

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.03.008

欢迎按以下格式引用: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),2020(6):191-204.

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.03.008.

Citation Format: SHI Jinghai, LI Yangyang. Criminal law governance of collusive bidding crimes [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2020(6): 191-204. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.03.008.



串通投标犯罪的刑法治理

石经海¹, 李阳阳²

(1. 西南政法大学 法学院, 重庆 401120; 2. 烟台大学 法学院, 山东 烟台 264005)

摘要:通过对构成串通投标罪的812个样本案例的分析可知,在我国,串通投标犯罪具有行为方式的复杂性、行为实施的隐蔽性、行为手段的腐败性和行为后果的严重性等突出特点。究其原因,主要有市场经营中经济利益驱动、招标投标制度不健全、刑法对串通投标犯罪惩治不力,以及社会管理型治理模式顾此失彼等。为有效预防与惩治串通投标犯罪,应适应正在转型的社会治理型治理模式,针对如此犯罪现象的特点及成因,将刑法相应规制纳入整个社会治理体系和法治体系中,进行串通投标犯罪现象的体系化治理。具体而言,应当在统合和创新刑法参与社会治理的理念、政策、立法、司法和运行机制的基础上,及时完善现行《刑法》有关串通投标犯罪的立法规定,并在宽严相济刑事政策的指导下,完善刑法治理所依赖的司法机制,以优化刑法的内部治理机制;通过推行标底公开制度、取消资格预审程序及完善招标方式、评标机制与监督机制,以强化其他措施的治理功能。

关键词:串通投标犯罪;刑法治理;社会治理;法治体系;体系化治理

中图分类号:D924.3

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2021)06-0191-14

串通投标,是投标人之间相互勾结抬高或压低标价,及投标人与招标人等串通以排挤竞争者的行为的统称,包括围标、陪标^①及其他出于不当招投标而实施的勾结行为。自1997年刑法将串通投标行为纳入其治理范围以来,已有20多年时间^②。然而,综观当前愈演愈烈的串通投标犯罪^③,刑法的这个治理显得有些力不从心。究其原因,这一方面是市场经济发展带来串通投标犯罪现象不断复杂化,另

基金项目:重庆市第四批哲学社会科学领军人才特殊支持计划项目“新时代刑法的社会治理功能研究”

作者简介:石经海,西南政法大学法学院教授,博士研究生导师,西南政法大学量刑研究中心主任,Email:1543379586@qq.com;李阳阳,博士,烟台大学法学院讲师。

①其中,围标行为的发起者为围标人,参与围标者为陪标人。

②1997年《刑法》首次在扰乱社会经济秩序罪一章规定了串通投标罪(第223条、第231条),此规定沿用至今。串通投标罪是直接规制串通投标行为的罪名。此外,串通投标犯罪现象复杂,牵涉到间接相关犯罪较多,如强迫交易罪、行贿罪、受贿罪、非国家工作人员受贿罪、单位受贿罪、单位行贿罪等。

③这一点可以从“北大法宝”检索到的近7年的串通投标犯罪一审刑事案件数量体现出来:2014年的案件数为115件,2015年案件数为119件,2016年案件数为177件,2017年案件数为216件,2018年案件数为282件,2019年案件数为532件,2020年案件数为568件。尽管在“北大法宝”上检索到的案件数量并非真实的案件数量,但能反映出犯罪发生的大致情况。

一方面刑法对包括串通投标犯罪在内的治理对策存在结构性缺陷,即在当前“社会管理”式犯罪治理模式下,刑法的社会治理功能没能较好地融入社会治理体系和法治体系中,从而使刑法的犯罪治理与整个社会治理体系和法治体系相脱节。本文立足于社会治理模式从“社会管理”式向“社会治理”式的时代转型,基于社会治理的基本原理,对串通投标犯罪的治理问题进行探究^④,以就教于理论与实务界同仁。

一、串通投标犯罪的行为特点

在“北大法宝”以“串通投标”为关键词进行检索,截至2020年12月31日,共检索到相关一审刑事判决书2142份^⑤。再从中选取不同区域、不同经济水平省份的812份判决书^⑥并结合媒体报道情况进行考察,发现串通投标犯罪行为具有如下显著特点。

(一)行为方式的复杂性

在立法上,《刑法》第223条规定,串通投标犯罪的行为方式有横向串标(投标人之间串通)和纵向串标(投标人与招标人串通)两种^⑦。但样本显示,实践中串通投标行为方式较为复杂,除包括横向串标与纵向串标外,还包括更为复杂的混合串标(投标人与投标人、招标人、评审委员等相互串通)。

1. 横向串标是串标犯罪的主要方式

在前述检索的812起案件中,有547起属于横向串标,占案件总数的67.3%。这里的横向串标主要有两种表现形式:一是协商性串标,是横向串标的主要形式,又包括一人性围标和多人性围标。其中,一人性围标通常表现为某一投标人通过给予其他投标人“好处费”等方式邀请其他投标人陪标或退出投标^⑧;或通过挂靠方式取得多家公司的实际竞价权^⑨;或通过伪造其他公司授权委托书等手段,掩盖同一主体投标的事实进行投标^⑩。以上情形中,表面上看,存在多个投标人参与投标,实则完全由一个投标人操控;除围标人对陪标人进行补偿外,围标人与陪标人之间不存在其他利益关系。多人性围标通常表现为多个投标人多次配合围标,共谋非法利益^⑪;或在多标段、多次招标项目中,多个投标人相互配合围标,以保证各方依次成为中标人,也即为轮流坐庄型的集团性多人围标^⑫。二是威胁性

^④实际上,本探究在很大程度上也适用于其他犯罪的治理。

^⑤这其中包括了因串通投标而滋生的行贿、受贿、单位行贿等案件。

^⑥包括北京17份、天津5份、宁夏2份、青海16份、山西17份、陕西15份、辽宁14份、吉林40份、重庆41份、河南80份、山东24份、云南46份、新疆11份、江西226份、广东105份、湖南153份。

^⑦《刑法》第223条第1款规定的“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,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或单处罚金”,即为横向串标;第2款规定的“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,依照前款的规定处罚”,即为纵向串标。

^⑧参见广东省阳江市江城区人民法院“(2015)阳城法刑初字第88号”刑事判决书;吉林省辽源市西安区人民法院“(2017)吉0403刑初37号”刑事判决书;重庆市长寿区人民法院“(2014)长法刑初字第00121号”刑事判决书;江西省南昌高新技术产业开发区人民法院“(2016)赣0191刑初13号”刑事判决书;河南省洛阳市涧西区人民法院“(2020)豫0305刑初513号”刑事判决书;广东省中山市第一中级人民法院“(2019)粤2071刑初1294号”刑事判决书。

^⑨参见广州市白云区人民法院“(2015)穗云法刑初字第2717号”刑事判决书;河南省汝阳县人民法院“(2017)豫0326刑初233号”刑事判决书;山东省临沭县人民法院“(2016)鲁1329刑初561号”刑事判决书;重庆市渝中区人民法院“(2019)渝0103刑初942号”刑事判决书;江西省信丰县人民法院“(2020)赣0722刑初143号”刑事判决书。

^⑩参见湖南省绥宁县人民法院“(2017)湘0527刑初95号”刑事判决书;天津市滨海新区人民法院“(2018)津0116刑初20101号”刑事判决书;天津宁河区人民法院“(2020)津0117刑初13号”刑事判决书;山东省济南市历城区人民法院“(2019)鲁0112刑初887号”刑事判决书。

^⑪参见江西省德安县人民法院“(2014)德刑初字第74号”刑事判决书;江西省分宜县人民法院“(2016)赣0521刑初36号”刑事判决书;江西省宁都县人民法院“(2020)赣刑初161号”刑事判决书。

^⑫参见湖南省华容县人民法院“(2018)湘0623刑初7号”刑事判决书;山西省太谷县人民法院“(2019)晋0726刑初45号”刑事判决书。

串标。即威胁他人不得参与或退出投标的情形。如带“打手”到投标现场造势,威胁他人不得参与投标^⑬;以挟挟“喝茶费”的方式,迫使他人退出投标^⑭。本来,“串通”作为“暗中勾结,使彼此言语行动相互配合”^{[1]203}的行为,不可能存在“威胁性”的情形,但因实践中有将其认定为“串通投标”的情形而姑且统计为“横向串标”。实践中,这种情形往往与协商性串标结合使用^⑮。

2. 纵向串标是串标犯罪的重要方式

在前述检索的812起案件中,有51起属于纵向串标,占案件总数的6.3%。这种串标行为在实践中主要有两种表现形式:一种是明招暗定型串标。即招标人或根据投标人的资质、条件“量身定做”招标文件,或设置高额的投标保证金、资质要求^⑯,或在资格预审中予以特殊关照^⑰,或对本应公开招标的项目进行邀请招标^⑱,甚至是先施工后招标^⑲,使招投标程序流于形式的情形。二是泄露信息型串标。即招标人向投标人泄露标底、预期中标品牌、核心技术等影响中标的关键信息,以提高投标人中标几率^⑳的情形。本来,“投标”在字面意义上是指“承包人或买主按照招标公告的标准和条件提出价格,填写标书”^{[1]1321}。这种发生于投标人与招标人间的串通行为,立法及司法解释称之为“串通投标”^㉑,是一种扩大解释性的界定。

3. 混合串标是比纵向串标更为多见的串标方式

在前述检索的812起案件中,有214起属于混合串标,占案件总数的26.4%。这种串通行为在实践中具体表现为三种形式:一是发生在投标人与投标人、招标人之间串通情形。具体又包括投标人主导型的混合串标与招标人主导型的混合串标。前者在实践中较为常见,主要是,投标人在组织围标的同时又与招标人串通,如请求招标人都通过各围标单位的资格预审,以提高中标率^㉒;或投标人与招标人串通获取标底后,组织围标^㉓。后者主要是,在投标人与招标人串通中,招标人授意投标人找其他单位陪标,并帮其办理投标手续、制作预算等^㉔。二是发生在投标人与投标人、评审委员间的串通情形,

^⑬参见广东省佛山市顺德区人民法院“(2015)佛顺法刑初字第1135号”刑事判决书;广东省佛山市顺德区人民法院“(2014)佛顺法刑初字第1877号”刑事判决书。

^⑭参见广东省肇庆市鼎湖区人民法院“(2019)粤1203刑初9号”刑事判决书;广东省东莞市第二中级人民法院“(2017)粤1972刑初1296号”刑事判决书;广东省佛山市顺德区人民法院“(2015)佛顺法刑初字第1135号”刑事判决书。

^⑮参见河南省上蔡县人民法院“(2017)豫1722刑初572号”刑事判决书;山东省临沂市中级人民法院“(2017)鲁13刑终414号”刑事判决书;广东省广州市荔湾区人民法院“(2019)粤0103号”刑事判决书。

^⑯参见湖南省武冈市人民法院“(2016)武法刑初字第264号”刑事判决书;江西省南昌市西湖区人民法院“(2016)赣03刑初76号”刑事判决书;广东省台山市人民法院“(2019)粤0781刑初121号”刑事判决书。

^⑰参见湖南省洪江人民法院“(2014)怀洪刑初字第16号”刑事判决书;湖南省洪江人民法院“(2015)怀洪刑初字第43号”刑事判决书。

^⑱参见广东省深圳市罗湖区人民法院“(2015)深南法刑初字第1280号”刑事判决书;广东省佛山市顺德区人民法院“(2017)粤0606刑初410号”刑事判决书。

^⑲参见湖南省宁乡市人民法院“(2017)湘0124刑初588号”刑事判决书;湖南省凤凰县人民法院“(2019)湘3123刑初95号”刑事判决书。

^⑳参见江西省九江县人民法院“(2016)赣0421刑初127号”刑事判决书;湖南省平江县人民法院“(2017)湘0626刑初285号”刑事判决书。

^㉑参见最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》(法释〔1997〕9号)。

^㉒参见湖南省洪江人民法院“(2014)怀洪刑初字第16号”刑事判决书;湖南省株洲市天元区人民法院“(2016)湘0211刑初258号”刑事判决书;湖南省洪江人民法院“(2015)怀洪刑初字第43号”刑事判决书;湖南省新田县人民法院“(2016)湘1128刑初92号”刑事判决书;云南省会泽县人民法院“(2020)云0326刑初63号”刑事判决书。

^㉓参见广东省佛山市顺德区人民法院“(2015)佛顺法刑初字第3926号”刑事判决书;湖南省永州市零陵区人民法院“(2013)零刑初字第167号”刑事判决书;山西省高平市人民法院“(2019)晋0581刑初312号”刑事判决书;云南省文山市人民法院“(2019)云2601刑初394号”刑事判决书。

^㉔参见新疆生产建设兵团哈密县垦区人民法院“(2016)兵1202刑初42号”刑事判决书;广东省肇庆市鼎湖区人民法院“(2020)粤1203刑初77号”刑事判决书。

如投标人在围标的同时,又买通评审委员,让其在评标时给围标单位打高分,以谋取中标^⑤。三是发生在投标人与投标人、招标代理人间的串通情形。如投标人在围标的同时,又与招标代理人串通,要求在招标公告中设置有利于投标人的招标条件^⑥。

(二)行为后果的严重性

串通投标行为之所以在立法上入刑为犯罪和追究刑事责任,是因为该行为“严重损害了招标人或者其他投标人利益”或“损害了国家、集体、公民的合法利益”。综观样本案件事实,这些利益损害的“行为后果”,主要表现在如下方面。

1. 留下标的物质量隐患

综观招投标实践,串标现象极其普遍。据媒体资料显示,在公共资源交易领域,坊间有“十标九围”“十标九串”之称^[2]。可无论实施何种形式的串标行为,串标人都需要支付给陪标人、被挂靠公司“陪标费”“好处费”。这些费用的支出会增加投标成本,并与“尽可能攫取丰厚经济利益”的投标目的相冲突,于是必然带来以“偷工减料”等降低成本的手段来实现获取相应经济利益的目标,进而留下招投标文件的物质质量隐患甚至造成严重后果。例如,在黄某、王某串通投标案中,行为人通过围标谋取中标后,为攫取经济利益,在施工中偷工减料,造成标的物存在严重的质量问题和消防隐患^⑦。另外,媒体报道的重庆綦江彩虹桥坍塌案^⑧、西安地铁三号线“问题电缆”案^⑨、陵水田仔水库除险加固工程大坝变形案^⑩也都是这方面的例证。事实上,串通投标带来工程质量隐患是全球性问题。据透明国际组织《2005年度全球腐败报告》披露,“过去15年来因质量低劣的建筑在地震中垮塌,导致25万人死亡”,并将建筑质量低劣归咎于“腐败承包商和腐败质监官员的勾结”^[3]。

2. 损害招标人利益

考察样本案例可知,因串通投标而损害招标人利益的主要表现在“抬高报价”和“低中高结”两种情形中。前者主要是投标人为谋取非法利益,同时也为消解串通投标带来的成本增加问题,除“偷工减料”外,往往会选择通过抬高报价的方式进行串标,其结果必然是损害招标人的利益。例如,在樊某串通投标案中,樊某与其他投标人串通,抬高报价,给招标人造成2651多万元的经济损失^⑪。后者主要是投标人先通过串通低价中标,再通过签订“黑白合同”或在协议执行中变更设计等手段追加经费,以“低价中标,高价结算”谋取非法利益。例如,在魏某串通投标案中,魏某通过串标,获得某工程的施工权,为谋取非法利益,在工程竣工后,通过补充合同,虚增26万元的工程量^⑫。再如,在王某串通投标案

^⑤参见广东省汕头市金平区人民法院“(2017)粤0511刑初611号”刑事判决书;河南省济源市人民法院“(2017)豫9001刑初179号”刑事判决书;江西省鹰潭市月湖区人民法院“(2015)月刑初字第57号”刑事判决书;辽宁建昌县人民法院“(2019)辽1422刑初149号”刑事判决书。

^⑥参见江西省南昌市东湖区人民法院“(2015)东刑初字第569号”刑事判决书;河南省漯河市源汇区人民法院“(2014)源刑初字第124号”刑事判决书;江西省安福县人民法院“(2020)赣0829刑初126号”刑事判决书。

^⑦参见广东省佛山市顺德区人民法院“(2017)粤0606刑初403号”刑事判决书。

^⑧在重庆綦江大桥建设过程中,施工单位与项目负责人串通,在未按照规定进行招投标的情况下,取得该项目的施工权。在施工过程中,施工单位随意更改设计,偷工减料,导致主拱承载力不能满足相应规范要求,后该桥垮塌,造成40人死亡,轻重伤14人。参见搜狐网《40人死亡!重庆綦江“彩虹桥”垮塌事件始末》(https://www.sohu.com/a/231985973_221394)。

^⑨在西安地铁三号线工程线缆采购招投标过程中,投标人与招标人串通,低价中标。在施工中,投标人为谋取非法利益,将线缆中间部分拉细,不仅增加了能耗,而且可能引发火灾。参见人民网《国办通报西安地铁“问题电缆”事件调查处理情》(<http://politics.people.com.cn/n1/2017/0626/c1001-29363613.html>)。

^⑩在陵水田仔水库除险加固项目建设过程中,投标人通过围标中标后,偷工减料,导致水库除险加固工程大坝严重变形。参见南海网《串通投标偷工减料10公司被列海南水务建设黑名单》(<http://hainan.sina.com.cn/news/hnyw/2015-10-11/detail-ixkirwnr6908675.shtml>)。

^⑪参见山东省桓台县人民法院“(2015)桓刑初字第169号”刑事判决书。

^⑫参见江西省九江县人民法院“(2017)赣0421刑初83号”刑事判决书。

中,王某与评审委员串通,先以低价中标,在施工过程中,虚增近 200 万元的工程量,损害招标人利益^③。司法解释将给招标人造成直接经济损失在 50 万元以上的情形规定为串通投标犯罪的立案标准之一^④的原因就在于此。

3. 破坏公平的竞争秩序

根据《招标投标法》第 1 条的规定,招投标活动的核心在于公平与自由竞争,其优越性在于优胜劣汰,以最佳配置的方式使用人、财、物,以实现资源最优化配置、提高经济效益、保证项目质量。无论是实施何种形式的串标行为均会破坏公平的竞争秩序。例如,在周某串通投标罪案中,周某为谋取中标,借用了 18 家单位的资质进行围标^⑤,在这种横向串标的情形中,表面上是多个投标人参与竞标,而实质上完全是由行为人一人操纵,根本无法发挥招投标制度竞争机制的作用。又如,在梁某串通投标案中,梁某为谋取中标,向评审委员行贿,请评审委员打高分^⑥,在这种纵向串标的情形中,表面上是公开招标,实则是暗箱操作,违背公平、公正、公开原则,对其他投标人而言,此时已不存在公平竞争条件。再如,在陈某彬、陈某荣串通投标案中,陈某彬、陈某荣在组织围标的同时,又与评审委员串通,让评审委员在评标时给其打高分^⑦,这种混合串标行为同样破坏了公平的竞争秩序。这也正是串通投标罪被规定在扰乱市场经济秩序罪章中的原因。

正是基于以上表现,有学者指出:“招标投标以‘公开、公平、公正和诚实信用’为基本原则,却不得不面对‘十标九串’的现状……招标投标以优质低价为目的,却不得不面对价高质次的结果;招标投标作为市场资源配置的一种有效方式,却不得不面对纠纷不断、效率低下的事实。”^[4]

(三) 行为手段的腐败性

考察样本案例可知,实践中串通投标行为手段具有腐败性。这除了表现为串通行为本身就是“腐败”外,还表现为串通行为常伴有贿赂手段与借资挂靠手段。

1. 串通投标伴有贿赂手段

综观招投标实践,进行招标的项目一般为大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益与安全的、使用国有资金投资或融资的项目。这就决定了,招标项目往往具有规模大、投资多、利润高等特点,对投标人很有诱惑力。特别是在政府采购项目中,由于招标结果与招标人无直接的利益关系,招标人容易以权谋私。于是,不法投标人为谋取非法利益大肆行贿,招标人则利用权力干预招标活动,从而实现“利益双赢”,“个别地方甚至已经到了无标不腐的地步”^[5]。有资料显示,河南省从 1995 年至 2011 年间,先后就有四任交通厅厅长因工程贪腐“落马”^[6]。

与串通投标相关的贿赂犯罪主要有:行贿罪与受贿罪,如投标人为谋取竞争优势或不具有相应资质的投标人为实现中标目的而向招标人行贿,招标人因受贿而在招标过程中给予投标人特殊关照^⑧,

^③参见重庆市黔江区人民法院“(2017)渝 0114 刑初 19 号”刑事判决书。

^④最高人民检察院与公安部联合印发的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第 76 条规定,“投标人相互串通投标报价,或者投标人与招标人串通投标,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法利益,造成直接经济损失数额在五十万元以上的……”

^⑤参见江西省抚州市临川区人民法院“(2016)赣 1002 刑初 214 号”刑事判决书。

^⑥参见广东省开平市人民法院“(2018)粤 0783 刑初 648 号”刑事判决书。

^⑦参见广东省汕头市金平区人民法院“(2017)粤 0511 刑初 611 号”刑事判决书。

^⑧参见长春市朝阳区人民法院“(2019)吉 0104 刑初 920 号”刑事判决书;云南省文山市人民法院“(2019)云 2601 刑初 394 号”刑事判决书;广西壮族自治区浦北县人民法院“(2014)浦刑初字第 271 号”刑事判决书;重庆市九龙坡区人民法院“(2015)九法刑初字第 00366 号”刑事判决书;吉林省辽源市龙山区人民法院“(2017)吉 0402 刑初 321 号”刑事判决书;湖南省新化县人民法院“(2020)湘 1322 刑初 446 号”刑事判决书。

其中也存在索贿的情形³⁹;单位行贿罪,如投标单位为谋取中标而行贿⁴⁰;单位受贿罪,如招标单位在招标过程中非法收受投标人财物或在为投标人谋取中标后,索要现金⁴¹;利用影响力受贿罪,如国家工作人员的近亲属在明知投标人不具有相应资质的情形下,通过其他国家工作人员职务上的行为,为投标人谋取中标⁴²;对非国家工作人员行贿罪与非国家工作人员受贿罪,如投标人为谋取中标向非国家工作人员行贿,非国家工作人员帮助其中标⁴³。在检索的812起案件中,有224起涉及贿赂犯罪问题,占案件总数的27.6%。

2. 串通投标常以借资挂靠为手段

据《招标投标法》《招标投标法实施条例》规定,投标人应具备相应资质。由此,那些不具有相应资质的单位或自然人往往会选择向具有特定资质的单位缴纳相应的“管理费”(实为好处费),继而通过借资挂靠堂而皇之地获得投标资格,参与投标⁴⁴。如此做法,表面上看是法律法规规定的正常市场经营行为,实则为“掩盖无资质”并破坏公平交易秩序和留下标的物后患的“腐败”行为。如此行为,已是招投标实践中一种严重的犯罪现象。在检索的812起案件中,共292起案件涉及借资挂靠问题,占案件总数的36%。

除行贿与借资挂靠外,投标人通过给予“好处费”“喝茶费”等方式利诱其他投标人退出投标的行为也具有一定的腐败性。正基于此,有学者指出,我国招标投标领域“盛行的不是市场竞争规则,而是寻租原则”^[7]。

(四) 行为实施的隐蔽性

串通投标行为是一种具有高度隐秘性的行为。在现实中被喻为“密室中的犯罪行为”^[8]。从现实中的案例看,如果不是某个“偶然因素”(如因专家打分问题被投诉、利益联盟内部的“窝里反”)而案发,这个“带病采购”都会正常结束^[9]。在前述检索的812起案件中,仅有9起案件存在串标人没能顺利中标的情况⁴⁵。具体就串通投标行为的隐蔽性而言,主要表现在如下方面。

1. 横向串标行为的隐蔽性

在横向串标中,对于协商型串标,因投标人相互间串通通常在私下进行而具有显而易见的隐秘性⁴⁶。对于威胁性串标,虽然实践中存在大闹招投标现场的极端情形,如在山西省平定县XX乡XX

³⁹参见湖南省岳阳市君山区人民法院“(2016)湘0611刑终27号”刑事判决书。

⁴⁰参见广州市南沙区人民法院“(2017)粤0115刑初208号”刑事判决书;吉林省辽源市龙山区人民法院“(2017)吉0402刑初156号”刑事判决书;广东省台山市人民法院“(2019)粤0781刑初197号”刑事判决书。

⁴¹参见河南省漯河市源汇区人民法院“(2014)源刑初字第106号”刑事判决书;云南省永善县人民法院“(2019)云0625刑初82号”刑事判决书。

⁴²参见山东省烟台市福山区人民法院“(2016)鲁0611刑初169号”刑事判决书;江西省九江县人民法院“(2016)赣0421刑初127号”刑事判决书;湖南省长沙市开福区人民法院“(2019)湘0105刑初888号”刑事判决书;广东省深圳市福田区人民法院“(2019)粤0304刑初1024号”刑事判决书。

⁴³参见广东省阳江市江城区人民法院“(2014)阳城法刑初116号”刑事判决书;湖南省湘潭市岳塘区人民法院“(2016)湘0304刑初88号”刑事判决书。

⁴⁴参见山东省武城县人民法院“(2017)鲁1428刑初127号”刑事判决书;重庆市长寿区人民法院“(2017)渝0115刑初315号”刑事判决书;江西省信丰县人民法院“(2020)赣0722刑初330号”刑事判决书;天津市宁河区人民法院“(2020)津0117刑初310号”刑事判决书。

⁴⁵参见广东省惠东县人民法院“(2018)粤1323刑初282号”刑事判决书;重庆市梁平区人民法院“(2018)渝0155刑初137号”刑事判决书;江西省南昌市东湖区人民法院“(2014)东刑初535号”刑事判决书;江西省安远县人民法院“(2018)赣0726刑初28号”刑事判决书;山西省侯马市人民法院“(2014)侯刑初字第60号”刑事判决书;江西省石城县人民法院“(2020)赣0735刑初127号”刑事判决书;江西省分宜县人民法院“(2020)赣0521刑初143号”刑事判决书;辽宁省兴城市人民法院“(2020)辽1481刑初34号”刑事判决书;江西省宁都县人民法院“(2020)赣0730刑初161号”刑事判决书。

⁴⁶参见山东省寿光市人民法院“(2017)鲁0783刑初970号”刑事判决书;江西省丰城市人民法院“(2017)赣0981刑初537号”刑事判决书。

村举行某标段矾土矿招标会时,行为人就进入会场威胁其他投标人^{④7}。但绝大多数威胁性串标也还是通过私下威胁其他投标人的方式施行,具有隐蔽性。

2. 纵向串标行为的隐蔽性

在纵向串标中,对于明招暗定型串标,如前述因招标人事先根据投标人的资质条件“量身定做”了招标文件并在过程中双方严格依照招标投标的程序进行,或因是通过签订阴阳合同等精心策划、暗箱操作方式进行表面上的公开招标投标,而使招投标堂而皇之地表现为“合规公正”。对于泄露信息型串标,因需规避惩处而往往会采取谨慎的泄露方式,这使得串标行为通常变得非常私密。

3. 混合串标行为的隐蔽性

在混合串标中,如前述此行为集横向串标与纵向串标行为于一体,而无论是投标人还是招标人均是具有或应具有相应资质、能力的单位或自然人,往往对现行制度及法律、法规较为熟悉。不法行为人则善于利用相关漏洞,其实施的行为自然具有很强隐蔽性与欺骗性。

二、串通投标犯罪的成因剖析

(一) 市场经营中经济利益驱动

这是导致串通投标犯罪的直接原因。如样本所示,无论是横向、纵向还是混合串标,各参与人都有不同的利益追求在其中。虽然这里的主要利益获取者是投标人,但招标人也会因其相应角色获取经济利益。例如,投标人之所以能与招标人进行串通,是因为招标人掌握着影响中标的关键信息如标底、预期中标品牌等,与之串通可提高中标几率,同时,招标人也可获取高达几百万的“好处费”^{④8}。又如,招标代理人为获得好的代理业绩,也会实施更加“轻车熟路”的串通投标行为,以招揽更多的业务和获取更多的经济利益^{④9}。再如,被挂靠单位虽未实质性地参与到招投标活动中,但也可通过收取“管理费”获得一定的经济利益。这样,在经济利益的驱动下,行为人难免会铤而走险,实施串通投标犯罪。

(二) 招标投标制度构建不完善

健全的招投标制度是规范招投标行为,防范串通投标犯罪的基础;但我国现行的招标投标制度并不完善,为串通投标犯罪的发生提供了温床。

一是招标方式不健全。我国《招标投标法》规定了公开招标与邀请招标两种招标方式。公开招标属于竞争招标的范畴,其广泛适用可在一定程度上降低串通投标行为的发生几率;邀请招标则不同,其实施过程不够透明,给招标人与投标人串通创造了条件。从理论上说,限缩邀请招标的适用范围可在最大程度上压缩暗箱操作的空间。尽管我国也将邀请招标的适用范围限定在了“由于技术复杂、受自然环境限制等原因,而不适宜公开招标”等^{⑤0}情形中,但对何为“技术复杂”与“受环境限制”没有统一的认定标准,更没有形成根据招标项目的性质及规模选择适宜的招标方式的细化制度,招标人可自由选择招标方式。这就为实施变公开招标为邀请招标等行为留下了空间,为招标人与招标人串通打开了方便之门。

^{④7}参见山西省平定县人民法院“(2017)晋0321刑初41号”刑事判决书。

^{④8}参见广东省佛山市顺德区人民法院“(2015)佛顺法刑初3926号”刑事判决书。

^{④9}参见河南省封丘县人民法院“(2020)豫0727刑初451号”刑事判决书;新疆维吾尔自治区阿图什市人民法院“(2020)新3001刑初87号”刑事判决书。

^{⑤0}《招标投标法实施条例》第8条第1款规定,“国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目,应当公开招标;但有下列情形之一的,可以邀请招标:(一)技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制,只有少量潜在投标人可供选择;(二)采用公开招标方式的费用占项目合同金额的比例过大”。

二是事后公开标底制度的设置不科学。标底一般被称为估算成本,是影响中标的重要因素,投标人的报价越接近标底,中标概率越大。《招标投标法》第22条第2款规定,开标前,标底必须保密。这样,若投标人能在开标前掌握标底,便可根据标底调整报价,提高中标几率。如前述,投标人往往会选择通过贿赂等手段与招标人、招标代理人串通,以获取标底,谋取中标。可以说,事后公开标底制度的设置在一定程度上促成了投标人与招标人、招标代理人的串标行为。

三是资格审查制度不合理。《招标投标法》第18条规定,招标人可以对潜在的投标人进行资格预审。这对于保障招标项目质量具有重要意义。但该规定并未赋予未通过资格预审的投标人异议权。如此便意味着,招标人享有很大的裁量权,从而为投标人与招标人串通提供了制度漏洞上的空间。

四是评标方式存在弊端。《招标投标法》第41条规定了综合评价与合理低价两种评标方式,但这两种方式均存在一定的弊端。具体而言,综合评价需要综合价格、技术、业务能力等来进行判断,可操作空间过大,给寻租提供了便利条件。如前述,实践中投标人往往会与评审委员串通,以谋取中标。与之相比,尽管合理低价评价标准简单,也具有客观性,但实践中报价往往会成为决定能否中标的关键因素。这样,又会诱使投标人与其他投标人串通报价或与招标人串通标底。

五是监管制度落实不到位。串通投标行为具有隐蔽性,特别是当串通投标主体之间形成利益联盟时,调查取证往往困难重重,这就应该充分发挥监管机关的作用;但我国对招投标活动实行的是分部门监管^①,由此必然会带来“谁都可以管,而谁都不管”、无法及时发现串通投标犯罪的问题。这就会助长行为人的投机心理,间接为犯罪的发生创造条件。如尽管《招标投标法》《建筑法》等均明确禁止借资挂靠,但由于监管制度落实不到位,实践中通过挂靠进行串标的行为比比皆是。

六是经济行政法规的规制作用有限。根据破窗理论^②,为避免引发更大的祸患,就应当及时修复第一扇“破窗”,并及时打击第一个制造无序的“破窗者”。串通投标违法行为就是引发串通投标犯罪的第一扇“破窗”,因此为遏制串通投标犯罪,就必须有效规制串通投标违法行为;但我国现行立法并不能有效规制串通投标违法行为。其中,经济制裁措施的威慑力弱,就是其突出表现。具体而言,犯罪的经济学分析表明,经济上的违法犯罪“很大程度上是通过行为人预先的利弊权衡与理性计算后付诸实施的”^[10]。鉴于串标者的收益往往相当可观,因此为遏制贪欲,就应当加大对串标者的行政处罚特别是罚款力度,提高违法成本;但《招标投标法》第53条针对串通投标违法行为,仅规定了“中标无效,对于行为人处中标项目金额5%以上10%以下的罚款”这一法律后果。如此制裁措施及力度,就会给人以“串通投标违法犯罪风险低”的心理暗示,并成为放纵他们铤而走险的重要源头。

(三) 刑法对串通投标犯罪惩治不力

刑法作为预防与惩治串通投标犯罪的重要手段,相关立法规定是否完善直接关系到能否有效遏制串通投标犯罪。但现行《刑法》对串通投标罪的规定并不完善,无法为犯罪的治理提供制度保障。主要表现在两个方面:一方面,对串通投标罪罪状描述不完善。《刑法》第223条规定,串通投

^①根据《国务院办公厅印发国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工意见的通知》(国办发〔2000〕34号),工业(含内贸)、水利、交通、铁道、民航、信息产业等行业和产业项目的招标投标活动的监督执法,分别由经贸、水利、交通、铁道、民航、信息产业等行政主管部门负责;各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装项目和市政工程项目的招标投标活动的监督执法,由建设行政主管部门负责;进口机电设备采购项目的招标投标活动的监督执法,由外经贸行政主管部门负责。

^②1982年3月,美国的威尔逊和凯林在《“破窗”——警察与邻里安全》一文中首次提出“破窗”理论(Broken Windows Theory)。即如果一个公共建筑物的一扇窗户损坏了并且没有及时得到修理,很快该建筑物的其他窗户也会被损坏;因为坏的窗户表明没有人关心它,那么损坏其他更多的窗户也不会有什么不良的后果。该理论以“破窗”为喻,形象地说明了无序的环境与某些犯罪之间的关系。参见李本森《破窗理论与美国的犯罪控制》(《中国社会科学》,2010年第5期154-164页)。

标犯罪的主体为招标人与投标人。但如前述,实践中实施串通投标犯罪的主体并不限于此,招标代理人、评审委员等与投标人串通的情况时有发生。显然,现行刑法规定不利于遏制串通投标犯罪。实践中“不符合串通投标罪的主体要件”也成为招标代理人等逃避惩罚的借口^③。另一方面,对串通投标犯罪行为方式规定不完善。《刑法》第223条规定,串通投标犯罪行为仅包括串通报价型横向串标及招标人与招标人串标两种方式。但如前述,实践中以串通投标罪进行规制的行为并不限于此。在横向串标情形中,通过挂靠或伪造授权书的方式弄虚作假的行为与威胁、利诱他人退出投标的行为就时有发生。也正因如此,有观点主张扩张“串通报价”的内涵,以将通过挂靠、伪证文书等方式进行串标的行为也作为犯罪处理^[11]。但根据《招标投标法》第53条、第54条与《招标投标法实施条例》第39条的规定,上述行为属于与“串通报价”相并列的行为方式,绝非“串通报价”所能涵盖的。据此,根据现行刑法规定,行为人通过挂靠等方式串标的,不成立犯罪,这显然不利于遏制犯罪。

(四) 社会管理型治理模式顾此失彼

串通投标犯罪的既有治理采用的是传统的“社会管理”式社会治理模式。这种治理模式是一种单向度的以国家为本位和以政府为主体的政府超越于社会之上,并习惯于包揽一切社会事务的自上而下的命令式管控模式^{[12]2-3}。这种模式下,必然会出现“头疼医头脚疼医脚”治标不治本与顾此失彼的问题。这一治理模式反映在刑法治理上,就会出现当前社会治理中的“刑法依赖综合症”及社会管理式犯罪治理、应对日益突发的各类风险和回应国民的“体感治安”的非理性甚至象征性刑法立法^[13]、离脱法律体系和法治体系的法律理解与适用等问题。

就串通投标犯罪的治理而言,以上治理模式的问题主要表现在刑法内部治理的局部化与刑法外部治理相割裂上。就前者而言,如上述主要表现为刑法对犯罪主体、行为方式的规定与犯罪现象不匹配^④。后者主要表现为《刑法》与《招标投标法》的规定不相对接。如《招标投标法》第54条第1款规定,投标人以他人名义投标或以其他方式骗取中标,“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。该规定的落实,依赖于刑法的具体规定。但《刑法》中并没有与之相对应的规定。据此,投标人使用虚假证明投标的,不构成犯罪,这显然不利于对串通投标犯罪的遏制。

以上治理模式,“简单地认为刑法就是一种社会治理的工具”,“回避了‘刑法只是社会治理工具之一’的本质”^[14],必然带来“重打击、轻预防”的管理式治理,导致长效治理机制的缺位与刑法治理的失灵。这一点可从近20年的串通投标犯罪的刑法治理实践得以佐证:早在2008年中共中央办公厅就颁发了《关于开展工程建设领域突出问题专项治理工作的意见》,明确指出要对串通投标问题开展专项治理。随后,各地也均开展了关于串通投标犯罪的专项治理工作。由于缺乏相配套的措施,这种社会管理式的治理模式虽能在短时间内取得突出成效,但其结果只能是治标不治本,且具有间歇、反复的特点,不利于长效治理机制的构建^[15]。

三、串通投标犯罪的治理对策

串通投标犯罪的特点及其成因表明,串通投标犯罪作为因复杂社会因素而滋生的社会现象,从

^③参见河南省新蔡县人民法院“(2017)豫1729刑初187号”刑事判决书;湖南省岳阳市云溪区人民法院“(2010)云刑初121号”刑事判决书;广东省汕尾市城区人民法院“(2017)粤1502刑初83号”刑事判决书;江西省南昌县人民法院“(2017)赣0121刑终406号”刑事判决书。

^④相关论述参见孙国祥《串通投标罪若干疑难问题辨析》(《政治与法律》,2009年第3期48-52页);钱斌、马作彪《串通投标罪之主体认定》(《人民司法》,2014年第10期53-57页);肖杰《串通投标罪的主体、共犯及犯罪形态》(《人民司法》,2015年第18期99-100页);黄燕《行贿并串通投标应数罪并罚》(《人民司法》,2016年第26期66-69页)。

社会治理上看,其治理对策不能唯刑法论。申言之,纵然需要刑法的治理,也应将其纳入社会治理体系中,进行体系化的治理。

(一) 基于社会治理的时代转型,重置刑法的社会治理地位

传统的“社会管理”型治理模式的失灵预示着应创新治理思维,注重治理工具的协同运用^[16],采用“社会治理”型的治理模式。所谓社会治理,就是政府、社会组织、企事业单位及个人等社会主体,基于平等合作型关系,依法规范与管理社会事务、组织和生活,以实现公共利益最大化的过程^[17]。它是与社会管理有着根本不同的现代社会治理模式,在本质上推崇政府、市场与社会三者的合作共治与三位一体^[18],以“法治”为基本实现方式,既强调依法办事的过程又强调将法律作为整个社会治理体系中有机部分以发挥其作用的“方法论”^[19],具有治理主体多元、关系平等、过程合作的多元性、对话性、合作性、共识性等特点。在这种模式下,“社会”不是管理和实践的对象^⑤,而是管理和实践的主体;社会治理的目标不只是为了维护稳定^⑥,还是为了实现公共利益的最大化^{[12]213}。

基于以上治理理念,刑法参与社会治理的模式也应随着这个转型而转型:刑法不能再以功能扩大化、修订补丁化、借鉴西方化、理解局部化和适用碎片化等方式参与社会治理,而应统合社会矛盾理论、社会结构理论、社会治理政策理论、刑事一体化理论、保安处分理论等原理,将刑法放回社会治理的有机体系中并发挥其在社会治理体系和法治体系中的本位作用,并据此创新刑法参与社会治理的理念、政策、立法、司法和运行机制。

在理念上,不能仅在“刑法内”来适用和研究刑法,还要将刑法放在整个法治体系和社会治理体系中去考察、适用和研究,以实现刑法内部与外部的有机统一;在政策上,坚持“最好的社会政策即最好的刑事政策”,通过刑事政策的指引,真正将刑法的功能融入整个法治体系和社会治理体系中;在立法上,坚持刑事政策指引下的刑事一体化下的科学立法,将犯罪现象的剖析、刑事政策的指引和过滤、刑事程序制度的对接、刑事执行的社会治理效果等,纳入法治体系和社会治理体系中论证后,再决定是否入刑和如何入刑;在司法上,基于“徒法不足以自行”原理,避免盲人摸象式和机械化适用刑法规定,将个案的刑法适用纳入整个刑法体系、法治体系、社会治理体系中,在刑事政策指引下考量;在机制上,坚持刑事政策指引下的刑事一体化,聚焦刑法社会治理功能并由此打通法律适用各环节的机械、片面适用刑法规定的运行渠道。这就要求无论是立法、司法、执法还是法律研究,都要明确刑法的适用不是为了适用而适用,而是为了实现包括社会治理在内的刑法功能。刑法社会治理功能的有效实现,需要从法教义学的体系解释角度去理解、适用,不能脱离刑法的社会治理功能机械地理解、适用和研究“刑法”的规定。而一旦夸大刑法的社会治理功能,刑法就被塑造成了“消防员”的角色,“演变成为利于‘抓早抓小’的风险预防系统”^[20],继而“不可避免地导致不成比例的刑罚”^[21],最终导致刑罚边际效应递减的显现,损害刑法权威。

就串通投标犯罪的治理而言,一方面要把串通投标犯罪的刑法治理纳入整个社会治理体系和法治体系中予以体系化考察,注重与刑法外部治理措施的对接;另一方面基于串通投标犯罪的特点和原因以及体系化治理要求,构建串通投标的体系化犯罪治理体系,以注重刑法内部治理的优化。

(二) 基于社会治理的时代转型,优化刑法的内部治理机制

“严刑峻法”理念虽早已为刑法发展潮流摒弃,但这并不意味着对刑罚内在刚性的放弃^[22]。基于当前刑法在应对串通投标犯罪上存在的问题,为有效惩治与预防串通投标犯罪,应当立足于社会

⑤不能将“社会治理”扭曲为“治理社会”。

⑥稳定是社会治理变革的一个条件,稳定的形成,不是靠堵,而是要疏;不是靠强力、压制和打击,而是靠协商、对话与合作。参见陈家刚《从社会管理走向社会治理》(《学习时报》,2012年10月22日第006版)。

治理时代转型的要求,及时完善相关立法规定与司法机制。

具体而言,针对现行《刑法》在串通投标犯罪行为主体与方式规定上存在的问题,为避免处罚漏洞,应当将严重侵害招标投标市场秩序的行为主体和方式纳入刑法规制范围,如增加招标代理人与评审委员为该罪的主体,这应当不存在疑问。问题在于,是通过解释路径还是立法路径来应对。对此,有观点认为,应将《刑法》第 223 条中规定的“招标人”“投标人”解释为“主管、负责、参与招投标的人”,将招标代理人等解释为串通投标罪的主体^[23]。此观点值得商榷。不可否认,若仅从刑法内部视角来审视,主张通过解释路径来应对,并无不妥。但若将此问题放在串通投标犯罪治理的整个法律体制中加以审视时,就会发现解释路径违背法秩序统一原则,并不可取。具体而言,《刑法》第 223 条中“招标人”“投标人”两概念属于《招标投标法》中的规范表述,这便“意味着,应该根据类似于法定犯空白罪状的适用原理,援引《招标投标法》的规定确定投标人和招标人的内涵与外延”^[24]。而在《招标投标法》中,招标人、投标人、招标代理人、评审委员属于相互并列的主体,不能将“招标代理人”等解释进“招标人”“投标人”概念中。由此可知,将《刑法》中“招标代理人”等解释进“招标人”“投标人”中的做法行不通。因此,为解决现行《刑法》在串通投标罪犯罪主体规定上的问题,必须通过立法路径来应对。

同时应注意的是,在利益多元化的社会中,犯罪的有效治理,从来不是单纯依赖于刑罚的刚性力量,而是要重视宽严相济刑事政策的落实,强调“严厉打击”与“从宽处理”的融合^[25]。治理串通投标犯罪,亦应如此。若一律给予串标人以严苛的惩罚,则可能会引发如公司关闭、大规模失业等社会问题。而宽免制度的推行正有利于实现串通投标犯罪治理上的社会效果与法律效果的统一。因此,我国也应当重视宽免制度的推行。所谓宽免制度(Leniency Program),是 1978 年发端于美国司法部制定针对反托拉斯法行为的一种免除或减轻实施违法行为的垄断企业或个人的罪责或罚金的刑事政策,是为对抗垄断行为而设计的最好的调查工具,旨在通过启动宽免程序来鼓励违法者将本来未被查获的垄断阴谋大白于天下,从而动摇现有的垄断组织的稳定性和威慑订立垄断协议的意图^[26]。我国虽在《反垄断法》和《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》中也对此作了规定^{⑤7},但在适用对象、适用条件、实施主体和宽免幅度等方面存在不足^{⑤8}。由此,我国宽免制度需在增加宽免的确定性和可预期性以及给予第一序位主动报告的行为人以最大的罪责宽免等方面予以完善,包括结合量刑规范化改革、认罪认罚从宽制度改革的深化推进以及《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(法发(2010)9号)、《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》(法发(2017)7号)以及《中央全面深化改革领导小组关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》(2016年7月22日)等的深入实施,通过刑法上的出罪机制及自首、坦白、中止犯等免刑、减刑、从轻处罚等刑罚制度,充分发挥宽免制度在破解串通投标这一妨害竞争秩序行为上的作用。

^{⑤7}《反垄断法》第 46 条第 2 款规定:“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。”《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》第 20 条规定:“工商行政管理机关对主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据的经营者,可以酌情减轻或者免除处罚……对垄断协议的组织者,不适用前款规定……重要证据应当是能够启动调查或者对认定垄断协议行为起到关键性作用的证据。”第 21 条规定:“经营者能够证明所达成的协议符合《反垄断法》第 15 条规定情形的(即那些不会严重限制相关市场竞争特定情形),工商行政管理机关可以对有关行为予以豁免。”

^{⑤8}如没有对不同的主体制定不同的激励政策;没有明确规定经营者报告垄断协议应达到什么条件,在经营者报告垄断协议之后是否需要一定期限内终止其参与行为,是否需要与执法机构在调查过程中全程配合;国务院设立的反垄断委员会作为实施主体难以协调众多的执法主体;没有对于不同次序的申请者给予完全不同的宽免待遇(第一位申请者应获得的宽免幅度最大)。参见李敏《国外反垄断法中的宽免制度比较研究》(《中南林业科技大学学报(社会科学版)》,2009 年第 6 期 45-48 页)。

(三) 基于社会治理的时代转型, 强化其他措施的治理功能

刑法虽是治理串通投标犯罪的重要手段,但在治理串通投标犯罪的法律体系中,只是其中的一个有机组成部分。这一方面表现为刑法在治理串通投标犯罪中的作用有限,不可作为主要的治理手段;另一方面刑法作为惩治串通投标犯罪的最后手段,仅规制串通投标“情节严重”的行为,情节轻微或显著轻微的行为则应当由经济行政法规制,且二者之间不应存在冲突,以形成相对接的法律体系。

刑法参与串通投标犯罪治理的以上外部机制决定了为有效治理串通投标犯罪,需基于这个治理体系处理好与刑法治理相对接的外部措施。根据串通投标犯罪的特点及原因,具体完善如下内容。

一是完善有关招标方式的规定。包括:立法层面在《招标投标法》中增加标的物质量优位、市场价格评估保障等招标基本原则的规定,以防止低质量标的物被高价围标,而高质量高成本标的被排除在中标之外等不良行径的得逞;在应用层面制定相应实施细则以保障通过正当市场价格招到高品质标的物。

二是推行标底公开制度。即事前对拟招标标的物进行与品质相当的市场价格评估,并在招标前公开评估价格。在当前的招投标制度及其实践中,推行无标底招标或事前保密标底招标本是为了尊重市场规律招到价格最低的标的物,可是却成为导致“抬高报价”和“低中高结”串标等违法犯罪的重要原因。其实,招投标的目标最主要的不在于“物美价廉”^⑨,而在“物美价优”,即用合理的价格招到满足需求的优质标的物。这意味着,以价格高低为决定中标的主要因素背离了招投标的初衷。实践中,杭州、四川、陕西等地曾先后尝试进行无标底招标,甚至有地方要求在某一领域一律采用无标底招标^⑩,通过对报价打分,以得分高低推荐中标候选人和后备中标候选人^⑪。如此做法,必定会留下诸如“豆腐渣工程”“不好使用”甚至“无法正常使用”等后患。其实,一直沿用最低价中标制度的日本,已对此制度实行改革,即为防止恶性的低价中标,损害工程质量,日本设置了最低价格限制,并对投标价低于标底的展开调查,对低于成本的则取消投标资格^{[27]100}。

三是取消资格预审程序。为防止招标人在资格预审阶段采取不正当手段排挤潜在的投标人,应当取消《招标投标法》第18条规定的资格预审程序,施行资格后审,并参照《招标投标法实施条例》第54条第2款的规定,赋予投标人异议权。事实上,在国家发改委《关于深化公共资源交易平台整合共享指导意见的通知》(国办函(2019)41号)明确规定,“系统梳理公共资源交易流程,取消没有法律法规依据的投标报名、招标文件审查、原件核对等事项以及能够采用告知承诺制和事中事后监管解决的前置审批或审核环节”的基础上,不少省(市)已出台政策要求取消投标报名等,以严格限制资格预审的使用^⑫。这也表明资格预审程序的取消将成为必然。

^⑨由此决定了现实中中标的关键因素不是标的物的质量而是标的物的价格,即谁的价格低谁中标。

^⑩为避免招标投标工作中暗箱操作和腐败的产生,2003年成都召开了全市招标投标工作大会,要求成都市依法必须招标的政府投资项目,一律采用无标底招标。参见中国教育装备采购网《成都政府投资项目一律采用无标底招标》(<http://www.cnaec.com.cn/Info/Show.asp?Code=10D15C&ID=182841>)。

^⑪为规范公路招投标工作机制,陕西省要求招标人在评审时,对投标人的报价打分,以报价得分由高到低依次推荐中标候选人和后备中标候选人。参见秦风网《陕西省在公路工程施工招标中推行双信封无标底评标办法》(<http://www.qinfeng.gov.cn/info/1011/33034.htm>)。

^⑫例如,北京市发展改革委同市规划和自然资源委等部门发布的《关于深化招投标领域“放管服”改革优化营商环境的通知》(京发改(2019)691号)中就明确规定:“在规范格式范本的基础上实现招标文件(资格预审文件)、投标文件的电子化,符合招标条件的企业均可以在线免费下载招标文件(资格预审文件)、自助在线提交投标文件,相关电子文件加密流转……取消社会投资项目的招标文件(资格预审文件)审核备案。”

四是完善评标机制。目前,在完善评标机制的问题上,有观点主张对综合评价法进行量化规定,以限制评审委员的裁量权^[27]¹³⁹。此主张的目的在于实现评标制度的规范化,值得肯定;但若将规范化等同于量化,会造成评价机制的僵化。投标人的投标能否“最大限度地”满足招标要求,是一种价值判断,需要有一定的自由裁量空间。这意味着,在评标机制的完善上,应重点关注如何通过完善的监督制度防止评审委员不正当地行使裁量权,而非剥夺其裁量权。在《招标投标法实施条例》已确立了随机抽取评审委员等制度的基础上,设置评标理由公开制度与赋予投标人异议权等,可在很大程度上防止评审委员滥用职权。

五是完善监督机制。针对串通投标犯罪行为的隐蔽性、复杂性及招标监督体系不健全的问题,为了强化对招投标活动的监督,确保招投标事业有序、良性发展,主要可从如下两方面着手改进:一方面细化明确招投标监管主体。正如有学者指出,“同一功能的多个机构与单一机构相比,执法成本高而效率低……即便两个部门没有管辖权的冲突,两班人马处理一个企业的违法行为也明显存在执法资源配置不当的问题”^[28]。对此,韩国的做法可供借鉴。据《独占规制及公正交易法》规定,韩国设立了具有行政执法权的“公正交易委员会”,统一执行相应管理事务^③。我国当前正在进行行政机关改革,并于2018年3月17日组建了国家市场监督管理总局。据此,完全可借此改革,由国家市场监督管理总局及其各级部门统一负责招投标的监管工作,以避免监督主体过多带来的监督漏洞。另一方面,深入推进“互联网+监管”新模式。在“互联网+”时代,互联网对招投标领域产生了重要影响,同时改变着招投标的监管模式。对此,国家发改委、工业和信息化部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、商务部联合印发了《关于扎实开展国家电子招投标试点工作的通知》(发改法〔2015〕1544号),提出要深入贯彻实施《电子招标投标办法》并在招投标领域探索实行“互联网+监管”模式这一要求,全国各省(市)也大力度推广电子招投标工作,打造“互联网+”监督平台。实践证明,这不仅可以提高工作效率,而且可以实现招投标行为全程留痕、可塑,还能全方位规范化网上备案、监管工作^[29]。据此,应充分运用互联网思维和技术,推行“互联网+监管”新模式,建立招投标全程动态、透明的监管机制,减少串通投标率的发生。

参考文献:

- [1]中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,2016.
- [2]梁舰.浅谈推进公共资源交易综合监管的必要性[EB/OL].(2017-4-21)[2019-6-9].http://www.sohu.com/a/135536841_592957.
- [3]中国网.“透明国际”发布《2005年全球腐败报告》[EB/OL].(2015-3-17)[2019-5-27].http://www.china.com.cn/txt/2005-03/17/content_5814062.htm.
- [4]汪才华.招标投标制度中存在的深层次问题法律思考之一[J].招标与投标,2013(3):12-18.
- [5]朱中华.关于中国建设工程强制招标制度的探讨[J].招标采购管理,2015(1):22-24.
- [6]林华.河南交通厅长“前腐后继”[J].检察风云,2013(5):25-27.
- [7]卢现祥.寻租经济学导论[M].北京:北京经济学院出版社,1996:268.
- [8]左燕东.斩断伸向招投标工程的幕后黑手[N].山西日报,2011-08-16(B01).
- [9]梁舰.公共资源交易规范化发展路在何方[N].政府采购信息报,2017-05-29(011).
- [10]伍帼瑾.经济犯罪的成本分析与预防[J].政治与法律,2003(1):96-100.
- [11]王恰.“串通投标报价”应作扩大解释[N].检察日报,2018-06-11(003).

③韩国《独占规制及公正交易法》第35条规定:“为了独立执行本法规定的事务,在国务总理属下设立公正交易委员会,公正交易委员会作为《政府组织法》第2条规定的中央行政机关,执行其管理事务。”公正交易委员会不仅可以接受违法行为的申告,而且在对违反本法行为开展必要调查时,还可以采取相应的纠正措施、赋加保证金,并且根据案件的具体情况行使起诉权。由此,韩国公正交易委员会是一个具有部分司法权的行政执法机关。

- [12]俞可平.论国家治理现代化[M].北京:社会科学文献出版社,2014.
- [13]刘艳红.象征性立法对刑法功能的损害:二十年来中国刑事立法总评[J].政治与法律,2017(3):35-49.
- [14]王强军.刑法功能多元化的批判及其限制路径[J].政法论坛,2019(1):145-157.
- [15]孙岩.当代中国国家治理现代化的历史演变轨迹及趋势探析[J].理论月刊,2016(8):105-108.
- [16]郑家昊.“治理失灵”及其救赎:兼论两种不同的社会认知观及行动方案[J].学海,2016(3):132-137.
- [17]陈家刚.从社会管理走向社会治理[N].学习时报,2012-10-22(006).
- [18]王晓毅.社会治理与精准扶贫[J].贵州民族大学学报(哲学社会科学版),2017(1):46-57.
- [19]陈金钊.“法治政治”及其实现的方法论[J].贵州民族大学学报(哲学社会科学版),2017(5):148-180.
- [20]姜涛.社会风险的刑法调控及其模式改造[J].中国社会科学,2019(7):101-143.
- [21]道格拉斯·胡萨克.过罪化及刑法的限制[M].姜敏,译.北京:中国法制出版社,2015:34.
- [22]蔡一军.刑罚配置的基础理论研究[M].北京:中国法制出版社,2011:125.
- [23]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2016:833.
- [24]刘艳红.法定犯不成文构成要件要素之实践展开:以串通投标罪“违反招投标法”为例的分析[J].清华法学,2019(3):42-55.
- [25]姜涛.“宽严相济”刑事政策的制度基础与价值边界[J].法商研究,2007(1):9-15.
- [26]李敏.国外反垄断法中的宽免制度比较研究[J].中南林业科技大学学报(社会科学版),2009(6):45-48.
- [27]王玉辉.串通投标法律控制机制研究[M].北京:科学出版社,2017.
- [28]王晓晔.我国反垄断行政执法机构多元化的难题[J].中国发展观察,2006(9):56-59.
- [29]杨洪伦.“互联网+”提效招投标改革[N].长春日报,2020-12-04(01).

Criminal law governance of collusive bidding crimes

SHI Jinghai¹, LI Yangyang²

(1. Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China;
2. Law School, Yantai University, Yantai 264005, P. R. China)

Abstract: Through the analysis of 318 sample cases that constitute the crime of collusive bidding, we can see that in China, collusive bidding has prominent features such as complicated behavior, concealed behavior, corrupt behavior and serious consequences. It is mainly due to the driving of economic interests in market operations, the imperfect bidding and tendering system, the ineffective punishment of criminal law and the improper governance of social management. In order to effectively prevent and punish the crime of collusive bidding, we should adapt to the social governance model being transformed. According to the characteristics and causes of such criminal phenomena, the corresponding regulation of criminal law should be incorporated into the whole social governance system and the rule of law system, and the systematic governance should be carried out. Specifically, on the basis of unifying and innovating the concept, policy, legislation, judicial and operational mechanism of criminal law participating in social governance, we should timely improve the legislative provisions of the current criminal law on collusive bidding crime, and improve the judicial mechanism which criminal law governance depends on under the guidance of the criminal policy of “temper justice with mercy”, so as to optimize the internal governance mechanism of criminal law. Meanwhile, we should carry out the system of opening the base bid price, cancel the pre-qualification procedure and improve the bidding method, evaluation mechanism and supervision mechanism, so as to strengthen the governance function of other measures.

Key words: crime of collusive bidding; criminal law governance; social governance; the rule of law system; systematic governance

(责任编辑 胡志平)