

论独立后津巴布韦习惯法 的新趋势^{*}

洪永红

内容提要 习惯法得到普遍认可可是非洲大陆最独特的法律现象之一。习惯法作为津巴布韦固有法，早在欧洲殖民者到来之前即已存在。津巴布韦独立后在保留了殖民者遗留的普通法的同时，仍继续适用习惯法。这些习惯法及其适用出现了新的发展趋势：习惯法得到宪法的确认和保护；呈现成文化趋势；习惯法法院被纳入全国统一的司法体系；传统部落首领成为新政府机构的组成部分；习惯法的内容也在编撰整理中得到修改等。

关键词 非洲法 津巴布韦 习惯法 地方法院

作者简介 洪永红，湘潭大学非洲法律与社会研究中心主任、教授、博士生导师（湘潭 411105）。

习惯法是人类历史上最初的法律形态，经过历史演变在世界上大多数国家已不是主要的法律渊源，但在非洲大陆却得到普遍认可。这是非洲大陆最独特的法律现象之一。自 1980 年独立后，津巴布韦与其他非洲国家一样，对非洲习惯法进行了改革，非洲习惯法呈现新的发展趋势。本文试图以独立以来津巴布韦习惯法的现实为探讨对象，分析习惯法发展的新趋势。

习惯法得到津巴布韦宪法的确认

津巴布韦的现行宪法是独立时于 1979 年 12 月制定，并于 1980 年 4 月 18 日生效的《津巴布韦共和国宪法》。该部宪法后来共进行了 11 次修正。津巴布韦宪法第七十九条、第八十九条和第一百一十三条对习惯法作了规定。

津巴布韦宪法第七十九条规定，津巴布韦的司法体制为：（1）最高法院；（2）高等法院；（3）依据国会立法设立的从属于最高法院和高等法院的法院。其中该条第三款是概括性条款，为国会依据宪法设立其他法院提供了依据。从津巴布韦的司法实践来说，这种“从属于最高法院和高等法院的法院”就包括专门的习惯法法院。这是设立习惯法法院的宪法依据。

津巴布韦宪法第八十九条规定：津巴布韦最高法院、高等法院，以及其他从属于高等法院的任何法院适用的法律应该是从 1891 年 6 月 10 日好望角殖民地开始生效的法律。所谓 1891 年后在南非好望角殖民地生效的法律，主要是罗马－荷兰法和当地人的习惯法。1902 年英布战争以后，英国法被移植到南非，逐步形成混合法特征的法律。津巴布韦当时是英国殖民地，称为“南罗得西亚”，适用

^{*} 本文为国家社科基金课题《中非法律合作的历史与发展》（07BFX013）和对外经贸大学第 211 三期项目（73400054）的阶段性能成果。

英国在南非推行的法律。这些法律在津巴布韦独立以来得到继承和发展，成为津巴布韦的法律。独立以来，津巴布韦的法律就包括源于英国与荷兰的一般法和源于津巴布韦本土的习惯法。

津巴布韦宪法第一百一十三条更明确规定津巴布韦“法律”是指：(1)宪法或者国会颁布的法律；(2)其他成文法；(3)在津巴布韦生效的不成文法，包括习惯法。另外，该条也对“地方法院”作出了明确解释，规定地方法院为“适用非洲习惯法而根据成文法设立的法院”¹。

从上述规定中可见，津巴布韦在宪法中明确规定了习惯法是该国法律的正式法律渊源，并规定设立适用习惯法的专门法院，从而使习惯法得到具有最高权威的宪法的认可。其他非洲国家也有类似规定。在白人种族主义统治时期，南非只把习惯法视为黑人的专用法律，没有得到宪法的认可。但1994年的南非共和国新宪法认可了习惯法，规定南非的各级法院可以适用习惯法。^④

习 惯 法 出 现 成 文 化 趋 势

习惯法一般是口头法，非洲的法律长期是通过口耳相传方式，将习惯法予以保留和发展。非洲国家独立后编撰、整理了习惯法，且以文字形式记录下来。独立后的非洲国家曾在坦桑尼亚首都达累斯萨拉姆举行了关于习惯法的专门会议，探讨非洲习惯法的改革与发展，其中一条重要途径是将非洲习惯法进行编撰整理，使其成文化。^④

津巴布韦独立后，采取了类似做法，先后颁布了《习惯法和初级法院法》(Customary Law and Primary Courts Act)、《儿童保护和收养法》(Children’s Protection and Adoption Act)、《扶养法》(Maintenance Act)、《非洲人婚姻法》(African Marriage Act)、《已婚者财产法》(Married Persons Property Act)、《非洲人遗嘱法》(African Wills Act)、《儿童保护和收养法》(Children’s Protection and Adoption Act)，以及《传统领导人法》(The Traditional Leaders Act)等。

《习惯法和初级法院法》规定了习惯法法院的组成、运作方式及解决法律冲突的基本原则等。《儿童保护和收养法》规定了监护人的职责，建立了少年法庭，专门审理有关儿童的监护、福利、受侵害，以及收养问题的诉讼。津巴布韦《扶养法》规定了家庭成员间的扶养义务。成年子女有赡养父母的义务，父母有抚养子女的义务，即使是私生子也应得到抚养。津巴布韦《非洲人婚姻法》规定，如果非洲人根据《婚姻法》(Marriage Act)的相关条文，或按照宗教仪式在教堂举行婚礼，则离婚时适用制定法的规定离婚；如果按照习惯法举行婚礼，则离婚时适用习惯法。津巴布韦《已婚者财产法》规定结婚后的个人财产与社区财产分离。《非洲人遗嘱法》规定任何14周岁以上的人都可以立遗嘱，遗嘱具有优先的效力。^¼

但这种成文化趋势给非洲习惯法的适用带来新的困难。笔者在南非学习，上“非洲习惯法”一课时，开普敦大学的汉孟佳教授(Chuma Himonga)谈到了这一困境。她认为将习惯法加以整理编撰，方便了大家对习惯法的认识，也使法官更容易适用习惯法，但习惯法本身是不断发展变化的。那些经整理编撰的习惯法跟不上形势的发展，变成了“书本上的法”(Law-in-book)，成为“死法”，而与现实中的“活法”(Living-law)发生脱节。这便产生新的法律冲突。习惯法从本质上不是成文法，法官在判案时，如果遇到习惯法发生变化，应依据变化了的法判案，而不能拘泥于“书本上的法”。

¹ 姜红池：《津巴布韦人际法律冲突的解决》，2006年硕士论文，第22～25页。

^④ See David van Wyk, John Dugard & Bertus de Villiers *Rights and Constitution: The New South African Legal Order*, Clarendon Press 1995, pp. 131–136.

^④ 参见洪永红等著：《非洲法导论》，湖南人民出版社，2000年版，第102～104页。

^¼ See John Redgmont *Introduction to the Legal System of Zimbabwe* (2nd edition), Automation Business Forms (PVT) Ltd 1981 pp. 79–80.

适用习惯法的法院被纳入统一的法院体系

津巴布韦在独立之初,基本沿袭英国殖民者遗留下来的司法制度,实行三重体制:第一类为治安法院(Magistrates' Courts)和高等法院(High Court),适用普通法和制定法;第二类为地区专员法院(District commissioners' Courts),审理在城市生活的非洲人之间的民事纠纷;第三类为部族法院(Tribal Courts),包括头人法院(Headmen's Courts)、酋长法院(Chief's Courts)和部族上诉法院(Tribal Appeal Court),审理农村地区的民事纠纷和轻微的刑事案件。部落法院自成一体,与英式法院并行,部落上诉法院是适用习惯法的终审法院。¹

1981年,津巴布韦颁布了《习惯法和初级法院法》,取消了三重体制的法院结构,开始建立统一的法院体系。津巴布韦法院分为高级法院和低级法院两大类。高级法院包括最高法院和高等法院;低级法院包括地区法院、治安法院和初级法院。^④初级法院由原来的酋长法院、头人法院和地区专员法院改造而成,并改称为“村级法院”(Village Courts)和“社区法院”(Community Courts)。初级法院主要适用习惯法审理案件,所以也被称为习惯法院或传统法院。^⑤

村级法院是初级法院中最低级法院,没有职业执法人员,且主持审判的法官不一定是酋长或土著首领,而是由民众选举的并经过专业法律培训的人担任。^{1/4}村级法院只管辖民事案件,无权管辖刑事案件,且只能适用习惯法,对于不能适用习惯法的案件没有管辖权。^{1/2}村级法院的诉讼程序一般采取口头申诉。在管辖权方面已摒弃属人管辖原则,不以当事人的种族属性决定法院的管辖权,而是遵循地域管辖原则,即被告必须居住在或者诉因必须发生在法院的管辖权内,或者被告必须已同意该法院的管辖权。^{3/4}

社区法院是村级法院的上一级法院,既审理一审案件,也审理不服村级法院的上诉案件。社区法院管辖轻微的刑事案件,即:(1)不超过50津巴布韦元的偷窃案件;(2)不超过50津巴布韦元的损坏财物案件;(3)不带武器的攻击,且没有对身体造成严重损伤的案件;(4)违反《地方法院法》行为的案件;(5)违反《部落托管土地法》行为的案件。社区法院也是采取属地管辖原则。对社区法院判决不服的案件可以再上诉至治安法院。

治安法院是按照英国法模式设置的法院,适用普通法和制定法,也适用习惯法。对于治安法院的判决不服,可以上诉到高等法院。^⑧这样,“土著法律制度重新回到了津巴布韦政治和文化生活的中心”⁽⁴⁾,殖民时期建立的习惯法院和三重法院体制被取消了,津巴布韦建立了统一的法院体制,实现了传统法与现代法的统一。

在《习惯法与初级法院法》基础上,1990年津巴布韦颁布了《习惯法与地方法院法》,该法包括7个部分,适用至今。第一部分是前言,规定了该法的一些基本条款,解释了一些基本法律术语。例如,该法将“习惯法”解释为“是指在1891年6月10日前,以及后来修改和发展的津巴布韦民族或者某个地区、社区的习惯法”^⑨。第二部分规定了习惯法的适用、地位、确认、不同习惯法发生

¹ See Simon Coldham, "Customary Law and Local Courts Act 1990 of Zimbabwe", *Journal of African Law*, No 2, 1990 p. 163.

^④ See John Redgment *op. cit.*, p. 101.

^⑤ 参见洪永红、李琛:《津巴布韦的司法制度》,载《人民法院报》,2005年4月1日。

^{1/4} See Andrew Ladley, "Changing the Courts in Zimbabwe: the Customary Law and Primary Courts Act", *Journal of African Law*, No 1 1982, p. 95.

^{1/2} See section 11 (1) (a) and (2) (a) of the Customary Law and Primary Courts Act 1981.

^{3/4} See section 10 of the Customary Law and Primary Courts Act 1981.

^⑧ See section 20 of the Customary Law and Primary Courts Act 1981.

⁽⁴⁾ Andrew Ladley, *op. cit.*, p. 102.

^⑨ 津巴布韦《习惯法与地方法院法》第二条。

冲突时的解决原则等。第三部分规定了有关地方法院的构成,包括法院的基本组成和其内部人员的构成。第四部分规定了地方法院的管辖权,管辖权的限制,以及法院判决的执行问题。第五部分规定了有关地方法院的程序问题,包括审理程序、违反程序的制裁,以及案件的移送问题等。第六部分规定了各级法院间的级别管辖、上级法院对下级法院的监督,以及有关上诉和复审的程序。最后部分为附则,规定了法律适用中的一些相关问题。

1990年的津巴布韦《习惯法与地方法院法》进一步建立了由地方法院、治安法院、高等法院,以及最高法院组成的津巴布韦统一司法体系。地方法院包括“初级法院”(Primary Court)和“社区法院”(Community Court)。“初级法院”是地方法院中的最低级法院,“社区法院”是初级法院的上一级法院,既审理一审案件,也审理不服初级法院判决的上诉案件。初级法院和社区法院只能依据习惯法进行审理。地方法院由司法部长或者司法部长授权的官员任命的酋长或者其他人士主持,但同时,在任命或者免除地方法院法官的职务之前,司法部长或者指派官员应该与公众服务委员会等部门商榷。地方法院的审判人员在审理案件时,应该从指派官员认可的人员名单中挑选3~5名陪审员辅助审判人员工作。而这些陪审员仅仅起到咨询作用而无权在法院审判时表决。另外,法院还应有负责执行和递送文书的信使,以及负责文书等工作的书记员,这些人的任免都须与主持法院工作的有关人员商量。

津巴布韦《习惯法与地方法院法》第十六条对于地方法院的管辖权作了如下规定:(1)诉讼请求属于习惯法适用范围;(2)诉讼标的额,在初级法院,不超过2万津元;在社区法院,不超过4万津元;(3)涉及遗嘱继承的案件;(4)依习惯法结婚的离婚案件;(5)未成年人的监护案件;(6)抚养案件;(7)涉及土地或其他不动产的案件。

对于第十六条第二款关于诉讼标的限额,如遇到特殊情况,可由司法部长进行调整。有人认为,该法不只是维护习惯法,而是为了满足部分民众的要求,因为习惯法法院可以为一直保持非洲传统和价值观念的农村地区的普通老百姓提供一个公平的司法制度。¹《习惯法与地方法院法》赋予习惯法法院较大的自主权,该法规定,地方法院可以依法规定损害赔偿或补偿;规定合同的特别履行;在习惯法允许或要求的情况下规定刑事损害赔偿的支付;作出公正判决;作出其他案件所需公正的规定,同时也可以作出与其相关的规定。^④

地方法院的程序和证据规则依据习惯法而不是依据津巴布韦普通法。在审理过程中,地方法院法官有权召集必要的证人或者当事人出庭,对于必须出庭而无故缺席者,法院可将其逮捕至法庭,且根据情况可对他处以一定数额的罚款。在庭审中扰乱法庭秩序者,法官可将其驱逐出法庭,并处以罚款。法院的审理应公开,但律师不能在地方法院代理当事人出庭。因为适用习惯法的案件本身比较简单,适用的社会也是传统的熟人社会,允许律师出庭会增加当事人的诉讼成本。

津巴布韦还通过上级法院对下级法院的监督程序,将习惯法法院纳入统一的法院体系中。治安法院有权对其辖区内地方法院的判决进行复审,如果发现地方法院的判决或者命令存在越权行为,治安法院可责令地方法院将案件,以及社区法院或者初级法院审判人员将要作出的判决报告一同移送给它。地方法院将根据不同情况作出决定:如果有关地方法院无管辖权,治安法院可指示另一法院将案件重新审理;如果原审地方法院有管辖权,而判决有误,则治安法院可要求该原审地方法院重审。

此外,地方法院对判决无执行权,如果一方当事人不自觉履行判决,另一方当事人只能在法定期限内,向地方法院所属的治安法院登记,申请执行。申请执行的期限为两年。申请执行时,申请人应同时将被告地方法院的法官或书记员鉴定的判决副本递交给治安法院的书记员,由治安法院负责具体执行。通过执行程序的对接,津巴布韦将习惯法法院进一步纳入全国统一司法体系中。

¹ See Simon Colkhan, *op cit*, pp. 163-165.

^④ 参见津巴布韦《习惯法和地方法院法》第十七条。

传统的部落首领被纳入国家政府机构

如其他非洲国家一样，津巴布韦传统部落首领的产生及其职权遵从习惯法规定。津巴布韦独立后，颁布了《传统领导人法》（The Traditional Leaders Act），将传统的领导人纳入国家政府体制中，成为津巴布韦地方政府领导人。该法规定了津巴布韦的村长（Village Heads）、酋长（Chiefs）和头人（Headmen）的产生，酋长委员会、村民大会、区议会和省议会的建立及其功能。

津巴布韦《传统领导人法》第三条规定了酋长的产生及其职权。酋长由津巴布韦总统任命。总统在任命酋长时应考虑传统的权威，以实现有效统治。第五条规定了酋长的职能是负责其辖区内的环境、土地和自然资源的管理，确保该地区的土地和自然资源依法使用与开发，特别是控制过度耕种、过度开采和破坏动植物生态链的行为，避免滥用、误用和损益该地区土地和自然资源。此外，酋长还可裁决该地区土地争议、自然资源和环境方面的争议；遇到疾病、洪水或其他自然或非自然灾害时，通知该地区的乡区自治会（Rural District Council）。酋长可将其职权委托给头人行使。

根据《传统领导人法》第八条规定，头人由酋长提名，由津巴布韦地方政府和公共工程部（Local Government and Public Works）部长任命。头人的主要任务是：管理环境问题；协助酋长工作；向警察报告其辖区内犯罪；执行酋长下达的任何合法合理的命令（lawful and reasonable orders）；施行环境保护和环境计划的法律。因此，头人的职责是协助酋长行使职权，也可以要求村长协助头人工作。在不设头人的地区，由酋长和村长行使职能。¹

《传统领导人法》第十一条规定，村长由头人提名，酋长书面批准，报地方政府和广告工程部常务秘书（Permanent Secretary）任命。村长协助酋长和头人工作，特别是在保障所有土地依法利用；协助拘捕违法犯罪嫌疑人；主持村民大会工作等方面。^④

《传统领导人法》第十四条规定，村民大会（Village Assemblies）由十周岁以上的全体村民组成，由村长主持工作。其主要职能是监管环境问题，包括：审议关系到全体村民利益的大事；审议和解决该地区有关土地、水和其他自然资源的争议，并审批村发展规划；就出现的与村民利益和福利有关的任何问题，向头人投诉；协助村长从各团体收集信息，以保证及时发现自然灾害，并报告给头人和酋长。村民大会每三个月举行一次。选举产生村发展委员会（Village Development Committee）。该委员会由村长领导，向村民大会负责。

《传统领导人法》第十八条规定，区议会（Ward Assembly）由头人、村长和区议员组成，监督村民大会的活动，每三个月召开一次。该法第二十条规定，村发展委员会由该区的议员主持工作。其职能是根据区议会的指示，审查和统一村发展计划。

《传统领导人法》第三十五条规定，每个省建立省会议（Provincial Assemblies），省会议由该省所有酋长组成，每年召开两次会议，主要功能是选举酋长委员会（Council of Chiefs）。酋长会议的主要功能如下：向相关的部长反映居民的需求与意愿；审查由省议会作出的提议；监管区议会和村民大会的活动。因此，酋长会议是处理影响公共环境，其中包括自然环境的有关事务的最高机关。^(四)

习惯法内容的修改

津巴布韦在编撰整理习惯法时，对其内容进行了修改，后来又根据形势的发展多次进行修改。例

¹ 参见津巴布韦《传统领导人法》第九条。

^④ 参见津巴布韦《传统领导人法》第十二条。

(四) See <http://www.zela.org/pdfs/Summary%20of%20Traditional%20Leaders%20Act.pdf>

如 1990 年《习惯法与地方法院法》规定在当事人之间的习惯法发生冲突时，法院应该适用当事人双方协议选择适用的习惯法；如果当事人没有达成这种协议，则适用与案件和当事人最密切联系的习惯法；如果这种情况不确定，则应适用法院认为符合“正义和公平”的习惯法。另外，当出现对法院适用的习惯法内容及其是否存在有怀疑时，应为了当事人的利益和案件的公正进行审理。

津巴布韦《习惯法与地方法院法》第五条还规定：在涉及儿童保护和监护的案件中，无论适用何种法律和原则，应坚持“儿童利益优先原则”。这一条款突破了津巴布韦传统习惯法的规定：即只有父亲才有抚养孩子的权利和义务，母亲则不享有，现在则规定只要是符合儿童利益优先原则，不再局限于父亲单独的抚养权，母亲同样具有抚养权。这不仅有利于保护儿童利益，也是确立男女平等抚养权。

1990 年《习惯法与地方法院法》与 1981 年《习惯法与初级法院法》相比，在关于夫妻扶养方面又有了新的发展。1981 年法律规定，在夫妻关系存续期间以及离婚后，丈夫有扶养妻子的义务，直到妻子再婚，这种义务才解除；而 1990 年法规定夫妻双方负有相互扶养的义务。在抚养子女方面，1981 年法律规定，只有丈夫有抚养子女的义务；而新法规定，夫妻双方都有抚养子女的义务。英国伦敦大学法学家科德汉姆（Coldhan）认为，这些新规定反映了津巴布韦法律强调男女平等和妇女解放的原则，所以新建立的地方法院被人称为“女子法院”¹。

1993 年，津巴布韦政府在其白皮书中明确宣布：习惯婚姻法关于财产的规定“并不能完全适用现代城市生活”，尤其是难以接受妻子在家庭中遗产继承权的限制。故建议遗产应在法定继承人中平均分配，并特别强调女儿的继承权。^④

从以上法律制度的改革内容来看，津巴布韦的习惯法正在向现代西方法律观念方向迈进。但这种趋势到底能走多远，目前尚难断定，而且一些非洲传统的与现代西方相去甚远的现象仍然存在，例如一夫多妻制仍在盛行，甚至一些在西方接受过高等教育的非洲人仍实行一夫多妻。然而，习惯法本身也有其独特价值。意大利非洲法专家沙尔瓦托·曼库索（Salvatore Mancuso）教授在湘潭大学非洲法律与社会研究中心作讲座时曾谈到，由于习惯法在非洲大陆普遍存在，并有许多共通性，可以通过习惯法的改造，实行非洲商法的统一。

（责任编辑：詹世明 责任校对：安春英）

¹ Sin on Coldhan, op. cit., pp. 163- 164.
^④ See Sin on Coldhan, “ The Government of Zimbalwe’ s White Paper on Marriage and Inheritance, 1993”, *Journal of African Law*, No. 1, 1994, pp 67- 68.

• 资料库 •

欧 盟 与 非 洲
2009 年 上 半 年 贸 易 额 达 1 390 亿 美 元

欧盟统计报告显示，2009 年上半年，欧盟 27 个成员国与非洲的进出口贸易达 1 390. 51 亿美元。其中欧盟从非洲进口 699. 41 亿美元，占欧盟进口总额的 9%，进口单项贸易额最大的是石油，金额达 406. 36 亿美元。欧盟向非洲出口 691. 1 亿美元，占欧盟出口总额的 10%，出口单项贸易额最大的是机电产品，金

额达 215 亿美元。欧盟向非洲出口上半年同比跌幅较大，达 20. 47%，其中机电产品跌幅达 18%，汽车出口跌幅达 22. 97%。

（资料来源：中国驻南非大使馆经商处，2009 年 9 月 27 日）

（詹世明 摘编）

Revolutionary Nationalism and Beyond the Nationalism

—— the Great Leap of Libyan Modernization

Han Zhibin

pp. 45– 51

The revolutionary nationalism in Libya is the most effective political power in formulating Libyan national state. In the meantime, the modernization reform in Libya emphasized on ideology with the character of Utopia and idealization, so that it's hard to fulfill the fixed objective. As the advocator of revolutionary nationalism, Gaddafi, the ambitious Libyan leader failed to reunite the Arab world, and also failed to make Libya to be a strong Islamic socialist country. After Iraq war, the modernization

of Libya began to turn from the revolutionary nationalism road. From the point of historical development, the transformation of modernization in Libya is in accord with general trends of events, and Iraq war is only an external factor. In terms of the future results, the modernization transformation has made Libya back to world community from the isolated situation, and it is in accord with the basic interests of Libya.

The New Trend of Zimbabwe's Unwritten Law after Its Independence

Hong Yonghong

pp. 57– 62

It is a distinctive style that the unwritten law is popularly approved in continental Africa. In Zimbabwe, the unwritten law was the native law before the European colonists arrived. After independence, the common law used by the colonists was left, but the unwritten law is also used. There appear some new trends in this written law and its application.

The unwritten law is approved and admitted by the constitution. The court of the unwritten law is accepted by national united legal system. Some leaders of tribes are absorbed by new governmental organizations. Some contents of the unwritten law are revised in course of compilation.

Libyan Diplomacy towards Africa Key to Lever Its Foreign Relations

Liu Yun

pp. 63– 67

Since 1980s, especially after the accident of Lockerbie Air Crash, Libya suffered heavily from international sanction. Because there was little progress from Arab states for appealing for lifting international sanction for many years, Libya began to lever its diplomacy towards Africa in order to

improve foreign relations. Gaddafi made great efforts to enhance diplomacy towards Africa in the name of advocating pan-African so that to break away from isolation in the world. Afterwards, Libya has played important role in Africa affairs.