

建设工程刑事风险“攻”与“防”

□上海瀛东律师事务所 刘玉冬 李腾

建设工程项目时间跨度长、人员流动快、资金需求量大、法律关系复杂，在项目各环节可能涉及很多刑事犯罪。以施工企业为例，既有可能在工程承接时因遭遇串通投标、商业贿赂犯罪而失去项目机会，也有可能在工程结算时因相关人员的贪污、职务侵占犯罪而蒙受经济损失，还有可能在施工时因涉嫌重大责任事故、污染环境犯罪而遭受刑事处罚。

可以说，建设工程领域的相关企业和人员，随时可能成为刑事案件中的“被害人”，也可能成为刑事案件的“被告人”。由于篇幅有限，本文仅以实践中施工企业比较熟悉的重大责任事故罪和串通投标罪为例，谈谈建设工程领域中的刑事风险问题，以期为施工企业处理相关问题提供一些法律参考。

重大责任事故罪的辩护

（一）法律规定

《刑法》第一百三十四条规定：“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。”

《最高人民法院、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（一）》第八条规定：“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）造成死亡一人以上，或者重伤三人以上；（二）造成直接经济损失五十万元以上的；（三）发生矿山生产安全事故，造成直接经济损失一百万元以上的；（四）其他造成严重后果的情形。”

从上述规定可以看出，我国《刑法》对于重大责任事故罪的规定是比较明确的。特别是对于该罪的人罪标准，相关规定已经精确到具体伤亡人数和具体损失金额，这也导致一些案件中存在一定程度的机械司法现象。

（二）辩护要点

法律规定是死的，而辩护思路是活的。本文认为，重大责任事故罪的刑事辩护至少可以从以下几个问题着手：

1.是“自然事故”，还是“责任事故”

不论是司法机关，还是辩护律师，在面对一起重大责任事故案件时，这是首先需要考虑的问题。

《刑法》第十六条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”

这条规定中列举了两种“自然事故”：一是由不可抗力引起的自然事故，二是由意外事件引起的自然事故。

这两种自然事故都不以人的意志为转移，也就是说，任何人对于事故的危害结果均不具备刑法上的罪过，因此，自然事故是不能认定为重大责任事故犯罪的。

在司法实践中，司法机关通常依靠各种专业鉴定意见来判断事故的性质。因此施工企业在配合相关部门进行事故调查时，既不能刻意包庇责任人员，也不能一味迎合调查人员。

如果案件已经进入刑事诉讼程序，作为辩护律师，应该严格审查相关鉴定意见。对于其中存在事实错误、逻辑错误、程序错误等问题的鉴定意见，应当积极提请司法机关对该等证据予以排除。对于其中涉及的专业技术问题，必要时应聘

请技术专家进行论证。

2.“违反有关安全管理规定的行为”与“事故危害结果”之间是否存在刑法上的“因果关系”

在重大责任事故罪中，违反有关安全管理规定的行为与事故危害结果之间必须存在刑法上的因果关系，这在我国刑法理论上是没有争议的。然而在建设工程领域，所谓的“有关安全管理规定”非常庞杂，至少包括：《建筑法》《安全生产法》《建设工程安全生产管理条例》《危险性较大的分部分项工程安全管理办法》《建筑施工安全检查标准》《建筑施工高处作业安全技术规范》《施工现场临时用电安全技术规范》《建筑机械使用安全技术规程》《建筑施工模板安全技术规范》等。

作为施工企业，要百分之百地遵守上述规定，几乎是不可能的。那么，是不是只要违反了上述安全管理规定的任意一项规定，就要将事故的危害结果归因于此呢？

重大责任事故罪是一种过失犯罪，在大多数情况下，其过失行为表现为一种“不作为”。北京大学法学院陈兴良教授认为，对重大责任事故罪的因果关系而言，事故的危害结果应是直接由行为人“不履行了有关安全管理规定”的作为义务造成的；反过来讲，如果行为人“履行了有关安全管理规定”的作为义务，就不会出现事故的危害结果。

本文认为，在重大责任事故罪中，过失行为与危害结果之间，是一种“直接的”因果关系。对于那些对事故的危害结果仅存在“间接的”因果关系的过失行为，不应认定为重大责任事故罪。

3.“允许的危险”是重大责任事故罪的免责事由

在认定重大责任事故罪时，如何正确认识“风险行业”也是一个重要的现实问题。客观上，某些行业不可避免的存在一定风险，建设工程行业就是一种比较典型的“风险行业”。传统的刑法理论认为，行为人只要认识到自己的行为存在危险，就应该立即停止这一行为。按照这种理论，建设工程行业存在本身就是一种“犯罪”。

因此，为了社会生产力的发展，刑法学界提出了“允许的危险”理论，即在一定程度上限制过失犯罪的成立范围。这一理论的发展，已经使“允许的危险”逐渐成为了重大责任事故罪的免责事由。

作为辩护律师，在承办涉嫌重大责任事故罪的案件时，应根据具体证据情况，积极合理地利用“允许的危险”理论，排除或减轻相关责任人员的刑事责任。

串通投标罪的刑事维权

在建设工程承接过程中，串通



资料图片

投标的情况时有发生，作为施工企业，一旦遭遇竞争对手串通投标的情况，可以考虑运用刑事手段维护自身合法权益。

（一）法律规定

《刑法》第二百二十三条规定：“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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。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。”

《最高人民法院、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）》第七十六条规定：“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50万元以上的；（二）违法所得数额在10万元以上的；（三）中标项目金额在200万元以上的；（四）采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的；（五）虽未达到上述数额标准，但2年内因串通投标，受过行政处罚2次以上，又串通投标的；（六）其他情节严重的情形。”

（二）刑事维权

上述规定列举了一系列串通投标应予刑事立案的具体情形，其中涉及到直接经济损失、违法所得数额以及中标项目金额等具体数额标准。但是，从刑事维权的角度讲，仅仅掌握这些数额是远远不够的。本文认为，选择适当的刑事维权路径，是能否有效启动刑事诉讼程序的关键因素。

1.刑事维权的常规路径

《刑事诉讼法》第一百零九条规定：“公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查。”可见，“发现犯罪事实”是公安机关立案的前提条件。对串通投标罪而言，“实际存在串通投标行为”是公安机关启动侦查程序的关键因素。然而实践中，证明“实际存在串通投标行为”的证据和线索，往往需要报案人自行提供。

《招标投标法实施条例》第三十九条、第四十条和第四十一条规

定了一系列串通投标的具体情形。本文认为，实践中可以参照这些情形，有针对性的收集相关证据和线索。

有下列情形之一的，属于投标人相互串通投标：

（一）投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容；（二）投标人之间约定中标人；（三）投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标；（四）属于同一集团、协会、商会等组织成员的投标人按照该组织要求协同投标；（五）投标人之间为谋取中标或者排斥特定投标人而采取的其他联合行动。

有下列情形之一的，视为投标人相互串通投标：

（一）不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；（二）不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；（三）不同投标人的投标文件载明的项目管理成员为同一人；（四）不同投标人的投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异；（五）不同投标人的投标文件相互混装；（六）不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出。

有下列情形之一的，属于招标人与投标人串通投标：

（一）招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人；（二）招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；（三）招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；（四）招标人授意投标人撤换、修改投标文件；（五）招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便；（六）招标人与投标人为谋求特定投标人中标而采取的其他串通行为。

但作为施工企业，即便项目涉嫌串通投标，但能够掌握的证据和线索一般较少，直接刑事维权难度较大，因此可以考虑通过行政举报或民事诉讼的方式，间接达到刑事维权目的。

2.行政执法程序向刑事诉讼程序的转化路径

从行政法上讲，串通投标也是一种行政违法行为。根据《招标投标法》第五十三条的规定：“投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评

标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效，处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，取消其一年至二年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

可见，各级工商行政管理机关有权对串通投标的违法行为开展行政执法活动，并有权进行行政处罚。根据《招标投标法实施条例》第六十条的规定：“投标人或者其他利害关系人认为招标投标活动不符合法律、行政法规规定的，可以自知道或者应当知道之日起10日内向有关行政监督部门投诉。投诉应当有明确的请求和必要的证明材料。”

因此，实践中我们可以根据掌握的证据情况，借助行政机关的调查手段，使串通投标行为的违法细节不断暴露，间接为案件进入刑事诉讼程序准备材料。

根据国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第三条的规定：“行政执法机关在依法查处违法行为过程中，发现违法事实涉及的金额、违法事实的情节、违法事实造成的后果等，根据刑法关于破坏社会主义市场经济秩序罪、妨害社会管理秩序罪等罪的规定和最高人民法院、最高人民检察院关于破坏社会主义市场经济秩序罪、妨害社会管理秩序罪等罪的司法解释以及最高人民检察院、公安部关于经济犯罪案件的追诉标准等规定，涉嫌构成犯罪，依法需要追究刑事责任的，必须依照本规定向公安机关移送。”

同时，该《规定》第十一条还规定：“行政执法机关对应当向公安机关移送的涉嫌犯罪案件，不得以行政处罚代替移送。”

3.民事诉讼程序向刑事诉讼程序的转化路径

从民法上讲，串通投标还是一种侵权行为。由于我国的民事诉讼采取的是立案登记制，一般情况下立案是比较容易的。在民事案件的审理过程中，随着案件证据的不断呈现，我们仍有可能将案件引入刑事诉讼程序。

上海市闵行区进修学校... 公章壹枚，声明作废... 虞向军遗失营业执照正副本... 助川智能科技有限公司(上海)有限公司... 公司因公司业务需求更换中英文公告... 章，现声明原公章作废，特此公告... 之管(上海)文化传媒有限公司... 失财务专用章、法人章，声明作废... 陈添(上海)物业管理有限公司... 遗失营业执照正副本，声明作废... 陈添(上海)置业有限公司... 遗失营业执照正副本，声明作废... 上海逸正日用品调剂有限公司... 遗失公章壹枚，声明作废... 上海市松江区泗泾镇君临茶坊... 遗失公共场所卫生许可证(2012)松... 字第17020086号，声明作废... 上海市金山区品耀食品店... 遗失食品经营许可证正副本，许可... 证编号：JY13101160137430，声明... 作废... 上海市嘉定区外冈镇彩香母婴用品... 店遗失营业执照正本，统一社会信用代码... 代码：92310114MA150697U，声明... 作废... 上海劲禧实业有限公司... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 91310113MA1GNHP55T，声明作... 废... 上海冻森企业发展有限公司... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 码：91310114691635469T，声明... 作废... 上海市崇明县和谐窗帘经营部... 遗失营业执照正副本，注册号：31... 0230600342480，声明作废... 上海千沁文化创意有限公司... 遗失营业执照正副本，证照编号：2900000... 201810300288，(87)；公章，声明... 作废... 上海时贺装饰工程有限公司... 遗失营业执照正副本，证照编号：29000... 000201603140607，(08)，声明... 作废... 上海格莱斯特旅游度假投资管理... 有限公司遗失营业执照正副本，信用... 代码：91310113574183213P，声明... 作废... 上海友芝文化传播有限公司... 遗失营业执照正副本，证照编号：29000... 000201203050225，(26)，声明... 作废... 上海美感文化传媒有限公司... 遗失营业执照正本，证照编号：150... 00000201807230110，声明作... 废... 上海美感投资管理有限公司... 遗失营业执照正本，统一社会信用代码... 913101203986245768，声明作... 废... 上海蜀川文化传媒有限公司... 遗失营业执照正本，统一社会信用代码... 码：913101203325753023，声明... 作废... 上海勃展食品有限公司... 遗失食品生产许可证正本，食品生产... 许可品种明细表，许可证编号：SC... 124310114000514，声明作... 废... 上海淡水信息技术有限公司... 遗失营业执照正副本，证照编号：12000... 000201710260202，(03)，声明... 作废... 上海微彩机电设备有限公司... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 码：913101146854733798，声明... 作废... 上海起翔广告有限公司... 遗失营业执照正本，统一社会信用代码... 91310114MA1GTBJB2D，声明作... 废... 上海卡米尔包装材料有限公司... 遗失营业执照副本，统一社会信用代码... 码：91310114555967303Y，声明... 作废... 上海梦翔建材有限公司... 遗失营业执照正本，统一社会信用代码... 913101145515540696，声明作... 废... 上海呈祥五金配件有限公司... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 码：913101145515540696，声明... 作废... 上海市松江区松江镇青英食品商... 店遗失食品经营许可证正副本，许可... 证编号：JY13101170028429，声明... 作废... 上海市嘉定区菊园新区颍泉水果店... 遗失营业执照副本，统一社会信用代码... 码：92310114MA14K9F4B，声明... 作废... 上海市嘉定区菊园新区俊凤饭店... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 代码：92310114MA1579B1Y，声明... 作废... 上海市嘉定区徐行镇圣时过小... 百货店遗失营业执照正副本，注册... 号：310114600501931，声明作... 废... 上海奕汇贸易有限公司... 遗失食品流通许可证正副本，许可证... 编号：SP3101141010029005，声明... 作废... 上海市松江区泖港镇慧慈杂货店... 遗失酒类商品零售许可证副本，证... 发沪松酒字第1915030119003533号，声明... 作废... 上海携管供应链管理有限公司... 遗失营业执照副本，证照编号：27... 000000201803270415，声明作... 废... 上海市崇明县明星汽车美容装... 潢店遗失营业执照正副本，注册... 号：310230600421671，声明作... 废... 上海市松江区九亭镇郑集五金店... 遗失营业执照正副本，证照编号：27... 0009201807170081，(82)，声明... 作废... 上海平潮建筑设备安装有限公司... 遗失营业执照正副本，注册... 号：3102262018725；公章、财务... 专用章、法人章，声明作废... 上海市青浦区秀强水产经营部... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 码：92310118MA1M101K4X，声明... 作废... 上海市青浦区吉美水产经营部... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 码：92310118MA1M0YU6G0，声明... 作废... 上海市松江区颍七饭店... 遗失营业执照正副本，统一社会信用代码... 码：92310117MA1LPD68C，声明... 作废... 上海市闸北区海耀杂货店... 遗失营业执照正副本，注册... 号：310108600119182，声明作... 废... 上海市黄浦区亿复食品店... 遗失食品经营许可证正副本，许可... 证编号：JY23101010066157，声明... 作废... 上海市徐汇区梅家湾玉馨餐饮店... 遗失营业执照副本，信用代码：92310104... BFM97；食品经营许可证副本，许可... 证编号：JY23101040048759，声明... 作废... 上海市松江区小昆山镇满朝小吃店... 遗失营业执照正副本，证照编号：27001... 201706220035；食品经营许可证... 编号：JY23101170048854，声明... 作废... 上海市嘉定区区纺纺市场女人缘... 服饰店遗失营业执照副本，经营... 者：李双霞，注册号：310114600392732，证... 照编号：140013201601140014，声明... 作废... 上海市普陀区雷申小吃店... 遗失营业执照正副本，注册... 号：310107600550588；食品经营... 许可证编号：JY23101070026433，声明... 作废... 上海市嘉定区真新街道宜黄农副... 产品经营部遗失营业执照正副本，... 许中华，注册号：310114600650833，... 编号：140013201605240035，(36)，... 声明作废... 上海市浦东新区新场镇柳辉小炒... 货加工坊遗失营业执照正副本，经... 营者：潘建周，注册号310225600260864，... 证照编号150033201901300001，(02)；... 食品经营许可证正副本，许可... 证编号：JY13101150081027，声明... 作废... 上海市青浦区金家林饭店... 遗失营业执照正副本，注册... 号：310118601166558；食品经营... 许可证编号：JY23101180044011，声明... 作废... 凯舒供应链管理(上海)有限公... 司遗失营业执照副本，统一社会信用代码... 91310114MA1GTUE6G；公章、财务... 章、法人章、发票章、股东章，声明... 作废... 陆宽 遗失注销减资登报... 传媒 021-59741361... 13764257378(微信同号)