

# 关于建设施工中转包及分包若干问题的探讨

卢刚, 严乐

(陕西睿诚律师事务所, 陕西 西安 710075)

**摘要:**我国现行《建筑业企业资质等级标准》不能满足建筑市场进一步细分的要求,加之工程招投标中资质高消费现象普遍存在,导致一大部分资质等级低的企业不能通过招投标直接从招标人手中承接业务,这就为工程非法转包、违法分包提供了巨大的市场。非法转包与违法分包间存在相似性,这为准确鉴别、认定二者带来较大难度。在实践中,施工企业及相关管理部门应多角度、多方式做好对该类行为的鉴别和认定,更需要各级政府加强建筑施工市场的各项措施,从源头上杜绝非法转包及违法分包的行为。

**关键词:**违法分包;非法转包;鉴别认定;治理

中图分类号: DF 417

文献标志码: A

文章编号: 1008-7192(2012)06-0020-06

## An Analysis of the Problems in Subcontracting and Subletting in the Project Construction

LU Gang, YAN Le

(Shaanxi Reaching Law Firm, Xi'an 710075, China)

**Abstract:** Since China's "Standards of Construction Industrial Qualification Grades" can not meet the requirement of the subdivision of construction market, and the bidding invitation and the tendering submission tend to be overqualified, the enterprise of lower grade qualification can hardly contract projects directly from tenderers by bidding and tendering, which provides a huge market for the illegal subcontracting and the illegal subletting. Given the similarity between the two, it is difficult to tell one from the other. Therefore it is important that construction enterprises and relevant departments should take great care in the practice of identification from multi-angles and with multimode and that governments at all levels strengthen the measures to supervise the construction market, in order to radically discourage the illegal subcontracting and the illegal subletting.

**Key words:** *illegal subcontracting; illegal subletting; identification; determination; management*

随着建筑房地产市场的蓬勃发展,我国建筑方主导型市场,这就造成发包方对承包方的要求施工企业也逐日增加。但现在的建筑市场是买越来越高,有的甚至超过工程本身的要求,使得

一些小的、资质低的施工企业被排除在公平竞争之外,为了求生存,这些资质较低的企业便依托较高资质的企业栖身于建筑市场,于是产生了转包、分包等形式的合作联营方式。然而这些方式导致一些建筑单位和施工单位的当权者,以权谋私,严重影响了国家建筑市场的公平竞争,其结果必然将整个建筑市场引入贿赂竞争、畸形发展的歧途;另外,这些方式的泛滥使得最终实际用于工程项目中的款项大大减少,导致严重的偷工减料,留下严重的质量隐患。因此,非法转包、违法分包等现象严重危害建筑市场发展,甚至带来诸多社会隐患,亟待解决。

## 一、转包及分包概念界定

### 1. 转包概念界定

根据国务院《建设工程质量管理条例》第七十八条规定,“本条例所称转包,是指承包单位承包建设工程后,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”。因此,所谓转包即承包人承包发包人的工程后,将工程全部交给第三人承揽施工。其要点主要表现在:转包行为发生于承包人与第三人之间,且全部建设工程由第三人完成。

从行为本质来讲,转包属于典型的合同转让行为。虽然合同转让并不为法律禁止,但在建设工程范围中属于例外。我国《合同法》第二百七十二條规定“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三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包给第三人”。《建筑法》第二十八条规定“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”。《招标投标法》第四十八条规定“中标人不得向他人转让中标项目,也不得将中标项目肢解后分别向他人转让”。由此可见,转包本身不存在合法性与非法性界定,但由于该行为被法律明确禁止,因而属于非法行为<sup>[1]</sup>。

### 2. 分包概念界定

分包是指承包人将承包工程中的一部分转交给第三人承揽施工。分包并非一概违法,我国现行法律对分包行为性质的认定,也因分包的类型不同有不同的规定。其中,国务院《建设工程质量管理条例》第七十八条规定:“本条例所称违法分包,是指下列行为:①总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的;②建设工程总承包合同中未有约定,又未经建设单位认可,承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的;③施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的;④分包单位将其承包的建设工程再分包的”。根据本条规定,违法分包主要有以下几类。

(1)向不具备相应资质条件的单位进行的分包属于违法分包。建筑工程领域,施工企业的资质具有极其重要的主体身份要求,若不具备相应的资质,那么主体身份就存在缺陷。《合同法》第二百七十二條明确规定:“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位”,《建筑法》第二十九条规定:“禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包”,《招标投标法》第四十八条中规定:“接受分包的人应当具备相应的资格条件,并不得再次分包”。同时,面对新形势下各种违法分包的形式,我国现行法律也作出相应的规定,如《建筑法》第二十六条规定:“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。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”。可见,总承包人一旦向不具备资质条件的单位进行分包均属于违法分包。

(2)对非主体建筑部分合法的分包建立在合同约定、或建设单位认可的基础上。随着社会分工逐渐细化,没有任何一个施工单位能够有实力完成并保证施工过程中的每一个环节均达到较高质量水平,因此在施工过程中允许部分施工工程的分包,但此前提在于得到建设单位的认可,

意即使工程施工过程处于建设单位的知情和控制之下。如《合同法》第二百七十二條规定：“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”。

(3)施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给第三方的，属违法分包。建筑工程的主体工程构成整个工程项目的核心部分，若一个工程的核心部分由总承包人分包于他人，则侵犯了发包人对总承包人资质的信赖，更不利于工程项目质量的保障。《合同法》第二百七十二條规定：“建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”《建筑法》第二十九条规定：“施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。”在此需要说明的是，《建筑法》第二十九条规定：“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。”该条款中所称的部分工程应作非主体、非关键性工作的缩小解释。

(4)再分包属于违法分包，是我国法律所禁止的。工程项目的多次分包会导致工程项目的实际施工人处于不确定状态，不利于建设单位对工程项目的监管和控制，同时层级的分包意味着层级的利益瓜分，如此更加剧工程施工费用的增加，使之实际用于工程建设中的资金锐减，容易造成工程质量不达标。因此《合同法》第二百七十二條明确规定：“禁止分包单位将其承包的工程再分包”。

### 3. 转包与分包的区别

在建设施工过程中，转包和分包属于不同的两种法律行为，二者带来的法律后果也是不同的。二者间的区别可归纳如下。

(1)前者是在法律法规明令禁止下订立的建设工程承包合同；而后者在符合相关法律规定的情形下依法签订的建设工程承包合同。

(2)前者是建设工程承包人，在通过投标、中标并与发包人签订承包合同后，不履行合同约定

的建设工程任务，将全部建设工程转包给第三人或者将其承包合同项下的全部施工工程肢解，分别承包给若干承包人，自己不参与施工；而后者是指发包人与勘察人、设计人、施工人等分别订立的勘察、设计、施工承包合同或者工程总承包人在承包工程后，在经发包人同意的情况下，将其承包的一部分工程或某几部分工程，再发包给其他具备相应资质条件承包人，与其签订承包合同项下的分包合同，总承包人是实际参与在施工过程中的。

(3)前者是指承包人将已承包的工程全部倒手转给他人或者将全部工程肢解后转给若干承包人，自己并不实际履行合同约定义务。而后者若为合法行为必须满足以下几个条件：①必须取得发包人的同意；②仅可分包一次；③必须是分包给具备相应资质条件的单位；④总承包人可以将承包工程中的部分工程（除主体工程外）发包给具有相应资质条件的分包单位。

(4)转包与分包区分的关键点。转包与分包的区分对于工程施工过程具有重要意义。转包属自始违法，而分包并非一概违法，需采取“合理性原则”进行分析。转包与分包区分的关键点是着眼于承包人是否将承包工程的全部交由第三人完成。法律区分非法转包与违法分包的着眼点是承包工程的“量”，即承包工程全部交由第三人完成属于非法转包；区分合法分包与违法分包的界线却着眼于承包工程施工过程中的“质”，即除承包工程中的主体工程外经法定程序的分包属于合法分包<sup>[2]</sup>。但在司法实务中，简单将“量”作为界定分包和转包的依据存在一定偏颇，这在建设工程中“量”的因素不占主要地位时表现的更为明显。例如，古建筑复原工程，其核心的工程属于对古建筑局部的修复等，建筑工程的主体结构施工并非关键部分，将古建筑修饰部分复原工作交由第三人完成，实质等于将整个古建筑复原的施工转包出去，但依照我国现行法的规定，简单的将“量”作为界定依据，这一实质的非法转包行为即被界定为分包行为。因此在具体案件过程中应该从工程施工的深层目的进行考量，明确工程施工中最为重要的因素，由此进行“质”与“量”的双重考量以此来对行为性质进行界定。

## 二、如何在实务中区分违法分包和非法转包

在司法实务过程中,做好鉴别、发现违法分包和非法转包,对于规范建筑市场,监督施工企业合法经营具有重大意义。因此在施工企业经营的各环节均可以找到鉴定、发现违法分包和非法转包的路径。

(1)查找有关合同资料,分析合同台帐,从合同角度检查同一工程是否存在再分包或转包给其它单位的情况;如果有分包现象,应查找是否有发包方审查同意书面批文,否则,即为违法分包。

(2)如果该工程经过发包方批准可以分包,要查看承包方是否按要求进行招标、招标的程序是否合法、分包商的选择是否符合资质要求。资质要求应审查营业执照是否合法有效、建筑资质是否达到有关等级要求、是否具备某专业资质。如果是分包给不具备相应资质条件的单位,即为违法分包。

(3)对于名为肢解分包实则非法转包的,首先应审查分包金额和工程量,是否和原承包合同中约定的相吻合,如果基本吻合,可以初步判定系非法转包;其次应核对工程组织设计和工程量清单,核对实际施工单位签字人是否与合同中确定的负责人相一致,最后可以在现场进行核实实际施工人身份。

(4)对于已经判断为分包的工程,则要检查是否存在再分包或转包的可能。首先应着手分包商的检查,如审查分包商的合同文件,是否有施工进场委托书、租赁设备授权书等,同时应核对实际施工单位的签字人是否与合同约定负责人相一致,如果在该环节存在疑点,则可以初步认定为存在再分包或转包情形,则需进一步审查是否存在整体转包。

(5)现场核实,主要是查对工程的《施工组织设计》或《施工方案》,是否与实际进场人员和进场施工设备一致。若发现有不一致的地方,应要求其做出说明,再根据说明查找有关合同文件,进一步分析确定是转包还是分包<sup>[3]</sup>。

不可否认,对一项工程项目进行是否属于违法分包或非法转包的鉴别和认定是一项较为综合较为复杂的手段,更需要结合施工现场具体的情况综合评定。

## 三、造成我国目前转包与分包现象频发原因分析

### 1. 建筑市场资质高消费现象普遍存在

所谓资质高消费,是指在目前工程招投标中,存在招标人对投标人资质要求偏高的现象,即可由二级资质完成的工程要求具有一级甚至特级资质,可由专业承包资质完成的工程却要求具有施工总承包资质。资质高消费在促使资质低的建筑企业努力提升自己的资质方面存在一定积极作用,但建筑企业在短期内为了求生存,如此资质高消费便引发转包、挂靠以及违法分包等违法行为。在资质层级中便出现一级依托一级的现象,一级资质的单位挂靠特级资质的单位或从特级资质单位分包工程,二级资质的单位又寄希望于挂靠一级或特级资质的单位,由此以来给转包和分包提供了一个巨大的市场。以上海市为例,截至2011年5月30日,房屋建筑工程施工总承包特级资质的企业有116家,一级有617家,二级有745家,三级有1204家。即二、三级资质的企业约占73%,如果招标人一味要求投标人具有一级或特级资质,意味着约73%的企业无法参与投标,或者即使有机会投标,中标的可能性也很小。

### 2. 建筑市场的细分程度不够,工程项目集中程度高

在我国现行《建筑业企业资质等级标准》中对各级资质企业的业务承担范围只规定了资质的上限却没有规定资质下限。即一个施工企业若拥有特级资质,不论工程大小只要特级资质的企业愿意,便可承揽本专业各类工程的施工,而特级以下资质的企业在这样近于高资质垄断的市场内,基本上没有机会承包工程。尽管住建部在《施工总承包企业特级资质标准》(建市【2007】72号)中明确:“特级资质的企业,限承担施工单项合同额3000万元以上的房屋建筑工程”。但

如此的规定并没有将建筑市场中的工程项目有效细分,对于专业工程,资质低的企业仍不能改变与资质高的企业同台竞争的局面。在以资质决定一切的竞争环境下,资质低的企业竞争力极低,中标的机会很少,因此会寄希望于通过转包、挂靠以及分包的途径承揽工程。

### 3. 转包、挂靠与违法分包的取证及认定难度较高

我国《建筑法》中对非法转包与违法分包承担的法律 responsibility 规定如下“责令改正,没收违法所得,并处罚款,可以责令停业整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书”。从惩罚力度来看该规定足以引起足够的震慑力,特别是降低资质等级甚至吊销资质证书对建筑企业有致命的打击。但对非法转包与违法分包的取证和认定非常困难,尤其在近年来随着经营模式的不断创新,此类行为也越来越隐蔽,因此在实践过程中此类行为真正受到处理的并不多见。通过对住建部网站2010年发布相关的数据进行比对,尽管其中对不少建筑企业做出了行政处罚决定,但因非法转包或违法分包在这之中并没有占据较大比例,这从一定程度上助长了不法企业的侥幸心理。

## 四、治理转包、挂靠与违法分包的措施

### 1. 加大对招标人设置投标资质的监管力度,抑制资质高消费现象

目前不少省份已注意到此现象的消极影响,并分别采取了一定措施,也取得较好实效。部分省份规定施工招标人应根据项目施工所需的基本条件设置招标人的资质条件,如需提高资质等级的需要经行业主管部门审核后,报监察部门同意。如《成都市关于进一步加强和规范成都市

政府投资项目施工招标投标活动实施意见的通知》(成办发【2009】48号)<sup>①</sup>、《湖北省人民政府办公厅关于招投标活动中防治围标串标的通知》(鄂政办发【2008】64号)<sup>②</sup>。因此建议进一步明确《建筑业企业资质管理规定》(建设部令第159号)相关规定,推广该限制措施,加大政府部门对招标人资质高消费的现象予以监管<sup>[4]</sup>。

### 2. 从资质管理的角度解决投标中的混合竞争

目前工程招投标中,特级资质与二、三资质,总承包资质与专业承包资质等存在混合竞争的状况。通过对2010年通过某省交易中心发包的所有重大工程施工招标的统计数据(表1)可见,1亿元以上标段占据20.37%,金额占70.21%,这一级标段主要针对的是特级、一级总承包资质的企业。由此不难发现在建筑市场中较大比重的工程施工项目均由较高资质企业承包,为资质较低的企业留有的市场份额并不高。这一状况需要通过资质管理制度逐步加以解决,即在资质等级标准中对各资质等级的承包范围进一步细化,明确不同资质级别的企业可以承包哪些范围的工程项目,对较高级别资质的企业不但设定承包上限也要设定承包下限,给资质等级低的企业留有市场空间,保证竞争的秩序。建筑施工市场的有序发展,不单单是将市场做大,更应该做好市场划分,使各自资质的施工企业均能立足于市场稳妥发展,才能保证整个市场的健康运行。

### 3. 简化非法转包与违法分包的认定程序

非法转包与违法分包的认定因存在众多因素而变得较为专业且复杂。这对司法监管机关的监督工作带来一定难度,也给部分施工企业留有较大操作空间。简化认定的程度可以有效地遏制部分施工企业的侥幸心理。目前我国部分省

①“招标人应当按照招标项目所需的基本条件设置投标人资质条件和项目经理资格要求。因工程技术难度大或涉及公共安全、公共利益等情况,招标人需提高一个资质等级标准的,应报行业主管部门备案,招标人需提高两个资质等级标准的,应经行业主管部门审核后,报监察部门同意。”

②“招标人不得对投标人或其拟派技术人员提出与招标项目要求不符的资质条件。若确需提高资质等级要求的,应报有关行政主管部门批准,但最多只能提高一个资质等级。”

表1 2010年某省重大工程施工招标结果统计

编号	中标价范围 (万元)	标段数		中标额(万元)	
		绝对值(个)	相对值(%)	绝对值(万元)	相对值(%)
A1	1 000 以下	242	33.99	110 153	2.34
A2	1 000~3 000	157	22.05	294 146	6.25
A3	3 000~5 000	62	8.71	249 167	5.29
A4	5 000~8 000	77	10.81	489 893	10.41
A5	8 000~1 000	29	4.07	258 785	5.50
A6	10 000 以上	145	20.37	3 304 240	70.21
合计	712	100	4 706 384	100	

份已出台较有实效的措施,值得借鉴。如《鄂州市防治串通投标行为若干规定》第十六条:“严禁转包、挂靠和违法分包。除法律、法规规定的情形外,有下列情形之一的,应视为转包、挂靠或违法分包行为:①使用个人或其他企业资金交纳工程履约保证金的;②在分包和劳务合同外,另行签订其他承包合同或者企业与个人签订承包合同的;③除管理费外,企业将大部分工程款转给个人或者其他企业的;④工程施工现场项目管理班子成员、机械设备配置与中标合同不一致或者未按中标合同和工程实际进展情况到位的”。当然,简化认定的程序,不意味着盲目和随意的认定,更需要对事实和证据的充分把握,在法律规定的前提下,去繁从简,去伪存真,对非法转包、违法分包与合法分包行为进行辨析<sup>[5]</sup>。

## 五、结 语

非法转包、违法分包的现象频发不应将过错全部归结与建筑施工企业,应当着眼于整个建筑施工市场及建筑施工企业资质监管制度,任何社会个体的过错一定有其内在的、深远的社会环境,简单的归责于企业,严苛的责罚企业只会引发市场疲软,不利于整个建筑施工市场的运行。因此,治理非法转包、违法分包问题不仅需要建立我国建筑市场的诚信体系,也需要完善的法制体系为其保驾护航,与此同时,更需要健全施工企业资质管理制度,即不但要将建筑施工市场这块蛋糕做大,也需要将这块蛋糕分好,确保不同资质层级的施工企业能够有所收益有所作为。

## 参 考 文 献

- [1]王将军. 对治理工程转包、挂靠与违法分包问题的思考[J]. 工程建设与设计, 2011(6):132-134.
- [2]袁国正. 工程建设分包转包问题的法律分析[J]. 中国石化, 2008(8):40-42.
- [3]朱树英. 建设工程法律实务[M]. 北京:法律出版社, 2001:67-70.
- [4]韩世远. 合同法总论[M]. 北京:法律出版社, 2008:221-225.
- [5](德)魏德士. 法理学[M]. 北京:法律出版社, 2005:128-130.