



WTO 《政府采购协定》 及我国因应研究

肖北庚 / 著

知识产权出版社



WTO《政府采购协定》 及我国因应研究

肖北庚 / 著

内容提要

本书首先介绍我国加入 WTO《政府采购协定》(GPA 协定)的进程与承诺策略,然后梳理 GPA 协定的衍生与发展,在分析 GPA 协定的基本结构与具体内容的基础上,提出我国的因应对策。

本书适于本领域学习者、研究者以及政府部门相关人员参考使用。

责任编辑:刘 睿

责任校对:董志英

文字编辑:王金之 熊 莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

WTO《政府采购协定》及我国因应研究 / 肖北庚著.

北京:知识产权出版社,2010.1

ISBN 978-7-80247-647-9

I. W… II. 肖… III. ①政府采购-国际贸易-贸易协定-研究②政府采购-研究-中国

IV. D996.2 F812.45

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 217787 号

WTO《政府采购协定》及我国因应研究

WTO Zhengfucaigouxieding Ji Woguo Yinying Yanjiu

肖北庚 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传 真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8113

责编邮箱:liurui@cnipr.com

印 刷:北京凯达印务有限公司

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:8

版 次:2010 年 1 月第 1 版

印 次:2010 年 1 月第 1 次印刷

字 数:206 千字

定 价:20.00 元

ISBN 978-7-80247-647-9/D·901 (2763)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

引言：中国加入 WTO《政府采购协定》进程与	
承诺策略	(1)
一、进程概览	(1)
二、承诺策略	(3)
三、谈判方式	(5)
第一章 GPA 协定的衍生与发展	(7)
一、促进贸易自由：政府采购国际规制之	
动因	(7)
(一) 政府采购国际规制的主要考量	(7)
(二) 政府采购国际规制的历史演进与 GPA	
协定的产生	(14)
二、GPA 协定的源起与变迁	(19)
(一) 消除贸易壁垒：1979 年 GPA 协定之	
形成	(19)
(二) 回应世界贸易组织体制：1994 年 GPA	
协定之确定	(23)
(三) 促进政府采购透明度：GPA 协定 2006 年	
之修改	(27)
三、2006 年 GPA 协定的创新	(30)
(一) 立法技术之完善	(31)
(二) 具体规则臻于合理	(34)
第二章 GPA 协定的基本结构与具体内容	(36)
一、GPA 协定所确立的价值目标和基本原则	(36)
(一) 价值目标和基本原则在 GPA 协定中的	

地位	(36)
(二) GPA 协定所确立的价值目标	(41)
(三) GPA 协定所规制的基本原则	(43)
二、GPA 协定的适用范围	(50)
(一) 适用主体范围	(51)
(二) 适用客体范围	(54)
(三) 采购限额标准	(57)
(四) 适用例外及其具体条件	(58)
三、GPA 协定所规制的采购方式和程序	(61)
(一) GPA 协定采购方式与程序规制的理论 构建	(62)
(二) GPA 协定对采购方式的规制	(65)
(三) GPA 协定对采购程序的规制	(68)
四、GPA 协定对合同授予的规制	(80)
(一) 合同授予程序	(81)
(二) 合同授予形式与标准	(85)
(三) GPA 协定所规范合同履行保障 条款	(86)
五、GPA 协定救济机制之模式选择与实践 品格	(87)
(一) 公法救济模式：GPA 协定救济机制之 模式选择	(88)
(二) 质疑程序：GPA 协定救济制度的核心 内容	(91)
(三) 侧重第三人诉权构筑：GPA 协定救济 制度的品格	(102)
六、GPA 协定之实施机制	(107)
(一) 缔约国承诺：GPA 协定实施机制的 基础	(108)

(二) 双层结构救济体制: GPA 协定实施 机制的核心	(111)
(三) 缔约国内立法和司法保障: GPA 协定 实施机制的关键	(118)
第三章 GPA 协定之我国因应	(123)
一、政府采购国际规制之内在逻辑规律及我国 因应	(123)
(一) 政府采购国际规制之内在逻辑规律	(124)
(二) 政府采购国际规范实效发挥以成员 国国内法为依托	(128)
(三) 政府采购国际规制对完善我国相关 立法之价值	(131)
二、GPA 协定在缔约国适用的基础与我国加入 时谈判对策	(137)
(一) 缔约国承诺: GPA 协定在成员国内 适用之基础	(138)
(二) GPA 协定所规制的承诺框架	(144)
(三) 我国加入 GPA 协定时的承诺对策	(148)
三、缔约国于 GPA 协定之义务及我国因应	(152)
(一) 国内法中转入适用 GPA 协定: 缔约国 之一般义务	(152)
(二) 过往 GPA 协定成员国践履其一般义务 的策略	(157)
(三) 我国因应	(163)
四、价值虚置: 我国政府采购法制之根本症结 及改造	(168)
(一) 价值失落: 政府采购法制之根本 症结	(169)
(二) 政府采购法制价值虚空之成因	(172)

(三) 模式转换：改造政府采购法制之根本策略	(181)
五、统一立法：重构我国政府采购法制之立法选择	(189)
(一) 分散立法：法律经验主义在政府采购立法中的体现	(190)
(二) 政府采购分散立法之困境检视	(194)
(三) 统一立法：政府采购立法模式演进之客观必然	(198)
附录	(204)
WTO《政府采购协定》	(204)
主要参考文献	(239)
后记	(247)

引言：中国加入 WTO 《政府采购协定》 进程与承诺策略

2007 年底我国向世界贸易组织提交了《政府采购协定》（以下简称 GPA 协定）所规定的附录清单，由此启动了加入谈判的进程。为了使承诺既与我国经济发展相一致的政府采购体制相适应、充分考虑国家主权和利益，又能被 GPA 协定各成员方所接受，我国做了大量务实的实践工作，并开展了多方位的相应理论研究。回顾此进程，探讨承诺对策既是我国政府采购理论界必须回应社会现实之时代使命，也是研究 GPA 协定的逻辑起点。

一、进程概览

早在 2001 年加入 WTO 协定时，中国就对 WTO 诸边协定之一的 GPA 协定表明了原则立场，并在《中国加入工作组报告》中正式承诺：中国有意成为 GPA 协定的参加方；并自加入 WTO 协定之日起成为 GPA 协定观察员，同时将尽快通过提交附录，开始加入该协定的谈判。^① 这里，中国承诺的“尽快”是以世贸组织谈判成员方提出的“二年内”为时限。

原则表明加入 GPA 协定的第二年，中国就开始着手制定统一的政府采购法律制度，在法律上未雨绸缪式地应对 GPA 协定。2002 年 6 月第九届全国人民代表大会常务委员会通过《中华人民共和国政府采购法》（以下简称《政府采购法》），以该法为主体的政府采购法律体系得以构建，初步实现了政府采购市场的法律化。

① 《中国加入世界贸易组织法律文件》，法律出版社 2002 版，第 845 页。

尽管《政府采购法》带有考虑我国未向国际社会开放政府采购市场，利用开放前这一缓冲阶段为未来政府采购市场开放作准备的性质，但总体上看我国政府采购法制吸收了 GPA 协定的主要精神和部分规范，在立法体例、基本原则、招投标规范和质疑投诉制度等方面基本上能与 GPA 协定对接。

立法仅仅是对加入 GPA 协定的法律启动，而谈判的法定步骤是提交“附录一出价”，具体承诺加入条件则是中国加入 GPA 协定的关键所在。2005 年中美贸易联合会上中国政府就加入 GPA 协定的具体条件与美国等国家进行了磋商；2006 年 4 月正式承诺；2007 年底提出谈判对价，为此财政部正式成立工作组就中国加入 GPA 协定谈判承诺展开工作，随后成立了中国加入 GPA 协定谈判对策课题组，并按照行业分成十余个分课题组；分课题组于 2007 年开展了具有针对性的加入 GPA 协定对自己课题所涉及行业的影响与对策扎实而有效的研究工作，在各分课题组研究报告的基础上，财政部于 2007 年 12 月 28 日向 WTO 提交了申请书和初步出价清单。清单的提交标志着中国正式与 GPA 协定各成员方谈判的启动。

实践离不开理论的指导与支撑，在准备加入 GPA 协定的关键年——2007 年，财政部和有关学术团体组织了几次大型理论研讨会，为中国加入 GPA 协定提供了智力资源。6 月 11 日，财政部在北京王府半岛酒店举行了《中欧政府采购论坛》，分别就《政府采购规定的范围：政府采购协议的正文与附录》《政府采购协议的欧洲经验》等问题进行了理论研讨，从而使我国对欧盟加入政府采购协议具体承诺及其方法有了明确的了解，为我国加入 GPA 协定提供了相应的资源借鉴。6 月 12 日《中国—欧盟—WTO 政府采购法国际研讨会》在中央财经大学召开，就中国加入 GPA 协定与国内改革的机遇进行了理论研讨，内容对加入 GPA 协定可谈判的因素；加入 GPA 协定不可谈判的因素；中国政府采购政策、法律和体制框架等问题进行了细致研讨，为加入 GPA 协定进行了一次总

体法律对策探析。6月18日《中国政府采购》杂志社和湖南师范大学政府采购研究中心在长沙举办了《政府采购与企业自主创新》理论研讨会，与会者也就加入 GPA 协定与民族工业和新兴产业保护、政府采购公共政策功能等问题进行深度探讨，为加入 GPA 协定承诺如何充分利用协定本身的公共政策条款、例外条款、空间条款等提供了可操作性对策。

二、承诺策略

依据“附录”，出价是我国加入 GPA 协定的核心环节，承诺构成加入之前提与基础，这样，如何承诺以及承诺的范围与幅度就成了加入时必须充分考虑的核心问题。

务实而理性的做法是多从承诺所蕴含的尊重主权、考虑国情差异这一内在精神出发，充分利用例外条款在 GPA 协定所规定的承诺法律框架范围内寻求趋利避害之良策，择选符合自身利益的承诺。

GPA 协定为加入该协定谈判提供了承诺的框架，总体上看框架具有操作性，但内容仍不失其原则性和概括性，留下了供缔约国自行决定的弹性空间，可为我国加入谈判时利用。

有关承诺中的弹性和概括性内容首先表现在对采购实体的界定所采用的“政府目的”和“政府直接控制”之规定上，这一定义标准用意在于排除市场歧视，维护政府采购市场的平等性。然由于其过于抽象，可以出现多重理解。依据有关法理精神，“政府直接控制和影响”既可理解为对人的控制，也可理解为对财、物的控制，还可理解为对管理过程的直接参与，客观上为加入国提供了发挥的自由裁量之空间，我国在开列承诺清单时可据此对哪些国有企业纳入清单进行符合国家利益的选择。同时，在承诺门槛标准上，承诺框架只对中央政府采购实体的门槛价作了 13 万特别提款权的起始数额限制，对次中央实体和其他采购实体在这方面只是原则上规定可高

于中央政府实体,缺乏具体数额要求,并未严格限制次中央政府采购实体与其他采购实体采购起始数额。同样,在谈判时可以依据具体情况确立其门槛价。再者,在谈判方式上 GPA 协定允许分别承诺的方式,成员方可对每一谈判对方的政府采购市场发达和开放程度进行分析,并以此确立自己准予对方进入的范围,这为成员方留有互利互惠原则之空间。另外,作为发展中国家的成员方在与发达国家成员谈判时可要求缔约对方对发展中国家的发展、财政、贸易需求和环境给予特别的考虑,^①作为发展中国家的中国在谈判时完全可以根据自身发展状况,可据此条款要求发达国家肯定自己所承诺的特殊适用范围和幅度,确立符合自身利益的政府采购结构。

GPA 协定不仅其承诺有许多原则性条款,而且还规定了许多适用例外;更有甚者,协定还对一些可能被成员方限制竞争的政府采购做法缺乏应有规定,我国在作出具体承诺时同样应对这些条款给予特定考虑以确立政府采购开放范围。GPA 协定所确定的例外主要包括一般例外和安全例外,它直接排除了某些采购不属于承诺的范围。我国应对这些例外进行准确把握,将涉及国家安全,特别是人类安全和环境安全、知识产权保护等方面的采购排除在承诺范围内。同时, GPA 协定在政府采购规制中也留下了一些空白,其对公共利益、选择性招标供应商邀请数量、供应商资格审查标准等内容缺乏具体规定就是实例,这可称得上条款空置。这些“空置条款”既为成员方预留了自身解释的空白,也为成员方确立各自特殊的政府采购适用幅度和范围留下了法律空间。我国可借其“公共利益”规定欠具体之缺陷,推行政府采购公共政策目标,保护少数民族企业,支持中小企业,促进区域经济开发。其实,充分利用“公共利益”条款、寻求特定公共政策例外之做法始于发达国家,作为发展中国家的中国完全可以仿效。美国在加入 GPA 协定时,既在承诺中排除协定对中小企业和少数民族预留采购项目之

适用，也在承诺次中央实体时规定 GPA 协定不适用促进落后或少数民族地区发展、残废退伍军人和妇女经营企业的优先和限制性措施。我国在构建政府采购制度确定相关政策时只要不与 GPA 协定的硬性条款——非歧视原则和贸易壁垒措施发生硬性冲突，就可以全面利用有关“空置条款”自主承诺协定适用范围，构筑符合我国利益的政府采购准入制度。我国在加入时完全可以利用这些“空置条款”结合经济发展现状确立政府采购准入体系的具体范围、程序与标准。

三、谈判方式

加入时不仅要承诺内容有准确把握，也要注重谈判方式。随着国际经济的发展，加入国际条约谈判方式也不断创新。^①我国在加入 GPA 协定谈判时也可采用现代谈判方式，进而掌握谈判主动，具体可遵循以下做法。

在谈判方式上可选择“复边”谈判方式。众所周知 GPA 协定不适用于最惠国待遇原则，具体来说，一成员方通过谈判而获得的承诺待遇不自动惠及另一成员方，这样，成员方基于 GPA 协定的政府采购利益需以“双边”谈判为基础。以“双边”为基础与成员方完全一对一地展开谈判，势必会造成谈判过程过于漫长，时间和精力耗费过多。只有依据利益相近原则将所需谈判国家分成不同类型展开谈判才能避免此问题。由此，可采取复边谈判方式，即将加入 GPA 协定时需要谈判的各成员方根据利益相近标准划分成若干不同类型国家，并根据对方的经济发展状况和政府采购市场开放程度，承诺 GPA 协定所适用的主体范围和客体范围，进而选择同类型国家的一个典型国家进行谈判，并将谈判中做出的承诺以谈判

① 徐崇利：“经济全球化与国际经济条约谈判方式的创新”，载《比较法研究》2001年第3期，第62页。

方式拓展到同类国家。在承诺内容上可选择“自下而上”^①的做法。“自下而上”是以低起点标准确立承诺内容，然后在此基础上展开谈判，并根据谈判进程和对方具体情况决定放宽还是不放宽承诺范围。我国政府采购市场发育欠完善，采购具体做法欠规范，采购法律法规与 GPA 协定也未达到适应国际政府采购需要的一致，加之我国供应商在国际政府采购市场上未占有应有地位。由此我国在加入 GPA 协定时完全可以先采取低标准承诺，然后视谈判对方的承诺和具体谈判进程而逐步放宽承诺范围。在采购主体与采购客体关联上可采取“构组”方式。具体做法是：将承诺的政府采购主体范围和客体范围进行关联，并按照中央采购实体、次中央采购实体、其他采购实体的差异性确立不同的采购客体范围。美国在加入 GPA 协定谈判承诺时就采用此方法。依据 GPA 协定缔约国在加入时应对采购主体范围和采购客体范围做出承诺，如果在承诺时不将主体与客体关联考虑，孤立地考虑适用主体范围或适用客体范围，其加入时承诺适用的客体范围将会毫无例外地适用到不同主体上，进而可能产生实践上操作困难和相应问题。由此，我国在谈判时应当对采购主体的差异性进行考虑，并将这种考虑与适用客体范围关联，进而形成适用主体与适用客体范围的不同“构组”。

6 ① 徐崇利：“经济全球化与国际经济条约谈判方式的创新”，载《比较法研究》2001年第3期，第68页。

第一章 GPA 协定的衍生与发展

任何国际经济协定都是国际经济交往的必然产物，一定时期国际经济交往中相对稳定的因素决定和制约着特定国际经济协定的内容及其发展。这启示人们：要探讨和阐释 GPA 协定的具体内容必须对其衍生的动因及其相应发展作前提性的分析和探讨。

一、促进贸易自由：政府采购国际规制之动因

政府采购作为一种政府以不同民事主体身份到市场上购买货物、劳务等的采购行为。其最初作为一国宏观调控的财政政策被使用，随着政府行政部门在国家生活中作用的加强，政府采购额不断扩大，其职能也由简单的节约公共资金和提高公共资金使用效率，拓展到政府解决贫困、扶持民族工业和走出经济危机等。当一国政府利用政府采购功能解决本国上述问题给国际自由贸易造成影响，进而成为国际经济交往中的自由贸易壁垒时，政府采购就成了国际经济贸易规则所规制的对象。

（一）政府采购国际规制的主要考量

政府采购的国际规制可能因为国际与规制两词含义过于抽象而引起歧义，因此，必须对“国际”与“规制”两词进行界定。“国际”一词至少有三种含义，其一是行为或活动跨越国境具有涉外因素可用“国际”一词；其二是举凡国家间的交往与联系可采“国际”之义；其三是现象和行为之全球性指向，这里主要从全球性这一视角出发宏观地使用“国际”一词。而由于国际社会没有统一的立法机构，所以“规制”一词既可以指具有促进国际社会

法律逐步协调和统一职能的国际组织制定决议和文件之行为，也可以是指国家与国家之间签订条约之活动，同时，条约又包括签订、加入和实施等，面对这种复杂情形，下面也主要从宏观上使用“规制”一词，即政府采购被国际社会的指南和条约所规范。由此政府采购的国际规制指政府采购被全球性国际组织（至少是具有重大影响的区域性国际组织）所规范。

政府采购像国际领域的其他现象一样，其被国际法规制不是无缘无故的，是由众多因素综合的结果，这些因素主要包括国家主权的考虑、自由贸易化进程、国家利益与公共利益的协调及政府采购市场发育程度等。

1. 国家主权的考虑

政府采购国际规范与所有国际法律规范一样，都是主权国家相互交往的产物，“一般国际法和 WTO 法赖以形成与发展的社会基础都是国际社会，都是国际社会的基本成员——主权国家相互交往的产物”。^① 在主权国家相互交往过程中，尽管传统的国家职能不再由国家单独行使，而必须通过国际合作的方式进行。^② 但国家依然是政治组织的最高形式和权力的中心，国家在参与国际交往及对国际交往形式和产物的接受方面都必然从主权视角加以考虑。从国际法律规范来看，一国是否通过国家实践和法律确信等形式接受或加入某一国际条约，总会考虑到主权是否受到重要影响，如果受到重要影响则会保留甚至不接受。政府采购法制作作为满足履行公共职能需要进行的物资筹措或其他活动，直接涉及政府活动本身的决定权，与主权有着重大联系。可见，政府采购的国际法规制对主权具有较为明显的影响，这正如美国学者 Paul J. Carrier 所指出的：“犹豫不决或拒绝参加《政府采购协定》的主要原因是让渡和丢失

① 菲德罗斯等著，李浩培译：《国际法》，商务印书馆 1981 年版，第 12 页。

② Henry G. Schermers and Niels M. Blokker, *International Institutional Law* (1995), third revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1 ~ 3.

国家主权的担忧”。^① 政府采购纳入国际法规制对主权的影响主要体现在以下几个方面：首先，政府采购涉及一国预算、外汇收支平衡、公共资金使用，因而对一国国民经济起举足轻重的影响，如果不考虑特殊情况，一味地考虑建立统一政府采购市场，极有可能使一国受外来经济和政治的力量的控制，使其决定受外部政治和商业巨头的影响。^② 其次，政府采购很大一块涉及国家安全，如国防采购。如果将政府采购纳入国际公开竞争范畴，政府采购也就没有保密可言，而“防卫比财富更重要”。尽管在当今“和平崛起时代”，国家安全相对来说没有成为一个国家参与国际交往的最重要考量，但完全放开政府采购对国家安全的影响是肯定存在的。再者，主权所服务的是该国的公共利益，对于现实主义者来说，一国参与国际一体化进程的目的主要是为了国家利益，为了使各自国家实力最大化。^③ 政府采购纳入国际公开竞争，必然影响一国的社会公共政策，进而对主权造成一定影响。

政府采购国际规制对国家主权会发生一定影响，因此其是否能够进行，关键在于组成国际社会的国家对政府采购影响主权的判断。如果其认为国际规制会对本国主权产生重大影响，其必然没有加入国际规制的动力，缺乏众多国家的加入也就很难谈得上国际规制，即使有国际法规制，也只能是语义上的规制，没有现实意义。正因为这样，所以政府采购国际规范在具体规范中都通过具体规制来减少对国家主权的影响，如全球性的政府采购国际规范 GPA 协定就从多方面尊重参加国主权，GPA 协定第 3 条第 2~3 款、第 5 条第 1~3 款和第 23 条就是这样的条款。可见，国家主权考虑是

① [美] Paul J. Carrier: *Sovereignty under the Agreement on Government Procurement*, *Minn. J. Global Trade*, Vol. 6: 67, 1997.

② 约翰·H. 杰克逊著，张乃根译：《世界贸易体制》，复旦大学出版社 2001 年版，第 26 页。

③ Lake, David. *International Political Economy*, 1991, St Martin's Press, New York p. 68.

决定政府采购国际法规制的重要因素。

2. 贸易自由化程度

国家主权考虑主要是一国从维护本国经济安全角度来判断是否参与政府采购的国际规制，而决定政府采购是否纳入国际规制，不光取决于主权国家的主观判断，更取决于经济发展的客观要求，当政府采购成为发展国际贸易自由化的重大障碍之一时，其纳入国际规制就在所难免，因此，贸易自由化程度是决定政府采购国际规制的又一重要考量。

自由贸易追求是国际贸易的永恒主题，其实现则是一个不断消除贸易壁垒的过程。贸易壁垒（trade barrier）是指国家为了限制或阻止外国商品进口所设置的各种障碍。^①在人类贸易发展的不同阶段，贸易壁垒的种类和形式及其对国际贸易的影响是不一样的。从国际贸易法制视角来看，特定时期的贸易法制总是将当时最影响贸易自由的贸易壁垒纳入法律规制范畴，GATT的发展历史就证明了这一点。GATT体制很大程度上是为了消除贸易壁垒，促进自由贸易，进而推动全球经济发展而建立的。在GATT体制建立前，各国竞相采取“以邻为壑”的外贸政策，不仅征高关税，各种数量限制手法也无所不用其极，造成了对国际贸易的巨大破坏。可见，这一时期阻碍贸易自由的最大障碍是关税和数量限制，数量限制则更为突出。因此当时参与建立国际贸易组织的各国最后只接受了主要规范关税减让和数量限制的《关贸总协定》。这样关税和数量限制也就被纳入国际法规制范畴，由于历史上欧洲各国在19世纪的通商条约中，很少允许数量限制这种手段，因此，《关贸总协定》对数量限制则更是严加禁止。“细心的人不难发现GATT的法律结构有个鲜明的特色：对关税是情有独钟，对数量限制则严加禁止”。^②

① 《经济大辞典》，上海辞书出版社1992年版，第1790页。

② 赵维田：《世贸组织（WTO）的法律制度》，吉林人民出版社2000年版，第164页。