

政府采购国际法律制度 比较研究

姚艳霞 著

主编 谢 晖
陈金钊

g o n g f a y a n j i u
公法研究

山东人民出版社

姚艳霞 著

政府采购国际法律制度比较研究

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

政府采购国际法律制度比较研究/姚艳霞著. — 济南:
山东人民出版社, 2006. 2

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 7-209-03945-7

I. 政... II. 姚... III. 政府采购法—对比研究—
中国、外国 IV. D922.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 005879 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 9.125 印张 4 插页 200 千字

2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价: 21.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者，两者皆以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权

力不断扩张,甚至权力制约原则因此而如履薄冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等

主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”；贺卫方等主持之“司法文丛”；陈兴良主持之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

目 录

《公法研究》总序	(1)
引 言	(1)
第一章 政府采购国际法律制度之基础	(4)
第一节 政府采购的概念与特征	(4)
一、政府采购的概念	(4)
二、政府采购的特征	(8)
第二节 政府采购国际法律制度的形成基础及其框架	(18)
一、政府采购国际法律制度的形成基础	(18)
二、政府采购国际法律制度的渊源及框架	(24)
第二章 政府采购国际法律制度之历史发展	(29)
第一节 概述	(29)
一、从无到有——从发达国家到发展中国家的政府 采购立法	(29)

二、从封闭到开放——从歧视性到非歧视性的政府 采购市场	(34)
三、从国内到国际——从国内立法到国际规则的政 府采购规制	(35)
第二节 区域性国际组织与政府采购国际法律制度 ..	(36)
一、欧洲自由贸易联盟与政府采购法律制度	(36)
二、欧洲联盟与政府采购法律制度	(37)
三、北美自由贸易区与政府采购法律制度	(41)
四、亚太经济合作组织与政府采购法律制度	(42)
第三节 专门性国际组织与政府采购国际法律制度 ..	(44)
一、经济合作与发展组织与政府采购法律制度	(45)
二、国际金融组织与政府采购法律制度	(46)
第四节 多边贸易体制与政府采购国际法律制度	(50)
一、GATT 体制下的《政府采购协定》	(51)
二、WTO 体制下的《政府采购协议》	(56)
第五节 联合国与政府采购国际法律制度	(63)
一、《示范法》的制定	(63)
二、《示范法》的基本内容	(65)
三、《示范法》的评价	(66)

第三章 中国政府采购法律制度之历史发展

第一节 中国政府采购法律制度的建立与发展	(69)
一、建立我国政府采购法律制度的基础	(69)
二、我国的政府采购立法	(76)
第二节 香港、澳门和台湾的政府采购法律制度	(79)
一、澳门的政府采购法律制度	(79)

二、台湾的政府采购法律制度	(83)
三、香港的政府采购法律制度	(89)
四、小结：两岸四地政府采购法律制度比较	(97)

第四章 政府采购国际法律制度之基本原则

第一节 概述

一、政府采购国际法律制度基本原则的概念 及表现形式	(99)
二、政府采购国际法律制度基本原则与多边 贸易体制	(103)
三、我国《政府采购法》的基本原则	(108)

第二节 政府采购国际法律制度之基本原则综述

一、经济有效性原则	(109)
二、竞争性原则	(111)
三、公平性原则	(112)
四、公正性原则	(114)
五、公开性原则	(115)

第五章 政府采购国际法律制度之适用范围

第一节 政府采购的主体

一、政府采购国际法律规则之采购主体考察	(121)
二、我国《政府采购法》之采购主体考察	(130)

第二节 政府采购的客体

一、政府采购国际法律规则之采购客体考察	(134)
二、我国《政府采购法》之采购客体考察	(144)

第三节 政府采购的例外事项	(147)
一、政府采购国际法律规则之例外事项考察	(147)
二、我国《政府采购法》之例外适用	(151)

第六章 政府采购国际法律制度之采购方法与程序 (156)

第一节 概述	(157)
一、政府采购招标方式的分类	(157)
二、政府采购国际规则中规定的采购方法	(158)
三、确定采购方法与程序的一些法律问题	(160)
四、中国《政府采购法》中规定的采购 方法与程序	(161)
第二节 公开招标采购	(163)
一、招标的概念与招标采购的特点	(163)
二、公开招标采购的程序	(165)
三、对公开招标采购的评价	(184)
第三节 其他采购方法与程序	(185)
一、征求建议	(185)
二、谈判	(189)
三、两阶段招标	(196)
四、询价采购	(199)
五、单一来源采购	(201)

第七章 政府采购国际法律制度之审查救济机制 (205)

第一节 政府采购国际规则之审查救济机制	(205)
一、欧盟《公共采购指令》的审查救济机制	(205)

二、WTO《政府采购协议》的审查救济机制	(211)
三、联合国贸易法委员会《示范法》的 救济机制	(225)
四、世界银行《采购指南》的审查机制	(229)
第二节 我国政府采购法律制度中的审查救济机制	(230)
一、我国对政府采购的监督检查机制	(230)
二、我国对政府采购的救济制度	(232)
第八章 政府采购国际法律制度的瞻望与进一步思考	(236)
第一节 政府采购国际法律制度的瞻望	(236)
一、政府采购国际法律制度的发展趋势	(236)
二、政府采购国际法律制度的完善	(237)
第二节 政府采购国际法律制度引发的国际法思考	(244)
一、从政府采购国际法律制度看国际法的发展	(244)
二、从 WTO《政府采购协议》审视国家主权	(247)
第三节 中国适应政府采购国际法律制度发展的 建议	(250)
一、加入 WTO《政府采购协议》	(250)
二、协调两岸四地政府采购法律制度	(258)
主要参考文献	(261)

引言

置身于现代社会的我们，不难想像一国政府不对外采购而
要维持其庞大国家机器正常运转的尴尬局面。事实上，几乎每
一国家都会涉及到政府采购问题。一些国家每年用于政府采购
的支出已达财政支出的 30% 左右。据资料表明，欧盟各国政
府采购的金额占其国内生产总值的 14%（不包括公用事业部
门的采购）；美国政府每年有 2000 多亿美元的政府预算用于政
府采购。政府采购已经成为许多国家包括发展中国家管理公共
支出、调节经济运行、维护本国利益的基本制度和重要手段。

政府采购法律制度在很多国家已有相当长的历史，尤其在
市场经济国家已有 200 多年的历史。随着世界经济一体化格局
的形成和发展，政府采购法律制度已延伸到贸易领域，成为贸
易自由化谈判的一个重要方面。尤其是自 1948 年 GATT 正式
运作以来，政府采购在国际贸易体系中一直处于十分特殊的地
位。尽管政府及其代理机构是各国经济中最大的货物和服务的
购买者，但有关非歧视性待遇的贸易规则通常不适用于政府为
消费目的而进行的政府采购，从而形成了封闭和独立的政府采
购市场。但由于世界经济的区域化和全球化的加快，各国政府
采购市场也不得不逐渐走向开放。随着欧共体《公共采购指
令》与世界银行《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》）的进一步完善、1994 年
部分世界贸易组织成员签署 WTO《政府采购协议》和联合国

贸易法委员会同年通过《货物、工程和服务采购示范法》(以下简称《示范法》),各国政府采购市场进一步向规范化、国际化的方向发展,政府采购国际法律制度日趋完善,并向统一化发展。但无论是欧共体的《公共采购指令》还是 WTO 的《政府采购协议》,其制定者和适用者都主要是发达国家;虽然联合国贸易法委员会的《示范法》在通过后得到一些国家的认可和采纳,包括有些发展中国家以其为蓝本已经开始制定政府采购的相关法律,但大多数发展中国家因为种种原因并未开放其政府采购市场,更不要说建立完善的政府采购法律制度了。因此,政府采购市场的进一步开放仍需一个过程,而政府采购国际法律制度也需要不断地完善。

作为世界上最大的发展中国家,我国从 1995 年开始政府采购的试点工作。2001 年,全国政府采购规模达到 653.2 亿元,占到当年全国财政支出的 3.5% 和 GDP 的 7% 左右。^① 随着我国依法治国目标的确立,对政府采购行为进行法律规范的工作也不断提到日程上来。1999 年 4 月根据第九届全国人大常委会的立法规划成立了政府采购法起草小组。经过三年的努力工作,2002 年 6 月 29 日江泽民主席签署了第 68 号主席令公布《政府采购法》,该法已经从 2003 年 1 月 1 日起施行。但我国的《政府采购法》第 10 条规定:政府采购应当采购本国货物、工程和服务。这明显与现行的政府采购国际法律制度相违背。而我国早在进行加入世界贸易组织的谈判过程中,一些 WTO 缔约方就已经期待我国加入 WTO《政府采购协议》。在中国《入世议定书》中,一些工作组成员也表示,中国应成为 WTO《政府采购协议》的参加方,在加入 WTO《政府采购协

^① See [www. ccgp. gov. cn](http://www.ccgp.gov.cn).

议》之前，中国就应以透明和非歧视的方式进行所有政府采购。我国政府也有意加入该协议，并计划在加入世贸组织后两年内启动加入 WTO《政府采购协议》的谈判。

政府采购国际法律制度是如何形成与发展的？它如何阐释着现代国际法的发展并将对现代国际法的发展带来哪些影响？欧共体《公共采购指令》、世界银行《采购指南》、WTO《政府采购协议》和联合国贸易法委员会的《示范法》有何相似与差异？他们彼此之间又是如何协调的？这些政府采购国际规则又需要如何加以完善？他们对我国政府采购法律制度的建立与完善带来哪些影响？面对这些问题，研究政府采购的国际法律制度已经成为一个刻不容缓的课题。

尽管如此，由于政府采购法律制度不仅涵盖一些法律理论问题，而且涉及大量的经济理论，且在实施过程中，含有许多技术性问题，而笔者的理论基础有限，加之缺乏实践，因此在对政府采购法律制度进行全面深入的分析时，错误和疏漏在所难免，还望读者批评指正。

第一章 政府采购国际法律制度之基础

对于“采购”一词大家并不陌生。而何谓政府采购？政府采购与私人采购之间又有何不同？政府采购国际法律制度又是在什么基础上形成的？本章拟就这些问题作一些探讨，为下文作铺垫。

第一节 政府采购的概念与特征

一、政府采购的概念

政府采购最初出现于 20 世纪 20 至 30 年代经济萧条时期，^① 是一些发达国家通过购买国货来刺激生产和扩大就业的手段。二战以后，随着政府支出迅速增加，政府采购也越来越多，几乎每一个国家都会涉及到政府采购问题，因为任何国家的政府都要购买各种各样的货物或服务来支持国家机构的正常运行和提高公众的生活水平。据估测，全世界的政府采购金额每年可高达数千亿美元，占世界贸易总额的 10% 以上。^② 由于

① 参见范健主编：《关贸总协定的国际规则与适用惯例》，贵州人民出版社 1994 年 5 月版，第 156 页。

② See www.oecd.org ; or Federico Trionfetti, The Government Procurement Agreement and International Trade: Theory and Empirical Evidence (paper for the WTO, 1997).

政府是各国经济中最大的货物与服务采购者，因此政府采购在各国经济发展中也起着十分重要的作用。一般说来，政府采购在国内生产总值（GDP）中都占有相当大的比例。据统计，欧盟各国政府采购金额约占GDP的14%；^①美国政府在1989～1992年间每年仅用于货物和服务的采购就占26%～27%；^②就是在发展中国家，一般也占GDP的5%～15%左右。例如，在1995年到1996年间，南非中央、省级和地方政府的采购总额占GDP的13%；^③我国2001年的政府采购规模达653.2亿元，占GDP的7%。^④可见，政府作为最大的买主，是国际贸易中的一个重要主体，对国际贸易产生了重大影响。

那么，何谓“政府采购”呢？在明确“政府采购”的概念之前，有必要让我们先来看看什么是采购。

（一）采购的概念及分类

采购是现代工商业管理中的一个术语。对于采购的概念，不同的学者有不同的理解。一般地认为，采购是指采购人或采购实体基于生产、转售、消费等目的，购买商品或劳务的交易行为。^⑤采购同销售一样，都是市场上一种常见的交易行为。而有的学者认为，采购乃是一种技术，是以最低总成本在需要的时间与地点，以最高的效率获得适当数量与品质的物质，并

① Figures compiled by EuroStrategy Consultants, see <http://europa.eu.int>.

② 参阅曹富国：《论政府采购及其管理特征》，载《新华文摘》1998年第9期。

③ See Arrowsmith, Susan L. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, 2000, p. 7.

④ See www.ccp.gov.cn.

⑤ 参见曹富国、何景成编著：《政府采购管理国际规范与实务》，企业管理出版社1998年版，第3页；Arrowsmith, Susan L., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, 2000, p. 1.