



## 从美国政府采购制度看政府采购合同之性质

姚燕

政府采购制度是政府以公开招标和其他竞争方式确定卖方合作者,按照行政合同法缔结和履行行政合同获得合理价格和优良质量的商品或者服务,以实现国家行政职能,满足政府管理活动需要的制度。①从性质而言,大陆法系将政府采购行为界定到行政合同的范畴,英美法系则将政府采购行为界定到公共契约的范畴。两大法系对政府采购的具体定义有所不同,但是在本质上,两大法系对政府采购性质的界定是一致的。一方面,两大法系都承认政府采购与民事采购有相似之处,两种采购行为都应该遵循传统合同法的基本原则和规则;另一方面,两大法系都认为政府采购具有一定的特殊性,都主张政府机关在采购活动中享有诸如合同履行的监督指挥权,单方面变更合同权,对违法合同相对人的制裁权之类的优先权。之所以这样统一,是因为两大法系的政府采购制度都具有以下特点:第一,合同的一方当事人均为政府机关,合同成立的前提均为双方意思表示一致;第二,合同的内容均具有一定的公益性,合同的履行一般均是为了实现公法上的权利义务关系;第三,在合同的履行、变更或解除的过程中,政府机关均享有一定程度的行政优益权,而这种优益权的行使均要受到公平、合理、合法等原则的限制;第四,合同均要受到特殊法律规范调整。比如,大陆法系的行政合同主要受行政法的调整,行政合同的诉讼要通过行政法的救济途径解决。英美的公共契约除了适用合同法的一般规则之外,也受到《联邦采购规则》、《契约争议法》《缔约竞争法》《联邦采购政策局法》等特殊规则的支配。

基于两大法系的诸多公共点,笔者希望通过对美国政府采购制度的研究,明确政府采购的性质,特别是政府采购较普通民事合同的不同点,以便促进我国政府采购制度的建立。

### 一. 美国公共契约法中政府采购的涵义

美国联邦采购规则(Federal Acquisition Regulation,后缩写为FAR)所定义的“采购”是指“为联邦政府使用的目的,以预算拨款的经费由买卖或租赁合同,获得货物(supplies)或服务(services)(含建设合同construction)的行为。而货物或服务即已存在者,或尚待创造、开发、展示及评估者,则在所不问。”并且“采购始于机关需求确定时,包括满足机关需求的要件描述、招标、评标、决标、合同融资、合同履行、合同管理、以及其他与运用合同满足机关需求的目的直接相关之技术及管理功能。”②所谓“货物或者供应”

(supplies)是指:“除土地或土地利益以外的之财产,包括(但不限于)公共工程、建筑物、设施、船舶、漂浮设备、各类船只及其零件与附件、飞机及其零件与附件等。”③所谓“服务”(services)是指:“投入时间及精力,完成可辨识的工作,而非交付某项终端物品的活动。”这里的“服务”主要是指行政业务的委托办理,但“本质上属于政府的职能”不得委托,其余得委托办理的行政义务需经过“成本比较”才可决定是否以采购形式对外委托办理。

从FAR的上述定义,容易看出:第一、美国公共契约法意义上的“采购”所包含的客体范围很广泛,包括了除土地以外的一切“物品”及“服务”(含建设合同),例如物品、系统或设备之维护、检查、修理和变更;不动产之例行、定期维护;公有设备、设施的操作;房舍、基地的守护;建议及协助服务;建筑设计及工程服务;通讯服务;交通及相关服务;研发服务等;第二,政府采购一方当事人是政府机关,这从主体的角度决定了政府采购具有公共契约的性质;第三,采购活动的资金主要来源于政府的预算拨款(即主要源于纳税人所缴纳的税款),这从根本上决定了政府采购的公益性,一方面政府机关因这种公益性而在政府采购活动享有一定程度的特权(尽管法律试图消除这种特权意味,但公益性决定了这种特权存在的必要性),另一方面这种特权也因这种公益性而受到一定限制(主要由公法规则进行限制)。例如政府采购行为从合同订立到合同终止的各个环节都必须符合法律、法规的规定,政府机关不能享有民事合同法所提倡的完全意义上的契约自由。第四,政府机关为采购活动的手段主要是与个人或团体签订合同,明确双方的权利义务关系,故而除去政府采购具有的某种程度上的公法性质(如采购权限的设定、采购活动的公益性等)之外,它在很大程度上与私法意义上的民事合同法有许多共通之处,正因为如此,美国法中有关公共契约的许多概念、原理和规则都是直接借鉴民事合同法。因此不能因为公共契约的公益性就完全排除其作为合同所应具有的属性;第五,美国公共契约法意义上的“采购”是个过程概念,不仅限于政府采购合同的“缔结”,而且涉及缔约后,合同的履行和管理。这样,政府采购立法不能仅仅考虑如何增进并实现采购过程的“完全和公开的竞争性”,合同缔结后双方当事人在合同履行中所享有的权利和承担的义务同样应该作为政府采购立法的考虑范围。但是,各国在这方面的做法多是比照民事合同法,而忽略了其

在公法性质上所具有的特殊性，比如政府机关特权与合同相对人权利之间存在权益平衡的问题。目前，学界在这方面还有待深入研究。

## 二. 政府采购政策目的的体现

前面已经提到，基于政府采购活动的公益性，法律赋予政府一定的公共特权，换句话说，必须由政府来代表和维护的公共利益，是政府享有特权的依据。正是由于公共利益的存在，政府机关在采购过程中才可以对抗民事合同所规定的普遍义务。比如，在法国，政府可以单方面变更或终止合同；在普通法中有诸如契约不能限制公共机关自由裁量权的原则。

美国公共契约法充分体现了这种公益性。依照联邦采购规则的规定，④联邦政府采购的主要目标如下：

(a) 联邦采购系统⑤的任务是在及时的基础上，为使用者提供最好价值的货物或服务，以实现公共利益和公共政策目标……

(b) 联邦采购系统应当：

(1) 依照成本、质量条件满足使用者的要求，并适时地交付货物或提供服务，比如：

(i) 所购产品和服务能够物尽其用；

(ii) 与过去具有一贯良好表现的合同相对方或表现出完成合同的现实优秀能力的相对方缔结合同，并且

(iii) 促进竞争。

(2) 最小化行政操作成本；

(3) 引导诚信、公平和公开的商业行为，并且；

(4) 实现公共政策目标。

由此可见，美国公共契约法的政策目标在于：

第一，在政府采购活动中引入民事合同法所适用的诚信原则，确保采购活动的竞争机制，促进政府采购行为的公开性、透明性和公平性，防止腐败行为的发生。

第二，追求物有所值（Value for Money），选择性价比最优的货物、服务或工程，保证采购活动的效率与成本之比增大化。物有所值是西方国家在政府采购法中常确立的基本原则。它是以资金的使用效益为基础，着眼于价格与效益的比值，尤其强调所采购物品的效用、功能以及由此产生的社会效益，⑥其最终目的是为了最好的实现政府职能和社会公共利益的需要。

第三，确保采购活动的公益性和政府政策目标的实现。政府采购可以作为一种社会经济的调节手段，应实现保护民族工业、保护环境、稳定物价、促进就业、促进国际贸易等重大政策目标。

为切实实现上述政策目标，美国公共契约法规定政府采购合同应载有许多标准条款，保障小型企业参与竞标的机会、鼓励劳资双方合作、保护环境、节约能源、以及限制国外采购。其基本情况如下。

### （一）小型企业扶持政策

为了实现扶持小型企业的政策目标，联邦政府保留了相当比例的政府采购给小型企业以及小型弱势企业承包。

小型企业法（Small Business Act，后缩写SBA）规定每个享有采购权的联邦采购机关应设置“小型及弱势企业利用室”，专门负责协助小型企业参与竞标。同时SBA还规定联邦小型企业署应该协助各联邦机关制定保护小型企业利益的政策，而且该署应向有关部门派驻代表进行协助。

FAR对小型企业和小型弱势企业作出具体界定，并明确规定了其地位的确认程序和异议解决程序。例如希望以小型企业的地位参加竞标的厂商可向契约官提交书面申请；⑦任何要约人或其他利益关系人可在开标之日起算5日内向契约官提出异议；⑧契约官可以将收到的异议书转交被异议厂商所在地的小型企业署地区办公室，并由

该办公室负责通知被异议厂商给出书面答辩；⑨小型企业署地区办公室主任应于收到被异议厂商的书面答辩之日起算10日内作出裁定，并通知异议人、契约官及被异议厂商。⑩

最重要的是，FAR对小型企业所享有的优惠措施作了详细规定，其中包括小型企业只要能以符合政府利益的方式履约，政府即应提供公平竞标的机会，制定鼓励小型企业参与采购的措施；⑪投标发生相同低标时，政府应优先决标予位于劳力过剩地区的小型企业；⑫为保证能满足政府采购需要的小型企业能够中标，契约官应为其保留部分采购项目（所谓的“小型企业特留标”）；⑬契约价金高于小额采购门槛价金额的总承包商（一般为\$25,000）必须在合同中载入条款，同意在有效履行契约的前提下，尽可能转包给小型企业及小型弱势企业。⑭

## （二）劳工保护政策

有关劳工保障的规定有：安全；健康及卫生；最高工时及最低工资；平等就业机会；童工及监狱劳工；禁止年龄歧视；残废及越战退伍军人的雇佣；残障人士的雇佣等。⑮为切实保证各项劳工基本政策的实现，美国公共契约法规定了相关的标准条款和执行标准。诸如第11,246号总统行政命令规定载入“平等（工作）机会条款”，禁止就业歧视；⑯“契约工时及安全标准法”规定载入“契约工时及安全标准法——超时补偿”条款，保证劳工享有超时工作时获取工资补偿的权利；⑰“大为——培根法”规定劳工工资不得超过劳工部所规定的“通行工资”标准；“服务契约法”（SCA）规定了一般劳工和专门专业技术人员的各种保障；⑱“复健法”

（Rehabilitation Act of 1973）规定公共契约金额超过\$2,500的承包商应采取矫正措施，增加雇佣合格的残障人士，而不得加以歧视。

## （三）环保及能源政策

为改善环境品质，FAR规定政府机关不得与使用被环保署列为反清洁空气法与清洁水法的设施从事生产活动的厂商缔结采购合同，⑲契约官在环保方面负有协助义务，应该及时就违反清洁空气法与清洁水法的行为书面通知环保署或其指定的人。

为鼓励资源回收与再利用，FAR规定对部分采购项目，在维持合理竞争水平，不影响采购标的效能或使承包商不会因再生物质而暴露于过分的毒性危险的前提下，应尽量采购含有再生物质最高比例的物品项目。⑳

## （四）限制国外采购政策

为保证国货市场，充分发挥政府采购对国内产业所起的推动和导向作用，美国在1933年就制定了《购买美国产品法》（BAA）保护其政府采购市场。该法要求美国政府采购美国产品，除非有关部门或机构负责人断定采购美国产品成本不合理或购买它们将不符合美国的利益。该法所称的美国产品是指最终产品在美国制造且产品中美国的零部件含量不少于50%的产品。

这里需要再着重强调的是政府采购合同中设定上述标准条款的必要性。政府采购具有的公益性决定了采购合同的订立不能完全遵循民事合同所推崇的契约自由原则。因为合同载负了公共利益的要求，当契约自由已经无法必然的保证公共利益的实现，经济人的盈利目的可能歪曲社会公正，个人利益和社会利益难以通过契约自由来协调的时候，政府作为国家的代言人就有必要进行参与和限制。这样，通过设定标准条款，政府采购合同便融入公法的强制性因素，从而在一定程度上削弱民事合同单纯追求契约自由的消极意义，有效保护和扶持社会弱者，促使政府采购政策目标的实现。

## 三. 公共契约法的几个基本原则

### （一）完全而公开竞争原则

政府采购是一种以公务形式进行的物品和服务采购的方式。与民事合同不同，政府采购的主体不能因为任意选择合同缔结方式和缔结对象，而将公共利益置于具有随意性的风险之中。而且，采购主体在选择缔约伙伴时，应当实行公开公平原则，给予每个社会成员平等的参与机会。21基于此，美国公共契约法规定政府采购必须通过完全而公开的竞争程序选定相对当事人。22具体而言，政府采购在原则上必须通过竞争性程序缔结，除非法律明确规定的事项才能通过非竞争性程序缔结。美国公共契约法上规定了两种竞争性程序，即密封标

（sealed bids）和竞争性项目建议书（competitive proposals）。原则上应优先采用密封标，但对于无需依赖价格因素的决标，或有与投标人进行讨论之必要时，政府机关可以采用竞争性建议书的方式进行决标。

美国契约法的一个特色是，要求每个政府机关设立一个竞争倡导官，这个竞争倡导官的职责有：（1）政府机关采办财产和服务时，负责排除各种障碍并促进全面而公开的竞争；（2）检查政府机关的采办活动；（3）查明以下情况，包括政府机关在采办活动中所采取的任何不必要的限制竞争的行为；（4）对以下情况作出年度报告并将其提交高级采办行政官员：该倡导官所进行的活动、为加强竞争所必需的新办法、现存的全面而公开的竞争所面临的各种障碍。23

### （二）公共利益优位原则

公共契约区别于民事契约的重要一点就是公共契约具有公益性，这种公益性优先于民事合同所承载的私人利益，这就决定了确立公共利益优先原则的必要性。公共利益优先原则决定了公共契约中合同相对人不能在事实上和法律上对抗公共利益，不能要求行政机关如民事合同当事人那样机械的履行合同条款。为确保这个原则的实现，美国法设定了如下规定：

第一，公共契约法仍然采用民事合同法约因的概念。所谓约因是指欲使合意对当事人产生约束力，所需具备的一种可以换取承诺的事物。当政府作出有利于承包商的契约修改，而未从承包商处获取额外的承诺或履行时，即可认定为缺乏约因。当契约一方当事人以放弃或不行使某种权利为手段，由他方换取某种利益时，也可认定为缺乏约因。如果承包商因为契约修改而减少给付义务，那么只有当政府也获得相当的“对价利益”的时候，才能认定约因存在。从这个角度看，以“约因”作为公共契约的成立要件，可以有效防止采购人员徇私舞弊，与承包商相勾结作出有损公共利益的行为。

第二，契约计价方式的限制。美国公共契约法规定“成本外加一定百分比之利润再合为价金之契约”一律禁止使用。<sup>24</sup>成本加诱因费用契约，<sup>25</sup>其固定费用（利润）原则上不得超过契约预估成本的10%。这样可以防止承包商以不确定的利润为托词谋求额外利益。

第三，严格限制预付款。政府机关需要预付采购合同的款项不得超过未付款项，并且应以承包商提供适当的担保和机关首长认定预付符合公共利益的需要为条件。<sup>26</sup>

第四，强制稽查帐目条款。密封标以外方式决标的契约应包括一项条款，准许审计机关在交易发生后一定时期内，就承包商或参与交易的分包商有关的帐簿文件进行检查。<sup>27</sup>

第五，必要时限制转包或管制分包商资格。民事合同的一个重要特点就是相对性，即合同的效力只涉及双方当事人。但为了维护公共利益，保证采购的品质，政府可以在必要时限制转包或管制分包商资格。如FAR规定契约官应该以认定总包商是否可靠的标准认定次包商的可靠性。

#### 四. 政府在公共契约中的主导性权利

公共契约与公共利益的联系，决定了政府机关在契约的缔结和履行中享有一定的特权。而承认政府机关在履行契约义务时所享有的特权，一直被学界认为是政府采购制度的创始国——法国对行政法学界的一个重要贡献。美国学界在吸收了这一理论之后，结合其特有的平等法治观念，制定出专门适用于政府机关的特殊规则，赋予政府机关在公共契约中的主导性权利，同时，也以严格的合同规则和人事制度对政府机关进行规范和限制。这些主导性权利都在一定程度显示出公共契约较民事合同的区别和优越性。美国公共契约法中保证政府机关主导性权利的制度主要有：

第一，承包商资格审查制度。因为公共利益的需要，公共契约法逐渐发展形成一项基本政策：公共契约必须决标给负责任的可靠的投标商。<sup>28</sup>

有关承包商资格审查的法律制度有两个。一是契约官对投标商可靠与否的认定（a determination of responsibility or nonresponsibility）。认定可靠与否的标准分为一般标准和特殊标准，一般标准包括投标商的财物资源、恪守交付期限的能力、履约记录、管理与技术能力、设施与设备状况、执照与许可的持有情况、坚持和毅力表现（tenacity and perseverance）等方面，特殊标准在招标邀请书中被称为“决定性的履行准则”，常见的是对工作经验和特殊设施的要求，不过由于特殊标准的设定有限制竞争的效果，一般仅在必要时才会采用；二是机关首长或其指定的官员对投标商作出的定期除权（debarment）和暂时停权（suspension）处分。对于符合法定除权事由的承包商，政府机关的除权官依法定程序（遵从“正当程序”，依照处分预告、答辩、处分通知的程序进行）剥夺其在一定期间内参与缔结公共契约的权利。除权事由一般指缺乏商业伦理、严重违反契约条款，或其他严重影响投标商目前可靠性的行为。暂时停权处分是指停权官以适当的证据为由，在调查程序或诉讼程序尚未完成之前，为保护政府的利益，暂时停止投标商参与决标权利的处分。

第二，格式合同制度。格式合同的使用可以更好的促进采购的标准化和程序化，从而更好的提高采购效率。

FAR针对公共契约的性质制定了各种统一契约格式。为了政策目标的实现，格式合同常常使用一些标准条款，例如在格式合同中使用“承包商保证条款”，协助纠正不当商业惯例，同时赋予政府机关无偿解除合同，直接在应付款项中扣除违规部分的金额之类必要的制裁权利。依照民事合同规则，对格式合同条款有不同理解的应当作出对合同制定方不利的解释。但基于公共契约的公益性及合同相对方具有专业性等特点，应当由有权机关和法院依据法律和社会公共利益对格式合同作出适当的解释。<sup>29</sup>

第三，合同履行的监督控制权。政府机关对当事人履行合同不当的问题可直接采用行政行为，而不需要借助

司法救济和其他救济手段。政府机关可单方面变更和解除合同，或直接向合同相对方造成的损失进行经济上的处罚。但是，依照行政控制原则，政府的这种权利受到法律和司法审查的限制。比如政府机关应该公开说明政府单方面变更或解除合同的理由，并应对合同相对方所受损失作出适当的补偿或赔偿。合同相对方对政府机关行使的监督控制权有异议时，可以向法院提起诉讼，由法院基于合同规定和公共利益作出独立公正的裁决。

第四，合同价款的确定方式。为防止由垄断或竞争不充分而导致的采购项目价格过高，美国公共契约法对政府机关确定合同合理价金的权利作了具体的规定。比如依照价金约定的方式，美国公共契约法规定了固定价金合同、成本补偿合同、诱因型合同、时间及物料合同以及不确定合同等多种合同类型。其中仅固定价金合同就依照其固定程度的不同分为绝对固定价金合同、带有经济价格调整机制的固定价金合同、固定价金诱因合同、带有价金再决定机制的固定价金合同，及以承包商努力程度作为付款条件的固定价金合同等五种类型，足见其规定的复杂和完备。<sup>30</sup>

## 五. 缔约的权利与限制

公共契约成立的前提是合同双方当事人意思表示一致，而非政府机关单方的强制性意思表示。从这个角度说，公共契约并没有丧失合同的自由属性，甚至相对于其他行政行为，意思表示一致的合同自由还会在公共契约中强调指出。但是，“政府机关订立和履行公共契约的权利不是私法的权利，不能享有私法意义上的自治，所以政府机关在公共契约上不可能享有私法意义上的契约自由。”<sup>31</sup>例如，政府机关只能在法定的授权范围内缔约。正因如此，要研究美国公共契约法就不能不研究公共契约缔约权的设置、无权代理对政府的约束效力，以及利益冲突的禁止等问题。

### （一）政府缔约的权利

公共契约法规定缔结公共契约获取物品或服务的权利属于各机关首长，各机关首长负责成立专门负责缔结活动的部门，并将缔结的权利授予采购部门的主管，即契约官。

契约官有权代表政府缔结、管理或终止契约，并负责与契约有关的核定及认定工作。契约官的授权范围由任命契约官的机关首长以书面形式载明，契约官所为的契约活动只有在授权范围才能约束政府。

### （二）无权代理的效力

公共契约与民事契约的最大不同在于：公务员（包含契约官）无权代理（包括无权行为和越权行为）的行为对政府不生约束力。即是说“不论政府以何种形式作用，凡与政府缔结契约之人皆须负担风险，确实查明有意代表政府行动之人，的确在其授权之范围内活动”，而“必须有实际授权才能约束政府”，<sup>32</sup>否则政府对该契约缔结行为不负责任。

这个“必须有实际授权才能约束政府”原则主要是为了排除民事合同的“表见代理”理论。但是在某些情况下，为了维护基本的公平，在一定程度上合理的保护承包商利益，实务中还发展起来几种救济途径，其一是所谓的“默示”授权（implied authority），这主要存在于契约管理阶段，例如是当争议的权利是公务员的职务所不可分割的部分时，通常会认为政府有默示受约束的意思表示；其二是确认（ratification），原则上要尽量避免使用，除非特定的几种情况下才可行使确认权，例如政府已接受所采购的物品或服务，或已经从中获益；契约官审查后认定其价金公平、合理；契约官建议政府付款，而法律顾问也表示同意；为确认的官员在当初本享有缔约权，而且目前仍然享有。<sup>33</sup>

### （三）利益冲突的禁止

为了避免政府官员的个人利益与公共职责发生冲突，且为避免可能的徇私行为，有关法规对公共契约的决标对象及承包商的活动设定了许多限制。比如禁止国会议员参与契约或分享契约利益的条款；契约官不得将契约决标予有公务员参与的承包商组织；现职公务员不得介入任何与其未来可能的雇主有财务利害关系的事项；曾担任某项采购活动的官员，自其最后一次亲身以促成该宗采购案的决标、契约修订或延长起，两年内不得以任何一种方式代表竞争承包商参与协商和谈判等。

## 六. 政府采购合同的缔约和履行

行政机关在缔约过程中所享有的决定采用合同方式实现行政职能的权利及其范围，直接反映出契约自由原则在公共契约中的应用。原则上，只要不违反法律的禁止性规定，行政机关就可以不经法律授权，依照公务的需要自由缔结契约。但是这种自由是相对的，受限制的。比如，美国契约法规定，原则上行政机关必须通过竞争性程序进行政府采购活动，且只能选择“对美国最有利的投标为得标”。其中“最有利”的标准是相对固定的，不为行政机关的意识而转移。这样在“完全而公开竞争”原则的支配下，政府选择合同当事人的方式就不再具有广泛意义上的“自由”，而要受到法定程序的限制。再如，美国公共契约法规定的采购来源的优位顺序，<sup>34</sup>要求采购机关先由政府来源（如其他机关多余的动产、公营公司、强制性联邦供应来源等）满足其需求，然后才能考虑其他商业来源。在前面，笔者已经论述了缔结政府采购合同时政府采购权限的限制和缔结公共契约的禁止事项。

这些都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。

公共契约区别于私法合同的特征，即行政特权和契约确定性的关系问题，在合同的履行上得到集中的反映。35诚实信用和情势变更两个私法合同的重要原则在公共契约中的运用受到很大限制。诚实信用原则所主张的按照客观衡平标准就争议合同和变更合同进行约定，在公共契约中则因双方当事人所代表利益的差异而有所侧重。私法合同的情势变更原则是指允许在特殊的情况下排除原合同的效力，以保证当事人双方利益的平衡，双方当事人可以平等的适用这项原则。但公共契约中情势变更已经侧重于行政机关应当享有主张情势变更的权利。比如 FAR 规定，当有“不得已的理由”，政府机关有权单方面取消招标。所谓的“不得已的理由”是指政府取消招标的利益大于继续招标的损害的理由，比如标价不合理、预算不够支付、政府自营更为价廉等。而合同相对人在开标之后则不得撤回要约，签订合同后更不能单方面解除合同。

公共事务所具有的连续性这一内在性质决定了政府采购合同的当事人必须连续地服从公务的需要，由此合同当事人必须放弃私法合同所赋予的部分权利，而承担起公共契约所附加的义务。比如，《契约争议法》规定在契约争议未决之前，承包商仍应依照合约忠实地履行义务。而在私法合同中，当事人可以行使抗辩权，拒绝继续履行合同。

总之，作为合同的一种形式，公共契约并不完全排斥契约自由原则，也不否定对民事合同规则的应用。但基于优益性的特点，公共契约具有了区别于民事合同的公法性质，这使得该合同的设立、履行、变更和解除等方面均呈现法定化的特点。许多国家也依据这个特点规定公共契约在遵守公法原则，不抵触公法规定的前提下适用私法合同的法律规定。正如于安教授所说，“行政合同的本质，取决于契约自由原则和依法行政原则对行政合同的支配作用”。36这一点对于公共契约同样适用。认识到这一点对于明确政府采购行为的性质，正确处理政府采购活动中行政机关的行政特权和合同相对方的合法利益之间的关系，建立一套完善的政府采购制度体系，充分保证政府采购职能的实现和采购行为的规范等方面都具有重要意义。

#### 【注释】

- ① 于安：《外商投资特许项目协议（BOT）与行政合同法》，159页，北京，法律出版社，1998。
- ② FAR 2.101 “Acquisition”，译文选自汤德宗主编：《美国公共契约法制之研究——我国政府采购及委办制度兴革建议》，51页，台湾。
- ③ FAR 2.101 “Supplies”，译文选自汤德宗主编：《美国公共契约法制之研究——我国政府采购及委办制度兴革建议》，51页，台湾。
- ④ FAR 1.102
- ⑤ 联邦采购规则系统（FARS）是由一份主要文献（the primary document）与数十份补充文献（supplementary document）所构成。前者为“联邦采购规则”（FAR），后者为各机关为适用或补充前者而自行颁布的细则。
- ⑥ 胡伟：《西方国家政府采购法中物有所值原则》，载《行政与法》，2000（5），38页。
- ⑦ FAR19.301
- ⑧ FAR19.302(b)
- ⑨ FAR19.302(c)
- ⑩ FAR19.201-1(g)
- (1) FAR19.201-1
- (12) FAR19.202-3
- (13) FAR19.502 504 506 507
- (14) FAR19.702
- (15) FAR 22.102

