

胡兰玲
◎ 著



政府采购中供应商权利保障研究

Protection of the rights of Suppliers
in government procurement



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

013755381

D922.214
03

本书为天津市2011年度哲学社会科学研究规划项目“政府采购中供应商权利保障研究”（课题编号：TJFX11-050）的成果。

政府采购中供应商权利保障研究

Protection of the rights of Suppliers
in government procurement

胡兰玲◎著



北航

C1663642

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D922.214
03

图书在版编目 (CIP) 数据

政府采购中供应商权利保障研究 / 胡兰玲著. —北京:
中国法制出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4705 - 8

I. ①政… II. ①胡… III. ①政府采购法 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 163786 号

责任编辑 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

封面设计 李宁

政府采购中供应商权利保障研究

ZHENGFU CAIGOU ZHONG GONGYINGSHANG QUANLI BAOZHANG YANJIU

著者/胡兰玲

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2013 年 8 月第 1 版

印张/9.75 字数/235 千

2013 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4705 - 8

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话 010-66033296

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66022958

邮购部电话: 010-66033288



北航

C1663642

序

胡女史兰玲以《政府采购中的供应商权利保障研究》一书即将出版来告，嘱为之序。胡女史兰玲与余相识已经近十年，余在南开大学，其在天津师范大学，虽然同在八里台，校区紧邻，但如隔山，相识无缘。由西北师范大学张文礼教授引荐，经过几番努力，考取我的博士研究生，在职攻读4年，可见其锲而不舍的治学精神。如今著作出版在即，论交情，乃是亦师亦友，所以师生之情，朋友之义，实难推却，勉为之序。

胡女史兰玲学业既有专攻，又有多年教学经验，且论著甚多，然其勤于学而敏于思，善于问而不耻于问，故学问日长而成绩斐然。在学期间，时常有质疑问难，余则每有教而然后知有所困之感受，然教学相长亦师生间之乐事也。胡女史生活经历丰富，在高校教书育人，因为学业有专攻，余则感到施教之难。幸而专业相通，余偏重于史，其注重于今，恰可以教学相长也。其实，事在人为，人生遭遇各异，君子自强不息，不能够以所专攻而弃其事业，也不能够以扬长避短而忘其博大，博大而精深方是授业解惑之道也，此余励其所言也。

以公共财政为基础的政府采购制度，既是市场经济发展的必然结果，也是国家政策目标实现的重要手段，不但发挥着对整个社会经济生活的宏观调控作用，而且促进社会主义市场经济的健康发展。自2000年以来，政府采购在全国范围内实施，我国政

政府采购市场呈现出蓬勃发展的态势,在采购市场中所占的比例越来越大,对市场经济的影响也不容忽视。因此,政府采购制度的规范与完善,既关系到采购市场的兴衰,又关系到市场的经济秩序,更关系到政策目标与社会发展。

政府采购可以降低交易费用,实现效率最优,不但能够实现经济调节,保护社会利益的作用,而且政府与供应商之间良性互动关系的构建,也是社会主义市场经济发展的必然。在政府采购关系中,供应商权利保障机制的重塑,应该是现今政府采购理论与实践的重点所在。胡女史兰玲以“供应商权利保障研究”为专攻,其现实意义是不言而喻的。

政府采购制度涉及政治、社会、经济诸多问题,因此应该是一种非常重要的制度安排,而供应商的参与,则可以上升到“国家与社会”的层面。随着政府采购工作的不断推广,政府采购这一概念逐渐深入人心,也难免成为社会所关注的重点问题。当今社会,一旦出现政府采购的纷争,且不说法律适用、制度规范尚且存在问题,仅仅是对簿公堂,宣诸媒体,在网络上广为传播,已经使公众难以明辨是非,其影响当然是深远的。胡女史兰玲针对我国政府采购法律制度建设时间不长,立法中存在着诸多疏漏,各种相应的配套措施还不健全,以致在政府采购实践中法律适用冲突,当事人权利不能得到有效保障,政府采购资金不能够发挥应有的功效等困扰着政府采购的问题,围绕四个基本问题,即政府采购法的定位及理顺与招投标法的关系;政府采购合同的性质;供应商在权利受到损害后的救济机制;政府采购中完善监管制度而进行论述。在论述过程中,期待解决四个核心问题,即:给予当代中国“政府采购法”以准确定位,应当属于以维护社会公共利益为本位的经济法;分析政府采购合同的性质,定位为民事合同,适用于民事诉讼程序;完善供应商权利救济机

制,以确保供应商的权利受到损害后,通过正当的手段来切实维护自身的权利;完善政府监管制度,确保政府采购行为在规范的轨道上运行,以发挥政府采购促进政治、经济、社会有序发展的效能。

政府采购不能够脱离国家与社会这个大背景,因此涉及政治、经济、法律、管理、社会等诸多问题,可以说值得研究的内容非常广泛。俗话说“伤其十指不如断其一指”。胡女史兰玲以“供应商权利保障”为主要突破点,在理顺政府采购的主体采购人与供应商关系的同时,论述他们在采购活动中所追求的价值目标。二者是交易关系中的买方与卖方,采购人采购,供应商向采购人提供货物、工程或者服务,看似形式平等,却又实质不平等。因此,设置供应商有效的权利救济制度,既有可能,又有必要。

胡女史兰玲并非仅仅对“政府采购法”进行孤立的、静态的叙述,而是通过使用比较研究方法,对发达国家的政府采购法律体系,政府采购法的原则,政府采购的政策目标,政府采购法律关系的主体、客体、权利救济,政府采购的监督管理等的生成、发展与完善的过程进行分析,总结经验教训,立足于具有中国特色的政府采购法律制度构建。使用案例分析方法,选择若干典型案例进行深入剖析,在从实证的角度验证以后,提出相应的问题,探讨政府采购法律制度的一般性规律,并针对所发现的问题,提出相应的对策。虽然立足于法学分析,但也关注经济学、政治学、行政学、社会学的成熟理论,并且应用于研究之中。因此,文章不囿于陈说,在爬梳钩稽的过程中,每多自己的创见,足以补以前研究之缺失,应该为目前法学著作中不可多见之佳作也。

法律制度应先于社会发展而设置,因此应该有前瞻性,但未

来又是不可预测的,所以法律制度总是落后于社会发展。面对这种困境,作为法学研究者,不应该总是针对现实而局限于对策研究,应该具有前瞻性,考虑到未来的发展。当然,脱离现实去预测未来,不免成为无本之木,而探寻历史发展的轨迹,总结历史经验,寻找发展的规律,在现实的基础上紧跟社会的发展,乃是具有前瞻性理论体系构建的前提条件。从历史发展轨迹,结合现实问题,着眼于未来,这不仅仅是法学研究应该注意的问题,也是社会科学所有学科都应该给予足够关注的问题。历史告诉我们,现在比过去进步,未来也会比现在更进步,而一切进步,都必须是脚踏实地地去努力争取,在将理想逐步变成现实的同时,更应该着眼于未来,因为未来才是人类的希望所在。期待更多奋发有为的来者为之努力,兼以鼓励胡女史兰玲。是为序。

柏桦

2013年6月于南开大学龙腾里之寒舍

目 录

绪 论	1
一、选题缘由	1
二、研究意义	13
三、研究现状	22
四、基本观点与基本概念	36
五、研究方法	56
第一章 供应商权利保障的缘起	60
第一节 政府采购法律制度的历史沿革	60
一、起源	61
二、国外政府采购法律制度的发展	65
三、我国政府采购法律制度的发展	71
第二节 政府采购法律制度的理论基础	78
一、政府干预论	78
二、新公共管理理论	81
三、社会控制论	84
第三节 供应商权利保障的必要性	86
一、供应商权利保障现状	87
二、供应商权利受到侵害的后果	92
三、影响供应商权利保障的原因	95

四、有必要对供应商权利进行保障	98
第四节 法律原则——供应商权利保障的基础	104
一、国际通行的原则	105
二、我国现行的原则	107
第二章 供应商权利保障相关问题的定位	113
第一节 政府采购的特点及方式	113
一、政府采购的特点	114
二、政府采购的方式	120
第二节 政府采购的社会政策目标	125
一、目标定位	126
二、目标内容	127
三、各目标之间的协调	137
第三节 政府采购法的属性	139
一、政府采购法属性的几种观点	140
二、政府采购法的部门法归属	141
第四节 政府采购合同的性质	145
一、政府采购合同定义	146
二、政府采购合同性质的学说	147
三、政府采购合同的属性	151
第五节 政府采购法与招标投标法的关系	154
一、两法的矛盾冲突	155
二、两法的法律适用	160
三、两法矛盾解决方式	163
第三章 供应商权利保障的主、客体分析	165
第一节 权利主体	165
一、供应商的资格审查	166

二、供应商的权利	178
第二节 义务主体	187
一、“采购法”中采购主体的定位	188
二、政府采购主体的标准	191
三、国际通行的采购主体	195
四、国内采购主体范围	200
五、采购主体的信息披露义务	204
第三节 客体	215
一、客体的内容	215
二、客体的完善——政府绿色采购制度构建	221
第四章 供应商权利保障的完善	236
第一节 供应商权利救济制度设定	236
一、供应商权利救济制度的特点	237
二、行政救济	241
三、司法救济	247
四、构建供应商权利救济制度的意义	251
第二节 政府采购监管制度的完善	254
一、监管法律体系的完善	255
二、监管主体的完善	259
三、强化对监管对象的监管	270
四、监管方式的完善	274
结语	281
征引文献	286
后记	301

绪 论

自2000年以来,政府采购在全国范围实施,随着政府采购的具体实施,相关的法律与制度建设也不断完善,然而,政府采购在采购政策的指导下,虽然对采购程序、采购过程、采购管理等方面进行规范,但仍然有采购腐败案件发生。就政府采购制度而言,其建立的时间不长,有必要借鉴国际惯例,根据我国现有的相关法律、法规、政策,再结合采购过程中出现的问题,从法律与制度的层面,探讨政府采购法律制度构建问题,以使供应商权利得以确实保障。

一、选题缘由

现代各国政府广泛参与社会经济生活,并将权力的、公共的意志,通过合同的形式加以实现,这是在市场经济条件下,政府管理职能的本质和要义所在,也是构建公共服务型政府的要求。政府采购即是政府参与社会经济生活的表现形式之一。以公共财政为理论基础的政府采购制度,是在现代市场经济发展的情况下构建的,不但在整个经济生活中起着重要的宏观调控作用,而且在很大程度上促进市场经济的发展。政府采购实际上就是政府通过市场化的运作,在完成政府各项采购任务的同时,实现财政支出方式的市场化。

西方国家的政府采购法律制度已有200多年的历史,很多国

家政府采购金额占一国 GDP 的 10% 以上。“英国作为欧盟成员国，其采购量占欧盟政府采购市场约 10%。近年来，欧盟政府采购市场每年规模大约为 2 万多亿欧元，相当于欧盟成员国 GDP 的 17%”^①，“德国政府采购的数量大约占其 GDP 的 18% ~ 20% 左右”^②，“法国全年政府采购资金约 1 万亿法郎，相当于年度国家总预算的 50% 左右”^③，我国于 1995 年开始试点政府采购制度，从 2000 年起在全国范围内全面展开。随着经济体制改革的不断深化，政府采购市场日益呈现出蓬勃发展的态势，采购份额也日益增加。政府采购市场的发展直接关系到市场经济的健康发展，2011 年中国政府采购规模达 1.13 万亿元人民币，占国家财政支出 11%。政府采购制度的规范与完善，又是促进政府采购市场健康发展的一个重要条件，完善的政府采购法律制度，可以使广大供应商积极参与到政府采购中去，在市场经济条件下，只有各类供应商对政府采购工作极大关注，对政府采购的招投标积极参与，并且对政府采购工作进行有效监督，才能使得政府采购制度不断发展与完善，政府采购功能得以充分发挥，在实现采购目标的前提下，促进市场经济发展。如果政府行为不规范，可能会侵害到供应商的合法权利；若供应商行为不规范，招标人与投标人串通，就会损害社会利益，其结果不但会影响我国政府采购制度的健康发展，而且会败坏社会风气。由于我国政府采购法律制度建立的较晚，政府采购的法律、法规尚未成体系，对政府采购的监督管理也存在着一些薄弱环节，由此引发的政府采购活动

① 刘军民：《英国政府采购制度考察》，载《财经》2012 年第 27 期。

② 徐焕东、李玥：《德国政府绿色采购及其启示》，载《中国政府采购》2006 年第 12 期。

③ 编辑部：《法国政府采购制度：全年采购资金约占国家总预算 50%》，载《中国招标》2011 年第 39 期。

的纠纷,常常见于报道。纵观各种纠纷,大多数是集中在供应商权利屡受侵害,并且呈现出复杂化的趋势。供应商权利问题解决不好,不但会直接妨碍政府采购健康有序地发展,而且损害政府形象及社会利益。从法律的角度规范政府采购工作,以制度的层面完善政府采购制度,保障供应商合法权利也就成为当务之急。

关于“制度”一词的含义,《辞海》解释:一是指成员共同遵守的、按一定程序办事的规程或行动准则;二是指在一定的历史条件下形成的政治、经济、文化等方面的体系。《汉语大词典》则概括为:在一定历史条件下形成的法令、礼俗等规范;制定法规;规定;制作;规模、样式。无论何种定义,制度都应该包括“规程”、“准则”、“规范”等,同时具有“体系”的含义。古代汉语中,“制”和“度”一般是分开讲的,“制”侧重于节制、限制,“度”侧重于尺度、标准。由此可见,“制”与“度”组成的“制度”,于现代“是指在一个社会组织或团体中要求其成员共同遵守并按一定程序办事的规程”,但其宽泛的含义中之法令、礼俗,则包括由社会认可而非国家规定的约束,国家规定的约束,以及具体实施问题。马克思认为:“现存的制度只不过是个人之间迄今所存在的交往的产物。”^①这个简单的定义抓住了制度的核心特征,即“交往的产物”,深刻地揭示了制度作为社会性关系范畴的本质。美国经济学家 T. W. 舒尔茨提出:“我将一种制度定义为一种行为规则,这些规则涉及社会、政治及经济行为。”^②日本学者青木昌彦从博弈论的角度给制度

① 《马克思恩格斯全集》第3卷《德意志意识形态》,人民出版社1960年版,第79页。

② 【美】T. W. 舒尔茨著,陈剑波译:《制度与人的经济价值的不断提高》,载【美】R. 科斯等著:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度经济学译文集》,上海三联书店、上海人民出版社1992年版,第253页。

下了定义：“制度是关于博弈如何进行的共有信念的一个自我维系系统。制度的本质是对均衡博弈路径显著和固定特征的一种浓缩性表征”，“制度就以一种自我实施的方式制约着参与人的策略互动，并反过来又被他们在连续变化的环境下的实际决策不断再生产出来”^①。1993年诺贝尔经济学奖获得者道格拉斯·诺斯提出：“制度（institutions）乃是一个社会中的游戏规则。更严谨地说，制度是人为制定的限制，用以约束人类的互动行为。”“制度包括了人类制定来规范人际互动的限制的任何形式。”这种限制既包括正式的，也包括非正式的限制形式。“正式的限制，譬如人类制定的法律；非正式的限制，譬如惯例与礼仪。”但不管何者，制度的目的是“透过其安排之日常生活的结构而减少不确定性”^②。制度对人们具有约束力。身为美国制度学派的创始人，索尔斯坦·凡勃伦，认为：“风俗习惯随着时间推移逐渐凝固成制度模型”，“制度就是惯例。在习惯和普遍被接受的情况下，它成为不言自明和不可缺少的”^③，“制度实质上就是个人或社会对有关的某些关系或某些作用的一般思想习惯”，因为“人们是生活在制度——也就是说，思想习惯——的指导下，而这些制度是早期遗留下来的”^④。旧制度经济学代表人物康芒斯认为：“如果我们要找出一种普遍的原则，适用于一切所谓属于制度的

① 【日】青木昌彦著，周黎安译：《比较制度分析》，上海远东出版社2001年版，第28页。

② 【美】道格拉斯·诺斯著，刘瑞华译：《制度、制度变迁与经济成就》，台北时报文化出版企业有限公司1994年版，第7-8页。

③ 【美】索尔斯坦·凡勃伦：《不在地主所有权》，转引自【美】刘易斯·A. 科瑟著，石人译：《社会学思想名家》，中国社会科学出版社1990年版，第288页。

④ 【美】索尔斯坦·凡勃伦著，蔡受百译：《有闲阶级论》，商务印书馆1964年版，第139-140页。

行为,我们可以把制度解释为‘集体行动控制个体行动’。”^①在他看来制度是集体行动约束个体行动的一套准则或规则。柯武刚、史漫飞总结此前认识,认为:“制度是人类相互交往的规则。它抑制着可能出现的、机会主义的和乖僻的个人行为,使人们的行为更可预见并由此促进着劳动分工和财富创造。”^② 综上定义,似乎可以这样表述:人类在特定条件下选择的、与人类行为有关的、影响着人们相互关系的正式规范和非正式规范的总称。

制度在促进社会稳定和社会发展方面起到至关重要的作用,作为制度内容之一的政府采购制度,21世纪在全国推行以来,虽然有些成效,但也出现许多问题,从社会稳定和社会发展角度来看,不能够说是相对滞后,至少可以说有需要改进与完善的一面。

法律制度作为一种正式的限制,是政治制度的一个重要组成部分。庞德的社会控制理论强调法律的社会作用和效果,认为“法律不只是一种拥有一系列有关行为和审判的规则、原则、概念和标准的规则体,而且也是一种拥有使行为规则和审判规则得以适用、发展和变得有效的法律学说、职业思想模式和职业裁决技术的社会工程”。根据庞德的学说,“法律的作用和任务在于确定、承认和保障各种利益以求达到社会控制的目的”^③,庞德把利益分为“个人利益、公共利益和社会利益”^④,继承和发展

① 【美】康芒斯著,于树生译:《制度经济学》,商务印书馆1962年版,第87页。

② 【德】柯武刚、史漫飞著,韩朝华译:《制度经济学 社会秩序与公共政策》,商务印书馆2000年版,第35页。

③ 邓正来:《社会学法理学中的“社会”神——庞德〈法律史解释〉导读》,载【美】罗斯科·庞德著,邓正来译:《法律史解释》,中国法制出版社2002年版,第9、29页。

④ 【美】罗斯科·庞德著,沈宗灵、董世忠译:《通过法律的社会控制、法律的任务》(1942),商务印书馆1984年版,第37页。

了社会功利主义法学关于社会利益的基本思想,提出法律的任务就在于“对社会利益进行日益广泛和有效的保护”^①。

应该承认,任何制度都有其生成、演化和创新的过程,自然也就包含历史、现实与未来。基于历史的是经验教训,生活现实的是具体问题,而放眼未来才能够创新。以法律制度而言,以资源最优配置为核心的动态平衡是最重要的问题之一,总结历史经验,解决现实问题,促进社会发展,既是一个自然历史过程,也是对未来的预期。

在现代市场经济社会,制度是约束各种经济活动有序经营的基础,均衡的制度使人们得到最多的利益和自由选择的空间,能够提供较高的激励,促进社会进步。以政府采购制度而言,通过制度来进行合作,可以解决低交易费用,实现效率最大,在政府采购中,采购人与供应商的有效的合作,可以起到实现经济调节,保护社会利益的作用。在政府采购制度中,法律制度建设作为一种正式的限制,其设计存在诸多疏漏,需要予以完善。政府采购法律制度的完善,政府与供应商之间良性互动关系的构建,供应商权利保障机制的重塑,已成为现今政府采购理论与实践的重大课题。

选择“供应商权利保障研究”进行研究,所面临的挑战是不言而喻的,必须在现有的研究基础上构建。研究不可避免地分析政府采购制度的内容,从相关的法律规定及存在的问题入手,着眼于制度的建设。其核心思路是围绕着“国家与社会关系”规律下的政府,如何参与社会经济生活。现代政府在不同的场

^① 邓正来:《社会学法理学中的“社会”神——庞德〈法律史解释〉导读》,载【美】罗斯科·庞德著,邓正来译:《法律史解释》,中国法制出版社2002年版,第12页。

合、不同的经济活动中，其身份应是不一样的，比如在政府采购中，政府的身份应是经济活动的参与者，其应当是一个特殊的民事主体，与一般的市场主体没什么两样。既然是市场主体，政府在政府采购中应遵循市场规律，应该认清自己的身份，乃是经济生活的参与者，而不是管理者与统治者，不能随意侵犯对方当事人合法权益。只有政府采购法律制度规范化，才能保证政府采购市场健康稳定地发展。具体来讲，该选题的依据是：

（一）历史经验

我国在实行计划经济体制的时期，一直是大政府，小社会的格局，政府的作用无处不在，常常是以统治者、管理者的面目出现。政府在不恰当的角色与功能定位下，不但操纵着公共事务管理的大权，而且规范社会的发展方向。强政府、行政手段、全方位管理、缺乏责任及效率，成为传统公共行政管理模式的基本特征。在这种情况下，政府既是整个社会财富的所有者，又是生产者和分配者，法律的作用微不足道。政策取代法律，政治压倒经济，个人权威替代制度，整个社会为此付出了沉重代价。

这种状况随着时代的发展逐步发生了改变，在改革开放、实行社会主义市场经济体制后，传统的计划经济体制下政府通过行政命令方式，无偿调拨社会资源的做法逐步被打破，政府行使公共职能所需要的物品，也不再简单地通过调拨方式取得，必须要遵循市场的价值规律，依赖于市场交易。市场主体，尤其是国有企业逐步脱离政府机关的附庸，成为独立的法人企业。伴随着政府管理体制改革的开始，提倡社会本位理念、构建公共服务型政府。我国公民社会在改革开放后，特别是 20 世纪 90 年代以来，有了很大的发展，大量非政府组织（NGO）涌现，在社会发展中发挥越来越重要的作用。非政府组织发展壮大，在社会管理中