

论非洲传统文化对南非当代刑法的影响^{*}

郭 炯 易可欣

【内容提要】 传统文化是非洲各族人民千百年来创造并流传下来的精神文化财富,其蕴含的刑罚原则、刑法规则展现出独特的魅力,对维护非洲传统社会结构和社会秩序发挥着基础性作用。20 世纪 90 年代开始,在促进民族团结与和解的背景下,以宪法法院援引乌班图废除死刑、《宪法》承认刑事习惯法的地位为缘起,标志着非洲传统文化在南非刑法中的回归,并开始重塑因殖民统治和种族隔离而遭到破坏的南非刑法。30 余年来,南非以非洲传统文化中的乌班图和刑事习惯法为基础,推动了刑法的本土化进程,对当代刑法中的刑罚体系和犯罪构成产生了重大影响。

【关键词】 非洲传统文化;南非刑法;乌班图;刑事习惯法

【作者简介】 郭炯,湘潭大学法学学部讲师、法学博士,主要研究方向为非洲法;易可欣,湘潭大学中国—非洲经贸法律研究院科研助理,主要研究方向为非洲法(湘潭,411105)。

非洲传统文化“为解决现代工业化社会的种种缺陷和弊端提供了极为有益的精神文化资源”,^① 其蕴含的刑罚原则和刑法规则对新南非实现民族团结与和解起到了重要作用,在当前南非刑法现代化过程中继续担负着历史镜鉴的使命。本文对非洲传统文化中的刑法要素进行解读,分

^{*} 本文系 2020 年度国家社会科学基金重大项目“非洲国家和地区法律文本的翻译、研究与数据库建设”(20&ZD181)的阶段性研究成果。

^① 刘鸿武:《关于“非洲传统文化与现代化”研究的若干问题》,《西亚非洲》1996 年第 3 期,第 16 页。

析非洲传统文化在南非刑法中回归的缘起,进而探讨非洲传统文化对南非当代刑法影响的路径,以期加深对南非法律改革一般性规律的认识和理解。

一 非洲传统文化中的刑法思想及其在南非刑法中的回归

非洲传统文化是非洲各族人民千百年来创造并流传下来的精神文化财富,其蕴含的刑罚原则、刑法规则展现出独特的魅力,对维护非洲传统社会结构和社会秩序发挥着基础性作用。

(一) 非洲传统文化中的刑法思想

“部落文化是非洲传统文化的基本特征”,“对内人们亲如一家,互助分享;对外则或消极共处,各部落相互分隔,不来往,不通婚,或互相敌对,或兵戎相见”。^①在这种封闭型的熟人(家族)社会中,人与人之间的关系更加强调伦理、稳定和包容,演变出一种“补偿性而非惩罚性”^②的刑罚原则,其中以乌班图最为典型。乌班图(Ubuntu),完整表达是“Umuntu ngumuntu ngabantu”,可追溯到南部非洲的班图人,意为“人之为人,皆因他人之存在”。^③乌班图广泛存在于撒哈拉以南非洲的大部分地区,不过因语言不同在不同国家的称谓有所区别,例如安哥拉为“Gimuntu”,刚果为“Bomoto”,肯尼亚为“Umundu”,莫桑比克为“Vumuntu”,纳米比亚为“Uuntu”,坦桑尼亚为“Bumuntu”,等等。乌班图作为非洲传统文化的重要价值观之一,体现在南非人社会生活的各个方面,包含了“相互联系、共同人性、集体分享、服从、谦逊、团结、社群主义、尊严和互相负责。同时,也是一种‘己所不欲,勿施于人’的处世原则”。^④基于乌班图的非洲传统刑罚哲学“主要目的是维护受害人

① 李保平:《论黑非洲传统文化的基本特征》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)1993年第6期,第100页。

② 洪永红:《当代非洲法律》,浙江人民出版社,2014,第61页。

③ 李安山:《论非洲共享价值观的源流、内涵及其实践》,《西亚非洲》2022年第6期,第4页。

④ Ndjodi Ndeunyema, “Reforming the Purposes of Sentencing to Affirm African Values in Namibia”, *Journal of African Law*, 2019, 63 (3), p. 342.

及其权利，对犯罪施以制裁的目的不在于惩罚犯罪人”，而是“恢复受害人利益至受害前的状态和恢复社会至被犯罪人破坏前的状态”。^①而且，“几乎所有最严重的、最特别的犯罪都是采用类似于仲裁而不是惩罚的制度进行处理”。^②

非洲传统文化主要是非洲人在历史上创造并流传下来的大众口头文化，“古代黑非洲几乎没有人专门进行理论思想和精神产品的创造，……在殖民主义入侵以前基本上没有文字”。^③以谚语为代表的口传习惯法“在非洲传统社会精英文化不发达的情况下……在黑非洲传统社会裁断案件、调解纠纷的法庭上被广泛使用”。^④国内学者一般认为，非洲习惯法是非洲各个族体的人们在长期的生活和劳作过程中逐渐形成的，被用来分配人们之间的权利、义务，解决他们之间的利益冲突，且主要是在一套特殊的神灵崇拜、祖先崇拜等关系网络中，以口述方式被贯彻实施的规范。^⑤可以看出，非洲习惯法具有尊奉神灵、崇拜祖先、尊重传统、注重集体本位、强调社会和谐的特征。非洲习惯法的主体内容是民事法律，刑事法律较少。^⑥而且，犯罪行为 and 侵权行为的界限没有明显区别。以当代刑法为标准，刑事习惯法在内容上类似自然犯罪^⑦的规定，包括侵犯人身权利的犯罪，诸如杀人、强奸、故意伤害；妨害司法程序的犯罪，诸如藐视法庭、妨碍司法程序；侵犯财产罪，诸如盗窃、欺诈、敲诈勒索。^⑧但刑事习惯法与其现行刑法又存在一些差异。以强奸罪为例，其与

① 洪永红：《非洲刑法点评》，《人民法院报》2006年1月6日，第B04版。

② 洪永红、夏新华等：《非洲法导论》，湖南人民出版社，2000，第25页。

③ 徐济明：《非洲传统文化与政治现代化》，《西亚非洲》1996年第1期，第29页。

④ 李保平：《论黑非洲传统文化的基本特征》，《北京大学学报》（哲学社会科学版）1993年第6期，第107页。

⑤ 洪永红、夏新华等：《非洲法导论》，湖南人民出版社，2000，第21页。

⑥ 赖早兴：《独立后非洲国家刑事法律的发展》，夏新华主编《法律文化研究》，社会科学文献出版社，2018，第219页。

⑦ 自然犯罪，是指在一个行为被公众认为是犯罪前所必需的不道德因素是对道德的伤害，而这种伤害又绝对表现为对怜悯和正直这两种基本利他情感的伤害……我们可以确切地把伤害以上两种情感之一的行为，称为自然犯罪。参见〔意〕加罗法洛《犯罪学》，耿伟、王新译，中国大百科全书出版社，1996，第44页。

⑧ 相关内容根据南非法律委员会于2003年1月所作的习惯法报告整理而来，详细内容参见South Africa Law Commission, “Report on Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders”, January 2003, pp. 10–29, https://justice.gov.za/salrc/reports/r_prj90_tradlead_2003jan.pdf。

南非《性犯罪法》^①存在两点区别。首先,在犯罪主体和对象方面,只包括男子对女子实施,不包括丈夫对妻子实施的“婚内强奸”;其次,女子不享有性自主权,在其丈夫或者监护人同意的情况下,不构成强奸罪。^②此外,南非的刑事习惯法还存在一些特有的罪名,主要集中在婚姻家庭和精神信仰两个方面。在婚姻家庭方面,重婚、抢亲等习惯法表现得十分突出。以抢亲为例,在一些民族的习惯中,如果一名男人将一名女孩抢走,那么他的家人朋友就视为娶亲。但是,抢亲过程往往伴随着一定程度的暴力行为,女方通常表现出某种形式的反抗。如果女孩不同意或者女孩父母不同意,则可能构成犯罪。在精神信仰方面,一些非洲人认为,人之所以会死亡、患病和倒霉,要么是受到了祖先的惩罚,要么是“巫师”(witch or wizard)在作乱。因此,一旦部落内有人死亡、患病或倒霉,若人们怀疑是“巫师”所为,就可以向其兴师问罪。^③轻则辱骂殴打、毁坏财物,重则杀害人命,手段往往极其残忍。尤其是当出现了群体性染病事件,“巫师”往往被处以火刑,因为人们相信,只有火才可以消灭他的灵魂。

(二) 非洲传统文化在南非刑法中的回归

非洲传统文化在南非的回归,本质上隐含着一种新的话语路径:重新发现非洲。非洲美好未来的创造需要“返回非洲”,去寻找前殖民时代祖先留下的文化遗产,而不是“带着殖民时期的西方思维去探索渺茫的未来”。^④事实上,任何国家、任何民族都不可能完全抛弃传统文化来推行现代化。^⑤为了改变种族隔离时期南非刑法立法和司法的犯罪主义、重刑主义,从20世纪90年代开始,在促进民族团结与和解的背景下,南非宪法法院援引乌班图废除死刑,南非《宪法》承认刑事习惯法地位,这些事件标志着非洲传统文化在南非刑法中的回归。

① 关于对南非《性犯罪法》的讨论,参见郭炯《南非“婚内强奸”入刑:契机、历程和成果》,《时代法学》2018年第3期,第104~110页。

② A. C. Myburgh, “Rape”, in A. C. Myburgh, ed., *Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana*, Johannesburg: Van Schaik Publishers, 1980, p. 83.

③ Pieter A. Carstens, *The Cultural Defence in Criminal Law, South African Perspectives*, DE Jure, 2004, 37 (2), p. 316.

④ 周鑫宇:《南非乌班图思想与新兴大国本土政治思想崛起》,《现代国际关系》2018年第2期,第60页。

⑤ 徐济明:《非洲传统文化与政治现代化》,《西亚非洲》1996年第1期,第32页。

1. 南非宪法法院援引乌班图废除死刑

乌班图是建立新南非的基本原则之一，与非洲复兴的理想密切相关。^① 1993年4月1日，来自南非全国26个政党和组织的代表参加了结束种族隔离和成立新南非的多党制宪谈判首次会议，标志着多党制宪谈判进入了实质性阶段。在经历了各种曲折艰辛的过程后，最终在11月18日举行的谈判会议上通过了过渡时期《临时宪法》草案，该草案于12月22日在南非议会以压倒性优势获得通过。《临时宪法》“民族团结与和解”附言中明确指出：我们需要的不是复仇，而是理解；不是报复，而是补偿；不是牺牲，而是“乌班图精神”。非洲传统文化“乌班图”在南非历史上第一次被写入宪法，为实现南非民族团结与和解提供了法律依据，并把非洲的价值观应用于刑事司法实践之中。

1995年，南非颁布《促进种族团结与和解法》，设立了以开普敦大主教德斯蒙德·姆皮洛·图图（Desmond Mpilo Tutu）为主席的真相与和解委员会，以“寻找种族隔离时期南非严重侵犯人权事件的真相，寻求弥合南非种族之间创伤的办法”。南非真相与和解委员会在处理种族隔离时期的犯罪问题时，以乌班图为指导原则，摒弃了基于西方价值观和法律原则的“程序正义、惩罚、监禁和报复”，而是运用了基于“寻求真相、和解、赔偿和康复”的非洲传统文化，^② 直接反映了南非在本土文化中的刑罚哲学与从西方移植而来的刑罚目的发生冲突时的价值选择。正如开普敦大主教图图所言，临时宪法为南非人超越过去的分裂奠定了基础，过去的分裂导致了对人权的侵犯，并遗留下仇恨、恐惧、内疚和报复的问题。针对这些暴力和遗留问题，应当基于理解和赔偿而非复仇，需要乌班图而非施加报复。^③

然而，南非1996年《宪法》没有采用乌班图的表述，而是制定了权利法案，更加详尽和广泛地规定了人民享有的各项基本权利。同时，为了将法律扩大到所有人，不论种族和文化，新成立的宪法法院将乌班图

① 李安山：《论非洲共享价值观的源流、内涵及其实践》，《西亚非洲》2022年第6期，第5页。

② Phathekile Holomisa, “Balancing Law and Tradition”, *South African Crime Quarterly*, 2011, 35 (2), p. 18.

③ Ann Skelton, “The South African Constitutional Court’s Restorative Justice Jurisprudence”, *Restorative Justice*, 2013, 1 (1), p. 124.

作为一种法律原则纳入南非的判例之中。^① 在刑法领域, 乌班图作为非洲的一种惩罚哲学, 尤其是在刑罚措施方面, 与恢复性司法交织在一起。1995 年, 南非宪法法院在 Makwanyane 案^②中指出, 在民族和解的过程中不应给予过分的惩罚, 要与乌班图精神相一致, 南非应该是一个“希望防止犯罪……不要仅仅为了基于报应主义而处决罪犯”的国家。正如该案主审法官奥比·萨克斯 (Albie Sachs) 所指出的那样, “令人痛心的是, 我国的法律报告和法律教材中很少涉及非洲本土法律资源。但这并不是本法院继续忽视非洲传统法律文化和价值观的理由, 特别是那些在以往法律制度下基本权利被侵犯最多的人, 也许他们才最有希望从新的宪法秩序中获益”。

在该案中, 宪法法院对 1977 年《刑事诉讼法》第 277 条第 1 款第 1 项、第 3 项至第 6 项关于死刑的规定进行司法审查, 判决相关条款的规定违宪, 正式宣布普通刑事罪犯适用死刑的规定无效。随后, 南非议会根据宪法法院的判决意见于 1997 年 12 月通过《刑法修正案》(Criminal Law Amendment Act), 废除了所有规定死刑的法律条文。

2. 南非新宪法确认刑事习惯法的地位

在欧洲殖民者到达之前, 南非生活着三个族群, 即科伊人 (Khoi)、萨恩人 (San) 以及班图人 (Bantu), 他们世代适用本土的习惯和习俗处理犯罪问题。自 17 世纪中叶开始, 殖民当局把其母国的刑法强制移植到南非, 取代了本土习惯法, 来自荷兰的罗马—荷兰法和英国的普通法在南非先后落地生根, 逐渐发展起来。^③ 然而, 在殖民时期, 习惯法只是在对殖民制度不具有重要意义的领域, 如婚姻、继承、侵权和土地租赁方面才被容忍存在, 而在种族隔离时期, 习惯法也只能在民事案件中适用。^④ 因此, 在整个殖民时期和种族隔离时期, 本土的刑事习惯法从来都不是南非法院判案的依据。但是, 由于南非广大农村地区长期存在传统的酋长制度, 世代相传、土生土长的刑事习惯法也同时传承下来。

① Cornelia van Graan, “Ubuntu in a Post-Apartheid South African Context”, *Pretoria Student Law Review*, 2012, 6 (1), pp. 33-48

② S. v. Makwanyane and Another, 1995 (3) SA 391 (CC).

③ 详细的讨论, 参见郭炯、任冰雪《论殖民时期南非刑法混合特征的形成》, 洪永红、郭炯主编《非洲法评论》, 湘潭大学出版社, 2022, 第 230~244 页。

④ 详细的讨论, 参见朱伟东《南非法律冲突的解决: 普通法与习惯法的协调》, 《民间法》(第 4 卷), 山东人民出版社, 2005, 第 516~553 页。

1996年5月8日南非制宪议会以421票赞成、2票反对、10票弃权的绝对多数通过正式宪法。12月10日,南非总统正式签署新宪法,标志着南非的制宪进程全部完成。南非新《宪法》的正文共14章243条,此外还包括7个附件。《宪法》第211条第3款规定:当习惯法适用时,法院必须遵循,但应遵守宪法和任何专门规定习惯法的法律。该款包含四层含义:第一,南非所有法院都必须承认和适用习惯法;第二,应当根据宪法第2章关于权利法案的规定承认和适用习惯法;第三,如果存在专门规定习惯法的法律时,应当根据该法承认和适用习惯法;第四,法院享有自由裁量权,决定是否适用或者如何适用习惯法审理特定案件,但法院应当按照法律冲突的一般逻辑规则选择适用何种法律。

现代非洲国家都接受了刑法应当成文化的原则,纷纷根据各国具体国情,采取了不同的做法。^①从南非刑事习惯法的发展进程来看,并不是简单地由习惯“自然地”上升为习惯法,而必须通过一定的立法形式才可实现。^②在南非,成文化的刑事习惯法包含三个类型。(1)官方习惯法(official customary law),是指那些被南非当局所认可的,通过立法、法律报告、官方报纸、政府指南(government manuals)等形式规定下来的刑事习惯法规范,如1998年《承认习惯法婚姻法》。(2)学术习惯法(academic customary law),是指那些由习惯法学者通过调查研究,汇编成著述的刑事习惯法规范。(3)自治习惯法(autonomic customary law),是指以口头方式贯彻实施的、用以调整非洲人内部关系的刑事习惯法规范。自治习惯法并不局限于固定的、成文的形式。与殖民时代以前相比,它发生了很大的变化,但是非洲传统文化的精神仍保留了下来。^③

可以看出,当代南非刑法体系由两种截然不同的法律制度组成:移植的西方法律(即一般法)和继承的本土法律(即习惯法)。那么,在南非,针对同一案件就可能存在两套截然不同的法律适用规则,而且南非不同部族之间的习惯法也颇有不同,这样就容易产生内部法律冲突问题。南非法律委员会在1999年的一份报告中指出,刑法是国家需要统一法律

① 洪永红:《非洲习惯法初探》,夏新华主编《法律文化研究》,社会科学文献出版社,2018,第51页。

② 洪永红:《非洲习惯法立法形式》,《西亚非洲》2000年第2期,第60页。

③ Ajgm Sanders, "How Customary Is African Customary Law?", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1987, 20 (3), pp. 405-410.

体系的领域,不应该将刑事习惯法的适用范围扩大到其他法院。^①但是,南非并没有制定专门的法律或者明确的法律条款来解决这种“人际法律冲突”。作为规定习惯法地位的主要法律,《证据法修正案》只是规定了法院可以对习惯法规则进行识别,^②而这只是一条承认习惯法的规则而不是法律选择规则。因此,决定何时适用习惯法是司法自由裁量的事项,其结果是,法官总是根据案件的具体情况决定是否适用习惯法进行断案。^③

二 非洲传统文化对南非当代刑罚体系的影响

在刑法领域,乌班图已经适用于刑事司法制度的各个阶段。南非“把非洲传统文化中的乌班图与非洲习惯法以及罗马—荷兰法、普通法相结合,打造了一种本土版本的恢复性司法”。^④

(一) 乌班图对南非刑罚理念的影响

刑罚的目的是国家据以确定刑事政策、制定刑事法律,特别是设计刑罚体系的基本出发点,也是国家适用刑罚同犯罪做斗争的最终归宿。刑罚目的论决定或制约着刑罚的其他全部问题,是刑罚论的要害。^⑤在南非种族隔离时期,对于南非白人当局而言,只有强调对过去罪行的报应并预防将来可能发生的犯罪,才能有效维护种族隔离制度。因此,该时期的南非吸收或采纳的刑罚目的论主要包括:报应主义(retributive theory)与预防主义(preventive theory)。预防主义是建立在对报应主义批判基础上的一种刑罚目的论,强调刑罚的功利性。^⑥在南非的刑罚制度中,

① 详细的讨论,参见 South African Law Commission, “The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law Report”, September 1999, p. 50, <https://www.gov.za/documents/harmonisation-common-law-and-indigenous-law-report-project-90>。

② S. 1, Law of Evidence Amendment Act, 1988.

③ 朱伟东:《南非法律冲突的解决:普通法与习惯法的协调》,《民间法》(第4卷),山东人民出版社,2005,第517页。

④ Ann Skelton, “The South African Constitutional Court’s Restorative Justice Jurisprudence”, *Restorative Justice*, 2013, 1 (1), p. 142.

⑤ 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社,2011,第457页。

⑥ 具体的论述,参见〔英〕边沁《立法原理》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社,2004,第375~409页。

影响最为深刻的是报应主义，其思想渊源来自早期荷兰殖民者的同态复仇 (talio) 和“以眼还眼，以牙还牙” (an eye for an eye and a tooth for a tooth)。直到联邦时期，报应主义仍是南非刑事司法确定刑罚轻重的主要依据。例如，在刑罚体系中，鞭刑 (awhipping) 作为一种执法手段，由于其具有简单易操作、施刑成本低、现场威慑力较大等“优点”，被白人种族主义当局所推崇。1977 年南非《刑事诉讼法》将这一极具报应主义的制度纳入南非的刑罚体系，^① 该法既规定了鞭刑适用的犯罪，^② 又对行刑程序的各个环节做出了严格的规定。^③

新南非成立以来，在乌班图的影响下，南非的刑罚体系出现了从残酷到文明、从严厉到轻缓的转变。南非宪法法院在 David Dikoko v. Thupa Zacharia Mokbatla 案^④中，首次明确将乌班图与恢复性司法直接联系起来。宪法法院认为，恢复性司法是南非刑事司法程序的一个新兴概念，其基础是“对彼此人性的深切尊重” (deep respect for humanity of one another)，与乌班图的理念高度一致。此外，2008 年《儿童司法法》序言也明确规定，该法宗旨之一是通过恢复性司法方案支持和解，在未成年人法律制度中弘扬乌班图。^⑤

(二) 乌班图在南非矫正监管制度中的应用

在 S. v. M. 案^⑥中，该案主审法官奥比·萨克斯将矫正监管这一刑罚措施描述为“一种多层次的方法，是赔偿和恢复性司法的要素”。他引用了南非法律委员会的意见指出，社区判决 (community sentences) 是非洲传统文化的一部分，其中对他人的赔偿和服务是重要组成部分。该案的判决肯定了乌班图的价值，即如果罪犯改正了他们所做的错事，他们就可以重新融入社会。^⑦ 在乌班图的影响下，南非对矫正监管制度进行了修订，其成了调和非洲传统文化和西方价值观在刑罚体系中冲突的典型制度。

① S. 276 (1) (g), Criminal Procedure Act of 1977.

② S. 293, Criminal Procedure Act of 1977.

③ S. 294 and 295, Criminal Procedure Act of 1977.

④ 2006 (6) SA 235 (CC).

⑤ S. 2, Child Justice Act of 2008.

⑥ S. v. M. (Centre for Child Law as Amicus Curiae), 2007 (2) SACR 539 (CC).

⑦ Ann Skelton, “The South African Constitutional Court’s Restorative Justice Jurisprudence”, *Restorative Justice*, 2013, 1 (1), p. 129.

南非的矫正监管是相对于传统的监狱矫正而言的一种新型的非监禁刑罚的执行方式。1959年,在西方国家的影响下,南非出台了《矫正服务法》(Correctional Services Act),进行了行刑个别化的尝试。但是,由于该时期南非白人当局维护种族隔离制度,刑罚目的中的“惩罚”仍占据支配地位,刑罚的教育和矫正功能并没有得到足够的重视,因此实践的效果不尽如人意。1990年,南非政府宣布对监狱制度和刑罚制度进行广泛的改革,并于1991年出台了《矫正服务和矫正监管修正案》(Correctional Services and Supervision Matters Amendment Act)。该法引入西方国家的社区矫正(community corrections),进而规定了一个新的刑种,即矫正监管。1998年,南非重新制定了新的《矫正服务法》(Correctional Services Act),肯定了乌班图的价值,进一步将矫正监管系统化、具体化、规范化。

乌班图在《矫正服务法》中的具体应用,主要体现在三个方面。第一,恢复受害者权益。乌班图以受害者为中心,以恢复受害者的权益为主要目的。根据《矫正服务法》第52条“与社区矫正有关的条件”第1款第5项与第7项的规定,在决定进行社区矫正时,法院、矫正监督和假释委员会、国家专员或其他具有法定权力的机构,可以根据该条规定的限制和条件,要求相关人员向受害人支付补偿金或损害赔偿金、参与受害人与罪犯之间的调解或参加家庭小组会议。第二,恢复罪犯社区地位。乌班图强调惩罚的使用旨在使罪犯重新融入社会,恢复他们的社会地位。重返社会有助于让罪犯继续成为社区的成员,为社区的发展做出贡献。^①根据《矫正服务法》第36条“执行监禁刑罚的目的”的规定,使被判刑的罪犯今后能够过上负有社会责任和无犯罪记录的生活是主要目的。根据《矫正服务法》第38条“评估”的规定,在一名被判刑的罪犯入院后,必须尽快对该等罪犯进行评估,包括关于重新融入社区的需要与恢复性司法的要求。同时,根据《矫正服务法》第41条“被判刑罪犯的劳动”的规定,必须尽可能提供足够的工作,使被判刑罪犯在正常工作中保持活跃;这种工作必须尽可能旨在向这类罪犯提供技能,以便他们获释后在社会上有偿就业。第三,强调社群主义。根据乌班图,争端不是只实现个人利益的孤立事件,整个社区都会受到影响。社区的每一个成

① O. Oko Elechi, Sherill V. C. Morris and Edward J. Schauer, “Restoring Justice (Ubuntu): An African Perspective”, *International Criminal Justice Review*, 2010, 20 (1), p. 78.

员都与包括争端方在内的其他成员相互联系,无论其中一方是受害者还是犯罪者。不法行为会影响到整个社区,社区有责任纠正错误。^① 根据《矫正服务法》第13条“与社区的联系”的规定,矫正服务部必须鼓励罪犯与社区保持联系,使他们能够了解时事;必须给予罪犯机会,在必要的监督下,至少让他们与配偶或伴侣、近亲、选定的宗教顾问和选定的医生联系并接受他们的探视;国家专员可允许社区组织、非政府组织和宗教派别或组织与被判刑的罪犯互动,以促进罪犯的改造和融入社区等。

南非的矫正监管的对象主要是被处5年以下有期徒刑的犯罪人、量刑超过5年但实际执行刑期不超过5年的犯罪人、未成年犯。矫正监管的方式包括家庭监禁(house detention)、社区服务(community service)、就业方案(employment program)、赔偿金(compensation)、电子监控(electronic monitoring)、教育方案(educational program)、转处(conversion of sentence)、暂离(temporary leave)以及日间假释(day parole)。其中,转处、暂离和日间假释最能体现乌班图精神。

转处。南非《刑事诉讼法》第276条第1款i项规定,被处5年以下监禁刑的犯罪人,如果执行刑期超过1/6,且符合资格的,可以由委员会审查批准后从监禁转为矫正监管。转处主要适用于未成年犯以及危害较轻的过失犯。例如,2015年,因枪杀女友被判5年监禁的“刀锋战士”(The Bladerunner,即Oscar Pistorius),在服刑满10个月后,成功地由监禁刑转为矫正监管。

暂离。包括因人道(compassionate)、就医(treatment)、刑期即将届满(preparation for)等情形而得到委员会的批准,得以短期离开监狱、接受矫正监管的制度。它是20世纪70年代左右西方国家兴起的一种罪犯处遇方式,南非经过本土化的改造,将其适用于那些不具有人身危险性的犯罪人。

日间假释。它与假释不同,而是社区处遇体系中的一种较为常见的方式,与美国的白天汇报计划比较类似。顾名思义,日间假释大体上是指白天接受矫正监管,晚上回到监狱服刑。但是,日间假释的具体时间

^① John Andrew Faris, “African Customary Law and Common Law in South Africa: Reconciling Contending Legal Systems”, *International Journal of African Renaissance Studies*, 2015, 10 (2), p. 181.

由矫正监管和假释委员会或法院确定。在很多情况下,南非大多数监狱都因为“人满为患”而将日间假释当事人安置在矫正中心食宿。日间假释当事人可以穿戴自己的服装而非囚服,但必须为食宿和医疗服务付费。而且,日间假释当事人必须在规定时间内向监狱报告,否则可能构成新的犯罪。

当前,南非全国共设立了 52 个矫正监管和假释委员会 (Correctional Supervision and Parole Board),负责各个社区的矫正监管以及假释的日常事务。根据《矫正服务法》第 74 条“监管和假释委员会”的规定,委员会主席、副主席和秘书直接由矫正服务部指派,工作人员中至少包括 2 名本社区的成员。

三 非洲传统文化对南非犯罪构成的影响

南非宪法第 35 条第 3 款对传统的绝对罪刑法定原则进行了修正,删除了绝对禁止适用习惯法的内容。在适用习惯法时,正如有学者所言:“只有当构成犯罪的要件确定后,必须借助习惯法加以说明时,习惯法才能成为对个案定性处理的依据。”^①因此,南非法官在长期的刑事司法实践中逐渐摸索出一套实用的技巧,即将非洲传统文化中的习惯法作为一种犯罪构成体系中的抗辩事由,用来说明被告人不具有犯罪故意。

(一) 习惯法对抗辩事由的影响

南非刑法规定的犯罪包括两种:普通法罪 (Common Crime) 和制定法罪 (Statutory Crime)。所谓普通法罪,就是人们直观可以理解的犯罪,即一种性质恶劣的、引起社会强烈谴责且被认为是应当受到惩罚的行为。所谓制定法罪,是指制定法规定的犯罪,即刑法条文所禁止的行为。以习惯法作为抗辩事由的案件,主要存在于对普通法罪的审判中,因为与制定法罪相比,对普通法罪的认定更加严格地遵守了南非的犯罪构成体系。

南非犯罪构成体系基本上与英国一脉相承,基本原则是“没有犯罪意图的行为不能构成犯罪”。也就是说,一个人的行为要构成犯罪,他必须在实施该行为时具有犯罪的意图。南非刑法规定的各种犯罪定义可以

^① 陈兴良:《规范刑法学》(第三版),中国人民大学出版社,2022,第 17 页。

抽象为两个方面的内容，包括犯罪行为（actus reus）和犯罪意图（mens rea），即犯罪要素（elements of acrimine）。犯罪要素是刑事责任的基础，任何犯罪都需要具备这两方面的内容。如果行为人的行为符合犯罪构成的要求，就会涉及刑事责任问题。在南非的刑事司法中，任何人只要具备了犯罪行为和犯罪意图，公诉方就可以推定其具有刑事责任的基础，进而进行起诉，如果被告方不抗辩或抗辩事由不成立，犯罪即告成立；如果被告方在诉讼中提出抗辩事由（defence），能说明自己不具备刑事责任能力（criminal responsibility）或行为合法（grounds of justification or grounds excluding unlawfulness），即可免除或减轻刑事责任。显然，南非犯罪构成的逻辑结构属于典型的英美法系的“双层次的纵向对合式的动态诉讼逻辑”。^①

控方需证明被告方符合的犯罪本体要素、被告方可以提出的抗辩事由以及针对非法行为被告方可以提出的正当化事由如下。

犯罪本体要素

行为	刑事责任	犯意
人的行为 自愿行为 非法行为	自知力（insight） 自制力（self-control）	故意（包括直接故意、间接故意） 过失

抗辩事由

行为	刑事责任	犯意
非自愿行为	精神疾病或缺陷 年幼 醉态 激怒（provocation）	事实认识错误 法律认识错误 精神疾病或缺陷 年幼 醉态 激怒

正当化事由

自卫、紧急避险、不可能性（impossibility）、同意、上级命令（superior）、执行公务（public authority）
--

资料来源：Gerhard Kemp, *Criminal Law in South Africa*, Durban: Oxford University Press, 2015, pp. 41-255; C. R. Snyman, *Criminal Law*, Cape Town: Lexis Nexis, 2014, pp. 51-243。

① 储槐植、高维俭：《犯罪构成理论结构比较论略》，《现代法学》2009年第6期，第88页。

在这种逻辑结构之下,控方和被告方处于平等的地位,控方只需证明被告方行为符合犯罪本体要素,由被告方进行抗辩,控辩双方各自提出对自己有利的事实和证据,由法官做出最终的裁决。

习惯法在南非农村地区的根基十分深厚,为了让刑事判决得到信服,法官不得不对其加以考虑。但是,南非刑事习惯法的一个显著特征是非专业化,尤其在各种社会关系中缺乏区分和分类。因此,有时很难界定一项规则是否属于刑事习惯法。当前,南非刑事立法并没有明确将习惯法列为抗辩事由和量刑减轻事由。但是,大量的著述和判例表明,在刑事审判阶段,习惯法仍然是法官判案的依据。^①

(二) 习惯法对认定重婚罪的影响

南非的重婚罪是一项普通法罪,是指在合法婚姻存续期间,配偶一方非法地、有意地与他人举行合法结婚仪式的行为。^②也就是说,法律禁止前一次婚姻是登记婚姻、后一次婚姻是事实婚姻的情形。在旧南非,尽管一夫多妻制婚姻在习惯法上是有效的,但南非婚姻法和司法实践从来没有承认一夫多妻制婚姻的有效性。^③2000年11月15日,《承认习惯法婚姻法》(Recognition of Customary Marriages Act)正式生效,成为调和一夫多妻制与重婚罪的冲突乃至习惯法与刑法冲突的一个典型。

《承认习惯法婚姻法》第2条规定,本法承认习惯法婚姻(即依据习惯法缔结的婚姻),包括在本法生效以前缔结的和以后缔结的一夫多妻制婚姻。从立法倾向上来看,法律鼓励一夫一妻制婚姻,但不禁止一夫多妻制婚姻。《承认习惯法婚姻法》第4条规定,依据习惯法结婚的配偶双方应当在相关部门登记注册。该条又规定,未能成功办理登记注册的不影响其婚姻的有效性。那么,对于非洲人而言,就存在两种选择,即登记或者不登记。在现实生活中,男方通常不会强烈反对登记,因为无论登记与否,并不妨碍他迎娶第二个妻子。

① Christa Rautenbach and Jacques Matthee, "Common Law Crimes and Indigenous Customs: Dealing with the Issues in South African Law", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2010, 42 (61), p. 114.

② Jonathan M. Burchell, *Principles of Criminal Law* (4 ed), Cape Town: Juta & Co., Ltd., 2013, p. 656.

③ J. R. L. Milton, *South African Criminal Law and Procedure*, Vol. II, Cape Town: Juta & Co., Ltd., 1996, p. 263; Gerhard Kemp, ed., *Criminal Law in South Africa*, London: Oxford University Press, 2015, p. 388.

从该法与刑法的关系上来看,该法对一夫多妻制婚姻进行了一些限制,违反规定的话就可能构成重婚罪。这些限制包括以下几方面。(a) 提出申请(第7条第6款)。一个男人与两个或两个以上女人缔结习惯法婚姻的,必须向法院提出申请,并出具所有当事人(包括丈夫和所有妻子)签订的书面夫妻财产协议书,得到法院批准后方可举行结婚仪式。(b) 不得转变结婚形式。包括两种情况:前一次婚姻是习惯法婚姻,后一次婚姻是国家法婚姻(指依据1961年《婚姻法》缔结的婚姻)的情形(第10条第1款);前一次婚姻是国家法婚姻,后一次婚姻是习惯法婚姻(第10条第4款)的情形。也就是说,一夫多妻仅限于以习惯法缔结的婚姻,依据国家法缔结的婚姻只能是一夫一妻制。因此,以习惯法缔结的一夫多妻制的婚姻受习惯法保护,但触犯了刑法的重婚罪。由于南非立法者在制定法律时并未考量到习惯法中的一夫多妻制与刑法的重婚罪之间的冲突,那么,当一位以习惯法缔结了婚姻的妻子,针对她丈夫与他人再缔结合法婚姻的事实而控诉其丈夫构成重婚罪时,这一问题只能交由南非司法机关来解答。

为此,法院必须首先考量重婚罪作为普通法罪在南非的认定标准。根据上述南非犯罪构成的基本理论,认定重婚罪同样既要具备完整的犯罪要素又要“经得起”抗辩。那么,在认定重婚罪的第一阶段,控方须证明被告方符合犯罪本体要素,即犯罪行为与犯罪意图。针对犯罪行为的指控,控方只要证明被告方存在上述转变婚姻缔结形式的事实即可,而这一证明在实践中一般也不会有太大的阻碍。然而针对被告犯罪意图的指控,却没有想象的简单。当然,这一指控是指被告的故意犯罪而非过失犯罪。如前所述,普通法罪是一种性质恶劣的、引起社会强烈谴责且被认为应当受到惩罚的行为。然而,这种“恶”根据社会文化的变化而有所差异。在南非祖鲁人的文化价值里一夫多妻制就是其文化的一部分,所以我们很难直接推定被告方具有故意犯罪的“恶”,恰恰相反,我们更容易推定被告方不具备犯罪意图。即便法院认定了被告是故意犯罪,被告同样可以以《承认习惯法婚姻法》作为抗辩事由进行抗辩。因该法文明确确认了一夫多妻制的合法性,法官可以就此直接认定妻子在缔结习惯婚姻时默认了其丈夫未来同其他女人再缔结婚姻的情形,即符合上述抗辩正当化事由中的“同意”。

可见,在南非,对重婚罪的控诉通常在犯罪构成的认定阶段就“夭折”了,司法实践中针对一夫多妻制与重婚罪的冲突基本上是按照非罪

化的方向来调和的。此外,基层司法机关针对这一冲突还采取了一套司法技术,即不告不理,巧妙地回避了习惯法和刑法之间的正面冲突。例如,在 MM v. MN 一案中^①,被告人向法院提交申请被拒,仍与第二个妻子按时举行了婚礼,被第一个妻子诉至法院。第一个妻子要求法院宣布丈夫缔结的第二次婚姻无效,但并未指控丈夫触犯重婚罪,而法院也“默契地”没有以重婚罪追究其刑事责任。综上所述,新南非没有回避一夫多妻这一传统习俗,也没有对其实行“一刀切”,而是选择将其纳入社会治理的规范中。从一定程度上来说,这既是对习惯法的一种尊重,同时又尽量地使之与宪法或其他法律一致,而不是像殖民者和白人当局那样拒绝它在正式立法中的存在。

结 语

非洲传统文化的复位是南非刑法现代化进程中出现的本土化现象。习惯法在南非根深蒂固的影响,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”。^②而融合了多种因素形成的非洲传统文化可以适用于几乎任何刑法领域,适用于西方刑事司法程序的所有阶段。乌班图作为非洲传统文化的核心,其中蕴含着丰富的法律价值观和思想,“不仅塑造了当前的刑事司法体系,而且重新定义了南非的法学理论”,^③甚至“可能发展为非洲国家法律体系中的一项独特的指导原则”。^④

【责任编辑】李雪冬

① 2010 (4) SA 286 (GNP).

② 夏新华、刘星:《南部非洲混合法域的形成与发展》,《环球法律评论》2010年第6期,第160页。

③ J. Y. Mokgoro, “Ubuntu and the Law in South Africa”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 1998, 1 (1), p. 8.

④ Christa Rautenbach, “Legal Reform of Traditional Courts in South Africa”, *Journal of International and Comparative Law*, 2015, 2 (2), p. 298.

Keywords: New Landed Elites; Colonial Discourse; Land System; Internal Colonialism

Influencing of Contemporary South African Criminal Law by African Traditional Culture

Guo Jiong, Yi Kexin / 107

Abstract: African traditional culture is a spiritual and cultural wealth created and passed down by various ethnic groups in Africa over thousands of years. Its principles of punishment and rules of criminal law exhibit a unique charm and play a fundamental role in maintaining the social structure and order of traditional African societies. In the 1990s, against the backdrop of promoting national unity and reconciliation, the abolition of the death penalty by invoking the concept of Ubuntu and the recognition of customary law as a source of criminal law in the constitution marked the resurgence of African traditional culture in South African criminal law and began influencing the law that had been damaged by colonial rule and racial segregation. For more than 30 years, South Africa has been using the principles of Ubuntu and customary law in African traditional culture as a foundation to promote the localization of South African criminal law as well as create significant impact on the system of punishment and criminal offenses in contemporary criminal law.

Keywords: African Traditional Culture; South African Criminal Law; Ubuntu; Customary Criminal Law

Cattle Culture of Karamoja and Its Aberrance: A View of Understanding Conflicts of Africa

Wang Tao, Li Haozhe / 125

Abstract: The Karamoja's cattle-centric activities developed a unique cattle culture. In the political life of the Karamoja people, whether it is to obtain power, exercise power, or transfer power, cattle are requisite. It is even regar-