



工程质量整治辅导用书

工程质量 百年大计

住建部“重拳”治理工程质量 严厉打击建筑施工转包违法分包等行为

建筑工程施工转包违法分包等 违法行为认定查处管理办法 (试行)

适用指南

主 编 / 朱树英 副主编 / 曹 珊

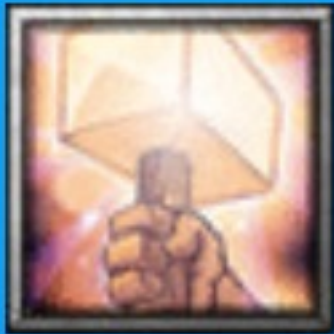
住建部高度重视 起草专家精确解读
条文释义 案例分析 法规汇集



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



住建部将从2014年9月开始，在全国开展为期两年的工程质量治理行动，严厉打击转包、挂靠、违法发包、违法分包4种行为。

主要抓六件事：1. 全面落实五方主体项目负责人质量终身责任；2. 严厉打击建筑施工转包违法分包行为；3. 健全工程质量监督和监理机制；4. 大力推动建筑产业现代化；5. 加快建筑市场诚信体系建设；6. 切实提高从业人员素质。

——住建部部长 陈政高

凡发生工程质量事故或重大质量问题，不管责任人是否离开原单位，是否已经退休，都要依法追究其质量责任。治理行动不仅要全面落实项目负责人质量终身责任，还将严厉打击建筑施工转包违法分包行为。

——住建部副部长 王宁

这是我国首次明确建筑工程领域质量问题的具体责任人，以及相关责任如何追责。以往我们在质量监管上也是终身追责，但主要是问责企业，现在则是把责任落实到人，监管力度更大，而且更具操作性。

——住建部建筑市场监管司司长 吴慧娟



上架建议 建筑法





工程质量整治辅导用书

工程质量 百年大计

住建部“重拳”治理工程质量 严厉打击建筑施工转包违法分包等行为

建筑工程施工转包违法分包等 违法行为认定查处管理办法 (试行)

适用指南

主 编 / 朱树英 副主编 / 曹 珊



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理
办法(试行)适用指南 / 朱树英主编. —北京:法律出版社,
2014.9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6924 - 1

I. ①建… II. ①朱… III. ①建筑法—法律解释—中
国 IV. ①D922.297.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第220412号

建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定
查处管理办法(试行)适用指南

朱树英 主编

责任编辑 刘秀丽

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 21.75 字数 365千

版本 2014年10月第1版

印次 2014年10月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6924 - 1

定价:59.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑说明

2014年8月4日,住房城乡建设部印发了关于《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》(以下简称办法)的通知,该办法将于2014年10月1日起正式生效。至此,建筑市场常见多发的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为有了全国性的统一认定和查处标准,结束了多年来政出多门、同案不同判的混乱局面,为整治、规范建筑市场,加强行政管理,发挥整治违法行为的最后一道司法屏障起到重要作用。为了方便各建设单位、施工总承包单位、专业分包单位、劳务分包单位、政府主管部门及有关社会人员等正确理解办法,有效遏制违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为,上海市建纬律师事务所经住建部建筑市场监管司授权编写了《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)适用指南》。

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)适用指南》依据现行国家法律、行政法规、司法解释、部门规章、规范性文件以及司法实践等,逐条对认定查处办法的主旨、含义进行了详细的解释和分析,并列明实践中应注意的问题,以便能够帮助大家对办法得到更好的理解与适用。

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)适用指南》的共分为七部分,内容涵盖本办法的出台背景、理解与适用,典型案例汇总及其法律分析,相关法律、法规、规章、地方性法规以及司法解释等。其中“理解与适用”部分又包括“条文主旨”、“条文解析”、“理解适用”、“实践中应注意的问题”等板块。“条文主旨”主要是基于办法的编制背景,明确了条文针对的问题以及条文的价值;“条文解析”是对条文的本身语句的解释说明;“理解适用”是对条文的全面阐述,包括对专业术语、认定标准、查处标准等的

深入解释,便于各责任主体正确理解条文;“实践中应注意的问题”则针对工程实践中的常见问题,结合条款,就各责任主体应注意的事项进行了说明,以便于各责任主体查询和准确理解本办法。

2014年9月4日,根据国务院批示精神,住建部召开“全国工程质量治理两年行动电视电话会议”,传达、学习国务院领导同志关于抓好工程质量工作的重要批示,部署开展工程质量治理两年行动方案。这次大规模的建筑工程质量治理方案把惩治“建筑工程施工转包违法分包等违法行为”作为重点工作来抓,为了密切配合住建部于2014年9月开始实施的“工程质量治理两年行动方案”,我们还将住建部发布的有关工程质量治理的相关文件附上,便于大家工作中遵照执行和对照适用。

总之,本书不仅是一部全面解读和指导适用《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》的实务用书,也可以作为我国工程质量整治的辅导用书。

因时间和水平有限,不免有疏漏之处,如果在阅读和使用中发现任何问题,敬请与我们联系。

联系方式为:LM@jianwei.com

上海市建纬律师事务所编写组

整治转包等违法行为 是确保工程质量的根本和源头

(代序)

2014年9月4日,根据国务院批示精神,国家住房和城乡建设部(以下简称住建部)召开“全国工程质量治理两年行动电视电话会议”,传达、学习国务院领导同志关于抓好工程质量工作的重要批示,部署开展工程质量治理两年行动。会议颁布《工程质量治理两年行动方案》、《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》、《建筑施工项目经理质量安全责任十项规定(试行)》、《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》,同时发布《关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见》、《关于对2013年以来房屋市政工程质量及转包违法行为典型案例查处情况的通报》。据此,我国建设领域和建筑市场正式进入新中国成立以来整治力度最大的全国工程质量治理两年行动。

住建部2013年7月1日施行的《2013版建设工程施工合同(示范文本)》协议书第7条“承诺”第2款要求“承包人承诺按照法律规定及合同约定组织完成工程施工,确保工程质量和安全,不进行转包及违法分包,并在缺陷责任期及保修期内承担相应的工程维修责任”。转包及违法分包工程是造成工程质量安全事故的根本原因,不进行转包及违法分包才是确保工程质量安全的前提。因此,住建部在召开《全国工程质量治理两年行动电视电话会议》时,同时推出《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》是抓住了根本和源头。

1998年3月1日施行的《建筑法》对违法发包、转包、违法分包、出借资质证书等违法行为做出原则规定之后,我国相关的《合同法》、《招标投标法》以及国务院颁布的《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律、法规都对上述四类违法行为做出相关规定,都是法律明确禁止的违法行为。但在市场操作中,这些法律明文禁止的行为却长期存在,屡禁不止,并引发一系列的重大安全质量事故,给人民生命和财产造成重大的损失,违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为已成为建设领域管理混乱和重大工程安全质量事故的“万恶之源”。形成这种局面的根本原因在于,现行的法律、法规和最高人民法院司法解释的相关规定对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为虽有规定但不明确、不具体,如立法规定对转包有定义但没有表现形式,对违法分包有表现形式却没有定义;相关规定过于原则,缺乏操作性,尤其是对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的表现形式和构成要件并无明确规定,对违法行为没有统一的认定标准。由此造成的法律问题是:尽管建筑市场操作中的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为越演越烈,因此引发的重大安全质量事故连续不断,但在行政处罚和司法实践中,有关部门对违法行为的认定、查处却面临有法难依、违法难究的执法困惑,进而造成我国建设领域对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的执法不严或难以执法的尴尬局面。由于各地主管部门和地方高院出台的相关规定政出多门,互不一致,造成在各地办案遇到执法不统一,同案不同判的尴尬和困惑。

2014年年初,我们在住建部官方网站看到建筑市场监管司工作重点中有一项是整治工程转包。主管部门要切实解决这个疑难复杂的法律问题,我们专业律师理应并且能够发挥积极作用。为此,我主动向建筑市场监管司领导提出申请:我们愿意配合主管部门为解决这个法律问题多做工作,计划成立专题课题组,课题组计划完成《关于建筑工程施工转包、违法分包等违法行为及其认定、查处的调研报告》和《关于建筑工程施工转包违法分包等违法行为典型案例的调研分析报告》,并起草《建筑工程施工转包、违法分包等违法行为认定查处办法(建议稿)》。我们的意见与主管部门不谋而合,成立课题组的

想法和计划获得建筑市场监管司领导的高度首肯,课题列入建筑市场监管司的年度课题研究计划。于是,我们首先接受建筑市场司的委托,2014年4月9日由上海市建纬律师事务所组建了由我担任组长,具有高级工程师、一级建造师和造价工程师资格的副主任曹珊担任副组长的《转包违法分包等违法行为界定标准研究》课题组,建纬总所成立了有关文件的起草工作小组,我们一批资深的熟悉建设工程的合伙人和专业律师及专业律师助理参与起草工作。为提高课题研究的效率和进度,我自己先起草了共34条的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处办法》讨论稿,起草工作小组于6月底完成《关于建筑工程施工转包、违法分包等违法行为及其认定、查处的调研报告》和《关于建筑工程施工转包违法分包等违法行为典型案例的调研分析报告》两个研究报告。

我同时作为中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会(以下简称全国律协建房委)主任,我的重要责任是研究相关法律问题,带领建设工程和房地产领域的专业律师为当事人包括政府部门提供切实有效的法律服务。我国律师尤其是专业律师大量接触并办理着建设工程法律业务,建设领域存在着违法发包、转包、违法分包、挂靠即出借、借用资质的违法行为,这些违法行为呈现越演越烈之势,并不断引发重大安全质量事故,而且是造成拖欠工程款并引发拖欠民工工资,乃至领导干部腐败等一系列问题的万恶之源。对此,广大专业律师都有深刻了解并且有协助政府解决老大难问题的积极性。为动员更多的专业律师参与,保证课题研究工作的质量,经建筑市场监管司的认可,我在全国律协建房委又专门组建了《建筑工程施工转包、违法分包等违法行为认定查处办法》审查研讨课题组,由我担任组长,秘书长曹珊委员和长期从事建设工程专业服务的浙江绍兴市律师协会会长李旺荣委员担任副组长,共有北京、上海、绍兴、宁波、深圳、长沙等地共16名各地的专业律师委员参加。审查研讨课题组对我们完成的初稿进行深入的研究讨论,提出许多修改意见。

上述《建筑工程施工转包、违法分包等违法行为认定查处办法(讨论稿)》经修改讨论后呈报建筑市场监管司。建筑市场监管司先后组织各地建设主管部门的处级负责人和中央大型施工企业进行多次讨论、修改,形成共18条的

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(征求意见稿)》, 本办法对建筑工程的违法发包、转包、违法分包和挂靠(即出借、借用资质)及其31种具体表现情形作出认定、查处的标准和管理要求。建筑市场监管司将“办法征求意见稿”在2014年6月19日下发各地建设主管部门和相关行业协会征求意见,各地建设主管部门和行业协会按要求在2014年7月5日提交了共计185条的修改意见。全国律协建房委的审查研讨课题组于2014年7月11日又在绍兴召开课题组会议,对各地提出的修改意见逐条进行讨论论证,提出是否采纳的意见和理由,并将讨论意见报送建筑市场监管司领导。全国律协建房委审查研讨课题组为《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法》的正式出台作出了专业律师的重要贡献。

从2014年10月1日起将要实施对建筑市场违法发包、转包、违法分包挂靠等违法行为的专项治理活动,涉及面非常广,情况也非常复杂。凡有违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的有关建设单位和施工单位,都会面临各地建设主管部门按统一标准的认定和查处,都会面临相关各方的法律责任的追究并产生一系列复杂的专业法律问题。同时,展开查处工作的政府建设主管部门也会遇到如何理解执行认定查处工作新的管理要求。为此,编写出版该本《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)适用指南》就很有必要。我们建纬律师再接再厉,在办法正式施行前一鼓作气又完成了本书的写作。时间仓促,不当之处,敬请各界同仁批评指正。

朱树英

2014年9月8日于中秋节家中

目 录

第一部分	住房和城乡建设部关于印发《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》的通知·····	(1)
第二部分	出台背景·····	(7)
第三部分	理解与适用·····	(11)
第四部分	典型案例评析·····	(98)
一、	关于建筑工程转包、违法分包及挂靠等违法行为典型案例的调研报告·····	(98)
二、	典型案例评析·····	(140)
(一)	民事典型案例评析·····	(140)
(二)	行政处罚典型案例评析·····	(171)
第五部分	我国有关建筑工程施工转包、违法分包等违法行为的具体规定和指导意见·····	(215)
一、	法律、法规对违法发包、转包、违法分包和借用资质的相关规定·····	(215)
二、	各地的地方性法规、规章及规范性文件对违法发包、转包、违法分包和借用资质的相关规定·····	(222)
三、	各地高级人民法院对违法发包、转包、违法分包和借用资质的	

相关指导意见	(272)
第六部分 住建部整治工程质量的方案和相关文件	(291)
一、住房城乡建设部关于印发《工程质量治理两年行动方案》的通知	(291)
二、住房城乡建设部关于印发《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》的通知	(296)
三、住房城乡建设部关于印发《建筑施工项目经理质量安全责任十项规定(试行)》的通知	(301)
第七部分 课题组调研报告	(308)
一、课题组关于转包、违法分包等违法行为的专项调研分析及起草认定查处办法的情况报告	(308)
二、建筑工程施工违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为认定及查处情况的调研报告	(310)
后记	(336)

第一部分 住房城乡建设部关于印发 《建筑工程施工转包违法分包等 违法行为认定查处管理办法 (试行)》的通知

(建市[2014]118号)

各省、自治区住房城乡建设厅,直辖市建委,新疆生产建设兵团建设局:

为了规范建筑工程施工承发包活动,保证工程质量和施工安全,有效遏制违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为,维护建筑市场秩序和建设工程主要参与方的合法权益,我部制定了《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》,现印发给你们,请遵照执行。在执行过程中遇到的问题,请及时报我部。

中华人民共和国住房和城乡建设部

2014年8月4日

建筑工程施工转包违法分包等 违法行为认定查处管理办法(试行)

第一条 为了规范建筑工程施工承发包活动,保证工程质量和施工安全,有效遏制违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为,维护建筑市场秩序和建设工程主要参与方的合法权益,根据《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》以及《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律法规,结合建筑活动实践,制定本办法。

第二条 本办法所称建筑工程,是指房屋建筑和市政基础设施工程。

第三条 住房城乡建设部负责统一监督管理全国建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处工作。

县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门负责本行政区域内建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处工作。

第四条 本办法所称违法发包,是指建设单位将工程发包给不具有相应资质条件的单位或个人,或者肢解发包等违反法律法规规定的行为。

第五条 存在下列情形之一的,属于违法发包:

(一)建设单位将工程发包给个人的;

(二)建设单位将工程发包给不具有相应资质或安全生产许可的施工单位的;

(三)未履行法定发包程序,包括应当依法进行招标未招标,应当申请直接发包未申请或申请未核准的;

(四)建设单位设置不合理的招投标条件,限制、排斥潜在投标人或者投标人的;

(五)建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的;

(六)建设单位将施工合同范围内的单位工程或分部分项工程又另行发包的;

(七)建设单位违反施工合同约定,通过各种形式要求承包单位选择其指定分包单位的;

(八)法律法规规定的其他违法发包行为。

第六条 本办法所称转包,是指施工单位承包工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。

第七条 存在下列情形之一的,属于转包:

(一)施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的;

(二)施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解以后,以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的;

(三)施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员,不履行管理义务,未对该工程的施工活动进行组织管理的;

(四)施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务,只向实际施工单

位收取费用,主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的;

(五)劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程,劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的;

(六)施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义,直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的;

(七)法律法规规定的其他转包行为。

第八条 本办法所称违法分包,是指施工单位承包工程后违反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定,把单位工程或部分分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。

第九条 存在下列情形之一的,属于违法分包:

(一)施工单位将工程分包给个人的;

(二)施工单位将工程分包给不具备相应资质或安全生产许可的单位的;

(三)施工合同中沒有约定,又未经建设单位认可,施工单位将其承包的部分工程交由其他单位施工的;

(四)施工总承包单位将房屋建筑工程的主体结构的施工分包给其他单位的,钢结构工程除外;

(五)专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的;

(六)劳务分包单位将其承包的劳务再分包的;

(七)劳务分包单位除计取劳务作业费用外,还计取主要建筑材料款、周转材料款和大中型施工机械设备费用的;

(八)法律法规规定的其他违法分包行为。

第十条 本办法所称挂靠,是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义,承揽工程的行为。

前款所称承揽工程,包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

第十一条 存在下列情形之一的,属于挂靠:

(一)没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的;

(二)有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的,包括资质等级低的借用资质等级高的,资质等级高的借用资质等级低的,相同资质等级相互借用的;

(三)专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的,

但建设单位依约作为发包单位的除外;

(四)劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的;

(五)施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同,或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的;

(六)实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系,或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致,又不能进行合理解释并提供材料证明的;

(七)合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备,由其他单位或个人采购、租赁,或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明,又不能进行合理解释并提供材料证明的;

(八)法律法规规定的其他挂靠行为。

第十二条 建设单位及监理单位发现施工单位有转包、违法分包及挂靠等违法行为的,应及时向工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门报告。

施工总承包单位或专业承包单位发现分包单位有违法分包及挂靠等违法行为,应及时向建设单位和工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门报告;发现建设单位有违法发包行为的,应及时向工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门报告。

其他单位和个人发现违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的,均可向工程所在地的县级以上人民政府住房城乡建设主管部门进行举报并提供相关证据或线索。

接到举报的住房城乡建设主管部门应当依法受理、调查、认定和处理,除无法告知举报人的情况外,应当及时将查处结果告知举报人。

第十三条 县级以上人民政府住房城乡建设主管部门要加大执法力度,对在实施建筑市场和施工现场监督管理等工作中发现的违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为,应当依法进行调查,按照本办法进行认定,并依法予以行政处罚。

(一)对建设单位将工程发包给不具有相应资质等级的施工单位的,依据《建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第五十四条规定,责令其改正,处以50万元以上100万元以下罚款。对建设单位将建设工程肢解发包

的,依据《建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第五十五条规定,责令其改正,处工程合同价款0.5%以上1%以下的罚款;对全部或者部分使用国有资金的项目,并可以暂停项目执行或者暂停资金拨付。

(二)对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位,依据《建筑法》第六十七条和《建设工程质量管理条例》第六十二条规定,责令其改正,没收违法所得,并处工程合同价款0.5%以上1%以下的罚款;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。

(三)对认定有挂靠行为的施工单位或个人,依据《建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第六十条规定,对超越本单位资质等级承揽工程的施工单位,责令停止违法行为,并处工程合同价款2%以上4%以下的罚款;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;有违法所得的,予以没收。对未取得资质证书承揽工程的单位和个人,予以取缔,并处工程合同价款2%以上4%以下的罚款;有违法所得的,予以没收。对其他借用资质承揽工程的施工单位,按照超越本单位资质等级承揽工程予以处罚。

(四)对认定有转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位,依据《建筑法》第六十六条和《建设工程质量管理条例》第六十一条规定,责令改正,没收违法所得,并处工程合同价款2%以上4%以下的罚款;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。

(五)对建设单位、施工单位给予单位罚款处罚的,依据《建设工程质量管理条例》第七十三条规定,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5%以上10%以下的罚款。

(六)对注册执业人员未执行法律法规的,依据《建设工程安全生产管理条例》第五十八条规定,责令其停止执业3个月以上1年以下;情节严重的,吊销执业资格证书,5年内不予注册;造成重大安全事故的,终身不予注册;构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。对注册执业人员违反法律法规规定,因过错造成质量事故的,依据《建设工程质量管理条例》第七十二条规定,责令停止执业1年;造成重大质量事故的,吊销执业资格证书,5年内不予注册;情节特别恶劣的,终身不予注册。

第十四条 县级以上人民政府住房城乡建设主管部门对有违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的单位和个人,除应按照本办法第十三条规定予以相应行政处罚外,还可以采取以下行政管理措施:

(一)建设单位违法发包,拒不整改或者整改仍达不到要求的,致使施工

合同无效的,不予办理质量监督、施工许可等手续。对全部或部分使用国有资金的项目,同时将建设单位违法发包的行为告知其上级主管部门及纪检监察部门,并建议对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予相应的行政处分。

(二)对认定有转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程等违法行为的施工单位,可依法限制其在3个月内不得参加违法行为发生地的招标投标活动、承揽新的工程项目,并对其企业资质是否满足资质标准条件进行核查,对达不到资质标准要求的限期整改,整改仍达不到要求的,资质审批机关撤回其资质证书。

对2年内发生2次转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位,责令其停业整顿6个月以上,停业整顿期间,不得承揽新的工程项目。

对2年内发生3次以上转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位,资质审批机关降低其资质等级。

(三)注册执业人员未执行法律法规,在认定有转包行为的项目中担任施工单位项目负责人的,吊销其执业资格证书,5年内不予注册,且不得再担任施工单位项目负责人。

对认定有挂靠行为的个人,不得再担任该项目施工单位项目负责人;有执业资格证书的吊销其执业资格证书,5年内不予执业资格注册;造成重大质量安全事故的,吊销其执业资格证书,终身不予注册。

第十五条 县级以上人民政府住房城乡建设主管部门应将查处的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为和处罚结果记入单位或个人信用档案,同时向社会公示,并逐级上报至住房城乡建设部,在全国建筑市场监管与诚信信息发布平台公示。

第十六条 建筑工程以外的其他专业工程参照本办法执行。省级人民政府住房城乡建设主管部门可结合本地实际,依据本办法制定相应实施细则。

第十七条 本办法由住房城乡建设部负责解释。

第十八条 本办法自2014年10月1日起施行。住房城乡建设部之前发布的有关规定与本办法的规定不一致的,以本办法为准。

第二部分 出台背景

工程质量和安全一直是我国政府关注的重点,但是现实中建筑施工安全事故以及工程质量问题频出,很多的工程质量问题和施工安全事故都与违法分包、转包、借用资质等违法行为有关,但是由于现有法律法规对此规定不太明确和具体,致使国家在惩处这些违法行为时,全国各地的执法和惩处标准与力度也不统一,为此住建部决定制定一部全国统一的认定和查出建筑工程施工转包违法分包等违法行为的标准。今年年初,住建部就开始了标准的制定工作,经过专家精心的研究和严密的论证,在听取各方意见的基础上,《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》应运而生,并于2014年10月1日起施行。

该办法的出台为认定和查出违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为提供了统一标准和规范,对整肃建筑市场和提高建筑质量与安全都有很重大的指导作用和深远的意义。

下面就对本办法出台的背景和意义做简要的概述:

(一)我国法律对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为虽有规定但不明确、不具体,相关规定过于原则,缺乏操作性;对上述违法行为的表现形式和构成要件并无明确规定,对违法行为没有统一的认定标准。

我国法律对建筑业从业实行根本性的资质许可制度,围绕资质授予和等级许可制度及其相应的管理,我国法律法规先后颁布施行的《建筑法》、《合同法》、《招标投标法》等法律和《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》、《安全生产许可证条例》等法规,从不同的角度对违法发包、转包、违法分包、挂靠即借用或出借资质等作出相关规定。基本齐全的法律法规已形成相对完整的法律体系,但由于相关规定不明确、不具体,法条内容过于原则,缺乏操作性;对上述违法行为的表现形式和构成要件并无明确规定,对违法行为也没有统一的认定标准,因此,该等相关法律规定对于整治、遏制上述违法行为的收效并不明显。不争的基本事实是,相关法

律法规规定并没有减少或取消,而违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为和相关案件却有增无减,并已逐渐形成司空见惯、法不责众的严重局面;更严重的是,实施上述违法行为的承发包双方往往互相默许,互相配合,不发生纠纷案件或安全质量事故难以发现或难以查处。因此,违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的顽症难治和法律规定不起作用的市场怪象,亟待我国出台一部全国统一的关于违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的认定和查处办法。

(二)各地出台的地方性法规、规章及规范性文件对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的认定和处罚标准不统一、互相矛盾,形成政出多门的局面,造成地方主管部门难以执法的困惑。

由于国家法律法规的相关规定不能适应规范市场、认定查处违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的需要,各地建设主管部门从本地实际情况出发,陆续制定出台了一系列有关认定查处这些违法行为的地方规定;据不完全统计,针对建设单位的违法发包,从1994年8月4日至2013年9月27日,共有15个地方性法规对违法发包作出共16条规定;1999年1月27日至2014年1月9日,有17个地方政府规章对违法发包作出共21条规定;1995年4月11日至2013年8月26日,至少有40部规范性文件对违法发包作出规定。针对施工单位的转包、违法分包,从1994年10月29日至2013年9月27日,共有9部地方性法规作出共11条规定;1998年2月18日至2012年8月1日,共17部地方政府规章作出共24条规定;1992年4月3日至2013年3月15日,至少有10部规范性文件对转包、违法分包作出规定。针对挂靠,1993年11月10日至2013年9月27日,共9部地方性法规对挂靠作出共20条规定;1996年4月25日至2009年8月1日,共11部地方政府规章对挂靠作出共18条规定;1999年11月22日至2012年11月30日,至少18部规范性文件对挂靠作出规定。各地出台的这些纷繁的规定对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的认定和处罚标准不统一,有的还互相矛盾,且因各规定法律地位不同、指定部门不同形成政出多门的局面,造成地方主管部门难以执法的困惑。

(三)各地高级人民法院出台的相关指导意见互有矛盾,对相关问题的裁处没有统一标准,造成同案不同判的现象。

由于我国《建筑法》、《合同法》及《建设工程质量管理条例》等法律、法规对建设工程合同纠纷以及对违法发包、转包、违法分包、挂靠等行为的效力及处理过于原则,各地各级人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时,对这

些法律问题在具体法律适用上认识不统一,出现在施工合同无效的情形、无效合同处理等法律适用上的同案不同判的现象。对此,最高人民法院于2005年1月1日施行了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号,以下简称司法解释),司法解释尽管明确了建设工程施工合同无效的情形及其价款处理,对转包、违法分包、借用资质确定为无效行为,但该规定作为司法审判的指导意见,还远不能解决市场操作中形形色色的违法发包、转包、违法分包、借用资质等实际问题。同时,司法解释第4条虽然规定:“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定,收缴当事人已经取得的非法所得”。但由于司法解释未对转包、违法分包、挂靠等违法行为的认定标准做出规定,也没有对什么是“非法所得”、怎么“收缴”有明确规定,故该司法解释的规定在司法实践中基本上未得到有效执行。也正是由于最高人民法院的司法解释不能解决司法实践中的具体问题,在司法解释出台前后,至2012年8月,北京市、江苏省、浙江省、广东省、重庆市、山东省、福建省、安徽省8个高级人民法院为此制定过14个司法文件,涉及对建设工程中违法发包、转包、违法分包和挂靠4类违法行为的相关指导意见共计46条。经过整理、归纳、总结,各地高级人民法院出台的相关指导意见存在互相矛盾、对有关违法行为的定义不明确、相关问题的裁处没有统一标准等问题,从而造成相同案件在各地法院有不同处理结果的现象。

(四)重大责任事故频发、影响恶劣,究其原因无外乎违法发包、转包、违法分包、挂靠现象猖獗。

在我国,违法发包、转包、违法分包和挂靠即借用资质都是法律明确禁止的违法行为,但在市场操作中,这些法律明文禁止的行为却长期存在,屡禁不止。在利益的驱动之下,一些建设工程经过违法发包、转包及违法分包后往往落入不具备相应资质条件和相应施工技术和管理能力的“公开”包工队之手,由于缺乏相应的施工技术和管理组织,难以保证工程施工质量并引发一系列的重大安全质量事故,如上海闵行莲花河畔景苑的“楼脆脆”倒楼事故,“11·15上海静安区高层住宅大火”事故,这些给人民生命和财产造成重大的损失,产生了恶劣的社会影响。违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为已成为建设领域管理混乱和重大工程安全质量事故的“万恶之源”。

工程质量代表了一个国家的形象,反映了一个民族的素质。百年大计,质量第一。因此,国家对工程质量的优劣高度重视,住建部于2014年8月25日

颁布并实施了《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》,2014年9月1日制定并施行《工程质量治理两年行动方案》,以“规范建筑市场秩序,落实工程建设五方主体项目负责人质量终身责任,遏制建筑施工违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为多发势头,进一步发挥工程监理作用,促进建筑产业现代化快速发展,提高建筑从业人员素质,建立健全建筑市场诚信体系,使全国工程质量总体水平得到明显提升”为工作目标;住房城乡建设部党组书记并部长陈政高、副部长王宁在出席住建部召开的全国工程质量治理两年行动电视电话会议上明确强调将“全面落实五方主体项目负责人质量终身责任、严厉打击建筑施工转包违法分包行为、健全工程质量监督和监理机制、大力推动建筑产业现代化、加快建筑市场诚信体系建设和切实提高从业人员素质”作为重点工作任务。其中,提到要“严厉打击建筑施工转包违法分包行为”。因转包挂靠等违法行为形式多样、手段隐蔽,认定较难,故明确界定转包、挂靠、违法发包、违法分包4种行为的认定标准也是落实工程质量治理行动方案的必由之路。

综上所述,出台一部统一且行之有效的认定及查处办法刻不容缓。《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》的出台对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的定义、表现形式和构成要件做出了明确规定,形成了统一的认定标准,整治了的地方性法规、规章及规范性文件对于这些违法行为惩处办法不一、前后矛盾的乱象,提高了地方主管部门执法的效率,避免今后再出现各地高院因出台的指导意见不一致而导致的同案不同判现象。最重要的是,一部统一且行之有效的认定及查处办法是打击违法分包、转包、违法发包、挂靠等问题的一把利剑,只有杜绝了这些违法行为,才能保障好工程的质量,使人民的生命和财产不受侵害。

第三部分 理解与适用

第一条 为了规范建筑工程施工承发包活动,保证工程质量和施工安全,有效遏制违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为,维护建筑市场秩序和建设工程主要参与方的合法权益,根据《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》以及《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律法规,结合建筑活动实践,制定本办法。

【条文主旨】

本条是对《办法》的制定目的及其制定所依据的法律法规和规章等,结合现实建筑工程领域大量存在的违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的情况而做出具体规定的条文。

近些年来,我国建筑工程市场的发展非常之快,呈现出一派欣欣向荣的景象,建筑业已成为我国经济发展不可或缺的一部分。但不可避免的是,随之出现的建设工程违法发包、转包、违法分包等问题十分突出,存在该等违法情况的工程的数量和涉及的价款都非常之大,并且已呈现出一种向境外承接工程蔓延的趋势,如此一来,很有可能将会对我国在国际建设工程领域中的发展产生不良的影响。工程质量代表了一个国家的形象,反映了一个民族的素质。百年大计,质量第一。非法转包、违法分包是豆腐渣工程屡屡发生,重大工程事故隐患频频发生的主要原因,不仅构成对我国人民生命财产安全的损害,而且也是造成对农民工工资的大面积拖欠的原因之一,它们严重冲击着我国正常的社会经济秩序。住房城乡建设部党组书记、部长陈政高与副部长王宁在出席住建部召开的全国工程质量治理两年行动电视电话会议上均将“全面落实五方主体项目负责人质量终身责任、严厉打击建筑施工转包违法分包行为等”作为工程质量治理行动中的主要任务。然而,对于违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法情况,我国虽在《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》、《建设工程质量管理条例》等法律法规及规章中予以了规定,但对于相关行政部

门如何认定、处理该等违法违规行却并未有系统性的规范性文件,相关行政部门在认定、处理时采用的方式及把握的尺度等往往并不一致,本《办法》制定的目的即是为解决该等问题。

【条文解析】

首先,规范建筑工程施工承发包活动,保证工程质量和施工安全,有效遏制违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为,维护建筑市场秩序和建设工程专业主要参与方的合法权益,是制定本《办法》的宗旨所在。

其次,制定本《办法》的依据为《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》以及《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律法规及建筑活动实践。

【理解适用】

一、制定本《办法》的目的

如前文所述,违法发包、转包、违法分包和挂靠都是我国法律所明确规定的禁止性行为,尽管我国现有规定,如《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》以及《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律、法规对于工程转包等违法行为的效力及处理原则作了相应规定,但该等法律、法规的规定不够明确具体,缺乏操作性,也不能适应市场的变化。

如现实工程中非常普遍存在的“挂靠”现象,《建筑法》第66条规定:“建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的,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。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失,建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第4条所列“借用资质”的立法依据应出自此规定。以该规定的两种情形中所涉“出借资质证书”为例,法条中对哪些行为属于借用资质的规定并不明确;法条所涉“以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的”是指什么方式规定亦不明确;这是否就是“挂靠”规定不明确;借用资质和挂靠以及内部承包的概念区分不明确;对借用资质和“以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的”处罚是否等同处理,法律规定亦不明确。正是由于法律和司法解释都没有明文规定“挂靠”及其定义,也没有明确其范围和具体行为标

准,各地的司法实践又必须要面对具体的实际问题,于是各地的建设行政主管部门和各地法院都根据本地的实际情况和司法实践出台相应的规定,例如山东省青岛市从2013年1月1日施行共13条规定的《青岛市城乡建设委员会建设工违法发包违法分包转包挂靠行为认定办法》。地方主管部门和司法机关频频出台此类规定,正是出于建筑市场有关工程分包的操作情况复杂,出现了建设单位的违法分包、肢解分包,直接指定施工单位的分包,通过内部承包、劳务分包、联营为名的转包、违法分包,以及挂靠和形形色色的借用资质等行为,而相关法律法规不能解决具体的法律问题的原因。如前所述,借用资质与挂靠是否相同并不明确,且建筑行业全行业改革过程中出现的内部承包即项目经理负责制是合法的,也是政府所鼓励的,内部承包的项目经理负责制在形式上也很容易与挂靠相混淆。

以上仅仅是关于“挂靠”的问题,对于违法分包、转包等事宜中所存在的情况更是纷繁复杂,制定统一界定处理标准刻不容缓且十分必要。

工程质量关系人民群众切身利益、国民经济投资效益、建筑业可持续发展。纵观国内几起较为严重的工程质量事故,如2008年杭州地铁地面塌陷事故、2009年上海莲花河畔倒楼事故等,均与工程转包、违法分包、挂靠等违法行为脱不了关系。转包、挂靠等违法行为,严重扰乱了市场秩序,影响行业形象,阻碍行业发展,工程质量无法保障。2014年9月1日,住建部制定并施行《工程质量治理两年行动方案》,以“规范建筑市场秩序,落实工程建设五方主体项目负责人质量终身责任,遏制建筑施工违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为多发势头,进一步发挥工程监理作用,促进建筑产业现代化快速发展,提高建筑从业人员素质,建立健全建筑市场诚信体系,使全国工程质量总体水平得到明显提升”为工作目标;并将“全面落实五方主体项目负责人质量终身责任、严厉打击建筑施工转包违法分包行为、健全工程质量监督和监理机制、大力推动建筑产业现代化、加快建筑市场诚信体系建设和切实提高从业人员素质”作为重点工作任务。其中,“严厉打击建筑施工转包、违法分包等行为”是重中之重。因转包挂靠等违法行为形式多样、手段隐蔽,认定较难,故明确界定转包、挂靠、违法发包、违法分包4种行为的认定标准也是落实工程质量治理两年行动方案的必由之路。

正是出于以上原因,住建部建筑市场监管司对上述问题进行专题研究,在各地已出台相关规定的基础上制定全国统一的界定标准,以期能统一规范市场秩序,确保工程质量,维护社会公共利益和市场主体合法权益,加大惩罚建筑业市场违法违规行为的力度。

二、制定本《办法》的依据

(一)关于非法转包和违法分包的法律、法规规定

- 1.《合同法》第 272 条的规定。
- 2.《建筑法》第 28 条、第 67 条的规定。
- 3.《建设工程质量管理条例》第 18 条、第 25 条、第 62 条、第 78 条的规定。
- 4.《招标投标法》第 48 条的规定。
- 5.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件的司法解释》第 4 条的规定。

(二)关于借用资质的法律、法规规定

- 1.《建筑法》第 26 条、第 66 条的规定。
- 2.《建设工程质量管理条例》第 18 条、第 25 条、第 34 条、第 61 条的规定。
- 3.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件的司法解释》第 1 条、第 4 条的规定。

第二条 本办法所称建筑工程,是指房屋建筑和市政基础设施工程。

【条文主旨】

本条开宗明义地阐明了《办法》适用范围,具体解释了哪些建筑工程发生违法发包、转包、违法分包、挂靠等情况时,适用本《办法》。其限定了本《办法》全篇的适用范围,对全篇产生影响,是后续条文的重要基础。

【条文解析】

由于本《办法》是一规范性文件。规范性文件作为行政机关执行法律、法规、规章,履行行政管理职能的重要方式,既是行政决策的结果,又是行政管理的依据,在政府管理中发挥着不可替代的作用。制定规范性文件是各级政府和部门管理经济、社会事务的重要手段之一,其合法与否、质量高低直接体现行政机关依法行政的能力和水平,关系到依法行政、建设法治政府的目标能否实现,关系到人民群众的切身利益。因此本条开宗明义地阐明了《办法》的适用范围,即房屋建筑和市政基础设施工程。

【理解适用】

一、“建筑工程”的内涵与外延

作为规范性文件的理解释义,首先应当搞清楚的就是“建筑工程”的内涵及外延,清楚理解“建筑工程”概念的重要意义在于可以正确适用相关的法律、法规的规定。通常来说,建筑工程是指通过对各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动所形成的工程实体。其中“房屋建筑”指有顶盖、梁柱、墙壁、基础以及能够形成内部空间,满足人们生产、居住、学习、公共活动等需要,包括厂房、剧院、旅馆、商店、学校、医院和住宅等;其中的“附属设施”指与房屋建筑配套的水塔、自行车棚、水池等。而“线路、管道、设备的安装”指与房屋建筑及其附属设施相配套的电气、给排水、通信、电梯等线路、管道、设备的安装活动。即,建筑工程一般包括三种:第一种,房屋建筑;第二种:房屋建筑的附属设施;第三种:房屋建筑的线路、管道、设备的安装。

二、本条规定的建筑工程的范围

本条中规定了《办法》所称建筑工程,是指房屋建筑和市政基础设施工程,那么其中的房屋建筑是否仅做字面意思理解,只是指房屋建筑,而并不包括与其相关的附属设施及线路、管道、设备的安装呢?结合本《办法》的制定目的,以及根据建设部于2001年6月1日发布的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(建设部令第89号)第2条的规定,房屋建筑工程,是指各类房屋建筑及其附属设施和与其配套的线路、管道、设备安装工程及室内外装修工程,笔者认为,此处的房屋建筑应当以广义的方式来予以理解,此条中的房屋建筑应当包括与其相关联的附属设施及线路、管道、设备的安装工程。

另外需要特别注意的是,如前文所述,建筑工程通常是指通过对各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动所形成的工程实体,其主要针对的是“房屋建筑及其附属设施”,因此桥梁、水利枢纽、铁路、港口工程以及不是与房屋建筑相配套的地下隧道等工程通常不被视为建筑工程的范畴之内,但在本《办法》中,建筑工程并非仅仅限定于房屋建筑工程,条文中第二部分描述建筑工程中还包括了市政基础设施工程,因此对于市政基础设施工程的定义理解亦显得有所必要。根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》(建设部令第89号)第2条的规定:“本办

法所称市政基础设施工程,是指城市道路、公共交通、供水、排水、燃气、热力、园林、环卫、污水处理、垃圾处理、防洪、地下公共设施及附属设施的土建、管道、设备安装工程。”即如条文中所述,本《办法》中的建筑工程包括了房屋建筑和市政基础设施工程两部分,因此在界定、处理市政基础设施工程违法发包、转包、违法分包、挂靠等情况时仍应适用本《办法》。

【实践中应注意的问题】

如《办法》条文所述,其适用范围是“建筑工程”,而非“建设工程”,在适用本《办法》时,应注意“建设工程”及“建筑工程”之间的区别,不能混淆两者之间的概念,任意的、无规则的适用本《办法》。对于“建设工程”及“建筑工程”之间的区别,根据2000年1月30日起实施的《建设工程质量管理条例》(国务院令第279号)第2条第2款规定:“本条例所称建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”我们不难发现,建筑工程是包含于建设工程之内的,与建设工程的范围相比,建筑工程的范围相对更窄,故根据本《办法》之本款条文,我们可以发现《办法》适用于建筑工程,但却并不完全适用于建设工程,两者间无论从规模、性质及类别上,均有所不同。例如有些小型装修工程,根据前述定义,其确实属于建设工程的一种,但却并不属于建筑工程,这种情况下,该等装修工程是无法适用本《办法》的规定,用以界定及处理违法发包、转包、违法分包等情况的。又因为这种装修工程的规模往往较小,可能达不到适用法律、行政法规强制性规范的要求及标准,其法律适用往往难度不大,在适用本法,界定及处理违法发包、转包、违法分包等情况的过程中不能很好地被适配,由此种种,故本《办法》只适用于房屋建筑和市政基础设施工程。

综上,在适用本《办法》时,使用人务必需要注意到,本《办法》仅适用于房屋建筑和市政基础设施工程。

第三条 住房和城乡建设部负责统一监督管理全国建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处工作。

县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门负责本行政区域内建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处工作。

【条文主旨】

本条规定了建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定

查处工作的监督管理主体和实施具体工作的主体。全国建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为认定查处工作的统一监督管理的主体为住房城乡建设部；地方建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为认定查处工作的主体是县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门，并以此保证了《办法》具体实施的效果以及权威性。

【条文解析】

本条直接明确了就建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处的监督管理权由住房城乡建设部及县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门所享有。

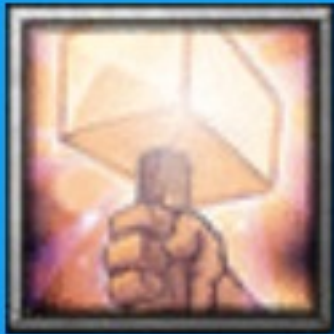
【理解适用】

一、关于住建部及县级以上住房城乡建设主管部门享有监督管理权的依据

根据《建筑法》第6条的规定：“国务院建设行政主管部门对全国的建筑活动实施统一监督管理。”《招标投标法》第7条第2款规定：“对招标投标活动的行政监督及有关部门的具体职权划分，由国务院规定。”《建设工程质量管理条例》第4条规定：“县级以上人民政府建设行政主管部门和其他有关部门应当加强对建设工程质量的监督管理。”以及国务院办公厅于2007年7月10日印发的《住房和城乡建设部主要职责内设机构和人员编制规定的通知》（国办发〔2008〕74号）第2条规定：“（三）承担规范住房和城乡建设管理秩序的责任。起草住房和城乡建设的法律法规草案，制定部门规章。依法组织编制和实施城乡规划，拟订城乡规划的政策和规章制度，会同有关部门组织编制全国城镇体系规划，负责国务院交办的城市总体规划、省域城镇体系规划的审查报批和监督实施，参与土地利用总体规划纲要的审查，拟订住房和城乡建设的科技发展规划和经济政策。”“（六）监督管理建筑市场、规范市场各方主体行为。指导全国建筑活动，组织实施房屋和市政工程项目招标投标活动的监督执法，拟订勘察设计、施工、建设监理的法规和规章并监督和指导实施，拟订工程建设、建筑业、勘察设计的行业发展战略、中长期规划、改革方案、产业政策、规章制度并监督执行，拟订规范建筑市场各方主体行为的规章制度并监督执行，组织协调建筑企业参与国际工程承包、建筑劳务合作。”“（九）承担建筑工程质量安全监管的责任。拟订建筑工程质量、建筑安全生产和竣工验收备案的政策、规章制度并监督执行，组织或参与工程重大质量、安全事故的调查处

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



理,拟订建筑业、工程勘察设计咨询业的技术政策并指导实施。”及第3条第8项就建筑市场监管司之“拟订规范建筑市场各方主体行为、房屋和市政工程项目招标投标、施工许可、建设监理、合同管理、工程风险管理的规章制度并监督执行;拟订工程建设、建筑业、勘察设计的行业发展政策、规章制度并监督执行;拟订建筑施工企业、建筑安装企业、建筑装饰装修企业、建筑制品企业、建设监理单位、勘察设计咨询单位资质标准并监督执行;认定从事各类工程项目招标代理业务的招标代理机构的资格。”

二、住建部及县级以上住房城乡建设主管部门享有监督管理权的范围

住建部享有对全国的建筑活动实施统一监督管理的权利,县级以上人民政府住房城乡建设主管部门享有本行政区域内的监督管理权。那么何为建筑活动?根据《建筑法》第2条之规定,其对“建筑活动”作出了明确的定义:“在中华人民共和国境内从事建筑活动,实施对建筑活动的监督管理,应当遵守本法。本法所称建筑活动,是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”因此本《办法》第2条的适用范围亦符合住建部的管辖权限范围。结合前文,本条对建筑工程违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的认定查处权利的主体进行了明确。

第四条 本办法所称违法发包,是指建设单位将工程发包给不具有相应资质条件的单位或个人,或者肢解发包等违反法律法规规定的行为。

【条文主旨】

我国法律法规目前并没有明确的有关违法发包的概念解释。本条即是从现行法律法规的相关禁止性规定中,以违法发包的两种主要表现形式来对违法发包的基本概念进行界定。

【条文解析】

所谓发包,是指建设工程合同的订立过程中,发包人将建设工程的勘察、设计、施工一并交给一个工程总承包单位完成或者将建设工程勘察、设计、施工的一项或几项交给一个承包单位完成的行为。

根据《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等法律法规,对工程发包方面的禁止性规定,主要表现在:一是禁止将工程发包给无相应资质的承包单位,二是禁止肢解发包。

本条对“违法发包”的定义,主要是根据现行法律法规已有的禁止性规定,采用列举式的方式作出。即:第一种,将工程发包给不具有相应资质条件的单位或个人;第二种,建设单位肢解发包;第三种,其他违反法律法规规定的行为。前两种是对现行已有规定的总结,最后一种则是基于立法周延的角度出发作出的兜底式规定。

【理解适用】

一、关于对承包人资质的要求

1. 为确保施工项目的工程质量,维护人民群众的生命健康与财产安全,我国对建筑施工企业实行严格的施工资质强制管理制度,对建筑施工企业的从业资格与范围作出了严格的限制与等级评定标准。《建筑法》第13条规定,从事建筑活动的建筑施工企业,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。第26条规定,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。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。与之相对应的,《建筑法》第22条直接对发包单位进行工程发包提出要求,要求其应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。《建设工程质量管理条例》第7条第1款规定,建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位。应当说,在建筑工程发包活动中,发包单位必须将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位,已经成为我国法律法规的强制性要求。发包单位在工程发包活动中,不论是采取招标发包或者直接发包,都应当对承包单位的资质条件进行审查,只能将工程发包给具有相应资质条件的承包单位。

2. 企业资质等级反映了企业从事某项工作的资格和能力,是国家对建设市场准入管理的重要手段。住建部发布的《建筑业企业资质管理规定》、《建筑业企业资质等级标准》等部门规章,对建筑施工企业的资质等级、资质标准、业务范围等做出了明确规定。根据这些规定,从事建筑施工活动的单位应当具备以下五个方面的条件:

(1) 有符合国家规定的注册资本。注册资本反映的是企业法人的财产权,也是判断企业经济实力的依据之一。从事经营活动的企业组织,都必须具