



政府采购法律制度研究

Research on the legal system of government procurement

姚文胜 著
By Yao Wensheng



中国农村扶贫开发新论



中国农村扶贫开发新论

中国农村扶贫开发新论

中国农村扶贫开发新论

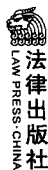


政府采购法律制度研究

Research on the legal system of government procurement

姚文胜 著

By Yao Wensheng



图书在版编目(CIP)数据

政府采购法律制度研究 / 姚文胜著. —北京: 法律出版社, 2009. 7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9707 - 4

I. 政… II. 姚… III. 政府采购法—研究—中国 IV. D922. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 113215 号

政府采购法律制度研究

姚文胜 著

责任编辑 刘伟俊 肖逢伟
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.625 字数 315 千

版本 2009 年 8 月第 1 版

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京民族印务有限责任公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9707 - 4

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

姚文胜博士的《政府采购法律制度研究》一书即将付梓出版,我由衷地感到高兴。政府采购在一国社会经济生活中占有重要地位。政府采购法律制度也是多个领域学者关注的一个学术课题。关于政府采购法律制度的基础理论、政府采购制度的法律性质、政府采购适用什么法律等问题,在目前国内外不同领域的学者中多有争论,而在目前国内政府采购的研究成果中,从民商法的视角进行研究的又甚是少见。尽管我国政府采购法对政府采购合同适用合同法作出了明确规定,但由于多方面因素所致,尤其是在行政法学者主张的强烈影响下,现实的政府采购按照法律规定实现“转型”几近不可能,政府采购合同也难以用“对号入座”的方式寻求合同法的适用。现有立法成果面临被反噬之势。政府采购法律制度整体建设面临着令人担忧的局面。姚文胜博士凭他具有较扎实的民商法学理论功底和孜孜不倦的学术追求,用将近10年的时间对“政府采购法律制度”这一课题,以民商法的视角从主体、权义配置、法律形式(政府采购合同)及权利救济等方面进行深入研究,并已取得初步可喜的创新性成果!

“十年磨一剑”,本书可以说是姚文胜博士近十年对政府采购法律制度创新性研究成果的总结。其创新性的主要表现:第一,赋予了政府采购基础理论以新的内涵。(1)在政府采购历史发展问题上,提出“从不平等交易走向平等交易”是政府采购发展的一般规律的观

点。(2)在政府采购的制度功能上,提出了“把制度建设的重点放在规范交易行为确保基本功能充分发挥,反对以‘跃进’方式过分强调和追求递进功能”的观点。(3)在政府采购法律机制建设问题上,指出政府采购法律制度具有“以民商法为主体的多部门法规制”的普遍特点,建议我国制定属于民事立法的,用于调整交易双方的行为并规制在政府采购中公权部门行政行为的政府采购交易行为法。第二,对政府采购的法律性质提出了新观点。本书在分析目前学界政府采购性质诸论的理论不足的基础上认为政府采购行为属于民事行为,并提出政府采购法应当对政府采购行为的民事行为性质作出明确规定的建议。同时,也考虑到政府采购制度的特殊性,又提出应“对政府采购民事法律行为论进行理性反思”并建议应“对政府采购民事法律行为论争学说实现理性包容”,从而对传统民法学者关于政府采购法律性质的研究成果有了进一步的发展。第三,对政府采购法律制度的具体构建进行了新的设计。本书在依次对政府采购主体制度、政府采购权义配置、政府采购合同相关问题和政府采购救济制度等典型问题进行研究的基础上,针对存在的问题就政府采购法律制度的重新构建提出以下建议:一是建议将我国“政府采购”更名为“公共采购”及“增加法理意义上的采购人——纳税人参与政府采购途径和方式的规定”,并建议运用“契约标准”界定政府采购人范围;二是建议将保证供应商合法权益的实现明确列为政府采购法立法目的之一,将政府采购人义务体系化、民事责任化和合同条文化,同时建议防止供应商滥用权利;三是通过对两岸的采购合同范本的实证比较研究,提出了政府采购合同缔结法律制度的理想模型,并就采购合同生效、验收、担保制度等提出了完善的建议;四是针对目前普遍存在的以行政救济程序代替民事救济程序的现象,提出重构供应商投诉申诉异议制度、用政府采购缔约过失制度对抗围标串标等不法行为、挽救政府采购民事诉权等建议。

姚文胜是我指导的博士研究生。他原毕业于深圳大学和厦门大学,先后获法学学士和法学硕士学位。大学本科毕业后至今一直在

深圳市的党政领导机关工作。其间曾在《中国法学》、《中国纪检监察报》、《法院报》、《深圳大学学报》、《深圳特区报》(理论版)、《特区理论与实践》等权威及核心刊物上发表学术论文十余篇,在1996年参加了中央纪委、监察部《廉政准则》深圳调研起草工作。他的硕士学位论文《政府采购合同论》的研究结论和主要观点与事隔两年后出台的政府采购法基本一致。本书是他的博士学位论文,该论文获校内外专家一致肯定和好评,在校外专家“盲审”中获得全优,在答辩中被评定为“优秀博士学位论文”,近日被武汉大学推荐参加湖北省优秀博士学位论文及全国百篇优秀博士论文评选。近年来他还独立完成了近十万字的深圳市社会科学“十五”规划重点课题《廉政建设热点问题研究》。姚文胜博士工作勤勤恳恳,学习认认真真,成绩优秀,在一边工作一边攻读博士学位期间为了写好博士论文,他付出了极大的艰辛和努力。论文写作视角新颖独特,论证严密深入。全书结构合理,逻辑严谨,文笔流畅,具有较强的可读性。论文的研究成果和建议,对于我们正确认识政府采购的法律性质、完善政府采购制度建设极具参考价值,值得有志于政府采购的理论学习、研究和从事政府采购的实际工作的同志们认真一读。当然论文也还存在一些不足之处,一些问题也还需要作者和大家一起继续进一步地认真思考和深入探讨。是此,我乐意将此书推荐给大家而为之序。

武汉大学法学院教授 博士生导师

余松斌 2009/4-21

文胜是我在厦门大学任教时指导的硕士研究生,毕业后考取武汉大学民商法学专业,师从民法前辈余能斌教授攻读博士学位。他的硕士学位论文选题是“政府采购合同研究”,2000年答辩时获得评审专家和答辩委员会的一致认可,其研究结论与3年后我国出台的《政府采购法》在多数重要问题所作的规定基本吻合。文胜攻读博士学位期间继续从事政府采购法律问题的研究,其博士学位论文《政府采购法律制度研究》获得导师和评审专家的好评,并被评为优秀博士学位论文。此可见文胜对政府采购法律问题的专注,同时亦说明了“只要功夫深,铁杵磨成针”这句老话的分量所在。从事理论研究,需要的正是这种专注,只要舍得投入时间和精力,总是会有收获的。

文胜本科毕业后供职于政府机关和党委部门,硕士学位和博士学位均为在职攻读。虽然这十多年来由于科技的发达,信息化和网络化的办公条件使得工作效率得以大大提高,但是机关工作人员似乎并没有从繁杂的事务中解脱出来,而是越来越忙,忙得像没头苍蝇,真是不可思议!作为年轻的公职人员,文胜既要受命于上级领导又要争取进步,更是无法摆脱越来越繁忙的事务。文胜的本职工作做得相当不错,本科毕业参加工作以来数十次获得各种表彰和奖励,取得了较好的工作业绩,成为单位的业务骨干。在这种状况下,还能兼顾着学业,持续十年攻读硕士和博士学位,并能如期完成,实属不

易。我想,如果没有一种对事业和学业的执著追求,没有对法学专业的热爱,没有对当下法治进程中的社会问题的关注,这是很难做到的。

如今人们对公职人员攻读博士学位,多有非议。其主要原因是:公职人员攻读博士学位,不权是出于对学术的追求和对事业的热爱,但其间有的难免存在“权学交易”,坏了社会的风气;有的难免出现“捉刀”现象,或者降低了对这些“读博者”(我认为,如何称呼这些人是很费脑筋的,他们很难被称作“学生”)的学术要求,坏了学术的环境。然而,文胜不属于这种被非议的类型。他入学时恐怕只是机关里最底层的公职人员,手中无“权”可作为标的进行交易,学校也不会对这样的公职人员降低学术标准。他的硕士学位论文和博士学位论文均以“上乘之作”获得导师和专家的好评,足以说明他的读硕、读博是名副其实的。我以为,这样的公职人员在职攻读学位,还是应该得到肯定的,他们学识的丰富和理论水平的提高对于改善公务员队伍整体素质还是很有益处的。

文胜的博士论文出版,是一件值得庆贺的事。作为文胜硕士期间的指导老师,也写几句话,权作书序。

中国政法大学教授 博士生导师

柳经纬
2009.4.21

政府采购是指各级政府及其所属机构为了开展日常政务活动或为公众提供公共服务的需要,在财政的监督下,以法定的方式、方法和程序,对货物、工程或服务的购买。本文从民商法的视角,审视我国的政府采购法律制度,对亟待解决的两个论题进行研究:一是什么是政府采购制度,二是如何构建及完善我国的政府采购制度。

本书共分为七章。对于什么是政府采购制度的问题,本书在第一章“政府采购基础研究”以及第二章“政府采购法律性质研究”中进行了探讨。

第一章关于“政府采购制度一般性基础理论研究”,从概念、特征、历史发展、制度功能和法律机制建设四方面展开论题。首先,从历史和宏观的角度介绍了中外政府采购起源和总体走向,得出了政府采购制度是特定历史时期的产物,不平等交易走向平等交易是政府采购历史发展的一般规律、政府采购在我国历史上由来已久并非纯属外来品的结论。其次,对政府采购的制度功能进行探究,指出政府采购制度包括基本功能(节约公共资金支出、提高社会竞争意识、改善政府管理促进社会和谐)和递进功能(促进宏观调控、辅助经济政策实现、促进国家廉政建设);建议把制度建设的重点放在规范交易行为确保基本功能的充分发挥上,反对以“跃进”方式过分强调和追求递进功能。最后,在介绍西方主要国家、主要国际组织政府采购

法律机制及我国香港、台湾地区的有关规定的基礎上,得出政府採購法律制度具有“以民商法为主体的多部門法規制”的普遍特點,建議我國應當制定政府採購交易行為法(用於調整交易雙方的行為,屬於民事立法)和政府採購中的公權部門規制法(用於調整涉及政府採購中各個政府方行為的法律),同時注意對反不正當競爭法、勞動法等國內法作出修改並注重與相關國際法的對接。

第二章關於“政府採購法律性質研究”,鑑於法律關係的性質直接關係到政府採購制度的具體設計,因此,性質的探討對政府採購法律制度的構建意義甚為重大,此問題在理論界、實務界引起的爭議也最大。本章首先對參與政府採購法律性質爭論的幾個代表性流派的各說做了概覽,接着對比了兩大法系主要國家對政府採購行為法律性質的不同觀點,分析了國際立法趨勢對此問題的影響。同時,運用公私法劃分理論對相關爭議進行理論剖析,駁斥了公法論者的幾個代表性觀點(政府採購不具有營利性、政府採購中契約自由受到限制、政府採購中當事人地位不平等),指出公法論諸論的理論缺陷。最後,在指出“民事論”不足的基礎上,提出進一步明確政府採購行為是民事行為的建議,在對政府採購民事法律行為論的理論內核進行分析的基礎上,提出了對政府採購民事法律行為論進行理性反思及對相關學說理性包容的建議。

對於如何構建及完善我國的政府採購制度的問題,本書在第三、四、五章和第六章中,分別以主體法律制度、權義配置、採購合同相關問題和救濟制度為論題,運用民商法原理,借鑒其他國家和地區的有關法律規定,參照WTO《政府採購協議》,對照比較我國有關規定,試圖建立起系統化的政府採購法律制度。

第三章為“政府採購主體制度研究”,其出發點在於政府採購作為一項行為,必然要由一定的主體來施行。因而,研究政府採購的主體問題,也必然是研究政府採購制度的一个基本任務。在本章中,第一,研究了政府採購主體的一般理論及其特殊性,分別論述政府採購主體;第二,對政府採購代理制度進行研究,剖析了政府採購的代理

失灵的情况;第三,研究了我国政府采购主体法律制度的缺失问题;第四,就如何完善政府采购主体法律制度进行思考,提出完善建议,主要包括将我国“政府采购”更名为“公共采购”、规定法理意义上的“本人”即纳税人对直接代理人——“采购人”和转委托人——采购中介机构的监督权利和具体方式、以“契约标准”确定“采购人”范围、解决政府采购代理失灵问题、创新政府采购人设立机制、完善供应商、专家、回避制度等。

第四章为“政府采购权义配置研究”,权利义务关系是法律关系的内核,政府采购实质是一个供求双方以采购合同的形式确立彼此权利义务的过程。由于政府采购中采购方与供应商之间的地位具有天然的不完全平等性,重新配置我国政府采购的权利义务,是构建和完善我国政府采购制度的一个关键所在。对于如何重新配置我国政府采购的权利义务,笔者主要从以下几个方面进行了阐述:一是加强对供应商权益的保护。这是政府采购公平、公正、公开原则的要求,也是促进政府采购充分竞争、与国际接轨并减少涉外纠纷的客观要求,并且在现实中,政府采购供应商权利受损的现象广泛普遍存在,成为影响政府采购制度健康发展的一个重要因素。所以应当把保证供应商合法利益的实现明确列为政府采购制度完善的一个基本目标,二是强化政府采购方的义务,尤其是要使政府采购方法律义务条文化,三是对政府采购中的滥用权力禁止问题进行研究,既针对供应商,也涵括政府采购方。

第五章为“政府采购合同问题研究”,合同是政府采购区别于其他政府需求获得方式的主要标志,政府采购过程的核心就是政府采购合同。采购合同的订立不仅是政府采购的实现形式,而且是政府采购结果的最终体现。基于政府采购合同在政府采购制度中的重要地位,本章结合借鉴国际上新型政府采购缔约方式以及我国台湾省的做法,对政府采购合同的缔结方式进行比较分析,指出我国政府采购合同缔结法律制度的缺陷,对完善我国政府采购缔约方式提出建议。同时,针对政府采购合同的特殊性,提出在合同的生效、履行、变

更、终止、撤销权、解除权、履行担保等方面的法律规制,并在对大陆与我国台湾省政府采购合同文本对比分析的基础上提出应尽快出台条款详尽的类型化格式文本。

第六章为“政府采购救济制度研究”,撰写此章的原因在于“无救济即无权利”。而政府采购的救济制度是政府采购主体如何在采购合同订立前后和履行的过程中实现其权利、履行其义务的保障,也是我国政府采购制度的必要组成部分。我国政府采购救济方式主要有友好协商、调解、仲裁、民事诉讼,此外,还有行政复议和行政诉讼。指出政府采购救济中存在的一种特殊现象,也就是救济机制适用上的法律冲突,实际效果是一种法律机制掩盖或是遮掩另一种法律机制,也就是用行政救济程序代替民事救济程序。同时,针对我国目前政府采购救济制度存在的不足,笔者提出重构供应商投诉申诉异议制度以及挽救政府采购中的民事诉权、规定民事救济机制在政府采购中作用的全程性、增设独立于财政部门之外的政府采购前置救济机构、在民事救济体系内创设第三人公益诉讼制度等建议。

第七章“代结语:关于完善政府采购制度的法哲学思考”,进一步论述了政府采购制度的价值理性,提出完善政府采购制度的建议。指出政府采购中合法权益的最终归属对象是社会成员,关乎千家万户。通过民法平等、协商、诚信原则推行政政府采购制度,以民法精神配置政府采购法律关系的权利义务,无疑比通过基于不平等关系的行政管理理念推行这一制度,更加贴近民主和法治的心脏部位。完善政府采购制度,应当进一步确认推广民事行为交易性质,并在合理配置权利义务关系、主体适法性、合同理论、缔约方式、救济机制和制定政府采购统一法等方面继续努力:一是努力实现采购中的公平公开竞争,二是努力平衡采购中公共和供应商利益,三是努力实现采购过程全程受法律规范,四是尽量辅助社会经济政策目标实现。

针对如何实现构建及完善政府采购制度的研究,作者主要使用了系统的、实用的、价值的和比较的研究方法。在具体设置每一项制度时,主要考虑和分析了此种制度在政府采购制度中的地位和功能,

以及是否能对政府采购行为产生规制的实际效用。同时,在设置每一项制度内容时,主要采纳了比较借鉴方法,在分析其他国家或者地区有关制度的基础上,结合我国现有政府采购制度的现状,提出完善或健全我国政府采购制度的建议。

Government procurement is that at all levels of government and their agencies to carry out day-to-day administrative activities for the public or the need for the provision of public services, under the supervision of the financial, using legal forms, methods and procedures to purchase goods, works or services. Civil and Commercial Law from the perspective of this paper, and examine the law in the government procurement system, to be resolved by the two topics: First, what is the government procurement system, the second is how to build and improve our country's government procurement system.

This paper is divided into seven chapters. On what is the government procurement system, the first chapter, "government procurement of basic research" and the second chapter "on the nature of the government procurement law" are discussed.

Chapter I on "government procurement of basic research," and to discussed from the concept of features, historical development, system functions and legal mechanisms. First of all, from the perspective of history, and macro introduced by Chinese and foreign government procurement and the overall direction of origin, that the government procurement system is the product of a specific historical

period, unequal trade transactions are equal to the government procurement law of the development of history in general, government procurement in China is not a long history of foreign goods conclusions. Secondly, the government procurement system function inquiring, pointed out that the government procurement system, including basic functions (saving public funds expenditure, and enhance social awareness of competition to improve government management to promote social harmony) and the progressive functional (for macro-regulation and control, supporting economic policies to achieve, promote national clean government); propose to focus on the construction of the system regulating trade practices ensure that the basic functions into full play, opposed to the "leapfrogging" way too much emphasis on the pursuit of progressive and functional. Third, in introducing major western countries, major international organizations and Hong Kong, Taiwan's government procurement on the basis of legal mechanisms, that the building of the government procurement law "to the Civil and Commercial Law multi-sectoral regulations for the main system," the general characteristics of our recommendations should be in the Government's procurement transactions Act (for the adjustment of the parties to the transaction, a civil legislation), the government procurement in the public power sector regulation (for the adjustment related to government procurement in the behavior of the various government law), while the attention of the anti - Unfair Competition Law, Labor Law, and other domestic law to amend and focus on docking with the relevant international law.

Chapter II on " Study on the nature of the government procurement law ", in view of the nature of the relationship laws directly related to the specific government procurement system design, therefore, the nature of the legal system of the Government

Procurement Construction of the greatest importance, and this problem in theoretical circles, Practice sector caused the greatest controversy. This chapter first to participate in the government procurement of the controversial nature of several legal representative of the schools that do the overview, and then compared Two Schools of the major countries of the legal nature of the government procurement with differing views of the International Council of the impact of this trend. At the same time, the use of public and private law related to the theory of controversial theoretical analysis, and to refute the laws of several representative viewpoint (government procurement of non-profit, government procurement restrictions on the freedom of contract, the parties in government procurement unequal status) that the law of the theory of various defects. Finally, pointed out that “civil” insufficient on the basis of clear government procurement further acts of civil conduct, as recommended by the Government Procurement Law of the theoretical core of the analysis of the proposed on the basis of the Government Procurement Law acts of a rational theory of rational reflection and related inclusive proposal.

On how to build and improve our country's government procurement system, the third, fourth, fifth and sixth chapter in this paper, individually using the main legal system, and power-distribution, procurement contracts and related topics for the relief system, from Civil and Commercial Law principle, the light of the WTO “Agreement on Government Procurement” and learn from other countries and regions relevant provisions of the law, were compared with the relevant provisions of China in an attempt to establish a systematic government procurement legal system.

Chapter III, “government procurement system on the main”, the starting point is that as an act, Government procurement must be