

## 公益诉讼:国家所有权保护和救济的新途径\*

颜运秋

**内容提要:**国家所有权是社会全体成员共同占有生产资料的所有制形式在法律上的反映,是公有制社会的国家为全体人民的利益对全民共同占有的财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。因其法律制度上的内在缺陷,加之我国现有的救济制度的不完善,使得国有财产遭受了十分严重的侵害。公益诉讼是任何组织和个人根据法律授权,就侵犯国家利益、社会公益的行为提起诉讼,由法院依法处理的司法活动。因此,它可以适当地弥补这两者的缺陷,从而成为保护和救济国家所有权的一种新途径。

**关键词:**国家所有权 公益诉讼 保护 救济

颜运秋,中南大学法学院教授。

### 一 现有国家所有权保护和救济制度分析

因为国有财产的重要意义,我国法律对于它的保护向来都是不遗余力的,从宪法到各个相关的部门法都有关于国家财产保护的条款,但是,这种几乎称得上是全方位保护的的实际效果却非常不理想。据国家统计局资料显示,近几年国有资产以年平均5%的速度流失;20世纪90年代以来,每年流失1000亿元,日均流失3亿元;2004年中央企业清产核资,清理结果显示国有资产损失高达3521.2亿元。在最高人民检察院和国有资产管理局共同调查的一起案件中,一笔价值1亿元的国有资产,竟被某国企领导以300万元的价格转让给私有企业。<sup>[1]</sup>除国企财产之外,国有资源的破坏、公共设施的损毁也非常之严重。总的来看,国有财产保护和救济存在的问题主要在这几方面:一是由于国有财产管理部门管理能力有限,加之国民对于国有财产的保护不够积极,造成国有财产的外部损害;二是由于国民对于官员们的监督乏力,官员们侵占、私自处分国有财产所造成的内部损害;三是一旦国有财产遭受侵害,现有的救济途径很少,仅有的救济途径往往徒具虚名,不能真正弥补国有财产遭受的损失,而且,国有财产的真正权利人——普通国民无法进行有效的救济。这样严重的情况足以引起我们对于现有保护和救济制度的反思。

#### (一) 人民保护国家财产的积极性很低

人的行为受利益驱动,在没有利益的情况下,人们行为的积极性就无法提起。古人曾经说过“无财民不发奋”,在国有财产保护方面同样是这个道理。国有财产属于一个虚拟的“国家”所有,人民即使积极地保护国有财产,也无法看到从这种行为中得到什么好处。这就造成了人们在国有财产遭受侵害时普遍十分冷淡,没有保护的意识,甚至于自己也加入到侵害国有财产的行列中去。在下面的段落中,我们将要论证赋予全体国民在国有财产遭受侵害时提起诉讼的权利的必要性,我们同时也认为,虽然赋予

\* 本文是颜运秋主持的国家社会科学基金课题《公益诉讼法律制度研究》(05BFX045)的阶段性成果。

[1] 郭恒忠、吴晓锋:“公益诉讼何去何从”,《法制日报》2005年9月28日;贺飞:“国有资产流失的类型”,《内蒙古煤炭经济》2006年第7期。

全体国民以诉权是重要的,但让国民在这种行为中得到利益同样是重要的,否则,即使有诉权,人民可能还是会像现在这样冷漠。而我国现在的法律制度却几乎无视这一点的存在,根本不能调动全体国民保护国有财产的积极性。因而有待改进这样的法律制度。

## (二)民法保护不被重视

我国法律体系中保护国有财产的条款非常之多,但是保护的现状为什么这么糟糕呢?民法保护不被重视是其中的一个原因。国有财产的损害来自于两个方面:第一个方面是内部管理人的损害,即国有财产的经营管理者们侵吞国有财产,或者玩忽职守造成国有财产的损失等;第二方面是外部的损害,即由于国有财产经营管理者之外的人损毁、偷盗和破坏等行为所造成的国有财产的损害。相比之下,造成国有财产损害的主要原因来自于第一方面,即内部人的损害。对于内部人的损害,我国法律在惩处上显得比较“宽厚”,一般都是给予行为人以党纪或者行政处分。这种惩处方式存在的问题是显而易见的:一是威慑力明显不足,这使得内部侵害行为十分猖獗,本事大者,鲸吞虎据,本事小者,鼠窃狗偷,国有财产就这样白白地流失了。二是国有财产的损失得不到弥补。现有法律在对待内部侵害行为上,极少以“赔偿损失”这种形式作为惩处手段,这使得国有财产的损失无从弥补。我们认为,国家所有权属于民法上的物权,应当加强民法上的保护,要赋予国家(由人民检察院或者国民作为其代表)以民事诉权,重视在私权领域解决问题。如果仅仅给内部侵害人以党纪、政纪处分,是不能很好地解决内部侵害问题的,应该让他们承担民事责任,如赔偿损失等,这样才能使经营管理者尽职地管理好、经营好国有财产。注重民事方式的保护也能在国有财产遭受损害时使国家损失得到很好的弥补。

## (三)现有救济的途径很少

我国法律中关于国有财产保护的条款虽然很多,但大多数条款都缺乏具体行为模式或者缺乏法律后果,属于典型的宣言性立法。<sup>[2]</sup> 我们的宣言性立法和外国的象征性立法或叙述性立法很相似,但是它们在实践中作用,在可诉性上大不相同。在西方国家,象征性立法或者叙述性立法并不妨碍其在法庭或在其他纠纷解决程序中被引用为法律根据,因此它们可以通过判例和司法解释得到重构和新生;而在我国,这种宣言性立法的可诉性则大为削弱,几乎丧失其作为法律规范的功能。<sup>[3]</sup> 这就意味着我国法律中那么多关于国有财产保护的条文在实践中作用很少,即使国有财产遭受侵害,能够被起诉到法院的可能性是少之又少。现有的可能的诉讼救济途径主要有两种:一种形式是由人民检察院在公诉时提起附带民事诉讼。我国《刑事诉讼法》第77条第2款规定:“如果是国家财产、集体财产遭受损失的,人民检察院在提起公诉的时候,可以提起附带民事诉讼。”在侵犯国家财产构成犯罪时,检察院在提起公诉时,可以提起附带民事诉讼。但是,如果这种行为并没有构成犯罪呢?在这种情况下,检察院是不能直接提起民事诉讼的,那么这种侵害又如何救济呢?另一种形式是由国有企业提起民事诉讼。法律依据来自《物权法》的第三章“物权的保护”。在现实中,这种形式的诉讼绝大多数是针对国有财产的外部侵害问题,对于内部侵害则几乎不起什么作用。即使针对外部侵害,还普遍存在国有企业的领导怠于行使诉权的问题。

## (四)人民参与救济的途径缺乏

我国的法律规定由国务院代行国家所有权,因此救济权利也几乎由行政部门垄断了,国家所有权的真正主体——全体国民却没有启动救济的途径。虽然《宪法》第41条规定,“中华人民共和国公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告和检举的权利……”但在实践中,如果相关的部门不作为,通过这种方式来进行救济几乎是不能起到什么效果的。这种几乎由行政部门垄断救济途径的法律制度安排是极为有害的,它不符合国家所有权内涵的制度;如果连中华人民共和国的国民——国家所有权的真正权利人,在国有财产遭受侵害时都只能作为旁观者,不能采取任

[2] 典型的例子有《民法通则》第73条规定:“国家财产神圣不可侵犯,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。”《物权法》第56条规定:“国家所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。”

[3] 颜运秋:《公益诉讼理念研究》,中国检察出版社2002年版,第60页。

何行动,这在法学理论上是无论如何都讲不过去的!更何况,行政部门作为国有财产的管理者其实就是国有财产的最大损害者,让他们去以已诉已,这也显得很荒唐。

从国有财产保护和救济现状所暴露的问题来看,有两点亟待解决:一是要赋予国家以民事诉权,这种权利应由人民检察院代表国家行使;二是使全体国民在国家所有权遭受侵害时有提起诉讼的权利(这种诉权在某种意义上讲也是代表国家行使的)。惟有赋予国家以民事诉权,才可能使国家所有权在私权领域得以解决,回归物权的本来面目;惟有使全体国民拥有诉权,才能体现国家所有权的制度内涵。基于这两个方面的思考,我们认为,采用公益诉讼制度来保护和救济国有财产是可行的也是必要的。

## 二 公益诉讼的尝试

国家所有权制度完善问题的关键在于,国家如何通过建立和健全民主和法律制度而切实代表人民的意志和利益。<sup>[4]</sup> 以上分析可以看出,现有的法律制度是不能很好地代表人民的意志和利益的,这些制度安排没有达到设立国家所有权制度的目的要求。在这种法律制度下,作为国家所有权的真正主体——全体国民没有表达自己意志和利益的途径。这也许就是造成国有财产保护效果很不理想的关键因素:即在国家财产遭受侵害时,国民没有直接提起诉讼的权利。我们认为,国家所有权制度的缺陷可以用公益诉讼制度来加以解决,即把诉权赋予全体国民或者其他一些主体,在国有财产遭受侵害时,这些主体能够提起诉讼。惟有这样,才能使国家所有权制度在实际运行中最大限度地体现全体国民的意志和利益。

公益诉讼是任何组织和个人根据法律授权,就侵犯国家利益、社会公益的行为提起诉讼,由法院依法处理的司法活动。<sup>[5]</sup> 公益诉讼制度肇端于罗马法,在罗马诉讼程序中,有私益诉讼和公益诉讼之分。前者乃为保护私权而设,仅特定的个人方可提起诉讼;后者乃为保护社会公共利益而设,除法律有特别规定之外,凡市民皆可提起。在罗马法中,公益诉讼又分为市民法公诉和法官法公诉。市民法公诉是由市民法所规定,被告所付的罚金归国库,但起诉者可得一定的奖金。法官诉讼为法官法等谕令所规定,被告所付罚金,归起诉者所得。如果对同一案件有数人起诉,则由法官选择一人为原告。<sup>[6]</sup>

罗马法的公益诉讼制度对大陆法系及英美法系国家都产生过重要影响,目前两大法系的代表性国家几乎都有公益诉讼制度,只不过名称各有不同而已。美国是现代公益诉讼制度比较健全的国家,公益诉讼制度在美国出现的时间很早。1890年,美国国会通过了《谢尔曼反托拉斯法案》(即《谢尔曼法》),它主要禁止企业间横向联合进行限制竞争行为和垄断以及企业兼并行为。该法律规定,对于违反托拉斯法案的公司,司法部门、联邦政府、团体乃至个人都可以提出诉讼。这项法案的出台,标志着公益诉讼制度在美国的诞生。此后,美国法院又从1940年的桑德斯兄弟广播站案和1943年的纽约州工业联合会诉伊克斯案等判例中发展出“私人检察官”制度,该制度也是典型的公益诉讼制度。德国的公益诉讼制度叫做团体诉讼,团体诉讼是将具有共同利益的众多法律主体提起诉讼的权利“信托”给具有公益性质的社会团体,由该团体提起符合其章程和设立目的的诉讼。团体诉讼的判决当然地及于团体当中的所有成员。此外,意大利的团体诉讼制度、日本的民众诉讼制度和印度的“书信管辖权”制度都具有明显的公益诉讼的特征。

以上各个国家的诉讼理论和司法实践都证明:对我国传统诉讼理论和制度进行必要的突破,在现有的诉讼体系中加入公益诉讼制度是完全可行的。公益诉讼制度的建立有助于弥补现有诉讼制度的缺陷,使得国家所有权得到很好的救济;它同时也可以弥补国家所有权制度自身的缺陷,使得这个基于我们独特国情考虑的所有权制度的优点能够更好地发挥出来。理由至少有以下两点。

[4] 王利明:《国家所有权研究》,中国人民大学出版社1991年版,第81页。

[5] 颜运秋:《公益诉讼理念研究》,中国检察出版社2002年版,第52页。

[6] 周相:《罗马法原论》,商务印书馆1996年版,第886-887页。

首先,国有财产具有典型的公共利益属性,因而它的司法救济途径应该采用与其相契合的公益诉讼制度。国家所有权是国家为全体人民的利益对全民共同占有的财产享有的占有、使用、收益和处分的权利,该权利设计的初衷就是从全体国民的利益出发的。国家所有权的主体是全体国民,他们是国家所有权制度所代表的公共利益的最最终归属者。国家所有权的客体虽然无限广泛,但也无一例外地体现着全体国民的公共利益。比如公有财产乃是基于为公众服务的目的,由行政企业、事业单位及军事机构等所拥有的必要财产;公用财产乃是由国家提供,由国民免费使用的财产,其公益性自不待言;经营性财产主要指的是国有企业的财产,国有企业设立一般不以营利为目的,至少它不是以营利为唯一目的,它的主要作用在于执行国家计划和经济政策,担负国家经济调节管理的职能,<sup>[7]</sup>因此经营性财产的主要目的也在于增加全体国民的福祉,以公共利益为其主要目的;资源性财产,如矿藏、水流、海域、森林、山岭、草原、荒地等,这些都是国民维持生存之基础,如果这些财产遭到破坏,国民的生存都将遭受巨大威胁。可见,国家所有权与个人所有权不同,它所包含的利益并非个人利益,乃是社会公共利益。如若国家所有权遭受侵犯,受损的也并非单个人,而是全体国民。我国传统诉讼理论中的“直接利害关系人”理论和“行政相对人”理论都是以“个人本位”为出发点的,而国家所有权制度的设立是为了与我国的社会主义公有制保持一致,它的出发点是社会本位,这造成我国现有的诉讼制度无法在国有财产遭受侵害时施以有效的救济。也就是说,我国在现行救济制度中的程序规则与国家所有权制度中的实体规则严重不相适应。拉德布鲁赫曾说:“如果将法律理解为社会生活的形式,那么作为‘形式的法律’的程序法,则是这种形式的形式,它如同桅杆顶尖,对船身最轻微的运动也会作出强烈的摆动。”<sup>[8]</sup>由此我们可以知道,一个具体的实体制度的有效实施是需要与其内在精神相适应的程序规则作为支撑的,如果程序规则缺失或者不相适应,那就会造成实体制度运行大打折扣,权利遭受侵害而得不到有效救济情形的出现就在所难免了。因此,非常有必要在我国的诉讼体系中增加公益诉讼制度,让这种与国家所有权制度内在精神相契合的诉讼制度更好地对国有财产损害进行救济。(当然,对国有财产损害进行救济只是公益诉讼制度的一项功能,我们没有仅仅为了解决国有财产损害的问题而要另外增加一套诉讼制度的意思。)

其次,公益诉讼可以弥补国家所有权制度的多个漏洞。公益诉讼制度因其特有的诉讼激励制度,使国民在提起诉讼获得胜诉之后,可以获得一定数额的补偿,这使得人们有积极性去关心国有财产的保护问题,在国有财产受到侵害时,也会及时提起诉讼;公益诉讼制度可以解决现在国有财产管理者管理能力有限的问题,它通过把诉权赋予全体国民,从而使任何国民都能够对损害国有财产的行为提起诉讼,这样极大地扩大了原来有限的管理范围。此外,公益诉讼制度也可以使普通国民能够对国有财产的经营管理者们进行很好的监督,而不再是原来法律所规定的那种空泛的监督、检举、揭发的权利,这使得经营管理者们能更好地履行经营管理国有财产的职责。更重要的是,公益诉讼制度赋予国家检察机关以民事诉权,这不但拓宽了原来的救济途径,而且使得国有财产的民法保护力度大大地加强了,能够使国有财产的损失得到很好的弥补。可以这样说,公益诉讼制度如果在我国得以建立,一定能够让国有财产得到更好的保护和救济,从而使我国所特有的国家所有权制度能更好地发挥作用。

### 三 公益诉讼原告资格之拓展

公益诉讼是一种新的诉讼类型,目前是学者们研究的热点问题。公益诉讼的启动主体(即原告资格问题)无疑是公益诉讼最核心的问题,也是它对传统诉讼制度的一个关键突破点。我国《民事诉讼法》第108条规定启动诉讼的原告必须是“直接利害关系人”,这使得国有财产的真正主人在国有财产遭受损害时却无法采取行动,因为国有财产的主体是国家,他并非“直接利害关系人”。另外如《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》虽然有些差别,但是几乎都要求原告必须是自身的合法权益受到侵害的自然人、

[7] 漆多俊:《经济法基础理论》(第三版),武汉大学出版社2003年版,第335页。

[8] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第120页。

法人和其他组织(检察院公诉是例外)。这是阻碍公益诉讼制度建立的最主要障碍,是限制公益诉讼得以展开的瓶颈所在。由于社会公共利益这种“新型利益”并未得到我国诉讼法的确认,这使得普通国民无法成为适格的原告,他们为公共利益所提起的诉讼经常不被法院受理,即使被法院受理,也很少有获得胜诉判决的。在现阶段,我们可以借鉴国外在诉讼法方面的先进经验,“法律权利标准”让位于“利益范围标准”,即原告提起诉讼时,并不一定要求他的利益属于法律明确规定的范围之内,只要他能够主张受损害的利益处于法律规定或者调整的利益范围之内,就可以请求司法救济。这就意味着因违法行为遭受间接损害的相对人甚至利益受影响的“任何人”,均有原告资格。<sup>[9]</sup>因此,当下几乎所有研究公益诉讼的学者都认为应当对提起诉讼的原告资格进行拓展。不过在这个问题上,学者们的意见有较大的差别,他们提出的看法主要有这么几种:第一种是“一主体说”,即认为只有检察院才有资格作为提起公益诉讼的主体,公民、法人或者其他组织仅享有请求检察机关提起公益诉讼的权利,而没有直接提起公益诉讼的主体资格。<sup>[10]</sup>第二种是“二主体说”,即认为启动公益诉讼的主体要么限定在检察机关和公益性组织这两者之间,要么应限定在检察机关和公民之间。<sup>[11]</sup>第三种是“三主体说”,即公益诉讼的起诉主体应该是检察机关、社会团体或组织、公民。<sup>[12]</sup>最后一种是“四主体说”,认为公益诉讼的启动主体应该包括检察机关、有关行政机关、社会团体或组织、公民个人四种。<sup>[13]</sup>造成这种差别的原因可能是因为学者们思考问题的角度不同和欲解决的实际问题的不同,都有他们各自的道理。鉴于国家所有权保护和救济问题的特殊性,我们认为,提起公益诉讼的主体应该包括以下四类。

### (一) 检察机关

我们目前的诉讼法制度只赋予检察机关在刑事案件中的公诉资格(可附带提起民事诉讼),并未赋予其以民事公益诉讼资格,这样就使得如果侵害国家所有权的行为本身未构成犯罪,检察机关这种代表国家行使诉权的机构在国家利益遭受损害时无法提起诉讼。其实,早在建国初期,我们的法律就曾规定检察机关负有提起公益诉讼的职能,同时,统计记载检察机关也提出过公益诉讼案件。<sup>[14]</sup>建国后,从《民事诉讼法(试行)》开始施行以后,检察院在民事案件方面的主要职能就界定在对已经发生法律效力民事案件进行抗诉监督上,再没有赋予其以原告身份代表国家利益提起民事诉讼的职能。但在后来的法律实践中,检察机关作为原告,也曾经进行了大量的民事公益诉讼,并大都取得了很好的效果。<sup>[15]</sup>此外,赋予检察机关以民事公益诉讼原告资格也是西方国家的普遍做法。因此,在国家所有权的保护和救济问题上,我们很有必要赋予人民检察院提起民事诉讼的权利。赋予检察机关以民事诉权还有一个非常重要的意义:可以还国家所有权以民法物权的本来面目,使国有财产的损害问题能够以民法方式得以解决。当然,由于人民检察院在提起公益诉讼时具有当事人和法律监督者的双重身份,检察院在公益

[9] 刘桂清:“公益诉讼的两难境地——理性的选择与制度的障碍”,《学术论坛》2004年第1期。

[10] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第628页。

[11] 张晓玲:“论行政公益诉讼权”,《行政与法》2006年第10期;朱永刚:“行政公益诉讼问题研究”,《天水行政学院学报》2006年第5期;崔家新、宗玲:“试论我国公益诉讼制度的构建”,《淮海工学院学报》(社会科学版)2006年第3期,等等。

[12] 江伟、徐继军:“将‘公益诉讼制度’写入《民事诉讼法》的若干基本问题的探讨”,《中国司法》2006年第6期;刘显彤:“论环境公益诉讼的原告”,《前沿》2006年第10期;翦继志、刘江:“论我国经济公益诉讼制度的构建”,《贵州民族学院学报》(哲学社会科学版)2006年第2期;王玉萍:“论行政公益诉讼制度”,《四川行政学院学报》2006年第5期,等等。

[13] 林旭菁:“环境公益诉讼若干问题的探索”,《环境》2006年第7期。

[14] 1949年12月制定的《中央人民政府最高人民检察院暂行组织条例》第3条规定,检察机关的职责之一,是“对全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼,均得代表国家公益参与之”;第10条规定,最高人民检察院第三处掌管的事项之一,就是“关于全国社会与劳动人民利益有关之民事案件参与事项”。其他相关的法律也有相同的规定。在1954年部分统计中可以看到,辽宁、安徽、江西等9省市的检察机关共办理民事案件2,352件,这其中相当部分的公益诉讼案件。参见柯汉民:《民事行政检察概论》,中国检察出版社1993年版,第34页。

[15] 典型案例如河南方城县人民检察院于2003年初以方城县工商局和另一个体户为共同被告进行起诉,请求确认他们之间的房地产买卖合同无效,该案被学者们称之为“建国以来我国公益诉讼第一案”。“据不完全统计,截至到2003年,各地检察机关已提起了200余起民事公益诉讼案件,并且大部分都取得了很好的效果。”参见谭闯等:“检察机关提起民事公益诉讼研究”,《西南政法大学学报》2005年第1期。

诉讼中的地位问题还需要在立法上加以明确规定。

## (二) 公民个人

任何公民个人可以对损害公共利益的行为提起诉讼是公益诉讼区别于传统三大诉讼的最主要特点。随着社会的发展,作为诉讼基础的利益纷争已经明显地社会化了,诉讼的目的也不仅限于对个人利益的维护,因此,按照传统的“当事人适格”理论来衡量原告是否适格已经不符合时代发展的需要。法制先进的国家,在这方面的理论和实践都已经有了实质性的突破。在美国,“法律就是朝着允许全体公民起诉他们所感兴趣的任何行政裁决的方向发展”;而且,“尽管宪法包含了有关原告资格的规定,国会仍可以为某个人或某种人规定他们本来所没有的原告资格。即便有关个人没有通常所要求的那种直接的个人利害关系,法律赋予他们的原告资格仍是有效的”,即国会可以通过制定法律授权某个原本没有起诉资格的公民或公民团体提起行政诉讼。赋予法定原告资格并不是创设新的私法权利,其目的在于保护有关的公共利益。被授权提起诉讼的私方当事人虽然与该诉讼没有切身的经济或其他利害关系,但他们“具有公共利益代表人的资格”,是“私方司法部长”。<sup>[16]</sup>可见,公益诉讼就是通过赋予公民个人对于损害公共利益的行为以诉权从而突破了传统的诉讼理论。从相关国有财产损害赔偿的案件来看,公民个人作为国有财产的真正权利人,以原告身份提起诉讼当然是无可厚非的。此外,赋予公民个人以诉权可以提高公民参与保护国有财产的积极性,从而对侵害国家所有权的行为形成有效的威慑与监督制约。

## (三) 公益组织

因为国家所有权客体的无限广泛性,有不少国家所有权的客体是一些公益组织所保护的目标。这些公益组织包括野生动物保护组织、珍稀植物保护组织、文物保护组织、环境保护组织等等。保护国家所有权与他们建立公益组织的目标是完全一致的,而且他们在这些方面不但具有专业优势,同时也具有组织代表性,因此,我们认为,可以考虑让这些公益组织作为原告在相关国家所有权客体遭受损害时对行为人提起诉讼。

## (四) 特定行政机关

在对国有财产的损害中,政府部门中的国家公务员及国企中的国家工作人员因为其自身职务的优势,往往成为侵害国家所有权的行为人,内部侵害所造成的国有财产的损失也远远高于外部侵害。一些特定的行政机关,如反贪局及行政监察机关,在一些时候,应该能够成为提起诉讼的主体,而不是一直停留在给官员们以行政处分的阶段上。这些机构因为性质的特殊性,在提起诉讼时较公民个人甚至检察院都更有优势。

在国有财产遭受损害时,提起诉讼的主体应当根据不同的场合作不同的安排。在国有财产遭受外部侵害时,启动诉讼的主体是比较容易界定的,检察机关、公民个人和公益组织可以作为原告提起诉讼是没有问题的。在内部侵害中,问题就要复杂得多,因为内部侵害不但涉及政府这一块,还涉及国有企业那一块。在政府这一块,检察机关、公民个人、公益组织和特定的行政机关应当可以作为原告提起诉讼;在国企那一块,则还有一个度的问题,因为如果提起诉讼可能会有干涉企业自主经营权之虞,在必要情况下,也应该赋予但检察机关、公民个人和公益组织原告资格,假如行为人是国家公务员,特定行政机关也应该可以提起诉讼。此外,有些学者还认为,应该赋予工会和国企职工以诉权,<sup>[17]</sup>我们认为这仍然是值得进一步探讨的,限于本文篇幅,在此就不再展开。

# 四 公益诉讼的其他重要问题

由于公益诉讼在诉讼的目的与原则、原告理论、诉权理论、诉的利益理论等方面都与传统诉讼有着

[16] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第420-423页。

[17] 赵万一:“论国家所有权在物权法中的特殊地位”,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期。

较大的差异,因而公益诉讼的具体制度当然会有别于传统诉讼。除了前面所讨论的原告资格问题外,尚有一些制度不同于传统诉讼,有一些制度甚至是公益诉讼所特有的制度。下面我们将就公益诉讼具体制度的一些重要问题作一点初浅的探讨。

### (一) 穷尽权利救济原则

我们都知道,法律制度的改革是一个渐近的过程,不可能在很短的时间内就有很大的变化,我们也不能指望公益诉讼制度能够在短时间内在中国得以建立。因此,在公益诉讼还仅仅停留在学者们研究的层面时,我们必须是在已经穷尽了现有法律制度下的所有救济方式后仍然没有效果的情况下才能提起公益诉讼,这是目前情况下的一个最基本的原则,该原则的目的在于使问题尽量能够在现有法律制度内解决。有些国家在穷尽权利救济方式后准备提起公益诉讼前,还需要向主管部门、政府部门和违法者本人履行告知义务,这也是给相关责任部门及违法者们最后一个机会,希望他们能够履行自己的义务或者纠正自己的行为。<sup>[18]</sup>“穷尽权利救济”作为公益诉讼的一个基本原则还有两个方面的原因:一是因为对侵害国家所有权的行为提起公益诉讼成本太高;二是因为目前我国的司法资源非常有限,能够采用司法以外的方式解决就尽量采用其他方式解决,不到万不得已不轻易启动公益诉讼。

### (二) 管辖问题

管辖权的确定是诉讼程序启动的首要问题,是司法权行使的前提条件,合理确定与正确行使管辖权,有利于诉讼的顺利进行和案件的及时处理,为保障诉讼的公正,提高诉讼的效益奠定良好的基础。有关国家所有权的公益诉讼案件有两个主要的特点:一个是大部分案件关系国家整体利益,属于重大案件,如关于国有企业的公益诉讼、环境公益诉讼案件等。因为基层法院的审判能力及抵抗各方面干扰的能力不够,因而这些案件在基层法院几乎无法得到公正审理;二是有不少关于国家所有权的公益诉讼案件会受到“司法地方保护主义”影响。有学者认为,国资流失与我国目前薄弱的司法体系密切相关。现在大批地方国企搞破产逃债,形成银行呆账坏账,而当地法院推波助澜,“助纣为虐”。这是因为“破”掉的是国有银行的资产,而地方企业则可以逃掉银行债务,这显然对地方经济发展有利。人、财、物都由地方供给的法院,司法的“地方本位”自然难以避免。同样地,在国企高管侵吞国资而酿成诉讼时,司法往往被地方上的人情或者利益所俘获,独立性很难得到保障。<sup>[19]</sup>该学者分析的主要是国资流失的情况,通过他的分析,我们也不难想象,如果是关于国有财产的诉讼案件,其受“司法地方保护主义”的影响恐怕也是完全相同的。鉴于关于国家所有权的公益诉讼案件这两个主要的特点,我们认为,在管辖问题上,基本上应按照《民事诉讼法》的管辖规则进行(国家所有权是物权,适用民诉的管辖规则自然没有问题),但在一些重大案件或者可能会造成“司法地方保护”问题的案件上,应该采用提高审级的方法来克服这两个缺点。

### (三) 诉讼费用

在公益诉讼案件受理费上,学者们的分歧比较大。有些学者认为,为了提高人们提起公益诉讼的积极性,更好地保护公益,公益诉讼案件不能收取受理费;有的学者认为应该收取一定的诉讼费,如果不收取诉讼费,容易出现“滥诉”的情况。我们认为,这些看法过于简单和片面,在公益诉讼案件的诉讼费用问题上,应该根据起诉主体不同而有所区别:在有关国家所有权救济的公益诉讼案件中,如果起诉的是人民检察院和国家特设机关,即应该承担必要的诉讼费用,这笔费用应由国库开支;如果起诉主体是公民个人和公益组织,则应该借鉴国外的先进经验,如美国和意大利的法律认为在当事人确认无力缴纳诉讼费或者是为了维护公共利益提起诉讼时,应该允许其缓交或减免诉讼费。两国的法院都曾判决预收

[18] 美国环境法中的公民诉讼规定公民提起诉讼前 60 天内必须将起诉通知通告联邦环保局、违法行为所在州和违法者本人。这 60 天通告期的规定被看作是给联邦环保局一个机会,使其得以在公民起诉前采取相应行动,如果公民没有履行 60 天诉讼通告期制度,则禁止公民起诉。参见韩志红、阮大强:《新型诉讼——经济公益诉讼的理论与实践》,法律出版社 1999 年版,第 248-249 页。

[19] 汪小文:“关于国企改革和国有资产流失的争论”,《社会科学论坛》2006 年第 6 期。

原告诉讼费用的要求违宪。<sup>[20]</sup> 有鉴于此,比较合适的做法是参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第129条的规定,“依照民事诉讼法第五十五条审理的案件不预交案件受理费,结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳。”也就是说,在原告是公民个人或公益组织的时候,可允许其不预交案件受理费,在结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳。此外,在诉讼费用的问题上,还可以采取诉讼费用保险制度或者成立公益诉讼基金来解决。

#### (四) 举证责任

关于国家所有权的公益诉讼案件,应当根据客体的类型,依据相关的法律来确定举证责任。比如污染水源等侵犯资源型国有财产的案件,可以参考《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第3款的规定:“因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。”该条采取“举证责任倒置”的方法让被告承担举证责任。在国有企业财产流失这一块,也应该由被告承担举证责任。<sup>[21]</sup> 因为国家所有权的客体实在太广泛了,不可能有一个用之皆准的举证规则,所以仅举此两个为例。基本规则是:如果起诉的是人民检察院和国家特设机关,则应该承担必要的举证责任;如果起诉主体是公民个人和公益组织,则一般实现举证责任倒置。

#### (五) 司法积极主义

除了在行政规章中有公益诉讼的提法之外,公益诉讼制度在我国的法律体系内基本上是一片空白。对于国家所有权采用公益诉讼的方式进行保护和救济,这方面的制度也付诸阙如。非但没有相关的制度,连学者们的研究都不够深入。在这样的情况下,如果采用英美法系国家法官在诉讼中处于消极状态的作法是不妥的,最好的办法是使用“司法积极主义”原则,法院应利用职权对公益诉讼进行广泛干预。比如多个主体同时提起诉讼问题、滥用诉权问题,或者在公民个人提起诉讼的时候考量原告方有无胜诉的把握(如无胜诉把握,还不如不受理)以及受理之后对原告诉讼行为的监督等事项,都需要法院进行积极干预。当然,这种“司法积极主义”是有限的“积极主义”,不是没有原则的“积极主义”。要严格依照法律进行,在没有立法的时候,要严格依照诉讼法理进行。

#### (六) 激励制度

正如前面所分析的那样,如果提起诉讼的原告(特别是公民个人作为原告)不能在诉讼中得到利益,那么其提起诉讼的积极性就会受到很大影响,甚至根本就不会想到去提起诉讼。因此,给予提起诉讼的原告适当奖励是非常必要的,惟有让原告能在诉讼中得到利益,才可能会激发他们提起诉讼的积极性,从而使国家所有权得到很好的保护。如美国反垄断法《克莱顿法》第15条第3款就规定,“依据本条提出的任何诉讼中,若原告实质上占有优势,法院将奖励原告诉讼费用,包括合理的律师费”。还有其《反欺骗政府法》规定:败诉的被告将被处以一定数额的罚金,原告有权从被告的罚金中提取15%~30%的金额作为奖励。美国法律中的这些条款对我们来说都有着重要的借鉴意义。另一方面就是诉讼的约束制度。如果败诉,行为人将面临严重的后果,因此不排除行为人对原告许以十分慷慨的条件,与原告进行和解的可能。而且,也有可能行为人会想尽一切办法给原告施压,使其中途撤诉。这些情况我们在制度设计时都需要准确地预见,并设置相应的约束规则,限制原告的自由处分权。当然,在限制原告自由处分权的同时,对原告的安全保护也应该有所考虑。

## 五 制度实现的路径

目前,我国学者对公益诉讼的研究非常之热,许多学者都投身于其中,并且取得了相当可观的研究

[20] *Boddie v. Connecticut* 401 US371 (1971); *Italian Constitutional Court, Decision of 23 Nov. 1960.*

[21] 这是“由于主张、证明权利所必要之事实、证据,大多偏在于被告所支配独占之领域(如:有关生产、制造过程等公害发生源之资料,系在被告企业之工厂内),而且,其争点事实之判断多需借助于科技新知,非原告自力之所能。因此,如何强化法官之职权,以减轻或缓和原告所负之主张、举证责任,而改善其收集事实、证据之能力,事关当事人间武器对等之实质上保障,亦不容轻忽。”参见邱联恭:《司法之现代化与程序法》,台北三民书局1992年版,第13-14页。



成果,但是,不少学者研究公益诉讼都是出于“跟风”或者“赶时髦”,往往显得“激情有余,理性不足”。有人提出,“我们对纳税人公益诉讼要以理性的眼光去看待和理解。要考虑到制度价值与制度建设的关系,不能只看到制度价值而不去看该制度是否能与本国的法律体系相整合。对于是否应当建立公益诉讼制度应当进行理性的逻辑分析,仅靠制度价值是不足以支撑制度建构的。”<sup>[22]</sup>他的提醒使我们在写作这篇文章时如履薄冰,从头到尾我们都非常小心地叙述和论证,生怕我们的思路无法与我国的法律体系相整合,从而成为仅供我们“自娱自乐”的空中楼阁。我们已经花了很长的篇章论证公益诉讼制度对于国家所有权保护和救济的重大意义,同时也思考并论述了利用公益诉讼方式来保护和救济国家所有权的一些具体制度问题。剩下的问题便是:这样一种极有价值的制度如何在我国现有法律框架内实现?如何与我国的法律体系相整合?

公益诉讼制度与传统诉讼制度有着质的区别,它的建立势必带来我国诉讼制度的重大变革。这将是一个比较长的过程,我们并不奢望它能够在短时间内建立起来,而且,快速地建立公益制度也未必是一件好事。法律制度的变革本来就是一个循序渐进的过程,不太可能会一蹴而就,如果某一个制度在我国得以迅速建立,那必然会影响到法律的稳定性,给我国的法治建设带来很大的负面影响。美国在积累大量的司法判例之后,发展出了“私人检察官”理论。我国的法律制度虽然与美国有着很大的不同,但是美国公益诉讼制度得以建立的经验可以供我们借鉴。我国虽然并不承认判例法,但是最高人民法院公布的典型案例对各级法院具有示范作用,其颁布的司法解释可以作为法律依据直接适用。因此,我们认为,目前可行的方法在于先通过一些典型的公益案件的判决,逐渐积累经验,等到一定时候,再由最高人民法院颁布司法解释来确定这些实践经验,然后再上升到立法层面,让公益诉讼制度慢慢渗透到我国的法律体系中去。与此同时,我们还要不断地改进相关的法律制度,让公益诉讼制度得到进一步完善。

可喜的是,公益诉讼方面的案例在我国已经非常之多,其中成功的案例也不少。近年来,就有北京律师李刚诉全国牙防组案,该案直接导致卫生部宣布撤消全国牙防组,并对假认证进行大规模清理;还有河北律师乔占祥诉铁道部春运涨价案,它使得国家计委对铁道部涨价进行全国直播听证,并使铁道部决定在 2007 年春运期间火车票不再涨价;以及天津律师李方平诉天津中铁电气化勘测设计院乙肝就业歧视案,该案导致劳动和社会保障部立法对乙肝患者进行保护。等等。这些公益诉讼案件虽然并不一定都胜诉了,但它们都在全国引起了很大的影响,并产生了积极的社会作用。这些案件无论结果如何,它们所积累的经验对于我国公益诉讼制度的建立来说都是极为重要的。在国家所有权保护和救济方面的公益诉讼案件也很多,主要是由检察院提起的,<sup>[23]</sup>由个人提起的也不少,比较著名的如北大师生起诉中国石油天然气集团等公司的案件中,起诉书所列的第一原告鲟鲤鱼、第二原告松花江、第三原告太阳岛皆是国家所有权的客体,该案虽然并未被受理,但是它对于采用公益诉讼来救济国家所有权却有着异乎寻常的意义。此外,还有衡阳律师罗秋林起诉衡阳市国资委案,罗律师要求衡阳市国资委确认原告对国有资产占有的份额,查处他反映的情况;确认国资委拒不履行政务信息公开的义务的行为违法,等等。这些案件所暴露出来的问题、所积累的经验对于我们在本文所构想的制度的实现都是弥足珍贵的。我们认为,要构建国家所有权的公益诉讼制度,须以国有财产流失和环境污染这两方面的案例为突破口。因为这两个方面是目前我国面临的国家所有权侵害中最迫切的问题,我国现有的救济制度在这两个方面捉襟见肘,有制度更新的迫切需要,而且这两个方面也是目前学者们研究最多的领域,已经积累了不少的学术成果,这些都为最终上升到立法阶段打下了良好的基础。

[22] 徐阳光:“纳税人诉讼:公益诉讼制度需要解决的难题——兼评蒋时林诉常宁市财政局违法购车案”,《2007 年中原民事行政检察论坛论文集》2007 年 10 月,第 210 页。

[23] 以南阳市为例,“10 年来,全市两级检察机关共办理公益案件 377 件,其中提起公诉 48 件,判决 48 件;支持起诉 10 件,判决 10 件;提出检察建议 319 件,采纳 300 件;共为国家挽回经济损失 2800 余万元。在这些案件中,案件性质属于国有财产流失案件 187 件,环境污染案件 110 件,垄断经营案件 35 件,行政乱收费案件 45 件。”参见南阳市人民检察院:“探索公益救济途径 完善检察监督职能——南阳市检察机关开展公益诉讼工作十年回顾”,《2007 年中原民事行政检察论坛论文集》2007 年 10 月,第 15 页。

更为可喜的是,在国家所有权的保护和救济方面,我国的公益诉讼制度的脚步似乎迈得更远了。在上面提到的环境违法和国有财产流失两个方面,我们已经进入到了立法阶段或者准立法阶段。2006年国务院发布的《关于落实科学发展观加强环境保护的决定》提出:“鼓励检举和揭发各种环境违法行为,推动环境公益诉讼。”这是公益诉讼制度在我国法律中的第一次出现,意义十分重大。此后,在2007年3月召开的十届全国人大五次会议上,吕忠梅等代表再次提出了有关建立环境公益诉讼的建议,主张赋予特定的国家机关、相关的社会团体以及个人提起环境公益诉讼的权利。<sup>[24]</sup>《河南省人民检察院关于支持、提起公益诉讼的若干意见(试行)》的第一部分规定了“支持、提起公益诉讼的范围”共三类案件,其中就有两类是关于国家所有权的:一个是“国有资产流失案件”,另一个是“环境污染等侵害社会公共利益案件”。此外,《行政诉讼法(修改建议稿)》也规定:“人民检察院认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的,可以向作出行政行为的行政机关提出要求予以纠正的法律意见或建议,行政机关应当在1个月内予以纠正或予以书面答复。逾期未按要求纠正、不纠正或不予答复的,人民检察院可以提起公益诉讼。公民、法人或其他组织认为行政行为侵害国家利益和社会公共利益的,可以申请人民检察院提起公益诉讼。人民检察院在接到申请之日起2个月内不提起诉讼的,公民、法人或其他组织可以以自己的名义提起公益诉讼。”<sup>[25]</sup>当然,这仅仅还只是一个开始,离我们在本文中构想的国家所有权救济的公益诉讼制度还有相当的距离。但正是因为有了它们,才使我们更有理由相信,我们所构建的制度以及提出的构建的路径是可行的。随着我国法制改革的逐渐推进,这一套极有现实价值的制度构建一定能够在我国的法律体系中得以产生,并弥补现有法律制度的缺陷,更好地保护和救济国家所有权,从而更好地保护建设我国社会主义现代化国家的物质基础。

---

[Abstract] State ownership is the reflection in law of the ownership system whereby the means of production in society are jointly owned by all members of the society. In a society with public ownership, state ownership is the right of the state to possess, use, benefit from and dispose of properties owned by the whole people for the interest of the whole people. The inherent defects in the state ownership system and in the existing relief system have led to serious infringements of state-owned properties in China. Public interest litigations are litigations initiated by any organization or individual according to the law against any act of violation of state or public interests. They can remedy the above-mentioned defects in the systems and become a new approach to the protection of state ownership.

---

(责任编辑:支振锋)

[24] 参见齐树洁:“环境公益诉讼原告资格的扩张”,《法学论坛》2007年第3期。

[25] 马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》,中国政法大学出版社2004年版,第513页。