



沈阳师范大学法律文化协同创新文库

竞争性缔约契约研究

李冬 著
LIDONG AUTHOR

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



沈阳师范大学法律文化协同创新文库

LI DONG AUTHOR
李冬 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写

竞争性缔约契约研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

竞争性缔约契约研究 / 李冬著. —北京: 法律出版社, 2015. 4

(辽宁省法律文化协同创新文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7876 - 2

I. ①竞… II. ①李… III. ①契约法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 081183 号



编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 吕丽丽
责任编辑 吕丽丽
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 10.5
字数 136 千
版本 2015 年 5 月第 1 版
印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7876 - 2

定价: 30.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

沈阳师范大学法律文化协同创新中心,以法律文化传承为主旨,联合西北政法大学,大连理工大学等国内、省内著名大学,辽宁省社会科学院等科研院所,及辽宁省高级人民法院、辽宁省人民检察院、辽宁省人民政府法制办、辽宁省法学会、辽宁省律师协会等法务部门与行业协会,旨在通过协同攻关、合作创新,推出高质量的法律文化创新研究成果与实践创新成果。在法律文化原理、部门法文化、中国传统法文化、中外(中西)法文化比较等领域,开展全方位的法文化元素(基因)、结构、特征、意义等静态的以及法文化生成、变迁、转型、传播等动态的理论研究;通过调查、走访、驻站等方式,对传统法文化因素的遗存、消失,外来法文化因素的传入、吸收,国人法文化的融汇、创造,当下法文化的现状、建设等,进行实践层面的关注、跟进,以阐扬时代、提炼精神,构建涵摄传统、切合时代、推陈出新、创造更新的具有中国特色的社会主义法文化。这样的新型的法文化,是具有民族根、时代魂的法文化。

协同创新中心研究成果将作为共同成果,以“沈阳师范大学法律文化协同创新中心丛书”形式陆续出版;调研成果也将适时发布,符合发表、出版条件的,也将陆续予以发表,或纳入丛书出版。首批首部著作,是大连大学法学院教师王爱群博士翻译的《日本民法典》。期待这一好的开始,也期待中心丛书越来越好。

法律文化协同创新中心联席主任:霍存福

汪世荣

二〇一四年七月五日

目 录

Contents

第一章 导论	(1)
一、问题的提出及研究意义	(1)
二、当前国内外理论研究动态分析	(4)
三、竞争性缔约契约制度研究的主要内容及理论创新	(11)
第二章 竞争性缔约契约一般分析	(16)
第一节 竞争性缔约契约概念界定	(16)
一、契约自由的反思	(16)
二、竞争性缔约契约本质	(19)
第二节 竞争性缔约契约的发展历程回顾	(22)
一、竞争性缔约契约在我国的发展	(22)
二、典型国家和国际组织竞争性缔约契约的发展	(25)
第三节 竞争性缔约契约与相关概念的关系	(29)
一、竞争性缔约契约与反垄断	(29)
二、竞争性缔约契约与反不正当竞争	(31)
三、竞争性缔约契约与强制缔约	(35)
第四节 竞争性缔约契约的基本特征	(37)
一、竞争性缔约契约的缔约要式性	(37)

二、方式多样下的统一	(39)
三、关联主体多	(40)
四、公共利益为主	(40)
本章小结	(42)
第三章 竞争性缔约契约的价值、基本原则及适用领域	(43)
第一节 竞争性缔约契约的价值	(43)
一、一般契约的价值	(43)
二、竞争性缔约契约的独特价值	(46)
第二节 竞争性缔约契约的基本原则	(50)
一、竞争性缔约契约与普通契约原则的关联	(51)
二、竞争性缔约契约适用的特殊原则	(52)
第三节 竞争性缔约契约的适用领域	(56)
一、竞争性缔约契约适用领域的判别标准	(56)
二、竞争性缔约契约适用的具体领域	(60)
本章小结	(65)
第四章 竞争性缔约契约的缔约分析	(67)
第一节 缔约方式分析	(67)
一、传统型竞争性缔约契约缔约方式	(67)
二、新型竞争性缔约契约缔约方式	(73)
三、竞争性缔约契约缔约方式的疑问	(76)
第二节 缔约过程分析	(77)
一、竞争性缔约契约的成立	(77)
二、竞争性缔约契约的生效	(82)
第三节 缔约担保	(84)

一、担保制度在竞争性缔约契约中的价值和体现	(84)
二、竞争性缔约契约担保中的问题及解决	(86)
第四节 附随义务	(90)
一、保密与公开	(90)
二、第三方监管的设立	(94)
本章小结	(97)
第五章 竞争性缔约契约中第三人权益的保护	(99)
第一节 参与缔约权被侵害的第三人权益的保护	(99)
一、参与缔约权被侵害的第三人权益保护概述	(99)
二、参与缔约权被侵害的第三人的受侵害情形	(102)
三、参与缔约权被侵害的第三人权益的保护机制	(104)
第二节 享有优先权的第三人权益的保护	(109)
一、优先权在竞争性缔约契约中的体现	(109)
二、享有优先权的第三人的受侵害情形	(111)
三、享有优先权的第三人权益的保护机制	(113)
第三节 同场竞争的第三人权益的保护	(115)
一、同场竞争的第三人权益保护概述	(115)
二、同场竞争的第三人的受侵害情形	(116)
三、同场竞争的第三人权益的保护机制	(118)
第四节 竞争性缔约契约第三人权益侵害竞合处理的几点思考	(120)
一、第三人权益侵害竞合含义	(120)
二、第三人权益侵害竞合的情形	(120)
三、第三人权益侵害竞合的处理原则	(121)
本章小结	(123)

第六章 竞争性缔约契约中第三人权益的救济	(124)
第一节 完善竞争性缔约契约中第三人权益的救济制度	(124)
一、我国在与竞争性缔约契约有关法规中的救济制度体系	(124)
二、域外诸国和地区救济制度的启示——以政府采购适用 平台为切入点	(127)
三、我国竞争性缔约契约中第三人权益救济制度构想	(133)
第二节 构建合理的第三人权益被侵害后的诉讼程序	(137)
一、国外竞争性缔约契约中争议解决的诉讼机制	(137)
二、竞争性缔约契约行政诉讼的程序设计	(138)
三、竞争性缔约契约民事诉讼的程序设计	(142)
本章小结	(144)
 结 语	(145)
 参考文献	(151)
 致 谢	(158)

第一章 导 论

一、问题的提出及研究意义

(一) 研究背景

无论是藏身民间的草莽时代还是化身庙堂之上的国家干预时代,契约制度带给人们的思索永远都离不开经济关系的要求。虽然形式几度变化,其本质却愈加明晰地体现出来。曾经我们视合同为契约制度的正统学说,然契约却不甘人后,无论是《社会契约论》还是《英美契约法论》等经典的翻译文献,都让我们得以再次重温契约制度的精髓。契约自由曾被认为是契约制度的根基,同时契约以其自身内在机制形成的契约伦理一直主导着 19 世纪以降的主要社会思潮。^① 罗尔斯曾经认为:“每个在实现他自己利益的人都肯定会自动地根据他自己的所得来衡量他自己的所失。因此,我们就有可能在目前做出某种自我牺牲,以得到未来的较大利益。既然一个人能非常恰当地行动,以达到他自己的最大利益,尽可能地接近他的合理目的,那么为什么一个社会就不能按照同样的原则去行动,并因此把那种对一个人是合理的行动看作对一个联合体也是正当的呢?”^② 契约的伦理精神是对契约社会的经典概括,是一种理想的追求境界。但正是因为不同的市场主体各自的利益追求,如果缺少相应的伦理精神约

① 邱本:《自由竞争与秩序调控》,中国社会科学院 2000 年博士学位论文。

② 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 20~21 页。

束,将导致契约自由所表达的真实意图为现实所背叛。随着市场经济快速发展中经济方式的多样化,加之法治社会的逐步完善契约伦理自发起作用的时代,将逐渐为国家主导控制而代替。在这一过程中,我们有必要对契约制度进行重新的审视。

当今世界各国一般都建立了自身的契约制度体系,美国和欧盟更是不遗余力地推动其发展和完善。在涉及公共利益和社会福利的契约领域,一般都建立了竞争性缔约的法律和规章,如《美国联邦采购规则》(Federal Acquisition Regulation, FAR),世界贸易组织的《政府采购协议》。欧盟也相继颁布了一系列关于政府采购各个领域的《指令》并据此形成了四部实体性法律和两部程序性法律。我国现行的《政府采购法》亦规定了竞争性缔结契约的制度。可以讲,在公共领域中推行竞争性的缔约方式有着悠久的历史和丰富的实践。早在1782年,英国就通过设立文具公用局以及后来的物资供应部来进行竞争性缔约的实践,通过招标的形式采购物资。而据史料考证,早在我国宋代,招投标这种充分彰显竞争性缔约的形式已经被广泛使用。刘云生先生在《宋江招标、投标制度论略》中开篇明义地指出,“即便以现代民法学理之视角透视中国自宋代以来不断成熟发达之招标、投标制度,也不得不承认该种竞争性缔约方式之发达完备,与西方同期民法演进史相比较,更见其独创性、先进性”。^①对于竞争性缔约在宋代的发展,刘先生更是不吝笔墨地大加赞誉:“尤可道者,自宋代以来之招标、投标制度不仅激活了宋代商品经济时代脉搏,也丰富了传统民法文化。对该制度进行研究,不唯有助于还原历史,更可为今日之民事立法、司法提供有益借鉴,从价值与制度两方面为中国民法之现代化转型提供丰赡而具实效之本土资源。”^②

竞争性缔约作为契约成立的一种特殊方式,在契约成立尤其是公共领域的契约缔法中占据着相当重要的比例,政府公共物品的采购、社会事业的购买甚至是执行中的变现都离不开竞争性的缔约方式,招投标、拍卖作为典型的竞争

① 刘云生:“宋代招标、投标制度论略”,载《广东社会科学》2004年第5期。

② 刘云生:“宋代招标、投标制度论略”,载《广东社会科学》2004年第5期。

性缔约方式也被广泛应用。然而,国内外的研究往往仅是集中在缔约这一阶段,包括制定若干政府采购法案以及实施细则,多是规范缔约阶段的,而对契约成立后的相关制度则极少涉及。这其中有竞争性缔约产生的契约与非竞争性缔约而立契约的共性。盖由同一的契约法律制度加以规约,因此极少论及专门针对竞争性缔约而生契约的专门规范问题。在竞争性缔约尚未得到明晰认定的背景下,忽略通过此方式缔约所生契约的后续履行以及责任救济,也就不足为奇了。正因为竞争的存在,通过竞争的方式所缔结的契约,无论是在缔约的方式上还是缔约所生契约的成立和生效等方面,都会变得更加复杂。其复杂原因之一就是涉及多方主体,采取了与多方主体相适应的缔约方式。因而,竞争就不能仅止于缔约阶段,而应纳入到竞争性缔约契约的全过程进行考察,并将曾经参与竞争且易为人们所忽略的第三人利益重新纳入视野中。

目前虚假的竞争性缔约比比皆是,已经对社会正常的经济秩序和因此而生成的契约信用构成了威胁。虚假拍卖、串通招投标、非法转包、随意分包等行为不胜枚举,已经对社会主义的市场经济秩序构成了致命的威胁。这其中的原因就是各方主体还没有真正实现竞争性缔约,而是以竞争性的规避形式来推动非竞争性缔约契约的订立。回避竞争和规避竞争以及虚假竞争等有名无实的行为严重侵害了契约社会的正常秩序,而这其中对相关主体利益的保护不足则是问题的根源。如果不能对相关主体的利益进行充分的制度保障,无论竞争性缔约的形式多么丰富和完备都难以真正实现竞争缔约,创造财富之目的。

(二) 研究意义

通过对竞争性缔约契约的初步研究,或可达致如下目标:

一是填补当前理论研究上的空白,实现竞争性缔约契约研究的初步探索,起到发掘问题的作用,同时通过对现存问题的反思引发学界同人的深入研究和思考。由于目前关于竞争性缔约契约的研究文章尚没有完整的表述出现,笔者不揣浅陋,贸然提出本命题,也想通过本书就教于学界。书中问题的发掘和归纳尚不够深入,但现实的疑难问题又纷繁复杂,笔者希望选择一些简单的切入点来揭开竞争性缔约契约研究的冰山一角。唯求能对学界有所贡献,通过对当

前散见于各个学科的研究进行归纳,尤其是对当前关于竞争性缔约契约适用领域的若干经济学研究成果进行吸收,将民商法的若干制度紧密地与经济社会的实践结合起来,通过系统的方法建构竞争性缔约契约的研究领域。

二是为当前我国若干公共领域的契约制度提供理论支撑。公共领域和私人领域的采购是不同的,统一的契约制度显然不能满足现实的需要。私人领域的契约因为契约自由和自愿原则而较少适用强制性制度的规约,而公共领域则因为采购事宜关涉社会共同福祉,如何平衡契约自由与社会公正则成为制度的首要目标。正如尹田先生在《法国现代合同法》中所言,契约自由和社会公正的冲突与平衡应当是公共领域采购的旨归,契约自由是和竞争性缔约性相伴随的,但二者并不是对立的,如何在竞争中实现契约自由的价值追求,是二者平衡的所在。在上述形式之争的背景下,社会公正竞争性缔约契约中的重要性凸显,如何在契约的缔结中实现社会公正,兼顾各方利益,尤其是目前被忽略的利益主体的利益,是公共领域契约缔法中的核心问题。

三是在政府外包和购买公共服务的国际大趋势下,竞争性缔约及由此而生的竞争性缔约契约的履行和救济亟须相应的制度加以规范。而当前无论是在政府采购的法律框架下,还是在《招标投标法》等专门法规中,都没有充分重视竞争性缔约契约后续履约中的问题。尤其是有关合同主体之外的第三人的利益救济更是少见,一般仅散见于政府采购的法规之中。且就其法规的效用来讲,还不能规范竞争性缔约契约中有关的第三人利益的保障问题。因此,笔者通过研究旨在建立以竞争性缔约契约为主导的民商事基本法,以此为依托实现对现存与未来可能存在的竞争性缔约行为以及由此而产生契约的若干制度进行规范,尤其是通过护佑相关第三人利益的制度体系,实现对竞争性缔约及契约履行和责任承担的全方位监控。

二、当前国内外理论研究动态分析

对于竞争性缔约的研究可以区分以下三个方面:一是经济学领域的学者通过对平台,如政府采购等竞争性缔约领域进行切入研究;二是行政法领域的学

者通过对形式,如招投标等竞争性缔约方式进行分类研究;三是少量的学者开始关注传统民法领域中若干利益主体的研究,但还不够深入,尤其是对竞争性缔约契约相关第三人利益的保护。

(一) 竞争性缔约契约适用平台或领域的研究

在关于竞争性缔约领域的研究中,国内外学者的研究已经比较广泛且较为深入,其中以各国存在的政府采购协定和国际组织的采购协议为典型表征。在这种竞争性缔约领域的研究中,学者结合缔约的方式分别进行表述。因为在政府采购中,政府主要是以买方身份出现的,一般涉及招标、竞争性谈判和询价购买等几种常见方式,不能全面反映竞争性缔约的方式,如拍卖、集合竞价等方式。

竞争性缔约契约适用平台或者领域的研究已经比较充分,包括我们熟知的政府采购、土地出让、特许经营权的转让等都采用了这种竞争性缔结契约的方式。在部分领域的研究上已经比较深入,比如政府采购和军品采购等领域的研究已经比较全面,关于我国《政府采购法》以及实施以来的问题和解决思路都有了比较深入的研究。政府采购在公开前提下的市场化竞争性运作是非常必要的。政府工程采购实行招标投标就是为了达到公开、公平、公正以及充分竞争的目的。由于军事装备市场的特殊性,往往只有为数不多的供应商参加竞争性谈判。这显然降低了竞争性,增加了串谋的可能性。因此对于市场机制失灵情形下的激励机制的研究显得十分重要,而目前的研究主要集中在机制(合同)设计和合同管理,而对交易行为本身涉及的规则和程序却很少论及。

政府采购以及军备采购等领域是当前有关竞争性缔约契约适用平台研究比较集中的领域,尤其以政府采购为研究的着重点。在政府采购的平台上,目前与本书有一定关联且已有的研究成果集中在以下几个方面:

一是政府或公共采购的基本理论表述。在这方面的论述上,一般是以经济学研究为起点的,是以采购绩效为最终考察对象的。虽然其在学科的定位上与本书有一定距离,但作为基础概念的起源,任何研究者和实践者都不能忽视其产生和存在的现实。

早在 1830 年,美国建国初期就已经出现了对政府采购进行研究的文本,被称为 Babbage 的文本。^① 在其产生之后,无论是实践还是理论都得到了长足的发展。对这段经历,国内学者尹贻林这样评价:“20 世纪下半叶,由于世界经济贸易频繁,促进了政府采购的研究。西方政府采购理论,不断丰富,又促进了西方政府采购制度的发展和完善。”^②而在 1929 年,美国学者福布斯出版了《政府采购》一书。关于政府采购的理论体系逐渐开始建立,其后关于政府采购的深层次问题逐渐被纳入研究的视野,比较著名的有美国亨瑞芝撰写的《采购原理与应用》和英国贝雷撰写的《采购与供应管理》。^③

W. J. Baumol 认为,在政府的功能当中,政府也扮演着购买大量商品的消费者的角色。尤其是在“二战”以后,政府采购不仅起到了传统上维系政府运转所需财物和工程以及服务的功能,而且其在促进产业发展和国内经济振兴以及宏观政策的导向上也起到了重要的经济调控的作用。政府采购的作用大体上有两个方面:其一是获得政府正常运转所需要的物品,其二是通过政府的支出起到对经济宏观调控的作用。^④

政府在采购工作中已经超越了单纯的消费角色,有些时候成为间接投资的角色。关于其自身功能和社会功能的价值,学者也进行了深入的研究。因此在如此重要的领域,政府采购工作的价值和意义自然不可小视,同时对其进行相应的法律规制也就越发重要。R. Preston McAfee 和 John McMillan 共同发表在《国际经济学》上的《政府采购与国际贸易》被高度评价为研究政府采购的必读文章。在该文中,两位学者提出政府采购是一个不完全竞争的过程。这个论断为相应的制度确立奠定了理论基础。他们认为,在国与国之间的贸易中,政府

① Michiel. R. Leendeers, Harold. Fearon: Developing Purchasing's Foundation, *Journal of Supply Chain Management* 2008, pp. 2 - 82.

② 参见尹贻林:《代建制的基本理论与实务》,天津理工大学公共项目与公共造价研究所 2008 年 6 月,第 8 ~ 75 页。

③ “代建制理论与国内实践”,载中华人民共和国财政部网站, http://www.mof.gov.cn/pub/touzipingshenzhongxin/zhengwuxinxi/diaochayanjiu/200806/t20080618_45965.html, 最后访问时间 2011 年 11 月 22 日。

④ W. J. Baumol, Notes on the Theory of Government Procurement, *Economica New Series*, 1947(14): 1 - 18.

采购行为虽然是市场经济的体现,但因为比较优势和不完全竞争的存在以及复杂因素的影响,政府并不具有完全的可能从出价最低的投标者那里购买商品,而是需要整体采购成本最低,因此政府采购无论是过程还是结果都是一个不完全竞争的状态。^① 这对于本书将研究的立意确立在竞争性缔约契约的视角是有相当启发的,不完全竞争的过程和结果都必然对崇尚竞争性交易的终极目标产生必然的约束。如何在正视这种现实存在的基础上发掘竞争性缔约的作用,促进竞争性缔约契约相关当事人的利益平衡,也是本书着重考虑的问题。

二是有关国际组织和各国政府采购的宏观介绍。目前国内学者最主要的工作还是集中于这一领域,这和当前我国政府采购所处的发展阶段是相适应的。我国政府采购立法时间较短,仅有十余年的历史。在这种较短时间内发展起来的政府采购实践和理论研究还处在拿来主义阶段,这是不足为奇的。

世界贸易组织的《政府采购协议》是应用范围比较广泛的一类。就契约订立形式来看,世界贸易组织的《政府采购协议》不仅适用于购买、租赁等传统领域,也适用于租买和产品承揽加工以及服务等领域。在采购的限额上,规定了以国家为单位的基准要求,通过特别提款权这一具有可资衡量性的标准来约束各国,而对地方政府则由各国自行规定。于安教授曾撰文指出,我国《政府采购法》规定了竞争决策制度,但是立法奉行的竞争原则是所谓的“平等竞争”,没有采纳“充分竞争”的表述;这是国内立法与国际协定在立法指导原则上的重大分歧,调整竞争原则是我国签署 GPA 后面临的最大挑战。^② 于安先生的评价是相当精辟的,在竞争性缔约的阶段,立法宗旨更多的是强调平等原则,还没有对充分竞争原则予以高度重视。这也是竞争性缔约契约目前存在的通病。因为缺乏充分竞争的指导原则,缔约阶段缺少对相关主体的重视,这也为履约阶段第三人保护的欠缺埋下了伏笔。

欧盟在《成立欧洲经济共同体条约》的框架下,颁布了若干指导公共采购

^① McAfee. RP and J. McMillan, Government Procurement and International Trade, *Journal of International Economics* 26, pp. 291 - 308.

^② 于安:“加入‘政府采购协定’对我国国内制度的影响”,载《法学》2005 年第 6 期。

的法律。在实体法和程序法的共同捍卫下,欧盟形成了自身独具特色的公共采购的法律体系,尤其值得称道的是,在涉及服务采购的法律文件上,区分了《公共服务指令》和《公用事业指令》。在《公共服务指令》中,主要规定的是关于授予公共服务合同的程序的指令问题;在《公用事业指令》中,主要规定的是有关水、能源、交通、电信等部门采购程序的指令。

联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)是联合国大会于1967年设立的,其目的是消除因为贸易法的国别差别而导致的国际贸易障碍,促进形成统一的、协调的各国贸易法。1986年,上述组织专门针对政府采购问题进行了统一规范;1993年出台了《货物和工程采购示范法》,1994年又通过了《货物、工程和服务采购示范法》。上述两部示范法律都是有效的,我国学者对上述有关法规进行了较为充分的引进和介绍。在示范法的作用下,各国先后立法确立了符合上述原则和框架的本国的法规制度,示范法的影响甚为广泛。波兰在《示范法》的基础上进行政府采购立法,在1994年制定了《公共采购法》;俄罗斯在1997年通过了《关于采购国家所需物品、工程和服务的组织管理办法》和《通过组织拍卖采购国家所需物品来反腐败和减少财政支出的优先措施》。^①

各国的政府采购制度在国内学者文章中也比较多。杨汉平先生在《政府采购法律问题研究》一文中系统介绍了美国、英国、新加坡、韩国以及香港特区的政府采购制度。鉴于文章中还会有相关介绍,此处暂不做引介。对于分国别的政府采购制度,学者一般还是从各国的现行做法和历史脉络上进行写实性的介绍,对于各国政府采购制度的立法成因等研究尚不够深入和细致。

另外,政府采购缔约方式、政府采购程序、政府采购规模与效率、政府采购纠纷司法解决机制、政府采购国际规则比较等研究领域都有了很大的突破。政府采购的缔约方式主要是被本书定位为工具的招投标、拍卖、挂牌出让等方式。政府采购的程序、规模效率等更多的是经济学研究的范畴。在政府采购纠纷的司法解决机制中,理论基础和制度设计都有学者进行了研究。而当前研究政府

^① 张照东:《政府采购制度研究》,厦门大学2003年博士学位论文。

采购的国内学者通过引入介绍域外各国的相关制度已经比较全面地介绍了主要国家和国际组织的政府采购制度。

但竞争性缔约契约的平台研究目前还比较集中,缺乏关注的全面性。尤其是一些新兴的领域如某些公共物品的供给、某些公共服务的提供等还出现了立法上的空白,这极容易出现事后救济等立法滞后的问题。

(二) 竞争性缔约契约缔约方式的研究

目前,对于缔约方式的研究主要集中在招投标、拍卖、挂牌出让等既有方式。在上述领域的立法国内已经有了多年的基础,但对于某些新兴的缔约方式如网络拍卖方式、网络秒杀等还鲜有涉及。即便对于已经存在的缔约方式,在研究的侧重上仍然出现了不协调的局面。国内关于缔约方式的研究相对集中在招投标和拍卖两个领域,对于实践中最为常用的竞争性谈判采购的研究几乎是空白。因为招标投标制度起源于西方,至今已经有三百多年的历史。因此,其关于招标投标法律制度的建设已是相当成熟,早已成为一套完整的体系。国内学者对招标投标制度的研究主要是通过对该制度发展完善的相关国家的法律制度介绍来展开的。如对美国招标投标制度的介绍。美国的招标制度是和政府采购结合进行的,包括招标制度。政府采购要求用招标程序,并以统一的单据和格式实行规范化操作管理。另外还有作业标准化制度、供应商评审制度、审计监察制度、交货追查制度等。而研究者也比较全面地介绍了这些制度的发展和现状。虽然国内外学者对于谈判行为和企业之间的竞争行为研究较多,但对前者的研究往往由于其非竞争性的特征而未能对评审方法进行深入研究;对于后者,往往由于注重完备的市场机制而以传统的经济理论为基础进行研究。

目前研究招标和投标制度的方向主要有五个方面:第一是关于招标投标具体运作机制的研究,诸如如何建立评标委员会以及采取何种更加有效的评标方法。这往往被认为是具体的实施细节,是招投标制度实现更优社会效益的技术方案。第二是关于招投标法律属性的分析。这也是本书着重论述的竞争性缔约方式的一部分。第三是关于招投标中的不正当竞争以及犯罪等行为的研究。从广义来讲,这些行为恰恰是产生不能充分竞争的原因,也是本书后续着重介