



人权理事会

土著人民权利专家机制

第七届会议

2014 年 7 月 7 日至 11 日

临时议程项目 5

继续开展利用司法途径增进和保护

土著人民权利的研究

利用司法途径增进和保护土著人民权利：恢复性司法、土著  
司法制度以及土著妇女、儿童和青少年及残疾人利用司法  
途径问题

土著人民权利专家机制的研究报告

内容提要

人权理事会第 24/10 号决议请土著人民权利专家机制继续开展关于利用司法途径增进和保护土著人民权利的研究，尤其注重有利于实现和平与和解的恢复性司法和土著司法制度，包括对土著妇女、儿童和青少年以及残疾人利用司法途径的情况进行审查。在专家机制关于利用司法途径问题的第一份研究报告的基础上，本研究报告阐述了土著司法制度及其在便利利用司法方面的作用。它审查了土著妇女、儿童和青少年以及残疾人在利用司法途径方面的障碍和补救办法。最后，研究报告论述了恢复性司法及其在实现和平与和解过程中的作用。研究报告最后提出了专家机制第 6 号咨询意见。



## 目录

	段次	页次
一. 导言 .....	1-2	3
二. 土著人民利用司法途径问题 .....	3-5	3
三. 土著司法制度 .....	6-31	4
A. 国际法下的土著司法制度 .....	11-13	5
B. 对土著司法制度的承认 .....	14-19	5
C. 土著司法制度在便利利用司法途径方面的作用 .....	20	7
D. 土著司法制度和国际人权法之间的关系 .....	21-25	7
E. 障碍和补救办法 .....	26-31	9
四. 特定群体利用司法途径问题 .....	32-67	10
A. 全局性问题 .....	32-35	10
B. 土著妇女 .....	36-47	10
C. 土著儿童和青少年 .....	48-55	12
D. 土著残疾人 .....	56-67	14
五. 恢复性司法 .....	68-86	16
A. 关于恢复性司法的定义 .....	68-71	16
B. 恢复性司法、习惯法与土著司法制度之间的关系 .....	72-73	17
C. 恢复性司法与自决 .....	74-76	17
D. 以和平与和解为目标的恢复性司法 .....	77-85	18
附件		
专家机制第 6 号咨询意见(2014 年): 恢复性司法、土著司法制度 以及土著妇女、儿童和青少年及残疾人利用司法途径问题.....		21

## 一. 导言

1. 人权理事会第 24/10 号决议请专家机制继续开展关于利用司法途径增进和保护土著人民权利的研究，尤其注重有利于实现和平与和解的恢复性司法和土著司法制度，包括对土著妇女、儿童和青少年以及残疾人利用司法的途径进行审查，并将研究报告提交理事会第二十七届会议。
2. 专家机制曾要求各国、土著人民、非国家行为方、国家人权机构和其他利益攸关方为研究提供材料。所提交材料凡经许可均可在专家机制的网站查阅。<sup>1</sup> 研究还受益于联合国人权事务高级专员办事处和奥克兰大学法学院于 2014 年 2 月 17 日和 18 日举办的联合国恢复性司法、土著司法制度以及土著妇女、儿童和青少年及残疾人利用司法途径问题专家研讨会提供的资料。专家机制感谢所提交的材料，并参考了其中的内容。

## 二. 土著人民利用司法途径问题

3. 专家机制开展了关于利用司法途径增进和保护土著人民权利的研究，研究报告已提交人权理事会第二十四届会议(A/HRC/24/50)。该研究报告概述了适用于土著人民情况的利用司法途径的权利。它审查了国际和区域法律框架，尤其侧重于《联合国土著人民权利宣言》。研究报告分析了利用司法途径的权利与其他权利之间的关系。它提出了可增进利用司法途径权利的重要领域，包括国内法院和刑事司法制度的作用以及对土著人民司法制度的承认。它专门讨论了与土著妇女、儿童和青少年以及残疾人有关的问题。研究报告还探讨了了解真相与和解进程对促进土著人民利用司法途径的重要作用。
4. 前一项研究的一个结论是：需要进一步分析利用司法途径增进和保护土著人民权利的三个具体方面，从而催生了本项研究。首先，已确定必须在争取让土著司法制度获得国际和国家承认的工作基础上审查这些制度的作用。其次，本研究报告还将更充分地阐述专家机制对土著妇女、儿童和青少年以及残疾人利用司法途径的障碍和补救办法的分析。最后，鉴于上一次研究报告以过渡时期司法和真相委员会为重点阐述了真相与和解问题，本次研究报告将探讨更广义的恢复性司法的概念，将它与自决、和平与和解联系起来。
5. 专家机制在 2013 年的研究报告中表示，“利用司法途径要求能通过正式和非正式司法机构寻求和获得符合人权标准的补救。这对增进和保护其他人权也十分重要”(同上，第 3 段)。专家机制指出，“鉴于土著人民所面临问题的严重性，包括在刑事司法系统中受到的歧视，特别是对土著妇女和青少年的歧视”(A/HRC/21/52, 第 4 页)，利用司法途径尤为重要。报告还强调，考虑到土著人民

<sup>1</sup> [www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Followupstudyonaccesstojustice.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Followupstudyonaccesstojustice.aspx)。

面临的其他人权挑战，如结构性歧视、贫困、缺少医疗和教育机会，土地、领地和资源不被承认等，对这一问题必须以整体方式进行审查。按照专家机制对利用司法的途径的广义理解，研究报告除了阐述正式的国家体系之外，还探讨了土著司法制度在促进利用司法途径方面的作用。

### 三. 土著司法制度

6. 土著人民一直根据他们对司法的认识使用自己的司法制度和法律框架，这是他们的一项固有权利。<sup>2</sup> 虽然土著人民遭受了历史不公正待遇，但其法律制度的价值观和理想却因土著人民的适应力以及土著法律与土地的密切关系而得以延续。<sup>3</sup> 数百年来，这些法律和规范为建立和管理土著人民之间以及土著人民与他们的土地和领地间的和谐关系提供了充分的条件。

7. 土著司法制度往往包括立法和司法两方面，通常由传统机构来维持。可以在地方和次区域一级或某特定族群群体内部行使这种制度。构成土著司法制度基础的习惯法大多是通过口述传统流传下来的，但也可能是由现有传统机构立法确定的。习惯法可被视为包括两部分：属人法和属地法。属人法所涉内容包括财产、习惯和传统、家庭问题以及继承。属地法涉及土地和自然资源。

8. 土著人民的传统司法制度因殖民法律和政策以及因其隶属于各国正式司法制度而在很大程度上遭到忽视、削弱或否定。然而，法律是产生于或明或暗的理念和行为的一个复杂概念。它所依据的是人们的世界观和他们居住的土地，并且与文化和传统息息相关。因此，排斥土著人民传统和习惯的狭隘的司法观违反了所有法律制度的文化基础。不适用、不了解传统的土著司法观，就会产生一种不公正，它以不可接受的假设为基础，使人们无法利用司法途径。<sup>4</sup>

9. 因此，专家机制在此前的文件中承认，必须适当考虑土著人民的习惯法和传统。专家机制在关于土著人民受教育权的研究报告中，着重指出了传统教育与土地、领地和自然资源之间的联系，呼吁在法律上承认和保护这类土地，“对土著人民的习俗、习惯法和传统给予应有的尊重” (A/HRC/12/33, 附件第 11 段)。专家机制在关于语言和文化在增进和保护土著人民权利及身份认同方面的作用的研究报告中，强调土著司法制度和司法惯例是文化权利的重要组成部分 (A/HRC/21/53, 第 21 段)，并呼吁作为一种补偿形式，“承认包括法律和解决纠纷程序在内的土著人民治理结构” (同上，附件第 23 段)。

<sup>2</sup> 《联合国土著人民权利宣言》，序言部分第 7 段。

<sup>3</sup> 恢复性司法、土著司法制度以及土著妇女、儿童和青少年及残疾人利用司法途径问题专家研讨会：Moana Jackson。

<sup>4</sup> John Borrows, 《加拿大土著宪法》(多伦多大学出版社, 2010 年), 第 6-9 页。

10. 专家机制针对土著人民及参与决策权问题(侧重于采掘业),在对人权理事会《工商企业与人权指导原则》的评论中,呼吁各国和工商企业使用“考虑到有关土著人民的习俗、传统、规则和法律制度”的冲突解决程序,包括“司法小组之类的传统机制和土著长老和其他传统知识掌有者可能提供帮助的恢复性司法模式”(A/HRC/EMRIP/2012/CRP.1,第46和第55段)。

## A. 国际法下的土著司法制度

11. 正如专家机制此前指出的那样,《联合国土著人民权利宣言》是“实现正义的工具,是实现土著人民权利的重要基本框架。它的执行可有助于实现土著人民利用司法途径的权利”(A/HRC/24/50,第9段)。《宣言》申明,土著人民有权维护和加强其司法制度。《宣言》的若干条款提倡承认和尊重土著司法制度,尤其是第34条,其中规定:“土著人民有权根据国际人权标准,促进、发展和保持其机构构架及其独特的习俗、精神观、传统、程序、做法,以及原有的(如果有的话)司法制度或习惯。”

12. 第5条提及,土著人民有权维护和加强其特有的政治、法律、经济、社会和文化机构,同时保有充分参与国家政治、经济、社会和文化生活的权利。第27条提及,在裁定有关土地、领土和资源的程序中,承认土著人民的法律和土地所有权制度。第40条阐述了借助冲突解决程序和获得有效补偿的权利,包括“适当地考虑到有关的土著人民的习俗、传统和法律制度以及国际人权”。

13. 国际劳工组织的《土著和部落人民公约》(第169号公约)也阐述了土著人民维护其习惯和习惯法的权利。第八条第2款承认土著和部落民族有权保留本民族的习惯和各类制度,并增加了一个限制性条款,即“当与国家立法所规定的基本权利或国际公认的人权不相矛盾时”。在同样的限制性条款下,第九条第1款规定,“对有关民族采用传统方法处理其成员所犯罪行应予尊重”。

## B. 对土著司法制度的承认

14. 不同地区和国家对土著司法制度的承认度差别很大。在拉丁美洲,许多国家宪法承认土著司法制度和土著当局的管辖权。该地区对于法律多元化的认识在日益增加,土著法律制度与国家法律制度因此而得以共存。《哥伦比亚宪法》(1991年)、《秘鲁宪法》(1993年)、《委内瑞拉玻利瓦尔共和国宪法》(1999年)、《厄瓜多尔宪法》(2008年)和《多民族玻利维亚国宪法》(2009年)都在不同程度上承认法律多元化。在危地马拉和墨西哥等其他国家,对于土著人民在其族群内行使其自身的争端解决方式的权利的接受度有所提高。<sup>5</sup> 例如,在危地马

<sup>5</sup> Rachel Sieder, “土著法律制度的挑战:超越承认范式”,《布朗世界事务学刊》第18卷第11期(2012春/夏)。

拉，公共事务部和最高法院正在采取措施，加强与土著司法制度的协调，土著争端解决机制也日益得到尊重。<sup>6</sup>

15. 在亚洲，土著司法制度状况以及国家采取的或土著人民主张的战略各有不同。例如，在泰国，政府不承认习惯法。土著人民的习惯法仅在乡村一级适用。在尼泊尔，土著司法制度遭到国家法律制度的压制，没有文字记录也阻碍了恢复土著司法制度的努力。对各族群而言，国家以及族群内部对其法律制度的执行和承认情况也有所不同。在孟加拉国，吉大港山区三个部落圈的首领等传统机构得到了国家的承认，有权对争端进行裁决，但它们的权力是有限的。在马来西亚，法律承认沙巴和沙捞越的本地法院，但仍存在一些问题，特别是伊斯兰法院管辖权不明确以及习惯法没有得到《宪法》的充分承认。<sup>7</sup>

16. 在采用西方司法制度的同时继续使用和支持习惯法制度是太平洋地区法律制度的一个特点。对于习惯法制度或习俗的支持度得到了许多国家宪法的认可，包括巴布亚新几内亚、所罗门群岛和瓦努阿图的宪法，<sup>8</sup> 并继续保留在日常生活中，尤其在特定的冲突领域，包括传统土地方面。<sup>9</sup> 这种法律多样化程度的原因包括，西方法律在一些地区的影响力有限，而习俗继续适用。在后殖民时期取得独立，这是许多太平洋地区社会的一个特点，有实例表明，这些社会(如巴布亚新几内亚高地地区)在独立后恢复了更古老而熟悉的司法制度。在澳大利亚和新西兰，正式法律制度似乎更占主导地位，但在新西兰，毛利习俗(毛利法)被纳入司法程序的例子也很多。<sup>10</sup>

17. 总的来说，俄罗斯联邦的法律不参考这种土著习惯法，但在审查涉及土著人民的具体案例时，允许将土著法律惯例纳入考虑。尽管如此，《关于土著族群组织一般原则的联邦法》允许适用习惯法处理“当地问题”。但在实践中，由于法学院和职业培训体系中缺少专门课程，法官和律师很少采用这些规定。司法官员常常忽视土著法，导致对土著法的错误解读和执行，而没有考虑到北部土著人民的文化特点。<sup>11</sup>

<sup>6</sup> 危地马拉提交的材料。

<sup>7</sup> 亚洲土著人民同盟，“亚洲土著人民的发展观”(2011年)，见 <http://www.aippnet.org/images/stories/ID-Report-web-20101130150441.pdf>。

<sup>8</sup> Sinclair Dinnen, “太平洋岛屿的恢复性司法”，载于 Sinclair Dinnen、Anita Jowitt 和 Tess Newton Cain 编辑的《一种意义：太平洋岛屿的恢复性司法》（堪培拉，Pandanus Books 出版社，2003年）。

<sup>9</sup> Jennifer Corrin 和 Don Paterson, 《南太平洋法律简介》第二版（伦敦，罗德里奇—卡文迪什出版社，2007年）。

<sup>10</sup> 例如，在威坦哲法庭审讯时遵守当地礼节。

<sup>11</sup> Vladimir Kryazhkov, “俄罗斯立法在北方土著人民问题上的发展”，《北极法政评论》第4卷，第2号（2013年）。

18. 包括消除种族歧视委员会在内的各人权条约机构已经阐述了土著司法制度及其在增加利用司法途径方面能够发挥的作用问题。例如，该委员会在关于危地马拉的结论性意见中，促请缔约国“承认土著法律制度，并确保根据国际人权法，尊重和承认土著人民的传统司法体制”(CERD/C/GTM/CO/12-13, 第 8 段)。

19. 土著人民权利问题特别报告员一再强调，必须承认土著司法制度。例如，在对刚果共和国的国家访问报告中，特别报告员要求承认传统争端解决办法为“合法的司法形式”。<sup>12</sup>

### C. 土著司法制度在便利利用司法途径方面的作用

20. 土著司法制度在便利土著人民利用司法途径方面能够发挥关键作用，特别是在因距离、语言障碍和制度性歧视等因素利用国家司法制度的途径有限的情况下。非正式的司法机构能够便利利用司法途径，因为如果这些机构在本地区开展工作，就能减少出行的必要，降低费用，不易受腐败和歧视影响，而且能够由受信任的人、用所有人都懂得的语言、以当地文化可接受的方式进行。<sup>13</sup> 这在国家司法制度效率低下和腐败严重的背景下更是如此。

### D. 土著司法制度与国际人权法之间的关系

21. 在使用和执行土著司法制度方面的一个中心问题是，它可能与国际人权规范相冲突。《联合国土著人民权利宣言》第 34 条在申明土著人民有权促进、发展和保持其司法制度或习惯的同时，声明必须“根据国际人权标准”行事。对土著司法制度经常提出的三项指控是：其中存在性别歧视，因此没有为妇女提供平等的利用司法的途径；<sup>14</sup> 土著司法制度经常不遵守正当法律程序；<sup>15</sup> 补救措施可能包括使用体罚。<sup>16</sup> 尽管在某些情况下，这些批评是成立的，但不能以此为论据，以不遵守国际人权规范为借口，全盘否定土著司法制度。此外，各种土著司法制度虽然具有某些共同特征，但呈高度多元化，并且针对性强。

<sup>12</sup> A/HRC/18/35/Add.5, 第 87 段。另见 A/HRC/15/37/Add.2 和 A/HRC/15/37/Add.4。

<sup>13</sup> Tilmann J. Röder, “非正式司法制度：挑战和展望”，载于 Juan Carlos Botero 等编辑的《法治创新：简明论文汇编》（希尔和世界司法项目，2012 年）；Rachel Sieder 和 Maria Teresa Sierra, 《拉丁美洲土著妇女利用司法的途径》，克里斯蒂安·米克尔森研究所工作论文，第 2010:2 期（卑尔根，CMI，2010 年）。见 <http://www.cmi.no/publications/publication/?3880=indigenous-womens-access-to-justice-in-latin>。

<sup>14</sup> Kimberly Inksater, “转型的司法文化多样性：拉丁美洲土著司法制度和国际人权”，《法律多样性和非正式法律期刊》第 42 卷第 60 期（2010 年），第 105 页。

<sup>15</sup> 例如，可能没有可就判决提出上诉的机制。

<sup>16</sup> Inksater, 同前（见上文脚注 14），第 120 页。

22. 各条约机构已着重指出了土著司法制度与国际人权法之间可能产生差异的一些情况。比如，在关于墨西哥的结论性意见中，消除对妇女歧视委员会指出，它感到关切的是，“土著法律体系中有一些基于陈旧的男女性别定型观念的文化习俗，如‘彩礼’等，使歧视土著妇女和女童的做法永久化”(CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 第 34 段)。同样，人权事务委员会对多民族玻利维亚国族群司法制度使用体罚表示关切，并要求缔约国“在土著农民中和其他辖区开展公共宣传活动，以提高公众对于禁止体罚和体罚有害影响的认识”(CCPR/C/BOL/CO/3, 第 16 段)。

23. 人们普遍认为，土著司法制度是静止不变的。事实上，土著司法制度极富活力，有实例表明，尊重土著人民的法律自主权和国际人权法二者之间绝不是相互排斥的。正如 Sieder 和 Sierra 所指出的那样，“土著司法制度的规范、权威和惯例不但反映了土著人民和主流社会之间不断变化的关系，而且还反映了土著族群和土著运动内部的变化和紧张关系”。<sup>17</sup> 危地马拉圣克鲁斯—德尔基切的土著议会的例子说明，一些土著司法制度在越来越多地被纳入人权规范和话语。议会“作为凌驾于族群之上的协调土著族群当局的一方[，].....致力于借助玛雅人身份的话语以及普遍人权范式和土著人民的集体权利，调解争端，并减少对犯罪嫌疑人处以私刑的事件”。<sup>18</sup> 随着越来越多的妇女被选为议员，议会内部也正在处理性别歧视问题。这可以被视为土著妇女深入参与玛雅社会运动的结果，“而且也是土著族群内部要求尊重妇女尊严和人身安全的结果”。<sup>19</sup>

24. 紧张关系还可能源于土著人民权利的集体属性，这可能与族群内个人的需求和权利相冲突。儿童权利委员会明确表示，“就儿童而言，不能因为偏好整体的最大利益而忽视或侵犯儿童的最大利益”。<sup>20</sup>

25. 一些评论者表示，法律多元化的各种设想将允许两种制度并存。<sup>21</sup> Fromhertz 还指出，平等的司法多元化恰当地体现了《联合国土著人民权利宣言》第 34 条所述的自决权。<sup>22</sup> 一些作者进一步表示，这样的多元化应带来更多改变，国家制度和土著制度都应进行修改，以使习惯法符合国际规范，<sup>23</sup> 同时使国家司法制度体现出对文化差异的尊重，并且对土著人民司法当局作出的裁决不予干涉。<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Sieder 和 Sierra, 同前(见上文脚注 13), 第 4 页。

<sup>18</sup> Sieder, 同前(见上文脚注 5), 第 106 页。

<sup>19</sup> 同上。

<sup>20</sup> 儿童权利委员会, 第 11 号一般性意见, 第 30 段。

<sup>21</sup> 例如, 见 Inksater, 同前(见上文脚注 14), 第 17 页。

<sup>22</sup> Christopher J. Fromherz, “土著人民的法院: 平等司法多样性, 自决以及《联合国土著人民权利宣言》”, 《宾夕法尼亚大学法律评论》第 156 卷(2008 年)。

<sup>23</sup> 例如, 见 Inksater, 同前(见上文脚注 14)。

<sup>24</sup> 同上, 第 108 页。



## E. 障碍和补救办法

26. 土著人民在其社会内部自由行使司法权利和努力实现司法发展方面面临着各种复杂的挑战。在国家法律承认高度自治的情况下，主要的挑战在于正确落实这些宪法承认的权利。在大多数情况下，国际框架和国家框架所声称的情况与实地情况之间存在差距，土著司法制度尽管得到了法律承认，却仍处于从属地位。例如，在多民族玻利维亚国，宪法赋予普通司法权和土著农民司法权(*jurisdicción indígena originaria campesina*)同等地位。然而，2010 年 12 月通过的关于法律间协调的法律(*ley de deslinde jurisdiccional*)遭到了土著组织的批评，因为这项法律规定，在土著法律的适用条件和适用领域方面，土著司法权均需服从于国家普通司法权。<sup>25</sup>

27. 在国家机制和土著机制已经建立联系、甚至已达到法律多元化的情况下，土著法院的司法管辖权与国家制度仍不可同日而语。例如，马来西亚沙巴和沙捞越的本地法院就被视为次级法院，其作出的一些裁决没有被民事法院和伊斯兰法院认作行使司法权力行为而得到尊重。在法律有冲突的情况下，土著法律必须得到充分承认，特别是在当地社区一级。

28. 仍然存在的主要挑战通常在于，必须正式承认土著司法制度以及土著人民促进、发展和保持其司法制度的权利。

29. 保护包括妇女和儿童在内的特定群体免遭土著司法制度内的歧视，这也仍然是的一项挑战。已经执行的一项战略是，改善土著人民集体领导结构和司法机构中的性别平衡。亚洲的某些族群已经在长老会中建立了妇女代表配额制度，并正在努力改革以男性为主导的传统领导层。<sup>26</sup> 在厄瓜多尔，宪法保护妇女参与行使土著当局的司法职能并进行决策。<sup>27</sup>

30. 在亚洲，一些族群不得不处理因编撰习惯法而产生的问题。一经编撰，解读习惯法和理解土著司法概念的司法自由就会受到限制。例如，1995 年《沙巴本地法院规则》因对各种罪行的惩处规定过细，而被当地土著首领视为司法工作的绊脚石。

31. 土著法律制度和机构可能被用来为国家利益服务，这种危险又是一大挑战。另一重大障碍是土著司法制度的经费问题。没有充足的资源，土著司法制度就难以为继，对确保利用司法途径的贡献也会受到影响。

<sup>25</sup> 例如，见 Qullasuyu 的 Ayllus 人和 Markas 人全国理事会，“司法划分法合理性的宪法基础”，2012 年。

<sup>26</sup> 亚洲土著人民同盟，“倾斜的天平：土著妇女，发展和利用司法途径”（2013 年）。见 <http://www.aippnet.org/images/stories/IW-HR-Report-May-17-ALL-BOOK-small-20130530160656.pdf>。

<sup>27</sup> 《厄瓜多尔宪法》，第 171 条。

## 四. 特定群体利用司法途径问题

### A. 全局性问题

32. 《联合国土著人民权利宣言》特别重视土著妇女、儿童、青少年和残疾人。例如，第 22 条第 1 款规定如下：“实施本《宣言》时，应特别关注土著老人、妇女、青少年、儿童和残疾人的权利和特殊需要。”第 22 条第 2 款要求各国和土著人民确保土著妇女和儿童获得保护，免受一切形式的暴力和歧视。

33. 土著妇女、儿童、青少年和残疾人因多种原因而遭到歧视，经常陷于非常不利的处境。需要特别关注这些多重歧视集于一身的特定群体的处境。<sup>28</sup>

34. 利用司法途径除了本身是一项权利之外，也是一种至关重要的获得补救的方式。土著妇女、儿童、青少年和残疾人在行使这项权利和获得相关补救时面临种种障碍和挑战，他们在刑事司法系统受到歧视，并且在囚犯人数中所占比例过高。

35. 必须从整体角度看待土著妇女、儿童、青少年和残疾人利用司法途径的状况，因为利用司法途径问题与土著人民面临的其他人权问题密不可分，这些问题包括贫穷和缺少医疗和教育机会，以及他们对土地、领地和资源的权利得不到承认。

### B. 土著妇女

#### 1. 障碍

36. 土著妇女在与他人平等地利用司法途径方面面临重重障碍。这些障碍既存在于社会内部(特别是与普遍的暴力、歧视和边缘化相关)，也存在于在国家刑事司法制度内和土著司法制度内。

37. 土著妇女极易遭受各种形式的暴力，以及因种族、性别和包括残疾和性取向在内的其他身份形式而导致的多种形式的歧视。土著妇女面临的暴力形式包括：因人际关系造成的针对妇女和女童的身心暴力和性暴力(家庭暴力，肇事者通常为男性)，这些暴力行为导致伤害和谋杀事件频发。性暴力是一个令人严重关切的问题。例如，巴布亚新几内亚的土著妇女仍承受着强迫婚姻、交换聘礼和一夫多妻等做法。在北美洲以及世界其他许多区域，土著妇女和女童被谋杀或在性交易中受到性剥削的风险很高。贩运土著妇女和女童也是一个严重的人权问题。暴力对土著妇女的性健康和生殖健康以及这方面的权利产生了不良影响，这些权利包括决定子女数目和生育间隔的权利、获取性卫生信息的权利、获取生殖

<sup>28</sup> 经济、社会和文化权利委员会，第 20 号一般性意见，第 17 段。

保健产品和服务的权利、以及获得顾及文化因素的保健服务和产品(包括传统药物和知情的创伤治疗服务)的权利(E/C.19/2012/6, 第 5 至 6 页)。所有这些形式的边缘化造成了土著妇女利用司法的途径受到限制。

38. 身处偏远地区或农村地区也是妨碍土著妇女利用司法途径的另一个因素。与土地所有权相关的歧视性做法也影响土著妇女利用司法途径。一些习惯法不允许妇女继承财产,也不允许妇女在土著司法机构中担任领导职务。

39. 在土著领地附近或领地内从事采掘活动的企业往往增加土著妇女遭受暴力(来自工人)和健康相关问题(如水污染造成的癌症)的风险(E/C.19/2012/6, 第 8 页)。国家法律往往不能充分防止企业侵犯人权或提供适当的补救机制(A/HRC/21/55)。

40. 土著妇女在国家刑事司法系统中所占比例过高。以新西兰为例,毛利人约占总人口的 15%,而 58%的女囚是毛利人。<sup>29</sup> 这一不良趋势在其他国家也同样存在,土著女囚比例在增加。土著妇女在司法系统中比例过高往往是由一贯怀有偏见地使用酌处权、贫困、边缘化以及暴力侵害土著妇女等因素造成的。<sup>30</sup>

41. 出于多种原因,暴力侵害土著妇女行为常常不会遭到举报。由于刑事司法系统中存在歧视和偏见,土著妇女可能怯于提出申诉。另外,她们可能不了解可利用的服务和保护,特别是对居住在农村或偏远地区的妇女而言,当地可能根本没有相应的服务。缺少脱离虐待关系的办法可能导致土著妇女撤回最初的暴力举报,然后又被指控诬陷。遭到举报的针对土著妇女的犯罪,往往被淡化处理或轻判,造成不平等的法律保护。<sup>31</sup> 土著妇女常常要与法律体系中的边缘化、怀疑和偏见作斗争,还可能在举报虐待行为时遭到警察的歧视和骚扰。

42. 传统司法制度能提供符合文化特点的司法途径,从而增进土著妇女利用司法途径。但在很多情况下,这种制度由男性主导,歧视女性。传统司法制度需要加强能力,保护土著妇女免遭暴力,并倡导公平和平等的待遇。

## 2. 补救办法

43. 消除阻碍土著妇女充分、有效和有意义地参与整个社会的社会和经济障碍,将极大地增强土著妇女利用司法途径的能力。传播有关可利用的程序和法律改革的资料的各项方案能够帮助保护土著妇女。

<sup>29</sup> 新西兰统计数据,“新西兰监狱服刑人口”,见 [www.stats.govt.nz/browse\\_for\\_stats/snapshots-of-nz/yearbook/society/crime/corrections.aspx](http://www.stats.govt.nz/browse_for_stats/snapshots-of-nz/yearbook/society/crime/corrections.aspx)。

<sup>30</sup> 专家研讨会: Hannah McGlade。

<sup>31</sup> 同上。

44. 任命更多土著妇女在司法机关中任职，这对于确保在国家法律制度中体现土著妇女权利至关重要。<sup>32</sup> 在妇女不愿面对男法官的情况下，非常有必要任命女法官；这一方法可以提高土著妇女对司法制度的好感，促进利用司法制度。<sup>33</sup> 虽然有批评认为这种政策会导致刑罚或量刑较轻，但这种批评是不准确的。

45. 应对司法和执法人员进行注意男女特点和需要的培训，并提高对土著妇女工作的文化特性的认识。还应鼓励刑事司法机构对土著妇女领导人以及她们在决策中的作用表现出更为开放和欢迎的态度。

46. 以妇女权利和公正平等待遇为中心，就基于权利的平等观念进行对话，土著和国家法律机构都会有所获益。在国家与土著司法制度各个方面增进土著妇女的平等权利，对于消除利用司法途径方面的障碍是必不可少的(A/HRC/24/50, 第65段)。

47. 在不存在族群制度的地方，推动发展这种制度伸张正义，将会产生积极效果。要改善土著妇女及其子女和家人利用司法的途径，法律改革进程就必须包括基于和解的综合应对办法。这些解决办法必须解决由强加殖民文化所导致的父权制度的根本作用。应通过有针对性的努力协助土著妇女作为领导人参与传统土著司法系统。

## C. 土著儿童和青少年

### 1. 障碍

48. 尽管可用数据有限，但一些研究表明，土著儿童和青少年在刑事司法系统中所占比例过高。儿童权利委员会指出，土著儿童被监禁的人数过多，“可归结于来自司法系统和(或)社会内部的系统性歧视”。<sup>34</sup> 例如，在澳大利亚，10 至 17 岁的土著青少年受社区监督的比例是非土著青少年的 15 倍，被拘留的比例几乎是土著青少年的 25 倍。<sup>35</sup> 在新西兰，毛利青少年出庭的几率是所有青少年的两倍多。<sup>36</sup>

49. 仍然持续存在障碍的另一领域是遭受家庭暴力或性虐待的土著儿童利用司法途径的问题。

<sup>32</sup> 例如，见消除对妇女歧视委员会，第 23 号一般性建议。

<sup>33</sup> 专家研讨会：Ipul Powaseu。

<sup>34</sup> 儿童权利委员会，第 11 号一般性意见，第 74 段。

<sup>35</sup> 澳大利亚卫生与福利研究院，“2011-2012 年澳大利亚青年司法：概述”，《第 115 号公报》(2013 年 4 月)，第 10 页。见 <http://www.aihw.gov.au/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=60129543208>。

<sup>36</sup> 新西兰人权委员提交的材料，“Te Kahui Tika Tangata”。

## 2. 补救办法

50. 儿童权利委员会在第 11 号一般性意见(2009 年)中列出了土著儿童利用司法途径方面的一系列障碍和补救办法。第 23 段强调, 缔约国必须确保不歧视原则的适用可以“通过司法和行政机关适当监督和加以实行”。该意见还提醒各国, 为不歧视而采取的有效补救措施应“及时和便利”。

51. 关于司法系统中的土著儿童和青少年的数据严重缺失, 这不仅导致难以查明当前挑战的严峻性, 而且还给制定和执行适当政策处理他们在司法系统中人数过多的问题带来了障碍。儿童权利委员会强调指出, 有必要收集关于土著儿童的数据, 以查明歧视现象;<sup>37</sup> 委员会指出, 各国应努力改进少年司法系统中的数据分类工作。此外, 委员会强调, 有必要采取积极措施以消除造成歧视的条件, 如提供文化上适当的少年司法服务。<sup>38</sup>

52. 《儿童权利公约》第四十条第 3 款要求各国采取适用于被指称、指控或确认为触犯刑法的儿童的措施, 在适当时不对此类儿童诉诸司法程序。此外, 委员会一再指出, 逮捕、拘留或监禁儿童仅可作为最后手段加以使用。<sup>39</sup> 对于土著儿童, 可以使用与国际法相一致的传统恢复性司法制度来处理涉及儿童和青少年的案件。委员会还建议制定考虑到土著儿童及其家人和族群的需求和文化、立足社区的方案和服务。<sup>40</sup> 例如, 在澳大利亚, “土著司法方案”资助着重于儿童和青少年的案件管理和观护活动的方案。<sup>41</sup>

53. 各国应设计并执行方案, 就土著儿童权利、针对土著儿童和青少年的特别保护措施、以及顾及文化因素的办法等问题对执法和司法人员以及其他相关公务员进行培训。<sup>42</sup> 同样重要的是, 执法和司法工作人员应了解创伤, 并能够敏感地处理包括暴力和性虐待在内的各种问题。<sup>43</sup>

54. 无论何时均应遵守的另一项原则是尊重儿童意见的原则。《儿童权利公约》第 12 条确认, 儿童有权在影响到本人的司法和行政诉讼中发表自己的意见。对于土著儿童而言, 履行在司法和刑事诉讼程序中发表意见的权利的措施包括, 免费提供口译服务, 并保证以顾及文化因素的方式提供法律援助。<sup>44</sup> 在危地马拉, 司法机关设立了土著笔译和口译中心, 以便为土著人民、特别是土著妇

<sup>37</sup> 儿童权利委员会, 第 11 号一般性意见, 第 24 段。

<sup>38</sup> 同上, 第 25 段。

<sup>39</sup> 同上, 第 74 段。

<sup>40</sup> 同上, 第 75 段。

<sup>41</sup> 澳大利亚提交的材料。

<sup>42</sup> 儿童权利委员会, 第 11 号一般性意见, 第 33 和第 77 段。

<sup>43</sup> 专家研讨会: Hannah McGlade。

<sup>44</sup> 儿童权利委员会, 第 11 号一般性意见, 第 76 段。

女和儿童利用司法途径提供便利。该中心业务覆盖全国，拥有掌握在国内使用的 22 种玛雅语言专门知识的法律笔译和口译员。<sup>45</sup>

55. 正如上文所强调的那样，关键是要以整体观处理土著儿童利用司法途径的问题。教育是值得特别关注的一个领域。优质教育可以在行使人权方面起到促进作用，对儿童及其族群都有益处。更具体而言，应努力为土著儿童和青少年提供人权教育，通过这种方式赋予他们权能，并实现其族群自决。

## D. 土著残疾人

### 1. 障碍

56. 土著残疾人在利用司法途径方面要面对多种复杂障碍。这些障碍既存在于社会内部(特别与暴力、贫穷、边缘化和歧视相关)，也存在于国家刑事司法制度内和土著司法制度内。

57. 土著残疾人更易遭受各种形式的暴力和忽视，以及基于种族、性别、身份和性取向的歧视。这些暴力形式包括身心暴力和性暴力。暴力侵害土著残疾人的行为经常来自其家庭内部。<sup>46</sup> 土著残疾人因害怕遭遗弃，又常常无法寻求替代照料或与外界沟通，而可能被迫处于受虐待状况，<sup>47</sup> 或即使获得了照料，但往往会遭到本应保护他们的照料者的暴力虐待。

58. 缺乏文化上适当且可以接受的评估制度，减少了土著残疾人利用司法的途径。此外，土著残疾人在很大程度上由于贫困、孤立和边缘化，因而无法得到适当的评估、照料和待遇。在很多情况下，土著残疾人、特别是有智力障碍的土著残疾人与残疾人服务部门的初次接触都是发生在他们与刑事司法制度的接触之后。<sup>48</sup>

59. 土著残疾人还面临着较高的监禁率，并在被监禁期间遭遇进一步障碍，包括被任意或无限期地关在长期居住机构内，特别是在涉及精神健康问题和智力残疾的情况下(E/C.19/2013/6, 第 9 页)。土著残疾人面临来自司法系统内部的障碍，阻碍他们获得支助和服务。例如，在澳大利亚，土著智障人往往被关押，并被评估为不适合接受审判。出现这种情况时，对他们的关押留往往变为无限期关

<sup>45</sup> 危地马拉提交的材料。

<sup>46</sup> 联合国人口基金太平洋次区域办事处,《更深的沉默: 残疾妇女不为人知的经历——基里巴斯、所罗门群岛和汤加的性健康和生殖健康状况和暴力侵害妇女情况》(斐济苏瓦, 2013 年), 第 41 页。

<sup>47</sup> 专家研讨会: Ipul Powaseu。

<sup>48</sup> 土著残疾人司法运动提交材料。另见 Mindy Sotiri 等, “见不到头: 对有认知障碍的澳大利亚土著人的监禁和无限期关押”, 土著人司法运动, 悉尼, 2012 年 9 月, 见 [www.pwd.org.au/documents/project/2012ADJC-NoEndInSight.docx](http://www.pwd.org.au/documents/project/2012ADJC-NoEndInSight.docx)。

押。专家机制收到的报告表明，土著人常常被监禁在不适当的条件下，如澳大利亚最高警戒监狱，该监狱关押了土著智障人，据报告，该监狱对他们实施了过份的机械约束和化学约束(同上)。

60. 以无障碍形式发布的资料有限，这给土著残疾人带来了很大障碍。由于国家机构、土著机构和联合国机构内没有必要的辅助技术和替代形式的材料，土著残疾人往往很难获取关于各项权利的资料以及其他法律和教育材料。农村或偏远地区往往不存在这类渠道。

61. 一些土著语言中没有关于残疾的概念和词汇。土著残疾人的情况经常被土著族群掩盖或隐藏。<sup>49</sup> 这些现实情况是对残疾人的污名化导致的，这种污名化往往来自于强制推行的西方发展模式，造成当地社区不认可、不接受土著残疾人。残疾人经常被边缘化，并遭受暴力和虐待。对有残疾儿童的家庭支助不足经常导致儿童与家人分离，进入儿童福利系统。这种现象更可能发生于土著人民经受过历史创伤的地区，如通过强制执行寄宿学校制度(E/C.19/2013/6, 第 6 页和第 11 至 12 页)。

62. 土著残疾人、特别是妇女的性健康和生殖权利经常受到性暴力、强制避孕以及性和生殖方面成见的侵犯。<sup>50</sup> 对既是土著残疾人又是男女同性恋、双性恋和变性者的人而言，情况就更为严重，他们因性取向和性别认同已遭到歧视，因而会经历多重歧视和孤立。<sup>51</sup>

## 2. 补救办法

63. 《联合国土著人民权利宣言》明确规定，应采取措施推进土著残疾人的权利和特殊需要，争取改善他们的经济和社会状况，进一步落实《宣言》，包括与司法有关的条款(分别为第 21 条和第 22 条)。《残疾人权利公约》为增进残疾人的权利提供了一个总体框架，包含提供便利，以确保在获得司法保护方面的不歧视和平等(第十三条第一款)，并对司法人员进行培训(第十三条第二款)。序言部分第(十六)段表达了对土著残疾人的关切。

64. 不同层次的教育活动将协助增加土著残疾人利用司法的途径——包括对公众和刑事司法工作者进行有关残疾的教育，以及对残疾人、公众和刑事司法系统工作人员进行人权教育。<sup>52</sup>

<sup>49</sup> 专家研讨会：Ipul Powaseu。

<sup>50</sup> 联合国人口基金太平洋次区域办事处，同前（见上文脚注 46），第 42 页。

<sup>51</sup> 同上。

<sup>52</sup> 专家研讨会：Ipul Powaseu；E/C.19/2013/6，第 9 页。



65. 如果能加大对残疾人家人(他们往往是主要的照料者)的支持,这将有助于减少家庭内部的暴力。家庭成员往往没有受过培训,缺乏履行照料者任务所需的能力、支持和资金。<sup>53</sup>

66. 增加法律咨询的途径也会改善状况;例如,在某些情况下,当需要适当的免费法律援助时,却没有机构提供这种援助,或现有顾问并未接受过处理土著残疾客户的法律需求和其他需求的适当培训。此外,土著残疾人在获取法律或相关服务时,因为缺少可用的交通方式,可能面临交通方面的障碍。

67. 让残疾人在刑事司法制度中发挥作用,从而使他们参与其中,这会让他们在更大程度上增强权能和获得保护。应采取专门措施,加大对土著残疾人的司法支助和保护,以降低他们的脆弱性。

## 五. 恢复性司法

### A. 关于恢复性司法的定义

68. 恢复性司法程序的不断发展和适用意味着无法对这一术语作出单一而全面的定义。被认定为恢复性的程序或许在一些重要方面,如惩罚和处罚的必要性或可取性、受影响的当事方应当参与和互动的程度以及对于受害者的关注度,都有差异。尽管存在这些差异,恢复性司法程序通常具有一些特征。这些特征包括:提供交流经验的机会,以恢复关系为重点,要求道歉和(或)赔偿,当事方积极参与谈判公正的解决办法,以及强调在当事方之间建立对话。<sup>54</sup>

69. 虽然许多现代恢复性司法程序似乎最初是在刑法的背景下发展起来的,并且文献大多集中在这一领域,但恢复性司法程序的一个特点是,它们可以广泛适用于各种情况。因此,在确定恢复性司法的范围和性质时,应该考虑这些程序不同的使用情况,并将它们与其他源于不同传统(如土著法律制度和习惯法)的程序进行对比。恢复性司法程序可以解决一系列广泛问题,从影响整个民族和族群的问题(如殖民和强迫同化;例子有北美洲的印第安寄宿学校制度)到社区一级的个人间纠纷。

70. 一些恢复性司法程序通常与特定使用类型联系在一起。例如,刑事领域通常采用量刑小组,而冲突后社会往往采用真相委员会。<sup>55</sup> 具体做法和使用背景之间的区分并非总是很明确。例如,在刑事背景下,重点是对受害人、罪犯和受

<sup>53</sup> 联合国人口基金太平洋次区域办事处,同前(见上文脚注 46),第 41 页。

<sup>54</sup> 关于恢复性司法的详细介绍,包括恢复性司法方案的定义和主要特征,见联合国毒品和犯罪问题办事处,《恢复性司法方案手册》(联合国出版物,出售品编号 C.06.V.15)。

<sup>55</sup> 例如,见人权高专办,《过渡司法与经济、社会、文化权利》(HR/PUB/13/5),以及人权高专办,《冲突后国家的法治工具——真相委员会》(HR/PUB/06/01)。



到罪行影响的人使用恢复性司法。然而，使用这些程序能够降低累犯率，<sup>56</sup> 增强族群自治权，增进当事方之间的理解，<sup>57</sup> 从而促进在全社会实现和平与和解。

71. 恢复性司法程序的另一个考虑因素是它在促进就大规模问题(如国家严重侵犯土著人民人权和以往对于土著人民的不公正)利用司法途径方面的作用。在用于这种情况时，恢复性司法程序再次表明，这一使用类型并非完全不同于涉及个人犯罪行为的情况。例如，虽然设立真相委员会的目的是解决全社会遭受的不公正对待，但它的运作会影响到利用司法途径、执行司法以及为个人伸张正义的方式。其他的例子有，如马来西亚国家人权委员会所作的针对全面剥夺土著人民土地情况的全国土地调查。

## B. 恢复性司法、习惯法与土著司法制度之间的关系

72. 恢复性司法程序和源于土著法和习惯法制度的程序之间的关系可以帮助界定恢复性司法的范围。这一点尤为重要，因为恢复性司法程序经常被土著人民使用，或用于涉及到他们的情况。<sup>58</sup> 这一关系有几个层面，其中包括土著法或习惯法和恢复性司法程序间的相通程度、恢复性程序的实行方式(如是强制实行还是由族群自行实行)以及将受到习惯或土著法律影响的恢复性司法程序输出到其他社会是否适当的问题。

73. 习惯法制度被世界许多地方所采用，往往与更为正式的法律制度并存。它们可能与恢复性司法程序具有共同的特点和目标，如希望当事方之间实现和解，通过谈判取得结果，并让族群参与伸张正义。在某些情况下，恢复性司法制度可能采用土著制度的特点，以此与族群建立联系。虽然存在这些相似之处，但恢复性司法程序和习惯(土著)法因渊源不同而有所区别。此外，许多土著人民、部落和民族认为，他们的习惯法和土著法源于固有权利。

## C. 恢复性司法与自决

74. 对土著人民和后殖民时期的民族而言，当今一个重要但有争议的问题是土著人民的自决问题，以及这对司法制度而言意味着什么。自决权被载入了《联合国土著人民权利宣言》，《宣言》提供了一个强有力的规范性指令，规定土著人

<sup>56</sup> James Bonta 等，“恢复性司法和累犯：许下的诺言，遵守的诺言？”，载于 Dennis Sullivan and Larry Tifft 编辑的《恢复性司法手册：全球视角》（阿宾登，罗德里奇出版社，2007 年）。

<sup>57</sup> 对这一效果结合通过加拿大真相与和解委员会进行的真相讲述和经验分享进行了讨论，见 [www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=7](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=7)。

<sup>58</sup> 例如，试图纳入土著司法惯例的量刑做法和在威坦哲法庭审讯期间分享历史经历的规定。

民可以控制和参与影响土著人民的司法程序。如以上所强调的那样，多项条款，特别是第 34 条，申明使用土著司法制度是自决的表达，或有助于自决。<sup>59</sup>

75. 恢复性司法程序的灵活性和参与性以及习惯法固有的相似性意味着，该程序提供了一个载体，可据以支持使用土著司法制度，并以此促进土著人民自决。调解等做法是有用的手段，可以弥合正式法律制度和基层司法工作之间的差距。但恢复性司法程序的一些特点，包括“自上而下”强制执行和这些程序可能受到的政治化，或许会削弱它们支持利用司法途径和自决的能力。<sup>60</sup>

76. 混淆真正的土著做法与仅吸纳了一些习惯法特征的做法，会对通过恢复性司法促进土著人民自决构成威胁，因为这些程序受制于国家和其他行为方的风险更大。<sup>61</sup>

#### D. 以和平与和解为目标的恢复性司法

77. 为了实现更广泛的和平与和解目标，恢复性司法已经被用于多种情况，包括澳大利亚、加拿大、智利、危地马拉、秘鲁等国与土著人们有关的真相委员会，“澳大利亚道歉”及随后的和解举措，缅因州 Wabanaki 儿童福利真相与和解委员会，新西兰的威坦哲法庭，以及在平时时期及冲突后的土著社会使用习惯法。<sup>62</sup>

78. 真相委员会的目的和运作模式各有不同，但许多委员会体现了符合或支持恢复性司法原则的特点。例如，真相委员会可以为恢复做出贡献，它们可以说明发生的真相，查明对侵权行为负责的机构，确认受害人，并为他们提供可分享经历和讲述实情的论坛，并就如何提供补救办法和防止再遭侵犯提出建议。<sup>63</sup> 委员会也可以顾及习惯做法，或受其影响。例如，德斯蒙德·图图大主教曾指出，南非真相与和解委员会受到了“乌班图”（非洲传统的和解和福祉概念）的影响。<sup>64</sup> 此外，真相委员会还可以为利用司法途径提供便利，特别是在很难以其他方式实现利用司法途径的情况下，如涉及土著人民过去所受待遇的情况。<sup>65</sup>

<sup>59</sup> 例如，第 3 条、第 4 条、第 11 条第 1 款和第 33 条。

<sup>60</sup> 例如，见 Eduardo R. C. Capulong, “调解和新殖民法律秩序：菲律宾的利用司法途径与自决”，《俄亥俄州争端解决问题期刊》第 27 卷第 3 期（2012 年 9 月）。

<sup>61</sup> Stephanie Vielle, “友敌：恢复性司法和习惯司法机制”，《当今司法评论：刑事司法、社会司法和恢复性司法中的一些问题》第 16 卷第 2 期（2013 年）。

<sup>62</sup> 关于真相委员会的使用和土著人民权利的具体讨论，见联合国土著问题常设论坛关于美洲大陆土著人民权利以及真相委员会和其他真相调查机制的研究（E/C.19/2013/13）。

<sup>63</sup> Jennifer Llewellyn, “真相委员会和恢复性司法”，载于 Gerry Johnstone 和 Daniels W. Van Ness 编辑的《恢复性司法手册》（卡伦普顿，Willan 出版社，2007 年），第 358 页。

<sup>64</sup> Michael King 等，《非对抗性司法》（安南岱尔，联邦出版社，2009 年），第 61 页。

<sup>65</sup> Llewellyn, 同前（见上文脚注 63），第 352 页。

79. 虽然建立南非真相与和解委员会的目的并非是为了实践恢复性司法的原则，但其运作被称作是“恢复性的”。<sup>66</sup> 例如，通过使用大赦委员会(针对肇事者)和人权委员会(针对受害者)，该程序将不公正现象的肇事者和受害者均纳入进程中。<sup>67</sup> 然而，这一特点使当事双方保持分离，因而也遭到了批评。<sup>68</sup> 南非真相与和解委员会还因提供赔偿的能力有限而受到批评，而提供赔偿这一权力是留给政府行使的。<sup>69</sup>

80. 加拿大真相与和解委员会成立于 2008 年，其目的是通过处理强加给加拿大土著儿童的寄宿学校制度的遗留问题，实现和平与和解。委员会的任务是听取真相、促进调停和推动和解。在以分享和记录信息的方式求得真相、增强个人和族群的理解方面，委员会发挥了恢复性的作用。委员会的所采用的方法基于土著习俗，如和解小组、为参与者提供的传统咨询及其他习惯仪式和宗教仪式。通过这一过程，新的关系将在互相承认和尊重的基础上得以建立。根据法庭监督执行的《印第安寄宿学校和解协议》，资金赔偿来自委员会之外，供向寄宿学校过去的学生提供适当的共同经历赔偿金，并单独设有独立评估程序处理虐待申诉。

81. 1975 年在新西兰设立的威坦哲法庭是应包括毛利人和欧裔新西兰人在内的全社会的需求而产生的促进和解的恢复性司法程序的一个实例。<sup>70</sup> 该法庭大体符合恢复性司法的理念，它为参与者提供陈述冤情的论坛，通过研究核实申诉人的经历，并通过着重恢复受害者及其家人和犯罪人家人的 mana (声望)体现毛利传统。<sup>71</sup>

82. 2008 年的“澳大利亚道歉”正式承认了该国将土著儿童带离家庭的政策所造成的伤害。<sup>72</sup> “道歉”的内容和目的是为了修复过去的伤害、为将来做好准备，这体现了与恢复性司法程序一些方面的相似之处。

<sup>66</sup> King 等，同前（见上文脚注 64），第 61 页。

<sup>67</sup> Llewellyn，同前（见上文脚注 63），第 362 页。

<sup>68</sup> Audrey R. Chapman，“真相委员会和团体间原谅：南非真相与和解委员会案例”，《和平与冲突：和平与心理学期刊》第 13 卷第 1 号（2007 年 3 月），第 66 至 67 页。

<sup>69</sup> Llewellyn，同前（见上文脚注 63），第 365 页。

<sup>70</sup> Joe Williams（引用 Edward Durie），“冲突解决：威坦哲法庭的作用”，载于 Peter Greener 编辑的《扭转浪潮：冲突解决的新方式》（奥克兰科技大学出版社，2001 年），第 9 页。

<sup>71</sup> Donna Durie Hall 和新西兰毛利人委员会，“恢复性司法：毛利人的观点”，载于 Helen Bowen 和 Jim Consedine 编辑的《恢复性司法：当代主题和实践》（利特尔顿，Ploughshares 出版社，1999 年），第 26 页。

<sup>72</sup> 澳大利亚社会服务部，“对澳大利亚土著人民的道歉”，见 [www.dss.gov.au/our-responsibilities/Indigenous-australians/programs-services/recognition-respect/apology-to-australias-Indigenous-peoples](http://www.dss.gov.au/our-responsibilities/Indigenous-australians/programs-services/recognition-respect/apology-to-australias-Indigenous-peoples)。

83. 缅因州 Wabanaki 儿童福利真相与和解委员的任务是审查《印第安儿童福利法》所导致的大量土著儿童被从自己的家庭转送给非土著家庭的情况。委员会让 Wabanaki 人民能发表意见，承诺实行国家和土著平等参与，以通过恢复性司法模式实现和平与和解。

84. 这些情况所说明，必须将恢复性司法理解为一个过程，而不是一项活动。罗伯特·安德鲁·约瑟夫为实现和解性司法的进程提出了“八大步骤”：

- 承认：发现真相并叙述不公正现象；
- 责任：承认对不公正现象的责任；
- 悔恨：为不公正现象真诚致歉；
- 归还土地和资源，以及决定其如何使用的权力；
- 对不公正现象提供资金赔偿，同时承认这种赔偿不包括许多伤害；
- 重新设计国家政治法律机构和程序，以增强土著人民参与自治以及国家治理的权能；
- 保证过去和现在的不公正现象不会再次发生，以避免今后再发生不公正现象；
- 受伤害者负有义务对等，己所不欲勿施于人。<sup>73</sup>

85. 恢复性司法的一个问题是，国家设立的机制有时不足以充分解决过去的冤情。道歉等行动以及真相与和解委员会等程序虽然有所帮助，但只有全面得到土著人民参与时才能完全奏效。此外，为了提供补偿，应优先考虑土著人民对其适当形式的意见。

<sup>73</sup> 罗伯特·安德鲁·约瑟夫，“一扇玉门：以和解性司法作为前进之路，援引新西兰的经验”，载于《说出我的真相：关于和解与寄宿学校的思考》第一卷，《从真相到和解》（渥太华，土著和解基金会，2008年），第212至第213页。

## 附件

### 专家机制第 6 号咨询意见(2014 年): 恢复性司法、土著司法制度以及土著妇女、儿童和青少年及残疾人利用司法途径问题

#### A. 概论

1. 《联合国土著人民权利宣言》应当是在法律和政策等层面保护和增进土著人民利用司法途径权利的一切行动的依据。应将实施《宣言》当作和解的框架和落实土著人民利用司法途径权利的手段。
2. 土著司法制度在促进土著人民利用司法途径方面可以发挥关键作用。《宣言》申明,土著人民有权根据国际人权标准,促进、发展和保持其司法制度或习惯(第 34 条)。《宣言》还确认,土著人民有权维护和加强其特有的政治、法律、经济、社会和文化机构,同时保有充分参与国家政治、经济、社会和文化生活的权利(第 5 条)。
3. 对于土著妇女、儿童和青少年以及残疾人而言,利用司法途径不仅是一项权利,也是一种至关重要的获得补救的方式。必须从整体角度看待这一问题,因为利用司法途径与土著人民面临的其他人权挑战密不可分,这些问题包括土著妇女、儿童和青少年以及残疾人在社会上的地位,贫穷、缺少医疗和教育机会,以及自己的土地、领地和资源得不到承认。

#### B. 给国家的建议

4. 根据《宣言》,各国必须承认土著人民有权促进、发展和加强自己的司法制度,并且必须重视这些制度可以为便利土著人民利用司法途径做出的贡献。在这方面,根据《宣言》第 39 条,各国必须划拨资源,以支持土著司法制度的运作和可持续性,并确保它们满足族群的需求。
5. 在承认法律多元化的国家,土著司法制度的司法管辖权应得到充分说明,承认土著司法制度高度多元且针对性强。国家司法制度应体现出对习惯法的尊重(这可以成为增加利用司法途径的一种手段),而习惯法也应尊重国际人权规范。
6. 根据人权理事会第 22/6 号决议,各国负有义务保护和支土著人权维护者促进利用司法途径的工作。
7. 各国应从整体角度处理土著妇女、儿童和青少年以及残疾人利用司法的途径的问题,并采取措施处理这些群体面临的多重歧视的根源,包括一贯怀有偏见地使用酌处权、贫困、边缘化、以及暴力侵害土著妇女等。

8. 各国应加大努力，对刑事司法系统的数据作分类处理，以更清楚地了解目前遭到拘留的土著妇女、儿童和青少年以及残疾人的情况。这样的数据将提供机会改进政策的制定和实施，以更好地处理被剥夺自由的土著妇女、儿童和青少年以及残疾人的状况。
9. 各国应确保土著妇女、儿童和青少年以及残疾人在所有法律和行政诉讼中在必要时能够获得口译员协助。对于土著残疾人，各国应采取措施，确保各种无障碍形式。
10. 各国应与土著人民一道，为触犯法律的土著儿童制定替代办法，包括设计和实施文化上适当的少年司法服务，以及使用恢复性司法办法。逮捕、拘留和监禁应仅被用作最后手段。
11. 各国应与土著人民一道，作为一种增强权能的手段，在土著妇女、儿童和青少年以及残疾人中推广人权教育和培训。此外，以对土著妇女权利的认识为中心就基于权利的平等观念进行对话，有利于土著和国家法律机构之间的联系。这可以促进改善司法系统和土著人民司法系统中的性别平衡以及参与情况。
12. 应特别重视确保采取适当措施，保护土著人民、特别是包括土著妇女在内的弱势群体免遭企业的侵犯人权行为。

### C. 给土著人民的建议

13. 土著人民应更加坚定地主张其司法制度得到承认；这类制度的加快发展能够改善利用司法途径。土著人民应与国家一起，重点提高决策者以及司法和执法人员对土著人民实行自己的司法制度的权利的认识。
14. 土著人民必须确保这些制度满足族群的需求，特别是土著妇女、儿童和青少年以及残疾人的需求。
15. 改革和战略对于确保传统土著司法制度和领导高效和独立非常重要。这包括为土著领导提供更多可用资源，支持土著司法系统，并确保它们能够独立和廉正地履行职责。应在整体和基于和解的方针下，通过有针对性的努力，协助土著妇女作为领导人参与传统土著司法系统。
16. 土著司法制度应确保土著妇女、儿童和青少年以及残疾人免遭一切形式的歧视。应尊重和推动土著妇女、儿童和青少年以及残疾人参与土著司法机构。应确保为土著残疾人实施无障碍措施。
17. 土著人民应确保其司法制度和习惯法得以世代相传，使每个族人都了解土著司法概念。

#### D. 给国际组织的建议

18. 联合国系统各实体增进土著人民保持其司法制度的努力以及在土著妇女、儿童和青少年及残疾人权利领域的工作均应以《宣言》为指南。

19. 联合国应提供资源，与土著人民合作制定和执行方案，对执法人员和司法人员进行土著人民权利方面的培训，特别是土著妇女、儿童和青少年以及残疾人权利方面的培训。除了土著人民权利之外，培训还应涉及文化敏感问题和心理创伤。

#### E. 给国家人权机构的建议

20. 国家人权机构在促进土著人民利用司法途径方面可以起到推动作用。它们可以与土著人民联合起来，鼓励承认土著司法制度并为该制度提供支助。它们还可以为国家司法机构和土著司法机构提供人权培训。国家人权机构可以将土著人民和国家联系起来，充当恢复性司法程序中的调解人。

---