|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Macintosh HD:Users:bilodeau:Desktop:logos:template 2017:un.emf |  | CBD | | |
| **CBD_logo_ch-CMYK-black [Converted]** | | |  | Distr.  GENERAL  CBD/SBI/2/6  14 May 2018  CHINESE  ORIGINAL: ENGLISH |

执行问题附属机构

第二次会议

2018年7月9日至13日，加拿大蒙特利尔

临时议程[[1]](#footnote-1)\*项目7

**《名古屋议定书》第4条第4款范围内获取和惠益分享专门性国际文书**

执行秘书的说明

**导言**

1. 作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会第二次会议请执行秘书在《议定书》[第4条](https://www.cbd.int/abs/text/articles/default.shtml?sec=abs-04)第4款的范围内，对可用于确定什么构成获取和惠益分享专门性国际文书的标准，以及可以通过何种程序确认这种文书进行研究，并将研究报告送执行问题附属机构作进一步审议，然后提交作为缔约方会议的缔约方大会第三次会议审议（第NP-2/5号决定第3段）。
2. 据此，执行秘书在欧洲联盟的财务支持下，委托Strathclyde大学Strathclyde环境法和治理中心的一个研究小组开展研究。
3. 本文件第一节概述了该研究报告，第二节载有提议的建议草案要点。研究报告全文载于资料文件(CBD/SBI/2/INF/17)。

# **确定构成获取和惠益分享专门性国际文书的标准和确认这一文书的可能程序研究**

1. 研究的目的是探讨可用于确定什么构成《名古屋议定书》第4条第4款获取和惠益分享（获取和惠益分享）专门性国际文书的标准，以及什么是确认这一文书的可能程序。
2. 按照《维也纳条约法公约》所载条约解释的一般规则，该研究从文本，背景（在议定书相关条款，特别是第4条的其他条款的范围内）和目的论（在《议定书》的目标和宗旨范围内）的角度，分析了第4条第4款的观点。[[2]](#footnote-2)然后，它讨论了一般国际法中的“特别法”概念的相关性和国际法委员会关于国际法不成体系的工作的相关性，以及适用国际条约以外更广义概念的相互支持性。这些考虑证实了一系列确定获取和惠益分享专门性国际文书的可能标准。然后研究探究相关国际惯例和关于制度互动的学术理论，以期提供识别此类文书的可能程序要素。最后，研究探讨了有关确认获取和惠益分享专门化国际文书的三种情景设想，并提出了这方面的最佳程序。研究以一般国际法，包括条约法、国际法的一般原则和国际法制定和制度互动的理论为依据。

**A. 对第4条第4款的分析和标准的确定**

1. 《名古屋议定书》第4条涉及《议定书》和其他国际协定和文书的关系。该条第4款规定：

“本议定书是为执行《公约》的关于获取和惠益分享条款的文书。在获取和惠益分享专门性的国际文书适用，且其符合并且不违背《公约》和本议定书的目标时，就该专门性文书所涵盖的具体遗传资源以及为该专门性文书的目的而言，本议定书不适用于该专门性文书的缔约方。”

1. 第4条第4款第一句话表示《名古屋议定书》是解决《公约》获取和惠益分享问题的一般性框架。第二句话表示《名古屋议定书》不归入其他获取和惠益分享协定，而是作为在缺乏符合某些条件的获取和惠益分享专门性文书的情况下运作的剩余制度。 因此《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标可以为制定确定获取和惠益分享专门性文书的标准提供基础。
2. 因此，符合《公约》和《议定书》目标的获取和惠益分享专门性文书对两项文书缔约方的缔约方而言将被视为是相对于《议定书》的特殊法。在这种情况下，在专门性文书涵盖的具体遗传资源方面，为该专门性文书的目的而言，将适用获取和惠益分享专门性文书条款而不是《名古屋议定书》中较为一般的条款。特别法的学说设定一条特殊规则高于一般规则。该学说被普遍接受，因为一条特殊的规则被认为可更有效地调控主题。
3. 第4条第4款提到了“文书”，因此涵盖了（具有约束力的）条约以及其他在一个条约框架范围内政府间核准的正式无法律约束力的国际协定（例如，由条约创建的一个国际组织支持的）。“文书”一词并非国际法中的术语，但可以说，这样一个词既可以涵盖政府间性质的具有约束力的文书，也可以涵盖不具有约束力的文书。提及一项文书的“缔约方”和文书正在“适用”，似乎支持关于政府间通过、论点。《名古屋议定书》在其第19条和第20条中涉及利益悠关方文书这一事实进一步支持了这一点。
4. 《议定书》的序言部分提示了一些可能与第4条第4款的目的相关的领域，尽管不应将其视为提供了一份详尽的清单。序言确认农业生物多样性的特性，其独有特征以及需要区别性解决办法，确认《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的根本作用，并回顾其多边体制的制定是同《生物多样性公约》是和谐一致的。通过《名古屋议定书》的第[X/1](https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-01-zh.pdf)号决定进一步确认该条约是获取和惠益分享国际制度的一部分。此外，序言还确认联合国粮食及农业组织（粮农组织）粮食和农业遗传资源委员会的根本作用，粮农组织正在继续努力支持国家制定与获取和惠益分享有关的各粮食和农业遗传资源分部门法律的活动。另外，序言提及世界卫生组织（卫生组织）下的《国际卫生条例（2005年）》和为了公共健康防范和应对的目的，确保获得人类病原体的重要性。
5. 应当根据第4条的其他款来理解该条的第4款。第4条第2款规定缔约方可以制定其他相关国际协定，包括获取和惠益分享的专门性协定，“但条件是这些协定必须支持并且不违背《公约》和本议定书的目标。因此，缔约方需要确保获取和惠益分享专门性协定不仅不破坏这些目标，而且还有助于实现这些目标。这与对新出现的相互支持性的一般原则的理解一致，实际上为整个第4条的运作奠定了基础。
6. 此外，第4条第3款规定缔约方应以同其他 “相关”的国际文书相互支持的方式执行本协定。在执行本议定书方面，第4条第3款又鼓励“适当注意...在这些国际文书和相关国际组织下开展的有益和相关的现行工作或做法，但条件是这些工作和做法支持并且不违背《公约》和本《议定书》的目标”。
7. 相互支持性建立在国际法作为一个“系统”的观念之上，因此应适用国际规则，并更一般地理解为规则相互支持。它对国家行为有两个影响。首先，它指导了国家的解释，这样国家“没有资格”解决涉及相互竞争制度之间谁隶属谁的紧张关系。其次，它要求国家作出诚信的努力谈判和缔结文书，澄清潜在的互相竞争制度之间的关系。相互支持性是一个涉及制定法律和解释的广义概念，不限于条约，而且可以适用于除条约以外的国际“文书”。
8. 根据一般国际法，条约的目标和宗旨是解释的主要标准之一。《名古屋议定书》第1条说明，“公平和公正地分享”利用遗传资源所产生的惠益是本《议定书》的目标 - “核心目标”。它进一步表明了实现这一目标的三种手段 -- 获取遗传资源，技术转让和资金。第1条还确立了惠益分享与《公约》的其他两项目标--保护和可持续利用之间明确的联系。
9. 序言部分确认《议定书》旨在实施《公约》第三个目标，阐明了将关于获取遗传资源的《公约》第15条付诸实施的步骤，以期进一步支持有效执行《公约》获取和惠益分享的条款。序言还指明提供获取和惠益分享方面的法律确定性和促进遗传资源使用者和提供者之间进行公正和公平的谈判。可持续发展的广义概念也可以被确定为《名古屋议定书》的目标和宗旨的一部分，序言中曾几次提及。
10. 虽然《议定书》第1条没有提到传统知识，但它是《议定书》创建的制度的一个主要组成部分。由于一个条约的目的和宗旨也可以从序言和其他纲领性条款中推断出来，因此应当注意《议定书》的几项实质性条款，这些条款完全或大量专注于同遗传资源相关的传统知识，还有序言几次提及传统知识，包括其对保护和可持续利用生物多样性的重要意义。
11. 上文概述的分析可以提供基础，据此制定第4条第4款下确定获取和惠益分享专门化国际文书的标准。从广义上讲，要具有获取和惠益分享专门化国际文书的资格，所涉文书应该：
    1. 通过政府间进程商定（可以具有约束力或不具约束力）；
    2. 专门化：

该文书适用于否则应属于《名古屋议定书》范围一套特定的遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识；

该文书适用于遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识的具体应用，这需要有区别的因而是专门化的办法；

* 1. 与《生物多样性公约》和《名古屋议定书》相互支持，意味着文书符合和支持《公约》和《名古屋议定书》的目标，并且不违背这些目标，包括以下方面：

符合保护和可持续利用生物多样性目标 ；

公平和公平分享惠益；

获取遗传资源或遗传资源相关传统知识以及惠益分享方面的法律确定性；

对国际商定目标体现的可持续发展有贡献；

其他一般法律原则，包括诚信、有效性和合法期望。

1. 研究全文提供了关于如何理解和应用这些标准的进一步信息。

**B. 促进文书之间的合作与互动**

1. 为了提供确认获取和惠益分享专门化文书的可能程序要点，本研究探究了国际制度互动的不同方面。分析表明，国际法没有为国际协定之间的关系提供明确的解决办法。适用上述标准需要根据每个具体案例的情况进行理性的讨论，要求在加强合作的基础上提出务实的解决方案。此外，分析还显示，制度互动可能为不断学习和富有成效的合作提供机会，这对执行各种国际文书是互利的。
2. 确认第4条第4款下的专门性文书只是持续管理过程中的一个步骤，以确保有关文书持续不断支持《公约》和《议定书》的目标。它不会彻底解决审议管理与其他国际文书互动的必要性，这通常需要不断分享信息和合作努力，以确保协同增效的成果。因此，应该注意最大限度增加制度之间相互学习的机会。
3. 存在着一些机构间互动的实例（包括在国际法其他领域），可以为执行《名古屋议定书》第4条第4款提供启示。
4. 首先，一项新文书的谈判可以从一开始就以相互支持的方式加以管理，例如设定一项旨在与现有文书保持一致的谈判任务，使一个现有文书的理事机构不断了解谈判和/或起草一个特别顾及相互支持性的新文书条款的进展情况。《粮食和农业植物遗传资源国际条约》就是一例。在条约的谈判和起草阶段就预见到这两项文书之间的合作，并且明确地反映在其条款中。在相互支持性的法律制定层面以外，还通过秘书处之间的行政安排，各文书理事机构会议期间的信息分享机会以及在业务上通过例如联合能力建设倡议，进一步促进了合作。
5. 与生物多样性公约缔约方大会对话的其他制度的例子或大会与之对话的例子，包括世界知识产权组织（知识产权与遗传资源、传统知识与民间艺术政府间委员会范围内），和联合国大会下正在进行的关于国家管辖以外区域海洋生物多样性的谈判。
6. 制度互动的其他例子可以在定期联合评估或报告程序中，在旨在促进学习和信息共享，并促进政府间制度之间的定期对话的审议战略中找到。后一个例子可以在外来入侵物种机构间联络组中找到，该组织是生物多样性公约秘书处的一项倡议，其成员范围扩大到10个政府间组织秘书处，包括粮农组织、国际海事组织（海事组织）、国际民用航空组织（民航组织）和世界贸易组织（世贸组织）。机构间联络组提供进行定期对话的机会是为了“处理预防、控制和根除外来入侵物种的国际管理框架中的欠缺和不一致之处”，目的是促进制定规范和标准并推动信息分享和能力建设。
7. 实际上，上述例子说明有各种方式（或多或少是正式的）可以仔细管理制度上存在的重叠，提供协同增效成果，即使相关制度的成员不相同。

**C. 确认获取和惠益分享专门化国际文书程序的情景设想**

1. 《名古屋议定书》第4条第4款下没有预见或要求确认专门化协定的程序。但上述分析表明，在审议确认专门化文书的程序时，应该铭记：(a) 确认专门性文书或（其他）互动的举措可以在不同的层级进行；由不同的行为方和机构发挥不同的作用；(b) 确认本身并不消除审议管理与其他国际文书互动的必要性，互动通常需要持续的信息分享和合作努力； (c) 注意力应放在确保最大限度增加各制度之间相互学习的机会。
2. 根据分析，可设想三种情景用于确认（或其他形式的制度互动管理）《名古屋议定书》和专门化文书。这些情景并不相互排斥，但是可能重叠，而最理想的则是相互补充。
3. 作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会的确认 – 在作为缔约方会议的缔约方大会的范围内，缔约方透明和系统地做出集体决定，无疑更具权威性。以上确定的标准，在衡量《名古屋议定书》不同缔约方的意见以及寻求可被广泛接受的办法时会因多边背景而受益。而且需要确保符合被认为是人类共同关切的《公约》和《名古屋议定书》与生物多样性保护有关的目标，并指明作为缔约方会议的缔约方大会是讨论在共同关心事项上合作（高于个别国家利益）的透明和做出包容性决定的论坛。
4. 作为缔约方会议的缔约方大会关于这个问题的决定将协商一致通过这一事实，将赋予确认专门化协议更大的合法性，促进一致的国家做法。此外，作为缔约方会议的缔约方大会可以充分考虑《名古屋议定书》所有缔约方的意愿，并讨论正在审议的文书的性质。也可以充分审议什么是对法律制度运作干扰最少的运用文书合理方式方面的不同意见。作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会的现有权力已经能够行使这一职能，特别是对执行《议定书》所需事项提出建议的权力，作为其总体概述和促进有效实施的一部分。
5. 这种办法的缺点包括作为缔约方会议的缔约方大会内部可能缺乏关于专门化主题事项的专门知识，以及围绕需要尊重其他国际组织的任务和其他国际制度的自主权的外交敏感性。国家成员不同可能对不同论坛的决策构成额外的挑战。
6. 鉴于上述考虑，在国际一级《名古屋议定书》缔约方最好确保进行针对作为缔约方会议的缔约方大会和可能讨论新文书的论坛之间相互支持和相互学习的对话。此外，在国内一级，则由各缔约方有关当局（可能在不同部门）负责在其他论坛和其他专门性国际文书的解释和执行工作中，确保遵守作为缔约方会议的缔约方大会提出的相互支持的办法。
7. 另一个国际论坛的确认 – 另一个情景是由其他国际论坛采取主动。这仍然可以提供一种多边办法，需要遵循作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会通过的标准，以便证实专门性文书符合《议定书》和《公约》目标的主张。这种办法的主要优点是，更专门性的论坛将有能力根据其任务授权和成员的专门知识来对获取和惠益分享专门化文书做出决定。不过，可能因为并非议定书所有缔约方都参与其他论坛的讨论这一事实引起法律确定性问题。
8. 鉴于这些法律考量和不确定性，名古屋议定书缔约方或参与其他论坛的其他国家政府或正在制定文书的政府间组织，最好提请作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会注意拟议的确认，供其参考，并建立促进合作的安排。如果在谈判的早期阶段两论坛交换信息并进行合作，一旦后者完成，将促进《名古屋议定书》与其他文书之间的关系，并协助避免困难。尤其是，作为议定书缔约方会议的缔约方大会与为适用作为议定书缔约方会议的缔约方大会通过的标准而设立的另一论坛之间针对相互学习的对话，将提供最佳机会确保相互支持。在理想情况下，这种对话可以从谈判的早期阶段开始，包括一项寻求两者之间一致性的谈判任务。
9. 即使名古屋议定书缔约方没有反对意见，作为议定书缔约方会议的缔约方大会仍有职权注意另一个论坛的举措，并审议第4条第4款下确认的影响，即专门性文书缔约方的议定书缔约方不适用遗传资源议定书和专门协定的目的。
10. 一缔约方或一组缔约方的举措— 名古屋议定书缔约方或一组缔约方有根据《名古屋议定书》第4条第4条确认某些国际专门性文书的可能性。这种方法的缺点是，最无助于系统性和结构性改善机构间制度的协调。它也最有可能破坏名古屋议定书缔约方之间的法律确定性。另一方面，一缔约方或一组缔约方的举措可能证明有益于为未来的多边举措提供帮助，即提供为探索在实践中各制度如何可以保持一致的“实验室”；它们甚至可能通过在区域或分区域一级创建与获取与惠益分享有关的决策网络来推进《名古屋议定书》的实施。按照这个思路，作为议定书缔约方会议的缔约方大会可以发挥重要的信息共享和传播作用，从而为进一步采取诸边或多边行动提供指导。
11. 与上述第二种情景指出的情况类似，将期望决定确承认一专门性国际文书的缔约方或各缔约方遵守作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会通过的标准，以证实专门性文书符合《议定书》和《公约》的目标的主张。正如在第二种情景下讨论的，可能会出现与法律不确定性相关的问题。因此，缔约方最好提请作为议定书缔约方会议的缔约方大会注意这一确认，供其审议，并为促进合作制定安排。作为议定书缔约方会议的缔约方大会需要审议第4条第4款下确认的影响，即专门性文书缔约方的议定书缔约方不适用遗传资源议定书和专门性协定的目的。

**D. 关于获取和惠益分享专门性国际文书的最佳程序要点**

1. 利用上一分节讨论的每种情景的优点，可以为可能被认为是专为《名古屋议定书》第4条第4款目的的关于获取和惠益分享国际文书的程序审议以下要点。
2. 假定作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会已经同意按照第4条第4款确认一项专门性文书的标准，最大限度地提供议定书与获取和惠益分享专门性文书之间相互支持和相互学习机会的最佳程序可采取以下步骤：
   1. 作为议定书缔约方会议的缔约方大会可在其关于国际合作议程项目下，审议必要的资料（包括收到的或要求其附属机构的提供的咨询意见，以及收到的或要求提供的关于其他制度或缔约方可能的或实际采取举措的资料）；
   2. 作为议定书缔约方会议的缔约方大会将鼓励打算制定一项可被确认为获取和惠益分享专门性国际文书的国际文书的其他政府间论坛和（或）缔约方或其他国家政府（一） 参照按照第4条第4款通过的确认标准，设立一项设法同与《名古屋议定书》保持一致的谈判任务；（二）不断向作为议定书缔约方会议的缔约方大会通报谈判进展情况； （三）在一项新的文书中起草专门顾及相互支持的条款；（四）建立/加强秘书处间的合作（如信息分享和联合能力建设举措）；
   3. 作为议定书缔约方会议的缔约方大会将根据所通过的标准审议其他论坛或名古屋议定书缔约方所作确认的影响和/或决定是否确认一项国际文书是获取和惠益分享的专门性协定；
   4. 作为缔约方会议的缔约方大会将决定建立一个系统持续的制度间互动程序，以确保决策、机构和执行层面的一致性和协同作用。可以考虑各种选择，包括建立一个对话和协调的常设平台（参见本研究报告第5.3节中的例子）。实行这种选择的理由是可以利用学习的好处，并确保一群获取和惠益分享制度持续有效。
3. 为使这一程序有效，名古屋议定书缔约方应在国内一级确保有关当局（可能在不同部门）在谈判中，在其他论坛的解释和执行中以及在其他专门性国际文书下，遵循作为缔约方会议的缔约方大会提议的相互支持办法。这需要缔约方努力：（a）提请可能谈判，解释或执行一项获取和惠益分享专门性文书的有关当局注意标准；（b）在国内一级建立针对相互支持和相互学习的定期对话。

# **提出的建议草案要点**

1. 参照确定的标准和最佳程序要素的上述分析，执行问题附属机构第三次会议不妨考虑建议作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会：
   1. 按照下文附件所载，通过在《名古屋议定书》第4条第4款范围内获取和惠益分享专门性国际文书的标准；
   2. 将标准提交给其他政府间组织、缔约方和其他国家政府，用以制定和/或确认可能的获取和惠益分享专门性国际文书；
   3. 请计划制定一项可被确认为获取和惠益分享专门性国际文书的国际文书的其他政府间组织、缔约方和其他国家政府参照上文(a)段通过的确认标准，设法和《古屋议定书》保持一致；
   4. 邀请其他政府间组织和/或缔约方或其他国家政府同作为名古屋议定书缔约方会议的缔约方大会分享关于为制定和/或确认获取和惠益专门性国际文书所采取步骤的信息；
   5. 请执行秘书继续关注有关国际论坛的动态；
   6. 同意在其未来会议议程中列入关于“与其他国际组织合作”的常设项目，以评估有关国际论坛的动态；
   7. 同意审议，注意到或赞同另一个政府间机构和/或一缔约方或一组缔约方对获取和惠益分享专门性国际文书的确认；
   8. 请执行秘书邀请其他相关政府间组织的秘书处组成一个获取和惠益分享问题联络组，以促进和加强信息交流和协调；
   9. 鼓励缔约方和其他国家政府在国家一级就不同国际论坛处理的获取和惠益分享问题进行协调，以支持关于获取和惠益分享的统一国际制度；
   10. 鼓励已经或可能成为名古屋议定书缔约方或获取和惠益分享专门性国际文书的缔约方和其他国家政府采取步骤，以相互支持的方式执行这两项文书。

附件

# **《关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》第4条第4款范围内获取和惠益分享专门性国际文书的标准**

1. 政府间同意 — 该文书将通过政府间进程制定和同意。文书可具有约束力或不具约束力。

2. 专业性 — 该文书将：

* 1. 适用于否则应属于《名古屋议定书》范围的一套特定遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识；
  2. 适用于特定用途的遗传资源和/或与遗传资源相关的传统知识，这些遗传资源和传统知识需要有区别的因而专门的办法。

3. 相互支持 — 文书将符合，支持而不违背《生物多样性公约》和《名古屋议定书》的目标，包括：

* 1. 符合生物多样性保护和可持续利用目标；
  2. 公平正和公平分享惠益；
  3. 获取遗传资源或传统知识和惠益分享方面的法律确定性；
  4. 对国际商定目标反映的可持续发展的贡献；
  5. 其他一般法律原则，包括诚信、有效性和合法期望。

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

1. \* [CBD/SBI/2/1](https://www.cbd.int/doc/c/6ce5/878e/5ffa49887c20c19961fe040a/sbi-02-01-en.pdf). [↑](#footnote-ref-1)
2. 联合国《条约汇编》第 1155卷，第18232号。 [↑](#footnote-ref-2)