



## 人权理事会

## 第四十二届会议

2019年9月9日至27日

## 议程项目3

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、  
经济、社会及文化权利，包括发展权

## 土著人民权利

## 土著人民权利问题特别报告员的报告\*

## 概要

本报告概述了土著人民权利问题特别报告员自上一次向人权理事会提交报告以来开展的活动，并载有关于土著人民权利和司法的专题研究报告。特别报告员在报告中分析了与土著人民诉诸司法有关的问题，无论是通过普通司法制度还是通过他们自己的土著司法机制。她探讨了普通司法制度和土著司法制度之间的互动和协调，以及法律多元化提供的机会。

特别报告员最后提出了一些建议，旨在加强土著人民诉诸司法的机会，同时在普通司法制度和土著司法制度中维护国际人权标准。

\* 因提交方无法控制的情况，经协议，本报告迟于标准发布日期发布。



## 目录

	页次
一. 导言.....	3
二. 特别报告员的活动.....	3
三. 土著人民和司法.....	3
A. 背景、目标和方法.....	3
B. 规范性标准：土著司法权、诉诸司法的机会和公平审判权.....	4
C. 土著法律和司法观念.....	6
D. 土著人民在普通司法制度中面临的挑战.....	7
E. 土著司法制度.....	10
F. 实现普通和土著司法制度之间的协调.....	15
四. 结论和建议.....	18

## 一. 引言

1. 本报告是土著人民权利问题特别报告员根据理事会第 33/12 号决议规定的任务提交人权理事会的。特别报告员在报告中总结了自其上次报告(A/HRC/39/17)以来开展的活动,并提交了一份关于土著人民司法经验的专题研究。她最后就各利益攸关方如何防止侵权行为和加强保护提出了建议。

## 二. 特别报告员的活动

2. 特别报告员自上次向人权理事会提交报告以来,进行了两次正式国家访问:2018 年 11 月 19 日至 29 日对厄瓜多尔访问(见 A/HRC/42/37/Add.1)和 2019 年 4 月 8 日至 16 日对东帝汶的访问(见 A/HRC/42/37/Add.2)。

3. 特别报告员在准备提交大会第七十四届会议的报告中更详尽地描述了她的活动,她在报告中进一步研究了土著人民的自治权利;协商和自由、事先和知情同意;与世隔绝和初次接触外界的土著人民;国别访问;通信和其他活动(A/74/149)。

## 三. 土著人民和司法

### A. 背景、目标和方法

4. 在历任土著人民权利问题特别报告员的工作中(包括通过通信、国别访问和参加研讨会和会议),尊重和促进土著人民的司法制度以及在普通司法制度中歧视和侮辱土著人民的问题一直是反复出现的议题。

5. 2004 年,前任特别报告员向人权委员会提交了一份关于这一专题的报告(E/CN.4/2004/80)。报告集中讨论了土著人民在司法方面面临的障碍、差距和挑战,以及国家法律制度承认习惯法是土著人民充分享有人权的一个基本要素的问题。本报告即以该报告的调查结果为基础。

6. 世界各地的土著文化多种多样,每种文化都遵循独特的习惯规则和传统做法。它们植根于与土著人民有着截然不同的政治和历史背景的国家。尽管如此,一些反复出现的问题也在全球范围内出现,并继续引起土著人民的深切关注,涉及他们在诉诸司法方面的个人和集体权利,以及他们维护独特的习惯法律制度的权利。

7. 特别报告员会见的土著人民提出的主要关切包括地方、地区和国家当局对其司法制度缺乏有效承认,普通司法制度中对土著人民及其独特的土著司法制度持续存在歧视和偏见;补救和赔偿不足,以及土著司法制度和国家司法当局之间缺乏有效协调。土著和其他行为者还注意到,土著司法制度需要尊重国际人权,包括与妇女、儿童和残疾人有关的人权。

8. 特别报告员强调,有必要在国家议程上,以及在关于让所有人都能诉诸司法的可持续发展目标 16 的更广阔背景下,推进土著人民的司法,这对于落实和实现土著人民的其他集体和个人权利至关重要。在本报告中,她向国家机构(行

政、司法和立法机构)、土著人民、国际机构和机关以及民间社会提出了意见和建议。

9. 如果没有可诉诸的法院或其他法律机制来保护国家和国际规范性文书承认的权利,土著人民很容易就会受到某些行为的伤害,这些行为威胁到其土地、自然资源、文化、圣地和生计。与此同时,承认他们自己的司法制度对于呼应其在司法、自治和文化方面的权利和需求非常重要。有效诉诸司法意味着诉诸国家法律制度和自己的司法制度。<sup>1</sup>

## 方法

10. 在本报告中,特别报告员审查了关于土著习惯司法的国际标准、相关国内立法和司法决定、国际人权机构提出的意见和建议,包括土著人民权利专家机制的意见和建议(见 A/HRC/24/50 和 Corr.1 以及 A/HRC/27/65)。在国别访问期间收到的第一手资料和特别报告员发出的关于据称侵权行为的信函<sup>2</sup>是本报告的参考资料。

11. 特别报告员呼吁各国提供投入和资料,随后收到了 11 个国家<sup>3</sup>以及几个土著和民间社会组织<sup>4</sup>提供的资料。本报告还借鉴了对民间社会和学术界就此主题发表的报告和评论的审查意见。

12. 特别报告员参加了国际法学家委员会 2018 年 12 月在曼谷组织的关于“亚太地区土著和其他传统或习惯司法制度”问题的专家咨询会。会议为来自亚太地区各国与土著司法系统的与会者之间的对话以及经验和专门知识交流提供了空间。<sup>5</sup>

## B. 规范性标准:土著司法权、诉诸司法的机会和公平审判权

### 土著司法权

13. 土著人民维持并加强自身司法制度的能力是其根据国际人权文书享有自治、自决和诉诸司法的权利的一个组成部分。

14. 《联合国土著人民权利宣言》第 4 条指出,土著人民行使自决权时,“在涉及其内部和地方事务的事项上,以及在如何筹集经费以行使自治职能的问题上,享有自主权或自治权”,第 5 条申明土著人民有权维护和加强其政治、法律、经济、社会和文化机构,第 34 条申明其有权根据国际人权标准,促进、发展和保持其体制构架,包括其司法制度或习俗。

<sup>1</sup> 见“人权、土著管辖权和诉诸司法”,特别报告员在关于调查技术和土著问题的国际研讨会上的发言,哥伦比亚,2016年2月24日,可查阅 <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/statements/116-indigenous-jurisdiction>。

<sup>2</sup> 可查阅 <https://spcommreports.ohchr.org/>。

<sup>3</sup> 澳大利亚、多民族玻利维亚国、加拿大、哥伦比亚、丹麦、厄瓜多尔、芬兰、危地马拉、墨西哥、挪威和乌克兰。

<sup>4</sup> 有关资料见特别报告员的网址 [www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx)。

<sup>5</sup> 见《亚太地区的土著和其他传统或习惯司法制度》,2018年法官和律师日内瓦论坛的报告(2019年6月)。

15. 《宣言》还规定，土著人民有权从各国和通过国际合作获得财政和技术援助，以享受《宣言》所规定的权利，包括上述权利(第 39 条)。

16. 国际劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)也规定承认土著司法制度。第八条规定承认土著习俗、习惯法和机构，只要它们“与国家法律制度界定的基本权利和国际公认的人权不相矛盾”。第九条规定，“在国家立法和国际公认的人权允许的范围内，对有关民族处理其成员所犯罪行的传统方法应予尊重”。它还规定，当局和法院在处理刑事案件时，应考虑这些民族处理此类问题的习惯。

17. 在区域一级，《美洲土著人民权利宣言》载有关于土著人民法律和管辖权的相关规定。与《联合国土著人民宣言》一样，它规定土著人民有权根据国际人权标准促进、发展和保持其体制架构、独特习俗、程序和做法以及司法制度或习惯(第二十二条第 1 款)。它还规定，“土著法律和法律制度应得到国家、区域和国际法律制度的承认和尊重”，土著个人在国家管辖范围内的事务中，“有权不受歧视地获得法律规定的平等保护和利益，包括语言和文化翻译的使用”(第二十二条第 2 和 3 款)。

### 诉诸司法和获得补救的权利

18. 《公民权利和政治权利国际公约》第二条第 3 款(甲)项和《世界人权宣言》第八条规定了国家有义务为侵犯人权行为提供有效的补救。肇事者必须被绳之以法，受害者必须得到赔偿。<sup>6</sup>

19. 《联合国土著人民权利宣言》申明，土著人民有权“借助公正和公平的程序，迅速获得裁决，解决同国家或其他方面的冲突和争端，并就其个人和集体权利所受到的一切侵犯获得有效的补偿”，这些裁决应考虑“有关的土著人民的习俗、传统、规则和法律制度以及国际人权”(第 40 条)。第 13 条申明，国家有责任确保土著人民的语言权利受到保护，并确保土著人民在政治、法律和行政程序中能够理解他人和被他人理解，必要时为此提供口译。<sup>7</sup>

20. 美洲人权法院确认各国有义务保障土著人民获得司法保护的權利，同时考虑到他们的具体情况、经济和社会特点、特别脆弱的处境以及他们的习惯法、价值观和习俗。<sup>8</sup>

### 公平审判权

21. 《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定的正当程序和公平审判的权利包括，所有人在法庭前一律平等，有权由合格、独立和无偏倚的法庭进行公平和公开的审讯，并有权在未证实有罪之前被推定无罪。人人有权享有以下保证，即受审不被无故拖延，获得律师服务，且在不懂法庭上所用的语言时，免费获得译员的援助。

<sup>6</sup> 见人权事务委员会，关于缔约国对《公约》和大会第 60/147 号决议承担一般法律义务的性质第 31 号一般性意见(2004 年)。

<sup>7</sup> 《土著和部落人民公约》第十二条载有关于提出法律起诉和提供翻译的类似规定。

<sup>8</sup> 见美洲人权法院 *Yakye Axa* 土著社区诉巴拉圭，2005 年 6 月 17 日判决书，第 63 段，以及 *Sawhoyamaya* 土著社区诉巴拉圭，2006 年 3 月 29 日判决书，第 82 和 83 段。

22. 如上所述,《联合国土著人民权利宣言》强调在司法程序中提供土著语言译员的义务。

23. 《土著和部落人民公约》规定,在对土著人民成员实施普通法所规定的刑事处罚时,“应考虑到他们的经济、社会和文化特点”,并“应优先使用除监狱以外的其他处罚办法”(第十条)。

### C. 土著法律和司法观念

24. 全球有许多不同的土著人民、社区或民族以及文化群体,其习俗、法律和司法机构也各式各样。与普通司法制度截然不同的土著司法制度的一个普遍特点在于,适用法律不是源于成文法或法庭裁决,而是源于口述历史、世界观、道义和其他文化传统、家庭或部族关系和义务,以及土著人民与其传统土地的密切关系。在许多方面,司法或法律观念并不被视为与土著社会和文化的精神、宗教、文化或其他方面相脱离,这些方面带给社区凝聚力,并被其成员所接受。习俗是日常生活的一个组成部分,在解决土著个人和社区之间的争端方面发挥着关键作用,例如土地争端、社区之间的冲突、自然资源管理和环境保护。

25. 土著司法制度虽然在全球表现出各种程度的多样性和复杂性,但总的来说,其终极目标是寻求恢复社区、家庭或部族关系的和谐,并强调罪犯重返社会而不是施加报复(见 A/HRC/42/37/Add.2)。<sup>9</sup> 其本质是要罪犯对所造成的伤害提供赔偿。冲突的解决是在一个更广泛的社会背景下进行的,并考虑到社区未来的关系和凝聚力。<sup>10</sup> 从程序上来说,土著司法制度不像普通司法制度那样正式和对立。<sup>11</sup> 诉讼程序一般由传统长老引导,通常规定参与者不仅有案件中的当事方,还包括当事方的亲属和社区其他成员。对土著司法制裁的服从率往往很高,因道义责任感和重视社区归属感而得到保证。

26. 必须指出的是,随着时间的推移以及与外部世界和主流文化的接触,不同土著习惯规范和司法制度已经发生了变化,可能吸收了外部做法和观念,但仍然构成了源自土著社区并被其视为合法的规范。土著司法制度通常更加灵活,这是因为它们大多是口口相传,随时适应变动不居的社会、经济和其他环境。因此,不应将土著司法制度理解为一个在特定地点或时间静止不动,无法在其独特的社会、文化和体制背景下演变的系统。

27. 殖民主义的经历和外部强加的影响削弱了许多土著人民的司法制度、机构和传统。然而,世界各地的土著人民正在积极行动,恢复他们的传统知识和司法制度,作为他们加强自治和治理的文化复兴努力的一部分。

<sup>9</sup> 另见 Brendan Tobin, *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters* (Abingdon, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Routledge, 2014), pp. 29–32。

<sup>10</sup> 见 International Development Law Organization, “Navigating complex pathways to justice: engagement with customary and informal justice systems” (2019), p. 13。

<sup>11</sup> 见 Ada Pecos Melton, “Indigenous justice systems and tribal society” in *Justice as Healing: Indigenous Ways*, Wanda D. McCaslin, ed. (St. Paul, Minnesota, Living Justice Press, 2005), pp.108–120。

## D. 土著人民在普通司法制度中面临的挑战

28. 在大多数国家，普通司法系统是国家承认的唯一途径，土著人民循此途径，始能为对其个人和集体权利的侵犯寻求法律补救，例如在土地权或保护其传统知识的权利，或处理对他们的犯罪指控方面。即使许多国家存在土著法院和非正式的习惯机制，它们往往也得不到国家法律制度的承认。

29. 在审视土著人民在普通司法制度中的经历时，首先必须考虑两个问题。第一个问题是，土著人民在其国家是否得到法律上的承认，因此是否被承认拥有与传统土地和自然资源及其自决权相联系的固有的具体和集体权利。

30. 第二个问题是，各国是否积极监测和采取措施消除其司法制度对土著人民的任何直接或间接歧视性影响。这需要收集关于土著个人与该制度互动的数量、频率和性质的分类数据，并观察司法中的侵犯人权行为是否对土著人民产生了严重影响。对分类数据的分析有助于制定政策，确保该制度对其中所涉的任何人都给予公平待遇。许多国家依赖法律面前人人平等的正式原则来为缺乏对此类数据的收集辩护(A/HRC/30/41/Add.1, 第 31 段)<sup>12</sup>。然而，这意味着法律制度对土著人民的实际歧视可能无从发现，更不用说去着手解决。

31. 世界各地和特定国家内的土著人民的状况各不相同。他们在普通司法制度中可能会遇到不同的经历和挑战，这取决于他们是生活在城市还是农村社区，以及他们是依靠陆地、森林还是海洋来维持传统生计。

32. 在应对土著人民在普通司法制度中面临的挑战时，还必须处理性别、年龄、残疾或性取向和性别认同等交叉歧视理由的影响。

### 诉诸司法和获得补救的机会有限

33. 在特别报告员访问的所有国家，土著人民诉诸普通司法的机会仍然受到严重限制。地理障碍是许多国家的主要关切。土著人民权利专家机制和条约机构也得出了类似的结论。<sup>13</sup> 此外，与非土著诉讼当事人相比，土著人民很少能得到有利的裁决，即使法院作出有利于土著人或社区的裁决，实际上也不大可能得到执行(A/HRC/39/17/Add.2, 第 69 段和 E/C.12/IND/CO/5, 第 13 段)，或者赔偿或补救可能不存在(A/HRC/30/41/Add.1, 第 32 段)或文化上不适应他们的需要。<sup>14</sup>

34. 有几个因素不利于土著人民寻求正义。土著人民通常表现出对他们看来陌生且难以企及的司法制度的深深疏离感。司法结构体现的经常是前殖民国家的司法结构，对土著文化不敏感。<sup>15</sup> 对普通司法制度不信任可能是由于长期以来的有罪不罚、边缘化、歧视和污名化以及有关程序不适应甚至不承认其文化特点。

<sup>12</sup> 另见本报告中丹麦、芬兰和挪威提交的资料。

<sup>13</sup> 例见，A/HRC/24/50 和 Corr.1; A/HRC/27/65; CEDAW/C/CRI/CO/7 第 8(d)段; CERD/C/CMR/CO/19-21, 第 17 段; CEDAW/C/THA/CO/6-7, 第 10 段; CERD/C/FRA/CO/20-21, 第 12 段。

<sup>14</sup> 见人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 15 段。

<sup>15</sup> Markus Weilenmann, “Legal pluralism: a new challenge for development agencies” in *Access to Justice in Africa and Beyond. Making the Rule of Law a Reality* (London, Penal Reform International, 2007).

35. 在许多国家，歧视和种族主义损害了土著人诉诸司法的机会。例如，非洲委员会报告说，在非洲的许多情况下，对土著社区和个人的执法不公显而易见。<sup>16</sup> 在刚果共和国，土著人民往往难以诉诸司法或寻求警察保护，特别是当罪犯属于占主导地位的非土著群体时。<sup>17</sup>

36. 在危地马拉，尽管存在专门为增加土著人民诉诸普通和习惯司法的机会而设计的机构、服务和政策，但特别报告员注意到土著人民在向地方一级普通法院提出申诉时遭受的歧视和种族主义(A/HRC/39/17/Add.3, 第 82 段)。

37. 土著人民对普通司法制度的有效参与部分取决于他们在法庭以及检察官办公室、警察局和受害者服务机构遇到的环境。可以而且应该采取措施，使这些空间和程序在文化上更有亲和力。<sup>18</sup>

38. 提高土著人民在司法、法院和检察部门以及警察部队工作人员中的代表性，不仅是消除在进入这些职业方面歧视的措施，也可以增强其他土著人对整个制度的文化信任(A/HRC/33/42/Add.2, 第 33 段)。

39. 应当强调的是，作为犯罪或其他违法行为受害者的土著妇女面临的交叉歧视尤其明显。在加拿大，针对土著妇女失踪和被谋杀的全国调查的最后报告得出结论认为，加拿大刑事司法制度未能有效追究暴力侵害土著妇女和女童的那些人的责任，包括谋杀案件。<sup>19</sup> 在家庭暴力或其他基于性别的暴力案件中，一些土著妇女可能认为普通司法将更好地保护她们作为女性的权利，而其他人可能认为土著制度提供了更牢靠的保护。

40. 语言障碍是土著人民诉诸司法的另一个主要障碍。缺乏对权利的了解和法律咨询不足也削弱了土著人民寻求侵权补救的机会。在有免费法律援助方案的地方，这些方案很少作出文化上的适应，并且在大多数情况下资金不足。获得法律援助往往决定一个人能否以有意义的方式参与法院庭审。普通司法制度的成本，特别是对处于社会经济脆弱状况的人而言，<sup>20</sup> 以及缺乏对权利补救措施的明确认识，也是一些遏制因素。

41. 除了公平审判和法律面前平等之外，土著人民有效和平等地诉诸法院和获得补救对于实现个人和集体权利至关重要。土著人民即使有可能诉诸其传统机制来解决争端，也应当能够选择普通司法制度，以寻求更广大社会对其集体权利的承认(A/HRC/24/50, 第 32-34 段)。

<sup>16</sup> 非洲委员会土著人口/社区问题工作组报告(2005 年)。

<sup>17</sup> 国际农业发展基金和土著事务国际工作组，“刚果：土著人民问题国家技术说明”(2014 年 10 月)。

<sup>18</sup> 例见，*Final Report of the Royal Commission and Board of Enquiry into the Detention and Protection of Children in the Northern Territory* (2017)、A/HRC/42/37/Add.1；A/HRC/33/42/Add.2, 第 32 段；A/HRC/36/46/Add.2 和厄瓜多尔为本报告提供的资料。

<sup>19</sup> 见 *Reclaiming Power and Place. The Final Report of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls*, vol. 1a (2019), p. 717。

<sup>20</sup> 例见，A/HRC/39/17/Add.3, 第 82 段；A/HRC/39/17/Add.2, 第 64 段；A/HRC/21/47/Add.2, 第 51 段；E/C.12/IND/CO/5, 第 13 段；CERD/C/KEN/CO/5-7, 第 15 段。



## 普通刑事司法制度下土著人民被监禁比例过高和遭受歧视

42. 在世界每个地区，从逮捕到服刑的刑事司法程序的每个阶段，土著人民所占的比例都过高。造成这种情况的因素包括立法、政策、执法战略和其他做法中的直接或间接歧视；<sup>21</sup> 长期剥夺、社会经济边缘化和贫困、代际创伤；个人和机构种族主义和歧视；土著社区用警过当；接触律师的机会不足；缺乏有效的司法审查；获取信息的机会有限；语言障碍。<sup>22</sup>

43. 关于对土著个人任意逮捕和过度使用武力的报道在世界所有地区都很普遍。<sup>23</sup> 在亚洲和非洲，生活在森林地区的土著人民被指控侵占国家土地或在国家公园非法伐木，往往被判处监禁。<sup>24</sup> 例如，在刚果民主共和国，巴特瓦人遭到护林员的殴打和袭击，在肯尼亚，桑布鲁人、马赛人和图尔卡纳人遭到警察任意逮捕。<sup>25</sup> 在泰国，被驱逐的卡伦人在司法系统寻求补救时面临反向刑事指控。<sup>26</sup>

44. 在智利，警察的突袭和行动导致对马普切社区成员过度使用武力。<sup>27</sup> 在危地马拉，特别报告员注意到对许多土著社区成员的刑事定罪升级。她于 2018 年向人权理事会提交的专题报告专门分析了对土著人权维护者日益加剧的攻击和定罪(见 A/HRC/39/17 和 Add.3)。

45. 土著人民在监狱和拘留中心的监禁人数比例过高，土著残疾人尤其面临被监禁的风险(CRPD/C/CAN/CO/1, 第 31 段)。大多数监狱系统都缺乏相关方案，满足土著妇女的性别需要及其文化、精神和宗教要求。<sup>28</sup>

46. 在澳大利亚，特别报告员注意到，虽然土著人和托雷斯海峡岛民仅占全国人口的 3% 左右，但将近三分之一的监狱囚犯是土著人。50% 以上被拘留的澳大利亚儿童，有些年仅 10 岁，是土著人和托雷斯海峡岛民，在某些拘留中心，90% 的被拘留者是土著儿童，对儿童的种族主义虐待和单独监禁皆有案可查(见 A/HRC/36/46/Add.2)。<sup>29</sup>

47. 适当使用警力是一个关键问题。应调整城市或偏远土著社区的近距离警务。警务战略应在社区的参与下制定和实施。

<sup>21</sup> 例见，Stefania Errico, 《亚洲土著人民的权利。国家发展和减贫战略背景下国家基于人权的法律和政策框架概览》(日内瓦，劳工组织，2017 年)，第 38 页；CCPR/C/CHL/CO/6, 第 7 页；CHL 2/2018 和 PHL 5/2018 号来文；A/HRC/36/46/Add.2, 第 68 段。

<sup>22</sup> 例见，A/HRC/36/46/Add.2, 第 67 段；CERD/C/COL/CO/15-16, 第 39 段；A/HRC/36/28, 第 18 段。

<sup>23</sup> 例见，A/HRC/39/17 和 Add.2, 第 65 段；CCPR/C/CAN/CO/6, 第 11 段。

<sup>24</sup> Stefania Errico, 《亚洲土著人民的权利》，第 38 页。

<sup>25</sup> 见特别程序任务负责人的 KEN 5/2018 和 COD 1/2018 号来文，以及非洲委员会土著人口/社区问题工作组报告，第 38 页。

<sup>26</sup> 见 THA 2/2019 号来文。

<sup>27</sup> 见 CHL 3/2017 和 CERD/C/CHL/CO/19-21 号来文，第 15 段。

<sup>28</sup> 见《联合国关于女性囚犯待遇和女性罪犯非拘禁措施的规则》第 54 和 55 条。

<sup>29</sup> 见 AUS 6/2016 号来文和 *Final Report of the Royal Commission and Board of Enquiry into the Detention and Protection of Children in the Northern Territory*。

48. 语言障碍构成或导致普通刑事司法制度中对土著人民权利的进一步侵犯。如果被逮捕和起诉的土著人，其律师、辩护人或司法官员不会说土著语言或不了解土著文化，而且口译和笔译服务不方便或不充分，则这些土著人的自由、公平审判权或其他权利就有可能受到侵犯。<sup>30</sup>

49. 获得口译员的服务是任何不懂诉讼过程中语言的被告获得公平审判的一个基本保障。<sup>31</sup> 然而，获得口译员服务的权利在实践中不能始终得到充分落实或尊重。例如，在墨西哥，特别报告员注意到法庭上口译员严重短缺，法庭上的双语公设辩护人数目不足，损害了土著被告获得公平审判的权利(A/HRC/39/17/Add.2, 第 65 段)。在危地马拉，公共刑事辩护局缺乏资源，特别是在设立维护土著权利办事处的方案方面(A/HRC/39/17/Add.3, 第 83 段)。

## E. 土著司法制度

### 土著司法权

50. 如上所述，土著司法系统是国际公认的土著人民自决权和他們自己文化的组成部分。土著人民享有自治法律机构和程序的权利必须置于历史、领土和文化背景下，包括土著人民在殖民主义之前和国家形成之前就已经存在的事实。

51. 土著社区可能认为普通司法系统是非法强加的外来机构和法律的延续，要求维持独特的土著法律机构并使其合法化是这些社区抵制统治和同化的努力的一部分。<sup>32</sup>

### 国家对土著法律制度的承认

52. 对土著人民传统司法制度和习惯法的承认在世界各地互不相同，但总体而言仍然有限(A/HRC/27/65, 第 14-17 段)。近几十年来，拉丁美洲许多国家接受了法律多元化，包括在宪法层面上。在厄瓜多尔和哥伦比亚，《宪法》承认土著人民有权根据自己的习惯法行使司法职能，只要这些权利不违背宪法或国际公认的人权标准。在墨西哥，一些州正式承认土著机制和土著当局的管辖权(A/HRC/39/17/Add.2, 第 70 段)。然而，在实践中，各系统之间的互动经常是临时性的，并因歧视态度和不承认土著司法系统对平等诉诸司法的潜在贡献而受到限制(A/HRC/42/37/Add.1, 第 49 段和 A/HRC/30/41/Add.1, 第 31 段)。

53. 亚洲各地对土著习惯法和管辖权的承认也大相径庭。在一些国家，土著人民获得宪法承认，或者是特别法的主体。《印度尼西亚宪法》第 18 B (2)条规定：

<sup>30</sup> 例见，A/HRC/39/17/Add.2, 第 65 段；A/HRC/39/17/Add.3, 第 103 段；CERD/C/COL/CO/14, 第 21 段；CERD/MAR/CO/17-18, 第 19 段。

<sup>31</sup> 见《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第 3 款(己)项；消除种族歧视委员会，关于在刑事司法系统的司法和运作中防止种族歧视的第 31 号一般性建议(2005 年)，第 30 段；《囚犯待遇最低限度标准规则》(2015 年修订)，规则 55 (1)。

<sup>32</sup> John L. Hammond, “Indigenous community justice in the Bolivian Constitution of 2009”, *Human Rights Quarterly*, vol. 33, No. 3 (2011); Brendan Tobin, *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters*, ch. 1; and “Indigenous and other traditional or customary justice systems in the Asia-Pacific region”, pp. 6 and 19.

“国家承认并尊重传统社区及其传统习惯法权利，只要这些权利仍然存在，并且符合社会发展和印度尼西亚共和国作为单一国家的原则，但应受法律制约。”

54. 在菲律宾，1997年《土著人民权利法》第15条规定，土著人民“有权在其各自社区内运用自己普遍接受的司法制度、解决冲突机构、建设和平进程或机制以及其他习惯法和惯例，只要符合国家法律制度和国际公认的人权”。

55. 1950年《印度宪法》第六附表(第371 A和371 G条)保护印度东北部几个邦的某些部落的习惯法，并为那加兰邦和米佐拉姆邦的土著人民的习惯法和传统司法制度提供宪法保障(A/74/149, 第57段)。《东帝汶宪法》第2条第(4)款规定：“国家应承认并重视东帝汶规范和习俗，只要其不违反《宪法》和任何专门涉及习惯法的立法”(A/HRC/42/37/Add.2, 第18段)。

56. 在孟加拉国，《宪法》中“法律”的定义包括“习惯或常例”以及在《宪法》通过之前已经存在的法律(第152条)。1900年《吉大港山区条例》承认土著人民在传统酋长和头人的监护下对传统土地和资源的权利。<sup>33</sup>

57. 很少有非洲国家在其国家宪法或立法中对土著人民的存在予以法律承认。<sup>34</sup>对马里的图阿雷格人来说，这意味着不承认他们有权享有特定的集体权利。同样，《博茨瓦纳宪法》提到组成博茨瓦纳人民的八个主要部落，但不承认桑人是这些部落/社区之一。刚果共和国是非洲少数几个国家之一，承认土著人民的权利并保障他们依照国内法诉诸习惯法来解决内部争端。<sup>35</sup>

58. 然而，传统或习惯司法制度在几个非洲国家具有法律或事实上的合法性，尽管国家法律往往不承认它们具有土著性点。1996年《南非宪法》包括根据习惯法承认传统酋长的地位、职能和作用，并允许传统威权在南非法律制度框架内发挥作用。它还规定，在遵守《宪法》和相关国内立法前提下，法院必须在适用时采用习惯法(见A/74/149, 第63段)。

59. 在北欧，各国只承认单一的国家司法制度，但在司法程序中寻求容纳土著文化，为此在土著人民的地域设有法院。<sup>36</sup>拟定了跨界的《北欧萨米公约》，目前正由三个萨米议会以及芬兰、挪威和瑞典政府审议。《公约》要求各国尊重萨米人的法律观念、法律传统和习俗，在制定和适用立法时考虑萨米人的法律习俗，并寻求立法与对萨米人跨国活动具有重要意义的其他法规之间的协调一致(第9和10条)。

60. 在新喀里多尼亚，《努美阿协定》(1998年)承认卡纳克人在婚姻、收养、继承和一些土地问题等民事事项上的习俗权力。法国法律虽然不允许行使习惯刑事

<sup>33</sup> 见 Devasish Roy, “Asserting customary land rights in the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh: challenges for legal and juridical pluralism” in *Divers Paths to Justice: Legal Pluralism and the Rights of Indigenous Peoples in Southeast Asia*, Marcus Colchester and Sophie Chao, eds. (Chaing Mai, Thailand, Forest Peoples Programme and Asia Indigenous Peoples Pact, 2011)。

<sup>34</sup> 非洲委员会土著人口/社区问题工作组报告，第47页。

<sup>35</sup> 见 Loi No 5-2011 du 25 février 2011 portant promotion et protection des droits des populations autochtones, art. 11。

<sup>36</sup> 见丹麦、芬兰和挪威为编写本报告提交的资料，以及《北欧萨米公约》文本，可查阅 [www.sametinget.se/105173](http://www.sametinget.se/105173)。

司法，但“习俗陪审员”可以帮助法官理解习惯法及其在解决争端中的作用，法官可以在刑事判决中考虑社会背景，包括已经适用的习惯司法。

61. 消除种族歧视委员会和儿童权利委员会提到土著人民有权获得对其制度和机构的承认。<sup>37</sup> 然而，条约机构关于土著司法系统的判例有限。各委员会在呼吁各国确保传统和土著机制符合国际人权法或国家宪法时，主要提到了此类制度。

### 土著人民司法的主要来源

62. 即使在普通司法制度是国家承认的唯一程序的情况下，土著人民实际上在绝大多数情况下，仍然诉诸习惯司法机制。这些通常被认为更便利，文化上更妥帖，而且往往是土著社区解决争端的主要途径。在一些国家，<sup>38</sup> 大约 90% 的案件指向土著司法制度。在东帝汶，绝大多数争端都是通过习惯司法制度解决的，几个世纪以来，对神圣习俗精神传统的依赖一直规范着社区关系(A/HRC/42/37/Add.2, 第 27 段)。

63. 土著司法机制往往地理位置更近，成本更低，并使用其服务社区所有人都能理解的语言。判决者是争端各方都熟悉的人这一事实可能会激发信任，或者至少不会像国家法院的正式设置那样令人敬而远之。

64. 就土著人民获得对侵犯人权行为的补救而言，普通司法制度往往于事无补，实际上，在土著人民诉诸司法、获得公平审判和人身完整的权利方面，经常构成直接或间接歧视他们的更大风险。土著人民享有自己文化和使用自己语言的权利更有可能在与其社会和文化习俗相一致的司法程序中得到实现，而对许多土著人民来说，这种社会和文化习俗仍然受其传统和习惯法的制约。

65. 土著司法在国家机构普遍薄弱或缺失的地域发挥着至关重要的作用。例如，危地马拉总检察长告知特别报告员，普通司法制度只覆盖危地马拉约 10% 的土著人民。<sup>39</sup>

66. 土著司法制度也可以在武装冲突后的过渡司法进程中发挥作用。在哥伦比亚，政府和哥伦比亚革命武装部队之间的和平协定载有一项具体规定，要求尊重传统威权的管辖职能，并在和平特别法院和土著特别法院之间建立协调机制。<sup>40</sup> 在东帝汶，接受、真相与和解委员会通过 Nahe Biti 概念，将土著习俗纳入过渡时期司法措施(A/HRC/42/37/Add.2, 第 37 和 83 段)。

67. 在全球范围，根据可持续发展目标 16，承认和支持土著司法制度有助于所有人更好地平等和有效诉诸司法，并推动更好地执行《联合国土著人民权利宣言》。

<sup>37</sup> 见消除种族歧视委员会，第 31 号一般性建议，第 5(e)段，以及儿童权利委员会，关于土著儿童及其根据《公约》享有的权利问题的第 11(2009)号一般性意见，第 75 段。

<sup>38</sup> 见《非洲人权和传统司法制度》(联合国出版物，出售品编号 E.16.XIV.1)，第 17 页。

<sup>39</sup> “人权、土著管辖权和诉诸司法：实现文化间的对话和尊重”，特别报告员的发言。

<sup>40</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, section 6.2.3.e.

## 对土著司法的偏见

68. 对土著司法概念缺乏理解以及这方面的歧视态度，包括媒体的歧视态度，导致了对土著司法制度合法性的抨击。这就具体表现为不会鼓励土著司法或向其移交案件，有时甚至导致土著司法官因行使司法职能而被定罪，例如遭到僭越公权、绑架或勒索的刑事指控(A/HRC/42/37/Add.1, 第 52 段)。

## 与国际人权原则保持一致

69. 与普通国家司法制度一样，土著习惯司法制度的某些程序和结果可能与国际法以及人权和法治标准相冲突。许多土著司法制度在没有书面规则或裁决记录的情况下运作，这可能增加作出任意或有偏见的裁决的风险。

70. 土著制度多种多样，但人们对正当程序和公平审判、妇女和儿童权利、人身完整和体罚表示关切。<sup>41</sup> 集体司法方法可能会给个人权利带来问题，特别是就家庭暴力或性暴力的女性受害者或涉及儿童的案件而言。

71. 土著司法制度或许只能为妇女的发声或参与提供有限的空间，而土著妇女实际上可能无法诉诸普通司法制度。<sup>42</sup> 因此，在普通司法制度和土著司法制度中，土著妇女往往缺乏诉诸司法和获得赔偿的机会。消除对妇女歧视委员会对某些损害妇女权利的习惯做法表示关切，包括强迫婚姻、继承方面的歧视性做法；家庭暴力或性暴力案件中社区的强迫和解做法，以及对妇女拥有土地的限制。<sup>43</sup>

72. 土著司法制度可能会将对儿童最大利益的考虑置于其他可感知的公共利益之后，或者可能不会根据《儿童权利公约》去区分儿童和成人。

73. 即使不是全部，至少大多数这些与国际人权准则不一致的情况也可能出现在国家的普通司法制度中，在某些国家，国家制度中的不一致可能更甚于土著制度。因此，尽管对土著和非土著司法制度来说，与国际人权保持一致是一个重大关切，但土著司法制度中存在人权问题，本身不应构成拒绝其合法性的有效论据。

74. 与此同时，国际法、标准和研究产生了关于普通司法制度应如何解决这些问题以及腐败、滥用权力或其他形式的司法不当问题的详细指南，许多国家也设置以一致和系统的方式解决这些问题的具体程序和机构。土著司法制度往往缺乏对裁决者问责的正式程序和机制。然而，规定国家当局承担确保土著司法行为者的廉正的首要责任，有可能损害土著系统的自主权。

## 对管辖权的限制

75. 即使国家在法律上承认土著司法制度，相关法律也经常对土著管辖权的范围加以限制，往往将管辖权局限于轻罪，并将管辖权局限于发生在土著社区领地内

<sup>41</sup> 见《传统和习惯司法制度》，2017 年日内瓦法官和律师论坛的报告(2018 年 2 月)，第 7 页。

<sup>42</sup> 见亚洲土著人民组织，“东南亚的妇女：其诉诸司法面对的挑战”(2013 年)。

<sup>43</sup> 分别见 CEDAW/C/PHL/CO/7-8, 第 49 (c)段；CEDAW/C/FJI/CO/5, 第 27 (d)段；CEDAW/C/COG/CO/7, 第 47 (a)段。

的物质、个人和领土要素上。<sup>44</sup> 因此，许多国内的国家 and 立法当局倾向于将土著管辖权解释为仅限于相对较小规模的内部事务，如家庭间或家庭内部的争端以及被告和受害者都是土著人的小规模财产盗窃。土著组织批评这是企图使土著司法从属于国家司法(A/HRC/27/65, 第 25 段)。

76. 人权事务委员会在其关于在法庭和裁判所前一律平等和获得公平审判权的第 32 号一般性意见(2007 年)中同样提到有限管辖权，认为各国必须确保“依习惯设立的法庭……只有在符合下列条件的情况下，国家才能承认这类法庭作出的判决具有约束力：这类法庭审判较小的民事案件和刑事案件……其判决应由国家法院按照《公约》规定的保障加以认可，而且有关方可通过符合《公约》第十四条规定的程序就其提出反驳。”。

77. 前任特别报告员强调，需要灵活划定土著当局的职责范围。他建议，土著管辖权不一定限于发生在特定土著社区领地内的案件，或涉及同一土著社区或人民的案件(A/HRC/15/37/Add.7, 第 12 段)。各国应认识到土著习惯法的动态特点，以及土著司法制度能够像其他司法制度一样，以符合其社会、政治和文化规范的方式，针对当代情况和背景加以改变和适应，并裁决新的问题或争端(同上，第 10 段)。

78. 国家当局应考虑承认土著司法当局对涉及在其土地上的非土著人和实体的事项进行裁决的管辖权。肇事者有罪不罚的问题应该始终是一个令人关切的问题，特别是在国家机构实际上不存在的地区。这不一定是一种“非此即彼”的选择：合作机制可以由土著司法当局对在土著领土上实施刑事犯罪的非土著人进行初步调查，然后移交给普通司法系统。

#### 司法审查：平衡自决权和其他权利

79. 国内和国际法律文书规定，土著人民适用其习惯司法做法的权利受制于其对人权的尊重。消除对妇女歧视委员会和人权事务委员会规定，国家法院可以进行司法审查，作为防止侵犯人权的保障。<sup>45</sup>

80. 在不歧视土著人民的背景下对人权进行动态和跨文化的解释是国家司法当局审查土著司法程序的一个重要因素(A/HRC/15/37/Add.7, 第 15 段)。在相互尊重和理解的基础上，加强国家与土著法律和机构之间的联系，乃至建立土著和非土著法官代表性平等的综合审查或上诉机构，都有助于确保土著和国家法律制度尊重人权。

81. 哥伦比亚宪法法院认为，在审查土著司法机制裁决的合宪性时，土著当局必须遵守基本人权，包括生命权、人格完整权、免受酷刑和奴役的权利以及正当程序权。在土著人民的管辖权利与个人权利和利益发生冲突的情况下，宪法法院裁定，只有在有合理和确凿的论据证明土著司法程序对个人权利的影响特别严重的情况下，对土著自治的限制才是合宪的。该法院提出了一种方法，通过这种方

<sup>44</sup> 例见，the Law on Jurisdictional Demarcation, (Ley No 073 de Deslinde Jurisdiccional), Plurinational State of Bolivia (2010)。

<sup>45</sup> 例见，消除对妇女歧视委员会关于妇女诉诸司法的第 33(2015)号一般性建议，第 64 段。

法，可以促进社区内部对话，以在其文化世界观框架内解决冲突，避免将社区习惯法之外的决定强加于他们。

## F. 实现普通和土著司法制度之间的协调

82. 根据《联合国土著人民权利宣言》，国家有责任承认和加强土著人民独特的法律机构(第 5 条)。与此同时，有一项要求是，土著司法制度本身必须按照国际人权规范行事(第 34 条)。国家和土著当局必须共同努力，以协调的方式实现这些目标。在大多数国家，它们如何最有效地做到这一点，以及当一方或另一方不配合时应如何去做的的问题，仍有待加以解决。

83. 特别报告员根据其国别访问和研究，确信土著和非土著司法制度应被看作是相互补充的和必要的，以保证土著人民有效和平等地诉诸司法。

84. 消除对妇女歧视委员会在其第 33 号一般性建议中，建议在多元司法制度之间开展建设性对话并建立正式联系，包括为此在它们之间采用信息共享程序。儿童权利委员会鼓励支持土著人民的传统恢复性司法制度，只要这些制度符合《公约》规定的权利，并呼吁各国向少年司法制度，包括土著人民制定和实施的制度提供充足的资源。<sup>46</sup>

### 国家参与和合作

85. 参与土著司法的一个关键起点是与土著领导人和社区进行深入的研究和协商，以便更好地了解他们的制度，并随后与土著代表共同设计参与和协调战略。

86. 在东帝汶，政府致力于发展一个包括文化传统在内的混合司法制度，并准备与全国各地的社区进行协商，探讨正式司法制度和习惯司法制度如何能够和谐共存，并加强其对确保所有人都能诉诸司法的贡献(A/HRC/42/37/Add.2, 第 38 段)。

87. 在加拿大育空地区，育空河理事会司法协议设立了一个社区调解法院，该法院依靠部族程序解决争端，并包括与执行和纠正有关的规定。该协议还勾勒了社区调解法院与普通司法制度之间的互动。

88. 在玻利维亚，2017 年通过了一项法官跨文化议定书，旨在改善与土著管辖范围内土著当局的协调与合作。<sup>47</sup> 土著当局可以请求国家当局的援助，以促进其社区的利益，例如，寻求国家执法官员的支持，以帮助执行土著司法裁决。<sup>48</sup>

89. 美利坚合众国亚利桑那州纳瓦霍族法庭制度为纳瓦霍司法的重新发现和振兴作出了贡献，并依靠习惯法和纳瓦霍价值观作出裁决。纳瓦霍族法庭在纳瓦霍族领地管辖范围内审理刑事和民事案件。

<sup>46</sup> 见儿童权利委员会关于土著儿童及其根据《公约》享有的权利问题的第 11(2009)号一般性意见，第 75 段。

<sup>47</sup> 见玻利维亚就本报告提供的资料。

<sup>48</sup> 见 Kimberly Inksater, “Transformative juricultural pluralism: indigenous justice systems in Latin America and international human rights”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 42, No. 60 (2010)。

90. 将土著和普通司法制度中的司法当局汇聚在一起的审查或上诉机构可有权通过真正的文化间对话和决策过程，共同解决与人权关切或土著管辖权是否充分有关的任何问题(A/HRC/15/37/Add.7, 第 17 和 48(d)段)。

### 普通司法制度的文化适应

91. 作为协调努力的一部分，国家司法制度应努力满足土著人民的需求。人权机制呼吁各国借助其体制结构以及土著和部落人民在其法律和司法制度中的集体和法律人格，承认土著人民对司法救助和有效补救的享有。

92. 在澳大利亚，维多利亚州的库利儿童法院让库利社区的长老参与调整诉讼程序，使其更符合库利文化，并确定旨在减少监禁的替代性刑罚选择(见 A/HRC/36/46/Add.2)。<sup>49</sup> 在新西兰，惩教署矫正和重返社会处根据 tikanga 毛利人(传统毛利人)的概念和价值观提供了一些治疗方案，包括释放前将囚犯与各级毛利社会组织联系起来的方案(A/HRC/18/35/Add.4, 第 63 段)。

93. 在危地马拉和墨西哥，可以邀请人类学家等文化专家参与正式司法系统审理的案件，向法官解释土著文化。<sup>50</sup>

94. 在加拿大，土著法院工作人员在向皇家检察官和法官提供关于被告的历史和状况以及基于社区的非监禁选择和替代办法的信息方面发挥了作用。加拿大法官在作出任何判决或保释决定之前，必须认识到土著罪犯面临的不利的系统性因素和背景因素，并提出拘留或监禁的替代办法。<sup>51</sup> 加拿大的土著司法方案也支持基于土著社区的司法方案，这些方案在适当情况下提供对主流司法程序的替代办法。<sup>52</sup>

95. 各国认识到培训法官、司法和其他执法官员了解土著人民习俗和做法的重要性。<sup>53</sup> 将土著习惯法和实践培训纳入法律和司法学校课程(如关于两种法律制度的法律双学位)和进修(短期课程、研讨会、会议、文化沉浸考察和实地考察)，并由土著代表讲授，就是积极措施的例子。<sup>54</sup>

### 技术和财政援助

96. 《联合国土著人民权利宣言》承认土著人民有权从各国和通过国际合作获得财政和技术援助，以享受其各项权利(第 39 条)，包括资助其自治职能的援助(第 4 条)。这一点很重要，因为土著人民所处的历史和当代社会、政治和经济环境在许多情况下削弱了他们自己在司法领域的传统机构、规范和程序。土著人民、国家当局、国际捐助者和其他有关各方应协调努力，帮助加强和促进土著司法制

<sup>49</sup> 另见澳大利亚就本报告提供的资料。

<sup>50</sup> 见危地马拉和墨西哥就本报告提供的资料。

<sup>51</sup> 例见 *R v. Gladue* [1999] 1 S.C.R. 688 and *R v. Ipeelee* 2012 SCC 13。

<sup>52</sup> 见加拿大就本报告提供的资料。

<sup>53</sup> 见玻利维亚就本报告提供的资料；E/CN.4/2003/90/Add.3, 第 25 段，以及 CERD/C/ARG/CO/21-23, 第 30(a)和(c)段。

<sup>54</sup> 例见加拿大的普通法和土著法律秩序双学位课程，加拿大维多利亚大学。



度。这种努力应支持土著人民珍视并在必要时恢复他们自己的与解决冲突和司法有关的知识和做法(A/HRC/15/37/Add.7, 第 10 段)。

97. 对土著司法制度的资源配置不足是一个反复出现的问题。技能培训和提高认识活动通常是由民间社会组织开展。例如,在厄瓜多尔,土著司法缺乏人力资源和资金,拖延了在正当程序和与国际人权法协调方面的能力建设。

98. 探讨和评估社区处罚也需要资金,这些处罚可以为土著罪犯提供现实的监禁替代办法,并从根本上应对犯罪问题。筹资也是必要的,如此才能创建可及和文化上适当的受害者服务,并建立土著法律机构,以发展、利用和理解土著法律和诉诸司法的机会。

### 恢复性司法

99. 在 2002 年《关于在刑事事项中使用恢复性司法方案的基本原则》中,人们认识到恢复性司法举措“往往利用传统和土著司法形式”。<sup>55</sup> 早先的《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》也指出:“应当斟酌情况尽可能利用非正规的解决争端办法,包括调解、仲裁、常理公道或地方惯例,以协助调解和向受害者提供补救。”

100. 然而,国家制度中的恢复性司法程序不能成为借以不承认土著人民维护和发展其独特司法制度的权利的理由,或用来“阻碍……在国家可接受范围内的土著文化和政治表达”。<sup>56</sup> 联合国毒品和犯罪问题办公室还强调了阻碍土著和其他弱势群体作出恢复性司法选择的歧视模式。<sup>57</sup>

### 土著习俗和规则的变化

101. 土著人民的传统和习俗朝着与国际人权更加协调一致的方向发生改变,最好源于土著社区内部。通过加深传统长老和酋长对此类问题的了解,可以加强对国际人权的遵守。支持本地系统内的积极变化,同时保持其整体完整性,是最成功和最理想的方法。<sup>58</sup>

102. 国家和土著领导人应共同努力,制定旨在提高对人权重要性认识的共同战略,包括对决策者的问责制,妇女参与争端解决和司法裁决,保护妇女和儿童权利,保护残疾人,促进男女同性恋、双性恋和跨性别者的权利,了解国家宪法和国际人权法原则,以及确定权利保护的最低标准。

<sup>55</sup> 恢复性司法定义的要点见 A/HRC/27/65, 第 67-70 段。

<sup>56</sup> 见 Stephanie Vieille, “Maori customary law: a relational approach to justice”, *The international Indigenous Policy Journal*, vol. 3, No. 1 (March 2012)。

<sup>57</sup> 见联合国毒品和犯罪问题办公室, 司法教育, 模式 8, 可查阅 [www.unodc.org/e4j/en/crime-prevention-criminal-justice/module-8/key-issues/4--issues-in-implementing-restorative-justice.html](http://www.unodc.org/e4j/en/crime-prevention-criminal-justice/module-8/key-issues/4--issues-in-implementing-restorative-justice.html)。

<sup>58</sup> Annika Kovar, 《习惯法与东帝汶的家庭暴力》, 联合国开发计划署(2011 年 1 月), 第 34 页。

## 四. 结论和建议

### 结论

103. 国际人权标准承认土著人民有权维护和发展自己的法律制度和机构。在可持续发展目标 16 的背景下，土著司法日益受到全球关注，因其以符合人权的方式促进法治、使人人享有正义和促进有效、负责任和包容性机构的潜在作用正在逐渐得到承认。世界各国履行其相关责任的程度和具体方法各不相同，仍有许多工作有待去做，但在承认和使土著司法制度能够自主和通过与普通国家制度的合作和协调发挥这一作用方面，许多国家正在取得重大进展。

104. 目前正在应对的挑战包括确保各国政府充分承认所有土著人民的特点和地位，消除对土著司法制度的偏见和陈规定型观念，实现土著和普通司法制度的更好协调或整合，并确保土著司法管辖范围不受不当限制。土著和普通司法程序和机构在充分尊重、保护和实现人权上都有其责任和潜力。

### 建议

105. 特别报告员提出以下建议。

#### 土著司法系统的权利和重要性

106. 各国应在宪法或其他法律条款中明确承认土著人民维护和运作自己的法律制度和机构的权利。联合国、其会员国和其他利益攸关方应支持土著人民推进对其司法制度的承认。

107. 各国应在法官、律师、检察官和执法官员的正式培训方案中纳入关于土著司法地位、概念和方法的强制性培训，承认土著司法制度是一项权利。

108. 各国和土著司法系统应在其国内以及与拥有多元制度的其他国家的对应方推动信息交流、理解和相互能力建设的进程并使之制度化(A/HRC/15/37/Add.7, 第 9 段)。

109. 应抛弃和抵制认为土著司法制度必然比国家系统更容易导致侵犯或践踏人权的歧视性态度。国家当局与土著司法行为者的接触应基于尊重和对话的原则，而不是单方面和歧视性地居高临下或横加干涉。各国必须确保本国司法制度充分尊重人权，包括土著人民的权利，认识到为此目的可能需要对国家制度进行文化或其他调整。

110. 人权事务委员会应与土著人民和致力于土著人民权利的联合国机制协商，考虑根据《联合国土著人民权利宣言》，审查其第 32 号一般性意见中“依习惯法设立的法院”的提法。

111. 土著人民、国家当局、国际发展行为者、民间社会和其他各有关方应协调努力，协助加强和促进土著司法制度，并提供必要的资金和后勤支持。

## 管辖权和司法审查

112. 在厘定土著司法制度和普通司法制度之间的管辖关系时，不应过度限制土著司法系统的管辖权，土著司法制度不应被视为必然低于国家制度。国家绝不能允许有罪不罚的情况因管辖权模糊而持续存在。

113. 国家和土著当局应考虑在土著和国家司法制度之间建立促进合作与协调的联合机制。尽管具体背景各有不同，但应考虑这样一种模式，即土著和非土著制度下的裁定可经由土著和非土著司法当局组成的综合司法机构进行审查或上诉。

114. 在由普通司法机构审查土著司法机构裁定的国家，如果没有对土著人民及其机构和法律制度的特殊背景的跨文化理解，普通法院就无法作出公正和无偏倚的决定，而这方面的理解可以通过例如文化专家的参与来实现。特别是，当涉及土著被告、受害者或证人时，土著长老、传统文化机构或人类学家作为专家参与国家法院的审理应当是系统的。

115. 对土著司法裁定的任何司法或其他审查程序，必须适当考虑并履行国家尊重和加强土著人民对其司法制度和习俗的权利的义务。

## 土著司法与人权

116. 各国应承认，土著法律和司法机构随着时间的推移而变化和发展。任何土著法律的编纂都应避免冻结现已存在的法律，特别要注意不可固化那些本来会朝着更符合国际人权的方向发展的规范或做法。

117. 不应以人权标准为理由，剥夺土著人民促进和维护其司法和自治制度的权利。国家和其他行为者必须确保解决土著司法制度人权关切的任何措施均应符合《联合国土著人民权利宣言》第 19 条和第 46 条第 2 款的要求。

118. 在制定影响土著人民的立法或其他措施时，各国应真诚地征求土著人民的意见，以便在通过和实施可能影响他们的立法或行政措施之前事先征得他们的自由知情同意（《联合国土著人民权利宣言》第 19 条）。

119. 国家和土著领导人有责任确保土著司法当局的程序和裁定符合国际人权，特别是在土著成员个人的权利和利益与土著人民或社区的集体权利和利益可能发生冲突的情况下。对话、合作、协商和同意至关重要。不应进行单方面或强制性干预。

120. 土著当局应确保社区所有人有安全和包容性的空间，讨论规范和惯例的适当性及其与宪法或国际人权的一致性，并就其改革或修正进行辩论。它们应适当考虑这些讨论中提出的论点。其他利益攸关方可以支持这种内部讨论，并针对土著领导人和土著社区其他成员开展相关的能力建设或其他提高认识活动。非土著行为者在这些问题上与土著社区和领导人的任何交往都应当保持敏感，注意到土著人民的社会、文化、政治和历史背景和凝聚力以及外部干预有可能被视为延续殖民主义时代的行为和观念，以及相关的历史性压迫含义。

121. 国家、土著人民和其他各方应合作解决土著妇女、儿童、青年、残疾人和其他人的特殊需要和关切，这些人在普通司法制度和土著司法制度下诉诸司法方面经常面临歧视或其他障碍。