中文社会科学引文索引（CSSCI）来源集刊

民商法论丛

总第69卷

Civil and Commercial Law Review

2019 No.2 Vol.69

梁慧星 主编

2019 年第 2 期

【本期主题】

混合法域的形成与发展经验研究 李 宁

商事习惯的公序良俗限制——以《民法总则》第 10 条为视角 李 怡

民法体系中的债法总则
[德]彼得·A. 温德尔 著 李运杨 译

分散式区块链技术与加密安全法的兴起
[美]亚伦·赖特 普里马维拉·德·菲利普 著 王延川 译

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

rtongbook.com

中文社会科学引文索引（CSSCI）来源集刊

民商法论丛

总第69卷

Civil and Commercial Law Review

2019 No.2 Vol.69

2019 年第 2 期

梁慧星 主编

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

目　录

专题研究

003　混合法域的形成与发展经验研究 / 李　宁

029　商事习惯的公序良俗限制

——以《民法总则》第 10 条为视角 / 李　怡

054　公司决议对外效力的原理及其强度谱系 / 柯勇敏

080　股东会决议效力的判断原则与具体标准 / 孔洁琼

107　投资型寿险的属性测评与规范调整 / 李　游

143　诉讼时效制度正当性的反思与重构 / 史志磊

168　论澳大利亚家庭法审查中的儿童程序参与 / 齐凯悦

判解研究

191　异议股东回购请求权的法律适用与立法完善 / 杨　姗　张　嫚

法条评释

219　论破产危机期间个别清偿撤销的“受益除外”规定 / 李鸣捷

体育法

241　国际体育仲裁的独立性问题与中国因应

——以佩希斯坦案为中心 / 董金鑫

目　录

域外法

259　民法体系中的债法总则 /〔德〕彼得·A. 温德尔 著　李运杨 译

271　《德国民法典》中出卖人是否真的享有二次供与之
主观权利？/〔德〕彼得·曼科夫斯基 著　李雨泽 译

287　一场延期的革命：南非宪法对合同法的
影响 /〔南非〕简·梅林 著　朱伟东　徐　乾 译

306　分散式区块链技术与加密安全法的
兴起 /〔美〕亚伦·赖特　普里马维拉·德·菲利普 著
王延川 译

法律译注

359　欧洲议会机器人民法规则 / 朱体正　童　颖　陈梦飞 译注

专题研究

需要全本请访问 www.ertongbook.com

混合法域的形成与发展经验研究*

李　宁**

内容提要：近年来，混合法律体系因欧洲法律一体化而广受关注。当前，17 个国家或地区共同组成了混合法律体系，加拿大的魁北克省、美国的路易斯安那州、南非、英国的苏格兰等是典型。殖民间转让、主权合并等历史事件是混合法域之法律结构呈现二元性——大陆法式的私法与普通法式的公法的直接结果，但是其混合特征的长期维持及法律规则、法律制度及法律思维层面的混合，是普通法渗透与大陆法持续发展而共生的结果，文化因素在此扮演了重要角色。法律移植是法律文化中的一种常见现象，全球化背景下的法律移植速度、规模都超过了以往，这需要我们重新思考文化与法律移植的关系。混合法域的经验表明不同的法律领域，法律的个性是不同的，这将是法律移植能否成功的重要前提。当代我国的法律移植，逐渐开始重视英美法，能否将普通法成功移植到我国传统大陆法文化之中是一项重要课题，混合法域的经验也许会是“前车之鉴”。

关键词：混合法律体系　混合法域　法律文化　法律移植

混合法律体系（Mixed Legal Systems）是比较法研究的新发现，近年来备受西方法学界关注，其兴盛得益于混合法域（Mixed Jurisdictions）内学者的共同努力，而欧盟的扩张及其法律一体化进程成为混

* 本文系“山东省社科规划·审判研究专项”（项目编号：18CSPJ13）的阶段性成果。

** 李宁，山东法官培训学院副教授，山东省高级人民法院研究室法官助理，法学博士。

合法律体系研究兴起的最重要因素。“混合法律体系被视为大陆法与普通法在欧洲统一的可能模式”①，混合法域的经验将对欧洲私法的未来发展发挥重要作用。②

国内，有学者使用“混合法”这一术语来研究中国法③，亦有学者开始研究混合法律体系。④ 然而，我国学者使用的“混合法”，其含义与混合法律体系、混合法域所指非同；国内学者关于混合法律体系、混合法域术语的使用及相关研究得当与否，尚有商榷的余地。本文将着力研究混合法域的内涵、历史形成以及存续经验，以期对相关研究有所助力。

一　“混合法域”术语的渊源及含义⑤

“Mixed Jurisdictions”术语出现较早，但“Mixed Jurisdictions”与“Mixed Legal Systems”一直被交替、等同使用，用于指称混合法律体系。“Mixed Jurisdictions”是传统用语，“Mixed Legal Systems”的使用相对较晚，但二者并无实质差别，都是指既包含大陆法传统又包含普通法传统的法律体系。但是随着法系理论研究的深入，学者在“Mixed Legal Systems”与“Mixed Jurisdictions”的适用上逐渐进行了区分：“Mixed Legal Systems”

---

① Kenneth G. C. Reid, “The Idea of Mixed Legal Systems”, 78 *Tulane Law Review* 5 (December 2003).

② See Jan Smits, “How to Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making: A Review Essay”, 6 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 35 (1999); Esin Orucu, “Mixed and Mixing System: A Conceptual Search”, in Esin Orucu, Elspeth Attwooll, Sean Coyle, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, London: Kluwer Law International, 1996, p. 335.

③ 参见武树臣《中国的“混合法”——兼及中国法系在世界的地位》，《政治与法律》1993 年第 2 期；李力《发现最初的混合法：从睡虎地秦简到张家山汉简》，《河北法学》2010 年第 2 期；黄震《发现中国“混合法”——一个中国法学概念的学术史考察》，《河北法学》2010 年第 2 期；等等。

④ 参见黄宇昕《苏格兰法混合特征之形成与分析》，中国政法大学 2007 年博士学位论文；夏新华《混合法系发展的前沿——兼论中国法学家的理论贡献》，《湘潭大学学报》（哲学社会科学版）2008 年第 3 期；张怀印、董蕊《“混合法系”理论研究的兴起及其原因探析》，《江西社会科学》2009 年第 7 期；等等。

⑤ 本部分相关内容已发表于《民商法论丛》（第 60 卷），但考虑到本文整体性及便于读者阅读，本文对该部分未删减。

（本文译为“混合法律体系”）属于法律体系概念范畴，意指某一法域的现行法律来源不限于一种法律传统（legal tradition）或法系（legal family）；“Mixed Jurisdictions”（本文译为“混合法域”）属于法域概念范畴，意指那些法律体系属于“Mixed Legal Systems”的国家或地区。①

1. 混合（Midway）

纵观历史，混合法律体系所支配的国家或地区间是相互隔离的，这种隔离不仅仅是地理位置上的，更主要的是混合法域间没有意识到彼此的存在。对混合法域的关注源于法系理论的发展，正是因为诸如苏格兰、魁北克、路易斯安那等地区的法律体系难以被纳入当时的任何法系之中②，其才引起了比较法学家们的兴趣与关注。

1899 年，沃尔顿（F. P. Walton）将已经采用了英国的商法、遵循先例原则及大量共同适用于英格兰、苏格兰的立法的苏格兰与魁北克归为一类，因为魁北克有着接受遵循先例原则的强烈倾向，一半的程序规则、几乎全部的商法规则是英国法，适用法国法的省法院被授权享有英国法院固有的权力。“正如魁北克和路易斯安那一样，苏格兰的法律介于普通法系和大陆法系之间，二者是其主要的法律渊源。”③ 沃尔顿可能是最早将某些混合法律体系国家或地区结合起来进行研究的学者。④

沃尔顿之后，“混合”观念的发展归功于以李（R. W. Lee）、阿莫斯（M. S. Amos）、伦顿（A. Wood Renton）、劳森（F. H. Lawson）、史密斯（T. B. Smith）等为代表的一批英国法学家。1915 年，李发表《大陆法与普通法：世界范围内的审视》一文，文章评估了过去一百年间在大英帝国范围内处于攻势的普通法对处于守势的大陆法产生的影响。文章首页，李绘制了一幅描述了三种法律体系的地图，其中第三类为“Mixed Jurisdic-

① 参见〔加〕威廉·泰特雷《混合法域：普通法法系与民法法系——法典化与非法典化》，毛国权译，载易继明主编《私法》（第 3 辑第 1 卷），北京大学出版社，2003，第 109 页。

② 苏格兰、魁北克、路易斯安那州混合法律体系形成于 18 世纪至 19 世纪初。到 1900 年左右，世界各国家和地区为西方两大法系所支配，大陆法系、普通法系这种简单的划分成为可能，但是确实有少数国家或地区的法律体系难以纳入其中，上述即为代表。

③ F. P. Walton, “The Civil Law and the Common Law in Canada”, 11 *Juridical Review* 291 (1899).

④ See Kenneth G. C. Reid, “The Idea of Mixed Legal Systems”, 78 *Tulane Law Review* 8 (2003).

tions”。这是术语“Mixed Jurisdictions”的首次面世。但该术语未在文章中出现，李后续的成果中也未见使用。[①] 20 世纪三四十年代，阿莫斯、伦顿采用不同方法重复了李的研究成果。“杂交”（hybrid）法律体系在劳森的成果中也多次出现。[②]

尽管“Mixed Jurisdictions”术语没有正式出现，但是沃尔顿对混合法域与混合法律体系的界定是经典的，“罗马－日耳曼法律传统在某种程度上被英美法所渗透”[③]。此阶段，上述学者的研究对混合法域以外的影响甚微。

2. 混合法域（Mixed Jurisdictions）

首次正式使用“Mixed Jurisdictions”术语的是苏格兰法学家史密斯。1962 年，其著作《批判与比较研究》（*Studies Critical and Comparative*）引入了该术语。几年之后，“Mixed Jurisdictions”为魁北克、路易斯安那、斯里兰卡及苏格兰的学者、法官，诸如让－路易斯·博杜安（Jean－Louis Baudouin）、约瑟夫·戴恩（Joseph Dainow）、拉利特·阿索拉斯穆达里（Lalith Athulathmudali）、艾伯特·塔特（Albert Tate）、大卫·沃克（David Walker）等采纳。如 1963 年，史密斯在路易斯安那州提交的一篇会议论文中，再次使用了该术语，路易斯安那州巡回法院法官艾伯特·塔特称其“创造”了该术语。[④] 史密斯将“Mixed Jurisdictions”界定为“基本上是大陆法律体系，但是迫于英美普通法的压力，部分已被普通法法律体系所覆盖”。[⑤]

与李的研究不同，史密斯以大陆法传统为视角。作为一名具有强烈民族意识的法学家，史密斯最关注的是苏格兰大陆法的纯洁性，其主张坚决维护苏格兰的大陆法传统，抵制普通法。为此，史密斯开始研究其他混合法域的

---

① See Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 21.

② See F. H. Lawson, “The Field of Comparative Law”, 61 *Juridical Review* 16, 26－29 (1949).

③ Maurice Tancelin, “Introduction”, in F. P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (*reprinted by Toronto, Butterworths*, 1980), Montreal: Wilson & Lafleur, 1907, p. 1.

④ See Albert Tate, Jr., “Civilian Methodology in Louisiana”, 44 *Tulane Law Review* 672 (1970).

⑤ T. B. Smith, “The Preservation of the Civilian Tradition in ‘Mixed Jurisdictions’”, in A. N. Yiannopoulos, *Civil Law in the Modern World*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1965, p. 5.

经验。如认识到路易斯安那州法学会在路易斯安那大陆法复兴运动与起草民法典过程中起到了重要作用之后，史密斯将经验介绍到苏格兰，苏格兰于两年后成立了苏格兰大学法学会（Scottish Universities Law Institute）。为研究其他混合法域经验，史密斯访问了美国的路易斯安那、南非、加拿大的魁北克等国家或地区的大学，并邀请了这些高校的学者到爱丁堡大学访学。

相对于李、阿莫斯、伦顿、劳森等人的研究，史密斯的贡献之一在于意识到混合法域之间彼此的重要性。他发现同苏格兰的法律体系相类似的路易斯安那、魁北克等也面临为普通法包围的危机，认为它们存在亲缘关系，是“法律邻居”。史密斯的另一贡献在于其发起的这场运动引起了其他混合法域内学者的参与和响应，在一定程度上团结了混合法域学者一起抵制普通法。如路易斯安那州伦纳德·奥本海姆（Leonard Oppenheim）表示，路易斯安那州与苏格兰间存在共同利益，因为二者同样处于普通法海洋之中，都受到普通法的冲击，只有加强联系，才能共同抵抗普通法的入侵，以维护共同的大陆法传统。①

自20世纪50年代起，路易斯安那、魁北克等同苏格兰一样，对其大陆法传统未来发展的恐惧，为混合法域学者的共同努力提供了历史契机。在史密斯等人的努力下，“Mixed Jurisdictions”术语得以推广，混合法律体系的研究也取得了较大进展。当代研究混合法域的著名学者弗农·帕尔梅（Vernon Valentine Palmer）教授这样评价史密斯的贡献：“已故托马斯·史密斯爵士的形象和才智对所有追随他的人有着深远的影响。”② 但是其影响仍局限于混合法域之内。

3. 世界混合法域：第三法系（Mixed Jurisdictions Worldwide：the Third Legal Family）

近20年来，法律全球化致使一批学者对国外法律的兴趣逐渐增加，欧盟扩张及欧洲一体化进程加速了欧洲法律统一，1993年南非政治改革，

① See Leonard Oppenheim, *The Civil Law*: *Lectures Ⅰ－Ⅲ*: *Reception of the Civil Law in the American Continents*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1960, on file with author.

② Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide*: *The Third Legal Family*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 612.

需要全本请访问 www.ertongbook.com

在混合法域内学者的民族自我发现与自信等一系列因素作用下，关于混合法律体系理论的研究逐渐兴起。①

其间，除混合法域内学者、欧盟内学者出版的大量成果外，欧美法学界召开了四次关于“混合法域”的国际会议：2002 年在杜兰大学召开的以“混合法域经验的显著性与统一性：特性、模式、文化、共同之处”为题的第一次会议；2007 年在爱丁堡大学召开的以“共同体的界限：行动中的混合法域”为题的第二次会议；2011 年在希伯来大学召开的以“混合法域的方法论与创新”为题的第三次会议；2015 年在麦吉尔大学举办了第四次会议。四次会议从关注混合法域的概念、特征及以单个混合法域的国家或地区分析形成因素，并以传统私法领域为主，到关注混合法律体系的基本理论、混合法域经验与欧洲统一立法进程、混合法域民法法典化以及各部门法呈现的混合现象，再到关注混合法域的司法判例、概念、制度创新及宪法与行政法领域的创新，混合法域内的学者及其他国家、地区的比较法学家对混合法律体系的研究范围逐步拓宽，从个体研究走向综合性研究，从宏观视角研究走向具体制度研究。②

此背景下，2001 年，杜兰大学教授弗农·帕尔梅以问卷方式对南非、菲律宾、以色列及苏格兰、路易斯安那、魁北克、波多黎各等 15 个国家或地区的法律体系作了十分详尽的介绍，并认为这 15 个国家或地区的法律体系以大陆法与普通法为主要架构，帕尔梅教授将该 15 个国家或地区的法律体系统称为大陆法系与英美法系之外的世界第三法系。

二　混合法域的概念及其法律特征

“‘混合’一词现在得到更为频繁地使用，并拥有许多不同的意义：‘各种法律渊源的结合’；‘一国内、一个地区或一种文化内一个以上法律

① Kenneth G. C. Reid, “The Idea of Mixed Legal Systems”, 78 *Tulane Law Review*, 17 – 18 (2003).

② 第一次“混合法域”国际会议论文参见 78 *Tulane Law Review Volume* (December 2003), Issues 1 and 2；第二次“混合法域”国际会议论文参见 12. 1 *Electronic Journal of Comparative Law* (May 2008)；第三次“混合法域”国际会议论文参见 6 *Journal of Comparative Law* (2012), pp. 28 – 168。

体系的混合'；'适用于一国全部领土的不同法律体系的共存'；以及'从未有过一种单一主导文化的地区的多个法律体系'。"① 但从"Midway"到"Mixed Jurisdictions"术语的创制，再到帕尔梅称其为第三法系，"Mixed Jurisdictions"一直特指普通法与大陆法的融合。目前学界没有就混合法域的概念达成共识，但是学者就混合法域法律的主要特征做了概括性描述。

肯尼斯·里德（Kenneth G. C. Reid）认为，混合法域法律之混合（mixedness）至少发生在三个层面：其一，实体法规则是大陆式的，司法制度、推理方法等是普通法式的；其二，公法主要源于普通法②，而私法主要源于大陆法；其三，混合现象体现于各个部门法领域，但私法领域占主导地位。③ 帕尔梅将混合法域作为世界第三法系，其特征如下：其一，混合的法律可以是多样化的，但是"普通法与大陆法是法律体系的基本构成要件"；其二，混合在内部与外部都明显存在，且达到"对普通观察者来说都是明显的"程度，如与路易斯安那州比较，虽然加利福尼亚州、得克萨斯州法律体系包含有大陆法系元素，甚至有民法典，但是其属于普通法系；其三，法律体系的结构上，私法领域有着大陆法系的外观，而公法领域将表现为典型的盎格鲁－美利坚式。帕尔梅教授称上述特征是"一个混合法域的最小公分母"。④

但学界并没有普遍接纳"Mixed Jurisdictions 特指普通法与大陆法的融合"的传统理念，学界在一个国家或地区的法律体系，其混合达到何种程度才能称为混合法域，以及混合的法律体系是否仅限于大陆法与普通法的混合等问题上存在争议。

一个国家或地区的法律体系，其混合达到何种程度才能成为混合法律

---

① 〔英〕埃辛·奥赫绪、〔意〕戴维·奈尔肯编《比较法新论》，马剑银、鲁楠等译，清华大学出版社，2012，第200页。

② 混合法域公法主要源于普通法，至少是宪法与行政法层面上，刑法层面有所不同，如南非刑法追随的是大陆法。Daniel Visser，"Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems"，78 *Tulane Law Review* 41（2003）.

③ See Kenneth G. C. Reid，"The Idea of Mixed Legal Systems"，78 *Tulane Law Review*，21－22（2003）.

④ See Vernon Valentine Palmer，*Mixed Jurisdictions Worldwide*：*The Third Legal Family*，2nd edition，Cambridge：Cambridge University Press，2012，pp. 7－11.

体系而被纳入第三法域，这涉及法律体系的分类问题。法律体系逐渐融合是一个普遍事实，“所有的法律体系都是混合的”①。莫纳泰里（P. G. Monateri）甚至建议将“污染”（contaminations）作为理解世界法律体系的基础，“现实的法律世界更容易呈现为一个‘污染’的世界，而不是一个被瓜分成不同法系的世界。……实际上每个法律体系，甚至古典英国普通法，都是通过‘污染’来生长的”。②

依混合程度的不同，法律体系、法律文化和社会文化的相遇产生了“混合的”（mixed）和“混合中的”（mixing）法律体系以及过渡中的体系③；混合的方式以及由此产生的“混合物”性质亦不同，如加拿大渥太华大学“世界法律体系”研究团体在将当今世界法律体系划分为民法法系、普通法系、习惯法系、伊斯兰法系与犹太法系基础上，将混合法系分成 11 种模式：“民法法系和普通法系混合制”“民法法系和习惯法系混合制”“民法法系和伊斯兰法系混合制”“伊斯兰法系和习惯法系混合制”“习惯法系、民法法系和伊斯兰法系混合制”“习惯法系、民法法系和普通法系混合制”“普通法系和伊斯兰法系混合制”“普通法系和习惯法系混合制”“习惯法系、普通法系和伊斯兰法系混合制”“民法法系、伊斯兰法系、普通法系和习惯法系混合制”“民法法系、普通法系、犹太法系和伊斯兰法系混合制”。④

---

① 〔英〕埃辛·奥赫绪、〔意〕戴维·奈尔肯编《比较法新论》，马剑银、鲁楠等译，清华大学出版社，2012，第 200 页。

② P. G. Monateri，“The Weak Law：Contaminations and Legal Cultures”，13 *Transnational Law & Contemporary Problems*，591－592（2003）.

③ 〔英〕埃辛·奥赫绪、〔意〕戴维·奈尔肯编《比较法新论》，马剑银、鲁楠等译，清华大学出版社，2012，第 196 页。

④ 渥太华大学“世界法律体系”研究团体（http://www.juriglobe.ca/chi/sys－juri/class－poli/sys－mixtes.php）认为对“混合”（mixed）术语不应该做限制性解释。夏新华教授（夏新华：《混合法系发展的前沿——兼论中国法学家的理论贡献》，《湘潭大学学报》2008 年第 3 期）与张怀印、董蕊（张怀印、董蕊：《“混合法系”理论研究的兴起及其原因探析》，《江西社会科学》2009 年第 7 期）等主张只有渥太华大学“世界法律体系”研究团体采用广义的混合法系说，这是值得商榷的。Esin Orucu（Esin Orucu，“Mixed and Mixing System：A Conceptual Search”，in Esin Orucu，Elspeth Attwooll，Sean Coyle，*Studies in Legal Systems：Mixed and Mixing*，London：Kluwer Law International，1996）、William Tetley（〔加〕威廉·泰特雷：《混合法域：普通法法系与民法法系——法典化与非法典化》，毛国权译，载易继明主编《私法》（第 3 辑第 1 卷），北京大学出版社，2003）等都采用了广义说。

由上述分析可知，“Mixed Jurisdictions”中“mixed”存在狭义与广义之分：广义上，“mixed”是指由任意两种或两种以上法律传统的成分所构成，且不区分融合程度；狭义上，“mixed”专指主要由英美法和大陆法这两种法律传统的成分所构成，且达到一定程度。

“一个法律体系的历史，在很大程度上是向其他法律体系借入法律资源的历史。”① 而“西方法律传统基本上是一元的，几乎完全相同的法律历史因素浸透入每个民族国家的法律产物中：罗马法、日耳曼习惯法、教会法和采邑法等等”。② 从广义视角探讨“mixed”的含义，是毫无意义的。

认可当今世界主要法律体系的分类及不同法系之间的不同，是探讨“mixed”含义的前提。如上所述，“混合性”（mixedness）存在三种形态：“混合的”（mixed）、“混合中的”（mixing）、“过渡中的”。混合中的法律体系及过渡中的法律体系与那些被归为混合法域的法律体系在一定程度上共享着“混合性”，但只有“当‘混合性’是指最终结果并且该结果能够维持时，这一‘混合性’状态就正当化了将‘混合法域’这一术语应用于法律体系这一做法”③。只有混合在内部与外部都明显存在，且达到一定程度，如“对普通观察者来说都是明显的”，才可称之为“mixed”。尽管混合法律体系不限于大陆法系、普通法系的混合，但是传统上，“Mixed Jurisdictions”的含义是狭窄的，仅指“普通法与大陆法是其法律体系的基本构成要件”。

帕尔梅将那些法律体系是以普通法与大陆法为基本构建且达到“对普通观察者来说都是明显的”程度的国家或地区统称为经典的混合法域（Classical Mixed Jurisdictions）④，世界“混合法域”大会亦是在此意义上

---

① P. G. Monateri, “The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures”, 13 *Transnational Law & Contemporary Problems*, 581 (2003); Reinhard Zimmermann, Daniel Visser, *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 2.

② 〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国法制出版社，2005，第1页。

③ 〔英〕埃辛·奥赫绪、〔意〕戴维·奈尔肯：《比较法新论》，马剑银、鲁楠等译，清华大学出版社，2012，第201页。

④ 埃辛·奥赫绪称之为“简单”混合（See Esin Orucu, “Mixed and Mixing System: A Conceptual Search”, in Esin Orucu, Elspeth Attwooll, Sean Coyle, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, London: Kluwer Law International, 1996, p. 345）。

适用“Mixed Jurisdictions”这一术语的。在《埃尔加比较法百科全书》中，帕尔梅教授负责的词条“混合法域”，对这些“亲密家族”总结为：“传统上所谓的‘混合法域’，大致由 15 个政治实体构成，其中的 11 个是独立国家。大部分（苏格兰和以色列除外）是法国、荷兰或西班牙的前殖民地，随后被转交给大不列颠或美国。”① 帕尔梅将属于混合法域的国家或地区归类为大陆法系、普通法系之外的第三法系。“从理论上说，混合法律体系、混合法域和混合法系三个概念之间存在着递进关系，即混合法律体系体现的是一种混合的状况或结果，而混合法域体现的是为混合法律体系所支配的一个地域，如果将混合法域统归起来，作为一个整体，就会形成如帕尔梅所说的第三大法系——混合法系。”②

总结上述观点，对于“Mixed Jurisdictions”这一术语，以下行文使用狭义上的概念。在其特征上，结合其狭义概念，本文认为以下几点需明确。

第一，“混合”要求内部与外部都是明显的，就外部——法律结构层面而言，混合法域的法律呈现二元性，即英美式的公法和大陆式的私法，这“对普通观察者来说都是明显的”。就所属“第三法系”的 17 个国家或地区而言，这基本上是正确的。

第二，混合不仅仅体现于法律结构层面的二元性，更重要的是，混合法域发展至今，混合是全方位的、广泛而深入的，混合还体现于法律规则与法律制度（如创制法）、法律思维等层面，可以说是整个法律体系呈现二元性，当然私法领域尤为明显。

第三，第一个特征——法律结构层面的二元性是混合之外部表象，为普通观察者的初步印象；第二个特征——法律规则、法律制度与法律思维层面的混合是法律长期发展的结果，是第一个特征的延伸。第二个特征是“内部的”，并非第一个特征那么直观，须通过细致研究。

---

① Vernon Valentine Palmer, “Mixed Jurisdictions”, in Jan M. Smith, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 467.

② 夏新华：《混合法系发展的前沿——兼论中国法学家的理论贡献》，《湘潭大学学报》2008 年第 3 期。

三　当今世界主要“混合法域”简介及形成

比较法学家很早就认识到了混合法律体系的存在，但在传统的法系分类中，混合法律体系被视为一种例外情形加以考虑。勒内·达维德在分析罗马日耳曼法系与普通法系的关系时指出：“有些国家的法，我们不知该把它们划归这两个法系中的哪一个为好，它们的另一些成分来自罗马日耳曼法系，而另一些成分则来自普通法系。在这些两者兼而有之的法中，可以一提的有苏格兰法、以色列法、南非联邦法、魁北克省法、菲律宾法。”① 茨威格特和克茨认为，在八大法系之外还存在“杂交”（hybrid）法律体系，如路易斯安那州、魁北克省、苏格兰及波多黎各、希腊、南非、以色列、菲律宾、中华人民共和国和其他一些法律体系，将这些法律体系指定属于某个法系是困难的。②

近年来，法系理论研究开始转向，从过去不断地提出新的法系划分理论转为对法系分类问题进行批判、反思。20 世纪 90 年代中期开始兴起的混合法律体系研究是这一理论转向的表现。

勒内·达维德、茨威格特和克茨只意识到了上述所列国家或地区的独具一格——难以归类于某个法律体系，但是其并没有研究上述国家或地区间的法律体系是否存在共性。相似性与关联性是法系分类的基础，如果这些“独具一格”的国家或地区的法律体系间存在相似性或关联性，而相对于其他法律体系又是独特的，那么这些国家或地区的法律体系也应构成一个法系。

茨威格特和克茨法系分类中所用“样式”标准为研究混合法律体系家族的特征提供了非常好的指引，帕尔梅认为“样式”要素中的法律秩序的

① 〔法〕勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社，1984，第 27 页。

② 参见〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社，2003，第 115 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com