

澳洲《原住民族 土地所有權法》研究 一個批判性的觀點*

施正鋒**

收稿日期：2020 年 3 月 18 日

接受日期：2020 年 11 月 25 日

* DOI:10.6164/JNDS.202012_20(1).0003

原稿發表於台灣發展研究學會主辦「第十一屆發展研究年會」，礁溪，佛光大學，
2019/10/25-26。感謝審查人的費心建議、以及編輯委員會的指導。

** 國立東華大學民族事務暨發展學系教授，E-mail: cfshih@gms.ndhu.edu.tw。

摘 要

澳洲聯邦最高法院 (High Court) 在 1992 年作成《瑪莫案第二號判例》(*Mabo v. Queensland (No. 2)*) 判例，明確承認原住民族的土地權 (native title)，迫使工黨保羅·基廷政府加緊通過《原住民族土地所有權法》(*Native Title Act, 1993*)，來處理原住民對於取回土地權所作的聲索 (claim)。我們想要瞭解該法通過以來，實際上運作的情形如何、面對哪些批判、以及國會歷年來有哪些修訂，特別是聯邦最高法院在 1996 年作成《威克民族判例》(*Wik Peoples v. Queensland*) 判例，判定儘管非原住民跟政府簽訂了契約書承租牧地或農地，然而並未因此自動消除原住民族的土地權，自由黨約翰·霍華德政府卻又通過《原住民土地所有權修正法》(*Native Title Amendment Act, 1998*) 來加以反制，巨幅限縮原有的法定權利。整體看來，儘管法律落實司法判例，政權轉移卻左右著法律的修訂、偏離司法判決的初衷。

關鍵詞：澳洲、原住民族土地權、《原住民族土地所有權法》、《瑪莫案第二號判例》、《威克民族判例》、《原住民土地所有權修正法》

The [amended] Native Title Act will merely serve as an ongoing instrument of dispossession. It will provide title and resource security to everybody *except* native title holders. A more apt title would be the Native Title Extinguishment Act. ... The Ten Point Plan will attract international attention because of how far it falls short of the requirements of equality. It will breach the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination and lead to the disparagement of Australia abroad. ... The Ten Point Plan perpetuates the historic policy of subordinating the rights of native title holders. It is a return to dispossession and discrimination.

Bartlett (1997: 64-65)

History will one day judge the *Native Title Amendment Act 1998* (Cth) for what it really is. In the eyes of the international community, Australia's reputation as a fair and just society has already been severely tarnished.

Wensing (1999: 38)

壹、前言

自來，歐洲強權根據國際法擴張帝國版圖，取得領土主權的方式分兩大類，有主之地（*inhabited land*）不外透過征服或割讓，至於「無主之地」（*terra nullius*），則可以大大方方經過發現、佔領及開發來確認主權（施正鋒、吳珮瑛，2014：10-11）。相較於其他盎格魯撒克遜人所建立的普通法（*common law*）墾殖國家（*settlers' state*），也就是美國、紐西蘭及加拿大，她們承認原住民族在英國取得主權之前就住在這裡並使用土地、¹ 因而擁有土地權，澳洲財產權的發展自來視而不見

¹ 也就是「先佔」（*prior/first occupation*）（ALRC, 2014a: 12）。

(Wensing, 1999: 1, 22-23; Rodriguez, 1998: 711; Tishco, 2003: 42-43)。² 當年英國人來到澳洲，以優越感認定當地原住民族尚未開化，不屑跟對方簽訂條約，³ 加上自恃國家強大、覬覦土地資源，便把有主之地視為「無主之地」，毫不客氣逕自大量引入流民開墾所謂的荒地，以經過墾殖為由而納入為殖民地 (settled colony) (Kildea, 1998: 2-3; Strelein, 2005: 229-30, 235-38)。再來，英國以甚囂塵上的「發現主義」(Doctrine of Discovery) 為後盾，又假設確立殖民地的主權、⁴ 順手取得這塊土地的最終所有權 (radical title)，接著認為既然已經消除原住民族的土地權，政府理所當然可以對非原住民從事各種利益的授與⁵ (grant) (Kildea, 1998; Strelein, 2005; Mansfield, 2017: 9)。

Bartlett (1997: 46) 坦承，澳洲的殖民是建立在透過立法歧視原住民族、並且剝奪 (dispossess) 原住民族土地權的歷史過程。直到澳洲聯邦最高法院 (High Court) 在 1992 年 6 月 3 日以 6:1 作成《瑪莫案第二號判例》(*Mabo v. Queensland (No. 2)*)，才明確承認「原住民族土地所有權」(native title⁷)，也就是原住民族源自其傳統的法律及慣俗 (traditional laws and customs) 而且在主權遞嬗下依然存在 (survive)

² 有關於澳洲原住民族土地權的一般性背景，請參考施正鋒 (2019)。見 Sender (1999) 有關於澳洲與美國的比較。

³ 有關於墾殖國家與原住民族的條約，見施正鋒 (2018)。

⁴ 有關於國家與原住民族主權的關係，見施正鋒、吳珮瑛 (2014)。

⁵ 根據普通法，天下莫非王土，既然無主之地經過宣告屬於王室 (the Crown，即國家)，也就是國家才是所有土地的最終所有者，因此，土地所有權必須由各級政府授與 (Kerr, 1991: 9; Mansfield, 2017: 9; Tehan, 2003: 527-28)。

⁶ 國內學者蔡志偉 (2008)、以及官大偉 (2011) 譯為「土地權格」。

⁷ 之所以稱為 native title，而不稱為 aboriginal title，主要是因為廣義的澳洲原住民族 (Indigenous Peoples) 其實包含狹義的原住民族 (Aboriginal Peoples)、及托雷斯島民 (Torres Strait Islanders)，而後者為南島民族 (Austronesian)。當然，有時候還是簡化為 aboriginal title，譬如 Tishco (2003)。

的土地權利及利益 (rights and interests in land)，⁸ 從而打破自來被認為理所當然的「無主之地」觀點，迫使工黨保羅·基廷 (Paul Keating) 政府 (1991-96) 加緊在 1993 年通過《原住民族土地所有權法》(Native Title Act, NTA) 來將判例加以法制化，⁹ 特別是設立「國家原住民土地所有權裁判庭」(National Native Title Tribunal, NNTT) 處理原住民對於取回土地權所作的聲索 (claim) (Brennan, 1995; Stephenson, 1995)。基本上，這個法是原住民族法律與慣俗、普通法及國會立法的妥協，甚至相關國際法 (ALRC, 2014a: 23)。¹⁰

聯邦最高法院接著在 1996 年 12 月 23 日又以 4:3 做出《威克民族判例》(*Wik Peoples v. Queensland*)，判定儘管非原住民跟政府簽訂了契約書承租牧地或農地，然而並未因此自動消除 (extinguish) 原住民族的土地權。¹¹ 自由黨約翰·霍華德 (John Howard) 政府 (1997-2007) 卻在 1998 年反其道而行通過《原住民土地所有權修正法》(Native Title Amendment Act, NTAA) 加以反制，巨幅限縮原有的法定權利，連自己的人權委員會都不以為然，¹² 原住民族告狀到聯合國消除種族歧視委員

⁸ 依據的是源自美國 *Johnson v. M'Intosh* (1823) 的「原住民族土地所有權主義」(Native Title Doctrine)，後來被紐西蘭的 *The Queen v. Symonds* (1847)、及加拿大的 *St. Catharine's Milling and Lumber Co v. The Queen* (1887) 援引 (Meyers & Raine, 2001: 95)。

⁹ 詳細立法過程、及爭辯，見 Tehan (2003: 538-43)、及 Rowse (1993)。

¹⁰ 特別是國際勞工組織的《原住暨部落民族公約》(*Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, 1989)，有相當詳細的規範。

¹¹ 聯邦最高法院在 2013 年作出《阿契巴判例》(*Akiba v. Commonwealth*)，判定政府的法規或可「管制」(regulate) 漁獲行為，並未消除原住民族對於土地及海域的權利，包括商業性漁獲權。

¹² 在 1986 年成立時稱為「人權及機會平等委員會」(Human Rights and Equal Opportunity Commission, HREOC)，2008 年改名為「澳洲人權委員會」(Australian Human Rights Commission, AHRC)。前者在年度報告寫著 (HREOC, 1998: 23)：

They seek to apply the largely undeveloped common law to a myriad of interests

會 (UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD),¹³ 讓澳洲在國際社會相當灰頭土臉 (CERD, 1999; HREOC, 1999; Komesaroff and Boulton, 1999; JCNTATSILF, 2000; Legg, 2002 ; 施正鋒, 2016)。

相關「原住民族的土地權」的英文用字有 indigenous land rights、indigenous rights in land 或是 rights of indigenous peoples to land，基本上是指諸多原住民族權利的財產權當中，相關於土地的權利。相較之下，大同小異的 land title、land entitlement、land tenure、tenure rights、ownership of land，比較強調土地的所有權〔狀〕。在美國、澳洲、紐西蘭及加拿大也有 indigenous title、native title、Indian title、Aboriginal title 或 Maori title 等用字，儼然是普通法國家的原住民族所擁有一種

across the country in ways that cannot be done accurately. They apply the wrong test for extinguishment, by not focusing on whether in granting the titles there was a clear and plain intention to extinguish native title. They also deem extinguishment to be permanent where that is not necessarily the understanding at common law. It was argued that instead of operating as a benign confirmation of existing law, these provisions instead operate to perform the extinguishment of native title.

¹³ 澳洲在 1975 年核准《消除所有形式種族歧視國際公約》(*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965*) 後，消除種族歧視委員會則是負責督導簽署國履行公約義務的機制 (treaty-based body)。CERD (1999: paras. 6-8) 的意見如下：

While the original 1993 Native Title Act was delicately balanced between the rights of indigenous and non-indigenous title holders, the amended Act appears to create legal certainty for Governments and third parties at the expense of indigenous title. The Committee notes, in particular, four specific provisions that discriminate against indigenous title holders under the newly amended Act. These include the Act's "validation" provisions; the "confirmation of extinguishment" provisions; the primary production upgrade provisions; and restrictions concerning the right of indigenous title holders to negotiate non-indigenous land uses. These provisions raise concerns that the amended Act appears to wind back the protections of indigenous title offered in the Mabo decision of the High Court of Australia and the 1993 Native Title Act.

獨特的 (*sui generis*) 權利，顯然 title 並非等同於 right，也因此，原住民族的土地權彷彿是經過打折。其實，在《瑪莫案第二號判例》之前，澳洲慣用（或是所關心）的是 land rights，¹⁴ 此後，native title 才成為焦點（Kildea, 1998: 1）。¹⁵

在這裡，我們首先回顧澳洲原住民族土地權的發展，接著介紹《原住民族土地所有權法》（1993）的要點，再來檢視該法實際運作所面對的問題，特別是《威克民族判例》（1996）、及牧地租賃，進而分析《原住民土地所有權修正法》（1998），文末做簡單的討論，以及批判。

貳、澳洲原住民族土地權的發展

在 1960 年代，澳洲原住民族開始要求政府承認他們的土地權，以及平等的公民權。在 1963 年，北領地 Gove 半島 Yirrkala 地方的 Yonglu 族原住民面對白人的擴張，忍無可忍向國會陳情（Yirrkala Bark Petition）；只不過，北領地政府終究還是通過特別條例（*Mining (Gove Peninsula Nabalco Agreement) Ordinance 1968 (NT)*），硬是將族人的土地租給礦業公司，族人只好轉而向法院提起土地權訴訟，挑戰該條例、及租約的正當性，終究還是在《密樂本判例》（*Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd, 1971*）挫敗。接著，北領地 Wave Hill 牧場的 Gurindji 族人也在 1966 年發難，針對工作條件、工資，以及傳統領域被牧場挪用展開罷

¹⁴ 譬如聯邦的《北領地原住民族土地所有權法》（*Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act, 1976*）、及南澳的 *Pitjantjatjara Land Rights Act 1981 (SA)*、新南威爾斯的 *Aboriginal Land Rights Act 1983 (NSW)*、及 *Maralinga Tjarutja Land Rights Act 1984 (SA)*。

¹⁵ 有關於原住民族土地權利及利益的內容，見 Wensing (1999: 19-21; 施正鋒, 2019)。那麼，究竟 native title (to land) 與 native land rights 有什麼不同？Meyers 與 Raine (2001: 98) 認為，native title 是普通法所承認原住民族因為先佔而擁有的土地利益，而 land rights 則是因為國會立法、或是政府授與土地而來的。

工。工黨 Gough Whitlam 政府（1972-75）在 1973 年成立原住民族土地權委員會（Aboriginal Land Rights Commission），在法官 Edward Woodward 爵士帶領下進行原住民族土地權的調查，尋求如何加以承認之道；最後，政府在 1975 年象徵性將部分傳統領域歸還給族人（Mansfield, 2017: 4-5）。

自由黨 Malcolm Fraser 政府（1975-83）承續 Whitlam 政府的倡議，在 1976 年通過《北領地原住民族土地所有權法》，大體接受 Woodward 所撰寫的報告（*Woodward Report, 1974*），讓北領地的原住民族可以聲索傳統領域，這也是澳洲政府首度承認並保護原住民在傳統的法律及慣俗下的土地權。北領地政府率先立法（*Aboriginal Land Act (NT), 1978*），把將近一半領地面積的土地移轉給原住民族；接下來，除了西澳，¹⁶ 其他各州陸續通過配套的土地[權]法，尤其是南澳工黨 Don Dunstan 政府（1967-68, 1970-79）、以及自由黨 David Tonkin 政府（1979-92）接力立法（*Pitjantjatjara Land Rights Act 1981 (SA)*），將佔該州四分之一的西北部土地交還給原住民族（Mansfield, 2017: 5）。

在 1982 年，有五位來自托雷斯海峽穆雷群島（Murray Islands）的 Meriam 族原住民向昆士蘭州政府提告，主張族人自來擁有該群島及海底礁層，認為他們的所有權並未因為澳洲國家主權更替而被「有效消除」（*validly extinguished*），因此要求政府承認自己是所有者。聯邦最高法院因此必須決定，究竟所謂原住民族的土地所有權是否存在；及如果有的話，內涵會是甚麼。昆士蘭州政府打算斬草除根，先下手為強在 1985 年通過《昆士蘭沿海島嶼宣告法》（*Queensland Coast Islands*

¹⁶ 即使在《瑪莫案第二號判例》（1992）之後，冥頑不靈的西澳政府在 1993 年立法（*Land (Titles and Traditional Usage) Act*），採取行政管理可行性的觀點，試圖以「傳統使用權」（*rights of traditional usage*）來消除原住民族的土地權，終究還是被聯邦最高法院宣判違反《種族歧視法》（*Western Australia v. Commonwealth, 1995*）（Bartlett, 1997: 47; Tehan, 2003: 544-46）。

Declaratory Act (Qld)), 立意回溯性消除托雷斯海峽島民的土地權, 而且不打算做任何補償, 族人憤而提出違憲訴訟。聯邦最高法院先在 1988 年做出《瑪莫案第一號判例》(*Mabo v Queensland (No 1)*), 宣判該法與 1975 年《種族歧視法》¹⁷ (*Racial Discrimination Act, RDA*) 牴觸而無效,¹⁸ 清除族人原來提告的障礙 (Wensing, 1999: 26; Mansfield, 2017: 6-7)。

聯邦最高法院基於平等的原則, 在 1992 年作出《瑪莫案第二號判例》, 除了推翻《密樂本判例》, 及駁斥西方國際法自來所持的「無主之地」說法, 並判定島民作為原本住民 (indigenous inhabitants) 擁有自己的傳統法律及慣俗, 因而承認他們據之所保有傳統土地 (traditional lands) 的土地所有權 (land entitlement), 也就是說, 澳洲的普通法承認¹⁹ 這種「原住民族土地所有權」。如前所述, 大多數的普通法國家早就承認, 即使英國取得殖民地的主權, 通常會完全尊重當地住民的財產權, 包括原住民族仍然保有傳統的土地利益, 因此, 這個判例只是遲來的正義 (Bartlett, 1997: 46)。

在《瑪莫案第二號判例》後, 原本可以針對個案採取司法途徑解決, 不過, 聯邦政府傾向於立法途徑, 主要是因為包括死硬派州長,²⁰

¹⁷ 《種族歧視法》是《消除所有形式種族歧視國際公約》的國內法化, 嘗試確保種族平等, 其中第 9 條規定種族歧視是違法的、第 10 條規範法律之前權利平等, 見附錄 1。

¹⁸ 換句話說, 除非國會修《種族歧視法》, 州政府不得透過不公平的法律來壓制 (subordinate、override) 原住民族的土地所有權 (Bartlett, 1997: 47)。只不過, 要拿《種族歧視法》來檢驗《原住民族土地所有權法》, 就比較麻煩一點, 因為澳洲尊奉議會主權, 也就是萬一國會後來通過的法如果與《種族歧視法》不一致 (inconsistent), 就可以加以推翻 (override)、或無形中廢止 (repeal) (Wensing, 1999: 27)。

¹⁹ Humphry (1996: 2) 提醒, 是普通法承認原住民族的土地所有權, 而非原住民族的土地所有權源自 (derived from) 普通法。

²⁰ State government 是州政府 (或省政府), 然而, 主政者是 premier (總理)、而非 governor (州長、或省長)。

及工商領袖主張該判例製造一些不動產的問題，特別是礦業及畜牧業，認為只有透過立法否定原住民族的土地所有權才能處理，包括：(1) 根據《種族歧視法》，政府在 1975 年以來核發的所有權狀很可能因此無效，必須想辦法加以確認；(2) 在原住民族擁有所有權的土地上，應該有法定過程允許開礦或是開發；及 (3) 應該確定原住民族對於特定土地是否擁有所有權及利益 (Wensing, 1999: 28; Rowse, 1993: 111)。相對之下，原住民族領袖認為原住民族土地所有權是人權課題，要求政府承認原住民族的土地權、社會經濟平等及自決權，而這正是重新檢視原住民族與非原住民族彼此關係的契機 (Wensing, 1999: 28; Rowse, 1993: 111-113)。

終究，工黨基廷政府於 1993 年通過《原住民族土地所有權法》，²¹ 來處理原住民族土地所有權的聲索，尤其是設立原住民族土地所有權裁判庭、受理原住民族申請傳統土地所有權的確認 (determination)，賦予原住民族「談判權」 (right to negotiate, RTN)，並鼓勵原住民族與公家機構、礦業公司或牧場簽署有關於傳統領域的協定。

參、1993 年《原住民族土地所有權法》

《原住民族土地所有權法》是一種結合普通法及國會立法的人權保障特別措施 (special measure)，除了廢除自來令人詬病的各種恣意消除原住民族土地權的方式，主要是嘗試透過程序上的機制 (調解、協商、司法)，來承認 (聲索、確認)、並保障 (談判、補償) 原住民族的土地權，以防止再度被政府恣意消除。²² 該法的目標如下 (Sec. 3)：

²¹ 原版的《原住民族土地所有權法》總共有 253 條 (section)，127 頁，還要加上合起來有 119 頁的兩份解釋備忘錄 (explanatory memoranda)，並不容易理解；經過 1998 年的巨幅修訂，高達 441 頁，更是高度繁複 (Nettheim, 1999: 564; ALRC, 1994a: 15)。

²² 包括過去的消除 (past extinguishment)、及未來可能的消除 (future extinguishment)。

(1) 承認及保護原住民族的土地所有權；(2) 建立辦法、訂定標準來處理可能影響²³ 原住民族土地所有權的未來行為²⁴ (future dealing)；(3) 建立機制確認原住民族土地所有權的聲索；以及(4) 一些過去行為²⁵ (past act) 可能因為原住民族土地所有權而失效 (invalid)，將獲得確認 (validated)。

該法在序言開宗明義承認，原住民族的土地自來被蠶食鯨吞，絕大多數並未獲得賠償，而歷來的政府也未能針對土地的使用，跟原住民族達成公允而可久可長的協定，族人因此淪為澳洲社會最弱勢的群體；有鑒於此，加上聯邦最高法院已經捨棄「無主之地」信條，澳洲政府基於保障所有公民的權利，特別是原住民族，遵循國際公約及相關立法，揭示澳洲普通法承認原本住民基於自己的法律及慣俗而擁有一種土地所有權，同時也判定一些原住民族的土地權因為與政府的有效行為²⁶ 不相容而被消除。主要的內容如下：

一、原住民族土地所有權的確認²⁷

在過去，原住民族為了證明在普通法下的土地權，必須採取法律

見 Sec. 11 (Extinguishment of native title)。

²³ 所謂的「影響」(affect) 是指會消除原住民族土地所有權、或造成不相容的政府行為 (Sec. 227)。

²⁴ 也就是 future act (Sec. 233)。

²⁵ 是指本法在 1994/1/1 實施之前的行為，立法是 1993/7/1、行政是 1994/1/1 (Sec. 228)。

²⁶ 所謂政府的「行為」(act) 是指其立法、或行政措施 (Sec. 226)。

²⁷ 見 Sec. 13 (Approved determinations of native title)。根「聯繫」(connection) 要件 (Sec. 223(1)(b))，確認原住民族是否擁有土地權的條件有三：(1) 在非原住民前來墾殖之際，當地的社群已經有一套傳統的法律及慣俗；(2) 該「社會」(society) 根據這套傳統法律及慣俗的運作而「持續」(continuity) 存在；(3) 當下的原住民族社會可以追溯到墾殖時期的原住民族社會 (Mansfield, 2017: 8; Humphry, 1996: 2; Tehan, 2003: 548; ALRC, 1994a, 1994b, 1995)。

途徑，曠日廢時；現在，《原住民族土地所有權法》將原住民族聲索土地的法律程序要求降到最低，然後透過原住民土地所有權裁判庭 (Pt. 6) 及所謂的原住民族「代表性組織」(representative body) (Pt. 11)，來提供準備聲索所需要的補助及專業技術服務。確認原住民族土地所有權的方式包含有聲索者 (claimant)、無聲索者 (non-claimant)、補償 (compensation) 以及修訂確認 (revised determination)；至於確認的法律程序包括經過調解達成的協議確認 (consent determination)、司法確認 (litigated determination) 及無異議確認 (unopposed approved determination) (National Native Title Tribunal, n.d.a, n.d.b, n.d.c)。

二、就地合法可能因為原住民族土地所有權而無效的過去行為²⁸

根據《瑪莫案第二號判例》(1992)，在國會於 1975 年通過《種族歧視法》之後，任何消除原住民族土地權之舉都是違法的。問題是，在聯邦最高法院做出《瑪莫案第二號判例》之前，政府並不知道這樣的作為是錯的，也因此，在《種族歧視法》與《原住民族土地所有權法》這兩個法案通過而實施之間，有將近 20 年的光景，政府諸多涉及原住民族土地的各種作法說起來算是違法而且無效的；對於原本認為是毋庸置疑的 (unsuspecting) 非原住民土地所有者而言，他們的利益必須有所補救才公平 (Kildea, 1998: 8)。經過協商，原住民族考量國家利益同意讓步，也就是在 1975-94 這段期間的行為，將經過確認而就地合法 (blanket validation)，而原有原住民族的土地所有權也就被合法消除；相對地，原住民族要是因此喪失土地權，相關層級的政府必須加以補償 (Sender, 1999: 532; Burke, 1998c: 336)。²⁹

²⁸ 過去行為的就地合法，見 Pt. 2, Div. 2 (Validation of past acts)。

²⁹ 事實上，原住民族是放棄否決權來交換「補償權」(right to compensation)。有關

三、建立機制管制影響原住民族土地所有權的未來行為³⁰

所謂未來行為（future act）是指在原住民族土地上，將要進行、但可能會影響到原住民族權利及利益的行為，特別是政府核發私人開礦的許可或是強制徵收。³¹《原住民族土地所有權法》成立「國家原住民土地所有權裁判庭」，受理原住民族聲索傳統土地所有權的確認，包括提供談判及協商的機制：要是各方可以達成協議，那麼，就可以將協議進一步向裁判庭要求登錄（register），³²要是無法獲致協議，爭議則將由裁判庭進行仲裁；接下來，要是裁判庭裁定未來行為可行，將設定可以採行的條件、同時判定補償的額度；然而，即使裁判庭認為未來行為不可行，聯邦政府相關部會考量國家或州的利益，還是可以加以推翻。

四、原住民族土地所有權的消除

根據《瑪莫案第二號判例》，原住民族的土地所有權可以被消除，特別是在同一塊土地上，政府的行政或是立法行為與之互不相容之

於補償的規定，見 Sec. 17 (Entitlement to compensation)、及 Pt. 2, Div. 5 (Determination of compensation for acts affecting native title etc.)，包括合理條件（just terms）下的補償（Sec. 53）。根據澳洲憲法 Sec. 51 (xxxi): the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws。

³⁰ 有關未來行為的定義見 Sec. 228，相關規定見 Pt.2, Div. 3 (Future acts etc. and native title)。

³¹ 未來行為分為四大類：A 類無限制土地使用權（freehold）（Sec. 229）、B 類一般租賃（leasehold）（Sec. 230）、C 類開礦租賃（mining lease）（Sec. 231）、及 D 類其他。

³² 有關於原住民族土地所有權的登錄名冊有三種：Pt. 7 的聲索（Register of Native Title Claims, RNTC）、Pt. 8 的確認（National Native Title Register, NNTR）、以及 Pt. 8A 的土地使用協定（Register of Indigenous Land Use Agreements, ILUA）。

際，前提是這些作為必須有明顯的意圖（clear and plain intention），特別是在行政措施方面：(1) 政府授與非原住民族專屬的使用權（exclusive possession），譬如無限制土地使用權或是租賃，³³ 但不包含諸如開礦發照等次要的利益授與；以及 (2) 政府為了公共用途徵用、或是保留原住民族的土地（Humphry, 1996: 13）。根據 *Fejo and Mills v Northern Territory* (1998)，一旦政府授與非原住民「無限制土地使用權」，原住民族的土地權就完全被消除了，也就不能恢復。

肆、《原住民族土地所有權法》執行上的問題

在《原住民族土地所有權法》於 1998 年巨幅修法之前，各州政府的因應之道大致上可以分為三大類，有些州通過的法依樣畫葫蘆，有些州應付了事，大部分州的作法則介於中間（Wensing, 1999: 25; Tehan, 2003: 530）。³⁴ 事實上，即使聯邦最高法院在 1996 年底做出《威克民族判例》之前，《原住民族土地所有權法》在執行上就面對一些操作及行政上的實務問題。³⁵ 在 1995 年底，基廷政府向國會提出《原住民族

³³ 澳洲的土地使用權（land tenure），位階上由高到低一次是國有地（未撥用）、公私共存（道路、公共設施）、集體擁有（社區擁有、分層地契、政府授與的集體原住民族土地權）、公共權（國家公園、國有林、保護區）以及私有（許可的水權或伐木權、開發或開礦執照、次要的牧地或礦業租賃、專屬的住家或商業租賃、及無限制土地使用權）（Wensing, 1999: 17, table 3）。「無限制土地使用權」又稱為「完全土地所有權」（fee simple）或是「永久地權」，其實就是私有土地；至於「租賃」，又稱為「土地租借權」。

³⁴ 各州的相關立法包括 *Native Title (Queensland) Act 1993 (Qld)*、*Native Title (Tasmania) Act 1993 (Tas)*、*Native Title (New South Wales) Act 1994 (NSW)*、*Land Titles Validation Act 1994 (Vic)*、*Native Title (South Australia) Act 1994 (SA)*、*Validation of Titles and Actions Act 1994 (NT)*、及 *Titles Validation Act 1995 (WA)*（Davie, 1998: 242, note 2）

³⁵ 譬如 Cooray(1995)的評價是草率、繁複、不確定、以及含混。

土地所有權修正法草案》(*Native Title Amendment Bill, 1995*)，次年因為大選挫敗無疾而終；霍華德政府上台後，在 1996 年 6 月提出自己的修正版本(*Native Title Amendment Bill, 1996*) (Wensing, 1999: 28-29; Tehan, 2003: 551-552; Meyers and Raine, 2001: 111-13; Keith, 1997)。在《威克民族判例》後，保守政客及遊說團體更是展開猛烈抨擊、社會嚴重對立，政府面對修法的壓力日增，主要的爭議如下 (Kildea, 1998: 12)：

一、原住民土地所有權裁判庭的適格性³⁶

根據《原住民族土地所有權法》原先確認原住民族土地權的設計，原住民土地所有權裁判庭扮演吃重的角色，而聯邦法院 (Federal Court) 只有附屬的功能，也就是說，聲索過程必須先向原住民土地所有權裁判庭提出申請 (file application)，再透過聯邦法院採取庭諭 (court order) 的方式來確認。然而，這樣的程序在 *Brandy v. Human Rights and Equal Opportunity Commission* (1995) 被聯邦最高法院判定違憲，因此必須重新思考兩者的分工 (Tehan, 2003: 548)。

二、談判權的行使³⁷

《原住民族土地所有權法》賦予原住民族的談判權，這是相當重要的程序權，也是該法的核心，讓原住民族在面對開礦授與或是強制徵收不至於赤手空拳；只不過，一旦聲索案向原住民土地所有權裁判

³⁶ 行政負擔也是必須考量的課題，因為工黨基廷政府原本誤以為原住民族的土地權已經被牧地租約消除，因此，可能必須處理的土地只佔澳洲面積的 36%；沒有想到 *Wik* 判決打臉，有可能面對聲索的土地高達 78%，這不是原住民土地所有權裁判庭所能負擔的工作，特別是有關礦業開採申請、及談判權，聯邦政府的挹注不敷使用 (Kildea, 1998: 12)。

³⁷ 有關於談判權的規定，見 Pt. 3, Subdiv. P (Right to negotiate)。使用談判權最多的是西澳，因為該州是澳洲的礦產地 (Humphry, 1996: 11-13)。

庭申請登錄，形同核發司法禁制令（injunction），業者認為有些申請案明明獲得確認的機會渺茫，卻仍然可以有談判權，未免曠日廢時，抨擊現有機制過於僵硬而不可行，因此主張應該提高篩選的效率，甚至於建議排除探勘階段的同意權（Humphry, 1996: 2; Keith, 1997: 3-4）。

三、第三者的權利保障

原本，如果只是單純涉及所謂未撥用的（unallocated）國有閒置地（vacant Crown land, VCL），³⁸ 那是原住民族土地所有者與政府之間的事，頂多再加上礦業公司申請開礦的核發。然而，在《威克民族判例》後，儘管聯邦最高法院判定牧地租賃權優於原住民族的土地權，這項原則的適用必須幾年後才能看出實際情況如何，也因此，各州政府在審核牧地多樣化經營之際，不再像過去依據各自的法規行禮如儀核准，有些州政府甚至於趨向於保守，除非能確切認定原住民族的土地權是否存在，否則不太願意處理多樣化的申請案。

伍、《威克民族判例》與牧地租賃

儘管一般同意，一旦政府所授與非原住民族的無限制土地使用權，就同時消除原住民族的土地權，然而，大多數的澳洲土地並非具有無限制土地使用權的私有地，而是各種向政府承租的土地（Crown lease）；儘管某些租賃應該同樣地已經消除原住民族的土地權，特別是在澳大利亞首都特區（Australian Capital Territory, ACT）的承租住宅或是商業用地，只不過，比較有爭議性的是那些向政府租賃的牛羊牧地

³⁸ Wensing (1999: 3) 指出，這個用字、及其原本用法是錯誤的，完全無視原住民族既有、而且繼續存在的土地權，除非政府成為土地的絕對受益所有者（absolute beneficial owner），一直到《瑪莫案第二號判例》及《原住民族土地所有權法》才改弦更張。

(pastoral lease)，³⁹ 這是自從 1840 年以來行之有年的授與，通常位於土地貧瘠、不適農耕的地方。⁴⁰ 原住民族土地所有權聲索者主張，這種牧地租約並非真正的租賃 (Humphry, 1996: 4)。

許多人主張，放牧的工作並不妨礙原住民族在自己的土地上行使權利，因此，政府所授與非原住民族牧人的租賃與原住民族土地所有權持續存在 (continued existence)，並非不可相容 (Kildea, 1998: 9)。相對地，包括政府法律顧問在內的一些人則認為，這些牧地租約早已經消除原住民族的土地權，理由如下：(1) 根據普通法，租約授與承租人專屬的使用權；(2) 在同一塊土地上面，承租人的專屬使用權勢必與原住民族的土地權互不相容；以及 (3) 由於國家主權可以透過不相容的權利授與來消除原住民族的土地權，租賃的授與當然消除原住民族的土地權 (Kildea, 1998: 9)。

麻煩的是，聯邦最高法院的法官在審理《瑪莫案第二號判例》(1992) 之際，對於政府授與的租約是否消除原住民族土地權的爭議，並沒有達成共識：三名法官主張政府授與的租賃已經消除原住民族的土地權，其他三名法官則認為並非放之四海皆準、還要看個案再來論斷，因此必須留待後來的判例再說 (Kildea, 1998: 9; O'Donoghue, 1997: 2)。各方代表在談判《原住民族土地所有權法》(1993) 立法之際的看法也是南轅北轍，而國會通過的法條也未能處理這項爭議；事實上，當時在昆士蘭已經有一個相關的聲索案件，大家經過談判，決定交由

³⁹ 在《瑪莫案第二號判例》之際，澳洲土地的所有權分別是原住民 14%、公有地 23%、無限制土地使用權 (私有地) 21%、及牧地 42%；在 *Wik* 判例後，原住民族多了 42% 可以聲索的土地 (Humphry, 1996: 3; Rodriguez, 1998: 724-25)。

⁴⁰ 有關於牧地的授與，各州、或是領地有不同的作法 (Humphry, 1996: 3)：在西澳、南澳、及北領地，通常會有保留條款，讓原住民族為了生計所需可以進出；相對地，昆士蘭、及新南威爾斯的授與，通常沒有讓原住民族進出的條款；維多利亞、及塔斯馬尼亞則完全沒有授與牧地租賃。

聯邦最高法院來論斷，亦即《威克民族判例》(1996)。

話說在 1974 年，昆士蘭州 Cape York 半島的 Wik 族原住民 John Koowarta 打算承租 Archer 河的牧場，被州長 Joh Bjelke-Petersen (1968-87) 認為原住民族不宜經營而橫加阻遏，他憤而以州政府違反《種族歧視法》提出告訴 (*Koowarta v. Bjelke-Petersen*, 1982)，而昆士蘭州政府則告聯邦政府的《種族歧視法》並不適用 (*Queensland v. Commonwealth*, 1982)。終究，聯邦最高法院在 1996 年再度基於平等原則做出《威克民族判例》，判定非原住民族向政府承租農牧地的契約並未消除原住民族的土地權，亦即原住民族的土地權跟昆士蘭州政府依法承租給白人的農牧場其實是可以共存 (co-exist)。

在《威克民族判例》，法官必須回答的問題是：「該項牧地租約是否必然消除該地原住民族的土地權利及利益？」法官加以否定，認為政府授與的牧場租賃並未完全消除原住民族的土地權，換句話說，原住民族的土地權與牧場租約可以共存，理由如下 (Kildea, 1998: 10-11)：(1) 政府根據土地法將公有土地租給牧人，這些租約只是授與他們一束法定權利 (a bundle of statutory rights)、讓他們可以放牧牛羊，而非百分之百的租賃，因此，除非租約本身、或是所依據的法源有明文賦予，否則，租賃者並未因此擁有專屬的使用權；(2) 這些租約因此並未完全消除原住民族的土地權及利益；(3) 由於法官未能確認原住民族是否有土地權、更不用說由之而來的權利及利益，因此，他只能籠統地提供原則性的觀點，也就是要斷定究竟原住民族的土地權是否已經被消除或是減損 (impairment)，還必須考量原住民族與土地建立關係由之而來的權利及利益；(4) 當原住民族的土地權利及利益與牧人的法定權可以共存，前者就繼依然存在，要是不可相容，那麼，牧人的法定權優於 (prevail) 原住民族的土地權利及利益。

法官在《威克民族判例》明白指出，政府如果要剝奪人民的財產，必須使用明確而毫不含糊 (clear and unequivocal) 的用字遣詞；他們

進而檢視相關土地法的發展，發現立法的目的主要是用來管制快速成長的畜牧業，同時也是要保護淪為流民的族人，並防止鳩佔鵲巢的他族擅自墾荒者捷足先登著手聲索，因此判定政府並未表達明顯的意圖打算消除原住民族的土地權。儘管如此，聯邦最高法院在《威克民族判例》還是沒有說明，要是原住民族的土地權利及利益與牧人的權利不可以共存，那麼，接下來應該怎麼處理才好？畢竟，有可能原住民族的土地權因此被消除了，然而，也有可能租約的條件是無法執行的，這些必須留待後續的判例來進一步釐清（Kildea, 1998: 11）。

總之，澳洲自來的看法是，要是原住民族的土地所有權與政府對非原住民的授與不相容，那麼，前者既然從屬於（subordinate to）後者，因此就會片面被消除了；聯邦最高法院在《威克民族判例》則加以推翻，認為除非政府的立法講明接下來的授與打算著手消除並且加以挪用（appropriate），否則，原住民族的土地所有權理所當然是繼續存在的（Bartlett, 1997: 46; O'Donoghue, 1997: 2）。

陸、1998 年《原住民土地所有權修正法》

在聯邦最高法院於 1996 年做出《威克民族判例》後，一些保守派政治人物及產業領袖發表強烈的言論，造成社會大眾的恐慌，許多人擔心自己的農場會喪失，尤其是農民，連都會區的居民也憂心自己在郊區住宅的後院也有可能不保，因此結合起來向政府施壓，要求立法消除牧地上原住民族的土地權；自由黨霍華德政府認為不可行，主要的理由是如果要著手大規模補償，勢必要由納稅人出錢，並不公平，因此在 1997 年 5 月宣布《十點計畫》（Ten-Point Plan）（附錄 2），⁴¹ 以

⁴¹ 霍華德表示，*Wik* 判決太過於傾向原住民，而政府的《十點計畫》只不過是把鐘擺調到中道；內容見附錄 2，討論見 Bartlett (1997)。

該判例製造不確定（uncertainty）爲由，⁴² 使用確定性（certainty）以及可行性（workability）爲餌循循善誘，藉口爲了平衡州政府、礦產公司、牧場老闆以及原住民的利益，必須通盤修法，打算在特定情況下消除原住民族的土地權，並且削減不久前《原住民族土地所有權法》才賦予原住民族的一些權利，特別是談判權（Kildea, 1998: 13; Tehan, 2003: 552-55; Meyers and Raine, 2001: 113-15）。

政府在 1997 年 9 月向眾議院提出《原住民族土地所有權修正法案》（*Native Title Amendment Bill*, 1997），年底輕易獲得通過，主要的修正內容包括訂定確認原住民族土地權的落日條款爲 6 年、設定原住民族申請聲索登錄的門檻、⁴³ 將《原住民族土地所有權法》脫離《種族歧視法》的反歧視規範以降低不確定性，以及廢除原住民族的談判權；⁴⁴ 參議院做了巨幅修正，尤其是落日條款，畢竟 200 多年的病痼不可能短期內藥到病除，另外，參議院也認爲登錄的門檻太高、堅持《原住民族土地所有權法》的操作及詮釋必須合乎反歧視、反對取消原住民族的談判權，草案終究被打回退票（Kildea, 1998: 13-14; Wensing, 1999: 29; Burke, 1998a）。

自由黨政府在 1998 年於朝野爭議中通過《原住民土地所有權修正法》，以簡化（streamline）流程爲由，大幅限縮原住民的權利，包括削減原住民土地權法庭的權力及限制原住民的談判權，主要的修法內容如下（Kildea, 1998: 17-20; Tehan, 2003: 555-556; Meyers and Raine,

⁴² 也就是前述白人在《種族歧視法》與《原住民族土地所有權法》之間（1975-93）所取得原住民土地的確認仍有爭議（Bull, 1998: 214-16）。

⁴³ 也就是除非通過某些門檻，聲索案的登錄由原住民土地所有權裁判庭移轉到聯邦法院，優點是聲索者一開頭就可以享有談判權（Kildea, 1998: 14）。

⁴⁴ 礦業界認爲，原住民族可能聲索土地權的面積佔了陸地 78%，要是 NTAB 過關，那麼，未來只需要針對閒置的公有地談判就好；另外，牧場所有者也相當不滿，爲什麼面對礦業公司，原住民族有較多的權利（Kildea, 1998: 14）。

2001: 115-147; Nettheim, 1998, 1999: 566-576; Cappio, 1998: 415-422; Burke, 1998a, 1998b, 1998c) :

一、中間時期行為的確認⁴⁵

原版的《原住民族土地所有權法》要處理的是政府在 1975-93 年期間授與土地的就地合法，而新法《原住民土地所有權修正法》則是要解決在《原住民族土地所有權法》通過以後（1994）、《威克民族判例》之前（1996）這段中間時期⁴⁶的行為（intermediate period act）（Davie, 1998: 242-44）。問題出在一些州政府無視《原住民族土地所有權法》的規範、繼續授與原住民族土地給非原住民，尤其是在 Wayne Goss（1989-96）、及 Rob Borbidge（1996-98）主政下的昆士蘭州政府一意孤行；⁴⁷ 針對這些善意第三者，前後工黨及自由黨政府都同意，應該確認他們被授與的權益（Kildea, 1998: 17）。

二、增列一些過去行為的確認⁴⁸

新法增列一些政府的特定土地權益授與，確認原住民族的土地權已經被完全消除（complete extinguishment）或是局部消除（partial extinguishment）；前者是透過過去的專屬的使用權授與行為（previous exclusive possession act），後者則是透過過去的非專屬的使用權授與行

⁴⁵ 中間時期行為的定義見 Sec. 232A，相關規定見新增的 Div. 2A（Validation of intermediate period acts etc.）。究竟開礦許可的延續、或是更新算是過去、還是未來行為，見 Davie (1998: 244-48)。

⁴⁶ 確切的期間是 1994/1/1-1996/12/23（Sec. 232A）。

⁴⁷ 根據昆士蘭礦業及能源部長 Tom Gilmore，在 1994/1/1-1993/12/23 之間，該州總共核發 4,600 張開礦使用執照（Nettheim, 1997: 1）。

⁴⁸ 見 Pt. 2, Div. 2B（Confirmation of past extinguishment of native title by certain valid or validated acts）。修法過程對於立法消除（legislative extinguishment）的增減，見 Burke (1998c: 337-38)。

爲 (previous non-exclusive possession act) (Davie, 1998: 249-250)。不過，儘管法界大致上同意清單上的這些過去行爲，有些授與還是具有相當大的爭議性，一些律師主張無傷大雅，反正只是確認過去的消除，有些則不敢苟同，因而勢必留待司法部門來解決 (Kildea, 1998: 17)。

三、修訂聲索的過程

新法將原住民族土地權確認的申請，由原住民土地所有權裁判庭轉移到聯邦法院：聯邦法院在接獲聲請後，會把申請書轉交裁判庭進行登錄審查 (registration test)，要是裁判庭認為有可能會成功，就會加以登錄、並賦予聲索團體談判權。⁴⁹ 此外，爲了防止一地有多重聲索，或是發生重疊聲索的紛擾，個人的申請必須先獲得族人「原住民族土地聲索團體」(native title claim group) 的背書。在新的聲索程序下，相信可以大幅降低假冒聲索的件數、提高裁判庭的效率，而礦業公司及牧人也比較願意接受原住民族的談判權，社會整體也比較會支持透過土地權利來保障原住民族的權利 (Kildea, 1998: 17-18)。

四、未來行爲的程序更爲複雜

既然《威克民族判例》判定原住民族與第三者可以分享土地，那麼，政府對於未來行爲必須有更周延的程序，包括 (Kildea, 1998: 18-19; Burke, 1998c: 339-41)：(1) 爲了讓承租的牧人在土地使用上可以更有確定性，新法前所未有，條列了一些根據各州相關法規可以從事的「初級生產」(primary production)，也就是牧地使用的多元化 (diversification)；(2) 除了種植農作物，政府還可以發照允許放牧或相關初級生產的合理汲水，不過，要是判定原住民族擁有專屬的使用權，將不會許可上述行爲；(3) 只要不是開採礦產，政府可以承租土地給第三方從事木材、

⁴⁹ 有關於登錄審查，見 Secs. 190A-D。

礫石及河砂等資源開發；(4) 未來行為還包含灌溉執照、釣魚許可、保育工作及公共設施。

五、巨幅限制談判權的行使

根據舊法，原住民族針對未來行動的談判權，主要侷限於政府發照賦予開礦或是為了第三方的福祉強制徵收原住民族土地；不過，新法則排除一些適用的情況，包含強制徵收進行基礎建設、在聯邦部會核准下的小型開礦、在市鎮的行政轄區內的行為及在潮間帶的活動。再來，新法對於協議的進行以及礦業的展延，也有一些變動；另外，針對州政府是否可以提供談判權以外的機制，新法也做了相當的規範，包括原住民族必須事先獲得通知申請中的開採案、可以針對侵權提出反對意見、礦業公司及州政府必須事先諮商族人、必須有調解機制、萬一協議不成交由獨立的第三者確認、州政府在徵詢原住民族主管單位後可以否決前者、要是強制執行必須有所補償、州政府發照前必須取得聯邦政府同意、參議院可以否決州政府的開採案（Kildea, 1998: 19-20; Burke, 1998c: 346-348）。

六、強化協定的簽署

根據舊法，不管土地所有權是否已經獲得確認，原住民族都可以要求跟政府針對土地的未來行為進行談判，只不過，相關條文的規範並不是那麼清楚，而且也不知道究竟是否真的有約束力，因此，新法使用比較詳細的「原住民族土地使用協定」方案取而代之（Kildea, 1998: 20; Burke, 1998c: 339）。⁵⁰

⁵⁰ 從 1979 年到目前為止，原住民族與各方簽訂了各式各樣的協議，包含資源開採、鐵路、由油管及基礎建設、各級政府或議會、農場及牧場、大學、以及其他單位會機構（Langton, 2001: 24）。Llewellyn 與 Tehan (2004) 將這些協議的形式分為商業合同（commercial contact）、備忘錄（memorandum of understanding）、架構協定、

柒、批判及討論

根據 National Native Title Tribunal (n.d.c, n.d.d, n.d.e) 的最新檢索線上資料 (2020/5/22)，目前聲索登錄名冊有 141 件、確認登錄 482 件及土地使用協定登錄 1,324 件；確認的 482 件包括聲索 417 件、無聲索者 61 件以及補償 4 件 (0 修訂確認)，依據聲索的方式分為協議確認 382 件、司法判定確認 52 件以及無異議判決確認 48 件；至於聲索的結果，被判定沒有原住民族土地所有權的有 84 件、在申請案局部地區擁有土地所有權的 236 件及在申請案所有範圍擁有土地所有權的 162 件 (見圖 1)。另外，有關於未來行為的申請案有 29,913 件，已經確認的 29,432 (National Native Title Tribunal, n.d.f)。

由《瑪莫案第二號判例》到《威克民族判例》，⁵¹ 可以看出這是兩套權利及利益的介面，一套來自白人殖民統治的作為，另一套則源自原住民族傳統的所有權，兩者不斷相互碰撞交盪、彼此的關係曖昧不清，一般人民未必瞭解其中的奧妙：政府從土地管理技術的角度著手，與人權保障的途徑難免扞格不入，也因此，針對聯邦最高法院揭示的原則，也就是法律必須保障原住民族不間斷的財產權，澳洲主流社會仍然需要有一段學習的時間 (Wensing, 1999: vii, 3-5, 8-16; Nettheim, 1999: 565)。這也是為什麼國會在 1993 年通過《原住民族土地所有權

承諾聲明 (statement of commitment)、土地使用協議以及法案。基本上，土地使用協議可以分為三大類；body corporate agreement、area agreement、以及 alternative procedure agreement (Div. 3, Subdivs. B, C, D)；參見 Meyers 與 Raine (2001: 143-47)。

⁵¹ 相關原住民族土地權的判例如下：*Western Australia v. Commonwealth* (1995)、*North Galanjanja v. Queensland* (1996)、*Fejo and Mills v Northern Territory* (1998)、*Yanner v. Eaton* (1999)、*Commonwealth v. Yarmirr* (2001)、*Wilson v. Anderson* (2002)、*Western Australia v Ward* (2002)、*Yorta Yorta v. Victoria* (2002)、*Griffiths v Minister for Lands, Planning and Environment* (2008) 以及 *Akiba v. Commonwealth* (2013)。

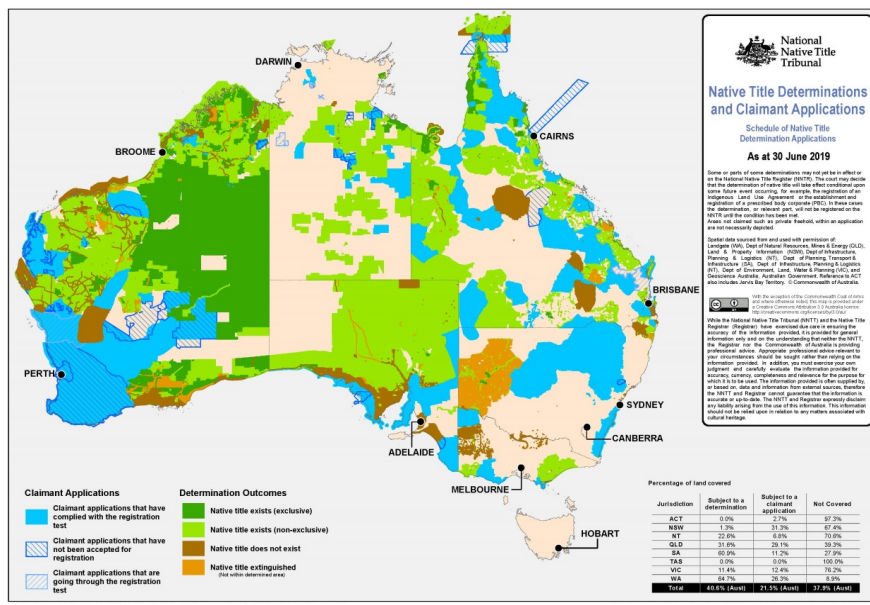


圖 1 澳洲原住民族土地所有權的聲索及確認

資料來源：National Native Title Tribunal (2019).

法》以來，民間不斷有強烈的修訂聲浪，而 1998 年的《原住民土地所有權修正法》就是政治角力以及社會妥協的結果。

整體來看，在 1975 年之前，只要澳洲政府授與土地給非原住民，原住民族的土地權就被消除了，無法要求補償；在 1975-92 年間，原住民族的土地權雖未被政府承認，端賴相關配套法規，起碼未經補償的土地授與是違法的；自從《原住民族土地所有權法》在 1993 年通過後，原住民族可以透過法定的程序來聲索土地權，除非經過法定的程序授與第三者，原住民族的土地權不再可以任意加以消除 (Mansfield, 2017: 9-10)。話又說回來，原住民族的土地所有權還是被大打折扣，一般包含狩獵、採集、及漁獲的權利，而且是不可轉讓的，遠不如非原住民的無限制土地使用權或是租賃權 (Rodriguez, 1998: 728)。

Bartlett (1997: 47) 提醒，即使《瑪莫案第二號判例》及《威克民族判例》認定原住民族的土地所有權未必被政府的授與消除，聯邦最高法院的基本看法是，要是兩者不可相容，只要授與的相關法律依據明確表達消除的意圖，那麼，即使政府先前沒有經過諮商、也沒有提供補償，就可以橫加剝奪，由此可見，只要面對牧場主人的權利，原住民族的土地所有權就必須退避三舍 (yield to)。Bartlett (1997: 47-48) 也指出，儘管聯邦最高法院通過《瑪莫案第二號判例》(1992)，主流社會根本不想針砭判例前的不公平作為，更不用說更往前回溯處理《種族歧視法》(1975) 立法前的歧視性措施，因此，即使政府立意捍衛自來的立法，卻就地合法先前的授與，可見法律之前人人平等的基本原則侷限於《瑪莫案第二號判例》之後的授與及立法。

就本質上而言，這並不是以法定權利 (statutory right) 來取代普通法之下所承認的原住民族土地所有權 (Wensing, 1999: 28)。Kildea (1998: 9) 直言，在《原住民族土地所有權法》之下，原住民族其實是放棄相當多的實質權利 (substantive right)，也就是接受土地權的消除，來交換國會立法所賦予的程序權 (procedural right)，譬如簡化證明土地權的機制及談判權。Wensing (1999: 27) 認為《原住民族土地所有權法》將原住民族土地所有權法臣服於非原住民的不動產利益，不僅就地合法 1994 年以前的行為，也永久消除一些原住民族的土地權，因而實質排除《種族歧視法》的適用。

Wensing (1999: 27) 認為，儘管《原住民族土地所有權法》對於《瑪莫案第二號判例》的回應不是盡善盡美，特別是就地合法 1994 年之前的行為、永久消除原住民族的土地權，不過，畢竟還算合理而公允；相對之下，就對於原住民族的人權保障來看，特別是財產權的保障，《原住民土地所有權修正法》對於《威克民族判例》的回應卻是卑劣的 (mean spirited)。Wensing (1999: 29) 一語道破國王的新衣，舊法原本立意承認並保障原住民族的土地權利及利益，新法卻把重點放在原

住民族土地所有權的消除或是減損，還增列了更多的永久消除的情況，完全不顧政府的各種對原住民的授與是否構成普通法的消除條件，簡而言之，從承認到消除，其實是倒退。同樣地，Howard-Wagner (2008) 認為政府口蜜腹劍，其實就是透過立法剝奪原住民族的權利。Bartlett (1977) 更痛批這是剝奪及歧視。

Tehan (2003: 525, 556-564) 也承認，《原住民族土地所有權法》原本是普通法與國會立法的相互作用，只不過，由於後者的支配性，前者已經被打為歷史的遺跡，尤其是在《原住民土地所有權修正法》，以及 *Wilson v. Anderson* (2002)、*Western Australia v Ward* (2002)、*Yorta Yorta v. Victoria* (2002) 等判例之後，原住民族土地所有權的內涵大為減損；⁵² 話又說回來，儘管原住民族的土地所有權是一種脆弱的權利 (vulnerable right)，他緩頰認為《瑪莫案第二號判例》及《原住民族土地所有權法》所帶來的改變，至少已經不可能逆轉。工黨政府的檢察總長 Nicola Roxon 在 2012 年表示比較喜歡漸進 (incremental) 修法途徑，Duff (2013) 調侃政府的作法說好聽是牙牙學步、倒不如說原地踏步的奔跑舞 (Dancing the Running Man)。

捌、結論

對於澳洲原住民土地權的保障來說，儘管聯邦最高法院相繼通過有指標性的《瑪莫案第二號判例》(1992) 及《威克民族判例》(1996)，然而，國會通過的《原住民族土地所有權法》(1993) 被自由黨政府巨幅修訂為《原住民土地所有權修正法》(1998)，除了就地合法過去對於原住民族土地權的侵犯，澳洲政府所津津樂道的談判不僅過程冗長

⁵² 見 Tishco (2003)、Arcioni (2003)、Strelein (2005)、Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner (2013: 76) 及 ALRC (2014b: 38) 的類似評價。

不說，在權力不對稱的關係下，相當程度是延續既有的支配關係。

民主化的指標之一是法治化（codification），也就是透過國會立法，將威權時代的行政命令加以明確規範。儘管澳洲因為有多元移民而在文化展現上似乎顯得多采多姿，有關於原住民族的權利保障，相較於加拿大（自治）、紐西蘭（漁獲）及美國（文教），卻是瞠乎於後（施正鋒等，2005）。基本上，澳洲政府的作法是典型的以時間換取空間戰術，不利於相對弱勢者；難怪律師出身的澳洲原住民族領袖 Noel Pearson (2002) 嘆道：澳洲原住民族在法治陽光下，也不過只有為數十年的保障。

從陳水扁到蔡英文，保障原住民族土地權一直是總統候選人的政見，儘管《原住民族基本法》（2005）揭示「政府承認原住民族土地及自然資源權利」（第 20 條），研議已久的《原住民族土地及海域法》遙無期，而《原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法》（2017）排除私有土地適用，更是與《原住民族基本法》（第 2 條、第 5 款）「原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」相抵觸。儘管子法立法舉步維艱，至少還有母法的原則，灰色地帶或許還有大法官會議釋憲的空間。他山之石或許可以攻錯，然而，即使是鉅細靡遺的法條，未必仰之彌高、鑽之彌堅；要是急病亂投醫，從善如登、從惡如崩，反而是不利原住民族的土地權保障，不可不察。

附錄 1

《種族歧視法》的相關條款

09. Racial discrimination to be unlawful

- (1) It is unlawful for a person to do any act involving a distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of any human right or fundamental freedom in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

(1A) Where:

- (a) a person requires another person to comply with a term, condition or requirement which is not reasonable having regard to the circumstances of the case; and
- (b) the other person does not or cannot comply with the term, condition or requirement; and
- (c) the requirement to comply has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, by persons of the same race, colour, descent or national or ethnic origin as the other person, of any human right or fundamental freedom in the political, economic, social, cultural or any other field of public life;

the act of requiring such compliance is to be treated, for the purposes of this Part, as an act involving a distinction based on, or an act done by reason of, the other person's race, colour, descent or national or ethnic origin.

- (2) A reference in this section to a human right or fundamental freedom in the political, economic, social, cultural or any other

field of public life includes any right of a kind referred to in Article 5 of the Convention.

- (3) This section does not apply in respect of the employment, or an application for the employment, of a person on a ship or aircraft (not being an Australian ship or aircraft) if that person was engaged, or applied, for that employment outside Australia.
- (4) The succeeding provisions of this Part do not limit the generality of this section.

10. Rights to equality before the law

- (1) If, by reason of, or of a provision of, a law of the Commonwealth or of a State or Territory, persons of a particular race, colour or national or ethnic origin do not enjoy a right that is enjoyed by persons of another race, colour or national or ethnic origin, or enjoy a right to a more limited extent than persons of another race, colour or national or ethnic origin, then, notwithstanding anything in that law, persons of the first- mentioned race, colour or national or ethnic origin shall, by force of this section, enjoy that right to the same extent as persons of that other race, colour or national or ethnic origin.
- (2) A reference in subsection (1) to a right includes a reference to a right of a kind referred to in Article 5 of the Convention.
- (3) Where a law contains a provision that:
 - (a) authorizes property owned by an Aboriginal or a Torres Strait Islander to be managed by another person without the consent of the Aboriginal or Torres Strait Islander; or
 - (b) prevents or restricts an Aboriginal or a Torres Strait Islander from terminating the management by another person of property owned by the Aboriginal or Torres Strait Islander;not being a provision that applies to persons generally without regard to their race, colour or national or ethnic origin, that

provision shall be deemed to be a provision in relation to which subsection (1) applies and a reference in that subsection to a right includes a reference to a right of a person to manage property owned by the person.

附錄 2

Wik 10 Point Plan⁵³

1. Validation of acts/grants between 1/1/94 and 23/12/96

Legislative action will be taken to ensure that the validity of any acts or grants made in relation to non-vacant crown land in the period between passage of the Native Title Act and the Wik decision is put beyond doubt.

2. Confirmation of extinguishment of native title on “exclusive” tenures

States and Territories would be able to confirm that “exclusive” tenures such as freehold, residential, commercial and public works in existence on or before 1 January 1994 extinguish native title. Agricultural leases would also be covered to the extent that it can reasonably be said that by reason of the grant or the nature of the permitted use of the land, exclusive possession must have been intended.

3. Provision of government services

Impediments to the provision of government services in relation to land on which native title may exist would be removed.

4. Native title and pastoral leases

As provided in the Wik decision, native title rights over current or former pastoral leases and any agricultural leases not covered under 2 above would be permanently extinguished to the extent that those rights are inconsistent with those of the pastoralist.

All activities pursuant to, or incidental to, “primary production” would be allowed on pastoral leases including farmstay tourism, even if native title exists, provided the dominant purpose of the use of the land is primary production. However, future government action such

⁵³ Howard (1997).

as the upgrading of title to perpetual or “exclusive” leases or freehold, would necessitate the acquisition of any native title rights proven to exist and the application of the regime described in 7 below (except where this is unnecessary because the pastoralist has an existing legally enforceable right to upgrade).

5. Statutory access rights

Where registered claimants can demonstrate that they currently have physical access to pastoral lease land, their continued access will be legislatively confirmed until the native title claim is determined. This would not affect existing access rights established by state or territory legislation.

6. Future mining activity

- For mining on vacant crown land there would be a higher registration test for claimants seeking the right to negotiate, no negotiations on exploration, and only one right to negotiate per project. As currently provided in the NTA, This will be based on the definition in the Income Tax Assessment Act 1936. a copy of which is attached. states and territories would be able to put in place alternate regimes with similar right to negotiate provisions.
- For mining on other ‘non-exclusive’ tenures such as current or former pastoral leasehold land and national parks, the right to negotiate would continue to apply in a state or territory unless and until that state or territory provided a statutory regime acceptable to the Commonwealth which included procedural rights at least equivalent to other parties with an interest in the land the holder of the pastoral lease) and compensation which can take account of the nature of co-existing native title rights (where they are proven to exist).

7. Future government and commercial development

On vacant crown land outside towns and cities there would be a higher

registration test to access the right to negotiate, but the right to negotiate would be removed in relation to the acquisition of native title rights for third parties for the purpose of government-type infrastructure. As Currently provided in the NTA, states and territories would be able to put in place alternate regimes with similar right to negotiate provisions.

- For compulsory acquisition of native title rights on other “non-exclusive” tenures such as current or former pastoral leasehold land and national parks, the right to negotiate would continue to apply in a state or territory unless and until that state or territory provided a statutory regime acceptable to the Commonwealth which included procedural rights at least equivalent to other parties with an interest in the land the holder of the pastoral lease) and compensation which can take account of the nature of co-existing native title rights (where they are proven to exist).
- The right to negotiate would be removed in relation to the acquisition of land for third parties in towns and cities, although native title holders would gain the same procedural and compensation rights as other landholders.
- Future actions for the management of any existing national park or forest reserve would be allowed.
- A regime to authorise activities such as the taking of timber or gravel on pastoral leases, would be provided.

8. Management of water resources and airspace

The ability of governments to regulate and manage surface and subsurface water, off-shore resources and airspace, and the rights of those with interests under any such regulatory or management regime would be put beyond doubt.

9. Management of claims

- In relation to new and existing native title claims, there would be a

higher registration test to access the right to negotiate, amendments to speed up handling of claims, and measures to encourage the States to manage claims within their own systems.

- Sunset clause within which new claims would have to be made would be introduced.

10. Agreements

Measures would be introduced to facilitate the negotiation of voluntary but binding agreements as an alternative to more formal native title machinery.

附錄 3

引用判例、法案、國際規約、報告

Johnson v. M'Intosh, 1823

The Queen v. Symonds, 1847

Catharin e's Milling and Lumber Co v. The Queen, 1887

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965

Mining (Gove Peninsula Nabalco Agreement) Ordinance 1968 (NT)

Milirrump v. Nabalco Pty Ltd, 1971

Woodward Report, 1974

Racial Discrimination Ac, 1975

Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act, 1976

Aboriginal Land Act (NT), 1978

Pitjantjatjara Land Rights Act 1981 (SA)

Aboriginal Land Rights Act 1983 (NSW)

Koowarta v. Bjelke-Petersen, 1982

Queensland v. Commonwealth, 1982

Maralinga Tjarutja Land Rights Act 1984 (SA)

Queensland Coast Islands Declaratory Act (Qld), 1985

Mabo v Queensland (No 1), 1988

Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 1989

Mabo v. Queensland (No. 2), 1992

Native Title Bill 1993, Explanatory Memorandum Part A

Native Title Bill 1993, Explanatory Memorandum Part B

Native Title Act, 1993

Native Title (Queensland) Act 1993 (Qld)

Native Title (Tasmania) Act 1993 (Tas)

Land (Titles and Traditional Usage) Act, 1993

Native Title (New South Wales) Act 1994 (NSW)

Land Titles Validation Act 1994 (Vic)

Native Title (South Australia) Act 1994 (SA)

Validation of Titles and Actions Act 1994 (NT)

Western Australia v. Commonwealth, 1995

Titles Validation Act 1995 (WA)

Native Title Amendment Bill, 1995

Brandy v. Human Rights and Equal Opportunity Commission, 1995

Western Australia v. Commonwealth, 1995

North Ganalanja v. Queensland, 1996

Native Title Amendment Bill, 1996

Wik Peoples v. Queensland, 1996

Native Title Amendment Bill, 1997

Fejo and Mills v Northern Territory, 1998

Native Title Amendment Act, 1998

Yanner v. Eaton, 1999

Commonwealth v. Yarmirr, 2001

Wilson v. Anderson, 2002

Western Australia v Ward, 2002

Yorta Yorta v. Victoria, 2002

Griffiths v Minister for Lands, Planning and Environment, 2008

Akiba v. Commonwealth(2013)Akiba v. Commonwealth, 2013

參考文獻

一、中文部分

- 官大偉(2011)。<〈加拿大原住民族的土地權〉《台灣國際研究季刊》7(1)：59-78。
- 施正鋒(2016)。《人民的權利與轉型正義》。台北：台灣國際研究學會。
- 施正鋒(2018)。《原住民族的權利與轉型正義》。壽豐：台灣原住民族研究學會。
- 施正鋒(2019)。<〈澳洲原住民族的土地權——由 Mabo 到 Akiba 判例〉，《台灣原住民族研究季刊》9(1)：1-45。
- 施正鋒、吳珮瑛(2014)。《原住民族的主權、自治權與漁獲權》。壽豐：台灣原住民族研究學會。
- 施正鋒、李安妮、朱方盈(2005)。《各國原住民人權指數之比較研究》。台北：行政院原住民族委員會。
- 蔡志偉(2008)。<〈加拿大法制中的原住民族土地權〉，《台灣原住民族研究季刊》1(2)：29-54。

二、英文部分

- Arcioni, E. (2003). "Defining Native Title (Indigenous Australian Cultural Knowledge and the Native Title Act 1993 (Cth))." Southern Cross University Law Review 7: 50-88.
- Australian Law Reform Commission (ALRC) (2014a). "Review of the Native Title Act 1993: Discussion Paper." https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/discussion_paper_82_october2014.pdf. Retrieval Date: 2019/8/10.

- Australian Law Reform Commission (ALRC) (2014b). “Review of the Native Title Act 1993: Issues Paper.” https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/native_title_issues_paper_45_.pdf. Retrieval Date: 2019/8/10.
- Australian Law Reform Commission (ALRC) (2015). “Connection to Country: Review of the Native Title Act 1993 (Cth), Final Report.” https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/alrc_126_final_report.pdf. Retrieval Date: 2019/8/10.
- Bartlett, R. (1997). “A Return to Dispossession and Discrimination: The Ten Point Plan.” *Western Australian Law Review*, 27(1): 44-65.
- Brennan, F. (1995). *One Land, One Nation: Mabo—Towards 2001*. St. Lucia: University of Queensland Press.
- Burke, P. (1998a). “The native Title Amendment Bill: What Happened in the Senate.” *Indigenous Law Bulletin* 4(9). (<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/IndigLawB/1998/14.html>) (2019/8/11)
- Burke, P. (1998b). “Detailed Analysis of the Native Title Amendment Act 1998.” http://pandora.nla.gov.au/pan/50372/20050620-0000/www.atsic.gov.au/issues/Land/Native_Title/detailed_analysis_of_the_native_.html. Retrieval Date: 2019/8/11.
- Burke, P. (1998c). “Evaluating the Native Title Amendment Act 1998.” *Australian Indigenous Law Reporter* 3(3): 333-356.
- Cappio, G. F. (1998). “Erosion of the Indigenous Right to Negotiate in Australia: Proposed Amendments to the native Title Act.” *Pacific Rim Law and Policy Journal* 7(3): 405-425.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) (1999). “Procedural Decisions of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Australia, U.N. Doc. A/54/18, para.

- 21(2) (1999).” <http://hrlibrary.umn.edu/cerd/decisions/Australia1999-54.html>. Retrieval Date: 2019/7/8.
- Cooray, M. (1995). “The Manner of Enactment of the Native Title Act 1993.” <https://www.ourcivilisation.com/cooray/mabo/chap43b.htm>. Retrieval Date: 2019/8/8.
- Davie, C. (1998). “Native title Amendment Act 1998: Validation of Invalid Acts; Renewal and ‘as of Right’ Issue of Mining and Petroleum Tenements; Extinguishment of Native Title Rights and Interests; Extinguishment of Native Title Rights and Interests.” *Australian Mining and Petroleum Law Journal*. 17 (3): 242-250.
- Duff, N. (2013). “Reforming the Native Title Act: Baby Steps or Dancing the Running Man?” *Australian Indigenous Law Review* 17(1): 56-70.
- Howard, J. (1997). “Wik 10 Point Plan.” May 1 <https://pmtranscripts.pmc.gov.au/sites/default/files/original/00010323.pdf>. Retrieval Date: 2019/7/29.
- Howard-Wagner, D. (2008). “Legislating away Indigenous Rights.” *Law Text Culture* 12: 45-68.
- Human Rights and Equal Opportunity Commission (HREOC) (1998). *Native Title Report 1998* https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/content/pdf/social_justice/native_title_report_98.pdf. Retrieval Date: 2019/7/8.
- Human Rights and Equal Opportunity Commission (HREOC) (1999). *Native Title Report 1999* https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/content/pdf/social_justice/native_title_report_99.pdf. Retrieval Date: 2019/7/8.
- Humphry, C. (1996). “The Native Title Act at Work.” Samuel Griffith

Society. 7. <https://static1.squarespace.com/static/596ef6aec534a5c54429ed9e/t/5c9d2e155be92800014f6b6e/1553804822648/v7chap6.pdf>. Retrieval Date: 2019/8/11.

Joint Committee on Native Title and the Aboriginal and Torres Strait Islander Land Fund (JCNTATSILF) (2000). “Sixteenth Report of the Parliamentary Joint Committee on Native Title and the Aboriginal and Torres Strait Islander Land Fund : CERD and the Native Title Amendment Act 1998.” https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Former_Committees/ntlf/completed_inquiries/1999-02/report_16/report/index. Retrieval Date: 2019/8/10.

Keith, E. (1997). “Neither Rights nor Workability: The Proposed Amendments to the Right to Negotiate.” Native Title Research Unit, Issues Paper (15).

Kerr, R. S. (1991). “Aboriginal Land Rights: A Comparative Assessment.” Background Information Brief, No. 23. Brisbane: Queensland Parliamentary Library.

Kildea, J. (1998). “Native Title: A Simple Guide.” <https://www.hrca.org.au/wp-content/uploads/2008/05/native-title-a-simple-guide.pdf>. Retrieval Date: 2019/8/11.

Komesaroff, A. and Boulton, J. (1999). “Native Title Amendments and International Law.” Law Institute Journal, December, pp. 78-81 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/LawIJV/1999/460.pdf>. Retrieval Date: 2019/8/11.

Langton, M. (2001). “Dominion and Dishonour: A Treaty between Our Nations?” Postcolonial Studies, 4(1): 13-26.

Legg, M. (2002). “Indigenous Australians and International Law:

- Racial Discrimination, Genocide and reparations.” *Berkeley Journal of International Law* 20(2): 387-435.
- Llewellyn, D. and Tehan, M. (2004). “‘Treaties’, ‘Agreements’, ‘Contracts’, and ‘Commitments’ – What’s in a Name? The Legal Force and Meaning of Different Forms of Agreement Making.” [file:///C:/Users/Genuine/Downloads/SSRN-id815324%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Genuine/Downloads/SSRN-id815324%20(1).pdf). Retrieval Date: 2017/9/11.
- Mansfield, J. (2017). “Indigenous Land Rights: Australia’s Response Following Mabo—The Present and the Future.” https://www.fedcourt.gov.au/__data/assets/pdf_file/0020/46127/Mansfield-J-20170817.pdf. Retrieval Date: 2019/8/11.
- Meyers, G. D. and Raine, S. (2001). “Australian Aboriginal Land Rights in Transition (Part II): The Legislative Response to the High Court’s Native Title Decisions in *Mabo v. Queensland* and *Wik v. Queensland*.” *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 8 (2)-9(1): 95-167.
- National Native Title Tribunal (2019). “Native Title Determinations and Claimant Applications as at 30 June 2019.” http://www.nntt.gov.au/Maps/Schedule_and_Determinations_map.jpg. Retrieval Date: 2019/8/11.
- National Native Title Tribunal. n.d.a. “Types of Native Title Claims.” <http://www.nntt.gov.au/nativetitleclaims/Pages/default.aspx>. Retrieval Date: 2019/8/11.
- National Native Title Tribunal. n.d.b. “Glossary.” <http://www.nntt.gov.au/Pages/Glossary.aspx>. Retrieval Date: 2019/8/11.
- National Native Title Tribunal. n.d.c. “Search Register of Native Title Claims.” <http://www.nntt.gov.au/searchRegApps/NativeTitleReg>

- isters/Pages/Search-Register-of-Native-Title-Claims.aspx. Retrieval Date: 2020/5/22.
- National Native Title Tribunal. n.d.d. “Search National Native Title Register.”(<http://www.nntt.gov.au/searchRegApps/NativeTitleRegisters/Pages/Search-National-Native-Title-Register.aspx>. Retrieval Date: 2020/5/22.
- National Native Title Tribunal. n.d.e. “Search Register of Indigenous Land Use Agreements.” <http://www.nntt.gov.au/searchRegApps/NativeTitleRegisters/Pages/Search-Register-of-Indigenous-Land-Use-Agreements.aspx>. Retrieval Date: 2020/5/22.
- National Native Title Tribunal. n.d.f. “Search Future Act Applications and Determinations.” <http://www.nntt.gov.au/searchRegApps/FutureActs/Pages/default.aspx>. Retrieval Date: 2020/5/22.
- Nettheim, G. (1997). “Responding to Wik: First, Define the Problem.” *Indigenous Law Bulletin*, 4 (1). <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/IndigLawB/1997/32.html>. Retrieval Date: 2019/8/11.
- Nettheim, G. (1998). “The International Implications of the Native title Act Amendments.” *Indigenous Law Bulletin* 4(9) <http://www.austlii.edu.au/au/journals/IndigLawB/1998/16.html>. Retrieval Date: 2019/8/11.
- Nettheim, G. (1999). “The Search for Certainty and the Native Title Amendment Act 1998.” *University of New South Wales Law Journal* 22(2): 564-84.
- O’Donoghue, L. (1997). “Past Wrongs, Future Rights.” *Indigenous Law Bulletin*, 4 (1). <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/IndigLawB/1997/35.html>. Retrieval Date: 2019/8/11.
- Pearson, N. (2002). “Native Title’s Days in the Sun Are Over.” *The*

- Age, August 28 <https://www.theage.com.au/national/native-titles-days-in-the-sun-are-over-20020828-gduj8h.html>. Retrieval Date: 2019/7/5.
- Rodriguez, G. C. (1998). "Wik Peoples v. State of Queensland: A Restrained Expansion of Aboriginal Land Rights." *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 23(3): 711-736.
- Rowse, T. (1993). "How We Got a Native Title Act." *Australian Quarterly* 65 (4): 111-132.
- Sender, A. (1999). "Australia's Example of Treatment towards Native Title: Indigenous People's Land Rights in Australia and the United States." *Brooklyn Journal of International Law* 25(2): 521-554.
- Stephenson, M. A. (1995). *Mabo: The Native Title Legislation—A Legislative Response to the High Court's Decision*. St. Lucia: University of Queensland Press.
- Strelein, L. (2005). "From Mabo to Yorta Yorta: Native Title Law in Australia." *Journal of Law and Policy* 19(1): 225-271.
- Tehan, M. (2003). "A Hope Disillusioned, an Opportunity Lost? Reflections on Common Law Native Title and Ten Years of the Native Title Act." *Melbourne University Law Review* 27: 523-571.
- Tishco, S. (2003). "Aboriginal Title in Australia." *South Carolina Journal of International Law and Business* 1(1): 41-68.
- Wensing, E. (1999). "Comparing Native Title and Anglo-Australian Land Law: Two Different Timelines, Two Different Cultures and Two Different Laws." http://www.tai.org.au/sites/default/files/DP25_8.pdf. Retrieval Date: 2019/7/8.

A Study of the Native Title Act 1993 of Australia: A Critical View

*Cheng-Feng Shih**

Abstract

The High Court of Australia delivered the ruling of *Mabo v. Queensland (No. 2)* in 1992, affirming the existence of native title. In order to handle the forthcoming land claims, the Labor Paul Keating government hurriedly passed the *Native Title Act* in 1993. In this study, we like to explore how the Act had operated, what criticisms had been leveled against it, and what amendments have been made, particularly the *Native Title Amendment Act 1998* passed by the Liberal John Howard government to counter the High Court ruling that pastoral or farm leases have not automatically extinguished native titles in *Wik Peoples v. Queensland* in 1996, which has drastically limited native entitlements rendered briefly so far. In reflection, the Australian experience of recognizing native titles demonstrates that the even if the judicial ruling may have been benevolent and the subsequent legislation may have seemed to be benign the original good intention may be eventually jeopardized after the change of government..

Keywords: Australia, Native Title, *Native Title Act 1993*, *Mabo v. Queensland (No. 2) 1992*, *Wik Peoples v. Queensland 1996*, *Native Title Amendment Act 1998*

*Professor, Department of the Indigenous Affairs and Development, National Dong Hwa University.
Email: cfshih@gms.ndhu.edu.tw.

