

第一部分

法的历史、理念与文化

帝 国 的 法 律

阿勒克斯·C·卡斯受思

英帝国的法律与实践奠定了澳大利亚法制的基础。它们提供了英式君主立宪政体的宪政。迨至二十世纪，所有英帝国的领地均臣服于英国的霸权。而且，英帝国的法律不只是使帝国强力控制了向她俯首称臣的地域；彼时，类如澳大利亚者，此举还使得英国的定居拓殖者将诸多英国的法律带入，构成了新法制的基础。莫立此一统治基础的各项原理原则，乃帝国在过去若干世纪中逐渐累积形成的，部分反映了英国法的准则与观点，有时尚须回溯至其中世纪的源头。它们受到诸如以詹姆斯二世的退位而告结束的 1688 年光荣革命等重大政治事件的影响。更为重要的是，这些原理原则经由涉及殖民地各项事务的有关规则这一历史的型塑与提炼，此历史实际开始于 1607 年 140 名拓殖者定居于弗吉利亚詹姆斯河边的沼泽地半岛之烟瘴之地。在 1788 年英人于悉尼湾建立了第一个定居点之后的 75 年中，英帝国的法律一直主宰着这个国家的政治运作。在此过程中，它们如此天衣无缝地融嵌于当地的政治制度，以致于在二十世纪的下半叶，依然影响着澳洲政务的运作。与此同时，在帝国统治的年代里，人们尽心尽力，确立了澳洲六个殖民地逐渐形成的法制的基本特性。英帝国的导向与适用英帝国法律的

本文系作者《澳大利亚法律史》（悉尼：法律书局，1982）第 1 章。中译本曾发表于《比较法研究》（北京 中国政法大学）1998 年第 4 期。

共同效果，便是使得英国法成为澳大利亚最主要的法律渊源之一。议会制度、法院与法律程序，亦随之多以英国为摹本。如此这般，迨而至今，两国的立法制度与法院运作依然颇多类同。

除一个明显的例外，十七世纪初几十年英国大举向海外扩张的最初岁月，对于澳大利亚后来的历史几无影响。最初，诸多殖民地的开发实为实验性的。它们多是经由英王授权的公司^①或特定权力机构授权的诸如开发了马里兰州的卡文特家族(Calvert)这类殖民地财东，按照商贸企业组织起来的。^②英国政府与这些新殖民地之间的关系常常极为松散，而处理殖民地事务的最高权力可能属于英国，此点亦问题重重。斯图加特王朝的列位君王断言对殖民地享有绝对全权，基本上来说，他们成功了。^③不过，同时也有人在一般的政府事务运作中，以牺牲国王的权力为代价而为议会争得更大的权力。1642年爆发的内战与查理一世在自己宫殿外的“白厅”(Whitehall)人头落地，不仅为殖民地事务，而且为政治运作的各项方法的改变，铺平了道路。但是，只是在1688年的光荣革命之后，人们才感受到了十七世纪英国宪章斗争的全面、长期的影响。不过，在斯图加特王朝复辟后的一段时期，在殖民地早期，而且，再一次地，在王位空位期，英国与它的殖民地之间出现了一个尖锐、棘手的问题。它最终被接受为这样一条公理式的规则：在英国，所有殖民地均属国王。这一原则建立在封建土地所有权规则之上，这些规则始于诺曼底征服前的英格兰，并在1066年威廉一世武力夺取英格兰王位后最终形成并获得强化。^④十七世纪伊始，封

格里费斯：《贸易许可证》(1974)第三部分“种植公司”。

凯丝：《第一不列颠帝国宪法史》(1930)页41—44；奥斯特古德：《十七世纪的美洲殖民地》(1957)卷11页233。

凯丝，同上引，页10；霍德思沃斯：《英国法制史》(1938)，卷11页233。

^④ 理查得森和塞尔斯：《大宪章后的中世纪英国政治》(1964)特别是第4章“封建幽灵”。

建主义在英格兰已基本消亡，但英国的地权法却继续受其封建源头的强烈影响。根据封建法律，英国的所有土地均属英王。由此形成一个土地所有的链环，恰如一个金字塔，依次从国王的首席租户（tenants-in-chief）并经由他们到其他的分租户，再到面朝黄土背朝天的穉夫。最早批准殖民活动的特许证，可溯至 1498 年亨利七世签授的表明承认这一原则的专利（patent）。^⑤ 第一张关于弗吉尼亚公司的特许令，以封建的方式，严格确定所有依此获取的土地均被当作“我们在肯特郡的东格林威治采邑。”^⑥ 第一位乔治·卡文特与其继承人，结果被授予全权治理马里兰。尽管如此，所有他们占有的土地均被“当作我们的温莎宫”。作为对于英王至上威权的承认，卡文特们被要求每年于复活节那一周在自己的封地上向温莎宫采献两朵红玫瑰（indian arrows）。^⑦

1688 年的“光荣革命”对不列颠殖民事业的未来进程产生了更为强烈的影响。当詹姆斯二世秘密潜出伦敦，逃到法国时，议会确定自己有权决定政治事务的运作，甚至将权力延扩至王位继承问题。威廉与玛丽应议会邀请成为共治君主。如依血统门第，则身为先君之女，玛丽的权力更大。但议会却宣布它有权授予玛丽及其夫君所谓“香橙威廉”（William of Orange），在国家政治中得享有同等权力。议会还进而对王权与议会间的政治运作方面作出了一系列规制，这一切悉规定于《权利法案》（*Bill of Rights*）。^⑧ 该法案的核心在于控制君主未经议会同意而行使其独裁权。例如，它宣

⑤ 格里费斯：前掲书；比尔：《英国殖民制度的起源——1578—1660》（1908 版，重印于 1959 年）一书各处。

⑥ 《1606—1775 年美国史上的特许证和其他文件选》（1904 年版，迈克唐纳编），页 10。

⑦ 同上；“马里兰特许令”，页 55。

⑧ (1689) *Will and Mar.* . Sess. 2, c. 2.

布此后只在得到议会批准后方可征税。犹有甚者，它还宣告未经议会同意，英王不得制订新法。这一切导致的一个直接后果，正如殖民地所关注的，就是确认议会如果愿意，得享有对殖民地事务立法的绝对权力。倘若必要，议会在王位空位期得干预殖民地事务。^⑨在 1660 年王位复辟时，经由规定所有殖民地的进出口货物均须由英船载运的“1660 年航海条例”(Navigation Act of 1660) 确认了议会在处理殖民地事务中可能扮演的角色。^⑩实践中，议会在此后的一个世纪中，有所节制地干预殖民地事务，而当它试图如此控制倔强的美洲殖民地时，其后果就不免是灾难性的了。^⑪一如后来的发展所显示的那样，重要的是 1688 年后“光荣革命”在英国缔造了一种新的思考氛围，其重点放在限制英王的独裁权，以助于制定出有序治理殖民地事务的新的规则。

不过，十七世纪议员们最为关注的，是确保英王在英国行使权力时不致过于专横擅断。他们同意将大部分处理殖民地日常事务的权力赋予国王及其大臣们。这意味着如在外交事务中那样，国王的至上权力在殖民地事务中已被逐渐蚕食。个中原因在于，除“权利法案”规定已由议会获授的权力外，“光荣革命”并未剥夺国王的所有权力。逐渐被接受的还有，不再增赋国王以新的权力。但是，1688 年前业已存在的君权，且议会并不欲干涉，则国王与大臣们仍可行使，他们由此善治殖民地事务。^⑫

在“光荣革命”与“第一舰队”驶抵杰克逊港这个世纪中，继任

^⑨ 凯丝 前揭书 页 6。

^⑩ (1660) 12 Charles II, c. 18. 1662, 1663, 1673 和 1696 年还通过了其他航海条例。详凯丝：前揭书，页 7。

^⑪ “印花税条例”(1765) 5 乔治三世，c. 12. *Declaratory Act* (1766) 6 乔治三世 c. 12。

^⑫ 有关君主的至上权力问题，见史密斯：《宪法与行政法》(1971) 页 114—122

的英国政府收紧了它们对于殖民地的控制。慢慢地，随着早先授权定居拓殖的“特许令”的取消或交还，几乎所有的北美殖民地均成为“皇家殖民地”。^⑬在此过程中，为建立起治理殖民地事务的机制，君权被竭尽所能地逐渐蚕食。首先，枢密院处于处理殖民地事务的行政体制的顶峰。在英国，1688年的“光荣革命”削弱了“王座法律顾问”(King's Council)的权力，顾问们已被视作专制统治的工具，特别是在詹姆斯一世和查理一世在位时期。“星座法院的勾当”(Star Chamber practice)这一短语，至今有时仍被用来批评政府权力的专横。它在语言上的持续存在，表明烙于其上的感奋之切。星座法院是都铎王朝和斯图加特王朝初期枢密院的最重要的机构之一。但是虽然1688年以后星座法院被取消了，枢密院却保留下来，不仅是鉴于其在英国的更为有限的目的，而且，犹有甚者，一如殖民地所关注的，其乃王权的一个权势赫赫的工具。^⑭在涉及殖民地事务方面，它过去一直行使现今英国常常否认其享有的立法、行政和司法职能。1696年之后，它与威廉三世建立的所谓“贸易委员会”这一机构联手，共同改善对于殖民地事务的管理。^⑮1688年以后，枢密院新增的一个最为暧昧不清的特权便是审理来自殖民地法院的申诉的权力。枢密院在英国本土行使的司法权之被取消，以及星座法院的同样命运，均不难理解。但英伦三岛却准允它继续握有严格说来根本不属其职责范围的听审殖民地上诉的权力，岂非咄咄怪事。经此转折推拿，作为一项先例，枢密院遂自允

^⑬ 史密斯：《法制史案例与材料》(1965)，页 432—433；凯丝：前揭书，页 167—179。

^⑭ 前揭史密斯著作第 432 页即将枢密院描述为“专制王权统治海外的机器”。前引凯丝著作第 268 页指出：“枢密院继续（在海外）行使其在国内事务中已被剥夺殆尽的权力。”

^⑮ 凯丝前揭书 页 268—277。

握掌作为殖民地法院上诉案终审法院的特权。^{①⑥}

逐渐地，形成了一种使得英王可以事无巨细地干涉殖民地事务的精巧的法律控制机制。皇家总督们是帝国权力在殖民地的总代表。他们的权力源自掌玺大臣签署的“谕旨”(Commissions) 为示重要，这些谕旨多缀以皇家肖像、三辕马车、狮子以及其他象征君权的饰物。必然的，渐成定制的是这些谕旨要求总督们悉循不时下达的英国当局的指令。^{①⑦} 这些指令以特备的训喻(instruction)或其他形式下达总督。^{①⑧} 英王并赋予自己对于殖民地法律的否决权。^{①⑨} 殖民地法院的法官们毫无职业保障(tenure) 处于随时可被英王专横地解职的境地。^{②⑩} 殖民地的法院常常系根据英王的特别授权^{②⑪} 或根据枢密院就上诉签发的指令而建立的。^{②⑫} 枢密院开庭审理殖民地提起的上诉案件时，并不要求法官须出庭审案。^{②⑬} 而即便是在根据“1833年议会条例”成立了枢密院的司法委员会之后，就其理论上，有时并多少即为实际上的一种情形，就是枢密院的听审依然是外行当道。

不过，在十八世纪，人们逐渐认识到对于英王的专制权力，即便没有议会的干预，或应有所限制。当来自英伦三岛的定居者们建起新的殖民地，而且其性质基本属于英国式的时候，它在很大程度

^{①⑥} 史密斯：《美洲种植园向枢密院提起的上诉》(1950)，页 3—5。

^{①⑦} 拉巴热：《英王在美洲的统治》(1930) 页 8—11；第 10 章“秉训而治”。

^{①⑧} 同上，页 14—23。英王殖民地的宪法运作，即奠基于此谕旨和训喻。克拉克：《殖民地法概述》(1834) 页 17—18；凯丝：前揭书，页 1—2。

^{①⑨} 同上 第 6 章《立法》；凯丝：前揭书，页 289—299

^{②⑩} 凯丝：前揭书，页 258—261。

^{②⑪} 凯丝：前揭书，页 255—256 拉巴热 前揭书 第 9 章“司法行政”。

^{②⑫} 史密斯：《法制史案例与材料》(1965) 页 433—434；凯丝：前揭书，页 305—

^{②⑬} 凯丝 前揭书 页 308。

上被当然视为英国的一部分并依此施治。重要的是，在这类殖民地，除非议会另有规定，王权或被一体尊奉，一如其在英国。而且，至少，如果定居者来自英格兰的话，则或将制订各项规则，以便此前曾经适用于他们的法律得予执行。饶有意味的是，即便是在签署了“1707年联合条例”之后，^{②④}至少在理论上，苏格兰已经成为联合王国的平等一员时，却未曾如此确认过苏格兰法的地位。在十八世纪，一如今日，苏格兰法律与英格兰法律多有不同。

此一新的措置的提出为时已晚，以致对于诸多十七世纪建立或占有的美洲殖民地的情形竟毫无影响。迟至1774年，仅在美国革命爆发前，签署“殖民地人民权利与苦难宣言”(Declaration of Colonial Rights and Grievances)的各殖民地代表宣布他们“享有英格兰普通法的同等权利”。^{②⑤}许多人坚认，他们应享有十七世纪政治体制下的全部权益，而不只是“权利法案”中的那一点。^{②⑥}对于他们的诉求，伦敦的聋子们充耳不闻。但是，后来在考虑澳大利亚问题时，情况却迥乎不同，循此思路所得的新的思想理念，对澳洲的历史产生了极为重大的影响。

在光荣革命的时代，既有的关于殖民地的原理原则多源自中世纪，热中于早期斯图亚特王朝掌驭的绝对专制式的威权。最能说明问题的是1608年裁判的加尔文案(Calvin's Case)。^{②⑦}该案表面上与殖民地毫无干涉。此乃一起“捏造的事件”(fabricated cause)，系由詹姆斯一世自从1603年起同时作为英格兰的在位君王后，为

^{②④} (1707)6 Anne, c. 11.

^{②⑤} 史密斯：《法制史案例与材料》(1965)页467。

^{②⑥} 详：《1775年美洲大陆会议宣言和决议》；康曼格：《美国史文献》(第5版)，页8；凯丝：前揭书，页374—383。

^{②⑦} (1608)7 Co. Rep. 2a; 77 E. R. 377, 2 St. Tr. 559.

着决定其苏格兰臣民的名分这一阴谋而一手炮制的。^{②⑧}严格来说，该案只不过裁决加尔文，苏格兰王的一名未成年臣民，并未被苏格兰法院当作外国人对待。但法官们在论及关涉到对于新的领地的获取方面英王的权力时，其考虑则为言内而意外了。他们有关于此的论点，并被移用于殖民地事务，对于十七世纪后的法律思维产生了强烈影响，在某些方面，尚不止于此。法庭将只承认两种或可取得新的领地的方式。一个新的王国可经继承获得，例子如詹姆斯一世乃苏格兰王，作为伊丽莎白一世的最为亲近的、合法的、尚健在的亲戚，兼祧英格兰王位。或者经由征服而获得新的领地。这种恃征服而获取新领地的方式，被描述为“典型的中世纪方式”。^{②⑨}在无论哪种情形下，法官确认英王享有不受任何英格兰法限制的、统治这些非英格兰领地的权力。英格兰国会亦无权干涉国王对于这些地方的统治。

一如殖民地所关注的，加尔文案的明显的含义就是，至少根据英格兰法的用意，海外领地悉归英王所有，英王对其具有绝对至上的专制权力。因着法官援用欧洲中世纪通常乃以武力占取新领地的先例，还可以从判决中推断出来的，是这些新殖民地只可被当作征服地，而不论它们是如何占取的。仅有一位与闻此案者似乎准备持取一种不同的观点。这就是弗兰西斯·培根爵士，一位哲学家，随笔作者，政治家，在许多方面，可谓他那个时代最伟大的英国法律思想家，彼时乃加尔文的法律顾问/辩护人。经由推及罗马法，培根建议或许存在着可被适用于海外领地占取问题的一种第三类方法。他指出，已有一些欧洲列强意欲重新回归罗马法的“占有”原则，根据这些原则，确乎无主领地 (*res nullius*) 应与征服所得的土

^{②⑧} 史密斯：《美洲种植园向枢密院提起的上诉》，页 467。在 2 St. Tr. 560, col. 561 中，一份编者按指出，“国王公开的倾向和愿望对裁决几无影响。”

^{②⑨} 史密斯：《美洲种植园向枢密院提起的上诉》，页 468。

地区区别开来。^④ 不过，“加尔文案”中的热忱的普通法学家们，却不敢脱离其封建先例。

即便 1688 年以后，“加尔文案”在英国法的某些方面仍然保有极高的权威性。当该案的判决移用于根据世袭继承而获得的领地问题时，有助于维持乔治一世以后汉诺威与不列颠在法律上的分治，汉诺威王朝的第一位君主在 1714 年后兼祧不列颠王位。^⑤ 这有助于解释为什么曾经被诺曼底公爵称作最后留存的欧洲领地的诺曼底群岛（Channel Islands），直到现在依然享有有别于联合王国的相当程度的自治。^⑥ 征服地这一概念，亦依然保留在直到二十世纪的英国宪法的运作中。在十八世纪，它被扩张适用于经由国际条约而占有的领地，而不论条约的达成是否涉及任何形式的武力征服。^⑦ 但是，在“光荣革命”的几年中，人们论及一种新的殖民地。那些被归入此一新类型的殖民地，被描述为“定居殖民地”，这一想法由培根在“加尔文案”中提出，而为此一新发展奠定了基础。

1670 年，就非占领地性质的“种植园”所占有的新殖民地可能与占领地区别对待的可能性，有一个案件通过了一项参考性的裁决。^⑧ 但是，在“东印度公司诉桑迪斯”案中，^⑨ 以 1685 年“慕摩斯

^④ 在收录于 2 St. Tr. 560, cols. 590—591 的一段文字中，培根指出，如果哥伦布系衔英国之命，则所命名的“东印度群岛”乃系“征服或占领”而得。

^⑤ 布莱克斯通：《英律疏议》（第 18 版，1821 年），《布莱克斯通著作集》卷 1，页 114。

^⑥ 同上，页 110—111；德·史密斯：前掲书，页 624—626。在有关 the Isle of Man 方面，亦存在着同样的情形，同上，页 626—627。

^⑦ Campbell v. Hall (1774) Lofft 655, 1 Cowp. 204; 98 E. R. 1045; 布莱克斯通：前掲书，卷 1，页 111；罗伯特斯·沃苒：《英国与殖民地的法律》（1966），页 105—107。

^⑧ Craw v. Ramsay (1670) Vaughan 274; 124 E. R. 1072.

^⑨ 10 St. Tr. col. 371.

叛乱”后的“血腥审判”(Bloody Assizes)之举而著称的王座法院首席法官杰弗瑞斯(Lord Justice Jeffreys),却毫无异议或附加什么条件就接受了“加尔文案”的权威性。不过,1688年之后不久,首席法官豪特在一份法官意见书中评论说,在“新由英国臣民建立、原本无人居住的地域,所有在英国有效的法律,在此亦同样有效”。^{⑤⑥}在1693年判决的“达顿诉豪威尔案”中,^{⑤⑦}巴斐卢眉·萧威尔爵士呈文上院,认为应予非占领地的不列颠定居者与征服地的定居者以不同的对待。如其所论:“……普通法必得被认作他们的规范,因为这是他们生而天赋的权利,此乃自明之理,所以亦应视作他们的选择;不仅如此,此亦义务所在,故必如此。”^{⑤⑧}上院没有采纳萧威尔的观点。但其理由却模棱两可,之所以如此,当不难理解。当时,上院并未就自己的决定充分阐述理由。司法裁决系由上院中的各相关委员会作出。不过,在此后的30年中,一项兼具行政与司法性质的混合性决议,确认一种新的殖民地或可被英国法所承认。1720年“贸易委员会”法律顾问理查德·万思特似乎是将此发展势头清晰和盘托出的第一人。万思特肯定在由英国臣民定居的殖民地,或他所指的“种植园”,“英国的普通法也就是种植园的普通法”。他宣称在英国拓殖者定居之前议会即已通过的法律,也应施行于这些殖民地。意味深长的是,他声言:“让一个英国人去其欲去之处,他满携法律与自由同行,一如万物之本性使然。”^{⑤⑨}

两年后,枢密院正式确认此种新型殖民地。在题作“例案第 15

^{⑤⑥} 这一评论收录在 *Blankard v. Galdy* 案判决的两份报告中(1693), 2 Salk 411, at 412; 毫特:K. B. 342.

^{⑤⑦} (1693)萧威尔 P. C. 24.

^{⑤⑧} 同上,萧威尔,32.

^{⑤⑨} 有关理查德·万思特向“贸易委员会”的法律咨询意见,详查墨斯:《杰出法学家主要关涉大不列颠殖民地、在他人鱼区内的捕鱼权和商业等英国法学的不同观点文集》(1858) 页 206; 佛斯:《宪法案例与言论集》(1869), 页 1.

号’而发表于《法律报告》的一份备忘录中，它被表述为：“如果英国臣民发现了一个新的无人居住的土地，因着法律乃为每一臣民生而天赋的权利，所以不论他们走向何方，他们都携法同行，职是之故，此一新发现的土地也就置于英国法律的统治之下”。^{④⑩}这一文件将此情形与征服的情况两相比较，凸显了十七世纪的政治运作在此新型殖民地演生过程中的意义。如其所述：“在英王征服之地，兹有下列不同考虑：征服者保全了被征服者的身家性命，因而得享有对于该人民的权利与财产；由此，他们可以将其所欲之法强加于他们。”^{④⑪}

该备忘录充其量只为将法律施行于这些殖民地的方式勾画了一个有限的提示。其全部文字不过 252 个单词。其最为重要的宣示乃是关于英国制定法在这些地域的适用。它简扼地确定“英国议会指定的法令，如未点明是何处海外种植园，则该法对其无拘束力……”。与此同时，它没有任何可决定其他何种法律具适用性的提示。不过，该《备忘录》确乎表示无须象某些早期的决议所表明的那般绝对专横地对待征服者。它申明，“在征服者颁行新律之前，被征服地的法律与习俗将一仍其旧……”。^{④⑫}

50 年后，随着这一《备忘录》的发布而来的行政与司法的发展，初刊于 1767 年的威廉·布莱克斯通的《英律疏议》将之概括无

^{④⑩} (1722)2 Peere Williams 75, B and C 247. 前揭史密斯著《美洲种植园向枢密院提起的上诉》页 467 指出：“虽然我们已经穷搜极研，但对此申诉的决定是究竟如何作出的，还是一无所知。”

^{④⑪} (1722)2 Peere Williams 75, B and C 247. 前揭史密斯著《美洲种植园向枢密院提起的上诉》页 467 指出：“虽然我们已经穷搜极研，但对此申诉的决定是究竟如何作出的，还是一无所知。”

^{④⑫} (1722)2 Peere Williams 75, B and C 247. 前揭史密斯著《美洲种植园向枢密院提起的上诉》页 467 指出：“虽然我们已经穷搜极研，但对此申诉的决定是究竟如何作出的，还是一无所知。”

遗。布氏乃为在英国大学中开设英国法讲座的第一人。其讲座发表后的许多年中,《英律疏议》仍然经常被视同通常只有司法裁决才享有的崇高地位。1774年,在“查佩尔诉霍尔案”(Campbell v. Hall)中,⁴³曼斯菲尔德公爵,十八世纪后半叶一位同样声誉隆著的法学家,即采纳了诸多与布氏相同的观点。整个十九世纪及以后,布莱克斯通关于定居殖民地宪法地位的论述,⁴⁴经常被澳大利亚和英国共同奉为经典性的法律论述。

不言自明的,布莱克斯通宣称,对于所有殖民地,“母国的立法享有普遍而优先的效力”。⁴⁵他将定居殖民地定义为那些“仅由发现其处于荒芜人烟、未垦殖/开化而从祖国迁徙至此的人们所适当占有之土地”。⁴⁶循沿此一经由1722年的《备忘录》所肯认的思路,他认为“如果某一无人居住的地域系由英国臣民所发现与拓殖,则所有时已存在的英国法律,作为每一英国臣民与生俱来之物,应即施行于彼。”⁴⁷但在1722年,人们设想在定居之后通过的英国立法并不自动施行于殖民地。然而,正是超越于此,经由改变适用于殖民地的英国法的性质及其改变方式,这位首席英国法教授在此作出了他最为卓越的贡献。

在确认在新的定居殖民地,“所有时已存在的英国法律……应

⁴³ 同前揭。

⁴⁴ 此一论述见于布莱克斯通:《英律疏议》(第18版),收《布莱克斯通著作集》卷1页111—112。在第1版的《布莱克斯通著作集》卷1中,此段论述在页106—108引用通常多据该版次。

⁴⁵ 此一论述见于布莱克斯通:《英律疏议》(第18版),收《布莱克斯通著作集》卷1页112。

⁴⁶ 此一论述见于布莱克斯通:《英律疏议》(第18版),收《布莱克斯通著作集》卷1页111。

⁴⁷ 此一论述见于布莱克斯通:《英律疏议》(第18版),收《布莱克斯通著作集》卷1页111。

即施行于彼”时，特别着重强调这一陈述应被“理解附有众多而极其严格的限制”。在一句于澳大利亚和其他地方均有重大影响的陈述中，他认为定居殖民地的第一批居民随身携带有“如此之多的英国法律，其对任何初创殖民地自身的情形和条件均具适用性”。^④ 这样，如布氏所称，则财产继承的一般规则与现已归并侵权法中的有关人身伤害的法律，均一并适用于定居殖民地。另一方面，却有许多法律对于定居殖民地既无必要，亦不便施行。布莱克斯通未尝想开一个包括一切具适用性的法律的清单。不过，他的确认为“有关地位高贵者和商人的财产的精微而曲奥的附加权”之类的法律规定，即不具适用性。由此，他似乎意指至少复杂而且常常希奇古怪的地方性封建性的英国地权法上的附加权，对于新殖民地不具适用性。类似的，他认为英国的“治安与收入法（revenue）这类特别系由刑罚强制施行的”法律，也不应适用于殖民地。在此语境中的“治安”（police）一词，根据十八世纪的习惯，似乎指现在一般所说的地方政府的法律。布莱克斯通也排除了涉关教会事务的英国法的适用性。当时他写道，英国法制中依然保有一个独立的教会法庭体系。这些教会法庭不仅审理英国国教（established Church）的教士们，而且对俗界亦有司法辖权，不论其是否属于这一宗教圈子。这一普适的司法辖权包括处理涉关婚姻、婚姻无效（尽管离婚多不获允）和遗嘱的证明等等法律问题的权力。它甚至延扩至某些刑事犯罪的审判与惩罚。英国国教教会还享有收取不论此人是否教会中人均须缴纳的某些税收与什一税的权力。^④ 凡此既存的英国法诸端，布氏俱深思熟虑，坚信其均不具适用性。如他所说，“此种英国国教的教士们独揽一切的方式，精神法庭的司法辖权”以及“无

^④ 同上。

^④ 有关十八世纪教会法庭的权力与功能，详前揭《布莱克斯通著作集》卷 2 页

数其他的规定，对于殖民地既无必要，亦不便利”。^{⑤⑧}

一如布莱克斯通所论，不存在什么可以用来径直决定何种英国法律可被采行于定居殖民地的规则。在某些情形下，法律可能在移出时被普适化了，被普适至适用于英国本土与海外而放之皆准的地步，以致于其施行必毫无掣格。但是，恰如这位法学家所提示，在许多案件中，必须对法律进行个别化的审估，以决定其对于新殖民地的适用性。于此投石问路的便是对于英国法本身在祖国时的性质及其有条件地适用于具体情境的关注。进而，除此之外，如布氏指出的，仍需对某种法律是否适合一个刚刚建立的新殖民地的“情形与条件”进行评估。大体上，这一标准或可以这样一种方式而得到适用，即同样的法律并非必得适用于所有的新殖民地。总起来看，这些标准甚为模棱两可，而且大抵故意如此，从而故意负责适用英国法律者预留下诸多自由裁量的余地。

在适用英国法或许存在着如此掣格不凿的情形问题上，布莱克斯通的概括再次表明了 1688 年以后英国新的思维方式的影响。在一切可能之处，似乎均排除了英王对于这类问题专横擅断的可能。“首先”，如布莱克斯通所肯认的，有关适用英国法的诸般争议，悉由殖民地法院“根据枢密院的复议并在其控制下”作出决定。^{⑤⑨}同时，“所有殖民地的宪法均应一准于母国立法的至高无上的普适效力而重新定订与修改”。^{⑥②}

在其关于殖民地的最为经常被引用的一段话中，布莱克斯通只字未提殖民地立法的地位。但从后来有关殖民地“内部政体”（interior polity）的论述中，似乎他考虑到殖民地的立法一般应有权对在定居殖民地适用英国法作出调整。如他所述，殖民地的“全

^{⑤⑧} 前揭《布莱克斯通著作集》卷 1, 页 111。

^{⑤⑨} 前揭《布莱克斯通著作集》卷 1, 页 112。

^{⑥②} 前揭《布莱克斯通著作集》卷 1, 页 113 案例 248。

体委员会”(general assemblies) 用他所称谓的那样“是它们的下院，与作为其上院的国务委员会(council of state)，与英王或英王的代表总督携手合作，制订适合于它们自己的急需的法律。”^{⑤③}

经由这些发展，适用于已成第二不列颠帝国一部分的澳洲殖民地和其他领地的基本原则的最终基础，即算奠定了。布莱克斯通的论述在澳大利亚的法律运作中的意义犹显重大。在十九世纪，另一类型的殖民地出现了，这类殖民地有时亦被称作“王室殖民地”(Crown colonies)。一般而言，王室殖民地系一种置于英国政府的严密保护下的领地。这便与那些无论系定居抑或征服而来的殖民地不同，在后者，因建有一个地方责任政府体制而形成有效的地方自治体。在此政体下，负责当地立法的殖民地政府就殖民地事务向英王提供咨议。不过，此二者间的界限并不清晰。尽管法律对此十分关注，但这种区别实际并不重要。它并没有赋予其随十九世纪对于定居与征服殖民地这种两分法的采用而导致产生的任何法律含义。^{⑤④}

不过，就其本身而言，这些有关征服与定居殖民地的新原则，并不必得决定如何对一个新殖民地进行分类。经由武力占有的地域，无疑应属征服地。同样，另一极，设若一个新的地域被发现无人居住，则很难指认如果英国殖民者去那里，则此不是定居拓殖之地。如果这些地域根据国际条约而在欧洲列强间易手，这表示根据征服与定居殖民地两分法，它们也是征服地。但是，有关殖民地分类所涉及的问题远较此复杂。有时，某地或已有居民，却被当日的欧洲标准视作原始人类。在诸如此类的情形下，还可能存在而且肯定会提出的问题便是，英国殖民者正在前往的这些地方究属征服地还是定居地。一般来说，这类问题系经由行使法院无能为力的涉

^{⑤③} 前揭《布莱克斯通著作集》卷 1 页 113，案例 248。

^{⑤④} 罗伯特斯—沃甫：前掲书，页 44—45。