

参与自主、事先的知情同意

2012 年 9 月



关于本报告

本报告的主要撰写人是商务社会责任国际协会的咨询顾问经理、能源和采掘业研究专家 **Jasmine Campbell**，其他撰写人还包括：商务社会责任国际协会咨询顾问主任、能源和采掘业专家 **Michael Oxman**；商务社会责任国际协会主任、人权领域专家 **Faris Natour**；商务社会责任国际协会主任、欧洲研究专家 **Farid Baddache**。

本报告以文献综述和会议建议为基础，这些建议来自商务社会责任国际协会于 2012 年 6 月 19 日在伦敦主办的“采掘公司自主、事先的知情同意研讨会”的与会者。在此，我们还要特别感谢与会的森林民族计划（**the Forest Peoples Programme**）的 **Conrad Feathers** 博士，以及来自采掘业和金融服务业、国际矿业与金属理事会（**ICMM**）和国际石油工业环境保护协会（**IPIECA**）的代表。

本报告中的任何错误由作者本人负责。请直接将意见或问题发送至 **Jasmine Campbell**，邮箱 jcampbell@bsr.org。

免责声明

商务社会责任国际协会出版的报告旨在加深对企业社会角色，以及对企业社会责任和负责任商业行为方面的发展趋势的了解。商务社会责任国际协会坚持的政策是不担任其会员企业的代表，也不支持专门的政策或标准。本出版物中表达的观点系作者的观点，不代表商务社会责任国际协会会员的观点。

关于商务社会责任国际协会

商务社会责任国际协会与近 300 家会员企业组成的全球网络一道致力于创造一个公平和可持续发展的世界。我们在亚洲、欧洲和南北美洲都设有办公室，通过咨询服务、专业研究和行业协作，开发企业可持续发展战略及解决方案。欲了解更多我们在可持续发展领域 20 多年的领先经验，请访问 www.bsr.org。

目录

4	引言
6	解释 FPIC 和同意：法律框架和标准
	FPIC 与国际框架和标准
	FPIC 与州和国家法律框架和标准
13	在日常业务中适用 FPIC
	适用 FPIC 的条件
	在立法缺失或存在不足的情况下适用 FPIC
16	FPIC 与利益相关方参与管理的关系
	将 FPIC 融入利益相关方参与管理
	决定利益相关方参与管理计划融合的实际问题
	将 FPIC 决策程序融入利益相关方参与管理计划时的考虑因素
20	参与 FPIC: 收益与挑战
21	结论
22	建议
23	参考资料

引言

作为商务社会责任国际协会发起的“在复杂的世界中构建共同价值”项目的一部分，商务社会责任国际协会于 2012 年 6 月 19 日主办了“自主、事先的知情同意研讨会”（以下简称“BSR 研讨会”）。来自采矿、石油天然气和金融服务等行业的代表讨论了当前对自主、事先的知情同意原则（以下简称 FPIC）的看法以及如何运用该原则与土著人互动。森林民族计划的 Conrad Feathers 博士在会上陈述了非政府组织对 FPIC 的观点，进一步丰富了研讨成果。

与会者重点谈论了一些需要进一步阐释的主题：

- » FPIC 的一般性解释和适用
- » 关于“同意”的解释和适用，以及它是否等同于否决权
- » 国家与 FPIC 的关系，及其对企业的影响
- » FPIC 与《联合国工商企业与人权指导原则》¹（以下简称“联合国指导原则”）的关系
- » FPIC 与利益相关方参与实践的关系
- » FPIC、社会许可和收益分享的内在联系程度



FPIC 可能具有以下主要特征：

- » 构建于一系列法律和规范原则的基础之上。这些法律和规范原则关注的重点是与土著人民就影响他们土地和权利的事宜进行接触和磋商。

¹Ruggie, J. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect, and Remedy" Framework*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, March 21, 2011, www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf.

- » 向国家、公司、受影响的土著人民及民间社会提出众多的在定义、法律、程序和问责方面的挑战。
- » 融合了同意、磋商、否决权、诚意和代表等概念。这些概念只有细微的差别，需要进行解释，并深受国际和国内法，及相关标准和指导原则的影响。
- » 提供关于利益相关方参与的最佳做法，用于不同行业（如石油与天然气、采矿、林业和造纸、食品和饮料、捕鱼和狩猎）项目发展的参与式工具。²

FPIC 可以通过提高社会影响评估的质量，支持企业承担尊重人权的³社会责任和加强企业利益相关方参与的效果，协助企业降低与社会和法律许可相关的风险。对 FPIC 没有给予充分的重视，特别是在处理涉及土著人民权利事务方面，已经引起了众多的诉讼、倡议运动以及对公司大规模采掘、基建和其他商业项目的反感。

虽然 FPIC 有助于降低风险和加强土著人民及其社区与公司的关系，但它作为一个概念也带来了一些挑战：

- » 承认土著人民享有土地和其他资源²的权利挑战了国家主权观念（以及企业行为的界限）。
- » 在公司执行 FPIC 而当事国不承认或不推动该原则的情况下，公司申请项目开发许可将处于不利的地位。
- » 处理与执行 FPIC 相关的法律和实践问题消耗公司的资源。

本报告：

- » 总结了 BSR 研讨会的讨论要点。
- » 提升对 FPIC 原则及其与企业业绩关联性的认识。
- » 突出公司在采用利益相关方参与和风险管理最佳做法方面面临的主要的挑战、机遇和深层次的影响。
- » 通过将 FPIC 融入公司的利益相关方参与管理计划 (SEMPs)，让公司接受这个概念。

² This paper is focused on FPIC's application to issues affecting indigenous people; however, FPIC principles may arguably be extended to companies engaging with non-indigenous communities affected by projects.

³ Ruggie, J. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development, Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, April 2008, www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf.

解释 FPIC 和同意：法律框架和标准

由于 FPIC 没有普遍适用的定义，需要在国际和国内法框架下对其加以理解。开发实用的与土著人民（以及更广泛意义上的利益相关方）互动的最佳实践必需理解这些框架，因为其最终需要适用 FPIC 原则，以有效地平衡受影响的土著人民、民间社会、政府和公司的不同预期。

BSR 研讨会的参加者认为 FPIC 的定义、适用和如何实施等问题尚不明确，很难将其与“磋商”和“同意”的概念进行区分。虽然相关概念不明确，但与会者普遍同意，获得土著人民的同意意味着更进一步的承诺，而不仅仅是磋商。为了获得土著人民的同意，相关方必须对项目开发达成明确的协议。⁴

具体而言，“同意”和“磋商”的区别在于土著人民是否在项目规划的决策阶段享有否决权。澳大利亚乐施会将 FPIC 解读为否决权，而其他机构，如世界银行，则持相反的观点。⁵

FPIC 与国际法框架和标准

在国际劳工组织通过第 169 号公约之后的 20 多年里，一些国家选择通过包含 FPIC 原则的国际法框架来执行磋商和同意原则。⁶ 近来，FPIC 被融入了更广泛的国际法框架和标准，《联合国土著人民权利宣言》⁷，国际金融公司更新的绩效标准 7（PS7）⁸ 和指导说明书 7（GN7）⁹ 都包含了该原则。

⁴ However, it also argued (and follows logically) that consultation implies an ultimate objective of consent.

⁵ International Finance Corporation, *ILO Convention 169 and the Private Sector: Questions and Answers for IFC Clients*, 2007, p. 6, [www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_ILO169/\\$FILE/ILO_169.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_ILO169/$FILE/ILO_169.pdf).

⁶ ILO Convention No. 169 was adopted in 1989, came into force in 1991, and was ratified by 20 countries, mostly in Latin America, *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, ILO 169, 1989, www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-en/index.htm. In addition the notion of FPIC was cited in the Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, (adopted September 1998); the Convention on Biological Diversity, specifically Article 8(j) (adopted May 1992); and the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biodiversity (adopted January 2000) ..

⁷ *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, March 2008, www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf.

⁸ IFC, *Performance Standard 7 Indigenous Peoples*, January 1, 2012, www1.ifc.org/wps/wcm/connect/1ee7038049a79139b845faa8c6a8312a/PS7_English_2012.pdf?MOD=AJPERES.

⁹ IFC, *Guidance Note 7 Indigenous Peoples*, January 1, 2012, www1.ifc.org/wps/wcm/connect/50eed180498009f9a89bfa336b93d75f/Updated_GN7-2012.pdf?MOD=AJPERES.

联合国人权理事会于 2011 年 6 月 16 日通过的《联合国工商业与人权指导原则》¹⁰ 对 FPIC 的适用也发挥了指导作用，并明确了国家和企业在商业与人权领域应发挥的作用。

国际劳工组织第 169 号公约

“第 169 号公约是一部关于土著人民和土著部落权利的具有法律效力的国际法律文件。目前已有 20 个国家批准了该公约。一旦批准公约，国家在公约生效前有一年的时间调整国内的立法、政策和项目使之符合公约的规定。批准该公约的国家需就公约执行情况接受监督。”¹¹

国际劳工组织第 169 号公约对“磋商”、“同意”及其适用情况进行了规定。公约第 15 条规定，开发土著人民自然资源应与他们进行磋商；第 16 条将“同意”定为搬迁安置事宜的条件（原文使用的是有限制的陈述，请参看下文的斜体部分）。

第 15 条 磋商

对于有关民族对其土地的自然资源的权利应给予特殊保护。这些权利包括这些民族参与使用、管理和保护这些资源的权利。

在国家保留矿藏资源或地下资源或附属于土地的其它资源时，政府应建立或保持程序，政府应经由这些程序在执行或允许执行任何勘探或开采此种附属于他们的土地的资源计划之前，同这些民族进行磋商，以使确定他们的利益是否和在多大程度上受到了损害。凡可能时，有关民族应参与分享此类活动的收益，他们因此类活动而遭受的损失应获得公平的补偿。

第 16 条 同意

当这些民族的迁离作为一项非常措施被认为是必要的情况下，只有在他们自主并明确地表示同意之后，才能要求他们迁离；如果得不到有关民族的同意，则只有在履行了国家立法和规章所规定的程序之后，才能提出这一要求。在适当的时候，上述程序中可以包括公众调查，以便为有关民族能充分地陈述其意见提供机会。

虽然第 169 号公约构建了 FPIC 原则的基础，但公约的履行受到了以下因素的制约：

- » 只有 20 个国家批准该公约
- » 国家执行 FPIC 法律没有统一的标准
- » “充分磋商”和“取得同意”两个概念的构成要素和区别尚不明确

¹⁰ *Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Resolution Adopted by the Human Rights Council, UN General Assembly*, www.business-humanrights.org/media/documents/un-human-rights-council-resolution-re-human-rights-transnational-corps-eng-6-jul-2011.pdf.

¹¹ *Indigenous and Tribal Peoples Convention, ILO 169, 1989*, www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-en/index.htm.

联合国土著人民权利宣言

2007 年通过的《联合国土著人民权利宣言》承认了“同意”的概念。¹² 虽然宣言不具有强制约束力，无法像国际法律文件（如国际劳工组织第 169 号公约）那样发挥国际法的作用，但它承认土著人民的脆弱性，用比国际劳工组织第 169 号公约更强有力的语言（在涉及影响到土著人民土地或其他资源的项目时）申明土著人民享受的权利：

“各国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，特别是开发、利用或开采矿物、水或其他资源的项目前，应本着诚意，通过有关的土著人民自己的代表机构，与土著人民协商和合作，征得他们的自由知情同意。”¹³



2007 年，联合国经济和社会理事会（ECOSOC）设立的专门讨论土著人民问题的咨询机构联合国土著问题常设论坛（UNPFII）对 FPIC 进行了定义，特别是对“同意”进行了如下的定义：¹⁴

¹² *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, March 2008, www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf.

¹³ Article 32(2), *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, March 2008, www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf.

¹⁴ UN-REDD Programme, *Guidelines on Free, Prior, and Informed Consent*, Draft, December 2011, http://www.unredd.net/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=1333&Itemid=53

扩展联合国土著问题常设论坛对 FPIC 的定义 (2003):

自主：获得社区同意的进程由社区自我主导，并且不受强加的胁迫、预期和时限的妨害。

事前：系指在征求土著人民同意的行动或程序开始之前的这段时间；从开始征询到得到肯定或否定的答复之前的这段时间也属于此范畴。

知情：在征求土著人民同意之前以及在征询过程中应向其提供必要的信息。

同意：土著人民和当地社区通过习惯决策程序达成的决定。集体同意或否决的权利适用于所有对土著人民和当地社区的土地、领土、资源和生计产生直接影响的项目、活动、立法和行政措施与政策（和相关的程序和阶段）。征求、获得或拒绝给予同意必须遵循每一个社区特殊的正式或非正式的政治—管理动态。

BSR 研讨会与会者指出，一些国家并不乐于看到《联合国土著人民权利宣言》的通过，担心“同意”将等同于否决权。他们担心，否决权与自决权联系起来，这将允许土著社区独立于国家之外，管理自身的发展——这种观念已经开始挑战传统的国家主权观。

然而，联合国大会通过了《联合国土著人民权利宣言》，这反映了联合国成员国对土著人民权利的集体观点。虽然不具强制约束力，该宣言的通过却具有法律相关性。国际社会希望联合国成员国秉持善意重视该宣言，这反映了国家在国际法（包括习惯法）下应承担的义务。¹⁵

国际金融标准

国际金融公司（IFC）在 2012 年将 FPIC 融入公司的可持续性框架¹⁶，具体方法是修订绩效标准 7（PS7）¹⁷。国际金融公司绩效标准也是“赤道原则”¹⁸的基础，这些原则是一套旨在管理项目融资中环境和社会风险的自愿性金融行业基准。更重要的是，国际金融公司近来还将 FPIC 原则融入到了“赤道原则”（EPIII）的修订版之中。¹⁹

¹⁵ Equality Team of the International Labour Standards Department, *ILO Standards and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Information note for ILO staff and partners, January 9, 2007, www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_100792/lang-en/index.htm.

¹⁶ The IFC's Sustainability Framework consists of policy on environmental and social sustainability, performance standards, and access to information policy. Learn more about all these subjects at www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/.

¹⁷ IFC, *Performance Standard 7*, new version effective January 1, 2012, www1.ifc.org/wps/wcm/connect/50eed180498009f9a89bfa336b93d75f/Updated_GN7-2012.pdf?MOD=AJPERES.

¹⁸ *Equator Principles*, June 2006. Please note: The IFC's revised Performance Standards apply to the Equator Principles Framework that also take effect as of January 1, 2012, www.equator-principles.com/resources/equator_principles.pdf.

¹⁹ Equator Principles III, *Draft and Summary of Key Changes*, 13 August 2012 www.equator-principles.com/index.php/ep3.

国际金融公司试图通过指导说明书 7（GN7）对 FPIC 原则的定义和适用加以明确，其认为该原则是“……通过客户和受影响的土著社区之间的善意谈判而达成。客户将记录（i）客户与受影响土著社区共同接受的程序，以及（ii）各方达成协议的证据作为谈判的结果。FPIC 不必然要求全体一致同意，在社区个人或群体明确表示不同意的情况下也可实现。”²⁰

修订前的绩效标准 7（PS7）涉及到了磋商，新版本则引入了“同意”的概念，但其适用于新项目或赤道原则下的项目贷款。寻求同意的适用范围通过“善意谈判”来确定，而“善意谈判”这个法律术语的定义取决于适用的法域。此外，鉴于“磋商”仅意味着公司、监管者和受项目影响者之间的信息交流，²¹“同意”包含着向直接受影响者（如有可能，向他们的代表机构）让渡决策权，或与他们分享决策权。

将 FPIC 原则引入借贷和投资标准显示了该原则对私营部门发展的潜在影响力。虽然绩效标准 7 和赤道原则 III 的适用局限于接受赤道银行和/或国际金融公司资助的公司，但利用其他渠道的资金回避该原则的公司仍然受到国家相关立法或受影响社区“事实否决权”的约束。

联合国指导原则

人权与大型跨国采矿公司商业实践之间的关系越来越得到国际组织的重视，这些组织包括国际人权政策理事会、联合国人权事务高级专员办事处、国际劳工组织、美洲人权法院。²² 联合国人权理事会最近对联合国指导原则的支持²³ 提升了企业将人权考量融入商业实践的基本需求。

联合国指导原则旨在帮助区分政府和企业的责任；这些原则在坚持国家主权观念的同时，

²⁰ IFC, *Guidance Note 7*, January 1, 2012, paragraph 12, p. 7

www1.ifc.org/wps/wcm/connect/50eed180498009f9a89bfa336b93d75f/Updated_GN7-2012.pdf?MOD=AJPERES.

²¹ This information is stemming from a quote by Interfaith Center on Corporate Responsibility (ICCR) cited in the following article, B. Baue, *Communities, Corporations, and the Difference between Consent and Consult*, Corporate Responsibility Magazine, www.thecro.com/node/498.

²² L. M. Jimenez, *Community Right to Participate in Mining Policies with Reference to Tinaya and Rio Blanco Mining Conflicts in Peru*, Institute of Social Studies, 2008, p. 13, <http://oaithesis.eur.nl/ir/repub/asset/7223/Lenny%20Maritza%20Merino%20Jimenez%20PPM.pdf>

²³ UN Human Rights Council, *Chapter 1: Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, July 6, 2011, www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/A.HRC.17.RES.17.4.pdf.

也阐明了国家有别于企业的义务。²⁴ 联合国指导原则明确要求企业在任何情况下都应尊重人权，而国家则负有保护人权的主要责任。类似的，FPIC 可被视为国家保护及企业尊重土著人民权利的一项工具。

在治理结构薄弱，公共机构稀缺和（人力、财政和技术）资源匮乏的国家，区分责任以支持公共部门和实施法制恐较难实现。这些制度性缺陷，再加上利益相关方之间（如在土著人民和政府之间）缺乏互信，以及土著人民对公司解决这些制度性问题寄予了较高的期望，往往造成责任得不到明确的区分。

企业承担着商业责任，需要确保经营的透明，并为自身行为承担责任；他们应当谨慎地不完全倚赖国家主权原则来应对与 FPIC 相关的挑战。此外，当国家侵犯人权时，公司应避免参与这些侵权行为，并从正面影响国家行为。

FPIC 从人权的角度为企业提供了一个将国际人权标准与原则融入利益相关方参与的机会。根据国际法框架和标准，将 FPIC 融入影响评估，如人权风险评估，能够推动利益相关方参与管理计划的最佳实践，而这将有利于降低风险，并有助于企业获得社会许可。

FPIC 与州和国家法律框架和标准

在国际法框架和标准之外，国家法律在很大程度上也影响着 FPIC 的适用。例如，一些法院在受理与土著人民权利相关的案件时，援引了国际劳工组织第 169 号公约，特别是在批准了该公约的国家（如秘鲁、墨西哥、玻利维亚、丹麦、厄瓜多尔和哥伦比亚²⁵）。这为在国家层面执行 FPIC 原则创造了先例。²⁶

国家法规中是否含有 FPIC 原则是检验国家司法对土著人民权利认可程度的一个重要指标。一些国家，如菲律宾、马来西亚、澳大利亚和秘鲁通过了相关法律，利用 FPIC 原则处理影响土著人民土地和领土的活动。²⁷ 例如，澳大利亚各州 30 多年来一直实施这样法律：涉及勘探和开采活动时，承认土著人民的身份，通过土著人民管理的土地委员会与其进行磋商和谈判。

²⁴ However, a recent report of the UNPFII on the state's duty to protect indigenous peoples who are affected by transnational corporations and other business enterprises argues that a corporation may have exactly the same duties as states, although these duties would be secondary after the state's.

²⁵ MacKay, F. *A Guide to Indigenous Peoples' Rights in the International Labour Organization*, Forest Peoples Programme,

²⁶ www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iloguideiprightsjul02eng.pdf.

²⁷ "Application of Convention No. 169 by Domestic and International Courts in Latin America," 2009, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---norms/documents/publication/wcms_123946.pdf.

²⁷ Tamang, P. *An Overview of the Principle of Free, Prior, and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices*, Workshop on Free, Prior, and Informed Consent, January 19, 2005.

在很多资源丰富的非经合组织成员国存在这样的事实：他们缺乏制度能力来有效地执行保护公民（包括土著人民）人权的措施。采掘业带来的收入与国家财富增长之间的关系使得国家没有实施保护的意愿。即使企业乐于实施 **FPIC** 原则，国家也可能因为项目对国家经济增长的重要性而不愿意效仿。当国家为不执行 **FPIC** 原则的企业提供经营许可和国有企业合资安排时，遵守该原则的企业就处于不利的地位了。

鉴于上述情况，国家需要成为 **FPIC** 原则的主要推动者和执行者。一项权利作为国家法律而存在需要所有的公司——无论贷款条件、企业形象或规模大小如何——在国家管辖范围内经营时，都执行该原则。

即使国家颁布法律执行 **FPIC**，公司仍然需要以逐案处理的方式进行，以了解相关法律对公司经营活动和土著人民权利的影响，特别是法律在执行方面存在不足的情况之下。

商务社会责任国际协会近来参与了一个矿业项目，在菲律宾适用关于 **FPIC** 的法律。在这个过程中，我们遇到了下列挑战：

- » **立法的模糊性**使公司和利益相关方处在一个不利的地位。立法提供了宽泛的指导原则，但没有就如何获得 **FPIC** 给出一个已经认可的程序。
- » 在法律没有相关规定的情况下，需要**投入时间和资源**来建立一个利益相关方认可的执行 **FPIC** 原则的程序。
- » **确定同意程序**意味着公司必须能够提供有关项目初期收益与成本的信息。
- » 实现真正意义上的**知情同意**比磋商需要花费更多的时间和投入更多的专业知识与资源。
- » 当政府在利用投资基金方面比社区更有影响力时，**社会事业投资**作为项目开发的一个要求对 **FPIC** 产生影响。

立法缺陷可能客观存在，但正如我们下面将要提到的，公司可以利用有关 **FPIC** 的国际法和国内法的框架和标准来弥补这些不足。

与政府洽谈合资企业协议时，国家对 **FPIC** 的解释和执行有很大的影响；但是，公司往往可以选择对政府施加影响，以保护土著人民的权利，降低自身面临的社会绩效风险。

在日常业务中适用 FPIC

公司将有关 FPIC 的工作纳入项目规划可能会遇到困难。公司内部的专职部门或可持续发展工作小组可以而且应该对相关项目和财务小组施加影响，推动该原则的融入。

参加 BSR 研讨会的代表对下述观点表示了明确的赞同：公司内部用什么样的语言来表述 FPIC 及推动公司内部接受该原则对融入效果至关重要。公司内部对该原则的接受高度依赖以下因素：

- » 项目开发对土著人民的影响，以及国内是否存在 / 缺失关于 FPIC 的立法
- » 公司各部门就社会风险和社会绩效问题的沟通力度
- » 对理解和接受社会议题的内部重视程度
- » 管理多元利益相关方（包括投资者和高级管理层）预期的有效性

正如本报告提到的，由于存在对 FPIC 原则的不同解释，如国家法律和受地方环境影响的开采项目对该原则就会有不同的解释，因此，公司将该原则融入内部沟通十分重要。通过实施了解如何运用符合该原则的方法与受影响的土著人民互动，公司必须作为一个整体理解该原则产生的影响。

适用 FPIC 的条件

无论 FPIC 是否得到国家的承认，下列情况都涉及到该原则的适用：

- » 项目在有 FPIC 相关立法的国家实施：当事国的法律要求公司实施 FPIC 原则，公司应遵守这些法律，同时认识到在适用该原则方面，这些法律可能存在一些不足（下文将谈到这个问题）。
- » 国际金融公司资助的新项目与依靠赤道银行贷款的项目都适用绩效标准 7（PS7）：如果项目资金来自国际金融公司或赤道银行，企业在项目实施过程中，必须遵守已有的国家法律、赤道原则和/或绩效标准 7 和指导说明书 7 的要求。²⁸
- » 因为公司将社会绩效风险管理定为优先要务，和 / 或为了实现根据利益相关方参与最佳做法制定的目标，公司愿意通过制定内部政策执行 FPIC 原则：该原则的适用很大程度上取决于公司选择的执行方式。如果选择适用该原则，公司应当考虑适用的国际法框架和标准，并在相关地点评估以下内容：

²⁸ Companies should be aware that the draft Equator Principles III incorporate aspects of the UN Guiding Principles and the 2012 amendments to PS7.

- a. 国家境内对土著人民身份的承认，
- b. 州和地方法规中对 FPIC 的承认，
- c. 可能牵涉到与项目相关的土著人民权利的其他法律。

在立法缺失或存在不足的情况下适用 FPIC

如果国家立法存在缺陷，企业应对本报告提及的国际法和国内法的框架和标准进行尽职调查，并考虑将 FPIC 作为风险管理和社会绩效工作方案的组成部分。例如，针对国家相关立法缺失或不明确的情况，公司应确保通过，将 FPIC 原则融入利益相关方参与管理计划。

一个重要的考虑因素是：除非法律已有明确规定，否则在多大程度上选择适用、推动或帮助定义“同意”（如土著社区赞成或反对项目开发的选择权）完全取决于公司的自行决定。

因梅特矿业公司（Inmet）巴拿马克布雷铜矿项目（Cobra Panama project）是在国家相关立法缺失的情况下，公司适用“同意”原则的一个正面的、具有开创性的例子。²⁹ 作为开发克布雷铜矿（世界上最大的尚未开采的铜矿之一）的第一步，因梅特矿业公司需要重新安置一些土著居民家庭。公司与受影响的家庭进行了深入的磋商和谈判；在这个过程中，公司承认土著人民享有自主、事先的知情同意的权利，并向他们解释了该权利的具体内容。

公司必须谨记：在国家没有将 FPIC 原则直接纳入立法的情况下，其他法律可能规定了土著人民享有类似“同意权”的权利。例如，俄罗斯联邦仅有的涉及 FPIC 概念的法律要求公司在执行自然资源开发项目时，考虑当地人民的意见，但是，关于环境影响评估的法律没有对普通民众和土著人民进行区分。如 **Raisa Tevlina** 案所示，土著人民可以利用相关机制主张为后代子孙保留土地的权利。³⁰

在上述案例中，苏尔古特（Surgut）地区家庭公社土地的所有人对在其土地上开采石油说“不”。地方当局将开采权授予了苏尔古特石油天然气公司（Surgutneftgas Oil Company）；经过多个月的谈判，**Raisa** 决定为后代保留这些土地。“这不是否决权；这是标准做法：在特殊情况下，项目开发方不得不接受零选择。”³¹

²⁹ International Council on Mining and Metals. *Securing Free, Prior, and Informed Consent at Inmet's Panama Project*, Good Practice, volume 10, June 2012, www.republicofmining.com/2012/06/18/securing-free-prior-and-informed-consent-at-inmet's-panama-project-icmm-june-2012-newsletter/.

³⁰ J. Corpuz, O. Masardule, and M. Todyshev, *Indigenous Peoples Free, Prior, and Informed Consent in the Convention on Biological Diversity: An Overview*, p. 85, Indigenous Peoples' Contributions to COP-8 of CBD, 2006, www.ffla.net/new/es/bibliografia-recomendada/doc_download/63.

³¹ J. Corpuz, O. Masardule, and M. Todyshev, *Indigenous Peoples Free, Prior, and Informed Consent in the Convention on Biological Diversity: An Overview*, p. 85, www.ffla.net/new/es/bibliografia-recomendada/doc_download/63.

在法律缺失或执法不力的情况下，企业必须（从降低风险和实施最佳做法的角度）确保实施的参与程序具有下列所有特点。该程序必须：

- » 非单方强制实施
- » 不设时限
- » 记录完整，并获得各方赞成
- » 与决策程序一同设计，并包含以下要素：传统或习惯决策程序、正确的（一家或多家）代表机构和弱势群体（如妇女和青年）的意见
- » 建设土著社区的能力，帮助他们了解国际法和国家法律的框架和标准
- » 以土著人民能够理解的语言和沟通方式向土著社区提供技术支持，确保他们在项目启动前完全了解项目的各个阶段和相关程序（包括原则、影响和备选方案）
- » 鼓励土著人民利用第三方的建议



无论国家法律是否包含 **FPIC** 原则，寻找将该原则融入项目发展规划和利益相关方参与管理计划的方法是降低项目面临的不可预测风险的关键一步。

FPIC 与利益相关方参与管理的关系

如果有土著人民的参与，无论国家是否正式承认他们的身份，公司都应努力确保，通过利益相关方参与框架和管理方案和土著人民进行接洽和磋商。**FPIC** 无疑是一个耗时的程序，可能与项目的时间进度冲突。然而，如果该程序缺失，土著人民的反对可能会导致对项目事实上的否决，进而延误项目开发并损害公司声誉。

商务社会责任国际协会建议，企业自行（或请第三方）评估项目可能对土著人民产生的影响。评估可作为一项单独的活动，也可作为其他相关的习惯性基线调研（如社会经济影响评估或人权影响评估）的组成部分。

将 FPIC 融入利益相关方参与管理

如果社会学专家通过基线调研确定土著人民身份，公司应将关于土著人民的研究或相关后续研究融入利益相关方参与管理计划，以便了解土地使用条件、社会经济条件、管理程序、决策制定和冲突解决的习惯性做法。公司应在项目实施前进行这些研究，并在项目执行周期内不断更新研究内容。即使项目已经开始实施，公司也可以利用这些研究发现来降低经营风险。



在很多企业，利益相关方参与管理计划有利于将社会投资项目以及土著人民和更广泛的当地社区的其他收益定为优先重点。这些计划很重要，因为它们不仅能够确保项目在设计 and 执行阶段获得社会许可，而且也有助于公司在项目运营阶段与土著人民和当地社会保持良好的关系。³³

³² Companies should be mindful that even where a right to veto does not exist, it may be applied indirectly. BSR is of the view that a *de facto veto* exists as a result of civil society demonstrations, riots, and other civil society activities that have the ability to either halt and/or seriously affect mine development.

³³ To preserve social license and FPIC license, companies must often make very difficult choices when designing social investment programs in order to balance the need to ensure that benefits are reaching communities with that of avoiding the risk of supplanting (or perpetuating the absence of state) responsibility. Benefit-sharing in extractives projects is principally the responsibility of governments who collect taxes, royalties, and other payments for allocation within the respective national, state, regional, and local governments. However, companies can play important roles; for example, initiatives like the Extractives Industry Transparency Initiative (EITI) help to promote transparency, mitigate corruption, support stronger governance, and boost civil society confidence in government activities.

决定利益相关方参与管理计划融合的实际问题

公司应提出一些问题，并事先采取实际行动落实，决定是否以及如何将 **FPIC** 融入项目发展规划和利益相关方参与管理计划。

这些问题应：

- » 确定项目是否对土著群体产生影响。
- » 确认能够代表受影响土著社区的正式或习惯组织。
- » 评估如何适用 **FPIC** 原则。

说明/解释性问题包括：

- » 采取了哪些勘查行动来确定可能受到项目影响的土著人民？
- » 使用哪些材料来决定项目涉及的土地和领土是否传统上即为土著人民所有、占有或使用？
- » 采取了哪些调查行动来确认土著人民的代表机构？
- » 采取了哪些调查行动来确定当事国有关 **FPIC** 的法规？
- » 采取哪些行动研究最近的（国内外）案例法以确定 **FPIC** 在项目实施地的法律地位？
- » 哪些原则推动了参与程序？参与程序是否能确保信息得到分享，以及决策充分考虑到受影响土著人民的习俗？
- » 在作出没收土地或资源及重新安置、存储及处理危险材料等重要决定之前，公司应采用哪项参与程序来决定归还原物或进行“公正、公平和合理赔偿”的方式？
- » 社区内部出现分歧时，公司如何处理个人和集体权利？
- » 采取了哪些措施来确保土著人民了解项目对他们生活的影响，特别是在项目涉及矿产、水资源和其他资源的开采和利用的情况下？

- » 建立了哪些机制来监测项目周期内的活动及其对土著人民的影响？哪些管理结构被用于分析项目产生的影响？它们的中立性如何？
- » 有哪些机制确保受不可预见事件影响的土著人民能够重新审议先前经由各方讨论达成的决定？

对这些问题的回答将帮助企业决定如何平衡利益相关方的不同预期，以及如何在利益相关方参与的设计程序和管理计划中融入 **FPIC**。在某些情况下，公司可能会建立单独的利益相关方参与管理计划，专门用于与特定土著群体相关的风险管理。公司还可以将土著人民关注的问题纳入更广泛的利益相关方管理计划。

将 **FPIC** 决策程序融入利益相关方参与管理计划时的考虑因素

允许土著人民有充足的时间用自己的方式做出决定是将 **FPIC** 原则成功融入利益相关方参与管理计划的一个关键要素。在 **BSR** 研讨会上，与会者列出了公司在涉及土著人民问题的决策程序中应予以考虑的因素。



能力建设和信息获取

项目倡导者和国家必须对土著人民的观点有充分的了解，土著人民必须能够全面地理解企业方面提供的信息。为实现上述目的，分享信息时选择的语言和形式以及地点都是至关重要的因素。公司应专门制定参与方式，以披露有意义的信息和避免被视为胁迫的手段。此外，复杂的信息需要通过恰当的文化沟通方法进行分类，以利于接收和理解。例如，土著群体可能不喜欢通过正式会议的形式来进行沟通，而是倾向于非正式的座谈会的形式；他们也可能不喜欢通过文字来了解信息，而更容易接受视觉材料。

让土著人民有时间自主作出合理的决定将确保各方构建共同的愿景，支持彼此不同的利益。这种方法一方面可以帮助国家更好地评估，哪一种可持续发展的模式更适合本国国情；在另一方面，它还可以帮助土著人民成为项目的拥有者，了解项目的实际影响，制定集体所有的社区发展计划，让项目基于同意的基础之上，避免因仓促决定在项目后期招致批评。

代表的合法性和决策程序

寻找合法代表的问题的棘手之处主要在于面临两大挑战：

*考虑到土著人民的习惯，他们应被赋能以任命自己的代表。*当依法指定的代表被土著人民认为没有充分代表他们的利益时，应对这一挑战将较为困难。

*土著群体中政治动态可能造成要求多个代表的情况。*这可能导致在议题、项目建议和决策程序方面的冲突。

鉴于此，至关重要的一点是，决策程序在土著人民的法定集体权利和不同派别或个人权利之间实现平衡。确立正确的决策程序对支持十分重要。

毕竟，“同意”原则的适用程度还存在争议（如是否可以在后面的阶段撤销先前的同意）。“同意”原则很像社会许可，绝不是一个单一的决定——它是一个持续的涉及参与、投资和关系构建的过程。

参与 FPIC：收益和挑战

本报告重点指出了企业与 FPIC 原则互动的收益和挑战：

收益

- » 通过降低事实否决的可能性，减少经济损失风险。
- » 提升企业在民间社会、有责任感的投资者和土著人民中的声望。
- » 为未来项目的开展提供社会许可。
- » 重振和/或完善现有的内部参与程序。
- » 通过严格的参与程序降低社会和法律风险。
- » 在实现土著人民权利的过程中，扮演适当的支持性角色。
- » 为企业对国家施加影响的授权，鼓励国家保护土著人民的权利。
- » 为风险管理数据库提供更多的信息。

挑战

- » 在不支持 FPIC 的国家，公司运营将受到挑战。
- » 被视为削弱国家主权。
- » 延长已确定的项目开发时间。
- » 由于土著人民被认为无端地得到了高于其他受项目影响的社区的优惠待遇，从而引发国内动荡。
- » 导致政府试图快速地开发自然资源，选择向不遵守该原则的公司提供经营特许权以加快资源开发速度。
- » 投入额外的财政和人力资源确保 FPIC 原则融入现有的参与程序。
- » 致使人们对“同意”的构成要件，以及公司在多大程度上应主动适用该原则理解不一。

结论

尽管 **FPIC** 具有争议性，作为良好的商业实践，企业应当考虑适用这一原则，并采纳健全的有土著人民参与的决策程序。对土著人民特殊境况的关注日益增长，这为公共和私营部门增加了相当大的压力，要求它们承认土著人民的权利，保护他们的生活方式，保证他们的经济和社会收益。因此，公司一旦未能（a）确认受经营活动影响的土著人民的存在；（b）提出本报告中特别强调的问题；（c）适用 **FPIC** 原则，就可能增加未来在法律和社会许可、项目周期、项目开发和公司声誉等方面的风险。

为了减少与项目开发相关的不可预见的风险，公司应勘察项目所在地（或附近区域）土著人民受到的或可能受到的影响，在项目初始阶段审视所有相关的国家和地方立法。通过调查，公司将了解相关的法律框架，以及法律会对土著人民的权利和拟开发的项目产生何种程度的积极或负面的影响。

FPIC 原则可以增加利益相关方参与的严谨性，重申良好参与实践是公司社会绩效管理、弱化风险和项目开发必不可少的基线标准。如果公司不愿意将该原则作为一个单独的程序来加以执行，至少可将该原则的部分内容运用于基线调研，如人权影响评估。公司应将调研发现融入利益相关方参与管理计划，这将有助于降低潜在的在社会、声誉和经济方面的损失。

选择不执行 **FPIC** 原则的公司应慎重考虑这一决定及其后果，如土著人民可能通过实施事实否决和主张权利要求，反对政府颁发经营许可证或者公司的运营。³⁴

虽然，“同意”是否等同于正式否决权还有争论，但寻求法律和社会许可和旨在征求一致与赞成的磋商及参与程序之间的联系越发紧密。适用同意原则看起来阻碍了快速发展和全球经济增长，但在另一方面，该原则有利于节约和保护资源，鼓励不同的经济发展活动，以实现人的发展和可持续增长。

³⁴ Recent Supreme Court rulings in Chile have employed the country's ratification of ILO 169 as a basis for determining that existing mandated environmental impact assessments were insufficient to achieve FPIC among indigenous populations.

建议

本报告重点列出了应对 FPIC（特别是“同意”）原则的众多考虑事项。商务社会责任国际协会建议，企业可采取以下措施来应对该原则的解释和适用问题：

- » 实施尽责调查，研究与 FPIC 和项目相关的国家法规和国际法。
- » 推动国家在追求稳定的商业投资环境的同时，将 FPIC 融入国家立法。
- » 用人权视角和风险管理路径将 FPIC 原则融入利益相关方参与管理计划。
- » 用商业案例作示范，以获得企业内部对 FPIC 的认同，更有效地配置资源和降低风险。
- » 将 FPIC 融入项目发展策划、风险管理和利益相关方参与管理。
- » 支持国家、非政府组织和企业参加的建设性的多元利益相关方论坛，提升参与者对 FPIC 的认识，鼓励国家通过 FPIC 立法，加深对 FPIC 目标的理解，建立执行该原则的能力。

参考资料

Application of Convention No. 169 by Domestic and International Courts in Latin America, International Labour Organization, 2009.

Baue, B. *Communities, Corporations, and the Difference between Consent and Consult*, Corporate Responsibility Magazine.

Colchester, M., and M. Farhan Ferrari. *Making FPIC (Free, Prior, and Informed Consent) Work: Challenges and Prospects for Indigenous People*, Forest Peoples Programme, 2007.

Corpuz, J., O. Masardule, and M. Todyshev. *Indigenous Peoples Free, Prior, and Informed Consent in the Convention on Biological Diversity: An Overview*, Indigenous Peoples' Contributions to COP-8 of the CBD, 2006.

EIRIS. *Indigenous Rights: Risks and Opportunities for Investors*, 2009.

Equality Team of the International Labour Standards Department, *ILO Standards and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, January 9, 2007.

Equator Principles, June 2006.

Equator Principles III, Draft and Summary of Key Changes, 13 August 2012.

MacKay, F. *A Guide to Indigenous Peoples' Rights in the International Labour Organization*, Forest Peoples Programme.

Herbertson, K., A. Ballesteros, and B. Goodland. *Breaking Ground: Engaging Communities in Extractive and Infrastructure Projects*. World Resources Institute, 2009.

Hill, C., Lillywhite, S., and Michael, S. *Guide to Free, Prior, and Informed Consent*, Oxfam Australia, 2010.

International Labour Organisation, *Indigenous and Tribal Peoples Convention 169*, 1989.

International Council on Mining and Metals. *Good Practice Guide: Indigenous Peoples and Mining*, ICMM, 2010.

International Council on Mining and Metals. *Securing Free, Prior, and Informed Consent at Inmet's Panama Project*, Good Practice, volume 10, June 2012.

International Finance Corporation. *Guidance Note 7*, 2012.

International Finance Corporation. *ILO Convention 169 and the Private Sector: Questions and Answers for IFC Clients*, March 2007.

International Finance Corporation. *Performance Standard 7*, 2012.

International Petroleum Industry Environmental Conservation Association. *Indigenous Peoples and the Oil and Gas Industry: Context, Issues, and Emerging Good Practice*, IPIECA, 2012.

Jimenez, L. M. *Community Right to Participate in Mining Policies with Reference to Tinaya and Rio Blanco Mining Conflicts in Peru*, Institute of Social Studies, 2008.

Lehr, A., and G. Smith. *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag, 2010.

Motoc, A. I. *Standard-Setting Legal Commentary on the Concept of Free, Prior, and Informed Consent*, 2005.

Ruggie, J. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect, and Remedy" Framework*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, March 21, 2011.

Ruggie, J. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development, Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, April 2008.

Sosa, I. *Indigenous Relations and Free, Prior, and Informed Consent in the Mining Industry*, Sustainalytics, 2011.

Tamang, P. *An Overview of the Principle of Free, Prior, and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices*, Workshop on Free, Prior and Informed Consent, January 2005.

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2008.

UN Economic and Social Council. *Analysis of the Duty of the State to Protect Indigenous Peoples Affected by Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Permanent Forum on Indigenous Peoples Issues, 2012.

UN Economic and Social Council. Commission on Human Rights, Working Group on Indigenous Populations, *Working Paper on the Principle of Free, Prior, and Informed Consent*, 2004.

UN General Assembly. *Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Resolution Adopted by the Human Rights Council*, UN General Assembly, 2011.

UN Human Rights Council, *Chapter 1: Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, July 6, 2011.

UN-REDD Programme, *Guidelines on Free, Prior, and Informed Consent*, Draft, December 2011.

Ward, T. *The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*. Northwestern University Journal of International Human Rights, volume 10, issue 2, 2011.

World Bank Group and Extractive Industries. *Final Report of the Extractive Industries Review*, August, 2004.

Zandvliet, L., and M. Anderson. *Getting It Right: Making Corporate-Community Relations Work*, Greenleaf Publishing, 2009.