



土著问题常设论坛

第十三届会议

2014年5月12日至23日，纽约

临时议程* 项目3

特别专题：“符合《联合国土著人民权利宣言》的善治原则”

关于为《联合国土著人民权利宣言》拟订一项重点在设立一个自愿机制的任择议定书的研究报告

秘书处的说明

按照联合国土著问题常设论坛第十一届会议的一项决定(见 E/2012/43, 第109段), 论坛成员Dalee Sambo Dorrough和Megan Davis获任命负责编写一份关于为《联合国土著人民权利宣言》拟订一项任择议定书的研究报告, 重点在研究是否可能设立一个自愿机制, 作为国际一级的投诉机构, 特别是处理涉及在国内一级对土著人民土地、领土和资源权利的主张和侵犯的投诉。现谨将研究结果提交给常设论坛第十三届会议。

* E/C.19/2014/1。



关于为《联合国土著人民权利宣言》拟订一项重点在设立一个自愿机制的任择议定书的研究报告

一. 引言

1. 自从《联合国土著人民权利宣言》通过以来，常常就建立一种机制来监测《宣言》执行情况及其在国际法中的解释的必要性进行讨论。《宣言》第 42 条部分地确认了这一点：

联合国、联合国的机构(包括土著问题常设论坛)、各专门机构(包括在国家一级)以及各国，应促进对本《宣言》各项规定的尊重和充分实施，并跟踪检查本《宣言》的实施效果。

2. 常设论坛在 2009 年就第 42 条进行讨论之后，主办了一次关于常设论坛在执行《宣言》第 42 条方面作用的国际专家组会议(E/C.19/2009/2)。近年来，常设论坛、土著人民权利问题特别报告员和土著人民权利专家机制加强了合作和协调，三者的任务各有其独特性，这影响了它们之间的关系。这三种机制都对《宣言》的执行作出了显著贡献，不过还未能做到完全互相协调。此外，这些机构和它们的秘书处的工作量繁重，要履行的承诺很多，所以都无法承担作为《宣言》执行情况监督机构的职能。

3. 对于建立一种机制来监测和协调《宣言》的执行的必要性，特别受到土著人民越来越多的关切。2013 年 6 月在挪威阿尔塔举行的联合国土著人民问题世界会议全球土著筹备会议的成果文件(《阿尔塔宣言》，见 A/67/994，附件)，和 2013 年 10 月和 11 月在利马举行的土著妇女世界会议通过的《利马宣言》，都建议建立一种审查、监测和报告《宣言》执行情况的机制。《阿尔塔宣言》建议创设一个新的联合国机构，负责促进、保护、监测、审查和报告落实土著人民权利(包括但不限于《宣言》所肯定的权利)的情况，这个机构的设立要有土著人民充分、平等和有效的参与。

4. 使设立这个机制的问题受到更大关注的最急迫理由，也许是特别报告员所做工作的结果。他为了履行任务，进行了多次国家访问。虽然世界各国都表示承诺要履行《宣言》，但是特别报告员注意到，“对《宣言》、其体现的价值或其要解决的土著人民所面临的根深蒂固的问题缺乏认知和理解”(A/68/317，第 78 段)。特别报告员认为，仍需开展的一项极其重要的任务，是提高政府行为体、联合国系统、土著人民自身和更广大社会对《宣言》的认识。创建一个投诉机制，是促进提高对《宣言》内容的了解，从而提高对它的认识的一条途径。除非有关当局以及土著人民生活其中的社会的非土著阶层能对《宣言》的目标形成共同认识和信念，否则，在多种政治、经济和社会力量的互相竞争下，这些目标仍将很难实现。

5. 特别报告员对于各国和民间社会对《宣言》认识和使用不足的情况所表示的关切，也在普遍定期审议中反映出来。他将这种情况，以及对《宣言》的重大规范性意义及其平等与人权基础缺少认知，视为削弱各国落实《宣言》的承诺和行动的因素。全球对《宣言》缺少认识和专门知识，也使常设论坛感到关切。只要有些国家不认真对待《宣言》中提出的目标和权利，土著人民的权利和福利就会受到损害。

6. 为了解决对《宣言》的认知不足、执行上没有一致性的问题，一种办法是设立一种机制来保护、审查、监测和报告《宣言》的执行情况。这个机制可以通过制定一项任择议定书来赋予它权力。关于这种任择议定书的技术方面问题，没有什么可供借鉴的文献。没有文献反对制定任择议定书的主张。事实上，文献显示，联合国系统内有不少很有说服力的先例，在过去 30 多年中，为未能最终成为供各国加入和批准的条约形式的国际人权文书——特别是宣言——建立了附加机制或补充机制。我们提请注意早在《消除对妇女一切形式歧视公约》缔结之前几十年，经济及社会理事会在 1947 年以 E/76(V) 号决议设立的妇女地位委员会所实行的来文程序。此外，自 1975 年以来，人权委员会(2006 年改为人权理事会)就时不时设立各种各样旨在更好地保护人权的机制，特别是在侵犯人权行为一贯地发生的地方。经社理事会在 1970 年以第 1503(XLVIII) 号决议设立的处理与人权和基本自由遭受侵犯有关的来文的程序(称为“1503 程序”)，就是其中一种机制。另一种不是基于条约的机制，是人权委员会以第 1991/42 号决议设立的任意拘留问题工作组，人权理事会以第 6/4 号决议及其后几项决议延长了它的任务期限。这个工作组的任务，是以《世界人权宣言》第七条，第九至十一条，第十三、十四条，和第十八至二十一条为依据，审议个人提出的投诉。另一个例子是人权委员会在 1980 年以第 20(XXXVI) 号决议设立的被强迫或非自愿失踪问题工作组。

7. 在对《宣言》任择议定书的可能形式和内容进行讨论之前，必须先提出并且确认一些基本原则。如上面指出，《阿尔塔宣言》提议设立一个保护土著人民权利的联合国新机构；基于本研究报告提出的任何新机制也应如此。必须注意的是，向常设论坛提出的建议讲明，它应突出土地、领土和资源的问题。但是，在推动拟订可能的任择议定书时，必须充分确认强调人权的普遍性和各种人权——包括《宣言》中提出的人权——的相互关联性、相互联系性、不可分割性和相互依存性的基本原则。¹《宣言》是一个专门处理土著人权的文书，所以必须作为一个整体来理解，必须将其各项条款互相联系起来进行解释。

¹ 例子见 H. Steiner, P. Alston 和 R. Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 第三版(Oxford University Press, 2007); J. Donnelly, “The relative universality of human rights”, *Human Rights Quarterly*, 第 29 卷第 2 号(2007 年 5 月); E. Brehms, *Human Rights: Universality and Diversity*(The Hague, Martinus Nijhof, 2001); 人权事务高级专员办事处, “什么是人权?” 可查阅 www.ohchr.org/ch/issues/pages/whatare-humanrights.aspx; Dalee Sambo Dorrough, “人权”, 载在联合国, 《世界土著人民状况》报告(联合国出版物, 出售品编号 09.VI.13), 第四章; 联合国人口基金, “人权原则”, 可查阅 www.unfpa.org/rights/principles.htm。

8. 此外，通过联合国各个条约机构和机制，以及在非洲、在美洲体系和在其他区域逐渐发展出来的判例，也仍然十分重要。非洲人权和人民权利委员会、美洲人权法院等区域机构作出的裁决，都具有法律约束力。这类判例必须受到保障，不应因任何可能建立的机制而受到任何形式的减损或削弱。在这方面，《宣言》的自愿议定书就意味着，各国不能坚持认为某些相互矛盾的理解或者不合标准的立场对土著人民具有约束力。事实上，鉴于《宣言》中提出的各种人权规范——包括平等、不歧视、文化完整性、财产和自决等核心原则——所具有的规范性意义，讨论和拟订新的程序和自愿议定书是国际人权法领域的自然发展(见 A/68/317，第 64 段)。在妇女权利、任意拘留和失踪等问题上，就是这样的情况。

9. 实际上，本研究报告的任何结果，包括可能通过谈判达成的谅解或协定，都不可以低于《宣言》的最低标准。任何结果都必须与保护和促进土著人民的权利以及与联合国和区域条约机构的判例相符。因此，将来设立的任何机制，都要按照得到各国和土著人民同意的广泛条件来制定。

10. 下文第二节说明什么是任择议定书，以及国际人权法为什么要采用任择议定书，并且提供一些现有的任择议定书的例子，和说明这种文书的局限。第三节将说明，为什么《宣言》会因一项任择议定书而得到加强。

二. 什么是任择议定书？

11. 任择议定书是一项主要协定的补充协定。人权条约往往附有任择议定书，目的是为保护人权和执行原条约设立具体的投诉机制和程序，或者订出须获缔约国认可的进一步措施来在某个实质方面对条约作出补充。按照国际法，缔约国一旦加入，任择议定书就对其具有法律约束力。任择议定书“可以针对与原条约有关的任何主题，用意是进一步处理原条约中提到的某个或某些问题，处理新的或新出现的受关切问题，或者为条约的运作和执行增设一种程序，例如增设个人投诉程序”。²

12. 任择议定书往往包含比其原条约更严格的措施；缔约国可以选择是否批准任择议定书，因此任择议定书不是自动对条约的原缔约国具有约束力。此外，任择议定书有它们自己的独立于原条约的具体批准机制；一般来说，只有已经同意接受原条约约束的国家才能批准该条约的任择议定书。³

为什么要制定任择议定书？

13. 如果一项条约没有为其执行和问责作出足够的规定，往往就会为履行这一功能创订一项任择议定书。问责功能可以采用一种叫做“来文程序”或者“调查程

² 联合国儿童基金会，《儿童权利公约》简介，可查阅 www.unicef.org/crc/files/Definitions.pdf。

³ 《儿童权利公约》的任择议定书是例外。

序”的个人投诉程序。来文程序允许个人或者代表个人的团体向负责监测条约执行情况的监督委员会提出投诉。调查程序让监督委员会能够自行决定进行调查。联合国人权条约体系中有一项任择议定书，规定了各个人权委员会的司法和审查权，就是说，通过这项任择议定书，一个委员会可以用与传统人权法庭相似的方式，对个人投诉进行审查。另外，在人权遭受严重和系统侵犯的情况下，有些委员会能启动调查，以图对有关的缔约国进行问责。⁴

14. 此外，赋予一个条约机构“预警”和“紧急行动”能力，它就能介入正在持续发生的侵犯人权“紧急”情况，以图迫使有关国家立即遵守条约的规定。

15. 为《公民权利和政治权利国际公约》制定两项任择议定书的原因是，缔约国认为，为求达成《公约》的目标及实施其各项规定，允宜授权人权事务委员会接受并审查声称因《公约》所载任何权利遭受侵害而成为受害者的个人的来文。

16. 第一项任择议定书设定一个个人投诉机制，使个人能向人权事务委员会提出投诉或来文；第二项任择议定书的目的是废除死刑，也是由人权事务委员会监测其执行情况。

17. 大会第 54/4 号决议回顾《北京行动纲要》支持妇女地位委员会推动的进程，以便就请愿权程序拟订一项可尽快生效的《消除对妇女一切形式歧视公约》任择议定书草案，于 1999 年 10 月 6 日通过了该任择议定书；它于 2000 年 12 月 22 日开始生效。

18. 该任择议定书包含调查程序和投诉程序，使消除对妇女歧视委员会能对在任择议定书缔约国发生的严重和系统地侵犯妇女人权的行为进行调查(第 8 条)。任择议定书是基于《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第二十条所设定的调查程序。

19. 《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》不像别的任择议定书那么明显地在序言中说明制定任择议定书的理由，但允许由一个国际专家机构对侵犯妇女人权的重大行为进行调查；在个人来文未能反映广泛发生的侵犯妇女权利行为的系统性的情况下可以起作用；允许在个人或团体(因为实际理由或者害怕报复)可能无法提交来文时，对广泛发生的侵权行为进行调查；给予委员会机会针对导致侵权行为的结构性的原因提出建议；和允许委员会处理特定国家多方面的问题。⁵

20. 《儿童权利公约》有两项同时获得通过的任择议定书，一项是关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书，另一项是关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品

⁴ 见推动制定经济、社会及文化权利国际公约任择议定书联盟，“立即行动起来！”宣传资料包，2004 年，可查阅 www.iwraw-ap.org/documents/OP_to_ICESCR_Advocacy_KitInt.pdf。

⁵ 联合国促进性别平等和增强妇女权能署(妇女署)，《消除对妇女一切形式歧视公约》：什么是任择议定书？可查阅 www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/whatis.htm。

的任择议定书。前者在序言中明确说明了其拟订和通过的理由，指出：缔约国对于武装冲突对儿童造成的有害和广泛影响以及对持久和平、安全和发展造成的长期后果感到不安，并且谴责在武装冲突情况中以儿童为目标，以及直接攻击受国际法保护的物体，包括学校和医院等一般有大量儿童的场所的行为。序言中还指出，有必要进一步加强《儿童权利公约》所确认权利的行使，并注意到《国际刑事法院规约》获得通过，特别是将征募或招募不满 15 岁的儿童，或在国际武装冲突和非国际武装冲突中利用他们积极参与敌对行动定为战争罪。

21. 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》于 2006 年 6 月 22 日开始生效。它的目的是创建一个由独立国际机构和国家机构对存在被剥夺自由者的地点进行定期查访的制度，以防范酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。序言中明文指出，制定任择议定书是为了加强对被剥夺自由者的保护，使其免受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。

22. 《残疾人权利公约任择议定书》于 2008 年 5 月 3 日开始生效。根据任择议定书，缔约国承认残疾人权利委员会有权接受和审议本国管辖下的个人自行或联名提出或以其名义提出的，声称因为该缔约国违反公约规定而受到伤害的来文（第一条）。

任择议定书有什么局限？

缔约国

23. 任择议定书的最常见局限是，只有属于已经加入和批准相关条约的国家的个人或团体才能使用来文程序。

法律地位

24. 根据任择议定书作出的委员会决定的法律地位各不相同。国际法的基本原则之一是，国家法律系统具有最高主权地位，一项决定通常要先通过一项授权法案，将国际法转变成国内法，才能在国内具有法律效力；委员会的“意见”不像国内法院的裁决那样具有约束力，但也不是任由各国随意忽略不顾。委员会意见的法律效力处在这两个极端之间，其报告最低限度能提供具有很强说服力的分析和指导。⁶ 任择议定书基本上是“任择”的，也就是自愿的，因此批准任择议定书所表示的，是国家和与相关主题有关的个人及团体之间（就本《宣言》而言，就是土著人民和国家之间）的诚意互动。

⁶ Human Rights Resource Law Centre, “Australia’s ratification of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 2009 年 7 月，墨尔本。

保留

25. 缔约国在批准条约或任择议定书时，可以提出保留，只要这些保留不违背该文书的原则。不过，由于《宣言》是大会的宣言，所以没有必要这样做。事实上，由于宣言不是条约，所以其任择议定书基于其自愿或任择性质，反而可能达成更持久的得到各方同意的结果。

三. 《联合国土著人民权利宣言》为什么需要一项任择议定书？

26. 虽然各国按照国际法，已在自决权和财产权方面承担了具有约束力的义务，但是在土著人民方面，根据习惯国际法，迫切需要进一步采取一些明文规定的措施。需要建立一种机制来对《宣言》的内容和实效进行监测。同各国合作拟定的任择议定书，是能够促进这个进程的一种机制。特别是在自决权，土地、领土和资源权利以及自由和事先知情同意权方面，有必要监测和巩固这些权利的内容和实效。说明这个机制的迫切性的，主要是土著人民权利问题特别报告员在他的工作报告中，根据他 5 年来的观察，提出了一个引起关切的问题，就是关于《宣言》地位和内容的某些模糊性和立场问题减弱了对《宣言》的承诺(A/68/317, 第 87 段)。特别是，《宣言》一直被描述为“不具约束力或纯粹鼓励性的文书，从而削弱《宣言》的地位并为减少对《宣言》条款的承诺找到借口”(同上，第 60 段)。

什么是宣言？

27. 宣言是大会根据《联合国宪章》第十三条通过的决议，该条授权大会作出建议，以促进国际法的逐渐发展与编纂，和不分种族、性别、语言或宗教，助成全人类人权及基本自由的实现。⁷ 宣言可以同条约进行比较或者对比，后者对那些批准条约并将其纳入国内法的国家具有“约束力”。在考虑《宣言》时，“具有约束力”和“不具约束力”之间的差别成了一个突出的问题。过分强调《宣言》不具约束力的地位，就可能意味着这个文书没有效力或法律后果；但这是不正确的。特别报告员认为，简单地说《宣言》不具约束力，不但无法完整地描述其规范性意义，更有可能造成误解。长久以来的普遍认识是，大会的标准制定决议也可以通常会产生法律影响，尤其是当该决议被称为“宣言”时，因为这一名称通常专门用于具有深刻意义的标准制定决议(同上，第 61 段)。

28. 就大会的宣言而言，即使《宣言》本身不具有条约那样的法律约束力，但《宣言》反映了与《宪章》、其他条约承诺和习惯国际法有关的法律承诺。《宣言》是把各国根据《宪章》承担的普遍人权义务具体化的结果，其基础是已被纳入广泛批准的人权条约的非歧视、自决和文化完整性等基本人权原则，这一点明确体现

⁷ 本研究报告把重点放在大会通过的宣言。不过，大家都知道，并不是所有宣言都是由大会通过的，例如由国际劳工组织(劳工组织)通过的宣言。

在联合国条约机构的工作中。此外，可以看到，《宣言》的核心原则已被国际和各国的实践普遍接受，因此在这一意义上，《宣言》体现了习惯国际法。

29. 在习惯国际法的问题上，Emmanuel Voyiakis指出，大会决议能激发新的习惯国际惯例的发展，并且往往能帮助加强现有习惯惯例的针对性，⁸《世界人权宣言》就是一个例子。

30. 《宣言》尽管不具约束力，也没有条约地位，但它是一个共识文件，得到联合国大多数会员国(后来更得到全体会员国)支持，因为它已经“体现很多已获国际习惯法和条约法保护的人权原则，并且为缔约国与全世界土著人民的互动设定了最低标准”。⁹ 这个共识以及这个文书的权威性意味着，根据《宪章》，特别是第一条第二项、第一条第三项、第五十五条和第五十六条，会员国有义务尊重和促进那些权利。

习惯国际法

31. 国际法协会土著人民权利实施问题委员会(前身为土著人民权利委员会)和土著人民权利问题特别报告员的立场是，《宣言》的一些方面构成习惯国际法。土著人民权利中引起关于习惯国际法的讨论的相关范畴是自决、自主或自治，文化权利和特性，土地权利及赔偿、补偿和补救。¹⁰ Lorie Graham和Siegfried Wiessner提供了以下解释：

[《宣言》]是国际社会对土著人民的主张作出的一个严肃、全面和权威性的回应，期待得到最充分的遵行。其中提出的一些权利已经成为习惯国际法的一部分，另一些则可能成为以后渐渐形成的习惯国际法的渊源。学者对各国实践和法律确念进行分析得到的结论是，土著人民有权保持和发展他们独特的文化特性、精神观、语言和传统生活方式；他们应享有政治、经济和社会自决权，包括多方面的自主权，并且对传统上属他们所有或以其他方式占有和使用的土地拥有权利。¹¹

32. 习惯国际法作为国际法的一个来源，在较多国家就一种规范及其内容和遵守达成共同一致意见时，就能产生出来。为了符合国际法院为习惯国际法订出的要

⁸ Emmanuel Voyiakis, “Voting in the General Assembly as evidence of customary international law?”, 载在 Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Stephen Allen 和 Alexandra Xanthaki 主编(Hart Publishing, 2011)。

⁹ Law Council of Australia, Background Paper, “Policy statement on indigenous Australians and the legal profession”, 2010年2月。

¹⁰ 国际法协会，土著人民权利委员会，海牙会议(2010年)：土著人民权利，临时报告，可查阅 www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024。

¹¹ Lorie M. Graham 和 Siegfried Wiessner, “Indigenous sovereignty, culture and international human rights law”, South Atlantic Quarterly, 第110卷第2号(2009年春季)。

求，除了法律确信(即各国认为这是法律规定的做法的信念)之外，还要有证据表明这是各国广泛的做法。¹² 在国家做法和信念确定下来之后，如果这种行为已是各方同意的做法，这个习惯就能成为具有约束力的国际法。虽然要证明这一点“大家都知道极难做到，”¹³ 但特别报告员认为，《宣言》中至少有一些以已获确认的人权原则为基础的核心规定拥有上述特征并因而体现习惯国际法，这一点不存在太多争议(A/68/317，第64段)。这得到国际法协会的支持，它指出，虽然不能认为可以把整个《宣言》视为习惯国际法的体现，但可以合理地把其中一些关键的规定视为符合一般国际法的既定原则，因此意味着存在各国应予遵守的具有约束力的等效、平行的国际义务。¹⁴

33. 此外，国际法协会在其报告中得出结论认为，各条约机构明确的司法实践和准司法实践，以及各国在国内和国际上的相关国家实践，都清楚地表明，国际社会存在一种普遍的法律确信和常规做法，认为为了保障土著人民的特性和基本权利而必须给予他们的某些基本特权现已具体化，成为习惯国际法范畴内的权利。¹⁴

国际法的强制性规范

34. 《宣言》还体现了强制法，即国际法的强制性规范。强制性规范是具有普遍性的规范，不容克减，即使有相反的条约规定也不可以。强制性规范包括免于遭受种族灭绝的自由，和禁止种族歧视的国际规范。此外，自决权也被很多人视为强制性规范。

土地、领土和资源

35. 对于习惯国际法，评论者和律师都同意的一个方面是，他们都认为土地、领土和资源是发展习惯国际法的一个独立范畴。据国际法协会认为，土著土地权方面的国家实践在立法(包括宪法)和司法两个层面发展。¹⁴ 《宣言》通过后，Anaya教授和Wiessner教授根据对土著土地方面的国家实践进行的一项全球研究的结果，论证认为，应该有一套独立的习惯法，给予土著人民对传统上属他们所有或以其他方式占有和使用的土地的划界、所有权、开发、控制和使用权利。¹⁵ 美洲人权法院在Mayagna(Sumo)Awasi Tingni社区诉尼加拉瓜案中肯定了这个规范。美

¹² 北海大陆架案(德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰)，判决，1969年国际法院案例汇编。

¹³ Megan Davis. “To bind or not to bind: the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples five years on”, Australian International Law Journal, 第19卷(2012)。

¹⁴ 国际法协会，临时报告。

¹⁵ S. James Anaya 和 Siegfried Wiessner, “The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: towards re-empowerment”, JURIST(2007年10月3日)，可查阅<http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>。

洲人权委员会在向该法院提出的这项诉讼中宣称，习惯国际法有一项国际规范肯定土著人民对其传统土地的权利。尼加拉瓜没有反驳这个说法，也就是默认了土著土地权受到习惯国际法保护的假定。

36. 此外，国际法协会找到了一些来自联合国机构的关于土地、领土和资源的判例，其中包括：人权事务委员会强调《公民权利和政治权利国际公约》缔约国切实归还土著人民祖先土地的义务(A/HRC/4/77, 第8段)；¹⁴ 消除种族歧视委员会在其第二十三号一般性建议中宣称，《消除一切形式种族歧视国际公约》缔约国有义务承认并保护土著人民拥有、开发、控制和使用自己部族的土地、领土和资源的权利，并且如果没有征得他们在自由和知情情况下的同意而剥夺他们传统上拥有或以其他方式居住或使用的土地和领土，则必须采取措施归还这些土地和领土(第5段)。¹⁶

37. 在这一点上，国际法协会的报告指出，近年来，为数相当多的国家制定了赔偿政策，向被剥夺土地的土著人民作出补偿。¹⁰ 该协会发现，采取这种做法的有阿根廷、澳大利亚、孟加拉国、伯利兹、玻利维亚多民族国、博茨瓦纳、巴西、柬埔寨、加拿大、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、印度、日本、老挝人民民主共和国、马来西亚、墨西哥、新西兰、尼加拉瓜、挪威、巴拉圭、秘鲁、菲律宾、南非、美利坚合众国、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、中国台湾省和欧洲联盟。¹⁰

四. 拟订《联合国土著人民权利宣言》关于土地、领土和资源的任择议定书的程序

38. 国家、第三方和土著人民在土地、领土和资源上的争端，历来是，并且仍然是旷日持久、花费不菲的诉讼主题。但是，常设论坛先前曾经强调，《宣言》能在改变土著人民与国家之间争端的进行方式方面发挥作用。如果同国家进行的谈判不获成功，那么在权利诉讼或者在向人权条约机构提出的投诉中，《宣言》可以成为一个重要的因素。《宣言》还可以帮助改变解决争端的进行方式，不是总是要求土著人民承担举证责任，而是由国家承担。与会者提到《宣言》在土著人民同国家的对话中得到有效利用的例子。

39. 《宣言》在土著人民同国家的对话中所能发挥的作用，正是拟订一项任择或自愿议定书的推动力。因此，重要的是要认真考虑这样一项协议所应包含的要素。我们认为，《宣言》的这个任择议定书应该是：(a) 自愿的；(b) 限于《宣言》中与土地、领土和资源有关的规定；(c) 通过土著人民和民族国家之间的广泛对话谈判达成；(d) 以“原则协议”为基础谈判达成。此外，根据任择议定书设立的委员会或者其他机制应由独立的人权专家组成。

¹⁶ HR1/GEN/1/Rev. 7, 第二十三号一般性建议(1997年), 土著人民的权利, 第5段。

A. 任择议定书的自愿性质

40. 为了使任何像任择议定书这样的机制发挥有效作用，制订令人满意的持久解决办法，必须采取渐进的发展方式。因此，我们提议，这个《宣言》机制应该是任择的或是自愿的，不应强迫各国参与。拟订这个机制的工作怎样做，应通过合作和伙伴关系来决定，这样才能体现《宣言》的精神。这个机制应提供一个非正式、自愿的程序或途径，让各方在一个合作的环境中解决分歧，以便达成互相可以接受的解决办法。最终的成果应是确保《宣言》的标准得到实施，和进一步保护及促进土著人民的权利。这种做法让参与者对成果有更多的控制权，并且有更大可能得到成功、可持续的解决办法。不过，这个自愿机制不能让各国利用来逃避现有国际或区域人权机构和机制或国内法院的监督；相反，任择议定书应邀请各国本着诚意行事，作出更大的承诺，以互相可以接受的解决办法为基础，提高相关的标准。

41. 这个机制最好是既有来文程序，又有调查程序。调查程序不妨鼓励采取更主动积极的做法，促使有关各方予以关注，并最终开展对话和谈判，而不是采取惩罚性的做法。国家“自愿”接受这个机制之后，这个程序就成为一个能启动对话和谈判的程序。

B. 限于《宣言》中与土地、领土和资源有关的规定的措施

42. 一开始就把这些初步自愿措施局限于与土地、领土和资源有关的问题，似是比较好的做法，因为看来这些规定所引起的问题，是须由国家、土著人民和第三方加以解决的最困难的问题。过去 10 年中，国际上有很多关于土地、领土和资源的诉讼和判例，突显出这种做法的重要性和迫切性。¹⁷ 土著人民权利问题特别报告员的报告描述了世界各地土著人民为他们的土地、领土和资源进行的大力斗争，有力地证明，迫切需要建立一种机制来鼓励各方进行谈判和对话。设立一个委员会或者其他机制，可以就既定原则和拟订规范的问题进行监督和提供专家咨询意见。例如，许多人，尤其是工商界，很关注自由事先知情同意的问题。这个机构可以借鉴得到人权理事会第 17/4 号决议认可的《工商企业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》(A/HRC/17/31，附件)。国家、土著人民和第三方可以选择以特别报告员根据同各利益攸关方进行的全面协商，为厘清自由事先知情同意的程序方面问题而做的重要工作为基础，对自由事先知情同意的内容和意义进行讨论，使这种同意的含义有较大的一致性，并且可能有助于避免花费不菲的诉讼。

¹⁷ 国际法协会，临时报告；国际法协会，土著人民权利委员会，索非亚会议(2012 年)，最后报告，可查阅 www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024。两份报告都讨论了具体与土著土地权有关的诉讼和判例都非常多的问题。例如，见“萨拉亚库的基切华族土著人民诉厄瓜多尔案”(案情实质和赔偿)，美洲人权法院，C 系列，第 245 号，2012 年 6 月 27 日；“少数民族权利发展中心(肯尼亚)和国际少数民族团体组织代表 Endorois 福利协会诉肯尼亚案”(案情实质)，非洲人权和人民权利委员会，第 276/2003 号来文，2009 年 11 月 25 日。

43. 必须认知到的是，关于自由事先知情同意，《全球契约》及人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组都明文谈及《宣言》。而且，多个特别报告员和独立专家也继续在《宣言》、联合国人权条约机构、区域人权机制、常设论坛和土著人民权利专家机制的范围内处理自由事先知情同意的问题。因此，与《宣言》相联系的任择议定书和委员会或其他机制可以为保护和促进土著人民的权利提供相应的指导。以《宣言》中关于土地、领土和资源的规定为基础制定一项任择议定书，可以视为一个起点，以后可以把相关措施扩大到整个《宣言》，根据对各种人权的相互关联性、相互依存性、不可分割性和相互联系性的了解，确保把这些基本规定放在整个《宣言》、其他国际人权法和相关国内法的范围内来加以解释。

C. 通过土著人民和国家之间的广泛对话谈判出来的措施

44. 为制定任择议定书而进行的谈判，必须通过土著人民和国家之间的广泛对话进行。为此可以举办一系列专家会议，设立一个人权问题工作组，或者由土著人民权利专家机制、土著人民权利问题特别报告员和常设论坛协调进行。为了确保任择议定书的合法性，双方的对话和谈判极其重要。也很重要，土著人民的参与是实现自决权的一种方式，在这个过程中，自由事先知情同意的全部必要要素都会启动起来。此外，就像在拟定《宣言》时一样，如果土著人民和国家在拟定这个机制的过程中发挥平等的作用，双方就更有可能认真对待这个机制的工作。

D. 以“原则协议”为基础谈判出来的措施

45. 最后，一种很有建设性的做法，是拟定一项强化土著人民权利的“原则协议”，以便在基本原则上达成协议，用来指导关于《宣言》任择议定书的讨论或谈判。这样，所有各方在设计或者创设这个迫切需要的机制的整个过程中，都清楚了解所应遵从的基本规则。协议可以包括以下内容：确认《宣言》及其规范性意义；平等和不歧视原则；土著人民直接参与谈判时的自决权具有充分效力；承认任择议定书的用意是促进和保护土著人民的权利；确认所有各方本着诚意行事的必要性；接受《宣言》所订各种标准的相互关联性；为完成关于任择议定书的讨论、对话或谈判提议一个时限；和提供财务支助确保土著人民能直接参与讨论。

E. 由独立人权专家组成的委员会或其他机制

46. 委员会或其他机制应由一组熟悉土著文化，有这方面技能、教育背景和(或)经验的独立国际人权法专家组成。成员应经过证实对《宣言》各个专题领域具有专门知识。在土著人民和有关国家合作下，可以召唤或者任命组内的成员，派他们去对某项来文程序或调查程序中提到的情况进行审查。这个职位要求任何成员随时做好准备并且愿意在有需要时被派遣去某个国家。所提议的这个机制的组成，能促进敏捷性、正直性和最高水平的国际法专门知识。最后，我们相信，本

着《宣言》起草过程中体现的合作精神，土著人民作为《宣言》所载各种权利的受益者，在同各国合作挑选专家方面应该有较强的影响力。¹⁸

五. 结论和建议

47. 编写本研究报告是回应常设论坛第十一届会议的一项建议，内容是关于为《联合国土著人民权利宣言》拟订一项任择议定书，重点是研究是否可能设立一个自愿机制，作为国际一级的投诉机构，特别是处理涉及在国内一级对土著人民土地、领土和资源权利的主张和侵犯的投诉。这项建议是对设立一种自愿或任择机制来监测《宣言》执行情况必要性进行了多年讨论之后提出来的。研究报告突显出联合国对于缺少综合全面的国家、政治和法律举措来维护《宣言》的最低标准所感到的关切。特别是，土著人民权利问题特别报告员在他提交大会的年度报告(A/68/317)中强调，他严重关切各国淡化或者尽量削弱《宣言》的意义和内容来“弱化”它的行为。

48. 为了设立一个自愿或任择的机制来提供一种投诉机制，以便在《宣言》所体现的伙伴原则的基础上进行谈判和对话：

- 这个机制应是自愿的，应有关国家(包括第三方)和土著人民的请求行事。
- 这个机制应限于具体与土地、领土和资源有关的《宣言》规定及冲突或争议问题。
- 这个机制应通过土著人民和国家按照共同商定的条件进行广泛对话谈判制定。
- 根据任择议定书设立的委员会或机制应由有国际法和土著人权(包括《宣言》)方面经验、由土著人民和各国合作挑选的主要国际律师组成。这些成员将没有报酬(费用报消除外)；他们还应容易找到，并且愿意接受派遣。

¹⁸ 《宣言》的起草过程本身就是一个先例。当时土著人民实际上修改了联合国的规则，他们坚持要求，并且成功地在制定标准的整个过程中直接发挥作用，包括在一些阶段，在各起草小组的重要会议上，由土著人担任共同主席。这种做法得到会员国支持，其依据是，土著人民是《宣言》的最终受益者。此外，鉴于土著人民对土地、领土和资源的权利，他们历史上受到的不公平对待和遭受的掠夺，以及土地权被剥夺，所以纠正这种状况的责任完全应当由国家承担起来。一般情况见 K. McNeil, “The onus of proof of aboriginal title”, *Osgoode Hall Law Journal*, 第 37 卷第 4 号(1999 年冬季)，作者论证认为，土著人民应能提出以现在或过去的占有权为依据来推定土著所有权，从而把证明所有权属于国家的责任转移给政府。