

Study on Anti-Trust Issues  
relating to Rigging Activities in  
Government Procurement

# 政府采购中 串通投标的 反垄断研究

赵雷◎著



中国民主法制出版社

Study on Anti-Trust Issues  
relating to Rigging Activities in  
Government Procurement

# 政府采购中 串通投标的 反垄断研究

赵 雷◎著

**图书在版编目 (CIP) 数据**

政府采购中串通投标的反垄断研究 / 赵雷著.  
—北京: 中国民主法制出版社, 2010.12  
ISBN 978-7-80219-802-9

I. ①政… II. ①赵… III. ①政府采购—研究—中国  
IV. ①F812.45

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 255815 号

---

图书出品人: 肖启明  
文案统筹: 刘海涛  
责任编辑: 逯卫光 陈 曦

---

书 名 / 政府采购中串通投标的反垄断研究  
Zhengfugaigou Zhong Chuantongtoubiao De Fanlongduan Yanjiu  
作 者 / 赵雷 著

---

出版·发行 / 中国民主法制出版社  
地 址 / 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)  
电 话 / 63055903 (编辑部) 63057714 (发行部)  
传 真 / 63056975 63056983  
E-mail: MZFZ@263.net  
经 销 / 新华书店  
开 本 / 16 开 710 毫米 × 1000 毫米  
印 张 / 17.5 字数 / 21 千字  
版 本 / 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷  
印 刷 / 北京友谊印刷有限公司

---

书 号 / ISBN 978-7-80219-802-9  
定 价 / 32.00 元  
出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

---

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

# 作者简介

赵雷，男，1974年出生，安徽人。毕业于中国政法大学经济法系，武汉大学法学博士、中国人民大学理论经济学流动站博士后。就职于全国人大常委会法制工作委员会从事经济立法工作，先后参加《建筑法》、《招标投标法》、《产品质量法》、《专利法》、《药品管理法》、《港口法》、《环境影响评价法》、《公路法》、《安全生产法》、《职业病防治法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》、《节约能源法》、《电子签名法》、《破产法》、《审计法》、《反垄断法》、《企业国有资产法》、《邮政法》、《统计法》、《石油天然气管道保护法》等多部法律的立法工作。兼职中国法学会食品安全法治研究中心研究员、上海社科院法学所港澳研究中心研究员、中国法学会比较法研究会理事、中国法律语言研究会常务理事、北京市破产法学会常务理事、上海公司法专业委员会副秘书长。

主要研究领域为政府采购和招标投标、企业破产、反垄断、国有资产管理、行政决策与管理等法律和经济制度。

主要著作包括《招标投标与政府采购制度研究》（独著）、《政府采购中串通投标的反垄断研究》（独著）、《产品质量法最新条文解释》（独著）、《招标投标法通论与实用指南》（独著）、《新婚姻法公民读本》（独著）、《破产法讲话》（独著）、《企业国有资产法讲话》（独著）、《中国利用外资法律理论与实务》（主编）、《建筑法实用问答》（主编）、《合同法导读》（主编）、《证券法导读》（主编）、《税收征收管理法新条文解释》（主编）、《新企业破产法讲读》（主编）、《招标投标系列教材·招标投标概论》（著者）、《电子签名法讲话》（第一著者）等数十部，并参与《公检法应用法律实务全书》、《证据全书》、《合同法全书》等大型图书的

编著工作。在核心期刊、其他杂志和报纸上发表各类文章数十篇（如：《保护合法预期是行政法治的要求》、《钱尼案开启美法院应否尊重行政裁量之争》、《论破产法的主体适用范围》、《招标投标法适用问题的思考》、《价格卡特尔的形成与规制》、《完善我国政府采购中串标监管机制的几点思考》等）。参加和组织中国—欧盟法律和司法合作项目“国家对市场经济的法律控制”、“信息社会的法律规制”、中国—日本“企业法、经济法——反垄断法”、“能源法律制度”、“科技市场社团立法”、“创业促进工程研究”等国家和部级课题的研究工作。

曾应邀做建筑法、产品质量法、招标投标法、安全生产法、药品管理法、破产法、合同法、反垄断法和其他专题法律讲座二百多场，听众包括国家机关工作人员、律师、企业事业单位人员等。

## 内容摘要

公共财政支出的数额和范围反映了政府介入经济生活和社会生产的规模和深度，决定了公共财政在经济和社会生产中的地位和作用。政府采购属于财政支出的重要方面。法律意义上的政府采购制度是现代市场经济发展及公共财政理念的产物。政府采购制度在我国有一个发展过程。政府采购本质上应属于行政合同行为。《政府采购法》的颁布标志着我国政府采购制度的确立。但实施过程中存在两方面问题：一是政府采购法适用范围的广泛性和实际上调整范围的狭窄。其根源在于我国的投资管理体制的改革没有到位，公共财政制度的确立还有相当距离。二是无法与《招标投标法》相互协调，对政府采购中广泛存在的串通投标规制乏力。《招标投标法》颁布实施前后该领域存在的问题没有显著改善，串通投标行为成为通行的潜规则。这就是政府采购中串通投标的社会和制度背景。

政府采购中串通投标的原因是复杂的：一是招标人的设租行为；二是投标人的寻租与博弈行为；三是监督机制无法有效发挥作用。对串通投标从《政府采购法》和《招标投标法》规制的角度看，并以此为连接点提出串通投标包括招标投标不同主体的串通和不同阶段的串通。这个问题的解决之道是引入反垄断法规制。市场经济的灵魂是竞争，反垄断法是保护竞争，规范竞争秩序的法律，划定政府在经济领域的调控范围

和尺度。招标投标的核心是竞争，应当以反垄断法的视角来规制政府采购中的串通投标。但长期以来我们缺乏正确的竞争观念，市场经济条件下以反垄断法规范竞争是市场经济调控的规律，马克思经典作家和西方经济学家的学说对此有充分说明。国外的经验也反映这样的规律。反垄断法有垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三大支柱。研究垄断协议必须对反垄断法有大致全面的了解。反垄断法视野中的串通投标属于垄断协议的范畴，是价格卡特尔。招标投标活动限制竞争的行为存在多种形式，反垄断执法部门依据其显现的迹象开展反垄断调查。

我国政府采购中串通投标的监管体制与政府投资管理体制相关联，历史惯性大，划分不科学，公共权力部门化、部门权力利益化、部门利益法律（政策）化的趋势较为明显。要以党的十七大确定新的改革目标和反垄断法颁布实施为契机，加大经济管理体制改革力度。基于国家发展改革委、商务部、国务院工商总局已有的反垄断法工作条件，可以在反垄断法规定的基础上向这三个部门划属权力，削减行业主管部门的反垄断职权，进一步进行政企分开，明晰反垄断执法机构与行业主管部门的权限范围，逐步强化国务院反垄断委员会的职权，在时机成熟时，整合三部门的资源，形成独立、权威的反垄断执法机构。具体到政府采购中串通投标的监管，在上游体制改革中，强化财政部的权力，整合其同国家发展改革委的关系，增大其执法权力，削减行业主管部门的权力，划分各自的权限范围，共同监管。

反垄断法赋予执法机构的调查权、行政强制措施权对打击政府采购中的串通投标十分必要。政府采购中串通投标的法律责任分两大部分三种类型：一部分是违反《政府采购法》、《招标投标法》等法律的法律责任；另一部分是违反《反垄断法》的法律责任。行政责任方面国外反垄断执法近年日趋强化罚款制裁。我国《反垄断法》中引入对违法行为人的宽恕制度是必要的。串通投标是“暗箱中的犯罪”，外人很难发现，取证更是困难，而串通投标组织的不稳定性和易内江的特点，便于引入宽恕制度鼓励串通投标参与者的举报，从而对违法行为进行更有效的查处。民事责任方面分析了垄断协议不同于一般的民事合同。对协议外的受害方的损害是一种侵权责任。对政府采购中串通投标的民事责任中要

引入惩罚性赔偿制度，这样有利于财政资金监管，有利于调动受害方积极性，有利于配合宽恕制度加大打击力度。反垄断法非刑事化特点比较明显，但近年来有一些新的动向。我国反垄断法刑事责任是符合国际潮流的。在《政府采购法》、《招标投标法》中都有对刑法的指引性规定。

政府采购中串通投标的救济途径有两类：第一类是行政救济途径。包括：行政申诉异议制度；行政复议与行政诉讼。这类行政纠纷包括：反垄断执法机构与垄断协议参与方的行政纠纷，以及其他经营者与反垄断执法机构的纠纷。对于垄断协议的反垄断查处，后者对反垄断执法机构的具体行政行为无法进行行政复议或者行政诉讼，建议在《政府采购法》的修改中作出衔接性规定，从而拓展行政诉讼原告的范围。另外，行政权的行使直接侵害私人权益的情形，根据私权制衡公权的理念可被纳入司法审查的范围，并且已经收到良好效果，可以进一步将整个行政权的行使纳入司法审查的范围，发挥私权制衡公权的优越性，在政府采购领域引入行政公益诉讼便是解决政府采购中串通投标的长效机制之一。第二类是民事救济途径。主要有三项：一是政府采购招标投标的保证金制度，保证金包括投标保证金和履约保证金。二是政府投资项目的代建制度，代建制作为政府投资项目的管理方式创新内容之一，其对于政府经济管理职能变革的意义要远远大于其对于原有项目管理方式的创新价值。三是民事诉讼。民事诉讼则是招标人和投标人的公力救济方式。



# Abstract

Amounts and coverage of the public finance reflect the scale and depth of government's intervention into and determine its status and role in economic and social life of a nation. As an important aspect of the public finance, Government procurement in the legal sense is the product of the combination of development of modern market economy and application of a theory for public finance. In recent years, the government procurement system has gradually been developed in China. In nature, government procurement arrangement belongs to the category of administrative contracts. Although the promulgation of the government procurement law symbolizes the official establishment of the system for government procurement business, there exist two types of problem in its implementation: First, since the reform in investment regulatory system is not completed, the public finance system falls short of complete establishment, the broadness in the text of the application coverage of the government procurement law contradicts with its narrowness in practical application; Second, since the government procurement law and the tendering and bidding law are not well coordinated, the illegal activities such as bid-rigging in the government procurement contracts are not subject to sound regulation. Before the government procurement law was enacted, the situation for its enforcement is as follows: the problems in the government procurement business were many and not solved yet, bid-rigging had become an "implicit" business rule widely employed in practice.

The causes for rigging activity in government procurement business are diverse and complicated, including but not limited to: the rent-setting of the tenderer; the rent-seeking and gambling of the bidder; the ineffectiveness of the supervisory mechanism. From the perspective of the government procurement law, bid-rigging covers two types of illegal agreement: one is initiated either by the bidder or the tenderer, the other occurs in the different phases of the tendering and bidding process. To tackle this problem, the best solution is to apply the antitrust rules. The reasons are as follows: the soul of market economy is competition; the purpose and function of the antitrust law is to promote competition in itself, maintain the effectiveness of competition mechanism and delimit the scale and coverage of governmental intervention. The hardcore principle of tendering and bidding lie in competition, therefore, the legal principles and concepts of the antitrust law shall resolve to regulate the bid-rigging activities in government procurement contracting process. Unfortunately, the concept of competition had not been developed for a long time in China. Under the market economy system, subjecting market competition to regulation of the antitrust law is a well-established common rule for the implementation of macro-economic adjustment policies. This has been expounded and convincingly explained not only by the leading theorists in Marxism, but also the influential western economists. The practices in foreign countries have provided the evidence in this regard. There are many forms of anticompetitive activities in the tendering and bidding process worthwhile consideration of the antitrust enforcement agencies. From the perspective of antitrust law, the bid-rigging belongs to the category of monopolistic agreement, namely, a cartel activity. To develop better understanding of monopolistic agreement, it is important to bear in mind the whole picture of the antitrust law consisting of three pillars: monopolistic agreement, abusive use of market dominant position and concentration of undertakings.

The regulatory system for bid-rigging activities in government procurement is very much relating to its counterpart for government

investment system, therefore, it suffers the following shortcomings: a strong inertia deriving from its historic background; unsound allocation of powers and responsibilities; departmentalization of public powers; self-benefiting of the power-holding departments; legitimization of department's own unlawful interests. Chinese government shall seize the good opportunity of the enactment of the antitrust law and the definition of the new reform targets by the 17th National Congress of Communist Party of China to deepen the regulatory mechanism for national economic reform. Based upon the existing working conditions of National Development and Reform Commission, Ministry of Commerce and State Administration of Industry and Commerce, the allocation of powers and responsibilities among these three authorities shall be clearly delimited, the antitrust powers of other government agencies shall be cut down, the reform for separation of administrative and managerial functions shall be deepened, the relationship between the antitrust enforcement authorities and other governmental agencies shall be defined and the powers of the antitrust commission of the state council shall be strengthened. When the time is right, the 3 existing antitrust enforcement authorities shall be unified into one single independent and authoritative entity by integrating the current dispersed resources. As far as the issue of regulation on rigging activities in government procurement area is concerned, the following factors shall be taken into consideration when the mechanism reform in the upstream section of the system is conducted: strengthen the powers of the Ministry of Finance, streamline its relationship with National Development and Reform Commission, expand its powers for law enforcement, cut down the powers of other sector-specific authorities, and delimit respective powers and responsibilities as well.

It is very necessary for the antitrust law to authorize the enforcement agencies with investigation powers and the powers to mandatory measures to crack down the rigging activities in the government procurement. Legal liabilities for bid-rigging activities in government procurement can be categorized into three types for the tendering and bidding law, the

government procurement law and the antitrust law, respectively. In the aspect of administrative disciplines, the fines have become increasingly employed and strengthened by foreign antitrust enforcement authorities. The leniency for wrongdoers is a useful means for the following reasons: on the one hand, the bid-rigging is a crime hidden in the black box, therefore, it is difficult to be found out while evidence is difficult to be collected; on the other hand, given the instability and potential infighting of bid-rigging participants, the leniency will encourage the participants to disclose and report their inside conspiracy to the enforcement agencies, therefore, the wrongdoing activities can be cracked down more effectively. In the aspect of civil liabilities, it should be borne in mind that monopolistic agreement differs from general commercial contract. Damage to a third party which is not either of the contractors is tortious in nature. Introduction of punitive compensation liabilities into the civil liabilities category applicable for bid-rigging in government procurement is beneficial to regulation on fiscal funds, mobilization of incentives of the victims, and making the leniency more effective to crack down the wrongdoings. Although the antitrust law is developing in the direction of non-criminalization, criminal liabilities are still consistent with the international norms. In China's government procurement law and tendering and bidding law, there have been guiding provisions on reference for the criminal law.

In the government procurement law, there are two types of remedies available: first, it is called administrative remedies, including administrative appeal, administrative review and administrative litigation. The relevant disputes occur between two types of parties: one is between antitrust enforcement authorities and participants to the antitrust agreement; the other is between antitrust enforcement authorities and participants to the other monopolistic activities in kind. As to the sanctions on the antitrust agreements, the undertakings have no means to initiate administrative appeal or administrative litigation, therefore, the government procurement law shall be revised by adding relevant coordinating provisions so that

the scope of remedies available for the claimant can be expanded. What's more, given the fact that abusive administrative powers may be brought into the scope of judicial review according to the concept of subjecting public authority to private rights and the encouraging achievements in this regard as well, such a scope may be expanded, so that the advantages of the concept of subjecting public authority to private rights can be better explored. Therefore, introduction of administrative litigation for public interest is one of long-term mechanisms to tackle the problems of illegal bid-rigging in government procurement area. Second, it is called civil remedies, including 3 types in particular: (1) security deposit for the tendering and bidding of government procurement contracts, consisting of both deposit for bidding and deposit for contract performance; (2) delegation of the physical construction of a project with government investment to outside companies; (3) civil litigation as common remedies for both the tender and the bidder.

## 一、研究意义和缘起

研究对象本身的价值决定研究的意义。政府采购法律制度在西方国家已经有 200 多年的历史,根据发达国家的经验,一个国家的政府采购规模应为 GDP 的 10% 或占财政支出的 30% 左右才能形成规模效益,有效地发挥其政策性作用。我国目前的政府采购还不能有效发挥作用的原因是政府采购中存在串通投标行为,这已经成为广泛存在的潜规则。我国法学界对政府采购制度的研究不多,而宪法与行政法学界涉足更少,当然更没有深入到政府采购中招标投标制度的深层研究。我国政府采购法律制度的研究亟须进一步深化,以促进政府采购法制的完善。

1. 政府采购是国际上比较通行的做法,被称为“阳光政策”,既能节约政府采购支出,又能够有效防止采购中的腐败现象。政府采购不完全是指采购行为,更侧重于规范采购行为的管理制度。但以往多从经济学角度研究引入政府采购制度的必要性,以及如何提高政府采购效率等,或是一定程度上论证政府采购的合同属性。对于政府采购中的主要采购方式的招标投标法律制度理论上一直没有深入研究。

2. 《招标投标法》和《政府采购法》分别于 1999 年、2002 年颁布后,理论上的探讨不仅没有廓清两法之间的关系,有限的研究反而使两者的关系又陷入更混乱的境地,为进一步深入研究政府采购中的招标投标法律制度制造了更多困难。当然,也有个别学者从政府采购市场化角度进行了较深入的研究。

3. 在实践中,《招标投标法》曾被称为“实施最不好的一部法律”,令参加过这部法律立法工作的本人深感汗颜。我国的国内生产总

值 2005 年度是 2.2 万多亿美元 (2006 年达 2.6 万多亿美元)。按国际通行做法, 政府采购额度应是约 1.7 万多亿人民币, 而实际上却不到 4 千亿, 主要采购方式是招标投标。即使是这部分政府采购, 也存在着严重问题: 如政府采购管理中的部门分工问题, 政府采购招标投标的范围问题, 集中采购与分散采购的关系问题, 政府采购招标投标方式的定性问题, 政府采购救济程序问题, 其中最为突出的是广泛存在的串通投标问题, 等等。实践中产生问题的根源仍在于一些根本性的理论问题没有得到解决, 对于人们广为诟病的串通投标问题一直没有好的处理方法。

我从上世纪 90 年代后期一直参加《招标投标法》的立法工作, 对《政府采购法》也进行了深入研究, 近十年来, 我先后独著、主编了《招标投标法通论与适用指南》、《政府采购法释义与适用指南》等书籍, 在报纸、杂志上发表文章多篇, 利用多次讲座的机会与实务界的专家、管理人员进行沟通交流。我长期深入思考, 认为财政支出问题是一个社会发展的大问题。古今中外, 政治危机多集中表现为财政危机, 加强财政支出管理是其中不可或缺的方面, 而政府采购又是财政支出管理的重要环节。政府采购效益不能有效发挥作用的重要原因是串通投标情况严重。《政府采购法》和《招标投标法》规制的效果为何不明显, 原因到底是什么, 这成为我反复思考的问题。直到我自学一些经济学尤其是财政学的知识, 并参加《反垄断法》的立法工作后, 长期以来困扰我的这一问题才有根本性的改变。我熟悉《政府采购法》、《招标投标法》和《反垄断法》的立法经历, 以及长期以来对这一问题的关注, 使我觉得有义务把自己研究所得展现出来, 以给理论界和实务界提供解决问题的参考方法。

## 二、研究状况和研究文献概述

近十年来, 我一直跟踪研究政府采购和招标投标的法律问题, 尤其关注串通投标问题。购买这方面书籍和关注这方面的资讯几乎成为我生活习惯的一部分。对政府采购和招标投标进行研究的主要是经济学界和法学界。对这方面研究既需要有理论方面的知识储备, 也需要了解实践方面的情况。

经济学界的研究主要表现为政府采购一般制度层面的介绍，如陈共的《财政学》（第四版）、丛树海的《财政支出学》、马志强、刁云薇的《公共支出管理》等。但邓淑莲《中国基础设施的公共政策》、钱维、尤伯军的《政府投资的制度创新——项目法人招标制》还是从政府投资角度对串通投标问题进行了一些探讨，但可能囿于篇幅，语焉不详。杨灿明、李景友主持的《政府采购问题研究》对这一问题研究得稍具体一些。公开发表的经济类这方面文章的研究也没有超出上述深度。

法学界长期对政府采购和招标投标研究的学者主要有于安、曹富国、何洪峰等人，他们对政府采购和招标投标具体制度进行了深入研究，但多是国内外比较式探讨，他们对法律制度层面的贡献是值得称道的。近年肖北庚、姚艳霞也做了细致的比较研究。我国台湾地区学者罗昌发、黄钰华也作过研究。宪法与行政法学界对政府制度研究更少，除于安外，主要是湛中乐、杨君佐 2001 年在《法制与社会发展》第 3 期、第 4 期发表的《政府采购与基本法律问题研究》一文。其他行政法教材的研究没有超过这个范畴。余凌云的《行政契约论》（第二版）、王克稳的《经济行政法》对政府采购的行政契约的性质研究是很深入的。长期以来发表的论文也未出上述研究成果之右，不再赘述。目前公开发表的书籍、法学报刊、论文尚未见到将串通投标引入到反垄断法规制的具体研究成果（这当然不排除有学者以博士、硕士论文的形式进行过此类研究）。反垄断法学界对串通投标的研究往往是寥寥数语，我接触的反垄断法的专家们认为这是有价值的课题，但至今还没有见到从反垄断角度对串通投标进行具体研究的成果，我以为这是由于政府采购与招标投标具有较强的专业性造成的。据我所了解的国外材料来看，较有深度的是日本反垄断法专家铃木满的《串通投标实例及防止对策》，他就是从反垄断法角度来研究串通投标的，给我很大启示。但我不同意他将官方的招标机关与投标企业、企业家之间的串通排除在研究之外，因为在中国这同样是需要着重研究的问题。

一言以蔽之，通过从事《政府采购法》、《招标投标法》、《反垄断法》的经历和长期的研究、学习、贯通，使我有一种使命感，有一种将这种研究成果奉献出来的强烈愿望。



### 三、研究创新及思路

本书的研究创新主要有以下五方面：

1. 突破以往学者就政府采购法研究政府采购法的方式，从政府采购中串通投标的社会、制度背景入手，指出《政府采购法》和《招标投标法》不能有效协调的制度根源，即政府采购法适用范围的广泛性和实际调整范围的狭窄，根源在于我国的投资管理体制的改革没有到位，公共财政制度还未真正确立。提出加快投资管理体制改革的必要性。

2. 全面、深入地分析政府采购中串通投标存在的招标人设租、投标人寻租和博弈、监督机制无法有效发挥作用三方面原因。具体地运用了公共选择理论、博弈理论等方法进行了研究。并从《政府采购法》和《招标投标法》规制角度提出串通投标分为不同主体的串通和不同阶段的串通。

3. 开创性地、系统地在《政府采购法》和《招标投标法》规制之外，引入反垄断法对政府采购中的串通投标行为进行规制。本书可以说是我国法学界最早全面将《政府采购法》、《招标投标法》和《反垄断法》结合起来系统研究政府采购中串通投标问题的文章。

4. 提出以党的十七大确定新的改革目标和《反垄断法》颁布实施为契机，加大经济管理体制改革力度。基于国家发展改革委、商务部、国家工商总局已有的《反垄断法》工作条件，可以在《反垄断法》规定的基础上向这三个部门划属权力，削减行业主管部门的反垄断职权，进一步进行政企分开，明晰反垄断执法机构与行业主管部门的权限范围，逐步强化国务院反垄断委员会的职权，在时机成熟时，整合三部门的资源，形成独立、权威的反垄断执法机构。具体到政府采购中串通投标的监管，在上游体制改革中，强化财政部的权力，整合其同国家发展改革委的关系，增大其执法权力，削减行业主管部门的权力，划分各自的权限范围，共同监管。以此确定我国下一步经济管理体制改革的突破点。

5. 从反垄断法角度研究了政府采购中串通投标作为垄断协议的性质、责任构成，建立引入行政公益诉讼，宽恕制度，惩罚性赔偿制度等内容。提出保证金制度和代建制等属于政府采购方的自力救济方式。

全书结构安排，除引言和结语外，共分为六章。第一章提出问题，