



## 经济及社会理事会

Distr.: General  
4 February 2010  
Chinese  
Original: English

## 土著问题常设论坛

## 第九届会议

2010年4月19日至30日，纽约

临时议程\* 项目4和7

## 人权

常设论坛今后的工作，包括经济及  
社会理事会的问题和新出现的问题

## 关于被称为“发现论”的国际法律概念对土著人民的影响的 初步研究

由特别报告员提交

### 摘要

2009年5月，土著问题常设论坛第八届会议决定任命论坛成员 Tonya Gonnella Frichner 为特别报告员，对成为侵犯土著人民人权的基础的所谓“发现论”的国际法律概念进行初步研究，并就此向该论坛第九届会议提出报告。

这一初步研究确认，土著人民“发现论”已在国家和国际两级经法律和政策而制度化，是侵犯土著人民个人和集体人权的根源。这导致国家宣称拥有和大规模占据土著人民的土地、领土和资源。“发现论”以及我们称之为“统治框架”的整体架构，均导致对土著人民传统领土上资源的数世纪无节制的榨取。而这又进一步导致土著人民失去地产、陷入贫穷，并导致他们当今日复一日面临的一系列问题。

鉴于特别报告员极易查阅美利坚合众国关于印第安人的联邦法律，而且该法可作为对土著人民适用“发现论”的一个典型例证，本初步研究对美国最高法院

\* E/C.19/2010/1。



Johnson's Lessee 诉 McIntosh 案所体现出的该体系的前提进行了详细研究。随后，本研究报告提出证据，证明美国政府继续视“发现论”为有效理论。

特别报告员最后建议，召开一次国际专家组会议，详细讨论此次对“发现论”进行的初步研究的结果及其意义，将结果提交土著问题常设论坛年度会议。要确定“发现论”和统治框架在何种程度上以及怎样被适用于全世界土著人民，尚需进行进一步的研究和审查。

## 目录

	页次
一. 导言 .....	4
二. 今后针对“发现论”的全球影响范围的工作 .....	4
三. “发现论”的全球影响和历史沿革 .....	5
四. 统治框架 .....	9
五. “发现论”与美利坚合众国 .....	10
六. “无主地”、“蛮夷地”与 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决 .....	13
七. 发现学说在当代 .....	15
八. 结论 .....	18
九. 建议 .....	19
资料来源 .....	20

我们认为，十五世纪作为基督教世界的法律而宣布的原则——即发现使发现者对非洲、亚洲及北美洲和南美洲未皈依的土著人拥有主权和对其进行统治的权利——近四个世纪以来已被确认为国家法律[万国法]的一部分，现在也得到每个基督教国家政治部门和司法部门的承认。”<sup>1</sup>

## 一. 引言

1. 土著问题常设论坛的任务是讨论与土著人经济和社会发展、文化、环境、教育、保健和人权有关的问题。本初步研究将考察成为侵犯土著人民人权的基础的所谓“发现论”的国际法律概念对土著人民的影响。
2. 本初步研究的目的之一即引起人们注意土著人民与国家行为体之间不同的世界观，并认识到关注这些不同之处有利于两者之间进一步对话和更清晰地沟通。
3. 《联合国土著人民权利宣言》(大会第 61/295 号决议，附件)是历经三十年努力的成果。自 1900 年代初国际联盟时期以来，土著人民代表向国际社会提出了各种人权申诉和其他问题，《宣言》对此做出了回答。《宣言》的通过提供了一个机会，用以查明这些申诉和问题的根源，即国家行为体根据对土著人民的土地、领土和资源宣称拥有及对其最终或优先支配权的主张而对土著人民实行主权和统治权的历史趋势。本报告表明，“发现论”是各国提出此种宣称和实施统治的根源。

## 二. 今后针对“发现论”的全球影响范围的工作

4. 作为本初步研究的后续工作，对“发现论”和“统治框架”<sup>2</sup>在非洲、亚洲、中南美洲的判例法和政策中适用的程度仍需进行详尽调查和研究。作为从英国皇室的帝国和殖民历史中产生的国家，澳大利亚、加拿大和新西兰也应作为今后研究的一部分。我们完全认可并赞赏土著兄弟姐妹们正在其各地理区域消除“发现

<sup>1</sup> 田纳西州最高法院法官 John Catron 在州政府诉 Foreman 案中的论述。16 Tenn.(8 Yerg.)256, 277(1835)。下文第 5 至 17 段进一步论述了 Catron 法官的裁决与本初步研究报告的相关性。

<sup>2</sup> “旧世界的财产观可用拉丁文 *dominium* 来充分表达：其词源为从梵语‘*domanus*’而来的‘*dominus*’(征服者)。拉丁文中的 *Dominus* 具有相同的基本意义(征服者)，并自然引申到指“主人、所有者、地主、业主、拥有者”。*Dominium* 从 *dominus* 承袭了“绝对所有权”的意思，并具有财产所有权的特别法律含义(见 Lewis and Short, *A Latin Dictionary*(1969 ed.))。 *Dominatio* 将这个词语的含义引申至统治、完全所有权，以及贬义的第二层含义：无限制的权力、绝对的领土主权、贵族身份、独裁、专制。来自财产的政治权力——领土主权——实际上就是统治”(William Brandon, *New Worlds For Old*, (1986))。在本初步研究中，“统治框架”指的是后一个含义。国家对土著人民及其土地、领土和资源的索取和实施“统治”或对其拥有“主权”，可上溯到从罗马帝国时代传承下来的这些可怕的含义，以及土著人民遭受非人待遇的历史。这就是今天土著人民人权问题的根源所在。

论”和“统治框架”的影响，但是，由于初步研究所受制约，我们的重点主要放在美国关于印第安人的联邦法。这一初步研究的目的是作为确定世界其他地区今后研究方向的样板。今后的研究将需要涉及常设论坛确定的7个官方区域。美国关于印第安人的联邦法在世界其他国家的判例法中被援引过，<sup>3</sup>本初步研究中将其视为适用“发现论”和统治框架的一个典型例证。

### 三. “发现论”的全球影响和历史沿革

5. 如今所谓“国际法”从前被称为万国法。<sup>4</sup>例如，在十九世纪末，国际法学者 Thomas Erskine Holland 将万国法称为“基督教世界的法律；不太适用于异教徒，正如希腊城邦的‘普通法’不太适用于……野蛮人社会”。<sup>5</sup>1835年，John Catron 法官(1786-1865)在田纳西州最高法院(美国)任职期间，<sup>6</sup>正式确定了“基督教世界的法律”中的“一项原则”，即“发现者享有对非洲、亚洲及南北美洲未皈依[非基督徒]者的主权和统治”。Catron 宣布，这一原则“近四个世纪以来已被确认为万国法的一部分，现在也得到每个基督教国家政治部门和司法部门的承认”。<sup>7</sup>

<sup>3</sup> 在 *Conquest by Law* 一书中，Lindsay Robertson 教授称，*Johnson* 诉 *McIntosh* 案判决的影响“已经遍及全球”。他继续写道：“例如，在 1984 年 *Guerin* 诉女王案的判决中，加拿大最高法院援引 *Johnson* 案，认定‘印第安人有占用并拥有一些土地的法律权利，但其最终拥有权属于王室。’按照加拿大法律，如同美国法律一样，那些部落由于该地的被发现而失去了其土地所有权”。Robertson 随后指出，澳大利亚高等法院在 *Mabo* 诉昆士兰案中的一个引人注目的意见中援引了 *Johnson* 案，其中虽然首次承认澳大利亚土著人的土地权利要求，但仍用稍加变化的发现理论加以限制。“此处，作出发现的欧洲主权国家同样被确认为土著人民土地的所有者”。然而 Robertson 教授似乎没有质疑“发现”导致了土著民族和人民“失去”“自己土地所有权”的说法。在加拿大，Thomas Isaac 的著作 *Aboriginal Law* 的目录将 *Johnson* 诉 *McIntosh* 案列在“原住民所有权”项下。事实上，*Johnson* 案的裁决是这本书中继 1763 年 British Royal Proclamation 之后的第二个文件。

<sup>4</sup> 在早先的时代，“万国法”一词为国际法评论员广为使用。以 Vattel 为例：“在对何谓万国法出现疑问的情况下，所有欧洲国家现已承认一条法则，即我们共同的宗教基督教指出了自然的正义原则，所有人均应当同样诉诸和奉行这一颠扑不破的概念原理。”(*Emmerich Vattel, The Law of Nations*)。Henry Wheaton 提供了另一个例证。1845 年，他在其“*Elements of International Law*”一书第三版序言中写道：“在中世纪，欧洲基督教国家开始联合起来，并承认所有信奉同一宗教信仰的国家共同遵守一个通用国际法的义务”且“……现代欧洲万国法的起源可因此上溯到两个主要源头，——教会法规和罗马民法”。本初步研究之所以使用“欧洲基督教国家”或“欧洲基督教民族”之类的用词，是因为这些词与该原理形成时期所实际使用的术语一致。

<sup>5</sup> Thomas Erskine Holland, *Studies in International Law*(Oxford: At the Clarendon Press, 1898)。

<sup>6</sup> 总统安德鲁·杰克逊于 1837 年 3 月任命 Catron 法官为美国最高法院法官。因此，Catron 及其影响力和思维转入美国法律体系中的最高法院。

<sup>7</sup> 见脚注 1。Catron 又宣布了“发现论”和“统治框架”在全球范围的影响：“从合恩角到哈德逊湾，这是主权的唯一已知规则，并以此强制当地印第安人。我们的主张基于强制屈服的权力。道德家们可以谴责这个主张。我们回答，这就是这一土地上的法律。”

6. 本初步研究认定，早期国际法术语，例如“基督教世界”和“每个基督教国家”，<sup>8</sup> 与十五世纪及其后各世纪中关键文件中所使用的术语一致。“发现论”更准确的称谓是“基督教发现论”。

7. Catron法官提及其所属时代之前的“四个世纪”，即回溯到十五世纪中期，当时罗马教廷从梵蒂冈发布了许多文件，其中值得注意的是教皇诏书*Dum diversas*和*Romanus Pontifex*。这些法令为所谓的地理大发现时代基督教君主国和欧洲国家竞相提出对非基督教人民及其土地、领土和资源的征服权、主权和统治权等权利主张的发轫时期的部分记录。<sup>9</sup>

8. 1917年，卡内基学会发表了Frances Gardiner Davenport的至1648年影响美国及其属地历史的欧洲条约，这一著作对所谓发现以及土著人民至今仍屈从的侵犯其个人和集体人权的国际“统治框架”进行了深入的语义学分析。<sup>10</sup> 正如我们将表明的那样，“新发现土地”这一分类包括被当时各欧洲基督教国家归入非基督徒的土著人民的土地——例如“异教徒”、“无信仰者”、“非基督徒”和“不信教者”。<sup>11</sup>

9. 教皇诏书*Romanus Pontifex*颁布于1455年，它是理解“发现论”、特别是欧洲基督教君主国和国家在十五世纪及其后数世纪中为获取和行使征服和统治非基督教土著人民的权利以夺取其土地和领土并从中获益的历史作为的出发点。这些作为的总体目的是通过无节制地榨取土著国家和人民的传统领土内资源、特别是采矿来积聚财富。*Romanus Pontifex*的文本说明了发现论或发现权利。由于“发现论”和统治框架被适用于土著人民及其土地、领土和资源，导致了长达数世纪的破坏摧毁和种族文化灭绝。<sup>12</sup>

10. *Romanus Pontifex*诏书由教皇尼古拉五世的私人秘书和心腹Pietro da Noceto撰写，其开篇称，颁布此文件是为了“永志不忘”。换言之，该诏书应当

<sup>8</sup> “基督教国家”是指那些曾被称为“国际大家庭”成员的国家。《韦氏新国际英语词典》援引国际法学者Thomas Erskine Holland的论述，他说国际大家庭这个词“可以包括欧洲基督教国家及其在美洲的属地，此外还有1856年《巴黎和约》宣布接纳为‘欧洲大家庭’的奥斯曼帝国。日本现在也已要求加入这个小圈子，根据国际法理论，所有国家在这个小圈子中一律平等”。同一卷词典中还作出了如下定义：“国际大家庭。由于其历史渊源而继承了共同文明，且具有同等水平的道德和政治观点、或被那些国家承认具有此种水平的国家集合（最初为欧洲基督教国家）”。

<sup>9</sup> 见Francis Gardiner Davenport, *European Treaties*。下文第8至17段引文引自Davenport。

<sup>10</sup> “发现论”兴起的时代，非基督教人民不被视为人类。正如Henry Wheaton在*Elements of International Law*一书中所说：“世界其他[非基督教]地区的异教徒之邦是他们这些文明征服者的合法掠夺物和猎物”。

<sup>11</sup> 还使用过“野蛮人”和“原始人”两词。另见上文脚注3和7。

<sup>12</sup> 在本项研究中，种族文化灭绝包括对那些人格完整和人权受到侵犯、从其传统土地和领土上被赶走的人们因此遭受到的毁灭性影响。

被永远铭记。<sup>13</sup> 诏书中称，罗马教皇有权力判定并处置“那些他认为顺乎上帝的东西，由此将上帝交托给他的羊群带入唯一的神圣家园，为他们取得永恒幸福的回报，并为他们的灵魂求得赦免”。这种措词使人联想到宗教皈依，该文件继而揭示了此前仍不为西方基督教世界所知的即将适用于非基督教土地的“统治框架”。

11. Romanus Pontifex 中建立了“统治框架”并将其推向世界，皈依和暴力通过使用“征服”等词汇而暴露出来。教皇尼古拉说，“如果我们赐予那些天主教国王和君主适当恩惠和特别恩典，这些人……遏制了撒拉逊人和基督徒的其他异教徒敌人，[并]……征服……他们的王国和栖居地，即便它们位于不为我们所知的最遥远的地方”，那么罗马教廷和葡萄牙君王的目的就更有可能实现。这份文件赞扬了“不辞辛苦、不惜代价”迫使非基督徒“臣服”于基督教国王和君主“自己的世俗统治”的征服行动。因此，罗马教廷法令规定用征服性暴力手段实现领主对非基督教人民的统治和控制，并占有其土地、领土和资源。

12. 在Romanus Pontifex中，教皇尼古拉提及葡萄牙的亨利王子，称如果他“能够……征服一些异教徒……向他们宣讲其所不知却是最为神圣的基督之名并令其接受宣讲”，他“就最完美地尽了对上帝的义务”，是一位“真正的基督战士”，从而进一步说明了“统治框架”。<sup>14</sup> 着力于用暴力和宗教皈依“征服”非基督教人民，就是争取统治他们和令他们屈服。

13. 教皇诏书称，葡萄牙舰船已探索并占领了许多港湾、岛屿和海洋，最终到达了几内亚地区[原文如此]。因此，葡萄牙人“占有了一些岛屿和海湾以及与该地区相邻的海域”。最终，葡萄牙航海家们“来到了一条大河的河口，这条河通常被认为是尼罗河”。他们随后“以前述阿方索国王和王子的名义对那些地方的[异教徒或非教徒]”发动了数年的战争。

14. Romanus Pontifex 进一步解释道，由于连年战争，西非其他岛屿“及其相邻海域”也“被征服并和平占有”。阿方索国王和亨利王子“作为真正的主人”，探索、“获取并占有了这些港湾、岛屿和海域……”而且“下令，未经他们颁发执照、允许或向其交纳贡金，任何人……均不得航行到上述地区或在此地港口贸易，或在此海域捕鱼”。阿方索国王得到罗马教廷的祝福和恩准后，获得了对“异教徒或非

<sup>13</sup> “永志不忘”的概念恰好符合教皇尼古拉五世的“永久”赐予这一事实。

<sup>14</sup> “征服”这个词援引了统治框架并带有其意义，这一点可从其定义中得到揭示：“用武力或优势力量征服并使其臣服；战胜、击溃。”“被征服”就是“被使用军事力量(或好像使用军事力量一样)控制住”。*Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged*, 1993. 征服者是一个占据了统治地位的人。“统治”使我们“处于力量强弱顺序中的统治地位”。最后，“占据统治地位”使我们“由于优势实力或权力而掌握、控制所有其他人或相对他们的至高地位或优势。”Thomas Hobbes 在《利维坦》中宣称“由征服或战争胜利所取得的统治，即为某些著作家所称的专制统治。”他将这个词追溯到表示“领主或主人”的希腊文，并称专制统治是“主人对臣仆的统治”。

教徒”人民及其土地、领土和资源的完全控制权。这种由君主、国家及其继承者所提出的“恩准”、“发现”、“征服”、“取得”和“占有”非基督教土著人民及其土地、领土和资源的权利的推定或主张，即是本初步研究所指的“统治框架”。

15. 教皇尼古拉授权阿方索国王夺取并控制非基督教土地，因为罗马教廷“此前已在其他文书[如 1452 年的 *Dum diversas* 诏书]中赐予前述阿方索国王充分任意的权力<sup>15</sup>——可入侵、搜查、俘获、战胜和征服所有撒拉逊人和一切异教徒，任何地方的其他基督之敌以及剥夺他们所拥有的王国、公国、侯国、领地、财产和所有动产和不动产，将这些人永世贬为奴隶，并将这些王国、公国、郡县、侯国、领地、财产和货物据为己有且传诸后人，并[有权]将它们[这些东西]供本人和继承者使用并从中获利……”。罗马教廷赐予阿方索国王的这种将王国、公国、侯国、领地、财产和所有动产和不动产“据为己有”的“权力”，是教皇颁发的执照，准其武力夺取发现区域所有土著人民土地和领土，并为了供该君主“使用并从中获利”而无节制地榨取资源。

在此背景下，“强占”的世俗含义即为“不诚实或非法地占有”属于别人的东西。<sup>16</sup> 为使强行占有显得“合法”和“正当”，教皇尼古拉宣布，由于教廷此前已授予进行此种工作的“权力”，又因为国王由此“获得了此种权力”，“这位阿方索国王……正当合法地获取并占有了、而且确实占有这些岛屿、土地、海湾和海域，这些地方按照法律属于……这位阿方索国王及其继承者……”。

16. 因此，*Romanus Pontifex* 清楚地阐明了当代各国对征服和统治土著人民及其土地、领土和自然资源的主张模式。因此，教皇诏书 *Romanus Pontifex* 可作为有力的范例，用于说明成为侵犯土著个人和集体人权根源所在的“统治框架”。

17. 如上所述，教皇尼古拉在 *Romanus Pontifex* 中赐予的“征服权”是永久性的：“根据那些诏书及关于权力的本文书[诏书]的授权，已经获取以及今后将获取的一切……按照法律永远属于前述国王及其继承者和王子，征服权……属于且按照法律永远属于这位阿方索国王、他的继承者和王子，而不属于任何其他人”。提及阿方索国王的“继承者”是指在欧洲国家之间(也称“国际大家庭”)根据条约让渡征服和统治的权利。世界上许多现代国家是基于“发现论”的这种宣称享有的征服权和统治权的政治继承者。

<sup>15</sup> 此处“权力”这个词意为“行动或做事的能力”。因此，教皇尼古拉说，罗马教廷此前的授权已赋予了阿方索国王“入侵、搜捕[和]征服”的能力。

<sup>16</sup> *Webster's Third New International Dictionary*。侵略并打算强占其他民族的土地，就是进行一项或多项强占”行为。《布莱克法律辞典》(第五版)提供了关于“强占”的下述定义：“一种对属于其他人的个人财产未经授权取得并行使所有权、改变其状况或排除其所有者权利的行为。任何永久性或无限期剥夺所有者财产的未经授权行为。对他人个人财产未经授权和非法地进行支配和控制、排除所有者权利或与其权利不相符的行为”。从土著人民的角度来看，欧洲基督教国家“入侵、俘获、战胜、征服他们”并夺取他们的所有“动产和不动产”物品的假定和行为，按照土著法律体系属于未经授权和非法的行为，违背所有者固有的原有权利。



## 四. 统治框架

18. 教皇诏书 *Romanus Pontifex* 及所有其他此类梵蒂冈文件和皇家特许证证明，欧洲基督教国家及其在美洲和其他地方的继承者利用“发现论”在全球推广统治框架并打着被视为“正当”“合法”活动的幌子窃取土著人民的土地、领土和资源。1970年代初提出的“土著人民”实用定义中承认了统治框架：

土著人口构成如下：曾经居住在一个国家当前全部或部分领土内的人民的现存后裔，当时来自世界其他地方的人或不同文化或种族到来之后战胜其祖先并通过征服、定居或其他手段，使他们陷入非主导地位或殖民地状况；那些更多的是按照特殊社会、经济、文化习俗和传统而不是按照他们成其一部分的国家体制在主要由当前占统治地位的其他人口部分的民族、社会和文化特征构成的国家结构下生活的人们。<sup>17</sup>

19. 另一个例证可进一步阐明这一点。1995年，联合国人权事务高级专员办事处发布了一份概况介绍。其中的导言指出：“土著人民的称谓来自于他们在来自其他地方的定居者到来之前生活在其土地上”。<sup>18</sup> “定居者到来之前”一句即承认土著人民原本生活在自己的土地上，而其他的人来到这里并宣称“通过征服、占领、定居或其他手段占据了统治地位”。该概况介绍还将“定居者”称为“后来者”，他们通过“征服、占领、定居或其他手段”占据“统治地位”。此处谈到“统治”和“征服”即承认入侵和武力强迫的历史。

20. 该概况介绍在其他地方再次确认了统治地位和用武力夺取土地的主张：“在整个人类历史中，只要占据支配地位的邻国人民扩张其领土或来自远方的定居者用武力获得新土地，土著人民的文化和生计——甚至生存——即受到威胁”。指出非土著人民“统治”土著人民，“定居者”“通过武力”获得土著人民的土地，点出了导致“土著人民的文化和生计——甚至生存”受到威胁的原因。文中提及，那些君主国和国家宣称“有效统治”土著人民及其土地、领土，侵犯土著人民个人和集体人权，威胁到土著人民的生存，其中包括了“种族文化灭绝”<sup>19</sup>和“语言灭绝”<sup>20</sup>问题。

21. 人权委员会特别报告员何塞·马丁内斯·科博在其关于土著居民受歧视问题的最后报告中，利用一些关键概念指出并确认统治权问题是土著人民问题的背景：

<sup>17</sup> 见 Patrick Thornberry, *Human Rights and Indigenous Peoples*(Manchester University Press, 2002)。另见 1972年6月29日人权委员会特别报告员何塞·马丁内斯·科博的初步报告(E/CN.4/Sub.2/L.566)。

<sup>18</sup> 第9号概况介绍(Rev. 1)题为“土著人民权利”，与世界土著人民国际十年活动方案(1995-2004)相关(大会第50/157号决议，附件)。

<sup>19</sup> 见上文脚注12。

<sup>20</sup> 在本初步研究中，“语言灭绝”是指为摧毁土著人民语言而实施法律和政策的历史。

土著社区、人民和民族是指那些同在外族入侵和殖民时期以前在其土地上发展起来的社会具有一种历史连续性的人们或其中的一部分，他们认为自己不同于那些现在在这些土地上占统治地位的社会其他部分。他们目前是社会中不占统治地位的部分，决心保留、发展祖先的领土及其民族特征并传之后代，以此作为他们根据自己的文化模式、社会制度和法律体系而作为民族继续存在的基础。<sup>21</sup>

22. 在上述实用定义中，我们看到前面提到的同样的概念模式。“入侵前”一词承认对土著人民领土的入侵。“殖民前”一词承认对土著人民及其土地、领土和资源造成负面影响的殖民主义和殖民化模式。“当今在这些[土著]领土上占支配地位的社会”这一说法将非土著社会视为自认对土著人民及其领土具有“优势力量或影响”。最后，称土著人民为“不占统治地位”承认了这样一个事实，即入侵社会侵犯土著人民的个人和集体人权而宣称对土著人民拥有统治权。

## 五. “发现论”与美利坚合众国

23. 本节的重点是详细介绍美国关于印第安人的联邦法律，作为对土著民族和人民采用“发现论”和“统治框架”的典型例证。这些资料将说明有关土著人民的国家法律，特别是财产法，在何种程度上一贯并持续以“发现论”和“统治框架”为基础。<sup>22</sup>

24. 美国关于印第安人的联邦法律系统包括数以千计的法规、大量的案例法、数以百计已批准和未批准的条约以及 200 多年关于印第安人的联邦政策的发展历程。<sup>23</sup> 不过，这项关于“发现论”的初步研究仍将限于集中论述美国最高法院对 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决所体现的整体系统的概念出发点或前提。<sup>24</sup>

<sup>21</sup> “土著居民受歧视问题调查报告” (E/CN.4/Sub.2/476 和补遗; E/CN.4/Sub.2/1982/2 和补遗; E/CN.4/Sub.2/1983/21 和补遗; 载于 [www.un.org/esa/socdw/unpfii/en/spdaip.html](http://www.un.org/esa/socdw/unpfii/en/spdaip.html)).

<sup>22</sup> 在美国关于印第安人的联邦法律中，统治框架通常被称为“全权理论”。在美国《宪法》范围内，对政府与美国印第安人关系的管制完全由联邦政府而不是州政府负责。国会通过处理美国印第安人事务的立法的权力常被称为“国会全权”。由此产生了“国会对印第安人事务拥有全权”这种常见的表述。统治框架是通过这样的说法表述的：“国会对印第安国或部落拥有全权” (Wilkins, *American Indian Sovereignty*).

<sup>23</sup> 一般见 Felix Cohen 所著 *Handbook of Federal Indian Law*。

<sup>24</sup> 美国关于印第安人的联邦判例法的起点常被称为 Marshall 三案，其中包括最高法院在首席大法官 John Marshall 领导下作出的三项裁决：Johnson's Lessee 诉 McIntosh 案 8 Wheat 543 (1823)、Cherokee Nation 诉 Georgia 案 30 U.S. 1 (1831) 以及 Worcester 诉 Georgia 案 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)。关于这三个案件的讨论不在本研究范围内。但是，这里需要指出的是，在 Worcester 诉 Georgia 案中，在涉及美国各个州时，首席大法官 Marshall 修改了他在 Johnson 案的裁决中表达的观点。例如在 Worcester 案中，Marshall 说，“发现论”不能“不经当事人同意而取消其以往的权利。”也就是说，“发现”不能造成印第安人的权利不复存在。Marshall 进一步称，发现原则“不能影响已占有土地者的权利”。因篇幅所限，无法讨论这些陈述的影响。无论如何，是 Johnson 案、而不是 Worcester 案的裁决一再被定性为从概念上奠定了美利坚合众国印第安人土地权的基础。

25. 由于近年来披露的Johnson案中的舞弊证据，关于印第安人的联邦法律系统的前提显出更大的问题。此案是捏造的，它是双方“为造成影响”而采取串通舞弊行为的结果。<sup>25</sup> 1774年和1775年，伊利诺伊州和Wabash土地公司先后直接从伊利诺伊州和Piankeshaw的各印第安人购买土地，违反了英国王室1763年《皇家公告》对这类土地购买实行的禁令。两次购买的土地是从两个自由和独立的印第安人购买，正好发生在《独立宣言》和新宣布成立的美国与英国之间爆发革命战争的前夕。在购买这些土地近50年后，购买土地的原投资者之一Thomas Johnson的两名亲属和继承人向美国伊利诺伊地区法院提出诉讼。原告的律师着意寻找一名被告，找到的人是William McIntosh。原告的律师为被告McIntosh先生聘请了律师。<sup>26</sup>

26. 此外，首席大法官John Marshall(1755-1835)持有大宗房地产(他的家人和朋友也一样)，如果对此案的裁决不利于这些利益，他的财产会受影响。<sup>27</sup> 然而，首席大法官并未回避此案，而是撰写了美国最高法院的一致裁决。<sup>28</sup>

27. 新成立的美国需要制造一个美国印第安人政治身份和印第安人土地权的概念，为美国的西进殖民扩张开路。为此目的，美国最高法院对Johnson案的裁决设计了这样的原则：“某一国家政府之国民或经其授权而发现之地归该政府所有，所有其他欧洲国家政府均不可拥有，此所有权可通过占有来实现。”<sup>29</sup> 基于这一“发现”概念，最高法院制造了一个印第安人“仅为占用”的土地权。按照这一概念，常见的一种观点认为，印第安人的“占用”权只是一种暂时的权利，低于且受制于早期基督教欧洲国家以及后来的美国等国家行为体的绝对所有权和最终支配权。<sup>30</sup>

28. 为了说明“发现”原则的起源，Marshall考查了英国王室颁发的John Cabot特许证和其他一些皇家特许证所使用的语言：

“欧洲各国中没有一个国家比英国更明确地完全赞同这一原则。关于这一主题的文件充足而完备。早在1496年，英国君王即授权Cabot父子去发现当时不为基督徒所知的国度，并以英国国王的名义占有它们。此后两年，Cabot

<sup>25</sup> Lindsay Robertson, *Conquest By Law*. “为造成影响”一语系指双方为对法庭造成特别影响而实施串通舞弊行为。双“方”只是假装发生争端，目的是使美国法院系统对此立案。

<sup>26</sup> Robertson, *Conquest By Law*.

<sup>27</sup> 同上。

<sup>28</sup> Peter d'Errico, “John Marshall: Indian Lover?”

<sup>29</sup> *Johnson v. M'Intosh* at 576.

<sup>30</sup> 这一概念在美国Tee-Hit-Ton案法律简述中提及，其中美国律师指出，“印第安人的占用权”仅是“拜主权国家之恩惠而得以保留”。见下文第41至49段。

踏上这次航程，并发现了北美洲大陆，他沿着北美洲向南航行到弗吉尼亚。英国人的所有权可追溯至这一发现。”<sup>29</sup>

29. 上述文字引自国王亨利七世授予 John Cabot 和他的儿子的特许证，这些文字可直接追溯到上文提到的梵蒂冈教皇诏书的悠久传统。英国王室用这些文字实践这样一种观点：以前教皇给葡萄牙和西班牙的恩准并不能正当地禁止英国探寻和占有在此之前“不为所有基督徒所知”的“异教徒和非教徒”的土地。Johnson 案的裁决继续称，Cabot 特许证构成了对发现论或“原则”的“完全承认”：

在英国政府为获取该大陆上的领土所做的这一最初努力中，我们认识到对已提及的[发现]原则的完全承认。这份授权所授予的“发现权”仅限于“当时不为基督徒所知”的国度，以及那些Cabot被授权以英国国王名义占有的国度。如此认定了占有的权利，尽管作为异教徒的原住民占用着这些土地；同时也承认，任何先作出发现的基督徒即先有所有权。<sup>29</sup>

30. 最高法院的语言再次援引了“统治框架”。先前在 Johnson 案的裁决中，Marshall 使用“支配权”概念，也指明了同样的框架：

尽管欧洲各国尊重当地土著作为占用者的权利，这些国家主张自己拥有最终支配权；并由此最终支配权宣称拥有和行使转让仍由原住民占用的土地的权利。这种转让被普遍理解为将所有权给予受让者，这种转让只受印第安人占用权的限制。”<sup>31</sup>

31. 在 Johnson 案中，美国最高法院对此问题的看法是，英国皇家特许证表达了这样一种理论：“基督徒”根据“发现”的宣示，主张对任何由“作为异教徒(即非基督徒)的原住民”居住的土地拥有占有权。政治哲学家 Thomas Hobbes 指出，“占有权被称为支配权。”<sup>32</sup> 因此，主张“占有权”不过是“主张支配权”或统治权的另一种说法而已。<sup>33</sup>

32. 在 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决中，美国最高法院称，美国印第安人原有的“作为独立民族的完全主权”权利“必然已为发现权所削弱”。法院称，这种“发现”“权”仅限于“不为基督徒所知”的国度。也就是说，最高法院主张，基督徒在美洲发现此前“不为基督徒所知”的土地，即已终止美国印第安国的自由和独立权利。借助上述语言，美国最高法院利用“发现论”来防止国际法第一原则适用于美国印第安国及其传统领土：“一个民族在自己领土内的权力是绝对的和

<sup>31</sup> Johnson 诉 McIntosh 案 at 574。

<sup>32</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, Chap.XVI.

<sup>33</sup> 由于美国使用“最终支配权”和“占有权”作为财产法概念，故可追溯到 William Brandon 关于完全所有权一词的来源：“无限制的权力、绝对的完全所有权、统治权、暴政、专制。产生于财产——完全所有权——的政治权力实际上就是统治”（见上文脚注 2）。

排他的”。<sup>34</sup> 为了让自己不受阻碍地获取土著人民的土地、领土和资源，欧洲基督教国家以及后来的国家行为体将这一原则视为只适用于自己。

33. 没有人能合理地反驳这样一种观点，即美国印第安国和人民的存在原本不受受制于“发现论”及基督教欧洲的统治宣示和主张。<sup>35</sup> 法官Joseph Story (1779-1845) 表示了对这一原本自由存在的反驳，他写道：“作为不信教者、异教徒和野蛮人”，“印第安人不被允许拥有属于主权完整的独立国家的特权”。<sup>36</sup> 一旦“发现”和“最终支配权”的概念(可追溯到梵蒂冈教皇诏书，例如Romanus Pontifex)在美国法律和政策中得以制度化，其结果就是对土著国和人民强加一种“统治框架”。这使美国政府得以侵犯土著人民的个人和集体人权，侵吞和转让印第安人的土地、领土和资源而不受惩罚。

## 六. “无主地”、“蛮夷地”与 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决

34. 历史上曾使用两个不利于土著人民的词语，两者的意思都是“无人类”。这两个词都造成了对土著人民的非人化。第一个词是无主地(Terra Nullius)，是罗马律师用于指敌人土地和荒岛一类的地方。<sup>37</sup> 第二个词是蛮夷地(Terra Nullus)，据 19 世纪美国第一位政治学家Francis Lieber所述，该词的根据是，在所谓的“大发现时代”，某个地理区域原有的土著居民没有受洗礼为基督徒。

35. Francis Lieber (1800 年-1872 年) 是德裔美国人，1827 年移民美国，后来成为十九世纪最重要的政治学者之一。<sup>38</sup> Lieber 确定了“蛮夷地”一说，它指导教徒、非教徒、不信教者或未受洗礼者居住的土地，基督徒根本将这些人视若无物。“蛮夷地”的概念导致了这样一种观点，即非基督徒居住的土地是空的或“未被占有的土地”，因此“基督徒可对其进行行使占有权”。Lieber 写道：“无宗教信仰，也就是未受洗礼，使个人[非基督徒]失去了真正道德意义上人人固有的权利”。

<sup>34</sup> Francis Wharton, *A Digest of International Law of the United States*, Volume I.

<sup>35</sup> 西班牙神学家 Francisco Vitoria 被许多人视为国际法之“父”。他在萨拉曼卡大学讲学期间，考查了“由发现取得所有权”的问题。他的结论是，对这种所有权形式无需多言，因为“无论是从公共还是从私人立场来看，那些野蛮人都是[他们的土地]真正的所有人。”“发现论”和“统治框架”的遵行者和支持者无视 Francisco Vitoria 对这一点的有力分析。James Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law*.

<sup>36</sup> Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*.

<sup>37</sup> Steven T. Newcomb, *Pagans in the Promised Land*. 第 35 和第 36 段引文引自 Newcomb, 除非另有说明。

<sup>38</sup> Francis Lieber 被认为是最先设想建立国际法学会的人。他在美国内战期间成为美国总统亚伯拉罕·林肯的顾问，并与联邦战争部和林肯总统合作起草联邦军队的法律准则。他编写的守则被称为《利伯守则》，最终被世界上其他军事组织采用，后来成为战争法的基础。

36. Burke Aaron Hinsdale (1837–1900) 在 1888 年的一篇论文中记述, “发现权” 的根据是 “无主之物 [可] 归发现者所有这一原则”。Hinsdale 继承了 Lieber 的思想, 他指出, 这一论点直到加上教会对 “无主” 的解释才变得有效。Hinsdale 说, 教会的定义 “提供了必要的前提”。“如果认定无主之物为发现者的财产; 异教徒为无物 [不存在]; 美国 [印第安] 野蛮人为不信教者 [无物或不存在], 那么这一论证就是完整的。” Hinsdale 说, 这一论点以被 “发现” 土地上原有居民未受洗礼的状态为前提, 它是 “‘发现权’ 之源, 是瓜分新世界的各国在领土争端中求助的标准, 是全美国所有权的最终依据。” 这里, Hinsdale 提到了 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决。Hinsdale 说, “发现权” 形成了 “全美国所有权的最终依据”。<sup>39</sup>

37. 美国最高法院法官 Joseph Story 与 Francis Lieber 为同时代人。两人曾一度活跃在同一知识界, Story 曾为 Lieber 的《美国百科全书》撰写 120 多页的内容。<sup>40</sup> Joseph Story 法官也对 1823 年 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决起了作用。在 Johnson 案裁决 10 年之后, Story 于 1833 年发表其 “Commentaries on the Constitution of the United States”, 其中考察了 “各殖民地领土的起源和所有权”, 并就欧洲人在美洲的所有权的起源以及十五世纪的教皇诏书论述如下:

……印第安人是野蛮的种族, 陷入无知和异教的深渊。如果他们因渴望宗教和公正的道德而可能免遭灭绝, 就有可能接受教化而悔过。他们必定会屈从于欧洲人的优越天赋, 在以文明和基督教取代其野蛮和低陋习俗的过程中, 他们所得到的收获被认为超出其一切牺牲和痛苦。在施展这些宏图大计时, 也借助了罗马教皇的权威; 为了荡涤异教并弘扬天主教, 亚历山大六世于 1493 年发布教皇诏书, 准许卡斯提尔王室拥有南北两极之间当时已发现或将被发现的全部幅员辽阔的领土, 只要这种领土尚不属于任何基督教君王所拥有。<sup>41</sup>

故由某一国家政府之国民或经其授权而发现之地, 归该政府所有, 所有其他欧洲国家政府均不可拥有的原则<sup>42</sup> 一旦确立, 则每个政府在其发现之地界限内禁止所有其他人享有经土著之任何准许而获得土地之任何权利, 几乎理所当然。<sup>43</sup> (着重部分由作者标明)

<sup>39</sup> B.A.Hinsdale, “The Right of Discovery”.

<sup>40</sup> Story 为 Lieber 的《百科全书》撰写了关于自然法、美国法律和英国法律的未署名文章。

<sup>41</sup> Story 在一个脚注中写道: “*Ut fides Catholica, et Christiana Religio nostris praesertim temporibus exaltetur, &c., ac barbarae nationes deprimantur, et ad fidem ipsam reducantur,*” 是诏书 1 Haz. Coll. 3. 的措词。” 这段拉丁文的译文是 “在上帝所乐见和我们所珍视的盛举中, 此举肯定位居最高, 即在我们所处的时代, 天主教和基督教尤其受到颂扬, 到处繁荣和传播, 人类的健康得到照顾, 野蛮的国家被推翻, 并被信仰所开化。” (Davenport)。拉丁文 *deprimantur* 一词可翻译为 “被推翻 “或” 被征服 “, 从而援出 “统治框架”

<sup>42</sup> 突出显示的文字直接逐字引自 *Johnson 诉 McIntosh* 案, 未加引号。

<sup>43</sup> Story 在此处援引首席大法官 John Marshall 的 *A History of the Colonies* 第三卷 (3 Marshall, Hist. Col.13, 14)。Marshall 的该著作在 *Johnson 诉 McIntosh* 案裁决后 3 个月内于 1824 年发表。

38. 在上两段引文中，Story将1493年的教皇诏书Inter Caetera与Johnson案裁决中表示的发现权直接联系起来。<sup>44</sup> Story因此将Johnson诉M'Intosh案的裁决（美国关于印第安人的联邦判例法的起点）不仅置于Inter Caetera法令的范围内，而且置于在所谓大发现时代梵蒂冈颁发给葡萄牙和西班牙王室的多项文件的更大范围内，包括教皇诏书Dum diversas和Romanus Pontifex中的统治框架。

39. 根据蛮夷地概念和“发现论”，美国最高法院在Johnson案裁决中指出，[英国]王室没有“区分……空地和印第安人占用的土地。”<sup>45</sup> 最高法院认定，换言之，英国王室将美洲印第安人的土地视若空地。Benjamin Munn Ziegler在“The International Law of John Marshall”一文中，将最高法院关于空地的论述解释如下：“国家获取领土的最古老的手段之一，就是发现未占用土地。”Ziegler在一项注释中进一步指出：“‘未占用土地’一词当然指在被发现时‘被印第安人占用’但却‘未被基督徒占用’的美洲土地。”<sup>46</sup>

40. George Grafton Wilson(1863-1951)——美国布郎大学、哈佛大学、弗莱彻法律与外交学院和美国海军战争学院的教授——表示了同样的观点。Wilson依据Johnson诉M'Intosh案的裁决，指出“英国、法国、荷兰、葡萄牙和西班牙都认为先前为基督徒所不知的土地的发现，赋予基督教发现者拥有这些土地的权利。”<sup>47</sup>

## 七. 发现学说在当代

41. 二十世纪中叶，美国最高法院重申并接受了“发现论”。Romanus Pontifex发布500年后，美国最高法院在Tee Hit Ton印第安人诉美国一案中做出自己的裁决。<sup>48</sup> 该案涉及到现为阿拉斯加州的地区内的Tee Hit Ton人，其语言为

<sup>44</sup> Story源自1493年教皇诏书的引文反映了统治框架，显见于他从教皇亚历山大六世诏书援引的拉丁文文本。例如，教皇主张“征服”非基督教国家——“野蛮国家”并“扩张基督教帝国”(Davenport)。此外，罗马教廷在教皇诏书Inter Caetera中宣布，“我们相信上帝，帝国、政府及一切美好事物皆由其所为”(同上)。“政府”一词的拉丁文译文即“统治”，揭示这一句话与统治框架相吻合。

<sup>45</sup> Johnson诉M'Intosh案 at 596。上文第37段中Story'的引文与无主地理论相关联。

<sup>46</sup> Benjamin Munn Ziegler, *The International Law of John Marshall*。

<sup>47</sup> George Grafton Wilson, “International Law and the Constitution”, 13 B.U.L.Rev.234 (1933)。Wilson关于“先前为基督徒所不知的土地的发现，赋予基督教发现者拥有这些土地的权利”的论述，符合已经提到的Thomas Hobbes的论述，即“占有权即支配权。”换言之，“即统治权”。

<sup>48</sup> Tee Hit Ton印第安人诉美国案 348 U.S. 272 (1955)。

Tlingit, 其“习俗、法律和传统与其他Tlingit人相似”。<sup>49</sup> 1947年, 美国国会授权美国农业部长出售Tongass国家森林的木材, 国会在部分包含Tee Hit Ton人和Tlingit人传统领土的地区设立了这一国家森林。1951年8月20日, 美国林务局将“Tongass国家森林约为1 500 000立方尺的所有可砍伐木材的权利”卖给Ketchikan纸浆和造纸公司。此后不久, Tee-Hit-Ton人提出起诉, 称他们“是有争议土地和水域的唯一所有者; 他们从未向任何第三方出售或转让这一土地; 他们要求法院做出判决, 赔偿Tongass占夺行为造成的损失和损害, 外加利息。”<sup>50</sup>

42. 美国政府的律师最终向最高法院提出了辩护状, 其部分依据为“发现论”和梵蒂冈教皇诏书时代, 其中辩称, “异教徒和无宗教信仰者的土地”任由“基督教国家”获取(占夺)是国际法中公认的原则。<sup>51</sup> 几点注解即可说明美国关于“基督教国家”的法律论据的来龙去脉: 直到1856年, 一直存在着一种由不同的王国和国家构成的集体国际政治特征, 被冠以各种名称, 如: “基督教世界”、“基督教联邦”和“国际大家庭”(“欧洲基督教国家及其在美洲的属地”)。美国律师根据这一历史, 以Johnson案裁决开始陈述其“辩论摘要”: “国际法中一项公认的原则是: 就该大陆的土地而言, 由某一国家政府之国民或经其授权而发现之地, 归该政府所有, 所有其他欧洲国家政府均不可拥有, 此所有权可通过占有而实现”(Johnson诉McIntosh案, 8 Wheat. 543, 573)。美国律师继续陈述道: “……发现国根据发现的原则, 坚称对土地拥有完整和专有的权利, 仅受制于印第安人的占用权, 印第安人的这一占用权仅是拜主权国家之恩惠而得以保留”。<sup>51</sup>

43. 美国律师在“辩论”标题之下回顾数世纪之久的“欧洲基督教国家”时代。他们论述了教皇诏书Romanus Pontifex的时代: “在始于十五世纪后期的伟大的发现时代之前, 欧洲基督教国家根据教皇的恩准而获得对新发现土地的管辖权, 教皇拥有给予基督教君王获得异教徒和无宗教信仰者所拥有的领土权利的权力。”<sup>52</sup>

44. 美国律师在Tee-Hit-Ton案中继续采用基于梵蒂冈教皇诏书的如下辩护思路:

例如在1344年, 克雷芒六世恩准西班牙的路易斯拥有加那利群岛, 因为后者许诺引导岛民们崇拜基督, 在哥伦布发现新大陆后, 亚历山大六世于1493年和1494年发布教皇诏书, 恩准西班牙拥有亚速尔和佛得角群岛以西100

<sup>49</sup> David Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court*: “Tee-Hit-Ton人宣称拥有的地区有约357 802英亩的土地和150平方英里的水域。他们在这一地区居住了数千年, 相邻部落亦承认所涉地区为其所有”。Tlingit人的传统领土位于阿拉斯加东南海岸和亚历山大群岛气候温和的雨林内。内陆Tlingit人居住在现称为加拿大不列颠哥伦比亚省和育空地区南部地区的西北角。

<sup>50</sup> Wilkins, *American Indian Sovereignty*.

<sup>51</sup> 美国在Tee-Hit-Ton人诉美国案中的辩护状。

<sup>52</sup> 美国律师在此处援引了Lindley的*The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926)。



里格一线西侧的所有未在基督教统治之下的土地。由于教皇权威的瓦解以及所涉领土地域辽阔，后一项教皇恩准未被其他国家接受，甚至未被西班牙所倚重，故欧洲各基督教文明国家需要制定一项各国可确认为法律的新原则，用以在它们之间处理获得新大陆的领土的权利，它们发现这些土地上居住着按欧洲标准来说属于异教徒和化外之民的印第安人。<sup>51</sup>

45. Stanley Forman Reed法官代表美国最高法院做出对Tee Hit Ton印第安人诉美国案的多数裁决。然而，在解释法院对该案的裁决之前，首先必须提到1946年最高法院的Tillamook印第安人Alcea部落诉美国案。<sup>53</sup> 在Alcea部落案中，美国最高法院的多数法官裁定，俄勒冈州Tillamook印第安人Alcea部落有权得到因美国政府占夺其祖传土地而应享的补偿金。但撰写少数意见的Reed法官不同意这一点。他依据1823年的Johnson诉M'Intosh案的裁决提出自己的论点，即Tillamook印第安人Alcea部落无权得到因美国政府占夺其祖传土地而应享的补偿金。

46. 作为其在Alcea部落案中论点的主要依据，Reed法官认为Johnson诉M'Intosh案裁决的特点是推进了“基督教国家”对印第安人土地的“发现”使其享有对所发现土地的主权和所有权”的理论。这自然与Catron法官在州诉Foreman一案中的论点相吻合，即“发现者享有对未皈依的土著人……的主权和统治”是“基督教世界的法律。”<sup>54</sup>

47. Reed法官在撰写美国最高法院对Tee Hit Ton一案的多数裁决时，同意美国律师的论点。他还采用了他先前在Tillamook印第安人Alcea部落案中表达的关于“发现论”的同样推理。他说，“已成定论”的是，美国印第安人“在白人来到后依据有时称为印第安人的所有权或白人允许的占用权”而拥有北美的土地。“这一陈述只是指国会没有具体承认为拥有权的拥有。在被征服之后，他们获许占用他们先前行使‘主权’（为我们所用的词汇）的领土的一些部分。这不是财产权，但等同于主权国准许的占用权”。他又指出，“主权国自己可以终止这一占用权并全部处置这些土地，无须担任任何法律规定的赔偿印第安人的义务”。“征服”一词是“指统治框架”，Reed法官接着说：“印第安人的这一处境早已按照如下理论而合理化：发现和征服使征服者对由此获取的土地拥有主权和拥有权。”<sup>55</sup>

<sup>53</sup> 329 U. S. 40(1946)。

<sup>54</sup> 见上文脚注1

<sup>55</sup> Reed法官提到Johnson诉McIntosh案和Henry Wheaton的*Elements of International Law*。Henry Wheaton(1785-1848)是一位美国律师和外交官。在美国最高法院做出Johnson诉M'Intosh案的裁决时他是报告这些裁决的记者。他于1836年发表了其*Elements of International Law*的第一版。Stanley Reed法官在Tee-Hit-Ton案裁决中援引了Wheaton的*Elements*的第五章。然而该章没有一处与Tee Hit Ton案的问题有关。Wheaton在该书第五章第5节中叙述了有关国际法中财产权的历史资料。在这一论述中，Wheaton提到Johnson诉McIntosh案裁决、1493年的教皇诏书、英国的皇家特许证及发现权理论。他还将“基督教”一词写为斜体，如同Marshall首席大法官在Johnson案裁决中将“基督徒”写为斜体一样。见Newcomb, *Pagans in the Promised Land*。

48. 按照 Reed 大法官的引述, Henry Wheaton 在其 *Elements of International Law* 一书“财产权”项下的陈述揭示了美国最高法院对 Tee-Hit-Ton 案裁决的来龙去脉:

十五和十六世纪, 西班牙和葡萄牙领先欧洲各国, 在东方和西方取得辉煌的海上发现。根据那个时代欧洲的思想, 地球上其他地区的异教徒之邦是他们这些文明征服者的合法掠夺物和猎物, 而在基督教国家之间, 教皇陛下是彼此冲突的领土宣示的最高仲裁者……因此, 教皇亚历山大六世的诏书在恩准西班牙获得土地时, 将任何其他基督教[着重部分系原文标明]国家先前占据的所有土地排除在外; 而英国的亨利七世授予 John Cabot 和他的儿子们的专利权, 授权他们“寻求和发现可能属于异教徒和无宗教信仰者的所有岛屿、地区和省”; 并“作为他的臣属和副手征服、占领和拥有这些领土。”同样, 伊丽莎白女王给 Humphrey Gilber 爵士的恩准, 授权他“发现这种实际上不为任何基督教君王或人民拥有的偏远和野蛮的土地、国家和领土, 并持有、占用和享受这些土地及其所有产品、管辖权和权益。”因此, 印第安土著人的权利从属于首批基督教发现者, 这已是各项政策和法律的原理, 发现者至高无上的领土主张排斥了所有其他文明国家的这类主张, 并逐渐淹没了土著人的主张。<sup>56</sup>

49. 在 Tee-Hit-Ton 案裁决整整 50 年后的 2005 年 3 月判定的纽约州 Sherrill 市诉 Oneida 印第安国一案<sup>57</sup> 显示, 美国最高法院在二十一世纪仍把“发现论”当作一项有效的法律原则。该案涉及到对 Oneida 印第安国祖传土地征税的争议。在口头辩论中, 该案显然系于法院是否认为 Oneida 印第安国对其重新获得的祖传土地拥有“主权”。最高法院为了说明法院裁决的来龙去脉并就 Oneida 印第安国的主权地位做出裁决, 以“发现论”为依据。Ruth Bader Ginsberg 法官陈述法院多数裁决的脚注 1 揭示了这一点: “根据‘发现论’”, 他这样写道: “当殖民者来到这里时, 印第安人占用的土地的收费权便归属于主权方——首先是发现土地的欧洲国家, 后来是最初的各州和美国”。正如本初步研究所记录的那样, 最高法院对“发现论”的提及, 将法院在纽约州 Sherrill 市诉 Oneida 印第安国一案的裁决的背景置于“统治框架”内, 可追溯至梵蒂冈教皇诏书时代。

## 八. 结论

50. 本初步调查记录了这样的情况: 500 多年来“发现论”的影响和应用范围遍及全球。除美国、加拿大和澳大利亚外, 至少还有两个国家的政府援引 Johnson 诉 McIntosh 案的裁决以推行“发现论”。它们在这一过程中援引“发现论”和“统

<sup>56</sup> Wheaton, *Elements of International Law*, 3d ed.

<sup>57</sup> 纽约州 Sherrill 市诉 Oneida 印第安国一案, 125 S.Ct.1478, 148384(2005)。

治框架”。非土著法律学者和国家行为体将“发现论”编织进国际和国内法律。在美国，这类人包括：首席大法官John Marshall、Joseph Story法官、Henry Wheaton、John Catron法官、Francis Lieber、B. A. Hinsdale、Alpheus Snow、George Grafton Wilson、Stanley Reed法官、为Tee-Hit-Ton印第安人诉美国一案撰写法律辩护状的美国律师和Ruth Bader Ginsberg法官。他们都依据“发现论”，而本初步调查表明，这一学说理论根植于“统治框架”并使之永久化，自基督教世界和梵蒂冈教皇诏书时代以来，代代相传。<sup>58</sup>

## 九. 建议

51. 关于所谓“发现论”的国际概念的本初步调查中提出的信息和资料显示，有必要进行进一步研究和审查，并对此处提出的关于侵犯土著人民固有权利、尤其是《联合国土著人民权利宣言》所承认的权利的的行为的问题进行全面评估和探讨。因此，我们建议召开一次国际专家组会议，详细讨论关于“发现论”的本初步调查的结果和含义，并将其结果提交土著问题常设论坛年度会议。

---

<sup>58</sup> Joseph Story 法官尤其具体使用援引“统治框架”的概念。例如他说，“欧洲发现者宣称拥有尚由土著所拥有的土地并行使转让这一土地的权利，但受制于土著人的占用权；如此转让的所有权被[欧洲发现者]普遍承认为向受让者转让了充分的所有权及完整的支配权，有时则如公法论文所表示的那样，为 *plenum et ulile dominium* 的转让”。这又使我们回到上文脚注 2 中讨论的这类词汇的词源。Lindley 在 *The Acquisition and Government of Backward Territories* 中解释了 Story 对“欧洲发现者”这一世俗词汇的用法：“后来对欧洲人已经占据的土地和尚未占据的土地之间加以区分，尽管如此仍然与早先基督教和非基督教土地之间的区分一样。”

## 附件

### 资料来源

Brandon, William. *New Worlds for Old: Reports from the New World and Their Effect on the Development of Social Thought in Europe, 1500-1800*. Athens: Ohio University Press, 1986.

Cohen, Felix. *Handbook of Federal Indian Law*. Washington, D.C.: Government Printing Office, 1942; reimpression, Albuquerque: University of New Mexico, 1972.

Davenport, Francis Gardiner, editor. *European Treaties Bearing on the History of the United States and Its Dependencies to 1648*. Washington, D.C.: Carnegie Institution of Washington, 1917.

Deloria, Vine. *Behind the Trail of Broken Treaties: An Indian Declaration of Independence*. Austin: University of Texas Press, 1974.

\_\_\_\_\_. Conquest Masquerading as Law. En *Unlearning the Language of Conquest*. Austin: University of Texas Press, 2006.

d'Errico, Peter. John Marshall: Indian Lover? *Journal of the West*, vol. 39, núm. 3 (verano de 2000).

Hinsdale, B. A. The Right of Discovery. *Ohio Archaeological and Historical Quarterly*, vol. II (1888).

Hobbes, Thomas. *Leviathan: Or Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. Chicago: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952.

Issac, Thomas. *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*. Saskatoon (Canadá): Purich Publishing, 1995.

Lindley, Mark F. *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*. Londres: Longmans, Green and Co., 1926.

Lindqvist, Sven. *Terra Nullius: A Journey Through No One's Land*. The New Press, 2007.

Lyons, Oren, y John Mohawk, editores. *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution*. Santa Fe, Nuevo México: Clear Light Press, 1992.

Naciones Unidas. *State of the World's Indigenous Peoples*. Número de venta: 09.VI.13.

Newcomb, Steven T. *Pagans in the Promised Land: Decoding the Doctrine of Christian Discovery*. Fulcrum, 2008.

\_\_\_\_\_. Pagans in the Promised Land: A Primer on Religious Freedom. American Indian Law Alliance. Se puede consultar en [www.ailanyc.org](http://www.ailanyc.org).

\_\_\_\_\_. The Evidence of Christian Nationalism in Federal Indian Law: The Doctrine of Discovery, Johnson v. McIntosh, and Plenary Power. En *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 20, núm. 2 (1993).

Robertson, Lindsay G. *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*. Nueva York: Oxford University Press, 2005.

---

Scott, James Brown. *The Catholic Conception of International Law: Francisco de Vitoria, Founder of the Modern Law of Nations; Francisco Suárez, Founder of the Modern Philosophy of Law in General and In Particular of the Law of Nations*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1934.

Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States: With A Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*, vol. I. De Capo Press, 1970. Reimpresión no resumida de la primera edición publicada en Boston en 1833.

Vattel, Emmerich. *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. 1758. Joseph Chitty editor, Filadelfia: T. & J. W. Johnson Co., Law Booksellers, 1859.

Wharton, Francis. *A Digest of International Law of the United States*, vol. I. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1887.

Wheaton, Henry. *Elements of International Law*, 3ª edición. Filadelfia: Lea and Blanchard, 1846.

\_\_\_\_\_. *Elements of International Law*, 2ª edición anotada. (Edición de William Beach Lawrence) Londres: Sampson Low, Son and Co.; Boston: Little, Brown and Company, 1864.

Wilkins, David E. *American Indian Sovereignty and the United States Supreme Court: The Masking of Justice*. Austin: University of Texas Press, 1995.

Williamson, James A. *The Cabot Voyages and Bristol Discovery under Henry VII*. Cambridge: Cambridge University Press, 1962.

Wilson, George Grafton. International Law and the Constitution. 13 *Boston University Law Review* (1933).

Ziegler, Benjamin Munn. *The International Law of John Marshall: A Study of First Principles*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1939.

---