

非洲法评论

(2016年卷)

XIANGTAN UNIVERSITY AFRICAN
LAW REVIEW

◎ 主 编 洪永红

◎ 执行主编 李伯军

非洲法评论

(2016年卷)

XIANGTAN UNIVERSITY AFRICAN
LAW REVIEW



◎ 主 编 洪永红

◎ 执行主编 李伯军

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

非洲法评论. 2016 年卷 / 洪永红, 李伯军主编. —
湘潭: 湘潭大学出版社, 2016.10

ISBN 978-7-5687-0021-4

I. ①非… II. ①洪… ②李… III. ①法律—研究—
非洲 IV. ①D94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 248905 号

非洲法评论. 2016 年卷

洪永红 李伯军 主编

责任编辑: 刘文情

装帧设计: 张 波

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 邮编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn>

印 刷: 长沙鸿和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787×1092 1/16

印 张: 18

字 数: 314 千字

版 次: 2016 年 10 月第 1 版

印 次: 2016 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5687-0021-4

定 价: 46.00 元

(版权所有 严禁翻印)

本书系法治湖南建设与区域社会治理 2011 协同创新中心平台建设阶段性成果

《非洲法评论》编辑委员会名单

学术顾问:何勤华、Salvatore Mancuso

主 编:洪永红

执行主编:李伯军

编委会成员:(以姓氏笔画为序)

王 奎	刘 丽	刘友华	刘军平
朱伟东	李伯军	吴 勇	张全民
张义清	周青山	肖 峰	邹 琳
洪永红	贺 鉴	胡军辉	夏新华
曹艳芝	黄明儒	黄星永	覃斌武
詹世明	蔡高强		

编辑部成员:(以姓氏笔画为序)

李伯军 陈 雁 高 婷 郭 炯

主 办:湘潭大学非洲法律与社会研究中心
湘潭大学法学院

目 录

论文

- 何谓“非洲法”? 李伯军(3)
- 南非药品专利保护历程、改革与借鉴 刘友华、李雨维(52)
- 让体育远离法庭:南非足球联盟纠纷解决委员会
——南非和非洲体育纠纷解决的模范
..... (南非)法莱·拉扎罗(Farai Razano)著 周青山、刘丹江译(67)
- 南非反倾销调查程序评析
——以《中国X射线损害裁定报告》为例
..... (南非)古斯塔夫·布林克(Gustav Brink)著 陈雁译(86)

专题研讨会文集:“2015年孔子学院中非法律论坛”

- 论非洲孔子学院及其对中非法律文化交流的促进 蔡高强、蔡瑶(117)
- 中国与非洲传统调解文化比较刍论 刘军平(132)
- 乌干达与中国专利审查制度比较研究 邹琳(147)
- 非洲国家进行跨国诉讼的策略分析
——以“利比亚诉高盛案”为分析对象 覃斌武(179)

述评

- 东南非共同市场法院“宝丽都诉毛里求斯案”评析 朱伟东(201)

学界与实务界动态

以“孔子学院”为桥梁,推进中非法律文化交流

——“2015 年孔子学院中非法律论坛”研讨会综述 覃斌武(211)

中国对非经贸投资的法律风险及其防范研讨会综述(2011 - 2015)
..... 李伯军(223)

资料

2015 年《埃塞俄比亚工业园法案》.....

..... 中国驻埃塞俄比亚大使馆经商参处(249)

中国国际贸易促进委员会(CCPIT)与中国国际商会(CCOIC)简介
..... 李伯军(262)

编后语 李伯军(268)

附录

附录一:“湘潭大学非洲法律与社会研究中心”简介 (273)

附录二:《非洲法评论》稿约 (275)

Contents

Artciles

What is “African Law”?	Bojun LI (3)
South African Pharmaceutical Patent Protection	
.....	Youhua LIU Yuwei LI (52)
Keeping Sport Out of the Courts: The National Soccer League Dispute Resolution Chamber: A Model for Sports Dispute Resolution in South Africa and Africa	
.....	Farai Razano (Author) Qingshan ZHOU(Translator)
	Danjiang LIU (Translator) (67)
Evaluation of South Africa’s Anti – dumping Investigations – in view of the injury findings in China X – ray Equipment	
.....	Gustav Brink(Author) Yan CHEN (Translator) (86)

Symposium: The Confucius Institute China – Africa Legal Forum of 2015

On the Confucius Institutes in Africa and its Role in Promoting to the Exchanges of the Legal Culture Between China and Africa	
.....	Gaoqiang CAI Yao CAI (117)
A Comparative Study of Chinese and African Traditional Culture of Mediation ...	
.....	Junping LIU (132)
A Comparative Study of Patent ExaminationSystem Between Uganda and China	
.....	Lin ZOU (147)
Transnational Litigation Strategies for African Countries——On LIA v. Goldman	

Sachs in London High Court	Binwu QIN (179)
----------------------------------	------------------------

Notes and Comments

A Brief Analysis of“ <i>COMESA Court Polytol Case</i> ”	Weidong ZHU (201)
---	--------------------------

Academics and Practitioners’ Dynamics

Using“ <i>The Confucius Institute</i> ” as A Bridge for Promoting the China – Africa Legal Cultural Exchanges——The Summary for the “ <i>The Confucius Institute China – Africa Legal Forum of 2015</i> ”	Binwu QIN (211)
The Summary for the Symposiums on “ <i>The Legal Risk Preventions in Chinese Trade and Investment Activities in Africa</i> ” (2011 – 2015)	Bojun LI (223)

Materials

<i>Industrial Park Proclamation No. 886/2015</i> of the Federal Democratic Republic of Ethiopia	
Compiled by the Economic and Commercial Counsellor’s Office of the Embassy of the People’s Republic of China in Ethiopia (249)	
A Brief Introduction to the <i>China Council for the Promotion of International Trade</i> (CCPIT) and the <i>China Chamber of International Commerce</i> (CCOIC)	
.....	Bojun LI (262)

Postscript	Bojun LI (268)
-------------------------	-----------------------

Appendix

Appendix I :Introduction to <i>Xiangtan University Research Centre for African Laws and Society</i>	(273)
Appendix II : <i>Xiangtan University African Law Review</i> Invitation to Contribution	(275)

论 文

Artciles

何谓“非洲法”？*

李伯军**

内容提要：时至今日，一个颇为遗憾而又令我们不得不承认的事实是，关于非洲法的研究依然没有受到法学界应有的重视，其中一个突出的表现就是，直至目前，依然缺乏针对“非洲法”这个术语的恰当界定。究其原因，除开学者们历来基于现实的功利性考虑而偏好研究主流欧美法学这一事实之外，在很大程度上，还主要与我们一直以来对“什么是非洲法”这个问题所持有的诸多争议以及对该问题所做的负面和错误理解密切相关。实际上，我们只有在摒弃针对非洲法的各种偏见的基础上，正确认识“法”和“法系”等基本法学概念的本质，客观审视非洲本土法在非洲社会中的作用，恰当厘清非洲本土法与非洲外来法的关系，重视非洲各国的法制建设，一个接近客观事实而又符合非洲社会现实发展需要之非洲法的概念才有可能清晰地浮现在我们的眼前。进而，在此基础上，笔者尝试提出了有关非洲法的“六个定义”，以期能有助于我们更好地了解和研究非洲法。

关键词：非洲习惯法；非洲法；非洲诸法；非洲法系；非洲本土法；非洲外来法

* 本文系湘潭大学法学院·知识产权学院（2014-2016年）法学学科建设规划阶段性成果、“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心平台建设阶段性成果。

** 李伯军，湘潭大学法学院副教授，博士生导师，湘潭大学非洲法律与社会研究中心副主任，湘潭大学军事法研究中心主任，瑞士洛桑大学访问学者。主要研究方向：国际法学、非洲法学、军事法学。

目 次

引言

- 一、用以指称“非洲法”的西文名称
 - 二、非洲法是真正意义上的“法”吗？
 - 三、存在一个“法系”意义上的非洲法吗？
 - 四、非洲“本土法”与非洲“外来法”的关系
 - 五、有关非洲法的其他“四个定义”及特征
- 结语

引言

当我们论及某个地区法律的多样性这个问题时，可以说，从来没有哪个地域或大陆的法律会如非洲大陆这般丰富多彩。如果我们对辽阔的非洲大陆加以俯瞰的话，这个大陆曾经存在及现在存在的法律主要包括有：非洲本土的习惯法^①和成文法、外来的宗教法（伊斯兰教法、印度教法、西方教会法等）和西方法等三个大的部分。其中，非洲习惯法在非洲大陆比比皆是，数量繁多。有的非洲国家境内的习惯法种类少的有十多种，而有的非洲国家则多达几十种，还有少数非洲国家则拥有多达上百种。例如，尼日利亚境内有 250 多种民族，就存在有 250 多个不同的习惯法。可以说，一个非洲国家有多少种族或民族，就有多少种对应的习惯法。而外来的西方法具体又包括有：英国法（适用于英属前殖民地国家，主要包括南非、莱索托、纳米比

① 本文对非洲大陆的“习惯”或“习惯法”不加区分使用，一律使用“习惯法”一词。从法溯上考察，我们一般将“习惯”而非“习惯法”表述为法律的一个重要渊源。因此，某些比较法和法制史学者倾向于将“习惯”和“习惯法”加以区分，前者是指没有经过法典化或重述的法律，如西方殖民主义入侵非洲大陆之前，非洲大陆存在的诸多习惯等；而后者是指经过一定的重述或法典化后的法律，如西方殖民统治时期殖民当局对非洲当地习惯所做的所谓系统化和精确化的结果。这方面的论述可参见胡兴东：《习惯还是习惯法：习惯在法律体系中形态研究》，载《东方法学》2011 年第 3 期；洪永红：《非洲习惯法初探》，载《比较法研究》2001 年第 2 期。

亚、喀麦隆、毛里求斯、斯威士兰等)、法国法(适用于前法属殖民地国家,主要包括阿尔及利亚、摩洛哥、乍得、科特迪瓦、贝宁、几内亚、毛里塔利亚、喀麦隆、毛里求斯、加蓬、马里、尼日尔、中非共和国、马达加斯加共和国、塞内加尔、布基纳法索、刚果等)、意大利法(适用于前意属殖民地国家,主要包括索马里等)、葡萄牙法(适用于前葡属殖民地国家,主要包括佛得角、安哥拉、几内亚比绍、莫桑比克等)、西班牙法(适用于前西属殖民地国家,主要包括赤道几内亚等)、比利时法(适用于前比属殖民地国家,主要包括布隆迪、卢旺达等)以及德国法(适用于前德属殖民地国家,主要包括多哥、喀麦隆、新几内亚、卢旺达等),等等。对于比较法学家来说,这个历史事实既可能令他们感到兴奋,因为这里的法律简直就是他们的一个“学术资料宝库”,这里面应有尽有。同时,也可能令他们感到非常头疼,因为这里的法律太过于丰富以致使人目不暇接,眼花缭乱,并导致他们的研究工作无所适从,无从下手。

面对上述非洲大陆如此纷繁复杂的法律,在正式探讨有关“什么是非洲法”这个问题之前,我们不妨首先在这里假设或想象一下,如果某个大学或研究机构举办方计划召开一场主题为“当代非洲大陆的法律”的国际学术专题研讨会,并提前就该研讨会所要讨论的具体问题向拟参会的代表征集几个最具争议性的讨论议题,那么,我们可以想象得到,在所征集到的议题里面最有可能、也最需要包含的将是下面四个大的问题:

一是如果“非洲法”这个术语是在非洲本土意义上使用的话,那么,这个存在于非洲大陆的所谓“非洲本土法”是“法”吗?或者说,非洲大陆本土存在真正意义上的“法”吗?显然,对这个问题的回答取决于我们对“什么是法”这个问题如何进行恰当的理解和回答。

二是如果我们对于上述关于“‘非洲本土法’是否是法”这个问题给予肯定的回答的话,那么,有个问题值得我们继续追问,即从法系意义上讲,非洲本土法可以构成一个独立的“小非洲法系”吗?

三是如果“非洲法”这个术语是泛指整个非洲大陆所存在的所有法律的话,那么,还有可能在此意义上存在一个独立的“大非洲法系”吗?

四是如果针对上述第二个和第三个问题都给出肯定回答的话,那么,我们最后还需要站在非洲大陆各国人民的角度而提出一个问题,即法系意义上的“大(或小)非洲法”的概念能满足非洲大陆各国的现实需求吗?换句话说,非洲大陆各国到底应该需要一个怎样的“非洲法”?

可以说，我们对上述这四个问题的回答将既包含事实判断，也涉及价值判断，因而回答起来并不容易。其中，尤其是对上述第一个大问题里所包含的两个小问题的回答最为关键，因为对这两个小问题的回答将直接影响到我们对后续三个大的问题的回答。事实上，上述第一个大问题里所包含的两个小问题彼此关联，我们无法单独将上述问题分离开来回答。也就是说，对其中任何一个问题的回答都将不可避免地涉及对另一个问题的回答。因此，一直以来，这两个问题深深困扰着国内外法学界。直到目前为止，上述两个问题中的任何一个问题都还没有得到很好的解决，从而导致围绕非洲法问题的学术讨论产生了诸多的混乱与迷失，争论也一直在延续，这不能不说是一个很大的遗憾。老实说，上述所提的四个问题，对任何人而言，回答起来都绝非易事，也颇具挑战性。更何况，笔者囿于非常有限和浅薄的学识和功底，未曾敢奢望仅以此一篇小文就能平息法学界多年来对“非洲法”这个术语所产生的诸多争议和误解，惟愿以此能激发各位学术同仁关注、学习和研究非洲法的热情，也权且当做是“抛砖引玉”之举吧。有鉴于此，笔者首先拟针对上述第一个大的问题努力作出一定的澄清和解释，接着，试图在超越既有“法系”范畴的固有局限之基础上，就“非洲法”这个术语再从四个具体的角度分层次进行界定。

一、用以指称“非洲法”的西文名称

概括起来，英文里用来表述非洲法的名称共有四种：“African Law”（非洲法）、“Law in Africa”（在非洲的法律）、“The Law of Africans”（非洲人的法律）、“African Laws”（非洲诸法）等。

在上述四种有关非洲法的表述中，第一种表述，“African Law”是对非洲法的一种最普遍和最通用的表述，一般直译为中文就是指一般意义上的“非洲法”。某些西方学者采用单数的非洲法的表述，可能就是用来指称一个统一的和整体的非洲本土法。Antony N. Allot 指出，在早期，即使“非洲法”（African Law）这个词已经被使用过，但通常并不是首选，像“本土法”（Native Law）这种表述多半也只是指“非洲人的法律”（The Law of Africans）。也就是说，这里的非洲人仅仅指非洲殖民领土上的本地非洲人口。从这个意义上来说，所谓的“非洲法”（African Law）这种表述暗含着些许贬义，这就如同土著法并非真正意义上的法律一样。同样地，被引进非洲大陆的英国或其他欧洲法律常常被描述为立法时代（In the Legislation of

the Time) 的“英国法”(English Law)。直到目前,殖民权力当局已经在其非洲殖民领土上建立了一个法律框架,这个框架与支配殖民地及其政府的普通法(The General Law)一般被指称为“殖民地法”(Colonial Law)。^① Antony N. Allot 的上述观点实际表明,在西方学者的语境里,“非洲法”(African Law)这个词一般就是指非洲本土法,而不包括后来侵入非洲大陆的西方法。从一开始,西方学者就将西方法和非洲法划清了界限。另外,M. G. Smith 也认为,“在非洲的法律”(Law in Africa)在某种程度上只是“非洲法”(African Law), (广义上) 它还包括欧洲法(European Law)的某些因素——荷兰法、葡萄牙法、比利时法、法国法或者英国法——在非洲大陆当地环境下的发展。另外,在非洲的法律还包括大量的伊斯兰教法,他们比欧洲法典在非洲大陆的传入和发展更为久远。^② 看来,“在非洲的法律”(Law in Africa)一般也是侧重于被用来指称非洲本土法。

而“The Law of Africans”(非洲人的法律),直接被西方学者用来描述非洲当地人自身所拥有的法律,其目的在于凸显“非洲土著人”的法律,进而强化西方“文明人”的法律与非洲“野蛮人”法律之间的分野。正如前文所指出的那样,“The Law of Africans”(非洲人的法律)这个表述显示出入侵非洲大陆的西方殖民者对于非洲土著人所使用习惯法的怀疑及轻视。

从人类学的角度而言,一说及非洲大陆,世人的脑海里即刻浮现的场景是:在那里,生活着一群皮肤颜色呈“清一色的、黑色的”非洲人。然而,事实并非如此。很早以前,非洲大陆就已经是一个“五彩缤纷”的大陆。在那里,既有黑色人种,也有白色人种,还有黄色人种。因此,那里的文化和文明也是多种多样的。相应地,非洲大陆当地的法律,也是多种多样的。正因如此,许多西方学者基于非洲本土习惯法的多样性和复杂性而采用复数的非洲法的表述,英语为“African Laws”,法语为“Droits Africains”,翻译成中文就是“非洲诸法”之意,这一事实反映出西方学者在如何描述“非洲法”这个术语时所站角度的差异性。例如,考虑到非洲大陆法律文化的多样性这一事实,在如何恰当描述“非洲法”这一术语问题上,法国学者

^① See Antony N. Allot, “The Future of African Law”, in Hilda Kuper and Leo Kuper, *African Law: Adaptation and Development*, University of California Press, 1965, pp. 217 – 218.

^② See M. G. Smith, “The Sociological Framework of Law”, in Hilda Kuper and Leo Kuper, *African Law: Adaptation and Development*, University of California Press, 1965, p. 24.

阿里乌那·B·法尔教授在其所发表的《非洲法于比较法之地位论》（*Le Droit Africain a-t-il sa Place Dans le Droit Comparé*）一文中对“非洲法”（*Le Droit Africain*）这个术语作出了这样的解释：本文中所使用单数的“非洲法”一词不应造成歧义。现实中有多少国家、地区甚至人类群体，就有多少“非洲法”，就像在过去某个年代存在很多“希腊法”一样（科林斯、雅典、斯巴达等）。为了表现非洲这种多样性，即便非洲国家从总体来看有共同的特点，避免使用一个同一的称呼来称呼非洲国家的法律，用复数的“非洲诸法”（*Des Droits Africain*）似乎更好。^① 因此，没有多少争议的是，“非洲诸法”这个术语的表达本身就表明了非洲大陆本土法律的多样性与复杂性。Gordon R. Woodman 和 A. O. Obilade 给予了这样的评价，“非洲诸法”（*African Laws*）的固有特征是什么？回答这个问题，需要我们对此做社会地理学方面的考察。所谓“非洲诸法”就是非洲土著社会的所有法律的总称。这个范畴尽管其边界比较模糊，但是触及到了“非洲诸法”这个概念的固有核心内容。不过，我们没有必要将精力停留在那些可疑的案例分析上。在考察非洲大陆社会的诸多法律时，最初所持的那种假设是没有基础的，即“非洲诸法”具有其共同的固有特征。直到共同的特征被发现之前，相关的参考文献必定都是关于“非洲诸法”（*African Laws*）的，而不是“非洲法”（*African Law*）。^②

在上述四个有关“非洲法”的西文表述当中，只有第四个表述“非洲诸法”（*African Laws*）这个词比较客观地描述了整个非洲大陆法律的多样性特征。这种多样性主要是指非洲大陆不但拥有众多的本土习惯法，也包含外来的伊斯兰教法和西方法等。而且，与其他三个术语不同的是，其语意在一

① [法] 阿里乌那·B·法尔著，朱琳译：《非洲法于比较法之地位论》，载《南阳师范学院学报》2014年第7期。该文法文原文可参见 Alioune Badara FALL, “*Le Droit Africain a-t-il sa Place Dans le Droit Comparé*”, In: *Le Devenir du Droit Comparé en France*, Marseille: Puam, 2005. 持类似观点的学者还有 P. -F. Gonidec, 可参见 P. -F. Gonidec, *Les Droits Africains : Evolution et Sources*, Paris : Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, Deuxième Edition, mise à jour et augmentée, 1976. 当然，也有就采用单数来表达“非洲法”的。例如，美国加利福尼亚大学人类学教授 Hilda Kuper 社会学教授 Leo Kuper 采用了“*African Law*”单数一词，可详见 Hilda Kuper and Leo Kuper eds., *African Law : Adaptation and Development*, University of California Press, 1965.

② See Gordon R. Woodman and A. O. Obilade ed., *African Law and Legal Theory*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1995, Introduction, p. xi.