



农村集体成员代表诉讼的法理逻辑与制度构造

赵新龙

(安徽财经大学法学院,安徽 蚌埠 233030)

摘要:集体成员代表诉讼制度对保护农村集体财产具有重要价值。农村集体作为特别法人具有团体人格,代表诉讼之价值即是纠正团体人格异化,二者在团体法逻辑上实质契合。由于立法不完备和司法的弱救济,侵犯集体财产权的现象频发且普遍游离于司法审查之外,亟需赋予集体成员提起代表诉讼的权利。但是,在集体成员代表诉讼中,原本集受害人、代言人和受益人“三位一体”的原告构造发生解体,集体成员陷入成本收益严重失衡的激励困境。为此,农村集体成员代表诉讼的法律构造应以增加集体成员的诉讼激励为旨归,创设各种具体规则提高原告的预期净收益,激励集体成员积极起诉以实现保护集体财产权益的立法目标。

关键词:农村集体;代表诉讼;集体财产权;集体成员;激励困境

中图分类号:D912.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2018)06-0090-11

当前,侵犯农村集体财产权益的现象比较突出,特别是村干部等内部控制人侵权是集体财产权保护的治理难题。公司制度史昭示,代表诉讼是监督内部控制人、完善治理机制的“一项天才发明”,“对代表诉讼的畏惧毫无疑问地阻止了大量财产从股东向管理层和外部人的转移”^[1]。有鉴于此,立法能否将股东代表诉讼的运行机理引入农村集体,在侵犯集体财产权益而农村集体怠于诉讼时允许集体成员代表农村集体对侵权人提起诉讼?如果可以,法理依据何在?又怎样根据农村社会的现实语境构建集体成员代表诉讼制度?这是一个极具现实价值的新问题,也已引起一些学者的关注。王利明在《中国民法典学者建议稿及立法理由(物权编)》中建议,“仿照现代公司法中的股东派生诉讼制度,赋予集体组织成员以派生诉讼的权利”^[2];韩松、陈小君等学者进一步提出在农村集体中引入代表诉讼制度^①。但是,学术界对这一问题的研究还处于起步阶段,专门深入的研究还不多见,尚需持续的学术跟进以助益集体成员代表诉讼制度之构建。

一、团体法逻辑:农村集体成员代表诉讼的法理正当性

基尔克认为,团体法乃是规范有组织的全体成员之法,“主要调整团体内部关系,在团体、团体成员及团体机关之间即团体内部发生效力,对团体外部人不产生约束力”^[3]。农村集体与集

收稿日期:2017-11-17

基金项目:国家社会科学基金项目“农村集体资产股份化改革中农民股权法律制度构建研究”(16BFX160);教育部人文社科研究青年项目“农村集体经济组织成员权的体系构建及其实现机制研究”(14YJC820080);安徽省高校人文社会科学重大项目“农村集体成员权的体系构建及其实现机制研究”(SK2014ZD002)

作者简介:赵新龙,男,安徽财经大学法学院副教授,硕士生导师,博士。E-mail:cdzhaoxinlong@126.com

① 参见韩松的《农民集体所有权和集体成员权益的侵权责任法适用》,《国家检察官学院学报》,2011年第2期;戴威、陈小君的《论农村集体经济组织成员权利的实现》,《人民论坛》,2012年第1期。

体成员的关系,实质上属于团体与团体成员的关系,应当遵循团体法的基本逻辑。

在团体法视野下,团体成员代表诉讼是团体人格异化的法律纠偏机制,适用于团体人格发生异化的法律场域。在法学史上,学者们对团体人格究为何物久辩不息,现已普遍认同意志独立和财产独立是其基本构成要素^[4]。然而,内生于社会现实的团体人格又在社会现实中逐渐发生异化。首先,团体一俟获得人格,即在法律上独立于成员个人,但团体在其现实性上并不具有自然人的伦理属性,这决定了团体无法独立于成员个人——团体意志只能来源于个人意志,由成员共同意志借由多数决定拟制而成;团体财产只能是个人财产的集合,且必须依赖具体的人进行管理。因此,团体人格在实际运行中必然依赖团体意志和团体财产的实际控制者,“而控制者的利益有别于甚至常常是完全对立于所有者的利益”^[5]。其次,团体是多元利益的混合体,出于自利或者其他原因,团体成员的利益诉求在团体内部呈现异质形态,当一方利益取决于另一方行为时,就形成了所谓的“代理问题”。其一,团体管理者对团体成员的利益代理。由于团体财产独立于成员,所有权与管理权的分离就成为必然。管理者不履行忠实善管义务,必将损害作为成员共同利益的团体利益。其二,多数成员对少数成员的利益代理。多数成员通过作出约束全体成员的决议,对少数成员形成利益代理,也将会损害少数成员的利益。由此,就形成了团体人格的“异化”现象,即团体人格在实际运行中产生了与自身相矛盾的对立力量,使之丧失了原有质的规定性并与团体人格的原质相对抗。可以说,人格异化现象是团体人格的必然伴生物,因为实际控制人的自利心以及对团体意志和团体财产的不当操控难以根除。实际控制人侵害团体利益而又掌控内部治理机制,团体人格遂徒具其表。团体成员为保障团体利益最终为保障个人利益,就不得不在团体无所作为时诉诸司法救济。代表诉讼允许团体成员以自己的名义对实际控制人提起诉讼,主张团体所应享有的请求权,正是对团体人格的尊重和保护,目的是借助司法力量推动异态人格恢复到独立人格的原质。

农村集体具有独立的团体人格和显著的团体属性,是构造集体成员代表诉讼制度的团体法基础。《民法总则》通过前,学术界对农村集体是否具有团体人格,存在较大争议。有的学者认为农村集体本质上属于或勉强属于非法人团体^[6],有的学者认为农村集体完全符合法人的实质要件或者可以改造为法人^[7]。《民法总则》通过后,农村集体经济组织被明确赋予特别法人资格,这是历史的重大进步,对学界争议进行了明确的立法回应^[8]。

第一,农村集体在机体构成上具有非自然性。农村集体是集体财产的所有权人,是集体范围内成员个人结合的整体^[9]。农村集体是一种社会存在,不能像自然人一样形成意思,必须依赖于作为集体财产管理者的自然人。由于利益函数的现实差异,实际控制人极可能侵害集体利益。正如耶林所说,“团体财产的管理者对于一个社会最是危险。没有哪一个窃贼会像管理他人财产的管理者那样发现偷盗是如此容易”^[10]。

第二,农村集体在权利享有上具有非终极性。农村集体虽然对集体财产享有独立的“集体利益”,但对该利益并不具有终极性。根据《物权法》第59条,集体所有权由集体成员联合起来以成员集体的名义享有,成员的个体人格集合成了成员的集体人格,集体成员对集体利益享有成员权利。因此,尽管集体所有权不可分割,但是集体利益最终要归结到每个集体成员,成员个人才是集体所有权的终极主体。因此,农村集体仅仅是成员权利伸张的结果,其背后隐藏的是成员的个人利益。

第三,农村集体内部的代理问题更加突出。以村集体有限公司为例,即存在多重代理叠加现象:村委会代表农村集体行使集体所有权,村委会作为集体股的股东代理集体行使股权,村委会作为控制股东对农民股东的代理,村委会成员及集体财产的管理者对全体股东的代理,显名集体成员对隐名集体成员的股权代理等^[11]。在股权结构多元化的集体公司中,其代理链条更加复杂。

实践表明,如果没有民主监督和有效的制衡机制,“集体”就会异化为独立于集体成员之外的一个单独的利益主体。此时,由于农村集体作为权利主体并不具有终极性,必然怠惰于寻求司法救济。如果完全由农村集体决定是否起诉,在多数场合都会显失公平,尤其当侵权人是集体经济组织、村委会的负责人时,农村集体很难主动追究其法律责任。因此,在集体利益遭受不法侵害时,立法不应当将司法救济权排他性地赋予农村集体,应当允许集体成员为集体利益而以自己名义提起诉讼。

二、弱救济状态:农村集体财产权司法保护乏力的积极求变

中国农村集体财产已经形成庞大的资产存量,截至2015年底,集体账面资产总额达2.86万亿元,账面净资产达1.73万亿元^[12]。但是,农村集体的组织建设严重滞后,难以承担集体资产管理者的主体责任。据统计,中国尚有约59.5%的村由村委会代行村集体经济组织的职能,约85.4%的村民小组没有集体经济组织,即使二者分设,也多是由村干部同时兼任^[13]。事实上,由于农村集体的虚幻性、集体产权的残缺性等,绝大多部分集体财产都由村委会控制,法律文本上的集体所有权已经异化为村干部的实际支配权。因此,村干部成为“没有委托人的代理人”,通常并未面临来自集体成员的监督压力,侵犯集体财产权的行为也就愈加普遍,日渐演变为中国农村社会发展的高危领域,处理不当很可能引发局部社会风险。

张晓山认为,“现在农民和村干部之间产生了矛盾,焦点就在集体经济的资产使用。一些村干部利用集体经济谋一己私利,使集体经济蜕变成了‘干部经济’,最终使村级组织变成了空壳,基本没有了集体经济”^[14]。据农业部的抽样审计数据,2015年违纪村集体占被审计村集体的1.9%,违纪金额为5亿元,平均每个违纪村集体违纪金额为7.1万元^[15]。从2016年各地农村违纪案例的通报情况看,其中50%以上涉及农村集体资产的经营管理,如违规处置、非法侵占、不当挪用、私分、挥霍浪费等,违法行为具有一定的普遍性和共通性。比如,东莞市从2009—2014年处理违规村干部共计3145人^[16],这无疑反映出当前集体财产的管理极为混乱。同时,由于农村集体具有成员复合性的特点,侵犯集体财产的案件大多表现为群体性事件。以北京为例,涉农群体上访排在涉农信访的第一位,主要是征地补偿款的分配、土地承包经营权纠纷和集体资产的处置问题^[17]。从个案看,“乌坎事件”是因村委会租售村内土地而农民不见收益而起,原村支书、村主任把持村政41年,盗卖村内土地3200多亩,获利7亿多元,村民上访申诉无人理睬^[18]。村干部的腐败变质使村民把诉求目标指向地方政府,集体财产纠纷逐渐演化为社会公共事件。

究其法律根源,除了集体财产权的有关实体规则尚不完备外,主要是立法对农村集体成员的诉权配置出现明显偏差,司法保护呈现出弱救济甚至是失灵的尴尬状态。“由于集体所有权主体的集体性特点,导致了集体所有权受侵害时受害人认定上的不明确性,以及由谁享有侵权请求权和行使起诉的权利也是不明确的。”^[19]对此类案件,法院大多根据《民事诉讼法》第119条之规定,以集体成员不满足“直接利害关系”的起诉条件或属于村民自治事项为由不予受理或驳回起诉。比如,在“王某等8人诉某村委会案”中,法院认为,“集体资产在依照法定程序决定分配到集体成员个人之前,其所有权属于集体,应由各级集体经济组织行使相关权利,与集体成员无直接利害关系”“对集体资产的保护并不适宜采取由村民直接起诉的做法”“集体财产的运作分配属于村民自治事项,应通过继续完善民主议定程序和对村集体负责人的监督等各项制度去解决”,于是裁定驳回起诉^①。其结果是,法院向集体成员关闭了司法救济的大门,将集体

① 这种观点在司法实践中比较普遍,参见浙江省江山市人民法院民事裁定书(2015),衢江民初字第1376号。

财产权的保护责任又踢回给农村集体本身——这等于把监督村干部的权力还给了村干部,是对其侵权行为的变相纵容。司法权的不作为使集体财产陷入被持续侵权的恶性循环,不但极易酿成群体事件,而且坐视村干部的侵权行为日渐质变。“无救济则无权利”,农村集体成员诉权的失效配置,使村干部侵犯集体财产权的大量违法行为游离于司法审查之外。

在一定程度上,这种现象是法官基于其理性进行风险规避的必然结果。在处理侵犯集体财产权的案件时,法官可能面临以下风险:(1)由于无直接依据可资援引,法官需要造法裁判,但农民与法官之间紧张的信任关系容易引发强烈的质疑和反弹;(2)造法裁判意味着法官要主动审查政府的相关涉农政策,大多数情况下要面对行政力量的干扰,可能造成司法权与行政权的直接冲突;(3)由于推行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制等,法官判决越多则风险越高。法官也是风险规避者,自然很难采取积极能动的审判姿态。因此,立法需要明确有关的具体规则,使法官更少地依赖自由裁量和能动司法,更多地依据法律规定进行裁判。

目前,立法对集体成员权益的保护虽有显著改进,但对集体权益的保护尚存极大疏漏。集体成员的诉权,包括保护集体成员权益的直接诉权和保护集体权益的代表诉权。2007年《物权法》首创农村集体成员权制度,2011年最高人民法院修订《民事案件案由规定》,增设“侵害农村集体经济组织成员权益纠纷”的案由。据初步统计,近三年基层法院年均受案为6965件,判决率为57.4%,上诉率为32.6%,为保障集体成员权益发挥了积极作用^①。但是,从法理内涵看,“集体成员权益”与“集体权益”存在实质差异。农村集体具有独立的团体人格,集体权益是成员集体的整体利益,对集体成员具有潜在性、间接性;集体成员权益则是集体成员的个人利益,对成员具有现实性、直接性。这一案由只能适用于侵害集体成员自身合法权益的直接诉讼,如侵犯集体成员的农地承包权、集体收益分配权、征地补偿款分配权等。另一方面,集体权益与集体成员权益又具有紧密的逻辑关联。集体权益的保护水平直接关系到集体成员权益的实现程度,集体权益的终极价值是转化为集体成员权益,由集体成员承担利益增损的实际后果。现实中,大量存在的恰恰是村干部非法侵害或容忍他人非法侵害集体财产的情形,虽然直接侵害了集体权益却尚未直接侵害集体成员权益,集体成员因不具有“直接利害关系”而难以诉诸司法救济,这既不利于保护集体权益也不利于保护集体成员权益。

有的观点认为,可以通过《物权法》第63条保护集体财产权,实际上这是由于诉权错位配置引发的误读。据立法原意,第63条是为保护集体财产权而设,第1款禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏集体财产,第2款则是“为了防止集体经济组织、村民委员会或者其负责人利用职务之便非法侵害集体财产,或者玩忽职守、恶意串通低价出售集体财产,或者擅自作出决定侵害集体成员的其他合法权益,本条赋予了集体组织成员以撤销权”^[20]。但是,保护集体财产权的立法目标并不能通过第63条得到实现。首先,第1款规定无法兜底。若他人以该款规定的手段侵害集体权益,集体经济组织、村民委员会可将侵权人诉至法院。问题是,如果集体经济组织、村委会的负责人自己侵权或基于各种原因放任他人侵权,则第1款的立法目的很难实现。其次,第2款关于撤销权的规定也极有可能落空。据该款,“集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的,受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销”。司法实践中,对该款的理解与适用存在较大分歧,这种分歧是由文义解释和目的解释的不同运用引发的,焦点是“集体成员合法权益”是否还应当包括集体合法权益。

第一,依文义解释,将撤销事由严格限定于集体成员自身的合法权益。这一理解,是司法实践的主流做法。据条文表述,撤销诉讼须以“作出的决定”侵害“集体成员合法权益”为前提——即侵害集体成员个人或其所在农户的财产权、人身权等情形,受侵害的集体成员方可请

① 根据中国裁判文书网的相关数据统计所得。

求法院予以撤销。正如有学者所说,“集体成员不能够以维护集体利益的名义提出撤销,而只能以维护自身的利益为由请求撤销”^[21],集体成员并非适格原告。比如,在“陈某等125人诉某村干部案”中,两被告在担任村两委负责人期间,擅自决定向第三人承担不应由村集体承担的40余万元费用及损失,法院认为该决定并非直接针对集体成员个人,“对集体经济组织、村民委员会及其负责人作出的有关集体资产的决定,无直接利害关系的集体成员不能起诉请求撤销”^①。因此,按照文义解释,对村干部侵害集体财产权益的行为,集体成员很难援引撤销权条款得到救济。

第二,依目的解释,将撤销事由扩大至集体合法权益。有学者认为,集体财产是集体成员的共同财产,侵犯集体财产也是侵犯集体成员的财产利益,集体成员是当然的利害关系人,在农村集体经济组织不作为的情况下,集体成员以自己名义寻求法律救济是正当合理的^[22];“集体成员合法权益”应当指集体成员权和集体所有权^[23];第2款是专门针对“集体经济组织管理人员违反法定程序或者章程规定,擅自决定或者以集体名义作出决定,低价处分集体所有的财产”规定的救济手段^[24]。即便如此,(1)撤销之诉对村干部非依“决定”实施的侵权行为或者容忍他人侵权的情形不能适用。大多数情况下,处分集体财产无须作出“决定”,也可以进行事实侵权或与第三人缔约。如“耿某诉某村委会、某村干部案”中^②,原告诉请撤销两被告所签以极低价格承包集体机动地的合同。法院认为,“集体经济组织与他人签订的承包合同”不属于撤销权的对象,合同本身亦不属于可撤销合同,原告认为村委会侵吞集体财产的主张与本案不是同一法律关系,不予审理。(2)撤销之诉使“决定”归于无效,不具有直接请求的效力。撤销之诉是一种程序性保护机制,“撤销”是农民成员权在实体法上的“极限”,法院只能作出撤销决定的判决,不能直接判令侵权人承担民事责任^[25]。因此,实体权利的救济仍然悬而未决,尚需依据《物权法》《侵权责任法》等另行起诉。(3)救济效果具有内部性。依据撤销之诉的法理,若撤销权成立,其效力并不影响与集体经济组织、村民委员会进行交易的善意第三人的合法权益^[26]。实践中,法院通常以违反法律强制性规定的民主议定程序为由,确认集体经济组织、村委会擅自处分集体财产的买卖或租赁合同无效,这无疑是法律适用的错误,因为民主议定程序是管理性规则而非效力性规则。因此,即便采取目的解释,撤销权条款也难以周延保护集体合法权益,甚至很多时候并没有太大的实际价值。

考察撤销权条款的立法演进,立法机关对“集体成员合法权益”实际上采取的是文义解释。从该条的来源看,《物权法》第63条第2款直接移植自原《公司法》第111条的股东撤销权条款,该条即是限定于“股东合法权益”;从该条的影响看,《物权法》第63条第2款又被2010年修订的《村民委员会组织法》第36条村民撤销权条款所直接借鉴,该条亦限定于“村民合法权益”。两者均将撤销事由界定为成员自身的合法权益。因此,对村干部侵害或者放任他人侵害集体财产的情形,撤销权条款基本上不发挥作用,长期处于休眠状态^[27]。

解决这一问题的主要思路,即是确立集体成员代表诉讼制度。对此,司法机关也在积极探索和回应。2011年,最高人民法院发布《关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》,第3条规定,“村民委员会或者农村集体经济组织对涉及农村集体土地的行政行为不起诉的,过半数的村民可以以集体经济组织名义提起诉讼”。但是,这一规定在司法实践中几乎沦为具文,案件很难进入实质审理阶段。法院基本上以各种理由裁定驳回起诉,驳回率达90%以上^③。集体成员未达半数(如“徐某等2人诉某镇政府案”^④),以本人名义起诉(如“唐某诉某区

① 参见浙江省杭州市中级人民法院民事裁定书,(2011)浙杭民终字第223号。

② 参见吉林省长春市中级人民法院民事判决书,(2015)长民二终字第20号。

③ 根据中国裁判文书网的相关数据统计所得。

④ 参见山东省平度市人民法院行政裁定书,(2015)平行初字第240号。

国土局案”^①),以村民小组长名义起诉而小组长不知情亦未授权(如“陈某等116人诉某市政府案”^②),取得城镇户口的集体成员无起诉资格(如“宋某等723人诉某县政府案”^③)等。从有些明显违法的理由,可以隐约看出行政权的长袖善舞以及司法权的无奈。尽管如此,对村干部本人侵权以及容忍他人侵权的其他行为仍然没有涉及。

因此,立法希望通过撤销权机制保护集体财产权,是基于良好的立法动机而对集体成员诉权进行了错位配置。撤销诉讼是针对集体成员权益的事后程序性救济机制,代表诉讼则兼具保护集体权益的事后救济功能以及对集体成员权益的事前预防功能,集体成员撤销权无法在功能上替代集体成员代表诉权。

三、激励困境:原告身份结构分离对集体成员诉讼意愿的影响

确立集体成员代表诉讼的核心,是立法赋予集体成员提起代表诉讼的权利。但是,起诉权是程序法上的主观权,可依意思自治予以处分。集体成员有权提起代表诉讼,并不等于集体成员愿意提起诉讼。集体成员代表诉讼实际上是部分集体成员向全体集体成员提供的一种公共物品,极易陷入集体行动的困境。奥尔森认为,“对于具有共同利益追求的集团成员而言,除非集团成员人数很少,或者除非存在强制或其他特殊手段以使集团成员按照他们的共同利益行事,否则有理性的、寻求自我利益的集团成员不会采取行动以实现他们共同的或集团的利益”^[28]。司法救济的实质目的,“在于动员合理且适格的社会主体在特定的激励关系下,能够积极参与司法进程,以完成利益维护与社会价值纠偏的目标”^[29]。因此,要实现保护集体财产权的立法目标,就必须激活集体成员提起代表诉讼的积极性,这需要借助法律经济分析考量集体成员的诉讼决策过程。

根据这一基本假定,集体成员作为理性经济人,亦需要对诉讼成本和诉讼收益进行理性权衡。考特和尤伦认为,包括法律在内的任何制度和规则,都会在履行中给当事人带来收益或成本,“为了决定是否起诉,一个理性的原告会比较起诉的成本和法律诉讼的预期价值”^[30]。诉讼成本是当事人参与诉讼活动支出的全部费用,包括案件受理费、律师费、材料费等;诉讼收益是当事人从诉讼活动中得到的利益或者避免的不利。尽管诉讼成本的高投入并不意味着必然的高产出,但是,“没有理由认为,在正常情况下,冲突主体愿意用较高的物质耗费通过诉讼去赢得较低的裁判上的利益”^[31]。因此,诉讼行为的净收益是理性当事人判断是否起诉的关键指标。任何减少诉讼收益的因素都将降低诉讼发生率,而增加诉讼成本将会减少诉讼收益,反之亦然。在诉讼决策中,法律是一种影响当事人未来行为安排的激励机制。要激励集体成员提起代表诉讼,立法就必须关注集体成员提起诉讼的预期净收益,设计出影响诉讼成本和诉讼收益的具体规则。

集体成员代表诉讼之所以陷入激励困境,根源是代表诉讼本身具有成本收益非对称的固有缺陷。传统民事诉讼中,原告身份由受害人、代言人和受益人的三重角色构成,原告既是违法行为的受害人,又是诉讼中自己利益的代言人,亦是诉讼收益的最终受益人^[32]。这三重角色相互关联,紧密结成“三位一体”的原告身份结构,受益人角色使其所受损害能够得到补偿,原告为获得损害补偿必会竭力代言。这种内在的身份复合性,通过决定诉讼收益归属的方式激励原告最大化其胜诉概率,尽力争取于己有利的判决结果;在以对审为基本构造的传统民事诉讼中,原告对这种判决结果的追求又激励其在诉讼过程中积极对抗,包括发现违法行为、收集证据、提起

① 参见成都市龙泉驿区人民法院行政裁定书,(2016)川0112行初37号。

② 参见江西省万载县人民法院行政裁定书,(2014)万行初字第25号。

③ 参见北京市延庆县人民法院行政裁定书,(2013)延行初字第00025号。

诉讼、监督律师、攻击防御乃至判决执行等。因此,传统民事诉讼巧妙利用了原告的经济人本性,其本身便内嵌着一个设计精巧的激励机制,自然无须在诉讼制度之外单独施予激励,其他国家亦无此立法例。但是,在侵犯集体权益的代表诉讼中,“三位一体”的原告身份结构发生了解体。受害人和受益人均是农村集体而非成员个人,集体成员只保留了启动程序、收集证据、监督律师以及展开攻防活动的代言人身份,作为原告事实上徒有其名,既无利可图亦缺乏初始委托人的激励。

第一,无法分享的诉讼收益降低了集体成员的诉讼意愿。集体成员愿意提起诉讼,是因为其损害可以通过诉讼获得救济,并且预期的损害赔偿将会超过诉讼成本。在代表诉讼中,诉讼成本与诉讼收益严重失衡,提起诉讼对集体成员不具有经济理性。即使集体成员胜诉,诉讼利益也只能归于遭受直接损失的农村集体,被告需向农村集体履行判决义务,集体成员仅对胜诉利益享有潜在的间接利益,无权要求直接分配赔偿金额。但在败诉时,集体成员需自行承担所有的诉讼成本,况且对多数诉讼而言,能否胜诉充满不确定性,理性的集体成员不会愿意提起代表诉讼。“无论审判能够怎样完美地实现正义,如果付出的代价过于昂贵,则人们往往只能放弃通过审判来实现正义的希望。”^[33]

第二,“搭便车”现象和集体行动的组织成本降低了集体成员的诉讼意愿。集体成员代表诉讼具有正外部性和非排他性,即使没有支付诉讼成本的集体成员也能分享诉讼收益。因此,集体成员基于其经济人本性,最理性的选择便是不支付任何诉讼成本而坐享其成,形成“搭便车”现象。但是,代表诉讼的运行方式是采取集体行动,需要组织一定比例的集体成员参与诉讼,“搭便车”现象无疑增加了集体行动的组织成本。比如,集体成员间的通知、协同与信息传达,集体决策机制和议事规则的设定,代表人、代理人的授权机制、选任方式、权利约束和责任追究机制,个体权利与集体利益的冲突协调等。“如果消除违法行为带来的社会收益被广为分享,个人收益往往比较小,每个人就可能搭其他执法者的便车,其结果是任何人都没有充分的激励提起诉讼。”^[34]

第三,初始委托人缺位降低了集体成员的诉讼意愿。在集体成员代表诉讼中,可能存在三重委托代理关系:农村集体与集体成员之间的初级委托代理关系、集体成员代表与其他起诉成员之间的次级委托代理关系、集体成员与代理律师之间的三级委托代理关系。根据委托代理理论,对多重委托代理关系,只有初始委托人具有监督代理人的充分积极性,所有代理人的积极性均来源于初始委托人的激励与监督^[35]。但是,在集体成员代表诉讼中,农村集体作为初始委托人的角色意识极为薄弱,激励与监督代理人的积极性严重不足。这一方面是由于集体成员的“搭便车”现象所致,另一方面则是由于初始委托代理关系形成的特殊机制。标准的委托代理关系是由双方平等协商而成,权利义务的边界清楚明确,委托人为维护自己利益对代理人积极施予激励或约束。集体成员代表诉讼不是由集体成员协商而成,而是源于立法对集体成员的授权,农村集体完全是由法律的拟制而被赋予“委托人”身份。初始委托人的缺位,使得作为次级委托人的集体成员缺乏激励与约束,提起代表诉讼的积极性自然不高。

第四,独特的乡土社会语境极大降低了集体成员的诉讼意愿。农村集体是一种道德意义上的共同体。作为集体成员的农民,呈现出不同于传统理性人假设的更为复杂的“综合理性”——既是追求利润最大化的“舒尔茨小农”,也是弱势的、追求剥削最小化的“马克思小农”,亦是追求安全、规避风险的“恰亚诺夫小农”,还是追求效用最大化的“黄宗智小农”,以及追求货币收入最大化的“社会化小农”^[36]。集体成员的经济能力更为薄弱,诉讼成本却更加复杂,除了以金钱支付的诉讼费用、律师费等直接成本,以及耗费的时间、精力等非物质成本,还包括沉重的伦理成本。所谓伦理成本,是集体成员因受村落场域的现实约束需要克服的来自集体和自我的道德压力。首先,克服传统的厌讼观念。在相对隔绝的农村集体,农民具有根深蒂固的厌讼观念,

对司法表现出明显的疏离感,农民更愿意选择容忍或私了。只有超出容忍限度,农民才会跳出传统息讼习惯的激励而诉诸司法,一旦诉诸司法则意味着农村社会的矛盾冲突已经比较激烈。其次,摆脱熟人社会的束缚。熟人社会是中国农村集体的基本面貌。在集体边界内,家族力量盘根错节,血亲关系错综交织,阶层分化日渐成型。争讼会恶化集体成员的人际关系,尤其对侵犯集体权益的村干部提起诉讼,是一场弱者对强者发动的“战争”,更是挑战以村干部为核心的人际格局。再次,沉重的心理压力。集体成员在诉讼中要承受来自村落舆论甚至家庭的压力,可能招致负面评价和名誉亏损,面临接近证据的困难以及对诉讼前景茫然的心理折磨。

因此,诉讼成本收益的内在失衡和农村社会现实的外在约束,决定了集体成员代表诉讼应当主要是一种激励机制,这不同于公司代表诉讼。由于高昂的诉讼成本已经对滥诉风险形成自然制约,除非受义愤、缠闹等非理性因素的刺激,有些学者担心的滥诉现象不大可能出现。即使存在剩余的滥诉风险,完全可以通过程序规则的合理设计予以过滤。

四、制度设计:农村集体成员代表诉讼的法律构造

农民集体成员代表诉讼的法律构造应当以增加诉讼激励为旨归,鼓励最为适格的集体成员拥有足够的激励完成制度预期,通过创设排除诉讼障碍的各种具体规则增加集体成员的预期净收益,从而提升集体成员提起代表诉讼的积极性,否则集体成员代表诉讼将形同虚设且难以实现保护农村集体财产的立法目标。

第一,适度宽松的原告资格。原告资格是集体成员提起代表诉讼的先决条件,过苛会抑制诉讼积极性,过宽则不利于排除剩余滥诉风险。一般应包括以下几个条件:(1)具有集体成员资格。提起代表诉讼的权利属于集体成员权的范畴,原告应当具有集体成员资格。认定集体成员资格遵循一般的判断标准即可,没有资格或者起诉后丧失资格的人均非适格原告。有的学者认为,新进成员对其取得资格之前无利害关系的事项无权提起诉讼,因为“该成员是与相关事项无利害关系”,但是“考虑到农村集体所有权的公有性质和农民群体的弱势性”,认为检察机关“可以作为原告提起派生诉讼”^[37],这一观点值得商榷。一者,尽管该事由发生在取得资格之前,但其实际影响可能会持续到取得资格之后,特别是集体财产处分行为;二者,既然检察机关可以提起代表诉讼,就不宜否定新进成员的起诉资格,检察机关与相关事项的利害关联度、诉讼激励强度均弱于新进成员,这反而有利于分担诉讼成本。(2)满足善意代表要求。集体成员应当公正而充分地代表农村集体及其他集体成员。在规则设定上,立法可以列举典型情形并辅以兜底条款,具体认定则交由法官个案裁量。《美国联邦民事诉讼规则》第23.1条规定,“若原告在行使公司或社团的权利时,不能公正、充分地代表与之处于相似地位的众股东或众成员的利益,则不得维持代表诉讼”。因此,可以从以下几个方面判断:是否有影响集体成员代表其他成员能力的任何利益冲突的存在;代表集体成员的律师的能力;是否有其他证据表明诉讼将不会被强有力地执行^[38]。当法院认定集体成员的个人利益与集体利益相互冲突时,则应否认该集体成员的起诉资格。(3)达到一定人数要求。代表诉权属于单独成员权还是多数成员权,理论界存在不同的观点。主要包括:“单一说”,即单独一个集体成员即可提起代表诉讼;“二分之一说”,即二分之一以上集体成员方有权提起代表诉讼^[2];“三分之二说”,即三分之二以上集体成员方有权提起代表诉讼^[39]。从诉讼成本角度看,“单一说”是单个成员依据个人意志即可提起诉讼,集体成员之间动员联合的协商成本为零,极易引发滥诉风险,也难以制约个别成员“以小博大”或其他非理性诉讼;“二分之一说”和“三分之二说”均要求依据多数成员的集体意思方可提起诉讼,集体成员之间可以相互制衡,但过高的协商成本极易排除有价值的代表诉讼。因此,应当对原告资格设置合理的人数限制,既要防止协商成本过低引发滥诉,又要避免协商成本过

高难以达成一致。笔者认为,可以借鉴《村民委员会组织法》的规定,“五分之一以上村民有权提议罢免村委会成员、提议召集村民代表会议,以及提出村干部离任经济责任审计等”,将提起代表诉讼的原告人数限定为本集体五分之一以上的集体成员。

第二,适度宽松的被告范围。对被告范围,存在“谦抑说”和“宽松说”两种观点。根据“谦抑说”,集体成员代表诉讼的被告范围,应当严格限定为集体经济组织、村委会的负责人;根据“宽松说”,所有侵害集体财产权益的行为人,均可作为被告。笔者认为,集体成员代表诉讼适用于农村集体人格异化的场合,直接目标是保护集体财产权益,理应斩断侵犯集体财产权益而农村集体不作为的一切“黑手”,既应包括集体经济组织、村委会的负责人,也应包括农村集体不能或不愿起诉的“他人”。目前,鉴于农村实际情况和法律对村两委的职责缺乏明确界分,农村基层党组织的负责人往往实际控制集体财产,也应允许集体成员对其提起代表诉讼。因此,对“负责人”应扩大解释,包括集体经济组织、村两委的负责人。对“他人”的具体范围,可由法院根据具体情形判断,主要包括债务人、行政机关和其他集体成员等。有的学者认为,集体经济组织、村委会负责人的行为属于代表行为,集体经济组织、村民委员会也应作为被告并承担责任。笔者认为,集体成员代表诉讼的团体法价值是维护农村集体的团体人格,与集体利益在本质上具有一致性,农村集体在诉讼中应当作为原告的诉讼辅助人,宜界定为无独立请求权的第三人而非被告,否则会形成自己起诉自己的悖论。但是,为了防止原告与被告恶意和解损害集体利益,法院应充分保障农村集体参与诉讼的程序性权利,并应对原告的撤诉申请、双方的和解协议进行司法审查。

第三,适度宽松的前置程序。集体成员提起代表诉讼的前提,是集体经济组织、村委会怠于行使对集体财产的管理义务。集体权益受到不法侵害时,集体成员应当先请求作为代表主体的集体经济组织或者村委会提起诉讼,而不能越过代表主体径行起诉,即需要履行前置程序。前置程序是对农村集体具有法人资格的尊重,也是避免集体成员任意侵犯代表主体的法定管理权。但是,由于农村集体缺乏规范的法人治理机制、内部控制人侵权比较严重等原因,前置程序不能固守严格的“穷尽内部救济”原则,应当允许集体成员在特定情形下直接提起诉讼。(1)一般规定。集体成员应当首先请求集体经济组织、村委会的负责人提起诉讼,后者接到集体成员的请求后拒绝提起诉讼、合理期限内未予答复或事态紧急时,集体成员才可以提起代表诉讼。集体经济组织、村委会的负责人侵害集体权益的,符合法定条件的集体成员可以直接提起诉讼。(2)前置程序的分类设计。农村集体主要是村民小组和村集体,并分别行使相应的集体所有权,前置程序因而应当具有不同形态。其一,侵犯村民小组集体权益的,集体成员可以向村民小组长提起先诉请求,由村民小组长召开村民小组会议,按照民主议定原则决定是否提起诉讼。村民小组长本人侵权的,集体成员可以直接提起诉讼。其二,侵犯村集体权益的,集体成员可以向村委会的负责人提起先诉请求;集体经济组织、村委会的负责人本人侵权的,同一村民小组的集体成员可以请求村民小组长提起诉讼,或者由集体成员直接提起诉讼。

第四,合理有效的诉讼激励。集体成员代表诉讼要真正发挥作用,必须围绕诉讼成本收益范式构建诉讼激励机制,通过补偿诉讼成本和适度分享诉讼收益,既能激励有价值的正诉又能预防无价值的滥诉。(1)按照非财产案件收费。如果将代表诉讼视为财产案件,根据标的额收取案件受理费,无疑会增加集体成员的经济负担,请求数额越大越会成为诉讼门槛。对此,可以借鉴日韩等国规定。日本商法典第267条第4项规定,“应当将诉讼请求看成是非财产权上的请求”,一律按8200日元收费;韩国“民事诉讼等印花税法”也不考虑请求金额,一律按1000万韩元收费^[40]。建议中国集体成员代表诉讼一律按照非财产案件进行收费。(2)制定原告诉讼费用补偿规则。可以参考日本立法例,集体成员提起诉讼,无论胜诉与否,善意原告支付的诉讼费用和其他合理费用由农村集体予以补偿,恶意原告则须自行承担所有费用。原告的主观状

态、具体补偿数额可交由法院个案裁量。(3)制定原告胜诉奖励规则。如果集体成员胜诉,可将农村集体所获赔偿金的一定比例奖励给原告。但是,给予集体成员的奖励应当适度,不能使其收益过分高于其成本,否则可能引发滥诉。(4)探索胜诉酬金制度。所谓胜诉酬金,是美国主要采取的激励措施,即败诉时律师自担费用而原告无需出钱,胜诉时律师按照胜诉金额收取一定比例的报酬。胜诉酬金以律师作为激励对象,极大降低了原告的诉讼成本。通过转嫁诉讼风险,律师需要衡量胜诉概率、预判实质收益及其数额,可以事先过滤无价值的代表诉讼。但是,为了防止律师挑词架讼,胜诉酬金应由法院根据个案合理认定其比例或数额。(5)不宜引入诉讼费用担保规则和败诉方负担规则。有的学者主张,对集体成员提起的代表诉讼,“法院必要时可要求原告提供适当担保”^[41]。笔者认为,中国暂不宜引入这一做法,否则会大幅增加弱势农民群体的诉讼成本,遏制提起代表诉讼的积极性;另一方面,诉讼费用担保主要适用于律师制度发达、具有好讼传统的国家,中国缺乏相应的法律文化语境。败诉方负担规则是法律授权法院酌情将胜诉方的诉讼成本,判由败诉方承担的一种成本分摊方式。表面上,这似乎有利于降低集体成员的诉讼成本,实际上是将集体成员置于诉讼成本不可预期的境地,因为被告的诉讼成本难以预测和控制。在胜诉与否难以确定的情况下,具有风险规避倾向的集体成员极少愿意去冒险,替对方承担不可控的诉讼成本。

第五,简捷便利的举证规则。从中国农村实际情况看,集体成员的诉讼能力普遍低下,在形成案件事实上存在显著的举证障碍,因此举证规则应当简捷便利。(1)采用举证责任倒置和过错推定原则。现实中,由于集体成员获取原始证据的渠道非常有限,由其承担严格的举证责任极不公平。为了鼓励集体成员提起诉讼,弥补其举证能力的不足,在集体成员证明基本损害事实后,应由被告证明其行为不具有过错性,否则应当承担相应的法律责任。(2)放宽对证明标准的要求。只要集体成员提供的证据能够表明其提起诉讼是基于一定的合理推断即可,不应要求原告提供具有高度盖然性的证据。(3)赋予集体成员账簿资料查阅权。虽然《物权法》第62条、《村民委员会法》第30条规定了集体成员和村民的知情权,但现行立法并未明确赋予集体成员查阅有关账簿资料的权利。为了强化对集体财产管理行为的内部监督效能,增强集体成员的证据获取能力,可以赋予集体成员查阅农村集体相关账簿资料的权利。

参考文献:

- [1] Hornstein G D. The Death Knell of Stockholders Derivative Suits in New York[J]. California Law Review, 1944 (2): 144.
- [2] 王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由(物权编)[M].北京:法律出版社,2005:163.
- [3] 吴高臣.团体法的基本原则研究[J].法学杂志,2017(1):10-18.
- [4] 范建,王建文.公司法[M].北京:法律出版社,2015:191.
- [5] 阿道夫 A 伯利,加德纳 C 米恩斯.现代公司和私有财产[M].甘华鸣,等,译.北京:商务印书馆,2005:133.
- [6] 韩松.论成员集体与集体成员——集体所有权的主体[J].法学,2005(8):41-50.
- [7] 高飞.论集体土地所有权主体之民法构造[J].法商研究,2009(4):13-22.
- [8] 孙宪忠.赋予农村集体特别法人资格是历史重大进步[N].中国国土资源报,2017-3-15.
- [9] 于飞.“农民集体”与“集体经济组织”:谁为集体所有权人?[J].财经法学,2016(1):44-50.
- [10] Schreiner O C. The Shareholder's Derivative Action: a Comparative Study of Procedures[J]. South African Law Journal, 1979, 96: 205.
- [11] 安慧.农村集体资产经营管理公司的理财目标与农民股东利益保护[J].农村经济,2011(7):72-76.
- [12] 王蕾,张伟民,金文成.“十二五”时期村级集体经济组织资产财务状况统计分析[J].农村经营管理,2016(6):11-12.
- [13] 王景新.村域集体经济:历史变迁与现实发展[M].北京:中国社会科学出版社,2013:224.
- [14] 杨文彦.乡村治理机制问题暴露 专家称集体经济蜕变为“干部经济”[EB/OL].(2012-10-24).http://pol-

itics.people.com.cn/n/2012/1024/c1001-19372414.html.

- [15] 信婷婷,张伟民,金文成.“十二五”时期农村集体财务管理情况统计分析[J].农村经营管理,2016(6):13-14.
- [16] 殷昌盛.5年3145名干部违反农村集体资产管理被处理[N].东莞日报,2014-10-29.
- [17] 张红.农地纠纷、村民自治与涉农信访[J].中国法学,2011(5):70-83.
- [18] 韩宗生.群体性事件与农民组织化问题研究:以乌坎事件为例[J].山东省农业管理干部学院学报,2012(2):1-4.
- [19] 韩松.农民集体所有权和集体成员权益的侵权责任法适用[J].国家检察官学院学报,2011(2):128-140.
- [20] 滕晓春,李志强.《中华人民共和国物权法》释义[M].上海:立信会计出版社,2007:78.
- [21] 王利明,周友军.论中国农村土地权利制度的完善[J].中国法学,2012(1):45-54.
- [22] 孟勤国.物权法如何保护集体财产[J].法学,2006(1):72-77.
- [23] 朱金东.农村集体成员撤销权制度的实证分析——基于107份裁判文书的整理[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2013(3):35-42.
- [24] 王胜明.中华人民共和国物权法解读[M].北京:中国法制出版社,2007:135.
- [25] 吕伯涛.适用物权法重大疑难问题研究[M].北京:人民法院出版社,2008:72.
- [26] 冷传莉.集体成员撤销权的构造缺陷及弥补[J].法律适用,2011(3):42-45.
- [27] 张旭勇.村委会与集体财产保护的公法转向[J].浙江学刊,2012(1):101-109.
- [28] 曼瑟尔·奥尔森.集体行动的逻辑[M].陈郁,等,译.上海:上海人民出版社,1995:2.
- [29] 白彦.论民事公益诉讼主体激励机制的建构[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2016(2):83-90.
- [30] 罗伯特·D·考特,托马斯·S·尤伦.法和经济学[M].施少华,等,译.上海:上海财经大学出版社,2002:325.
- [31] Priest G L, Klein B. The Selection of Disputes for Litigation[J]. Journal of Legal Studies,2008,13:9.
- [32] Fiss O M. The Forms of Justice[J]. Harvard Law Review, 1979,93:18.
- [33] 棚田孝雄.纠纷的解决与审判制度[M].王亚新,译.北京:中国政法大学出版社,2004:267.
- [34] Stewart R B, Sunstein C R. Public Programs and Private Rights[J]. Harvard Law Review, 1982,95:1214.
- [35] 陈亮.环境公益诉讼激励机制的法律构造[J].现代法学,2016(4):133-143.
- [36] 邓大才.社会化小农:动机与行为[J].华中师范大学学报(人文社会科学版),2006(3):9-16.
- [37] 管洪彦.农民集体成员派生诉讼的合理性与制度建构[J].法律科学,2013(4):125-132.
- [38] 美国法律研究院.公司治理原则:分析与建议[M].楼建波,等,译.北京:法律出版社,2006:560.
- [39] 王立争.农村集体成员派生诉讼的理论探索[J].河南师范大学学报(哲学社会科学版),2015(2):79-83.
- [40] 王丹.派生诉讼资金激励问题研究[J].比较法研究,2015(5):165-176.
- [41] 高达.农村集体经济组织成员权研究[D].重庆:西南政法大学,2014:241.

(责任编辑:宋雪飞)