

# 论民事督促起诉

## ——对国家利益、公共利益监管权的监督

傅国云

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[摘 要] 民事督促起诉是指针对正在流失或即将流失的国有资产,监管部门不行使或懈怠于行使自己的监管职责,检察机关以监督者的身份,督促有关监管部门履行自己的职责,依法提起民事诉讼,保护国家和社会公共利益。这种监督方式既是对国家和社会公共利益的一种公力救济,又具有典型的监督属性,它始终以公权力监督为贯穿主线,体现为对有关国家和社会公共利益的监管部门的直接监督、有限监督。这是近年来民事检察实践中正在探索的一种新的监督方式,理论上的研究尚属罕见。据此,从国家利益、公共利益优先权和公力救济有限性的角度,对民事督促起诉的范围、条件,以及民事督促起诉与民事公诉衔接等程序问题作初步探讨。

[关键词] 国家利益; 公共利益; 监管权; 检察监督; 督促起诉; 程序

### On the Urging of Civil Prosecution

Fu Guoyun

(College of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

**Abstract:** This paper sets forth the urging of civil prosecution, which means that regarding the administrative or supervision department that fails to perform its responsibility or is remiss in performing its responsibility when state-owned assets are or will be draining, the procuratorial department as a supervisor should urge the said department to perform the latter's responsibility, or according to law institute a civil action in order to protect the public interests of the state and the society. The paper considers this pattern of supervision in China as a public relief to the said public interests and having the nature of typical supervision as well. This public supervision reflects a direct supervision and a limited supervision over the supervision department for the public interests of the state and the society.

That is a new kind of supervision, which is being explored in civil prosecutorial practice these years, and related researches have rarely been done. Given this, it is necessary to study the range and the condition of urging of civil prosecution and the procedures linking up the urging of civil prosecution and civil public prosecution from the perspectives of state interest, public

[收稿日期] 2007-11-06

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[作者简介] 傅国云,男,武汉大学法学院博士研究生,浙江省人民检察院民事行政检察处处长,主要从事行政法学及检察监督等方面的研究。

interest, commonweal preference and limitation of public relief.

**Key words:** state interest; public interest; supervisory power; prosecutorial supervision; urging of prosecution; procedure

## 一、民事督促起诉的现实性

民事督促起诉是检察机关为保护国有资产和公共利益,建议、督促有关国有资产监管部门或国有单位及时提起民事诉讼,通过法院判决确认损害国家利益、社会公共利益的民事行为无效,返还被侵占的国有资产,给予受损害的公共利益法律上的救济,对违法者给予一定的民事制裁。这一监督主要基于我国检察权的定位及宪法、《人民检察院组织法》关于检察机关保护国家财产的规定。目前,民事督促起诉尽管缺乏具体程序规范,但总体上符合立法的目的和精种,实践证明也是行之有效的。更重要的是,检察机关通过民事督促起诉可以摆脱民事公诉的困境(检方作为原告的民事公诉遭到法院方面的阻却),不至于面对时常发生的巨额国资流失无所作为,而且可以承担起宪法、法律赋予的保护国有资产、公共利益的职责。

### (一)民事督促起诉是公共利益优位与公力救济的使然

无论是作为私法的民商法还是作为公法的行政法,均奉行国家利益、公共利益优位原则。如我国民法、合同法、公司法等私法均将不得损害国家和社会公益作为一个强行性规范,也就是意思自治的一个禁区。当国家扩大对私领域的干预后,公私法之间的摩擦日渐增加,此时公法的公共利益考量应该有原则上优先的地位。这一点,各国民法纵未如荷兰新民法那样明文规定,实际运作起来也莫不如此。经济流转、交易过程中的一切损害国家、社会公益的民事行为均会被法律所否定,体现在民事诉讼中,法院通过司法判决,确认合同无效,并由此判令当事人承担民事责任;体现在公法的行政执法、刑事司法中,行政主体对损害国家、社会公益的行政相对人做出处罚,以及司法机关对触犯刑律的损害国家、社会公益的行为依法追究刑事责任。民事判决-行政处罚-刑事处罚,体现法律对国家、社会公益的保护和优位。进而,契约自由、意思自治应该从放任转变为受限制,它必须为国家、社会公益让路。毋庸置疑,这体现的是国家和社会公益的优位和优先。

然而,在现实中,损害国家利益、公共利益的情形时常发生,缺乏权利的主张者,尤其是监管部门往往对此消极、懈怠,甚至出于某种利益驱动,将本应优位的国家利益置于救济的缺位。由于负有监管职责的公权力的负作用或反作用,本应属于强势的利益反而成为“特殊弱势群体”的利益,出现了救济的盲区。如行政机关对国企转制中出现的国有资产流失视而不见,甚至认为这是改革的必要代价,属合理现象,并加以保护或予以默认。由于国家是一个抽象实体,在我国,国家财产所有权的主体由各级人民政府组成,各级人民政府在法律上行使国家财产所有权的各项权能,包括财产处分权,从而出现处分权主体的多元化,尤其是各级地方政府不断地代表着国家在处置国有资产,也包括违法处分国有资产。基于政府机关作出行为往往体现为公共权力行为,即具有公定力,使得这种违法行为具有法律上的拘束力。非通过有权机关并经法定程序不得撤销或变更,从而人们只能眼睁睁地看着国有资产白白流失。此时,由于公共行政所引起的一连串并发或多发的公益危机,企图通过行政内部救济来解决已不现实,寻求正当程序救济就成为一种必然选择。由于现实中国

《荷兰民法典》第3编第14条规定了“公法优先于私法”的原则,即任何人其依民法所得主张权利的行使,不得违背公法上成文及不成文的规范。参见苏永钦《民事立法与公私法的接轨》,(北京)北京大学出版社2005年版,第56页。

家、社会是一个抽象实体,在具体权利救济方面必须有一个承载主体,在西方往往由检察机关(检察官)来充当。同样,在我国,检察机关负有保护国家利益、公共利益的神圣职责,由其提起民事督促起诉是检察监督的题中之意,也是公力救济的使然。

## (二) 民事督促起诉符合我国检察权的定位

有权利就应当有救济。基于需救济的权利具有国家性和公益性,它或归属国家,或归属社会。而且需救济的权利是由监管权的行使所引起的,许多与行政权直接相关,因此这类问题的解决属于公法调整范畴,公力救济理由作为法律监督机关的检察机关来行使,这符合我国检察权的定位。首先,检察机关民事督促起诉符合我国宪法原则和法律精神。《中华人民共和国宪法》第12条第2款规定:国家财产神圣不可侵犯,禁止任何组织或个人用任何手段侵占或破坏。第15条第3款又规定:国家依法禁止任何组织或个人扰乱社会经济秩序。《中华人民共和国人民检察院组织法》第4条还规定:人民检察院行使检察权,保护社会主义全民所有的财产。显然,检察机关作为专门法律监督机关,运用公力救济手段完全符合宪法和法理。其次,检察机关督促起诉具有监督监管权的属性,符合分权制衡的宪政与法理。国有资产及公共资源的监管权在公权力体系中较易受到腐蚀,公共利益也最易受到来自监管权的侵犯,而审判权是消极、被动的司法权。正如法国著名思想家托克维尔所说:“司法是被动的,要使它行动,首先得推动它。”<sup>[1][110]</sup>故需检察机关来启动这一具有监督性质的民事督促起诉,才能实现对监管权行使的司法审查,将其置于法律的控制之中,以免它走向国家和社会的对立面。基于民事督促起诉救济的是国家利益、公共利益,以国家利益为本位,贯穿公权力制约,符合我国检察权以公权力监督为轴心的定位。

## (三) 民事督促起诉——走出民事公诉的理论困境

检察机关提起民事公诉能否成功主要取决于法院方面的理解与支持,否则会一筹莫展。自1997年河南省方城县检察院首次提起民事公诉至2001年,全国各地检察机关为保护国有资产共提起民事公诉141起,其中绝大部分均为国资流失案件,很少涉及公益诉讼。对检察机关履行这种创新的职能,法学界争议很大,褒贬不一,在理论上形成了三种不同的意见:第一种是肯定说,主要以南京师范大学李浩教授、中国政法大学陈桂明教授为代表。李浩教授认为,从目前实际情况看,检察院介入民事诉讼有必要,虽说有国有资产监管部门在管理国有资产,但实际上并没有一个很有力的机关来处理国资流失问题。通过检察院介入,提起诉讼,宣告民事行为无效,返还国有资产,从理论上讲可以成立,因为这种诉讼涉及到国家利益,而且检察院本身是公益代表<sup>[2]</sup>。陈桂明教授认为,国有资产流失、环境污染、垄断,有时侵害的是不特定的对象,没有明确的受害人或适格的原告,又不能形成集团诉讼,但是侵权事实确实存在。在找不到适格主体或适格的主体不提起诉讼时,应该允许检察院介入<sup>[3]</sup>。真正的受害者是国家,是一个抽象主体,如果检察院不出面,事情很可能会被置之不理<sup>[4]</sup>。第二种是否定说,主要以清华大学张卫平教授为代表。张卫平教授提出不应随意剥夺国企的契约自主权。国有企业作为法人单位,应当具有独立处分所支配财产的权利,

转引自张利兆《督促起诉——检察机关介入民事公益诉讼途径探究》,载《浙江检察》2003年第8期,第4-12页。

持肯定说的论著主要有:江伟、段厚省《论检察机关提起民事诉讼》,载《现代法学》2000年第6期;张晋红、郑斌峰《论民事检察监督权的完善及检察机关民事诉权之理论基础》,载《国家检察官学院学报》2001年第3期;常英、王云红《民事公诉制度研究》,载《国家检察官学院学报》2002年第4期;谭闯《检察机关提起民事公益诉讼研究》,载《西南政法大学学报》2005年第1期;陈桂明《谈检察机关介入公益诉讼》,载《国家检察官学院学报》2005年第3期。

持否定说的论著主要有:陈兴生《民事公诉制度质疑》,载《国家检察官学院学报》2001年第3期;赵颖、巴图《民事公诉抑或行政公诉——兼论检察监督之重新定位》,载《法律适用》2005年第7期。

如果检察机关以国有法人单位的财产处置不合理为由提起诉讼进行干预,显然会导致我国大量国有企业的契约自由权受到司法干预<sup>[4]</sup>。第三种是折中说,主要以中国政法大学江平教授为代表。他认为检察机关发现严重国资流失问题,首先应该提出司法建议,要求国有资产监管部门或上级主管部门依法查处,履行监管职责。如果监管、主管部门确实置国家利益于不顾,穷尽了救济手段仍然没有办法,检察机关依照宪法有关保护国家财产、国家利益的精神,提起民事诉讼也是可以理解的。同时,他认为有必要修改《民事诉讼法》,规定检察机关在一些特定的涉及到国家利益、公共利益案件中可以作为原告起诉<sup>[5]</sup>。在司法实践中,法院方面对检察机关提起民事公诉予以质疑,往往以无法律依据为由拒绝受理检察机关提起的民事诉讼。此后的两年里,检察机关提起民事公诉案件寥寥无几,而且多数法院以缺乏法律依据为由不予受理,从而使得这一检察监督山穷水尽。因为这是一项程序性的权力,它不直接配置权利义务,也不享有终端裁判权,它只有通过司法程序,由法院作出终端裁判才能最终实现监督目的。

对民事公诉持折中说中的专家、学者认为,在法律明确规定之前,公权力不宜过度扩张,应该保持理性和克制,针对严重国资流失问题,检察机关作为法律监督机关承担督促有关监管部门监管国有企事业单位,通过履行监管职责,保护国有资产。这一理论观点引申到程序法中,体现为检察机关民事督促起诉。张利兆博士在《浙江检察》上撰文认为,检察机关不宜提起民事公诉,其介入公益诉讼应通过检察建议的方式督促有关部门行使诉权,防止国资损失,对国有资产管理部門懈怠于行使职权,应当依法追究其失职、渎职的责任<sup>[6]</sup>。张利兆博士首次对督促起诉进行了论述,但对有关督促起诉的属性、具体条件、范围界定以及程序问题并未作出论证。自 2002 年起,浙江省检察机关开始试点工作,运用检察建议书、督促起诉通知书的形式督促有关监管部门或国有单位提起民事诉讼,防止国资流失,至今办理了一大批督促起诉案件,挽回数亿元国资损失,得到当地党委、政府、人大的支持和群众的拥护,取得较好的社会效果。成功的实践与探索表明检察监督与公力救济是可以兼容的,民事督促起诉具有现实的可行性。

然而,督促起诉中也反映出一些值得注意的问题,需要在理论上加以研究,程序上加以厘清。如检察机关能否督促集体所有制企业、组织提起民事诉讼,以维护集体经济利益;对国有商业银行(包括其他金融机构)的到期债权,检查机关是否有必要督促相关银行起诉,以保护其合法的债权;国有公司正常的到期债权是否有必要监督等问题,均需要进一步加以明确,以免造成公权力对私法领域的不当干预。因此,有必要对民事督促起诉的属性作系统分析,界定其合理范围,设计相关运作程序。

## 二、民事督促起诉的性质

我国实行议行合一的人民代表大会制度,国家一切权力属于人民,人民通过选举产生的权力机关行使最高权力,在这体系下形成权力的分立与制衡。在处于核心地位的人民代表大会及其常委会之下设立行政权、审判权、检察权,这三个权力相互具有一定独立性,但必须同时对人民代表大会——权力机关负责,受人民代表大会的监督。显然,相对于权力机关来说,这三个权力具有依附性,处于从属地位。另一个层面也体现了我国权力机关的至尊地位和权威,行政权、审判权、检察权

转引自张利兆《督促起诉——检察机关介入民事公益诉讼途径探究》,载《浙江检察》2003 年第 8 期,第 4-12 页。

据浙江省人民检察院统计,2003 年 1 月至 2006 年 9 月全省共办理督促起诉案件五百余件,共挽回国家和公共利益损失三亿余元,获得社会各界的支持。参见方益波《浙江:首创“督促起诉”挽回国资三亿元》,载《经济参考报》2006 年 10 月 13 日,第 4 版。

均由人民代表大会派生且相互并立。行政权天生就具有扩张性,而且涉及社会生活的方方面面。个人有时没有任何办法要求行政部门遵守法律,尤其在行政上不合法的做法使某些人非法受益而又不直接损害任何个人利益时。而在反对行政部门的行动会带来各种风险与麻烦时,个人又常常会犹豫不决。要知道各国行政部门实际上对法律尊重到什么程度,只宣称行政部门服从法律原则是不够的,必须有一些能够迫使行政部门的行为合法并纠正其违法行为的机构、程序及政治条件。行政权体现为极其庞大的管理权、执法权、委任立法权和日益扩张的自由裁量权。而且检法两家的人财物均受制于各级政府,受制于行政权。因此,行政权最具侵犯性和扩张性。审判权对行政权的制约体现为通过行政诉讼进行司法审查,撤销违法的具体行政行为,控制行政权的滥用。相形之下,检察权主要表现为程序性的权力,其运作也显得比较超脱,它不具有社会管理职能,不直接配置社会资源,没有法院那样直接处分当事人法律上的权利和义务的权力。因此,从实体处分权看,它的权限最小,既不直接配置权利、义务,又不对案件作终端处分,最具有超然性。鉴于此,权力机关将法律监督权赋予检察机关专门行使,对另外两个权力实行专门监督。基于人大监督的非职业化、非经常性,故需将专门的法律监督权授予检察机关,使检察权对审判权、行政权的监督有坚实的宪政基础。因此,我国检察权最根本的属性就是法律监督,这与西方国家形成鲜明对比。西方分权政体下,检察机关隶属于行政系统,无论大陆法系还是英美法系,无论审检合署办公还是分署办公,一般均属于行政机关或行政系统的一个专门机构。在行使职权方面,西方国家检察机关主要是行使侦查、起诉、出庭支持公诉等公诉职权,一般不行使对其他国家机关、公职人员的监督。而我国检察机关始终将公权力监督作为其本位,从检察机关对国家公职人员职务犯罪的侦查、逮捕、起诉,对审判活动、诉讼活动的监督,到对判决、裁定的执行的监督,无不体现专门法律监督的轴心作用,这是西方国家检察机关不可比拟的<sup>[7]</sup>。基于检察权的属性,督促起诉具有以下性质:

### (一) 民事督促起诉是检察权对国家利益、公共利益监管部门的一种直接监督

民事督促起诉体现为检察权对私法领域的有限干预。在私法领域实行意思自治、契约自由,尽可能地减少国家干预,减少市场交易成本。但现实中,每个人、每个经济组织都是理性的“经济人”,趋利避害的本性使得每个人都追求利益最大化、成本最小化,如国有企业改制中的零资产转让等等。因此而出现的经济外部性问题不可避免,它往往以国家利益和公共利益的减损为代价。对于所发生的利益损害问题,一般而言,政府机关立场比较官僚,会渐渐丧失处理破坏法律政策行为所必需的积极性以及调和性。民事督促起诉是在特定的范围内监控国家利益、公共利益监管部门(以下简称监管部门)权力的滥用或不作为违法。即因监管部门的失职、滥用权力,致使民事违法行为严重损害国家利益、社会公共利益而无人起诉,法院又必须奉行不告不理的诉讼原则,如果检察机关不介入监督,监管权就会失控,甚至会危及到法律的安定性。当国家利益、社会公共利益监管权(以下简称监管权)这种公权力运行出现真空地带又危及国家利益、社会公益时,检察监督责无旁贷。

### (二) 民事督促起诉体现检察权对国有资产、公共利益监管权的有限监督

基于我国民事督促起诉制衡监管权,矫正违法的监管行为,其本质是对公共权力的监督。民

如1808年的《法国刑事诉讼法》明确规定了发动公诉、指控犯罪的职权原则上由检察官行使,当然也逐渐形成了检察权与审判权的相互制约。德国与法国类似,检察机关也成为公诉的主体机关,而且依法对警察的侦查进行控制,对法官的裁判进行制约。参见宋英辉、郭成伟编《当代司法体制研究》,(北京)中国政法大学出版社2002年版,第174-175页。

事督促起诉面对的是最具能动性的监管权,因为在大部分的监管领域里,不仅要执行法律或维护法律秩序,还要执行公共任务及满足公共需要,其内容具有一般政策、管制政策、经济政策、社会政策、文化政策等性质,其任务相当复杂多样,有必要以裁量规定赋予监管机关某种弹性的决定空间,以便按照当时的情况,设定具体的目标以及为达成此目标的手段,尤其在个案中,作出最适合于一般监管任务以及维护公共利益要求的决定<sup>[8]243</sup>。因此,对监管权的法律监督须保持相当的理性和克制,对监管部门的裁量应当给予必要的尊重,以免影响到监管的能动与效率。毕竟,民事督促起诉的范围是有限的,其有限性表现为:一是所针对的必须是国家利益和社会公益遭到损害,而监管部门渎职或监管缺位,且无人起诉的;二是所涉及的必须是民事违法行为。该民事法律关系的一方为国有单位(包括国有公司、国有企事业单位、监管部门、公共团体),而且这种民事法律关系之上存在公共权力的管束,它不同于一般的民事法律关系,因为国家利益、公共利益的处分均受到严格的法律限制。这是基于民事督促起诉是一种公权力监督,只要通过对监管权的监察、督促,以及提出建议,监管部门能予以接受并履行职责,保护国家利益和社会公益,检察监督目的就足以实现。

### (三) 民事督促起诉属于对特殊民事领域的国家干预

从总体上看,民事活动领域应当贯彻契约自由、私法自治的原则。其意义在于,它给予当事人充分展示并运用自己意志的空间。任何人,无论是个体还是群体,甚至是国家均不能干预自己的意志,不能干预受自己意志支配的行为。但随着社会的变迁、经济的转型和改革的深入,经济活动中的垄断及不正当竞争不断出现,正常的交易秩序受到严重冲击,尤其是权力寻租等腐败现象,使得形式上的公平市场法则已扭曲为实质上的非正义,甚至带来经济流转秩序的混乱。为保证经济生活的正常进行,国家干预经济成为必然选择,私法公法化也成为一种趋势。如《德国民法典》在保持契约自由的同时也从多方面给予限制。该法典第 134 条规定:“违反法律上禁止规定之法律行为,于法律无特别规定时,无效。”第 138 条第 1 款规定:“违反善良风俗的法律行为无效。”受德国法的影响,20 世纪一些国家民事立法均对契约自由作出了一定的限制规定。如 1991 年的《瑞士债务法》第 2 条规定:“以不法或违反善良风俗为内容之契约,为无效。”<sup>[9]</sup>显然,大多数国家均对契约自由给予了一定的限制,均将国家和社会公益不受侵害作为契约自由的底线。我国法律对契约自由也作了一定的限制。如《民法通则》第 7 条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”《合同法》第 7 条规定:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”显然,该条规定体现的是私法的公序良俗原则,其中蕴涵着国家公序<sup>[10]41</sup>,对于损害国家政治、经济、财政、金融、税收等秩序,危及国家利益的行为,法律必须给予强行禁止。

## 三、民事督促起诉的条件与范围

### (一) 民事督促起诉的条件

1. 民事违法行为已经造成国家利益、社会公共利益受到损害或有受到损害的危险。这种损害必须直接发生在民事活动中,而且危及到国家和社会公共利益。如果直接发生在行政管理领域,行政主管部门通过具体行政行为可以直接挽回国资损失的,如国土资源管理部门可依法收回长期被抛荒的土地,而不需要通过民事诉讼解决的,则不属于民事督促起诉的范围。当国土资源管理部门不履行职责,经检察机关督促其作出具体行政行为,而国土资源管理部门超过法定期限仍不履行

的,应当提起行政公诉,由法院判令其履行。同时,涉及的必须是国家和社会公共利益,不包括集体利益。实践中,少数地方检察机关将集体经济损失也列入民事督促起诉的范围,督促村民委员会、农村信用社等单位提起民事诉讼,这显然超越检察监督的权限,浪费有限的检察资源,与意思自治原则相悖。

2. 存在对该损害国家和社会公共利益的民事违法行为监管不力,或因滥用监管权而发生该类民事违法。这与纯私法领域的交易有所不同,体现为监管权这一公共权力贯穿于整个民事活动,公权力部门对涉及国有资产及公共资源交易与配置的管束,在水平关系(民事活动)之上存在一个垂直公法秩序<sup>[11][105]</sup>。如果民事交易活动中不存在有关监管部门监管不力情形的属于一般民事活动,则不属于督促起诉的范围。因此,一般的国有公司、国有控股公司正常的民事活动,应当严格按照公司法的有关规定,遵循意思自治、契约自由的原则,检察机关的公权力不宜介入。因为检察监督的对象应当是公共权力,即国家利益、社会公共利益的监管权。

3. 民事主体的一方是国有单位、公共团体,有时还包括监管部门。如果民事主体一方是国有企事业单位,其民事违法活动导致国家利益、社会公益受损的,检察机关查实后,应建议和督促其监管部门处理,直接由监管部门责令该国有企事业单位通过诉讼或其他途径挽回损失。这种情况下,检察机关不直接督促该国有企事业单位行使诉权,而直接督促监管部门(公权力部门)履行职责,体现检察权对另一公权力的监督与制约,对国有企事业单位私法上权利的间接监督。即使国有企事业单位主管人员、直接责任人员不履行职责,滥用权力,玩忽职守,涉嫌犯罪,检察机关也不宜立案侦查,而是将案件移送公安机关主管,如果公安机关该立案而不立,则检察机关应当依法进行立案监督。如果民事主体一方为监管部门自身,如国土部门与房产商签订土地出让合同(行政契约),其中蕴含公权力,表现为契约下的行政,因为国土部门还必须履行对合同另一方的监管职责。此时国土部门既是民事主体,又是监管权的行使者,其民事违法行为与渎职行为往往出现竞合。在私法上,检察机关应直接督促其起诉,挽回国有资产损失;同时直接查处其主管人员、直接责任人员涉嫌渎职犯罪。

## (二) 民事督促起诉的范围

1. 国企改制中的国资流失。在社会转型过程中,各种利益交互、冲突,使得利益呈现出多元化的格局,其中的私益进犯公益也成为必然现象。各种私益主体通过权力寻租,违反正当程序或与监管部门暗中勾结,以合法的形式掩盖其侵吞巨额国资的目的。如在国有资产转让时,违反法律政策规定无偿或以大大低于市场的价格转让给组织或个人,造成巨额国资流失。此时,国有资产管理部门又往往出现懈怠或滥用职权的现象,检察机关督促其履行监管职责就成为一种现实的必要。

2. 国有资产拍卖、变卖过程中的民事违法导致国资流失。如国有资产拍卖未经国资管理部门审批、未经评估或拍卖中出现串标等违法情形,损害国家利益,而监管部门又监管不力的,检察机关应督促监管部门履行监管职责。监管部门应及时责成被监管单位通过诉讼,确认拍卖无效,挽回国资损失。如果监管部门主管人员、工作人员涉嫌渎职的,检察机关应当依法查处。

3. 土地出让、开发中的不法行为,损害国家和社会公共利益。不少地方企业占地开发、经营,却迟迟不付土地出让金,恶意拖欠,而政府部门为了吸引企业投资,追讨土地出让金不力。又如低价出让国有土地,往往通过国有单位签订合同形式进行,国有监管部门可以责令国有单位通过民事诉讼,请求法院确认合同无效,挽回国资损失。当国有单位已注销或解散时,监管部门可以自己名义起诉。如果监管部门不履行或懈怠于履行职责,检察机关应当督促其履行。显然,这是民事诉讼中

发生的国家利益和社会公益救济。

4. 公共工程招标、发包过程中的违法行为。如政府机关将桥梁修建工程发包给不具有建筑资格的单位或个人。曾经震惊全国的綦江桥垮塌事件就属于此种情形。检察机关可以通过督促政府机关提起民事诉讼,请求法院确认合同无效,以维护国家和社会公共利益。又如政府采购中的招标投标活动违法,损害国家利益和社会公共利益。

5. 其他因有关监管部门监管不力或滥用职权,造成损害国家利益、公共利益的民事违法行为发生的。如财政部门将相关经费出借,使用该项资金的单位长期不还,而财政部门又放任不管,财政资金面临流失的危险。

#### 四、民事督促起诉与民事公诉的对接

其实,民事督促起诉与民事公诉并不矛盾,民事公诉与检察权定位并无冲突。在西方,行政机关是公共利益的代表,检察权属行政权,故检察权可以代表公共利益。因此,有学者认为只有行政权才可以代表公益,法律监督权就不能代表公益,只有行政机关才能充当公共利益的代表<sup>[6]</sup>,这种观点在逻辑上难圆其说。正如在西方只有司法权才能代表审判权,但法国行政案件专属行政法院审理,而行政法院恰恰又是行政机关,行使的又是行政权,难道是行政权在替代司法权吗?显然,这是由对宪政与分权的不同理解所决定的。在三权分立的政体下,唯有政府代表公共利益,启动诉讼程序,不可能由立法机关对涉及公益的个案提起诉讼,更不可能由行使裁判权的法院去代表公益,自行起诉自行判决,自己做自己案件的法官,这是分权制衡的公理。因此,三权中只有行政权才可以代表公益并行使诉权。而且,西方检察机关(检察官)不同于其他行政机关,它一般不对外行使具体管理职能,其行使的主要职能为检控(公诉)。民事公诉权是由检控职能引申出来的,一般的行政职能是不可能隐含这个权力的,也不可能引申出具有检控性质的公诉权。而在我国宪政体制下,除立法权、行政权、审判权(西方为司法权)、军事权之外还有检察权(法律监督权),且立法权处于主导地位,凌驾于其他权力之上。我国行政权不包括检控权,当行政权、公共资源监管权出现懈怠、违法,导致国家利益、社会公共利益受损时,必须由外部权力加以制约,特别是监管者与被监管者(侵害国家利益、社会公益的组织和个人)“猫鼠一窝”,监管部门能作为公益代表提起民事诉讼吗?况且,行政机关又无检控权。其实,西方检察机关虽属行政机关,但它独立于其他行政机关,又是公诉机关。如法、德等大陆法系国家检察官作为刑事诉讼中控方当事人,代表公共利益追究犯罪,维护社会秩序,负有维护法律正确实施和执行的职责,被赋予如同“法律看守人”的定位<sup>[12][76]</sup>。检察官因为其与法院在刑事司法功能分配上关系紧密,其职务,一如法官的职务,乃以法律价值为依据,即以真实性及公证性为价值趋向,而不问行政的需求如何<sup>[13][149]</sup>。可见,大陆法系国家检察权带有明显的司法性。而奉行当事人主义的英美法系国家强调检察机关的行政性,但在注重检察官的独立性,以免受到政治影响,以实现法律的正义方面,与大陆法系国家检察机关并无二致。如 1994 年《皇家检察官守则》规定:皇家检察官是公平的、独立和客观的——他们也不应当受来自任何方面的不适

如 2005 年 3 月浙江省苍南县检察院在审查该县国土资源局历年土地出让金缴纳情况时,发现该局尚有 273 万土地出让金未收回,遂向该局发出督促起诉通知书,督促其向人民法院起诉或以其他方式收回尚欠的土地出让金,最后通过法院调解或判决,收回多家单位土地出让金 273 万元,有效避免了国有资产流失。参见方益波《浙江:首创“督促起诉”挽回国资三亿元》,载《经济参考报》2006 年 10 月 13 日,第 4 版。

法国人认为行政审判权是行政权,不应该由作为司法机关的普通法院行使,他们认为行政机关不能行使司法权,同样,司法机关也不能行使行政权。据此,行政纠纷应由行政机关自己处理,不应由司法机关(普通法院)处理,否则就是司法权代替行政权。参见胡建森《十国行政法——比较研究》,(北京)中国政法大学出版社 1993 年版,第 146 页。

合或不正当的压力的影响<sup>[13][49]</sup>。显然,检察机关独立于一般行政机关,检察权又主要表现为公诉权,从而由其作为公益诉讼的代表。在我国没有如此独立又享有公诉权之行政机关。我国检察机关作为法律监督机关,由其履行宪法、法律有关保护国有资产和公共利益的职责,有实体法上的权源。同时,在程序法上检察机关具有检控职能,特别是在刑事公诉中,检察机关对涉及国家利益损失的还可以提起附带民事诉讼。而行政机关却不具有检控职能,行使公诉权也缺乏法理依据。显然,在我国由检察机关代表国家利益、社会公益行使民事公诉权,理论上是成立的,实践中也是可行的,需尽快通过修订《民事诉讼法》来解决。

从制度设计看,检察机关督促有关监管部门依法履行职责的程序是民事公诉的前置程序,检察机关根据公民、法人或其他组织的控告、举报,以及检察机关自行发现的线索,依法立案,调查取证,查明因有关监管部门违反监管职责(包括作为或不作为违法),导致有关民事活动损害国家利益、社会公共利益的事实后,应当向该监管部门发出《民事督促起诉通知书》,要求其在规定的期限内履行监管职责,通过民事诉讼维护国家和社会公益。同时,将已调查取得的相关证据一并移送给该监管部门,以增强其诉讼中的举证能力。如果监管部门已履行职责,实现了公力救济的目的,整个监督程序终结。这种前置程序的意义主要体现在以下两方面:

第一,有利于充分发挥监管部门的自主性和能动性。有关国家利益、社会公共利益的监管部门,特别是行政主管机关精通相关的专业、技术,懂得公共政策,对复杂多变的社会事务具有应变能力,而且政府决策具有针对性强和便捷快速等特点,能有效地应对瞬息万变的事务管理需要,这是司法机关无法替代的。而且检察机关通过建议、督促有关监管部门履行职责,体现为一种协作性的监督;监管部门对具体履行情况享有较大的裁量权,体现为相当的自主性和能动性,是一种积极的法律救济行为。

第二,有利于节省诉讼成本,提高监管效率。一旦提起民事公诉,检察机关势必为诉辩、举证、质证投入大量的成本和资源,这些资源的耗费最终会外化为社会成本,从而增加社会的负担。因此,督促起诉程序在监督公共权力、维护国家利益方面可以实现成本最小化、效益最大化,实属公力救济的上策。

经过督促起诉程序,有关监管部门在合理的期限内仍然拒不履行监管职责的,检察机关应当以国家利益代表的身份提起民事公诉,对其中涉及渎职犯罪的监管部门有关人员应当依法严格查处。现实中,有些监管部门、国有单位主管人员与对方当事人恶意串通,甚至合谋瓜分国家财产和公共利益,有关监管部门常常寻找各种借口,规避检察监督,拖延履行职责。因此,为了保障民事督促起诉的效力,还须以民事公诉为后盾。

### [参 考 文 献]

- [1] [法]托克维尔:《论美国民主》(上册),董果良译,北京:商务印书馆,1988年。[Alexis De Tocqueville, *Democracy in American (I)*, trans. by Dong Guoliang, Beijing: The Commercial Press, 1988.]
- [2] 李浩:《民事诉讼检察监督若干问题研究》,《中国法学》1999年第3期,第119-126页。[Li Hao, On Some Problems of Procuratorate Superintend to Civil Action, *China Law Review*, No. 3 (1999), pp. 119-126.]
- [3] 陈桂明:《谈检察机关介入公益诉讼》,《国家检察官学院学报》2005年第3期,第6-7页。[Chen Guiming, The Procuratorate Intervene to Public Civil Prosecution, *Journal of National Procurators College*, No. 3 (2005), pp. 6-7.]
- [4] 刘小燕、黄献安:《检察院能否提起民事诉讼》,《人民法院报》2002年11月29日,第5版。[Liu Xiaoyan & Huang Xian'an, Can the Procuratorate Take an Civil Action, *People's Court Daily*, 2002-11-29, 5th page.]

- [ 5 ] 孙慧、李兵、罗钟炉:《拍卖背后的黑幕(下)》,2002 年 11 月 5 日,http://www.cctv.com/life/lawtoday/20021105/bqnr/bqnr.html. [ Sun Hui, Li Bing & Luo Zhonglu, The Inside Story behind Auction, 2002 - 11 - 05, http://www.cctv.com/life/lawtoday/20021105/bqnr/bqnr.html. ]
- [ 6 ] 张利兆:《督促起诉——检察机关介入民事公益诉讼途径探究》,《浙江检察》2003 年第 8 期,第 4 - 12 页。[ Zhang Lizhao, Urging of Civil Prosecution: The Way of the Procuratorate Intervene to Public Civil Prosecution, *Journal of Zhejiang Procuratorate*, No. 8 (2003), pp. 4 - 12. ]
- [ 7 ] 傅国云:《行政公诉的法理与制度建构——一个法律监督的视角》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007 年第 2 期,第 43 - 51 页。[ Fu Guoyun, The Jurisprudence and Institution Construction of Public Administrative Prosecution: A Perspective from the Legal Supervisor, *Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)*, Vol. 37, No. 2 (2007), pp. 43 - 51. ]
- [ 8 ] 翁岳生:《行政法》,北京:中国法制出版社,2002 年。[ Wen Yuesheng, *Administration Law*, Beijing: China Legal Publishing House, 2002. ]
- [ 9 ] 朱勇:《私法原则与中国民法近代化》,《法学研究》2005 年第 6 期,第 145 - 157 页。[ Zhu Yong, The Principles of Private Law and China Modernisation of Civil Law, *CASS Journal of Law*, No. 6 (2005), pp. 145 - 157. ]
- [ 10 ] 李国光编:《合同法解释与适用》,北京:新华出版社,1999 年。[ Li Guoguang (eds.), *The Explanation and Application of Contract Law*, Beijing: Xinhua Press, 1999. ]
- [ 11 ] 苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京:北京大学出版社,2005 年。[ Su Yongqin, *Civil Legislation and the Link of the Public-Private Law*, Beijing: Peking University Press, 2005. ]
- [ 12 ] [德]洛克信:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台北:三民书局,1998 年。[ Claus Roxin, *Criminal Procedure Law of Germany*, trans. by Wu Liqi, Taipei: Sanmin Books Co., Ltd., 1998. ]
- [ 13 ] 本书课题组编:《外国司法体制若干问题概述》,北京:法律出版社,2005 年。[ The Project of this Book (eds.), *On Some Problems of Foreign Judicial System*, Beijing: Law Press, 2005. ]

本刊讯: 2007 年 10 月 26 - 29 日, 主题为“社会和谐、保险发展与人才培养”的“第四届中国保险教育论坛”在浙江大学举行。全国(含台湾地区)77 所设有保险专业或保险学科的各高等院校教学科研骨干, 保险监管机关、保险企业、科研机构的专业人士, 从事保险理论与实务研究的专家学者共两百六十余人参加了论坛。本次论坛设立了保险教育、青年学者、人寿保险、健康保险、农业保险等多个分论坛, 国内保险和风险管理学界专家、业界精英及政界高层人士围绕“保险教育与人才培养”和“社会和谐与保险业发展”两大主题进行了深入研讨。在“保险教育与人才培养”方面主要讨论的问题有: 金融混业经营与保险高等教育、国际化保险专业人才培养、国民风险管理与保险知识普及、保险从业人员的继续教育、保险营销人才培养与队伍建设、保险人才培养的校企合作机制; “社会和谐与保险业发展”方面主要讨论的问题有: 农村保险与新农村建设、区域经济与特色保险、商业保险参与社会保障体系建设的机制、养老保险的发展、责任保险的发展、健康保险的发展、保险中介的发展。

本届论坛的议题和组织形式在前三届论坛的基础上有许多创新。该论坛在讨论我国保险人才培养的同时, 又对我国保险事业发展中的热点、难点问题进行了学术探讨, 因此, 这不仅是一次保险教育的盛会, 更是一个高水平的保险理论学术研讨会。本届论坛还引人注目地开设了“CEO 论坛”, 国内著名保险公司的高层领导亲临论坛, 就保险业发展和保险人才培养等问题进行探讨, 反映了国内保险业界对本届论坛的重视和关注, 对促进保险教育的发展具有重要意义。