

樞密院士 Beverley McLachlin 法官主題演講

大法官 107 年度國際學術研討會

主辦單位：司法院大法官

協辦單位：法官學院

「加拿大原住民法的四個時期」

臺北，臺灣

民國 107 年 10 月 1 日

前加拿大最高法院院長  
樞密院士 Beverley McLachlin 法官主題演講

大法官 107 年度國際學術研討會  
「加拿大原住民法的四個時期」

臺北，臺灣

民國 107 年 10 月 1 日

# 加拿大原住民法的四個時期

范秀羽<sup>1</sup>譯

謝謝你們邀請我在此一重要的學術研討會上發表演講。我受到囑咐要在今天跟你們談談加拿大原住民社群的權利概況。這是最衷心關切的主題。過去 28 年間，我很榮幸地任職於最高法院而參與了加拿大歷史上原住民法發展最關鍵的一個時期。我認為有此機會的我異常幸運。

原住民法是一個新興領域。在我念法學院的時候，沒有人教授甚至思考過原住民法。一直到 1980 年代才有學者及律師開始將原住民法當成法學研究中一個低調的領域進行討論。

但是，原住民法其實是個古老的學門。歐洲移墾者與他們在加拿大發現的原住民彼此間的關係一直以來都受到各種法律規範及法律模式的約束。我們早就有了原住民法，我們只是未嘗承認它的存在。我們太常把原住民議題只限縮在一段短時間內觀察了。為了瞭解我們未來將去到何處以及如何回應當下的法律挑戰，我們必須要瞭解我們過去曾經到過何處——不僅是過去幾十年間，而是從頭開始。

因此有了我今天的主題——概觀曾經定義加拿大原住部族與歐洲探索者及後來的移墾者間關係的各個法律模式。我將這段過往分成四個時期：(1) 國（族）對國（族）期；(2) 國家保護期；(3) 國家家父長主義期；及(4) 原住民權利期。如同歷史的慣例，當中也必然存在著例外與新舊時期特色交融的轉換期。但即便如此，曾經存在四個截然不同的法律取徑以約束原住民事務關係，仍然是不可泯滅的事實。

---

<sup>1</sup> 譯者現為東吳大學法律學院助理教授

## 1. 國（族）對國（族）模式

加拿大原住民與外界關係的史實的第一個時期是西元十六及十七世紀的早期探索期，約在西元 1543 年到 1763 年間。山繆·德·尚普蘭(Samuel de Champlain)抵達現今大西洋省份 (the Atlantic Provinces)所在地並在多次探訪後一路西進到達五大湖(the Great Lakes)。他與當時居住在三川—渥太華河(the Ottawa)、加蒂諾河(the Gatineau)、麗都河(the Rideau)—匯集處的部落協商並邀請他們和法國結成友盟。尚普蘭與他共住、協商、甚至有時並肩作戰的原住民部族間的法律關係，最適切的形容就是獨立平等個體間的關係。國（族）對國（族），人民對人民。（詳參大衛·黑契·費雪(David Hackett Fischer)所撰之山繆·德·尚普蘭傳記「尚普蘭的夢想(Champlain's Dream)<sup>2</sup>」。）

這一個半世紀是亞崗崑部落(the Algonquin nations)與休倫部落(the Huron nations)彼此交戰的時代，也是英國與法國彼此交戰的時代。英國和亞崗崑部落結盟，而法國和休倫部落結盟。戰役有贏有輸。如戰時常見的，戰勝方與戰敗方締結條約。舉例而言，位居新布藍茲維省(New Brunswick)與新斯科舍省(Nova Scotia)的密卡茂部落(the Mi'kmaq)就和戰勝的英國簽了一項條約，在條約中英國同意保護密卡茂部落並提供「交易站(truckhouses)」或稱交易中心，此即加拿大最高法院在馬歇爾（一）案中認定構成漁獵權利的承諾。<sup>3</sup>

當移墾正在展開時（尚普蘭在西元 1608 年創建了魁北克城），在此時期歐洲的主要活動為探索與毛皮交易。嗣後危及原住民部族而將其驅趕出部族土地外的移墾潮此時尚未沖刷上岸。

---

<sup>2</sup> David Hackett Fischer, *Champlain's Dream*. New York: Simon & Schuster, 2008.

<sup>3</sup> *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

加拿大東部的原住民部族與歐洲人間的關係，正如約翰·羅爾斯頓·索爾(John Ralston Saul)於其著作「公平國度：說出加拿大的真相(A Fair Country: Telling Truths About Canada)」<sup>4</sup>所言，在此一階段是國(族)對國(族)的關係。原住民部族自我治理。歐洲人向他們尋求建議與協助，以學習如何穿越並居住在這片嚴酷且叢林密佈的大地。

假使我們認為此一時期—歐洲人與加拿大東部的原住民初次接觸的時期—並未受到法律約束，我們就錯了。當時具有拘束力的法律規範是國際法—國族間的法律—掌管獨立國族間的關係。

規範此一關係的法律架構就是規範獨立國族間關係的法律架構，透過獨立實體間的各种結盟與條約所形成。

## 2. 國家保護模式

加拿大原住民部族與歐洲人間關係的第二個時期的始末為西元 1763 年的「皇家宣言(the Royal Proclamation)」與加拿大成立聯邦(Confederation)的西元 1867 年。一開始，如同我們所知，歐洲人將原住民部族視為獨立的國族。他們共同居住、並肩作戰而且簽訂條約並結為友盟。

然而，隨著歐洲移墾日益頻繁，情勢開始改變。在北美洲的英國殖民地，尤其是後來成為美國的地方，移墾者開始用低微的價格購買印地安土地或是直接接管土地。許多人認為這些土地是「無主地(Terra-Nullius)」—可以由他們恣意取得的空地。原住民部族便面臨了從他們傳統土地上被歐洲侵奪型的占地行為而強行驅逐出去的命運。先前的國(族)對國(族)關係很快地就被一個立足於徹底否認原住民權利的新關係所取代。

---

<sup>4</sup> John Ralston Saul, *A Fair Country: Telling Truths About Canada*. London, U.K.: Penguin Books, 2008.

大英國政府決定要終止對原住民土地的恣意侵奪。於是英國政府便將舊的「無主地」掠奪模式改以一個新的法律模式取代之—在此一模式之下，政府成為所有土地的產權所有人（如今被稱為「皇家領地(Crown title)」）並且保護原住民部族抵禦對其土地的肆意侵奪行為。

樹立此一新法律關係的開創性文件就是西元 1763 年的「皇家宣言」。「皇家宣言」載明移墾者唯一能取得印地安土地的方式就是透過國家。我們因此見識到—由國家掌握所有土地之產權並擔任定居於該土地上原住民部族之保護者—此一想法的誕生。英國政府擔綱了原住民部族保護者的角色，以對抗非原住民部族意圖將原住民部族從其祖傳土地上趕走的舉動。

「皇家宣言」出現在美國革命之前。事實上，該宣言即為該次革命的起因之一；如華盛頓(Washington)與傑佛遜(Jefferson)一般的富有人士早已經將阿帕拉契山西側的大片土地調查清楚並就之主張權利，更無論印地安部落之主張，決心要取得這些土地。「皇家宣言」則阻其成事。

在美國革命後，「皇家宣言」在美國境內就不再是有拘束力的法律。在無法狀態下對印地安土地的占有便迅速復甦。我們都熟知這段悲傷的往事。對印地安部落的戰爭一個接著一個發生，而移墾者則長驅直入取得他們的土地。美國東部的印地安部落被迫西移一直到如奧克拉荷馬州一代的新印地安領地。曾有幾度美國最高法院試圖要抑制這些對原住民的血腥驅逐，但成效不彰。正如當時傑克森總統(President Jackson)所言：「首席大法官發布了一個命令。那就讓他自己去執行這個命令吧！」

然而，在加拿大，「皇家宣言」依然是有效的法律。移墾者不能直接取得印地安土地。英國政府是土地產權的所有者。英國政府與印地安人協

商或是說談判，以保留地及維護與提供支援的承諾換得容許歐洲移墾的權利。透過這種方式，原本屬於印地安人的土地得以開放移墾，而印地安部落仍然被視為獨立的部族。但是系統性的條約簽訂逐漸將原本國（族）對國（族）的關係取代為國（族）對被監護者(ward)的關係。

其結果即為一個可以被總括為「國家保護原住民部族」的法律運作模式。英國政府，作為土地產權的所有者，接受了保護原住民免於肆意移墾的法律義務，並且確保他們擁有足以自我延續的充分土地與領地，同時也根據條約或需求獲得來自國家的補給性支援。換句話說，政府主動採行了國家保護的這種法律模式。然而，國家是否確實提供了保護則是另一個問題—而此一問題不斷地在加拿大法庭中被爭訟著。

### 3. 國家家父長主義模式

英國在北美洲的新布藍茲維(New Brunswick)、新斯科舍(Nova Scotia)及加拿大省(the Province of Canada)的三處殖民地在西元 1867 年形成了聯邦。一項新憲法條文對這個新國家非常重要，該條文處理原住民部族以及持續到達的新移墾人口。聯邦政府的國會被授予處理關於印地安人事務的權力。國會於是迅速地通過了「印地安法(the Indian Act)<sup>5</sup>」。

如果「皇家宣言」是形塑前聯邦時代保護性家父長主義(protective paternalism)的文件，「印地安法」則是在「西元 1867 年憲法法令(the Constitution Act of 1867)」與「西元 1982 年憲法法令(the Constitution Act of 1982)」間形塑國家家父長主義的文件。條約在狂暴的步調下繼續進行，歐洲移墾者則在加拿大政府的鼓勵下，更加向西半部平原推進。

加拿大總理約翰·亞歷山大·麥克唐納爵士(Sir John A. Macdonald)曾

---

<sup>5</sup> *The Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18 (now Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5).*

經有一個夢想—夢想將大草原住滿歐洲裔的人口並且建造直達太平洋而能統一加拿大這個新國家的一條鐵路。這意謂著被稱作「印地安問題」的情形必須被解決。短期的解決方案是條約及整個保留地系統。當時多數人認為，長期的解決方式是同化措施。但是這個作法勢必將耗時許久。與此同時，印地安人被認為是國家的被監護人，國家理應照料他們一如家長照料子女一般。因此先前印地安人雖然獲得保護但依舊大多被視為獨立國族的國家保護時期，逐漸轉變為國家家父長主義的時期—「國家家父長主義期」。

如將國家家父長主義期說成是讓原住民部族不快的時期，顯然過於輕描淡寫。印地安人被安置在保留地上。在某些地方，甚至立法禁止他們在未經政府同意下離開保留地。條約中提供食物和醫藥的承諾太常根本未被實現。<sup>6</sup>饑荒和疾病大幅消滅著原住民社群的人口。他們不被給予投票權。他們被隔離居住在距離富裕中產階級白人遠遠的地方，眼不見，心不煩，除了少數渥太華政府安排照料他們的印地安事務員以外。

同化原住民與歐洲人口此一整體目標，最終被證實太過艱難也沒有達成的可能。當時用來達成同化措施的手段，仿效自美國，是寄宿學校系統。印地安孩子被帶到寄宿學校去學習歐洲語言、信仰及文化。我們如今瞭解到將孩子從家長身邊帶走並強行試圖改變他們，不僅僅是殘酷的行為，整體而言更是對人權的違反。其結果是死亡、痛楚以及世代傳承的傷害印記，正如加拿大真相與和解委員會(the Truth and Reconciliation Commission)2015 年的報告中所述。這些所作所為都是為了一個—謝天謝地—從未被實現的目標—同化原住民的目標。

---

<sup>6</sup> James Rodger Miller, *Compact, Contract, Covenant: Aboriginal Treaty-Making in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2009.

「印地安法」中的規範以及相關法規反映出這個時期的家父長心態。一直到西元 1960 年法律上具有印地安身分者(Status Indians)都不被給予投票權。他們經濟上的獨立性也被否定。他們的土地在當時絕大多數都由政府管理。有時候他們甚至被否定作為他們自己——一個「印地安人」——的權利。女性凡與白人男性結婚就與她們的子女一同喪失其法律上的印地安身分。

法院判決反映出家父長心態時期的中心思想。加拿大總理迪芬貝克(Diefenbaker)的「1960年加拿大人權法案(Canadian Bill of Rights of 1960)」否定印地安人具有透過遺囑傳承他們財產的權利或是打獵的權利。在 *Drybones* 一案中，最高法院判定「印地安法」中一條禁止印地安人在保留地外酒醉的規定不具法效力，因為該條文違反了「人權法案」中關於平等的規定。<sup>7</sup>然而，此一案例並未成為有效的判決先例。四年後，最高法院的多數在 *Lavell* 一案中判定「印地安法」在印地安女人與非印地安男人結婚時剝奪其身分一事並未侵害她們性別平等的權利。<sup>8</sup>同樣地，在 *Canard* 一案中，最高法院認為剝奪印地安人擔任其死亡配偶遺產之管理人的聯邦法律並未違反「人權法案」。<sup>9</sup>簡言之，印地安人是國家的被監護人，由國家來決定他們的權利與應得權益。

#### 4. 原住民權利模式

西元 1982 年，加拿大通過了「加拿大權利與自由憲章(the Canadian Charter of Rights and Freedoms)」。催生「憲章」並使加拿大取回修憲權(repatriated the Constitution)的共識當中的一部分就是承認並確認原住民權利的第 35 條條文。這標記出與加拿大原住民關係的第四個法律時期——權

---

<sup>7</sup> *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282.

<sup>8</sup> *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349.

<sup>9</sup> *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170.

利時期。

在憲法承認原住民權利以前就存在許多指向此途的發展。西元 1984 年，最高法院在 *Guerin* 一案中判定聯邦政府對印地安瑪斯昆部族自治體 (the Musqueam Indian Band) 其土地管理上負有受託人責任 (fiduciary duty)，而且必須就政府草率簽訂的高爾夫球場租約賠償該部族自治體 (band) 之損失。<sup>10</sup> *Guerin* 案的個案事實發生在加拿大取回修憲權之前，但隨著 1982 年憲法法案 (the *Constitution Act* of 1982) 第 35 條的施行，基於權利的各項訴訟開始迅速開展。

在一連串具有指標性的案件中，最高法院底定依循原住民傳統實踐的權利，例如打獵權與捕魚權 (*Van der Peet* 案<sup>11</sup>)；獲得原住民土地產權的權利 (*Delgamuukw* 案<sup>12</sup> 及 *Tsilhqot'in Nation* 案<sup>13</sup>)；在涉及印地安土地之事務被諮詢的權利 (*Haida Nation* 案<sup>14</sup>)。判決中也肯認不具法律上印地安身分之印地安人與梅蒂人 (Métis) 都被包含在「1867 年憲法法案 (the *Constitution Act*, 1867)」第 91 條第 24 項所稱之「印地安人」當中，是故他們都可以向聯邦政府主張承擔就自身事務之立法權限 (*Daniels* 案<sup>15</sup>)。這些以及其他不勝枚舉的案例中的取徑都是基於第 35 條下廣義的原住民權利概念而來。

隨著原住民權利的承認與闡述而來的是對家父長主義時期錯誤政策的承認。西元 2008 年，加拿大總理史蒂芬哈珀 (Stephen Harper) 於國會中正式為當年寄宿學校政策所造成的虐行道歉。<sup>16</sup> 其後除了真相與和解委員會繼

---

<sup>10</sup> *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

<sup>11</sup> *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

<sup>12</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

<sup>13</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256.

<sup>14</sup> *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511.

<sup>15</sup> *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99.

<sup>16</sup> The Right Honourable Stephen Harper on behalf of the Government of Canada. "Statement of Apology to former students of Indian Residential Schools", Ottawa, June 11, 2008 (online: [https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi\\_apo\\_pdf\\_1322167347706\\_eng.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf)).

續相關工作外，也展開對在寄宿學校受害的個人的賠償程序。

這段時期中許多第一民族(First Nations)的獨立性與自治情形都有顯著增加。新型態的經濟獨立也開始顯現。逐漸地，原住民部族擔綱起政治上的角色。由年輕受過大學教育的原住民人士所形成的幹部也開始出現，並在加拿大生活的各個層面展露頭角。與此同時，在這個時期也可以觀察到對於獨特原住民文化的重新發掘與保存的復興努力，以及非原住民人士對於原住民的權利及貢獻的表彰與承認。

所有這些活動的目標都是在使加拿大原住民與非原住民族間的關係得以修復和解。這是個偉大的計畫，而且在我認為，至為關鍵。

## 5. 結論

我已經追溯了加拿大原住民族與非原住民族歷史上關係的四個時期。每個時期都具有其獨特的法律典範。

第一個時期是平等國族的時期。那是一個平等的時代。原住民族自我統治。歐洲人在戰場上與之同盟，而在戰爭結束後簽訂條約。這個時期事實上是由國與國間的法律所約束的，亦即國際法。

第二個時期將國家保護帶入原先的國（族）對國（族）模式。英國試圖透過引入一項新的法律秩序來保護原住民部族免於移墾者的土地侵奪——此一新秩序將國家置於原住民與新移民間作為中介人。這個時期的法律典範是「西元 1763 年皇家宣言 (the Royal Proclamation of 1763)」。

第三個時期伴隨加拿大的誕生以及國家逐漸增加對原住民部族的控制而來。無論意圖如何良善，此一時期迅速發展為一個徹底的家父長主義時期。此時期的法律文件即為原住民部族所簽訂的條約，以容許土地被處分

來換取保留地與權益，還有「印地安法」。正如同依法家長在照料子女的同時也控制他們，此時期國家在企圖照料原住民部族的同時，也透過其法律控制他們。

第四個時期—我們現在所處的時期—是承認原住民權利的時期，伴隨著獨立性的復甦，原住民文化的復興，以及推動自治的風氣。這個時期的法律典範是權利。這是法律轉型的時期。「印地安法」依舊掌控著許多印地安部族的生活，家父長主義模式所遺留下來的殘跡也依然清晰可見。但是一個新的法律模式—權利模式—正在掌握大局。伴隨權利模式而來的是對原住民法律日益加深的關注，其一方面作為整體加拿大法律的一部分、一方面也作為自治的表現。暫時而言，約束加拿大原住民與非原住民部族間關係的法律又回歸到一開始的狀態—各自擁有獨特權利的獨立部族間的合作關係。

這一切都在和解的大傘下發生著。和解承認了過去的不正義與對此的悼念，並且試圖加以彌補。但它也同時承認加拿大作為非原住民部族家鄉的現實，而唯一向前邁進的方法是基於尊重的精神消弭彼此間的歧見。正如首席大法官 Lamer 在 *Delgamuukw* 一案中所言：「讓我們面對現實吧，我們全部都得留在這裡。」<sup>17</sup>

原住民權利時期會不會是加拿大歷史上的最後一個法律時期？對此我沒有預測未來的水晶球。但我希望下一個時期—我們正在走向的時期—會是和解的時期。正當我們走上和解的道路時，下一個巨大的法律挑戰將是調和原住民法律跟價值與整體加拿大法律。和解並不只是承認過往的錯誤並建立新的、更加互信的關係—而更將需要調和加拿大法律與原住民法律

---

<sup>17</sup> Para. 186.

和價值。

我們已經開始為此努力。全國的法學院都正在建構專門研究原住民法律規範及紛爭解決模式與方法的方案。刑法已經增補以責求法官於量刑時必須考量原住民因素，也容許法官採用如「量刑圈(sentencing circles)」[譯按：由行為人與相關利害關係方共同商議討論適當的量刑的方式]之類的原住民法概念。我們也認識到陪審團程序及整體司法系統都有納入原住民參與的需求。

透過以上的措施，我們正在採行因時制宜的步伐以朝調和原住民正義與現存加拿大法與法律架構的方向邁進。但是我們還只在開端，為了達到原住民與非原住民人口間真正的和解，我們還有很多工作要作。民意調查點出一個悲哀的現實—許多原住民人士並不認為司法系統是他們的司法系統，而僅僅是一個強加在他們身上的外來系統。只要這個情形依舊，我們就無法達成和解的目標。

謝謝你們讓我向你們分享這些省思。