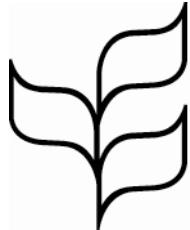




CBD



# 生物多样性公约

Distr.  
GENERAL

UNEP/CBD/COP/12/5/Add.1  
25 June 2014

CHINESE  
ORIGINAL: ENGLISH

生物多样性公约缔约方大会  
第十二届会议  
2014年10月6日至17日，大韩民国平昌  
临时议程\*项目8

## 使用“土著人民和地方社区”的术语对《公约》及其议定书的影响分析

### 一. 导言

1. 联合国土著问题论坛在其2011年第十届会议上呼吁公约缔约方大会“采用‘土著人民和地方社区’这一术语，以准确反映这些实体自《公约》于大约二十年前通过以来形成的区别特性”（建议26）。<sup>1</sup>该论坛在其建议中指出，拟议的改动将与联合国大会2007年9月13日第61/295号决议通过的《土著人民权利宣言》中使用的术语保持一致。
2. 缔约方大会在2012年10月举行的第十一届会议审议了土著问题常设论坛的建议，并请第8(j)条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组在其下一次会议上审议该事项及其所有影响，同时考虑到缔约方、其他国家政府、相关利益攸关方和土著及地方社区提出的建议，供缔约方大会第十二届会议进一步审议。
3. 工作组在2013年10月7日至11日举行的第八次会议上审议了这一事项，并声明它不打算重新谈判或修改《公约》或其议定书的案文，同时指出，许多缔约方表示愿意在今后的决定和《公约》下文件中使用“土著人民和地方社区”这一术语，另一些缔约方需要有关使用这一术语对《公约》及其议定书的所涉法律问题的进一步信息和分析，以便做出决定。在这一背景下，工作组请执行秘书编写一份分析报告，包括通过征求联合国法律事务厅对使用“土著人民和地方社区”术语对《公约》及其议定书的所涉法律问题的意见，并至少在缔约方大会第十二届会议90天前提交此类意见。
4. 因此，本文件第二节对在今后的决定和《公约》下文件中使用“土著人民和地方社区”术语替代“土著和地方社区”可能的所涉法律问题进行了分析。从本质上讲，该分析

\* UNEP/CBD/COP/12/1。

<sup>1</sup> 见《2011年经济及社会理事会正式记录，补编第23号》（E/2011/43-E/C.19/2011/14），第26段。

以联合国法律事务厅在秘书处按照第 8(j)条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组第八次会议建议提供给它的问题所做答复中提出的法律意见为依据或为基础。<sup>2</sup>

5. 本文件第三节提出了一项决定草案的若干内容，包括第 8(j)条工作组第八次会议的相关建议，供缔约方大会审议。

6. 为便利进一步审议这一事项，第 8(j)条工作组第八次会议收到的文件汇编已经更新，包括 2014 年 6 月 13 日收到的信息，这涉及北欧国家环境部长关于土著人民与《生物多样性公约》的联合声明，<sup>3</sup> 并作为资料文件提交给缔约方大会第十二届会议 (UNEP/CBD/COP/12/INF/1)。<sup>4</sup> 秘书处还汇编了联合国系统，包括土著问题常设论坛提出的意见，并对参加联合国土著人民问题机构间支助小组的机构使用“土著人民”术语情况进行了调查。调查结果由 16 个机构所做的答复组成，以表格形式列示，并且列入第 8(j)条工作组第八次会议的文件中，该调查结果也作为资料文件提交给缔约方大会 (UNEP/CBD/COP/12/INF/1/Add.1)。

## 二. 法律事务部的咨询意见和相关分析

7. 按照上文第 4 段中第 8(j)条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组的请求，执行秘书拟订了以下问题，并将问题转递给法律事务厅，征求其法律意见：

### 问题 1

《生物多样性公约》第 8(j)条使用“土著和地方社区”的术语。缔约方大会今后的决定和《公约》下的文件中使用“土著人民和当地社会”的术语，是否会改变《公约》范围？缔约方大会今后的决定中使用的术语如有改变，是否会产是否会有修订《公约》第 8 (j)条及其议定书的相关条款的相同的所涉法律问题或影响？

### 问题 2

缔约方大会的决定和《生物多样性公约》下的文件中术语的改变，是否构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三款范围内关于解释或适用的嗣后协定，并因此具有法律约束力？

### 问题 3

《公约》下的决定和文件是否有可能采用不同于《公约》案文中所使用的术语（例如现在情况下的第 8(j)条），但却不构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三款范围内关于解释或适用的嗣后协定？如果对这一问题回答“是”，如何才能实现？

<sup>2</sup> 第 8/6 号建议，生物多样性公约第 8 (j) 条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组第八次会议的报告 (UNEP/CBD/COP/12/5)。

<sup>3</sup> 北欧国家环境部长在其联合声明中表明，非常希望尽快就在提及《生物多样性公约》中的土著人民时改变所使用术语做出一项决定。

<sup>4</sup> 该文件最初作为 UNEP/CBD/WG8J/8/INF/10 印发，并且提交给第 8 (j) 条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组第八次会议。

8. 法律事务厅在开始答复上述问题时先回顾了其责任范围，并指出它一般根据条约机构的政府间机关提出的正式书面请求，就国际法问题向条约机构提出法律意见，因此，其对问题所做的答复是非正式的。此外，法律事务厅从一开始就阐明，“公约缔约方可以采取与这些答复不同的观点”，因此，“无论如何都不得将其答复解释为唯一的或确定的观点”。法律事务厅答复的全文将作为本文件附件。

9. 在答复问题 1 时，法律事务厅指出如第 29 条所述确有具体的《公约》修正程序。据法律事务厅称，缔约方大会使用“土著人民和地方社区”术语的决定不会构成对第 8(j) 条的修正，除非采用了第 29 条阐述的修正程序或由缔约方大会一致同意。

10. 根据缔约方按照条约本身阐述的程序达成的协定，遵照 1969 年《维也纳条约法公约》第三十九至第四十一条规定的习惯性国际法，可以改变条约条款。<sup>5</sup>《生物多样性公约》第 29 条规定了修正《公约》或其议定书的程序。该条规定谁能提出《公约》及其议定书的修正案、如何通过修正案以及修正案如何生效。因此，看来不可能设想仅由缔约方大会作出同意修改有关措辞的决定，并在第 29 条规定的程序没有得到遵守和满足的情况下，便构成对《公约》的修正。

11. 关于问题 2，法律事务厅指出，“作为初步事项”，《维也纳公约》第三十一条反映了习惯性国际法。它进而指出，缔约方之间可能就条约的解释达成协定；在这方面，法律事务厅引述了《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和第三十一条第三款(b)项，前者指出“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，后者指出“嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”，这一条款在解释条约时应给予考虑。法律事务厅所做的答复提到国际法委员会特别报告员关于对条约解释所订嗣后协定和嗣后惯例的第一份报告，该报告由 2013 年 5 月 6 日至 6 月 7 日和 7 月 8 日至 8 月举行的委员会第六十五届会议审议（见 A/CN.4/660）。

12. 除其他外，特别报告员的报告载有涉及以下方面的四项结论草案：(a) 条约解释的一般规则和含义；(b) 作为解释手段的嗣后协定和嗣后惯例；和 (c) 界定嗣后协定和嗣后惯例为条约解释手段。在审议之后，委员会临时通过了结论草案，<sup>6</sup>法律事务厅将该结论草案用于分析。根据结论草案 2，“条约缔约方之间的嗣后协定和嗣后惯例是作准的解释手段，应在解释条约时给予考虑”，但不是唯一的“作准解释手段”。必须“达成”第三十一条第三款 (a) 项所述的嗣后协定，并“因此推测了缔约方的单一共同行为，它们可藉此表明它们对条约解释或其条款适用的共同理解”，另一方面，第三十一条第三款(b) 项下的嗣后惯例“包含条约缔约方所有相关形式的嗣后行为，这有助于确认缔约方在条约解释方面的协定或谅解”。

13. 考虑到国际法委员会在上文提到的结论草案中表示的观点，联合国法律事务厅对第二个问题做出如下答复：

<sup>5</sup> 《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>，另见法律事务厅条约科编写的《条约手册》第 22 页第 4.4.1 节，可登录以下网址在线查阅：<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>，和《秘书长作为多边条约保存人的实务提要》第 248 至第 255 段，可查阅：[https://treaties.un.org/doc/source/publications/practice/summary\\_english.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/publications/practice/summary_english.pdf)。

<sup>6</sup> 有关国际法委员会报告，见 A/68/10。

“……代表缔约方一个或多个单一共同行为的缔约方决定中改变使用的术语，可能构成第三十一条第三款 (a) 项所指的公约解释或其条款适用方面的嗣后协定。如委员会所指出的，这种决定不会具有法律约束力，除非声明缔约方希望就条约解释达成一项具有约束力的协定。”

14. 在答复执行秘书提交给它的问题 3 时，法律事务厅做出如下说明：

“必须在以下两方面做出区别：一方面是缔约方在《公约》下通过的决定，如上所述，这是缔约方的共同行为；另一方面是可能在缔约方中分发的、秘书处或个别缔约方的报告和提案。在后一种情况中，使用不同术语不会构成第 31 条中所指的协定。在前一种情况中（缔约方大会决定），为了使缔约方确知在决定中使用不同的术语不被理解为“嗣后决定”，它们应在其决定中申明，使用不同的术语是出于例外情况，不会妨碍《公约》中所使用的术语，且为了解释或适用《公约》的目的不应将这种使用考虑在内。”

15. 根据国际法委员会的报告，对于“嗣后协定”，缔约方必须有意阐明条约的含义，或指出条约是如何适用的。<sup>7</sup> 缔约方大会今后可能做出的一项决定，在未来进程的文件中使用“土著人民和地方社区”措辞而不是“土著和地方社区”，应当包含明确声明所有公约缔约方打算澄清《公约》第 8(j)条中使用的术语含义，以便构成“嗣后协定”。然而，迄今的审议却指出另一种情况。至少第 8(j)条不限成员名额特设工作组明确表明，声明无人打算重新谈判或修改《公约》或其议定书的案文。

16. 在结束问题 2 的答复时，法律事务厅在提到国际法委员会的意见时指出，缔约方大会决定使用不同于《公约》及其议定书中的术语，可能构成“嗣后协定”，但不具有法律约束力，除非公约缔约方为在这方面达成一项具有约束力的协定采取了明确步骤。此外，在答复上文所述的第三题时，法律事务厅建议缔约方，如果它们希望在一项决定中使用不同术语但不想达成一项“嗣后协定”，其决定应申明：使用不同的术语：(a) 是出于例外情况；(b) 不妨碍《公约》中所使用的术语；以及 (c) 为了解释或适用《公约》的目的不应将这种使用考虑在内。

17. 在结束答复时，法律事务厅再次指出，它在答复中提出的观点并不打算以权威或确定方式解释《维也纳公约》的相关条款，其他缔约方可以采取不同的观点。

### 三. 关于决定草案内容的建议

18. 缔约方大会不妨考虑上文第二节中的信息和分析。缔约方大会还不妨考虑第 8(j)条和相关条款问题不限成员名额特设工作组第八次会议的建议（见 UNEP/CBD/COP/12/5）以及作为资料文件编辑和提交的意见汇编（UNEP/CBD/COP/12/INF/1），并考虑做出一项措辞大致如下的决定：

缔约方大会，

回顾第 XI/14 G 号决定第 2 段，其中缔约方大会请第 8(j)条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组审议联合国土著问题常设论坛关于使用常设论坛第十届会

<sup>7</sup> 上文脚注 3，第 76 段。

议报告第 26 和第 27 段中所载的“土著人民和地方社区”术语<sup>8</sup>的建议及其对《公约》的所有影响；

注意到第 8(j)条和相关条款执行问题不限成员名额闭会期间特设工作组第八次会议的第 8/6 号建议和秘书处从联合国法律事务厅收到的有关在缔约方今后的决定和将在《公约》及其议定书进程中编写的文件中使用“土著人民和地方社区”术语的法律意见；

强调第 8(j)条和相关条款的主题是与《公约》范围内养护和可持续使用生物多样性相关的传统知识和习惯使用，预计每个缔约方都将尽可能酌情执行这些条款并遵守国家立法规定；

1. 决定：

- (a) 在今后的决定和《公约》下备用文件中使用“土著人民和地方社区”术语；
- (b) 今后的决定和辅助文件中使用“土著人民和地方社区”的术语不会妨碍《公约》第 8(j)条中所使用的术语，且为了解释或适用《公约》的目的不应将这种使用考虑在内；

2. 注意到上文第 1 段中的决定不打算澄清《公约》第 8(j)条及其议定书的相关条款中所使用的“土著和地方社区”术语的含义，因此，不会构成生物多样性公约各缔约方之间的嗣后决定；

3. 还注意到土著问题常设论坛第十一届<sup>9</sup> 和第十二届<sup>10</sup> 会议所产生的建议，并请执行秘书继续向联合国土著问题常设论坛通报共同关心的发展情况。

附件

法律事务厅关于在生物多样性公约缔约方大会各项决定和文件中采用“土著人民和地方社区”术语所设法律问题的法律意见

尊敬的 Souza Dias 先生：

谨提及您2013年11月12日致主管法律事务副秘书长和联合国法律顾问的信函，您在函中要求就在生物多样性公约缔约方大会的各项决定采用中“土著人民和地方社区”而不是《公约》第 8 (j)条中所使用的“土著和地方社区”这一术语的影响提供法律意见。您指出，1998年缔约方大会建立的第8 (j) 条和相关条款问题不限成员名额闭会期间特设工作组（“工作组”）在其2013年10月举行的会议上审议了这个问题，并请您征询我们对这一问题的咨询意见。

您记得，经济及社会理事会的附属机构土著问题常设论坛建议生物多样性公约缔约方“使用‘土著人民和地方社区’这一术语，以准确反映《生物多样性公约》通过近20年以来这些实体形成的独特身份。”（E/2013/43-E/C.19/2010/15，第112段）。

<sup>8</sup> 见《2011年经济及社会理事会正式记录，补编第 23 号》（E/2011/43-E/C.19/2011/14）。

<sup>9</sup> 同上，补编第 23 号(E/2012/43-E/C.19/2012/13)。

<sup>10</sup> 同上，补编第 23 号(E/2013/43-E/C.19/2013/25)。

根据这条建议，工作组请生物多样性公约执行秘书征求法律事务厅对使用《公约》及其议定书中“土著人民和地方社区”这一术语所涉法律问题的咨询意见。

我谨回顾，法律事务厅的首要职责是为联合国办事处各基金或方案以及应联合国政府间机关的请求为它们提供正式法律意见。我们可以就国际法问题向条约机构提供法律意见，但这通常是根据相关条约机构的政府间机关的正式和书面请求进行的。因此，我们将对您的问题作出非正式的答复。

我还知道，《公约》缔约方可能对我们提供的答复持不同看法。因此，决不应把我们的答复解释为唯一或决定性看法，请将这一理解转达工作组。根据这种理解，我想做出如下答复。

《生物多样性公约》第 8 (j)条要求每个缔约方“尽可能并酌情……依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和实践”（强调是后加的）。

在此背景下，您的第一个问题表述如下：

“《生物多样性公约》第 8 (j)条使用了‘土著和地方社区’的术语。缔约方大会今后的决定和《公约》下的文件中使用‘土著人民和地方社区’的术语，是否会改变《公约》的范围？缔约方大会今后的决定中术语的改变，是否会具有修订《公约》第 8 (j)条及其议定书的相关条款的相同的所涉法律问题或影响？”

我们想指出，第 29 条列出了《公约》的具体修订程序。使用了“土著人民和地方社区”的术语的缔约方大会的决定，不会构成对第 8 (j)条的修订，除非依照第 29 条所列修订程序进行修订，或者经缔约方一致同意。关于是否“具有修订《公约》第 8 (j)条及其议定书的相关条款的相同的所涉法律问题或影响”，我们在下文对第 2 和第 3 个问题的答复中审议了这个问题。

您的第二个问题表述如下：

“缔约方大会的决定和《生物多样性公约》下的文件中术语的改变，是否构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三款范围内关于解释或适用的嗣后协定，并因此具有法律约束力？”

作为一个初步事项，应该指出的是，1969 年《维也纳条约法公约》（《维也纳公约》）第三十一条反应了习惯国际法（例如，航行权利和相关权利争端（哥斯达黎加诉尼加拉瓜案），判决，《2009 年国际法院报告》，第 237 页，第 47 段）。

因此，应从这一角度理解分析中提到第三十一条。

《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项规定，在阐释一项条约时应考虑到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”。第三十一条第三款(b)项进一步规定，在阐释一项条约时应考虑到“嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”。

在这方面，我们想提请您注意国际法委员会第六十五届会议报告（A/68/10），其中载有“委员会第六十五届会议暂时通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案案文”（“结论草案”）。

委员会在结论草案 1 第 5 段指出，“条约的解释是单一的综合行动，这一行动对第三十一和第三十二条分别载明的各种解释资料给予适当的强调。”

在结论草案 2 中，委员会指出，“第三十一条第三款(a)和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例是缔约方对条约含义理解的客观证据，因而是适用第三十一条所反映的条约解释通则时的作准的解释资料。”

在定义“嗣后协定”时，委员会指出，嗣后协定“是指缔约方在条约缔结后达成的关于解释条约或适用条约规定的协定。”（结论草案 4，第 1 段）。

委员会在其对结论草案 2 的评注中指出，嗣后协定和嗣后惯例并非唯一的“作准的解释资料”，“对条约案文的通常含义作出分析”也是此种资料。此外，虽然嗣后协定和嗣后惯例均是“作准的解释资料”，**但这并不意味着这些资料必然是决定性的或具有法律约束力的**，指出按照第三十一条第三款的起首部分，在嗣后协定和嗣后惯例仅应在解释条约方面纳入“考虑”。

即便如此，如果缔约方愿意，可就条约的解释达成一项具有约束力的协定，但必须明确一点，缔约方认为解释对它们具有约束力。

在寻求定义嗣后协定和嗣后惯例时，委员会在其关于结论草案 4 的评注中指出，《维也纳公约》并未对第三十一条第三款(a)和(b)项下的协定和惯例设定任何具体正式要求。关于这两个概念之间的差异，委员会认为，嗣后协定必须达成，因此必须假定是由缔约方在一次共同的行动“达成”的，表明它们对条约的解释或适用条款规定的共同理解。另一方面，第三十一条第三款(b)项下的嗣后惯例则囊括了条约缔约方所有形式的相关嗣后行为，这些行为可帮助确定缔约方在条约解释方面的协定或谅解。

因此，在回答您的第二个问题时，同时谨记委员会的意见，缔约方大会各项决定中术语的变化代表缔约方的一项或多项共同行为，可能按照第三十一条第三款(a)项的含义规定，可能构成关于《公约》的解释或其条款的适用的嗣后协定。正如委员会指出的，此类决定不具有法律约束力，除非缔约方明显愿意就条约的解释达成一项具有约束力的协定。

您的第三个问题表述如下：

“《公约》下的决定和文件是否有可能采用不同于《公约》案文中所使用的术语（例如现在情况下的第 8(j)条）”，但却不构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三款范围内关于解释或适用的嗣后协定？如果对这一问题回答‘是’，如何才能实现？”

为了回答您的第三个问题，必须对公约缔约方大会通过的决定进行区分，如上文解释的那样，一方面，这些决定是缔约方的共同行为，另一方面，这些文件可以是《公约》文件，如在缔约方中间散发的秘书处或单个缔约方的报告和提案。如果是后一种情况，使用不同的术语不会构成第三十一条范围内的协定。如果是前一种情况，为了让缔约方确知，某一决定中使用不同的术语不会被理解为“嗣后协定”，缔约方应在其决定中申明是在例外情况下使用了不同的术语，不会妨碍《公约》中所使用的术语，且为了解释或适用《公约》的目的不应将这种使用考虑在内。

最后，如上文所述，我想指出，上文提到的几点并非意在成为《维也纳公约》相关条款的权威性或决定性解释，其他缔约方可持有不同的看法。此外，我们提出的几点，可能需要因应每个案例的具体情况，作出调整。

我希望以上的答复可为您的问题提供一些指导。

主管法律事务助理秘书长

Stephen Mathias (签名)

2014年2月28日

-----