

民商合一的多重内涵与理论反思

以 1942 年《意大利民法典》民商合一模式的解读为中心

徐国栋*

摘要 由于各国对同一术语的理解不一,民商合一的参与者及其结合方式各国不同,1942年通过《意大利民法典》实现的民商合一实际上是民法与包括传统商法、劳动法和某些经济法的新商法的合一,其中,新商法是施动者,民法是受动者。这种意大利式的民商合一奠基于意大利长期的民商合一理论传统,并以职团主义为基础。这样的民商合一导致了民法的公法化、商法的经济法化。尽管法西斯政权已覆灭,这样的民商合一体制却被保留下来,其中的新商法在德国亦有表现。令人遗憾的是,意大利的民商合一在我国从未得到正确的解读,人们还在两个私法分支的整合框架内谈论这种模式,忽略了参与这种合一的经济法、劳动法甚至反垄断法因素。发生这种误读的原因在于我国学界关于民商关系的讨论用语陈旧,讨论中抢地盘意识多,科学精神少,这是需要改正的。

关键词 民商合一 劳动法 经济法 职团主义 劳动宪章

一、“民”“商”“合一”析

谈论民商合一的前提问题是确定论者自己对有关术语的理解,不然会发生鸡同鸭讲的情形。首先要说明的是“民”“商”两个术语,它们构成私法的两个分支,两者在对比中明确自身,

* 厦门大学法学院罗马法研究所特聘教授。

说明其一,另一个也清楚了。在学说史上,两者的关系从多个角度得到界定。第一个角度是行为的目的。在我国学者看来,“商”的法律含义为营利性的活动,商法的调整对象是企业以营利为目的进行的经济活动。^{〔1〕}反言之,“民”的含义为非营利性的活动。第二个角度是作为两法背景的经济形态。商法以工商业经济为基础,民法以农业经济为基础。^{〔2〕}这点下文在讲一战结束后意大利重订法典的动机时会显现出来。第三个角度是运作方式。商法追求效率或快捷,反言之,民法没有这个追求。第四个角度是境域。商法具有国际性,民法具有本土性。^{〔3〕}第五个角度是主体范围。商法是特别法,只适用于一定类别的人(商人法说)或一定类别的活动(商行为说),而民法是普通法,适用于一切人的一切活动。^{〔4〕}第六个角度是道德标准。商法的道德标准高,主体被假定为诚实商人,^{〔5〕}反言之,民法的道德要求相对低些。第七个角度是仁慈性。为了追求效率,商法不讲仁慈,民法则有许多仁慈的制度,例如恩惠期、较长的时效期间等。这点下文讲维梵德提出的民商分立的理由时会得到展开。

以上为普遍性的区分民商标准,还有个别性的区分标准。事实上,各国对民商的理解并不总是一致的,例如,前苏联集团国家的民法就不包括婚姻家庭和监护法,其他国家的民法则包括。所以,有“大民”与“小民”之分。又如,我国的商法从清末以来就被理解为公司、票据、海商、保险四大块(破产法被理解为民事诉讼法的一部分),而意大利的商法除包括这些外,还包括合作社法和劳动法。所以,也有“大商”与“小商”之分。

“合一”也有多种形态。其一,民法“吞并”商法型。我国属此,由于商法作为学科和立法领域晚于民法,立法机关未考虑制定单独的商法典,所以,商法长期处于依附于民法的地位。其二,商法“吞并”民法型。在长期民商合一的国家,例如意大利,民法和商法的学术和立法地位长期以来旗鼓相当,而商法被理解为先进生产方式的代表,用来改造代表落后生产方式的民法,改造的方式是两法合体。

世界上被认为采用民商合一体制的国家和地区有瑞士、意大利、俄罗斯、匈牙利、中华民国(以及后来的我国台湾地区)、泰国、菲律宾、土耳其等,^{〔6〕}人们在做这样的罗列时假定它们对“商”有同样的理解,所以,它们的民商合一是一回事。但这样的假定至少在对意大利的实例进

〔1〕 参见王煜宇:“商法的独立性刍议”,《西南政法大学学报》2005年第5期,第49—53页。

〔2〕 参见王延川:“商法的独立性考察——以商法与民法的关系为对象”,《贵州大学学报(社会科学版)》2007年第4期,第44—48页。

〔3〕 参见王煜宇,见前注〔1〕,第49—53页。

〔4〕 参见王延川,见前注〔2〕,第44—48页。

〔5〕 参见林姜、李颖:“商人精神与商法的变迁”,《广西政法管理干部学院学报》2003年第3期,第107—109页。

〔6〕 因此,对于每个国家的民商合一经验进行国别研究,具有重要意义。瑞士的这方面案例,参见殷安军:“瑞士法上民商合一立法模式的形成——兼评‘单一法典’理念”,《中外法学》2014年第6期,第1462页。对于意大利这个案例没有专门的研究文献,本文拟填补这个空白,因为1942年《意大利民法典》具有范式性。例如,其在民法典中包含企业法的做法为2002年的《巴西新民法典》采纳,该民法典分则的第二编为“企业法”。1984年《秘鲁民法典》尽管不包括企业法,但在该法典被颁布后,秘鲁的主流观点认为,应将企业法视为商法的核心,以一个新的一般企业法取代商法典。

行分析时会遇到挑战。这个国家的“商”不必然是营利的意思,既然如此,它的商法的外延就与其他国家不同,由此,意大利的民商合一必然不同于其他国家的同名事物。

要想理解意大利式的“民商合一”,还得从起源说起。

二、1942年前意大利的民商合一

1494年的意大利分成13个小国,^[7]它们是:威尼斯共和国、米兰公国、萨沃伊公国、热那亚共和国、曼图瓦公国、费拉拉公国、摩德纳和雷乔·埃米利亚公国、教皇国、锡耶纳共和国、拿波里王国、西西里王国,以及现在已不在意大利本土,而在现在的克罗地亚的拉古萨共和国。但是,这些国家并未制定自己的民法典和商法典,所以无民商合一问题。

从1796年到拿破仑征服意大利后,《法国民法典》适用于意大利,由此开启了民商关系问题。1815年拿破仑倒台后,反法同盟国举行的维也纳会议改变了意大利的政治地图,形成了拿波里王国、两西西里王国、撒丁王国、摩德纳和雷乔·埃米利亚公国、伦巴尔多·威内托王国、托斯卡纳大公国、教皇国七个小国。它们除了伦巴尔多·威内托王国、托斯卡纳大公国、教皇国外,都制定了自己的民法典,除摩德纳和雷乔·埃米利亚公国外,它们还制定了自己的商法典。可以说,它们都是民商分立的。1852年的《摩德纳民法典》(codice civile per gli stati estensi)采用民商合一的体制。该法典分为四编。第一编,人;第二编,财产与所有权的各种改定;第三编,取得财产的方法;第四编,关于商事的规定,下分为七题。第一题,商人;第二题,商业账簿;第三题,公司;第四题,代理商、承揽运送、运送;第五题,汇票;第六题,本票;第七题,诉讼时效。这个第四编是一部地地道道的微缩商法典。

《摩德纳民法典》采用民商合一体制有可能受到了下文要讲到的莫塔内里(Giuseppe Motanelli, 1813—1862)的民商合一学说的影响。由此,它成为采用民商合一体制的1942年《意大利民法典》的先驱;也让它成为早于《瑞士民法典》实现民商合一的立法例。^[8]由于它少为人所知,而《瑞士民法典》名气大,它的先驱者地位只有少数专家知道。

意大利于1861年完成统一。不久着手体现国家统一的民法典制定,1865年成其事。分为三编。第一编,人;第二编,财产、所有权及其改定;第三编,取得和移转所有权的方式与他物权。它受到《法国民法典》的深刻影响但并非《法国民法典》的抄本。这点从第三编的标题就可看出来,相较于法国蓝本,它增加了“所有权的移转”,并增加了“他物权”。1865年6月25日,

[7] Cfr. La voce di Risorgimento, Su <https://it.wikipedia.org/wiki/Risorgimento>,最后访问日期:2016年8月7日。

[8] 我国通说认为瑞士最早实现民商合一。参见殷安军,见前注[6],第1462页。而实现这种合一的《瑞士债法典》到1907年才诞生。

意大利又颁布了商法典。它以 1842 年的《撒丁王国商法典》为蓝本。^{〔9〕} 这个蓝本分为四编。第一编,商事之一般;第二编,海商;第三编,支付不能与破产;第四编,商事管辖权。共 723 条。^{〔10〕} 但三年后,人们就感到了这一商法典的不足,例如对航海业者过于严厉,^{〔11〕} 于是谋划对其进行改革。1877 年 5 月 24 日,先颁布了《海商法典》(codice della marina mercantile),共 458 条。^{〔12〕} 1882 年,意大利制定了由 Mancini 起草的新商法典,它分为四编:第一编,商事之一般;第二编:海商与航运;第三编,破产;第四编,商事诉权的行使及其存续期间。共 926 条。另有过渡性规定 20 条。

此等民商分立的原因者何? 首先要说,统一前的意大利诸小国多数民商分立,《摩德纳民法典》是少数派。其次要说,撒丁王国是统一意大利的政治实体,它的既有法律作为全意大利法律的蓝本十分自然。该王国实行的就是民商分立体制,于 1837 年颁布了民法典,于 1842 年颁布了商法典。所以,统一的意大利的第一部商法典(1866 年)就是以《撒丁王国商法典》为蓝本的。^{〔13〕}

三、1942 年《意大利民法典》的民商分立初衷

(一)重订法典的初衷是民商分立

由于社会变迁、工业革命、自由主义政治运动,第一次世界大战前,意大利即谋划起草新民法典的草案。^{〔14〕} 第一次世界大战结束后,意大利作为战胜国取得了奥匈帝国的 8900 多平方公里土地,其中包含的重要城市有特伦多和的里雅斯特。这些新领土以前适用《奥地利普通民法典》,它们被纳入意大利提出了重新用法典统一国家的问题。当然,1865 年民法典经过几十年的适用也显得落后,它连法人制度都未规定。人们认为,它反映了土地资产阶级和土地贵族的利益,关注于不动产财富和静态的所有权。^{〔15〕} 在它问世之后,1896 年诞生了先进的《德国民法典》,1907 年诞生了口碑很好的《瑞士民法典》,它们都让意大利的立法者有见贤思齐的欲

〔9〕 Cfr. La Voce di Codice di commercio di Alberto Asquini, In Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p.251.

〔10〕 Cfr. Codice di commercio per gli stati di S. M. Torino, 1842, pp.225ss.

〔11〕 Cfr. Carlo Ghisalberti, La codificazione del diritto in Italia, Roma-Bari, Laterza, 2006, p.152.

〔12〕 Ibid., p.153.

〔13〕 Cfr. La Voce di Codice di commercio di Alberto Asquini, supra note 9, p.251.

〔14〕 Cfr. Guido Alpa, Introduzione del progetto italo-francese del codice delle obbligazioni, Le projet de Code des obligations franco-italien (1927); il progetto del Codice delle obbligazioni franco-italiano (1927), Patheon-Assas, 2015, p. XIV.

〔15〕 Cfr. Folansa Pepe (a cura di), Codice Civile(1865), Codice di Commercio(1882), Edizione Simone, Napoli, 1996, Introduzione, p.1.

望。事实上,1942年《意大利民法典》的政治责任承担者就有超越《德国民法典》的雄心。^[16]所以,第一次世界大战甫一结束,意大利就考虑更新旧的民法典和商法典以及其他法典。1924年6月,任命了一个委员会负责起草新的法典草案。随即,该委员会分为4个分委员会,其中的第一分委员会负责起草民法典,第二分委员会负责起草商法典。^[17]显然,意大利重订法典的初衷是维持既有的民商分立体制。

(二) 民法典起草班子的构成和工作的进行

第一分委员会由著名法学家维多利奥·夏洛亚(Vittorio Scialoja)教授担任主席,维多利奥·波拉科(Vittorio Polacco)教授担任副主席。成员有 Alfredo Ascoli 教授、Domenico Barone 律师(国家顾问)、Giovanni Baviera 教授、Paolo Emilio Bensa 教授、Gerolamo Biscaro(最高法院的庭长)、彼得罗·彭梵得(Pietro Bonfante)教授、Biagio Brugi 教授、Leonardo Coviello 教授、Roberto de Ruggiero 教授、Carlo Fadda 教授、Luigi Rossi 教授、Gino Segrè 教授、菲力波·瓦萨里(Filippo Vassalli)教授、Giulio Venzi(最高法院的庭长)。^[18]其中的 Giovanni Baviera、彼得罗·彭梵得、Gino Segrè 是罗马法学者,Paolo Emilio Bensa, Carlo Fadda 是温得沙伊得的《潘得克吞教科书》意大利文版的译者。这一事实有利于《意大利民法典》受罗马法影响深重的说法,也有利于它受《德国民法典》影响的流行说法。

这个16人委员会中的13人是大学教授,占绝对多数,这无疑证明了当时学界在立法上的优势话语权。当代意大利比较法学家 Rodolfo Sacco 说,在当时别无选择。^[19]另外的委员会成分是律师和法官,他们占少数。总之,民法典的起草班子采用教授、律师、法官三结合制。这其中缺少公证人。这与法国当局邀请公证人参与修订1804年民法典不同,^[20]尽管新《意大利民法典》对运用公证制度十分积极,总计2969个条文中有17个条文涉及公证,占条文总数的0.57%。^[21]

委员会最初设计的民法典结构是四编制。第一编,人与家庭;第二编,物与物权;第三编,继承与赠与;第四编,债与合同。^[22]显然,这个结构已摆脱《法国民法典》结构的影响。首先,

[16] 2016年7月20日,在意大利米兰大学举行“民法典制定的罗马遗产:意大利与中国的比较”研讨会后的午餐上,1942年《意大利民法典》编纂史专家 Nicola Rondonone 教授对我所言。

[17] Cfr. Ministero della Giustizia, et al. I Lavori preparatori dei codici italiani: Una bibliografia, 2013, p.6. p.88. Su https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/LavPre_versione2014.pdf, 最后访问日期:2016年8月28日。

[18] Cfr. Roberto Bonini, Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, I, Patron, Bologna, 1973, p.175.

[19] See Rodolfo Sacco, “A Civil Code Originated During the War (The Italian Codice Civile)”, in J. C. Rivera (ed.), *The Scope and Structure of Civil Code*, Springer, 2013, p.249.

[20] 参见徐国栋:《比较法视野中的民法典编纂(一)》,北京大学出版社2007年版,第31页。

[21] 参见徐国栋:“公证制度与民法典”,《中国司法》2005年第7期,第61—65页。

[22] Cfr. Giustizia, et al. supra note 17, p. 7.

把《法国民法典》第一编中的“人”分解为“人与家庭”。在这一标题中，“人”指法律主体，是狭义的人法的所指；“家庭”并非主体，是广义的人法的所指。通过这样的二合制标题，把“人”的形态细分了。其次，委员会感到了《法国民法典》第三编“所有权的取得方式”过于庞杂，把它拆分为物与物权、继承与赠与、债与合同三编。潘得克吞体系就是通过这样的拆分形成的，我们很容易把“物与物权”编与《德国民法典》的物权编挂钩，把“继承与赠与”编与《德国民法典》的继承编挂钩，把“债与合同”编与《德国民法典》的债编挂钩，但都不能等同。“物与物权”的标题把权利的客体与客体上的权利并列，《德国民法典》相应编的标题只有后者无前者。“继承与赠与”编把民法中的两类利他行为合并规定，《德国民法典》把赠与列入债编（把遗赠列入继承编），这样就无视了赠与和继承的共性。“债与合同”的标题强调合同之债在债的总数中的绝大多数分量，《德国民法典》相应编的标题则没有对合同之债的重要地位做这样的强调。

与德国参照系可比的还有各编的排序，《德国民法典》把亲属编排在债编之后，以强调其财产法中心主义。委员会把该编与主体法合并，列为第一编，彰显了其人文主义立场。如此的副产品是委员会把继承编排在物权编与债权编之间，以便让它更靠近“人与家庭”编，而《德国民法典》把这一编排在最末，在它前面就是亲属编。两个模式都强调亲属与继承的伴随性，因为继承从一定的角度看，不过是亲属关系因为死亡发生的以财产为对象的动态形式，而且其内容不限于财产法，例如，关于遗嘱监护人的规定就是如此。

在委员会工作之时，《德国民法典》创立的总则已名声在外，但委员会没有采用这样的总则，可能因为其成员已看出了总则的命门：民法各板块的共存基于传统而非基于共性，所以提炼不出多少公因式。硬提，提出来的是假公因式，它们会因例外的频繁出现而崩解。

申言之，在新民法典的起草过程中，确实有设立总则之议。论者认为，此等总则有以下功能：（1）宣示法典编纂的基本原则，以图澄清新的法学概念的基本线索并指导对法典的解释；（2）方便具体制度的适用，系统地例示其精神、方向和具体目的；（3）阐明一般性的技术规范，以避免在分则部分重复有关的概念和原则；（4）张扬整个法典的有机性，增进法典解释者的整体意识和体系意识。^{〔23〕}从这个说明来看，意大利法典编纂者理解的总则不同于德国人所理解的，后者理解的总则主要包括主体制度、法律行为制度、代理制度、时效制度、权利的行使制度等，其内容比较具体，而意大利法典编纂者理解的总则是一些基本原则和基本技术规范。这样的总则观念可以说在1942年《意大利民法典》中得到了实现。它有一个“前法律”（Preleggi）部分，其标题是“关于法律的一般规定”。^{〔24〕}分为“法的渊源”和“法律的适用之一般”两章，凡31条，单独编号，被前置于所有的编之前。这个“前法律”就是当时的意大利法典编纂者理解的总则，其内容相当于其他拉丁法族国家民法典中的序编，也就是不限适用于民法，而是适用于法的整体的规则。另外，如前所述，当时的意大利内阁决议把《劳动宪章》作为民法典的序言，这

〔23〕 Cfr. Nicola Rondinone, Storia inedita della codificazione civile, Giuffrè, Milano, p.148.

〔24〕 费安玲、丁玫等的中译本将该部分的标题翻译为“序编：一般原则”。

个序言也可理解为1942年《意大利民法典》的总则。

为何当时的意大利立法者没有制定贯穿人身关系法和财产关系法的大总则？可以从德国学者自己对总则的强烈批判中找到答案。恩斯特·齐特曼(Ernst Zitelman, 1852—1923)认为,家庭法和继承法主要从构成要件方面来建构,而债法和物权法主要从法律后果方面来建构,^[25]两者理路不同,把它们捏到总则中,难免油水两分。尼佩代(Hans Carl Nipperdey, 1859—1968)认为,总则中混杂了完全不同性质的内容,他主张打散总则,把有关人法的部分挪到家庭法部分,有关法律行为的规定挪到债法中的合同法中。^[26]这些意见旨在强调,民法的人身法和财产法这两大块没有什么公因式可以提取。意大利的法典编纂者们当知晓并采纳了这些意见。尽管在1940年代,意大利法学界深受德国影响,许多领导性法学家都留学德国出身,但1942年《意大利民法典》却未采用法律行为制度,这是最有德国味的制度。他们在很多问题上,仍把自己留在拉丁法族的传统中。

所以,新《意大利民法典》只在合同法部分搞了一般规定,它可勉强称为小总则,这样的微观概括几十年后也发生崩解,人称“合同法总则的危机”。因为这个合同法总则是以买卖合同(我把它称为有偿合同之王)为参照系制定的,未考虑商业分派合同(例如特许经营合同)、服务合同。而且只考虑即时性的合同,未考虑长期履行的合同。要言之,这样的合同总则遭到了关系契约论的挑战。^[27]这种理论是标准的契约理论的对反,后种理论假设契约内容完全清晰,并在任何可能的状态下可以被证实,法律的执行有效,这是完全契约的理想类型。而关系契约理论认为契约具有如下特点:私人关系的嵌入、交易物品难以被测量、契约持续时间长、没有明确的开端或结束时间、事前难以对交易进行精确的计划(只能规划框架,细节在执行中补充)、交换能否成功完全依赖于双方的合作、参与者共同分享或分摊的收益和成本难以在他们间精确划定、契约中存在不需明文规定的内生义务、契约难以被转让、参与者常常有多个、参与者期待有利他行为出现、参与者认识到在履行中会遇到很多困难,所以必须通过他们的协调来解决。^[28]这样的契约形态是不能为古典的合同总则所包纳的,所以它遭遇了危机。

总之,新《意大利民法典》最初的结构设计很有创意。按照这个结构进行工作,委员会于1930年9月27日把第一编的草案交司法部长 Alfredo Rocco;于1936年3月交第三编的草案;1936年8月交第四编的草案;1937年8月14日交第二编的草案。司法部马上对这些草案进行处理。处理的过程以第一编为例如下:交法院、国务委员会(Consiglio di stato)、各高校法律系、法院的高级委员会(Consiglio superior forense)、律师工会征求意见,此等意见由司法部

[25] 参见(德)克劳斯-威廉·卡纳里斯:“民法典总则的功能及其限度”,陈大创译,载《中德私法研究》(第10卷),北京大学出版社2014年版,第88页。

[26] 同上注,第89页。

[27] Cfr. Emanuela Navaretta (ed.), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del convegno (Pisa, 25-26 maggio 2007), Giuffrè, Milano, 2007, p.172.

[28] 参见陈灿:“当前国外关系契约研究浅析”,《外国经济与管理》2004年第12期,第10-14页。

收集之。司法部长 Arrigo Solmi 于 1934 年任命了一个部级委员会审查这些意见。1936 年 6 月,形成了第一编的定稿。该稿连同说明于 1936 年 7 月被提交参议院由立法机关中的委员会审议。议会对于这一稿本审议了一年多,于 1937 年 7 月把修改稿连同说明书返还给司法部长 Solmi。在进一步修改后,司法部长 Solmi 将它连同说明书呈交给国王,经 1938 年 12 月 12 日会议的审议后,批准之并作为法律颁布。新法于 1939 年 7 月 1 日起生效。^[29] 第二编经过类似的程序,也于 1940 年成为法律。所以,新《意大利民法典》的立法程序是先划定蓝图,然后成熟一编制定一编,属于“零售”型,最后集腋成裘,让民法典以“批发”的方式整体问世。

(三) 商法典起草班子的构成和工作的进行

第二分委员会由律师 Mariano D'Amelio 担任主席,切萨雷·维梵德(Cesare Vivante, 1855-1944)担任副主席。成员有:Ageo Arcangeli 教授、Camillo Ara 律师、阿尔贝尔托·阿斯奎尼(Alberto Asquini)教授、Leone Bollafio 教授、Gustavo Bonelli 教授、Pietro Coglioli 教授、Alfredo De Gregorio 教授、Gabriele Faggella 律师、Salvatore Galgano 教授、Ulisse Manara 教授、Alberto Marghieri 教授、Umberto Navarrini 教授、Antonio Raimondi 教授、Angelo Sraffa 教授、^[30] Davide Supino 教授、Giuseppe Valeri 教授、Edoardo Massari 教授、Silvio Longhi 教授。^[31] 显然,像民法典的起草班子一样,这也是一个以教授为主导的班子。然而,既然民法典的制定是全国性的事,这些教授是来自全国还是来自首都,是重要问题。Rondinone 教授告诉我,他们绝大部分来自罗马,而且来自罗马大学(即现在的罗马一大,当时并无罗马二大和三大),只有个别的教授来自外地。^[32] 这恐怕是个缺憾。

商法典草案于 1925 年完成并出版。它分为五编。第一编,人(第一题,商人,第二题,商事公司);第二编,债与商事合同;第三编,票据;第四编,转让契约、破产和小商人的亏空;第五编,刑罚性规定。^[33] 它共 856 条。不难看出,除了把商事合同作为商法典的一编有些新意外,这是一个中规中矩的商法典。其结构不同于 1882 年《意大利商法典》,它排除了海商,打算把这一块交给其他的法典调整。它聚焦于以前的意大利诸商法典忽略的商事合同,同时关注破产法。

1938 年 9 月 5 日,意大利颁布了第 1390 号法律《关于保护法西斯学校中的种族(纯洁)的规定》(Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista),其第 3 条规定:所有在学校教书的犹太老师从 1938 年 10 月 16 日起中止服务。第 4 条规定:所有在研究机构供职的犹

[29] Cfr. Giustizia, et al. supra note 17, p. 6.

[30] 时任米兰博科尼大学校长。

[31] See Rondinone, supra note 23, p.24.

[32] Rondinone, 见前注[16]。

[33] See Rondinone, supra note 23, p.31.

太研究人员从1938年10月16日起中止服务。^{〔34〕} 这些规定打击到商法典起草委员会的犹太人副主席维梵德。于是,他被中止参与起草商法典甚至流亡外国。^{〔35〕} 顺便指出,1939年7月1日生效的《意大利民法典》第一编第1条第3款规定:“由于属于特定种族受到的权利能力限制,由特别法规定”。^{〔36〕} 该款援引的特别法当包括上述《关于保护法西斯学校中的种族(纯洁)的规定》。

1939年9月24日,意大利的领导人委托阿尔贝尔托·阿斯奎尼负责修订和再造商法典草案。^{〔37〕} 并组成了以商法权威为成员的起草团队:他们是 Alfredo De Gregorio、Paolo Greco、Francesco Messineo、Giuseppe Ferri、Francesco Ferrara、Giancarlo Frè。^{〔38〕}

阿斯奎尼可是个传奇人物。他生于1889年,当过维梵德的学生和助手,但他尔后的学术路径与乃师颇为不同。先后在一系列大学教授商法,担任过的里雅斯特大学的校长(1924—1926)。1925年签署《法西斯知识分子宣言》。1929—1939年担任众议员。众议院于1939年被法西斯与职团院(Camera dei Fasci e delle Corporazioni)取代后,^{〔39〕}他又成为其成员。1932年被墨索里尼任命为职团部的副部长,他担任此职一直到1935年。1943年,担任墨索里尼的萨洛共和国的政府成员。战后遭到清洗,被停止教职,直到1948年才被解除。^{〔40〕} 显然,阿斯奎尼是个法西斯信徒,并有政治生活经验,这些因素对于他的商法观有很大影响。

阿斯奎尼认为,过去以商行为为基础的商法概念现在已过时,现代商法应以企业(商业企业、工业企业、银行企业、保险企业等)的概念为基础,要从企业制度出发厘清商法的范围,由此,要把商法与工会制度和职团制度联系起来,这在新近的国外立法中并非无先例。^{〔41〕} 这是一种新的商法观,而维梵德理解的商法内容比较合乎传统,这可能就是他和阿斯奎尼的区别。《意大利民法典》第2082条规定的企业主是以生产、交换或提供服务为目的,从事有组织的经

〔34〕 Cfr. Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista, Su http://www.cdec.it/home2_2.asp?idtesto=185&idtesto1=643&son=1&figlio=558&level=6,最后访问日期:2016年8月29日。

〔35〕 Cfr. Alberto Schiame, Vivante, Cesare, Su [http://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-vivante_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-vivante_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto)),最后访问日期:2016年9月1日。

〔36〕 1942年《意大利民法典》的全部反犹条文,都译自 Giuseppe Acerbi, *Le leggi anti ebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Giuffrè, Milano, 2011.

〔37〕 See Rondinone, *supra* note 23, p.197.

〔38〕 Cfr. Giampaolo de Ferra, La figura dell'On. Prof. Alberto Asquini, In 2007/1, *Diritto civile-commerciale fallimentare, foro friulano*, Su <http://www.avvocati.ud.it/la-figura-dellon-prof-alberto-asquini/>,最后访问日期:2016年8月30日。

〔39〕 又称为“法西斯院”。

〔40〕 Cfr. La voce di Alberto Asquini, Su https://it.wikipedia.org/wiki/Alberto_Asquini,最后访问日期:2016年8月30日。萨洛共和国,全称为“意大利社会主义共和国”,由于首都在萨洛,故也被称为萨洛共和国,成立于1943年9月23日,灭亡于1945年5月25日。是墨索里尼在卸任意大利总理后在希特勒的扶持下建立的一个傀儡政权。

〔41〕 See Rondinone, *supra* note 23, p.199.

济活动的人。^[42]并不要求他们以营利为目的,所以,意大利的企业概念不以营利为必要条件。而且,按照职团主义理论,企业是劳资合作的场所。^[43]既然是合作,营利就不重要,重要的是合作者共同服务于国家设定的目标。在经济实力上,劳弱资强,非经国家的干预不能取得两者的平衡,所以,在职团主义的框架下,国家必定是企业关系中恒常的存在。假设这样的企业关系是新的商法概念的基础,商法的私法性就被涤除了。所以,阿斯奎尼说,如果人们问商法典、商人法典、统一的私法典为何?它们实际上就是经济法。^[44]当然,这样的商法中包括劳动法也并不令人奇怪,这是国家平衡劳资关系的传统舞台。

1940年6月10日,阿斯奎尼主持的商法典草案完稿,它分为六编。第一编,总则,规定商法的渊源、商人的职业规章等;第二编,商事公司、合作社和康采恩的内部纪律;第三编,商事合同,所谓的商事合同,就是企业合同,也包括一些与企业沾边的合同;第四编,票据,包括汇票、支票等;第五编,破产程序,其中包括预防破产的财产让与程序;第六编,刑罚性规定,旨在打击公司犯罪和破产犯罪等。总计1012条。^[45]这一结构相较于1925年的商法典草案的结构有自己的特点。其一,设立了总则,这应归之于德国的影响。其二,独立设立商事公司编。在其他方面则继承了1925年商法典草案的遗产。

从基本方向来看,这个商法典草案完成了一个转折:从过去的以各种类型的商行为为中心到现在以商事企业为中心。^[46]从具体制度设计来看,这个商法典草案非常独特,包含许多此前的商法典没有的规定,如关于合作社的规定,因为合作社并非以营利为目的,把它叫做商人是不妥的。确实,阿斯奎尼在其《商法的一个历史转折》一文中这样说:“职团经济制度本身并非目的,而是统一和有机的国家制度的一个方面,其价值不仅是经济上的,而且是精神和道德上的”。^[47]看来,意大利文中的企业与中文中的“企业”含义不同。在我们的语言中,企业就是以营利为目的的法人。^[48]又如关于康采恩的规定,这是一种垄断组织,通常由属于经济法的反垄断法调整,把它纳入商法典,意味着阿斯奎尼团队理解的商法具有经济法色彩。无论如何,由于商法典制定计划的放弃,这个草案中商法的经济法色彩后来被带到了1942年《意大利民法典》中。

[42] 参见费安玲等译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社2004年版,第488页。

[43] 参见陈祥超:“意大利法西斯主义职团制”,《历史研究》1991年第6期,第146—159页。

[44] Cfr. Giampaolo de Ferra, La figura dell'On. Prof. Alberto Asquini, In 2007/1, Diritto civile—commerciale fallimentare, foro friulano, Su <http://www.avvocati.ud.it/la-figura-dellon-prof-alberto-asquini/>, 最后访问日期:2016年8月30日。

[45] See Rondinone, supra note 23, p.292.

[46] Cfr. Asquini, Alberto, In Dizionario Biografico degli Italiani—Volume 34 (1988), Su [http://www.treccani.it/enciclopedia/alberto-asquini_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/alberto-asquini_(Dizionario-Biografico)/), 最后访问日期:2016年8月30日。

[47] Ibid.

[48] 参见彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第88页。

四、1942年《意大利民法典》的“民商合一”过程

(一)法西斯意识形态与《劳动宪章》

在两大私法典草案的编撰过程中,法西斯在意大利登台。什么是法西斯?这个词目前臭名昭著,一看到它,人们就想到了希特勒的国家恐怖主义统治,已经难得有人以平常心看待这个词在具体情境中的用法。实际上,在拉丁语中,这个词表征上插斧头的束棒,是执政官的谕令权的象征。^[49]细看起来,这个罗马物件包含“束棒”和“斧头”两个要素,它们可以分离,它们各自的重要性也可以发生消长,例如,“束棒”被强调,“斧头”被退隐。甚至于“束棒”中的“棒”被去掉,仅仅保留“束”的含义。确实,在现代意大利语中,fascio首先是“束”的意思,然后才是“束棒”的意思,进而有“政治团体”的意思。^[50]“束”的内容,可以是“棒”,也可以是“文件”,甚至可以是“麦苗”,只要说起“一根筷子容易断,一捆筷子断不了”的中文谚语,我们就会想到“束”有“团体”“团结”的意思,在我看来,意大利的法西斯主义用的就是这个意思。确实,“法西斯”是早期真正的劳动运动的名称。^[51]所以,这样的法西斯主义可以诠释为“整体主义”。^[52]

1922年10月28日,法西斯运动领导人墨索里尼组织向罗马进军成功,担任意大利王国总理。在1943年7月25日前,他一直担任这个职务,从而有充分的时间用法西斯意识形态来改造意大利。

墨索里尼任职于新民法典工程启动之后,任职初,他对民法典起草的干预不大,但到了1930年代,法西斯意识形态在意大利站稳了脚跟,被国家化、大学课程化,这时,墨索里尼政府就有了把自己的意识形态贯彻到民法典中的强烈欲望,并通过人事安排实施。

法西斯意识形态与民商法相关的部分是职团主义(Corporatismo,亦称法团主义)。它是继自由主义和共产主义后出现的第三大意识形态。Corporatismo一词的拉丁语词根是Corpus,含义是“身体”“汇编”等。^[53]顾名思义,这种主义把社会各阶级看作整体的一部分,它们必须彼此合作而不能一味斗争。所以,职团主义被如此定义:一种建立在人们自然利益集团和社会功能的共同体基础上的社会组织体系,是一种在共同利益问题上指导和协调劳资的真正

[49] 参见徐国栋:《罗马公法要论》,北京大学出版社2014年版,第356页。

[50] 参见北京外国语学院组编:《意汉词典》,商务印书馆1985年版,第298页。

[51] 参见陈祥超:“意大利法西斯运动及其性质的演变”,《世界历史》1989年第3期,第97—108页。

[52] 作为一位罗马法专家,我长期把意大利语中的“法西斯”等同于古罗马的“法西斯”。2016年5月,当看到意大利汉学家L. Colangelo把我的“中国官方法总则草案的罗马法基础”一文中的“以偏概全”一语翻译为fare di ogni erba un fascio时,我才猛省到两个“法西斯”是“假朋友”。这个意大利语表达的意思是“把每根草都当作一捆”。

[53] 参见谢大任主编:《拉丁语汉语词典》,商务印书馆1988年版,第138页。

的实在的国家有机体。^[54] 由于在经济实力上资强劳弱, 职团主义必定打压资本, 扶持劳工, 换言之, 是保护弱者的。正是基于这样的立场, 意大利于 1927 年 4 月 21 日颁布了凡 30 条的《劳动宪章》(Carta del Lavoro), 它确定了意大利的职团主义。它对于意大利的当代史和世界劳工运动史产生了里程碑式的影响。该宪章是一个调整以国家、雇主和工人为参与人的劳动关系的文件。国家站在雇主和工人之间强迫他们为民族的利益进行合作, 为此给工人提供了带薪休假、工伤赔偿、工亡赔偿等福利。从宪法的角度看, 这是一个协调阶级关系的文件。从劳动法的角度看, 这是一个这一领域的立法。宏观来看, 可以认为它是一个职团主义的文件。它的颁布, 促进意大利在 1934 年后成为一个职团制国家, 全国的劳动者被分为 22 个职团, 每个职团都由墨索里尼担任首长。这些职团下辖 5432 个工会、661 个雇主协会和 1222 个自由职业与艺术家协会。^[55] 它们的成员都是劳动者, 从事经济活动。

职团制的存在改变了传统的商法理论, 把它变成了经济法, 并催生了新的法律部门: 职团法 (diritto corporativo)。^[56] 在从 1926 年到 1944 年的期间, 它是意大利公法的一个关系到私法的部门。它分为工会职团法和狭义职团法两个分支, 前者关注雇主与工人的关系, 后者关注生产者根据国家利益并在国家的控制下在生产中进行的技术的、经济的、法律自我规制。^[57] 前种职团法可以《劳动宪章》的起草者 Carlo Costamagna 的《意大利职团法》(1928 年都灵第二版) 为例, 它分为一般概念、工会、集体劳动合同、劳动案件管辖权、犯罪与惩罚、职团的安排 6 个部分。^[58] 基本以工会为核心展开。

(二) 格朗蒂对《劳动宪章》与民法典关系的处理

1939 年 7 月 12 日, 迪诺·格朗蒂 (Dino Grandi, 1895—1988) 被任命为司法部长, 担任此职直到 1943 年 2 月 5 日。斯人是政治家和外交家, 1919 年毕业于博洛尼亚大学法律系, 后担任律师。从政后走左派路线, 从 1914 年开始追随墨索里尼, 1920 年参加黑衫队, 1921 年 5 月与墨索里尼一起被选为 35 名法西斯众议员之一。向罗马进军成功后, 格朗蒂成为政府成员。1923 年任内务部副部长。1929 年任外交部长。从 1932 年到 1939 年任驻英国大使。1939 年, 因为反对意大利卷入第二次世界大战被召回担任司法部长, 同时兼任法西斯与职团院的院长。^[59]

[54] 参见夏立安: “法团主义在法西斯意大利的命运”, 《齐鲁学刊》2003 年第 2 期, 第 11—17 页。

[55] 同上注, 第 15 页。

[56] Cfr. Asquini, *supra* note 46.

[57] Cfr. La voce di diritto corporativo, Su https://it.wikipedia.org/wiki/Diritto_corporativo, 最后访问日期: 2016 年 8 月 31 日。

[58] See Lewis Buenham; “Italian Corporative Law (Diritto corporativo Italiano) by Carlo Costamagna”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.78, No.3, 1930, p.454.

[59] Cfr. La voce di Dino Grandi, Su https://it.wikipedia.org/wiki/Dino_Grandi, 最后访问日期: 2016 年 8 月 28 日。See also the entry of Dino Grandi, On https://en.wikipedia.org/wiki/Dino_Grandi, 最后访问日期: 2016 年 8 月 28 日。

格朗蒂深得墨索里尼信任，^[60]是个坚定的法西斯分子，又懂法律，所以，他负有把法西斯意识形态贯彻到民法典中的任务。申言之，是把《劳动宪章》贯彻到民法典中的任务。事实上，意大利内阁于1940年11月30日做出了把《劳动宪章》作为民法典的序言的决定。意大利议会1941年1月30日的第14号法律规定：《劳动宪章》是国家法制的一般原则，它提供了解释和适用法律的指导性标准。^[61]但民法典的重要起草者瓦萨里认为：它缺乏普遍性，只是特别法，不适合充当法的一般原则。^[62]确实，《劳动宪章》主要关乎城市企业劳动，基本不涉及农业劳动，不是普通法。

为了协调这两种意见，格朗蒂从1940年8月就开始推动研究在民法典中新设一编调整企业和劳动。该编的名字是“企业和劳动”或“职团秩序的主体”，最后定名为“劳动”。^[63]由于此编的加入，新《意大利民法典》由四编制变成了五编制。而且，劳动编的设立前无古人。该编由阿斯奎尼主持的部级委员会于1940年12月完成起草。

作为阿斯奎尼领导的团队工作成果的《意大利民法典》的劳动编分为11题。第一题，职业活动规则；第二题，企业劳动；第三题，自由职业；第四题，特殊关系中的从属劳动；第五题，公司；第六题，合作社与相互保险；第七题，参股；第八题，企业；第九题，智力作品权和工业发明权；第十题，竞争规则和康采恩；第十一题，对公司与康采恩的惩罚。不难看出，第一至四题是劳动法；^[64]第五至八题是企业法；第九题是知识产权法；第十题是经济法；^[65]第十一题是经济刑法。如果把商法理解为包含公司、票据、海商、保险四大块，只有企业法中的公司法部分涉及到民商合一。由此还可以说，新《意大利民法典》也实现了民经合一。确实，当时意大利人理解的商法与我们理解的不同。

1941年1月4日，格朗蒂向内阁提议增设“权利的保护”一编，以便收罗以“不合理且碎片化的方式”分布在旧民法典第三编中的各种材料，但以它们都服务于确保主观权利之实现者为限。^[66]该编包括登记、证据、财产责任、优先权的原因和财产担保的保护方法、权利的司法救济、消灭时效和除斥期间五题。与《奥地利民法典》第三编的内容类似：保证与担保、权利和义

[60] 但具有讽刺意味的是，3月16日颁布民法典前的2月6日，格朗蒂被墨索里尼免去司法部长职务。他后来成为1943年7月25日的“倒墨”运动的组织者，他带着两枚手雷在法西斯大参议会上提出了罢免墨索里尼的总理职务的提案并获得多数赞成。故墨索里尼在被德国人救出并建立萨洛共和国后，缺席判处格朗蒂死刑。

[61] Cfr. Filippo Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, In Filippo Vassalli, *Studi Giuridici*, Volume III, Tomo II, *Studi vari (1942-1955)*, Giuffrè, Milano, 1960, p.613, nota 2.

[62] *Ibid.*

[63] Cfr. *Giustizia*, et al. *supra* note 17, p.7.

[64] 对劳动编的劳动法部分的解读，参见粟瑜、王全兴：“《意大利民法典》劳动编及其启示”，《法学》2015年第10期，第114—128页。

[65] 劳动编的计划来自《经济与劳动法典》的计划。See Rondinone, *Supra* note 23, p.421.

[66] Cfr. Pietro Resigno, *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1991, p.207.

务的改定、消灭时效和取得时效。^[67]《奥地利民法典》第三编的标题是“与债权共同的规则”。所以,它实际上是物权与债权的共同规定,构成一个财产法的小总则。不过,这个总则并非前置的,而是后置的,可称之为“倒的小总则”。《意大利民法典》第六编起同样的作用。

总之,权利的保护编与人与家庭编、继承编、所有权编、债编、劳动编并列,构成民法典的最后一编。^[68]这样,新的《意大利民法典》进一步演化为六编制。

由于新增的劳动编已吸收商法的重要内容,并由于下文要讲到的债编对商法内容的广泛吸收,墨索里尼于1941年6月5日决定,放弃搞商法典的计划,换言之,搞一部民商合一的民法典。^[69]

(三)商法草案内容并入民法典或成为单行法

既然如此,就产生了如何处理已经草定的《商法典草案》问题,解决方法是把它们纳入民法典。第一个可以纳入的地方是劳动编。该编1940年12月3日的结构设计为:第一题,一般规定;第二题,企业的组织;第三题,劳动合同与农会(associazione agraria);第四题,企业;第五题,关于商事企业的特别规定。^[70]显然,阿斯奎尼主持的商法典草案的第一编中的商人的职业规章题被纳入了劳动编的第一题“职业活动规则”。关于合作社的规定纳入了第六题“合作社与相互保险”。关于康采恩的规定纳入了第十题“竞争规则和康采恩”。最后提到但并非最次要的是,《商法典草案》的第二编“商事公司”整体被塞入了劳动编,成为其身量巨大的第五题“公司”。这样的“硬塞”也弄出了逻辑不顺:劳动编有“企业”一题,同时设“公司”一题,“公司”难道不也是“企业”?

第二个可以纳入的地方是债编,阿斯奎尼主持的商法典草案的第三编“商事合同”被纳入了此编。它们是企业合同(例如承包合同、保险合同、银行合同、供应合同、承揽运送合同)、票据、特种买卖、农业合同(分益耕种契约、共同耕种契约、牲畜饲养契约等)等。^[71]

事实上,这种纳入不假他人之手,而是商法典草案的牵头作者阿斯奎尼自己实施,因为格朗蒂在1940年12月4日安排阿斯奎尼负责起草劳动编。^[72]

1930年,制定了破产法。^[73]1942年,制定了《航运法典》,这样就完成了这些商法内容的单行法处理。

(四)民商合一观念在意大利的形成和发展

法典编纂者的上述决定以意大利牢固的民商合一理论传统为基础。此等理论传统的最著

[67] See Parker School of Foreign and Comparative Law, revised and annotated by Paul Baeck: *The General Civil Code of Austria*, New York: Oceana Publications, 1972, p. 263.

[68] Cfr. Giustizia, et al. supra note 17, p.8.

[69] See Rondinone, supra note 23, p.346.

[70] See Rondinone, supra note 23, p.421.

[71] Cfr. Vassalli, supra note 61, p.617.

[72] See Rondinone, supra note 23, p.422.

[73] See Rondinone, supra note 23, p.143.

名作者是莫塔内里和维梵德。前者是抽象的民商合一理论的创始人,后者是1942年《意大利民法典》的具体的民商合一的造意者,所以,两者都具有相当的权威性,他们这方面的意见更值得介绍。

早在统一前的1847年,比萨大学教授莫塔内里就在其《实在商法的哲学导论》一书中主张民商合一。他从法国采取的民商分立现实出发,认为两个法典的分立不是逻辑分析的结果,而且专断的安排。^{〔74〕}他反驳了主张民商分立的如下观点:其一,属种不同说。该说认为,民法是属,商法是种,商法要适用民法的一般原则。其二,一般与例外不同说。该说认为,民法是一般,商法是例外。其三,适用对象不同说。该说认为,民法适用于一切公民,商法适用于公民中的特定阶级。其四,独立起源说。该说认为,民商彼此独立起源,不曾互相交集。^{〔75〕}

对于“其一”,莫塔内里批驳道:民法反映了文明的原则,它们既适用于民法,也适用于商法。^{〔76〕}而且,商法的某些部分也是民法的属,例如关于商事合同的规定。所以,属种不同说适用于部分的民商关系是对的,但适用于全部的民商关系就错了。而且,从实践来看,立法者并无把民法当作属或原则,把商法当作种或适用的意图。^{〔77〕}

对于“其二”,莫塔内里批驳道:从发生来看,商法是为了解决新问题而产生的,处理新问题的新规则不能被看作例外,因为它们是从新问题的特殊性质中提炼出来的。^{〔78〕}

对于“其三”,莫塔内里批驳道:商法的有些规则,例如关于汇票(lettera di cambio)和隐名合伙的规则,不仅适用于商人,也适用于非商人。许多非商人的公民是隐名合伙的成员。所以,立法者在制定商法时,并非只考虑到了商人,而是以全体公民为考虑对象。^{〔79〕}

对于“其四”,莫塔内里批驳道:此说有违历史。在古代,民商是合一的。所以不能说民商独立起源。^{〔80〕}事实上,优士丁尼《法学阶梯》就是民商合一的,它以民法规范为主体,也包括一些商法规范。^{〔81〕}

1852年的《摩德纳民法典》采纳了莫塔内里的路径,是否受其影响如此,已不可考,但两者的时间相近,主张相同,这允许人们作出肯定性的推论。

沿着莫塔内里开辟的道路,1887年,切萨雷·维梵德在博洛尼亚大学发表了《为一部统一

〔74〕 Cfr. Giuseppe Motanelli, *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, Pieraccini, Pisa, 1847, p.74.

〔75〕 *Ibid.*, p.75.

〔76〕 Giuseppe Motanelli, *supra* note 74, p.76.

〔77〕 Giuseppe Motanelli, *supra* note 74, p.77.

〔78〕 Giuseppe Motanelli, *supra* note 74, p.78.

〔79〕 Giuseppe Motanelli, *supra* note 74, p.79.

〔80〕 Giuseppe Motanelli, *supra* note 74, p.80.

〔81〕 参见徐国栋:“罗马商法及其与‘民法’的合一——以优士丁尼《法学阶梯》为考察对象”,《法制与社会发展》2017年第5期,第104—114页。

的债法典而奋斗》的讲词,主张民事合同与商事合同的统一,就两者制定一部统一的债法典。^{〔82〕}其理由是罗马法和英美法都民商合一。^{〔83〕}他的时代实行民商分立是为了保护商人团体的利益,如果制定一部统一的债法典,商人和其他公民对立的利益将自发地按更公平的比例调整,如此可形成一种宇宙法(diritto cosmopolito)。^{〔84〕}他援引了瑞士债法统一民商的先例,批评了德国区分民商的做法。^{〔85〕}他的观点像盐入油锅,引起了大讨论。赞成者有之,反对者亦有之。^{〔86〕}无论如何,维梵德的民商合一思想产生了很大的影响,很难不认为1942年《意大利民法典》的债编对商事合同的吸收与他的思想有关。1937年,意大利股份公司协会(ASSONIME)的Luigi Biamonti提出了有利于统一私法的备忘录。理由是商人经济与命令经济的对立已经消失,这是民商分立的基础。^{〔87〕}这一理由显然受到维梵德的启发。

但是,维梵德似乎只主张债法的统一,并未谈到商法的其他分支与民法的统一。

维梵德还主张社会主义的商法。1902年,他在《社会主义对私法的贯穿》一文中反对个人与社会的对立,主张没有社会的存在和繁荣,也没有个人的存在和繁荣。人与人之间的团结是一种新的能源,它可以超越阶级的界限。^{〔88〕}这样的法观念与职团主义是契合的,而团结的观念与营利的观念间存在紧张关系。

莫塔内里和维梵德的民商合一的理论主张诚然影响了不同时期的意大利立法的走向,但对他们的主张并非无反对意见。例如,商法教授埃尔科勒·维达利(Ercole Vidari, 1836—1916)就反对制定民商合一的债法典。另外,海商法教授恩里科·奔萨(Enrico Bensa, 1848—1931)也持同样的观点。他认为,以民商合一的方式编订统一的私法典符合我们关于科学必要性和历史传统的观点,回应了实践的需要,但这些并不影响民事事务和商事事务的明确区分,所以,民商合一的形式意义大于其实质意义。^{〔89〕}这样的说法并非无理,例如,我国最高人民法院并无商事庭之设,但在民庭的大帽子下,分为若干个按基数排列的分庭,其中,有些庭专注

〔82〕 Cfr. Mario Libertini, *Diritto civile e diritto commercial. Il metodo del diritto commercial in Italia (II)*, In *Orizzonte del diritto commerciale, Rivista telematica*, p.2, nota 2.

〔83〕 See Rondinone, *supra* note 23, p.33.

〔84〕 Cfr. Cesare Vivante, *Per un codice unico delle obbligazioni*, Su <http://docenti.unimc.it/laura.marchegiani/teaching/2015/14396/files/introduzione-al-corso/prolusione-cesare-vivante>, 最后访问日期:2016年9月1日。

〔85〕 Cfr. La Voce di Cesare Vivante, Su https://it.wikipedia.org/wiki/Cesare_Vivante, 最后访问日期:2016年8月29日。要指出的是,维梵德后来放弃了民商合一的主张,因为这会导致商法在教义学上被民法化,从而丧失从商事实践中吸收和打造规范的能力。

〔86〕 Cfr. Paolo Grossi, “La scienza del diritto privato”: Una rivista-progetto nella Firenze di fine del secolo, 1893—1896, Giuffrè, Milano, 1988, pp.119s.

〔87〕 See Rondinone, *supra* note 23, p.141.

〔88〕 Cfr Schiume, *supra* note 35.

〔89〕 Cfr. Roberta Breccia, *Un Avvocato nelle Istituzioni*, Stefano Castagnola giurista e politica dell'Italia liberale, Giuffrè, Milano, 2008, p.203, nota 84.

于民事,有些庭专注于商事。所以,在司法实践中,民商分立是客观存在的。但是,民法典的制定首先取决于政治决定,那些赞成民商分立的学者影响了当时制定意大利民法典的政治责任者,于是,民商合一的主张得到了立法实现。

(五)新条件下商法内容的扩张

在维梵德之后,洛伦佐·莫萨(Lorenzo Mossa,1886—1957)为商法内容的更新进行了理论说明。1926年,他发表了《商法的基础问题》一文,把主观、职业意义上的企业作为商法的基础,主张商法与企业法应是一回事,因为企业已变为把执行商业活动不可或缺的手段和人集中于自己的经济组织。^[90]不难看出,这种观点为《意大利民法典》劳动编所采,尽管莫萨从未被召参加这一法典的制定,这可能因为他的反法西斯立场,^[91]但他的学术观点多与法西斯的职团主义共振。

莫萨也对职团问题感兴趣,把职团看作对劳动法范畴、企业法的范畴和社会团结法的范畴的根本重建。^[92]此语很好地预先说明了《意大利民法典》劳动编代表的新商法的混合性质。这样的职团法与经济法的界限是模糊的。无怪乎莫萨也担任经济法课程的教学。

作为一名意大利学者,莫萨竟然于1921年起草了一部《奥地利—德国商法典草案》(Il progetto austro—tedesco di un codice di commercio)。分为三编。第一编:总则,规定了商人、商事登记、签名、商业账簿等内容。第二编:公司,包括无限公司、两合公司、默示公司等。第三编:商行为,包括一般规定、买卖、委任、承揽运送、寄托、运送等内容。^[93]这一草案的内容似乎可以证明莫萨无意于民商合一,只在意把商法典经济法化。所以,当阿斯奎尼受命把商法典纳入民法典时,莫萨著文《论企业法与劳动法》批评之,反对放弃制定独立的商法典。然而,当1942年《意大利民法典》成为现实后,他接受之。二战后出版了《新商法论——以1942年法典为依据》四卷。第一卷研究劳动和职团企业;第二卷研究任何商事公司;第三卷研究有限责任公司;第四卷研究股份公司。其他卷拟研究破产、企业合同,但未完成。^[94]莫萨的“新商法”的书名和此等商法包含的劳动法和企业法的内容富有意味,它揭示了1942年后的意大利人对商法的理解,除了传统的商法内容,劳动法和企业法被纳入了商法。莫萨的几卷书的内容,除了企业合同在新《意大利民法典》的债编,破产法作为单行法存在外,都处在劳动编。这似乎暗示我们,该编基本上就是商法编。

[90] Cfr. Antonello Mattone, Mossa, Lorenzo, Su [http://www.treccani.it/enciclopedia/lorenzo-mossa_ \(Dizionario - Biografico\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/lorenzo-mossa_(Dizionario-Biografico)) /, 最后访问日期:2016年9月1日。

[91] Ibid.

[92] Antonello Mattone, supra note 90.

[93] Cfr. Lorenzo Mossa, Il progetto austro—tedesco di un codice di commercio, Su <https://www.rivistadeldirittocommerciale.com/fascicoli/1921-numero-1/43091-il-progetto-austro-tedesco-di-un-codice-di-commercio>. 最后访问日期:2019年7月16日。

[94] Cfr. Mattone, supra note 90.

莫萨还于1947年创办了《商法、经济法、社会法新杂志》。^[95] 这个名称透露作者认为这三个法是亲戚,应该比邻而居。确实,格朗蒂曾打算以经济法典(或曰生产与交换法典)取代商法典。^[96]

五、尾 言

1942年《意大利民法典》实现了民商合一吗? 我的回答是,要看你怎样理解“民法”或“商法”。如果把两者理解为私法的两个分支,《意大利民法典》没有实现民商合一,而是实现了职团法、经济法或它们共同组成的新商法与民法的合一。墨索里尼时代的商法不是私法,而是社会法、经济法。正因为这样,新《意大利民法典》不是一部纯粹的私法典,而是一部混合法典。

但上述事实被刻意掩盖,意大利学者也热衷于说民商合一(Fusione del diritto civile e diritto commerciale),这可能因为墨索里尼造就的上述合一的背景是国家的过度强势,这是战后的法学家不愿接受的。墨索里尼领导的意大利在二战中的战败导致的意大利人蒙受的耻辱使人们回避现行民法典上的墨索里尼痕迹,这样,谈论民商合一就成了遮盖痛史的膏药。在中国,揭开这块膏药十分困难,因为《意大利民法典》的流行中译本把所有的“职团”都译成了“行业”,从而帮助意大利人进行了掩盖。揭开这块膏药,倒发现二战中的意大利民法学者就力图打破公私法的界限,实现私法的社会化,超越经济人假说把企业当作阶级合作的舞台,由此对他们肃然起敬。反观国内,民法学者也好,商法学者也好,都在津津乐道他们从事的行业的私法性,还在谈论商人主义或商行为主义,未免有些落后。

更有甚者,职团主义是左派的主张,我感受深刻的当代意大利罗马法学的左派传统可以从1942年《意大利民法典》的制定者中找到先驱,对弱者的同情是左派的标志。

中国民法典即将在2020年完成制定,民商合一是既定方案,但商法学者们非常担心丢掉自己的地盘,打算从制定商事法通则出发,最终制定商法典,换言之,采取民商分立的路径。而且,我国学界对“商”的理解十分古典,还在“营利”“商法私法说”上打转转,1930年代的意大利的情况似乎相反,“民商合一”的推动者都是商法学者,他们不怕丢掉自己的地盘,自己投身民法,把自己融入其中,实际上主导了民法。而且,他们放弃了围绕“营利”“商行为”“商人”打转转的商法观,改采企业导向的商法观,而此等企业并不以营利为唯一目标,增进劳资团结、配合国家实现其目的也是其目标,由此实现了商法的社会法化、公法化,而这些似乎尚不为中国学界所知,导致关于民商关系的讨论处于低层次(表现为“不知有汉”)的不幸局面,为此我写作此文意图唤醒民众。要特别指出的是,上述商法观产生于法西斯主义环境,却在法西斯主义覆灭后得到存活。最近读德国学者恩斯特·哈绍·里特尔的《合作国家——对国家与经济关系的考察》一文,其中有“企业的财产被认为具有私人 and 公共的综合属性”“人们必须认识到企业的

[95] Cfr. Mattone, supra note 90.

[96] Cfr. Giustizia, et al. supra note 17, p.7.

公共意义”“大型企业有责任践行宪法上的基本义务”，相应地，“企业不再独自承担全部的市场风险”“作为合作者的国家会积极避免这种危险的发生”“多元化社会逐渐摆脱利己主义的竞争规则”“成员为追求公共福祉有彼此合作的义务”等语，^{〔97〕}让我感到它们不过是对《劳动宪章》表达过的一些观念的重述，由此让我感到一些合理观念跨越政权更迭存活的能力。恩斯特·哈绍·里特尔的上述表述是对当代德国甚至欧洲的国家与企业关系的说明，也是对当代这些地方的商法性质的间接说明，它比我国学界习惯采用的政治国家与市民社会的二分法说明更有时代性和现实性。

Abstract: Because of different understandings to the same terminology, the elements of unification of civil law and commercial law are different in different countries, so is the way of unifying them. The unification of civil law and commercial law achieved by the “Italian Civil Code of 1942” is actually a unification of civil law and new commercial law, which includes traditional commercial law, labor law and certain sects of economic law. Among them, the new commercial law plays an active part; while the civil law plays a passive role. This Italian-style unification of civil law and commercial law is based on the Italian long-term theoretical tradition of the unification of civil law and commercial law, as well as corporatism. This combination of civil and commercial law led to the fact that the civil law has absorbed elements from public law, and the commercial law has borrowed elements from economic law. Although the fascist regime was destroyed, such a system of unification of civil law and commercial has been retained, and its concept of the new commercial law also reappears in Germany. It is a pity that Italy’s model for integrating civil and commercial law has never been correctly interpreted in China. Scholars talked about this model within the framework of the integration of the two branches of private law, ignoring the participation in this integration of factors of economic law, labor law, even antitrust law. The reason for this misreading is that the language of the Chinese academic community concerning the relationship between civil and commercial is obsolete, and there are many unnecessary power struggles in the discussion, with few scientific spirits.

Key Words: Unification of Civil Law and Commercial Law; Labor Law; Economic Law; Corporatism; Labor Constitution

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:许一君)

〔97〕 (德)恩斯特·哈绍·里特尔:“合作国家——对国家与经济关系的考察”,赵宏译,《华东政法大学学报》2016年第4期,第11—16页。