

论“村集体”的主体性

李凤章

(上海大学法学院 上海 200444)

内容提要:村集体是不同于村集体经济组织的独立主体。村民委员会被规定为法人,不能成为否定村集体主体性的理由。村集体经历了从被混同于村集体经济组织,到逐步彰显自身主体性的历史演变过程,村集体的本体是村。强调村集体作为不同于村集体经济组织的独立主体,可以更好地实现二者的功能区分和风险隔离,也更有利于实现村庄治理。

关键词:村集体 村集体经济组织 村民委员会

《农村集体经济组织法(草案)》(以下简称《草案》)正在征求意见,其中核心问题就是集体经济组织的法律性质和地位,而这取决于对农民集体本身的认识。《草案》第2条在界定集体经济组织的概念时,强调所称农村集体经济组织,是指以土地集体所有为基础,依法代表成员集体行使所有权,实行家庭承包经营为基础、统分结合双层经营体制的地区性经济组织。巧妙地将“集体成员”,转化为“成员集体”,并没有明确集体是与集体经济组织相分离的独立主体。

很多学者也不承认农民集体的主体性。有学者认为,农民集体应该称为“集体经济组织”,因为历史上就没有形成过“农民集体”这种组织。^①有学者认为,作为特别法人的新型农村集体经济组织本身是农民集体法人化改造的结果,其一旦设立,便直接依法对集体土地享有法人所

作者简介:李凤章(1970—)男,汉族,山东莘县人,上海大学法学院院长,教授、博士生导师。

本文为国家社科基金重大研究专项“社会主义核心价值观融入乡村振兴制度建设研究”(项目编号:20VHJ002)的阶段性研究成果。

^① 李永军:《集体经济组织法人的历史变迁与法律结构》,载《比较法研究》2017年第4期,第50页。

有权。^② 则还有学者主张,将集体改造为股份合作社法人,集体土地股份合作社法人的民法构造可以参照《公司法》中相关的成熟制度加以设立。^③ 集体执行单纯的经济职能,其宗旨就是为了农民集体成员的利益最大化而行使土地所有权,其农民集体成为一种纯粹的民事主体,不再以基层政府的意志为主导行使土地所有权。^④ 上述观点的核心,就是通过将集体视同为集体经济组织,而否定农民集体自身的主体性。

对上述将集体混同为集体经济组织的观点予以反驳,证明集体和集体经济组织的相互分离,将集体和集体经济组织关系的讨论进一步引向深入,对于完善集体经济组织立法,为乡村振兴提供法治保障,具有重要的意义。由于农村集体,在法律上包括了乡镇集体、村集体和村内集体,相应地,集体经济组织也被分为上述三个层级。三者之间存在较大差异,乡镇集体存在着乡镇政府,并非村民自治的范围。而村内集体缺乏村委会作为代表和执行机构,不具备组织体的基本特征,本质上也并非独立主体。而村集体,则不仅拥有土地这一财政资产,也拥有村委会这一执行机关和代表机关。根据民政部统计,截至 2019 年年底,全国有村民小组 419.3 万个,村委会则为 53.3 万个。^⑤ 如果在论述时对上述三者不加区分,恐怕治丝益棼。因此,本文仅讨论设有村委会的村集体的主体性。

一、关于村集体主体性的法律依据和既有论证

关于支持村集体作为独立主体的理由,在现有实证法和学者的论证中,并不难发现。首先,在土地所有权的归属上,《宪法》和《民法典》都明确集体是所有权人,而集体经济组织属于行使者。《宪法》第 10 条第 2 款规定,农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。2007 年的《物权法》第 60 条也曾规定,集体是所有权人,集体经济组织只是土地所有权的行使者。《民法典》第 262 条沿用了《物权法》的上述规定。其次,在实务操作上,国家土地管理局政策法规司 1992 年《关于对〈土地管理法〉有关问题请示的答复》,在理解村内农民集体和作为经济组织的村民小组的关系时也对二者进行了区分。该答复认为:“在生产队解体改为村民小组后,原生产队所有的土地,可以属于该村民小组相应的农业集体经济组织的农民集体所有,不应理解为村民小组拥有土地所有权。”2011 年《国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》(国土资发〔2011〕178 号)也明确规定,“把农村集体土地所有权确认到每个具有所有权的农民集体”,并要求“集体土地所有权主体按‘××组(村、乡)农民集体’填写”。

学者中坚持认为集体和集体经济组织是不同两个主体,集体具有主体性的更不乏其人。

② 宋志红:《论农民集体和农村集体经济组织的关系》,载《中国法学》2021 年第 3 期,第 164 页。

③ 高飞:《集体土地所有权主体制度研究》,中国政法大学出版社 2017 年版,第 211 页。

④ 同注③,第 239 页。

⑤ 参见民政部:《2019 年民政事业发展统计公报》, <http://images3.mca.gov.cn/www2017/file/202009/1601261242921.pdf>, 访问日期:2023 年 1 月 3 日。

有学者批驳了将二者混同的观点。^⑥ 有学者也指出,从《民法典》相关规范的体系解释来看,农民集体不同于集体经济组织。集体土地所有权的主体是农民集体,而不是农村集体经济组织。集体经济组织仅仅是集体所有权的行使代表。若集体经济组织就是农民集体,则意味着集体土地为该法人所有,形成法人的私有财产外观,与公有制有所背离。^⑦ 有学者也认为,农村土地属以地域为基础的农民集体(村或村小组范围农民团体),农民集体应当定位于以地域为基础的农民集体,并赋予团体法人资格。^⑧ 有学者甚至特别强调,村集体的性质是完全不同于集体经济组织的公法人。有学者指出村(村的机关包括村委会和村民会议)乃是依法设立,村执行的是公共职能,村机关不属于国家机关,不受国家机关领导,这些都符合地方自治团体的特点,应当具有公法人的地位。^⑨ 有学者也指出,对依据法律和政府行为设立并承担大量公共管理职能的“村”,我们只有把它定性为大陆法国家行政法上的公法人才是准确的。^⑩ 有学者也认为,“村”应该是一个政治主体,“村”实质上应该为一个社区。村法人具有社区性和自治性。应将村集体改造为公法人。^⑪

就《草案》而言,虽然其并未明确承认村集体的主体性,但逻辑上仍应认为,村集体本身是与村集体经济组织相互分离的不同主体。原因在于,与村民委员会由经过选举产生的数名委员组成不同,集体经济组织和集体的成员很大程度上是重合的,集体经济组织有成员大会和成员代表大会作为意思形成机关,选举产生三名至七名单数成员组成的理事会,作为集体经济组织的日常执行机关。而集体则拥有村民会议或村民代表大会作为权力机关,拥有村民委员会作为执行机关,拥有集体土地所有权作为财政资产。可见,二者虽然由几乎同样的成员组成,但是在组织机构和财产享有上是不同的,实际上是不同的主体。

二、村民委员会被视为法人不是否定村集体主体性的理由

要证明村集体的主体性,反对以村集体经济组织代替村集体,首先要认识村民委员会和二者的关系。如果村集体和村集体经济组织是同一体,村集体被融入村集体经济组织并无自身主体性的话,那么,在逻辑上就只有两种结论:要么村委会作为特殊法人,并非集体经济组织或集体的机关,村委会和集体或集体经济组织相互独立;要么村委会就是集体经济组织的机关。

将村委会作为集体经济组织的机关,在逻辑上的冲突较为明显。在现有法律中,基本上都将二者进行区分,村委会承担的是村民自治职能,集体经济组织则强调资产经营。例如,《村民

⑥ 谭启平、应建均:《“特别法人”问题追问——以〈民法总则(草案)〉(三次审议稿)为研究对象》,载《社会科学》2017年第3期,第85-86页。

⑦ 高圣平:《〈民法典〉与农村土地权利体系:从归属到利用》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第145页。

⑧ 高富平:《重启集体建设用地市场化改革的意义和制度需求》,载《东方法学》2014年第6期,第81页。

⑨ 葛云松:《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期,第90页。

⑩ 张旭勇:《集体所有、村委管理与村民的行政诉讼原告资格——兼论“村”的公法人地位》,载《浙江社会科学》2012年第5期,第51页。

⑪ 王振标:《论村民小组法律地位缺失的弊端——基于公法人理论思考》,载《西部学刊》2014年第10期,第80页。

委员会组织法》第8条第3款规定,村民委员会应当尊重并支持集体经济组织依法独立进行经济活动的自主权。《草案》第30条规定了农村集体经济组织的理事会,并且规定理事长是农村集体经济组织的法定代表人。《草案》第5条在规定集体经济组织的职责时,也强调其要“支持和配合村民委员会在村党组织领导下开展村民自治”。《草案》第65条规定,农村集体经济组织机构不健全的,村民委员会可以依法代行集体经济组织的职能。所以,主张集体和集体经济组织同一体的学者也一般不会认为,村委会就是集体经济组织的机关。

如此,对于借村集体经济组织否定村集体主体性的同一论者,逻辑上就只剩下一个选项,即村委会和村集体互不隶属,村委会不是村集体的机关,因此,村集体没有自己的机关而无法以组织形态存在。有学者就明确指出,作为一个松散集合体的农民集体本身也不存在自己的意思形成机关和执行机关。村民委员会和农村集体经济组织并不属于农民集体的意思形成机关或执行机关。之所以如此,“在于一个组织体的机关是该组织体的有机组成部分,属于该组织体的内部结构,只能以该组织体的名义而行为,并无自己独立的名义或人格。但村民委员会和农村集体经济组织均属独立的法人组织,具有独立的民事主体地位,可以以自己的名义独立开展活动。故此,村民委员会和农村集体经济组织并不属于农民集体的意思形成机关或执行机关”。^⑫

但这一理由很难成立。承认村委会是法人,并不能得出村委会所代表的村集体本身不是法人。换句话说,村委会是法人,但更是村集体的执行机关,而将执行机关视为法人,并不能否定机关所代表的组织体本身的主体性或法人性。典型的国家。法律规定了国家机关法人,并没有规定国家是一个法人。但国家作为特殊主体,具有公法人的法律地位,已是学界的有力学说。^⑬ 农民集体的民事主体地位完全可以类比于国家的民事主体地位。不同农民集体之间具有封闭性和排他性,在人、财、物等各个方面都不可通约。在此意义上,农民集体比国家具有更强的法人性。^⑭ 按照同样逻辑,即使承认村委会是法人,也并不能得出“村集体”不是法

⑫ 宋志红:《论农民集体和农村集体经济组织的关系》,载《中国法学》2021年第3期,第175页。

⑬ 参见葛云松:《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期,第95-98页;王镔:《机关、机关法人与国家法人说——基于国家组织法的考察》,载《人大法律评论》2019年卷第1辑,第155-157页;李龙贤:《再议国家法人理论——借镜日本国家法人理论的发展过程》,载《山东大学法律评论》2020年第1期,第212-213页。

⑭ 王洪平:《农民集体与集体经济组织的法律地位和主体性关系》,载《法学论坛》2021年第5期,第19页。

人没有主体性的结论。^⑤

实际上,如果村委会被赋予主体性,视为特殊法人,相比较而言,村集体更应该被赋予主体性,被视为法人。首先,村委会的财产最多只有每年的经费,在存在集体经济组织的地方,村委会甚至不能行使土地所有权,其法人的财产基础是缺乏的。而村集体拥有自己的独立财产,尤其是村集体的土地所有权,成为村集体稳定的收入来源。其次,村集体有自己完善的治理结构,有意思形成机关和执行机关。就意思形成机关来说,包括了村民会议和村民代表会议。土地承包经营方案,宅基地的使用方案,征地补偿费的使用、分配方案等,均由村民会议决议。同时,村集体还拥有自己的执行机关和代表机关即村民委员会。在村民委员会选举无效的情况下,我们无法说新一届村民委员会已经合法成立,但这却不会影响村集体的存在和延续。相对于村委会成员任职的届数限制和数年一变,村集体保持着稳定性,更体现了法人永久存续的特征。

所以,如果村委会仅仅依靠年度经费运转,人员几年一变,无法自我承担责任,作为村集体的执行机关和代表机关,其尚且可以被视为特殊法人,参照国家和国家机关法人的关系,拥有稳定财产,并且能够形成自己的意思并通过村委会执行其意思的村集体,更没有理由不被赋予主体性并解释为法人。所以,即使实证法已将村委会规定为法人,也不能因此就否定其所代表的集体本身的主体性或法人性。

三、“村集体”的主体性:从被遮蔽到逐渐被彰显

(一)“集体”含义的历史变迁:从被遮蔽于“集体经济组织”到取得相对于集体经济组织的独立性

在人民公社政社合一时期,集体被遮蔽甚至被泯灭于集体经济组织。1962年《农村人民公

^⑤ 学界不乏有人指出将村委会视为法人的错误,指出村委会只是村集体的机关而非独立的法人,换言之,构成法人的恰恰是村委会所代表的集体。崔智友指出,村民委员会是村民自治体中的执行机关,认为村民委员会具有法人资格,存在着重大的误解。村民委员会是代表机关,其行为所产生的法律后果归属于它所代表的实体即“村”。它所管理的财产“是属于村农民集体所有的土地和其他财产”而不是属于村民委员会的财产。参见崔智友:《中国村民自治的法学思考》,载《中国社会科学》2001年第3期,第133页。李洪雷也指出,我国的村民委员会并非地方自治团体,而仅为村的机关,村为公法人,村民委员会是公法人的机关,自身并无法人资格。参见李洪雷:《德国行政法学中行政主体概念的探讨》,载《行政法学研究》2000年第1期,第82页。谭启平等指出,村委会本身并非群众性自治组织,而是村这一群众性自治组织的内部执行机构。参见谭启平、应建均:《“特别法人”问题追问——以〈民法总则(草案)〉(三次审议稿)为研究对象》,载《社会科学》2017年第3期,第88-89页。涂四益指出,村民委员会是村的机关设置,将(行政)村和村委会混淆使用,原因大概在于现在的学术界和实务界大抵不区分主体和机关,比方说行政法学中广泛地将行政机关作为当然的行政主体。参见涂四益:《论〈村民委员会组织法〉中的自治与民主》,载《河南工业大学学报(社会科学版)》2014年第2期,第54页。《村民委员会组织法》第18条规定,村民委员会应向村民会议负责并报告工作,也表明村民委员会只是村集体的执行机关,而村民会议则为其权力机关。确实,将村委会视为法人,从根本上违反了大陆法系法人的定义。大陆法系的法人概念,乃是一个建构性概念,要求主体拥有独立财产,能够形成独立意志,并且承担独立责任,从而实现法人和其他主体的区隔。只有满足了法人条件的主体,才可以被赋予法人资格。如果罔顾法人的构成条件,而标签化地将某一主体视为法人,其实只是在表达上视之为法人,并不能实现法人制度所追求的区隔功能。按照大陆法系规范的法人概念,构成法人的,恰恰不应该是村委会,而应该是村集体。

社工作条例(修正草案)》规定,农村人民公社是适应生产发展的需要,在高级农业生产合作社的基础上联合组成的。它在一个很长的历史时期内,是社会主义的互助、互利的集体经济组织。简言之,人民公社这一集体经济组织就是农民集体的组织形态。人民公社解体后,政社分开成为改革的基本要求。彭真在做八二“宪法”草案说明时,强调说:“为了加强农村基层政权,健全农村集体经济组织,草案按照政社分开原则,规定设立乡政权,保留人民公社作为集体经济组织。……政社分开,只是把政权那一部分职权分出去,公社、大队、生产队的企业和其他一切财产的所有权,仍然不变。”^⑩可见此时的集体经济组织,含义变成了政经分离后的纯粹经济组织,不再承担政治职能。但对集体和集体经济组织的区分仍不明显。1982年党的一号文件,一方面强调:“集体所有的耕地、园地、林地、草地、水面、滩涂以及荒山、荒地等的使用,必须服从集体的统一规划和安排,任何单位和个人一律不准私自占有。集体划分给社员长期使用的自留地、自留山以及宅基地,所有权仍属集体。”另一方面,在同一个文件中,又指出:“生产大队、生产队作为集体经济组织,仍应保留必要的经济职能。要负责合理分配和调剂承包地,管好和用好耕地;安排生产计划、基本建设和推广新技术;签订和执行经济合同,完成征购任务和集体提留;照顾烈属军属和安排困难户的生产、生活等。同时,作为基层政权,……大队还要做好社会救济、教育卫生、计划生育、民兵训练、治安保卫、民事调解等各项工作,保护社会主义经济,保证国家法律、法令的执行。”可见,在中央文件中,当时仍混同使用集体和集体经济组织,集体仍然未取得相对于集体经济组织的独立性。八二“宪法”在土地所有权归属上,表述则采取了“集体所有”,而未使用集体经济组织所有。其第10条第2款规定,农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。《民法通则》第74条采用了和《宪法》类似的规定,即“劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有,包括:(一)法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等;(二)集体经济组织的财产;(三)集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施;(四)集体所有的其他财产。集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有”。在该条款中,分别使用了三个概念:集体、集体组织、集体经济组织。集体组织,无疑是权利主体,但删掉了“经济”二字,显然是要凸显和经济组织的区别,这也是人民公社解体后中央强调政经分离的体现。这一集体组织,因为存在着乡镇、生产大队或者村、生产队或者村民小组的区别。因此,在使用时不得不具体表述为村农民集体、乡镇农民集体,但是却省略了“组织”二字。可见,在《民法通则》中,集体经济组织已经不再是公私合一的主体,而是分离后的经济主体,仅仅承担经济职能。这一含义的转换,尤其体现在下列表述中,“已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有”。在改革开放前,集体经济组织作为人民公社这样的政经合一组织,同时也是土地所有权的主体。但是,在《民法通则》制定时,政策已经明确要政经分离,集体经济组织的政

^⑩ 彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的说明》, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/26/content_5001302.htm, 访问日期:2022年8月11日。

治职能被剥离出来,成为纯粹的经济主体,已经不可能拥有土地所有权,否则就可能因集体经济组织经营失败而以土地偿债或者解散导致土地所有权的私有化。但此前政经合一时代已经属于乡镇集体经济组织享有的土地所有权,现在只能归属于乡镇集体(组织)所有。

(二)从“村集体经济组织”遮蔽下分离出来的“村集体”,本体是“村”

首先,从语义学的角度来说,所谓农民集体,包括了乡镇农民集体、村农民集体和村内(多个)农民集体,所以准确地说,集体并不是主体的本体,而是对主体本体的性质描述,即由乡镇、村、村内小组的各自成员组成的团体,这一团体相对于其成员的个体来说,是一个“集体”。“集体”一词,表明的是对组成人员之个体的否定和超越,意味着在超越个体的基础上,形成了一个新的不同于成员之个体的团体意义上的组织体。所以,村“集体”中集体一词不是表明主体本体,主体的本体还是村,它也无法表明“村”作为超越村民个体而形成的团体之性质,而只是表明了在一定地域内村民联合起来的主体化,至于这一团体性主体采取的方式和性质,仍有赖于利用传统的民法主体概念进行归类。

从村集体的概念变迁角度来说,1947年的《土地法大纲》,仍然坚持使用乡和行政村的概念,并没有出现“集体”一词。“集体”的概念来自苏联的集体农庄。1943年11月,毛泽东在陕甘宁边区劳动英雄大会上发表演讲,提到“克服个体经济的唯一办法就是逐渐的集体化,目前的农民合作社还是一种初级形式的合作社,还要经过若干发展阶段才会在将来发展为苏联式的被称为集体农庄的那种合作社”。^①1948年7月27日,经毛泽东审阅,由新华社发表的《关于农业社会主义的问答》一文中说:“没有工业的大量发展,没有大量的成千成万的农业机器供给农民使用,并使农民有可能团结于‘集体农场’之中,而要实行社会主义的农业,那只能是反动的幻想。”^②1951年,《中共中央关于农业生产互助合作的决议(草案)》规定:“在农民完全同意并有机器条件的地方,亦可试办少数社会主义性质的集体农庄。”^③1953年12月,《中国共产党中央委员会关于发展农业生产合作社的决议》也如此表述:“根据我国的经验,农民这种在生产上逐步联合起来的具体道路,就是经过简单的共同劳动的临时互助组……到实行完全的社会主义的集体农民公有制的更高级的农业生产合作社(也就是集体农庄)。”实践中,1953年全国15个高级社当中有的也称集体农庄。^④全国第一个人民公社嵯峨山卫星人民公社,其最初名称就是嵯峨山卫星集体农庄。^⑤可见,“集体”这一概念,作为对村、乡的修饰性概念,其实表明的是村社共同体成员对土地的权利方式,村集体的概念只不过是村土地被集体化的结果。它表明了主体已经不再是建立在过去的个体基础上的自由组合,而是成员个体资格消融在主体内后形成的整体性共同体。集体所有因此也不再是建立在个体基础上可以分割的共有,而是不复存在个人份额的共同体所有,因此,个体不能要求共同体分割土地归成员私有,个人只拥有对共同体的成员权。简言之,村集体的主体性不在于集体,而在于村,集体只是表明了共同

^① 《毛泽东选集》(第3卷),人民出版社1991年版,第931页。

^② 《中共中央文件选集》(第17册),中央党校出版社1992年版,第662-663页。

^③ 国家农业委员会办公厅编:《农业集体化重要文件汇编》(上册),中共中央党校出版社1981年版,第44页。

^④ 温锐:《毛泽东视野中的中国农民问题》,江西人民出版社2004年版,第136页。

^⑤ 罗平汉:《天堂实验——人民公社化运动始末》,中共中央党校出版社2006年版,第24页。

体和成员的关系,而村,才是这一共同体的具体存在形式或者地域范围。

(三)村是地域管辖基础上的村民自治主体

就建立了村民委员会的村来说,其指的乃是作为自治单元的村,即行政村。行政村的观念,早在1947年的《土地法大纲》中就已出现。并且当时的行政村,是一级基层政权单位,设有村公所等管理机构。1947年11月12日《中共中央转发中央工委关于政权形式问题给冀东区党委的指示》,确定村公所改成村政府,村代表会为一级政府权力机关。^②1950年12月政务院颁布《乡(行政村)人民代表会议组织通则》和《乡(行政村)人民政府组织通则》,确认行政村与乡为一级地方政权机关。到了1954年《宪法》,才规定县以下农村基层行政区划为乡、民族乡和镇,撤销了行政村建制。1954年年底全国有乡、行政村21.9万个,到1957年年底合并改设为11.7万个乡。“村”级建制在法律意义上不复存在。^③人民公社建立后,村作为生产大队,成为公社三级经营体制中的中间一级。

人民公社制度的废除,意味着对政社合一体制的否定,目的要“尽快改变党不管党、政不管政和政企不分的状况”。^④为此,恢复了乡(镇)和乡(镇)政府作为基层政权的建制。

但问题在于,如何处理原来的生产大队(村)和生产队(村内集体)的法律地位。一种选择不承认村和村内集体的自我管理职能,将对村民的管理完全纳入乡镇基层政权。另一种是在乡镇基层政权之下,保留村作为独立的治理单元,并赋予其自治职能。乡镇政府对村实行间接管理。显然,直接管理需要乡镇政府这一基层政权建制投入更多的资源和人力,在当时乡镇基层政权本身都需要重建百废待兴的情况下,政府对村确实是无能为力。面对村的基层组织瘫痪和一定程度的权力真空,^⑤基于秩序维持和安全等需要,村民们必然自发地组织起来填补权力真空,产生了各种形式的村管会、议事会、治安领导小组等,名称不一。^⑥中央对此极为关注,并最终在1987年11月颁布实施《村民委员会组织法(试行)》,将这些实践中涌现的形形色色的村民治理组织等统一为村民委员会,并明确其为村民自治组织。明确村民委员会并非乡镇政府的下属机构,乡政府对村民委员会是指导与协助,而非直接的领导关系。这标志着村不再是建制的基层政权,开创了地方基层政权和村民自治并列的二元格局。正如彭真委员长在审议通过该法时所讲,十亿人民如何行使民主权利,当家作主?一个方面是通过各级人大来行使国家权力,另一个方面是基层群众实行自治,群众自己的事情自己依法去办,这是国家政治体制的一项重大改革。^⑦

村成为村民自治主体,既在于特定历史时期国家基层政权建制能力的不足,更在于中央对基层民主的支持,当然,也在于已有的制度资源对实践产生的路径引导。首先,原有人民公社

^② 中央档案馆编:《中共中央文件选集》(第16册),中共中央党校出版社1992年版,第590-592页。

^③ 沈延生:《村政的兴衰与重建》,载《战略与管理》1998年第6期,第9页。

^④ 参见《中共中央、国务院关于实行政社分开建立乡政府的通知》第1条。

^⑤ 对此中共中央在1982年一号文件《批转全国农村工作会议纪要》中有明确的表述:“需要着重指出的是:最近以来,由于各种原因,农村一部分社队基层组织涣散,甚至陷于瘫痪、半瘫痪状态,致使许多事情无人负责,不良现象在滋长蔓延。”

^⑥ 徐勇:《中国农村村民自治》,三联书店2018年版,第23页。

^⑦ 彭真:《彭真文选》,人民出版社1991年版,第607-608页。

是三级所有,队为基础,大队拥有土地所有权。在乡镇政权建立从而将其纳入国家财政之后,村庄仍然可以借助已有的体制,凭借土地所有权和对集体生产经营的控制,筹集公共资金,实现公共职能。逻辑上来说,如果人民公社是政经(社)合一,现在既然二者分离,就应该将乡(镇)作为政权单元,由乡(镇)政府行使行政管理权,土地所有权重新回到原来的农户,或者回到原来的初级社。而无论是个人所有还是初级社所有,都是以土地所有权农民个体所有为基础的。这违反了社会主义国家的性质和意识形态。当然,更重要的是,在人民公社存续的20多年间,中国人口增加了一倍,如果公社解散后将土地退回到原农户,必然会导致数亿新生人口成为无地农民,这是国家无法承受的。因此,一方面人民公社解散,恢复了乡(镇)政府的建制,另一方面又无法将土地所有权回复给个人或者合作社。其也不可能建立一个可以享有土地所有权,独立自主经营的经济组织,因为如果该组织体是独立自主经营,其就必须拥有独立的土地所有权,并且会发生解散和破产的风险,导致土地私有化。所以,唯一合适的做法就是,在人民公社解散后,土地所有权继续保留在集体手中,并且规定土地所有权不允许转让,同时允许村和村内集体以土地所有权为基础,通过发包等方式,为村民创设个体性的土地使用权或者承包经营权。因为作为土地所有权主要实现方式的承包地发包和宅基地分配,绝非一般意义上的个人财产权行使,要考虑村民之间的公平,并需要一定的权威性和统一性。既需要在村范围内统筹分配土地以实现公平,也需要利用村委会的公共机制增强权威,维护效力。这就导致村在人民公社解散后反而扩大了其土地所有权的权能。例如,《民法通则》第74条第2款规定,集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。直接排除了村内集体即原生产队的土地所有权。依据《土地管理法》第57条的规定,国家利用农村土地,也要和“农村集体经济组织、村民委员会”签订临时使用土地合同。《村民委员会组织法》第24条也规定,土地承包经营方案,宅基地的使用方案和征地补偿费的分配方案,都是由村民会议讨论决定,而不是由村民小组的成员会议决定。凡此种种,使得村委会在土地所有权行使上的权力大大增强,村内集体之村民小组的土地权利进一步缩小。人民公社时,集体具体组织生产经营,为了有利于成本核算,规定了“三级所有、队为基础”。核算单位强调以最小的队为主。在人民公社解体后,集体不再具体地组织生产,而是为农民创建个体性土地权利,使农民成为生产经营主体。乡镇政府因为其属于国家基层政权代表国家执行政令而被剥离大部分集体土地所有权的权能,只保留了对村集体发包和宅基地分配的审批权。村内集体则因为其规模过小,没有日常的权威存在而被排斥。既是土地所有权人,又存在村委会这样具体权威机关的村,顺势扩张土地所有权行使的权能,也就理所当然。可以说,人民公社解散后,土地所有权主要权能上移给村,作为村委会承担管理职能的法理依据和财政基础,恰恰是村庄治理结构重塑最现实的路径。

综上,考察村集体经济组织与村集体的变迁史,就会发现,伴随着人民公社建立和解体的,恰是村集体从被遮蔽于村集体经济组织到自村集体经济组织中相对独立,主体性不断彰显的过程。这一过程,也是村集体经济组织逐步变为单纯的经济职能,而村集体变成村民自治主体的过程。

四、“村集体”作为主体：功能区分与风险隔离

将村集体视为和村集体经济组织不同的独立主体,意味着二者的功能区分和风险隔离。即村集体经济组织从事生产经营,以营利为目的;而村集体作为自治单元,从事公共服务和基层治理,不以营利为目的。

(一) 集体经济组织经营必然伴随着风险

集体经济组织,如果被定位为以营利为目的,其必然伴随着经营失败的风险。通过将村集体主体化,将其和集体经济组织相分离,就可以有效地防范集体经济组织经营失败的风险不当外溢至村集体本身,并使得村集体作为投资者在集体经济组织严重资不抵债时及时宣告其破产,实现风险出清。主体分离所带来的这种风险隔离,是经营范围和投资范围限制所无法实现的。《草案》第36条禁止集体经济组织以集体资产投资合伙。《草案》第6条规定,农村集体经济组织主要采取投资设立有限责任公司的方式从事经营。这并不能从根本上解决问题。首先,投资本身也是一种经营,即使是以投资额为限,投资若无法收回,也会造成巨大的经济损失,从而导致集体经济组织资不抵债。而且,股东的有限责任并不是绝对的,如果集体经济组织作为控股股东未能很好地恪守与所投资设立公司之间在财产等方面的边界,发生需要“刺破公司面纱”的情形,有限责任就变成了无限责任。有学者指出,客观上讲,既然允许农村集体经济组织参与市场交易,就存在着农村集体经济组织资不抵债的情形。^⑳也有学者主张将集体的经营业务限制在土地和厂房出租等低风险业务上,认为集体经济组织单纯出租物业,租金是固定的,不会有什么风险。例如,上海市为了控制集体经营的风险,规定集体重点做好以土地为主要载体的农民集体不动产资源的开发利用,原则上只当地主不做资本家,实现以地生财。^㉑但即使只是经营土地和厂房出租,也并不意味着就没有风险。除非是单纯的毛地出租,只要有设施,就有设施的维护义务,就可能面临因设施招致损害的赔偿责任,这一赔偿责任就有可能超过集体的财产能力。同时,集体经济组织从事经营,必然存在融资担保的需求,《草案》第36条规定集体经济组织理事会成员、监事会成员(监事)和主要经营管理人员不得以集体财产为他人债务提供担保,但这限制的只是管理人员的权利,并没有禁止集体经济组织对外担保。这一内部权利的限制,不得对抗善意第三人。就集体经济组织而言,其经营中对外担保是必要的,否则就大大限制了集体经济组织的经营能力。而一旦存在担保,就可能因承担担保责任而遭受损失。所以,简单地限制经营方式和经营范围,很难有效地管控风险,仍然应该承认村集体的主体性,通过将实现治理功能提供公共服务的村集体和从事商业经营的村集体经济组织规定为不同的独立主体,村集体经济组织经营失败,则其可以破产,村集体仅以出资额为限,承担对于集体经济组织的责任。

(二) 单纯职能分离无法解决风险隔离问题

主体分别独立的目的在于保障各主体能够按照自己的治理结构,形成自己的意思,并且以

^⑳ 赵宇恒:《农村集体经济组织是个啥、能干啥——对话张晓山、高圣平、房绍坤》,载《农民日报》2023年2月16日第8版。

^㉑ 参见上海市农村经济学会、上海市松江区农业委员会主编:《农民的呼唤——上海市松江区农村集体产权制度改革的实践》,上海社会科学院出版社2016年版,第138页。

自己的财产承担责任,从而服务于不同主体的不同职能。职能实现是主体的目的,但主体的目的,不仅仅是职能分离,还在于为了更好地实现职能,在决策、财产和责任方面的分离,从而对各自的职能实现提供可以内在化的约束。如果没有主体的相互独立,而只是职能分离,很可能只是整体中的内部分工而已,主体相互独立的风险隔离等仍然无法实现。

目前《草案》将集体经济组织和村民委员会并列,表面上看似乎是主体之间实现了分离。但问题的关键在于能否明确村集体的主体地位。如果认为村集体不是主体,则村委会负责村民自治,行使自治职能,集体经济组织负责集体资产的经营,行使经济职能。二者都代表村集体,支配的都是村集体的资产,只不过村委会是基于村民自治而对集体资产特别是土地资源进行支配,而村集体经济组织是基于以营利为目的,对集体资产进行经营管理。这仅仅是一种内部的职能分工,而非主体分离或者相互独立,并不能起到风险隔离的作用。

首先,单纯职能分离,没有主体分离,无法承认集体经济组织的破产能力,无法及时出清集体经济组织经营失败的风险。主体独立最关键的是财产的各自独立,能够用各自的财产清偿自己的债务。但如果否定了集体的主体性,坚持认为集体经济组织是集体的组织化高级形态,集体经济组织因此同时承担着公共治理和服务职能,当然无法破产。《草案》第6条第1款规定,农村集体经济组织以农民集体土地所有权为基础设立,集体土地所有权依法不得转让,农村集体经济组织不得破产。问题在于,将经营主体破产乃是投资者及时止损,避免对经营失败的责任无限积聚,保障资产安全的重要手段。同时,破产对于集体经济组织的管理者也是一种惩罚和约束。破产具有对劣质管理和劣质企业及时出清,从而减少资源浪费的重要功能。对不良经营主体及时破产,而不是允许其借款继续经营,也有利于降低银行等债权人的风险。不允许集体经济组织破产,必然无法有效地建立对集体经济组织管理者的有效责任约束,并且在集体经济组织经营失败时无法有效地阻断风险,相反,动力量强行让银行等继续输血,以使集体经济组织继续负债存在,将最终导致风险积聚。与禁止破产相连的,就是禁止集体经济组织财产的分割,因为如果允许分割,也就意味着集体经济组织可以经由分割而解体,从而发生和破产同样的效果。《草案》第17条规定了集体经济组织成员的退出,成员退出时可以与农村集体经济组织协商获得适当补偿或者在一定期限内保留已经享有的财产权益,但是不得要求分割集体财产。这限制了集体成员通过退出的方式用脚投票,而用脚投票能力的缺乏,又会直接导致用手投票能力的不足,从而又制约了集体经济组织成员大会或成员代表大会作用的发挥。最终使得围绕着集体经济组织的相关各方,都缺乏责任和风险的硬约束,最终导致经营低效,风险无法及时出清。

其次,单纯职能分离,集体和集体经济组织之间的混同,尽管为村民委员会支配集体经济组织的财产留下了空间,但也导致集体不得不承担集体经济组织的债务风险。

这一混同便利了村委会对集体经济组织资产的支配。首先,村集体和村集体经济组织的一体化,意味着村集体的公共治理职能所需要的资金不得不由集体经济组织来承担。《草案》第5条规定,集体经济组织的职能,除了资产经营外,还包括为成员提供教育、文化、卫生、体育、养老等服务,支持和配合村民委员会在村党组织领导下开展村民自治。这为村委会支配集体经济组织的财产提供了依据。其次,从治理结构上来说,根据《草案》的规定,村集体经济组

织的成员和村集体的成员是同一的,此时,如果坚持村集体的独立性,通过制度设计使彼此拥有不同的财产,并且建立各自独立的治理结构,就可以实现主体的相互独立和责任区分。但如果否定村集体的主体性,村集体和村集体经济组织的财产发生混同,村委会在从事公共服务或者公共建设时,必然会使用集体资产和资金。集体经济组织,即使有所谓的理事会,又如何可能反对呢?当然,重大的事项可能仍然需要集体成员大会或者代表大会决议通过,但由于集体和集体经济组织成员的高度重合,村集体成员大会和村集体经济组织成员大会人员组成也高度重合,如果说公共服务或者公共建设得到了村集体成员大会的同意,也必然得到村集体经济组织成员大会同意,此时,集体经济组织的理事会又怎么可能去抗拒村委会呢?《民法典》表面上使得集体经济组织和村委会成为两个独立的特殊法人,但由于村委会管理的村民集体和村集体经济组织在成员上的一致性,借助于公共服务的名义,并且通过村民自治的权力路径,村委会很容易地建立了对村集体经济组织资产和资金的支配管道。“长期以来,村委会和村集体经济组织,账目不分混账使用,是不少农村地区共同的问题。”^⑩如果无法将村集体经济组织从村集体中分离出来成为独立的主体,简单地将村委会和村集体经济组织视为不同的法人,也许价值只是在于村民自治和资产经营的分别记账而已,^⑪并不能有效地在村委会和集体经济组织之间建立财产和责任的分割墙,会导致村委会在很大程度上保持着对集体经济组织财产和资金的支配。

但村民委员会对村集体经济组织财产的这种支配,是一把双刃剑。一方面,方便了村委会使用集体经济组织的资金履行公共职能;另一方面,也降低了村集体经济组织自身经营的经济激励,并且把集体经济组织的经营风险引导到村集体自身。如果集体经济组织的权利和责任不能内在统一,村集体经济组织无法获得经营收益的剩余,其也就很难有经济激励去提高经营绩效。同时,要求集体经济组织承担公共职能,本质上和此前国有企业办社会是同样的逻辑,也会加重集体经济组织的经营负担。2016年《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》明确规定农村集体经济组织市场主体地位,要“保证农村集体经济组织平等使用生产要素,公平参与市场竞争”。而如果集体经济组织作为经营主体,却不得不承担大量的公共服务职能,其也就不可能获得同其他市场主体一样的竞争力。如此,很难从制度上保障集体经济组织像一般的市场主体一样,按照市场规则经营,使集体经济组织经营低效,并把这种

^⑩ 邱麦、沙文渊:《南京村社分账激活集体经济活力》, http://www.js.xinhuanet.com/2022-11/24/c_1129156631.htm, 访问日期:2023年3月16日。

^⑪ 有调研者在谈到松江区的情形时,就指出乡镇财政的账和集体经济组织的财务混同的情形。“两本账往往混在一起。虽然做账的时候是分开来的,但由于组织缺位,使用时两本账混在一起的占大多数。特别是在村一级,村委会代行了村集体经济组织对集体土地、资产的直接支配权。最突出的就是村里出租集体土地,都是由村委会与客户签的合同。……政经不分的现象十分严重。”参见上海市农村经济学会、上海市松江区农业委员会主编:《农民的呼唤——上海市松江区农村集体产权制度改革的实践》,上海社会科学院出版社2016年版,第8页。上海集体经济发达尚且如此,至于内地,可想而知。《财政部、农业农村部关于印发〈农村集体经济组织财务制度〉的通知》(财农〔2021〕121号)第33条也只是规定,具备条件的农村集体经济组织与村民委员会应当分设会计账套和银行账户。这实际上意味着还有很多不具备条件的农村集体经济组织与村民委员会,甚至连分账会计都没有,更别提二者作为不同的独立主体,各自财产独立、责任独立了。

债务转化为村集体本身的债务,从而导致了目前村集体债务居高不下的现状。^②

因此,从功能区分和风险隔离角度来说,也应该承认村集体的独立性,从而和村集体经济组织相互分离。

五、村集体作为主体与治理功能的实现

集体经济组织本身是身份决定的封闭性主体,以某种特定的身份,如户籍等作为其成员的确定标准。如果村集体被混同为村集体经济组织,村集体的治理就受限于村集体经济组织成员的封闭性。村民委员会也好,党的组织也好,其成员都只能从村集体经济组织成员中产生。这不利于村庄治理的开放和包容,也不符合现在的村庄治理实践。

(一)关于吸纳非集体经济组织成员参与村庄治理

外来人口不是集体经济组织的成员,无法以集体经济组织成员的身份参与村集体的民主决策。在很多大城市的近郊区,村庄常住外来人口越来越多,甚至超过了本村户籍人口即本村集体经济组织的成员数量,这些外来人口很多在本村购买了房屋,虽然这些交易,在效力上还存在很大争议,但其常住的事实无疑是确定的。在此情况下,村集体的民主决策,排除常住并拥有巨大经济利害关系的外来人口参加是不合适的,也容易引发集体经济组织成员和外来常住人口之间的矛盾。《村民委员会组织法》的相关立法部门也认识到这一问题。2010年该法做了修订,其第13条规定村民委员会的选举人,除了传统意义上的村民外,还包括了“户籍不在本村,在本村居住一年以上,本人申请参加选举,并且经村民会议或者村民代表会议同意参加选举的公民”。此处用的是“公民”一词,突破了原来村民的范围,很显然是为了满足村庄外来人口参与村庄公共治理的实践要求。但是,如果不承认村集体和村集体经济组织的分离,继续按照集体经济组织成员的标准来认定某人是否属于集体成员,而一旦成为成员就意味着可以参与集体经济组织利益的分配,这必然导致现有村民基于担心加入者参与集体经济组织利益分配而使自己利益受损,排斥外来人口成为集体成员,从而也连带着排斥其参与村庄治理。正如学者所指出的,村民普遍在对待外来人口参与本村选举方面持反对态度,其主要原因是目前的村民身份附带许多经济利益和社会福利。^③

(二)关于党组织作用的发挥

为了加强党对农村工作的领导,上级党委和政府亟须突破上述集体经济组织成员身份的限制,派遣更多的优秀党员作为驻村干部领导村民提高治理水平。习近平总书记指出:“要建

^② 据有关记者在西部多地的采访发现,村级债务存量,增量多,无偿还能力,这几乎是大多数村子面临的普遍问题。有的村白条打了近40年,到底是谁欠下的都无从找起。而近几年新增的债务更是量大惊人。某县的村级债务规模达7.9亿元,仅一个镇的村级债务就达7700万元,其中最多的一个村负债超过1000万元。陈年旧账一般是吃喝欠下的,新的债务大多用于公共事业、基础设施建设等。参见张丽娜、王靖、安路蒙:《“小村大债”让基层负重前行》,载《决策探索》2019年第6期(上半月),第57页。而据洪丽丽等的研究,2016年样本村村均负债为村均收入的8.42倍。而且,其还发现村级社会福利和管理费用等支出呈刚性增长,样本村全部收入用于还债尚需9年左右,仅靠村集体自身收入根本不可能还清负债。不论是欠发达地区还是发达地区都存在经营性负债较高比重的情况。参见洪丽丽、李振航:《村级负债成因及其化解对策——基于浙江省五县(市)的实地调查》,载《湖北经济学院学报》2019年第1期,第76页。

^③ 陈亚辉:《村委会与集体经济分离:趋势、困境与对策》,载《南方论刊》2013年第8期,第67页。

设一支政治过硬、本领过硬、作风过硬的乡村振兴干部队伍,选派一批优秀干部到乡村振兴一线岗位。”^{③4}2021年,中共中央办公厅印发了《关于向重点乡村持续选派驻村第一书记和工作队的意见》,驻村第一书记的党员组织关系转到村。驻村的书记,无论是按照户籍,还是按照劳动关系,都不可能是集体经济组织的成员,其一般不参加村级组织换届选举,所以,往往也不是村民委员会的成员。但驻村干部作为上级党委下派到村庄的政治干部,村庄党组织作为村集体的政治机关,发挥着对村庄政权建设和村庄治理的领导作用。只有坚持在集体经济组织之外以地域管辖为基础,超越了集体经济组织内部成员身份限制的村集体作为治理主体存在,上述驻村书记的实践及其作用的发挥才能得到合理解释。

(三)关于村集体其他治理功能的发挥

首先,村集体的一项重要功能之一是为成员提供社会保障。保障集体土地所有权,很大程度上是因为农民没有国家提供的各种社会保障,而将土地所有权作为保障方式,由村集体承担保障责任。但否定村集体的主体性,将村集体和村集体经济组织混同,本质上就是以经济组织——成员这一私法关系模式为村庄集体提供社会保障产品,背离了社会保障的本质,导致资源的错配。公共主体提供的社会保障,应该是基于被保障人的需要;而集体经济组织的利润,则一般按照出资比例分配或者平均分配,而不考虑其是否为本身需要。否定村集体的主体性,将村集体和村集体经济组织混同,就使得作为社会保障的福利,变成了不区分成员经济状况的平均分配。即使其生活富裕,其也有权利要求集体提供上述权益分配,缺乏退出机制。这就背离了借助集体经济组织为其成员提供社会保障的制度功能,不但造成了资源配置上的浪费,而且也制造了更大的不公平。例如,宅基地是集体无偿分配给村民供其建设房屋居住的,但由于上述混同,哪怕某一村民已经搬离农村,并且在城市购买了住房,其也有权利要求分配宅基地,因为其户籍还保留在该集体,其仍属于集体经济组织的成员。但很显然,在宅基地普遍短缺的背景下,这导致了资源的错配,甚至导致其后经济困难迫切需要宅基地建房的村民,由于集体已经没有宅基地可供分配而无法获得宅基地,人为制造了不公平。^{③5}

其次,就其他治理功能来说,村集体被混同于村集体经济组织,导致集体的管理以集体经济组织的私法面孔出现,不利于提升管理效能。例如,集体作为土地所有权人,由集体经济组织行使对土地的管理权。依照《土地管理法》第66条的规定,为乡(镇)村公共设施和公益事业建设,需要使用土地的,农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准,可以收回土地使用权。问题在于,如果是集体经济组织收回宅基地使用权,而集体经济组织又是以经济组织这一私法人的面目出现,则正如耿卓所说,这种收回,就不是征收。^{③6}但如果不是公权力主体为了公共利益行使的征收,集体经济组织凭什么强制收回?如果是合同的解除,很显然并不符合《民法典》规定的法定解除条件,因为村民并不存在任何违约的情况。集体经济组织的强制收

^{③4} 习近平:《坚持把解决好“三农”问题作为全党工作重中之重 举全党全社会之力推动乡村振兴》,载《创造》2022年第5期,第8页。

^{③5} 村集体为村民提供社会保障,国家因此减轻了自己的社会保障负担,本身无可厚非,问题在于,村集体的这种社会保障,被解释成集体经济组织私法上的利益分配,从而背离了社会保障的本质。

^{③6} 耿卓:《宅基地使用权收回事由类型化及立法回应》,载《法律科学》2018年第6期,第185页。

回,由于缺乏权威和足够的正当性,很容易发生纠纷。

所以,从实现治理功能角度来说,也应该将村集体解释为不同于村集体经济组织的以公共服务和公共治理为职能的独立主体。

六、结语

总之,否认村集体的主体性,将村集体混同于村集体经济组织,既不符合人民公社解体后村集体独立性日益彰显的历史趋势,也不符合中央乡村振兴战略所要求的促进集体经济发展和通过党建强化村庄治理的实践要求。村集体经济组织作为经济组织,应该坚持经济职能,成员的确定以投资或者劳动投入为标准。而村集体,则更多地被视为地域管辖范围内的村庄共同体。村集体的本体是村,是曾经的基层政权单元,现在不再被纳入政权体系,而是成为村民自治的单元。村集体拥有自己的政治机关——村党支部,拥有自己的意思机关——村民会议或者代表会议,拥有自己的执行机关——村民委员会,拥有自己的财政资产——村集体土地所有权和其他集体财产。其完全具备独立主体的组织条件和物质条件,应该被承认为不同于村集体经济组织的独立主体。

On the Subjectivity of “Village Collective”

Li Fengzhang

Abstract: Village collectives are independent subjects different from village collective economic organizations. The villagers' committee is defined as a legal person, which cannot be the reason for denying the collective subjectivity of the village. The village collective has experienced the historical evolution process from being confused with the village collective economic organization to gradually showing its own subjectivity. The noumenon of the village collective is village. Emphasizing the village collective as an independent entity distinct from the village collective economic organization can better achieve the functional differentiation and risk isolation of the two and is also more conducive to achieving village governance.

Keywords: village collective; village collective economic organizations; villagers' committee

(责任编辑:刘宇琼)