

本刊简介

读者意见

我要投稿

主编信箱

联系我们

作者名 关键字

搜索>>

2010年 第6期

按期查阅>>

== 专栏查阅 ==

过往期刊

2009年 [more >](#)

• 第一期 • 第二期

2008年 [more >](#)

• 第一期 • 第二期

2007年 [more >](#)

• 第一期 • 第二期

友情链接

友情链接

[\[返回前页\]](#)

完善政府采购的法律监督机制

作者/来源：姚文胜

政府采购法律监督机制是实现政府采购良好运行的保障。尽管政府采购法等对政府采购设置了多种监督，初步构建起政府采购法律监督机制，但其监督效果不彰，滥用行政权力、寻租腐败、侵害供应商权益等仍然难以杜绝。本文试图运用民法的有关基本原理，从加强对政府采购中政府方监督的角度，对完善政府采购法律监督机制的问题进行探讨。

一、完善政府采购法律监督机制的重要意义

建设完备的法律监督机制是政府采购制度自身的内在要求，国内外政府采购立法都十分重视把对政府采购方的监督、制约摆在重要的位置。台湾学者罗昌发指出，如果不能提供有效的救济方式，以有效监督采购方，“将使整个采购制度的目的，沦为空谈”。在政府采购制度建设起步阶段，加强其法律监督机制意义尤为重大，概括起来主要有以下三方面：

（一）实现政府采购功能的需要。一般来说，节约公共资金、提高资金使用效益及实现宏观经济调控、促进民族产业发展是政府采购的主要功能。健全的法律监督机制是政府采购规范操作和真正发挥作用的重要保障。政府采购习惯于被当作单纯的行政行为循政府运作规律来组织实施，采购方和供应商相互地位不平衡，有时出现对政府方监督不足的情况。缺乏系统完善的监督机制，政府采购制度难以避免地面临功能实现方面的障碍，既影响“物有所值、节约公款”、“花最少的钱办最好的事”基本目标的实现，也影响其宏观调控、促进民族经济发展、支持和保护中小企业等的递进功能的实现。

（二）加强廉政建设的需要。政府采购方享有很大的自由裁量权，一些采购机关及官员为所欲为，滥用政府采购合同的供应商选择权、信息披露权和合同监督权，设租寻租。一些不法供应商为了获得合同，采用拉拢腐蚀的手段与有关官员勾结共同向政府采购制度发起冲击，使其成为“内部人”控制、以次充优套取财政资金的一个渠道。为了防止政府采购过程中的暗箱操作和腐败现象，建设一个完备的政府采购法律监督机制很有必要。

（三）我国政府采购走向世界的现实需要。我国加入WTO时，承诺在成为WTO成员国后将尽快开展加入《政府采购协议》（简称GPA）的谈判，承诺最迟于2020年向其他成员国开放国内政府采购市场。我国加入GPA的谈判年底将如期启动。国际社会把发达完备的法律监督机制作为政府采购制度的一个重要组成部分，因此，只有完善政府采购法律监督机制，才能更好地适应各种国际规则的要求。

二、现有政府采购法律监督机制存在的问题

根据政府采购法和相关法律法规的规定，现有的政府采购法律监督机制主要由以下几方面组成：一是财政部门同级监督。财政部门作为政府采购的行政主管部门实施对政府采购工作的监督管理。二是其他行政监督。主要是来自纪检监察、审计、行政复议等部门的监督。政府采购还接受技术监督、质检等部门，以及招投标行政管理部门监管。三是司法监督。包括法院的审判监督和检察院（反贪局）的刑事监督。四是人大监督。人大通过审议预算、执法监督等对政府采购进行监督。五是来自社会其他层面如舆论界的监督。此外还有来自供应商的监督，《政府采购法》设立专章规定供应商可以对有关事项进行“质疑和申诉”。

上述监督机制存在以下不足：

（一）多头监督有时会导致监督主体缺位。在现有监督模式下，政府采购的监督主体繁多，既有人大、法院、检察院，也有审计、纪检监察及财政、媒体和社会各界等，但缺乏一个定位明确的主体来串起整个监督流程。似乎监督主体很多，但多头监督有时等同于无人监督。反观与政府方接触最多的供应商，法律及法规对其设定了很高的监督门槛，财政部《政府采购供应商投诉处理办法》要求供应商提起投诉必须满足多个基本条件、逐级投诉、书面实名、在规定时限投诉以及有举证等，使供应商陷入“监督不愿”或“监督不能”的境地。

（二）监督指导思想有待全面化。我国政府采购制度脱胎于计划经济时期的政府购买，现有监督基本是以“公权监督”也即权力监督为指导思想来设计的。政府采购法尽管以“质疑与投诉”专章形式对供应商的监督权进行规定，但不管是前置异议程序还是行政复议、诉讼程序，受理监督事项的机关都是“公权”机关，{1}在很大程度上淡化了国际上政府采购最多实行的供应商“权利监督”的方式，也淡化了仲裁等中介机构的监督。

（三）现有监督是滞后监督，影响其公信力的充分发挥。与民法上合同双方主体享有的监督权比较，目前政府采购供应商仅在出现问题时才可以以寻求救济的方式行使对供应商的监督。从权利内容看，只有程序性规定，要求政府方必须怎么做，但对于政府方违反规定的法律责任没有规定。滞后监督往往对政府采购目标的实

现没有正面促进意义，而且监督的结果有时演变为走过场监督，导致供应商放弃行使监督权，减低现有监督模式的公信力。

（四）监督权利内容不够全面。目前对政府方的监督权主要包括询问权、质疑权、投诉权、提起行政复议或是行政诉讼权、人员回避提起权等五方面。但供应商知情权、信息公开权、基于先合同义务而产生的缔约上过失行为监督权以及合同履行中的不安抗辩权、同时履行抗辩权等基本权利没有作出规定。

（五）监督过程法律适用时面临部门法衔接不适。政府采购法第43条规定政府采购合同在法律形式上是民事合同，在订立和履行政府采购合同中发生纠纷的解决途径和救济手段应当是民事诉讼或仲裁，为什么第58条却规定其在解决纠纷时适用行政程序？供应商尽管享有民事起诉权和选择仲裁权，但在实际操作中，按照特别法（政府采购法）优于一般法（民法和合同法）的原则，此两种权利基本处于落空状态。就外部法律关系而言，政府采购法与招标投标法就监督问题所作的规定也有冲突的地方。

三、完善政府采购法律监督机制的建议

（一）将以“私权制约公权”列为监督指导思想的一条重要原则。我国《政府采购法》明确规定政府采购合同适用合同法，也就是说供应商在政府采购合同签订过程中的法律地位应当按照民事法律主体“平等、自愿”的原则来处理，那么，作为合同一方当事人从维护自身利益出发必须对政府采购方进行监督，也就是私权监督公权。因此，我们可以在现有立法成果基础上，进一步将以“私权制约公权”列为监督指导思想的一条重要原则，使供应商从被动的供货者变为推进政府采购健康发展的合作者，发挥应有监督作用，实现政府采购由公权监督为主向私权制约公权的良性转变。这也是目前多数国家采用的通例。

（二）合理设定监督主体。一是把供应商明确增加为监督机制中的一种监督主体。美国、英国等国的政府采购制度在设立之初同样面对资金效率低下、贪污盛行的问题。这些国家原来监督模式的重点是公权力之间的组织制约。后来通过赋予供应商监督权利，努力使供应商（包括潜在供应商）出于维护其自身合法民事权利的目的对采购机关进行监督。实践证明，此举所产生的促进采购效益和防止舞弊的功能远非公权监督可比拟。我国台湾地区为加入世界贸易组织也已完成这一转变。把供应商明确规定为一种监督主体独具独特优势：（1）监督效果的高效性。供应商为保护自己合法权益根据自己意愿对政府方进行全面监察，“为了自己利益”势必使其全力以赴做好监督。（2）监督内容的全面性。以法定性为依据的公权监督内容有局限性，而以双方合意授权的监督内容除了法定内容还包括相关约定事项。发达国家一般都提供内容详尽的格式合同范本作为双方共同监督的客体。（3）监督时间的全程性。区别于公法监督的事发性，供应商监督则是全程的，对政府采购中的前合同阶段、合同中阶段和后合同阶段都进行监督。（4）监督方式的直接性。公权监督一般不直接去面对监督对象，但供应商的监督是直接而具体，国外供应商对政府方的监督是“面对面”的监督，如美国、澳大利亚等的合同官制度。需要指出的是，确立政府采购供应商监督权并不排除公法监督权，公权监督仍在其法定范围内发生作用。

二是建立政府采购第三人公益诉讼制度。借鉴美国“第三人代位诉讼”建立我国政府采购第三人公益诉讼。在美国，私人或团体可以依法对政府采购中存在违法行为的单位或个人，代表政府向法院提起民事诉讼，胜诉或和解后，有权按照胜诉或和解标金额的一定比率获得合法报酬。美国1986年以来纳税人提起的此类诉讼已为国家获得超过十亿美元的赔偿，告发人本身获得的报酬总计达18400余万美元，在美国政府采购中起到了良好的监督作用。建议我国以奖励举报人的方式建立类似制度。

（三）降低现有供应商行使监督权的门槛。扩大监督权人的范围，将潜在供应商纳入投诉权人的范畴；扩大供应商投诉事项，将可能影响政府采购公正而导致供应商利益受损的因素都纳入投诉范围；区分情况实行质疑前置，是否前置异议由供应商自行选择；赋予供应商越级投诉权。

（四）完善政府采购的监督法规体系。针对目前监督法规没有形成体系、存在冲突的实际，对政府采购法内容进行调整并重点制定两类法规：一是政府采购行为法（属民事立法），在此类立法中明确规定供应商对政府方的监督权利；二是政府采购中公权部门规制法，规制涉及政府采购中各个政府方行为的法律，有关公法监督在此类立法中规定。同时，对目前政府采购法及招标投标法存在的不当进行调整。

（五）完善政府采购信息披露制度。充分的信息公开是政府采购法律监督机制有效运作的基础。针对目前在信息披露方面存在信息发布不全面不及时、信息发布媒体不科学、招标信息内容不规范、信息内容不符合政府采购原则的问题，进一步加强信息披露工作，为监督机制的高效运作提供“源头之水”。这也是供应商监督权扩大后防止其被收买成对政府采购“共谋”者的必要措施。

注释：

{1}人们对将财政部门作为政府采购监督机构的公信力一直打有问号，因为政府采购机构及其代理机构与财政部门关系密切，财政部门因此有既当裁判员，也当运动员之嫌。

（作者：深圳市委组织部监督处副处长,武汉大学法学院博士生）