

串通投标罪的司法认定问题研究

陈彦妃

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年8月22日; 录用日期: 2023年8月29日; 发布日期: 2023年11月17日

摘要

串通投标罪作为典型的法定犯, 因其本身条文规定过于简略, 立法又早于《招标投标法》等相关行政法规规范的出台, 导致串通投标罪在实际的司法认定中存在不少问题。本文主要聚焦于串通投标罪的犯罪主体认定, 分析串通投标行为及其本质, 并对串通投标罪中情节严重要件作进一步展开, 并提出相应的司法认定建议, 以便能更好地适用串通投标罪规制招标投标市场的串通投标乱象, 充分发挥串通投标罪刑事立法规范之功能、实现其保护社会主义市场经济秩序之目的。

关键词

串通投标, 司法认定, 犯罪主体, 情节严重

Research on the Judicial Determination of the Crime of Bidding Collusion

Yanfei Chen

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Aug. 22nd, 2023; accepted: Aug. 29th, 2023; published: Nov. 17th, 2023

Abstract

As a typical legal crime, the crime of bidding collusion has many problems in the actual judicial determination because its own provisions are too simple and the legislation is earlier than the promulgation of relevant administrative laws and regulations such as the *Law of Tendering and Bidding*. This paper mainly focuses on the determination of the criminal subject of the crime of bidding collusion, analyzes the behavior of bidding collusion and its essence, further develops the serious elements of the crime of bidding collusion, and puts forward corresponding judicial determination suggestions, so as to better apply the crime of bidding collusion to regulate the chaos of

bidding collusion in the bidding market. Give full play to the function of criminal legislation regulating the crime of collusive bidding and realize its purpose of protecting the order of socialist market economy.

Keywords

Bidding Collusion, Judicial Determination, Subject of Crime, Serious Circumstances

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

1997年刑法增设串通投标罪,其立法意义在于通过打击与抑制招标投标过程中的串通投标犯罪行为,为招标投标活动创造良好的经济环境,创设良好的“诚实、公平、公正、合法”竞争机制,从而保证招标投标在良好的经济环境下达到促进经济发展的目的,最终有利于保障市场经济健康有序地发展,有利于社会主义市场经济体制的建立与完善[1]。然而,因为串通投标罪本身条文规定过于简略,作为典型的法定犯其立法又早于《招标投标法》等相关行政法律规范的出台,导致串通投标罪在实际的司法认定中存在不少问题。为了厘清和解决这些问题,笔者将从以下几个方面对串通投标罪的司法认定问题展开研究和探讨,以便能更好地适用串通投标罪规制招标投标市场的串通投标乱象,维护社会主义市场经济秩序的稳定和发展。

2. 串通投标罪的犯罪主体认定

2.1. “招标人、投标人”的行政法律规范认定

串通投标罪的犯罪主体是“招标人、投标人”,但何谓招标人、投标人,刑法规范并未作出明确界定以及进一步的解释说明。我国关于招标人、投标人的界定详见于《招标投标法》第八条与第二十五条。根据《招标投标法》的规定,只有在极少数情况下,即允许个人参加投标的科研项目中,自然人才可以作为投标人参与招标投标活动。换言之,根据《招标投标法》的规定认定串通投标罪的犯罪主体,很大程度上排除了自然人犯罪。但就刑法规范而言,构成串通投标罪的招标人、投标人既包括自然人,也包括单位,刑法第二百二十三条更是从自然人犯罪的角度出发规制串通投标行为。

在适用刑法打击规制犯罪行为的问题上,构成犯罪的适格主体的范围大小,很大程度上决定了适用刑法的打击面大小。从串通投标罪设立的立法意义和司法实务中对大量自然人案件构成串通投标罪的认定实例来看,《招标投标法》对招标人、投标人的范围界定过窄,不能也不应直接作为认定串通投标罪犯罪主体的法律依据。《招标投标法》第五十条对招标代理机构的串通投标行为构成犯罪依法追究刑事责任的规定,也从侧面进一步佐证了串通投标罪的犯罪主体不局限于《招标投标法》第八条、第二十五条有关招标人、投标人的规定。

2.2. 串通投标罪犯罪主体的司法认定建议

刑法中的概念内涵与外延的认定不必拘泥于与其他法律一致性[2]。就串通投标罪而言,其立法早于《招标投标法》及其相关行政法律规范的出台,彼时并无相应的行政法律规范作为依据,司法认定上不

需要与行政法律规范保持绝对一致，而更应该从刑法的规范目的出发，对串通投标罪中的招标人、投标人作符合刑法规范目的的实质解释，将招标投标活动中的主管人、负责人及主要参与者，包括自然人和单位，都纳入串通投标罪中的招标人、投标人范围。

当然，行政法律规范对串通投标罪的界定仍然有着重要的援引、参照作用，尤其在界定是否存在真实有效的招标投标活动——即是否存在发生串通投标行为的客观前提时，具有十分重要的意义。毕竟，不存在真实有效的招标投标活动，也就不存在串通投标罪所要保护的公平竞争的招标投标市场秩序，因而无需进一步探讨该行为是否存在构成串通投标罪的可能性。

3. 串通投标行为及其本质

3.1. 串通投标行为概念及其类型

通说认为，串通投标行为是指在招标投标活动中，投标人之间或者投标人和招标人之间相互勾结、串联，违背招标投标行为规范，就招标投标的有关事项私下达成协议，意图排除公平竞争，使特定的投标人不正当中标，共同损害他人利益，扰乱市场竞争秩序的行为[3]。

刑法第二百二十三条对串通投标罪客观方面的描述具体表现为第一款中的“投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的”，以及第二款“投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的”。有学者将这两类串通投标行为分类为发生在投标人之间的横向串标以及发生在投标人与招标人之间的纵向串标，并提出由于立法规定过于简单，诸多其他复杂形式的串通投标行为未能进入刑法规制体系，但这些串通投标行为同样具有严重的社会危害性，理应受到刑法规制[4]。

串通投标行为复杂多样，不仅存在横向串标、纵向串标，还存在投标人与评审委员间的串通、投标人与招标代理人间的串通等情形的混合串标，以及形式上的多人围标但实为一人的串通投标等等，现行刑法条文及其相关解释并未能够囊括所有的串通投标行为类型，就宏观的立法层面和具体的立法技术而言，也确无此穷尽之必要，在认定串通投标罪的问题上，更应厘清把握其本质，以应对层出不穷、形式复杂多样的串通投标行为。

对于评审委员这类个人和招标代理人这类主体，如前所述，应对串通投标罪中的招标人、投标人作符合刑法规范目的的实质解释，将履行招标投标职责、对招标投标结果负责的评审委员、招标代理人作为招标人进行解释，此时发生在投标人与评审委员间的串通、投标人与招标代理人间的串通等混合串标情形，则属于现行刑法规制的纵向串标范畴，可以对相关主体适用串通投标罪进行处罚。

3.2. 串通投标行为本质

串通投标行为其本质在于排除公平竞争[3]。“串通”的实质是通过谋划，形成了统一的意志，形式上的数个招标人成为事实上的一个招标人，限制或者失去了招标投标的竞争性[2]。在形成此认识的基础上，可以看到，串通投标罪并非必要的共同犯罪，无论采取何种形式达成串通，只要招标投标活动中的竞争性因此得以排除，就具有适用串通投标罪进行规制之可能。

4. 串通投标罪情节严重的认定

在串通投标罪情节严重的认定上，主要问题集中在以下两个方面：一是认定纵向串标是否同样以“情节严重”为构成要件。导致这一问题的主要原因是刑法第二百二十三条第一款和第二款的条文表述差异，第一款中明文表述了“情节严重”这一要件，而第二款中并无此要求。二是“情节严重”具体应如何认定。

4.1. “情节严重”的定位问题

关于第二款规定的纵向串标，理论层面，刑法第二百二十三条第二款是第一款的补充，由于法条表述的关系，没有明文标明“情节严重”，而且第二款规定的行为的社会危害性并不一定重于第一款规定的行为[5]。实务层面，就实务中对涉嫌构成串通投标罪的行为所开展的追诉活动来看，对刑法第二百二十三条规定的两种情形，适用同一追诉标准、并无特别区分。可见第二款条文中虽未明确规定“情节严重”，但需与第一款相同，只有达到情节严重的程度才进入刑事范畴、适用刑法进行规制。即串通投标行为只有达到情节严重的程度才适用串通投标罪对其进行规制，否则该串通投标行为只是一般的违法行为，而不构成犯罪。情节严重从具备严重的社会危害性这一犯罪实质特征的角度论证了部分串通投标行为构成犯罪需进行刑事处罚的必要性。

4.2. “情节严重”的认定问题

有关情节严重的具体认定主要规定在2022年颁布并施行的《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第六十八条之中，主要从数额、非法手段、或未达数额标准但二年内因串通投标受过二次以上行政处罚又串通投标等几个方面确定了“情节严重”这一构成要件的量化标准。关于数额的规定，司法认定上存在的问题主要集中在“直接经济损失”的认定。一般认为串通投标造成的直接经济损失数额应该是在自由竞标的前提下形成的中标价格与串通行为中的中标价格的差额，但实际情形是自由竞标的价格由于串标行为的影响在实践中根本无法认定[6]。理论界关于直接经济损失的认定大致有三种观点：第一种观点认为以中标项目的价值减少额为准；第二种观点在第一种观点的基础上认为项目成本应当减少而未减少的部分也应考量在内；第三种观点是以专业机构的专家鉴定意见来认定损失[7]。笔者认为，以第三种方式即通过专业鉴定意见认定直接经济损失显然更具合理性，尤其是在法院以中立第三方的身份向专业司法鉴定机构申请鉴定的情况下，结果将更具说服力，更因其中立性而使涉案人员能够信服，保证刑事程序的顺利推进。

4.3. 作为定量标准的“情节严重”要件

具体可操作的量化标准，虽然很大程度上便利了对串通投标罪追诉活动的展开，但却在另一层面上不可避免地带来了串通投标罪司法适用上机械执法的问题，致使认定为串通投标罪的案件数量及其范围呈现了一定程度的不当扩大，变相降低了该罪的入罪门槛。一些根本不构成串通投标的行为、或虽构成串通投标但不具有严重的社会危害性因而无需适用刑法进行规制的串通投标行为，在公安机关进行日常活动时，只因形式上符合这一情节严重的量化标准而被公安机关以涉嫌串通投标罪进行追诉。这无疑很大程度上影响了相关企业的正常经营和资金运转，不利于维护社会主义市场经济秩序的稳定与发展。针对这种情况，值得注意也必须要注意的是：情节严重只是一个定量标准，而认定构成犯罪的顺序应当是先定性，再定量[8]。当行为本身不构成串通投标、不满足定性要素时，以定性要素为前提和基础的定量要素自然也失去了适用的空间[9]，此时无需对情节严重进行考量，不涉及是否构成串通投标罪的问题。

5. 结语

随着市场经济的飞速发展，串通投标行为形式愈加多变复杂，为了更好地规制我国招标投标市场串通投标乱象、维护招标投标市场的公平竞争秩序，为我国社会主义市场经济秩序的稳定发展保驾护航，在现行法律规范未作出重大改变的情况下，需结合理论与实务，厘清串通投标罪的司法认定问题、把握其本质，充分发挥串通投标罪刑事立法规范之功能、实现其保护社会主义市场经济秩序之目的。

参考文献

- [1] 辛忠孝. 串通投标罪若干问题探讨[J]. 法商研究, 1997(5): 72-77.
- [2] 孙国祥. 串通投标罪若干疑难问题辨析[J]. 政治与法律, 2009(3): 48-52.
- [3] 杨莉英, 崔雪芹. 串通投标罪的法律适用[J]. 人民司法, 2006(4): 70-73.
- [4] 石经海, 李阳阳. 串通投标犯罪的刑法治理[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2021, 27(6): 191-204.
- [5] 王作富. 刑法分则实务研究(上) [M]. 北京: 中国方正出版社, 2003.
- [6] 韩哲, 裴王建. 关于串通投标罪的几个问题[J]. 杭州商学院学报, 2002(4): 80-82.
- [7] 顾彧. 串通投标行为构罪之实质性认定[J]. 焦作大学学报, 2021, 35(3): 5-8.
- [8] 汪芳. 串通投标行为在司法适用中的去罪化研究[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2019(S2): 66-69.
- [9] 李翔. 刑法中“行政处罚”入罪要素的立法运用和限缩解释[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2018, 35(1): 72-84.