

历史视域中的私法统一 与民法典的未来

易继明

摘要：中国有法典编纂的历史传统。私法的统一，应从法的历史性、私法理性及私权生长规律这三条历史线索中寻找。承接并改造 2002 年“民法草案”，可通过修复式方法制定适合国情的九编制民法典，即“民法九章”，依次为《民法通则》、《婚姻家庭法》、《继承法》、《物权法》、《知识产权法》、《合同法》、《劳动合同法》、《侵权责任法》和《涉外民事关系法律适用法》。以此为目标，采取“四步走”的立法步骤：一是整合《婚姻法》和《收养法》，形成统一的《婚姻家庭法》；二是将《劳动合同法》纳入民法典，并独立成编；三是将《知识产权法》纳入民法典，并独立成编；四是通过修订《民法通则》，统合人格权、财产权总则（债之总则）及商事总则等。在此基础上形成的民法典，具有历史性、通融性和时代性，将成为重述中国人民生活生活和重塑中国法系的重要组成部分。

关键词：私法典 民法典 九编制 修复式立法

作者易继明，北京大学法学院研究员（北京 100871）。

在一部伟大法典的背后，不是某位伟大的政治家，或者某位优秀的立法官员或者学者，而是这部法典赖以产生的社会经济与历史文化传统。当今中国的立法理论，究其法律传统与实证基础，无不从清末民初说起；当下抉择虑及前鉴者，莫不为中国古代传统、近世资本主义思潮与马克思主义三大要素及其在中国的具体实践。本文旨在中国近现代法制与法学“移植”的总体背景之下，寻找统一私法典编制的历史线索，期冀在法律移植及其本土化过程中，把握中国民法发展的历史脉络，寻找中国民法典的未来。

本文从三个方面展开：（1）以法的历史性为基础，提出统一私法典编制的三条历史线索；（2）结合历史与现实，继承并发展 2002 年“民法草案”“统分结合”的统一模式，提出以“民法九章”作为统一私法典的体例；（3）在民法九章的基础上，提出“四步走”的修复式私法统一的立法方案。这种私法典统一的路径和模式，既符合中国国情与民事立法实践，也是重塑民法典（私法典）理性主义的新思维。

• 131 •

一、私法统一的三条历史线索

近代以来，中国民事立法可以归结为 1929—1931 年《中华民国民法》、1986 年《民法通则》和 2002 年“民法草案”三部法律（草案）文本的历史。1949 年之前，清末立宪改制拟定《大清民律草案》（1911），最后是《中华民国民法》承晚清改制，定鼎中国民事立法的形式理性，形成一整套大陆法系概念及规则体系。1949 年之后，《民法通则》扬弃新中国前三次“民法草案”，^① 结合改革开放实践及其需求，确立了民事活动的基本原则，并形成“《民法通则》+单行法”的立法模式；2002 年“民法草案”在吸收改革开放以来民事立法成就（包括《民法通则》）的基础上，形成了“统分结合”的立法模式。在这一历史脉络中，至少包含几种内在的张力：一是统一与分离；二是继受与抵制；三是大陆法与英美法；四是公权力与私权利；五是传统与现代。此外，还可以加上资本主义与社会主义两种意识形态的对立——尽管它们在私法领域表现出来的张力并不如公法领域那么强烈，或者说其对立中所形成的张力已被具体转化至前述几种张力之中了。这几种张力，呈现并杂糅于当前中国社会，构成影响中国立法的新元素。这些新元素，也是寻找中国统一私法典的历史线索。

晚清以降，法律“移植”由被动到主动再到本土化，至今已内化为一种自主性的制度建构。中国古代法律样式及其发达，也具有明显的继受关系。^② 制度的继受与延续，一方面消解了“改朝换代”对社会的破坏作用，另一方面也昭示了社会治理与民众生活的内在规律性。中华文明及国祚迁延与固守，亦与此息息相关。以今日眼光反观历史，社会治理及公私规范分类置之，分类治之，并在私人生活领域贯彻“私法自治”的理念，从而分类由之，实为法律进化之规律。事实上，私法的统一及其形式，由学术法到成文法，进而演化并推动私人生活领域的统一法典化运动，

① 这三次民法典的制定工作均形成了草案；每次草案起草，又形成了几个文本。历次起草的具体草案文本，参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》，北京：法律出版社，2003 年。

② 例如，《汉律》（即《九章律》）是对李悝《法经》六篇的直接继受，变化的只是：在《法经》六篇基础上增加了三篇，改“法”为“律”，并在规范上进一步具体化。又如，七篇的明清律也是对唐律十二篇的继受。对此，有学者认为：“唐律中的 7 篇直接为明清律所采纳；唐律余下的 5 篇在语词上稍作改动，也为明清律中相应的门类所吸收。总之，唐律 12 篇的篇目完全被明清律所采纳，其中某些篇目毫无变化，某些篇目则合二为一。”（参见 D. 布迪、C. 莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，南京：江苏人民出版社，2003 年，第 41—44 页）

既是人类思维的一种习惯与理性，也是大陆法系民法典演化的经典模式。^①从历史脉络中寻找中国民法典的未来，涉及历史观、价值观及其对民法制度未来发展的判断。笔者认为，应从以下三条大的历史线索中，去构建未来中国的民法典。

第一，树立历史合理性的历史观。尽管在历史的脚印中寻觅，我们总是要以批评的眼光去汲取营养，但法律人应该有一个基本的历史观：既有法律总是具有一定的合理性，总有其社会和历史成因。历史哲学告诉人们：体现在法律之中的“理性”，是“一切自然的和精神生活的基础”；“由于‘理性’和在‘理性’之中，一切现实才能存在和生存”。^②这说明法所具有的历史性和继承性。法，特别是私法的历史性，决定了民法制度形成的路径依赖。

从1986年《民法通则》到2002年“民法草案”，在“两条腿”走路的立法方针之下，选择了“《民法通则》+单行法”的立法模式；至2002年“民法草案”之时，已逐渐过渡并形成法典化的“统分结合”模式。这两种模式置身于、并致力于中国的改革实践，其继承性及关联性极强。张新宝认为，中国民法典欲立于人类优秀民法典之林，应以“改革的法典和进步的法典”^③为要旨，这个理想其实已经体现在民法典形成的过程中。中国民法典形成的历史，既是中国民法制度发展的历史，也是历经大陆法、英美法、苏联法等法律移植与抵制之后，审思明辨地进行甄别、遴选、调试，再加以本土化的历史。近代以来的中国法律的思想渊源是多元的，中庸哲学中又具有浓厚的现实主义色彩，这使得中国融入全球经济一体化进程没有本质上的障碍。一位经济学家说，“值得注意的是，同其他亚洲、拉丁美洲和前苏联的那些加盟共和国相比，中国同世界经济的接轨几乎没有遇到什么大的困难”。^④这种状态导致出现这样的现实法律场景——既不固守某种恒一的观念，也不仅仅依赖某一单一法系的移植。

总体上讲，从抚有“天下”的皇权专制体制到近代民族国家为基础的民主法治政制，中国尚处于19世纪以来国家构建为中心的法律多元主义模式之中。无论在客观层面还是在社会心理层面，中国都需要一个强大的政府；但众口难调，体制之下的人们时常流露出对各种政治或法律方案的不满足或不满意。在此种局面下，官方与学者存在两种不同倾向的思路：政府以改革办法式措施面对现实，旨在解决实际中的立法与司法问题，但很难满足各种利益诉求；学者以权利为基础提出的解决之道，一方面稀释了政治权威，另一方面也被相互冲突的个体利益所肢解。前者是以解决现实问题为出发点的实践性方案；后者则是建立在权利科学基础上的理论性方

① 参见易继明：《民法法典化及其限制》，《中外法学》2002年第4期。

② 参见黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海：上海书店出版社，1999年，第9页。

③ 张新宝：《民法典的时代使命》，《法学论坛》2003年第2期。

④ 安格斯·麦迪森：《中国经济的长期表现：公元960—2030年》，伍晓鹰、马德斌译，上海：上海人民出版社，2011年，第7页。

案。两种方案，看上去各有其合理性，却都面临深刻困扰。失去价值目标和理想模式的追求，政府主导下的秩序看似有序，实则因缺乏制度化、部门利益冲突等变化无常；而建立在理想图景中的演绎和推理，不仅因为逻辑起点不同导致顾此失彼，也因缺乏现实根基而容易化为幻影。在“有秩序的混乱”中，在“看上去很美”的设计中，唯有遵循历史规律，才能找到成就中国民法典屹立在历史之中的方式。事实上，解法典化时代法律渊源多元化，特别法频出，针对的是德国、法国、意大利等已经拥有严谨逻辑结构法典的欧陆国家。而即便是 19 世纪欧陆法典化的第一阶段，那些大陆法系国家也是遵循自然理性，根据本国的特殊情况制定自己的法典。^①

第二，贯彻私法形式理性和实质理性的私的理念（即私法理性）。“私法涉及的关系，是发生在非政治性社会中的关系。”^② 私法规范涉及私人生活的全部，内容广大。而私法在形式上的“统”与“分”，一则据以私人生活所具之自然理性；二来顺应一定的社会历史文化潮流。中国古代法典的“诸法合体”，在近代化进程中一直沿着“分”的路线演进：第一步，先是私人生活（民法）独立出来，如 1911 年《大清民律草案》和《中华民国民法》；第二步，继而是家庭性法律（婚姻、收养、家庭关系及继承等）、劳工性法律（劳动合同、社会保障等）从民法典中分离出来，如 1950 年《婚姻法》及 1994 年《劳动法》；^③ 第三步，是改革开放中的“摸着石头过河”，民事法律终于碎片化。第一步是循着近代法区隔公私法域，以抵制公权力对私人生活的干预；第二步是在社会治理理念上区分人身性法律与财产性法律，使得人们对民法典的认识仅仅建立在纯粹的财产性法律关系之上；第三步更多的是在执行一种改革办法式的立法方针。尽管第二步区别家庭法法典与私法法典并非只是社会主义运动之后才发生的事情，^④ 但或多或少地，后两个步伐也是伊尔蒂所说“逃离

① H. Patrick Glenn, “The Grounding of Codification,” *U. C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3 (Spring 1998), pp. 765, 768-770.

② 亚历山大·科耶夫：《法权现象学纲要》，邱立波译，上海：华东师范大学出版社，2011 年，第 512 页。

③ 将《婚姻法》、《收养法》和《继承法》等身份性质的法律独立于私法典之外，自 1949 年中华人民共和国成立之后开始。将劳动法典从传统民法典中分离出来，亦源自苏俄十月革命之后的立法模式，如苏俄 1918 年 12 月颁布第一部《苏俄劳动法典》，新经济政策时期的 1922 年 10 月又颁布新的《苏俄劳动法典》。中华苏维埃参考 1922 年《苏俄劳动法典》，于 1931 年颁布《中华苏维埃共和国劳动法》，自次年 1 月 1 日起生效，1933 年又加以修订。中华人民共和国成立后，以 1951 年《劳动保险条例》等行政法规、部门规章及规范性文件为基础形成的劳动法律规范，脱离了传统劳资关系的范畴，具有较强的独立性。1994 年《劳动法》及其后的《劳动合同法》等，公私法融合，社会法性质显著。

④ 例如，1859 年意大利王国统一后，在统一立法的过程中，波萨内里（Pisanelli）曾提出家庭法法典与私法法典分离开来，将后者仅视为涉及经济关系的法典。

民法典现象”^①的某种体现。不过，随着在私人生活中理性的确立，碎片化的民事法律开始出现整合的倾向，如1999年《合同法》的制定、2002年“民法草案”的出台等。总体而言，无论是从大陆法私法古典模式来说，还是从某一国家的成文法发展来看，法的理念或价值目标趋于一致的法律，都存在一种内在的统一化、体系化的趋势。^②

这种形式上的统一与体系化，其实质内涵则统一在私的理念之下。比如“劳动合同”独立于普通合同，其重要特性有两点：一是其所具有的集体性或社会性；二是其所具有的人身性。2008年《劳动合同法》的颁布实施，标志着“市场化的劳动关系”的初步形成：“标志着中国劳动关系的个别调整在法律建构上已经初步完成，同时，又开启了劳动关系集体调整的新起点，并为劳动关系的集体调整提供了法律基础。”^③但是，无论是个别劳动关系还是集体劳动关系，也无论其相互间如何转换，劳动力市场所体现出的，乃是劳动合同的人身与财产的双重属性。即使在用工工作层面的制度事实中存在劳动关系的从属性，然而，《劳动合同法》、《工会法》和《劳动法》等旨在透过法律矫正这种事实上的不平等，使得劳动者与用人单位之间建立起法律意义上的平等和自愿的关系。脱胎于政府的行政安排，中国劳动制度改革的主要成就是建立起劳动力市场，从法律层面确认了劳动合同关系的私的理念和制度基础。

第三，顺应现代社会的私权生长的规律。1986年《民法通则》本身是一部顺应改革开放所具有的不确定性而创立的原则性法典，其顺应的是中国特定历史时期的私权扩张。这是计划体制向市场体制转换过程中私权生长的规律。从现代社会权利观的角度看，也可以称为私法精神的重塑与再造。不过，中国与传统欧陆国家相比，有不同的逻辑起点。19世纪的传统欧陆国家，已经通过一部具有确定性、系统性和完整性的民法典，建立起维护市民生活的基本法理念，即个人主义、立法至上、私法自治等以“民事自由”为核心的价值体系。^④但是，由于法典的世界是一个安全

① 那塔利诺·伊尔蒂：《解法典的时代》，徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第4卷（2003年号），北京：中国人民大学出版社，2004年，第103页。

② 近代自然法运动存在某种完美主义倾向，试图通过一部完美形式的法典统摄人类的所有生活，但最终的法律生活还是循着古希腊与古罗马形成的私人生活法律与政治生活法律相区别的路径，成就了一批近代大陆法系国家优秀的私法典。（参见易继明：《私法精神与制度选择——大陆法私法古典模式的历史含义》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第254—256页）

③ 常凯：《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，《中国社会科学》2013年第6期。

④ Maria Luisa Murillo, “The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification,” *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 11, no. 1 (Fall 2001), pp. 63, 175.

的、超稳定性的世界，需要通过特别立法适应现代社会发展以扩张私权利。^① 中国的情形则不尽相同，改革开放是一个民事自由不断扩大，或者说私权利不断生长的过程；配合这一过程，各种单行的民事立法不断涌现。在单行法林立的中国，需要通过一部民法典消弭单行法之间的冲突，并建立起一整套完整的私人生活的基础价值体系。《民法通则》的意义，正是在这一层面得到极大彰显。事实上，从早期的“两条腿走路”到 2002 年“民法草案”的“统分结合”，其实很难在第三次民法典编纂与第四次民法典编纂之间找到它们真正的历史分期点。在这一过程中，有两条线索一直在私法统一问题上交织与博弈：实质上，市场经济逐步成熟，各种民事法律生活样态显现，但仍唯恐因法典僵化而妨碍发展；形式上，私权理念和私法精神渐趋形成，成文法累积至一定程度，私法典的统一运动亦如大潮涌来。不能因法典的形式而影响到社会进步之实质，也不能因民事生活样态各显而导致法律之间冲突、抵牾，甚或失去私人生活的基本的法理念。

这三条历史线索彰显了私法的基本理念，兼及民事制度的历史性和未来性。这就意味着，在私法统一运动中首先要确立私法理性，贯彻私人生活的基本理念。在此基础上，一方面要尊重从历史中走过来的制度成果和制度事实，注意点滴制度及其历史文化的积累；另一方面要面向未来，通过凝炼规则和理论创新，建立一个开放的民事制度结构和法典体例。

二、民法九章：统一私法典的体例

1847 年以来，德国的法律人，尤其是法学家，一直非常认真地对待冯·克希曼 (Julius von Kirchmann) 的警示：“法律人被实在法变成了蠕虫，他们避开健康的木头，而以腐烂的木头为生，在其中做窝，繁衍。按照这样的方式，法学将本属偶然性的（规则）作为自己研究的对象，使法学本身变成了‘偶然性的事物’——立法者改正法律规则的三个词，就能使整个图书馆变成废纸。”^② 结尾的比喻，多少有些俏皮话的成分。不过，对于 2002 年“民法草案”前后出台的各种学者建议稿来说，

① 伊尔蒂说：“稳定性被认为是民事立法的首要和基本特征：中断传统和变动不居不仅改变个人的规划，使预期落空，而且违反自然法，这些自然法一劳永逸地授权了个人特权。所有权、契约自由、死因继承，这些都是永恒的制度，对此法典可以加上国家权力的保障，但是既不能取消也不能修改。”也正因如此，欧陆民法典在适应现代社会发展过程中失去了法律渊源体系中的核心地位，在宪法已经具备权利保障功能的前提下，“在立法变迁的脉络下面有一个快速的离心趋势”。（参见那塔利诺·伊尔蒂：《解法典的时代》，徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第 4 卷（2003 年号），第 82—83、103 页）

② Julius von Kirchmann, *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Herausgeben von Anton Schäfer, 1. Aufl., 1848, BSA Verlag, S. 20 f.

这句警示无疑是沉重的。草案出台前，梁慧星、王利明和徐国栋等提出了自己的建议方案；^① 草案出台后，仍有不少学者提出自己的建议。^② 本文循着历史的脉络，提出一个统合性的方案。

从宽泛意义上讲，世界范围内有两种意义上的法典化（codification）。一种为实质意义上的法典化（traditional substantive codification），就某一或某几个特定调整对象，制定系统的、创新性的成文规则体系，奠定特定领域法律成长的逻辑关联和基础。这是大陆法系国家的一种主要立法模式。另一种为形式意义上的法典化（formal codification）。在普通法系国家，法典被认为是一种“汇编”（consolidation）或“重述”（restatement），立法者仅仅是从法学研究成果中抽取出规则进行叙述，如美国、加拿大以及其他英语语系国家所谓的“法典”（codes）、“修订法律”（revised laws）、“编纂法律”（consolidated laws）之类的汇编，并不是欧陆意义上真正的法典。当然，普通法系国家也有一些类似实质意义上的法典化动作，美国制定的《统一商法典》即属此例；大陆法系国家也有仅仅将既存的文本编纂在一起进行法规汇编的情形。^③ 从总体上讲，未来中国民法典自然循继受欧陆法的传统，应在实质意义上推行民法法典化。不过，20 世纪以来全球一体化进程加剧，法律介入社会生活的方式呈多样性特征，法律实践中已不再严格区隔成文法与判例法，大陆法系和英美法系逐渐融合。正如有的学者所说，“21 世纪将继续上演这样的总趋势，

① 梁慧星主持的民法典建议稿文本，参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，北京：法律出版社，2003 年；其后，其七编制民法典建议稿附理由书，《总则编》、《物权编》、《债权总则编》、《合同编》、《侵权行为编》、《亲属编》、《继承编》六编附理由书均已出版。王利明主持的民法典建议稿文本，参见王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，北京：中国法制出版社，2004 年；其后，分别出版了其《总则编》、《人格权编》、《婚姻家庭编》、《继承编》、《物权编》、《债法总则编》、《合同编》、《侵权行为编》八编制民法典建议稿及立法理由书。徐国栋主持的民法典建议稿文本，参见徐国栋主编：《绿色民法典草案》，北京：社会科学文献出版社，2004 年。

② 例如，余能斌与余立力提出制定“民商法律总纲”，以此统摄民商法，形成一部《民商法律合典》；覃有土和麻昌华提出《人法》、《权利法》和《侵权行为法》三编制体例；陈小君提出《总则》、《人》、《亲属》、《继承》、《财产法总则》、《物权》、《债权总则》、《合同》和《侵权行为》九编制设想；陈华彬坚持潘德克吞（Pandekten）式编纂体系，并将人格权和侵权行为单独成编。（具体论述参见余能斌、余立力：《制定“民商法律总纲”完善民商法律体系》，《余能斌法学研究文选》，北京：法律出版社，2007 年，第 89—97 页；麻昌华、覃有土：《论我国民法典的体系结构》，《法学》2004 年第 2 期；陈小君等：《民法典结构设计比较研究》，北京：法律出版社，2011 年，第 398—404 页；陈华彬：《中国制定民法典的若干问题》，《法律科学》2003 年第 5 期）

③ Jean Louis Bergel, “Principal Features and Methods of Codification,” *Louisiana Law Review*, vol.48, no.5 (May 1988), pp.1073, 1075-1076.

也许最终只有法律史学者们才会发现普通法系和民法法系这种对立二分法的有用之处。”^① 正如前面所提到的，在 18、19 世纪欧陆第一轮法典化之后，20 世纪特别立法频繁，法律渊源多元化，已进入了法典化第二阶段即解法典化阶段。“第三阶段则是伪（pseudo）法典化阶段，也被称为全方位法典化（omnicodification）、多极法典化（multi-codification）甚至全球法典化（global codification），这已经不是 19 世纪的传统法典化的概念了。”^② 《民法通则》历史地顺应了解法典化时期，并为第三阶段的“再法典化”做好了准备。因此，未来民法典在体例上保留《民法通则》既是遵循本国传统与实践需求，也是适应法典化未来趋势之世界潮流。另一方面，现代法典是启蒙思想的产物。在自然法法典的理念之下，法典应是完整的，它覆盖市民社会全部领域；法典应是理性的，是从不证自明的预设条件中自然推演出来的；法典也是普适的，甚至可以适用于所有时间、地点发生的一切人际关系和交易。法典的来源只有一个：普适而不变的实证法的基础，即自然理性。这就是启蒙思想对于法典的认识。只不过，现实生活中，我们在制定法典的过程中，往往会因为各种各样的原因而偏离启蒙思想的这一认识。^③ 其实，也正是在此意义上，本文提出统一私法的运动，强调传统民法典所应该遵循的私人生活的形式理性主义。所以，本文所提出的民法典体例方案，以《民法通则》为基础，最大限度地囊括私人生活领域的法律，同时较之 2002 年“民法草案”的“统分结合”模式更加紧凑，避免其落入纯粹的“汇编式民法典”。

总的来说，本文提出的这一方案，承接 1986 年《民法通则》以来形成的中国民法编纂史，同时顺应现代社会中私法的扩张，克服德国潘德克吞体系的僵化，以《民法通则》作为民事基本法，形成统一的、开放的、结构严谨的中国民法体系。具体结构及编排如下：

- 第一编 民法通则
- 第二编 婚姻家庭法
- 第三编 继承法
- 第四编 物权法
- 第五编 知识产权法
- 第六编 合同法
- 第七编 劳动合同法
- 第八编 侵权责任法

① Arthur T. von Mehren, “Some Reflections on Codification and Case Law in the Twenty-First Century,” *U. C. Davis Law Review*, vol. 31, no. 3 (Spring 1998), pp. 659, 670.

② H. Patrick Glenn, “The Grounding of Codification,” pp. 765, 771.

③ H. Patrick Glenn, “The Grounding of Codification,” pp. 765, 766-771.

第九编 涉外民事关系法律适用法

结合上文分析,这一九编制体例,按照近代自然法运动所开创的理性主义路线编排,具有历史性、通融性和时代性的特点。第一,历史性。延续2002年“民法草案”“统分结合”立法模式的基本思路,藉既有立法成果统合而成。第二,通融性。表现在三个方面:一是采用具有开放性的《民法通则》而不是相对封闭的《民法总则》,拓展传统民法典总论部分的整合力,使之更具包容性;^①二是民法典在总体结构上更具开放性,最大限度地实现了绝对理性与相对理性之间的调和;^②三是增强了民法典通则部分与分编之间的融通与互动关系。第三,时代性,即在涵盖传统民法典主要内容的基础上,将现代社会中社会化色彩较为浓厚的《劳动合同法》和体现知识经济时代特征的《知识产权法》都纳入民法典体系,重新塑造统一私法典的理性主义形象。

就总的思路来看,这种具有历史性、通融性和时代性的设计方案,与苏永钦提出的两种方案一样,具有较大的弹性和现实性。^③这是任何一部优秀的法典都需要具备的品质。博登海默说:“法律可以作为一种可被称之为渐进分化(progressive differentiation)的工具的性质,换言之,使法律的分类和区别日益适应生活的复杂多样性和变幻无穷性。”^④否则,就会出现众多游离于法典之外,同时又相互冲突、抵牾或混乱的单行法律和法规。那个时候,要解决这些问题,可能就需要发展一套类似英美法系中衡平法的裁判技术了。^⑤苏永钦提出的两种可供选择的体例建议,一是九编制,依次为《财产法通则》、《物权法》、《合同法》、《人法通则》、《婚姻法》、

- ① 在商法独立倾向日益明显甚至有学者提议制定独立的《商法通则》的呼声之下,通过《民法通则》吸纳商事通则性质的规范,对坚守民商合一的统一私法典模式,具有积极的意义。(关于制定《商法通则》的建议,参见石少侠:《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,《法制与社会发展》2003年第5期)
- ② 有的学者从绝对理性的角度分析,认为在形式上制定一部民法典作为规范私法领域法律关系的根本法的设想,根本不可能实现。因此,基于相对理性的考虑,认为民事立法应完全开放,采取单行法立法模式。笔者认为,这不是基于私法统一的一种调和与平衡,仅是一种单行法的选择。(主张单行法立法模式的观点,参见冯乐坤:《从绝对理性到相对理性——民法法典化的思路》,《现代法学》2003年第6期;冯乐坤:《民法设计思路之检讨——从法人角度观察》,《法学评论》2004年第2期)
- ③ 如下文所述,苏永钦的两种立法方案仍有一定区别。前者九编制,将物权法独立,婚姻法和收养法分别成编;后者八编制,物权法进入财产法通则,而知识产权法独立,婚姻法和收养法统一为亲属法一编。不过,在财产法通则和人法通则之设计上,两种方案均表现出较大弹性。(参见苏永钦:《寻找新民法》,台北:元照出版有限公司,2008年,第34—37页)
- ④ E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第322页。
- ⑤ 如姚辉所说,法典也应该或者说不可避免地会留下一些缝隙,留给判例去解决,留给经验去填补。(参见姚辉:《法典化的趋同与鸿沟》,《法学杂志》2004年第2期)

《收养法》、《继承法》、《民法通则》和《涉外民事关系法律适用法》;^① 二是八编制, 依次为《财产法通则》、《合同法》、《知识产权法》、《人法通则》、《亲属法》、《继承法》、《民法通则》和《涉外民事关系法律适用法》。^② 这两种体例均重视“财产法通则”, 同时保留了《民法通则》建立起来的“民法通则”作为专编。马俊驹和吴汉东都对设“财产法通则”专编持积极的态度, 提出了各自的主张及其理由, 且与苏永钦的方案有些相通之处。马俊驹对“财产法通则”, 有时称之为“财产法总则”,^③ 有时称之为“财产与财产权”。^④ 这一主张, 实际上修正了他在早些时候曾提出过的七编制的设想。^⑤ 吴汉东从整合三类财产权 (即以所有权为核心的“有体财产权”, 以知识产权为核心的“无体财产权”, 以及以债权、继承权等为核心的“其他财产权”)、建立财产权体系的角度出发, 提出未来民法典应该设“财产权总则”专编, 以此整合财产权体系, 并对各类财产权作出一般规定。^⑥ 本文认为, 民法典中设置“财产法通则” (或称之为“财产权总则”、“财产法总则”) 专编, 与欧洲新近制定的荷兰民法典^⑦ 有些类似, 是大陆法向英美法靠拢, 或者说二者融合的一种表现。这种做法, 是对传统潘德克吞体系的一种扬弃, 既保留了物权和债权体系, 又适应了现代社会财产权体系的多元化。在苏永钦的这两种设计中, 第二种方案中的《财产法通则》, 甚至将传统物权法的主要内容直接纳入其中。不过, 中国物权单行立法已然出台, 且在民法草案中已经独立成编的情况下, 就没有必要再叠床架屋, 单独规定《财产法》专编了。所以, 苏永钦提出的“人”和“财产”的通则部分, 均可

① 参见苏永钦:《寻找新民法》, 第 32—34 页。

② 参见苏永钦:《寻找新民法》, 第 35—37 页。

③ 参见马俊驹、曹治国:《守成与创新——对制定我国民法典的几点看法》,《法律科学》2003 年第 5 期。

④ 马俊驹提出的设“财产法通则”专编, 以“财产与财产权”为编名的九编制结构分别是:《总则》、《财产与财产权》、《物权》、《合同》、《人格权》、《亲属》、《继承》、《侵权行为》和《民法的适用》。(参见马俊驹、梅夏英:《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》,《中国法学》2004 年第 4 期)

⑤ 马俊驹早期的七编制设想, 积极地接纳“人格权法”作为专编, 但未设置“财产法通则”。这七编分别是:《总则》、《人格权法》、《亲属法》、《物权法》、《合同法》、《继承法》和《侵权法》。(参见马俊驹:《现代民法的发展趋势与我国民法典立法体系的构想》,《法律科学》1998 年第 3 期)

⑥ 参见吴汉东:《论财产权体系——兼论民法典中的“财产权总则”》,《中国法学》2005 年第 2 期。

⑦ 1992 年《荷兰民法典》, 原设计为十编制, 分别是:《自然人法和家庭法》、《法人法》、《财产法总则》、《继承法》、《物和物权》、《债法总则》、《特殊合同》、《运输法》、《智力成果法》和《国际私法》。其中,《智力成果法》部分, 因为欧洲谋求一体化的专利和商标制度, 加上法技术上的原因, 这一编被搁置。(参见亚瑟·S. 哈特坎普:《荷兰民法的修订: 1947—1992》, 汤欣译,《外国法译评》1998 年第 1 期)

并入《民法通则》之中，置于笔者建议的九编制之首编。自然，马俊驹和吴汉东建议的《财产权总则》（或《财产法总则》）的实质内容，同样可以纳入《民法通则》。另外，苏永钦将《民事责任》单独成编的设计，在《民法通则》依然保留“民事责任”一章和《侵权责任法》已然成编的情况下，也就没有必要再单独设计了。^①

笔者设计的九编制的体例安排，一方面传承《民法通则》以来形成的历史，整合并修订既有的民事单行法；另一方面，重塑民法典作为市民生活基本法的表征性，让民法典尽可能地囊括私人生活的主要部分。这是在2010年中国社会主义民法体系形成之后，以最小的立法成本，采取“整合式”或更准确地称为“修复式”立法方法来完成私法统一的一种建设性方案，同时顺应了现代社会私法扩张、法典化运动发展方向和中国渐进式社会变革的历史潮流。

三、“四步走”的立法步骤

按照先易后难的顺序，笔者建议九编制统一私法典的制定，可依次采取“四步走”的立法步骤。这里，针对具体步骤及相应的编排结构，分次简要说明如下：

第一，《婚姻家庭法》的统一。即合并《婚姻法》和《收养法》，制定统一的《婚姻家庭法》。2002年“民法草案”审议期间，全国人大常委会有的委员也有此提议。^②在《婚姻法》与《收养法》合并问题上，学界观点几乎一致。但在合并之后的编名上，尚有分歧，如梁慧星建议为“亲属”，^③王利明建议为“婚姻家庭”。^④笔者之所以定名“婚姻家庭法”，而非“亲属法”，一者“婚姻家庭”通俗易懂，且前有名曰“婚姻法”的立法传统；二者中国家庭因计划生育导致“少子化”现象，已然淡化了早期具有浓厚家族色彩的亲属结构。至于编排顺序，囊括私人生活之全部的民法典应从人生起始点即温情脉脉的家庭开始，因此将《婚姻家庭法》置于首编《民法通则》之后。自然，《继承法》仍采取传统大陆法系独立成编的模式，不纳入《婚姻家庭法》，而是作为独立一编，置于《婚姻家庭法》之后；同时，作为兼具财产性质的继承权，也与下一编规范财产关系的基本规范即《物权法》之间，相互衔接，自然过渡。

① 魏振瀛从民法典应建立请求权体系的角度，分析了民事责任在总则部分保留，同时侵权责任法独立成编的观点。（参见魏振瀛：《论请求权的性质与体系——未来我国民法典中的请求权》，《中外法学》2003年第4期）

② 根据时任全国人大常委会委员长李鹏记载，在2002年12月25日全国人大常委会第一次审议民法草案时，周强委员提出过合并《婚姻法》和《收养法》两编，作为《婚姻家庭法》编。（参见《立法与监督——李鹏人大日记》，北京：新华出版社、中国民主法制出版社，2006年，第745页）

③ 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》第六编《亲属》。

④ 王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》第三编《婚姻家庭》。

第二,《劳动合同法》的回归。之所以称“回归”,主要基于劳动合同的私法属性,以及从私法角度平衡劳动者与用人单位之间利益的必要性:一方面,作为个体的劳动者参加工作,获得相应的劳动报酬、社会福利和社会保障,是市民社会存在与发展的基础,理应纳入统一私法典;另一方面,在进一步加强市场经济和面向民生的社会建设中,规范用工制度和改善民生的私法切入点就是劳动合同制度。^①之所以要独立成编,是因为《劳动合同法》兼具身份性质,^②且在现代社会具有人权保障意义之“社会化”和“积极化”法理念,^③不完全等同于《合同法》。现代社会中的劳动者,其劳务已经不是简单的商品,其与用人单位之间是一种比较特殊的合同关系。事实上,杨振山教授的研究表明,现代工商业发展依赖于“劳动力”及劳务具有私人性、可交易性,也符合早期民法是商品经济法的论述框架,强调的是纳入民法学说,纳入统一私法典之框架。^④1942 年意大利《民法典》将商法纳入其中,第四编和第五编分别规定债和劳动,则是在私法统一的框架之下突破了商人之间的形式平等,以实质平等为基础强调“有利于债务人原则”(favor debitoris),以保护合同中处于弱者地位的劳动者。^⑤

艾森伯格(Melvin A. Eisenberg)的合同理论为“劳动合同”作为一种合同法规则及其独立性提供了一定的理论支撑。他考察了所有类型的合同理论,批评了迄今为止的两种规范理论:自治理论和公示的偏好理论,即通常所说的自治和福利理论。他认为,合同法的这两种理论都存在单一的价值取向,都不足以构成合同法的完整的规则体系,从而提出了合同的多元价值理论。^⑥公示的偏好理论从福利经济

① 笔者认为,在经历 30 多年的经济增长及其制度建设之后,下一步制度建设的重心在于社会建设,特别是改善民生领域。(参见易继明:《当代法学的历史使命——以中国法治建设为指向的法政策学思考》,《法律科学》2011 年第 1 期)

② 参见史尚宽:《劳动契约法论》,吴经熊、华懋生编:《法学文选》,北京:中国政法大学出版社,2003 年,第 499 页。

③ 参见孙晓楼:《近代劳动立法之新趋势》,吴经熊、华懋生编:《法学文选》,第 533—536 页。

④ 杨振山在 1991 年提出,在社会主义条件下,劳动力具有私人性;正是此私人性,决定了劳动产品的商品性。因此,“劳动者之间、劳动者联合劳动组织之间,以及他们相互之间,如果要进行产品交换,只能是社会主义的商品交换,即等量劳动相交换,债和合同则是商品交换的一般法律形式,因此,建立财产在运动中增殖的债和合同制度就是非常必要的了。”此论意在将劳动合同纳入传统债和合同法律体系。(参见杨振山:《社会主义劳动论与我国的民法学》,《法学评论》1991 年第 6 期)

⑤ 参见桑德罗·斯奇巴尼:《意大利民法典(2004)》,费安玲、丁玫、张宓译,北京:中国政法大学出版社,2004 年,“1997 年版前言”,第 6 页。

⑥ 参见 Melvin A. Eisenberg:《合同理论》,Peter Benson 主编:《合同法理论》,易继明译,北京:北京大学出版社,2004 年。

学 (welfare economics) 角度认识合同, 虽未脱离“私法自治”的理念, 但对“劳动合同”的正义需求提供了解释。诚然, 将《劳动合同法》纳入统一私法典的框架体系, 或许能够为合同法形成第三种规范理论提供立法阐释。但不同的价值偏好、规范的强制性及人身性特征, 为“劳动合同”独立于普通合同也提供了某种注解。因此, 将现有独立的《劳动合同法》纳入民法典, 并置于《合同法》规范基本合同制度之后, 较为适宜。

第三, 《知识产权法》的纳入。作为兼具人身属性的新型财产形态, 同时也是先进生产力之表征, 《民法通则》与传统社会主义民法家族一样, 已将知识产权纳入其中。^① 在 2002 年“民法草案”拟定的过程中, 有过这种努力及其失败的尝试。^② 不过, 意大利、俄罗斯和越南等国家民法典吸纳知识产权部分的经验, 是值得关注的私法发展方向。笔者秉持社会主义传统和先进文化方向, 顺应知识社会的发展趋势, 建议将《知识产权法》纳入统一私法典且独立成编。其实, 不少全国人大常委会委员也有此建议。^③

关于知识产权法纳入民法典的讨论, 有四种不同模式及相应的主张: 一是分离式; 二是纳入式; 三是链接式; 四是糅合式。^④ 总体上, 笔者持“纳入式”的主张。知识产权立法较多地属于技术性立法, 存在大量授权性立法, 比如专利授权审查, 很大一部分规范实际上交给《专利法实施细则》和技术操作层面的《专利审查指南》

① 例如, 脱胎于苏联的俄罗斯, 其现行《俄罗斯联邦民法典》第 7 编《智力活动成果和个别化手段的权利》分 9 章, 包括著作权及邻接权、专利权、育种权、集成电路布图权、商业秘密 (Know-how) 权、商业标识权、技术标准化中的智力活动权等知识产权权利形态。现行《越南社会主义共和国民法典》第 6 编《智慧产权与技术转让》分 3 章, 不仅包括著作权和工业产权, 还包括技术转让合同部分。(两部民法典中译本, 参见《俄罗斯联邦民法典》, 黄道秀译, 北京: 北京大学出版社, 2007 年; 《越南社会主义共和国民法典》(民法典译丛·亚洲系列), 吴尚芝译, 北京: 中国法制出版社, 2002 年)

② 郑成思说, “不仅仅我自己在 2002 年 1 月同意了这项起草工作, 在 2002 年 9 月法工委召开的民法典专家讨论会上, 与会的知识产权专家们, 包括已经发表文章明确不赞成将知识产权整体纳入民法典的教授, 也都表示不反对, 并且积极参与民法典知识产权篇的起草。”但他同时又认为, 最终提交给九届全国人大常委会第三十一次会议审议的民法草案中没有按照原计划纳入知识产权, “是一个十分令人满意的选择”。(参见郑成思: 《民法草案与知识产权篇的专家建议稿》, 《政法论坛》2003 年第 1 期)

③ 根据李鹏记载, 在 2002 年 12 月 25 日全国人大常委会第一次审议民法草案时, 王家福委员、伍增荣委员和甘肃省人大常委会副主任杨作林等, 均建言将知识产权等纳入民法草案。事后, 王家福委员将其发言公开发表在报纸上, 也印证了其观点。(参见《立法与监督——李鹏人大日记》, 第 745—748 页; 王家福: 《对民法草案的几点意见》, 《法律服务时报》2003 年 1 月 17 日, 第 6 版)

④ 参见曹新明: 《知识产权与民法典连接模式之选择——以〈知识产权法典〉的编纂为视角》, 《法商研究》2005 年第 1 期。

规定，这是技术性立法的一个特点。在民法典设立知识产权法一编之后，并不妨碍这些具体实施细则及技术性指南的颁布施行。事实上，知识产权法整体纳入民法典较为难处理的地方，是其中所涉及的具有行政性质的复议（如专利复审委员会、商标评审委员会所进行的行政复议）如何剥离并契合民法典的问题。这涉及一个基本判断，即世界知识产权体系的发展趋势及我国知识产权体制改革的方向性问题。从欧洲专利一体化、TPP（Trans-Pacific Partnership Agreement，即《跨太平洋伙伴关系协定》）谈判、中日韩知识产权对话机制来看，知识产权事务已逐渐脱离国家法框架下的行政治理（或称外部治理），其产生、确认、保护等更多地体现为企业按照自然法原则所进行的行业协会治理（或称内部治理）。1961 年，联邦德国将专利商标局内设的申诉委员会和无效委员会独立出来，在此基础上设立联邦专利法院。^①此举虽是为了解决行政终局裁决有违司法审查原则的非议，但客观上也起到将知识产权事务“去行政化”的作用。目前，中国的专利审查机构人员编制属于参照公务员序列，正在谋求区域知识产权一体化；《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“探索建立知识产权法院”，^②为知识产权体制改革带来契机，也为解决知识产权法进入民法典的难题提供了机会。

由于知识产权仍以智力成果^③（或称“智慧财产”）的所有权为基础，应先透过《物权法》阐明财产权之一般规则，再规范知识产权为宜。因此，《知识产权法》编置于《物权法》编之后。另外，在《物权法》编和《知识产权法》编界定产权之后，设以产权流转为主要内容的《合同法》一编。

第四，《民法通则》的统合。《民法通则》一方面是民事法律的总纲，自然包括传统大陆法系民法典的总则部分，同时发挥私法统摄市民生活基本样态的基本功能，并充当具有兜底功能的“大口袋”，使统一私法典具有最大的弹性。循此目标，《民法通则》在保持现有结构基本不变的情况下，对学者们提出的各种另案独立成编或

① 参见范长军：《德国专利法研究》，北京：科学出版社，2010 年，第 84 页。

② 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，北京：人民出版社，2013 年，第 15 页。

③ 1982 年“民法草案”将知识产权称为“智力成果权”（第 5 编），其对应的权利对象称为“智力成果”，比较容易表述和理解。但是，1986 年《民法通则》借用经济学的“产权”概念，使用“知识产权”（第 5 章第 3 节）一词，其权利对象不易直接进行对应性表述。对此，吴汉东以“知识产品”作为权利对象进行了对应性表述。（吴汉东：《无形财产的若干理论问题》，《法学研究》1997 年第 4 期）不过，在《民法通则》“知识产权”一节，又使用了“科技成果”一词（第 97 条第 2 款）作为兜底条款予以概括性使用。1993 年《科学技术进步法》经过 2007 年修订之后，不再使用原“科学技术成果权”的概念，但却仍使用其对应的权利对象概念“科学技术成果”。（新法第 1 条、第 23 条、第 27 条、第 60 条和第 70 条）

独立于法典之外的部分，采用不同方案予以整合。初步建议如下：（1）扩张“自然人”和“民事权利”两章，将人格权法主要部分纳入其中；（2）扩张“法人”和“法律行为和代理”（“民事法律行为”一词不再使用，“法律行为”和“代理”或可分两章）两章，将“商法通则”主要部分纳入其中；（3）扩张并重述“民事权利”和“民事责任”两章，将涉及“债之关系总则”、“财产法通则”（或“财产权总则”）主要部分纳入其中。重述后的民事权利和民事责任，无论采取何种责任理念，都需要处理好民事权利、义务及责任的关系，消除中国民法体系中的矛盾；^①同时，在合同和侵权独立成编之后，将债的一般问题以及其他种类的债，如不当得利之债、无因管理之债、缔约过失之债等予以规范。

按照诺森的说法，法学研究中的法典化现象可以分为四类：全方位综合性法典化（Fully Comprehensive）、特定领域综合性法典化（Field Comprehensive）、永久索引形式法典化（Perpetual Index）以及元模式法典化（Meta-Scheme）。^②不过，从现代立法学的角度看，只有前两种属于立法层面：第一种，属于综合性质的立法；第二种，属于部门性质的立法；第三种虽然如《美国法典》具有一定的编纂意义，便利索引、引征等，但毕竟不属于创制法律即立法层面的事情；第四种模式，典型的如《罗马法大全》，在立法学与法律解释学相区别的年代，已经不再是现代意义上的立法问题了。本文九编制民法典编纂体例，目标指向的是第一种全方位综合性法典化；但在这一综合性法典形成的过程中，部门性质的立法（第二种）仍然需要不断制定与完善；而作为一种法典化的元模式（第四种）和索引汇编（第三种），在立法准备阶段则显得尤其重要。因此，在以上“四步走”的立法过程中，各编仍然需要加强单行立法，通过单项立法的形式进行立法、整合或修订。在“四步走”立法步骤完成之后，或者在第四步即《民法通则》进行大的修订之际，同时颁布《中华人民共和国民法施行法》，将九部以部门法为基础的单行法在体例结构、条文编号及

① 参见魏振瀛：《两种责任理念的碰撞与三种不同的思路——我国民法体系矛盾的解决方案》，易继明主编：《私法》第10辑第2卷，武汉：华中科技大学出版社，2013年，第25—44页。

② 诺森所说的这四种法典化现象有不同的定位：一是全方位综合性法典化模式，法典是整个私法的全部构成体，如法国民法典和德国民法典；二是特定领域法典化模式，法典不必囊括私法的全部，但在特定领域必须综合全部规范；三是永久索引形式法典化模式，认为即便是在特定领域也无法制定全面而不变的规则，法典只能是根据既存法律确定的一个索引，在这些索引下，规则要经过不断翻新、扩展和修改，同时将这些规则以简洁的实证规范的形式提供给公众使用；四是元模式法典化，强调法典的意义在于组织立法资料，使符合哲学逻辑原理的国法大全的形成成为可能。（Mark D. Rosen, “What Has Happened to the Common Law?—Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law’s Subsequent Development,” *Wisconsin Law Review*, vol.1994, pp.1119, 1127-1136）

条款内容上正式合并，形成一部统一的私法典。

四、结 论

历经 2002 年“民法草案”及随后十年的民事立法，基于私法统一的目标，笔者提出九编制的统一私法典，既继承了清末民初至今百年民法发展的立法成果，又顺应业已成就的社会主义民法体系，是“非法典化”思潮之下民法典发展的另一种思维。安格斯·麦迪森在评价新中国时说，“中国的新政权具有三个主要目标：第一是改变社会政治秩序，第二是加快经济增长，第三是改善中国的地缘政治地位，恢复中国的民族尊严”。^①应该说，这三个目标从形式上，我们今天都实现了。但民族尊严仰赖的社会心理及文化传统，尚须诸多元素及培育，还得假以时日，方能养成。法律制度及法文化传统，即为其中重要元素之一。资讯发达，民族傲然，中国早已不只是寻逐外邦立法模式，在大陆法系与英美法系之间，或者是在德国法与法国法之间，进行某种非此即彼的选择了。历经百余年继受之后，在总结继受法与本国政治、经济、社会与文化传统相结合的历史经验基础上，发现那些已经植根于本土实践的规则与观念，并形成契合自身发展和民族特质的民法典，这才是我们的目标。我们所追求的目标，如同回答一个最简单的问题：穿什么样的鞋子最好？答案就是：合脚的就是最好的。对于一部适用于老百姓私人生活的法典来说，这个道理同样是适用的：合适的就是最好的。

考究民法典编纂史，见仁见智；于今日之启迪，亦人言人殊。明辉在论子产铸刑书时说，“它在颠覆传统的同时，又重新塑造了传统。”^②中国固属历史大国，在碰撞、撕裂之后，继之以修复、整合，法文化传统与现代经验相结合，探求中国法系之使命落实于统一私法典之中，自为应有之义。在这样一个解法典化时代，在这样一个民法法典化前途莫测的暧昧时期，学者的使命并非只是在重回罗马法或者回到潘德可吞体系中去顾影自怜，而是如伊尔蒂所说，“他有不容推却的‘理解’的义务，以及运用自己所处的时代的逻辑，将过去的废墟与未来的微弱与不确定的征兆之间进行重新整理的义务”。^③尽管我们与他们所处的国度及背景不一，结论可能并不相同，但于法典化的情感与理念则完全一致。

原诸史乘，笔者认为，清末改制至今，民法制度从仿效德国式严谨的五编制民

① 安格斯·麦迪森：《中国经济的长期表现：公元 960—2030 年》，第 5 页。

② 明辉：《社会变迁中的法律——对影响中国古代法演进主要因素的历史分析》，张晋藩主编：《社会转型与法律变革研究（古代部分）》，北京：中国政法大学出版社，2011 年，第 303 页。

③ 那塔利诺·伊尔蒂：《解法典的时代》，徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第 4 卷（2003 年号），第 103 页。

法典，到婚姻家庭法的分离和民法典编纂三次中断，再到“《民法通则》+单行法”立法模式，统一私法典经历了由“统”到“散”的过程。2002年“民法草案”延续而至，实则开创了一个“统分结合”的法典模式。以此为基础，稍加改造和整合，仍然坚持《民法通则》作为民事基本法的统摄地位，建立《民法通则》、《婚姻家庭法》、《继承法》、《物权法》、《知识产权法》、《合同法》、《劳动合同法》、《侵权责任法》和《涉外民事关系法律适用法》九编制体例结构，通过修复式立法完成私法的统一，不仅立法成本大大降低，而且也顺应了现代社会私法之扩张和改革开放的实践。2002年“民法草案”沿袭《民法通则》而来，虽未以“成套设备”形式出台，但发展至今，极大地推动了社会主义民法体系的形成。对于制定一部新的民法典来说，政治家、立法官员及学者无疑是自由的，甚至可以任意挥洒激情与才智。但是，置身历史和时代背景之中，我们所能够做到的，一方面是尊重既有的社会经济与历史文化传统，另一方面是在这种传统中寻找或发现中国式法治，期冀融通中外古今，实现统一私法典的重述或再造。今日之中国，早已不是清末仿效西方，力求“改同一律”之时。我们本已置身世界，并融入全球一体化进程之中。此间重新发现中国法系的过程，实为探求大陆法系法典模式适应现代社会新思维的过程。这一过程的开启，不仅是在2002年推出“民法草案”之时，也不仅是在1998年启动第四次民法典编纂之际，而是在1911年《大清民律草案》改弦更张，抛却中华法系传统之始。有时候，失去就是为了找回。彼时之中国法系，又将是丰富多彩，别样风景。

〔责任编辑：刘 鹏 责任编审：张芝梅〕

(7) The Unity of Private Law in Historical Perspective and the Future of the Civil Code*Yi Jiming* • 131 •

China has a long-standing tradition of codification. The unity of private law should be sought in the three strands of the historicity of law, rationality in private law and the laws governing the growth of private rights. As the successor to and amendment of the Civil Law (Draft) of 2002, a “Nine Part Civil Law” or “Civil Law in Nine Chapters” suited to Chinese conditions can be drawn up through amendments. The nine parts are, in sequence, the General Principles of Civil Law; Marriage and Family Law; Law of Succession; Property Law; Intellectual Property Law; Contract Law; Labor Contract Law; Tort Law and Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations. With this as the goal, we can take a four-step legislative approach: firstly, forming a uniform Marriage and Family Law by integrating the Marriage Law and the Adoption Law; secondly, incorporating the Labor Contract Law into the civil code as an independent chapter; thirdly, incorporating the Intellectual Property Law into the civil code as an independent chapter; and fourthly, amending the General Principles of Civil Law to unify personality rights, the general principles of property rights (of debt), the general principles of commercial affairs, etc. A civil code formed on this basis will possess historicity, consistency and temporality, and will become an important component of the iteration of Chinese civil life and the reshaped Chinese legal system.

(8) The Effect of Degree of Cognitive Fluency on Judicial Verdicts*Li Xueyao, Ge Yan and He Juntao* • 148 •

Psychological/physiological evidence shows that degree of cognitive processing fluency influences judgments or assessments—a high degree of fluency tends to elicit a positive judgment and a low degree of fluency tends to elicit a negative judgment. Using university students and judges as experimental subjects, our research found that a similar effect exists with judicial verdicts—a higher degree of fluency brings a lighter sentence, while a lower degree of fluency produces a heavier one. Our research also found that external competition incentives and occupational background function to regulate such influences. Compared with the students, the judges we tested showed a greater ability to withstand the effect of changes in the degree of fluency, but when fluency was very low and its effect was influenced by competition incentives, the test subject judges could also give a harsher sentence.

(9) The Ritual of Entertaining the Gods at Sacrifices and the Composition and Evolution of *Fu*-style Texts*Jiang Xiaoguang and Xu Jie* • 163 •

The development of *fu*-style poetry has a long history, including “*fu* recited by

• 207 •