



English → Chinese (Simplified) ✓



澳大利亚

塔斯马尼亚大学法律评论

Kune, Randall ---“法庭上的被偷走的一代：解释被偷走的一代成员为何未能广泛胜诉”[2011] UTasLawRw 2; (2011) 30(1) 塔斯马尼亚大学法律评论 32

引言

二、温德舒特尔的论点

三、诉讼的障碍和不利因素

法律障碍

B 证据障碍

C 程序障碍

D 心理、社会经济和文化障碍

E 损害赔偿不足

四、结论

法庭上的“被偷走的一代”：解释“被偷走的一代”成员为何未能广泛胜诉

兰德尔·库内^[*]

“如果花费不大的话，我希望孩子能够被救回来；否则该部门的声誉可能会受损。”^[1]

“拥有孩子就意味着拥有未来。”^[2]

引言

本文探讨了“被偷走的一代”成员未能广泛胜诉的原因。“被偷走的一代”指的是19世纪末至20世纪70年代期间，澳大利亚政府因种族原因强行将原住民儿童从其家庭和文化中带走。^[3]尽管关于被带走的原住民儿童人数的争论仍在继续，^[4]但毫无疑问，在此期间，官员们强行将数千名原住民儿童从其父母身边带走。^[5]

澳大利亚人权与平等机会委员会 (HEROC) 在 1997 年发布的《关于原住民和托雷斯海峡岛民儿童与家人分离及带他们回家问题的国家调查》报告中指出，这些驱逐行为是不道德的，在某些情况下甚至是非法的：

澳大利亚将原住民儿童带离澳大利亚的做法，既涉及系统性的种族歧视，也涉及国际法所定义的种族灭绝。然而，在澳大利亚自愿签署的条约明确禁止这种做法之后，澳大利亚仍将这种做法作为官方政策持续实施。^[6]

委员会进一步指出，尽管带走儿童可能得到法律授权，但它仍然是歧视性和种族灭绝性的：

调查发现，以强迫、胁迫或不当影响的方式带走土著儿童通常是得到法律授权的，但这些法律侵犯了土著澳大利亚人本应与所有其他澳大利亚人平等享有的基本普通法权利。^[7]

基思·温舒特尔 (Keith Windschuttle) 在《原住民历史的捏造》第三卷：被偷走的一代 1881–2008 中持相反观点：

我的结论是，不仅种族灭绝的指控毫无根据，“被偷走的一代”一词也同样毫无根据。原住民儿童被从其家庭中带走，绝非为了终结原住民身份，或为了推行任何不当的政府政策或计划。20 世纪少数原住民儿童被带走的案例，几乎全部是基于传统的儿童福利理由。^[8]

他声称，“被偷走的一代”成员缺乏大规模胜诉的案例佐证了这一结论。简而言之，他说：“如果‘被偷走的一代’的故事是真的，那么其成员现在应该已经在法庭上取得了许多胜利。”^[9]

尽管温德舒特尔的论点既不切实际又不合逻辑，但“被偷走的一代”诉讼当事人面临的诸多障碍和不利因素的性质和程度，充其量也只是推测，值得进一步分析和实证研究。鉴于澳大利亚原住民的预期寿命低于非原住民，许多相关人士已接近生命的尽头，因此迫切需要进行此类分析和研究。

关于“被偷走的一代”的存在及其严重程度的争论，引发了更广泛的担忧，即无论是非法迁移的儿童受害者，还是澳大利亚原住民，都可能面临无法获得司法公正的困境。这场争论也凸显了司法体系无力为遭受系统性不法行为侵害的澳大利亚原住民和非原住民儿童伸张正义的现状。

二、温德舒特尔的论点

温舒特尔指出，“被偷走的一代”的支持者声称，有5万到10万名儿童被带走。^[10]温舒特尔表示，这个范围就是“被偷走的一代”潜在诉讼当事人的范围。他后来得出结论，与这个数字相反，估计的数字是8250人。^[11]无论数字是多少，温舒特尔都没有意识到，并非所有“被偷走的一代”成员都是潜在的诉讼当事人。有些人已经去世。有些人因年龄、疾病或残疾而丧失行为能力。还有些人并不知道自己是“被偷走的一代”的成员。^[12]他们可能不知道自己被带走，也不知道为什么被带走，也可能没有怀疑自己拥有原住民血统。这些人必须被排除在潜在的诉讼当事人之外。

温德舒特尔承认“被偷窃的一代”诉讼当事人面临一些潜在的不利因素和障碍，但他对此却鲜有关注。相反，他做出了一个推测性的价值判断，认为起诉的经济动机将超过任何不利因素。他提到了2007年唯一胜诉的“被偷窃的一代”诉讼当事人布鲁斯·特雷沃罗（Bruce Trevorro）获得的赔偿金，总额为52.5万美元，另加25万美元利息，^[13]并写道：“虽然法律诉讼确实是一个艰巨的过程，可能需要数年才能取得结果，但考虑到如此潜在的赔偿，对于真正的案件来说，这种努力显然是值得的。”^[14]他继续说道，考虑到潜在诉讼当事人的数量庞大，以及这些潜在诉讼当事人和律师“对该问题抱有不满意”的时间之长（超过25年），这一点尤其值得。^[15]温德舒特尔承认，人们担心法律体系中存在根深蒂固的种族主义和民族中心主义思想，但他得出结论，鉴于高等法院在**马博案**^[17]和**威克案**^[18]中做出的有利于原住民的裁决，这种说法“难以置信”^[16]。

总体而言，温德舒特尔的论点既不合逻辑，也不切实际。他声称，道德和社会错误（因种族原因强行将原住民儿童从其家庭中带走）并未发生，因为尚未通过成功的诉讼广泛认识到这些错误也是可获得赔偿的法律错误。他的论点不合逻辑，因为它试图以缺乏法律错误证据为由，来证明没有发生任何社会或道德错误。《带他们回家》^[19]和前总理陆克文在向“被偷走的一代”道歉时，都承认了社会或道德错误。^[20]道德上的错误在于，有关遣返的法律、政策和做法中存在种族主义，在于对待原住民儿童和非原住民儿童的不同方式，^[21]在于认为白人的育儿方法优于原住民，^[22]在于被盗儿童被安置在非原住民照顾者手中，他们的身份和文化遭到破坏。^[23]

温德舒特尔的论点也不符合实际。诉讼并不能准确评判历史。缺乏成功的诉讼不应被视为广义历史真相的证明。更具体地说，法院判决并不能反映构成历史的“普遍模式、原因和后果”。^[24]造成这种情况的原因与对抗制审判制度的性质密切相关。

提起诉讼的诉讼当事人有责任证明其指控符合必要的举证标准，在澳大利亚各地的民事司法管辖区，举证标准是基于概率权衡。这并非“不择手段地探求真相”。^[25]审判将根据程序和证据规则进行，并根据所诉理由所构建的相关性检验标准进行。如果申请人的案件败诉，可能意味着被投诉的行为并未违法。然而，这也可能意味着他们未能达到举证标准。

案件判决基于当事人提供（或同意）的证据。当事人应提供与其案件相关的证据。如果一方未能提供充分的证据来全面证明其案件，或未能有效地论证争议中的相关问题，则其将败诉。这并不意味着所指控的事件没有发生，尽管这是法院判决的法律效力。^[26]待证明的事实必须与诉讼事由相关，而非与澳大利亚原住民政策和实践背景更广泛相关的证据。^[27]

三、诉讼的障碍和不利因素

“被偷走的一代”理论的一些支持者和反对者的观点两极分化，往往缺乏平衡性^[28]，证据有时被说教式的、情绪化的语言和笼统的概括所掩盖。在下文中，作者无意证明或反驳“被偷走的一代”的存在，也无意就“被偷走的”或

“一代”等词语展开语言学辩论^[29]，或卷入“历史之争”^[30]，而是试图以平衡的视角看待这场辩论。

法律障碍

在克鲁格诉联邦案^[31]中，九名原住民诉讼当事人声称，据称授权将其中八人从儿童时期带走，以及将其中一人的孩子带走的立法违反宪法。^[32]他们还辩称，存在诉讼原因，使他们有权因违反明示和默示的宪法权利而获得损害赔偿。然而，高等法院接受了1918年北领地原住民法令的宪法有效性^[33]，因为根据宪法第122条，它属于联邦立法权范围内；^[34]它没有违反权力分立原则；^[35]它没有违反宪法第116条规定的宗教自由权；^[36]而且，它没有违反任何可能存在的迁徙和结社自由^[37]或平等^[38]的默示权利。法院还认为，违反宪法权利并不会引起侵权行为或合同之外的损害赔偿的新的诉因。^[39]

高等法院还驳回了有关该法令是为了种族灭绝或是为了摧毁某个种族群体而制定的主张，相反，法院认为该法令的意图是有益的。^[40]然而，多数法官并没有考虑宪法是否会以其他方式限制种族灭绝立法，^[41]这为未来的诉讼留下了空间。该裁决还为滥用该权力或类似权力而索赔的可能性留下了空间。^[42]首席大法官强调，必须根据当时的标准而不是当代的标准来判断滥用。^[43]困难在于，要证明驱逐是没有任何权力的，因为按照当时的标准是不合理的。^[44]这在Cubillo v The Commonwealth 案中得到了论证。^[45]但这并没有成功。^[46]

在Cubillo 案中，联邦法院考虑了与Kruger 案相同的立法，但申请人 Lorna Cubillo 和 Peter Gunner 声称，通过罢免他们，联邦政府（通过其代理人，土著事务总监）犯了疏忽、非法监禁和违反法定义务的侵权行为，以及违反了对申请人的信托义务。诉讼时效是申请人败诉的主要原因。在Cubillo 案中，法院认为延长诉讼时效并不公正合理，因为被告会因拖延而遭受损害。^[47]但是，法院允许审判继续进行，因为审判结束时将对延期申请作出正式裁定。^[48]因此，O'Loughlin 法官能够对诉讼原因是否得到证实作出正式裁定。在此过程中，法官裁定，无论是在立法中还是在土著事务主管及其他人员的管理中，都不存在不加区别地驱逐的政策或做法^[49]，也不存在种族灭绝的意图^[50]：

证据表明，在20世纪40年代和50年代，确实有人照顾过原住民。这些人认为他们这样做是为了孩子的最大利益。但后来的事实证明，他们错了。然而，他们可能是根据法定权力行事，或者，在这两起案件中，更准确的说法是，申请人未能证明他们超越了自身权力。^[51]

关于洛娜·库比略 (Lorna Cubillo) 一案，法院认定她对原住民事务局局长有表面证据证明其非法监禁，但联邦政府不承担替代责任。^[52]即使批准逾期诉讼，她的诉讼也会失败，因为她没有起诉适当的被告。彼得·冈纳 (Peter Gunner) 的母亲托普西 (Topsy) 被认定同意将他移走，因此任何非法侵入或非法监禁的索赔都不能成功。^[53]洛娜·库比略 (Lorna Cubillo) 和彼得·冈纳 (Peter Gunner) 都无法证明他们违反了法定义务。^[54]联邦政府对两位申请人均不负有普通法上的过失注意义务。^[55]法院认定，除非移走超出了权力范围（在本案中并非如此），否则局长在移走时不负有注意义务。^[56]法院裁定，一旦行使权力确保他们的安全和福祉，就会产生注意义务。^[57]在 Lorna Cubillo 的案件中，该义务并未被违反，但在 Peter Gunner 的案件中，该义务被违反。^[58]然而，该义务是由主任承担的，而主任并未被起诉，联邦政府也不承担替代责任。^[59]因此，两项过失诉讼均告失败。

在新南威尔士州，乔伊·威廉姆斯获准逾期进行诉讼^[60]，但她在1999年的实质性诉讼请求中败诉^[61]。根据1909年《新南威尔士州原住民保护法》，监护权并未从其母亲转移到原住民福利委员会，尽管她根据该法成为了“受监护人”。她关于非法侵入的诉讼请求失败，因为法院承认她的母亲同意将她安置在监护机构^[62]，而且这是根据委员会的法定权力进行的。^[63]她不承担任何可诉诸法律的义务^[64]，因为“该法的条款并非旨在赋予针对儿童福利立法的性质、范围和条款的侵权诉讼权利”。^[65]法官大人裁定，信托义务并未产生，但如果产生了，在当时情况下也并未违反，且所指称的损失并非由所谓的违反行为造成。^[66]不存在注意义务，^[67]因此，原告的过失索赔请求不成立。另一方面，法院认为，如果存在这样的义务，则并未违反，^[68]无论如何，损失并非由任何所谓的违反行为造成。^[69]法院拒绝设立新的注意义务类别的原因之一是，这样做可能会引发那些在政府照护下受到心

理伤害的人大量提起诉讼。^[70]另一个政策原因是，国家对其照护的儿童应尽的义务与父母应尽的义务并无不同。^[71]

在 *Williams* 案^[73]、*Cubillo* 案^[74] 和南澳大利亚州诉 *Lampard-Trevorrow* 案^[75] 中，有人提出因违反信托义务而获得赔偿的请求，但均以失败告终，主要理由是将儿童送交国家照料并不会产生那种非经济性质的违约行为可以导致损害赔偿的信托义务。^[76]

正如 *Rolfe J* 在 *Johnston* 案中延长时间申请中所总结的那样，疏忽索赔不会被排除在外^[77]，特别是考虑到过失法对于何时产生新的注意义务的规定比较混乱。^[78]南澳大利亚州诉 *Lampard-Treverrow* 案强调了这一点^[79]，在该案中，南澳大利亚州合议庭裁定对公职人员的疏忽和渎职行为给予赔偿。该案是南澳大利亚州对 *Trevorrow v South Australia (No. 5)* 案中 *Gray J* 的判决提起的上诉。^[80]1957 年圣诞节前后，1 岁的原告 *Bruce Trevorrow* 因肠胃炎被送往医院，但很快康复。1958 年 1 月 6 日，他被原住民部门带出医院，并被寄养在缺乏养父母经验的 *Davies* 夫妇手中。他的生母并未被告知，也没有同意。《原住民法》赋予了一些强制带离的权力，但在 1949 年，皇家检察官向总检察长提交了正式建议，称《1934-1939 年原住民法》第 7 条并未授权强制将原住民儿童从其父母身边带走。^[81]该建议被分发给内阁成员和原住民保护委员会（APB）。该建议于 1954 年得到确认。^[82]

原告在法庭上陈述，他患有严重的抑郁症和酗酒，导致他丧失了赚钱能力，并持续患有精神疾病。他从事庇护性工作，婚姻中饱受家庭暴力的折磨，他从未与子女亲近，也从未认同过自己的原住民文化。^[83]

南澳大利亚最高法院合议庭维持了初审法官的部分裁定，但推翻了其他裁定。^[84]合议庭裁定，原住民保护局或原住民部秘书长因未经同意将布鲁斯免职而构成公职人员渎职侵权行为，因为他们知道这超出了他们的权力范围，而且损害是可预见的。^[85]检方应承担替代责任。^[86]原住民保护局还对原告负有注意义务，避免因将布鲁斯从其母亲的照顾和接触中带走而造成伤害。^[87]与 *Cubillo* 案的判决不同，合议庭认为，无论原住民保护局是否拥有法定权力采取行动，他们都有义务履行这一义务。^[88]法院将实际父母的义务与原住民保护局等机构的义务区分开来，^[89]并驳回了有关此类义务可能会对儿童保护决策产生寒蝉效应的论点。^[90]

另一方面，合议庭在两个主要方面推翻了初审法官的裁定。首先，鉴于一个家庭照顾孩子的情况，不存在非法监禁。^[91]其次，尽管受托人义务可能存在，但在本案中并非如此。^[92]初审法官对因果关系的评估和损害赔偿裁决未受到质疑，^[93]但该案的先例价值在于它扩展了公共部门保护局（APB）的注意义务，并阐明了公职人员渎职的原则。在类似案件中，其他“被偷盗的一代”诉讼当事人也可能获得类似的成功。这在很大程度上取决于当事人在被驱逐时对驱逐后果的了解程度。^[94]

一些作者在司法过程中发现了无意识的种族主义。^[95]罗伯特·曼恩声称，奥洛林法官由于无意识的种族主义，没有正确解读驱逐政策的历史数据：

奥洛林大法官认为，那些将孩子与母亲、家人和社区分离的人自认为是在“为孩子的最大利益”行事，这一点他的观点是正确的。但他没有意识到，他们对“混血儿”最大利益的理解，在多大程度上是由一种不容置疑的种族主义假设所决定的。^[96]

侵权法和衡平法诉讼的失败，对司法部门提出了挑战，即“如何发展侵权法和衡平法原则，以承认因澳大利亚同化历史而产生的特定损害的责任”。^[97]人们希望澳大利亚法学能够摆脱源自英国法律概念的法律假设和概念，因为这些假设和概念缺乏澳大利亚殖民定居者背景下独有的历史现实。^[98]

另一些人则质疑司法制度的“救赎”作用。^[99]虽然种族歧视的指控或许有理有据，^[100]但这种行为，无论从道德还是法律角度来看，都必须以当时的标准来评判。出于类似的原因，种族灭绝的指控也不能成立，因为在罢免时种族灭绝并非普通法罪行。^[101]即使在 *特雷沃罗* 案中，公职人员渎职行为被证实，法院也接受了立法者和行政人员的善意，尽管以现行标准来评判，这种善意是被误导的。

B 证据障碍

“带他们回家”调查被批评为片面性，因为关于驱逐和收容待遇的证词并未在交叉质询中经过彻底分析和检验。

[102]这些证词也未被那些被指控犯有不法行为的人反驳或辩论。事实上，尽管委员会显然有权强制传唤证人出庭并出示文件，但调查并未向制定或执行涉嫌种族灭绝和歧视性法律和政策的人寻求证词。 [103]委员会并未就进一步调查或起诉任何受到刑事指控的政策制定者、立法者或行政人员提出任何建议。调查旨在为那些被驱逐和虐待的人提供一个讲述自身经历的机会，从而表达他们的悲伤和失落。以这种方式开展调查是经过深思熟虑的决定，基于委员们认为最有效地利用已分配资源的方式。 [105]尽管存在这些所谓的缺陷，但几乎可以肯定的是，这些目击者被带离的后果和经历确实如其所述。 [106]他们的苦难包括身份认同的丧失、文化的丧失、身体、性和情感虐待，以及随之而来的心理创伤、精神伤害和长期精神疾病，以及随之而来的个人和经济损失。在许多情况下，虐待是系统性的，孩子们在照料下要么没有好转 [107]，要么境况更糟，正如特雷沃罗所表明的那样。

然而，由于从被带走、虐待到诉讼之间存在时间差，任何原告都难以满足举证责任。原因之一是证人死亡或失踪，或记忆力衰退。另一个原因是缺乏书面证据。虽然许多原住民儿童被带走时没有文件来支持或解释被带走的原因 [108]，但缺乏记录并非原住民儿童独有的情况。 [109]

一种观点认为，如果政府的政策和做法明显带有种族主义和种族灭绝色彩，人们理应期待一些书面证据。否则，种族主义的指控就只是猜测而已。奥洛林法官驳斥了这种观点，他指出：

证据并不否认“被偷走的一代”的存在，也有一些证据表明，一些部分原住民血统的儿童违背父母意愿被送入机构。然而，我只能根据本案诉讼中提交给本法院的证据作出裁定；这些证据并不支持以下裁定：存在任何将部分原住民血统儿童带走的政策，例如申请人所指控的政策；如果与上述裁定相反，存在此类政策，则本案诉讼中的证据不足以证明该政策曾被理所当然地针对这些申请人实施。 [110]

任何记录通常都会支持机构的观点。种族主义推理通常不会明确表述为支持种族主义决策的理由， [111]政府记录很可能会包含“最佳利益”的驱逐理由。 [112]在这些困难中，最重要的是官方文件合法性的推定，这对Cubillo 案中的许多诉讼请求来说是致命的。 [113]这种证据推定使得法院能够在没有相反证据的情况下推定官方文件的正确性。

在威廉姆斯案和库比略案中，法院认定父母同意书有效，从而驳回了几个潜在的诉因，即非法侵入和非法监禁。在库比略案中，奥洛林法官在接受彼得·冈纳母亲的拇指印作为同意其带离的证据时，推定“一位尽职尽责、善意巡逻的警官能够向托普西这样的部落原住民解释这份文件的含义和效力，这并非难以想象”。 [114]

这样的假设 [115]忽略了“驱逐的社会和历史背景”，即澳大利亚原住民被视为不称职的决策者：

各州的相关法案都建立了控制澳大利亚原住民生活方方面面的体系。因此，人们推定澳大利亚原住民无能力对自己的生活做出决定。然而，人们认为，即使原住民无能力做出决定，也可以同意州政府对其子女进行监护。 [116]

口头传统是土著文化中主要的史学方法。尽管一些评论员认为法院倾向于使用书面证据，认为这是“帝国文化的重要组成部分”， [117]但这种批评忽视了普通法审判中传统上提供的证据的口头性质。 [118]一个更合理的担忧是，原住民证人与主流文化及其法律体系成员之间可能因语言、文化和沟通方式的差异而产生误解。 [119]这是一个真正潜在的不公正问题，必须运用语言学和社会学方法，对“被偷走的一代”案件中提供的证据进行进一步探讨。 [120]

C 程序障碍

被偷走的一代人成功诉讼的主要程序障碍是诉讼时效。^[121]如果诉讼时效已过，辩方援引诉讼时效，法律允许在公正合理的情况下延长诉讼时效。^[122]相关因素包括拖延的原因（包括被告对拖延的贡献程度）、被告因拖延而遭受的损害，以及所遭受损害的性质和据称造成损害的行为。如果拖延时间过长，即使是对拖延的合理且可以理解的解释，也无法消除被告遭受的不公正损害。^[123]

解释诉讼程序的拖延实在困难。如果直到 20 世纪 70 年代初，原住民儿童一直遭受着系统性的虐待和不法行为，那么第一份令状应该在 1994 年之前发出。^[124]我们应结合历史背景来看待这种拖延。“被偷走的一代”诉讼始于具有开创性的马博案判决之后。^[125]毫无疑问，在该判决之后，人们对司法系统在原住民土地权诉讼中如何处理法庭上的原住民原告的看法发生了变化。另一件大事是 1994 年在达尔文举行的题为“回家”的会议^[126]，超过 600 名被带走的儿童聚集在一起，讨论他们的经历和未来获得正义的前景。这次会议促成了全国调查和《带他们回家》报告的发布，该报告又促使总理道歉。这种势头可能激励了那些最终对政府采取法律行动的潜在诉讼当事人。

D 心理、社会经济和文化障碍

将原住民儿童从其家庭中带走，是在一个更广泛的社会不公的历史背景下发生的。殖民化以及随之而来的原住民权利的丧失，是导致澳大利亚原住民社会和经济状况恶劣（在许多情况下是其根源）的原因。^[127]这种不公与“被偷走的一代”的原住民身份及其与殖民者的关系息息相关。这可能抑制了一些人提起诉讼的能力或意愿：

他们的迁移以及随后的人生故事，都受到民族国家政策、实践和政治的影响。民族国家建立在剥夺、暴力和法律制度的基础上，剥夺了原住民享有非原住民澳大利亚人享有的基本权利。因此，原住民澳大利亚人在所有主要社会和经济指标（包括刑事司法、健康、教育、住房和就业）方面仍然处于极其不利的地位。^[128]

社会经济因素，包括高发病率的精神疾病、药物滥用、健康问题、较低的预期寿命和教育水平低下，仍然是原住民社区儿童保护中令人担忧的问题。^[129]

对一些人来说，作为被殖民者的一员提起诉讼也会对他们的心理产生影响^[130]，这在某种程度上解释了为什么诉讼很少。^[131]性虐待受害者拖延举报性犯罪的原因，与政府系统性种族主义行为导致的受害行为拖延举报或不举报，两者之间有着相似之处。这不仅适用于遭受性虐待的“被偷走的一代”，也适用于所有人，因为他们与将他们驱逐出境的政府之间的关系，以及随之而来的创伤和耻辱。^[132]受害者感受到的耻辱和羞辱会成为他们提起诉讼的强大情感障碍。^[133]如果受害者之前有过负面的法律经历，这种情况会更加严重。^[134]所有审理“被偷走的一代”诉讼的法院都承认驱逐对心理健康的严重影响，但仍需要更多研究。

法律诉讼也发生在先前存在的创伤，以及更广泛的历史和文化不平衡、殖民不公^[135]和“精神压迫”^[136]的背景下。所有这些都会对原住民有效提起诉讼、进行调解和最终进入诉讼的意愿和能力产生负面影响。它也可能产生不为公众所知的和解。例如，在联邦总检察长 2009 年的报告《联邦民事司法系统中司法救助战略框架》中，司法救助工作组指出：“澳大利亚原住民是最有可能对法律事件不采取行动的群体，他们占 50.9%，而非原住民的比例为 32%”。^[137]

温德舒特尔推测，法庭外有大批人权律师正伺机为“被偷盗的一代”成员提供无偿法律服务。他由此推测，诉讼费用并非“被偷盗的一代”在法庭上面临的重大障碍。一些律师可能自愿花时间准备并出庭。另一方面，评论员指出，“案件耗费了澳大利亚各地原住民组织的大量资源”。^[138]无论是过去还是未来，“被偷盗的一代”成员能否获得法律援助以及其费用如何，是一个需要彻底调查而非仅仅猜测的问题。

E 损害赔偿不足

诉讼当事人并非完全或主要受金钱驱使。奥洛林法官表示，他“驳斥了任何认为任何申请人都寻求诉讼金的说法”。^[139]有时，受害者认为金钱赔偿根本不足以弥补创伤，他们更需要治愈创伤，道歉并承认自己的痛苦才是

他们最需要的。^[140]赔偿和公开的司法辩护可以帮助受害者从创伤中恢复，并开始让受害者恢复到他们原本可能处于的状态，但正如阿特金森法官指出的那样，“最终，童年的丧失、家庭联系的丧失以及自我认同的丧失是无法弥补的”。^[141]此外，由于被带离的儿童无法与自己的子女建立有效的关系，因此无法就带离造成的代际影响提供补偿。^[142]

因果关系方面的难题也随之出现，因为法庭必须考虑遭受了何种伤害以及伤害发生的时间。伤害是由驱逐本身造成的，还是由照护期间或释放后遭受的虐待造成的？*Williams* 案强调了这一点。^[143]在 *Cubillo* 案中，O'Loughlin 法官将申请人遭受的损失和创伤归咎于驱逐——以及随之而来的文化、语言、家庭纽带和土地联系的丧失——原住民事务局长对此不承担责任，而不是归咎于他们在照护期间所遭受的待遇。^[144] *Trevorrow* 案采取了相反的做法，法庭承认驱逐是造成大部分损失的原因。Bruce Trevorrow 因人身伤害和损失获得了 45 万美元的赔偿金，其中包括丧失原住民文化。^[145]他还因非法监禁和渎职罪获得了 7.5 万美元的惩戒性赔偿金。^[146]然后他获得了 25 万美元的利息。^[147]此判决在上诉中并未受到质疑。直到 2007 年，法院才开始接受如此高的数字。

在 *Cubillo* 案中，O'Loughlin 大法官估算了名义损害赔偿金数额，包括文化损失金额，但由于原告未能减轻损失而减少了赔偿金数额^[148]，判给 Lorna Cubillo 110 000 美元加 16 800 美元利息，判给 Peter Gunner 125 000 美元加 19 800 美元。在 *Williams* 案中，Abadee 大法官估算了“或有”赔偿金数额^[149]，其中只有一半是一般损害赔偿金，另一半是过去经济损失的特殊损害赔偿金，为 100 000 美元加利息（未计算）。这些金额受到批评，被认为远远低于类似情况下对非原住民索赔人的判决^[150]，并且在 *Trevorrow* 案判决之前，不一定能提供足够的诉讼动机。

四、结论

缺乏诉讼并不能说明历史错误的存在。许多因素会影响当事人（尤其是“被偷走的一代”）提起诉讼并向法庭提交证据的意愿或能力。《带他们回家》报告承认了许多此类阻碍因素^[151]，并提议通过赔偿基金委员会进行赔偿。该报告以更全面的方式处理赔偿问题，例如包括承诺不再发生此类事件。

尽管关于种族灭绝的争论仍在继续，^[152]但法院接受了立法者和管理者的善意，尽管以现行标准来判断，这些意图是被误导的。虽然种族歧视的指控可能有道理，^[153]但这种行为必须以当时的标准来评判。直到 20 世纪 60 年代末，随着 1967 年原住民权利宪法公投，澳大利亚才发生了种族歧视的道德和法理革命，而更重要的是在 20 世纪 70 年代初，随着 1971 年原住民旗帜的设计、^[154]“多元文化主义”的诞生、非歧视性移民改革、1975 年《联邦种族歧视法》的颁布、^[155]以及 20 世纪 70 年代末新的《原住民儿童安置原则》的制定，种族歧视才发生了道德和法理革命。^[156]以现行标准评判“被偷走的一代”的遣返行动，对当时的行动者而言并不公平。如果标准发生变化，这种做法将使所有目前可接受的行为在未来面临不可预见的民事诉讼，甚至刑事指控。即使在《特雷沃罗》一书中，焦点仍然放在当时的标准上。^[157]然而，遣返行动越近，如果没有充分的非种族原因，就越难以被接受。

显然，“被偷盗的一代”诉讼存在法律障碍，但许多诉讼当事人都面临障碍。对“被偷盗的一代”成员进行赔偿，存在着强有力的道德论据。^[158]然而，未来需要思考的问题是，实现赔偿的法律障碍是系统性的，还是“被偷盗的一代”案件的固有性质所致，以及这些情况是否需要未来的司法或立法干预。这些问题亟待解答。

[*] 法学学士（荣誉）法学硕士；维多利亚州律师，莫纳什大学法学院兼职学者。他执业领域包括家庭法、刑法和儿童法庭，目前是法律与心理健康促进中心的法学博士（SJD）候选人。作者感谢 Paula Gerber 对本文早期版本的评论。

[1] AO Neville，西澳大利亚州原住民首席保护者（1931 年 10 月 21 日），引自 Dorris Pilkington 著《沿着防兔篱笆走》（昆士兰大学出版社，1996 年），第 126 页。

[2] Anna Haebich, 《破碎的圈子：1800-2000 年破碎的土著家庭》（弗里曼特尔艺术中心出版社，2000 年）第 130 页。

[3]例如，参见澳大利亚人权与平等机会委员会，《关于原住民和托雷斯海峡岛民儿童与其家庭分离的国家调查》，载《带他们回家》（1997年）第217页，“两个广泛的时期”（简称“带他们回家”）。委员会从未使用过“被偷走的一代”一词。该标签由历史学家彼得·里德于1981年提出，指的是澳大利亚原住民儿童中一个更为有限的群体，发表于《被偷走的一代：1883年至1969年新南威尔士州原住民儿童的迁移》（新南威尔士州原住民事务部，第6^版，2007年）。

[4]例如，请参阅 Keith Windschuttle 中的讨论。《原住民历史的捏造》第 3 卷：被偷走的一代 1881-2008 (Macleay Press, 2009) 第 13 章。将此与罗伯特·曼恩 (Robert Manne) 的批评《评论》(2010) 53 *The Monthly* 8 和 Keith Windschuttle 的回应《曼恩回避了真正的辩论》(2010) 54(5) *Quadrant* 60 进行对比。另请参阅澳大利亚广播公司，《学术界争论被偷走的一代报告的内容》7:30 报道，2001 年 3 月 29 日，< <http://www.abc.net.au/7.30/stories/s268644.htm> > Ron Brunton, 《背叛受害者：被偷走的一代报告》(1998) 10(1) *IPA Background* 4; Robert Manne, 《否认：被偷走的一代与权利》，季刊第一期 (Black Inc, 2001 年) ; D Perry, 《揭露温德舒特尔对历史的善意解读》，*Crikey* (2008 年 2 月 12 日) < <http://www.crikey.com.au/2008/02/12/debunking-windschuttles-benign-interpretation-of-history/> > Peter Read, 《别让事实破坏这场运动》，《澳大利亚人报》(悉尼)，2008 年 2 月 18 日；Roslyn Atkinson 法官，《否认与损失：将澳大利亚土著儿童从其家庭中带走》[2005] QUTLawJJ1 4; (2005) 5 (1) *昆士兰科技大学法律与司法期刊* 71、73。

[5]主要争议在于所谓的种族灭绝或种族意图，即消灭原住民身份。罗纳德·威尔逊爵士承认，他不应该在《带他们回家》中使用“种族灭绝”一词，因为它过于关注驱逐的意图，而不是后果：帕特里克·卡利昂，《善意的谎言》，《悉尼公报》，2001年6月12日，第26-30、27页。

[6] 《带他们回家》，上文注3，231。

[7]同上第 241 页。

[8] Windschuttle，上文注4、17。

[9]同上，第 571 页。

[10]同上。前总理陆克文在向“被偷走的一代”道歉时，引用了 1910 年至 1970 年间“多达 50,000 人”的数据：英联邦，议会辩论，众议院，2008 年 2 月 13 日，第 169 页（陆克文，总理）。

[11] Windschuttle，上文注4，617，表13.1。他将5万到10万之间的数字确定为潜在诉讼当事人的范围，这似乎有些不诚实，但在下一章中，他估计被盗儿童的实际数量还不到这个较高数字的10%。

[12] Colin Bourke 和 Bill Edwards, 《家庭与亲属关系》，载 Colin Bourke、Eleanor Bourke 和 Bill Edwards 编，《澳大利亚原住民》（昆士兰大学出版社，第 2^版，1994 年）第 100、101-102 页。

[13]事实上，该款项是代替利息支付的。参见关于费用和利息的判决：Trevorrow诉南澳大利亚州（第6号）[2008] SASC 4 (2008年2月1日) (Gray法官) (“Trevorrow”)。

[14] Windschuttle，上文注4，571。

[15]同上，第 572 页。

[16]同上。

[17] *Mabo 诉昆士兰案* (第 2 号) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 (“马博”)。

[18] *Wik Peoples 诉昆士兰州* (1996年) 187 CLR 1。

[19] 例如，请参阅上文引自《带他们回家》第 3 号脚注，第 241 页。

[20] 联邦议会辩论，众议院，2008年2月13日（陆克文，总理）第167页。尤其在第170页，总理提及了法律和授权立法赋予的权力，这些权力使得基于种族的儿童迁移合法化。总理称，正是这些法律“使得被偷走的一代成为可能”。

[21] Antonio Buti, 《将土著儿童从家庭中驱逐：诉讼之路》(1998 年), 《西澳大利亚大学法律评论》第 203 页、第 206 页。

[22] Bourke 和 Edwards, 上文注 12、114–116。

[23] Julie Cassidy, 《Cubillo 和 Gunner 诉英联邦：对被偷走的一代的否定》[2003] GriffLawRw 5; (2003) 12 (1) 格里菲斯法律评论114, 124–5。

[24] Pam O'Connor, 《审判历史：Cubillo 和 Gunner 诉澳大利亚联邦》[2001] AltLawJl 7; (2001) 26 (1) 《另类法律杂志》27、30; Rosanne Kennedy, 《被偷走的一代人的证词：创伤、史学与“真相”问题》(2001) 25 《原住民历史》116; Chris Cunneen 和 Julia Grix, 《被偷走的一代人案件中诉讼的局限性》(澳大利亚原住民和托雷斯海峡岛民研究中心, 2004) 26。

[25] *Whitehorn 诉 R* [1983] HCA 42; (1983) 152 CLR 657, [33] (Dawson 法官), 在 *R 诉 Apostilides* [1984] HCA 38; (1984) 154 CLR 563, [15]一案中，高等法院五名法官联合判决批准了这一判决。

[26] Atkinson, 上文注 4, 87。

[27] O'Loughlin 大法官在 *Cubillo 诉 Commonwealth (No 2)* [2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1, 41 中承认了这一点。另请参阅 Merkel 大法官在 *Nulyarimma 诉 Thompson* [1999] FCA 1192; (1999) 96 FCR 153 第 173-174 页中的评论，该评论被 *Cubillo* [2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1, 34 引用。另一方面，法院经常通过承认争议领域的新义务或认可普通法在特定方向的发展来伸张正义。从这种意义上承认一项新义务的选择可以看作是一种政治的、立法的选择。

[28] Richard Broome, 《澳大利亚原住民：1788 年以来的历史》(Allen and Unwin, 第 4^版, 2010 年), 第 311 页。

[29] 同上。

[30] 同上第 316 页。

[31] *Kruger 诉 Commonwealth* [1997] HCA 27; (1997) 190 CLR 1 (“Kruger”)。

[32] 1925 年至 1949 年间，根据 1918 年北领地原住民法令 (NT)，原住民首席保护官（后来的土著事务主管）在北领地执行了这些迁移任务。该法令允许首席保护官在其认为符合原住民利益的情况下对原住民进行照顾、监护或控制（第 6 条），并使其成为每一位原住民和每一位“混血儿”的法定监护人，后来成为所有原住民的法定监护人（第 7 条）。首席保护官有权将任何原住民或“混血儿”迁移到原住民保留地或机构，并将其留在那里（第 16 条）。根据该法令制定的规章（第 67 条），所有保护官都被赋予了类似的权力。

[33] 该法令后被 1953 年《新界福利条例》取代，但于 1957 年 5 月废除。

[34] *Kruger* [1997] HCA 27; (1997) 190 CLR 1, 41 (Brennan CJ), 53 (Dawson J), 79 (Toohey J), 104 (Gaudron J), 141 (McHugh J), 161 (Gummow J)。

[35]同上，第 45 页 (Brennan 首席法官)、第 62 页 (Dawson 法官)、第 85 页 (Toohey 法官)、第 111 页 (Gaudron 法官)、第 144 页 (McHugh 法官)、第 162 页 (Gummow 法官)。Brennan 首席法官、Dawson 法官和 McHugh 法官认为该原则不适用于北领地。Toohey 法官、Gummow 法官和 Gaudron 法官认为该原则适用但并未违反，因为该法律并未赋予司法权，而是为了原住民的福祉而赋予行政权。

[36]同上，第 40 页 (Brennan 首席法官)、第 87 页 (Toohey 法官)、第 176 页 (Gummow 法官)。Dawson、McHugh 和 Gaudron 法官并未就此问题作出裁决，但 Dawson 法官在 60 比 1 的判决中表示，如果第 116 条适用，法官会同意 Gummow 法官的观点，认为该条款在当时情况下并未违反。McHugh 法官也同意 Dawson 法官的观点。

[37]同上，第 45 页 (Brennan 首席法官)，第 70 页 (Dawson 法官)，第 142 页 (McHugh 法官) 和第 157 页 (Gummow 法官)。Toohey 法官 (第 93 页) 认为，立法受到此类权利的限制，但鉴于 *Kruger* 案的论证方式，此类裁定在审判前无法做出。Gaudron 法官 (第 130 页) 认为，由于违反了该权利，该条例的部分内容无效。

[38]同上，第 44–5 页 (Brennan 首席法官)，第 68 页 (Dawson 法官)，第 114 页 (Gaudron 法官)，第 155 页 (Gummow 法官)。Toohey 法官在第 97 页对此问题未作解答。McHugh 法官对此保持沉默。

[39]同上，第 46 页 (Brennan 首席法官)，第 93 页 (Toohey 法官)，第 125–126 页 (Gaudron 法官)。Dawson 和 McHugh 法官无需对此点作出裁定。Gummow 法官在第 148 页认为，提出新的诉因存在挑战，但也拒绝对此作出裁定。(没有法官提及衡平法上的主张的可能性。)

[40]同上，70-1 (Dawson J)，88 (Toohey J)，107 (Gaudron J)，144 (McHugh J)，158-189 (Gummow J)。

[41]然而，Dawson 法官认为北领地并不享有此类默示自由：同上，第 72-3 页。相反，Gaudron 法官在第 107 页指出了这样一种可能性，尽管并未决定要点，即宪法第 122 条授予的立法权并不“[授权](#)严重侵犯人权和尊严，违反既定的普通法原则”。

[42] *Kruger* [1997] HCA 27; (1997) 190 CLR 1,36 (Brennan CJ)。

[43]同上，第 36–7 页 (Brennan 首席法官)。另请参阅第 52–3 页 (Dawson 法官)。

[44] M Schaeffer, 《克鲁格和布雷案之后被偷走的一代》 [1998], 《新南威尔士大学法律杂志》第 23 卷; (1998) 21(1), 《新南威尔士大学法律杂志》第 247 页。

[45] *Cubillo* 诉 *The Commonwealth* [第2号] [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 (“*Cubillo*”)。该裁决中一些有利于申请人的方面在上诉中被推翻，但所有不利的裁定均被维持：*Cubillo* 诉 *The Commonwealth* [2001] FCA 1213 ; (2001) 112 FCR 455 (合议庭)。

[46]同上，第 362–3 页。该案是北领地 2000 多名潜在申请人的试点案例：Mark Champion, 《后克鲁格时代：被偷走的一代人该何去何从？》 [1998] IndigLawB 45; (1998) 4(12) 《原住民法律公报》9。

[47]同上第 443–5 页。

[48] *Cubillo* 诉 *The Commonwealth* [1999] FCA 518 ; (1999) 89 FCR 528 (O'Loughlin 法官，简易驳回申请)。

[49]同上第 103–8 页；第 358 页。

[50]同上，第 408 页。对于申请人来说，这是结果，而不是目的。

[51]同上第 483 页。

[52]同上第 358–60 页。

[53]有关父母同意的内容，请参阅下文[第三部分 B 部分（证据障碍）](#)。

[54]同上第 367–8 页。

[55]同上第 369 页。

[56]同上第 397 页。

[57]同上。

[58]同上。

[59]同上。

[60]参见 *Williams 诉部长案*，《1983 年原住民土地权利法案》[第 1 号] (1994 年) 35 NSWLR 497。

[61] *威廉姆斯诉部长*，1983 年原住民土地权利法案 [第 2 号] [1999] NSWSC 843； (1999) 25 Fam LR 86 (“威廉姆斯”)。

[62]虽然法院在[5]中得出结论，认为威廉姆斯不是“被偷走的一代”的成员，因为她的母亲要求将她移除，但此案的情况与“被偷走的一代”的成员有关。

[63]同上[672]–[764]。

[64]同上[675]–[694]。

[65] Cunneen 和 Grix，上文注 24、15。

[66] *Williams* [1999] NSWSC 843； (1999) 25 Fam LR 86，[695]–[756]。

[67]同上[757]–[824]。

[68]同上[825]–[845]。

[69]同上[846]–[865]。

[70]同上[786]。上诉法院也强调了这一点：*Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* [No 3] (2000) Aust Torts Reports 81-578，[162]。

[71] *Williams* [1999] NSWSC 843； (1999) 25 Fam LR 86，[820]–[823]。

[72]这一诉讼原因的可能性很早就被指出：Paul Batley，“国家对被偷走儿童的信托责任” [1996] AUJIHRights 3； (1996) 2(2) *澳大利亚人权杂志* 177； Buti，上文注 21、210-215； Melissa Abrahams，“律师对被偷走的一代运用信托责任的看法” [1998] UNSWLawJl 18； (1998) 21(1) *新南威尔士大学法律杂志* 213； Tim Hammond，““被偷走的一代”——寻找信托责任” (1998) 5(2) *默多克大学电子法律杂志* 14； Amanda Jones，《国家与被偷走的一代：承认受托人责任》 [2002] MonashULawRw 3； (2002) 28(1)，《莫纳什大学法律评论》 59。在延长诉讼时效的申请中，Rolfe J 在 *Johnston 诉社区服务部* [1999] NSWSC 1156 (1999 年 12 月 2 日) [136] (简称“*Johnston*”) 一案中裁定，案件情况可能导致未来因违反受托人责任而产生赔偿。然而，Gray J 在 *Treverrow* [2008] SASC 4 (2008 年 2 月 1 日) 一案中在一审中作出的支持该诉因的裁决在上诉中被推翻。

[73] [1999] NSWSC 843； (1999) 25 Fam LR 86，[733] 但也有[755]，尽管那里的推理是基于懈怠（因拖延和偏见）是一种很好的辩护，无论是否存在受托责任。

[74] [2000] FCA 1084； (2000) 103 FCR 1，408-9。

[75] 南澳大利亚州诉 *Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (2010 年 3 月 22 日) [342]。

[76] 与“被偷窃的一代”诉讼相关的是“被偷窃的工资”调查和诉讼，其中违反信托责任的行为被指控具有金钱性质：澳大利亚议会法律和宪法事务参议院常设委员会，《未竟的事业：原住民被偷窃的工资》，(2006) 123–6；罗莎琳德·基德，《受托人受审：追回被偷窃的工资》（原住民研究出版社，2006 年）；萨努什卡·穆达利亚尔，“被偷窃的工资和信托责任——对昆士兰州政府对原住民工人问责的法律分析” [2003] AUIndigLawRpr 33；(2003) 8(3)《澳大利亚原住民法律报道》1。

[77] [1999] NSWSC 1156, [200]. 但该事项尚未作出最终裁决。

[78] James Plunkett, 《谨慎处理疏忽》(2010) 86(5), 《法律研究所期刊》第 38 期。

[79] [2010] SASC 56 (2010 年 3 月 22 日)。

[80] [2007] SASC 285; (2007) 98 SASR 136。

[81] 同上[40]。

[82] 同上[47]。

[83] 同上[572]–[582]。

[84] 南澳大利亚州诉 *Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (2010 年 3 月 22 日)。

[85] 同上[266]。

[86] 同上[275]。

[87] 同上[409]。

[88] 同上。

[89] 同上[388]。

[90] 同上[283]。

[91] 同上[307]。

[92] 同上[335]–[342]。

[93] 同上[276]。

[94] 同上[401]。另请参阅上文注 87。

[95] Robert Manne, “奥洛林大法官看不到的东西”，载罗伯特·曼恩著《左，右，左：1977–2005 年政治论文集》（Black Inc, 2005 年）第 207 页、第 215 页；Janet Ransley 和 Elena Marchetti, “澳大利亚法律中隐藏的白人特征” [2001 年] GriffLawRw 9 页；(2001 年) 第 10 页《格里菲斯法律评论》139 页；Trish Luker, “和解话语中的“后殖民化”健忘症：法律对被偷走的一代作出回应的空白” (2005 年) 第 22 页《澳大利亚女权主义法律杂志》67 页；Elena Marchetti 和 Janet Ransley, “无意识的种族主义：审视“被偷走的一代”案件中的司法推理” (2005) 14(4) 社会与法律研究 533、542–547；Alisoun Neville, “Cubillo 诉英联邦：文本分类与排斥的暴力” [2005] MqLawJl 3；(2005) 5 麦考瑞法律杂志 31。

[96] Manne, 《奥洛林大法官看不见的东西》，上文注 95、207、215。

[97] Cunneen 和 Grix, 上文注 24、5。

[98] Ann Curthoys、Ann Genovese 和 Alexander Reilly, 《权利与救赎：历史、法律和土著人民》(新南威尔士大学出版社, 2008 年) 第 135 页; Simon Young, 《漫漫回家路》[1998] UQLawJl 4; (1998) 20(1) 昆士兰大学法律杂志70, 85页。在《马博案》之前, 原住民所有权也经历了同样的发展或转变, 例如 *Milirrpum v Nabalco* (1971) 17 FLR 141和 *Coe v The Commonwealth* [1979] HCA 68; (1979) 53 ALJR 403。

[99] Heather McRae 等人, 土著法律问题, 评论和材料(Lawbook Co, 第 4 版, 2009 年) [11.390]。

[100] Larissa Behrendt、Chris Cunneen 和 Terri Libesman, 《澳大利亚原住民法律关系》(牛津大学出版社, 2009 年) 第 246–7 页。

[101] *Nulyarimma诉Thompson* [1999] FCA 1192; (1999) 96 FCR 153; *Buzzacott诉Hill* [1999] FCA 639; Douglas Guilfoyle, “*Nulyarimma 诉Thompson*: 在澳大利亚, 种族灭绝在普通法中是一种犯罪吗?” [2001] *FedLawRw* 1; (2001) 29联邦法律评论1; David Markovich, “种族灭绝, 一种任何盎格鲁-撒克逊国家都不会犯的罪行” (2003) 10(3)默多克大学电子法律杂志27。

[102] Carlyon, 上文注 5。

[103] 同上。

[104] 1986年《澳大利亚人权与平等机会委员会法案》(联邦法案) 第21条。该法案于2009年更名为1986年《澳大利亚人权委员会法案》(联邦法案)。此类调查应属于本调查的职权范围: 《带他们回家》(*Bringing Them Home*), 上文注3, 2-3。

[105] 参见罗纳德·威尔逊爵士在 Carlyon 的采访, 上文注 5、27。他提出的援助和进一步资源的温和请求遭到拒绝: Manne, 《否认: 被偷走的一代与右翼》, 上文注 5、74–5。

[106] 除了《带他们回家》之外, 澳大利亚还有几项调查和报告也对被带离家庭的儿童的待遇进行了调查: 参见澳大利亚议会参议院社区事务参考委员会, 《被遗忘的澳大利亚人: 关于儿童时期经历过机构内或家庭外照顾的澳大利亚人的报告》(2004 年); Leneen Forde, 《昆士兰机构虐待儿童调查委员会》(1999 年) (“Forde 调查”); 澳大利亚议会参议院社区事务参考委员会, 《失去的无辜者。纠正记录: 儿童移民报告》(2001 年); Rex Wild 和 Patricia Anderson, 《保护土著儿童免遭性虐待调查委员会》, 《孩子是神圣的报告》, 北领地政府 (2007 年); EP Mulligan, 《州内照顾儿童委员会调查: 性虐待和因刑事不当行为导致死亡的指控》(2008 年); 最近, 维多利亚州监察员主动对儿童保护进行调查——家庭外照护 (2010 年); 塔斯马尼亚州监察员“倾听孩子的声音”对儿童时期接受国家照护的成年人虐待指控的审查 (2004 年)。

[107] Atkinson, 上文注 4、81–3。

[108] 阅读上文第 3 号注释。

[109] 例如, 请参阅昆士兰州政府的《缺失的部分: 协助儿童机构前居民获取记录的信息》(2001 年)。

[110] 库比洛 [2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1, 358。

[111] Behrendt、Cunneen 和 Libesman, n 100 以上, 246–7

[112] Cunneen 和 Grix, 上文注 24, 24。另请参阅 *Cubillo* [2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1, 390, 尽管其在某些方面存在争议: Cunneen 和 Grix, 上文注 24, 18–19。

[113] 库比洛 [2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1, 357。

[114] 同上第 245–6 页。

[115] 尽管在 *Williams* [1999] NSWSC 843; (1999) 25 Fam LR 86 一案中, 原告也承认了这一点。

[116] Atkinson, 上文注 4、81。另见 Cunneen 和 Grix, 上文注 24、24。这项立法列于 McRae, 上文注 99, [1.310]。

[117] Cunneen 和 Grix, 上文注 24、23。

[118] *Butera* 诉 *Director of Public Prosecutions (Vic)* [1987] HCA 58 ; (1987) 164 CLR 180 ; *Gately* 诉 *The Queen* [2007] HCA 55 ; (2007) 232 CLR 208。另请参阅 John Langbein, 《对抗式刑事审判的起源》(牛津大学出版社, 2003年)。

[119] Diana Eades, 昆士兰州司法部, 《法庭上的原住民英语: 手册》, (2000 年)。

[120] 例如请参阅 Diana Eades 著《法庭谈话与新殖民主义控制》(Mouton de Gruyter, 2008 年) 中讨论的沟通不畅及其影响。

[121] 公平的懈怠原则类似地适用于违反信托义务的索赔。

[122] 有关一般政策考虑的讨论, 例如可参阅昆士兰州法律改革委员会, 《1974 年诉讼时效法 (昆士兰州) 检讨报告书第 53 号 (1998 年)》第 2 章。另请参阅第 155 页, 其中委员会审议了针对“被偷窃的一代”独有的任何合理例外限制, 并得出结论, 此类诉讼当事人应与其他诉讼当事人处于相同的地位。

[123] 在 *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act [No 1]* (1994) 35 NSWLR 497 一案中, 新南威尔士州上诉法院批准 Joy Williams 提起诉讼; 在 *Johnson* [1999] NSWSC 1156 ; [2000] 一案中, 新南威尔士州最高法院批准 Christopher Johnson。其他一些法官未能胜诉: Lorna Cubillo 和 Peter Gunner 在 *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 443–8 一案中, 尤其考虑到联邦将因无法获得证人和文件而遭受损害。

[124] 第一份令状的申请人是乔伊·威廉姆斯 (Joy Williams), 她于 1993 年通过动议通知寻求准许其逾期提交令状。她的申请在一审中被驳回, 但上诉至新南威尔士州上诉法院后获准: 威廉姆斯诉部长, 《1983 年原住民土地权利法》(未报告, 新南威尔士州最高法院, Studdert 法官, 1993 年 8 月 25 日); 威廉姆斯诉部长, 《1983 年原住民土地权利法》[第 1 号] (1994) 35 NSWLR 497 (新南威尔士州上诉法院)。她的实质性诉讼请求随后败诉。详见上文第一部分。

[125] 马博 [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1。

[126] Jacqui Katona 和 Chips Mackinolty 编, 《漫漫回家路: 回家会议》(Karu 原住民儿童保育机构, 1996 年)。

[127] Broome, 上文注 28、51–3。

[128] Cunneen 和 Grix, 上文注 24, 第 3 页。

[129] Janet Stanley、Adam Tomison 和 Julian Pocock, 《澳大利亚原住民社区中的虐待和忽视儿童现象》(《国家儿童保护信息交换所问题》, 第 19 期, 澳大利亚家庭研究所, 2003 年春季)。

[130] 例如, 请参阅 Albert Memmi 著《殖民者与被殖民者》(Howard Greenfeld 译, Beacon Press, 1967 年) 第 120–1 页的讨论, 其中他提到了被殖民者的羞耻和自我憎恨。

[131] Larissa Behrendt 和 Loretta Kelly, 《解决土著争端: 土地冲突及其他》(联邦出版社, 2008 年) 第 97–100 页。

[132] *Carter v Co of the Sisters of Mercy of Diocese Rockhampton & Ors* [2001] QCA 335 (2001 年 8 月 28 日); *R v ERJ* [2010] VSCA 61 (2010 年 3 月 29 日) [51]。另请参阅 Annette Marfording, 《儿童性虐待幸存者获得司法公正的途径》(1997) 5(2) 《侵权法杂志》 221; 昆士兰法律改革委员会, 上文注 121, 第 14 章《儿童

性虐待幸存者》；Ben Mathews, 《诉讼时效与儿童性虐待案件：法律、心理学、时间和正义》(2003) 11 《侵权法杂志》 218, 1.1。

[133] Cunneen 和 Grix, 上文注 24、30。

[134] Haebich, 上文注2, 601。事实上, 人们已认识到, 在某些情况下, 成为“被偷走的一代”可以减轻罪犯的道德罪责: Richard Edney, 《被偷走的一代与原住民罪犯的量刑》[2003] IndigLawB 16; (2003) 5(23), 《原住民法律公报》10。

[135] Behrendt 和 Kelly, 上文注 130, 第 73–85 页。另请参阅美国国家替代性争议解决咨询委员会 (NADRAC), 《原住民争议解决与冲突管理》(NADRAC, 2006), 第 16 页。

[136] Stanley, Tomison 和 Pocock, 上文注 128、12–13。

[137] 联邦司法部司法救助工作组, 《联邦民事司法体系司法救助战略框架》(堪培拉联邦政府, 2009 年), 第 20 页。

[138] Cunneen 和 Grix, 上文注 24、37。

[139] 库比洛[2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1, 483。

[140] Linda Popic, 《补偿加拿大被偷走的一代》[2008] IndigLawB 4; (2008) 7(2) 《原住民法律公报》14。

[141] Atkinson, 上文注 4、87。

[142] JA De Maio 等人, 《西澳大利亚原住民儿童健康调查: 衡量原住民儿童的社会与情感健康以及强制分离的代际影响》(科廷科技大学和 Telethon 儿童健康研究所, 2005 年); Chis Cunneen 和 Terry Libesman, 《被移除与丢弃: 被偷走的一代人的当代遗产》[2002] AUIndigLawRpr 55; (2002) 7(4) 《澳大利亚原住民法律报道》1。

[143] Williams (1999) 125 Fam LR 86, [846]–[865]。上诉法院也强调了这一困难: Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983 (2000) Aust Torts Reports 81-578, [157]–[158]。

[144] Cubillo [2000] FCA 1084; (2000) 103 FCR 1,388。Valerie Linow 首次向新南威尔士州犯罪受害者赔偿法庭提出申请, 要求赔偿她在离开家人、被送进收容机构后遭受性侵犯而造成的损失, 也得到了类似的结果: 参见 Christine Forster, “被偷走的一代与受害者赔偿法庭: 将原住民身份“写入”到“写出”性侵犯赔偿权利中”[2002] UNSWLawJl 7; (2002) 25(1)新南威尔士大学法律杂志185, 191-2; Alexis Goodstone, “被偷走的一代在受害者赔偿法庭上的胜利”[2003] IndigLawB 6; (2003) 5 (22) 《土著法律公报》10。

[145] Trevorrow诉南澳大利亚州 (第 5 号) [2007] SASC 285; (2007) 98 SASR 136、387、393。

[146] 同上第 393 页。

[147] Trevorrow [2008] SASC 4 (2008年2月1日)。另请参阅上文第13号脚注。

[148] 库比洛[2000] FCA 1084; [2000] 103 FCR 1, 474–9。

[149] Williams (1999) 125 Fam LR 86, [867]–[1038]。

[150] Cunneen 和 Grix, 上文注 24、21。

[151] 《带他们回家》, 上文注3, 264。

[152] *Nulyarimma 诉 Thompson* [1999] FCA 1192; (1999) 96 FCR 153; *Buzzacott 诉 Hill* [1999] FCA 639 (1999 年 5 月 10 日); Guilfoyle, 上文注 101; Robert van Krieken, “同化是否可由法院裁决? *Lorna Cubillo 和 Peter Gunner 诉联邦*” [2001] SydLawRw 10; (2001) 23 悉尼法律评论 239; Markovich, 上文注 101; Shirleene Robinson 和 Jessica Paten, “种族灭绝和原住民儿童迁移问题: 澳大利亚殖民地背景” (2008) 10(4) 《种族灭绝研究杂志》 501; Robert van Krieken, 《重新审视文化灭绝》 (2008) 12 《澳大利亚土著法律记者》 76; Julie Cassidy, 《无益且不恰当? : 种族灭绝与被偷走的一代问题》 (2009) 13 (1) 《澳大利亚土著法律记者》 114。

[153] Behrendt、Cunneen 和 Libesman, n 100 以上, 246–7。

[154] 由原住民长老哈罗德·托马斯设计的澳大利亚原住民旗帜于 1971 年首次飘扬, 并根据 1953 年《联邦国旗法》被指定为澳大利亚国旗, 当时总督于 1995 年 7 月宣布其为澳大利亚国旗: 澳大利亚联邦, 公报, 第 S259 号 (1995 年)。

[155] 该立法规定, 在某些情况下, 基于种族、肤色、血统或民族或族裔出身而歧视他人属于违法行为 (第 9 条), 并对联邦和各州具有约束力 (第 6 条)。

[156] Richard Chisholm, 《原住民儿童的安置: 法律的改变》 [1998] UNSWLawJl 19; (1998) 21(1) 新南威尔士大学法律期刊 208。

[157] 南澳大利亚诉 *Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (2010 年 3 月 22 日), [389]。

[158] Behrendt、Cunneen 和 Libesman, n 100 以上, 44-46。