



人权理事会

第四十五届会议

2020年9月14日至10月2日

议程项目3和5

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

人权机构和机制

《联合国土著人民权利宣言》下的土地权：聚焦人权

土著人民权利专家机制的研究报告

摘要

土著人民权利专家机制根据人权理事会第 33/25 号决议进行了本研究。
研究报告最后附有专家机制关于土著人民土地权的第 13 号建议(见附件)。



一. 导言

1. 根据人权理事会第 33/25 号决议，土著人民权利专家机制在 2019 年 7 月举行的第十二届会议上决定就土著人民的土地权问题编写一份研究报告。为此，专家机制于 2019 年 9 月 30 日和 10 月 1 日在比勒陀利亚举行了一次研讨会。本研究受益于研讨会上的发言以及会员国、土著人民、国家人权机构、学术界和其他方面提交的资料。¹ 《联合国土著人民权利宣言》是唯一一份专门聚焦于土地、领土和资源对土著人民全面意义的国际人权法律文书，借鉴了人权文书和国际劳工组织《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)，其中第 13、14 和 16 条与《宣言》第 25、26 和 10 条相似。

2. 《宣言》明确承认土著人民对其土地、领土和资源的权利，旨在解决长期以来持续至今的非法和不公正剥夺问题。本研究旨在促进理解《宣言》所载权利(第 25-28 条)、由此产生的国家义务以及落实这些权利的国家实践。开展这项工作的背景是破坏、侵占和掠夺土地导致针对土著土地的冲突增加，对土著土地维护者的定罪、骚扰和暴力行为也相应增加。² 正如专家机制关于移民和流离失所问题的研究所承认和详述的那样，有几个区域的土著土地日益军事化，这也严重阻碍了土著人民对其土地的享有。³ 本研究没有详述土地权利的程序方面，这个问题在以往研究中已作讨论。⁴

3. 各区域对土地权利的保护程度各不相同，一些国家制定了精细但往往过于复杂的手段来授予土著人民土地保有权，另一些国家则根本不承认土著人民，更不用说他们的土地权了。还有一些国家继续迫害土著人民。执行差距仍然很大，不承认土地权利助长了许多区域持续的暴力。追求可持续发展目标、包括其中一些与土地权利有关的目标，给各国提供了一个机会来确保土著人民对其土地、领土和资源的控制。⁵ 国际社会对气候变化和气候正义的关注也是一个机会，可以借此承认土著人民在保护环境和维护生物多样性方面发挥的关键作用。⁶

4. 始于 2020 年初的冠状病毒病(COVID-19)危机凸显了土著人民与其他人在生活的所有领域、包括土地方面的严重不平等。⁷ 缺乏有保障的土地权利，包括对土著边界和治理缺乏尊重，使得土著人民很难保护自己的社区免受这种疾病的侵害。此外，据报一直有伐木工和矿工非法侵入土著土地，包括在亚马孙区域，还有人担心自愿与世隔绝和初步接触外界的土著人民的安全，他们特别容易受到 COVID-19 的威胁。

¹ 这些发言和资料可查阅：www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Call.aspx。

² 见 A/HRC/39/17，亚太妇女、法律和发展论坛提交的资料和土著事务国际工作组提交的资料。

³ A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1。

⁴ A/HRC/15/35、A/HRC/18/42、A/HRC/21/55 和 A/HRC/39/62。

⁵ 可持续发展目标 1 和 2：具体目标 1.4、具体目标 2.4 和具体目标 2.5。

⁶ 《巴黎协定》(第 7 条)、《联合国气候变化框架公约》及地方社区和土著人民平台。

⁷ 专家机制今后的研究将侧重于 COVID-19 危机对土著人民的影响。

见 www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/emrip/pages/emripindex.aspx 和 www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx。

二. 土地权利对土著人民的意义以及土地权利和其他权利的联系

A. 土地权利对土著人民的意义

1. 土地不是商品

5. 对土著人民而言，土地不仅是一种经济资产，甚至还是一种主要经济资产，是他们身份和文化以及他们与祖先和后代关系的决定性因素。土地、领土和资源是通过社区成员、而不是通过自由市场获得。对土著人民而言，土地权利往往代际相传，因此带有为当前和未来成员的利益进行管理的义务，是他们作为一个民族继续存在的基础。⁸ 例如，根据阿马齐格法律，土地不仅被视为生产来源，而且是一种庇护形式、一个安全地点以及归属和认同感的来源。⁹

2. 尊重习俗、传统和土地保有制度

6. 土著人民有自己的习俗、传统和土地保有制度，应该给予尊重。国家设立相对于集体的个人土地权利并对土著人民习惯上拥有的土地进行权力授予，破坏了这些制度。如果不将习惯法纳入所有权授予程序，土著人民的土地权利就得不到充分的保护。在巴拉圭，虽然已经授予土著人民土地所有权，但却并不是基于历史用途或传统，而是通过计算维持社区经济和文化活力需要多少土地。¹⁰ 即使在大部分土地为习惯保有制的国家，也规避了对公司或个人土地所有权转让的限制，正如巴布亚新几内亚、萨摩亚、¹¹ 所罗门群岛和瓦努阿图等国所报告的那样。

3. 集体权利

7. 土著人民有权作为集体和个人，与所有其他人民和个人一样，平等享有国际人权文书保障的所有人权和基本自由。尊重土著人民的自决权和习惯土地保有制度，就必须承认他们对土地、领土和资源的集体所有权。在美利坚合众国等国家，承认个人和集体的土地权利至关重要，在这些国家，土著土地既由集体持有，例如部落保留地，也由个人持有，例如配给用地，土著人民努力保留两种类型的土地保有权。集体权利尤其是国际和区域判例的核心，美洲人权法院在卡利尼亚和洛科诺人民案中以及非洲人权和人民权利委员会在恩多罗伊斯案中对此均有表述。¹² 刚果是非洲迄今为止唯一颁布立法明确承认土著人民、包括他们集体土地保有制度的国家。¹³ 格陵兰作为丹麦的自治领土，遵循因纽特人传统，不设私人土地所有权：土地是一种公物，永远不能买卖。¹⁴

⁸ E/CN.4/1995/WG.15/4。

⁹ 摩洛哥多个组织提交的资料。

¹⁰ A/HRC/30/41/Add.1。

¹¹ A/HRC/WG.6/25/PNG/3。另见 www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/uprsamoafinal.pdf。

¹² 美洲人权法院，卡利尼亚和洛科诺人民诉苏里南案，2015年11月25日判决；非洲人权和人民权利委员会，少数人权利发展中心(肯尼亚)和代表恩多罗伊斯福利理事会的少数人权利团体国际组织诉肯尼亚，2010年2月4日第276/2003号裁定。

¹³ 刚果，第5-2011号法律，第31-32条。另见 Soyata 提交的资料。

¹⁴ 格陵兰和丹麦提交的资料。

8. 在所有区域，土著土地的所有权仍大多掌握在国家手中。肯尼亚、摩洛哥和美利坚合众国等一些国家为现有和未来几代土著人民的利益将土地纳入信托。但摩洛哥内政部对阿马齐格集体土地的监督受到阿马齐格部落的高度质疑，数万人经常举行示威游行。¹⁵ 据非洲人权和人民权利委员会称，肯尼亚的信托土地制度已证明不足以保护恩多罗伊斯人的权利。¹⁶ 在美利坚合众国，许多美洲土著部落可以拥有由内政部长纳入信托、通过长期协议提供保障的保留区。此外，根据 1965 年《印第安人重组法》，他们可以向联邦政府申请将土地纳入信托。这一过程重要的是恢复了联邦和部落对环境、税收和公共安全的混合管辖权，但最近却受到了最高法院的限制。¹⁷

9. 土著人民通常拥有用益权，被视为受益者，¹⁸ 而不是土地所有者。许多土著人民，如芬兰、挪威和瑞典的萨米人，认为这不能令人满意。¹⁹ 虽然芬兰政府指出，若干立法有助于保障萨米人使用国有土地狩猎、牧鹿和捕鱼的权利，²⁰ 但萨米议会表示，仍然没有立法条款“体现萨米人对土地、水和自然资源的权利”。²¹ 在挪威，继最高法院对斯特耶尔尼驯鹿放牧区诉芬马克赛恩多门一案作出裁决后，似乎很难确定确立相对于用益权的土地所有权所必需的使用连续性、使用强度和使用时的充分排他性。这与加拿大的情况形成对比，在加拿大，最高法院在奇尔科廷族诉不列颠哥伦比亚省一案中裁定，没有必要证明持续密集的占用和使用才能授予所有权。在巴西，目前受《宪法》保障的土著人民对其土地和自然资源的专属用益权，据报道因为关于在土著土地上勘探自然资源的第 191/20 号法律草案而受到威胁。²²

10. 有鉴于游牧部落的流动性，确保获得土地仍然是他们今天的优先事项。²³ 非洲联盟在《非洲畜牧业政策框架》中承认流动性是牧民的一项基本权利(尼日尔 2010 年的畜牧法规也是如此)，必须将共有土地所有权优先给予在非洲土著人民中占到绝大多数的牧民。相比之下，对于其他土著人民，如巴瑶人(海洋游牧民)，在土地上强制本地化可能会影响他们作为一个民族的生存。²⁴ 其他土著人民，如泰国的克伦人和刚果民主共和国的巴特瓦人被驱逐出他们的土地，落入特别危险的境地。²⁵

¹⁵ 摩洛哥多个组织提交的资料。

¹⁶ 少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚。

¹⁷ 载于 *Carciari v. Salazar*: 555 US 379 (2009)。

¹⁸ 例如，见 the Sabah Land Ordinance of 1939 (Malaysia)。

¹⁹ A/HRC/33/42/Add.3。另见 CERD/C/SWE/CO/22-23。

²⁰ 芬兰提交的资料。

²¹ 萨米议会提交的资料。

²² 见 <http://apib.info/2020/02/12/statement-in-condemnation-of-draft-law-no-19120-on-the-exploration-of-natural-resources-on-indigenous-lands/?lang=en>，以及巴西提交的资料。

²³ A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1。

²⁴ F.R. Zacot 提交的资料。

²⁵ 见 www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/KKNCE_Thailand_FINAL-v2.pdf 和 <https://minorityrights.org/2019/07/02/drc-admissibility-decision-african-commission-on-human-and-peoples-rights-on-eviction-of-indigenous-people-from-ancestral-lands-represents-beacon-of-h/>。

B. 土地权利和其他权利

11. 保护土地、领土和自然资源对于保障土著人民的其他权利必不可少，包括生命权、文化权、尊严权、健康权、水权和食物权。土地权还意味着土著人民有权享有适足的生活条件，美洲人权法院对此已有表述，承认雅克耶阿夏人被剥夺和无法进入传统土地直接否定了他们获得此类条件的权利。²⁶ 人权事务委员会也承认了发展与土地相关的特定生活方式和传统经济活动的权利，并强调保护这一权利是为了确保土著人民文化特性的生存和持续发展。²⁷ 经济、社会和文化权利委员会指出，土著人民文化生活的强烈族群性对他们的生存是不可或缺的，包括对他们传统上拥有、占有或以其他方式使用或获得的土地、领土和资源的权利。²⁸

12. 美洲人权法院和人权事务委员会都承认，生命权不仅限于保护生命免遭损失，各国还必须采取积极措施保障生命和人身完整。在萨科摩克·卡瑟克土著社区诉巴拉圭案中，法院认定，剥夺财产导致 13 人死亡，国家应对这些死亡负责。²⁹ 用人权事务委员会的话来说，保护生命的义务还意味着缔约国应采取适当措施，处理可能导致直接威胁生命或阻止个人有尊严地享有生命权的社会整体状况。³⁰ 国家有义务处理诸如“土著人民的土地、领土和资源被剥夺”和“环境退化”等整体状况。³¹ 对于与世隔绝或初步接触外界的土著人民而言，土地权和生命权之间的联系尤其紧密，因为他们人口少、免疫系统脆弱、完全依赖生态系统生存，具有特殊的脆弱性。³² 美洲人权法院还将拥有健康环境、文化认同、食物和水的权利视为自主权利，并审议了这些权利对土著人民的影响和特殊性。³³

13. 各国不能忽视气候变化对土著人民生活方式不成比例的负面影响，必须承认土著人民与环境的密切联系。人权事务委员会认为，逃离气候变化和自然灾害影响的人如果基本人权在返回时会受到威胁，就不应被遣返原籍国。³⁴ 与享有安全、清洁、健康和可持续环境有关的人权义务问题特别报告员强调，国家对特别容易受到环境损害的某些群体的成员，特别是妇女、儿童和土著人民，承担额外的义务。³⁵

²⁶ 美洲人权法院，雅克耶阿夏土著社区诉巴拉圭案，2005 年 6 月 17 日判决。

²⁷ 人权事务委员会关于少数群体权利的第 23(1994)号一般性意见。

²⁸ 经济、社会和文化权利委员会关于人人有权参加文化生活的第 21(2009)号一般性意见。

²⁹ 另见 Joel E. Correia, “Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay: indigenous land rights”, *Erasmus Law Review*, No. 1 (April 2018), pp. 43-56.

³⁰ 人权事务委员会关于生命权的第 36(2019)号一般性意见。

³¹ 同上。

³² 亚马孙河流域土著组织协调员提交的第二份资料。

³³ 拉卡·洪纳(我们的土地)土著社区协会诉阿根廷，2020 年 2 月 6 日判决，以及土著事务国际工作组提交的资料。

³⁴ 人权事务委员会，泰蒂奥塔诉新西兰。

³⁵ [A/HRC/25/53](#)，第 69 段。

三. 法律框架

14. 《宣言》表达并反映了根据《联合国宪章》以及条约、司法裁定、原则和习惯国际法做出的法律承诺。³⁶ 土著人民对土地的权利和责任早于《宣言》就已存在。它们经常体现在土著人民自己的法律、习俗和传统中，如《尤罗克部落宪法》。³⁷ 此外，早在《宣言》通过之前，土著人民的土地权利就已存在于国内框架中，如《墨西哥宪法》和区域人权文书，并且在联合国人权条约中作了解释。

《宣言》中的所有权利都不可分割、相互依存，并以最重要的自决权为基础。关于土地权利的条款是《宣言》谈判期间对土著人民最为重要的条款，而且仍然是一项不断推进的工作。³⁸

A. 第 25 条

15. 该条强调了土著人民对土地的精神依恋及其追求与这种精神联系相关的习俗和传统的权利的重要性，并承认土著人民有责任确保后代也能保持这种联系。美洲人权法院在玛雅尼亚(苏摩)阿瓦斯廷尼社区诉尼加拉瓜案中表示，“对土著社区而言，与土地的联系不仅仅是一个拥有和生产的问题，而是一个他们必须充分享有的物质和精神要素，甚至是为了保存他们的文化遗产并传给后代”。

16. “精神联系”一词必须作广义解释。对土著人民而言，与土地的精神联系是土地上每一项活动不可分割的一部分。它不仅涉及精神仪式，还涉及其他广泛的活动，如狩猎、捕鱼、放牧和采集植物、药物和食物，这些都具有精神层面，是与土地的精神联系密不可分的组成部分。

17. 土著人民有权“保持”和“加强”他们与他们不再拥有、但过去归他们所有和使用的土地、领土和资源的联系。保持和加强土著人民与土地的精神联系可能需要确保获得土地，保护或恢复对土著习俗或传统至关重要的具体特征或生态，并防止不利于这些目的的使用和活动。非洲人权和人民权利委员会发现，“恩多罗伊斯人进入不了他们的传统土地，无法充分行使他们的文化和宗教权利，并感到与他们的土地和祖先脱节”。³⁹ 土著老人、妇女、青年、儿童和残疾人可能与土地有着不同的精神联系和神圣责任，根据《宣言》第 22 条，这一点值得特别关注。

18. 土著人民有权拥有他们“传统上拥有或以其他方式占有和使用”的土地、领土和资源。这涵盖一系列反映世界各地土著社会多样性的土地保有权关系，包括专属保有权、共享或共同管理的采伐和放牧权，以及与季节性或非正常占用土地有关的权利。还包括土著人民自己的传统或习惯法，并反映劳工组织的《土著和部落人民公约》。⁴⁰ 土著人民保持和加强其精神联系的权利延伸到所有资源，包

³⁶ 见 A/HRC/36/56。

³⁷ 见 <https://yurok.tribal.codes/Constitution/Preamble>。

³⁸ Claire Charters, “Indigenous peoples’ rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP”, p. 402。

³⁹ 少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚。

⁴⁰ 《公约》第 8 条规定，应“适当考虑”土著人民的“习惯或习惯法”；第 17 条规定，对他们的土地所有权制度“应予以尊重”。

括水域和近海。澳大利亚高等法院承认对海洋的权利，包括为个人、家庭和社区用途而捕鱼、狩猎和采集资源的权利，并承认北领地潮间带土地可以被主张和承认为原住民土地。⁴¹

B. 第 26 条

1. 第 26 条第 1 款

19. 该条款所体现的一般权利适用于土著人民传统上拥有或传统上占有或使用的土地、领土和资源，但也适用于土著人民“以其他方式使用或获得”的土地、领土和资源。因此，土著人民的土地权利并不局限于那些有完整的使用或占有历史的领土，而是包括土著人民已经占有的土地，例如由于过去自愿或非自愿搬迁而占有的土地。它可以包括搬迁后获得、按现代条约解决或通过购买获得的土地。

20. 根据第 26 条第 1 款，土著人民不需要证明持有才能拥有对土地、领土和资源的权利，以及相关归还或损失补偿权利。在恩多罗伊斯案中，非洲人权和人民权利委员会除其他外指出：

当土地被合法转让给无辜第三方时，不情愿失去所持土地的土著人民成员有权收回土地或获得同等面积和质量的其他土地。因此，持有不是土著土地归还权存在的必要条件。⁴²

非洲人权和人民权利法院及非洲委员会特别从《宣言》中得到了启发，尽管肯尼亚尚未表示支持。

21. 土著人民有权拥有和使用资源，正如他们有权拥有自己的土地和领土一样。在萨拉马卡人诉苏里南案中，美洲人权法院认为，土著人民对与其文化相关的、在他们的土地和领土上发现的自然资源拥有权利，“没有这些权利，土著人民的物质和文化生存就岌岌可危”。正如土著人民权利问题特别报告员所言，如果土著人民保留对其土地内所有资源、包括矿物和其他地下资源的所有权，那么，他们就也有权开采和开发这些资源。⁴³ 此外，即使国家根据国内法声称对地下资源或其他资源拥有所有权，土著人民也有权采取自主行动，至少是按照国家普遍允许其他方的条件，在自己的领土内进行开采和开发。⁴⁴ 在一项安排中，1971 年的《阿拉斯加土著人索赔解决法案》创建了土著“公司”，授予 220 个乡村公司对地表地产的所有权，并授予 13 个区域公司对矿产(地下地产)的开发权。⁴⁵

22. 在《宣言》通过之前，一些国内法院已经承认土著人民对传统上拥有或占有但不归他们所有的土地的权利。2003 年，南非宪法法院承认，尽管法律制度发生

⁴¹ 北领地诉阿纳姆地原住民土地信托，2008 年 7 月 30 日；联邦诉亚米尔，2001 年 10 月 11 日。

⁴² 少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚，第 209 段。

⁴³ A/HRC/24/41，第 9 段。

⁴⁴ 同上。

⁴⁵ 43 U.S. Code 1601-1627。

了变化，土著人民仍然保有对他们在殖民化之前占有的传统土地的所有权。作为证据，法院考虑了殖民前时期的习惯法。2002年，在雪兰莪州政府等诉沙贡达西等人案中，马来西亚州级法院雪兰莪高等法院承认了土地所有权的存在，其依据是“奥朗阿斯利自古以来对其祖传土地的专属和持续占有”。⁴⁶

2. 第26条第2款

23. 自1997年以来，消除种族歧视委员会在提到土著人民拥有、开发、控制和使用其公有土地、领土和资源的权利时，使用了与第26条第2款类似的措辞。⁴⁷ 区域人权机构在萨胡亚玛夏案和恩多罗伊斯案中，根据《宣言》所载权利解释了区域文书。⁴⁸ 在恩多罗伊斯案中，非洲人权和人民权利委员会的结论是，“土著人民对土地的传统所有权”应与“国家授予的全部产权”一起得到承认和保护。⁴⁹ 在玛雅尼亚(苏摩)阿瓦斯廷尼案中，美洲人权法院指出，“土著习惯法规范和惯例所产生的财产权必须得到保护”，“不承认基于土著传统的平等财产权违背了不歧视原则”。在非洲人权和人民权利委员会诉肯尼亚案中，非洲人权和人民权利法院承认奥吉克人将肯尼亚茂森林作为他们祖居地的权利。保护茂森林不能成为将奥吉克人驱逐出祖居地的理由。非洲法院还就《宣言》第26条第2款的含义发表了自己的意见：“在不排除传统意义上的财产权的情况下，这一条款更加强调整拥有、占有和使用土地的权利”。

24. 加勒比法院和伯利兹最高法院在解释《伯利兹宪法》时援引了《宣言》，以保护玛雅人对其传统土地的权利。2007年，最高法院首席大法官在奥雷利奥·卡尔等人诉伯利兹总检察长案中认为，《宣言》第26条反映了“关于土著人民及其土地和资源的日益增长的共识和一般国际法原则”。他认定科内霍和圣克鲁斯的玛雅社区对其土地拥有传统所有权，并命令政府尊重和划定他们的领土。

25. 其他国家法院也承认传统所有权是一种合法的土地保有权形式，例如瑞典最高法院在诺德马林案(2011年)中认为，萨米族驯鹿牧民的权利是“基于习惯权利”，而不是“远古规定”的国家法律。⁵⁰ 2009年，巴西最高法院确认了10年前由国家划定的太阳山狐狸谷土地的合宪性，并命令政府恢复移除所有非土著定居者。⁵¹

⁴⁶ Derek Inman, “From the global to the local: the development of indigenous peoples’ land rights internationally and in Southeast Asia”, *Asian Journal of International Law*, vol. 6, No. 1 (2016), pp. 46-88.

⁴⁷ CERD/C/KEN/CO/5-7, 第20(b)段。委员会关于土著人民权利的第23(1997)号一般性建议。

⁴⁸ 美洲人权法院，萨胡亚玛夏土著社区诉巴拉圭，2006年3月29日判决，第138段。另见少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚。

⁴⁹ 少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚，第209段。

⁵⁰ 其定义为：“财产或权利已经享有如此之久，并且得到了行使，以至于没有人记得这项权利产生于何时”。www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-court-recognizes-exclusive-fishing-rights-of-sami-village。

⁵¹ www.forestpeoples.org/en/location/brazil/news/2009/05/supreme-court-upholds-raposa-serra-do-sol-indigenous-area。

3. 第 26 条第 3 款

26. 根据该条款，各国应采取行动在法律上承认和保护土著土地、领土和资源，同时尊重土著人民的习俗、传统和土地制度。这一权利相当于国家授予的全部产权，使土著人民有权要求正式承认和登记产权。正如土著人民权利问题特别报告员所指出，“确定和承认土著人民土地和资源权利的任何措施的出发点都应该是他们自己的习惯使用和保有权制度”。⁵² 这通常是通过标界、划界、测绘和授权来实现。正如美洲人权法院所指出，“如果财产没有实际划定和确定，仅仅抽象地承认或从法律上承认土著土地、领土或资源在实践中毫无意义”。⁵³ 在卡利尼亚和洛科诺人民案中，法院命令苏里南划定和标定这些人民的传统领土，授予他们集体所有权，并确保他们有效使用和享有该领土。同样，非洲人权和人民权利委员会也呼吁“正式承认”土著土地权利并进行“产权登记”。⁵⁴

27. 尊重土著人民的土地制度应包括在管理土地时尊重土著人民的习俗和传统。正如土著人民权利问题特别报告员所指出，即使存在土著法院和非正式的习惯机制，它们也往往不被国家法律体系所承认。⁵⁵ 在瓦努阿图，宪法改革已经将土地管辖权从主流法院系统转移到“卡瓦吧”（习俗机构）。⁵⁶ 在肯尼亚，国家土地委员会鼓励在土地冲突中应用传统的争端解决机制。⁵⁷ 在美利坚合众国，部落可以在他们的土地上行使某种程度的控制并适用他们的法律，但这种控制往往是有限的：例如，切罗基族以“限制费用所有权”的方式拥有某些土地，这意味着家庭或个人仍然需要联邦政府的许可才能转让这些土地，但没有针对不利占有的保护。2013 年，在委内瑞拉玻利瓦尔共和国，霍托贾人建立了一个特殊的土著管辖权，不仅用于控制和管理该领土，还用于司法。⁵⁸ 在新西兰，提交议会的一项新法案提议建立一个基于毛利人做法的争端解决程序，以协助毛利人土地所有者解决关于其土地的分歧和冲突。⁵⁹

C. 第 27 条

28. 根据该条，各国应与土著人民合作，建立并实施一个程序，在法律上承认和保护土著人民对其土地、领土和资源的权利，不论这些土地、领土和资源过去是不是传统上拥有、占有或使用，现在归不归他们所有。这是第 28 条所载更宽泛补

⁵² A/HRC/33/42/Add.3。

⁵³ 雅克耶阿夏土著社区诉巴拉圭案，第 143 段。

⁵⁴ 少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚，第 209 段。

⁵⁵ 见 A/HRC/42/37。

⁵⁶ Siobhan McDonnell, “Building a pathway for successful land reform in Solomon Islands” (Canberra, Australian National University, 2015), pp. 34-35。

⁵⁷ Albert Kwokwo Barume, *Land Rights of Indigenous Peoples in Africa* (Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 2014)。

⁵⁸ 见 <https://porlatierra.org/docs/c5650a3f50d60f9e7ca9f0aab1e9dce3.pdf>。

⁵⁹ 新西兰提交的资料。

救要求的一部分(见下文)。同意在《宣言》中列入建立承认和裁定土地权利的程序义务，是对不列入对过去失去的土地、领土和资源的具体权利的一种折衷。⁶⁰

29. 如第 27 条所述，提供法律保护的过程必须公平、独立、公正、公开和透明，并尊重土著人民的法律、习俗和土地使用方式。该条没有指明国家是否应该建立一个解决土著土地权利争端的具体程序。但如果国家依赖法院等其他机制，就会合理地产生这样的问题，即土著人民在多大程度上可以利用这些机制，这些机制能否适当尊重土著法律和传统，以及是否有可能及时解决问题。⁶¹

D. 第 46 条

30. 《宣言》第 46 条第 2 和第 3 款对国家限制土著权利的能力的一般性限制，与在授予非土著第三方的权利和特许权方面执行上述所有条款相关。对土著权利的任何限制都必须依法确立，必须是必要的、相称的、非歧视性的，目的是在民主社会中实现合法目标，并在尊重人权的总体框架内加以界定。⁶² 美洲人权法院适用了类似的原则，指出为适当解决土著人民与第三方之间的争端，必须在个案基础上考虑“民主社会中合法目的的合法性、必要性、相称性和实现情况”。⁶³ 鉴于土地权对一系列人权和土著人民的生存具有重要意义，很难确定对权利的有效限制，因为这将损害土著人民对其土地、领土和资源的使用。⁶⁴

E. 第 22 条

31. 在落实《宣言》中的所有权利时，应特别关注土著老人、妇女、青年、儿童和残疾人的权利和特殊需要，因为不落实土地权对这些群体的影响特别大。妇女在保护土地方面的重要作用经常被忽视。阻碍土著妇女获得和控制土地、领土和资源的主要结构性障碍之一是关于继承和共同拥有家庭土地和资源的宗法法律。⁶⁵ 正如土著人民权利问题特别报告员所指出，土地征用不是不分性别的。⁶⁶ 土著妇女往往面临交叉形式的歧视，而且往往无法在与男子平等的基础上获得对土地的所有权或占有权和控制权。⁶⁷ 这经常导致难以获得贷款和对农产品的控制。

F. 补偿⁶⁸

第 28 条

32. 根据该条，土著人民应当因其土地权利受到侵犯而获得补偿，包括没收土地、领土和资源，以及未经他们自由、事先和知情同意而占用、使用或损坏土地、领

⁶⁰ Claire Charters, “Indigenous peoples’ rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP”, p.143.

⁶¹ 美洲人权委员会，关于加拿大哈尔魁梅林条约团体第 592-07 号诉求可受理性的第 105/09 号报告(2009 年 10 月 30 日)，第 39 段。

⁶² [A/HRC/39/62](#)。

⁶³ 萨胡亚玛夏土著社区诉巴拉圭案，第 138 段。

⁶⁴ [A/HRC/24/41](#)，第 35-36 段。

⁶⁵ 亚太妇女、法律和发展论坛提交的资料。

⁶⁶ [A/HRC/30/41](#)。

⁶⁷ 消除对妇女歧视委员会关于农村妇女权利的第 34(2016)号一般性意见。

⁶⁸ [A/HRC/39/62](#)。

土和资源。从第 28 条第 1 款使用过去时态可以清楚地看出，该条款将追溯适用，尽管在关于《宣言》的准备期间就此问题进行了辩论。⁶⁹ 或者，因过去错误而获得补偿的权利可以建立在土著人民继续遭受其损失的持续影响的基础之上。因此，他们正在为他们目前正在经历的错误寻求补偿，类似于人权事务委员会的“持续侵权”论点。⁷⁰

33. 补救必须基于“与有关人民达成的共识，按照他们自己的协商机制、价值观、习俗和习惯法”提供，并且必须实现归还原物的目的，包括“重建在侵权行为发生之前的原状”。⁷¹ 在恩多洛伊斯案中，非洲人权和人民权利委员会发现，肯尼亚政府没有为驱逐恩多洛伊斯人提供足够补偿，也没有将该社区列入相关发展进程。⁷²

34. 对侵犯人权行为的任何补救都必须方便、有效和及时。对参与和举证的任何障碍都必须予以消除。程序必须足够有效，以尽量减少进一步伤害的风险，⁷³ 并且必须有权力确保符合最终决定。⁷⁴ 美洲人权法院认为，持续了 13 年的萨胡亚玛夏案和持续了 11 年却没有通过明确决议的萨科摩克·卡瑟克案由于持续时间长，处理方式不合理，应当提供适当的法律补救。⁷⁵ 2018 年，法院裁定巴西应对侵犯祖库鲁土著人民的司法保护权和财产权负责，因为完成土地划界和移除非土著居住者的工作拖延了 16 年多。法院认为该判决本身就是一种赔偿形式，裁定支付 100 万美元的赔偿金，并采取必要措施移除非土著闯入者和防止新的闯入。⁷⁶

35. 如美洲人权法院在雅克耶阿夏和萨胡亚玛夏案中所表述，在土地被第三方夺走的情况下，只要土著人民与其传统土地的独特联系支持了土著身份的精神和物质基础，土著人民的权利就继续存在。法院还指出，为适当解决此类争端，必须考虑到这样一个事实，即非土著利益往往可以通过经济补偿得到适当解决，而对土著人民而言，与土地的联系是精神上的，是身份和生存的基础，所以一般来说是不可替代的。⁷⁷ 因此，首选的补救方式显然是归还原物。联合国条约机构也指出，需要归还土著人民未经自由、事先和知情同意而被剥夺的土地。⁷⁸

⁶⁹ Federico Lenzerini, “International assistance, reparations and redress”, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hohmann and Marc Weller, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2018), p. 590.

⁷⁰ 萨胡亚玛夏土著社区诉巴拉圭案和安东诉阿尔及利亚案(CCPR/C/88/D/1424/2005)。

⁷¹ 雅克耶阿夏土著社区诉巴拉圭案，第 151 和 181 段。

⁷² 少数人权利发展中心(肯尼亚)和少数人权利团体国际组织代表恩多罗伊斯福利理事会诉肯尼亚。

⁷³ 美洲人权委员会，关于伯利兹托莱多区玛雅土著社区所提诉求实质问题的第 40/04 号报告，第 12.053 号案件(2004 年 10 月 12 日)，第 176 段。

⁷⁴ 美洲人权法院，萨拉马卡人诉苏里南案，第 105 段。

⁷⁵ Joel E. Correia, “Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay: indigenous land rights”, 以及萨科摩克·卡瑟克土著社区诉巴拉圭案，2010 年 8 月 24 日判决。

⁷⁶ 祖库鲁土著人民及其成员诉巴西案，2018 年 2 月 5 日判决。

⁷⁷ 雅克耶阿夏土著社区诉巴拉圭案，第 146-148 段。

⁷⁸ 消除种族歧视委员会关于土著人民权利的第 23(1997)号一般性建议；经济、社会和文化权利委员会第 21 号一般性意见；以及 A/HRC/4/77，第 8 段。

36. 如果不可能实际归还土著土地，就必须提供公正、公平和合理的赔偿。赔偿不应仅限于经济给予，还应采取类似替代土地的形式，质量、大小和法律地位相同，或者，如果有关土著人民自由同意，采取其他形式的赔偿或补偿。正如消除种族歧视委员会所强调，赔偿“应尽可能采取土地和领土的形式”。⁷⁹ 如果做不到这一点，就应该提供公正、公平和合理的货币赔偿。在雪兰莪州政府等诉沙贡西达等人案中，雪兰莪州高等法院得出结论认为，马来西亚有责任向祖传土地被征用的奥朗阿斯利社区提供赔偿。⁸⁰ 各国还应采取措施，允许恢复因发展项目而退化和污染的领土。⁸¹

37. 在评估何为公正、公平和合理时，赔偿应与金钱和非金钱损害相称。在评估所致损害的赔偿金额时，澳大利亚高等法院维持了一项重大裁决(253 万澳元)，赔偿因第一次诉讼确定土著产权赔偿中过去的注销行动而给恩加里乌鲁和纳加里人民造成的经济和文化损害。⁸² 这笔钱包含以尊重传统法律的方式进行评估的土地市场价值，一大块用于赔偿利息和文化损失。

38. 一些国家有赔偿条款，如《挪威宪法》第 105 条。⁸³ 在美国诉苏族印第安人案中，美国最高法院认为，联邦政府未经苏族部落同意就占领神圣的黑山，违反了 1868 年《拉勒米堡条约》。⁸⁴ 法院判处赔偿 1 750 万美元，外加从 1877 年起的利息，但各部落拒绝接受这笔赔偿金，并继续寻求归还土地。这笔钱仍存在美国财政部的一个账户中，现在价值已超过 10 亿美元。

四. 国家承认土地保有权

39. 在大多数国家，保障土著人民的保有权是一个不断发展的议题。各国建立了承认和裁定土地保有权的不同机制，并提供不同形式的使用和所有权。其中许多机制在某种程度上有助于遵守《宣言》第 27 条，但大多数机制都受到进程的复杂性以及所涉众多权利和利益攸关方的阻碍。

A. 条约和协议，以及保留地

40. 在一些国家，政府与土著人民谈判达成了承认土地权利的历史条约和当代条约及其他协议。加拿大承认 70 项历史条约，25 个综合定居点确认土著人对大约 60 万平方公里土地的所有权。⁸⁵ 不列颠哥伦比亚省有一个条约委员会为条约谈

⁷⁹ 消除种族歧视委员会第 23 号一般性建议。

⁸⁰ Derek Inman, “From the global to the local: the development of indigenous peoples’ land rights internationally and in Southeast Asia”.

⁸¹ 美洲人权委员会，《土著和部落人民对其祖传土地和自然资源的权利：美洲人权体系的规范和判例》(2010 年)，第 216 段。

⁸² Australia, High Court, *Northern Territory v. Mr. A. Griffiths (deceased) and Lorraine Jones on behalf of the Ngaliwuru and Nungali Peoples*, 13 March 2019. 另见澳大利亚提交的资料。

⁸³ 挪威提交的资料。

⁸⁴ 见 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/371/> 和 www.pbs.org/newshour/show/why-the-sioux-are-refusing-1-3-billion。

⁸⁵ 见 www.rcaanc-cirmac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231 和加拿大提交的资料。

判提供便利，由国家和各参与土著民族在《宣言》基础上共同制定的不列颠哥伦比亚省条约谈判权利承认与和解政策也已确立。⁸⁶ 不列颠哥伦比亚省政府最近通过了《土著人民权利宣言法案》，其中规定了使不列颠哥伦比亚省法律与《宣言》保持一致的程序。⁸⁷ 在美利坚合众国一个具有里程碑意义的案件中，最高法院确认，条约中界定的土地构成了俄克拉荷马州东部的大部分，就联邦刑法而言，仍然是美洲土著保留地。⁸⁸

41. 然而，土著人民和国家对这些条约和协议的解释往往大相径庭，例如新西兰的《怀唐伊条约》，就有两种语文版本存在。⁸⁹ 在危地马拉，1995年和1996年和平进程期间签署的关于归还土著公有土地的协议没有得到执行。⁹⁰

B. 宪法、法案和机构

42. 阿根廷、多民族玻利维亚国、巴西、柬埔寨、加拿大、哥伦比亚、厄瓜多尔、印度、墨西哥和巴拉圭等一些国家在各自国家宪法中明确承认土著人民对土地和领土的权利。这些国家还制定了许多立法法案和准则来落实这些权利，包括承认不仅划定而且保护这些领土的义务以及土著人民控制和管理其土地和资源的权利。例如，哥伦比亚为土著人民制订了生活计划，巴西在国家环境政策中制订了领土管理计划。厄瓜多尔虽然有许多法律和政策，如《2019-2021年土著民族和人民、非洲裔厄瓜多尔人和蒙图比奥人平等权利议程》，⁹¹ 但据报道，该国没有承认和实质性保障土著人民的土地权。⁹² 在巴拉圭，虽然在2010年至2014年期间有28.3万公顷土地被授予土著社区，但许多社区对其土地没有合法产权。⁹³

43. 其他国家通过立法承认土著人民的土地权，包括菲律宾的1997年《土著人民权利法》以及俄罗斯联邦关于该国北部、西伯利亚和远东土著人民传统使用领土的法律。⁹⁴ 不过，后一项法律只适用于人口不到5万的土著人民。此外，迄今为止虽然各领土受到区域政府的保护，但联邦一级没有建立任何受保护领土。⁹⁵ 而且，据报他们的法律地位得不到保障，联邦政府也不予承认，包括向采掘业及

⁸⁶ Celeste Haldane 提交的资料。

⁸⁷ 不列颠哥伦比亚省印第安酋长联盟提交的资料。

⁸⁸ 见 www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf。

⁸⁹ Jacinta Ruru, Paul Scott and Duncan Webb, *The New Zealand Legal System: Structures and Processes*, 6th ed. (Wellington, LexisNexis New Zealand Limited, 2016), p. 223。

⁹⁰ Jeremy Armon, Rachel Sieder and Richard Wilson, eds., “Negotiating rights: the Guatemalan Peace Process”, *Accord*, vol. 2 (1997)。

⁹¹ 厄瓜多尔提交的资料。

⁹² 厄瓜多尔国家人权机构提交的资料。

⁹³ [A/HRC/WG.6/24/PRY/1](http://www.unhcr.org/refugees/45/38/A/HRC/WG.6/24/PRY/1)。

⁹⁴ 俄罗斯联邦提交的资料。

⁹⁵ [A/HRC/WG.6/30/RUS/2](http://www.unhcr.org/refugees/45/38/A/HRC/WG.6/30/RUS/2)、[CCPR/C/RUS/CO/7](http://www.unhcr.org/refugees/45/38/CCPR/C/RUS/CO/7) 和 [CERD/C/RUS/CO/23-24](http://www.unhcr.org/refugees/45/38/CERD/C/RUS/CO/23-24)。

伐木和捕鱼公司等企业发放资源使用许可证的自然资源部。⁹⁶ 在马来西亚，针对雪兰莪州政府等诉沙贡达西等人案的调查结果，国家修订了《土地法》，指定土著人民永久享有产权，但每个产权只有 1 000 公顷。此外，国家可撤回这种指定，集体所有权不被承认，土地代代相传的传统模式也已被取消。⁹⁷ 据报道，墨西哥正在进行宪法和法律改革，以解决农耕司法系统的缺陷。⁹⁸ 在孟加拉国，作为 1997 年吉大港山区和平协议的一部分成立了一个土地委员会来解决争端，但据报道，由于缺乏人力和财政资源，以及缺少补充《吉大港山区土地争端解决委员会法案》的规则，该土地委员会无法解决任何争端。⁹⁹

44. 在南非，虽然政府根据《宪法》第 25 条第 7 款和 1994 年《归还土地权利法案》承认并归还了属于土著人民的土地，但据报道，政府没有向已经返回各自土地的社区提供足够的支持。¹⁰⁰ 在印度，根据 2006 年《承认森林权利法案》提出的 440 万份土地权利主张已有 3 863 025 份得到处理。¹⁰¹ 但只有 528 万公顷的土地被承认为社区所有。2019 年 2 月 13 日，最高法院裁定，大约 100 万个被驳回土地权利主张的家庭将被驱逐。该命令后来被暂停。在智利，马普切人在土著土地和水资源基金下成功申请了近 12.5 万公顷的土地，但所有这些土地都是以市场价值获得。而在马普切人没有合法产权的情况下，他们的传统领地都被排除在外。¹⁰²

45. 在澳大利亚，自 1992 年高等法院就马博等人诉昆士兰州案作出裁决以来，《土著产权法案》对土著产权的承认作了规定。土著产权已被确定存在于澳大利亚大约 38.2% 的土地之上。¹⁰³ 1983 年《原住民土地权利法案》授权新南威尔士州原住民土地理事会与当地原住民土地理事会网络一道，为发展新南威尔士州土著人民的土地权利做好准备。¹⁰⁴ 澳大利亚报告说，对一些原住民和托雷斯海峡岛民而言，重点现在正从解决权利主张转向如何最好地利用土地促进社会、文化和经济的问题。¹⁰⁵ 2016 年，美利坚合众国总统建立了占地 135 万英亩的熊耳国家纪念地，这块土地对几个美洲土著部落而言“极其神圣”。还成立了一个由五个部落组成的委员会，为联邦机构管理土地提供指引，这一行动被视为促进土著人

⁹⁶ 土著事务国际工作组提交的资料。

⁹⁷ 大赦国际，“*The Forest is Our Heartbeat*”: *The Struggle to Defend Indigenous Land in Malaysia* (London, 2018)。

⁹⁸ 墨西哥提交的资料和 A/HRC/39/17/Add.2。

⁹⁹ 亚洲土著人民同盟提交的资料。

¹⁰⁰ 见 www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/southafrica.pdf。

¹⁰¹ A/HRC/WG.6/27/IND/1，第 104 段。

¹⁰² David Nathaniel Berger, ed., *The Indigenous World 2019* (Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 2019), pp. 151-152。

¹⁰³ 澳大利亚提交的资料。

¹⁰⁴ 新南威尔士原住民土地理事会提交的资料。

¹⁰⁵ 澳大利亚提交的资料。

民自决和文化权利的创新举措。¹⁰⁶ 纪念地的命运现在还不确定，因为现任总统的行政当局不顾已提起诉讼的各个部落的反对，¹⁰⁷ 试图将纪念地缩小 85%。¹⁰⁸

C. 土地的标界和划界

46. 各国通过合法化和规划开展土著土地的标界和划界并承认集体所有权。例如，哥斯达黎加制定了《2016-2022 年哥斯达黎加恢复土著领地国家计划》，¹⁰⁹ 圭亚那在就 2006 年保障美洲印第安人土地权利的法律进行协商后，推出了美洲印第安人土地产权项目等举措。¹¹⁰

47. 南美洲的多民族玻利维亚国、巴西、哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁等几个国家已制定法律、行政和政策措施，为自愿与世隔绝或初步接触外界的土著人民提供特别保护，尽管仍有待充分执行。¹¹¹ 例如，在巴西，宪法规定有义务根据土著人民的传统和社会组织形式标定他们传统上占有的土地(《宪法》第 231 条)。一个成功的例子是贾瓦里山谷，面积超过 8 544 448 公顷，是巴西第二大已标界的地区，也是世界上与世隔绝民族最为集中的地区。¹¹² 不过，虽然南美洲区域有很好的例子，但令人关切的倒退措施目前正在出现，特别是在巴西，使与世隔绝和初步接触外界的土著人民面临严重的生存风险。¹¹³

48. 伯利兹的托莱多玛雅土地权利委员会提供了一个很有前途的良好做法，该委员会与玛雅人代表合作，起草了玛雅人习惯土地保有政策、协商框架、防止非法侵入和盗用玛雅人土地的公众意识战略、标界和自动划界战略以及争端解决框架。¹¹⁴ 在坦桑尼亚联合共和国，牧民在组成“村庄”后可获得土地证书，而“村庄”是唯一在土地问题上得到法律承认的自治实体。不过，直到最近，无论居住在哪里都属于少数群体的狩猎采集者，还不能达到法律规定的组成一个村庄的人数。作为一项历史性发展，2011 年 11 月，哈扎布狩猎采集者根据自己独特生活方式和少数群体地位，获得了相当于村庄土地证书的集体社区土地证书。¹¹⁵ 在菲律宾，自 2001 年以来，该国在非政府组织的支持下至少授予了 10 个土地产权，对将近 25 万公顷的传统土地进行了测绘和调查，到 2015 年，已有 145 个土著社区正在使用参与式三维模型绘制其领土地图。¹¹⁶

¹⁰⁶ 见 <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/12/28/proclamation-establishment-bears-ears-national-monument>。

¹⁰⁷ 美国土著人权利基金，见 www.narf.org/cases/bears-ears/。

¹⁰⁸ 见 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-modifying-bears-ears-national-monument/>。

¹⁰⁹ A/HRC/WG.6/33/CRI/1，第 37 段。

¹¹⁰ www.guyanareddfund.org/images/stories/Signed%20ALT%20Project%20Document.pdf。

¹¹¹ 亚马孙河流域土著组织协调员提交的第二份资料。

¹¹² Beto Marubo 提交的资料。

¹¹³ 亚马孙河流域土著组织协调员提交的第二份资料。

¹¹⁴ A/HRC/WG.6/31/BLZ/1，第 98 和 100-102 段。

¹¹⁵ Elifuraha Laltaika 提交的资料。

¹¹⁶ 亚洲土著人民同盟提交的资料。

49. 标界进程面临许多挑战，而且总是缓慢。在委内瑞拉玻利瓦尔共和国，虽然截至 2016 年已标定影响到 683 个土著社区大约 10.1 万人的 320 多万公顷地产，但标定的土著土地只有 12.4%。在多民族玻利维亚国，塔卡纳人根据第 1715 号法律在奥利金社区土地框架下提出的权利主张过了二十年仍未促成其领土的巩固。¹¹⁷ 在阿根廷，第 26160 号法案通过 13 年后，计划进行的调查只有 57% 已经启动。¹¹⁸ 在柬埔寨，虽然已经向 24 个土著人民提供了 684 份产权证书，但要求他们获得“邻居同意”，再加上繁琐的性质和费用都导致这一进程停滞不前。¹¹⁹ 在菲律宾，虽然法律和方案旨在完成所有土著祖传土地的产权登记，但产权登记过程据报无效，而且被描述为缓慢、繁琐、昂贵、要求太多。¹²⁰ 在印度尼西亚，由于缺少国家机制，土著人民于 2011 年设立了土著领地登记机构，对 703 幅代表 830 万公顷土著领地的地图进行了登记。但收到这些地图的部委和机构没有做出重大的政策回应。¹²¹ 美利坚合众国的一些土著人民拥有自己的土地产权登记能力，并且从联邦政府那里接过了这类工作的责任，从而提高了效率。¹²²

50. 各区域在标界方面还存在其他挑战，包括：不承认土著人民对其土地、领土和资源的固有权利；产权重叠；缺少关于产权发放过程的知识；小农非法占用；法律要求繁重；财力和人力资源有限；实地调查成本高昂；以及争端。在洪都拉斯，虽然在拉莫斯基蒂亚地区的标界进程促成了集体产权登记，但牧场主、伐木工和贩毒者的持续存在已导致持续的紧张局势和冲突，使土著社区面临风险。¹²³

D. 土地索偿法庭

51. 根据 2005 年《芬马克法案》，在挪威设立了芬马克未开垦土地法庭和芬马克委员会，目的是为了芬马克居民的利益促进土地和自然资源管理，并作为萨米文化的基础。¹²⁴ 《芬马克法案》虽然承认萨米人通过长期使用土地和资源获得了在芬马克的集体和个人权利，但却因为没有承认独特的萨米习惯法和权利而受到批评。¹²⁵

52. 土著人民权利问题特别报告员认为，新西兰的怀唐伊法庭是世界上努力解决土著人民历史冤情和当前冤情的最重要例子之一。¹²⁶ 虽然该法庭不能发布具有约束力的裁决，而且还有其他缺点，但其裁决“得到了普通法院的大量重视和尊

¹¹⁷ Red Eclesial Panamazónica 提交的资料。

¹¹⁸ 阿根廷监察员提交的资料。

¹¹⁹ A/HRC/WG.6/32/KHM/1，第 57 段。另见 *The Indigenous World 2019*, p. 252，以及亚太妇女、法律和发展论坛提交的资料。

¹²⁰ A/HRC/WG.6/27/PHL/1，第 83-86 段；亚太妇女、法律和发展论坛提交的资料；以及菲律宾国家人权机构提交的资料。

¹²¹ 亚洲土著人民同盟提交的资料。

¹²² 见 <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/Carpenter-Riley-71-Stan.-L.-Rev.-791.pdf>。

¹²³ A/HRC/33/42/Add.2 和 A/HRC/39/17。

¹²⁴ 挪威提交的资料。

¹²⁵ A/HRC/WG.6/33/NOR/2 和 A/HRC/33/42/Add.3。

¹²⁶ A/HRC/18/35/Add.4，第 67 段。

重”。¹²⁷ 在美利坚合众国，具有历史意义的印第安人权利主张委员会留下了复杂的遗产，因为它决定只判给金钱赔偿，而不是归还实际土地。在加拿大，特别索偿法庭由政府 and 第一民族大会联合设立，作为特别索偿政策的一部分，以具有约束力的裁决处理历史冤情。¹²⁸

E. 合法产权的执行和裁决，包括通过国家法院

53. 由于缺少《宣言》第 27 条规定的有效裁决程序，一些土著人民将其产权请求提交给了国家法院。在印度尼西亚，宪法法院的三项里程碑式裁决承认了土著人民对其领土的集体权利。¹²⁹ 在博茨瓦纳，2006 年援引《宣言》草案作出了有利于此前被驱逐出祖传土地的巴萨瓦人(桑人)的裁决。¹³⁰ 在新西兰，在恩加提阿帕诉总检察长一案中，上诉法院裁定，注销习惯产权的举证责任在于政府，注销的意图必须“清楚明了”。¹³¹

54. 在瑞典，最高法院授予一个萨米人协会在国有土地上独家管理小型狩猎活动的权利。¹³² 在挪威，最高法院根据 2007 年《驯鹿畜牧法案》裁定，财产权利的评估必须考虑到萨米人的传统。¹³³ 在芬兰，因为在海里无证捕鱼而对《捕鱼法案》提出质疑的萨米族被告人被判无罪，因为法院认定他们是根据习惯法捕鱼。司法裁决引用了《宣言》第 8、14、20、26、34、40 和 43 条。2020 年 1 月，秘鲁一家法院要求该国在靠近巴西边界的亚马孙地区周围建立一个严格的保护区，以保护自愿与世隔绝的土著人民免受石油公司的侵扰。¹³⁴

55. 根据国家不同和对土著人民及其土地权利的承认程度，在这些案件和其他此类案件中提出的挑战很多。在刚果民主共和国，关于土著人民权利的法律草案自 2014 年以来一直在议会审议，但土著人民仍被视为与其他社区一样，这助长了对土地和其他资源的冲突。¹³⁵

56. 在一些国家，土著人民难以诉诸法院系统，有时也不具备将案件提交法院所需的社会和政治组织水平。¹³⁶ 法院程序往往复杂，司法独立并不总是得到保障，

¹²⁷ Janine Hayward and Nicola Wheen, eds., *The Waitangi Tribunal: Te Roopu Whakamana i te Tiriti o Waitangi* (Wellington, Bridget Williams Books, 2015)。

¹²⁸ 加拿大提交的资料。

¹²⁹ 国际巴布亚联盟提交的资料。

¹³⁰ A/HRC/36/56。

¹³¹ www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2003/117.html。

¹³² Ulf Mörkenstam, “Organised hypocrisy? The implementation of the international indigenous rights regime in Sweden”, *International Journal of Human Rights* (June 2019)。

¹³³ 挪威最高法院 2016 年 9 月 28 日 HR-2016-2030-A 号裁决和 2018 年 3 月 9 日 HR-2018-456-P 号裁决。挪威提交的资料。

¹³⁴ 洛雷托高等法院第 2019-1°JCM-CSJLO-JAVT 号判决，可查阅：
<https://drive.google.com/file/d/1AVTl6jVrw3Mkx5T3BuNTMI5fvRJhgZ9J/view>。

¹³⁵ 环境和自然资源研究所提交的资料。另见 CEDAW/C/COD/CO/8、CCPR/C/COD/CO/4 和 www.iwgia.org/en/democratic-republic-of-congo/3500-iw2019-drc。

¹³⁶ 国际巴布亚联盟提交的资料。另见 A/HRC/42/37 和 A/72/186，第 57 段。

而法律专业人员，包括代表土著人民的法律专业人员，又往往不了解土著人民的土地权利。土著法官很少，¹³⁷ 但举证责任又往往很重，¹³⁸ 在联邦法院和州法院之间有时也不一致。即使是积极决定也可能对土著人民产生负面影响。在巴西，对太阳山狐狸谷土著土地权利的承认导致试图限制公共律师捍卫土著人民土地权利的能力(见联邦总检察长第 001/2017 号意见，后因最高法院对乔克棱土著社区案的裁决而中止)。¹³⁹

57. 将案件提交法院也可能会给土著人民及其维权者带来风险。许多人遭受报复、恐吓、骚扰和逮捕。¹⁴⁰ 诉讼给各区域的土著人民带来了情感和经济上的损失。正如美洲人权委员会在一起针对加拿大的案件中所指出，通常没有法律援助，费用也高得令人望而却步。¹⁴¹ 即使一个案件在法庭上胜诉，也有可能无法执行判决，就像肯尼亚的奥吉克案一样。

¹³⁷ 环境和自然资源研究所提交的资料。

¹³⁸ 圭亚那高等法院，*Thomas and Arau Village Council v. Attorney General of Guyana and another*, 2009 年 4 月 30 日未报告的裁定，载于 Amy Strecker, “Indigenous land rights and Caribbean reparations discourse”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, No. 3 (September 2017), p. 639。

¹³⁹ 见 <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/02/aco1100-decisao-parecer001.pdf> 和 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11818>。

¹⁴⁰ A/HRC/39/62 和 A/HRC/39/17。

¹⁴¹ 美洲人权委员会，关于加拿大哈尔魁梅林条约团体第 592-07 号诉求可受理性的第 105/09 号报告(2009 年 10 月 30 日)，第 37 段。

附件

关于土著人民土地权的第 13 号意见

1. 各国应承认土著人民就是土著人民。各国还应根据《联合国土著人民权利宣言》承认土著人民对其土地、领土和资源的权利，以及如区域和国际人权机构所表述的这一权利的发展。此外，各国应落实其他相关权利，包括生命权和尊严生活权。
2. 各国应落实土著人民权利专家机制关于土地权利的其他研究中提出的建议，特别是关于自由、事先和知情同意的研究和关于土著人民参与的研究。¹ 各国还应执行关于土著人民权利的国际、区域和国家决定。
3. 各国应通过与土著人民协商，确保授予他们的土地保有权类型(所有权、用益权或两者的变体)符合有关土著人民的需求、生活方式、习俗、传统和土地保有权制度，并得到尊重和确保。
4. 各国应与土著人民协商，建立必要的立法和行政措施以及适当和有效的机制，为土著土地、领土和资源的所有权、使用和产权登记提供便利，包括土著人民因过去迁移而占有的土地。这项工作应尊重土著人民的习俗、传统和土地制度，包括承认土著人民自己的土地保有权是财产和土地权利的来源。在土著人民跨境居住的情况下，可能需要采取国家间对话的措施。各国应废除所有意图将剥夺土著人民土地合法化或具有此类促进作用的法律，包括殖民时期通过的法律。
5. 各国应确保在其土地和领土上保留资源所有权的土著人民有权开采和开发这些资源，至少是在与其他土地所有者有权从其土地上开采和开发资源相同的基础之上。
6. 各国应运用《宣言》中的各项权利改革国家、区域和地方法律，承认土著人民自己的习俗、传统和土地保有制度，特别是他们对土地、领土和资源的集体所有权。
7. 各国应确保土著人民有权保持和加强他们与他们所拥有的和不再拥有的、但过去归他们所有或使用的土地、领土和资源，包括水域和海洋的精神联系。
8. 各国应尽可能利用仲裁等土著人民自己的传统争端解决机制，而不是通过法院提起诉讼。
9. 各国应确保土著人民有效获取相关司法程序。
10. 各国应确保土著妇女在与土著男子平等的基础上拥有和/或使用和控制自己的土地、领土和资源，包括为此废除或修订歧视性法律、政策和条例，保护她们免受歧视和剥夺，² 并在必要时支持她们管理自己的土地。
11. 各国应与有关土著人民一道，在适当考虑土著人民法律、传统、习俗和土地保有制度的情况下，建立并实施一个公平、独立、公正、公开和透明的程序，以

¹ [A/HRC/15/35](#)、[A/HRC/18/42](#)、[A/HRC/21/55](#) 和 [A/HRC/39/62](#)。

² 消除对妇女歧视委员会关于农村妇女权利的第 34(2016)号一般性建议。

承认和裁定土著人民对其土地、领土和资源的权利，包括对其传统上拥有或以其他方式占有或使用的土地、领土和资源的权利(《宣言》第 27 条)。

12. 各国应确保不情愿失去所持土地的土著人民，或其土地未经其自由、事先和知情同意就被没收、征用、占用或损坏的土著人民，有权获得原物归还，如果无法原物归还，则有权获得其他适当补偿，同时铭记赔偿不应仅限于经济给予，还应采取类似替代土地的形式(《宣言》第 28 条)。³

13. 各国应确保公司承担起责任，与受影响的土著人民合作和协调，立即有效清理被其开发活动污染的土地、领土和资源。

14. 多国公司应在其开展活动的国家了解土著人民的存在，并根据国际原则尊重他们的权利，特别是他们的土地权利。⁴

15. 各国应采取确保土著人民在公共生活所有方面的代表性，不仅限于专门处理土著问题的论坛，而是包括在行政、议会和司法部门以及区域和国际机构的代表性。

16. 各国应确保紧急和特别注重于保护自愿与世隔绝的土著人民的土地权，并尊重不接触原则。还应采取更多的积极保护措施，包括建立缓冲区、控制出入和监视，以及针对意外或被迫接触情况的应急计划，包括健康计划。⁵

17. 各国应确保国内所有从事土著问题工作的人，包括立法者，以及国家官员，包括区域或地方执法官员和司法人员，都熟悉土著人民的权利。

18. 各国应采取措施，包括土著人民权利问题特别报告员建议的措施，终止暴力侵害和迫害土著土地维护者的行为，并为遭受的伤害提供补偿。⁶

19. 土著人民应考虑提高公众对其土地权利的认识，以防止非法侵占或挪用土著土地。他们还应考虑与媒体就土著土地权利开展合作并提供培训，特别是在参与战略性诉讼之时。这类措施应得到国家机构的支持。

20. 土著人民应考虑如何加强对落实其土地权利的政治支持。

21. 土著人民应通过联合国人权事务高级专员办事处的土著研究金方案等途径，并寻求联合国援助土著人民自愿基金的赠款，在《宣言》所定权利以及如何在国家、区域和国际各级落实这些权利方面建设自己的能力。各国还应提供支持，确保可以充分获得这类机会。

22. 各国和国际金融机构应继续合作，促进投资，以便划定和保护土著土地。⁷

23. 各国和土著人民应考虑并实施创新协议，在不适宜或不可能转让产权的情况下共同管理土地。

³ 另见 A/HRC/39/62。

⁴ 见 www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf。

⁵ 见 www.refworld.org/es/pdfid/5a95c4fb4.pdf。

⁶ 见 A/HRC/39/17。

⁷ 德国提交的资料。