



人权理事会
第十五次会议
议程项目 5
人权机构和机制

关于土著人民及参与决策权问题研究报告的进度报告

土著人民权利专家机制的报告*

内容提要

人权理事会第 12/13 号决议请专家机制根据其任务编写一份关于土著人民及其参与决策权问题的研究报告向理事会第十五次会议提交进度报告，并向其第十八次会议提交最后报告。

本进度报告审查了同土著人民有关的国际人权框架、土著人民的内部决策过程和机构、参与国家和非国家机构的决策机制的情况以及影响到土著人民的进程。

* 迟交。

目录

	段次	页次
一. 导言.....	1-6	3
二. 国际人权框架	7-41	4
A. 国际劳工组织《第 169 号公约》	17-26	6
B. 区域文书和法理	27-29	8
C. 自决权	30-33	9
D. 自由、事先和知情同意	34-41	9
三. 土著人民的内部决策过程和机构	42-66	11
A. 土著人民的决策过程	43-46	12
B. 土著人民的决策机构	47-51	12
C. 土著人民的议会和组织	52-54	14
D. 土著人民的法律制度	55-59	14
E. 土著妇女在决策中的作用	60-61	15
F. 土著人民管治的转变和挑战	62-66	15
四. 参与国家和非国家机构的决策机制和影响 土著人民的进程	67-101	17
A. 参与选举政治	67-70	17
B. 参与议会工作	71-78	17
C. 直接参与管治	79-82	19
D. 参与混合型的管治制度	83-86	19
E. 国家设立的理事会或委员会	87	20
F. 为发展项目取得自由、事先和知情同意	88-92	20
G. 参与设立替代性组织	93-95	21
H. 参加区域和全球的论坛与工作	96-97	22
I. 其他问题和挑战	98-101	22

一. 引言

1. 《第二个世界土著人民国际十年行动纲领》突出表明了确保土著人民有效参与决策的重要性。大会第 59/174 号决议所通过的行动纲领的 5 个目标之一是：根据自由、事先和知情同意的原则，促进土著人民充分有效地参与对他们以下方面有直接或间接影响的决定：他们作为拥有集体权利的土著人民的文化完整性，以及他们生活的其他方面(A/60/270, 第 9 段第(2)节)。2009 年 10 月，人权理事会第 12/13 号决议请专家机制根据其任务编写一份关于土著人民及其参与决策权问题的研究报告，向理事会第十五届会议提交进度报告，并向其第十八届会议提交最后报告。
2. 《联合国土著人民权利宣言》中涉及土著人民参与决策问题的各项条款突出表明了这项原则对于土著人民权利的重要性(见下文第 8 段)。¹ 实际上，土著人民参与所有影响到他们生活的事务的决策构成他们享有全部人权的根本基础。这项原则是实现许多公认的人权的必然结果，其核心内容是帮助土著人民在平等的条件下掌握自己的命运。如果没有这项根本权利，土著人民的个人和集体就无法充分享有人权。
3. 重要的是，《宣言》区分内部和外部的决策过程。因此，土著人民对其内部和地方事务享有自主权或自治权(第 4 条)；同时有权根据自己意愿充分参与国家的政治、经济、社会和文化生活(第 5 条)；有权参与所有事关自身权利的决策(第 18 条和第 19 条)。换句话说，《宣言》确认了土著人民发展和保存自己决策机构的权利以及参与外部决策过程和国家政治生活的权利。因此，本报告将根据有关的国际框架注重于这两个领域。
4. 虽然“外部的”决策过程概念通常被理解为国家和非国家机构以及影响到土著人民的过程，但是应当指出，《宣言》没有界定土著人民“内部和地方事务”的概念。然而，《宣言》中的某些条款(包括第 5 条和第 14 条)的措辞似乎在概念上同自主权和自治权有关联。
5. 参与决策的原则也同土著人民的自决权(包括自主权或者自治权)以及国家关于根据自由、事先和知情同意的原则就影响到土著人民的事务同他们进行协商的义务有明确的关系。这些法律概念构成任何关于土著人民参与决策权讨论的固有内容，并且将在整个报告中被视为这项权利的重要方面。
6. 最后，由于参与权适用于土著人民的个人和集体，同时考虑到土著人民的具体权利通常表现为集体权利，本报告也将注重于土著人民参与决策的集体权利。

¹ 第 3-5、10-12、14、15、17-19、22、23、26-28、30-32、36、38、40 及 41 条。

二. 国际人权框架

7. 国际人权法提到了一般形式和具体形式的参与权。一般形式的参与是指参与处理公共事务；但是参加选举是一种具体形式的参与。参与公共事务的权利并不限于正式的政治机构，因为它还包括公共性质的社会活动。此外，参与权分为个人权利和集体权利。这些基本原则受到《世界人权宣言》的保护：《宣言》第 21 条第(1)款确认人人有直接或通过自由选择的代表参与治理本国的权利；第 21 条第(3)款规定：人民的意志是政府权力的基础。

8. 《宣言》中有 20 多项条款确认土著人民参与决策的权利，其中包括：(a) 自决权、(b) 自主权或自治权、(c) “参与权”、(d) “积极参加权”、(e) 国家“获得他们自由、事先和知情同意”的义务、(f) 寻求土著人民“自由同意”的义务、(g) 同土著人民“协商与合作”的义务、(h) 同土著人民“一起”采取措施的义务以及(i) “尊重土著人民习俗”的义务。这些情况突出表明：土著人民的参与权是国际人权法所规定的一种核心原则和权利。

9. 人权条约的条款进一步阐述了个人参与权，其中包括《公民权利和政治权利国际公约》第 25 条。该条规定：(a) 直接或通过自由选择的代表参与公共事务；(b) 在真正的定期的选举中选举和被选举；以及(c) 在平等条件下参加公务。

10. 同该《公约》所有其他条款相反，第 25 条在提到权利主体时使用了“公民”的概念。因此，国家可以规定公民地位是行使第 25 条所规定权利的一个条件，虽然有关规定并没有禁止国家将这些权利赋予非公民。然而，对于大量无国籍的土著人民来说，关于公民地位的提法是一种根本的法律障碍，因为在其出生国和居住国中，他们作为外国人的法律地位限制了他们参与公共事务的能力。

11. 人权事务委员会在其关于参与公共事务和投票权的第 25 号一般性评论(1996 年)中澄清指出，《公约》第 25 条所规定的权利涉及(但是不同于)公约第 1 条第(1)款所规定的人民自决权。² 委员会的结论是：第 1 条第(1)款所规定的权利包括人民自由决定其政治地位和自由选择宪法或者政府形式的权利；而第 25 条则涉及个人参与处理公共事务的权利。在 1991 年一宗涉及土著人民的案件(Marshall 和他人(Mikmaq 人)诉加拿大)中，人权事务委员会进一步确认：第 25 条(a)款所规定的参与权包括直接或者通过自由选择的代表参与处理公共事务的权利。该委员会的结论是：这项条款并没有规定土著团体有权直接参与制定宪法，但是必须确保土著团体的个别成员同其他团体的成员一样享有参与权。³ 然

² 第 25 号一般性评论，第 2 段。

³ 见大会《第四十七届会议正式记录》，补编第 40 号(A/47/40)及 Raija Hanski 和 Martin Scheinin 2003 所编《人权事务委员会主要案例》(芬兰 Turku Abo Akademi 大学人权研究所，2003 年)，第 402 页及 406-409 页。

而，应当指出，该委员会最近在讨论土著人民的参与权时，明确提到了第 1 条和自决权概念涉及土著人民的内容。⁴

12. 另一方面，《公约》第 27 条所规定的涉及某些内部或者地方事务的参与权保护了土著人民的文化权利。人权事务委员会认为，为确保享有这些权利，可能需要采取积极的法律保护措施以及旨在确保土著人民有效参与影响到他们的决策的措施。⁵ 委员会在就根据《公约第一任择议定书》提出的个别申诉发表意见和结论时进一步阐明了参与权。如果没有就可能影响到有关土著社区的措施同它们进行有意义的协商，那么就会构成对于第 27 条所规定的土著人民文化权利的剥夺。⁶

13. 《消除对妇女一切形式歧视公约》第 7 条和第 8 条表明，妇女应当与男子平等享有参与国家政治生活和公共生活的权利，其中包括参与国际政治生活的权利。虽然《公约》没有具体提到土著妇女的权利，但是必须根据《土著人民权利宣言》第 22 条对于有关条款加以解读，因为这项条款确保保护土著妇女的特别需要，使她们免遭任何形式的歧视。同样，虽然《北京宣言和行动纲领》没有明确提到土著妇女的参与，但是妇女地位委员会已经呼吁土著妇女参加关于《北京纲领》和《千年发展目标》的工作。⁷

14. 参与也是《儿童权利公约》的指导方针之一。《公约》第 12 条确认，儿童，无论是个人还是集体，都有权参与可能影响到他们生活的决策；有权影响在家庭、学校或者社区中作出的关于他们自身的决定。此外，《公约》中的所有条款均应根据《公约》第 30 条加以解释；因为这项条款规定，土著居民的儿童享有与其群体的其他成员共同享有自己的文化、信奉自己的宗教并且举行宗教仪式、和使用自己的语言的权利。

15. 《消除一切形式种族歧视国际公约》规定，各缔约国必须禁止和消除一切形式的种族歧视，其中包括确保享有政治权利和参与公务的权利(第 5 条)。消除种族歧视委员会在其关于土著人民权利的第 23 号一般性建议(1997 年)中，敦促各缔约国确保土著人民在有效参与公务方面享有平等权利；在没有取得土著人民知情同意的情况下，不得作出直接影响他们权益的决定。⁸

16. 《经济、社会和文化权利国际公约》包含了关于确认参与国家经济、社会和文化生活的条款。经济、社会和文化权利委员会在其关于在经济、社会和文化权利方面不得进行歧视的第 20 号一般性评论(2009 年)中强调指出，《公约》第

⁴ 见 CCPR/C/79/Add.109 和 Add.112、CCPR/CO/69/AUS 以及 CCPR/CO/74/SWE。

⁵ 关于第 27 条(少数人权利)的第 23 号一般性评论(1994 年)，第 7 段。

⁶ 大会《第五十届会议正式记录》，补编第 40 号(A/50/40)，第二卷，附件 10, I 节。第 9.6 段。

⁷ E/CN.6/2005/2, 第 572-595 段。

⁸ 第 4 段(d)节。

2 条第(2)款所规定的以及整个《公约》所反映的关于不歧视和平等的原则适用于《公约》所规定的所有权利。⁹

A. 国际劳工组织《第 169 号公约》

17. 国际劳工组织《1989 年第 169 号公约》(《独立国家土著和部落居民公约》)包含了一些关于土著人民参与权利的重要条款。《公约》自身也是基于这样一种认识：土著人民希望掌握自己的机构、生活方式以及经济发展；希望在所在国家的框架内保持和发展自己的民族特性、语言以及宗教。因此，协商和参与的权利是《公约》的基石。《公约》第 2 条和第 33 条要求各缔约国将土著人民参与影响到他们的决策制度化，并且将此作为适当实施《公约》条款的必要框架。这些条款规定，缔约国必须开展协调的和系统的行动，以便确保土著人民从一开始就参与决策，保护土著人民的权利和确保尊重这些权利的完整性。¹⁰

18. 《第 169 号公约》第 6、7 和 15 条为土著人民的协商和参与规定了一般性法律框架。第 6 条规定，必须通过适当的程序，特别是通过其代表机构，同土著人民进行有诚意的协商，以便无论何时在考虑采取可能直接影响到他们的立法或者行政措施时，同土著人民订立协议或者取得他们同意。这项规定适用于所有级别的决策。虽然根据《公约》规定进行协商的义务被解释为不一定要同土著人民订立协议，但是第 6 条第(2)款规定，应当“着眼于就拟议中的措施订立协议或者取得同意”。

19. 第 7 条规定，土著人民，除其他外，有权自行确定发展进程中的优先项目，因为发展影响到他们的生活、信念、机构、精神上的满足以及他们所占有和使用的土地；土著人民有权尽可能地控制自己的经济、社会和文化发展。这些关于协商和参与的条款是《公约》中的重要条款，确立了实施所有其他条款的重要基础，虽然其他一些条款也提到国家在协商和参与方面的义务。¹¹

20. 《第 169 号公约》第 15 条规定了一项原则：土著人民有权支配其土地上的自然资源，其中包括有权参与决定、使用、管理以及保护这些资源。第 15 条第(2)款规定，在国家保留对于矿物或者底土资源的所有权的情况下，作为一项根本保障措施，在对土著人民土地上的自然资源进行或者授权进行勘查或者开发之前，必须同土著人民进行协商，以便确定土著人民的利益是否会受到损害以及受到何种程度的损害。

⁹ 第 2 段。也见委员会关于人人有权参加文化生活的第 21 号一般性评论(2009 年)，第 7、21-24 及 36-37 段。

¹⁰ 国际劳工组织(劳工组织)的意见。

¹¹ 劳工组织国际劳工标准部，《土著和部落居民的实际权利：劳工组织第 169 号公约指南》(日内瓦，2009 年)，第 59 页。

21. 《第 169 号公约》规定了国家同土著人民协商的 5 项质量要求。《公约》第 6 条第(1)款 a 项规定,通过土著人民的代表机构进行协商。劳工组织的监督机构强调指出,“应当由土著人民自行商讨”如何确定代表性。¹² 因此,《公约》规定,在开展任何协商之前由有关的土著人民和其社区确定符合这些要求的机构。此外,由于许多土著人民的机构过去遭到了歧视性做法的破坏,结果在谈判能力方面这些机构同国家极不相称。国家必须支持土著人民发展自己的机构和开展行动;并且酌情向这些机构提供必要的资助。¹³

22. 《第 169 号公约》第 6 条第(1)款 a 项规定,应当通过适当的程序开展协商。劳工组织的监督机构认为,无论取得什么结果,只要有关程序能够创造有利条件,为拟议中的措施订立协议或者取得同意,它们就是适当的程序。¹⁴ 人们认为,一般的公众听证会通常不能满足关于适当程序的要求。劳工组织专家委员会指出,协商程序和机制必须允许土著人民在充分理解所涉问题的基础上及时地和充分地发表意见,以便他们影响决策结果和取得一致意见;必须以所有各方接受的方式达成一致意见。¹⁵

23. 《公约》第 6 条第(2)款规定,应该根据具体情况有诚意地进行协商。这就要求在互相信任和坦率的气氛中开展协商。各国政府必须确保土著人民掌握和充分理解所有关于协商事宜的信息。必须给予土著人民充分时间,以便他们开展自己的决策进程,并以符合他们文化和社会传统的方式有效参与决策。

24. 此外,根据《公约》第 6 条第(2)款的规定,协商之目的应是订立协议或者取得同意。因此,必须将此作为各方的目标;必须为之作出真正的努力。这种质量上的要求是同关于有诚意地开展协商的要求紧密地和内在地联系在一起的。

25. 最后,劳工组织监督机构规定,应当在有关土著人民的参与下,对现有的国家与土著人民之间协商程序或者机制的有效性进行定期评估,以便予以继续改进。

26. 除了这些标准以外,《第 169 号公约》还包括了其他一些关于确认土著人民参与权问题的条款:

(a) 参与权(第 2、5 至 7、15、22、23 条);

(b) 参加协商的权利(第 6、15、17、22、27、28 条);

¹² 劳工组织理事会,第 282 次会议,2001 年 11 月,《劳工组织宪章》第 24 条所规定的代表性,墨西哥,GB.289/17/3。

¹³ 见脚注 11,第五章。

¹⁴ 劳工组织理事会,第 289 次会议,2004 年 3 月。

¹⁵ 实施公约专家委员会的报告和建议,关于《第 169 号公约》的一般性意见,可上网查阅,第 672 页,网址:
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103484.pdf。

- (c) 国家关于同土著人民合作的义务(第 7、20、22、25、27、33 条);
- (d) 土著人民决定自己优先次序的权利(第 7 条);
- (e) 关于不采取措施影响土著人民自由表达愿望的义务(第 4 条);
- (f) 关于同土著人民订立协议或者取得他们同意的义务(第 6 条);
- (g) 关于取得土著人民自由和知情同意的义务(第 16 条);
- (h) 土著人民控制自身发展的权利(第 7 条);
- (i) 土著人民获得有效代表的权利(第 6 条和第 16 条)。

B. 区域文书和法理

27. 区域系统也为充分理解土著人民参与决策权利作出了很大贡献。在美洲区域人权系统中,目前正在就一项关于土著人民权利的美洲宣言草案进行辩论。¹⁶

《美洲人权公约》只是一般性地规定了个人权利,没有直接规定土著人民的相应权利。然而,美洲人权法院和美洲人权委员会并没有因此而放弃制定关于土著人民权利的重要案例法,因为这些权利特别关系到参与决策权。

28. 对于政治参与权利特别重要的是 *Yamatá* 诉尼加拉瓜一案。美洲人权法院认为,尼加拉瓜的选举法对于土著人民政党的候选人构成了过分的限制,因为国家为参加市级选举的候选人规定了一种对于土著人民的习俗和传统来说相当陌生的组织形式。¹⁷

29. 《非洲人权和人民权利宪章》具体提到了个人权利和人民权利,并且规定所有公民都有权自由参加国家的政府(第 13 条);其他有关条款也有类似的规定。¹⁸ 非洲人权和人民权利委员会于 2000 年设立了土著人民/社区专家工作组。该工作组的第一份报告¹⁹ 根据有关土著人民权利的国际标准对《非洲宪章》的一些条款进行了解释。非洲人权和人民权利委员会最近的一项裁决首次直接处理了土著人民的权利问题。委员会在这项裁决中谴责肯尼亚政府为发展旅游业而将 *Endorois* 人逐出家园;并且认定迫迁侵犯了他们对于财产、健康、文化、宗教以及自然资源的人权。虽然这宗案件并不明确涉及参与权,但是它牵涉到一个根本性的问题:*Endorois* 人在处理其土地问题上被排除在决策过程之外。²⁰

¹⁶ 可上网查阅,网址:

www.oas.org/OASpage/Events/default_ENG.asp?eve_code=11(2010 年 5 月 6 日贴)。

¹⁷ *Yatama* 诉尼加拉瓜, C 系列(第 127 号), 2005 年。

¹⁸ 也见第 17 条第(2)和(3)款及第 19-21 条。

¹⁹ 非洲人权和人民权利委员会 2005 年第二十八届普通会议通过,可上网查阅,网址: <http://www.iwgia.org/sw25165.asp>。

²⁰ 非洲人权和人民权利委员会, *Endorois* 人福利理事会诉肯尼亚, 2010 年 2 月 4 日。

C. 自决权

30. 关于集体参与权的规范性国际人权框架涉及自决权。正如《联合国宪章》第一条第(二)款以及其他重要的国际法律文书(其中包括《经济、社会和文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》的共同第一条)所确认, 自决权被公认为国际习惯法的一项原则, 甚至是一项强制性规范。²¹

31. 土著人民的自决权涉及以各种方式参与决策。土著人民有权独立作出决定, 以此确定其政治地位和进行经济、社会以及文化发展。目前的自决进程确保土著人民继续参与决策和掌握自己的命运。这就意味着: 应当为土著人民设立决策机构, 确保他们就其内部和地方事务作出决定; 并且根据有关的人权标准集体参与外部的决策过程。

32. 《土著人民权利宣言》第 3 条也确认了自决权。该条的措辞同《经济、社会和文化权利国际公约》以及《公民权利和政治权利国际公约》的有关条文相同。这些条文确认土著人民有权自决并且适用于第 2 条所规定的平等原则; 同时确认土著人民和个人在行使其权利方面享有同其他人民和个人同等地位。

33. 《宣言》第 4 条也确认了土著人民对其内部和地方事务的自主权或者自治权; 同时澄清指出, 他们的参与权超越了土著个人在与多数民众平等的基础上参加选举的权利。第 5 条规定, 不得以土著人民行使其自主权为由以任何方式限制其充分参与国家主流政治生活的权利。

D. 自由、事先和知情同意

34. 土著人民按照国际人权法的规定, 将自由、事先和知情同意确定为行使其自决权的要求、先决条件和表现。此外, 这项原则对其参与决策也是至关重要的, 因为它为所有涉及影响到他们项目的协商以及任何涉及分享利益和缓解措施的谈判规定了框架。必须特别强调: 在实施对于土著人民有重大影响的项目和措施(例如: 关于在其领土上开展大规模自然资源采掘的项目²² 或者在其土地和领

²¹ 见 S. James Anaya, 《国际法中的土著人民》(纽约, 牛津大学出版社, 2004 年), 第 97 页; Ian Brownlie, 《国际公法原则》(牛津, 牛津大学出版社, 2003 年), 第 489 页; Hector Gross Espiell, 《联合国法律/基本权利中的“自决和强制性法规”: 国际法的两个议题》, Antonio Cassese 编辑(Alphen aan den Rijn, Sijthoff 和 Noordhoff 国际出版社, 1979 年), 第 167 页; Hurst Hannum, 《自治、主权和自决: 调和相互冲突的权利》(费城, 宾夕法尼亚大学出版社, 1990 年), 第 45 页; Prttrick Thornberry, 《国际法和少数人的权利》(牛津, 牛津大学出版社, 1991 年), 第 14 页。

²² 见 Doyle 和 Cathal 为人权高专办于 2008 年 12 月 3 日至 4 日在莫斯科举办的关于采掘业、土著人民和人权问题的讲习班撰写的论文: “自由、事先和知情同意: 土著人民同采掘部门进行协商和分享利益的普遍准则和框架”, 可上网查阅, 网址: www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/resource_companies.htm(2010 年 5 月 12 日贴)。

土上设立自然公园、森林保护区或者禁猎区的项目)之前,必须获得土著人民的自由、事先和知情同意。

35. 《宣言》中的一些条款规定,在作出影响到土著人民的某些决定之前,必须获得他们的自由、事先和知情同意。《土著人民权利宣言》的六项条款均就自由、事先和知情同意作出了明确规定,从而反映出这项原则对于实现《宣言》所规定权利的重要性。第 10 条规定,未经有关土著人民的自由、事先和知情同意,不得进行重新安置。第 11 条规定,国家有义务通过有效机制为未经自由、事先和知情同意而被剥夺财产的受害人提供补偿。第 19 条规定,国家在通过和实施可能影响到土著人民的立法或者行政措施之前,必须同他们进行协商,取得自由、事先和知情同意。第 29 条第(2)款规定,国家应该采取有效措施确保,不在未经土著人民自由、事先和知情同意的情况下在其土地或者领土上储存或者处理有害物质。最后,第 32 条笼统地规定,国家在批准任何影响到土著人民的土地、领土或者资源的项目之前,应当同他们进行协商,以便取得他们的自由和知情同意。

36. 国际人权条约机构(例如:消除种族歧视委员会及经济、社会和文化权利委员会)也都澄清指出:国家必须根据对有关条约承担的义务,取得土著人民的自由、事先和知情同意。²³ 经济、社会和文化权利委员会在其关于人人有权参与文化生活问题的第 21 号一般性评论(2009 年)中强调指出,各缔约国应在所有涉及土著人民具体权利的事务中,尊重关于取得他们自由、事先和知情同意的原则。²⁴ 在这一方面,委员会提到了劳工组织《第 169 号公约》第 6 条第(1)款 a 项和《土著人民权利宣言》的第 19 条。经济、社会和文化权利委员会和消除种族歧视委员会也敦促各国就采掘业项目取得土著人民的同意。²⁵

37. 他国际文书也确认了自由、事先和知情同意对于土著人民决策的重要性。例如, Akwe: Kon 关于实施《生物多样性公约》第 8 条(j)项的准则²⁶ 以及 2004 年《公约》缔约方会议所通过的关于保护区的工作计划²⁷ 确认:自由、事先和知情同意对于保护土著人民的传统知识和知识产权以及在建立保护区的过程中的重新安置工作是十分重要的。

38. 在区域一级,在美洲土著人民宣言草案中有一些类似的条款,同《土著人民权利宣言》的第 32 条十分相似。这些条款规定,在实施任何影响到土著人民

²³ 见 CERD/C/RUS/CO/19, 第 24 段。

²⁴ 第 37 段。

²⁵ 见 E/C.12/1/Add.100 第 12 段、E/C.12/1/Add.74 第 12 段和 CERD/C/62/CO/2 第 16 段。

²⁶ Akwe: Kon 关于就计划对圣地及土著和当地社区所占用或使用的土地和水域进行的开发或由此可能引起的影响开展文化、环境和社会影响的自愿准则(2004 年),可上网查阅,网址: www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf(2010 年 5 月 7 日贴)。

²⁷ 第 VII/28 号决定。

的权利或者生活状况的计划、方案或者提议之前，必须获得他们自由、事先和知情同意。美洲人权法院就在苏里南的 *Saramaka* 土著人民的土地上采矿的问题指出：“关于可能对 *Saramaka* 人领土产生重大影响的大规模开发或者投资项目，国家有义务不仅同 *Saramaka* 人进行协商，而且应当根据他们的习俗和传统取得他们自由、事先和知情同意”。²⁸

39. 此外，国际金融机构和发展机构不断演变的政策也反映出关于自由、事先和知情同意原则的重要性。欧洲复兴开发银行所采取的环境和社会政策确认，为了维护土著人民的权利，帮助他们按照自己的意愿参加合作，就必须取得他们自由、事先和知情同意。²⁹ 亚洲开发银行最近也修改了自己关于土著人民的政策。2008 年 10 月公布的《保障政策》草案中包括了这样的规定：“如果在土著人民的土地上对其自然资源进行可能会影响到他们的生活，或者影响到构成土著民族特性的文化、仪式或者精神的商业开发”，有关项目必须取得他们的自由、事先和知情同意。³⁰

40. 最后，国家和土著人民之间的一些条约重申了关于土著人民的同意是条约关系基础的原则。³¹

41. 土著人民关于自由、事先和知情同意的权利构成其自决权的一个组成部分。因此，应当首先通过其决策机制加以行使。由于自由、事先和知情同意的权利源自自决权，因此，它是土著人民集体确定影响到他们的决策进程的权利，而不仅仅是参与这种过程的权利。

三. 土著人民的内部决策过程和机构

42. 由于目前土著人民处境各不相同，很难概括全球土著人民内部决策过程和机构的特点。本节只能概述在传统和现代环境中土著社区所坚持的关于决策过程的原则。

²⁸ *Saramaka* 人诉苏里南，C 系列第 172 号，2007 年 11 月 28 日，第 134 段。

²⁹ 欧洲复兴开发银行，环境和社会政策，2008 年 5 月，可上网查阅，网址：<http://www.ebrd.com/downloads/research/policies/2008policy.pdf>(2010 年 8 月 5 日贴)。

³⁰ 亚洲开发银行，《保障政策说明》(第二稿)，2008 年 10 月，第 11-12 页和第 19 页。

³¹ 在加拿大，第 6、7 和 8 号条约载有关于取得土著人民同意的条款。例如，在 1876 年订立的第 6 号条约规定：“……虽然女王陛下的有关专员已经通知有关的印第安人，女王陛下有意开发土地用于安置、移民及其他目的……取得居住在有关土地上的女王陛下的印第安臣民的同意……”(第 3 段)。

A. 土著人民的决策过程

43. 无论是没有明显等级观念的平等社区还是等级比较分明的社区，土著人民的日常生活往往受到传统法律制度的指导。在一些管辖区域，这些制度被称之为“习惯法”。这个用词涉及一套法律文书，可以包括各种独特的习俗、信念、传统、程序以及做法。

44. 传统的决策过程可能已经本地化和限于村一级，可能适用于广泛的地区或者限于某个土著社区。虽然这些传统的法律制度具有活力，而且也能适应现代世界，但是某个社区的法律经常通过传统做法、社会化以及知识的代代相传而得到巩固。这些法律也指导各个土著部落所作出的多数决定。³²

45. 解决争端过程包括：对于通常由传统领导/酋长和顾问决定的重要事项进行仲裁；建立长老理事会；或者在一些部落中，举行理事会会议。社区领导或者理事会成员的决策在很大程度上依靠智慧和经验。但是一般来说，取决于有关问题的性质，社区的所有成员均可直接或者间接自由参加讨论。尽可能通过所有各方都参与的程序，消除分歧以达成统一意见，从而解决问题。在必要的情况下，可能需要依照规则进行争斗，以便实际解决各方分歧意见，直至达成或者重申协议。无论是在社区内部或者外部，解决争端的主要目的是维持和平、团结与和谐。

46. 虽然具有土著法律和解决争端程序的指导，但是通常通过包容性的和参与性的过程作出决定。即使在等级森严的部落，酋长或者头人也需要征求长老的意见，听取受害方的陈述，并且就任何关于解决争端的决定向部落作出说明。这项原则适用于社区的标准制定，其中包括关于管理资源和法律事项的指导方针。如果发生可能严重影响社区生存的重大问题(例如：关于资源的争端)，往往需要长老理事会或者整个部落取得一致意见。

B. 土著人民的决策机构

47. 传统决策机构的结构各不相同。决策制度可能是等级分明的或者普遍参与性的，但是为了保持社区的和平、和谐和幸福，通常由一个理事会主持社区事务。土著机构在通过一致意见作出决定方面通常实施民主原则；这些原则反映在理事会成员的权力共享和责任分担之中。在挑选社区领导人或者理事会成员方面，候选人的应有品德包括：正直、可靠、诚实、有远见以及他们的知识、智慧

³² Ramy Bulan 和马来西亚土著人民网络(JOAS)(马来西亚)、Les Malezer(澳大利亚)、第一民族头脑会议(加拿大)以及亚洲土著人民契约(AIPP)向土著人民权利专家机制提出的意见。

和正义感。无论是通过世袭或者挑选，权力和领导地位的承认和转让都需要接受口述历史以及精神和仪式传统的指导。³³

48. 领导人和理事会成员在确保文化、法律、健康、经济以及政治的完整性以及知识的发展和代代相传等方面发挥着重要作用。在长老理事会中，村长往往负责村子的全面管理，并且主持社区会议和听证会，以便确保社区的安全、和平和稳定；同时确保遵守土著人民的法律和规矩。其他理事会成员的作用往往是根据其分工就重要事项向村长提出意见，然后就各个事项集体作出决定。一些土著社区设有教士或者祭司；他们的作用是就精神事务向理事会提出建议。这些建议涉及生活的各个方面，例如：出生、青春期、婚姻、死亡、安全以及部落赖以生存的传统职业。³⁴

49. 对于传统决策机构的一个主要关注是：现代体制的影响有时导致长老理事会形同虚设。在这种情况下，村长就成为管理公众事务的唯一公认领导。这种情况不仅增加了社区领导的负担，而且还大大削弱了土著社区的民主决策原则。在许多国家中，由于村长受到压力不得不充当政府的代言人，从而影响到他们在维护土著社区方面的客观性和能力。在一些国家中，由于传统领导人目前由政府任命(在某些情况下，由希望影响社区事务的公司任命)，因此情况更为糟糕。³⁵ 传统领导和代表这种方式的变化对于土著人民的内部决策制度产生了重大的负面影响。

50. 在传统领导人由主流部门任命的地方，往往没有为支持这些“新的”传统领导人提供资源。此外，没有为接受任命的社区领导人提供足够的培训和锻炼，以便确保法律和行政决策产生英明的裁定和决定。因此，许多土著人民丧失了自己决策机构的信心，甚至对它们不信任。土著社区也没有发动群众思考：如何恢复人们对于决策过程和机构的尊重。这种努力是一项重要工作，需要各级进行干预，其中包括：促进尊重能干的土著机构；坚持内部决策的权利；以及宣传承认土著人民的传统机构。

51. 尽管国家没有予以正式承认，但是许多土著人民仍然在处理内部事务时使用和发展传统的决策机构。为了保持对其体制的全面控制和独立，一些土著人民、民族和社区还是愿意不为国家所承认，并且放弃由此而来的经费、服务、规划以及法律保护。³⁶

³³ 新西兰人权委员会、Ramy Bulan 和 JOAS(马来西亚)、AIPP、生存国际、Les Malezer(澳大利亚)以及 Wilton Littlechild、Andrea Carmen 和 Kenneth Deer(北美)的意见。

³⁴ JOAS(马来西亚)、Wilton Littlechild、Andrea Carmen 和 Kenneth Deer(北美)以及新西兰人权委员会的意见。

³⁵ AIPP 的意见。也请看 E/C.19/2010/6。

³⁶ 这些土著人民包括在美利坚合众国的主权独立的佛罗里达 Seminole 族和西 Shoshone 族理事会。

C. 土著人民议会和组织

52. 一些现代的土著决策机构采用土著人民议会和组织的形式。这些机构采用传统决策机构的模式，由人民推选的领导人组成。它们往往接受法令的指导，为促进其选区或者社区的完整性和幸福而进行运作。

53. Sami 人的议会提供了关于土著议会的清楚说明。Kuna Yala 的土著管治代表了另外一种机构。³⁷

54. 许多土著人民和社区已经在地方、国家、区域和国际各级建立了组织，以促进内部决策，同时参与国家关于各项事务的决策。

D. 土著人民的法律制度

55. 包括立法(土著法律)、司法和程序等方面的土著人民法律制度对于内部决策至关重要。司法和程序包括由酋长和长老理事会组成的土著法院在实施土著法律和解决争端时作出的裁决。土著法律制度往往基于集体赔偿和社区团结的原则。土著法院经常决定和执行罚款和赔偿，以便为犯过失者提供一个请求受害方和整个社区宽恕的机会。

56. 可以认为土著法律由两部分组成：个人法和领土法。个人法包括家庭、社会、文化、语言、精神以及传统经济和财产等方面；领土法涉及土地、自然资源和地下资源，同时也涉及社会方面。土著法律适用于独立的个人以及社区中的个人。³⁸

57. 土著法律制度也涉及土著机构和参与性的决策过程。村长或者理事会成员向所有各方提供陈述事由的平等机会。如果有关事项无法在这一级得到解决，可移交由社区所有成员参加的全体会议。这种制度往往也考虑到社区间的争端以及同非土著人的争端的解决办法。土著司法制度很少是对抗性的。仲裁者不会指证和惩罚犯过失者(除非确有必要)，而是劝说争端各方相互和解以及同社区中的其他人和解。

58. 然而，在一个国家中往往存在不止一种法律制度，因此土著人民在保留其传统法律制度方面遇到严重问题。主要的挑战是人们不接受法律多元化，其中包括：主流法律部门不尊重土著酋长、长老或者理事会根据土著法律处理事务和争端的裁决；不承认这些裁决具有法律效力。其他一些障碍包括：国家很少提供行

³⁷ Kuna Yala 是巴拿马 Kuna 土著人民的自治领土。这个名字在 Kuna 语中是“Kuna 家园”或者“Kuna 山”的意思。见 Vicente Cabedo Mallo, 《Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina》(巴伦西亚, 巴伦西亚理工学院出版社, Colección Amadis), 第 243-247 页。

³⁸ AIPP 的意见。

政和财务上的支持；没有机会帮助传统领导人更新土著法律；以及其他法律制度不尊重土著法律制度。

59. 即使在实行法律多元化的国家中，人们经常发现，国家只承认涉及社会、家庭和文化等问题的“软性”土著法律，而不承认关于土地、领土和资源等问题的“硬性”土著法律。

E. 土著妇女在决策中的作用

60. 一般来说，土著妇女并不参加官方的决策机构，虽然她们可以同男子平等参加所有讨论。值得注意的是：土著妇女并不是总是被排斥在决策过程之外；她们在历史上发挥过(可能仍在发挥)重要作用。例如，在殖民时期前的北美洲，妇女在决策过程中曾经发挥重要得多的作用，但是由于当时殖民者只承认男子的作用，结果造成了关于男子占主导地位的观点。例如，在马来西亚的 Kadazan 人中，bobohizan 或者女祭司在长老理事会中发挥了积极作用；³⁹ 在知识代代相传方面，妇女仍然发挥着重要领导作用；在环境保护、语言、文化、精神以及社会关系等方面，更是如此。

61. 一些土著法律也可能被视为对妇女不公平，因此，《土著人民权利宣言》规定，法律和做法必须符合国际公认的人权标准。目前，土著妇女要求获得代表权和对传统程序进行改革。她们游说土著传统机构将妇女代表纳入各级决策机构，并且承认妇女潜在的领导能力。土著妇女的文化和认识水平的提高为更多妇女参与管治提供了机会，其中包括保存和传授传统知识。此外，目前多数国家政府都对妇女在决策领域中的代表权问题更为敏感，更加认识到妇女参与国家管理的必要性。同时，人们认识到，既然妇女在文化和仪式活动中发挥了重要作用并且得益非浅，妇女应当参与这些领域中的决策。⁴⁰

F. 土著人民管治的转变和挑战

62. 无论是在殖民时期、建国时期还是目前，对于土著人民来说，“转变”往往意味着传统生活方式的变革以及逐步接受外部的和陌生的因素的入侵。结果，为了迎合后殖民时期所建立的各种各样立法和行政机构的要求，传统机构被替代并且随之建立新的机构。在确保土著人民决策过程和机构方面，各种因素和影响带来了无数挑战，从而特别影响到领导权和代表权、尊重所作的决定、有效参与以及解决申诉/冲突问题的机制。

63. 土著社区继续以有活力的方式保留和调整决策过程和机构；更多社区成员(例如妇女和青年领导人)参与决策的事实证明了这一点。然而，应当指出，虽然

³⁹ JOAS(马来西亚)的意见。

⁴⁰ AIPP 的意见。

诸如纳入投票标准等变革有时是自愿的，但是在许多情况下，并非出于自愿，而是出于外部影响，其中包括国家和其他因素。然而，土著人民继续为寻找可行的解决办法而调整其决策过程。例如，目前关于挑选传统领导和内部决策的选举制度已经基本上取代了传统的决策过程。这种做法以前被许多土著人民视为不合规矩。投票选举以许多方式回避了决策过程，并且将此个人化。在处理社区的不同意见和少数人关注问题方面，投票往往比不上传统的程序；因此不一定有利于社区的团结。然而，许多土著社区还是设法将传统决策制度的主要内容和原则纳入现代的选举制度，从而在现代的选举体制中保存了内部决策过程的重要内容。⁴¹

64. 然而，仍然有许多传统决策制度没有改变，仍然在土著社区中同其他的管理制度一起运作。中苏拉威西 Topokafa 人的自治仍然保持着与印度尼西亚集中管制体制不同的传统体制和宗教。⁴² 其他一些例子包括：亚利桑那北部平顶山的 Hopi 人的传统制度、新墨西哥 Pueblos 部落传统形式的一致意见决策以及美利坚合众国和加拿大 Haudenosaune 人的传统长屋议事制度。⁴³ 还有其他一些土著社区，主要是由于他们地理位置偏僻和远离权力中心，仍然得以在不受干扰的情况下采用传统的决策方法。⁴⁴

65. 即使在传统决策机构没有改变的地区，仍然还存在干预和不尊重传统机构决定的情况。在多数国家中，例如在亚洲，⁴⁵ 由于建立了主要负责基础设施发展的村理事会/委员会，⁴⁶ 社区的关注重点由保持文化完整性(社会、精神和文化生活)转移到另外一种发展模式。相关的挑战包括：土著决策机构决定关于社区土地和资源事务的权力有限；土著社区内部的分工；因为土著人民的发展模式和思想得不到尊重或者理解而引起的冲突。最后，还有关于土著人民知识有效地代代相传的挑战；这个问题还造成土著人民决策原则的进一步衰落。

66. 另外，还需要正视将妇女排除在传统决策制度之外的缺陷。政府、非政府组织和社会学家在讨论土著人民制度时经常强调一些问题；这项挑战为解决这些问题提供了一个机会。

⁴¹ Wilton Littlechild 和 Andrea Carmen(北美)、AIPP 及 JOAS(马来西亚)的意见。

⁴² Abdon Nababan(印度尼西亚)的意见。

⁴³ Wilton Littlechild 和 Andrea Carmen(北美)的意见。

⁴⁴ AIPP 的意见(亚洲筹备会议报告)。

⁴⁵ AIPP 和 JOAS(马来西亚)的意见。

⁴⁶ 虽然这些机构的结构同传统长老理事会的结构相似(成员由社区民众推选或任命)，但是它们的目标、价值观和处事方法相差很大。

四. 参与国家和非国家机构的决策机制和影响到土著人民的进程

A. 参与选举政治

67. 土著人民参与选举政治的权利基于法律正式承认土著人民是拥有具体权利的特定群体。直至不久之前，土著人民还经常得不到这种基本承认。只是到 1960 年代，在拥有大量土著人民的移民国家(例如澳大利亚、加拿大和美利坚合众国)中，土著人民才最终获得完整的和不受限制的公民权利，其中包括选举权。

68. 在拉丁美洲，由于在 1980 年代末恢复了民主政体，以及土著人民和其他社会运动呼吁进行根本变革，因此通过了新的国家宪法。这些宪法试图为承认真正多种族、多语言和多文化的社会，建立一种更为有利的立法和体制框架。在这种社会中，土著人民参加选举的权利往往成为这些变革的基石。

69. 虽然在一些国家中取得了明显进展，但是国际社会还没有普遍承认土著人民的权利，因为许多国家的国内法律仍然没有正式承认土著人民的权利。⁴⁷ 实际上，很少亚洲或者非洲国家的法律或者宪法明确承认在其国内存在土著人民。⁴⁸

70. 然而，即使在新的法律或者法律修正案规定正式承认土著人民参加选举的权利或者通过一般性的平等条款允许土著人民参选的国家中，实现这些权利往往仍然是一项挑战。例如，在 2009 年博茨瓦纳的大选期间，400 名土著 San 人被剥夺了投票权利；在中 Kalahari 禁猎区的 5 个土著 San 人社区被选举登记部门除名。⁴⁹ 其他一些影响充分实现这些权利的障碍包括：规定在投票时出示身份证，从而将没有这些证件的土著人民排除在外；无法到达投票中心；很少开展使用土著语言的公民和选民教育；使用利诱、强迫和威胁手段；以及划分选举区域，使得土著人民处于不利地位。

B. 参与议会工作

71. 议会仍然是民主社会中的最高决策机构，因为议会通过法律，分配预算以及追究政府责任。因此，无论是从实际意义上还是象征意义上来说，议会中的代表权对于土著社区都是十分重要的。如果在议会中没有代表权，将使得土著人民

⁴⁷ 萨尔瓦多国家人权机构的意见。

⁴⁸ 劳工组织国际劳工标准部，《土著和部落居民的实际权利：劳工组织第 169 号公约指南》(日内瓦，2009 年)，第五章。

⁴⁹ 生存国际的意见。也见 A/HRC/15, 第 64-76 页。

处于不利地位，甚至被完全排除在政治进程之外，从而对公共生活的质量以及政治制度和整个社会的稳定造成影响。

72. 近年来，世界土著人民在议会中的代表权普遍提高。这项成果是通过各种方式取得的，虽然在提高代表性和有效性方面仍然存在许多挑战。

73. 在一些国家中，在没有采取特别措施的情况下，土著人民通过选举获得了正规的议会席位。在拥有大量土著民众的国家(例如：多民族玻利维亚国⁵⁰和格陵兰)中，这项工作做得最为成功的。在格陵兰，所有议会和内阁的成员都是土著 Inuit 人。在土著人民不占多数的其他国家中，代表性也有提高。例如，在尼加拉瓜，土著人民在国民大会中的代表人数有所增加。⁵¹

74. 其他一些国家通过在议会中为土著代表保留席位，增强了土著人民的代表性。这种做法也可能涉及特别规定的选区。例如，在新西兰，从 1867 年以来，Aotearoa 人就是如此。在一些情况下，同政府作出政治安排的土著群体在地方议会中享有代表权。⁵² 在其他一些情况下，虽然不存在对于土著人民参选的障碍，但是历史、体制和社会方面的压力只是增加了某些群体的参与权。⁵³

75. 土著人民参加选举的其他情况包括土著政党的能见度和影响有所增加。然而，必须确保主流政党考虑到其党内多样性的需要，确保有足够的土著代表性，以便防止排斥，特别是防止排斥人数较少的土著群体。规定土著人民在政府决策中影响的特别安排往往包括确保土著人民在选举机构中的代表性。在布隆迪和卢旺达可以发现关于这类行动的实例；这两个国家的政府采取了一些具体措施，确保 Batwa 人在议会中的代表性。

76. 有可能不仅仅需要一种措施。例如，在新西兰，由于采用了保留席位和按比例产生代表的办法，结果毛利人按其其在人口中的比例取得了议会中的席位。其他一些政治因素(包括政党)也发挥了作用，以致目前毛利人的利益在议会的决策中得到更好的代表。

77. 尽管采取了特别措施，还是存在一些风险。例如，在尼泊尔，由于制宪会议(目前正在起草国家的新宪法)要求实行按比例代表，结果产生了大量土著代表，但是正式代表是由政党推选的，估计他们会严格按照其所属政党的言行行事。⁵⁴

⁵⁰ 多民族玻利维亚国国家人权机构的意见。

⁵¹ 尼加拉瓜的意见。

⁵² Bidhayak Chakma 和 Myentheine Promila(孟加拉国)及 AIPP(亚洲筹备会议报告)的意见。

⁵³ Ramy Bulan(马来西亚)的意见。

⁵⁴ Krishna Bhattachan(尼泊尔)的意见。

78. 一项有关的风险是：在政治反对派的压力下，少数代表将无法保护土著人民的利益。虽然各国议会制度不同，但是土著人民议员应在议会中取得领导地位。如果没有议会领袖的支持，土著议员在将其提议列入议会议程和获得议会审议和通过等方面，将会遇到困难。⁵⁵

C. 直接参与管治

79. 土著人民也通过各种各样的机制参与国家管理。一些国家建立了专门负责土著人民事务的秘书处、委员会或者部门，以便确保国家和国际两级所作出的政策决定考虑到土著人民的人权。⁵⁶ 然而，应当指出，一些土著人民反对这种解决办法，因为他们认为这种做法会分散土著问题，而应当在所有政治机构中将土著问题主流化。

80. 一些地方安排规定，土著社区根据自己的习俗和传统，选举产生能够合法代表他们的社区管理机构；国家承认这种机构是自治政府。其中一项潜在的挑战可能是：为获得法律承认需要满足复杂的行政需要。⁵⁷

81. 许多国家通常使用的一种办法是承认国家中的自治区域；在这种区域中，土著人民可以实行直接自治和处理事务。印度⁵⁸ 和尼加拉瓜⁵⁹ 就是属于这种情况。

82. 在土著人民占多数的地区成立正规政府是直接管治的另外一种形式。例如，在格陵兰⁶⁰ 和 Nunavut⁶¹，政府机构中的官员多数是 Inuit 人。

D. 参与混合型的管治制度

83. 另外一种模式就是混合型的管治制度。在这种制度下，土著人民通过不同程度地使用自己的决策机构和做法参与政府工作。

⁵⁵ 联合国开发计划署(UNDP)的意见。

⁵⁶ 尼加拉瓜、Les Malezer(澳大利亚)及(JOAS)(马来西亚)的意见。

⁵⁷ 尼加拉瓜和 AIPP(亚洲筹备会议报告中关于柬埔寨的例子)的意见。

⁵⁸ 《印度宪法》，6 号表，1949 年 11 月 26 日，第 3(1)段。

⁵⁹ 尼加拉瓜 Miskito 海岸。也见 Mayangna(Sumo) *Awes Tingni* 人诉尼加拉瓜，美洲人权法院 2001 年 8 月 31 日裁决(C 系列)，第 79 号(2001 年)。

⁶⁰ 格陵兰的意见。

⁶¹ Jack Hicks 和 Graham White(2000 年)，“Nunavut: Inuit 人通过土地要求和公共政府实行自决？”摘自 Jens Dahl、Jack Hicks 和 Peter Jull 所编《Nunavut: Inuit 人重新掌握其土地和命运》(哥本哈根，土著人民事务国际工作组，2000 年)。

84. 在司法方面，一些国家将土著法律纳入成文法，允许土著社区根据自己的法律处理事务。⁶² 在一些情况下，土著习惯法也获得了宪法承认。例如，马来西亚允许沙巴州自行制定法律和建立土著司法机构，以便实施这些法律。其他一些模式承认土著法律对于某些重要的文化领域拥有管辖权。⁶³

85. 其他的管辖权注重于土著长老在不同程度上的参与，例如：在澳大利亚，主流司法部门在审理涉及土著人的刑事案件时，土著长老可以参与。其目的是要使得司法程序在文化上更能为人所接受，以便促进土著社区和司法官员的相互信任，同时推动关于被告及其案情的非正式信息交流。

86. 在研究不同的混合型司法模式时，重要的是同土著人民进行充分协商，允许他们参与决定这些机构的结构。此外，关于土著人民积极参与决策权利的研究报告收到了各种各样的意见。从这些意见中可以明显看出，虽然一些土著人民可能赞成将土著法律纳入国家法律，但是另外一些土著社区则认为，将土著法律纳入主流法律制度可能会歪曲这些土著法律的精神，或者使得土著人民丧失对于自己法律和其他制度的控制。

E. 国家设立的理事会或委员会

87. 土著人民特别反对某些由国家建立的委员会和理事会，特别是因为这些机构有效地接管了传统的决策工作。实际上，政府在历史上曾经利用这些机构造成土著社区参与决策的印象，但是事实上，却是旨在压制土著人民对于政府政策和做法的反对意见。由国家控制的委员会经常任命向政府发出呼吁的土著个人担任土著代表，但是这种任命程序本身往往是不透明的。此外，这些被任命的代表并不一定能够反映土著社区的意见；他们可能缺乏对于有关事项的知识，往往不接触他们自称代表的社区。由于政府往往支付被任命代表的工资，他们可能担心因为批评政府政策而遭到自己雇主的疏远。

F. 为发展项目取得自由、事先和知情同意

88. 在越来越多的各种规模的发展项目侵占其领土的情况下，世界土著人民加紧努力保持对于自己土地和资源控制。在许多项目中，涉及保护和使用有关自然资源的冲突日益加剧；土著社区继续承受这些项目对于人权和环境的影响。这些项目往往涉及各种各样的行为者，其中包括国家和私营公司；有时也涉及国际金融机构和非政府组织。许多关于这些发展项目的决定严重影响到土著人民的权利，但是并没有取得他们自由、事先和知情同意。

⁶² Elina K. Horo(印度)的意见。

⁶³ 酋长 Wilton Littlechild 和 Andrea Carmen 的意见。也见美利坚合众国，《印第安儿童福利法》，1978 年。

89. 上文已经说明了关于自由、事先和知情同意的法律框架；土著人民的人权状况和基本自由问题特别报告员也讨论了这种同意的规范性质。⁶⁴ 从实质上来说，《土著人民权利宣言》一般性规定的协商权利需要“有效”参与，而不是形式上的协商；协商之目的是要取得土著人民的自由、事先和知情同意。

90. 尽管为自由、事先和知情同意规定了明确的标准，但是协商往往流于形式。通过显示所谓的社区支持，引用不相干的评论以及低调处理不同意见，将协商作为一种公共关系工具，以期批准关于发展项目的建议。⁶⁵

91. 为了防止出现这种情况，一些土著社区已经制定了明确的协议，确保他们参与的任何协商必须基于自由、事先和知情同意的标准。这样一种处理方法在某些情况下取得了成功，⁶⁶ 土著社区需要能力建设，以便为开展同其社区有关的协商，继续制定在文化上适宜的协议和程序。

92. 有时国家可能规定，项目所涉的第三方有法律义务向土著人民发出通知。然而，由于收到政府部门的大量要求，缺乏足够的资金以及没有一个关于转介程序的有效机制，因此土著人民感到十分沮丧。⁶⁷ 虽然土著人民应被纳入管理程序，但是立法部门关于第三方必须发出“通知”的规定不一定符合关于同土著人民协商以取得他们自由、事先和知情同意的国际标准。

G. 参与设立替代性组织

93. 为了克服在真正参与国家组织的正式机制方面的障碍，许多土著人民组织了地方、区域或者国际性的非政治协会，以便维护自己的利益。实际上，在土著人民被排除在正式程序以外的国家中，这些组织在代表土著人民和就社会、文化和宗教问题作出集体决定方面发挥了重要作用。⁶⁸

94. 这些组织往往通过结成联盟的方式帮助土著群体相互联系，并且代表各种各样的利益和人民。他们也利用其合作地位讨论共同的挑战，并且就影响到它们的根本问题发出共同呼吁。⁶⁹ 有些组织进行跨国合作，并就影响到它们的问题起草了国际协议。⁷⁰

⁶⁴ A/HRC/12/34, 第 36-57 段。

⁶⁵ Les Malezer(澳大利亚)的意见。

⁶⁶ 土著人民已经订立了许多关于研究和管理资源的社区协议，例如：马来西亚沙巴、印度 Raika、澳大利亚以及新西兰的社区协议。

⁶⁷ 第一民族首脑会议(加拿大)的意见。

⁶⁸ Krishna Bhattachan(尼泊尔)的意见。

⁶⁹ 第一民族首脑会议(加拿大)的意见。

⁷⁰ 劳工组织国际劳工标准部，《土著和部落居民的实际权利：劳工组织第 169 号公约指南》(日内瓦，2009 年)，第 164-171 页。

95. 然而，获得国家承认仍然是一项重大挑战，因为这些组织往往遭到忽视，或者被排除在正式的决策过程以外。⁷¹

H. 参与区域和全球的论坛与工作

96. 土著人民也一直积极参与国际机制的工作，以便更好地保护自己的权利。有关的联合国机构、条约机构以及其他国际机制都帮助土著人民直接参与最高级别的工作。⁷² 另外一个例子是北极理事会。在这个政府间组织中，北极地区的土著人民和组织享有“永久成员”的地位。北极理事会的永久成员帮助土著代表积极参与并且同他们进行协商。⁷³ 然而，人们注意到，尽管一些联合国机构屡次发出呼吁，但是劳工组织一直不允许土著人民直接参加其会议。⁷⁴

97. 一项适当的目标是：土著人民充分和直接参与所有特别影响到他们的事物的国际工作。这些工作包括关于生物多样性和气候变化的谈判，因为它们往往对土著人民及其领土产生巨大影响。然而，需要经常性的财政和行政支持，以便确保土著人民长期参与有关国际机构的工作。

I. 其他问题和挑战

98. 虽然已经就土著人民参与外部决策过程的问题采取了积极措施，但是进展是不平衡的，仍然需要特别关注。即使在法律似乎充分承认土著人民有权参与各级决策的国家中，在法律正式承认同落实这些权利之间往往存在差距。

99. 一个重要的关注是关于获得信息的问题。对于确保土著人民知情参与决策来说，信息是必要的。往往没有以文化上能够接受的方式及时、经常和广泛地向土著人民传播信息。这种情况特别表现在新问题上，因为土著人民不一定具有适当处理这些问题的能力或者技术。

100. 必须向土著社区的所有阶层提供参与协商和决策的机会。妇女和青年特别需要参与，因为他们往往被排除在这些过程之外。

101. 最后，决策机构必须在土著社区中具有合法性和可靠性。挑选代表的过程必须是透明的和真正参与性的。其中一项挑战是发展土著个人的领导能力；其长期目标是：确保土著人民参与决策；让土著人民感到自己享有适当的代表权，不仅要让别人听见自己的声音，而且还要让别人考虑到自己的意见。

⁷¹ 国家印第安青年理事会(美利坚合众国)的意见。

⁷² 开发计划署、劳工组织和《生物多样性公约》秘书处的意见。

⁷³ www.arctic-council.org。

⁷⁴ 《经济及社会理事会正式记录》，补编第 23 号，土著问题常设论坛第八届会议报告(E/2009/43/E/C.19/2009/14)。