

# 论合作社自治的商法机制

郑景元\*

摘要:合作社自治意味着合作社行动的自我安排及其行为结果自我负担。合作社通过营利、营业与互助而构成一种商法自治机制。营利为合作社自治提供内在驱动,并经利用交易论、公平分配论及其背后的国家干预说证成而归于商人制度之下。营业有赖于营业资格的制度支持与营业实践的积极扩张,是合作社自治的外在形式。互助是合作社自治的行为基础;合作社借由互助,能够直面乡村振兴问题,进而促成其自治。由商法思维及其支配下所重构的商人体系,与基层经济民主这些法治元素一起共同消解合作社自治的生存困境,进而支持其有效实现。

关键词:合作社 自治 营利 营业 互助

## 一、引言

自治的本质在于分权——权力被分割成公、私两个部分。其中,私法意义上的自治强调私人的自我行动与自我约束。随着人们自由观念的逐步增强,个人地位必将得到空前提升。合作社作为一种私法人,对其尊重的制度安排理应包括行动的自我安排及其行为结果自我负担。国际合作联盟明确将合作社界定为自治组织,独立于政府部门与私人企业。<sup>①</sup> 该界定至少包括如下含义:(1)此处“私人企业”应指公司、合伙等商人组织。合作社若自治,不仅要独立于政府部门,也要独立于私人企业。(2)此处“独立”,意味着合作社应保持组织活动的独立性,而不应受到任何权力机关的拘束。合作社作为一种经济组织从产生到存续,经历了从他治到自治的历史过程。近代以降,合作社作为弱者自治组织,在农村地区构成了对国家治理的必要补充,甚至发挥着基础性作用。作为一种路径回应,深耕于乡镇之中的合作社在训练农民的经营能力和民主管理方面功不可没,其精神足以构建成为现代国家的基石。

关于自治实现的可行性问题,经典理论早有述及。例如,洛克认为,政治共同体是因人们的自愿、认同与协议而生成的;<sup>②</sup>恩格斯认为,共有产权是自治的基础;<sup>③</sup>托克维尔认为,美国乡镇自治内涵于新教伦理的互助价值和自足精神之中。<sup>④</sup> 由此可见,私人自治的含义不仅是指主体是否享有意志自由,因为受到严格法律限制的公法人也在一定范围内有自决空间,而主要指主体能自我立法,以单方或共同决定的方式创设行动准则。<sup>⑤</sup> 应该说,上述经典论述正好证成了自治概念所涉及的自主、自立和互助三个方面。我国合作社自治作为一种制度安排已经运行了 30 余年,但路径依赖问题依然严重:一是自主性问题,因过度嵌入政治关怀所引发的营利意愿性危机,合作社治理更多依赖外力“捏合”,存在着“自治已死”之虞。二是自立性问题,一个组织体仅以意愿很难实现自治,还需要自身所具有的自我行动能力。然而,农业特性与合作

\* 扬州大学法学院教授、南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员  
基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX022)

① 参见管爱国、符纯华:《现代世界合作社经济》,中国农业出版社 2000 年版,第 2—6 页。  
② 参见[英]约翰·洛克:《政府论(下)》,商务印书馆 1996 年版,第 63 页。  
③ 参见《马克思恩格斯选集》(第 4 卷),人民出版社 2012 年版,第 109—110 页。  
④ 参见[法]托克维尔:《论美国的民主》,商务印书馆 2013 年版,第 74 页。  
⑤ 参见谭启平、黄家镇:《民法总则中的法人分类》,《法学家》2016 年第 5 期。

社行动能力间依然存在着难以缓和的紧张关系,营业能力关乎合作社自治的商法机制生成。三是互助性问题,互助性要求合作社社员之间设定必要的道德边界,具有常态下的自我控制能力与越界后的自我修复能力。就此看来,自治意味着人们在私人生活和公共活动中必须具有自我判断、自我负担的行为能力与彼此关照的道德义务。<sup>①</sup>然而,因受政治干预的不可避免性与自身小微性的深度影响,合作社如何互助仍然是一个有待进一步探讨的法学疑难问题。另外,如何借由商法思维、商人体系与基层民主这些元素一起来共同消解合作社自治的生存困境,进而支持其有效实现,似乎还需要从更宏大、更抽象层面加以证成。

由是观之,合作社自治的有效实现并不能一蹴而就。可以说,合作社自治是在国家高度管制的计划经济解构过程中产生的,又是在市场经济重构过程中自我觉醒的。为此,作为一种视角转换,本文拟借由商法方法来论证合作社自治的商事可能性,也即在商法范畴内合作社商人的自治实现几率与发展趋势。这种探索的逻辑思路是:依据商人社会背景,预判合作社摆脱传统路径依赖,而实施商事自治。具言之,合作社自治是以合作社营利驱动为起点,经由营业外观过程,再以商人互助来有效实现的。而合作社自治的商事可能性则意味着合作社可借由商事路径实现自治,并向商人体系寻求系统性的支持。合作社异于政府组织,也异于优先得以自主存续的公司、合伙等商人组织,更异于红十字会、基金会等非营利性组织。合作社自治的商事可能性取决于营利性能否作为其内在驱动力,是否具有商事能力以及两者如何借由法律形式来加以规范等商法机制问题。<sup>②</sup>

## 二、营利:合作社自治的内在驱动

我国乡村经济大多凭借其内在力量来践行自我治理。<sup>③</sup>近代以来,随着国家主义的日益膨胀,乡村中分散的小的共同体根本无法适应强大的外部挑战,乡村自治日趋式微。特别是在中华人民共和国成立以后,我国对农村实行社会主义改造,计划经济及其治理方式因“特殊价值”而被具有浓厚意识形态的人民公社体制所取代,这种特殊表现为人民公社体制可以在某些方面满足农民的“平均”需求。这种与计划经济相适应的公社体制最终导致农民自治意思遭遇到空前挫败,农村治理只能依赖外部力量强行推进。此后,随着联产承包责任制的实施,其家庭经营特性与中断若干年的传统家户经济相衔接。自此,基层自治便从乡村自治转向村民自治,其经济上的自我治理特性又必然地落实到合作社自治上面。为此,在村民自治下,合作社自治依靠社会内在力量践行着自我治理。<sup>④</sup>这种内在力量所产生的一个结果就是合作社基于自愿而结成的利益共同体。这里的自愿通常表现为合作社自主决定的同意意愿,也即社员及由社员联合而成的合作社享有自主选择权,并将其作为实现自治的内在动力。由此看来,合作社自治的实现有赖其主观认同。一般来说,人们可基于政治、宗教、文化乃至经济等各种目的而组建相应的自治体。而这种目的就成为自治体实现自治的内在动因。值得提及的是,基于经济动因设立的自治体,有公司、合伙、独资等商人类型。在传统意义上,这种经济动因通常被表述为营利性。然而,营利性是否为组建合作社的内在动因?如果我们打算承认合作社是一种商人组织,又如何能在合作社与营利性之间作建设性地嫁接?这涉及合作社的法律性质及其适用法律的问题。

我国学界对于合作社法律性质的认知主要有“非营利法人说”<sup>⑤</sup>“公益法人说”<sup>⑥</sup>“私益法人说”<sup>⑦</sup>等观点。这种分歧性看法的背后或许基于那些备受诟病的事实:合作社是政府组织的附属,或仅被作为一种去商人化的民事主体。但无可置疑的是,在市场经济条件下,当合作社挣脱传统的政治关怀与道德叙事后,

① 参见[英]戴维·赫尔德:《民主的模式》,中央编译局出版社1998年版,第380页。

② 需要注意的是,由部件互相关联构成的、由人所操纵的无生命机器不能等同于由主客观要件和内容形式诸要件所建构的法律机制。由机制所塑造的拟制人可以从事市场活动,具有自我行动和自我负担的能力。本文的商法机制正是在后者意义上探讨的。

③ 参见徐勇:《中国农户制传统与农村发展道路》,《中国社会科学》2013年第8期。

④ 参见徐勇、赵德建:《找回自治:对村民自治有效实现形式的探索》,《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2014年第4期。

⑤ 参见米新丽:《论农业合作社的法律性质》,《法学论坛》2005年第1期。

⑥ 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第143-144页。

⑦ 参见张则尧:《比较合作社法》,中国合作文化协社1943年版,第36页。

不得不从自身利益考量而倒逼到观念世界这一元认知层面,<sup>①</sup>也即商事营利性理论的再构问题。

传统理论认为,营利是一种行为人谋求超出投资利益以上的利益而将其分配与投资者的行为。<sup>②</sup>但如何理解,学界似乎有所分歧。民法学者大多倾向于分配的正当性分析,而商法学者则从商事外观主义出发,强调行为人通过经营活动而获取经济利益的交易性。但从制度变迁角度看,无论是民法分配论还是商法交易论,在营利观念中始终存在着外在权威规则,如早期的家父权力以及后来的国家干预。<sup>③</sup>这样,营利观念就形成了由交易、分配和权力组成的三元结构。在这个三元结构中,交易的目的是为了利润,与之相匹配的分配是一种效益性的,而权力的干预又往往具有绝对性。

自由竞争是合作社自治赖以成就的外部条件,但其可能会引发市场的两极分化:一方面公司作为竞争的强者,往往会在传统营利驱动下控制市场;另一方面,诸如合作社等商主体也会因此受到排挤而陷于困境。为求得生存,它们试图或者重新融入竞争市场里边。然而,既有营利机制很难覆盖这种组织类型。为此,更多竞争失败者试图通过合作社这种另类组织来逃脱传统营利机制束缚而寻求新的制度性安排。随着合作社的出现,与之相机产生的营利观念也不得不随之扩张。而这种扩张恰恰为合作社的自治提供了现实依据。

在营利观念中,利益是通过交易来实现的。传统理论坚持“利益的本质就是利润”的观点,但随着社会需求的多元化,现行理论对利益概念必须作出相机性诠释。也许其内涵更为丰富,起码在利润之外尚有利用存在之余地。<sup>④</sup>甚至在某种条件下,这种利用利益还是主要的。例如,五个农民购买电冰箱如何使用以求得利益最大化效果。这里有两种可行性分析模型:五人如果购买电冰箱后产生对外经营的想法,既可以选择设立公司,亦可以选择合伙企业;而五人如果买后共同利用,则不妨考虑设立农业消费合作社。从上述两种选项中可知,基于不同目的的考虑会有不同的行为选择,因交易所获取利润是前者设立的目的,而成员所获得稳定的交易利用则是后者设立的目的。<sup>⑤</sup>

随着交易利益的扩张,利益实现路径也会相机变动。一般来说,从利益实现状况来看,交易可分为现实交易、期待交易与去交易三种。现实交易的典型形态为买卖,其本身就是交易;期待交易的典型形态为生产,虽然生产本身并不构成交易,但在现代市场经济下,生产目的就是为了交易。这正是生产性公司因受公司法规制而成为商人的原因。而去交易的典型形态则为消费。从根本上说,这种形态不可能进入交易领域,也即不存在交易可能性,故而不受商法调整。关于期待交易与去交易的典型规制莫过于《俄罗斯联邦民法典》。该法典将生产合作社视为商人,而消费合作社则确定为非商人。<sup>⑥</sup>另外,交易内涵扩张的背后也伴随着政府对市场从“守夜人”到积极干预的态度变化,如政府通过财政补贴和反垄断豁免在制度上给予合作社以最大限度的实质性的扶持。

随着商人社会的进一步分化,每件商品都凝聚着相应的劳动和资本。而如何将商品收益在不同要素之间进行分配,并能有效保证与促进下一步分工的进行,仅依效益性分配制度的保障是远远不够的。为此,一种有别于效益导向的公平性分配模式应运而生。如果效益分配被当成通过引进竞争与激励机制而将社会财富由穷人手转移到富人手时,那么公平分配也应是一种保护机制,但社会财富必然反向地借由再分配方式由富人圈子而聚合到穷人群体。<sup>⑦</sup>而如何处理公平与效率之间的紧张关系历来就是一个法

① 元认知,意即对认知的认知,个体对现行认知活动所作的调节。元认知论早已超越了具体情境而适用于多领域问题解决活动。就此来说,合作社自治过程也是一个元认知的发展过程。

② 参见江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第53页。

③ 早期具有支配性的权力仅存于作为交易主体的家庭内部。在家庭中,一旦收入为一个家长所独占或基本独占,家庭内部就会出现矛盾,使得分工变得不协调;后来,虽交易外溢家庭,但国家权力并没有因此受到约束。由此看,历史上,无论家父权力还是国家权力,均缺乏公法的必要约束,具有权力干预的绝对性。

④ 参见郑景元:《商事营利性理论的新发展》,《比较法研究》2013年第1期。

⑤ 值得说明的是,根据《中华人民共和国农民专业合作社法》第12条之规定,合作社设立的人的要件为5个以上符合规定条件的成员。

⑥ 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀等译,中国大百科全书出版社2007年版,第25页。

⑦ 参见杨燕绥:《社会保险法》,中国人民大学出版社2000年版,第23页。

律两难问题。也许分配多元化是一个可以践行的解困之路。这种多元分配制度充分利用了公平与效率间的内在张力关系。为此,处理这种张力关系的可能策略就是对分配制度折中调整,以使其覆盖或延伸到公平性分配。

总之,营利观念若固守传统内核,即使存在合作社,也必然导致其公司化或政治化的后果。为此,利用交易论、公平分配论及其背后的“国家干预说”应运而生,并归于商人制度之下。由此看来,营利观念的内核扩张解决了合作社自治的“想”的问题。当然,在这种制度安排下,不管外在的“三农”任务还是内在的“按交易额分配”,国家只能在法律限度内加以干预,呈现出权力的相对化趋势。

### 三、营业:合作社自治的外在形式

如果说营利是为了解决合作社自治的“想”的问题,那么营业则是为了解决合作社自治的“能”的问题。而作为“能”的营业几乎渗透于商法的各个环节,如营业主体法定主义、营业事项公示主义、营业组织维持主义、营业行为外观主义、营业责任严格主义等。因此,从某种意义上说,现代商法就是营业法。而营业法通常会涉及营业资格、营业活动、营业财产等内容。<sup>①</sup>正是这些营业内容支撑和保障着营利目的的实现。而营利目的的实现又反过来促使着营业内容的完善。在这方面德国商法学者卡纳里斯的观点颇具启发意义。他认为,商法扩大了私法自治的范围:<sup>②</sup>一方面商人善于交易且富有经验而仅需要法律的低度保护;另一方面,私法自治的限制与商事交易的形式化之间存在冲突,<sup>③</sup>也即商人低度保护与区别对待之间存在着一定的紧张关系。作为一种新型商人,合作社必须相洽于营业内容,尤其是合作社自治的有效实现与营业资格、营业财产、营业活动之间具有一定的内在亲和性。<sup>④</sup>

第一个具有内在亲和性的表征是,合作社自治能够有效实现有赖于营业资格的制度支持。这种支持不仅有理论上的证成,还有实践上的检验。

在理论价值方面,营业资格对合作社自治具有证成可能性。合作社融入商人体系进行自治活动的依据便是其营业资格。这种营业资格有可能为市场竞争提供平等机会,为争取商业利益提供分配正义。通过反垄断豁免、财税支持、公共与私人边界划分等制度安排,营业资格助力着合作社自治的有效实现。

营业资格不仅规定平等价值,还对商人秩序作出了理性安排。从历史上看,合作社失败恰恰在于特定背景下的政治关怀与道德叙事,并可能因不具有营业资格而陷于充满无限危险的状态。由此看来,营业资格具有制度防御功能,可有力对抗来自国家的随意干预,为合作社自治提供一种具有可期待性的、安定的商法秩序。

营业资格背后隐含着对合作社自治所进行的公平性阐释,即作为商人谱系中的弱者与少数者所应该受到的公平待遇。在法理上,共同兼顾的民主制度构想为我们解释了很多人的共有直觉:当一个社会中大多数人对少数人的利益加以贬损时,这个社会应该是偏离正义的;<sup>⑤</sup>反过来,当少数人开始蔑视多数人的诉求时,社会也许就会面临重新洗牌。商人社会中,作为强势一方的公司与弱势一方的合作社之间的关系也正同样遭遇着合法性危机以及进一步被解构的命运。基于此,营业资格就有可能成为缓和社群间的利害冲突、保障包括合作社在内的商人自治的一种有效手段。

在实践方面,营业资格能够固化合作社的独立人格,提升合作社的自治信仰。基于营业资格,合作社

① 参见朱慈蕴:《营业规制在商法中的地位》,《清华法学》2008年第4期。

② 参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第8页。

③ 参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第36页。

④ 从逻辑上说,营业与合作社自治之间存在着三种可能性:(1)无涉。营业为公司、合伙等商人所独有的制度,与合作社无涉。营业多在公司、合伙、独资企业等商人语境下探讨,而将合作社归入政治性和自助性范畴。(2)因果关系。营业是合作社自治的物质要件,也因营业而导致合作社自治。(3)内在亲和性。在生物病毒学上,病毒仅在相应的活性细胞内生长,生物病毒与细胞之间是一种良性互生关系。作为一种概念移植,营业便构成了合作社自治的有益环境与生存方式。参见郑景元:《合作社商人化的共生结构》,《政法论坛》2016年第2期。

⑤ 参见[美]罗纳·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2013年版,第23页。

可以有效排除他人干预,秉持商人谱系下的自治。不仅如此,营业资格还是合作社开展公私合作的实践要求。

当下,营业资格在合作社自治中还存在着诸多尚待探讨的问题。例如,具有营业资格可以从事各种营利性事业,但没有营业资格能否从事营利性事业?从事营利性事业是否皆为商人?答案是否定的。这是因为,一方面美国、日本等几乎所有实行市场经济的国家的非营利组织均可从事营利性事业,而并不仅限于营利性组织;<sup>①</sup>另一方面,也并非所有主体都可经营营业。因为商事营业比民事活动可能面临更多的风险,也即一般情况下,挣利润的老板会比拿工资的雇员更快地发财致富,但前者却存在着组织关停并转等经营风险。因此,绝非所有人都具有商事能力。<sup>②</sup>从合作社自治角度看,笔者认为,营业资格可作如下理解:

规范意义上的合作社,无论是否属于商人,是否具有营业资格,皆可从事营利性活动。我国《农民专业合作社登记管理条例》第3条规定,农民专业合作社依法登记,领取法人营业执照,便取得法人资格。未经登记,不得以农民专业合作社名义从事经营活动。据此,营业执照不仅是一个商人拥有商事能力的外观,而且还是商人资格的载体,即营业执照在现行制度安排上具有商人资格和营业资格的双重权证功能。当然,公司下的营业资格与合作社下的营业资格并非同一概念。例如,《中华人民共和国公司法》在赋予公司营业资格后,实行股东“一股一票”、资本多数决、按出资额分配等效率机制;而《中华人民共和国农民专业合作社法》(以下简称《农民专业合作社法》)则在赋予合作社营业资格后实行社员“一人一票”、人头主义、按交易额分配等公平机制。营业资格存在着法律规制上的二元性。

传统理论认为,商法所规制的商事交易具有快捷性。为保证商事交易效率,法律要求以交易人的外在表示为基准来确定其行为的法律效果,此即外观法理。值得思考的是,像合作社这种存在着竞争劣势的市场主体并不具有完全竞争能力,能否完全适用外观主义?基于此种质疑,笔者认为,合作社所具有的营业资格应该是一种在法律上需要特别“公平保护”的商业资格。

鉴于此,营业资格可能会为合作社自治提供如下制度支持的有效路径:

明晰营业资格边界是合作社自治的制度前提。(1)营业资格与商人资格的区分。依据商法理论,两者属于不同层面上的问题。商人资格是一种法律人格,而营业资格则以商人资格的存在为前提。<sup>③</sup>(2)营业主体不同于投资主体。两者均属于商人范畴,但具有营业资格的营业主体属于特定民事主体,其标志在于具备营业资格,并据此直接从事商事交易。而某些特定的投资主体即使进入了营业领域并进行营业投资,但因其不具备营业资格,并不能或者不需要直接从事经营性的商事交易。<sup>④</sup>(3)合作社营业资格的专属性。基于营利性在交易分配上的多元性,合作社营业资格明显异于公司、合伙等商人组织,而具有交易目的利用性和分配方式的公平性。应该说,这种专属性为合作社自治提供了一种具有个性化的制度保障。

营业资格的目标锁定有助于借由协商民主方式达至合作社自治。法人目的与政府目标是不同的。为社员互助目的而自主选择治理形式是合作社的题中应有之义,法人经营目的是内生性的;而当下“三农”任务,则为政府目标,来自国家公权的外在控制,是外生性的。为此,合作社在选择治理形式时需要考虑政府目标,但更应强调“自己认为合适”,以充分表达社员的自由意志。一种有效方式是,通过民主商谈求得法人目的与政府目标的一致。随着城镇化进程的加快,农村市场竞争的逐步规范,合作社的未来发展,一方面不仅要依靠自身选定商人类型和自立经营,而且也要依赖政府的资金和政策扶持;另一方面,政府为实现其“三农”任务,也必将以专业解决“三农”问题为目标的合作社作为首选,从而实现一种公私合作。当然,这种实践有赖法律的明确规定,从而使得政府的外部监管富有效率,合作社也会在落实政府公共政策时更具有自主性。

① 参见金锦萍:《非营利法人治理结构研究》,北京大学出版社2005年版,第18—19页。

② 参见[法]伊夫·居荣:《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第36页。

③ 参见顾功耘:《商主体营业资格应与主体资格相分离》,《扬州大学学报》(人文社会科学版)2011年第2期。

④ 参见肖海军:《论商主体的营业能力》,《法学评论》2011年第5期。

第二个具有亲和性的表征为合作社自治需要营业实践的积极扩张。商人取得营业资格后便进入营业实践之中。与营利二元性相对应,营业实践在内涵上也是丰富的,主要表现为营业实践的主、客观划分。主观意义的营业系指商人的营利活动,具有独立性、有偿性、持续性、外观性、非人身依附性等特征;客观意义的营业则指营业财产,具有组织性和手段性(为实现营利目的)等特征。这种区分至少存在两个问题:(1)作为动机意义上的营利与作为主观意义上的营业之间的边界如何界定。依据法律理论,不仅营业财产属于客观范畴,营业活动及其状态也应该归于客观方面,而非主观意义上的营业。(2)营业性能否完全满足二元结构下的营利性,也即现行营业实践是否存在外延扩张的必要性。如前所述,在商事交易中,外观法理要求以交易人的外在表现为基准来确定其行为的法律效果。如果营业在商法上具有外观意义,那么无论是营业活动还是营业财产都必须通过客观形式加以表彰,否则就失去了外在公示意义。根据外观法理,营利目的有赖于营业内涵的必要扩张。

既然营业实践随营利目的而作相机扩张,那么这种扩张的边界在哪里?也即营业实践的扩张能否融洽于合作社自治的有效实现。我们知道,合作社有购销合作社、生产合作社和服务合作社等类型。它们通常经历由交易到生产再到服务、从商业到工业再到农业的过程,呈现出商内涵的外拓性。为此,商的发展过程拓宽了商法调整的领域,商的发展结果衍生了大量的商人活动的新领域和由此而形成的新的商事关系。在农业现代化进程中,基于合作社营业实践而形成的农业商事关系便是其中之一,其出现必然会向传统的商法观念和商法理论提出新的挑战。

在农业自然属性方面,营业与合作社自治之间可能存在着难以缓解的紧张关系。农业具有地域性、变动性与季节周期性等自然属性。这些属性是对自然规律准确描述的结果,并已证明其自身的有效性。因此,人们的认知并不会对其有所损益,也因此不存在应然和实然的区别。由此看来,营业对于自然规律来说是没有实践意义的,并进而生发了农业自然属性与营业特性之间的紧张关系。然而,作为一种意志规范,商法并不像自然界那样存在着一种难以撼动的自然规律。由此看来,商法并不能就农业自然属性作出任何变动,而只能选择赋予营业更多的公平价值,单向地附和性扩张,以此实现应然与实然的区分,从而建构一种适应、顺应自然规律的技术性规范,尽可能地促进合作社自治的有效实现。例如,在保持自然规律不变的情况下,我们可以通过加强转投资、农业保险与财税支持、反垄断豁免等措施,来相对缓解营业特性与合作社自治之间的紧张关系。

在农业社会属性方面,营业与合作社自治的有效实现之间则呈现出一种社会关系。这归因于农业所具有的农民身份性以及资金匮乏性等社会属性。这种社会属性与营业之间的紧张关系通常表现为成员的非身份性与农民身份性之间、资本竞争性与资金救济性之间。然而,与农业自然属性不变性相区别的是,农业社会属性本身存在改善的余地,因而商法可对营业与社会属性进行相机性的双向扩张。这种扩张策略为,一方面商法赋予营业一定的公平价值;另一方面,通过对农业社会属性本身进行完善,以达到规范与事实间的有效对接,进而达到合作社自治的有效实现。

农业人口流失与素质保障是一个需要认真对待的问题。也许我们可从日本拟制农民制度中得到些许启示。《日本农业经营基础强化促进法》将拟制农民作为经营农业的核心力量,他们大多是政府从大学毕业生中招募培养的,目的在于提高农业商事经营能力与科技运用能力。为此,拟制农民一旦得到政府认定,均可享受诸多农地经营的优惠政策。反观我国,在历史上,农民作为一种人格性身份(与契约性身份)长期存在,以农民定位合作社存在着极大的傲慢与偏见,可借鉴日本的拟制农民的规定,以改造之。除普通大学生经招募而成为拟制农民外,我国还可借由职业技术学院进行“技术农民”的培养。当然,这应该区别对待。农村教育尤其是贫困地区、农业大区的教育模式亟待由精英教育向生存教育转化,让更多人掌握更多的生存技能,从而让这些乡贤在农村能够长期居留与施展才华。同为发展中大国,印度有一万多个教育机构中的80%以上都以培养技能型人才为目标。而美国也正在开展“工匠运动”和“白宫工匠嘉年华”

活动,其主旨就是培养专业技术人才,值得我们思考。<sup>①</sup>在财产方面,合作社通过取得反垄断豁免、财税补贴而增加外部经济支配力,借由互联网技术和新兴媒介发展,合作社在信息方面也可自主取得比较优势。基于农村财产和营业实践的特殊性,法律应赋予合作社社员除货币、一般实物、知识产权外,还包括宅基地使用权、土地承包权、经营权、劳务、待收农作物等更为宽泛的出资方式,并且这些出资物价值均由社员民主认定。为此,合作社需借由营业内容扩张来达到自治的有效实现。

#### 四、互助:合作社自治的行为基础

互助是一种抱团取暖的生存方式。当某个成员处于弱势,或遭遇不利时,组织其他成员志愿为其提供资助。在这种组织中,人人居于对等的地位,每个人为他人付出帮助的同时,可以享受来自团体的帮助,也即每个成员除能得到其他处帮助外,自己首先具有帮助其他成员的道德义务。由此看来,互助本质上是一种在法律限度内的自我约束,属于道德约束范畴。

从运行模式看,合作社是一种互助组织,本质在于“人人为我,我为人人”。<sup>②</sup>在互助机制下,合作社社员因助己与助人而建构成具有道德意蕴的较为稳定的利益关系。应该说,合作社之所以在历史长河中没被淹没,反而日渐勃兴,互助机制功不可没。这主要体现在合作社互助机制的事实和规范之中。英国罗虚代尔公平先锋社章程开宗明义地提出了建社目的在于增进社员经济利益、改善社员社会地位及实现公平民主价值,以期达到全社区乃至全社会的经济社会协同发展。因此,合作社一经成立,便得到人们的深度认同,并很快在世界范围内掀起合作运动,成为世界各国改善贫困人口的经济、社会和文化条件,消除贫困的重要途径。<sup>③</sup>由此看,合作是互助的,不是自私的,至少在自助与助人中实现互助;合作行为也是民治的,而不是官治的,在民治中实现民主自足。而互助与民治的法律成效就是合作社自治。为此,1895年国际合作联盟明确将社员互助价值确立为合作社的基本原则。《农民专业合作社法》第2条也将合作社明确定性为互助组织,为最大限度实现其自治提供行为基础。由此看来,在与公司的经济竞争中处于弱势地位的合作社,只有通过互助才能存续和发展,<sup>④</sup>并为合作社得以自治提供行为基础。

合作社借由互助,能够直面当下乡村振兴问题,进而促成其自治。从某种意义上说,农民问题在法律上表现为农民权利及其救济问题。为此,一种可能的路径就是,农民通过互助,进而组建合作组织来提高自身的组织化程度,以增强其整体竞争力。这种竞争力可积极克服来自公司的挤压,也可有效摆脱公权的干预。正如有学者所言,城市化的最大弊端在于人们过于强调工商业的重要性,而忽视农业的基础价值;而城市政策又在公权配合下使他们卷入到远方的冒险事业中。<sup>⑤</sup>

在市场丛林法则的支配下,合作社只能凭借互助机制与公司分庭抗礼。根据理性经济人法则,公司必然凭借其经济优势而处于市场支配地位,合作社难有存续余地,进而引发“三农”问题。对此,除外部救济外,合作社可通过互助机制进行自救:处于弱势地位的农民联合起来组成合作社,为自己提供市场不愿提供的服务,进而参与市场竞争,以聚合方式增强农村市场的地位与讨价还价的能力,从而避免公司的强力挤压。经验证明,合作社互助机制确实对修复农村市场失灵、实现自身自治具有一定的积极作用。

合作社互助不仅可以解决市场失灵问题,还能有效克服政府失灵问题。现代社会是由市民社会和政治国家共同构成。当市场无形之手失灵时,人们会本能地想到国家如何利用有形之手进行救济。然而,国家并非万能,当政府全能地经营市场时,自身也可能会出现政府失灵问题。这种失灵可能引发的潜在风险在于,全能的政府因履行了一切社会职能,使得人们对国家所负担的义务越来越多,而公民之间的义务反

① 参见刘奇:《中国农业现代化进程中的十大困境》,《行政管理改革》2015年第3期。

② 从内部合作看,合作社是一种互助组织,而从外部合作看,合作社之间也可结成合作社联盟,构成一种互助联盟。本文兼指这内外两种情形。

③ 参见屈茂辉等:《合作社法律制度研究》,中国工商出版社2007年版,第62页。

④ 参见张德峰:《论合作社社员退社的法律限制与保护》,《法商研究》2016年第3期。

⑤ 参见[俄]克鲁泡特金:《互助论》,商务印书馆1997年版,第199页。

而越来越少,并可能最终摧毁依道德义务所形成的公民互助机制。<sup>①</sup>为此,政府和市场必须共同构成成为一种互补型法律关系。政府干预市场的局限性,一方面受制于市场要素的社会属性和法律属性;另一方面,也受制于政府自身对发达市场的管制能力。换句话说,政府与市场的有效互动必须在法律限度内确立各自的行为范畴。<sup>②</sup>遗憾的是,我国因合作社立法层级过低,互助机制存在被严重扭曲之虞。实践中,我国各地创造出合作制、股份制抑或股份合作制等模式,但在遭遇定性乃至异议等问题时,只能由政府代决。然而,政府意定重在实现“三农”任务,而非合作社互助目的;基于“三农”任务,无论政府代决如何定性还是如何异议全被淹没在公权力的话语之中,其价值仅在于为政府决策提供某种“法律背书”,因此相对于合作社互助机制的意思表达来说,并无多少实际意义。通常,政府一方面行使着合作社经营决定权,但另一方面,它又不愿为此而付出更多的政策支持;相反,他们往往倾向地设定那些能够减轻自身负担的事项。由此我们不难理解为何股份制和股份合作制成为当下我国合作社类型的重要选项了。应该说,合作社法定并不否定合作社互助机制,反而通过法定提供一种合作社“想要”的东西,而非由政府代定,试图以政府任务提供合作社所“需要”的东西(而事实上合作社未必“想要”)。也许某些时候合作社互助与政府任务会呈现出一致性,“需要”与“想要”达到某种程度上的统合,但在更多情况下,两者之间并不一致,也即政府所“需要”的并非合作社所“想要”的。政府试图将两者混同,必然产生“负外部性”,<sup>③</sup>替代合作社决定,使其互助成为不必要。然而,合作社互助与政府任务能否保持一致,则有赖于双方能否找到利益的结合点。为此,随着经济的持续发展和城镇化的进程加快,合作社意欲在激烈竞争中立足,仍需政府的积极促进;而政府为了实现其“三农”任务,必须认真执行相关促进措施,以让市场这只“看不见的手”来高效配置农村资源。另外,通过互助机制来弥补路径依赖的缺陷,实现由政府强制到私法自治的转换。而合作社自治能否实现取决于其互助机制:(1)保持互助机制的道德张力,合作社可以根据条件变化而预留必要的意思自由;(2)保持互助机制的主体间性,<sup>④</sup>合作社在农村市场竞争中始终拥有与公司等其他商人的平等地位;(3)保持互助机制的民主精神,合作社与政府之间借由沟通理性而构建成一种商谈模式。

总之,合作社借由互助机制,不仅可以强化其内在聚合力,还可以“抱团取暖”,有效展开农村市场竞争,更可以积极追求本身“想要”的东西,而排除政府“家父关怀”的强加其身的“需要”。据此,互助机制提供了合作社自治的行为基础。

## 五、余论:合作社自治的有效实现

合作社自治并不意味着对公司商人帝国产生挑战。竞争是市场经济社会企业极为常态性的生存行为。而有竞争便有失败,作为失败者的结合——合作社——便是这种商业竞争的产物。就此来说,合作社是不可避免的。合作社产生后,不仅不会挑战公司商人,可能还会对其存续有着成就价值。这种成就也许得益于公司与合作社所具有的经济上的连锁关系。有学者探讨西方合作社目标的内涵,认为合作社最先为实现社员利益最大化,具有目标的个体性;随之向外扩张,并实现经济剩余的最大化,具有目标的二元性;后来转变为以实现盈余最大化为目标。<sup>⑤</sup>而这些目标均可辅助公司商人实现社会责任、提供公司商人“孵化器”等。由此看来,合作社目标是相机而动的,合作社无论异化与否,均不构成对公司商人的实质性挑战。为此,由商法思维及其支配下所重构的商法体系,与基层民主这些法制元素一起来共同消解合作社自治的生存困境,进而支持其有效实现。具体而言:

首先,以商法思维所构建的公私合作关系确认合作社自治的有效实现。任何法治都涉及人与制度的

<sup>①</sup> 参见[俄]克鲁泡特金:《互助论》,商务印书馆1997年版,第205页。

<sup>②</sup> 参见秦小红:《政府干预农业市场制度创新的法律机制》,《现代法学》2016年第1期。

<sup>③</sup> 在现代经济生活中,外部性通常指政府行为对企业和个人所具有的各种影响。就政府行为对合作社的影响来说,其效果有正外部性与负外部性之分。前者指因政府行为的积极影响而使合作社受益,如政府通过对合作社进行财政支持、反垄断豁免等而增进其市场竞争力;后者指因政府行为的消极影响而使其受损,政府违背合作社意愿而代其进行商人类型选择,其结果导致合作社自决困境与经营失败。

<sup>④</sup> 指主体对他方意思的推定,本文特指彼此间基于平等关系而形成的互助关系。

<sup>⑤</sup> 参见丁为民:《西方合作社的制度分析》,经济管理出版社1998年版,第205—206页。

关系问题。应该说,一个社会的良好发展,不仅需要人与制度的各自完善,而且需要彼此互动。为此,以人性完善来推进制度,以制度完善来驯化人性。“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往。”<sup>①</sup>就此来说,追逐营利与人性发展并不相悖,反而能够推进商法制度的完善;而商法制度的完善又会积极引导着人们的营利欲望。就此来说,《农民专业合作社法》中的商法思维就是要求合作社在法律限度内设身处地地像商人那样思考商人问题,直面利益与规范的关系。由此,法律须从“效益”与“安全”角度,认真对待合作社自治,尊重合作社的商事性特征。同时,合作社也须依据自由、快捷和外观主义原则进行自身的商人塑造,为利益实现的安定性提供保障。

其次,以商人体系多元化架构支撑合作社自治的有效实现。理论上,根据商人类型及其结构特征,商人有商自然人、商合伙和商法人等三种。合作社在法律性质上具有营利手段性,是一种商法人。从历史来看,商法人是从股份合作制发展而来的,理应将合作社类型归于商法人,以建构商法人的自足体系。然而,当下商人家族却将合作社组织拒之于门外,使得处于不同发展阶段的创业人或者就业人难以自主选择商人类型,甚至我们在很多场合难以以合作社形式开展国际合作。反之,合作社若向商法突围,则有助于完善商法人体系,其自身也因“利用营利”的内在驱力与公司的“利润营利”的外在扶持而得以自治。当然,一般商人多元与合作社有限多元之间可能存在着内在逻辑关系。<sup>②</sup>合作社只有恪守合作制而践行有限多元原则,才能保持其自身特殊性而不至于被公司类型所同化。这种有限多元的质的规定性对商人体系具有丰富和整合作用。然而,商人多元化所引发的合作社与公司之间的竞争关系可能会回到制度取舍的层面。而这种取舍一旦在自由竞争下展开,合作社自治必将难以为继,商人类型存在公司一元主义之虞。这在市场选择中表现得尤为明显,值得我国立法与理论的高度关注。

最后,以基层经济民主助推合作社自治的有效实现。随着城镇化发展,基层经济民主也转向包括合作社在内的商人自治。就此来说,合作社自治是我国基层经济民主的具体实现方式之一。从发生学角度来看,合作社为经济民主制度的产物,而其一经产生,又会力推基层经济民主的发展。19世纪,世界上第一个农村信用合作联合社在德国产生,德国实践家雷发巽制定了合作原则:基于自愿原则,农民加入合作社成为社员,进而互助自立;合作社为社员服务,而非以营利为目的。<sup>③</sup>之后,雷发巽原则在世界蔓延发展。受西方合作运动的深度影响,我国经济民主进程与合作社商事自治之间也同步行进,呈现正相关关系。在人民公社化下,合作社演化为政治工具,丧失了基本的经济民主属性。而从20世纪末,随着经济民主进程的发展,我国才把合作社改造为由农民自愿入股、社员民主管理、主要为入股社员服务的合作组织,并逐步摆脱行政隶属关系,而具有市民社会中的利益集团属性,即合作社从自身利益出发径直影响公共政策,并力促公共政策尽可能地向本集团倾斜。这显然是一种通过压力手段寻求利益的合作,具有极强的商人自治色彩。

责任编辑 翟中鞠

① 参见(西汉)司马迁:《史记》第129章“货殖列传”。

② 所谓合作社商人类型的有限多元,主要指合作社商人类型存在着合作制和股份合作制两种形式,但排除绝对多元化下的股份制。

③ 参见李树生:《合作金融》,中国经济出版社2004年版,第87页。