



人权理事会
第三十三届会议
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

土著人民权利问题特别报告员的报告* **

秘书处的说明

谨随函转递的报告分析了国际投资协定对土著人民权利的影响，包括双边投资条约和自由贸易协定的投资章节。

* 本文件迟交是为了尽可能列入最新资料。

** 报告附件不译，原文照发。



土著人民权利问题特别报告员的报告

目录

	页次
一. 导言.....	3
二. 特别报告员的活动.....	3
A. 国别访问.....	3
B. 关于环境保护措施的报告.....	3
三. 国际投资协定.....	3
A. 背景.....	3
B. 国际投资协定概述.....	4
四. 土著人民的权利.....	5
A. 概述.....	5
B. 承认和执行.....	6
C. 工商业和土著人民的权利.....	6
五. 投资、国际投资协定和投资者与国家间争端解决办法对土著 人民权利的影响.....	7
A. 投资对土著人民的影响.....	7
B. 国际投资协定和投资者与国家间争端解决办法的影响.....	8
C. 涉及土著人民权利的投资者与国家争端解决办法实例.....	9
D. 关于投资者与国家间争端解决机制的意见.....	13
六. 跨太平洋伙伴关系协定.....	15
七. 结论和建议.....	17
A. 结论.....	17
B. 建议.....	18
 Annexes	
I. Participation in international and national conferences and dialogues.....	23
II. Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples.....	24
III. Bibliography.....	29
IV. Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights.....	32

一. 引言

1. 本报告由土著人民权利问题特别报告员根据人权理事会第 15/14 号和第 24/9 号决议向人权理事会提交。她在报告中概述了自上次报告(A/HRC/30/41)以来她所开展的活动，并就国际投资协定对土著人民权利的影响进行了专题分析。

二. 特别报告员的活动

A. 国别访问

2. 自理事会第三十届会议以来，特别报告员进行了三次正式的国家访问，2015 年 8 月访问拉普兰，2015 年 11 月访问洪都拉斯以及 2016 年 3 月访问巴西，这些访问的报告将作为本报告的增编印发。

B. 关于环境保护措施的报告

3. 特别报告员将向大会第七十一届会议提交一份关于环境保护措施及其对土著人民权利的影响的专题报告。

三. 国际投资协定

A. 背景

4. 特别报告员在 2015 年提交大会的报告(A/70/301)中得出结论认为，国际投资协定向外国投资者提供的保护会对土著人民的权利产生重大影响。为进一步了解这一问题，她向联合国会员国、土著人民和民间社会组织发出问卷，并与土著事务国际工作组、亚洲土著人民组织、哥伦比亚可持续投资中心和土著人民国际政策研究和教育中心(Tebtebba)合作，与土著人民以及国际投资法和人权领域的专家组织了一系列区域和全球磋商。

5. 这项调查表明，除了投资本身的影响外，国际投资制度对土著人民的权利也产生了重大影响。这些影响体现在土著人民权利的地位次于投资者保护，通常由于所谓的监管冷却，以及投资制度设立的争端解决程序的严重缺陷造成。

6. 本报告是报告员就这一问题撰写的三份报告中的第二份。她以前介绍了这个主题，并触及了国际投资协定对土著人民权利的部分影响以及与国际投资法制度相关的更系统性的问题。在本报告中，她侧重于分析涉及此类协定和权利的案件，以进一步详细阐述和审查这种影响。在最后一份报告中，她将仔细考虑这些协定所提供的保护标准，并根据国际人权法和可持续发展议程中与土著人民有关的进展，对此进行详细阐述。

7. 特别报告员这样做是为了寻求促进国际投资法和国际人权法的一致性，确保国家在履行有关土著人民权利的义务时不受投资者保护的阻碍。

B. 国际投资协定概述

8. 国际投资制度包含 3,268 项国际投资协定，其中包括近 3,000 项双边投资条约以及双边或区域自由贸易协定的 300 多个投资章节。¹ 国家之间的这些协定为“母国”投资者在“东道国”的投资提供法律保护。

9. 国际投资协定往往采用标准格式，其中有条款规定：禁止在没有补偿的情况下进行征用或“管制征收”；国民待遇或不歧视，意味着外国投资者的待遇不逊于国内投资者；“最惠国待遇”，要求享有与其他外国投资者同等标准的待遇；“公正和公平待遇”或“最低国际待遇标准”，其范围可以非常广泛，通常包括保护投资者的“合理期望”；² 以及为投资提供全面保护和安全感。

10. 国际投资协定通常还向投资者提供进入投资者与国家间争端解决程序的机会，投资者可以根据协定的规定，对东道国提起仲裁案件，指称其未能保护他们的投资。通常而言，没有用尽国内补救办法的义务或上诉制度，也没有最低限度的透明度或第三方干预的机会。可通过获得国家的海外资产执行赔偿，不受任何财务限制，金额可达到数十亿美元。

11. 根据联合国贸易和发展会议(贸发会议)的资料，取消或指称违反合同，撤销或拒发许可证，是最常被提起诉讼的国家行动，约有 30% 的案件解决与采掘和能源工业有关，这两个行业在新投资中占了很大比例。³ 大多数此类案件针对有大量土著人民居住的国家，那些被开采的矿产、能源或森林资源位于这些土著人民的领土内。

12. 近年来，出现了越来越多的大型区域自由贸易协定，其范围远远超出贸易范围，包括投资和监管层面，基本上构成了全球经济结构协定。最近签订的是《跨太平洋伙伴关系协定》。其中的投资章节包含了美利坚合众国双边投资条约中的许多标准规定，是该协定最大的争议之一。该章节实际上将经济、社会和文化治理的公共决策权力转移给公司行为者，限制了民主空间，因此广受批评，包括特别报告员也对此提出批评。

¹ 见联合国贸易和发展会议(贸发会议)，“国际投资协定和投资者与国家间争端的最新趋势”，国际投资协定——问题说明(2015 年 2 月)，可查阅 http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf。

² 见贸发会议，《公正和公平待遇》，国际投资协定问题系列 II (纽约，2012 年)，可查阅 http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf。

³ 见贸发会议，“最近趋势”。

四. 土著人民的权利

A. 概述

13. 根据国际人权法，土著人民被承认为拥有自决权的人民，《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会及文化权利国际公约》和《消除对妇女一切形式歧视国际公约》都确认这一点，据此他们有权决定自己的社会、文化和经济发展。在根据土著人民的独特现实、需求、世界观和历史背景以及禁止种族歧视的强行法解释时，这些被广泛采用的条约所确认的权利具有独特的特点。《联合国土著人民权利宣言》提供了与土著人民相关的这些权利的最清晰的阐述和解释。

14. 这反映在联合国人权条约机构的判例中，指示各国在履行条约义务时遵循《联合国土著人民权利宣言》。拉丁美洲和非洲的国家和区域法院和委员会也根据《宣言》和国际劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)的规定，对这些条约进行了解释，这显示了这些文书的普遍适用性，表明土著人民权利领域出现了习惯国际法。

15. 国际法没有界定“土著人民”的概念。但是，其公认的特点包括：自我认同为土著人民；与祖传领土存在特殊关系并希望保持这种关系；与主流社会不同的社会、经济或政治制度，这可能反映在语言、文化、信仰和习惯法中；以及一直以来在社会中处于非主导地位。无论国家对土著人民如何命名，这都适用。

16. 土著人民的领土权和财产权本质上自成一格，包括传统上拥有、占有或以其他方式使用或获得的领土和资源，包括拥有、使用、开发和控制资源的权利。这些集体权利与国家所有权无关，其存在的前提是：作为拥有自决权的人民，有权享有其生存和文化所需的土地和资源；他们的习惯土地保有制度；以及长期拥有祖先领土。

17. 因此，各国负有义务建立文化上适当的机制，使土著人民能够有效参与直接影响其权利的所有决策进程。为确保这一点，国际人权法标准要求进行善意协商，以获得他们的自由、事先和知情同意。这项要求适用于就其领土内或附近的项目颁布法律或行政措施、制定投资计划或发放特许权、牌照或许可证之前。

18. 因此，人权机构明确表示，经济增长或国家发展不能作为未经同意侵犯土著人民领土和文化权利的理由。⁴ 所有人民的自决权的普遍性质，禁止种族歧视，以及保护他们的权利符合公共利益的事实加强了这一论点。

⁴ 见 CCPR/C/52/D/511/1992。

B. 承认和执行

19. 土著人民是世界上最边缘化和受歧视的群体之一。保护其权利的国际框架主要是为应对这一现实而出现。一些管辖区在承认土著人民权利方面取得了重大进展，特别是在拉丁美洲，其他国家的国内监管框架也给予不同程度的承认。但是，在亚洲和非洲大部分地区，一些符合国际法规定土著人民特征的群体，对他们权利的承认往往达不到国际人权法标准所承认的条件，在许多情况下，国际法规定的“土著人民”没有得到官方承认。

20. 即使在国际人权法标准被纳入国内法的国家，也需要采取进一步措施调整法律，以完全符合这些国际标准并确保其执行。法律与实践之间相关的“执行差距”，往往表明弱势土著人民和强有力的政治精英之间权力不平衡，这些政治精英企图从土著人民领土内的资源开发项目中受益。

21. 这种权力不平衡通常反映在为保护土著人民权利而设立的机构与负责改善和促进自然资源开发的机构之间的关系上。因此，即使在具有先进法律框架的管辖区内，根深蒂固的结构性歧视和既得利益可能导致对土著人民的法律保护无效。

C. 工商业和土著人民的权利

22. 《工商业与人权指导原则》确认，独立企业有责任尊重国际人权法承认的土著人民的权利。将该《原则》纳入诸如经济合作与发展组织(经合组织)跨国公司准则等标准，使这一责任得到加强。关于影响土著人民土地的投资，相关的标准越来越多，包括很多国际金融机构的业绩标准，如国际金融公司等，这些标准也适用于遵循“赤道原则”的私人银行，该原则要求客户尊重土著人民的权利，包括自由、事先和知情同意。世界银行在其经修订的政策草案中纳入了获得这种同意的要求。然而，像非洲开发银行和巴西开发银行等其他银行尚未制定关于土著人民的保障政策。

23. 越来越多的多利益攸关方倡议的标准包括尊重《联合国土著人民权利宣言》所确认的土著人民的权利，因此在批准或进行投资之前需要获得自由、事先和知情同意。一些采掘业机构，以及棕榈油、糖、大豆和其他资源的采购公司，也在确认《宣言》承认的权利方面取得了政策进展，包括要求获得这种同意，如《联合国全球契约》。这些事态发展反映了跨国公司普遍承认，他们有责任尊重土著人民的权利。

24. 然而，对这些承诺的履行仍然不佳，关于土著人民权利的解释仍然存在问题，特别是关于给予或保留自由、事先和知情同意的权利。

25. 解决企业参与侵犯土著人民权利的根本问题，将非常有助于解决国际法目前的不平衡和不一致问题。已经提出了应对工商业和人权问题的机制，例如专门为受影响的人民和个人提供补救的仲裁法庭。政府间一级就工商业和人权条约进行讨论，提出了在促进国际投资协定下投资者义务过程中遇到的许多问题。

五. 投资、国际投资协定和投资者与国家间争端解决办法对土著人民权利的影响

A. 投资对土著人民的影响

26. 特别报告员的调查表明，矿业、石油和天然气、水电和农业企业部门的外国投资项目导致严重侵犯土著人民的土地、自治和文化权利的案件数量惊人。这些侵权行为可延伸为危害人类罪，国际和区域人权机构的建议和判例已对这些行为进行了广泛讨论。

27. 通常而言，相关东道国采用的经济发展政策旨在开采主要位于土著人民领土的能源、矿物、土地或其他资源。负责实施这些政策的政府机构认为可不受阻碍地开采这些土地和资源，并在国外积极宣传，以获得资本流入。国内法律框架不承认土著人民的权利，或承认不够充分，或承认了却不执行。即使承认的话，负责维护土著人民权利的机构在政治上很薄弱、不负责任或资金不足。土著人民无法获得母国和东道国的补救，于是被迫聚众抗争，导致刑事定罪、暴力和死亡。由于对他们的土地、生计、文化、发展选择和治理结构造成的影响，他们的人权受到严重侵犯，在某些情况下，甚至威胁到他们的文化和生存。项目一经搁置，接下来常常是在投资人与国家之间就各种问题寻求争端的解决——公正和公平待遇、充分保护和安全，以及没收资产等等。

28. 尽管在根据国际人权法承认土著人民的权利和保障方面取得了重大进展，但这些部门的投资正在对土著人民的生活产生“越来越广泛的影响”，⁵ 因为缺乏对土地权利的承认或得不到执行所造成的法律真空，助长了任意征用土地的行为，使国家和地方官员能够将这些土地用于投资项目。同时，大多数这类土地都受到国际投资协定的保护，预计非洲和亚洲农业企业和采掘部门会出现相关投资者与国家间争端，而在拉丁美洲，关于土著领土内或附近这种活动的索赔越来越多。

29. 特别报告员、联合国条约机构和美洲人权委员会提出了许多建议，敦促母国对其管辖地区内的公司采取管制措施，以防止、制裁和补救这些公司在外国实施或合谋实施的侵犯土著人民权利的行为。⁶

30. 美洲人权委员会指出，处理相关管辖权问题可能需要国家在双边或其他协定谈判期间并在接受外国公司入境营商之前进行协商。

⁵ 见 A/HRC/24/41，第 1 段。

⁶ 见 A/HRC/24/41，第 48 段，以及 CERD/CAN/CO/19-20，第 14 段。

B. 国际投资协定和投资者与国家间争端解决办法的影响

31. 国际投资协定可能对土著人民的权利产生严重影响，这归咎于三大相互关联的问题：(a) 这些协定的序言和实质性条款未充分阐述人权问题；(b) 根据投资者与国家间争端解决仲裁执行投资者保护造成的实际或可能的威胁，导致监管冷却；以及(c) 将土著人民排除在协定的起草、谈判和批准过程以及争端解决过程之外。

32. 鉴于目前国内法律框架对土著人民权利的承认不足和缺乏执行，必须考虑国际投资协定的这些潜在影响。这种协定，以及投资人与国家间的争端解决办法，往往会阻碍在有关投资活动方面国内法律框架必要进步和发展。它们限制了国家对跨国公司规定和执行人权义务和逐步实现人权的意愿和自由。通过巩固投资者保护，这些协定也巩固了现有立法框架中否定土著人民权利的方面，而且会妨碍人权方面所需的改革。

33. 国际人权法和国际投资协定在管理东道国在土著人民领土内或附近的资源开采方面发挥重要作用。协定用于保护和管理与土地和资源开发或使用有关的投资者财产权。这些权利可能与原有的习惯法(但并不一定得到正式承认和授权)和国际人权法保护的土著人民基于拥有权的财产权产生直接冲突。

34. 国际人权法承认，在某些情况下可以对土著人民的财产权加以限制。然而，为使其合法，这种限制必须是：(a) 依法设立；(b) 必要的；(c) 与其目的相称；以及(d) 不限制人民的生存。⁷ 国际人权法确认，就土著人民财产权而言，这些条件意味着必须进行善意协商，以获得自由、事先和知情同意，然后才能认为将影响这些财产权的任何措施视为合法。

35. 在给予投资者使用土著人民土地的权利时，没有充分尊重和保护土著人民对其土地的权利，以及他们的自由、事先和知情同意权，是后来更广泛侵犯土著人民权利的根本原因。在此背景下，不承认国际人权法义务的国际投资协定，造成土著人民的权利必须服从对投资人的保护，使这些保护会成了未来承认土著人民已有权利的障碍。

36. 为了解决由于向投资者提供保护导致土著人民无法实现其土地和资源权利而产生的不利情况，前特别报告员强调：

解决[土著人民的]土地权利问题应始终优先于商业发展。必须在法律上和实践中承认传统社区的在先权利。将在先权利赋予矿业公司或其他商业公司，而不是世代持有并照料该土地的社区，这种想法必须停止，因为它使土著人民人权的整个保护制度受到损害。⁸

⁷ 见 *Saramaka* 人民诉苏里南案，美洲人权法院(2007年)。

⁸ 见 E/CN.4/2003/90/Add.3, 第 67 段(e)项。

37. 促进和保护在土著领土上投资的国际投资协定，往往伴随着军事和私人安保服务的部署。这种情况产生的影响是许多司法管辖区的主要关切，特别是那些曾经发生过激烈程度较低冲突的地区。因此，根据国际人权法和《联合国土著人民权利宣言》第 30 条，不应在土著人民的土地或领土上进行军事活动，除非有相关的公共利益作为理由或土著人民以其他方式自由同意或提出请求。⁹ 但是，根据这类协定关于充分保护和安全的条款规定，某些现有解释实际上允许这类安全人员的存在——导致了国际投资法与国际人权法之间的直接冲突。

38. 在某些情况下，国际投资协定以及为促进其执行而被视为必要的措施引发了大规模冲突和重大生命损失。1994 年 1 月 1 日，《北美自由贸易协定》生效，触发了土著人民共有土地的私有化，恰帕斯的土著人组成了萨帕塔民族解放军，发起武装叛乱，他们称自由贸易协定是对土著人民宣判的“死刑”。

39. 大约 14 年后，美国和秘鲁之间的自由贸易协定被作为一系列新自由主义立法法令的借口，其中 10 项法令对亚马逊土著人民的领土权利产生了严重的负面影响。秘鲁政府拒绝接受土著人民提出的建议，从而触发运动，政府为应对此局面而部署军队，导致 30 人死亡的惨剧。

40. 在涉及土著人民权利的情况下考虑投资者与国家间争端解决方面的申诉，可以借此机会评估法庭的做法、国家和投资者提出的论点、土著人民参与的空间，以及国际投资协定与国际人权法发生冲突的方式。

C. 涉及土著人民权利的投资者与国家争端解决办法实例

41. 在国际解决投资争端中心的伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔案(2010 年)中，¹⁰ 该石油和天然气公司声称，厄瓜多尔未能履行其义务，使其业务运行得到充分保护和安全的，防止土著人的反对，甚至偶尔发生的暴力抗议。厄瓜多尔认为，土著人民的行动属于不可抗力，在辩护中没有提及土著人民的权利问题。该申诉涉及的安全方面因程序原因被驳回，没有解决土著人的权利问题。该案件还得到美洲人权委员会和美洲人权法院的同时审议。2012 年，法院裁定，未能与土著人民协商并获得他们的自由、事先和知情同意，而且国家使用武力，使土著人民的生存受到威胁。¹¹

42. 在雪佛龙公司诉厄瓜多尔案(2014 年)中，该公司提起了一系列仲裁案件，以逃避支付 2011 年厄瓜多尔法院判决的赔偿金。土著人民因环境污染而遭受损害，提起集体诉讼，获得 86 亿美元的赔偿金。该案例显示了对“投资”的解释可以非常广泛，而且可能否认土著权利，可以包含在国内法院提起的诉讼以及由

⁹ 见 A/HRC/24/41/Add.3, 第 50 段。

¹⁰ 伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔关于管辖权的决定(2010 年)。

¹¹ 见 *Saramaka* 人民诉苏里南案，美洲人权法院(2012 年)。

于缺乏补救而向受影响的人支付赔偿金。随后，美洲人权委员会要求采取预防措施，以防止因投资者与国家间争端解决赔偿而产生的违反、破坏或威胁有关土著社区人权的任何行动。

43. 在 *Von Pezold 和 Border Timbers 公司诉津巴布韦案*(2015 年)中，该公司根据德国和津巴布韦之间以及瑞士和津巴布韦之间的双边投资条约，在国家征收土地的背景下提出征用。诉讼的主体是四个土著社区的传统土地，这四个土著社区以法庭之友的身份提交了资料，称国家和该公司对他们负有人权义务。在 2012 年 6 月的初步命令中，国际投资争端解决中心法庭承认他们对这些土地的索赔，也承认其决定很可能对土著社区的利益产生影响。然而，法庭拒绝了他们以法庭之友身份提交的资料，理由是：(a) 各社区及其酋长缺乏“独立性”，他们与政府的人有联系，因此他们的参与可能使原告受到不公平的损害；(b) 法庭不能确定他们是否是土著人，而且无权解释土著人民的权利；(c) 法庭认为审议国际人权法义务，包括《联合国土著人民权利宣言》第 26 条不是其任务的一部分，一般国际法规则不一定延伸至国际人权法；以及(d) 国家和公司都没有提出土著权利问题。法庭得出结论认为，土著社区作为国际人权法规定的“土著人民”所拥有的假定权利不在争议范围内。

44. 在 *格拉姆斯黄金公司诉美国案*(2009 年)中，仲裁小组做出对该公司不利的判决，公司被拒绝进入盖丘亚部落民族的神圣地区。法庭的立场对决定起了关键作用，法庭认为，它的作用是评估是否违反了习惯国际法中的公正和公平待遇标准，而不是评估国家是否公正地平衡了盖丘亚部落与黄金公司各自主张的权利。法庭认为，该国有理由相信其聘用的专业人员的意见，并且由于投资者的期望不是国家以准合同方式引导，所以没有触发违约。该决定还指出了加利福尼亚州一般环保措施(尤其是矿产勘探)方面的高度监管环境的重要性，这应会削弱投资者的期望。法庭接受了盖丘亚人以法庭之友身份提交的材料，但没有考虑其将涉及土著人民的国际人权法适用于该案的论点。

45. 在 *大河六国企业有限公司诉美国*(2011 年)案中，这家由加拿大易洛魁人拥有的烟草公司对美国采取的措施提起诉讼。该公司提出的问题之一是未能事先就某些措施进行协商。虽然法庭裁定没有发生征用事件，但指出很可能是存在一项习惯国际法原则，要求政府当局与土著人民就对他们有重大影响的政府政策或行动进行协商。由于该企业由个人拥有，法庭认为它不必处理事先协商的问题。但是，它确实补充说，这可以作为一个很好的例证，说明应该与美国本地部落或民族的政府进行协商，其成员和主权利益可能(并且显然)受到烟草贸易监管措施的影响。¹²

¹² 见大河六国企业有限公司诉美国案，第 210 和 212 段，可查阅 www.state.gov/documents/organization/156820.pdf。

46. 在常设仲裁法院的南美银业诉玻利维亚多民族国案中，该公司根据大不列颠及北爱尔兰联合王国和多民族玻利维亚国之间的双边投资条约，就据称没收 10 项采矿特许权和违反公正和公平待遇索赔 3.87 亿美元。该公司认为，它与社区作出了合理的努力，获得全面的同意，对该项目的反对意见只是来自一小群非法采矿者和某些土著组织，而且政府在煽动冲突。公司辩称，社区一再要求它推进项目，并声称玻利维亚多民族国未能提供充分的保护和公平，并指出鉴于对其投资的影响，玻利维亚多民族国不起诉土著人首领的决定“明显不合理”。¹³

47. 玻利维亚多民族国答复称：(a) 它是为了维护公共利益，并有理由根据相称性和必要性原则恢复国家所有权，以避免因土著人民反对项目引起安全关切并恢复公共秩序；(b) 正在执行的国内立法会削弱公司的合法期望，因为国家没有做出稳定承诺；(c) 该项目违反《联合国土著人民权利宣言》承认的权利；(d) 公司试图伪造同意，完全无视有关土著人民的自决权；(e) 双边投资条约没有适用的法律条款，因此应根据《维也纳条约法公约》第三十一条第三款丙项，包括国家和国际法对土著人民的人权义务，进行“系统性解读”，因为这符合公正和公平待遇、充分保护和公平、任意性和征收标准的不断变化的性质；以及(f)习惯国际法承认人权优先于投资者保护，援引美洲人权法院在 *Sawhoyamaxa* 诉巴拉圭案件的裁决和《联合国宪章》第一百零三条。¹⁴

48. 该公司在回复中辩称：(a) 国家未能说明系统性解读如何导致必须降低根据条约给予公司的保护，以维护国际法规定的土著社区的公认权利；(b) 《联合国土著人民权利宣言》、《经合组织指南》和《工商业与人权指导原则》是不具约束力的文书，而劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号公约)、美洲人权委员会和美洲人权法院的判例对联合王国没有约束力，因此它们不是适用于当事方之间关系的国际法规则；(d) 该国未能展示对土著人民权利的保护已达到“普遍义务”的水平，或为什么人权比投资者保护重要。

49. 该公司援引了大河六国企业有限公司诉美国案中(见第 48 段)加拿大的观点，即 1989 年国际劳工组织《土著和部落人民公约》(第 169 号公约)和《联合国土著人民权利宣言》不构成习惯国际法的一部分，而且法庭在格拉姆斯黄金公司诉美国案中(见第 47 段)决定不对土著人权利的适用性作出裁决，在 *Von Pezold* 和 *Border Timbers* 诉津巴布韦案中(见第 46 段)裁决土著权利不属于双边投资条约的范围。该公司认为，要“降低”投资者保护，有必要例外维持土著人民权利对投资者保护的优先地位，并指出新西兰双边投资条约所采用的标准毛利人例外情况来证明这一点。¹⁵

¹³ 见仲裁通知和原告的答复，可查阅 <https://pcacases.com/web/view/54>。

¹⁴ 见原告对被告辩诉状的答复，可查阅 <https://pcacases.com/web/view/54>。

¹⁵ 同上。

50. 在解决投资争端国际中心的熊溪矿业公司诉秘鲁案中，该公司根据秘鲁和加拿大之间的自由贸易协定，对据称间接没收、缺乏公正和公平待遇、歧视，以及在圣安娜特许经营地本应享有的采矿权没有得到充分保护和索赔 5 亿多美元。土著人民的抗议导致其采矿特许权被撤销，所以该公司提出索赔。

51. 该公司称，抗议(其中一些转为暴力抗议)带有政治动机，涉及反外国和反采矿运动，得到了艾马拉土著人民的支持。它声称，秘鲁政府没有评估社会和环境条件，而是出于政治权宜之计，屈服于极端暴力。该公司声明，它打算遵守环境许可和企业社会责任，并与土著社区进行了协商，该社区支持该项目而且将受益于就业和收入的显著增长。¹⁶

52. 国家的答复提及投资的性质、其行动的必要性，以及缺乏充分的协商和自由、事先和知情同意。它认为该项目不构成投资，因为权限仍未获批，包括环境社会影响评估的批准。因此，该公司从未拥有开采权。土著人民的抗议活动已经导致秘鲁普诺省的主要城市瘫痪了一个多月，社会暴力动乱归咎于土著社区对采矿活动根深蒂固的反对意见，而不是像公司所说的“政治家上演的木偶剧”或“政治戏剧”。因此它指出，撤销特许权是行使警察权力，不带有歧视而且很有必要，以保证公共安全。¹⁷

53. 在处理协商和同意要求时，秘鲁认为该公司很负责地接触和了解受该项目影响的土著人民的关切，但未与所有受影响的土著人民和社区进行协商并获得他们的同意，而相关国际人权法标准、秘鲁法律、加拿大政府建议的做法以及国际采矿和金属理事会准则都要求这样做。在这方面，它称秘鲁法律旨在执行国际劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)，该公约要求事先协商，在实践中要求获得“同意”。它指出，公司与受影响的土著社区的协商过程不能敷衍了事，事实上必须事先获得批准，如果没有得到批准或同意，该项目不能成功。它还指出，如果预料到反对该项目的暴力抗议会持续几个月，公司就不会获得同意。相反，公司的支持来自受项目影响地区的一小部分社区，而不是来自也受项目影响并反对该项目的邻近社区。这种选择性和分裂性的协商方式引发了对跨界影响的不满和冲突。¹⁸

¹⁶ 见原告的案情诉状，可查阅 <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx? CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>。

¹⁷ 见被告的案情辩诉状和管辖权诉状，可查阅 <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx? CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>。

¹⁸ 同上。

54. 哥伦比亚可持续投资中心提交了一份申请，要求提交该案件的一份书面材料，但法庭拒绝了该申请。¹⁹ 以法庭之友身份提交的材料指出，投资者对“投资”的定义和自由贸易协定中的定义的理解不一致。此外，它提出公正和公平待遇标准因此不适用，而且即使适用这一标准，公司也未能表明合理期望。同样地，它指出鉴于整个秘鲁广泛存在与采矿有关的社会冲突，寻求和获得自由、事先和知情同意的要求，在审查事实和确定赔偿金方面起着重要作用，而且应尽快确保遵循该要求。提交的资料认为，向公司提供赔偿等同于给予公司开采权，而无视土著人民的权利。

D. 关于投资者与国家间争端解决办法的意见

55. 可对上述案例提出一系列意见。首先，在裁定了赔偿金的所有案件中，与土著人民权利有关的国际人权法不被视为适用法律的来源。尽管侵犯土著人民的权利和努力维护这些权利的行为是有关争端的核心问题，法庭的这些决定可能对他们的权利和福祉产生深远的影响，但法庭实际上忽视了土著人民的权利和利益，认为这对诉讼程序无关紧要，除了格拉姆斯黄金公司诉美国案。

56. 该案件中的裁决被视为在确保尊重保护土著人民文化遗产方面具有前瞻性，并表明判决可以对土著人民的问题具有敏感认识和包容性。法庭的裁决是，旨在保护土著人民文化遗产的措施导致预期收入减少 50% 并不构成间接没收，而且这些措施并不构成“明显任意的”执法不公，该裁决支持这一观点。

57. 但是，法庭基本上忽视了盖丘亚部落以法庭之友身份提交的材料所持的立场，即与该案所涉权利相关的国际人权法应被视为适用法律。一个相关的批评是，法庭在确定构成投资者合理期望的元素时高度借重加利福尼亚环境立法一贯强势的历史，结果对没有这样历史的管辖区树立了危险的先例。

58. 不知道法庭是如何回应这样的论点。另一种论点可能是，在法治薄弱的国家，一旦政治环境足够成熟，尊重人权的立法改革不可避免。国家依据国际人权法对土著人民负有义务，理智的投资者应预期这些义务最终会得以实施，认为这些义务不会得以实施的任何预期显然不公正，而且缺乏合法性。代表法庭的一个更明确的立场是，国家维持其监管权以保护国际人权法承认的土著人民权利，该立场将避免这种模糊性。

59. 法庭未能处理土著人权利问题的一个原因，是国家没有在其论点中提出人权问题，法庭在其他案件中也表达了这一意见。这与熊溪矿业公司诉秘鲁和南美银业诉玻利维亚多民族国的未决案件形成对比，在这两个案件中国家高度重视土著人民的权利，特别是协商以及自由、事先和知情同意权，作为法庭的优先考虑事项。这一事态发展指出，在国内法规和国际投资协定中为土著人民的权利提供保护，以及在影响投资者保护的措施方面减少可能成本高昂的诉讼的风险，这两者之间存在潜在的协同作用。

¹⁹ 见 <http://ccsi.columbia.edu/work/projects/participation-in-investor-state-disputes/>。

60. 这些案件也提出了以下重要问题：企业和国家有责任与土著人民进行协商以寻求自由、事先和知情同意，以及这种同意在确定投资者可对哪些投资要求保护时的作用。这样做，这些案件使法庭有机会处理对土著人民权利具有根本意义的问题，并确保国际投资法和国际人权法更加协调一致。涉及的一个首要问题是，要在没有自由、事先和知情同意且社会冲突和侵犯权利行为不可避免的情况下确定合法期望，企业人权尽职调查可发挥的作用。

61. 这些案例还说明了国际人权法与国际投资法制度之间经常出现的冲突。在伯灵顿资源公司诉厄瓜多尔案中，美洲人权法院的调查显示，该国对土著人民过度使用不必要的武力，威胁到他们的生存，而参与投资者与国家间争端解决的公司声称，该国没有使用足够的力量保护其投资免受土著人民的影响，这两种论点对比鲜明，而公司和国家在其论点中都认为不宜提及土著人的权利问题。

62. 涉及土著人民权利的投资者与国家间争端解决案件的数量在增加，这可能与这种解决办法的投机性质有关，这种投机性质鼓励投资者(特别是承担风险的采掘公司)对国际投资协议规定的保护寻求更广泛的解释。同样，不愿冒险的国家期望这种趋势继续下去，这就降低了国家采取紧急措施承认、保护、尊重和实现土著人民权利的可能性，包括解决与土地索赔有关的历史不公问题。

63. 美洲人权法院在 *Sawhoyamaxa* 土著社区诉巴拉圭案中作出的裁决可说明这一点。²⁰ 因巴拉圭与德国签订的双边投资条约规定提供投资者保护，所以巴拉圭称，它不能实施旨在保障土著人民权利的土地归还方案。法院裁定，该条约必须根据国家的人权义务来理解，并认为征收土地并将其归还土著人民的做法可被视为出于“公共目的或利益”。虽然这是试图协调国际投资法和国际人权法下义务的为数不多的案件之一，但它未就投资者应在多大程度上得到补偿或在决定是否需要补偿时应确定何种考虑因素提供指导。这表明人权机构需要就这些事项提供进一步指导。

64. 这些案件也表明，法庭在审议过程中认为土著人民以法庭之友身份提交的材料作用有限且不一致。在 *Von Pezold* 和 *Border Timbers* 公司诉津巴布韦案中，法庭拒绝以法庭之友身份提交的材料，如果拒绝的依据用于指导未来的法庭判决(南美银业建议应该如此)，将引起了一系列深远的关切。

65. 有人认为土著人民在与其权利有关的事项方面必须“独立”于国家之外，这种观念与国家作为这些权利的责任承担者的角色不符。同样令人震惊且违反国际人权法的是，法庭在确定构成土著人民的要素时不考虑自我身份认同的根本作用。

66. 法庭对所做出的裁决可能对土著人权利造成的任何损害，尽量避而远之，承认其裁决可能影响这些权利，但认为这些权利不在争端范围之内，不属于适用法的一部分。这相当于使土著人民权利的地位次于投资者保护，没有提供参与或上诉的选择。这些论点涉及国际投资法体系面临的合法性危机的核心问题。以在土著权利方面缺乏管辖能力作为理由，进一步证明了该体系的缺陷。

²⁰ 见 www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf。

67. 所有上述情况都反映了这样一个事实，即投资者与国家间争端解决系统的核心具有对抗性，并以私法为基础，受影响的第三方行为者(如土著人民)没有地位，参与机会极其有限。国家和投资人都参与了损害土著人民权利并从中受益，在这种背景下，让国家提出要求，以法庭之友身份提交资料和参与解决的情况，显然少之又少。

68. 一些国家在回答调查问卷时提到欧洲联盟采取的方式(加拿大和欧盟之间的《全面经济贸易协定》第 8 章在一定程度上反映了这种方式)，是改革解决争端制度的一个步骤。改进的特点包括修正了以下事项的模式：任命缔约国提名的仲裁，消除仲裁员同时作为理事会和专家而产生的利益冲突，并在裁决发布后获得全面上诉审查的机会。巴西在其最近的双边投资条约中的做法也值得关注，即不提供投资者与国家间争端解决办法，而是依靠调解和外交手段，以及国家与国家之间的仲裁。

69. 除了承认需要改革争端解决制度，各国还强调有必要保障实现土著人民权利所需的监管空间，包括要求事先进行协商以获得自由、事先和知情同意。对问卷调查的答复建议，母国和东道国缔结国际投资协定的意图和期望不应当是限制其实现土著人民权利的能力，假定的想法是国家保持监管权，无需面临补偿要求，必要时，在保护土著人民权利的同时必须以适当的方式平衡对投资者提供的保护。特别报告员鼓励更多国家回答她的问卷，这些问卷有英文、法文和西班牙语版本，将为她关于这个问题的最后一份报告提供资料。

六. 跨太平洋伙伴关系协定

70. 2015 年，来自三大洲的 12 个国家签署了《跨太平洋伙伴关系协定》，这些国家合计在全球贸易中的占比很大。在这些国家中，11 个国家有大量土著人民，越来越多的土著人民受到其领土内大规模外国投资项目的不利影响。与外国投资者相比，这些人民的权利缺乏保护，他们对这一点以及补救办法的不平衡表达了关切。他们还批评在伙伴关系协定的谈判过程中没有进行协商，而且没有进行任何人权影响评估。正如怀唐伊法庭所指出的，没有就伙伴关系协定进行充分协商的做法“伤害了[与土著人民]的关系，并增加了未来出现低信任度和对抗关系的可能性。”²¹ 在这方面，土著人民要求在批准之前进行善意协商，因为他们担心，除非伙伴关系协定包含充分的保护，否则将为那些导致进一步冲突和严重侵犯土地、领土和自然资源权利(包括其传统知识权利)的项目和活动提供便利。

²¹ 见怀唐伊法庭关于跨太平洋伙伴关系协定的报告(出版前版本)，可查阅 https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_104833137/Report%20on%20the%20TPPA%20W.pdf。

71. 《跨太平洋伙伴关系协定》没有提及人权。虽然它确实提到了关于“环境、健康或其他监管目标”的监管权，但又作了限定，认为采取的措施必须符合协定的投资章节，实际上缩小了这项权利的范围，通过对宽泛的投资保护措施作广义的解释确定这项权利。²²

72. 新西兰的毛利人是在例外章节中提及的唯一的土著人民。²³ 该条款允许“对毛利人提供优惠待遇”，在投资者与国家间争端解决办法中不包括对《怀唐伊条约》的解释。然而，毛利人认为此例外规定不充分。²⁴ 怀唐伊法庭表达了对投资者与国家间争端解决办法的潜在影响的关切，建议毛利人在其权利受影响的案件中参与任命仲裁员。

73. 《跨太平洋伙伴关系协定》对毛利人的例外规定意味着，承认他们的权利(推及至其他土著人民的权利)可能受到《伙伴关系》及其投资者与国家间争端解决机制下的投资者保护的不利影响。还意味着，所有其他受影响的土著人民基本上无法享有例外给予毛利人的保护，因为他们没有被列入例外情况。

74. 土著人民强调的问题之一是《伙伴关系》会影响他们对传统知识的控制权，因为《伙伴关系》的相关章节强化了拥有知识产权的公司的权利，而对不属于知识产权制度范围的传统知识权利不提供保护。迄今的经验表明，在没有适当保障的情况下，传统知识会被商业化。在遗传资源和生物多样性方面也存在类似的关切。

75. 例外章节包含的一种例外情况允许当事方根据其国际义务采取与传统知识有关的措施，但在实践中，仲裁员可以忽略或理解为没有相关性。国际人权法和国际环境法关于公平利益分享的要求，和关于土著人民自由、事先和知情同意的一般要求，都没有纳入《跨太平洋伙伴关系协定》中，只有在国内法已要求获得同意的情况下才提及同意。

76. 《跨太平洋伙伴关系协定》加强投资者权利，限制土著权利，这可能对许多资源丰富的伙伴国家的土著人民产生特别深远的影响，澳大利亚、加拿大、马来西亚、新西兰和美国就有大量采掘业、林业、棕榈油以及能源公司。这些资源往往处于土著人民和外国投资者之间持续争端和冲突的地区。

²² 见《跨太平洋伙伴关系协定》；第 9.15 条，可查阅 <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>。

²³ 同上，第 29.6 条。

²⁴ 见怀唐伊法庭(上文注 21)。

七. 结论和建议

A. 结论

77. 外国投资可以促进经济增长和发展。然而，关于发展中国家从这种投资中受益的必要条件以及国际投资协定在多大程度上促进这些条件，存在着长期的争论。²⁵

78. 现代国际公共秩序要求发展是可持续的，符合人权和民主原则。虽然已经采取了一些初步步骤，试图将这些政策目标纳入国际投资协定，在示范双边投资条约的前言和实质性条款中提及国家在公共利益方面不受阻碍的权利，但这些协定很少提及人权，迄今为止国际投资法制度更广泛的反应不足。其合法性因此继续受到质疑。

79. 特别报告员在编写本报告时进行的调查(包括研讨会和问卷调查)表明，即使没有国际投资协定，外国和国内投资也会对土著人民的权利产生严重影响。因此，保障土著人民的权利不仅需要在国际投资法制度内进行改革，也需要各国更加积极主动地参与实现其人权义务。然而，她的调查还表明，这些协定在越来越多的情况下会产生、加重、促进和恶化这些严重影响。

80. 怀唐伊法庭在《跨太平洋伙伴关系协定》方面内得出结论认为，即使为了保护土著人民权利而纳入例外情况：

我们也无法就《跨太平洋伙伴关系协定》下投资者与国家间争端解决办法可能损害毛利人条约权利和利益的程度得出明确结论，但我们确实认为这是一个值得条约伙伴进一步审查、辩论和对话的严重问题。我们不接受王国政府关于原告在这方面的担忧被夸大的说法。²⁶

81. 协调国际投资法与国际人权法是解决这一合法性危机、尊重土著人民权利和确保国际法完整性的基本前提。通过确保国际投资协定不限制监管空间，并通过采取措施在投资者活动范围内保护土著人民的权利，各国可以防止代价高昂的投资者与国家间争端解决案件，并消除关于国际投资法对国家和土著人民主权的限制的不确定性。此外，通过在解决争端中援引国际人权法的论点，各国将加大对投资人的压力，在启动解决争端程序之前进行充分人权尽职调查。

²⁵ 见 K. Mohamadieh 和 M. Montes, “Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements”, 《投资条约：来自发展中国家的意见和经验》(南方中心，日内瓦，2015 年)。

²⁶ 见怀唐伊法庭(上文注 21)。

82. 因此，保护国家对于公共利益的监管权和确保土著人民的权利得到保护，两者之间存在协同作用，因为承认土著人民的权利提供了一种手段，使各国可以在将自然资源批给外国投资人的决定上，和在负责保护投资人利益的法庭问题上，限制放弃决定控制权的情况。

83. 特别报告员认为可以制定一种国际投资法制度，以减少土著人民权利面临的风险，并为土著人民和国家带来利益，同时向外国投资者提供更大的投资安全。为了实现这一点，需要在国际投资法一级、母国和东道国国内监管框架以及投资者政策、做法和义务方面进行短期和长期改革。

84. 已提出有力的论据，主张从根本上改革投资者与国家间争端解决制度，以及改革投资争端制度。已经提出一种机制，通过事实调查和调解以及可能通过司法权力，以美洲人权法院这样的机构为模式，旨在解决延伸至受影响社区和个人的投资者与国家间争端。

85. 国家认为它们可以保障投资者的安全而无须顾及土著人民的人权，这种过时的观念必须予以揭露。投资者必须负责评估与其投资相关的社会和政治风险。否则，他们的期望不可能合法。争议解决制度不能再排除最受争端(这些制度据称解决)影响的人，否则这些制度的判决缺乏合法性。土著人民根据其给予或拒绝同意的权利充分和有效地参与，以及确保补救办法的公平性，是克服目前不平衡和不协调制度的关键原则。特别报告员鼓励在这方面的合作和创造性思考，并期待着编写她的最后报告，她将在报告中审查投资者保护和土著人民权利的相互作用，并考虑如何利用人权和可持续发展方式为未来国际投资法提供材料。

B. 建议

国际投资协定的内容

86. 国际投资协定必须包括与监管权有关的妥善拟定的条款。这些条款应：

- (a) 在公共利益监管权方面避免使用限定语；
- (b) 按照国际法义务(包括国际人权法)以明确符合国家保护、尊重和履行土著人民权利的义务的方式保护这项权利；
- (c) 适用于所有投资者保护标准，如公正和公平待遇、充分保护和安全以及间接征收；
- (d) 明确表示，维护人权的善意措施不构成违反国际投资协定的行为，不予赔偿。

87. 应制定机制，修订现有国际投资协定，使其包含监管权和尊重人权的任务。

88. 国际投资协定应包括对人权的尊重，作为序言中的政策目标。²⁷

89. 如果国际投资协定中没有充分保护监管权，则可作为一般例外，将旨在促进平等和解决长期历史歧视问题的措施包含在内，或作为具体的例外，将解决投资人与国家间的争端与解决土著人权利的措施分开处理。²⁸ 具体的例外情况应与土著人民合作制定。

90. 管辖权条款应禁止以下索赔：

(a) 与不遵守法律(包括国际人权法)的投资相关的索赔；

(b) 由管辖范围内设立的完全或主要为了利用国际投资协定中这种保护的壳公司或邮箱公司提出的索赔。

91. 投资保护，例如公正和公平待遇、充分保护和安全，以及不得没收等，应只适用于既有投资。在进行协商以获得土著人民的自由、事先和知情同意之前，或在与相关土著人民签订合同协议之前，不应适用这些投资保护。

92. 国际投资协定和解释性文本应规定国家有权对投资者干预其国际人权法下的义务而产生的扶持救济提出反诉。

谈判过程

93. 根据特别报告员 2015 年提交大会的报告(A/70/301)中的建议：

(a) 在国际投资协定的起草、谈判和批准方面，应与土著人民合作制定适当的协商程序和机制，并在批准《跨太平洋伙伴关系协定》之前保障他们的协商权；

(b) 在依据食物权问题特别报告员制定的《工商业与人权指导原则》进行影响评估之后，对所有贸易和投资协定进行人权影响评估。

94. 各国应根据《经济、社会及文化权利国际公约》规定的国际合作义务，在土著人民的权利方面遵守“清白原则”，进行国际投资协定谈判。

95. 各国开展国际投资协定的谈判，不论是在国内还是国外，都应根据关于国际人权法义务的国际合作，遵循“清白原则”，对所有可能影响土著人民权利的问题，均应进行人权影响评估，给予应有的适当注意，重视知识的生成。。

²⁷ 例如，见挪威双边投资条约协定范本，国际可持续发展研究所和南部非洲发展共同体。

²⁸ 见国际可持续发展研究所的《双边投资条约范本》。

投资争端解决办法

96. 负责处理影响土著人民权利案件的投资争端解决机构，应通过以下方式促进人权和国际投资协定的交汇：

(a) 在权衡与某一争端有关的所有权利时，采取基于国际人权法的做法，根据人权要求(例如消除种族歧视)解决必要性问题，适用相称性原则，承认大规模项目对土著人民自决权和福利的深远影响；

(b) 在解释投资保护和投资定义时，适当考虑国际人权法，并确保其决定尊重国家根据该法律的监管义务，不论相关国际投资协定是否明确确认监管权；

(c) 考虑《工商业与人权指导原则》中提出的投资者的人权责任；

(d) 确保适用的法律包括协定双方批准的所有国际人权法条约和《联合国土著人民权利宣言》，作为适用于土著人民的解释性指南；

(e) 重视国家在保护土著人民权利的能力方面的合理期望；

(f) 承认相关土著人民以法庭之友的身份提交材料的干预权，并充分考虑他们的论点；

(g) 以不限制国家保护土著人民权利的能力的方式解释投资者与国家合同条款，包括这些协定通过伞式条款所涵盖的稳定化条款；

(h) 认识到外国公司助长了侵犯土著人民权利的行为，以及土著人民在试图追究这些公司的责任时面临的管辖、财政、文化、技术、后勤和政治方面的障碍；

(i) 避免做出的判决助长对土著人民权利的监管冷却，实际上认可企业参与危害土著人的权利；

(j) 除了最极端的情况，拒绝接受商业机密成为基本人权相关监管行动透明度的障碍。

97. 各国应：

(a) 通过解释性文本促进上述做法；

(b) 批准《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》；

(c) 任命了解土著人民权利的仲裁员和公司共同解释与土著人民权利相关的国际投资协定；

(d) 避免在双边投资条约中包含伞式条款；

(e) 在回应投资者与国家间争端解决索赔时加强人权论点，强调其有义务监管以保护土著人民权利以及企业有责任尊重这些权利。

企业义务

98. 国际投资协定应:

(a) 明确企业尊重人权的责任, 包括要求进行人权尽职调查, 防止、减轻和补偿它们可能涉及的危害人权行为, 特别是危害弱势群体(如土著人民)人权的

行为;

(b) 只保护真正的投资如果有证据表明人权尽职调查不充分或企业助长了对土著权利的损害, 则应明确规定在参与投资者与国家间争端解决办法时拒绝提供投资者保护的好处, 法庭有义务拒绝行使司法管辖权, 设有机制在这种情况下损害公司权利;

(c) 要求公司就其业务对土著人民权利的潜在影响以及为防止和减轻这种影响而采取的措施进行公开报告。

99. 各国应考虑:

(a) 将关于企业责任的国际投资协定的条款纳入国内法, 以便执行;

(b) 建立审查企业遵守尊重人权责任情况的机制, 可借助现有程序, 包括联合国条约和章程机构、经合组织国家联络点和国际金融机构检查小组, 其的情况, 以确保对任何相关投资争议索赔的裁决结果给予适当重视。

100. 投资者应:

(a) 根据国际人权法的明确要求, 在监管框架不断发展以逐步实现土著人民人权的假设下运营;

(b) 支持向促进实现人权的投资模式过渡。

减轻国际投资协定影响的必要补充措施

101. 国际和区域人权机构应继续提出建议, 阐述母国和东道国在规范企业行为方面的责任, 并考虑就母国在土著人民权利以及平衡投资保护和人权方面的责任提出一般性建议或咨询意见。

102. 母国应当就其企业对海外土著人民的影响采取并实施域外监管, 确保它们对一切侵犯权利的行为负责, 包括拒绝提供依据国际投资协定的保护。

103. 东道国必须履行其有关土著人民以下相关权利的监管责任:

(a) 土地、领土和资源, 必须根据传统土地保有权、拥有权和使用权进行划分;

(b) 归还未经自由、事先和知情同意的情况下拿走的土地、领土和资源;

(c) 自决权，土著人可以凭借这种自决权，决定自己的社会、文化和经济发展，维持和发展他们的制度、习俗和决策过程；

(d) 关于影响其权利的措施，事先进行善意协商，给予或保留自由、事先和知情同意；

(e) 他们的信仰和传统知识；

(f) 他们自己选择的永久和持久的生活方式。

104. 负责保护土著人民权利的政府机构应确保向外国投资者提供资料，阐述关于尊重土著人民权利的必要性和国家逐步实现这些权利的义务。

105. 土著人民可以考虑公开声明对其领土内任何潜在投资项目的期望，例如通过协商以及自由、事先和知情同意协议表达期望，从而影响潜在投资者的合理期望。

106. 包括世界银行在内的国际金融机构必须以符合国际人权法标准发展(包括与自由、事先和知情同意相关的标准)的方式执行其业绩标准。

107. 为了暂停或终止影响土著人民权利的国际投资协定，各国可援引《维也纳条约法公约》的第六十二条第二款，对情况已发生根本变化的规定，例如承认其境内的土著人民。为此，他们需要表明：(a) 在签订协定时没有预见到这种承认，亚洲和非洲各国对这些区域内土著人民构成元素的不断变化的理解可以解释这一点；(b) 这种变化将从根本上改变依条约尚待履行之义务的范围，鉴于要求获得土著人民对投资计划的自由、事先和知情同意，确实会出现这种情况；以及(c) 这种改变不是援引此项理由的当事国违反条约义务或违反对条约任何其他当事国所负任何其他国际义务之结果，承认东道国内土著人民的权利并未达到这一门槛。

长期改革

108. 国际投资法的长期改革，需要转变对国际投资协定和争端解决机制的目的和性质的思考。不能认为它们的作用只是或主要是保护投资者权利，需要在更广泛的公共政策和国际法框架内理解它们，符合我们经济全球化和相互依存的阶段，以使合法的投资者保护与土著权利和人权相协调，而不是限制长期公共政策目标并进一步破坏国际秩序。这将需要对国际投资法体系中不契合该目的的方面进行重新设计。目标应是保护投资者的合法权利和合理预测的必要性，同时保障国家有权监管和保护基本人权，并确保最脆弱者的权利不应从属于最强大者的经济利益。

Annex I

Participation in international and national conferences and dialogues

The Special Rapporteur participated in a number of international dialogues and conferences, including:

- (a) The twenty-first session of the Conference of Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change;
- (b) A symposium in Canada addressing the national inquiry of the Government on missing and murdered indigenous women;
- (c) A high-level dialogue on the World Bank's draft environmental and social standard on indigenous peoples, held in Addis Ababa;
- (d) A seminar on litigation experiences in cases of violence against women and women's access to justice, held in Guatemala;
- (e) An international seminar on indigenous jurisdiction and access to justice, held in Colombia;
- (f) A panel discussion on conflict and peace negotiations and indigenous peoples, held in New York;
- (g) A meeting with the World Bank and the Nordic Trust Fund on safeguarding indigenous peoples' rights.

Further details on those activities will be included in the forthcoming report of the Special Rapporteur to the General Assembly.

The Special Rapporteur also participated in the regular sessions of the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, and discussed how to better coordinate their mandates. She also held meetings with several State delegations and indigenous organizations.

Annex II

Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples

In order to inform her thematic report, together with IWGIA, AIPP and Tebtebba, the Special Rapporteur organized a series of regional workshops on the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples. The first was held in Lima, Peru, for Latin America and the second in Bangkok, Thailand for Asia. A third is planned for Africa. The Special Rapporteur also co-organized a global expert's seminar, together with CCSI, which was held in New York in May 2016.

The Special Rapporteur wishes to express her gratitude to all of the indigenous peoples' representatives, civil society organizations and individuals who participated in these meetings and contributed to deepening her knowledge of the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples and potential avenues for addressing the challenges this poses. She looks forward to continued collaboration with them over the coming year in the development of her final report on the subject of investments and indigenous peoples' rights.

In particular, the Special Rapporteur would like to thank Jose Alywin, Lorenzo Cotula, Joshua Curtis, Howard Mann, Kinda Mohamadieh, Lone Wandahl Mouyal and Luis Vittor and for their expert input and Cathal Doyle for his assistance in the development of the report. She also expresses her gratitude to Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) the International Working Group Indigenous Affairs (IWGIA) and Tebtebba for their assistance in organizing these workshops. She also thanks the staff and students of the University of Colorado Law School Clinic for research they conducted.

She also acknowledges with gratitude the assistance provided by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and her external team. She also expresses thanks to the many indigenous peoples, States, United Nations bodies and agencies and non-governmental organizations that cooperated with her over the past year in the implementation of her mandate.

The indigenous representatives and expert participants in the two regional workshops and the global workshop are listed below.

*Workshop on Indigenous Peoples and International Investment***May 12, 2016, Ford Foundation headquarters****320 East 43rd St., New York***Participants*

Jose Aylwin	Co-director, Observatorio Ciudadano, Chile
Rana Bahri	DLA Piper
Manja Bayang	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Chhoun Borith	Indigenous representative, Cambodia
Patricia Borráz	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Amy Brown	Ford Foundation
Stephanie Burgos	Oxfam America
Jesse Coleman	Columbia Center on Sustainable Investment
Kaitlin Cordes	Columbia Center on Sustainable Investment
Lorenzo Cotula	International Institute for Environment and Development
Penny Davies	Ford Foundation
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celeste Drake	Trade & Globalization Policy Specialist at AFL-CIO
Ben Hoffman	Columbia Law School Human Rights Clinic; Human Rights Institute
Atama Katama	CSO Partnership for Development Effectiveness
Birgit Kuba	World Bank Inspection Panel
Danika Littlechild	Canadian Commission for UNESCO
Howie Mann	International Institute for Sustainable Development
Soledad Mills	Equitable Origins
Terry Mitchell	Wilfrid Laurier University, Canada
Marcos Orellana	Center for International Environmental Law
Aaron Marr Page	Forum Nobis
Sochea Pheap	Cambodia Indigenous Youth Association
Nikki Reisch	New York University Center for Human Rights and Global Justice
Stanley Riamit	Indigenous Livelihoods Enhancement Partners, Kenya
Lisa Sachs	Columbia Center on Sustainable Investment
William Shipley	Centre for International Sustainable Development Law
Tui Shortland	Managing Director, Repo Consultancy
Indira Simbolon	Asian Development Bank
Joseph Ole Simmel	Mainyoito Pastoralist Integrated Development Organization
Rukka Sombolinggi	Aliansi Masyarakat Adat Nusantara

Casper Sonesson	United Nations Development Programme
Elsa Stamatopoulou	Columbia University
Sam Szoke-Burke	Columbia Center on Sustainable Investment
Victoria Tauli-Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Mong Vichet	Highland Association, Cambodia
Samoeun Vothy	Indigenous representative, Cambodia
Christina Warner	University of Colorado American Indian Law Clinic
Shawn Watts	Columbia Law School
Hee-Kyong Yoo	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Michael Zaccaro	University of Colorado American Indian Law Clinic

Remote participants

Filip Balcerzak	SSW, Poland
Ilias Bantekas	Brunel University London
Graeme Everton	Indigenous Traders
Carla Fredericks	University of Colorado
Lise Johnson	Columbia Center on Sustainable Investment
Kinda Mohamadieh	South Centre
Brendan Plant	Cambridge University
Andrea Saldarriaga	London School of Economics
Shana Tabak	Georgia State University

Indigenous Peoples' International Seminar

Free Trade Agreements, Bilateral Investment Treaties and Large Scale Investment Projects (Megaprojects) and their Impacts on the Rights of Indigenous Peoples

Lima 25-26 April 2016

Participants

Alejandro Capetillo	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Alejandro Parellada	IWGIA
Aline Papic	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Ana Maria Llao	Ex Consejera Nacional Mapuche ante Conadi (2012-2016)
Armando Balbuena	Wayuu Representative
Baskut Tunkat	Special Rapporteur on Toxic Waste
Carwyn Jones	Victoria University of Wellington
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celso Padilla	Consejo Continental de la Nación Guaraní

Donald Rojas	MNICR
Emanuel Gomez	Universidad Autónoma Chapingo
Humberto Cholango	Former CONAIE President
Jorge Nahuel	Mapuche Confederation
Jose Aylwin	Observatorio Ciudadano
Jose Fernando Lopez Hernandez	Organización Campesina Emiliano Zapata – Coordinadora Nacional Plan de Ayala (OCEZ-CNPA)
Joseph Nkamasiai	African Inland Child & Community Agency for Development (AICCAD)
Lorenzo Cotula	IIED
Ma'fa Krenak	CASA
Marcos Cortez Basilio	Red de guardianes del maíz de Coyuca de Benfez, Guerrero
Maximiliano Mendieta	Tierraviva, Paraguay
Melaku Tegegn	ACHPR
Nancy Yanez	Observatorio Ciudadano
Nora Newball	Gobierno Creole de Bluefields
Ovide Mercredi	Former Chief of AFN
Patricia Borraz	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Paulina Acevedo	Observatorio Ciudadano
Raymundo Camacho	Support for Munduruku people Brazil
Rozeninho Saw Munduruku	Munduruku representative Brazil
Sergio Campusano	Diaguitas Huasco Altinos
Terry Mitchel	Wilfrid Laurier University
Thomas Jalong	JOAS
Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples

Asia-Pacific Consultation on International Investment Agreements and Indigenous Peoples

Prince Palace Hotel, Bangkok

Thailand 2-3 May 2016

Participants

Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Catalino Corpuz Jr	Tebtebba
Helen Valdez	Tebtebba
Maribeth Bugtong	Tebtebba
Mary Ann Bayang	Tebtebba

Joan Carling	AIPP
Prabindra Shakya	AIPP
Benedict Mansul	Country Research- Malaysia
Abhay Flavian Xaxa	Country Research-India
Cleto Villacorta III	Country Research-Philippines
Ranja Sengupta	Third World Network
Abdul Fauwaz Aziz	Third World Network
Joseph Purugganan	Philippines Focus on the global south
Kate Lappin	Thailand-APWLD
Diyana Yahaya	Thailand-APWLD
Jacqueline Carino	Philippines CPA
“Nancy” Zhang, Nanjie	Thailand CYLR
Niabdulghafar Tohming	Thailand Focus on the Global South
Te Ringahuaia Hata	Maori representative New Zealand
Myo Ko Ko	POINT Myanmar
Khamla Soubandith	CKSA Laos
Ruslan Khayrulin	Econforum Uzbekistan
Pianporn Deetes	International Rivers Thailand
Vicky Bowman	Myanmar
Khariroh	Komnas Perempuan Indonesia
Aflina Mustafainah	Komnas Perempuan Indonesia
Anne Tauli	CPA Philippines
Kate Ross	International Rivers
Joyce Godio	AIPP
Subhaqya Mangal Chakma	AIPP
Jocelyn Medd	IAP

Annex III

Bibliography

UN documents

A/HRC/24/41 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Extractive industries and indigenous peoples 1 July 2013

A/HRC/24/41/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Consultation on the situation of indigenous peoples in Asia (31 July 2013)

CERD/CAN/CO/19-20 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination to Canada (4 April 2012)

E/CN.4/2003/90/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2002/65 MISSION TO THE PHILIPPINES

Lansman et al. V. Finalnd Communication No. 511/1992 UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994)

UNCTAD, 2012. Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II

UNCTAD, 2014, "IIA issue note 3: Reform of the IIA regime: four paths of action and a way forward

UNCTAD, 2015. 'IIA Issues Note: Recent trends in IIAs and ISDs'

Regional and national documents

ACHPR (2016), Study on the Impact of Extractive Industries and Land Rights (ACHPR, forthcoming 2016)

IACHR (2016), Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the context of Extraction, Exploitation, and Development Activities (IACHR, 2016)

Model BITs

Waitangi Tribunal (2016), Report on the TPP WAI 2522 Waitangi Tribunal Report 2016

Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson, Aaron Cosbey IISD Model BIT IISD Model Agreement on Investment for Sustainable Development (April 2005) https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

Norwegian Model BIT Draft version 13 05 15 <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf>

SADC Model BIT SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (July 2012) <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>

Books and articles

- Cotula (2011), Cotula L. Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development Briefing 4: Foreign investment contracts (IIED, 2011)
- Cotula & Berger, (2015), Cotula L. & T. Berger Land Deals and Investment Treaties: Visualising the interface, IIED, 2015
- Curtis (2014). Curtis J. Human Rights and Foreign Investment, PhD Thesis (National University of Ireland, Galway, 2015) <https://aran.library.nuigalway.ie/handle/10379/4932>
- Doyle & Whitmore (2014). Doyle C. & A. Whitmore Indigenous Peoples and the Extractive Industries: Towards a rights respecting engagement (Tebtebba, Middlesex University, PIPLinks 2014)
- Doyle (2015), Doyle C. Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent (Routledge, 2015)
- Hepburn (2015). Hepburn J. Amicus Submission Rejected in Zimbabwe Case; Human Rights Law held inapplicable to ICSID Proceedings (27 June 2012) www.iareporter.com
- Hirono et al. (2015). Hirono K, Haigh F, Gleeson D, Harris P and Thow, A M. Negotiating healthy trade in Australia: Health impact assessment of the proposed Trans-Pacific Partnership Agreement. (Liverpool, NSW: Centre for Health Equity Training Research and Evaluation, part of the Centre for Primary Health Care and Equity, Faculty of Medicine, UNSW Australia, 2015)
- Johnson & Sach (2015). Johnson L & L Sachs Entrenching, rather than reforming, a flawed system (CCSI, 2015)
- Mohamadieh & Montes (2015), Mohamadieh K. & M. F. Montes 'Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements' in Investment Treaties Views and Experiences from Developing Countries (South Centre, 2015)
- Kube & Petersmann (2016), Kube V & E.U. Petersmann Human Rights Law in International Investment Arbitration 11(1) AJWH 65 (2016)
- Kurtz (2009), Kurtz, J., The Use and Abuse of WTO Law in Investor State Arbitration: Competition and Its Discontents European Journal of International Law 20 no. 3 (2009)
- LSE (2016) Guide To Implementing The UN Guiding Principles On Business And Human Rights In Investment Policymaking (LSE, 2016) http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/files/2016/04/LSE_UNGPs_Guide_en.pdf
- Mann (2008), Mann H. International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities (IISD, 2008)
- Mohamadieh & Uribe (2016), Mohamadieh K. & D Uribe. The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors (South Centre, 2016)
- Mohamadieh et al (2015) Mohamadieh K., A. Bernardo & L Ka-Min (2015) Investment treaties: views and experiences from developing countries (South Centre, 2015)
- Peterson (2016). Peterson L. E. Analysis: Canada-EU Treaty sees radical changes to investment dispute settlement, as Canada falls in line behind EU demands for reforms February 29, 2016 <http://www.iareporter.com>
- Sauvant (2015), Sauvant K P The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations Experience and Lessons Learned The Journal of World Investment & Trade 16 (2015)

Trevino. (2015), Trevino C. South American Silver lays out \$385 Million case against Bolivia; Government counters that UK Treaty should not protect “Canadian Investment” (Jun 14, 2015) <http://www.iareporter.com/articles/23275/>

Wandahl Mouyal (2016), Wandahl Mouyal L (2016). International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights perspective (Routledge 2016)

Regional Cases

Saramaka People v. Suriname IACtHR (2007). Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)

Sarayaku v. Ecuador IACtHR (2012). Inter-American Court of Human Rights Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador Judgment of June 27, 2012 (Merits and reparations)

Sawhoyamaya v. Paraguay IACtHR (2006) Inter-American Court of Human Rights Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Merits, reparations and costs, IACHR Series C No 146, 29th March 2006

ISDS Claims, Awards and Amicus

American Silver Mining v. Bolivia PCA CASE NO. 2013-15 In the matter of an arbitration under the rules of the United Nations Commission on International Trade Law South American Silver Limited Claimant V. The Plurinational State of Bolivia Respondent November 30, 2015

Bear Creek Mining Corp. v. Republic of Peru., International Centre For Settlement Of Investment Disputes ICSID Case No. ARB/14/21 In the Matter of Bear Creek Mining Corporation, Claimant, v. The Republic of Peru, Respondent. Claimant’s Memorial on the Merits

Burlington Resources Inc. v. Ecuador Decision on Jurisdiction (2010). Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010

Colombia Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc February 19, 2016. Notice of arbitration (2013) *American Silver Mining v. Bolivia* Under the Rules of Arbitration of United Nations Commission On International Trade Law The United States-Colombia Trade Promotion Agreement And The Laws Of Colombia

Glamis Gold v. USA Award, (2009) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Washington, D.C. In accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules Glamis Gold, Ltd. (Claimant) - and - United States of America (Respondent) AWARD

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd v. USA, Award, (2011), CLA-138, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award, Jan 12, 2011

Von Pezold v. Zimbabwe preliminary order (2012) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Bernhard Von Pezold And Others (Claimants) V. Republic Of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/15) - and - Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangan Development Co. (Private) Limited (Claimants) v. Republic of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/25) Procedural Order No. 2

CCSI Amicus submission on Bear Creek Case (2016)

Annex IV

Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights

In *Bechtel v. Bolivia* (2006), Bechtel, a US company, filed an arbitration case for \$50 million in 2002 under the Bolivia-Netherlands BIT, in a context where the US had no BIT with Bolivia. The case arose when indigenous peoples' protests at privatization of the water supply led to nationalization. The case was eventually settled when confrontation with the police turned violent led to an international campaign put significant pressure on the parent company.

In *Cosigo Resources Ltd and Tobie Mining & Energy Inc v. Colombia* Canadian and United States mining companies issued a notice of intent to take a \$16.5 billion arbitration case against Colombia under the US-Colombia FTA. They hold that Colombia delayed signing its mining concession until a national park covering the area was established, and that there was inadequate consultation with indigenous peoples in relation to the park's creation. In September 2015, the Colombian Constitutional Court upheld the creation of the park. The companies acknowledge that the proposed mining activities face strong opposition from among the impacted indigenous peoples, but point to an agreement with one indigenous association as evidence of sufficient support to proceed.
