

意大利

当代法学译丛

LEX MERCATORIA

商法史

〔意〕F. 卡尔卡诺 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

当代法学译丛

Lex Mercatoria

商法史

〔意〕F. 卡尔卡诺 著

贾婉婷 译



商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

商法史/(意)F. 卡尔卡诺著;贾婉婷译. —北京:商务印书馆,2017

(意大利当代法学译丛)

ISBN 978-7-100-12670-0

I. ①商… II. ①F…②贾… III. ①商法—法制史—欧洲 IV. ①D950.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 256789 号

权利保留,侵权必究。

意大利当代法学译丛

商法史

[意]F. 卡尔卡诺 著

贾婉婷 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-12670-0

2017 年 4 月第 1 版

开本 880×1230 1/32

2017 年 4 月北京第 1 次印刷

印张 8

定价:24.00 元

Francesco Galgano

LEX MERCATORIA

Copyright © 2010 by Società editrice il Mulino, Bologna

本书中译本根据意大利 il Mulino 出版公司 2010 年版译出

《意大利当代法学译丛》编委会

主编 费安玲

学术委员会主任 桑德罗·斯奇巴尼(Sandro Schipani)

保罗·格罗西(Paolo Grossi)

成员(按拉丁文名氏顺序):

弗朗切斯科·布斯内利(Francesco Busnelli)

里卡尔多·卡尔迪里(Riccardo Cardilli)

阿尔托·拜得鲁奇(Aldo Petrucci)

玛丽娜·蒂莫泰奥(Marina Timoteo)

《意大利当代法学译丛》

出版总序

时至今日，当时的情景历历在目……

2002年深秋的一天，在一个学术会议上，我与自己极为尊敬的研究生期间的老师谢怀栻教授恰巧相邻而坐。他没有过度的寒暄，直视着我，问：“小费，你对翻译意大利法学著作并在我们国内出版有何想法？”这恰是我在此之前于意大利博洛尼亚大学法学院进行学术访问期间一直在思考的问题。我认为有计划地、系统地翻译一批意大利当代法学家们的法学作品以介绍给我国法学界，应当是一件很有意义的工作。当我把自己的想法告诉他后，他不仅肯定并鼓励我尽快做起来，还希望能够看到意大利法学翻译作品尽快出版。但是，令我抱憾终身的是这套译丛没有能够在他生前问世。

在当代西方法学中，意大利法学以其鲜明的既传承罗马法传统又彰显近现代法治精神的特色而傲立于大陆法系国家的法典之林中。从纵向的视角观察，当代意大利法学的演进轨迹十分清晰，它是从遥远的罗马法向我们逐渐走来，其间经历了罗马法复兴的理念锤炼，形成了以人为核心的近现代法学的基础理念，在意大利成为一个统一的共和国之后，完成了从罗马法到近现代法学的华

丽转身,对欧洲法学的发展做出了强有力的推进并产生了不可忽视的影响力。从横向的视角观察,包括宪法、行政法、刑法、私法、欧盟法和诉讼法等当代意大利法学理论、法典化实践与司法实务构成了欧洲法律体系中重要的组成部分。尤其是意大利民法典,是当今国际社会中具有典型意义的民商合一型的法典。

意大利的法学研究在欧洲大陆国家中是很值得关注和借鉴的领域。其研究视野和研究水平在现代欧洲诸国家的法学研究中始终处于前列。溯其缘由,可以说有如下几个重要方面值得关注:

其一,意大利学术界自古以来存在着法律研究的偏好。这个偏好的最佳例证就是意大利人的祖先古罗马人对法律研究的丰硕成果。其法律研究不仅历史久远、内容丰富、规则颇具体系,更为重要的是对后世的影响持续至今。恰如德国著名法学家耶林(Rodolf von Ihering)在其《罗马法精神》一书中对罗马法的评价:“罗马曾三次征服世界、统一了诸民族:第一次是在罗马民族尚强健有力之时,使诸民族有国家之统一;第二次是在罗马民族业已衰败之后,使诸民族有教会之统一;第三次则是由于中世纪对罗马法的继受,使诸民族有法之统一。”^①武力征服随着罗马帝国的灭亡而消失,宗教统一随着民众思想自由的倡导而影响渐弱,法律则因

① 鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Ihering):《罗马法的精神——在其发展之不同阶段上》(*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*),第一编,莱比锡1891年第五版,第1页。德文原文:Drei Mal hat Rom der Welt Gesetze dictiert, drei Mal die Völker zur Einheit verbunden, das erste Mal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staats, das zweite Mal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das dritte Mal in Folge der Reception des römischen Rechts im Mittelalter zur Einheit des Rechts.

其法律理念、法律制度观念和相当多的法律规则在不少后世国家的立法中被继受而产生持久性的影响力。

在 11 世纪、12 世纪期间及其后,意大利法学家们引领着罗马法复兴运动,将对法律的研究推向深入并紧密贴近近代社会的发展所需。时至 20 世纪和本世纪初,依然有许多意大利的法学研究人员活跃在意大利国内外的法学研究领域,这些法学家有关意大利本国的法律、欧盟法律及在比较法领域内的大量法学研究成果在欧美国家的法学研究领域始终享有很高的关注度。

其二,意大利学术界及其研究者对法学新问题的敏感。

意大利法学界及其法学家们对法学领域中出现的新问题有着异常的敏感度,因而在欧洲统一私法、中国与欧盟国家法律之间的关系乃至“金砖诸国”的法律前景等前沿问题研究的团队中,我们往往可以看到作为发起人的意大利学者的身影。当然,相对于德国法学家们对法律问题研究的执着性而言,意大利法学家们的耐性略逊一筹,但是意大利法学家们对法学领域新问题的敏锐观察力和提出问题并提出解决的法律方案的快捷能力,着实令人瞩目。

在我国,有关意大利法律的介绍始于清朝末期,迄今已逾百年。虽然有关意大利法学理论、法律规范的译作已有相当数量,但是基本上处于“碎片”状态,未形成一个体系。

本译丛翻译作品目录的筛选工作先后得到了徐国栋教授、当时正在意大利攻读法学博士而现在已经成为我国法学教育界的青年才俊的薛军教授、刘家安教授、陈汉副教授、罗智敏副教授、翟远见博士等学界同仁的大力支持,也得到了桑德罗·斯奇巴尼教授(Sandro Schipani)、罗道尔夫·萨科教授(Rodolfo Sacco)、弗朗切

斯科·卡尔卡诺教授(Francesco Galgano)、皮埃德罗·雷西纽教授(Pietro Rescigno)、玛丽娜·蒂莫泰奥教授(Marina Timoteo)、阿尔托·拜得鲁奇教授(Aldo Petrucci)、里卡尔多·卡尔迪里教授(Riccardo Caldilli)、司德凡诺·波尔切利博士(Stefano Porcelli, 中文名字叫司德法)等诸多意大利朋友的帮助。大家对翻译作品目录的筛选提出了许多有益的建议。但是,或许是由于文化差异,中国和意大利学者对翻译目录的筛选意见似乎不甚一致,故而翻译工作的进展在一段时间内并不顺利。不过,这已经成为过去时了,翻译书目的选择已经结束,翻译工作已经进入正轨。为了加强对本译丛的学术指导,我们还成立了由意大利著名的法学教授组成的学术委员会。

感谢我国著名的出版机构——商务印书馆,尤其感谢政法编辑室主任王兰萍博士、王曦编辑对本丛书的出版所做出的奉献。

我希望这套丛书能够对我国法学界、司法实务界乃至立法机构建构一个学习、研究意大利法学的平台,能够对推进我国法治建设发挥出一定的作用。当然,这需要我们脚踏实地的精神和不懈的努力。

与参与此工作的全体同仁共勉

费安玲

2012年6月于京城静思斋

目 录

前 言	1
一、从古代商法到现代商法	1
二、为何要撰写商法史	7
第一章 商法的历史特征	11
一、商法的特殊性和普遍性	11
二、商法史的特征及商法的起源	16
第二章 城市社会中商人阶级的法	20
一、城市社会中的商人与手工业者	20
二、对生产市场的政治控制	24
三、作为阶级法的商法	26
四、商人阶级的法律革命	30
五、商人阶级外部关系中的商法	33
六、商人阶级内部关系中的商法	38
七、破产	48
八、商法的普遍性	54
九、高利贷简史	56
第三章 专制君主国商人臣民的法	60
一、作为国家法的商法	60

二、商业法规	62
三、股份公司的起源:印度公司	67
第四章 资产阶级法典化中的商法	72
一、商人阶级与政治干预	72
二、民法的国家化	74
三、私法法典和法律体系的二元主义	82
四、一种新的法律特别主义	89
五、法律与经济的断裂	97
第五章 商法的扩张	101
一、工业革命与民事关系的商事化	101
二、商法“超国家”的一致性	105
三、意大利私法法典的统一	108
四、美国统一商法	113
五、欧洲一体化和统一商法	115
第六章 股份公司与经济民主	121
一、专制国家中的股份公司	121
二、资产阶级国家的干预	126
三、股份民主	133
四、经济民主与政治民主	140
五、从股份公司到公司集团	146
第七章 混合经济的“共同法”	154
一、19 世纪意大利资产阶级的国家主义与反国家主义	154
二、国家的商业行为	161
三、公共经济权力的私有化	165

四、公共经济活动与私法	169
五、公共经济权力的私有化:法治国家与政治民主	172
六、混合经济的衰落	178
第八章 作为交换与生产范畴的企业活动	181
一、19 世纪法典中作为商行为的企业活动	181
二、1942 年《意大利民法典》中作为生产活动的企业活动	185
三、企业新概念的萌芽	189
四、结尾:商法过去与现在的“中心”	192
第九章 新商法	196
一、后工业社会的法律	196
二、全球化市场的法律	199
三、商法的复兴	205
四、“专家民主政治”的产生	208
第十章 从汇票到金融产品	213
一、汇票的起源	213
二、大陆法与普通法中的债权证券	217
三、金融财富	220
第十一章 经济全球化与法律统一化	228
一、市场全球化的主角——经济人(homo oeconomicus)	228
二、法律统一化之前的自然法	231
三、作为法律的共同宣言	234
四、作为立法权界限的基本人权	236
五、经济全球化和法律统一化之中的新商法	240

前言

一、从古代商法到现代商法

9

商法(*lex mercatoria*)的历史是一部以特别方式创造法律的历史,这种“特别主义”的历史使得对商事关系的规范调整具有了与对其他关系的规范调整截然不同的显著特征。

最初,商法(*ius mercatorum*)或商事法律(*lex mercatoria*)不仅仅意味着调整市场活动的法律,而是首先意味着产生于市场的法律,它来源于商业团体章程、商事习惯和商事司法实践。商法(*ius mercatorum*)直接由商人阶级创造,并无政治社会的介入。它以一个阶级的名义而非整个共同体的名义对所有人产生强制力,因此,从政治上而言,商人阶级曾经是当时的城市国家的社会领导阶级和统治力量,其能够通过公共机构发布法律并对其他社会关系发号施令。商事规则就这样免于受到政治社会的影响,同时它能够跨越城市国家的边界并作为商人阶级的同业规则扩张到市场的任何角落。正如弗雷梅里所言^①,商法“如同产生它的商业”一样“庞大而广泛”。

^① 参见 A. 弗雷梅里(A. Frémery)所著《有关商法或以商人一般习惯为基础的法的研究》(*Etudes de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants*),巴黎,1833年,第19页。

在以私法法典化和国家调整一切社会关系为特征的现代社会中,过去的“法律特别主义”以不同的形式被体现出来,即商法是与民法典分离开的商法典中的法律,是与民事裁判相分离的商事裁判的法律。尽管商法与民法都是国家法,但商法还是因创立方式的不同而与民法相区分;它独立于民法而存在以便更容易、更迅速地适应多变的商品交换的需要;同时,因为商法是与国家化的民法相对立的“非国家”法,为了满足国家间市场的需要,它还应当尽可能地在超国家的层面上实现统一。在 19 世纪,德国只有一部民法典,但是却有两部商法典,西班牙有两部商法典,意大利也有两部商法典(在 20 世纪初的十余年内,意大利又开始准备一部新的商法典草案);19 世纪与 20 世纪之交,商法的国际统一化进程开始启动,其所涉及的范围包括竞争、工业专利、支票、汇票等诸多领域。

“法律特别主义”在历史上发挥作用的领域很难确定。^②“商法”这一名称在经济领域内没有一个精确的指示对象,也并不对应经济体系中的一个特定部门;同时正如阿斯卡雷利所言,私法可被分解为生产法、分配法、流通法、消费法等,而与民法相比人们很难确定商法的界限。^③

② “法律特别主义”是 19 世纪的实证法学家,特别是法国和意大利的历史法学家创造的,今天它可被作为历史知识的范畴被运用,正如乔万尼·塔雷洛(Giovanni Tar-ello)在其著作《十八世纪法典化的思想体系》(*Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*)(热那亚,1973 年,第 21 页)中所指出的,“暗含于其中的评价和期待既可在现代的法律文化中,也可在未来历史学家的文化和思维模式中找到”。

③ 图利奥·阿斯卡雷利(Tullio Ascarelli):《商法评论》(*Saggi di diritto commerciale*),米兰,1955 年,第 15 页;《商法教程》(*Corso di diritto commerciale*),米兰,1962 年,第 87、124 页。

商法并不是商业的法律：它并不调整，也从未调整过所有的商业领域；它也从来不是一种规范全部经济生活领域的自足的规范体系，它与民法中有关债与合同的规定一起对商业领域进行调整。在过去，商法的重要渊源——商业团体章程很明显参照了民法（*ius civile*），而当时的民法主要是包含在《民法大全》（*Corpus iuris*）中的罗马私法；而现代的商法典也同样参照了民法典，这些商法典宣称“商事领域”首先（*in primis*）由商法典和商业习惯调整，当它们没有规定时则由民法典调整。^④

商法并不调整所有的商事关系，也不是调整商事关系的唯一法律；而自从工业活动出现以后，它也成为了商法的调整对象。现代第一部商法典——1808年的《法国商法典》将“商行为”规定为“以再次出售为目的而取得商品的行为”，同时进一步指出“再次出售”要么直接进行，要么在对商品进行加工或改进之后进行（第632条第1款），同时该法典还明确提到了“从事制造业的企业”（第632条第2款）和“从事建筑业的企业”（第633条第2款）的商行为。¹¹

商法中“商业性”的本质不能被理解为在私法中同时存在着民法以及与其相区别的商法，^⑤而是应当从发展、演进的角度去理解：商法在一开始是作为一项法律创新而被引入经济关系的调整体系之中，即在不同历史时期由商人阶级直接创立或请求国家授

④ 通过考察并未明确包含此类条款的《法国商法典》，G. G. 洛克雷（G. G. Locré）指出，“商法典仅仅是以调整特殊关系为目的的特别法，它不能够独立存在，必须与共同法相结合”。《商法的精神》（*Spirito del codice di commercio*），米兰，1811年，第7页。

⑤ 1882年《意大利商法典》采用的是同义反复式的标准，规定“商业的范畴”由法典第1条规定，此外还包括由本法典所调整的范畴，参见 L. 博拉菲奥（L. Bolaffio）：《商法典评注——一般规定》（*Disposizioni generali*，in *Il codice di commercio commentato*），都灵，1913年。

予的所有“特殊”商事规则的总称；在有些情况下，这些规则后来会发展为共同私法，并进而发展为民法。帕苏凯尼斯(Pasukanis)曾指出，“商法发挥的作用与民法在其他领域中所发挥的作用相同，这就表明了其发展的路径”。^⑥

意大利的情况在法西斯统治期间与欧洲相脱离。自1942年起，商法在意大利就失去了立法上的独立性，一部统一的《民法典》调整了原先由《民法典》和《商法典》分别调整的内容。然而，意大利的商法学家通过对《民法典》第四、第五编的一些规定进行重新提炼而使商法重新焕发了生命。这些规定的共通之处就在于它们曾被规定于《商法典》之中（一些特别法也被包含在“商法”之中，例如《破产法》、《汇票法》、《支票法》等，这些法律的“商业性”在于它们调整的内容曾被《商法典》所调整过）。

12

商法过去的“特别主义”现在转变为了“学术上的独立性”。商法向民法的融合至少在体系化和解释方面被排除了，商法学家继续像过去一样独立地对该领域进行研究。这仅仅体现了一个由保守主义哲学所激发的恢复过程，还是在法律世界主义视野下借鉴欧洲大陆其他国家的模式在国内法中发展法律的渴望？当《罗马条约》规定了在欧洲大陆实现商法统一的目标时，意大利商法学家的这种研究方式得到了图利奥·阿斯卡雷利*的明确肯定。^⑦

⑥ 帕苏凯尼斯：《法律的一般历史和马克思主义》（*La storia generale del diritto e il marxismo*），巴里，1975年，第55页。

* 图利奥·阿斯卡雷利（1903—1959），意大利著名法学家、反法西斯主义者和社会主义者。——译者

⑦ 阿斯卡雷利：《商法教程》，第142页。

这一目标规定于 b 小节第 3 条“共同体的重要行为”，除此以外还包括“在确保共同市场运行的必要范围之内实现成员国国内立法的接近”。欧洲共同市场的运行所要求的“使各国立法接近”的目标很明显不排除对国内商法的引用（条约在商法领域还规定了一个具体目标，即 g 小节第 44 条第 2 款，“各成员国为了保护股东和第三人利益而向公司提出的保障措施要求应当平等适用”）。

在这一目标中商法的“特殊主义”再次出现，商法是一种“去政治化”的法律的观念、商法统一可独立于政治统一而实现的观念以及只在统一市场内进行联合的观念都再次回归。除此以外，认为人们可通过特殊方式创立调整商事活动的规范，即不必像其他法律规范一样需要政治、社会因素介入的观念也再次兴起。同时《条约》第 94 条还规定各成员国的国内法应该在欧共体理事会指令的约束下实现“和谐一致”，这种指令成员国应当严格遵照执行，相反由普选产生的欧洲议会的决议则只具有参考效力。

商法的“特殊主义”实际上就是“经济主义”，它的历史地位就是法律“经济主义”的历史地位。商法“特殊主义”最初只是中世纪资产阶级“经济主义”的一个方面，这种“经济主义”既是其迅速崛起的原因，也是其快速衰落的理由。^⑧ 现代法律中的“经济主义”主要表现为将法律与政治相区别、将法律从社会中抽象出来以及

⑧ A. 格拉姆希 (Antonio Gramsci):《有关马基雅维利、政治学和现代国家的评论》(Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno), 都灵, 1949 年, 第 45 页。在《狱中手册》(Quaderni del carcere)一书中, 作者对“经济主义”提出了批评, 指出“不论是从历史编纂理论的角度, 还是从政治理论与实践的角度, 都需要我们与‘经济主义’做斗争”。