

论企业国有资产的诉讼保护

王新红

(福建师范大学法学院,福建福州,350007)

摘要:企业国有资产可以通过诉讼的方式进行保护,企业自身负有提起诉讼保护企业国有资产的责任,但由于企业国有资产缺乏所有人的终极关怀,缺乏人格化、具体化的初始委托人,仅有企业自身的保护是明显不够的。必须建立起企业自身提起诉讼保护、国有股权代表提起股东诉讼保护、检察机关提起公诉保护和国有企业职工提起公益诉讼保护的多重诉讼保护体系,以防止国有资产的流失。

关键词:企业国有资产;公益诉讼;股东诉讼

中图分类号:DF41

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2005)06-0036-06

在中国,防止国有资产的流失一直是国有企业^①改革中的一个重要问题,有关该问题研究的文章可谓汗牛充栋,但国有资产流失的现象并没有得到有效的遏制。本文将企业国有资产的诉讼保护单独提出来做专门研究,试图为遏制企业国有资产的流失提供全面、系统、有效的司法保护机制。

一、企业国有资产保护的的特殊性

企业国有资产需要保护,企业私人资产也需要保护,为什么要对企业国有资产保护做专门的探讨呢?其原因就在于企业国有资产缺乏像私人资产那样的来自所有者的终极关怀。现代企业的基本经营模式是代理经营,即所有者与经营者相分离,在所有者和经营者之间存在委托—代理关系。代理行为追求最佳的代理效果,是以代理人必须忠实地服务于委托人为前提的。本来,代理人受人之托,当忠人之事。但是,代理人是追求自身效用最大化的经济人,代理人在追求自身利益最大化时,可能会偏离委托人的利益。而由于委托人和代理人之间存在信息不对称,代理人掌握较多的信息,这就为他在追求自身效用最大化时损害委托人的利益提供了便利,在存在这种便利的情况下,代理人总会选择从自身的利益出发(而不是从委托人的利益出发)采取行动,且这种自利行为往往是以损害委托人利益为代价的,

这就是所谓的道德风险(moral hazard)。因此,在这种所有者和经营者分离的企业经营模式中,其核心的制度建设就是建立约束代理人的机制,以保障代理人忠于委托人,防止代理人的道德风险。约束代理人的机制包括内部机制和外部机制,内部机制是通过完善代理契约、明确代理人的权利义务,按其绩效给予合适的激励与约束,使其行为目标接近委托人目标;外部机制是建立经理市场,让代理行为有市场可比性和市场记忆性,以市场评价的高低来考核代理人的绩效,并决定其报酬和去留,从而促使代理人自我约束、自我监督^[1]。

企业国有资产缺乏所有人的终极关怀,即便是所谓的国营企业,也不可能是国家直接经营的,而是委托代表来经营管理的。而且,国家作为委托人,由于事实上不可能由全体国民来履行委托能力,所以缺乏人格化、具体化的初始委托人,而国有资产经营管理的委托代理关系还具有代理层次多、链条长的特点,初始委托人缺乏能力,这使得在后续的多级委托代理关系中,委托人对代理人的行为约束逐次弱化。无论是约束代理人的内部机制,还是外部机制,最终都得依靠委托人或其代表来执行对代理人的考核,企业国有资产初始委托人的缺位,使得这种考核难以得到彻底的贯彻,因为考核的人本身也是代理人,也存在道德风险。

企业国有资产这种缺乏所有人终极关怀的情

基金项目:湖南省软科学课题“经济法纠纷司法解决机制研究”(05ZK3007)

收稿日期:2005-05-08

作者简介:王新红(1967-),男,湖南邵阳人,福建师范大学教授,博士,理论经济学博士后研究人员,主要研究方向:经济法学。

况,几乎可以用来解释国有企业存在的一切问题,尤其是企业国有资产的流失问题。企业的经营者作为企业国有资产的看护人,由于看护的不是自己的财产,不仅往往难以尽职尽责,而且,还时不时会想办法“监守自盗”。以普通的债务关系为例,“有帐讨款,欠帐还钱”,私人非因特殊原因不会放弃自己的债权,但国有企业随意放弃债权的现象却十分普遍,并且放弃债权的数额之大令人吃惊。更有甚者,诉讼也成为企业国有资产流失的途径之一。诉讼本是保护企业国有资产的重要方式,但有些国有企业的经营者与他人勾结,通过在诉讼中和解,放弃企业的债权,从而使企业国有资产“合法”流失;还有的“国有企业的法定代表人、经营人员、财务人员利用管理企业国有资产的便利条件,与私有企业主、个体工商户联手,编制虚假证据,制造虚假的债务关系,用企业国有资产偿还债务”^[2]。

就可能损害、侵吞企业国有资产的关系人来说,一是国有企业的交易相对人,他们在与国有企业的交易过程中违约或侵权造成企业国有资产的损失;二是与国有企业没有交易关系的第三人侵害国有企业的利益,造成企业国有资产的损失;三是国有企业的经营者、职工损害国有企业的利益;四是国有企业所在地地方政府为了本地区的利益损害中央所属或其他地区所属国有企业的利益。一般来说,对于企业财产的保护,主要由企业自身去完成,国有企业的经营者也负有保护企业国有资产的责任,但是,如前所述,国有企业往往难以自我保护国有资产,因此,还需要依靠其他人来维护国有资产。从理论上说,对企业国有资产的保护,可以依靠以下四类人:首先是国有企业自身及其经营者,他们是企业国有资产的直接看管者;其次是国有企业的国有股权代表,他们作为出资人代表有维护企业国有资产的权利和责任;第三是各级各类国家机关,他们在各自的职权范围内负有保护企业国有资产的责任;第四是国有企业的职工,企业的兴衰与他们的利益休戚相关,他们有维护企业国有资产的积极性;最后是社会公众,他们作为国有资产的终极所有者,也有通过恰当的方式保护企业国有资产的权利。

就诉讼保护而言,企业自身提起诉讼保护是最主要的方式,现有的诉讼法也为这种保护提供了依据,本文不再累述。这里主要探讨其他主体能否通

过以及如何通过诉讼方式保护国有资产。

二、国有股权代表提起保护企业国有资产的诉讼

国有资产投入企业形成股权,国家委派代表行使股权。我国2003年成立了国有资产管理委员会(简称“国资委”),国资委作为国有企业的出资人代表,履行股东的职责。根据《企业国有资产监督管理条例》的规定,国资委主要有以下职权:1)根据国务院授权,依照《公司法》等法律和行政法规履行出资人职责,对所出资企业国有资产的保值增值进行监督,推动国有经济结构和布局的战略性调整;2)代表国家向部分大型企业派出监事会,并负责其日常管理工作;3)通过法定程序对企业负责人进行任免、考核并根据其经营业绩进行奖惩;4)通过统计、稽核对所监管国有资产的保值增值情况进行监管,维护国有资产出资人的权益;5)起草国有资产管理的法律、行政法规,制定有关规章制度;依法对地方国有资产管理进行指导和监督;6)承办政府交办的其他事项。根据以上职责,国资委在保护企业国有资产方面,主要是针对国有企业经营者损害国有企业的行为采取措施。但这些措施基本上属于行政措施,而对作为股东极其重要的一项权利——股东诉权却没有规定,不能不说是一大缺憾^[3]。事实上,早在国资委成立之前,就有学者深刻地指出:“不重视国有资产所有权中民事法律保护的作用也是流失得不到挽救的一个重要方面。只有像对待私有财产一样,由国资局充当原告,对破坏、浪费、侵占国有资产的行为追求其民事责任,才能有效地堵住流失,使国有资产真正做到神圣不可侵犯。”^[4]

关于股东诉讼,国外有完整的诉讼制度体系可以借鉴。股东诉讼包括股东直接诉讼和股东代表诉讼。股东直接诉讼是指股东作为公司的投资者、所有者,为了自己的利益,而对违反法律或章程的公司决议及公司行为提起的诉讼;股东代表诉讼是指股东基于公司投资者、所有者的身份,为了公司的利益,在公司怠于通过诉讼追究公司机关成员的责任时,有权代表公司对其提起诉讼。我国《公司法》也对股东诉讼做了规定。就股东诉讼对保护企业国有资产的意义而言,学者们给予了很高的评价^[5]。股东诉讼是一种特殊的民事诉讼制度,有关该制度,国内外有诸多专门的研究,本文不做阐释。国资委是

国家特设机构,其作为股东是一种特殊的股东,但这种特殊性并不会影响到它作为股东提起股东诉讼。其提起的股东诉讼,与其他私人作为股东提起的股东诉讼,并没有质的差别。

国资委对于不是由自己担任出资人代表的国有企业,如由其代表政府投资的国有企业再投资设立的国有企业,就不能作为股东代表提起诉讼,这是不言自明的。也就是说,国资委提起保护企业国有资产的诉讼,只限于对由其代表政府担任股东的企业提起股东诉讼一种形式,不是由国资委作为出资人代表的国有或国有控股企业,其必然有其他人作为国有股权代表,最典型的如国有企业转投资成立的新企业,此时,国有企业就是国有股权代表,国有企业可以提起股东诉讼。

三、检察机关提起保护企业国有资产的诉讼

各级各类国家机关都在各自的职权范围内负有保护企业国有资产的责任,如公安机关打击偷盗、哄抢企业国有资产的行为、检察机关查处贪污企业国有财产的行为,等等。这些都有专门的法律规定,不是本文要讨论的问题。本文要讨论的是,检察机关作为国家的公益代表,为维护国有企业的资产与侵害国有企业利益的人发生的纠纷。如前所述,国有企业的经营管理者在保护企业国有资产方面存在欠缺,并有恶意损害国有企业利益的可能。因此,需要其他的补救办法。查处、打击经营管理者侵害国有企业利益的违法犯罪行为是办法之一;由国有企业、国有资产管理部門要求经营管理者承担赔偿责任是办法之二。但仅有这些仍显不够,特别是当国有企业放弃行使保护国有企业利益的权利,或者与他人恶意串通损害国有企业利益时,缺乏对损害国有企业利益的交易相对人或第三人行使债权或追究损害赔偿责任的机制。为了解决这一问题,我国的检察机关进行了有益的尝试,由检察机关直接挑起与国有企业的相对人或损害国有企业利益的其他人的纠纷,向法院提起民事诉讼。从我国现行的法律规定来看,检察机关并不具有这一职权,但从保护国有资产的实际需要来看,是很有意义的,应当赋予检察机关保护企业国有资产的起诉权。

我国的司法实践中已经有了多起检察机关提起诉讼保护企业国有资产的案例,这些案例表明:检察

机关提起保护企业国有资产的诉讼对于保护企业国有资产确实具有积极意义;不过也暴露了一些问题,主要是存在滥用诉权的倾向。总结经验和教训,需要在以下几个方面加以规制:

(1) 起诉资格。检察机关对企业国有资产不具有诉的利益,其提起诉讼的资格必须由法律直接赋予。我国虽然有了这方面的实践,但从严格意义上讲,都属于违法操作。在检察机关提起的保护企业国有资产的诉讼中,被告方无一例外地质疑检察机关提起诉讼的资格。法院也有两种截然相反的态度:有的法院认可检察机关的起诉资格,因而受理其提起的诉讼;有的法院认为检察机关起诉于法无据,驳回其诉讼。既然我们肯定了检察机关提起诉讼保护企业国有资产的意义,就应当通过立法明确赋予它这一职权。

(2) 起诉条件。为了防止检察机关滥用起诉权,必须对检察机关提起诉讼的条件加以限制。这种限制主要有两个方面:一是企业自身救济和股东救济优先,在企业自身和企业股东能够采取措施救济的情况下,无须检察机关来提起诉讼。只有在国有企业和国有企业的股东都不能提起或者不愿提起诉讼保护企业国有资产时,检察机关才可以提起诉讼。二是必须基于保护公共利益的需要,并不得侵害相关主体的自主权利。在检察机关提起保护企业国有资产的诉讼时,尤其需要注意不要侵害国有企业的经营自主权。以订立合同为例,一方面,订立合同是企业经营中一种常见的业务活动,合同签订权属于企业经营自主权的范围;另一方面,大量的国有资产正是通过企业经营者与他人恶意串通签订的损害国有企业利益的合同的方式流失的。如果检察机关任意提起诉讼干预国有企业与他人订立的合同,一方面侵害企业经营自主权,另一方面,妨碍交易安全,可能损害国有企业交易相对人的合法权益。并且,在实际生活中,怎样判断哪些属于正当的交易、属于经营者正常的“经营判断”,哪些属于恶意或重大过失损害国有企业利益的行为,并不是那么界限分明,加之还有些检察机关个别人员出于非正当的目的,故意混淆两者的区别,使得准确确定检察机关可以提起诉讼的案件范围相当困难。

这里实际上存在企业经营自主权和检察机关通过诉讼保护企业国有资产的矛盾。在这对矛盾中,保护企业的经营自主权价值更大。因此,在不能判断是不是企业经营者滥用经营自主权的情况下,检察机关即使怀疑存在国有资产流失的情况,也不能

提起诉讼干涉企业的经营行为。一般来说,只有以下几类案件,国有企业或其股东不起诉的,检察机关才可以提起诉讼:1)国有企业经营者侵占企业财产的,可以对经营者提起诉讼;2)国有企业放弃行使权利的,可以对义务人提起诉讼;3)存在商业贿赂或其他违法操作的交易行为,可以对交易双方提起诉讼,请求确认交易行为无效;4)国有企业未取得对价、或对价明显不公平的交易行为,且国有企业经营者或直接经办人不能给出合理解释的,可以对交易双方提起诉讼,请求确认交易行为无效。

(3) 国有企业在诉讼中的地位。检察机关提起诉讼,在诉讼中居于原告地位^[6],那么,其要保护的国有资产所属的国有企业在诉讼中居于什么地位呢?这包括两种情况:一是在国有企业的经营者、第三人损害企业利益,国有企业不愿意行使权利时,检察机关代表国有企业提起诉讼,这类似于股东代表诉讼,国有企业在诉讼中的地位相当于股东代表诉讼中公司在诉讼中的地位。公司在股东代表诉讼中的地位,国内外有各种不同的学说和作法,我国学者倾向于将公司作为第三人参加诉讼。笔者赞同这种观点,认为检察机关代表国有企业起诉时,国有企业也应当作为第三人参加诉讼。另一种情况是,国有企业与其交易相对人的交易行为损害国有企业利益的,将国有企业与其交易相对人共同作为被告。

(4) 管辖。在刑事诉讼中,我国检察机关提起的刑事公诉是向同一辖区的同级人民法院提起的。在中国已经提起的民事公诉中,也都贯彻了这一作法。那么,是不是应当将此作为管辖原则规定下来呢?这实际上牵涉到两个问题,一是法院的管辖权;二是检察机关的管辖权。就法院的管辖权来说,诉讼法有全面规定,不应为了能使检察机关向同一辖区的同级人民法院起诉的需要而有所改变,这也是诉讼公平的要求。就检察机关的管辖权来说,它应当且只应当对保护本辖区的国有企业享有管辖权,这样,按照法院地域管辖“原告就被告”的一般原则,检察机关就有可能要向外地的法院起诉。如果要固守只能向同一辖区的同级人民法院起诉的作法的话,则要么打破法院的管辖规则;要么放弃某些保护国有企业的案件。法院的管辖规定是不能破坏的,因为不存在因原告的不同而改变地域管辖规定的理由;放弃一些保护国有企业的案件也是没有道理的。因此,应当打破只能向同一辖区的同级人民法院起诉的作法,按照诉讼法的规定确定管辖权。

(5) 裁判利益的归属和不利后果的承担。检察机关是为维护国有企业的国有资产而提起诉讼,其诉讼的利益应当归属于国有企业,除了适用追缴的场合,不能将应当归属国有企业的利益判归检察机关或者收归国有。相应地,诉讼费用应从裁判所得利益中扣除,但检察机关不得从为国有企业挽回的损失中提取费用或者分成。检察机关提起诉讼也有败诉的可能,对于败诉的结果,也就是检察机关提起了不该提起的诉讼,后果自然不应由国有企业来承担,应由检察机关来承担。国家建立检察机关提起保护国有企业财产的诉讼制度,就应当同时提供相应的经费和责任金。

四、企业职工或工会提起保护 企业国有资产的诉讼

在我国,国有企业职工作为国有企业的主人,是由宪法和法律所确认和保障的;并且,赋予职工国有企业主翁地位,曾经极大地调动了职工的劳动积极性,并且迄今仍在发挥作用。^[7]在中国国有企业改革的实践中,职工在维护国有企业的财产方面发挥了重要的作用。例如,检察机关查处的国有企业经营者贪污腐败案,主要是由国有企业职工举报的,有的职工甚至冒着被打击报复的危险,坚持不懈地举报侵吞国有企业财产的行为。因此,在保护国有企业财产方面,应当充分发挥企业职工的作用。除了鼓励举报贪污腐败行为外,应当允许其通过诉讼方式质疑国有企业经营者损害企业利益的行为。当经营者放弃行使企业的债权时,当经营者与他人恶意串通损害国有企业利益时,当经营者造成国有企业损失时,应当允许企业职工提起诉讼以维护国有企业的资产。工会是由全体职工组成的维护职工权益的组织,职工享有的起诉权,可以由工会来组织实施。

国有企业职工了解国有企业的经营状况,他们有能力有条件了解一些侵害国有企业利益的行为;国有企业职工也关心国有企业的利益,这不仅仅是法律对其主人翁地位的宣示,更主要的是国有企业的兴衰关系到他们赖以谋生的工作岗位之有无,许多国有企业的衰败、无数职工的下岗更加深了在岗职工的危机感和使命感。因此,赋予国有企业职工

保护国有企业的诉权,具有可行性。企业职工或工会提起保护企业国有资产的诉讼,在操作中,可以参照股东诉讼的规定进行,具体来说,要注意以下问题:

(1) 案件范围。职工或者工会起诉保护国有企业的案件范围应当限定在以企业经营者为被告的企业经营管理者损害企业利益的这一类案件,不能任意扩大范围。理由是,其他纠纷涉及到企业管理者的经营管理权问题,允许职工对诸如企业的对外交易行为起诉,可能会出现一些难以预料的后果。对于发现其他损害国有企业利益的行为,应当通过其他途径解决。

(2) 起诉条件。职工或者工会发现企业经营管理者损害企业利益,应当首先要求企业追究,只有在企业放弃或者拒绝对企业经营管理者起诉的情况下才能提起诉讼;为了防止个别职工滥用起诉权发泄对企业经营者的不满,对职工提起诉讼应当有一定的人数要求,如10人以上才能提起。

(3) 诉讼中的其他规定。职工或工会提起诉讼后,其在诉讼中的地位、权利义务相当于股东代表诉讼中股东在诉讼中的地位和权利义务;企业在诉讼中的地位、权利义务相当于股东代表诉讼中公司在诉讼中的地位和权利义务;法院的审理和判决规则,均与股东代表诉讼相同。

(4) 起诉职工的特别保护。为了鼓励职工起诉,防止企业经营管理者打击报复提起诉讼的职工,必须对起诉职工给予特别保护。这包括:在诉讼中,起诉职工不得被解雇、下岗或以其他方式停止工作,工资待遇和工作条件不得被降低;在诉讼结束后3年内,非经工会同意,起诉职工仍然不得被解雇、下岗或以其他方式停止工作,工资待遇和工作条件不得被降低。

另外,国有企业,在我国又称之为全民所有制企业,其资产属于人民,因此,社会公众关心、维护企业国有资产是应该的。但是,为了维护企业国有资产,是不是可以将赋予职工的起诉权推而广之,建立起私人公益诉讼(民众诉讼)制度,即允许任何人为维护企业国有资产提起诉讼呢?这是需要慎重考虑的。世界各国极少有国家建立私人公益诉讼制度,建立了该制度的,对其范围也做了严格限制。本文的观点是私人公益诉讼制度应当建立,但必须严格

控制范围。具体就企业国有资产保护而言,允许任何人提起保护企业国有资产的诉讼是没有必要的,也是不妥当的。第一,普通民众并不了解国有企业的情况,难以发现企业国有资产流失的具体的、详细的情况,无法提起保护企业国有资产的诉讼;第二,普通民众的起诉可能妨碍企业的经营自主权,甚至于构成对交易安全的威胁,导致交易相对人不愿意与国有企业进行交易,最终影响到国有企业的正常经营。

五、结语

我国在国家投资经营中存在的最大问题是企业国有资产的流失问题。就企业国有资产的司法保护来说,由于国有或国有控股企业产权的特殊性,单靠国有或国有控股企业自身提起诉讼是远远不够的。我国应当建立和完善国有或国有控股企业自身提起诉讼保护、国有股权代表提起诉讼保护、检察机关提起诉讼保护和企业职工以及企业工会提起诉讼保护相结合的企业国有资产诉讼保护体系。我国《公司法》关于股东诉讼的规定,为国资委及其他国有股权代表以出资人身份提起股东诉讼提供了法律依据,我国在制定国有资产管理法律时应将该规定进一步具体化;检察机关提起保护企业国有资产的诉讼在我国目前虽然没有法律依据,但却有了成功的实践,应尽快为检察机关提起该类诉讼提供法律依据;由企业职工以及企业工会提起保护企业国有资产的诉讼,是企业职工行使民主权利的重要方式,并能对保护企业国有资产起到积极的作用,因此,也应当得到立法的肯定。

注释:

- ① 本文所称之“企业国有资产”是指国家投资于企业所形成的财产和财产权益;与之相适应,本文所称“国有企业”包括国有独资企业、国有控股企业和国有参股企业。

参考文献:

- [1] 郭平. 中西方国有企业管理比较研究[D]. 北京:财政部财政科学研究所, 20002: 48-49.
- [2] 孙报勤, 高鲁军. 浅析恶意诉讼的成因及特征[J]. 人民司法,

- 2000(9): 49-50.
- [3] 王新红. 论国资委的性质——兼评《企业国有资产监督管理条例》之不足[J]. 当代财经, 2005, (5): 49-52.
- [4] 毛元学, 马晓丹. 试论国有企业资产流失的成因及法律对策[J]. 贵州工业大学学报(社会科学版), 2002, 4(2): 37-40.
- [5] 刘志光. 完善股东诉讼制度[J]. 决策借鉴, 2000, 13(3): 59-62.
- [6] 廖中洪. 检察机关提起民事诉讼若干问题研究[J]. 现代法学, 2003, (3): 130-137.
- [7] 王新红. 职工持股法律问题研究[J]. 时代法学, 2003, (2): 80-102.

On the litigation protection to the assets of state-owned enterprise

WANG Xin hong

(Law School , Fujian Normal University , Fuzhou 350007 , China)

Abstract: The assets of state-owned enterprise can be protected through the way of the litigation. The state-owned enterprise takes the responsibility of protecting state-run assets by itself. However, it is obvious that such protection is not enough because the state-owned enterprise lacks the possessory ultimate care and the personified and embodied initial client. In order to prevent the running off of state-run assets, it is necessary to set up the multiple system of litigation protection that state-owned enterprise prosecutes an action by itself, the management institution of state-run assets prosecutes shareholder's litigation protection, the prosecutor institution prosecutes public prosecution and the public interest litigation brought up by the state-owned enterprise workers.

Key words: state-owned enterprise; the assets of state-owned enterprise; public interest litigation; shareholder litigation

[编辑:苏慧]