



# 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

刘艳红\*

## 目次

- 一、问题提出：串通投标罪主体确定是否适用招投标法
- 二、“违反招投标法”作为不成文构成要件要素之确立
- 三、“违反招投标法”作为不成文构成要件要素之运用
- 四、结语

**摘要** 刑法理论自提出不成文构成要件要素概念之后，并未结合（具体）法定犯的特殊性做有针对性的发展。以串通投标罪等为代表的、刑法条文未规定违反何种国家规定的法定犯，如何理解并确定其构成要件要素，在理论和实务中存在争议。根据法定犯的原理，立法预设前提以及司法实践的判决，宜增加“违反招投标法”作为串通投标罪不成文的构成要件要素，以从法教义学角度强化对法益的保护，并增加罪刑法定原则在法定犯领域的体现度。“违反招投标法”作为串通投标罪不成文构成要件要素之确立，是一个具有穿透力的话题，它意味着在其他类似立法例的法定犯中，“违反……规定”同样为其不成文的构成要件要素。基于刑法教义学的构成要件理论，以及法定犯与自然犯的本质区别，探讨并发展以串通投标罪为代表的法定犯不成文构成要件要素理论，对于避免法定犯日益沦为口袋罪，丰富法定犯及构成要件理论与实践，都具有深远的意义。

**关键词** 法定犯 串通投标罪 不成文的构成要件要素

\* 东南大学法学院教授，法学博士。

本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“刑法出罪机制问题研究”（项目批准号：15YJA820015）的阶段成果；同时为江苏高校“青蓝工程”暨东南大学2019年中央基本科研业务费课题“大数据时代审判体系和审判能力现代化的理论基础与实践展开”（项目批准号：2242019S10003）的资助成果。

刑法分则犯罪的构成要件有成文的构成要件与不成文的构成要件之分，“成文的构成要件要素，是指刑法明文规定的构成要件要素；不成文的构成要件要素，则是刑法表面上（文字上）没有明文规定，但根据刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所缺的，成立犯罪所必须具备的要素。”<sup>〔1〕</sup>前者如《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第305条伪证罪的主体要件、行为要件，后者如《刑法》第266条主观上非法占有目的之要件。法律的适用乃是依据法条的规定结合案件事实进行逻辑演绎与推理，这样一个法律解释的过程，是保障法的安定性落实的过程。法条规定的不成文的构成要件要素，因其不成文，对于法的安定性而言似乎存在挑战。为此，准确界定不成文的构成要件要素，关系着法律漏洞的补充适用、法律解释结论的准确性等根本问题。下文拟以串通投标罪为例，讨论如何准确添加法定犯的不成文构成要件要素并加以实践运用等问题，以期进一步推动法定犯及犯罪构成要件理论的发展。

## 一、问题提出：串通投标罪主体确定是否适用招投标法

《刑法》第223条规定，“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”，构成串通投标罪。该条并未像其他法定犯那样规定“违反……规定”，比如规定“违反招投标法”，导致实务中就是否要根据有关招投标法律法规的规定认定犯罪的成立存在争议，并导致司法实践中的同案不同判。这些争议不但影响了串通投标罪司法适用的统一性，更冲击了刑事法治原则——罪刑法定的人权保障效果。如何结合成文与不成文构成要件要素的有关理论，以及串通投标罪立法规定与司法问题，探讨串通投标罪的不成文构成要件要素，乃至整个法定犯的不成文构成要件要素，具有重要的理论与实践意义。

案例1. 被告人蔡某某于2016年10月间，为承包本市奉贤区南桥镇农村生活污水处理工程，自行联系取得了二十余家参与投标的建筑公司的实际竞价权，又与陆某某（另案处理）共谋，通过陆某某等人的联络取得了十余家投标公司的实际竞价权。经上述公司相互串通投标，蔡某某最终得以299.5万余元的价格中标工程。<sup>〔2〕</sup>蔡某某是否构成串通投标罪？

案例2. 某市国信项目管理咨询有限公司，法定代表人为关某。该市鑫基业公司对某小区共计9栋楼工程进行招标，为保证其借用资质的钜晔公司中标，鑫基业公司找到国信公司操纵本次招标。国信公司联系金成公司、北方建设有限公司为钜晔公司陪标，最终钜晔公司中标，中标价格为1.2亿元。<sup>〔3〕</sup>国信项目管理咨询有限公司是否构成串通投标罪？

案例3. 有招标代理资质的某监理公司接受市政府委托，为一经济适用房建设工程招标代理。在招标过程中，经人介绍，监理公司负责人郑某认识了某建筑公司负责人李某。李某要求郑某透露其他投标人的投标文件，使其根据其他投标人方案情况设计更佳的投标标书，并许诺中标后按中标价的2%给监理公司。郑某同意后，在其帮助下，李某所在公司顺利中标，后案发。<sup>〔4〕</sup>郑某所在监理公司是否构成串通投标？

以上三个案件，均涉及一个共同问题：如何理解串通投标罪的主体？根据《刑法》第223

〔1〕 张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年，第120-121页。

〔2〕 上海市静安区人民法院刑事判决书，（2017）沪0106刑初1419号。

〔3〕 辽源市龙山区人民法院刑事判决书，（2018）吉0402刑初7号。

〔4〕 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，第49页。



条的规定,本罪主体为投标人。同时,《刑法》第231条规定单位可以构成本罪主体。然而,何为投标人或招标人?作为招投标的单位主体范围如何认定?比如,招投标事项的咨询机构是否为投标人?招投标代理机构可否认定为投标单位?等等。这些问题看似简单,实则涉及一个重要且根本性的问题,即对于《刑法》第223条投标人的认定,究竟是泛泛意义上的亦即所有参与或只是涉及了投标事项的人?抑或是严格地根据有关招投标的国家规定?这些规定包括,2017年12月28日施行的、新修订的《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》),2018年3月19日最新修订并施行的《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《招标投标条例》),1998年1月16日国家工商总局《关于禁止串通招标投标行为的暂行规定》(以下简称《串通投标暂行规定》),2014年08月31日修订的《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》),2007年4月3日财政部《自主创新产品政府采购合同管理办法》等。尤其是,能否据此规定界定投标人?因为《刑法》第223条中并没有明确规定本罪必须“违反了国家招标投标法”等国家规定,既然如此,认定投标人的范围,是否必须依据《招标投标法》《招标投标条例》《串通投标暂行规定》《政府采购法》等有关招投标的国家规定?这绝非一个可以简单回答的问题,它事关对刑法中构成要件的理解。换言之,法定犯中没有明确规定的“违反国家规定”应如何定位,具体而言之,串通投标罪条文中没有规定的“违反招标投标法”这一要素,是否为构成要件要素?如果是,是什么性质的构成要件要素?

## 二、“违反招标投标法”作为不成文构成要件要素之确立

《刑法》第96条规定,“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”从该规定可以看出,所谓国家规定,包括全国人民代表大会及其常务委员会的规定和国务院的规定。纵观刑法典分则,自然犯不存在也不需要“违反国家规定”这一构成要件要素,规定了“违反国家规定”的都是法定犯,只不过有的直接表述为“违反国家规定”,如《刑法》第285条规定“违反国家规定,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的”构成非法侵入计算机信息系统罪;有的则表述为违反某个具体的国家规定,如《刑法》第435条“违反兵役法规,逃离部队,情节严重的”行为构成该逃离部队罪。然而,由于法律漏洞的存在,也可能由于法定犯立法简略性使然,有的法定犯并没有在刑法条文中规定概括性的或具体的“违反国家规定”这一构成要件要素,《刑法》第223条规定串通投标罪即为示例。然而,这不意味着本罪不需要“违反招标投标法”;“违反招标投标法”应该是串通投标罪不成文的构成要件要素。

法律适用的过程就是法律发现的过程,发现法条文字的真实含义,发现法条中没有规定的构成要件要素。然而,这种发现,绝不意味着构成要件要素的简单添加。一种行为“必须要现实情况与法律所规定的构成要件相吻合,我们才可以说它构成犯罪,这就是罪刑法定主义的精神。”〔5〕就串通投标罪而言,“违反招标投标法”正是籍由该罪作为法定犯的法理以及其具体构成犯罪之要求,而得以确立的不成文的构成要件要素。

从法定犯的原理分析,“违反招标投标法”应为串通投标罪不成文的构成要件要素。法定犯又

〔5〕 黄荣坚:《刑罚的极限》,(台湾地区)元照出版社1999年,第175页。

称为行政犯，亦即违反了行政法并因此受到刑罚处罚的犯罪，而行政法，“是规定公共行政管理活动的法，简言之，是关于行政的法”，因此，行政犯是违反了“国家行政主体对公共事务的组织和管理活动”的法的行为。<sup>〔6〕</sup>“对于行政法之违反者所进行的制裁为‘行政罚’，‘其中，对于违反者科以刑事制裁者，称为‘行政刑罚’”<sup>〔7〕</sup>，也就是行政刑法所给予的刑罚处罚。这意味着，法定犯的首要违法性是违反行政法，即行政违法性；其次是违反刑事法，即刑事违法性。刑事违法不是对行政违法的否定或者替代，而是在行政违法基础之上的二次违法，即由行政领域递进到刑事领域的违法。“在法秩序统一性的视野下，以违法统一性为基础进行违法的相对性判断。因此，民法或行政法允许的行为，必然不具有刑事违法性”<sup>〔8〕</sup>换言之，具有刑事违法性的行为，必然是违反民法或者行政法禁止的行为。因此，法定犯的原理就是，其“刑事可罚性，取决于行政法规范的规定或行政机关的行政决定”<sup>〔9〕</sup>，此即行政刑法的行政从属性。根据法定犯的违法性特征，串通投标罪必须首先具备行政违法性，其次是具备刑事违法性。那么，该罪的行政违法性如何体现？

串通投标是违反公平竞争、破坏社会利益和经营者合法权益的行为，它是一种不正当竞争行为。这种行为的行政违法性，是根据招标投标法的有关规定来判断的。比如，《串通投标暂行规定》第2条第4款的规定，“串通招标投标，是指招标者与投标者之间或者投标者与投标者之间采用不正当手段，对招标投标事项进行串通，以排挤竞争对手或者损害招标者利益的行为。”同时，该暂行规定的第3条、第4条明确规定了串通投标的具体行为方式，如投标者之间串通投标的行为，包括投标者之间相互约定，一致抬高或者压低投标报价，或在招标项目中轮流以高价位或者低价位中标，或投标者之间先进行内部竞价，内定中标人，然后再参加投标等串通投标行为；以及投标者和招标者之间的串通投标行为，包括招标者在公开开标前，开启标书，并将投标情况告知其他投标者，或者协助投标者撤换标书，更改报价；招标者向投标者泄露标底；投标者与招标者商定，在招标投标时压低者或者抬高标价，中标后再给投标者或者招标者额外补偿；招标者预先内定中标者，在确定中标者时以此决定取舍等行为。在此基础之上，再根据串通投标行为的行政违法性是否达到第223条“情节严重”的程度，亦即2010年5月7日最高人民检察院、公安部《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条规定的数额和手段等标准。可见，离开《串通投标暂行规定》这一行政管理法规，就难以确定何为串通投标行为。“既然是行政犯罪，就不能脱离‘行政’一词的意义和范围而单纯界定它的刑法属性，否则会使行政犯罪失去自身的特点，甚至使其毫无存在的价值。”<sup>〔10〕</sup>我国各种版本的刑法教科书对串通投标行为的行政违法性也正是如此界定的。比如主流的教科书明确指出，串通投标的违法行为是指，“（1）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；（2）投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民合法利益。所谓串通投标报价，

〔6〕 周佑勇：《行政法原论》，北京大学出版社2018年，第3-4页。

〔7〕 〔日〕北见宏介：《论刑事罚与行政罚之区别：日本刑事罚与行政罚之运用与检讨》，黄淳钰译，《真理财经法学》2014年第13期，第91页。

〔8〕 王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，《中外法学》2015年第1期，第170页。

〔9〕 刘艳红、周佑勇：《行政刑法的一般理论》，北京大学出版社2008年，第8页。

〔10〕 同上注。



是指两个以上的投标人在投标过程中,相互串通,暗中商定太高或者压低投标报价。”<sup>[11]</sup>其他教材亦基本如此界定。这意味着,违反有关招标投标法的规定,已在串通投标罪中作为了解释该罪所依据的构成要件要素了。而这一要素并未在刑法条文中予以规定,这说明,“违反招投标法”只能是不成文的构成要件要素。

法定犯的原理以及刑法解释论对串通投标行为违法性的分析表明,当根据行政管理法规来界定串通投标行为的行政违法性之后,对于串通投标罪的其他构成要件,比如前述有争议的主体要件的确定,当然也应该遵循有关招标投标行政管理法的规定而进行,否则,就会出现串通投标罪行政违法性的认定不统一,从而影响刑事违法性以及成立犯罪的认定。法定犯理论与实践向来如此认定和操作,比如在最高法指导案例97号指出,“违反行政管理有关规定,但尚未严重扰乱市场秩序的经营行为,不应当认定为非法经营罪。”<sup>[12]</sup>换言之,违反行政管理法规是法定犯违法性认定的必要条件,以此为基础,再根据刑事违法性的程度,才能决定法定犯是否构成犯罪。为此,确定串通投标罪的主体,就应该依据《招标投标法》《招标投标条例》等有关招标投标方面行政法规的规定。适用不成文的构成要件要素,正是对其作为构成要件地位的认可,也是发挥构成要件罪刑法定机能的重要体现。

从法益保护目的分析,“违反招投标法”应为串通投标罪不成文的构成要件要素。从发展法益理论的层面,法定犯是否具有法益侵害性无疑是一个需要继续探讨的问题;但是,从刑法适用的现实层面,亦即在现有实定法体系之下,比如,串通投标罪规定在刑法典分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的第八节扰乱市场秩序罪之中,那么,对串通投标罪的构成要件的解释,可能还得借助于刑事立法对该罪确立的法益。由于法定犯首先是在“形式上侵害行政法上目的的不法”行为,其次则是在“实质上侵害法益的刑法犯的恶性”的犯罪行为,这两种违法性最终决定了“行政刑罚对于行政法规所欲维持的社会法益构成直接侵害的行为”。<sup>[13]</sup>根据立法规定,串通投标罪侵害的法益是公平公正的市场经济秩序。为此,处罚串通投标罪,必须基于法定犯违反行政法规这一“义务违反的重大性与制裁的必要性”<sup>[14]</sup>,亦即基于处罚值得处罚的法益侵害行为这一实质刑法立场<sup>[15]</sup>,来认定串通投标行为是否构成犯罪。

串通投标行为如果要构成犯罪,仅仅抽象地理解“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”这一要件,而不结合招标投标行政管理法规的有关规定,除了无法体现该罪作为行政犯的行政违法性之外,亦无法准确确定其具体的犯罪构成条件。刑法的目标“是通过确证规范的效力,以实现对各种法益的保护”,“如人的生命和健康之存续、行政管理的正常运转。”<sup>[16]</sup>行政刑法规范正是为了保护行政管理的正常运转这一法律上的利益,因此这些规范中含有行政法规范,对行政犯罪所侵犯的法益的保护,当然要根据行政刑法规范的整体性亦即行政法规范与刑法规范来解释其规范的效力。因此,对串通投标罪主体、行为等要件的解释,

[11] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年第七版,第443页。

[12] 《指导案例97号:王力军非法经营再审改判无罪案》,最高人民法院审判委员会2018年12月19日。

[13] 同前注〔7〕,〔日〕北见宏介文,第92页。

[14] 同上注。

[15] 刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年,第215页。

[16] 〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年第六版,第15、24页。

应该根据有关招投标的法律法规确定，它们也因此应该是本罪的构成要件要素。同时，串通投标行为义务违反的重大性与制裁的必要性，是和犯罪主体身份紧密相联的。根据《刑法》第223条规定，该罪主体为投标人和招标人，但对其具体范围却未有进一步规定。《招标投标法》第8条规定，“招标人是依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。”第25条规定，“投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。依法招标的科研项目允许个人参加投标的，投标的个人适用本法有关投标人的规定。同时，《招标投标法》第32条规定，“投标人不得相互串通投标报价，不得排挤其他投标人的公平竞争，损害招标人或者其他投标人的合法权益。投标人不得与招标人串通投标，损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。”这意味着，符合招投标法规的投标人与招标人，还必须遵守该法不得串通投标的义务性规定，否则，损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益，亦即侵害了市场经济秩序损害了公共和个人利益，情节严重的，就具有了刑事制裁的必要性，可以构成犯罪。换言之，投标人的行为是否违法，与其是否属于《招标投标法》规定的投标主体有直接关系，犯罪“违法判断需要确定处罚范围。鉴于违法判断的重要性，遂便要求判断须有明确性和可视性，并且，要明确区分违法判断与责任判断。”<sup>[17]</sup>基于法益侵害说的立场，具体的构成要件范围有助于判断法益侵害的性质与状态，亦即行为违法性的性质与程度；不明确的主体要件难以充分发挥这一功能。而根据《招标投标法》的规定确定串通投标罪的范围，正是明确化的体现。比如，投标人是什么人，是单位，还是个人，还是二者均可？再比如，相互串通投标报价，内容如何确定？国有土地挂牌出让中串通竞买是否构成本罪？等等。如果不根据有关招投标的法律法规对串通投标罪的构成要件进行补充，无法准确理解和适用这些要件则势必无法发挥刑法规范的保障机能。事实上，《招标投标法》《招标投标条例》《串通投标暂行规定》《政府采购法》《反不正当竞争法》《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等与招投标有关的行政法律法规，其内容在实质上影响着串通投标罪的犯罪认定，以及国家刑罚权的适用范围，故“违反招投标法”在本质上即为构成要件要素之一部分。通过这些行政管理法规的补充适用，司法机关就可以在有限而合理的范围内，将第223条抽象性的法条加以具体化，从而使“罪刑法定主义在行政控制的作用面向”<sup>[18]</sup>充分发挥和体现。总之，增加“违反招投标法”作为串通投标罪不成文的构成要件要素，是从法教义学角度强化对法益的保护，也是罪刑法定原则在法定犯领域的体现。

从立法预设前提分析，“违反招投标法”也应是串通投标罪不成文的构成要件要素。法定犯之所以规定为刑法中的犯罪，盖因实现行政管理法规所要求的义务手段并不充分，因此只能期待籍由行政刑法的刑罚处罚的威吓效果，从而以实现国家行政管理目的。从立法预设前提分析，只有通过违反有关招投标法的规定的适用，来补充解释适用第223条的构成要件，才能最终确定串通投标行为是否构成犯罪。仍然围绕串通投标罪的主体分析。“从‘行为主体’的要素，观察与从事犯罪构成要件分类，此种分析与归纳，在刑法上具有一定的功能，例如分辨犯罪类型，判断犯罪构成要件是否符合等等”，因此，法定犯一般对行为主体都设立有特定的“规定资

[17] [日]井田良、阿部耕一：《刑法总论の理论构造》，成文堂2005年，第3页。

[18] 郑逸哲：《罪刑法定主义七十年》，载林山田等：《刑法七十年回顾与展望纪念论文集》，（台湾地区）元照出版公司2001年，第98页。



格、条件或其他特定关系”<sup>[19]</sup>，自然犯一般对行为主体没有特别的规定。根据串通投标罪的立法预设，它是针对招投标领域的投标人的串标行为，这意味着，对于本罪的主体，应该不同于自然犯对犯罪主体的理解，即任何人都可以构成本罪；而只能是参加招投标的投标人才能构成，同时，由于《刑法》第223条对何谓投标人没有加以明确，那么，作为法定犯的串通投标罪，其主体的资格限定只能通过《招标投标法》等来设立，因此，招标投标法中规定的提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织以及投标科研项目的个人，才是第223条投标人的范围，这一主体要素是构成该罪“绝对不可或缺的要素”，同时也是该罪的“构成要件要素”。<sup>[20]</sup>《招标投标法》等行政法律法规，是对招投标领域进行实质意义监管的，此乃“实质意义的公行政”，它“透过特别设立之机关来受到法律拘束，可直接予以给付（服务）、干涉、形成或部份可规划公众事务的行为。”<sup>[21]</sup>先行设立的这些行政法律法规，意味着作为所有部门法的保障法，作为招投标二次违法对象的刑法，就应该遵循已有的行政法律法规和政策，基于行政取缔的合计划的、合目的性，进行合规的招投标行为。总之，从立法预设的前提分析，《刑法》第223条应该违反了相关招标投标法的规定，而后者之所以规定是法人或者其他组织，盖因在市场招投标中，尤其是一些建筑类的招投标活动中，单纯的自然人是不可能实施招投标行为的，国家有关招投标的行政法律法规，要求具有的投标人资质就是法人或者组织，个人无论在资金流量、运营规模、承标能力等各方面，都无法与法人或组织相比拟，因此不具备投标人的资质。这种因招投标民事兼行政关系活动产生的对主体的适格性要求，正是行为主体特定的构成要件要素。

从司法实践现状分析，“违反招标投标法”已成为实践中认定成立串通投标罪的重要依据，其为该罪不成文构成要件要素的性质和地位已为实践一致认可。

司法实践中在认定串通投标行为的性质、主体、对象等构成要件时，均明确指明应依照招标投标法的有关规定。违反招标投标法不仅仅是串通投标罪主体认定的前置法依据，也是该罪其他要件认定的前置法依据。案例4. 在认定串通拍卖行为是否为串通投标时，明确主张“拍卖的标的是物品或者财产权利。我国《招标投标法》虽然没有明确规定，但权威的解释还是应当包括三方面”<sup>[22]</sup>，等等。案例5. 在肇庆市司法机关认定李某涉嫌串通投标罪案中，分析意见明确指出，“何为投标人，《招标投标法》第二十五条明确规定：‘投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。依法招标的科研项目允许个人参加投标的，投标的个人适用本法有关投标人的规定。’意味着除允许个人参加投标的科研项目外，投标人只能是‘法人或者其他组织’，而本案中的投标人，是广州某建筑集团公司、广州某基础工程公司等公司，而不是被告人李某。但不是投标人的被告人李某，并不代表其不会犯串通投标罪，因为《刑法》有明确的关于‘共同犯罪’的规定。”<sup>[23]</sup>案例6. 被告人杨某甲串通投标罪案中，对被告人的行为是否属于串通投标，也是明确根据有关招标投标法的规定认定的，“对于此种约定部分投标人放弃投标，并支付相应的好处费，其行为属于典型的《招标投标法实施条例》第三十九条规定的串通投标行为，其具体规定为：‘禁止投标人相互串通投标。有下列情形之一的，属于投标人相互串通投标：……

[19] 刘幸义：《法律概念与体系结构》，（台湾地区）台北翰芦图书出版有限公司2015年，第42页。

[20] 同上注，第43页。

[21] 陈新民：《行政法学总论》（修订八版），（台湾地区）陈新民出版发行，第3页。

[22] 何红锋、余利勇：《关于“串通投标罪”适用的思考》，《中国政府采购》2012年第8期，第65页。

[23] 李金升：《非投标人的自然人构成串通投标罪的前提条件》，《中国招标》2014年第9期，第23页。

(三) 投标人之间约定部分投标人放弃投标……’投标人在投标时,对于此种行为,须高度关注。”<sup>[24]</sup> 案例7. 被告人邓某投标报价呈规律性差异是否构成串通投标罪一案中,也是根据“《招标投标法》第三十二条、《招标投标法实施条例》第三十九条、第四十条、第四十一条等”“相应的规定”来认定“被告人邓某、周某、陈某甲经协商,约定合伙参与投标”<sup>[25]</sup>的行为构成串通投标罪的。案例8. 黑龙江李某某串通投标一案中,法院审理认为“被告单位黑龙江省宇堃建设工程咨询有限责任公司作为招标代理机构,违反《中华人民共和国招标投标法》的有关规定,在依法必须进行招标的工程建设项目中,以营利为目的,未能履行招标的相关程序,受招标人的指使,在未公开招标的情况下,帮助招标单位指定的投标人补办和完善招投标文件的相关材料。”<sup>[26]</sup> 案例9. 赞培拉游乐设备(苏州)有限公司、李某某串通投标一案中,法院审理认为,“根据《工程建设项目货物招标投标办法》第三十四条的规定,如若投标单位少于三家的,应当重新招标。重新招标后,投标单位仍少于三家的,报有关行政监督部门备案后可以不再进行招标,或者对两家合格投标人进行开标、评标。因此,对必须招投标文件的涉及公众安全的项目流于形式走个程序,不仅违反国家法律法规,而且损害潜在投标人及相关各方利益,具有明显的社会危害性。”<sup>[27]</sup> 显然,本案中法院是根据招投标文件的有关规定认定行为性质的。案例10. 黑龙江刘学书等串通投标案中,法院审理指出,“涉案招投标文件的招标单位牡丹江世茂置业有限公司是民营企业,依据《中华人民共和国招标投标法》的规定,民营企业投资的项目不属于必须公开招标的范围,可以采取邀请招标的方式,不存在侵害潜在投标人的利益的可能。”<sup>[28]</sup> 显然,本案中法院是根据招投标文件的有关规定认定行为的对象亦即招投标文件的性质的。等等。

总之,法定犯行政与刑事双重违法性以及行政违法作为法定犯成立必要条件的要求、法益保护目所蕴含的处罚值得处罚的法益侵害行为的要求、立法对该罪违反招投标文件这一要求的预设以及司法实务中依照招投标文件有关规定认定本罪的实践做法表明,“违反招投标文件”应为串通投标罪的不成文的构成要件要素。“如果不确定某种不成文的构成要件要素,行为的违法性与有责性不能达到值得科处处罚的程度,就应当确定某种不成文的构成要件要素。”<sup>[29]</sup> 确定了“违反招投标文件”为串通投标罪的不成文的构成要件要素后,就可以解决该罪违法性认定与处罚程度确定的问题;它和第223条规定的成文构成要件要素,“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”,一起为解释、确定该罪的成立条件发挥作用。

### 三、“违反招投标文件”作为不成文构成要件要素之运用

在确立“违反招投标文件”是串通投标罪不成文的构成要件要素之后,如何准确将之适用于司法实践,则是一个解释学的问题,“关于刑法的解释问题,如果法官是为了寻找并认识拟适用法律的真实意思和立法者在颁布法律时的意思,则其必须遵循适用于所有法律的解释规则,同

[24] 李金升:《约定部分投标人放弃投标构成串通投标罪》,《中国招标》2015年第8期,第30页。

[25] 李金升:《投标报价呈规律性差异构成串通投标罪》,《中国招标》2015年第4期,第22页。

[26] 绥化市北林区人民法院刑事判决书,(2016)黑1202刑初284号。

[27] 苏州市虎丘区人民法院刑事判决书,(2016)苏0505刑初569号。

[28] 兴隆区基层法院刑事判决书,(2018)黑7521刑初5号。

[29] 同前注[1],张明楷书,第147页。





时,法官还可以使用文理解释和逻辑解释。如果法官有权对法律做逻辑解释,则法官必须研究法律的真实意思、法律中的规范,以及立法者关于适用范围的意图,通过使用能够说明有关立法者真实意图的资料,来认识其真实意图。”<sup>[30]</sup>为此,串通投标罪“违反招投标法”这一不成文的构成要件要素,是通过法官对刑法真实意图的确定,刑事法律中行政法规范的确定,来准确解释其适用范围;而绝不是泛泛根据行为人所违反的行政管理法规的内容来确定违法性。为此,不妨联系前述串通投标罪的三个案例予以回应,并在此基础上进一步展开。

前述案例1反映的问题是,自然人蔡某某是否构成串通投标罪的主体;案例2和案例3反映的问题是,不参与工程实际投标,只是负责投标项目咨询或者代理的机构,是否串通投标罪的主体。前已述及,《刑法》第223条只规定了该罪主体为投标人和招标人,而《招投标法》规定,招标人是提出招标项目、进行招标的法人或其他组织,以及参加科研项目投标的个人。是否需要根据该条规定确定串通投标罪的主体范围,理论上不同观点。

肯定论认为,应该根据《招投标法》的规定确定串通投标罪的主体,即应将本罪主体确定为“所谓招标人,是指提出项目、进行招标的法人或者其他组织;所谓投标人,是指响应招标、参加投标竞争的法人或者组织,科研项目的投标人可以是个人。因此,本罪的主体主要是单位。”<sup>[31]</sup>甚至有更绝对的肯定论指出,除科研项目之外,其他项目的招标与投标人都是单位,作为自然人的个人是不可能作为招标人或投标人的。<sup>[32]</sup>

否定论主张,“倘若按照《招投标法》的规定解释《刑法》第223条的招标人与投标人,就意味着自然人不可能成为串通投标罪的主体,这便违反了刑法的规定。”因此,应将《刑法》第223条中的招标人与投标人“解释为‘主管、负责、参与招标、投标事项的人’。这一解释虽然不符合《招投标法》的规定,但符合刑法的规定。符合刑法规定的解释,不会违反罪刑法定原则。”<sup>[33]</sup>同样持否定论的主张还有,“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。《招投标法》强调招标投标行为整体性,招标人和投标人是从事经营活动的法人和其他组织,但串通投标罪的立法早于《招投标法》,其主体范围的设定并不是以《招投标法》为依据的,司法认定并不一定要与《招投标法》保持一致。”<sup>[34]</sup>或者认为,“串通投标罪的主体不应局限于招投标法的规定,而应在刑法自身体系内作实质性解释。串通投标罪的主体应理解为参与投标程序、实施串通投标行为的自然人和单位,即将招标人和投标人解释为主管、负责、参与招标投标事项的人。”<sup>[35]</sup>

根据串通投标罪作为法定犯的特征分析,为了准确适用法定犯“违反招投标法”这一不成文的构成要件要素,串通投标罪的主体范围应根据《招投标法》来确定,肯定论更合理。

首先,根据“违反招投标法”这一不成文的构成要件要素,串通投标罪的主体应根据《招投标法》的规定来确定,而不是泛化为任何人都可以成立该罪,否则,串通投标罪将失去其作

[30] [德]冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2010年第十四版,第78页。

[31] 同前注[11],高铭喧、马克昌主编书,第443-444页。

[32] 李金升:《挂靠借用资质情形下串通投标罪主体认定之辩》,《建筑市场与招标投标》2014年第1期,第13-14页。

[33] 张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2016年第五版,第833页。

[34] 同前注[4],孙国祥文,第50页。

[35] 钱斌、马作彪:《串通投标罪之主体认定》,《人民司法》2014年第10期,第53页。

为法定犯的特质与内涵。

法定犯的行政违法性只能通过是否以及如何违反行政管理法规来确认，它们或者是通过刑法条文中已经明确规定的违反的某一类规定来补充法定犯的违法性，或者通过刑法条文中未明确规定的不成文构成要件要素来补充完成。但无论是前者还是后者，它们都属于不完整的构成要件，亦即“在刑罚法规的构成要件规定上”，并没有“相应无余地表示着所有犯罪要素的情形”<sup>[36]</sup>，只不过，空白罪状是刑法明确规定并“指明了必须参照的法律、法令”，因为其“行为内容在其他法规中已有规定，刑法条文又难以作简短表述”，因此指明参照的其他法规以避免立法冗繁。<sup>[37]</sup>例如《刑法》第222条虚假广告罪，尚需要广告法、反不正当竞争法进一步确定该罪的其他构成要件要素。而不成文的构成要件要素则是刑法没有明确规定但是根据刑法实质解释而予以适用。相对于空白罪状而言，不成文构成要件要素事实上也是一种空白罪状，只是其空白的程度更高，因为此种情况要援引的行政管理法规是根据犯罪的行为属性来解释的，如串通投标罪所违反的《招标投标法》就是根据刑法条文之间的关系来确定的，它首先是违反了《招标投标法》的行政违法行为，如果情节严重的，才能构成犯罪。离开行政管理法规，无法确定任何法定犯的行政违法性，离开国边境管理法规，无从确定偷越国边境罪中“国边境”的界限；离开反不正当竞争法，无从确定虚假广告罪中的商品信誉；离开税收法规，无从确定应缴税额和代扣代缴人等逃税犯罪的基本要素；离开商业秘密保护法，无法确定侵犯商业秘密罪中商业秘密的范围；离开专利法，无法确定假冒专利罪中的专利范围和假冒行为，等等。

既然如此，从刑法的体系解释出发，既然法定犯行政违法性都必须根据其所违反的行政管理法规来确定，那么，具体到串通投标罪的主体也应同样如此。否则，就意味着对一部分法定犯构成要件要素的确定援引行政管理法规，而对某些法定犯则不援引。这样的做法，会导致认定法定犯行政违法性标准的混乱和适用法源的不统一。因此，既然已经确定刑法条文中没有明确规定的“违反招标投标法”是不成文的构成要件要素，那么，在串通投标罪的具体构成要件就应根据其所违反的规定亦即《招标投标法》来确定，从《招标投标法》到《招标投标条例》再到《刑法》第223条，“由此例也可以看出法律规范体系的复杂性”，但是如果“如立法者未能综观整个法律体系，则会造成紊乱，甚至几乎使常典名存实亡，现行刑法即是最佳实例。”<sup>[38]</sup>为此，在串通投标罪主体范围的问题上，为此，可以确定的是：第一，自然人不属于投标人，也因此不应成为串通投标罪的主体；科研项目除外。第二，串通投标罪的主体只能是响应招标、参加投标竞争的法人或组织。

其次，司法实践判例表明，根据《招标投标法》确定串通投标罪主体的判例早已有之，换言之，司法实践中不乏适用“违反招标投标法”这一不成文构成要件要素确立其主体范围的判决。

案例11. 广州市电视台新址项目公开招标，被告人李某为了确保广州某建筑集团公司中标，遂联系该市某基础工程公司总经理吴某，商量围标事宜。后在与吴某的共同策划下，李某要求某基础工程公司按其提供的标价制作标书，又向广州某基础工程公司提供投标保证金达到配合围标的目的，并在开标的一天下午，李向吴行贿人民币9万元，后广州某建筑集团公司

[36] [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年第三版，第134页。

[37] 同前注[33]，张明楷书，第667页。

[38] 同前注[19]，刘幸义书，第60-61页。



中标。<sup>[39]</sup> 李某的行为是否构成串通投标罪？对于本案，法院最终认为，应该根据《招标投标法》的规定确定其投标人主体范围，也就是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织，换言之，“串通投标罪的主体是……身份犯”，而“李某一人以非投标单位责任人的自然人身份受到刑事追究，明显缺乏法律依据”，“公诉机关在没有认定身份犯投标人是否构成串通投标罪的情况下，直接起诉非身份犯即被告人李某构成串通投标罪，缺乏法律依据，不予支持。”<sup>[40]</sup> 本案中，法院采纳了辩护律师的意见，认为串通投标罪的主体范围应该根据《招标投标法》第25条来确定，并因此将该罪解释为身份犯，由此保持了招投标行政管理法规与刑事法规范秩序的统一性。

此案的判决具有重要的意义。这意味着，实践中也认可串通投标罪中的“违反招标投标法”（违反招标投标法的有关规定），是该罪的构成要件要素；同时，既然《刑法》第223条没有明确规定“违反招标投标法”这一要素，那么，它只能是不成文的构成要件要素。否则，就无法解释为何法院判决要根据《招标投标法》的规定来确定串通投标罪的主体范围了。因此，案例12是基于对“违反招标投标法”这一不成文构成要件要素的承认，进而才进一步根据其规定解释确定串通投标罪的主体，并根据解释结论作出案件判决的。

当然，实践中有的判决是基于否定论的立场。案例12. 被告人杨家洪为淮安市公安局信通处处长，系招标项目的组织实施者和采购参与者。淮安巨人公司负责人蔡正国向杨家洪提出做淮安市公安局工程，杨表示要参加招投标。在淮安市公安局办公自动化等系统的招投标活动中，杨授意张培怡帮助巨人公司制作投标书，让张再找一家公司围标，并要求投标报价138万元左右。张制作了巨人公司投标书，并借用博恩公司资质制作了标书，由被告人陈超和高喻鸣分别代表博恩公司和巨人公司投标。后巨人公司中标，中标金额138.911万元。法院以串通投标罪对杨家洪定罪量刑。<sup>[41]</sup> 本案中，包括杨家洪在内的几名被告人均以自己不是串通投标罪的主体为由提出上诉，但二审维持了原判。此案的关键在于“对串通投标罪的主体，是否应该按照招标投标法中关于招标人和投标人的定义来认定”，“市场行为中，串通投标行为主体非限于招标投标法规定的招标人和投标人”，“自然人和单位都是招标投标市场竞争中的主体”，否则，如按照《招标投标法》的规定将自然人排除在串通投标罪的主体之外，就“无法解释纷繁复杂的招标投标市场行为，不利于打击犯罪，与串通投标罪所应保护的法益不符。”<sup>[42]</sup> 法院的判决采信了这一观点。

然而，串通投标罪的法益固然是招标投标市场公平的竞争秩序，但是，即便它是该罪的保护法益，也存在着问题。《招标投标法》第1条规定，“为了规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量，制定本法。”换言之，为了保证招投标市场的有序，保护国家、社会与当事人的合法权益，这是《招标投标法》的立法宗旨，而这一宗旨，也正是串通投标罪的保护法益。这意味着，如果将串通投标罪的主体限定为《招标投标法》规定的招标人与投标人，并非不能有效保护该罪的法益。“刑罚就其本质而言与一项宝贵的权利相关，即与不受刑罚惩罚的权利相关”<sup>[43]</sup>，国家的刑罚强制力是一种害

[39] 肇庆市中级人民法院刑事判决书，（2014）肇中法刑一初字第3号。

[40] 同前注[23]，李金升文，第22页。

[41] 同前注[39]。

[42] 同前注[35]，钱斌、马作彪文，第55页。

[43] [美]道格拉斯·胡萨克：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社2015年，第197页。

恶，它必须限制在罪刑法定主义允许的范围内，才能确保公民不受刑罚惩罚的权利。不能为了打击所有的串通投标行为，就将串通投标罪的主体投标人解释为任何参与招投标工作的人，这会导致本罪主体无限扩大，并且会导致法定犯没有违反行政管理法规但却违反了刑法，这明显违反法秩序的统一原理以及行政法与刑法的位阶关系。比如，前述案例1，蔡某某作为自然人而非《招标投标法》所规定的“招标、参加投标竞争的法人或者其他组织”这一投标人身份，其行为并未违反《招标投标法》的规定，因为《招标投标法》的适用对象是其规定的投标人与招标人，并不包括个人。因此，针对法定犯，在行政法中不被认为违法的行为，在刑法当中也应该被认为正当，否则就会产生“叫人难以忍受的矛盾评价，和作为社会政策的最后手段的刑法补充性之间也相互矛盾”。<sup>[44]</sup> 为了避免这一矛盾，按照行政管理法规确定法定犯的有关构成要件要素，正是实现法秩序统一性的必然要求。

最后，根据《招标投标法》的规定确定串通投标罪的主体范围，并没有违反刑法规定。

否定论认为，《刑法》第231条有关串通投标罪单位犯罪主体的规定，表明了《刑法》第223条规定的该罪主体是自然人。这一观点值得商榷。

《刑法》第231条规定，“单位犯本节第二百二十一条至第二百三十条规定之罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各本节各该条的规定处罚。”据此，《刑法》第231条对串通投标罪单位犯罪主体的规定表明，“《刑法》第223条所规定的串通投标罪，不仅没有排除自然人犯罪主体，而且其规定的就是自然人主体。”<sup>[45]</sup> 这样理解有失偏颇。其一，《刑法》第223条对串通投标罪的主体规定，以及《刑法》第231条的规定，看似表明自然人可以成为本罪主体，但是实际上，这样的看法缺乏根据。因为第223条对本罪主体的规定采用的是“投标人”和“招标人”这一《招标投标法》中的规范表述，而非“串通投保报价损害他人利益”这类没有规定主体的罪状表述，如果是后者，则完全可以将该罪主体解释为自然人；而“投标人”“招标人”的主体规定，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》的规定确定投标和招标人的内涵与外延。其二，《招标投标法》2000年1月1日施行，现行刑法1997年10月1日施行，时间上，串通投标罪的立法早于《招标投标法》，这意味着，《刑法》第223条规定串通投标罪的主体为投标人招标人之时，难以准确预计《招标投标法》对投标人招标人的规定将自然人排除在外。这意味着，《刑法》第223条的立法当时可能的确是针对自然人。但是，当《招标投标法》出台以后，作为法定犯的串通投标罪有了可以依照的行政管理法规，就不应该对之仍然像《招标投标法》出台前那样理解了。其三，即便在《招标投标法》出台之后，按照其规定理解串通投标罪的主体，也不妨碍对《刑法》第231条的理解，该条的确规定了串通投标罪的单位犯罪主体，但是，这并不意味着，自然人不能成为第223条之罪的主体。《招标投标法》第25条第2款规定的“依法招标的科研项目允许个人参加投标的，投标的个人适用本法有关投标人的规定。”这意味着，在科研项目的招投标中，自然人可以成为串通投标罪的主体。同时，对于其他工程项目的招投标中的自然人，当其与参与招投标的公司合谋串通的，则可以成为投标法人或者组织的共犯，亦即成为串通投标罪的犯罪主体。总之，《刑法》第231条的规定并不能说明第223条的规定不能按照《招标投标法》来理解。

[44] [日]曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年，第215页。

[45] 同前注[33]，张明楷书，第833页。



此外,也是最重要的,实务中串通投标罪并不存在单纯的自然人犯罪的情况。所谓自然人是串通投标罪的主体,其实是个伪概念;所有的自然人实施串通投标行为的情形,均为自然人挂靠或者借用其他公司资质的情况。换言之,本罪中的自然人,必须与招标或投标的法人或者其他组织进行合谋串通才可实施犯罪。以投标人为例。《招标投标法》第26条规定,“投标人应当具备承担招标项目的能力;国家有关规定对投标人资格条件或者招标文件对投标人资格条件有规定的,投标人应当具备规定的资格条件。”1997年11月1日《中华人民共和国建筑法》第12条规定,“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,应当具备下列条件:(一)符合国家规定的注册资本;(二)与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员;(三)有从事相关建筑活动所应有的技术装备;(四)法律、行政法规规定的其他条件。”以上对于投标人资质条件的规定表明,自然人不可能具有上述条件,也就不可能参加工程招投标。实务中大量发生的自然人参与招投标的情况,都是挂靠或借用其他投标人资质才可进行,换言之,这些自然人参与的招投标行为,其形式为个人,实质上是单位行为。此种情况,在追究有关参与串通投标的单位刑事责任时,基于共犯原理,将自然人作为犯罪处理即可。案例13.某创业投资公司甲委托该市某咨询集团公司下属的分公司乙,就某廉租房项目对外公开招标。廖某等人为了中标该项工程,以不等的价格购买了9家公司的资质,然后分别以该9家公司的名义投标,后其中一家公司中标,金额为1120万元(该金额在招标人底价范围内)。<sup>[46]</sup>案例14.青海省公安厅集资建房中,刘某以中国建筑技术集团有限公司的资质和名义投标,2006年4月,省公安厅文化街高层住宅楼工程开标,张某等两名甲方代表根据省公安厅厅长何再贵的倾向性意见,在评标中有意为中国建筑技术集团有限公司打高分,使刘某挂靠的公司中标,9月,刘某将60万元以材料款的名义转给汪某(何再贵亲家),托汪转送给何再贵夫妇表示感谢。<sup>[47]</sup>这两个案例表明,离开(挂靠的)公司等单位,自然人并无参与投标的资格形式条件,亦即不可能参加投标;离开公司等单位,自然人也没有串通投标的利益驱动力;离开公司等单位,自然人的串标行为无法落地其所追求的犯罪利益也无从实现。因此,对于这两个案例,只需将廖某、刘某与中标公司作为共犯处理,即可解决串通投标罪的主体责任问题。

总之,将《刑法》第223条的主体按照《招标投标法》的规定理解,丝毫不妨碍基于体系解释的角度理解该条与《刑法》第231条之间的关系,丝毫不妨碍实务中追究自然人的刑事责任。即便在被挂靠单位无犯意且不自知的情况下,根据“违法是共同的、责任是个别的”共犯处罚原理,同样可以肯定共犯成立并追究自然人而不追究不知情单位的刑事责任。

回到前述案例1,法院单独追究了被告人蔡某某串通投标罪的刑事责任。这一判决存有疑问。法院正确的做法是,在认定蔡某某所联络的十余家投标公司中,谁是主要的参与者,并将蔡某某与该公司作为共犯处理,至于是否追究单位的刑事责任,则要看该公司的具体归责可能性之大小。总之,“非投标人的自然人构成串通投标罪的前提条件”是,在“涉案招标投标公司是否存在串通投标的事实以及是否构成串通投标罪”<sup>[48]</sup>的问题确定之后,再决定是否按照共犯原理追诉“非投标人的自然人”的刑事责任。至于前述案例2和案例3,所共同反映的问题是,

[46] 同前注[32],李金升文,第11页。

[47] 杜兴华:《公共采购中串通投标的博弈分析》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期,第101-102页。

[48] 同前注[23],李金升文,第22页。

不是自然人，但也不是《招标投标法》规定的投标人，其主体分别为项目招投标咨询公司与招投标代理公司，它们是否为串通投标罪的主体？案例2中，中国信项目管理咨询有限公司与钜晔公司共同串通投标，钜晔公司中标；案例3中，某具有招标代理资质的监理公司与李某所在的公司串通投标，李某所在公司中标。因此，这两个案例中，都应该成立共同犯罪，即国信项目管理咨询有限公司与钜晔公司、具有招标代理资质的监理公司与李某所在的公司，分别构成串通投标罪的共同犯罪。在此前提下，追究项目招投标咨询公司与招投标代理公司的刑事责任，不存在任何问题。为此，案例2和案例3也表明，承认并适用“违反招标投标法”这一不成文的构成要件要素，按照《招标投标法》的规定理解《刑法》第223条的犯罪主体，丝毫不会影响实践中对有关串通投标罪追究刑事责任。

通过以串通投标罪为例，展开的对法定犯不成文的构成要件要素“违反招标投标法”司法适用的分析表明，不成文构成要件要素在法定犯中发挥着完整揭示法定犯违法性，以及限制犯罪成立的重要作用；以之为构成要件要素加以适用，既符合犯罪构成要件论，也符合违法性理论；适用它，是充分展示法定犯特性并宣示司法机关裁判决定犯刑事法律效果的重要途径。由于篇幅所限，以上内容主要围绕串通投标罪主体范围进行了讨论。但实际上，《刑法》第223条未规定的“违反招标投标法”是串通投标罪不成文的构成要件要素，它既约束对串通投标罪主体的解释适用，也约束着对该罪客观行为、行为对象等其他客观主观等构成要件要素的解释适用。

#### 四、结 语

“违反招标投标法”作为串通投标罪不成文构成要件要素之确立，不仅仅涉及该罪主体范围的确定，而且涉及该罪客观行为比如何为串标围标等的认定；它意味着招标投标法是认定串通投标罪刑事违法的前置法，而非仅仅认定主体的前置法。同时，“违反招标投标法”作为串通投标罪不成文构成要件要素之确立，也是一个具有穿透力的话题，它意味着在其他类似立法例的法定犯中，“违反……规定”同样为其不成文的构成要件要素，例如《刑法》第141条没有规定的“违反国家药品管理法规”，应为生产、销售假药罪的不成文构成要件要素，《刑法》第194条没有规定的“违反票据管理法规”，应为票据诈骗罪的不成文构成要件要素，《刑法》第217条没有规定的“违反著作权法”，应为侵犯著作权的不成文构成要件要素等。通过这些法定犯的不成文构成要件要素，在判断行为的形式构成要件与实质违法性阶段，“寻求实定性与正当性之间相调和的法解释调整原理发挥着作用，以寻求法秩序的统一性。”<sup>[49]</sup>在法定犯日益沦为口袋罪的当下时代，在刑事政策层面讨论打击或限缩法定犯处罚范围的意义固然重要，然而，基于刑法教义学的构成要件理论，窥见法定犯与自然犯的本质区别与内在堂奥，探讨并发展以串通投标罪等为典型代表的法定犯的不成文构成要件理论，无论对于限制法定犯处罚范围，避免法定犯最终冲出法定的藩篱，还是对于发展法定犯理论与实践，以及丰富刑法教义学的构成要件理论，都具有深厚的理论与实践意义。

[49] [日] 日高义博：《违法性的基础理论》，张光云译，法律出版社2015年，第11页。