



## 人权理事会

## 第二十四届会议

## 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\*

## 采掘工业和土著人民

## 概要

本报告是土著人民权利问题特别报告员詹姆斯·安纳亚按照人权理事会第 6/12 和 15/14 号决议向人权理事会提交的最后一份专题报告。本报告以先前报告为基础，讨论了与采掘工业相关的土著人民的人权关切。特别报告员力图加深人们对与这些关切相关的国际人权标准的内容和所涉问题的理解，确定在这些标准方面他所找到的共识点并在这些共识点基础上向前拓展。他提供了一系列观点和建议，这些观点和建议借鉴了他所研究的实际经验，并提出了符合国际标准并有助于实现土著人民权利的资源开采新模式。该报告未涉及自愿与世隔绝的土著人民的独特问题和人权标准。

\* 本报告附件不译，原文照发。

## 目录

	段次	页次
一. 导言.....	1-7	3
二. 优选模式：通过土著人民的自主行动和企业开 采资源和发展.....	8-17	4
A. 土著人民自主的自然资源开采和发展是对 其自决权和相关权利的行使.....	9-11	4
B. 国家对土著人民自主行动和企业的支持并 将其作为首选.....	12-17	5
三. 标准情景：国家或第三方企业推动开采土著领 土内的自然资源.....	18-40	6
A. 土著人民有权反对采掘活动.....	19-25	6
B. 自由、事先和知情同意原则.....	26-36	8
C. 无同意情况下在土著领土内的自然资源开采.....	37-40	11
四. 获得并维持土著人民对国家或第三方工商企业 推动的采掘活动的同意之条件.....	41-78	11
A. 建立充分保护土著人民权利的国家规管制度.....	44-46	12
B. 对公司域外活动的规制.....	47-48	12
C. 土著人民参与国家资源开采和发展战略规 划和对他们在规划中的权利的尊重.....	49-51	13
D. 采掘公司恪尽职责，尊重土著人民的权利.....	52-57	13
E. 公平和充分的磋商和谈判程序.....	58-71	14
F. 以权利为本的公平协议和伙伴关系.....	72-78	17
五. 结论和建议.....	79-92	18
附件		
Summary of activities of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, 2012-2013 .....		21

## 一. 导言

1. 全世界出现的开采和开发矿物和化石燃料(煤、石油和天然气)的热潮，加之<sup>1</sup> 剩余的这些自然资源多位于土著人民土地上，对<sup>2</sup> 土著人民的生活造成了不断增加和日益普遍的影响。正如特别报告员的先前报告(例如，A/HRC/18/35, 第 30-55 段)所充分记录的，世界各地的土著人民遭受了采掘业的负面、甚至是灾难性影响。
2. 尽管有这种负面经验，展望未来，我们不能假定，采掘工业和土著人民的利益完全或总是相互矛盾。在对全球状况进行考察的过程中，特别报告员发现，在许多情况下，土著人民愿意讨论从其领土上以有利于他们和尊重其权利的方式开采自然资源的问题。人们提请特别报告员注意，在许多情况下，土著人民同意在其领土内进行工业规模的资源开采，他们甚至自己采取了采矿或开发石油或天然气的主动行动。
3. 另一方面，一定会有这样的情况：资源开采根本不符合土著人民的自身愿望和发展优先事项，或妨碍他们使用对其身体安康和文化与生活完整性至关重要的土地和自然资源。最近几年，采掘部门私人公司和国家对土著人民在这方面的权利越来越敏感，技术进步也减少了采掘活动对环境的影响。然而，在许多地方，由于负面经验，土著人民仍对采掘工业抱有怀疑甚至敌视态度。
4. 特别报告员进一步指出，在大多数地方，在土著领土内开采自然资源仍在普遍使用的商业模式并非充分有利于实现土著人民的权利，特别是他们对受影响土地和资源的自决权、所有权和文化权利。正如特别报告员 2012 年的人权理事会报告(A/HRC/21/47, 第 74 段)所指出的，资源开采主流模式是，一家外部公司，在国家的支持下，控制采掘活动并从中渔利，而受影响的土著人民最多只得到工作或社区发展项目等利益，通常，这些利益与公司所得利润相比在经济价值方面相形见绌。
5. 由于资源开采日益增加，对土著人民的影响也日益增加，因而，扭转历史趋势和保障土著人民在这方面的权利势在必行。作为一个起点，所有有关行为方都应对土著人民的国际公认权利的内容和对这些权利可能受采掘活动影响时应指导国家和企业行动的原则有广泛了解。此外，需研拟新的自然资源开采商业模式，这种模式与目前在世界许多地方普遍使用的模式相比更有利于土著人民充分享受

---

<sup>1</sup> 参见：World Bank, “The World Bank Group in extractive industries: 2011 annual review” (2011), pp. 8-14. 可在以下网站参阅：[http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/WBG\\_EI\\_Annual\\_Report\\_FY11\\_Final.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/WBG_EI_Annual_Report_FY11_Final.pdf)。

<sup>2</sup> 土著事务国际工作组，“土著人民、跨国公司和其他工商企业”，简要说明(2012年1月)，原文第1页。可在以下网址参阅：[www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0566\\_briefing\\_2.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0566_briefing_2.pdf)。

自己的权利。在提交人权理事会的先前报告中，特别报告员力图阐明土著人民在采掘业方面所面临的问题，并促进对在这方面适用的国际人权标准的理解。<sup>3</sup>

6. 在提交理事会的本份最后报告中，特别报告员力图加深人们对有关国际人权标准的理解，确定在这些标准方面他所找到的共识点并在这些共识点基础上向前拓展。他提供了一系列观点和建议，这些观点和建议借鉴了他所研究的实际经验，并提出了符合国际标准和有助于实现土著人民权利的资源开采新模式。

7. 在编写本报告过程中，特别报告员受益于与土著人民、国家、采掘部门企业、非政府组织和专家代表进行的广泛磋商。特别报告员感谢所有通过他的问卷和信息请求提供观点和深刻见解的人士，也感谢主持磋商的土著人民组织和其他组织和有关政府。<sup>4</sup>

## 二. 优选模式：通过土著人民的自主行动和企业开采资源和发展

8. 与流行模式(在这种模式下，土著领土内自然资源开采处于他人控制之下并主要服务于他人利益)形成对照的是，在一些情况下，土著人民建立并经营自己的企业，开采和开发自然资源。土著居民控制资源开采这种备选办法，由于其本身性质，更有利于行使土著人民的自决权、土地和资源权、文化适宜发展权和相关权利，符合《联合国土著人民权利宣言》<sup>5</sup>和其他国际权威来源。<sup>6</sup>

### A. 土著人民自主的自然资源开采和发展是对其自决权和相关权利的行使

9. 作为其自决权的一部分，“土著人民有权确定开发或使用其土地和领土方面的优先事项和战略”。<sup>7</sup> 这项权利必然意味着，土著人民有权采取自主行动，在其领土内开采资源——如果他们选择这样做。在土著人民保留在其土地上的所有资源包括矿产资源和所有其他地下资源的所有权的情况下，资源所有权自然包括开采和开发权。但即使在国家根据国内法主张拥有地下资源或其他资源的情况下，土

<sup>3</sup> 参见 A/HRC/18/35, 第 22-89 段和 A/HRC/21/47, 第 34-76 和 79-87 段。

<sup>4</sup> 特别报告员希望特别感谢以下各方在组织有关磋商方面所提供的协助：澳大利亚最先住民全国大会、亚洲土著人民同盟、萨米理事会、亚利桑那大学罗维尔矿产资源研究所、巴伦支海欧洲北极理事会、国际和平旅、大赦国际、土著人民联合会、阿尔马西加、国际采矿和金属理事会、哈佛美国印地安人经济发展项目、英国米德塞克斯大学法学院、可持续发展战略小组和 RESOLVE 组织；以及挪威、西班牙和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府和西澳大利亚州(澳大利亚)。他还希望感谢赛勒斯·万斯国际司法中心、弗吉尼亚大学国际人权法诊所和亚利桑那大学土著人民法律和政策方案对本报告编写过程中使用的背景研究资料所提供的协助。

<sup>5</sup> 例见，第 3、5、26 和 32 条。

<sup>6</sup> 例见，国际劳工组织(劳工组织)国际劳工组织《关于独立国家土著和部落民族的第 169 号公约》(1989 年)，第 13-15 条；《公民权利和政治权利国际公约》，第一条和第二十七条；《消除一切形式种族歧视国际公约》，第五条(卯)款第(5)项。

<sup>7</sup> 《联合国土著人民权利宣言》，第 32 条第 1 款。

著人民也有权采取自主行动，至少按照国家一般允许其他方的条件，开采在其领土内的自然资源。

10. 特别报告员指出，土著人民采取自主行动，按照自己的优先发展事项，控制在自己领土上的资源开采之模式，已在一些国家获得稳步发展，在这些国家中，土著人民开发了有关商业和技术能力。例如，在北美，有几个值得注意的案例。在这些案例中，土著民族或部落拥有和经营公司，从事石油和天然气生产，管理电力资产或投资于替代能源。在许多此类案例中，他们与非土著公司合作发展采掘企业，在这些企业中，他们拥有或最终拥有多数所有者权益。

11. 当然，即使是土著人民自己的企业进行资源开采也可对土著群体成员享受人权带来一定风险，特别是在自然环境方面。然而，经验表明，在土著人民自由选择开发自己的资源开采企业，并有足够的能力和内部管理机构加以支持的情况下，可将这种风险减至最小，自决权和相关权利可得到加强。

## B. 国家对土著人民自主行动和企业的支持并将其作为首选

12. 在遵守促进和实现土著人民权利之义务方面，各国应制定方案，协助土著人民发展能力和手段，采取主动行动进行自然资源管理和开发，包括开采，如果他们选择这样做。各国不仅有义务尊重人权——杜绝侵犯这些权利的行为，也有义务积极保护、促进和实现人权。<sup>8</sup> 国际人权法原则同样适用于从广泛适用的人权标准派生而来的土著人民的具体权利。

13. 成立企业开采、开发和销售自然资源，有赖于一系列商业和技术技能。此外，资源开采项目通常涉及大量创业投资，通常在若干年后才产生利润。显然，全世界绝大多数土著人民现在没有能力或财力发展自己的资源开采企业，或与非土著公司建立战略伙伴关系，从而有助于提高他们对采掘企业的控制。应采用长远观点，对希望走此道路并将其视为一个可加以利用的备选办法的土著人民提供援助；与其形成对照的是，其领土内的自然资源在他人控制下被采掘。土著人民不应被视为停滞于某个发展或能力阶段，他们应得到支持，使其能够按照自己的设计和期望，发展和提高能力。

14. 特别报告员注意到，在多个国家，有国家赞助的方案，协助土著人民管理自然资源或发展自己的创收企业，作为更广泛的发展援助方案的一部分。这些方案提供各种支持，例如赠款、贷款、优惠税务待遇、咨询服务、技能培训和奖学金。在存在这些方案的情况下，应加强这些方案，使其有专门的针对性，提供能力建设支持并向土著人民的自然资源管理和开采自主行动提供财政援助。在不存在这些方案的国家中，国家应引入并同样制定这种支持方案。国际、区域和国家捐助和发展机构也应支持土著人民自己的资源开采和发展举措。

<sup>8</sup> 《联合国宪章》第 1、2 和 56 条等条款为所有会员国规定了此项义务，该义务是国际法的一项一般原则；它适用于各国签署条约中和其他国际法来源中的人权。

15. 此外，国家对土著人民的支持还应包括，提供援助，帮助他们获得任何必要的执照或许可证。而且，在颁发执照或许可证方面，在土著人民在其领土内开采资源的举措和由第三方商业利益在相同土地上进行资源开采的任何举措之间，国家应优先考虑前者。

16. 土著人民的存在这一事实和性质是这种优惠之理由。从其特点而言，土著人民对他们居住的领土有强烈的文化依恋，他们在这些领土上的存在早于其他人。过去几代人以来，他们都是在其领土内的土地和资源的管理者，他们也努力为子孙后代维护这些土地和资源。十分常见的是，尽管有国家法律，土著人民按照自己的习俗或法律，对其领土内的所有资源，包括地下资源，提出所有权主张，很多时候，这些声索未得到充分解决。鉴于这些因素，承认土著人民在其领土内开采资源的优先权，如若不是一个权利问题，则是一个公平问题。

17. 此外，优先考虑土著人民在其领土内开采资源的举措，也是一个良好做法。土著人民自己进行资源开采，可最大化这样一种可能性：以尊重土著人民的权利和利益的方式进行这种开采活动。在土著人民自己控制资源开采的情况下，国家或第三方企业的采掘活动所固有的许多挑战和不稳定因素必然减少了或完全得到避免。此外，资源开采项目所产生的利润更有可能留在该国，而且，能力提高惠及本地人民。

### 三. 标准情景：国家或第三方企业推动开采土著领土内的自然资源

18. 正如作为其自决权和制定自己的发展战略的权利的一部分，土著人民有权采取自主行动进行资源开采，他们也有权拒绝采取此种行动，很多土著人民拒绝这种举措，无疑会继续这样做。然而，今天，与其说他们面临是否进行自主资源开采举措的选择，他们更经常面临的是，国家和第三方企业推行的资源开采项目，通常在国家是在主张拥有这些资源所有权的情况下。尽管在越来越多的情况下，土著人民接受这些举措，但在全世界更多地方，可以看到，他们正在抵制这些举措。

#### A. 土著人民有权反对采掘活动

19. 国际人权法稳固确立了言论自由权和参与权。<sup>9</sup> 凭藉这些权利，土著人民和个人有权反对采掘项目和活跃表达这种反对，无论国家是否对这些项目作了决策，包括通过组织和开展和平抗议行动。国家有义务尊重和保护言论自由权和参与权，仅可在很小范围内和出于公共秩序原因限制这些权利的行使。<sup>10</sup>

<sup>9</sup> 例见，《公民权利和政治权利国际公约》，第 19、22 和 25 条。

<sup>10</sup> 见同上，第 19 条第 3 款。

## 1. 免遭报复和暴力

20. 特别报告员注意到很多案例，在这些案例中，土著个人或社区由于反对采掘项目而遭受镇压。在若干案例中，反对采掘项目的土著个人和团体遭受了恐吓或暴力行为，包括造成了死亡。

21. 国家必须采取必要措施，确保土著人民和个人有权以和平方式表达对采掘项目的反对和在其他问题上发表意见，而不遭受任何恐吓或暴力或任何形式的报复。国家应向保安力量提供足够培训，追究实施或威胁实施暴力行为者的责任，并采取措施，防止国家和私人代理不合理地或过度使用武力。<sup>11</sup> 此外，对土著个人的抗议行为进行刑事起诉，不应作为压制土著言论的一种方法加以使用，仅在真正有犯罪行为的明确证据时才可进行。相反，侧重点应是，向土著人民提供途径，使其关切得到国家有关当局的倾听和处理。

22. 就采掘公司而言，它们应通过各种政策和做法，确保受雇于公司的保安人员按照有关人权标准行事并对土著文化和社会模式保持敏感。特别报告员强调，公司有责任按照人权理事会 2011 年批准的《工商企业与人权问题指导原则》尊重人权，而且，这种责任独立于国家可能(或可能不)对公司及其代理人规定的任何要求。

23. 特别报告员注意到《安全与人权自愿原则》，该《原则》正在通过一个进程加以推广，参与方有多个国家的政府、非政府组织和采掘与能源部门公司，包括世界一些主要矿业、石油和天然气公司。《自愿原则》使用一个人权框架，处理公司与国家和私人安全提供方的关系。该多利益相关方进程应予鼓励，但特别报告员认为，遵守原则不应被视为自愿。除了所有适用的人权标准外，所有采掘公司和有关国家当局都应了解并遵守《自愿原则》。

## 2. 免遭接受采掘项目或进行协商的不当压力

24. 除了滥用武力或直接报复等关切外，土著人民应免于来自国家或采掘公司代理人迫使其接受采掘项目的压力。为此目的，国家负责提供的基本服务，包括教育、保健和基础设施，不应取决于是否接受采掘项目。此外，国家和公司应防范国家或公司代理人对土著领导人的操纵或恐吓行为。

25. 最后，国家不应坚持要求，或允许公司坚持要求，土著人民进行关于所建议的采掘项目的磋商——他们对这些项目已清楚表示了反对。现在，人们已清楚地认识到，国家有义务与土著人民进行磋商，商讨对其有影响的决定，包括关于采掘项目的决定。在遵守这项义务方面，国家有义务向土著人民提供符合国际标准的适当磋商程序，并充分鼓励土著人民参与这些程序。(参见以下第 58-71 段)。然而，特别报告员认为，在国家作出项目磋商努力时，在有关土著人民方面，他们明确反对提议的项目并拒绝进行磋商——在一些国家发生了这种情况，

<sup>11</sup> 参见《执法人员使用武力和火器的基本原则》(1990 年)。

国家的磋商义务即予免除。在这种情况下，国家和公司都不需或不应坚持磋商；同时，他们必须理解，在这种情况下，土著人民断然拒绝了同意。这样，问题就变成：土著反对和拒绝同意对于有关项目产生何种后果？

## B. 自由、事先和知情同意原则

26. 土著人民除了受言论保护之外，根据自由、事先和知情同意原则，他们对采掘项目的反对可产生决定性影响——《联合国土著人民权利宣言》的若干条款阐述了这项原则，在实践中，该原则正越来越多地被接受。<sup>12</sup>

### 1. 一般规则：土著领土内的采掘项目需要同意

27. 从《宣言》和多种其他国际权威来源以及<sup>13</sup>现实考虑中产生了一个一般规则：在未得到土著人民的自由、事先和知情同意情况下，土著人民领土内的采掘活动不应发生。土著人民的领土包括国家以某种形式授予他们或为其保留的土地、根据习惯保有制(无论有无正式所有权)他们历来拥有或占有的土地、或对其具有文化或宗教意义的其他区域或他们历来使用对其身体安康或文化习俗具有重要意义的其中资源的其他区域。在采掘活动对土著人民产生其他影响时，根据这些活动的性质及其对土著人民行使权利的潜在影响，可能也需要得到土著同意。对于可能影响土著人民的所有提议采掘项目，都应与他们进行磋商，至少应寻求其同意，即使是在并非严格要求同意的情况下。<sup>14</sup>

28. 此节所述一般规则源于自由、事先和知情同意的性质——它是国际公认的通常受到在其领土内发生的采掘活动影响的土著人民权利的一个保障。正如特别报告员先前所解释的(A/HRC/21/47, 第 47-53 段)，磋商和同意原则是参与权和自决权之关键，而且是土著人民可能受到外部行为方影响的所有权利的保障，包括根据国内法律或土著人民签署的条约土著人民享有的权利或《联合国土著人民权利宣言》等国际权威来源和各种广泛批准的多边条约所承认和保护的权利。除参与权和自决权外，这些权利还包括：与土地、领土和自然资源包括圣地和圣物相关的财产权、文化权、宗教权和不受歧视的权利；与清洁和健康环境相关的健康权和身体安康权；土著人民自行设定和实施发展优先事项，包括与自然资源相关的

<sup>12</sup> 特别报告员已投入大量精力，审查该原则的要义及其与国家就对土著人民产生影响的决定与他们进行磋商的义务之责任的关系。例见，A/HRC/12/34, 第 36-57 段；A/HRC/21/47, 第 47-53 和 62-71 段。

<sup>13</sup> 例见，《联合国土著人民权利宣言》，第 32 条第 2 款；美洲人权法院，萨拉马卡人诉苏里南，2007 年 11 月 28 日的判决，第 129-137 段(解释《美洲人权公约》)；人权事务委员会，第 1457/2006 号来文，Poma 诉秘鲁，2009 年 3 月 27 日通过的意见，第 7.5 和 7.7 段(解释《公民权利和政治权利国际公约》)；消除种族歧视委员会，关于土著人民问题的第 23 号一般性建议(1997 年)(解释《消除一切形式种族歧视国际公约》)；经济、社会和文化权利委员会，E/C.12/1/Add.74, 第 12 段(解释《经济、社会、文化权利国际公约》)。

<sup>14</sup> 参见《宣言》第 19 条，《国际劳工组织第 169 号公约》，第 6 条第 2 款。



优先事项(参见 A/HRC/21/47, 第 50 段和引用来源。)很明显的是, 鉴于工业规模自然资源开采的侵入性质, 采掘活动在土著领土内发生时, 这些权利的享受总会以一种或另一种方式受到影响——因此, 一般规则是, 土著领土内的采掘活动需要土著同意。

29. 这项一般规则得到了现实考虑的强化。人们越来越多地认识到, 在建议的采掘项目可能会影响土著人民或其领土的情况下, 一个显然的良好做法是, 国家或推动这些项目的公司获得有关土著人民的同意或赞同。这种同意或赞同提供了所需要的社会许可并为采掘项目运营商与受项目最直接影响者的积极关系打下了基础, 从而为项目带来了所需稳定性。

30. 拒绝同意可能会阻止公司或国家推动的采掘项目, 给予同意则可打开这些项目的大门。但是, 必须强调的是, 同意并非独立的合法性来源。确实源于人权框架的自由、事先和知情同意原则并非将同意视为仅仅对一个预先作出的决定说“是”, 或作为使不利于受影响土著人民的一个交易生效的手段。在给予同意时——不仅是在自由和知情基础上, 而且是在保护土著人民权利的公平条件下, 它将实现其人权保障作用。

## 2. 对一般规则的可允许例外之狭窄范围

31. 土著领土内采掘活动需获得土著人民同意这项一般要求可有某些例外, 但仅是在很狭窄界定的范围内。首先, 在可决定性地证明在土著领土内进行的采掘活动不会对土著人民行使与其领土内的土地和资源相关的任何实质性权利产生实质影响的情况下, 不需要征求同意<sup>15</sup>——鉴于采掘活动的侵入性质, 尤其是在土著人民居住在采掘活动的区域附近时, 这也许大多是一种理论上的可能性。更有可能的是, 在可证明采掘活动仅会对土著人民的实质性权利产生这样的限制: 在国际人权法所确立的某些狭窄范围内, 这种限制是被允许的。

32. 在国际人权法的确立学说范围内, 并且, 按照国际人权条约的明确规定, 国家可限制某些人权的行使, 例如财产权和宗教和言论自由权。然而, 如欲获得有效性, 这些限制必须符合一定标准——与在尊重人权的总体框架内界定的一个有效公共目的相关, 并且满足必要性和相称性。《联合国土著人民权利宣言》第 46 条第 2 款确定了此宣言所承认权利的可允许限制范围, 其最低标准如下:

此《宣言》所载权利的行使仅受这种限制: 这些限制是由法律确定的, 而且必须符合国际人权义务。任何此类限制都应是非歧视性的和绝对必要的, 仅仅是为了确保对他人的权利和自由的应有承认和尊重和满足一个民主社会的公正和最紧迫要求。

<sup>15</sup> 参见 *Poma*, 第 7.6 段(“对少数或土著群体有文化意义经济活动可造成实质性损害或干扰的措施”, 需进行磋商和征求同意)。

33. 应重申的是，同意起着对土著人民基本权利的保障作用。当土著人民在以保护其权利为目的的条件下对采掘项目给予自由同意时，可以有这样的假定：对行使权利的任何限制都是可允许的，而且，权利未被侵犯。<sup>16</sup> 另一方面，当土著人民拒绝同意在其领土内的采掘项目时，不适用这种假定。如欲实施一个项目，国家有责任证明，没有权利受到限制，或者，如果权利受到限制，这些限制是有效的。

34. 一项限制如欲获得有效性，首先，所涉权利必须是受国家限制的权利；其次，正如《宣言》所指出的，限制必须与一个有效的国家目标相关，以对他人人权的关切为动机，而且必须是必要的和相称的。美洲人权法院指出，土著人民在土地和资源方面的所有者权益，虽然受《美洲人权公约》的保护，可受国家限制，但这些限制必须满足必要性和相称性，与一个有效目标相关。<sup>17</sup>

35. 特别报告员指出，在一些案例中，国家动用了权力，征用土著人民在土地或地表资源方面的财产利益，以使用或许可使用国家声称对其拥有所有权的地下资源。这种征用是对土著财产权的一种限制，即使提供了公正赔偿，此类事件的一个临界问题是，这种限制是否与有效的公共目的相关。特别报告员警告说，这种有效的公共目的并不存在于纯粹商业利益或增加收入目标之中，当从采掘活动产生的利益主要是为了私利时，公共目的当然是不存在的。应重申的是，根据多种国际法来源，土著人民拥有与其传统领土相关的财产权、文化权和其他权利，即使这些权利的持有并无业权契据或其他形式的正式承认为依据。<sup>18</sup> 对土著人民所有这些权利的限制至少必须得到人权框架内的一个有效公共目的的支持，如同对国家正式承认的权利的限制一样。

36. 即使可为限制与土著领土相关的财产权或其他权利确定一个有效的公共目的，这种限制必须是必要的和与该目的相称的。就未获得土著人民同意而在其领土内进行的采掘活动而言，此项要求一般很难满足。在确定必要性和相称性时，必须适当考虑到受该项目潜在影响的多种权利对土著人民的生存所产生的影响。还应考虑到，在许多案例中，也许在绝大多数案例中，土著人民继续依据自己的法律或习俗对其领土内的地下资源声索权利，尽管国家法律作了相反规定。在判定国家的权利限制是否有对称性时，这些因素占有很大分量，从而加强了在土著领土内进行的采掘活动需要土著同意之一般规则。

<sup>16</sup> 参见萨拉马卡人(上文脚注 13)，第 127-134 段。

<sup>17</sup> 同上，第 127 段。

<sup>18</sup> 例见，美洲人权法院，Sawhoyamaxa 土著社区诉巴拉圭，2006 年 3 月 29 日的判决，第 128 段（土著人民对其土地的传统占有具有与国家授予的充分所有权对等的效力）。

### C. 无同意情况下在土著领土内的自然资源开采

37. 无论在具体案例中土著同意是否是一项严格要求，国家都应确保与土著人民就对其产生影响的采掘活动进行诚信磋商，并按照《联合国土著人民权利宣言》(第 19 条和第 32 条第 2 款)、《国际劳工组织第 169 号公约》(第 2 条)、《国际劳工组织第 169 号公约》(第 6 条第 2 款)和其他来源的要求，作出努力，达成协议或同意。

38. 在国家决定可允许在无土著同意情况下进行对土著人民产生影响的某个采掘项目并选择这样做时，国家仍有义务尊重和保护土著人民的权利，并必须确保实施其他适用的保障措施，尤其是采取措施，通过影响评估、减缓措施、补偿和利益共享，尽可能减小或弥补对权利的限制。与其在磋商方面的一般义务相一致，国家应确保作出诚信努力，与土著人民进行磋商并就这些措施拟订和达成协议。在衡量对权利的任何限制是否具有相称性时，也应考虑以下因素：这些措施是否适当？是否就这些措施进行了磋商？

39. 国家作出的在无受到采掘项目影响的土著人民同意情况下开展或允许某个采掘项目的任何决定，都应接受一个公正的司法权威的审查。司法审查应确保遵守适用的土著人民权利方面的国际标准，并就国家是否履行了为任何权利限制提供正当理由之责任问题，进行独立裁决。

40. 就公司而言，与其遵守人权之独立责任相一致，在无有关土著人民的事先同意情况下，在进行或致力于进行采掘活动之前，公司应恪尽职责，就无土著同意情况下的采掘作业是否符合和在何种条件下符合国际标准问题进行自己的独立评估。如果采掘活动不符合国际标准，无论是否得到国家的任何授权，都不应开展采掘活动。

## 四. 获得并维持土著人民对国家或第三方工商企业推动的采掘活动的同意之条件

41. 本报告开篇已指出，在提请特别报告员注意的在土著领土内或附近进行的大多数采掘活动案例中，由于负面或其认为的负面影响和无适当磋商或同意，有关土著人民反对采掘项目。然而，特别报告员了解到，在若干案例中，土著人民与国家或第三方工商企业订立了在其领土内开采资源协议。按照有关国际标准，对与土著反对和土著同意这两种情况相关的良好和差劣做法进行评估，有助于理解获得和维持土著人民对国家或第三方工商企业推动的采掘活动的同意之条件——即在公正和公平条件下获得土著人民的自由、事先和知情同意。

42. 在本报告第二章，特别报告员指出，如果开采活动拟在土著人民领土内发生，这些活动最好是在有关土著人民的控制下通过其自主行动和企业进行，这与自然资源开采由外部利益启动和控制的流行模式形成对照。然而，我们生活在这样一个世界中：在可预见的未来，用于自然资源开采的金融和技术能力在很大程

度上将掌握在非土著人手中，政治力量将继续加强现有行业行为方体系。在这种现实情况下，如有可能，有必要确定，在何种条件下，国家或第三方工商企业在土著领土上进行资源开采可充分尊重土著人民的权利。

43. 以下讨论虽未详尽无遗地列出所有有关因素，但它确定了某些关键条件，这些条件可为构建和维持与土著人民的协议奠定基础。这些条件提出了与土著人民构建尊重其权利的伙伴关系模式。

#### A. 建立充分保护土著人民权利的国家规管制度

44. 上文(第 12 段)已强调，国家不仅有义务尊重而且有义务保护、促进和实现人权，这项义务适用于土著人民的权利。在采掘业方面，国家保护人权的义务必然要求确保制定一个规管框架，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活动影响的其他权利；要求在所有有关国家行政决定和采掘公司的行为中尊重这些权利；在这些权利受到政府或公司行为方的侵犯时，提供有效制裁和补救。此种规管框架要求制定法律或法规，将土著权利国际标准纳入其中，并通过管理土地保有权、采矿、石油和天然气和其他自然资源开采或开办的各种国家行政部门将其具体操作化。

45. 在审查全球范围内的有关国家法律和法规过程中，特别报告员发现，规管框架存在缺陷，例如，在许多方面，土著人民的权利仍未得到充分保护，而且，在很多情况下，面对采掘工业，土著人民权利完全未得到保护。经验表明，在这种规管缺陷下，在土著人民附近的采掘活动很有可能危及或侵犯其权利并助长期冲突性社会环境。

46. 在有土著人民生活的几乎所有国家中，都需要进行立法和行政改革，以充分界定和保护他们对土地和资源的权利，包括对非其独用或独占土地的权利，例如可能受到采掘工业影响的与生存实践相关的权利或与具有文化或宗教意义的领域相关的权利。此外，需要新的或强化的规管机制，对与土著人民进行的磋商作出规定，并确保这种磋商遵守国际标准，包括自由、事先和知情同意原则。

#### B. 对公司域外活动的规制

47. 特别报告员指出，在采掘公司被视为对侵犯土著人民权利负有责任或有关联的许多案件中，侵权事件都发生在规管制度薄弱的国家，责任公司都位于其他国家，通常是更发达的国家。即使根据国际法国家没有义务监管设在其领土内的公司的域外活动，以迫使或推动公司遵守人权标准，但正如《工商企业与人权问题指导原则》所确认的，存在强有力的政策原因，要求国家进行这种监管。<sup>19</sup> 除

<sup>19</sup> 原则 2, 评注。

维护国家自身声誉外，这些原因还包括：国家负有朴素的道德责任，行使国家监管权，以促进人权并尽可能减少人类动乱。

48. 因此，国家应对设在其管辖范围内的公司采取监管措施，以防止并在适当情况下制裁和补救责任公司或涉案公司在海外对土著人民权利的侵犯行为。特别报告员注意到，在这方面，一些国家已制定了包括域外活动的监管措施，以处理某些情形下的人权关切，但对于土著人民的具体关切，其适用性有限。对公司域外活动进行监管，以推动这些公司遵守土著人民权利方面的国际标准，这种做法有助于建立这样一种跨国企业文化：这种文化尊重这些权利并可为采掘公司和土著人民之间的健康关系带来更大可能性。

### C. 土著人民参与国家资源开采和发展战略规划和对他们在规划中的权利的尊重

49. 国家通常将矿产、石油和天然气和其他自然资源视为战略资产，因此，在对有关行业的规制方面，许多国家进行长期和短期资源(包括土著领土内或附近资源)开发规划。这种战略性国家规划对法律的定义产生影响，塑成监管架构，并确定与资源开采相关的政策。这种规划还为关于资源开采项目的制定和实施问题的决定奠定基础。由于具有这些特点，资源开发战略规划可对土著人民及其权利享受产生深刻的——即使不是即刻的——影响。特别报告员感到关切的是，在他所研究的许多国家资源开发规划案例中，他仅发现几个显著案例，土著人民参与了规划进程，而且，其权利得到了考虑。

50. 与此相反的是，总体而言，特别报告员发现，存在这样的资源开采国家规划模式：在许多方面，这种模式可被视为启动了若干决定，这些决定损害了土著人民自行设定关于其土地和领土开发问题优先事项的能力。一些规划制度坚持使用竞争性投标或其他许可证计划，这些计划允许在与受影响的土著人民进行任何磋商之前分发资源勘探或其他采掘活动许可证。此外，国家规划通常强化了现有行业做法，不利于本报告所倡导的替代模式——在这种模式下，土著人民有机会对其领土内的资源采掘活动行使更大控制。

51. 使土著人民及其权利边缘化的国家规划模式必须扭转，以使土著人民能够通过适当的代表安排参与战略规划进程，一些国家或其下属政治区划至少在一定程度上已作出这种转变。土著参与资源采掘战略规划无疑有助于增加与土著人民就具体项目达成协议的可能性。

### D. 采掘公司恪尽职责，尊重土著人民的权利

52. 虽然国家在确保尊重人权包括土著人民的权利方面负有最终责任，现在，于公司责任的许多规制和自律框架反映了人们对工商企业在各种环境下在侵犯和实现人权方面可起到的作用的普遍理解。因此，《工商企业与人权问题指导原则》规定，工商企业有责任尊重国际公认人权，这种责任独立于国家义务。正如

特别报告员先前(A/HRC/21/47, 第 55-56 段)所解释的, 这种尊重人权的责任延伸到对关于土著人民权利(特别是《联合国土著人民权利宣言》所规定权利)的国际标准的遵守, 这项责任亦同样适用于对其他国际人权标准的遵守。

53. 由于在尊重人权方面的独立责任, 工商企业, 包括采掘公司, 不应假定, 遵守国家法律等同于遵守土著权利方面的国际标准。与这种假定正相反的是, 公司应恪尽职责, 确保其行动不会侵犯土著人民权利或卷入侵权行为, 并确定和评估资源开采项目的任何实际或潜在的人权不利影响。

54. 恪尽职责意味着, 在规划采掘项目的最初阶段, 细致地查明, 可能会受到项目影响的特定土著群体、这些群体在项目区域和附近的权利以及对这些权利的潜在影响。这种恪尽职责在确定项目可行性的最初阶段就应履行, 即在项目后期规划或决策阶段进行的更完整的项目影响评估之前。此外, 采掘公司应恪尽职责, 避免获取污点资产, 例如其他工商企业以前获得的勘探或采掘资源许可证, 这种勘探或采掘侵犯了土著人民的权利。

55. 恪尽职责还意味着, 确保公司不造成或受益于国家未能履行对土著人民的国际义务。因此, 如上所述(第 40 段), 例如, 采掘公司应避免在未满足事先磋商和同意要求的情况下接受国家的许可证或特许权。

56. 为确保恪尽职责做法和在尊重土著人民权利方面的一致性和有效性, 公司需要为此目的制定正式政策。公司政策应列出, 公司打算如何在各级决策部门实施这项政策, 它将如何恪尽职责并且在操作层面采取行动, 避免侵犯土著人民的人权或卷入这种侵权行为。<sup>20</sup> 该政策也应规定与土著人民接触时采用尊重其权利的做法。

57. 特别报告员注意到, 由于认识到尊重土著人民权利和相关的恪尽职责做法可带来切实利益, 一些采掘公司已按照上文建议的思路制定了公司政策, 一些行业协会也推广这种政策。虽然在公司决策方面出现的趋势令人鼓舞, 但大多数公司政策仍未能充分规定遵守土著人民权利方面的国际标准。此外, 尽管公司日益认识到, 它们不仅应尊重土著人民的权利, 而且这样做确实可使其受益, 但特别报告员仍然感到关切的是, 许多公司仍然仅承诺遵守国内法律, 而未能在相关人权方面恪尽职责。现在迫切需要的是, 公司提高认识和下定决心, 采纳和实施政策和做法, 确保尊重土著人民的权利。

## E. 公平和充分的磋商和谈判程序

58. 《联合国土著人民权利宣言》确认了在土著领土内的采掘活动需要同意的一般规则, 《宣言》强调, 为获得同意, “国家应本着诚意通过有关土著人民的代表与土著人民磋商和合作”(第 32 条第 2 款)。因此, 《宣言》强调, 诚信磋商

<sup>20</sup> 参见特别报告员提交大会的 2011 年报告(A/66/288), 第 96 段。

商和合作是与土著人民就采掘活动达成协议的一个前提条件。如上所述(第 25 段), 土著人民不仅可选择拒绝同意, 他们也可拒绝就采掘工业进行磋商。但是, 如欲就采掘活动征得同意或达成协议, 就必须以充分、诚意磋商或谈判为基础。

59. 就拟议采掘活动开展磋商程序为土著人民提供了一个渠道, 藉此渠道, 土著人民可为事前评估拟议活动的所有潜在影响(包括其实体权利和利益可能在多大程度上受到影响)作出积极贡献。此外, 磋商程序是寻找危害较小的替代办法或界定缓解措施之关键。磋商也应成为土著人民可以利用的机制, 藉此机制, 土著人民可达成与其自身优先事项和发展战略相一致的协议, 为其带来切实利益和增进其人权享受。

60. 在以前的报告中(尤请参见, A/HRC/12/34, 第 46-49 段), 特别报告员已讨论了诚信磋商的要素问题, 在此, 他想强调若干要点, 这些要点与他所发现的采掘业磋商中的问题相关。

## 1. 采掘公司和土著人民之间的直接谈判

61. 特别报告员注意到, 在许多情况下, 公司与土著人民就可能对他们产生影响的拟议采掘活动直接谈判: 国家实际上委托公司履行国家在授权进行采掘活动之前与土著人民进行磋商的义务。凭借其自决权, 如果他们希望谈判, 土著人民有与公司直接谈判的自由。实际上, 公司与土著人民之间的直接谈判可能是就土著领土内的自然资源采掘问题达成充分尊重土著人民权利的议定安排的最有效和最可取方式, 而且, 这种谈判可为土著人民提供机会, 实施自己的发展优先事项。

62. 根据工商企业尊重人权的责任, 公司与土著人民之间的直接谈判, 必须基本满足关于国家与土著人民磋商问题的同样国际标准, 包括——但不限于——与磋商时间、收集和共享关于项目风险和潜在利益的信息、土著人民的参与等问题相关的国际标准。此外, 虽然公司本身必须恪尽职责, 确保遵守这些标准, 但国家仍然对磋商或谈判程序中的任何缺漏负有最终责任, 因此, 国家应采取措施, 监督和评估这些程序及其结果, 尤其是消减公司与作为其谈判方的土著人民之间的权力失衡问题。

## 2. 消减权力失衡问题

63. 几乎无一例外, 在推动采掘项目的国家机构或工商企业与土著人民进行磋商或谈判时, 由于在技术能力和财力、信息获取和政治影响力等方面通常十分巨大的差距, 存在显著的权力失衡现象。特别报告员遗憾地注意到, 总体而言, 针对这种权力失衡问题, 国家或业界行为方似乎未给予系统性的重视。他认为, 作为与土著人民就其领土上攫取资源问题达成可持续和公正协议的一个前提条件, 权力失衡问题必须被视为一个不可回避的问题, 应采取专门步骤, 应对这一问题。

64. 在这方面，国家的保护作用尤其重要，企业则应恪尽职责，制订政策和做法，确保公司不从这种权力失衡中不公平地受益。处理权力失衡问题的实用措施可包括，例如，聘用独立的磋商或谈判协调人；建立筹资机制，使土著人民能够获得独立的技术援助和咨询建议；制定标准化程序，向土著人民提供关于采掘项目风险和潜在利益的信息。

### 3. 信息收集和共享

65. 现在的普遍理解是，环境和人权影响评估是开展采掘活动的重要前提条件。土著人民应有充分的权限，查阅国家机构或采掘公司在影响评估期间收集的信息，他们应有机会在磋商过程中或以其他方式参与影响评估。国家应通过以下任何一种途径，确保影响评估的客观性：使影响评估接受独立审查；要求评估工作不受采掘项目推动者的控制。

66. 土著人民还应有充分权限，查阅关于拟议项目的技术和经济可行性和关于潜在经济利益的资料。特别报告员知道，公司通常将这种资料视为专有，因此不愿透露这些资料。然而，他建议，作为消减权力失衡和使土著人民对项目谈判建立信心的一个必要措施，和出于对土著人民历史劣势和与项目区域的关系的公平考虑，与有关土著人民共享这种可能被视为专有的资料。这种专有信息共享可以保密方式进行。

### 4. 时间选择

67. 按照自由、事先和知情同意原则，应在国家授权或公司实施(或承诺实施)在土著领土内(包括在土著专用和非专用区域内)的任何项目相关活动之前，就采掘项目与土著人民进行磋商和达成协议。作为一个实际问题，磋商和同意可能必须在一个采掘项目的各个阶段(从勘探到生产直至项目结束)发生。

68. 特别报告员注意到，在许多情况下，在土著领土内进行了勘探活动，以探查开采可能性，公司和国家采取了这种立场：勘探阶段不需要磋商，在签发资源开采许可证之前，不需要——或根本不需要——获得同意。这种立场，在特别报告员看来，与自由、事先和知情同意原则或尊重土著人民的财产、文化和其他权利根本不兼容，既然在采掘活动发生时，必然会对这些权利产生实际或潜在影响。经验表明，在未经事先磋商或同意的情况下进行勘探和其他活动，经常会造成土著人民的不信任，使最终协议难以达成。

69. 而且，在时间方面，磋商也不应受到国家规定的时间限制——在某些监管制度下作了这种要求。为使土著人民能够在知情基础上就可能对其生活产生深刻影响的活动自由订立协议，他们不应感到其他人的时间要求压力，应尊重他们自己的时间节奏。



## 5. 土著人民通过代表机构的参与

70. 土著人民的一个典型特点是，他们有自己的代表和决策机构。必须理解的是，由于这一特点，与土著人民的磋商十分不同于与普通公众的磋商和国家或公司的普通社区参与进程。特别报告员注意到，在许多情况下，由于被误导，公司和国家试图确保广泛的社区支持，绕过了土著人民自己的领导和决策机构。然而，在涉及土著人民的情况下，国际标准要求，通过土著人民确立的代表与他们接触，并充分尊重他们自己的决策程序。这样做是确保获得广泛社区支持的最佳方式。应鼓励土著人民，在其代表和决策机构中纳入适当的性别平衡。但是，国家或公司不应指令或强加给土著人民这种性别平衡，正如土著人民不应将性别平衡强加给国家或公司一样。

71. 由于某个采掘项目可能影响到土著社区和组织的多种领域，而且，在某些情况下，土著代表机构可能由于历史因素而被削弱，因而，在某些情形下，可能不清楚应与哪些土著代表联络。在这种情况下，应使土著人民有机会和时间，进行自我组织，并界定他们就采掘项目进行磋商的代表机构，国家应提供适当支持，如果他们希望得到这种支持。

## F. 以权利为本的公平协议和伙伴关系

72. 如上所述(第 30 段)，只有在给出同意时，这种同意是在公正和公平条件下给出的，自由、事先和知情同意原则才能履行其保护和增进土著人民权利的作用。因此，越来越多的人认识到，与土著人民达成的允许在其领土内进行采掘项目的协议必须建立在充分尊重其对受影响土地和资源的权利基础上，并在一个真正的伙伴关系框架内对公平分配项目利益作出规定。

### 1. 减轻影响

73. 采取措施，防止或减轻可能对土著人民在其领土方面的权利产生不利影响的环境和其他影响，这是在土著人民领土内的采掘活动协议的一项主要内容。经验表明，需特别注意采掘项目对健康状况、生计活动和具有文化或宗教意义的地点的潜在影响。预防和减轻影响方面的规定应基于严格的影响研究，这种研究应在有关土著人民的参与下进行(见上文第 65 段)，而且，应专门针对国内或国际法承认的特定权利进行这种影响研究。此外，这种研究还应纳入一些机制，在项目寿命期间进行参与式监测，而且，应规定措施，处理项目关闭问题。

74. 特别报告员了解到一些案例，土著人民和公司同意设立联合机制，衡量和处理对自然和文化资源的影响。这种机制可使土著人民和公司就项目影响问题开展持续对话，从而有望加强土著人民对项目的信任，并有助于建立健康关系。

### 2 真诚伙伴关系和利益分享安排

75. 特别报告员呼吁采用土著领土资源采掘新模式，这种模式不同于传统模式，在传统模式下，土著人民对采掘项目几无控制，所得利益也极小。在第二章

讨论了这样一种替代模式，并将其列为首选模式。在这种模式下，土著人民采取自主行动，进行资源采掘。就外部公司或国家推动的采掘项目而言，也有优于传统模式的其他模式。这些模式以协议为基础，在这种协议中，土著人民的权利得到充分保护，土著人民成为项目的真正伙伴，既参与项目决策也因此受益。

76. 在伙伴模式下，土著人民受益于在其领土内实施的项目，其理由不言而喻：即使根据国内法律，他们并不拥有这些待开采资源，但他们提供了这些资源的开采权，而且，由于同意了这些项目，他们放弃了对其领土进行未来开发的替代办法。土著人民应得到除工作岗位或公司慈善等附带福利之外的直接经济利益，这是因为，使用其领土和对于双方认定的项目负面影响，应给予他们补偿，<sup>21</sup> 而且，在历史和当代环境下，他们都作出了重大的社会资本贡献。同时，虽然他们因此有权受益于其他人在其领土内开展的采掘项目，除了根据其自决权他们可能行使的任何监控之外，土著人民也应有权选择参与采掘项目的管理。

77. 在这方面，特别报告员注意到，在世界某些地区，存在这样一种协议模式：这些协议保证土著人民得到采掘活动利润的一定百分比或其他收入流，而且，向其提供了参与某些管理决策的途径。在一些案例中，向有关土著人民提供了采掘项目的少数所有者权益，通过这一权益，他们能够参与管理决策并从项目中获利。特别报告员期待按此思路朝真诚伙伴关系模式进一步发展。此外，他注意到，大多数情况下，在土著人民接受这种机会时，需要向土著人民提供援助，帮助他们提高金融和管理能力。

### 3. 适当的申诉程序

78. 根据《工商企业和人权问题指导原则》(原则 25-31)，在土著人民领土内的采掘项目协议中，也应列入适当的申诉程序。如果项目的运营方是一家私营公司，应制定公司申诉程序，补充国家提供的补救办法。应制定和实施申诉程序，充分尊重土著人民自己的司法和争议解决制度。

## 五 结论和建议

79. 世界各地的土著人民由于采掘工业遭受了负面的、甚至是毁灭性的后果。尽管有这种负面经验，展望未来，我们不能假定，采掘工业和土著人民的利益完全或总是相互矛盾。然而，如果我们希望按照符合土著人民权利的方式在其领土内开采资源，就需采用不同于以往主流模式的资源采掘模式。

80. 在土著领土内采掘自然资源的一个首选模式是，通过采取自主行动和自己的企业，土著人民自行控制采掘活动。在发展和管理自己的采掘企业方面，与负责任、有经验和资金雄厚的非土著公司建立伙伴关系，土著人民可从中受益。

<sup>21</sup> 参见，萨拉马卡人(上文 13 脚注)，第 138-140 段。

81. 在土著人民选择自行在其领土内开采自然资源时，国家和国际社会应协助他们发展这种能力，对于土著人民的举措和非土著举措，国家应优先考虑前者。
82. 正如作为其自决权的一部分，土著人民有权采取自主行动开采资源并设定自己的发展战略，他们也有权拒绝采取这种举措，而选择促进其可持续发展的其他举措，在其他此类举措中，他们也应得到支持。
83. 土著个人和人民有权反对国家或第三方商业利益推动的采掘项目并积极表达反对意见。土著人民应当能够反对采掘项目或拒绝同意，而不遭受报复或暴力行为，也不应遭受不当压力，使其接受采掘项目或就采掘项目进行磋商。
84. 作为一般规则，在土著领土内进行采掘活动，需要得到土著人民的自由、事先和知情同意。在采掘活动会对土著人民产生其他影响时，也需要得到土著人民的同意，这取决于这些活动的性质及其对土著人民权利的行使产生的潜在影响。
85. 这样，自由、事先和知情同意就可成为通常受到在其领土内进行的采掘活动影响的国际公认土著人民权利的一种保障。
86. 在土著领土内进行采掘活动需要得到土著同意这项一般要求可能有某些有限的例外，尤其是在对土著人民的实体权利的任何限制符合必要性和与一个有效的公共目的(这种公共目的是在一个尊重人权的总体框架内定义的)相称之标准。
87. 在国家决定可允许在无土著同意情况下进行对土著人民产生影响的某个采掘项目并选择这样做时，这项决定应接受独立的司法审查。
88. 无论在具体案例中土著同意是否是一项严格要求，国家都应确保，就可能对其产生影响的采掘活动与土著人民进行诚信磋商，并作出努力，达成协议或征得同意。在任何情况下，国家都有义务尊重和保护土著人民的权利，都必须确保，其他适用的保障措施也得到实施，尤其是，通过影响评估、缓解措施、补偿措施和利益共享，采取步骤，尽可能减少或抵消对这些权利的限制。
89. 就采掘公司而言，它们应通过各种政策和做法，确保其业务的各个方面都尊重土著人民的权利，符合国际标准而不仅仅是国内法律，包括在磋商和同意要求方面。公司应恪尽职责，确保其行动不会侵犯土著人民权利或卷入侵权行为，并确定和评估资源开采项目的任何实际或潜在的人权不利影响。
90. 国家或第三方企业与土著人民达成和维持采掘项目协议的条件包括：适当的藉以保护土著人民权利的国家监管制度(国内和域外活动监管)；土著人民参与国家自然资源开发和开采战略规划；公司恪尽职责；公平和充分的磋商程序；公正和公平的协议条款。
91. 就采掘活动进行的充分磋商或谈判，其必要特点包括：减小权力失衡；信息收集和分享；规定了适当的磋商时间，在无压力环境中进行；保证土著人民通过自己的代表机构参与。

92. 与土著人民达成的允许在其领土内实施采掘项目的协议必须建立在以下基础上：充分尊重其对受影响土地和资源的权利，尤其是，应列入若干条款，对减轻影响、在一个真诚伙伴关系框架内公平分配项目利益和申诉机制作出规定。

## Annex

*[English only]*

### **Summary of activities of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, 2012-2013**

1. This following details the activities carried out by the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples pursuant to his mandate since he last reported to the Human Rights Council in 2012. Professor James Anaya is currently in the final year of his mandate, which ends 30 April 2014. Accordingly, the present report is the last report he submits to the Human Rights Council. However, he looks forward to bringing to the attention of the Council, through his successor, the activities undertaken during the remainder of his mandate.
2. The Special Rapporteur is grateful for the support provided by the staff at the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. He would also like to thank the staff and researchers of the Special Rapporteur support project at the University of Arizona for their on-going assistance with all aspects of his work. Further, he would like to thank the many indigenous peoples, Governments, United Nations bodies and agencies, non-governmental organizations, and others that have cooperated with him over the past years in the implementation of his mandate.

#### **A. Coordination with other human rights mechanisms and processes**

3. Before detailing the tasks carried out under his own areas of work over the past year, the Special Rapporteur would like to describe to the Human Rights Council his efforts to coordinate with the other United Nations mechanisms that deal with indigenous issues, in particular the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. Coordination with these and other institutions is a fundamental aspect of the mandate of the Special Rapporteur, as the Human Rights Council calls on him "To work in close cooperation and coordination with other special procedures and subsidiary organs of the Council, in particular with the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, relevant United Nations bodies, the treaty bodies and regional human rights organizations; • [and] to work in close cooperation with the Permanent Forum on Indigenous Issues and to participate in its annual session" (Council resolution 15/14, para. 1 (d) and (e)).
4. As in past years, the Special Rapporteur has participated in the annual sessions of these mechanisms, during which he has held parallel meetings with the numerous indigenous representatives and organizations that attend these sessions. These meetings provide a valuable opportunity for indigenous peoples to present cases of specific allegations of human rights violations and often result in action taken by the Special Rapporteur through the communications procedure, addressed below, or other follow up. During the sessions of the Permanent Forum and the Expert Mechanism, the Special Rapporteur also gave statements and participated in a lengthy interactive dialogue with Governments, indigenous representatives, and others present.
5. Also with respect to coordination with United Nations processes, on several occasions over the past year, the Special Rapporteur has participated in preparations for the World Conference on Indigenous Peoples, which will be convened by the General Assembly in 2014. In this connection, in December 2012, the Special Rapporteur, together with

members of the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples met in Guatemala to discuss their respective roles in preparation for and during the World Conference. The meeting included participation in ceremonies to mark the Oxlajuuj B'aqtun, the change of the era in the Maya calendar. In addition, in June 2013, the Special Rapporteur spoke at a preparatory session for the World Conference, held in Alta, Norway, which was hosted by the Sami Parliament of that country. The Alta meeting was attended by hundreds of indigenous peoples from around the world and resulted in an outcome document detailing their collective their expectations and proposals for the World Conference.

6. The Special Rapporteur has also continued to coordinate his work with regional human rights institutions. Most significantly, in April 2013, he participated in an "Exchange Workshop on Indigenous Peoples' Rights Between the Inter-American Commission on Human Rights, the ASEAN Inter-Governmental Commission on Human Rights and the African Commission on Human and Peoples' Rights" in Banjul, the Gambia. During the meeting, the Special Rapporteur presented his work in the African context and globally, and exchanged information with the regional mechanisms on common challenges and objectives for the promotion of the rights of indigenous peoples in their respective work areas. He also continues to dialogue with the African Commission and the Inter-American Commission on cases of common concern, and has followed up with several Governments regarding the status of implementation of decisions previously made by these bodies.

## **B. Areas of work**

7. The Special Rapporteur has engaged in a range of activities within the terms of his mandate to monitor the human rights conditions of indigenous peoples worldwide and promote steps to improve those conditions. He has sought to incorporate a gender perspective, and be attentive to the particular vulnerabilities of indigenous children and youth. Overall, the Special Rapporteur has tried to develop work methods oriented towards constructive dialogue with Governments, indigenous peoples, non-governmental organizations, relevant United Nations agencies and other actors, in order to address challenging issues and situations and to build on advances already made. As detailed in previous reports to the Human Rights Council, the various activities that he has carried out in this spirit can be described as falling within four, interrelated spheres of activity: promoting good practices; country reports; cases of alleged human rights violations; and thematic studies.

### **1. Promotion of good practices**

8. A first area of the Special Rapporteur's work follows from the directive given by the Human Rights Council "To examine ways and means of overcoming existing obstacles to the full and effective protection of the rights of indigenous peoples ... and to identify, exchange and promote best practices" (Council resolution 15/14, para. 1 (a)). The Special Rapporteur has been focused on working to advance legal, administrative, and programmatic reforms at the domestic level to implement the standards of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and other relevant international instruments.

9. In this connection, the Special Rapporteur has continued to provide technical assistance to Governments in their efforts to develop laws and policies that relate to indigenous peoples. Most often, this technical assistance has dealt with the development of procedures surrounding the duty to consult with indigenous peoples about decisions that affect them. For example, at the request of the Government of Chile, he provided detailed comments on

a draft regulation on indigenous consultation and participation, which he made public and discussed with government and indigenous representatives in November 2012. Also, in April 2013, the Special Rapporteur gave a keynote speech at the conference, “The Right of Indigenous Peoples to Prior Consultation: The Role of the Ombudsmen in Latin America”, which was convened by the Ibero-American Federation of Ombudsmen, in Lima, Peru. The conference brought together the Ombudsmen and heads of national human rights institutions throughout Latin America, as well as indigenous leaders and government officials from Peru. While in Lima the Special Rapporteur followed up on previous technical assistance regarding the development of a law on consultation with indigenous peoples and a corresponding regulation.

10. More broadly, the Special Rapporteur has continued to encourage Governments to promote the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples at the national level. In this regard, he gave the keynote address at the Commonwealth International Human Rights Day expert panel entitled “Strengthened Rights Protection for Indigenous Peoples”, which was organized by the Commonwealth Secretariat to commemorate International Human Rights Day, on 10 December 2012 in Geneva, Switzerland. In his statement, the Special Rapporteur emphasized that the Declaration presents the way forward for engagement with indigenous peoples in a succession of steps in the process of shedding the legacies of colonization. He urged the Commonwealth countries to reflect on the Declaration with a view towards developing measures to implement its terms.

11. Also in furtherance of his mandate to promote good practices, the Special Rapporteur has, on an on-going basis, provided inputs into various United Nations processes and activities that relate to indigenous peoples. Of note in this regard since last reporting to the Human Rights Council are the following:

- In March 2013, the Special Rapporteur participated in an “Expert Focus Group Seminar on Free, Prior and Informed Consent of Indigenous Peoples” and a “High Level Meeting on Engagement and Dialogue with Indigenous Peoples”, hosted by the World Bank. The meetings, which took place in Manila, Philippines, were carried out in the context of the World Bank’s review of its environmental and social safeguard policies, including its Operational Policy 4.10 on indigenous peoples, which apply to the Bank’s lending for investments in specific projects. In his statements at the meetings, the Special Rapporteur emphasized that the revised policy should be consistent with rights of indigenous peoples affirmed in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. He further urged that the policies that apply to all the Bank’s financial and technical assistance, and not just its investment lending, be reviewed to ensure consistency with the Declaration.
- In February 2013, the Special Rapporteur provided the keynote address at the indigenous panel that opened the current session of the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, in Geneva. This Committee of the World Intellectual Property Organization was meeting to discuss a draft instrument on intellectual property rights and the protection of genetic resources and associated traditional knowledge. In his statement, the Special Rapporteur examined how the concepts of state sovereignty and property, which have been central to discussions at the Intergovernmental Committee, relate to the rights of indigenous peoples.
- In December 2012, The Special Rapporteur participated in the first Forum on Business and Human Rights in Geneva, Switzerland. The Special Rapporteur spoke at a panel on business affecting indigenous peoples. In his statement, Professor Anaya emphasized that there is a “need for change in the current state of affairs if indigenous rights standards are to have a meaningful effect on State and corporate policies and action as they relate to indigenous peoples”. He also provided an update

on his on-going study on the issue of extractive industries affecting indigenous peoples.

- Finally, the Special Rapporteur has on numerous occasions, at the request of various United Nations institutions and specialized agencies, provided inputs into documents being prepared that relate to indigenous peoples. These documents have mostly related to policies on consultation and free, prior and informed consent, as was the case with documents developed by the Food and Agriculture Organization of the United Nations and the United Nations Global Compact, for which the Special Rapporteur provided orientations and comments.

## **2. Country reports**

12. A second area of the Special Rapporteur's work involves investigating and reporting on the overall human rights situations of indigenous peoples in selected countries. The reports of the country situations include conclusions and recommendations aimed at strengthening good practices, identifying areas of concern, and improving the human rights conditions of indigenous peoples. The reporting process involves a visit to the countries under review, including to the capital and selected places of concern within the country, during which the Special Rapporteur interacts with Government representatives, indigenous communities from different regions and a cross section of civil society actors that work on issues relevant to indigenous peoples.

13. Since the Special Rapporteur's last report to the Human Rights Council, he has completed country visits to El Salvador, Namibia, and Panama. The reports on the situation of indigenous peoples in Namibia and El Salvador are included as addendums to the main thematic report (A/HRC/24/41/Add.1 and A/HRC/24/41/Add.2, respectively). The Special Rapporteur is in the process of drafting his report on the situation of indigenous peoples in Panama, following a visit to that country in July 2013, and that report will be presented to the Human Rights Council in 2014.

14. In addition, in March 2013, the Special Rapporteur held a consultation in Kuala Lumpur, Malaysia with indigenous representatives from countries throughout the Asia region, and on the basis of these consultations, prepared a report, which will be published as an addendum to the present report (A/HRC/24/41/Add.4). The Special Rapporteur was very pleased with the comprehensive information that was provided by indigenous representatives during the consultation, and was grateful for the assistance of the Asia Indigenous Peoples Pact and the Malaysia National Human Rights Institution, SUHAKAM, for their work in hosting and organizing that event.

15. Later this year the Special Rapporteur will be carrying out a visit to Peru, and he hopes also to receive confirmation from Canada for dates to visit that country before the end of 2013. He also looks forward to visiting one or two additional countries before his mandate ends in May 2014.

## **3. Examination of specific allegations of human rights violations**

16. On an on-going basis, the Special Rapporteur has responded to specific cases of alleged human rights violations. A fundamental aspect of the mandate of the Special Rapporteur is to "To gather, request, receive and exchange information and communications from all relevant sources, including Governments, indigenous peoples and their communities and organizations, on alleged violations of the rights of indigenous peoples" (Council resolution 15/14, paragraph 1 (b)).



17. Within the resources available to him, the Special Rapporteur does his best to act on all submissions that include complete and well-documented information, in cases that involve violations of the rights of indigenous peoples that may not be adequately addressed by domestic authorities. Full copies of letters sent and replies received are contained in the Joint Communications Report of Special Procedures Mandate Holders issued periodically by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (A/HRC/22/67 and Corrs. 1 and 2, and A/HRC/23/51). Over the past year, the Special Rapporteur examined a total 37 cases in the following countries: Australia, Bangladesh, Botswana, Brazil, Cameroon, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Ethiopia, Guatemala, Israel, Kenya, Mexico, Nepal, New Zealand, Nicaragua, Peru, Philippines, Russian Federation, Suriname, United Republic of Tanzania, United States of America, and the Bolivarian Republic of Venezuela.

18. The Special Rapporteur has placed a special importance on following up on the situations reviewed, issuing in numerous cases observations and recommendations to the Governments concerned. Summaries of all letters sent by the Special Rapporteur and replies received by Governments since last reporting to the Human Rights Council, as well as observations and recommendations issued by the Special Rapporteur in these cases, are contained in an addendum to the present report (A/HRC/24/41/Add.5).

19. The cases addressed over the past year reveal that many ongoing barriers to the full enjoyment of the rights of indigenous peoples persist throughout the world. These cases involve threats to the enjoyment of indigenous peoples' rights to their traditional lands and resources, acts of violence against indigenous peoples and individuals, including against indigenous women and children, the forced removal of indigenous peoples for large-scale development projects, the suppression of indigenous peoples own forms of organization and self-government, and conditions of poverty and related social ills that are perpetuated by patterns of discrimination.

20. Also, on several occasions since last reporting to the Human Rights Council, the Special Rapporteur has issued public statements concerning situations that, in his view, require immediate and urgent attention by the Governments concerned. Public statements were issued in relation to the following situations: acts of violence between indigenous Tagaeri-Taromenane and Waorani peoples of the Yasuní Biosphere Reserve, Ecuador; rising tensions and violence against indigenous peoples by non-indigenous settlers in the Bosawas Reserve, Nicaragua; protests by First Nations and a month-long hunger strike by the Chief of the Attawapiskat First Nation, in Canada; violent clashes between indigenous protesters and members of the military that resulted in the death of six indigenous persons, in Guatemala; the imminent sale of land that encompasses a site of spiritual significance to indigenous peoples in South Dakota, United States; and a process of dialogue to address the military presence in the Nasa territory, Colombia.

#### **4. Thematic studies**

21. For the past three years, the thrust of the thematic focus of the Special Rapporteur has been on the issue of extractive industries affecting indigenous peoples. The Special Rapporteur's last report on this issue is contained in the main report presented to the Human Rights Council this year. As detailed in the main report, over the past year, the Special Rapporteur has participated in numerous meetings to gather perspectives on the issue from indigenous peoples, Governments, and companies, including meetings in Australia, Norway, Sweden, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States. Additionally, as part of his study, he launched an online forum to gather examples of specific extractive projects that are being carried out in or near indigenous peoples territories. The Special Rapporteur is grateful for the numerous

contributions provided through these media from indigenous peoples, Governments, companies, and non-governmental organizations from around the world.

22. A second area of thematic focus of the Special Rapporteur has been to provide comments on the need to harmonize the myriad activities within the United Nations system that affect indigenous peoples. In 2012, the Special Rapporteur's report to the General Assembly (A/67/301) provided an overview of the various processes and programmes within the United Nations system that are of particular relevance to indigenous peoples or about which indigenous peoples have expressed concern. These include processes and programmes related to UNESCO; the Food and Agriculture Organization of the United Nations; the World Intellectual Property Organization; and the World Bank Group; as well as processes carried out within the framework of United Nations treaties like the Convention on Biological Diversity and the United Nations Framework Convention on Climate Change.

23. The Special Rapporteur notes that the United Nations has done important work to promote the rights of indigenous peoples but that greater effort is needed to ensure that all actions within the United Nations system that affect indigenous peoples are in harmony with international standards, particularly those standards articulated in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

---