

潘學方

對農村集體資產進行股份制改造，最早是在1993年起於廣東南海的社區股份合作制¹。浙江省稍後也開始村級經濟股份制改革的試點。眼下，隨著城市化進程，這種改革試驗從珠三角地區到長三角地區，由點而面不斷推廣。有代表性的看法是：農村股份制改革是農村集體經濟體制的又一次重大創新，其通過清晰產權、創新機制以達到集體資產的保值增值。²

筆者認為，對那些城市化進程而出現的由於土地被徵用、農民從業非農化的村莊，進行集體資產股份制改造，對於克服舊體制的一些弊端、厘清村集體和村民以及村民與村民之間的利益關係等方面無疑是「有益的探索」。但這種改革改公有制的集體資產為村民按股共有，變村組織為股份合作制企業，已經突破了憲法和法律的界線。

浙江省台州市是長三角地區經濟發展相對較快的區域之一，而椒江是台州的主城區。該區聯誼村的股份制改革開始於上世紀末，是當地較早成功進行社區股份合作制改革試點的典型。爾後，隨著城市化進程，該區不少村也都進行和將要進行以聯誼為基本樣式的對村集體資產進行股份合作制改造。本文以該區農村股份合作制改革為分析樣本，對集體資產股份制改造中存在著的法律障礙作一分析，以供學界及相關部門參考。

對村級集體資產進行股份合作制改造或稱之為社區股份合作制改革，各地的做法各有不同，形成不同模式，但其基本點則是相同的：把包括土地在內的集體資產折股量化到集體成員個人，改村集體經濟組織為股份制或股份合作制企業。

（一）《中華人民共和國憲法》第六條規定，我國經濟制度的基礎是生產資料的社會主義公有制，即全民所有制和勞動群眾集體所有制。《憲法》第 條規定：農村和城郊的土地，除國有的以外，屬於集體所有。農村集體資產股份制改造的本質是把村集體資產量化到個人，改變了村集體資產的公有性質。

對此，有一種看法：把村集體資產改造為股份制與把村集體資產分到個人的性質根本不同，改制後的村資產作為一個整體仍然存在，並沒有被分掉，因而，改制後的「集體資產」並沒有改變公有性質。如當年椒江區聯誼村的改制方案就把「集體資產不可分割」作為首要原則，並把全部股份分為「集體積累股」和「個人分配股」。規定這兩種股份的股權均屬「總公司集體所有」。個人股東只享受「收益分配權」而沒有「所有權」。再如《中共浙江省委

辦公廳、浙江省人民政府辦公廳關於全省農村經濟合作社股份合作制改革的意見》（以下簡稱《意見》）也指出：「村集體經濟組織實行股份合作制改革後的所有集體資產仍為集體所有，任何組織或個人不得以任何形式平調或非法侵佔、私分。量化到人（戶）的集體股權主要作為享受集體收益分配的依據。」

這兩個檔，一是一個村的具體操作方案，另一為指導全省的規範性檔。我之所以把二者結合在一起分析，是由於，聯誼村的改制在2000年進行，而《意見》出台於2005年，顯然前者是試點，後者既是一個省範圍內前期試點的經驗總結，又是進一步推廣的規範性和指導性的政策規定。把二者結合在一起不難看出，改制的設計者普遍認為股份合作制改造並沒有改變集體資產公有性質，並且也儘量避免改制改變了或被指責為改變了集體資產的性質。可是，無論是《意見》還是《方案》，在關於改制中對集體資產的處理以及改革後資產性質的表達上是混亂和自相矛盾的。如《意見》規定「量化到人（戶）的集體股權」屬集體所有，個人或家庭持有股權「主要作為享受集體收益分配的依據」。以及聯誼方案中的「所有股權屬股份總公司集體所有」，「股東沒有所有權」等等提法，只要稍有經濟學或法學常識的人一眼便能看出是自相矛盾的。甚麼叫「量化到人？」，就是把集體資產分成等額股份按各人應得的數量分配到人，這個過程就是集體資產所有權轉移到個人的過程。集體股權如果量化到人了就不再是集體股權了。股權之所以是「作為收益分配的依據」，就是因為股權就是所有權，收益分配的權利所有權的權能。因而所謂「量化到人的集體股權」和「股東沒有所有權」等等表述等於說「黑的白」或「此地無銀三百兩」，是典型的自相矛盾概念。把集體資產量化到人（戶）就是改變了資產的集體所有制性質：理由如下：

1、從作為集體所有制產生歷史看，集體所有制的產生主要經由互助級、初級社、高級社和人民公社這幾個階段。其劃分依據就是土地等生產資料公有化的程度，其中，初級社和高級社的區別在於：在初級社，以土地入股，統一經營為特點，但由於土地等重要生產資料名義上還屬農民私有，社要付給適當的報酬，所以初級社還只是「半社會主義性質」；是「由個體經濟轉變為社會主義集體經濟的過渡形式」³。在高級社，稱之為是完全社會主義性質，其主要生產資料歸集體所有，其有一個不同於初級社的特徵是取消了土地報酬，實行按勞取酬。從中可推知：看一個經濟組織是否屬集體經濟，其中一點就是看該組織對其成員的利益分配是否包含該成員對該組織的投資報酬；如果該組織基本上實行按勞取酬或至少在名義上是按勞取酬的，該組織是集體所有制的，如果該合作組織的成員要從中取得股息或分紅，該組織的資產則不能算集體所有或者。關於甚麼叫社會主義，當然不能沿用改革前的標準。但關於集體經濟的邊界，以上說法應該是成立的。

2、從學理上看，把村集體資產量化到村民個人，就是變「公有」的集體資產為村集體成員按股「共有」的財產。按法學界通說，作為財產權形式，公有與共有的差別主要是：公有的客體已經脫離個人而存在，它不能實際分割而為個人所有，也不能由個人按一定份額享有財產權利，在法律上，任何個人都不能成為公有財產的權利主體。而共有財產是由兩個或兩個以上的民事主體構成，其可以分割，也可以按份所有-----不僅經過分割而成為個人所有，而且在共有關係存續時，就可以按份享有權利，承擔義務⁴。

3、如果說以上分析僅是學理解釋，而學理解釋屬「無權解釋」，以此為據不充分的話，那麼，從現行法的角度上看：首先，股東就是所有者，股權就代表所有權不僅是常識，更是如《公司法》等有明文規定，「股東沒有所有權」和「量化到人的集體股權仍然屬集體所有」的提法不僅違背常識，更在法理上講不通。其次，雖然浙江兩辦的《意見》和聯誼村的改制

方案都規定集體資產不可分割，但改制後資產的「不可分割」已非改制前資產的「不可分割」。我們說村集體資產之所以不可平分給個人是由於這種集體資產一是作為生產資料、二是公有性質這兩點所決定，而集體生產資料的公有性質是由憲法規定的。村集體是村集體資產的所有者，所有權人對自己所有的資產當然具有處分權，但這種處分不能違反法律的禁止性規定，因而村集體也無權分割作為生產資料的村集體資產。而改制後，如聯誼的組織形式叫「股份總公司」，各地更多的叫股份合作社，基本上是企業法人。作為企業法人，當然得受《公司法》等法律的規範。根據現行法，這時的村集體資產，已經成了由股東投資成的企業法人財產。作為企業法人財產當然也不能隨便分割，一是不能因少數股東要求分割便分割，因為按《公司法》，股東不能隨便抽回投資；二是公司章程可以規定「不可分割」。但說到底，股東有權可以通過一定的形式行使資產的處分權，比如由股東會或股東大會制定章程並規定「集體資產」（如果還稱之為集體資產）不可分割，但也有權修改這種規定，甚至有權分割財產，（只是不能分割真正屬於集體所有的集體股）這是所有者的權利，這裏沒有任何法律障礙。

顯然，改革後的村資產已經不是公有制的集體資產了。

（二）《憲法》在規定土地公有的同時，也指出「土地使用權可以依照法律的規定轉讓」。與此相配套的實體法《土地管理法》第二條規定：「土地使用權可以依法轉讓」。土地使用權是一種用益物權能。雖然個人不能成為集體所有權的主體，集體所有權的權能是可以轉移由個人來行使的。土地使用權同樣如此。由此，能否給出這樣的解釋：農村集體資產主要的和基本上由土地構成或由土地派生而來，既然土地不能轉讓而土地使用權可轉移，那麼，把作為所有權的集體土地作為公有制的集體資產留給集體而把作為所有權權能的土地使用權分給村民不就順理成章了？由此再推出把村集體資產量化給村民個人也就不存在與集體資產公有制性質的衝突問題了。而有關法律規定及學界有關土地使用權問題上的學理探討，確實有給人們以通過土地使用權轉移的方式來消解股份合作制改革與集體所有制衝突的困境的想像空間：如《土地承包法》就把「賦予農民長期而有保障的土地使用權」寫進第一條並作為立法的一個目的；該法還規定：任何組織和個人不得剝奪和非法限制農村集體經濟組織成員承包土地的權利。農民依法享有承包地使用、收益和土地承包經營權流轉的權利，有權自主組織生產經營和處置產品（第五條、第六條）。可見，農民對承包地的權利，如杜潤生認為的，除了抵押權外，幾乎囊括了全部所有權的權能。不少學者也曾主張，農民個人雖不能擁有土地所有權，但可以並應該通過長期承包、擴大對承包權的解釋等方法來淡化所有權、強化農民對土地的實際權利。如張五常先生用「產權與所有權無關」的理論來解釋農民的土地承包權等等⁵。

但筆者認為，在現行的法律框架內，村集體資產股份合作制改造與村集體資產所有制衝突的困境是無法通過集體土地使用權的轉讓來消解。因為：

- 1、作為公有的集體資產是不能分到個人、由個人擁有所有權。村集體資產無論是作為土地形式還是作為貨幣等其他任何形式，只要作為生產資料都不能分給個人或量化到個人。若分給個人了，集體資產就不存在了；若量化給個人，集體所有的性質就改變了，作為公有性質的集體資產同樣不存在了。因此，集體土地使用權可以轉讓，與村集體資產能否分到個人並不相關。

- 2、雖然土地使用權可以依法轉移到農民個人，但首先、集體土地使用權無論從那個角度看都不能入市進行交易。《憲法》規定的土地使用權轉讓是「依照法律」進行的，這就決定了土

地使用權的轉讓不同于普通物的轉讓。這裏「轉讓」的含義，應該是作廣義理解，即應包括有償出讓和其他轉移⁶。有關土地使用權有償出讓行為，由《城市房地產管理法》規範。該法第八條規定：「城市規劃區內的集體所有的土地，經依法徵用轉為國有土地後，該幅國有土地的使用權方可有償出讓。」那麼，城市規劃區以外的土地能否有償出讓呢？《土地管理法》第六 三條規定：「農民集體所有的土地的使用權不得出讓、轉讓或者出租用於非農業建設」。至於能否有償出讓用於非「非農建設」呢？現行法沒有規定，沒規定就不能出讓，土地使用權的轉讓不適用「非禁即可」原則。總之，集體所有的土地的使用權是不能進入市場的；再如《城市房地產管理法》第七條規定：「土地使用權出讓，是指國家將國有土地使用權在一定年限內出讓給土地使用者，由土地使用者向國家支付土地使用金的行為。」可見，這裏出讓的主體只能是「國家」，無論是村集體或者村集體成員，都不能成為出讓土地使用權的主體。其他方面的關於土地使用權的轉移，《土地承包法》雖然規定了土地承包經營權及承包入依法享有承包地使用、收益和經營權的流轉的權利（第 六條）。並規定了 承包方之間為發展農業經濟，可以自願聯合將土地承包經營權入股，從事農業合作生產（第四 二條）。但該法同時又對承包權及承包經營權的流轉作了限制：承包方不得改變土地所有權的性質和土地的農業用途（第三 三條）。其次、由於集體土地使用權是無法入市交易，因而不存在集體土地使用權的價格或出讓金。上面提到的，雖然國家徵用農村集體土地要付補償費用，但這補償費用遠低於國有土地使用權的出讓金，嚴重背離了市場價格⁷。第三，既然土地使用權沒有價格，作為以土地為主要構成的村集體資產當然是不能用貨幣作為價值尺度來衡量了，這樣，嚴格意義上的集體資產量化就無法進行。因為，對村集體資產的評估，不計入土地使用權當然無任何準確性可言，而按市價計入土地使用權，又無法律依據。可以說，如果嚴格按照法律程式操作，至多只是確定各人在村集體資產中所佔的比例而不應該有所謂的「量化」現在，在進行股份合作制改造時，村集體資產之所以能「量化」，是評估機構把村土地使用權能夠進入市場作為前提的，而這樣是沒有法律依據的，其實就是一種違法行為。

可見，雖然集體土地可以確定給農民使用，但按照現行法律，土地使用權上市出讓或轉讓跟農民無關。

（三）如果說，對村集體資產進行股份合作制改造是改變村集體資產公有性質，那麼如何理解黨的 五大報告指出的「公有制實現形式可以而且應當多樣化」及 六大三中全會提出的「股份制是公有制主要實現形式」呢？

說股份合作制改變了農村集體公有制性質的觀點與實現形式之說並不矛盾。有關股份制的性質， 五大報告曾有論述：「不能籠統說股份制是公有還是私有，關鍵是看控股權掌握在誰手中。國家和集體控股，具有明顯的公有性-----」「公有制經濟-----還包括混合所有制經濟中的國有成份和集體成份。」從所有權上看，股份制屬於「共有」的財產形態，共有財產是由兩個或兩個以上的權利主體所組成，共有財產是公有還是私有性質則是由權利主體的性質所決定，如果權利主體是公有的，這股份制當然也屬公有性質，權利主體是私有的，股份制當然也是私有的，權利主體是公私混合的，股份制也是混合所有制性質的。所謂公有制實現形式多樣化指的是公有經濟除了獨資以外還可以採取控股、參股、合資、承包、租賃等等經營方式和組織形式。農村社區這種把集體資產量化到個人的股份制，如果其中的集體股不佔有多數，其性質當然是私有的。若公有制經濟採用消滅公有性質作為自己的實現形式，不就自相矛盾了？那不能稱之為「實現形式」，只能叫改變性質。那麼，針對這一點，是否可以說那種保留適當的集體股比例就不會改變股份制公有性質了呢？如果集體股佔的比重達

到「控股權」的程度，不就「具有明顯公有性」了？確實，較早開始股份股份制的村都保留了一定比例的集體股，聯誼村2000年成立社區股份制的「股份公司」時，保留的集體積累股是25%；但從今天的觀點看，這是改革不徹底的表現。近年來進入股份合作制改革的村一般都不再保留較大比例的集體股。如2003年完成改革的東方紅村的「集體積累股」只佔全部股份的9%；而明星村等村則不設集體股。中共台州市委、台州市人民政府2002年10月下發的《關於在三區和市縣城區開展撤村建居工作的若干意見》（試行）就指出：根據台州市實際，不再設立集體股，只設立個人股和農齡股，以實際集體資產改革一步到位。但如設集體股的，則對非集體股部分的量化還是屬化公有為非公有。而且，就整體而言，相比較，集體股往往只佔很小的比例，在一個由特定的小範圍群體持股的情況下，極少有集體股達到控股地步。所以，設不設集體股，都是改變了集體資產的公有性質。

二

農村集體資產股份合作制改革的另一個特點是改制後，把經濟合作組織更名為股份合作社。如《中共浙江省委辦公廳、浙江省人民政府辦公廳關於全省農村經濟合作社股份合作制改革的意見》規定：「村經濟合作社股份合作制改革，是以行政村為單位，對原有村經濟合作社進行股份合作制改造，原村經濟合作社更名為股份經濟合作社，繼續依法行使原村級集體資產的所有權和經營管理權。」

把村經濟合作社改為股份合作社不僅是浙江股份合作制改革的做法，在珠三角和長三角地區是一種普遍現象。這做法同樣存在著與憲法和法律的規定不相符的困境。

（一）如《憲法》第八條規定：「農村集體經濟組織實行家庭承包經營為基礎、統分結合的雙層經營體制。農村中的生產、供銷、信用、消費等各種形式的合作經濟，是社會主義勞動群眾集體所有制經濟。」

改村經濟合作組織為股份合作企業就改變了合作經濟的集體所有性質。《憲法》規定各種形式的合作經濟，歷經修正，最後是根據1999年修正案修正的，與修正前相比，只是掉了「農村人民公社、農業生產合作社」。1982年至今，我國社會，特別是經濟領域已經發生了巨大的變化，可以說，《憲法》所指的各種形式的合作經濟都是集體所有制經濟可能與實際情況不相符。但我這裏分析的僅僅是股份合作制與現行法有無不相符的地方，至於法律規定是否合理暫且不論。改制後的股份合作制企業是何種所有制性質的呢？農業部1990年公布的《農民股份合作企業暫行規定》中，認定農民股份合作經濟是「勞動群眾集體所有制經濟」。這種認定肯定是立不住腳的。其實，關於股份合作制企業的所有制性質，同樣應該適用黨的五大報告中所指的「不能籠統說是公有還是私有」。其性質得看該企業是由集體持股還是個人持股。改制後成立的村股份合作制企業，雖然有些保留部分集體股，但多數主要由農民個人或家庭的股份所構成，其當然不是集體經濟組織了。

（二）在對村集體資產進行股份合作制改造的同時，把村經濟合作組織更名為「股份合作社」，看似順理成章，其實與《村民委員會組織法》等現行法的規定有衝突。

由村經濟合作社轉變而來的「股份合作社」應該是企業法人。作為企業法人，當然有自己的企業法人財產。這個法人財產就是原來的村集體資產。也就是說，改制後，直接支配村集體資產的是村股份合作社。如果是這樣，那麼村民委員會的地位又如何保證呢？第一，它不是集體資產的股東。根據《意見》精神，股東是合作社社員個人，如果設有集體股，有資格行

使集體股權的是股份合作社而不是村委會。第二，村委會不是政府，沒有徵稅的權利，作為企業，股份合作社也沒有義務向村委會繳納甚麼費稅。這樣，村集體資產與村民委員會的任何關係都被割斷了。村委會不僅無法行使《村民委員會組織法》等現行法規定的管理本村土地和其他財產的權力，而且，其經常運轉所需的經費也無法保障。這做法，與《村民委員會組織法》規定的村民委員會的地位與職能顯然不相符。

村委會與村經濟組織的關係不就是本來就存在了的？股份合作社不就是本來就存在的村經濟組織自然轉變而來的？卻又從何而來冒出一個架空村委會的問題呢？

這裏，問題的癥結是《意見》中認定經濟合作社行使村集體資產所有權，不符合實際情況，法律依據也不充分。

《意見》指出：「原村經濟合作社更名為股份經濟合作社，繼續依法行使原村級集體資產的所有權和經營管理權。」根據這個規定，行使村集體資產所有權的，在改制前是村經濟合作社，改制後是股份合作社。雖然這僅是浙江的規範性檔，但關於由村委會還是村經濟組織代表所有者行使集體資產所有權問題有一定的普遍性，我有必要稍作分析。

認定村經濟合作社是否具有行使集體資產所有權權力的前提是村集體資產歸誰所有。即村集體資產歸村經濟合作組織全體成員集體所有還是歸全體村民集體所有。因為現在的村民與經濟合作社社員是不同的概念，不僅內涵不同，外延也不一樣。如《浙江省經濟合作社條例》規定，年滿 六周歲的農民可以參加合作社。可見，社員一般都是村民，而村民中有部分諸如未成年或其他沒有參加或不能參加合作社的人，「非社員村民」的存在不是個別現象。由於我有文章對此作過的分析，這裏僅簡略地敘述一下我的觀點：村集體資產應該屬全體村民集體所有而不是村經濟組織全體成員集體所有。理由是：

- 1、認定農村集體資產屬全體經濟組織成員的依據有《國務院關於加強農村集體資產管理的通知》。《通知》指出：農村集體資產「是指歸鄉、村集體經濟組織全體成員集體所有的資產。」「集體資產是廣大農民多年來辛勤勞動積累的成果。」可集體資產的主要部分是自然資源而不是勞動產品。土地山川不該算作是廣大農民勞動成果吧。當然，根據歷史唯心主義教科書中的人民群眾創造歷史的理論，認為一切財富都是勞動群眾創造的。退一步講，就算這個觀點是正確的，也不能由此推出村級集體資產屬經濟組織成員所有，因為所謂創造財富的人民群眾或勞動群眾是從哲學的或形而上的角度論述的，說財富是勞動者創造的與特定的勞動者沒有任何財產法上的繼承關係。

- 2、在人民公社時期，村集體資產確實屬生產大隊全體社員集體所有。但那時的生產大隊集社會管理、政權組織和生產單位於一體。雖然集體資產是整個村落的公共財產，但由於村落的所有居民都是公社社員，因而，在當時，不存在集體資產歸村民所有還是歸社員所有的問題。改革開放後，從兩方面對農村人民公社進行改革：一是改變政社合一的體制，公社一級的國家政權職能由鄉鎮政權承擔，生產大隊的村社區管理職能、包括資產管理職能由村民委員會承擔；二是家庭承包經營，原作為經濟組織的生產經營職能主要的或基本上由農民家庭承擔。對集體資產的管理以及行使集體資產所有權的，雖然有些部分用經濟合作社的名義進行，但基本上還是以村民委員會為主。同時，一些未成年的村民，他們沒有社員的資格，但仍然享受著諸如分配宅基地等權利。

- 3、雖然《村民委員會組織法》沒有對村集體資產的歸屬直接規定，但從某些條款，可以明白無誤地推出集體資產屬全體村民所有。如第九條規定必須由村民會議討論的八大事項，除最

後一項不確定的「其他事項」外全是只有所有權人才有權處分的重大事項。由村民會議行使集體資產所有權不就等於表明村民集體是村集體資產的所有者。因為一項財產只能設定一個所有權主體，這就是排除了經濟合作社社員集體作為所有權主體。正因為集體資產屬於全體村民所有，因而，也只有村民委員會才有資格代表全體村民行使村集體資產的所有權和管理權。如《村民委員會組織法》第五條規定：村民委員會「管理本村屬於農民集體所有的土地和其他財產。」

可見，村民委員會對村集體資產的職權法有明文。而《村民委員會組織法》顯然要高於國務院的《通知》。正因為如此，浙江省兩辦《意見》把對集體資產進行股份合作制改造用「經濟合作社股份合作制改革」來概括並不妥當。而改制後要想成立一個把原集體資產作為企業法人財產的企業法人，《村民委員會組織法》便是個障礙。

三

對農村集體資產股份制改造與現行法規定的衝突是顯而易見的，但應該看到，這種衝突不僅有其合理的理由，而且在一定程度上是一種必然。

（一）改革開放的時期是農村股份制改造的大背景。1、我國改革的進程從某種意義上看，是伴隨著突破法律限制的過程。如1978年底黨的 一屆三中全會確立改革開放的路線後，全國人大常委會在1979-1982年期間立了一個法以適應新時期法制的需要，而根據當時的憲法，人大常委會是無權制定法律的⁸。改革開放初期，鄧小平提出「不爭論」。為甚麼不爭論？就是改革的實踐在許多方面無法在傳統的指導思想框架內得到合理的解釋。而這些指導思想中的不少原則就由憲法規定的。所謂「不爭論」，就是一些做法不符合某些「原則」也得幹，只幹不說。2、轉型期，法律滯後。改革開放帶來的快速發展、急劇轉型，使得社會方方面面產生了巨大變化。立法滯後，法律不能適應實踐的需要等現象簡直是一種常態。如 三大提出私營經濟要有一定程度和發展， 四大提出發展社會主義市場經濟。爾後才有1988年承認私營經濟地位和1993年引入「社會主義市場經濟」的憲法修正案。從1982年憲法公布至今，已經有四個憲法修正案。所以對農村股份合作制改革的考察也不應離開這個大背景。

（二）從城市化過程可以說是農村改制的小背景看：具備股份制改造的村幾乎全是處於城市規模擴張的城郊、城鄉混合地帶，少數村落甚至處在城市的中心。由於城市化的進程，這些村一是土地被大量徵用。二是村集體資產大量轉為貨幣形態。三是村民脫離農業生產，其中一些人處於非就業生存狀態，村集體資產的收益分配和房屋出租成為一些村民收入的主要來源。城市擴張給村民帶來了許多不可預見的利益，村民們首先獲得的是土地出讓金和作物補償款，其次是城市建設拆遷使村民成為擁有數 萬甚至上百萬的房產。隨著近年來經濟的迅猛發展和城市建設規劃的調整，城市空間在規模擴張，城郊農村不斷納入城區範圍。城市功能的擴張使農村土地大幅升值，也給當地農村帶來了巨大的收益。只要擁有本村村籍，無需參加勞動每年每人便可獲得幾千元甚至上萬元收入的村不在少數。

農村社區非農化衝擊著現行法律規定的村集體資產管理模式和產權制度。引發諸如人員的流動造成村民身份（具有本村村籍）難固定從而使得享受村集體資產權益主體的不確定；由於集體資產的流動性和不可控制性的增強引發一些資產的大量流失，以及村民們要求分割集體資產等等矛盾。其中一個突出的例子便是農民要求分割村級集體資產事件屢有發生：如 2000年，台州市椒江區14個行政村以發放自留地款名義，平分村級集體資產的土地出讓金近億

元。儘管區政府採取果斷措施加以制止，但各村，或明或暗地仍在採用一些變通的方法發放土地出讓金，如光是星明一個村，以人均5000元、10000萬元、5000元的標準先後三次發放土地出讓金共計近4000萬元。

這裏有一個問題，村集體組織能否可以把村集體資產分給村民個人？

村民委員會應廣大村民要求，把屬於全體村民的集體資產分給村民，這行為應該屬財產所有者對自己的財產行使處分權的行為，一般沒甚麼問題。但如果這種集體資產是生產資料或屬於生產資料性質的，就不能分給個人，因為憲法規定生產資料集體所有。由土地徵用款中的大部分應該是生產資料性質的資產，分給個人當然屬違法行為。但違反了哪個法呢？

違反的是憲法規定的公有制原則。對這類行為，由於沒有實體法和程式法相配套，難就以憲法條款直接啟動司法程式。從依法行政角度來看，地方政府或政府某部門若要對各村平分集體財產的行為加以制止，只有成為適格的執法主體，同時還得有作出此類行政行為的法律依據。可無論在程式法上還是實體法上都難以找到充分的依據。總之，地方政府若放任各村私分資產可能算瀆職，而若去制止，則可能算濫用職權。這僅僅是一個方面的例子，現實中，由市場經濟體制與集體所有制衝突引發的問題要複雜得多。實踐呼喚著符合市場經濟要求和適應城市化過程的集體經濟管理模式和產權制度的出現。

可以說農村股份合作制是實踐逼出來的一種探索。既然是「探索」，往往是不合常態的，甚至難免有不合法的地方。

（三）現行憲法規定的集體所有制與市場經濟的運行機制難以相容。可以說這是社區股份合作制最大的法律障礙。我曾把農村集體所有制經濟定義為：特定村落中的作為一個整體的勞動者與生產資料的固定結合。村落的封閉性是集體所有制存在的必要條件。可在市場經濟本質是開放的，要素的流動和自由組合對市場經濟而言是必需的。（關於集體所有制與市場經濟體制不相容問題我另文論述，這裏就不展開。）

現在我們面臨的問題是，一方面，社區股份合作制已經公認為解決由城市化引發出的農村集體經濟中存在著的諸多問題是個「有益探索」，並積累了一些好經驗，目前，正由試點地區向更大範圍內推廣。另一方面，依法治國，建立社會主義法治國家已經確立為治國方略；法律空白和法律滯後的情況已經發生根本性的變化，一個正在走向法治的國家不應該允許無視法律的現象存在。

雖然，我們可以呼喚應該存在的法，為改革創造一個良好的法律環境，但實際存在的法應是不可逾越的底線。實踐往往有著內在的運行邏輯，當改革的實踐按照自己的邏輯推進時，現行法中的某些規定，如果不是被束之高閣的話，就必將成為發展的障礙。

這是改革的困境，也是法治的尷尬。

註釋

- 1 溫鐵軍認為：農村股份合作制首先在珠三角運行起來。上世紀90年代，香港製造業開始向珠三角轉移，需要佔用大量農村土地，於是產生了一個「以土地為中心」的股份合作制。《農村股份合作制並非「千金方」》文載《解放日報2004年8月23日》。
- 2 如《中共浙江省委辦公廳、浙江省人民政府辦公廳關於全省農村經濟合作社股份合作制改革的

意見》指出：「開展村級集體經濟的股份合作制改革，促進集體經濟發展壯大、集體資產保值增值、集體經濟組織成員收入持續增長，推動農村經濟社會全面、協調、可持續發展。」

- 3 參見中國共產黨七屆六中全會（擴大）通過的《關於農業合作化問題的決議》。
- 4 參見楊立新《我國物權法中的財產共有權應當包括哪些基本問題》文載吉林人民出版社《疑難民事糾紛·司法對策》第三冊。而中國社會科學院法學研究所編，法律出版社出版的《法律詞典》關於「公有」條目，對「公有」與「共有」的區別也有相同的解釋。
- 5 參見張五常《修憲還不是時候》原載《經濟學消息報》。
- 6 如國務院《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》中的「轉讓」就與「出讓」並列使用，土地使用權一級市場轉移行為指「有償出讓」，二級市場上的轉移「轉讓」。《土地管理法》在不同條款中使用的「轉讓」概念是有差別的，如第二條土地使用權可以依法轉讓的「轉讓」應該與《憲法》中使用的概念是一樣的，是廣義的轉讓；其後的「轉讓」，如「不得出讓、轉讓或者出租用於非農業建設」中的「轉讓」則是狹義的。
- 7 《土地管理法》第四 七條規定：徵用土地的，按照被徵用土地的原用途給予徵用耕地的補償費用包括土地補償費、安置補助費以及地上附著物和青苗的補償費。徵用耕地的土地補償費，為該耕地被徵用前三年平均年產值的六至 倍。徵用耕地的安置補助費，按照需要安置的農業人口數計算。每一個需要安置的農業人口的安置補助費標準，為該耕地被徵用前三年平均年產值的四至六倍。但是，每公頃被徵用耕地的安置補助費，最高不得超過被徵用前三年平均年產值的 五倍。徵用其他土地的土地補償費和安置補助費標準，由省、自治區、直轄市參照徵用耕地的土地補償費和安置補助費的標準規定。
- 8 馮象《雞生蛋還是蛋生雞，或中國幹人權何事》．文載香港中文大學《二 一世紀》一九九四年 二月號。