



土著问题常设论坛

第十一届会议

2012年5月7日至18日，纽约

临时议程* 项目9

常设论坛今后的工作，包括经济及社会理事会的问题和新出现的问题

对国家保护受跨国公司和其他商企影响的土著人民的责任进行的分析

摘要

常设论坛在第九届会议委任论坛成员 Paimaneh Hasteh** 就国家保护受跨国公司和其他商企影响的土著人民的责任进行分析，并将分析报告提交 2012 年论坛第十一届会议。

* E/C.19/2012/1。

** M. Barkeshli 协助编写本文件。



目录

	页次
一. 导言	3
二. 国际法	5
三. 国家责任	9
四. 国家立法	11
五. 结论和建议	14

一. 引言

1. 本研究探讨商企与土著人民之间的关系，企业活动对土著人民的影响，以及国家保护土著人民不受企业潜在剥削的责任。在土著人民土地和领地进行资源勘探和开发的规模与范围影响到土著人民及其社区。从事资源开发的跨国公司数目在增加，它们必须开始在其项目实施社会责任标准。同时，各国政府还需要利用国际标准，在国家一级保障土著人民的权利。

2. 世界上几乎每一个国家都在实施损害到经济发展的大型自然资源勘探工业项目。这些项目不可避免地影响到土著人民，使土著人民的传统管理系统、圣地、牧场、猎区和渔场缩小，从而破坏其经济、文化和精神生活，威胁到他们的生死存亡。

3. 土著人民的福祉与未来均直接依赖国家和国际机构的政策和做法，也取决于政治和经济权利的实现、土著人民人力潜能的开发、传统经济的加强、环境的保护以及对企业关系的法律管制。

4. 不幸的是，私营企业的普遍做法是在土著领地内开采自然资源。私企不会考虑到土著人民的权利，反而会忽视并侵犯他们的个人和集体权利，夺走他们的土地和自然资源。

5. 在企业遵守国际规范和国家规范方面，虽然可以找到几个最佳做法的例子，但人们关注的主要仍然是系统一级的情况。目前世界许多地方的系统所着眼的都是专门为企业利益设计的行为守则，都是利用全球规范性框架去保护企业利益，巩固企业在国家立法范围内的权利。各类奖励办法齐一取向，使各国往往倾向于保护在本国投资的企业的利益，而不是维护土著人民的福祉。

6. 在国际一级，已有保护土著人民发展权的文书。联合国《土著人民权利宣言》和国际劳工组织(劳工组织)《第 169 号公约》规定各国承认土著人民对其土地、资源和自治的固有权利，没有把这些权利局限于传统经济和文化领域。这些文书建议各国与土著人民合作，就任何影响到土著人民祖传土地、领地和资源的项目，与他们进行真正的协商。

7. 国际法有一项公认的原则，就是凡影响到土著人民的任何决定，都应当咨询他们。这一规范已体现于国际劳工组织《第 169 号公约》第 6 条和第 7 条，联合国条约监督机构在国家审查和审议有关土著人民土地资源被开采的案件中均阐述了这项规范原则。在美洲国家组织讨论土著人民权利宣言草案时，以及在通过《联合国土著人民权利宣言》时，各国都普遍接受咨询土著人民的责任。国家和私营部门的任何计划项目都必须征得土著人民自由、事先和知情同意，秉承善意，保障土著人民全面、有效参与，并分享项目所生利益。然而，在本国范围内实施这些标准、齐一奖励办法的取向时，问题总会出现。

8. 协商规范被普遍接受，说明它已成为普通国际法的一部分。然而，对于同土著人民协商责任的范围和内容，仍然有含糊不清的地方。特别是，关于土著人民参与作出影响到他们的决定的权利是否可以扩大到可以否决国家行动的问题，人们辩论颇多。从逻辑上讲，责任的程度，以及所需协商的层次水平，要看有关实质性权利的性质而定。因此，在关于咨询责任辩论的背后，更关键的问题是土著人民的土地和资源权利的性质。

9. 土著人民一直在提出关于其对传统领地内土地和资源权利的总体概念。在主张财产权利方面，土著人民谋求保护他们的经济、司法和文化利益。为了追求他们的经济、社会和文化发展，所有这些都是必要的。土著人民对土地的权利，不仅源自对土地的占有，还来自土著人民对土地的一套部族管理观念，以及对大地及其果实深深感到的精神和情感联系。此外，土著人民通常都期盼有一个安全的土地和自然资源基础，以确保他们社区的经济存活能力。

10. 自然资源是土著人民可以确保其福祉的基础，这是容易理解的。根据土著文化，福祉往往是指基于认同、尊严和智慧，与自然和谐相处，与传统知识体系和合相容的一个充实完整的人生。它是基于一种平等世界观的明事达理的人生，其中涵盖了与自然和谐相处所涉及的人道、道德以至总体性的范畴。

11. 关于土著人民及其在土地和领地营运的企业之间的历史关系，最贴切的说法是矛盾冲突的关系。企业实体往往违反和忽视其土著对应方的个体和集体权利，后者要忍受企业做法所造成的消极后果，在采矿业和能源工业尤其如此。谈判是罕见的，谈判范围是有限的，在谈判中，企业通常都充分利用自己的实力优势。

12. 土著人民与企业间建立平等互利关系的基础是承认土著人民对其土地、领地和自然资源的权利。这包括确认土著人民的自决权，国家尊重并保护国际法规定的这些权利，当然也包括在考虑开采资源时要得到土著人民的自由、事先和知情同意。

13. 跨国公司活动对土著人民土地和领地造成的后果包括土著人民的产权不被承认、被驱逐、被流离失所和被迫迁徙。这些侵权行为不仅对他们的生活方式、而且对他们的文化和遗产都带来影响，还无视土著人民使用和开采自然资源的权利，从而导致环境及生态系统的破坏和污染。这包括土著土地和领地的土壤流失，动植物群减少，物种减少，土著领地不断承受压力，捕鱼、狩猎、采集、放牧和其他农业活动所需的自然资源丧失。

14. 在所有情况下，协商必须符合起码的程序规定，包括确保土著人民得到关于拟议措施的足够信息，可以有意义地参与协商程序，而且协商程序在文化上是合宜的。然而，这项责任的内容要看有关实质性权利的范围而定。作为国际法问题，土著人民对源自本族传统制度的土地和自然资源拥有产权。这些产权包括对其土地的集体所有权，一般应得到对财产的一切保护。这些产权还由于土著人民与土

地结合的文化而进一步得到加强。有些产权是间接的，但仍然受到显著的影响，例如被认为属国家所有的地下资源的开采，国家与土著人民的协商至少也必须以征求同意为目标。如果没有征得同意，就应坚决推定不应推动有关项目。如果将项目上马，国家就要负起沉重的说理责任，确保土著人民分享到项目的利益，同时必须采取措施，减少其负面影响。

二. 国际法

15. 过去二十年，国际领域内关于土著人民权利及土著人民与国家间关系的法律规范框架的发展取得了重大的进展。国际劳工组织《第 169 号公约》是一个最好的例子，该公约对批准国具有约束力。今天，已有 22 个国家批准了该公约，其中 15 个是拉丁美洲国家。《公约》确认土著人民对其土地和领地的权利，确认其社会和宗教价值观，确认他们有权适用土著法，获取保健服务，获得就业和培训的平等机会，不受歧视，还确认尊重各种文化和生活方式。重要的是，《公约》确认土著人民有权采用自己的发展模式。

16. 有关土著人民权利的国际法律文书包括《消除一切形式种族歧视国际公约》、¹《儿童权利公约》²和《生物多样性公约》。³ 1993 年世界人权会议通过的《维也纳宣言和行动纲领》⁴第 20 段也与此相关。还有许多其他国际规范框架都确认土著人民的权利，包括《世界人权宣言》(1948 年)，⁵ 1957 年《劳工组织土著及部落居民公约》(第 107 号)、1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》、⁶ 以及 1976 年 3 月生效的《经济、社会、文化权利国际公约》。

17. 《联合国土著人民权利宣言》是对土著人民希望有一个能够保护其人权的法律和政治工具的历史主张作出的回应。该宣言承认了土著人民的政治、领地、经济、社会和文化权利，是朝着确认、促进和保护土著人民权利和自由迈进的重要一步。该宣言也构成了促进土著人民生存、尊严和福祉的一个最基本的规范框架。

18. 还有其他促进和维护土著人民权利的法律规范文书。这些文书包括消除种族歧视委员会有关土著人民的第 23 号一般性建议(第五十一届会议, 1997 年 8 月)，其中吁请缔约国不仅承认并尊重土著人民独特的文化、历史、语言和生活方式，将其作为丰富缔约国文化特征的财富，还要促进对这笔财富的保护。第二个世界

¹ 联合国，《条约汇编》，第 660 卷，第 9464 号。

² 联合国，《条约汇编》，第 1577 卷，第 27531 号。

³ 联合国，《条约汇编》，第 1760 卷，第 30619 号。

⁴ A/CONF. 157/24 (Part I)，第三章。

⁵ 第 217A (III) 号决议。

⁶ 见第 2200A (XXI) 号决议，附件。

土著人国际十年(2005-2015年)吁请会员国采取更多行动,加强与土著人民合作,使土著人民的状况整体取得重大改善。《世界文化多样性宣言》(2001年)强调巩固文化多样性作为一项责无旁贷的道德义务的作用,并提醒各国注意到土著人民在文化多样性中所占的位置。题为“开发署与土著人民:互动政策”(2001年)的工作文件也订立了联合国开发计划署(开发署)关于这方面的指导方针。

19. 2005年12月企业对发展中东道国的经济和社会发展的积极贡献问题专家会议的报告提及,由于商企业务的可持续能力,日益需要关注并提请关注它们所造成的长期后果。报告又重点谈到企业与其业务所在社区间的关系,还指出负责任的商业与企业社会责任之间的联系。

20. 土著人民权利问题特别报告员在其提交人权理事会的第三次年度报告⁷提及国际标准框架内有关土著人民权利的企业责任问题,以及国际社会对此产生的期望。他指出,对土著人民的权利缺乏认识,导致土著人民被掠夺,环境受污染,被迫流离失所,他们的文化、精神生活和传统知识遭到永久性的破坏。

21. 土著领地内的企业活动已越来越频繁,带来了严重的社会冲突,一再引发暴力循环,从而造成新的侵犯人权行为。值得指出的是,暴力循环的受害者不只是土著人民:与土著领地内企业活动有关的社会冲突对企业自身的经济利益和公共形象也产生负面影响。也必须指出的是,同样的冲突也损害到有关政府的形象和利益,而且如果冲突继续不停,国家有可能改变其奖励企业的职能。企业有责任尊重人权及联合国《全球契约》中所体现的尽职尽责理念。该契约是迄今采取的保证商企履行社会责任的最为重要的国际举措。

22. 在美洲体系内,美洲人权委员会为促进、维护和捍卫土著人民人权而开展的工作值得一提。1971年,该委员会确定土著人民有权得到特别法律保护,以抵御严重的歧视。委员会呼吁美洲国家组织成员执行和遵守美洲国家组织大会于1948年通过的《美洲社会保障宪章》第39条。1972年,美洲人权委员会发表了题为“特别保护土著居民:采取行动打击种族主义和种族歧视”的决议,其中呼吁成员国以最大的热忱采取行动,捍卫土著人民的人权。⁸

23. 美洲体系的人权机关(美洲人权委员会和美洲人权法院)在解决土著权利案子中发挥了重要作用。它们的裁决对美洲国家组织成员国具有约束力。美洲人权法院裁决的具有象征意义的案子包括“Mayagna(Sumo)Awas Tigni 族区诉尼加拉瓜国”一案,涉及该土著社区对其祖传土地的权利,以及“Yakye Axa 土著社区诉尼加拉瓜国”一案。在这两个案子中,法院均裁定国家有义务提供切实保护,

⁷ A/HRC/15/37。

⁸ 美洲人权委员会,“美洲土著人民的人权”,第一章(美洲国家组织,2000年)。

要考虑到土著社区的特性、经济和社会特点及其特别脆弱的处境，以及他们的习惯法、价值观和习俗。

24. 为了尽量减少被指控对全球化及最明显地体现全球化的跨国公司有偏见，联合国的规范文书都在其管辖范围内包括其他商企，不仅是跨国公司。但它们往往豁免本国经营的商企，如果这些企业与跨国公司没有关系，又如果其活动只影响当地，其活动没有侵犯到人身安全权利。

25. 根据最新数字，今天全球经济有 77 000 家跨国公司，还有大约 770 000 家子公司和数以百万计的供应商。⁹ 与以往任何时候相比，跨国公司在更多的国家开展业务，越来越多地涉足社会政治，为各国带来了全新的人权问题。此外，对许多企业来说，走向全球已变为采用网基运作模式，涉及散布于不同地区和国家的多个法人实体。

26. 根据定义，网络涉及将业务运作重要方面的若干直接控制分散出去，以谈判议定关系取代层级系统。这种组织形式提高了企业的经济效率，但也增加了公司管理其全球价值链方面的危险和挑战。这个全球价值链包括将货物或服务从最初设计到最终销售所需要的所有各种活动。¹⁰ 随着参加价值链的单位数字迅猛增加，全球链中任何特定链接对整体造成的脆弱性也急剧扩大。这些经销网络也增加了民间社会活动家可用的切入点，通过利用公司的品牌和资源，希望不仅改善公司业绩，也改善公司在其中运作的的环境。

27. 跨国公司网络对国内和国际法律体系都提出了监管方面的挑战。从法律上说，从无关系供应商采购货物和服务一般被认为是公平的市场交易，而不是公司内部交易。在有关系当事方的交易中，母公司及其附属公司都是独特的法律实体，甚至大型项目也可单独成立公司。其中任何一个实体都可以同其他公司或政府行为入组办合资企业。根据有限责任原则，母公司不必对附属公司的过失负法律责任，即使它是唯一的股东，除非该附属公司的业务操作由母公司紧密控制，附属公司可以说是母公司的唯一代理。每一个法律上独立的实体都要遵守业务所在国家和地区的法律，但跨国企业集团或网络则不用直接受国际法管辖。之所以要为跨国公司制订全球法律标准，就是要改变这个基本事实。虽然一些标准已开始改变，同一基本挑战也强调国家一级的法规和规章的重要性，同样强调国家有责任保护土著人民，不管有无国际规定。

⁹ 联合国贸易和发展会议，《2006 年世界投资报告》(联合国出版物，出售品编号：E.06.II.D.11)。请查阅 www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf。

¹⁰ Beth Kytte 和 John Gerard Ruggie，“作为风险管理的企业社会责任：供多国企业采用的模式”，第 10 号工作文件(哈佛大学约翰·肯尼迪政府管理学院，2005 年 3 月)。请查阅 www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_10_kytte_ruggie.pdf。

28. 进一步的挑战环绕着设法让跨国公司遵守国际法律结构的努力。如果要跨国公司担负国际人权义务，凭什么做到这一点呢？似乎很清楚的是，一些长期以来提出的关于跨国公司是否可以成为国际法主体的论点，在新的现实情况面前，已经站不住脚。例如，公司企业根据各类双边投资协定和东道国政府条约获得重要的权利，企业在几个行业制订了国际标准，同时若干关于环境污染的民事责任公约已直接禁止某些公司行为。¹¹ 因此，跨国公司起码已成为有能力承担一些国际法责任和义务的国际法律体系的参与者。¹²

29. 主张促进国际规范性法律框架的论点往往一开始就申明每一个人和每一个社会机构都应努力促进尊重土著人民的权利和自由。但这种论点跟着指出，跨国公司比一些政府的力量更大，可以影响权利的实现及其保护，但“有了力量就有责任。”⁵ 因此，这些公司必须对它们可能影响到的权利承担责任。由于一些国家不能或不愿根据国内法使它们负责，因此必须根据国际法规定直接和统一的企业责任。

30. 对商业特别有关的权利似乎包括国家尚未承认或仍在全球一级争论的一些权利，包括保护消费者权益、环境管理的预防原则、以及征求土著人民自由、事先和知情同意原则。这构成了一项挑战，但更为严重的问题涉及国际规范的法律结构拟如何规定公司企业负起人权责任。在确认各国负有首要责任后，《跨国公司和其他商企在人权方面的责任准则》跟着在A节第1段指出：“跨国公司和其他商企在其各自的活动和影响范围内，有义务增进、保证实现、尊重、确保尊重和”国际法和国内法承认的人权。这就是说，在企业的势力范围内，它们与国家有完全一样的责任——从尊重到实现权利——唯一的区别是，国家的责任是主要的，企业的责任是次要的。根据前商业和人权问题秘书长特别代表约翰·鲁格，企业势力范围这个概念，虽然作为一种分析工具非常有用，但似乎没有法律渊源。¹³ 因此，鲁格认为，公司企业次要责任生效的界限范围仍不明确。这种情况在实践中可能导致国家和企业在特定情况下按照各自的能力去界定企业责任。在国家不能或不愿承担责任的情况下，公司企业就受到承受责任的压力。在特殊情况下，这可能是可取的，但作为一般性提议，那是深深令人不安的，理由有好几个。

¹¹ 见 A/HRC/4/35，第 20 段；又见 Steven R. Ratner，“商业”，牛津国际环境法手册（牛津大学出版社，2007 年）。

¹² 早在 1949 年，国际法院就指出：“任何法律制度中的法律主体的性质或权利范围都不一定相同，其性质取决于社区的需要”；见“执行联合国职务时所受损害的赔偿，1949 年 4 月 11 日的咨询意见”，《1949 年国际法院案例汇编》。

¹³ 两家法律事务所搜索了 10 个授权管辖范围，没有在法律条文中找到“势力范围”一词。这个词是《全球契约》引入企业社会责任的辩论的，已证明可以用来作为企业决策的工具。它协助公司审视其作业环境，看看有没有可能影响到准许其营业的社会许可证出现危机。例如，可参看企业领导人权倡议、联合国全球契约和联合国人权事务高级专员办事处，“将人权纳入企业管理指南”，请查阅 www.blihr.org。

31. 根据国际法用定义直接规定跨国公司应负的所有各种责任，即可缩小个别政府在这些责任范围内的自由裁量空间。国际人权制度承认政府有斟酌作出平衡取舍决定的正当需要，尤其是确定如何最好地争取实现经济、社会和文化权利，企业对此的影响可能最大。国际法律结构要求公司接受国家法律和政策优先次序，是在尝试做不可能的事。诚然，这不过是重床叠屋，要求公司企业遵守一个又一个矛盾冲突的指令。此外，在治理本来就薄弱的地方，将责任推给企业，要它们保护和实现各种人权，以至超越仔细限定的范围，可能会削弱旨在帮助政府对本国人民更加负责的国家能力和国内奖励机制，而政府对人民负责当然是实现各种权利的最有效方法。

32. 最后，在尚未界定的企业势力范围内，将适用于国家的相同责任范围归属于公司和企业，只作出程度上的差别，会为政府和企业制造没玩没了的战略博弈和法律斗争。最近的几个案件足以说明，通常都是由一家公司和一个政府机关相互指责对方违背了法律规定的义务，没有支持和保护为土著人民。¹⁴

33. 虽然将公司视作社会机构可能是明智的，但必须指出，它们是专门机构，进行专门业务，其职责范围应反映这一事实。国际法院在 1949 年的咨询意见中解释，国际法人与国家不同，其权利和责任也与国家不一样。就所有可能影响到的权利，将国家的责任范围同样施加于公司，可能会引起两者之间的冲突，使国际规则和国内规则的制订大成问题。¹⁵

三. 国家责任

34. 尽管有上述的挑战，但就人权来说，当然也是对土著人民的权利来说，国家是首要的负责者。但是，环绕国际规范和法律结构的辩论相对较少地提到国家有责任提供保护，以防第三方包括商业实体侵犯权利。这是令人惊讶的，因为国际法确立了政府在它的管辖范围内有这样的责任。¹⁶ 事实上，联合国及区域人权

¹⁴ Companhia Vale de Rio Doce (CVRD) 的矿区被周围的土著社区成员占领，抗议该公司没有提供足够的资金和服务，该公司本来与印第安人国家基金会订有协议，通过该基金会向各社区支付款项，之后该公司拒绝继续这样做，理由是各社区使用了非法手段，强迫该公司满足他们的要求。CVRD 向美洲国家组织汇报了事件的情况发展，请求澄清国家对土著人民的责任。印第安人国家基金会要求并获得巴西国内法庭发布禁制令，命令 CVRD 恢复支付款项。该基金会又请巴西联邦法院发表声明，将 CVRD 开矿活动的社会影响的法律责任归属于该公司；见 CVRD 和印第安人国家基金会关于这个问题的新闻稿。请查阅 www.cvrd.com.br/saladeimprensa/en/releases/release.asp?id=16724 和 www.funai.gov.br/ultimas/noticias/1_semestre_2007/janeiro/un0131_001.htm。

¹⁵ 见 Steven R. Ratner, “公司与人权：法律责任的理论”，《耶鲁法学报》，第 111 卷 (2001 年)。该论文尝试勾勒出公司责任的分析基础，其中确认国家和公司各自的社会角色。

¹⁶ 国家也有责任尊重、促进和实现权利，但与商企最有关的是提供保护的责任，因为是针对第三方侵权的。在国境以外，责任范围因国家所能控制的程度而异。联合国人权条约机构一般认为，

机制已日益频繁地处理这个问题。先前各项联合国人权条约，如《消除一切形式种族歧视国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民及政治权利国际公约》，都没有具体处理国家对商企的责任问题。这些条约规定了笼统的义务，确保权利的享受，防止非国家侵犯。例如，《消除一切形式种族歧视国际公约》要求每个政府制止“任何个人、团体或组织”的种族歧视(第 2.1(d)条)。其中有些条约承认一些与商企特别有关的权利，包括与就业、卫生和土著社区有关的权利。

35. 从 1979 年通过的《消除对妇女一切形式歧视公约》开始，包括《儿童权利公约》，以及最近通过的《残疾人权利公约》，都更直接，更详细地处理与商企有关的问题。例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》要求政府采取一切适当措施，消除任何“企业”对妇女的歧视，(第 2(e)条)，以及消除在“银行贷款、抵押贷款和其他形式的金融信贷”等具体情况下对妇女的歧视(第 13(b)条)。对于如何管制和审断非国家侵权行为，条约一般给予各国自由裁量权。条约机构均详细说明了保护这种权利的责任。

36. 人权委员会第 31 号一般性意见确认，根据《公民及政治权利国际公约》，“只有在缔约国保护个人，而且既防止国家机关侵犯《公约》的权利，又防止私人或者实体采取行动妨碍……实现权利的情况下，缔约国才能充分履行有关确保《公约》权利的积极义务”。¹⁷ 《公民及政治权利国际公约》进一步解释，如果国家容许或没有“采取适当措施或尽责来防止、惩处、调查或补救私人或实体这种行为所造成的损害”，国家就有可能违反《公约》义务。各委员会表示关注的是，关于国家未能提供保护以防商企侵犯的权利，以不歧视权利、土著人民权利、以及劳工和保健有关的权利为数最多。但它们指出，保护责任适用于业经各条约确认的、私人实体有能力侵犯的所有实质性权利。

37. 各委员会倾向于不具体指明需要国家行动的确切内容，但一般建议通过立法监管和通过司法补救措施裁决审断，适当时包括赔偿在内。各委员会没有明确认定条约要求各国对设在其境内的公司在外国实施的侵权行为行使域外管辖权。¹⁸ 但他们似乎也没有认为各条约禁止采取此类行动，在某些情况下，它们还予以鼓励。例如，经济、社会和文化权利委员会建议缔约国采取步骤，“防止本国公民

缔约国的义务适用于在其“权力或有效控制范围”内的各个领域。但如果公司企业履行公务或由国家控制，根据国际法，它们的行为可能就要由国家负责。见大会第 56/83 号决议。

¹⁷ 人权委员会，第 31 号一般性意见，HRI/GEN/1/Rev.8 和 Add.1。

¹⁸ 《禁止酷刑公约》及《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》都规定缔约国对受害人或被指控行为人是本国人、或被指控行为人在缔约国境内但没有引渡措施的某些犯罪行为确立管辖权。禁止酷刑委员会和儿童权利委员会都没有讨论这些规定对公司企业的适用问题。

和公司”在他国侵犯权利。¹⁹ 消除种族歧视委员会最近“关切地”注意到一些在国家行为人注册的公司在他国的活动对土著人民的权利产生不利影响的报告。委员会鼓励国家“采取适当的立法或行政措施”，防止此类行为，建议国家想办法向这些公司“问责”，并要求国家在下次定期报告提供资料，说明所已采取的措施。²⁰

38. 一般来说，只要有公认的理由，如行为人或受害人是本国人，又如有关行为对国家有实质性不利影响，或如涉及特定的国际罪行，国际法允许国家行使域外管辖权。²¹ 域外管辖权还必须经得起全面合理性的考验，其中包括不干涉他国内政。²²

39. 关于确切在什么时候可以将保护人权作为行使域外管辖权的理由，争论仍在继续。区域人权体系也申明国家有责任防止非国家侵权行为，并确立类似的相关规定，对企业行为进行监管和裁决。联合国条约机构和区域机制日益集中讨论防止公司侵权的问题，表明人们对国家不完全理解或不总是能够或愿意履行这一责任越来越关注。商业和人权特别代表对各国进行了一项问卷调查，请各国列明它们就人权问题监管、裁决或影响企业行动的政策和做法，其结果加强了人们的这种关注。²³ 在答复问卷的国家中，极少数报告有专门处理与企业人权挑战的政策、方案或工具。不少国家表示它们依靠更广泛的企业责任倡议框架，包括《经济合作与发展组织多国企业准则》或《全球契约》这样的自愿性倡议等软法律文书。很少国家在政府政策和全球商企业务最密切互动的关键之处，即各国的出口信贷和投资促进政策，或双边贸易和投资条约，明确考虑到人权标准。

四. 国家立法

40. 用来实施关于土著人民的国际公约和法律的国家的法律因国而异。例如，在俄罗斯联邦，土著人民权利由不同的法律说明，包括 1999 年 4 月通过的关于俄罗斯联邦少数土著人民权利保障的第 82-FZ 号联邦法、2000 年 7 月通过的关于组织北方少数土著人民社区一般原则的第 104-FZ 号联邦法以及 2001 年 5 月 7 日通过的关于俄罗斯联邦北方、西伯利亚和远东少数土著人民传统自然使用领地的第 49-FZ 号联邦法。俄罗斯少数土著人民权利立法是在俄罗斯联邦政治和经济改革

¹⁹ 见经济、社会和文化权利委员会，第 15 号一般性意见，HRI/GEN/1/Rev.8 和 Add.1。

²⁰ 见 CERD/C/CAN/CO/18 和 Add.1。

²¹ 根据“普遍管辖权”原则，国家可能有义务对涉嫌犯下某种国际罪行的境内个人行使管辖权。对于是否和如何对法人包括公司行使这种管辖权义务，还不清楚。

²² 当然，整个人权体制可被视为构成对传统不干涉观点的挑战。这里的辩论重点在于何种措施被认为是胁迫性的。

²³ 见 A/HRC/4/35/Add.1。

以及在石油和天然气地区政策框架内加强社会 and 环境保护等背景下制订的，而改革本身受到外国投资者的偏好和政策的影响。

41. 在美洲，过去几年的宪政改革承认了土著人民的政治、经济、社会和文化权利。多民族玻利维亚国和厄瓜多尔等国家已颁布了新的宪法框架，承认并保障土著人民的权利。多民族玻利维亚国宪法第 2 条保障土著人民的自决，承认他们的自主、自治和文化权利，同时确认他们的机构体制和领地。厄瓜多尔新宪法也保障土著人民的存在及其对自身身份和族地所有权的集体权利。宪法保障土著人民参与使用、开发、管理和养护在其土地上发现的可再生自然资源的权利。宪法确认他们有自由、事先和知情协商的权利及分享这些项目所生利益的权利；此外，还保障他们可因社会、文化和环境受损害而获得赔偿。

42. 在尼加拉瓜，除了 1987 年的宪法改革以外，通过颁布和实施《尼加拉瓜大西洋沿海地区自治法》(第 28 号法)及其相应附则，为加勒比海岸的土著人民建立了自治制度。这一自治进程在过去 20 多年期间得到发展和加强。最近提出了其他立法，以补充该自治法的某些方面，包括《尼加拉瓜大西洋海岸和科科、博凯、印第欧和马伊河流自治区土著人民和族裔社区共有财产制度法》(第 445 号法)，该法于 2002 年 12 月获得批准，为土著人民在领地上组建自己的当局作出了规定，并为这些当局指定了领地行政和自然资源管理的职权。

43. 许多国家已经进行宪法改革或颁布立法，承认土著人民的个人和集体权利，如阿根廷、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、巴西、哥伦比亚、危地马拉、墨西哥、巴拿马、巴拉圭和秘鲁。立法改革处理诸如产权、自主、自治以及承认规范内部关系的习惯法等问题不同方面。这些改革确认土著当局按照自己的法律实施管辖的权力。在柬埔寨，有法律确认土著人民管理其土地和森林的权利。1954 年，马来西亚通过了《土著人民法》，以保护称为“Orang Asli”的土著群体。在菲律宾，1997 年《土著人民权利法》承认了各种权利，包括对祖传土地和领地的权利。

44. 在非洲，只有少数几个国家承认领土内土著人民的存在。埃塞俄比亚的宪法提到埃塞俄比亚各族和人民无条件的自决权。喀麦隆、刚果共和国和乌干达的法律保护土著人民的权利。在阿尔及利亚，1996 年宪法确认阿尔及利亚文化中的阿马兹格文化。纳米比亚宪法确认土著纳马语言。在南非，虽然土著人民未被承认为土著人民，但 1996 年宪法提到库族和闪族人民，该宪法保护土著语言的使用。

45. 在美利坚合众国，《美国印第安法》包含各项条约和联邦印第安法。对美国土著人的承认是指一个部落被美国联邦政府承认，或一个人取得了联邦政府认可部落的成员资格。有 561 个联邦承认的部落政府。美国承认这些部落的自治权，并支持它们的部落主权和自决权。这些部落有权作出成员资格的法律规定，组建自己的政府，执行法律(民法和刑法)，征税，发出许可证和进行管理活动，在部落领地上划区，不让人员进入或住在部落领地。

46. 澳大利亚的法律框架根据传统占用理由确认土著人民的土地权。在 1970 年代，联邦和州政府开始立法，将土地归还土著社区，并允许他们对其他土地提出主张。1992 年，高等法院作出具有里程碑意义的 Mabo 案裁决，驳回了歧视性的无主地(空置土地)理论。针对高等法院历史性的裁决，澳大利亚政府在 1993 年颁布了《土著产权法》。但是，该法没有作出允许土著产权持有人否决在他们的土地上采矿的规定，但为他们规定了在某些情况下进行谈判的权利。该法还允许将今后开展的对土著产权影响甚微的活动排除在给予土著产权持有人谈判权的安排之外。对矿产勘探来说，这将具有特殊意义和价值。牧场租约的现有协议和条件将继续有效，而且优于土著权利。有效的牧场租约可以续签，即使土著产权在土地租赁和使用仍然有效。该法确保牧场租约持有人现有的权利得到保护。如因土著产权而失效，租约将被确认有效。

47. 关于在有土著产权权利主张的土地上采矿和开采其他自然资源，土著代表机构已谈判达成协定，为土著土地所有人谋利益。值得注意的是，土著权利常常被不经意地破坏，原因是这些协议的条款是保密的，又或土著人民的谈判时间有限，或因缺乏足够的法律代表。与 1993 年法律相反，1998 年《土著产权法修正案》是在没有征得土著人民同意或与他们协商的情况下起草的。该修正案导致土著权利倒退，在一些情况下使土著产权完全丧失殆尽。与此同时，非土著人土地利益集团都获得意外暴利。

48. 毛利人与新西兰政府之间关系的依据是《威坦哲条约》。该条约虽然在新西兰是持续辩论的议题，但在该国的法律框架内确实占据重要位置。该条约规定毛利人和政府之间的伙伴关系。例如，该国议会为毛利人预留了议员席位，这保证他们的代表参与，使他们能在国家一级影响决策。就影响毛利人的问题与他们协商的义务是该条约规定的责任，不过，协商责任并不被视为是绝对的。即使进行协商，也往往不按毛利人的传统决策程序进行。

49. 1979 年，丹麦批准了格陵兰地方自治安排。2008 年，格陵兰投票决定将更多权力从丹麦王国政府移交给格陵兰地方政府。2009 年 6 月，格陵兰实行自决，负责司法事务、警务和自然资源方面的自治。格陵兰人被确认为国际法规定的一个独特民族。丹麦掌控外交和国防事务。丹麦一直年年提供为数 32 亿丹麦克朗的整笔赠款，但随着格陵兰开始征收自然资源税，这笔赠款将逐步减少。

50. 在挪威、瑞典、芬兰和俄罗斯科拉半岛，萨米人被这四国的正式边界分开。不过，他们继续作为一个民族存在，因文化和语言纽带和共同身份而团结一起。他们传统上聚居在一个称为萨普米的领地上。该领地跨越这些国家的北部地区。萨米议会理事会在 2000 年组建，由挪威、瑞典和芬兰的萨米人议会组成，包括俄罗斯联邦萨米人的长期参与。理事会获授权处理影响萨米人的各种跨境问题，包括语言、教育、研究和经济发展。萨米议会是挪威、瑞典和芬兰萨米人实行自

决的主要工具，是土著自治和参与决策的重要模式。此外，北欧国家已逐步为萨米人土地和驯鹿放牧活动建立了一些保护机制。大片土地仍继续用于驯鹿放牧。

51. 在土著人民土地和领地上开采自然资源的发展项目常常产生矛盾立场。即使有土著人民参与，这种情况也会发生，还会常常把社区分裂成支持项目者和反对者。在涉及国家和公司利益时，土著人民意识到自己处于弱势地位。土著人民往往被忽视，因为他们的愿望、权利和利益不被考虑，他们被剥夺了有效参与关系到他们的政治、社会、经济、文化和环境问题的权利。

52. 在过去几十年，土著人民拟定了自己的议程来应对自身的现实处境，确定了方案领域、行动方针以及最基本的协作与协调计划。这些行动方针涉及各种问题，诸如捍卫领地抵御超大项目，保护重要场地，应对气候变化，考虑适用、监测和改革国际和国家法律框架，振兴文化，捍卫文化和知识遗产以及争取自决。土著人民还发展了不同形式的抗议，反对国家制定和实施的政策，反对影响土著人民与国家关系的法律框架的变化，反对实施影响其利益、资源、文化和生活的超大项目。

五. 结论和建议

53. 提高国际人权制度的有效性，以应对世界各地跨国企业活动兴起所带来的挑战，是一个长期目标。首先，任何“大战略”都需要加强和扩大现有的国家能力以及监管和裁决企业有害行动的国家系统，而不是破坏它。当前，一些政府在国内可能无法自力采取有效的行动，不管它们有没有这样做的意愿。在国际舞台上，各国可能要竞争市场和投资，因此集体行动所产生的问题可能会限制或妨碍它们作为国际社会公共当局的地位。这个意见驱使人们希望根据国际法施加直接责任给公司企业。不过，先不谈任何这样的建议当前在政治上的可行性及其法律可执行性问题，根据我们所已看到的情况，这样做对治理能力会产生不良效果。

54. 似乎更有希望的做法是谋求国际制度的横向扩展，努力进一步澄清和逐步编纂防止企业侵犯人权的国家责任：个别国家、东道国和母国的责任、以及按照几项联合国人权条约的国际合作规定集体负责。这也将更加清楚地说明公司企业的责任和问责规定，使各国更广泛地了解到，不能预计现行制度能实现预期的功能，故此这个制度的纵向扩延是必不可少的。在这个过程中，国际文书可发挥重大作用，或许精心打造的精密工具可补充和加强现有的体制能力。

55. 其次，商企与人权辩论的焦点需超越个别企业对错失行为的赔偿责任。这是一个关键的构成部分，必须单独处理。单靠个别赔偿责任模式不能修复全球治理体系中较大的系统性不平衡。政治哲学家艾里斯·马里恩·杨格在关于全球供应链虐待劳工问题的一个重要讨论中说：“由于需要矫正的不公正是许多人调解行

动的产物……因此只能通过集体行动加以纠正。”²⁴ 她继续指出，这就需要更广泛地构建“政治责任”或“共同责任”。杨格解释说，其目的并不是通过往后追溯的判断去指责具体的行为，而是“通过改革机构体制去改变结构性过程，或建立新的能更好地监管过程以防止产生有害后果的机构体制。”

56. 像金伯利进程这样的软法律混合安排是一种重要的创新，它体现了如下的概念：结合进口国和出口国、公司和民间社会行为人、以及将硬性规定纳入自愿履行部分。这种安排值得其他领域的关注、支持和效法。最后，总体战略的许多元素完全超越了法律范畴。因此，需要精心规划法律遵行制度与能够促进积极变化的更广大社会动力之间的相互作用。

57. 任何成功的制度都需要促进、激活并受益于能影响企业行为的所有道德、社会和经济理由。这就要求提供奖励，规定惩罚，物色机会，指明风险，推动社会运动，建立政治联盟，联络来自社会所有相关部门包括商企的代表，就像环境领域的做法那样。在商企与人权领域，人权界长期以来一直呼吁实行“超越自愿”原则。²⁵ 总之，在构建一个监管商企和人权的全球性制度方面，国际法可发挥重要的作用。面对极其复杂和千变万化的全球化力量，如果在一个提高管治能力的整体战略中纳入国际法，用国际法支持这个战略，它所能发挥的作用效果最大。

²⁴ 艾里斯·马里恩·杨格，“责任与全球劳工正义”，《政治哲学学报》，第12卷，第4期，第365和387页（2004年）。

²⁵ 国际人权政策理事会，《超越自愿：人权与正在发展的公司国际法律义务》（2002年）。请查阅 www.ichrp.org/paper_files/107_p_01.pdf。