

道歉後的制度性安排： 澳洲條約機制引進對我國之啓發*

黃之棟

國立空中大學公共行政學系教授

摘要

2016年8月1日原住民族日當天，蔡英文總統代表政府正式向原住民族道歉。自此之後，臺灣的原住民族政策便邁入了新頁。在眾多後續討論中，原住民族自治議題尤其受到族人與各界的關注。對此，現階段政府的規劃，是希望參酌美加紐等國經驗，透過「實質談判程序機制」來達到自治。此方案近似於前述原住民族先進國所採取的「條約模式」，也就是透過原住民族和國家（中央、地方政府）協商談判並簽訂協定的方式，來確認進而規範兩者間的關係。面對此一嶄新的方案，各界的討論卻相對有限。無獨有偶地，近來澳洲也對條約機制的引進，展開了一系列的討論。有鑑於此，本文擬從該國對相關機制的思索乃至論辯出發，希望以此來作為未來我國制度規劃時的借鏡與反省。整體來說，條約制度的引進必然會觸及既有憲政架構的更動乃至主權議題，這也使得相關討論會涉及理論論

* 本計畫承蒙科技部研究計畫「自主、自決與自治—去殖民化脈絡下我國原住民族自治主體之再建構—傳統組織與當代制度的『接觸地帶』：部落公法人法制與職能的實證研究」（MOST 107-2420-H-180-001-MY2）之補助，作者特別予以感謝。在此同時，作者也要感謝審查人悉心的評論與建議。最後，作者特別感謝阿拉巴灣的守護者。

證與法制磨合。由於這些議題具備高度政治性，故也相當敏感。對此，作者嘗試從政策學習與制度磨合的角度出發，嘗試以憲法肯認、條約、原住民族主權三位一體的理解，來捕捉澳洲對相關議題的討論。除此之外，由於條約機制實務上經常被用來作為國家正當化其權力來源的工具，故作者也對引進此制度可能的限制進行分析。

關鍵詞：條約、原住民族、主權、憲法肯認、去殖民

* * *

壹、緒論：實質談判程序機制的引進

2016年8月1日「原住民族日」，蔡英文總統代表政府正式向原住民族道歉，並就自治、土地、語言等核心領域做出具體承諾。對此，總統除道歉之外更提出了和解方案，承諾未來一定會透過制度性的安排來確保和解的實現。正因為如此，對等協商、原住民族集體決策機制的建立、與政策共識的形成等，就成為我國能否邁向和解的關鍵。對於這些問題，總統在道歉演說中表示：

以後每一年的8月1日，行政院都會向全國人民報告原住民族歷史正義及轉型正義的執行進度。落實原住民族的歷史正義，並建立原住民族的自治基礎，就是政府原住民族政策上的三大目標（總統府2016）。

事實上，有關原住民族自治的機制，原住民族委員會（2016）在新舊政府交接當時，就已經參酌美國、加拿大、紐西蘭等國的經驗，提出了「建構實質談判程序機制」的方案，來作為「肯認原住民族固有主權，落實民族自治」的基礎（原住民族委員會2018）。所謂實質談判程序機制，簡單來說就是希望透過原住民族與國家簽訂「條約」的方式來確認雙方關係，以便終極解決墾殖國家（settler states）難解的定位問題。就具體做法來看，此方案試圖透過原住民族、中央、地方政府的三方協商來確立各族的自治方案。一旦協商完成後，再

送立法院審查以便完備立法程序。從這樣的規劃，就可以看出此方案不同於以往。是故規劃一出，便立刻廣受各界關注。

無獨有偶地，近來澳洲也對是否透過引進條約制度來深化和解（reconciliation）政策，做了一系列的討論。條約制度之所以受到澳洲各界關注，是因為該國是過去同為英國殖民地的美國、加拿大、紐西蘭等原住民族先進國中，唯一一處不曾與原住民族簽訂條約的國家；不但如此，多年來澳洲也一直沒有建構出一套可以用來確認國家和原住民族間關係的機制。制度上的欠缺，促使該國對條約制度的引進，以及該制度如何與既有憲政體系相互融合的問題，進行了多年的探究。簡單來說，雖然我國經常以美加紐等國為政策學習的對象，但我國與這三個國家決定性的不同點，在於：這些地方在現代國家建立之前，都已經有與原住民族簽訂條約的經驗。對這些國家而言，條約其實是內生的制度，而非外部另行導入的機制；反觀澳洲則與我國類似，採取的是嗣後引進的方式。當然，一套新制度的引進，會改變既有的法制、政策、乃至憲政結構。就這個角度來看，澳洲在引進條約制度時引發的討論乃至辯論，非常具有參考價值。

有鑑於我國的原住民族政策已經邁入轉捩點，未來勢必需要新的視野與方法，來對既有政策領域進行檢討，進而擘劃出以對等為基礎的原住民族自治結構。對此，本研究擬從政策學習的角度來進行理論與實務的對話，並通過澳洲對條約制度的討論，來思考我國「實質談判程序機制」可能面臨的限制所在。在這樣的基礎上，我們也希望進一步思索如何重塑我國原住民族政策的問題。為能達成此目標，本文首先對臺灣與澳洲原住民族的現況予以說明。接著，作者嘗試從原住民族的角度來檢視澳洲憲法規範，以及該國近來的和解政策。在對這些背景有了一定的認識後，我們轉而分析該國近來對條約制度的討論。整體來說，條約制度的引進與憲法修正、原住民族主權等議題息息相關。也就是說，這三個問題看似獨立，其實有著連動關係。在分析了這個三位一體的問題後，本文轉而思考澳洲經驗對整體理論和我國原住民族自治政策的可能啓發。結論部分，作者則提出幾點建議作結。

在進入實質討論之前，作者有必要對本文關注的標的予以說明。整體來說，本文雖然涉及條約制度的本質性探討，但全文重點並不在評價條約制度本身；作者也不嘗試評論澳洲或我國是否「應該」引進該制度。本文的宗旨毋寧

是希望透過釐清澳洲各界對該制度的討論，來思索相關論題對我國未來的制度設計，能夠帶來何種啓發。如上所述，任何制度的引進都會牽涉到不同面向。倘若該制度涉及憲政層次的討論，更難免引發爭議。這些問題往往與制度本身的好壞無關，而是涉及到制度的磨合。本文也是在這樣的意義下，將重點放在「制度磨合」之上。此點先行說明。

貳、澳洲與臺灣原住民族概述

澳洲的全名為澳大利亞聯邦（Commonwealth of Australia）。根據2016年的人口普查，其人口總數約為2300萬人。其中，原住民族約有78萬人，佔總人口的3.3%。與2011年的普查相比，該國原住民族的增長率達到17.4%（Biddle and Markham 2017; Census Independent Assurance Panel to the Australian Statistician 2017）。在「澳洲原住民族」（Indigenous Australians）這個總稱之下，當地的原住民族其實可分為兩大類：澳洲大陸原住民（Aboriginal Peoples）和托雷斯海峽島民（Torres Strait Islander Peoples）。前者主要居住在澳洲大陸、塔司馬尼亞島（Tasmania）及其附近島嶼；後者則專指居住在昆士蘭北端，接近巴布亞紐幾內亞的托雷斯海峽群島原住民族。這兩大原住民族各有不同的淵源。就語言來看，澳洲大陸原住民族多屬澳大利亞語系，在澳洲大陸當地居住超過6萬年之久，現有部落數約在200至300之間；托雷斯海峽島民的文化，則較接近美拉尼西亞系統（Melanesia）。後者在當地生活了超過1萬年，目前共有20個左右的部落（原教界 2012）。

再就臺灣原住民族來看。根據2016年我國政府年報所公布的資訊，臺灣目前的總人口也在2300萬上下。其中原住民族的人口數為54萬人，佔總人口比例的2.3%。在臺灣原住民族的統稱之下，目前獲得正式承認的原住民族共有16個，獲得核定的部落則有746個。大體來說，臺灣原住民族屬於南島語系（Austronesian languages）中的「馬來一波里尼西亞語系」（Malayo-Polynesian）。根據考古學的記載，臺灣原住民族已在此生活了一萬兩千年到一萬五千年之久（Executive Yuan 2016, 45-46; 原住民族委員會 2019）。

從上面的分析，大致可以看出臺灣與澳洲的總人口，以及當中的原住民族

佔比相仿；原住民族內部的語言文化，也都相當分歧。此外就各項指標來看，不管是在收入、教育等各方面，原住民族與主流社會間皆有一定的差距。長期以來，兩地的原住民族也受到主流社會乃至政府政策的制度性排斥。這些類似的歷史經驗與處遇，使得澳洲與臺灣原住民族一樣，都面臨語言文化發展、土地權利、身分認定、自治權利等各方的挑戰。有鑑於這樣的近似性，論者也直言：「澳洲原住民族的現在與未來，值得臺灣原住民族借鏡」（原教界 2012, 93）。

事實上，單就制度面而言，澳洲原住民族之所以會面臨現今的遭遇與挑戰，與其憲政制度和長久以來的原住民族政策息息相關。但也正因為這些制度性的瓶頸，促使論者開始思索改變的可能。以下，本文便嘗試對澳洲的憲政與政策予以俯瞰與檢視。

參、澳洲憲政體制下的原住民族

一、澳洲憲法規範中的原住民族

澳洲憲法的制定大致是從1890年代開始醞釀。過程中歷經多次制憲會議，最後終於在1900年獲得當時殖民母國英國國會的同意，並在隔（1901）年正式生效施行。整體來說，這部憲法對澳洲政府的組織定位與權力配置進行了縝密的規範，也從限制政府權力的角度嘗試保障某些權利和自由。即便如此，誠如公投委員會（Referendum Council 2016; 2017）所言，整體來說澳洲憲法並不是一部關於基本人權的憲章（charter of human rights）。事實上，澳洲憲法是民主國家中極少數不帶有人權條款，且至今為止都尚未制訂全國性人權保障架構的國家（Behrendt 2013; Williams 2011, 8-9）。

除了人權條款的欠缺，澳洲憲法的另一項問題來自於制憲當時所採取的「無主地原則」（terra nullius）。簡單來說，英國移民者初到澳洲之時，當時的殖民母國與後來的澳洲政府都主張自己來到了一處「不屬任何人所有」（belonged to no-one）的無主之地。既然整片澳洲大陸都不歸特定人所有，故當時的政府與法院便主張英國政府因此自始取得土地等各項原初的權利；在這

樣的想法之下，澳洲的主權也被認為隨著英國人的「發現」，而被移轉至英國（Referendum Council 2016; 2017）。

當然，上面的論點存在了一個明顯的漏洞，即：澳洲其實早有人居，根本不是「無主之地」。如前所述，當地原住民族其實早在殖民政府入殖之前，就世代在當地生活。有鑑於這樣的事實，此處真正的問題其實起因於國家法制不承認原住民族的所有權（ownership）與管轄權（authority），而不是原住民族自始就不具備這些權利。無主地的假設隨著時間的經過，開始受到一連串的反省與挑戰。論者開始逐漸意識到，它其實是一種「法律上的虛構」（legal fiction）（Referendum Council 2016, 4）。誠如「憲法承認原住民族與托雷斯海峽群島專家小組報告書」（Recognising Aboriginal and Torres Strait Islanders Peoples in the Constitution, Report of the Expert Panel；以下簡稱「專家小組」）所言：

沒有人詢問〔原住民族〕是否允許墾殖。沒有人同意墾殖，也沒有人轉讓過權利。由於沒有任何具有法律上重要性的自願或代表行為，故主權並未從澳洲原住民族手上移轉（Commonwealth of Australia 2012, 22）。

由此可以看出，澳洲憲法存在了一個明顯的缺漏，即原住民族從未參與憲法的制訂。比無主地原則更嚴重的問題是，當時的憲法不但沒有人權條款，甚至還充斥了各種歧視。比方說，澳洲憲法制訂當時的第127條便載明：

在計算澳洲聯邦國民（people of the Commonwealth）、州民、或是聯邦中其他組成時，原住民族不應被記入（Taylor 2016, 206）。

由於這項規定的關係，過去澳洲的人口普查（census）一直未將原住民族列入。既然未被列入調查，從統計數據上來看，原住民族根本就「不存在」。這類明顯帶有歧視的條款，一直要等到1967年公投後才獲得修正（Behrendt 2007）。

總之，澳洲憲法沒有直接提及原住民族，其中唯一兩處的例外又都是希望排除原住民族適用的條款（第51條xxxvi、第127條）。這種對原住民族採取沉默、忽略、甚至是負面的看法，使得兩者之間一直存在緊張，並延伸出各種適用上的疑義。對此，澳洲聯邦最高法院（High Court of Australia）前法官Kirby（2012, 6）便直言，澳洲的聯邦立法權是世上少數不是「爲了」（for）原住民族權益而存在，而是被用來「對抗」（against）他們的制度。在這樣的背景下，如何弭平兩者間的衝突，就成爲澳洲憲政上重要課題。

二、憲法修正與和解政策

澳洲政府與原住民族的和解之路，大致經歷過三波浪潮，其關鍵時點爲：1967年憲法公投、1992年Mabo判決和2008年的道歉。具體來看，澳洲的和解政策起源於該國1950年代的民權運動，並在1967年公投時達到第一波高峰。當時，多達90%的澳洲公民，同意廢止憲法中歧視原住民族的條款（Williams 2007）。自此，原住民族的公民權與投票權終於獲得肯認，也被正式納入人口普查的範圍。在此同時，原住民族事務也正式成爲聯邦與州政府雙方的責任。由於這個緣故，原住民族專責機關也得以成立（Australian Government 2015a; 2015b）。

1967年憲法公投之後，澳洲原住民族又展開爭取薪資平權（wage rights）和土地權的運動。這些努力後來在1990年代達到另一波高峰。在這一波浪潮下，澳洲最高法院扮演了關鍵的角色。1992年，該院在Mabo判決中明確否定了過去奉行多年的「無主地原則」。簡單來說，法院確認了英國墾殖者初來乍到時的澳洲，不是一處無主之地；反過來說，這也意味著原住民族的存在與權利獲得了肯認。Mabo判決之後，澳洲原住民族又陸續爭取到1996年的「國家和解周」（National Reconciliation Week）和1998年的「道歉日」（Sorry Day）。這一系列的努力，開起了政府對歷史全面的反省。

在各項反省中，又以原住民族幼童遭到強制從家中帶離，並集中管理的政策最受重視。這些被強制收容的學童，後來被稱爲「失竊的世代」（Stolen Generations），並成爲2008年陸克文（Kevin Rudd）總理主要道歉的對象（Apology to the Stolen Generations）。爲了確實達成和解，澳洲先在1991年成

立「原住民族和解委員會」(Council for Aboriginal Reconciliation)來統籌各項事務。2000年後該委員會改組為「和解澳洲」(Reconciliation Australia)，並定期發表和解報告書，確認目前的和解現狀。同樣的，1998年的道歉日在2005年階段性任務後完成之後，正式更名為「國家療傷日」(National Day of Healing) (Australian Government 2015a; 2015b)。

2008年陸克文總理代表政府向原住民族正式道歉後，該國便進入了和解的新紀元。對此，2013年澳洲政府正式通過法案，承認原住民族與托雷斯海峽群島人的原住民族地位 (Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples Recognition Act of 2013)。原住民族地位確立之後，新一波的討論聚焦在條約制度的引進，以及原住民族的憲法地位之上。對此，推動改革的一方普遍認為條約是體現憲法肯認 (constitutional recognition) 原住民族地位時不可或缺的制度性安排 (Brennan, Gunn and Williams 2004a; Davis 2012; Harley 2015; Williams 2012; 2014)。簡單來說，由於過去被殖民的歷史經驗，澳洲原住民族長久以來一直處於遭到歧視與排除的狀態。有鑑於此，如何讓原住民族成為真正的主體，並站在對等的地位來與主流社會一同檢視過去的歷史、政策、和法制，就成為和解能否實現的關鍵。對此，澳洲政府基本也同意透過條約的協商、妥協、以及簽訂，政府與原住民族就能實現未來志向的夥伴關係 (Australian Government 2008)。在這樣的背景下，條約制度的引進與憲法肯認原住民族的地位，被列入修憲公投的主要議題。

由上述的分析可以知道，我國當前道歉與和解政策的發展，和澳洲的經驗有許多相近之處。就其政策演進來看，澳洲的原住民族政策50年來一直以和解為主軸，並提出諸多相應的制度性安排 (Short 2016)。而2008年總理道歉之後，新一波的討論主要集中在憲政層次，並嘗試把條約制度的引進與憲法肯認原住民族地位列入公投項目。這些討論，無疑可以對正在討論實質談判程序機制的我國，給予一定的啟發。

肆、憲法肯認、條約、與原住民族主權的三位一體論爭

近年來澳洲公投議題的討論，主要圍繞在一個三位一體的問題周邊，即：憲法肯認、條約制度引進、和原住民族主權。這些項目又會延伸出不少細項討論，比方說：是否要在憲法本文或前言中肯認原住民族地位、是否將現有條文中「種族」的字眼與條款刪去、是否納入反種族歧視條款、以及是否要在國會中納入原住民族議席等等（Referendum Council 2016）。這些問題相當程度涉及到澳洲憲政與法制適用的細節，本文無法逐一處理。以下只針對憲法承認、條約、與原住民族主權等三大議題，及其概念上的關連進行探討。

一、憲法肯認的問題：最小限度途徑的盲點

首先必須確認的是，憲法上的承認與實質權利的賦予在憲政討論中屬於兩個不同層次的議題。簡單來說，憲法可以在前言或本文中，納入承認或是表示尊重「原住地位」的條款，也可以把原本具有歧視意涵的文字刪除。但兩者的法律效果，截然不同。就後者來看，刪去特定字眼多伴隨改變法律或政治見解的實質效果。比方說，將過去澳洲憲法中不計入原住民族的文字刪去，就意味著未來的人口普查必須記入原住民族；但前者（也就是加入尊重與承認字眼的方式）實務上鮮少能改變法律解釋。換言之，就前者來說，在既有條文或是前言中掛上一個肯定原住民族的「匾額」（plaque）本身，就被認為是其目標所在（Morris and Pearson 2017, 350）。

以澳洲憲政實務來看，所謂的「憲法肯認」大多只具備象徵（symbolic）層次意義。之所以如此，主要是因為這樣的做法無須涉及實質改變。舉例來說，新南威爾斯的憲法修正，就採取了這種象徵性的修正方式。當地在2010年時對州憲法第2條進行了修正，並納入肯認條款。該條第3項載明：

本條並未創造任何法律上的權利或義務，也未促進或影響任何民事或行政行為之審查權，或影響任何新南威爾斯法律或條文之解釋。

（Williams 2011, 3）

這種不涉及實質改變的修憲形式，又被稱為「最小限度」（minimalist）途徑。換言之，它是一種純粹「文字上的肯認」（words of recognition），其他部分則「一切如常」（business as usual）。一般而言，最小限度途徑的爭議最小，理論上也最容易達成，但功用也相對有限。值得玩味的是，這類看似爭議最小也最容易實現的模式，實務上反而不容易通過。根據過去澳洲的公投經驗，選民在投票時絕少對宣示性修正投下贊成票。就某種程度而言，這種現象意味著民衆並不贊成這類不具實質意涵，或沒有實際功能的做法。對此，誠如憲政保守主義者（constitutional conservatives）所言，憲法是一部「實踐規範手冊」（practical rulebook）（Morris and Pearson 2017）。正因為如此，論者強力反對在這樣一部具有實踐意義的法典中，納入僅具宣示意義的概念或用語。

另一方面，論者也指出採取最小限度模式，在憲政實務上相當危險。這是因為政治人物很可能會把文字修正本身，就當成目的。這麼一來，原本希望達到的實質改變，也會因此遭到架空。最明顯的例子，莫過於2008年陸克文總理的道歉。即便多數人讚許道歉，但就實質面來看，儀式過後完全沒有實質的改變。換言之，道歉本身就是那場道歉的全部（Morris and Pearson 2017; Williams 2011）。與此類似的是，2004年Howard總理執政時期，也以執行不力和醜聞為由，裁撤了當時的原住民族代表性行政機關「原住民族與托雷斯海峽群島委員會」（Aboriginal and Torres Strait Islander Commission）。當時對原住民族界造成了極大的震撼，因為幾乎沒有人料想到這樣一個專責機關也會遭到裁撤（Robbins 2010）。專責機關制度，直到要到2019年才正式恢復¹。這樣的歷史經驗，更加鞏固論者推動憲法肯認的想法。換言之，唯有憲法保障才能確立起穩固的制度，確保政權的更迭不致影響原住民族的權益。也因為如此，在近來的憲法肯認討論中，推動方明確反對最小限度途徑（Clark and Gallagher 2017），也不支持「先求有、再求好」的累進（incrementalism）模式（Morris and Pearson 2017）。

¹ 2019年中，澳洲政府才又再設置原住民族專責機關，即：National Indigenous Australians Agency。

上述總總，促使論者思考採取條約模式的可能性。不過，正如Morris and Pearson (2017) 所言，當我們希望跳脫象徵意涵進入實質討論時，提出一個「法律上穩固、政治上可行」(legal soundness and political viability) 的草案，就變得至關重要。總之，作為唯一未和原住民族簽訂條約的國家，加上既有憲法中又沒有直接觸及原住民族議題，條約機制的引進就獲得了廣泛的討論 (Gussen 2016)。但條約與憲法之間的關係為何，又遭遇另一波的挑戰。

二、條約制度的引進：務實途徑的考量點

與象徵性肯認或最小限度途徑相對的方式，是所謂的「務實」(practical) 途徑。也就是引入一套新的機制，來確認國家和原住民族間的關係。具體來說，在檢視過去經驗後，論者發現多年來澳洲的原住民族政策雖然歷經多次變革，但至今為止頂多只達到了諮商 (consultation) 的階段。對此，各界普遍認為單純的意見聽取不足以促成實質關係的轉變。有鑑於此，條約制度的引進就被當成是能夠改變既有結構的嶄新制度性安排 (Gussen 2016; Morris and Pearson 2017; Twomey 2014; Williams 2011; 2014)。

對此，我們可以先從條約的意義來檢視。在一般的用語和理解中，所謂的條約其實就是一個存在於原住民族和政府之間，具備法律效力的協定 (agreement) (Referendum Council 2016)。至於條約的基本精神，主要是希望透過協商來解決歧見。更簡單來說，兩造都希望以協商來避免法庭爭訟或政府由上而下的立法。更深層來看，之所以要探討締結條約的可能性，其實是因為：墾殖國家希望以此來證成自身合法性。換言之，由於原住民族「一直都在」(continued existence) 的關係，墾殖國家其實從未取得原住民族的同意。這樣的事實，也對當代國家的成立與存續，形成說理上的嚴峻挑戰 (Barker 2006)。對此，澳洲「參議院法制與憲政事務委員會」(Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs)，早在1983年便提交了一份研擬引進條約制度可能性的報告書 (AIATSIS 2018)。

即便澳洲政府不斷摸索引進相關制度的可能性，不少人還是對條約制度，存有頗大的疑懼。對此，論者甚至直指：條約是一項危險 (dangerous) 且具有分裂 (divisive) 本質的制度 (Hobbs and Williams 2018a; 2018b)。

之所以如此，主要還是因為條約除了會實質改變國家與原住民族的關係，更具體觸及了既有體制與歷史詮釋的改變。由於觸及到澳洲究竟是怎麼「建國」（settled）的問題，每次原住民族的憲政討論，都會引發「文化論戰」（culture wars）（Deane 2017）。

對此，反對方認為爭取憲法承認的背後，伴隨了分裂澳洲（the break-up of Australia）的政治目的（Windschuttle 2016）。這樣的憂慮也促使不少政治人物提出所謂的「務實和解」（practical reconciliation）或是前述最小限度肯認（minimal recognition）的模式。換言之，論者希望把焦點從本質性的爭議移轉到原住民族醫療、教育等各面向的實質提升（Deane 2017）。反過來從條約贊成方的角度來看，他們則認為條約制度提供了一套既有憲政秩序以外的制度，促使吾人得以反思，進而重構雙方的關係（Davis and Langton 2016, 158）。

再就實務面來看。一般認為任何一種政府與原住民族間簽訂的協定，理論上都可以被稱為條約。當然，我們也會給該份約文一個「條約」以外的稱呼（如：compact、covenant、convention、agreement、Makarrata等）（Llewelyn and Tehan 2004）。正因為它的型態相當多變，論者普遍認為應從實質角度來進行判斷。整體來說，與原住民族簽訂的條約，必須滿足幾個要件。首先，它必須肯認原住民族是一個獨特的政治共同體（distinct political community）。簡單來說，各國政府經常會用「文化或族群上的少數群體」（cultural/ethnic minorities）來理解原住民族。有鑑於原住民族具有不同於主流社會的語言、文化、風俗習慣，族人對自己所屬的土地又有強烈的連帶感，因此條約的內容必須觸及對原住民族的肯認與理解（Hobbs and Williams 2018a; 2018b）。

其次，條約本質上是一種政治性的協定，其締結方式多透過協商行之。誠如上述，之所以採取協商模式主要是希望避免法庭爭訟造成的敵對和不確定性，也要避免政策由上而下或是選舉制度中贏者全拿的缺陷。當然，協商也提供了較大的彈性，讓各造可以多方考量並顧及個案或特殊的需要，共同得出一個解決問題的方法。除此之外，協商所伴隨的互動也有助於雙方的信任和溝通。最後，就效果面來看，一旦條約締結也就意味著雙方都願意共同承擔責任（Hobbs and Williams 2018a; 2018b）。

當然，由於各原住民族語言、風俗習慣皆不同，所簽訂的條約內容也往往差異甚大。即便如此，一般認為條約必須超越象徵意義上的承認，並具體涉及到固有權利（*inherent right*）和一定程度的自治。換句話說，即便條約的內容未必會賦予法律制訂或執行的權力，但一般還是會賦予原住民族相當程度的自治權。此時，族人便可依其習慣或需要架構出合適的治理模式，並取得各項事務的決定權與管理權。當然，就自治內容來看，原住民族最關心的土地與自然資源管理權，也多會納入條約中討論（Hobbs and Williams 2018a; 2018b）。

至於之所以要引進條約制度，論者則提出了三點論據，認為它可以在三項核心領域引導雙方關係朝向正向發展：首先，原住民族和國家簽訂正式協定這件事本身，就意味了某種承認；其次，條約簽訂涉及到密集的磋商與實質妥協。在操作這套機制時，也意味著兩造必須不斷透過對話來達到檢視過去並促進社會對話的目的；最後，條約的簽訂除了是權利與義務的重新底定，更代表了新的起點與未來的開創（Williams 2014）。除了這些理論上的意義之外，論者也指出條約討論與締結的過程，其實也是一種全國性的諮商（*nationwide consultation*）。換言之，過程中所有人多少都會對相關議題有所接觸，進而也會反思自己與原住民族間的關係。當然，如果條約很容易就被法律所凍結，會使其失去原有之意義。也因為如此，論者才主張應該在憲法層次討論，並最終將之寫入憲法條文之中。在這樣的理解下，條約制度的引進被認為是澳洲憲政史上重要的「憲法時刻」（*constitutional moment*）（Harley 2015）。

由於澳洲政府非常可能在未來數年內，對相關問題舉行公投（McIlroy 2016）。因此各種民調與可行性報告也紛紛出籠。就民調來看，近來的數據顯示，有近六成的民衆支持引進原住民族條約和憲法肯認原住民族地位的構想；但另一方面，強烈反對條約制度的比例卻也高於強烈反對憲法肯認的一方（The Guardian 2016）。由此可見，澳洲民衆對於條約其實還存在著相當的疑慮。特別是，由於澳洲沒有條約傳統，如何在既有憲政制度下引進條約權進而建構妥適的制度性安排，便成為各方激辯的焦點。

三、原住民族主權論爭：務實途徑的障礙

引進條約制度時最大的爭論，涉及到「原住民族主權」（*aboriginal*

sovereignty) (Brennan et al. 2004a; Davis 2012; Referendum Council 2016; Williams 2012)。簡單來說，雖然條約制度的提倡者將憲法肯認與條約制度視為一體的兩面 (Davis and Langton 2016)。但對許多人而言，條約本身就已經是一個「外在」(outside) 甚至是高於 (above) 既有體制的制度。換言之，條約本身會變成是跨立 (straddle) 在現行憲政體制之上，而不再是既有體制下的制度 (Craven 2016)。

這樣的看法也影響到論者對主權的解釋。對此，澳洲前總理John Howard的一段話，最常為人引用：「一個國家 (nation) ……不能和自己簽訂條約。」(Australian Government 2000)、「我的意思是國家間簽訂條約，而不是國家的一部分和其他部分〔簽訂〕。」(Brennan, Gunn and Williams 2004b, 3) 從這裡我們就可以看出，這種看法謹守傳統解釋，認為主權只能在最高、絕對、單一、且不可分割的意義上討論。事實上，之所以堅持這樣的見解，很大程度是因為論者把所有原住民族主權的討論，都視為帶有分離主義色彩 (Robbins 2010, 268)。

傳統看法會產生兩個問題。首先，仔細檢視美加紐等三國的條約傳統，就會發現當代條約權的概念其實源自於英國殖民時期，殖民母國與原住民族簽訂的條約。這項歷史事實意味著，條約其實早於現行壟殖國家的體制；另一方面，當時的締約國 (英國) 是把各原住民族都當成某種政治實體來看待；但反過來說，像澳洲這類尚未簽訂條約的國家，能否在國家建立之後，再倒回去和原住民族簽訂條約，便成爲一項棘手的難題。有趣的是，仔細觀察原住民族論者對主權概念的使用，就會發現他們相當程度也是沿著傳統的脈絡，將主權視爲是某種絕對的概念。其不同點，只在於後者希望以此論證出其自主的權利而已 (Strelein 2006)。

對於這個主權概念射程²的討論，當代不少論者都採取「實存論」(realist) 的解釋，將主權的內含依其脈絡，區分爲：主權的外在 (external) 和內在 (internal) 向度。包含「專家小組」在內的各方論者 (Brennan et al. 2004a; 2004b; Davis 2012) 基本上也都採取這樣的區分與理解。外在主權是指

² 所謂的射程，即是在對主權的內涵、外延，以及邊界進行討論。

代表某國與其他民族國家互動的權力。這也是外交場域或是一般理解條約時最常見的看法；至於內在主權，則被用來指涉領土疆界內權力的分配。後者在實務上其實也頗為常見。聯邦體系或是權力分立的論理，基本上就是在內在主權的脈絡下開展而成。既然內在主權已在各個層面運作，而非全新的產物。要在此框架中加入原住民族所組成的政治實體，至少就理論上而言也是可行的才是（Brennan et al. 2004b）。

由這個角度來檢視就會發現，所謂的原住民族主權其實是在內在意義，而非外在意義上開展而成。對絕大多數的原住民族主權論者而言，他們所追求的其實是某種主權的共享，而非另立一個國家（Robbins 2010）。這麼一來，如何在既有制度下，劃定一個正式的公共領域或法律空間，再透過一系列權限、財政、管轄權的制度性安排，來確保原住民族自治能夠順利運作，就成了絕大多數人共同的目標。也因為如此，在當代原住民族權利的體系中，內在主權經常會以治理（governance）、管轄權（jurisdiction）的方式呈現。不論是每一層意義，都強調原住民做為個人與集體，有權決定自己的未來。因此，在原住民族的主權概念下，國家主權相當程度必須共享（shared）或共用（pooled）（Brennan et al. 2004b）。對此，Behrendt（2013, 171）就直言，所謂的原住民族主權說穿了就只是提供空間、資源、和一套機制來讓原住民族得以自行決定其未來而已。

總之，對這派論者來說，真正的問題不在於現在才締結條約是否已經過遲，或是到底要不要回溯締約的問題。真正的重點在於：墾殖國家應如何面對早於它存在的原住民族。從這個角度來看，在原住民族權利高漲的當代，刻意忽視或擱置已經不再見容於國際社會。對此，聯合國「國家與原住民族間條約、協定、與其他建設性協定特別調查員最終報告書」（Studies on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations）³也特別提醒，我們不應成為既有詞彙的禁臠，狹義地定義條約或條約締結會阻礙採取更為創新的方式與機制，來確保國家與原住民族間的關係。

³ E/CN.4/Sub.2/1999/20，可參考：UN Economic and Social Council (1999)。

另一項值得討論的問題是，原住民族權利的主張者之所以堅持相關問題必須在「主權層次」討論，是因為當代各種自治實踐，基本上都是一種沒有挑戰既有體制的「務實模式」。但如同前面的分析，採取這種模式的危險在於穩定性不足。一旦政治情事變遷，政府很可能會收回原住民族的權利或主權。就美加紐等地條約制度的發展來看，不管這些國家是把原住民族當成一種國內屬國（domestic dependent nation）、「國中之國」（nation-within-nation）、國與國、或主權對主權的地位，條約的簽訂都意味著這些國家對原住民族自治或主權的某種肯認。換言之，即便殖民主義導致上述權利的減損（diminished），這些權利終究未曾消滅。更重要的是，條約使得權利相當程度得到墾殖國家的確認（assertion）（Deane 2017, 5）。

由這個角度來看，條約締結最困難的部分在於兩個層次。對國家而言，它是否能確實將原住民族視為平等的夥伴，並對權力進行分享，就成為條約談判時最困難的部分。簡單來說，在一個權力高度不對等的談判中，原住民族其實是絕對弱勢的一方。倘若國家不能確實尊重其對等的權利，並事先提供足夠的資源與培力，那麼條約就會淪為國家用來取得正當性的工具；反過來說，原住民族能否對其主權予以妥協，則至關談判的成敗（Barker 2006）。

最後，澳洲條約制度討論中另一項引人注目的點在於：原住民族到底應該怎麼看待當代制度的問題。誠如Williams（2005, 151）所言，真正的問題或許根本不在於主權概念的本質究竟是什麼，而是原住民族在鋪陳各項論述時，是否有必要依循墾殖者的邏輯和殖民者的法體系來進行主張。簡單來說，原住民族必須思考，當自己要求國家承認「原住民族『主權』」時，這樣的提法其實就已經不自覺地接受了主權概念背後的無主地邏輯。這也使得國家能夠透過憲法或條約等制度，來將自己的各種權利取得予以合法化（legitimizing）。換言之，一旦採取殖民者的概念來爭取權益，這時原住民族反而陷入了殖民者的邏輯之中。正因為如此，原住民族在使用主權概念時，務需格外謹慎小心。

以專家小組的報告（Commonwealth of Australia 2012, xi）為例，在它的開頭處就開宗明義地提出了四大原則：能貢獻於國家更加團結與和解；能有助於或能符合原住民族的期望；能夠確保廣大主流社會在政治社會光譜中的支持；技術與法律面的可行。由這裡我們就可以看出，政府希望達成的目標未必與原

住民族一致。對政府而言，「團結」與「和解」才是首要目標。由此可知，上面的提醒並非無據。因為沒有人能保證所謂的條約或主權，到頭來不會只是文字遊戲（word games）而已。這些看似無害的概念可能一時之間掀起了原住民族的期待，卻也更容易帶來失落（Merritt 2016）。總之，我們不能再像過去一般凡事期待透過「國家的善意」（benevolence of government）來解決問題（Behrendt 2013, 166）。

有鑑於此，我們必須更加嚴肅地思考：憲法到底是不是討論「原住民族主權」議題的適當場域？質言之，論者認為憲法條文其實不宜對具體的條約內容進行處理，而是應該扮演某種促進政府與原住民族協議的角色。更具體來說，憲法僅需提供一套程序或機制，讓兩造達成的協議或條約能夠獲得批准，並具備一定的效力即可。當然，納入這套機制本身，並不能保證條約的最終締結，但卻標舉了某種憲法層次的期待，讓原住民族與國家都能朝此方向邁進（Davis 2012; Williams 2011; 2012）。換言之，這是一種兩階段的途徑。一個階段是憲法層次的「原則同意」（Agreement in Principle）；另一個層次則是具體的條約細節討論（Barker 2006）。

伍、討論

從上面的分析可以發現，是否引進條約制度在澳洲引發了廣泛的討論。原因在於，條約制度除會牽動原住民族和國家關係的重新定位之外，更挑動了當代民族國家對「主權」的想像，以及原住民族看待自身權利的問題。同樣的，各國現行的憲法框架能否納入條約概念，或至少在不大幅變更既有憲政秩序下導入條約，更是實務運作上的一大挑戰。由這個角度來看，澳洲條約引進的討論可以為我國帶來不少理論與實務上的啓示。

一、對於主權、條約等概念的反思

首先從概念上來檢視。誠如前澳洲首相Howard所言，條約一般確實只存在於國家和國家之間。就歷史來看，也是如此。過去英國殖民政府之所以和印地安或毛利人簽訂條約，意味著殖民政府把原住民族當成主權行使的主體來看

待。也因為如此，單就概念上來看，過去沒有簽訂條約的地方，能否嗣後再進行條約的簽訂，就會產生疑義。此部分可以從兩個角度來觀察。

就國家的角度來看，倘若國家願意和原住民族簽訂條約，協商與簽訂的作為相當程度就已經肯認了原住民族在該國的特殊地位。但由於多數國家不想去觸碰主權議題，因此實務上會透過各種方式來把條約的概念納入既有憲政框架。換言之，各國會簽訂一份「不叫條約」的「條約」（如：綜合土地請求（comprehensive land claim）或是協定（agreement）等）。換言之，雖然約文的內容已具備條約的實質，但不稱之為「條約」本身，就已經彰顯了國家對主權概念的堅守。也因為如此，即便各方願意透過條約方式來規範原住民族和政府之間關係，兩造多半還是會對主權的意義有著不同的解釋。換言之，不論約文的名稱為何，締約雙方對主權問題依然呈現出各說各話的局面（Referendum Council 2016, 8）。

同樣的，條約制度的引進多會實質改變既有制度。因此，除非我們將條約定位為「法律位階」（statutory backing），甚至是單純的「契約」（contracts），不然它必然會涉及既有憲法及法律體系能否承認其內容的問題。換句話說，倘若條約是主權對主權（sovereign-to-sovereign）或憲法位階（constitutional backing）的條款，那麼能否在不進行修憲的狀況下納入條約制度就會成為問題。對此，樂觀的學者認為各種條約制度不至於大幅改變既有公法體系（public law system），問題僅是政治意願（political will）而已（Hobbs and Williams 2018a; 2018b）；對此，專家小組則相對保守，他們認為：當國家決定與原住民族簽訂綜合性紛爭解決協定（comprehensive settlement agreement）時，我們很難不涉及到法律或憲政層次的討論（Commonwealth of Australia 2012, 199-202）。也因為如此，專家小組堅持程序上不應該為引進條約機制，而對憲法進行修正；整個步驟應該反過來，也就是政府與原住民族應先協商出一份條約草案，再交由人民公投（Commonwealth of Australia 2012, 201）。換言之，人民至少應該先知道需要自己批准的條約內容為何，再來進行投票，而不是一開始就先給予空白授權。

當然，各國之所以強調要把原住民族議題放進既有憲法架構中來處理，主要還是因為不希望觸及主權等敏感議題。只是這麼一來，又會觸碰到原住民

族最在意的「原住民族主權」難題。簡單來說，對原住民族而言，任何不觸及主權討論的約文，不論其名稱為何都只是既有體制下的協定而已。這種協定一旦簽訂，立即效果其實就是對既有制度的肯認；或者換個角度來說，原本原住民族和國家間的「(準)國與國關係」或「主權對主權」關係，反而會隨著條約的締結而「降級」為既有國家體制下的關係。正因為如此，不少原住民族權利論者甚至認為討論憲法層次的肯認問題，可能會對原住民族主權的行使造成損害。同樣地，條約制度也可能被用來作為逼使原住民族「放棄主權」的工具 (Strelein 2006)。

也因為這樣的關係，我們可以發現關於原住民族主權的討論，國家和原住民族其實是從兩個不同的視角來檢視此問題。對原住民族而言，主權問題是一個攸關權利甚至是人權層次的討論；反觀國家，則傾向從義務層面或現實的考量出發，將之視為某種運作或治理層次的問題 (Robbins 2010)。正因為理解上的落差，對國家而言所謂的原住民族主權，一定得在既有憲政體系下討論，甚至被視為單純原住民族自治的制度性安排或政策制訂的問題。簡單來說，原住民族希望將討論的層次盡可能提高，國家則希望將之盡可能降低。正因為兩者各有偏重，也難怪論者在各議題上不時出現各說各話的現象。

正因為有這樣的落差，國家與原住民族雖然表面上都在談論主權或條約，但兩者其實是在討論兩個截然不同的標的。此處真正的問題在於，即便雙方可以對具體自治事項達成共識，但原住民族其實不會同意將自治簡單等同為主權的移轉；既然如此，國家希望終局解決主權爭議的目標，其實也難以達成。質言之，自治事項其實屬於具體層次的討論，但對此達成共識並不意味著雙方對主權層次的歧異也達成了共識。

最後必須注意的是，任何一項制度的改變，都可能伴隨各種非預期的後果 (unintended consequences)。以澳洲過去1967年的憲法修訂來看，原本以為廢除了憲法中的歧視條款，並讓聯邦與州政府同時取得原住民族事務的立法權，雙方的關係就會朝正向發展，原住民族的權利與福祉也可以因此提升。可惜事實遠非如此。當聯邦與各州都對原住民族事務享有立法權時，雙方反而更容易採取事不關己、錯不在我，全都是對方責任的態度。每當問題發生，就更容易演變為各級政府相互指責對方施政不彰的口水戰 (Behrendt 2007;

2013)。同樣的，憲法原本冀盼政府制定法令來保障原住民族權益，實際運作卻演變為政府透過立法來限制甚至歧視族人（Kirby 2012, 15）。這樣的問題在宣示性條文中最容易出現。一旦我們在條文中加入象徵性或宣示性的字句，這些文字不是難以操作，不然就是會被不同機關任意做出對自己有利的解釋（Morris and Pearson 2017）。當然，這對原住民族長遠的發展來看，也是不利的。總之，所有的制度變更，都可能改變既有原住民族與國家的關係，且這些改變往往是非預期、甚至是難以預見的。當然，這些問題都需要吾人預先思考。

二、對我國的啓發

由上述理論視角來檢視我國即將推動的「實質談判程序機制」就會發現，當前原民會的構想是希望透過制訂出一部具有程序性立法精神的原住民族自治法，來達到自治的目的。也就是說，在這個法制的框架下，政府與各族通過協商來確定自治的實質內容。由於協商為此機制之關鍵，因此實質談判程序機制雖然沒有「條約」在名稱中，但被認為是條約制度中的一種。我國與他國最明顯的不同，在於該制度一開始就把原住民族自治定位為不涉及憲政層次的法律議題。這樣的制度定位會涉及幾點問題。

首先，不管是實質談判程序機制還是所謂的條約，其目的都是在確定國家與原住民族間的關係。正因為如此，這類本質性的議論很難不涉及到憲政層次的討論。對此，我們可以從幾個角度來觀察。首先，條約所體現的原住民族主權，相當程度還是超越憲法層次的討論。此點從澳洲經驗便可以看出端倪。論者一方面認為憲法的制度性保障對原住民權利的確保十分重要；另一方面又擔心在國家尚未對原住民族主權予以正式承認之前，就將原住民族權利納入憲政規範，會使原本原住民族和國家間的國與國關係，降級為既有憲政架構下國家與公民間的關係（原住民族電視台 2017）。退一步言，即便討論時先行擱置原住民族主權的爭議，原住民族權利這類屬於憲法保留層次的問題，也未必可逕行以法律來處置（Barker 2006）。這是因為，對於原住民族而言，以法律層次來處理時，背後的實質意涵其實是：原本國家與原住民族「對等協商」的意旨，被降低為「政府對政府」層級。這對好不容易才在原轉會中獲得自然

主權肯認的原住民族來說，是否是一個可欲的發展，著實令人躊躇（總統府 2017）。

面對這樣的問題，未來或可透過憲法第63條條約議決權的行使，來確認原住民族與國家的關係⁴。採取此方案的優點在於不涉及憲法的修正，且相當程度符合當前原住民族希望更進一步爭取自然主權，並擴大憲政層次制度性保障的冀盼。質言之，此種做法意味著國家承認其與原住民族間具有某種實質對等的關係，故可做為未來的選項之一。當然，就實務的角度來看，法律位階的自治與權利行使較為實際，也是較容易操作的選項。但不可否認的是，這樣的做法就是一種對原住民族主權的「降級」。同樣的，我們也不能忽略，法律層次的處理其實也意味著對既有制度或法體系的某種承認。這樣的發展未必符合族人的訴求。

再就實質內容面來看。一般而言，條約多會對自治、土地等議題進行協商。也就是說，原住民族可以在約定範圍內取得自治的權力，再依據各族的需要與習慣架構出合適的治理機制，來對轄下土地與資源行使使用、收益、和管理的權利。更直白地說，自治與土地都是條約必須確認的內容。但以我國目前的發展來看，現階段政府對原住民族自治事項雖然採取「實質談判程序機制」，但綜觀其內容原住民族土地等族人最關心的部分，未來似乎會另由原住民族土地及海域法（土海法）來規範。當自治與土地分屬兩套法律時，自治空間的談判與協商極有可能在尚未開啓之前，就已經被限定在土海法所框定的範圍之中。

由於土海法本質上還是一部經由立法院三讀程序制訂出來的法律，而非透過協商程序而確定的規範。這麼一來，所謂的談判充其量至多只是一個已經被「框定」的談判。表面上看來，原住民族對空間問題具有一定的協商權，但當諸如傳統領域範圍等事項，最終可能還是由上而下地透過法律來決定。這麼一來，前述談判決定的意旨就遭到了架空。就澳洲的經驗來看，當前之所以要討論引進條約制度的可行性，很大程度就是希望能填補當前的制度間隙。其中，

⁴ 作者感謝審查人的提點，讓我們得以思考此種可能。

又以原住民族土地問題最為重要⁵。由這個角度來看，將土地問題切割出來交由土海法來處理，相當程度就已經割裂了條約的功能。對此，部分論者樂觀地認為：

當然自治一定不會是這樣〔土地與自治〕分開的。我覺得原轉會其實還有一個政府對它的期待，就是這是原住民族代表的政策協商機制。它其實是一個自治的前置〔作業〕。就是我們原住民族在談自治之前，它等於是一個國跟國、國與國之間的關係……它就是在對自治做一種準備。⁶

更簡單來說，通過實質談判程序機制所簽訂的協定，未必就可以被視為是條約；同樣地，要建立原住民族自治體系，也不一定非得透過條約來達成不可。真正的關鍵，其實還是在於國家是否有意以對等的模式，來改善自己與原住民族的關係。總之，兩者並無絕對的對應關係。可以確定的是，不涉及土地與一定程度自治的談判，難以改變既有的權力關係，不論其名稱為何與歐美所稱的條約制度都相距甚遠。對此，原轉會的受訪者便質言：

我們會發現到，其實〔現階段所謂的〕改變都還是在一些比較不會碰觸到〔核心〕的東西。目前還沒有辦法根本處理到的是，如果是會影響到機關重要功能的時候，這個部分還是沒有辦法處理。⁷

⁵ 澳洲過去是透過「1976年原住民族土地權（北領地）法」（The Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976）和「原住民族土地資格法」（Native Title Act）來規範原住民族土地問題。前者處理的範圍僅限於聯邦直轄的北領地內保留地與公有地的部分，並讓傳統所有權人（traditional landowners）得以透過一定的程序（如土地權利請求機制（land claims））來取得所有權；後者雖然擴大到各州，但處理的事項就不是「所有權」（土地權），而是某種確認原住民族對於土地使用的資格（title）而已（Central Land Council 2007; 2008; 2019）。當前澳洲憲法肯認與條約的論述，很大程度就是希望突破既有框架的侷限，以實現更為堅實的制度性保障。

⁶ 作者訪談，原轉會成員Ch，新北市，2017年12月8日。

⁷ 作者訪談，原轉會成員Z，臺北市，2017年7月26日。

最後必須特別提醒的是，爲了推動憲法修正的公投，澳洲政府與各單位對相關議題進行過多次民意調查。其中最值得注意的地方是，不管是主權還是自治，主流社會和原住民族的意見都非常分歧；更大的問題在於，多數民眾其實根本不瞭解各基本概念的意義。正因爲如此，論者直指不管是憲法肯認、條約、還是主權，其實都陳義過高（Davis 2012）。當各界根本不瞭解問題的內涵時，各種討論很容易就變得沒有交集。也就是說，政府方認爲自己在討論一個能夠合法證成自身存在的契約；原住民族卻認爲自己是在行使主權（Barker 2006）。對此，專家小組建議，當人民對條約或憲法協定之意義尚不理解或仍有疑義時，不宜貿然提交公投（Commonwealth of Australia 2012, 201）。因爲這麼一來很容易就會得到否定的結論。澳洲的經驗告訴我們「不瞭解，就乾脆反對」（don't know, vote No）是公投實務上常見的現象（Williams 2011, 13）。正因爲如此，培力與教育的問題就變得相當重要。

當然，培力與教育的目的是要促成各界對原住民族憲政議題的重視，進而促成更多的對話。既然如此，其對象也不應僅限於原住民族，而需多方進行，甚至擴及整個社會。至於培力與教育的具體內容，作者認爲有幾點必須留意。首先，各方（包含原住民族自己）都應該強化對於部落、個別原住民族、乃至整體原住民族歷史與處境的理解，如此才能更進一步思考未來應如何面對、進而檢視過去的歷史、政策、以及法制。其次，由於原住民族經常處於傳統與現代之間。既然如此，瞭解傳統自不待言，但更需要強化的，可能是要對當代制度有所認識，並透過「傳統的當代表達」來維護自己的權益（黃之棟 2017）。更具體來看，由於自治涉及法律、行政（管理）、會計等各項專業，這些核心業務都需要原住民人才的養成，以便進行自我管理。這部分絕不能由墾殖國家來代行。也正因爲如此，未來原住民族傳統知識與現代專業人才的培養，相信會是一大重點。對此，未來的國立原住民族大學就應扮演一定的角色。

陸、結論

誠如Behrendt（2007）所言，隨著時代的進步，一部憲法、法律或是政策

能否保障社會中的主流、多數或中產階級，已不再是當代討論的重心。真正的挑戰與試煉，其實是這套制度能否面對社會中的少數、弱勢、邊緣或是下層階級。由這個角度來看，原住民族的議題之所以難解，根本原因就在於族人的存在本身，就已經對墾殖國家形成了挑戰，逼使各國不得不去面對原住民族權利保障的問題。不管是澳洲的條約制度引進，還是我國的實質談判程序機制，其實都是在對這些挑戰進行回應。在這個基本的理解下，本文對澳洲的條約制度引進予以系統的檢討。

整體來說，從澳洲的討論可以發現，條約制度對既有憲政秩序和當代主權概念形成了挑戰。正因為如此，我們很難在不觸及主權與既有憲政秩序下處理此議題。這也使得憲法、條約、主權的問題，被網綁成一道三位一體的難題。簡單來說，如果我們把條約視為既有憲政秩序以外的制度，那麼這個制度和它背後主權共享的假設就有「高於」憲法的疑慮；反過來說，如果我們不在主權層次處理，而是從一開始就把原住民族主權或自治，定位為既有憲政秩序甚至是法律、政策層次的討論，這時條約背後的「對等」精神就會遭到架空，且更容易淪為政府獲取正當性的工具。這樣的兩難，也使澳洲的條約制度推動頻頻受阻。

由這個角度檢視我國近來的發展，就會發現我國雖然嘗試向美加紐等國進行政策學習，但學習的範圍基本上限定在工具論層次的概念引進。這樣的定位導致在進行制度引進時，常未就他國的歷史與文化脈絡進行深究，而是單純地把條約視為問題解決時的制度性工具。問題是，要達到問題解決的工具甚多，條約不是唯一，也未必是最符合我國國情的選項。質言之，由於條約會涉及到憲政等高層次的討論，其本質遠非工具論所能囊括；反過來說，若堅持以工具的角度來定位條約，反而會限定原住民族主權與自治的位階。這也使得原本「去殖民」的意旨更難開展。

本文認為澳洲條約制度引進對我國最大的啟發，在於該國的經驗讓我們看清當代國家體制與原住民族的交錯。特別是，澳洲如何嘗試在既有的制度框架下，朝向夥伴關係與權力分享推進。對此，澳洲各界在對相關議題的討論上，採取了相當程度的務實主義；但另一方面，論者也試圖對當中的基本爭點（諸如主權、條約等概念），予以抽絲剝繭地討論。更重要的是，通過這樣

的檢視，論者更進一步看見以殖民者的概念來進行討論時，所可能帶來的危險。質言之，在當代原住民族權利運動的推動下，條約的簽訂和原住民族主權的強調，已經成爲某種主流甚至是「通說」的見解。但澳洲的經驗提醒我們，原住民族在使用這些壟殖國家所建構的概念時，其實就已經陷入了概念框架的制約。換言之，族人其實是試圖透過殖民主義的語言，來向殖民者爭取權益。這麼一來，很容易又會陷入問題解決的迷思。換言之，對國家而言原住民族只是自己用來取得終極合法性裡的「未決的事項」（unfinished business）而已（Dodson 2003）。而這也是我國在推動實質談判機制時必須特別注意的問題。

（收件：107年11月12日，接受：108年12月5日）

Is Treaty-making a Way of Decolonization?: Learning from Australia's Treaty Debates

Morgan Chih-Tung Huang

Professor

Department of Public Administration, National Open University

Abstract

In 2016, President Ing-wen Tsai apologized to the Taiwanese indigenous peoples on behalf of the government, which is known as the National Apology. Echoing this National Apology, the Council of Indigenous Peoples reaffirmed its proposal called the “substantive negotiation process”. Before long, this innovative treaty-making provision opened a debate on whether or not such process can really fit in with Taiwan’s current constitutional and legal system. As a way to move forward, this article attempts to scrutinize similar treaty debates in Australia. In doing so, it has become more clear that treaty-making, (indigenous) sovereignty, and the Constitution are not separate issues, but rather, a connected one. As treaty forms the basic relationships between government/state and indigenous peoples, the debate itself is about the fundamental question of power-sharing and decolonization. Given that the government often treats treaty-making as a way of legitimatizing its power, this article cautions that indigenous peoples must stay alert to the possible harms of treaty-making. There is always a danger that buying into coloniser’s concept, i.e. treaty or sovereignty, could sink the whole indigenous struggle into the frameworks of the settler’s/state’s logic.

Keywords: Treaty, Indigenous Peoples, Sovereignty, Constitutional Recognition, Decolonization

參考文獻

- 原住民族委員會，2016，〈交接作業專題報告：詳細〉，<http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=9DA8D6F1628ABD2F>，查閱時間：2018/10/18。Council of Indigenous Peoples. 2016. “jiao jie zuo ye zhuan ti bao gao: xiang xi” [Ministerial Transition Report: Detailed Version]. (Accessed on October 18, 2018).
- 原住民族委員會，2018，《原力二十：原住民族委員會20週年施政成果專刊》，新北市：原住民族委員會。Council of Indigenous Peoples. 2018. *yuan li er shi: yuan zhu min zu wei yuan hui 20zhou nian shi zheng cheng guo zhuan kan* [Overview of 20 Years of Policy Performance]. New Taipei City: Council of Indigenous Peoples.
- 原住民族委員會，2019，〈部落核定彙整總表〉，<https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=70BB33E603A72F50&DID=2D9680BFECBE80B6DFF499779D93501A>，查閱時間：2019/04/20。Council of Indigenous Peoples. 2019. “bu luo he ding hui zheng zong biao” [The list of the recognized tribes]. (Accessed on April 20, 2019).
- 原住民族電視台，2017，〈待簽主權條約 澳原民拒原權貿然入憲〉，<http://titv.ipcf.org.tw/news-30830>，查閱時間：2019/04/20。Taiwan Indigenous Television. 2017. “dai qian zhu quan tiao yue ao yuan min ju yuan quan mao ran ru xian” [Waiting for Sovereign Treaties, Aboriginal Australians Say No to the Constitutional Recognition]. (Accessed on April 20, 2019).
- 原教界，2012，〈澳洲原住民族概述〉，《原教界》，48: 88-93。Aboriginal Education World. 2012. “ao zhou yuan zhu min zu gai shu” [Introduction to Aboriginal and Torres Strait Islander Australians]. *Aboriginal Education World*, 48: 88-93.
- 黃之棟，2017，〈部落公法人的前景與隱憂：原住民族善治的體制嘗試〉，《臺灣民主季刊》，14 (4): 1-47。Morgan Chih-tung Huang. 2017. “bu luo

gong fa ren de qian jing yu yin you: yuan zhu min zu shan zhi de ti zhi chang shi”[Indigenous Tribes as Public Juristic Persons: A View from Indigenous Good Governance]. *Taiwan Democracy Quarterly*, 14 (4): 1-47.

總統府，2016，〈總統代表政府向原住民族道歉〉，<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=1589&itemid=37799>，查閱時間：2017/02/20。Office of the President Republic of China (Taiwan). 2016. “zong tong dai biao zheng fu xiang yuan zhu min zu dao qian” [President Tsai Ing-wen Apologized on the Morning of August 1 to the Indigenous Peoples on Behalf of the Government]. (Accessed on February 20, 2017).

總統府，2017，〈「總統府原住民族歷史正義與轉型正義委員會」第1次委員會會議後記者會〉，<http://www.president.gov.tw/NEWS/21171>，查閱時間：2017/07/20。Office of the President Republic of China (Taiwan). 2017. “zong tong fu yuan zhu min zu li shi zheng yi yu zhuan xing zheng yi wei yuan hui'di 1ci wei yuan hui yi hui hou ji zhe hui”[Press Conference Held after First Meeting of Presidential Office Indigenous Historical Justice and Transitional Justice Committee]. (Accessed on July 20, 2017).

AIATSIS. 2018. “The Senate Standing Committee Report - 200 Years Later.” <https://aiatsis.gov.au/collections/collections-online/digitised-collections/treaty/senate-standing-committee-report> (September 5th, 2019).

Australian Government. 2000. “Interview with John Laws, 2UE Radio.” <http://pmtranscripts.pmc.gov.au/release/transcript-22788> (September 5, 2019).

Australian Government. 2008. “Apology to Australia’s Indigenous Peoples.” http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/genpdf/chamber/hansardr/2008-02-13/0003/hansard_frag.pdf;fileType=application%2Fpdf (September 5, 2019).

Australian Government. 2015a. “Reconciliation.” <http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/reconciliation> (September 5, 2019).

Australian Government. 2015b. “Sorry Day and the Stolen Generations.” <http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/sorry-day-stolen-generations> (September 5, 2019).

- Barker, Michael. 2006. “‘Treaty’: What’s in a Name?” In Peter Read, Gary Meyers, and Bob Reece, eds., *What Good Condition? Reflections on an Australian Aboriginal Treaty 1986-2006*, pp. 163-170. Canberra, Australia: ANU Press.
- Behrendt, Larissa. 2007. “The 1967 Referendum: 40 Years on.” *Australian Indigenous Law Review*, 11 (1): 12-16.
- Behrendt, Larissa. 2013. “Aboriginal Sovereignty: A Practical Roadmap.” In Julie Evans, Ann Genovese, Alexander Reilly, and Patrick Wolfe, eds., *Sovereignty*, pp. 163-177. Honolulu, HI: University of Hawaii Press.
- Biddle, Nicholas, and Francis Markham. 2017. “Census 2016: What’s Changed for Indigenous Australians?” <http://theconversation.com/census-2016-what-changed-for-indigenous-australians-79836> (September 5, 2019).
- Brennan, Sean, Brenda Gunn, and George Williams. 2004a. “‘Sovereignty’ and Its Relevance to Treaty-making and Australian Governments.” *The Sydney Law Review*, 26 (3): 307-352.
- Brennan, Sean, Brenda Gunn, and George Williams. 2004b. “Treaty: What’s Sovereignty Got to Do with It?” http://www.gtcentre.unsw.edu.au/sites/gtcentre.unsw.edu.au/files/mdocs/Issues_Paper2.pdf (September 5, 2019).
- Census Independent Assurance Panel to the Australian Statistician. 2017. “Report on the Quality of 2016 Census Data.” [https://www.abs.gov.au/websitedbs/d3310114.nsf/home/Independent+Assurance+Panel/\\$File/CIAP+Report+on+the+quality+of+2016+Census+data.pdf](https://www.abs.gov.au/websitedbs/d3310114.nsf/home/Independent+Assurance+Panel/$File/CIAP+Report+on+the+quality+of+2016+Census+data.pdf) (September 5, 2019).
- Central Land Council. 2007. *The Land Rights Act + Chnages: Made Simple*. Alice Springs, NT: Central Land Council.
- Central Land Council. 2008. *Native Title Act: Made Simple*. Alice Springs, NT: Central Land Council.
- Central Land Council. 2019. “The Aboriginal Land Rights Act.” <https://www.clc.org.au/index.php/?/articles/info/the-aboriginal-land-rights-act/> (September 5, 2019).
- Clark, Jeremy, and Jill Gallagher. 2017. “Why Indigenous Australia Will Reject a

Minimalist Referendum Question.” <https://www.smh.com.au/politics/federal/why-indigenous-australia-will-reject-a-minimalist-referendum-question-20170319-gv1iso.html> (September 5, 2019).

Commonwealth of Australia. 2012. “Final Report of the Expert Panel on Recognising Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples in the Constitution.” https://www.pmc.gov.au/sites/default/files/publications/Recognising-Aboriginal-and-Torres-Strait-Islander-Peoples-in-the-constitution-report-of-the-expert-panel_0.pdf (September 5, 2019).

Craven, Greg. 2016. “False Promise of Indigenous ‘Treaty’ Could Derail Recognition.” <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJ2aGI9Z7eAhUEy7wKHaj6AvAQFjAAegQIFxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.theaustralian.com.au%2Fopinion%2Fcolumnists%2Fgreg-craven%2Ffalse-promise-of-indigenous-treaty-could-derail-recognition%2Fnews-story%2Fa831cb624f4e3f8dfa0c2c33cadc0530&usq=AOvVaw10LV7trNhrKLDU-n7ARiGj> (September 5, 2019).

Davis, Megan. 2012. “Constitutional Recognition Does Not Foreclose on Aboriginal Sovereignty.” *Indigenous Law Bulletin*, 8 (1):12-14.

Davis, Megan, and Marcia Langton. 2016. *It's Our Country: Indigenous Arguments for Meaningful Constitutional Recognition and Reform*. Melbourne, Australia: Melbourne University Press.

Deane, Laura. 2017. “Reconciliation, a Postcolonial Settlement and the Constitutional Recognition Debates: A Review Essay.” *Transnational Literature*, 9 (2): 1-17.

Dodson, Mick. 2003. “Unfinished Business: A Shadow Across Our Relationships.” In A. T. T. Tank, ed., *Treaty: Let's Get it Right!*, pp. 30-40. Canberra, Australia: Aboriginal Studies Press.

Executive Yuan, ROC. 2016. *The Republic of China Yearbook*. Taipei: Executive Yuan, Republic of China, Taiwan.

- Gussen, Benjamin Franklen. 2016. "A Comparative Analysis of Constitutional Recognition of Aboriginal Peoples." *Melbourne University Law Review*, 40 (3): 867-904.
- Harley, Anna. 2015. "What Value Does a Treaty Have in Australia?" *Indigenous Law Bulletin*, 8 (16): 17-19.
- Hobbs, Harry, and George Williams. 2018a. "Australia's First Treaty." <https://auspublaw.org/2018/04/australias-first-treaty/> (September 5, 2019).
- Hobbs, Harry, and George Williams. 2018b. "The Noongar Settlement: Australia's First Treaty." *Sydney Law Review*, 40 (1): 1-38.
- Kirby, Michael. 2012. "Constitutional Law and Indigenous Australians: Challenge for a Parched Continent." *Southern Cross University Law Review*, 15 (1): 3-20.
- Llewelyn, David, and Maureen Tehan. 2004. "'Treaties', 'Agreements', 'Contracts' and 'Commitments'-What's in a Name? The Legal Force and Meaning of Different forms of Agreement Making." *Balayi: Culture, Law and Colonialism*, 7: 6-40.
- Mclroy, Tom. 2016. "Indigenous Recognition Referendum Unlikely to Go Ahead in 2017 as Consultation Continues." <http://www.smh.com.au/federal-politics/political-news/indigenous-recognition-referendum-unlikely-to-go-ahead-in-2017-as-consultation-continues-20160809-gqolku.html> (September 5, 2019).
- Merritt, Chris. 2016. "Indigenous Treaties 'Just Playing Games With Words'." <https://www.theaustralian.com.au/national-affairs/indigenous/indigenous-treaties-just-playing-games-with-words/news-story/434a6b8491935cf4e87c8677e93fb686> (September 5, 2019).
- Morris, Shireen, and Noel Pearson. 2017. "Indigenous Constitutional Recognition: Paths to Failure and Possible Paths to Success." *Australian Law Journal*, 91 (5): 350-359.
- Referendum Council. 2016. "Discussion Paper on Constitutional Recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples." https://www.referendumcouncil.org.au/sites/default/files/2016-12/referendum_council_discussion_paper.pdf

(September 5, 2019).

Referendum Council. 2017. "Final Report of the Referendum Council." https://www.referendumcouncil.org.au/sites/default/files/report_attachments/Referendum_Council_Final_Report.pdf (September 5, 2019).

Robbins, Jane. 2010. "A Nation Within? Indigenous Peoples, Representation And Sovereignty in Australia." *Ethnicities*, 10 (2): 257-274.

Short, Damien. 2016. *Reconciliation and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia*. London, UK: Routledge.

Strelein, Lisa. 2006. "Missed Meanings: The Language of Sovereignty in the Treaty Debate." In Peter Read, Gary Meyers, and Bob Reece, eds., *What Good Condition? Reflections on an Australian Aboriginal treaty 1986-2006*, pp. 177-190. Canberra, Australia: ANU Press.

Taylor, Greg. 2016. "A History of Section 127 of the Commonwealth Constitution." *Monash University Law Review*, 42 (1): 206-237.

The Guardian. 2016. "Most Voters Support Indigenous Treaty and Constitutional Recognition: Survey." <https://www.theguardian.com/australia-news/2016/jul/21/most-voters-support-indigenous-treaty-and-constitutional-recognition-survey> (September 5, 2019).

Twomey, Anne. 2014. "A Revised Proposal for Indigenous Constitutional Recognition." *Sydney Law Review*, 36(3): 381-411.

UN Economic and Social Council. 1999. "E/CN.4/Sub.2/1999/20." https://digitallibrary.un.org/record/276353/files/E_CN.4_Sub.2_1999_20-EN.pdf (November 6, 2019).

Williams, George. 2007. "The Races Power And The 1967 Referendum." *Australian Indigenous Law Review*, 11: 8-11.

Williams, George. 2011. "Recognising Indigenous Peoples in the Australian Constitution: What the Constitution should Say and How the Referendum Can Be Won." *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title*, 5 (1): 1-16.

Williams, George. 2012. "Does Constitutional Recognition Negate Aboriginal

Sovereignty?” *Indigenous Law Bulletin*, 8 (3): 10-11.

Williams, George. 2014. “Does true Reconciliation Require a Treaty?” *Indigenous Law Bulletin*, 8 (10): 3-5.

Williams, J. Robert A. 2005. *Like a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.

Windschuttle, Keith. 2016. *The Break-up of Australia: The Real Agenda behind Aboriginal Recognition*. Balmain, NSW: Quadrant Books.