



论“空壳社”的破产退出： 基于土地经营权入股的考量

于新循 薛贤琼

摘要:我国农民专业合作社存在“空壳社”或者说“僵尸社”的问题,如何有效实现其破产退出已成为运用市场化、法治化手段的重要着力点。然而,“空壳社”的破产退出囿于土地经营权兼具保障性与财产性的双重属性,极易触发农户与债权人之间的利益冲突,暴露出破产退出效率较低、破产财产认定模糊、破产债权实质清偿困难等尖锐问题。有鉴于此,应当积极引入简易破产及联合社破产程序以达制度出清之效,特别要引入优先股与回购制度以疏通权属不清之困,着力探索农业保险及风险专项基金制度以求得实质清偿之效。如此“三位一体”的进路选择,对有效化解农户与债权人利益间的紧张关系并更好实现“空壳社”的破产退出,显然是大有裨益的。

关键词:“空壳社”;破产退出;土地经营权入股;利益平衡

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2021.04.010

收稿日期:2021-03-11

基金项目:本文为成都市 2020 年软科学项目“优化营商环境下成都市域内科技类僵尸企业的精准识别与破产处置研究”(2020-RK00-00020-ZF)的研究成果。

作者简介:于新循,男,四川南充人,四川师范大学法学院教授,E-mail: cqyuxx@163.com;
薛贤琼,女,四川泸州人,四川师范大学法学院民商法学硕士研究生。

伴随着《农民专业合作社法》从 2007 年颁布到 2017 年的重要修订,我国农民专业合作社发展的法治化进程不断加快。而维系农民专业合作社发展的土地经营权入股必然关系到“三权分置”改革^①。对此,2018 年重新修订的《农村土地承包法》确认了以土地经营权流转为核心的“三权分置”改革。与此同步,当年包括农业农村部在内的 6 个部门还联合印发了《关于开展土地经营权入股发展农业产业化经营试点的指导意见》(以下简称《指导意见》)。新近来看,又有 2021 年 3 月 1 日修订实施的《农村土地经营权流转管理办法》。而最为根本的是,2021 年 1 月 1 日正式实施的《民法典》新增了“三权分置”下土地经营权的相关规定——这既是对以往政策的接驳与升级,亦指引了未来理论与实务关注的基本方向。应当说,“三权分置”改革实现了意义重大而深远的法治化,必将激发广大农村如火如荼地推进土地经营权入股的更大热情。可以说,在农民专业合作社蓬勃发展与土地经营权积极入股的动态互动下,农村经济的未来发展有较大空间。

然而,农民专业合作社数量的暴涨与其良性发展是否彼此等同?其真实发展状况是否真的如表面展示出来的光鲜?对此,不少学者进行了实证调研,典型的如李雄鹰、陆华东的调研结果显示,样本中有 80% 的农民专业合作社沦为空壳,其实践发展并不乐观^②。这在国家层面也得到了特别关注,如 2019 年 2 月包括农业农村部在内的 11 个部门联合印发了《开展农民专业合作社“空壳社”专项清理工作方案》(以下简称《清

^①农村承包地的“三权分置”改革,意在形成所有权、承包权、经营权之“三权”的必要分置,重在所有权、承包权不得流转下促进土地经营权的有序流转。这一改革最早提出于 2013 年的中央农村工作会议,是继家庭联产承包责任制后农村改革又一重大制度创新。农村承包地(而非宅基地)的“三权分置”改革在实践中不断发展并最终规定于《民法典》物权编第十一章“土地承包经营权”之中,意义重大而深远。

^②李雄鹰、陆华东《乡村振兴莫让形式主义带歪》,《农村·农业·农民(B版)》2018 年第 12 期,第 13 页。

理方案)),明确应按照“摸底排查、精准识别、分类处置”等工作方法对名存实亡的“空壳社”进行专项清理。又如,包括国家发改委在内的13个部门于2019年7月联合印发了《加快完善市场主体退出制度改革方案》(以下简称《改革方案》),特别提到要建立起包括农民专业合作社等市场主体在内的高效、有序的退出制度,扩大破产制度的覆盖面。

鉴于土地经营权的性质特别、流转方式较多且差异较大,难以提炼出通用的破产退出模式,因而本文仅讨论土地经营权入股这一有效流转方式,并以此为研究视角,积极引入破产退出(狭义破产)机制,尝试运用市场化、法治化手段来有效处理“量大质差、真假混杂”的“空壳社”问题。

一 “空壳社”之基础性认识

对于“空壳社”的破产退出,首先需要着眼于正反两方面,即对土地经营权入股农民专业合作社的积极意义和亟待矫正规范并有序退出的“空壳社”的消极面进行分析,为制度应对奠定认识基础。

(一)农民专业合作社及其积极选择的土地经营权入股

1. 农民专业合作社的主体定位

依据2017年修订的《农民专业合作社法》第二条规定,农民专业合作社“是指在农村家庭承包经营基础上,农产品的生产经营者或者农业生产经营服务的提供者、利用者,自愿联合、民主管理的互助性经济组织”。按照《民法典》第九十六条规定,又把它归为特别法人。可以说是将“法人”这一广泛而高效的“人类成就”与农民专业合作社蓬勃发展需求的有机融合。申言之,作为一种兼有营利性和公益性、具备企业与社会功能的特别法人,它还被称作“农村企业”^①,是一种具有“企业法人”部分特性且可表现为“混搭”形态的特殊商事主体^②。

2. 土地经营权入股的基本共识

我们知道,维系农民专业合作社发展的土地经营权入股必然关系到“三权分置”改革。过去几年,法学界对“三权分置”改革十分关注,同时对土地经营权性质的讨论亦是十分激烈。遗憾的是,《农村土地承包法》的重大修订虽原则性地规定了土地经营权权利,但对土地经营权的性质进行了淡化处理^③,《民法典》第三百三十九条的沿袭规定也并未有实质性突破。当然,争议之下仍有共识,亦即土地经营权可基于特定的流转方式产生。例如,土地经营权“债权说”观点承认“入股”这一流转方式可派生出土地经营权^④;又如,土地经营权“物权说”观点也认为土地承包经营权流转实现的“权能分离”可派生出土地经营权^⑤。最为重要的是,随着《农民专业合作社法》、《农村土地承包法》、《民法典》等重量级法律以及《指导意见》等规范性文件的相继修改和颁行,进一步确认了土地经营权入股的正当性,为土地经营权入股基本扫清了理论和制度障碍。

3. 土地经营权入股的组织选择形式

当前,股份合作社、有限责任公司、农民专业合作社等都在实践中成为土地经营权入股的组织形式。(1)土地经营权入股的股份合作社,这在创新之初的广东、江浙一带有过积极尝试,但囿于经营目标、产权归属、经营管理、利润分配等问题的制约,发展至今也是明显式微^⑥。(2)相较于土地经营权入股的股份合作社形式,有限责任公司的选择确实更进了一步,如重庆就进行过积极尝试,但陷于失地风险较高、相关规范冲突严重、配套制度缺位等问题,仅推行一年多便被中央紧急叫停^⑦。(3)土地经营权入股的农民专业合作社,这在浙江等地区率先尝试至今已十年有余,尽管目前发展并不成熟,但具有农民成员主导、服务与营利并重、经营

①王长寿《中国农村非营利组织发展研究》,西北农林科技大学2003年博士学位论文,第32页。

②吴宜男《商法视阈下的农村经营主体法律形态研究》,四川师范大学2018年硕士学位论文,第30—31页。

③刘振伟《巩固和完善农村基本经营制度》,《农村经营管理》2019年第1期,第14页。

④高圣平《农村土地承包法修改后的承包地法权配置》,《法学研究》2019年第5期,第44页。

⑤李国强《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,《法律科学》2015年第6期,第184页。

⑥本处所称的股份合作社这种重要改革形式,曾于20世纪80、90年代在我国地方实践中“轰轰烈烈”地探索过。在有效维护农村集体所有制前提下,该种形式特别适宜农村集体所有制企业股份制改造,今后也应“重获新生”并成为与农民专业合作社等“并行共进”的农村集体经济组织形式。需要特别指出的是,合作制固然可向股份制转化,但有的学者简单将当时的“股份合作企业”与现今的“农民专业合作社”等同的做法却明显不妥。就地方立法而言,1994年制定、2019年修订的《深圳经济特区股份合作公司条例》堪为典范。

⑦刘爱玲《土地承包经营权入股农民专业合作社法律问题研究》,西南政法大学2017年硕士学位论文,第17页。

管理自愿民主、相关规范跟进及时等显著优势,可以说,农民专业合作社形式能够更好契合农村发展实际,对有效激活农村经济实乃一种更优选择。

(二)作为农民专业合作社消极存在的“空壳社”

农民专业合作社自身的良性发展对于落实“三权分置”改革,进而推进国家乡村振兴和农业现代化进程可谓意义重大。而基于理性对待,不仅要大力推动土地经营权入股农民专业合作社的积极实践,同时也要充分认识到现实发展中的各种消极存在,特别是要直面当下的“空壳社”问题,有效摆脱农民专业合作社发展过程中“戴着镣铐跳舞”的窘境。

当然,正如《清理方案》所要求的“精准识别”那样,对“空壳社”首先要精准识别。对于这一概念,官方并未给出具体界定。就此,我们借鉴依靠政府“输血”、银行“续命”等勉强存活却无法恢复生机的高负债率企业这一“僵尸企业”的概念,可将“空壳社”理解为:依靠政府补助、金融机构支撑等存在但处于不经营状态的农民专业合作社。至于“空壳社”的分类识别,《清理方案》划分了六种类型,即没有农户真正参与、不进行实质经营活动、经营不善致难以为继、以农民专业合作社之名套取国家补助、群众举报存在违法违规、进行非法金融活动。当下农民专业合作社发展的不成熟,导致各种有名无实、徒有虚名的“空壳社”成为一种消极存在,需要矫正规范、有序退出。

二 “空壳社”的成因与危害

尽管如上文所述的土地经营权入股农民专业合作社具有更高的契合性,但多元因素交织而形成的“空壳社”却顽固存在,带来诸多危害。

(一)“空壳社”的生成是政策性投机所驱使,导致国家政策目的落空

近年来,“空壳社”的形成与农民专业合作社的盲目设立紧密相关。而国家对于农民专业合作社的支持力度本来很大,不仅有国家各种政策性文件的大力推动,而且《农民专业合作社法》的立法目的也十分明确,即“鼓励、支持、引导”农民专业合作社发展,并在该法第十条、第十一条以及第六十五条、第六十六条、第六十七条中对“财政、税收、金融”等扶持措施进行了具体细化。但从实践发展看来,不少农民专业合作社在设立之初主要出于政策性投机目的,一段时间内也掀起了抢注农民专业合作社的热潮。如有学者通过抽样问卷、实地考察等方式对具有代表性的8个省12个县的“空壳社”问题进行了深入调研,其调查样本显示竟有40.8%的农户设立农民专业合作社是由“随大溜”的从众心理驱使^①。在此调研中发现,有村民甚至直言不讳地表示设立农民专业合作社仅是出于“看到别人设立自己也赶紧加入”、“生怕错过政策优惠”的考虑。

中国的农业现代化进程起步较晚,并因农业农村的发展实际以及农民专业合作社本身的特点,存在着较为广泛的倚重国家财政的现象。一方面,农民专业合作社作为党的十九大报告提出的“新型农业经营主体”的重点培育对象之一,自然备受瞩目。但另一方面,学术界也大多认为中国农业补贴存在“大而全”的目标,实际存在受众群体与补贴主体不相匹配等问题^②。显然,出于政策性投机目的抢注的农民专业合作社实际上“欺骗”了国家财政,稀释了真正需要财政补助的农民专业合作社资源。因此,未来农业财政扶持应综合考虑农业发展本身的地域、季节等条件差异,并对重点发展的领域,转变政策扶持方式和环节^③,从源头上控制好“空壳社”产生的政策性投机。

(二)设立农民专业合作社准入门槛较低,导致其数量质量发展失衡

如前所述,《民法典》从基本法层面赋予了农民专业合作社以特别法人资格,从更高效力上支持了土地经营权可入股的实践。并且,《农民专业合作社法》、《农民专业合作社登记管理条例》等还对农民专业合作社的设立条件进行了具体规定。根据这些规定,农民专业合作社只要具有五名以上符合规定的成员,自愿并具有相关证明文件等基本条件便可组建,准入门槛显然较低。又如,同样作为对出资的规制,《公司法》第二十七条、第二十八条对非货币财产入股公司时“应当评估作价”并“依法办理其财产权的转移手续”等出资问题进

①苑鹏、曹斌、崔红志《空壳农民专业合作社的形成原因、负面效应与应对策略》,《改革》2019年第4期,第42页。

②赵础昊《农业现代化中的财政支持研究——以河南省鹤壁市浚县王庄镇为例》,中共中央党校2019年博士学位论文,第19页。

③赵础昊《农业现代化中的财政支持研究——以河南省鹤壁市浚县王庄镇为例》,中共中央党校2019年博士学位论文,第69页。

行了规定,而《农民专业合作社法》第十三条却未直接体现土地经营权入股农民专业合作社时需要评估作价及验资^①、办理财产权转移手续等必要要求。可以说,“诱人”的国家政策以及较低的准入门槛,成为诱发各类农民专业合作社设立的“双引擎”。

就此,中央农办、农业农村部于2019年3月召开的新闻发布会表示,农民专业合作社自《农民专业合作社法》颁布以来,注册门槛低、数量扩张快,每年的增长数量达20—30万个。农业农村部于2020年9月召开新闻发布会表示,截至2020年5月底,全国农民专业合作社的登记数量已达222.5万家,全国联合社的登记数量已超1万^②,全国超50%农户通过农民专业合作社进行了培训,辐射带动了全国近一半的农户^③。这些信息尽管传递出农民专业合作社扩张发展的积极信号,但其背后也存在不和谐的一面,即“空壳社”数量同样随之逐年增长。实践中,有农户就懵懂地表示“不知道自己怎么就成了社员”,有的农户甚至同时被记载于多个农民专业合作社的设立文件中,对农民专业合作社经营事项却全然不知。如此一来,农民专业合作社数量虽多、辐射虽广,却被诸多质量低、效益差的“空壳社”牵制,其健康发展处处受限。

(三)农民专业合作社数量指标与政绩考核挂钩,损害政府形象声誉

长期以来,我国农民专业合作社发展道路呈现明显的“政府帮扶、农民自主”的特征,政府在合作社“从生到死”的进程中始终扮演着重要角色,农民专业合作社与政府之间必然存在着深刻的关联^④。实践中,有的农民专业合作社表面光鲜亮丽,可以说是“名称口号响亮、人员队伍庞大、规章制度满墙”,却不行合作之事,成为徒有虚名的“空壳社”。2014年,原国家工商行政管理总局发布的《农民专业合作社年度报告公示暂行办法》第四条虽然明确规定“农民专业合作社需定期向市场监督管理部门报送年报”,并且第八条也规定“市场监督管理部门应当对年报进行抽查,抽查结果应当公示”,但实践中年报提交率并不高,抽查力度并不明显,相当程度上搁置甚至放任了“空壳社”问题。因此,实践中简单地将数量指标与政府政绩挂钩的做法,已成为农民专业合作社发展的障碍。

固然,农民专业合作社发展中的政府角色不可或缺,但在市场经济中,政府应该是服务者、规划者,而非不当干涉者甚至异化为“空壳社”的“纵容者”。确实,实践中的不少“空壳社”早已成为“摆设”,有的地方甚至堂而皇之地称其为“面子工程”。而在广大农村,农户依附土地收入本就微薄,积极响应改革将土地经营权入股农民专业合作社,却面临着被“空壳社”无情吞噬的巨大风险。所以,“空壳社”的恶性发展正损害着广大农户利益,也由此制约着农村经济现代化的健康与可持续发展,因而需要政府及时转换角色并积极加以应对。

三 “空壳社”的破产退出困境

当下,农民专业合作社非常低的“准入”门槛确实与十分高的“退出”条件形成了明显反差,以致市场阻塞、进退失据。为警惕“空壳社”带来的“劣币驱逐良币”效应,应加快推进“空壳社”的有效出清特别是破产出清机制建设。

(一)破产退出效率较低

一定意义上讲,破产法不仅是维系市场经济的“基本法”,也可以称之为推进市场经济改革与发展的“宪法”。然而,以《企业破产法》等为代表的我国现行破产制度,并未在包括促进“空壳社”破产退出方面发挥出本应发挥的重要作用。相较于美国、西欧的市场主体注重运用破产程序退出市场的普遍做法,我国市场主体适用破产程序实现出清的占比一直较低。尽管《农民专业合作社法》第五十五条“农民专业合作社破产适用企业破产法的有关规定”,为“空壳社”适用破产退出机制提供了法律基础,但“空壳社”作为农民专业合作社的特殊存在形式毕竟有别于其他企业法人,实践中通过破产手段处置“空壳社”的案例更是寥寥无几。尽管

① 现行《公司法》除了第八十条、第八十九条规定仍对募集设立的股份有限公司要求出资验资外,对于其他的公司设立情形已取消了出资验资的法定要求,这体现了立法进步。但我们认为,基于农民专业合作社这种特别法人,仍有必要提出相应的出资验资要求。

② 农业农村部《全国依法登记农民合作社达222.5万家 联合社超1万家》,国际财经网,2020年9月4日发布,2021年1月17日访问,http://www.waihuigu.net/jinrong/20200904/970337.html。

③ 农业农村部农村合作经济指导司《以农民合作社规范提升行动为抓手 推进农民合作社高质量发展》,《中国农民合作社》2020年第2期,第7页。

④ 赵玉石《新型农村合作社发展中的政府行为研究》,东北师范大学2019年博士学位论文,第1页。

2019年颁布的前述《清理方案》、《改革方案》对“空壳社”问题颇有关注,但也仅停留于政策层面而清理整顿效果并不明显。为此,在积极提倡运用市场化、法治化手段促进市场主体退出的大势之下,更应积极通过我国破产制度的体系化完善,藉此提高“空壳社”破产退出效率。

(二)破产财产认定模糊

一直以来,土地经营权对农户安身立命具有重要意义,肩负着就业、养老、教育等多重功能,国家政策和立法常常对其加以重点保护。按照2005年《农村土地承包经营权流转管理办法》第十九条“承包方之间可以自愿将承包土地入股发展农业合作生产,但股份合作解散时入股土地应当退回原承包农户”的规定来理解,“空壳社”破产退出时“入股土地应当退回原承包农户”,这一规定虽然特别体现了土地经营权的保障性特征,但也与《公司法》、《农民专业合作社法》的“入股”规定存在冲突,相当程度上影响了对破产财产的认定。不过,值得高度肯定的是,在作为农业农村部2021年第1号令而于2021年1月26日发布并于3月1日实施的《农村土地经营权流转管理办法》之中,这一倾斜性保护规定已被更好防范“入股失地”的优先股倡导性规范所替代了,亦即第十六条“承包方自愿将土地经营权入股公司发展农业产业化经营的,可以采取优先股等方式降低承包方风险。公司解散时入股土地应当退回原承包方”之规定^①。其实,“我国农村土地从来就具有社会保障的功能”^②,因而在“空壳社”破产退出时仍应进行必要坚持与基本体现,但毕竟农民专业合作社作为一种特别法人,既为法人便同样要遵循体现于《公司法》第三条关于公司法人财产权的类似规定。因此,被视为破产财产的土地经营权,与货币出资本质相同,应对外承担责任^③。并且,《农民专业合作社法》第五条也规定,入股的土地经营权农民专业合作社有权进行处分——这里的处分当然具有物权意义。据此,土地经营权入股农民专业合作社之“入股”自应参照《公司法》意义进行理解,以体现其必要的财产性特征。对此,并非单纯财产权利的土地经营权入股后想要平稳地破产退出并非易事,应坚持以公司法理为基础,妥善处置入股的土地经营权,廓清法人财产权与其他资本之间的关系,从而进行体现利益平衡的制度设计。

(三)破产债权实质清偿困难

可以说,《农村土地承包法》对土地经营权利用近乎“苛刻”的规定,使破产债权遭受了难以实质清偿的诘难。尽管我国《企业破产法》设计了诸如管理人制度、债权清偿顺位制度、债权人会议制度等架构,为债权人利益提供保障,但在如何解决“空壳社”破产退出的问题上,现行破产制度并不能有效发挥其本身的制度价值,从而影响了破产债权的实质清偿。例如,《农村土地承包法》第三十八条、第四十二条、第六十三条等规定明确表示了流转土地不得改变土地所有性质和土地农业用途,否则会受到相应处罚。据此,“空壳社”破产退出时,即便入股的土地经营权突破重重障碍最终成为农民专业合作社的破产财产,但债权人特别是从事非农业生产的债权人,其债权依旧难以得到实质意义上的清偿。对债权人而言,获得清偿的真正意图并非是想获得农户入股的土地经营权,而是获得最好能快速变现的财产。无疑,土地经营权作为破产财产“强塞”给债权人并同时附加诸多利用限制的做法,一方面打击了债权人参与市场的信心,另一方面也容易导致土地资源的浪费。

四 “空壳社”破产退出的进路

对“空壳社”问题的处理虽然迫在眉睫,但土地经营权的双重属性亦客观存在,二者如何平稳退出给现行法律制度提出了更高要求。基于此,下面将重点探讨简易破产与联合社制度、引入优先股及回购制度、探索保险和基金制度等可谓“三位一体”的破解进路,期望达到平衡农户与债权人利益的同时也不误“空壳社”的

^①就此,回顾来看有两处问题值得我们关注。一是关于制度落实问题。为贯彻落实新修改的《农村土地承包法》及“三权分置”制度,农业农村部及时对《农村土地承包经营权流转管理办法》进行了修订,形成了《农村土地经营权流转管理办法(修订草案征求意见稿)》,并于2021年发布实施了《农村土地经营权流转管理办法》。二是关于土地经营权入股问题。正如农业农村部所言:在“三权分置”改革下,农民入股的土地经营权是有一定期限的,因此即便面临破产清算也只丧失了一定期限内的土地经营权,将承包地退还原承包农户的规定在法理上已无必要且与《企业破产法》相冲突。至于因此可能的失地风险问题,实践中逐渐形成了优先股、先租后股、回购等解决方法,建议将其作为防范入股失地风险的倡导性规定。参见李鹏《〈农村土地承包经营权流转管理办法〉改后名称少了“承包”二字,究竟有何玄机?》,《农民日报》2019年10月8日。

^②刘俊《土地承包经营权性质探讨》,《现代法学》2007年第2期,第170页。

^③刘冰《农村承包土地经营权的破产处置》,《法学》2018年第4期,第184页。

顺畅退出机制的形成。

(一)制度出清:完善简易破产与联合社破产制度,提高“空壳社”破产退出效率

正由于“优胜劣汰的市场规则要求市场经济法治为市场主体退出做好制度安排”^①,因而探讨和完善“空壳社”破产退出的具体制度十分必要。但囿于《企业破产法》的局限性加之“空壳社”的特殊性,又不能简单适用该规定。具体而言,主要有以下两方面构想。

1.引入简易破产制度

目前,我国农民专业合作社“大群体、小规模”的发展特征相当程度上会盘活大量的土地经营权,但质量低、效益差的“空壳社”又是其发展短板。囿于现行破产制度耗时漫长、程序繁杂、费用较高等因素的制约,“空壳社”破产退出并不能“按部就班”地适用破产法规定。因此,大量难逃市场噩运的“空壳社”常常对破产程序望而却步,只能采取自生自灭、搁置一旁等非市场化、非法化途径勉强处置,严重破坏了法治秩序,加剧了社会问题。如此,因时而需的简易破产程序确有引入的必要。在国内试点单位中,以温州中院、深圳中院为代表,积极探索了破产案件简化处理模式,提高了破产案件效率。在此进程中,分别形成了《关于试行简化破产案件审理程序的会议纪要》、《破产案件审理规程》等文件。尤其是在“空壳社”破产退出如何适用简易程序这个问题上,温州中院、深圳中院提供了可推广、可复制的经验。其中关于简易破产制度的适用范围、排除适用范围、程序启动方式、债权申报期限、债权人大会表决方式、审理期限等规定,值得全国范围内的借鉴参考与全面推进。

2.建立联合社破产制度

2020年5月,全国联合社数量已达一万多家。联合社若集体“空壳”,土地经营权亦会被“指数级”禁锢,私下的利益输送、债务逃避等问题必将会殃及国家财政、金融秩序。具体来看,《农民专业合作社法》第七章专章规定了联合社的设立条件、责任承担范围、机构设置等内容,但对联合社破产问题却语焉不详。就此而言,建立联合社破产制度具有重要意义。实践中,企业往往遵循单独破产原则,我国规范市场主体退出的《企业破产法》尚无“关联破产”的直接规定。那么,“关联破产”是否有其正当性?有学者认为,“关联破产”规则已在破产法土壤中孕育出了独立的法律品格^②。值得关注的是,最高人民法院于2018年3月印发了《全国法院破产审判工作会议纪要》,其中就明确了对人格高度混同的企业可以有限适用“关联破产”,预示了“关联破产”的未来发展方向。我们认为,积极借鉴“关联破产”的理念和追求,可从启动规则、法院管辖、审理方式等方面展开深入讨论,促进联合社破产制度的形成与发展。当然,“关联破产”对《公司法》法人人格否认制度存在冲击,加之破产退出的终局性,实践中也应当谨慎对待。

(二)核心架构:引入优先股及回购制度,明晰“空壳社”破产财产

在“空壳社”破产退出时如何处理入股的土地经营权问题上,2018年《指导意见》中就明确提到要“探索‘优先股’制度”^③,亦可在农民专业合作社面临破产清算时实行“农户回购”,即“农户可以按照有关法律法规或公司、农民专业合作社章程规定回购土地经营权”。以此为突破口进行制度构建,或许成为可行进路^④。

1.探索优先股制度

土地经营权经历了“重所有”到“重利用”的改革与变迁,“土地经营权入股”逐渐实现由实物形态向价值形态的转变^⑤。入股对土地经营权资本化具有显著优势,切实符合了增加农户收入、扩大农业生产等真实诉求。但这并不意味着土地经营权入股后“只赚不亏”,“物竞天择,适者生存”的市场规律依旧难以撼动。正如

①李曙光《破产法的宪法性及市场经济价值》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期,第151页。

②王静、蒋伟《实质合并破产制度适用实证研究——以企业破产法实施以来76件案例为样本》,《法律适用》2019年第12期,第6页。

③实际上,除了优先股这一实践,2018年《指导意见》及实务中还有“先租后股”这一模式。但是,“先租后股”模式对于本就资金匮乏的农民专业合作社而言无疑加大了交易成本。而土地经营权直接入股农民专业合作社的一体化合作模式更能促进土地经营权资本化,更能有效盘活农村资源。如此之下,优先股制度应为更理所当然的选择。

④为促进土地经营权入股的实践并减少相关规定之间的冲突,我们尤应重视“空壳社”破产退出时优先股的设置与回购制度的设计这两大关键。一方面,优先股的设置可大大减轻农户想入股但失地风险较高的顾虑;另一方面,回购制度的设计则尽可能保护“空壳社”破产退出时债权人的利益。由此,二者得以“一体两面”、相得益彰地构成农户与债权人利益平衡的保护机制。

⑤李隆伟《土地承包经营权确权对农民土地流转行为的影响研究》,中国农业大学2016年博士学位论文,第27页。

《指导意见》中提到的“优先股”方案在法理上是可行的,而如前述之新《农村土地经营权流转管理办法》的第十六条规定更是值得肯定。究其实,优先股作为一种重要的投融资工具,其设计需要农户让渡一般表决权,而农户让渡一般表决权的后果是农户可从农民专业合作社的经营中换取更高、更稳定的股息对价。一般认为,入股农户受限于自身认知判断能力及经营管理能力,其实力往往不及其他股东。农户与其死守无实质意义的表决权,倒不如回归至“资产收益”的博弈。在这一点上,优先股的盈余分配、剩余财产分配等优势得以充分显现。但应当注意的是,设置农户优先股应当保留诸如分红等重大事项的表决权,以防农户合法利益被不法侵吞^①。

具体到“空壳社”的破产程序中,可设计以土地经营权入股的农户股东享有清算优先权,这可谓优先权股东的“特权”^②。按照这一思路,“空壳社”的破产财产在清偿完外部债务后,享有清算优先权的股东可优于其他股东获得清偿。这样处置,将入股的土地经营权从法人财产的意义上进行理解的同时也在破产清算中将入股农户置于更有利地位,最大可能降低市场风险给农户带来的损害。关于优先股的具体设置,笔者在充分分析各方利益的基础上提出两点设想。一是关于类型选择。累计优先股及不可转化型优先股更具优势。累计优先股在当年未能获得足额股利时可在以后年度分配时予以补足,不可转化型优先股未赋予农户股东转为普通股的权利,可更好保障农户利益,二者能更大程度上降低农户投资风险。二是关于比例设置。优先股比例不可设置过高,否则极易导致低比例的普通股享有过大的话语权。当然优先股的比例也不宜过低,否则会抑制对土地经营权入股农户的保障作用。具体而言,可参照有学者建议那样:法国以3/4、奥地利以1/2为最高比例限制,借鉴域外经验并结合我国国情,将其比例设置在1/4内较为合适^③。

2. 引入回购制度

《指导意见》中提到的“农户回购”是值得肯定的,它兼顾了土地经营权的两大属性。一是土地经营权的保障性。农户在“空壳社”破产退出时,可以要求不以出资的土地经营权清偿,可通过回购土地经营权的方式达到保护农户的目的。因此,当“空壳社”破产后,农户依然可以进行耕种从而保障其基本生活。这样,也符合新《农村土地经营权流转管理办法》第十六条“公司解散时入股土地应当退回原承包方”之规定,而且亦较原先的“退回原承包农户”更加合理与准确,得以更好制止耕地“非农化”、“非粮化”。二是土地经营权的财产性。根据《公司法》、《农民专业合作社法》的规定,入股的土地经营权为农民专业合作社的财产,在面临“空壳社”破产退出时,应承担债权担保的功能。为保障回购制度具体落地,各级政府需要在信息互通、政策联动的基础上创造更多的就业机会并引导农民就近就业,农户回购能力提高的同时当地经济也会随之蓬勃发展。

引入上述“农户回购”的同时,还有学者基于农户的收入现状提出了“国家回购制度”^④,这一制度的前提当然也是将土地经营权作为破产财产来理解的。这就要求需要国家支付土地经营权回购价款,并依靠国家特定的农业、产业等政策要求将土地经营权无偿转让给原入股农户^⑤。这样处置,具有维持土地农业用途、辅助国家政策落实、解决农户生活困难等优势。但是,这种以市场价格收购并无偿转让给农户的做法无疑加大了财政压力,其现实可行性值得怀疑,并且,还会引发农户“反正有国家买单”的不良心理,容易引发道德风险^⑥。如此,国家除非迫不得已,并不轻易介入。总之,在回购制度的设计上还是应当坚持市场化原则,选择“农户回购”作为主要实现方式。

(三) 重点保障:探索保险及基金制度,实质清偿破产债权

确实,《农村土地承包法》对土地利用的限制加大了破产债权的实质清偿难度。在提倡优先股制度及回购制度的基础上,进而探索农业保险制度、建立风险专项基金制度则不失为“空壳社”破产退出时实质清偿破

① 冯曦《家庭土地承包经营权入股公司的法律建构——基于公司双重资本制》,《法学杂志》2013年第2期,第128页。

② 潘成林《农村土地承包经营权入股公司问题研究——以优先股为视角》,《农村经济》2012年第4期,第33页。

③ 潘成林《农村土地承包经营权入股公司问题研究——以优先股为视角》,《农村经济》2012年第4期,第35页。

④ 黄河《农村土地经营权流转法制保障研究》,西北农林科技大学2010年博士学位论文,第56页。

⑤ 张艳《农村土地承包经营权入股农民专业合作社法律问题研究》,中国社会科学院研究生院2013年硕士学位论文,第21页。

⑥ 吴义茂、吴越《土地承包经营权入股有限责任公司问题研究——以农民股东与债权人的利益冲突与平衡为视角》,《北方法学》2013年第3期,第25页。

产债权的有效保障。

1.探索农业保险制度

长期以来,大多数农户以农业收入为主要经济来源,其风险承受能力普遍较低。现行2012年的《农业保险条例》、2017年修订的《农民专业合作社法》、2018年的《指导意见》等规定中明确提到要探索土地经营权入股保险,增强农户、农民专业合作社的抗风险能力。另外,2021年4月29日通过的《乡村振兴促进法》第六十六条也明确规定:“国家建立健全多层次农业保险体系,完善政策性农业保险制度,鼓励商业性保险公司开展农业保险业务,支持农民和农业经营主体依法开展互助合作保险”,并且“县级以上人民政府应当采取保费补贴等措施,支持保险机构适当增加保险品种,扩大农业保险覆盖面,促进农业保险发展。”^①

具体而言,可从三个方面进行考量。首先,关于保险形式选择,可以遵循《农民专业合作社法》中的“商业性保险先行”的思路。但鉴于主体间经济水平差异、实体需求不同等因素,单纯让商业性保险“独挑大梁”未免强人所难,互助性保险因其具有程序更为简化、处置方式更为高效等优点,也不失为化解“空壳社”破产债权实质清偿难的“兜底模式”。其次,关于保险的制度构建,可以参照存款保险制度进行设计^②。这样,农户在投保类似于“土地经营权入股保险”后,面临“空壳社”破产情形时,可通过保险机构的资金资助以确保农户拥有回购土地经营权的能力。最后,关于保险范围,我国覆盖面仍然不宽,应根据地方特色尽可能扩大。如物产丰富的云南,每年会因各类灾害造成巨大的农业损失,但除了具有地方特色的咖啡和苹果纳入保险范围外,其广泛种植的马铃薯、育肥猪等却并未纳入保险范围。反观域外发达国家农业保险覆盖的范围则十分广泛,狭窄的保护范围会限制农业、农村发展,未来应积极拓宽。另外,《农业保险条例》并未对农户冒名投保、虚假投保等问题进行规制,容易引发道德风险。鉴于此,应尽快在现行的2012年《农业保险条例》基础上制定并出台《农业保险法》,加快推进农业保险制度的落地及发展。

2.建立风险专项基金制度

除保险制度外,风险专项基金制度也是能较好实现破产债权实质清偿的制度安排^③。为此,政府可尝试构建以土地经营权入股的风险专项基金制度,作为对保险制度失灵的“矫正”或“替代”措施,发挥政府的宏观调控功能。从具体做法来看,就是农民专业合作社需在每一会计年度提取适当比例的利润存入风险专项基金,以确保面临“空壳社”破产境地时,农户不会因无法清偿破产债权而深陷失地的困难局面。同时,鉴于土地经营权入股风险专项基金的特殊性,该笔资金必须专款专用——只能用于“空壳社”破产清算时清偿破产债权。

另外,建立风险专项基金制度还应特别明确三个问题。一是资金的来源问题。在政府主导下构建的风险专项基金制度,财政补助是基金的重要来源。但并非仅依靠财政支出,农民专业合作社本身也应当共同负担。二是资金的清偿比例问题。考虑到资金筹集不易、农户收入有限等因素,再加之债权人进入市场本身存在风险,“空壳社”破产时,风险专项基金的清偿比例应设置合理,实现政府、债权人、农户三方的风险共担机制。三是设置级别问题。风险专项基金更适合设置在基层政府,即乡、镇级别^④。这主要是出于基层政府能及时了解实际情况、因地制宜进行资源调配等方面的考虑,从而能更及时、更深入地化解各方冲突。

[责任编辑:苏雪梅]

① 此为收稿后补充的资料。

② 相蒙、于毅《农民生存权法律保障机制研究——以农地承包经营权入股为视角》,《农村经济》2012年第3期,第117页。

③ 刘朝阳《土地经营权入股有限责任公司的法律困境与出路》,《汕头大学学报(人文社会科学版)》2020年第3期,第76页。

④ 邱小玲《论农地股有限公司债权人利益保护》,安徽财经大学2017年硕士学位论文,第35页。