



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4
8 July 2004
CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会
增进和保护人权小组委员会
土著居民问题工作组
第二十二届会议
2004年7月19日至23日，日内瓦
临时议程项目5

制 订 标 准

关于在影响土著人民土地和自然资源的发展项目中征得其自由、
事先和知情同意原则的初步工作文件，作为工作组起草该概念法律
评注的框架——由安托阿内拉·尤利娅·莫措克女士和
特波提巴基金会提交

内 容 提 要

土著居民工作组第二十一届会议决定在下届会议上继续其标准制订活动，开始拟订在影响土著人民土地和自然资源的发展项目中征得其自由、事先和知情同意原则的法律评注。小组委员会在第 2003/29 号决议中请安托阿内拉·尤利娅·莫措克女士编写一份初步工作文件，作为工作组起草该概念法律评注的框架。工作组还主动与土著组织建立研究伙伴关系，为第二十二届会议准备有关标准制订的工作文件。这份文件就是莫措克女士与特波提巴基金会——来自菲律宾的土著人民组织——合作的成果。

导 言

1. 本工作文件的目的是就以下议题提出一些初步想法：第一，概述自由、事先和知情同意原则在国际和国内法律文书中的重要性；第二，试图说明“自由”、“事先”和“知情”在这一上下文中的涵义。最后，提出若干建议，协助工作组起草这一概念的法律评论。

国际和国内法律文书中的自由、事先和知情同意原则

2. 国际人权法领域的一些文件承认自由、事先和知情同意原则。国际劳工组织 1989 年《关于独立国家的土著和部落民族的拟议公约》(第 169 号)第六条提到在要求土著人民迁离其土地时应征得其自由和知情同意的原则。《公约》第六、七和十五条旨在确保各国尽一切努力在发展、土地和资源问题上与土著人民充分磋商。

3. 《联合国土著人民权利宣言》草案(小组委员会第 1994/45 号决议附件)是一份正在拟订的重要文件，第 10、12、20、27 和 30 条明确承认自由、事先和知情同意原则。¹

4. 美洲国家组织《美洲土著人民权利宣言草案》规定，土著人民有权确定和制订其土地、领土和其他资源开发和使用的优先事项和战略，包括有权要求国家在批准影响其土地、领土和其他资源的项目之前，特别是涉及矿产、水和其他资源开发、利用或开采时，征得其自由和知情同意。

5. 几个联合国委员会在结论性意见和一般性建议中也提到自由、事先和知情同意原则。消除种族歧视委员会在第二十三号一般性建议中要求各国“确保土著人民有权参与公共生活，直接涉及其权利和利益的任何决定，不经其知情同意，不得作出”(第 4(d)段)。

6. 在 2001 年关于哥伦比亚报告的结论性意见中，经济、社会和文化权利委员会“遗憾地注意到土著人民的传统土地未经其同意被木材、采矿或石油公司减少或霸占，以至其文化和生态系统失去平衡”(E/C.12/Add.74, 第 12 段)。随后建议缔约国确保土著人民参与影响其生活的决策，并敦促它“执行木材、土壤或底土采矿项目之前或制定影响有关土著人民任何公共政策之前，根据劳工组织第 169 号公约，与他们协商并征得他们的同意”(同上，第 33 段)。

7. 美洲人权委员会认为，美洲人权法的内容之一是采取“特别措施，承认土著人民在被占领和使用的传统土地问题上具有特别和集体利益，它们有权要求这一利益不被剥夺，除非得到充分知情同意，遵循平等条件和给予公平赔偿。”² 非洲人权和人民权利委员会在 2002 年 Ogoni 案中也得出了类似结论，认为尼日利亚出让 Ogoni 土地石油开采特许权是侵犯 Ogoni 人民自己处置其自然财富的权利。

8. 《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》评注也承认土著人民的自由、事先和知情同意原则，指出：“跨国公司和其他工商企业应该按照劳工组织 1989 年《土著和部落居民公约》(第 169 号)等国际人权标准，尊重受其活动影响的当地社区的权利以及土著人民和土著社区的权利。还应特别尊重土著人民和类似社区拥有、占有、开发、控制、保护和使用权土地、其他自然资源和文化以及知识产权的权利。它们也应尊重受其发展项目影响的土著人民和土著社区的自由、事先和知情同意原则(E/CN.4/Sub.2/2003/Rev.2, 10 段(c)分段)。

9. 自由、事先和知情同意原则是土著人民在影响其土地，领土和自然资源的发展项目上行使自决权的关键。这一原则所依据的实质性和程序性规范允许土著人民对经济、社会和文化发展，特别是对国家和其他外部机构提议在其祖先土地和领土上实施的发展项目进行有意义的选择。

10. 为此，联合国专门机构采取了重要措施，在国际法总体框架内实施土著人民权利。《生物多样性公约》缔约方会议设立了一个工作组，专门讨论《公约》有关条款的实施。工作组对所有缔约方开放，土著和当地社区代表在其工作中发挥充分和积极作用。传统知识被认为是影响生物多样性诸多侧面的“交叉性”议题，缔约方会议和其他工作组将继续加以讨论。

11. 美洲开发银行“社会文化发展战略和程序”规定，美洲开发银行不支持影响部落土地和领土的项目。联合国开发计划署也称，它在政策中促进和支持土著人民的权利。

12. 非政府组织代表也就自由同意原则发了言。2001 年 12 月 5 日至 7 日在日内瓦举行的关于土著人民、私营部门自然资源、能源和矿业公司与人权问题讲习会讨论了自由、事先和知情同意原则，认为需要有一项普遍议定的该原则定义。与会者就该原则的意义达成基本共识，认为土著人民作为土地和资源所有人有权在与政和/或开采工业谈判的任何阶段对拟议发展项目说“不”(E/CN.4/Sub.2/ AC.4/2002/3, 第 53 段)。

13. 在实质上，自由、事先和知情同意原则承认土著人民对其土地的固有和先前权利，尊重他们的正当权力，即要求第三方根据知情同意原则与其建立平等和相互尊重的关系。在程序上，自由、事先和知情同意原则要求通过各种程序，允许和支持土著人民对其发展道路作出有意义的选择。

14. 在影响土著人民土地和自然资源的发展项目中，应该遵守自由、事先和知情同意原则，以便：

- (a) 对土著人民选择发展项目不胁迫、施压或恐吓；
- (b) 在开发活动开始前征得土著人民的自由同意；
- (c) 让土著人民充分了解拟议发展活动的范围和对其土地、资源和福祉的影响；
- (d) 尊重和接受土著人民选择同意或不同意对其有影响的发展项目。

15. 世界水坝委员会委托对水坝、土著人民和少数民族问题进行专题审查，研究土著人民和少数民族在大型水坝建设中的经验。专题报告记录了大型水坝项目对土著人民和少数民族的不利影响，提出了一套指导未来的能源和水资源开发项目的原则，以便尽可能减少冲突，保护土著人民和少数民族的权利。专题报告拟订的指导原则之一是，土著人民和少数民族应该从一开始便参与规划和决策，并以自由、事先和知情同意原则指导可能影响土著人民和少数民族的水坝建设。³

16. 一些国内法律文书强调自由、事先和知情同意原则的重要性。在澳大利亚的五个州，是通过采矿地区土著人民控制的法定土地委员会取得了 30 年的同意。

17. 菲律宾土著人民权利法承认土著人民有权对影响其土地和领土的活动给予自由、事先和知情同意，这类活动包括：

- (a) 自然资源的勘查、开发和利用；
- (b) 研究和生物勘探；
- (c) 流离和迁离(前者是自然灾害导致社区迁移，后者是人为活动迫使社区移徙)；
- (d) 考古勘查；
- (e) 影响土著人民的政策，如第 263 号行政令(以社区为基础的森林管理)；
- (f) 军队进驻。

18. 人权与新的人类发展最佳做法，构成了参与性发展的综合框架，可以使社会最贫穷和最边缘化阶层在发展问题行使有意义的发言权。实现人权需要承认相竞争权利的冲突，并制订谈判和冲突解决机制。

19. 具体而言，人权原则需要发展具有以下特点的规范和决策进程：

- (a) 民主和问责，并享有公众信任；
- (b) 以有关当事方诚信、公开和透明地参加谈判为前提；
- (c) 承诺解决政治进程中的不平衡，以便保障弱势群体的权利和待遇；
- (d) 促进妇女的参与和性别公平；
- (e) 遵循在具体项目执行时征得受影响当事方事先和知情同意的原则；
- (f) 有关当事方之间谈判达成协议；
- (g) 具有明确并可实施的体制安排，以便监督遵守情况和纠正冤情。

影响土著人民土地和资源的发展项目中的“自由”、“事先”和“知情”同意诠释

20. 自由、事先和知情同意原则包含“自由”、“事先”和“知情”等词语，需要对它们进行诠释，才能付诸实行这一概念。⁴

自由：属于一般性法律原则，即通过胁迫或操纵获得的同意无效。由于不是所有立法措施都简明易懂，所以需要设立机制，确认同意是自由给予的。

事先：要具有意义，必须在影响土著人民及其土地、领土和资源的活动获得国家或第三方批准之前，或在公司开始实施之前，及早征得知情同意。

知情：自由、事先和知情同意的程序意味着必须与土著人民协商，并有土著人民的参与，包括以有关形式充分、依法地披露拟议发展项目信息，这些信息应便于受影响土著人民/社区获取和了解，主要是：

- 拟议发展项目或活动的性质、规模和范围；
- 发展项目(包括施工期)或活动的期限；
- 受影响地区的地点；
- 初步评估发展项目的可能影响；
- 发展项目的理由和目的；

- 参与发展项目建设和运作阶段的人员(当地人口、研究机构、发起人、商业企业和伙伴——可能时还应说明第三方和受益人);
- 发展项目和活动涉及的具体程序;
- 所涉及的潜在风险(如: 进入圣地、环境污染、部分拆毁有意义建筑、扰乱繁殖场所);
- 可实际预见的充分影响(如商业、经济、环境和文化);
- 第三方参与的条件;
- 提供误导或虚假信息, 将受处罚或被拒绝同意拟议发展项目的进行。

同意: 是指项目评估、规划、执行、监督和结束各个阶段的协商和有意义参与。所以, 协商和有意义参与是同意过程的基本内容。还可以就整个提案、提案的某些内容或实行自由、事先和知情同意原则的条件, 进行谈判以达成协议。任何时候, 土著人民代表都有权通过自己自由选择的代表参加谈判, 或提出需要采取特别协商和参与措施的个人、社区或其他实体。它们还有权获得和使用顾问包括自己选择的法律顾问的服务。

21. 土著人需要明确指定由哪个实体代表受影响的人民/社区来表示同意。这一实体因有关活动而异。例如, 某个社区的传统当局根据有关习惯法, 可充当给予或撤消同意的实体。在其他情况下, 则是整个土著人民或各个实体组合。

22. 同意过程应该具有时限, 以确保受影响的人民/社区有足够时间理解所收到的信息, 索要新的信息或要求作出澄清, 征询意见, 确定或谈判条件, 同时也确保这一进程不成为寻求同意方的过分障碍。所需要的适当时间依受影响人数、社区或人民、拟议活动的复杂程度、提供或索要的信息数量而有所不同。无论所需要的时间多少, 关键的是事先确定和明确了解这一时限。

23. 事先、知情同意必须限于所同意的具体活动。如果最初可能对某些活动给予事先、知情同意, 那么对活动的任何蓄意改变, 都需要重新请求对事先知情同意进行裁决。

24. 最后, 自由、事先和知情同意原则的成功实施, 取决于明确承认和保护土著人民的权利, 特别是对历来拥有或被占领和使用的土地、领土和资源的权利。如果不充分承认土著人民的领土权利, 这一原则不会提供所希望提供的保护。

25. 鉴于土著人民与其土地和资源历史上的相互依赖和多层面关系，了解发展活动的潜在利益、代价和影响的最好方法是确保他们充分、有效地参与影响评估进程。对影响评估进程的参与和合作，可为联合确定全面的经济、环境、社会、文化和精神影响创造条件，以便提出措施，避免、减轻和缓解这些影响。

拟订法律评注的内容

26. 法律评注的目的应该是在国际法和人权法框架内对自由、事先和知情同意原则进行解释，并制订如何实际尊重这一原则的准则。法律评注纳入的准则应该实际、简明，可以在土著人民与私营部门和/或政府之间的谈判中使用。

27. 自由、事先和知情同意原则没有任何单一的法定执行方法，因为必需尊重有关人民的历史、文化和习俗。然而，本文件可以提出一些对执行这一原则十分重要的核心内容。土著人撤销对不适当发展项目的同意或向其说“不”，必须是其中之一。

28. 确立自由、事先和知情同意原则的有效方式之一，是在国家立法中承认这一原则，并颁布相应实施细则和条例。此外，在自由、事先和知情同意进程后经谈判达成的协议，必须是可以通过法院执行的协议。

29. 有意义地适用自由、事先和知情同意原则，向政府和开发商提出了实质性和程序性要求，它们必须在发展过程中勤勉地履行这些要求。

30. 为此，建议工作组在拟订的法律评注中，全面回顾国际法、人权法、判例以及国家立法和实践对自由、事先和知情同意原则的承认，使其成为这一主题的有力参照。小组委员会不妨请各国政府以实例说明国家一级是如何执行这一原则的。它还应该解答经常提出的问题以及有关这一原则的共同误解，以便将讨论推向深入。此外，也应该鼓励各国政府尊重和坚持这一原则，将其当作促进人权的承诺和义务。

31. 对自由、事先和知情同意原则的解释，应该遵循国际人权文书以及《联合国土著人权宣言》草案，其中全面阐述了土著人民权利。

32. 工作组应该协调努力解释自由、事先、知情同意原则和促进该原则的执行，并寻求常设论坛和特别报告员等其他联合国土著人民事务机制的指导。

注

¹ “联合国宣言草案提出和列入了有关此处关系的许多其他关键性问题的条款，但没有按这里所说的方式明确地将它们与自治联系起来。这一联合国进程的做法正好相反，将自治看作是终态问题，把自治辩论与关系的构建分开。宣言草案提供了许多材料，可以按关系形式建造自治的概念，但不总是充分地发展关系方面……。在遵守国际公认的人权标准的情况下，可以维持和促进土著机构和司法实践，但这些机构和实践与国家机构特别是与司法制度的关系没有明确提及。草案要求国家在国家立法中列入宣言承认的权利，‘以便土著人民可以在实践中利用这些权利’，但对国家机构特别是法院和行政机构的作用没有系统说明。宣言自始至终提到国家能力和权力。例如，要求国家‘采取有效措施，不在土著人民土地和领土上储存或处理危险材料’但没有说明需要土著人民同意接收这些材料。” B. Kingsbury, “协调国际法和比较法中关于土著人民要求的五个相竞争概念结构”，纽约大学《国际法和政策杂志》，vol. 34 (2001)， 22. 225-226 页。

² *Mary and Carrie Dann* 诉美国案，第 11.140 号，美洲人权法院第 75/02 号报告，2002 年，第 131 段。

³ Marcus Colchester, 林区人民计划，“水坝、土著人民和少数民族”（南非开普敦，世界水坝委员会秘书处），2002 年 11 月。世界水坝委员会委托 sussex 大学发展研究所进行一项研究，以便制订一个框架，确保在水和能源项目的规划、谈判和执行决策中土著人民与社区其他成员享有平等地位。题为“水和能源项目的规划和决策中的同意和参与”的研究概述了在项目规划的所有阶段如何确保公众接受性和土著人民的自由、事先和知情同意。研究指出，必须获得受发展项目影响的社区的自由、事先和知情同意，依据的是人权法律，人权法保证所有人民在决策进程中的不断参与和同意的权利，以及自由决定自己发展的权利。自由、事先和知情同意原则，不应被看作是政府对弱势群体给予特别待遇的让步；它适用于外来人员提出对土著社区有影响的具体发展项目的情况。

⁴ 以下是“林区人民计划”的 Fergus Mackay 提供的若干实例，说明其撰写的“关于土著人民自由、事先和知情同意原则的内容和实施的说明”（由特波提巴基金会提交工作组秘书处）各部分下的要求。

附 件

劳工组织第 169 号公约关于土著人自由、 事先和知情同意的条款

第 六 条

“1. 在实施本公约的条款时，各政府应该：

“(a) 当考虑立法或行政措施时，通过适当的程序，特别是通过其代表机构，与可能受直接影响的有关民族进行磋商；

“(b) 确立各种途径，以使这些民族可以自由地，至少是与人口中其他部分人同等地参与各级负责制订与其有关的政策和计划的选举机构以及行政和其他机构的决策；

“(c) 确立各种途径，使他们充分发展本民族的制度并发挥积极性：在适当的情况下，应为此提供必要资金。

“2. 在实施公约的过程中，应以真诚的态度并采取对情况适合的方式开展磋商，以就拟议采取的措施达成协议或取得一致意见。”

第 七 条

“1. 在有关民族的参与及合作下，改善他们生活和工作条件以及提交他们的健康和教育水平，应作为他们所居住地区全面经济发展计划的首要目标。为发展上述地区所实施的特殊项目也应如此设计，以促进这一改善的实现。

“.....

“3. 各政府应保证，凡适宜时，与有关民族合作，开展调查研究，以估价按计划进行的发展活动对这些民族所产生的社会、精神、文化和环境影响。这些调查研究的结果应被视为实施这些活动的基本标准。

“4. 各政府应与有关民族合作，采取措施，保护并保持他们居住地域 (territories) 的环境。”

第十五条

“.....

“2. 在国家保留矿藏资源或地下资源或附属于土地的其它资源时，政府应建立或保持程序，通过这些程序在执行或允许执行任何勘探或开采此种附属于他们的土地的资源计划之前，政府同这些民族进行磋商，以便确定他们的利益是否和在多大程度上受到了损害。凡可能时，有关民族应参与分享此类活动的收益，他们因此类活动而遭受的损失应获得公平的补偿。”

第十六条

“1. 除非符合本条下列各款规定，有关民族不得被从其所居住的土地上迁走。

“2. 当这些民族的迁离作为一项非常措施被认为是必要的情况下，只有在他们自主并明确地表示同意之后，才能要求他们迁离；如果得不到有关民族的同意，则只有在履行了国家立法和规章所规定的程序之后，才能提出这一要求。在适当的时候，上述程序中可以包括公众调查，以为有关民族能充分地陈述其意见提供机会。

“...”

联合国土著人民权利宣言草案承认自由、 事先和知情同意原则的条款

第 10 条

“不得强迫土著人民迁离其土地或领土。未经有关土著人民自由和知情的同意、没有议定公正和公平的赔偿、可能时还有选择返回的自由之前，不得重新安置土著人民。”

第 12 条

“土著人民有权遵循和振兴其文化传统和习俗。这包括有权保存、保护和发展表现其文化的旧有、现有和未来的形式，例如考古和历史遗址、人工制品、图案设

计、典礼仪式、技术、观赏艺术和表演艺术，有权收回未经他们自由和知情同意或违反其法律、传统和习俗而夺走的文化、知识、宗教、精神财产。”

第 20 条

“土著人民有权按本身意愿通过自己决定的程序充分参与制订对他们可能有影响的立法或行政措施。国家在通过和执行这种措施之前，应先征得有关人民的自由和知情的同意。”

“.....”

第 27 条

“土著人民有权收回他们历来拥有或以其他方式占有或使用但未经其自由和知情的同意而被没收、占据、使用或破坏的土地、领土和资源。如无法收回，则他们有权获得公正和公平的赔偿。赔偿形式应是质量、面积和法律地位相等的土地、领土和资源，但有关的人民自由地另行商定者除外。”

第 30 条

“土著人民有权确定和制订开发或使其土地、领土和其他资源的优先次序和战略，包括有权要求国家在批准任何影响到他们的土地、领土和其他资源特别是有关开发、利用或开采矿物、水域或其他资源的任何项目之前，先征得他们自由和知情的同意。根据同有关土著人民的协定，应为任何这类活动和措施提供公正和公平的赔偿，以便减少不利的环境、经济、社会、文化或精神影响。”

-- -- -- -- --