



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/30
13 July 2004
CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会
增进和保护人权小组委员会
第五十六届会议
临时议程项目 5(b)

防止歧视

防止歧视和保护土著人民

土著人民对其自然资源的永久主权

特别报告员埃丽卡·伊雷娜·泽斯的最后报告 ***

* 尾注不译，原文照发。

** 本文件迟交，是因为等待批准对大会所设篇幅限制的免除。

内 容 提 要

本文件是关于土著人民对其自然资源的永久主权的最后研究报告。本文应结合特别报告员关于土著人民及其与土地的关系的最后工作文件(E/CN.4/Sub.2/2001/21)一起阅读。它载有对自然资源永久主权原则适用于土著人民的情况的论述，特别考虑到各国政府和小组委员会委员作的额外评述以及土著社区和土著组织的代表提供的数据。

载于增编的附件载有因篇幅限制而不能列入主文件的资料。附件一载有关于世界各地土著人民和自然资源的法律制度的例子。附件二分析关于对自然资源的永久主权和土著人民的国际法。附件三载有关于土著人民及其与土地的关系的最后工作文件(E/CN.4/Sub.2/2001/21)的有关结论、指导原则和建议。附件四载有一个参考文献选、联合国有关决议的节录、有关案例的清单以及有关国际法律标准的汇编。

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1 - 8	4
一、自然资源永久主权概念在联合国系统内的历史	9 - 16	5
二、一般性考虑.....	17 - 37	7
三、土著人民拥有、使用、控制和管理自己的土地、领土和资源的权利的本质和范围	38 - 51	13
四、主要结论和基本建议	52 - 77	17

附 件 *

- 一、关于世界各地土著人民和自然资源的法律制度的例子
- 二、关于对自然资源永久主权和土著人民的国际法分析
- 三、关于土著人民及其与土地的关系的工作文件的有关结论、指导原则和建议
- 四、A. 参考文献选
- B. 联合国有关决议节录
- C. 案例
- D. 国际法律标准

* 载于 E/CN.4/Sub.2/2004/30/Add.1。

导 言

1. 增进和保护人权小组委员会第 2001/10 号决议请埃丽卡·伊雷娜·泽斯女士编写一份工作文件说明土著人民对自然资源的永久主权，这份文件与她关于土著人民及其与土地的关系的研究，即 E/CN.4/Sub.2/2001/21 号文件所载的最后工作文件有关。泽斯女士向小组委员会第五十四届会议提交了她的工作文件(E/CN.4/Sub.2/2002/23)。

2. 小组委员会在该届会议上决定建议人权委员会任命泽斯女士为特别报告员，在她的工作文件的基础上对这个问题开展研究(第 2002/15 号决议)，同时请她向小组委员会第五十五届会议提交一份初步报告，并向第五十六届会议提交最后报告。委员会第 2003/110 号决定赞同了泽斯女士的任命，这得到经济及社会理事会第 2003/267 号决定的批准。泽斯女士向委员会第五十五届会议提交了初步报告(E/CN.4/Sub.2/2003/20)。

3. 本最后报告根据小组委员会第 2002/15 号决议提交。它包括载于增编的四个附件，其中载有因篇幅限制而不能列入主文件的资料。附件一载有关于世界各地土著人民和自然资源的法律制度的例子。附件二分析关于对自然资源的永久主权和土著人民的国际法。附件三载有关于土著人民及其与土地的关系的最后工作文件(E/CN.4/Sub.2/2001/21)的有关结论、指导原则和建议。附件四载有一个参考文献选、联合国有关决议的节录、有关案例的清单以及有关国际法律标准的汇编。

4. 特别报告员十分感谢地收到了哥伦比亚政府提供的与编写本最后工作文件有关的资料以及一些有用的评述和意见。小组委员会委员兼土著居民问题工作组成员 Yozo Yakota 先生提供了非常有用的评述。此外，印第安人法律资料中心、厄明斯金印第安人部落组织、第一部落论坛以及南美洲印第安人理事会成员组织胡胡伊土著运动等也提供了资料 and 材料。夏威夷纳柯亚·伊凯卡·欧卡拉慧和土著人民生物殖民主义问题理事会提交了一份非常有用的文件，题为“土著人民对遗传资源及相关土著知识的永久主权的权利”。

5. 土著人民和国家自从 1970 年代土著人民出现在联合国以来所做的许多报告和发言强调了土地和资源对土著人民的重要性。目前关于土著人民的自决权和在土著领土上开发自然资源的不利影响的辩论进一步强调了关于土著人民对自然

资源永久主权的研究的重要性和有用性。¹ 因此，许多人认为将国家的合法利益与土著人民对其自然资源的优先权利加以协调，是促进土著人民权利的关键和必要步骤。

6. 对土著人民实施这项原则之所以有益，是因为他们的情况与最初实施这项原则的人民的的情况相似。现代立法中对自然资源的永久主权原则是第二次世界大战以后殖民地人民为实现政治和经济自决开展斗争的产物。这项原则是：人民和民族必须有权管理和控制自己的自然资源，并在这样做时有权享受开发和保护自然资源的利益。1950 年代初以来一直在倡导这项原则，将其作为确保刚脱离殖民统治的人民获得产生自他们领土内自然资源的经济利益的一种手段，并让新独立国家在法律上有权力，抵制和纠正因压制性和不平等的契约以及其他国家和外国公司作出的其他安排而引起的对他们经济主权的侵犯。² 这项原则过去是，现在仍然是一个民族实现自决权和发展权的基本先决条件。³

7. 鉴于这项原则的渊源和意图，而且国际社会也承认土著人民今天面临的问题，因此，在土著居民问题工作组、联合国土著人民权利宣言草案工作组、土著问题常识论坛以及最近在世界银行及其对采掘业项目的影响和价值的审查中一直在开展关于土著人民对自然资源永久主权的讨论，这就不足为奇了。过去 20 年来，联合国、会员国、专门机构和秘书处各部门的代表、独立专家和土著专家经常试图解决长期的土地和资源争端，根据国际法就自决问题达成谅解，并为在涉及土著土地和资源可持续发展的问题上进行合作建立新的机制，找到新的方法。

8. 因此，现在越来越明确，如果土著人民没有对他们的土地和领土实行控制的法律权力，就决不可能实现土著人民有意义的政治和经济自决。此外，经过上述的意见交流，人们越来越认识到，在增进和保护土著人民的自决权利、土地、领土和资源权利、经济发展权利方面，国家和土著人民之间的利益是可以取得适当平衡的。

一、自然资源永久主权概念在联合国系统内的历史

9. 联合国是这一原则的发源地，是发展和落实这一原则的主要论坛。大会在 1950 年代初首次通过了各项有关决议，使这一概念对人民和民族的适用首次获得公认。⁴ 1958 年大会设立了自然资源永久主权委员会，并责成其调查自然财富和

资源永久主权作为“自决权基本要素”的状况。⁵ 但是，到了 1962 年大会第 1803(XVII)号决议才大力推动这一原则作为非殖民化进程的国际法原则。大会在该历史性决议中宣布，“人民和民族”有权对他们的天然财富与资源行使永久主权；侵犯这项权利，就是违反《宪章》的精神与原则，妨碍国际合作的发展与维持和平。

10. 这项原则产生之初只是作为新独立国家和殖民地人民争取控制自己资源，从而控制自己的经济和政治命运的一项政治诉求，但到了 1966 年，对自然资源的永久主权被列入两项人权国际公约共同的第一条，从而成了国际法的一项普遍原则。共同的第一条在有关部分规定：

“1. 所有人民都有自决权。他们凭这种权力自由决定他们的政治地位，并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展。

“2. 所有人民得为他们自己的目的自由处置他们的天然财富和资源，而不损害基于互利原则的国际经济合作和国际法而产生的任何义务。

在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段。”

11. 《公民权利和政治权利国际公约》第四十七条和《经济、社会、文化权利国际公约》第二十五条进一步申明，“本公约中任何部分不得解释为有损所有人民充分地 and 自由地享受和利用他们的天然财富与资源的固有权利”。这项规定是到了起草进程很后的阶段，在 1966 年即将通过之前才被加入这两项公约的。⁶ 共同的第一条第二款所提到的国际经济合作、互利和国际法，可以被理解为限制国家，为自由处置它的自然财富和资源而任意和不作补偿地对外国财产实行国有化或予以没收的能力。⁷ 但是，第四十七条和第二十五条的规定似乎意在通过同时确保国家不援引第二款来实行或支持“旨在控制发展中国家的经济，……从而破坏它们政治独立的帝国主义政策和做法”，以求得平衡。⁸

12. 联合国通过了 80 多项关于对自然资源永久主权的决议，⁹ 这项原则已经被纳入一些多边条约。¹⁰ 围绕在以上各决议和文书中纳入对自然资源永久主权的辩论和讨论涉及了国家对下述方面的关注：国家对经济活动国有化的权利，“发展中国家”对“发达国家”的权利，一个民族在开发其资源时必须考虑到资源的稀缺、其最佳利用、整个国际社会的更大需求和愿望的程度，以及继承国遵守现行经济协定和安排的义务。¹¹

13. 尽管当前有以上关注，但仍然承认对自然资源永久主权的权利，因为人们很早就认识到，没有这项权利，自决权就毫无意义。秘书长 1955 年的一份报告从多方面确认了这一点。¹² 在描述围绕起草共同的第一条的辩论时，他指出，尽管代表们提到了上述关注，但仍然承认，“自决权当然包括这样一项简单的基本原则：一个民族或人民应该是自己的自然财富或资源的主人”，因此，提议的用语“没有以征收或没收相威胁来吓走外国投资的意图；相反，其意图是为了向人们提出警告，这种外国开采可能造成当地居民失去自己的生存手段。”¹³

14. 近年来，这项原则的实质内容被隐含地纳入联合国土著人民权利宣言草案，¹⁴ 成了许多辩论的主题。

15. 在美洲国家组织美洲土著人民权利宣言草案中载有关于自决、土地和领土的类似规定，在围绕这些规定的讨论中也涉及对自然资源永久主权的主题。¹⁵

16. 除了联合国和美洲国家组织有关土著人民问题的制定标准活动以外，目前在联合国本身的各机构内，特别是在世界银行和联合国开发计划署内还开展有关发展、修订和实施土著人民政策的讨论(见下文)。上述实体均有一项土著人民政策。为此，联合国越来越必须带头推动关于这项权利适用于土著人民的实质以及这项权利可能对国家的责任和义务产生的影响开展对话。

二、一般性考虑

17. 国际法和国际惯例中有一个越来越强的积极趋势，将自决概念和原则扩大适用于现有国家内的人民和群体。¹⁶ 人们认识到自决权不再包括脱离或独立的权利(除少数情况外或者在某些例外情况下)，当今，自决权同时包括一系列其他权利，其中包括参加治国的权利以及各种自治和自我管理的权利。为使这一自决权的现代概念具有意义，它必须在逻辑和法律上带有对自然资源永久主权的基本权利。现在必须研究这一论断背后的考虑。

18. 首先，可能应该研究为何“主权”一词适合用于指独立国家内的土著人民及其自然资源。一些国家和一个土著组织对两种“主权”是否能在一个国家内存在或者分享同样的资源的问题表示关注。¹⁷ 该词在对自然资源的永久主权原则方面的意义可以被笼统地陈述为对自然资源的法律和政府控制或管理权，特别是可以说成是行使自决权的一个方面。在非殖民化时期，新兴国家在政治上要求不

对它们的自然资源进行不公正的利用，这种不公正利用可能会使自决失去意义。正如一位现代作家所说的那样：

“第二次世界大战以后，这种情况迫使发展中国家和刚摆脱殖民统治的国家提倡制定一种新的国际原则，以承认和保护它们对自己在本国的自然资源和财富的权利。”¹⁸

在这方面，“主权”一词显然不是指该词的抽象和绝对意义，而是指政府在行使自决方面对资源的控制和权力。因此，这并不意味着一个独立国家至高无上的权力。对土著人民使用这一用词并不把他们放在与国家同等的地位，或把他们放在与国家主权相抵触的地位。

19. 在十六世纪，“主权”一词系指一国境内没有任何限制的最高权力。但是到了十九世纪初，法国有影响的法学家 **Emmerich de Vattel** 写出《万民法》的时候，该词已不再含有上述绝对意义，国际法认为一种“主权者”可以在另一种更大的主权者的保护之下，同时也不丧失它的“主权”。¹⁹

20. 现代常见的情况是，没有一个国家享有毫无限制的主权，所有国家的主权通过条约和习惯国际法受到限制。²⁰ 实际上，常见的做法是，国家签订的国际协议不仅反映对它们主权的某种限制，而且还承认主权者合作管理和利用自然资源时可得到的某些利益。²¹ 因此，法律原则不反对就以政府资格行事的土著人民使用主权一词，但该政府能力可以在各方面受到限制。事实上，土著人民长期以来一直被世界各地许多国家认为是主权者。

21. 在美国，自从联邦政府形成期以来印第安部落一直被认为是主权者的政治实体。“伍斯特诉佐治亚”案第一次完整地表述了这些原则。²² 该案产生的原因是，佐治亚州监禁了几名居住在切罗基领土上的传教士，因为他们违背了一项要求非印第安人获得州长的允许的州立法。**John Marshall** 法官提出了现在仍然是美国的法律的意见，他认为印第安民族一直被认为是“独特、独立的政治社区”，因此有资格行使自治权，而且行使这种权利并不是因为联邦政府授权，而是因为它们原来就有的部落主权。²³ **Marshall** 法官在“伍斯特案”中宣布：

“万民法的既定学说是，一个较弱的势力不因与一个较强的势力联合并受其保护而放弃它的独立性，即它的自治权。一个薄弱的国家……可将

自己置于较强的国家的保护之下，但不放弃它的统治权而停止作为一个国家而存在。”²⁴

Marshall 法官呼吁注意欧洲的例子，为他的立场提供佐证，实际上，他在他的意见中引用了 Vattel:

“Vattel 说，‘只要自治、主权和独立权仍然留在国家行政当局内，进贡国和封国并不因此而停止作为独立的主权国家存在。’”²⁵

22. Marshall 法官在“伍斯特案”中的裁决符合他最初在“切罗基民族诉佐治亚案”中表示的意见，²⁶ 该案的发生原因是，佐治亚州颁布了一系列废除切罗基政府的法律。在该案件下，Marshall 法官写道:

“大多数法官认为，如此大量的论点要证明切罗基人作为一个能管理自己的事务和自治、独立于其他国家的一个政治实体和独特的政治社会的性质，而这种论点获得了彻底的成功”。²⁷

法院接着裁定，在美国境内居住的部落不是宪法允许在最高法院提出起诉的“外国民族”。²⁸ 但是，Marshall 法官在“切罗基案”中确实提出了部落主权学说的原则。

23. 美国当今的法律承认印第安人和阿拉斯加土著政府主权的许多属性，包括免于起诉的主权赦免权利。美国最高法院历来一直在维护这项主权赦免权。²⁹ 当今美国的法律在印第安人和阿拉斯加土著政府方面完全接受“主权”一词。

24. 在最近的“马扬加(苏莫)阿瓦斯廷基族诉尼加拉瓜案”中，³⁰ 美洲人权法院对《美洲人权公约》第 21 条所载的财产权作了解释，它在判决中明确指出，土著人民的土地权包括对那里的资源的权利(第 153 段)，该族以集体资格并按它们自己的习惯法、价值观和风俗习惯拥有这些所有权(第 148、151、153 段)。虽然法院没有采用“主权”一词，但毫无疑问，这项裁决认为，国际法保护该族对土地和资源的政府或集体权利。判决书的以下部分有助于明确这一点:

“鉴于本案的特性，有必要对土著的财产概念作某些具体说明。土著民族之间在集体土地财产的部族形式方面有一种部族传统，即土地所有权不集中于个人，而集中于群体及其部族。土著群体，就它们的存在这一事实而言，就有权在它们自己的领土上自由生活；土著民族与土地的密切关系必须认识和理解是它们的文化、精神生活、完整性和经济生存的基

础。对土著来说，与土地的关系不仅仅是一个拥有和生产的问题，还是一个它们必须充分享有的一项物质和精神要素，乃至保护它们的文化遗产并传给后代”。³¹

25. 尼加拉瓜法律长期来一直规定该国印第安地区有自治权。³²《尼加拉瓜宪法》还明确承认土著形式的社会组织以及土著人民管理他们的地方事务，保持它们部族的所有权形式，使用和享有他们的土地等的权利。³³最近，尼加拉瓜政府通过了关于对土著土地划界和规定所有权方面的立法。这项新的法律进一步承认当地印第安部族对它们大西洋沿岸的土地、领土和资源的治理权。³⁴以上是“主权”一词在现代法律论述中的一种用法的具体例子。

26. 在新西兰，适用于土著毛利人的主权概念是该国公认的法律框架的一部分。英国政府与毛利人之间签署的《怀唐伊条约》被看作是新西兰的基础性文件，该条约明示和暗示地证实毛利人的主权。³⁵毛利人主权概念在毛利语中称为 *tino rangatiratanga*。虽然那里经常对该词及其应用进行辩论，但其意义大致上可以说是“酋长权力”。这是一国内部承认并适用的土著人民的一种主权形式的又一个例子。

27. 加拿大和其他许多国家都规定土著人自治，如加拿大的《印第安人法》，³⁶包括不同程度的对自然资源的控制。这种土著治理机构对资源的控制制度为主权国家内土著对自然资源主权的各种形式提供了更多的例子。

28. 最后，现在已有 17 个国家批准的《1989 年国际劳工组织土著和部落民族公约》(第 169 号)在土著人民以民族的集体身份控制自然资源方面载有重要规定，³⁷特别是，第十五条规定“民族”对其自然资源的权利。第 1 款规定如下：

“1. 有关民族对其土地的自然资源的权利应给予特殊保护。这些权利包括这些民族参与使用、管理和保护这些资源的权利”。

这种对国家内部土著和部落民族的控制和管理权的有限保障是现在对主权一词的理解的另一种形式。第七条进一步承认这种权利，它主要保障：

“1. 有关民族有权决定自身发展进程的优先顺序，因为这将影响到他们的生活、信仰、制度与精神福利和他们占有或使用的土地，并有权在可能的范围内对其经济、社会和文化发展行使管理”。

29. 第二、第四、第五和第六条还提到土著和部落民族的“体制”和“代表机构”。这使人进一步理解到：批准《第 169 号公约》的国家内部的土著和部落民族至少享有有限形式的主权或管理权。

30. 因此，我们可以得出结论，“主权”一词可用于指土著人民，而丝毫不减弱或抵触国家的“主权”。世界许多地区对这一词的法已完全确立，排除了任何这种含义。

31. 最后应记住，这项研究的目的是要研究对自然资源永久主权的既定原则对土著人民的适用或是否相关的问题。如从对自然资源的永久主权这一确定已久的原则中除去“主权”概念，将造成概念和定义问题。为此，特别报告员建议，由于制定法律、机制和措施是为了解决这个问题，国家和土著人民应较关注这种权利如何命名的问题，多关注土著人民对自己的所有自然资源的拥有权和治理权是否得到充分承认和保护。

32. 由于对主权概念如何应用于土著人民的理解，因此更加显而易见，在研究土著人民的自决权时，对自然资源的永久主权原则也应适用于土著人民。这样做有若干原因。这些原因如下：

- (a) 从经济、政治和历史意义上来看，土著人民是被殖民的人民；
- (b) 土著人民遭到其他被殖民人民受害的典型不公平和不平等的经济安排之害；
- (c) 对自然资源的永久主权原则是促使在经济和政治领域中取得平等所必须的，并是提供免遭不公平和压制性经济安排之害的保护所必须的；
- (d) 土著人民享有发展权和积极参与实现这项权利的权利；对其自然资源拥有主权是达到此一目标的一项根本先决条件；
- (e) 自然资源本来属于有关的土著人民所有，在多数情况下不是自愿和公平地被放弃的。

33. 最近公布的为世界银行作的一项独立研究《采掘业审查》³⁸ 非常细致地注意研究了土著人民对自然资源的权利问题，得出了一些与本研究有关的重要结论。这种结论之一是，自然资源对土著人民至关重要：

“对土著人民而言，对他们传统上拥有或者占据和使用的土地、领土和资源的有保障、有效的集体所有权，是经济和社会发展、自然形态和文

化完整以及生计和生存的根本所在。有保障地拥有和控制土地、领土和资源的权利也是维护土著人民的世界观和精神之根本所在，简言之，对他们作为有生存能力的地区性社区的生存是至关重要的。如果没有有保障和可实施的财产权，土著人民的谋生手段将受到永久性的威胁。土地和资源丧失或退化的结果将是，维持生命和保持适当生活水准所必需的基本条件被剥夺。不承认和尊重这些权利，会削弱减轻土著人民贫穷和实现可持续发展的努力”。³⁹

34. 该项研究还指出了承认和尊重土著资源权的以下原因：

“如果声称对祖先土地、领土和资源拥有权利的土著人民与在法律或惯例上不承认这些人民的独特身份及其权利的某一国家政府之间的冲突未得到解决，那么，必须通过双方同意的方式予以解决。否则，冲突将继续下去，因而有损于采掘部门的发展和减轻贫困的潜力。没有土著人民参与和自由地事先知情同意的结构改革和规定自动批准对土著土地、领土和资源进行勘探和开发的许可的法规，只会使问题恶化。

“确实，在没有保障土著人民权利的情况下对他们的传统土地、领土和资源日益加剧地进行采掘活动常常造成社会动乱、健康问题、政治和社会的不稳定以及法律上的不确定性”。⁴⁰

35. 世界银行的研究报告还在实施诸如对自然资源永久主权那样的原则方面提出了其他一些理由，它呼吁注意有必要承认土著人民同意或不同意重新安置的权力：

“应严禁非自愿的重新安置土著人民。只有土著社区给予自由、事先知情的同意，同时保证当重新安置的理由不再存在时有返回的权利，才可允许重新安置，而且事先要对重新安置津贴达成协议。此外，世界银行集团不应在未事先承认和有效保证土著人民拥有、控制和管理自己的土地、领土和资源的权利的情况下支持影响到土著人民的采掘业项目”。⁴¹

36. 侵占土著人民的遗传资源和其他生物资源的行为有时被称作“生物剽窃”，两个土著组织提交的材料对这种行为的不公正和有害影响作了描述。生物勘探、专利和其他知识产权法方面的现行法律制度不充分和不公正，剥夺了土著人民宝贵的经济资源，也对土著文化造成损害。⁴²

37. 在有些国家，如加拿大和美国，有些或所有土著资源被国家根据一种托管制度保管和管理。土著人民提交的文件对这种托管制度的管理不当和弊端提出指控。⁴³ 这种托管制度使人想起上个世纪在海外殖民地常见的那些不正当行为。⁴⁴

三、土著人民拥有、使用、控制和管理自己的 土地、领土和资源的本质和范围

38. 对有关国际法的分析(见附件二)表明，在土著人民拥有、使用、控制和管理自己的土地、领土和资源的权利方面，国际法和国家惯例有了长足的发展。此外，国际一级和国内一级每年都在审议和发表新的准则、判例和政策。这些发展大多表明进一步承认土著人民掌管自己的土地、领土和资源的权利及其在利用和开发方面自行作出决定的权利。由于上述财产权以及自决权和发展权，因此也自然而然地进一步承认了土著人民对在他们的土地和领土上的活动以及可能影响到他们的土地、领土和资源的活动给予或不给予事先知情同意的权利。⁴⁵

39. 概括而言，过去二十年国际法，特别是人权准则的发展表明，现在已有一项先进的法律原则，即土著人民对他们在传统上使用和占据的土地和领土拥有集体权利，这项权利包括使用、拥有、管理和控制在其土地和领土上发现的自然资源的权利。如果可能的话，还要说明这项权利的内容和范围及其可能有的限制。

40. 土著人民对自然资源的永久主权可以被适当地描述为一种集体权利。根据这项权利，国家有义务尊重、保护和增进土著人民(作为集体)对其自然资源的治理和财产利益。

41. 这些利益是什么？一般来说，这些是所有权利益，包括所有权的所有正常的附带利益。所涉的利益可以因具体情况不同而有所不同，但一般来说，这些通常是与所有权有关的利益：使用或保护资源的权利、管理和控制获得资源的权利、自由处置或出售资源的权利以及相关的利益。在有些情况下，土著人民的利益可能达不到完全所有权的程度，如使用权、狩猎和捕鱼权或者共同使用某种资源的权利。

42. 土著人民的自然资源是什么？一般来说，这些是属于土著人民的自然资源，因为土著人民在历史上拥有或享有所有权的附带利益，即使用、拥有、控

制、处置权等等。这些资源可以包括空气、沿海和海冰以及木材、矿物、石油、天然气、遗传资源，以及属于土著土地和领土的所有其他物质资源。人们似乎普遍认为，位于土著土地或领土上的自然资源，如木材、水、动植物群等资源，属于拥有这片土地或领土的土著人民。例如，美洲人权法院裁定的“**Awasi Tingni 案**”归根结底是一起关于土著人民拥有和保护他们土地上木材资源的权利的案件，毫无疑问，国家对土地的尊重和划界的义务也包括尊重土著人民对这片土地上的木材资源的所有权的义务。以上讨论的“**玛雅土著社区案**”也是一起关于防止国家对伯利兹南部玛雅土地上的伐木权(除其他资源外)给予特许的案件。委员会认为，按照《美洲关于人的权利和义务宣言》，国家有义务在没有对玛雅土地作出承认和分界之前，对这片土地上的伐木权和采矿权不给予特许。《劳工组织第 169 号公约》第 15 条规定土著人民对地表资源的权利，虽然范围较有限。资源所在的土地可以是土著人民因建国前的历史权利而拥有的土地或领土，也可以是近期通过购置、赠予或者其他方式获得的土地。在“**Awasi Tingni 案**”、“**玛雅土著社区案**”、《劳工组织第 169 号公约》中以及在其他情况下发展起来的国际法和判例，是国家在决定哪些土地和领土，从而哪些资源属于土著人民时必须适用的法律。

43. 在地下资源方面没有这种协议，尽管有若干国内和国际案例承认这种权利。⁴⁶ 实际上，如上所述，许多国家通过法律宣布地下资源为国家财产。这种法律制度对土著人民有明显的极端不利的影响，因为它们意味着单方面剥夺土著人民在殖民者占领和现有国家建立前拥有的地下资源。国内其他财产所有人从来没有拥有过这种资源，因此也从来没有被剥夺这种资源。因此，国家对地下资源的所有权制度在执行中对土著人民特别具有歧视性。执行上述法律制度的结果是，土著人民的资源所有权被转让给国家本身。当然，在有些情况下，有关资源的所有权是被持有这种所有权的土著人民自由和合法转让的。在这里，这些情况与我们无关。但是，作为一个一般性问题，土著人民显然没有参与通过国家宪法的进程，因此不能说对将他们的地下资源转让给国家表示了同意。特别报告员在以前的一份报告中指出了将土著人民排除在宪法制定程序外的问题。⁴⁷

44. 如上所述，南非宪法法院最近在“**Alexkor 有限公司和南非政府诉 Richtersveld 社区等案**”中作出的裁决，对土著人民的地下资源，本案为钻石的所

有权问题的法律推理非常有用。法院裁定：地下资源所有权归属土著社区，不仅是因为这种所有权由该社区的土著法所规定，而且因为这些资源如果不属于土著社区，就不可能属于其他任何人。

45. 南非宪法法院在“*Richtersveld* 案”中就土著人民地下资源所有权的问题所作的法律推理在逻辑上和法律上是靠得住的，结果是公正的。虽然与土著人民地下资源所有权有关的情况和历史事件在全世界有相当大的不同，但本特别报告员认为，这种推理和这种结果适合于大多数情况和国家。为了可靠，必须对每一种情况作具体研究，以确定有关的资源是否在过去或现在由某一土著人民所拥有，这些资源是否可能已被土著人民公平和合法地转让。然而，在绝大多数情况下，必须认为土著人民拥有属于他们的土地和领土的地下资源。

46. “永久主权”指的是什么？如上所述，该词是在非殖民化的情况下创造的，指的是正在成为独立国家的前殖民地的权利和权力。当然，所有国家都有这种权力。当该词用于指国家内的土著人民时，它当然不含有土著人民具有独立国家地位的意思。领土完整原则应受到尊重。如上所述，主权一词并不局限于独立国家，而且被广泛用于指国家内的各治理当局，而决不削弱国家的主权地位。“主权”一词在这里所采用的就是这个意义。该词系指管理、治理或控制土著人民本身、个人或其他人使用资源的权利。

47. 这种权力或“主权”据说是“永久性的”，因为它要指的是土著人民不可剥夺的人权。如上所述，这项权利产生自自决权、拥有财产权、作为一个民族存在的权利以及不受歧视的权利等等，这一切权利都是不可剥夺的。“永久性”一词也是要特别强调：不能通过不平等或压迫性的安排、合同或特许，特别是以欺诈、胁迫、不公正的谈判条件、缺乏相互谅解等方式产生的安排、合同或特许，来剥夺土著人民的资源。这并不是说，拥有资源的土著人民决不能出售或处置其资源。而是说，土著人民只要愿意，有拥有和控制自己资源的永久权利，不受经济、法律和政治压迫或任何的不公正，包括私营市场上那种常常不平等和不公正的条件。急需防止这种不公正条件和保护土著人民被人覬覦的资源的的所有权，但这样做也有难度，因此必须建立能够防止土著资源不公正损失的国际机制和机构。这一点在本文其他地方讨论。

48. 对这项权利有没有限制？如果有任何权利是绝对的话也是很少的。对土著人民拥有自己的自然资源的权利的限制，如果有的话，则必须出于最紧迫的国家利益。例如，《公民权利和政治权利国际公约》第四条规定，只有“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时”，才对有些权利规定限制。几乎没有任何对土著资源权利的限制是适当的，因为土著人对资源的所有权与最重要、最根本的人权相关：生命权、获得食物的权利、住房权、自决权和作为一个民族存在的权利。主要问题是，国家是否应在任何情况下行使国家征用权力，为公共用途征用土著人民的自然资源，同时给予公平和公正赔偿。土著人民的代表在人权委员会联合国宣言草案工作组上争论说，即使作出赔偿，国家也绝不应强制性征用土著土地或资源。⁴⁸ 国家已经占用了太多的土著土地和资源了，而且这些代表认为，国家很少有或者从来没有拿走土著土地或资源的真正的紧迫需要。各国尚未为本文件提供有关这个关键问题的评述和建议。因此，就国家作出公平和公正赔偿后强制性拿取土著资源的权力问题得出结论为时尚早。

49. 关于是否存在限制土著资源权利的国家权力问题，有一个原则十分明确：对资源的一切国家权力，甚至使是对国家明确拥有的资源的权力，都必须按符合土著人民人权的方式行使。非洲人权和人民权利委员会在“奥戈尼案”的裁决中认为，尼日利亚政府因开展有关开发属于国家的石油资源的活动而侵犯了奥戈尼人民的集体人权。⁴⁹ 非洲委员会认为，《非洲人权和人民权利宪章》要求国家在行使权力和权利时保护和尊重人民的人权，在该案中为当地奥戈尼人民的人权(见裁决第 54 至第 58 段)。虽然国家公认地有权生产石油，但军政府的“破坏性”和“压制性”行为以及当地奥戈尼居民得不到实际利益，除其他外，违反了《非洲人权和人民宪章》第 21 条。第 21 条在有关部分申明：

“1. 所有人民应自由处置自己的财富和自然资源。这项权利的行使应符合土著人民的专有利益。在任何情况下都不得剥夺一个人民的这种权利。

“2. 如果发生掠夺，被掠夺的人民应有权依法收回其财产，并得到适当的赔偿。

“.....

“5. 本宪章缔约国应保证消除一切形式的外国经济剥削，特别是国际垄断企业的剥削，以便使其人民能够充分受益于其自然资源产生的利益”。

50. 该案的原则是，即使是行使合法的国家权力，也必须保护和尊重人权，这是人权领域的一个公认原则。这项原则对土著人民对自然资源的权利的适用表明，国家对土著人民的土地和资源的合法权力，如果这些土地和资源对土著人民的人权至关重要，则可受到大幅度的克减。

51. 哥伦比亚政府为这项原则提供了另一个例子，它指出，在哥伦比亚，根据法律，在土著土地上开发自然资源不应对这些社区的文化、社会和经济完整带来消极影响，所有有关决定的作出应有社区代表参加。⁵⁰

四、主要结论和基本建议

52. 关于“土著人民及其与土地的关系”的最后工作文件(E/CN.4/Sub.2./2001/21)所载的许多结论、建议和指导原则每一项都有相关性(见附件一)。本节载有本次对土著人民对自然资源永久主权的研究所产生的结论和建议。

A. 主要结论

53. 自从最后工作文件完成以来，国际法在国家对土著人民的土地和有关资源权利的承认、分界和给予所有权的法律义务方面有了长足的发展。国际法中现在已有法律标准来指导国家确定哪些土地、领土和资源属于土著人民。

54. 通常，如果资源没有被事先公正和合法地处置，则土著人民拥有他们的土地和领土上下的自然资源。如果共享土地和领土，则必须作专门调查，确定土著人民所有权益的范围和性质。

55. 虽然土著人民对自然资源的永久主权没有在国际法律文书中得到明确承认，但这项权利现在可以说已经存在。这就是，特别报告员的结论，即国际法中已存在这项权利，因为国际法明确承认土著人民拥有广泛的人权，尤其是拥有财产的权利、拥有他们历史或传统上使用和占据的土地的权利、自决和自治权、发展权、不受歧视的权利以及许多其他人权。

56. 土著人民对自然资源的永久主权的权利可以表述如下：这是一项集体权利，因此，国家有义务尊重、保护和增进土著人民(作为集体)对其自然资源的治理和财产权益。

57. 对自然资源的永久主权权利对土著人民今后的福祉、减轻贫困、物质和文化生存以及社会和经济的发展是至关重要的。

58. 土著人民，如果被剥夺了属于他们土地和领土上的自然资源，将被剥夺有意义的经济和政治自决和自我发展，并在许多情况下将由于赤贫和得不到其生存手段实际上被剥夺自己的文化和对其他权利的享受。

59. 任意宣布曾经属于土著人民的资源现在是国家财产的法律和法律制度，对于其对资源的所有权可追溯到建国之前土著人民是歧视性的，因此是违背国际法的。

60. 任意拒绝或限制土著人民对属于其土地的自然资源的权益的国家法律和政策，看来是殖民主义残余，应予以放弃。

61. 国家为公共目的取用资源(有赔偿的)的权力，如果一定要行使的话，则必须充分尊重和保护土著人民的所有人权。就一般情况而言，这似乎意味着，国家不能取用土著资源，即使作出公平的赔偿也不能，因为这样做可能会破坏土著文化和社会今后的存在，可能剥夺它的生存手段。

62. 影响到属于土著土地和领土的自然资源的法律和政策，形式多样复杂，反映了各个国家和生活在各个国家的土著人民的不同情况。因此，要使土著人民对自然资源的永久主权得到尊重，须要有一系列在多种非常不同的情况下能适用于土著人民和国家的具体需要和情况的措施。

63. 在国际一级需要新的机制和措施，至少是临时性的，以协助国家开展努力，并鼓励、监测和审查它们在落实土著人民对自然资源永久主权方面的进展。

64. 必须对可能有助于解决土著人民拥有或声称的自然资源，特别是地下资源的所有权和控制权问题的法律 and 实际措施作进一步研究。

65. 谈判力量极其不平等的情况可能会导致土著人民与其他人之间的不公正交易，会导致非常有害于有关土著人民的资源开发。因此，特别需要国际一级的机制和措施，以确保按照土著人民自由管理和开发自己的资源的原则，避免压迫性、欺诈性和其他不公正的安排。

66. 必须进一步研究可采取的措施，以有效防止对土著人民自然资源的压迫性和不公正交易，同时不减少土著人民使用并管理他们的土地、领土和资源的权利。

B. 基本建议

67. 国家必须与土著人民磋商，对其法律和宪法作修正，并采取一切必要的立法和行政措施，确保土著人民享有他们历史上占据和使用的土地上下或者属于这种土地的自然资源的所有权和带来的利益。

68. 由于有人对“主权”一词的用法提出了关注，因此特别报告员建议，在拟订这些法律和措施时，各当事方应少关注权利的名称问题，而多关注使用的用语是否能充分保护土著人民对其自然资源的权利问题。

69. 国家还必须承认土著人民根据自己的体制和法律管理、保护和开发自己的资源的权力。

70. 如果土著人民由于正当的法律原因而不拥有或控制属于他们所有或部分土地或领土的自然资源，那么不管怎样，有关土著人民必须不受任何歧视地分享开发或使用这些资源的利益，并公平地得到对开发或使用这些资源可能造成的损害作出的赔偿。

71. 联合国土著人民权利宣言草案应予以修正，以明确承认土著人民对自然资源的永久主权。至少是，草案第 25 和第 26 条应明确提及地下资源，并加入保护土著财产权以及土著人民占据、使用或依法获得的土地、领土和资源的权利的用语。

72. 根据世界银行独立的《采掘业审查》的调查结果和建议，多边开发银行应在维护和支持土著人民在采掘业部门的人权方面表明明确的立场，不应支持未事先承认并有效保证土著人民拥有、控制和管理其土地、领土和资源的权利即开展的影响土著人民的采掘业项目。

73. 小组委员会应建议它的上级机构设立一个特设委员会，授以研究、落实和增进土著人民对自然资源永久主权的任务，并授权它鼓励和监测国家在承认和落实这项权利方面取得进展。这个委员会应获得必要的资源，以协助国家和土著人民作出建设性安排，解决有关自然资源的争端和问题。小组委员会应该与土著

人民充分磋商，研究这个委员会的授权和结构，以便为这个委员会拟定一份完整的计划。

74. 土著问题常设论坛应经常注意土著人民对自然资源的永久主权问题，并注意联合国各部门、方案、基金和机构在落实和保护这项权利方面所采取的步骤。

75. 应请秘书处召开一次专家研讨会，以进一步注意本研究报告指出需要进一步研究和考虑的许多问题。

76. 由于各国的回复很少，因此小组委员会应请特别报告员编写一份更新的合并研究报告，提交 2005 年小组委员会第五十七届会议，报告应特别注意国家、土著人民和非政府组织对土著人民对自然资源永久主权的意见。

77. 此外，国家应采取一切必要的国内和国际措施，落实这些建议，并考虑以前在特别报告员关于土著人民及其与土地的关系的最后工作文件中阐述的结论和指导原则。这些结论和指导原则包括，但不限于本文件增编所载附件一重述的结论和指导原则。

注

¹ For a thoughtful description of the negative impacts on indigenous peoples so often caused by extractive industry projects, see generally, *Striking a Better Balance*, Volume 1, Final Report of the World Bank Independent Extractive Industries Review (15 January 2004). In describing the resulting violations of indigenous rights to their lands, territories, and resources, threats to their means of subsistence, the devastating effects of forced resettlement, the fostering of “public disorder, health concerns, political and social instability, legal uncertainty”, and more (p. 41), the report concludes that the failure to respect the human rights of indigenous peoples in the context of extractive industries seriously undermines any underlying efforts to reduce poverty or achieve sustainable development (pp. 4-6, 18-23, 36-46, 50, 60).

² As one scholar wrote: “The principle was originally articulated in response to the perception that during the colonial period inequitable and onerous arrangements, mainly ‘concessions’, had been imposed upon unwary and vulnerable governments.” Hossain, Kamal and Chowdhury, Subrata Roy, *Permanent Sovereignty Over Natural Resources in International Law*, St. Martin’s Press, p. IX (1984). See also *United*

Nations Action in the Field of Human Rights, United Nations, Centre for Human Rights, pp. 262-263 (Geneva 1994) (noting that General Assembly resolution 3171 (XXVIII) of 17 December 1973 “resolutely supported the efforts of the developing countries and of the peoples of the territories under colonial and racial domination and foreign occupation in their *struggle to regain effective control over their natural resources ...*”) (emphasis added).

³ Declaration on the Right to Development, General Assembly resolution 41/128 of 4 December 1986.

⁴ Like many of the United Nations resolutions regarding permanent sovereignty over natural resources, these earlier resolutions focused on the need for international economic cooperation and relations between developed and underdeveloped countries. See General Assembly resolution 523 (VI) of 12 January 1952, “Integrated economic development and commercial agreements” (noting that “*underdeveloped countries* have the right to determine freely the use of their natural resources ...” and making several recommendations to foster commercial agreements with these countries to assist them in developing their resources for both domestic use and international trade) (emphasis added); General Assembly resolution 626 (VIII) of 21 December 1952, “Right to exploit freely natural wealth and resources” (recognizing the rights of “*peoples*” and all United Nations “*Member States*” to freely “use and exploit their natural wealth and resources” and calling upon States, in their efforts to assist underdeveloped countries, “to have due regard, consistently, with their sovereignty, to the need for maintaining the flow of capital in conditions of security, mutual confidence and economic cooperation among nations” and to “refrain from acts, direct or indirect, designed to impede the exercise of the sovereignty of any *State* over its natural resources”) (emphasis added). See also General Assembly resolution 837 (IX) of 14 December 1954, “Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination” (recognizing the right of “*peoples and nations* to self-determination, including ... their permanent sovereignty over their natural wealth and resources ...” and recommending “due regard to the rights and duties of States under international law and to the importance of encouraging international cooperation in the economic development of under-developed countries”) (emphasis added).

As evidenced by just the few resolutions mentioned above, over the years the subject of the right to permanent sovereignty over natural resources has not always been consistently identified in United Nations resolutions. At times the right was vested in “underdeveloped countries”, “peoples”, “peoples and nations” and at other times it was more expressly vested in just the “State”. Compare the resolutions cited above with more recent resolutions such as: General Assembly resolution 3281 (XXIX) of 12 December 1974, “Charter of Economic Rights and Duties of States” (concerning the

“development of international economic relations on a just and equitable basis”, putting forth the various provisions of the Charter which focus more specifically on the rights of “States”, and affirming in article 2 that: “[e]very *State* has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities”) (emphasis added). See also General Assembly resolution 3202 (S-VI) of 1 May 1974, “Programme of Action on the Establishment of a New Economic Order” (referring in Part VII (1) (b) to the right of “*developing countries*” to “their inalienable right to permanent sovereignty over natural resources”) (emphasis added); General Assembly resolution 38/144 of 19 December 1983 “Permanent Sovereignty over natural resources in the occupied Palestinian and other Arab territories (emphasizing “the right of the Palestinian and other Arab *peoples* whose territories are under Israeli occupation to full and effective permanent sovereignty and control over their natural and all other resources, wealth and economic activities”) (emphasis added); General Assembly resolution 41/128 of 4 December 1986, “Declaration on the Right to Development” (affirming in article 1 (2) “the right of *peoples*, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources”) (emphasis added).

⁵ The Commission was established by General Assembly resolution 1314 (VI) of 12 December 1958, “Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination”, was composed of nine member States, and was instructed to include recommendations “where necessary” for the “strengthening” of permanent sovereignty over natural resources. While the Commission no longer exists, there is currently a Special Committee on Decolonization, otherwise known as “Special Committee of 24” that still addresses similar matters with respect to the right of peoples to self-determination in non-self-governing territories. See General Assembly resolution 1654 (XVI) of 27 November 1961 (establishing the Committee) and www.un.org/Depts/dpi/decolonization/main.htm.

⁶ United Nations document A/6545, at p. 18, paras. 95-101 (1966) (discussing the introduction of article 25 to the draft International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights).

⁷ Allan Rosas, “The Right of Self-Determination”, in *Economic, Social and Cultural Rights*, A. Eide, C. Krause, A. Rosas (eds.), Martinus Nijhoff, p. 84 (1995).

⁸ United Nations Document A/6545, op. cit., para. 98 (observing that the Covenant should not condone “treaties allowing for such exploitation ... concluded under duress or other inadmissible conditions”). See also Matthew C.R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development*, Clarendon Press, p. 147 (1995).

⁹ See Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources*, Cambridge University Press, Appendix I “United Nations resolutions and other decisions” (1997) (providing a list of resolutions and decisions addressing permanent sovereignty over natural resources adopted within the United Nations system from 1952 to 1990). See also resolutions, *supra* note 4.

¹⁰ See e.g. African Charter on Human and Peoples’ Rights, art. 21, adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986; Convention on Biological Diversity, art. 3 (5 June 1992); Stockholm Declaration (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment) (A/CONF.48/14), principle 21 (16 June 1972); Framework Convention on Climate Change, preamble, para. 8 (9 May 1992); Rio Declaration (A/CONF.151/26) (vol. I), principle 2 (12 August 1992); Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties (A/CONF.80/31), art. 13 (22 August 1978), as corrected by A/CONF.80/31/Corr.2 (27 October 1978), entered into force 6 November 1996. See annex IV for text of provisions cited in this endnote.

¹¹ See “Draft international covenant on human rights; annotation”, report of the Secretary-General (A/2929), paras. 19-21 (1 July 1955); “Draft international covenants on human rights”, report of the Third Committee (A/3077), paras. 44-51, 57-77 (8 December, 1955); *United Nations Action in the Field of Human Rights*, *supra* note 2, pp. 262-263, para. 2173. See generally, Schrijver, *supra* note 9, pp. 4-7.

¹² A/2929, *ibid.*, paras. 19-21.

¹³ At this time in the drafting, article 1 (3) read “The right of peoples to self-determination shall also include permanent sovereignty over natural wealth and resources. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence on the ground of any rights that may be claimed by other States.” *Ibid.*, para. 19.

¹⁴ Approved by the Sub-Commission for the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities in its resolution 1994/45. The most relevant articles are cited in annex IV and include those which affirm the rights of indigenous peoples to own, develop, control, use, protect and conserve their lands, territories and resources, as well as their right to self-determination.

¹⁵ Approved by the Inter-American Commission on Human Rights (26 February 1997). It should be noted that for purposes of this paper, the Special Rapporteur shall make reference to the Draft American declaration as adopted by the Inter-American Commission. However, she is aware that in the last two years, the former Chair of the OAS Working Group to Elaborate the Draft American Declaration has developed another working draft, often referred to as the “Consolidated Text” of the Chair. See OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.139/03 (17 June 2003). Because of its prominence in ongoing State and indigenous peoples’ discussions, the relevant provisions of this Consolidated Text are included in the annex.

¹⁶ See, for example, the discussion in A. Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (1994) pp. 348-364.

¹⁷ During the fifty-fifth session of the Sub-Commission, it was expressed that the term implies the exercise of exclusive authority. This was echoed to a certain extent by a communication received from the Movimiento Indígena en Jujuy, a member of the Consejo Indio de Sud América. In its submission the organization offered a number of reasons why the right at issue might be better expressed as “the right of indigenous peoples to the full and permanent authority to manage and use their natural resources” (*unofficial translation*).

¹⁸ Janeth Warden-Fernandez, “The Permanent Sovereignty Over Natural Resources: How It Has Been Accommodated Within the Evolving Economy”, art. 4, *CEPMLP Annual Review* (2000).

¹⁹ Emmerich de Vattel, *The Law of Nations*, American ed. (1805), Bk. I, Ch. 1, p. 60.

²⁰ This subject is discussed at length in Antonio Cassese’s *International Law* (2001) at pp. 91 ff.

²¹ This is evidenced by the various international agreements between States that provide for joint use of natural resources and address matters such as transboundary resource use, transboundary pollution, conservation and sustainable development. See Treaty of Rome of the European Union, article 1, Common Market Law Reports 1992, Titles XVI and XVII (25 March 1957), entry into force 1 January 1958 (creating the European Economic Community and stressing, among other things, “harmonization” among Member States, development cooperation, and “prudent and rational utilization of natural resources”, and providing that “[e]nvironmental protection requirements” of States be “integrated into the definition and implementation of other Community policies”); Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada on Air Quality, 30 I.L.M. 678, arts. III and IV (31 March 1991) (aimed at controlling transboundary air pollution and requiring the States parties to undertake environmental assessments, prior notification, consultation, and as appropriate, mitigation measures when any proposed actions, activities or projects within their jurisdiction would likely cause significant transboundary air pollution); Convention on the Protection and Use of Transboundary Water Courses and International Lakes (Water Convention) <http://www.unece.org/env/water/text/text.htm>, Helsinki (17 March 1992), entered into force 6 October 1996 (signed by 35 States and calling for various levels of cooperation in regard to the use and protection of transboundary waters through the elaboration of agreements, cooperative exchanges, joint research, development and monitoring, consultation, mutual assistance, and the reduction of adverse impacts from activities arising from within the jurisdiction of the

parties); Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 26 I.L.M. 516 (1987) (recognizing in the preamble the right of States to “exploit their own resources”, yet observing that “international cooperation and action” would be needed to protect the ozone, and calling upon States to take appropriate measures to avoid human activities which would modify the ozone and to engage in various cooperative international activities such as information exchanges and joint scientific research and study); Antarctic Treaty, http://www.scar.org/Treaty/Treaty_Text.htm (31 December 1995) (allowing the 43 Antarctic Treaty nations to jointly use - for peaceful means - the resources of the Antarctic for purposes of scientific investigations and conservation).

²² 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

²³ Ibid., pp. 519, 559-561.

²⁴ Ibid., p. 520.

²⁵ Ibid.

²⁶ 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

²⁷ Ibid., p. 16.

²⁸ Ibid., p. 20.

²⁹ *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49, 58 (1978).

³⁰ Judgement of the Inter-American Court of Human Rights in the *Case of the Mayagna (Sumo) Community of Awás Tingni v. the Republic of Nicaragua*, IACHR, Series C, No. 79 (31 August 2001).

³¹ Ibid., para. 159.

³² Autonomy Statute of the Regions of the Atlantic Coast of Nicaragua, Law No. 28, *Gaceta Oficial* No. 238 (30 October 1987).

³³ Political Constitution of Nicaragua (1987), reformed in 1995 and 2000, arts. 5, 89, 180, <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Nica/nica95.html>.

³⁴ See generally Law 445 (*Ley del Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de los Ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz*), published in *La Gaceta Diario Oficial*, No. 16 (23 January 2003).

³⁵ Treaty of Waitangi (6 February 1840), <http://www.govt.nz/en/aboutnz/?id=a32f7d70e71e9632aad1016cb343f900>.

³⁶ Indian Act (R.S. 1985, c. I-5), at <http://laws.justice.gc.ca/en/I-5/>.

³⁷ Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, adopted on 27 June 1989 by the General Conference of the International Labour Organization at its seventy-sixth session, entry into force 5 September 1991. The countries which have ratified the Convention are: Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Costa Rica, Denmark, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, Mexico, the Netherlands, Norway, Paraguay, Peru and Venezuela.

³⁸ *Striking a Better Balance*, op. cit.

³⁹ Ibid., p. 40.

⁴⁰ Ibid., p. 41.

⁴¹ Ibid., p. 60.

⁴² “The Right of Indigenous Peoples to Permanent Sovereignty Over Genetic Resources and Associated Indigenous Knowledge”, paper submitted by Na Koa Ikaika a Ka Lahui Hawai’i and Indigenous Peoples Council on Biocolonialism.

⁴³ Copies of legal papers submitted by the Ermineskin Band and Nation provide one example of alleged mismanagement of trust responsibilities by Canada. In the United States, long-running litigation against the Government charging mismanagement of Indian trust funds, such as *Cobell v. Norton*, provides another example of problems relating to systems of trusteeship. *Cobell v. Norton*, U.S. District Court, Washington, D.C.

⁴⁴ A resolution of the International Conference on Conflict Resolution, Peace-Building, Sustainable Development and Indigenous Peoples (Manila, 6-8 December 2000) provides another statement of the destructive effect of the lack of legal protection for indigenous natural resources.

⁴⁵ A member of the Sub-Commission, Mr. Yozo Yakota, at the fifty-fifth session, on 12 August 2003, pointed out the need for the free, prior, informed consent of indigenous peoples for development projects affecting their lives, environment, and other interests. In her final report, “Protection of the heritage of indigenous peoples”, this Special Rapporteur called for the free, prior and informed consent of indigenous peoples in the context of a number of “principles and guidelines” regarding indigenous heritage (E/CN.4/Sub.2/1995/26, annex, paras. 9, 26, 28, 35, 46) (21 June 1995). Free, prior and informed consent, or variations thereon, can also be seen articulated in the following: ILO Convention No. 169, articles 6 and 15 (referring to obligation of States to consult with indigenous peoples on measures which “may affect them directly”, including where States retain rights over resources, and a clarification that such consultations should be carried out “with the objective of achieving agreement or consent”); Inter-American Commission Report No. 27/98 (finding violation of right to property where Nicaragua granted logging concessions on indigenous lands without the consent of the community); *Case of Maya Indigenous Community*, para. 152 (finding violation of right to property when State granted logging and oil concessions to third parties within indigenous lands “without effective consultation with and the informed consent of the Maya people”); CERD general recommendation XXIII (51), para. 5 (calling upon States to take steps to return “their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used” when they have been taken “without their free and informed consent”); Report of the World Commission on Dams,

Dams and Development: A New Framework for Decision-Making, London: Earthscan, p. 112 (2000); *Striking a Better Balance*, p. 50 (“The WBG should ensure that borrowers and clients engage in consent processes with indigenous peoples and local communities directly affected by oil, gas, and mining projects, to obtain their free prior and informed consent. For indigenous peoples, this is an internationally guaranteed right ...”); Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2), sect. 10 (c) (2003) (providing that “[T]ransnational corporations and other business enterprises shall respect the rights of local communities affected by their activities ... respect the rights of indigenous peoples and similar communities to own, occupy, develop, control, protect and use their lands, other natural resources ... [and] respect the principle of free, prior and informed consent of the indigenous peoples and communities to be affected by their development projects”).

⁴⁶ See discussions regarding *Maya Indigenous Communities*; *Delgamuukw*; *Ogoni*, and *Alexkor Ltd.*

⁴⁷ Erica-Irene A. Daes, “Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination”, 3 *Transnational Law and Contemporary Problems* 1 (1993).

⁴⁸ See the report of the Working Group (E/CN.4/2004/81) (7 January 2004).

⁴⁹ Communication No. 155/96.

⁵⁰ Letter to the Office of the High Commissioner for Human Rights, 8 January 2004.

-- -- -- -- --