



人权理事会  
第十八届会议  
议程项目 5  
人权机构和机制

## 关于土著人民及其参与决策权问题的最后研究报告

### 土著人民权利专家机制的报告

#### 内容提要

本研究报告着重阐述了参与不同层面决策进程中良好做法的一些实例，以此补充土著人民权利专家机制提交的进展情况报告(A/HRC/EMRIP/2010/2)。本报告还列入了第 2 号专家机制咨询意见(2011 年)：土著人民及参与决策权。报告应结合进展情况报告一并解读。

## 目录

	段次	页次
一. 导言 .....	1-8	3
二. 良好做法的界定 .....	9-15	3
三. 土著人民的内部决策程序和机构 .....	16-39	4
A. 土著决策程序和机构 .....	17-22	4
B. 土著议会和组织 .....	23-30	6
C. 土著法律制度 .....	31-35	8
D. 土著妇女参与决策 .....	36-39	9
四. 参与同国家和非国家机构相关联的决策机制以及影响 土著人民的程序 .....	40-80	9
A. 参与议会程序 .....	40-47	9
B. 直接参与施政 .....	48-60	11
C. 参与混合施政体制 .....	61-62	13
D. 自由、事先和知情同意 .....	63-69	13
E. 参与区域和国际论坛和程序 .....	70-76	15
F. 其他良好做法的实例 .....	77-81	16
附件		
第 2 号专家机制咨询意见(2011 年): 土著人民及参与决策权 .....		18

## 一. 引言

1. 人权理事会在其第 12/13 号决议中请专家机制编写一份关于土著人民及参与决策权问题的研究报告，向理事会第十五届会议提交一份进展报告，并向第十八届会议提交最后报告。
2. 专家机制向人权理事会第十五届会议提交了研究的进展情况报告(A/HRC/EMRIP/2010/2)，报告结合了专家机制于 2010 年 7 月举行的第三届会议上开展的讨论。报告中，专家机制分析了相关的国际人权框架，土著人民内部的决策程序和体制，以及土著人民参与同国家和非国家机构及程序相关的、影响到土著人民的决策机制的情况。
3. 人权理事会在其第 15/7 号决议中，欢迎专家机制顺利完成有关土著人民及参与决策权问题的研究进展报告，鼓励其根据理事会第 12/13 号决议最后审定研究报告，并请专家机制用实例说明不同决策层面的良好做法。
4. 本项关于土著人民和参与决策权问题专家研究的最后报告着重阐述土著人民参与不同层面决策程序的良好实例，以此来补充进度报告。
5. 如同专家机制第一次专题研究一样，专家机制纳入了与相应研究有关的咨询意见(见附件)，而在本项研究中吸收了关于土著人民和参与决策权问题的意见。
6. 本报告介绍的良好做法范例源于专家机制本身的研究以及继 2011 年 3 月举行的一次技术性讲习会议发出征集要求之后，从各国以及其他方面收到的资料。
7. 以下介绍的实例可帮助各国、土著人民、国际组织、国家人权机制和其他方面保护和促进土著人民对决策进程的参与。
8. 在第三届专家机制会议上，诸多观察员就国家征得土著人民自由、事先和知情同意的责任问题提出了意见，这些意见被本报告所采纳，尤其是第 2 号咨询意见(见附件)。

## 二. 良好做法的界定

9. 首先，很难界定接纳土著人民参与决策方面的“良好”做法，其次，要评定一种做法是否符合“良好”的定义也很困难，其中一项较主要的原因是专家机制与在遵循这类做法的实际环境之间存在着距离。第三，从所有地区取得全面的信息十分困难。
10. 那些促使土著人民参与外部、非土著决策进程的机制可能会有问题，其有诸多原因：机制可能在土著人民从政治、社会和经济上未处于主宰地位的环境里运作，而尽管这些机制加强土著人民的参与性，但却未能以与非土著个人及民众平等的地位开展行动；机制未使土著人民具备切实的决策影响力；由于机制执行

有问题，或者前所未遇的问题；或由于机制在与其他土著个人相比优先考虑某些土著个人的参与，造成了对机制是否有能力在个人之间形成平等产生怀疑。

11. 出于以上理由，专家机制无法证实本报告中提到的所有做法在每一方面都不存在争议或者从客观上看都是良好的。确实，专家机制只能指出，根据其研究和所收到的材料来看，某些做法的一些要素看来具有积极的方面。

12. 为评估某一做法是否良好，专家机制将《土著人民权利宣言》作为其标准的依据。

13. 专家机制在下文列举出一些因素，认为这些对于确定一些做法是否良好具有实际意义，尽管下列的并非详尽无缺的清单。良好做法的最重要标志很可能是土著人民参与某一做法的设置工作以及他们对这一做法的同意程度。其他的标志包括这一做法在何种程度上：

- (a) 允许并加强土著人民参与决定进程；
- (b) 允许土著人民影响涉及到自身的各项决定的结果；
- (c) 实现土著人民的自决权；
- (d) 包含了征求土著人民自由、事先和知情同意的适当、稳固的协商程序和/或进程。

14. 报告中纳入的有些做法可能并没有得到很好实施，但纳入的目的是要着重指出这些做法具有保护和促进土著人民参与决策进程的潜力。

15. 发现良好做法的来源包括法律、政策方案、单一的项目和/或一个项目中的某一要素。

### 三. 土著人民的内部决策程序和机构

16. 就本报告而言，内部决策程序和机构都是土著的；也就是说，它们是根据土著人民确定的做法并为土著人的利益而运作的。这并不是说内部决策程序和机构从历史的观念来看必须是传统的；相反，它们可以包含随时间发生变化的程序和机构，因而可能含有有时候因受外来因素影响的新做法。在一些情况下，土著决策程序和机构也可能是依据同国家的讨论和对话，甚至协议而确立的。内部决策程序有时候(但并非始终)得到国家和国家法律的承认。

#### A. 土著决策程序和机构

17. 许多土著机构有自己的决策程序，其中一些已在专家机制的进度报告中作了阐述。<sup>1</sup> 许多这些机构继续得到社区的支持，尽管并不得到国家的承认，或者

<sup>1</sup> A/HRC/15/35, 第 42-66 段。

只在一些情况下得到国家有限的承认。《土著人民权利宣言》第 5、20 和 34 条尤其规定了维持这些独特的决策程序和机构的权利。

18. 一般而言，土著人民的内部决策程序及相关的机构得以持续地运作是积极的情况，因为它们是以在思想体系和文化上符合土著人民对施政的理解之方式来帮助土著群体和个人参与国家公共事务的。非常重要的一点是，土著决策程序和机构也在一定程度上体现了土著人民不受外来影响的自决和自治，尽管国家根据国家法律仍然具有最终的权威，包括在下文中提到的一些实例中的情况。

19. 土著决策的实例可以在土著保留区和领地内的土著资源管理中看到。<sup>2</sup> 成功的做法包括土著决策程序和传统知识得到社区和其他主管当局尊重的情况。根据印度尼西亚 Haruku 地方的 sasi 制度，祖祖辈辈的 kewang 或土著机构组织当地社区坚定地并且团结一致地管理鱼种资源及其他重要的沿海资源，这是具有典范性的。<sup>3</sup> 另一个实例是新西兰的 Kaimoana 传统渔业规定，允许毛利人对某些传统渔业区域的控制，包括由毛利机构根据其自身的观念执行控制，尽管最终还是得到政府很大程度的管制。

20. Kuna Yala Comarca 是巴拿马五个特别领地单元中的一个，它通过总体、传统、区域和地方理事会实行行政自主。“Comarca”是受到 Kuna 传统和习俗约束的，并且在《宪法》和立法所规定的框架内独立作出决定。土著人民就影响本族人民的文化、经济和政治事务而作出多数的决定，同时并监督土著的权利。Comarca 由 Kuna 总体理事会或者是最高的权力机构管制，它由 49 个社区的地方理事会组成，每一社区都由酋长(Saila)为代表。这一地区是由得到 Kuna 总体理事会选举的三名大酋长(Caciques)经管的。Kuna 总体理事会每六个月举行四天的会议。除了分别代表各自社区的 49 个 Sailas 之外，以下官员也有义务参与理事会的工作：国家议会代表、区域总督、四个地区代表以及在 Comarca 中所设立的每一机构的区域主管。而且，要求每一社区在其代表团处必须有一名土著女性。<sup>4</sup>

21. 在美利坚合众国，许多美洲印第安民族对其领地保留了残余的主权，尽管有时候这些地区比它们历史上控制的区域要小很多。在实践中，根据美国现定法律，相关理论允许美国境内的印第安民族根据自身的施政结构制定法律，并且运

<sup>2</sup> 见，《土著和社区保留区，“土著和社区保留区”》，2009 年，可查阅如下网址：[www.iccaforum.org](http://www.iccaforum.org)。

<sup>3</sup> He Hong、Mu Xiuping 和 Eliza Kissya 及 Yanes，“在自然资源管理方面的土著知识和习惯法：中国云南和印度尼西亚 Haruku 的经验”，亚洲土著人民基金会，2010 年。

<sup>4</sup> 国际劳工组织(劳工组织)：《土著和民族权利实践：劳工组织第 169 号公约指南》(日内瓦，劳工组织，2009 年)。可查阅如下网址：[www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_106474.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_106474.pdf)。

行自身的法律制度。但是，议会全体会议权利的宪定理论意味着议会可以制定约束美国境内印第安人法律的法律。<sup>5</sup>

22. 在加拿大，一些第一部落与加拿大的省和联邦政府签署了协议，以便对其领地行使更大的自治权，例如，英属哥伦比亚的尼斯加。<sup>6</sup> 同时，签署的协议也依据了加拿大承认第一部落涉及的自决权这一政策。<sup>7</sup> 尼斯加的 Lisims 政府在许多问题上均行使自治权，包括教育和土地及资源问题。<sup>8</sup> 在加拿大的另一端，纽芬兰 Nunatsiavut 土著人民根据 2005 年《拉布拉多因努伊特土地权要求协议》，建立起自治政府，实行卫生、教育和文化方面的自治。<sup>9</sup> 各土著民族与女王政府之间达成的条约，规定土著人民拥有在双方同意基础上，就所有涉及土著人民的事务，参与全部决策进程的基本权利。

## B. 土著议会和组织

23. 这些均为土著议会和组织帮助土著人民就可能会涉及自身事务的决定发挥影响的实例。

24. 各萨米议会是分别于 1989 年、1992 年和 1995 年在挪威、瑞典和芬兰建立的代表性咨询机构，其目标包括就涉及到萨米人民的事务来协调与之进行的协商。这些议会的规定任务和条例因不同国家而各有不同。

25. 在瑞典，萨米议会得到了涉及到参与决策方面的特别职责；例如，该议会决定国家赠款的分配，以及向萨米人提供的其他经费的分配；任命萨米学校的董事会董事；管理萨米语言项目；充任负责驯鹿饲养业的行政机构；参与社会规划并监督满足萨米人需求的情况，包括驯鹿饲养业在土地和供水方面的要求，并传播有关萨米人情况的资料。<sup>10</sup>

<sup>5</sup> David Getches、Charles F. Wilkinson 和 Robert A. Williams, Jr. 编撰的《关于联邦印第安法案例和材料》，第 5 版(Thomson/West, 2005 年)。

<sup>6</sup> 见，《尼斯加最后协议》，可查阅如下网址：[www.nisgaalisims.ca/nisgaa-final-agreement](http://www.nisgaalisims.ca/nisgaa-final-agreement)。

<sup>7</sup> 见，2010 年 7 月加拿大政府提交土著人权权利专家机制的材料。还见亚利桑那大学罗杰斯法学院土著民族法律和政策课程“加拿大第一部落参政的最佳做法”(2011 年 3 月 1 日)。提交专家机制的文件经由联合王国人权事务高级专员办事处的秘书处传送。

<sup>8</sup> 《尼斯加最后协议》(见脚注 6)。

<sup>9</sup> 见，加拿大纽芬兰和拉布拉多省土著事务部，[www.laa.gov.nl.ca/laa/land\\_claims/index.html#1](http://www.laa.gov.nl.ca/laa/land_claims/index.html#1)。

<sup>10</sup> 见，瑞典向土著人民权利专家机制 2010 年会议所提供的资料，可查阅如下网址：[www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm)。

26. 在芬兰，根据 1995《萨米议会法》第 9 款，按规定主管当局必须就任何可能直接影响到萨米人作为土著人民地位的所有重要措施而与萨米议会进行协商。<sup>11</sup>

27. 挪威政府与萨米议会关于协商程序的协议承认萨米人有权就可能直接影响它们的问题得到协商，并且制定出适用于政府及其各部、管理署和其他附属的国家机构在处理可能直接影响到萨米人利益的事务方面的程序或活动，其中包括立法、规定、特定或单独的行政决定，指示，措施和决定。<sup>12</sup>

28. 在菲律宾，1997 年的《土著人民权利法》建立了一个协商机构，由传统的领袖、长老和来自不同土著社区的妇女和青少年群体的代表组成，就涉及到土著人民的问题、愿望和利益的事务向国家土著人民委员会提出意见。2003 年，该委员会通过了一套关于协商机构结构和运作方面的指南，其中承认在国家、区域和各省的范围里建立协商机构，并且在需要进行专门特定的协商时在社区范围里建立协商机构。协商机构所评价的事项包括重要的土著人民问题以及所关注的要求事项，并就各项政策提出意见并作出建议以供上述委员会的通过。<sup>13</sup>

29. 新喀里多尼亚法律要求议会与传统议会协商，后者成员包括来自新喀里多尼亚每一传统地区的卡纳克议员。据此审议影响到卡纳克人身份的任何法律和政策。如果传统议会不同意相关法律或政策，议会必须重新考虑其决定，随后实施议会议程。<sup>14</sup> 这一做法保留了新喀里多尼亚议会就那些对于卡纳克人具有根本重要性的事务以持有的最高权威，但同时也为卡纳克代表提供了在议会辩论中提出意见的机会。

30. 因努伊特人北极圈会议是土著人民之间区域合作的良好实例。这一会议每四年举行一次大会，会上讨论诸如资源开发和气候变化的问题，与此相互关联的因努伊特领袖最高会议召集了因努伊特民族的区域和国家政府中因努伊特领导人。<sup>15</sup>

<sup>11</sup> 见，芬兰向土著人民权利专家机制 2010 年会议提供的资料，可查阅如下网址：[www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm)；劳工组织关于《劳工组织第 169 号公约的指南》（见脚注 4）；及 A/HRC/18/35/Add.2。

<sup>12</sup> 请参看挪威向土著人民权利专家机制 2010 年会议提供的资料，可查阅如下网址：[www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm)。

<sup>13</sup> 劳工组织对《劳工组织第 169 号公约的指南》，（见上文脚注 4）。

<sup>14</sup> 见，土著人民权利问题特别报告员向土著人民权利专家机制提交的材料“土著人民参与决策中良好做法的一些实例：政策参与、协商标准和对发展项目的参与”（2010 年 3 月 11 日）。

<sup>15</sup> Sara Olsvig 向土著人民权利专家机制关于涉及到土著人民的良好做法和参与决策权问题技术研讨会提交的材料（2011 年 3 月 9 日至 10 日）。

### C. 土著法律制度

31. 《土著人民权利宣言》第 5 条、第 27 条、第 34 条和第 40 条重申了土著人民维持和加强本身法律体制的权利。国际劳工组织(劳工组织)1989 年的《土著和部落居民公约》(第 169 号)第 8 和第 9 条也就这些权利作了进一步的阐述。土著法律体制,包括立法、司法和程序方面的制度能够维持土著社会内部的和谐统一,并加强土著人民影响外部决策进程的能力。

32. 尽管孟加拉国具有单一的政府体制,但吉大港山区部落的法律和行政制度是独立的,与该国其他地区不同。许多土著社区的司法制度仍然非正式地运作,并用来解决民事和不严重刑事案例引起的纠纷。传统的司法机构,即三个部落圈的首领、Mouza 头人和 Karbaris 的村庄,都是国家的司法体制及其对涉及基于传统的家庭法的事务所行使的裁决权之补充,一些土地和自然资源方面的权利得到了这些法律的承认。<sup>16</sup>

33. 由于土著领袖和机构一再的呼吁,马来西亚沙巴地区土著法律制度惯例得到支持,以允许这一体制维持其独立性。联邦政府提供财政支助来改善已被疏忽几十年的沙巴本地法院的形象就是这样的一个实例,其目的包括建造新的本地法院,并为本地法院人员提供培训中心,在这些法院里,关于土著法律系统的知识可以传授给年轻的领导人。<sup>17</sup>

34. 柬埔寨的拉塔纳基里和蒙多基里省的土著法律系统构成了良好的做法,尽管它们并没有得到国家的正式承认。这些系统一般符合土著的价值观,其中包括对于受到某一被指控的罪行影响的所有人和家庭参与这一程序的情况。有些村民解释说,他们珍视土著的法律系统,因为这样的系统接收了許多人,也就是整个社区,并因为裁决反映了多数人的观点。此外,在这一些社区里,负责维持社区内和平以及其他任务的村庄首领根据协商一致的意见,并根据包括此人将以集体利益行使本各种标准为依据而得到选举。<sup>18</sup>

35. 墨西哥的《宪法》承认土著人民自决权,尤其是对于选举和行使自身施政形式方面的权利(第 2 条)。同样,瓦哈卡《宪法》(第 16 条和第 25 条)承认土著人民有权遵循其自己的法律和政治制度,选举并任命其地方政府内的主管当局和代表。

<sup>16</sup> Raja Devasish Roy、Sara Hossain、Meghna Guhathakurta 博士编撰的:“孟加拉国土著人民的司法诉求”,联合国开发署(开发署,曼谷,2007 年),可查阅如下网址:<http://regionalcentre.bangkok.undp.or.th/practices/governance/a2j/docs/CaseStudy-02-Bangladesh.pdf>。

<sup>17</sup> Jens Dahl、Genevieve Rose 编撰的:“发展与习惯法”,《土著事务》,土著事务国际工作组,2010 年;可查阅如下网址:[http://issuu.com/iwgia/docs/ia\\_1\\_2\\_2010](http://issuu.com/iwgia/docs/ia_1_2_2010)。

<sup>18</sup> Maria Backstrom、Jeremy Ironside、Gordon Paterson、Jonathan Padwe、Ian G. Baird 编撰的:“柬埔寨腊塔纳基里和蒙多基里省的土著传统法律制度和冲突解决办法”(开发署,曼谷,2007 年)。



## D. 土著妇女参与决策

36. 根据人权法和《土著人民权利宣言》，妇女有权平等地行使土著人民参与内部和外部决策程序及机构方面的权利。为之还有相当多的工作要做，才可克服种种缺陷不足。

37. 在许多土著社会里，妇女继续发挥着重要的决策作用，包括在文化和礼仪活动方面的作用，而人际的交往、相互学习和知识的代代相传就在这些活动中发生。通过这些过程，妇女得以使自己和他人获得实权的机会。每天妇女还得面对如何耕种，作物选种，解决家庭一日三餐问题的重大抉择，由此为维持家庭和社区的日常生活付出艰辛。

38. 在土著社区继续面临冲突的印度东北部地区，土著的 Naga 妇女在维持和平方面发挥着重要的作用。很多人承认，Naga 妇女在紧张局势中所作的决定帮助了缓解冲突，维持和平。<sup>19</sup>

39. 专家机制得到了资料，涉及到印度曼尼普尔邦的 Nupi Keithel，这是当地传统土著妇女的市场同业会，认为这是土著妇女参与国家决策的一个实例，尽管它是通过和平抗议和不合作的行动，而不是通过正式的进程来传播土著妇女的声音。<sup>20</sup> Nupi Keithel 成功地争取了参与政府的程序，来考虑在 Nupi Keithel 的市场附近建造一个超级市场情况。为此，应 Nupi Keithel 妇女的要求，建造了一座新楼，开辟了“她们”的市场。

## 四. 参与同国家和非国家机构相关联的决策机制以及影响土著人民的程序

### A. 参与议会程序

40. 根据在与土著议员的访谈中所得到的资料，参考有关土著人民权利的国际准则，并教育和培训多数群体的立法官员和议会工作人员了解土著问题是十分重要的。<sup>21</sup>

41. 保障土著人民在国家议会中代表性的各种机制能为土著人民提供重要机会，使之参与并影响有关一系列问题的决策。例如，在新西兰，毛利人自 1867 年以来就一直在议会中具有得到保障的代表性。任何具有毛利血统的人都可以选

<sup>19</sup> 亚洲土著人民条约基金会向专家机制提供的材料，“土著人民参与决策的良好做法”。2010 年 3 月。

<sup>20</sup> 研究与开发组织中心向专家机制提供的材料，“人权和土著人民”（2011 年 3 月 1 日）。

<sup>21</sup> Elizabeth Powley 编撰的：“议会内的多元见解：聆听少数人和土著人民的声音”，各国议会联盟和开发署(2010 年)。可查阅如下网址：[www.ipu.org/splz-e/chiapas10/interview.pdf](http://www.ipu.org/splz-e/chiapas10/interview.pdf)。

择加入毛利人选举名单或一般社会的选举名单。1996 年以来，毛利人在议会中的席位数量依据毛利人在毛利人选举名册中与普通社会选举名册中的注册情况相比而有所波动。当前，议会中有七名毛利人的席位。众议院中还有一个毛利人事务选举委员会，而众议员可以向该委员会提交任何涉及到毛利人的问题。<sup>22</sup> 同样，在布隆迪，巴特瓦人在国家的上下议会中有永久的席位，而在国家土地委员会中都有巴特瓦人得到保证的代表性。<sup>23</sup>

42. 在俄罗斯联邦的 Khanty-Mansiysky 自治区，有一个土著人民大会，是地区杜马(议会)结构的一个部分。这一地区对土著代表设有法定的名额。<sup>24</sup> 在省的层面上另一积极的解决办法是在相关的自治 okrug(地区)内对涅涅茨直接代表性作出进一步的保障。<sup>25</sup>

43. 按人口比例设定代表性的选举制度可以帮助将土著人士选入国家的议会，这一情况的实例就是尼泊尔的临时《宪法》。<sup>26</sup> 但是，可能还需要采取措施，确保将土著人士的当选转化为对决策的影响力。

44. 因努伊特北极圈理事会的格陵兰分部代表格陵兰地区的土著人民，它与格陵兰政府密切合作，就石油和天然气勘探项目、开矿项目和其他格陵兰的大型工业问题建立更适当的听讯和协商机制。此外，尽管任何格陵兰人、而并非仅仅是因努伊特人都可以竞选参加议会。但是格陵兰议会中实际上的多数代表都是因努伊特人。<sup>27</sup>

45. 各议会设立内部的机构来专门处理土著人民所关心的中心问题，例如墨西哥议会中可以影响到法律起草工作的土著事务委员会，这样土著人民影响议会决策的能力就有所加强。<sup>28</sup>

46. 在南非，2003 年《传统领导和施政框架法》规定，任何涉及到习惯法或传统社区习惯的议会法案在向议会提交后取得通过之前必须先提交给“国家传统领袖议会秘书处”以争取意见。<sup>29</sup>

<sup>22</sup> 见，新西兰向 2010 年届会土著人民权利专家机制提交的文件，可查阅如下网址：[www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/contributions.htm)。

<sup>23</sup> 如非洲土著人民协调委员会述及的布隆迪宪法；见 [www.ipacc.org.za/eng/default.asp](http://www.ipacc.org.za/eng/default.asp)。还见布隆迪少数群体权利国际，可查阅如下网址：[www.minorityrights.org/?lid=4703&tmpl=printpage](http://www.minorityrights.org/?lid=4703&tmpl=printpage)。

<sup>24</sup> A/HRC/15/37/Add.5。还见 Wessendorf 编撰的：“一个土著人议会？俄罗斯与北极圈的现实与前景”（国际土著人事务工作组，2005 年 4 月）。

<sup>25</sup> 同上。

<sup>26</sup> A/HRC/12/34/Add.3。

<sup>27</sup> Olsvig 提交的材料(见脚注 15)。

<sup>28</sup> Oleh Protsyk 向土著人民权利专家机制关于涉及土著人民的良好做法和参与决策权的技术讲习班提交的材料(2011 年 3 月 9 日至 10 日)。

<sup>29</sup> 同上。

47. 在哥伦比亚，《宪法》为土著人民保留了议会的席位，议员是由土著社区直接选举产生的，其中参议院中(总共 102 个席位的)两个席位是由土著社区选举产生的，而众议院中(总共 166 个席位的)一个席位也专门保留给土著社区。<sup>30</sup>

## B. 直接参与施政

48. 应该赞扬，土著人民直接参与旨在保护和促进土著人民权利的国际文书得到了执行。尼泊尔于 2007 年批准了《劳工组织第 169 号公约》，并建立了一个高级别的政府工作队，以便审查现行的政府方案和政策，并编写一项执行《公约》的完整计划。工作组的成员是来自 15 个相关政府部门的代表，以及来自全国土著民族发展基金会和尼泊尔土著民族联合会的土著代表。<sup>31</sup>

49. 阿根廷建立了土著参政理事会，其规定任务在于确保土著人民参与使国际法律与劳工组织第 169 号《公约》相一致的工作。<sup>32</sup> 理事会设立了一个地区层面代表协调局，和一个协调理事会，后者兼顾国家土著社区登记处的工作，并找出问题，同时对解决问题确定先后次序，此外还制定中长期的国家土著问题研究所的活动方案。<sup>33</sup>

50. 在肯尼亚，关于《宪法》的全国协商过程包含了土著人民间的特别会晤，导致 2010 年所通过的《宪法》中对狩猎采集者土地权的承认。<sup>34</sup>

51. 在南非，“全国 Khoi-San 协商理事会”主要重点工作是“使政府参与处理承认土著人民传统社会结构和权威的问题”。<sup>35</sup>

52. 在新西兰的地方政府层面上有“丰盛湾区域理事会”这一积极的实例。据此允许毛利人根据独立的毛利选举名册注册，而理事会人员的人数是由在这一名册上注册的人数来决定的。<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Catherine Iorns 向土著人民权利专家机制关于涉及土著人民的良好做法和参与决策权的技术讲习班提交的材料(2011 年 3 月 9 日至 10 日)。

<sup>31</sup> 劳工组织，《劳工组织第 169 号公约的指南》(见脚注 4)。

<sup>32</sup> 同上。

<sup>33</sup> 同上。

<sup>34</sup> 2010 年 12 月 8 日，《文化普查》“肯尼亚新宪法有惠益土著人民”报导的萨布鲁妇女促进教育和环境发展组织，可查阅如下网址：[www.culturalsurvival.org/news/kenya/kenyas-new-constitution-benefits-indigenous-peoples](http://www.culturalsurvival.org/news/kenya/kenyas-new-constitution-benefits-indigenous-peoples)。

<sup>35</sup> 2009 年，劳工组织和非洲人权和人民权利委员会“南非：关于土著人民的宪法、立法和行政的条款”可查阅如下网址：[www.chr.up.ac.za/chr\\_old/indigenous/country\\_reports/Country\\_reports\\_SouthAfrica.pdf](http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/country_reports/Country_reports_SouthAfrica.pdf)。

<sup>36</sup> 还见 A/HRC/18/35/Add.4。

53. 刚果民主共和国 2010 年通过了《关于增进和保护土著人民权利的法律》。特别报告员注意到，从总体上来看，法律是通过土著人民本身、刚果的和国际的非政府组织、联合国机构和相关的刚果政府公共机构之间的协商，而以参与性的方式来制定的。<sup>37</sup> 根据该项法律，如果需要“审议、制定或执行任何可能影响到土著人民的法律、行政或方案措施”，按一般规定必须与土著人民协商，而且对于影响土著人土地或资源的措施，或建立影响土著人生活方式的保护区，也必须进行协商。协商必须真诚地进行，以期取得相关土著人民的自由、事先和知情同意。<sup>38</sup>

54. 另一个实例是泰国建立了“土著人民理事会”，以便在国家改革进程中直接与“国家改革委员会”相接触。在主要由卡伦土著人所居住的地区内建立独立的本地土著理事会成为本地土著人参与建立地区办公室的一项机制，这一办公室后来成为代表土著人民对该地区发展方面发表意见的机构。<sup>39</sup>

55. 在澳大利亚，澳大利亚最先注明全国大会是最近建立的一个机构，目的在于为土著人和托雷斯海峡岛民提供发表民主意见的机会。<sup>40</sup> 这一机构有可能作为承认土著和托雷斯海峡岛民的权利并作为土著人对官方的国家施政结构提出意见的渠道而发挥重要的作用。

56. 托托尼卡潘的玛雅 K'iches 通过一个地方政府理事会来参与决策。该理事会由 48 名代表组成，分别来自于托托尼卡潘的 48 个地区，是根据玛雅传统选出的。理事会审议托托尼卡潘行政工作中教育和文化、环境和司法问题方面的各事项。<sup>41</sup>

57. 在危地马拉，玛雅语言研究院是一个促进该国玛雅语言发展的自治的国家机构。该机构内有分别来自 22 个语言群体的各自语言代表，在促进关于民族语言的法律方面发挥着关键作用，并且在建立一个关于玛雅语言书写问题的统一的规范性框架方面也起着关键作用。<sup>42</sup>

58. 危地马拉土著市长和“主管权威协会”是由根据土著惯例选出的土著乡镇市长所组成的，其依据是《关于土著人民的身份和权利问题协议》。该协会提请注意在地方政府工作背景下土著人民的利益。<sup>43</sup>

<sup>37</sup> 土著人权权利问题特别报告员编撰的“一些良好做法实例”(见脚注 14)。

<sup>38</sup> 同上。

<sup>39</sup> Suraporn Suriyamonton(泰国土著人民联络网)向土著人民权利专家机制提供的材料。

<sup>40</sup> 澳大利亚国民议会的土著人民，可查阅如下网址：[http://natiotu.customers.ilisys.com.au/wp-content/uploads/2010/11/fact\\_sheet-what\\_is\\_the\\_congress.pdf](http://natiotu.customers.ilisys.com.au/wp-content/uploads/2010/11/fact_sheet-what_is_the_congress.pdf)。

<sup>41</sup> 危地马拉政府向专家机制提供的材料(2011 年 3 月)。

<sup>42</sup> 同上。

<sup>43</sup> 同上。

59. 美国《1965 年的选举权法》旨在使美国的印第安人在国家、州和地方法律方面能有更大的发言权。它帮助了美国的印第安人参与决策，尤其是地方范围的决策。<sup>44</sup>

60. 土著人民权利问题特别报告员认为，在秘鲁，关于协商问题的法律草案中有些方面可以认为是积极的，对此，报告员提到了该草案得到国家土著组织的支持。根据《土著人民权利宣言》，草案指出，土著人的同意是协商的目标。其次，草案对于未达成协议的情况规定了切实的解决办法；也就是，最终的决定由国家作出，但是国家必须为这一决定提出理由依据，而且仍然必须尊重受影响的土著社区的人权，同时这些决定需要受到司法审查。<sup>45</sup> 但是，导致该法得到通过的进程似乎目前处于停顿状况。

### C. 参与混合施政体制

61. 在新西兰，有些“iwi”（部落）与国家政府达成协议，共同管理诸如湖泊等自然资源，这显示土著人民可以通过与国家机构的合作安排来直接参与决策。<sup>46</sup> 同样，美利坚合众国联邦政府通过社区加入“阿拉斯加捕鲸委员会”方式，将阿拉斯加州管理和捕捉北极露脊鲸的责任交给了相关的阿拉斯加捕鲸社区。<sup>47</sup> 在加拿大，1993 年《Nunuvut 土地要求协议》的中心内容是土地和资源共同管理局，据此保障在 Nunuvut 定居区内土地的保护和未来发展方面的决定中，因努伊特人能切实地涉足并参与。<sup>48</sup>

62. 在孟加拉国的吉大港山地部落地区，地区和区域层面的土著机构和当选的理事会通过其地区和地区以下分区的官员来与中央政府共同行使行政方面的权利。

### D. 自由、事先和知情同意

63. 尽管在国际上是比较新的概念，但自由、事先和知情同意作为一项权利，是最重要的原则之一，为之，土著人民认为这项原则能增进保护他们的参与权。切实地落实原则可以采用具体法律和政策的形式。如上文所述，这方面的实例包括了刚果民主共和国的做法，即颁布法律，规定开展协商，以期取得土著人民的自由、事先和知情同意。

<sup>44</sup> 土著人民权利问题特别报告员的《一些良好做法的实例》(脚注 14)。

<sup>45</sup> 同上。

<sup>46</sup> 见，例如，新西兰政府环境部网址：[www.mfe.govt.nz/publications/rma/nps-settlements-june09/html/page3.html](http://www.mfe.govt.nz/publications/rma/nps-settlements-june09/html/page3.html)。

<sup>47</sup> 见，Iorns 向关于良好做法的技术讲习班提交的材料(见脚注 30)。

<sup>48</sup> 同上。

64. 2005 年，在 Yamal-Nenetz 自治区运营的俄罗斯联邦第二大天然气公司 Novatek，根据与当地社区成员和领袖的会谈，与受其业务活动影响的 Nenetz 人民一起制定了社会经济方案。2008 年 11 月，与当地 Nenetz 组织签署了一份协议，确定了公司与土著人民之间的合作条件。公司为当地的基础设施提供了支持，并在向土著人民提供石油和天然气开发领域的就业机会同时，允许其维持其传统的生计和经济。<sup>49</sup>

65. 2010 年，多民族玻利维亚国碳氢化合物和能源部就圣塔克鲁斯地区的 Charagua Norte 和 Isoso 土著领地一项提议的碳氢化合物勘探项目，展开了磋商进程。磋商形成了政府与 Charagua Norte 和 Isoso 瓜拉尼人民大会之间签署了一项协议，文件列明阿根廷 Pluspetrol 公司在开始勘探活动之前即已获得当地社区的事先同意。碳氢化合物和能源部因尊重瓜拉尼民族传统体制和制度之举赢得了褒扬。<sup>50</sup>

66. 马来西亚尽管在实际执行方面存在问题，但诸如《沙巴林业条例》和《沙巴公园条例》等国内法都载有条款，确保土著人民在建立森林保护区和特别保护区以前得到协商。这些条款可以构成土著人民在执行任何开发项目之前要求政府取得土著人民同意的依据。<sup>51</sup>

67. 澳大利亚依据 1976 年《土著土地权(北部领土法)》23AA 款规定，土著领土理事会必须得到“优先照顾，以保护理事会所管辖地区内，土著土地上所有土著人传统利益，以及其他土著人民由此所涉利益”，并“促进在理事会管辖区域内土著土地内的传统土著所有人得到切实的协商、促进其他土著人对此的利益”。根据第 45 款，若土著领土理事会与有开采意向的开矿企业之间达不成协议，则不允许矿业、企业在土著领土从事开采活动。

68. 加拿大法院已经裁定，对于可能影响第一部落的企业，包括开发林业区的活动，必须履行与之达成妥协和协商的义务。<sup>52</sup> 此外，在协商中，必须向土著人民提供充分的信息，以便确保他们正确理解拟议的活动。凡可对土著人民权利形成严重影响的事务，必须征得其同意。<sup>53</sup>

<sup>49</sup> A/HRC/EMRIP/2009/5。

<sup>50</sup> 见，乐施会“案例研究：玻利维亚政府与瓜拉尼土著人民就 Charagua Norte 和 Isoso：玻利维亚 San Isidro Block 拟议的碳氢化合物开采项目问题举行的磋商”2010 年 11 月 15 日，可查阅如下网址：[www.oxfamamerica.org/publications/bolivian-government-consultation-with-guarani-indigenous-peoples](http://www.oxfamamerica.org/publications/bolivian-government-consultation-with-guarani-indigenous-peoples)。

<sup>51</sup> 亚洲土著人民条约提交专家机制的材料(见上文脚注 19)。

<sup>52</sup> Haida Nation 诉英属哥伦比亚[2004] SCC 73 和 Taku River Tlingit 部落民族诉林业部 [2004] SCC 74 理事会。还见加拿大政府“土著人民及其参与决策权问题”。加拿大政府提交联合国土著人权权利专家机制的材料 (2010 年 7 月)。

<sup>53</sup> Delgamuukw 诉英属哥伦比亚，[1997] 3 S.C.R. 1010, 第 168 段。

69. 加拿大法院并作出裁决，要求影响土著权利和条约规定权利的行动必须有正当理由，而为了提出正当的理由，政府必须与相关的土著人民开展协商。

## E. 参与区域和国际论坛和程序

70. 联合国发展集团的《土著人民问题指南》是将土著人民的问题纳入联合国系统主流并贯穿联合国系统，包括国家层面的业务运作活动和方案之中的重要实例。该项《指南》是结合土著问题永久论坛提出的意见基础上拟定的，它对于为了土著人民和与土著人民共同发展而实施基于人权的和在文化上敏感体恤的方式中制定了广泛、规范性的政策和运作框架。《指南》并含有在制定关于土著人民问题的方案中的一系列良好做法和汲取的经验教训。<sup>54</sup>

71. 在土著人民自我选定的代表、土著专家和联合国机构代表的积极参与下，亚洲土著人民条约基金会举行了年度的亚洲地区筹备会议，以便对各项联合国机制和程序，以及其他相关的国际机构和机关设置战略和行动计划，这些会议被列举为最佳做法的一项实例。“亚洲核心单元”会议在土著问题常设论坛和专家机制的各届会议中对上述会议开展了后续行动，以便拟定共同声明，并建议和计划在宣传鼓动、形成联系网和争取支持方面计划各项活动。<sup>55</sup>

72. 土著人民在国际层面上参政的良好做法的另一实例就是全球土著人民核心单元在谈判并通过《土著人民权利宣言》中所发挥的作用。

73. 安第斯社区咨询理事会(多民族玻利维亚国、哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁)是对于影响到土著人民的次级区域范围社会融合中在政治、文化、社会和经济方面的问题提供咨询意见的协商机构。这一机构由每个国家派选一名土著代表组成，该代表系根据国家规定的程序，从全国土著组织最高领导层中选举产生。<sup>56</sup>

74. 在孟加拉国和印度，劳工组织区域办事处接纳土著代表参与其活动的磋商和执行过程的努力就是良好做法的实例。在孟加拉国，劳工组织支持了一项召集各土著议员和人民的代表集聚一堂起草涉及到土著人民在宪法中得到承认的一些建议和提议草案，这些草案随后提交给宪法改革委员会。<sup>57</sup>

75. 六个土著人民的组织为长期参与方派出作代表，加入了与八个国家共同组成的最高级别政府间机构，即北极理事会，并在依据协商一致确定议程和决策程序方面，发挥着重大作用。<sup>58</sup>

<sup>54</sup> 可查阅如下网址：[www.undg.org/index.cfm? P=270](http://www.undg.org/index.cfm? P=270)。

<sup>55</sup> 亚洲土著人民条约基金会(见脚注 19)。

<sup>56</sup> 劳工组织，《劳工组织第 169 号公约指南》(见脚注 4)。

<sup>57</sup> 亚洲土著人民条约基金会(见脚注 19)。

<sup>58</sup> Olsvig 提交的材料(见脚注 15)。

76. 减少发展中国家毁林和森林退化所致排放量联合国合作方案在制定其“寻求土著人民和其他依赖森林社区的自由、事先和知情同意过程方案指南”中一直与土著人民协商，<sup>59</sup> 但是特别报告员注意到了有一些可以改善指南草案的方式(例如在他 2011 年 2 月 28 日给联合国开发计划署高级政策顾问的信中提到的内容)。

## F. 其他良好做法的实例

77. 多数根据《巴黎原则》而建立的国家人权机构都具有在制定法律和程序方面向政府提供咨询的规定任务。据此，作为独立的机构，它们可以在将政府和土著人民两方的代表聚集在一起的过程中发挥重要作用，从而促进土著人民参与对涉及自身的问题所作的讨论和决定。这些机构也可以强调，所有的利益攸关者都有必要保证土著代表参与决策进程。

78. 马来西亚人权委员会通过其对土著人民土地权的全国调查，对于设置旨在提高土著人民土地权的地位和对这一权利的承认方面的解决办法采取了合作和有求必应的态度。调查的方式将包括对于土著人民将是关键利益攸关方的事项呼吁公众提交意见并举行协商和公开听证会议。这项调查研究包括社区范围的地图测绘工作，将保障土著人民和组织参与资料的获取，以便绘制标示出土著人民表示的对土地所有权情况的“地理信息系统”地图。<sup>60</sup>

79. 澳大利亚人权委员会的“弥合差距”促进土著人健康平等运动聚集了参与此运动的所有各方。2007 年，各方经谈判达成了弥合不平等状况的商定立场和战略。由国家层面土著人和托雷斯海峡岛民和非土著专业卫生巅峰机构组成了一个指导委员会。由此，在各相关政府代表之间为实现一套商定目标结成了积极的关系。在第一次议会年度会议期间，总理作为一项问责措施，发表了关于这些指标情况的国情咨文。

80. 在印度尼西亚，全国土著联络网“群岛土著人民联盟”已经与国家人权机构签署了一项谅解备忘录，以便处理有关侵犯人权的指控，并宣传《土著人民权利宣言》。目前亚太国家人权机构网络的各项活动也是在土著人民中间宣传《宣言》帮助土著人民参与决策的实例。

81. 学术界和联合国机构开展了不歧视、参与、问责制和赋予权威原则的促进工作，从而使处境不利的和弱勢的群体得以更多地参与施政。尤其是，联合国开发计划署亚太区域中心出版了《争取多方参与的施政：在亚太地区促进地位不利群体的参与》，其中包含了八个亚太国家汲取的经验教训。个案研究工作中鼓励接纳被排挤的群体，其中包括土著人民，以便确保其切实有效的代表性，并为有

<sup>59</sup> 例如，2011 年 1 月 27 日至 30 日在阿鲁沙。

<sup>60</sup> 马来西亚人权委员会向专家机制提交的材料。



利于进一步尊重、促进和落实所有人民的权利创造条件。<sup>61</sup> 这一实例就是一个联合国的机构在各种不同情况下鼓励和促进土著决策机构和程序的良好做法的实例。

---

<sup>61</sup> 联合国开发计划署，“致力于包容性执政”（2007年），<http://www.snap-undp.org/elibrary/Publications/TowardsInclusiveGovernance.pdf>（2011年4月17日检索内容）。

## 附件

## 第 2 号专家机制意见(2011 年): 土著人民和参与决策权

1. 土著人民一直是最受排挤、边缘化和地位最不利的社会阶层。这对他们决定自身社会方向的能力造成了消极影响, 包括影响其权利和利益的事项作决策的能力。这有可能仍然是促使其处于不利地位的一个主要因素。土著人民对于影响自身的决定拥有决策权并实际参与对于使他们能够保护其文化, 包括其语言, 及其土著、领地和资源等等各方面都是必要的。但是, 在许多情况下, 土著人民业已奉行或继续奉行其自己的施政形式。
2. 国际法业已明确奠定了土著人民的参与权。最近, 关于土著人民权利方面的言论, 已更多地侧重于不仅允许土著人民参与对之形成影响的决策进程, 并实际执掌决策进程的结果。
3. 《土著人民权利宣言》已就此范畴的权利作了明确的阐述, 其中载列了 20 多个涉及到土著人民和决策问题的一般性条款规定。这些权利从包含自主或自治权在内的自决权, 到参政权和积极参与外部决策进程等诸多方面的权利。其他条款要求国家承担起特定的责任, 确保土著人民参与决策, 尤其要征得土著人民的自由、事先和知情同意; 与土著人民开展协商与合作, 并与土著人民携手采取各项措施。<sup>62</sup>
4. 《土著人民权利宣言》系遵循既定的国际人权标准, 以一种规范性表达方式, 就土著人民个人和集体人权表达现行国际协商一致的意见, 旨在充分保护和落实土著人民权利、包括其参与决策权提供了行动框架。
5. 关于参与权, 国际人权法提到了一般和特定形式参与公共事务的权利, 包括在各类人权条约开篇伊始即提到的这项权利, 例如《公民权利和政治权利国际公约》第 25 条和国际劳工组织(劳工组织)1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)。<sup>63</sup> 一般地参与公共事务包括对开展公共事务工作的参与。参加选举仅仅是参与权的一种特定的表达。此外, 参加公共事务的权利并不局限于参与正式的政治机构, 因为这项权利也包括参与具有公共性质的公民、文化和社会活动。参与公共事务的权利传统上一直被理解为是个人的公民和政治权。但是, 对土著人民而言, 这项权利也具有集体性质的含义, 系意味着这也是人民群众行使决策权的权利。

<sup>62</sup> 第 3 至 5 条、第 10 至 12 条、第 14 条、第 15 条、第 17 至 19 条、第 22 条、第 23 条、第 26 至 28 条、第 30 至 32 条、第 36 条、第 37 条、第 38 条和第 40 至 41 条。

<sup>63</sup> 第 2 条、第 5 至 7 条、第 15 至 17 条、第 20 条、第 22 条、第 23 条、第 25 条、第 27 条、第 28 条、第 33 条和第 35 条。

6. 国际判例法也更普遍地确认土著人民的参与决策权，例如美洲人权法院裁决阐明，该法院承认土著人民有权根据国家选举法以符合其习俗和传统的方式组织起来。<sup>64</sup> 非洲人权和人民权利委员会表示关切，土著人民被排斥在与处置其土地相关决策之外的做法。<sup>65</sup>

7. 劳工组织第 169 号《公约》第 6 条规定，与土著人民的协商可以通过代表土著人民的机构来进行。土著人民应当根据在《土著人民权利宣言》的一些文书中所载列的人权标准来控制决定代表性的程序。<sup>66</sup>

8. 经适当程序开展协商的要求意味着，通常一般公开听证会程序被视为无法达到上述程序的标准。协商程序必须允许土著人民以及时的方式，依据对所涉问题的彻底理解来充分表达意见，从而使之能对程序结果产生影响，取得一致意见。

9. 此外，协商还应该以真诚、适当相关背景的形式开展。这就需要在相互信任和透明的气氛中举行协商。必须给予土著人民足够时间拟定自己的决策程序，以符合其文化和社会习俗的方式参与决策。最后，协商的目标应该是达成协议或一致意见。

10. 如上文所述，向土著人民协商的业务进一步体现在《土著人民权利宣言》的一些条款中。<sup>67</sup> 如同劳工组织第 169 号《公约》，《宣言》第 19 条和第 32 条(2)款要求国家经由适当的程序真诚地与土著人民协商，以期在考虑可能影响土著人民的措施时取得土著人民的同意和认可。

11. 此外，联合国一些人权机构确认，国家有义务依据条约对其规定的责任就影响到土著人民的利益和权利的事务与土著人民协商，并在一些情况下征得土著人民的同意。<sup>68</sup>

12. 诸多管辖体制的实例也阐明了国家与土著人民进行协商并征得其同意的义务，尤其是：人权理事会普遍定期审议<sup>69</sup>、美洲人权法院和美洲人权委员会<sup>70</sup>、

<sup>64</sup> 美洲人权法院，Yatama 诉尼加拉瓜，2005 年 6 月 23 日的判决。

<sup>65</sup> 非洲人权和人民权利委员会，Endorois Welfare Council 诉肯尼亚，2010 年 2 月 4 日。

<sup>66</sup> A/HRC/EMRIP/2010/2。

<sup>67</sup> 第 10 条、第 11 条、第 15 条、第 17 条、第 19 条、第 28 条、第 29 条、第 30 条、第 32 条、第 36 条、第 37 条和 38 条。

<sup>68</sup> 见，A/HRC/EMRIP/2010/2。还见：CCPR/C/79/Add.109 和 Add.112；CCPR/CO/69/AUS 和 CCPR/CO/74/SWE；大会第五十届会议正式记录，补编，第 40 号(A/50/40)，第二卷附件十，1 节，第 9.6 段；CERD/C/CAN/CO/18,第 15 至 25 段；CERD/C/NZL/CO/17,第 20 段；CERD/C/IDN/CO/3 第 17 段；CERD/C/COD/CO/15 第 18 段；CERD/C/ECU/CO/19 第 16 段；CERD/C/USA/CO/6,第 29 段；CERD/C/NAM/CO/12 第 18 段；CERD/C/SWE/CO/18,第 19 段；CCPR/C/NIC/CO/3, 第 21 段；CCPR/C/BWA/CO/1,第 24 段；CCPR/C/CRI/CO/5,第 5 段；CCPR/C/CHL/CO/5,第 19 段；大会第五十二届会议正式记录，补编，第 18 号(A/52/18)，第五卷和 E/C.12/GC/21。

<sup>69</sup> 见，例如人权理事会第 12/106 号决定。

非洲人权和人民权利委员会<sup>71</sup>、土著人民权利问题特别报告员<sup>72</sup>和国际政策<sup>73</sup>，其中有些在关于土著人民及其参与决策权问题的研究进展情况报告中有所阐述。<sup>74</sup> 在进展情况报告中，专家机制注意到国家与土著人民之间的条约肯定了作为国家和土著人民之间条约关系基础的土著人民同意的原则。<sup>75</sup>

13. 土著人民全面且切实有意义地参与外部决策对土著人民享有其它各项人权具有基本的重要性。例如，土著人民确定其教育方面的轻重缓急，并切实参与教育计划方案和服务的制订、实施和评估，对其行使受教育权具有关键的重要性。<sup>76</sup> 若落实条约规定的权利，即受教育权，可为和解构建一个框架。真相与和解委员会也提供了改善国家与土著人民之间关系的模式。<sup>77</sup>

14. 土著人民参与外部决策对良好施政至关重要。关于土著人民权利，国际标准的一个目标就是要缩小土著人民权利与落实其权利两者之间的差距。

15. 但是，许多土著人民仍然很容易遭受到国家由上至下，很少或完全不顾及土著人民权利和境况的干预行动。在许多情况下，这都是土地权利的流失、族裔冲突、侵犯人权行为、流离失所以及失去可持续生计的根本原因。

16. 每当审议一项(例如，会影响土著人民土地或生计的)举措或决策会具体影响到土著人民时，就得履行与土著人民磋商的义务。当出现考虑拟采取不仅有可能会影响到更广泛的社会，而且可能影响土著人民，尤其是可对土著人民造成超常性特别重大影响的举措和决定的情况下，这项义务也适用于国家。<sup>78</sup>

17. 关于自决权，《土著人民权利宣言》重申，土著人民在行使自决权方面，在有权参与可能影响到他们的决策程序的同时，也有设置和维持自身的决策机制和权威。这对于在他们所生活的国家氛围内维持和发展其身份特征、语言、文化和宗教而言具有关键意义。

<sup>70</sup> 例如，Yatama 诉尼加拉瓜(见脚注 65)和 Saramaka 人民诉苏里南，2007 年 11 月 28 日。

<sup>71</sup> Endorois Welfare Council 诉肯尼亚(见脚注 66)。

<sup>72</sup> A/HRC/12/34。

<sup>73</sup> 见，例如 the Akwe: Kon 执行《生物多样性公约》第 8 条(j)款的自愿导则，和欧洲复兴和开发银行“环境和社会政策”(2008 年 5 月)。

<sup>74</sup> A/HRC/EMRIP/2010/2。

<sup>75</sup> 同上。在加拿大，第 6、7 和 8 号条约包含了有关土著人民同意的条款。例如，1876 年签署的第 6 号条约规定“和只要女王委派的专员通知并通告了所述印第安人，女王下旨要开辟居住点、移民和诸如此类的其它目的，……并就此征得了女王下辖所涉居住地印第安臣民的同意”。第 3 段。

<sup>76</sup> A/HRC/12/33。

<sup>77</sup> A/HRC/15/36, 第 11 段。

<sup>78</sup> 见 A/HRC/12/34, 第 42-43 段。

18. 《土著人民权利宣言》第 3 条与《经济、社会、文化权利国际公约》第 1 条(1)款和《公民权利和政治权利国际公约》相呼应。据此，土著人民有权决定其自身经济、社会和文化发展，并有权为自身的利益管理自己的自然资源。与土著人民协商并取得其自由、事先和知情同意的义务起源于土著人民的自决权。

19. 依据《土著人民权利宣言》第 5、18、36 和 37 条，在自决权的范畴内，土著人民有权对所有涉及到其内部和本地的所有事务作出独立的决定，并在愿意决定参与外部决策时有权切实影响外部的决策进程。

20. 如上所述，自决权包含了自由、事先和知情同意权。这些程序规定同样分别要求开展磋商和自由、事先和知情的同意。然而，自由、事先和知情同意权必须从土著人权的自决权角度加以理解，因为这是自决权的一个组成部分内容。

21. 国家取得土著人民自由、事先和知情同意的义务使土著人民得以切实地确定影响到自身的决策进程之结果，而不仅仅只是涉及到这项程序的一种权利而已。同意是决策进程中通过真诚协商和参与过程中的有重要意义的因素。因此，取得土著人民自由、事先和知情同意的义务不仅仅是一个程序性的过程，而且还是一项实质性机制，以此可确保对土著人民权利的尊重。

22. 《土著人民权利宣言》要求在处理对土著人民的权利、生存、尊严及福利具有根本性重要意义的事务时，都要征得土著人民的自由、事先和知情同意。在判断一项事务对于所涉及的土著人民是否具有重要性时，必须考虑到相关的因素，包括相关的土著人民的观点立场及优先关注的问题，事务的性质或所提议的活动及其对相关土著人民可能的影响，在这项评估过程中应当考虑的因素尤其包括相关土著人民过去所面临的蚕食或者各种活动，以及历史上的不平等所累积的影响。上述《宣言》第 10 条以自决权为依据，禁止将土著人民从其土地和领地强行赶走。与此相对比的是，劳工组织第 169 号《公约》第 16 条(2)款包含了允许在不经相关土著人民同意的情况下强制地在新的地点重新安置的程序。此外，《宣言》还要求各国在某些其他的情况下也要征得土著人民的自由、事先和知情同意，为之第 11 条(2)款、第 19 条、第 28 条(1)款、第 29 条(2)款、第 32 条(2)款和第 37 条均亦阐明了这一点。

23. 征得土著人民自由、事先和知情同意的义务设定，土著人民应设有对影响自身的事务作出独立和集体决定的机制和程序。这一程序必须开诚布公地确保相互尊重。国家取得自由、事先和知情同意的义务本身就肯定了土著人民具有表示不同意或对提出同意设定自己的规定与条件的特权。

24. 自由、事先和知情同意原则中的各组成要素是相互关联的；“自由”、“事先”和“知情”各项要素界定并确立了土著人民同意的条件；违背这三项要素中的任何一项都有可能使得按原意从土著人民取得的同意变为无效。

25. “自由”这一要素意味着不存在要挟、恫吓或操纵；“事先”意味着同意是在涉及所作决定的活动发生之前取得的，并包含了允许土著人民开展作出自身决定所需要的必要时间；“知情”意味着已经向土著人民提供了涉及到相关活动

的所有信息，而且这项信息是客观的、正确的，以土著人民能够理解的方式和形式传递的；“同意”意味着土著人民同意相关决定所涉及的活动，而这些活动也有可能受到各项条件的限制。<sup>79</sup>

### 措施

26. 涉及土著人民的国际和区域程序的改革是一个重大的令人关注问题。多边环境进程和论坛尤其应确保全面尊重土著人民的权利及其切实参与，包括参与例如关于《名古屋议定书》的谈判。

27. 尊重土著人民参与决策的权利是实现国际团结与和谐及合作关系的致为关键。若协商一致的意图或实效是贬损土著人民的权利，那么这样的协调一致就不是合理合法的方式。凡是有益或有必要，就得以符合国家履行联合国《宪章》及其它国际人权法规定义务的方式，考虑其它的谈判框架。

28. 自由、事先和知情同意就要求国家在对于土著人民的权利、生存、尊严和福祉具有根本重要性的决定承担取得土著人民的同意这项义务。国家应确保依照《土著人民权利宣言》第 18 条的要求并以符合其它人权标准的方式，与土著人民开展协商和谈判。

29. 国家有义务尊重土著人民的权利，只要相关的土著人民决定参与，并采用他们自己选择的形式，包括适当情况下的共同施政安排，那么可参与各级层面的决策，包括外部决策程序。

30. 国家应当尊重和帮助传统和现代形式的土著施政结构，包括其集体决策的做法。

31. 各国应颁布并执行加强土著人民按《土著人民权利宣言》参与决策的宪法和其他法律条款，尤其是在受影响的土著人民有此要求的情况下。

32. 土著妇女在参与决策程序中往往会面临特大的障碍，因此，国家、国际组织、土著人民和其他决策机构应当促进土著妇女参与这些活动，增加她们的机会，来解决土著妇女争取参与决策程序所面临的困难。土著青年参与在内部和外部，包括立法和决策也同样至关重要。

33. 国家和相关国际及国内组织应当确保，土著人民具备经济和技术上的能力，可参与协商和争取协商一致的进程，乃至参与区域和国际决策的进程。

34. 国家还应承认，国家履行征得土著人民自由、事先和知情同意的义务所构成的土著人民自决权，仅仅只是参与决策进程的权利，而是一项确定这些进程结果的权利。各项条约是自决权的明证。条约所代表的关系是遵循《土著人民权利宣言》加强合作伙伴关系的依据。

<sup>79</sup> 关于自由、事先和知情同意的诠释，见 E/C.19/2005/3 号文件。

- 
35. 各国应按《土著人民权利宣言》及其它国际标准，尊重土著人民的自决权。各国应确保土著人民拥有筹资手段支持其履行自治的职能。
36. 联合国应当根据《土著人民权利宣言》建立与土著人民施政机构，包括土著议会、大会、理事会或其他代表相关土著人民的机构开展协商的永久性机制或制度，以确保有效参与联合国各层面的工作。
37. 劳工组织应致使土著人民能派选代表切实参与该组织的决策，尤其代表土著人民参与执行和监督劳工组织与土著人民相关的《公约》和政策。
38. 教科文组织应能并确保土著人民有效代表并参与决策，特别是参与落实和监督教科文组织与土著人民相关的《公约》和政策，诸如 1972 年《世界遗产公约》。为确保与土著人民充分商讨并且使之参与管理和保护世界遗产所在地，必须创建强有力的程序和机制，而且若要推荐并指明土著人民的领地为世界遗产所在地，就必须征得土著人民的自由、事先和知情的同意。
39. 国家人权机构作为独立的机构应当发挥重要的作用，汇集政府与土著人民双方代表，由此促进土著人民参与同土著人民相关问题的讨论和决策。国家人权机构还可强调各相关利益攸关方都有必须保证土著代表参与决策进程。这类机构可通过各自的方案促使土著人民积极参与相关问题的决策工作。
-