

建筑工程分包的法律分析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/65/2021_2022__E5_BB_BA_E7_AD_91_E5_B7_A5_E7_c41_65779.htm 建筑工程分包市场是随着劳动生产率的提高和社会分工发展的必然产物，是人们追求建筑市场效率，实现有序竞争的迫切需求。加入WTO后，积极发展建筑工程分包市场更是建筑业企业与国际接轨的客观要求。目前，在国内建筑分包市场存在着，违法分包、非法分包，非法挂靠、主管部分或行政部门强行指令分包行为，牺牲了工程质量，破坏了施工安全，侵害了社会利益，大量引入低素质劳动力，使工程质量和安全生产存在隐患，承发包双方之间主体地位不平等的情况，使分包人合法权益受到损害，造成分包人生产困难，职工生活困难的现象，总分包关系在一定程度上滋生腐败。因此，正确认识与处理分包的行为，从法律上完善对建筑工程分包市场的管理，规范建筑市场，维护国家财产不受损害，维护劳动者的合法权益，杜绝腐败，维护社会稳定有着重要的意义。本文通过对建筑工程分包的概述，介绍分包的形式，分包活动的特征，结合合同法、建筑法有关法律条款，论述了建筑工程分包合同的性质，是并存的债务移转，不是“第三人代为履行”；讨论了建筑工程分包合同民事责任关系，合同相对性原则，建议地方立法制约分发包人带资、垫资承包工程的心理，增强保护分承包人利益；区分建筑劳务合同与劳动合同，以及对建筑工程分包的监督管理等方面做了论述。随着建筑劳动生产率的提高和社会分工的发展，从法律上完善对建筑工程分包市场的管理是加入WTO后国内建筑企业与国际接轨的客观

要求。在国内建筑分包市场存在着：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。因此，正确认识与处理分包的行为具有十分重要的意义。本文从分包的定义，特征入手，对违法分包、转让、挂靠等行为进行粗浅探讨，以期抛砖引玉、共同推动、促进建筑工程分包市场行业的健康发展。

一、建筑工程分包合同的概述

（一）建筑工程分包合同的概念

建筑工程分包合同是指从事工程总承包的单位将所承包的建设工程的一部分依法分包给具有相应资质的承包单位，该承包人不退出承包关系，其与第三人就第三人完成的工作成果向发包人承担连带责任而订立的合同。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。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。专业工程分包，是指施工总承包企业将其所承包工程中的专业工程发包给具有相应资质的其他建筑业企业完成的活动。劳务作业分包，是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。

（二）建筑工程分包活动的特征

1 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。2 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。3 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。

（三）建筑工程分包行为的原因：1 技术上需要。总承包商不可能，也不必具备总承包合同工程范围内的所有专业工程的施工能力。通过分包的形式可以弥补总承包商技术、人力、设备、资金等方面的不足。同时总承包商又可通过这种形式扩大经营范围，承接自己不能独立承担的工程。2 经济上的目的。对有些分项工程，如果总承包商自己承担会亏本，而将它分包出去，让报价低同时又有能力的分包商承担，总承包商不仅可以避免损失，而且可以取得一定的经济效益。3 转嫁或减少风险。通过分包，可以将总包合同的风险部分地转嫁给分包商。这样，大家共同承担总承包合同风险，提高工程经济效益。4 业主要求。业主指令总承包商将一些分项工程分包出去。通常有如下两种情况：（1）对于某些特殊专业或需要特殊技能的分项工程，业主仅对某专业承包商信任和放心，可要求或建议总承包商将这些工程分包给该专业承包商，即业主指定分包商。（2）在国际工程中，一些国家规定，外国总承包商承接工程后必须将一定量的工程分包给本国承包商：或工程只能由本国承包商承接，外

国承包商只能分包。这是对本国企业的一种保护措施。以上两种情况，业主对分包商有较高的要求，也要对分包商作资格审查。没有工程师（业主代表）的同意，承包商不得谁便分包工程。由于承包商向业主承担全部工程责任，分包商出现任何问题都由总包负责，所以分包上分包商的选择要十分慎重。一般在总承包合同报价前就要确定分包商的报价，商谈分包合同的主要条件，甚至签订分包意向书。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