

建筑工程分包及其管理的理论与实践 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/276/2021_2022__E5_BB_BA_E7_AD_91_E5_B7_A5_E7_c55_276993.htm

1、 建筑工程分包的概念、特征和分类

1.1 建筑工程分包的概念。

建筑工程分包是指建筑施工企业之间的专业工程施工或劳务作业的承、发包关系。分包活动中，作为发包一方的建筑施工企业是分发包人，作为承包一方的建筑施工企业是分承包人。与此密切相关的另一个概念是建筑工程分包市场。所谓建筑工程分包市场，也即通常所说的建筑工程二级市场，是指：为完成某项工程建设，建筑业企业之间在工程承、发包活动中形成的平等的财产关系的总和。建筑业企业（也称承包商）与建设单位（也称业主或开发商）在工程承、发包活动中形成的平等的财产关系构成建筑工程一级市场。在一级市场上，建筑业企业直接面对建设单位。但是，在二级市场上，其承包人面对的是一级市场上的工程承包人。所以，建筑工程二级市场是相对建筑工程一级市场而言的。它应包括专业工程承发包市场和建筑劳务市场两块，并且这两块可相互交叉和相互作用，共同构成统一的二级市场。同时，二级市场也将和一级市场相互作用，共同构成同一的建筑市场。

1.2 建筑工程分包活动的特征。

首先，主体是特定的。一般的，分发包人是直接从建设单位承接工程任务的建筑业企业，分承包人是分发包人那里承接工程任务的专业承包企业或者劳务分包企业；两者在市场中的地位是平等的。建设单位不是分包市场的主体。建设行政主管部门或工商行政管理机关等部门也不是分包市场的主体，它们是建筑市场管理的主体，它们与市

市场主体之间的关系是建筑市场管理活动的纵向的行政关系。其次，客体是特定的。分包交易的客体是承、发包双方的权利义务共同指向的对象，包括承、发包范围内的专业性建筑产品或建筑劳务。交易客体必须是建筑工程中由法律、法规或规章规定允许分包的部分，或者从反面理解，交易客体不得是法律、法规或规章禁止分包的部分。最后，主体之间的关系是横向的平等的财产关系，它根源于承发包双方之间的地位平等。但不平等的情况现实存在，不过这也恰说明，我们需要发展分包市场并对其引导、管理和监督。

1.3 建筑工程分包活动的分类。

根据交易对象的不同，建筑工程分包包括专业工程分包和劳务作业分包两类。具体说来：下图中，合同关系 属于专业工程分包； 、 属于劳务作业分包；

则构成连续两次建筑工程分包；而合同关系 、 则不属于建筑工程分包。

1.4 建筑工程分包市场发展的必然性。

最深层次的原因是建筑劳动生产率的提高和社会分工的发展；其进一步发展的动力则是人们对建筑市场效率的追求和实现有序竞争的愿望。加入WTO后，积极发展建筑工程分包市场更是我市建筑业企业与国际接轨的客观要求。

2、 建筑工程分包的合法要件

2.1 从理论上分析，建筑工程分包的合法要件分实质要件和形式要件两大类，具体来说，包括：

（一）主体要件。工程分发包人要具有分发包工程或劳务的资格，工程分承包人要具有完成工程项目的能力。

（二）责任要件。分承包人依据分包合同对分发包人负责，分发包人依据主合同对建设单位负责；同时，分承包人就分包的项目对建设单位负连带责任。所负责任，包括技术、质量、安全、经济等法律责任和管理责任。这里的责任，包含两层含义：其一是

履行责任的过程，其二是承担责任的后果。事实上，责任要件从属于主体要件，责任能力是主体能力的一个方面；这里单列出来，只是为了强调而已。（三）意思表示要件。两层含义：首先，一般的，工程实行总分包的意思，必须由建设单位、分发包人、分承包人三方协商一致且表示真实。分发包人发包专业工程时，必须经建设单位同意：可以在主合同中约定允许分包；主合同中未作规定的分包活动，应在分包之前征得同意（这一点和《FIDIC土木工程合同条件》有关规定相一致）。劳务分包可以由分发包人决定。其次，无论是专业分包还是劳务分包，其合同内容都必须由分发包人和分承包人协商一致；内容必须真实，不能有欺诈和胁迫情形。（四）客体要件。凡分包的工程必须是国家法律和公共秩序允许分包的工程；凡国家法律禁止或公共秩序不允许分包的工程不得分包。（五）形式要件。分包合同必须采用书面形式。分包合同是建设工程合同的一种，而建设工程合同的书面形式的要求在《合同法》第270条等和《建筑法》第15条均有明确规定。这种形式要件，不仅是建设工程合同自身特殊性的要求，更是建设工程合同外部管理的要求；必要时还须经过公证或鉴证。

2.2 只有实质要件和形式要件同时成立，方构成合法有效的工程分包行为。

3、违法实施分包活动的具体形态

我国现行的法律法规将违法实施分包活动的具体形态概括为违法分包、转包、挂靠、指定分包等。这里按照上述理论分析，结合法律规定分析如下：

3.1 主体要件缺陷。

A、不具备从建设单位承包工程资格的分发包人实施分包活动。例如，专业资质承包人承包总承包业务后实施分包。此时主合同违法。基于不合法的主合同不能产生合法的分包合

同。B、分承包人无资质或超越资质承接分包工程。C、具有总承包资质的建筑施工企业将劳务作业发包给总承包企业。D、具有总承包资质的建筑施工企业将专业施工分发包给不具备相应专业资质的总承包企业。确定A、B两种情形为违法形态，其法律依据是《建筑法》第26条和《建设工程质量管理条例》第25条。它们规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。但是，C、D两种情形似乎无充分法律依据，只能从《建筑业企业资质管理规定》的出台背景极其相关规定的精神、实施意见推知其违法；尽管从民事行为角度不能确认该情形无效，但确认其行政违法是足够的。

3.2 责任要件缺陷。A、转包。转包表现为将承接的工程不负任何责任的分包/转让出去的行为。B、肢解分包。肢解分包，在法律上视为转包。

《合同法》272条、《建筑法》28条，《质量条例》第25条对转包均予以禁止。如《建筑法》第28条规定，“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”《建设工程质量管理条例》第78条规定，“...本条例所称转包，是指承包单位承包建设工程，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。”此外，一般认为，分发包人对其承包的工程应当设立项目管理机构，对该工程的施工活动进行组织管理；项目管理机构应当具有与承包工程的规模、技术复杂程度相

适应的技术、经济管理人员，其中项目经理、技术负责人、质量管理人员、安全管理人员、项目核算人员应当是本单位的人员。如果分发包人违反这些规定，可认定为转包。 3.3 意思表示要件缺陷。A、专业施工分包未取得建设单位同意：既没有在主合同中约定，也没有取得建设单位其他形式的同意（实行招标投标的，分发包人也没有在投标文件中载明分包意图）。B、主管部门（强行）指定分包。C、建设单位（强行）指定分包。D、挂靠。对于A种情况，《建筑法》第29条规定，“……但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。”《招标投标法》第30条规定，“投标人根据招标文件载明的项目实际情况，拟在中标后将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包的，应当在投标文件中载明。”对于B、C两种情况，《建筑法》第23条规定，政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定发包单位将招标发包的建筑工程发包给指定的承包单位。《江苏省建筑市场管理条例》第12条规定：“发包人不得实施下列行为：…（六）强令总承包人实施分包，或者限定总承包人将工程发包给指定的分包人；…”实施上述禁止性行为均属指定分包。《江苏省建筑市场管理条例》第48条规定：“发包人有本条例第十二条第（六）项…规定行为的，由建设行政主管部门责令改正，处以警告；有违法所得的，没收违法所得。”具体认定中，如果分发包人有足够证据表明其被迫接受关于分包的指定，才构成意思表示要件缺陷。尽管挂靠并不必然地发生在分包活动中，但是在实践中，被挂靠方往往声称其实施的是分包活动。挂靠在法律上认为是关于身份的欺诈，为法律所禁止。《建筑法》第26条、《建设工程质量管理条

例》第25条规定，禁止建筑施工企业...以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。这可以看成是法律以禁止的形式对挂靠所作出的定义。《江苏省建筑市场管理条例》对上述规定作了进一步的细化，但其细化的内容却值得探讨。

3.4 客体要件缺陷。A、将主体工程分包的。B、将专业工程非劳务部分分包的（即专业施工再分包）。C、劳务工程再分包的。

建筑工程作为交易客体，并非没有任何限制地都可以实施分包。《合同法》第272条规定，总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。本条还和《建筑法》第29条同时规定，禁止分包单位将其承包的工程再分包；建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。《招标投标法》第30条、第48条规定了非关键性工程的分包。

3.5 形式要件缺陷。A、未采用书面分包合同；B、分包合同过于简单。如前所述，A种情况的违法性是显然的。对于B种情况，我们可以参见《合同法》有关内容。《合同法》第275条规定，“施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。”而分包合同应当属于施工合同的一种。当然，形式要件缺陷可以通过补正予以补救。

3.6 此外，还有违反本地有关行政管理规定的分包活动。A分包活动当事人任何一方未办理《信用手册》；B主合同未办理备案手续；C分包合同未办理备案手续。

4、建筑工程分

包在《合同法》上的性质。 4.1 在法律性质上，建筑工程分包合同属“并存的债务移转”。债务移转，又称债务承担，指基于当事人协议或法律规定，由债务人移转全部或部分债务给第三人，第三人就移转的债务而成为新债务人的现象。广义的债务承担应包括免责的债务承担和并存的债务承担（《合同法》第84条）。所谓并存的债务承担，指原债务人并没有脱离债的关系，而第三人加入债的关系，并与债务人共同向同一债权人承担债务。结合实际情况，建筑工程分包合同应当属于“债务人与第三人，或者债权人、债务人与第三人之间共同约定，由第三人加入债的关系”²的这种情况；显然，在这里，债权人即建设单位，债务人即分发包人，第三人即分承包人。这种情况下，债务人与第三人承担连带责任。

4.2 建筑工程分包合同不属于“第三人代为履行”（《合同法》第65条）的情况。第三人代为履行，指当事人约定由第三人向债权人履行债务，但是第三人并没有加入到合同关系中来，也没有承担债务而成为合同当事人；发生纠纷时，第三人并无直接的法律 responsibility。同时，建设工程合同也不属于“免责的债务承担”。在免责的债务承担中，第三人就移转的债务完全取代了债务人的法律地位，原债务人相当于免责了。

5、建设工程分包合同的民事责任关系问题。 5.1 建筑工程分包合同的民事责任主要涉及到工程的工期、质量、造价、安全等方面，这里不去讨论民事责任的具体内容，而讨论民事责任关系问题。之所以谈这个问题，是因为在这个问题上，我国《合同法》和《建筑法》较之传统民法理论有较大的突破；并且这种突破尚未引起有关建设（建筑）行政主管部门和分包合同当事人的充分注意。在总包合同和分包

合同的联系结构中，建设单位与分发包人之间存在合同法律关系，故分发包人按总包合同的约定对发包人负责。分发包人与分承包人之间也存在合同法律关系，分承包人按分包合同的约定对分发包负责。这两个合同关系彼此相对独立。然而，分包人与发包人之间则不存在合同法律关系。按照传统民法中的合同相对性原则，合同关系是当事人之间的特别关系，债务人仅仅对债权人负有对待给付义务及附随义务，其他第三人不能享有权利和承担义务，进而会导致：如果因为分承包人的行为引起总包合同的不履行或不适当履行，分发包人须向建设单位承担违约等责任，分发包人只有在向建设单位承担责任后，才有权向分承包人追偿，但建设单位却无权直接追究分承包人不履行行为的违约责任。但是，《合同法》第272条规定：“...，第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。...”《建筑法》第29条第2款同时规定：“...总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。...”这里所谓连带责任是指，对分包工程发生的违约等责任，建设单位既可以向分发包人请求赔偿，也可以向分承包人请求赔偿，分发包人或分承包人进行赔偿后，有权利根据分包合同对不属于自己的责任赔偿向另一方追偿。很显然，这里已突破了合同相对性原则。这无疑增大了分发包人的赔偿责任，故能促进分承包人的履约意识并加强管理。此外，这种连带责任关系，在上述两部法律中均属强制性规定，不以当事人的约定而排除，如分包合同中有相反约定，则属无效条款。上述规定显然对建设单位有利，在我国实施的建设工程，如有外国（总）承包人参加，我国的建设单位应当在选择合同适用的

法律时力争选择适用我国法律。一般情况下，依赖于总包合同而存在的分包合同与总包合同适用相同的法律，故分包人也须对建设单位负责。然而，如果建设单位的过错导致分包合同不能履行给分包人造成损失，则分承包人只能向分发包人请求赔偿；分发包人赔偿后，有权根据总包合同向发包人追偿。

5.2 实践中，建设单位按约支付工程进度款后，分发包人却不及时地向分承包人拨付分包部分的相应款项，造成分包人生产困难、职工生活困难的现象时而有之。在我国当前的建筑市场上，分承包人所处的这种弱势地位，已经引起地方建设（建筑）行政主管部门注意。于是有些地方法规中就出现了这样的规定，“发包人按约支付工程进度款后，（总）包人应及时地向分包人拨付分包部分的相应款项。”笔者认为，这种规定的出发点是好的，但却容易引起误解。建设单位如果不（及时）支付工程进度款（实践中，带资、垫资承包即是），怎么办？分发包人是否就可以不及时地向分承包人拨付分包部分的相应款项呢？笔者认为，非也！其实，加强保护分承包人的利益与加强其责任应当是统一的；作为分包合同的当事人，分发包人与分承包人就应当按分包合同的约定履行合同，只要分承包人全面、正确地履行了分包合同约定的义务，无论建设单位是否向分发包人支付工程款项，分发包人都应当向分承包人支付分包部分的相应款项；只有这样才能真正保护分承包人利益。故在地方行政立法中，上述规定似乎可以这样表述：“分包人全面、正确地履行了分包合同约定的义务，分发包人应当及时向分承包人拨付相应款项。”这样规定的另一个积极意义就是制约分发包人带资、垫资承包工程的心理，同时增强在履行总包合同过程

中维护自己权利的意识。 6、与建筑工程分包有关的其他值得探讨的问题

6.1 建筑劳务分包合同与劳动合同的区分。

所谓劳动合同，是劳动者与用人单位确立劳动关系，明确双方权利义务的协议。建立劳动关系应当订立劳动合同。劳动合同应当采用书面形式。（《劳动法》第16、19条）而建筑劳务分包合同，应当是建筑业企业之间确立建筑劳务承发包关系、明确双方权利义务的协议。笔者认为，区分两者的关键是看合同双方当事人：双方均为建筑业企业的，为劳务分包合同；双方有一方是自然人的，为劳动合同。对两者实施行政管理的主体也不一样：建筑劳务分包合同应当由建筑市场监督管理部门进行监督管理，而劳动合同则由劳动管理部门进行监督管理。

6.2 关于建筑劳务基地。

所谓建筑劳务基地，是指使用建筑劳务的建筑业企业与特定劳务企业或特定地区建立了长期的经营合作关系。对于使用建筑劳务的建筑业企业而言，这里的特定劳务企业或特定地区就是它的建筑劳务基地。在现行法律框架中，劳务基地合法运作有两种形式：其一，与有劳务资质的建筑业企业建立劳务分包合同关系；其二，与特定地区若干经过岗前培训的自然人中的每一个人签订劳动合同。

6.3 关于联营。

现行《建筑法》第二十七条规定了“联合共同承包”；《招标投标法》第三十一条规定了“联合体共同投标”。然而，“联合承包”在国内工程实践中比较少见；其原因也在于这两部法律规定比较笼统而存在法律障碍。因为这里存在一个“联合体”作为民事主体的能力问题，根据《立法法》，这个问题也必须由法律（狭义）来规定。这两部法律规定的“联合共同承包”或者“联合体共同投标”不属于《民法通则》第五十一条规定的“法人型

联营”；因为“法人型联营”是以“联营”后的新的法人出现的，它是以新的法人自身的资质条件承担工程的。根据现行《建筑法》和《招标投标法》关于联合体各方连带责任的规定以及《民法通则》第五十三条的规定，可知“联合共同承包”或者“联合体共同投标”也不是“合同型联营”。因此，“联合共同承包”或者“联合体共同投标”应当属于《民法通则》第五十二条规定的“合伙型联营”，但又不属于《合伙企业法》的调整范围（只调整自然人组成的合伙企业）。《建筑法》第二十七条同时还规定“两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的，应当按照资质等级低的单位的业务许可范围承揽工程。”这样的笼统规定也与设立“联营”制度的目的相悖，至少难以发挥资质优势。此外，公司（绝大部分承包商采用公司作为自己的组织形式）能否成为无限责任的合伙成员，这个问题也无定论。

7、建筑工程分包的监督管理

7.1 监督管理的必要性。

尽管建筑工程分包活动中的有关法律问题已经引起人们的关注，但是探索对建筑工程分包市场的科学管理却是近年的事。市场失灵的情形，在建筑市场发展的过程中也毫不例外的存在着：违法分包、非法转包、非法挂靠等行为的存在，牺牲了工程质量，破坏了施工安全，侵害了社会利益；低素质劳动力的进入，也是工程质量和安全生产的隐患；现实中，承发包双方之间不平等的情况大量存在，分包人的合法权益因此受到损害；甚至总分包关系也在一定程度上滋生了腐败……，建筑工程分包市场的日益发展也同时呼唤着规范的行政管理。

7.2 监督管理的思路。

总体思路应当体现在以下环节：第一，建筑工程分包市场应当由合格的市场主体组成市场主体的准入。第

二，市场主体之间应当有合格的市场行为交易行为的规范（内在地包含：交易行为 / 分包的对象应当为法律所允许）。第三，不规范的建筑工程分包交易行为应当得到即使及时地整合建筑市场的查处。第四，前两个环节的结果直接反馈到市场主体的准入环节。这是一个管理的闭合环。在这个闭合环中，监督管理部门还可以充分发挥引导和服务的职责。对于建筑市场管理部门而言，建筑工程分包市场秩序的形成和维护，正是在无数闭合环周而复始的辩证运动中实现的。

7.3 监督管理主体的确定。对建筑工程分包活动的监督管理，是典型的行政性管理活动。目前，全国统一的建筑工程分包监督管理的体制尚未形成。因此，这里讨论的监督管理的主体问题应当从属于地方建筑管理体制的问题。地方政府应当根据当地的情况确定建筑工程分包监督管理的主体。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com