

政府采购合同法律性质分析

文/吴静箫

政府采购过程的核心是政府采购合同，政府采购制度是围绕着采购合同构成的。政府采购合同在政府采购行为中是一种最有效的确定法律关系、平衡合同双方权利义务的形式，是政府采购中供应商权利救济制度设计的基石。因此，正确辨析政府采购合同的性质非常重要，“它直接涉及法律规则的适用和现行制度的设计。”

目前，我国法学理论界对政府采购合同法律属性问题至今仍争议不断，毕竟，“简单地和不加区别地要求政府采购合同一律适用民法或者一般合同法，在其他国家比较少见。”笔者认为，政府采购合同不属于普通的民事合同，而是特殊的行政合同。

一、西方国家对政府采购合同性质的认定

当今行政合同法律制度最为发达、相关法律体系最为完善的国家当属法国。法国虽然没有制定专门的行政合同法，但通过行政法院及权限争议法院判例的形式将行政合同与民事合同明确区分，建立起了以行政权为本位、非常强调合同行政性的行政合同法律制度，有关行政合同的争议完全由行政法院管辖。作为行政合同的两个主要种类之一，政府采购合同也是从行政法视角来进行处理，在法律性质上政府采购程序被识别为行政程序，政府在签订采购契约过程中实施的行为也被视为行政行为，政府采购合同明确由行政法进行调整。

在英国，由于普通法国家没有公私法划分的法律传统，行政法中并无“行政合同”的特别概念，对涉及政府作为一方当事人的合同统称为“政府合同”，政府合同与其他民事主体之间签订的合同一样，均适用普通法规则。但从公共利益的角度出发，立法者也意识到合同主体涉及政府，且合同目的为实现公共利益，必须对一般合同法规则作若干修改，并适用一些特别规则，即在政府合同中赋予行政机关某些特权是必要的。因此，在接受普通合同法规制的同时注意将一些特殊规则适应到政府采购的特殊情形中，并基于这种认识发展了政府合同的单独判例法。1921年高等法院王座分院在对安菲特莱特案件的判决中，就提出了“契约不能束缚行政机关的自由裁量权”这一著名原则。这些都说明政府采购合同中的行政权力因素越来越受到普遍重视，完全由私法规制政府采购合同的结构已有所突破。正如英国较早研究政府采购行为的法学家Colin Turpin所说：“总而言之，在规范政府合同当事人行为的因素中，普通合同法只是因素之一，而且很难说是最重要的因素。”“如果对于新规则的需求还没有变得急迫的话，那么主要地是由于在政府合同中使用的标准条款有效地规范了所产生的许多特殊问题。”

在德国，《联邦行政程序法》专章规定了行政合同，立法上明确将行政合同与民事合同相区分，其行政合同法律制度不象法国那样以行政权因素占优，而是兼顾了行政与合意，形成了一定特色。但政府采购合同没有被明确界定在行政合同的范畴，在德国，政府采购的分配本身及其进行通常按照私法。同时，在行政合同效力的确定上，援用的也是民事法律规范。值得注意的是，从二十世纪六十年代起，这种采用私法处理政府采购的方式遭到了行政私法理论的挑战。行政私法理论认为，行政主体以私法的手段或形式为达到公法上的目的（公共利益）而实施的行为（如以私法方式购买办公设备等），其采购契约的形式并非基于一般私人主体的地位，而是行政主体为了实现行政任务或给付行政的目的而与相对人缔结形成的，要受到公法的约束。

二、对政府采购合同行政合同性质的界定

行政合同，又称行政契约，是行政主体为了实现国家行政管理的某些目标而与个人、组织之间发生、变更或消灭行政法律关系的合意。行政合同是发生在行政管理领域的契约行为，也是一种借助合同手段实现行政职能的法律行为。它鲜明的行政性特征表现在：第一，合同当事人中必须有一方是行政主体，即在行政合同中有行使行政权的主体。第二，行政合同以实现社会公共事务管理为目的，它是公共利益的反映，在行政合同中行政主体是基于公共利益的考量而行使行政权力，体现了行政权公益性的重要特征。第三，行政主体在行政合同的履行、变更、解除上享有一定程度的行政优益权和行政制裁权，而作为另一方当事人的公民、法人或其他组织则不享有这种权利。行政合同的行政优先性是行政合同的本质特征，无论合同中对此有无规定均不影响行政主体的优益权的存在，而权力因素的存在正是行政合同不同于民事合同的关键所在。现代国家的主要职能是实现社会公共利益，行政合同作为一种富于弹性的管理方式，在行政主体有效实现公共管理职能之余，又能给相对人以发挥积极性的余地，因此已成为现代公共行政的一个普遍的、日趋增长的现象。

“行政合同规则有一系列不同于私法合同的特殊地方。他们涉及到合同的订立、合同的内容和合同的履行。这些特殊原则主要地源于承认公共利益主导地位的根本需要。这种利益一定是优先

的，以至于可以达到超越合同明确条款的程度。”服从于行政合同实现社会公共利益目标的根本需要，必须在合同中赋予作为合同一方的行政主体以必要的权力，即行政主体在行政合同中享有某些行政优益权，如对合同履行的指导权或监督检查权，在相对一方故意不履行同时的制裁权（包括直接强制执行权和直接解除合同权）以及情势变迁情况下单方面变更与解除合同权等等。鉴于行政主体与相对人对合同目的的不同追求，对行政相对方而言，其公民权利的行使要受到对公共利益优位考量的行政权力的制约，因而两者在行政合同中的法律地位处于事实上的不对等。“保持这种不对等也是必要的，这是因为行政契约是用于推行行政政策的，必须保持政府在契约中的主导地位，才能引导契约向着行政机关所预期的特定行政目的实现的方向发展。”由这种不对等性派生出来的就是所谓行政主体在行政契约中的“主导性权利”，具体表现在行政合同中，行政主体不需要与相对一方进行协商，可以直接对行政相对一方行使行政权力，单方面采取一些强制措施，如根据公共需要在情势变迁时可单方面变更或解除合同，我们注意到，即使是在变更行政合同的条件受到法律严格控制的德国，“如果撤销一个合同对于防止或消除某种对社会的一般福利的严重危害是必须的，那么在任何时候，则授予作为合同当事人一方的行政机关最终地撤销合同的权力和单方面解除合同的权力。”同时，在行政合同缔结程序、缔结方式、履行方式、归责方式等各方面也都体现出行政权力的主导作用。

另一方面，出于对行政合同当事人双方利益平衡的需要，相对一方在行政合同中因行政主体行使行政权力而使其权益受损时可主张特殊权利，主要包括损害赔偿请求权、特权行为损害的补偿权以及不可预见的困难情况的补偿权。因此，在行政合同中，行政机关不仅仅是一般的民事主体，更为重要的是，他们是以行政主体的身份为公共利益而与相对一方签订合同，毕竟不同于一般的合同，需要行政优益权加以保障。如果囿于民事合同理论，不能在法律上给予它们应有位置，无疑将给理论、执法实践带来很大的混乱。

上述行政合同的行政优先性特征在政府采购合同中都得到了直接的体现，作为识别行政合同的标准，也可以延伸到政府采购合同中。首先，政府采购的一方主体是使用公共资金的、特定的、代表国家机关、事业单位和团体组织的采购人，他们都是具有公共职能的公共组织或公法人，既是商事活动的主体，又在更大的意义上代表了社会公共利益；其次，正如前所述，政府采购活动属于政府职能的一部分，政府采购是为开展日常政务活动或为社会提供公共服务，最终实现社会公共利益。也许落实在具体的采购合同中，经常以采购人购买如办公用品、能源设备等日常消费类产品体现政府采购的表象，但从政府采购无论标的与规模的巨细，都必须遵循严格的采购程序规制上看，恰恰反映出政府采购作为政府实现管理社会经济生活的一项行政职能，根本上也是为了实施行政管理需要，应受到公法的严格规制，必须承担相应的公法责任，采购合同成为在其中起主导作用的一方当事人推行行政政策和执行行政计划、进行公共支出管理的手段，最终目的是为了要更好地实现公共利益，这恰好与行政合同的宗旨不谋而合，因此政府采购的实质就是一种合同行政。而为了达到政府采购实现社会公共利益的特定行政目标，政府采购制度的核心就成为确保政府采购合同签订过程的公开性、公正性和竞争性，这就大大突破了传统的意思自治原则和契约自由的核心原则，是对传统合同法的一种制度创新。再者，《政府采购法》中规定的采购人对供应商的资格预审权、合同条款制订权（格式合同的使用）、标准确定权、一定条件下的合同变更、解除权等都体现出采购人在政府采购合同中享有较多的主导性权利，而这种权利的基础就是公法上的行政优益权，例如，《政府采购法》第五十条第二款在“政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的，双方当事人应当变更、中止或者终止合同”的同时，并没有规定这种情况下解除合同须对供应商作何补偿，就明显地体现出承认行政优益权的立法指导思想。因此，政府采购合同中体现的公法和行政主导的因素处处可见，政府采购行为明显具有行政职权的特征，政府采购合同应纳入行政合同的范畴，也只有通过政府采购中的行政法律关系属性，才可以解释为什么政府采购合同在采购程序、适用原则等方面与一般民事合同有着重大的区别，“基于公益性的特点，公共契约具有了区别于民事合同的公法性质，这使得该契约的设立、履行、变更和解除等方面均呈现出法定化的特点。”

第一，在政府采购进入竞标阶段前：政府采购程序中的采购需求的确立、采购预算的编制、政府采购方式的选择等环节并不涉及与市场主体的权利义务关系，完全是政府一方根据需要、在采购人的控制和主导下有目的地作出的单方行为，更多地体现出是政府的一种管理或调控手段，说明政府采购行为具有行政行为优先性的特征，以《合同法》中的“前合同义务”来规范这一阶段双方当事人的权利义务关系显然比较牵强。同时，政府采购行为还具有行政行为的先定性，必须严格接受招标投标法等法律规范的约束，采购的公告等有关行为一经作出，不能象民事采购中双方经由协商后，可对各自行为意思表示作进一步的变更，在这个意义上，政府采购合同缔结前的严格程序更近似于是一种行政程序，政府采购主体享有的是一种“准司法行政权”。

第二，在缔结采购合同方面：在对供应商的资格审查阶段，虽然有市场主体的参与，但两者之间不是一种对应的平等关系，而是采购人审查、供应商被审查的管理与被管理关系；同时，在选择相对人方面，采购人不能越过政府采购方式的运作随意确定某一供应商来缔结政府采购合同；

属于采购目录、符合采购限额标准的还必须进行集中采购，并使用合同方式进行；在采购方式上，采购人的自主意愿也受到了限制，《政府采购法》第二十五条在列举了几种政府采购方式后规定：“其他方式需要由国务院采购监督管理部门认定，不得由采购人自行决定。”法律直接和强制性地规定合同订立方式，是政府采购合同区别于普通民事合同的重要方面，表现了政府采购与实现国家政策和公共目的的密切关系。可以看出，在采购合同签订前的阶段，各个环节基本靠行政决定来决策。同时，由于“私人契约不能变更公法规定”，合同双方缔结的合同不能对作为行政主体一方的采购人的职责作出限制，而行政主体亦不能超越职权、超越法律规定的合同形式缔结政府采购合同。可以看出，政府采购合同并不排斥契约自由原则，但是又不同于私法上的高度契约自由，民事合同法中当事人意思表示自由的原则在政府采购合同中是不充分的，至少对于采购人一方，缔结合同的权限、方式、程序和当事人的选择等方面，自愿原则是不能充分适用的，而自愿原则又恰恰是民事法律关系区别于行政法律关系、刑事法律关系特有的原则。同时，这些缔结方式、缔结程序、缔结内容的法定性，从另一侧面体现了政府采购的公益性，“说明公共契约的缔结在一定程度上有别于民事合同，它要受到法律为防范损害公共利益行为的发生所设定的最基本的限制。”

第三，在采购合同的监督检查和权利救济方面：在合同签订后七个工作日内，采购人应当将合同副本报同级政府采购监督管理部门和有关部门备案，这也是超出《合同法》的要求的；针对政府采购产生的争议，尽管供应商享有对政府采购活动事项的质疑和投诉权，但质疑与投诉是属于行政程序的救济，并非与采购人之间的平等协商解决方式。对上述内容的具体调整，《合同法》显然无能为力。

判断一个合同是否属于行政合同不能局限于其内容或表面特征，如果“就此认定政府采购合同是民事合同或是特殊的民事合同，显然是缺乏对政府采购合同本质特征的认识，也缺乏对现代政府采购发展趋势和社会影响的认识。”政府采购合同除了具备合同的一般特征外，由于政府采购活动本身性质的特殊性，使它不同于一般的民事私法合同，“政府采购合同的公益性和政策性，决定了政府采购合同的行政性远甚其民事性，”所以应属于行政合同的一种，而“中国的学者和法官并不适应英美法系在政府采购合同中有机地考虑权力、政策、政府非天然利益主体等理念和做法，现行合同法又纯属民事合同法，这一规定显然难以胜任对政府采购合同的法律调整。从法律调整和司法审查的角度看，对于政府采购合同的成立、生效、履行、变更、解除、违约责任等，都必须有机地考虑权力的因素，处理合同纠纷时不能把权力及其运作的因素排除在外。”

结论

政府采购合同在法律性质上应归属为行政合同，应受行政法所调整。几个典型国家对行政合同的法律规制越来越多地适用于政府采购领域，政府采购要受公法尤其是程序上的严格规制。即使在没有行政合同法律制度传统的英美法体系中，不同于普通合同的特殊调整规则也在政府采购合同中越来越多地发挥作用。但在我国，由于行政合同在实践中运用时间不长以及在合同观念认识上还存在偏差等原因，还没有发展出完善的行政合同法理论作为相应立法支撑，对行政合同本身法律性质的定位法学理论界仍然存在不小的争议。将行政合同的行政行为在性质上与民事合同行为区别开来，将政府采购合同与普通民事合同相区别，真正实现对行政相对人合法权益的保护，是我国法治建设的大势所趋（作者单位：广东省机械进出口股份有限公司）

相关链接

科学发展观中蕴含的和谐理念
邓小平知识经济思想探讨
现代企业激励机制探析
政府采购合同法律性质分析
坚持科学发展观构建和谐社会
浅谈我国行政文化的特点及创新
论农村经济建设中的和谐发展理念
政府公共服务质量的概念界定与基本理论分析
外商直接投资对我国国际收支状况的影响分析
产学研结合，促进经济社会又好又快发展

本网站为集团经济研究杂志社唯一网站，所刊登的集团经济研究各种新闻、信息和各种专题专栏资料，均为集团经济研究版权所有。

地址：北京市朝阳区关东店甲1号106室 邮编：100020 电话/传真：（010）65015547/ 65015546

制作单位：集团经济研究网络中心