

概念的赞成方(如加勒比共同体、太平洋小岛屿发展中国家和拉美国家集团)认为: 如果一个区域被指定为“具有生态或生物学意义的海洋区域”, 则应对区域内活动进行强制环评, 即使相关活动只可能造成轻微或短暂的影响。该方案能够实现脆弱或特殊生境的更高保护, 也有利于和《生物多样性公约》框架实现协调。反对方则认为: 环评筛选标准的考虑因素包括了“活动”、“生境区域”以及“其他特殊考量”三点, “具有生态或生物学意义的海洋区域”中的“生境区域”特征已经被纳入筛选标准的考虑范畴并体现在阈值中, 因此仅凭区域因素的特殊性而略过活动因素进而要求强制环评的做法过于武断。在《公约》框架下直接征用《生物多样性公约》框架下的概念和标准也超越了联大决议的授权范围。基于上述原因, 大多数谈判方对于在“具有生态或生物学意义的海洋区域”中开展强制环评的方案持反对立场。

笔者认为, 要求强制环评的方案太过激进, 考虑到强烈的反对意见, 任何实质性变更“单一阈值”的修正方案皆是不切实际的。但是生境区域的特殊性确实构成了在环评中应予特殊考虑的合理原因。这是因为在活动、生境区域和其他特殊考虑这三点因素中, 生境区域对于确定阈值的权重最高。区域的特征决定了环境是否容易受到活动的影响, 当描述一种活动有害于生物多样性时, 人们只能从“从特定生态系统的反面加以认定”, 同样的活动完全可能对一区域有害, 而在另一区域中无害。由于 BBNJ 所涉海域太过宽广, 不同区域的自然禀赋所塑造的生境具有异质性, 受人类活动影响的紧迫程度也有差别, 在确保阈值普遍适用性的同时, 识别出具有特殊性的区域对于更有针对性地保护生态是有助益的。基于环境问题的复杂性, BBNJ 环评阈值不可避免地兼具普遍性和特殊性两重面相。

事实上, 基于生境区域的特殊性而规定特殊的管理工具已日益成为国际社会的惯常做法, 包括“公海保护区”在内的各种区域管理方式丰富了划区管理的法律工具箱,<sup>8</sup> 环评阈值的特殊考虑未必要表现为不切实际的“强制环评”命令, 但协定至少可以在环评章节中指出此类区域, 并提醒缔约国更加审慎地开展环评。这将便于通过 BBNJ 国际机制的后续立法对此类特殊区域采取进一步的规制行动, 以补充或修改初始协定, 从而反映未来科学知识的扩张以及规制优先选项的变迁。

总而言之, BBNJ 环评宜采单一的“重大和有害的变化”阈值, 并对诸如“被确定为具有重要生态或生物意义的区域”做出特殊安排, 从而给后续规制活动预留空间。普遍适用的单一阈值确保了环评标准的稳定性, 而特殊安排则带来了灵活性。

### 3. BBNJ 环评的决策问题: 多数派和少数派

BBNJ 环评包括“启动、执行、项目决策、决策后”全过程, 也涉及了众多有关联的其他法律规范和义务, 特别是通知协商和公众参与。这共同构建了一个要求各国在减少环境损害风险方面进行合作的伞状义务群[13]。鉴于环评在跨境合作中的核心地位, 本文姑且称之为“环评义务群”。

作为有效的决策辅助工具, 开展环评并编制环评报告的目标是在决策者决定是否许可进行某些活动前, 提供有关该活动可能造成的不利环境影响的信息, 这就引出了 BBNJ 环评的决策问题: 第一, 环评的不利结果是否会构成决策的决定性因素从而禁止拟议活动? 第二, 如果环评结果对于决策不具决定性, 那么应如何增加环评结果的影响力从而发挥其促进理性决策的功能?

<sup>8</sup> 例如国际海事组织、联合国粮农组织、国际海底管理局以及《生物多样性公约》框架均提出了不同类型、用途的敏感区和脆弱区。

### 3.1. 环评结果不构成决策决定性因素的法理论证

环评源于国内法律秩序，环评的国际法导入先后演化出“跨界环评”和“全球环评”，二者分别适用于跨界和全球情形。由于跨界环评在制度上更为成熟，且当全球环评遭遇法律空白时可类推适用跨界环评的具体规则，故为探究适用于全球情形的 BBNJ 环评的决策问题，有必要先行探究“跨界环评”的法理基础，以明确“环评”和“决策”的深层关系。

#### 3.1.1. 跨界环评的法理基础不是“防止跨界损害原则”

许多学者认为，尽管跨界环评并未在《斯德哥摩宣言》中被明文列出，但它实际上充当着《斯德哥摩宣言》原则第 21 号“防止跨界污染原则”(或称防止跨界损害原则)逻辑上的前提条件和程序性推论<sup>[14]</sup>。简言之，从各国所负担的防止跨界污染的结果义务中可以合理地反推出“采取包括环评在内的预防性措施以防止跨界损害”的行为义务。然而若依从此种思路，则环评和决策的关系理应有法所呈现出的内容更为密切，可事实上“跨界环评结果”从未与任何防止跨界损害的实质性禁止措施联系起来，可见关于这个问题的法理解释偏离了现有法的实际情况。笔者认为，尽管以防止跨界损害原则作为跨界环评法理基础的表述非常流行，但它属于“理想主义体系”(myth system)，只具有半真实的性质而非对跨界环评演化过程的真实诠释。

就法理而言，虽然一般国际法已经普遍承认了“防止跨界损害”的结果义务，并基于预防结果的需要而对行为施加了某种拘束，但这种拘束仅具有“形式拘束力”，应限于“适当注意义务”(due diligence)。由于环评并非唯一一种可以体现预防原则的备选程序，故在缺乏其他独立义务渊源的情况下，“评估环境影响”这种对行为方式的具体要求仅能是一国基于“礼让”的自主选择，而不能从既有原则中被当然地推出。<sup>9</sup>国际法院的判例和国家间的缔约实践也为“防止跨界损害”和“跨界环评”间的疏离关系提供了佐证。<sup>[15]</sup><sup>10</sup>由此可见，防止跨界损害原则不是跨界环评的法理基础。

#### 3.1.2. “非歧视原则”塑造了跨界环评中“环评”和“决策”的微妙关系

跨界环评真实的法理基础应为“非歧视原则”，该原则既要求国家不应在环评立法上因为环境损害的不同来源而有所歧视，又和作为个人权利的“在环境领域平等诉诸救济原则”相联系。根据《里约环境与发展宣言》原则第 17 号第 3 款，前者意味着考虑对其他国家可能的环境影响以及履行通知协商义务，各国应本着善意对其他国家的权利和合法利益给予合理关注。在国内法已确立环评制度的情况下，若不开展环评程序将难以证明自己圆满履行了适当注意义务，“非歧视原则”为国家的“适当注意义务”纳入了评价环境影响的要求，这也是为何协调跨界环评的《埃斯波公约》诞生于已普遍在国内确立起环评制度的西欧；“非歧视原则”也要求允许非本国居民参与环评，为此，国家还有必要提前通知可能受影响的非本国居民。由此可见，在跨界环评义务和“通知协商与公众参与”等关联义务中均贯彻了“非歧视原则”。

跨界环评相关的许多国际文书和判例明确地将环评界定为一项“国家程序”，国际文书充当“总则”(Lois-cadre)，环评的具体执行过程要依托国内法，决策更是国内法保留的行政事项。由于大多数国家的环评立法以 1969 年美国《国家环境政策法》为蓝本，而该法律被公认为“缺乏实质性要求”且“与实质性决策程序的融合并不充分”。环评“只不过是联邦政府必须‘钻过’的一个程序环”，环境影响只是

<sup>9</sup>既然有多种程序都可以被视作是履行了适当注意义务，而环评仅仅只是其中一种，那么是否选择环评这一特定程序也就是国家自由决定的事项，而不能从“防止跨界损害”中推出应开展环评的结论。

<sup>10</sup>国际法院在 2015 年“特定活动案”中指出：第一，如果初步评价显示项目可能造成重大不利跨界环境影响，即便项目最终没有造成重大跨界损害，国家仍可能违反环评义务；第二，即使结果确定存在严重跨界环境损害的危险，根据适当注意义务，活动发起方也没有义务终止相关活动以避免不利影响。同时，协调跨界环评的国际条约，如 1991 年《埃斯波公约》也没有将评价结果与任何实质性的禁止措施联系起来。

项目决策所考虑的众多要素之一，因此在国内环评和跨界环评中环评报告的不利结果均不会导致项目不获批准[16]。鉴于国际海洋法法庭海底争端分庭在关于深海海底采矿的咨询意见中认定“法院在跨界情况下的推理可适用于对国家管辖范围以外区域有影响的活动”，是故 BBNJ 环评报告的不利结果亦不会决定决策结果。

总之，跨界环评直接源于“非歧视原则”和适当注意义务，“防止跨界损害原则”在解释跨界环评的法理基础方面只起着比较次要的作用，跨界环评是环评国内立法国际化的结果，“非歧视原则”使环评从国内法导入国际法，并因此使得跨界环评具有了浓厚的“主权要素”和“国家主导”特征，活动发起国在项目决策上有高度的自主权[17]。BBNJ 环评报告的不利结果不必然要求在决策环节禁止拟议活动，这一判断既符合理法和现有法，也代表了大多数谈判方的意见。

### 3.2. 少数派意见的合理性以及 BBNJ 环评的危机

有必要留意少数派的意见。例如太平洋小岛屿国家、菲律宾、加勒比共同体等主张决策机构应当根据环评结果行使活动决定权。这种立场既可能是由于海洋环境保护对群岛国和小岛屿国家的利益而言更加重要，但同时也是因为 BBNJ 环评在法理上确有特殊之处。如前文所说，BBNJ 协定适用的空间范围使环评具有全球背景因而有别于跨界情形，尽管国际海洋法法庭通过“视同跨界情形”的补充说明将跨界环评的普遍规则扩展至国家管辖范围以外区域，但若简单挪用跨界环评的法理逻辑，势必会由于 BBNJ 环评的特殊性而招致危机。

#### 3.2.1. BBNJ 环评的非互惠性和“主权要素”的弱化可能导致国家滥用决策自主权

跨界环评义务在性质上是双边互惠(reciprocity)的，无论是“防止跨界损害原则”还是“非歧视原则”都体现了“主权要素”的影响。“防止跨界损害原则”可被追溯至 1938 年“特雷尔冶炼厂案”和 1947 年“科孚海峡案”，科孚海峡案提出了“禁止可能有损他国利益的领土利用行为”的法谚，其意在批判“哈蒙主义下的绝对主权观”并限制主权利利的滥用[18]。出于适当注意他国平等之主权利利的考虑，绝对主权的范式被转化为了相对主权；而在非歧视原则中更是明显地体现出期望他国采取“对等行动”的动机，“互惠因素”(element of reciprocity)是鼓励国家遵守环评规则的重要保障[19]。总之，外国“主权要素”推动跨界环评成为一项国际义务，本国“主权要素”使得跨界环评保有高度的决策自由，互惠性则有效防止一国滥用决策自由从而掏空其所承担的国际义务。

然而随着深入海洋腹地，国家主权利利逐渐递减，习惯法对于船旗国的限制也随之递减。对于国家管辖范围以外的区域而言，“源自领土的主权话语”被弱化[20]，国际社会对于国家管辖范围以外区域的环境拥有共同利益并对保护承担共同责任，该责任具有对世性。BBNJ 环评义务在性质上不再是双边互惠的，而是惠及整个国际社会，协定中包含了大量为人类共同利益而通过的包含非互惠义务的规则[9]。然而，由于大多数国家主张了 200 海里专属经济区从而增加了公海到海岸间的距离，通过公海干预保护海岸环境的必要性下降了，加之目前 BBNJ《协定草案修改稿》倾向于适用“基于活动”而非“基于影响”标准，这意味着排除了沿海国开展基于专属经济区管辖权的干预行为。因此，如果拟议活动仅发生在国家管辖范围以外海域且未对毗邻沿海国的主权利益造成不利影响，那么此时此地开展的环评将完全有别于跨界背景，由于外国主权要素的弱化，跨界环评所预设的“可能受影响的国家和公众”在此情形下将无法确定或根本不存在。

在跨界背景下，如果发起国坚持批准可能导致环境损害的项目或活动，当风险现实化为实际损害时，受害国和受害的个人可通过诉诸国家责任或国际损害责任的方式来获得救济。但在 BBNJ 协定的全球背景下，除非有代表共同利益的主体，否则并无利害关系者可直接对共有物或人类共同继承财产所遭受的

损失追究责任，而只能以间接方式，即作为 BBNJ 协定的缔约方要求确认对方违反条约义务。然而由于申诉方并未直接受害，所以在要求赔偿时会遭遇主体不适格的法律障碍。即使存在代表共同利益的实体，由于生物多样性的经济价值只有通过实验室和市场研发环节才能得到最终确定，而生物多样性的衰退却可能导致人类无法获得许多其他惠益，因此大量无法被量化的非经济损害将难以被司法实践所支持。这方面的尴尬可以参考 1988 “阿莫科·卡迪兹号案”。美国法院在该案中认定污染者无须单独赔偿生态系统的损害，除非可以折入对渔民和渔业协会的赔偿。同时，市镇作为公共区域保护者对其正当利益遭受损害要求赔偿的权利也未得承认[10]。因此，尽管生物多样性本身无可替代的特性要求环评贯彻风险预防原则，但生物多样性的衰退结果却无法在损害发生时得到救济。对于 BBNJ 环评而言，由于缺少来自外国主权要素的“互惠性”和对等报复，活动发起国更可能轻率地作出决策，因为其无需担心从此种决策中承担受到他国责难的风险，这增加了“公地悲剧”的危险。

### 3.2.2. 少数派意见具有合理性但其方案难以实现

如前所述，少数派的意见背后确实体现了一种同样有价值的考虑，即由于 BBNJ 环评中外国“主权要素”的相对弱化，国家更可能滥用决策上的自由决定权，这将招致公地悲剧。不过，对各国主权的限制，总会施加超出“适当注意义务”可能语义的实质性要求，事关国家利益和人类共同利益的协调。然而，BBNJ 协定的谈判背景与《生物多样性公约》较为类似：各方撕裂的立场难以弥合，一揽子协议所欲达的微妙平衡很难以理想的方式写入条约。由于功利思想和重商主义原则压缩了环境主义的空间，任何通过施加实质限制以拯救生物圈的方案，即使在理念上符合了国际环境法最先进的部分，其前景也是悲观晦暗的[10]。有鉴于此，少数派的意见几乎不可能直接被协定所吸收。笔者认为，比起“禁止决策”这种不切实际的方案，增加环评结果对决策的影响力更为现实可行。

## 4. 通过完善义务群并依托国际组织可增加 BBNJ 环评结果对决策的影响力

既然我们无法赋予环评直接影响决策的结果效力，那么应如何避免 BBNJ 环评所面临的“公地悲剧”呢？笔者认为，可以通过完善环评义务群并依托国际组织的方式来敦促国家理性决策。

### 4.1. BBNJ 环评可通过完善的义务群对决策施加更大影响力

BBNJ 环评义务的全过程和众多关联义务形成了一个复杂的义务群，环评义务群是一个整体制度，项目决策仅占据了一个环节。即使无法在环评的程序义务和决策结果间建立联系，我们也可以采用迂回的方式，通过增加义务群中的“民主和科学决策的因素”来间接地影响决策，例如，BBNJ 协定可要求项目发起人提交足够完整且全面的环评报告，这些包含全面环境因素的资料作为“最佳科学证据”的组成部分会提高决策者的“适当注意义务”。同时公众舆论和国际社会对环境问题的关切也能形成一种政治的和心理的力量，舆论可以通过表达支持或反对意见的方式来影响国家决策，例如在环评报告公开的过程中，可以要求国家一并公布做出允许或不允许拟议活动决定的理由，国际舆论此时会对国家形成决策压力从而敦促国家审慎决策。总之，应确保在 BBNJ 环评的各个环节和关联义务中纳入促使国家理性决策的特殊安排，包含这些特殊考量的内容会写入环评报告并最终影响国家决策，完善的义务群可以形成巨大的形式拘束力，从而弥补实质拘束力的不足。

### 4.2. 为确保环评义务群有效发挥作用应依托国际组织

在 BBNJ 语境下，外国的“主权要素”遭到弱化，正如前文所述，全球环评和跨界环评相比具有不同的构造，BBNJ 环评义务群中涉及的“可能受影响的国家或公众”难以确定。因此，既然当环境损害风险在跨界情形下指向其他国家或公众时，环评关联义务的主体被确定为“可能受影响的国家或公众”；



那么当环境损害风险仅指向“关切人类共同利益的国家管辖范围外海域生物多样性”时，我们也应当承认，此时关联义务的主体是全人类或国际社会。由于全人类或国际社会尚非严肃的法律概念，因而有必要依托可以代表“共同利益”和表达“世界公众舆论”的实体来充当跨界背景下的“国家”和“公众”的同类物，并对拟议活动的发起国施加影响。在国际社会中，政府间国际组织可以充当国家间共同利益的代表，而非政府组织则可以作为世界公众舆论的代表。换言之，有必要为环评的义务群引入国际化因素，借助现有或新设立的政府间和非政府组织来确保环评义务群发挥理性决策的功能。

## 5. 结论

本文对 BBNJ 环评实施过程中的关键分歧进行了分析研究，法理探究有助于本文超越偏重国家利益分析的传统研究范式，从而得出兼顾学术说服力和现实可行性的对策建议。

环评实施过程中的关键分歧在理论层面可被归结为如何确定兼顾普遍性和特殊性的环评阈值，以及如何协调在“环评结果与决策”关系问题上的多数派立场和少数派合理意见。笔者认为，单一高阈值方案看似保守但足以实现 BBNJ 协定的预期目标，超越授权的分层阈值方案则无法兼顾“养护和可持续利用”；在确保单一阈值普遍适用性的同时，协定也应为特殊区域预留规制空间。

环评在法理上源于“非歧视原则”而非“防止跨界损害原则”，环评的不利结果不会对决策施加决定性影响是 BBNJ 环评的应有之义；考虑到 BBNJ 环评具有超出跨界情形的全球性特征，为免拟议活动发起国在主权要素和互惠弱化的情势下滥用决策自主权，有必要完善环评的义务群并依托国际组织来增加环评结果对决策的影响力。

## 参考文献

- [1] 刘惠荣, 胡小明. 主权要素在 BBNJ 环境影响评价制度形成中的作用[J]. 太平洋学报, 2017, 25(10): 1-11.
- [2] 孟令浩. BBNJ 国际造法中的“一揽子交易”: 作用与局限[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 49-59.
- [3] [德]巴多·法斯本德, 安妮·彼得斯. 牛津国际法史手册(上册)[M]. 李明倩, 等, 译. 上海: 上海三联出版社, 2018.
- [4] 张继伟, 姜玉环, 罗阳. 国家管辖范围以外区域环境影响评价机制研究[M]. 北京: 海洋出版社, 2019.
- [5] 蒋小翼. 《联合国海洋法公约》中环境影响评价义务的解读与适用[J]. 北方法学, 2018, 12(4): 116-126.
- [6] 郑苗壮, 等. BBNJ 国际协定谈判中国代表团发言汇编(一)[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2019.
- [7] 郑苗壮, 等. BBNJ 国际协定要素概览(二)[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2020.
- [8] 施余兵. BBNJ 国际协定下的争端解决机制问题探析[J]. 太平洋学报, 2020, 28(6): 12-26.
- [9] [英]帕特莎·波尼, 埃伦·波义尔. 国际法与环境[M]. 那力, 等, 译. 北京: 高等教育出版社, 2007.
- [10] [法]亚历山大·基斯. 国际环境法[M]. 张若思, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [11] 陈海嵩. 风险预防原则理论与实践反思——兼论风险预防原则的核心问题[J]. 北方法学, 2010, 4(3): 11-18.
- [12] 胡学东, 郑苗壮. 国家管辖范围以外区域海洋生物多样性问题研究[M]. 北京: 中国书籍出版社, 2019.
- [13] 杨泽铭, 杨未名. 作为一项全球性法律规范和一般法律原则的环境影响评价义务[J]. 环境法评论, 2020(2): 257-306.
- [14] 姜玉环, 张继伟. BBNJ 国际协定环评规则制定中的焦点问题分析及中国应对[J]. 太平洋学报, 2021, 29(5): 82-94.
- [15] 邓华. 国际法院认定环评规则为习惯法的路径、方法和局限[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020, 42(7): 67-81.
- [16] Anderson, M.W. (2010) National Environmental Policy Act. In: Bosselmann, K., et al., Eds., *Berkshire Encyclopedia of Sustainability: The Law and Politics of Sustainability*, Vol. 3, Berkshire Publishing Group, The Barrington.
- [17] 刘惠荣, 胡小明. 主权要素在 BBNJ 环境影响评价制度形成中的作用[J]. 太平洋学报, 2017, 25(10): 1-11.
- [18] 张磊. 论不损害国外环境责任原则的形成——以评述特雷尔冶炼厂案和科孚海峡案为视角[J]. 内江师范学院学

报, 2014, 29(9): 122-124.

- [19] [英]马尔科姆·肖. 国际法[M]. 白桂梅, 等, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [20] [英]布朗利. 国际公法原理[M]. 曾令良, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2002.