

SHEMI

CAIGOU

BAOMI

GUANLI

ZHIDU

YANJIU

涉密采购 保密管理制度研究

刘 杨 王夏昊
周升乾 白中林◎著



中国政法大学出版社

涉密采购 保密管理制度研究

SHEMI CAIGOU BAOMI GUANLI ZHIDU YANJIU

上架建议 行政法

ISBN 978-7-5620-5157-2



9 787562 051572 >

定价：26.00元

涉密采购 保密管理制度研究

SHEMI CAIGOU BAOMI GUANLI ZHIDU YANJIU

刘 杨 王夏昊
周升乾 白中林◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

涉密采购保密管理制度研究/刘杨等著. —北京:中国政法大学出版社,
2014. 1
ISBN 978-7-5620-5157-2

I. ①涉… II. ①刘… III. ①采购管理—保密—研究—中国 IV. ①
F253.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第015449号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	7.25
字 数	170 千字
版 次	2014 年 1 月第 1 版
印 次	2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价	26.00 元

本书为国家保密局科研项目成果
(BMKY2011A12)

| 前 言 |

近年来，我国政府采购制度在实践中不断完善，取得了很大的进步。但是，随着我国参与世界一体化进程的不断加速，以及正在面临的 GPA（The Agreement on Government Procurement，政府采购协议）谈判，均使得我国政府采购中的保密问题频现。在加入 WTO（The World Trade Organization，世界贸易组织）之后，虽然我国按照透明度原则进行政府采购，但是公开与透明并不代表没有秘密。在已经开放了国内政府采购的情况下，如何在不违背透明度原则的同时，为维护国家安全建立一套预警机制和保密机制就显得十分重要。令人遗憾的是目前我国关于政府涉密采购的立法仍处于空白状态。尽管在《政府采购法》、《招标投标法》、《保守国家秘密法》中都为政府涉密采购留出了制定特定法律规范的空间，但是相应直接的立法迟迟没有出台，由此造成了政府涉密采购实践中保密的无序化。因此，无论是为了应对我国加入 GPA 的谈判，还是为了面对中国政治体制的改革和经济制度的市场化，面向世界、结合国情地对我国政府涉密采购保密管理制度做出研究，以加快建设政府采购过程中保守国家秘密制度的进程都迫在眉睫。只有我国的涉密采购保密管理制度愈加完善，做到在整体的政府采购过程中更加公开、透明、公平，同时密不外泄，才能在加入 GPA 的谈判中任凭风浪起，稳坐钓鱼台。

正是基于上述原因，我们在国家保密局的支持下展开了涉

密采购保密管理制度研究。我们收集并翻译了英国、美国、德国、日本等国政府涉密采购保密管理的法律法令，由于本书体裁的限制，最终的成文只选取了代表英美法系的美国和代表大陆法系的德国两个国家进行归纳和比较，同时也适当地吸收和介绍了我国台湾地区涉密采购保密管理制度的一些内容。在此基础上，通过对我国政府涉密采购保密管理制度的现状的调查分析，提出了立法对策和思路。

本书共四章，主要研究内容分为三部分：第一部分是涉密采购保密管理制度的理论分析。本部分对涉密采购保密管理制度的核心概念进行了界定和分析；指出了涉密采购管理法律制度的价值在于安全、正义和效率三项；归纳出涉密采购保密管理法律要遵循合法性原则、合理性原则、比例原则、正当程序原则、权利救济原则；并对涉密采购保密管理法律的功能进行了分析。第二部分是涉密采购保密管理制度的比较分析。本部分着重归纳总结了美国和德国的涉密采购保密管理制度。分析出美国相关制度的主要特点在于法令严密、评估详细；采购方式多样，安全保密审查统一；执行严格，监督有力；公平、公开与保密兼重。德国相关制度的特点则体现在法律体系、公开与保密关系以及安全与效率关系方面。第三部分针对我国涉密采购保密管理存在的问题，对我国涉密采购保密管理制度的现状进行总结，强调了我国涉密采购保密管理制度统一立法的必要性，提出了解决问题的对策、立法建议。

本书的编写是为了抛砖引玉。如何在保证我国政府采购公正和透明进行的同时，又能够保证国家秘密得到严格的管理而不被泄露，这一重大课题还有待于更多的学者建言献策。

本书由刘杨（中国政法大学教授）、王夏昊（中国政法大学教授）负责全书的统编和体例设计。具体撰稿分工如下：第一

章为王夏昊；第二章为刘杨；第三章为周升乾（北京大学博士后）；第四章和附录（制作）为白中林（北京市公安局政策研究室，博士）。

作 者

2013 年 11 月

| 目 录 |

前 言	I
第一章 涉密采购保密管理制度概述	1
第一节 涉密采购保密管理制度的概念	1
一、涉密采购的概念	1
二、涉密采购的分类	4
三、涉密采购保密管理制度的概念	5
第二节 涉密采购保密管理法律制度的价值与原则	12
一、涉密采购保密管理法律制度的价值	12
二、涉密采购保密管理法律制度的原则	25
第三节 涉密采购保密管理法律制度的功能	31
一、政治方面的功能	33
二、对外贸易方面的功能	36
三、经济方面的功能	40
第二章 美国涉密采购法律制度	44
第一节 美国政府采购法律制度概述	44
一、美国政府采购的法律渊源	45
二、美国政府采购的机构设置	50
三、美国政府采购法律体系的总原则	54
四、美国政府采购的主要内容和过程	55
第二节 美国涉密采购的法律渊源与原则	60

一、美国涉密采购的法律渊源	60
二、美国涉密采购的法律原则	68
第三节 美国涉密采购的保密管理模式	71
一、涉密采购的机构设置	71
二、涉密采购的程序和管理	76
三、小结	83
第三章 德国涉密采购法律制度	89
第一节 德国政府采购法律制度概述	89
一、德国政府采购的法律渊源	90
二、德国政府采购的机构设置	92
三、德国政府采购法律体系的总原则	94
四、德国政府采购的程序	95
五、德国政府采购的监督体系	96
第二节 德国涉密采购的法律渊源与原则	98
一、法律渊源	99
二、法律原则	100
第三节 德国涉密采购的保密管理模式	101
一、涉密采购的程序和管理	102
二、结合军事采购谈具体做法	109
三、小结	111
第四章 中国涉密采购法律制度的建构	113
第一节 中国涉密采购法律制度的现状	113
一、涉密采购与政府采购之关系	113
二、我国涉密采购规范建设现状	115
第二节 中国涉密采购立法的必要性	122
一、中国涉密采购的现状及其问题	122
二、中国涉密采购统一立法的重要性	127

第三节 中国涉密采购立法的原则	129
一、统一规范, 分级审查	129
二、严格管控, 明确责任	130
三、预防为主, 监督跟进	130
第四节 中国涉密采购保密管理法律制度的建构	130
一、涉密采购的分类	131
二、涉密采购的保密管理机制	132
三、关于涉密采购保密管理机制建设的几点建议	135
四、初拟“涉密采购保密管理(规定)”立法 建议稿	138
附 录	143
中办机关涉密项目问答	143
含有密码技术的信息产品政府采购规定	146
中央单位变更政府采购方式审批管理暂行办法	147
威海市涉密项目政府采购管理暂行规定	150
深圳市政府采购中心涉密项目网下采购操作办法	152
美国 2007 年外国投资与国家安全法	154
美国财政部关于国会 2007 年国家安全审查立法的 实施细则	169
德国 2005 年公共采购法	202

| 第一章 |

涉密采购保密管理制度概述

第一节 涉密采购保密管理制度的概念

一、涉密采购的概念

涉密采购，是指涉及国家秘密的政府采购。^{〔1〕}这首先意味着涉密采购属于政府采购而不是私人采购。所谓政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。在这种行为之中存在着寻租的可能性，而寻租活动导致资源浪费、政治腐败和社会效率低下。^{〔2〕}为了保证政府采购免于浪费、欺诈和滥用权力或者失职（waste, fraud, and abuse or mismanagement），实现政府采购的基本目标（公众

〔1〕 在本书中，涉密采购主要是指政府采购中涉及国家秘密的采购。在政府采购之外的民间采购中，当然也存在涉及国家秘密的采购，但是民间涉密采购中的保密管理制度不是本书所能涵括的，需要另行研究。此外，在政府的涉密采购中，有国内采购与国外采购之分（国内、国外主要是指供应商背景，而不是纯粹的地域概念），由此涉及的是国货和非国货标准的问题，本书连带涉及进行了论述，只是在最后的立法建议稿中主要针对政府的国内涉密采购而展开。

〔2〕 马海涛、姜爱华等主编：《政府采购管理》，北京大学出版社2008年版，第21页。

信赖、效益和公平)和政府采购制度的基本原则(完全的公开的竞争, full and open competition),最佳的方式是采用竞争性招投标(competitive bidding)。^[1]但是,这并不意味着所有的政府采购都是以竞争性招投标方式实施的。原因在于竞争性招投标方式并不是保证政府部门提高公共资金使用效益、实现物有所值经济效率原则的唯一最佳方式。这就是说,在特殊情况下,其他的采购方式能更好地实现经济效率。例如,由于不可预见的事件发生所导致的紧急情况而需要政府采购时,竞争性招投标方式因其自身程序的复杂性,就不可能满足这种紧急状态下的采购要求。另外,竞争性招投标方式并不一定能够保证政府部门实现其维护国家安全和利益、维护社会公共利益安全、促进国内特定产业发展和保护国家经济利益和科技优势等方面的职能,也就是说政府部门为实现其所承担的其他职能,在进行政府采购时可以采取非竞争性的采购方式。

其次,涉密采购是一种特殊的政府采购。所谓特殊的政府采购,是指政府部门进行采购时可以不按照政府采购法规定的建立在完全公开竞争的原则基础上的采购方式进行的采购。这些特殊的政府采购包括:因重大自然灾害、重大疫情等非常的、紧迫的紧急状态所实施的政府采购;因战争、财政经济上的重大变故等国家紧急状态所实施的政府采购;涉及国家安全和利益以及公共利益所实施的政府采购、国防采购等。涉密采购作为一种特殊的政府采购,其特殊性不是指政府采购本身是国家秘密,也就是说不是指政府采购的货物、工程和服务本身是国家秘密,而是指政府部门按照法律规定在进行货物、工程和服

[1] Lani A. Perlman, "Guarding the Government's Coﬀers: The Need for Competition Requirements to Safeguard Federal Government Procurement", 75 *Fordham Law Review*, 3187, p. 2.

务采购时要公开或披露相关信息，而这些信息中包含国家秘密。所谓秘密，是指在一定时间内只能由特定范围内的人或主体所知悉的特定信息或事项。而国家秘密是指关系到国家安全和利益的信息或事项，这是国家秘密不同于一般秘密的根本之所在，是国家秘密的本质属性。因此，在这个意义上，所谓涉密采购也就是指涉及国家安全和利益的政府采购。但是，涉及国家安全和利益的采购不一定是涉及国家秘密的采购。这样，涉密采购就属于特殊政府采购中“涉及国家安全和利益以及公共利益所实施的政府采购”的一种类型。

最后，涉密采购的根本特性在于特定政府部门在进行政府采购时如何管理保守国家秘密的问题。政府采购主体以竞争性招标投标方式进行采购时必须公开或披露相关事项，而这些事项可能包含国家秘密。而国家秘密的公开就会使国家安全和利益受到损害。因此，世界各国的政府采购法律中都规定，凡是涉及国家秘密的政府采购都实行免于完全公开竞争的例外制度，即不实行政府采购法律中所规定的政府采购方式。例如，我国《政府采购法》第 85 条规定，涉及国家安全和秘密的采购，不适用本法。我国《招标投标法》第 66 条规定，涉及国家安全、国家秘密等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。我国台湾地区的“政府采购法”第 104 条规定，机密或极机密之采购，得不适用本法第 27、45、61 条之规定。世界贸易组织的《政府采购协议》第 23 条规定，涉及国家安全和公共利益的方面例外，限制 GPA 适用。《联合国贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》第 1 条第 2 款规定，涉及国防或国家安全的采购，可以不适用本法。美国的《合同竞争法》（The Competition in Contracting Act，简称 CICA）规定，涉及国家安全的政府采购免于竞争性招标的要求。

二、涉密采购的分类

涉密采购的种类不同，涉密采购的方式就会不同，涉密采购的保密管理具体制度和措施也不同。它有哪些种类呢？我们可以依据不同的标准对其进行分类。在这里，我们采取下列分类标准：

1. 根据涉密采购所涉及的国家秘密的级别，可以将其分为涉及绝密级国家秘密的采购、涉及机密级国家秘密的采购和涉及秘密级国家秘密的采购等。所谓涉及绝密级国家秘密的采购，是指那些包含有最重要的国家秘密而且这些秘密一旦公开或泄漏就会使国家安全和利益遭受特别严重损害的政府采购。所谓涉及机密级国家秘密的采购，是指那些包含有重要的国家秘密而且这些秘密一旦公开或泄漏就会使国家安全和利益遭受严重损害的政府采购。涉及秘密级国家秘密的采购，是指那些包含有一般的国家秘密而且这些秘密一旦公开或泄漏就会使国家安全和利益遭受损害的政府采购。

政府采购中涉及的国家秘密的级别不同，采购方式和保密管理的机制就不同。所涉及的国家秘密的级别越高，政府采购方式的公开程度越低，采购对象的供应商范围越小，且越是需要采购国外供应商的货物、工程和服务，保密管理的机制就越严格。

2. 根据涉密采购的对象不同，可以将其分为涉密货物采购、涉密工程采购和涉密服务采购等。所谓涉密货物采购，是指采购的货物属于国家秘密或者采购用途、采购行为涉及国家秘密的政府采购。所谓涉密工程采购，是指采购那些用途、功能或关键部位涉及国家秘密事项而且公开后会危害国家安全和利益的建筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等工程的政府采购。涉

密服务采购，是指采购那些涉及国家秘密的会议活动、资产评估、财务审计、维修维护、法律咨询等服务的政府采购。

涉密采购的对象不同，采购的环节也不同，保密管理的具体程序也不同。例如，与涉密货物采购、涉密服务采购相比，涉密工程的环节较多，涉密采购保密管理所涉及的环节就较多，包括涉密工程的确认、建设、使用等。具体来说，涉密工程首先应该经过保密行政管理部门的确认，经确认后，应采取严格的保密管理措施，不得公开招标，对涉密工程的勘察、设计、施工和监理单位进行保密审查，建设单位应制定具体的保密管理措施和方案，并与勘察、设计、施工和监理单位签订保密协议，建设单位应进行全过程的保密监督管理，工程竣工后建设单位应收回涉密图纸、资料等涉密载体并办理移交手续、清除计算机储存的信息，涉密工程启动前必须通过安全保密检查检测等。

我们也可以根据其他标准对涉密采购进行分类，例如，根据涉密采购中所涉及的秘密所属领域的不同（也就是说秘密产生于不同领域如政治、经济、科技等），可以将其分为涉及国家政治秘密的采购、涉及国家经济秘密的采购、涉及国家科技秘密的采购、涉及国家国防外交秘密的采购等。诸如此种分类，与涉密采购保密管理制度的关联并不是太紧密，也就是说根据这些标准所划分的不同种类的涉密采购所涉及的保密管理制度方面不存在差别，因此，我们就不再具体地阐述。

三、涉密采购保密管理制度的概念

涉密采购保密管理制度，是指调整涉密采购中所产生的保密行政管理关系的法律规范的总称。为了全面地正确地理解这个概念，我们需要把握以下几个方面：

第一，涉密采购保密管理制度不同于政府采购管理制度，

前者的管理主体是国家保密行政管理部门，后者的管理主体是政府采购管理部门（在我国，是各级人民政府的财政部门）；前者的管理对象是保守国家秘密，后者的管理对象是政府采购行为。政府采购法与涉密采购保密管理法之间的关系是一般法与特别法之间的关系，因为涉密采购保密管理法的调整对象只是政府采购中的一种特殊政府采购。

第二，涉密采购保密管理制度的调整对象是保密行政管理关系，其涉及三方当事人之间的法律权利与法律义务关系，即保密行政管理部门、政府采购部门和货物、工程、服务的供应商等之间的法律权利与法律义务关系。其中，处于管理者地位的是保密行政管理部门，处于被管理者地位的是政府采购部门和供应商。

第三，涉密采购保密管理制度属于公法范畴。法律可以被区分为公法和私法。公法是指调整不平等主体（其中一方主体一定是公共当局的）之间的管理与被管理、服从与被服从关系的法律规范，私法是指调整平等主体之间的权利义务关系的法律规范；公法以命令与强制为特征，私法以权利请求和诉讼上的平等关系为特征；公法规范的约束力不考虑法律关系参加者的意愿，私法是只要当事人不做相反约定就能适用的法律规范；公法依职权才有效，私法仅依请求权就生效。

第四，涉密采购保密管理制度不属于行政法中的行政合同法律制度。一般的政府采购法律制度属于行政合同法律制度（在英美法系行政合同被称为公共契约），而行政合同不仅受依法行政原则的支配，也受契约自由原则的支配。^{〔1〕}这就意味着政府采购中，在不涉及公共利益的情况下，采购合同的变更应当按照处理私人之间协议的规则进行。而涉密采购保密管理制度不属于行政合同

〔1〕 参见于安编著：《政府采购制度的发展与立法》，中国法制出版社 2001 年版，第 52 页。