



## 土著问题常设论坛

## 第九届会议

2010年4月19日至30日，纽约

临时议程\* 项目3

讨论年度特别专题：“土著人民：发展与文化和特性：《联合国土著人民权利宣言》第3条和第32条”

## 关于气候变化政策和项目在何种程度上遵守《联合国土著人民权利宣言》所载标准的研究报告

## 秘书处的说明

## 摘要

土著问题常设论坛在第七届会议上任命常设论坛成员哈桑·埃德·巴尔卡斯姆先生和帕马涅·哈斯特赫女士担任特别报告员，负责研究确定气候变化政策和项目是否遵守《联合国土著人民权利宣言》所载标准。在常设论坛第八届会议上，埃德·巴尔卡斯姆先生和哈斯特赫女士提出了一份概念文件，简要说明了研究的框架(E/C.19/2009/5)。埃德·巴尔卡斯姆先生和哈斯特赫女士认为，气候变化减缓和适应措施对土著人民及其土地、领土和资源的影响突出表明了气候变化在很大程度上威胁到土著人民，尤其是因为土著人民在气候变化法律和政策方面的参与一直不足。本研究报告以埃德·巴尔卡斯姆先生和哈斯特赫女士的概念文件为基础，对现有的和拟议的气候变化政策和项目是否遵守《宣言》作了更详细的审查。

\* E/C.19/2010/1。



## 目录

	页次
一. 气候变化.....	3
二. 国际气候变化法律和政策.....	3
三. 气候变化与土著人民.....	4
四. 气候变化与人权.....	6
五. 遵守《宣言》的义务.....	7
六. 气候变化与土著人民权利.....	10

## 一. 气候变化

1. 《联合国气候变化框架公约》下的气候变化定义是：“指除在类似时期内所观测的气候的自然变异之外，由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化。”<sup>1</sup>
2. 气候变化主要是由温室气体排放造成的，<sup>2</sup> 而后者则大体上归因于化石燃料的燃烧。<sup>3</sup> 政府间气候变化专门委员会认为，温度升高的原因包含人类活动，其中包括发电、砍伐森林、交通运输、农业和工业。<sup>3</sup>
3. 由于气候变化目前造成的和预计造成的变化包括：<sup>3</sup>
  - 白雪覆盖的地区和海冰面积缩小；
  - 海平面上升，水温升高；
  - 极端的酷热天气出现的频率增加；
  - 暴雨现象和受干旱影响的地区增多；
  - 热带气旋的强度提高。

## 二. 国际气候变化法律和政策

4. 1992 年议定的《气候变化框架公约》提供了国际社会应对气候变化的框架，<sup>4</sup> 但没有列出具体的义务和战略，这些义务和战略将在以后的协定下制定。《框架公约》力求“将大气中温室气体的浓度稳定在防止气候系统受到危险的 [……] 干扰的水平上”（第二条）。已有 192 个国家批准了《框架公约》。
5. 国际气候变化的法律和政策围绕着减排（减少温室气体的排放）和适应（提高适应气候变化的能力）双重战略制定的。在《框架公约》的公平原则下，发达国家作为历史上温室气体的主要生产国和资源最丰富的国家，在减排和适应战略方面将承担较大的责任，包括向较为贫穷的国家提供援助和开发技术。
6. 《框架公约京都议定书》<sup>5</sup> 详细规定了 2008 年至 2012 年期间国际社会应对气候变化的措施，为发达国家订立了强制性的温室气体减排目标，确定了实现这

<sup>1</sup> 《联合国条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号。

<sup>2</sup> 政府间气候变化专门委员会，《2007 年综合报告》，第二十七次全体会议（2007 年）通过。

<sup>3</sup> 同上，政府间气候变化专门委员会，《2007 年气候变化：物理科学基础：第一工作组对第四次评估报告的贡献》，S. Solomon and others, editions (剑桥，剑桥大学出版社，2007 年)。

<sup>4</sup> D. Freestone “The international climate change legal and institutional framework: an overview”, *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, No. 38 (2009)。

<sup>5</sup> 《联合国条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号。

一目标的机制，包括碳交易和清洁发展机制(规定发达国家可以通过对发展中国家的减排投资来达到自身的减排目标)，并制定了监测、报告和核查措施。《议定书》得到 190 个国家批准。

7. 2007 年，《框架公约》缔约方通过了《巴厘行动计划》，据此它们将在 2009 年《气候变化框架公约》缔约方大会第十五次会议结束时，就长期的减排、减缓和适应战略、技术转让与发展以及适当的融资和投资达成协议。<sup>6</sup>

8. 《框架公约》缔约方大会第十五次会议没有就所有问题达成最后一致意见，也没有就降低因森林砍伐和退化所产生的排放(减排)(据估计，森林砍伐和退化所产生的排在二氧化碳年排放量占 18%)达成最后协议，<sup>7</sup>但减排协议接近最后拟定完成。不过，多数国家在比如《哥本哈根协议》中商定，由大多数发达国家承诺执行减排目标并提供资源。

9. 国际气候变化政策和法律已经高度政治化。在气候变化立场背后相互博弈的利益转化为很多富有争议性的问题，例如对气候变化的严重性和可能的严重性科学评估的争议。发达国家尤其关注与应对气候变化有关的经济负担。发展中国家则以歧视为由，力求能像发达国家以前那样，在自身的发展中不受能源使用上的束缚，但同时认为它们的利益与气候变化减缓和适应措施相一致。碳排放量最少、但最易受气候变化影响之害的国家，包括小岛屿发展中国家，则要求作出更有力的承诺。石油生产国则对气候变化减缓措施造成的石油用量减少的经济影响表示关切。因此，决定气候变化政策的既可能是需要减轻气候变化的影响，也可能是政治妥协的结果。

10. 一些组织已经采取了若干气候变化减缓和适应措施，它们当中有各种各样的组织，既有全球环境基金、世界银行，也有联合国以及国家开发基金。这些措施包括设立基金以执行和管理减缓和适应战略，建立碳市场、排放抵销制度、对碳排放设限、试验性减排机制等等。<sup>4</sup>在国家以下一级也正在制定和执行若干自愿的碳抵销措施。国内处理气候变化的管制制度各国有所不同。

### 三. 气候变化与土著人民

11. 许多土著人民面临着气候变化最重大的影响。气候变化可以加剧土著人民原本已经困难的境况，因为土著人民属于世界上最贫穷、最被边缘化的群体，

<sup>6</sup> 《联合国气候变化框架公约》缔约方大会第十三次会议成果文件，第 1/CP.13 号决定(《巴厘行动计划》)。

<sup>7</sup> 见 Meridian Institute “Reducing Emissions from deforestation and forest degradation (REDD): an options assessment report”, prepared for the Government of Norway (2009)。

也往往生活在最受温度升高影响的地区。如同已经指出的那样，“不应要求对生态产生影响最小的土著人民来承担较重的适应气候变化的负担。”<sup>8</sup> 《预先警戒简编》(Advance Guard Compendium)概述了气候和环境变化、不同区域的土著人民在当地的观察和所体验的影响，简要介绍了各社区使用传统知识和生存技能尝试着对变化采取适应性应对过程中正在实施的各种适应和减缓战略，可供进一步阅读。<sup>9</sup>

12. 气候变化减缓和适应措施可能对土著人民的权利产生影响。例如，降排政策尤其会对土著人民产生影响，因为土著人民一般居住在森林覆盖的地区，他们与作为其生存环境的森林以及森林的使用和养护有着密切联系。人们感到关切的是，降排信用制度可能导致土著人民受森林覆盖的领土被攫取，并被改成种植园。<sup>10</sup> 已有人批评国际降排政策，包括要求遵守一些土著人民权利标准的政策，<sup>11</sup> 如世界银行的政策<sup>12</sup> 和联合国关于降低发展中国家因森林砍伐和退化所产生的排放的合作方案(联合国降排方案)(尽管有关义务源自政策，而不是规则)。<sup>13</sup> 另一方面，与降排有关的设计良好的林业方案也会有助于土著人民的权利，下文对此进行了讨论。

13. 土著人民在不同程度上参与了国际和国内的气候变化应对措施。但将其纳入政策和法律的制定工作并非始终能得到保证。土著人民似乎正在更多地参与国际一级的一些与气候变化有关的举措，例如世界银行订立的以及在联合国降排方案下订立的举措，这些举措有时是在土著人民要求下制定的。

14. 许多土著人民参加了《框架公约》缔约方大会第十五次会议，将列入一份降排协定草案的措辞提到需要让土著人民和地方社区参与，其中也提到《土著人民

<sup>8</sup> 见《经济及社会理事会正式记录，2008年，补编第43号》(E/2008/43)，第6段；另见联合国人权事务高级专员办事处关于气候变化与人权之间关系的报告(A/HRC/10/61)，第51段。

<sup>9</sup> Kirsty Galloway McLean, *Advance Guard: Climate Change Impacts, Adaptation, Mitigation and Indigenous Peoples—A Compendium of Case Studies* (联合国大学高等研究所—传统知识倡议，澳大利亚，达尔文，2010年)。

<sup>10</sup> 国际环境和发展学会简报“COP 15 for journalists: a guide to the UN climate change summit” (2009年11月)。

<sup>11</sup> Tom Griffiths, “Seeing ‘REDD’? “Forests, climate change mitigation and the rights of indigenous peoples and local communities”, 森林民族方案，2008年。

<sup>12</sup> 世界银行关于土著人民的订正业务政策和银行程序，OP/BP 4.10 (2005)。

<sup>13</sup> 联合国降排方案，全球土著人民就降低因森林砍伐和退化所产生的排放议题举行的协商，2008年11月12日至14日在菲律宾碧瑶市举行。

权利宣言》。<sup>14</sup> 不过，土著人民继续要求在缔约方大会的全部文件中更全面地提到土著人民的权利。<sup>15</sup>

15. 如果土著人民被纳入有关的国际法和政策制定工作，尤其是如果这些国际法和政策符合土著人民的权利，他们可提供许多最佳做法，协助采取减缓和适应措施以应对气候变化。

16. 土著人民一直要求气候变化政策和法律遵守比如说《宣言》中所列的土著人民权利。<sup>16</sup> 他们还要求将土著人民纳入国内和国际各级的气候变化政策和法律的制定和实施工作中，而且土著人民的理事机构有“权酌情颁布此类法律和法规，并在各自的管辖权力内通过减缓和适应计划 [……]”。<sup>16</sup>

17. 有若干文书、报告和进行国际诉讼的尝试、尤其是 2009 年 4 月在安克雷奇通过的《土著人民全球气候变化峰会宣言》，都已说明了土著人民应对气候变化的种种办法。

18. 土著人民对气候变化法律和政策某些方面的看法存在分歧。正如陶利-科尔普斯指出的那样，在排放交易方面，土著人民没有一个统一的立场。<sup>17</sup> 与土著人民的自决权一样，每一个土著民族的观点都应得到尊重。

19. 一些土著人民从观念上来说反对基于市场的气候变化政策，原因是这些政策把比如说树木方面的利益商品化，损害了其文化和精神价值。<sup>18</sup> 还有人反对允许继续实行排放温室气体的交易计划，这些计划包括保留森林等碳汇来抵销温室气体的排放。其他土著人民在气候变化的减缓和适应政策、包括基于市场的举措和利用其土地上的资源方面看到了机会，认为可以推动亟需的经济、社会和文化发展。

#### 四. 气候变化与人权

20. 国际人权法没有明确规定可持续的环境权利(一些区域文书中的环境保证除外)。<sup>18</sup> 但是，若干权利受到气候变化的影响，在土著人民方面尤其如此。

<sup>14</sup> 《公约》下的长期合作行动特设工作组的工作成果，2009 年 12 月 15 日，可在下列网址查得：<http://unfccc.int/resources/docs/2009/awg/ca8/eng/1070.96.pdf>。

<sup>15</sup> 缔约方大会第十五次会议国际土著人民气候变化论坛，最后声明，2009 年 12 月 31 日。

<sup>16</sup> 国际土著人民气候变化论坛，2009 年 9 月 27 日声明。

<sup>17</sup> 维多利亚·陶利-科尔普斯，“Indigenous peoples and carbon trading” REDD-Monitor (2009 年 4 月 8 日)。

<sup>18</sup> P. Havemann, “Ignoring the mercury in the climate change barometer: denying indigenous peoples’ rights”, *Australian Indigenous Law Review*, vol. 13, No. 1 (2009)。

21. 将气候变化的影响确定为人权问题存在着困难。正如人权事务高级专员办事处指出的那样，鉴于排放与影响之间“复杂的因果关系”，难以将气候变化的影响确定为“具有严格法律意义的”人权。<sup>19</sup> 此外，“全球升温的不利影响往往是对未来影响的预测，而人权的侵犯通常是在伤害发生后才能成立。”<sup>20</sup> 减缓和适应气候变化的影响对国家造成的财政负担，可能降低各国实现经济、社会和文化权利的能力。<sup>20</sup>

22. 国际体系，包括民间社会，已就气候变化与人权之间的关系完成了大量工作，这些工作要求采取与人权相一致的方法。<sup>21</sup>

## 五. 遵守《宣言》的义务

23. 《宣言》是关于土著人民权利的最普遍、最全面和最基本的文书，构成为人权法的一部分。

24. “软法律文书”通常没有正式的法律约束力，其司法效力值得争议，而“软法律”与“硬法律”之间的界限同样如此，“硬法律”作为正式的国际法事宜通常具有法律约束力。此外，《框架公约》缔约方大会等国际机构是否受国际人权法的约束仍然值得争议，尤其是因为人权一般而且主要仅对国家构成法律义务。<sup>22</sup>

25. 不过，仍有有力的法律和政治理由表明，国际和国内气候变化法律和政策应遵守《宣言》。正如常设论坛所指出的那样，“必须从近年来在国际人权法方面出现的创新这一较为广泛的规范背景下来看待《宣言》的约束力价值。”<sup>23</sup>

26. 《联合国宪章》第一款第三项规定，作为联合国的主要目标之一，实现“国际合作[……]，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”在联合国主持下采取的任何行动，包括应对气候变化的行动，都应力求执行《宪章》的“宪政”目标，包括作为国际人权法体系一个组成部分的《宣言》。

27. 《宣言》体现了联合国大会的集体意愿，因此具有体制上的合法性。

<sup>19</sup> A/HRC/10/61, 第 70 段; I. Knox, “Climate change and human rights law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, No. 1(2009)。7 月 1 日。”

<sup>20</sup> A/HRC/10/61, 第 70 段。

<sup>21</sup> 例如，联合国人权事务副高级专员在《气候变化框架公约》缔约方大会第十三次会议上的发言，“气候变化与人权”（2007 年 12 月）。

<sup>22</sup> A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford, Oxford University Press, 2006)。

<sup>23</sup> 见《经济及社会理事会正式记录，2009 年，补编第 43 号》(E/2009/43)。

28. 《宣言》的正当性还产生于其制定的进程、土著人民对谈判的参与、《宣言》的实质性内容以及各国、国家机关、国际机构、跨国倡导团体、民间社会和土著人民在很大程度上的参与。《宣言》是在一个强有力的进程之后 20 多年时间里逐步拟就的。同样，各国和世界各地土著人民、国际机构、学术界和民间社会对《宣言》谈判工作的参与表明，这是包容各方的审议进程的结果，证明其权威性有着正当的理由。<sup>24</sup> 鉴于土著人民的国际法律地位以前遭到剥夺以及他们受压迫的经历，《宣言》所述权利体现了土著人民主张的正当性。<sup>25</sup> 最后，《宣言》的正当性体现在国家、国际、机构、非国家行为体和土著人民之间在政治和法律背景下的互动。例如，国际人权组织、<sup>26</sup> 联合国机构、<sup>27</sup> 国家法院<sup>28</sup> 和土著人民等等，都在各种环境下适用了、或力图适用《宣言》。这些互动反映了“有关土著人民权利内容的共识”。<sup>29</sup>

29. 《宣言》第 42 条规定，联合国和各国“应促进对本《宣言》各项规定的尊重和充分实施，并跟踪检查本《宣言》的实施效果”。因此，《宣言》要求参与制定国际和国内气候变化法律 and 政策的《框架公约》各机构和国家，推动尊重并充分实施《宣言》。

30. 土著人人权和基本自由状况特别报告员说，“《宣言》的规定的一些方面可被认为是反映了习惯国际法的规范。”<sup>30</sup>

31. 国际法的一般原则也是《国际法院规约》第三十八条(子)款所承认的国际法约束力的一个来源。如上文指出的那样，“国际组织颁布的非约束力性质的行为和宣言是国际法一般原则的一个良好来源。”<sup>31</sup> 《宣言》中的某些规范已被确认为反映了国际法的一般原则，如伯利兹最高法院确认的土地权。<sup>32</sup>

<sup>24</sup> J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by W. Rehg (Cambridge Massachusetts, MIT Press, 1998).

<sup>25</sup> A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2004).

<sup>26</sup> 例如，消除种族歧视委员会关于美国，文件 CERD/C/USA/CO/6，人权理事会对美国的普遍定期审议。

<sup>27</sup> 例如，联合国发展集团《关于土著人民问题的准则》，2008 年。

<sup>28</sup> Cal 及其他人诉伯利兹检察长和自然资源及环境部长，2007 年第 171 号和第 172 号权利请求诉讼。

<sup>29</sup> 土著人人权和基本自由状况特别报告员的报告 (A/HRC/9/9)，第 18 段。

<sup>30</sup> 同上，第 41 段。

<sup>31</sup> S. Perkins, “International Human Rights Law and Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice”, in Schaffer and Snyder (eds) *Contemporary Practice of Public International Law* (Dobbs Term, New York, Oceana Publications, 1997).

<sup>32</sup> 见上文脚注 28，第 127 段。



32. 《宣言》将具有约束力的国际人权条约所述的许多现有人权规范具体适用于土著人民。例如，美洲人权法院和消除种族歧视委员会适用了不受歧视权以及财产权，要求与《宣言》保持一致，尊重土著人民的部族和习惯土地权。<sup>33</sup> 《宣言》只要反映并影响了国际人权条约的解释，就作为、并可作为具有约束力的国际法加以适用。

33. 各国的气候变化政策和法律将在人权方面受到仔细审查，包括评估其是否遵守了《宣言》。例如，人权理事会在普遍定期审议中，呼吁还没有支持这项《宣言》的国家支持《宣言》。<sup>34</sup> 消除种族歧视委员会已经评估了各国对人权文书的遵守情况，其中提到了《宣言》，<sup>35</sup> 尤其是在据称给土著人民造成不利影响的气候变化政策方面。<sup>36</sup> 常设论坛还将评估《宣言》的效力，<sup>37</sup> 国际劳工组织(劳工组织)监察机构根据劳工组织《关于独立国家境内土著和部族民族的公约》(第169号)适用了类似规范。

34. 只要各国在国内法下受源自国际、宪法、立法、行政或司法规范的人权的约束，它们就必须遵守人权，其中可以包括《宣言》所载的权利，尤其是在可以作出连贯一致的解释时。

35. 《框架公约》是1992年在里约热内卢通过的，当时就环境问题制定了重大的国际政策，包括《里约宣言》和《21世纪议程》，<sup>38</sup> 其中涵盖土著人民、对保护他们权利的保证、以及对土著人民的福祉与环境之间相互关系的确认。<sup>39</sup> 《公约》作为一项有力的、连贯一致的政策，应遵守尤其是相关的文书。

36. 《宣言》可能无法作为法律事项对《框架公约》的国际机构基础设施具有正式约束力，整个国际系统的功效要求所有的各国际法律“次系统”——包括人权和气候变化——连贯一致地发挥作用。<sup>40</sup> 换言之，国际法律体系的权威要求遵守国际规范，即使它们源自不同的次系统，从而使本身得到加强。具体而言，如果《公约》和相关协定不遵守其他有关国际原则，如《宣言》载列的原则，这就表

<sup>33</sup> 例如，美洲人权法院，Saramaka 人诉苏里南，Ser. C (No 172) (2007)；同上，Mayagna (Sumo) Awas Tingni Cmty 诉尼加拉瓜，Ser. C (No. 79) (2001)。

<sup>34</sup> 例如，普遍定期审议工作组：新西兰报告草稿 (A/HRC/WG.6/5/L.7)。

<sup>35</sup> 例如，见上文脚注 26。

<sup>36</sup> 消除种族歧视委员会关于印度尼西亚，文件 CERD/C/IDN/CO/3，第 17 段。

<sup>37</sup> 见《经济及社会理事会正式记录，2009 年，补编第 43 号》(E/2009/43)，附件，第 21 段。

<sup>38</sup> 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正)，第一卷，会议通过的决议，决议 1，附件一和二。

<sup>39</sup> 同上，附件一，原则 22。

<sup>40</sup> 国际法委员会关于国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难议题的研究小组 (A/CN.10/L.682 和 Corr.1 和 Add.1)。

明国际法总的来说没有权威性，这种情况有损于《公约》、缔约方大会和整个国际法律体系。国际法委员会建议依据《维也纳条约法公约》第三十一条第三(丙)款，在国际法各次系统之间进行“系统性整合”；该款规定在解释一项条约时，“应与上下文一并考虑者尚有[……](丙)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。”<sup>41</sup>

## 六. 气候变化与土著人民权利

37. 本文建议对气候变化法律和政策遵守《宣言》的情况进行评估。必须铭记的是，气候变化的一些影响一直不为人所知，气候变化政策和法律在不断演变，因此难以进行确切的评估。要分析具体的国内法律和政策，就需要进行进一步的重点研究。

38. 人们较少地关注气候变化引起的一般人权问题以及相关的减缓和适应政策和法律，如生命权、健康权、食物权、住房权和水权方面的政策法律。已在一定程度上进行了这方面分析。不过，必须确认，所有权利都是不可分割的、相互依存的、相互关联的，<sup>42</sup>也是不可剥夺的和固有的。此外，如上文所述，土著人民尤其容易受源自气候变化的侵犯人权行为以及气候变化减缓和应对战略之害。<sup>43</sup>

39. 《宣言》“载列了与气候变化构成的威胁有关的若干权利和原则。”<sup>44</sup>

40. 土著人民已经指出，他们“拥有集体权利，包括对土地的至高无上的固有权利以及签署条约、公约和协定的权利。保护这些权利也会加强土著人民和当地社区应对气候变化的能力和适应力。”<sup>15</sup>他们也主张自己拥有制定法律和政策以应对气候变化的管辖权。<sup>15</sup>

41. 气候变化减缓和适应法律和政策有可能有利于土著人民的权利，如果是在遵守此类权利的情况下实施的，就会有助于这些权利的实现，例如实行土著人民的自决，取得对土著人民土地、领土和资源的尊重。<sup>45</sup>此外，减缓和适应措施还可以降低气候变化对土著人民构成的威胁，支持《宣言》中的权利。土著人民拥有应对气候变化的至关重要的知识，而对气候变化采取以权利为本的办法，这些知识才会得到利用。现有的降排协定草案规定采取此类办法。

<sup>41</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号。

<sup>42</sup> 《维也纳宣言和行动计划》，世界人权会议于 1993 年 6 月 25 日通过 (A/CONF. 157/24 (Part I))，第三章。

<sup>43</sup> 见 A/HRC/10/61。

<sup>44</sup> 同上，第 53 段。

<sup>45</sup> 陶利-科尔普斯和 A. Lynge, “Impact of climate change mitigation measures on indigenous peoples and their territories and lands” (E/C.19/2008/10)，第 36 段。

42. 相反，气候变化以及减缓和适应措施已经会、或者将来可能导致违反《宣言》的事情发生。此外，如果气候变化减缓和适应措施不足以制止气候变化，则各国也许会违反《宣言》。<sup>46</sup>

43. 总而言之，必须验证气候变化减缓和适应政策和法律所体现的哲学前提。各国必须意识到土著人民较为敏感，怕气候变化法律和政策仅仅为国家对土著人民实行控制、也就是实行一种新的殖民主义/新统治形式提供了最新的借口。

44. 如果气候变化法律和政策不遵守《宣言》，则土著人民就难以执行《宣言》，或寻求法律补救。例如，联合国降排方案已承诺遵守《宣言》，土著人民没有使这一承诺得以实施的直接渠道，也许只能在以国家为中心的国际人权机制下间接地加以实施。

### 土著人民的参与权

45. 土著人民参与国际和国内气候变化政策和法律的制定和执行工作的权利源自人权、土著人民的权利和良好治理，并且在很大程度上得到国际和国内法律和政策制定理论和实践的支持。

46. 土著人民参与国内和国际气候变化政策和法律制定工作的权利产生于《宣言》的多项条款，除其他外包括第 3、5、18、20、23 和 30 条以及第 34 条。<sup>47</sup> 尤其是第 18 条载列了土著人民有权参与对其自身有影响的决策，该条规定：土著人民有权通过他们按自己的程序选出的代表，参与对事关自身权利的事务的决策，有权保持和发展自己的土著人决策机构。

47. “事关自身权利”这样的假设性措辞表明，土著人民必须在作出决定之前和在即使仅仅有可能对其产生影响的时候参与，这说明这项的广泛适用性质。第 18 条还规定，土著人民自己决定的机构和决策结构，是土著人民必须经其参与的工具，这与土著人民的自决权相一致。

48. 参与权与土著人民的自决权以及自由、事先、知情同意权密切相关。<sup>48</sup> 它们作为一个整体，反映了土著人民作为国际法下的人民，有权决定自己的未来，这要求参与有可能对其产生影响的任何各种有关进程。这是一项集体行使的权利，不同于参与决策进程的个人权利。

49. 土著人民的参与权也受到一般的人权和良政原则、如《公民权利和政治权利国际公约》第 25 条所述权利的支持，并与之密切相关。的确，国家难以代表作

<sup>46</sup> 国际生存权利组织，“The Most Inconvenient Truth of All: Climate Change and Indigenous People”，2009 年。

<sup>47</sup> 土著人民与气候变化问题国际专家组会议的报告 (E/C.19/2008/CRP.9)。

<sup>48</sup> 关于自由、事先、知情同意方法与土著人民的国际讲习班的报告 (E/C.19/2005/3)。

为自决人民的土著人民，原因是土著人民在国家内部不占优势，而且拥有自身的、或者有权拥有自身的自治决策结构。

50. 鉴于土著人民与自决的关系、以及土著人民应享有的国际地位，土著人民的参与权适用于国际法律 and 政策的制定，如在《框架公约》下进行的制定工作。

51. 如上文所述，范围更为广泛的国际环境法律制度同《宣言》一样，提出了要求土著人民参与的标准。《气候变化框架公约》第四次评估报告指出，“将土著知识纳入气候变化政策可以导致制定成本-效益高的、参与式、可持续的有效适应战略。”<sup>49</sup> 《框架公约》第六条规定，各国应促进和便利“公众参与应付气候变化及其影响和拟订适当的对策。”此外，现有的降排谈判文本草案要求土著人民充分有效地参与与降排有关的活动。常设论坛 2008 年建议，“科学家、政策制定者和国际社会总的来说应同土著人民进行经常协商，这样他们的研究和决定将以土著人民的传统知识和经验作为参考。”<sup>49</sup> 政府间的北极理事会也是涉及气候变化的一个机构，它认可若干土著组织可长期参加，并要求“北极土著代表积极参与，并同他们充分协商”。<sup>50</sup> 世界银行现在呼吁将土著人民纳入气候变化法律和政策中。<sup>51</sup> 联合国降排方案政策委员会中有土著人民代表成员。联合国人权事务高级专员的报告指出，“参与决策对气候变化应对工作具有重大意义”，<sup>52</sup> 然后提到《宣言》的自由、事先、知情同意规定。同样地，一些国内气候变化措施规定了土著人民的参与。<sup>53</sup>

52. 土著人民对国际法制定工作的参与是有先例可循的，如在下列情形中的参与：常设论坛、土著人民权利问题专家机制、世界产权知识产权组织，《生物多样性公约》<sup>54</sup> 以及人权理事会。参与权得到范围更为广泛的人权判例的支持。<sup>55</sup> 此外，劳工组织《第 169 号公约》第六条规定了各国有义务使土著人民能参与事关自身利益的政策和方案。

<sup>49</sup> 见《经济及社会理事会正式记录，2008 年，补编第 43 号》(E/2008/43)，第 9 段。

<sup>50</sup> 见 [http://arctic-council.org/section/the\\_arctic\\_council/](http://arctic-council.org/section/the_arctic_council/)。

<sup>51</sup> “世界银行申明支持土著人民制定气候变化对策”，第 2010/149/SDN 号新闻稿(2009 年 11 月 18 日)。

<sup>52</sup> A/HRC/10/61，第 79 段。

<sup>53</sup> “*Background Analysis of REDD Regulatory Frameworks*”，report for Terrestrial Carbon Group and UN REDD(2009)。

<sup>54</sup> 具体而言，见缔约方大会第六次会议通过的《关于获得遗传资源和公正、公平地分享其利用所产生的惠益的波恩准则》。

<sup>55</sup> 见上文脚注 25。

53. 需要参与权，以确保气候变化法律和政策对自决的土著人民以及其他个人和群体具有权威性以及在这些人问题上具有权威性。<sup>56</sup> 将其纳入确保国际法律和政策不会将结果强加给土著人民，因为土著人民不可能支持他们没有审议过的政策。土著人人权和基本自由状况特别报告员指出，如果不[……]取得土著人民的接受和支持，[……]即使是那些专门惠及土著人民的政府方案，就会在一开始就丧失其效力。缺乏适当的磋商始终导致冲突的局势，而土著人民表示愤怒和不信任，有时又上升成为暴力(A/HRC/12/34，第36段)。

54. 土著人民的投入就长期而言有可能是法律和政策制定工作做得更好，因为这确保受气候变化以及相应的减缓和适应战略影响最大的一些人会做出贡献，而他们最理解这个问题、其影响以及背景和历史因素，这些均将有助于问题的解决。这样，土著人民的参与也会提高融入关于气候变化的国际法律和政策制定工作的专门知识水平。

55. 土著人民关心一般的气候变化法律和政策的拟定和执行，因为他们特别容易受气候变化之害，土著人民可以在气候变化减缓和适应技能方面分享他们的最佳做法，国际气候变化政策和法律可能对他们享有权利产生重大影响。根据《宣言》，土著人民有权参与比如说国际和国内法律和政策的制定，以应对气候变化，包括可能的影响以及就有关气候变化的研究进行收集和准备工作。因此，应作出规定，让土著人民参与特别是《框架公约》缔约方大会和相关的谈判、《框架公约》缔约方大会附属机构，如提供科学技术咨询意见、拟订降排政策的机构，包括联合国、世界银行和各国发起设立的机构。

56. 土著人民要求“在土著人民的充分有效参与下设立供土著人民充分有效地参与的结构和机制”，包括让国际土著人民气候变化论坛以咨询的角色参与。<sup>57</sup>

57. 土著人民在更为地方化的境况下可能具有更多的参与权，因为气候变化法律和政策更有可能对土著人民的权利产生更具体的影响。联合国降排方案委托编写的报告指出，“必须同[土著人民]以及其他利益攸关者进行磋商，以维护拟议的国家或国家以下的降排计划的正当性和透明度。”<sup>52</sup> 在国内以及特别是地方一级，土著人民的参与权可在许多情况下转化成为自由、事先、知情同意权。

58. 土著人民需要获得资助，才能根据《宣言》参与国际气候变化法律和政策的制定和执行。

<sup>56</sup> P. Habermas, quoted in A. Barron “Foucault and the Law” in J. Penner and others (eds) *Introduction to Jurisprudence & Legal Theory: Commentary and Materials*(Oxford, Oxford University Press, 2002)。

<sup>57</sup> 2009年4月20日-24日在阿拉斯加安克雷奇举行的气候变化问题土著人民全球峰会的《安克雷奇宣言》。

59. 《框架公约》第七条第 6 款规定了观察员可参与缔约方大会各次会议，包括非政府组织。一些土著人民组织已取得了观察员地位。

60. 不过，在实际上，土著人民在订立《框架公约》或《京都议定书》的谈判中，并没有得到适当咨商，不得已举行抗议，以推动将其纳入国际气候变化政策和法律的制定工作中。设立更强有力的参与机制、如土著人民与气候变化问题专家组的要求遭到拒绝。有一个积极的信号，而且这种积极的事态发展必须继续下去并加以扩大，那就是土著人民组织在 2009 年 9 月巴厘的一次会议上发了言，并且与各有关工作组主席会面，提出了纳入《框架公约》文书的措辞(包括遵守土著人民的权利)。<sup>58</sup> 不过，土著人民正式平等地参与谈判的渠道仍不尽畅通。

### 自决权

61. 自决是《宣言》中的一项主要规定，其他各项权利均源于此。在土著人民背景下的含义要视有关土著人民的状况而定，但须遵守平等原则，并包括土著人民自身如何看待自决主张。它既可以是充分的主权和独立，尤其是土著人民处于非自治或托管领土和(或)国家默许的情况下，也可以是《宣言》第 4 条下的自治和自我管理，又可以是对国家政治进程的充分参与。第 46 条第(1)款提到了国家的领土完整。自决的全部解释中有一个共同之处就是，它具有一个政治方面，表述了土著人民对决定自身命运的权利主张。<sup>59</sup>

62. 在气候变化可能威胁到土著人民根本生存的地方，例如低洼的环礁国家，土著人民的自决需要作为一个民族继续生存下去，这种自决权会受到根本的损害，尤其是如果国际社会不为土著人民提供另外行使自决的空间，就更是如此。同样，对北极地区、特别是由于气候变化而更易于进出的地区主权的彼此竞争的主张，可能有损于土著人民的自决。

63. 如果国际、国家或国家以下的气候变化政策和法律要适用于通常由土著人民习惯法管制的地区，势必会产生习惯法与非土著法律和政策之间的冲突。<sup>60</sup> 如果非土著法律至少作为国家宪政或其他法律事项优先于土著法律，非土著法律的适用就损害了土著人民的自决权。<sup>60</sup>

<sup>58</sup> 见长期合作行动特设工作组第 33 号非正式文件，“联络小组关于长期合作行动的共同愿景”，文件 FCCC/AWGLCA/2009/INF.2 经修订的附件 1，主持人提交的非正式文件，“国际土著人民气候变化论坛提出的拟议案文修正和增添内容”（2009 年 11 月 2 日至 6 日，巴塞罗那）。

<sup>59</sup> James Anaya “The right of indigenous peoples to self-determination in the post-Declaration era”, in charters and R. Stavenhagen (eds) *Making the Declaration Work: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*(国际土著事务工作组，哥本哈根，2009 年)。

<sup>60</sup> E. Savaresi and A. Morgera, “Ownership of Land, Forest and Carbon” in J. Costenbader (ed) *Legal Frameworks for REDD: Design and Implementation at the National Level*(自然保护联盟环境政策与法律文件，第 77 号，2009 年)。

64. 如果有关政策没有得到土著人民的投入和批准而要适用于土著人民或其领土，就会损害土著人民的自决，加剧国家对土著人民的压迫。

65. 气候变化法律和政策可以支持土著人民的自决权。例如，如果降排的资金直接用于在土著法律下由土著人民当局代表的土著人民，就会被视为承认土著人民当局对其自己的土地、领土和资源(此处是指森林)的权利及其自决。相反，如果降排的资金通过国家提供，而国家不承认土著人民对其森林的权利，或者与土著人民的权利主张相反，支持非土著人民对土著人民的土地、领土和资源的拥有，则土著人民的自决可能被视为受到了损害。支持地方政府和(或)其他民间组织、而不是土著人民的代表组织的措施，同样可能损害土著人民的自决。

66. 自决权包括土著人民“自由从事经济、社会和文化发展的权利”。这项权利得到第 20 条的支持，根据此条的规定，土著人民有权“自由从事他们所有传统的和其他经济活动”。这项权利还得到第 23 条的支持，该条规定了土著人民有权确定和制定行使其发展权的优先重点和战略，使土著人民也能利用其资源来从事发展。第 32 条第 1 款规定，“土著人民有权确定和制定开发或利用其土地或领土和其他资源的优先重点和战略。”在一些情况下，可利用土著人民领土上的化石燃料资源，在土著人民对减缓和适应战略的参与下从事开发。试图限制土著人民利用其资源的气候变化法律和政策如果是在没有土著人民参与以及必要时获得其同意的情况下制定的，就会损害他们的自决权。

#### 对土地、领土和资源的权利

67. 《宣言》的土地权利规定包括第 10 条、第 25 至第 30 条和第 32 条。大致来说，这些条款规定：

- 如果未事先获得土著人民的自由知情同意和商定公正和公平的赔偿，并在可能时提供返回的选择，则不得强迫土著人民迁离其土地。
- 表示土著人民有权保持和加强其与他们的土地、领土和资源之间的精神联系；
- 规定土著人民对他们传统上拥有、占有或以其他方式使用或获得的土地、领土和资源拥有权利；
- 表明土著人民有权拥有、使用、开发和控制他们因传统上的拥有或其他使用而持有的以及他们以其他方式占有的土地、领土和资源；
- 要求各国执行程序来承认和裁定土著人民对其土地、领土和资源的权利；
- 说明土著人民的土地、领土和资源未事先获得他们自由知情同意而被没收、拿走、占有、使用或损坏的，有权获得补偿；

- 规定土著人民有权养护和保护环境，包括他们的土地、领土和资源；
- 不得在土著人民的土地或领土上开展军事活动，除非达到了某些标准；
- 规定土著人民有权开发其土地、领土或资源，在批准任何影响到土著人民土地、领土和资源的项目之前，应征得其们的自由知情同意。

68. 土著人民的领土必须给予广义上的解释，与土著人民的理解相一致，这种理解是指“象征性空间的整体，其中某一土著文化得到发展，这不仅包括土地，还包括与他们的世界观相符的‘神圣的景观’。”<sup>61</sup> 有关背景将确定，土著人民根据《宣言》，可在何种程度上对非土著由于国内的国家法持有的、但未经有关的土著人民同意而取得的他们的领土提出权利主张。有关背景在确定根据第 28 条对土著人民的土地被占有的确切适当补偿极有相关意义。在这两种情况下，土著人民的意愿和对自身权利的理解都应成为最重要的考虑因素。第 46 条第 2 款也具有相关意义。

69. 澄清土著人民的土地产权以及划定土著人民土地的措施，必须尊重土著人民拥有土地的习惯做法，以遵守《宣言》。需要慎重，以确保确定土著人民的土地、领土和资源权利的法律验证不受限制，并未偏向非土著的土地拥有观念，免得因这些观念而不公正地使土著人民失去对其领土和资源、包括他们历来使用的领土和资源的合法权利主张。<sup>62</sup>

70. 不断演变的习惯国际法支持《宣言》中的土地权规定。<sup>30</sup>

71. 在气候变化背景下，土著人民表明“确保我们对我们的祖先的土地、森林、水和资源的权利，为可持续的当地社会、文化、精神和经济发展提供了基础，也是不会易受气候变化影响的保证。”<sup>63</sup>

72. 就“不断下沉”的岛屿和融化的冰层而言，因气候变化导致土著人民的陆地面积不断减少，突出表明为了实现《宣言》中的土地、领土和资源权，国际和国内气候变化法律和政策必须大力减缓气候变化的影响。这些领土的丧失对其他权利也有重大影响，例如土著人民与资源有关的传统活动，如狩猎和捕捞。

73. 在美洲人权法庭在“*Awasi Tingni*诉尼加拉瓜案”和“*Saramaka*诉苏里南案”的裁决中，减缓气候变化与保护和促进土著人民对其土地、领土和资源的权利之

<sup>61</sup> A. Regino Montes and G. Torres Cisneros, “The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: the Foundation of a New Relationship between Indigenous Peoples, State and Societies” in C. Charters and R. Stavenhagen (eds), 上文脚注。

<sup>62</sup> A. Erueti, “The Demarcation of Indigenous Peoples’ Traditional Lands: Comparing Domestic Principles of Demarcation with Emerging Principles of International Law”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 23, No. 3 (2006)。

<sup>63</sup> 见上文脚注 15, 第 11 段。



间明显存在潜在的协同增效作用。在这两个案件中，均出现了无视土著人民的土地权利、未经(土著人民)批准颁发砍伐特许证的情况，土著人民努力成功地使他们的土地权利得到承认。<sup>33</sup>

74. 土著人民的土地、领土和资源尤其容易受气候变化政策和法律的影响，特别是在土地产权尚未授予土著人民、或不确定或遭受质疑的时候。比如说修建堤坝和风力发电场、在植树造林方面投资、为生物燃料进行种植的气候变化政策，都可以是不承认土著人民的土地并将他们迁走的刺激因素。<sup>45</sup> 一位土著产权律师指出，排放交易制度可能“通过取消土著产权、无法利用自然资源而进一步减少土著人民在土地方面的权益。土著产权 [……] 容易被取消。”<sup>64</sup>

75. 与此相反，稳固和明确的土著人民土地和森林权利可以更好地推动保留土著产权，从降排的角度来说这是积极的，并且已经被视为国家是否愿意执行降排政策的一个指标。<sup>65</sup>

#### 自由、事先、知情同意权

76. 自由、事先、知情同意权与土著人民的自决和其他人权义务、尤其是参与权密切相关。许多机构在研究报告中对此表示赞同，这些机构包括：人权理事会、美洲人权组织、<sup>33</sup> 食物权问题特别报告员、<sup>66</sup> 消除种族歧视委员会、人权委员会和常设论坛。一些国内法律还与自由、事先、知情同意义务相一致发生了演变。<sup>67</sup>

77. 土著人民问题特别报告员评论了《宣言》有关条款中的自由、事先、知情同意的含义(见A/HRC/12/34)，常设论坛第四届会议说明了自由、事先、知情同意的详细内容。<sup>68</sup> 自由、事先、知情同意包括第 19 条的要求，即各国在通过和执行可能影响到土著人民的立法或行政措施之前，通过土著人民的代表机构同土著人民进行协商与合作，以取得他们的自由、事先同意。第 32 条第 2 款规定了自由、事先、知情同意的一项具体要求，“在批准任何影响到土著人民土地或领土和其他资源的项目，特别是在开发、利用或开采矿物、水或其他资源的项目前，

<sup>64</sup> E. Gerrard, “Impacts and opportunities for Climate Change: Indigenous Participation in Environmental Markets”, Native Title Research Units(2008)。

<sup>65</sup> L. Westholm and others “Assessment of Existing Global Financial Initiatives and Monitoring Aspects of Carbon Sinks in Forest Ecosystems—the Issue of REDD”, 经济学方面的工作文件, 第 373 号(2009 年 8 月)以及 N. Stern, The Economics of Climate Change: The Stern Review (Cambridge, Cambridge University Press 2007 年)。

<sup>66</sup> 联合国食物权问题特别报告员, 大规模取得和租赁土地: 处理人权挑战的一套核心原则和措施(2009 年)。

<sup>67</sup> 例如, Haida Nation 诉英属哥伦比亚(森林部长)[2004]3 最高法院判例汇编, 511。

<sup>68</sup> 见《经济及社会理事会正式记录, 2005 年, 补编第 43 号》(E/2005/43), 第 69、86 和 137 段。

应征得他们的自由知情同意”的具体要求。其他相关条款包括第 10、11、15、17、18、28、29、30、36 和 38 条。

78. 如同已经指出的那样，将土著人民纳入有可能影响到他们的进程在实际上是有助益的。此外，这一专题的专家得出结论认为，自由、事先、知情同意程序“可能导致公平的解决办法和逐步的发展，从而导向共同管理和决策。”<sup>69</sup>

79. 《宣言》的自由、事先、知情同意规定的具体义务视具体情况和所涉的问题而有所不同，尽管始终必须取得土著人民的同意。<sup>70</sup> 如果影响到土著人民的国家决定同时具有更广泛的影响，就会产生特别的义务，“因为正常的民主和代表程序通常不足以解决土著人民特有的关切问题，土著人民在政治领域一般遭到边缘化。”<sup>71</sup>

80. 借用土著人民以前的经验，有可能产生自由、事先、知情同意权的情况除其他包括但不限于下列利益可能受到影响的情况：<sup>72</sup>

- 土著人民的土地、领土和资源，包括其环境；
- 条约、协定或其他建设性安排规定的土著人民的权利；
- 土著人民领域特别与采掘业、开发、旅游和堤坝有关的活动；
- 土著人民的传统知识。

81. 总而言之，寻求土著人民自由、事先、知情同意的举措必须始终是诚意的。<sup>73</sup> “自由”意味着土著人民没有受到胁迫、恐吓或操纵。<sup>74</sup> “事先”意味着“在任何授权或者开始活动之前留出足够时间征求同意，并对土著协商/共识进程所需要的时间表现出尊重。”<sup>74</sup> 必须提供充分的信息，例如，就气候变化而言，减缓和适应措施可能对土著人民产生影响的具体方式以及关于气候变化影响的最新科学信息。它应包括任何项目的性质、规模和可逆转性及其持续时间的准确信息，还包括对其必要性的评估，提出的方式应适于有关的土著人民，同时要考虑到一些土著人民更喜欢口头的交流形式，可能只会讲自己的土著语言。需要就可能影响他们的任何提议为土著人民提供辩论和审议的机会。各国在同土著人民联络时必须

<sup>69</sup> 自由、事先、知情同意方法与土著人民问题国际讲习班的报告(E/C.19/2005/3)，第 42 段。

<sup>70</sup> A/HRC/12/34，第 47 段。

<sup>71</sup> 同上，第 42 段。

<sup>72</sup> E/C.19/2005/3，第 45 段。

<sup>73</sup> 同上，第 47 段。

<sup>74</sup> 同上，第 46(-)段。

---

谨慎，与代表受影响的土著人民的机构进行接触，并根据《宣言》的要求，尊重土著人民的机构和决策结构。<sup>75</sup>

82. 《宣言》还要求各国在国际环境中，例如在《气候变化框架公约》下，遵守《宣言》的自由、事先、知情同意规定。尤其是，土著人民反对各种不遵守《宣言》的拟议的气候变化措施。

---

<sup>75</sup> 同上，第 24 段。