

南部非洲混合法域的形成与发展*

夏新华 刘 星

内容提要:混合法域指的是为混合法律体系所支配的区域。殖民前的南部非洲普遍适用习惯法。殖民者的入侵首先在南非实现了罗马—荷兰法与英国法的并存,使其法律带上了混合的色彩。南非法的辐射又使其周边5个国家的法律体系均呈现出混合特性。南部非洲混合法域的形成是多种因素共同作用的结果,相比其他地区其法律体系具有许多独特之处。

关键词:南部非洲 混合 法律体系

夏新华,湘潭大学法学院教授。

刘星,湖南省法学研究基地助理研究员,湘潭市岳塘区人民检察院助理检察员。

一 问题的提出

混合法律体系、混合法域理论是随着比较法学的发展而出现的。当时的比较法学家发现,根据现有的法系划分方式,世界各国的法律体系除了分属大陆法和英美法之外,他们无法准确地将南非、魁北克、苏格兰等国家或地区归入已有的任何一种法系,严格地讲,这些地区的法律更多地体现出一种混合性。1907年,加拿大麦吉尔大学罗马法客座教授沃尔顿(Frederick Parker Walton)第一次对混合法律体系进行了定义,从此拉开了混合法律体系理论研究的序幕。此后的几十年里,学者们对于混合法律体系的研究虽然不断发展,但影响却十分有限。随着1993年欧洲联盟的正式诞生,建立欧洲联盟法的实践掀起了学界对混合法律体系研究的高潮,欧美法学界为此多次召开国际研讨会。^[1]有关混合法律体系、混合法域的研究现已成为比较法学界的热点之一。^[2]

混合法律体系存在广义和狭义之分。广义的混合法律体系是指由两种或两种以上法律传统或法系的成分所构成的法律体系;狭义的混合法律体系则专指由民法法系和普通法系相混合构成的法律体系。而混合法域指的是为混合法律体系所支配的区域。依此定义,以下国家或地区可以归入混合法域:苏格兰、波多黎各、南非、津巴布韦、纳米比亚、博茨瓦纳、莱索托、斯威士兰、毛里求斯、路易斯安那、魁北克等。

* 本文为国家社科基金项目《非洲法律文化史》(编号:06BFX009)的阶段性成果。

[1] 会议内容请参见夏新华、刘星:《混合法国际研讨会述评》,《中国政法大学学报》2008年第1期。

[2] 详见夏新华:《混合法系研究的前沿——兼论中国法学家的理论贡献》,《湘潭大学学报》2008年第3期。

纵观非洲法律文化的发展演变,不难看出,非洲大陆的法律类型发展到今天,总体趋势是走向一种混合法文化类型。在整体上,非洲的混合法域可以划分为北部非洲混合法域、黑非洲(撒哈拉以南非洲)混合法域和南部非洲混合法域三大区域。在北部非洲混合法区域,以伊斯兰教法为基础,兼采了西方法,非洲原始习惯法少量存在是这一区域的主要特色。在黑非洲混合法区域,非洲原始习惯法、伊斯兰教法和西方法相融并存,其中伊斯兰教法居于支配地位。而南部非洲法律文化的混合性则更为典型。非洲原始习惯法与近现代西方法在这里激烈碰撞并相互融合。研究南部非洲混合法域法律文化的演进,对于把握整个非洲法律文化的混合特性具有特殊的意义。

二 南部非洲混合法域形成的历史考察

组成南部非洲混合法域的国家有7个:南非、纳米比亚、博茨瓦纳、津巴布韦、莱索托、斯威士兰以及毛里求斯。由于毛里求斯的混合法律体系相比其余六国自成一格,缺少共性,故此处暂不纳入研究范畴内。本文要重点探讨的是南部非洲混合法域的六国。

(一) 殖民前的本土法基础

在殖民人侵前,南非及其周边五国均遵循着古老的、口耳相传的习惯法。这种习惯法包含了非洲原始宗教的成分。成人仪式在土著居民中十分受重视,它是“社会、文化和宗教生活中一个极为重要的部分”。^[3] 男女的成人仪式有所区别。少女的成年仪式要在部落首领的主持下进行一个多月。其间,她们不能吃某些食物,还得学会成年妇女应懂得和掌握的知识。男子在成年仪式期间,则要在灌木丛生的地方独自生活一个月。这些仪式的主要作用是表现原始社会里面传统的无上势力与价值;深深地将此等势力与价值印在每代人的心目中,并且极其有效地传延了部落的风俗信仰,以使传统不失团体固结。^[4] 在婚姻制度上,遵循的是一夫多妻制或一夫一妻制,但婚姻习俗因种族不同而异。在丧葬制度上,大多采用土葬,但具体的仪式因部族、社会地位的不同而有所区别。如在津巴布韦的绍纳人中,有地位的长辈去世后,不是直接入土下葬,其尸体用牛皮裹住放置在房内,下面用绿火苗和烟雾熏烤四五天,直至尸体干化了再入葬。

(二) 殖民时期西方法的移植

在殖民时期,南非具有特殊的地位。它最早迎来了欧洲的“不速之客”,并首先实现了罗马—荷兰法与英国法的并存。而其周边的纳米比亚、博茨瓦纳、津巴布韦、莱索托、斯威士兰混合法律体系的形成都与南非法有着密不可分的联系。南非法的辐射让周边五国的法律带上了混合的印记。

1. 罗马—荷兰法与英国法在南非并存

欧洲人对南部非洲的殖民统治是从好望角开始的。1652年4月,荷兰人建立了南非的第一个荷兰殖民地——开普敦。同时,盛行于荷兰的罗马—荷兰法也植入了开普。在开普殖民地,法律渊源主要有两类:一是正式的成文立法;二是其他法律渊源,主要有尼德

[3] [加纳]A. 阿杜·博亨主编:《非洲通史》(第7卷),中国对外翻译出版公司1991年版,第418页。

[4] 何勤华、洪永红主编:《非洲法律发达史》,法律出版社2006年版,第135页。

兰各行省的公共著述家的著作、法院的判决、若干习惯以及罗马法与圣经典籍等。^[5] 1783年,东印度公司在开普殖民地建立了一个高级法院,院址设在开普敦。以后,在斯泰伦博希和斯韦伦丹等地又设立了一些地方法院。这些司法机构的设立对罗马—荷兰法在南非的普及起到了巨大作用。这样,在传统习惯法的基础上,罗马—荷兰法成为了另一种法源。

1806年英国占领开普殖民地后,他们没有强行将本国法律适用于这个地区。相反,他们宣称罗马—荷兰法继续有效。然而此时的罗马—荷兰法已经不能完全适应社会的需要。不仅立法机关经常引用英国的法律条文和法律解释,并适用相关的英国程序法,最高法院的法官和一些英国法的拥护者大多在英国接受过训练,他们都倾向于维持他们所熟知的英国法律。在多种因素的共同作用下,开普殖民地的罗马—荷兰法受到了英国法深度的影响。而这种混合性的法律又影响着之后建立的殖民地纳塔尔、德兰士瓦和奥兰治自由邦。1910年5月,合并之后四个地区的法律体系开始逐步统一。就这样,“原来的罗马—荷兰法‘两层蛋糕’已经加进了第三层——英国法”。^[6]

2. 南非法向周边国家渗透

南非法通过南非或英国的殖民统治深刻地影响着纳米比亚、博茨瓦纳、津巴布韦、斯威士兰和莱索托五国。这种已经混合了多种法律因素的南非法与习惯法一道使这些地区的法律呈现出二元化的混合特性。

19世纪70年代之前,纳米比亚(西南非洲)的法律主要受德国的影响。德国对西南非洲实施的是直接统治。1886年4月17日,德国殖民者通过了一项有关殖民地法律体系的法令,即对欧洲人和本土人适用不同的法律。第一次世界大战爆发后,南非借口对德作战,出兵占领纳米比亚。在南非的统治时期,南非法得到了广泛的适用,德国法的痕迹几乎难以找到,但是习惯法仍然以其强大的生命力流传下来,调整着一部分领域。

独立前,津巴布韦、博茨瓦纳、斯威士兰和莱索托都曾经是英国的殖民地或保护国。英国对这五国均实行间接统治。它们在引进南非法的同时,均承认习惯法的效力。在博茨瓦纳,内部事务的管理一般由各酋长负责。他们仍继续行使传统的行政和司法权,此外还管理人民的经济生活。^[7] 1891年英国政府发布第二号枢密令,宣称高级专员享有独一无二的立法权。更为重要的是,这项敕令的第19条规定贝专纳保护国实施好望角殖民地的法律,但要受到尚存在的习惯法的制约。^[8] 在津巴布韦,英国早在1891年就根据当年颁布的枢密令,规定凡是涉及白人定居者的诉讼适用的法律是“在好望角殖民地实施的法律”,当双方当事人是非洲土著人时,必须适用其土著的法律和习俗,只要该土著法律和习俗是可以适用的。^[9] 在斯威士兰,英国在1902年把这个领地的控制权交给现在由英国管辖的德兰士瓦殖民地的总督时,就引进了德兰士瓦的法律,建立了规模不大的行政机构,酋长们的权力被

[5] 夏新华:《非洲法律文化专论》,中国社会科学出版社2008年版,第89页。

[6] John Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order* (Princeton: Princeton University Press, 1978), p. 9.

[7] 理查德·P·史蒂文斯:《莱索托、博茨瓦纳及斯威士兰》,山东大学翻译组译,山东人民出版社1979年版,第4页。

[8] Lubabalo Boo, *Botswana's Legal System and Legal Research*, <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Botswana.htm> (最后访问时间:2009年11月15日)。

[9] Otto Saki and Tatenda Chiware, *The Law in Zimbabwe*. <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Zimbabwe.htm> (最后访问时间:2009年11月15日)。

限于土著人之间的民事纠纷。^[10] 与斯威士兰不同的一点是,1871年莱索托并入开普殖民地后,开普的法律只有经总督的许可才能在本土适用。但后来,英国人承认了间接统治的失败,在莱索托引进了南非的好望角法。

(三) 独立后多种法律传统的融合

独立后,南部非洲国家一般都在宪法中承认殖民时期法律的效力。例如,新南非1996年宪法承认罗马—荷兰法和习惯法是该国法律制度的主要组成部分。但除了殖民时期移植过来的罗马—荷兰法及英国法等,不可忽视的还有美国法的因素。20世纪70年代中期,美苏在全球展开激烈争霸。由于南部非洲的重要战略地位,加上此时政局动荡,这就为美国的插手提供了可乘之机。这一时期,美国曾以“和平队”的方式派遣了大量法学学者到非洲充当“法律顾问”,美国法的法理和制度,特别是美国的宪政主义思想对非洲国家影响逐渐增强,甚至超过了原宗主国的影响,非洲许多国家仿照美国模式颁布了成文宪法。^[11] 直到现在,我们仍然能在南部非洲一些国家的法律中找到美国法的影子。

在承认了多种法律传统的效力后,这些国家面临的一个共同的问题就是如何调适由此带来的法律冲突。其中最为紧迫的就是习惯法与西方法的冲突。为了让这些因素协调、稳定地并存,相关国家大多通过立法予以规制。例如,博茨瓦纳的《习惯法(适用和确定)法》[*Customary Law (Application and Ascertainment) Act*]第4条规定,普通法可以在下列三种情况下适用:如果当事人明确约定应适用普通法;通过所有相关情况可以客观地推定双方当事人意图适用普通法;或案件据以产生的交易对于习惯法是未知的。

经过协调不同法律间的冲突,南部非洲国家的法律体系便呈现出了十分明显的混合特性。博茨瓦纳的民法大多是从开普殖民地传承下来的罗马—荷兰法,而刑法则是英国式的刑法。南非在宪法、行政法和程序法领域,普通法仍占据主导地位;在法院结构、法官地位、先例制度和法律职业者的活动方面,也类似于英国法传统。而在家庭继承和物权法方面,普通法的影响则很小,罗马法的思想方法明显地支配着这个领域。^[12] 津巴布韦独立后实行总统制,体现的是美国法的影响;而其司法制度又是受罗马—荷兰法支配,并有南非法的影响。莱索托和斯威士兰都是参照前宗主国英国的政治制度,确立了西方式的代议制和君主立宪制。

三 南部非洲混合法域的形成原因及特征

南部非洲混合法域的形成既有历史必然性,也有各种因素的共同影响。其独特的历史背景、人文状况也造就了法律的独特之处。

(一) 南部非洲混合法域的形成原因

1. 历史因素的主导性作用

混合法律体系的形成是一个长期的过程,而且是多种因素共同作用的结果。但总体而言,历史因素起着主导性作用。因历史原因而形成的混合法域又可以分为三种情形:(1)主

[10] 理查德·P·史蒂文斯:《莱索托、博茨瓦纳及斯威士兰》,第321页。

[11] Sulayman S. Nyang, *The Impact of U. S. Constitutionalism in Africa—A Gambian Case Study*, in *The U. S. Constitution and Constitutionalism in Africa* (Virginia: Virginia University Press, 1990).

[12] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第343页。

权的合并,代表国家是苏格兰。(2)倒序产生的法域,代表国家是以色列。(3)殖民时期的转换。南部非洲混合法域的形成就属于这种情形。

如前所述,南部非洲因其重要的地理位置和独特的人文状况,从 17 世纪起就为西方殖民者觊觎。某些国家曾经沦为多个西方国家的殖民地。如南非,就曾是荷兰、英国的殖民地,纳米比亚曾为德国、南非的殖民地,津巴布韦曾是葡萄牙、英国的殖民地。而斯威士兰和莱索托曾分别被并入德兰士瓦殖民地和开普殖民地,后来成为英国的保护国和直接殖民地。每一次武力的征服都会带来一次文化的革命。在获得殖民地的统治权后,各宗主国都直接或间接地将本国的法律制度移植到该地。南部非洲在成为殖民地后,经历了几次宗主国法律文化的冲击。而英国在南部非洲已具有法律效力的规定的做法,为多种法律文化的相融并存提供了机会。

2. 语言因素的影响

在南部非洲,最早的居民是科伊桑人,后来班图人迁徙到此。19 世纪末,殖民地政府和教会组织开始系统研究非洲语言时发现,广大的南部非洲地区由班图语所覆盖。^[13] 荷兰人来到南部非洲后,那些荷兰、法国和德国移民的后裔逐渐形成统一的种族,其自称为阿非利卡人(Afrikaner,原意为非洲定居者),持阿非利卡语。在英国人到达后,南部非洲地区又多了一种语言,即英语。持相同语言的人往往对与语言相近的文化具有天生的好感。英布战争后,在罗马—荷兰法与英国法的争锋中,阿非利卡人倾向于选择罗马—荷兰法,因为这样他们有更多的语言优势来获得法律资源,而说英语的人则自然愿意选择英国法。英布战争后,荷兰的莱顿大学还设立了一个南非法律教席,以便南非人能够在大陆法环境下接受法律培训,这样就可以限制英国法律对南非法律制度的影响。^[14] 语言让阿非利卡人具有一种强烈的文化认同感,并极力排斥英国法文化。这种状态也使得罗马—荷兰法能够一直与英国法相抗衡,使两者在法律领域平分秋色。而在受南非法影响的地区,虽然各国所通用的地方语言不尽相同,但从根源上来说仍属于班图语族,语言中有很多相似之处,这就为南非法的迅速移植和认同创造了条件。因此在这些国家,不同语言的人对选择何种法律各有偏好,这也是不同法律并存的基础。

3. 法官与法学家的推动

当荷兰殖民者到达开普殖民地,他们所带来的罗马—荷兰法并未法典化,法学家的著作被认为是法律的重要渊源。当荷兰本土在 19 世纪初开始进行法典编纂时,南非已经被英国所占领并已形成了非法典化的传统。法律没有法典化或没有全部法典化,就意味着法官和法学家有了更多的发挥空间。在殖民时期,由于罗马—荷兰法是过时的法律,不能适应时代发展的需要,这就要求法官对其做出解释。此时,法官们便经常按照英国法的规定通过判例做出变通。法官与法学家不仅对司法产生影响,同时在立法方面推动着法律体系朝着混合的方向发展。同一个部门法中的一个小问题都会引起法学家们的广泛探讨,有些人支持采用大陆法系国家的做法,有些人鼓吹应学习英美法系国家的做法,这就造成在一个部门法中同时体现出两大法系的各自特色。法官和法学家在某些时候又直接参与了法律的制定。例如在南非宪法起草过程中,许多教授和法官有在大陆法系国家学习的经历,这些经历通过法官和法学家的立法参与最终反映到了法律上。

[13] 参见[美]埃里克·吉尔伯特、乔纳森·T. 雷诺兹:《非洲史》,黄磷译,海南出版社、三环出版社 2007 年版,第 64 页。

[14] 参见 Daniel Visser, "Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems", *Tulane Law Review* (2003), p. 12.

(二) 南部非洲混合法域的特征

1. 法律渊源的多样性

作为典型的混合法域国家,南非及其周边五国的法律渊源具有多样性。如博茨瓦纳的法律渊源主要有宪法、普通法、习惯法、制定法和司法先例;莱索托和津巴布韦的法律渊源主要有宪法、制定法、普通法、司法先例、习惯法和权威文本;^[15]需要指出的是,司法先例作为普通法系的标志均是各国法律的有效渊源。而更具特色的是,习惯法作为古老的法律渊源直至现在仍然具有强大的生命力,这也是非洲国家法律的特点之一。本文现对这两种渊源予以重点介绍。

在现行法律体系中,南非等六国通常将殖民时期继承下来的不成文的英国法和罗马—荷兰法统称为普通法,而习惯法和司法先例是与宪法、普通法、制定法等相并列的法律渊源。在莱索托和斯威士兰,司法先例在法律解释和适用上具有重要的作用,它也被认为是明确和统一法律的正当方式。在博茨瓦纳,司法先例通常被称为“遵循先例原则”,这一原则有效实施的前提是有一个等级严格的法院体系。^[16]在南非,高等法院的判例成为下级法院所要遵循的先例,并且逐渐发展为判例法。

习惯法是法律的另一个重要渊源。在博茨瓦纳,先前贝专纳保护国时期广泛存在于部落的本土法律体系都被称为是习惯法。1891年的一项命令要求高级专员尊重本土法,这使习惯法受到重视。1966年的博茨瓦纳宪法使习惯法正式成为了法律渊源。在津巴布韦,习惯法仍然是不成文的,它通过口头形式代代相传。但是作为法律渊源的的习惯法必须是确定的、合理的,并且要获得正式法律的认可。津巴布韦对习惯法的适用也有一些限制。在任何情况下习惯法都没有刑事审判权限,它仅仅适用于婚姻、继承和监护。斯威士兰《宪法》第252条第1款C项规定了习惯法是法律的组成部分。根据《斯威士法院法案》规定,习惯法将排他性地由斯威士法庭统一适用。习惯法主要适用于轻微违法案件,例如小额的盗窃和家庭纷争。^[17]现在其适用范围慢慢扩大到家庭暴力、抢劫和盗窃。除了法院适用习惯法外,酋长还经常用它来解决族内的纠纷。在莱索托,习惯法主要是由巴苏陀人的习惯组成,议会也正试图将习惯法予以汇编而形成习惯法典。

2. 法律适用的特定性

在南部非洲混合法域,总体而言,普通法主要调整公法领域,大陆法主要调整私法领域,而习惯法则主要调整特定的民事领域。

在宪法方面,南非等六国都遵循分权原则。莱索托独立时,仿照英国三权分立制度,建立了立法、行政和司法体制。斯威士兰的政治制度则更明显地受到英国的影响。斯威士兰实行君主制,但从形式上看,它参照了西方的三权分立制度和英国的君主立宪制,以西方三权分立制度为外壳,以斯威士兰传统制度为内容,是融合了西方代议制与传统体制的特殊综合体。^[18]此外,纳米比亚、津巴布韦、南非宪法均按照三权分立的原则规定了立法、行政、司

[15] Buhle Angelo Dube, *The Law and Legal Research in Lesotho*. <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Lesotho.htm> (最后访问时间:2009年12月15日)。

[16] Lubabalo Booi, *Botswana's Legal System and Legal Research*. <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Botswana.htm> (最后访问时间:2009年12月16日)。

[17] Buhle Dube and Alfred Magagula, *the Law and Legal Research in Swaziland*. <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Swaziland.htm> (最后访问时间:2009年10月15日)。

[18] 陈晓红编:《莱索托、斯威士兰》,社会科学文献出版社2006年版,第243页。

法机关各自的职责。在刑法和刑事诉讼法方面,遵循无罪推定的原则和罪行法定的原则。如博茨瓦纳和纳米比亚的法律均规定了无罪推定原则,被告在诉讼过程中可以与证人对抗,并且拥有上诉权。这些方面主要体现的是英美法系的特色。

在私法领域,从殖民地时期传承下来的罗马—荷兰法占主导地位。这些国家大多规定了人法、家庭法、财产法和继承法。有婚生子女与非婚生子女之分。在财产法方面,所有与占有有着严格的区分。对物权和债权也分别予以规定。这些都体现出了大陆法系的特色。在特定的领域,例如婚姻、家庭和继承方面,同时受到罗马—荷兰法和习惯法的双重调整。如在津巴布韦,有三种婚姻形式:民法上的婚姻,登记了的习惯法婚姻和未登记的习惯法婚姻。

然而在南部非洲混合法域,虽然公法与私法领域总体而言存在上述特征,但这并不意味着在私法领域就仅仅只包含民法法系因素,通常它们也会继承一些普通法的概念。甚至,法律体系将很难在两种法源中保持一个严格的划分。普通法会慢慢地渗入到私法领域,而罗马—荷兰法也在某些方面影响着公法。这个特征将越来越不明显。^[19]

3. 司法体制的二元性

在南部非洲混合法域,由于习惯法是法律的重要渊源,在司法领域与之相对应的便是司法体制的二元性:即部分法院适用普通法,部分法院适用习惯法。

莱索托的司法体系建立在罗马—荷兰法和英国普通法的基础上。法院由高等法院、上诉法院、10个行政区级法院和酋长主持下的地方习惯法法庭组成。高等法院是最高司法机关,负责保护人权,保证宪法和法律得以遵守,确保议会通过的法律不违宪。^[20] 地方习惯法法庭只能处理巴苏陀人之间的纠纷。

博茨瓦纳也有两套法院系统:习惯法院和普通法院。普通法院系统包括地方法院、高等法院(两个)和上诉法院;习惯法院系统包括习惯法院和习惯上诉法院。如果对习惯法法院的判决不服,可以向高一级的习惯法法院上诉,如果对此判决仍不服,可以向普通法院系统中的高等法院上诉。津巴布韦的法院分为四级:最高法院、高等法院、地区法院和初级法院。其中前三类采用的是英国普通法和本地的各种法规,而初级法院一般是本土法院,通常适用当地习惯法。^[21]

南部非洲混合法域二元的司法体制为习惯法的适用提供了空间。然而由于许多国家的法律只规定了在何种情况下适用习惯法,而对于适用何种习惯法并没有进行详细规定,因此这种二元的司法体制在一定程度上又给这些国家的司法工作带来了新的难题。

四 南部非洲混合法域的发展趋向

纵观南部非洲法律体系的变迁,我们不难发现,多种法律传统的相容并存既是南部非洲国家在特殊历史条件下无可奈何的被动接受,也是各国的法律工作者们在对待法律文化上的自主选择。当殖民主义的乌云已渐渐远去,南部非洲混合法域的法律又将如何发展?笔者认为,有如下三种趋向:

[19] 从下文对南非混合法律体系的分析中可以感受到这一点。

[20] 陈晓红编:《莱索托、斯威士兰》,第64页。

[21] 洪永红、李琛:《津巴布韦的司法制度》,资料来源于中国法院网 <http://www.chinacourt.org/html/article/200504/01/156742.shtml>,访问时间2009年12月15日。

(一) 混合在广度和深度上进一步扩展

南部非洲混合法域的基石是英国法和罗马—荷兰法。在相当长的一段时间内,这两者仍将继续存在。不仅如此,南部非洲混合法域还将吸纳更多的法律传统,例如美国法、欧盟法等。多种法源将兼容并包,混合将突破公法、私法的界限,在广度和深度上进一步扩展。

英国法、罗马—荷兰法继续发挥作用。英国法早在殖民时期便占据了重要地位。直至今日,南部非洲混合法域的法律在许多方面都借鉴了英国法,其法律教育中也少不了英国法。英国法已经融入到了南非等国人民的生活中,根深蒂固。因此英国法在很长一段时间内都将具有生命力。而由于多方面的原因,法律的法典化在很长一段时间内都不可能实现。正如某些学者所言:“被期待用来解决律师们的困扰的法典化只是一个美丽的梦。”^[22]在法典化未能实现的情况下,罗马—荷兰法仍将在法律体系中发挥其作用。

混合将更为广泛。曾有学者将欧洲与非洲的关系比喻为母婴关系,二者是垂直的。欧洲高高在上,是母体;非洲在下,通过脐带从欧洲吸取养料。非洲从经济、政治以及法律文化等方面都依赖于欧洲,割不断与欧洲的天然联系,处处渗透着欧洲文化的气息。^[23]这一比喻形象地反映出了欧洲对非洲的影响。随着欧洲国家与南部非洲国家交往的发展,欧洲国家的法律以及欧盟法也将对这些国家的法律产生影响。美国作为世界强国,其法律也将持续影响南部非洲的法律体系。据此,南部非洲混合法域的法律渊源除了罗马—荷兰法、英国法,还将有其他国家的法律传统,混合将更为广泛。

混合将更为深入。如前文所述,普通法与大陆法在公法、私法领域各占主导的现象将越来越模糊。两大法系虽然风格迥异,却也有日益融合的趋势。随着这种趋势的加强,即使是混合法域的法律体系,也很难在公法、私法领域独立地保持其纯洁性。具体而言,大陆法系的因素可能会出现在公法中;而英国法的原则将可能更多地影响合同法、侵权法。而在财产、家庭、继承法领域,不仅有罗马—荷兰法的规则,而且还受习惯法的调整。总体而言,普通法与大陆法的融合不仅会突破公、私法的限制,而且在同一个部门法或单行法中,也会同时受两种法律渊源的影响。

(二) 习惯法在困境与挑战中生存

习惯法活生生地存在于南部非洲各族人民的日常生活中,世代口耳相传,精神上反映了非洲人特殊的价值观。^[24]它同时作为南部非洲混合法域的正式法律渊源,调整着家庭、财产、继承等诸多方面,其重要性不言而喻。然而,习惯法作为民间法,多少带着某些与现代宪政理念相矛盾的价值观念。但在习惯法与普通法冲突时何者优先,不同国家、不同法院的判决却不一样。例如早在1986年,肯尼亚就曾发生过一个有名案件——“奥蒂罗安葬权案”。^[25]在这个案件中,法院的天平偏向了习惯法。然而在2004年南非毕女士继承权案^[26]中,情况则完全相反。宪法法院判决习惯法中的相关规定无效。

[22] Hahlo and Kahn, *The South African Legal System and its Background*, (Cape Town: Juta & Co., 1968), p. 74.

[23] 2006年10月,湘潭大学承办了首届国家商务部、教育部的援非项目“非洲国家法学与社会经济发展研修班”,来自非洲15国的20余名法律官员和专家学者参加了为期20天的研修,其间笔者就此问题与非洲学者进行了饶有兴趣的讨论。此为乌干达Gulu大学讲师Alya·Fabius·Okumu的观点。

[24] 夏新华:《论非洲习惯法的概念与特征》,载《西亚非洲》1999年第3期。

[25] 夏新华:《肯尼亚奥蒂罗安葬权案评析》,载《河北法学》1999年第5期。

[26] 案例来自南非宪法法院, <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT49-03> (最后访问时间:2009年4月15日)。

仅仅几年,不同法院对待习惯法的态度迥异。从某种程度上说这是一种进步,是人权、法治等理念在南非的体现。然而这也从另外一个方面反映出习惯中的一些规定正在逐步消亡、废止,习惯法遭遇困境并陷入发展的瓶颈。笔者认为,从非正式渊源到正式的法律渊源,总体而言习惯法在南部非洲混合法域的地位是上升的。但习惯法要想继续发挥效力,目前来说最有效而切实可行的途径便是将其现代化,从而实现习惯法与其他法律的统一。在这方面,已有国家作出了努力。例如为了提高习惯法婚姻中妇女的地位,南非在1998年制定了《承认习惯法婚姻法》。该法给予一夫一妻或一夫多妻的习惯法婚姻完全的法律的承认,并规定夫妻双方享有完全的法律地位。这种做法既是对习惯法的尊重,同时又尽量地使之与宪法或其他法律一致。总而言之,由于习惯法在南部非洲混合法域根深蒂固的影响,这预示着它在相当长的时间内不会消亡,而是通过现代化以更加合理的方式在夹缝中生存。

(三) 南非法对周边国家产生持续影响

南非是非洲大陆综合国力最强的一个非洲国家,是非洲首富。其强大的经济实力对南部非洲诸国的经济具有至关重要的影响。南非的一举一动都对其周边有着重要影响。这其中不仅包括政治、经济方面的改革,也包括法律的变革。

南非法成功地融合了各种法律渊源,并且使之与南非的传统相适应。南非的经验对周边国家产生了重要影响。莱索托等五国独立后,其在法律方面经常借鉴南非法。如博茨瓦纳的证据法来源于南非法。莱索托、博茨瓦纳、斯威士兰等国的私法在很大程度上受到南非的影响,而曾为南非殖民地的纳米比亚和津巴布韦则受其影响更大。在斯威士兰和莱索托,南非的判例对其法院判决具有很高的参考价值。南非的判例汇编在这两国使用得很广泛。南非的案例还经常在斯威士兰法院的判决书中被引用。正因如此,斯威士兰的案例也经常出现在非洲人权案例汇编中。在法学教育方面,南非周边国家也深受影响。例如博茨瓦纳、莱索托、斯威士兰法学院的教育方式、课程设置等都与南非法学院的没有实质区别,并且很多规定还是从南非移植而来。

由于南非具有强大的经济实力及相对成功的经验,其在南部非洲甚至整个非洲的地位都是举足轻重的。随着南部非洲一体化趋势的进一步加强,在未来南部非洲混合法域的发展中,南非还将对周边国家的政治、法律产生更大的影响。

[Abstract] Mixed jurisdiction refers to the area that is governed by a mixed legal system. Before colonial rule, customary law was applied generally in Southern Africa. Colonial invasions firstly brought about the coexistence of Roman-Dutch law and English law in South Africa, thus causing its law to have a mixed flavor. Being influenced by South Africa's law, the legal systems of its five neighbouring countries have all assumed mixed characteristics. The shaping of mixed jurisdiction in Southern Africa is the result of interaction of various factors. Compared with other regions, the legal system of Southern Africa carries unique features.

(责任编辑:天 支)