



人权理事会

第二十一届会议

议程项目 3

增进和保护所有人权——公民权利、政治权利、
经济、社会和文化权利，包括发展权

土著人民权利问题特别报告员詹姆斯·安纳亚的报告

概要

土著人民权利问题特别报告员根据人权理事会第 15/14 号决议赋予他的任务，向理事会提交本报告。特别报告员在本报告中概述了他向理事会提交上一份报告(A/HRC/18/35)以来开展的活动，包括他对暴力侵害土著妇女这一专题的审查情况。他还报告了继续研究与采掘业在土著领地之内或附近作业相关问题取得的进展。

特别报告员介绍了他在上一年与土著人民、工商企业、各国和非政府组织进行磋商期间发现的一些问题。具体而言，特别报告员指出，以特定采掘或发展项目背景下受到影响的权利为重点，是在土著土地内部或附近作业的采掘企业参与讨论不可或缺的出发点。在这方面，应构想磋商及自由、事先和知情同意的标准，作为保障手段，应对可能使土著人民权利受到影响的措施。特别报告员还建议，纳入“工商业与人权指导原则”的“保护、尊重和补救”框架适用于促进土著人民特定权利的方式应当与适用于促进更广泛人权的方式相同。

最后，特别报告员指出，目前的自然资源采掘模式存在一个根本问题，即在制定计划时几乎或根本没有相关受影响土著社区或人民的参与，公司既控制采掘作业，也是采掘作业的主要受益者。特别报告员认为，需要制定一个更有利于土著人民自决的新的模式，他将在今后的一份报告中更具体地审查这一问题。

目录

	段次	页次
一. 导言	1-2	3
二. 活动概述	3-20	3
A. 与国际机制和机构的协调	3-6	3
B. 工作领域	7-20	4
三. 暴力侵害土著妇女与女童问题	21-33	6
A. 与制止暴力侵害土著妇女与女童相关的国际标准	23-25	7
B. 制止暴力侵害土著妇女与女童的整体方针	26-28	7
C. 整体方针的关键要点：推动土著人民的自决	29-33	8
四. 关于与采掘业相关的土著人民权利的研究进展报告	34-76	9
A. 与研究相关的活动	35-41	9
B. 与专家机制的合作	42-44	10
C. 关于促进对相关国际标准及适用这些标准的共识的相关意见	45-76	11
五. 结论	77-87	17
A. 任务授权之下的活动	77	17
B. 暴力侵害土著妇女与女童问题	78	17
C. 采掘业	79-87	17

一. 引言

1. 土著人民权利问题特别报告员根据人权理事会第 15/14 号决议赋予他的任务，向理事会提交本报告。特别报告员在本报告中概述了他向理事会提交上一份报告(A/HRC/18/35)以来开展的活动，包括他对暴力侵害土著妇女这一问题的审查情况。他还报告了继续研究与采掘业在土著领地之内或附近作业相关问题取得的进展。
2. 特别报告员感谢人权事务高级专员办事处及亚利桑那大学法学院的“土著人民权利特别报告员支助项目”为他提供的协助。这种协助对于他编写报告及其补编以及开展工作必不可少。他还向在过去一年执行任务的过程中同他合作的许多土著人民、国家、联合国机构和组织以及非政府组织表示感谢。

二. 活动概述

A. 与国际机制和机构的协调

3. 特别报告员依照人权理事会规定的与所有相关的行动者开展经常的合作性对话的任务，继续与土著问题常设论坛、土著人民权利专家机制、具体任务以土著人民为重点的另外两个联合国机构，以及与另一些联合国机构协调工作。
4. 特别报告员在与常设论坛和专家机制协调工作时尤为重要的做法之一，是在这些机构举行定期会议期间与土著人民和土著组织举办平行届会。在常设论坛和专家机制近来举行届会期间，特别报告员与约 40 个土著团体举行了单独会议，这些团体介绍了有关特定关切问题的信息。鉴于许多案件危及全球土著人民的权利，且特别报告员可支配的时间与资源有限，无法访问所有相关地区，所以面对面的会议为与受影响群体直接讨论问题提供了机会。
5. 特别报告员还继续参加常设论坛和专家机制的年度会议。在 2012 年 5 月举行的常设论坛第十一届会议上，特别报告员就这一年的专题“发现理论：其对土著人民的持久影响以及要求对过去的征服提供补偿的权利(《联合国土著人民权利宣言》第 28 和 37 条)”发表了讲话。特别报告员在发言中指出，显而易见，殖民时代的发现理论和相关的征服理论与欧洲种族优越论结合在一起，构成了在全球范围内对土著人民实施暴行的动力，其影响至今尤在。特别报告员指出，国际社会尤其通过联合国系统，对允许长期歧视和忽视土著人民及其权利的法律原则和社会态度表示强烈反对，过去几十年在许多方面取得的进展，尤其是《联合国土著人民权利宣言》的通过即反映出这种反对意见。
6. 特别报告员除了在常设论坛和专家机制的届会上发言以外，还为这些机构对专题问题的分析提供投入。2012 年 1 月，他在一次有关制止暴力侵害土著妇女与女童的国际专家组会议上发表评论，该会议由常设论坛在纽约举办。他主持了

这一为期三天的会议的开幕式，并在开幕发言中强调有必要在有效制止暴力侵害土著妇女与女童、保护和尊重其人权方面采纳整体方针。在该发言中表达的观点在以下第三部分中作了进一步详细讨论。此外，他还与专家机制成员讨论了有关采掘业问题的工作，他正在倾心研究这一专题，专家机制在过去几年中也审查了这一问题。更多细节见下文第四部分。

B. 工作领域

7. 特别报告员请人权理事会注意他在过去一年中为履行任务开展的其他活动。这些活动可纳入四个工作领域：促进良好做法；国家报告；对据称侵犯人权的案件作出回应；以及专题研究。

1. 促进良好做法

8. 特别报告员继续与其他各方合作，在国际和国家层面加强对土著人民权利的保护。在采掘业问题方面，特别报告员专题工作的一个重要方面在于促进各国和工商企业的良好做法，他在这方面举办了若干会议，见下文第四部分的说明。

9. 2012年1月，特别报告员与专家机制和常设论坛的成员一道参加了一个为期两天的集思广益会议，讨论将于2014年召开的大会高级别全体会议，又称为“世界土著人民大会”的相关问题。集思广益会在哥本哈根举行，与会者讨论了实质性问题以及与土著人民参加世界大会相关的问题。特别报告员在开幕致词中指出，世界大会提供的机遇首先有助于促进制定措施，使土著人民可直接参加联合国会议；其次有助于促进联合国系统内部作出更强有力和一致的努力，增进土著人民的权利；第三可推动国家和地方层面确保实现土著人民权利的行动；第四可纪念土著人民及他们为全世界作出的贡献。

10. 除此以外，特别报告员分别于2012年3月和4月访问了秘鲁和巴西。他与土著领导和政府官员讨论了制定与土著人民磋商的问题，并尝试澄清自由、事先和知情同意原则的实践问题。在秘鲁，他参与了一项新的规章的讨论，该规章旨在为现有与土著人民磋商的法律提供补充。在巴西，他参加了由巴西政府举办的会议，该会议旨在针对制定新的磋商法律或规章，与土著领导人开展讨论。特别报告员在发言中强调，有必要采取进一步措施，确保土著人民能够制定自己的发展优先事项。他尤其提及与土著人民磋商讨论有关对他们产生影响的立法和行政决定的程序问题，尤其是涉及采掘业计划开展的活动。他强调，这类程序应纳入真正的对话，将土著人民自己的发展优先事项置于前列。

11. 此外，特别报告员与常设论坛和专家机制成员于2011年10月参加了联合国教育、科学及文化组织(教科文组织)在巴黎总部举办的会议，教科文组织在该会议上启动了制定有关土著人民政策的工作。特别报告员在一次发言中强调，教科文组织与其他联合国机构在制定涉及土著人民利益的方案时，必须至少遵守在这方面制定的国际标准以及相关国家法律与政策。然而，从理想的角度而言，教科文组织的方案不仅可避免对土著人民的伤害，还可为他们的权利提供积极支

持。该组织已若干次、通过若干方案做到了这一点。特别报告员相信，教科文组织的政策可主要通过三种方式极大地协助支持土著人民的权利：首先作为评估程序的一部分，协助教科文组织反映其现有方案对土著人民产生的影响；第二，协助教科文组织制定有关土著人民的方案战略规划，将保护土著人民权利的目标纳入方案工作；第三，就教科文组织的方案与活动，为教科文组织提供有关与土著人民磋商的实际引导。

12. 在巴黎期间，特别报告员还与教科文组织土著人民相关方案的代表会面，包括世界遗产中心及文化表达与文化遗产司非物质文化遗产科的代表。他请教科文组织注意他收到的有关土著人民受到特定世界遗产的影响的信息。

13. 自那以来，特别报告员在进行国家访问和审查具体案件时继续关注这一问题。例如，在 2012 年 11 月和 12 月访问阿根廷期间，特别报告员获悉与世界遗产所在地塔夫拉达·德乌玛瓦卡相关的问题。在访问之后的一次发言中，特别报告员对收到的资料表示关切，指出生活在该遗址周围的土著人民没有参与该地区申报世界遗产的过程，没有参与该遗址的管理，并且感到在该遗址内维持其传统和生计活动的的能力受到限制。但是，值得注意的是，特别报告员也听到这方面的一些正面实例，包括瑞典北部的拉普人居住区近来被列入世界遗产名录，这一事件得到萨米人的积极支持。特别报告员还注意到一项良好做法，即美利坚合众国新墨西哥州的陶斯印第安村落，该村落列入世界遗产名录是陶斯族人民自己申请的。特别报告员将继续考察列为世界遗产遗址对土著人民的影响，希望进一步鼓励这方面的最佳做法。

14. 此外，特别报告员还与联合国开发计划署合作，为该署工作人员和其他从事土著人民工作的发展实践者编写了一份有关土著人民权利的资源指南。

2. 有关侵犯人权指控的案件

15. 特别报告员收到许多有关土著人民的权利在特定情况下受到侵犯的指控，他经常向相关政府致函表示对这些指控的关切。在有些情况下，他进行实地访问以了解情况，并发布载有意见和建议的报告。特别报告员曾于 2011 年访问哥斯达黎加，旨在调查可能受到一个水电项目影响的土著社区的情况，作为该访问及其对相关情况的报告(A/HRC/18/35/Add.8)的后续工作，特别报告员于 2012 年 3 月再次访问哥斯达黎加，并与土著领导人和政府官员会谈。

16. 就审查具体案件而言，特别程序的来文报告载有发给政府的有关土著人民人权受到据称侵犯案件的信件及收到的答复全文(A/HRC/19/44 和 A/HRC/20/30)。在过去一年中，特别报告员发出来文的案件涉及以下国家：澳大利亚、孟加拉国、多民族玻利维亚国、巴西、加拿大、智利、中国、哥斯达黎加、埃塞俄比亚、芬兰、法国、危地马拉、印度尼西亚、以色列、马来西亚、墨西哥、巴拿马、秘鲁、菲律宾、泰国和美国。其中一些来文是与其他特别程序任务负责人联合发出的。特别报告员感谢若干国家政府对这些信件作出的答复，希望尚未作出答复的国家予以答复。

17. 特别报告员对许多来文开展了后续工作，在许多情况下就来文中的情况发布详细的意见与建议。这些意见纳入了特别程序来文报告的后续信件当中。他很高兴地告知人权理事会，在他撰写意见的几乎所有情况下，相关国家政府都作出了实质性答复，从而可就相关主题开展重要对话。特别报告员在意见中涉及的问题包括：在土著人民领地内部进行涉及自然资源的采掘和发展项目，包括采矿和水电项目；在土著人民的圣地或具有重要文化意义的地区发生的利益冲突导致对这些土地的威胁；将土著人民从其传统土地和领地上迁出；以及制定的国家法律和政策可能对土著人民的生活产生负面影响等问题。

18. 特别报告员有时还就某些国家急需关注的情况发表媒体声明或其他公开声明。自他上一次向理事会提交报告以来，他已发表涉及以下问题的公开声明：多民族玻利维亚国的土著人民抗议计划修建一条穿过 Isiboro-Sécure 国家公园和土著领地的道路；挪威议会成员关于废除有关萨米人权利的法律与政策的提案；加拿大 Attawapiskat 第一部落成员所处的社会经济状况；并就东南亚大规模农工业发展项目对土著人民权利的影响，与食物权问题特别报告员发表了联合声明。

3. 国家评估

19. 自开始履行任务以来，特别报告员在访问了某些国家后，就这些国家土著人民的人权状况发布了报告。这些报告中载有旨在加强受访国家良好做法，确认关注领域和改善土著人民人权状况的结论和建议。本报告附录所载国家评估介绍了阿根廷和美国土著人民的状况。特别报告员将于 2012 年 8 月访问萨尔瓦多，并随后发表有关该国土著人民状况的报告。此外，特别报告员刚刚开始计划今后访问纳米比亚和巴拿马，他对那些对他的访问请求给予肯定答复的国家政府表示感谢。他希望尚未收到答复的访问其他国家的请求也能够得到积极的考虑。

4. 专题问题

20. 特别报告员继续审查一再出现的涉及全世界土著人民利益的关切问题，特别是采掘业影响土著人民的问题。他在以下第四部分报告了在这方面取得的进展。特别报告员在过去 12 个月中还处理了暴力侵害土著妇女与女童的问题，他在以下第三部分中讨论了这一问题。

三. 暴力侵害土著妇女与女童问题

21. 特别报告员在进行国家访问，尤其是对美国的访问，以及在审查特定案件时都发现了暴力侵害土著妇女与女童的问题。这也是上文提及的、特别报告员参加的土著问题常设论坛召集专家研讨会讨论的主题之一(见第 6 段)。专家研讨会以《联合国土著人民权利宣言》第 22 条为出发点，该条规定，各国应“与土著人民共同采取措施，确保土著妇女和儿童获得充分的保护和保障，免受一切形式的暴力和歧视”。

22. 人权理事会第 15/14 号决议赋予特别报告员的任务之一，是特别关注土著儿童和妇女的人权和基本自由，并顾及性别观点。特别报告员因此提请注意他在专家研讨会上发表的意见，见以下段落。这些意见并非全面意见。

A. 与制止暴力侵害土著妇女与女童相关的国际标准

23. 在工作过程中，特别报告员听到土著妇女和女童遭受暴力侵害的令人痛心的事件及坚韧不拔、采取步骤克服这类痛苦的鼓舞人心的事件。

24. 在当今的国际人权系统内部存在一套与制止暴力侵害妇女相关的广泛的人权标准。妇女、土著妇女的权利受到专门针对妇女的若干国际人权文书的保障，特别是《消除对妇女一切形式歧视公约》；在第四次妇女问题世界会议上通过的《行动纲要》；以及在区域层面的《美洲防止、惩罚和根除对妇女暴力行为公约》。此外，土著妇女作为土著人民，其权利受到保障，特别是享有《联合国土著人民权利宣言》所载权利。该宣言虽然不是一项条约，但代表全球层面上在各种国际人权法资料文献的基础上产生的对于土著人民权利起码内涵的一种权威性共识。

25. 妇女的权利和土著人民的权利这两个权利制度的存在和一般内容得到了许多讨论平台的较好理解，尤其是在国际人权系统内部。在这一背景下，必然跃入眼帘的问题，是土著妇女作为妇女受到保障的权利和作为土著人受到保障的权利究竟如何相互关联或相互作用。与此相关的问题是国际人权标准以或应以何种方式，使土著妇女受到区别于非土著妇女的保护。

B. 制止暴力侵害土著妇女与女童的整体方针

26. 要回答这些问题，可以暴力侵害妇女、其原因和后果特别报告员拉希达·曼朱在 2011 年向大会提交的报告(A/66/215)中阐述的方针作为切入点。她虽然讨论的是普遍意义的暴力侵害妇女问题，但她强调说，打击暴力侵害妇女行为需要采取综合办法，即要求将各项权利视为普遍、相互依存和不可分割的权利；将暴力行为置于跨越人与人之间的暴力和结构性暴力的连续统一体中；说明个人歧视和结构性歧视，包括结构性和体制性不平等；以及分析妇女之间和男女之间的社会和/或经济等级制度。

27. 同样，要打击暴力侵害土著妇女和女童的行为，也必须采取整体方针；不能脱离土著人民受到普遍公认的一系列权利处理这一问题。在这方面，不能脱离土著人民整体遭受歧视和边缘化的历史来单独看待暴力侵害土著妇女与女童这一令人沮丧的遍布全球的问题。这一历史体现在持续出现的令人不安的结构性因素中，如贫困，缺乏土地和资源或其他维持生计的手段，难以获得教育或保障服务等，所有这些因素都影响到土著人民，土著妇女受到的影响尤为严重。歧视土著人民的历史还导致土著社会结构与文化传统日渐衰败，使土著人民的治理和司法

系统瓦解或崩溃，常常损害土著人民在社区内部有效应对暴力侵害妇女与女童问题的能力。

28. 因此，要打击暴力侵害土著妇女和女童，就需要纠正土著人民面临的殖民主义遗留下来的结构性问题和歧视。这包括增进土著人民受到保障的一系列权利，尤其是《联合国土著人民权利宣言》所载权利。特别报告员认为，《宣言》中申明的标准具有一种本质上的补救性质，力求解决土著人民在享有基本人权方面所面临的系统性障碍和歧视。从这一观点来看，应注意到，《宣言》并不试图向土著人民赋予一套特别的或全新的人权，而是以土著人民的特定历史、文化和社会状况，包括土著妇女和女童的状况为背景，对一般性人权原则和权利进行了阐述。

C. 整体方针的关键要点：推动土著人民的自决

29. 根据《联合国土著人民权利宣言》，制止暴力侵害妇女与女童的整体方针应包括：促进土著人民的自主和自治(第 5 和 18 条)；加强土著人民的传统司法制度(第 34 和 35 条)；增加土著人民诉诸司法的途径(第 40 条)；以及改善土著人民的经济和社会状况(第 21 条)。综合而言，应对暴力侵害土著妇女的问题在某种程度上必须与促进土著人民的自决齐头并进。正如特别报告员和其他人所强调，《联合国土著人民权利宣言》第 3 条中声明的土著人民的自决权是一项基本的权利，没有这项权利，土著人民就无法充分享受集体和个人的人权。推进土著人民的自决有助于成功实现切实成果；有研究表明，能够有效管理自身事务的土著人民在一系列指标方面都远远胜过做不到这一点的土著人民。

30. 在这方面，特别报告员打算说明在打击暴力侵害妇女和女童背景下可促进土著人民自决的三种具体方式。以下要点并非详尽无遗，但它们提供了一些反思，即各国和土著人民自身为应对这方面的关切问题需采取的措施。

31. 首先，国家应避免社会问题的应对措施影响到土著社区，包括导致暴力侵害妇女，限制、破坏或取代土著人民自身的权威和自治。在这方面，国家应避免国家司法制度可更好地处理暴力侵害妇女案件，或在涉及暴力侵害妇女的案件中适用土著制度必然导致不公平的判决等假设，一概限制土著人的传统司法制度对暴力侵害妇女案件的管辖权。特别报告员在工作中发现，当土著社区内部出现一些严重的社会问题，包括暴力侵害妇女与儿童问题时，一些国家制定的举措为了限制土著人民在社区内部的决策或司法控制权，将这类决策或司法控制权交予国家或第三方。然而，国家限制土著控制权的应对方法面临破坏土著自决的风险，总体而言，与土著人民自己控制的举措相比，这类解决办法长期来看效果较差。

32. 第二，各国应提高土著人民对设计、实施和监督与预防和惩处暴力侵害妇女相关方案的参与程度。要制定有效和符合文化习惯的方案需要创新和灵活性，并且面临一些挑战。首先要求与受影响的土著群体磋商社区需要和方案设计，并对不同模式保持开放的态度。具体而言，必须对方案，尤其是对那些由土著人民

自己设计并已展现出成果的方案提供持续的支持。特别报告员已注意到若干土著人民自主方案取得成功的实例，这些方案以文化上适宜和适应当地需要的方式，解决家庭暴力、酗酒、社区发展及相关关切问题。必须支持和促进这类由土著人民主导的方案。

33. 第三，为了应对土著社区面临的挑战，土著人民自己有必要继续加强组织和地方治理能力及土著人民自己的司法机构。土著人民有责任在其家庭和社区内部努力重建紧密和健康的不健康的关系，并采取一致措施应对存在的社会弊端。土著人民必须在其所属的家庭、社区及更广泛的民族内部反对和制止现有的家长制社会结构、男子优于妇女的顽固态度，以及基于殴打或歧视妇女文化的所谓合理解释。在这方面，土著人民必须采取一致努力，加强其传统的司法制度，根据相关人权标准解决在惩处和防止暴力侵害土著妇女与女童方面缺乏有效补救措施的问题。

四. 关于与采掘业相关的土著人民权利的研究进展报告

34. 特别报告员在提交人权理事会的上一份报告中强调，在土著领地之内或者附近实施自然资源采掘以及开发项目已经成为世界土著人民的首要关注问题之一，也可能已经成为在土著人民充分行使其权利方面遇到挑战的最普遍原因(A/HRC/18/35, 第 57 段)。他打算在任期的剩余时间内在工作计划中纳入对这一问题的关注，旨在帮助澄清相关国际标准及其付诸实施。

A. 与研究相关的活动

35. 在过去一年中，特别报告员与土著人民、政府和跨国公司的代表进行了磋商，以了解他们对采掘业和其他大型发展作业影响土著人民问题不同方面的看法。在特别报告员正式访问阿根廷、哥斯达黎加和美国期间，土著人民一再提及对采掘业和其他资源开发行业的关切。特别报告员借此机会审查了有关采矿、碳氢化合物资源和水电发电项目等案件，并与政府工作人员和受影响土著社区的代表讨论了这些案件。

36. 此外，特别报告员根据来文程序(见第 15 至 17 段)，就有关采掘业的案件与土著人民、政府和跨国公司的代表交流了信息。他在采掘业研究方面的相关工作还包括就有关制定磋商程序的法律或规章问题，与巴西和秘鲁的土著人民代表及政府行为者开展了讨论(见第 10 段)。

37. 特别报告员还通过参加在挪威、西班牙、瑞典和大不列颠及北爱尔兰联合王国举办的大会与会议，与相关行为者讨论了采掘业问题。2011 年 10 月，特别报告员参加了由和平旅国际和其他非政府组织举办的题为“危险的事业：人类为反对环境恶化和侵犯土地权付出的代价”的大会。该会议在伦敦举行，与会者包括民间社会、英国政府及设在英国的跨国公司的代表，会议讨论了采掘业对土著人民及其他地方社区人权的影响，以及人权维护者在该背景下面临的挑战。特别报告员做了主旨发言，他在发言中强调，土著人民有必要建设谈判能力，从而克

服权力差异，并有效参与涉及在其领地之内或附近开展采掘活动的磋商进程。在伦敦期间，特别报告员与英国政府代表、议会成员及民间社会组织的代表举行了非正式会议，以收集信息以及他们对正式政策和法律的看法，这些政策与法律涉及设在英国的跨国公司对全世界土著人民的影响。

38. 特别报告员还于 2012 年 2 月参加了有关土著人民、公司和环境的大会，并在会上做了主旨发言，大会在挪威希尔克内斯举行，主办方为巴伦支海欧洲—北极理事会和巴伦支海区域理事会土著人问题工作组，工作组是由芬兰、挪威和俄罗斯联邦北部巴伦支海地区涅涅茨人、萨米人和威泊西亚人的代表组成的协商机构。土著人民、政府和行业的代表在大会上介绍了有关在巴伦支海地区进行新的自然资源采掘活动的战略与提案对土著人民的影响。特别报告员在主旨发言中强调，有必要实施一种新的发展模式，使土著人民有机会成为真正的伙伴，尤其是在涉及在其传统领地之内或附近进行自然资源采掘活动的情况下。

39. 2012 年 4 月，特别报告员访问了马德里，与西班牙政府代表、众议院成员、工商企业和非政府组织举行会谈，讨论了设在西班牙的跨国公司对全世界土著人民权利的影响，尤其是对拉丁美洲土著人民的影响，因为这类公司在拉丁美洲开展大量业务。西班牙政府和非政府组织 *Almáciga* 为特别报告员的访问提供了便利，使特别报告员收集到了有关政府和工商企业涉及土著人民人权的方案与政策的资料和意见。

40. 特别报告员于 2012 年 6 月在瑞典的约克莫克参加了有关在横跨芬兰、挪威、俄罗斯联邦和瑞典北部地区的萨米人领地 *Sápmi* 地区采矿和开采其他自然资源问题的会议。会议由瑞典萨米人全国联合会主办，特别报告员有机会听取萨米人的代表提出的关切问题，尤其是采掘业对萨米人的驯鹿放牧产生的影响，他还听取了政府和行业代表的意见。特别报告员在其发言中强调，有必要制定有效的国内法律和有关公司社会责任的政策，以在计划进行或已存在的采掘活动背景下保护土著人民的权利。

41. 在撰写本报告时，特别报告员正在敲定与澳大利亚土著人民的代表、联邦与州政府及设在澳大利亚的公司就这些公司在澳大利亚国内外的活动开展协商的计划。协商定于 2012 年 8 月举行，澳大利亚最先住民全国大会正在与公司代表合作制定计划。

B. 与专家机制的合作

42. 特别报告员在向人权理事会提交的上一份报告中表示，他将在其任期的剩余时间内特别关注采掘业问题，以便就该主题制定可能的准则，在其报告定稿后，土著人民权利专家机制在 2011 年 7 月的第四届会议上宣布，专家机制也将重点研究这一问题，作为有关土著人民参与对其产生影响的决策权的主题研究后续工作的一部分。特别报告员在专家机制第四届会议上与专家机制会谈，讨论了

预计就采掘业开展的主题工作，后来又在会议进行期间与专家机制的成员讨论了这项工作。

43. 专家机制近来向特别报告员提议联合制定有关在采掘业背景下落实土著人民权利的准则，特别报告员将在 2012 年 7 月专家机制第五届会议上与专家机制讨论这一建议。

44. 特别报告员打算在其任期剩余的时期内与专家机制合作，继续审查采掘业问题。他预计在包括向理事会提交的后续报告中纳入基于他对全世界的经验进行考察后总结的良好做法要素。按照特别报告员向理事会提交的上一份报告的建议，他还可能视专家机制今后就这一问题开展工作的情况，制定或为制定相关准则做出贡献。

C. 关于促进对相关国际标准及适用这些标准的共识的相关意见

45. 鉴于其今后将与专家机制协调，就采掘业问题开展进一步工作，特别报告员认为，有必要提供相关意见，说明他与这方面相关行为者开展合作的情况。特别报告员在向理事会提交的上一份报告中指出，在自然资源采掘及影响到土著人民的发展项目背景下有效保护土著人民权利面临的一项重大障碍是各种观点的冲突，这些观点涉及确认土著人民权利的国际标准的实际影响，以及需采取哪类措施，使国家、公司行为者和土著人民自身履行其责任(A/HRC/18/35, 第 85 段)。在特别报告员继续审查与采掘业相关的土著人民关切的问题时，这些相互冲突的意见依然十分明显。

46. 特别报告员将在本报告剩下的章节中提供一些意见，旨在促进有关相关标准及其实际影响的共识。这样做是为了提供一种概念方法，以辨明与资源采掘和影响土著人民的发展项目相关的国际标准，该方法的目标旨在取得充分尊重土著人民权利的切实成果。以下意见基于特别报告员过去对国家就影响土著人民的决策与土著人民磋商的义务(见 A/HRC/12/34)和公司尊重人权的责任问题(见 A/HRC/15/37)的审查。意见还考虑了专家机制近期的报告(A/HRC/EMRIP/2011/2)并力求对该报告予以补充。

1. 对全面考虑可能受到采掘作业影响的权利方针的需要

47. 审查采掘业影响土著人民的问题有一个共同的出发点，即讨论国际文书和国际机构判例中阐明的磋商及自由、事先和知情同意原则的含义。这一讨论引发了很大争议，关于国家与土著人民磋商的义务范围，以及有必要就影响土著人民的采掘项目征求其同意等问题，观点冲突不一。

48. 特别报告员认为，过于关注磋商与同意模糊了对相关人权框架的认识，这一认识是辨明采掘业可在土著领地内部或附近合法作业的条件依据。对它的误导导致对资源开发项目背景下土著人民权利的审查沦为对磋商权或自由、事先和

知情同意的权利的范围的审查。诚然，认识磋商和同意原则的范围至关重要。但是，仅限于对这些原则的讨论无法实现应有的认识。

49. 一种更好的方针首先并不会把磋商或同意本身视为结果，也不会把磋商与同意视为单独的权利。正如美洲人权法院在 *Saramaka* 诉苏里南案件¹ 中指出，磋商和同意原则共同构成一项特殊标准，为土著人民行使实质性权利提供保障，并充当行使权利的手段。这一标准补充并帮助实行实质性权利，包括法院对该案件判决的重点——财产权，以及可能受自然资源开发与采掘影响的其他权利。

50. 土著人民受自然资源开发与采掘影响的主要实质性权利已有广泛记载，这些权利尤其包括财产权、文化权、宗教权、在土地、领地和自然资源，包括在圣地和圣物方面不受歧视的权利；在清洁和健康的环境中获得健康与人身健全的权利；以及作为其自决权这一根本权利的一部分，制定和贯彻其自身发展优先事项，包括开发自然资源的权利。这些权利是大量国际文书的基础，包括已得到广泛批准的、具有法律约束力的多边人权条约，并在《联合国土著人民权利宣言》中有明确阐述。²

51. 鉴于其自身的实质，可能受到自然资源采掘影响的权利要求在行使权利时自主决策。这一点在制定发展优先事项的权利和财产权方面尤为明显，但也适用于其他权利。因此，特别适用于土著人民的磋商和同意标准是实行这些权利的手段，土著人民在政治领域被普遍边缘化的特点也为这一点提供了合理解释，但可以确定的是，这一标准并不代表所有这些权利(A/HRC/18/35, 第 82 段)。

52. 此外必须了解，就可能影响到土著人民对其土地、领地和自然资源等权利的措施而言，磋商与同意标准并非唯一应对这类措施的保障。另一些保障包括但不限于以下措施：进行事先影响评价，对土著人民的一整套权利给予充分关注；制定缓解措施，避免或减小对行使这些权利的影响；根据相关国际标准共享收益及对影响予以补偿。³ 包括国家的磋商义务在内的所有这些保障都是审慎方针的具体表达方式，在制定的决策涉及有关可能影响到土地权和资源权以及有利于土著人民生存的其他权利的任何措施时，应以该审慎方针作为指导。

¹ 2007 年 11 月 28 日的判决，第 129 至 137 段。

² 见 E/CN.4/2003/90, 第 6 至 30 段(讨论大规模发展项目对土著人民权利的影响，包括对土地权和资源权利的影响)；E/CN.4/2002/97, 第 39 至 57 段(回顾维护土著人民对土地、领地和自然资源的权利的国际与国内法和惯例)；A/HRC/9/9, 第 20 至 30 段(回顾人权机构依照普遍适用的国际文书实施的做法)；关于厄瓜多尔人权状况的报告(OEA/Ser.L/V/II.96, Doc.10 rev.1 (1997))，第八章(讨论石油开发导致的环境污染违反生命权与人身健全权的状况)；土著和部落人民对其祖先土地和资源的权利，美洲人权系统的规范与判例(OEA/Ser.L/V/II. Doc.56/09 (2009))，第 5 至 22 段(回顾国际文书、习惯国际法和条约机构的惯例中关于土著人民对土地、领地和资源权利的基础)。

³ 见 *Saramaka*, 第 138 至 140 段(查明参与、影响评估和共享收益作为保障手段)。另见在有关公司责任的背景下有关这些保障措施讨论，A/HRC/15/37, 第 71 至 80 段。

53. 当采掘业在土著人民的领地之内或附近作业或计划作业时，磋商、同意和相关保障有利于确保土著人民的权利，但是，理解这些根本实质性权利的范围以及这些权利可能受到的潜在影响必须作为解决该背景下出现的许多问题的出发点。

2. 国家的保护义务以及公司在采掘活动中尊重土著人民人权的责任

54. 特别报告员注意到，许多国家和跨国工商企业接受人权理事会在 2011 年第 17/4 号决议中核可的、纳入“工商业与人权指导原则”(A/HRC/17/31, 附件)的“保护、尊重和补救”框架。“指导原则”强调国际法已确立的准则，即国家有义务通过适当政策、监管和裁定保护人权，包括防止工商企业和其他第三方侵犯人权。“指导原则”的第二大支柱是公司尊重人权的义务，做法是尽责避免违反或导致违反人权。第三是需要出现侵犯人权状况时提供有效补救。

55. 虽然特别报告员注意到“指导原则”及其“保护、尊重和补救”框架得到广泛接受，但他同时还注意到，关于“指导原则”与特别涉及土著人民的人权标准之间关系的范围及相关方式，政府和公司行为者的理解模棱两可。应消除这方面的歧义，促进这方面的明确理解，即当这些权利受到或可能受到包括采掘业在内的工商业活动影响时，“指导原则”适用于促进土著人民特定权利的方式与促进更广泛人权的方式相同。认为特别适用于土著人民的人权标准不适用“指导原则”，没有任何合理理由，且这样做将有悖于“指导原则”在引言段落中所作的规定，即这些原则应“以非歧视性方式”加以执行，尤其应关注弱势或边缘化群体的权利和需要。

56. 特别报告员注意到，专家机制在近来有关土著人民及其参与决策权问题的后续研究报告(A/HRC/EMRIP/2011/2)中讨论了“指导原则”与土著人民权利之间的关系。特别报告员与专家机制一道强调，所有“指导原则”在具体适用于土著人民时应适当考虑相关国际标准，他促请所有相关方注意专家机制关于“指导原则”在采掘业作业或试图在土著领地之内或附近作业背景下的独特影响(A/HRC/EMRIP/2011/2, 第 26 至 28 段)。

57. 值得重申的是，国家在采掘业背景下的保护作用意味着确保制定一项监管框架，该框架充分承认土著人民对土地和自然资源的权利以及可能受到采掘作业影响的其他权利；规定国家所有相关行政决策以及公司行为都必须尊重这些权利；以及在这些权利受到政府或公司行为者违反时提供有效的处罚与补救。这样一项监管框架要求法律或监管纳入有关土著权利的国际标准，并通过国家政府中管理土地使用权、采矿、石油、天然气和其他自然采掘或开发的不同机构，将这类标准付诸实施。

58. 特别报告员遗憾地发现世界各地都缺乏这类监管框架，使土著人民的权利在许多方面仍然得不到充分的保护，在面临采掘业问题时，有无数的案例表明土著人民的权利完全得不到保护。土著人民居住的所有国家几乎都需要重大的立法和行政改革，以适当界定和保护土著人民对土地和资源的权利以及可能受到采掘

业影响的其他权利。但同时也正是在这一需要极为迫切的那些国家，采掘业被允许侵蚀土著人民的居住地，特别报告员认为，这种情况令人震惊，需要立即给予关注。

59. 就工商企业而言，它们有责任尊重人权，包括土著人民的权利，这一责任独立于国家的保护义务。在提及公司有责任尊重的人权时，“指导原则”中的原则 12 声明，“在最低限度上”，这些责任包括《国际人权宪章》以及国际劳工组织《工作中基本原则和权利宣言》中具体说明的权力，而关于原则 12 的评论明确指出，在适用的情况下，其他一些人权文书，如适用于包括土著人民在内的特定群体的人权文书应当为公司尊重人权的责任提供参考。因此很显然，特别是在要求以非歧视的方式适用“指导原则”(见第 55 段)的情况下，公司应尊重的权利包括《联合国土著人民权利宣言》和其他来源规定的土著人民的权利。

60. 关于“指导原则”中原则 11 的评论也明确指出，公司尊重人权的责任“独立于国家履行其自身人权义务的能力和/或意愿，不会克减这些义务。同时它的存在，首先是要遵守国家保护人权的法律和条例。”

61. 虽然这一责任是独立的，但特别报告员了解到若干案例，在这些实例中，从事采掘业的工商企业仅仅满足于遵守国内法律或条例，而无视这些法律和条例在保护土著权利方面无效的情况。公司认为遵守国内法律或条例已经足够，但它们应进一步考虑，履行尊重人权的责任常常要求超越遵守国内法律的尽责态度。尽责态度其实要求的是，不论国内法律的范围如何，都应确保公司的行为不会违反或导致违反国际公认的土著人民的权利。关于公司尽责涉及土著权利这一特别方面的讨论，可在特别报告员向人权理事会第十五届会议提交的报告(A/HRC/15/37, 第 46 段)中查阅。

3. 磋商和同意与缔约国保护的义务及公司尊重人权的责任之间的关系

62. 如第 47 段至 53 段所述，磋商和同意的原则旨在当自然资源采掘可能影响到土著人民的权利时，与影响评价、缓解措施和赔偿或共享收益等其他保障机制一道，为土著人民的权利提供保障。磋商和同意的保障与其他保障方式一样，是国家在采掘业背景下保护土著人民权利的义务之一，该义务在《联合国土著人民权利宣言》第 32 条第 2 款中的表述如下：

各国在批准任何影响到土著人民土地或领土和其他资源的项目，特别是开发、利用或开采矿物、水或其他资源的项目前，应本着诚意，通过有关的土著人民自己的代表机构，与土著人民协商和合作，征得他们的自由知情同意。

63. 特别报告员在向人权理事会提交的前几份报告中重点关注国家与土著人民磋商的义务，他在报告中查明了作为磋商义务的依据的各项条约和其他来源(包括《宣言》)，他还试图说明磋商程序的解释理由、范围和最低要求(例如，见 A/HRC/12/34; A/HRC/12/34/Add.6, 第 15 至 41 段; 以及 A/HRC/15/37, 第 60 至 70 段)。

64. 鉴于磋商义务作为保障土著人民权利标准这一特征，不论计划的采掘作业为何种状况，磋商义务的具体要求和获得同意的目标应随着受到影响的权利和对权利的潜在影响而变化。因此，正如第 49 段和 50 段所敦促的那样，关注受到影响的权利，是制定适当的磋商和同意程序不可或缺的出发点。接受磋商的特定土著人民或社区正是权利可能受到影响者，确定磋商程序旨在查明和处理对权利的潜在影响，应通过保护和尊重权利的条款针对这些影响寻求同意。

65. 正如美洲人权法院根据《联合国土著人民权利宣言》和其他来源认定，如果受到影响的权利对特定民族等土著群体的生存至关重要，且预计行使这些权利的情况会受到严重影响，就要求针对这类影响征得土著人民的同意，而不仅仅满足于磋商的目标。⁴ 一般认为，土著人民依照习惯土地使用权享有的对土地和资源的权利，是其生存的必要条件。因此，如果采掘作业的某些活动在土著人民得到正式承认或习惯上使用的土地范围内进行，直接影响到具有重要文化意义的领域，尤其是圣地，或影响到土著人民传统上使用的、对其生存至关重要的自然资源，都应要求获得土著人民的同意。即使不严格要求同意，应适用其他保障措施，使土著人民的权利受到限制的任何影响必须至少符合有效公共目的的必要性和相称性标准，这是国际人权法有关允许限制人权的普遍要求。⁵

66. 针对计划进行的采掘作业开展磋商程序为土著人民提供了渠道，使他们能够积极参与事先对计划的活动所有潜在的影响进行评价，包括其实质性人权及利益是否以及可能受到多大程度的影响。此外，磋商程序对寻求危害较小的替代解决办法或制定缓解措施至关重要。从理想的角度而言，土著人民应能够通过磋商机制，确保制定他们自己的发展优先事项与战略，并促进他们享有人权。

67. 为了使磋商程序真正成为对话和谈判的场所，这类程序应当应对当前权力不均衡的问题，应设立机制，用于共享信息和帮助土著人民建设充分的谈判能力。国家要发挥真正的保护作用，应为这类机制提供便利，这可能需国家行为者而非直接参与项目者的参与，或纳入外部顾问的参与。计划进行采掘项目的私营公司要履行尊重土著社区权利的责任，这类公司应遵从土著人民的决策程序，不试图影响或操纵磋商进程。只有满足了这些条件，才可将与土著人民之间的协议视为真正自由和知情磋商的结果。

68. 如果取得同意，同意应基于商定的公平和公正的条款，包括有关赔偿、缓解措施和共享收益等条款，条款应与所涉土著社区权利受到影响的程度成比例。此外，应当与公司或负责采掘项目作业的其他企业签订有关长期可持续关系的条

⁴ 见 Saramaka，第 134 和 137 段。

⁵ 同上，第 127 至 129 段(涉及允许限制财产权)。另见《公民权利和政治权利国际公约》第十八条第 3 款，该款允许对宗教权的限制仅只受为保障公共安全、秩序、卫生或道德、或他人的基本权利和自由所必须的限制。

款。这意味着发展新的业务模式，建立真正的伙伴关系，尊重土著人民制定自身发展优先事项的权利(见第 72 至 76 段)。

69. 根据国家的保护作用，国家应承担磋商的义务。就工商企业而言，试图开展影响到土著人民的采掘活动的企业应承担独立责任，根据国际标准的要求确保开展充分的磋商程序，通过平等条款针对对土著权利的影响取得土著人民的同意。

70. 特别报告员注意到，在许多情况下，公司接触土著人民，并试图就可能影响到土著人民的计划采掘活动与土著人民直接谈判。这类举措原则上并非不符合国际人权标准，土著人民拥有自决权，因此如果他们愿意，就可以自由地与公司直接谈判。公司与土著人民之间进行直接谈判也许是最为有效和可行的方式，可就在土著领地之内或附近开采自然资源达成安排，充分尊重土著人民的权利，这种方式还可为土著人民提供追求自身发展优先事项的机会。

71. 然而，公司必须克尽职责，以缓解权力悬殊的状况，避免不符合人权标准的结果，国家必须努力防止这种权力悬殊，并确保达成的任何协议的适当性。公司和土著人民之间在权力、谈判能力和获得信息方面通常存在巨大差异，所以国家的保护作用在此背景下至关重要。保护的义务包括提供适当的投诉机制。

4. 展望新的资源采掘发展模式

72. 以上分析表明，如果采取了国家保护和公司尊重土著人民权利的具体措施，采掘业就可在土著领地之内或附近合法作业。然而，特别报告员发现，在全球各处，土著人民仍在继续抵制可能影响到他们的采掘业作业。在许多情况下，他们甚至拒绝就计划的采掘和其他自然资源开发活动进行磋商，因为他们害怕在这一过程中被迫接受他们从一开始就不希望进行的采掘活动。在这类抵制行为长期持续的情况下，即使仅仅是因为社会不许可导致的实际后果，采掘业的作业也会遇到问题。

73. 土著人民抵制采掘业是可以理解的，因为正如特别报告员在 2011 年向理事会提交的报告中所说，土著人民因采掘作业受到各种人权侵犯和环境破坏。除采掘业本身的错误行为以外，仍然缺乏承认和保护土著人民权利的有效的国家法律、规章和行政管理办法，公司也没有表现出将尊重这类权利的责任视为理所当然的态度(见第 57 至 61 段)。提高采掘业在土著领地之内或附近活动的可能性的初始步骤包括解决这些缺陷问题。

74. 然而，在特别报告员看来，仍然存在一个更为根本的问题，这就是公司和国家为在土著居住地内部开发和采掘自然资源所倡导的自然资源采掘模式。根据这种模式，勘探和采掘自然资源的初始规划由公司制定，有时国家也有所参与，但几乎或完全没有受影响土著社区或人民的参与。公司控制采掘作业，获取资源并从中受益，国家征收采矿权使用费和税收，土著人民最多可获得就业或社区发展项目等形式的收益，这些收益的经济价值通常无法与公司获得的利润同日而语。这是一种带有殖民色彩的模式，土著人民的领地受到外来者的侵害，即使这

些外来者承诺承担企业社会责任，但他们控制土著人民居住地的某些部分，并拿走属于土著人民的東西。

75. 特别报告员认为，有必要审查自然资源采掘各种新的模式和经营实务，即更有益于土著人民的自决和寻求自身发展优先事项权利的模式。这种模式可能包括在土著人民和公司之间建立真正的伙伴关系，使土著一方在产权和伙伴关系管理方面拥有主要、甚至控制份额，或寻求土著人民可发展自己的采掘企业的模式。

76. 特别报告员注意到，在一些地方，土著人民其实已经制定了这类伙伴关系安排，或开展其自己的采掘作业。另一方面，一些土著人民可能在任何情况下都不希望以工业规模在其传统居住地开采自然资源。然而，如果自决有一定的含义，它就意味着选择的权利，但并非简单地在不可取的现有自然资源采掘模式和彻底不进行采掘之间进行非此即彼的选择。特别报告员计划在其今后有关采掘业的工作中参考对不同地点土著人民经验的介绍，审查与通常的标准公司模式相比、使土著人民拥有更大控制权和利益的各种自然资源采掘模式。

五. 结论

A. 任务授权之下的活动

77. 特别报告员感谢有机会继续根据人权理事会第 15/14 号决议开展工作，并对所有曾经支持和继续支持他工作的人表示感谢。

B. 暴力侵害土著妇女与女童问题

78. 打击暴力侵害土著妇女和女童的整体方针要求同时促进这一群体作为妇女和儿童的权利及其作为土著人民的权利。更广泛而言，《联合国土著人民权利宣言》中所载权利旨在为歧视土著人民这一持续的遗留问题提供补救，在促进上述这些权利的同时，必须制定专门针对暴力侵害妇女与女童的方案，解决影响土著人民、助长暴力侵害妇女与女童的结构性问题。最后，尤其应促进土著人民的自决，同时制定措施，防止和惩处暴力侵害土著妇女和女童的行为。

C. 采掘业

79. 通常侧重将磋商和自由、事先和知情同意作为讨论与土著人民相关的采掘业问题的出发点，模糊了对相关人权框架的认识。更好的做法是首先考虑可能受到自然资源采掘影响的土著人民的主要实质性权利。具体而言，这些权利包括财产权、文化权、宗教权、健康权、人身健全权，以及制定和寻求自身发展优先事项的权利，作为其根本自决权的一部分。

80. 在这方面，最好将磋商和自由、事先和知情同意作为保障手段，用于应对可能影响土著人民权利的措施。其他这类保障手段包括但不限于根据国际标准事先进行影响评价、制定缓解措施、共享收益和针对影响提供补偿。

81. 当土著人民的特定权利受到或可能受到包括采掘业在内的工商业活动影响时，纳入“工商业与人权指导原则”的“保护、尊重和补救”框架适用于促进土著人民特定权利的方式应与促进更广泛意义的人权的方式相同。

82. 在这方面，国家在采掘业背景下的保护作用意味着确保制定一项监管框架，该框架充分承认土著人民对土地和自然资源的权利以及可能受到采掘作业影响的其他权利；规定国家所有相关行政决策以及公司行为都必须尊重这些权利；以及在这些权利受到政府或公司行为者违反时提供有效的处罚与补救。

83. 就工商企业而言，它们有责任尊重人权，包括土著人民的权利。公司尊重人权的责任独立于国家履行其自身人权义务的能力和/或意愿。同时它的存在，首先是要遵守国家保护人权的法律和条例。企业必须尽职尽责，确保其活动不会违反或导致违反国际公认的土著人民的权利，不论国内法律的范围如何。

84. 在履行国家的保护义务及公司尊重人权的义务时，关注在特定采掘或发展项目背景下受到影响的权利，是制定适当的磋商和同意程序不可或缺的出发点。接受磋商的特定土著人民或社区正是权利可能受到影响者，确定磋商程序旨在查明和处理对权利的潜在影响，应通过保护和尊重权利的条款针对这些影响寻求同意。

85. 如果受到影响的权利对土著群体的生存至关重要，且预计会对这些权利产生严重影响，就要求针对这类影响征得土著人民的同意，而不仅仅满足于磋商的目标。一般认为，土著人民依照习惯土地使用权享有的对土地和资源的权利，是其生存的必要条件。因此，如果采掘项目的某些活动在土著人民得到正式承认或习惯上使用的土地范围内进行，或影响到对其生存至关重要的资源，都应要求获得土著人民的同意。

86. 最后，当前的自然资源采掘模式存在一个根本问题，根据这种模式，规划由公司制定，有时国家也有所参与，但几乎或完全没有受影响土著社区或人民的参与，公司既控制采掘作业，也是采掘业的主要受益者。

87. 特别报告员认为，有必要审查自然资源采掘各种新的模式和经营实务，即更有益于土著人民的自决和寻求自身发展优先事项权利的模式。特别报告员计划在其今后有关采掘业的工作中参考对不同地点土著人民经验的介绍，审查与通常的标准公司模式相比、使土著人民拥有更大控制权和利益的各种自然资源采掘模式。