

四川大学校级立项教材系列
— 高等学校法学教学丛书 —

商法教程

主编 李平

SHANGFA
JIAOCHENG



四川大学出版社

四川大学校级立项教材系列

— 高等学校法学教学丛书 —

商法教程

主 编 李 平

撰稿人

李 平 杨志敏 徐 蓉
刘畅 陈 锋 曾 彤



四川大学出版社

责任编辑:李勇军
责任校对:王 平
封面设计:墨创文化
责任印制:王 炜

图书在版编目(CIP)数据

商法教程 / 李平主编. —成都: 四川大学出版社,
2015. 2

(高等学校法学教学丛书)

ISBN 978-7-5614-8337-4

I. ①商… II. ①李… III. ①商法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 023713 号

书名 商法教程

主 编	李 平
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-8337-4
印 刷	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸	185 mm×260 mm
印 张	15.75
字 数	388 千字
版 次	2015 年 3 月第 1 版
印 次	2015 年 3 月第 1 次印刷
定 价	40.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。
电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065
◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。
◆网址:<http://www.scup.cn>

高等学校法学教学丛书

GAODENG XUEXIAO FAXUE JIAOXUE CONGSHU

编委会

顾 问 周应德

主持人 李 平

编委会 (按姓氏笔画为序)

王建平 左卫民 古立峰 龙宗智

向朝阳 李 平 陈永革 里 赞

周 伟 金 明 杨遂全 唐 磊



目 录

导 论	(1)
一、商法与商法学	(1)
二、学好商法知识准备和方法要求	(1)
三、本书的特点和使用	(2)
第一章 商法总论	(3)
第一节 商法的基本原理	(3)
一、商与商法的概念	(3)
二、商法理论假设	(5)
三、商法基本原则	(8)
四、商法与相关法律部门的关系	(10)
第二节 商法的历史演进	(14)
一、外国商法的历史演进	(14)
二、中国商法的历史发展	(15)
第三节 商法的基本制度	(16)
一、商事主体制度	(17)
二、商事行为制度	(23)
第二章 企业法	(29)
第一节 导 论	(29)
一、企业的概念、种类和作用	(29)
二、企业法及其渊源	(34)
第二节 个人独资企业法	(35)
一、个人独资企业的概念及特征	(35)
二、个人独资企业的设立	(36)
三、个人独资企业业主的权利与企业管理	(37)
四、个人独资企业的解散和清算	(38)
第三节 合伙企业法	(39)
一、合伙企业的概念和特征	(39)
二、合伙人与合伙协议	(40)
三、普通合伙企业	(43)
四、有限合伙企业	(50)
五、合伙企业的解散与清算	(53)

第三章 公司法	(57)
第一节 导 论	(57)
一、公司的概念与特征	(57)
二、公司与公司法的发展	(58)
三、公司的类型	(60)
四、公司的功能	(64)
五、公司法概念与特点	(65)
六、公司法基本原理	(66)
第二节 公司设立	(67)
一、公司设立概述	(67)
二、公司设立条件	(69)
三、公司设立程序	(70)
四、公司设立效力	(72)
第三节 公司资本与资产	(73)
一、公司资本及其相关概念	(73)
二、公司资本原则与资本制度	(74)
三、公司资本的构成与形成	(76)
四、公司资产及其相关概念	(78)
五、公司盈余分配	(79)
第四节 公司章程	(80)
一、公司章程概述	(80)
二、公司章程的内容	(81)
三、公司章程的效力	(82)
四、公司章程的制定和修改	(83)
第五节 股东和股权	(83)
一、股东概述	(83)
二、股东资格的取得和丧失	(84)
三、股权	(85)
四、股东有限责任例外	(88)
第六节 公司的能力	(88)
一、公司的权利能力	(88)
二、公司的行为能力	(89)
三、公司的责任能力	(90)
第七节 公司治理	(90)
一、公司治理概述	(90)
二、股东会	(92)
三、董事会	(93)
四、监事会	(94)
第八节 公司变更与终止	(94)



一、公司合并	(95)
二、公司分立	(95)
三、公司转换	(96)
四、公司解散	(96)
五、公司清算	(97)
第四章 证券法	(101)
第一节 导 论	(101)
一、证券概念与特征	(101)
二、证券市场法律监控	(103)
三、证券法基本原理	(104)
第二节 证券发行	(107)
一、证券发行概述	(107)
二、股票和债券发行	(108)
三、证券承销	(109)
第三节 证券交易	(110)
一、证券交易概述	(110)
二、证券上市	(111)
三、信息公开制度	(114)
四、证券交易禁止行为	(120)
第四节 上市公司的收购	(124)
一、上市公司收购概述	(124)
二、要约收购	(127)
三、协议收购	(127)
第五节 证券相关机构	(128)
一、证券交易所	(128)
二、证券公司	(129)
三、证券登记结算机构	(130)
四、证券服务机构	(131)
五、证券监管机构	(131)
第五章 票据法	(136)
第一节 导 论	(136)
一、票据法的历史发展	(136)
二、票据的现实功能	(137)
三、票据的概念、特征与种类	(138)
第二节 票据法基本原理	(139)
一、票据关系与基础关系	(139)
二、票据行为	(141)
三、票据权利	(142)
四、票据抗辩	(144)



五、票据救济·····	(145)
六、票据时效·····	(146)
第三节 汇 票·····	(147)
一、汇票的概念和种类·····	(147)
二、汇票的出票与背书·····	(147)
三、汇票的承兑与保证·····	(153)
四、汇票的付款·····	(155)
五、汇票的追索权·····	(156)
第四节 本票与支票·····	(157)
一、基本概念·····	(157)
二、特殊规则·····	(157)
第六章 保险法·····	(161)
第一节 导 论·····	(161)
一、保险的概念及要素·····	(161)
二、保险分类·····	(162)
三、保险与相关概念的比较·····	(163)
四、我国保险立法概况·····	(164)
第二节 保险法基本原理·····	(164)
一、保险危险·····	(164)
二、保险利益·····	(165)
三、最大诚信·····	(166)
四、近因判断·····	(168)
五、损失补偿·····	(169)
第三节 保险合同通则·····	(169)
一、保险合同的概念与特点·····	(169)
二、保险合同的相关人·····	(171)
三、保险合同的条款·····	(174)
四、保险合同的订立与生效·····	(176)
五、保险合同的履行·····	(178)
六、保险合同的变更、解除与终止·····	(179)
第四节 财产保险合同·····	(181)
一、财产保险合同概述·····	(181)
二、财产保险合同特殊规则·····	(182)
第五节 人身保险合同·····	(183)
一、人身保险合同概述·····	(183)
二、人身保险合同特殊规则·····	(185)
第六节 保险公司·····	(186)
一、保险公司概述·····	(186)
二、保险经营规则·····	(188)



三、保险业监督管理·····	(190)
第七章 破产法 ·····	(193)
第一节 导 论·····	(193)
一、破产概念与特征·····	(193)
二、破产能力与破产原因·····	(194)
三、破产法基本原理·····	(196)
第二节 破产程序·····	(198)
一、破产申请及受理·····	(198)
二、破产程序开始后的效力·····	(200)
三、债权申报与债权人会议·····	(200)
四、破产管理人·····	(202)
五、破产宣告与清算·····	(204)
六、破产程序终结·····	(205)
七、追加分配与复权制度·····	(205)
第三节 破产债权与破产财产·····	(206)
一、破产债权的含义及范围·····	(206)
二、破产财产的含义及构成·····	(207)
第四节 破产程序中的实体权利·····	(208)
一、破产取回权·····	(208)
二、破产撤销权·····	(209)
三、破产抵销权·····	(211)
四、破产别除权·····	(212)
五、破产费用和共益债务·····	(213)
第五节 和解与重整·····	(213)
一、和解·····	(213)
二、重整·····	(215)
第八章 海商法 ·····	(221)
第一节 导 论·····	(221)
一、海商法的概念和特征·····	(221)
二、海商法的适用范围·····	(223)
三、海商法基本原理·····	(223)
第二节 船舶与船员·····	(224)
一、船舶·····	(224)
二、船员·····	(228)
第三节 海事合同·····	(229)
一、海事合同概述·····	(229)
二、海上货物运输合同·····	(229)
三、海上旅客运输合同·····	(232)
四、船舶租用合同·····	(233)

五、海上拖航合同·····	(234)
第四节 海事事故处理·····	(236)
一、船舶碰撞·····	(236)
二、海难救助·····	(237)
三、共同海损·····	(238)
四、海事赔偿责任限制·····	(241)
后 记·····	(246)



导 论

一、商法与商法学

现代社会的商法是立法机关制定的有关商事活动的法律规范的总称。有的国家和地区用商法典体现商法，有的则用民法典来体现商法，还有的用单行商事法律来体现商法。即或是有判例法传统的国家和地区，商法也主要体现为成文法。无论用什么方式来表现商法，商法的功能和作用是不同的。商法在规范商事活动、调整商事关系、构建商事交易秩序方面的作用是其他部门法难以替代的。大至一国经济发展，小到公司经营管理，都可以看到商法的踪迹。然而，并非在任何时候都需要商法，就中国而言，至少在清代以前没有商法，在 20 世纪 50 年代后期到 70 年代后期也没有商法。继而，并非在任何时候的商法都是相同版本，至少目前中国的商法与 20 世纪三四十年代的商法有所变化。这就产生出两个一般性问题：为什么需要商法？需要什么样的商法？于是，商法学产生并有了存在价值。商法学以商法的构造、运行、比较、验证为研究对象。不仅要研究实然的商法，还要研究应然的商法。

进入 21 世纪，中国的商法蓬勃发展，这主要体现在《公司法》《证券法》《票据法》《保险法》《破产法》《合伙企业法》等一系列商事法律得到与时俱进的修订，商法体系和商法规范日臻完善，商事活动与交易秩序渐入法律轨道，公权力经商受到制约，商主体与商行为有了圭臬。然而，商法规则的普遍性与特殊性的斟酌、强制性与任意性的设计、原则性与操作性的沟通、合理性与合法性的统一，依然是需要进一步研究的问题。

如此，商法学与商法的结合就有了两个层面：一个是阐释层面，从理解角度研究商法；另一个是探究层面，从问题角度研究商法。作为教科书，显然应该定位于阐释层面。不过，阐释的方式是多样的，既可以从概念逻辑角度，也可以从条文分析角度，还可以从实证经验角度来阐释既有的商事法律，使学习的人理解法条的内容和熟知法条的运用。相对于民法、刑法而言，商法的技术性规范较为突出，于是商法学教科书往往比较注重对技术性规范的阐释，由此而来的影响是淡化了商法内在逻辑的力量和理论说服力。面对中国商法蓬勃发展的良机，商法学需要有多元路径才能真正繁荣。

二、学好商法的知识准备和方法要求

在法学院的教学计划中，商法学课程一般是安排在二年级或者三年级。在学习商法之前，需要有基本的法理学知识，以理解法律价值、权利义务、法律规范、法律效力、法律责任等一般法学常识。还需要有民法学知识，对于主体资格、民事行为、民事权利、民事责任等专业知识有所熟知。最好还需要有诉讼法和证据法知识，对于程序、证

明、诉讼规则等知识不要陌生。此外,必要的经济学、会计学知识也会对学习商法很有帮助,供求关系、成本费用、财务报表、结算流程在商法学习中不时可以派上用场。当然,以上四个方面的知识是学习商法的一般基础。作为知识掌握,多多益善,但贵在融会贯通。

从本质上看,商法是经验规则。学习商法,不仅仅是知晓商法专业知识,重要的是理解商法的经验规则并能够运用来解决实际中的商法问题。因此,学习商法的方法就不单纯是读书,更需要思考、观察、分析、总结、参与、实践。在我们所处社会环境中,只要稍加留意,就会看到林林总总与商法有关的现象,诸如商店里的营业执照、流动摊贩销售商品、保险公司推销保险、媒体报道股市涨落,乃至大学生自主创业等等,都可以成为观察思考对象。如果能够参加律师的法律服务和疑案讨论,或者旁听法院审理商事纠纷,对商法学习效果会大有裨益。限于条件,也许不能经常参与这样的实践活动。课堂内外的案例讨论和问题探讨应该是很有用的学习方法。总之,无论是阅读还是实践,都需要善于思考、重在参与,才能将条文的商法和课本的商法转化成为你自己可以运用的商法。

三、本书的特点和使用

鉴于上述认识,本书试图在商法学的阐释层面添加一点我们的体会。作为教科书,需要阐明该学科的基本概念,更需要阐释该学科的基本道理。我们认为,商法与其他法律一样,其存在以及内容都是有一定道理的,尽管这个道理可以有不同理解。商法不是技术性条文的堆积,每一件商事法律的存在,甚至一个规范条文的表现,以及规范之间、法律之间的关联,都有着理由支撑。于是我们尽量努力用我们的理解和体会来阐释其中的理由。这就形成了本书的一些特点:

第一,在每一章前,我们给出了凝练的学习提示,将本章之学习目的、主要内容、重点关注,用百余字表述,以期对学生有所指导。

第二,几乎在每一章内,我们都会用“××法基本原理”来表达对这一章所涉及法律的原理性理解。当然,这种理解或许有局限性,比如,我们用风险假设来解释商法,用权利置换来解释公司法,用无因性和独立性来解释票据法,是否合理,有待评判。

第三,在每一章后,我们设计了学习总结与拓展,由关键词、思考题、阅读资料三部分组成。在关键词部分,用该章中的关键词作为知识点快速总结本章的内容;在思考题部分,设计了10个左右具有思考价值(而不是重复记忆价值)的问题和通过案例分析问题,这样有助于学习深入思考和实践应用;在阅读资料部分,我们选择推荐了5~8项与该章有关的法律、司法解释、研究专著、教科书、案例分析评论的目录,引导有兴趣的同学深度阅读和思考。



第一章 商法总论

【学习提示】商法总论是关于商法基本概念、基本原则、基本制度的阐述，是学习商法的基础。学习本章，需要注意对于商和商法基本含义的理解，了解商法的历史演变过程，明确商法基本原则的含义，熟悉商事主体制度和商事行为制度的内容和结构。进而为进一步学习商法具体制度奠定基础。本章探索性地提出商法理论假设的问题，并力求从基本原则角度展示商法理论和规范，也请读者加以留意。

第一节 商法的基本原理

一、商与商法的概念

学习商法，首先需要理解“商”的法律含义。在汉语中，“商”有多种含义，《汉语大字典》对于“商”的含义有十六种解释。^①在古代，“商”具有买卖交易、流通物品的含义，比如《汉书·食货志》称“通财鬻货曰商”，《白虎通·商贾》说“行曰商，止曰贾。商之谓言章也，章其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”。在现实生活中，百姓所称做生意，跑买卖，是为经商。在现代社会，行业分工明显，贸易流通成为行业，于是“商”具有商业的含义。所谓商业，是指区别于农业、工业的一种专门从事货物交易的行业。这与英语上的 Commerce: The buying and selling of goods and services, 有相同含义。此外，有研究者根据马克思关于“在文明状态中，每个人都是商事主体，而社会则是商业社会”^②的论述，引申出“商”是人的一种基本生存方式的抽象概括。^③然而上述对于“商”的含义说明，均不是“商”的法律含义。

在法律学上，“商”是指以营利为目的营业活动。^④商的法律学内涵具有主客观两个基本要素，第一，从主观要素来看，“商”是具有营利目的活动。所谓营利目的，是指通过交易行为获得物质利益回报的愿望。第二，从客观要素来看，“商”是营业活动。

① 古代计时单位，一刻叫一商；商，度也，引申为计议，商量；算术中除法运算的得数叫商；等等。参见《汉语大字典》（缩印本），四川辞书出版社、湖北辞书出版社1993年，第121页。

② 马克思：《1844年经济学一哲学手稿》，人民出版社2000年，第104页。

③ 李功国：《商事主体精神与商法》，载王保树主编《商事法论集》第二卷，法律出版社1997年，第6页。

④ 赵中孚主编《商法总论》认为“法律意义上的商或商事，乃是指一切营利性营业活动和事业的总称”。中国人民大学出版社1999年，第2页；赵万一著《商法基本问题研究》也认为“凡以营利为目的、从事媒介交易的行为，皆被法律上称之为‘商’”。法律出版社2002年，第46页；范健主编《商法（第三版）》认为法律意义上的商，是指为了一定营利目的的经营活动。高等教育出版社、北京大学出版社2007年，第7页。

所谓营业活动,是指具有持续、稳定业务特征的经营行为。因而“商”是主客观营利性的结合,是价值创造和价值转移的活动。由此分析,商不仅仅局限在货物买卖领域,也不仅仅是指商业活动。商法学者曾经将商的基本范围分为固有商、辅助商、第三种商、第四种商^①,不过随着社会经济发展变化,商的外延也会有所改变。比如,从陆商发展到海商,从买卖商发展到投资商,从制造商发展到服务商,凡具有营利目的之营业活动都可以属于商的范围。

学习商法,还需要理解商法的含义。从学理上讲,商法是调整商事关系、规定商事制度的法律规范的总称。商事关系中的“商事”,是指与商有关具有法律意义的事项。狭义的商事,是指商在商法制度中的具体体现,主要包括商事登记、商号、商事账簿、商事契约、商事代理、公司制度、保险制度、票据制度、海商制度、破产制度、信托制度、证券制度、商事纠纷仲裁等。广义的商事还可以扩展到商业竞争、消费者保护、国际贸易等范围。当然,由于法律调整的相对划分,这些范围在我国属于经济法、国际经济法等法律部门的事项。

商事关系包括商事组织关系和商事行为关系。商事组织关系,是指商事主体在分类设立、资格取得、地位确认、组织结构、管理运行、资格丧失过程中产生的关系,是关于商事主体与其成员、商事组织成员之间、商事组织内部机构之间、商事组织与政府之间的关系。如合伙企业中合伙人之间,公司内股东之间,公司股东会、董事会、监事会之间,公司设立与登记机关之间的关系。商事行为关系,是指商事主体在实施商事行为过程中与其他商事组织或第三人之间所发生的关系,主要是交易行为关系,如票据关系、保险关系、证券关系、投资关系、信托关系等。

商事制度,是由商事惯例和立法制定形成的关于商事主体和商事行为以及商事救济的法律制度。商事主体制度是关于商事主体资格取得、运用和丧失的规则。商事行为制度是关于各种商事行为效力、方式、实施、后果的规则。商事救济制度是关于商事主体权利受到侵害时的救济规则。

此外,还需要注意形式意义上的商法和实质意义上的商法之分。所谓形式意义上的商法,就是以商法命名的法律,最为典型的是商法典。所谓实质意义上的商法,是指尽管没有商法之称谓,但却是调整商事关系的法律的总称。如公司法、票据法、保险法、破产法等商事法律。

我们可以通过以下事例来说明对于“商”和“商法”的理解:

事例一 在大学中常常可以看到这样场景:新生报到时,电信公司到学校摆摊销售手机;大学毕业生在临近毕业前夕将自己不需要的物品在学校摆摊出售。电信公司和将要毕业的学生都在实施出售行为,但是电信公司的行为具有“商”的属性,而学生的行为则不具有“商”的性质。电信公司的销售行为要受商法调整,需要考虑商事主体资格、营业能力、纳税义务等。学生的行为则不受商法调整,而受民法调整。

事例二 化工贸易公司销售从化工实业公司购买的化肥,化工实业公司为了销售化

^① 第一种商,买卖商,即一般意义上的沟通生产与消费的中间渠道,又称为固有商;第二种商,辅助商,即辅助固有商营业的活动,如货物运输、仓储保管、代理、居间等;第三种商,银行、信托、印刷、出版等;第四种商,广告、旅游、宾馆等。参见江平、王家福主编:《民商法学大辞书》,南京大学出版社1998年,第609页。



肥而加工生产化肥，化工实业公司为了生产需要而向银行贷款。虽然两个公司分别从事化肥贸易和化肥生产，但是他们的行为都具有“商”的性质。银行尽管不从事化肥贸易和生产活动，但是其发放贷款也属于“商”的范畴。他们分别是贸易商、生产商、金融商。他们的行为都要受到商法调整。

“商”以营利为本质特征，营利与风险相伴而生。营利是“商”的直接追求，但不是商法的直接追求。商法要通过对商事风险的合理有效避免、限制、化解、分配和利用，从而保障营利目的的实现。因此，商法本身并不具有营利性。^①

商法制度和规范较为繁杂，商法体系也颇为庞大。除了公司法、保险法、票据法、破产法、海商法属于商法之外，证券法、信托法、银行法乃至竞争法、合同法中也有商法规范。在这庞大体系和繁杂规范中，是否存在着具有规律性的商法基线，可以为商事立法、商法适用以及商法学习提供指导？本书将通过商法理论假设对此加以探讨。

二、商法理论假设

商法不应该只是一堆缺乏逻辑关系和理论支撑的规则，也不应该只是几个法律文件的排列组合。在长期商事活动所形成的商事习惯的后面，存在着丰富的理由，这些理由也逐渐被总结为解释和说明规则的工具。比如，票据权利只能以票面文字记载为准，概括出票据文义性特征；保险合同的签订和履行要遵循最大诚实信用原则；股东承担有限责任有利于鼓励投资；在企业破产情况下有担保的债权人享有别除权；海事赔偿不适用完全赔偿规则，等等。但是，票据的文义性、保险合同最大诚信、股东有限责任、有担保的债权人的别除权以及不完全赔偿规则之间有何联系？如何解释？电子商务中的规则该用什么理论指导来设计？为什么公司法、保险法、票据法、海商法属于商法体系中的组成部分？商法学科体系是否还可以包容其他的规范？商法学科理论体系如何更有说服力？这都需要理论抽象和理论假设。

商法是调整商事关系的法律。商事关系是在商事活动中建立起来的关系。商事活动的目的是通过商事交易获得利润，这就是研究者通常描述的“以营利为目的”。但必须指出，商事活动的目的并不能等同于商法的目的。营利是商人的本质要求，效率是对营利的衡量，对于商人来说，追求营利和提高效率本身不需要法律加以规范和指导。用法律来促成商人的营利目的和营利实现，犹如训鱼游泳、教鸟飞翔。因为商人逐利的本质会使他想方设法来实现利润最大化。然而，商人利润的实现与否以及实现的方式，会产生社会效果，会对商事活动中的其他主体的利益以至于社会不特定主体的利益产生影响。这是法律对商事活动加以调整的理由所在。可是，从理论上分析，法律如何来面对商事活动中商人利益与其他直接当事人和间接利益相关人之间的关系？其切入点是什么？在商事活动中，与利润和权益密切联系的是风险和责任。所谓风险（risk），是指危险，或意外事故或损失的可能性。^②一般经验告诉我们，利润与风险并存且具有正相关关系。这种一般经验其实是实践的总结，但却难以被每一个商事活动实践所证实，反

① 有教科书在归纳商法特征时认为商法就是营利法，并将其概括为“商法的营利性”。见覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社1999年，第6页。

② 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年，第776页。

而可以被证伪。但是我们可以由此抽象出一个命题“任何商事活动都具有风险性”。这个命题的意义不是要去证明它，而是通过这样一个假设，来解决商法理论基本支点的问题。风险性命题的含义有两层：第一，对商事活动的直接当事人的风险，这里称为直接风险；第二，对商事活动利益相关人的风险，这里称为间接风险。所谓直接风险，是商事活动一方或者多方有遭受损害的可能，比如货物买卖中标的物毁损灭失给双方造成损失，又比如票据流通中的欺诈给持票人造成损失。所谓间接风险，是指商事活动的直接风险传递给其他利益相关人。比如企业破产给雇员带来损害，公司解散使得所生产产品的用户失去产品质量维护的保障，货物买卖中一方违约造成连环交易故障而使他人受损。

商事活动的风险来源多种多样，大致可以分为市场性风险、自然性风险、道德性风险、社会性风险、技术性风险。所谓市场性风险是指由于市场供求不均衡而产生的风险。比如某种商品供不应求导致价格上涨，因供大于求导致商品滞销。自然性风险是指不可抗力产生的风险。如工程施工中遭受地震，货物运输中遇到水灾。道德性风险是指商事主体违反诚信而形成的风险。如签署合同却有意不履行，许下诺言却无故不兑现。社会性风险是指由于政策变化、制度变迁、人为事件如战争等造成的风险。技术性风险是指由于技术落后或者不成熟而产生的风险。人们对于商事活动中风险的看法不尽相同。有的认为，商业所产生的第一个后果就是买卖双方在利害关系上完全敌对和互不信任，采取不道德的手段达到不道德的目的，因而商业就是合法的欺诈。而有的认为，哪里有商业，哪里就有自由和平的社会秩序，就有善良的风俗。^①前者视商事活动风险为道德的祸根，后者则将避免和化解商事活动风险看成善良的源泉。商法乃善法，其善在于对商事活动风险的合理有效避免、化解、限制、分配、利用、管理，从而设计出恰当的规范和制度。

商事风险与商事利润是伴生关系，商事活动是追逐利润的活动，也是挑战风险的活动。为了最大实现商事活动之利润，商事活动当事人自然要想尽办法避免、化解、限制、分配、利用、管理风险。商法也就在这样的过程中经过商事习惯、商事规范、商事法律而不断发展。值得注意的是，商事活动的风险性成为商法规制对象时，商法的价值追求主要不在于效率而在于安全，风险的存在和对安全的追求构成了促进商法发展的张力。如果我们对商法制度内涵加以抽象，就可以发现，其实商法是关于有效避免和限制商事风险、合理化解和分配商事风险、适当利用商事风险的风险管理规则集成。比如，商事登记制度、公示制度、定型化交易制度、有限责任制度、严格责任制度、票据行为无因性和独立性制度、信息披露制度、破产制度、限额赔偿制度等等，都可以从上述角度加以认识。由此，我们可以进一步推进“任何商事活动都具有风险性”命题，发现对风险的避免、化解、限制、分配、利用、管理而形成的制度，是商法的内在衍生逻辑。

长期商事活动中形成的传统商事习惯和商事法规，大多为任意性和选择性规范，其原因在于人们对于商事风险的认识主要是局限于商事活动的当事人之间，遵循意思自治原则，可以由当事人之间自由安排。比如不可抗力的约定就是典型的例子。合伙人对合伙债务承担无限连带责任，源于债务必须履行的基本观念，而这种观念所包含的是债务

^① 李功国：《商事主体精神与商法》，载王保树主编：《商事法论集》第二卷，法律出版社1997年，第11-13页。



风险应当由债务人承担的惯例。当商事组织上升为公司时,投资人为什么对公司债务仅承担有限责任?这其实也是风险分配规则,在公司债权人和公司股东之间重新分配风险,尽管公司债权人与公司股东之间没有直接关系,但是在交易普遍化时代,同一主体在不同法律关系中分别处于公司债权人和公司股东地位的情形,是经常发生的,角色交替博弈过程逐渐显现。股东承担有限责任的风险分配规则,有利于激励投资、增加交易。于是,股东有限责任规则获得认同。商法从商事习惯上升到制定法,最明显的特征是对待风险的处理措施发生变化。在商事习惯阶段,由于商事风险主要影响的是当事人,因而处理风险的措施也就是当事人的意愿以及由此形成的先例。但是,当商事活动的风险扩张到更多人群时,处理风险的合意难以形成,也没有先例可供遵循,于是通过议会立法来处理风险问题便成为必要。立法对风险的处理采用何种态度,是由立法者来替代相关利益者还是由立法者引导相关利益者?甚而立法者要求相关利益者必须服从其要求?表现在法律规范上就是用何种规范处理风险的问题。一般来说,凡是仅涉及当事人之间利益的风险问题,应当尊重双方对风险处理的合意,如果当事人难以形成合意,则提供可以遵循的风险处理规范,而不必直接替代当事人。但是,如果不仅仅是商事活动当事人之间的风险而涉及多数人利益的风险问题,则需要立法者从公正角度提供并要求商事活动当事人必须要遵守的强制性规范。现在,我们用这个原理来解释商法规定中一些难以界定的规范。比如,我国公司法规定,有限公司董事会由3—13人组成,这是任意性规范还是强制性规范?如果从风险处理角度来看,董事会是公司的执行机构和经营决策机构,其决定和执行事项具有风险处理的作用,但是组成人数与风险处理没有直接联系,因而董事会组成人数的规定应该属于任意性规范。然而,董事会对财产的处理(担保、转让、租赁等),这是影响到股东、债权人、职工利益的风险行为,必须遵循强制性规则(得到股东会同意,不影响债权人利益和职工利益,否则无效)。

现代商法所调整的商事关系,已经具有了一定程度的社会性,在这样的基础上处理风险问题,不得不考虑公益。这就是商法强制性规范需要适度加强的理由。在公益与私利、自由与安全、公平与效率等一系列具有内在冲突的价值范畴中,用风险处理观点来看待商法的倾向性选择和协调性兼顾,可以发现商法具有如下价值趋向:

(1) 保障私利,协调公益。商事利益就本质来说,属于私人利益。商事活动的基本性质是私人(法人、自然人)之间活动。一般来说,在私人之间利益不发生冲突的情况下,商事活动的开展会增进私人利益。但是,商事活动又是一种具有社会性的活动。商事活动必然与其他不特定商事主体以及非商事主体发生关系并且可能发生利益冲突。在此状态下,商法的基本态度是划出公共利益的范围,并确定商事活动不得损害公共利益。在不损害公共利益条件下的空间,是商事活动的空间,也是追求私利的空间。商法对私利的保障,不是通过列举私利的种类和范围,而是通过划定公共利益的范围以及列举商事禁止性或者命令性行为规范来实现。因此,私利的主张,可以不需要有具体对应的法律依据,而是考量其是否违反了强制性(命令性、禁止性)法律规范。商法的基本属性是私法,故在私利与公益的关系处理上,采用的是私法价值取向和方法。换言之,商法不负有维护社会公共利益的重任^①。

^① 赵万一著:《商法基本理论研究》,法律出版社2002年,第101页。