

RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre
Kybernetik und Soziologie des Rechts

Beiheft 12

Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?

**Anthropologische und ethnologische Grundlagen
traditioneller und moderner Rechtssysteme**

Monistic or Pluralistic Legal Culture?

**Anthropological and Ethnological Foundations
of Traditional and Modern Legal Systems**

Herausgegeben von / Edited by

Peter Sack / Carl P. Wellman / Mitsukuni Yasaki

Vorwort von / Preface by

Ota Weinberger



Duncker & Humblot · Berlin

Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?

**Anthropologische und ethnologische Grundlagen traditioneller
und moderner Rechtssysteme**

Monistic or Pluralistic Legal Culture?

**Anthropological and Ethnological Foundations
of Traditional and Modern Legal Systems**

IVR

13. Weltkongreß / 13th World Congress

Kobe 1987

Verhandlungen / Proceedings

Beirat der Herausgeber / Editorial Board

Mitsukuni Yasaki (Japan), Erster Vorsitzender

Werner Krawietz (Bundesrepublik Deutschland), Zweiter Vorsitzender

Aulis Aarnio (Finnland) / Hideo Aoi (Japan) / Junichi Aomi (Japan) / Thomas D. Campbell (Großbritannien) / Eugene E. Dais (Canada) / Stig Jørgensen (Dänemark) / Eugene Kamenka (Australien) / José Llompart (Japan) / Antonio A. Martino (Italien) / Yoshiharu Matsuura (Japan) / Robert C. L. Moffat (Vereinigte Staaten von Amerika) / Ryuichi Nagao (Japan) / Hiroshi Noguchi (Japan) / Peter G. Sack (Australien) / Setsuko Sato (Japan) / Shigeaki Tanaka (Japan) / Alice Erh-Soon Tay (Australien) / Csaba Varga (Ungarn) / Ota Weinberger (Österreich) / Carl P. Wellman (Vereinigte Staaten von Amerika) / Kenneth I. Winston (Vereinigte Staaten von Amerika) / Jerzy Wróblewski (Polen)

RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts

Beiheft 12

Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?

**Anthropologische und ethnologische Grundlagen
traditioneller und moderner Rechtssysteme**

Monistic or Pluralistic Legal Culture?

**Anthropological and Ethnological Foundations
of Traditional and Modern Legal Systems**

Herausgegeben von / Edited by

Peter Sack / Carl P. Wellman / Mitsukuni Yasaki

Vorwort von / Preface by

Ota Weinberger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?:

Anthropologische und ethnologische Grundlagen traditioneller
und moderner Rechtssysteme; [Kobe 1987] = Monistic or
pluralistic legal culture? / Hrsg. von Peter Sack . . . Vorw. von
Ota Weinberger. – Berlin: Duncker und Humblot, 1991
(Rechtstheorie: Beiheft; 12) (. . . Weltkongress / IVR; 13)
ISBN 3-428-07193-x

NE: Sack, Peter [Hrsg.]; PT; Rechtstheorie / Beiheft; International
Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy: . . .
Weltkongress

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0720-6933

ISBN 3-428-07193-X

Editorisches Vorwort

Vom 20. bis 26. August 1987 fand in Kobe, Japan, der 13. Weltkongreß der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) statt unter dem Rahmenthema „Law, Culture, Science and Technology – In Furtherance of Cross-Cultural Understanding“. Er wurde veranstaltet von der Japanischen Sektion der IVR und der Japan Association of Legal Philosophy. Das für die Veröffentlichung der Proceedings dieses Weltkongresses verantwortliche *Editorial Board*, das in einer hierfür eingesetzten engeren Arbeitsgruppe seine Tätigkeit in unmittelbarem Anschluß an den Kongreß aufnahm, legt hiermit einer weiteren Öffentlichkeit die Ergebnisse dieses Weltkongresses vor. Für die Veröffentlichung ausgewählt wurden insgesamt 112 Beiträge. Sie wurden abgedruckt in den Kongreßsprachen Englisch, Französisch und Deutsch in der Form, in der sie von den Autoren für die Veröffentlichung freigegeben wurden. Eine Hilfestellung bei der Finanzierung notwendiger Übersetzungsarbeiten hätte die Möglichkeiten der IVR, der Herausgeber der einzelnen Bände und des mit der Vorbereitung der Veröffentlichung befaßten Arbeitsstabes bei weitem überfordert.

Das Hauptthema dieses Weltkongresses wurde bestimmt und geprägt durch die Tatsache, daß es sich dabei um den ersten Weltkongreß der IVR handelte, der im *Fernen Osten* stattfand, obwohl die Vereinigung schon 1909 begründet wurde. Im Zentrum des Kongreßgeschehens standen – abgesehen von der kritischen Auseinandersetzung mit dem tradierten Rechtsdenken in den jeweiligen, heute vor allem staatlich organisierten Rechtssystemen – die Anforderungen, denen das Recht allenthalben unter der wachsenden Vorherrschaft technischer Imperative ausgesetzt ist. Auch die Probleme der Rezeption fremder Rechtsregeln sowie der Begründung des Rechts durch Vernunft und Moral erhalten dadurch eine ganz neue Dimension. Schließlich wurde hier vor allem deutlich, daß auch die modernen Staaten kein Monopol für Rechtserzeugung besitzen und die Weltgeschichte des Rechts weder auf eine Weltgeschichte Europas noch auf die Verfassungs- und Rechtsgeschichte der großen Industrienationen der westlichen Welt reduziert werden darf. Auch erscheint, wie vor allem interkulturelle vergleichende Untersuchungen zeigen, die Vorstellung einer Einheit des Rechts – im Weltmaßstab gesehen – ein wenig illusionär und ein Monismus im Rechtsdenken kaum realisierbar, wenn man den bestehenden Pluralismus der Rechtskulturen in Betracht zieht. All dies spiegelte sich auch in der Kongreßstruktur wider, die sich auf folgende Unterthemen konzentrierte:

(1) Law and Ethics in the Age of Science and Technology, (2) Basic Problems of Contemporary Philosophy of Law, (3) Basic Problems of Contemporary Social Philosophy, (4) Comparative Studies of Legal Cultures. Aus naheliegenden Gründen hat das Editorial Board davon abgesehen, bei der Veröffentlichung der Proceedings von der eher zufälligen Allokation der einzelnen Beiträge im Rahmen des Kongreßgeschehens auszugehen. Auch folgt die Veröffentlichung nicht der durch die Kongreßstruktur vorgegebenen Anordnung von Themen und Topics in den verschiedenen Plenarversammlungen und in den Arbeitssitzungen der diversen Sektionen. Vielmehr wurde eine hiervon abweichende Anordnung der Beiträge gewählt, die versucht, der Vielzahl und Vielfalt der behandelten Probleme gerecht zu werden, ohne durch die Form der Präsentation selbst Partei zu ergreifen.

In einer Zeit der abnehmenden Zuwachsraten der öffentlichen Haushalte, in der es immer schwerer fällt, für die Ware Buch – unabhängig von der Wichtigkeit des Inhalts – auch die nötigen Käufer zu finden, ist es zunehmend schwierig geworden, wichtige Kongreßmaterialien in großer Zahl und großem Umfang zu veröffentlichen. Das Weltpräsidium der IVR, die Japanische Sektion und die Japan Association of Legal Philosophy als Veranstalter des Kongresses danken den Verlagen Franz Steiner, Stuttgart, und Duncker & Humblot, Berlin, für ihr einmal mehr unter Beweis gestelltes Engagement, das sie mit der Veröffentlichung der Proceedings dieses Weltkongresses unter Beweis gestellt haben. Nur durch die vereinten Bemühungen beider Verlage war es möglich, unter Verteilung der wirtschaftlichen Risiken insgesamt vier Bände zu veröffentlichen. Die im Interesse der Wissenschaft höchst erfreuliche Zusammenarbeit beider Verlage kommt auch darin zum Ausdruck, daß am Ende jedes einzelnen Bandes auf den Inhalt und den Erscheinungsort sämtlicher übrigen Bände unter Nennung der jeweiligen Autorennamen, Themen und Topics verwiesen wird. Für die erfreuliche Zusammenarbeit mit beiden Verlagen während der langwierigen Drucklegung bedanken sich auch das Editorial Board und die Herausgeber der jeweiligen Einzelbände. Den Autoren danken wir für ihre Beiträge und ihre Geduld!

Dank schulden wir auch der Commemorative Association for the Japan World Exposition (1970), die einen finanziellen Beitrag zur Veröffentlichung der Kongreß-Proceedings geleistet hat. Sie hat damit zugleich dabei mitgewirkt, die Verbreitung der hier gewonnenen Einsichten sicherzustellen.

Mitsukuni Yasaki

Werner Krawietz

Editorial Preface

The 13th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) took place in Kobe, Japan, from the 20th to the 26th of August, 1987. Arranged by the Japanese Section of the IVR and the Japan Association of Legal Philosophy, the general theme of the Congress was "Law, Culture, Science and Technology – In Furtherance of Cross-Cultural Understanding". The Editorial Board responsible for the publication of the proceedings of the Congress, working in a smaller group immediately following adjournment, presents in these volumes the results of the World Congress to a wider audience. A total of 112 contributions were selected for publication. They have been printed in the form in which they were submitted, in the official languages of the Congress – English, French and German. It was beyond the capabilities of the IVR, the editors of the individual volumes, and the staff responsible for preparing the publications to offer the financial assistance that would have been necessary to refine the contributions.

The main theme of the Congress was determined and marked by the fact that this was the very first IVR World Congress to be held in the Far East, although the association was formed in 1909. Apart from the critique of traditional legal thinking in the respective systems of law, organized today largely as states, the activities of the Congress focused on the challenges faced by the law, everywhere, under the growing domination of the technical imperative. This also adds a completely new dimension to the problems of both: the reception of foreign legal rules and the establishing of law on the grounds of reason and morality. Finally, the Congress made it clear, above all, that the modern states have no monopoly on the creation of law, and the legal history cannot be reduced to European history or to the constitutional and legal history of the large industrial nations of the western world. In addition, seen in the light of intercultural comparative investigations the notion of a world wide unity of law seems somewhat illusionary; when one considers the existing pluralism of legal cultures, any kind of monism in legal thought seems scarcely attainable. This was all reflected in the structure of the Congress which concentrated on the following sub-themes: (1) Law and Ethics in the Age of Science and Technology, (2) Basic Problems of Contemporary Philosophy of Law, (3) Basic Problems of Contemporary Social Philosophy, (4) Comparative Studies of Legal Cultures. In publishing the proceedings of the Congress, the Editorial Board has chosen

to order the contributions in such a way as to do justice to the number and variety of problems considered, without itself becoming party to the debate because of the form of presentation. The ordering of contributions does not follow, therefore, the more or less accidental assignment of the individual contributions within the framework of the activities of the Congress, nor does it follow the structural ordering of themes and topics in the various Plenary Sessions and in the Working Sessions of the different sections.

In a time of waning growth in the public coffers, a time of increasing difficulty in finding the necessary buyers for books – never mind how important – it has become an ever greater problem to publish significant conference materials in larger numbers and substantial breadth. The World Presidium of the IVR, the Japanese Section of the IVR and the Japan Association of Legal Philosophy as the Organizers of the Congress, thank the publishers Franz Steiner in Stuttgart and Duncker & Humblot in Berlin for the engagement they have shown, once again, in publishing the proceedings of this World Congress. Only the joint effort of both houses made it possible, by dividing the economic risk, to publish a total of four volumes. Their noteworthy cooperative effort, serving the best interests of scholarship, also made it possible to indicate at the end of each volume – in the course of naming authors, themes, and topics – the context and the place of publication of the other volumes. The Editorial Board and the respective editors of the individual volumes thank both publishing houses for their cooperation during the lengthy process of publication. And we thank the authors for their contributions and for their patience!

We are also grateful to the Commemorative Association for the Japan World Exposition (1970) for its financial assistance in this publication. The Foundation has helped thereby in bringing about wider circulation of the insights won at the World Congress in Kobe.

Mitsukuni Yasaki

Werner Krawietz

Vorwort

Wenn man sich bemüht, das Wesen des Rechts zu verstehen und seine sozialen Funktionen zu erklären, wird man mit Notwendigkeit zu anthropologischen Betrachtungen hingeführt, denn nur in dieser Ebene kann man Erkenntnisse über die strukturbildende Rolle des Rechts im Leben der Menschen gewinnen. Die anthropologischen Analysen ebenso wie ethnologisch-vergleichende Studien führen zu der Frage, ob das Recht und die Rechtsordnung überall und unter allen kulturellen Umständen ein Gebilde mit ein und derselben Struktur ist und immer in analoger Weise funktioniert oder ob es vielmehr sinnvoll ist, von einer differenzierten Pluralität von Rechtssystemen zu sprechen, weil die Grundkonzeptionen der Systeme verschiedener Kulturen so fundamental unterschiedlich sind, daß ein einheitlicher Begriff des Rechtssystems kaum erstellbar ist.

Genau genommen stellt diese Alternative der Konzeptionen – einheitlicher Begriff des Rechtssystems oder differenzierter Pluralismus von Rechtssystemen ohne strikte begriffliche Gemeinsamkeit – nicht vollkommen unversöhnliche Auffassungen dar. Die Vertreter der Strukturtheorie des Rechts versuchen relativ einheitliche Prinzipien des Aufbaus aller möglichen Rechtssysteme vorzulegen. Vgl. hierzu etwa die Aufgabenstellung, die sich Kelsen in der Reinen Rechtslehre gibt (vgl. *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960 [Nachdruck 1962] S. 1). Bei inhaltlicher und gesellschaftlich-funktionaler Betrachtung scheint jedoch die Differenziertheit der Rechtssysteme verschiedener Kulturen markant hervorzutreten.

Zur Klärung des Problems der kulturellen Differenziertheit von Rechtssystemen tragen zwei Forschungsrichtungen Wesentliches bei: die Betrachtungen über den historischen Weg der Herausbildung der Rechtssysteme und die ethnologisch-vergleichende Untersuchung, welche die Differenziertheit der Rechtssysteme verschiedener Kulturen aufweist.

Das Studium von Rechtssystemen verschiedener Kulturen führt uns zu der Erkenntnis der Bandbreite der Formen menschlicher Gesellschaften und Institutionen, wie sie in der Vergangenheit existierten und in der Gegenwart bestehen. Untersuchungen verschiedener Rechtssysteme müssen sowohl die verschiedenen Organisationsformen und Strukturen als auch die unterschiedlichen Konzeptionen der Rechtsbeziehungen sowie funktionale Zusammenhänge ins Auge fassen. Die Erkenntnis, daß Gesellschaften mit weitgehend verschiedenen Rechtskonzeptionen existieren, hebt das juristische Weltbild auf ein neues Niveau. Es wird das Bewußtsein geweckt, daß

nebeneinander verschiedene rechtliche und politische Auffassungen und institutionelle Formen bestehen können. Wenn man die Erkenntnis der kulturellen Verschiedenheit in das juristische Weltbild aufnimmt, dann wird man auch verstehen, daß das Feld möglicher Formen der Gesellschaft und des Rechts offen ist. So wichtig es ist, bei der Gestaltung des Rechts an historisch gewachsene Formen und Konzepte anzuknüpfen, so wird man sich angesichts der bestehenden Verschiedenheiten auch dessen bewußt, daß gegebenenfalls andere – bisher nicht realisierte – Formen der Institutionen zweckmäßig sein können. Die Erkenntnis der bestehenden Vielfalt des Rechts suggeriert Variationsmöglichkeiten der Institutionen und bewirkt eine Offenheit für rechtspolitische Reformgedanken.

Vergleichende Betrachtungen über Rechtssysteme führen nicht nur zur Erkenntnis der Verschiedenheit der Rechtskonzeptionen, sondern es zeigt sich auch oft, daß verschiedene Mittel analoge funktionale Auswirkungen haben können. Alle Systeme versuchen z.B. eine gewisse Art der Stabilität der Gesellschaft zu erreichen, doch wird dies oft in unterschiedlicher Weise durchgeführt.

Mit der Tatsache der Verschiedenheit der Rechtskulturen sind – wie die Geschichte lehrt – zwei wichtige Erscheinungen verbunden: erstens, die Beeinflussung des Rechtssystems durch andere Systeme, vor allem durch verschiedene Formen der Rezeption, und zweitens, die Entstehung von Mischsystemen, bei denen neben den angestammten Rechtsformen neue Rechtsinstitute Platz greifen.

Es sind sehr verschiedene Umstände und politische Relationen, die zur Übernahme von Rechtsinstituten aus anderen Systemen führen. Neben Machtbeziehungen kommt Beispielwirkung effektiverer Einrichtungen sowie verschiedene andere Momente in Frage. Die Rezeption kann als direkte Übernahme oder als Angleichung an das vorliegende Muster realisiert werden. Unübersehbar ist jedoch die Tatsache, daß verschiedene Formen der Rezeption in wesentlicher Weise die Entwicklung des Rechts bestimmt haben, und es besteht kaum ein Zweifel, daß analoge Erscheinungen auch in Zukunft zum Tragen kommen werden.

Bei aller Anerkennung der begründeten kulturellen Pluralität der Rechtssysteme läßt sich dennoch voraussetzen, daß auch in Zukunft wichtige Momente wirksam sein werden, welche zu der Angleichung und eventuell zur Unifikation von Rechtsinstituten führen werden. Es kann vorausgesetzt werden, daß der Rechtsverkehr zwischen verschiedenen Staaten und Gesellschaftssystemen fortschreiten wird, und daß sich vor allem die Wirtschaftsbeziehungen auch zwischen verschiedenen Kulturen vertiefen und weiterentwickeln werden. Diese Tatsachen werden sich mit großer Wahrscheinlichkeit als Elemente zeigen, die Angleichungen oder wenigstens gangbare

Formen des systemüberschreitenden Rechtsverkehrs hervorbringen werden. Ich bin auch davon überzeugt, daß zwei wichtige Probleme der Zukunft, die übergreifende Bedeutung haben und nicht auf dem Bereich eines einzelnen Staates beschränkt werden können, in ähnlicher Richtung wirken werden, nämlich die wachsende Umweltproblematik und das Problem der Abrüstung. Beide Fragen werden an Dringlichkeit zunehmen und beide Probleme sind nur in staatenübergreifender Perspektive in den Griff zu bekommen. Aus diesen Gründen wird die Hypothese nahegelegt, daß die gegenseitige Beeinflussung der verschiedenen Rechtssysteme wachsen wird. Es ist aber sehr wahrscheinlich, daß diese Entwicklungen nicht ohne Schwierigkeiten vor sich gehen werden, und es ist mit dem Auftreten von Gegenströmungen zu rechnen. Die wohl unaufhaltsame Beeinflussung der Rechtssysteme sollte bewußt die gewachsenen Verschiedenheiten beachten und nicht einfach als rein einseitige Angleichung realisiert werden.

Durch Rezeptionen und Angleichungen entstehen Mischsysteme, die oft Schwierigkeiten wegen der begrifflichen Uneinheitlichkeit implizieren und sich gelegentlich in Form ideologischer Spannungen äußern.

In Systemen, in denen durch Rezeption oder anderen Maßnahmen eine gewisse Art von Mischung gesellschaftlicher Strukturen und Auffassungen – einschließlich des Rechtssystems – entstehen, kommt es nicht selten zu ideologischen Kämpfen zwischen Vertretern traditioneller Konzeptionen und jenen, die man als Modernisten bezeichnen kann. Verschiedenartige gesellschaftliche Umstände spielen hierbei oft eine wesentliche Rolle. Es kommt zu Transformationen des Machtgefüges, zu Veränderungen der Weltanschauung, der religiösen Einstellungen u. ä. Gerade in heutiger Zeit zeigen sich derartige Erscheinungen in verschiedenen Bereichen der Welt hauptsächlich in Form der fundamentalistischen Bestrebungen, die sich kulturellen Mischformen feindlich gegenüberstellen. Allgemeine Lösungsrezepte hat der Rechtstheoretiker hier nicht zur Verfügung, es scheint aber wichtig, in diesem Zusammenhang auf derartige Erscheinungen aufmerksam zu machen.

Das Problemfeld dem der vorliegende Band gewidmet ist, scheint mir angesichts der geschilderten Problemlage von großer Wichtigkeit. Er gibt allerdings auf diese komplexen Probleme keine Gesamtantwort und bringt nur Betrachtungen über Einzelfragen dieses Gebietes, die dennoch wesentlich zum Verständnis dieser wichtigen Materie beitragen können.

Ota Weinberger

Inhaltsverzeichnis

I. Brauch, Sitte und Recht auf dem Wege zum Rechtssystem

Munyonzwe Hamalengwa:

The Legal System of Zambia 3

Sang-Bum Han / Kee-Young Yeun:

Dekolonialisierung und Rechtskultur der neu gegründeten Staaten 33

M. A. Nezami Talesh:

Law and Judicial System in Saudi-Arabia: The Formative Years 43

Motoyoshi Omori:

Collective Observance and Community Solidarity. Restraint with Reiterative
Folk Rituals in a Sri Lankan and a Japanese Village 73

Kun Yang:

Law and Development with Special Reference to Contemporary Korea 83

II. Traditionalismus und Modernismus im chinesischen Rechtsdenken

Shing-I Liu:

Recht und Gerechtigkeit. Rechtsphilosophie in der traditionellen chinesischen
Geisteswelt 93

Teh-Koan Liu:

Traditional Chinese Legal Thought and the Development of the Rule of Law
in Taiwan, R. O. C. 125

Zongling Shen:

Socialist Modernization and Law in China 135

Alice Erh-Soon Tay:

Law in the People's Republic of China – The Fifth Modernization? 145

Ji Weidong:

The Transmutation and Inner Contradiction of Legal Culture in China 155

III. Rezeption von Recht in modernen Rechtssystemen*Makoto Arai:*

Die Grundlage für die Übernahme des deutschen Rechtsgeschäftsbegriffs . . . 179

John Robert Cassidy:

An Undergraduate Course in Comparative Legal Studies 201

H. Patrick Glenn:

Reception and Reconciliation of Laws 209

Stephen Hicks:

A Model of Society for the Comparative Study of Law 215

*Urpo Kangas:*On Studying the Reception of Legal Ideas and their Impact on the Legal
World View 223*Mohammad Koesnoe:*

The Practice of the Dutch Civil Code in Indonesia Today 235

Bin Takada:

Die Rezeption des Begriffs ‚Rechtsstaat‘ in Japan 249

IV. Kulturelle Konflikte in und zwischen Rechtssystemen*Upendra Baxi:*The Conflicting Conceptions of Legal Cultures and the Conflict of Legal
Cultures 267*Masaji Chiba:*

Legal Pluralism in and across Legal Cultures 283

Helena Gourko:

Science and Morals in Non-Western Cultured Tradition 307

*Tetsunori Koizumi:*Cultural Diffusion, Economic Integration and the Sovereignty of the Nation-
State 313*Kálmán Kulcsár:*Political Culture – Legal Culture, Conflicts and Harmony. A Study on East-
Central Europe 321*Masaru Miyamoto:*‚Judges‘ in the Philippine Highlands: A Study of Hanunoo-Mangyan Legal
Culture 343

Peter G. Sack:

Law, Morals and Religion. A Melanesian Perspective	351
--	-----

V. Recht, Umwelt und Weltordnung

Jan M. van Durné:

The Rhine Pollution by Industrial Discharges: New Dimensions of the Good Neighbour Doctrine?	375
---	-----

Robert Ginsberg:

Peace as a Human Right	383
------------------------------	-----

Lawrence Haworth:

Psychological Freedom	389
-----------------------------	-----

William E. Murnion:

Ideology and Human Rights	397
---------------------------------	-----

Rajendra Kumar Nayak:

Environmental Protection and Law: Quest for Future World Order	403
--	-----

Juhani Pietarinen:

Rationality and Mental Inconsistencies	417
--	-----

Jerzy Wróblewski:

Nature and Man: Dilemma of the Present and the Future	427
---	-----

Mitarbeiterverzeichnis	439
-------------------------------------	------------

Gesamtverzeichnis	442
--------------------------------	------------

I. Brauch, Sitte und Recht auf dem Wege zum Rechtssystem

THE LEGAL SYSTEM OF ZAMBIA

By Munyonzwe Hamalengwa, Toronto

I. Historical Background

Zambia was founded as a company state. It was named Northern Rhodesia, to distinguish it from Southern Rhodesia, a name deriving from the British Financial Magnate, Cecil John Rhodes, the brain behind the British South Africa Company. British protection was first extended to Northern Rhodesia by the Barotse Treaty of 1890 which was concluded between the British South Africa Company and Lewanika, Paramount Chief of Barotseland. The Company assumed vague control over the general area of Northern Rhodesia until 1899/1900; in those years the Company established separate administrations in the western and eastern portions of the territory. The two territories were amalgamated in 1911, forming the Territory of Northern Rhodesia, which the Company continued to administer until 1924.¹

In 1924, Northern Rhodesia reverted to the direct administration of the British government. It was to be administered by a Governor, responsible to the Colonial office and presiding over a Legislative Council composed of nine white official members (i.e. civil servant) and five white unofficial elected members (elected by colonial settlers). The colonial Governor supported by the Legislative Council and Executive Committee, with minor adjustments in the composition of the Legislative Council, formed the central political institution of government of Northern Rhodesia up to Independence in 1964. The Colonial State and Government were basically set up to cater to the interests of the Crown and Colonial Settlers as well as international capital that was centered in the Copper industry.²

When it came to the interests of the Africans, the colonial administration did not have anything much to offer. Amidst spontaneous African opposition, for example, the colonial state imposed the federation of The Two Rhodesias and Nyasaland in 1953. This sparked more African opposition until the Central African Federation collapsed in 1963.³ During this period,

¹ D. C. Mulford, *The Northern Rhodesia General Election 1962*, Chapter 1: Constitutional Development – Background, Nairobi 1964, p. 1.

² See J. W. Davidson, *The Northern Rhodesian Legislative Council*, London 1948.

³ C. Sanger, *Central African Emergency*, London 1960.

working class organisations and strikes were heavily suppressed.⁴ African Political Parties and their leaders were persecuted.⁵ Rule by emergency decree was the order of the day. To this end the British colonial government administered three sets of emergency powers in Northern Rhodesia, (1) Emergency Powers Orders-in-Council 1939 - 61; (2) Emergency Powers Ordinance, 1948, and (3) Preservation of Public Security Ordinance, 1960. The first set formed part of the constitutional framework of every British dependent in Africa and Asia. Rule by emergency powers is one of the legacies Zambia inherited and maintained after independence.⁶

The initial relationship however, between Settler Politics and the administration of Africans especially in the rural areas, was ambiguous. To correct this ambiguity, a policy of Indirect Rule was decided upon in 1928. Indirect Rule basically meant that settler rule would utilise existing African institutions e.g. chiefs, local courts etc. for governing Africans. The legal sanction of this was The Native Authorities and Native Courts Ordinances of 1929.⁷ The political caveat of indirect rule was consistent with the preexisting articulated duality in the system of judicial administration. Section 14 of the Royal Charter of October 29, 1889 entrusting the administration of Rhodesia to the British South Africa Company authorised thus:

“In the administration of justice to the said peoples or inhabitants careful regard shall always be had to the customs and laws of the class or tribe or nation to which the parties respectively belong, especially with regard to the holding, possession, transfer and disposition of lands and goods, and testate or intestate succession thereto, and marriage, divorces, legitimacy, and other rights of property and personal rights, but subject to any British laws which may be in force in any of the territories aforesaid and applicable to the peoples or inhabitants thereof.”⁸

Thus British Colonialism introduced English/British law into Zambia to regulate part of the political and legal affairs of the society but without the intention of totally supplanting the customary laws of the Africans with which they regulated their political and economic systems. However these legal systems (English and customary) were inevitably headed for a clash and this explains why I call them an “articulated duality”, because once colonialism, a basically new capitalist economic and political system is imposed on a precapitalist economic and political system, a complex transformation and coexistence of the two systems result, with one in a hierarchy of dominance – English Law, reflecting the political dominance of colonialism.

⁴ J. Parpart, *Labour and Capital on the African Copperbelt*, Philadelphia 1983.

⁵ K. Kaunda, *Zambia Shall be Free*, London 1962.

⁶ P. Himwiinga, *Emergency Powers in Zambia*, Zambia 1984.

⁷ F. O. Spalding / E. L. Hover / J. C. Piper, *One Nation, One Judiciary: The Lower Courts of Zambia*, in: 2 *Zambia Law Journal* (1970).

⁸ *Ibid.*, p. 4.

As we shall see below, this duality in politics and law formed part of the legacy of the legal system of Zambia in the post-colonial era with important ramifications.

In keeping with the policy of Indirect rule and cognisance of the urbanization of Africans triggered by the job opportunities that accompanied the exploitation of Copper deposits on the Copperbelt, a new Native Courts Ordinance was promulgated in 1936, which created Urban Native Courts to handle African Affairs. The Native Courts were another layer below the Magistrates Courts and High Courts, the latter two administering the laws and procedures imported from England and the former administering customary law. With some adjustments, this hierarchy of judicial administration continued until the Independence of Zambia in 1964.⁹

The question of land tenure¹⁰ is another important question that affected the relationship between English Law and Customary Law, respectively Colonial and African economic interests in land. Colonialism rested on control and occupation of land historically belonging to the Africans. Political and judicial administration was founded on control of land, a most important economic asset.

For the colonial settlers to control land, the customary land tenure system had to be changed. The British South Africa Company proceeded to claim ownership of the land by two methods, namely by declaration of a protectorate over Northern Rhodesia and by land concessions by the Chiefs. Vacant and unalienated lands were said to belong to the British South Africa Company via the first method. When Northern Rhodesia became a direct British Colony in 1924, a policy of hierarchical land tenure system began to be worked out. Native reserves (for Africans) and Crown lands (for the Crown and Settlers) were enshrined in law by the Northern Rhodesia (Crown Lands and Native Reserves) Order-in-Council, 1928. Two supplementary Orders-in-Council followed in 1929 extending areas of reserves in the Southern Province and North-Eastern Rhodesia. In 1947, the Native Trust Land Order-in-Council further supplemented on earlier policy of land reservation. Africans had title to the land in the reserves and Trust land whereas the Settlers had title to the Crown land.

Thus at Independence in 1964, Zambia's land tenure system constituted of Reserves, Trust land and Crown land (the latter becoming State land). Necessarily, the former was governed by customary law while the latter was governed by English law. Zambia maintained this dual land tenure system after Independence.

⁹ Ibid.

¹⁰ For a good review of the land tenure system see: *M. P. Mvunga, The Colonial Foundations of Zambia's Land Tenure System, Lusaka 1980.*