

非洲法律文化史论

Africa

夏新华 著



中国政法大学出版社

013038831

非洲法律文化史论

Africa

夏新华 著

D909
15



北航

C1644359



中国政法大学出版社

2013·北京

D909
15

图书在版编目 (CIP) 数据

非洲法律文化史论 / 夏新华著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 3
ISBN 978-7-5620-4713-1

I. ①非… II. ①夏… III. ①法律-文化-研究-非洲 IV. ①D909.4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2013) 第053000号

书 名 非洲法律文化史论 FeiZhou Fa lü Wenhua Shilun
出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 720mm × 960mm 16 开本 20.5 印张 335 千字
版 本 2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4713-1/D · 4673
定 价 59.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序一

新华的新著《非洲法律文化史论》即将付梓，他邀我作序，想到外国法制史学界又有一部力作即将面世，我欣然答应了。

本书是新华所主持的国家社科基金项目《非洲法律文化史》的结项成果，鉴定等级为“优秀”，并入选《国家社科基金项目成果选介汇编》。这是新华历时十余年的呕心沥血之作：从20世纪90年代中后期初涉非洲法研究，到2002年博士论文的选题，到2005年博士论文答辩，再到2006年获国家社科基金立项资助，然后是2010年课题的顺利结项，再经修改和完善，终于完成了《非洲法律文化史论》这部书稿。可以说，本书集中体现了作者在非洲法研究方面的学术成就，也见证了新华的学术成长。

非洲法研究长期以来一直是我国外国法制史研究的薄弱领域，新华勇于创新，经过不懈努力，开拓了我国非洲法研究新领域。

作为外法史学界的后起之秀，新华首次参加研究会活动是在1997年于上海华东政法大学召开的全国外国法制史研究会第12届年会，他关于《非洲法律文化的变迁》的主题发言引起了大会的关注，也给我留下了深刻印象。2000年4月，外法史研究会第13届年会在湘潭举行，新华与洪永红等人合著的《非洲法导论》问世，这是国内第一部非洲法著作，填补了我国相关研究领域的空白，拓展了外国法与比较法研究的视野，得到了与会代表的高度肯定。为鼓励非洲法研究的深入开展，2001年外法史研究会第14届年会首次设立了重点科研项目，新华申请的《非洲法律文化研究》项目经评审中标立项。

2002年，新华考取中国人民大学外法史方向博士研究生，师从叶秋华教授，主攻非洲法律文化。此后数年，新华发表了一系列高质量的非洲法学术论文，出版了《非洲法律文化专论》、《列国志——马拉维》等著作，并在其主编和参编的《外国法制史》教材中专门介绍了非洲法；他还主持了几项有

关非洲法研究的国家级和省部级课题，培养了一批非洲法研究方向的博士和硕士。现在，新华已成长为全国外国法制史研究会的常务理事和学术中坚了。

可以将《非洲法导论》、《非洲法律文化专论》和《非洲法律文化史论》视为新华教授有关非洲法研究的三部曲。其中，《非洲法导论》是对非洲法律文化和制度的初步介绍，《非洲法律文化专论》以专题的形式探讨了非洲法律文化研究的若干重要问题，而《非洲法律文化史论》则对非洲法律文化研究进行了全面的总结和思考，较好地解决了非洲法律文化研究中的基本理论问题，建构了比较合理的非洲法律文化研究的逻辑体系。

本书很好地把握了国内外研究现状，对相关研究成果的评价十分中肯，结构合理，论证充分，资料运用恰当而精到，最大限度地利用了中外学者研究非洲法的丰硕成果。同时，“史论结合”是本书的突出特点，论以史为依据，史以论为指导。本书的创新主要体现在以下几方面：

首先，突破了传统非洲学的关注范围，选取了从社会发展与法律变迁的相互关系的视角，思考并回答了非洲法律文化研究的若干基本理论问题；

其次，阐释了非洲的传统社会与法律文化的互动关系，揭示了非洲习惯法的形成和发展历程，描绘了非洲法律文化发展的宏大历史图景；

再次，探讨了伊斯兰教法、西方法等外来法律文明在非洲的移植与影响，梳理了非洲法律发展中的本土法与外来法的关系，对非洲法律文化的历史变迁进行了动态描述；

最后，对法律全球化背景下非洲法律的未来发展趋向进行了令人信服的预测，并通过对非洲法律现代化中的若干问题的深刻反思，给予非洲法一个较为准确地定位。

此外，本书的两个附录记载了非洲法研究的发展历程、主要成就和重要事件，体现了新华为首的非洲法研究团队经世致用，积极推动中非法律交流与合作的精神风貌。

总之，《非洲法律文化史论》是一部有较高学术价值的专著，公开出版后必将得到法律史学界乃至非洲学研究同行的关注。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2013年3月18日

序二

本书是夏新华教授主持的国家社科基金项目《非洲法律文化史》的结项成果，也是其在博士论文《非洲法律文化研究》的基础上，汇集最新研究资料，几经修改而成的一部颇具份量的学术著作。据我所知，这也是国内目前第一部专门研究非洲法律文化历史变迁的专著。

非洲法律文化是世界法制文明发展中的一个特殊法域，独具风格魅力。多年来，因资料的匮乏难觅，特别是因其历史的发展变迁中承载了太多复杂的因素，例如其既非东方也非西方文化背景下的法律文化个性，其本土法与伊斯兰法和西方法的多样化的排斥及融合等，都造成了研究上的困境与难度，为此，长久以来，研究者寥寥，难以有人敢涉足问津，有关非洲法律文化史的介绍与研究一直十分有限，而系统全面的梳理与分析更是鲜见。新华的这部专著《非洲法律文化史论》，无疑填补了这一研究领域的空白，具有重要的学术价值和意义，同时这部成果的问世，也显示了作者在学术研究上的勇气胸怀、创新意识与进取精神，值得肯定。

《非洲法律文化史论》是一部很有见地的学术作品，详述广论，资料丰厚，阅读它可以感受到作者多年来在这一法域里辛勤的耕耘、跋涉和凝聚心智的思考与功力，也可以体会到作者厚积薄发对非洲法律文化的深刻的了解和理解。这部著作首次从多个视角解读了非洲法律文化在历史的发展与变迁中的方方面面，归纳了其法律文化与众不同的个性特征，分析了不同时期法律变革的原因，对非洲法律文化整体性与多样性、本土法与外来法的关系等进行了界定与梳理，回答了非洲法律文化历史研究中的诸多问题。总之，这是近年来外国法制史学术界难得的一部力作。

我想，这部凝聚着新华十余年思考与汗水的著作，一定不会让学界和读者失望，本书的学术价值、实践意义定会像新华的前几部著作一样，再次得

到人们的充分肯定。作为新华的导师，我为新华在学术研究上的勇于创新意识和开拓进取精神而欣慰，也一直期盼着他能够再接再厉，取得更加辉煌的学术成就。

应新华之邀，欣然作序！

叶秋华

2013年3月12日

目 录

序一	1
序二	3
 导 论	 1
一、研究动态	1
二、研究价值	7
三、学术创新	8
四、研究方法	10
 第一章 非洲法律文化研究的基本理论问题	 14
第一节 非洲法与非洲法律文化	14
一、非洲法与非洲法系	14
二、非洲法律文化发展的多样性与整体性	19
三、非洲法律文化的研究对象	22
第二节 非洲法律发展中的本土法与外来法	23
一、非洲习惯法与外来宗教法	24
二、非洲本土法与外来西方法	29
第三节 非洲法律变迁与社会发展	33
一、非洲法律文化的历史变迁	33
二、非洲社会发展与法制现代化	35

第二章 非洲的传统社会与法律文化	37
第一节 非洲的传统社会与文化	37
一、北部非洲的传统社会与文化	37
二、撒哈拉以南非洲的传统社会及文化特性	38
第二节 非洲法律文化的滥觞：古埃及法	41
一、古埃及法的形成和演变	42
二、古埃及法的特点和历史地位	50
第三节 非洲法律文化的存续：口传法	53
一、口传法的创制方式	54
二、口传法的表现形式	58
三、口传法的现代价值	61
第四节 非洲传统法律文化的基本特性	63
一、价值取向：和谐与调解	64
二、本位选择：群体与义务	65
三、本质属性：伦理与宗教	66
第三章 非洲习惯法的形成和发展	68
第一节 古代非洲国家的发展与习惯法的形成	68
一、古代非洲国家的不平衡发展	68
二、非洲习惯法的形成与特性	69
第二节 传统宗教与非洲习惯法的发展	73
一、非洲的传统宗教	73
二、传统宗教对习惯法发展的影响	74
第三节 个案分析：苏丹丁卡人习惯法研究	76
一、丁卡人的社会结构与文化特征	77
二、丁卡人的习惯法制度	81
三、丁卡人习惯法与外来法的冲突和调适	86

第四章 伊斯兰教法在非洲的移植与影响	91
第一节 伊斯兰教在非洲的传播	91
一、北非地区的阿拉伯—伊斯兰化	91
二、撒哈拉以南非洲接受伊斯兰教	92
第二节 伊斯兰教法在非洲的移植	95
一、伊斯兰教法在非洲的移植	95
二、移植成功的原因分析	97
三、伊斯兰教法移植的影响	99
第五章 西方法在非洲的移植与影响	101
第一节 欧洲列强在非洲的殖民扩张	101
一、列强瓜分非洲	101
二、基督教与殖民文化侵蚀	103
第二节 英国普通法在非洲的移植	104
一、英国在非洲的殖民侵略与间接统治	104
二、英国普通法的“间接移植”	110
第三节 大陆法在非洲的移植	113
一、欧陆国家在非洲的殖民统治	113
二、大陆法的“直接移植”	122
三、大陆法与非洲本土法的冲突与协调	129
第四节 西方法移植的后果	136
一、确立西方法强势地位	136
二、改变非洲法律格局	138
第六章 非洲法律文化的现代化变革	140
第一节 非洲国家的政治独立与社会发展	140
一、非洲国家的政治独立	140
二、非洲经济社会发展	142

第二节 非洲习惯法文化的现代发展	144
一、殖民法律文化的继承与改造	144
二、非洲习惯法文化的现代发展	145
第三节 非洲现代宪政体制的探索与建构	148
一、继承前宗主国的宪政模式	148
二、美国宪政主义的影响	149
三、社会主义思潮对非洲宪政发展的影响	160
四、政治民主化后非洲宪政的发展与演变	172
第四节 非洲刑事法制的发展及观念更新	178
一、非洲刑事法制的发展	178
二、刑罚观念的更新	179
三、死刑存废的争议	180
第五节 非洲民商事法制的调整	182
一、民商事法典的编纂	182
二、所有权和债权制度的调整	186
三、婚姻家庭与继承制度的进步	188
第六节 非洲诉讼与司法制度的现代化	190
一、现代法院组织体系的建立	190
二、现代刑事诉讼法制的构建	192
三、现代民商事诉讼法制的构建	193
第七节 非洲法律文化现代化的若干反思	195
一、非洲固有法的现代价值	195
二、对非洲伊斯兰法治的理性认识	198
三、非洲国家宪政之难及出路	201
四、非洲国家法制统一的现实追求	205
第七章 全球化与非洲法律文化的发展趋向	207
第一节 全球化与非洲国家的应对	207

一、全球化：当代世界的发展趋势	207
二、全球化对非洲国家的影响	210
三、非洲国家应对全球化	211
第二节 非洲法律的区域化	216
一、非洲法律区域化的动因	217
二、非洲法律区域化的表现	219
三、非洲法律区域化的困境	224
第三节 非洲混合法律文化的演进	228
一、南部非洲混合法域形成的历史考察	230
二、南部非洲混合法域的形成原因及特征	237
三、南部非洲混合法域的发展趋向	244
四、个案分析：南非的混合法律体系	249
附录一	261
中非学者有关非洲法律文化发展的对话	261
一、研修班举办的背景和概况	261
二、研修班学员在湘活动纪实	263
三、有关非洲国家法律文化发展的座谈述要	266
附录二	275
湘潭大学非洲法研究的缘起、成绩与展望	275
一、缘起	275
二、成绩	276
三、展望	278
主要参考文献	294
后 记	304

Contents

Preface 1	1
Preface 2	3
Introduction	1
1. Research Dynamic	1
2. Research Values	7
3. Academic Innovation	8
4. Research Methods	10
Chapter I The Basic Theory Issues in the Research of African Legal Culture	14
Section 1. African Law and African Legal Culture	14
1. African Law and African Legal System	14
2. The Diversity and Integrity of African Legal Culture Development	19
3. The Research Subjects of African Legal Culture	22
Section 2. The Indigenous Law and the Exotic Law in the Development of African Law	23
1. African Customary Law and Foreign Religious Law	24
2. African Indigenous Law and Western Law	29
Section 3. The Transition of African Law and African Social Development	33
1. The Historical Transition of African Legal Culture	33
2. African Social Development and the Modernization of Legal System	35

Chapter II African Traditional Society and Legal Culture	37
Section 1. African Traditional Society and Culture	37
1. Traditional Society and Culture of Northern Africa	37
2. Traditional Society and Culture Features of Sub – Saharan Africa	38
Section 2. The Origination of African Legal Culture; the Acient Egyptian Law	41
1. The Formation and Evolution of Acient Egyptian Law	42
2. The Features and Historical Position of Acient Egyptian Law	50
Section 3. The Continuous Preservation of African Legal Culture; the Oral Law	53
1. The Creation Modes of Oral Law	54
2. The Manifestation of Oral Law	58
3. The Contemporary Values of Oral Law	61
Section 4. The Basic Characteristics of African Traditional Legal Culture	63
1. The Orientation of Values; Harmony and Mediation	64
2. The Choice of Essential Standard; Group and Obligation	65
3. The Essential Attributes; the Ethics and the Religion	66
Chapter III The Formation and Development of African Customary Law	68
Section 1. The Development of Ancient African Coutries and the Formation of Customary Law	68
1. The Imbalance Development of Ancient African Countries	68
2. The Formation and Features of African Customary Law	69
Section 2. The Traditional Religion and the Development of African Customary Law	73
1. African Traditional Religion	73

2. The Traditional Religion's Influence on the Development of Customary Law	74
Section 3. Case Analysis: the Research on Dinkas' Customary Law of Sudan	76
1. Dinkas' Social Structure and Culture Features	77
2. Dinkas' Customary Law System	81
3. The Conflict and Adjustment between Dinkas' Customary Law and Exotic Law	86
Chapter IV The Transplantation and Influences of Islamic Law in Africa	91
Section 1. The Dissemination of Islamism in Africa	91
1. The Arabia - Islamic in North Africa	91
2. The Acceptance of Islamism in Sub - Saharan Africa	92
Section 2. The Transplantation of Islamic Law in Africa	95
1. The Transplantation of Islamic Law in Africa	95
2. The Causation Analysis of Successful Transplantation	97
3. The Influences of Islamic Law Transplantation	99
Chapter V The Transplantation and Influences of Western Law in Africa	101
Section 1. The Colonial Expansion of European Powers	101
1. The Partition of Africa by European Powers	101
2. The Eroding of the Christian Religion and the Colonial Culture	103
Section 2. The Transplantation of English Common Law in Africa	104
1. Britain's Colonial Invasion and Indirect Ruling in Africa	104
2. The Indirect Transplantation of English Common Law	110
Section 3. The Transplantation of Civil Law in Africa	113
1. The Colonial Ruling in Africa by European Continental Countries	113

2. The Direct Transplantation of Civil Law	122
3. The Conflict and Adjustment between Civil Law and African Indigenous Law	129
Section 4. The Consequences of Western Law Transplantation	136
1. The Establishment of Western Law's Strong Status	136
2. The Alteration of African Legal Pattern	138
Chapter VI The Modernization Reformation of African Legal Culture ...	140
Section 1. The Political Independence and Social Development of African Countries	140
1. The Political Independence of African Countries	140
2. The Economic and Social Development of African Countries	142
Section 2. The Modern Development of African Customary Law Culture	144
1. The Inheritance and Transformation of the Colonial Legal Culture	144
2. The Modern Development of African Customary Law Culture	145
Section 3. The Exploration and Construction of the Modern Constitutional System of Africa	148
1. Inheriting the Constitutional Mode from the Former Suzerain State	148
2. The Influences of American Constitutionism	149
3. The Socialist Thoughts' Influence on the Development of African Constitutionalism	160
4. The Development and Evolvement of African Constitutionalism after the Political Democratization	172
Section 4. The Development of African Criminal Legal System and the Renewal of Conception	178
1. The Development of African Criminal Legal System	178
2. The Renewal of Penalty Conception	179

3. Arguments about Whether to Preserve the Death Penalty or not	180
Section 5. The Adjustment of African Civil and Commercial Legal	
System	182
1. The Compilation of Civil and Commercial Code	182
2. The Adjustment of the System of Ownership and the System of Obligatory Right	186
3. The Progress in the System of Marriage, Family and Inheritance	188
Section 6. The Modernization of African Litigation and Judicial	
System	190
1. The Establishment of Modern Court System	190
2. The Construction of Modern Criminal Litigation System	192
3. The Construction of Modern Civil and Commercial Litigation System	193
Section 7. Profound Considerations on the Modernization of African	
Legal Culture	195
1. The Modern Value of African Indigenous Law	195
2. The Rational Understanding of African Islamic Law Ruling	198
3. The Predicaments and Outlets of African Countries' Constitutionalism ...	201
4. The Realistic Pursuit of the Uniformity of Legal System in African Countries	205
Chapter VII Globalization and the Developing Trend of African Legal	
Culture	207
Section 1. Globalization and the African Countries' Coping with	207
1. Globalization: the Developing Trend of the Contemporary World	207
2. The Globalization's Influence on African Countries	210
3. African Countries' Coping with the Globalization	211
Section 2. The Territorialization of African Law	216
1. The Causes for African Law Territorialization	217