

国际组织政府采购 规则比较研究

肖北庚 著

国际组织政府采购 规则比较研究

陈北彪 著

国际法与比较法专题研究丛书

国际组织政府采购规则比较研究

肖北庚 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际组织政府采购规则比较研究/肖北庚编著. —北京: 中国方正出版社, 2003.3
(国际法与比较法专题研究丛书)
ISBN 7—80107—632—X

I. 国… II. 肖… III. 国际组织—政府采购—规则—对比研究 IV. D912.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 012654 号

国际法与比较法专题研究丛书

国际组织政府采购规则比较研究

肖北庚 著

责任编辑: 许 睿

责任校对: 丁新丽

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66158711 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编: E-mail: XR@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

印 张: 12

字 数: 296 千字

版 次: 2003 年 3 月第 1 版 2003 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7—80107—632—X

定价: 19.20 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

序

全球化已经成为当代世界的发展潮流与客观趋势，它深刻地触动和改变着世界经济、政治、法律、文化的格局，并对每一个国家的发展现状与前景都产生出难以估量的影响。面对全球化时代的到来，我国克服了重重阻力，加入了被称之为“经济联合国”的世界贸易组织。这无疑是我国面对全球化浪潮所作出的一次正确选择，表明我国政府和人民主动融入全球化时代潮流的决心和信心。尽管人们对全球化本身以及全球化对世界究竟会产生什么影响等问题还存在不同的看法，甚至有着根本性的分歧，但毫无疑问的是，随着信息高速公路的建成，世界变得越来越小，“地球村”已经名副其实，世界各国政府之间以及人民之间的交流日趋频繁，在彼此之间的了解不断加深的同时，冲突也比以往更为激烈。

面对全球化时代的到来，各国人民和政府一方面要独立自主的建设和发展本国的政治、经济和文化事业，另一方面又必须将自身融入到全球化的世界潮流中，自觉不自觉地接受其他国家的政治、经济和文化的影响。在这个过程中，各国政府和人民必须了解并熟悉以国际条约和国际惯例为核心的国际公法、国际私法和国际经济法，同时随着各国政治、经济、文化对外交流的广泛开展，对于别国国内法特别是其他国家的民商法的了解也比以往

更具有紧迫性和必要性。正是在这样的背景下,国际法与比较法在整个法律体系中的地位显得越来越重要,国际法学与比较法学的研究也开始在法学研究中突显其重要地位。

全球化时代对法律与法学研究的影响无疑是全面而深刻的。仅就国际法而言,全球化对许多重要的国际法问题都提出了挑战,例如,在国际公法领域,全球化对传统的国家主权理论、国际人权保护、国际法与国内法的关系等等问题都提出了新的挑战,要求我们重新诠释国家、主权、人权等基本概念,重新解释国际法与国内法的关系;在国际私法领域,全球化一方面使得国际私法趋同化的倾向越来越明显,另一方面又要求国际私法适应国际民商新秩序的重新构建而实现功能转换;在国际经济法领域,经济全球化的法制回应以及国际经济新秩序的重新构建等问题都受到了经济全球化趋势的挑战。所有的这些问题尽管一时难以得到有效的解决,但是都应当引起我们法律人的广泛关注,所有的法律人都应该倾注更多的精力去研究这些问题。同时,全球化对法学研究本身也提出了许多的挑战,比如,全球化要求法学研究者超出狭隘的民族主义和国家主义的视角,站在国际社会的本位立场考察法律问题;全球化要求法学研究在方法上既要重视各国法律中相同或相似的部分,也要重视各国法律中不同甚至相冲突的部分,这就要求我们法律人加强比较法的修养和研究。

基于以上这些思考和考虑,湖南师范大学国际法系的部分教学科研骨干陆续撰写了这套《国际法与比较法专题研究丛书》。这套丛书的作者都是已经获得国际法专业博士学位的中青年教师,他们在各自的研究领域都已经取得了突出的研究成果,对所研究的问题都具有自己独到的见解。这套丛书的出版,对于加强我国国际法和比较法的研究,普及国际法和比较法知识,指导我国对外政治、经济、文化交流中的法律实践都具有十分重要的意义。

当然,国际法与比较法的研究是一项十分浩大的系统工程,

这套丛书的出版只是我们一次有益地尝试，目的在于抛砖引玉，吸引更多的专业人士加入到我们的研究队伍中来，我衷心地希望国际法与比较法的研究成为一棵常青之树，越来越茂盛挺拔。这套丛书的出版得到了湖南省教育厅“入世后湖南法律对策问题研究课题”的大力支持，中国方正出版社的胡驰社长和许睿先生也为这套丛书的出版付出了艰辛的劳动，在此，我们表示衷心地感谢！

李双元

2002年11月30日于岳麓山下

引 言

1979 年以前，各国政府采购市场都是孤立封闭的，政府采购主体只能在国内市场采购货物、服务和工程，因而只有少数政府采购市场得以建立的国家有政府采购立法，也就无所谓国际法制。

然而，国内立法的趋势依然阻挡不了国际政府采购实践的形成，这一方面是经济社会化程度较高、国家经济行政职能不断膨胀的国家，由于其政府采购市场所涉资金较大，^① 政府采购对经济宏观调控作用明显，极力主张开放各国政府采购市场。正是在众多政府采购市场开放国家（尤其是美国）的倡导下，国际社会自上世纪 70 年代开始政府采购国际实践。在这种实践中，发达国家相对来说，已经建立了一套较为完整的自由、开放和竞争性的政府采购体制，而大部分发展中国家却对政府采购这一管理经济的现代化手段还不甚了解，甚至在有的国家，根本不存在政府采购，或者即使存在也形同虚设，政府采购体制极不完备。这样，要协调法制差异极大的国家之间的政府采购，离不开国际组织政府采购规范的制定。

其次，随着经济全球化的不断深入，先前相对封闭的国内市

^① Dr. Gray J. Zenz and Dr George H. Thompson 在 *Purchasing and Management of Material*，一书中指出美国政府在 1989 年—1992 年间每年用于货物及服务的采购就占其 GDP 的 26%—27% 以上，每年有大概 2000 亿美元用于政府采购。

场逐步与国际市场相融合，而先前仅支配国内市场的国内法律规则也将逐渐趋同，并最终形成调整整个国际市场的法律规则。政府采购虽然并不体现为国家政府直接参与国际市场竞争，且政府采购也并不直接为市场创造财富，但毫无疑问，各国政府对巨额公共资金的运用将直接影响到市场产品的最终消费（即物流）和市场资金的流向（即资金流），故政府采购势必影响国际贸易的走势，在促进国际贸易自由化的进程中，政府采购无疑将占据相当重要的位置。总而言之，协调各国的政府采购立法，进而消除其对国际贸易自由化的不合理障碍，是国际组织制定政府采购规则的第二个重要动因。

再次，随着国际经济的发展和关贸总协定在国际经济作用发挥的加强，国际贸易自由化的呼声不断高涨。而在长期国际贸易发展中，关税、配额制等阻碍国际贸易自由化的传统壁垒逐步减少或消除。政府采购对国际自由贸易的障碍和壁垒作用变得特别明显，为此国际社会就相互开放政府采购市场而不断努力谈判和磋商。在这种谈判和磋商过程中，形成一些作为谈判成果的国际组织政府采购规则也就顺理成章。

正是上述因素作用的结果自上个世纪 70 年代开始，国际组织的政府采购规则相继得以产生。1978 年关税贸易总协定东京回合谈判后，签署了第一个《政府采购协定》。该协定经过 1987 年的小幅修改，在关贸总协定乌拉圭回合谈判中再次成为谈判的议题，1994 年，就该议题形成了最终法律文件，即现在的 WTO《政府采购协定》（以下简称 GPA 协定）。不仅关贸总协定关注政府采购国际化，而且联合国国际贸易法委员会也十分关注在政府采购过程中法律体系不完备国家的公共资金巨大浪费问题，试图为促进国际社会各国健全政府采购法制提供范本，于是 1993 年在维也纳通过了《联合国国际贸易法委员会货物和工程示范法》，1994 年，对该示范法进行了部分修订，并在纽约通过了《联合国国际贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（以下简称

《示范法》)。

在全球性国际组织制定国际政府采购规则努力的同时,很多区域性组织也制定了政府采购规则,这些组织主要包括欧盟和亚太经合组织。亚太经合组织 1994 年召开的各国领导人会议上,同意在 2010 年以前,将该组织建设成贸易和投资自由区(对比较落后的成员,市场开放可推迟到 2020 年。)这个自由贸易区确定了许多贸易和投资自由化目标,其中相互开放政府采购市场就是目标之一,正是在这个目标指导下,亚太经合组织 1995 年成立了专家组并开始制定政府采购的共同原则,1997 年 9 月通过了第一个原则——透明度原则。尽管原则已经确定,然详尽的政府采购规则尚未出台。政府采购市场发达的欧洲共同体,其区域性政府采购规则的制定要比政府采购市场不够完善的亚太经合组织顺利得多。早在 1992 年欧盟理事会就制定了《关于协调政府物资采购合同的程序》,在随后的一年里,又相继出台了《关于协调给予公共工程合同的程序》、《关于协调给予公共服务合同的程序》、《关于协调有关对公共供应和公共工程合同的给予执行复查程序的法律条例和行政条款》等规则。^①

世界银行和各区域性银行为了规范其贷款资金的有效运作,也都制定了相应的运用贷款资金进行政府采购的规则。1995 年世界银行通过了《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《世行指南》),1996 年亚洲开发银行通过了《亚洲开发银行贷款准则》(以下简称《亚行准则》)。

从国际社会制定政府采购规则的努力来看,国际组织政府采购规则应当包括上述所有全球性或区域性国际组织所制定的规则。而本书所要进行比较研究的并不包括以上所有规则,而只选择 GPA 协定、《示范法》、《世行指南》、《亚行准则》等。

^① 参见欧盟理事会第 89/665/EEC 号指令、第 93/36/EEC 号指令、第 93/37/EEC 号指令、第 92/50/EEC 号指令。

这种选择主要是受下列理由支持。首先,要选择所有国际组织政府采购规则进行比较,则范围太大,不易全面比较,难免失之笼统;二则作为中国学者要比较研究国际法制,选择对中国相应实践具有现实意义和理论意义的国际法制进行研究是首要标准。其次,尽管《示范法》从本质上看不完全具备法律性质,难以称得上国际法制,但《示范法》的示范功能是确实存在的,我国在过去的立法中就对其规范内容进行了吸纳。我国1998年由上海市所制定的《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;而我国2002年所制定的《政府采购法》从大致框架上以及其大部分规范均与《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。”^①之观点,《示范法》显然具有习惯国际经济法的性质。^②上述分析可见,《示范法》从某种意义上说其法律性质不可否定。再次,我国利用世界银行和亚洲开发银行贷款进行政府采购的实践已发端,并呈不断扩大之势。

① 王铁崖:《国际法》,法律出版社1995年版,第146页。

② 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

第一章 政府采购法制的一般理论分析	(1)
第一节 政府采购的概念分析	(2)
一、定义政府采购的传统方法	(2)
二、传统定义方法之缺失	(4)
三、识别政府采购的标准	(5)
四、科学的政府采购内涵	(8)
第二节 政府采购的历史流变	(10)
一、西方主要发达国家政府采购制度的历史流变	(11)
二、国际组织政府采购法制的产生和发展	(14)
三、从政策到法制：我国政府采购制度的演进	(16)
四、政府采购法制理论研究的历史流变	(18)
第三节 政府采购理论基础	(21)
一、公共管理理论政府采购的核心理论基础	(21)
二、政府采购的经济学基础	(23)
三、政府采购的法学理论基础	(24)
 第二章 国际组织政府采购规则价值目标和基本	
原则比较	(26)
第一节 价值目标比较	(27)
一、促进贸易自由化——GPA 协定首要价值目标	(27)
二、提供示范是《示范法》的特有价值目标	(30)

三、促进借贷国国内承包业和国内制造业发展是 《世行指南》核心价值目标·····	(33)
四、平等待遇是《亚行准则》所确定的基本价值 目标·····	(35)
第二节 原则比较·····	(36)
一、非歧视原则——GPA 协定的首要原则·····	(37)
二、《示范法》原则的法理分析·····	(42)
三、公开、公平、竞争性原则是《世行指南》的根本 原则·····	(45)
四、限制性原则——《亚行准则》的独有原则设计·····	(47)
第三章 国际组织政府采购规则适用范围比较·····	(50)
第一节 适用主体范围的比较·····	(50)
一、主体范围取决于缔约国承诺——GPA 协定的 首要特色·····	(51)
二、以定义方法划定适用主体范围——《示范法》 适用主体范围的特征·····	(54)
三、依据采购关系确定适用主体范围——《世行指南》 的特色·····	(58)
四、以贷款关系确定适用主体范围——《亚行准则》 标准·····	(59)
第二节 适用客体范围比较·····	(61)
一、政府采购客体范围经历了一个历史发展·····	(61)
二、GPA 协定与《示范法》适用客体范围比较·····	(63)
三、《世行指南》适用的客体范围·····	(64)
四、《亚行准则》适用客体范围·····	(65)
第三节 适用例外的具体条件及比较·····	(66)
一、适用例外的法理分析·····	(66)
二、GPA 协定与《示范法》适用例外比较·····	(69)

三、《亚行准则》适用范围例外规定	(70)
第四章 国际组织政府采购规则所确认的采购方式 与程序比较	(71)
第一节 GPA 协定所确认的采购方式与程序	(72)
一、公开招标及其程序	(73)
二、选择性招标及其程序	(78)
三、限制性招标及其适用程序	(79)
第二节 《示范法》所确认的采购方式与程序	(81)
一、货物、工程的采购方法、适用条件以及采购 程序	(81)
二、服务采购的主要方法及其采购程序	(92)
第三节 《世行指南》所确认的采购方式与程序	(94)
一、《世行指南》所规定的采购方式	(94)
二、《世行指南》对采购程序的规定	(98)
第四节 《亚行准则》所确认的采购方式与程序	(107)
一、《亚行准则》所确认的采购方式	(107)
二、《亚行准则》对竞争性招标程序的规定	(108)
第五章 国际组织政府采购规则之合同授予比较	(111)
第一节 政府采购合同性质理论分析	(112)
第二节 合同授予程序比较	(117)
一、《示范法》所规制的合同授予程序	(117)
二、GPA 协定在合同授予程序上的规定	(123)
三、《世行指南》对合同授予标准及程序的规定	(124)
四、《亚行准则》对合同授予程序的规定	(127)
第三节 合同形式要求比较	(129)
一、合同形式要求的一般分析	(129)
二、《世行指南》对采购合同形式要求和合同条款	

内容之规定	(130)
第四节 合同履行保障比较	(132)
一、GPA 协定合同履行保障的主要措施	(132)
二、《示范法》合同履行保障的主要方式	(133)
三、《世行指南》对采购合同履行保障之规范	(137)
四、《亚行准则》对合同履行保障之规定	(138)
第六章 国际组织政府采购法制运作机制比较	(139)
第一节 GPA 协定运作机制的个性化特征	(140)
一、GPA 协定实施范围和对象决定于缔约国承诺	(140)
二、双层保障体制：GPA 协定运作机制的核心	(145)
三、缔约国国内立法和司法保障：GPA 协定运作机制 的关键	(148)
四、政府采购委员会——GPA 协定运作机制的协调 机构	(152)
第二节 《示范法》的国际法性质和示范功能	(154)
一、《示范法》的国际经济法性质	(154)
二、法律确信与国家实践——《示范法》示范功能 发挥的主要途径	(157)
第三节 《世行指南》对运作制度的规定	(159)
一、保障机制	(159)
二、监督机制	(161)
三、争端解决机制	(162)
第四节 《亚行准则》对运作机制的规定	(163)
一、司法解决方式	(163)
二、调解解决方式	(166)
三、仲裁解决方式	(167)
第七章 国际组织政府采购规则救济制度比较	(171)

第一节 质疑程序——GPA 协定独特的救济体制设计	(172)
一、质疑程序的核心内容	(173)
二、质疑程序——GPA 协定独特的救济程序设计	(177)
第二节 多层次性——《示范法》救济制度特色	(180)
一、赋予供应商要求审查的权利	(180)
二、采购实体的审查及程序	(181)
三、行政审查及程序	(182)
四、司法审查及程序	(183)
第三节 侧重招标商的权利救济——《世行指南》救济制度特色	(184)
一、招标商权利救济措施	(184)
二、投标商权利救济途径	(185)
第四节 《亚行准则》所规制的救济措施	(187)
一、《亚行准则》中有关违约救济的规定	(187)
二、《亚行准则》涉及的其他救济措施	(188)
 第八章 国际组织政府采购规则对我国政府采购立法之完善与价值	(190)
第一节 公理性原则主导向政策性原则主导转变——确定我国《政府采购法》原则的核心指导思想	(191)
一、我国现行《政府采购法》所确定的法律原则及其反思	(191)
二、公理性原则主导向政策性原则主导转变——确定我国《政府采购法》原则的核心指导思想	(194)
第二节 依经济标准而非自由裁量权标准处理政府采购法制适用范围中确定性与不确定性矛盾	(198)
一、政府采购法制适用范围是确定性与不确定性的	

统一	(198)
二、依自由裁量权标准处理政府采购适用范围确定性 与非确定性矛盾——我国政府采购立法特色	(200)
三、依经济标准处理适用范围的确定性与非确定性 矛盾	(202)
第三节 引介国际组织政府采购规则建立供应商资格 审查制度	(212)
一、在国籍限制方面应采用国民待遇为主、国籍限制 例外的原则	(212)
二、全面科学规范资格预审制度	(213)
第四节 理性设计采购方式，构筑科学合理 采购方式体系	(218)
一、采购方式的立法框架及其完善	(218)
二、完善采购方式的类别及其适用条件	(220)
第五节 吸纳国际组织政府采购规则合理程序 规范，完善《政府采购法》程序制度	(226)
一、我国《政府采购法》采购程序设计的缺失和 成因	(226)
二、用《示范法》的有关程序设计规范完善我国 政府采购程序制度	(228)
第六节 以第三人权利救济为主线，完善质疑与 投诉制度	(234)
一、《政府采购法》质疑程序的缺陷与不足	(234)
二、我国政府采购投诉、质疑制度与《示范法》 相关规定的差异及完善	(236)
附录一：WTO《政府采购协定》	(242)
附录二：贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法	(270)
附录三：国际复兴开发银行贷款和国际开发协会	