

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

论《政府采购法》中的司法救济制度

特聘专家

刘俊海

阅读次数: 3667

 使用大字体察看本文

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

一、全社会和有关政府部门要切实重视解决政府采购争议

健全、透明、公正、高效的司法救济制度是政府采购法治中不可或缺的重要内容。这种司法救济制度既可给供应商一个明白,也可还采购人和采购主管部门一个清白。对于供应商来说,在其遭遇不公正待遇,而且无法与采购人或者采购主管部门妥善解决争端时,尤其有必要经过畅通的司法救济途径去讨个令其信服的“说法”。这也是发达国家政府采购法制中的一条重要经验。原因很简单,没有一个健全的游戏裁判规则,供应商、采购人和其他政府采购当事人就很难真正信任政府采购市场,就很难放心大胆地参与到政府采购市场中来。

建立健全政府采购司法救济制度,也是我国政府采购立法的一项重要内容。《政府采购法》对于供应商的质疑程序、向政府采购监督管理部门提起的行政复议程序、向法院提起的诉讼程序(含对采购人和招标代理机构提起的民事诉讼程序,以及对政府采购监督管理部门提起的行政诉讼程序)。这些规定凝结着立法机关、政府采购部门、中介机构和法学界的集体智慧,也有待于在政府采购实践中进一步贯彻落实。

政府采购争议本身并不可怕,关键在于如何高效、公平地处理这些争议。由于我国《政府采购法》刚刚出台,加之有关政府采购的行政规章尚不健全,致使政府采购司法救济中的许多具体问题无法可依,无章可循。例如,由于各地财政部门政府采购办、政府采购中心的法律地位不明确,各地财政部门政府采购办在工程采购方面缺乏明确的执法授权,致使供应商投诉无门,即使某些政府采购办公室有心帮忙,也爱莫能助。

躺在堆积如山的政府采购纠纷上睡大觉,以求回避矛盾,当然是不可取的。有必要进一步解放思想,按照“三个代表”的要求,大胆探索快速、公正解决政府采购纠纷的新思路。

二、要建立健全政府采购民事争议解决机制

虽然少数同志主张政府采购合同是行政合同,但法学界通说将其解为民事合同(或商事合同)。笔者认为,政府采购合同是具有特殊性的民事合同,但其一般性大于特殊性。因此,《政府采购法》规定,政府采购合同适用《合同法》和其他有关法律(如含有合同内容的《建筑法》等行业管理立法);但本法另有规定的,按照本法规定执行。这里所说的“另有规定”既包括补充规定,也包括特别规定,但都应慎重拟定,限制在必要限度内。供应商、采购人和招标代理机构之间发生的法律关系都是平等主体之间的横向财产法律关系,与政府采购监督管理部门和政府采购当事人之间发生的纵向行政法律关系不同。这里所说的采购人,既包括分散的一般采购人,也包括集中采购人,集中采购人又包括综合采购人与系统采购人(或称部门采购人)。各地的政府采购中心大多属于综合采购人的范畴。他们行使作为采购人的民事权

利，不是享有公权力的政府采购监督管理部门。

正因为政府采购合同从本质上看属于民商合同，因此对于政府采购监督管理部门基于社会公共利益而终止合同，并给供应商造成损失的，应当赔偿供应商由此遭受的全部实际损失，而不应限于直接损失。德国实行全部实际损失赔偿（全部直接损失与全部间接损失）原则；美国则实行部分实际损失赔偿原则（全部直接损失与供应商已经供应货物、服务和工程部分所应获得的利润）。为确保供应商对政府采购市场的信心，对于政府采购监督管理部门或者其他责任人对供应商的赔偿责任，也应参酌德国和美国立法例的做法。对于供应商违约的，采购人也有权根据《合同法》的规定追究其违约责任，承担继续履行、赔偿损失等违约责任。

根据《政府采购法》规定，凡是平等主体的供应商、采购人和招标代理机构在合同的订立、效力、履行和违约责任等方面发生纠纷的，原则上都适用一般商事合同的四大解决途径：友好协商、调解、仲裁和诉讼。这四大争议解决途径在运用的数量上依次递减，构成了一个“金字塔”型的结构。其中，绝大多数政府采购争议应当通过友好协商解决，因此友好协商构成了金字塔的塔基。友好协商解决不成的，应当尝试调解途径。实际上，调解还是仲裁和诉讼机制中的必经程序。因此，调解自然而然地构成了金字塔的第二层，其重要性和适用范围仅次于友好协商。如果友好协商和调解未果，而且政府采购的当事人在纠纷发生前或者纠纷发生后订有仲裁协议，则政府采购争议提交仲裁机构予以仲裁。仲裁实行一裁终局，而非诉讼中的二审终审，因此更加快捷、方便。仲裁理所当然地成了争议解决金字塔中的第三层。如果友好协商和调解未果，而且缺乏政府采购当事人之间的仲裁协议，那么政府采购争议只有诉至法院。诉讼因此成了解决政府采购争议的最后一道防线，并居于金字塔的塔尖。

1. 要鼓励政府采购纠纷的当事人通过友好协商化解纠纷

一旦发生政府采购纠纷，各方当事人应当首先选择友好协商的方式化解矛盾。通过协商的方式解决政府采购纠纷，无论是对于供应商和招标代理机构来说，还是对于采购人来说，都具有省时、省力、省钱的特点，而且有利于保持自己守法重伦的良好形象，避免伤害对方的感情，有利于政府采购活动的顺利开展。建议采购人（包括分散采购人和集中采购入）、招标代理机构在其内部设立专门机构，受理供应商的质疑和投诉。对各方当事人而言，为取得友好协商的成功，有必要保持应有的风度和姿态，切忌纠缠于细枝末节，执理不让人。

2. 进一步提高调解的成功率

政府采购当事人在通过协商解决纠纷时，往往偏执于一端之理，很难听进对方当事人的不同意见，致使协商很容易搁浅。而由参与政府采购活动的其他第三人（包括政府采购监督管理部门或者中介机构）出面以调解方式解决政府采购纠纷，省去了争议当事人因为参加仲裁与诉讼所要投入的大量人力、物力与财力，也不伤害双方当事人之间的感情。但由于调解机制建立在双方当事人自愿的基础之上，且调解机构的人员编制、调查手段有限，更无强制执行手段，致使不少纠纷要通过仲裁和诉讼解决。

3. 尽快打通消费纠纷的仲裁途径

同诉讼相比，仲裁实行一裁终局原则，具有省时、省钱、省事的简易性特点，能够充分体现政府采购当事人的意思自治。1994年《仲裁法》颁布后，我国已经设立了160多家仲裁委员会，但目前受理的政府采购案件数量不多。以北京仲裁委员会为例，目前尚未受理一起政府采购纠纷案件。尽快打通政府采购纠纷的仲裁途径，既是完善仲裁制度的需要，也是推进政府采购法治的重要内容。

为推动更多的政府采购争议案件进入仲裁程序，应当鼓励采购人、招标代理机构自愿向供应商承诺将其未来可能发生的政府采购争议提交特定仲裁机构。这种承诺，一旦被供应商接受，就构成了仲裁协议，供应商就可将纠纷提交仲裁机构，而无需再与采购人或者招标代理机构另订仲裁协议。采购人是否愿意作出这一承诺，是衡量一个采购人是否具备诚信和效率意识的重要指标。

处理政府采购争议的仲裁员应当具有良好的政府采购法知识修养和过硬的职业道德素质，不断改进开庭审理艺术。为早日化解政府采购争议，加速市场经济流转，还应鼓励政府采购当事人在不违反政府采购法强制性规定的前提下调解结案。

4. 人民法院要及时公正地审理各类政府采购民事纠纷案件

诉讼克服了协商与调解过程中有可能出现的久商不决、久调不决的缺点，有利于及时解决双方当事人之间的纠纷，使双方早日投入到各自的工作或者经营活动中去。各级法院理应对政府采购纠纷案件采取

积极的态度，在立案、审理、判决和执行环节充分体现公正、快捷的原则，重点解决立案难、执行难的问题。为避免政府采购各方当事人遭受旷日持久的讼累，人民法院应当尽量引导当事人在诉讼过程中达成调解协议。

另外，当政府采购程序中的违法或者违规行为损害多数潜在供应商的利益时，应当依法适用《民事诉讼法》第54条规定的集团诉讼登记制度，从而方便广大供应商在其他供应商起诉时搭便车。

三、要建立健全政府采购行政争议解决机制。

政府采购监督管理部门和政府采购当事人之间发生的法律关系是一种纵向的行政法律关系。他们之间发生争议时，要适用行政复议或者行政诉讼的解决机制，不适用协商、调解、仲裁机制。

1. 依法启动政府采购活动中的行政复议机制

政府采购当事人认为政府采购监督管理部门的具体行政行为侵犯其合法权益，可以依照《行政复议法》向该法规定的行政机关申请复议，请求复议机关重新审查政府采购监督管理部门所作决定（包括处罚决定）的合法性与妥当性。行政复议遵循遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则，坚持有错必纠，保障政府采购法律、法规的正确实施。供应商对行政复议决定不服的，可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，行政复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的，供应商可以自收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起十五日内，依法向人民法院提起行政诉讼。供应商依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

2. 人民法院要公正及时审理涉及政府采购的行政纠纷案件

我国1990年10月1日起施行的《行政诉讼法》，作为“民告官的法律”，是保障供应商和其他政府采购市场主体合法权益的一部重要法律。该法规定：“公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”《行政诉讼法》是人民法院审理政府采购行政案件的程序法，而政府采购立法则是人民法院审理政府采购行政案件的实体法。

供应商对政府采购监督管理部门处罚或者决定不服的，可以依法直接向人民法院提起行政诉讼。除了政府采购监督管理部门是行政诉讼的被告外，其他侵害政府采购市场主体合法权益的行政机关（含地方各级行政机关）都可以成为行政诉讼的被告。根据《行政诉讼法》，除了行政处罚，公民、法人或其他组织就其认为行政机关侵犯其合法权益的其他具体行政行为，也可以向人民法院提起诉讼。但是，违法的抽象行政行为（包括违反法律的行政法规和行政规章、行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令等）不在人民法院的司法审查之列。因此，依据现行立法，当事人不服政府采购监督管理部门下发的“红头文件”，不能向人民法院提起行政诉讼，只能向有关部门反映情况，提出修改抽象行政行为的意见和建议。

但是，从法理上看，抽象行政行为造成的损害从广度和深度上都甚于具体经济行政行为，自由裁量行为也容易逸出法治框架，有必要谋求相应的法律对策。当务之急是尽快承认和加强法院对抽象行政行为和自由裁量行为的司法审查权。魔高一尺，道高一丈。法院对自由裁量型经济行政行为的司法审查，既需要法院的勇气，更需要法院在公正解释法律和公平原则、综合衡量各种利益关系的基础上发挥法院的司法自由裁量权。只承认经济行政机关的自由裁量权，而否认法院的司法自由裁量权，就无法把经济行政权的行使纳入法律的监督和控制之下。鉴于抽象行政行为与具体行政行为相比具有自身的特殊性，为稳妥起见，确定法院管辖权的原则应当是，各级人民法院有权对同级人民政府及其所属部门的抽象行政行为进行审查，也有权对下级人民政府及其所属部门的抽象行政行为进行审查；但下级人民法院无权对上级人民政府及其所属部门的抽象行政行为进行审查。

四、对于工程采购领域政府采购监督管理部门的界定和争议处理

工程领域的政府采购活动既涉及政府采购法，也涉及《招标投标法》和《建筑法》等相关法律部门。政府采购法与《招标投标法》是两个存在交叉关系的姊妹法，二者在规范政府工程采购方面相互协调、彼此补充。从调整内容上来看，政府采购法范围宽于招标投标法，即在调整招标投标程序之外调整政府采购主体、政府采购行为、政府采购程序、政府采购合同以及法律责任等内容。鉴于工程建设招标投标程序以在招

投标法中予以规定，因此从立法基础上考虑政府采购法不必对此重复规定。那种认为《招标投标法》可以包打天下、完全能够解决工程采购全部问题、因而不需要政府采购法对政府工程采购做出规定的观点是错误的。因此《政府采购法草案》规定，“实行招标方式采购的，适用《招标投标法》，本法另有规定的，按本法规定执行”。这种写法是妥当的。

基于上述认识，对于仅仅涉及构成建筑工程招标投标事宜的行政执法活动，由《招标投标法》和《建筑法》规定的政府监督管理部门依法对建筑工程招标投标活动行使行政调查权、行政处罚权和行政复议权；但涉及工程采购其他问题的，应当由统一的政府采购监督管理部门行使行政调查权、行政处罚权和行政复议权。

无论哪个政府部门行使对政府采购活动的行政监督管理权限，都要贯彻权力与责任相一致的原则。哪个政府部门的具体行政行为侵害了供应商或者其他政府采购当事人的合法权益，就由谁充当行政诉讼的被告，并承担违法行政的法律后果。

至于人民法院，则应当认真划清属于民事争议的政府采购案件和属于行政争议的政府采购案件。对于这两类不同的案件，要适用不同的程序法和不同的实体法律规范，分别由民事审判庭和行政审判庭审理。

相关文章：

[社会法的发展和前沿问题](#)

[强化刑事责任 保护投资信心](#)

[站在《消法》理论的前沿](#)

[证券法律的制度创新](#)

[新公司法的制度创新](#)

[我的《政府采购法》观点](#)

[股东资格到底如何确认？](#)

[建构完善的投资者权利保护机制](#)

[新《公司法》的制度创新](#)

[公司法的修改与解释：以司法权的适度干预为中心](#)

[有限责任公司的股权该如何继承](#)

[行政审查要尽合理注意义务](#)

[授权公司自由选择](#)

[建立社会公众股股东单独表决制度的有关问题](#)

[我们该怎样修改《公司法》](#)

[建立与社会主义市场经济体制相适应的产权制度](#)

[独立董事不能“花瓶化”](#)

[论金融危机的法律防范](#)

[关于政府采购立法的若干思考](#)

[莫让股东大会成“大股东会”](#)

[我国《公司法》移植独立董事制度的思考](#)

[修改《公司法》完善公司制度](#)

[电子商务主体及准入监管研究](#)

[规范委托理财关系，推动证券市场繁荣](#)

[上市公司分立与小股东权益保护](#)

[如何运用民商法防范金融风险](#)

[基金立法当鼓励竞争创新开放](#)

[Legal Reforms in China](#)

[CORPORATE GOVERNANCE IN CHINA: THEN AND NOW](#)

[Chinese Business and the Internet: The Infrastructure for Trust*](#)

[股东的代表诉讼提起权比较研究\(1\)](#)

股东的代表诉讼提起权比较研究(2)

《政府采购法》重视对供应商合法权益的保护

WTO法律规则对我国市场经济法治的影响

正确理顺市场经济条件下的医患法律关系

政府干预市场经济要走向法治化

刘俊海科研成果目录

公司法修改中的重大问题

投资基金立法中的若干争议问题研究

The Future of Chinese Corporate Law Reform

Comments on the Corporate Law of 1904 in Qing Dynasty

建立有限合伙制度势在必行

论证券市场法律责任的立法和执法协调

中国加入世贸组织后公司法的修改前瞻

强化公司社会责任的法理思考与立法建议(1)

强化公司社会责任的法理思考与立法建议(2)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)
