



人权理事会

第三十九届会议

2018年9月10至28日

议程项目3和5

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、
经济、社会及文化权利，包括发展权

人权机构和机制

自由、事先和知情同意：基于人权的方法

土著人民权利专家机制的研究

概要

土著人民权利专家机制根据人权理事会第33/25号决议的授权，开展了关于基于人权的自由、事先和知情同意的方法的本项研究。

本研究报告的结语为专家机制关于土著人民与自由、事先和知情同意的第11号建议。



一. 导言

1. 根据人权理事会第 33/25 号决议的授权，土著人民权利专家机制在 2017 年 7 月举行的第十届会议上决定编写一份关于自由、事先和知情同意的研究报告，因为这是《联合国土著人民权利宣言》若干条款所包含的内容。为此目的，专家机制于 2017 年 12 月 5 至 6 日在圣地亚哥举办了一次研讨会。本研究报告参考了研讨会上的发言和会员国、土著人民、国家人权机构、学术界和其他方面提交的材料。¹

2. 本研究旨在结合《宣言》所载自由、事先和知情同意的做法和解释的发展，促进对于这一人权规范的理解。考虑到《宣言》通过后 11 年间的倡导和判例，本研究报告无意作为一份穷尽性或规范性的文件，而是要进一步丰富各国、土著人民和就土著人民关心的问题开展工作的其他人目前可用的解释指南。

二. 自由、事先和知情同意的人权基础

3. 自由、事先和知情同意是一项人权规范，其基础是《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》保障的自决和不受种族歧视的基本权利。《宣言》的条款，包括那些提及自由、事先和知情同意的条款，并没有为土著人民创设新的权利，而是如以下各节所示，对于涉及到土著人民的特定历史、文化和社会状况的一般性人权原则和权利依照特定的背景作出阐述(见 A/HRC/9/9, 第 86 段)。

4. 与自决权一致，土著人民始终拥有在其内部或与其他政体达成具有约束力的协议的固有权力。土著人民和国家政府之间通过相互协商达成自愿协议，这一当代概念和做法深深植根于历史上的条约制定过程，而这一过程是数百年间世界许多地区土著与国家间关系的特征，并在许多地方持续存在，这些条约在这些地方仍然是当地的法律，² 即使它们经常未能被遵守。³ 历史上和当今，在殖民化条件和许多其他限制之下，土著人民与国家进行谈判可能难度很大，而这些限制是世界各地土著人民状况的一个普遍特点。

5. 然而，正如特别报告员 Miguel Alfonso Martínez 在其最后报告中总结的那样，在条约制定中进行谈判和寻求同意的过程是最合适的方式，不仅能确保土著人民对最终承认或恢复其权利和自由的努力作出有效贡献，而且能确保建立急需的实用机制，以促进其祖先权利的实现和实施，以及国内和国际文本中所载的权利的实现和实施。因此，土著人民的自由和知情同意是所有级别处理土著问题的最恰当的争端解决方式(见 E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 263 段)。他还提到土著人民普遍希望建立一种坚实的、新型的和不同的关系，不同于长期以来他们与国家中与之共存的非土著社会部分经常对抗和经常敌对的关系(同上，第 262 段)。在此背景下，《宣言》中阐明的自由、事先和知情同意标准对土著人民与国家当前和今后的关系都特别重要。

¹ 提交的全部材料可查阅 www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/StudyFPIC.aspx。

² 例如，克里族与其他民族在 1876 年与英国王室签订的第 6 号条约在第 3 款中提到了“同意”的要求。美利坚合众国与苏族大联盟之间的 1868 年《拉勒米堡条约》第 16 条也是如此。

³ 美国诉苏族印地安人，448 U.S. 371(1980)。

A. 自决

6. 自决权是作为自由、事先和知情同意的基础的基本人权。它包括内部和外部方面。⁴ 历史上，植根于非殖民化运动的自决权的意图是为了确保被统治的国家和人民能够恢复自主权，主宰自身的命运，自主作出决定，并控制自己的资源。⁵ 自决权确实被解释为一项支柱性的权利，包括各国人民和各国不受任何胁迫，有尊严地生活，平等享有所有权利的其他权利，包括为自己的未来负责的权利，充分了解并能够自由拒绝或接受影响到他们或他们的资源的报价、计划、项目、方案和提案。

7. 自由、充分知情、有权说是或否，以及控制自己的土地和资源，这些作为国家或民族的概念在国际人权法中并不是新事物。⁶ 这些概念源于自决权的要素，《宣言》关于自由、事先和知情同意的条款以其为基础。这些概念成为实现自决权的一种方式，并考虑到土著人民的特殊历史、文化和社会状况。

8. 将自决权概念化的国际法律框架特别关注恢复人民和民族对其土地和自然资源的控制，将其作为自决权的一个重要组成部分。⁷ 正因为如此，自由、事先和知情同意与土地和资源特别相关。

B. 不歧视

9. 自由、事先和知情同意也以人权框架为基础，旨在消除对土著人民的种族歧视的结构基础。发现理论⁸ 以及其他征服理论为剥夺土著人民的土地的和消灭他们的文化的法律和政策框架辩护，其基础是种族理论和原则，认为土著人民是劣等人，他们没有能力拥有土地并决定自己的未来。1960 年代和 1970 年代的国际土著权利运动强调土著人民面临系统性的种族歧视和侵犯人权的行为，这促使防止歧视及保护少数小组委员会就此问题进行研究。⁹ 这最终导致制定《宣言》，作为将补救权与持续的权利相结合的双重框架。

10. 早在 1997 年，也就是大会通过《宣言》10 年之前，消除种族歧视委员会的结论是，种族歧视是土著人民遭受大多数歧视的主要根本原因。它确认歧视土著人民属于《公约》的范围，必须采取一切适当手段打击和消除这种歧视。¹⁰ 该委员会特别指出“同意”是一项人权规范，旨在否定错误的理论，并废除剥夺和

⁴ 见 Antonio Cassese, 《人民自决：法律重新评估》(剑桥, 剑桥大学出版社, 1995 年)。

⁵ 见大会第 1514(XV)号决议。

⁶ 见大会第 1803 号(XVII)决议；以及 Nicolaas Schrijver, “人民自决和对自然财富和资源的主权”，《实现发展权：纪念《联合国发展权宣言》25 周年的文章》(联合国出版物, 出售品编号 E.12.XIV.1)。

⁷ 见 Marion Mushkatt, “非殖民化过程：国际法律方面”，《巴尔的摩大学法律评论》，第 2 卷，第 1 号(1972 年冬季)。

⁸ 见土著问题常设论坛在讨论“发现理论：其对土著人民的持久影响和对过去的征服进行补救的权利”之后的建议(见 E/2012/43-E/C.19/2012/13)。

⁹ 见 Martínez Cobo 的研究(E/CN.4/Sub.2/476 和 Add.1-5; E/CN.4/Sub.2/1982/2 和 Add.1-7; 以及 E/CN.4/Sub.2/1983/21 和 Add.1-7)。

¹⁰ 见消除种族歧视委员会关于土著人民权利的第 23(1997)号一般性建议。

弱化土著人民的概念结构。它呼吁各国确保土著人民的成员享有有效参与公共生活的权利，并且未经其知情同意，不得作出直接与其权利和利益有关的决定。¹¹ 它还呼吁各国承认并保护土著人民拥有、开发，控制和使用其公有土地、领土和资源的权利，如果在没有土著人民自由和知情同意的情况下剥夺了他们传统拥有或以其他方式居住或使用的土地和领土，就应采取措返这些土地和领土。¹²

三. 作为人权规范的自由、事先和知情同意

A. 理由

11. 《宣言》规定的自由、事先和知情同意有三个主要理由。首先，它试图恢复土著人民对其土地和资源的控制，如第 28 条所述。一些作者认为，“自由、事先和知情同意起源于土著产权原则，根据土著产权原则，土著人民拥有基于其习惯法和其与土地的持续联系的土地权”。¹³ 还有人认为，“历史法学说坚定地确立了土著人民对祖传土地和资源的主权权利，这是长久的国际法事项”。¹⁴ 第二，《宣言》第 11 条显示自由、事先和知情同意有潜力恢复土著人民的文化完整性、自豪感和自尊。土著人民的文化遗产，包括人类遗骸，曾未经同意被他人获取，而且至今仍然被他人占有。第三，自由、事先和知情同意有可能纠正土著人民与国家之间的权力不平衡，以便在各方之间建立基于权利和相互尊重的新伙伴关系(见 A/HRC/EMRIP/2010/2)，正如《宣言》第 18 条和第 19 条所反映的那样。

B. 作为人权规范的自由、事先和知情同意的性质

12. 《宣言》承认集体权利并保护集体身份、资产和制度，特别是文化、内部决策以及土地和自然资源的控制和使用。土著权利的集体性质是土著文化所固有的，并且是抵御强迫同化直至消失的堡垒。

13. 自由、事先和知情同意从根本上起到保障土著人民集体权利的作用。因此，土著社区的成员个人不能持有或行使这种权利。《宣言》规定了土著人民的个人和集体权利。如果《宣言》同时涉及个人和集体权利，它使用的语言明确区分“土著人民”和“个人”。然而，可以理解的是，《宣言》中关于自由、事先和知情同意的条款(第 10、11、19、28、29 和 32 条)均未提及个人。将这些权利“个人化”不利于实现它们的原本宗旨。¹⁵

¹¹ 同上。

¹² 同上。

¹³ 见 MacInnes、Colchester 和 Whitmore 提交的材料。

¹⁴ S. James Anaya, “关于国际法，土著人民以及土地和自然资源权利的分歧话语：走向现实主义趋势”，《科罗拉多国际环境法和政策杂志》(2005 年春季)。

¹⁵ 见 Siegfried Weissner, “土著人民的权利和地位：全球比较和国际法律分析”，《哈佛人权杂志》，第 12 卷(1999)。

C. 自由、事先和知情同意的范围

1. 自由、事先和知情同意：协商、参与和土地及资源权利

14. 自由、事先和知情同意是土著人民自行决定其政治、社会、经济和文化优先事项的权利的体现。它构成土著人民的三个相互关联和叠加的权利：被征求意见的权利、参与权、以及他们对于土地、领土和资源的权利。根据《宣言》，如果缺少其中任何一个组成部分，则无法实现自由、事先和知情同意。

15. 各国与土著人民协商的义务应包括对话和谈判的定性过程，并以获得同意为目标(见 A/HRC/18/42, 附件, 第 9 段)。《宣言》设想的不是某个单一的时刻或行动，而是项目过程中的对话和谈判进程，从规划到实施和后续行动。在《宣言》中合并使用“协商和合作”的表述，表示土著人民有权对影响他们的决策进程的结果施加影响，而不仅仅是有权参与这些进程，或仅仅是有权表达自己的意见(见 A/HRC/18/42)。它还表明土著人民有可能提出不同的建议或提出不同的模式，作为政府或其他行为者提出的建议的替代选项。

16. 前土著人民权利问题特别报告员 James Anaya 强调，《宣言》建议特别注重谈判性质的协商，争取商定相互可接受的安排，然后再就拟议的措施作出决定，而不是注重向土著人民提供关于已作出或正在作出的决定的信息的机制，不允许他们真正影响决策过程(A/HRC/12/34, 第 46 段)。协商通常也是寻求自由、事先和知情同意的起点。

17. 《宣言》第 18 条单独规定了土著人民参与决策的权利，该条款以《公民权利和政治权利国际公约》第二十五条为基础，保障每个公民有权“参与公共事务”。《宣言》通过寻求实现两个目标，使这一普遍权利适应土著人民的需要和情况：第一，纠正许多因素导致的土著人民法律上和事实上被排除在公共生活或决策过程之外的情况，包括对他们的偏见、教育程度低、难以获得公民身份或身份证明文件、以及不参加选举进程和政治机构；第二，振兴和恢复土著人民自己的决策和代表机构，这些机构要么被忽视，要么被废除。应该承认和振兴这些机构，提供机会让它们参与决策。

18. 人权事务委员会还详细阐述了土著人民以超越协商的方式参与的权利，并指出参与决策过程必须“有效”。¹⁶ 国际劳工组织(劳工组织)的监督机构强调了协商与参与之间的相互联系。¹⁷ 参与不仅仅意味着协商，还应包括发展土著人民提出的倡议。“从这个意义上说，协商和参与两个概念相互交织，是确保土著人民能够决定自己的发展进程优先事项和控制自身经济、社会和文化发展的机制”。¹⁸

¹⁶ 见 Poma Poma 诉秘鲁案(CCPR/C/95/D/1457/2006)，第 7.6 段。

¹⁷ 见劳工组织公约和建议书实施专家委员会关于土著和部落民族的一般性意见(第 2010/81 号意见)。

¹⁸ 见国际劳工组织，理解《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)：《国际劳工组织三方成员手册》(日内瓦，2013 年)，第 19 页。

19. 土著人民对其土地、资源和领土的权利也是《宣言》所解释的自由、事先和知情同意的组成部分。“拥有、使用、开发和控制”土地、领土和资源的权利(第 26 条)催生了与土著人民的自决权一致的自由、事先和知情同意的权利。在这方面,自由、事先和知情同意的作用是保护土著人民的文化特征,这与他们的土地、资源和领土密不可分。

2. 自由、事先和知情同意的组成要素

20. 如《宣言》所确认,给予或拒绝同意的决定必须是自由的。“自由”一词的理解涉及可能妨碍土著人民自由意志的直接和间接因素。为此目的,为了使协商过程成为以对话和谈判的形式争取得到同意的真正协商,应当具备以下条件,否则,协商过程的合法性就会受到质疑:

(a) 该进程的背景或气氛应无恐吓、胁迫、操纵(见 A/HRC/18/42, 附件, 第 25 段)和骚扰,确保协商进程不限制或制约土著人民获得现有政策,服务和权利;

(b) 当事方之间关系的特点应包括信任和诚意,而不是怀疑、指控、威胁、定罪(见 A/HRC/39/17)、对土著人民的暴力或对他们的偏见;

(c) 土著人民应有按传统要求,根据自己的法律、习俗和程序被代表的自由,并注意土著社区内性别和其他部门的代表性。应由土著人民决定由哪些他们自己的机构和领导人作为其代表,以及如何代表。因此,他们应享有不受干涉地解决国际代表权问题的自由;

(d) 土著人民应有引领和指导协商进程的自由,他们应该有权决定如何协商和协商的过程。这包括在设计协商程序时征求他们的意见,并有机会分享和使用或制订他们自己的程序。他们应该对这个过程施加足够的控制,不应该感觉是被迫参与或继续进行;

(e) 土著人民应有设定期望,并参与确定方法、时间表、地点和评估的自由。

21. 自由、事先和知情同意的进程也必须先于允许实施某项提案的任何其他决定,并应在提案的制定过程中尽早开始。美洲人权法院在 *Saramaka* 人民诉苏里南案(2007 年)(*Saramaka* 案)中使用“早期阶段”和“提前通知”等术语,为此,自由、事先和知情同意的“事先”部分应包括:

(a) 尽早让土著人民参与。协商和参与应在构想和设计阶段进行,而不是在项目开发的后期阶段才启动,因为此时关键细节已经确定;

(b) 为土著人民吸收、理解和分析信息并进行自己的决策进程提供所需的时间(见 A/HRC/18/42, 附件, 第 25 段)。

22. 自由、事先和知情同意情况下的协商应基于“了解信息”,这意味着:

(a) 所提供的信息在数量和质量上应该是充分的,并且客观、准确和明确;

(b) 应以土著人民可以理解的方式和形式提供信息,包括翻译成他们理解的语言。应使用文化上适当的程序进行协商,这些程序尊重有关土著人民的传统和组织形式(见 A/HRC/18/42)。信息的实质内容应包括任何拟议项目或活动的性质、规模、进度、可逆性和范围(见 E/C.19/2005/3);项目的理由;受影响的地

区；社会、环境和文化影响评估；所涉及的补偿或收益分享方案；以及拟议活动可能产生的所有潜在危害和影响；¹⁹

(c) 应为土著人民的代表机构或决策机制提供充足的资源和能力，同时不损害其独立性。必须使这些机构或决策进程能够应对技术挑战，包括必要时通过能力建设举措在协商进程之前或期间向土著人民通报其总体上的权利。例如，澳大利亚全民投票委员会建议澳大利亚政府，考虑在 13 次区域对话期间由土著居民和托雷斯海峡岛民制订的提案，以及 2017 年 5 月的国家土著制宪公约，该公约呼吁根据《宣言》第 18 条和第 19 条建立一个名为“议会之声”的新的代表第一民族的公共机构。²⁰ 挪威最高法院在两起案件中(Finmark 地产局诉 Nesseby 区域协会(Unjárga 案)和挪威诉 Jovsset Ánte Iversen Sara(Sara 案))提到萨米议会的同意和参与，以支持其关于国家立法符合关于土著权利的国际法的决定，包括《宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》和国际劳工组织《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)。²¹ 然而，在 Sara 案中，虽然没有取得同意，法院将萨米人议会的参与作为支持其决定的依据。如果参与被作为支持未得到同意的国家决定的依据，这将引起关注，因为这可能会破坏土著人民参与决策进程的积极性。

23. 不与土著人民的合法代表接触可能会破坏所得到的同意。《宣言》明确指出，各国和第三方与土著人民进行协商和合作，应“通过他们自己的代表机构”(第 19 和 32 条)和“按照他们自己的程序”(第 18 条)。各方应确保妇女、儿童²²、青年和残疾人的代表性，应努力了解对他们的具体影响(见 A/HRC/18/42)。然而，确定土著人民的合法代表可能具有挑战性。土著人民的决策机构受到殖民主义的破坏，社区离散，土地被剥夺，土著人民被重新安置，包括安置在城市地区，各国应注意这些情况。这些情况可能需要国家给予援助，以重建土著人民适当代表自己的能力。各国或第三方必须确保支持土著人民并声明代表土著人民的机构得到相应授权。

D. 同意

24. 正如前特别报告员 James Anaya 所说，同意不是一种实现合法化的独立工具。在人权框架内产生的自由、事先和知情同意原则并未将同意视为对预设决定说“是”而已(A/HRC/24/41, 第 30 段)。这意味着只有在满足自由、事先和知情的三个门槛标准时，提案才算获得同意，然后通过明确的协议加以证明。

¹⁹ 联合国减少发展中国家毁林和森林退化所致排放量合作计划，《自由、事先和知情同意指南》(日内瓦，2013 年)。

²⁰ 见 www.referendumcouncil.org.au/final-report。

²¹ 见 www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/rulings/rulings-2018/the-scope-of-collective-rights-of-use-to-land-in-nesseby-finnmark/和 www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-2428-a.pdf。

²² 儿童权利委员会在其关于土著儿童及其在《公约》下的权利的第 11(2009)号的一般性意见中指出，儿童发表意见的权利包括代表权。

25. 同意是一项关键原则，使土著人民能够行使自决权，包括涉及控制或以其他方式影响其土地、资源和领土的开发。有了这种理解，就可以认为土著人民参与了影响到他们的提案，并有权给予同意或拒绝同意。

26. 土著人民决定给予或拒绝同意，这是他们根据提案评估其最大利益和子孙后代的最大利益的结果。如果他们给予同意，这将为在其土地、领土和资源上或周围活动的行为者提供重要的社会认可和有利的环境，许多研究和调查所表明了这一点，包括私营部门所作的研究和调查。²³ 土著人民可在若干情况下出于各种目的或原因拒绝同意：

(a) 在评估得出结论认为该提案不符合其最大利益后，他们可以拒绝同意。拒绝同意的目的是说服另一方不要冒险继续推行该提案。关于土著人民在这方面是否拥有“否决权”的论点似乎在很大程度上减损和破坏了自由、事先和知情同意概念的正当性；

(b) 由于程序的缺陷，土著人民可暂时拒绝同意。此类缺陷通常包括不遵守所要求的自由、事先和知情同意标准。土著人民可以寻求对提案进行调整或修改，包括提出替代提案；

(c) 拒绝同意还可以对协商过程或国家倡议表达正当的不信任。这种情况通常存在于那些对土著人民没有给予充分的承认或对他们的土地、资源和领土的权利没有给予充分保护的国家。土著人民因抵制“陷阱式”的协商邀请而受到骚扰、逮捕甚至杀害的案件数不胜数。

27. 拒绝同意可以成为民主和包容性治理的积极机制。拒绝同意对提案或项目的最终成功至关重要。土著人民的同意应“按照国际人权标准”(《宣言》第 34 条)授予，并应特别注意“土著老年人、妇女、青年、儿童和残疾人的权利和特殊需求”，包括消除对土著儿童和妇女的一切形式的歧视和暴力(同上，第 22 条)。

28. 无论如何，一些国家和利益攸关方赞同在土著人民不同意的情况下不采取行动的政策。联合国全球契约在其关于《宣言》的商业参考指南中²⁴，建议其成员在土著人民拒绝同意后不再进行项目。在土著人民拒绝同意后决定继续推行项目的国家或利益攸关方将进入法律的灰色地带，面临司法审查和其他类型的追索机制，其中可能包括国际、区域和国家的法庭，以及土著人民自己的机构(见下文第 38-41 段)；

29. 应特别谨慎对待自愿孤立或近期才与外界接触的土著人民，包括不强行接触和保护其领土、自然资源和生命的义务。在土著人民自愿孤立的情况下，不与其他社会和政府保持联系，或不与之保持持续互动的决定和表示，可以作为不同意的表示。各国应尊重其意愿，并有义务通过保护其领土和自然资源来保护其生命。²⁵

²³ Cathal M. Doyle, 《土著人民享有领土、权利和资源：自由、事先和知情同意的变革作用》，劳特利奇人权法研究所(伦敦和纽约，劳特利奇，2014 年)，第 5 章。

²⁴ 见 www.unglobalcompact.org/library/541。

²⁵ 见 <http://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/26661>(葡萄牙文)。

30. 如果土著人民选择同意一个项目，则同意应符合土著人民自己的法律、习俗、程序和最佳实践，包括按法律要求和尽可能获得律师代理。除了偶尔例外，在多数情况下，同意必须记录在书面文书中，由当事方协商，并由相关土著人民的合法机关或领导人签署确认，这可能包括一个以上的团体(见下文第 42 至 45 段)。必须确保土著人民充分理解，如果涉及近期才开始与外界接触的土著人民，国家应采取更多措施确保充分理解。

E. 自由、事先和知情同意的运作

1. 何时需要自由、事先和知情同意？

31. 《宣言》在五处具体提及自由、事先和知情同意(见第 10、11、19、29 和 32 条)，并提供了一份非穷尽的清单，列出了应适用这种同意的情况。在下列段落提到的背景下(第 19 条和 32 条)，通过和实施影响土著人民的土地、领土和其他资源的立法或行政措施²⁶ 和项目可能需要自由、事先和知情同意。让土著人民从其土地或领土上搬迁或在其土地或领土上储存危险材料也同样需要(第 10 条和第 29 条)。²⁷

32. 《宣言》第 32 条规定了自由、事先和知情同意在自然资源开发领域的作用。鉴于采掘业对土著人民的众所周知的风险和影响，这项规定尤其重要(见 A/HRC/24/41, A/HRC/21/52 和 A/HRC/21/55)。正如 James Anaya 所说，土著人民领土内的采掘业项目的一般规则是需要获得土著人民的自由、事先和知情同意。当采掘活动以其他方式影响土著人民时(在其领土之外)，也可能需要土著人民的同意，这取决于拟议活动的性质和对其权利的潜在影响(见 A/HRC/24/41)。

2. 相称性原则

33. 在若干条款中，《宣言》要求就“影响”土著人民的事项、项目或问题获得自由、事先和知情同意。这一概念不仅限于仅影响土著人民的事项。相反，广泛适用的社会事项“可能以社会上其他人无法感受到的方式影响土著人民”(见 A/HRC/12/34, 第 43 段)。按照第 19 条和第 32 条，被认为“影响”土著人民的措施和项目要求自由、事先和知情同意，包括“对其权利、生存、尊严和福祉至关重要”的事项(A/HRC/21/55, 第 27 段)。该分析的相关因素包括有关土著人民的观点和优先问题，以及事项或拟议活动的性质及其对有关土著人民的潜在影响，并考虑先前的侵占或活动的累积影响²⁸、有关土著人民历史上遭受的不公平(见 A/HRC/18/42 和 A/HRC/21/55)和其他因素。

²⁶ 许多土著人民认为，社会发展方案往往对其习惯法、传统和习俗产生影响，包括文化、知识、宗教和精神财产，应获得自由、事先和知情同意(参见《宣言》，第 11 条，第 2 段；另见 <http://iphndefenders.net/statement-asia-indigenous-peoples-pact-asia-indigenous-peoples-caucus-agenda-4-study-advice-free-prior-informed-consent/>)。

²⁷ 《宣言》第 29 条是修订《杀虫剂的供销与使用国际行为守则》的基础，也是环境管理和处置有害物质对人权的影响问题特别报告员审查《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》的基础。

²⁸ 见 Saramaka 案。

34. 有关土著人民对一项决定可能产生的更广泛影响有什么看法，这是评估影响其土地、领土和其他资源的立法或行政措施和项目是否影响他们的出发点(见 A/HRC/18/42)。土著人民应该在确定措施或项目是否对他们产生影响和影响程度方面发挥重要作用。土著人民可能会指出国家或项目的提议者或许并不清楚的可能危害，并可能建议采取缓解措施来解决这些危害。

35. 关于影响，如果某项措施或项目可能对土著人民的生活、土地、领土或资源产生重大直接影响，则需要同意(见 A/HRC/12/34, 第 47 段)。这被称为土著参与权问题的“滑尺法”，意味着必须保证的土著人民有效参与的程度基本上取决于所涉权利和活动的性质和内容。²⁹ 这一观点得到了人权事务委员会和经济、社会和文化权利委员会的支持，³⁰ 人权事务委员会使用了“实质性负面影响”一词。两者都将自由、事先和知情同意的问题与拟议举措的性质和对各自主管的人权条约述及的土著人民权利产生的影响联系起来，这种方法符合美洲人权法院³¹ 和非洲人权和人民权利委员会³² 的判例。评估影响需要考虑行动的性质、规模、持续时间和长期影响，例如对社区土地的破坏或对社区文化完整性的损害。

36. 其他项目可能产生《国际金融公司绩效标准 7》所定义的“不利影响”，也需要自由、事先和知情同意，包括项目所在的土地或土地上的自然资源受制于传统所有权或习惯使用，或项目显著影响土著人民的重要文化遗产或对文化遗产的使用，包括服务商业目的的知识、创新或做法。³³

37. 若干国内法院判决支持这些原则。加拿大最高法院最近在 *Tsilhqot'in Nation* 诉不列颠哥伦比亚省案(2014 年)中对同意进行了泛化。法院裁定，一旦土著社区控制部分土地的权利得到承认，未经该社区同意，不得使用该土地。³⁴ 哥伦比亚宪法法院承认必须获得同意的三种情况：土著人民搬迁、有毒废物的储存和土著人群的存在受到威胁。³⁵ 多民族玻利维亚国宪法法院承认类似的情况需要获得同意，正如美洲人权法院所确立的那样。³⁶ 哥伦比亚宪法法院通常认为在土著土地上进行大规模开发项目需要获得同意。³⁷ 伯利兹最高法院明确提到自

²⁹ Gaetano Pentassuglia, 少数群体和国际法司法话语：比较研究，《国际人权研究》，第 102 卷 (Brill/Nijhoff, 2009)，第 113 页。

³⁰ 见 *Länsman* 等人诉芬兰(CCPR/C/52/D/511/1992)和 *Poma Poma* 诉秘鲁。

³¹ 见 *Saramaka* 案。

³² 见少数人权利发展中心诉肯尼亚，276/03(Endorois 案)。

³³ 见关于土著人民的绩效标准 7(2012)；另见 Doyle, 《土著人民享有领土、权利和资源》，第 5 章。

³⁴ 更多加拿大最高法院案件见 Mauro Barelli, “《联合国土著人民权利宣言》中的自由、事先和知情同意”，《联合国土著人民权利宣言：评论》，Jessie Hohmann 和 Marc Weller 编辑 (牛津，牛津大学出版社，2018 年)。

³⁵ 2011 年 3 月 3 日 T-129 号案件。

³⁶ 2010 年 10 月 25 日 2003/2010 R 号案件，另见 Barelli, 《自由、事先和知情同意》。

³⁷ 2009 年 10 月 29 日 T-769/09 号案件、2011 年 3 月 11 日 T-129 号案件和 2012 年 5 月 18 日 T-376/12 号案件；另见 Barelli, 《自由、事先和知情同意》。

由、事先和知情同意，包括《宣言》第 32 条，最终认定在授予特许权和许可前未获得同意是非法的。³⁸

38. 某些权利从来不受国家的限制，例如免于酷刑的权利。即使对于理论上可能根据《宣言》第 46 条第 2 款受到国家限制的那些权利，这种限制必须是必要的和相称的，以实现整个社会的人权目标，做到不歧视。正如 James Anaya 所说，“仅仅是商业目的、私人收益或增加收入的目标，并不能构成正当公共目标”。³⁹ 鉴于大规模开发项目对土著人民权利的影响的性质，从这些限制看，这些项目的合理性往往难以得到证明。

39. 国家负有举证责任，证明在未取得同意的情况下进行活动的决定符合这些特殊标准。在 *Tsilhqot'in Nation* 一案中，加拿大最高法院认为，仅能在严格的条件下才不需要取得同意，为此政府需要能够证明：它履行了涉及有关人民的权利的责任，包括进行协商的程序性义务；该行动旨在从更广泛的公众和土著社区的角度出发追求一个具有迫切性和实质性的目标；该行动不会实质性剥夺土著群体后代的土地利益；必要性和相称性原则得以适用。⁴⁰

40. 在第 46 条的特殊情况下，限制土著人民权利的任何决定不仅必须有必要的保障措施伴随，包括纠正权力不平衡问题、影响评估、缓解措施、补偿和收益分享；还要考虑到所有侵权行为并采取补救措施。*Saramaka* 案中也提到了分享收益的必要性。在 *Endorois* 案中，非洲人权和人民权利委员会指出，收益分享可以理解为开发传统所有权的土地和社区生存所必需的自然资源而进行的合理公平补偿的一种形式。当然，在某些情况下，可能很难或根本不可能对侵权行为进行财务估价，包括对人的生命、圣地和文化习俗的伤害。在寻求自由、事先和知情同意的过程中，土著社区在这方面出现的任何矛盾应由土著人民自己根据自己的法律、传统和习俗通过其自己的代表机构来解决。

41. 鉴于开展影响土著人民的活动或措施可能导致侵犯其人权，如果土著人民希望对该决定提出质疑，应该有可能进行司法或行政审查。⁴¹ 这种司法或行政审查应以《宣言》中的土著人民权利为基础，包括他们的自决权和有效的补救办法；⁴² 也应以人权条约法、区域和国内法、以及土著人民自己的法律、习俗和程序下的权利为基础。

³⁸ 见 *Sarstoon Temash* 土著管理研究所诉伯利兹，2014 年 4 月 3 日。

³⁹ S. James Anaya 和 Sergio Puig, “克制国家主权：与土著人民协商的义务”，《多伦多大学法学期刊》，第 67 卷，第 4 号(2017 年秋季)。

⁴⁰ 见 *Endorois* 案。

⁴¹ 见 James Anaya 在“拉丁美洲监察员的作用：与土著人民事先协商的权利”会议上的发言，利马，2013 年 4 月 25 日。可查阅 <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>(西班牙文)。

⁴² 见 *Poma Poma* 诉秘鲁。

3. 自由、事先和知情同意的记录、监测、审查和追索机制

42. 按照土著人民的习惯规范和传统的决策方法，应记录自由、事先和知情同意，体现取得同意的步骤和有关各方达成的协议的实质，包括不同的意见和附加条件的观点。国家或私人行为者制订取得自由、事先和知情同意的指南或模式时，不应凌驾于土著人民自己的社区程序和体现或记录协议的传统做法。

43. 表达同意的形式可包括：例如，条约、协定和合同。相关条款通常在协议、谅解备忘录或其他令土著人民满意的文件中加以体现。必要时必须提供翻译服务。此外，土著人民必须有机会同意提案或项目的每个相关方面。例如，一份泛泛或有限的同意声明并不能认可开发的不同阶段或项目的全部范围或影响，不能被视为满足同意的标准。同意必须是“持续”的，应有由当事方设定的审查和更新的明确机会和要求。

44. 关于同意的协定应包括项目的详细说明、其持续时间和对土著人民的潜在影响，包括其土地、生计、资源、文化和环境(见 A/HRC/24/41, 第 73 段)；对这些资源的任何损害进行缓解、评估和经济补偿的规定；关于在土著人民土地上对他人造成伤害时土著人民免责的声明；争议解决的方法和场所；详细的收益分享安排(包括投资、收入分享、就业和基础设施)；以及可交付成果的时间表，包括就延续的条款和许可进行谈判的机会。作为最佳实践，任何形式的同意应包括对在同意之前的通知、协商和参与过程的详细描述。

45. 作为一个动态过程，还应定期监测和评估自由、事先和知情同意的实施情况。此类协议应“包括参与式监测机制”(同上)。劳工组织公约和建议书实施专家委员会强调，需要“在有关人民的参与下定期评估协商机制的运作”，以继续提高其效力。⁴³ 自由、事先和知情同意的实施还应包括在土著人民的有效参与下制定的争端和申诉的无障碍追索机制，包括司法审查。

四. 审查自由、事先和知情同意的做法

46. 《联合国土著人民权利宣言》和劳工组织《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)是相互补充和相互支持的，司法和准司法机构均引用这两项宣言。正如土著人民权利问题特别报告员 Victoria Tauli-Corpuz 在访问危地马拉后所强调的那样，“遵守劳工组织第 169 号公约的义务不仅限于协商权的规定，而是要求适用该文书确认的全部权利”。⁴⁴

47. 《宣言》，包括其自由、事先和知情同意的要求，是建立在自决权利的基础上的。1971 年起草劳工组织的公约时，自决权不见得是其关心的问题。该公约的准备工作似乎显示这份文书没有具体涉及土著人民的自决权，因此，《宣言》中的自由、事先和知情同意要求超出了劳工组织公约关于磋商的要求，至少在过去一些国家和其他方面是如此理解的，例如在劳工组织公约获得最广泛批准

⁴³ 《劳工组织意见》2010/81, 第 7 页。

⁴⁴ 见 www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23068&LangID=E。

的拉丁美洲。⁴⁵ 然而，虽然劳工组织公约关于“自由、事先和知情同意”的措辞有所不同，关于同意这项要求的要素仍然存在⁴⁶，不会排斥实质性的自由、事先和知情同意驱动的方法。人权事务委员会注意到“人权保护的演变”，指出《公民权利和政治权利国际公约》应被理解为一个有生命的工具，其中受保护的权利适用于具体情形和当前条件。劳工组织公约采用类似的方法可以扩大一些人可能认为过于狭隘的理解。⁴⁷

48. 关于同意，《1989年土著和部落人民公约》(第169号)不能脱离《宣言》和其他国际文书。正如劳工组织所强调的那样，《宣言》和劳工组织公约的法律地位的差异“在劳工组织和其他国际机构促进土著人民的人权的实际工作中应该不起作用，……第169号公约与《宣言》的规定是相兼容的和相辅相成的”。⁴⁸ 土著人民权利问题特别报告员 Victoria Tauli-Corpuz 也申明，劳工组织公约不是协商和自由、事先和知情同意方面唯一的法律义务来源(见 A/HRC/33/42/Add.1, 第98(b)段)。国家与土著人民进行协商的义务也来自广泛适用的普遍和区域人权文书，以及这些文书的监督机制的解释性判例。对劳工组织公约的解释可以与人权机构就自由、事先和知情同意正在形成的共识相一致，两者都施加了程序性和实质性要求。这包括国际法中正在形成的共识，即影响土著人民的大规模开发项目通常会触发自由、事先和知情同意的要求。特别报告员的观点反映在劳工组织公约第35条中，该条规定：“本公约条款的适用不应对有关人民根据其他公约和建议书、国际文书、条约、国家法律、裁决、习俗或协议的权利和利益产生不利影响”。

49. 在私营部门，自由、事先和知情同意正在发展为在土著土地上经营公司的国际标准。2014年11月，世界土著人民协会发布了《土著权利风险报告》，⁴⁹ 指出89%的被评估项目存在“遭到土著社区反对或侵犯土著人民权利”的高度或中度风险，以及如果政府无视其对《宣言》的承诺，常常以其是发展的障碍为借口，“实际上会扩散商业环境的不稳定性，威胁在该国投资的可行性”。诸如采掘业之类的许多实体都意识到不征求自由、事先和知情同意所导致的这些固有风险，并努力建立它们自己的自由、事先和知情同意的程序。

50. 许多出版物阐述了自由、事先和知情同意的商业理由，⁵⁰ 2012年至2015年期间出台政策承诺自由、事先和知情同意的公司有所增加：乐施会的一份报告得出结论：“采掘业公司越来越多地看到自由、事先和知情同意在其运营中的相

⁴⁵ 同上；另见“关于洪都拉斯的补充评论，2017年6月9日”，请访问 <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf>(西班牙文)。

⁴⁶ 见 S.J. Rombouts, “国际劳工组织和联合国制度下土著人民协商权的演变”，《斯坦福国际法杂志》，第53卷，第2号(2017年春季)。

⁴⁷ 见法官诉加拿大案(CCPR/C/78/D/829/1998)，第10.7段。

⁴⁸ “劳工组织标准和《联合国土著人民权利宣言》：劳工组织工作人员和合作伙伴的注意信息”，可见 <http://pro169.org/res/materials/en/convention169/Information%20Note%20on%20ILO%20standards%20and%20UNDRIP.doc>。

⁴⁹ 见 <https://mahb.stanford.edu/wp-content/uploads/2014/12/Indigenous-Rights-Risk-Report.pdf>。

⁵⁰ 例如，实施企业自由、事先和知情同意政策：利益和挑战(Foley-Hoag LLP, 2010年7月)；Boreal 领导委员会，加拿大的自由、事先和知情同意(2012年9月)。

关性”。⁵¹ 联合国全球契约的企业指南将同意与“正式的、有文件证明的社会经营许可证”等同，并指出“土著人民有权给予或拒绝同意，在某些情况下，可以撤销他们以前给予的同意”。⁵² 因此，例如，1975年至2015年，第一民族就加拿大的198个采矿项目订立了正式的“影响利益协议”；然而，这些协议有的时候涉及第一民族并不欢迎但又认为不能加以反对的项目。

51. 可持续发展目标至少有三分之一与《宣言》中的权利相关，⁵³ 其中一些与自由、事先和知情同意相关。⁵⁴ 在其2017年自愿国家报告中，马来西亚在目标15(陆地生物)下列出争取将土著和当地社区纳入自然资源的管理工作，并承认他们有权对可能影响其土地的拟议项目给予或拒绝同意。土著人民要求在实施可持续发展目标时承认自由、事先和知情同意，以考虑他们的特殊情况，从而确保“不让任何人掉队”。

52. 《生物多样性公约》第8条(j)提到在获得传统知识持有人的批准和参与的情况下获取传统知识，这一直被解释为“事先知情同意”，以及《阿格维古自愿性准则》所主张的“自由、事先和知情同意”。《生物多样性公约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》规定，获取与遗传资源有关的传统知识的依据是“事先知情同意”或“批准和参与”，以及公平分享会益。绿色气候基金根据《宣言》对自由、事先和知情同意作出了自己的解释。《宣言》第29条也是国际印第安人条约理事会、土著问题常设论坛和其他机构认同的修订《国际农药销售和使用行为守则》的基础。

53. 国际金融公司关于土著人民的绩效标准7(2012年)规定，在某些情况下，私营部门的资金投入应以有记录的同意为前提。收到自由、事先和知情同意也是指导国际农业发展基金与土著人民接触的九项基本原则之一。世界银行于2016年8月通过的新的环境与社会标准7比其前身(业务政策4.10)更符合基于人权的协商方法，并呼吁借款人与土著人民的代表机构和组织进行协商，这使协商与土地和资源可能受到不利影响的基层土著组织的产生联系。⁵⁵ 2013年版的赤道原则是80个金融机构采用的风险管理框架，明确要求对土著人民产生不利影响的项目需要得到其自由、事先和知情同意。

54. 然而，尽管金融机构和私营部门承认自由、事先和知情同意，但土著人民的经验表明，执行仍然存在问题。寻求自由、事先和知情同意的过程有时被视为仅仅是程序性的，而不是着眼于人权。它有时被视为对土著人民的一种善意姿态，可能导致服务于第三方利益，而不是保护权利人的利益。例如，关于2015年秘鲁绿色气候基金第一个项目“PROFONANPE”的辩论表明，对自由、事先和知情同意的实际影响，以及对与土著人民充分有效参与和协商有关的问题都缺

⁵¹ 见 www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2015-07-23/global-mining-companies-improve-policies-community-consent-while。

⁵² 见 www.unglobalcompact.org/library/541，第28页。

⁵³ 见 http://nav.indigenoustravel.com/images/Documents/Tools/Navigator_UNDRIP-SDGs.pdf。

⁵⁴ 目标3、6、8、9、11和15。

⁵⁵ 将自由、事先和知情同意纳入其土著人民政策和方案的其他国际和区域组织包括联合国开发计划署、联合国粮食及农业组织、美洲开发银行和欧洲复兴开发银行。

乏了解。⁵⁶ 应用以被世界银行业绩标准 7 中确认的自由、事先和知情同意，这项政策在任何情况下都不应降低土著人民已经获得的保护程度。⁵⁷

55. 有人对许多关于自由、事先和知情同意的准则提出了一些关切，包括所使用的语言往往不够精确，有时会引起含糊，例如何时需要进行影响评估或何时应开始协商的问题。这些指南有些时候并未提及土著人民希望自行确定同意程序和控制影响评估的情形。此外，如果取得不了同意该如何处理含糊不清。

56. 为确保金融机构和私营部门能够更好地使其政策与《宣言》所保护的权利保持一致，有必要制定和通过严格的社会和环境保障措施、基于国际人权标准和《宣言》的土著人民政策、有效的监督和合规机制，并确保土著人民参与整个过程。由于国家是履行土著人民权利的责任承担者，其人权义务不能下放给私营公司或其他实体(见 A/HRC/12/34)，并且国家始终对过程中的任何不足负有责任。

57. 土著人民也正在制定自己的自由、事先和知情同意的程序，特别是在北美和拉丁美洲，包括伯利兹、多民族玻利维亚国、巴西、加拿大、哥伦比亚、危地马拉、洪都拉斯、巴拉圭、苏里南和美利坚合众国。这些程序是使土著人民、国家和其他各方参与协商或自由、事先和知情同意程序的重要工具，确定如何、何时、为何以及由谁进行协商。建立这些程序是赋予土著人民权力的工具，与他们自决、参与和发展及维持自己的决策机构的权利密切相关(见 A/HRC/EMRIP/2010/2)。与自由、事先和知情同意有关的若干条款都提到“通过他们自己的代表机构”进行协商的权利，表明应该严肃承认这些权利。在某些情况下，这些程序得到了国家的承认(例如巴西)，⁵⁸ 在其他情况下得到了世界银行的承认(伯利兹)。2018 年 1 月，巴西亚马逊州的联邦法院要求影响 Waimiri Atroari 人民的法律或开发计划以及在他们土地上进行的军事活动遵守他们的自由、事先和知情同意。⁵⁹

58. 许多国家已开始通过关于协商和取得同意的立法、做法和指南。在美国，一些联邦法规需要协商，例如涉及土著人民的圣地、文化遗产和人类遗骸的法规。在某些情况下，联邦机构通过了《宣言》⁶⁰ 或以其他方式与土著人民就这些事项达成了协商一致的协议。⁶¹ 在拉丁美洲，各国已经颁布或正在讨论颁布与土著人民协商的法律。哥斯达黎加最近建立了旨在获得自由、事先和知情同意的一般协商机制。⁶² 如果能采取必要措施确保其实施，有望成为其他国家效仿的良好做法。阿根廷、加拿大、智利、厄瓜多尔、芬兰、危地马拉、墨西哥、秘

⁵⁶ 见 www.forestpeoples.org/en/topics/un-framework-convention-climate-change-unfccc/publication/2015/green-climate-fund-and-fpic-ca。

⁵⁷ 见 <http://indianlaw.org/mdb/world-bank-approves-indigenous-peoples-policy>。

⁵⁸ 州和联邦政府正在使用 Wajãpi 协商同意程序，以扩大阿马帕州与 Wajãpi 土著土地相邻的非土著定居点。

⁵⁹ 见 www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/decisao-liminar-acp-waimiri-atroari-ditadura(葡萄牙语)。

⁶⁰ 见 www.achp.gov/UNdeclaration.html。

⁶¹ 见 Robert J. Miller, “征求意见或同意：合众国有义务与美国印第安人政府商讨”，《北达科他州法律评论》，第 91 卷(2015)。

⁶² 见 www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1NRTC&nValor1=1&nValor2=77482&nValor3=97132&strTipM=TC(西班牙文)。

鲁、菲律宾、美国和委内瑞拉玻利瓦尔共和国等国也有法律、惯例或指南。一些国家正在制定关于自由、事先和知情同意的程序，包括刚果民主共和国、智利、洪都拉斯、巴拉圭和苏里南。其中一些法律的制订并非没有受到批评(见 E/CN.4/2004/80/Add.2, A/HRC/27/52/Add.3 和 A/HRC/33/42/Add.2)。专家机制在 2018 年的建议记录中强调了此类立法应包含的一些要求，以确保自由、事先和知情同意，包括充足的资源、平等和监测协议的机制。⁶³ 在对墨西哥城的技术合作访问期间，专家机制欢迎在 2017 年 1 月通过的城市宪法纳入自由、事先和知情同意。

59. 在哥伦比亚，没有法律规定自由、事先和知情同意。但是，1991 年至 2012 年期间，根据宪法法院规定的义务(见上文第 37 段)，约有 156 次协商得以进行。⁶⁴ 其中，10 个案例中有 3 个遭到土著人民的反对，⁶⁵ 95% 的项目和开发活动取得了有利的结果。⁶⁶ 最近的一个协商进程导致哥伦比亚最终颁布了一项保护孤立人民的法令，该进程与孤立群体附近的土著组织和社区进行对话，似乎是一种良好做法。⁶⁷ 南非没有机制，但通过《名古屋议定书》成功地实施了协商和同意程序。在俄罗斯联邦国家以下一级，在决定进行计划的经济活动和其他活动之前，土著人民有权发起和参与“民族学影响评估”，并获得结果和建议；但是，由于缺乏监管，以及法律在谁可以代表土著人民参与谈判的问题上并不明确，只有国际公司遵守这一程序。⁶⁸

60. 但是，世界各地出现的关于自由、事先和知情同意的一些立法和做法引起了关注，包括在没有与土著人民协商的情况下制定了一些关于协商的法律，这具有讽刺性，也引发了质疑。其他问题包括狭隘地关注《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)规定的义务，而不是联合国的《宣言》或区域或国际人权义务；重点关注协商进程的程序步骤，但不是确保真正的参与和保护受影响土著人民的权利；以及未能解决侵犯土著人民权利的结构性问题。协商权往往尚未转化为保证其执行的法律，并且什么才构成同意的要求没有得到明确。

61. 土著人民也关注“协商疲劳”、“制造”同意、对协商进行限制、对与自由、事先和知情同意有关的国际标准缺乏共同理解、采掘业不断增加的侵占、以及缺乏结构变革以确保制度层面的自由、事先和知情同意。这些问题损害了土著人民，他们的权利往往在开发计划中被忽视，不仅如此，还导致停工、抗议、诉讼和其他问题，对国家和行业都有负面的经济和政治影响。⁶⁹ 由于所有这些原

⁶³ 可从 www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Session11.aspx 获取。

⁶⁴ 见 Garavito 和 Díaz 提交的材料。

⁶⁵ 见 Gerber 提交的材料。

⁶⁶ 见哥伦比亚国家人权机构提交的材料。

⁶⁷ 见 <http://opiac.org.co/los-pueblos-indigenas-de-la-amazonia-colombiana-celebramos-la-firma-del-decreto-de-proteccion-para-pueblos-indigenas-aislados/>(西班牙文)。

⁶⁸ 见 Novikova 提交的材料(俄文)。

⁶⁹ 在北美，关于使用土著人民的传统土地和资源进行开发的协商的失败导致持续多年的昂贵诉讼、抗议和拖延，即使这些项目最终得到批准。参见，例如，立岩苏族部落诉众国工程兵团，255 F.Supp.3d 101(D.D.C.2017)；Ktunaxa 民族诉不列颠哥伦比亚省，2 S.C.R. 386(2017)。在采掘业中，一些消息来源表明停工可能导致的成本每天可以高达超过 100 万美元。

因，迫切需要有效的机制来实现自由、事先和知情同意。究竟哪些措施和项目需要事先进行协商程序和需要同意，如果缺乏基于权利的监管机制来确定如何进行协商，会造成相互矛盾的解释。

62. 国家人权机构在促进实现自由、事先和知情同意方面发挥着重要作用。作为独立于政府行事的机构，有些机构具有土著人民领域的专门知识，它们能够并确实在同意背景下履行许多职责。例如，在阿根廷，国家人权机构介入了 ArSat Co. Telecommunications 的一个项目，在其中有数种不同的作用，包括作为整个过程的总协调员、协调人和担保人控制法律框架的遵守情况。它的参与包括一个公开的咨询过程，克服了三年的障碍。在委内瑞拉玻利瓦尔共和国，国家人权机构促进事先协商机制的应用，确保将协商权纳入立法并开展促进事先协商权的活动。

附件

专家机制关于土著人民以及自由、事先和知情同意的第 11 号建议

1. 联合国是在各国进行的谈判中促进自由、事先和知情同意的重要场所。联合国系统各组织，包括联合国开发计划署、联合国教育、科学及文化组织、世界银行、世界卫生组织和世界知识产权组织(知识产权组织)，在遇到土著人民的问题时都被告知，《宣言》中表达的人权在所有这些情景中都广泛适用。特别是，知识产权组织知识产权与遗传资源政府间委员会目前正在就若干关于传统知识、遗传资源、传统文化表现形式和其他形式的知识和文化财产的多边文书进行谈判。在谈判和起草这些文书时，知识产权组织和会员国应参考《宣言》，特别是关于土著人民知识产权和其他资源的所有权、使用和保护的自由、事先和知情同意的规范。
2. 国家应通过促进国家机关和包括法官和立法者在内的官员的能力建设，遵守自由、事先和知情同意的人权方法。由于地方和国家以下各级机关在很多情况下对土著问题更加贴近和敏感，因此地方官员和公司雇员应获得更好的关于自由、事先和知情同意的指示。
3. 国家应在国家一级建立适当的监管机制，最好是在宪法或立法层面，以便在协商需要或作为目标寻求自由、事先和知情同意的情况下规范协商。监管机制应该提及《宣言》。建立这样一种机制本身需要在信任和诚意的背景下与土著人民进行协商，并应同时培育适当的执行机构、雇用训练有素的官员和确保充足的资金。这种机制也可以作为监督机制。
4. 国家应直接与土著人民接触。当土著人民寻求自己和私营企业之间直接进行谈判时，公司必须进行尽职调查，以确保协商程序的充分性。国家应始终对任何不足之处承担责任，并确保采取措施监督和评估工商企业采取的程序，其中可能包括要求实施自由、事先和知情同意的立法或指南，并惩罚未遵守此类同意的公司。
5. 国家应为实现有效的自由、事先和知情同意创设先决条件，包括建立信任、诚意、文化上适当的谈判方法、以及承认和尊重土著人民的固有权利。这个过程应该是正式的，并在相互尊重的情况下进行。
6. 国家应确保协商始终把同意作为目标，同时铭记在某些情况下需要征得同意。协商应从规划阶段开始(即在国家或企业决定开展特定项目或采取特定措施之前，例如批准一个项目)，以便土著人民能够影响最终决定。需要进行协商的措施应该明确。协商应该在整个项目的演变过程中进行，需要“各方之间的不断沟通”，¹ 并且不应与关于环境和监管法规的公开听证会混为一谈。

¹ Saramaka 案，第 133 段。

7. 国家应确保向土著人民提供包括项目或措施的潜在影响在内的所有信息，并以其能够理解的、文化上适当的、符合其固有传统和独立的的方式和形式提供。如有必要，还应以口头和土著语言展示。
8. 国家应确保国家机关内部有体制能力和政治意愿，以了解寻求和获得自由、事先和知情同意的含义和程序，包括尊重现有的土著程序。
9. 国家应确保通过支持土著机构的发展，确保土著人民拥有资源和能力有效参与协商进程，同时不损害这些机构的独立性。国家和私营部门应促进和尊重土著人民自己的规程，作为使国家、第三方和土著人民做好进行协商和开展合作的准备以及顺利进行协商的重要手段。
10. 国家应确保整个进程的平等，并解决和缓解国家与土著人民之间权力不平衡的问题，例如聘请独立协调人进行协商，建立资助机制，使土著人民能够获得独立的技术援助和建议。
11. 国家应与所有可能受影响的土著人民广泛接触，通过他们自己的代表性决策机构与他们协商，鼓励他们将其妇女、儿童、青年和残疾人纳入其中，同时意识到一些土著社区的治理结构可能是男性主导的。在每次协商期间，应努力了解对土著妇女、儿童、青年和残疾人的具体影响。
12. 国家应确保自由、事先和知情同意程序支持在土著人民社区内建立共识，并应避免可能导致分裂的做法，包括当土著人民处于经济胁迫等脆弱状况时。在这方面，应特别注意代表社区不同部门的土著人民，包括分散的社区和不再拥有土地或迁移到城市地区的土著人民。
13. 各国应确保，如果土著人民处于自愿隔离状态，则不应考虑影响其权利的活动。如果必须采取与这些人民有关的干预措施以确保其福祉或干预措施不可避免，则应遵守适当的联合国和区域保障措施。
14. 鼓励土著人民建立强有力的代表机制和法律、习惯和程序，以获得自由、事先和知情同意。在协商过程开始时，土著人民应商定并明确他们将如何作出集体决定，包括设定表明何时存在同意的门槛(见 A/HRC/21/55)。
15. 国家应确保土著人民有机会参与影响评估的进程(人权、环境、文化和社会)，这应先于提案进行。此类影响评估应客观公正。
16. 国家应防止可能对土著人民造成重大损害的措施或项目，包括矛盾的土地使用形式的累积伤害。
17. 国家应与土著人民协商和合作，制定程序，以规范、核实和监督协商的进程，确保国家进行协商和合作，以获得自由、事先和知情同意，并在需要同意的情况下获得同意。
18. 各国应确保维护和执行承认土著人民管辖权或决策权的条约和其他建设性的协定和安排。
19. 已批准《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)的国家应根据其他有关标准解释和适用其关于协商和自由、事先和知情同意的规定，特别是《联合国土著人民权利宣言》和正在形成的判例，包括区域人权机制的判例。

20. 国家应确保在相关时向土著人民提供补救，其中可包括恢复原状，土著人民能够就最能恢复和保护其权利的补救形式作出自己的决定。这可以通过文化上适当的补救机制提供，同时考虑到习惯法。各国不应将补救限制为现金补偿，也不应任意排除返还或恢复土地的可能性。补偿应尽可能采取土地和领土的形式。²

21. 国家应确保，在没有自由、事先和知情同意的情况下，土著人民对于不情愿地失去占有权的土地和被没收、被占领或被损坏的土地有权获得归还或其他适当的补救(《宣言》第 28 条)。如果就项目造成的不利影响商定了直接经济利益作为补偿形式，则不论其是否拥有土地或资源，这类经济利益都应归于土著人民。这可能需要修改立法。

22. 国家应确保同意协议采用书面形式，条款应包括但不限于减缓影响、赔偿和公平分配项目惠益、联合管理安排、申诉程序和双方具有同等能力的争议解决机制。应保障土著人民诉诸司法的机会。

23. 国家应促进和支持与土著人民协作和合作制定长期发展计划，包括国家在《土著人民世界会议宣言》中承诺的国家行动计划。³

² 消除种族歧视委员会，第 23 号一般性建议。

³ 见大会第 69/2 号决议。