【土地问题】

农地入股合作社的组织属性与立法模式

——从土地股份合作社的名实不符谈起

高海

(安徽财经大学 法学院,安徽 蚌埠 233030; 中南财经政法大学 法学院,湖北 武汉 430074)

摘 要: 准确界定家庭承包地入股合作社的组织属性是确立其立法模式的前提。实践中绝大多数土地承包经营权入股的合作社虽然冠名为土地股份合作社,却名不符实,背离了国内股份合作制企业和国际股份合作社的典型特征。实际上,农地入股的合作社仅仅是基于土地承包经营权的特殊社会功能,在出资与产权性质、利益分配和亏损承担等方面,不得已突破《农民专业合作社法》对农民专业合作社的一种变异,但是并没有超出传统合作制的基本范畴。而且,基于专业服务的共性,《农民专业合作社法》一定程度的开放性以及节约立法成本、提高立法效率的考虑,农地入股合作社的立法可以而且应当纳入《农民专业合作社法》的框架,没有必要单独制定《农地股份合作社法》。

关键词: 土地承包经营权; 土地股份合作社; 农民专业合作社; 立法模式

中图分类号: F301.1; DF45 文献标志码: A 文章编号: 1671 - 7465(2014)01 - 0083 - 10

"股份合作"既是十七届三中全会提倡的家庭承包的土地承包经营权(简称"农地")流转的主要方式之一,又是落实党的十八提出的"发展多种形式规模经营,构建集约化、专业化、组织化、社会化相结合的新型农业经营体系"以及 2013 年中央一号文件"鼓励和支持承包土地向农民合作社流转"的重要举措。当前,无论是实践还是学者的论述,绝大多数都将农地入股的合作社冠名为土地股份合作社(包括农地股份合作社);可是另一方面,江苏、山东、黑龙江、安徽、海南、新疆等省市又将农地入股的合作社纳入了《农民专业合作社条例》或《实施<农民专业合作社法>办法》等地方规范性文件,尤其是江苏省 2010 年实施的《农民专业合作社条例》就直接使用了"农地股份合作社"的名称。那么,土地股份合作社的命名是否具有妥适性?农地入股的合作社与《农民专业合作社法》界定的"农民专业合作社"是否具有同质性?很显然,在合作社或农民专业合作社已经被纳入商主体的研究视野,[①]而且应当遵循"商主体类型法定原则"[②]的背景下,上述疑问的澄清直接关系到农地入股合作社组织属性的准确定位,而组织属性的准确定位又直接决定着农地入股合作社立法模式的确立与相关制度的立法完善。

一、农地入股的土地股份合作社:名实不符

当前,"土地股份合作社"的使用存在泛化的现象——大多数在土地承包经营权入股意义上使用,少数在集体土地所有权折股量化意义上使用。这两类土地股份合作社在"入股客体、股权配置、利益分配方式等方面存在明显差异";[1]而且,集

收稿日期: 2013 - 09 - 03

基金项目: 国家社科基金青年项目(10CFX071; 13CFX077)

作者简介: 高海,男,安徽财经大学法学院副教授,中南财经政法大学法学院博士生,研究方向为农地法、合作社法。

① 中国法学会商法学研究会 2006 年年会就以"商事主体法律制度研究"为题,集中讨论了合作社法律制度。参见王保树主编:《中国商法年刊(2006)——合伙与合作社法律制度研究》,北京大学出版社 2007 年版,第 233 - 392 页。

② 商主体法定是指商主体的类型和内容以及设立或消灭,须以法律规定。参见柳经纬《商法》(上册),厦门大学出版社 2002 年版,第 17 页。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

体土地所有权折股量化意义上的土地股份合作社涉及农村产权综合改革,具有明显的社区性,更宜称为社区股份合作社。显然,土地承包经营权入股意义上的土地股份合作社与集体土地所有权折股量化意义上的土地股份合作社不能混为一谈——《江苏省农民专业合作社条例》就区分土地股份合作社与社区股份合作社设置了不同的条款。因此,本文所探究的仅指在土地承包经营权(包含农民集体以集体土地使用权)入股意义上使用的土地股份合作社;同时,鉴于国内股份合作制企业和国际股份合作社与土地股份合作社的历史渊源或名称上的相似性,将在阐释土地股份合作社与国内股份合作制典型特征的背离以及与国际股份合作社主要特征之差异的基础上,揭示土地股份合作社的名实不符。

1. 对国内股份合作制企业典型特征的背离

(1)国内股份合作制企业的典型特征

土地股份合作社可以溯源至我国20世纪80年代的股份合作制企业。尽管"股份合作"的组织属性与法律地位一直备受争议——如有学者认为"股份合作制企业不能作为一种独立存在的企业法律形态,要么归属为股份制,要么归属为合作制";[2]亦有学者认为"股份合作制企业是一种具有独立法人资格的企业形态,是一种不稳定的、过渡状态的企业制度",[3]但是,通过梳理学术界的研究成果和1990年农业部关于《农民股份合作企业暂行规定》的表述,可以看出理论界和实务界对股份合作制企业的典型特征早已形成共识。即:一是股份合作制企业的投资者主要或者全部是本企业职工。"股东或职工与企业的关系具有双重性,既有投资关系,又有劳动关系。"[4]二是股份合作制企业以按劳分配为主体,以按股(资)分配为适当补充。此处的"按劳分配"实际上是指按劳分红,即根据劳动者的劳动数量和质量对企业利润的分配,不同于根据劳动者的劳动力价格计算并纳入企业经营成本的劳动报酬。三是股份合作制企业一般不允许股东退股,股权转让也受到限制。例如,2012年修订的《广东省股份合作企业条例》第22条规定"股东不得退股。在职职工个人所持有的股份可以按照企业章程规定转让和继承,非本企业职工受让或者继承的普通股应当转为优先股。"农业部《农民股份合作企业暂行规定》第19条规定"入股者一般不得退股。"股份合作企业按劳分配与按股分红相结合的利益分配方式以及退股和股权转让的严格限制,可以说均源于股份合作制企业股东与职工身份的一致性。那么,土地股份合作社是否具备国内股份合作制企业的典型特征呢?

(2)典型特征的背离导致名实不符的具体体现

"准确性是立法语言的灵魂和生命,也是立法政策和立法意志记载、表达和传递的第一要义。立法政策记载得不准确,表达得不精确,必然会使传递的信息具有先天的缺陷。很明显,对于法律语言来说,清楚、准确地传达立法意志,让人们非歧义性地正确理解,这是最基本的要求,一切有悖于明确表意的手段和方法都在摒除之列。"[5]姑且不考虑股份合作制企业的组织属性与法律地位,仅仅用国内股份合作制企业的典型特征比较土地股份合作社的实践,就可以轻而易举地发现土地股份合作社的名实不符。

首先,投资者与劳动者身份的分离导致的名实不符。"2010年3月下旬,农业部经管司调研组对江苏省常州、苏州、南通三市农村土地股份合作社发展情况进行调研后,按照入股和经营方式的不同,将土地股份合作社划分为两种不同类型:一是农户入股的土地承包经营权不需要折价,由合作社统一对外出租。这种入股方式目前占比很大,合作社只发挥流转中介的作用,不直接从事土地经营活动。如金坛市28家土地股份合作社中有26家属于这种类型,占92.18%。二是少数以土地承包经营权折价后与资金、技术等生产要素共同参股组建土地股份合作社,土地股份合作社除了向外出租土地外,合作社还自主经营或由成员承包经营部分土地。"[6]实际上,就全国农地入股合作社的实践看,还有第三种类型,即以土地承包经营权折价后与资金、技术等生产要素共同参股组建土地股份合作社,而后再由土地股份合作社以合作社的名义将土地等资源投资入股到其他企业参与经营。

很显然,第一种和第三种土地股份合作社的出资人根本不参与本合作社的劳动,不可能存在"投资者就是劳动者"的股份合作制企业的典型特征;即使第三种土地股份合作社的出资人可能在土地股份合作社投资入股的企业中参与劳动,但是此时其仅仅是该企业的劳动者而非投资者。在第二种土地股份合作社中也只有一部分出资人可能同时又是劳动者,但是此种情形又不具有普遍性——正如2009年重庆市农业委员会和重庆市工商局联合发布的《关于以农村土地承包经营权入股发展农

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

民专业合作社注册登记有关问题的通知》所指出的,农地入股合作社的功能之一就在于: "使农民在外出务工的同时,可以通过农村土地承包经营权入股获取股权收益,推进农民转市民和农村城镇化,进而加速推进城乡一体化进程"; 何况,转移农村剩余劳动力、提高城镇化率,必然是我国当前和今后一段时期内的重大发展战略。据此,农地入股合作社的出资人同时又是劳动者的可能性会越来越小。

其次,利益分配方式的差异导致的名实不符。"从 2010 年 3 月下旬农业部经管司调研组对江苏省常州、苏州、南通三市的调查情况来看,土地股份合作社的分红方式可以分为三类: 一是保底分红。有的采取固定货币分红,有的则以大米等实物计价分红。这种方式已经越来越少。二是保底分红与浮动分红相结合。如跃进合作社在每年每股保底分红 1500 元的基础上,每年每股再增加分红 50 元。三是保底分红与二次盈余分配相结合。如金龙合作社规定,合作社经营 5 年后,在每亩 800 元保底分红的基础上,根据合作社盈余情况确定二次分配方案。"[6] 而且,比照其他有关土地股份合作社的研究文献可以发现,上述第三种利益分配方式具有很强的代表性和普及性。也很显然,上述三种利益分配方式与经典股份合作制的"按劳分配和按股分红"存在很大差异,土地股份合作社中无论是"保底分红"还是"浮动分红"或者"二次盈余分配"均与劳动贡献无关,股份合作制的"按劳分配 + 按股分红"根本无法解释土地股份合作社的"保底分红"。而且,如果绝大多数土地承包经营权入股者都不参与合作社的劳动,那么就更谈不上按劳分红。

再次,能否退社的不同导致的名实不符。土地股份合作社允许自由退社或附条件地退社。如,"江苏省渌洋湖土地股份合作社是 2004 年根据'入社自愿、退社自由、民主管理、独立核算、自负盈亏'原则组建的",[7] 当然允许社员自由退社。江苏省和海南省《农民专业合作社条例》也都允许农地入股的合作社"在章程中明确规定成员退社的条件",却不禁止社员退社。很显然,附条件的允许社员退社的土地股份合作社与经典股份合作制企业禁止退股或严格限制退股的通行做法差异显著。

2. 与国际股份合作社主要特征的差异

(1) 国际股份合作社的主要特征

根据国际合作社运动的经验,并不能因为合作社中有资本股就当然地将合作社视为股份合作社,否则所有合作社可能都会沦为股份合作社。罗虚代尔公平先锋社被视为合作社的雏形,而且"资本报酬有限原则是罗虚代尔公平先锋社创立的七项合作社基本原则之一"; [8] 亦有学者指出, "100 多年来合作社的原则只有三条基本未变,即成员民主制、按惠顾返还盈余和资本报酬有限。"[9] 由此可见,合作社自其产生时起,就不排斥社员通过缴纳基本出资的方式形成资本股即社员股,只是为了捍卫惠顾返还盈余原则的主导地位,通过合作社章程甚至立法规定固定的或最大比例的股息率的方式限制资本报酬。例如, "美国《帕尔·沃尔斯太德法》规定股东分红比例不得超过合作社股票总面值的 8%; 法国规定股金红利率要控制在 6% 以下。"[10] 而且, "在西方,股息与贷款利息一样被视为成本",[11] 而非通过合作社的税后盈余予以分配。不过也有例外,例如,加拿大萨斯喀彻温省 2000 年《新一代合作社法》[12] 第 53 条就规定,合作社盈余应当先支付所得税、提取公积金和公益金,剩余部分才能根据章程的规定依次分配普通股和优先股的股息。

合作社中的股份因素突显以致该类合作社被视为股份合作社的根本原因在于: 合作社为了克服融资难,开始发行股票或通过设立优先股(投资股)吸收非社员的外来资本。例如,2001 年《芬兰合作社法》不仅在第九章规定每个社员必须持有一个社员股、合作社章程可以规定向社员发行自愿股,而且第十一章和第十二章还分别规定了可以向非社员发行补充股与投资股。2000 年《加拿大合作社法》第八部分第 118 条规定合作社只能向社员发行社员股,而且每个社员必须持有最低数额的股份; 第 124 条规定可以向非社员发行投资股。加拿大萨斯喀彻温省 2000 年《新一代合作社法》第五部分分别规定了普通股和优先股。2010 年《安提瓜与巴布达合作社法》第五部分与 2002 年《澳大利亚合作社法》第七部分也都就合作社的股份进行了专门规定。由此可见,在国际合作社立法中也有所谓的股份合作社一席之地。

但是,国际股份合作社中的投资股或优先股与合作社中的社员股或普通股相比,除了要恪守资本报酬有限原则、在按惠顾返还分配盈余前支付股息外,尚有更显著的特征,即为了保证普通股社员对合作社的民主控制,股份合作社往往排斥投资股或优先股的持有者对合作社事务的一般表决权——

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

《芬兰合作社法》规定的补充股与投资股在社员大会上对一般事项就不享有表决权,只是根据章程的约定对与其利益密切相关的重大事项享有特别表决权。

(2)主要特征的差异引发名实不符的具体表现

据上,投资股或优先股的设置及一般表决权丧失是国际股份合作社的主要特征。而以农地入股的土地股份合作社——无论是土地承包经营权不需要折价的内股外租型还是以土地承包经营权折价后与资金、技术等外来资本共同参股型,与国际股份合作社的主要特征相比较,都有显著差异,即名实不符。

首先,内股外租型土地股份合作社与国际股份合作社的差异。土地承包经营权不需要折价的内股外租型土地股份合作社,其主要出资就是土地承包经营权。因为内股外租型土地股份合作社并不自营农业耕作,也不需要吸引外来投资,所以缺少吸收非社员投资形成的优先股,更不涉及与投资股或优先股配套的一般表决权丧失和资本报酬有限等制度设计。而且,内股外租型土地股份合作社尽管在形式上按照承包地入股的面积或数量折算的股份分配盈余,但是在"将农地入股界定为债权性流转兼具出租和出资双重属性,并将其出租属性视为与合作社的惠顾的前提下,形式上的按股分配实际上与惠顾返还是契合的,即实质上是惠顾返还。"[13]即与新一代合作社中"社员购买交易额等于向合作社投资,按交易额分配盈余也就是按社员的股份分配"[8]是一样的。因此,内股外租型的土地股份合作社虽然名为股份合作社,却与同时具有普通股和优先股两种甚至多种股份,且既有按惠顾返还又有按股分红两种不同盈余分配方式的国际股份合作社差异明显。

其次,外来资本参股型土地股份合作社与国际股份合作社的差异。以土地承包经营权折价后与资金、技术等外来资本共同参股型土地股份合作社,除土地承包经营权出资外,还有资金、技术、设备等外来资本,本来与国际股份合作社具有相似性:一是从利益分配上看,都有一部分盈余不能按惠顾返还,只能按股分配;二是从产生上看都吸引了外来资本投资,有助于缓解合作社的融资难。但是,在实际操作中,外来资本参股型土地股份合作社尚没有将外来资本股设置为优先股,更没有限制外来资本股的一般表决权——恰恰相反可能默许了外来资本股的主导地位,因此外来资本参股型土地股份合作社与国际股份合作社也存在明显差异。外来资本参股型土地股份合作社对国际上股份合作社的偏离,与我国《农民专业合作社法》未借鉴国际合作社立法经验明确规定外来资本股的优先股设置不无关系。

二、农地入股农民专业合作社:突破与定位

吉儿茨曾说"法律就是地方性知识;地方在此处不只是空间、时间、阶级的各种问题,而且也指特色,即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。"[14]农地入股的合作社既然冠名为"土地股份合作社"名实不符——当然无需再纠缠土地股份合作社的组织属性是股份制还是独立企业形态,那么是否具有合作制的组织属性甚至与《农民专业合作社法》界定的"农民专业合作社"具有同质性呢?通过对实践中农地入股合作社的出资和产权性质、利益分配、亏损分担等方面进行考察,可以判断农地入股的合作社实际上是突破了《农民专业合作社法》所界定的农民专业合作社的一种合作社亚形态。

1. 对《农民专业合作社法》的突破

农地入股的合作社仅仅是基于土地承包经营权的特殊社会功能,在出资与产权性质、利益分配和亏损承担等方面,不得已突破《农民专业合作社法》,是农民专业合作社的一种变异。

(1)出资与产权性质的突破

《农民专业合作社法》第4条第2款规定"农民专业合作社对由成员出资……形成的财产,享有占有、使用和处分的权利,并以上述财产对债务承担责任。"据此可知,农民专业合作社社员在出资时需要让渡出资财产的所有权或物权性权利给农民专业合作社。唯有如此,农民专业合作社才能取得可以独立自主支配并用于独立承担责任的法人财产。但是,"农户将土地承包经营权作价出资入股合作社后,都没有办理财产的转移手续"[15]的实践,江苏省和海南经济特区《农民专业合作社条例》中"农民可以以承包地(耕地)的经营权作为主要出资方式"与新疆维吾尔自治区《实施<中华人民共和国农民专业合作社法>办法》"农民以土地承包经营权出资入社的,不丧失其土地承包经营权……"的规定,以及为了避免农民失地主张"农地

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

入股为债权性流转,并借鉴法国劳务出资的规制措施,明确土地承包经营权出资额不计入合作社出资总额,仅计作分享盈余和承担亏损依据的制度设计",[16] 均突破了《农民专业合作社法》的"社员在出资时需要让渡出资财产的所有权或物权性权利"的要求——以土地承包经营权入股无需转让农地的物权性权利,合作社也无法将入股的土地承包经营权纳入法人财产权的范围,即入股的土地承包经营权不可能成为合作社的责任财产或破产财产。显然,入股的农地"不办理财产转移手续"的实践,"以承包地的经营权出资"与"不丧失其土地承包经营权"的规定,均要求入股的农地"不能成为合作社的责任财产或破产财产"并证实了农地入股的出租属性; 而农地入股者又享有表决权、分红权等社员权,则揭示了农地入股的出资属性。实践中的农地入股既非单纯的出租也非纯粹的出资,而是兼有出租和出资双重属性的债权性流转方式之一——具有出租属性既可以避免农民因失地失去农地的社会保障功能又可以使其获取租金性保底收入,具有出资属性既可以保障农民享有表决权又可以使其在获取租金性保底收入之后分享股息。需特别注意的是,主张农地入股为债权性流转,只是与土地承包经营权的物权性流转相对应而言,"债权性流转"不同于债权出资——债权出资让渡的是债权本身,即债权的全部权能,债权本身就是仅以债权出资的出资者承担责任的全部财产基础; 而定性为债权性流转的农地入股让渡的仅仅是一定期限内承包地的占有权、使用权和收益权(可以统称为经营权) ,让渡的"一定期限内承包地的占有权、使用权和收益权"也并非仅以农地出资的入股者承担责任的全部财产基础。

(2) 社员责任形态的突破

既然土地承包经营权入股属于债权性流转,家庭承包地的承包权不让渡给合作社,不能成为合作社的法人财产,那么以农地入股的社员也就不能以出资的土地承包经营权直接承担有限责任——契合了实践中"合作社终止时入股的农地应退回原承包农户"的规定,而应当在土地承包经营权出资额内以自己的其他财产对合作社的债权人承担责任。即土地承包经营权的出资额理所当然地充当了责任承担的计算依据。由此,无异于突破了《农民专业合作社法》确立的社员有限责任,而增设了保证责任。不过,域外合作社法中的保证责任与土地承包经营权股的保证责任既有共性又有差异。共性有四: ①都是针对合作社亏损承担的责任; ②都是一种信用承诺; ③都是一种补充责任; ④都有一定的责任限额。差异有二: 首先,前者是合作社的财产不足以清偿破产债务时,负有追加义务的社员才承担保证责任; 而后者则是以土地承包经营权出资的社员在合作社中的财产份额不足以承担责任时,就应在土地承包经营权出资额内承担保证责任。其次,前者追加的出资额并非分享盈余、承担亏损的依据,而后者则是土地承包经营权入股分享盈余、承担亏损的依据。此外,尽管保证责任也是一种"有限"的责任,但是与有限责任的区别还是很明显的: 承担有限责任的财产是社员已经出资入股的财产本身,而承担保证责任的财产是社员已经出资入股的财产之外的其他财产。

(3) 退社自由原则的"突破"

实践中,一部分农地入股的合作社限制农地入股者自由退社。而且,《海南经济特区农民专业合作社条例》第 28 条第 1 款亦允许"农民专业合作社在章程中规定以土地承包经营权作价入社的成员的退社条件。"之所以允许章程限制农地入股者自由退社,既与农地入股双重属性中租赁属性产生的契约约束力有关,又可以兼顾合作社长期经营的稳定性。尽管绝对禁止农地入股者退社不可取,但是对于具有周期性且易受自然灾害侵袭的农业经营而言,在一定期限内限制自由退社应当是合情合理的。表面上看,农地入股者退社自由的限制突破了《农民专业合作社法》第 3 条规定的"退社自由原则",但是从《农民专业合作社法》第 19 条"农民专业合作社成员要求退社的,应当在财务年度终了的三个月前向理事长或理事会提出; 其中,企业、事业单位或者社会团体成员退社,应当在财务年度终了的六个月前提出。章程另有规定的,从其规定"的表述看,所谓的对退社自由原则的"突破"又有章可循。

2. 一种合作社亚形态的定位

尽管农地入股的合作社突破了《农民专业合作社法》,但是并没有超出国际合作社的基本范畴,仍然不失为基于特定历史阶段土地承包经营权的特殊社会功能而产生的具有中国特色的合作社的亚形态。

(1) 从入社自愿与民主控制的角度看

不仅农业部《农村土地承包经营权流转管理办法》与重庆市、海南省等地方性规范文件,而且各地实践也都要求遵循入社自愿和民主管理原则。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

例如,"从江苏各地实践考察,绝大多数农地入股的合作社亦坚持入社自愿原则和'一人一票'的民主控制原则。"[16] "北京市现在的土地合作尊重农民的自主权,自愿入社,退社自由,农民说了算,土地的承包权仍然属于村民。"[17] 由此可见,土地承包经营权入股的合作社与《农民专业合作社法》规范的农民专业合作社一样,在很大程度上都符合国际合作社联盟所倡导的"入社自愿和民主管理"的基本原则。

(2)从出资与产权性质的角度看

传统合作社的出资并不局限于物权性出资,不仅"有些国家的合作社法规定社员可以将其具有债权性质的使用权投入合作社",[18] 而且我国亦有农民以其不转移所有权的土地使用权入股互助组和初级合作社的历史。另外,合作社的产权性质一直就存在争议,其主要观点既有个人所有的私人产权说、社员共有的集体产权说,又有个人产权与集体产权复合而成的复合产权说。[19] 因此,将家庭承包的土地承包经营权入股的法律性质定位为债权性流转,并非标新立异,而且还有利于澄清合作社产权性质的理论争议——明确以家庭承包的土地承包经营权出资的,出资人保留物权性权利,出资的土地承包经营权不能成为合作社的法人财产;而以货币、实物等其他财产出资的则让渡物权性权利,形成合作社法人财产。即既有家庭承包的土地承包经营权入股又有其他财产出资时,合作社的产权是由个人产权和法人财产权复合而成。

(3)从惠顾与利益分配的角度看

"与合作社交易"及"资本报酬有限"是合作社的本质特征和基本原则。① 基于农地入股系债权性流转且兼具出租与出资的双重属性,可以将其中的出租属性即租赁视为农地入股者与合作社的一种特殊的交易(惠顾)——农地入股者将农地出租给合作社,合作社向农地入股者支付固定保底收入(相当于租金)。由此可以很好地诠释绝大部分农地入股的合作社所热衷的"固定保底收入+浮动分红"式利益分配规则②——农地入股者获得的租金性保底收入就是惠顾的对价,而"浮动分红"则是惠顾返还,契合了社员必须惠顾合作社的本质要求;反之,"固定保底收入+浮动分红"式利益分配规则亦印证了农地入股兼具出租与出资的双重属性。而且,根据《农民专业合作社法》第37条"60%以上的可分配盈余按成员与本社的交易量(额)返还"的规定,无论是《江苏省农民专业合作社条例》第27条"农地股份合作社应当将可分配盈余的百分之六十以上,根据成员的承包地经营权出资额按比例返还给本社成员"的地方立法,还是"北京河南寨下屯种植专业合作社每亩土地每年支付社员土地流转金600元,每三年递增100元;此外,所获盈余按照合作社盈余返还机制进行分配,即60%按土地入社亩数分配到成员,40%按成员入资分红。北京泰华芦村种植专业合作社确保每股每年收益回报不低于每股1260元;同时根据合作社实际运营状况,年底再进行盈余返还——按土地亩数分配总额不低于可分配盈余的60%"[17] 等典型实例,在入股的土地承包经营权出资额、土地亩数与租金性保底收入(相当于惠顾额或交易量)成正比关系的前提下——按土地承包经营权出资额或土地亩数分配的盈余与按租金性保底收入分配的盈余是一致的,都体现了农地入股的合作社的盈余分配以惠顾返还为主;而不超过40%按资分配的做法则体现了对资本报酬的限制,尽管不同于国际合作社立法中资本报酬的限制方式——一般规定资本报酬的最高股息率,但是毕竟恪守了《农民专业合作社法》第37条规定的资本报酬"不得超过可分配盈余40%"的限制。

(4)从社员责任形态的角度看

国际合作社实践中社员责任形态一般有三种:无限责任、保证责任和有限责任。就国际合作社立法而言,"为了补偿(至少部分补偿)有资金困难的合作社,或者激励社员为合作社的成功积极做出贡献,法规或合作社章程可以要求社员购买额外的股票或者承担补充的出资义务,以免合作社无法偿还债务。每个社员承担补充出资义务的数量可能是相等的,也可能是参照盈余惠顾返还的方法——相当于特定期限内其与合作社交易所占的比例,或者可能取决于各个社员持股的数量。"[20] 《瑞士债法典》第868条规定了社员的有限责任后,"第869条和第870条分别规定:特许保险合作社以外的合作社,可以在章程中规定,合作社的财产不足以清

① 2001年《芬兰合作社法》第十一章在允许非社员购买补充股的同时,尽管规定"补充股持有者无权利用合作社的服务",即不能与合作社交易;但是,持有普通股的社员仍应承担与合作社交易的义务。

② 《海南经济特区农民专业合作社条例》第27条要求"设定保底收益";四川省《关于进一步规范有序进行农村土地承包经营权流转的意见》(川办发〔2009〕39号)提倡土地承包经营权股获得"保底租金+利润分红";安徽省《关于农村土地承包经营权流转若干问题的意见》(皖政〔2009〕13号)也要求"收益分配应实行保底分红","保底分红"即为"保底收入+浮动分红"。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

偿债务时,其社员个人对此承担无限责任,或者社员有义务在社员费和认购资金之外的最高限额内对合作社承担责任。”[21] 即授权合作社章程可以约定社员责任形式是无限责任、保证责任还是有限责任。因此,农地入股合作社在《农民专业合作社法》规定的“有限责任”之外增设类似于域外合作社法中的保证责任,也算有立法例可循。

(5) 从限制自由退社的角度看

“在一定意义上,退出也是一种控制权,而且是最终的控制权。”[9] 从这个角度看,退社自由原则可谓是社员民主控制原则的延续。尽管社员退社自由原则是合作社的基本原则,但是并非绝对地不能有任何变通。首先,美国、加拿大的“新一代合作社”采取封闭的社员制度,不仅变通了入社自由的门户开放政策,不轻易接纳新社员,而且还对退社自由进行了一定的变相限制,以保证合作社经营的稳定。例如,加拿大萨斯喀彻温省 2000 年《新一代合作社法》第 209 条第 4 款规定“除非理事会有相反决定,否则社员退社并不解除其与合作社的供应合同或者对合作社的借款等义务。”社员不能因为退社而解除其供应合同等义务,必然成为社员是否退社的一个重要影响因素。如果不考虑《江苏省农民专业合作社条例》第 18 条第 1 款“农地股份合作社应当根据生产经营的需要,在章程中明确规定成员退社的条件”的陈述,仅就第 2 款“农地股份合作社成员退社的,鼓励其依法向本社其他成员流转该承包地的经营权”的规定而言,① 显然比“社员退社并不解除其与合作社的供应合同或者对合作社的借款等义务”要缓和得多。其次,有些国家赋予合作社章程可以在一定期限内取消社员的退社权。例如,《芬兰合作社法》第三章规定“除非按照章程规定社员的退社权已经被暂停,否则合作社收到退社通知时即为社员退社之时。合作社章程可以规定社员自取得社员资格之日起的一定期限内不得退社,但是禁止退社的期限不得超过 3 年。”第三,一些国家以责令社员承担赔偿责任的方式,限制社员提前退社。如《瑞士债法典》第 842 条第 2 款规定“社员退出合作社的事实给合作社造成重大损失或者危及到合作社的继续存在的,合作社章程可以要求退社的社员支付合理的赔偿金。”[21]

三、农地入股合作社的立法模式

综上,农地入股的合作社应当主要是指土地承包经营权人单独以家庭承包地的经营权或者连同现金、实物等一起出资设立的一种特殊的农民合作社; 土地承包经营权人入股遵循自愿原则,但是退社权却受到适当限制; 入股的农地由合作社统一出租、发包,或者由合作社自己经营,或者以合作社名义对外投资; 土地承包经营权入股具有租赁和出资的双重属性,农地出资额不应计入合作社出资总额,仅计作分享盈余和承担损失的依据,即土地承包经营权人可以凭借入股的农地及其出资额获得保底收入和浮动分红,并在农地出资额内对合作社债权人承担保证责任。既然农地入股的合作社是一种特殊的农民合作社,而且已经突破《农民专业合作社法》的规定,那么在我国合作社基本法缺位的情况下,亟需合理确定农地入股合作社的立法模式,并完善相关法律制度,为农地入股合作社提供长效发展机制。

1. 立法模式的选择

至于农地入股合作社的立法模式,主要有四种不同的主张或实践: (1) 建议制定《农村土地流转法》;[22] (2) 主张制定《农地股份合作制法》[23] 《农地股份合作社法》[24] 《农用土地股份合作法》[25] 或《农民土地股份合作社管理条例》[26]; (3) 建议制定《合作社法》,在该法中对土地股份合作制的法律地位进行明确;[27] (4) 将农地入股合作社纳入《农民专业合作社条例》或《实施 < 农民专业合作社法 > 办法》的地方性立法实践。学者建议的《农村土地流转法》侧重于对农地流转行为立法,与构建、完善农地入股合作社组织制度的立法目标存在显著差异,因此《农村土地流转法》并非理想的立法模式。在澄清土地股份合作社名实不符的基础上,再单独制定《农地股份合作社法》或《农地股份合作社管理条例》亦为不妥。通过制定《合作社法》规范农地入股的合作社,当然是一种理想的选择,但是《合作社法》何时出台却难以预期。既然农地入股合作社的组织属性是突破了《农民专业合作社法》所界定之农民专业合作社的一种合作社亚形态,那么在《合作社法》缺位的背景下,农地入股合作社是纳入《农民专业合作社法》的立法框架,还是另起炉灶单独制定《土地合作社法》《土地合作社条例》或类似的法律法规?

① 2012 年新疆维吾尔自治区《实施 < 中华人民共和国农民专业合作社法 > 办法》第 11 条第 3 款亦规定“以土地承包经营权出资入社的农民退社的,鼓励其依法向本社其他成员流转该土地承包经营权。”

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

基于下列三点理由,农地入股合作社不仅可以而且应当纳入《农民专业合作社法》的立法框架。首先,农地入股合作社与农民专业合作社具有专业服务的共性。《农民专业合作社法》第2条规定,"农民专业合作社是在农村家庭承包经营基础上,同类农产品的生产经营者或者同类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。农民专业合作社以其成员为主要服务对象,提供农业生产资料的购买,农产品的销售、加工、运输、贮藏以及与农业生产经营有关的技术、信息等服务。"如果可以将土地承包经营权入股兼具租赁与出资双重属性中的租赁视为一种特殊的惠顾,那么农地入股的合作社也可以视为是同类农业生产经营服务的提供者,自愿联合、民主管理的互助性经济组织——同种生产资料即农地的提供者利用合作社土地流转的同种服务而形成的土地专业合作社。由此可见,家庭承包地入股的土地合作社在本质上符合《农民专业合作社法》对专业合作社的定义,当然可以纳入《农民专业合作社法》的立法框架。

其次,《农民专业合作社法》具有一定程度的开放性。《农民专业合作社法》既不是合作社的基本法也不同于根据合作社业务性质或功能进行的分业立法,无论是根据《农民专业合作社法》第2条"……自愿联合、民主管理的互助性经济组织"的概括性规定、"……等服务"的表述,还是根据合作社发展的多元化及其亟待规范的现实需求,《农民专业合作社法》都应当具有一定程度的开放性,不应该排斥同类农产品的生产经营者或者同类农业生产经营服务的提供者、利用者开展其他与生产和生活相关的服务。也正因为如此,北京、安徽的《实施<农民专业合作社法>办法》才明确农民专业合作社可以开展信用合作,山东《农民专业合作社条例》才规定农民专业合作社可以提供农村公共供水、农机维修、沼气利用等服务,甚至江苏《农民专业合作社条例》还增加了适用于消费合作的规定。可以预见,我国将来统一的合作社基本法很可能在《农民专业合作社法》及其配套规定的基础上形成。因此,基于《农民专业合作社法》一定程度的开放性以及未来的发展趋势,将在出资和产权性质、利益分配和亏损承担等方面突破了《农民专业合作社法》,却没有超出合作社基本范畴的农地入股的合作社纳入《农民专业合作社法》的立法框架,可以丰富《农民专业合作社法》的具体制度,为将来统一合作社基本法的出台奠定更广泛的实践基础。而且,"制定包括各种典型类型的合作社的综合性合作社法,应当是国际合作社立法的基本趋势。因为:(1)包括各种典型类型合作社的综合性合作社法(可能会针对住宅合作社、储蓄与信贷合作社等进行专章或专节的特殊规定),能最好地保证合作社的自治性,即合作社将有权尽可能地通过章程来规范自己的事务,因为与几部合作社法的立法模式相比,一部综合性合作社法对细节内容的规制程度要低得多;(2)细节内容的规制程度低了,官僚主义也相应减少了;(3)可以避免不同类型的合作社基于不同的法规进行登记注册并被置于不同的监管机关监管的弊端。"[20]

第三,有利于节约立法成本并提高立法效率。一是农地入股合作社的制度设计之所以突破了《农民专业合作社法》的规定,主要是基于在我国特定历史时期家庭承包地仍然承载着社会保障、吸纳就业、保持社会稳定、增加农民收入等政策上的考虑。当家庭承包的土地承包经营权的特殊社会功能基本消失时,土地承包经营权入股合作社可能也就无需再突破《农民专业合作社法》了。从这个意义上讲,农地入股合作社的特殊立法具有一定的过渡性,尽管过渡可能是长期的,但是也没有必要另起炉灶,毕竟纳入现成的《农民专业合作社法》的立法框架比单独再制定《土地合作社法(条例)》的立法成本要低,可以避免立法资源的浪费。二是允许并尊重各省市在《农民专业合作社条例》或《实施<农民专业合作社法>办法》中调整农地入股合作社,不仅可以在不减损调整力度和调整效果的前提下,及时解决农地入股合作社脱法发展的立法时差,提高立法效率,而且农地入股合作社除了少数特殊之处外,均可直接适用《农民专业合作社法》,如治理机制、政府扶持的规定等等,又可以避免无谓的法条重复。

2. 具体体例的安排

近期,在不能修改《农民专业合作社法》增加农地入股合作社特殊规则的情况下,考虑到现实的需求,应当鼓励《农民专业合作社法》的司法解释、各省市的配套规范性文件补充、完善农地入股合作社的特殊规则。各省市的规范性文件应当主要是指《农民专业合作社条例》和《实施<农民专业合作社法>办法》,而不仅仅是类似于《农村土地承包经营权作价出资农民专业合作社登记暂行办法》。2009年重庆市农业委员会和重庆市工商局

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

联合发布的《关于以农村土地承包经营权入股发展农民专业合作社注册登记有关问题的通知》和2009 年浙江省工商局与农业厅联合公布的《农村土地承包经营权作价出资农民专业合作社登记暂行办法》,都没有也不适合设计农地入股者利益分配和亏损分担、退社限制等实体性规则。

另外,在《农民专业合作社法》的司法解释或者省市配套规范性文件中应当如何安排农地入股合作社的特殊规则——是采取"开辟专门章节的集中规定方式"还是采取"增加相应条款的分散规定方式"? 尽管国际综合性合作社立法中存在专章规范特殊类型合作社的立法例——例如 1998 年《加拿大合作社法》第二十部分和第二十一部分就分别规定了"非营利性住宅合作社"和"工人合作社",《安提瓜与巴布达合作社法》(No. 9 of 2010) 第十四部分专门规定了信用联合会、消费合作社与住宅合作社、工业合作社,但是"开辟专门章节的集中规定方式"可能有破坏《农民专业合作社法》配套规范性文件结构协调之嫌,亦难逃这样的诘问: 具有一定开放性的《农民专业合作社法》的配套规范性文件为什么仅仅单列"土地合作社",却不为更典型的"生产合作社"或"消费合作社"开辟专门章节? 而采取"增加相应条款的分散规定方式"不仅不影响农地入股合作社的特殊性,可以更好地突显相关制度设计的差异,更便于规则的理解和适用,又不破坏《农民专业合作社法》配套规范性文件的整体结构。《江苏省农民专业合作社条例》采取的便是"增加相应条款的分散规定方式",如在第 12 条增加了"农民可以以承包地的经营权作为主要出资方式"的内容,第 27 条增加了"农地股份合作社应当将可分配盈余的百分之六十以上,根据成员的承包地经营权出资额按比例返还给本社成员"的规定。但是很可惜,江苏省《农民专业合作社条例》对土地承包经营权出资额是否计入合作社出资总额以及农地入股者的亏损承担等重要问题未进行特殊规则的配套设计,而山东、安徽、辽宁等地的《农民专业合作社条例》和《实施 < 农民专业合作社法 > 办法》则基本没有对农地入股合作社制定任何特殊规则。

四、结语

尽管将农地入股的合作社命名为土地股份合作社,可能是基于区分农地入股的合作社与非农地入股之合作社的考虑,但是,从名实不符的角度看,土地股份合作社的命名不具有妥适性——冠名为土地合作社可能更好,自然无需再纠缠土地股份合作社是股份制还是独立企业形态,亦不能因为农地入股的合作社实际上是突破了《农民专业合作社法》所界定的农民专业合作社的一种合作社亚形态,就对其单独立法。沿袭一些地方法规的做法,主张将农地入股合作社的特殊规则纳入《农民专业合作社条例》或《实施 < 农民专业合作社法 > 办法》,既是无奈之举又是务实之策。而"无奈之举"或将成为推动《农民专业合作社法》修订的一个动因,"务实之策"必将为《农民专业合作社法》的完善积累经验。

参考文献:

[1] 高海. 农地入股合作社的嬗变及其启示 [J]. 华北电力大学学报: 社会科学版,2013(2) : 55 - 61.

[2] 孔祥俊. 民商法新问题与判解研究 [M]. 北京: 人民法院出版社,1996: 429.

[3] 杨坚争. 关于股份合作制性质及研究方法的思考 [J]. 农业经济问题,1997(9) : 51 - 54.

[4] 李友根. 论股份合作企业的法律地位 [J]. 南京大学学报: 哲学·人文·社会科学,1998(3) : 150 - 159.

[5] 孙潮. 立法技术学 [M]. 杭州: 浙江人民出版社,1993: 65.

[6] 孙中华,罗汉亚,赵鲲. 关于江苏省农村土地股份合作社发展情况的调研报告 [J]. 农业经济问题,2010(8) : 30 - 35.

[7] 冀县卿,钱忠好. 农地股份合作社农地产权结构创新——基于江苏渌洋湖土地股份合作社的案例研究 [J]. 农业经济问题,2010(5) : 77 - 83.

[8] 郭富青. 西方国家合作社公司化趋向与我国农民专业合作社法的回应 [J]. 农业经济问题,2007(6) : 4 - 11.

[9] 徐旭初. 中国农民专业合作经济组织的制度分析 [M]. 北京: 经济科学出版社,2005: 65,195.

[10] 李春景. 论西方国家股份合作社的本质及对我国的启示 [J]. 法学评论,2009(5) : 101 - 106.

[11] 米新丽. 论农民专业合作社的盈余分配制度——兼评我国《农民专业合作社法》相关规定 [J]. 法律科学,2008(6) : 89 - 96.

[12] The New Generation Co - operatives Act(Chapter N - 4. 001) [EB/OL]. [2012 - 04 - 28]. http: //www. qp. gov. sk. ca/documents/English/Statutes/Statutes/N4 - 001. pdf.

[13] 高海,欧阳仁根. 农地入股合作社利益分配的法律解析 [J]. 重庆社会科学,2011(1) : 78 - 82.

[14] [美] 克利福德·吉儿茨. 地方性知识事实与法律的比

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

较透视[M]//法律的文化解释. 梁治平,编,邓正来,译. 北京:三联书店,1994:74-171.
[15] 黄胜忠. 以地入股农民专业合作社的所有权分析[J]. 中国合作经济评论,2012(1):41-48.
[16] 高海. 土地承包经营权入股的法律性质探析[J]. 法学论坛,2011(3):99-105.
[17] 北京市农研中心经管站. 北京郊区土地股份合作社发展的基本情况[EB/OL]. [2012-10-12]. http://www.agri.gov.cn/webV05/places/beijing/xinxilianbo/201206/t20120601_2722684.htm.
[18] 屈茂辉,蒋学跃,王泽功. 合作社法律制度研究[M]. 北京:中国工商出版社,2007:392-393.
[19] 欧阳仁根,陈岷,等. 合作社主体法律制度研究[M]. 北京:人民出版社,2008:45-46.
[20] Hagen,Henry. Guidelines for Cooperative Legislation,second revised edition[EB/OL]. [2012-07-02]. http://www.ilo.org/empent/Whatwedo/Publications/lang--en/docName--WCMS_094045/index.htm.
[21] 瑞士债法典[M]. 吴兆祥,石佳友,孙淑妍,译. 北京:法律出版社,2002:257.
[22] 龚建明. 尽快制定《农村土地流转法》[J]. 前进论坛,2009(4):20.
[23] 肖万春. 农地股份合作制不能搞"大跃进"[J]. 决策探索,2004(6):53-55.
[24] 杜业明. 关于农地股份合作社的考察[J]. 乡镇经济,2008(9):55-58.
[25] 夏振坤. 中国"三农"问题:症结与出路[J]. 华中农业大学学报:社会科学版,2002(3):6-9.
[26] 季建业. 农村土地产权制度的创新举措——对江苏省扬州市农村土地股份合作的调查与思考[J]. 法学家,2008(3):119-129.
[27] 吴春香. 股份合作制企业的立法探讨[J]. 中国合作经济,2005(6):65.

(责任编辑:刘浩)

Organizatioal Attribution and Legislative Model of Farmland in Cooperative Society: Mismatching Between Name and Reality of the Land Joint-stock Cooperative

GAO Hai

(*School of Law, Anhui University of Finance & Economics, Bengbu* 233030, *China*;
School of Law, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430074, *China*)

Abstract: Accurately defining the organization attributes of family contracted land in cooperative society is a premise for establishing its legislative model. In practice, most of the right to land contractual management in cooperatives remains to be a land joint-stock cooperative only in title——a mismatch between name and reality——and deviates from the typical characteristics of the domestic joint stock cooperative system and international share cooperative. In fact, farmland in cooperatives are just based on the special social function of right to land contractual management, and in the capital contribution with the nature of property right, profit distribution and losses, etc., they have to take on a variation of farmers´ professional co-operatives after breaking through "Farmers´ Professional Cooperatives Law", but they haven´t gone beyond the basic category of traditional cooperative system. Taking into consideration the universality of professional services, a degree of openness in "Farmers´ Professional Cooperatives Law", and the cost and efficiency of legislation, we proposed that farmland in cooperative society be incorporated in the framework of "Farmers´ Professional Cooperatives Law" and there be no need to enact solely "Land Joint-stock Cooperative Act".

Key words: Right to Land Contractual Management; Land Joint-stock Cooperative; Farmers´ Professional Cooperatives; Legislative Mode

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net