

# 论对政府采购的法律调整

孙丽岩

政府采购制度是公共财政体系管理中的一项重要内容,是市场经济条件下国家管理直接支出(如政权建设、公共设施等)的一项基本手段,也是国家在对外贸易实施非关税贸易壁垒的主要途径。实行政府采购,有利于中央和地方的财政支出管理,提高财政资金使用效率,有利于提高采购活动的透明度,促进廉政建设,同时还有利于优先购买本国产品,保护国内企业。同时,政府采购制度又是一项非常复杂的系统工程,涉及面广、事务多,需要一整套法律确定的管理机制进行规范和协调,才能保护政府采购制度顺利运转并发挥其应有的作用。

1979年4月世界贸易组织(WTO)在日内瓦订立的《政府采购协议》将政府采购定义为:成员国的中央政府、次中央政府采购、租赁、有无期权购买货物、服务、工程及公共设施的购买营造。我国的大多数学者认同的政府采购概念也大致与此相似,即将之定义为各级国家机关、实行预算管理的事业单位和社会团体,使用财政预算内资金和预算外资金等财政性资金,以购买、租赁、委托或雇用等形式获取货物、工程和服务的行为。<sup>①</sup>从国内权威机构和学者对政府采购的界定中,不难看出,政府采购有别于我们日常采购这项买卖过程,它具有自身的特殊资金来源、特殊的采购关系以及采购的特殊目的和意义等。正是这些特殊性决定了政府采购不仅仅需要普通民商法体系加以调整,更需要有一套独立的法律体系来规制政府采购的整个过程。

第一,政府采购运用的采购资金来源特殊。政府采购与普通的社会采购在根本目的上是一致的,“采购之根本目标在于识别所需材料的来源,并在需要的时候以尽可能经济的方式按可接受的质量标准获得这些商品。采购部门必须能够快速有效地满足需求,并且采购政策和程序必须同商业惯例相吻合。”<sup>②</sup>毫无疑问,在进入采购市场获

取所需物品、服务、工程并进行交易方面,政府采购机关与普通社会主体一样应当遵循国家民事、商业法律的调整。但是,政府采购的资金来源主要是纳税人缴纳的税金,采购开支属于国库开支。所以,政府采购在资金管理环节不仅与普通社会采购者一样受有关票据、货币、外汇等法律法规的制约,而且还必须符合国家年度财政预算,接受《预算法》、《审计法》等约束。政府采购在市场活动中所占份额巨大,发达国家的政府采购支出一般占财政支出的30%以上,占GDP的比重一般在10%左右。在我国政府采购市场尚不完备的情况下,1999年政府采购的规模为110.35亿元,<sup>③</sup>如果按占GDP的10%比例计算,每年我国政府采购的规模近3000亿元。如此庞大的开支,如果疏于运用法律手段进行调控、管理,引发的将是国库大量资金的流失,政府公众信任度的下降。

第二,因政府采购形成的社会关系特殊。首先,参与到政府采购社会关系中主体身份有别于普通社会采购中的双方或多方主体。具体而言,政府采购中的采购方不论是集中采购机关或非集中采购机关,都是由政府部门特殊设置,代表本级政府各部门或本单位到政府采购市场上进行活动。在我国目前,这些采购机关或与政府采购的主管机关分开设置,或与主管机关合署办公,从总体上看都是隶属于某一级行政机关。政府采购与社会采购在主体方面的区别之一还在于政府采购对采购关系的另一方主体——供应商有更高的要求。除了技术要求和能力要求外,政府采购还对准入的供应商有政府性要求,包括纳税情况、环保达标、生产规模情况等。因此,能够进入政府采购市场的供应商都是由政府采购的主管部门进行审核、认证的,它们有别于市场上持有营业执照的一般生产业主或商业主。这种审核、认证从内容到程序都必须有法律的明文规定,以保证政府采购的公平、公正进行。

其次,就政府采购关系涉及的标的物也有别于普通的社会采购。政府采购的范围十分广泛,小到笔墨纸张,大到军火、航空器直至上亿元的工程、服务项目等,只要政府需要,都可以列入政府采购清单。在政府采购领域中,没有限制或禁止流通物的概念。这同样也需要特别立法确立采购特殊物质应遵循的规则,否则,要么采购不到政府所需的对象,要么导致某些限制或禁止流通物通过政府采购的途径进入日常采购市场。

第三,政府采购要达到的目标十分特殊。政府采购要达到的目标,我认为可以分为对内目标和对外目标两类。获取所需的货物、服务和工程是政府采购对内的目标。这与普通的社会采购从形式上来看毫无差异;但是政府采购通过社会公开、公平这种普通采购广泛运用的形式却能达到意想不到的效果,体现出政府采购的价值蕴含,这就是政府采购所要达到的深层次的对内目标。比如缓解财政收支矛盾,促进财政支出管理体制改革,遏制“权力寻租”防止腐败等等。要达到上述目标,单靠市场调控法来约束市场交易行为是远远不够的,还必须与适用于政府采购领域的特殊法律法规结合。二者结合,从点到面地约束政府采购行为,使它从形式上和实质上符合政府采购行为的价值取向。

从政府采购的对外目标来讲,政府采购在国际贸易中一直被用作非关税贸易壁垒来保护本国企业和民族工业。此外,政府采购这一行为通常服从于一国的政府外交、对外贸易政策,以保障本国的国家安全,贯彻执行本国的外交政策。如对国际部门限制其采购某些尖端武器制导系统、计算机产品,就是为了保障国家军事安全,避免出口国的军事技术控制。<sup>④</sup>随着全球经济一体化进程的快速推进,各国利用关税手段保护国内企业的作用已经弱化,与此同时,非关税贸易壁垒的作用却不断强化。目前国内市场逐渐放开,但我国企业的整体竞争力不强,经受不住外国企业的冲击,政府有责任进行适当的保护。因此,建立政府采购制度,通过政府采购法的法律形式,强制要求采购机关必须优先购买本国产品,可以促进国内具有竞争力的大、中型企业发展,同时起到扩大内需的作用。即使我国加入WTO以后,也可以充分利用该组织的一些规则和对发展中国家的优惠政策。

由此可见,政府采购与普通的社会采购从形式到内容都存在着一定的差异,单纯适用具有普遍性的市场经济调控法、民商法已经不能满足政府采购市场管理的需要。因此,我们应当借鉴其他国家和地区的先进立法经验,并结合我国政府采购的现状,建立我国自己的政府采购法律调整体系。

西方国家的政府采购制度形成于上世纪末的自由资本主义社会。1782年,英国政府首先设立文具公用局,作为负责政府部门所需办公用品的特别采购机关。该局后来改为物资供应部,专门负责采购政府各部门所需办公物资。<sup>⑤</sup>1933年美国联邦政府颁布的《购买美国产品法案》,1949年美国国会通过的《联邦财产与行政服务法》,以及《联邦采购条例》、《小额采购法案》等,构成了美国调整政府采购的法律体系。在我国的香港地区还没有统一的政府采购法,但有一些与政府采购有关的行政规章。现行规范政府采购程序的主要规章是特区财政司根据《公共财政条例》制定的《物料供应及采购规例》。

国际上对各国影响较大的国际协定是当时的GATT于1979年签订并已在1981年实施的《政府采购协议》。该协议被称为“诸边”协议,WTO的成员自愿参加。《政府采购协议》建立了一个从国际到国内政府采购的法律框架,协议的基石是非歧视原则,以及最惠国待遇(MFN)和国民待遇。各成员国在进行政府采购时,要平等对待该协议成员方的投标者。为了落实非歧视原则,协议特别强调透明的采购程序。研究表明,政府采购市场的腐败,使得采购支出平均超出20%—25%,甚至由此引发政府危机。所以,许多国家虽然没有参加《政府采购协议》。但迫于国内政府和经济的原因,其中很重要的一点就是反腐败的原因,都在制定本国的政府采购法律,这也是大势所趋。

还应当看到的是,在WTO的《政府采购协议》的影响下,世界上大多数国家在进行政府采购国内立法时,都有一种倾向:一方面立足于保护本国的政府采购市场,另一方面又竭力增加本国企业进入外国政府采购市场的机会。这是我国在制定政府采购的法律时应当考虑的国际因素。

我国的政府采购无论是在国内还是国际都具备了相当的规模,但是与之配套的政府采购的相关法律制度极不完善并且十分零散。全国范围内

适用的只有1999年4月17日由财政部颁行的《行政采购管理暂行办法》。但由于该行政规章缺乏系统性,有较多的缺陷与不足,法律层次比较低,缺乏权威性,它的局限性也是显而易见的。有些地方政府采购立法如上海、深圳、江苏等走在了中央的前面,除制定政府采购的“管理办法”外,还先后制定了政府预算、采购资金管理、评标委员会、中介业务资格认定等“办法”。但是地方出台的有关政府采购的地方性法规、规章在有关政府采购的范围、供应商资格审查、采购程序的监督方面规定不统一,人为阻隔了国内政府采购市场的自由流通和开放。因此制订全国统一的、专门的《政府采购法》迫在眉睫。

当然,政府采购的立法工作不仅仅是制定一部政府采购法,而是要同时制定一系列针对具体政府采购行为的法规,比如对供应商资格的审查、对采购物品标准的规定等等。并且与配套的合同法、招标投标法、反不正当竞争法等相结合,共同组成一个有关政府采购的法律体系。我个人认为,在建立以《政府采购法》为核心的调整政府采购行为的法律体系时,应注意解决以下几个方面的问题:

首先,应解决政府采购的国际市场与国内市场的关系。随着我国与WTO主要成员国的人世谈判逐渐取得成功,我国加入WTO已经为时不远。因此,我国不仅面临履行2020年对APEC开放政府采购市场的承诺,甚至在此之前就有可能完全开放政府采购市场。这就需要我国进行政府采购的相关立法时,一是要制定过渡时期有利于本国企业参与国际国内竞争的法律法规,使本国企业尽快地适应市场,快速成长壮大;二是要充分考虑已有的国际协定、条约(包括我国未加入的或即将加入的),将这些协定或条约的内容以不同的方式反映到国内立法中,高标准立法,维护法律的稳定性、连续性。

其次,我国的政府采购立法中要以法律形式明确政府采购的监督方和采购方之间的关系,避免二者的重合。在现实生活中,政府采购的主管部门与集中采购机关大多合并设置,两者的职责全部放在各级采购中心,财政部门无形之中参与了政府采购的商业性决策,集运动员和裁判员于一身,这样的后果必然是有碍于公平竞争,不适应市

场经济的要求,所以必须以法定方式界定采购关系的主体,避免混同。

再次,透明度原则是整个政府采购法律体系中始终贯穿的基本原则。它主要是针对政府采购的具体过程设立的,具体要求是招标、竞标、决标、公正、公开。招标公开要求政府采购必须公开寻求合同对方当事人,不得单独与某个供应商达成采购合同。为实现竞标公平,法律要求采购部门应对投标的供应商一视同仁,给他们公平的竞争机会,任何供应商非因法定事由不得被剥夺竞标的权利。决标公正意味着采购部门应根据供应商的资质等级、法律规定的技术标准等强制性要求,在所有的投标人中决出中标人。程序透明原则有效地保障了政府采购不至于流于形式,从源头上遏制了腐败,是政府采购法律体系的核心原则。

综合来看,由政府采购的特殊性质决定了调整政府采购的法律必定是一个庞大的法律体系,这个体系的建立健全不仅影响着政府采购市场的良性发展,而且很大程度上决定着社会主义市场经济的正常运转,具有十分重大的经济和社会意义。值得欣慰的是,统一的政府采购法已被纳入了九届人大常委会立法规划,1999年4月9日,由全国人大财经委牵头的政府采购立法起草小组宣告成立,政府采购法起草工作正式启动,随着体系中《政府采购法》这一“龙头”法的建立,整个政府采购法律体系的建立完善将指日可待。

#### 注释:

①引自中国政府采购论坛: <http://www.gov-procurement.org.cn/>

② Herold E. Fearon, Donbler and Kenneth H. Killen, *The Purchasing Handbook*, 5<sup>th</sup>ed, Mc Graw-Hill, Inc, New-York 1993

③转引自财政部副部长楼继伟2000年6月9日在中央国家机关政府采购工作会议上的讲话,载于 <http://www.gov-procurement.org.cn/html/l1td.htm>

④车丕照著:《国际经济交往的政府控制》,长春出版社1997年版,第17-18页

⑤曹富国 何景成:《政府采购管理·国际规范与实务》,企业管理出版社1998年版,第15页

作者 厦门大学法学院教师

邮编 361005