

政府采购之 国际规制

THE INTERNATIONAL RULE
OF THE PUBLIC PROCUREMENT

肖北庚/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

政府采购之 国际规制

THE INTERNATIONAL RULE
OF THE PUBLIC PROCUREMENT

肖北庚/著

D996

65

2005

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

政府采购之国际规制/肖北庚著. —北京:法律出版社,
2005.3

ISBN 7-5036-5424-4

I. 政… II. 肖… III. 政府采购—国际经济学
IV. D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 017167 号

法律出版社·中国

责任编辑/曾健 李燕芬	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/10 字数/242 千
版本/2005 年 4 月第 1 版	印次/2005 年 4 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939690	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
中法图西安分公司/029-85388843	
书号:ISBN 7-5036-5424-4/D·5141 定价:16.00 元	

内 容 摘 要

政府采购国际规制是经济全球化背景下的贸易自由化要求及快速发展的跨国网络空间促成的客观趋势,过往理论界的回应则是对这一趋势下形成的政府采购国际规则作介绍性分析,并未将其纳入理论视角进入深层透视。为此,将理论研究推向纵深既能填补理论研究空白,又有极强的实践价值。

政府采购国际规制的深层理论探析,必然建立在对规制的成因和流变探讨基础上,本书首先从概念入手,对国际法视角的政府采购进行了多层面、多视角探析,并以这种探析为理论原点,对政府采购国际规制的成因和流变作了深入分析,认为从国内财经政策到国际贸易政策是促成国际规制的主要动因,同时国际贸易自由化发展程度与政府采购国际规制成正相关关系,在政府采购国际规制时,还必须考虑国家主权、国家利益与国际共同利益的协调等因素。

成因和流变的分析有助于掌握政府采购国际规制的一般规律及其发展趋势,而规制内容及其逻辑关联性的探讨既有助于丰富国际经济法理论,又有助于为国内立法提供理论参考。本书在分析成因和流变后,着重分析了政府采购国际规制内容,内容的分析是以GPA协定、《联合国国际贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》、《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南》、《欧

盟采购指令》等为范本。

任何法律规制都是在一定价值观指导下并确定一定原则后展开的,内容分析的逻辑起点是政府采购国际规制的价值目标和基本原则,通过分析认为国际规制的价值目标共性在于贸易自由追求和法律协调,基本原则主要包括公开公正原则、透明度原则和竞争原则等,分析了价值目标和基本原则后,探讨适用范围就成了政府采购国际规制的又一重要问题,本书结合经济主权原则,对政府采购国际规范的适用主体范围、适用客体范围和适用例外进行了全面的理论分析,认为适用主体范围在规制方式上主要有成员方承诺和规范界定;适用客体范围经过一个历史发展过程并逐步趋向一致;适用例外则是协调政府采购市场发育程度不同成员国的采购利益之一般规律。适用范围所解决的是效力领域,而效力则是规则的效力。接着对政府采购国际规制的核心内容采购方式和程序进行了语义和理论分析,认为公开招标、选择性招标和限制性招标是政府采购国际规制的主要采购方式,公开招标是无条件的,选择招标和限制性招标是有条件的,其具体条件则因规制的范围对贸易壁垒限制的程度不同而有所区别;采购程序通常包括招标、投标、评标和确定中标成交商,《欧盟采购指令》对此规范得最为详尽,同时,还对招标前的采购计划预先通告作了独特规范。经过一定采购程序后,政府采购主体必然按照一定标准授予政府采购合同。合同授予是政府采购中的关键环节,接着本书对国际规制中的合同授予程序、标准及合同形式与条款进行了分析,这种分析是建立在对政府采购合同性质的理论探析基础上,并认为合同授予程序通常包括投标审查、审查结果的通知及合同订立等。《欧盟采购指令》对合同授予标准规定得最为详尽,而合同授予形式和条款则需要结合成员国国内法予以判明。本书最后对救济制度进行了全面分析与探讨,这种探讨是以救济制度的价值取向和模式选择为理论原点,理论分析后,着重分析了 GPA 协定的救济制度,认为

质疑程序是 GPA 协定救济制度的核心内容,侧重第三人权利保障,是 GPA 协定救济制度特性之所在。然后,本书对《欧盟采购指令》等其他政府采购国际规范的救济制度的特性也进行了剖析。

关键词 : 政府采购 自由贸易 国际规制 合同授予

引 言

政府采购是目前世界各国规范公共资金使用的一种重要方式,其作为高层面的国际贸易方式在我们寄身于其中的全球的市场中,正逐步升起并在很多地区呈蔓延之势,^[1]经济全球化背景下的贸易自由化要求及快速发展的跨国网络空间是促成这一变化的客观力量。现在,每年在国际贸易中以政府采购方式所使用的公共资金已超过国际贸易总额的10%,达数千亿美元。^[2]这部分资金的走向和使用方式已给国际贸易带来重要影响,或成了自由贸易的新障碍。国际社会对这种新障碍已给予高度关注,各不同的国际组织都分别从自身的国际法地位出发,制定了相应的政府采购规则,实现了政府采购的国际规制。其目的在于为各国政府采购规范制定提供法律资源或直接对各国政府采购法制提出现实要求,进而在促进政府采购市场开放中推动国际贸易自由有序发展。在这一过程中制定的规则主要包括:联合国国际贸易法委员会制定的《货物、工程和服务采购示范法》、WTO 法律框架下的《GPA 协定》、《欧盟采购指令》以及世

[1] Alan Branch: International Purchasing and Management Copyright by Thomson Learning EMEA, 2001, p. 1.

[2] 鲍先广主编:《中华人民共和国政府采购法实施手册》,中国财政经济出版社 2002 年版,第 1138 页。

界银行制定的《国际复兴开发银行贷款和国际复兴开发协会贷款采购指南》等。当然,我们从不同视角理解“国际”一词的含义,这些规则还包括一些区域性的采购指南。在以往的国际贸易中,这些政府采购国际规则事实上对国际政府采购市场起了一定的规范和引导作用。但实践上的这些作用与我国理论界对它的探讨极不对称,我国过去对政府采购的国际规则研究主要停留在介绍层面上,很少将这些规则纳入到自由贸易化进程、公共管理方式的变迁以及政府采购的各种特有功能中进行全面分析,更少从上述三个方面结合政府采购主要国际规则进行比较分析。由此,如果将上述规则从理论层面结合公共管理理论、自由贸易理论和全球化理论进行全面分析,既有助于把握政府采购国际规制的范围和对象,进而寻找出政府采购立法的规律,又有助于为实践部门从理论高度理解政府采购国际规制的地位、现实价值、具体操作以及政府采购自身的操作规程等;同时,还能有助于全面把握规制内容的逻辑关联性等。可见,深化政府采购国际规制的理论研究是理论对实践的必要回应,既具有填补理论空白之理论意义,又有很强的实践价值。

从国际社会规制政府采购的努力来看,其所规制的政府采购规则应包括所有全球性及区域性国际组织所制定的一切规范文本。出于理论研究的需要,本课题仅以上述提及的四个具体文本为研究范本,这种选择是受下述理由支撑的。首先,政府采购国际规制的主体较多,具体文本也不少。要全部研究,既因范围太大有收集资料之困难;又可能使理论研究失之笼统。更为重要的是上述四个具体文本具有典型意义和代表性,对其进行透视既可以对政府采购国际规制的演进规律和发展趋势有准确了解;又能够对政府采购国际规制的内容有系统掌握。其次,作为中国学者研究国际法制,在文本选择上,选择对中国相应实践具有现实意义和理论价值的国际规制进行研究是首要标准。我们知道,GPA 协定是 WTO 框架下的诸边协定,尽管我国当前还未加入该协定,但作为世贸组织成员的中国,随着贸

易实践的发展加入该协定只是时间的问题,未雨绸缪式的研究是不可避免的。而 GPA 协定在很大程度上打下了《欧盟采购指令》的烙印,不分析《欧盟采购指令》就难以准确理解 GPA 协定。至于联合国国际贸易法委员会制定的《货物、工程和服务采购示范法》(以下简称《示范法》)尽管从本质上看不完全具备法律性质,其是否属于完整意义上的国际经济法渊源,理论界也尚未达成共识。但《示范法》的示范功能是确实存在的,世界不少国家通过国家实践和法律确信在国内立法中对《示范法》的有关规定进行了转化。我国也不例外,1998 年上海市制定的《上海市政府采购办法》第 14 条就吸收了《示范法》的资格预审条款;2002 年制定的《政府采购法》无论大致框架还是规范均与《示范法》类似。同时依据王铁崖先生“国际习惯法可以从国际组织的决定以及判决中找到”^[3]之观点,《示范法》显然具有习惯国际经济法的性质。^[4] 上述分析可见,《示范法》从某种意义上说其国际经济法性质不可否定,其对我国立法的影响也是显而易见的。就《国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷采购指南》(以下简称《采购指南》)而言,它虽然主要规范利用其贷款进行采购的行为,不具有完备意义上的政府采购国际规范的性质,但其对如何规范公共资金的有效使用具有极强的启示意义。加之我国利用世界银行进行采购的实践已经发端并呈扩大之势,将其纳入研究视野显然有助于理论研究的系统化。

[3] 王铁崖:《国际法》,法律出版社 1995 年版,第 146 页。

[4] 曾华群在其 1997 年法律出版社出版的《国际经济法导论》一书中提出了习惯经济法的概念。他指出习惯国际经济法是指调整国际法主体之间的国际经济关系的国际惯例。

目 录

引言	(1)
第一章 从国内财经政策到国际贸易政策： 政府采购国际规制之成因与流变	(1)
第一节 国际法视野中的政府采购	(1)
一、定义方法	(2)
二、概念要素	(4)
三、科学内涵	(6)
第二节 政府采购的国内法规制	(9)
一、财经政策工具：政府采购国内法规制的最初动因	(9)
二、新公共管理理论：政府采购国内法规制的理论动因	(16)
第三节 政府采购国际规制之考量与流变	(23)
一、政府采购国际规制的主要考量	(23)
二、政府采购国际规制的历史演进	(30)
第二章 价值目标和基本原则：政府采购国际规制的 逻辑前提	(36)
第一节 价值目标和基本原则在政府采购国际规制 中的地位	(36)

一、价值目标:政府采购国际规制的核心精神	(37)
二、基本原则:政府采购国际规制的规范基础	(38)
第二节 价值目标的择定	(40)
一、GPA 协定价值目标:促进贸易自由化	(41)
二、联合国国际贸易法委员会的国际法地位 与《示范法》的价值目标	(43)
三、欧洲统一市场中的《欧盟采购指令》之价值目标	(46)
四、世行根本宗旨决定下的《世行指南》价值目标	(48)
第三节 原则的确定	(51)
一、GPA 协定所择定的原则	(52)
二、《示范法》原则的核心内容及法理分析	(57)
三、《欧盟采购指令》所确定的核心原则	(60)
四、《世行指南》的根本原则设计	(61)
第三章 适用范围:政府采购国际规制的效力领域	(64)
第一节 经济主权原则与适用范围的确定	(64)
第二节 适用主体范围	(67)
一、具体适用范围附于承诺表——GPA 协定对 适用主体范围的妥协	(67)
二、规范概括:《示范法》适用主体范围的特色	(71)
三、分而述之:《欧盟采购指令》对适用主体范 围的规定	(76)
四、适用主体范围取决于采购关系:《世行指南》 之特色	(80)
第三节 适用客体范围	(80)
一、GPA 协定适用客体的历史发展	(81)
二、《示范法》与 GPA 协定适用客体范围比较及特色	(82)
三、《欧盟采购指令》适用客体范围及效力	(84)

四、《世行指南》适用的客体范围	(85)
第四节 适用例外的具体条件及比较	(86)
一、适用例外是政府采购国际规制的一般规律	(86)
二、GPA 协定与《示范法》适用例外比较	(89)
三、《欧盟采购指令》适用例外范围之规定	(90)
第四章 采购方式和程序:政府采购国际规制的核心	
内容	(92)
第一节 采购方式和程序的理论构建	(92)
一、构建采购方式和程序的理论基础	(92)
二、采购规范是基本原则的具体化	(95)
第二节 GPA 协定所规制的采购方式与程序	(96)
一、公开招标及其程序	(97)
二、选择性招标及其适用条件	(102)
三、限制性招标及其适用条件	(103)
第三节 《示范法》所确认的采购方式与程序	(105)
一、货物、工程的采购方式、适用条件以及采购程序	(105)
二、服务采购的主要方式及其采购程序	(116)
第四节 《欧盟采购指令》所规制的采购方式和程序	(118)
一、《欧盟采购指令》所确认的采购方式	(118)
二、《欧盟采购指令》所确认的采购程序	(120)
第五节 《世行指南》所规制的采购方式和程序	(122)
一、《世行指南》所规定的采购方式	(122)
二、《世行指南》对采购程序的规定	(126)
第五章 合同授予:政府采购国际规制的关键环节	(136)
第一节 政府采购合同性质的理论定位	(136)
一、合同的类型化及其识别标准	(137)

二、政府采购合同的应有定位	(140)
第二节 合同授予程序的国际法规制	(143)
一、《示范法》对合同授予程序之建议	(144)
二、GPA 协定对合同授予程序的规制	(149)
三、《欧盟采购指令》合同授予程序及标准	(150)
四、《世行指南》合同授予标准及程序之规定	(153)
第三节 合同形式及条款	(156)
一、合同形式要求的一般分析	(156)
二、《欧盟采购指令》对合同形式和合同条款要求 之规定	(157)
三、《世行指南》所确认的合同形式及条款	(158)
第四节 合同履行保障	(159)
一、GPA 协定所规范合同履行保障条款	(160)
二、《示范法》所确认的保障合同履行之主要措施	(161)
三、《欧盟采购指令》对合同履行保障之规定	(164)
四、《世行指南》所规范合同履行保障措施	(165)
第六章 救济制度:政府采购国际规制的逻辑延伸	(167)
第一节 救济制度构建的价值取向和模式选择	(167)
一、价值取向	(167)
二、模式选择	(172)
第二节 GPA 协定所确认的救济制度	(175)
一、质疑程序——GPA 协定救济制度的核心内容	(175)
二、侧重第三人权益救济——GPA 协定救济制度的 品格	(186)
第三节 多层次性——《示范法》救济制度特色	(190)
一、赋予供应商要求审查的权利	(190)
二、采购实体的审查及程序	(192)

三、行政审查及程序	(193)
四、司法审查及程序	(194)
第四节 专门救济指令——《欧盟采购指令》对救济	
制度之规制	(194)
一、审议程序	(194)
二、欧共体委员会纠编机制	(197)
三、证人监督程序和调解程序	(198)
第五节 侧重招标商的权利救济——《世行指南》	
救济制度之特色	(199)
一、招标商权利救济措施	(200)
二、投标商权利救济途径	(201)
第七章 运作机制:政府采购国际规制与内国规制的	
对接	(203)
第一节 政府采购国际规范运行机制的法理分析	(203)
一、运行机制的动态过程	(204)
二、运行机制效力影响因子	(206)
第二节 GPA 协定与成员国国内法的对接	(207)
一、缔约国承诺——GPA 协定运行机制的基础	(207)
二、GPA 协定有效运作的成员国国内法制基础	(211)
三、GPA 协定救济制度有效运作的 WTO 规则保障	(216)
第三节 示范本质的《示范法》运作机制	(223)
一、《示范法》的国际经济法性质	(223)
二、法律确信与国家实践——《示范法》示范功能	
发挥的主要途径	(226)
第四节 《世行指南》所确定的运作机制	(228)
一、保障机制:《世行指南》发挥作用的关键	(228)
二、监督机制:《世行指南》效力实现的重要保障	(230)

三、争端解决机制:《世行指南》发挥实效的关键	(231)
第五节 《欧盟采购指令》与成员国国内法的对接	(232)
一、欧盟成员国国内法之转化:《欧盟采购指令》运行 机制的核心	(232)
二、欧共体委员会和欧洲法院的监督:《欧盟采购指令》 运作机制的关键	(234)
第八章 我国对政府采购国际规制之因应	(236)
第一节 借鉴政府采购国际规制原则:完善我国政府采购 法基本原则	(237)
一、我国政府采购法所确认的基本原则及反思	(237)
二、我国政府采购法原则之完善	(240)
第二节 借鉴国际组织政府采购适用范围规范,完善我国 政府采购适用范围制度	(246)
一、我国政府采购法适用范围的宏观反思与完善	(246)
二、我国政府采购法适用范围的微观检讨及完善	(251)
第三节 理性构建采购方式和程序,建立科学的采购方式 和合理的采购程序规范	(258)
一、采购方式之缺陷及完善	(258)
二、采购程序之缺失及重构	(263)
第四节 完善质疑投诉规范,建立科学的政府采购行政诉 讼制度	(276)
一、政府采购质疑投诉制度之缺陷分析	(276)
二、完善质疑制度的具体构想	(284)
结语	(288)
主要参考书目	(289)
后记	(297)

第一章 从国内财经政策到国际贸易政策:政府采购国际规制之成因与流变

政府采购国际规制是国际贸易自由化发展的客观需要和经济全球化的必然要求。经济全球化要求对影响经济要素全球流动的资本、贸易、服务、信息、工程等各种参数和变量进行分析并规范其有序流动。这样,政府采购作为一种影响贸易流动、对贸易产生重要影响的经济行为必然为各国及国际社会所规范。然而这种规制是从国内走向国际的,且规制内容受各种不同参数的影响。由此,在理清概念基础上探讨国际规制的成因及流变,就成了理论研究的逻辑起点。

第一节 国际法视野中的政府采购

政府采购与所有的国际经济现象一样,它内生于国际社会组成要素的国家,并逐步拓展到国际,由于各国历史文化传统、法律意识、法制实践及对政府采购职能的认识等不同,各国政府采购内涵自然不一,这种差异既不利于国际采购市场的形成,也是国际组织制定政府采购规则的障碍因素,这样从国际法视角准确界定政府采购内涵,并在此基础上展开论述就显得尤为必要。

一、定义方法

政府采购概念的准确界定是理论研究深入展开的逻辑起点和立论基础,而概念的提升离不开定义方法的支撑。目前我国界定法律术语的方法主要有规范定义法、语义分析法和概念要素分析法等。从国际法视角来看,前两个定义方法难以科学完整地统摄与整合目前不同国家及不同国际规范对政府采购的多样性定义,只有要素分析法才能科学界定国际法制中的政府采购内涵。

“规范定义法”是指根据法律规范对政府采购的界定来定义政府采购概念,这种方法分析政府采购概念不仅使政府采购的内涵十分不确定,也显示出理论研究的浅层次,“当抽象的一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时,大家首先会想到的辅助思考形式是‘类型’”,^[1]就政府采购概念来说即用浅层次的规范“类型”定义。其缺陷是显而易见的。首先,不能统一政府采购的内涵。由于各国和各地区所处的自然历史条件、文化传统、法制实践以及迈入现代社会的政治、经济、文化之起始条件均不同,政府采购内涵在各国法律规制中具有明显差异,如果我们依据规范来定义,必然会使政府采购观点纷呈,难以统一其内涵。其实尽管各国及国际社会法律规范对政府采购有不同的界说,如果我们运用马克思主义从具体到抽象的辩证思维方法,完全可以从这色彩各异的界说中寻觅到许多共同的要素,然后从这些要素中概括出普适的概念。其次,难以发挥理论指导实践的作用。众所周知,理论的生命和价值在于服务和指导实践,法学理论尤其如此。法学理论研究的价值不仅在于解释规范,使规范在适用于现实过程中为人们提供具体指导,更重要的在于对规范进行比较、概括和抽象,发现规范同一行为的不同规范之共同要素和观念,以便为规范的发展和完善提供具体的指

[1] 参见王涌:《分析法学与民法方法论》,Http://www. law-thinker. com。