联 合 国 A/HRC/51/50

大 会

Distr.: General
28 July 2022
Chinese
Original: English

人权理事会
第五十一届会议
2022 年 9 月 12 日至 10 月 7 日
议程项目 3 和 5
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

人权机构和机制

条约、协定和其他建设性安排(包括和平协定和和解举措在内)及其宪法承认问题

土著人民权利专家机制研究报告

内容提要

本研究报告系由土著人民权利专家机制依照人权理事会第 33/25 号决议提交。

本研究报告内含专家机制关于条约、协定和其他建设性安排(包括和平协定和和解举措在内)及其宪法承认问题的第 15 号咨询意见，载于附件当中。

请回收

一. 导言

1. 土著人民权利专家机制在 2021 年 7 月举行的第十四届会议上，依照人权理事会第 33/25 号决议，决定就《联合国土著人民权利宣言》(《宣言》)第 37 条、和平协定和和解倡议以及宪法承认中所述条约、协定和其他建设性安排得到承认、遵守、执行、履行和尊重的情况编写一份研究报告。为此，专家机制于 2021 年 11 月 29 日以及 12 月 1 日和 2 日举行了一次虚拟研讨会。本研究报告系得益于该研讨会上的发言以及国家、土著人民、国家人权机构、学术界及其他各方提交的材料。[1] 专家机制感到遗憾的是，专家机制曾于 2021 年号召提交材料，但收到的来自会员国的材料只有两份。这样的反应显然不足以体现各国意见和经验的多样性。

2. 本研究报告的主题自 1970 年代初以来一直是国际上在讨论的内容。特别报告员米格尔·阿方索·马丁内斯关于国家与土著人之间达成的条约、协定和其他建设性安排的最后报告[2] 当中讨论了该问题，根据特别报告员在报告当中提出的建议而于 2003 年、2006 年和 2012 年举行的三次联合国专家研讨会[3] 也讨论了该问题。本研究报告力求有助于增进对《宣言》第 37 条所确认的权利以及国家的相应义务的理解。此项研究试图确定实现和行使土著人民与国家缔结条约、协定和其他建设性安排并使之得到尊重和强制执行的权利方面的相关原则和条件，包括确定更广泛的差距和挑战。

3. 本研究报告绝不是在试图重复特别报告员的工作，也绝不是在试图贬低特别报告员最后报告以及随后举行的三次联合国研讨会所完成的重要工作。本研究报告将重点关注较新的协定实例，其中一些未被划归国际性条约之列。特别报告员的一些关键言论今天依然具有现实意义，尤其是在《宣言》通过之后。特别报告员报告的部分内容在本研究报告的编写过程中特别有助益。

4. 特别报告员在二十多年前曾得出结论称，土著人民几乎一致认为现有的国家机制，无论是行政机制还是司法机制，均无法满足土著人民寻求补救的愿望和希冀。向专家机制提供的材料证明，上述观点依然盛行。[4] 还应当指出的是，特别报告员的很多建议仍有待落实。

二. 法律框架

5. 在公正、民主、尊重人权、不歧视和诚意原则基础上，[5] 增进土著人民与国家之间的关系，是通过《宣言》的一项主要目标。重建关系这一目标具体体现在

[1] 发言和所提交的材料可在以下网址查阅：https://www.ohchr.org/en/hrc-subsidiaries/expert-mechanism-on-indigenous-peoples/treaties-agreements-and-other-constructive-arrangements-between-indigenous-peoples-and-states.

[2] 见 E/CN.4/Sub.2/1999/20.

[3] 见联合国关于条约、协定和其他建设性安排的几次研讨会的结论和建议汇编，可在以下网址查阅：https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session7/A.HRC.EMRIP.2014.CRP.1.pdf.

[4] E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 261 段。

[5] 《联合国土著人民权利宣言》，序言部分第十八段。

《宣言》第 37 条及其序言部分第十五、第十八和第二十四段当中。联大在通过《宣言》时曾庄严宣布，《宣言》是本着合作伙伴和相互尊重的精神争取实现的共同目标。[6]《宣言》第 37 条必须结合《宣言》中规定的其他权利来理解，其中包括自决权，须经其事先在知情情况下自主表示同意的权利，以及享有土地、领土和自然资源的权利。

6. 《宣言》强调其对土著人民权利的承认能加强国家与土著人民之间的和谐与合作关系，并确认条约、协定和其他建设性安排是加强土著人民与国家之间伙伴关系的基础。[7] 根据第 37 条，土著人民有权要求与各国或其继承国订立的条约、协定和其他建设性安排得到承认、遵守和执行，有权要求各国履行和尊重上述安排。

7. 《美洲土著人民权利宣言》在上述原则基础上更进一步，以在其条款当中重申《联合国土著人民权利宣言》第 37 条内容的形式保障土著人民有权使条约得到承认和强制执行，并补充称应“本着诚意，根据条约真正的精神和意图”予以承认和强制执行。此外，该宣言申明各国应对土著人民对条约、协定和其他建设性安排的理解给予应有的考量，还考虑由包括区域和国际机构在内的具备权限的机构进行干预来解决争端。[8]

8. 订立条约所固有的谈判过程，不仅是确保土著人民可为使自己的权利和自由最终得到承认或恢复作出切实贡献的最适当方式，也是建立亟需建立的实际机制以促进实现和落实其祖传权利以及国家和国际文书中所载权利的最适当方式。[9] 加拿大最高法院曾指出，“条约有助于调和先前存在的原住民主权与后来获得的王国主权，且有助于界定《宪法法》第 35 条所保障的原住民权利。”[10]

9. 《宣言》指出，国家与土著人民之间的条约、协定和其他建设性安排当中所确认的权利，可能是国际关注和关心的问题，带有国际责任和性质。[11] 这一点显然适用于欧洲定居者及其继承者与土著民族缔结的条约及其他法律文书。正如特别报告员在其最后报告当中所确认的那样，根据国际法，上述条约及其他法律文书仍然具有国际地位。[12] 特别报告员还论述了该问题，将“‘土著问题’的‘国内化’”进程描述为“将整个系列的问题移除出国际法范围之外并明确置于非土著国家国内管辖专属权限之下的过程”。[13]

[6] 同上，序言部分第二十四段。

[7] 同上，序言部分第十五和第十八段。

[8] 《美洲土著人民权利宣言》(AG/RES.2888 (XLVI-O/16))，第二十四条。

[9] E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 263 段；A/HRC/39/62, 第 5 段。

[10] 加拿大最高法院，海达民族诉不列颠哥伦比亚省(森林部长) [2004] SCR. 511, 第 20 段，见 https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2189/index.do.

[11] 《联合国土著人民权利宣言》，序言部分第十四段。

[12] E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 270 至第 272 段。

[13] 同上，第 192 段。

10. 同样，正如一位前土著人民权利问题特别报告员所指出的那样，“主权理论传统上一直在保护国家免因被视为其国内关切范畴之事务而受到审视”。[14] 但尽管如此，自通过《联合国宪章》以来，在国际人权制度的发展过程中，上述保护屏障被削弱了，尤其是因为土著的主张被作为集体权利提出。[15]

11. 国际人权法发展出与土著人民有关的规范，目的是在国际法下扭转历史上对他们的歧视。[16]《宣言》的通过加强了土著人民相关问题的国际化，不仅仅因为它是土著人民权利方面内容最全面的国际文书，而且因为它是会员国与土著人民之间就其制定进行了 20 年谈判的产物。土著人民前所未有地参与其中并发挥影响，赋予《宣言》以更大的正当性。各条约机构和特别程序对条约、协定和其他建设性安排的关注与日俱增，逐渐丰富了对《宣言》第 37 条的解释。[17]

12. 《格陵兰自治法》承认格陵兰人是国际法中的一个民族。这是保护土著人民权利方面引人注目的一步。[18] 这一成就应成为其他国家效仿的榜样。

A. 自决权

13. 《宣言》申明，土著人民与所有其他民族平等[19]，有权享有适用的国际法规定的所有权利，包括有权享有自决权——《宣言》第 3 条和《美洲土著人民权利宣言》申明了这一点。土著人民援引此项权利作为其与国家之间关系的规范性基础。[20] 尤其值得一提的是，《宣言》第 3、第 5、第 9 和第 33 条为承认土著人民有权以单独的民族和根据国际法有权缔结协定的合法缔约方身份进行谈判提供了一个框架。

14. 与其自决权相一致的是，土著人民一直拥有在彼此之间和与其他政治体之间缔结具有约束力协定的固有权力。[21] 正如专家机制所述且与《宣言》内容相符的是，条约作为自决权以及条约所代表的关系的明证，是伙伴关系赖以加强的基础。[22]

---

[14] S. James Anaya, “Indigenous peoples and international law issues”, in *The Challenge of Non-State Actors: Proceedings of the 92nd Annual Meeting of American Society of International Law*, vol. 92, (April 1998), p. 97.

[15] 同上。

[16] S. James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples* (Aspen, United States of America, 2010); Claire Charters, “Multi-sourced equivalent norms and the legitimacy of indigenous peoples’ rights under international law”, in *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Tomer Broude and Yuval Shany (eds.), *Studies in International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2011).

[17] 举例来说，见：A/HRC/39/17/Add.3, 第 17 段；CCPR/C/BGD/CO/1, 第 12 段；CERD/C/NZL/CO/21-22, 第 13 至第 15 段；CERD/C/AUS/CO/18-20, 第 20 段。

[18] 《格陵兰自治法》，2009 年 6 月 12 日第 473 号法，见 https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=110442&p_lang=en.

[19] 《联合国土著人民权利宣言》，序言部分第二段。

[20] A/HRC/48/75, 第 3 段。

[21] A/HRC/39/62, 第 4 至第 5 段。

[22] A/HRC/18/42, 附件，第 34 段。

B. 事先在知情情况下自主表示同意

15. 国际文书承认：土著人民有权在关乎自身权利的事务中参与决策[23]；涉及土著人民利益的决定应经其事先在知情情况下自主表示同意后作出[24]。联合国几个条约机构也曾重申须经事先在知情情况下自主表示同意，从而极大地促进了从规范角度理解土著人民参与决策过程的权利。[25] 尤其值得一提的是，消除种族歧视委员会在试图瓦解剥夺土著人民权利、削弱土著人民权能的概念架构时，特别指出“表示同意”是一项人权规范。[26]

16. 表示同意是使土著人民得以行使自决权的一项关键原则。有了该原则，土著人民被视为参与了关乎自身的提案，并有权对提案表示同意或不同意。[27] 专家机制也曾指出：几项国家与土著人民之间的条约证实，须经土著人民同意这一原则是支撑国家与土著人民之间条约关系的基础。[28]

17. 须经事先在知情情况下自主表示同意的原则为各国开展对话和谈判进程提供了必要的指导准则。但该原则并不是一项独立的正当化手段。在人权框架内，该原则并不认为同意仅仅是对预先作出的决定说“可以”。[29] 应将须经事先在知情情况下自主表示同意视为缔结条约或协定过程中各个环节的最低标准，包括框架的设计、谈判、协定的订立和强制执行以及冲突解决机制的创建和运转等环节在内。在涉及不满和赔偿的情况中，也应作为关键原则适用该原则。[30]

三. 土著人民与国家之间条约、协定和其他建设性安排的类型

18. 土著人民与国家之间采用一系列广泛的文书形式订立协定。上述协定的共同目的是加强双方之间的伙伴关系，以促进合作关系、实现和平共处、管理共同关心的问题并建立稳定的相互关系。

---

[23] 《联合国土著人民权利宣言》，第 18 条。

[24] 同上，第 10、第 11、第 19、第 28、第 29 和第 32 条；国际劳工组织(劳工组织)《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)；消除种族歧视委员会第 23 号一般性建议(1997 年)，第 4(d)段；A/HRC/18/42; A/HRC/EMRIP/2010/2，第 8 段。

[25] 见 A/HRC/EMRIP/2010/2. 另见：CCPR/C/79/Add.109 和 CCPR/C/79/Add.112; CCPR/CO/69/AUS; CCPR/CO/74/SWE; A/50/40, 第二卷，附件十，第一部分，第 9.6 段；CERD/C/CAN/CO/18, 第 15 和第 25 段；CERD/C/NZL/CO/17, 第 20 段；CERD/C/IDN/CO/3, 第 17 段；CERD/C/COD/CO/15, 第 18 段；CERD/C/ECU/CO/19, 第 16 段；CERD/C/USA/CO/6, 第 29 段；CERD/C/NAM/CO/12, 第 18 段；CERD/C/SWE/CO/18, 第 19 段；CCPR/C/NIC/CO/3, 第 21 段；CCPR/C/BWA/CO/1, 第 24 段；CCPR/C/CRI/CO/5, 第 5 段；CCPR/C/CHL/CO/5, 第 19 段；A/52/18, 附件五；经济、社会及文化权利委员会第 21 号一般性意见(2009 年)。

[26] 消除种族歧视委员会，第 23 号一般性建议(1997 年)。

[27] A/HRC/39/62, 第 25 段。

[28] A/HRC/18/42, 附件，第 12 段。

[29] A/HRC/24/41, 第 30 段。

[30] E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 263 段；A/HRC/39/62, 第 45 段。

19. 美洲人权委员会认为，“历史上与土著人民签订的条约可理解为含蓄地承认其固有主权并建立起民族对民族或者说政府对政府的政治关系。”[31] 在奥特亚罗瓦/新西兰，《怀唐伊条约》是毛利人与英国王室之间关系的一个重要框架，代表着毛利人与国家之间持续对话的开始。

20. 在加拿大，继最高法院在 Calder 等人诉不列颠哥伦比亚省律政厅长一案中作出裁定后，签署了 25 项现代条约或是内容全面的土地所有权协议，其中一些涉及到自治。[32] 当前的发展动态值得进行更深入的研究，例如在法律上承认了《宣言》是一项在加拿大法律中适用的普世国际人权文书[33]，且联邦和省级(不列颠哥伦比亚省)最近出台了实施《宣言》的法律框架[34]。澳大利亚维多利亚州传统上的所有者与原住民之间就缔约进程开展的对话和谈判是另一个当前的例子。[35]

21. 在冲突情境中，土著人民参与与国家谈判和平协定，以结束敌对行为。举例来说，孟加拉国的《吉大港山区和平协定》结束了 20 年的冲突，尽管其执行面临着严峻的挑战。印度那加地区继续军事化，又是一个协定执行不力的实例，表明和平协定有可能产生令人失望的结果，有时会导致内部分裂，而非巩固和平。[36] 当诸如自决权等核心权利得不到解决时，就像《博多和平协议》[37] 以及萨帕塔民族解放军与墨西哥政府之间的《圣安德烈斯协议》那样，对于对话和对于持久解决方案的信任就会消失。[38]

22. 土著人民为多项和平协定作出了贡献。他们在上述协定中被承认为受害者，也被承认为和平缔造者，例如在哥伦比亚[39] 和危地马拉[40] 的和平协定当中——两国的和平协定是在土著人民遭受多年苦难之后缔结的，而土著人民尚未从中充分受益。

23. 澳大利亚的趋势一直是通过土著产权公司在公司与主权之间谈判，而不是以主权对主权的方式谈判。土著产权公司是国家为治理和管理土著产权而建立的机

[31] 美洲人权委员会，《土著和部落人民的自决权》(OEA/Ser.L/V/II. Doc.413/21)，2021 年 12 月，第 224 段；另见 A/HRC/21/47/Add.1，第 19 段。

[32] 加拿大政府，《现代条约》，见 https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp4.

[33] 加拿大政府，《〈联合国土著人民权利宣言〉法》(SC 2021, c 14)，第 4 条(a)项。

[34] 加拿大政府，实施《〈联合国土著人民权利宣言〉法》，见 https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/index.html.

[35] 见 https://www.legislation.vic.gov.au/bills/advancing-treaty-process-aboriginal-victorians-bill-2018.

[36] Atina Pamei Gaare 在专家机制研讨会上的发言。

[37] 来自印度东北部的几个组织提交的联署材料。

[38] Gilberto López y Rivas 在专家机制研讨会上的发言。

[39] 哥伦比亚政府，《结束冲突和建设稳定持久和平的最终协议》(2016 年)，见 https://www.jep.gov.co/MarcoNormativo/Normativa_v2/01ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0.

[40] 土著事务国际工作组提交的材料；另见“危地马拉，《关于土著人民身份和权利的协议》”(1995 年) (https://www.almg.org.gt/wp-content/uploads/2020/05/j-Acuerdo-Sobre-Identidad.pdf)。

构[41]，旨在监督、代表和行使普通法土著产权持有者的权利和利益[42]。据报告，在大多数情况中，土著产权是澳大利亚各州承认土著人民享有土地权利的一项实用机制，但并不承认其更广泛的自决和主权主张。[43]

24. 在某些情况中，土著人民与国家之间的关系由法律条文或宪法来规定。在美利坚合众国，州和联邦官员常常在协调和磋商基础上，采用行政命令来解决关键问题并加强与土著政府的政治关系，尽管有报告称并未考虑征得同意。[44]

25. 在哥伦比亚，土著领地相关协议导致通过了 1996 年第 1397 号法令。该法令创建了全国土著领地委员会以及与土著人民和土著组织开展磋商的常设性圆桌会议。但是，土著组织曾就上述法令所规定的条款未全部得到遵守提出抗议，并曾动员起来要求尊重那些承诺。[45] 据报告，在最终和平协定框架内建立的“和平特别司法管辖机制”正在为加强土著人民的制度和创造自由、和平且安全地生活的条件作出贡献。[46]

四. 条约、协定和其他建设性安排的订立

26. 土著人民切实行使订立双方自愿协定并使之得到强制执行的权利，有赖于几项支持性条件，包括尊重人权、不歧视、诚信和须经事先在知情情况下自主表示同意原则。

A. 土著人民的承认问题

27. 《宣言》有几项条文涉及承认土著人民和承认其作为独特民族存在所不可或缺的个人权利和集体权利，包括第 3、第 5、第 7、第 9 和第 33 条。[47]

28. 国家承认土著人民是拥有自己特定的身份认同、习俗、文化和传统以及自决权的民族，这是切实进行交往的一项支持性条件。这也是行使和落实《宣言》中所确认的权利的关键所在[48]，是订立规范土著人民与国家之间关系的协定的关键所在[49]，尽管国家不予承认也不应妨碍土著人民的上述权利获得法律保护。土著人民往往寻求在宪法当中获得承认，因为宪法承认被视为国内司法体系的最高级

[41] 澳大利亚，“注册土著产权机构公司”，土著公司注册处，2020 年 10 月 22 日，见 https://www.oric.gov.au/top-500/2015-16/RNTBCs.

[42] Janine Gertz 在专家机制研讨会上的发言。

[43] 卡斯坦人权法中心提交的材料；另见 Harry Hobbs and George Williams, “The Noongar settlement: Australia’s first treaty”, *Sydney Law Review*, vol. 40, No. 1 (2018), p. 27。

[44] David Wilkins 在专家机制研讨会上的发言；另见 A/HRC/21/47/Add.1，第 67 至第 68 段。

[45] A/HRC/37/3/Add.3，第 72、第 73 和第 75 段；另见 https://www.onic.org.co/comunicados-onic/2058-pueblos-y-organizaciones-indigenas-nosdeclaramos-en-alerta-y-asamblea-permanente-por-incumplimientode-acuerdos-por-parte-del-gobierno-nacional.

[46] Belkis Izquierdo Torres 在专家机制研讨会上的发言。

[47] A/HRC/EMRIP/2019/3/Rev.1，第 9 段。

[48] 同上，第 17 段。

[49] 同上，第 38 段。

别，可确保得到更全面的保护。几个国家已将承认土著人民和在某种程度上承认《宣言》当中规定的土著人民权利纳入本国宪法。

29. 若干美洲国家，例如多民族玻利维亚国、巴西、加拿大、哥伦比亚、墨西哥和尼加拉瓜，已在其宪法当中纳入类似条款。但是，在某些情况中，尤其是在危地马拉和尼加拉瓜的宪法当中，虽然申明承认土著人民的存在、特殊保护及一些自治理由，但并未提及其自决权。在另一些情况中，规定了具体的权限和司法管辖范围，例如哥伦比亚的土著领地实体(第 329 至第 330 条)或厄瓜多尔的土著领地选区(第 60、第 242、第 257 条)。[50]

30. 一些国家的宪法将土著人民称为群体、人口或社群，例如菲律宾和包括加蓬、肯尼亚和南非在内的几个非洲国家的宪法。这是按照识别而非界定土著人民的方针来处理。[51] 另一些国家的宪法只承认特定群体，例如印度的在册部落，而将其他群体排斥在外，例如阿萨姆邦的阿迪瓦西移民。[52]

31. 在非洲，土著人民面临着一个重大障碍，因为人们普遍认为：所有非洲人都是土著；承认他们有所不同或是自成一体，可能会引发族群之间的冲突或是危及国家的完整性。[53] 刚果民主共和国是非洲唯一在本国宪法当中承认土著人民的国家(第 16 条)。在非洲人权和民族权委员会诉肯尼亚共和国一案中，非洲人权和民族权法院认定，肯尼亚未能承认奥吉克人是一个独特的部落，违反了《非洲人权和民族权宪章》第 2 条。[54] 肯尼亚在本国宪法中承认，国家有责任解决少数群体或边缘化社群成员以及特定族裔、宗教或文化社群成员和诸如妇女、儿童等其他弱势群体的需求。[55]《喀麦隆宪法》在其序言当中提到了土著人口，而《布隆迪宪法》则在参议院中为“特瓦族人”保留了三个席位(第 185 条第(2)款)。博茨瓦纳高等法院在一个涉及桑人和巴哈拉哈迪人的案件当中承认“申请人属于现已被承认为‘土著人民’的一类民族”。[56]

32. 萨米人自 1995 年以来已被芬兰宪法承认为土著人民，尽管萨米议会报告说，在该项权利应如何落实方面，依然存在着挑战。在澳大利亚，土著和托里斯海峡岛民关于在宪法中承认其自决权的要求仍未得到满足。[57] 不过，澳大利亚政府已确认致力于在本届政府任期内就该问题举行全民公投。[58]

---

[50] A/HRC/48/75, 第 44 段。

[51] 劳工组织和非洲人权和民族权委员会，《劳工组织和非洲人权和民族权委员会关于对土著人民权利的宪法和法律保护的研究项目综述报告》(日内瓦，劳工组织，2009 年；冈比亚班珠尔，非洲人权和民族权委员会，2009 年)，见 https://www.achpr.org/presspublic/publication?id=50.

[52] 见 Bipasha Rosy Lakra 提交的材料。

[53] Chidiebere C. Ogbonna 在专家机制研讨会上的发言。

[54] 非洲人权和民族权委员会诉肯尼亚共和国，第 006/2012 号申请书(2017 年)，2017 年 5 月 26 日判决书，第 112 和第 146 段。

[55] 《肯尼亚宪法》，第 21 条第(3)款，见 http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=Const2010.

[56] 博茨瓦纳高等法院，Roy Sesana、Keiwa Setlhobogwa 及他人诉司法部长，2006 年 12 月 13 日判决书，第 H.1 节，第 5 段。

[57] Harry Hobbs 和卡斯坦人权法中心提交的材料。

[58] 澳大利亚提交的材料。

33. 必须强调的是，宪法或法律在承认土著人民及其权利时，是在确认而非创立上述权利——上述权利属固有的[59]、不可剥夺的[60] 权利。此种承认还应体现在实质性结构改革当中。国家不赋予土著人民以法律人格，是其在占统治地位的法律制度下被纳入正式协议方面的一个障碍。[61] 同样，土著人民虽然在《墨西哥宪法》当中得到广泛承认(第 2 条)，但其享有的仍是公共利益实体地位，而非公法主体地位——这是土著人民和学者一直在质疑的一项存在争议的法律内容。[62] 2019 年承诺进行的旨在改变上述地位的宪法改革尚未落实。承认土著人民具有法律人格，对其行使权利必不可少，尤其是行使自决权以及享有土地、领地和自然资源的权利。[63] 但是，法律人格不应成为土著人民行使权利的一项先决条件。此外，特别报告员在其最后报告中指出，若从未以条约或其他形式与非土著政权建立正式法律关系的土著人民希望主张自己也享有民族法律地位，则必须想当然地认定其仍享有此种地位，除非有相反证明。[64]

34. 即使其权利得到了承认，土著人民也常常受到家长式的对待[65]，而其自决和自治主张也被报以怀疑的眼光[66]。要想在国家和土著人民之间实现真正的对话与合作，就必须发生范式的转变。这种范式的转变须以承认和伙伴关系为基础，因而须要国家更愿意分享权力。消除种族歧视委员会建议，新西兰应承认有义务根据《怀唐伊条约》所确立的分享权力安排来建立共同治理机制。[67] 国家应将分享权力视为包容并让土著人民切实参与政府核心的契机，而非对其完整性的威胁。正如土著人民权利问题特别报告员在 2019 年所指出的那样，“条约为土著人民

59 《联合国土著人民权利宣言》，序言部分第七段。

60 《世界人权宣言》，序言。

61 美洲人权委员会，《土著和部落人民的自决权》，第 310 至第 311 页。已报告过美国和俄罗斯联邦的此种情况[David Wilkins(美国)和 Vladimir Kryazhkov(俄罗斯联邦)在专家机制研讨会上的发言]。

62 A/HRC/39/17/Add.2, 第 10 段。另见：Francisco López Bárcenas and others, *Los Derechos Indígenas y la Reforma Constitucional en México*, 2nd edition (Mexico City, 2002), 见 https://www.franciscolopezbarcenas.org/_files/ugd/afcdf2_ea87b8b180ae45d08460d19e42ca992b.pdf; and Francisco López Bárcenas, “La diversidad negada: los derechos indígenas en la propuesta de reforma constitucional”, in *Globalización, Identidad y Democracia: México y América Latina* (Mexico City, Siglo Veintiuno Editores, 2001), pp. 449–463, 见 https://www.franciscolopezbarcenas.org/_files/ugd/afcdf2_5f891922295943bb9ca650559023c099.pdf.

63 美洲国家组织，《美洲土著人民权利宣言》，第九条：“法律人格：国家应充分承认土著人民的法律人格，尊重土著组织形式，并促进充分行使本宣言所承认之权利”；另见美洲人权委员会，《土著和部落人民对其祖传土地和自然资源的权利》(OEA/Ser.L/V/II, doc. 56/09)，2009 年，第十章，第 372 至第 375 段，见 http://cidh.org/countryrep/indigenous-lands09/Chap.X.htm#.

64 E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 288 段。

65 美洲人权委员会，《土著和部落人民的自决权》，第 97 段。

66 John B. Henriksen, “The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: some key issues and events in the process”, in *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen, eds. (Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 2009), p. 365.

67 CERD/C/NZL/CO/21-22, 第 12 和第 13(c)段。

的自决奠定了基础。条约的执行，应与承认土著人民是拥有固有自治权之政治实体相结合。”[68]

B. 条约、协定和其他建设性安排的承认问题

35. 宪法对条约、协定和其他建设性安排的承认和保护，是一个重要的法律问题。举例来说，加拿大在 1982 年《宪法法》[69] 第 35 条中承认并确认了现有的条约和原住民权利，在第 25 条中又进一步保护其权利免因《权利与自由宪章》所保障的其他权利和自由而遭到废除或减损。[70] 对第 35 条的解释工作还在法院继续进行[71]，尚不清楚其他协定(即使是全面协定)是否能作为第 35 条第 3 款所明确承认的未来条约和土地所有权协议而得到同样的宪法保护和承认。[72]

36. 在智利，一项宪法改革草案正在辩论当中。人们期望此项改革能从宪法上承认土著人民的自决权与其使条约得到国家尊重的权利和谈判新条约的权利之间存在的关联。[73]

C. 权力不平衡

37. 正如土著人民权利问题特别报告员所指出的那样，国家努力减轻权力不平衡现象，能使与土著人民的谈判更具正当性。[74] 举例来说，国家必须确保土著人民得到参与切实磋商所需的资金、技术和其他援助，而不会利用上述援助来影响或左右土著人民的立场。[75]

38. 在澳大利亚维多利亚州，2018 年《与维州原住民一道推进条约进程法》设立了一个自决基金，以支持“传统上的所有者和维州原住民在条约谈判中享有与国家平等的地位”(第 36 条)。州政府调整了其常规程序，以确保通过与原住民条约工作组合作制定的由原住民主导的进程来执行该法。

39. 为确保谈判进程中权力平衡，对话应首先界定该进程本身、其目标和步骤、所需的资源，以及对话的时间、地点和方式。上述要素的缺失，会有损土著人民表达其立场的机会，迫使他们将自己的主张和要求局限在一个预先设定的并非以协商一致方式建立的结构框架内。

40. 举例来说，在澳大利亚，1993 年《土著产权法》确立了裁定土著产权主张的法定程序[76]，而条约的讨论则是在后来开始的。据报告，土著产权制度事先存

[68] A/74/149, 第 42 段。

[69] 见 https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-13.html#docCont.

[70] 见 https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html#h-50; 另见加拿大提交的材料。

[71] 加拿大最高法院，R.诉 Sparrow [1990] 1 SCR 1075；Calder 等人诉不列颠哥伦比亚省律政厅长 [1973] SCR 313。

[72] 不列颠哥伦比亚省条约委员会提交的材料。

[73] 弗朗西斯科·卡利·察伊在专家研讨会上的发言。

[74] A/66/288, 第 88 段。

[75] A/HRC/12/34, 第 51 段；A/HRC/39/62, 第 22(c)段。

[76] 澳大利亚提交的材料。

在，可能会削弱土著人民在条约讨论中的议价能力，尤其是在尚未建立起自治政治制度的情况下。[77]

41. 《宣言》第 18 条规定，“土著人民有权通过他们按自己的程序选出的代表，参与对事关自身权利的事务的决策，有权保持和发展自己的土著人决策机构。”所以说，土著人民不应为与国家切实对话和达成协议而被迫采用其他机构形式或将自己变成公司。[78]

42. 土著人民须按照自身的结构、传统和文化来建立自己的领导机构[79]，而不是被迫以一种不符合其自身决策过程的方式参与。否则，未能与土著人民的合法代表进行接触，会削弱所得到的任何同意。[80] 切实参与还意味着所有相关方均必须参与谈判——未能让所有权利持有者参与，可能会削弱谈判结果。[81]

43. 土著人民有时被排除在谈判桌之外，例如在德国和纳米比亚之间就针对赫雷罗人、纳马人、桑人和达马拉人实施种族灭绝的相关指控所达成的和解协议当中。[82] 非洲人后裔问题专家工作组指出德国未与上述种族灭绝行为的少数民族和土著受害者的合法代表进行认真磋商以讨论赔偿问题[83]，并建议德国确保让上述民族参与两国政府间正在进行的谈判。[84]

44. 在某些情况中，国家人权机构和为解决土著人民的问题而创设的机构[85] 在努力平衡权力不对称过程中发挥着根本性的作用，应向其提供资源以完成此项任务。在冲突情境中，第三方调解方的存在，可能有助于防止一方向另一方强加解决方案，弥补不对称问题，从而促进建设性对话并取得切实成果。[86]

五. 条约、协定和其他建设性安排的执行

45. 条约、协定或其他建设性安排订立后，土著人民和国家在切实而充分地予以执行和强制执行方面面临着诸多挑战和障碍，包括协定条款的解释问题，缺乏技术手段、资金手段和政治意愿的问题，以及与其他法规不一致的问题。

[77] Janine Gertz 在专家机制研讨会上的发言。

[78] A/HRC/39/62, 第 20(c)和第 23 段。

[79] 同上，第 20(c)段。

[80] 同上，第 23 段。

[81] Atina Pamei Gaare 在专家机制研讨会上的发言。

[82] 土著事务国际工作组提交的材料。

[83] A/HRC/36/60/Add.2, 第 53 段，以及 A/HRC/WG.6/30/DEU/2, 第 29 段；另见 Lisa Ossenbrink, “Namibia’s Ovaherero, Nama slam exclusion from Germany deal”, *Al Jazeera*, 1 June 2021, 见 https://www.aljazeera.com/news/2021/6/1/ovaherero-nama-descendants-criticise-germanys-reconciliation.

[84] A/HRC/36/60/Add.2, 第 61 段。

[85] 例如菲律宾土著人民全国委员会和墨西哥国家土著人民研究所。

[86] 孟加拉国土著人民民间社会组织和网络提交的材料；另见 Miek Boltjes, “The implementation challenge in intrastate peace processes: an analysis”, in *Implementing Negotiated Agreements: The Real Challenge to Intrastate Peace*, Miek Boltjes, ed. (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007), p. 21。

A. 解释

46. 执行协定的一个关键要素是双方对彼此旨在实现何种目标以及希望如何正式落实协定有着真诚的共同理解。[87] 双方可能会在协定的性质和范围、其中所含措辞和概念的含义和解释方面产生分歧，包括在不同语言如何表达相关概念、相关概念如何随着不断变化的情况而演变以及协议的期限方面产生分歧。[88] 很多土著民族报告了此类关切，尤其是在主权、土地和权利的所谓让渡或转让问题上。

47. 举例来说，《怀唐伊条约》的毛利文版本和英文版本有很大差异。在毛利文版本中，毛利人保留自己的主权、自决权和对其珍贵财产的权利，而在英文版本中，据称毛利人已将主权让渡给了英国王室。[89]

48. 《美洲土著人民权利宣言》明确指出，国家应“本着诚意，按照条约、协定和其他建设性安排真正的精神和意图”来履行和尊重上述条约、协定和安排，并应考虑到土著人民是如何理解上述条约、协定和安排。但尽管如此，在加拿大和美国，国家往往更愿意采用限制性的合约解释和字面解释，而不是采用土著人民所理解的协定的原有意图。这些国家倾向于借助本国的司法系统来确保将历史条约解释为土著民族将其领土权利和主权权利让渡给了王国[90]，而不是解释为土著民族意图在和平和相互支持基础上建立友谊和亲和的共存关系[91]。无论如何，对固有的权利，不能不予考虑。[92] 加拿大联邦政府和省政府因在解释条约时简化处之而广受批评。[93]

49. 在解释条约时，务须根据国际人权法[94]，“强调并坚持土著人民自己对缔约方谈判达成之条约的理解——上述理解系借助土著人民的口述历史、传统及其用自己的语言所表达的概念来记录和存证”[95]。条约应被视为有生命的协议，应将

---

87 E/CN.4/Sub.2/1999/20，第 58 段。

88 见联合国关于条约、协定和其他建设性安排的几次研讨会的结论和建议汇编；另见国际印第安人条约理事会提交的材料。

89 E/CN.4/Sub.2/1999/20，第 280 段；另见专家机制在与国家接触的任务之下提供的咨询意见，新西兰，第 25 段，可在以下网址查阅 https://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/RequestsUnderNewMandate.aspx.

90 见 https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1307460755710/1536862806124.

91 Wilton Littlechild 酋长在专家机制研讨会上的发言。另见：加拿大人权博物馆、曼尼托巴省条约关系委员会、“阿塔瓦皮斯卡特河之友”联盟和“保卫西肖肖尼项目”提交的材料；John Leonard Taylor, “Two views on the meaning of treaties six and seven”, in *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, 3rd ed., Richard Price, ed. (Edmonton, University of Alberta Press, 1999), p. 39；J. R. Miller, *Lethal Legacy: Current Native Controversies in Canada* (Toronto, McClelland & Stewart, 2004), p. 165。

92 E/CN.4/2006/78/Add.3，第 16 段。

93 加拿大土著律师协会，《加强国家与土著人民之间的合作伙伴关系：条约、协定和其他建设性安排》，日内瓦，2012 年 7 月 16 至 17 日，第 4 页(可在以下网址查阅 https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/Seminars/Treaties/BP16.pdf)。

94 A/74/149，第 43 段。另见：E/CN.4/2005/88/Add.3 及 E/CN.4/2005/88/Add.3/Corr.1; A/HRC/27/52/Add.2; A/HRC/18/35/Add.4。

95 A/HRC/EMRIP/2010/5，第 22 段。

其精神和意图牢记在心，并对土著人的世界观给予应有的考虑。[96] 在某些情况中，按照土著人民的理解将条约崇尚为精神契约，至关重要。[97]

50. 在考虑未来的协定时，应预先解决解释问题和含义问题。在维多利亚州，有关条约程序的法律承认：对于不同的传统上的所有者和维州原住民而言，指导原则的含义和侧重点可能有所不同；在适用指导原则时，必须考虑到上述差异。[98]

51. 已有报告称，某些情况中，对条约的单方面解释导致单方面终止了条约。[99] 在西肖肖尼族一案中，美洲人权委员会认定国家侵犯了土著人民对其祖传土地的财产权[100]，而消除种族歧视委员会则就此案发布了“预警和紧急行动程序”[101]。联合国人权条约机构和特别程序敦促美国承认不能单方面取消美洲原住民的条约权利。[102] 正如特别报告员最后报告当中所确认的那样，无终止日期的条约，应被视为继续有效，直到所有缔约方决定将其终止。[103] 最近，美国政府的 17 个联邦机构签署了一份在其决策和监管过程中保护部落条约权利的谅解备忘录。[104]

B. 强制执行

52. 执行协定可能须要进行结构、立法和行政上的变革，例如创建特定机构，或是加强原有的机构。还须要划拨充足的预算，以实施必要的变革并为负责执行协定和/或监督协定执行情况的机构提供资金。应向这些机构提供履行其任务的手段、完善的职能、适当的权限、独立性以及技术能力。若不能满足上述条件，可能会破坏该进程的结果并削弱相关机构的信誉。

53. 菲律宾作为与土著人民之间关系的框架通过了《土著人民权利法》，从而导致成立了全国土著人民委员会。但是，据报告，该委员会缺乏适当的资金、技术能力和切实的权限。[105] 无独有偶，有报告称，孟加拉国《吉大港山区和平协

[96] 土地被视为一种“生物”或者说有灵之物，并因而与土著人民结成了某种关系。这样一来，土地是不能被拥有的。“阿塔瓦皮斯卡特河之友”联盟提交的材料；另见 Leroy Little Bear, “Jagged worldviews colliding”, in *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, Marie Battiste, ed. (Vancouver, University of British Columbia Press, 2000)。

[97] 曼尼托巴省条约关系委员会提交的材料。

[98] 《与维州原住民一道推进条约进程法(2018 年)》，第 20 条第(2)款。

[99] 国际印第安人条约理事会和“保卫西肖肖尼项目”提交的材料。

[100] 美洲人权委员会，Mary&Carrie Dann 诉美国(案件编号 11.140, 报告编号 75/02, 2002 年 12 月 27 日) (可在以下网址查阅 https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm)。

[101] 见 CERD/C/USA/DEC/1。

[102] CCPR/C/79/Add.50, 第 37 段。另见：CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1，第 37 段；A/HRC/21/47/Add.1, 第 15 和第 102 段。

[103] E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 272 和第 279 段。

[104] 美国提交专家机制第十五届会议的材料，见 https://www.doi.gov/sites/doi.gov/files/interagency-mou-protecting-tribal-treaty-and-reserved-rights-11-15-2021.pdf.

[105] Minnie Degawan 在专家机制研讨会上的发言。

定》执行委员会在履行其职能方面会面临挑战，包括没有对该委员会的决定进行监督的监督机制。[106]

54. 在哥伦比亚，有土著人民报告称，由于缺乏资金和实施计划等原因，和平协定有关族裔的内容在执行方面出现延误。尤其是，在土地改革和确保切实参与方面出现延误，从而影响了土著领地和社区内的安全局势，尤其是影响了土著妇女和女童的安全。[107]

C. 政治意愿和诚意

55. 双方自愿达成的协定，其执行有赖于政治意愿和诚意，且不能危及建设和平的努力。[108] 充分而切实地执行协定，可缔造和平且相互尊重的共生共存。

56. 提交土著问题常设论坛的评估《吉大港山区和平协定》执行情况的研究报告[109]着重谈到政治意愿在执行协定方面的影响，并得出结论认为，对执行协定的抵制，其核心主要是反对实现土著人民的自决权、自治权及其对土地和自然资源享有的权利。[110] 历任土著人民权利问题特别报告员的观察结论[111] 以及普遍定期审议进程也得出了上述结论。[112]

57. 本研究报告定稿期间，专家机制收到指控称试图废除 1900 年《管理法》——此举将削弱执行《吉大港山区和平协定》的法律基础，并损害孟加拉国该地区朱玛人的权利。[113] 已在多个场合提出了因该协定未得到宪法承认而造成的风险问题。[114]

58. 专家机制还意识到，存在着宪法对条约的承认未能确保条约得到妥善适用的情况。在加拿大，尽管米克马克人与王国之间签订了关于捕鱼、狩猎和采集权利的条约，且最高法院在 1999 年的 Marshall 一案裁定中重申了此项权利，[115] 但米克马克人仍在艰难地争取实现自己的条约权利，并在试图行使上述权利时遭到非土著人的恐吓和骚扰。[116]

---

106 孟加拉国土著人民民间社会组织和网络、吉大港山区联合人民党和土著事务国际工作组提交的材料；另见 Devasish Roy, “Lessons from the implementation of the Chittagong Hill Tracts Accord”, 2021 (可在以下网址查阅 https://www.iwgia.org/en/news/4541-lessons-from-the-implementation-of-the-chittagong-hill-tracts-accord.html)。

107 土著人民权利(国际)组织向专家机制第十五届会议提交的材料。

108 E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 277、第 295 和第 296 段。

109 见 E/C.19/2011/6。

110 同上，第 45 至第 46 段。

111 A/74/149, 第 47 段；A/HRC/9/9/Add.1，第 50 至第 56 段。

112 见 A/HRC/39/12、A/HRC/24/12 和 A/HRC/11/18。

113 见 https://hillvoice.net/cht-regulation-1900-must-be-enforced-statements-of-27-eminent-citizens/.

114 A/HRC/48/75, 第 37 段；A/HRC/9/9/Add.1, 第 50 段；E/C.19/2011/6; E/C.19/2014/4; CCPR/C/BGD/CO/1, 第 12 段。

115 加拿大最高法院，R.诉 Marshall [1999 年] 3 SCR 456。

116 Sarah Ritchie, “Federal enforcement in N.S. fisheries dispute ‘political’: Mi’kmaw lawyer”, *Global News*, 20 September 2021 (可在以下网址查阅 https://globalnews.ca/news/8204388/liberals-fishery-dispute-mikmaw-lawyer/)。

D. 文化上未作好准备

59. 执行还须有有助于完全理解土著人民的权利、有助于完全理解以订立协定方式作出的承诺所具有的重要意义的文化框架。这意味着创造一个稳定的共享环境，使土著的权利和观点得到广泛理解，从而得到充分且一以贯之的落实。[117] 人权教育是实现上述目标的一项基本工具，而国家官员尤其必须接受培训，以便理解并在履行自己职责时适用上述权利。诸如曼尼托巴省条约关系委员会为学校课程开发的“条约教育工具包”等举措，可有助于达成共识并营造尊重条约的文化。[118]

六. 冲突解决机制

60. 建立和加强具体的机制，有助于使土著人民与国家之间的条约、协定和其他建设性安排得到尊重和强制执行。违反协定会造成冲突，且可能导致侵犯人权，并使来之不易的伙伴关系破裂。必须由具备权限的负责处理和解决冲突并纠正和补救冤情的机制来妥善处理违反协定情况。国家承诺纠正历史上以及当前针对土著人民实施的剥夺行为，是与土著人民建立新关系的一项必不可少的要件。此类机制应本着人权为本方针和对历史进程的透彻理解来审视过去、现在和持续存在的侵权行为。

61. 正如专家机制的研究和报告[119] 以及联合国三次专家研讨会[120] 所概括阐述的那样，《宣言》就如何实施可以纠正违反条约、协定和其他建设性安排情事的进程提供了一个框架。《宣言》第 40 条规定，土著人民有权通过公正、公平的程序迅速获得为解决与国家或其他方面的冲突和争端而作出的裁决，且有权在个人和集体权利受到侵犯时获得有效补偿。此类裁决应对国际人权以及相关土著人民的习俗、传统、规则和法律制度给予应有的考虑。

62. 同样，《宣言》第 27 条谈到土著人民对其土地、领土和资源所享有权利的承认和裁决问题，指出国家有义务与相关土著人民一道，在其参与之下，在对其法律、传统、习俗和土地所有制给予应有的承认情况下，建立并实施一个公平、独立、公正、公开且透明的程序。

63. 《宣言》第 28 条确认，若发生未经土著人民事先在知情情况下自主表示同意而没收、剥夺、占有、使用或损坏其土地、领土和资源情事，土著人民有权就其权利遭侵犯寻求补救。纠正此类侵权情事的手段可包括归还，或在归还不可行的情况下提供公正、公平、合理的赔偿。除非相关人民自主商定了其他方案，否则赔偿应采取质量、面积和法律地位相同的土地、领土和资源形式，或是采取货币赔偿或其他适当补救形式。

[117] A/74/149, 第 81(g)段。

[118] 曼尼托巴省条约关系委员会提交的材料。

[119] 见：A/HRC/39/62; A/HRC/45/38; A/HRC/48/51.

[120] 见联合国关于条约、协定和其他建设性安排的几次研讨会的结论和建议汇编。

64. 第 27、第 28 和第 40 条着重强调了两个要点：(a) 土著人民有权使侵犯其权利的情况通过适当的程序得到处理和纠正；(b) 土著人民有权按照须经事先在知情情况下自主表示同意的原则参与上述进程。

65. 负责处理谈判问题和解决争端与冲突的实体应享有由宪法或其他法律保障的独立性，且应拥有充足的资金和手段，以便妥善而高效地开展工作。必须赋予上述实体以明确而广泛的职能，且其决定应具有约束力并得到强制执行。此类机构应在与土著人民的协作之下建立，并切实将土著解决争端的方法和土著法律纳入其中。在其组成方面，应保证多元化和土著人民的平等代表权。在此类机构内以及执行其决定的过程中出现任何土著人民与国家之间权力不对称情况，都会使任何“共同解决问题”的感觉遭到破坏。此类机构应在深刻而全面地了解和理解国际人权法和土著人民权利的情况下运转。

A. 非对抗机制

66. 用于处理土著人民与国家之间条约相关问题的冲突解决机制，应具有非对抗性质。怀唐伊法庭是一个常设性调查委员会，其设立目的是确定王国的所作所为、无所作为或疏漏行为是否违反了《怀唐伊条约》的原则。[121]《宣言》所载的权利在解释上述原则方面日益具有相关性。[122] 但是，正如专家机制所指出的那样，该法庭和各法院对条约的解释并不完整，且并不完全符合毛利人文本的用语。[123]

67. 怀唐伊法庭的听证会不太正式，其进行方式在部分程度上与毛利人的争端解决方法一致，所得出的建议通常不具约束力，经常被王国置之不理。[124] 据报告，该法庭资源不足，且面临大量投诉，因而在就案件进行调查、报告和提出建议方面进展缓慢。[125] 联合国人权条约机构[126] 以及专家机制此前曾审议过上述很多挑战，并曾建议该国考虑加强该法庭的作用，以便：作出具有约束力而非建议性的决定；具有对照该条约对政策进行评估的权力；为其提供更多的人力和资金资源。[127]

68. 在澳大利亚维多利亚州，界定条约订立程序的法律设立了一个条约主管部门，其职能包括在条约谈判中提供争端解决办法和建立争端解决程序。[128] 将由原住民代表机构和国家共同制定的条约谈判框架内容包括一项强制执行条约的机制。[129]

121 见 https://waitangitribunal.govt.nz/treaty-of-waitangi/.

122 怀唐伊法庭，《追求独立：关于〈毛利社群发展法〉相关诉讼主张的报告》(下哈特，新西兰，“法律直通车(Legislation Direct)”网站，2015 年)。

123 专家机制咨询意见，新西兰，第 25 段。

124 A/HRC/18/35/Add.4, 第 27 段。

125 专家机制咨询意见，新西兰，第 25 段。

126 见 E/C.12/NZL/CO/4 和 CERD/C/NZL/CO/21-22。

127 专家机制咨询意见，新西兰，第 27 段。

128 2018 年《与维州原住民一道推进条约进程法》，第 7 部分。

129 同上，第 5 部分，第 31 条第(1)款(e)项和(f)项。

69. 加拿大不列颠哥伦比亚省条约委员会是一个与土著人民协作成立的独立机构，由法律支持，以确保其长期性和连续性。尽管该委员会并不负有监督条约执行和参与解决冲突的明确职能，但在各方的要求之下，该委员会更多地参与以各种解决问题的方法推动国家和土著民族之间开展建设性对话。[130] 此外，不列颠哥伦比亚省与土著人民协作制定的“《〈土著人民权利宣言〉法》行动计划”[131] 为协同努力解决当前和未来的问题提供了又一个范例。

70. 同样，曼尼托巴省条约关系委员会[132] 提供非对抗、非对峙式争端解决方案——主要借助“第一民族”各民族解决争端的方法，还提供其在条约相关问题上的专门知识。尽管该委员会负有促进和维系国家与土著人民之间积极的政府间关系与合作的职能，但据报告，该委员会并未全面运转，且条约伙伴也并不总是充分利用该委员会。[133]

71. 加拿大在国家一级没有具备权限和职能来监督条约、协定和其他建设性安排执行情况和相关冲突解决情况的综合机制。有的只是以和解为本的政治倾向，[134] 再加上一项规定土著人民提起诉讼时联邦应如何应对的诉讼问题相关指令。[135] 组建了一个由土著人领导的过渡委员会，目的是建立一个旨在确保加拿大政府在与土著人民和解关系方面负起责任的全国和解委员会。[136]

72. 《格陵兰自治法》建立了一项解决争端的混合机制。该机制由一个特设委员会组成，而该委员会成员包括“丹麦政府提名的两位委员、格陵兰政府提名的两位委员，以及最高法院院长提名的三位法官”，后者仅在来自两个政府的委员无法达成一致的情况下作出决定(第 19 条)。

B. 法院的作用

73. 由于没有具备权限的机构来解决条约争端，往往会利用国家法律系统来处理争端，从而制造了新的挑战。法院诉讼的对抗性质意味着漫长且昂贵的程序，土著人民往往负担不起，且诉讼进行期间损害还在继续累积。缺乏在条约以及土著人民权利、文化、历史和法律方面具有专门知识的律师和法官，是确保土著人民能诉诸司法方面一个巨大的障碍。[137]

74. 很多情况下，要由法院来解释条约的含义和范围，包括解释执行和侵权问题。在奥特亚罗瓦/新西兰，《怀唐伊条约》被纳入法律，有时产生了具有重大

130 不列颠哥伦比亚省条约委员会提交的材料。

131 见 https://engage.gov.bc.ca/app/uploads/sites/121/2022/03/declaration_act_action_plan.pdf.

132 见 www.trcm.ca.

133 曼尼托巴省条约关系委员会提交的材料。

134 见 https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1400782178444/1529183710887.

135 见 https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ijr-dja/dclip-dlcpa/litigation-litiges.html.

136 不列颠哥伦比亚条约委员会提交的材料；另见 https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2022/01/indigenous-led-transitional-committee-formed-to-establish-a-national-council-for-reconciliation.html.

137 曼尼托巴省条约关系委员会提交的材料。

意义的结果，且法院对该条约原则的解释也很进步。[138] 最高法院在最近一项涉及采矿前保护环境问题的裁决当中认定：颁发环境许可证时未充分虑及该条约；对该条约的原则须宽泛处之、宽怀处之。[139]

75. 1951 年对《印第安人法》的修改，使加拿大的土著人民得以诉诸法院，导致最高法院就一系列涉及原住民权利和所有权以及条约权利的案件作出裁决，包括 Calder 案[140]、Delgamuukw 案[141] 和奇尔科廷族案[142] 在内。最高法院通过一系列裁决发展出一套解释条约的规则，包括口头证据和书面证据具有平等地位以及须将土著人民在权利和所有权问题上的视角纳入考量，尽管这些规则并未总能导致对条约的解释体现出土著人民对条约精神和意图的理解。[143]

76. 法院还负责根据加拿大最高法院在 Sparrow 案和 Badger 案中确立的检验标准[144] 来确定何种情况下条约系遭违反以及此种违反是否情有可原。不过，值得强调指出的是，最高法院一贯采用的“侵权”概念并不符合《宣言》第 40 条。该条确认土著人民有权就所有侵权情事获得有效补救。

C. 国际机制

77. 特别报告员的最后报告当中指出，一些国家表示不想把涉及土著人民的条约、协定和建设性安排的相关争议问题带到国际领域。这一点仍高度符合现实情况。但是，一旦国内的司法管辖权已用尽，应考虑在国际论坛上进行公开的讨论和决策。对于具有国际地位的条约和建设性安排而言，此举尤其具有现实意义。[145]

78. 特别报告员呼吁进一步讨论建立一个国际机构的问题，强调指出“国家机构缺失、运转不良、采取敌对土著的歧视性态度或是不发挥作用，会为设立国际机构提供更有效的理由”。这也许是主张设立(或加强)适当的、切实有效的国内渠道以落实/遵守土著权利并就土著相关问题解决冲突的最强有力理由之一。[146] 继

[138] Claire Charters 在专家机制研讨会上的发言。

[139] 新西兰法院，跨塔斯曼海资源有限公司诉塔拉纳基－旺格努伊保护委员会[2021] NZSC 127; Robin Martin and Craig Ashworth, “Taranaki ironsands mining appeal fails at Supreme Court”, *Radio New Zealand*, 30 September 2021；Tara Shaskey, “Both sides claim victory in Supreme Court ruling quashing South Taranaki seabed mining consents”, *Stuff*, 30 September 2012, 见 https://www.stuff.co.nz/business/126525818/both-sides-claim-victory-in-supreme-court-ruling-quashing-south-taranaki-seabed-mining-consents.

[140] 加拿大最高法院，Calder 等人诉不列颠哥伦比亚省律政厅长[1973 年] SCR 313。

[141] 加拿大最高法院，Delgamuukw 诉不列颠哥伦比亚省，[1997 年] 3 SCR 1010。

[142] 加拿大最高法院，奇尔科廷族诉不列颠哥伦比亚省，[2014 年] SCC 44。

[143] 曼尼托巴省条约关系委员会提交的材料。另见关于条约的解释问题，加拿大最高法院：R.诉 Marshall [1999 年]；R.诉 Van der Peet [1996 年]；纳乔尼亚克敦“第一民族”诉育空(政府) [2017 年] SCC 58。

[144] 加拿大最高法院，R.诉 Sparrow [1990 年]；Peter W. Hogg 和 Roy W. Millen, “关于：加拿大的条约与主权共享问题”，不列颠哥伦比亚省条约委员会要求提供的法律意见书，2017 年 4 月 18 日；另见 https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2022/01/indigenous-led-transitional-committee-formed-to-establish-a-national-council-for-reconciliation.html.

[145] E/CN.4/Sub.2/1999/20, 第 312 至第 314 段。

[146] 同上，第 317 段。

特别报告员提交最后报告后，曾有人在联合国专家研讨会上建议设立国际机制，并邀请区域机构参与并就条约争端提出建议。[147] 但尽管如此，进展甚微。

79. 《美洲土著人民权利宣言》第二十四条确认，当与条约、协定和其他建设性安排有关的争端无法在当事方之间解决时，应由相关国家或土著人民将其提交具备权限的机构处理，包括区域机构和国际机构在内。

80. 如 2016 年哥伦比亚《和平协议》所示，协定的国际化可能有助于促进执行。该协议系根据 1949 年日内瓦四公约通用第三条，作为一项特别协议通过的。根据国际法来签订协定，加强了对其执行的保障，并确保尽管政治上发生变化但过渡期司法进程依然在延续。[148]

81. 将与条约、协定和其他建设性安排有关的问题交由国际审查，包括交由联合国人权条约机构审查，可能会提高对其现实意义的认识、建立信任、帮助纠正不对称问题并鼓励一以贯之地采用人权为本方针，从而有助于国家与土著人民之间建立相互尊重的、健康的关系。

82. 不应放弃考虑除现有联合国机构外另创建一项国际机制来重点关注条约、协定和其他建设性安排的执行情况。土著人民在阿尔塔大会成果文件中建议联大应呼吁建立一项国际机制，以监督、纠正、归还并执行土著民族与国家、先前国和继承国之间的条约、协定和其他建设性安排。[149] 自那时以来，未就设立上述机制提出更多建议。

[147] 见联合国关于条约、协定和其他建设性安排的几次研讨会的结论和建议汇编。

[148] 土著事务国际工作组提交的材料；另见 César Rojas Orozco, “Estatus jurídico internacional del acuerdo de paz colombiano”, *Revista Estudios de Derecho*, vol. 75, No. 165 (2018), pp. 131–149, 见 https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334760/20790563.

[149] 为联合国大会高级别全体会议而召开的称为“世界土著人民大会”的全球土著筹备会议，2013 年 6 月，《阿尔塔成果文件》，主题 2 第 2 段，见 https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/wc/AdoptedAlta_outcomedoc_EN.pdf.

附件

关于条约、协定和其他建设性安排(包括和平协定与和解倡议在内)及其宪法承认问题的第 15 号咨询意见

1. 国家应充分承认，正如《联合国土著人民权利宣言》(《宣言》)所申明的那样，土著人民是享有自决权的人民。该项权利系以《联合国宪章》、《公民及政治权利国际公约》和《经济社会文化权利国际公约》第一条为坚实基础，并在若干国际和区域人权文书以及条约机构和特别程序的任务中得到重申。为保证提供最高水平的国内保护，使之得以延续，免受不稳定、政治变化和/或权利倒退的影响，最好在国家宪法中申明承认上述权利，包括在国内法律和政策中承认。

2. 国家应与土著人民一道，在国内法律中纳入《宣言》的实施框架。各国应将《宣言》视为实现土著人民享有其权利的最低标准，并不妨碍各国采取力度更大的举措。

3. 国家应采取步骤，推进和落实《联合国土著人民权利宣言》第 37 条和《美洲土著人民权利宣言》第二十四条所规定的土著人民使与之缔结或与其继承者缔结的条约、协定和其他建设性安排得到承认、遵守和强制执行的权利。国家应本着诚意，按照上述条约、协定和其他建设性安排的精神和意图予以履行和遵守，避免采取可能削弱此类协定的地位和损害其中所确认的权利的单方面举措。此类协定的执行对于土著人民享有自决权必不可少。

4. 国家应采取必要措施，以公正、民主、尊重人权、不歧视和诚信等原则为基础，通过平等地订立条约、协定和其他建设性安排，与土著人民建立真正的、真诚的伙伴关系。

5. 在主导的法律框架不包含土著法律制度的情况下，国家应承认土著人民的法律人格，以便与其正式达成协定的方式能确保土著人民在谈判、缔结、执行和强制执行此类协定时的法律人格和平等地位。

6. 在订立协定过程中，国家应视土著人民为合作伙伴而非受益方，切实开展对话，并以双方自愿和平等参与的方式共同确定谈判框架和协定条款，包括确定监督、执行以及解决冲突的机制。

7. 在朝着与土著人民订立协定努力时，国家应考虑是否可能按照土著人民的传统法律制度、习俗和惯例来进行，即使上述法律制度、习俗和惯例并不在国家的法律框架之内。在如此行事时应尊重土著人民在建立关系方面的实践，且绝不应以此为由使在上述基础上缔结的协定失去正当性。

8. 在达成协定的各个阶段，即订立、监督、执行和解决冲突等各个阶段，必须以尊重土著人民的所有人权为核心。

9. 国家在与土著人民谈判协定时应意识到权力的不平衡，尊重土著人民确定和加强自己内部决策机构所必需的时间和条件，不予干预也不试图影响其组成或立场。

10. 国家应确保土著人民拥有切实参与谈判进程所需的资源和能力，应划拨充足的资源，使其能够充分参与、作好准备并在有意签约雇用专家时签约雇用专家，而不会利用此种援助为优势控制土著人民的立场。

11. 谈判和以自愿为基础的进程必须符合《宣言》所明确规定、区域和国际人权体系作进步解读的须经事先在知情情况下自主表示同意原则。

12. 若土著人民有此要求，国家应接受第三方调解方参与谈判。这些调解方应是独立的，其参与、组成和职能应由土著人民界定、经土著人民同意。国家应确保调解方拥有履行其任务的手段，并对土著人民的权利、背景以及国际人权法有足够的专业知识和了解。

13. 如《宣言》第 37 条所述，在国家与土著人民之间的条约、协定和其他建设性安排系在殖民时期缔结的情况下，继承国应接管相关义务。继承国应履行、执行和强制执行上述条约、协定和其他建设性安排，避免采取例如废除上述文书等旨在对享有上述文书中商定之权利进行破坏的单方面举措。

14. 国家应按照相关土著人民所理解的条约、协定和其他建设性安排的精神和意图，并以历史悠久且在不断变化的环境中仍继续适用的活协定所需的灵活性，承接和执行上述条约、协定和其他建设性安排。应始终以最有利于土著人民且符合《宣言》所载权利的方式解释协定。

15. 国家应与土著人民合作建立监督机制和执行机制，以保证协定的有效执行，还应确保上述机制具有独立性、经济上的可持续性和技术能力，且在职能上具备足够的资格。为实现这一目标，必须在不削弱相关机构独立性的情况下确保供资充足，并聘用训练有素、资质合格的官员，以人权为本和土著人民权利为本的方针开展工作。身为协定缔约方的土著人民，必须在上述机构中得到同等的代表，且在各级均得到代表。

16. 国家应确保国家机关内部具备能理解与土著人民之间的条约、协定和其他建设性安排的含义并在各相关领域执行上述条约、协定和建设性安排的机构能力和政治意愿。这其中应包括在存在冲突的规程危及协定的执行情况下寻求建设性的解决方案。

17. 国家应与土著人民合作建立适当的仲裁机制，处理有关协定遭违反的诉求，解决争端，并纠正和补救不平之事。上述机制应独立且公正，而其决定应具有约束力且可强制执行。解决冲突的方法当中，应包含土著解决争端的办法和土著法律。冲突解决机制必须遵循国际人权法，包括遵循土著人民的权利。

18. 各国应充分且持续地向为订立、监督和执行协定而设立的机制和机构以及负责解决相关争端的机制和机构提供人权法、土著人民权利、条约订立程序以及土著文化、传统和视角等方面的能力建设培训。

19. 国家应在社会各个层面促进对以下问题的理解：与土著人民有关的历史进程、殖民及其后果；土著人民在历史上以及长期以来一直面临的歧视；协定以及土著人民权利的含义和重要性。旨在实现上述目标的举措可包括在学校课程和社会运动中纳入或加强上述主题。

20. 土著人民绝不应因行使与国家缔结的双方自愿协定中所规定的土著人民权利或因抗议侵犯上述权利情事而遭到国家当局或官员的污蔑、刑事定罪或攻击。国

家应明确承认上述主张具有正当性，并重申尊重言论自由，视其为健康、多元且民主的公民空间的一大支柱。

21. 应确保土著人民能不受限制、不遭歧视地诉诸司法。司法程序的持续时长应合理且有正当原因。在出现任何可能出现的违反条约情况之前，尤其是在此种违反可能造成损害时，应适用预防原则，以免情况恶化，造成永久性损害。

22. 应尊重并强制执行有关条约争端的司法判决，包括立即停止侵权行为和根据《宣言》第 28 条提供切实赔偿。

23. 鼓励土著人民将条约、协定或其他建设性安排视为一种以更适于自己目标的方式并按照自己的决策组织方式与国家之间建立和加强关系的手段。

24. 应创设一项土著人民条约、协定和建设性安排执行情况特别报告员职能。

25. 联合国各机构和机制应在其日常工作和职责中支持执行缔结的条约、协定和建设性安排。

26. 当条约被视为国际关切问题时，土著人民应能诉诸国际机构解决争端，包括诉诸现有的联合国条约机构。

27. 应跟进和落实特别报告员米格尔·阿方索·马丁内斯提出的建议以及联合国三次专家研讨会上提出的建议，包括关于建立一项负责处理条约、协定和建设性安排相关争端的国际机制的建议，以及关于建立一个国际部门或机构，负责在对确保可以获得此类文书的土著口头版本给予应有注意的情况下登记和发布土著人民与国家之间缔结的所有条约的建议。