

澳大利亚法学家论习惯与法律

严琼湘

【摘要】澳大利亚的法学研究者们在讨论习惯与法律的关系时,主要关注原住民族的习惯法,因为原住民族习惯法的地位和与普通法的关系问题由来已久,可以追溯到殖民统治开始之初,至今仍是真正实现族群平等、人权保护和社会和谐的重大议题之一。因为原住民族学者和社会精英层有识之士共同努力和抗争,目前原住民族习惯法在司法实践中已获得一定程度的承认。但是社会上仍有部分人意识中还有殖民统治思想的余孽,许多法律建议未得到政府的积极响应,习惯法在具体适用方面尚存不少问题和障碍,而这些都是学者们正在努力回应的现实。

【关键词】澳大利亚;法学家;原住民族;习惯法

【作者简介】严琼湘(1977-),男,湖南湘潭人,湖南工业大学讲师,中南大学法学院博士生,研究方向为法学理论(长沙 410083)。

【原文出处】《原生态民族文化学刊》(凯里),2017.3.61~69

一、习惯法研究概述

澳大利亚社会各界包括法学研究者在讨论习惯与法律的关系时,主要关注原住民族的习惯法。因此一般认为,“澳大利亚习惯法”指的就是已为澳大利亚原住民族所接受的、从道德规范长期发展而来的制度和惯例。这些制度和惯例通过法律关系来规范人们的行为、对不服从者施以特定惩罚,以及建立人与土地、人与人之间的关系。习惯法往往通过口头传承,而尚未(也不易)编纂成法律^[1]。当然,也有个别学者更倾向于称其为“原住民族法律”。如艾琳·沃森就坦言从“不使用‘习惯法’来描述澳大利亚的原住民族法律”,因为“这个术语有社会同化主义的色彩,包含的意味是占据优势地位的文化有权决定是否承认和吸纳它”。她强调,“直到1788年殖民者入侵之前,澳大利亚这片土地在民族、法律和文化上都是极具多样性的,原住民族法律也一直是该国初民的最高法律”^{[2]15}。

众多研究的焦点都是原住民族习惯法的承认和适用问题。从历史上看。原住民族习惯法一直不为

澳大利亚的世俗法律所接纳。原因主要在于这些习惯法与英国殖民者带来的普通法之间必然存在着法律冲突。依据当时的国际法,任何欧洲国家可以三种方法建立殖民地:征服、让与、占有无主土地(terra nullius)^{[3]379}。大英帝国既不愿意与原住民族缔结让与条约,也不愿意承认澳大利亚是被征服的,于是野蛮地将澳大利亚宣布为“无主土地”,并以该领地“无固定之人口与法律”为由,拒绝承认原住民族的法律制度以及他们的土地所有权,并由枢密院(当时英国各殖民地的最高法律机关)通过1889年Cooper v. Stuart案件中的判决将这一原则确定下来。此后,澳洲普通法对原住民族法制之不承认不仅局限于土地所有权,且延伸到原住民族生活之各方面^{[3]381}。原住民族的生存和发展权利受到严重践踏。直到20世纪60年代,在反种族主义思想的影响下,澳大利亚国内的受教育阶层才开始逐渐摒弃种族偏见,进而谴责澳大利亚社会对原住民族惨无人道的虐待。同时也因为原住民族的不断抗争,直至1967年国会以全民公投废除了对原住民族的法律歧视,这也是白人

移居澳大利亚后的第一次改变。1986年,一家名为澳大利亚法律改革委员会的全国性法定独立审查机构公布了一份内容广泛的报告,首次就习惯法是否应该全面或部分适用于原住民族地区和社会展开严肃的讨论。该报告一方面直面习惯法尚不为澳大利亚一般法接受的总体现状,一方面肯定了习惯法对原住民族生活的重大影响,并进一步强调了原住民族在围绕习惯法的地位问题的谈判和磋商中具有最终决定权^[4]。2005年西澳大利亚法律改革委员会的报告更进一步阐明了习惯法在与原住民族有关的法律场域中的作用和价值。如今在澳大利亚的北领地(Northern Territory)的部分成文法和法院审判中已经根据情况在确认法律关系或社会预期时明确地参考习惯法了。当然,这些变化并非毫无争议——当案件适用的习惯法不够精确或者侵犯人权时尤为如此^[11]。

此外,还由于澳大利亚境内的习惯法是多元的——不同语言和血缘的族群对习惯法有各自的理解,在同一族群或地区内适用何种习惯法也不尽一致^[4]。澳大利亚原住民族没有成文法或法典,其使用的法律可归为口头习惯法。原住民族习惯法的来源是“其祖先(包括传奇里的神圣祖先),也为长老一代一代所记诵和执行”,内容涉及“人伦(诸如婚姻、儿童之照顾、养老等)、祭拜、冲突之处理、罪之惩罚及赔偿,以及土地之管制(其中各部落土地之划分、土地肥沃之维持和圣地之保密)”^{[13]378}。这也给适用原住民族习惯法带来不小的难度。

总之,我们不难发现,所有关于原住民族习惯法的研究都意在促进澳大利亚普通法和原住民族习惯法之间、白人移民和原住民之间的和谐共处。

二、原住民族习惯法的历史回顾

对于澳大利亚是否存在由原住民族历史形成的法律制度这一问题,一直存在着对立的两种观点。一种观点认为澳大利亚在成为英殖民地之前,社会尚未进入文明时代,或处于文明时代的早期阶段,还没有形成政治组织,不存在国家和法律^[5]。直到英国殖民者将普通法带入澳大利亚,才奠定了该国法制的基础。另一种观点则认为,澳大利亚的原住民族在这片大陆上生活了几千年,有着一套发达的法律

体制,他们的法律是不成文的,通过口头形式代代相传,但英国宣布对澳大利亚“无主土地”的占有直接导致了对原住民族社会与习惯法不受承认。另有学者认为,原住民族创作的以口头语言代代相传的故事是宗教——道德——法律的基础,这些故事讲到了法律的来源,肯定了法律的效力。但是殖民者对于原住民族人身和文化的屠杀,致使其丧失了语言、历史、土地和法律^[6]。澳大利亚著名法学家维拉曼特也认为,原住民族不论过去还是现在都存在着许多主宰着原住民族生活方式的习惯法。在他看来,原住民族习惯法既是神圣的法律又是世俗的法律,而其神圣性更为重要。原住民族认为其习惯法是他们最重要的事,是社区秩序的真正基础,法律永远存在着并将存在到“末日”^[7]。所以,在考察原住民族习惯法时,与其问“原住民族是否真的存在法律制度”,还不如问“他们是如何维持秩序,或是使用何种手段来解决争执或纠纷的?”^{[12]87}同样持后一种观点的澳大利亚学者夏荣(Sean Cooney, 1998)从英国普通法移入澳大利亚后的影响与发展以及澳大利亚原住民族与殖民者之间法律关系的广阔视角,分析了澳大利亚最高法院于玛伯案中做出的“自澳大利亚联邦成立以来最富冲击力的判决”^{[13]37}。该判决对英国殖民史进行了再解释。推翻了英殖民者在澳大利亚长期奉行的“无主土地”与“移民殖民地”原则,认定上述原则违背人人一律平等的基本价值,且该原则的事实假设(即原住民族不存在习惯法)亦不符合现代社会所共知的真相。据此,最高法院认定澳大利亚普通法应承认和保护原住民族的土地所有权及其它财产所有权、自然权,进而详尽阐释和确立了最高法院“在否认过时判决时就不恰当前例的推翻所确立之基本原则”^{[13]378}。随着原住民族习惯法受到承认,澳大利亚的法律渊源有所改变,1994年生效的原住民所有权法便是这一普通法原则改变的产物。

三、原住民族习惯法的现状分析

艾略特·沃森等人所编论文集《澳大利亚原住民和法律》(2008)算得上一部能集中反映该国原住民族习惯法研究成果的学术出版物。16位作者中既有学者也有法官、律师和官员,他们的论文从不同侧面展现了澳大利亚10年间在法律、社会和政治领域的发

展变化,还站在促进澳大利亚的社会和谐的角度重点关注了原住民族面临的诸如人权保护、宪法改革、社会治理、水资源权利等议题,清晰勾勒出原住民族和法律之间形成的相互合作关系。因篇幅有限,本文只对上述论文中谈及原住民族习惯法较多的内容展开述评。

其中,《原住民族习惯法和澳大利亚普通法》一文的作者布鲁斯·德拜尔,不仅长期在南澳大利亚最高法院担任大法官职务,负责过澳大利亚法律改革委员会关于原住民族习惯法的调查工作,还曾就原住民族习惯法的概念、涉及的主要方面以及与刑法、民法的各自关系做过细致的调查和研究。正如德拜尔所指,由于原住民族的区域性差异十分巨大,人们对传统的原住民族生及其法律制度的认识都是“十分粗略的”^{[12]88}。他认为,要认识原住民族习惯法,首先应当承认“原住民共性特征”(Aboriginal commonality)是原住民族文化在众多部落和族群及其各自不同的法律制度中长期保存在下来的原因。白澳调查者(White Australian Inquirer)必须避免成见,必须意识到“原住民族对法律的理解,与移民社会那套来自英国的法律制度是不同的”^{[12]86},他们凭借的是本族的社会行为规范,如有别于法律义务的各种礼仪规则、道德标准。传统的原住民族社会没有立法机构和法院等级组织,更依赖部落中的长者而非酋长或统治阶层,甚至没有政府,但却自有一套维持秩序和解决纠纷机制。

历史上,宗教和土地是原住民族社会的两大支柱。当地的宗教没有系统的信仰也没有教会制度,但却深入居民日常活动的方方面面,对“部族男女在诸如神圣仪式、经济事务、婚姻关系、婴儿分娩、遗属举止等问题上的注意事项都提供了基本规则,成为了他们生活和法律的重要依据”^{[12]87}。而土地和原住民族之间则存在着社会、文化和精神上的特殊联系。一方面,土地是重要的食物来源;另一方面,某些位置或区域的土地还对原住民具有特殊和神圣的意义,从而产生了原住民“进入和享有圣地的权利”的议题。

另外一个需要关注的重要因素,是原住民族复杂的社会组织形态。从结构上看,既有家庭、族群、

部落的层级结构,又有单系血统基础上的部落两分法。从观念上看,“人们的亲属观念胜过了族群和部落观念,这成为原住民族社会最重要的特征之一”^{[12]88}。尽管核心家庭仍是原住民族社会基本的血缘和社会单元,但社会中还运行着亲属关系这样一套超越家庭血缘联系并构成一切社会关系基础的分类系统。传统原住民族社会的每位成员必须先搞清自己在亲属关系中的地位。才知道该如何和别人相处。“从亲属关系中还产生了法律义务。诸如婚姻和个人安排、食物采集和分配、商品的分享、某些贸易关系以及教育中的角色都要由亲属关系方面的规则来调整”^{[12]88}。

由于受到英国殖民统治的压迫以及现代社会的冲击,传统习惯法对澳大利亚原住民日常生活的影响力大为减弱。原有的社会结构和家庭关系发生巨大的变化,使得传统习惯法中的血缘规则和惩罚方式也面临各种质疑和挑战。今天各地的原住民受到原住民族习惯法管理的差异性很大,这不仅和当地的经济发展水平、原住民人口所占比例、政府主动干预或避免干预的程度、各种土地权利有关,还和养老金、血缘关系和其他传统义务遭破坏程度以及原住民族的内部社会力量有关^{[12]92}。德拜尔还在文中介绍了原住民族习惯法在刑法和民法中的适用范围。刑事诉讼中主要有审讯、检控决断、激情犯罪,以及涉及原住民族习惯法的抗辩理由;民事诉讼中主要讨论了保密信息、著作权、损害赔偿金评估等议题。

在刑事法律方面,原住民入狱人数过高以及妇女儿童权益保护问题一直备受关注。根据最高法院法官约翰·冯·杜瑟的报告。不仅原住民入狱人数总体居高不下,而且原住民族女性和年轻人正成为国家监狱中数量增长最快的群体^{[12]94}。在他看来,一方面出于促进社会和谐的考虑,应该展开跨文化的辩论和考察如何将原住民族习惯法纳入澳大利亚法律体系。“尽管习惯法常常遭遇误解,它却是实现原住民族自决的关键因素,是进行内部治理和解决纠纷的手段。也是原住民族社会管理各自生活的秩序原则”^{[12]95}。它还关系到原住民族作为澳大利亚的少数民族群拥有的“享受自己文化、信奉自己宗教和使用自己语言”的权利^{[12]95}。另一方面,任何有关原住民族

习惯法的辩论都必须在国际人权标准提供的总体法律框架下进行。因为只有这样才能“保证个人利益和原住民族群利益获得平衡以及杜绝任何有损女性和儿童权益的恶习”^{[21]95}。而只有将习惯法纳入法律体系,才能在减少原住民族家庭暴力和虐待儿童的同时有效地控制原住民入狱人数。过去很多时候,在同一法域实施两种不同法律制度所产生出来的问题往往得不到深入和全面的分析,习惯法也因而经常弃之不用。所幸的是,人们逐渐意识到原住民族习惯法和主流法律制度并非互不相容。全国和西澳的法律改革委员会分别于1986年和2006年发布了权威报告,先后确定了促进两个法律系统协调一致的方向和阐述了承认习惯法地位的有效路径,使原住民族在惩罚和矫正其社会成员时有权适用习惯法。北领地也于2004年颁布法令,旨在通过“防范律师特别是非原住民律师向法庭提供有关习惯法的不完整或不正确信息。保证习惯法能在司法过程中得到完整的解读”^{[21]96}。鉴于整个社会正逐步形成对习惯法的正确认识并且越来越相信它具备同时保护受害人和犯罪者权益的能力,上述举措显得尤为必要。更进一步来说,澳大利亚几乎所有法域都已制定有关制度来保证原住民族社会及其习惯法更有效地参与到刑事处罚程序中,这其中就包括采用能降低原住民入狱率的恢复性司法程序(restorative justice processes)和青少年犯分流计划(diversionary schemes)^{[21]96}。杜瑟特别指出,媒体、政府和公众的一些辩论中反映出社会对习惯法的“普遍误解,认为习惯法总是宽恕虐待儿童行为和针对妇女的暴力犯罪”。事实恰恰相反。“习惯法是一种用来保护社会弱势成员特别是妇女儿童的社会组织形式。而那些暴力犯罪行为正是没能尊重习惯法的后果”^{[21]97}。因此,政府要加强原住民族的司法制度,就理应强化现存的各种促进人权的法律制度,而不是削弱原住民族社会的自我管理或降低其内部治理体系的地位。

还有学者专注了原住民族习惯法的具体适用问题。例如,R.W.拜尔德等人就结合三起涉及被害人意外死亡的刑事案件,从法医学的视角探讨了应该如何对待澳大利亚中部原住民族社会依然存在的传

统惩罚方式。三起案件具有不少共性,涉事者均为中部地区的部族成年男性居民,案件都是源于口角引发的轻微伤害行为,最终也都是以部族内部通行的刑罚方式处理的——让轻微伤害的被害人使用长矛在加害人大腿背面刺一下作为报复或惩罚。不幸的是,三位自愿接受这种传统惩罚的男性,其中两位死于动脉破裂造成的缺血性休克。研究者们认为,法医的职责不仅仅是找到死因,还要就案件起因和性质提供专业意见。他们注意到,三名男性身上还有其他几个共性特征,如接受过割礼,门牙有缺失。而且大腿背面现数个刺伤愈合疤痕等。他们经过进一步调查还发现,依据当地部族的习惯,这些报复惩罚行为不光是以加害人自愿接受为前提的,还要在一种十分严肃的仪式中进行。加害人之所以没有反抗,很大程度上是因为这种惩罚方式在部族内十分通行也一般不会危及性命^{[18]92-94}。研究者认为,尽管3起案件中造成死亡的当事人均在法庭上承认犯过失杀人罪并获刑1-4年,但一方面要“考虑到部族居民在根据一般法受控有罪的同时还要服从于部族内的习惯法,他们有可能因同一犯罪行为接受两次惩罚,即受到‘双重追诉’(double jeopardy)”^{[18]94};另一方面也要考虑到这些行为人可能都是在为自己始料未及的严重后果承担后果,因为“如果事发时是由部族中善用长矛的长者,而且排除用于壮胆的酒精因素后,这种传统惩罚方式远不会那么容易造成致命伤害”^{[18]95}。如解剖分析结果所示,上述3起案件中的致命大出血都是因意外切断腿部动脉造成的。况且,部族居民如根据一般法定罪而由部族长者遵循法庭建议对其施以传统惩罚,这在澳大利亚不是没有先例;问题恰恰在于“施行传统惩罚时往往缺乏年长者的监督,而官方的态度又很暧昧和含糊”。“法庭不仅没有明确指示适用何种传统惩罚方式以及如何实施,甚至仅仅是承认了传统惩罚的存在而未表态支持”^{[18]95}。一方面,政府则明确要求法官既不能够也不应当命令或指示施行传统惩罚,另一方面,事实却是凡官方承认即将发生的部族惩罚的,被告人在法庭的量刑就会相应减轻。综上所述,上述3个案例中显示的“使用刀或矛刺扎人大腿后部的仪式性惩罚方式在澳大利亚原住民族社会仍然存在,但这种传统惩罚方式

的不可控性可能会带来严重的甚至致命的后果”。研究者认为,“理解传统惩罚的目的和形式将有助于病理学家将被害者的伤情置于正确的法医学背景中”^{[18]95}。

在民事法律方面,对原住民族文化表达和知识产权的保护作为原住民族习惯法的主要议题之一,也吸引了特里·詹克(2008)和麦克·布莱克尼(2015)等人的关注。1999年詹克曾发表一份关于澳大利亚原住民族文化权利和知识产权的研究报告。报告中将“原住民族的文化和知识产品”定义为“原住民族对自身遗产的权利,其内容包括原住民族所发展、培育和提炼,并由其作为自身文化身份鲜活表达形式传承的,整个文化实践、资源和知识系统的全部有形和无形的方面”^{[12]61}。他在《原住民族文化表达和知识产权》一文中指出,首先,尽管澳大利亚原住民在表达自己的文化身份时创造的歌唱、故事、舞蹈和艺术等无形文化遗产都与土地、海洋、地点和物体等有形文化存在相互联系,但此前有关原住民族文化遗产保护的辩论却只片面关注这些有形文化,非原住民族社会中关于土地权利和文化遗产的法律同样也只保护到有形文化。因此,原住民族也开始呼吁承认他们无形的文化遗产权利,保护他们的文化表达和传统知识不受外人的不当利用^{[12]83}。其次,非原住民族社会现有的知识财产权法和精神权利法都只保护创造者个人的相关权利,却还没有承认原住民族的集体精神权利的正式法律。再者,日益发展的原住民族文化产业使得传统的知识、艺术和文化正应用于旅游、零售、广告等领域,但现有的商标制度还不足以全面保护原住民族的传统文化表达和传统知识。同样的情况也出现在艺术品市场上,现有的消费者权益法也无法有效的保护原住民对文化素材的所有权^{[12]83}。总的说来,现有的这些法律关注的都是经济权利。詹克认为,“或许有必要出台一部单行法律或一部关于文化遗产保护的基本法,来保存和维护澳大利亚原住民族的无形遗产”^{[12]83}。然而根据布莱克尼的观察,詹克提出的调整知识产权法律保护重心和确认原住民族集体精神权利的立法主张都未能成为现实。在他看来,要想落实关于对传统知识和传统文化表达给予特殊保护的提议,似乎需要更大的

社会力量来推动。因为人权拥护者们过去在实现原住民族传统知识和传统文化表达的现有权利过程中发挥过关键作用,他强调“原住民族传统知识和传统文化表达保护的人权维度在将来需要得到更多的提倡”^[9]。

四、法律改革之路的回顾和展望

时至今日,澳大利亚的有识之士尤其是法学家们仍在为原住民族习惯法获得承认和尊重而发声。2016年6月恰好迎来了澳大利亚原住民族和移民族群关系史上两个重要的纪念日。6月12日是澳大利亚法律改革委员会发布关于原住民族习惯法报告的30周年的日子,而6月3日则距离玛伯案判决公布已过去整整24年。为此,总部位于伦敦市大学的全球知名评论网站The Conversation(Aust.Ed.)推出了由3位澳大利亚法学家的特约文章。三位学者从不同视角对澳大利亚原住民族习惯法的地位问题进行了历史回顾和未来展望。

其中,《法律报告推动原住民地权零星变化,但仍存不足》一文出自西澳大学的刑法学教授哈里·布莱格之手。总体上,他对这一系列报告和玛伯案判决带来的立法方面的进步是持肯定态度的。布莱格认为,1986年全国法律改革委员会这份报告“在承认原住民族自身习惯法和文化的地位和与原住民的关系方面做出了坚定的尝试”。报告“虽然停滞不前未能促成承认原住民族法律的专门立法,但还是提出不少中肯的建议提醒当局,殖民者法律可以如何通过考虑原住民族的传统和习惯来更为公平地对待他们”。同样,他也肯定了玛伯案判决在将英国殖民统治所奉行的“无主土地”这一荒谬的法律拟制扔进历史垃圾堆的过程中起到的关键性作用。

1996年,西澳大利亚法律改革委员会也推出了本省的原住民族习惯法调查报告。布莱格亲自参与撰写的这份报告花了更多的精力来论证殖民者带来的法律与原住民族法律是否能和谐共处,并指出原住民族法律乃是“其生活中一种不容辩驳的事实。不论其他族群是否情愿承认这一事实,它都主宰着原住民族每天的社会交往”。同样,1994年澳大利亚北领地法律改革委员会调查报告也肯定了原住民族法律在日常生活中的积极作用,并认为其重要性不

光体现在边远地区的原住民当中,同样适用于乡村和城市的社区。“族群中的年长者和文化首领甚至反映,他们并不希望将原住民族法律成文化和法典化,因为这样会使原住民族法律成为白人法律的一部分”。相反,“原住民族始终坚称要保留固有的法律、仪式和典礼,并以口头而非书面的形式传承下去。因为他们相信,即使固有的社会和精神生活结构已遭到白人殖民统治的破坏,原住民族的法律仍将得以传承”^[101]。这也支持了调查报告中的观点,即法典化不见得是适合原住民族习惯法。布莱格认为,委员会报告的许多建议都是围绕着建立原住民族“社会司法机制”(community justice mechanisms)展开的,比如建立原住民法庭,由族群中的长者和治安官一道审案;建立原住民族社会司法队伍,由长者和警察及其他机构一同建立当地的分流策略来减少入狱人数;运行原住民族社会“自有”的社会治理项目。

澳大利亚最高法院的玛伯案判决催生了1993年《原住民土地权法》。尽管该法在保障原住民族土地利用、文化保护和商业发展等方面权利上还远远不够,但至少为改善原住民族法律和殖民者法律关系之间关系翻开了新的一页。澳大利亚法律改革委员会又于2015年对该法施行以来有关原住民土地权的申诉进行了首次全面审查,并提出了多达30条的改革建议。由此可见,“政府能够提供一个治愈这个国家殖民伤痛的场所,能让原住民族法律和殖民时代继承的外来法律形式有机会实现对话和融合,这都得益于全国和西澳法律改革委员会的支持,并且是由最高法院的玛伯判决铺平道路的”^[101]。

墨尔本大学法学院的李·高登教授的文章《从小处着眼:原住民族习惯法报告在玛伯一案中的作用》,“审视了由殖民时代‘继承’英国法形成的法律制度与原住民族的习惯法之间的互动关系”。作者试图再次唤起处于“后玛伯案时代”的澳大利亚社会对承认原住民族习惯法重要性的关注。

高登首先也充分肯定这份历时近9年调查完成的研究报告,认为这份报告有着广泛的关注领域,既考察了欧洲殖民者到来之前的原住民族习惯法,又审视了殖民时代给其带来的灾后余波。不可否认,该报告对于帮助社会认识原住民族传统法律和习惯

于法律改革的作用是尤为关键的。该报告自发表以来,30年间始终是澳大利亚法律改革委员会获取量最大的出版物,这足见其对该国法律制度和社会生活的影响之广。它不仅“探究了澳大利亚原住民族习惯法未获法律承认的原因,也为该国法律制度承认原住民族习惯法的几大可能领域(如刑法和科刑、婚姻法和基于习惯的收养,以及原住民族财产分配)提供了建议路径”。报告既体现了社会对人权保护的日益关注,也反映了澳大利亚法律过去10年确立起来的平等和反歧视原则。它尤其分析了在刑事案件审理中适用原住民族习惯法的可能性,以及原住民适用习惯法对本社区成员进行惩罚和矫正的必要性。也正是从那以后,习惯法开始引入刑事司法程序(包括证明和证据领域),原住民族社区法庭业发展起来。司法系统对根据习惯法科刑和建立原住民社区法庭开展了实验,尽管这种改革力度还无法与加拿大等国相比^[102]。

该份报告的时代性和启示意义还体现在如何对待一些因承认原住民族法律而引发的争议上。高登在文中举的例子是一场关于宪法是否应该承认原住民和托雷斯海峡岛民身份的辩论。这场辩论不仅反映了社会曾经在是否应该承认原住民族法律问题上的争议,也因为它在涉及比如土地和水域共同管理中的传统认识问题而在今天仍有讨论价值。因为,是否应当承认引发土地和水域权属关系的传统法律和习惯,往往决定了司法机关能否根据《原住民土地权法》(Native Title Act)来审理原住民的土地权申诉。为了确立此类议题的处理原则,澳大利亚法律改革委员会审查了2013至2015年通过的立法文件,发现目前的判断标准“联系测试”(connection test)要求“原住民和托雷斯海峡岛民出示证据,证明其持续通过承认(实践)自己的传统法律和习惯来构成一个社会,并且在殖民统治之前未曾长期中断”。这里的要求确实高了点:“即便允许原住民族法律和习惯在历史上发生一些变化,司法实践中还是难以回答‘传统的’法律和习惯在经受了多大的变化之后便失去传统地位了。”^[102]澳大利亚法律改革委员会于是建议改革这一判断前提,转而接受传统法律和习惯自身的修正、演进或发展。不难看出,这份报

告确实为澳大利亚长期的法律改革提供了坚实基础,并且至今仍是认识原住民族习惯法和传统的重要来源。

当然,文章中高登也谈及1983年报告的先天不足,认为“它终究未能突破殖民时代‘无主之地’法律原则的藩篱,自然也未能在恢复原住民族的土地权利方面提供任何法律改革建议”。更进一步来说,人们在何谓习惯法之“承认”的问题上仍有不同的看法。“即便‘习惯法’这个术语都是源于英国这个曾经的宗主国,有人认为承认习惯法是为了表明对来自另一文化的法律和习惯的身份确认和尊重,也有人认为这是为了加强澳大利亚法律制度在承认‘习惯体系’方面的规范权力”。

与前两位论者不同的是,澳大利亚国立大学法学院的A.J.伍德在《澳大利亚为何不会承认习惯法》一文中对这份调查报告能在该国产生的影响表现出怀疑。因为该报告中的认识似乎有些“超前于那个时代”,以至于报告中给出的各项建议在报告发布30年来“总体上受到了忽视”。“迄今为止,没多少国民理解了习惯法的历史语境和真实含义。多数情况下,人们否定习惯法的有效性,不是出于无知就是因为轻信有某些缺少语境支持的实例”。伍德举了个例子,那就是上文中“受害者用长矛扎刺施害者身体作为报复”的仪式性惩罚。如果仅仅因为存在这种看起来侵犯人权的惩罚方式就拒绝承认原住民族习惯法,那将无异于“仅仅因为美国还在使用致命毒针来处死犯人就拒绝接受普通法”^[10]。

从思想源头来看,大部分拒绝承认原住民族习惯法的人都倾向于认为澳大利亚只存在一套法律制度,因此“理应排除适用原住民和托雷斯海峡岛民的习惯法,甚至其他所有非英格兰法(non-Anglocentric laws)”。而这一套说辞早在殖民地时代就开始植根于白人殖民者心中。但是,“由原住民和托雷斯海峡岛民组成的社会若无法律何以繁衍生息至今?既然事实上原住民族社会的语言和想象中充满了法律的观念,那又是什么让心存偏见的人充耳不闻原住民族对法律的热情赞颂呢?”^[10]归根结底就是殖民者对土地的贪婪,促使他们丧尽天良地肆意破坏原住民社会原有的文明和法律制度。由此可见,“‘无主之

地’的观念完全是一种罔顾事实和道义的法律拟制”。这一观念完全是出于殖民统治的需要,它无视这片大陆上持续存在时间最长的各个人类文明,堪称盛行于澳大利亚的各种偏见和无知的始作俑者,但直到1992年它都一直受到这个国家宪法条文的庇佑。幸运的是,澳洲大陆上的习惯法仍然顽强地存续了下来。对于习惯法的构成,伍德强调,首先必须认识到这片大陆上有多个民族、语言和文化,因而也存在不同法律制度。不妨“将法律视为一个抽象的概念,它本质上就是关于如何管理人民、社会组织和调整邻里关系的一套规则。纵使这个国家里不同法域的制度规定会有差别,但总体上还是存在一个庞大的法律综合体的”^[10]。

既然一元化的思想不论在概念上还是在实践当中都明显有误,也许“那种不容挑战澳大利亚单一法律制度的想法或试图维护澳大利亚作为殖民地和‘无主之地’的根本法律立场也已难觅踪影”。那么不少论者心目中的法律多元论能否在澳大利亚促进法律制度之间的和谐相处呢?另一位学者布兰登·托宾在阐述跨文化法律多元论时是这样回答的,“法律多元论对原住民族而言历来就意味着他们遵守的习惯法(即便都获得承认)几乎总是处在法律权势等级中的最低层”,因此“宪法、人权法、国家法,甚至在某些案件中地方法规,都能轻易推翻这些习惯法”^[11]。从这个意义上说,法律多元论的思想还不足以适应澳大利亚今天这个多元法律文化社会的现实需要,因为它还试图将原住民族拥有自身法律体制的权利限定在其内部事务范围内而对第三方不具约束力。这就是为什么人们已开始代之以跨文化公平、跨文化正义和生态文化正义等更为精细的概念,希冀各种法律体制之间能充分接触并通过协商、检验和调整来更好地回应现实世界中不同的世界观、价值体系和法律愿景^[11]293-294。

但是伍德的文章也并非充斥着悲观的情绪,他欣喜地看到“作为普通法守护者之一的法官,开始为承认原住民族习惯、权利和利益而竭尽其所能”。从几个标志性事件中,我们可以看出社会各界有识之士在帮助原住民族习惯法重获应有地位方面的坚定决心和不懈努力。1971年北领地最高法院大法官布

莱克·伯恩宣布,“承认阿纳姆地东北角的戈夫半岛上居住的是一个受到文明法治管理的民族,而他们遵守的法律并非普通法”^[103]。虽然该判决后因英国枢密院在新南威尔士州库伯诉斯图尔特案的先例确立的适用于整个澳洲大陆的“无主之地”原则而告无效,但它仍堪称一次破冰之旅。因为,最高法院还是指派联邦司法部长鲍勃·埃里克特审查了给予原住民族习惯法更广泛承认的可能性,这才有了1986年法律改革委员会调查报告的出炉。虽然这份报告的大部分内容仍然迫于“无主之地”原则的压力还被束之高阁,但终归是促成了立法方面的一系列进步。直到1992年,高等法院终于做出了具有划时代意义的玛伯案判决,“普通法才不得不承认原住民族习惯法是存在于另一套规范体系当中的”。这份判决无疑为两种法治文明之间开展谈判和持续对话以及争取更大的民族自决权敞开了大门。但放眼未来,“只有当上述讨论使原住民和托雷斯海峡岛民最终能自由地运用他们的习惯法时,澳大利亚社会才算真正实现了和解”^[103]。

五、有关其他习惯法的研究

根据戈登·伍德曼对全世界范围内习惯法的分类为我们提供了更广阔的视野。他将习惯法归为六大类:(1)特定地区人民所遵守的习惯;(2)历史上由法官们宣布为“王国共同习惯”的若干英国普通法的成分;(3)原住民族习惯法,目前最为人所知的事例出现在南北美洲、澳大利亚和新西兰;(4)非洲撒哈拉沙漠以南地区各国中构成一定人口比例的各个部族所遵守的习惯法;(5)世界上许多地方遵守的、意义重大的宗教法;(6)国际法中的习惯性规范以及作为全球商业社会中习惯性规范的商事习惯法(*lex mercatoria*)^[12]。由此可见,澳大利亚学界热衷于讨论的习惯法主要限于本国原住民族的习惯法,注意力主要集中于对澳大利亚原住民族习惯法重获承认的历史和在现实中适用情况的考察,实质就是原住民族习惯法和本国普通法制度的关系问题。除此以外,还有少量研究涉及上文中的外来移民社会的习惯法问题,以及一些学者关注到英国本土的习惯法在澳大利亚的发展。总体上看,澳大利亚的法律制度经历了从几乎全盘继受英国法到形成自己特色的发展历程,同时

在改造和发展英国本土习惯法方面也有许多值得借鉴的成功经验。例如,澳大利亚的无遗嘱继承制度,尽管可以部分地(主要涉及动产的继承)从英国盎格鲁—萨克逊时代形成的习惯法中寻求到它的渊源,但是澳大利亚在吸收英国立法的同时不断发展和完善,形成了富有自己特色的无遗嘱继承制度。它不仅摒弃了英国法中一些不合理的规定,各州形成比较成熟的无遗嘱继承法律规则体系,还充分体现了对原住民族习惯法的充分尊重。澳大利亚法律改革委员会对与继承有关的原住民族习惯法进行了仔细的调查,且在其《澳大利亚法律改革委员会报告》中特别针对无遗嘱死亡提出建议,分配原住民族无遗嘱死亡时的遗产需根据传统的或死者所在社群的习惯法。还有相关法规明确承认了原住民族根据他们的习俗与传统缔结的婚姻的效力^[13]。

此外,由于“澳大利亚对于外来移民持欢迎态度,其难民政策带有宽容性和包容性”,这一方面使其“在安置难民方面发挥了一个发达国家的重要作用”^{[14][103]},另一方面也势必带来难民社会习惯法与当地社会法律制度之间的冲突和协调问题。可以想见,这一问题在难民来源较为单一且接纳人数攀升的地区会尤为突出。据统计,“自1945年起,澳大利亚总共接受了约80万难民,澳大利亚目前接受每年约13750个。这些难民主要来自东南亚、中东和非洲”^{[14][103]}。例如,20世纪末的10年时间里就有6000余名来自南苏丹的难民进入位于澳大利亚东南部的维多利亚州,形成了该州人口增长最快的移民社会^[15]。马修·阿尔伯特于2008年指导多名莫纳什大学法学院高年级学生对维多利亚州境内南苏丹移民社会展开了习惯法研究,旨在帮助该州执法者和移民社会化解彼此间的误会^[15]。该研究首先总体比较了南苏丹习惯法和维多利亚州原有的普通法制度在哲学基础、体系结构、诉讼程序、强制执行等方面的异同;然后分别介绍了该州法律在警察执法原则、道路交通规则、家庭关系、刑事法律等几个跟难民生活关系最密切的方面和南苏丹习惯法相似的法律原则和法律结构,同时分析了家庭关系和家庭暴力、道路管理、公共交通、消费者权益等南苏丹难民不易理解、遵守或适应的几个州法领域;最后就上

述议题向政府提出了政策制定、法律服务和司法审判等方面的一系列建议,以期促进苏丹移民社会的司法公正。

参考文献:

- [1]Customary law in Australia[EB/OL].[2017-03-22] http://en.wikipedia.org/wiki/Customary_law_in_Australia.
- [2]Elliott Johnston, Daryle Rigney, Martin Hinton(ed.) *Indigenous Australians and the Law*, 2nd ed, Cavendish Publishing, 2008.
- [3]夏荣.澳大利亚法官何时可以修正普通法?——澳大利亚最高法院“玛伯”判决析论[J].比较法研究,1998(4).
- [4]ALRC, Recognition of Aboriginal Customary Laws(ALRC Report 31)[EB/OL].<http://www.alrc.gov.au/publications/report-31>, 2016-12-20.
- [5]K. 茨威格特, H. 克茨.比较法总论[M].潘汉典等,译.北京:法律出版社,2003:326.
- [6]彭格湃·马修等.法律与历史:黑白之间[M]//许章润,译.许章润,徐平.法律理性与历史——澳大利亚的理念制度和实践.北京:中国法制出版社,2002:28-31.
- [7]维拉曼特.法律导引[M].张智仁,周伟文,译.上海:上海人民出版社,2003:55-56.
- [8]R. W. Byard, J. D. Gilbert, R. A. James, *Traditional*

Punishment and Unexpected Death in Central Australia[J].*The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, 2001: 22 (1): 94, 95.

- [9]Michael Blakeney, Protecting the Knowledge and Cultural Expressions of Aboriginal Peoples[J].*University of Western Australia Law Review*, 2015(2): 207.
- [10]Harry Blagg, Lee Godden, A.J. Wood, Special package marking the 30th anniversary of the ALRC's report on Indigenous customary law[EB/OL](2016-12-20). <https://theconversation.com/au/topics/indigenous-customary-law-28250>.
- [11]Brendan Tobin, Why customary law matters: The role of customary law in the protection of indigenous people's human rights[D].PhD thesis of National University of Ireland Galway, 2011: 293-294.
- [12]Gordon R. Woodman, Customary Legal Norms[C]//in David S. Clark(ed.), *Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives*. Sage Publications, Inc. 2007: 379.
- [13]魏庆爽.澳大利亚无遗嘱继承制度研究[D].重庆:西南政法大学,2008:6-7.
- [14]李其荣.论澳大利亚的国际难民政策[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2012(13):103.
- [15]D. Taylor, Comparative analysis of South Sudanese customary law and Victorian law[EB/OL].Springvale: Springvale Monash Legal Service Inc. 2008: 1, 5. <http://www.google.de/url>.

Customs and Law Discussed by Australian Jurists

Yan Qiongxiang

Abstract: When it comes to the relationship between the customs and law, the Australian law scholars always focus on the customs law of indigenous people, because the place of customary law has related to the common laws, which could be dated back to the early of colonial rule. Therefore, the real equality among ethnic groups, human-right protection and harmonious society has become important issues. Although the customs law of indigenous people has been recognized to some extent because of the co-effort between indigenous scholars and social elites, there still exists the idea of colonial rule. Therefore, there are some suggestions on laws which have not gotten feedback of government and some problems on the applicability of customs law, on which most of scholars have been working.

Key words: Australia; law scholar; indigenous people; customary law