

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\\_ti2020/65/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BB\\_BA\\_E7\\_AD\\_91\\_E5\\_B7\\_A5\\_E7\\_c41\\_65801.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/65/2021_2022__E5_BB_BA_E7_AD_91_E5_B7_A5_E7_c41_65801.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。 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](http://www.100test.com)