



土著问题常设论坛

第二十二届会议

2023年4月17日至28日，纽约

临时议程* 项目4

参照《联合国土著人民权利宣言》和《2030年可持续发展议程》，就常设论坛的六大任务领域(经济和社会发展、文化、环境、教育、卫生和人权)展开讨论

土著人民背景下落实自由、事先和知情同意

秘书处的说明

摘要

土著问题常设论坛在第二十一届会议上任命论坛成员阿列克谢·齐卡列夫对土著人民背景下落实自由、事先和知情同意问题进行研究，并将研究报告提交论坛第二十二届会议。本说明载有上述研究报告。

* E/C.19/2023/1。



关于土著人民背景下落实自由、事先和知情同意的研究报告

一. 引言

1. 在联合国专家群体中，有一个共同的理解，即自由、事先和知情同意是落实土著人民决定其优先发展重点的权利的支柱。虽然对于将自由、事先和知情同意归类为一项权利、原则还是保障措施仍有一些争论，但各国和土著人民都坚定地致力于实现改善关系和促进人权的承诺。

2. 土著人民权利专家机制关于自由、事先和知情同意：基于人权的方法的研究报告¹ 将自由、事先和知情同意视为一项人权规范以及土著人民集体权利的保障措施。土著人民权利特别报告员詹姆斯·安纳亚在关于采掘业与土著人民的报告中提到，² 自由、事先和知情同意是一项原则。一些土著领导人和专家³ 将自由、事先和知情同意界定为一项人权，并且是自决权的一个组成部分，另一些人则认为自由、事先和知情同意应成为国际法的另一项基本原则，如领土完整、平等和自决以及合作义务。

3. 本报告并不试图解决这一争论，而是将自由、事先和知情同意视为一项人权原则和标准，体现土著人民对其土地的权利和参与决策的权利。

4. 虽然自由、事先和知情同意包含了一些要素和条件，但并无落实这一原则的通用标准。各国、土著人民和私营部门正在不断发展关于自由、事先和知情同意的良好做法。因此，自由、事先和知情同意的做法目前是国际规范框架指导下的个体做法的总和。它也是土著人民、各国和工业公司所作努力的总和。自由、事先和知情同意方面的全球做法正与土著人民权利的总体标准制定工作一起演变。这一演变可能会转变为一种标准，但仍应允许在区域和国家两级保持一定的灵活性。上述灵活性可能取决于土著人民自治机构的多样性、他们的决策模式以及他们与国家和私营部门的历史关系和协议。

5. 现有的自由、事先和知情同意框架包括《联合国土著人民权利宣言》和《国际劳工组织土著和部落人民公约，1989(第 169 号)》的条款、世界银行和国际金融公司的标准、行业标准和国家法律以及联合国专家机构的研究报告。

6. 根据上述标准，国家是落实自由、事先和知情同意的主要义务承担人。因此，土著人民权利专家机制明确指出“人权义务不能下放给私营公司或其他实体”，国家“仍对这一进程中的任何不足负责”。⁴

¹ [A/HRC/39/62](#)。

² [A/HRC/24/41](#)。

³ 土著问题常设论坛前成员达利·桑博·多罗在常设论坛第十届会议上的发言。见权利和资源，“联合国土著问题常设论坛第十届会议”，博客，2011年5月18日。

⁴ [A/HRC/39/62](#)，第 56 段。

7. 然而，正如《联合国土著人民权利宣言》所述，公认的是，私营实体亦应平等获得土著人民的同意并与之达成协议。应鼓励国家和私营部门都采取这一做法并超越《宣言》，将自由、事先和知情同意作为其他案例中的谈判基础。

8. 值得注意的是，所有国家一致同意世界土著人民大会的成果文件，承诺采用自由、事先和知情同意原则。然而，大多数国家尚未将自由、事先和知情同意纳入国家立法，因此难以保证这一原则在实践中得到广泛应用。在这种情况下，如果私营公司自愿承诺在与土著人民接触时采用自由、事先和知情同意，可有助于将这些原则转化为事实上的做法，转而推动立法改革。

9. 此外，在许多情况下，如果有良好意愿，私营公司在落实自由、事先和知情同意方面比政府行为体更有灵活性。国家在国际法和国内法中对自由、事先和知情同意作出承诺，私营部门则通过公共承诺、土著人民方面的政策、行业标准和核证作出这一承诺。此类承诺对公司和国家本身都具有重要意义，特别是鉴于违反承诺的任何行为都将导致声誉受损以及金融风险 and 损失。

10. 鉴于自由、事先和知情同意的做法正在迅速发展和变化，本研究载列了其落实工作的案例研究和方法。因此，本报告应被视为对土著问题常设论坛、土著人民权利专家机制和土著人民权利特别报告员的研究报告的补充。本报告基于常设论坛在 2021 年专家组会议上举行的关于自由、事先和知情同意及其他人权尽职原则的讨论以及常设论坛第二十一届会议就关于采用自由、事先和知情同意做法的报告所提建议。本报告中提到的例子包括常设论坛第二十一届会议期间举行的题为“落实自由、事先和知情同意：建设土著人民能力和经验”的会外活动上讨论的若干实例，以及作者参加或有机会研究的其他实例。

二. 自由、事先和知情同意要素的完整性与唯一性

11. 自由、事先和知情同意的四个要素是不可分割的；鉴于它们相互联系和相互关联，不能孤立使用其中任何一个。在基于自由、事先和知情同意的谈判中，如果缺乏所有要素的完整性，实现的积极成果可能会遭到质疑。

12. “自由”要素不仅是指同意或不同意拟议项目的自由，还意味着确定决策条件和理由的自由。如果商定的条件被违反，土著人民应有撤回其同意的选项。“自由”要素适用于整个谈判进程：土著人民应当能够自由参加谈判、自由退出谈判或不参加谈判。他们应有权自由选定其代表或机构以其名义参加这一进程，并阐述他们处理自由、事先和知情同意的办法。其次，土著人民应当能够进行内部辩论或表示异议，并选择解决拟议项目所涉内部问题的办法。

13. 必须在任何项目开始之前尽早开展自由、事先和知情同意程序，以留出足够时间来获取和研究初始信息，选出授权代表参加协商和谈判，参与协商，并在这一进程的所有阶段提出意见。公司应使用所有可用的通信选项，向参与该程序的参与者提前通报所有会议、重要事件或变更。

14. “事先”要素显然系指影响土著人民的项目的起始点之前的一个时点。然而，预先通知方面存在一个最困难的问题：应将什么视为项目的起始点？如果同意获得收入是任何企业的一个重要因素，最合乎逻辑的起始点将是投资。一旦作出投资，私营公司甚至会不惜牺牲土著人民权利来保护这些投资。因此，采纳自由、事先和知情同意的进程应在拟议活动的概念拟订和设计阶段早期，即进行任何投资之前开始，从而为土著人民启动自身决策进程提供必要的时间。然后，应不断向土著人民通报这一进程中的关键步骤，包括申请许可或执照、制定项目计划以及开展地质勘探(在采掘业案例中)。

15. 与规划和尽职调查程序有关的投资对于启动谈判以及提供关于对土著人民的环境、文化、职业、传统生活方式和人权的潜在风险和影响的信息至关重要。应向有关土著人民披露项目计划和尽职调查结果。然而，在实践中，一些公司倾向于将项目计划完全保密，称之为商业或贸易机密。2021年，在一次关于东欧、俄罗斯联邦、中亚和外高加索的虚拟区域对话上，常设论坛获悉了俄罗斯联邦卡累利阿共和国的一个此类案例，当地一家私营林业公司拒绝披露采伐计划，并提及为制定计划作出的重大公司投资。然而，在与维普斯人的进一步谈判中，该公司同意向他们展示计划。

16. 众所周知，土著人民应获得关于项目及其所有阶段和拟议备选方案的完整和可靠信息，包括对土地和资源的影响、期限、缓解措施及财政和就业惠益等。“知情”要素意味着土著人民应了解公司关于以自由、事先和知情同意为基础的谈判方法和规则、申诉及后续措施的提议。土著人民应了解他们的权利以及相关法律、国际文书和标准。应以一种让土著人民有机会事先研究的形式将所有资料提供给土著人民。如有必要，应将全部或部分材料翻译成土著语言，在整个自由、事先和知情同意程序期间，应在会议和协商中配备合格口译员。土著人民应有机会以口头和书面形式提出问题，对收到的材料和文件发表评论，并提出自身建议。

17. “知情”要素的主要目标是土著人民代表不仅获取信息，而且理解和分析信息。对于不同语文中的术语含义，可能会有一些误解。例如，自由、事先和知情同意的法律术语中“知情”一词在俄语中被译为“意识到”，这比仅仅“知情”的含义更广泛。根据这一概念，土著人民不仅将收到必要的信息，还将有机会在考虑其传统决策制度、内部流程的情况下集体讨论信息，并作出知情决定。也就是说，信息不仅被接收，而且被理解。译为土著语言可能有助于了解土著人民自己的概念，并对应当如何组织这一进程有进一步理解。在 Livvi-Karelian 语版本的《联合国土著人民权利宣言》中，“知情”一词被译为三个词 *sellitetty da ellendetty*(字面意思是“解释和理解”)。然而，在 kindred Finnish 语中，译文 *tietoon perustuva* 更接近英文(“基于信息”)。无论如何，仅提供信息而不确保土著人民有机会和能力消化信息往往会造成误解和无法达成协议。

18. 基于自由、事先和知情同意的协商应包容所有社区成员。公司应尽可能广泛地通知土著社区，确定所有弱势群体并考虑他们的意见。这些群体可能包括老年人、青年、妇女、儿童和残疾人。除了确定社区成员和决策机构外，公司应确定

并通知非政府组织、伞式结构、监察员、授权代表理事会和长老理事会等利益攸关方。

19. 应在公司与相关土著人民、部落、居住区、村庄、社区或社会子群体之间达成的书面自由、事先和知情同意协议中规定同意的条款和条件。

三. 自由、事先和知情同意在实践中的发展

20. 土著人民权利专家机制关于条约、协定和其他建设性安排，包括和平协定与和解倡议及其宪法承认的研究报告⁵指出，在一些社会文化区域，土著人民与公司之间呈现一种趋势，即在政府参与或不参与的情况下自己直接达成协议。研究报告还指出，需要为土著人民参与拟订和执行协定和条约提供能力和资源。

21. 如专家组会议所述，在加拿大和俄罗斯联邦，一些私营公司根据自由、事先和知情同意原则与土著人民接触。会议还指出，“各国应履行获得自由、事先和知情同意的义务，监督此类协议的执行情况，即使其本身不是这些协议的缔约方”。⁶ 私营部门的此类做法形成了一个成功事例、典型错误和经验教训的数据库，转而发展了自由、事先和知情同意的理论和实践。国际社会应鼓励通过广泛的文献记载和经验交流逐步形成实践做法。

22. 需要采纳自由、事先和知情同意并记录在案的实例包括影响传统生活方式和所占用地、传统所有权或习惯用途的投资和运营，例如地下(矿物、天然气等)、自然表面(水、木材、鱼、驯鹿等)和文化(艺术品、手工品、土著传统知识)资源的产业发展；购置土地以建造有形基础设施，包括附属设施(变电站及输电线、输气管道、船厂、直升机停机坪等)以及相关结构(公路网、港口等)；家庭从居住区和村庄的实体搬迁；拆除和迁移圣地(葬地等)；运输路线、储存地点和方法以及倾弃化学品和危险材料。

23. 如果土著人民和公司已经达成相互协议，对正在进行的合作作出具体规定，或公司正在响应土著人民提出的直接和具体的集体请求，启动新的自由、事先和知情同意进程则可能不必要或不合宜。例如，俄罗斯泰米尔的工业公司在土著村庄投资建造新的房屋和肉类加工车间。⁷ 在摩尔曼斯克地区，土著萨米人代表已要求工业公司投资振兴驯鹿养殖。⁸ 在这些情况下，土著人民已经概述了目标或就应享权利进行了谈判。

24. 在其他情况下，特别是在土地权和重新安置类别中，国际标准严格要求自由、事先和知情同意。泰米尔的一个最近实例⁹ 提供了一个重要的案例研究。Tukhard

⁵ A/HRC/51/50。

⁶ E/C.19/2022/6，第35段。

⁷ 此类建造是泰米尔土著少数民族发展援助五年方案的一部分，见 Normickel, “Normickel builds new housing in Ust-Avam”, 13 July 2022。

⁸ Normickel 与摩尔曼斯克区域土著人民之间的协商。

⁹ 见 <https://fpic.kmnsoyuz.ru/?lang=en>。

村是 1970 年代在游牧民族涅涅茨人的土地上建造的一个居住区，位于一家天然气供应厂附近。多年来，土著代表开始在轮调工人的临时建筑物中定居，或用手头的材料修建自己的建筑物。根据最近修订的联邦立法，出于安全和健康原因，禁止在工业区建造住房。尽管立法没有要求自由、事先和知情同意，但 Norilsk Nickel 集团(在该村经营的天然气供应企业的所有者)决定采用自由、事先和知情同意原则进行重新安置谈判。该公司聘请了独立专家，进行了尽职调查，在村民和利益攸关方中开展了广泛提高认识运动，确定了弱势群体，在达成协议前进行了三轮协商并将这一进程记录在案。

25. 在 Tukhard 案例的症结中，有几个问题值得一提：(a) 村民在参与协商之前没有成立决策机构；(b) 由于驯鹿牧民的游牧生活方式和该村季节性地理交通问题，与他们的沟通受到限制；(c) 过去的经历导致缺乏信任；(d) 驯鹿牧民生活在冻原，但与该村有密切的文化和家族联系。为了克服这些挑战，该公司提出了以下解决方案：(e) 邀请一个土著人民组织担任协调人；(f) 向土著人民提供时间和法律援助，以便按照自己的程序独立建立一个与自由、事先和知情同意进程有关的决策机构；(g) 该公司与区域和联邦土著伞式组织、土著议员和监察员接触；(h) 驯鹿牧民并非重新安置的目标，其权利和需要是协商的核心；(i) 该公司建立了申诉补救机制；(j) 在进行实际协商之前，该公司就采用自由、事先和知情同意原则征得了土著人民的同意。

26. 虽然关于设立卫生保护区的立法规定要求重新安置居民，但在与该公司谈判时，Tukhard 土著人民有权对拟议重新安置方案说“同意”、“反对”和“有条件同意”。如果答案是“反对”，与土著人民谈判的进一步责任将由地方政府承担，但政府并非谈判方；市政当局和该选区的土著议员参加了谈判。地方政府承诺监测和保证依法执行达成的协议。土著人民与该公司的协商会议是按照土著人民自己的规则和传统举行的，并由从土著代表中选定的一名人员主持。在土著人民进行实际决策的进程中，所有观察员和其他有关各方均不在场。

27. 谈判进程包括整个社区的集体决定和家庭一级的个体决定。当然，任何个人都不能以集体或集体权利的名义作出决定。Tukhard 社区集体决定对重新安置方案表示“同意”，选定了搬迁地点并讨论了同意的条件。土著人民通过其决策机构监测人口普查，以确定有资格获得新住房的人，审查建筑竞标的工作范围，并就新村庄的建筑材料和视觉特征提出建议。他们还确保驯鹿牧民的文化、社会和经济权利，并与该村保持其他类型的联系。土著人民确保新村庄将建在 Tukhard 旧村庄附近的传统居住区，位于现有边界内，并将向与 Tukhard 有关的所有人提供开发机会。该公司在努力促进保留社区传统生活方式的同时，向家庭提供了重新安置到城市或另一个村庄的选项。因此，在集体同意后，家庭可自行决定是重新安置到新村庄，还是迁至另一个现有的居住区。鉴于重新安置计划的期限是 2026 年，因此提前很久进行了协商，并确保了自由、事先和知情同意中的“事先”要素。

28. 有意思的是，在 Tukhard 案例中，一些土著代表批评该公司发起自由、事先和知情同意，因为他们认为该公司试图拖延新住房的实际建造，或甚至利用关于

人权和国际标准的言辞掩盖不作为。由于建造新住房是一个期待已久的项目，该公司必须说服土著人民，基于自由、事先和知情同意的进程对于加强协议和增强社区权能至关重要。

29. 尽管由于重新安置村庄是立法要求，Tukhard 不能被视为一个“自由、事先和知情同意促进重新安置”的典型案列，但该案达到了基于自由、事先和知情同意的谈判标准，并就此提供了一种有效的方法。最后，该公司采用自由、事先和知情同意并得到村民的接受，使土著人民的谈判立场更强有力，协议更可靠，协议的今后执行工作更透明，公司更接受问责。采纳自由、事先和知情同意进程有助于在信任和相互尊重的基础上建立关系，这是有效和公正执行协议所述的所有条件的因素。

30. 在俄罗斯联邦的亚马尔-涅涅茨自治区，亚马尔液化天然气项目旨在建造世界上最大和首个北极液化气生产厂，关乎涅涅茨游牧人民的传统生活方式和驯鹿养殖。2010年，一批相关公司发起了第一次尽职调查活动，比获得许可证提前4年，比产业启动提前7年。项目倡导者进行了民族学、历史学、文化学、考古学研究，组织了一次宣传运动，并提出了采纳自由、事先和知情同意的计划。2013和2014年，项目倡导者与土著人民进行了三轮谈判，达成了关于自由、事先和知情同意的书面声明。与前一个案列一样，有关土著人民设立了一个决策机构，即代表理事会。自由、事先和知情同意声明提及谈判达成的土著人民计划(发展援助计划)，其中包括尽量减少和缓解影响的措施、地方就业和教育方案、社区和家庭的能力建设努力以及利益分享机制，如建造住房和社会基础设施、传统职业和工艺品加工厂、运输设施，支持土著领导的科学、体育、文化和语言组织和项目。自由、事先和知情同意之后的接触包括与土著人民协商、土著人民监测土著人民计划的执行情况、社会学、申诉补救机制以及利用土著人民的传统知识恢复生态系统。¹⁰

31. 来自俄罗斯联邦的另一个案列在常设论坛上引起了极大关注，涉及萨哈林土著人民对萨哈林能源公司、萨哈林区域政府和萨哈林州土著少数民族授权代表区域理事会联合执行的五年期土著人民发展计划的自由、事先和知情同意。三方计划草案在协商会议上得到讨论，并在萨哈林所有七个市镇的代表会议上通过，采用了自由、事先和知情同意原则。协商结果由一名独立专家评估。该方案旨在避免和尽量减少萨哈林-2项目对土著人民的影响，提高他们的生活质量，支持他们的可持续发展。土著人民通过其理事会和可持续发展基金理事会直接参与计划的管理，包括资金的分配。在2021年的会议上集体同意了最新的2021-2025年发展计划。这一案列表明，尽管国际标准没有具体要求采用自由、事先和知情同意原则确定利益分享机制，但这一原则是适用的，并有助于加强谈判。

32. 在美利坚共和国没有自由、事先和知情同意方面的立法要求的情况下，一些公司使用自由、事先和知情同意要素(类似自由、事先和知情同意流程)开展协商

¹⁰ Yana Dordina, 在关于土著人民可持续发展领域公私伙伴关系的国际论坛上的发言，俄罗斯联邦摩尔曼斯克，2022年10月11日。

流程。美国“红宝石管道”是埃尔帕索公司(现为康德摩根)的一个项目，从落基山脉盆地的一个气田经怀俄明州、犹他州、内华达州和俄勒冈州向西海岸供应天然气。长达 1 090 公里的管道建设于 2009 年 1 月获得批准，并于 2011 年 7 月投入运营。美国法律要求的协商进程涉及管道线路附近或与受影响地区存在精神联系的 40 多个土著人民群体(美洲土著部落和民族)。开展该项目的接触运动是为了记录和考虑土著人民的关切，保护他们的历史和文化遗产，并建设他们的能力。从公司的角度来看，这一方法有助于降低风险和限制责任，尽管一些部落政府和环保组织继续反对项目。从决定参与协商的部落的角度来看，该项目提高了他们与自然资源开发公司打交道的能力，提供了就业机会，并加强了社区内关于文化习俗、圣地和植物知识的信息共享。¹¹

四. 自由、事先和知情同意作为进程和对话

33. 正如土著人民权利专家机制关于自由、事先和知情同意的研究报告所述，“寻求自由、事先和知情同意的进程有时被[私营部门]视为仅是程序性进程，而不是以人权为重点。这有时被视为对土著人民的善意姿态，可能导致服从第三方利益，而不是保护权利持有人的利益”。¹² 然而，采纳自由、事先和知情同意仍应被视为一个长期和包容性进程，其中某些程序必须由各方商定。

34. 如同自由、事先和知情同意具备必要的要素一样，自由、事先和知情同意进程亦是如此：落实自由、事先和知情同意不能脱离尽职调查、影响评估、制定包括最小化、缓解、补偿措施的土著人民计划、伴随从一个步骤过渡到另一个步骤的善意谈判以及协议的监测和后续行动。

35. 善意谈判是通过文化上适当的程序进行的协商，目的是在公正的条件下达成协议。¹³ 对于所有各方而言，此类谈判涉及以下方面：(a) 愿意参与某一进程，并能以合理的时间和合理的频率会晤；(b) 提供知情谈判所需的信息；(c) 探讨重要的关键问题；(d) 使用彼此接受的谈判程序；(e) 愿意改变初始立场，并在可能的情况下修改要约；(f) 提供足够时间作出决定。¹⁴ 善意谈判寻求找到解决分歧的可行方案，重点是在各方之间建立相互尊重的关系，并消除任何谈判力量失衡情况。¹⁵

¹¹ Jennifer H. Weddle, “Navigating cultural resources consultation: collision avoidance strategies for federal agencies, project proponents, and tribes”, *Proceedings of the 60th Annual Rocky Mountain Mineral Law Institute*, vols. 22–1 (2014).

¹² [A/HRC/39/62](#), 第 54 段。

¹³ S. James Anaya and Sergio Puig, “Mitigating state sovereignty: the duty to consult with indigenous peoples”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, No. 4 (fall 2017). 3

¹⁴ 国际金融公司，“指导说明 7：土著人民”，相应业绩标准 7，2012 年 1 月 1 日。

¹⁵ 国际矿业与金属理事会，《良好做法指南：土著人民与采矿》，第 2 版(2015 年，伦敦)。

36. 需要让土著决策机构参与整个进程，最重要的是，土著人民应能够直接影响谈判进程中的决策。

37. 对于私营公司而言，在尽职调查进程中，考虑到传统和当代土著自治和决策机构的可能特点和差异，可能难以确定正当的谈判伙伴。在有些情况下，此类机构并不存在，因此，应当给土著人民时间，以便按照他们自己的程序和传统建立此类机构。俄罗斯联邦的一些游牧土著人民居住在跨度数千公里的广袤领地上，人数很少，没有代表全体人民及其所有社区的纵向一体化自治机构。与具有不同生计和自治制度的众多土著人民接触的公司应准备建立多方面对话，并考虑到土著对应方采用的各种概念和哲学。当然，此类公司需要具备更深入的内部专知以及与土著人民对话的更精密的结构。应作出更多努力，研究各种自治和决策机构。常设论坛的三名成员：阿列克谢·齐卡列夫、格里戈里·卢基扬采夫和斯文-埃里克·苏萨尔试图研究东欧、俄罗斯联邦、中亚和外高加索区域的此类做法。¹⁶

38. 一旦确定或建立了决策机构，有关土著人民应当能够在谈判进程中代表他们向私营公司以及外部媒体和人权界发声。只有代表受影响群体或社区的机构才具备进行谈判的正当性，而所有其他机构、包括人权维护者和非政府组织，都应作为利益攸关方参与协商。例如，在 Tukhard 重新安置案例中，有关的涅涅茨土著社区没有地方决策机构，必须建立一个此类机构。克拉斯诺亚尔斯克边疆区泰米尔土著少数民族协会、联邦伞式组织“俄罗斯联邦北方、西伯利亚及远东土著民族协会”及其他涅涅茨机构在谈判中发挥了协商作用，而已成立的土著地方当局接手了主要谈判者的角色，代表社区和在该村登记的驯鹿牧民。为自由、事先和知情同意进程设立的决策机构由六名妇女和一名男子组成，并已在重新安置谈判之外发挥了更广泛的自我组织作用。

39. 土著人民应能够决定在自由、事先和知情同意谈判以及影响评估中的自身工作方式。与此同时，任何人都不应将其他社会文化区域的成功做法强加给他们。如果土著人民认为没有必要，就没有理由强迫他们进行谈判以及采用自由、事先和知情同意原则。任何人都不应将其他社会文化区域的工作方法、规程或经验和最佳做法强加给土著人民。土著人民以及作为自由、事先和知情同意进程的一部分而设立的常设或临时决策机构，应有权制定自己的工作方法或借鉴现有经验。与此同时，不应将任何方法和规程强加给土著人民，即使出于良好的意愿，正如参加自由、事先和知情同意进程本身不能具有强迫性。

40. 签署自由、事先和知情同意协议不是进程的终点，而是长期关系的起点。在项目的实际执行过程中，需要土著人民的不断参与、一个运作良好的申诉补救机制、获得外部补救以及监测和评价设施。

41. 自由、事先和知情同意是一个不断学习的进程，私营公司、土著人民和国家在这一进程中相互学习并吸取经验。由一家领先的工业公司通过相互学习和制定标准来落实自由、事先和知情同意，可以激励其他实体自愿接受或在公众压力下接受自由、事先和知情同意的想法。另一方面，如果目标定得太高，大量权利持

¹⁶ 见 E/C.19/2021/8。

有人立即要求在同一个国家实现自由、事先和知情同意，则可能产生相反的效果。某一程序的申请数量可能骤增，此类雪崩效应可能使当局和工业公司感到恐慌，因为它们可能还没有准备好应对事件的迅猛发展。例如，它们可能缺乏切实参与自由、事先和知情同意进程所需的资源、与土著人民互动的政策、方法或专家。可能会形成一个新的现实，其中一些公司愿意按照自由、事先和知情同意的规则行事，另一些公司拒绝或抹黑这一做法。

42. 因此，尤其需要明确表明自由、事先和知情同意是一个可以且应该学习的进程，需要有先例，以便国家不惧怕这一原则，其他公司也可以采用这些原则。良好做法的积累可能有助于形成适用自由、事先和知情同意的国内标准。

五. 自由、事先和知情同意与公正概念

43. 土著人民权利特别报告员詹姆斯·安纳亚在其关于采掘业的报告中提到，基于自由、事先和知情同意的谈判产生了以权利为中心、公平、公正的协议和伙伴关系。公正协议的定义需要从土著人民和工业公司两者角度加以澄清。

44. 从长远来看，尊重自由、事先和知情同意的协议通过避免政治、社会、声誉和金融风险，为公司提供发展更可持续业务的机会。自由、事先和知情同意方法有助于在相互信任和尊重的基础上与土著人民建立长期关系。同样，自由、事先和知情同意有助于降低项目费用，正如“红宝石管道”案例中的情况，尽管这不是一个自由、事先和知情同意的典型范例。一个相反情况的例子是“达科他州接入管道”案例，这给项目倡导者造成了数十亿美元的损失。

45. 从土著的角度来看，自由、事先和知情同意的保障措施对于促进以基于人权的方法处理发展问题至关重要。自由、事先和知情同意有助于实现范式转变，即土著人民被视为权利持有人而不是利益攸关方。

46. 如果人民同意这样一种观点，即签署一项协议不是土著人民与私营公司关系的终点而只是起点，那么协议的公正性取决于是否经得起时间的考验、可持续性以及各方是否执行。如果条件没有得到满足或各方对条件有不同的理解，土著社区有权退出协议并撤回其自由、事先和知情同意。

47. 财政补偿和投入，至少其本身，不能成为公正性的衡量标准。金钱无法取代土著人民权利、土著人民的土地或文化。例如，对涅涅茨人来说，驯鹿是一种物化表现，但对驯鹿牧民来说，驯鹿还具有神圣的价值。对文化和语言的损害是难以计算的。公平的协议不是以财务形式表现，而是体现在尊重一家公司愿在其领地上经营的人民。¹⁷

48. 正如常设论坛主席达里奥·何塞·梅希亚·蒙塔尔沃指出的那样，“土著人民保持其身份必须具备三项关键能力：拥有自己土地的能力，像祖先一样思考的能力，最后是独立决策的能力。当我们谈论自由、事先和知情同意时，我们把这

¹⁷ 土著人民权利专家机制成员 Antonina Gorbunova 在关于土著人民可持续发展领域公私伙伴关系的国际论坛上的发言，俄罗斯联邦摩尔曼斯克，2022年10月11日。

些可能性置于一个法律框架中。”¹⁸ 所有这三项能力合在一起代表了土著的公正概念。

49. 参与评估自由、事先和知情同意协议和谈判的自由、事先和知情同意从业人员和专家认为，基于自由、事先和知情同意的协商是企业以及接触土著人民的未来之路。“跨文化咨询服务”公司与尼泊尔土著民族联合会一起制定了土著人民参与项目新范式的概念。¹⁹ 这一概念发扬了《联合国土著人民权利宣言》之前存在的“不损害”和“广泛社区支持”等范式，并提出了一种模式，即土著人民被视为共同伙伴和共同决策人，并牢牢掌控整个接触进程，包括项目前对话、协议谈判、项目执行和执行后关系。这一参与性范式涉及建立伙伴关系，而不是征询和考虑社区的意见。新范式的基础是从俄罗斯联邦萨哈林能源和尼泊尔上特里舒利-1 水电项目等具体项目中吸取的经验教训。该方法引入了一套新的协议和一批新的接触参与者。同意进程协议阐明了自由、事先和知情同意进程的具体内容，同意声明记录了项目核可情况，土著人民计划规定了条件、措施和承诺。三方土著人民计划执行协议说明了私营实体、政府和土著社区的作用、义务和应享权利。如有必要，可签订未决事项协议。接触进程需要土著社区和项目工作人员进行三轮协商、提高认识和建设能力，并需要一个组织和监督整个进程的自由、事先和知情同意协调组织的参与。这可能是一个土著领导的组织，不一定代表受影响社区。受影响社区由咨询委员会及其工作组代表，与公司和政府共同编制自由、事先和知情同意的相关文件。在自由、事先和知情同意之后的对话中，为自由、事先和知情同意进程设立的机构转为执行和评估土著人民计划的理事机构。虽然新范式只是关于组织自由、事先和知情同意进程的可能想法之一，但阐述得当并已在实践中得到证明。

六. 自由、事先和知情同意作为能力建设工具

50. 自由、事先和知情同意取得成功的两个主要条件是土著人民的能力及其平等参与同工业公司协商的能力。虽然公司拥有更多的资源且处于更有利的地位，但实践表明，采用自由、事先和知情同意原则参与协商和谈判进程有助于双方提高能力和知识，在相互尊重的基础上建立伙伴关系和联系。

51. 在大多数情况下，与国家和工业公司相比，土著人民在财政机会、法律培训和资源可用性方面处于边缘化地位。如果此类谈判对公司官员和雇员而言是其工作的一部分，对土著人民来说则是额外而且往往非常沉重的负担，因为他们的土地意义重大，他们的文化和传统生活方式可能受损。在这方面，土著人民需要为能力建设创造条件。创造上述条件的形式可以是独立的法律援助，建立独立的申

¹⁸ 常设论坛主席达里奥·何塞·梅希亚·蒙塔尔沃在土著人民权利专家机制会外活动“工业公司与土著人民之间的协议：自由、事先和知情同意做法和能力建设”上的发言，2022年7月7日。

¹⁹ Greg Guldin，“落实自由、事先和知情同意：建设土著人民的能力和和经验”，在常设论坛会外活动上的发言，2022年5月4日。

诉机制，以及提高他们在执行工业项目所涉技术领域的知识的活动。公司或国家提供的此类援助不应导致操纵或腐蚀土著领导人。

52. 工业公司制定了各种模式，以增强参与自由、事先和知情同意的土著社区的权能和能力建设，并与他们开展协商进程。在“红宝石管道”案例中，项目经营方设立了一个全职的美洲土著部落联络实体，由在文化资源保护、缓解和处理方面经验丰富的咨询顾问以及与部落直接合作的一个律师团队组成。这个团队能够在公司和部落之间建立信任、联系和谅解。该公司通过投资于培训参与文化资源调查和建造工作的部落文化资源技术员和监测员，为土著人民的能力建设和参与能力做出了贡献。在 Tukhard 案例中，自由、事先和知情同意协议包括该公司提供法律和技术援助及培训，以便土著人民监测协议执行情况并与公司有效接触。

53. 为了更好地遵守国际标准和土著人民权利，往往需要在工业公司内部建设能力和知识。一般来说，私营公司中了解此类权利的雇员很少(如有)，这些雇员可能在专门负责可持续性或投资者关系的部门工作。然而，切实接触需要在所有公司业务中更广泛地了解土著人民权利。

54. 为了获得知识和建设能力，公司应全面记录其接触做法，组织外部监测和评价，并分析经验教训。应鼓励私营公司发展机构记忆，在内部培训人员或寻求外部培训。

55. 在国家一级，各国应发挥作用，创造、分享和促进与自由、事先和知情同意有关的知识和专长。国家、学术机构、私营公司和土著人民组织的联合能力建设方案提供了一个更全面的方法。自 2021 年以来，莫斯科国立国际关系学院和俄罗斯联邦北方、西伯利亚及远东土著民族协会共同主办了一个关于土著少数民族的培训方案，其中包括自由、事先和知情同意以及私营公司与土著人民的接触做法。

56. 在国际一级，联合国土著人民权利专家机构通过制定适用国际标准的建议和准则，为土著人民和工业公司的能力建设做出贡献。联合国人权事务高级专员办事处有一个土著人民研究金方案，联合国训练研究所提供一个预防冲突培训方案，包含自由、事先和知情同意的审议。许多联合国机构和国际行业网络制定了关于自由、事先和知情同意的准则。

57. 正如土著人民权利专家机制关于自由、事先和知情同意的研究报告所述，“对许多自由、事先和知情同意准则提出了一些关切，包括所用措辞往往不准确，有时引起歧义，例如在需要进行影响评估或应开始协商的时点方面”。²⁰ 然而，存在成功准则的例子，例如，《自由、事先和知情同意：土著人民权利和地方社区良好做法——联合国粮食及农业组织项目从业人员手册》是一份全面和方便读者的准则，将自由、事先和知情同意视为一个进程及一项人权规范。

²⁰ A/HRC/39/62，第 55 段。

七. 结论和建议

58. 所有各方必须推动范式转变，将土著人民视为权利拥有人。公司应停止将土著人民视为利益攸关方，转而承认他们的集体和个体权利。

59. 私营部门应接受在建立信任和对话的基础上与土著人民长期接触的新方法。让土著组织成为谈判各方之间的自由、事先和知情同意协调人和对话者应被视为良好做法。

60. 自由、事先和知情同意不应脱离于其他尽职调查和对话进程。有意义的自由、事先和知情同意进程的前提是尽职调查确定了受影响群体和社区以及对他们的潜在影响，包括对其环境、人权、文化、职业和传统生活方式的潜在影响。此类尽职调查流程在不同的国家可能有不同的名称，如社会文化影响评估和行为学专门知识。此外，无法将土著人民计划与自由、事先和知情同意进程分开，因为它阐明了对尽职调查过程中确定的潜在影响进行最小化、缓解和补偿的措施。

61. 自由、事先和知情同意只能由土著人民自己按照自身程序选择的土著人民“代表机构”授予。此类机构的实例可以是根据有关土著人民的法律、习俗和传统，正式选出的土著人民村委员会或协商一致任命的长老小组。在土著人民没有建立可充当决策机构的现有机构的情况下，遵守这一国际标准可能具有挑战性。例如，土著人民居住区的市政机构往往没有具体或充分代表土著人口，致力于土著事业的非营利组织等其他类型的组织亦无法做到这一点。由于这些机构和组织是众所周知且可以接触的，一些公司可能会有意与他们谈判，以加快步伐并提出媒体和股东认为正当的一个自由、事先和知情同意进程。然而，这种做法不符合国际标准，侵犯土著人民的自决权，并使公司承担风险和责任。为应对这一挑战，土著人民的一个良好做法可以是专门为基于自由、事先和知情同意的谈判设立土著决策机构，并告知公司，在某些情况下，自由、事先和知情同意进程必须留出时间，以便这些机构形成和发展关于开展自由、事先和知情同意工作的能力。

62. 为确保遵守共同利益和土著人民权利，私营公司应：**(a)** 制定与土著人民接触的具体政策和战略；**(b)** 适用公认的国际标准；**(c)** 适用环境、社会和治理原则；**(d)** 适用就土著人民和企业作出公共承诺、透明报告和有效沟通的政策。有时，环境、社会和治理原则及行业标准，如林业领域的森林管理委员会核证、采矿业领域的负责任采矿倡议核查及国际矿业与金属理事会标准，更易被工作人员理解并在公司政策中得到强调。由于这些标准以《联合国土著人民权利宣言》和国际规范为依据，这种情况与确保土著人民权利成为公司整体人权议程一部分的总体目标并不矛盾。然而，对于与土著人民密切合作的公司而言，更好的做法是专门为他们与土著人民的接触制定单独的公司政策和申诉补救机制。这一点很重要，因为自由、事先和知情同意的要求具体涉及与土著人民的接触，而非与当地社区或少数民族的接触。

63. 应鼓励联合国训练研究所与联合国工业发展组织和其他联合国机构合作，为工业公司设立一个关于与土著人民接触的专门教育方案，其中包括自由、事先和知情同意原则。

64. 《联合国全球契约》及其国家网络应发挥更大的作用，在其成员公司中推广自由、事先和知情同意的原则和良好做法，分享国际标准，并鼓励公司制定与土著人民接触的自身公司政策。《全球契约》应促进将自由、事先和知情同意作为成功和文明企业的指标。
65. 各国和联合国系统应协助将《联合国土著人民权利宣言》及自由、事先和知情同意准则翻译成土著语言，以及推广这些译文并分析自由、事先和知情同意所载法律术语的语言差异。联合国系统应为儿童和其他社会子群体出版易于查阅的自由、事先和知情同意准则版本。
66. 世界银行集团和学术界应投资于对不断演变的自由、事先和知情同意做法进行研究，并为私营部门制定自由、事先和知情同意准则。
67. 鉴于自由、事先和知情同意是建立对话的一个工具，应鼓励各国、土著人民和私营部门探讨土著人民权利专家机制的任务，以便促进各国、土著人民和(或)私营部门之间的对话。
68. 国家、土著人民和私营公司应联合制定关于在商业发展中落实土著人民权利的国家标准，并促进土著人民可持续发展领域的公私伙伴关系。国家标准制定的参与性进程将有助于包括小企业在内的公司将自己与此类标准建立关联，接受自由、事先和知情同意，并逐步制定自己的政策。
69. 常设论坛第二十一届会议报告²¹指出，土著人民权利应在任何时候都得到尊重，这完全适用于自由、事先和知情同意原则。国际危机、包括联合国或个别国家对其他国家或私营实体实施的经济和政治制裁，不应妨碍土著人民利用自由、事先和知情同意原则的机会。国际社会不应设定条件，限制某些公司和国家根据自由、事先和知情同意与土著人民接触的能力。单方面强制性措施对享受人权的不良影响问题特别报告员一再对此类措施对弱势群体的影响表示关切。她强调指出，金融部门过度遵守单方面制裁对人权产生了负面影响。²²
70. 在国际事务动荡不安的情况下，有必要在知识领域保持国际联系并就不断演变的自由、事先和知情同意做法交流观点。如被排斥在国际交流与合作之外，有关土著人民的人权可能易受侵犯。在艰难的国际局势中，企业应继续开展对话，在新的条件下建立关系，特别是在供应链正发生变化之际。

²¹ E/2022/43-E/C.19/2022/11。

²² 见联合国人权事务高级专员办事处，“金融部门过度遵守单方面制裁对人权有害”，2022年6月28日。