

农民集体与农村集体经济组织 关系之二元论

高 海^{*}

内容提要：基于坚持农民集体所有权、推进集体资产股份实质化改革的基本立场，宜以异质论与替代论并存的二元论，阐释农民集体与农村集体经济组织的关系。就资源性资产而言，采取农民集体是所有权主体、农村集体经济组织是代表行使主体的异质论；就经营性和非经营性资产而言，采取农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体的替代论。二元论不仅有实定法根据、所有制和股份制类型化的佐证，有助于化解一元论的困境，而且从保障全体成员受益、满足资源性资产所有权客体不可分割、避免集体权益外溢等视角看，二元论中的异质论强化了资源性资产公有制的实现。基于经营性资产所有权客体可分割、成员持股份额不等受益不均、非本集体成员持股导致集体权益外溢等客观情况，二元论中的替代论没有弱化经营性资产公有制的实现。二元论下，农民集体或经济合作社与股份经济合作社的成员认定条件不一；资源性资产不宜表达为农村集体经济组织成员集体所有；农村集体经济组织可以破产；保障经营性资产公有制的实现，需限制集体权益外溢，扩大成员受益范围，促进成员平等受益。

关键词：农民集体 农村集体经济组织 集体资产股份 股份经济合作社

引言

集体经济组织一词，始于1955年《农业生产合作社示范章程》第1条，但是以集体土地公有制为基础的集体经济组织一词，则始于1956年《高级农业生产合作社示范章程》第1条。农村集体经济组织作为一个法律术语，始于1982年宪法第8条，农民集体的表达则最早出现于1986年民法通则第74条和1986年土地管理法第8条。农村（或农民、农业）集体经济组织与农民集体在民法通则（1986年、2009年）、土地管理法（1986年、1988年、1998

^{*} 安徽财经大学法学院教授。

本文为国家社会科学基金一般项目“集体产权制度改革中农村集体经济组织立法问题研究”（19BFX147）的阶段性成果。

年、2004年、2019年)、村民委员会组织法(1987年、1998年、2010年、2018年)、农村土地承包法(2002年、2009年、2018年)等多部法律中同时出现。2007年物权法则将农民集体所有等同于本集体成员集体所有。

原物权法、民法典将农民集体与农村集体经济组织分别定位为集体资产所有权主体和集体所有的土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等资产(以下统称“集体资源性资产”)的代表行使主体,无疑表明两者是不同主体,这也是部分学者主张两者异质论的实定法根据。其中,有的仅基于集体土地等资源性资产阐释异质论,^[1]也有的将异质论既适用于集体资源性资产,又适用于集体经营性资产。^[2]但是,学界一直存在将农民集体和农村集体经济组织合二为一,以农村集体经济组织为集体所有权主体的同一论。其中,有的仅从集体土地的视角主张农村集体经济组织是集体土地所有权主体,^[3]还有的从更广的视角主张农村集体经济组织既是集体资源性资产又是集体经营性资产的所有权主体。^[4]异质论与同一论的论争历来已久、持续至今,而且随着民法典赋予农村集体经济组织特别法人地位、^[5]农村集体产权改革的深入推进和农村集体经济组织法的起草,两者的论争更加激烈。部分规范性文件和地方确权登记实践对农民集体与农村集体经济组织的混用,^[6]也加剧了两者关系的复杂化。

随着农村集体产权制度改革的深入推进,农民集体与农村集体经济组织关系的厘定,已经成为影响集体资产折股量化的前置基础性问题。例如,作为集体资产折股量化配置对象的集体成员,是指农民集体成员还是农村集体经济组织成员?又如,作为折股量化客体的集体土地,是对土地所有权还是对土地使用权折股量化?农民集体与农村集体经济组织关系的论争,还会影响农村集体经济组织法的起草和制定。例如,两者成员是交叉还是重合,不仅关涉农民集体成员与农村集体经济组织成员的资格认定有无差别,集体资产股份化后是否允许非本集体成员继承、受让股份,还会影响集体土地所有权应否内置或归属于农村集体经济组织,农村集体经济组织能否破产,集体资源性资产与经营性资产的所有权实现方式如何差异化设计等问题。一言以蔽之,两者关系的厘定,是决定农民集体所有权能否实现、如何实现的基础,是影响农村

[1] 参见于飞:《“农民集体”与“集体经济组织”:谁为集体所有权人?——风险界定视角下两者关系的再辨析》,《财经法学》2016年第1期,第48页;高圣平:《〈民法典〉与农村土地权利体系:从归属到利用》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第145页;张先贵:《集体经济组织享有集体财产所有权的谬误与纠正》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2021年第3期,第116页。

[2] 参见姜红利、宋宗宇:《集体土地所有权归属主体的实践样态与规范解释》,《中国农村观察》2017年第6期,第11页以下;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》,《法学论坛》2021年第5期,第26页以下;韩松:《论农民集体所有权的成员集体所有与集体经济组织行使》,《法商研究》2021年第5期,第146页,第156页。

[3] 参见陈小君:《我国农村土地法律制度变革的思路与框架——十八届三中全会〈决定〉相关内容解读》,《法学研究》2014年第4期,第20页;孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期,第147页;陈甦主编:《民法总则评注》上册,法律出版社2017年版,第702页;屈茂辉:《农村集体经济组织法人制度研究》,《政法论坛》2018年第2期,第29页;姜楠:《集体土地所有权主体明晰化的法实现》,《求是学刊》2020年第3期,第112页。

[4] 参见李永军:《集体经济组织法人的历史变迁与法律结构》,《比较法研究》2017年第4期,第51页;林广会:《农村集体产权制度改革背景下集体所有权主体制度的机遇与展望》,《求是学刊》2020年第3期,第103页以下;宋志红:《论农民集体与农村集体经济组织的关系》,《中国法学》2021年第3期,第176页。

[5] 有学者主张,“《民法典》第99条赋予农村集体经济组织法人资格,突出其土地所有权主体资格和经济地位的立法意图跃然纸上。”谢鸿飞:《〈民法典〉中土地经营权的赋权逻辑与法律性质》,《广东社会科学》2021年第1期,第230页。

[6] 参见前引[2],姜红利等文,第4页以下。

集体经济组织成员认定、财产构成、折股量化、股份管理、利益分配和破产终止的前提，是关系农村集体经济组织法制定的根本。因此，全国人大立法专家呼吁深入研究农村集体经济组织与农民集体的关系。^{〔7〕}

目前，学界无论主张两者是异质论还是同一论，几乎都是非此即彼的一元论。究竟是异质论还是同一论更具解释力，或者在一元论之外，尚有其他解释空间？本文试图在坚持农民集体所有权并顺应集体资产股份化改革趋势的基础上，以集体资产类型化为资源性资产与经营性资产、农村集体经济组织类型化为经济合作社与股份经济合作社为根据，引入异质论与替代论并存的二元论，来阐释农民集体与农村集体经济组织的关系。就集体资源性资产而言，采取异质论，农民集体为所有权主体，农村集体经济组织为所有权的代表行使主体；就集体经营性和非经营性资产而言，采取替代论，以农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体。同时，在回应一元论中同一论与异质论各自面临的困境的基础上，论证二元论的历史妥适性、现实契合性和未来回应性，并展开相应制度设计。

一、研判的基本立场

既要坚持农民集体所有权，又要契合农村集体产权改革，是研判农民集体与农村集体经济组织关系的基本立场。前者是法律底线和现实基础，后者是市场要求和发展方向。

（一）坚持农民集体所有权

农民集体所有制是我国宪法规定的公有制的重要组成部分，集体所有权作为集体所有制的权利模型，是民法典中与国家所有权、私人所有权并列的一项重要所有权类型。近年来，中央文件一再强调，要坚持农民集体所有权。《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》（中发〔2016〕37号，以下简称“意见”）强调，集体产权改革要“坚持农民集体所有不动摇，不能把集体经济改弱了、改小了、改垮了，防止集体资产流失”。2021年中央一号文件《中共中央、国务院关于全面推进乡村振兴加快农业农村现代化的意见》指出，深入推进农村改革要“坚持农村土地农民集体所有制不动摇”。因此，坚持农民集体所有权是研判农民集体与农村集体经济组织关系的根基。

关于农民集体所有权的本质，无论政策文件还是学界都侧重于从集体土地所有权的视角进行阐释。综合学界观点，农民集体土地所有权的本质特征主要体现如下：（1）集体土地所有权主体中集体成员的流动性。即本集体成员的子女出生自动取得集体成员资格，^{〔8〕}加入集体所有；集体成员死亡自动丧失集体成员资格，退出集体所有；取得城市稳定收入和社会保障的，丧失集体成员资格退出集体所有。（2）集体土地所有权客体的不可分割性。“所谓不可分割，就是不可将土地所有权分割为单独的个人的私有权，从而保障每个集体成员都能够对集体土地享有利益。”^{〔9〕}根据不可分割性，集体成员死亡不能分出集体土地所有权份额由其继承人继承，这与集体成员死亡自动退出集体所有是一致的。（3）一定社区的全体集体成员平等受益。平等受益既体现在按照集体成员人数分配承包地，按户并兼顾户内集体成员人数分配宅

〔7〕 参见何宝玉：《我国农村集体经济组织的历史沿革、基本内涵与成员确认》，《法律适用》2021年第10期，第21页。

〔8〕 参见崔建远：《中国民法典释评·物权编》上卷，中国人民大学出版社2020年版，第281页。

〔9〕 韩松：《我国民法典物权编应当界定农民集体所有权类型的本质属性》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2019年第3期，第69页。

基地,又体现在根据集体成员人数分配集体土地使用权份额、土地补偿费等。集体土地所有权主体中集体成员的流动性与其客体的不可分割性是一体两面、互相促进的。丧失集体成员资格自动退出集体土地所有,是集体土地不被分割的保障;集体土地不被分割又使新增集体成员能够自动获得集体土地权利的保障。集体土地所有权主体中集体成员的流动性与客体的不可分割性,也是集体土地所有权使所有集体成员平等受益的前提和保障。^[10]

基于集体土地提炼出来的农民集体土地所有权的三个本质特征,适用于所有集体资源性资产所有权,也可以适用于集体资产股份化改革前的集体经营性资产所有权。但是,后文将阐释,集体经营性资产股份化后,上述三个本质特征将不完全适用于集体经营性资产所有权。

(二) 契合农村集体产权改革

“意见”第四(九)部分要求“将农村集体经营性资产以股份或者份额形式量化到本集体成员……力争用5年左右时间基本完成改革”;第四(十一)部分规定“组织实施好赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权改革试点”。集体经营性资产股份化改革,能够明晰集体成员收益权,有助于以市场改革为导向,完善农村要素市场化配置机制。无论从改革的时间安排还是改革的优势看,集体经营性资产股份化都是集体资产改革的主要方向。因此,从2012年全国“约有60%的村组没有组建集体经济组织”,^[11]到“2020年全国已有43.8万个村建立集体经济组织,占比82.2%”。^[12]

但是,中央文件允许农用地实行“确权确股不确地”,^[13]地方推进集体产权改革实践中普遍存在将集体土地等资源性资产一并股份合作的情况。具体有三种做法:(1)未分包到户的集体资源性资产与集体经营性资产一并折股量化;^[14](2)集体经营性资产比较少的集体,主要开展集体土地等资源性资产股份合作;^[15](3)深圳等个别地区允许将集体土地纳入农村集体资产股份合作公司,与其他集体资产一并折股量化。^[16]

并且,集体资产股份的权能经历了由股份未实质化到股份实质化的阶段性发展。未实质化是指集体资产股份主要是明晰集体收益的分配依据,既不得转让、继承,也不能用于担保,更不能退股抽走资金;实质化则指集体资产股份不仅是明晰集体收益的分配依据,还可以有偿退出、继承、用于质押。^[17]在集体资产股份化改革早期,集体资产股份未实质化,^[18]股份只是充当分配工具而呈现股份虚拟化。但是,随着集体资产股份化改革的深入推进,政策文件已明确允许集体资产股份有偿退出、质押、继承,由此将股份实质化、价值化:股份不再仅仅充当收

[10] 参见高海:《论“三权分置”与集体土地所有权的坚持》,《中国农村观察》2019年第3期,第41页。

[11] 农业部经管司、经管总站研究课题组:《发展壮大农村集体经济增加农民财产性收入》,《毛泽东邓小平理论研究》2012年第3期,第14页。

[12] 国务院发展研究中心农村经济研究部课题组:《新发展阶段农业农村现代化的内涵特征和评价体系》,《改革》2021年第9期,第13页。

[13] 参见农业部等六部门《关于认真做好农村土地承包经营权确权登记颁证工作的意见》(农经发〔2015〕2号)。

[14] 参见《四川省农村集体资产股份合作制改革试点方案》(川农业〔2015〕14号)、《山东省农村集体产权制度改革试点方案》(鲁政办字〔2018〕158号)。

[15] 参见《浙江省人民政府办公厅关于全面开展村经济合作社股份合作制改革的意见》(浙政办发〔2014〕101号)第二(二)部分。

[16] 2019年《深圳经济特区股份合作公司条例》第18条第4款规定:“注册资本应当注明集体所有的土地折股的份额,公司拥有的集体所有的土地不能直接用以抵偿公司债务。”

[17] 参见高海:《论集体土地股份化与集体土地所有权的坚持》,《法律科学》2019年第1期,第172页。

[18] 参见张浩等:《“权释”农村集体产权制度改革:理论逻辑和案例证据》,《管理世界》2021年第2期,第88页。

益分配依据，其本身已经具有财产价值——退出股份置换补偿、继承股份获得股份及分红、质押股份融资。可见，集体资产股份除受让范围受限之外，在权能上与公司股权已经基本相当。

虽然大部分规范性文件明确将股份配置和流转限于本集体范围内，但也有部分规范性文件已经突破本集体成员持股的封闭性，允许非本集体成员持股，具体表现有三：（1）少数地区允许向非本集体成员募集资产，如陕西省袁家村“在集体经济组织成员入股的基础上，创新设置交叉股、混合股、限制股等允许集体经济组织成员以外人员购买的新股种”。^[19]（2）绝大部分地方规范性文件允许非本集体成员继承取得集体资产股份。^[20]（3）少部分地区允许一定范围内的非本集体成员受让集体资产股份。^[21]此外，集体成员“带股”进城落户，并享有城市的稳定收入、城镇居民社会保障后，其继续持有的集体资产股份变为非本集体成员持股。^[22]尽管非本集体成员原始取得或受让股份并不具有普遍性，但是允许非本集体成员继承股份会导致非本集体成员持股现象具有广泛性。而且，随着城镇化进程加快，集体成员“带股”进城落户导致的非本集体成员持股现象将越来越多。

集体资产股份化改革的组织载体主要是股份经济合作社。无论是从规范性文件还是实践研究报告看，农村集体经济组织可以类型化为经济合作社与股份经济合作社。首先，就中央规范性文件而言，“意见”第五（十二）部分、2020年农业农村部印发的《农村集体经济组织示范章程（试行）》（农政改发〔2020〕5号，以下简称“示范章程”）第2条都明确，农村集体经济组织可以登记为经济合作社、股份经济合作社，未提及公司。其次，就地方规范性文件而言，除集体资产股份化改革较早的深圳、珠海等个别地区采取股份合作公司的组织形式外，绝大部分地区都采取经济合作社与股份经济合作社的组织形式。^[23]最后，就全国农村集体经济发展实践而言，有研究报告在阐述农村集体经济组织的具体组织形式时，基本上采用了“股份经济合作社”或“（股份）经济合作社”的表达，并明确原则上不采取公司形式。^[24]之所以原则上不采取公司形式，是因为农村集体经济组织是特别法人，即使采取公司形式，在设立与终止、成员资格、股份设置与管理、治理结构、表决权行使、收益分配等方面，也无法适用公司法。采取股份经济合作社的组织形式，既能凸显农村集体经济组织的特别法人地位，又能简化、统一立法构造。退一步讲，即使采取公司形式，也可以将其视同股份经济合作社，参照适用股份经济合作社与农民集体之间的关系。

综上，集体资产股份实质化改革基本完成时，经济合作社将普遍转变为股份经济合作社，股份经济合作社将成为农村集体经济组织的基本组织形式。已有专家指出，正在起草的农村集体经济组织法主要适用于农村集体产权制度改革后形成的股份经济合作社。^[25]经济合作社与股份经济合作社的区别主要在于集体资产是否股份化，以及股份化引起的成员资格认定、股份

[19] 张英洪等：《北京市怀柔区农村集体经济组织建设研究》，《北京农业职业学院学报》2021年第3期，第52页。

[20] 参见2018年《上海市农村集体资产监督管理条例》第11条；《浙江省农村集体资产股权管理暂行办法》（浙农经发〔2018〕12号，以下简称“浙江办法”）第13条；2021年《四川省农村集体经济组织条例》第32条。

[21] 参见《北京市海淀区农村股份经济合作社股权管理办法（试行）》（海行规发〔2018〕22号，以下简称“海淀办法”）第15条。

[22] 参见高海：《论农民进城落户后集体土地“三权”退出》，《中国法学》2020年第2期，第39页，第44页。

[23] 参见2018年《江苏省农村集体资产管理条例》第7条；2020年《黑龙江省农村集体经济组织条例》第22条。

[24] 参见陈雪原等：《中国农村集体经济发展报告（2021）：党建引领新型集体经济治理现代化》，社会科学文献出版社2021年版，第65页，第67页。

[25] 参见前引〔7〕，何宝玉文，第14页。

设置与管理、收益分配依据等方面的差异。经济合作社向股份经济合作社的转化,体现了农村集体经济组织从以成员权为中心向以股份权为中心的发展趋势。随着集体资源性资产股份化的增加、集体资产股份实质化改革的推进与非本集体成员持股现象的增多,集体资产(特别是集体资源性资产)的股份实质化是否会影响对农民集体所有权的坚持,是研判农民集体与农村集体经济组织关系时无法绕开的一个前提性基础问题。

二、一元论的现实困境

一元论中非此即彼的同一论和异质论各有道理,但无论是同一论还是异质论,因未区分集体资源性资产与经营性资产、经济合作社与股份经济合作社、股份未实质化阶段与股份实质化阶段,就坚持农民集体所有权并契合集体资产股份实质化而言,均面临一定的困境。

(一) 一元论中同一论的困境

根据坚持农民集体所有权的阐释,同一论成立的前置条件有:农民集体与农村集体经济组织的成员完全重合,并且成员均具有流动性;两者分享利益的主体范围一致且能平等受益;恪守集体资源性资产所有权客体的不可分割性。农村集体经济组织与农民集体合二为一,以农村集体经济组织为集体所有权主体的同一论,有助于克服农民集体无法独立表达意志、行使权利的弊端。但是,集体资产股份实质化后,因下列原因,同一论面临着能否坚持农民集体所有权的困境。

1. 农民集体与农村集体经济组织的成员范围不重合

农民集体成员的子女出生自动取得农民集体成员资格,农村集体经济组织的成员资格能否因出生自动取得?对此,需区分经济合作社与股份经济合作社分别考量。“意见”第四(十)部分规定的农村集体经济组织成员资格的认定条件和认定程序,能适用于经济合作社成员资格的认定,但是能否适用于股份经济合作社成员特别是新增成员资格的认定,不无疑问。“意见”在该部分规定:“提倡农村集体经济组织成员家庭今后的新增人口,通过分享家庭内拥有的集体资产权益的办法,按章程获得集体资产份额和集体成员身份。”据此,新增人口取得股份经济合作社成员资格的前提是能够分享集体资产权益,新增人口能够分享集体资产权益的前提是获得集体资产份额,即凭借集体资产股份取得股份经济合作社成员资格和分享集体资产收益。经济合作社资产未股份化,其成员资格的取得不以获得集体资产股份为前提,而是根据“意见”规定的成员认定条件和认定程序取得成员资格,再凭借成员身份直接、自动分享集体权益。此外,地方规范性文件中,户内集体成员协商解决新增人口股份数的规定,^[26]股份经济合作社章程和登记事项中写明成员股东股份数的要求,^[27]以及多位非本集体成员继承人继承股份可以确定其中一人登记为村居股东(享有集体成员股东权利)的做法,^[28]也表明股份经济合作社成员资格的取得往往以享有股份为前提。户内集体成员如果未协商或协商不成,新增人口无法享有股份,就难以取得股份经济合作社的成员资格。

[26] 《漳浦县村集体经济组织股权管理暂行办法》(浦政办〔2019〕46号)第8条第2款规定,“……其户内每个成员享有的股份数由股权户自行协商确定”。

[27] 参见《大连市农村集体经济组织示范章程(试行)》(大政办发〔2019〕71号)第36条;“浙江办法”第7条。

[28] 参见《关于开展规范和完善顺德区农村股份合作社组织管理试点工作的指导意见》(顺农改〔2012〕2号)第四(一)3部分。

据上,集体资产股份化改革后,农村集体经济组织成员资格与股份捆绑,因股份实施不随人口增减变化而调整的静态管理,集体成员资格也逐渐固化。因此,有学者“调研得知,成员资格固化或者相对固化的‘农民集体’的组织形态,事实上已经成为全国普遍的现象”。^[29]而且,各地在某一时刻配置股份后,“农村集体经济组织成员家庭的新增人口只能通过继承、分享家庭拥有的集体份额的办法,按照集体经济组织章程规定获得集体资产份额和集体成员身份”;“今后其他人要成为集体经济组织成员,可以用个人资产向集体经济组织入股”。^[30]由是观之,新增人口除非分享户内股份或继承、出资认购股份,否则无股份意味着难以取得股份经济合作社的成员资格。股份经济合作社成员资格的认定以享有股份为要件,有一定合理性:能够适应经济合作社以成员权为中心向股份经济合作社以股份权为中心的发展趋势,可以使成员身份与利益分享主体相一致。否则,如果仅享有农村集体经济组织成员资格却无股份,不仅会导致无股份的分红权、转让权、退出权、质权等权益,而且需要分别设置成员名册与股东名册。由此可见,经济合作社成员名册上的成员可以与农民集体成员重合,但股份经济合作社股东名册上的成员与农民集体成员只能大部分交叉却不会完全重合。

在积极推进集体资产股份化改革的背景下,股份经济合作社成为农村集体经济组织的主要组织形式,农村集体经济组织成员与农民集体成员不一致的情况也会增多。而且,股份经济合作社股东未必都是农民集体成员,因非本集体成员继承股份、集体成员向本集体外转让股份、集体成员“带股”进城落户丧失集体成员资格后继续持有股份,都会增加不具有本集体成员身份的股东数量。股份经济合作社股东存在成员股东与非成员股东之别。

2. 农民集体与农村集体经济组织的利益主体不一致

股份经济合作社股东与农民集体成员范围不一致,会导致集体资产归属主体不一致。如果股份经济合作社成员全部都是农民集体成员,即使漏掉了一小部分农民集体成员,也能保证大部分农民集体成员集体所有,能在一定程度上表明是单一的集体公有制。但是,在股份经济合作社中存在非成员股东持股并允许股份继承、转让、质押的情况下,股份经济合作社的财产就不再全部归属于本集体成员集体所有,而是异变为混合所有,而且混合所有中的公有成分会随着非成员股东持股比例的增加而减少。

股份经济合作社股东与农民集体成员范围不一致,还会导致分享集体资产收益的主体范围不一致:(1)不具有股份经济合作社股东资格的农民集体成员,无法分享集体资产股份收益。(2)股份经济合作社存在非成员股东持股、分享股份收益的情况。股份经济合作社在已经排除一部分农民集体成员分享股份收益的情况下,又允许非成员股东获取股份收益,导致股份经济合作社所有与农民集体所有两种情形下,享受集体资产收益的主体范围不同。

不享有集体资产股份的农民集体成员不仅没有股份分红权,还无法享有股份的转让权、有偿退出权、质权等权益,这会进一步扩大股份经济合作社与农民集体之间集体资产受益主体范围的不一致。非成员股东尽管不享有表决权、选举权和被选举权,却享有集体资产股份的分红权、转让权、退出权、质权等权益。若坚持一元论中的同一论,将股份经济合作社等同于集体土地所有权主体,将意味着越来越多的非本集体成员成为本集体成员集体中的一份子。一方面一部分农民集体成员无法分享集体资产权益,另一方面又有越来越多的非本集体成员分享集体资产权益,这将影响农民集体所有权即集体公有制的实现。

[29] 前引[3],孙宪忠文,第149页。

[30] 黄延信:《农村集体经济组织成员身份确认及其权利与义务》,《农村经营管理》2021年第4期,第19页以下。

3. 股份实质化将变相分割集体土地所有权客体

将集体资产所有权股份化,股份仅作为收益分配依据,不能继承、转让、退出提现时,股份不会分割集体资产所有权客体。但是,集体资产股份可以继承,表明股份主体死亡后要划出其相应份额作为遗产;允许集体资产股份转让和有偿退出,相当于允许股份转让变现和退出提现。显然,集体资产股份的继承、转让、有偿退出,都缩小了其与公司股份的差异,呈现出集体资产股份的个人所有权性质。^[31]因此,将集体资产所有权股份化并使集体资产股份实质化,会变相分割集体资产所有权的客体。亦即,如果按照一元论中的同一论,以农村集体经济组织为全部集体资产所有权主体,不仅集体经营性资产所有权股份化,而且集体资源性资产所有权也股份化,会以股份变相分割集体土地所有权客体,进而导致不仅股份权人丧失股份后无法继续分享集体利益,其户内新增人口也将无法通过户内协商分享股份而享有集体利益,势必引发如何坚持农民集体土地所有权的困境。

即使将集体资产股份转让的受让主体限于本集体内部,有利于减少集体资产股份外流,也仅能缓解集体资产权益外溢对坚持农民集体所有权的影响,因为绝大部分地区允许非本集体成员继承集体资产股份,更不能解决集体土地所有权股份实质化变相分割集体土地所有权客体对坚持集体土地所有权的影响。集体土地所有权股份化后,即使股份在本集体内部流转,也会造成股份集中,加剧户与户之间以及户内集体成员之间持股份额不等,并产生变相分割集体土地所有权客体的事实效果。正因为如此,有学者提醒:“在当前进行的土地股份化改革中必须注意股份制因素的引入以不违背集体所有权的本质为底线,……不得借股份改革将集体土地公有制化公为私。”^[32]

(二) 一元论中异质论的困境

一元论中的异质论主张农民集体是集体资产所有权的归属主体,农村集体经济组织是代表行使主体。该主张主要面临如下困境:

1. 农民集体不能独立表达意志和处分财产

农民集体没有自己的独立的权力机关和执行机关,其权力机关往往是由村民会议或农村集体经济组织成员会议代替,执行机关则由村民委员会或农村集体经济组织的执行机关代表。因此,有学者指出,“集体并非严格意义上的民事主体,无法按照其独立的意志享有和处分集体财产权”;^[33]“作为被代表者的农民集体根本无法以自身名义作出任何意思表示或者从事任何民事活动,即便是连授权农村集体经济组织代表或者代理行使所有权的意思表示都无法作出”。^[34]而且,农民集体与农村集体经济组织异质论,意味着两者的成员范围不同,那么是否需要分别成立权力机关和执行机关?如果分别成立,是否会导致治理机关复杂化以及法律关系混乱?换句话说,农民集体不能独立表达意志和处分财产,是否意味着其不能成为集体资产所有权主体,只能与农村集体经济组织合二为一,以农村集体经济组织为组织形式、为集体资产所有权的归属主体?

2. 农民集体不能独立承担责任

民法典赋予农村集体经济组织特别法人地位后,未明确农民集体的组织形式。“若不采取

[31] 参见韩松:《农民集体土地所有权的权能》,《法学研究》2014年第6期,第69页。

[32] 前引[9],韩松文,第70页。

[33] 前引[1],张先贵文,第114页。

[34] 前引[4],宋志红文,第175页。

法人的形式，而是将集体界定为非法人团体，其成员将分担集体经济组织所产生的债务，实属不妥。”^{〔35〕}在异质论下，如果农村集体经济组织已经改制为股份经济合作社特别法人，而农民集体又不宜法人化，那么作为非法人的农民集体不能独立承担责任、无法在集体与成员间构建有限责任的屏障，是否意味着其不能胜任集体资产所有权的归属主体？

三、二元论的理论证成

一元论中的同一论和异质论均陷入困境，显然需要再探寻农民集体与农村集体经济组织关系的妥适处理方案。应对之策应当是基于集体资产的类型化，引入异质论和替代论并存的二元论。就集体资源性资产而言，采取异质论，农民集体是所有权主体，农村集体经济组织（主要指股份经济合作社）是所有权的代表行使主体；就集体经营性资产而言，采取替代论，农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体。之所以是农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体，是相对于民法典第261条内含的集体经营性资产所有权归属于农民集体的规定而言的。原生产队、生产大队等传统农村集体经济组织终止后，集体资产归属于农民集体；（股份）经济合作社成立时，农民集体成员往往与农村集体经济组织成员重合，根据成员民主表决通过的章程，农民集体将集体经营性资产所有权移交给农村集体经济组织。章程规定农村集体经济组织作为经营性资产的归属主体，是集体成员通过共同意思对不能转让的集体资源性资产之外的集体资产进行处分的体现。二元论能否成立，既取决于以集体资源性资产和经营性资产界分二元论的根据是否充足，也取决于二元论能否化解一元论中同一论和异质论的困境。

（一）二元论以集体资产类型界分的根据

1. 集体资产类型化的实定法根据

民法典第261条规定“农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有”之后，第262条针对“集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等”，规定了村、村内、乡镇三级农村集体经济组织代表集体行使所有权的制度。民法典第262条中“集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等”，不同于第261条中“农民集体所有的不动产和动产”的表达。据此，民法典第262条明确了农村集体经济组织代表行使集体资源性资产所有权，却未明确其代表行使集体经营性资产所有权。民法典对集体资源性资产明确区分归属主体与代表行使主体，而对集体经营性资产未明确区分归属主体与代表行使主体的差别设计，为农民集体与农村集体经济组织关系的二元论奠定了实定法根基。

对于不同类型的集体资产，农民集体与农村集体经济组织之间的关系有异；或者说，就集体经营性资产而言，农村集体经济组织不是所有权代表行使主体，而是直接作为所有权归属主体。实际情况也确实如此。农民集体无独立意思表示能力，既不能自己直接行使所有权，也不能意定授权农村集体经济组织代表行使所有权，那么在设置农村集体经济组织却没有农村集体经济组织代表行使的明确法定授权的情况下，集体经营性资产所有权只能由农村集体经济组织直接行使。而且，集体经营性资产无法如资源性资产那般，在所有权上派生用益物权再将用益物权股份化，而只能将集体经营性资产所有权予以股份化，并纳入股份经济合作社法人财产。由是观之，农村集体经济组织法人化特别是将集体经营性资产股份化后，集体经营性资产所有

〔35〕 前引〔1〕，张先贵文，第114页。

权已经成为（股份）经济合作社的法人财产。农村集体经济组织并非代表行使集体经营性资产所有权，而是直接行使自己的法人财产权。

因此，前述包含农村集体经济组织代表行使集体经营性资产所有权的部分异质论观点，既缺乏法定授权的明确实定法根据，又与农村集体经济组织直接行使集体经营性资产所有权的实际不符。如果坚持一元论中的同一论，又会与集体资源性资产归属主体与代表行使主体分别规定的实定法不符。只有根据集体资源性资产与经营性资产的类型化，坚持异质论与替代论并存的二元论，才能符合集体资源性资产和经营性资产的（代表）行使主体区别规定的实定法。

2. 集体资产类型化的所有制根据

公有制财产所有权既包括土地等资源性资产所有权，又包括资源性资产之外不动产与动产等经营性资产所有权。而且，资源性资产所有权只能归属于国家或集体。据此，资源性资产的所有权主体具有限定性，而经营性资产的所有权主体往往不受限制，既可以实行公有制，也可以采取私有制。这不仅决定了我国资源性资产所有权一般不能进入市场交易，经营性资产所有权可以进入市场自由交易，而且对不同类型资产所有权主体的构造也提出了不同要求：资源性资产所有权主体应是不进入市场交易的特殊主体，经营性资产所有权主体则应是能进入市场交易的市场主体。集体资源性资产与经营性资产的上述差异，既在一定程度上影响着两者是否具有可分割性（能交易就可分割，反之则否），又佐证了以集体资产类型为根据界分农民集体与农村集体经济组织关系的合理性。

3. 集体资产类型化的股份制根据

前已阐述，农村集体产权改革主要是对集体经营性资产折股量化，集体土地仍以确权到户形成土地承包经营权为主。而且，集体资源性资产与经营性资产的量化客体、折股依据、股份权能往往存在差异：（1）根据前述农民集体土地所有权本质特征的阐释，集体资源性资产所有权客体因其不可分割性不宜折股量化，但是可以对集体资源性资产的使用权折股量化。而集体经营性资产所有权不能也无需派生使用权折股量化，其本身就可以折股量化。（2）基于资产增值与成员贡献的相关性不同，集体资源性资产折股量化宜按成员人数平等配置基本股，而不宜根据农龄或劳龄差别配股；农龄或劳龄只宜作为集体经营性资产折股量化的配股依据。^[36]（3）集体资源性资产的股份权能比经营性资产的股份权能（如转让、质押）受到更多的限制。^[37]由是观之，区别规定集体资源性资产和经营性资产的归属主体，也与两类资产的量化客体、折股依据和股份权能的差异相适宜。

（二）二元论有助于化解一元论的现实困境

对一元论中的同一论和异质论取长补短后，提出替代论与异质论并存的二元论，有助于化解前述一元论中同一论和异质论的五个现实困境。

1. 成员范围不重合困境的化解

按一元论中的同一论，如果股份经济合作社的资源性资产和经营性资产均折股量化，那么股份经济合作社成员范围略小于农民集体成员范围的事实，会同时影响资源性资产和经营性资产的受益主体范围。但是，二元论中，集体资源性资产所有权归农民集体，仍能保持农民集体成员的流动性；股份经济合作社成员范围略小于农民集体成员范围的事实，主要影响集体经营

[36] 参见前引〔17〕，高海文，第176页。

[37] 参见张洪波：《农村集体资产股份质押的困境及其破解》，《求索》2020年第5期，第149页；“海淀办法”第7条。

性资产而非集体资源性资产所有权的受益主体范围。

据此，二元论缩小了一元论中同一论引发的股份经济合作社成员与农民集体成员不一致的影响范围。在集体资产以资源性资产为主且已经保障全部农民集体成员享有资源性资产所有权的情况下，即使股份经济合作社拥有经营性资产所有权且无法保障没有股份的新增农民集体成员享有股份利益，二元论对集体公有制实现的影响也不大，而且因集体资源性资产所有权主体中农民集体成员的流动性，有利于坚持集体资源性资产的公有制。

2. 利益不一致困境的化解

集体资产股份实质化改革中，非本集体成员因股份继承等原因持股，会导致股份经济合作社财产所有制演变为混合所有制。^[38]按一元论中的同一论，股份经济合作社所有的资源性资产折股量化，也会因非本集体成员持股演变为混合所有。二元论下，非本集体成员只能成为股份经济合作社股东，无法加入作为集体资源性资产所有权主体的农民集体，无法分享集体资源性资产所有权。显然，二元论相比一元论中的同一论，更有助于维持集体资源性资产公有制的单一性，避免因混合所有弱化集体资源性资产公有制及其实现。

二元论下，享有集体资产股份的农民集体成员基于股份从股份经济合作社获益；未享有集体资产股份的农民集体成员虽无法从股份经济合作社获益，但有机会自动享有集体资源性资产权益。如根据2018年农村土地承包法第16条的规定，新出生的农民集体成员可以自动与户内其他具有集体成员身份的家庭成员共同共有土地承包经营权。土地承包经营权的不可继承性（林地承包经营权除外），也可以佐证新增集体成员不是基于继承而是基于集体成员身份自动取得土地承包经营权。而按一元论中的同一论，集体资源性资产所有权属于股份经济合作社时，未享有集体资产股份的新增人口无法确认为股份经济合作社成员，因农村集体经济组织成员与农民集体成员完全重合，也难以确认为农民集体成员；新增人口难以确认为农民集体成员，自然难以自动享有土地承包经营权——户内可以共享承包土地权益的家庭成员以其具有农民集体成员身份为前提。由此可见，二元论相对于一元论中的同一论，在保障不具有股份经济合作社成员资格的农民集体成员分享集体利益方面更有优势。

3. 集体土地所有权客体被变相分割困境的化解

农民集体能否与农村集体经济组织合二为一，不在于农民集体能否法人化，农民集体法人化未必不能坚持集体所有权；关键在于集体产权改革的方向与方案，是否会影响集体成员的流动性与集体资源性资产所有权客体的不可分割性，进而是否会影响对集体所有权的坚持。在集体资产股份未实质化、集体成员尚未固化（仍能因出生自动加入集体分享利益）的情况下，即使将农民集体改造为与农村集体经济组织同一的特别法人，也不会影响对集体所有权的坚持。但是，集体资产股份实质化之后，如果农民集体与农村集体经济组织同一并对集体土地所有权股份化，将因股份继承、有偿转让、赎回提现等产生分割集体土地所有权客体（形成个人私权）之嫌，由此可能动摇集体土地所有权客体的不可分割性而难以坚持集体所有权。^[39]因此，同一论和异质论争议的焦点，不在于农民集体能否法人化，关键在于集体资产股份化是

[38] 《梧州市农村集体资产折股量化股权设置和股权管理指导意见》（梧政规〔2020〕5号）等个别规范性文件允许集体成员以承包地的土地经营权、现金等财产出资持股，也会导致股份经济合作社财产混合所有。而且，集体成员个人出资只能成为股份经济合作社法人财产的一部分，却不能成为农民集体的财产。这些都说明，股份经济合作社与农民集体并不同一，进而会支持二元论。

[39] 参见前引〔17〕，高海文，第172页。

否会变相分割集体资源性资产所有权客体。

客观而言,在农村集体经济组织非法人化或者法人化但未股份化阶段,以及在法人化、股份化之后集体成员仍具有流动性、股份既未固化也未实质化阶段,只要能满足集体成员流动性、集体资源性资产所有权客体不可分割性等前提条件,主张农村集体经济组织与农民集体合二为一,将农村集体经济组织作为农民集体的组织形式,以农村集体经济组织为集体资产所有权归属主体,未尝不可。从历史上看,在集体资产公有、农民共同劳动并按劳分配时期,高级农业生产合作社、人民公社等法人可以是集体资产所有权主体;集体资产未股份化的经济合作社法人也可以是集体资产所有权主体。^[40]但在集体资产股份实质化后,因为股份经济合作社成员与股份捆绑,股份实质化会变相分割集体资源性资产所有权客体,股份经济合作社法人不宜是集体资源性资产所有权主体。

二元论下,纳入股份经济合作社折股量化的主要是集体经营性资产所有权;由农民集体享有的资源性资产所有权不是折股量化的客体,即使存在资源性资产股份,也是对资源性资产使用权的股份化,同时会使股份经济合作社成为资源性资产使用权的用益物权人。因此,在集体资产股份实质化下,只对折股量化的集体经营性资产所有权客体有分割效果,而未折股量化的集体资源性资产所有权客体未被分割。这恰好符合集体经营性资产所有权客体可以分割,而集体资源性资产所有权客体不能分割的本质要求,不会动摇对集体土地所有权的坚持。对集体经营性资产所有权折股量化,即使其股份继承、有偿转让、退出提现,因集体公有制只要求集体资源性资产不能分割,并不禁止集体经营性资产分割,故也无需过度担心会影响集体公有制的坚持和落实。

4. 农民集体不能独立表达意志和处分财产困境的化解

二元论下,农民集体无需有别于农村集体经济组织的权力机关和执行机关。就集体经营性资产而言,农村集体经济组织已经替代农民集体成为所有权主体,通过农村集体经济组织的法人机关就可以独立表达意志、处分财产。就集体资源性资产而言,农民集体是归属主体,其虽然缺乏独立表达意志和处分财产的能力,但是农村集体经济组织是法定代表行使主体,(股份)经济合作社的权力机关和执行机关全权代表农民集体的权力机关和执行机关,这是“法定代表行使”的自然结果。

农民集体没有独立的意思机关、无法授权农村集体经济组织代表行使所有权,也不是问题,因为由法律直接授权。并且,农民集体成员不同于股份经济合作社成员的情况仍然较少,且多为未成年人;在农民集体中无独立表决能力的未成年人,在(股份)经济合作社中也无法独立行使表决权。可见,无论农民集体与农村集体经济组织是否同一,能独立表达意志的成员基本一致,所以对表决效果影响不大,这也可以进一步印证法律授权农村集体经济组织代表农民集体表达意志的合理性。并且,集体资源性资产所有权本来就不进入流通领域,其所有权主体是否为规范的民事主体、是否有财产处分能力,影响不大。农村集体经济组织代表行使集体资源性资产所有权的法定授权,也可以解决农民集体无处分财产能力的问题。

5. 农民集体不能独立承担责任困境的化解

二元论下,集体经营性资产股份化改革完成后,股份经济合作社将成长为独立经营主体,有独立法人财产,能够且应当独立承担责任。而且,农民集体的表达旨在确定集体资源性资产

[40] “目前怀柔区完成产权制度改革后的274个村级集体经济组织,既有村经济合作社,也有村股份经济合作社。村经济合作社拥有农村集体土地所有权,村股份经济合作社拥有量化后的集体经营性资产所有权。没有完成产权制度改革的村只有村经济合作社。”前引〔19〕,张英洪等文,第48页以下。

所有权的归属，传统的农村集体经济组织代表行使集体所有权的空间（如发包土地）因承包权固化、集体资产股份合作已经大大缩小。更为重要的是，农村集体经济组织通过发包等行为代表行使集体资源性资产所有权时，往往不会产生损害赔偿等财产责任。即使产生财产责任，也因农村集体经济组织统一支配的承包费等收益纳入了集体经营性资产，作为法定代表行使集体所有权产生的财产责任应概括移转给农村集体经济组织。据此，无需因农民集体不能独立承担责任，担心农民集体会将责任转嫁给集体成员直接承担。农村集体经济组织法人化建立的风险隔离机制，对农民集体及其成员同样适用。

（三）资源性资产所有权外置相对于内置的其他优势

集体资源性资产所有权是按照同一论内置并归属于农村集体经济组织，但不得作为农村集体经济组织法人的责任财产，还是按照异质论外置于农村集体经济组织而归属于农民集体，并由农村集体经济组织代表行使所有权，是内置与外置的两种不同处理方案。除前述有助于坚持农民集体所有权和适应集体资产股份实质化改革之外，集体资源性资产所有权外置相对于内置，还有如下制度优势，可以进一步支持二元论：

1. 能回避农村集体经济组织不能在集体土地上为自己设置用益物权的限制

按一元论中的同一论，农村集体经济组织是集体土地所有权主体。农村集体经济组织如果自营集体土地并需要融资时，在现有他物权法律体系下，难以在自己享有所有权的集体土地上为自己创设以其他方式承包的土地经营权融资担保，因为农村土地承包法第47条仅支持土地承包经营权人为自己创设土地经营权融资担保。但是，在二元论下，农民集体是集体土地所有权主体，农村集体经济组织可以具有双重身份：发包土地为农户创设土地承包经营权时，是集体土地所有权的代表行使主体；自营未发包到户的集体土地时，是农民集体之外的他人，是通过农村土地承包法第50条规定的股份合作经营取得以其他方式承包的土地经营权的用益物权人。如此，农村集体经济组织就可以其享有的以其他方式承包的土地经营权，根据民法典第342条的规定进行抵押融资。

按一元论中的同一论，农村集体经济组织既是集体土地所有权主体，又是集体建筑物所有权主体，在“房地一体”处分和“房地一体”登记规则下，如何办理不动产统一登记？因集体土地所有权不能交易，显然不宜办理“集体土地所有权+建筑物所有权”的不动产登记，而办理“集体建设用地使用权+建筑物所有权”的“房地一体”登记，因他物权和物权法定原则的限制，仍面临农村集体经济组织无法对同一地块既享有所有权又享有用益物权的问题。二元论可以解决此问题：农民集体享有集体土地所有权，农村集体经济组织作为农民集体之外的他人，可以成为享有集体建设用地使用权的用益物权人。

2. 能化解农村集体经济组织能否破产的争论

按一元论中的同一论，农村集体经济组织作为集体资源性资产所有权主体，当然不宜破产。一方面，集体资源性资产所有权不能交易，无法用于清偿破产债务；另一方面，作为所有权主体的农村集体经济组织破产终止后，集体资源性资产所有权不能变为无主财产。但是，农村集体经济组织作为集体经营性资产的所有权主体，限制其破产又不甚合理，不利于集体经营性资产的市场化改革。多数学者为迁就集体资源性资产不能纳入破产财产之限制，反对农村集体经济组织破产清算，^[41]但也有学者有条件地支持破产。^[42]

[41] 参见前引〔3〕，屈茂辉文，第39页；前引〔7〕，何宝玉文，第16页。

[42] 参见刘冰：《〈民法总则〉视角下破产法的革新》，《法商研究》2018年第5期，第55页。

二元论中集体资源性资产与经营性资产的类型化,为农村集体经济组织能否破产的争论提供了化解的契机和基础。二元论中,集体资源性资产所有权不能作为责任财产用于清偿债务,故农民集体不能也没有必要破产;而法律并不禁止公有制之经营性资产进入市场交易,农村集体经济组织享有的土地用益物权与经营性资产所有权均可以纳入破产财产用于清偿债务,所以农村集体经济组织也可以与拥有公有制财产的国有公司一样破产。

二元论中,农村集体经济组织破产后,虽然经营性资产无法继续发挥集体所有制的功能,但是农民集体不能破产,未被纳入破产财产的集体资源性资产所有权仍然可以继续承载并发挥集体所有制的功能。纳入农村集体经济组织破产财产的土地用益物权到期后,集体资源性资产所有权的权能也会自动恢复圆满。而且,二元论中农民集体不能破产,还解决了一元论之同一论中农村集体经济组织破产终止导致的集体资源性资产所有权主体缺位的问题。

(四) 二元论同样适用于集体非经营性资产

农村集体资产除资源性资产和经营性资产之外,还有非经营性资产。集体非经营性资产中的不动产,主要是农村公共基础设施,而且按照“房地一体”登记的要求,登记的只能是房屋所有权与集体公益性建设用地使用权。集体非经营性资产的归属主体有狭义和广义之分,狭义的归属主体是指农村集体经济组织;广义的归属主体还包括村民委员会等其他主体。^[43]集体非经营性资产宜尽量归属于村民委员会,理由有三:一是根据村民委员会组织法第2条的规定,村民委员会有“办理本村的公共事务和公益事业”的职能;二是村民委员会更便于利用其组织优势向上级政府部门筹集非经营性资产的运营管护经费;三是集体非经营性资产与经营性资产的功能以及处分限制、偿债能力、是否适宜折股量化等方面均存在差异,两类资产分别归属于村民委员会与农村集体经济组织,更有助于按照各自功能进行制度构建,实现两者功能最大化。非经营性资产归属于农村集体经济组织之外的主体,还可以减少农村集体经济组织破产的阻力。

据上,基于集体资源性资产和经营性资产提出的农民集体与农村集体经济组织关系的二元论,同样适用于集体非经营性资产。首先,可以适用二元论中的异质论。集体公益性建设用地所有权是集体资源性资产所有权,归属于农民集体;集体公益性建设用地使用权是非经营性资产,如果归属于农村集体经济组织之外的其他主体,那么农村集体经济组织是代表行使主体,代表农民集体为其他主体设立用益物权。集体公益性建设用地使用权即使归属于农村集体经济组织,作为一项他物权,其权利主体应当有别于农民集体;而且,农村集体经济组织经成员民主议定、政府机关核准,代表农民集体为自己设立集体公益性建设用地使用权并无不可。显然,这些均契合二元论中的异质论。其次,可以适用二元论中的替代论。非经营性资产中的动产和建筑物等不动产归属于农村集体经济组织时,农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体。归属于农村集体经济组织的非经营性资产,一般不是折股量化的对象,原则上不宜用于偿债,只能按照有利于集体公益实现的要求运营管护。农村集体经济组织如果破产终止,其非经营性资产应当移交给村民委员会或重建后的农村集体经济组织。

四、二元论的制度展开

农民集体与农村集体经济组织关系的二元论,不仅可以为农村集体产权制度改革指明方

[43] 广东省自然资源厅印发的《广东省加快推进“房地一体”农村不动产登记发证工作方案》(粤自然资规字〔2019〕11号)规定“集体建设用地使用权及其地上建筑物、构筑物所有权申请登记发证的主体”包括“乡(镇)村办企业事业单位、农村集体经济组织、村民委员会”。

向，而且能够为农村集体经济组织特别法人具体制度的展开奠定基础。

（一）成员资格认定

根据二元论，经济合作社成员与农民集体成员范围重合，股份经济合作社成员资格认定还需附加“享有股份”的条件。据此，现有规范性文件主要规定农村集体经济组织成员资格的认定条件和认定程序，完全可以理解。理由是：在经济合作社成员与农民集体成员范围重合的前提下，适用于经济合作社成员资格的认定规则，同样适用于农民集体成员资格的认定，没有必要再另外规定农民集体成员资格的认定规则，经济合作社成员名册就相当于农民集体成员名册。因此，“意见”规定的认定成员资格的考虑因素与民主议定程序，既适用于经济合作社（农民集体）成员资格的认定，又是股份经济合作社成员资格认定条件中享有股份之外的基本条件。

应当认识到农民集体成员身份认定的基础性，以及农民集体成员与经济合作社成员资格认定的同一性、与股份经济合作社成员资格认定的差异性。农民集体成员资格的取得是决定其是否享有集体财产权益的前提——身份决定财产，而且农民集体成员死亡后自动丧失集体财产权益——一般不会转为其遗产。而股份经济合作社成员资格的取得以农民集体成员享有股份为前提——股份决定身份，死亡后股份成为其遗产。显然，农民集体成员一般无可继承的集体财产权益，与其成员资格的取得不以享有集体财产权益为条件是一致的；而股份经济合作社成员的集体资产股份可以继承，与其成员资格的取得以享有股份为条件相一致。

（二）资产主体表达

有学者指出，政策文件用“集体经济组织成员”替代“集体成员”、用“集体经济组织成员集体”替代“集体成员集体”，“已经突破‘物权法底线’，其合法性与正当性是值得商榷的，同时表明改革政策的顶层设计有了偏差”。^{〔44〕}其实，在集体资产股份实质化改革前，按照前述农村集体经济组织与农民集体可以同一的阐释，用“集体经济组织成员”替代“集体成员”或者两者混用，尚无不可。但是，在“意见”推进集体资产股份实质化改革之后，“农村集体经济组织所有”的类似表达应当慎用。以“农村集体经济组织所有”代替“农民集体所有”，或以“农村集体经济组织成员集体所有”代替“农民集体成员集体所有”，应当仅就集体经营性和非经营性资产所有权而言；如果指向集体资源性资产所有权，如“示范章程”中关于“农村集体经济组织成员集体所有资源性资产”的表达，只能缩限解读为经济合作社所有，而非股份经济合作社所有。

将经济合作社改造为集体资源性资产所有权主体，虽然可以实现农民集体法人化，但是考虑到经济合作社的过渡性（因集体资产股份化而变更为股份经济合作社），股份经济合作社又不能作为集体资源性资产所有权主体，不如在经济合作社设立之初就作为集体经营性和非经营性资产所有权主体、集体资源性资产所有权代表行使主体，这样不仅符合民法典第262条的规定，能回避前述经济合作社不能对同一地块既享有所有权又享有用益物权的限制，而且因集体资产股份化将经济合作社变更为股份经济合作社后，股份经济合作社也可以直接替代经济合作社的法律地位——无需身份转化即由集体资源性资产的所有权主体再变更为所有权代表行使主体或用益物权人，避免农村集体经济组织中一部分能、一部分又不能成为集体资源性资产所有权主体的混乱。

〔44〕 参见王洪平：《农村集体产权制度改革的“物权法底线”》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，第45页。

如果经济合作社设立之初就作为集体资源性资产所有权主体,在集体经营性资产股份化并设立股份经济合作社作为集体经营性资产所有权主体时,继续保留经济合作社作为集体资源性资产所有权主体,也没有太大实际意义,因为在同时存在经济合作社和股份经济合作社的北京市怀柔区,“两个社基本上是一块牌子、一套人马、一套账本”。〔45〕两个社“一套人马、一套账本”,很容易导致财产混同,尤其是在经济合作社除资源性资产外还有其他财产之时。财产混同不仅可能损害两个社的债权人的利益,而且会模糊集体资产所有权主体,造成经济合作社与股份经济合作社的关系仍然不清晰,甚至诱发事实上的主体混同。这些也表明,不仅没有必要而且不宜将经济合作社改造为集体资源性资产所有权主体。如果农村集体经济组织不能是集体资源性资产所有权主体,而农民集体只能享有集体资源性资产所有权,就不会在农村集体经济组织与农民集体之间出现财产混同。

故二元论下,“示范章程”等规范性文件中“农村集体经济组织成员集体所有资源性资产”的表达,宜修改为本集体成员集体所有,其中“本集体”指村、组或乡(镇)社区,〔46〕而非指农村集体经济组织;农村集体经济组织(无论是经济合作社还是股份经济合作社),都宜作为集体资源性资产的所有权代表行使主体或用益物权人,农村集体经济组织成员集体所有的客体应限于集体经营性和非经营性资产。

民法典第261条内含的农民集体享有经营性和非经营性资产所有权,应当区别情况缩限解释:未设置农村集体经济组织时,农民集体是所有权主体;设置农村集体经济组织后,农村集体经济组织替代农民集体成为所有权主体。

(三) 破产防范

前已阐释,二元论下,作为集体经营性资产归属主体的农村集体经济组织可以破产。农村集体经济组织也有必要破产,因为不仅破产重整制度有助于其振兴,而且破产清算程序具有债务免除功能,有助于其债务豁免,最终使其成员获益。

农村集体经济组织作为集体经营性资产的所有权主体、集体资源性资产的代表行使主体或用益物权主体,是实现集体所有权、促进乡村振兴和共同富裕的重要主体。即使允许农村集体经济组织破产,也应更强调破产重整制度的运用并有特殊防范措施。例如,宜鼓励农村集体经济组织出资设立农民专业合作社、公司等经营主体的他营方式。当下多地兴起的党支部领办合作社,就是农村集体经济组织他营方式的典型代表,即农村集体经济组织以集体资产(集体成员以个人财产)入股党支部领办的农民专业合作社,然后农村集体经济组织凭集体股从农民专业合作社分享红利增加集体收入,同时将可能的经营风险移转给农民专业合作社,从而防范农村集体经济组织破产。再如,农村集体经济组织自营,可以利用农村土地承包法授权当事人自由约定以其他方式承包的土地经营权期限的便利,适当缩短以集体土地为农村集体经济组织创设的以其他方式承包的土地经营权的期限。由此,农村集体经济组织破产时,被拍卖的以其他方式承包的土地经营权可以尽快到期,农民集体享有的集体土地所有权权能可以尽早恢复圆满,避免集体成员长期无法分享集体土地收益。

此外,还可以借鉴自然人破产制度,在保留农村集体经济组织民事主体地位的前提下,仅强调债务免除,即只允许破产清算,免除未获清偿的剩余债务,但是不注销农村集体经济组

〔45〕 前引〔19〕,张英洪等文,第49页。

〔46〕 参见前引〔9〕,韩松文,第72页。

织，仍保留其主体资格继续代表行使集体资源性资产所有权，并继续享有不宜纳入责任财产的集体非经营性资产。相比“破产终止后再重建”，农村集体经济组织“破产免债却不终止”既能避免集体资源性资产所有权的代表行使主体先变更为村民委员会或村民小组，再变更为重建的农村集体经济组织的“反复”，又可免除集体非经营性资产先移交给村民委员会，再移交给重建的农村集体经济组织的“折腾”。

（四）集体公有制实现

二元论对集体资源性资产和经营性资产的类型化处理，从保障农民集体成员全部受益于集体资源性资产所有权、恪守集体资源性资产所有权客体不可分割、避免集体资源性资产所有权权益外溢等视角看，二元论中的异质论相对于一元论中的同一论实则强化了集体资源性资产公有制的实现；同时基于集体资产股份实质化改革语境中，股份经济合作社成员范围略小于农民集体成员范围、集体经营性资产所有权客体具有可分割性、成员持股份额不等受益不均、非本集体成员持股分红导致集体权益外溢等客观情况的存在，二元论中的替代论只是维持现状却没有弱化集体经营性资产公有制的实现。集体资源性资产与经营性资产的所有权实现方式虽然存在差异，但是按照坚持农民集体所有权的要求，在严格落实集体资源性资产所有权的同时，宜构建下列体现农村集体经济组织特殊性的制度，促进集体经营性资产公有制所有权的落实。

第一，及时认定成员资格。农民集体中，新增人口一旦符合成员资格认定条件并经认定程序，应及时认定其成员资格，及时办理成员登记手续。新增农民集体成员能否被认定为股份经济合作社成员的关键在于是否持有股份。因此，应当赋予新增农民集体成员优先购股权，合理限制成员股东持股比例，鼓励户内集体成员及时协商新增农民集体成员分享股份数，提倡已完成特定目的的集体股用于新增农民集体成员配股，以便新增农民集体成员尽快持股成为股份经济合作社成员。

第二，严格限制集体权益外溢。要用集体资产为本集体成员提供保障，就要限制集体资产权益外溢，即原则上将集体资产股份流转限于本集体内部，在继承、质权实现等特定情形，即使突破封闭性导致非本集体成员持股，也应构建非本集体成员持股的限制与消减措施，除其受让股份有比例限制、不享有管理性权利、转让股份时本集体成员与本农村集体经济组织依次享有优先购买权外，还可以考虑其持股超过一定年限的，^{〔47〕}应赋予本集体成员与本农村集体经济组织回购权，或增设非本集体成员强制退股制度。由此，既可以将股份权益外溢限制在一定期限，又可以控制非本集体成员持股的无限增多。

第三，扩大成员受益范围。集体所有权的本质是使全体农民集体成员受益，因此在股份经济合作社成员范围略小于农民集体成员时，要扩大股份经济合作社利益分配的受益范围。例如，可以通过股份经济合作社利益分配中的集体股股利、集体福利费、公积公益金等用于社区公共设施和公益福利，使股份经济合作社成员范围中漏掉的农民集体成员受益。

第四，促进成员平等受益。在集体经营性资产股份配置时考虑成员贡献、允许股份转让和继承等，都会引起成员持股不等，而持股不等必然引起受益不均，因而仍应采取必要措施，在一定范围内尽量促进成员平等受益。例如，以户内集体成员而非以户为单位，规定集体成员累计持股（包括配股、继承、转让、赠与、认购等取得的股份）或户内人均持股不得超过股份

〔47〕 江苏省吴中区部分地方采取“基本股+享受股”的个人股配置方式，而且“部分社区股份合作社还对享受股设定了一定的年限”。参见前引〔18〕，张浩等文，第88页。

经济合作社股份总数的最高比例，以协调户与户之间的股份经济合作社成员平等享有股份份额。

结 语

需要说明的是，“示范章程”规范的内容并非集体资产股份改革的全部实践，其不仅未涉及集体资源性资产股份化，无法关注到集体资源性资产股份实质化将引发的对集体资源性资产所有权客体的变相分割，也未涉及集体资产股份继承，无法关注到非本集体成员继承股份将引发的单一集体所有制向混合所有制演化、集体资产权益向非本集体成员外溢等问题，而且集体经营性资产除设置人口股外，还设置劳龄股、扶贫股、敬老股等不同股份，这显然会导致成员之间利益分配不均。因此，不宜依“示范章程”的规定认为农民集体与农村集体经济组织已经完全同一，可以按照异质论和替代论并存的二元论解释或重构“示范章程”的规定。

Abstract: Based on the basic position of adhering to ownership by farmers' collectives and promoting the substantive reform of the collective asset share system, it is advisable to explain the relationship between farmers' collectives and rural collective economic organizations through the dualism of heterogeneity theory and substitution theory. As far as resource assets are concerned, the heterogeneity theory that farmers' collectives are subjects of ownership and rural collective economic organizations are representatives of ownership should be adopted. For operational and non-operational assets, the substitution theory that rural collective economic organizations replace farmers' collectives as ownership subjects should be adopted. Dualism is not only supported by the legal basis, ownership and shareholding system, but also helps to resolve the confusion of monism. From the perspectives of ensuring the benefits of all members, satisfying the requirement of indivisibility of the property rights of resource assets, and avoiding the outflow of collective rights, the heterogeneity theory is conducive to the realization of public ownership of those assets. On account of the objective situations such as the divisibility of operational assets, different shares leading to different returns, and the outflow of collective rights caused by non-member shareholdings, the substitution theory in the dualism won't weaken the realization of the public ownership of operational assets. Under dualism, the membership identification conditions of farmers' collectives or economic cooperatives are inconsistent with those of joint-stock economic cooperatives, resource assets should not be expressed as collectively owned by members of rural collective economic organizations, and rural collective economic organizations can go bankrupt. To guarantee the realization of public ownership of operational assets, it is necessary to limit the outflow of collective profits, expand the scope of members benefits, and promote equal benefits among all members.

Key Words: farmers' collective, rural collective economic organization, shares of collective assets, joint-stock economic cooperative
