



人权理事会

第十五届会议

议程项目 3

增进和保护所有人权、公民、政治、经济、
社会和文化权利，包括发展权

土著人民人权和基本自由情况特别报告员 詹姆斯·纳亚的报告

内容提要

本报告是土著人民人权和基本自由情况特别报告员詹姆斯·安纳亚根据人权理事会第 6/12 号决议提交人权理事会的第三份年度报告。在报告中，特别报告员对其任期第二年所开展的活动做了概述，包括与其他在土著人民权利方面的国际和地区机构之间的合作，以及概述其与四个主要工作领域有关的活动：推广良好的做法；专题研究；国别报告；以及关于指称的侵犯人权事件的来文。

特别报告员此次将报告的第二部分用来分析在国际社会在这一方面创造的前景框架内，企业在土著人民权利方面应承担的责任。

目录

	段次	页次
一. 序言.....	1-3	3
二. 活动概述.....	4-25	3
A. 同其他国际和地区机制和机构之间的合作.....	4-9	3
B. 工作范围.....	10-25	4
三. 企业在土著人民权利方面的责任.....	26-80	7
A. 企业在人权方面的责任.....	33-38	8
B. 关于企业尊重土著人民权利的责任的国际标准.....	39-45	9
C. 企业在尊重土著人民权利方面应尽责任的调查.....	46-80	11
四. 结论和建议.....	81-91	18

一. 序言

1. 本报告是关于土著人民人权和基本自由情况的特别报告员根据理事会第 6/12 号决议提交给人权理事会的。
2. 本报告首先是对特别报告员在履行职责框架内所完成的活动进行总结。在报告的第二部分，特别报告员对企业对企业在现有国际准则框架下，在尊重土著人民人权方面的责任进行分析。本报告的一些附件反映了特别报告员在其工作领域内开展的活动和评估。参见第 10-25 段。
3. 特别报告员感谢联合国人权事务高级专员办事处的人员所提供的支持。还要感谢亚利桑那大学支持特别报告员计划的人员和研究员对其工作各方面所提供的持续支持。最后，特别报告员希望感谢无数土著人民、政府、组织和联合国机构、非政府组织，以及在他去年的任期中提供合作的其他单位和个人。最后，特别报告员希望感谢非政府组织 **Kreddha** 和联合国教科文组织一加泰罗尼亚分部在本报告提交过程中给予的支持。

二. 活动概述

A. 同其他国际和区域机制和机构之间的合作

4. 在任期的第二年，特别报告员继续同联合国系统中负责处理土著人民事务的其他机构展开合作，特别是土著问题常设论坛和土著人民权利专家机制，履行人权理事会的职责。¹
5. 作为与这些机制协调合作的努力的一部分，2010 年 1 月，特别报告员与常设论坛和专家机制的代表共同出席了在纽约举行的一次会议。会上就各自的工作日程进行了信息交流，并分析了引导各自活动并使之更有效的方式。
6. 为了向专家机制提供工作素材，2010 年 1 月，特别报告员参加了亚洲土著人民组织在泰国组织的一次地区磋商，出席会议的还有专家机制的成员。在这次会议上，特别报告员对专家机制目前正在进行的关于土著人民权利问题的研究做出了贡献。
7. 在过去的一年里，特别报告员还与联合国系统内的其他人权机构共同努力。为此，特别报告员出席了 2009 年 12 月在特立尼达和多巴哥举行的会议，主办方是联合国人权事务高级专员办事处，还出席了 2010 年 1 月由联合国开发计划署和人权事务高级专员办事处在泰国举行的会议。

¹ 人权理事会第 6/12 号决议，第 1 段 e 分段。

8. 在协调合作方面的另一项工作成果还包括，在常设论坛和专家机制例会期间，与土著人民和组织的代表的会议也同期召开，使其有机会提交关于各自国家面临的特殊情况的报告。这些会议分别在 2010 年 4 月常设论坛第九届会议和 2010 年 7 月专家机制第三次会议期间召开。在这些会议期间，特别报告员还与不同国家和联合国机构的代表举行会晤，讨论了与其职责有关的问题。

9. 在区域范围内，特别报告员在 2010 年同美洲人权委员会成员举行会晤，分析了在与其职责有关的问题上展开协调合作的不同方式。此外，2010 年 6 月还出席了美洲人权委员会秘书处组织的一次研讨会，旨在对北美的土著领导人进行国际和泛美人权体系机制的培训。

B. 工作范围

10. 在与其他国际机制协调合作的同时，特别报告员继续在其四个主要工作领域内开展相关活动：推广良好的做法；专题研究；国别报告；以及指称侵犯人权案件的来文。

1. 推广良好的做法

11. 根据人权理事会赋予的“个性化……和推广良好的做法”的职能，² 特别报告员继续推动国内司法、行政和计划改革，使《联合国土著人民权利宣言》中规定的准则以及其他相关的国际文件能够行之有效。

12. 在有些情况下，特别报告员是在各国政府的要求下开展这些推广活动的，这些国家政府希望特别报告员能够在国内法律秩序改革方面提供技术咨询。厄瓜多尔政府就是如此。厄瓜多尔政府邀请特别报告员在 2009 年 12 月访问厄瓜多尔，在制定一项关于协调土著人民管辖权和一般管辖权的新法律方面提供技术支持。此次访问同样有助于对特别报告员上一年对厄瓜多尔的访问情况进行跟踪，上次访问的结果是，在当时国家正在开展的修宪进程期间提交了一系列保留意见。³ 在这些跟踪活动之后，特别报告员制定了一份报告，向厄瓜多尔政府提出了附加意见和建议。⁴

13. 在特别报告员开展的推广良好做法的活动中，还有同 2007 年没有投票赞成大会通过《联合国土著人民权利宣言》的国家政府之间的接触。在这方面，特别报告员满意地看到，新西兰政府在常设论坛最近一届会议上正式宣布支持这项宣言。

² 同上，第 1 段 a 分段。

³ A/HRC/9/9/Add.1,附件 1。

⁴ A/HRC/15/37/Add.7。

14. 特别报告员还对美国代表在常设论坛会议期间的表态感到满意。美国代表表示，美国政府正在参照国内法律和政策，重新审视对《宣言》的立场。与此同时，特别报告员注意到，2010年3月3日，加拿大总督发表一项声明，指出将“依据加拿大宪法和法律”，“努力促成《宣言》的批准”。如果这些表态得以落实，美国和加拿大将成为占据联合国会员国多数的支持《宣言》的国家中的一员，使得反对这项《宣言》的立场成为过去。

15. 2010年5月，特别报告员出席了拉丁美洲和加勒比石油和天然气公司地区协会在卡塔赫纳(哥伦比亚)举办的研讨会，题为“跨文化交流与拉丁美洲和加勒比的石油天然气工业”。该研讨会为特别报告员提供了一个机会，得以向该地区的石油和天然气企业的代表和经理表达了自己的观点，阐述其对于私人企业在了解和尊重关于土著人民权利的国际准则方面的责任的看法。

16. 2010年7月，特别报告员向哥伦比亚的土著人民磋商法草案制定过程提供了咨询，这项法律制定工作目前还在进行当中。特别报告员的咨询是联合国人权事务高级专员驻哥伦比亚办事处提出的倡议的一部分，应哥伦比亚内政和司法部预先磋商小组的要求，该办事处正在开展一个参与进程，以规范政府义务，向土著人民和非洲裔哥伦比亚人进行磋商。

2. 专题研究

17. 认识到专家机制在制定专题研究，赋予土著人民权利方面的核心作用，特别报告员继续支持专家机制在这方面的的工作(上文，第6段)。此外，与前几年一样，特别报告员还继续推动自己的研究工作，研究对象是在履行自身职责的各种活动过程中涌现出来的问题，这些问题反映了土著人民在享受人权过程中遇到的普遍问题或享受权利应遵循的准则。今年，特别报告员对分析企业与土著人权利关系表现出特别的兴趣，在本报告的第二部分对这一问题进行了详细分析(下文，第26-91段)。

18. 作为这项研究的一部分，并遵循常设论坛的建议，特别报告员提议并参与了2009年10月在锡切斯(西班牙)举行的专家会议，此次会议是由非政府组织Kreddha和联合国教科文组织加泰罗尼亚办事处组织的，会上分析了在土著居住区进行采掘活动的企业活动所产生的冲突源，以及预防和解决这些冲突的可能机制。会上进行的讨论对制定本报告具有重要意义。

19. 特别报告员正在研究或即将开始研究的其他课题包括法律多样性和土著不成文法，处于自愿孤立状态的土著人民状况和生活在城市地区的土著社区和个人的状况。

3. 国别报告

20. 在这一期间，应各国政府的邀请，特别报告员继续进行关于特定国家土著人民人权状况的研究并撰写报告。

21. 在向人权理事会提交上一份报告之后，特别报告员完成了关于博茨瓦纳、哥伦比亚和澳大利亚土著人民状况的报告，⁵ 并访问了俄罗斯联邦，⁶ 北欧国家萨米人的传统居住地——萨米地区⁷和 新西兰，⁸ 目的是了解这些国家土著人民的整体状况。在过去的一年里，特别报告员收到了来自刚果共和国和萨尔瓦多政府对未来可能的访问的积极回应。

4. 指称的侵犯人权案件

22. 特别报告员继续关注理事会“收集、索取、接受并交流从各国政府、土著人民及其社区和组织等一切相关信息来源收到的关于其人权和基本自由受到侵犯的资料和文函”的职责。⁹ 为此，特别报告员继续在“与所有相关的行为者就系统性合作开展对话”的框架内提出长期战略的做法。¹⁰

23. 在所分析的一些案例中，特别报告员制定了一系列详细的意见和行动建议，他认为，各国政府和相关部门应当在有关的国际准则框架内采纳这些建议，以应对这些形势。这些意见归纳于报告中关于通报的部分(附件 1)，此外还有特别报告员提交给政府的文函汇总和所收到的回复，或者特别报告。通过这些活动，特别报告员试图确认哪些是特殊情况下的深层次事件，并推动政府和土著人民之间的合作精神，寻求对现有问题的建设性解决办法。

24. 在这方面，在 2009 年 8 月访问澳大利亚期间，特别报告员特别关注了之前关于澳大利亚政府的《北方领土紧急反应措施》对土著人权的影响的相关文函。特别报告员制定了一份特别报告，讲述了关于这一问题的意见，附在关于澳大利亚土著人民情况的报告之后。¹¹

25. 与此同时，作为跟踪特定诉讼案件活动的一部分，特别报告员在 2010 年 6 月份访问了危地马拉，调查斯帕卡帕和圣米盖尔伊科斯塔华坎等城市的土著人民受马林矿影响的情况。在访问期间，特别报告员还审查了该国在土著人民磋商原则的执行过程中遇到的普遍问题，特别是与采掘业相关的问题。¹²

⁵ 分别为 A/HRC/15/37/Add.2、3 和 4。

⁶ A/HRC/15/37/Add.5。

⁷ A/HRC/15/37/Add.6。

⁸ A/HRC/15/37/Add.9。

⁹ 人权理事会第 6/12 号决议第 1 段 b 分段。

¹⁰ 同上，第 1 段 f 分段。

¹¹ A/HRC/15/37/Add.4,附录 B。

¹² A/HRC/15/37/Add.8。

三. 企业在土著人民权利方面的责任

26. 特别报告员在履行职责, 开展各项活动的过程中最常遇见的问题之一就是企业活动, 特别是跨国企业的活动对土著人民权利的影响。在分析了世界不同地区的不同形势之后, 特别报告员认为必须把这一年的专题研究重心放在这个问题上, 着力于阐明根据国际法规, 企业在这方面应当承担的责任的相关内容。

27. 企业在人权方面担负的角色是一个复杂的问题, 国际社会对这一问题的兴趣也日益浓厚。这方面的兴趣体现为人权委员会的成立, 之后又被人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表职能委员会所取代。¹³ 特别代表对企业在土著人民人权方面所起作用表现出特别的兴趣。¹⁴ 特别报告员和特别代表的小组已着手就这一问题开展合作, 关于预防和解决与采掘活动相关的冲突机制的锡切斯专家会议就体现了这一点(参见上文第 18 段)。

28. 正如之前的土著人民工作小组、土著人问题常设论坛¹⁵ 和联合国人权事务高级专员办事处¹⁶ 提出的各项倡议所体现的那样, 尽管这一问题存在一些共同的因素, 但企业在土著人民权利方面扮演的角色也有一些特殊的因素。之前的特别报告员在主题报告中分析了关于土著人民的所谓“大型计划”的影响。¹⁷ 迄今为止执行的各项国际倡议分析了无视这些权利的做法是如何造成土著人民被掠夺、环境污染、被迫迁移, 以及文化、思想和传统认知受到长期破坏等恶劣后果。

29. 正如锡切斯专家研讨会上所分析的那样, 土著聚居区内的企业活动越来越频繁地成为严重社会冲突的导火索, 引发暴力事件和随之产生的新的践踏人权的行。特别报告员此前已经阐明, 在这些情况下, 土著人民都是唯一的受害者:

¹³ 人权理事会第 8/7 号决议。

¹⁴ 请参照关于人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表开展的协商工作的总结性报告(波哥大, 2007 年 1 月 18-19 日): www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/docs/Ruggie-Latin-America-Consultation-18-19-Jan-2007.pdf。

¹⁵ 请参照关于土著人民与工业公司关系展望的国际讲习班的报告(萨列哈尔德[俄罗斯联邦], 2007 年 7 月 1-4 日): www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_PRIPIC_Report.pdf; 及采掘业、土著人民权利和企业责任的国际专家组会议报告(马尼拉, 2009 年 3 月 27-29 日)(E/C.19/2009/CRP.8)。

¹⁶ 请参照关于土著人民、私营部门自然资源、能源和矿业公司与人权问题的讲习班报告(日内瓦, 2001 年 12 月 5-7 日)(E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3)关于自然资源公司、土著人民和人权问题国际讲习班: 制定磋商、利益分享和争端解决框架的报告(莫斯科, 2008 年 12 月 3-4 日)(A/HRC/EMRIP/2009/5)。

¹⁷ 土著人民人权和基本自由情况特别报告员罗道弗·斯泰芬哈根根据委员会第 2002/65 号决议提出的报告(E/CN.4/2003/90)。

与土著聚居区内的企业活动有关的社会冲突最终会对企业自身的经济利益和形象以及相关国家政府的形象产生负面影响。¹⁸

30. 特别报告员注意到，发生这些情况常常是因为企业对与土著人民权利有关的责任以及这些权利的内容缺乏足够的认识。¹⁹ 在很多情况下，企业惯用的理由是，企业的责任仅限于履行所在国家的现行法律，但这显然是一个有局限性的理由，在现行法规不足或不存在与国际标准挂钩的法规，或者受害的土著人民并没有得到官方的承认等情况下，是不能提供充分的解决办法的。

31. 由于在自己的生活区域内活动的企业缺乏对其权利的认识，很多土著人民对这些活动即便没有公开拒绝，但也表现出反对的态度。但特别报告员希望强调的是，正如许多国内和国际论坛上所表明的那样，大部分土著人民和社区本身并不反对企业活动和这些活动对自身经济社会发展所带来的潜在益处。实际上，经验表明，随着土著人民能够通过行使自觉或自我管理的权利控制这些活动，企业活动是可以转变为土著人民发展的关键因素的。这可以理解为，土著人民反对的是在不尊重他们基本权利的情况下进行的开发活动，这些活动本身会带来一些负面影响，却不能为土著社区带来可见利益。

32. 综上所述，特别报告员认为，必须努力确立企业在与土著人民权利有关的责任方面的谅解底线。这方面的思考应当来自于目前围绕企业在整体人权方面的责任而展开的国际和多边讨论这一大前提。

A. 企业在人权方面的责任

33. 虽然目前并不存在一个关于企业在人权方面责任的明确国际法律框架，但至少国际社会内部的确就企业存在某种责任在一定程度上达成了共识。这种共识表现为国际和国内范围内都存在大量关于企业责任的监管和自我监管框架，其存在历史已达数十年，还有目前正在进行的法规讨论。²⁰

34. 无论现存的各种文件和机制提供了怎样的法律法规，实际上它们是社会对企业责任存在期望，并要求企业承担在人权方面的责任的明确体现。目前关于这一问题的国际讨论倾向于强调企业在人权方面是有责任的，虽然与政府的责任有关系，但从本质上来讲是有区别的。²¹ 在这个问题上，秘书长特别代表提

¹⁸ A/HRC/6/12,第 56 段。

¹⁹ 特别报告员曾经强调过这方面的问题，例如在 2009 年巴拿马 Chan75 水电项目建设的问题上。请参照关于土著人民人权和基本自由情况特别报告员詹姆斯·安纳亚的报告。题为：关于受到巴拿马 CHAN 75 水力发电项目影响的 Charco la Pava 族群和其他族群的情况的意见(增编)(A/HRC/12/34/Add.5)，第 54-59 段。

²⁰ 特别代表在他的报告中对这一现象进行了详细分析。特别参见以下文件：E/CN.4/2006/97、A/HRC/4/35 和 A/HRC/8/5，分别于 2006 年、2007 年和 2008 年提交。

²¹ E/CN.4/2006/97，第 56-69 段。

出的概念框架列举了三类责任：政府保护的责任、企业尊重的责任和共同承担的修复责任。²²

35. 政府的义务是保护人权免受企业，包括跨国企业行为可能造成的侵犯，还有调查和惩罚这些行为的责任人。²³

36. 企业的整体责任是在应当指导企业活动的“尽职调查”框架内，尊重国际人权准则。²⁴ 秘书长特别代表指出，企业对关于尊重人权方面的尽职调查应包括三大因素：

37. 首先是企业开展商业活动的国家环境，以便根据国内的人权环境确定可能面临的挑战。其次，企业在这方面的活动可能对人权产生的影响，例如作为生产者、服务供应商、雇员和邻居等。第三，企业对通过与其活动有关的关系，对某项权利造成削弱的可能性，例如与商业伙伴、供应商、官方机构和非政府部门之间的关系。²⁵

38. 企业尊重人权的义务和在这方面的尽职调查概念在《联合国世界公约》中有所体现，该公约是迄今为止保障企业承担社会责任的最重要的国际文件。《公约》第 1 条和第 2 条规定的原则是，企业“应当在其影响范围内，支持和尊重对普遍承认的基本人权的保护”，同时应当保障不要成为侵害这些权利的“帮凶”。²⁶

B. 关于企业尊重土著人民权利的责任的国际标准

39. 现存的关于土著人民权利的国际文件和一般性的人权文件一样，主要规定的是政府的义务。《联合国土著人民权利宣言》和关于独立国家的土著人民和部落人民问题的国际劳工组织《第 169 号公约》就是如此。除了政府义务以外，所有这些文件都列举了企业和其他私人部门应当尊重的权利。

40. 在关于土著人民权利的第 23 号一般性建议中，消除种族歧视委员会特别强调了“商业企业”造成土著土地和资源流失的问题，以及这种流失对于保护其“文化和历史认同感”所带来的威胁。²⁷ 委员会和人权委员会及经济、社会和文化委员会等其他机构在实践中也体现出了这方面的担忧，特别代表在调查报告中也强

²² A/HRC/8/5。

²³ 参见 A/HRC/4/35, 第 10-18 段和 A/HRC/8/16 第 27-50 段及第 82-103 段。

²⁴ 同上, 第 51-81 段。

²⁵ A/HRC/4/35, 第 19 段。

²⁶ 参见 www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html。

²⁷ A/52/18 附件五, 第 3 段。

调，政府必须采取措施监督和调查采掘企业的活动，并对侵犯土著人民权利的企业进行处罚。²⁸

41. 现存的关于企业在土著人民权利方面责任的监管和自我监管框架比人权方面的其他特殊领域要发展得更好。²⁹ 包括世界银行在内的各国际金融机构，甚至包括国际金融公司都制定了一些特殊的政策和规则，推动公共和私人企业的活动能保障最低限度地尊重在磋商和土地权利等方面的土著人权国际法规。³⁰

42. 在尊重和促进土著权利方面的特殊标准。例如，用于森林认证的森林管理委员会(FSC)原则和标准就包含了尊重土著人民对土地和领地固有权利的内容。³¹ 跨部门性质的全球报告倡议组织(GRI)还在指南中纳入了关于土著权利问题的内容，以便自愿提交可持续性备忘录，³² 特别针对矿产和金属冶炼部门。³³ 另一方面，集合了世界范围内该部门龙头企业的国际矿业与金属理事会(ICMM)也制定了一份关于矿业和土著人民立场的文件。³⁴

43. 根据秘书长特别代表收集的关于人权和跨国企业的信息，与其他社会部门相比，私人企业，特别是私营采掘企业的 RSC 政策中纳入了涉及土著社区的更为广泛的承诺。这些承诺包括尊重当地社区和文化，以及改善这些社区的经济条件，及要求预先的、自由的和有通报的准许等。³⁵

44. 与此同时，特别报告员特别关注了一些在国内层面的官方倡议的进展情况，以推动企业在土著人民问题上的社会责任，无论是在本国国内还是在第三国。例如澳大利亚人权委员会就积极推动企业和土著人民在 RSC 框架内的谈判。³⁶ 丹麦人权学会设立的一个咨询体系——人权遵守状况评估(HRCA)还纳入了在国际劳工组织《第 169 号公约》基础上——的关于土著权利的一系列观点。³⁷

²⁸ A/HRC/4/35/Add.1, 第 17 段。

²⁹ Loc.cit.(见上文注释 14)。

³⁰ 世界银行的业务政策 OP 4.10 和世行程序规范 BP4.10(2005 年)；国际金融公司工作准则 PS-7, 亚洲开发银行的社会要求 SR-2(1998 年, 审议中)；美洲开发银行的业务政策 OP-765(2006 年), 欧洲重建和发展银行的活动要求 PR-7(2008 年)。

³¹ FISC, 森林管理原则与标准(2002 年): www.fscus.org/standards_criteria/。

³² 参见网址: www.globalreporting.org/ReportingFramework/SectorSupplements/MiningAndMetals/。

³³ 国际矿业与金属理事会, 矿业和土著人民立场声明(2009 年), 参见网址: www.icmm.com/document/293。

³⁴ 参见网址: www.globalreporting.org/NR/rdonlyres/54851CID-A980-4910-82F1-0BDE4BFA6608/2729/G3_SP_PG_Final_with_cover.pdf。

³⁵ A/HRC/4/35/Add.3, 第 60-62 段。

³⁶ 参见: www.hreoc.gov.au/social_justice/publications/corporateresponsibility/index.html。

³⁷ 参见: <https://hrca.humanrightsbusiness.org/>。

与此同时，还有一些与土著人民合作的双边政策，例如丹麦国际开发署(丹开发署)³⁸和西班牙国际发展合作署(AECID)等，³⁹这些机构都承诺要推动企业，包括跨国企业在这方面的责任。

45. 部门在建立与土著人民权利有关的监管或自我监管框架方面日益增强的兴趣表明，人们对于一些类型的企业行为对土著人民造成的负面影响有所认识，以及人们日益达成共识，希望企业能够在尊重现存的国际法规保障的土著人民权利方面承担起一系列责任。国际社会的期望包括企业在关于人权问题方面的要求上尽职的框架内，承担起积极协助确认土著人民在所从事领域内的权利这一作用，并确定企业的活动对他们造成了怎样的影响。与此同时，还存在一个明确的期望，那就是企业活动能够尊重土著权利，推动而不是阻碍政府履行保护这些权利的义务。

C. 企业在尊重土著人民权利方面应尽责任的调查

46. 在土著人民问题上，企业尊重人权的义务包含在预先确认一系列与土著人民基本权利有关的事务，以及在开展企业活动的过程中，适当关注这些权利方面的尽职调查。这些事务包括承认土著人民及其特有的政治社会组织结构的存在；土著人民拥有和使用土地、领地和自然资源，在与土著人民有关的活动问题上，政府向土著人民咨询的义务，以及企业的相关责任；研究所产生的影响和缓解的措施；土著人民参与收益分配等。

47. 秘书长特别代表强调，尽职调查的义务不仅限于尊重所在国政府的内部监管框架，因为在很多情况下这是远远不够的，还应当遵循与这些国家政府和整个国际社会有关的国际标准。⁴⁰因此，希望在与土著人民权利有关的尽职调查框架内运作的企业，应当在相关的国际法规承认的权利框架内规范自己的活动，包括《联合国宣言》和国际劳工组织《第169号公约》，即使是在那些没有正式接纳或批准这些文件的国家开办的企业也应如此。

48. 尽职调查还规定，企业不应当在政府忽略执行与这些权利有关的国际义务方面推波助澜，也不应当试图在履行这些义务方面取而代之。这在政府履行向土著人民咨询的义务方面显得尤为重要，这项义务与保护土著人民被承认的基本权利的义务密切相关。

³⁸ 丹开发署，《丹麦支持土著人民战略》(2004年)：www.un.dk/Publikationer/Danida/English/DanishDevelopmentCooperation/StrategyforDanishSupport/strategyforDanishSupport.pdf，第16页。

³⁹ 西班牙国际发展合作署，《西班牙与土著人民合作的部门战略》(2007年)：<http://194.140.3.20/export/sites/default/web/galerias/programas/Indigena/descargas/ecepi.pdf>，第67页。

⁴⁰ A/HRC/8/5,第54段。

1. 对土著人民的承认

49. 企业在土著领地内的活动方面遇到的主要困难之一，或者说对这些地区造成影响的主要问题之一是缺乏政府方面对这些人民的正式承认，或者是仅限于对某些群体的承认。但人权方面的国际法却规定了对按照种族、语言或宗教划分的不同族群，包括土著人民，实行普遍接受原则，这项原则是源自于客观观点，不能依赖于政府的单方面决定。⁴¹

50. 在企业开展活动的国家中，对土著人民缺乏明确的承认或者只有有限的承认不能成为企业在与土著人民有关的权利方面执行最低国际标准的借口，甚至在所在国政府拒绝执行这些标准的情况下也是如此。因此，在尽职调查框架内，企业有责任提前确认存在可能受到企业未来活动影响的土著人民，并确定他们可能受到的影响程度有多大。

51. 这项责任被明确纳入世界银行和国际金融公司的原住民(土著人民)政策中。世界银行的政策强调，土著人民的概念是指那些“拥有不同的社会和文化认同的脆弱群体”，他们具有一系列自身的特点，并注意到这样一个事实，即土著人民可能会根据特定的背景而采取不同的名称。⁴² 在这个问题上，这两项政策都要求预先对必须开展的活动进行技术研究。⁴³

52. 由于缺乏普遍有效的定义，企业应当查询国际劳工组织《第 169 号公约》中的命名，没有在法律上或对土著人民政策中批准这项公约的政府也使用这些名称，一些国际机构和企业也是如此。企业用以确认可能受到其企业计划影响的土著人民，包括未获正式承认的土著人民身份的其他手段，就是世界银行和国际金融公司的政策中采纳的观点。⁴⁴

2. 对土地、领地和自然资源的权利

53. 其活动有可能对土著人民造成影响的企业尽职调查包含的第二个因素，是确认土著人民拥有和使用其土地、领地和自然资源的方式，这对于土著人民有效享有人权是至关重要的。

54. 国际法规和实践承认，土著人民对传统上使用和占用的土地、领地和自然资源拥有共有性质的特殊权利，也就是说，符合使用和占领方面的文化区别原则(《土著人民权利宣言》，第 24-29 条，《第 169 号公约》，第 13-17 条)。这些原则包括了大量活动类型，不仅限于生存所需的经济活动，还包括对作为民族的

⁴¹ 人权委员会，《整体观察》第 23 期：“少数民族的权利(第 27 条)”，CCPR/C/21/Rev.1/Add.5(1994)，第 5.2 段。

⁴² 世界银行，业务政策 4.10,第 3-4 段。

⁴³ 同上，第 4 段和 PS-7 第 6 段。

⁴⁴ OP4.10 第 4 段和 PS-7 第 5 段。

经济和社会发展所必须的对领地和资源的文化和精神使用。根据国际法的理解，土著人民对土地、领地和自然资源的权利源自于其不成文的法律、价值观、使用和习惯，因此应当先于并且独立于政府通过官方产权证予以承认。

55. 缺乏对土著社区产权的官方承认，无论是因为缺乏通过划界或命名或任何其他法律机制对这些产权的确认，还是因为缺乏适当的法律，都不能成为试图在与土著权利有关的权利尽职调查框架内运作的企业的借口或理由。因此，企业的尽职调查包括根据国际法规规定的标准，特别是当国内法律不完全符合这些标准的时候，对可能与这些土著人民有关的权利展开独立评估的责任。

56. 在这方面，在世界银行和国际金融公司关于土著人民的政策中规定，当借债人的项目对传统上由土著人民使用的领地和自然资源产生某种影响时，应执行一系列特别标准。因此，当计划取决于对土著人民共有产权的承认或涉及购买土地时，这些政策就要求提交一份由专家撰写的预评估报告，说明土著人民使用和拥有土地的模式。这些政策同时要求对于根据不成文法惯常拥有土地产权的土著人民，应与拥有合法产权证的产权所有者享有同等待遇。⁴⁵

57. 鉴于对土地的惯常拥有是世界所有地区绝大多数土著人民的特点之一，也是国际上承认他们权利的根本要素，因此在企业计划开展活动的地理区域内存在这些人群的简单事实，应被这些企业视作这些人对他们以任何方式使用和占用的土地和资源拥有某种权利。反过来说，企业不能在尽职调查框架内，认为缺乏对土著共有产权的官方承认就意味着这些权利不存在。

58. 同样至关重要是，在企业活动中纳入作为土著人民和社区迁离各自土地后果的特殊赔偿保障，包括那些有利于个人的土著土地购买计划。在这些情况下，国际法规要求，应寻求避免或限制这种迁移的选择和将替代性土地作为首要的补偿方式(《土著人民权利宣言》第 10 条；《第 169 号公约》第 16 条)。与此同时，根据《联合国宣言》，政府有义务在批准土著人民集体迁徙之前获得土著人民的同意(第 10 条)。

59. 企业关于土著土地、领地和资源的尽职调查要求企业给予超出纯法律范畴的跨文化理解。国际法规强调了传统领地对土著人民的重要性，这是他们与众不同的身份和文化基础。企业应当理解的是，不管国内和国际法规可以赋予土著人民哪些权利，这些土著人民都以某种方式参与控制和运作，保持着并将继续保持同传统领地之间的关系。这种关系还是集体性质的，因此是超出其成员个人权利之外的。

3. 政府的咨询义务和企业的相关责任

60. 与上一份提交给理事会的报告一样，特别报告员强调了他已经证实，政府对于在开展与土著人民有关的活动，特别是可能影响到他们的企业计划前没有履

⁴⁵ OP4.10 第 17 段和 PS-7 第 13 段。

行向土著人民咨询的义务造成了“冲突的局势，而土著人民表示愤怒和不信任，有时又上升成为暴力”。⁴⁶

61. 特别报告员认为，在这里应当重申的是，正如上一份报告所说，根据国际法规定的原则，向土著人民咨询的义务是主要应当由政府承担的责任，在人权方面的其他义务也是如此。⁴⁷ 但实际上，在很多情况下，政府都正式或非正式地委托企业来开展这种咨询活动。特别报告员指出，这种委托除了不能免除政府向土著人民咨询的最后责任，“可能是不合适宜的，甚至可能会引起问题，因为通常来说，私营公司的利益主要是盈利，因此无法与公共利益或有关土著人民的最佳利益完全吻合”。⁴⁸ 此外，在大多数情况下，即便是出于善意行动的企业也没有对相关的国际法规有必要的认识，也不掌握反映这些法规的国内行为准则。⁴⁹

62. 政府咨询的义务和私人企业开展咨询之间的互动可以按照下列方式进行。首先，按照国际法规的规定，政府应当在批准任何对其权利产生直接影响措施之前，预先向土著人民咨询，特别是当这些活动在传统的土著领地上开展时（《土著人民权利宣言》第 19 条、第 32.2 条；《第 169 号公约》第 6 条和第 15 条）。咨询应当在遵循国际法规要求的标准的前提下进行，根据特别报告员在上一份报告中的分析，在有些情况下，还需要得到相关土著人民的同意。⁵⁰

63. 如果涉及任何法律形式下向私人企业出让的活动(包括出让行为本身、合作生产协议或服务供给协议)，政府有义务在项目的初始阶段开展咨询，理想的情况是在清点阶段，不管怎样，都应当在公开招标和提供转让之前进行。如果是公共企业开展的活动，就更有理由要求事先磋商。

64. 作为对话或谈判程序，无论涉及什么样的特殊情况，这一磋商工作都不应被看作孤立的行动。在很多情况下，特别是涉及建设水库和基础设施工程或开采矿产资源或石油等企业项目的时候，这些项目都需要多项行政决策，如环境许可审批等。由于这些决策牵扯到很多政府机构，需要修改一些曾经与土著人民磋商过的初始计划，因此政府有义务重新向土著人民通报和磋商。

65. 在企业关于尊重土著人民权利的尽职调查方面，企业应当以行动保证，不会在政府可能侵犯这些权利的行动和政府不作为中推波助澜。这样，如果政府没有预先同相关土著人民进行适当的协商，企业就不能接受转让和开始任何项

⁴⁶ A/HRC/12/34, 第 36 段。

⁴⁷ 同上，第 55 段。

⁴⁸ 同上，第 54 段。

⁴⁹ 同上，第 55-57 段。

⁵⁰ 同上，第 47 段。

目。⁵¹ 而企业在尽职调查框架内，不能简单地认为这些协商是提供转让的前奏。同样，企业也不能开展致力于取代或者已经取代政府的协商活动，这些就可能影响土著人民的活动问题同土著人民磋商的责任应由政府承担。

66. 因此，在关于人权方面基本法规的尽职调查框架内，根据国际法规要求的条件，企业不应在没有保障与土著人民进行磋商的国家中开展业务活动，也不应参与要求特许经营的特殊项目。

67. 不管政府在执行与之相关的措施之前同土著人民协商的首要责任，以及政府在履行这项责任方面的前提是什么，企业都有责任尊重土著人民参与与这些措施有关的决策中，包括与之进行磋商的权利。这些磋商工作应当是与开展所产生的影响和采取补偿措施，以及分配项目所得利益等方面的研究联系在一起的(上下文第 71-80 段)。由于这是政府的一项主要责任，企业进行的协商应当受到政府的监督。⁵²

68. 同有关社区进行持续的对话和磋商还是通过信息宣传提高透明度，营造获得项目支持，避免潜在冲突的信任氛围的途径。与此同时，同土著人民之间进行协商也是对可能产生的负面影响和对项目的抱怨的早期预警机制，并有助于采取措施预防未来出现类似问题。

69. 保障企业尊重土著人民参与关系到其切身利益决策的权利的适当机制，是建立体制空间，例如常设协商和对话机制，由相关的民族和社区代表以及企业和当局参加，特别代表在土著领地内企业计划引起的冲突问题上曾经提出过这样的建议。⁵³ 这些空间还应当同非正式的投诉机制联合起来，关注受影响的社区提出的要求。

70. 企业同土著人民之间的协商工作应当完全来自于尊重人权的义务。这就意味着改变观念，应当超越将本地参与看作获得社会运营许可途径的传统观念。在这方面，特别报告员希望强调企业尽一切努力开展负责任的、透明的和有效的，真正适应达成协议或赢得土著人民同意的目标的，并符合国际法规的协商工作的必要性。要想开展这样的协商工作，企业应当努力采纳这些文件所奠定的最低标准，特别是在国内法律中缺乏特殊的法规或法规效力有限的情况下。

4. 影响和补偿措施的研究

71. 对项目影响的研究和确定补偿负面影响的适当措施的研究是与协商进程密切联系的。由于承认了土著人民与他们所生活的领地内自然环境之间的特殊联系，国际法规也广泛承认了“土著人民保留和保护环境的权利”及其“土地、领地

⁵¹ 同上，第 57 段。

⁵² 同上。

⁵³ 请参照例如特别报告员关于在危地马拉和马林矿案件中同土著人民协商的原则执行情况的预先报告(A/HRC/15/37/Add.8)第 38 段。

和资源的生产能力”(《土著人民权利宣言》第 29.1 条), 同时要求采取“特别措施”保护这一环境(《第 169 号公约》第 4.1 条)。除这些权利以外, 社会权利和文化权利也可能受到企业活动的影响。

72. 承认土著人民拥有保留和保护环境的权利的结果是, 国际标准和实践要求将社会和环境的影响研究作为保护土著人民权利的特别保障之一, 特别是“关于可能影响到这些权利的投资、发展、自然资源勘探或开采项目”。在这方面, 《第 169 号公约》第 7.2 条规定, 政府有义务“在相关土著人民的合作下, 开展研究, 以便就预期的发展活动可能对这些人民产生的社会、精神和文化影响, 以及对环境的影响进行评估”,⁵⁴ 这些研究应当被认定为开展这些活动的“根本标准”。在对关于苏里南萨拉马卡人案件的判决中, 美洲人权法庭指出, 开展社会和环境影响的研究是在土著人民领土上开展计划过程中, 保障土著共同产权的措施, 此外, 这些研究还应当由“独立的和技术上训练有素的人在政府监督下开展”。很多国际金融机构的政策也明确要求开展这些研究。

73. 跨国企业秘书长特别代表指出, 必须改变传统上指导影响研究的观念, 以便采纳完全建立在人权基础上的观念。从这个新角度出发, 在设计开展对土著人民权利的影响研究的参照方面, 企业应当“列出与人权相关的标准, 包括所在国和东道国作为缔约国的国际公约所确定的标准(其中包括这些国家可能还没有批准的国际公约)和其他基本标准”, 包括“土著法律和惯常传统”(例如规定土地分配和所有权的法律)。⁵⁵ 例如生物多样性公约缔约方大会第七届会议所订定的“*Akwé Kon* 指导方针”就致力于开展对在土著领地上开展的或者可能影响到这些地区的项目计划的文化、环境和社会影响的研究提供便利。

74. 影响研究的最终目标是采取一切必要措施, 防止计划的实施对环境, 以及土著人民的社会、经济、文化和精神生活产生负面影响。在这方面, 企业所担负的尊重土著人民权利的义务要求企业应尽一切必要的努力, 寻求技术上可行的替代方法, 消除或限制这些影响(《土著人民权利宣言》第 32.3 条)。当由于实质性原因不可能避免负面影响的时候, 土著人民应当通过“公平合理的弥补”措施, 就企业活动对其所产生的任何损害获得补偿, 国际文件中在这方面都有明确规定(《土著人民权利宣言》第 20.2 条和第 32.2 条, 《第 169 号公约》第 15.2 条)。

75. 国际标准明确规定, 补偿措施应当致力于修复企业活动对土著人民日常生活造成的所有负面影响, 因此不仅包括对环境和土著人民生产能力的影响, 还包括社会、文化和精神方面的影响。在这方面, 美洲人权法庭就对土著人民在社会文化实践受到损害的情况下进行补偿和修补的方式, 提供了一系列相关案例以资参照。⁵⁶

⁵⁴ 苏里南萨拉马卡土著人民案, 美洲人权法庭, C 系列第 172 号(2008 年), 第 129 段。

⁵⁵ E/CN.4/2006/97, 第 23 段。

⁵⁶ 参见危地马拉-帕斯德桑切斯大屠杀案, 美洲人权法庭, C 系列第 116 号(2004 年)。

5. 参与利益分配

76. 土著人民参与分享在其传统领地内开展的项目，特别是与自然资源开采有关的项目所创造收益的权利并不属于损害赔偿性质。《第 169 号公约》第 15.2 条明确规定了建立有利于受这些项目影响的土著人民参与机制的义务，美洲人权法庭⁵⁷和消除种族歧视委员会⁵⁸的法律也重申了这一意见。

77. 土著人民参与分享涉及其传统领地的项目收益的权利，是国际社会广泛承认土著共有权利的具体体现，包括与使用、管理和保留其领地上现存的自然资源有关的某种权利，无论这些资源是由政府或私人名义占用的。⁵⁹在这方面，之前的特别报告员也指出，以“双方都可接受的方式分配利益”是在“大型发展项目”中保障土著人民人权的一种方式。⁶⁰美洲人权法庭指出，参与利益分配是所有限制土著共有权利的状况所要求的保障之一；这种参与利益分配的做法，应当被理解为相当于因为权利受限或被剥夺而得到合理赔偿的权利，很多国际文件都是持这一观点。

78. 国际法规均没有提出任何保障有利于土著人民参与利益分配的特别方式，只是强调了这种分配应当是“公正和平等的”。⁶¹在这方面，各国的国内法律也有很多局限性。保障自然资源开采所产生的收益分配权利的国家少之又少，即便法律对这种参与有所规定，常常也不会区分当地人民和土著人民应得利益的不同。与企业获得的利润相比，项目收入提成的参与水平也是微不足道的。此外，一般也不会对这些利润分配规定明确而透明的标准。

79. 如果国内法律对这一问题给予有限规定或者根本没有做出规定，那么企业在与土著权利有关的尽职调查中，可以在国际法规精神指导下，推动建立特殊利益分配机制。特别报告员要在这里强调的是，基于尊重土著权利的企业观念要求的是，利益分配被明确感受为履行权利的一种方式，而不是寻求项目的社会支持或将可能发生的冲突最小化的施舍性或怜悯性的让步。⁶²

80. 从土著人民权利的角度出发，利益分配应当超越仅建立在货币支付的局限性观点，因为在特殊情况下，货币支付可能不符合受益社区的情况。⁶³常设论坛 2009 年在马尼拉举办的国际研讨会上，与会者明确表示，“付钱给土著社区常

⁵⁷ Loc.cit.(见上文注释 54)。

⁵⁸ CERD/C/ECU/CO/19,第 16 段。

⁵⁹ 参见《联合国土著人民权利宣言》第 25 条第 1 款和第 26 条第 1 款，国际劳工组织《第 169 号公约》第 15 条第 1 款。

⁶⁰ E/CN.4/2003/90,第 66 段。

⁶¹ Loc.cit.(见上文注释 54)，第 133、134 和 140 段。

⁶² A/HRC/12/34/Add.5,第 40 段。

⁶³ E/C.19/2009/CRP.8,第 16 段。

常会造成负面影响，制造分裂”，极易引发一些“不应有的影响甚至贿赂现象”。⁶⁴应当制定真正推动土著人民建立和继续其首要发展目标，帮助他们提高效率，建立自己的决策机制和机构的利益分配机制。

四. 结论和建议

81. 对于企业，特别是跨国企业来说，缺乏在与土著人民权利相关的责任方面的明确性是导致世界各地发生大量过度开发行为的根源。在不重视国际法规承认的这些权利的情况下，开展企业活动对环境和土著人民的经济、社会、文化、精神生活造成了严重的负面影响。企业不负责任的活动有时是相关政府纵容默许或漠不关心的结果，这些活动仍然在土著人民生活的地区制造着严重的社会冲突。

82. 随着世界上不断有新的地区被开发，用来进行自然资源勘探或基础设施建设，这些冲突会更加尖锐，出现了真正的无政府状态，政府以及推行开发项目的企业都完全不顾及土著人民的权利。

83. 在这种情况下，国际社会仍保存希望，包括企业在内，所有与此直接相关的利益攸关方也越来越希望企业能够在与土著人民权利有关的问题上承担一系列责任。在人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表制定的(保护、尊重和补偿)概念框架下，至少企业应承担起尊重与土著人民权利相关的国际法规的责任。

84. 根据与尊重土著人民权利相关的责任，企业应当开展尽职调查，以确认影响到其业务所在国家土著人民有效行使权利的法律、制度和其他任何因素，适当评估其自身活动可能对土著人民产生的负面影响，避免这些活动成为可能导致政府和其他方面滥用这些权利或不作为的帮凶。

85. 与土著人民权利相关的企业尽职调查，首先包括确认可能受到企业活动影响的土著人民身份，包括在那些不承认，或者只在有限程度上承认其境内的土著人民的国家中的土著人民的身份。为了进行这项确认工作，企业应当以确定土著人民种类和规定一系列不同权利的国际标准为基础。

86. 此外，如果试图在尽职调查框架内采取行动，企业应当考虑到国际法规确立的标准，以承认土著人民的权利，特别是对土地、领地和自然资源的权利，即使是在那些国内法律与这些标准相去甚远的国家也是如此。因此，不管怎样，企业都应当全面承认土著人民对惯常拥有的土地的权利，不管是否得到政府的官方承认。

87. 尽职调查原则还要求企业承认政府在采取任何可能直接影响到土著人民的措施之前同他们协商的义务，特别是在可能影响到他们的传统领地的项目方面。

⁶⁴ 同上，第 17 段(非官方译本)。

在开展这种协商工作时，在国际法规要求政府负直接责任的情况下，企业不应谋求取代政府，相反，应当推动政府全面承担起这项责任。

88. 最后，如果在政府不保障同土著人民协商的国家或特定项目上运作，那么从人权的角度来说，企业就不可能是尽责的。

89. 在不损害主要应由政府开展协商工作的前提下，企业应当通过与土著人民之间适当的协商和对话机制，尊重土著人民参与关系到其自身利益的决策过程的权利。在这种情况下，同土著人民之间的协商目标，应当是在确认项目可能产生的负面影响，以及消除和弥补这些影响的措施，以及项目产生的利益分配机制等方面寻求达成共识。同样，如果企业要在尽职调查的框架内行动，就应当保障协商工作是考虑到国际法规确定的标准的，特别是在所在国法律欠缺或不足的情况下。

90. 开展适当的协商过程，要求了解目标企业项目的全面信息，这就意味着首先要在开展项目之前进行关于项目影响的研究。从人权角度看，在由技术能力可靠的独立单位在政府监督下开展的此类研究中，应当涵盖对相关土著社区所有权利可能产生的所有负面影响。这些研究还应当确认消除这些影响的可能方式。如果这些替代方式不存在或者在技术上不可行，企业应当就对土著人民造成的一切伤害进行赔偿。

91. 不管确定何种赔偿方式，企业应承担尊重土著人民权利这一义务，这就意味着必须建立允许土著人民参与项目所创造利益的分配机制。参与收益分配在一定程度上是为了回应向土著人民权利，特别是对土地、领地和自然资源的共有权被剥夺或限制的情况提供合理补偿的概念。企业应当确保利益参与的模式真正符合这一目的，同时适应土著人民的特殊情况。