

※外国行政法制※

建构政府合同制度——以美国模式为例*

〔美〕Daniel J. Mitterhoff 著 杨伟东 刘秀华 译

丹尼尔·米德夫

一、引言

当论及政府合同或在中国所称的行政合同时,我们所指的是这样一种制度,在此制度下行政机关在开放的市场上采购、获取服务,将财产权转移给非政府实体,或者通过使用合同方式实施政府活动。尽管政府合同制度汲取了诸多民事合同法原则,但它却是在一套与私法合同相异的优先规则下运作的,而且也远比私法合同制度规则严格,这皆是由于政府是合同一方当事人所带来的特殊条件所使然。在所有的政府合同中,都需要在公共利益——即正当使用纳税人所纳税款和确保公法合同制度的正当性(integrity)——与政府订立合同的另一方当事人的利益之间做出平衡。

为实现政府合同中公共利益与私人利益的平衡,公法合同制度应在对整个合同程序过程作十分详尽规定的情况下进行运作。行政机关以及和政府订立合同的另一方当事人,都不享有民事合同当事人所享有的可以确定各自权利和义务的自主权。相反,为订立一个有效的、可执行的政府合同,当事人必须遵守相关法律所规定的全部程序和要求。

本文旨在简要介绍美国的政府合同制度,尤其是行政机关为购买物品和获取服务所签订的政府合同,这些,被称之为“政府采购”合同(public procurement contract)(类型)占了美国政府合同的大多数。它们在美国有悠久历史,已推动了调整合同程序各个方面大量的法律、法规和判例法的发展。希望本文所提供的分析及案例能有助于中国人对政府采购制度必要成份的理解,并可做出修正、扩展或必要的摒弃以适应中国发展中的采购制度的特殊要求。本文的结论部分将对美国的制度与中国发展中的采购制度进行一些比较。

二、美国政府合同制度原理

美国政府采购制度大体可分为以下几个方面:1. 预算程序,为政府采购储备资金;2. 方案的内部规划和开发;3. 邀请潜在当事人;4. 合同的订立;5. 合同管理;6. 政府对所提供的货物或服务进行最终的检查和接受。这一制度事实上代表了由政府所做出的一系列行政行

* 本文主要来自适用于政府合同的美国法律和规章以及下列材料:John Cibinic, Jr. Ralph C. Nash, Jr.:《政府合同的订立》(Formation of Government Contract). 第3版,乔治·华盛顿大学(George Washington University)出版社,1998; John Cibinic, Jr. Ralph C. Nash, Jr.:《政府合同的管理》(Administration of Government Contracts)第3版,乔治·华盛顿大学出版,1995; W. Noel, Keyes:《简明政府合同》(Government Contracts in a Nutshell)第2版,西方出版公司1990年版。

** 北京大学1999年度访问学者,美利坚大学华盛顿法学院法学博士(1988,哥伦比亚大学法学院法学博士)。

为,且每一行政行为都既受实体法律原则的严格规定也要受到相对严格的程序要求的限制。因而,美国的政府采购已发展成为行政法中内容全面的一个组成部分,它不同于行政法其他领域;同样,尽管此项制度吸收了民法合同法原则,但调整公法合同的许多法律原则在民事合同中无对应的制度,例如,在联邦采购中的许多合同条款已定型化,它们被明确写进行政法规中,要求不能有丝毫改变而纳入到大多数政府合同之中,即使合同当事人没有将其写进合同条款之中,法院和行政机关也会认定合同包含这些强制性条款;(此外,政府采购合同制度)也形成了很大程度上独立于其他法律领域特殊的争议解决机制。

本文并不打算介绍美国公法合同的方方面面,而将重点放在该制度的核心特性之上,诸如通过投标或协商订立合同,合同关键方面的管理,合同争议的解决。该制度的这些核心方面通过大约六至八个主要法律得以确立,尽管在美国还有众多适用于政府采购各个方面的其他法律存在,^①但却没有单一的、调整所有公法合同程序要素或同等适用于所有政府机关的统一法。此外,美国还有旨在提高在采购程序中潜在合同当事人的加入以及保障该制度公正性的附属法(ancillary law),这些附属法通过阻止欺诈行为,诸如处罚收受贿赂之人,惩治被认定有利益冲突之人,提高程序的公正性。^②美国也有禁止不必要增加项目转递的费用作法的法律,如从总合同的分合同中收取回扣;^③还有其他法律要求私方当事人和政府高度诚信和公开,^④另有一些法律则在公法合同程序中取消小企业和拥有企业的少数民族者机会提出了特殊要求,以免对公法合同程序的竞争带来困难,^⑤或者要求与政府订立合同者满足一定的劳工标准。^⑥

不过,美国全面而统一的法规弥补了没有单一的统一成文法的缺憾,这些总称为联邦

① 例如,《1948年军队采购法》(the Annual Services Procurement Act of 1948, 10 U.S.C. Section 2302 et. Seq.);《1949年联邦财产和行政服务法》(Federal Property and Administrative Services Act of 1949, 41 U.S.C. Section et Seq.);《1984年合同竞争法》(Competition in Contracting Act of 1984, 10 U.S.C. Section 2302 et. Seq. And 41 U.S.C. Section 251 et Seq.);《1994年联邦采购流程法》(Federal Acquisition Streamlining Act of 1994, P.L. 103-355);《1996年克林杰——科恩法》(Clinger-Cohen Act of 1996);《联邦采购政策法》(Office of Federal Procurement Policy 41 U.S.C. Section 401 et. seq.)及《1978年合同争议法》(Contract Disputes Act of 1978, 41 U.S.C. 601 et. Seq.)。

② 《贿赂、贪污和利益冲突法》(Bribery, Graft and Conflict of Interests, 18 U.S.C. Section 201, et. seq.)

③ 《1986年反回扣法》(Anti-Kickback Act of 1986, 41 U.S.C. Section 51-58)

④ 《虚假请求法》(False Claims Act, 31 U.S.C. Section 3729)和《虚假陈述法》(False Statements Act 18 U.S.C. Section 1001),这些法律不仅适用于缔约人的费用和帐目欺诈,而且也适用于用低质材料替代。参见《1962年谈判事实法》(Truth in Negotiations Act of 1962, 10 U.S.C. Section 2306 and 41 U.S.C. Section 254)。该法确定缔约人有义务向政府公开费用信息,如以后证明这些信息不确切,须返还此款项。

⑤ 《小企业法》(Small Business Act 15 U.S.C. Section 632)。

⑥ 《戴维斯——培根法》(Davis-Bacon Act, 40 U.S.C. 276 et. seq.)。

征购法(Federal Acquisition Regulations)的法规涵盖了《美国法规法典》(U. S. Code of Federal Regulations)中大量内容,通过这些法规,使得包含在大量可适用法律中的原则能以类似于法典的方式系统实施。^①此外,每一行政机关都颁布有一套自己的规章,这些规章必须与联邦征购法保持一致,否则不具法律效力。美国联邦采购政策署(United States Office of Federal Procurement Policy)负责监督联邦征购法的发展,而该署也可以发布适用于大多数或所有联邦政府采购的规则。

尽管立法机关和司法机关也可进行独立的采购活动,但大多数政府采购合同都是由行政机关签订的。采购政策的发展集中在诸如总审计署(General Accounting Office)和联邦采购政策署这些机关,相反,具体执行采购的活动却大量地分散在各相应的行政机关。美国政府三大机关皆有权监督这些采购活动,(但)这些监督由几个重要的机关具体执行。

其中这样的重要机构之一就是国会的(附属)机构总审计署的审计长(Comptroller General)。因为美国宪法授予国会对国家支出的监督权。审计长享有与公共基金有关的接受、分配和使用广泛的调查权,有权评价政府采购计划,查阅所有政府档案,对行政机关开支提出建议,并有权对项目进行审计;他可以作为行政复议(administrative review)机关,处理来自失败或者不满投标人(unsuccessful or dissatisfied bidders)的投标异议。除审计长外,负责大多数国家政府采购的行政机关也负有内部监督之责,多数行政机关都设有一个内部的但是独立的名为检查总局(Office of Inspector General)的调查机构,执行对特定行政机关的采购活动的审计和其他调查职能。重要的是,公民和其他法人有权通过投标异议和其他法律程序对政府合同中的不正当行为提出异议的事实,推动这一监督制度的运作。

就争议解决机构而言,除审计长外,美国一般的联邦法院也对投标异议享有管辖权。然而,大部分的政府合同争议都是由美国联邦索赔法院(U. S. Court of Federal Claims)处理,该法院专门审理针对美国政府的索赔请求。联邦索赔法院享有对大部分来自或与政府合同有关的诉讼请求的初审管辖权,其他法院则不享有审理针对政府的合同赔偿请求的管辖权。但美国一直在大型行政机关中设有名为合同上诉委员会(Boards of Contract Appeals)的行政裁判所,它们也享有解决政府合同争议的裁决权,但程序比联邦索赔法院简单。对联邦索赔法院和合同上诉委员会的裁决不服,可向联邦巡回上诉法院(U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit)提出上诉。这一解决政府合同高度专业化的制度,意味着美国有一批解释政府合同的专家,例如规范合同上诉委员会的规则要求每一听证官也即行政法官,在相关政府合同的领域内有至少五年的经验。

这一制度的实施是从采购行政机关内部自身开始的,其所有制度的运作围绕着任命特定的政府官员作为缔约官(Contracting Officers)得以确立。联邦征购法通过向缔约官发出指令和通过法定程序要求缔约官执行相关行政机关的合同行为的规定,指导联邦合同制度。围绕特定缔约官建立起来的采购制度为政府采购制度增加了确定性和统一性,只有缔约官才能做出对政府具有合同约束力的行为,如果我们把一个项目可能涉及的政府官员人数考虑在内,这一点很重要,因为政府应当以同一声音说话;将缔约权(contracting authority)限制于指定的官员,为政府采购制度的高效管理和监督确立一个焦点,这不仅有利于保护公共资

^① 《简明政府合同法》第6—8页。

源,也有助于以公正、诚信和节支的合同管理方式服务于公共利益。此外,同政府缔约者也会注意到,除非某一合同行为得到指定缔约官的批准,否则该行为将对政府没有约束力;若得不到缔约官的批准或指导,同政府缔约者将自担风险。与民事合同中的“意定”代理(apparent authority)权人可以约束被代理人规则不同,适用于政府的规则是,只有享有“实际权力”(actual authority)的代理人才能被视为对政府有约束力者,而只有缔约官才享有“实际代理权”

缔约官通过授权书得以任命,授权书也可以对其权力范围和限制做出明确规定。该授权书应对所有同政府缔约者公开,供其所知,使缔约者能明确代表政府的负责人及其在合同谈判和合同管理决定中对政府有约束力的权限范围。然而,尽管缔约官十分重要,但他并不必定管理项目的方方面面,一定情况下,缔约官可将有限的执行合同事务权委托给下级官员,或批准下级官员的行为或指令。

三、美国政府合同制度的原则

美国的公法合同制度不同于私法合同,是因为它是在独特的原则之下运作的。政府合同最重要的原则是维护合同程序的公正性,甚至以不惜放弃极大的便利为代价:例如,签订政府合同没有遵守法定程序常成为使整个合同无效的理由,尽管通过全新的邀请投标和订立一个全新的合同需要巨大的花费。

另一重要原则是公开竞争原则。目前经中国的《招标投标法》和中国财政部的《政府采购管理暂行条例》的规定,该原则也已成为中国行政合同制度的核心组成部分。基于这一竞争原则,现在美国绝大多数政府采购是通过公开投标或竞争性谈判得以实现的,而且,如果缔约官使用规定的不完全竞争或者进行单一来源采购程序,就必须向监督机关提供详尽的文件和理由,而执行不完全竞争程序可能要求得到监督机关的正式批准。此外,被排除在采购之外的潜在缔约人通过法定程序可对政府选择使用的缔约程序提出异议。这些程序极大地限制了政府官员滥用其裁量权违反竞争原则的可能性。

损害竞争的任何行为都有内在的可疑性,可构成政府合同的授予无效或从政府获得赔偿金。在规划一个项目时,要求政府必须从事广泛的市场分析,以确定满足政府采购需要的潜在来源,相反,项目及其细节必须只包括满足政府采购需要所必要的最少要求,排除不必要排除某些潜在缔约人的过分要求。同样,所起草的项目细节条款含糊不清,导致缔约人要约条款的歧义,因而使竞争受挫,也将构成使政府合同授予的无效。此外,在授予合同之后,限制政府对合同进行变更的类型,以避免违反竞争的要求;不通过公开投标或竞争性谈判招致政府不能对现存的合同增加实质性工作。^①

另一原则是政府负有诚信、公正地考虑所有正当呈交的投标的义务,因而如果某一投标人能够证明政府忽视了其投标的质量而有利于另一投标人,他可要求使政府合同授予的无效,或者至少可以要求政府赔偿其因准备投标而支出的花费。即使当初政府已充分地考虑了申诉人的投标,他仍不可能被授予合同,也是如此。

^① 近期美国法律的改革已对公开竞争法律做出了重新的界定,只要求政府满足“充分竞争”(adequate competition)标准,这一标准可定义为:政府使用合理努力告知潜在采购缔约人,不存在政府阻止了预期投标人参加的证据。

四、订立政府合同的程序

订立政府合同时,政府并不主动向潜在缔约人提出要约,而主要处于受要约人地位,它或在竞争性招标采购中邀请投标,或在谈判采购中请求提出意向,通过这种方式,政府可以保留确定订立合同时机的权力,因为政府不得不肯定地接受有约束力的投标或建议。在此种模式下,政府有充裕的时间确定哪一投标或建议对公众将带来最大的益处,同样这也使政府有充足的时间确认执行此项目所需公共基金的可得到性。一旦接受了投标或建议,政府即与特定缔约人订立了合同,除非另一投标人成功提出异议或潜在缔约人成功地使这一缔约无效,政府与此缔约人将基于政府提出或批准的条款和细节签订合同。

传统上,封印投标(sealed bidding)是签订政府合同最通行的方式。依此方式,政府要准备一份项目记述(description),也要准备项目说明书(specification)和具体要求。如果项目涉及建筑或设计以及特殊设备的生产,合同文件也还可包括工程或建筑。尔后,政府应将所有这些材料置于一招标袋中,邀请潜在投标人审看招标袋并递交投标。投标应对公众公开,“以免公众利益和投标人受到任何形式的欺诈、偏好或不公正。这种公开对采购程序目标的实现是至关重要的,即它将不为任何形式的异常留任何余地。”^①

目前政府在采购货物和获取服务时,更常采用竞争性谈判方式。通过这种方式,政府可以要求潜在缔约人递交符合政府规定条件的“意向请求”(Requests for Proposals)得以传播,之后,政府便与每个递交意向的缔约人进行单独会谈,以图以最好的价格获得最能满足政府要求的要约,然后政府可选择最合适的意向,或者要求所有意向人提出他们最佳最后的要约并以类似公开投标的方式从中选出最终的要约。

竞争性谈判最适合于政府购买高科技系统和设备,这类项目既要求说明不同选择的不同费用和缔约人的技术能力,也需要说明符合项目技术细节可依赖选择更个人化的分析。对小型项目,盖印投标仍在用。这两类程序都有正式规则加以规范,规定了政府请求的形式和内容,对请求作反应的时间和方式及将如何做出评估。

评估投标人和申请人的标准可分为两大类,即“责任性”(responsibility)和“反应”(responsiveness)认定。“责任性”指同政府缔约者履行此项目要求的能力;“反应”指缔约者的投标或建议是否能充分满足和实现具体政府要求。

反应在评估投标时单纯检验缔约者的投标能否充分实现此项目的要求,即可得以确定。美国已经确立了一些具体的程序规则,以纠正缔约者投标的错误使其满足投标的反应,或者不允许修正投标认定该投标对政府招标文件“无反应”。

责任认定比较复杂。在一定情况下,政府虽持有对招标文件有反应的投标,但必须确定缔约者是否有履约能力。缔约者要承担肯定证明其有“责任”的证明责任。责任认定审查:(1)缔约者能够满意履行的能力,包括缔约者是否持有法定的政府执照和许可证;(2)缔约者运用该能力履约的意愿和承诺(commitment);(3)缔约者是否有充分诚信完全地履行合同。缔约官在评估这些因素时享有宽泛的裁量权,他所作决定通常只在欺诈、恶意、不适当和不合理时才由司法机关审查。当然,赋予缔约官如此广泛的裁量权也冒有他可能滥用权力的风险,因而为缔约官所审查的与缔约者履行相关的所有信息设有一定要求,被审查的信息必

^① Keyes, 第 108 页。

须及时和完整。缔约官也可以收集以下建议:缔约者履约情况,应通知申请缔约者“无反应”决定的合适时机以及给予缔约者反驳有关其履约能力否定信息的会议或听证的机会。缔约官没有审查和考虑缔约者“责任”的全部潜在信息和没有给予缔约者反驳否定信息的机会,皆可构成缔约者申请司法审查撤销认定其“无反应”的理由。^①

美国制度也允许受挫投标者提出“投标异议”,并申请对政府的缔约行为进行审查,从而确保采购程序的公正性。受挫投标者或者其他任何因政府机关邀请和订立合同受到“经济影响”的当事人都可向审计署的审计长提出投标异议,指控政府未严格遵循投标程序和评估要求,或者政府违反了本文论及的原则。利害关系人在向总审计署提出投标异议之前,可以(但并不要求)先要求该政府机关解决此异议。

投标异议应当自异议人知道政府行为构成异议根据之日起10日内提出。通常,异议人既向总审计署的审计长也向有关政府机关同时提出异议。投标异议书应当包括:异议人姓名和地址,所鉴别的合同或邀请,异议理由说明和申请审计长做出的具体裁决。异议也应当尽可能详尽地提供支持其异议理由的信息和文件。

受理申请并通知行政机关后,行政机关应向总审计署提交一份针对异议事项有关的邀请和投标的行政报告。该报告应自由行政机关收到投标异议通知之日起25日内提出,报告包括与投标异议有关的文件、将被用来确定异议有效性的信息和证据的陈述。审计长可运用其广泛的审计权对异议人和政府的陈述进行审核。同时,一旦有异议提出,负责邀请的政府机关应通知其他有利害关系的项目投标人,使他们参加到由审计长所进行的审查程序。

一般而言,一旦发现投标程序中有不正当行为时就应提出投标异议,在合同订立之前提出最佳。如果异议先于合同订立提出,那么合同将推迟到投标异议解决后订立,通常异议在其提出后90日内解决。订立合同的推迟可确保纳税人的钱不因订立无效合同而被花掉。如果如此,则要求政府努力与获胜的投标达成推迟实施此合同的协议,尤其在合同订立有可能被认定无效的情况下更是如此。然而,如果有继续履行的紧急情况存在或推迟可能对政府利益带来不利,那么可暂时中止投标争议的解决,合同继续履行。

审计长是美国国会的工作机构,被视为是解决投标异议的最佳场所,因为审计长独立于实施政府采购的大多数行政机关。虽然理论上审计长的建议对行政机关并不具有法律的约束力,但行政机关会遵循其所作的裁决,因为审计长将向负责采购预算的国会报告所有不遵守其建议者;而且实施不正当采购行为的官员将会受到行政制裁。

^① 在发展政府采购制度时,政府也必须在规定期间内将缔约人排除在同政府缔约范围之外(称之为 debarment),或暂时中止缔约人签订和履行政府合同这类事项,确立严格的指导和审查程序。美国政府保存有被排除和被中止的缔约人名单,以保证政府机关停止对其订立合同,这些缔约人通常是因在政府合同中不道德的作法或在公共项目中极端恶劣的表现而被列入名单的。然而,政府采购制度必须保护被不正当或不合理地列入名单的缔约人利益,这可以通过在确定名单之前提供给缔约人听证机会,以及赋予其对缔约官将其列入名单的决定申请行政救济和司法审查的权利,限制官员的裁量权得以实现。

法院也可审理投标异议,^① 美国联邦索赔法院对投标异议的裁决对政府具有直接执行力。

五、合同纠纷及使合同纠纷最少的程序

政府合同纠纷并不限于采购的投标阶段,相反,它更经常发生在缔结合同过程中(contracting process)的政府与缔约人之间。正如前述,美国已建立起了一套专门的纠纷解决机制,用于解决政府合同纠纷。不过,因为政府合同在美国存在已有时日,美国已制定有法规规范政府合同的管理方式,要求合同中引入旨在将这种纠纷最小化的强制性条款(mandatory clauses)。下面选取其中一些方法进行介绍。

政府合同中经常发生争议的领域之一,即对合同中工作范围的变更。合同当事人在订立合同时可能遇到未设想到的情况,或发现了实现合同目标的更快捷方法,或为更好服务于政府项目而希望增加或减少工作范围,这就需要对合同进行正式变更。美国合同制度已确立了处理变更的具体程序。变更政府合同程序的目的在于保护公共利益和缔约人权益。

变更政府合同必须采用正式的书面合同变更书(Contract Modifications)形式。合同中经常会包含规范更改合同程序的标准“变更”条款,政府如果希望约束缔约人遵守这些变更,它就需要遵循这些程序;同样,缔约人如果希望因遵守这些变更而有权获取赔偿的权利得以保障,也必须遵循这些程序。不过,合同变更也可能减少了合同范围,缔约人的赔偿也会因此而减少,有时增加或减少的金额会是缔约人与政府冗长谈判的主题。

通常政府会主动或应缔约人建议,发出“变更指令”(Change Directive),要求缔约人对其履约做出变动,缔约人必须在指令发出 30 日内,递交一份因变更所需要增加赔偿和延长履行期限的建议,这一变更称为合同的“平等变更”(equitable adjustment)。

缔约人必须递交支持其所建议的变更合同价格和履行期限的信息和文件,尔后政府与缔约人就变更条款进行谈判,如就变更范围和条款达成一致,即签署一项变更合同的附加协议,这一协议被纳入到称为合同变更(Contract Modification)的特定形式之中,成为政府合同的正式组成部分。一个政府合同可能有多个合同变更,各按顺序排列,成为合同文本的一部分。一旦双方就变更达成一致,最后的变更视为双方变更,双方变更对缔约人有约束力,缔约人不能以此特定的合同变更再要求另附加赔偿或更大延长履行期限。

但是,政府和缔约人常常不能就合同变更所产生的恰当期间延展或附加赔偿达成一致。在此情况下,政府可以发出对合同的单方变更,要求缔约人依单方变更条款履约,政府自己可以决定给予缔约人合适的期间延长和赔偿数额,单方合同变更也因此成为合同的组成部分,它也成为缔约官的正式决定,需接受纠纷解决程序规定的审查和诉讼。^② 尽管缔约人可

^① 除非美国国会在 2001 年 12 月 31 日之前通过关于招标异议管辖权的新法律,否则从 2000 年 1 月 1 日开始所有联邦招标异议的案件将由美国联邦索赔请求法院来管辖。不过行政复议权还是在于总审计署的审计长。

^② 应当注意到,缔约人经常会发现自己处于被指令履行额外工作而不能运用法定变更合同程序保护自己的两难境地,在此情况下,有时法院会认定存在对合同的“推定变更”(constructive change),允许缔约人请求附加赔偿和利润,以保护缔约人的利益;而且,依据支付合理价格的(quantum merit)平等合同理论,法院也要求政府因缔约人从事额外工作使政府得益,而付给缔约人合理的报酬(而非利润)。

以对单方变更提出异议,但在争议解决期间他必须按照单方变更条款履行合同。缔约人继续履行变更内容的义务的唯一例外是,如果此变更太过重大、逾越原合同条款,以致已构成一种全新的、不同的合同义务,这一变更被视为对合同的“重大变更”(cardinal change)如果政府对合同做出重大变更,缔约人可拒绝履行这一附加工作,因为重大变更构成政府违约。不过,由于缔约人担心审查机关或法院可能认定此变更仍属原合同范围内,换言之,此变更并非完全变更,缔约人将因没有履约构成违约。因而,正常情况下缔约人将会继续履行这一单方变更。此外,大多缔约人若认为他有能力履行合同变更,也乐于履行变更,他也因此可以要求增加赔偿和利润。^①

常引发争议的另一领域是发生违约方面。如果缔约人迟延履行、不当履行或违约,政府将以不履约终止合同,缔约人须向政府支付赔偿金。但由于政府原因导致缔约人迟延履行或使缔约人履行的费用增加,将视为政府违约,缔约人有权请求赔偿和寻求其他救济。

如果认定缔约人不当履行、履行过分迟延或者违约,政府可以做出因不履行终止合同(Termination of the Contract for Default)的决定,其后政府可自行完成项目或者缔结另一合同完成项目建设,政府可要求未履约的缔约人支付合同所需附加费用。事实上,多数政府建设合同都要求缔约人提出履行的第三方保证担保(通常由保险公司提供),在因不履行终止合同后可要求担保人履行。如同政府合同中的其他措施一样,对不履行终止合同实施严格的程序要求;并且,如果政府不及时实施这些程序且允许缔约人降低标准(substandard)履行,可视为政府放弃终止合同的权利。

在可能因不履行终止合同时,政府有义务通知缔约人,给予缔约人解释的机会,如果合适,还应给缔约人改过的机会。这些程序都是强制性的,除非缔约人放弃工程或表明其没有意向如约履行义务。在打算因不履行终止合同通知中,政府应要求缔约人说明理由(show cause),换言之,要求缔约人提出合同不应因不履行而终止的充足理由;通知书也应载明若缔约人不对其瑕疵履行进行解释,将构成“无有效解释”。因而(法律)赋予了缔约人解释其能够提高履行能力避免终止合同的权利。解释和改善履行的期间一般在10日以上。即使在因不履行终止合同后,如果政府认为采取一定的行为将有助于保护政府利益,缓解合同损失,仍可以指示缔约人采取行为,如移交已交付物品的所有权。

尽管缔约人的履行不能达到合同要求,政府经常继续允许其履约。如此,法院就可认定政府已放弃了判定缔约人不履行的权利,一旦如此判定,在政府能够再次给予缔约人不履行终止合同通知进行上述程序之前,政府必须确定一个合理的新的完成合同的日期。

除因不履行终止合同外,政府还享有随时终止合同的特殊权利,即政府认为终止合同是“为政府利益”时有权随时终止合同。此类终止称之为“便利政府终止”(Termination for the Convenience of the Government)。法律并没有对政府为证明终止是为政府利益具体规定特殊要求,只要求政府作此决定时表现出诚意(good faith),但对此政府享有广泛的裁量权,甚至到了如此地步:即如果能够在其他地方获得价格更便宜的物品和服务,就允许政府终止合同;

^① 然而请注意,对合同的重大变更,有可能被视为因没有通过竞争性投标或协商即给予新的合同工作而违反了政府合同中的竞争要求。

甚至政府也违约,它也可因便利政府而终止合同。^①除政府之外其他任何合同当事人都不享有此项特殊权利。

政府可只简单通知缔约人它打算便利终止合同,缔约人一收到此通知就应停止工作,终止一切分合同,清偿债务,将债务提交政府要求赔偿。缔约人得以保护是因为,缔约人有权要求政府赔偿其履行合同已支付的费用、已完成工作的报酬(profit due)以及解决分合同请求的费用。^②然而,缔约人无权主张在私法合同中另一方合同当事人可以要求的预期利润或间接损失赔偿。^③

如同政府合同的其他变更一样,政府应给予缔约人递交费用和利润计算结果的合理期间。尔后,缔约人和政府可就缔约人提出的费用数额达成协议,并将此协议纳入对合同的双边变更之中;如果双方达不成协议,政府将做出有关便利终止合同的单方变更决定,缔约人则可以提出诉讼,要求政府支付其认为依据合同和相关法规他有权得到的附加费用。

美国政府合同争议的解决,同合同订立和合同管理一样,也必须遵循法律、法规和合同条款规定的具体程序。政府合同权利请求很大程度由《合同争议法》(Contract Disputes Act)调整,但有时在认为该法不具有适用力时,对政府合同权利请求的替代管辖依据是历史更久的《塔克法》(Tucker Act)。《合同争议法》以及有关的实施规定和多数政府采购合同中所包含的“争议”条款,要求缔约人首先向缔约官提出“请求”。

“请求”可定义为“缔约当事人之一根据其权利要求获得一定数额的金钱,或对合同条款进行变更或者解释,或得到来自或者与合同有关的其他救济的书面请求或书面主张”。^④所有请求必须包含说明该请求理由的必要情况和书面证据,包括根据合同条款约定获得赔偿的法律根据,以便缔约官对该请求进行评价。缔约人所提出的书面请求还必须包括要求政府支付给金钱的具体数额,并提供支持这一数额的书面证据。对于超过100,000美元的请求必须用书面形式对其真实性提出证明,该证明应由缔约人的高级官员签署,证明的具体用语由法规做出规定。这一要求旨在防止缔约人提出虚假请求。最后,请求必须要求缔约官对请求做出最终决定。

证明和向缔约官提出请求要求其做出最终决定的程序属强制性要求,缔约人不遵循这些程序,将丧失进一步请求行政复议(administrative review)或司法审查的权利。要求将请求首先向缔约官提出基于两个重要方面的考虑:(1)政府合同的有序管理,使得请求能以法定

^① 尽管在此情况下缔约人仍保留有向政府提出与便利终止合同无关的损失赔偿请求权。

^② 应注意的是,终止合同可能给租界合同(concession contract)带来特别的困难,比如,政府允许私方当事人开发国有土地,但考虑到在此类合同中利润只有到财产完全开发之后,即只有到合同完全履行后,才能获得;假如政府中期终止出让合同,就出现棘手的(给缔约人)费用和利润补偿问题。

^③ 有时,若缔约人对不履行终止合同提出异议时,政府和缔约人可将不履行终止合同转化为政府便利终止合同,双方并依照可适用的法规所规定的费用和利润计算方法达成妥协,从而化解争议,反过来,缔约人可从政府合同档案中划去其不履行合同终止记录。

^④ FAR, Section 33.201.

方式提出,以便在管理合同的行政机关档案中创立完整的请求记录;(2)努力将请求在行政机关层面通过行政机关和缔约人的协商得以解决的考虑。为能最优于美国政府利益,缔约官在解决请求时享有一定的裁量权。

如果缔约人请求得不到解决,缔约官必须做出承认或拒绝其请求的最后决定。请求低于100,000美元的,缔约官应自请求提出后60日内作出决定;请求超过100,000美元的,缔约官或在60日内做出决定或通知缔约人将做出最后决定的期间,缔约官应考虑请求的复杂程度和缔约人提供的支持其请求的充分性基础上,在合理期间内作出决定,不能毫无限制地推迟作出决定的时间,在法定期间内不作出最后决定视为对缔约人请求的自动拒绝。

如果缔约官全部或部分地拒绝了经正当证明的缔约人的请求,对此决定缔约人有权在90日内向相应的合同上诉委员会(Board of Contract Appeals)提出申诉,或在一年内向美国联邦索赔法院提出诉讼,合同上诉委员会和美国联邦索赔法院在解决政府合同请求方面有丰富经验,而且它们的决定都结集出版。因而,在美国已建立起来了相当充分的解释适用于政府合同的法律和法规的判例法,因为美国为普通法国家,这些判例为将来的案件创立了先例。合同上诉委员会和美国联邦索赔法院对所有案件实行重新审理(*de novo*),这意味着缔约官所做出决定的事实认定在行政复议或法院诉讼中不具有约束力。虽然合同上诉委员会和索赔法院的审查程序大多相似,但相比之下法院的审理程序比合同上诉委员会的审查显得更为正式,在合同上诉委员会审查中相关的政府律师可代表行政机关出庭,而在美国联邦索赔法院则平常由国家诉讼人司法部律师代表政府出庭应诉。对合同上诉委员会和索赔法院的裁决不服可继续上诉至美国联邦巡回法院(U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit),上诉必须在合同上诉委员会和索赔法院作出裁决之日起60日内提出。美国联邦巡回法院通常只审查法律问题。例如合同上诉委员会的事实认定被视为是最终的、决定性的,不能被推翻,除非决定是欺骗性的、反复无常、任意或有严重错误以至一定存在失信,或决定没有实质性证据的支持。^①

六、与中国的比较及结论

如前所述,政府合同制度无论是合同的订立、管理或合同争议的解决,都更是一种行政程序,因而此项制度与私法合同相关的程序有重大区别;政府合同的基本原则也与适用于民事合同的原则不同。在政府合同中,保护纳税人的税款和确保政府合同程序公正的原则,要求政府合同必须按非常严格的行政程序实施;这些程序必须公开,并且需受行政监督,还要接受利害关系人利用行政复议和诉讼所提出的质疑,这些严格要求也有助于保障在同强大的政府订立合同时处于弱者地位的缔约人的权益。

本文特在中国最近开始重视政府采购制度的改革和统一时而作。1999年6月,中国财政部发布了《政府采购管理暂行办法》和《政府采购监督暂行办法》,而1999年8月30日全国人大常委会通过了《招标投标法》,这都说明中国正努力在全国范围内将新的程序引入于政

^① 《合同争议法》(Contract Disputes Act), 41 U. S. C. Section 609 (b).

府采购之中。这些中央立法和法规与众多的相关地方性法规相辅相成。^①

无论美国还是中国,政府采购政策的订立都实行中央集权,但与中国不同的是在美国采购制度的执行相当分散,美国众多政府机关都可以直接实施自己的活动;而中国则倾向于建立一个采购中心代表大多并不在同一级别的行政机关处理采购事宜。而且中国立法特别规定运用称之为招标代理的非政府实体处理政府项目的公正投标,尽管在美国特定的政府机关有时会依赖建筑师和工程师或其他缔约人去行使采购管理职能,但美国的政府合同制度中没有相对应的机构,同样每一个行政机关大多都是自己实施自己的采购活动。

在中国,关于政府采购合同属民事合同还是行政合同的学术讨论将会继续进行下去,似乎新近公布的采购法规已开始解决了这一问题。《政府采购管理暂行办法》第48条说明,依据国家的政府采购法规做出的政府决定受《行政复议法》和《行政诉讼法》的调整;相对应,《政府采购合同监督暂行办法》虽然没有明确规定解决争议的机构,但授权监督机关可以对违反合同履行要求的缔约人予以行政处理(见第32条),课处这类处罚同样也要受《行政复议法》和《行政诉讼法》条款的调整。美国的经验表明,在政府合同中区分以行政主体名义进行活动的政府与以合同主体名义进行活动的政府,常常是困难的(有人甚至可能认为美国制度不承认以非行政主体名义行为的政府)。中国通过将采购制度与行政法律制度联系在一起,可以减少重复努力及将政府的民事行为与政府的行政行为区分开所产生的法律不确定性。美国必须通过视政府合同为独特的行政法必要分支,认定它不仅包含有合同法原则也包含有行政法原则,才能避免这种混乱。

研究中国目前正着手解决的在美国政府合同制度中已存在的问题,是很有趣的。例如,就在中国新的与采购相关的法律之下的“责任性”确定而言,确定政府合同缔约人“责任性”的标准正得以确立。《政府采购暂行管理办法》第17条规定政府合同缔约人必须:(1)有中国法人资格或有能力承担民事责任;(2)遵守国家法律、行政法规,并有良好信誉;(3)有能力履行合同和履行合同的良好纪录;(4)拥有充足资金和良好资信。同样,《招标投标法》第18条也对政府实施潜在缔约人“责任性”认定做出了规定,并要求缔约人提供相关信息供政府做出此种认定。这些相同的条款说明,政府不能使用不合理的要求阻止或排挤潜在投标人或者歧视潜在投标人。

因而,中国的制度现在已认识到为政府官员行使责任认定建立严格标准的必要性,不为责任认定设置严格标准,将给政府官员留下不合理排除缔约人太多的裁量权,这反过来将会破坏中国新的采购方面法律正在确立的公开竞争、费用——效益、公平公正原则。

总之,中国面临的挑战是将政府合同程序与广泛的行政结构及广泛的法律制度联系起来。监督机关必须发展成为既负责防止政府官员和缔约人腐败,也负责预算资金的合理管理,以保障政府采购程序公正性的机构。当然,直接负责执行中国政府合同制度的低级公务员的职责范围,以及有权确定合同变更和争议解决的公务员的责任范围,(下转第77页)

^① 例如,1998年12月14日通过的《上海市政府采购管理办法》;1999年6月1日通过的《北京市政府采购办法》;1999年4月16日通过的《甘肃省省级政府采购管理暂行办法》;1999年4月13日通过的《云南省政府采购实施条例》;1998年10月27日通过的《深圳经济特区政府采购规定》。