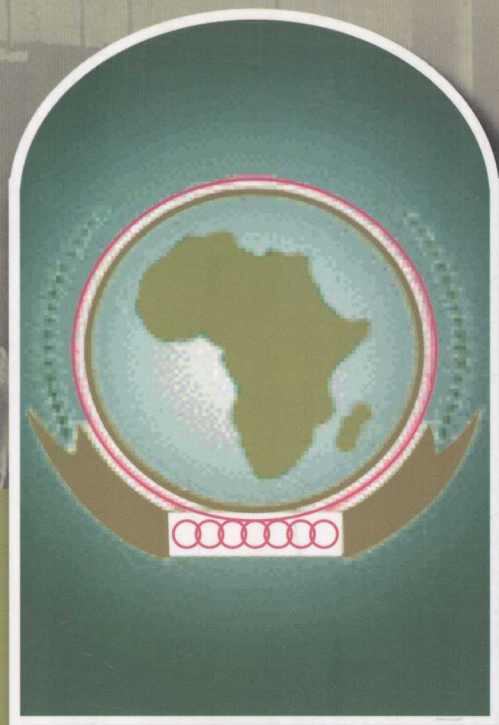




世界史学术书系

非洲法律文化专论

理论探讨·制度变迁·个案评析



夏新华 著

中国社会科学出版社

中国政法大学图书馆

非洲法律文化专论

理论·制度·实践 / 王康 著



王康 著

中国政法大学图书馆



世界史学术书系

非洲法律文化专论

理论探讨·制度变迁·个案评析

夏新华 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

非洲法律文化专论：理论探讨·制度变迁·个案评析/夏新华
著. —北京：中国社会科学出版社，2008.9

(世界史学术书系)

ISBN 978-7-5004-7225-4

I. 非… II. 夏… III. 法律—文化—专题研究—非洲
IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 145713 号

责任编辑 李 昶

责任校对 修广平

封面设计 高丽琴

技术编辑 李 建

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂 装 订 丰华装订厂

版 次 2008 年 9 月第 1 版 印 次 2008 年 9 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.875 插 页 2

字 数 254 千字

定 价 24.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

自 序

涉足非洲法研究于笔者而言实属偶然。湘潭大学是在中华人民共和国缔造者毛泽东主席的亲切关怀下创建的，有着研究非洲的优良传统，早在 1978 年就成立了非洲研究室，并在 1979 年主办了全国第一次非洲问题学术研讨会，与国内研究非洲问题的著名高校发起并成立了“中国非洲问题研究会”。此后数年，湘潭大学的非洲研究成绩喜人，在学界有良好影响。然而，进入 20 世纪 90 年代，史学研究日渐清贫，1993 年非洲研究所从挂靠单位历史系转移到了当时的法律系（现在的法学院）。由于种种原因，在法律系的非洲研究无法定位，几近停顿。1995 年笔者从吉林大学硕士毕业来到湘潭大学法学院工作，受命讲授外国法制史，而当时使用的几种外国法制史教材甚至还没有专门介绍非洲法的章节，只是在北京大学法学院的由嵘教授主编的自学考试教材中“第三世界国家的法律制度”一章里述及了非洲法律的有关内容，但语焉不详。直觉之中，无论是在中国的非洲学研究界还是在法史学界，非洲法的研究还是一块空白，亟待弥补；湘潭大学非洲研究的传统要光大，何不以此为契机，推陈出新，加强对非洲法律的研究，走特色发展之道。幸运的是，同事永红兄在此问题上与笔者不谋而合，并相约，他主要关注非洲的部门法律，而笔者则重点研究非洲法的基础理论。共同的爱好使我们后来成为了学术上的知己和生活中的挚友。更幸运的是，后来主持

法学院科研工作的胡旭晟副院长以及单飞跃院长以其远见和睿智鼎力支持我们的研究工作，这是湘潭大学的非洲法研究得以顺利开展的重要因素。我们就这样萌发了研究非洲法的冲动，至今已十年有余了。

湘潭大学的非洲法研究从一开始就得到全国外国法制史学界和非洲学界前辈学者们的关心与支持。1996年9月至1997年1月笔者在中国人民大学法学院进修，师从著名外国法制史学家、时任全国外国法制史研究会会长的林榕年先生学习外国法制史。求学期间，就开展非洲法研究的必要性与可行性等问题求教于林先生，林先生给予了肯定的回答与坚定的支持，对笔者是莫大的鞭策。就同样的问题求教于著名外国法制史学家、时任全国外国法制史研究会副会长的由嵘先生，由先生给以悉心指导，并欣然接纳笔者到他的小课堂里旁听，还想办法从北大法学院图书馆借出《当代非洲法导论》英文版^①一书。与此同时，还得到了我国著名非洲史学家、时任全国非洲史学会会长的北京大学非洲研究中心主任陆庭恩先生的点拨。专家们的指导使笔者顿悟，更坚定了笔者追求学术创新，努力开垦非洲法这块处女地的信心。

笔者首次参加全国外国法制史研究会的年会是在1997年10月。这次会议系该会的第12届学术讨论会，中心议题是“社会主义市场经济与外国法制研究”，由全国外国法制史研究会与上海华东政法学院、上海法学会共同举办。当时的外法史学界尚未关注到非洲法的研究。作为一名后学，笔者向大会提交了《非洲法律文化的变迁》一文，这似乎离年会的主题较远，然而始料不及的是，与会专家学者对此表现出浓厚的兴趣。受会议邀请，笔者作了发言，并阐述了下面的观点：

^① A. Kodwo Mensah-Brown, *Introduction on Law in Contemporary Africa*, Conch Magazine limited (publishers), 1976.

“对社会主义市场经济与外国法制的研究，只关注西方的法律传统是不够的，独具特色的非洲法律文化同样很有研究的价值。非洲一些国家在继承西方法律传统，利用本土法律资源方面取得的成功经验值得借鉴学习。希望外法史学界加强非洲法这个薄弱课题的研究。湘潭大学在这方面已经做了一些工作。”

会议对此给予了一定的肯定，认为，应加强对非西方法律传统的研究，并建议研究者个人和单位在外法史研究的选题和方向上应该形成自己独特的风格。^①

2000年4月22—24日，全国外国法制史研究会在湘潭大学举行了第十三届年会暨“法的移植与法的本土化”专题研讨会，这标志着我国对法律移植问题的研讨达到了一个新的规模和高度。与会专家站在经济全球化、人类寻找共同发展规则的国际大背景下，以法史学人特有的历史情怀和开放的法律观，广泛讨论了法律移植的理论与实践的几个基本问题，诸如法律移植的内涵、法律移植的可行性、法律移植的操作层面等；与会代表还以非洲及亚洲国家的法律实践，探讨了法律移植与本土资源的关系问题。作为东道主，我们向大会奉献了最新研究成果——《非洲法导论》，引起了与会代表的极大兴趣。代表们普遍认为：“近年来，随着外法史研究领域的拓展，外法史学者‘步入非洲’，不畏语言障碍、资料匮乏等重重难关，艰难跋涉，目前，非洲法研究业已取得可喜学术成果。”^②这是学界对我们的科学研究事业的高度肯定。

2001年8月14—15日，全国外国法制史研究会第十四届年会暨西部法律论坛在兰州大学召开，来自全国各大高校、科研机

^① 据全国外国法制史研究会第十二届学术讨论会简报（第三期），1997年10月23日。

^② 曲阳等：“外来法与本土法——全国外国法制史研究会第十三届年会综述”，载何勤华主编《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版，第614页。

构、出版单位的近六十余名专家学者集聚一堂，围绕着“外国经济法的理论与实践”和“西部大开发”两个主题进行了热烈的讨论和广泛深入的学术交流。在本次年会上，我们从非洲国家经济法的发展经验和教训的角度进行了分析，以期为中国经济法立法提供有助益的帮助。非洲国家的经验拓宽了人们的视野，会议同样对我们的研究给予了高度的肯定，“随着近年来外国法制史学科研究领域的不断拓宽，学者们开始对非洲各国的法律制度加以更多的关注。”^①

为鼓励非洲法研究的深入开展，全国外国法制史研究会在本次年会上首次设立了重点科研项目，笔者申请的《非洲法律文化研究》项目经过专家评审，中标得以立项。为此，要特别感谢全国外国法制史学界的前辈和同仁们多年来对非洲法研究的理解、关心和支持。

创新是学术研究的生命，创新需要勇气和坚强的信念。也许，非洲法研究对不少学者来说只是新鲜事和满足好奇心，于是便有好心的学界同仁善意地提醒我们要耐得住寂寞和清贫。然而，几年来，来自学界的肯定和赞誉说明，我们已经走出了所谓的学术上的孤独，有了对话的平台。艰辛的努力是会有回报的：我们已经圆满完成了湖南省社会科学规划课题《非洲法概论》，出版了国内第一部非洲法研究专著《非洲法导论》，这“引起了非洲学术界的广泛重视”。^② 我们在中国社会科学院西亚非洲研究所主办的国内非洲学研究领域的权威核心专业刊物《西亚非洲》杂志上开辟“非洲法研究”专栏，陆续发表了系列论文，

^① 任超：“20世纪外国经济法的理论与实践——全国外国法制史研究会第十四届年会综述”，载何勤华主编《20世纪外国经济法的前沿》，法律出版社2002年版，第623页。

^② 教育部社政司科研处组编：《人文社会科学研究现状与发展趋势——高校“十五”科研规划咨询报告选》，湖南大学出版社2001年版，第209页。

亦引起了学术界广泛的关注。当然,由于当时的时间仓促、资料匮乏(特别是关于非洲大陆法)、经验不足等各方面的原因,《非洲法导论》难免存在着种种缺陷,^①但是,我们对非洲法的基础性研究毕竟有了一个初步的成果,这是一项开创性的工作,至少,我们向非洲法踏近了一大步。《非洲法导论》亦于2002年获得了“湖南省首届社会科学基金研究课题优秀成果二等奖”。2003年,笔者参加了由林榕年、叶秋华教授主编的普通高等学校“十五”国家级规划教材《外国法制史》的编写,该教材首次将由笔者撰写的“非洲法”正式增列为教学内容,体现了外国法制史教材体系的最新趋势,这表明,非洲法研究已经得到了广泛的认同,这也是我们对国家统编教材建设的一点贡献。非洲法作为学术研究也许是阳春白雪,其影响所及或许只是一个相对狭小的特定群体,而教科书要面对的是一届又一届的学生,其负有教育、启迪、培养后学人才的重大职责,非洲法可以给学生提供一个新的视野,有利于全面认识古老的非洲。

来自学术界的肯定使我们深受鼓舞,这是一个值得欣慰的良好开端。我们准备将非洲法的研究引向深入,正在按计划、有组织地开展系列专题性研究。因为,在我们看来,非洲法研究是一个极其广阔的学术领域,在概括性研究之下,更深入的专门研究至少可以沿着以下三条路径向前迈进:一是着重于文化传统的本论研究,如非洲法律文化、非洲习惯法、非洲宗教法、非洲大陆法、非洲普通法,等等;二是着眼于部门划分的专论研究,如非洲宪政、非洲刑法、非洲民商法、非洲诉讼法,等等;三是立足于国家民族的国别法和民族法研究,如南非法、埃及法、班图族法、丁卡族法,等等。上面的每一个小专题无疑都可直接成为一

^① 这方面的学术评论可参见徐国栋:“非洲法导论:一个读者的满意与不满意”,《西亚非洲》2000年第4期。

部学术专著的名称。^① 我们甚至“野心勃勃”：在不久的将来，编纂一套由中国学者撰写的大型非洲法研究系列文丛。非洲法律文化研究正是此项研究计划的重要组成部分。

非洲法律文化不仅是非洲文化研究的重要组成部分，同时也是法律文化理论研究中不可或缺的分析对象。由于笔者对法律文化的概念及其内涵和外延是基于广义上的理解，因此，非洲法律文化研究的对象是基于非洲大文化背景下所有的法律现象，包括法律观念、法律意识、法律行为、法律的机构和实施、法律制度 and 作为符号体系的法典、判例，以及不成文的惯例和习惯法，等等。笔者认为，开展非洲法律文化的研究，价值重大，意义深远：

首先，开展非洲法律文化研究，不仅可以推动国内非洲法研究的深入，而且对非洲文化研究也是有益的补充。

笔者试图通过多学科的交叉研究进一步探讨非洲法律文化的若干重大问题，揭示出非洲法律文化的基本原理和结构形态，明确非洲法律文化在世界法律文化中所处的位置。非洲法律文化的研究还可以填补国内学术界在外域法律文化研究方面的空白，是有重要的理论研究价值的。

其次，开展非洲法律文化的研究，可以加深对非洲法律文化发展及其现代化的了解，进而为我国的法治建设提供借鉴。

中国与非洲同样历史悠久，其法文化的内容同样丰富多彩，相异之处不少，相同点更多，中非之间密切的交往需要法律制度层面的了解，更需要认识制度所依存的法律文化。非洲法与中国法异曲同工，同样都尊崇传统、强调义务、注重群体（家族）、崇尚和谐、推崇调解……我们几乎无法再找到另一种如非洲法这

^① 胡旭晟：“走近非洲法”，载洪永红、夏新华著《非洲法导论》，湖南人民出版社2000年版，“序二”第7—8页。

般近似中国的域外法律文化。不仅如此,自近代以来,中国与非洲都遭遇了西方法的猛烈冲击,都历经了外来法与本土法的激烈碰撞,都面临着诸如西方法的本土化与传统法的现代化之类的法律难题。^①对于现代中国所面临的诸多法制难题,非洲人同样作出了自己的选择,其经验教训,均足以给我们启迪。非洲法律文化的现代化对中国法治的资源取向及法治模式的构建也有借鉴作用。

第三,开展非洲法律文化的研究,可以为中国的理论法学研究提供新的视野和思路。

笔者注意到,与国外研究所不同的是,国内有关比较法和法律文化理论的研究往往不太重视乃至轻视非洲大陆这一独特法域的研究,甚至在缺乏对非洲法律文化进行个案分析和研究的前提下就得出普适性结论,人云亦云,造成不良影响。笔者认为,一个从事比较法、法律文化和法律史学等法学基础理论研究的学者,如果对有悠久历史传统、深厚文化底蕴和独特个性的非洲法律文化视而不见,对当代非洲的法律发展与变革的现实无所关注的话,他的任何理论假设与分析结论都是有很大局限的和经不起历史检验的。

事实上,非洲法文化源远流长,并且,饱经沧桑的非洲历史,在长期的变迁转型过程中,荟萃了本土习惯法、宗教法(伊斯兰法、基督教会法和印度教法)、近现代西方大陆法和英美法等人类主要法系。多样法源相融共存,展示出一幅法律发展的多彩画卷。在这里,习惯法与伊斯兰法争雄,大陆法与英美法斗艳。非洲成为一个有非凡魅力的法律移植的考察对象,这与世界上其他大陆相比是独一无二的。这便为法学研究提供了丰富的

^① 胡旭晟:“走近非洲法”,载洪永红、夏新华著《非洲法导论》,湖南人民出版社2000年版,“序二”第5页。

理论课题：不同的法系是否可以并存适用，如何并存适用？抑或如何融合，等等。非洲法律文化的研究将会使对法律文化的研究跨越了中国法律文化研究与西方法律文化研究的藩篱，从更广阔的视野重新审视法律文化，为法学研究提供更为广阔的基础和平台，并且可能会对以中国法律文化和西方法律文化为基础进行的法理学研究所得出的普适性结论提出质疑和挑战。更重要的是，非洲法律文化的研究将揭示一个既非东方也非西方文化背景下的法律文化个性，这为法理学上进一步阐释法律文化理论提供了典型个案，因而具有重大的理论价值。

目 录

自序	(1)
----------	-----

第一篇 理论探讨

非洲法律文化的研究动态	(3)
非洲法律文化研究的理论辨析	(11)
非洲习惯法的概念与特性	(22)
非洲法律发展中的“本土法”与“外来法”	(32)
英国法在非洲的本土化	(54)
加纳法文化的演进	(67)
南非混合法形成的历史考察	(86)
安东尼·阿洛特与非洲法研究	(100)
勒内·达维德与《埃塞俄比亚民法典》	(106)

第二篇 制度变迁

美国宪政主义对 20 世纪非洲宪政发展的影响	(119)
尼日利亚宪政发展研究	(139)
马拉维的政治变革与宪政发展	(161)
独立后非洲国家刑事法律的发展	(183)

南非新《内幕交易法》评析	(198)
埃及混合法院研究	(209)
新南非环境立法与人权保护	(237)
非洲的法律职业和法律教育的发展	(247)

第三篇 个案评析

肯尼亚奥蒂罗安葬权案评析	(265)
津巴布韦马嘎亚遗产继承权案评析	(276)
公民恩凯诉南非国家安全部部长案评析	(284)

主要参考文献	(294)
--------------	-------

附录 参考文献

(119)	南非的奥蒂罗安葬权案评析
(121)	津巴布韦马嘎亚遗产继承权案评析
(121)	公民恩凯诉南非国家安全部部长案评析
(123)	主要参考文献

第一篇 理论探讨

非洲法律文化的研究动态

西方国家对非洲法律文化的研究可溯源至欧洲殖民时期。当时欧洲的基督教传教士、探险家对非洲本土的法律、地理概况和风土人情作过记载,有的还进行了初步的探讨。随后,欧洲殖民官员、人类学家、法学家也对非洲本土法进行了一定的研究和探讨。^①但西方对非洲法律文化的研究则始于20世纪中叶。英、法等前非洲殖民宗主国十分重视非洲法律文化的研究,比较法学者都比较关注非洲这一令人神往的大陆,成立了专门的研究机构,出版了大量的学术著作,^②相关专业论文常见诸英文版的《非洲法杂志》、《现代非洲研究杂志》、《非洲法研究年刊》和法文版的《帕南文集》、《独立与合作》(法

^① See J. H. Speke, *Journal of the Discovery of the Source of the Nile*, London, 1863; D. Livingstone, *The Last Journal of Livingstone in Central Africa from 1865 to His Death*, London, 1874; D' Avezac, *Notice sur des Découvertes au Moyen Age Dans L' océan Atlantique*, Paris, 1845.

^② 如勒内·达维德著的《当代主要法律体系》(漆竹生译,上海译文出版社1984年版)、茨威格特和海因·克茨著的《比较法总论》(潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版)、勒内·罗迪埃著的《比较法导论》(徐百康译,上海译文出版社1989年版)等,国内学界对此大多耳熟能详。这些论著中就有不少有关非洲法律文化的论述。