



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
10 June 1996
CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会

防止歧视及保护少数小组委员会

土著居民问题工作组

第十四届会议

1996年7月29日至8月2日

临时议程项目4

订立标准活动：土著人民权利标准的演变

主席兼报告员埃丽卡-伊雷娜·泽斯女士编写的
关于“土著人民”概念的工作文件

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1 - 9	3
一、国际惯例的历史回顾.....	10 - 41	5
A. 国际联盟.....	12 - 14	5
B. 泛美联盟.....	15 - 16	6
C. 联合国宪章.....	17 - 20	6

目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
D. 劳工组织第107号公约.....	21 - 23	7
E. 对土著居民歧视问题的研究.....	24 - 27	8
F. 劳工组织第169号公约.....	28 - 34	8
G. 土著人民的观点.....	35 - 38	10
H. 各国政府表达的意见.....	39	11
I. 工作组成员表达的意见.....	40 - 41	11
二、关键性的法律分析.....	42 - 65	12
A. 与“非自治领土”的比较.....	42 - 46	12
B. 与“少数人”的比较.....	47 - 59	13
C. 寻找“土著”特有的要素.....	60 - 65	15
三、结论和建议.....	66 - 74	16

导 言

1. 土著居民问题工作组第十三届会议决定向防止歧视及保护少数小组委员会建议,委托主席兼报告员,埃丽卡-伊雷娜·泽斯女士根据各国政府、政府间组织和土著人民组织可能向其提交的资料,编写一份有关土著人民定义标准的说明。¹

2. 小组委员会随后于1995年8月24日第1995/38号决议第3段批准了工作组的建议。

3. 人权委员会在1996年4月19日第1996/40号决议第7段中注意到工作组请主席兼报告员探讨“土著人民”概念的建议,并注意到任何工作都必须考虑到各国政府和土著人民组织的意见。委员会还要求在工作组第十四届会议期间讨论这一问题,在根据第1995/32号决议建立起委员会为拟订土著人民权利宣言草案的闭会期间不限成员名额闭会期间工作组下届会议之前,将工作组的报告呈送给各国政府和土著人民组织。

4. 迄今为止,主席兼报告员仍没收到各国政府或土著人民组织就定义问题发表的评论意见。然而,上几届工作组会议对这一概念问题展开的极其富有见解的讨论为她提供了指导,而且她认真地注意到根据上述决议建立的委员会不限成员名额闭会期间工作组1995年11月20日至12月1日在日内瓦举行的第一届会议上各国政府与土著人民之间深入交换的意见。² 主席兼报告员有幸能够参加这场讨论并作为观察员和以土著居民问题工作组主席兼报告员的身份,在工作组会上作了发言。

5. 同时,还应指出,主席兼报告员编写了一份在审议土著人民概念时可能运用的标准综合性说明(E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3),说明已提交给了土著居民问题工作组第十三届会议。说明中确定的基本标准包括历史持续性、明显的文化特征、传统土地、非支配性、自我同一化和群体意识等问题。主席兼报告员还在说明(第7段)中提及,某些出席工作组会议自称为“土著人民”的人士,遭到了工作组中其他土著人民代表的质疑。

6. 主席兼报告员还提出了确定“土著人民”概念的定义是否可取的问题。她及其他一些人指出,尽管尚未通过任何关于“土著人民”的正式定义,但工作组会议本身就是一个成功。几乎所有与会者均认为,这个论坛已经成为各观察员国政府、土著人民、政府间和非政府组织的代表、以及其他感兴趣的个人,特别是学术界的成员--即主席兼特别报告员所称的真正“各族人民”--在联合国系统内的主要聚会点。工作组会议还为增进、保护和实现全世界土著人民权利作出了系统性和建设性的贡献。

7. 虽然有上述看法,但主席兼报告员认为可能有必要展开讨论,特别是讨论进一步分析“土著人民”概念的问题,这样既可顺应各国政府和土著人民本身日益增长的关注,也可作为联合国系统的“指南”,特别是作为在执行有关增进和保护土著人民权利国际文书领域方面的“指南”。

8. 主席在编写本工作文件时也考虑了小组委员会特别报告员,阿方索·马丁内斯先生在其关于国家与土著人民间条约、协议和其他建设性安排的第二次进度报告(E/CN.4/Sub.2/1995/27,第48-129段)中对这一问题的审议情况。

9. 下述对“土著人民”概念的分析是初步性的,主要的目标是促进有关各方在工作组第十四届会议上以及委员会不限成员名额工作组会议上对这一问题更为集中的讨论。正如以下进一步指出,主席兼报告员经过深思熟虑的意见认为,“土著”的概念不可能是一个精确、包罗一切的定义,无法以同样的形式适用于世界所有各区域。然而,不妨在更大程度上达成一致意见,确定在联合国系统和各区域政府间组织的实际做法中将“土著人民”与其他群体加以区分的主要因素。因此,主席兼报告员在其工作文件中拿出了一定的篇幅对国际惯例进行了历史性回顾,以求提炼出经常出现的概念要素或主题。

一、国际惯例的历史回顾

10. 首先应当承认,在欧洲各种语言,特别是英文、西班牙文和德文的框架范围内对“土著”概念开展的国际性讨论于19世纪末开始,逐渐演化直至1982年建立起工作组为止。³ 英文和西班牙文具有同样的一个拉丁文词根“indigenae”,该词用于区别在某一个具体地点出生的人与由其他地方“advenae”迁徙来的人。相比之下,法文是希腊文的词根“autochtone”,并且与德文的词“Ursprung”一样均表明,该词所指的群体是在某个地方最先存在的人。因此,现代国际法中所使用的历史术语的语义词根,都具有一个同样的概念成分:在时间上居先。

11. 在审议国际惯例时不妨以1884-1885年列强举行的柏林非洲会议为起点,会议的目的在于就它们提出和相互承认各自对非洲的领土要求的原则达成协议。在会议《最后文件》第6条中,列强承诺在非洲“保护土著居民”。在这一法律案文中,“土著”一词是用来区别列强在当地的国民与在列强殖民统治下的非洲当地人。应当铭记的是,使用“土著”一词也隐含着种族成分。例如,在布尔战争之后,大英帝国把殖民在南非的荷兰人置于英国统治之下时,便从来没有认为最后文件第6条适用于这些荷兰殖民者。

A. 国际联盟

12. 根据国际联盟盟约第22条,联盟成员国承担义务促进仍在它们控制之下的那些“殖民地和领地”的“土著居民”的福祉和发展,交将这种义务视为“文明社会赋予的神圣使命”。因此,国际联盟盟约也采用了“土著”一词以区别殖民国和生活在殖民统治下的人民。然而,盟约增添了一个条件,把“土著居民”定性为“那些在现代社会严峻条件下无法自立的人民”,以区别于更为“发达”的社会。根据盟约第22条,在确定对特定领土和人民合适的监管程度时,考虑到这两个因素(即,殖民统治和体制能力)。

13. 南非的情况表明了盟约第22条在国际联盟实践中所具有的含义。1919年,南非还不是一个独立的国家。它当时仍为大英帝国的一部分,尽管它在地方或内部事务中实行自治,但仍从属于伦敦的英国议会。然而,国联根据第22条,委托南非承担管理纳米比亚领土和居民的使命。在盟约的概念框架内,与性质上“更发达的”南非相比,纳米比亚是“土著”。然而,国联并没有想到与当时的荷兰和英国殖民者

相比,南非的非洲居民本身就是“土著”。

14. 在南非实例中可辨明“土著”概念演变的一个较为重要的要素。盟约第22条适用于国际公认划定边界的领土,而并不适用于可根据社会、历史或政治因素加以区别的人民。因此,按照列强的地域界定,纳米比亚被认为是“土著”,然而却并不这样看待南非的非洲居民。

B. 泛美联盟

15. 然而,当今美洲国家组织的前身泛美联盟,当时却以截然不同的方式开始采用“土著人”一词。第八届美洲国家国际会议1938年12月21日的第十一号决议宣布:

“土著居民是构成当今美洲领土的土地上最早的居民的后裔,为了弥补他们在生理和智力发展上的缺陷,他们享有优先受国家当局保护的权利”。

这一优惠待遇的目的是使他们在现有国家中“完全融入国民生活”。应当注意的是,在泛美联盟的这份文件和随后的各份正式文件中,“土著”和“印第安人”这两个词更替使用的。

16. 因此,作为美洲区域性的惯例,采用“土著”一词指的是在国家边界内被忽略或脆弱的民族、文化、语言和种族群体,而不是指殖民地上来自不同于统治国的地理区域的居民。

C. 联合国宪章

17. 1945年通过的联合国宪章并没有协调国际法中“土著”一词的不同用法。宪章第73条指“其人民尚未臻自治之充分程度者的领土”,而不是采用国际联盟盟约上所用的“土著居民”一词。直至1960年12月15日,联合国大会才在第1541(XV)号决议中为此目的采用双层的标准给“非自治领土”下了定义。根据第73条的初步定义,系指“地理上分开,并且在种族和/或文化上有别于管理它的国家的”领土。为证明这一推断,可提出居民处于“从属处境或地位”的证据,但这并不是必要的规定。

18. 人们普遍认为,就宪章第73条而言,上述“非自治领土”的定义也同样适用于两项国际人权盟约(下称两项盟约)共同的第1条中所列有自决权的“人民”的

定义。然而,不应低估这两项盟约起草者选择“人民”而不采用“领土”措词的重要意义。由地理概念转向社会概念意味着扩大了自决权原则的适用范围,将独立国家边界内处于非主导地位的群体包括在内。

19. 与对上述两项盟约所采用的“人民”一词的分析相同,1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》⁴禁止分解“在行为上符合……各民族享有平等权及自决权原则并因之具有不分种族、信仰或肤色代表领土内全体人民之政府……”的国家。作出这样的条件规定是不必要的,除非具有如下的理解:一个国家的人口中存在着若干拥有自决权的“民族”。正如主席兼报告员在有关土著人民权利宣言的说明中所作的分析,当人民通过其本身的代表,在管理一个民主国家中拥有充分有效的发言权,而且并未处于不利或受歧视的地位的情况下,就可说有了自决权(E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1,第21-23段)。

20. 相比之下,在二次大战之后,“土著”一词具有了泛美联盟赋予其的含义,而不再具备国际联盟的含义。联大1949年5月11日的第275(III)号决议建议对美洲“土著人民及其他不发达社会团体”的境况进行研究,以期促进它们的融合和发展。三年之后,比利时提出应参照国际联盟盟约第22条所列的“土著”概念,理解《宪章》第73条,结果引起了争议。⁵比利时代表团认为,第73条的报告义务不只适用于海外殖民地,而且也适用于世界各地独立国家境内的“落后的土著人民”。

D. 劳工组织第107号公约

21. 比利时代表团虽然没能够把“土著人民”的概念纳入《宪章》第73条,但劳工组织却通过了《关于在独立国家内保护和融合土著和其他部族半部族居民的公约》(1957年(第107号公约))。该公约第1条给“部族”一词下的定义使人们联想起《国际联盟盟约》所指:与近邻的国家相比,他们的“社会和经济条件处于较不发达阶段”,而且他们或由于自己选择,或由于国家规定受到不同的法律管辖。此外,有些“部族”人民“由于他们是在被征服或殖民时期,属于该国或该国某一地理区域的居民的后裔人口,并且保留了社会、经济和文化上的不同特征,而被视为土著”。

22. 那么,根据第107号公约所规定的用语,“部族”和“土著”人民的主要特征在于社会、文化、经济、法律和体制结构上的明显区别。遭受实际欺压或歧视的证据并非一项标准。“土著”人民与“部族”人民之间的唯一区别因素是前者具有“被征服或殖民化”的历史,但这项区别在实际上并没有什么影响,因为公约保障这两类人民享有完全相同的权利。根据第107号公约,所有“土著”人民都是“部族”

人,但并非所有“部族”人民都是“土著”。这两个群体都享有同样的特殊权利。从曾经在历史上沦为被征服或殖民化的受害者的意义上说,作为“土著”并不能得到任何好处。因此,(根据劳工组织的这一国际文书),权利的渊源并不在于人民曾被征服、殖民化或被压迫的历史,而是在于其具有不同的社会或民族历史。

23. 值得注意的是,第107号公约不仅得到14个拉丁美洲国家和2个西欧国家的批准,同时也得到11个非洲和亚洲国家的批准。

E. 对土著居民歧视问题的研究

24. 小组委员会特别报告员,马丁内斯·科沃先生在其《对土著居民歧视问题研究》卓越的报告(E/CN.4/Sub.2/1986/7和Add.1-4)中对“土著”概念提出了审慎的初步分析,体现了第107号公约第1条已经列入的一些根本要素。

“土著社区、人民和民族是与其领土受到入侵和被殖民化前曾形成的社会具有历史延续性,自认为有别于当今各领土或部分地区普遍社会其他阶层的人民。他们并不是当今社会的主导阶层,但却决心以其本民族的文化形态、社会体制和法律制度维护、发展和向他们未来的子孙后代传递其祖辈的领土,其民族特征,以作为民族继续存在的基础”。⁶

25. 这就把劳工组织第107号公约所载“土著”和“部族”人民具有的独特性的要素与第107号公约用以区分“土著”与“部族”的殖民主义要素加以结合。

26. 特别报告员提议在“土著”概念中列入三个新增的要素,尽管在某种意义上说,这些新的要素既非绝对必要,也不足以明确区分某一特定的群体。其中一个要素是“当今处于非主导地位”,暗示存在着某种形式的歧视或遭排斥的情况,而且国际社会有理由采取行动。然而,这并不是说如果由于采取了某些措施充分实现了他们的权利而使这一群体不再成为“土著”,他们就不再处于非主导地位了。

27. 特别报告员还提及了群体维持其与祖辈土地或领土之间关系的重要性以及确保这种群体自愿保持其独特性,而不是国家强迫他们保持这些独特性的重要性。劳工组织在修订第107号公约时曾讨论了这两个要点。

F. 劳工组织第169号公约

28. 《关于独立国家的土著和部族民族的公约》(1989年第169号公约)修订和取代了劳工组织第107号公约。第169号公约第1条保留了“土著”与“部族”人民之间的区别,同时修正了给这两个用语下的定义。⁷“部族民族”是“那些社会、文化和经济状况使他们有别于国家其他社会部分的人,并且他们在国家中的地位全

部或部分是由他们本身的习俗或传统或经专门的规章立法确定的”民族。这一提法包含了劳工组织第107号公约所载的“独特性”的因素,但删除了任何关于土著民族低劣或较为“落后”的含义。目前“土著民族”是以他们的独特性,以及“在其所属国家和该国所属某一地区受到入侵或被殖民化时,或在其目前的国界划定时”即已居住在那里的居民之后裔这一标准而被视为土著。加着重线的短句具有最大限度缩小任何“土著”和“部族”概念之间差别的作用,因为目前给这两个概念下的定义,基本上是根据该有关群体在多大程度上有别于其他社会来确定的。

29. 在劳工组织第169号公约中对“土著”和“部族”定义之间唯一存在的具体区别主要是自决原则。一个民族可根据其本身的选择(就是说,保持其本身的法律和习俗),或在未征得其同意的情况下(由于国家规定的特殊法律地位)成为“部族”。一个民族只有在其自愿长期保持其民族具有独特性的体制和特征,才可被划定为“土著”。

30. 即便是这一点点差别也似乎无法逃避公约第1.2条的侵蚀,该条规定,在确定某一特定群体的地位时,“自我同一化”应成为一项基本标准。⁸换言之,确定一个群体具有“土著”或“部族”特征的唯一客观或外在的标准是其独特性。剩余的标准则具有主观性:该群体选择并保持其特点,这只是行使自决权的一种行动。

31. 此外,与劳工组织第107号公约一样,第169号公约赋予了“土著”和“部族”民族同等的权利,进一步侵蚀了在这两类人之间作出区分的实用意义。

32. 也许可以说,在对定义问题进行了两轮精疲力尽的谈判(1957年的第一轮和1988-1989年的第二轮)之后,劳工组织并没有在语义上获得更大程度的精确性,而恰恰相反,只是将“土著”和“部族”的定义融合,形成一个单一的广义标准——即独特性。

33. 美洲人权委员会编写供美洲国家组织大会审议的有关土著人民权利美洲宣言草案,采用了劳工组织第169号公约的概念性做法,界定“土著人民”为一国的最早居民的后裔。⁹但是,颇有意思的是,美洲宣言草案指出劳工组织“部族”定义的中心要素——独特性——提供了确定某一群体是否属“土著”的一个备选依据。如获得通过,这项文书将把上述劳工组织公约所界定的“土著”与“部族”这两个概念糅合在一起,形成一个具有两个备选标准的单一概念。

34. 联合国开发计划署拟订了支持土著人民的准则草案。¹⁰准则草案第4、5和6条涉及到土著人民的定义。该准则草案还指出,尽管各土著民族具有某些共同特点,但没有一个单一可接受的定义能够包罗土著人民各不相同的特征。因此,与土著或部族“自我同一化”一般被认为是确定某一群体属于土著还是部族的基本标

准,有时还得加上其他一些可变因素,如所运用的语言以及地理位置或集中程度等。这些准则草案采用了劳工组织第169号公约的定义。

G. 土著人民的观点

35. 土著代表曾屡次向工作组表述了他们的意见,给“土著人民”概念下定义是没有必要的,或是不可取的。他们强调把自我同一化作为联合国系统可能拟订的任何定义基本成分的重要性。此外,土著代表,特别是在工作组第十三届会议期间,还指出了若干其他要素,¹¹ 例如,土著居民和托雷斯海峡岛民社会正义专员多德森先生说,必须有可能作为个人自我同一化并被有关群体接受。首先而且至关重要是,与祖辈相传的土地和领土的历史联系.....”。若干其他土著代表提及了马丁内斯·科沃先生拟订的工作定义。¹² 例如,萨米理事会的代表指出,“即使没有定义,也可利用科沃报告中的标准,相当容易地确定(宣言草案)的受益者,因为该报告足以确定一个人或一个社区是否属土著。诸如历史延续性、自我同一化和群体成员等因素是这方面的主要标准”。

36. 正如上文所指出,土著群体坚决认为,无论是在个人与土著人“自我同一化”上还是在社区确定自己成员方面,它们自己有权作出决定。这种主观的做法--土著人民即为那些认为自己是土著并得到土著群体接纳为其成员的人--已得到广泛支持,尽管目前还不清楚在没有诸如祖先等其他“客观”标准的情况下,单靠这种主观标准是否足够。¹³ 人权事务委员会在处理这一问题时联系到《Sandra Lovelace案》,认为否定一个嫁给非印第安人的印第安人妇女在加拿大托比克印第安人保留地合法居留的权利,侵犯了《公民权利和政治权利国际盟约》第27条保证她“同她的群体中的其他成员共同”享有自己的文化的权利。人权事务委员会虽然没有直接解决来文发件人Lovelace女士是否已失去其印第安人身份的问题,但言外之意则认为她仍然是Maliseet印第安人部族的一员。在审议Sandra Lovelace一案时考虑到她与非印第安人丈夫的婚姻已经破裂的事实,也没有证据表明上述印第安人部族反对她在保留地居住。¹⁴

37. 土著人民曾援引《盟约》第27条的规定。在这方面不妨指出的一个例子是:1980年,澳大利亚土著居民代表团向小组委员会指控澳大利亚政府未能保护农坎巴地区土著居民租借地上一个神圣的地点,因为西部澳洲州政府坚持可在该地点继续钻井勘探石油。¹⁵ 另一个案件涉及加拿大印第安人第167/1984号来文(《卢比肯湖部族族长 Bernard Ominayak诉加拿大案》)。来文就《盟约》第27条向人权

事务委员会提出了捕鱼和打猎的传统权利问题并就《盟约》第1条提出了自决权问题。人权事务委员会在审议这一案件时的确认定第27条规定的权利受到侵犯。它承认“”受第27条保护的权利,包括:人们同他们所属群体中的其他成员共同开展作为该群体文化一部分的经济和社会活动的权利”。¹⁶

38. 还应提及的是,亚洲的一些土著代表说,既然人权委员会设立了新的工作组,便迫切需要有一个正式的定义,以免政府否认在其国家中存在着土著人民。¹⁷

H. 各国政府表达的意见

39. 孟加拉国和印度观察员国家政府代表强调,必须有一项“土著人民”的明确定义,以利于有效地把注意力集中在世界上真正的土著人民。孟加拉国观察员政府代表尤其指出,基于自我同一化的做法会弄巧成拙。允许讨论土著人民问题的议程与构成各国少数民族的属区和部族群体的议程混淆,对真正的土著人民极为不利。

I. 工作组成员表达的意见

40. 工作组成员,波多野里望先生在小组委员会上具体就土著人民权利宣言草案作了发言,他表明了下述有关“土著人民”概念定义的观点:“即使《宣言》不是具有约束力的法律文书,然而它确定了土著人民的权利和国家对这些人民的义务。但是,宣言却未在任何地方给‘土著人民’这一关键的提法下定义。显然,土著人组织并不希望给这个词下定义,因为担心定义的范围可能会把某些土著人民排除在外。然而,这些组织却一再申明,世界上的人口中约有三亿土著人。没有某种区别土著人和非土著人的标准或定义,这些组织怎么能得出这个数字呢?”¹⁸

41. 工作组的候补成员本戈亚先生在就拟订土著人民概念的发言中指出,讨论显然分为两个方面:理论方面和政治方面。同时,鉴于“居民”和“人民”两个词的运用,还产生了一个语言上的难题。小组委员会通过的宣言草案使用这两个措辞时并未明确加以区分。“土著人民”概念的定义是走向承认土著人民及其权利的一个重要的步骤,并很可能有助于在土著人群体与少数人之间作出极为重要的区分。在这方面,应当将确定土著人与确立行使自我同一化的程序加以分清。行使自我同一化权利的程序必须具备下述特点:第一,程序必须能够运作,才能用于实现国际目标,特别是有利于对各种不同文化的理解;第二,程序必须发挥职能,允许土著人民参与;

第三,程序必须具有灵活性,以便能顺应确认土著人民权利这一能动进程的新情况。本戈亚先生强调,自我同一化的原则是不可分割的,必须成为定义的一部分。最早的民族和与土地具有强烈关系的特点,也是可能的定义的重要组成部分。他指出了历史延续性要求的内在危险性,因为许多土著人曾经被迫从他们的土地上迁走,或者目前生活在城市地区,但仍然保留了他们的土著特征。他还指出,曾经遭受殖民地化的要素必须进一步探讨,因为它看来主要反映了美洲土著群体所遭遇的情况。考虑到土著社会的变化进程,一切现有定义所公认的独特文化要素不应成为决定性因素,这样才能采取较为有力的做法。此外,他认为非主导性地位的特点只是一种现实,并不是一个实质性的特征。¹⁹

二、关键性的法律分析

A. 与“非自治领土”的比较

42. 人们不妨回顾,联大第1541(XV)号决议曾按三个基本因素界定“非自治领土”:文化上的独特性、地理上的分开以及实际上的从属地位。就第一个因素(独特性)而言,“土著”概念的演变,与“非自治领土”的正式定义重叠。我们看到,虽然马丁内斯·科沃先生的研究报告提议把从属地位列为定义的一项可能成分,但从属地位并未列入劳工组织通过的关于这一领域各项公约所下的定义中,然而,遭受排斥和镇压毫无疑问是大部分土著人民共同的经历。此外,把是否曾经受过镇压列为一个因素,用以区别土著人民和曾经历过所谓典型种族主义的民族,似乎不合乎逻辑。

43. 第三个因素,地理上的分开,也是一项值得仔细审查的因素。特别报告员,科沃先生承认,土著人趋于被定性为与他们的“祖地”持有特殊关系。虽然劳工组织第169号公约在其“土著”的定义中未列入任何地理因素,然而却在其第13条中确认土著人民为维系其“文化和精神价值”,继续保持与祖地的关系是“特别重要的”。换言之,土著人民文化独特性在当代国际法中是“土著”概念的核心,它与“领土”是不可分割的。

44. 会员国协商一致通过的联合国环境与发展会议21世纪议程第26.1段指出了“土著”概念中文化独特性与领土的不可分割性:

“土著人民及其社区与他们的土地有着历史渊源并且一般来说是这些土地的原有居民的后代”。²⁰

45. 1994年在开罗举行的国际人口和发展会议再次以协商一致意见确认土地租赁制度和生态知识在土著人文化中占中心地位。²¹

46. 《世界银行业务指南》也确认“对祖地和对这些土地自然资源密切的依附关系”是在不同程度上划归为“土著人民”的五个因素之一。²²

B. 与“少数群体”的比较

47. 在承认“领土”的重要性之际,也不妨有必要阐述另一个主要的逻辑和概念问题:区分“土著人民”与“少数群体”。在“土著人权利”和“少数群体权利”之间必须作出严格的区分。土著人民确实确实是一些不同于少数人或民族群体的人民。²³

48. 常设国际法院并未界定“少数群体”的概念,但曾力图在保加利亚希族社区的案件中提供“社区”概念的含义,其阐明如下:

“……生活在一个特定国家或地点的一群人,既有其自己本身的种族、宗教、语言和传统,并有其种族、宗教、语言和传统形成的共同情感相聚在一起,以其维护他们的传统、保持他们的信仰形式,并根据他们种族的精神和传统保障对其子女的教育和抚养,并互相帮助。”²⁴

49. 上述提法包含四项要素:(a) 生物上的独特性;(b) 文化独特性(宗教、语言、传统);(c) 选择或希望维持独特性(可能指长期维持该群体的文化独特性);和(d) 社会凝聚力(可能意味着该群体寻求其集体权利获得承认这一事实)。当然,种族因素已不再被作为法律问题或科学问题。

50. 因此,常设国际法院提供的“少数群体”概念的含义,不妨融入这样的同一概念,它是最近一切致力于界定“土著”的核心所在,即有关的人民希望长期维持的独特性。

51. 小组委员会特别报告员,卡波托蒂先生在其重要的《在种族、宗教和语言上属于少数群体的人的权利研究报告》中指出,在确定一个群体是否应成为特别国际保护对象时,该群体的规模大小和实权是应受到考虑的重点。他的理论认为,从社会学的“少数群体”并不完全与国际人权法背景下的“少数群体”相同。他根据其观点提出了下述定义:

“在人数上比一国的其他人口少、处于非主导地位的群体,而且其成员虽然是该国的国民,但却拥有与其他人口部分不同的种族、宗教或语言特征,而且在他们之间表示出的团结精神,即使只是默契地表示这种精神,

致力于维护他们的文化、传统、宗教或语言。”²⁵

52. 以这种方式界定的群体不仅没有政治权力,而且在其获得“少数群体”的资格之前,在人数方面也没有足够的数量,可通过民主手段取得权力。因此,由国家人口中少数人组成的压制群体没有资格成为“少数群体”,而是在这种情况下,有关国家无权以国家统一和领土完整为由制止合法的民族解放运动。

53. 应小组委员会的要求下,德舍纳斯先生为改进“少数”的定义作出了极大的努力,但基本上还是作出了与卡波托蒂先生相同的结论。然而,他提出了值得我们注意的一项改善,这就是将更加注重选择的要素,因为对于那些并不希望得到保护的群体或者维持作为一个群体独特特征的群体,看来就没有必要加以关注。²⁶

54. 小组委员会特别报告员艾德先生在最近的一份研究中,也得到卡波托蒂先生提出的定义的鼓舞,虽然艾德先生的结论认为,群体的规模及其独特性就足够构成少数群体特征的标准,因此放弃了非主导地位的因素。²⁷

55. 小组委员会新成立的少数群体问题工作组于1995年第一届会议审议了是否有可能制定出更为精确的“少数群体”的定义,但辩论仅仅强调了这项努力有助益,而且工作组着手讨论的是保护少数的实际手段,并未就定义达成协议。²⁸

56. 在少数群体问题工作组第二届会议上,一位成员,切尔尼琴科先生介绍了一份关于少数群体定义的工作文件(E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1和Corr.1),其中他提出了少数群体的新定义。为此,除其他外,他还强调,他的定义并未扩大包括土著居民,而且少数群体问题工作组的任务并不包括制定任何土著居民定义(第7段)。

57. 人权事务委员会在其一般性意见第23(50)(第27条)中指出,“文化本身以多种形式表现,包括与使用土地资源有关的特定生活方式,特别就土著人民的情况而言。这种权利可能包括诸如捕鱼或狩猎之类的传统活动和受到法律保护的住在保留区的权利”。²⁹在任何情况下,卡波托蒂先生研究报告中所载的“工作定义”无助于区别“土著”与“少数群体”的概念,因为大部分视自己为少数人民者,都可以满足这些条件。

58. 因此,由于联合国原先未能就“人民”或“少数群体”作出合理精确的定义,致使澄清“土著”概念的工作更加复杂。³⁰

59. 鉴于“土著”、“人民”和“少数群体”三个概念在逻辑上和法律上是相互关联的,因此有必要同时对这三个概念细加斟酌,以免我们为澄清“土著”概念所作的努力又造成目前其他有关概念含义更加不清。

C. 寻找“土著”特有的要素

60. 无论如何,至少有可能确定两个与“少数群体”概念毫无相关的因素:时间上的优先性和对某一块领土的依附关系。然而,这两个因素无助于区分“土著”概念与“人民”概念,因为“人民”一般也与他们声称具有历史渊源的某块特定领土相关。换言之,基于本世纪各国际组织致力界定上述这些用语所作的工作,虽然有可能找到“土著”与“少数群体”之间异同,但却难以找到“土著”与“人民”之间的差别。

61. 人权委员会根据第1995/32号决议设立的工作组第一次会议是与会者审议这些问题最为恰当的阶段。若干会员国代表团坚持认为,至关重要首先是应先通过一项“土著”概念的定义,之后才可谈判这些人民权利宣言的实质性条款。此外,有些代表团提出的理由是,“土著”概念只适用于下述情况,即该领土上的原住民受到具有外来文化和价值观的外来殖民者征服并实际遭到驱赶,而且在这种情况下真正得益于非殖民化和国家独立状况的是殖民者,而不是原住民。上述代表团还认为,在历史上出现这种情况的基本上是美洲和大洋洲。

62. 此外,工作组在通过其报告时指出,“只是辩论的记录,并不意味着接受了‘土著人民’或‘土著人’词语的用法。在本报告中使用这两个词语并不损害某些代表团的立场。它们在这方面仍存在不同的看法”(E/CN.4/Sub.2/1996/84,第3段)。

63. 从各有关代表团提出的概念框架,可合理地判断通过一项“土著”概念的定义是否可取和是否可行。所提议的定义只是在某一具体方面不同于马丁内斯先生的研究报告,或劳工组织关于这一领域的两项公约所列的概念范例:进行占领、殖民化、征服或歧视的人必须是来自世界其他区域的人,而不是邻近的人。主席兼报告员认为,这是对远道前来入侵和就近入侵之间进行不合理的区分,而且在逻辑上也无法确立明确的分界线。此外,它把民族之间存在着的文化差别,简单地列为距离上的线型功能,从而使得仅仅因为邻近,而形成了价值观相同的推定。每年向土著居民问题工作组提供的资料恰恰反驳了上述假设的可信性。

64. 许多观察员国政府代表团着重强调的辩论理由,是对使用“土著”这个词区分上千年来睦邻相处的群体,作出了概念上的抨击。如果目前为联合国系统官方用语的英文和西班牙文具有区分移民或殖民者与某一国原居民的含义,致使许多非洲和亚洲政府感到不安,这是可以理解的。坦诚地说,大多数控制现代国家的人,与确定为“土著”或“部族”的群体一样,是土生土长的。然而,应当指出,如果我

们认为“土著”人民是现有国家边界境内,在祖辈留传具体领土上的原住民群体,而不是通常所指国家所在区域的原住民,那么这一概念上的困难就不存在了。

65. 本文件的目的并不是为了尽量减少某些国家政府所表示的担心,而是向他们表明,制定定义的工作,并不能有效地解决他们的担忧。这样做的结果将产生一个既无任何科学,也无逻辑可信性的定义,从而(反过来)有损于它所依从的宣言原则的信誉和用途。

三、结论和建议

66. 一个令人鼓舞的事实是,拉丁美洲区域的各国政府表示有信心了解在其本区域范围内的“土著”的含义,就此概念制定出一个明确、谈判达成的定义基本上是不必要的。主席兼报告员认识到,甚至在美洲也经常会产生有关某些具体群体“土著”地位的争端。例如在美国境内,有100多个群体仍在力争获得正式承认他们“印第安人部族”的地位,根据1978年的法律,申请者必须拿出符合七项历史和社会确认标准的科学证据。³¹

67. 然而,在实践中,忽略“土著”概念中的区域和国家方面的因素,这是轻率冒味的做法。区域性的研究和磋商极为有益于这一目的,而今后只要这些因素广泛地符合区域和国际专家的意见,就必须承认在实践中的一些区别。一旦出现争端,则可按解决涉及到人权领域的实际和法律问题的其他一些争端所采用的方式一样加以处置,也就是说通过专家机构与土著人民和政府代表之间的建设性对话加以处置。

68. 土著居民问题工作组在其第二和第三届会议上以特别报告员的工作为出发点,深入讨论了“土著”概念的定义问题。³² 虽未达成协商一致意见,但参加讨论的土著人民强调,必须灵活尊重每个土著人民自我界定的愿望和权利。从那时起,工作组对审订参与其年度会议的资格确实采取了灵活做法,依靠土著人民组织本身,提请注意任何不符合作为“土著”人民享有与会权的要求。从总体上来看,这是成功的,并表明在实践中“土著”的概念正在逐渐演化,并在土著人民本身的合作之下,形成了充分切实可行有效的手法,可甄别那些法律性质上可能会引起异议的群体提出的申请。

69. 简言之,当代国际组织和法律专家(包括土著法律专家和学术界成员)认为,与了解“土著”概念有关的一些因素包括:

- (a) 在占据和使用某一片具体领土方面的时间优先;

- (b) 自愿地长期维持文化上的独特性，即包括下述各方面：语言、社会组织、宗教和精神价值、生产模式、法律和体制；
- (c) 自我同一化，以及被其他群体，或国家当局确认为具有独特区别性的群体；和
- (d) 曾有过被征服、受排挤、被控制、被排斥或受歧视的经历，不论这种状况是否还持续存在。

70. 上述这些因素没有，也不可能构成包含一切，或全面的定义。相反，它们只是在或多或少的程度上体现出不同区域，不同国家和地方背景下的一些因素。为此，它们可在实践中作出合理决策提供某些总体指导。

71. 联合国系统应注意到世界银行管理层的结论，即“没有一个单独的定义能够包容全世界各类不同的土著人民”。³³ 同时，应明智注意特别报告员卡波托蒂先生的话，他警告，精确的普遍定义虽具有哲学价值，然而，在当今世界的现实状况之下，几乎不可能实现，而且可以预见在任何情况下也不会有助于维护这些群体免遭侵害的实际问题。³⁴

72. 主席兼报告员在介绍这项分析时强调，她在联合国的实践或先例中，无法找到就“土著”与“部族”人民之间作出区别的令人满意的理由，而且除了典型地被确认为“土著”的群体未能通过参加建设现代民族国家，行使自决权之外，她也不认为，在“土著”人民与“人民”之间普遍具有任何区别。

73. 主席兼报告员不得不得出结论，以前为澄清“土著”概念所作的工作中任何不一致或不确切的情况，并不是由于缺乏充分的科学或法律分析，而是由于某些国家政府竭力限制这一概念的普遍性，另一些国家政府则在“土著”与“人民”和（或）“非自治领土”之间筑起了高大的概念隔离墙。任何人都无法制定出“土著”的定义，使它既可作为哲学问题精确的内在有效定义，又可满足限制其区域适用性和法律所涉问题的要求。过去所有各方在同一定义中既要求达到清晰明了，又要求具有局限性，实际上使得定义更加含糊不清。

74. 根据土著居民问题工作组的经验，目前唯一的解决办法是程序性的解决办法：我们必须保证，把最终落实《土著人民权利宣言》的任务赋予某一机构，该机构必须以公正为怀，并可接受土著人民和各国政府的意见，从而使“土著”概念在实践中具有合理演变和具备区域性特点的余地。

注

¹ E/CN.4/Sub.2/1995/24, 第162段。

² 见E/CN.4/1996/84。

³ 土著居民问题工作组是根据防止歧视及保护少数小组委员会1981年9月8日第2 (XXXIV)号决议的建议、经人权委员会1982年3月10日第1982/19号决议核准,并经过经济及社会理事会1982年5月7日第1982/34号决议批准而建立的。

⁴ 联大1970年10月24日第2625 (XXV)号决议附件。

⁵ 见A/2361 (1952)。

⁶ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 联合国出版物,出售品编号E.86.XIV 3,第379段。

⁷ 关于劳工组织第169号公约所采用的定义,见I. Brownlie “条约与土著人民”, The Robb Lectures, F.M. Brookfield, Clarendon出版社,牛津,1992年,第60-67页。关于对这项公约条款的分析,见R.L. Barsh, “土著和部族民族公约的宣传指南”,《俄克拉何马大学法律专刊》第15期第209页(1990年), L. Swepston, “在土著和部族民族国际法方面迈出的新的一步:1989年劳工组织第169号公约”,《俄克拉何马大学法律专刊》第15期第677页(1990年)和S.J. Anaya “当代国际法中的土著权利准则”,《亚利桑那国际和比较法期刊》,第8卷,第2号,1991年秋,第6-15页。

⁸ 劳工组织第169号公约第1.2条即是这样拟订的,条款规定“自我同一化”尽管其本身是不够的,但应赋予较大的比重。

⁹ OEA/Ser/L/V/II.90, Doc.9 rev.1(1995年9月21日)。

¹⁰ 联合国开发计划署支持土著人民的准则,草案五,1995年1月。这些准则草案应由计划署执行理事会通过。

¹¹ 见E/CN.4/Sub.2/1995/24, 第41-51段。

¹² 同上,第29-32段。

¹³ 见H. Hannum, “土著人权利的新动态”,《弗吉尼亚国际法期刊》第28卷第3号,1988年春,第663页。

¹⁴ 关于《Sandra Lovelace诉加拿大案》的R.6124号来文,《联大正式记录,三十六届会议,补编第40号》(A/36/40),附件十八。就人权事务委员会所指有关观点进行的综合分析,见G. Alfredsson 和A. de Zayas的“少数权利:联合国的保护”,

《人权期刊》，1993年2月26日，第14卷，第1-2号，第5-6页。

¹⁵ H. McRae、G. Nettheim 和 L. Beacroft的《土著法律问题》，法律书籍有限公司，悉尼，1991年，第320页。

¹⁶ 同上，《第四十五届会议，补编第40号》(A/45/40)，第二卷，附件九，第32.2段。

¹⁷ E/CN.4/Sub.2/1995/24，第41段。

¹⁸ E/CN.4/Sub.2/1992/SR.31/Add.1，第36段。

¹⁹ 见 E/CN.4/Sub.2/1995/24，第45-51段。

²⁰ 《联合国环境与发展会议报告》(1992年6月3-14日，里约热内卢)第一卷，决议一，附件二，联合国出售品编号 E.93.I.8。另见21世纪议程第二十六章“承认和增强土著人民及其社区的作用”。

²¹ A/CONF.171/13，第6.27段。

²² 执行法令4.20，第5(a)段，1991年9月。其他所列的因素是：自我同一化、特殊的语言、社会习俗和政治机构、以维持生存为方针的经济。

²³ 埃丽卡-伊雷娜·泽斯女士“关于土著人民与国家之间的关系”，载于《没有偏见》，第三卷，第44页。

²⁴ 见保加利亚希族社区(咨询意见)，常设国际法院B辑，第17卷，第22页(1930年7月31日)。在这方面，另见 P.Thornberry“联合国《在民族和族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言：背景、分歧、意见和补充》”。《少数群体普遍权利》，A.Phillips 和 A.Rosas(编辑)，Abo Akademi大学人权研究所，1995年第16-17页。

²⁵ 卡波托蒂先生《在民族、宗教和语言上属于少数群体的人的权利研究报告》，联合国出版物，销售品编号 E.91.XIV.2，日内瓦，1991年，第568段。

²⁶ E/CN.4/Sub.2/1985/31，第74和181段。

²⁷ E/CN.4/Sub.2/1993/34，第29段。

²⁸ E/CN.4/Sub.2/1996/2，第76-90段。

²⁹ CCPR/C/21/Rev.1/Add.5。具体见第7段。

³⁰ 关于“土著”、“人民”和“少数群体”含义的分析，见 M.N.Shaw“国际法中少数群体的定义”，《以色列人权年鉴》，第20卷(1991年)第13-43页；埃丽卡-伊雷娜·泽斯女士的“关于土著人民自决权的几点考虑”，载于《跨国法律和当代问题》第三卷(1993年)，第2-11页；泽斯女士的“联合国土著人民权利宣言草案造成的

困境”，载于《北欧国际法杂志》，63:205-212(1994)；另见泽斯女士的“联合国少数群体权利宣言：有必要早该制定”，载于《日内瓦国际年鉴》第九卷，1995年，特别是第91-92段；R.L.Barsh的“九十年代的土著人民：从国际法的客体演变成主体？”，《哈佛人权杂志》第七卷，1994年春季，特别是第36-41段和78-82段；D.Sanders的“联合国研究土著人民问题的情况”（作者保存的档案），1995年9月，第1-17段；G.Alfredsson的“群体权利、优惠待遇和法治”，剑桥大学群体权利磋商会议的讨论文件，法律和社会信托基金，科伦坡，1995年8月，第21页。

³¹ 见 W.C.Canby, Jr. 《美洲印第安法》（第二版），明尼苏达圣保罗，西部出版公司，1988年，第5-8页。

³² E/CN.4/Sub.2/1983/22，第109-119段；E/CN.4/Sub.2/1984/20，第99-110段。

³³ 《世界银行业务手册》，同上，业务指令4.20(1991)。

³⁴ 卡波托蒂，同上，第561-562段。