

《政府采购协议》的非歧视原则及其适用例外

任 际*

内容提要:《政府采购协议》(GPA)与WTO中其他的一揽子协定不同,对参加方安排了另行谈判的机会并规定了特殊的非歧视原则。该条约目前尚没有对专业性很强的政府采购技术性标准确定全面的规范,特殊适用例外也十分明显。这种特殊性为我国政府提供了谈判的空间,有必要从国际法角度务实地研究它们。

关键词:政府采购协议 非歧视原则

当前,我国面临着尽快加入WTO《政府采购协议》(英文简称GPA,本文以下简称《协议》)的谈判问题。我国加入WTO谈判时在2001年《加入工作组报告》中对于加入GPA有两个承诺,一是中国表示愿意成为GPA的参加方,二是在加入WTO之日起成为GPA的观察员且尽快(中国承诺的“尽快”基本是以当时对方提出的两年内为前提)移交附录1,开始加入该协定的谈判。由于我国已承诺将最终开放本国的政府采购市场,并且最终加入世界贸易组织的《协议》,所以现在国际社会,特别是发达国家对我国开放政府采购市场的要求已经非常明显。2002年我国颁布了《政府采购法》,初步实现政府采购市场的法律化,但该法律及其一些相关法规对进入政府采购国际市场及准入的法律规制尚未建立健全。国内研究该协议与中国政府采购关系的许多观点将《协议》直接定位为已经实现了自由化的协议,强调尽快加入《协议》、开放我国政府采购市场,尽快实现在我国的国际政府采购自由化。^[1]而理论上对于涉及《协议》的条约例外适用条款、把握我国谈判的有利地位,尚缺乏专门研究。

加入《协议》意味着履行条约义务,同时意味着作为成员方应当有较为健全的政府采购法律体系。而为了建立这种法律体系就需要在政府采购的立法过程中充分考虑该《协议》,因而对其核心原则即非歧视原则及其例外适用的内容必须予以重点研究,这是具有重大理论意义与现实意义的课题。对

* 辽宁大学法学院教授。

[1] 有观点强调:“加入《政府采购协定》不但将使我国市场能够完整地对外开放,而且将极大地促进国内政府采购制度的完善和行政改革的发展。”见于安:《加入〈政府采购协定〉对我国国内制度的影响》,《法学》2005年第6期。

此本文试作一粗浅研究,以期为我国迫在眉睫的针对《协议》的谈判,提供一种平衡条约义务与适用例外的法律视角。

一、《政府采购协议》中的非歧视原则

经济全球化促进政府采购市场开放,逐渐形成政府采购的多边化和国际化,^[2]在20世纪80年代被纳入多边谈判范围的GATT东京回合期内,直至WTO对《协议》的确定,原来属于“纯粹”的国内法问题,开始具有国际法意义。就其效力而言,《协议》作为世界贸易协定的特殊附属性协议(也称复边协议),是关于政府采购最重要的国际法文件。^[3]

《协议》的特殊性在于它不等同于WTO的其他一揽子协议,不属于那种一旦加入WTO,其他协议随之生效的范畴。它的特殊性主要在于它为参加方另行提供了条约谈判的机会,并只在签字成员之间生效;它要求成员方在此种谈判承诺条件下开放政府采购市场,这就直接导致了《协议》奉行的非歧视原则不具备WTO要求的最惠国原则内容。从本质上看,《协议》的非歧视原则反映的是国际法提倡互惠发展国际经济关系的基本原则。

非歧视原则在《协议》中占据非常重要的地位。^[4]《协议》的内容全面贯彻了这一原则,专设条款具体确立了有关政府采购非歧视内容的法律、程序及做法,这主要表现在第3条之中。该条规定:“每个签约方应立即地和无条件地向其他签约各方的产品、服务和供应人提供不低于:(a)向国内的产品、服务和供应者提供的待遇;(b)向任何其他签约方的产品、服务和供应人提供的待遇。”^[5]该条并要求参加方对协议的附录1谈判具体承诺义务。

分析以上内容不难看出《协议》的非歧视原则主要是希望实现两大目的:一是不在外国产品或供应商之间实行歧视,二是不在外国产品或供应商与本国产品或供应商之间实行歧视。从而《协议》所确定的非歧视原则含义应当表述为,它是成员方通过谈判对本协议文本内容各自承诺不同的具体实施规范,从而要求成员方在其政府采购政策与法律中不出现对承诺过的基于为国内外供应商,或不同的国家或地区的供应商之间而设置的待遇差别。这种非歧视原则表现出国民待遇的非歧视要求在该协议的谈判承诺范围之外并没有普遍的约束力,充分反映出国际法提倡互惠发展国际经济关系的精神。

可以看出,《协议》的非歧视基本原则的实施在于要求成员方的本国法确立对外国产品或外国供应商的公正法律地位,体现出具体实施含有国民待遇内容的准入制度,原则上禁止或限制一国实行政府采购的准入“歧视”,从而促使政府从事采购时,以商业考虑为基础,以保证更为充分的国际采购竞争。这一点还可以从《协议》的其他条款看出。如《协议》第13条第4款(B)项规定:除非某一实体为公共利益而决定不签订合同,否则该实体应将合同授予已确定完全有能力执行合同的投标人,且其投标书无论对于国内产品或服务,或是对其他参加方的产品或服务,均为价格最低的投标书、或依具体评标得出的最优的投标书。因而,《协议》的非歧视原则也意味着限制了成员方一定的政府采购范围和幅度,使政府在安排其公共职能而涉及采购商品、服务、工程等活动时受一定限制。

[2] 1980年,一些工业化国家利用《关税与贸易总协定》(GATT)的东京回合谈判制定了《政府采购协议》,以后WTO的乌拉圭回合又对《协议》进行了重新谈判和修改。现因主要发达国家和一些发展中国家的加入而成为政府采购法律逐渐向多边化演变的重要的国际法制度。

[3] 国际社会,不同的国际组织分别制定了各自关于政府采购的规则。主要有:WTO的政府采购协议、联合国国际贸易委员会的采购示范法、世界银行的贷款采购指南、欧洲联盟的采购指令等。而WTO政府采购协议最有法律影响。

[4] 该协议的自由化基础主要包含了三项基本原则,即非歧视原则、透明度原则、发展中国家优惠待遇原则。非歧视原则是GPA的核心原则,后两个原则是非歧视原则的体现和保障。

[5] 转引自赵维田:《世界贸易组织(WTO)法律制度》,吉林人民出版社2000年版,第156页。

在 WTO 的基本原则中,最惠国原则是一个很重要的原则,而《协议》的非歧视原则却与最惠国原则有着不同的法律特质。《协议》虽然是 WTO 的附属协议,但是由于政府采购的特殊意义,它在现阶段全面确定最惠国标准是相当困难的。虽然国内外(特别是经济发达国家)也有观点认为《协议》应当尽早实现 WTO 要求的最惠国待遇原则,但由于政府采购事实上反映着国家行政权,采购活动的最终目的通常不仅仅具有商业性,因此很难实施最惠国原则。与 WTO 非歧视原则要求最惠国待遇相比较,《协议》的非歧视原则在实施上有极大差异,它不是通过最惠国待遇实现,而是通过国民待遇实现非歧视原则,这就使非歧视原则具有了法律地位的独特性。

《协议》不采用最惠国待遇的直接表现就是它规定了参加方对政府采购应作出具体承诺。《协议》第 1 条第 1 款规定:本协议适用于有关本协议包括的实体所从事的任何采购的法律、法规、程序或做法,本协议所包括的实体在附录 1 中列明。因而《协议》实现非歧视待遇的具体方式,政府采购的实体、具体适用对象、范围,可以取决于成员方的各自承诺。通过谈判,可以达到以下目的:每一个参加方完全可以根据本国的具体采购状况谈判具体的承诺条件,不同的谈判可以确定不同成员方各自的政府采购待遇原则,形成一种在政府采购协议内,各成员方可因分别谈判的承诺不同而各自分享政府采购资源的局面。这与加入了 WTO 协议即意味着承认了其他一揽子协议完全不同,也与 WTO 的最惠国待遇不同,在最惠国待遇的条件下可以使谈判的利益共享。

《协议》的非歧视原则使得许多具体承诺内容没有普遍的约束力,成员方针对协议框架的内容各自不同的谈判承诺才是具体约束的规范。可以认为,《协议》只是为开放政府采购创设了一个谈判的非歧视原则和协调的场所,并提供承诺的条约框架。

这种法律特性主要来自于各国的政府采购国内法制度的巨大差异对政府采购国际化的影响。无论发达国家或发展中国家,无论其是否加入《协议》,针对政府采购准入设法保护本国经济是不争的事实,这是合理的。《协议》在成员国之间分配政府采购资源,目的在于政府采购的国际化。但这种国际化还不能否定政府行政管理权的存在,也不能否定国家经济交往的根本原则——互惠互利原则。一国的政府采购开放应遵守这一国家间的行为准则,尽可能实现各国政府采购适用法的平等。具体说,任何成员方都不能要求另一个成员方仅仅履行义务。但这仅是问题的一方面,另一方面在于无论发达国家或是发展中国家都应清醒认识,政府采购待遇制度的对等性仍然不应绝对化。因此,与此含义直接相关的一个重要问题是:各个国家经济发展的不平衡,“《政府采购协议》对资本和技术密集型产品和服务具有优势的成员有利,发展中国家的企业由于缺乏竞争力难以在发达国家的政府采购市场中中标,而其在占有优势的劳动密集型产品和服务领域政府采购的金额相对来说又很少”。〔6〕经济实力的差异也会打破法律形式要求的对等的平衡。〔7〕《协议》不得不为了体现对等,排除了最惠国原则,在这种前提下,需要参加方为不同的利益进行针对性的谈判承诺。对于分别谈判的参加方而言,应当判断参与政府采购国际竞争的能力、把握本国政府采购市场开放的时机以及本国法的准备程度。

政府采购既是经济行为又是行政行为。《协议》是以条约为形式规范各国政府采购行为,所针对的是涉及行政权的各国政府采购市场,其现阶段所规范的开放形式和内容不能简单等同于普通贸易的自由化要求。它更多的是主张分配采购份额,针对通常条件下成员方的政府采购准入限制,提倡政府采购市场的开放。加入该协定也意味着调整一国政府采购进口范围、规模、数额,使得本国制约政府采购的行政职权减弱,一些宏观经济政策可能受到限制。非歧视原则的确立和实施实际上还是限制了成员方的国家行政权,确切地说,是限制了成员方政府的部分采购行政权。这是《协议》非歧视原则的另一个重要法律立场。

〔6〕 师华:《WTO 规则及中国法律的完善》,同济大学出版社 2004 年版。

〔7〕 在一些国际条约中规定的权利和义务,在形式上对所有当事国都是平等的,但只有那些经济、军事、科技强大的国家才能享有这些权利。参见王献枢主编:《国际法》,中国政法大学出版社 2002 年版。所以形式平等对许多国家是不利的。

《协议》的非歧视要求使成员方政府已不能从容坚持单纯的政府采购壁垒方式以直接满足本国行业和企业发展的经济目标,也不能完全采取对国外产品或者供应商进入的歧视政策或手段、包括在国内立法中地制定含有排斥外国产品或供应商内容的法律法规。

在这种情况下,相当多的国家基于对本国行政采购权限制的影响、或出于照顾本国企业的考虑,都可能怀疑该协议的基本立场。这也是一些国家选择了世界贸易协定(WTO),却保留了签订《协议》的原因。现实中,许多发展中国家并不主动接近《协议》,其原因一方面是发展中国家经济实力与发达国家不同,在采购项目和内容方面缺乏竞争力,故需要保护;另一方面在于发展中国家对于《协议》涉及到的国家行政采购权力而相当戒备。^[8]英美一些学者也注意到这一现象,Carrier 在其著作中认为,政府采购权是国家主权的范围,犹豫不决、或者不签订 GPA 的主要原因是出自对让渡国家主权的担忧。^[9]

《协议》的非歧视原则对政府此类行政管理权发生了一些限制,使国家的一些管理职能受到了制约。但《协议》只在参加方的妥协中具体实行非歧视原则,而不能不经谈判就直接实施于第三国。不实施最惠国待遇,意味着成员方各自的开放局面可以取决于双边谈判,本国或本地区可以根据不同的经济发展水平和竞争实力,有选择地确定有优势的产业、行业或领域开放,在对《协议》附录 1 的谈判中确定于己有利的幅度。

由上所述,《协议》目前还不是已经实现了自由化的协议,不能像对待 WTO 协议的自由化一样看待它。《协议》回避了 WTO 最惠国待遇原则,它所确定的非歧视原则的特殊内容以及对于成员方规定的例外,是直接保证贸易全面自由化的 WTO 规则以及其他协议所并不具备的。《协议》的非歧视原则强调的是以实现政府采购市场分配份额为长期目标,其内容主要体现成员方不得歧视政府采购国外产品或者供应商。虽然不能排除它在消除或减弱贸易障碍或壁垒的作用,但由于它试图主导国际采购条件下成员方政府采购市场份额的分配,因此还不是满足了全方位自由化贸易的协议,其文本中有诸多的谈判空间可以为参加方选择,这是研究《协议》文本尤为要注意的问题。

二、非歧视原则的适用例外

虽然《协议》的非歧视原则反映出的经济学意义,在于政府采购权利义务在全球化范围的利益分配,但是鉴于不同国家的生产、经营或建设的不同竞争实力,多数国家实行政府采购市场的准入保护制度,利用国内法允许的大宗政府采购定单积极扶持本国企业,或多或少地消极对待或直接排除国外企业采购竞争。香港、日本(日本曾通过政府采购订单,扶植了本国的汽车行业、电子行业等)、^[10]韩国等基本是成长为完全市场经济后才加入《协议》,此前根据本国或地区经济发展要求,确立了较完善的国内法(或地区)控制准入的行为准则。

现有的问题是,《协议》是否为成员方留有这种非歧视原则适用的例外?以及这些例外的具体表现?为此,可以注意《协议》的以下内容:

1. 允许一国政府在协议中选定某些排除其适用范围的要求,涉及到公共秩序、安全、生命与健康、

[8] 韩国和新加坡是 GPA 的主要发展中国家。其中韩国未加入 GPA 以前,贯彻控制进口的政府采购政策,通常只要国内同类产品、建设能符合用户要求即不进口。韩国只是在 20 世纪 90 年代的亚洲金融危机之后因为众所周知的原因才参加了 GPA。大多数发展中国家尚未表现出积极加入 GPA 的态度。

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

[10] 有代表性的时期是:日本在 1955 年加入 WTO 以后对于政府采购市场持保护态度,60 至 70 年代日本政府大力扶植计算机产业,要求政府部门、教育部门优先购买国产机。1982 年官方公布的该类政府采购数字占市场份额的 90% 以上。其国内 4 家主要计算机生产企业对官方依赖程度达 30% 左右。日本政府在政府采购中对本国企业的保护非常明显。参见祁峰、杨宏:《日本对幼稚产业的保护及启示》,《经济纵横》2001 年第 12 期。

知识产权、慈善、劳教和服务采购等均可有保护措施。

《协议》第8条规定:第一,本协议的任何内容不得解释为禁止任一缔约方在武器、弹药或军用物资的采购方面,或在国家安全或国防目的所需的采购方面为保护其根本安全利益而采取其认为必需的行动或不泄露任何资料。第二,下列措施要符合下述要求的情况:即这些措施不作为条件相同的国家进行任意的或不合理的歧视的一种手段或作为对国际贸易的隐蔽限制;本协议任何内容不得解释为禁止任何一方施行为保护公共道德秩序或安全,保护人类、动物生命及健康,保护知识产权所需的措施或实施有关残废人,慈善机构或监督劳动产品的措施。

2. 对发展中国家确立了若干特别待遇

《协议》第5条规定:在实施和执行协议时,应依照协议的规定适当考虑发展中国家、最不发达国家的发展、财政和贸易需要。它也对发展中国家规定了优惠条款,允许发展中国家给予当地投标人的价格的优惠、允许它们“对其列名的某些实体、产品、服务可以谈判相互接受的非国民待遇等一系列的例外”。这些优惠待遇可以具体包括促使发展中国家工业的建立、扶持完全依赖政府采购的工业单位、支持农村与落后地区的小型工业的建立、促进家庭手工业的发展等。

在非歧视原则指导下的《协议》,有相当多可以作为具体例外的条款。它们实际上可以作为具体条件,为参加该协议的谈判提供广泛的空间。对此,可简单分析如下:

1. 《协议》文本的框架使其内容具有很强的原则性和概括性,因而对文本的解释并不统一。

《协议》非歧视原则在适用时,成员方在不违背基本原则的前提下,可以出现理解上的多重差异,客观上导致成员各方可以采取选择性解释并自主确定本域内的政府采购政策。具体如,《协议》作为只涉及政府采购的专业性条约,对于成员方涉及政府采购行为的各类技术性标准并不明确。《协议》并未限制也未提倡各成员方政府采购究竟具体适用何种采购标准,这使得各国国内法特别是发达国家可以在决定采购准入保护制度时,根据国内需要设计准入标准,如技术性贸易守则、环境保护条件等。

又如,《协议》规定了国家安全、公共利益的非歧视例外,成员方可以采取本国的非歧视待遇的例外实施规范;《协议》允许成员方在政府采购方面强调公共利益,却没有对于公共利益的具体内容进行解释,这就为成员方预留了自行解释的空白。

诸如此类的“空置条款”在《协议》中有很多。这一问题可能需要长时间多回合的谈判解决。

《协议》非歧视原则很明显的概括性表述还导致成员方实际上可以排斥一些供应商。即使加入了该协议,成员方政府依然可以对具体采购实行特殊保护手段,依然可以自主选择国外供应商。如对选择性招标,该协议没有关于供应商投标邀请数量的具体规定,投标邀请针对选择性招标方式发出,直接向供应商发出即可,《协定》只是确认非歧视的原则规定,招标只“对每一意向最大限度地邀请国内外供应商参加”,虽然这种“最大”可以理解为体现着邀请最大数量的供应商,但是成员方政府可以根据国内产业政策和采购要求寻找和挑选自定的国内外供应商。

2. 《协议》虽然确定了透明度原则,但并未特别落实WTO所要求的透明度原则。

非歧视原则体现在透明度要求时只是要求在招标过程中“期望提高政府采购法规、程序及做法的透明度”。它提出公开招标需要发布招标通告,但没有规定通告的法定传播形式,所以,各成员方政府采购公告、计划、竞争、执行等程序并不是同一的。供应商需要分别掌握不同国家的通告发布形式。招标人也可以在资格评审中设置基本条件,实际上可能将不具备“要求”的投标人排除在外。国内法也可以有不同的表现。韩国有关政府采购资格审查的立法即有着特殊的国内法规定,《供应商或制造商的登记与资格的规定》规范着韩国对参加招标的供应商与制造商的登记审查制度,国家定期对登记的企业名单进行审查,使其可以参加政府采购的招标。而在国际招标时对外国投标人的审查,则主要适用《投标商资格审查》,并在《投标商资格条例》中规定了资格审查的标准和程序。

虽然《协议》第8条规定,审查时不得在国内外供应商之间设置区别政策,符合参加该政府采购条

件的国内外供应商都应被视为合格的供应商,但对于审查条件则没有专门规定。在这种情况下,即使进入了《协议》的质疑机制或者WTO的争端解决机制,供应商也不容易完成程序。

3. 《协议》允许分别承诺的方式,使成员方留有准入保护的空間。

《协议》成员方通过清单承诺政府采购的市场开放义务,可在《协议》的附件1中对政府采购实体作出采购承诺,对此承担条约义务。这表明参加方的国内法可以决定该项义务之外的准入范围,清单外的其他实体、部门及地方采购不受约束,从而确定准入的条件。欧盟对于《协议》的有关服务项目范围的招标,以互惠原则进行了一定限制。例如,其承诺适用于协议条款的服务范围包括:银行、金融及保险、卫生服务、运输(道路、铁路、城市、海洋、内陆水运)、港口、机场、旅游、客货运输、宾馆、餐饮、维修、研发、健康、住房。它还另行设立条件,如欧盟国家与第三国的服务项目采购合同,只要成员方告知了欧洲委员会,其在第三国的服务合同遇到困难,理事会会有权终止或限制将服务合同授予来自第三国的投标。

4. 《协议》规定了发展中国家的差别待遇。

根据《协议》第5条,发展中国家可以就贸易实体、产品、服务清单进行双边谈判确定均可接受的范围;在参加区域及全球安排时可将适用范围中的部分贸易实体、服务、清单作为适用例外等。这使以发展中国家身份加入该协议者可以享有根据本国经济、财政、贸易情形决定非歧视适用例外的待遇,发展中国家的成员方也可以依照各自的经济、财政、贸易情形考虑扩大本国适用GPA范围的可能性。《协议》还特别规定了对发展中国家的技术援助,“每一发达缔约方应在发展中缔约方提出请求事项帮助时提供他们认为合适的技术援助”。

值得注意的是,由于该类条款内容的含糊性和非强制性,其给予发展中国家的这种所谓优惠待遇,并非自动享有。它需要参加协议的发展中国家与现有的成员方分别谈判获得具体优惠。因而发展中国家需要根据自身的发展状态研究如何适用非歧视例外保障自身的发展。

发展中国家包括我国在内,尚没有注意完善国内的政府采购市场准入保护规制条件,如果简单地只是从《协议》的适用范围判断加入协议是困难的。因为《协议》关于适用范围的规定内容非常模糊,而“政府采购国际立法的适用范围就是缔约方国内政府采购市场的开放范围。为了扩大本国国际贸易与保护国内厂商,在有关政府采购国际协议制定中,发达国家和发展中国家在政府采购目的立法的适用范围上存在严重分歧,在这些协议的加入设制中,各国总是千方百计地扩大对方的适用范围,缩小己方的适用范围。”^[11]发展中国家、包括我国在谈判时,需要在《协议》例外适用政府采购允许的差别待遇的具体内容上进行特别安排。

5. 《协议》允许成员方协商以排除非歧视原则的适用。

《协议》在设定的适用中对于成员方协商作出了专门条款(第23条)的例外安排,直接排列了多项例外适用的条件。《协议》允许成员方之间谈判确定贸易实体、产品或服务清单,划定一定的采购范围作为适用非歧视原则的例外,对于地方政府的采购,也可以根据双边谈判商定开放的领域。

该协议的优惠和例外给了各国特殊的适用幅度,各国可以根据本国的经济现状确定其政府采购准入体系的具体次序、标准。如在开放采购结构方面,由于该协议没有确定政府采购结构开放的种类,参加方可以首先选择与外国产品或供应商有竞争优势的行业适度开放;在进入标准方面也由于该协议没有确定各类产品的具体标准,参加方可以制定国际采购的价格标准、门槛价、环保条件等。

诸多的例外适用设定表明实施非歧视原则存有相当大的选择空间,除了对政府采购资源分配的示范意义及其例外安排,还直接影响成员方实施《协议》的条约义务及国内政府采购市场准入控制。无论是成员国或非成员国,根据本国实际竞争能力规定政府采购范围是可行的。

正因如此,《协议》针对那些有很大弹性的优惠和例外范围的条约文本谈判进度十分缓慢。《协

[11] 甘培忠、吴韬:《政府采购法适用范围论略》,《行政法学研究》2001年第3期。

议》成员方总是以各种理由保护本国采购市场,均立法控制本国的政府采购。发达国家对待《协议》也作出了相当多的合理使用条约权利的国内法设计。“据统计,美国、加拿大、日本、欧盟的政府采购的90%是由国内供应商提供的。”^[12]美国政府采购实行互惠对等的原则,而且是只有在其他国家允许美国企业参加其政府采购时才实施。欧盟作为《协议》的重要缔约者,对于政府采购有若干个协议规定了对欧共同体以外的第三国的采购限制,最明显如1994年12月颁布的《为确保欧共同体在国际贸易规则,特别是世界贸易组织范围内的权利而制定的共同贸易政策之执行程序》。它含有“针对第三国实施的贸易障碍行为。所谓贸易障碍是指任何第三国贸易实践或为国际贸易规则所禁止即具有非法性,或该第三国贸易实践不具有违法性,但是基于其贸易效果,仍以根据国际贸易规则予以追究。”^[13]实际上,欧盟在1993年取消了原共同体进口制度中成员国众多产品的国别限额后,仍然保持着欧共同体有关政府采购的指令中的、当欧共同体提供的产品与第三国提供的产品价格差异在一定比例内,可以优先采购欧共同体产品的规定。政府各部门可以决定最符合合同价值及复杂情况下的竞争。特别是1998年以后,欧洲联盟敦促其成员国利用采购权实现社会价值目标,只要其不违反限制性规定。^[14]对于此类规定,国际社会尚无提起异议的事例。

可以看出,《协议》在非歧视原则框架内,成员方并没有完全改变优先购买本国品(产品、服务等)的立场,各国法可以根据本国经济水准确立开放程度,兼顾政府采购的社会性目标和经济性目标。在这方面表现最明显的是美国。美国是政府采购竞争力强的国家,有着成熟的市场经济,但是在加入了《协议》以后,其国内的电信领域长期未对欧盟开放;其他如奥地利的供水领域也不对加拿大和美国开放。美国完整的政府采购法制已很完善地设立了政府采购保护的规制模式,即便如此,美国加入《协议》后也只将不到四分之三的州列在该协议开放的适用范围,而且也并没有将这些州的全部机构列进该协议的适用范围内。

因此,从法律视角分析,对《协议》的谈判或适用,一国若在没有实现采购立法系统化、建立政府采购进口法律体系之前,自由化开放本国政府采购市场并不适当。即使在进入《协议》谈判或适用的条件相对成熟时开放政府采购市场,也应当注重两个基本作为,一是根据本国经济发展、产业发展,确立适度调控、调整政府采购总规模的社会价值目标,以公共资金支持本国经济,二是根据《协议》非歧视原则的发展趋势充分适用被公认的例外条件,建立健全政府采购法律机制。

三、《协议》例外适用与国内法的安排

如前所述,《协议》目前的框架意义和例外条件无法改变成员方或非成员方政府采购优先本域的立场。政府作为采购市场相对固定的采购者与消费者,可以充分利用政府采购订单,适用公共项目调整经济发展。无论《协议》的成员方或非成员方都充分关注该条约的弹性规则而制定国内法或区域内的特殊制度安排,由于它适用例外的空间非常大,只要这类国内特殊制度安排未与该条约发生硬性规则冲突,则即使在国内法中作出限制性准入规定,设定政府对采购市场准入的控制权,也可以视为条约非歧视原则允许的适用例外。在这方面,国外的一些作法值得我们参考。从目前来看,各国对本国企业的保护作法可分为两大类:

1. 确保符合本国利益的政府采购进口的产业选择

国家需要系统的立法实现经济发展的目标,而政府采购法及相关法律、法规确立产业选择条件下的保护原则,可使国家对于采购既符合国际惯例、又最大限度达成政府目标。这要充分注意《协议》没

[12] 黄进:《中国政府采购市场能对外保护吗》,《四川财政》1999年第1期。

[13] Hoekman: *The WTO's Government Procurement Agreement*, Public Procurement law Review, 4 P79.

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

有限制下列相关的准入保护的方式:

第一,政府采购准入在符合明确标准要求的基础上产生,在政府采购项目中直接规定本域保护原则。美国是协议主要参加国家,对待成员方虽不适用《购买美国产品法》,但对低于开放准入价格的项目(如货物 13 万特别提款权、约 17 万美元),则仍须购买美国产品。美国、日本、欧洲各国及一些亚洲国家都这样做过或正在这样做。这实际是限制外国供应商进入政府采购的公开惯例。欧盟 1993 年关于政府采购的“六指令”曾规定自来水、能源、运输及通讯等公共事业的采购必须采购当地产品 50% 以上,凡 3% 价格差异以内的应优先采购欧盟产品。

政府采购的具体措施、实施过程会因不同的采购要求而设计具体的控制规则,在程序上政府的采购计划、采购过程、采购结构的控制要求对国内外供应厂商予以公开。^[15] 通常针对《协议》的双边谈判可以国内法已规定标准为主要依据。国内法以透明度原则公开准入标准并不违背协议非歧视要求,各国一般都依经济竞争实力的差距考虑政府采购本地化,可以尽先规定国际采购的本地含量。如泰国法律规定,本国产品符合国家标准,价格不高于其他国家产品 10% 的,优先购买本国产品。

第二,规定本国供应商的最低报价与外国供应商报价的差价优惠。《协议》没有严格禁止政府采购的本国供应商的价格优惠。采购优惠可以提高本国供应商的中标率,使政府采购在法定差价内优先采购本国供应商的产品,保护本国政府必须扶持的企业或行业。现在各国给予本国或本地企业此类价格优惠已是政府采购实现本域化的通行做法。但是必须注意的另一个问题是,差价优惠实际是一种限制准入的方式,这种限制应当是有限度的、具有透明度的,是为了选择更合适的供应商而不是阻止竞争。就方式而言,各种优惠方法还包括原产地优惠、最不发达地区优惠、本国供应商优惠、中小企业优惠、特殊行业优惠、高新技术产业优惠等。

2. 制定外国供应商的准入标准

在确立外国供应商的准入条件时,各国法均有保护功能。在这一范围内可以采取以下具体措施:

第一,国内法可以对外国供应商的资格审查制度、外国供应商的采购形式和采购程序、外国供应商采购的不同于国内供应商的文件格式等采取相对独立的立法机制。英国法规定,政府采购通讯设备、电子计算机等要向本企业购买;日本的一些地方政府规定,政府需用的办公设备、汽车、计算机、电缆、导线、机床等不得采购外国产品。^[16] 而以色列法律直接规定国际采购的本地含量,要求必须至少 35% 在国内购买。^[17] 在特殊情况下,以国家安全、环境保护等原因禁止或限制外国供应商进入,也不违背《协议》。该协议规定了涉及国家安全、公共利益、特别是人类和环境安全时可以适用例外原则。

第二,设定的政府采购准入门槛价不宜过低。门槛价即是实行政府采购的起始价。门槛价的确定对于一国政府采购实现本国利益有直接意义。门槛价的标准可随不同层次的政府采购和不同的采购实体而有所不同。门槛价确定后,在具体项目中是需要计算的,主要表现为在采购中推断一个具体采购项目与门槛价的关系,其数额标准是算出逐个项目的具体采购金额来判断项目是否与门槛价一致。主要意义在于政府采购部门从中得出对所采购的标的对价。^[18]

《协议》允许不同性质的项目采用不同的门槛价,各国法可根据采购进口项目的性质定出采购价基础。根据条约义务,加入《协议》后需要实施承诺,门槛价一般不会高于协议承诺的价格,但是可以根据例外适用而设立协议允许的特殊价。许多国家对此都采用例外的立法方式,依法保护本国经济。例如,新加坡的政府采购法案及相关法律规定:门槛价必须实施《协议》,但除外情况是政府采购机关不在新加坡承诺范围之内;本项目价在对《协议》承诺的门槛价以下;《协议》允许的特殊情况等。

[15] 限制国外竞争者(一般为供应商)的条件也应该公开,比如说公开设立本国供应商的最低报价与外国供应商的最低报价的差价优惠的条件,在一定差价内优先签约本国供应商,以提高国内供应商的中标率。

[16] 吴大军:《建立政府采购制度:内涵、效应与对策》,《山东农业大学学报》(社会科学版)1999 年第 1 期。

[17] 前引[12],黄进文。

[18] Sue Arrow smith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London sweet & Maxwell, 1996, P164

在准入的环节上,地方政府可以分别确定采购的起价,但应避免一种低起价的做法,各国实践通常是地方政府采购的起始数额高于中央政府的起始数额。^[19] 因为《协议》规定:缔约方的中央政府采购货物合同数额为 13 万特别提款权(SDR)。在该协定中并不统一严格限定地方政府的采购数额,但如果政府采购数额起点偏低,采购竞争范围就会扩大,经济领域的一些特殊保护要求可能无法实现。

四、结 语

《协议》为条约义务所设定的长期目标是开放成员方的政府采购市场,而现阶段政府采购在各国的市场开放程度有限度。若从长远发展分析,《协议》通过不断的谈判会在条文中设置更开放自由的政府采购原则,比如可能会针对最惠国待遇原则是否适用于该协议文本进行协商,但在当前的情形下,各国尤其是发展中国家更应当重视《协议》的非歧视原则及其适用例外,确立均衡的政府采购法律规制主旨。

我国参加《协议》事关国家行政权力的行使,即使面对他国催促尽快加入的压力,正确的思路也应当是采取审慎务实的态度。研究《协议》,不仅要看到它分享成员方政府采购资源的长期目标,更应该注意它的非歧视原则下的那些充满弹性的规则例外,这样能为我国掌握谈判主动权提供更广阔的法律上的帮助。

Abstract: Government Purchase Agreement differs from the other all - related agreements of WTO in that it arranges additional negotiation chance for the parties and provides special indiscriminate principles. Up to now, the Agreement hasn't provided comprehensive rules about the technological standards of government purchase, with obvious exceptions of special applications. This speciality provides our government a broad room to negotiate on it, which demands for practical study of it from the international law point of view.

Key Words: Government Purchase Agreement, the principle of indiscriminate

[19] 如韩国政府采购法承诺中央政府 13 万特别提款权(一亿韩元)的货物和服务采购,地方政府部门 20 万特别提款权的货物和服务采购通过国际招标方法进行。