

國家發展研究 第六卷第二期
2007年6月 頁 119-154

原住民族的主權*

施正鋒**

* 本文原先發表於台灣師範大學地理系區域研究中心主辦「第九屆台灣地理學術研討會」，台北，台灣師範大學綜合大樓國際會議廳，2005/11/11-12。

** 美國俄亥俄州立大學政治學博士，淡江大學公共行政學系暨公共政策研究所教授。通訊：10699 台北市郵政信箱 26 之 447 號；電子信箱：cfshih@mail.tku.edu.tw。

摘要

我們先由自然法的傳統到實證法的國際法遞嬗，考察原住民族的主權是如何在歷史發展中被學者的論述消滅，也就是以無主之地的說法，來合理化墾殖國如何取得原住民族的主權。接著又檢視原住民族主權如何被當代的學者重新了解、詮釋、以及建構，也就是從原住民族權利著手，挑戰國家主權至上的規範，要求重新思考原住民族主權的內涵、以及如何實踐。最後，我們會檢視美國、澳洲、紐西蘭、以及加拿大等墾殖國的做法，也就是大體否定原住民族有外部主權，而內部主權也是作限制性的解釋，也就是將自決權作自治權解釋。

關鍵字：原住民族、主權、原住民族主權、自然法、實證法

It is difficult to comprehend the proposition that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discover rights in the country discovered which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

John Marshall (*Worcester v. Georgia, 1832*)

壹、前言

一般所謂主權¹ (sovereignty)，有對外、以及對內兩個面向：對外來說，主權代表其他國家承認上述權威，也就是「外部主權」(external sovereignty)；對內來說，主權意味政治實體在領土內具有至高無上的權威，也就是「內部主權」(internal sovereignty) (Biersteker & Weber, 1996: 2; Brennan, et al.: 307)。Fowler 與 Bunck (1995: 5) 分別稱之為「對外獨立」(external independence)、以及「對內至高無上²」(internal supremacy)。至於「原住民族主權」(indigenous sovereignty、aboriginal sovereignty)的內涵，大致是被刻意做內部主權的限制性詮釋 (Corntassel & Primeau, 1995; Maaka & Fleras, 2000)；而 Brennan 人 (2004: 315、319) 更是直截了當指出，既然外部主權不可分割，關鍵在於內部主權的水平 (分享)、垂直 (從屬) 分配。不管如何解釋，主權代表著對於領土的擁有、以及土地的所有 (Sanders, 1991: 186)。

¹ 有關主權在政治學上的一般意義，見 Bartelson (1995)、Biersteker 與 Weber (1996)、以及施正鋒 (1999)。

² 在「至高無上」的後面，隱含著權威 (authority)、管轄 (jurisdiction)、或是治理 (governance)；見 Brennan 等人 (2004: 315)。

一般而言，領土分為已經有主之地 (occupied lands)、以及無主之地 (*terra nullius territorium nullius*、或是 vacant lands)；前者的主權可以透過征服、割讓／轉移、或是支配而取得，後者的主權則可以透過發現、開發、或是有效佔領來取得 (Jennings, 1963; Slattery, 1991: 200-201; Kerr, 1991: 11-12; Macklem, 2001: 113)。在所謂的「墾殖社會」(settler society)，由發現、征服、開發、到同化的過程中，墾殖者的國家往往以原住民族的社會是無主之地，來合理化對於原住民族主權的攫取；歷經墾殖者的巧取豪奪，原住民族逐漸喪失傳統所擁有的土地，儼然是陷於主權國家架構之下、動彈不得的民族 (entraipped nation³)。

不過，隨著規範性理論的抬頭，國際社會對於人權的保障不敢明目張膽忽視 (Cochran, 1999; Risse, et al, 1999)，特別是自從 1970 年代開始，原住民族運動逐漸嶄露頭角，而國際法也漸次重視包括「集體權／群體權」(collective rights/group rights) 在內的所謂「第三代人權」，原住民族權利 (indigenous rights) 被視為集體權之一，自然在國際組織、以及國際法的場域突圍而獲得矚目，包括原住民族的認同權、自決權、以及自治權等等權利必須思考如何行使，尤其是被「國家主權」(state sovereignty) 所侵犯的「原住民族主權」⁴。特別是在澳洲作出『瑪莫案第二號』判例 (*Mabo vs. Queensland, 1992*) 以來，墾殖國家存在的正當性面對嚴重的挑戰，被迫要重新思考國家與原住民族之間的關係 (Watson, 2002)；而 Maaka 與 Fleras (2000: 91) 也列舉了墾殖國家與原住民族要進行歷史和解的四大前提，特別是在主權共享的情況下，建立相互歸屬的關係⁵。

³ 這是國際法學者 Richard Falk (1987: 60) 的用詞。

⁴ 不過，『聯合國原住民族權利宣言草案』(United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 1995) 並沒有特別提到原住民族的主權。

⁵ 其他三項前提是 (一) 特殊的民族對民族的關係；(二) 除非經過明示讓渡，原住民族要取回土地、以及資源；以及 (三) 回復原住民族的政治自主、以及文化完整 (Maaka & Fleras, 2000: 91)。

Maaka 與 Fleras (2000 : 93-94) 以光譜的方式，將原住民族主權分為四大類⁶：(一) 享有「絕對主權」(absolute sovereignty) 的國家狀態 (statehood)，也就是具有內外管轄權的獨立國家；(二) 享有「實質主權」(de facto sovereignty)、或是「共享主權」(shared sovereignty) 的民族狀態 (nationhood)，也就是一種「不包括分離的主權」(sovereignty without secession)、卻對內具有管轄權的「國家內部的民族」(nation within)；(三) 享有「功能主權」(functional sovereignty) 的地方自治狀態 (municipalityhood)，也就是具有限制性對內管轄權的自治體；以及 (四) 僅有「名目主權」(nominal sovereignty)、或是「軟性主權」(soft sovereignty) 的制度性決策參與，也就是只剩下在國家體制內殘餘的自決權。Maaka 與 Fleras (2000 : 93-94) 又將原住民族主權分為 right to sovereignty 以及 right of sovereignty：前者是指絕對主權，是墾殖國家迄今最不願意承認的主權型態；而後者是指基於原先佔有領土而取得主權，是築巢於國家之下的一種「安居主權」(nested sovereignty)，意思是指雖然對於某些事務具有自決權、卻必須與其他個體分享管轄權，因此，這是「限制性主權」(qualified sovereignty⁷)，我們可以說包括實質主權、功能主權、以及名目主權都算是。

在這裡，我們將從國際法著手，先由自然法的傳統到實證法的遞嬗，考察原住民族的主權是如何在歷史發展中被學者的論述消滅，接著又檢視原住民族主權如何被當代的學者重新了解、詮釋、以及建構，最後，我們會描述美國⁸、澳洲⁹、紐西蘭¹⁰、以及加拿大¹¹等墾殖國的做法，並了解這幾個國家的相關論述。

⁶ 有關原住民族主權的分類，請參考 Laforme (1991)、Fleras (1999 : 199-200)、以及 Kickingbird 等人 (1999)。

⁷ 這是 Sanders (1991 : 192) 的用字。

⁸ 有關美國的原住民族政策，見 Deloria 與 Lytle (1984)、Deloria (1985)、Wilkinson (1987)、Lyden 與 Legters (1992)、Jaimés (1992)、Fleras 與 Elliott (1992)、Harring 1994)、Perry (1996)、Wilkins (1997)、Nichols (1998)、Johnson (1999)、Wunder (1999)。

⁹ 有關澳洲的原住民族政策，見 Reynolds (1996)、Perry (1996)、Magallanes (1999)、Webber (2000)、Brennan 等人 (2004)。

貳、由自然法的傳統到實證法的發展

Paul Keal (2003: 86-107) 根據 M. E. Lindley 在 1926 年所出版的《國際法關於落後領土的取得暨統治》(*The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*)，將國際法發展中對於非歐洲民族主權所採取的態度，分為承認、有限／條件承認、以及拒絕承認三個時期，而這三個階段，剛好與歐洲國家對外擴張的過程有一對一的關係，也就是征服墨西哥（16 世紀）、佔領北美洲（17-18 世紀）、以及殖民澳洲及非洲（18-19 世紀）（頁 86）。前兩者可以約略規為自然法（natural law）的傳統，而第三個時期大體已歸屬實證法（positive law）的範疇。

一、承認時期

在歐洲國家嘗試在美洲進行領土擴張之際，有兩個基本問題是他們必須捫心自問的：（一）究竟他們是否有權利佔領非歐洲人的土地；以及（二）到底他們是否可以訴諸武力。當時的思想界碩彥大致可以分為人道主義（humanistic）、以及學院派（scholastic）兩大立場¹²。人道主義者一向主張不排除以戰爭來作自保、或是彰顯帝國的榮耀，他們也認為可以對於落後的民族發動戰爭，當然也就允許採取武力來取得荒廢的土地，特別是 Alberico Gentili 便大言不慚指出¹³，只要有土地需要、以及有能力開發者，都可以對於任何空地進行墾殖；相對地，學院派的傳統是反對以武力來追求國威、或是作先下手為強的算計，因此，除非是

¹⁰ 有關紐西蘭的原住民族政策，見 Fleras 與 Elliott (1992)、Sharp (1997)、Durie (1998)、Magallanes (1999)、Maaka 與 Fleras (2000)。

¹¹ 有關加拿大的原住民族政策，見 Bear 等人 (1984)、Engelstad 與 Bird (1992)、Fleras 與 Elliott (1992)、Perry (1996)、Nichols (1998)、Magallanes (1999)、Macklem (2001)。

¹² 有關於這兩大學派與先前提到國際法承認非歐洲民族主權三階段的糾葛，見 Keal (2003: 88) 的釐清。

¹³ 根據 Keal (2003: 87)，Gentili 可以說是西方殖民主義思想在國際法方面的祖師爺。

為了防止野蠻人對於無辜者的威脅¹⁴，不可以無端對他們發動戰爭、也不可以藉故佔領其土地（Keal，2003：87）。

除了 Gentili 以外，這時期論述的巨擘還包括 Bartolomé de Las Casas（1474-1566）、Francisco de Victoria（c. 1480-1546）、Juan Gines de Supulveda（1490-1573）、Hugo Grotius（1583-1645）、以及 Samuel von Pufendorf（1632-94）。針對當時西班牙征服美洲、以及對於印地安人土地的掠奪，Las Casas、Victoria、以及 Supulveda 採取自然法的觀點來作權利、以及道德的詮釋（Williams，1990；Pagden，1993；Todorov，1999）。當時，被征服的印地安人除了喪失土地，還被迫在西班牙墾殖者控制的所謂 *Encomienda* 體制¹⁵下當奴工，以感謝白人提供人身保護、以及帶來宗教洗禮。目睹西班牙殖民措施的殘暴，道明會教士 Antonio Motesinos 憤懣不已，便在 1511 年邀請各方人士到 Hispaniola 來進行批判，他疾言厲色地質問（Keal，2003：90）：

這些印地安人在和平地住在自己的土地，你們究竟有何權威來對他們發動如此可憎的戰爭？難道他們不是人？難道他們沒有理性的靈魂？難道你們不該愛他們如愛自己一般？

Las Casas 出身當墾家庭（*encomenderos*），在聆聽完 Motesinos 的證道之後，從此發願捍衛印地安人的權利。在西班牙國王查理五世（Charles V）的安排下，Las Casas 與 Supulveda 進行一場曠世的辯論。Supulveda 從人道學派著手，提供對印地安人發動戰爭的理由：（一）印地安人是野蠻人，因此，根據自然法的傳統，他們應該向優於他們的西班牙人屈服；（二）他們嚴重觸犯了自然法的教誨，特別是食人、以及活人祭獻的儀式；（三）使用武力、或是戰爭，目的是要解救無知的受害者，特別是志

¹⁴ 當時西方國家想到的例子是阿茲特克人（Aztec）的活人祭獻、以及食人的做法；見 Keal（2003：88）。

¹⁵ 有關西班牙在拉丁美洲的 *Encomienda* 體制如何發展及運作，見 Gibson（1966：第三章）。

願犧牲的土人；以及（四）為了要傳播基督教，武力的使用是可以接受的（Keal, 2003：91）。在這些冠冕堂皇的戰爭／武力論之中，野蠻人的說法是最嚴重的指控，其他接踵而來的說辭都是據此推論出來的，也就是說，既然他們是野蠻人，因此是次等的、非理性的，也就沒有能力治理自己，而他人當然就可以殖民、支配他們；又因為他們處於矇昧無知的狀態，對於土地的運用方式簡直是暴殄天物，外來者當然可以取來開發使用（Keal, 2003：91-92）。

問題是，這樣的看法違背了「人生而平等」的最基本原則，Las Casas 與 Victoria 看不過去，認為印地安人和西班牙人應該是平等的、都有能力治理自己，因此，他們的土地不應該被視為荒廢；既然他們擁有土地的所有權（native title to the land），如果西班牙人找任何藉口來剝奪他們的所有權，這是違法、而且是不道德的。Victoria 關心的是印地安人的土地權、以及在何種情況之下可以對他們發動戰爭，他的論述有三個重點：（一）新世界／美洲的土地並非無主，因此，不能透過佔領而取得；（二）不能因為對方的行為違反自然法而逕自盡興干預，譬如說，抗拒教會的福音傳教、或是拒絕西班牙的貿易或旅遊；以及（三）儘管阻止對於無知者的傷害是可以接受的，不過，卻並不能因此藉故推翻對方（Keal, 2003：92-93）。不過，Keal（2003：93）提醒我們，當時爭辯的重心不在於西班牙王室對於美洲主權的取得，而是隨著主權而來的土地權；也就是說，Las Casas 與 Victoria 認為在自然法的原則下，印地安人與西班牙人一樣，都有權利治理本身，因此，儘管西班牙王室可以取得主權，並不表示印地安人的土地所又權就順理成章被剝奪了。

至於 Grotius 努力的重心，主要在合理化荷蘭的商業擴張、以及領土併吞。對他來說（Keal, 2003：95）：

如果土地的所有者不去加以利用，就沒有所謂所有權可言，此時，其他人就有百分之百的權利去加以佔領。

Grotius 依據自己對於自然法的詮釋來討論荒廢土地 (waste land)，區分了所有權 (property)、以及管轄權 (jurisdiction)；他認為，縱使當地的政治權威擁有對於人的管轄權，卻不能阻止墾殖者對於荒廢土地的利用。根據 Richard Tuck 對於 Grotius 文本的研讀，他認為 Grotius 主張對於荒廢土地的原住民有權加以處罰、而且有權將其領土佔為其有 (Keal, 2003: 95)。

Pufendorf 則強烈反對 Grotius 的說法，認為若要取得別人的財物，必須經過雙方彼此的同意，豈可恣意藉口自然法則而強力攫取，換句話說，應該是由人們來決定財產的所有權歸屬，不要硬推給自然；Pufendorf 進一步主張，一塊土地如果沒有明確的個人所有者，也就是說，這是集體擁有的土地，他們可以自由決定如何加以運用，那麼，就不得以因此視之為荒廢的土地，而外人也不可以援引自然權而佔領 (Keal, 2003: 96)。

二、有限承認時期

這時期的思想家有 Emmerich de Vattel (1714-69)、R. Philimore、G. F. De Martens、Johann Kaspar Bluntschli，他們的共同觀點是有條件承認非歐洲民族的主權；特別是深受 Grotius 思想影響的 Locke、以及 Vattel 來說，墾殖並不需要取得當地人的同意，因此，如果土著執意捍衛其土地的話，歐洲國家可以訴諸武力 (Keal, 2003: 97-98)。Locke 提出「政治社會」(political society)、以及「財產」(property) 兩概念，用來說明為何歐洲國家比較高人一等、以及為何可以奪取印地安人的政治組織及領土 (Keal, 2003: 98)：

美洲印地安人傳統使用財產的方式，只是根據個人的勞力來擁有，像是歐洲過去發展的自然狀態一般，不能與當下歐洲財產權相提並論，因此，他們的政治及財產制度，應該是從屬於歐洲人對於政治及財產的構思方式。

也就是說，當時印地安人處於自然狀態（state of nature），還談不上稱為政治社會，因此，他們的土地應該開放給墾殖者使用，然後，透過後者付出的勞力，財產權才獲得創造；根據 James Tully 的分析，Locke 相信英國人在殖民地的商業性農業，遠遠優越於印地安人的漁獵採集、以及自給自足是農業（Keal, 2003 : 98-99）。Barbara Arneil 進一步推斷，Locke 之所以要寫其著名的 *Two Treatises*，用意就是在替英國在美洲的殖民政策粉飾太平，尤其是有關財產權的那一章，根本就是要為英國在 17 世紀剝奪北美原住民土地找藉口；由於 Locke 把耕作視為財產權的先決條件，因此，除非採取歐洲人的農耕方式，原住民就無法擁有土地所有權；而最令 Arneil 不滿的是 Locke 為了證明歐洲人的農業技術比較優越，刻意忽視與其理論不符的證據，因為當時的確有不少歐洲墾殖者仰賴印地安人提供賴以維生的食物、以及生產食物的技術（Keal, 2003 : 99-100）。

Vattel 認為根據自然法則，所有的民族應該都要耕作其土地，因此，如果有民族不按照歐洲的方式來耕作土地，其他有需要的民族就可以據為己有；又由於傳統的漁獵游牧的土地利用方式缺乏效率，他認為是不可接受的，因此，如果有更勤勞的民族來取走部份的土地，原住民族也沒有甚麼好抱怨的（Keal, 2003 : 100）。對於 Vattel 來說，未經開墾的土地就是無人佔領的國度，而有效的佔領才意味著真正的所有權，因此，當航海者來到一塊無人的土地，除非他們開始著手墾殖、進行開發，才算真正地擁有土地的所有權；相對地，野蠻人如果對於自己的土地沒有特別的用途、沒有真正的使用、或是沒有固定的運用，就不能算是真正的合法所有者¹⁶（Keal, 2003 : 101-102）。Richard Tuck 感嘆於當年歐洲人除了無視北美洲印地安人既有的農業型態，使原本漁獵的社會因為獵

¹⁶ 不過，Vattel 認為歐洲人為了教化印地安人而攻擊、支配他們，其實是不公義、而且是荒謬的行為（Keal, 2003 : 110）。

場不足而被迫改變生活方式，更嚴重的是白人將致命的傳染病帶給原住民，甚至於進行大規模的屠殺，簡直就是道德淪喪（Keal，2003：102）。

三、拒絕承認時期

由 19 世紀末到 20 世紀初，面對西方帝國主義的發展，國際法已逐漸由自然法發展為實證法，儼然就是殖民統治的工具（Anaya，2004：26）。此時的學者包括 John Westlake、William Edward Hall、Lasca Oppenheim、以及 T. J. Lawrence，他們大目睹西方國家如何瓜分非洲、以及中國，無暇關心是否能解救原住民族。當時的國際法論述強調，領土的取得決定於歐洲國家之間，至於非歐洲民族是否能享有權利，要看他們的政治社會是否能達到歐洲國家的文明水準；也就是說，一個民族是否文明，直接左右著領土主權、以及土地權的有無，也就是說，凡是未經文明、或是半文明國家所擁有的領土，就是無主之地，他人因此可以前來佔領（Keal，2003：103-104、111）。

問題是，到底甚麼是國家的標準？野蠻民族與文明民族的差別究竟何在？根據 Westlake 的說法，文明的民族意味著他們必須有相當的政治組織，以便保護前來的歐洲墾殖者、並能讓他們能過著歐洲式的生活方式，因此，如果土著無力提供如此進化的政府，他們在國際法上就不算是文明的民族；進一步言，儘管原住民的領土早就已經有相程度的政治社會，土地上的住民如果不能結合起來進行政治行動，那麼，這塊土地還是無主之地，也就可以任憑外人前來佔領（Keal，2003：104；Anaya，2004：27-28）。

Westlake 甚至於主張，一旦一個文明國家把另一個國家打為殖民地，如果能取得領土的主權，就代表著能擁有土地的所有權，因此，究竟土著是否能繼續擁有土地權，完全端賴殖民者要如何處置（Keal，2003：104）。問題是，殖民國家如何取得殖民地的主權？Westlake 回答說，就看國際社會的成員是否願意承認；Keal（2003：105）認為，西方

國家為了鞏固各自的地盤，彼此的盤算是希望大家相安無事，因此，當時的國際法完全沒有把「不文明」的土著看在眼裡，以免因為承認對方殖民地上的土著的主權而導致國際紛爭。

Westlake 援引 Vattel 的思維，認為不文明的民族如果佔有的土地遠超過他們實際上所需要，那麼，那些多餘的土地就是無主之地；此外，面對國際社會所承認的成員，這些不文明的人口在實際上也沒有置喙的餘地（Keal, 2003: 106）。所謂的文明，Westlake 的標準是必須具有某種程度的政府，好讓歐洲墾殖者可以享有與祖國相當的人身保護、或是至少也要有那些亞洲帝國的政府組織，否則，文明的歐洲民族可以提供不那些文明的民族一個國家，除非他們自己有能力將外人趕走；總之，Westlake 認為歐洲人的財產觀比較優越，因此，不願意思考原住民自原本就有獨特的土地觀，當然認為剝奪漁獵游牧民族的土地是光明正大的行為（Keal, 2003: 106-107）。

同樣地，Oppenheim 也大言不慚地表示，國際法的基礎是文明國家之間的共識，因此，光是有國家的狀態還不夠成為國際社會的成員；一個國家若要成為國際法的主體（subject），惟一的途徑就是獲得其他國家的承認，這就是所謂「國家承認的構成說」（constitutive theory of recognition of statehood）（Anaya, 2004: 28-29）。對於這樣便宜行事的做法，Anaya（2004: 29）認為 Oppenheim 的說理方式犯了邏輯上的循環論證的謬誤：為何原住民族不是國家？因為其他國家不加以承認！然而，為何其他國家不願意承認原住民族的政治組織為國家？因為他們沒有資格當作國家！d'Errico（1997）也指出類似的邏輯謬誤：印地安人為甚麼沒有主權？因為他們沒有國家！那麼，為甚麼他們不建立一個國家？因為他們沒有主權！換句話說，Oppenheim 認為「有組織卻四處遊蕩的部落」（organized wandering tribes）就是不登大雅之堂；事實上，被 Oppenheim 認定具有國際人格（international personality）的國家只限於西歐的基督國家、以及由歐洲殖民地發展而來的美洲國家，再加上土耳其

其、以及日本兩個非基督國家，至於古老的波斯（伊朗）、暹羅（泰國）、阿比西尼亞（衣索匹亞）、以及中國都被排除在外，因為他們的文明都尚未到達西歐國家的水準（Anaya，2004：29）。

而 Hall 更是直言，原住民族之所以被排除在國際法適用的範圍之外，最主要的理由是因為當時的實證國際法是由（by）源自歐洲的國家所定的、而且是為了（for）他們量身訂做，因此，原住民在國際上會沒有地位、會喪失權利，完全沒有甚麼真正的道理可言（Anaya，2004：28）。儘管歐洲強權在 15-16 世紀前往西半球開發的時候，的確與不少當地的原住民族簽定了條約，不過，對於諸如 Charles Hyde 等實證法學者來說，這些國家並不真的認為原住民具有在國際場域行使權利的能力，因為他們不僅是缺乏國際法上面的人格，連起碼保有控制領土的力量也沒有，也就談不上所謂的主權歸屬（Anaya，2004：29）。坦承而言，當時白人政權與原住民族簽定條約，雖然未必早已打定主意食言而肥，不過，頂多也只是視為權宜之計罷了¹⁷；不過，對於這些助桀為虐的實證國際法學者來說，那些「沒有教化的部落」（uncivilized tribes）懂甚麼叫做領土的主權（Anaya，2004：30）？

參、當前的論述

我們從先前繁複的的國際法論述發展來看，國際社會對於歐洲國家取得原住民族主權視為理所當然，最關鍵的因素是歐洲強權私相授受、毫不靦腆地瓜分殖民地的主權，以致於被支配的原住民根本沒有發言的空間。在二次大戰結束以後，西方的殖民地紛紛因去殖民化而獲得獨立，不過，由於根據所謂的「鹹水論」（saltwater thesis）、或是「藍海論」（blue water thesis），原住民族與墾殖者的國家並未隔著大海，原住民族被認為並未處於被殖民狀態，也就不算是所謂的「外部殖民」（external

¹⁷ 對於英國人因為情勢改變而對於條約反悔的討論，見 Tully（1995：136）。

colonization)，因此，民族自決並未適用在他們身上（Anaya，2004：54；Tully，2000：39-40、55；Keal，2003：133）。其實，由於聯合國本身就是強權之間折衝妥協結果的產物，『聯合國憲章』（1945）反映的就是國際政治上的現實主義，因此，強調要尊重會員國的主權平等（第二條、第一款）、以及領土的完整（第二條、第四款），因此，幾乎是斷絕原住民民族獨立的可能（Anaya，2004：51）。

根據 Duncan Ivison 等人（2000：5-11），政治哲學家對於原住民族群權利主張的回應，大致可以歸納為自由主義、修正式自由主義、以及既有主權三大觀點。首先，最常見的說法是以自由主義作出發點，對於集體權的提法有所保留，因此，他們主張，只要原住民族的個人權利能獲得保障，無形中就是間接在實踐自決權、或是自治權。不過，對於原住民族來說，這樣的做法不僅是敷衍了事、而且是充滿著敵意，甚至於根本就是一種另類的同化政策、硬要將自由主義加在他們身上，此外，也沒有真正觸及原住民族主權的議題（頁6）。

再來，修正式的自由主義願意做條件式的讓步，也就是將原住民族的自治權、以及土地權的歸還／賦予，當作是與個人的自主、自由、以及福祉的確保息息相關，特別是從多元文化主義（multiculturalism）著手的 Will Kymlicka，他勇於表達接受跨文化對話的願意，嘗試著將自由主義與社群主義（communitarianism）合成，以挽救自由主義的不足（Ivison，et al.，2000：7）。不過，這樣的努力依然不脫自由主義以個人為中心的窠臼，因而仍然引來相當嚴厲的批判，特別是他們將原住民族的自決權限定在對內的自治，而所謂的「國家內部的民族」（nations within）的定位，也不可能促成立足點平等的對話，因此，糖衣所包裹的真正用意，就是在鞏固墾殖國的內部殖民¹⁸（internal colonialism）、或是新殖民主義（neocolonialism）（Ivison，et al.，2000：8；Tully，2000：41）。

¹⁸ 對於以內部殖民的觀點來看原住民族的境遇，見 Tully（2000：37-39）。

最後，既有主權派直接切入原住民族的歷史主權（historical sovereignty）歸屬，認為原住民族自來就對於其土地掌握著既有的主權（inherent sovereignty）、而非暫時主權（temporary sovereignty），只不過是被人以不正當的方式搶走，因此，自然要加以歸還；特別是在土地方面，如果在實際的情況下無法全部歸還，也應該做妥善的補償（Iverson, et al., 2000: 9）。問題是，如果說要承認、或是歸還原住民族的主權，就牽涉到究竟原住民族所擁有的歷史主權是甚麼，到底是在國際社會獨立建國的資格、對內享有至高無上的權威、還是領土的掌控？具體而言，主權的內涵又回到究竟原住民族如何行使主權的現實問題；Duncan Iverson 等人（2000: 9、13-14）建議，不如暫時先將原住民族主權的所有與其如何實踐脫鉤處理，也就是說，一方面先認原住民族的主權、另一方面尋求彼此先可以接受的政治安排，同時，也要重新思考如何界定主權的意義，不要斷然硬要原住民族接受所謂的「不行使[政治]分離的主權」（secessionless' sovereignty）。

我們歸納這個時期對於原住民族主權的論述，學者、以及原住民族權利運動的「文字戰士」（word warrior¹⁹）的看法，大致上還是依循 Las Casas、以及 Victoria 的自然法途徑，駁斥墾殖國家以征服、或是發現／佔有取得主權的方式（Tully, 2000; Macklem, 2001）。大體而言，他們不認為當年的原住民社會為無主之地，質疑為甚麼原住民族不被視為民族、他們的政治組織不能稱為國家，憤懣為何土地的主人必須向小偷、甚至於強盜證明自己的所有權，譴責歐洲強權拒絕承認原住民族為國際法的個體，以及提醒國際法學者不能逃避道德責任、繼續充當幫兇。

¹⁹ 這是 Tully（2000: 42）的用字。

肆、美國、澳洲、紐西蘭、以及加拿大的做法

在美國、澳洲、紐西蘭、以及加拿大等墾殖國，對於原住民族的主權的論述，往往是與自決權、自治權、以及土地權一起討論的。大體而言，美國雖然承認印地安人是民族、也揭櫫「政府對政府」(government-to-government)的關係，其實，自從19世紀，早就把印地安人的主權作限制性的解釋，也就是透過保留區來實施自治；澳洲雖然對於原住民的土地做了『瑪莫案第二號』判例(1992)，不過，對於原住民族的自治採取戒慎小心的態度，更不用說層級更高的原住民族主權；在紐西蘭，由於當年英國王室與毛利人簽定了『外坦及條約』(1840)，彼此對於主權是否已經讓渡有不同的詮釋，因此，讓毛利權利運動者有較大的詮釋空間；至於加拿大，著眼點在於主權如何共享，真正的重心在於透過談判來進行自治。我們分別敘述如下。

一、美國

有關印地安人的主權、以及相關土地權，必須提到美國聯邦首席大法官馬歇爾(John Marshall)當年三位一體的判例(trilogy)；馬歇爾認為根據英國的普通法，印地安人因為先佔而取得土地的所有權，因而政府有信託的責任來保護原住民族的土地權，這樣的看法，日後深深影響加拿大、以及紐西蘭的判例(Meyers, n.d.: 5)。首先，馬歇爾在『詹生案』(*Johnson v. McIntosh*, 1823)中表示，儘管印地安人的主權在與英國王室接觸的過程中有所減損(diminished)，卻未因此被取消(extinguished)；此外，就合法的土地佔有者而言，印地安人還是可以正當地擁有自己的土地。緊接著，馬歇爾在『查洛基民族案』(*Cherokee Nation v. Georgia*, 1831)指出，美國政府與印地安人簽訂條約，就是承認他們的國家資格，因此，除非他們自願讓渡給美國政府，印地安人毫無疑問可以擁有他們所佔有土地的所有權；不過，他認為嚴格說起來，

印地安人的身分比較像是「國內倚賴性民族」(domestic dependent nations)，也就是說，他們與美國的關係宛如被監護人與監護人之間的關係，並未享有充分的主權。在次年的『渥謝斯特案』(*Worcester v. Georgia*, 1832)中判決，他重申查洛基民族是具有主權的民族(sovereign nation)，並未因為其倚賴性民族地位而喪失其主權給喬治亞州；不過，司法判決敵不過政治運作的壓制，查洛基民族最後還是被迫集體遷村(Meyers, n.d.: 3-4; Frideres & Elliott, 1992: 139-40)。

美國國會在 1871 年宣布，印地安人從此不再被視為獨立的民族、而是被聯邦政府監護者(ward)，因此，他們過去透過條約所確保的既有(inherent)權利，將從此變成是被授與的(delegated)，也就是說，他們連起碼的自決權也喪失了(Frideres & Elliott, 1992: 139-44)。國會藉口要改善印地安人的生活，又通過『土地總分配法』(*General Allotment Act, 1887 (Dawes Act)*)，強行將原住民族所集體擁有的部落土地分割給個人，最終目的視將所謂「多出來的土地」賣給白人；在 1887-1934 年之間，總共有 275 萬畝(約 60%)的印地安人土地流失(Fleras & Elliott, 1992: 143-44)。

一般而言，印地安人的土地所有權應該是等同於白人的「無條件不動產繼承權」(fee simple)，除非是他們自願拋棄；這樣的看法，一直到 1955 年的『提提藤案』中(*Tee-Hit-Ton Indians v. United States*)才被推翻，也就是說，美國殖民地被判定是經過征服而取得，此外，印地安人的土地佔有權也被解釋為並非主權所有者所授與的財產權，因此是可以被終止(Kerr, 1991: 17)。一直要到美國國會通過『印地安自決暨教育補助法』(*Indian Self-Determination and Educational Assistance Act, 1975*)，印地安人長期被壓制的自決權才在教育、發展、以及社會福利方面恢復(Frideres & Elliott, 1992: 156)。

儘管如此，美國白人政府雖然在口頭上承認原住民族的主權，不過，頂多也只是願意接受印地安人的內部自決，而學者也只能無奈地將「部

落主權」(tribal sovereignty) 解釋為印地安人對於美國政治的參與 (LaVelle, 2001), 難怪, d'Errico (1997) 嘲諷道, 美國印地安人的主權其實是似有若無。目前, 在印地安人保留區裡頭, 既有的部落主權表現在對於內資源, 包括水權、漁獵權、礦權、以及木材資的管理 (Meyers & Landau, 1998)。

二、澳洲

澳洲一向以開發為由取得主權、以及土地所有權, 也就是宣告所有的澳洲土地是王室擁有的無主之地, 因此, 除非國家的授與, 原住民所對於所佔有的土地並沒有所有權; 不過, 也有不少學者認為, 這種說法完全是虛構, 也就是說, 除非原住民自願放棄, 當然還是保有土地的所有權 (Kerr, 1991: 4、9、19)。譬如說在『庫柏案』(Cooper v. Stuart, 1889) 判例當中, 法官就判決新南威爾斯原本為無人佔領之地; 另外, 在『密樂本案』(Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd, 1971) 判例中, 法官認為澳洲既然在法理上被判定為開發之地, 那麼, 原住民族即使擁有傳統的土地制度, 就沒有普通法所認定的土地權 (Kerr, 1991: 4、11-12)。在 1979 年的『寇案』(Coe v. Commonwealth), 澳洲高等法院除了認定澳洲的主權並非透過征服、而是經過墾殖而來, 並認為原住民族並沒有足以行使立法、行政、或是司法權的政治組織, 因此不能算是獨特的政治社會, 也就稱不上是具有主權的民族 (Brennan, at al., 2004: 322-23)。在 1992 年作出『瑪莫案第二號』判例 (1992) 中, 高等法院雖然推翻『密樂本案』、以及無主之地的原則, 因此 確認了原住民族的土地權, 不過, 還是堅持澳洲的國家主權不容挑戰, 並且再一度確認澳洲因墾殖而取得主權的說法 (Brennan, at al., 2004: 323-25)。『寇案』的原告並不死心, 繼續在 1993 年的『寇案二號』(Coe v. Commonwealth No. 2) 中主張, Wiradjuri 民族具有外部主權、以及根據內部主權而來的自治權, 不過, 高等法院還是相當頑固, 認為即使『瑪莫案第二號』承認原住民族的土

地權，並不表示原住民族享有與澳洲國家主權相悖的主權（Brennan, et al., 2004: 325-26）。

由於『瑪莫案第二號』確認了原住民在習慣法下的土地權，迫使澳洲政府加緊通過『原住民土地權法』（*Native Title Act, 1993 (Cth)*），並設立「原住民土地權法庭」來處理原住民對於取回土地權所作的訴訟（Stephenson & Ratnapala, 1993; Stephenson, 1995; Behrendt, 2000）。隨後，高等法院在『威克民族案』（*Wik Peoples v. Queensland, 1996*）中也判決，原住民的土地權並未因為非原住民向政府承租牧地而自動消滅（Schiveley, 2000: 5-7）。不過，政治人物從 1980 年代起開始琅琅上口的原住民主權、或是自決權，大多是採用比較狹義的解釋，譬如「區域自主」（regional autonomy）、「自我管理」（self-management）、「自立」（self-reliance）、或是「自我培力」（self-empowerment）（Australia, Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, 1999; Fletcher, 1999: 342-43; Brennan, et al., 2004: 318）。

目前，澳洲原住民族的運動的主軸是與政府簽訂條約、或是類似條約的協定，以便進行彼此之間的和解（reconciliation），不過，有不少以為，最大的障礙在於對於原住民族主權的承認。對於原住民族來說，白人的入侵只是中斷他們行使主權，然而，他們的主權從來就未被白人政府真正消滅過；相對地，在原住民族的眼中，澳洲國家的主權基礎並不太堅實（Brennan, et al., 2004: 313-14）。不過，究竟甚麼是主權，澳洲原住民族內部並未有定論，有些人的詮釋就是外部主權，也就是建立一個自給自主的主權獨立國家；狹義的解釋是代表著對於自己的政治、經濟、社會、以及文化生活的掌控，也就是把主權當作是自決權的同義辭；多數的人則至少鬆散地認為，主權是原住民族取得其他權利、以及確保政治參與的必要條件（Brennan, et al., 2004: 314-16）。

澳洲政府之所以反對與原住民族訂條約的理由，主要是條約為主權國家之間相互承認的表徵，因此，顯然是不可能與「澳洲內部的民族」

(nation within Australia) 去訂任何條約，也就是說，「一個國家不能與自己簽定條約」，更何況，原住民族在澳洲憲法裡頭也沒有任何地位；因此，澳洲政府頂多只願意承認原住民族是澳洲民族的成員之一，大家地位平等，在社會中並沒有特殊的地位(Brennan, et al., 2004: 307、317-18)。

三、紐西蘭

在紐西蘭，由於五百多名毛利人酋長與英王在 1840 年簽定『外坦及條約』(*Treaty of Waitangi*)，往往被片面解釋為毛利人早就同意接受白人墾殖，以主權的讓渡來交換土地、森林、漁獲、以及其他財產的所有權、以及英國的保護(Durie, 1998: 3、177; Ward, 1999)。在『賽門案』(*R. v. Symonds, 1874*)中，紐西蘭法院根據馬歇爾的三大判例，認為除非被英國王室取消，毛利人透過土地的使用、以及擁有，因而可以享有土地權；不過，在『惟帕拉塔案』(*Wi Parata v. Bishop of Wellington, 1877*)，最高法院推翻了『外坦及條約』的效力，否訂毛利人擁有「原本的主權」(original sovereignty)、或是「殘餘的主權」(residual、subsisting sovereignty)(McHugh, 2002)。

經過毛利運動者從 1970 年代開始作的努力，紐西蘭通過『外坦吉條約法』(*Treaty of Waitangi Act, 1975*)，設立了「外坦吉法庭」(Waitangi Tribunal)，以便進行毛利人土地權的調查、建議、調解、以及判決(Durie, 1998: 121-22)。在 1994 年的『鐵路南加怒案』(*Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society v. Attorney General*)中，法院終於判定毛利人擁有部落的土地權(包括伐木、礦產、及其他天然資源的開採或是共管)、以及海域權(包括商業化的漁獲權)(Meyers, n.d.: 7-8)。

自從 1980 年代初期起，紐西蘭毛利運動的核心就是『外坦及條約』所保障的 tino rangatiratanga，也就是「毛利主權」(Maori sovereignty)、或是對於土地的管轄權威／權力。毛利人內部對於毛利主權如何實踐，基本上是有二種南轅北轍的立場。首先，大部分人以為他們從未放棄自

己的主權，而是與主權夥伴（也就是英國王室）分享「治裡的權利」（*kawanatanga*）²⁰，因此，這是一種「分割主權」（*divided sovereignty*）。在這樣的詮釋下，有人主張設置毛利人自己的政治機構，譬如地域式、或是文化性的自治，也有人同意在現有的憲政架構下分享權力即可，也就是所謂的夥伴關係、或是「雙文化主義」（*bi-culturalism*）／「雙民族主義」（*bi-nationalism*）（*Sharp*，1997：252-53；*Fleras*，1999：204、208；*Maaka & Fleras*，2000：98；*Awatere*，1984）。

也有人採取主權互斥的觀點，主張毛利人的絕對主權涵蓋所有的紐西蘭領土，因此要求消滅紐西蘭的國家主權；對於他們來說，毛利主權代表的是毛利人決定自己命運的能力，也就是自決權，特別是如何取回自己的土地、及資源（漁獲權）（*Sharp*，1997：257；*Walker*，1999：116；*Maaka & Fleras*，2000：99-103）。他們又主張，由於白人違背了『外坦及條約』中保障毛利主權的承諾，甚至於刻意破壞毛利人的文化、以及他們與土地的和諧關係，因此，唯一的彌補方式就是取回他們從未讓渡的主權；也就是說，由於毛利人從未放棄自己的主權，再加上白人的國家既然無法保障毛利人的主權，國家本身就喪失了主權（*Sharp*，1997：253-54）。

相對地，一些學者雖然同情毛利人的多數訴求，卻站在光譜的另一個極端，堅決支持紐西蘭國家的絕對主權。以 *Jack Brookfield* 來說，儘管他同意紐西蘭的法律體系否定毛利人權利是不對的做法，不過，畢竟歷來所有的紐西蘭政府都是經過這套規則合法產生的；他以為，主權其實是取決於正當性，因此，只要紐西蘭政府努力去取得毛利人的首肯，就可以順理成章獲得主權，也就是說，如何贏得毛利人的民心，譬如說，承認毛利人的漁獲權、以及土地權（*Sharp*，1997：268-70）。憲法學者 *Paul McHugh* 以為，根據『外坦及條約』，或許紐西蘭的「政治主權」

²⁰ 由於當年簽定的『外坦及條約』有毛利語、以及英語兩種版本，造成日後兩方在詮釋上的出入，特別是經學者日後將毛利語版翻譯為英文版，益加複雜；見 *New Zealand, Waitangi Tribunal*（2002）。

(political sovereignty) 應該是由白人、以及毛利人所共享，不過，畢竟「法理主權」(legal sovereignty) 還是在紐西蘭國家手上，因此，他敦促毛利人還是走體制內的法律途徑比較行得通；問題是，即使國會的立法、或是法庭的判決有時候也會有利於毛利人²¹，終究還是強化國家主權的優越性、以及再一次確認了白人的政治支配(Sharp, 1997: 272-75、282)。

四、加拿大

自來，加拿大原住民與非原住民的關係被定義為「民族對民族」(nation to nation) 的關係(RCAP, 1996)，不過，隨著墾殖者在北美洲的勢力擴展，彼此的關係由友好的軍事結盟轉為支配，不僅原住民的權利被巨幅縮小解釋，連政府在條約中所答應的條件也往往食言而肥，有些白人甚至於片面將條約解釋為私人的契約(Sterritt, 2002)。儘管原住民族一貫表示他們從未放棄既有的主權、或是自決權，加拿大政府卻一向堅決否認，理由是加拿大只能有一個主權來源(Friders, 1998: 373)。一直要到原住民在 1970 年代中開始關心這些議題，並且在國內外尋求輿論上的奧援，特別是希望能取得憲法上的在確認，杜魯道政府不得不同意在憲法中（也就是 1982 年的『憲政法案』）中加入原住民條款，含混地承認「既有的原住民族暨條約權利」(existing aboriginal and treaty rights) (Friders, 1998: 361-63)。

面對魁北克的獨立壓力，聯邦政府在 1992 為了尋求原住民的奧援，在功敗垂成的『查絡特城協定』中，不得不同意在未來的修憲案中承認原住民「既有的自治權」(inherent right of self-government)；不過，自治權的實踐卻緊接著在條文中被限制於「在加拿大境內」(within Canada) (Wherrett, 1999)。一直要到 1995 年，Jean Chrétien 的自由黨政府從善如流公佈一份『原住民自治聯邦政策指導』，總算正式承認原住民既有的

²¹ 譬如國會在 1992 年通過的『外坦吉條約漁場權法』(Treaty of Waitangi (Fisheries Claim) Settlement Act)，分配 23% 的近海漁獲權給毛利人，包括每年 57,000 噸的漁獲配額、以及三千萬現金；見 Maaka 與 Fleras (2000: 105)。

自治權，並且具體提出自治的途徑、以及模式，間接確認自治權的正當性。另外，由官方在 1990 年任命的諮詢小組「皇家原住民族委員會」，也在其最後報告中強力主張以承認「原住民為民族」(Aboriginal peoples are nations) 來建立彼此的「夥伴關係」(partnership)，建議以主權共享的精神來設立原住民自治政府 (RCAP, 1996)。

總之，加拿大政府雖然承認原住民的自治權，卻不願接受原住民具有在國際法上意義的主權；在這樣的前提下，聯邦政府儘管大方鼓勵原住民進行實施自治的談判，卻頂多只願意承認他們擁有極有限的內部自決權 (Behrendt, 2000)。加拿大學者 Patrick Macklem (2001: 108-12) 對於原住民族主權的外部獨立有所保留，因此傾向於從憲法的層次著手，也就是從加拿大聯邦制的主權共享切入，思考如何另外設置原住民族的政治個體，讓原住民族的主權可以展現相當的內部權威，換句話說，原住民族主權的實踐並不意味著一定要追求獨立建國。他從最基本的平等規範出發，提出承認原住民族主權的兩個理由，也就是形式上的平等、以及實質上的平等。就形式上而言，他認為原住民族主權代表的是集體認同／差異的法律表達 (頁 110-11)，因此，為了表示對於原住民族的起碼尊重，他主張所有與主權有關的個體必須平起平坐 (頁 121)；他以為，不只是白人國家的主權並沒有至高無上的道理，甚至於加拿大國家主權的正當性，都要取決於是否能與原住民族的主權共存 (頁 123)。

Macklem (2001: 126-28) 主張承認原住民族主權的第二個理由，是為了實現實質上的平等，也就是讓原住民族可以享有相同的社會、經濟條件，公平地取得參與的機會、及資源，以及補償因為自由選擇所必須額外付出成本；具體而言，他認為可以透過原住民族的自決、以及自治來實踐其主權。當然，Macklem (2001: 122-23) 也知道，原住民族必須面對白人國家木已成舟的事實，也就是在承認／實踐原住民族主權之後，會不會破壞現有的政治秩序；他以為，即使原住民族必須務實地對接受政治現實，政府沒有道理因此便宜行事而否認原住民族主權。他

指出，原住民族其實並不想破壞國家團結、或是領土完整；事實上，原住民族並非因為國家承認其主權進而追求獨立，而是因為國家拒絕承認其主權，他們才被迫走向梁山，因此，一旦加拿大的政治體制／憲法拒絕承認原住民族的主權，由於原住民不可能再繼續逆來順受般接受自來的整合措施，他們將只有被迫選擇分離一途（頁 124）。同樣地，Kymlicka（1998）雖然並未直接提到原住民族主權的概念，不過，稍早也表達了類似的立場，也就是說，原住民族在行使自決權之際，其實並未放棄獨立的選項，而是看加拿大政府如何尊重原住民族實踐自治權。

伍、結語

由自然法到實證法的發展過程，國際法學者大致是以無主之地的說法，來合理化墾殖國如何取得原住民族的主權，他們背後的假設是原住民族的文明程度不足稱為民族、其政治組織也談不上為國家。溫故知新，當前的學者、以及原住民族運動家從原住民族權利著手，挑戰國家主權至上的規範，要求重新思考原住民族主權的內涵、以及如何實踐。就美澳紐加幾個墾殖國家的做法來看，政府大體否定原住民族有外部主權，而內部主權也是作限制性的解釋，也就是自決權、或是自治權。原住民族本身對於主權的意義、以及實踐的難法也相當分歧。終究，我們必須深思 Taiaiake Alfred（1999：56）所提出的警訊，究竟主權這樣的西方法政概念，是否有助於原住民族取回自己的權利，還是，這只是幫助白人政府鞏固國家主權的修辭（Brennan，et al.，2004：314、316）？

附錄：相關規約、判例、及法案

聯合國

『聯合國『原住民族權利宣言草案』(*United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 1995*)

美國

『詹生案』(*Johnson v. McIntosh, 1823*)

『查洛基民族案』(*Cherokee Nation v. Georgia, 1831*)

『渥謝斯特案』(*Worcester v. Georgia, 1832*)

『土地總分配法』(*General Allotment Act, 1887 (Dawes Act)*)

『提提藤案』(*Tee-Hit-Ton Indians v. United States, 1955*)

『印地安自決暨教育補助法』(*Indian Self-Determination and Educational Assistance Act, 1975*)

澳洲

『庫柏案』(*Cooper v. Stuart, 1889*)

『密樂本案』(*Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd, 1971*)

『寇案』(*Coe v. Commonwealth, 1979*)

『瑪莫案第二號』(*Mabo No. 2, 1992*)

『寇案第二號』(*Coe v. Commonwealth No. 2, 1993*)

『原住民土地權法』(*Native Title Act, 1993 (Cth)*)

『威克民族案』(*Wik Peoples v. Old, 1996*)

紐西蘭

『外坦及條約』(*Treaty of Waitangi, 1840*)

『賽門案案』(*R. v. Symonds, 1874*)

『惟帕拉塔案』(*Wi Parata v. Bishop of Wellington, 1877*)

『外坦吉條約法』(*Treaty of Waitangi Act, 1975*)

『鐵路南加怒案』(*Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society v. Attorney General, 1994*)

加拿大

『憲政法案』(*Constitution Act, 1982*)

『查絡特城協定』(*Charlottetown Accord(Consensus Report on the Constitution), 1992*)

『原住民自治聯邦政策指導』(*Federal Policy Guide – Aboriginal Self-Government, 1995*)

參考書目

- Alfred, Taiaiake. 1999. *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*. Do Mills, Ont.: Oxford University Press.
- Anaya, S. James. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Australia, Aboriginal and Torres Strait Islander Commission. 1999. *Regional Autonomy for Aboriginal and Torres Strait Islander Communities* (pdf).
- Awatere, Donna. 1984. *Maori Sovereignty*. Auckland: Broadsheet.
- Behrendt, Larissa. 2000. "The Protection of Indigenous Rights: Contemporary Canadian Comparison." *Research Paper*, No. 27, Parliament of Australia, Parliamentary Library (<http://www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1999-2000/2000rp27.htm>).
- Bear, Leroy Little, Menno Boldt, and J. Anthony Long, eds. 1994. *Pathways to Self-Determination: Canadian Indians and the Canadian State*. Toronto: University of Toronto Press.
- Brennan, Sean, Brenda Gunn, and George Williams. 2004. "'Sovereignty' and Its Relevance to Treaty-Making Between Indigenous Peoples and Australian Government." *Sydney Law Review*, Vol. 26, No. 3, pp. 307-52.
- Clinton, Bill. 1994. "Remarks to American Indian and Alaska Native Tribal Leaders." *Weekly Compilation or Presidential Documents*, Vol. 30, No. 18 (Expanded Academic ASAP Int'l Ed.).
- Cochran, Molly. 1999. *Normative Theory in International Relations: A Pragmatic Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Corntassel, Jeff J., and Tomas Hopkins Primeau. 1995. "Indigenous 'Sovereignty' and International Law: Revised Strategies for Pursuing

- ‘Self-Determination.’” *Human Rights Quarterly*, Vol.17, No.2 (Expanded Academic ASAP Int’l Ed.) .
- Deloria, Vine, Jr. 1985. *Behind the Trail of Broken Treaties: An Indian Declaration of Independence*. Austin: University of Texas Press.
- Deloria, Vine, Jr., and Clifford M. Lytle. 1984. *The Nations Within: The Past and Future of American Indian Sovereignty*. Austin: University of Texas Press.
- D’Errico, Peter. 1997. “American Indian Sovereignty: Now You See It, Now You Don’t.” (<http://www.nativeweb.org/pages/legal/overeignty.html>).
- Durie, Mason. 1998. *The Politics of Maori Self-Determination*. Auckland: Oxford University Press.
- Engelstad, Diane, and John Bird, eds. 1992. *Nation to Nation: Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*. Concord, Ont.: House of Anansi Press.
- Falk, Richard. 1987. “The Struggles of Indigenous Peoples and the Promise of Natural Political Communities,” in Ruth Thompson, ed. *The Rights of Indigenous Peoples in International Law: Selected Essays on Self-determination*, pp. 59-68. Saskatoon, Sask.: Native Law Center, University of Saskatchewan.
- Fleras, Augie. 1999. “Politicising Indigeneity: Ethno-politics in White Settler Dominions,” in Paul Havemann, ed. *Indigenous Peoples’ Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, pp. 187-234. Auckland: Oxford University Press.
- Fleras, Augie, and Jean Leonard Elliott. 1992. *The Nations within: Aboriginal-State Relations in Canada, the United States, and New Zealand*. Toronto: Oxford University Press.

- Fletcher, Christine. 1999. "Living Together but not Neighbours: Cultural Imperialism in Australia," in Paul Havemann, ed. *Indigenous Peoples' Rights In Australia, Canada, and New Zealand*, pp. 335-50. Auckland: Oxford University Press.
- Fowler, Michael Ross, and Julie Marie Bunck. 1995. *Law, Power, and the Sovereign State: The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*. University Park, Penn.: Pennsylvania State University Press.
- Frideres, James S. 1998. *Aboriginal Peoples in Canada: Contemporary Conflicts*. 5th ed. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall Allyn & Bacon Canada.
- Gibson, Charles. 1966. *Spain in America*. New York: Harper & Row.
- Harring, Sudney L. 1994. *Crow Dog's Case: American Indian Sovereignty, Tribal Law, and United State law in Nineteenth Century*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Iverson, Duncan, Paul Patton, and Will Sanders. 2000. "Introduction," in Duncan Iverson, Paul Patton, and Will Sanders, eds. *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, pp. 1-21. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jaimes, M. Annette, ed. 1992. *The State of Native America: Genocide, Colonization, and Resistance*. Boston: South End Press.
- Jenning, R. Y. 1963. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press.
- John, Troy R., ed. 1999. *Contemporary Native American Political Issues*. Walnut Creek, Calif.: AltaMira Press.

- Keal, Paul. 2003. *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kerr, Ruth S. 1991. "Aboriginal Land Rights: A Comparative Assessment." *Background Information Brief*, No. 23. Brisbane: Queensland Parliamentary Library.
- Kickingbird, Kirke, Lynn Kickingbird, Charles J. Chibitty, and Curtis Berkey. 1999. "Indian Sovereignty," in John R. Wunder, ed. *Native American Sovereignty*, pp. 1-64. New York: Garland Publishing.
- Kymlicka, Will. 1998. *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*. Don Hills, Ont.: Oxford University Press.
- LaForme, Harry S. 1991. "Indian Sovereignty: What Does It Mean?" *Canadian Journal of Native Studies*, Vol. 11, No. 2, pp. 253-66.
- LaVelle, Jphn P. 2001. "Strengthening Tribal Sovereignty Through Indian Participation in American Politics: A Reply to Professor Porter." *Kansas Journal of Law and Public Policy*. Vol. 10, No. 3 (<http://www.law.ku.edu/jrnl/v10n3/v10p533.html>).
- Lyden, Fermont J., and Lyman H. Legters, eds. 1992. *Native Americans and Public Policy*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Maaka, Rofer, and Augie Fleras. 2000. "Engaging with Indigeneity: Tino Rangatiratanga in Aotearoa," in Duncan Ivison, Paul Patton, and Will Sanders, eds. *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, pp. 89-109. Cambridge: Cambridge University Press.
- McHugh, P. G. 2002. "Tales of Constitutional Origin and Crown Sovereignty in New Zealand." *University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 1 (http://www.utpjournals.com/product/utlj/521/521_mchugh.html).

- Macklem, Patrick. 2001. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press.
- Magallanes, Catherine J. Iorns. 1999. "International Human Rights and their Impact on Domestic Law on Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand," in Paul Havemann, ed. *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, pp. 235-76. Auckland: Oxford University Press.
- Meyers, Gary D. n.d. "Summary: The North American and New Zealand Experience with Indigenous Land Rights and Its Application to Australia." (<http://www.austlii.edu.au/au/special/rsjproject/rsjlibrary/arccrp/ad9.html>)
- Meyers, Gary D., and Brenda R. Landau. 1998. "Environmental and Natural Resources management by Indigenous Peoples in North America: Inherent Rights to Self-Government, Part 1: The US Experience." (<http://www.austlii.edu.au/special/rsjproject/rsjlibrary/arccrp/dp3.html>)
- New Zealand, Waitangi Tribunal. 2002. *Maori Electoral Option Report* (<http://wai8155s1.verdi.2day.com/reports/generic/wai413/wai413.asp>).
- Nichols, Roger L. 1998. *Indians in the United State and Canada: A Comparative History*. Lincoln, Neb.: University of Nebraska Press.
- Pagden, Anthony. 1993. *European Encounters with the Mew World*. New Have, Conn.: Yale University Press.
- Perry, Richard J. 1996. *From Time Immemorial: Indigenous Peoples and State System*. Austin: University of Texas Press.
- Reynolds, Henry. 1996. *Aboriginal Sovereignty: Reflections on Race, State and Nation*. St. Leonards, N.S.W.: Allen & Unwin.

- Risse, Thomas, Stephen C. Ropp, and Kathryn Sikkink, eds. 1999. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP). 1996. *People to People, Nation to Nation: Highlights from the Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (<http://www.inac.gc.ca/rcap/report/index.htm>).
- Sanders, Joe. 1991. "First Nations Sovereignty and Self-Determination," in Frank Cassidy, ed. *Aboriginal Self-Determination*, pp. 186-96. Lantzville, B.C.: Oolochan Books.
- Schiveley, Geoffrey. 2000. "Negotiation and Native Title: Why Common Law Courts Are not Proper For a for Determining Native Land Title Issues." *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 3, No. 2 (<http://www.vanderbilt.rdu/journal/33-02/index.html>).
- Sharp, Andrew. 1997. *Justice and the Maori: The Philosophy and Practice of Maori Claims in New Zealand since the 1970s*. 2nd ed. Auckland: Oxford University Press.
- Slattery, Brian. 1991. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims: Reconstructing North American History," in Frank Cassidy, ed. *Aboriginal Self-Determination*, pp. 197-217. Lantzville, B.C.: Oolochan Books.
- Stephenson, M. A., eds. 1995. *Mabo: The Native Title Legislation: A Legislative Response to the High Court's Decision*. St. Lucia, Qld.: University of Queensland Press.
- Stephenson, M. A., and Suri Ratnapala, eds. 1993. *Mabo: A Judicial Revolution: The Aboriginal Land Rights Decision and Its Impact on Australian Law*. St. Lucia, Qld.: University of Queensland Press.

- Sterritt, Neil J. 2002. "Aboriginal Rights Recognition in Public Policy: A Canadian Perspective." Paper presented at the ATSI National Policy Conference, Canberra, March 25-27.
- Todorov, Tzvetan. 1999. *The Conquest of America: The Quest of the Other*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Tully, James. 1995. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tully, James. 2000. "The Struggles of Indigenous Peoples for Freedom," in Duncan Ivison, Paul Patton, and Will Sanders, eds. *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, pp. 36-59. Cambridge: Cambridge University Press.
- Walker, Ranginui. 1999. "Maori Sovereignty, Colonial and Post-Colonial Discourses," in Paul Havemann, ed. *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, pp. 108-22. Auckland: Oxford University Press.
- Ward, Alan. 1999. *An Unsettled History: Treaty Claims in New Zealand Today*. Wellington: Bridge Williams Books.
- Watson, Irene. 2002. "Aboriginal Laws and the Sovereignty of *Terra Nullius*." *Borderland E-Journal*. Vol.1, No.2 (http://www.borderlandsejournal.adelaide.edu.au/vol1no2_2002/Watson_laws.html).
- Webber, Jeremy. 2000. "Beyond Regret: Mabo's Implications for Australian Constitutionalism," in Duncan Ivison, Paul Patton, and Will Sanders, eds. *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, pp. 60-88. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wherrett, Jill. 1999. "Aboriginal Self-Government." (<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/962-e.htm>)

- Wilkins, David E. 1997. *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Making of Justice*. Austin: University of Texas Press.
- Wilkinson, Charles F. 1987. *American Indians, Time, and the Law*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Williams, Robert A., Jr. 1990. *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*. New York: Oxford University Press.

Indigenous Sovereignty^{***}

Cheng-Feng Shih

Abstract

We start with the development of international law from the tradition of natural law to positive law, and look into how indigenous sovereignty had been extinguished by scholars' discourse, that is, how settler's state had obtained indigenous sovereignty by resorting to the notion of *terra nullius*. We will then investigate how indigenous sovereignty has been understood, interpreted, and constructed by contemporary scholars, who would challenge the supremacy of state sovereignty and demand reconsideration of indigenous sovereignty and its exercise. Finally, we will examine how the United States, Australia, New Zealand, and Canada have chosen to implement indigenous sovereignty, that is denying indigenous peoples' external sovereignty while allowing for the right to self-determination in the sense of right to self-government.

Keywords: indigenous people, sovereignty, indigenous sovereignty,
natural law, positive law

*** Ph.D. in Political Science, Ohio State University; Professor, Department of Public Administration and Institute of Public Policy, Tamkang University, Tamsui, TAIWAN. For correspondence: P. O. Box 26-447, Taipei 10699, Taiwan. E-mail : cfshih@mail.tku.edu.tw.

