

串通招标投标行为的反垄断法规制路径： 域外国家的比较与借鉴

苏丽芳

(武汉铁路职业技术学院, 湖北 武汉 430205)

摘要: 串通招标投标行为寄生于招投标之中。各国普遍认为, 串通招标投标行为属于限制竞争的垄断协议, 应在反垄断法框架下对该种行为进行规制。在串通招标投标规制原则上各国呈现差异化, 主要表现为美国和欧盟的“合理原则”“本身违法原则”与日本的“准当然违法原则”。在不同规制原则下, 各国制定了符合本国国情的宽恕制度、立法体系和制裁制度。我国可借鉴域外反垄断法规制串通招标投标行为的经验, 为串通招标投标行为反垄断协议认定、宽恕制度完善和法律责任体系构建进行适应性调整。

关键词: 串通招投标; 反垄断法; 规制

中图分类号: DF4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 06-0072-08

一、反垄断法规制串通招标投标行为的逻辑分析

招投标制度是一种公平竞争的市场交易制度。招投标法的立法目的包含宏观和微观经济领域两个方面。许多国家都有专门的招投标法。从社会公共利益出发, 各国普遍以反垄断法对串通招标投标行为进行规制。作为市场经济规制手段的核心, 反垄断法在规制串通招标投标行为时能从微观和宏观经济领域进行最全面的规制。

(一) 域内外规制串通招标投标行为的司法实践

许多国家认为串通招标投标行为属于垄断协议, 应由反垄断法予以规制, 并在司法实践中将串通招标投标行为纳入反垄断诉讼。例如, 美国诉中国台湾友达光电案涉及韩国、中国台湾的 7 家亚洲 LED 生产商在招投标过程中形成横向垄断协议操纵 LED 面板价格。美国发现其共谋行为后, 针对相关公司以及管理人员提起刑事反垄断诉讼。经过审理, 美国联邦地区法院判决认定友达光电两名高管实施反垄断刑事犯罪, 均判处 3 年有期徒刑和 20 万美元罚金, 友达光电公司被指控违反了反垄断刑事法律, 要求同其子公司一起支付 5 亿美元罚金。^①

我国规制串通招标投标行为的司法实践以《招投标法》为主要核心, 情节严重的按照《刑法》第 223 条追究刑事责任, 运用反垄断法规制串通招标投标行为并不多见。在近些年的串通招投标案中, 值得一提的是 2015 年我国对日本 12 家企业实施汽车

作者简介: 苏丽芳, 武汉铁路职业技术学院副教授, 博士, 研究方向: 经济法学。

① 张喆, 连婷. 我国《反垄断法》与《价格法》处罚价格垄断行为的差异——从境外六家企业“操纵液晶面板价格案”谈起[J]. 经营与管理, 2015, (3).

零部件和轴承价格垄断案，涉案的12家日本企业通过多家企业“串通”，以一家企业报低价、其他企业报高价的方式轮流中标。国家发改委对这种“横向垄断”处以12亿元罚款。其中，不二越株式会社、日立汽车系统有限公司因主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据被免除行政处罚。从该起反垄断案可以发现，我国开始用反垄断法规制串通招投标。基于此，将串通招投标行为纳入反垄断法规制，需进一步明确其垄断协议行为的性质和相应的法律适用。

（二）反垄断法是认定串通招投标行为的应然之选

第一，通过反垄断法对串通招投标行为予以明确认定，能更精准地对串通招投标行为进行规制。囿于招投标法规则的模糊性以及串通招投标行为认定的复杂性，招投标法认定串通招投标行为具有自身缺陷。我国《招投标法》第53条抽象地规定了串通招投标的法律责任，但对如何认定该行为没有具体规定，很容易给串通招投标行为留下法律规制漏洞，无法达到预防目的，甚至难以对串通招投标行为进行准确判定。为弥补招投标法对串通招投标行为认定困难，各国运用反垄断法的垄断协议予以认定。从上文可知，中美两国在串通招投标行为认定上均运用反垄断法的垄断协议认定规则，将投标人间的串通行为认定为横向垄断协议。我国新修订的《反垄断法》增加“组织帮助型垄断协议”规定，扩大了横向垄断协议的适用情形，能更明确地认定投标者之间的串通行为。同样，依照反垄断法对垄断协议认定规则，招标人与投标人之间的串通行为被认定为纵向垄断协议。近些年，串通招投标行为不仅仅单向表现为投标人之间或者投标人与招标人之间的串通，甚至表现为投标人既彼此串通又与招标人串通的行为，使招投标的横向垄断协议与纵向垄断协议之间的边界逐渐模糊，各国通常将此行为认定为轴辐协议。

第二，反垄断法与招投标制度立法目的一致。设立招投标制度旨在规范招投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量，建立“公开、公平、公正”的市场竞争秩序。各国在反垄断法立法中明确了立法目的，即“保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进市场经济健康发展”，这与招投标制度的目的高度一致。反垄断法既能宏观上保护社会整体利益，又能惩处串通招投标的违法行为。

第三，反垄断法对串通招投标行为更有威慑力。招投标法对串通招投标行为的法律责任以行政处罚为主，也规定了民事赔偿责任和刑事处罚责任，但均为指引性的条文，需要结合民法、刑法等法律形成多种责任合力归责。由于各法律部门体现的法律价值具有差异性，对串通招投标行为的规制机构、规制原则和规制措施还存在一定偏差，无法协调统一，难以达到有效规制的目标。各国反垄断法立法普遍将行政责任、刑事责任和民事责任均纳入垄断责任。美国规制串通招投标行为以反垄断法为核心，对串通招投标行为的处罚极其严厉，涉及多种处罚。在友达光电案中，美国反垄断法呈现行政处罚、刑事处罚和民事赔偿等3种责任的合力。

二、串通招标投标行为的反垄断法认定路径

串通招投标在多数情况下表现为价格串通，但个别情形下也体现为市场分割型串通投标、限制投标次数和投标比率、限制供应商使用新技术等，这些串通招投标行为在性质上都属于垄断协议行为。^①各国通过反垄断法把串通招投标达成的垄断协议分为两大类：一类是投标者之间采取不正当手段对招标事项进行串通的横向垄断行为；另一类是投标者与招标者之间采取不正当手段对招标事项进行串通的纵向垄断行为。

（一）串通招投标的横向垄断协议认定

横向垄断协议是具有竞争关系经营者之间达成的垄断协议。在招投标过程中，投标者之间恶意串通达成协议，以限制、排挤其他投标人的竞争，破坏招投标竞争机制的行为是典型的横向限制竞争行为，投标者之间达成的协议称为横向垄断协议。美国、德国和日本等国均从立法上规定横向垄断协议的认定。横向垄断协议具有3个特征：竞争者之间的合作，即企业都处在相同的生产阶段，在参与横向垄断协议时有相同的经济目的；参与横向垄断协议的企业在法律和经济上具有独立性；参与横向垄断协议的企业以排除、限制竞争为目的或者产生排除、限制竞争的后果。在招投标实践中，投标人串通投标通常表现为内定中标人、预定投标价格（中标价格）、预定投中标数量、信息交换等行为。这些行为都是具有竞争关系的投标人之间达成协议或者协同的行为，通过串谋形成垄断协议，达到排挤竞争对手、限制市场竞争的目的。因此，对投标人串通达成的横向垄断协议，各国普遍采用本身违法原则予以禁止。

（二）串通招投标的纵向垄断协议认定

纵向垄断协议也被称作垂直限制协议、垂直协议、纵向限制、纵向协议等，主要特征有：主体互补性，经营者与交易相对人达成协议，即纵向协议主体之间不具有竞争关系，是相互依赖关系；明示方式，纵向垄断协议一般体现为明示方式，并多附随于经营者和交易相对人的交易合同中；竞争限制性，经营者与交易相对人达成的纵向垄断协议需要交易相对人实施特定的行为来实现。

对于纵向垄断协议的评价，主要存在两种不同的观点。一是以美国芝加哥学派为代表，认为纵向协议对市场竞争有严重的影响，具有其合理性。招标者与投标者不是竞争者之间共同限制生产数量和商品价格，相反，有时是协议当事人为了提高产能，增加社会财富。二是以微观经济分析学派为代表，认为纵向垄断协议需要结合市场竞争的影响力进行评价。比如，对相关市场、当事人在相关市场所占份额和限制竞争的动机等影响因素进行具体分析。对于此两种观点，美国的司法部和法院、欧盟委员会所持态度是应当谨慎评价纵向协议，既不能说它们一概具有推动竞争的作用，也不能

^① 王玉辉.日本串通投标反垄断规制制度[J].社会科学辑刊,2018,(1).

说它们都是反竞争的，关键问题是评价纵向协议对市场结构的影响。^①

实践中，招标人与投标人之间的纵向垄断协议在日本称为“官制串通”，是指政府机关或公共项目的招标机关所实施或主导的串通招标投标行为。^②美国和欧盟普遍认为需要对此进行个案认定，因为有的招标人与特定投标人之间的协议目的不是为了限制市场竞争，而是在当事人双方处于有效竞争的基础上，考虑市场效益最大化。以招投标中的邀请招标为例，邀请招标实际上是考虑招投标的成本与效益关系，其效益大于成本时就应该排除其违法性。这与日本串通招投标的“良性串通”免于法律规制的主张一致。但有一些更常见的招标人与投标人的串通情形，如做出串通指示、表明中标人意向、透露重要信息及实行差别待遇、引导提问、设置障碍等帮助特定人的投标人。这些串通招标投标行为目的就是限制其他投标者参与竞争，严重阻碍相关市场进入，应当认定为纵向垄断协议，必须受反垄断法的规制。综合来看，对于招标人与投标人之间的纵向协议，美国、日本和欧盟均采用禁止与豁免相结合的原则进行认定。

（三）串通招投标的轴辐协议认定

轴辐协议是横向协议与纵向协议的混合，包含两类参与者：中心参与者和一般参与者。一般参与者通常为同一产业具有竞争关系的企业，中心参与者通常是一般参与者的上游或下游企业。在串通招投标中，招标者与多个投标者达成纵向垄断协议，同时具有竞争关系的投标者之间又达成横向垄断协议，如同车轮的车轴与轮圈的关系，通过这些协议来保证彼此间串谋目的实现。美国“玩具反斗城案”确定了轴辐协议的3个认定要素。在此案中，美国联邦贸易委员会认为反斗城与各玩具生产商之间达成专供协议，构成轴辐协议：第一是存在一个连接所有合谋者的“轴”即反斗城；第二是一些制造商在内部文件中明确表示“如果竞争对手退出，我也会退出”的“轮圈”合谋；第三是所有的“辐条”即反斗城与制造商的纵向协议都积极与“轴”相连接。美国对轴辐协议认定就是将其拆分成横向协议和纵向协议，如果纵向协议能够支持横向协议就认定为轴辐协议。其他国家没有将轴辐协议运用到司法实践中，而是将其认定为横向协议或者纵向协议。

三、比较法视野下串通招标投标行为的反垄断法规制原则

各国对串通招标投标行为达成的横向协议和纵向协议的规制原则不尽相同，一是以美国为代表，对串通行为达成的协议进行类型化区分，采取本身违法和合理原则相结合的规制原则；二是以欧盟为代表，通过竞争政策对串通招标投标行为进行规制；三是以日本为代表，以实质性限制竞争为标准，采取准当然违法原则加以规制。

^① See the Whereas (6),(7),(10),Commission Regulation (EU)NO.330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, O.J.L 102.

^② 铃木满.串通招标投标研究[M].田恒译.北京:中国社会科学出版社,2004.

（一）规制串通招标投标的本身违法原则和合理原则

依据反垄断法对串通招标投标垄断协议认定时，将投标人与招标人之间的串通适用“合理原则”，对投标人之间的串通适用“本身违法原则”。这是美国等一些国家和组织的做法。合理原则禁止的是不合理的限制竞争行为，如果一个共谋行为虽然限制了竞争，但同时也有推动市场竞争的效果，就要对限制竞争行为进行衡量。若推动市场竞争带来的经济收益超过限制竞争导致的负面影响，这样的竞争会认定为合法竞争。招投标中的邀请招标行为因其目的是在当事人双方处于有效竞争的基础上，考虑市场效益的最大化，因此运用反垄断法的合理原则不将此认定为违法行为。本身违法原则认为，某些共谋行为不论什么情况都会对市场竞争造成不合理的限制，都会严重损害消费者利益，应当视为违法。本身违法原则不必衡量限制竞争目的和其后果就可认定为违法。本身违法原则主要适用4种类型的限制：横向协议；某些横向非价格协议，如分割市场和限制生产等协议；搭售行为；联合抵制行为。^①在招投标中，投标人之间的串通一般适用本身违法原则。鉴于串通招标投标行为隐秘性强，为了解决串通招标投标反垄断调查取证难的问题，美国最先将宽恕制度引入《反托拉斯法》，包括企业宽恕、个人宽恕、宽恕升级制度和处罚升级制度。宽恕制度不仅免除串通招标投标者的实体责任，而且保护其声誉，这对违法企业或个人有足够的吸引力，从而提升对串通招标投标的规制效率。

（二）规制串通招标投标的竞争政策

通过竞争法的判定规则对串通招标投标行为进行规制以欧盟最有特色。欧盟的竞争法不仅跨越多国，其效力也高于各成员国的竞争法。由此，欧盟的竞争法更强调效率性和法律适用性。与美国不同，欧盟的竞争政策判定规则主要集中在《罗马条约》中，其第81条第1款“限制竞争条款”和第3款“豁免制度”与“本身违法原则”“合理原则”有许多功能相似之处。在判定串通招标投标行为是否违法时，限制竞争条款需要对比协议的积极效果与消极效果以充分衡量串通行为的具体情况。豁免制度比合理原则具有更强的确定性和明确性，^②特别是整体豁免制度，不限定在相关机关审查前对串通招标投标行为进行申报，当事人在被审查串通招标投标行为前后均可进行申报。此做法减轻了串通者的申报负担，能够对企业行为进行有效指引，有利于降低违法行为发生。

（三）规制串通招标投标的准当然违法原则

在分析串通招标投标具体案件时，运用本身违法原则和合理原则对串通招标投标行为“效果”的认定常常涉及复杂的经济问题，要求在个案中针对具体情况进行相关市场的界定以及对竞争所产生的恶劣影响进行经济分析，这使得政府财力和司法资源耗费巨大。20世纪60年代，产业政策优于竞争政策的日本认为，对相关市场界定和

^① Holmes, Majorie. Competition Law and Practice[J]. A Review of Major Jurisdictions, 2016, (2).

^② 许光耀. 合理原则及其立法模式比较[J]. 法学评论, 2005, (2).

限制竞争行为的分析对严重限制竞争且明显的串通行为得不偿失。本身违法原则和合理原则在日本实质性限制竞争的运用也明显缺乏效率。因此,日本在“石油制品价格协议案”中提出了准当然违法原则,并通过《独占禁止法》予以明确,对串通招投标的规制主要是限制串通招投标行为的不公正交易方法,导致实质性限制竞争目的。^①准当然违法原则通过采取合意说,即串通招投标行为各方的市场份额合计达到50%以上,只要各当事方进行商定,有串通的合意即认定为违法行为。^②通过准当然违法原则,日本对串通招投标行为的规制效率大幅提高。同时,为了鼓励串通招投标者退出串谋行为并尽早恢复受损的竞争秩序,日本也在禁止反垄断法中设置了宽恕制度,明确减免处罚幅度,并区分调查开始前和开始后给予不同的减免幅度。

四、串通招投标行为反垄断法规制的适应性构建

世界各国对串通招投标行为普遍采用反垄断法予以规制,但规制原则不尽相同。鉴于我国《反垄断法》立法较晚且处于不断探索完善阶段,对串通招投标行为的反垄断规制应充分考虑我国的执法和司法现状,构建适应我国经济社会发展的反垄断法律制度。

第一,明确串通招投标行为的反垄断法规制。从我国《反垄断法》的角度认定串通招投标行为,其应该属于垄断协议。但在串通招投标行为的认定原则上,是否区分横向垄断协议与纵向垄断协议,并分别适用不同规制原则?建议借鉴日本的准当然违法原则强调串通的图谋,取消本身违法原则与合理原则,运用我国新修订的《反垄断法》的“安全港”规则。这样调整我国串通招投标行为的规制原则,主要是考虑到反垄断法的司法实践。反垄断法的规制原则源自美国,合理原则赋予法官极大的自由裁量权,对执法人员的法律素养要求极高。我国《反垄断法》实施还在不断探索完善中,将合理原则引入串通招投标行为规制中,需要衡量串通行为导致的限制市场竞争的负面影响与推动市场竞争的效果,这无疑给司法和执法机关加大负担,且在实践中的运用效果无法估计。而且,对招标人与投标人之间的合谋,我国《招标投标法》已经规定了一些具有合理性的纵向垄断协议行为。没有被《招标投标法》认可的招标人与投标人之间的串谋行为即便有一定的合理性,也微乎其微。从法经济学的“成本—效益”角度考虑以及域外国家的实践,对于串通招投标行为,只要限制了竞争,便可认定为违法行为。对于轴辐协议的规制,在修改《反垄断法》时不宜直接将轴辐协议的规制引入我国。可以借鉴国外通行做法,在串通招投标行为认定上首先审查横向协议是否存在,若横向协议认定成立,招标人则以串通组织者对待。反之,如果没有形成横向协议,就以纵向协议认定串通招投标行为。^③

① 村上政博.日本禁止垄断法[M].姜珊译.北京:法律出版社,2008.

② 武藤博己.招标改革——改名幕后操作的日本社会[M].彭曦,周樱格译.南京:南京大学出版社,2011.

③ 陈永伟.轴辐协议的前世今生[N].经济观察报,2020-12-07.

第二，完善《反垄断法》的宽恕制度。串通招投标行为具有极强的隐蔽性，宽恕制度的充分实施有助于提高执法效率，并可从串通者内部对其进行瓦解，形成强大威慑力。^①我国《反垄断法》宽恕制度规定过于原则，不利于实践操作。因此，可借鉴域外做法，将我国的宽恕制度加以细化。首先，明确宽恕制度的主体范围。就招投标而言，应限定为串通招投标的人员，包括企业和个人。其次，明确宽恕制度的适用时间。在调查开始前后直至违法行为停止前，申请人均可提出宽恕申请。再次，明确宽恕制度的减免幅度。为了鼓励违法者及时揭露串通招投标行为，依据提出宽恕申请的先后顺序予以减免。我国可参照美国和日本的做法，减免主体的数量限定为3个，减免幅度为：首位全额免责，第2位减免30%~50%责任，第3位减免20%~30%责任。最后，规范宽恕制度的条件。为有效调动申请者的积极性，申请宽恕制度的违法者只要尽到了诚实信用的义务，尽其最大可能提供信息和证据并有助于违法行为的查处，便可给予宽恕。

第三，完善串通招投标法律责任体系。首先，厘清民事责任与《反垄断法》责任的作用。我国《反垄断法》中的民事责任以一般的民事责任为基础、惩罚性赔偿为例外。然而，垄断行为对整体市场经济秩序的破坏性较大，尤其是串通招投标行为，应考虑其责任处罚严于一般民事责任，建议引用美国反垄断法的3倍惩罚性赔偿制度，以弥补监管不足和鼓励社会对串通招投标行为的监督。其次，完善《刑法》中的串通招投标刑事责任。美国对串通招投标行为的刑事责任适用较为普遍，起到了遏制串通招投标行为的良好效果。虽然我国《刑法》规定了串通招投标罪，但仅限于投标者之间的横向串通行为，招标者与投标者之间的纵向串通行为并未纳入《刑法》。因此，在借鉴美国串通招投标刑事制裁的经验上，我国应将招标者与投标者之间的串通也纳入《刑法》。最后，理顺《招标投标法》与《反垄断法》之间的关系。《招标投标法》主要规范招投标的具体程序，防止串通行为。《反垄断法》则是对串通招投标行为导致的限制竞争进行调查和处罚。串通招投标的案件不能完全依赖反垄断执法部门，因为《反垄断法》规制的是整个市场经济的限制竞争行为，若全部由反垄断执法部门处理，势必会造成案件积压、处理不及时。建议我国规制串通招投标行为时分类处理，对于一般的串通招投标行为，由招投标涉及的相关部门进行查处；对于影响重大的串通招投标行为，再交由反垄断执法机构。

五、结语

如果缺乏对不正当竞争行为的惩防法治体系，守信者利益得不到保护，违法行为得不到惩治，我国市场经济就无法真正实现。串通招投标行为严重违背了市场经济遵循的公开、公平、公正的价值追求，各国纷纷将其纳入反垄断法予以规制。明

^① 吕剑普,丁国民.论反垄断法宽恕制度适用条件的完善[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2020,(4).

确串通招投标行为的认定标准,建立权威的法律监管体系,优化反垄断法的宽恕制度,加大违法行为的法律责任,能有效遏制串通招投标行为,有利于市场经济的良性发展。我国《反垄断法》修订后,借鉴美国、日本和欧盟等的实践经验,将串通招投标行为纳入反垄断法的规制视野。

参考文献:

- [1] 丁茂中.我国《反垄断法》的修订路径[J].法学,2020,(5).
- [2] 高艳杰.论我国反垄断法之宽恕待遇的完善[J].黑龙江工业学院学报(综合版),2019,(8).
- [3] 侯利阳.轴辐协议的违法性辨析[J].中外法学,2019,(6).
- [4] 计蓉.中欧德反垄断法宽恕制度比较研究[J].经济法论丛,2018,(2).
- [5] 蒋岩波,黄娟.卡特尔行为反垄断法与刑法的协同规制[J].江西社会科学,2020,(2).
- [6] 铃木满.串通招投标研究[M].田恒译.北京:中国社会科学出版社,2004.
- [7] 王先林.论我国垄断协议规章制度的实施与完善——以《反垄断法》修订为视角[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2020,(1).
- [8] 向昕.对工程建设中串通招投标问题的分析和思考[J].科技经济导刊,2019,(28).
- [9] 理查德·A·波斯纳.反托拉斯法[M].孙秋宁译.北京:中国政法大学出版社,2003.

Regulation Path of Anti-monopoly Law on Collusion in Bidding: Comparison and Reference of Countries

SU Lifang

Abstract: The purpose of the bidding system is to realize an open, fair and just market competition mechanism. It is found from the investigation of foreign countries that bid-rigging is generally considered to be a monopoly agreement that restricts competition and should be regulated under the framework of anti-monopoly law. However, in the principle of collusive bidding regulations, countries have shown differences, which are mainly manifested in the reasonable principle and self-illegal principle of the United States and the European Union, and the quasi-of-course illegality principle of Japan. Under different regulatory principles, countries have formulated forgiveness systems, legislative systems, and sanctions systems that suit their national conditions. China can reasonably draw lessons from the experience of foreign anti-monopoly law in regulating bid-rigging behavior, so as to make adaptive adjustments to the identification of anti-monopoly agreement, the improvement of the forgiveness system and the construction of legal liability system for bid-rigging behavior.

Keywords: collusion in bidding; anti-monopoly law; regulation

(责任编辑: 金孝柏)