



---

**土著问题常设论坛****第十三届会议**

2014年5月12日至23日，纽约

临时议程\* 项目3

特别专题：“符合《联合国土著人民权利宣言》  
的善治原则：第3至第6条和第46条”

解决土地争端和土地主张最佳做法和范例研究报告，包括国家土著人民委员会(菲律宾)、吉大港山区土地争端解决委员会(孟加拉国)以及非洲人权和人民权利委员会土著居民/社区问题工作组的审议情况

**秘书处的说明**

土著问题常设论坛第十一届会议决定委派论坛成员 Raja Devasish Roy 和 Simon William M' Viboudoulou 编写土地解决争端和土地主张最佳做法和范例研究报告，包括国家土著人民委员会(菲律宾)、吉大港山区土地争端解决委员会(孟加拉国)以及非洲人权和人民权利委员会土著居民/社区问题工作组的审议情况(E/2012/43 和 Corr. 1 第 111 段)。现将 Roy 先生编写的研究报告提交土著问题常设论坛第十三届会议。

---

\* E/C.19/2014/1。



## 解决土地争端和土地主张最佳做法和范例研究报告，包括国家土著人民委员会(菲律宾)、吉大港山区土地争端解决委员会(孟加拉国)以及非洲人权和人民权利委员会土著居民/社区问题工作组的审议情况

### 一. 研究方法

1. Simon William M' Viboudoulou在其担任土著问题常设论坛成员的任期于2013年结束后不能编写本研究报告，因此本研究报告是由Raja Devasish Roy完成的。有鉴于此，本研究报告未载有关于非洲区域的部分，因为报告作者不熟悉非洲情况。本研究报告依据了报告作者直接参与同本主题相关的活动以及对二手资料的研究。关于吉大港山区，作者利用了他以下述身分取得的个人经验：一个“圈”的传统首领，人权工作者，孟加拉国最高法院辩护律师(在其报告提及的一些案件中担任法律顾问)，以及于2008年担任孟加拉国看守政府的一名部长(负责环境和森林及吉大港山区事务)。关于菲律宾，作者利用了他以常设论坛成员的身分取得的经验以及他参加国际会议及其他会议和与政府官员及土著人民代表进行讨论的情况。作者感谢在与相关土著个人和政府官员的讨论中获得了深刻的见解。然而，由于这些讨论并非正式访谈，本报告没有提及也没有引用相关个人的观点。本报告表达的观点仅仅是报告作者的观点。<sup>1</sup>

### 二. 争取土地权利的斗争、国际人权法以及亚洲的法律和行政改革

#### A. 争取土著人民土地权利的斗争以及关于土地权利、土地主张和土地争端解决办法的法律和行政改革

2. 争取落实土地权利的斗争是全世界土著人民运动的核心；如Erica-Irene A. Daes所述，土地和资源对他们的生存、他们的特性、他们的尊严以及他们的社会和文化完整性至关重要(见E/CN.4/Sub.2/1997/17和Corr.1以及E/CN.4/Sub.2/2002/23)。有人说，土著人民与他们的土地和领地的关系“对于他们的文化和精神价值以及最终对于他们以独特民族的身分继续存在具有特殊的重要性”。<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 报告作者十分感谢国际劳工组织(劳工组织)孟加拉国国家办事处第169号项目的Uchacha-A Chak提供的协助。

<sup>2</sup> 国际土地联盟(土地联盟)，《土地联盟处理土地问题的方针》(罗马，1013年)。

3. 土地是世界一些区域产生涉及土著人民的冲突的主要根源。研究人员已经广泛地、包括在联合国主持下研究了这些冲突与土著人民土地遭到剥夺和他们边缘化和不发达状况以及对他们的歧视之间的关系。<sup>3</sup> 国家对土著土地主张的充分承认以及对涉及土著人民的土地争端的公正解决已经在世界若干地区包括先前饱受冲突之害的地区如印度东北部、缅甸、菲律宾，孟加拉国(在某种程度上)、尼泊尔和玻利维亚多民族国促进了和平、稳定和可持续发展。

4. 全世界 3.7 亿土著人民中约有 70% 居住在亚洲，该区域若干集团剥夺了他们的习惯土地权利和其他土地权利。<sup>4</sup> 所谓的发展项目包括水坝和“林业”项目、采矿和其他采掘业、人口转移和军事化是此种剥夺行为的主要原因。与此同时，在过去几十年期间，若干亚洲国家采取了法律和政策举措，导致正式承认土著人民的权利、包括基于习俗的土地权利和其他土地权利。<sup>5</sup> 这些举措包括孟加拉国吉大港山区区域和菲律宾的动态发展。

5. 菲律宾根据 1987 年《菲律宾宪法》通过了《1997 年土著人民权利法》，从而促进了正式承认土著人民享有文化认同、完整性和自治的权利以及拥有其世袭领地和土地的权利。在孟加拉国吉大港山区区域，在数十年武装冲突后于 1997 年达成了结束冲突的协定，该协定承认必须使受影响者复原，加强该区域的自治制度，并公正解决与土地相关的争端。

6. 另一些与土著人民在自治、立法、发展和司法方面的作用相关的实质性法律的实例包括涉及印度东北部各邦以及马来西亚东部沙巴州和沙捞越州的宪法规定，补充这些规定的是联邦和省的立法和行政措施。本研究报告着重评估几个来自亚洲包括孟加拉国吉大港山区区域和菲律宾的解决土地争端和土地主张的最佳做法选定实例。报告在这一过程中简要提及了亚洲其他类似的情况。

## B. 土著人民土地权利与国际人权法

7. 土著人民土地权利的概念包括领地和自然资源事项。这反映在国际劳工组织(劳工组织)1957 年《土著和部落人口公约》(《第 107 号公约》)和 1989 年《土著和部落人民公约》(《第 169 号公约》)。《第 107 号公约》提及“习惯领土”(第 12 条第(1)款)，《第 169 号公约》则提及“有关民族与……土地或领地的关系对于该民族文化和精神价值的特殊重要性，特别是这种关系的集体方面”(第 13 条

<sup>3</sup> 例如见 José Martínez Cobo 在 1980 年代初为人权委员会防止歧视和保护少数小组委员会编写的研究报告“关于歧视土著人口的研究报告”(联合国出版物，出售品编号 E. 86. XIV. 3) 以及 Daes 教授为小组委员会编写的报告。

<sup>4</sup> 亚洲土地观察，“亚洲争取落实土地权利的长期斗争：区域概况”，2013 年。

<sup>5</sup> R. D. Roy, *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia* (London, Minority Rights Group International, 2005)。

第(1)款)。《第 169 号公约》阐明了土地一词“应包括领地的概念，包括有关民族占有或以其他方式使用的地区的整个环境”(第 13 条第(2)款)。它特别强调土著人民参与“使用、管理和保护这些资源”，包括“矿物资源或地下资源或附属土地的其他资源的权利”(第 15 条)。

8. 《联合国土著人民权利宣言》(下称《宣言》)遵循了国际劳工组织公约的精神。它使用的术语是“土地、领土、水域、近海和其他资源”(第 25 条)、“土地、领土和资源”(第 26 和第 28 条)以及“土地或领土”(第 2 和第 30 条)。《宣言》采用了文化和代际方法处理土地权利。它与土地相关的条款包括承认土地和领地权；防止军事化、重新安置和转让的保障措施；以及关于包容各方、公平和公正的补救机制，包括恢复原状和补偿。

9. 有人指出，土著人民权利不是一种特殊类别的权利，《宣言》和《第 169 号公约》“没有扩大或创造任何‘新的权利’。相反，该两项文书阐明了普遍人权，因为它们适用于土著人民。这意味着它们通过顾及这些权利的集体方面，将国家有义务尊重、保护和落实的普遍权利置于土著人民境况的背景之中，以便消除历史上的不公正现象和土著人民面临的各种现有形式的歧视”。<sup>6</sup>

10. 其他国际条约，包括《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会及文化权利国际公约》、《消除种族歧视国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《生物多样性公约》和《联合国气候变化框架公约》也载有与土著人民土地权利直接相关的条款。

### 三. 解决孟加拉国吉大港山区土地争端和土地主张的最佳做法

#### 歧视、土地转让、武装冲突和 1997 年《吉大港山区协定》

11. 孟加拉国东南部的吉大港山区区域北边、东边和南边与印度(特里普拉邦和米佐拉姆邦)以及缅甸(钦邦和若开邦)接壤。吉大港沿海平原县(有别于吉大港山区)将吉大港山区区域西部与孟加拉湾分开。吉大港山区由兰加马蒂、班多尔班和科格拉焦里 3 个山地县组成，面积 13181 平方公里，2011 年全国普查估计人口为 1598231 人，其中 53%是“部落”成员。

12. 吉大港山区丘陵和多山的地形、森林、独特的宪政和行政历史及其土著居民使之与该国其余地区截然不同。该区域的土著人民包括Bawm、Chak、Chakma、Khumi、Khyang、Lushai、Marma、Mro、Pangkhuia、Tanchangya 和Tripura。这些人民是孟加拉国境内的族裔、语言和宗教少数群体。就体型而言，他们更像东南亚人，而不像大多数南亚人。他们信奉佛教、印度教和基督教或传统的土著信

<sup>6</sup> B. Feiring, “土著人民对土地、领地及资源的权利”(罗马，土地联盟, 2013 年)。

仰，大多讲藏缅语。与此相反，大多数孟加拉人讲孟加拉语、印度-雅利安语或印欧语，信奉伊斯兰教，而且就族裔而言，他们更接近孟加拉国以西邻国的人而不是该国以北、以东和东南方邻国的人。该区域的半自治行政制度与民选的、官方的和传统的机构及其工作人员相结合。<sup>7</sup>

13. 吉大港山区土著人民的传统职业是当地称为“Jum”的轮垦耕作业，由此产生了对土著人民和人口的通称Jumma人或Jummo人。如今，除了轮垦耕作外，他们还从事非基于土地的职业。<sup>8</sup> Jumma人的社会、文化和精神存在和作为独特人民的特性与他们的世袭土地和领地紧密相连。

14. 重大的政治和经济事件形成了该区域的历史，并使人口和生态产生了根本性变化。19世纪，英国政府违反1787年查克马国王与英国总督间国家对国家的条约，将吉大港山区归属于孟加拉。<sup>9</sup> 随之而来的是自治权遭到进一步削弱，并在孟加拉国独立前期间(1947至1971年)实施了大规模和破坏性发展项目，包括在1960年开始使用一座水电大坝，从而毁坏了祖传住房，淹没了该区域2/5的水稻良田，并使该区域1/3的土著人口流离失所。<sup>10</sup>

15. 在孟加拉国经过了长达9个月的武装斗争于1971年脱离巴基斯坦独立后，吉大港山区最具破坏性的事件是国家歧视、高度军事化、争取自治的武装运动以及国家支持的人口转移计划。这些事件导致国家安全部队严重侵犯人权，对此联合国若干机制和国际人权组织已作了详尽记录(前者例如见E/C.19/2011/6)。<sup>11</sup> 1979至1984/85年，有20至45万讲孟加拉语的穆斯林被重新安置在吉大港山区，这导致了种族冲突和境内流离失所，并使大约10万名土著人大规模逃亡到邻国

<sup>7</sup> P. Martin, “机构能力建设：吉大港山区治理机构评述(兰加马蒂, 孟加拉国, 联合国开发计划署, 吉大港山区发展基金, 2004年)。”

<sup>8</sup> R. D. Roy, “Occupations and economy in transition: a case study of the Chittagong Hill Tracts”, in ILO, *Traditional Occupations of Indigenous and Tribal Peoples: Emerging Trends*(Geneva, 2000).

<sup>9</sup> A. M. Serajuddin, “The ajas of the Chittagong Hill Tracts and their relations with the Mughals and the East India Company in the eighteenth century” in *Journal of the Pakistan Historical Society*, ol. XIX, art 1 1968 S. B. Qanungo, *Chakma Resistance to British Domination (1772-1798)* Qanungopara, Chittagong, 1998; W. Van Schendel, W. Mey A. K. Dewan eds., *The Chittagong Hill Tracts: Living in a Borderland* White Lotus Press, 2000.

<sup>10</sup> D. E. Sopher, “Population islocation in the Chittagong Hills” in *Geographical Review*, ol. LIII 1963.

<sup>11</sup> “孟加拉国吉大港山区的军事化土著人民缓慢消亡”，土著事务国际工作组报告，哥本哈根土著事务国际工作组吉大港山区运动组织委员会和市民外交中心 CHT 17 M2012年；大赦国际孟加拉国：陷入吉大港山区土地冲突的土著人民，新闻稿2013年6月12日。

印度，其中大部分人在 1990 年代遭到遣返，但许多人至今仍然没有复原。<sup>12</sup> 因此，复原和公正解决土地争端依然是吉大港山区土著人民恼怒和不满的主要原因。

16. 在进行了历时 10 年多的谈判后，土著人民的重要区域政党 Parbatya Chattagram Jana Sanghati Samiti 与孟加拉国政府于 1997 年 12 月 2 日签署了和平、自治和复原协定。在该协定后制定的一揽子计划促成 (a) 组建了吉大港山区事务部；(b) 设立了吉大港山区区域理事会；(c) 加强了 3 个县级理事会；(d) 重申和加强了国家承认的传统土著机构的作用；(e) 组建了土地委员会负责解决土地相关争端；(f) 设立了独立于区域和县行政部门的民事和刑事法庭。

17. 1998 年《吉大港山区区域理事会法》以及 1998 年《山地县理事会法(修正案)》一些条款的合宪性在最高法院高等法庭受到了质疑并被宣布为非法，但在向上诉法庭上诉前不执行高等法庭的裁决。<sup>13</sup> 该协议中与土地相关的重要条款包括：(a) 将土地管理事项移交县理事会；(b) 重申传统土著机构的作用并整合这些机构；(c) 使国际 Jumma 难民和境内流离失所土著人复原；(d) 取消非居民非法租赁土地；(e) 由土地委员会解决土地争端；(f) 向无地土著人颁发土地所有权证书 (E/C.19/2011/6)。

18. 大赦国际在 2011 至 2013 年对吉大港山区进行了数次访问后对土地问题发表了如下意见：“在大赦国际在为本报告开展研究的两年期间会见的无论是男是女、是孟加拉定居者、帕哈里村民或领导人、或是军队/政府官员的人中，几乎所有的人都认为，处理土地问题是解决当今吉大港山区许多问题的关键。”<sup>14</sup>

19. 《吉大港山区和平协定》包括非军事化、权力移交和复原的其他关键要素大多尚未得到执行或执行不充分，若干研究报告证明了这种情况。<sup>15</sup> 此种研究报告之一是由常设论坛一名前成员编写并于 2011 年提交论坛第十届会议的。常设论

<sup>12</sup> A. Mohsin, *The Politics of Nationalism: The case of Chittagong Hill Tracts*, Bangladesh Dhaka, University Press, 1997); S. Adnan, *Migration, Land Alienation and Ethnic Conflict: Causes of Poverty in the Chittagong Hill Tracts of Bangladesh* (Dhaka, Research and Advisory Services, 2004); R. D. Roy, “The population transfer programme of 1980s and the land rights of the indigenous peoples of the Chittagong Hill Tracts”, in S. Bhaumik and others, eds., *Living on the Edge: Essays on the Chittagong Hill Tracts* (Kathmandu, South Asia Forum for Human Rights, 1997).

<sup>13</sup> *Mohammad Badiuzzaman and another v. Bangladesh and others* (2010), *Bangladesh Law Chronicles*, vol. 15. 本报告作者是此案以及本研究报告提及的其他案件的法律顾问之一。

<sup>14</sup> 大赦国际, “Pushed to the Edge: Indigenous Rights Denied in Bangladesh’s Chittagong Hill Tracts”, (伦敦, 2013 年)。

<sup>15</sup> R. D. Roy, “The discordant accord: challenges in the implementation of the Chittagong Hill Tracts Accord of 1997”, in M. Boltjes, ed., *Implementing Negotiated Agreements: The Real Challenge to Intra-State Peace* (The Hague, T. M. C. Asser Press, 2007); and Adnan, *Migration, Land Alienation and Ethnic Conflict*.

坛在该届会议上提出了一些建议，包括维持和平行动部应制止侵犯人权的军事人员和部队参与在联合国主持下开展的国际维持和平活动；孟加拉国政府应宣布执行《协定》的时间表并概述执行方式(E/2011/43和Corr. 1, 第102段)。

#### 吉大港山区土地争端解决委员会

20. 吉大港山区土地争端解决委员会(下称“土地委员会”)最初是根据行政管理准则于1999年设立的,该准则后来为《吉大港山区土地争端解决委员会法》(《2001年第53号法令》)所取代。据设想,该委员会将为吉大港山区土地争端提供迅速、低成本、公平和可持续的补救办法。《2001年法案》遵循的是《1997年协定》的精神而不是其文字。不过,委员会的结构和经授权的职能与《协定》和《宣言》两者特别是第25-30条相符。

21. 虽然土地委员会对维护土著土地权利至关重要,但仍然必须评价它的职能,评价时应该结合《1997年协定》所述的在其他的土地相关措施方面取得的相应进展,还应该结合吉大港山区特有的自治机构包括传统机构发挥区域法律和《协定》设想的作用的能力。委员会由下述人员组成:一名主席,一名最高法院退休法官,一名高级公务员,以及代表吉大港山区特有理事会的土著人和传统酋长。传统酋长被视为拥有基于当地法律、习俗、惯例和做法的土地使用和土地权利全面知识的宝库。《2001年第53号法令》第6条(1)(b)款授权委员会按照吉大港山区的“法律和习俗”宣布拨配土地为非法,并恢复对土地的占有。这符合劳工组织第169号公约第13条第(1)款的精神,该款强调尊重土著人民涉及其土地和领地的文化和精神价值。这也符合《宣言》第26条第(3)款的精神,该款强调指出,对土著土地权利的承认必须尊重“有关土著人民的习俗、传统和土地所有权制度”。

22. 《2001年第53号法令》赋予委员会在国家行政的全力支持下执行民事法庭法律的权力,并规定委员会的决定是最终决定,没有可以上诉的条款。不过,最高法院仍然可采用司法审查选项。这项法律与《宣言》相符,《宣言》第27条如下:

各国应与有关的土著人民一起,在适当承认土著人民的法律、传统、习俗和土地所有权制度的情况下,制定和采用公平、独立、公正、公开和透明的程序,以确认和裁定土著人民对其土地、领土和资源,包括对他们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。土著人民应有权参与这一程序。

23. 尽管委员会有着积极的方面,但它自1999年成立以来一直未能正常运作。上一任主席与土著成员间的分歧使情况变得更糟。<sup>16</sup>然而,造成委员会停滞不前的最重要因素是《2001年第53号法令》与《1997年协定》不符,包括向其主席

<sup>16</sup> “CHT land disputes: Commission chair takes flak about unilateral decision”, Daily Star, Dhaka, 22 March 2010.

赋予过分的权力以及关于其管辖权和决策进程的不确定性。<sup>17</sup> 另一些因素包括人力资源不足。吉大港山区区域理事会从 2000 年初直到 2012 年向历届政府提交了修订该法律的提案，因为法律授权该委员会就吉大港山区的立法向政府提供咨询意见。在漫长、艰苦的谈判进程后，政府终于在 2013 年 7 月同意修订《2001 年法令》。<sup>18</sup> 然而，尽管就最具争议的问题达成了协议而且内阁批准了法律草案，但是到 2013 年 9 月变得相当明显的是通过该法案的进程已经冻结，但希望只是暂时而已。<sup>19</sup> 人们普遍认为，造成这种情况的是“破坏者”，即政府民事和军事官僚机构中歧视性和不民主的分子。2014 年 1 月 5 日举行了国家议会选举，但主要的反对党孟加拉国民族主义党没有参与。人们希望并期待，2014 年 1 月 13 日组建的再次是由参加协定谈判的政党孟加拉国人民联盟领导的选后政府将履行它对这一事项的诺言。

24. 与委员会的职能截然不同、但对维护吉大港山区土著人民土地权利仍然至关重要是“圈”首领、“毛扎”头人、村karbari(头人)等传统机构领导人在土地管理和司法行政中的作用。<sup>20</sup> 虽然国家司法机关负责处理重大犯罪和商业民事事项，但传统机构依然像以前那样继续履行与司法行政包括民事、习俗和轻微刑事事项相关的职能，不过其管辖权比不上英国殖民统治时期(1860–1947 年)。<sup>21</sup>

25. 2008 年订正的《1900 年吉大港山区条例》第 8(4)节宣布必须按照“现行法律、习俗和惯例”审判所有的民事案件，同时禁止国家法院根据“家庭法和其他的部落习惯法审理应该由‘毛扎’头人和‘圈’首领审理的案件”。在通过《协定》之前和之后期间针对吉大港山区的另几项法规也提及传统机构的司法权力。<sup>22</sup> 孟加拉国最高法院的若干项裁决明确宣布不得任意干预吉大港山区部落习惯属人法，<sup>23</sup> 土地管理和司法人员必须在与“圈”首领和“毛扎”头人协商后签发土地

<sup>17</sup> 见 R. D. Roy, “1957 年劳工组织土著和部落人口公约 (第 107 号公约) 与孟加拉国法律:比较审查 (日内瓦, 劳工组织, 2009 年)。”

<sup>18</sup> “PM pledges full implementation of CHT accord”, *Daily Star*, Dhaka, 7 July 2012.

<sup>19</sup> Jagaran Chakma, “Land dispute in CHT may not be resolved”, *Independent*, Dhaka, 12 September 2013.

<sup>20</sup> “圈”和“毛扎”是行政单位。关于吉大港山区传统行政体系的解释见 [www.mochta.gov.bd/index.php/index/othercontent/Other-Details\\_\\_14/11/0/12](http://www.mochta.gov.bd/index.php/index/othercontent/Other-Details__14/11/0/12)。

<sup>21</sup> “The system of traditional administration in the Chittagong Hill Tracts”, in Sanjeeb Drong, ed., *Solidarity, 2013* (Dhaka, Bangladesh Indigenous Peoples Forum, 2013); Martin, Institutional Capacity Building; Van Schendel, *The Chittagong Hill Tracts: Living in a Borderland*.

<sup>22</sup> 1900 年《吉大港山区条例》第 8 节和规则 40; 1989 年《山地县理事会法》第 66 节。

<sup>23</sup> *Aung Shwe Prue Chowdhury v. Kyaw Sain Prue Chowdhury and others*, *Dhaka Law Report*, vol. 50, 1998; *Rajkumari Unika Devi v. Bangladesh and others*, *Bangladesh Law Chronicles*, vol. 12, 2004.



继承证书。<sup>24</sup> 虽然在最高法院先前审理的一起案件中对《吉大港山区条例》的有效性提出了质疑，但该项裁决在等候上诉期间不予执行。<sup>25</sup>

26. 传统机构土地管理主管部门基于古老的法律、习俗、惯例和在英国殖民政府于 1860 年将吉大港山区归属于孟加拉之前的做法。<sup>26</sup> 习俗和惯例载于国家《宪法》第 152 条第(1)款的法律定义，而且获得了 1900 年《吉大港山区条例》的隐含承认。<sup>27</sup> 2001 年关于土地委员会的法律明确承认习惯法的有效性，并使“圈”首领成为土地委员会成员，从而强化了传统机构的作用。

#### 四. 关于解决菲律宾土地争端和土地主张的最佳做法

##### 菲律宾土著人民

27. 菲律宾是土著人民在其中争取实现土地权利和自决权的国家的另一个范例。该国是由大约 7 100 个岛屿组成的群岛。目前没有更新和准确的关于土著人口的估计数。不过，1995 年人口普查估计土著人口约为 1280 万人，占总人口 17%，代表了 110 个不同的族裔语言群体。多数土著人口分布如下：棉兰老岛 61%，吕宋岛 36%，米沙鄢群岛 3%。<sup>28</sup> 土著人口集中在以下 5 个重要地区：吕宋岛科迪勒拉行政区，该地的土著人民统称为 Igorots 人；现在称为 Bangsa Moro 的棉兰老岛，该岛的土著人民称为 Lumads 人；民都洛岛，其居民主要是 Mangyan 人；以及巴拉望岛，该岛的居民传统上是巴拉望人。

##### 争取自决和捍卫世袭领地的斗争

28. 菲律宾土著人民经历了遭受国家当局歧视的漫长历史，这种歧视导致土地转让、非自愿重新安置和急剧边缘化。像在吉大港山区那样，他们遭受了被称为“发展侵略”的危害。<sup>29</sup> 接踵而至的是进行了大规模动员来捍卫他们的世袭领地和土地权利，包括在科迪勒拉进行此种动员，因为该地的奇科大坝工程在 1990 年代迫使 10 万人流离失所。

<sup>24</sup> *Abrechai Magh v. Joint District Judge and others* (Writ Petition No. 3285 of 2009).

<sup>25</sup> *Rangamati Food Products v. Commissioner of Customs and others, Bangladesh Law Chronicles* vol. 10, 2005.

<sup>26</sup> Qanungo, *Chakma Resistance to British Domination (1772-1798)*; Van Schendel, *The Chittagong Hill Tracts: Living in a Borderland*.

<sup>27</sup> 第 8(4) 节以及规则 34、35、38-41、42、45、47、48 和 50 (1)。

<sup>28</sup> J. Corpuz, “Legal pluralism: the Philippine experience”, in M. Colchester and S. Chao, eds., *Divers Paths to Justice: Legal Pluralism and the Rights of Indigenous Peoples in Southeast Asia* (Chiangmai, Thailand, Forest Peoples Programme and Asia Indigenous Peoples Pact, 2011).

<sup>29</sup> C. Doyle and J. Gilbert, “Indigenous peoples and globalization: from ‘development aggression’ to ‘self-determined development’”, in *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 8 (2009), edited by the European Centre for Minority Issues and the European Academy Bozen/Bolzano (2011).

29. 自 1920 至 1930 年的十年以来，菲律宾政府一直在推动发展采矿业。采矿业在通过《1995 年采矿法》时发展到了顶点。该法令赋予矿业公司全面的权力，并促进了鼓励外国投资的金融和法律激励措施。结果是全国各地的采矿活动继续有增无减，进行此种活动时无须与有关社区进行任何事先协商，更谈不上征得它们的同意。这些活动大约覆盖了 85 万公顷土地，约占全国总面积的 2.8%，其中很大部分是土著人民的世袭领地和土地。<sup>30</sup> 土著人民责成公司对破坏他们丰富文化的行为负责，据说此种文化的一些要素已被诸如酗酒、赌博和卖淫等堕落的价值观念和做法所取代。<sup>31</sup>

#### 宪政特许安排、《1997 年土著人民权利法》和国家土著人民委员会

30. 《1987 年菲律宾宪法》首次明文承认被称为“土著文化社区”的土著人民的身分和权利。它还规定在科迪勒拉和穆斯林棉兰老岛(后改名为Bangsa Moro)组建自治区。1997 年即签署《吉大港山区协定》以及印度政府同土著“娜迦战士”缔结停火协定的同年，菲律宾通过了《土著人民权利法》，从而促成设立了国家土著人民委员会，该委员会经授权保护和促进土著人民的福祉。菲律宾人热烈欢迎该法案获得通过，因为它规定了关于以下 4 “捆”权利的保护措施：(a) 世袭领地和土地；(b) 自治和赋权；(c) 社会正义和人权；(d) 文化完整性。<sup>32</sup> 事实上，菲律宾是少数几个具有关于根据国内法获得承认的自由、事先和知情同意的书面条例的国家之一(另几个国家是澳大利亚和玻利维亚多民族国)。<sup>33</sup>

#### 国家土著人民委员会、自由、事先和知情同意以及《土著人民权利法》实施情况

31. 根据《土著人民权利法》颁布的国家土著人民委员会 1998 年《行政命令》强制规定在土著社区世袭领地和土地上进行采矿活动时必须征得该土著社区所有成员的自由、事先和知情同意。<sup>34</sup> 该命令明确说明了协商和遵守习俗的进程。这符合《宣言》第 32 条第(2)款的规定，该款指出，“任何影响到土著人民土地

<sup>30</sup> R. D. Rovillos, S. Ramo and C. Corpuz, Jr., "When the 'isles of gold' turn to isles of dissent: a case study on the Philippine Mining Act of 1995", Forest Peoples Programme, 2005.

<sup>31</sup> E. Caruso and others, eds., *Extracting Promises: Indigenous Peoples, Extractive Industries, and the World Bank*, 2nd edition (Baguio City, the Philippines, Tebtebba Foundation and Forest Peoples Programme, 2005).

<sup>32</sup> Institute for Autonomy and Governance (IAG), *The Struggle Continues: Uphold the Rights of Indigenous Peoples*, IAG Policy Brief, April 2011.

<sup>33</sup> A. Buxton, "The spirit of FPIC: lessons from Canada and the Philippines", in International Institute for Environment and Development, *Biodiversity and Culture: Exploring Community Protocols, Rights and Consent* (London, 2012).

<sup>34</sup> W. N. Holden and A. Ingelson, "Disconnect between Philippine mining investment policy and indigenous peoples' rights", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 25, No. 4 (November 2007).

或领土和其他资源的项目，特别是开发、利用或开采矿物、水或其他资源的项目”都必须遵循自由、事先和知情同意的进程。尽管有着这些法律要求，但依然有指控说自由、事先和知情同意有时仅仅流于形式，谋求同意的进程未能穷尽，<sup>35</sup> 有时同意是“策划”而成的。<sup>36</sup> 与吉大港山区土地委员会的情况不同，国家土著人民委员会的委员由总统办公室选定，不能保障直接和充分的土著代表性，从而使问题进一步复杂化。

32. 总体状况在《土著人民权利法》获得通过的 1997 年后有所好转，但在法律和运作两个方面仍然存在着漏洞。人们认为矿业公司将关于自由、事先和知情同意的法律和相关的法律要求视为障碍因素。《权利法》的合宪性在最高法院受到质疑，有人指控说国家对自然资源的权力遭到了削弱。<sup>37</sup> 法官之间意见分歧，但最终该项法律得到了维持。但无论如何，据说这种破坏该法令的企图除其他事项外已导致削弱了委员会关于自由、事先和知情同意的立场。有人认为，委员会的行政准则《第 1998-3 号行政命令》是在矿业游说集团请求下颁布的。《命令》指出，在《权利法》生效前已获准进行采矿活动的矿业公司毋须遵循自由、事先和知情同意的程序。因此，批评者要求废除《采矿守则》并使委员会拥有更大的自主权，同时降低对国家政府的依赖程度。

33. 签发世袭领地所有权证书和世袭土地所有权证书在委员会已获授权的职能中最为重要。据报道，到 2007 年，委员会已经为 95 万公顷世袭领地签发了所有权证书，还为已登记土地主张的 290 万公顷世袭土地中的 4800 公顷土地签发了世袭土地所有权证书。<sup>38</sup> 有人批评委员会未能完全满足获得世袭土地所有权证书和世袭领地所有权证书的要求。还有人指称它用于行政事项的支出往往多于实地活动。不过，尽管鉴于困扰着它的预算、后勤和人力限制因素，它的工作或许没有达到许多人的期望，但委员会在提供证书方面的成绩如果谈不上显著，或许也可被视为超过了一般水平。

34. 除了签发世袭领地所有权证书和世袭土地所有权证书外，委员会的工作还有另外两个重要方面：(a) 通过发展与和平建立示范世袭领地社区；(b) 落实人权和促进增强土著人民的权能，包括通过其准司法权力这样做。<sup>38</sup> 但是，其中的一

<sup>35</sup> M. Salamat, “Indigenous peoples’ groups decry use of IPRA and NCIP for development aggression”, 12 August 2011.

<sup>36</sup> M. Colchester and M.F. Ferrari, *Making FPIC Work: Challenges and Prospects for Indigenous Peoples* (Forest Peoples Programme, 2007).

<sup>37</sup> W. Holden, K. Nadeau and R. D. Jacobson, “Exemplifying accumulation by dispossession: mining and indigenous peoples in the Philippines”, *Geografiska Annaler, Series B, Human Geography*, vol. 93, No. 2 (June 2011).

<sup>38</sup> M. Colchester and C. Fay, *Land, Forest and People: Facing the Challenges in South-East Asia* (Rights and Resources Initiative, 2007).

些职能连同签发所有权证书进程一起，涉及过于复杂的程序，要求提供文件和其他佐证材料，这对偏远社区是沉重的负担。在这方面，吉大港山区的制度似乎更有利于土著人民。

## 五. 比较孟加拉国吉大港山区与菲律宾的土著土地权利和土地主张制度

35. 上文各段的讨论表明，吉大港山区和菲律宾各自关于土著土地权利的制度具有若干十分积极的特点。菲律宾的优点包括：(a) 正式承认习惯土地权利和自主权；(b) 受《宪法》充分保障；(c) 颁发正式的所有权证书；(d) 坚持自由、事先和知情同意的原则。缺点包括：(a) 土著人在决策层参与不足；(b) 繁文缛节和复杂的程序；(c) 没有充分坚持自由、事先和知情同意的进程；(d) 国家土著人民委员会经费和后勤不足。

36. 菲律宾制度的一些积极特点、包括《宪法》承认以及自由、事先和知情同意，在吉大港山区制度中不见存在或是不够充分。此外，不执行《1997年协定》的关键条款，包括修订关于土地委员会的法律以及移交土地管理事项，损害了本来是良好的承认土地主张和解决土地争端的进程。吉大港山区制度最重要的特点包括广泛和不加限定地承认法规赋予的习惯土地权利，加上传统机构和设在吉大港山区的其他机构在自治和土地管理中的作用。所有的签发土地所有权证书和土地转让的案例都要求征得这些机构的同意，而且自1998年以来，对国家强制征地也有此种要求。此外，吉大港山区特有的机构可自主地将习惯用于公地和宅基地的权利正式化。<sup>39</sup> 作者在别处将此种制度描述为保护土著土地权利的一块“盾牌”，甚至是一把“利剑”。<sup>40</sup> 这种制度还使以习惯法为一方和以法规为另一方两者之间以及以土著当局为一方和以国家官员为另一方两者之间通常是不对称的关系变得较为公平，从而使土著领导人能使竞争环境变得较为公平一点。<sup>41</sup>

37. 下列的表1和表2概述了菲律宾和吉大港山区的制度在涉及土著人民土地主张和土地争端方面的主要相对优点和缺点。

<sup>39</sup> 1900年《吉大港山区条例》第8节和规则39-42、45和50，以及1989年《山地县理事会法》第64节。

<sup>40</sup> R. D. Roy, “Indigenous peoples and international human rights—plural approaches to securing customary rights”, in S. Chao and M. Colchester, eds., *Human Rights and Agribusiness: Plural Legal Approaches to Conflict Resolution, Institutional Strengthening and Legal Reform* (Moreton-in-March, United Kingdom, Forest Peoples Programme, 2012).

<sup>41</sup> R. D. Roy, “Asserting customary land rights in the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh: Challenges for Legal and Juridical Pluralism” in Colchester and Chao.

表 1  
菲律宾涉及土著人民的土地相关制度的主要优点和缺点

优点	缺点
在法规中承认习惯土地权利和自主权	土著人未充分参与决策进程、包括司法和区域自治
《宪法》充分保障土地权利制度和自主权	国家土著人民委员会资金、人力和后勤不足
颁发正式的所有权证书	在颁发土地所有权证书方面存在着繁文缛节和复杂的程序，造成了举证负担。
大体上遵循自由、事先和知情同意的进程	遵循自由、事先和知情同意进程的力度不足

表 2  
孟加拉国吉大港山区涉及土著人民的土地相关制度的主要优点和缺点

优点	缺点
土著人参与决策进程(部、理事会、土地委员会、传统首领)	宪法没有充分保障自治和土地管理制度
承认传统土著司法制度	国家对执行向土著人分配土地和实施传统司法制度的支持力度不足
广泛承认习惯法	没有正式承认自由、事先和知情同意

38. 以下各段将吉大港山区和菲律宾的土地主张和土地争端解决制度与《宣言》条款作比较。

39. 菲律宾和吉大港山区土著土地主张和土地争端解决制度加在一起，包含了其他地区没有的若干特点。这两种制度具有切实保护和保障土著人民土地权利的潜力，包括通过国家正式或准正式的承认制度以及通过解决土地争端的司法或准司法程序予以保护和保障。因此，它们值得在适当修改后在其他国家推广。这两种制度加在一起具有以下的重要特点：(a) 正式承认习惯土地权利；(b) 防止土地转让的保障措施；(c) 解决土地争端同时顾及习惯法的补救机制；(d) 将土著人民纳入重大的决策进程。下文表 3 列出了这些与《宣言》具体条款相关的特点。

表 3

对照《宣言》具体条款所列的菲律宾和孟加拉国吉大港山区涉及土著人民的土地相关制度的主要特点

主题 M/《宣言》条款	菲律宾的制度 System	吉大港山区的制度 (CHT) System
自决和自治(第 3 条)	关于区域自治的宪法条款	吉大港山区事务部、吉大港山区理事会和传统机构
保留土著机构(第 5、34 条)	世袭领地社区	传统机构首领、头人和 karbari
参与影响土著人民的决策进程(第 18 条)	关于区域自治的宪法条款	土著代表在部、理事会和土地委员会以及土地管理和司法部门任职
就涉及土著人民的立法进行协商的权利(第 19 条)	—	吉大港山区区域理事会和山地县理事会在涉及土著人民的立法中的特权和各自的属地管辖权
承认习惯法以及对关于土著人民的土地权利作出公正裁决(第 27、28 和 40 条)	宪法、《土著人民权利法》、国家土著人民委员会的作用(包括签发世袭领地所有权证书和世袭土地所有权证书)以及关于区域自治的条款	宪法和其他法规承认习惯法和司法裁决,以及吉大港山区特有的机构在土地管理、土地委员会和传统法院中的作用

从亚洲其他司法管辖区吸取的关于土地主张和解决土地争端的经验教训

40. 除了上文提及的在菲律宾和吉大港山区的制度外,亚洲和其他地区还有另一些关于正式承认土著土地和资源权利以及土著人民参与立法和决策、土地管理、土地行政管理和司法的良好实例。其中最重要的是印度东北部几个邦以及马来西亚沙巴州和沙捞越州的制度。这些制度也是值得其他地方仿效的典范。表 4 概述了这些制度中一些最重要的特点。可以比较表 3 和表 4,以便了解上述 4 个管辖区中与土地相关的制度概况。

表 4

## 对照《宣言》具体条款所列的印度东北部以及马来西亚沙巴和沙捞越涉及土著人民的土地相关制度的主要特点

主题/《宣言》条款	印度东北部	马来西亚, 沙巴和沙捞越
自决和自治(第 3 条)	关于那加兰邦和米佐拉姆邦的特别保障措施(《印度宪法》, 分别为第 371A 和 371G 条) 自治县和区域理事会(《印度宪法》, 附则六, 第 164(1)条)	关于沙巴州和沙捞越州及其原住民宪政地位的特别保障措施(《马来西亚宪法》, 分别为第 161E 和 161A 条)
保留土著机构(第 5 和 34 条)	县理事会任命首领和头人(《印度宪法》, 附则六)	传统首领和头人在土地管理和司法中的作用(《马来西亚宪法》, 附则九, 第 13 款, 清单 IIA; 第 10 款, 清单 IIIA)
参与影响土著人民的决策进程(第 18 条)	保留在立法机构和政府职位中的任职名额(《印度宪法》, 分别为第 330 和 332 以及 16(4A)条) 自治县和区域理事会(《印度宪法》, 附则六)	关于土地的决策中保障沙巴和沙捞越权利的特别立法条款(《马来西亚宪法》, 第 95 D 和 95 E 条) 原住民法院的作用(《原住民法院法》, 1952 年)
就涉及土著人民的立法进行协商的权利(第 19 条)	对那加兰邦和米佐拉姆邦的保障设施(《印度宪法》, 分别为第 371A 和 371G 条) 自治县和区域理事会的立法特权(《印度宪法》, 附则六)	对沙巴和沙捞越的特别立法条款(《马来西亚宪法》, 第 95D、95E、161E (4)条)
对土地权利和土地主张的补救办法(第 27、28 和 40 条)	邦政府的立法和行政作用 若干邦的专门传统法院 土地行政管理以及自治县理事会和区域理事会在司法中的作用 (见上述宪政特许安排)	沙巴和沙捞越高级法院 原住民上诉法院、原住民县法院以及原住民首领和头人法院的作用 沙巴州和沙捞越州特别立法特权 (见上述法律特许安排和机构程序)

## 六. 结论和建议

### A. 结论

41. 上文讨论的菲律宾和孟加拉国吉大港山区的制度提供了有效、或至少是可能有效的关于土著人民的土地主张和解决土地争端的制度，虽然两者都有需要解决的某些缺点。不过，本研究报告认为，这些制度是正在实地实际执行的模式，而不是不切实际的理论模式。印度东北部以及马来西亚沙巴邦和沙捞越邦的制度也是如此。关于这些制度的详尽研究可以为其他地区的执行工作提供实用的想法。长远而言，从速承认土著土地主张和解决土地争端将削减政府开支并减轻政府工作力度，导致可持续和平，改善土著人民与国家的关系，并且在相关人民和社区自由、事先和知情同意下促进包容各方、以人为本、有利于环境和对文化敏感的发展。

### B. 建议

42. 以下是向国家政府、联合国系统、多边和双边发展机构和金融机构、研究机构、非政府组织、私营部门以及土著人民提供的建议。

#### 国家政府

43. 敦促孟加拉国政府履行其承诺及其政治和法律职责，按照吉大港山区区域理事会的建议修订《2001年吉大港山区土地委员会法》。

44. 敦促孟加拉国政府如常设论坛第十届会议报告强调所述(见 E/2011/43 和 Corr.1, 第 102-103 段)执行《1997年吉大港山区协定》中尚未得到落实的条款，包括将土地行政管理的全部权力移交山地县理事会，使尚未复原的 Jumma 难民和境内流离失所土著人复原，并使吉大港山区切实非军事化。

45. 敦促菲律宾政府采取措施，消除国家土著人民委员会在法律、程序、后勤和财政方面面临的缺点，包括在委员会签发世袭领地所有权证书和世袭土地所有权证书工作中的缺点。它应该促进委员会履行自治职能而不受不利的政治或企业影响。必须取消在通过《土著人民权利法》前被赋予采矿特许权的公司对自由、事先和知情同意的豁免。

46. 敦促菲律宾政府促进加强土著人民居住区域和地区的地方政府机构，包括在有关土著人民合作下并征得他们自由、事先和知情的同意后制定和实施关于科迪勒拉区域自治的组织法。

47. 敦促国家土著人民委员会确保在给予世袭领地所有权证书和世袭土地所有权证书时按照《土著人民权利法》和相关习惯法严格遵循自由、事先和知情同意的进程，并加强土著人在所有级别参与所有的相关活动。委员会应修改对社区造成过分的据以确定其土地主张的举证责任、包括提供佐证文件的程序性做法。



48. 敦促亚洲和其他地区国家政府研究孟加拉国吉大港山区和菲律宾等地关于土地主张和解决土地争端的制度，以便获得有关适用于它们国情的事项的可实施的想法。

#### **联合国系统各机构、基金和方案**

49. 有关的机构、基金和方案，包括世界粮食计划署、联合国粮食及农业组织、国际农业发展基金、联合国开发计划署、联合国促进性别平等和增强妇女权能署以及世界银行应认识到及时、公正和包容各方地解决涉及土著人民的土地主张和土地争端的重要性，并顾及在其政策、业务准则、活动和惯例中的现有良好做法，包括本研究报告提及的良好做法。

#### **双边发展机构、多边开发银行和其他国际金融机构**

50. 双边发展机构应考虑到本研究报告提供的最佳做法和其他相关经验，通过它们资助的项目和方案促进公正解决土著土地主张和土地争端。

51. 包括国际金融公司的多边金融机构、以及诸如包括亚洲开发银行的区域开发银行等多边发展机构应确保它们资助的项目和方案促进公正解决土著土地主张和土地争端，并防止和避免对土著土地权利的不利影响。

52. 特别敦促世界银行修订其土著人民政策，使之完全符合《宣言》，并特别重视采用自由、事先和知情同意的标准。

#### **大学和其他研究机构**

53. 敦促大学和其他研究机构在土著人民合作下深入研究本研究报告提及的制度，协助各国政府、土著人民、联合国系统和其他相关行为体推广关于土著土地主张和解决土地争端的相关模式。

54. 鼓励非政府组织在土著人民合作下研究本研究报告提及的模式；促进土著人民这方面开展的诸如倡导和游说等努力；推广关于土著土地主张和土地争端的最佳做法和其他相关模式，包括在其方案和项目中予以推广。

#### **土著人民**

55. 敦促土著人民、他们的政府和其他机构、组织和网络研究本研究报告提及的模式和其他相关的模式，促进动员、游说和宣传活动以及与国家对话，进一步开展与增进涉及土地、领地和资源的土著权利相关的研究和其他活动，包括承认土地主张和及时解决涉及土著人民的土地争端。

#### **私营部门**

56. 敦促包括公司、银行和其他金融机构的私营部门实体避免进行侵犯土著人民土地权利的活动，并促进和维护土著土地主张和解决土地争端。