

缔约国于《WTO 政府采购协定》之义务及我国因应*

肖北庚

内容提要:以承诺为基础在国内法制中转化适用 GPA 协定是协定加入国的一般义务。过往加入国通常采取符合本国宪政体制和经济竞争实力的承诺、建立或完善以政府采购法为基本法的统一法制体系来践履 GPA 义务。我国在加入 GPA 协定时除遵循一般规律外,还应采取对国有企业是否作为政府采购实体作出恰当承诺、统一政府采购法制、充分利用协定对发展中国家的例外和有关“空置条款”等措施来对接 GPA 协定。

关键词:GPA 协定 缔约国 义务 因应

肖北庚,湖南师范大学法学院教授,博士生导师。

2008 年初,我国正式向世界贸易组织提交了加入《WTO 政府采购协定》(以下简称 GPA 协定)的承诺清单,从法律视角看,这是我国加入 GPA 协定的第一步。接下来,便是如何在谈判中争取到符合我国国情的权利和义务,并在加入后在国内如何执行 GPA 协定的问题,而“国家如何在国内执行国际法的问题,也就是国家履行依国际法承担的义务的问题”。^[1] 由是,如何准确把握 GPA 协定的一般义务,充分利用其例外条款,充分利用过渡期完善政府采购法制,是我们目前应研究的核心问题。尽管过往学界对 GPA 协议有一定的研究,然过于宏观且未见有对其他缔约国履行协定义务的措施之细致分析。为此,从微观视角对 GPA 协定义务所指向的对象进行析理研究,并以此为基础分析过往加入国践履协定义务的策略,进而对我国如何践履 GPA 协定义务提出对策,就成了理论研究回应实践的逻辑必然。

一 国内法中转化适用 GPA 协定:缔约国之一般义务

国际条约是国家间或国家组成的国际组织间订立的在缔约各方之内创设法律权利和义务的契约性规定。^[2] 一般来看,缔约国间订立的国际条约所创设的义务^[3]所指向的对象是各缔约成员方,然缔约成员方却是一个宏观概念,其具体则必然指涉缔约方的国家机构、从事相应行为的当事人和主体,^[4]以及规范和约束相应行为的法律及政策和措施。GPA 协定作为 WTO 诸边协定产生于消除政府采购这一

* 本文为卫生部和国家药监局《加入〈政府采购协定〉对中国医药行业的影响与对策研究》课题成果之一,并为湖南省国际法重点学科所资助。

[1] 周鲮生:《国际法》(上),北京商务印书馆 1976 年版,第 20 页。

[2] 劳特派特:《奥本海国际法》,王铁崖、陈体强译,商务印书馆 1981 年版,第 310 页。

[3] 这里,我们用义务一词来指称权利义务的综合体,是基于国际条约往往采用“一方权利就是他方义务,在具体条款设计时,往往只规定义务”的立法技术。

[4] 如《联合国国际货物销售合同公约》、《保护工业产权巴黎公约》等国际条约之义务所指向的对象是缔约国从事相关活动的当事人,而 WTO 及其法律制度的基本规则之义务所指向的主要是缔约国相关国家机构。

新贸易壁垒形式,其义务所指向的对象定当主要是成员国的有关政府采购的各种措施。

世界贸易组织的根本宗旨在于促进世界贸易最大程度的自由化,改善协调世界贸易运行的国际框架,消除贸易壁垒。规制对贸易起扭曲作用的各种政府行为是其创制法律规范的根本动因。世界贸易组织其前身《关贸总协定》形成之初,高关税和数量限制是国际贸易中的主要壁垒,《关贸总协定》将之纳入规制的范围。随着世界贸易的发展,出口配额和技术壁垒成了新的贸易壁垒,《关贸总协定》也先后将其纳入规制范畴。到了 20 世纪 60 年代,政府采购成为继高关税、数量限制、技术壁垒和出口配额等贸易壁垒后的一个新的贸易壁垒,政府采购市场国际化才成为贸易谈判的话题。而政府采购之所以被认为对自由贸易有负面影响,主要是因为相关国家关于优先购买当地货物和服务的法律、法规、行政程序以及做法。^[5] 当规制政府采购的 GPA 协定产生时,也就必然将其条约义务定位于缔约方有关政府采购的法律、政策、程序等措施。从 1979 年 GPA 协定到 1996 年 GPA 协定再到 2006 年 GPA 协定,都始终遵循此准则。

GPA 协定义务指向缔约国各种政府采购措施,在其宗旨、适用范围、原则、具体制度和相关判例中均有规定,并形成一种从宗旨、原则到制度,甚至为判例所印证的相互融合、协调一致的法律体系或法律框架要求。首先,GPA 协定在此宗旨中明确指出,“认识到有关政府采购的各种措施的制定、采用或实施不应国内供应商、货物、服务提供保护,或对国外供应商、产品、服务造成歧视”,这说明协定形成的动因在于消除或至少是削减对国外供应商、产品、服务造成歧视的有关政府采购的各种措施。由是,协定必然将转入适用作为其规范国际政府采购之核心目标和根本准则,力求为各缔约方国内政府采购法制提供法律框架,其实质是对进入政府采购国际市场及其准人的国内法律规制提出要求。其次,GPA 协定在其第 2 条第 1 款以“适用范围”这一明确规定义务指向对象的表达方式规定:“本协议适用于协议涵盖的所有采购的措施,无论其是否全部或部分采用电子化手段。”这里的“措施”一词是对 1996 年 GPA 协定所规定的“采购法律、规章、程序与做法”的抽象,使 1996 年 GPA 协定列举式条款演变成概括性条款。从立法技术上看,摒弃了过去对政府采购措施进行“类型”列举的思维方式,把政府采购各种具体措施与做法用抽象概念进行编织,使之成为理性的集合,扩大了 GPA 协定义务的适用范围,为缔约国政府采购措施提出了协调统一之要求。尽管“措施”一词作为政府采购各种规范性文件的理性概括,在一定程度上具有模糊性,但结合 GPA 协定第 22 条第 7 款之规定,依然可以窥见到,它主要是指有关政府采购的法律、法规和行政规章以及采购机构适用的规则、程序和惯例。^[6] 再次,GPA 协定所设置的原则和制度也是为缔约国政府采购法制提供法律框架,要求缔约方国内各种政府采购措施符合此种法律框架要求,其核心原则非歧视原则最为典型。GPA 协定第 5 条“普遍原则”规定:“1. 对于本协议涵盖的政府采购的所有措施,各缔约方包括其采购机构,应立即无条件地对其他缔约方和其供应商的货物和服务提供不低于本国,包括本国采购机构的待遇,按照:(a) 国内的货物、服务和供应商;以及(b) 其他缔约方的货物、服务和供应商。2. 对于本协议涵盖的所有措施,缔约方及其采购机构不得:(a) 依据外国联营或所有权的程度而给予以当地设立的供应商的待遇低于给予另一当地设立的供应商的待遇;也不得(b) 依据供应货物或服务的生产国而歧视当地设立的供应商提供的货物和服务。”其实质是要求缔约国在其包括政府采购法律和政策在内的各种政府采购措施中不出现对承诺过的为国内外供应商,或不同的国家和地区的供应商之间而设置差别待遇,为缔约国政府采购法律设计具体规则提出了总体性要求。同时,GPA 协定在最后条款中规定:“各方国内有关本协议的法律法规以及执行上的变化须告知委员会”。这是从动态方面规定一国政府采购法制的变化应依符合 GPA 协定为准则。最后,GPA 协定的有关判例也折射出其义务指向的对象是缔约国的政策和法律。在韩国政府采购案件中,美国对韩国的

[5] 美国一直实施《购买美国产品法》,限制外国供应商(加入 GPA 协定后的非缔约国供应商)进入美国政府采购市场;韩国在加入 GPA 协定以前实施控制进口的政府采购政策;日本在 20 世纪 60 和 70 年代实施歧视外国供应商的政府采购法制。

[6] GPA 协定第 22 条第 7 款规定:“各方须在本协议对其生效之前确保其法律、法规和行政程序以及采购机构适用的规则、程序和惯例符合本协议条款之规定。”

指控就是韩国政府采购法制的招标期限、供应商资格要求、本地合伙要求及没有建立有效的检控程序等规则,^[7]而不是其他。

GPA 协定要求缔约国依据其所提供的以非歧视原则为核心的法律框架为准则,制定相应的法律法规和行政措施来保证其实施,是其对缔约国的一般义务要求。而这种为制止采购歧视做法而设置的法律框架,其实质要求政府采购资源非歧视地在成员国之间分配,它将成员方政府为履行公共职能而消费公共资金的活动强制纳入市场竞争、接受市场竞争规则的支配,限制了成员方政府采购机制中的国家行政权。从国际法视角看,实际上也就限制了国家主权。如此严格的法律框架势必会使成员国因各种顾虑而裹足不前。^[8]“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国家主权的担忧。”^[9]同时,要求缔约国政府采购法制服从 GPA 协定非歧视法律框架的一般义务,也未考虑缔约方在经济、财政、贸易和政府采购市场发育程度等方面的差异性,势必会影响那些政府采购市场发育缓慢和经济科技发展相对落后的国家加入 GPA 协定的积极性,进而徘徊在 GPA 协定之外。^[10]为缓解各国经济发展和政府采购市场发展不平衡可能带来的差序格局对加入 GPA 协定积极性和动力的消极影响,以及消除加入 GPA 协定对国家主权影响的顾虑,GPA 协定既沿袭了世贸组织的惯用做法——规定适用例外,又创新了 GATT 关税减让谈判方式——规制了适用范围取决于缔约国承诺的制度,排除协定对成员方政府采购法制适用范围的普遍性,而将其适用范围具体限定在缔约国加入时的承诺基础上。

在适用例外方面,GPA 协定沿袭了世贸组织规定安全例外和一般例外的尊重国家主权对公共利益和安全事项处理的惯常做法,允许将涉及公共秩序、安全、生命与健康、知识产权、慈善、劳教和服务采购等政府采购,以及涉及国家安全和国防需要的政府采购排除在协议适用范围之外。对发展中国家还规定了特别适用例外,以提高其参加协定的积极性。尤其值得注意的是,GPA 协定的例外规定还呈不断扩展的趋势。2006 年 GPA 协定除了对 1996 年 GPA 协定第 23 条和第 5 条分别以第 3 条、第 4 条进行肯定外,还在第 2 条第 3 款增加了一些涉及政府债券、公共雇佣合同和国际援助等方面的例外。这些适用例外排除了 GPA 协定的普遍约束力,为成员国制定政府采购措施以履行条约义务留下了空间。

例外规定是 WTO 尊重缔约国主权的通例,而承诺制度则是 GPA 协定对 WTO 一般做法的创新。GPA 协定第 2 条第 2 款规定本协定涵盖的采购实体和范围由缔约国在附录 1 中列明,附录 1 所要列明的主体主要包括中央政府采购机构、次中央政府采购机构、其他政府采购机构、服务和建筑服务等,并且明确规定附录 1 还包括列明适用于该缔约方附件的总注释。可见 GPA 协定为加入国提供了谈判的承诺框架,允许成员方之间通过谈判确认政府采购实体、产品和服务清单。而谈判是双边的,不同的谈判可以确定不同的承诺范围,同时对承诺的采购实体还要受门槛价的限制,这使得参加方的国内法制在履行 GPA 协定时完全可以有自己的表现。

二 过往 GPA 协定成员国践履其一般义务的策略

GPA 协定所规范的是缔约方的相关法律、法规、程序和做法,具体到哪些法律、法规或做法应遵循 GPA 协定规范,主要取决于相关缔约方承诺,这是 GPA 协定对缔约国的一般性义务要求。过往加入 GPA 协定的缔约国通常根据本国宪政体制和经济竞争实力,并合理利用条约权利承诺 GPA 协定适用的采购实体、对象和范围,且以此为基础建立以基本法与实施细则相结合的政府采购法律体系来践履 GPA 协定的一般义务。

承诺是加入国转入适用 GPA 协定的基础,协定亦规制了承诺的具体法律框架。过往加入国通常以

[7] 汤树海、尹立主编:《以案说法 WTO 篇》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 339 页。

[8] 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2002 年版,第 159 页。

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

[10] 王贵国:《世界贸易组织法》,法律出版社 2003 年版,第 598 - 600 页。

此框架为基础,根据本国宪政体制总括性地确定政府采购实体范围。政府采购实体主要是使用公用资金和从事公共职能的国家机关,这些机关的性质和地位通常由各国宪法和组织法规定,这决定缔约国在加入 GPA 协定谈判时必须以宪政体制作为承诺具体采购实体的首要考虑因素。加之 GPA 协定未使用统一具体的标准来规范加入国到底应将哪些采购实体列入加入清单附录 1 中,成员国从本国宪政体制出发决定其提交协议附录 1 中的采购实体也并不背离协定要求。美国在加入 GPA 协定时就遵此例。美国是联邦制国家,各州在经济、贸易等方面享有极大的自主权,其承诺清单就没有将各州作为地方政府做一般性和普遍性的承诺,而是依据各州自己的意愿进行个别承诺。^[11] 新加坡在其承诺中也是依据其宪法和组织法没有地方政府这一规定,在附件 2 中明确指出新加坡没有任何地方政府。韩国在其提交的附件 6 总注释中清楚指出中央政府采购实体的“附属机构”是指个别职级,也是依其宪政体制做出的。^[12]

确定采购实体上各加入国总体循宪政体制,而在确立地方政府采购实体门槛标准上各缔约国则从经济竞争力出发。GPA 协定对每一缔约方中央采购实体政府采购合同的最低限额作了具体要求,而地方采购实体的采购限额由缔约方自主承诺。尽管在谈判中已经形成惯例,但不少加入国仍从本国经济竞争力出发,通过成本—效益分析确定符合本国利益的地方政府采购实体的最低限额。依惯例,地方采购实体的货物或服务采购合同价值超过 20 万特别提款权者,以及建筑服务合同超过 500 万特别提款权者受政府采购协定规范。而美国和加拿大这样的发达国家对地方采购实体的货物和服务合同的最低限额却承诺为 35.5 万特别提款权,日本和韩国对地方采购实体的建筑服务合同最低限额标准则高达 1,500 万特别提款权,他们所依据的标准就是本国经济竞争力。^[13]

在具体承诺过程中,各缔约国通常采取慎重态度。这种慎重态度既表现在承诺方式上,也体现在对对方的承诺审查上,更体现在承诺的全过程。

就慎重核实对方承诺内容而言,由于承诺是缔约双方谈判约定具体适用条件,依《维也纳公约》基本原则,缔约国谈判时负有慎重审查对方所作承诺之义务,否则将承担因不谨慎核实对方内容所负的责任。《维也纳公约》第 48 条规定,“一个国家可基于对条约的事实或情况的误解而使其同意遵守该条约的行为无效,若该国家因其自己的行为而造成误解,或其他环境因素证明该国家应知道存在误解的可能性,则第一款不适用”。《维也纳公约》作为国际条约基本法当然对缔约国加入 GPA 协定的相关行为有效,过往 GPA 加入方深谙这一基本法理,通常慎重审查对方承诺内容,以免产生不必要的误解。美国和欧盟就韩国加入 GPA 协定的承诺对韩国进行过询问,要求其附录 1 中表达模糊的“附属机构”进行明确答复,就是此方面的典型例证。

承诺不仅是静态的清单,也是动态过程。作为一个过程,缔约方加入 GPA 协定谈判时相互提出的问题和解答都有可能构成承诺的内容,WTO 争端解决机构在审理美国诉韩国政府采购一案中也曾对此给予肯定。^[14] 过往 GPA 协定加入方通常深思熟虑提问,并认真考虑慎重解答所有缔约方提出的任何问题,另一方面,对自己无须明确回答的问题则不予回答。韩国在 1993 年 11 月加入 GPA 协定谈判时对欧盟询问的有关韩国国际机场的建设是否属于其承诺范围就未给出任何答复。

承诺作为过程通常也呈过程性,即可分步骤进行。由于 GPA 协定可能因对成员国政府采购权的影响而对本国公共资金使用方式造成限制,各国在承诺政府采购实体上通常是分步走,以低起点标准确立承诺范围,然后在此基础上进行谈判,逐步放宽或不放宽采购实体范围,“正像谈判关税对等减让那样,估计一次谈判不行,要经过多次在对等基础上逐步将实体扩大到应有的数目”。^[15] 美国在加入 GPA 协定时最初仅承诺将联邦和 24 个州政府的政府采购纳入多边体制,且 24 个州政府也只是其部分政府采

[11] Robert S. Rangl: *Laws Relating to Federal Procurement*, U. S Government Printing Office Washington, 2003.

[12] 王贵国:《世界贸易组织法》,法律出版社 2003 年版,第 584 页。

[13] *The Uruguay Round Agreements Act: Statement of Administrative Action, Agreement on Government Procurement*, p. 10390.

[14] 韩国政府采购案,第 7.73 - 7.83 段。

[15] 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林大学出版社 2002 年版,第 159 页。

购实体并非全面采购实体受协议约束。谈判中遭到欧盟的强烈反对后,美国才将联邦和 37 个州政府的采购纳入多边制度中。^[16] 韩国在 1990 年首次提出适用 GPA 协定的中央政府采购实体为 35 个,随着谈判开展,1991 年 2 月向东京回合《政府采购协定》提交的适用 GPA 协定的中央采购实体方增至为 43 个,并提交了关于加入 GPA 协定的补充解释。^[17]

最后就谈判方式而言,各缔约方可利用 GPA 协定规定的双边谈判方式确定非最惠国待遇的承诺清单。GPA 协定所规定的承诺不是总体性的,而是与 GPA 协定有关的谈判双方所做的具体承诺,因国别不同而有所差异。已经加入 GPA 协定的缔约国以往常常采取以双边形式与其他成员方展开谈判,并根据本国与谈判中的另一方的具体情况商定的具体承诺内容,给不同成员方不同的政府采购待遇。美国对韩国、日本、加拿大的承诺内容就不一致。^[18] 韩国在加入 GPA 协定时也对欧盟、奥地利、挪威、瑞典、美国、瑞士、芬兰实行互惠开放政府采购政策,其他缔约方则不享受此待遇。

在加入 GPA 协定时,各成员方通常慎重承诺以确立符合本国利益的适用范围,加入后成员国则确立基本法与具体实施细则相结合的政府采购法律体系来践履建立在承诺基础上的一般性义务。

缔约国国内法制转化适用 GPA 协定属一般性义务,它要求缔约国总体性的法律体系或法律框架不与自己承诺过的义务相悖离。而作为总体性和法律体系意义上的缔约国政府采购法律与 GPA 协定协调一致,它不是对 GPA 协定的翻版,也不是对 GPA 协定的全面肯定,而是指政府采购的国内法秩序与国际法秩序和谐存在。其实,除承诺和适用例外以外,GPA 协定自身的立法技术瑕疵为缔约国转化适用留有宽广的自主决定空间。承诺和适用例外不仅总体性地为缔约国法律规制政府采购准入保护规则提供了可能,缔约国完全可对承诺清单以外的其他政府采购实体、部门和地方政府采购制定自主采购措施;而且其双边谈判方式也为不规定最惠国待遇提供了条约支持,缔约国亦可以根据供应商国别采取不同的政府采购措施。另外,GPA 协定作为 WTO 诸边协定中生效较迟的协定,本身在立法上存在诸多瑕疵,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缺乏具体内容,使条款空置,就是显例。这些“空置条款”也为成员方确立各自特殊的政府采购合同适用幅度和范围留下了法律空间。事实上,各缔约国通常在承诺基础上充分运用 GPA 协定的例外条款和漏洞来转化适用 GPA 协定,使协定框架支配的本国政府采购法制在服从本国利益和公共政策前提下对接协定。1998 年,欧盟在加入 GPA 协定后,仍敦促其成员利用采购权实现社会价值目标,只要其不违反限制性规定。^[19] 欧盟对待 GPA 协定的此种态度恰恰印证了缔约国转化适用协定仅为总体性要求。

法律体系意义上的政府采购国内法秩序与国际法秩序和谐存在,仅具有指示性意义。具体来说,在宏观上要落实到一国政府采购法的性质与定位;在微观上必然涉及法律体系的具体构建。将政府采购法制宏观定性为以供应商利益为主导的贸易法与竞争法以保持与 GPA 协定一致,成为过往缔约国履行义务的国内法立法指导思想。从政府采购法制演进历史来看,它经历了从宏观调控法到贸易竞争法的转变,^[20] GPA 协定作为衍生于促进贸易自由化的 WTO 诸边协定之一,其核心精神不是要求各成员方应制定政府采购法,事实上多数成员方在加入前已有了政府采购立法;而是要求各成员方政府采购合同授予规范要尊重“商业考虑”,以价格和质量而非其他非商业标准作为合同授予的准则。其实质是要求打破政府采购中行政权对竞争机制的屏蔽,形成保障供应商充分竞争和信息公开的机制,其法律性质趋于贸易与竞争法。以往缔约国在加入 GPA 协定时,首先从立法指导思想上将本国政府采购法定位于竞争法进而与其保持一致,如美国在加入 GPA 协定后就依竞争法性质完善与健全政府采购法制,对《购买美国产品法》中的“应当采购本国货物、工程和服务”的法定情形进行修改。且相关贸易法制规定:政府

[16] Charles Tiefer: *Theory and Practice: GPA of World Trade Organization*, *University of Baltimore Law Review*, 1997. 26, p. 31.

[17] 王贵国:《世界贸易组织法》,法律出版社 2003 年版,第 584 页。

[18] 参见美国加入 GPA 协定时所提交的附录 1 之附件 6, Robert S. Rangl: *Laws Relating to Federal Procurement*, U. S Government Printing Office Washington, 2003.

[19] Commission Communication, *Public Procurement in the European Union*, XV/5500/98 - EU, Brussels, 11 March 1998.

[20] 盛杰民、吴韬:“多边化趋势——WTO《政府采购协议》与我国政府采购立法”,载《国际贸易》2001 年第 4 期。

采购不向没有签署 GPA 协定的国家完全开放,政府采购市场对 GPA 协定其他成员方对等开放。1994 年和 1996 年,美国通过了《联邦简化程序法》和《克林格—科恩法》两部法律,用“有效竞争标准”取代过去严格的“完全公开竞争标准”,从而形成更加科学的竞争机制,^[21] 彰显政府采购法的竞争法性质。

政府采购法的宏观定位对转化适用 GPA 协定具有导向作用,而这种导向作用的现实化、具体化却离不开一定与法律宏观定位相适应的法律体系之构建。法律体系体现为在高位阶法律规范的统摄下门类齐全、结构严谨、层次分明、内容协调的法律格局,并在微观上表现为不同法律规范之间在效力上具有时间的继起性和空间的并存性,即各法律规范相互联结成一个错落有致的整体。^[22] 错落有致的法律格局应由高位阶法律规范——基本法统摄属法律体系的核心要求,过往缔约国依据 GPA 协定仅将招投标作为政府采购的一种方式纳入其规范体系的精神,建立以政府采购法为基本法、招投标为采购方式的法律体系。如美国以《联邦采购法》、瑞士以《联邦国家购买法》、韩国以《政府作为采购合同一方当事人的法令》为基本法,并在基本法或者具体实施细则中規制招投标方式和程序,均不对招投标进行单独立法。法律体系不仅需要基本法为统摄,而且离不开具体法律制度和规范为核心内容,并需要辅之以低位阶的法律——实施细则和办法来增强其可操作性。在具体原则和制度上,缔约国法制通常转化 GPA 协定的非歧视原则和协定最具特色的供应商救济制度——质疑程序。依非歧视原则为本国法律的核心原则,并在此原则指导下构建具体制度,已成了缔约国转化适用 GPA 协定的通例;对救济制度予以特别的对接也是加入国的惯常做法。如日本为对接 GPA 协定救济制度,1995 年颁布相关法律成立政府采购审查办公室和政府采购审查局,分别处理政府采购中的质疑工作。基本原则和制度是基本法的核心,而作为体系通常辅之以各种实施细则以增强法律的操作性。由是,缔约国在制定基本法的同时,常常辅之以实施细则。韩国政府在 1995 年颁布了《政府作为采购合同一方当事人的法令》之政府采购基本法后,不仅制定了与该法配套的实施细则,同时还制定了《招标采购法细则》、《标底指定的程序与方法》等具体操作准则。美国的政府采购法也包括由基本法、基本程序法、相关实施细则和国内其他相关法律构成的完善的政府采购法律体系。同时“法的同一是以在若干法律秩序中导入相同内容法律规范为目的的、有意识的过程”,^[23] 各缔约国建立或完善与 GPA 协定和谐共生的法律体系也不是一蹴而就的,通常是一个不断完善的过程。韩国直到 2005 年还在修订其《中小企业振兴和产品购买促进法》,以使其政府扶植中小企业自主创新的政府采购政策符合 GPA 协定要求,可视为显例。

三 我国因应

过往缔约国履行 GPA 协定义务的一些惯常措施具有一定的普适性,值得我国在加入时借鉴。然而我国加入 GPA 协定的发展中国家身份和社会主义国家宪政体制决定我们势必要面临许多特殊问题,明白这些特殊问题所在并对其采取相应立场,是我国国内法制转化适用 GPA 协定时必须研究和解决的更为重要的问题。

首先,我国社会主义宪政体制决定加入 GPA 协定时应对国有企业是否纳入承诺清单作出充分利用协定权利的承诺。我国宪法规定:国有经济在国民生活中占主导地位,是社会主义经济的命脉。同时,我国全民所有制企业法对企业的经营自主权做了较为全面的规定,我国《政府采购法》未将国有企业纳入其规制范畴。然我国加入 WTO 时,成员国就关注到了此问题:“考虑到中国国有和国家投资企业在中国经济中所发挥的作用,一些工作组成员对此类企业在有关货物和服务的购买和销售的决定和活动方面继续受到政府影响和指导表示关注。”^[24] 同时,我国政府采购法律体系中,现行两部主要法律对这

[21] 宋雅琴:“美国联邦采购改革述评——新公共管理模式的适用与反思”,载《中国政府采购》2007 年第 5 期。

[22] 李龙、汪习根:“国际法与国内法关系的法理学思考——兼论国家关于这一问题的观点”,载《现代法学》2007 年第 1 期。

[23] [日]大木雅夫:《比较法》,法律出版社 1999 年版,第 78 页。

[24] 参见《中国政府加入 WTO 工作组报告》第二部分。

一问题立场也不一致。《政府采购法》第 2 条只确认了国家机关、事业单位和团体组织三类采购主体；而《招标投标法》第 3 条却规定：“全部或者部分使用国有资金或者国家融资的项目，都必须进行招标采购”，根据此规定，国有企业在建设全部或部分使用国有资金或者国家融资的项目时，应受《招标投标法》规制，成了政府采购法制主体。再者，国际社会政府采购法制以公共职能确认政府采购主体的标准，也依然会将部分国有企业纳入政府采购法制的范畴。更为重要的是，过往协定加入国均有此方面承诺。欧盟在加入 GPA 协定时，就专门修改过《公用事业采购指令》，将部分公用事业纳入政府采购规制范畴。^[25] 美国在加入 GPA 协定时，也承诺将国家与社会服务公司、铀矿公司、联邦存款保险公司等具有国有性质的企业以及部分州的州立大学纳入 GPA 协定的适用范围。韩国和新加坡在加入协定的附件 3 中对国有企业有详尽清单。为此，总体上来看，我国在加入 GPA 协定时，应将具有从事公共职能的部分公用事业单位纳入承诺范围，并作出合理使用条约权利的国内法设计。在具体确认哪些国有企业应作为承诺对象时，需综合考虑下述因素：第一，企业本身的性质，也即它们是纯营利性的企业组织还是承担一定公共职能的公共服务组织，如果是纯营利性的法人组织应充分考虑其经营自主权，对其不予承诺。第二，考虑该企业与政府的关系是否受政府控制。GPA 协定对哪些实体应作为协定签署方承诺的对象，并未规定统一标准，但它巧妙地规定了排除列入附录 1 实体的反向方法，提出了“政府对实体的控制或影响”标准，^[26] 一般来看，此标准仅要求将受政府控制的国有企业纳入承诺考虑范围。当然，这里“控制”一词过于抽象，且有多重理解，依据有关法律精神，“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，客观上为加入国预留了自主解释的空间。更为重要的是，WTO 争端解决机构在处理有关政府采购案件时，还将“控制”与“监管”区别开来，进一步为缔约国提供灵活确定采购实体的自主空间。我国应充分把握此空间，并利用当前行政体制改革的大好时机，在整个社会主义法律体系中，尤其是在公司法和企业法中贯彻政企分开原则，尽量减少“控制”字眼，将政府控制的企业缩小到最小范围。第三，对欧盟和美国加入 GPA 协定时在这方面所采用的准则准确把握并加以运用。欧盟在加入 GPA 协定时就未将政府所有的电信公司纳入 GPA 协定承诺范畴，美国也只将极小部分州控企业列入附录 3 的采购实体中，他们这样定当循了某种标准，对这些标准应当有清楚把握，并为我国所用。

其次，加入 GPA 协定发展中国家身份决定我国可以利用发展中国家例外。GPA 协定第 4 条以“发展中国家”为标题规定了对发展中国家的特殊优惠，其条文多达 10 余款，不过有实际意义的主要是第 1 款和第 8 款，其内容涵盖缔约方应对发展中国家和最不发达国家的发展、财政、贸易需求和环境给予特别的考虑；缔约方对发展中国家技术合作、与加入相关的能力建设和协议执行的请求应给予充分的考虑。这意味着，以发展中国家身份加入该协议者，可享受根据本国经济、财经、贸易情形就采购实体、产品、服务等清单进行谈判并确认均可接受的承诺范围；发展中国家的成员方也可以要求非发展中国家缔约方在技术合作及与加入相关的能力建设等方面给予考虑。然透过条款文字表达，可看到其用词过于抽象、概括和模糊，并且均用给予“考虑”的词汇表述，使条款内容具有明显的非强制性，可见其给予发展中国家的这种特殊优惠待遇并非自动享有，需要参与协议的发展中国家根据本国的经济和政府采购竞争实力将“经济、财政、贸易”等抽象语词具体化，作出特殊安排，进而在谈判时确定符合本国经济现状的政府采购准入体系的具体次序与标准。就我国而言，加入 GPA 协定的最终承诺清单应建立在对我国经济、财政、贸易进行全面分析和总体把握基础上，具体来说，依据我国经济竞争实力，在承诺时应对依赖政府采购的企业、财经支持的产业、影响贸易平衡的行业给予特别安排。事实上，去年财政部就加入 GPA 协定承诺清单依据行业分别组成了十余个课题组进行研究，并在汇总相关研究成果基础上提出

[25] 欧盟各成员国从事公用事业的主体复杂，有国营的，也有不属于政府经营的私人公司。这里只是从公用事业经营主体由国家这个视角来说明欧盟将部分公用事业纳入了 GPA 协定适用范围。

[26] GPA 协定第 23 条规定：当政府对某机构相关采购的控制和影响已经得到有效的消除，缔约方行使其权利提议在附录 1 中撤销该机构时，应当通知委员会。

了初步承诺清单。但必须注意,这不是最终清单,我国应随着谈判的发展,调整清单范围和政府采购市场开放次序,进而以此为基础确立符合 GPA 协定要求的政府采购法律体系。

再次,《政府采购法》与《招标投标法》两法并行的法制现状要求必须统一政府采购立法。GPA 协定要求各缔约国采取统一的法律体系来履行其义务,法律体系统一不是抽象的统一,它既可以是单个规范之间的一致,也可以是由个体规范组成的规范群的调适,还可以是规范性法律文件间的妥协,而绝不是“法律体系”、“法律秩序”乃至抽象的“法”意义上的协调一致。^[27] 我国现行政府采购法律体系中,《政府采购法》与《招标投标法》并行,而且两部法律在适用范围、政府采购信息公布媒体、废标标准、监管机制等方面都存在不一致和不协调。这说明我国缺乏协调一致、统一的政府采购法律体系。2005 年财政部败诉案,已从实践视角彰显了这一点。^[28] 我国在加入 GPA 协定时,如何解决两法并存进而形成统一的法律体系是其他缔约国所不具有的特殊问题,必须认真研究,探讨解决方法。总体来看,其解决方法应为:首先将政府采购法制宏观定位于消除贸易壁垒的竞争法。政府采购法制之所以出现两法并存,主要缘于我国政府采购立法为实践所被动推动,当建设工程领域里出现严重质量问题,为确保招标项目质量制定了《招标投标法》;2002 年推行集中采购四年后,集中采购所出现的问题,尤其是加入 WTO 承诺开放政府采购市场又推动了《政府采购法》的出台。这种由实践推动的政府采购法制建设很少从理论上对法律性质思考,从而在立法模式上未对采购方式只是一种促进有效竞争的手段这一因素进行充分考量,造成两法并存;在具体制度上对购买本国产品规定过于简单,对公共政策功能缺乏详尽规范,宏观调控法性质十分明显。这样,政府采购法制要转化适用 GPA 协定首要的是将其性质定位于竞争法。其次,遵循 GPA 协定的内在精神确定政府采购基本法。GPA 协定的竞争法性质决定其调整对象是政府采购,而公开招标、邀请招标和限制性招标仅为促进有效竞争的手段,属政府采购规制的基本内容之一,不能以统摄其他政府采购行为的高位阶法律规范体现。事实上,已经加入 GPA 协定的所有成员国都未将招标投标方式视为统摄政府采购的高位阶法律规范而进行单独立法。由是,我国应确定《政府采购法》为基本法,将《招标投标法》纳入《政府采购法》中。当然,两法的统一也仅仅是基本法层面之视角,基本法确定后还应完善或制定相关实施细则和具体操作办法,并以基本法为准则对现行法律体系中的地方法规和规章进行审视,依基本法的原则和精神促使整个政府采购法制不同功能的规范耦合完整,形成一个由《政府采购法》为基本法并在其统摄下法源多样、功能完整、内容协调的统一体系。

[Abstract] It is a general obligation of signatory state to apply GPA in national law system through transformation based on commitment. In the past, signatory states, to perform their GPA obligations, usually adopt commitments that conform to their domestic constitutional system and economic competition strength, and establish or improve a unified legal system with government procurement law as the fundamental law. China, in joining GPA, should, in addition to observing this general rule, also adopt uniform law on government procurement and make full use of the exceptions and the “empty place item” for the developing country in GPA.

(责任编辑:黄 列)

[27] 肖北庚:《政府采购之国际规制》,法律出版社 2004 年版,第 248 页。

[28] 王家林:“对财政部败诉案的剖析”,载《中国政府采购》2007 年第 4 期。