

农村承包土地经营权的破产处置

● 刘 冰 *

【内容摘要】 农村承包土地经营权是一种复合型权利,兼具社会性和财产性双重价值,在破产中处置土地经营权的财产价值,常常受到社会性价值的掣肘,致使土地经营权的社會性价值与破产法的立法宗旨之间形成冲突。土地经营权的流转趋势不可阻挡,以农业企业或农民专业合作社为经营主体,引导农民以土地经营权出资的过程中,应当尊重市场在资源配置中的决定作用。市场经营充满风险,当其经营陷入危机引入破产制度解决债务问题时,需要妥善处置土地经营权社会性价值与破产法立法宗旨的矛盾。建议给予以土地经营权出资的农民附条件的优先权和选择权,优先权和选择权的设置是有偿且自愿的,在农民遭遇投资失败导致失去土地时,可以行使优先权或选择权重新购回土地。

【关键词】 农村承包土地 经营权 破产处置 双重价值

《中共中央、国务院关于深入推进农业供给侧结构性改革加快培育农业农村发展新动能的若干意见》强调,通过农村承包土地经营权流转、股份合作、代耕代种、土地托管等多种方式,加快发展土地流转、服务带动型的规模经营。党的十九大报告明确提出,要深化农村土地制度改革,完善农村土地三权分置制度。三权分置和延长土地承包期限有利于扫清农村承包土地经营权流转的制度障碍,扩大土地经营权的流转规模,促进农业规模化发展。但是,农业企业或农民专业合作社在产、供、销等环节不确定因素较多,导致企业资金周转迟滞的市场经营风险较大,近年来流转后的农业企业或农民专业合作社破产案件时有发生。法律并未对土地经营权出资作出禁止性规定,无论是股份公司、有限公司还是农民专业合作社都可以接受土地经营权的出资,不改变农村土地的性质和用途,当遭遇破产时这些企业均受破产法调整。^[1]而实践中对土地经营权的处置并不顺畅,土地经营权的处置涉及众多农民的切身利益和社会的长治久安,更直接影响乡村振兴的国策。既有文献缺乏关于土地经营权作为经营性出资遭遇破产后该如何处置的探讨,因此土地经营权在破产中的处置是破产法域内需要破解的难题。

农村承包土地的经营权从土地承包经营权剥离之日起就继承了土地承包经营权的部分属性,是一种复合型权利,兼具财产性和社会性价值。土地经营权的财产性价值常常受到社会性价值的影响,在破产中表现尤为突出,土地经营权的社會性价值对财产性价值的掣肘,导致土地经营权的社會性价值与破产法的立法宗旨之间产生冲突,进而影响土地经营权在破产程序中的合理处置,不利于保护债

* 作者单位:北京师范大学法学院。

[1] 公司适用《企业破产法》自不待言,而《农民专业合作社法》第 48 条也规定,农民专业合作社破产适用《企业破产法》的有关规定。

权人的合法权益和促进企业重生。本文拟从农村承包土地经营权的双重价值着手,剖析土地经营权的社会性价值在破产程序中引发的问题,尝试确立对其进行破产处置的科学理念,进而发展出解决上述冲突的制度路径。

一、农村承包土地经营权的双重价值

基于农村承包土地而生的权利不仅是一种财产性权利,还被整体赋予了社会性价值属性,^[2]而其双重价值属性直接影响着农村土地经营权的破产处置的方式。希冀在破产中正确处置农村承包土地的经营权,不因其双重价值间的冲突致使破产处置行为产生负外部性,就必须先梳理清双重价值的内涵与关联。

(一)农村承包土地经营权的财产性价值

改革开放初期,确立了农村实行家庭联产承包责任制,将土地所有权和承包经营权分设,所有权归集体,承包经营权归农户。而现阶段农村土地制度进一步改革,将土地承包经营权分置为承包权和经营权,实行所有权、承包权、经营权三权分置的政策。^[3]但是,与三权分置政策配套的法律,如物权法、担保法等相关民事法律,暂时并未做相应修改,无法与土地制度衔接。因此,要想梳理清楚农村承包土地经营权就必须从土地承包经营权着手。土地承包经营权是公民和集体组织依法对集体所有或者国家所有由集体使用的土地享有的承包经营权利。^[4]法学界对于土地承包经营权属性的认识尚未统一,有物权说、债权说和双重性质说。物权说认为土地承包经营权是一种用益物权性质的民事权利。^[5]债权说从承包人与土地所有者的关系来分析,认为土地承包经营权应为债权。^[6]双重性质说认为土地承包经营权兼具物权和债权的双重属性。^[7]虽然学者们观点各异,但是土地承包经营权的属性最终被《物权法》确定。《物权法》第三编“用益物权”中专门有一章规定了土地承包经营权,可见《物权法》规定土地承包经营权是一种用益物权,用益物权即是一种财产性权利。因此,可以推论农村承包土地的经营权同样是一种用益物权。

在明晰农村承包土地经营权为一种用益物权的基础上,因现有法律仍然沿用土地承包经营权这个概念,暂未分开承包权和经营权,因此仍需剖析土地承包经营权的获得方式,及其权利属性的区别。《农村土地承包法》第3条规定,农村土地承包经营权有两种取得方式,一种是以集体经济组织内部的农民家庭承包的方式;另一种是不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。依据《担保法》第37条,以农民家庭承包方式获得的土地承包经营权不能对外进行抵押。但是,三权分置后部分地区农村承包土地的经营权可以抵押获得贷款。^[8]非家庭承包获得的“四荒”地经发包方同意可以抵押土地使用权。非家庭承包方式获得的“四荒”土

[2] 参见张曙光:《博弈:地权的细节、实施和保护》,社会科学文献出版社2011年版,第47页。

[3] 参见中共中央办公厅、国务院办公厅:《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》,2016年10月30日颁布、实施。

[4] 王利明:《物权法》,中国政法大学出版社2008年版,第225页。

[5] 参见房绍坤:《物权法用益物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第45页。

[6] 参见王晓慧、李志君:《土地承包经营权的性质与制度选择》,《当代法学》2006年第4期。

[7] 参见陈煜、彭俊瑜:《对于完善我国土地承包经营权的几点思考——兼论建立地上权和永佃权的概念考证》,《甘肃农业》2005年第8期。

[8] 中国人民银行、中国银监会、中国保监会、财政部、农业部:《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》,2016年3月15日颁布、实施。

地承包经营权可以视作普通的财产性权利,其本身的产生和流转完全遵循市场规律运行。家庭承包方式获得的土地承包经营权可以依法进行流转,农业部的《土地承包经营权流转管理办法》中对土地承包经营权的流转方式有基本规定。承包方以转包、出租和入股的方式将土地承包经营权流转的,承包方和发包方的承包关系不变,仅是经营权的流转。如果是同一集体经济组织内部成员间自愿将土地承包经营权互换的,可以要求发包方变更土地承包经营权证。承包方采用转让方式的,经发包方同意,可以办理农村土地承包经营权证的变更、注销和重发等手续。因此,在破产程序中以入股方式流转的农村土地,农民仍然保留其承包权,仅是经营权作为债务人企业的财产。

转包、出租等方式向农业企业或农民专业合作社流转土地时,农民只获得租赁收益,并不参与经济组织的日常经营。农民以土地经营权出资农业企业或农民专业合作社时,农民可以获得较租赁收益更多的经营性收益,参与经济组织日常的经营决策,关心其运营情况。显然土地经营权不同的流转方式蕴含的权利义务不同,进而导致在破产程序中需要区别对待。在破产程序中以家庭承包获得的农村承包土地经营权可以分为两种:一种是被视为破产财产的土地经营权,若以家庭承包方式获得的土地经营权入股农业企业或农民专业合作社,那么该入股的行为视为一种出资,与货币出资本质相同,在破产程序中该部分土地经营权视为企业财产,应该对企业所负的外债承担责任;另一种是不被视为破产财产的土地经营权,如果农民只是将自己承包土地的经营权转包、出租给农业企业或农民专业合作社,那么在农业企业或农民专业合作社破产时,由于承包期限未到期,管理人可视该部分土地经营权为待履行合同,并根据破产企业的实际情况决定是否继续履行。综上所述,农村承包土地经营权的财产性价值受其承包和流转方式的影响,在破产中应区别对待。

(二)农村承包土地经营权的社会性价值

农村承包土地经营权的财产性价值往往受到其社会性价值的影响,而其社会性价值受我国的土地政策影响颇深。^[9]我国的土地政策从来都是动态且复杂的,建国初期农业支持工业,为工业的发展做出了巨大的贡献,但是也导致了“城乡分治”两套不同的户籍管理制度的并行。^[10]我国开始只有城市户口才能被纳入社会保障体系中,农村受历史时期和经济发展的限制,没有建立完善的社会保障体系,只能依靠土地给予农民安身立命的条件。因此土地立法过程中不得不考虑到土地对于农民的特殊作用,土地对于农民不仅承载着解决基本的就业和生活来源等功能,还承担着教育、医疗和养老等社会保障功能。时光流逝,土地承包经营权的价值属性也在发展。2006年1月1日,我国全面废除了沿袭两千多年的农业税,农村土地不再具有税收价值,农民对于土地的依赖也在弱化,在此基础上国家开始鼓励农业规模化发展,鼓励适度的土地承包经营权的流转。^[11]虽然经济发展改变了农村土地的功能范围,但是并没有改变农村土地所具有的身份性、无偿性、均分性、长期性和法定性等特征。^[12]这些特征牢牢地维系着农民与农村社会的关系,给予农民归属感,增强农村社会的稳定和促进其经济发展。综上所述,农村承包土地经营权的社会性价值主要体现在两个方面:

其一,农村承包土地经营权的社会保障价值。社会保障是国家或社会依法建立的、具有经济福利性、社会化的国民生活保障系统的统称。^[13]十九大报告中提出,第二轮土地承包到期后再延长三十

[9] 参见贺雪峰:《地权的逻辑》,中国政法大学出版社2010年版,第29页。

[10] 参见夏淑梅、罗遐主编:《社会保障概论》,安徽大学出版社2005年版,第118页。

[11] 参见李明秋:《论集体土地所有权的完全性》,《中国土地科学期刊》2013年第4期。

[12] 参见韩志才:《土地承包经营权研究》,安徽人民出版社2007年版,第39页。

[13] 参见郑成功:《社会保障学》,中国劳动和社会保障出版社2009年版,第25页。

年,^[14]承包期限的延长更利于利用承包权将经营权牢牢与农民捆绑在一起,以保障农民的基本生活,体现了土地对农民的社会保障价值。承包权的保障主要体现在,承包土地期限的长期性和稳定性,原则上承包期内不得打乱重分,并且不再收回已转为非农户口的承包土地。^[15]可见,土地承包经营权从出生即被打上深深的身份烙印,只要土地对外承包时享有成员权,即使过后承包土地的主体丧失了集体经济组织成员这个身份,仍然可以继续保有已获得的承包权。^[16]在土地经营权流转过程中,承包方对土地是否进行流转,以何种方式进行流转(转包、出租、互换、入股等)享有完全的自主权。土地经营权流转产生的收益归承包方所有,法律禁止任何组织和个人侵害该收益权,并且保障在土地经营权流转过程中同等条件下同一集体经济组织内部的成员的优先购买权。^[17]农村承包土地经营权在流转过程中依然围绕着土地承包人的权益进行保护。无论是最初的土地承包,还是获得土地经营权后以此为基础的流转,其核心均是将农村承包土地经营权与集体经济组织内部的成员牢牢绑定在一起,以此保障农民的基本生活。近些年我国农村逐步建立了新型农村合作医疗(简称新农合)和新型农村社会养老保险(简称新农保)等社会保障体系,建立了由政府组织、引导和支持,个人缴费、集体补助和政府补贴相结合的筹资模式,以解决农民的大病统筹和农村居民年老时的基本生活问题。但是,在当前经济发展阶段,新农合和新农保不能完全解决农民的社会保障问题,还需要与家庭、土地保障和社会救济等社会保障措施相配套。

其二,农村承包土地经营权的社会稳定价值。党的十九大明确提出,承包期再延长三十年,对亿万农民来说是一颗“定心丸”,赋予了农民长期而有保障的土地使用权。国家分配土地的目的之一就是维护农村社会的稳定和谐,用土地作为维系集体关系的纽带。现阶段深化农村土地制度改革,实行“三权分置”制度进一步将农民从土地中解放出来,多种因素交织使得农民对土地的依赖程度可能是五千多年来最弱的时期,但是农民与土地的关系仍然无法割裂。这种依赖表现为精神和社会两个方面,精神依赖是指农民对土地的感情已经渗入灵魂中,尽管农民承包权长期保持不变,一二十年后仍然可以继续承包土地,但是农民仍然十分惧怕失去土地,对农民而言失地带来的不仅仅是经济损失,更多的则是精神上失去身份认同感。而社会依赖是指国家用不动产的土地牵绊农民,用土地牢牢捆绑同一集体经济组织内部的农民,来维系农村社会的稳定。因此,即使土地经营权的社会保障功能在不断弱化,其在稳定社会方面的价值暂时无法替代。

综上所述,农村承包土地经营权的财产性价值和社会性价值就像一枚硬币的两面,无法割裂看待,是有机的一体。财产性价值是保障社会性价值的物质基础,社会性价值是财产性价值内容变化的指引。梳理清楚土地经营权的双重价值,对于在破产程序中妥善处置承包土地经营权,保护债权人和农民的合法利益至关重要。

二、农村承包土地经营权的社會性价值与破产法立法宗旨的冲突

农村承包土地经营权的社會性价值内含了诸多社会公共利益,而破产法同样以维护社会公共利

[14] 我国农村已经开展两轮承包,第一轮从1978年开始,承包期为15年,最早1993年到期。1993年11月份,中央发文明确第二轮土地承包期延长为30年,第二轮最早到期为2023年。

[15] 2017年10月31日,十二届全国人大常委会第三十次会议初审《农村土地承包法修正案(草案)》,其中删除了现行法律关于承包方全家迁入设区市,转为非农业户口的,应将承包地交回发包方的规定。

[16] 参见胡康生:《中华人民共和国土地承包法释义》,法律出版社2008年版,第214页。

[17] 参见《农村土地承包经营权流转管理办法》第6条、第7条、第9条。

益为己任,大多数情况下两者并不矛盾,各司其职。当农民以承包土地的经营权出资的农业企业或农民专业合作社破产时,农村承包土地经营权与破产法便产生了交集。由于农村承包土地经营权的社會性价值包含的社会保障和社會稳定功能影响其财产性价值的处置,进而掣肘在破产程序中处置土地经营权,可能损害债权人和债务人的合法利益,这与破产法立法宗旨之间存在冲突,需要确保它们之间的啮合。破产法的使命在于保护债权人合法利益及赋予债务人重生的机会,这两大目标均与土地经营权社會性价值有着不小的冲突。

一方面,破产法立法宗旨在于保护债权人的合法利益。大部分情形下,破产企业的财产难以清偿所有的债权。从保护债权人利益的角度出发,需要尽可能地最大化债务人的财产,对债务人的所有财产穷尽和合理估值。^[18]另外,破产法为了保护债权人的利益,提供了单一的破产财产处置程序,确保债权人获得更多的清偿。破产法的制度的设计减少了处置财产的成本,保护债权人的合法利益,同时树立了良好的清偿秩序,显著提升社会的整体效率。农村承包土地经营权则以社会保障和社會稳定等公共利益为盾牌,强调保护农民的生存权和发展权,生存权的保障是农村社会保障制度最基本的要求,农民不仅需要生存权还需要发展权,发展权利是一项不可剥夺的人权。在目前的发展阶段中,农村承包土地经营权对广大农民来说依然是其“命根子”,承载着农民们安身立命和延续家族生命的作用,也是农民生存权和发展权最现实的保障。^[19]土地经营权除了包括农民生存权和发展权等基本保障功能外,还有农村文化凝聚力和农村社會稳定等功能。农民以土地经营权进行出资,若经营失败面临破产,处置经营权所引发的社会问题往往为相关政府部门所忌惮,一旦涉及到“农民利益”和“社會稳定”等问题,政府常常行政干预对土地经营权的处置,对银行等债权人和法院进行施压,将土地无偿或低价返还农民,或是自掏腰包由财政出钱“救回”农民的土地。因为惧怕农民失地后引起的群体性事件,常常以维稳为目的,最终向投资失败的农民妥协,这不仅破坏了市场经济秩序,干扰了社会信用体系,更是对破产法律制度的破坏。农民或集体组织等土地经营权的承包者或拥有者可以凭借社会本位、实质正义而要求特殊保护,那么其他社会弱势群体是否也可以不用顾忌投资的失败与否,成功了皆大欢喜,失败了则将损失转嫁给债权人或政府,这将会动摇破产法立法宗旨所强调的债权人利益保护。

另一方面,破产法立法宗旨在于赋予债务人重生的机会。“破产法以消减债务人负担为己任,帮助有希望的债务人从繁重冗杂债务重压中解脱,不受既有债务的羁绊,获得重新再来的机会。”^[20]重整制度被正式设立后,破产法已经成为一些公司摆脱财务麻烦和法律桎梏的工具。企业进入破产程序的原因,也从早期的非自愿破产、自愿破产向当前的策略性破产演变。^[21]重整制度避免了有机会复活的企业被清算,以及随之而来的原商业价值的流失、员工的大量失业以及社会经济发展的停滞。企业一旦重整成功,未被囊括在重整计划中的债务会自动消除,以确保受困企业轻装上阵,从头再来。而土地经营权的社會性价值作为农民利益的象征,通常情况下即使作为特殊财产意图纳入重整计划中也会遇到以公共利益为借口的种种阻挠。或是债权人在行政压力面前退步,或是政府拿出财政资金补贴破产企业,最终保留农民的土地经营权。显然,对土地经营权的社會性价值的过度保护,与破产法给予债务人重生机会的立法宗旨不符,原农民出资人以土地社會性价值为保护伞,拒绝对企业经

[18] Elizabeth Warren, "Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World", 92 Michigan Law Review 330 (1993).

[19] 参见刘俊:《土地权利沉思录》,法律出版社2009年版,第21页。

[20] 张钦昱:《企业破产中环境债权之保护》,《政治与法律》2016年第2期。

[21] See Robert E. Kroll, "Strategic Bankruptcy", 8 California Lawyer 50 (1988).

营失败承担责任,不利于债务人进行债权债务重组和调整企业的权益份额,进而影响企业重整的内部管理机制的调整,导致债务人无法从根本上解决经营难问题,错过最佳重整窗口期。若要求破产农业企业或农民专业合作社严格按照破产法规定的重整方式进行,则在重整程序中将会受到强大的社会压力和行政压力,从而背上沉重的维稳负担,终难获得成功。

“法律应是一个内在统一的体系,各具体规范是体系的组成部分,它们具有意义和含义上的相互关联性。”^[22]在我国域内,破产法的制度标准应是统一的,对所有的债务人债权人都公平适用。具体到农业企业或农民合作社破产中的承包土地经营权处置问题,破产法与农村承包土地经营权的社会性价值的冲突,表现在将部分社会保障和社会维稳的压力转嫁给债权人,干扰对土地经营权财产性价值的处置,破坏市场信用体系。

三、在破产程序中处置农村承包土地经营权的理念

面对农村承包土地经营权社会性价值与破产法立法宗旨之间的冲突,我们应该秉持破产法的立法宗旨,保护债权人的合法利益和帮助困境企业解开债务的枷锁,轻装上阵,重新复活。在破产程序中处置土地经营权要排除土地经营权的社会性价值这个掣肘,将作为出资的土地经营权纳入债务人的财产中,穷尽一切方法最大化债务人的财产,扩大债务人财产这个资金池,这是债权人根本利益之所在,更是企业复活的物质基础。在明确农民出资人应该以土地经营权为限承担债务的前提下,也不能简单粗暴地忽视土地的社会性价值,将其置之不理,应该将外溢的社会性价值处置成本内部化,遵循市场化规律尽可能降低交易成本。

(一)坚持债务人财产最大化

无论是债权人合法权益最大化还是给予困境企业再生的机会,都需要对债务人的所有财产——这个资金池穷尽和合理化估值,其目的就是坚持债务人财产最大化。^[23]在农业企业或农民专业合作社破产中,处置土地经营权时,应当注意以下三个问题。首先,确定土地经营权的财产性权利内容。理顺清楚土地经营权的种类和性质,需要做两层区分:第一层是追根溯源,对土地经营权是入股形式还是转包、出租形式的流转进行区分,只有入股形式流转的土地经营权方为债务人财产;第二层将入股的土地经营权继续区分,只有家庭承包的土地经营权需要特殊处置,而招标、拍卖得来的“四荒”视为普通财产。理清土地经营权的种类和性质后,管理人请专门的评估中介机构或是根据当地政府的土地经营权的买卖参考价,对债务人的土地经营权进行财产性价值评估,使得管理人对此部分财产的价值心中有数,以此估价作为处置土地经营权的参考价格;其次,直面土地经营权的社会性价值。土地经营权作为农民股东的出资,当然是债务人的财产,应该承担债务人经营失败的风险,偿还债务人所欠的债务,避免债务人因不偿债造成的债务连锁反应,形成区域性的债务危机影响整个地区的经济发展。^[24]不能因为土地经营权所担负的社会保障和社会稳定等功能,就肆意扭曲市场规律和法律规定,给农民造成不需要承担投资损失的假象,纵容一些别有用心心的农民继续参与市场经营和竞争,继续侵害债权人的合法利益,扰乱社会的信用体系;最后,实现债务人财产数额的最大化。在破产程序中处置农民出资的土地经营权时,要坚定不移地将其列入债务人财产序列,不受其社会性价值的阻

[22] 郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第154页。

[23] 参见孙应征:《破产法法律原理与实证解析》,人民法院出版社2004年版,第66页。

[24] 参见韩长印:《破产程序的财产分配规则与价值增值规则——兼与个别执行制度的功能对比》,《法商研究》2002年第3期。

碍。在追求债务人财产最大化过程中还要遵循效率和公平这两个共同准则。将土地经营权视为普通财产,按照破产财产处置,这是效率的内在要求。但是土地经营权的社會性价值又不能完全忽视,这就需要公平原则去把握处置的方式和尺度。依据债务人财产最大化原则保护债权人的合法利益,同时不能放弃土地经营权的社會性价值,避免处置土地经营权时,因社會性价值导致的处置成本负外部化。本文在债务人财产最大化原则的基础上,进一步提出了坚持处置土地经营权成本内部化这一新的理念,化解处置不当带来的成本外溢等矛盾。

(二) 坚持处置农村承包土地经营权的成本内部化

处置土地经营权可能导致农民失地,造成田地荒芜、失业和农村社会关系瓦解等外部不经济,为了避免出现农民失地后的一系列外溢的社會成本,在破产程序中处置土地经营权要坚持成本内部化,尽量减少成本外溢导致的负面影响,这也是破产法保护社會公共利益的体现。《企业破产法》实施已满十年,很多老百姓对破产法的认知依然一知半解。当农业企业或农民合作社等经济组织一遇到破产,就让人联想到生产凋敝、农民失地、生活无着以及随之而来的群体性上访,导致社會稳定遭到破坏。^[25]地方政府往往惧怕与农民土地相关的企业破产,“谈破产色变”,为社會稳定计,为政绩考核计,政府常常通过直接给予财政补贴来赎买土地经营权或是对法院、管理人、银行等债权人施加压力,希冀债权人在对土地经营权实施处置时退让,将土地还给农民,安抚群众。^[26]法院在审理破产案件时,还要额外承担维稳等政治任务,受理案件时不得不对涉及土地的破产案件推三阻四,破产审批更是困难重重。^[27]上述均为处置土地经营权的外部成本。面对被土地经营权的社會性价值所代表的各种制度和利益绑架的政府和法院,只有坚持处置成本的内部化,才能化解土地经营权的社會性价值对破产法立法宗旨和社會经济秩序的冲击。

坚持处置土地经营权成本内部化就要减少或消除处置成本外部化的问题。外部化对应的是外部性理论,该理论最早由马歇尔于1890年提出,庇古于1920年出版的《福利经济学》对外部性作出了详细表述,提出了“外部经济”和“外部不经济”的概念,并从社會资源最优配置的角度,论述了边际社會净价值和边际私人净价值。^[28]庇古认为可以通过征税和补贴来实现外部成本的内部化,该理论被后来的环境保护法所广泛借鉴和应用。^[29]显然按照庇古理论在土地经营权处置过程征税是不现实的,不仅破坏破产法的实施基础,还增加土地经营权入股的农民的负担。如果对失地的农民进行直接补贴,会让以土地经营权入股的农民产生一种臆想,认为无论农业企业经营是否用心,都不导致自己失去土地,这种情况可能促使企业过度举债,出现扩大经营风险、不用心经营等外部不经济。科斯提出了另一种解决成本外部化的思路是自愿协商,利用市场主体自发的趋利避害性和市场交易工具,进行外部成本内部化。科斯的理论更依赖于市場的作用,强调意思自治和尊重市場规律,符合破产法立法宗旨的内在要求,避免了行政干预等措施对信用体系的冲击。

坚持债务人财产最大化理念是对债权人权益的捍卫,切实保护债权人合法权益最大化和给予债务人企业重新开始的机会,以此奠定物质基础。坚持处置土地经营权成本内部化,可以兼顾土地经营权的社會性价值,控制处置社會成本的外溢,保障农民的切身利益和维护农村社會稳定,同时化解土

[25] 参见张平华、李云波、张洪波:《土地承包经营权》,中国法制出版社2007年版,第193页。

[26] 参见王欣新:《破产法》,中国人民大学出版社2011年版,第192页。

[27] 参见前注[22],郑永流书,第81页。

[28] 参见[美]庇古:《福利经济学》,金楠译,华夏出版社2007年版,第89页。

[29] 参见钱易、唐孝炎主编:《环境保护与持续发展》,高教出版社2008年版,第201页。

地经营权的社會性价值对破产法精神的冲击。

四、在破产程序中处置农村承包土地经营权的合理路径

在破产中合理地处置农村承包土地经营权,需要弥合土地经营权的社會性价值与财产性价值间的裂痕,需要化解土地经营权的社會性价值对破产法的立法宗旨的冲击。债务人财产最大化的处置理念保障了债权人的合法利益和维护了债务人复活的物质基础,但是土地的社會性价值不能无视,为了解决处置成本外溢这个难题,本文尊重并捍卫市场经济在资源配置中的重要作用,^[30]希望利用市场化运作,化解土地经营权的社會性价值对市场信用的冲击,解决土地处置的负外部性,保护经济秩序和法治精神。^[31]在债务人财产最大化和处置成本内部化理念的指引下,本文提出避免破产处置成本外溢的两条思路:其一是在清算中设立农民出资人优先回购土地经营权的权利,通过设计契约式回购期权,有条件地给予农民股东优先回购土地的权利,这是一种附条件的优先权;其二是在重整中设立农民出资人的选择权,当债务人遭遇债务危机,期待破产重整复生时,给予农民出资人承认投资失败丧失土地,还是追加投资继续保有土地这部分出资份额或是出资置回土地的自由选择,这是一种附条件的选择权。

(一)在清算中设立优先回购期权

在清算中设立优先权的目的是为了解决土地经营权时,农民可以优先购回土地。该优先权并不是法定的优先权,而是契约达成的优先权,有条件地给予农民股东优先回购的权利。设计优先回购期权必须秉持公平原则,合理规定权利金、执行价格、土地经营权的具体标的和行使时限等要素,方便农民出资人购买和行使权利。^[32]购买期权后农民出资人即获得未来以一定的价格回购原出资土地的权利。需要说明的是,农民仅需要支付很少的资金即可在清算失地时,以原土地出资价值按照剩余承包期限折价回购土地的经营权。优先回购权是一种有偿的期权,在清算中处置土地经营权时,农民出资人可以不经司法拍卖,提前购回原出资土地。在债务人被宣告破产清算后,管理人可向债权人会议和法院提出设立优先回购期权的建议,优先回购期权可作为解决农民失地问题的一种方案,供债权人会议和法院讨论、决策。农民出资人自由决定是否购买期权,若决定购买则必须支付购买期权的费用。

优先回购期权的设立可以兼顾各方相关者的利益。首先,对于债权人而言,该优先回购期权有提高土地经营权的处置效率和最大化债务人财产的优势。由于期权费和回购费可以归为债务人财产,可以使债务人财产池更为充沛,有利于提高债权人获得清偿的比例。其次,对于农民出资人而言,设立优先回购期权可以给予农民出资人购回土地的机会,减少失地农民的数量,避免参与复杂的司法拍卖,方便农民依法有序地退出清算程序。最后,对于社会公共利益而言,优先回购期权可以缓解政府维稳和财政补贴的压力,减轻银行债权人、管理人和法院的工作压力,同时化解了土地经营权的社會性价值带来的压力,利于破产程序在公平、有序的法治环境下展开,最终实现全体利害关系人的利益最大化。

优先回购期权的设立可以提高清算的效率。处于破产状态的企业,就像一棵内部已经烂透的大

[30] 参见李曙光:《破产法的转型》,法律出版社2013年版,第30页。

[31] 参见丁关良:《中国农村法治基本问题研究》,中国农业出版社2001年版,第189页。

[32] Kuno J. M. Huisman, Peter M. Kort, "Strategic Technology Adoption Taking into Account Future Technological Improvements: a Real Options Approach", 159 *European Journal of Operational Research* 705(2004).

树,应该及时将其清除,让出土地和空间给其他植物生长。清除得越快,所占资源释放得越快,对其他植物越有利。鉴于清算中各方利益主体的诉求不同,面对有限的债务人财产,在不使其他人利益受损的情况下,提高处置效率可以增进所有人的福利,那么该项活动即被认为是一种有效率的行为。若按照传统的土地处置方式,需要进行评估和公开的司法拍卖,程序繁冗,耗费巨大,拖延清算程序。设立优先回购期权为快速的处置土地经营权提出了一种解决思路,可以提高清算程序的效率,以便尽快恢复农业生产,减少对社会稳定和经济秩序的冲击。^[33]

为了实现优先回购期权平衡利益和提高效率这两个功能,对其实施步骤构想如下:第一,优先回购期权计划草案的提出。管理人在接管破产案件后,发现破产中涉及了大量的以土地经营权出资的农民,可以制定优先回购期权的计划草案,提交第一次债权人会议审议和法院审查。第一次债权人会议对该草案进行表决。第一次债权人会议通过草案后报法院审查,法院批准后管理人方能着手实施;第二,召开农民出资人会议。管理人在法院批准优先回购期权计划之日起10日内召开农民出资人会议,农民出资人讨论管理人提供的优先回购期权计划,管理人在讨论中解答出资人的疑问,优先回购期权合同的签订时效为出资人会议结束之日起七天内;第三,签订优先回购期权合同。在期权合同签订时效内,农民自主决定是否购买回购期权。回购期权协议签订后,农民即可以在清算程序处置土地经营权时,拥有以约定价格和约定的时间,购回自己的土地的权利;第四,行使优先回购期权。在期权行使期限内,农民股东可以根据自己的实际情况和土地经营权的的价格波动,来决定是否行使回购期权。若农民出资人放弃回购的权利,不退回权利金。

综上所述,以期权的形式巧妙地行使优先权,可以妥善处置土地经营权的财产性价值,又保障了其社会性价值不被忽视,避免了简单粗暴的司法拍卖。该优先权是有条件的期权,需要付出成本方能获得,如此规定可以避免因过度保护土地经营权的社會性价值,迫于压力免费或低价退回农民股东的土地,而损害债权人的合法利益。

(二)在重整中设立选择权

在重整中设立选择权,目的是给予农民出资人保留土地的机会。债务人利用重整机制解决债务问题,债权人通常会要求调整出资人权益,此时农民出资人会有失地的风险。农民出资人可以选择就此失去土地经营权,或是出资继续保有土地出资份额,或是出资置回土地经营权,给予农民出资人足够的选择权利。^[34]在历史上,失地农民要么成为佃农,要么成为流民,前者丧失经济自主权,后者失去稳定的生活,会影响社会的稳定性。^[35]土地经营权对农民而言是立身的根本,虽然土地承包权与经营权分立,承包权归农民所有,但是经营权的丧失与失地的实际意义相差无几。

在重整中设立选择权,一方面可以减少农民失去土地经营权的风险,给予农民出资人更多赎回土地的机会,用同等价值的资金置回土地,保留土地经营权,减少农民失地风险,增加农民归属感和减少协调成本。另一方面,选择权的设立可以维护重整制度实施的初衷。农民想要置回土地或保有出资权益,必须提供额外的资金,并未减少债务人财产和损害债权人利益。农业企业或农民专业合作社重整时往往面临的难题是农民出资人较多,利益诉求繁杂不容易调和,选择权的设立可以将农民出资人的选择框定在一个固定的框架内,更利于达成共识,提高重整的效率。^[36]不减少债务人财产是重整

[33] 参见董振华:《从和谐社会的视角看公平与效率》,《广东青年干部学院学报》2005年第4期。

[34] 参见黄河:《农业法视野中的土地承包经营权流转法制保障研究》,中国政法大学出版社2007年版,第8页。

[35] 参见王景新:《中国农村土地制度的世纪变迁》,中国经济出版社2001年版,第413页。

[36] 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》(增补本),中国政法大学出版社2002年版,第59页。

的物质基础,^[37]债权人与出资人的权益协调一致是重整的精神基础,^[38]物质基础与精神基础的统一,即是选择权可行性的有力论证。综上所述,选择权的设立并不影响重整程序的实施,它是一种协调方式,向农民出资人提供确定的选项,有利于引导农民出资人的诉求和保护土地经营权的社会性价值,进而促使农民出资人与债权人达成重整方案,提高债务人重整的效率,实现各方主体利益最大化的目标。

五、结语

农村人口不断减少,大量的青年劳动力外流进入城市,农村土地大面积的流转是时代的召唤,趋势不可逆转。但是,现阶段我国的发展情况不足以从根本上改变农村土地权利的根基,只能在原有土地所有权、承包经营权双层权利逻辑中演化为所有权、承包权、经营权三权分置来适应时代的发展。土地三权分置进一步明确了土地权利的边界,释放农村土地经营权的活力,彻底扫清农村承包土地经营权流转的制度障碍,这为促进农村发展和深化农业供给侧结构性改革奠定了制度基础。尽管农村土地三权分置的改革会改变土地权利的内容,但土地经营权的研究暂时还无法与原土地承包经营权割裂,需要整体比较研究。虽然土地经营权继承了土地承包经营权的双重价值,但是价值内容将随着权利内容的变化有所不同。农村承包土地经营权一旦进入市场,必然要按照市场规律运转,那么它就无法绕开破产法律制度这个市场退出机制。如果农村承包土地经营权与破产法律制度不能无缝契合,在两者应用过程中有滞缓之处,将会妨碍土地经营权的流转,违背我国土地政策制定的初衷。在破产中处置土地经营权的难点,主要集中在土地经营权的社会性价值的处理上,既不能受其桎梏,又不能置之不理,既要兼顾公平,又要保证效率。这就要求我们必须从破产法律制度中寻找解决问题的抓手,通过设立有偿、附条件的优先权和选择权,来寻求制度应用中的突破,进而弥合土地经营权社会性价值与破产法立法宗旨之间的矛盾。因此,破产机制该如何面对农村承包土地的经营权这一特殊财产,这个问题不能回避,也无法回避,是时代交给破产法的重要命题,考验着立法者和司法人员的智慧,更是学术研究应该关注的重点课题。

(特约编辑:季奎明)

[37] 参见[美]哈维·米勒:《破产重整五十年(1960-2010)回溯》,张钦昱译,载李曙光等主编:《公司重整法律评论》第1卷,法律出版社2011年版。

[38] 参见韩长印:《企业破产立法目标的争论及其评价》,《中国法学》2004年第5期。