

# 政府采购合同的性质及其纠纷解决机制

○ 刘 燕



在政府采购活动中，政府采购合同是实现政府采购的主要方式，政府采购合同纠纷解决机制是政府采购法律制度中不可或缺的重要内容。明确政府采购合同的性质有利于进一步完善我国的政府采购法律制度，对政府采购合同纠纷解决机制的研究在于揭示无论采取何种救济方式，其目的都在于寻求公共利益与个体利益的均衡。

## 一、关于政府采购合同性质的争论

在政府采购立法过程中，对政府采购合同性质的界定就始终存在民事合同和行政合同的争论，即使在《政府采购法》中，也没有对政府采购合同的性质作出明确的界定。持政府采购合同是民事合同观点的学者认为：首先，政府采购合同具有一般民事合同的特征：即合同的双方当事人处于平等地位，合同是双方在平等、自愿的基础上产生的民事法律行为；合同是两方以上当事人的意思表示一致的民事法律行为；合同是以设立、变更、终止债权债务关系为目的的民事法律行为。具体到政府采购合同法律关系中，合同的一方当事人是政府采购人，另一方为供应商，双方并无隶属关系，合同是在平等的基础上签订的，属于双方自愿协商的产物，采购人与供应商的意志共同推动招标投标

程序的进行，合同的最终达成是双方意思表示一致的结果。政府采购合同订立后，在采购人和供应商之间就产生了相应的债权债务关系，对双方当事人都有约束力。其次，政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则。这与民事合同应当遵循的基本原则相一致。基于上述理由，政府采购合同属于民事合同。

持政府采购合同是行政合同观点的学者认为：政府采购并不是一般的民事法律行为，具有其自身的特点：即政府采购的主体具有特定性，采购人是国家机关、事业单位和团体组织；政府采购资金来源的公共性，政府采购资金主要来源于纳税人的税款；政府采购的非赢利性，政府采购的目的是为了实现政府职能和公共利益；政府采购的政策性，政府采购承担着执行国家政策的使命。上述特征充分表明了政府采购的行政性。政府采购的行政性决定了政府采购合同的行政性。

上述对政府采购合同性质的看法，笔者更倾向于第二种观点。政府采购活动从其表面看，似乎与一般的商业行为无异，因为政府到市场采购，好象与百姓到市场买东西没有太大差别，况且合同法关于合同的订立及履行原则同样适用于政府采购合同，据此认为政府采购合同本质上就是民事合同似乎也没什么不妥。此外《政府采购法》关于政府采购合同适

用合同法的规定，也使人们容易理所应当认为政府采购合同属于民事合同的范畴。但从政府采购合同订立的目的、政府采购合同订立的方式以及政府采购合同在履行过程中变更、终止的特殊规定等方面加以分析，政府采购合同又与民事合同存在着实质的区别，正是这些区别决定了政府采购合同不属于民事合同的范畴。具体而言：

1. 就合同订立的目的而言，政府采购合同与民事合同有很大的不同。民事合同的当事人通过缔结合同以达到互利，即通过履行合同实现各自追求的利益，而这种利益无论是个人的或法人的都被称之为民法上的利益。政府采购合同的当事人一方为特定的代表国家机关、事业单位和团体组织的采购人，另一方为向采购人提供货物、工程或服务的供应商，包括法人、其他组织或者自然人。政府采购过程中采购主体的特定性、采购资金的公共性以及采购活动的非商业性等特点决定了采购合同并不仅仅是简单的交易行为，供应商的目的是为了图利，但采购人的目的却不仅仅只是为了获得想要的货物、工程或服务。政府采购的本质属于行政行为，通常都是以维护公共利益、实现政府重大政策目标为目的。供应商与采购人对合同目的的不同追求，使两者在政府采购合同中的地位处于事实上的不对等，因代表公共利益决定了采购人在政府采购合同中享有某些行政优益

权。比如,政府采购合同履行过程中,出于公共利益的需要,政府采购监督部门可以责令变更或者终止采购合同的履行。这种行政优益权的存在,使采购合同在内容上出现了民事法律无法调整的行政法律关系,也正是这种行政优益权的存在,体现了政府采购合同的本质。

2. 从合同订立的方式来看,法律对政府采购合同与民事合同有不同的要求。传统的民法理论认为,缔结合同时,就其内容、方式以及相对人的选择上,当事人享有很大的自由权,国家不能加以干涉。当事人双方在平等自愿的基础上达成协议是合同形成的关键,双方协议的过程既不需要公开,也没有强制性的程序要求。依法订立的合同,对双方当事人都具有法律约束力。在政府采购合同缔结过程中,在对合同的内容、方式及相对人的选择上,采购人与供应商的自由权受到了严格限制。对政府采购合同预期利益的期待,使有资格的供应商别无选择,都希望能获得与政府签约的机会。而采购人因受政府采购目的之限制,亦不能自由选择供应商,只能与投标条件最好的供应商签订合同。又因为政府采购合同涉及的资金庞大,基于利益之争,供应商都希望在竞争中能够得到公正的待遇,必然要求采购合同的订立要公开、透明。而采购人出于公共利益及向社会合理分配财产资源之目的,也必须保证合同的订立要以公开、公正的方式进行,从而使潜在的、有资格的供应商在公平、公正的竞争中获得与政府签约的机会。所以,世界各国在采购合同的订立方式上都有强制性的程序要求,即政府采购合同必须以公开招标的方式进行。我国《政府采购法》规定:政府采购应以公开招标、邀请招标、竞争性谈判、询价、单一来源采购的方式进行。对政府采购合同订立方式的强制性规定,不仅使采购人选择与什么样的人签订合同的自由受到严格的限制,而且使供应商除了以投标的方式获得政府的订单外别无选择。这种订立合同的方式充分体现了公平竞争的价值取向,但合同自由的

原则却受到了限制。

3. 就合同的内容及履行过程而言,政府采购合同适用合同法的一般规定,但除此之外还有其特殊规定。表现为:政府采购监督管理部门有权规定政府采购合同必须具备的条款;合同签订后,应向政府采购主管部门备案;供应商可以依法采取分包的方式履行合同;政府采购合同的继续履行将损害公共利益时,双方当事人应当变更、中止或者终止合同;政府采购主管部门应当对政府采购合同的履行进行监督、检查,包括对合同履行的检查权、调查权、变更、中止或者终止权。这些具有行政管理性质的内容,源于政府采购合同的公益性,若政府采购合同的内容或履行存在瑕疵,因瑕疵造成的损害往往不是合同法提供的救济方式所能平衡的。为了防止和制止这些瑕疵的出现,同时也是为了保护和维护公共利益,在法律上做一些相应的特殊规定也是一种必然。而这些规定恰恰是一般民事合同所不具有的内容。

政府采购合同与民事合同的上述区别,说明政府采购合同包含有民事合同无法涵盖的内容,这是政府采购行为本身的性质决定的。因此,虽然政府采购合同适用合同法的规定,但不能否认其行政合同的性质。

## 二、政府采购合同纠纷解决机制

政府采购从开始到结束,就其整个过程而言,在不同的阶段会发生不同的纠纷。在政府采购合同订立之前,由于采购机关违反招标程序,使供应商没有得到公平竞争的机会,从而引起纠纷;在合同订立后,因合同履行不当给当事人一方造成损害而引起纠纷;在合同履行后,因政府采购监督管理部门实施监督管理职能不当,也能发生纠纷。因引起纠纷的事实不同,导致纠纷的性质也不尽相同,所以对纠纷的解决也相应采取不同的救济方式。国际上,政府采购合同纠纷的解决有三种方式。一是由独立的仲裁机构受理,如加拿大的国际

贸易仲裁法庭、日本的政府采购审查委员会。二是由财政部门负责解决,如新加坡和韩国。三是由地方法院受理。我国《政府采购法》针对政府采购合同的不同阶段采取两种不同的救济方式:一种是民事救济机制,即通过协商、调解、仲裁和诉讼的方式解决纠纷,这种方式通常适用于解决采购人和供应商在合同的效力、履行和违约责任等方面发生的纠纷。另一种是行政救济机制,即通过质疑、投诉、行政复议和行政诉讼的方式解决纠纷。这种方式通常适用于解决采购人和供应商在合同的订立方式、监督管理等方面发生的纠纷。

协商、调解、仲裁和诉讼是合同法规定的解决争议的方式,适用于民事合同的整个过程。但政府采购合同的当事人在合同的履行和违约责任等方面发生纠纷时才通过协商、调解、仲裁和诉讼的方式解决。虽然《政府采购法》没有就此方式作出明确的规定,但《政府采购法》第四十三条规定:政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务,应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。依此规定,推定政府采购合同适用协商、调解、仲裁和诉讼的方式解决纠纷也顺理成章。况且政府采购合同的行政性并不当然的排除利用协商、调解、仲裁和诉讼的方式解决政府采购合同纠纷。需要《政府采购法》进一步作出明确规定的是,当采购人和供应商选择诉讼的方式解决合同纠纷时,什么法院可以受理?适用什么诉讼程序?当采购人和供应商选择仲裁的方式解决合同纠纷时,是否可以适用仲裁法?如果以调解的方式解决纠纷,是由当事人自己选择第三人进行调解,还是由指定的机构进行调解?

政府采购合同当事人以质疑、投诉、行政复议、行政诉讼的方式解决纠纷,通常发生在政府采购合同订立阶段。我国《政府采购法》构建的政府采购质疑和投诉制度与世界其他国家及 WTO《政府采购协议》的规定基本一致。需要《政府采购法》进一步做明确规定的是,在政府采购合

# 不断创新财政监督运行机制

○ 王涌翔

近年来,辽宁省朝阳市财政监督部门认真转变观念,大胆开拓创新,不断完善财政监督运行机制,财政监督工作取得了新成绩。

## 一、观念创新

随着社会主义市场经济体制的不断健全和发展,财政监督工作迫切需要调整思路,转变观念,认真做到三个到位。

1. 思想认识到位。牢固树立收支并举、内外并重、查管结合和事前、事中、事后全过程监督的新观念。在制订工作计划、实施监督检查中理清思路,拓宽视野,调整检查对象,完善检查方法。把过去作为重点的国有企业财务检查,交由社会中介机构去执行,把行政事业、社会团体、集体私营企业以及预算内外收入的征收、解缴、退付和支出的拨付及使用情况纳入监督范围实施监督检查。

2. 领导重视到位。几年来,在局领导的高度重视下,朝阳市财政监督部门做了大量工作,取得了令人瞩目的成绩,平均每年查出各种违纪金额3400万元,收缴入库1400万元,为减少财政收入流失,平衡地方财政收支起到了积极作用。局领导班子改变了过去重收支轻监督管理的局面,切实把监督工作纳入了议事日程,主动听取汇报,解决工作中存在的问题,审核大案要案的定性处理,在财政监督机构建设、人员配备和经费供给上都给予了大力支持。

3. 机构建设到位。健全机构是做好工作的重要条件。2001年市及县(市)区普遍成立了财政监督局,市局还成立了财政监察大队,凌源市、朝阳县在街道和乡镇聘用了财政监督员,朝阳县财政局在机构改革人员偏紧的情况下,还向局采购中心、结算中心派驻了财政监督员,形成了财政监督网络体系。全市财政监督工作人员编制也由原来的不足10人增加到现在的50多人,为进一步做好财政监督工作提供了组织保障。

## 二、制度创新

建立健全并贯彻落实各项财政监督制度,是建立和优化财政监督运行机制的基础。为进一步规范财政监督行为,提高财政监督工作质量和水平,近年来,他们针对管理中发现的漏洞,制订了一系列

同授予后及履行过程中,政府采购监督管理部门可能因采购人授予合同不合法而撤消合同,也可能因政府采购合同的继续履行将损害公共利益而勒令变更、中止或终止合同。供应商对政府采购监督管理部门撤消合同的行为及变更、中止、终止合同的行为有异议的,是否可以向规定的行政机关申请复议?或者向人民法院提起行政诉讼?如果可以,是否非经行政复议不得提起行政诉讼?如果要提起行政诉讼是按一般的《行政诉讼法》由行政庭

审理,还是应该设立特别法庭?

从理论上说,政府采购合同的性质直接决定政府采购合同的救济方式,按照这个逻辑政府采购合同要么适用行政救济程序,要么适用民事救济程序。但实际上无论政府采购合同属于何种性质,最后都是行政救济与民事救济二者兼而有之,这不仅仅是我国《政府采购法》的规定,也是世界各国通行的做法。行政救济与民事救济同时适用于政府采购活动,一方面与政府采购当事人的身份不同有

关,另一方面与救济的目的有关。政府采购活动中产生的纠纷其本质是公共利益和个体利益的冲突,一个科学、公正的救济机制其目的在于均衡公共利益与个体利益的冲突,在保护供应商合法权益的同时,实现政府采购的制度目标。政府采购活动中在行政救济的同时适用民事救济也正是均衡公共利益与个体利益的过程。

(作者单位:中央财经大学法律系)