

合作社商人化的共生结构

郑景元

摘要:不同个体之间可以一定方式加以同构而形成彼此共生关系。就此,商法意义上的共生结构,既要满足多元融合的适法性,又要实现多元选择的法效性。为此,合作社商人化进程既是一个从非商人到商人的转化过程,也是一个在商法限度内从消极共生到积极共生的优化过程,更是一个从传统商法到现代商法的进化过程。合作社在商人化过程中,通过内核裂变,呈现出由交易、分配与权力所组成的三元结构,进而实现营利性理论新发展;合作社在完成商人化后,通过与公司关系的横向规制,实现多元融合新范式;通过与政府关系的纵向调整,实现以民主协商为内容的公私合作新常态。另外,合作社商人化还涉及到现代性问题、源于协商民主的权利问题以及依托权利塑造商人社会问题。

关键词:合作社;商人化;共生结构

引言

人生来是自由的,但无时不处于共生关系中。^①在笔者看来,这种共生现象不仅存在于自然科学领域,而且同样适用于社会科学范畴,甚至在人类的观念市场也留有余地。与此相恰的是,在商法上,市场主体在观念上存在着因为利润或利用而交易的问题,也存在着借由效益或者公平而分配的问题,尤其存在着权力渗透的问题。因此,商法若要有效规制市场,就必须建构一套完善的组织体系。在这个体系中,组织内外得以积极共生。而能够融入这个组织体系的,我们通常称之为商人(但权力渗透具有不可避免性,容后探讨)。^②我国商法学一般将商人的组织形式概括为个人独资企业、合伙企业与公司等三种类型,而不包括合作社。^③然而,随着市场经济发展,合作社已经深度参与各种经济活动。因此,传统上所秉持的对合作社的政治关怀与道德叙事已经不合时宜。为

作者简介:郑景元,法学博士,扬州大学法学院教授。

① 套用“人是生而自由的,但却无往不在枷锁之中”(〔法〕卢梭《社会契约论》,商务印书馆,第6页)话语结构。但枷锁并不等同共生。实际上,共生理论是一种生物学理论。该论最早由德国生物学家德贝里提出,认为,不同生物可以一定方式密切地生活在一起而形成彼此共生关系。由这种关系生成6类利弊模型:(1)互利共生。各方均赢;(2)偏利共生。一方得益,一方无损;(3)无关共生。双方均无益无损。(4)寄生。一方寄附于另一方身内或表面,双方形成利害关系;(5)竞争共生。各方均受损。(6)偏害共生。一方有害,他方无损。在这6种模式中,后三种存在共生中的消极后果,是一种消极共生;与其对应的是,前三种类型则呈现积极或者偏于中性,是一种积极共生。值得探讨的是,简单的有机体共生论能否适用于复杂的人类行为,尤其对法学研究是否具有启发与适用意义?为此,有学者认为,有机体共生论对社会科学(包括法学)的影响是通过类比、借用、联想与借鉴来进行的。社会科学中人与人之间、企业与企业之间等也是相互联系、相互影响的,类似于生物学的共生关系。因此,共生现象不仅仅存在于自然界,同样也可移用于社会科学领域(参见杨玲丽“共生理论在社会科学领域的应用”,载《社会科学论坛》2010年第16期)。关于来源生物学上的共生理论能否被移用到法学,甚至用于分析合作社商人化的方法,是一个应被谨慎对待的真假学术研究的问题。笔者认为,二者不仅具有共生的相恰性,而且还具有融合性,也即,共生是对合作社商人化进程的一种描述。就此来说,本文以共生论研究合作社商人化无虚假问题研究之虞。

② 在商法学上,“商人”是个特殊概念。商人并不等于商事主体。商事主体可以有一方是商人,一方不是商人。也即,在商事主体与商人之间,二者并非“等同”关系,而是一种“包含”关系。

③ 值得注意的是,我国早期民法草案试图将合作社与国有企业、集体企业等组织形式作并列规制,但其法律地位尚难确定。参见何勤华、李秀清、陈颐编《新中国民法典草案总览》,法律出版社2003年版,第11~13,23~24,33,55~56,105~106页等(主要规制在第二部分“60年代”)。

此,如何将合作社转化为商人,也即合作社商人化问题,就成为了一个亟待解决的重大理论问题。^①鉴于此,本文拟借由共生理论,分析论证合作社的内核裂变、横向规制与纵向调整,以渐次推进其商人化进程。

一、合作社商人化的观念共生:营利性理论新构造

关于合作社的法律性质,学界存在公益法人说、私益法人说、非营利法人说等多种看法^[1]。争议背后或许基于这样一种认知:合作社依附于政府组织,或仅被作为一种民事主体。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,不得不从自身利益考量而回归到观念世界这一元认知层面,^②也即,商事营利性理论的再构问题。

(一) 营利观念演进为合作社商人化共生提供了内在驱力。理论通说认为,营利是指行为人为谋投资利益以上的利益并将其分配与投资者的行为^{[2] [P. 53]}。但如何理解,学界有所分化。民法学者似乎侧重于分配的正当性问题,而商法学者从商事外观主义出发,更强调行为人通过经营活动而获取经济利益的交易行为。但从制度变迁角度看,无论民法分配论还是商法交易论,在营利观念中始终存在着具有强迫性的权威规则。^③

第一阶段,营利观念的生成成为合作社商人化共生注入了潜在可能性。合作社的出现仅为近现代的情事,但其赖以产生的物质条件却早已存在,且相伴在这种客观基础上的内在驱力与权力调控也相机而生。农业发展使得人们有了些许剩余,于是交易成为必要。但早期农业社会多为个体交易,因而并不需要公司、合作社等组织形态,也就自然不存在现代意义上的营利概念,只是具有些许的营利元素。就此而论,早期考证具有了拙文所涉的合作社法学的发生学意义。此时营利即为通过经营(交易)而得利,如我国古汉语指称“通财鬻货曰商”(《汉书·食货志(下)》);英文单词“commerce”则指商品交易行为。从法律关系构成上讲,当时营利法律关系已经具备了以下三个要件:一是主体要件,主要指家庭或者家庭成员,交易发生在个体之间,是一种个别情况下的买卖,不具有普遍性;二是客观要件,该交易目的是为谋取成本利益以上利益,还是为了取得财货使用价值,并没有作出区分;三是客体要件。此时交易对象限于财货,属于实物范畴。由于交易主体类别单一以及与社会分工尚处初始阶段,对因交易取得财货的价值或者使用价值如何分配并没有相应的制度安排。

值得注意的是,早期具有支配性的权力仅存在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。如果家庭生产因分工不当而不能创造足够的收入,分配就会出现危机,使得家庭作为生产共同体无法存续下去^[3]。而此时家庭权力仅限于内部分配范畴,无涉外部交易。

由此可见,早期营利观念已经呈现出简单的交易、分配与权力等三元结构。这为公司乃至合作社的产生奠定了必要前提基础。然而,此时的营利观念还只是一个雏形,尚未形成一套完整意义上的营利理论。

① 值得说明的是,本文探讨“合作社的商人化”是把重墨放在“商人化”问题上的,而对于“合作社”本身言之甚少。但这并不意味着合作社本身并不成为一个问题,或者说它是一个众所周知、不言自明的问题。实际上,合作社本身是一个极为棘手且至关重要的问题,甚至构成了本文的一个前提性的问题。因为,合作社无论在理论还是实践方面都经历了极为复杂的历史流变。在理论上,至少从空想社会主义到后来的马克思主义乃至东欧的社会理论都展开了非常重要的讨论。在实践上,无论是在资本主义国家还是在社会主义国家,合作社都曾存续过。特别在我国(不同的历史阶段)还发生了极大变化。就此而言,合作社的核心问题在于它相较于以往的历史提出了一种新的人与人的联合方式,以及由此形成的一种新型社会秩序和新的生活形式。这意味着,它是对以往人类联合方式、社会秩序和生活形式的一种突破——我们不是仅能选择以往的那些联合方式的生活,而是还能做出新的选择。它的意义甚至远远超过了商法中所谈的营利性(虽然它不排除营利)。但这里有一个问题是无法回避的,就是本文着重论述商人化问题有可能是合作社的理论家和实践者在起初有意避免或力图突破的。他们可能认为,为了突破资本主义社会或现代社会“商人”这一主体以及商事关系的局限,我们需要设计出合作社这一新的模型。因此,从宏观来说,合作社商人化研究涉及到两个问题:第一、当下有待商人化的合作社到底是一种什么性质的合作社,它和历史上的(包括理论上的和现实存在过的)以及现在的其他国家的合作社之间是什么关系?这种合作社是当下中国既有的还是我们试图在理论上予以建构的理想模型?第二、如何阐释合作社理论家和早期实践者们试图用合作社来突破资本主义社会或商人社会中商人和商事关系的局限性?就第一个来说,笔者曾就合作社目的与法律属性探讨较多,并且公开发表论文多篇,可视为构成本文的潜在前提,因此不作赘述;而对于第二个问题,这才是拙文试图探讨并力求解决的。

② 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(Flavell J. H. Cognitive monitoring. In: W P Dickson ed. Children's Oral Communication Skill. New York: Academic Press. 1981)。该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,合作社商人化进程也是一个元认知的发展过程。

③ 从群体的自由角度看,权威有自愿型与强迫型划分。自愿型权威,如学术权威、明星等;而强迫型权威主要指早期的家父支配权,国家产生以来的政府、法院等的公权。就其价值来说,清华大学江山老师认为,权威是一项与群的存在直接关联的规制。一个群,不论是绝对的,还是相对的,都需要权威来维持秩序。在某种意义上讲,权威是一个群生死存亡的福祉。参见江山《法的自然精神导论》,中国政法大学出版社2002年版,第152~153页。

第二阶段,营利观念的形成成为合作社商人化共生准备了基础要件。学界对商的研究往往从欧洲中世纪开始。此时,农业社会有了长足发展,城市规模与数量也在急剧扩张,商业空前繁荣。商人阶级作为一个职业阶层随之出现。有了商人阶级,就自然组织成为一个或紧或松的商人社会^{[4] [P. 32]}。而这种相对复杂的商人社会有赖于公司、合作社等经济组织去支撑和完善。为此,营利观念也从原初的雏形日臻形成。

一是交易行为的定型化。这种定型化,既包括交易行为的类型化,也包括针对这种类型化的法律规制。这方面,康芒斯有着系统的分析与论述。首先,交易活动的类型化。康芒斯把“交易”划分为三种类型:市场交易、企业交易和政府交易。其中,市场交易,表现为市场主体间的等价交换关系;企业交易,表现为上下级间的管理关系;政府交易,表现为公法意义上的权力配给关系。可以说,这三种交易类型几乎覆盖了行为人的所有经济活动,即交易概念对经济活动的描述具有普适性。为此,康芒斯赋予了交易概念对经济活动表达的普适性。这种交易类型划分的意义在于,营利主要通过市场交易来实现;但企业管理仍然会出效益,政府对企业的财税支持与反垄断规制,同样会影响到企业的营利活动(容后探讨)。其次,交易活动的规范化,包括交易前提和交易边界的界定。康芒斯不仅对交易类型作出划分,还对交易边界作出扩展。他认为,交易并非实际“交货”那种意义上的物品交换,而是行为主体对产权的让渡^{[5] [P. 74]}。而正是这种产权才构成了经济活动的基础,“不先取得合法的控制权,生产和消费就不能进行。”^{[5] [P. 14]}由此看,康芒斯所界定的产权就成为制度经济学的基础^{[5] [P. 107]};社会经济事实则被提炼为具有法律意义上的“交易”。它使人们从传统的只重物质产品的物质经济学转到重视经济活动中具有法律因素的制度经济学^[6]。总之,在这种制度背景下,一方面交易出现多元化,公司成为最活跃的市场主体;但另一方面,自由竞争也产生了两极分化,政府干预交易成为一种制度性安排,处于不利竞争地位的合作社也具有了生成的现实性。^①

二是效益性分配制度的出现。出资收益说认为,出资人出资创造了收益,并因此而取得分配收益的资格;而每份出资只是创造了总收益中的一部分,故而每个投资人以一种收益形式分配到一份收益。这种分配正好将总收益分配完毕。获得收益所依据的是投资股权,而股东对收益创造过程可以不起任何直接作用^[3]。应该说,这种分配制度的设计所追求的价值目标就是股东利益最大化,因而被称为效益性分配。在此动机推动下,出资人设立公司组织,并借此取得出资收益。

首先,商人团体化是分配制度得以产生的主体要件。这明显不同于传统农业社会的个体化。此时商人法不仅规制交易本身,如交易平等、自由、等价有偿等,还要借由一系列的制度设计,促使商人有动机去固定地、稳定地从事交易。于是,追求效率,实现价值增值就成为制度设计时必须考虑的重要因素。基于效率导向,这种交易的目的就是为谋取团体成员的投资价值利益,而不主要是为了取得财货的使用价值。为此,营利利润说随之产生。

其次,效益性分配的制度化。随着商业的普遍发展,以公司为典型代表的商人团体大量出现。股东出资设立公司,当然是为了获得投资收益,获得更多的财富,从这个角度来讲,强调股东利益最大化理所当然。以交易成本、委托—代理与团队为主要内容的现代企业理论应运而生^②。该理论强调企业产权属于股东,是一种典型的股东本位论。在股东本位下,股东出资创造收入,便自然拥有出资分配资格,尽管其对收入的创造过程可能不起任何直接作用^[3]。应该说,这种投资分配论是一种效益性分配理论。值得说明的是,这种效益性分配制度已经脱离了家庭权力的控制而形成一种适合于公司组织且受公权保障的制度化安排。于是,社会普遍产生了一种具有公平性分配导向的新的生活方式的向往。这使得合作社制度下的营利观念,如“按交易额分配盈余、股本利息应受限制”等分配形式的产生成为历史必然。

第三阶段,营利观念的扩张为合作社商人化共生提供了现实依据。理论的意义既取决于现实的需要,也取决于它对现实需要的回应。随着市场经济的深入发展,自由竞争导致两极分化:一方面,公司作为市场竞争的优

① 19世纪,在自由竞争下的社会两极分化加剧,劳资对立,一些受欧文合作思想影响的弱势群体开始探索新的生活方式。1844年,具有现代意义的消费合作社在英国罗虚代尔应运而生公平先锋社。

② 交易成本理论认为,企业的本质就是对价格机制的取代,市场资源配置由非人格化的价格来调节,而企业资源配置则依赖于企业家的权威;委托代理理论认为,资本家通过代理关系去激励和约束代理人,在委托代理中股东本位论得到了更为充分的贯彻;团队理论认为,企业的本质不是雇主与雇员的长期合约而是团队生产,企业是多人共同工作的团队组织,成员的边际产出与成员的努力程度有关。

胜者 继续在传统营利动机驱动下展开竞争; 另一方面, 有些主体因市场竞争而处于不利地位, 为求得生存, 仍试图或者重新融入到竞争市场里边。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, 并对其进行制度的重新安排。

首先, 关于交易制度的扩张问题。就营利观念的内在机理来说, 利益是通过交易来实现的, 因此, 探讨交易制度就是在探讨交易利益。传统理论认为, 利益的本质就是利润。但随着社会需求的多元化, 利益并不仅指利润, 还包括利用^[7]。在某种情况下, 这种利用利益是必须的。以“三人购买洗衣机行为”为例, 若三人购买洗衣机后打算对外经营, 设立合伙或者公司不失为一种理性选择; 而若三人打算买后共同利用, 则不妨设立合作社。在这两种模型中, 前者设立目的在于取得交易利润, 而后者则是为了在成员间得到交易利用。

伴随着交易利益的扩张, 其实现路径也相机变动。一般来说, 从利益实现状况看, 交易可分为现实交易、期待交易与去交易三种。现实交易, 典型形态为买卖, 其本身就是交易; 期待交易, 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, 生产往往就是为了交易。这也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。^① 这恐怕是我国学者至今尚未关注到的。另外, 交易制度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, 比如, 政府通过财政补贴与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。

其次, 关于分配制度的扩张。随着商人社会的复杂化, 每件商品都凝聚着相应的劳动与资本元素。而这些元素同时也是每件商品的贡献者。而如何将商品收益在这些贡献者之间进行分配, 并能有效保证和促进下一步的分工, 仅依效益性分配制度则显得捉襟见肘。为此, 迥异于效益导向的公平性分配模式应运而生。于是, 效率分配通过引进竞争与激励机制, 社会财富由贫穷向富有聚合; 而公平分配则将社会财富经过公平的再分配渠道由富有向贫穷转移^{[8] P. 23)}。而如何处理二者紧张关系, 确实是一个法律两难问题。也许分配多元化是一个可以践行的有效路径。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。这方面, 我们也许可以从哲学家黑格尔的一些认识获得灵感与启发。他认为, 当一个东西发生变易(becoming) 时, 它既存在(being) 又不存在(nothing)^{[9] P. 454-455)}。其核心在于: 我们对于一个矛盾体既不能一味地肯定, 也不能一味地否定, 而应进行批判地继承、动态地处理。为此, 处理这种张力关系的可能策略就是对分配制度适度扩张, 以实现效益性分配与公平性分配的相机融合、积极共生。

最后, 交易与分配的融合。营利观念的扩张意味着交易利益的多元化, 既包括利润, 也包括利用; 也意味着分配类型的多元化, 既包括效益性分配, 也包括公平性分配, 更包括交易与分配被多元化后的制度融合。应该说, 在这种融合性的制度安排下, 政府公权的介入更为全面深入。就合作社来说, 政府不仅对其“三农服务”的交易目的有所控制, 还通过法律规制, 对组织内部的分配方式进行调控, 如“按交易额分配”。

(二) 商事营利性为合作社商人化的共生提供了理论介质。从营利到营利性是一个合作社商人化观念的广谱推进与逐步抽象的过程。在这个过程中, 理论有待回答包括合作社在内的现代“营利性是否为商法的本质?”

所谓本质, 通常指事物本身所固有的、内在的根本属性, 可使人们脱离具象进行创制活动。事物若脱离其固有属性, 则此事物非彼事物也; 又因本质具有抽象性, 往往凌驾于具象之上, 具有指导、解释、创制功能。由此看, 本质具有着结构上的固有性与功能上的创制性。以此逻辑, 具体商事法律规范背后也必然隐藏着一些不变的东西。而这些不变的东西, 我们通常称之为商法本质。学界认识商法本质是从对商法理念的探讨开始的。学者围

^① 该法第 50 条第 2 项规定“作为商业组织的法人, 可以是商合伙和商业公司、生产合作社、国有和自治地方所有单一制企业的形式成立。”第 3 项规定“作为非商业组织的法人, 可以是消费合作社、社会团体和宗教团体(联合组织), 由财产所有人拨款的机构、慈善基金会和其他基金会的形式以及法律规定的其他形式成立。”《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。

绕商法理念提出了诸如商法理念一元论、二元论、多元论等学说。^①从深层上讲,这些学说围绕着商法的营利性本质可分化为肯定论与否定论。

肯定论主张营利性为商法本质,但彼此论证视角与层面却存在着差异,产生不同观点。如有学者从规范本身进行求证,认为,商法以规定商人和商行为为己任。而这些规定的本质,集中地表现为规范营利行为。商法和民法虽同为私法,都是规定私权的,并有共同的理念,但二者的本质属性不同。民法侧重保护民事主体的一般利益,商法则侧重保护自然人和企业的营利。无疑,商法的营利性不在于指导人们如何营利,更不表现为规范本身的营利性,而在于以法律制度构造商人及其他依法从事商行为者自身营利的统一有机体。或者,以法律制度规范以营利为动机的商行为。从某种意义上说,商法是企业法,这种企业最本质的特性就是营利性^{[10] P. 22)}。有学者从诸多商法制度提炼出商法的营利性本质,认为,无论从什么角度看,营利性都是商法的本质属性,是商人、商行为、商事关系与民事主体、民事行为、民事关系相区别的主要标志。不仅如此,商法上的一系列重要制度的设计,如商法原则、商事登记制度、商号制度、商事账簿制度,以及证券交易、代理、仓储、票据、保险、海商等特别法的规制安排,无不与商事营利性有关^{[11] P. 11-12)}。值得说明的是,上述所涉“营利性”内涵在语境上应该仅限利润交易与效益分配,而不包括合作社项下的营利性意义。但这是否可以得出结论认为,上述学者并不承认合作社项下的营利性属于商法本质?肯定论者并没有做出进一步分析。

然而,否定论认为,营利性并非商法的本质,其中又可细分无价值论与局限论。无价值论认为:一个企业是否以营利为目的,纯属内部问题。并且,非此即不受商事簿记条款的约束、失去任命经理人的权力,不得组成商事合伙和有限商事合伙的理由,都是不成立的。如有违反报酬规则参与经济活动的,也不应仅由于他放弃利润,而被以不同于其他商事交易主体的方式对待。营利目标虽然在实际中是典型的营业概念与商人身份的特征,但在法律上没有必要使它成为一个必要条件,也即,是结果而非原因^{[12] P. 35)}。有学者进一步分析认为,营利现象的产生是因市场发育不充分导致的。“营利”这种陈旧思维所体现的近代商法范式,无法适应已进入现代市场阶段的交易实际。这种尴尬导因于我国一直以来秉承大陆法系的民商法思维,并将其营利性视为商法圭臬(“营利”在《德国商法典》、《日本商法典》、台湾地区的商事规范及其著作中比比皆是)。而现代商法的对象是具有知识经济性质的社会化大生产,故而,市场交易的本质是资本经营行为或智力经营行为,商法本质也应是资本经营行为或智力经营行为;传统商法受科技发展水平和狭小市场的制约,只能着眼于小打小闹的营利^[13]。而局限论者认为,在计划经济时代,营利目的应仅限于生产经营领域而不在于利益的归属和利润的分配及用途。该论可用来解释由国家投资企业,专用于社会公共事业及职工福利事业^{[14] P. 12)}。与其类似观点,有学者认为,从国有企业角度论证营利性的本质是资本^[15],是投资者暨股东依法得获取资本的收益。既然营利性本质是资本,那么这种资本利润就可以被用于社会目的。因此,它只与大资本争利,而不与民争利。遗憾的是,该论探讨的是营利性本质,而非商法本质。由此看,否定论者根本就不会承认合作社项下的营利性属于商法本质。笔者认同现代营利性的商法本质,但证成过程却迥异于肯定论:

一是,营利性在固有性与创制性上最相恰于商法本质。从结构上讲,商人自产生时起便具有营利动机,也即,商人营利性具有初始意义。商人在消灭前也从来未间断谋取利益,具有连续性;从功能上,因营利性内涵的裂变而使得其具有了创制性意义。从抽象意义上说,资本、利用、利润均为法益,是利益的属概念。而利益从原初交易时候就存在,只是在不同时期有不同表现而已。

二是,营利性是一种主体塑造机制,是主体塑造之内在动机。就像慈善是公益法人的塑造成因一样,营利是营利性法人的生成机制。否认商法的营利性本质,可能使得商人去动机化,存在着回归传统上的政治关怀与道德叙事之虞。

三是,否定论者陷于本质问题现象化的悖论。否定论者均将高度发展的市场经济社会作为营利性本质或者商法本质考察对象,而试图撇开商法的非市场经济的历史背景,进而得出资本本质论的结论。然而,资本只是交

^① 一元论者认为:作为人们在实践过程中形成的有关商法的理性认识,也即商法理念,不仅反映着商法规范的共同规律,也表现为商法理论的内在逻辑,具有着理念的单一向度性;二元论者主张:商法理念不是单一的,应主要体现为效益与安全这两个互为补充的价值理念;多元论者认为:商法应由平等自由、效率安全、崇尚营利、效率优先等多种理念而构成的有机整体。参见雷兴虎、李长兵“商法理念及其在商事立法和司法中的适用”,载《甘肃社会科学》2013年第2期。

易与分配的对象,从抽象角度讲,是法益的现代发展,不具有本质的固有性特点,更不利于商法的制度创新。因为根据商法本质资本说,商法总是规制社会最有效率的部分,而无视像合作社这类市场弱者的存在。这必将颠覆法律公平性原则,最终导致去法律化。

四是,公司与合作社有诸多制度差异,但在营利性的商法本质上却有着同质性,也即,传统营利性与现代营利性之间并不存在冲突,均可归于商法本质。理由如下:首先,公司与合作社均为企业,都属于市场经济组织;其次,二者均通过参与市场交易活动求得存续。除政府扶持与经营目的外,交易外观上并无区别;再次,随着分配制度多元化,效益与公平制度在各类商人之间互相借鉴。比如有限公司可以约定按照人头分配利润,合作社也可引入战略投资人,在一定范围内实行效益分配。最后,公司与合作社均负担有各自的社会责任。总之,商法最核心的部分,无外乎对营利性的交易、分配及其背后的权力渗透等三元结构进行规制与保护。

(三)关于合作社遁入商人体系而生发的共生关系问题。首先,合作社何以为商人?如前探讨,学界对商事营利性理论的研究也许会影响到一国的立法规范。这可从我国现行法律制度的抵牾态度中窥见一斑。如有些规范性法律文件规定合作社是企业法人:如《关于深化供销合作社改革的决定》规定“各级供销合作社是自主经营、自负盈亏、独立核算、照章纳税、由社员民主管理的群众性经济组织,具有独立法人地位,依法享有独立进行经济、社会活动的自主权”;《农村信用社管理规定》(第2条)、《农村资金互助社管理暂行规定》(第4条)均规定:农村信用社、农村资金互助社是独立的企业法人;《城市信用合作社管理办法》第2条规定:城市信用社是一种具有独立企业法人资格的合作金融组织。而有些立法并未规定合作社是企业法人:如《城镇住宅合作社管理暂行办法》第3条规定:住宅合作社是一种不以营利为目的的公益性合作经济组织;《农民专业合作社法》第2条规定:农民专业合作社是一种互助性经济组织。基于上述规定,我国合作社有供销合作社、信用合作社、住宅合作社和专业合作社等四种类型。若从营利性的三元结构看,信用合作社、住宅合作社已分别异化为公司与公益组织,而供销合作社、专业合作社则基本保持了合作社本性,但其能否遁入商人体系,立法没有规定。对此,域外存在着两种立法例,可以借鉴:其一,制定单独的合作社法。如英国1895年《英国产业经济合作法》;美国1922年《坎普—渥士达法》,1926年《合作社销售法》,1933年《农场信贷法》;日本1900年《产业组合法》,1947年《农业协同组合法》^{[16] P. 367}。其中,具有标志意义的是德国1994年《合作社法》(第12条)直接将合作社规定为商人^{[17] P. 4}。其二,将合作社的法律规范纳入民法典。如《俄罗斯联邦民法典》第50条第2项将生产合作社规定为商业组织^{[18] P. 25};《意大利民法典》将“合作社与相互保险社”一体纳入第五编第六章规定等。

其次,关于如何构建合作社、公司及其政府间的积极共生关系问题。这既涉及到理论论证,更关乎到立法的积极支持。学者李锡勋认为,在采取民商分立的国家,如德日韩等国家,其合作社法为商法的特别法,凡合作社法未规定事项,可以准用商法的规定,如《日本中小企业法》第115、116条,均有准用商法的规定。在采取民商合一的国家,合作社法为民法的特别法,凡合作社法所未规定的事项,可以适用民法的规定。我国系采取民商合一的立法制度,所以,合作社法为民法的特别法。商法为特殊社会生活的原则,如公司法、保险法等^{[19] P. 15}。然而,李氏并未就各种合作社立法例作出利弊分析以及在此基础上对具体合作社类型进行商人甄别。为此,笔者认为,将合作社纳入民法典加以规范注重的是整个私法理论和逻辑体系的完整性,但其灵活性及对社会经济变化的适应性较差;而合作社单独立法,无须顾及整个私法的体系,仅就合作社自身进行专门立法、自成体系,具有很大的灵活性和极强的社会经济的应变能力。在这种应变基础上,我们应该从营利性理论上具体分析各种类型合作社。一般来说,住宅作为一种消费品,不具有交易可能性,故而住宅合作社不属于商人;消费是交易的结果,因而以终极消费为设立目的消费合作社也不是商人;而消费者可基于各种目的设立合作社,只要其不以消费为目的,具有交易可能性,就是商人。如前所涉《俄罗斯联邦民法典》就是典型立法证明。当然,这种商人共生关系如何构建,除商人间的融合外,关键还在于国家对合作社的财税支持与反垄断豁免等措施。

总之,从营利到营利性的历时看,利用交易论、公平分配论及其背后的公权干预说这些另类元素自始就内置于营利观念之中,并在此基础上与现行的利润交易论、效益分配论及其政府干预说形成融合共生关系。其中,权力的渗透具有不可避免性。由此看,将这种内含共生结构的营利性作为商人本质具有着历史逻辑性。在这种逻辑支配下,合作社商人化纵横共生的模型生成就具有了经验证立与理论支撑。

二、合作社商人化的横向共生:多元融合新范式

营利性理论的内核扩张为多元商人共生提供了理论证成与规范可能。^①基于营利性扩张理论,合作社在向商人转化后必须处理与其他商人间的共生关系问题,进而,借由合作社商人化的横向规制来建构商人体系的多元融合新范式。然而,在实践中,合作社商人化进程及其横向规制乱象丛生,多元融合新范式的效果也不尽人意。比如,据农业部数据显示,截至2014年7月底,我国农民专业合作社已达119.29万家,同比增长39.28%,出资总额2.46万亿元,增长42.33%。按全国589874个行政村计算,每个行政村平均约有两个合作社。就地区讲,截至2014年12月底,大兴区在工商注册登记的农民专业合作社已有604家,同比增加了36家,农民专业合作社成员总数达到了30185人,登记在册成员16127人,带动非成员农户53570户等实际情况,为决策提供了数据依据。^②然而,这些数据却屡遭学者深度质疑:“当今农村勤劳致富已成过去式,许多农民被逼离开农村进城谋生,留下了的所谓有头脑的人,将道德良心和生态环境都变成了商品,发了财。而国家不得不投入更多的资金对受损的生态系统进行治理。”^[20]很多合作社出于追求“政策性收益”目标而成立,普遍存在大股东控股而一般成员受益不多,进而对合作社表现出茫然和漠然等^[21]。归结起来,合作社商人化、横向规制及其多元范式均存在问题。

(一)我国合作社商人化进程中可能出现的消极共生现象。当下我国合作社数量激增与规模扩大,而出现“泛化”与“异化”现象。这种情况有良性一面,但与追求自利而导致的消极共生可能有关。从合作社规制效果看,合作社因政治化、公司化而生发的消极共生结果,通常表现为寄生、竞争以及偏害等三种情况。^③

首先,从寄生方面看,主要存在公司寄生于合作社与合作社寄生于公司两种情况。公司参与合作社本身无可责备,但因这种参与为追求投资利益最大化而损害普通社员利益时,则可能构成寄生共生。比如合作社的“异化”导致合作社偏离本质。在由公司和大户主导的合作社,其“异化”现象尤为明显,公司和大户几乎攫取了全部“政策性收益”,吸收普通农户加入合作社仅为满足合作社登记条件对社员数目的要求^[22]。合作社参股公司有很多成功案例,如辉隆股份(002556)、敦煌种业(600354)、湖南发展(000722)等,但也存在因为合作社参与公司而导致异化,进而在交易外观上以合作社名义争取政府财税补贴与反垄断豁免,导致竞争显失公平的后果。比如我国阳春市信德农业专业合作社注册资本达1亿元人民币。该规模不仅在合作社中遥遥领先,就连大公司也不遑多让。更为甚者,该合作社联社有5个成员,其中4个成员属于公司法人。^④由此看,这种商人,在法律形式上属于合作社,而在其交易、分配制度上已经异化为公司法人。^⑤

其次,从竞争方面看,合作社商人化的主旨在于将合作社融入商人体系,参与市场公平交易,但若因政府超经济干预,或者政府不作为而在近乎自由交易下展开,就有可能两败俱伤。这大量存在于合作社政治化与公司化情况下。

最后,从偏害方面看,多是一方有害,他方无损。这多发生在两种极端情况下:一是合作社过度参股公司而导致损害。这种过度参股对公司来说,可以增加投资,加强交易效率,并无害处。然而,合作社若过度依赖外部交易与效益性分配机制,就会背离法人设立目的而发生异化,是一种实质损害。二是公司过度参与合作社而导致损害。实践中,很多公司参与合作社,但因受合作社一人一票与效益分配制度的限制而与资格社员被一体地看待。这显然对作为依赖效益分配的公司社员是不利的。从共生法理上说,公司可以选择退股或者不参与,但若遇到公权捆绑,必然导致偏害后果。

(二)合作社商人化横向规制须与其制度背景形成良性互动。首先,合作社商人化是伴随着法治社会和市民社会的发展进程而生发的。如日本通过发挥民间力量加强基层治理。近年来,日本人口向东京等一线城市集

① 需要说明的是,多元商人与商人多元并不属于一个范畴。多元商人是指基于不同设立目的与设立条件而生成的不同类型商人;而商人多元仅指一个商人内部诸如股权设置、资本整合、人事安排等多样化安排。

② 参见农业部官方网站 [HTTP://WWW.MOA.GOV.CN/fwllm/qgxxlb/bj/201502/t20150215_4411986.htm](http://www.moa.gov.cn/fwllm/qgxxlb/bj/201502/t20150215_4411986.htm)

③ 除公司外,商人体系还有独资、合伙、民办事业单位等类型。但在共生理论上,合作社与公司的横向规制同样适用于其他商人,具有代表性。为此,限于篇幅,本文不作赘述。

④ 《“中华民国”合作社法》第12条(法人社员之整个及参加无限责任合作社为社员之限制:“法人仅得为有限责任或保证责任合作社社员。但其法人以非营利者为限。无限责任合作社社员,不得为其他无限责任合作社社员”(2011年6月15日修订)。

⑤ 社论“须防合作社公司化‘变种’”,载《南方农村报》2010年4月10日第5版。

聚,农村地区人口流失严重,严重老龄化,但其社会环境仍井井有条,人人安居乐业。也许其中的基层自治发挥了重要作用。而在德国政府的理念中,城乡并非对立,而是互相依存的。因具有多样性和多重功能,乡村在德国并没有政治、经济、社会层面上的统一定义。从某种意义上说,德国乡村地区已经超出了农业范畴^[23]。与之相恰的是,基于城乡融合背景,承载着农村经营的以公平价值为理念的常规组织体的合作社与以效率为价值导向的公司法人分别负担着不同功能,但二者若能受到制度协调与支持是有可能得以积极共生的。其次,合作社商人化是通过法律形式加以定型化的。合作社欲求得与公司等商人积极共生,也需要相应的竞争规制来满足实质正义。如美国农业合作社法将“成本经营”原则规定为合作社经营原则,强调合作社对社员不赚取利润^[24];日本《农业协同组合法》第8条明确规定组合通过其所从事的业务最大限度地为其成员服务,而不得以营利为目的进行业务经营;^①而德国明确将合作社纳入非营利法人管理,如《德国民法典》第21、22条规定,社团分为非营利社团与营利社团。其中前者应“登记于有管辖权的地方法院的社团登记簿而取得权利能力”;而后者除“帝国法律无特别规定外,因国家授与而取得权利能力。授与权为社团所在地的邦享有”^[25](P.4-5)。又根据《德国合作社法》第10条规定“章程与理事会成员,应登载于合作社所在地法院之合作社登记簿。”^[17]

就我国来说,合作社所处的制度背景不尽人意。我们知道,在国内买方市场条件下,产品过剩已经成为常态;在开放条件下,农民必须面对国际、国内两个方面的竞争;在产业链条上,制造商、批发商、零售商、消费者依次成为链条的主宰。因此,农民单凭自己的力量已经不足以形成有效的市场竞争力。为此,农民组织合作社,并试图向商人转化就成为一种理性选择。然而,在这种转化过程中,他们却模糊了合作社商人化与合作社公司化的界限。依据商事营利性理论,合作社商人化除人格塑造外,还需要恪守营利性的三元结构,必要时也可借鉴或者参照公司设计中的有益元素,比如股权激励机制、社员与资本多元化等。就合作社的内在规定而言,公司仅为一种外在示范。也许这种人格塑造较为缓慢,但却可能走得很远。而合作社公司化则是将合作社直接转化为公司,形成合作社与公司间的二元混同。然而遗憾的是,这种外在混同策略也许生成快速,但其消极后果不可小觑:人为地简化了商人体系、减少了农民的投资选择等。为此,我国对合作社作出了相关的制度建构,如《农民专业合作社法》规定合作社的宗旨是“服务社员、决策程序一人一票”等。但这种规制与我们一直以来提倡的效率优先导向以及政府超经济干预的社会状况似乎并不相恰。尤其在我国的城镇化进程中,一方面,社会成员整体素质和权利意识在提升;但另一方面,这种日益提升的有着自利属性的精英分子正在取代传统的具有合作精神的企业家。而普通农户或者社员强调的是要利用强者的资源和能力,规避风险、保障收益,而不是经典合作社制度下的共担风险、共享收益。从政策导向看,我国农业政策更多的是产业政策而非社会政策,更加强调的是生产效率而非社会公平,政府关于农民合作社的决策更多情况下是扶优扶强、锦上添花,而不是扶贫扶弱、雪中送炭^[21]。

由是观之,这种制度与背景冲突的结果之一就是合作社在商人化进程中难以通过横向规制来寻求与善待共生伙伴。为此,我们要么继续维持合作社政治化或者公司化,而去适应其所对应的制度环境;要么进一步培育市民社会,让合作社商人化自然生成;要么在公权保障下谨慎协调横向规制与其制度背景之间的紧张关系。也许这种选择的本身就是一个觉醒与进化的过程。

(三) 关于多元商人融合新范式的建构问题。现行合作社商人化的横向规制因受政策、效率等影响而存在着诸如政治化或公司化的异化形态。作为一种制度替代,也许多元商人新模型是一个不错的选项。这种判断一方面基于对异化形态的超越,另一方面凭借社会需求而对各类商人所进行的体系再构。然而,社会需求是多元的,制度供给必须在保持法秩序安定性的前提下相机变动。很显然,这种相机变动有赖于多元商人的融合及其建构。

首先,多元商人融合新范式的建构原则。这些原则应该有别于传统商人体系的存续准则,在笔者看来,至少包括如下四点:(1) 营利性扩张原则。这种扩张主要发生在权力保障下的交易、分配两个方面。在交易上,营利性意味着从以追求利润发展到追求利用;在分配上,营利性需要从单纯的效益性分配到主要以公平性分配。(2) 差异性原则。在商人体系中,无论个体商人的人格构造,还是组织行为的专业与区域限定,均应提供多元差异的空间。这种差异,有的在商人设立时已经产生,如法人设立目的与设立要件的不同;而有的是在商人设立后,经营过程中出现的,如政府针对不同商人所给与的反垄断豁免与财税支持等优惠措施。(3) 专业性原则。

^① 参见日本《农业协同组合法》昭和61年修正案。

一方面,遵循专业性原则,在于强调其经营共性。比如合作社与公司属于两类企业法人,但二者可以基于对三农业业务的技术或者服务需求而展开合作;另一方面,遵循专业性原则意味着对地域原则的排除。如果合作社采取社区原则,那么在超越社区后,合作社就会被视为不合法;而公司则不具有社区性。根据需要,公司可超出登记地而去任何地方经营。因此,合作社应该去社区化而转向专业化,否则,公司与合作社在超出登记地后会遭受到难以克服的法律障碍。(4) 积极共生原则。不同商人可以一定方式加以同构而形成彼此共生关系。多元商人融合范式要克服诸如寄生、竞争与偏害等三种消极共生现象,而倾向于将共生限定在两个或多个组织体在一起相互有利的范围内,以建构互利、偏利至少是无关的积极共生模型。

其次,关于建构多元商人融合体系问题。多元商人融合体系建构有赖于商事营利性理论的新发展。这种发展态势意味着商行为动机从利润扩张到利用,从效益分配扩张到公平分配,从而呈现出多元观念现象。而在多元观念下,多元商人体系才得以生成。为此,在现代商事营利性理论架构下,我国商人可组成以下谱系:独资(个人独资企业、个体工商户、农村承包经营户,等等)——合伙(普通合伙、有限合伙,等等)——公司(股份公司、有限公司)——合作社(供销合作社、农民专业合作社,等等)——民办事业单位(民办学校、培训机构,等等)——经营性事业单位(国有电影制片厂、出版社、报社、体育馆,等等)^[7]。

最后,关于多元商人融合模型的设计。从理论上讲,模型设计是一种具有创新性的法律行为。而如何积极评价这种法律行为,则关乎多元商人融合的效力问题。笔者认为,多元商人融合模型设计必须在遵循多元商人融合新范式建构原则的前提下,恪守商人类型法定,也即模型设计必须在多元商人融合体系内选择。而商人类型是多元的,商人内部的成员与资本也是多元的。据此,根据数学排列组合原理,当事人投资选择的自由度与模型设计的空间均极为巨大(笔者无意计算与列举),但因此设计而成的多元商人融合模型仍有待甄别:从解构意义上看,我国合作社分为农村社区合作社和农民专业合作社。其中,农村社区合作社主要包括村经济联合社、社区股份合作社以及社区土地股份合作社。这些社区组织虽被冠之以“合作社”,但却与合作社的专业性原则相冲突,并非真正合作社,而近似于农民集体经济组织;农民专业合作社包括农村专业技术协会和农业股份合作社。前者是一种为合作社提供服务的互益法人,而非合作社本身;后者虽为合作社,但存在合作社公司化之虞。应该说,上述组织不受《农民专业合作社法》调整^[21]。而从建构意义上看,我们确实需要一套具有示范价值的多元商人融合模型。为此,有学者经过实证,就合作社与公司两种企业法人总结出4种模型:(1) 公司领办合作社模式:农户是公司的合同工;(2) 农户与公司合办合作社模式:建立利益共同体尝试;(3) 农户自办合作社与公司对接模式:市场主体间的契约关系;(4) 农户自办合作社,合作社自办加工企业模式:实现以农户为主体的纵向一体化^[26]。笔者认为,这些模型符合多元融合原则,但实效如何,仍需进一步检验。

值得注意的是,我们在模型设计时必须考量多元商人体系与合作社自身属性之间存在着一定的紧张关系。合作社因恪守合作制才不至于被公司类型所同化,从而保持其自身的特殊性。这是由多元化下的个体特殊性所决定的,并且这种个体特殊性又丰富与整合了多元商人类型的法律体系。但个体特殊性之间,也即多元元素之间也存在着竞争关系,特别是合作社与公司之间的制度优越性之争。一旦这种竞争在自由主义下展开,合作社的存续将难以为继,最终陷于公司一元主义的宿命。为此,如何构建合作社商人化的纵向共生关系,以实现公私合作新常态则成为了合作社赖以生存的有效路径。

三、合作社商人化的纵向共生:公私合作新常态

所谓合作社商人化的纵向共生,是指有关处理合作社在向商人转化过程中与政府间协同关系的一系列制度性安排。在这种系统化的制度安排中,合作社商人化的纵向共生关系往往是通过公私合作方式来有效实现的。^①

^① 一般来说,公私合作指政府与合作社为满足各自需求而展开的利益交换行动。西方国家20世纪30年代就展开对公用事业私有化转向、公用事业公私合作的实践与研究,并致力于企业与政府共同计划、投资和组织项目,建立一种伙伴关系。我国政府也于上世纪80年代开始对公用事业公私合作制的试验。在这种公私合作模式下,发达国家重建政府财政、提高政府效率,而私人部门也因此取得了公共资源,提升了自身的市场竞争能力。遗憾的是,这种公私合作实践与研究范围仅限于城市供水、供气、供热、公共交通、垃圾处理、污水处理等领域。但从制度理念上讲,农业事关国计民生,具有很强的公益性。而专门解决农业问题的合作社历来为各国政府所关注,并试图将二者合作关系以立法方式确定下来。这种以公私合作定位政府与合作社的立法模式值得我国借鉴。

(一) 合作社商人化何以纵向调整? 一直以来, 政府与合作社间存在着无涉、手段乃至管制等紧张关系。这种紧张关系 构成了政府对合作社的三种独白方式。

近代资本主义确立了市场经济、民主政治与理性文化, 自由论思想占据主导地位。而政府信守“不要站在我的阳光下”的禁令^[27] (P. 176), 则造就了政府与市场、国家与社会关系的“看不见的手”和“守夜人”模式。然而, 进入垄断资本主义之后, 经济危机频发、社会问题增多、贫富分化加剧等社会现实与以自由、平等为价值理想之间产生了矛盾冲突, 进而引起了“看不见的手”的失灵与市场失败。但自上世纪末期以来, 经济衰退、公民对政府服务不满、福利国家危机等又暴露了凯恩斯主义的失效。由此看, 政府与市场都不是万能的, 他们都是有缺陷的, 同样会失灵的。而这种失败的深层原因也许可以归结为国家与社会、权力与权利、自由与干预的二元对立^[28] (P. 57)。然而, 政府与市场又是两种必须的但并不完善的选择, 而且“经常是在这两者的不同组合间的选择, 以及资源配置的各种方式的不同程度上的选择”^[29] (P. 132)。由此看, 近代资本主义因其内在矛盾及其纠结所生发的无涉与手段使得政府与合作社间的合作成为不可能。

就发达国家与非发达国家比较来说, 政府在合作社中分别扮演着不同的角色。在发达国家, 合作社法往往是私法体系的有机组成部分, 其目的是使其能够自主地开展民事活动。因此, 政府采取消极态度; 而在非发达国家, 合作社法通常属于公法, 被作为发展社会经济的一种手段。而这种手段论反过来可能使得合作社沦为政府的附属。就我国当下而言, 随着城镇化发展, 能人进城(包括知识分子), 剩下全国六千多万儿童, 还有无以计数的无生产能力的妇女老人留守农村^[30]。农村陷入人、财困境。而政府为执行“三农”任务, 势必积极地对其监管, 甚至直接参与经营(自上而下), 并试图在此基础上培育合作社社员自由、民主、平等观念(倒因为果)。由此看, 在非发达国家, 政府对合作社基本采取非合作型的管制方式。但有趣的是, 政府对合作社一方面实行“自上而下”与倒因为果的逆向运作, 另一方面则又深表因政治关怀与道德叙事而产生的温情脉脉的忧虑。

(二) 公私合作理论新常态的建构。作为克服政府独白的路径依赖, 公私合作往往被赋予了制度救济的意义。为此, 建构公私合作理论, 并使之常态化就成为必要。一般来说, 该理论可通过可能性、现实性与功能性等三个方面加以阐释。

首先, 关于公私合作的可能性问题。有学者认为, 在原有体制的惯性下, 社会原子正在以另一种新方式被组织到国家体制的某一部分中去。从宏观结构上看, 其整体的特征不是分立, 而是多边合作、混合角色及互相依赖的发展^[31] (P. 164)。根据 Solinger 对武汉市的研究, 她发现, 私人企业并没有在城市发展出体制外力量。这些机构虽然在正式国家部门之外出现, 但国家的独立支配仍然保留着。城市经济是创造了一个新的 business 阶层, 但他们依赖官方体制的支持而生存。在中国, 官商正在融为一个多面向的连接体。它不是毁坏而是有力地支持了国家权威。国家需要商业资本的发展, 商人需要依赖国家体制而获得在市场中的优势地位, 政府需要增加对资本的控制。他们都意识到只有合作才能各得其所^[31] (P. 164)。基于此, 政府与合作社就具有了合作的可能性。从政府方面讲, 由于国家的权力仍然有分量, 它可以在社会中建立一个垄断性的流通渠道, 有时排除、有时又选择非官方的、非对立的社会经济力量合作。^① 从合作社方面讲, 农村人才流失仍然是个棘手问题。正如有学者所言, 六千多万留守儿童和城市两千多万的“小漂族”是中国未来农业的希望, 未来职业化农民只能从这个群体中产生, 他们的综合素质问题事关农业现代化的成败。不抓好他们的教育, 农业现代化只能是“空话”。对此, 日本接班人计划经验可以借鉴。1993年的日本《农业经营基础强化促进法》对“认定农业者”进行规制: 那些在改善农业经营效率和扩大规模上有积极性的农业经营者, 政府从大学毕业生中招募有志于此者然后培养, 由市町村进行选择 and 认定, 其根本目的在于提高农业经营者的能力, 培养掌握现代技术的农业经营接班人。被认定者即可获得诸多农地经营方面的优惠政策支持^[30]。而关于合作社的“钱途茫茫”问题, 已有大量学者探讨, 并且提出了许多可行性建议, 笔者不作赘述。总之, 政府与合作社间存在诸多合作困境, 但从体制内外发展现状、域内外既有经验等方面看尚存在有效解决的路径。

其次, 关于公私合作的现实性问题。近年来, 有一种新的理论动态, 那就是, 公私协商民主论成为学界共识。

^① D. J. Solinger, *Urban Entrepreneurs and the State: the Merger of State and Society, China's Transition from Socialism: Statist Legacies and Market Reforms, 1980 ~ 1990*; M. E. Sharpe Inc., 1993. p256.

有学者通过对西方发达国家自上世纪中后期以来以私人参与、公私合作、公私协商、公私共治为基本特征的公共治理模式进行了系统研究。这种以合作与契约为要素的治理模式是在一种责任导向型的制度下产生的。这种制度一经产生,政府而非私人团体将会负担更多责任^{[32] P. 4, 9)}。由此看,作为一种私人团体,合作社与政府间确实具有合作的现实性。当然,这种合作需要通过法律形式进行确认。这或许是合作社得以存续的一条有效路径。

最后,关于公私合作的功能性问题。应该说,公私合作的功能内置于公私合作关系之中。只要存在公私合作,就必然生发出相应的功能。因此,公私合作功能本身就具有了一种独立稳定性的机制,而这种机制又会反过来促使公私合作常态化。也许公私合作的功能有很多,但从法律实效看,以下三个方面最具有常态化意义。

一是合作社商人化的纵向调整可以充实以商法思维来构建的公私合作关系。合作社商人化,意味着合作社接受商法调整。而这种商法又必须始终围绕着营利性展开。为此,合作社商人化进程中的商法思维就成为思考与认知合作社与政府之间合作关系的关键。在这种合作关系中,商法必须从公平性角度来认真对待合作社的存续,并尊重其行为的特殊性。而合作社本身也应依据自由、快捷与外观主义原则来塑造自身,并据此取得政府对其制度化扶持。

二是合作社商人化的纵向调整可以助推民主发展,真正实现公私合作。从法律环境看,合作社本来是民主制度的产物,但合作社一旦产生,又会促进民主法治的发展。典型的是,19世纪的德国工业革命催生了合作银行的建立,并在此基础上诞生了具有现代民主意义上的合作原则与主体自治。依据合作原则,社员自愿入股、民主管理;依据主体自治,合作社从自身利益出发积极参与公共政策的制订与实施。这显然是一种通过压力寻求利益的公私合作,具有极强的民主特性。由此看,合作社商人化的纵向调整可以助推民主,实现公私合作。

三是合作社商人化的纵向调整可以降低政治风险,促成与政府间的积极共生关系。值得关注的是,在社会转型时期,农村扮演着关键性的钟摆角色。农村稳定是社会稳定的基石。而政府能否保持稳定,那就要看它能否有效消解风险,并使农民在政治上站到自己一边^{[33] P. 266 - 268)}。由此看,无论基于经济考量,还是基于政治稳定,政府与合作社间必须从消解独白入手来建构一种公私对话新常态。而如何消解政府的独白困境?有学者提出的价值序列理论颇具启发意义。依据该理论,在世界上所有的政治制度中,大部分政治是经济性的,而大部分经济也是政治性的^{[29] P. 9)}。不同社会在安排政治经济顺序时呈现出诸如安全、财富、公正、自由等不同的价值偏好^{[34] P. 6)}。而这种价值偏好可能会直接影响到合作社的政治安排。若将安全放在财富、公正和自由之前,在政府与合作社的张力关系中,政府会因借口维稳而发号施令、规划全局,故而处于主动地位;但在合作社商人化进程中,财富可能会被置于首位,作为创造财富的合作社势必会为争取利益而处于主动地位。而这种争取主动的法治策略的次优选择过程可能会直接导致其与政府间的民主协商关系的生成。然而吊诡的是,这种财富优位设置的结果有可能超出了协商架构的射程,并将政府保全在政治风险较小的区间内,从而构建成为一种较为稳定的积极共生模式。^①

四、申言:从现代化到现代性

行文至此,我们基本可以判断:合作社商人化进程既是一个从非商人到商人的转化过程,也是一个在商法限度内从消极共生到积极共生的优化过程,更是一个从传统商法到现代商法的进化过程。然而,具有思维关联性的是,这种以合作社商人化为内容的商法现代化的精致论证不禁引发人们对商法现代性的深度思考:一是从商法现代化到商法现代性。从法哲学视角看,利益、权威、独白等话语范式既是商法现代化必须直面的关键词,也是商法现代化背后所蕴含的现代性符号。而因对这些符号的过度张扬所引发的时代痼疾,如环境污染、贫穷、腐败等矛盾或者问题却有可能隐喻着人类重大的生存危机。为此,本文尝试在能力所及方面作出路径探索努力,希冀将这种危险的陷阱转化为一项通过民主协商可以追求的未竟事业。二是从商法现代性到借由协商民主而激荡出的权利觉醒。权利是现代社会的共识,也是现代法律的核心内容。然而,权利发生论却成为法哲学、政治学研究中的一个难以企及的哥德巴赫猜想。具有最新代表意义的是,德国学者哈贝马斯梳理并批评了“天赋

^① 政府与合作社建构民主协商关系的目的并非为了自身利益的考量,尤其没有进行政治风险的评估,而是为了有效解决“三农”任务、理顺官商关系等问题。

(“自然赋予”、“地赋(权利自赋)”与“人赋(权利国赋)”等三种权源说(经由笔者本土转换)。他提出,权利是由平等自由的主体互相承认和授予的,是人们合作、人际沟通和主体协商互动的产物^{[35] P. 103}),也即,权利基于法律和民主法治国的商谈理论。应该说,哈氏观点对我国合作社商人化进程中权利如何生成的研究具有着重要的启发意义。当然,哈氏商谈论也有其不足之处。正如清华大学高鸿钧教授所言,商谈权利论的生成不仅需要以生活世界的理性化为前提,而且需要特定社会成员彼此能够承认作为法律共同体平等伙伴的关系,进而通过互惠合作和互动协商建构现代民主法治国家。从人类现代化的实际历史进程来说,除美国建国前的社会状况,绝大多数社会很难具备这样理想的背景条件^[36]。的确如此,我国历史上曾出现过诸如“天赋神权”、“武力征服”、“皇恩浩荡”等权源论。应该说,这些权力发生说对当代合作社商人化的私权构建有着巨大的负面影响。作为一种路径转化,如何在商谈基础上进行合作社的横向规制与纵向调整,并据此而构建相应的权系,值得进一步研究。三是从依托权利诉求到勾画商人社会的生存图景。美国学者德沃金对群体撕裂曾作出令人惊讶地预判:“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:当一个社会中的大多数人对少数人的需求和前景加以蔑视时,这个社会便是不合法的,也是不公正的。”^{[37] P. 23}反过来,当少数人对多数人的诉求蔑视时,恐怕要沦落到洗牌地步了。需要警觉的是,在当下的商人社会,作为强势的公司与弱势的合作社之间同样面临着合法性危机与被解构的风险。为此,如何借由权利诉求,缓和社群间的利害冲突,构建一种积极共生型的商人社会,不失为一个美好的法治愿景。饶有趣味的是,笔者曾组织研究生做过一个公民法律素质调查。结果发现,从城市中心向郊野顺延,离中心越远,法律知识与法律意识越淡薄。但有一种例外,那就是,在农民专业合作社经营地与城乡结合部,合作社及其社员的民主商谈能力及在此基础上的权利观念、契约精神乃至诚信合作等素养与城市市民并无明显区别。该调查从一个侧面说明,合作社商人化及其积极共生关系的形成是建构相互融合的商人社会不可或缺的关键环节。

参考文献:

- [1] 郑景元 “合作社法律目的二元论”,载《法学杂志》2009 年第 6 期。
- [2] 江平 主编《法人制度论》,中国政法大学出版社 1994 年版。
- [3] 王诚 “分工性分配理论发展和现实演变”,载《浙江学刊》1999 年第 3 期。
- [4] [英]约翰·希克斯《经济史理论》,厉以平译,商务印书馆 1999 年版。
- [5] [美]约翰·康芒斯《制度经济学》(上),于树生译,商务印书馆 1962 年版。
- [6] 黄立君 “康芒斯的法经济学思想及其贡献”,载《中南财经政法大学学报》2006 年第 5 期。
- [7] 郑景元 “商事营利性理论的新发展”,载《比较法研究》2013 年第 1 期。
- [8] 杨燕绥《社会保险法》,中国人民大学 2000 年版。
- [9] [英]伯兰特·罗素《西方哲学史》(下册),文利译,商务印书馆 2006 年版。
- [10] 王保树 编《商法》,北京大学出版社 2014 年版。
- [11] 陈本寒 主编《商法新论》,武汉大学出版社 2009 年版。
- [12] [德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版。
- [13] 徐学鹿 “论我国商法的现代化”,载《山东法学》1999 年第 2 期。
- [14] 郑立、王益英 主编《企业法通论》,中国人民大学出版社 1993 年版。
- [15] 史际春 “论营利性”,载《法学家》2013 年第 3 期。
- [16] 孙亚范《新型农民专业合作社经济组织发展研究》,社会科学文献出版社 2006 年版。
- [17] 《德国合作社法》(1994 年修订案),纪恒昭译,台湾合作事业协会 1999 年版。
- [18] 《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀等译,中国大百科全书出版社 1999 年版。
- [19] 李锡勋《合作社法论》,三民书局股份有限公司 1992 年印行。
- [20] 蒋高明 “千疮百孔的中国农村”,载《环境教育》2015 年第 8 期。
- [21] 马彦丽 “北美农业合作社修法对我国的启示”,载《中国农业合作社》2014 年第 9 期。
- [22] 马彦丽 “论中国农民专业合作社的识别和判定”,载《中国农村观察》2013 年第 3 期。
- [23] 应强 “发达国家如何治理‘空心村’”,载《瞭望》2015 年第 34 期。
- [24] 米新丽 “论农业合作社的法律性质”,载《法学论坛》2005 年第 1 期。
- [25] 《德国民法典》,杜景林、卢谔译,中国政法大学出版

- 社 1999 年版。
- [26] 苑鹏 “‘公司 + 合作社 + 农户’下的四种农业产业化经营模式探析”,载《中国合作经济》2013 年第 7 期。
- [27] [英]L. 罗宾斯《过去与现在的政治经济学》,陈尚霖等译,商务印书馆 1997 年版。
- [28] 马长山《法治进程中的“民间治理”》,法律出版社 2006 年版。
- [29] [美]查尔斯·沃尔夫《市场或政府》,谢旭译,中国发展出版社 1994 年版。
- [30] 刘奇“中国农业现代化进程中的十大困境”,载《行政管理改革》2015 年第 3 期。
- [31] 张静《法团主义》,中国社会科学出版社 1998 年版。
- [32] [美]朱迪·弗里曼《合作治理与新行政法》,罗豪才主编,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆 2010 年版。
- [33] [美]塞缪尔·P·亨廷顿《变化社会中的政治秩序》,王冠华等译,三联书店 1989 年版。
- [34] [英]苏珊·斯特兰奇《国际政治经济学导论》,杨宇光等译,经济科学出版社 1990 年版。
- [35] [德]哈贝马斯《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版。
- [36] 高鸿钧“权利源于主体间商谈”,载《清华法学》2008 年第 2 期。
- [37] [美]罗纳德·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 6 月版。

Symbiotic Structure of Merchant Cooperation Businessmanization

Zheng Jingyuan

Abstract: Different individuals can be homogeneous in a certain way and form a symbiotic relationship. Thus, the sense of symbiotic structure in commercial law should not only satisfy the lawfulness of pluralistic harmony but also realize the legal effect of multiple selection. The process of merchant cooperation changed from non-businessman to businessman is also a process which cooperation changed from negative to positive symbiotic evolutionary under the commercial laws and the evolution from traditional commercial law to modern commercial law. During the process of businessmanization, merchant cooperation demonstrates a trinary structure of transaction, distribution and power through separation and merger and achieves the new development of for-profit theory. After merchant cooperation, it attains the pluralistic harmony new paradigm through the transverse regulation with the company. Now it realizes the new normal of democratic public-profit consultation through vertigo adjustment with the government. In addition, cooperative merchant also involves the modernity, the rights based on democracy and the merchant society to be shaped with legal rights.

Keywords: Cooperation; Businessmanization; Symbiotic Structure

(责任编辑: 寇 丽)