

建设工程项目中指定分包的“罪与罚”

作者：陈朕 | 冯晨妍

在协助客户处理建设工程项目相关的合同架构安排、合同管理的过程中，我们经常会遇到项目中采用指定分包（也称为“甲指分包”）的模式。区别于施工总承包模式下由总承包单位自主选择各专业分包商对部分分项工程进行分包的方式，指定分包是指由建设单位/业主（或业主的工程师、项目管理公司等）挑选或直接指定项目实施、货物采购等分包商的行为。指定分包在工程实践中的存在，除部分可能是出于不合规安排以外，更多则是出于项目的客观实际需要，比如特殊行业（如医药、化工）项目中技术标准较高的专业工程，或者比如某些跨国公司要求全球统一采购的专业材料、设备。

国际工程中并不禁止指定分包。不少建设单位、施工单位，甚至工程项目管理公司都会认为指定分包在我国建设工程实务中已是一种颇为常见且成熟的模式，因而往往忽视其中隐藏的中国法下的合规与法律风险。以下我们将从法律角度对指定分包模式下涉及的常见法律问题进行简要分析，旨在梳理并探讨能够适当平衡商业安排和法律风险的可行路径。

一、我国现行法律体系关于指定分包的规定

《建筑法》作为建设工程领域的上位大法，对“指定分包”并未有规定，对“指定供货”有明确规定。此外，有部分部门规章从招投标程序和工程质量监管的不同角度，明确禁止业主直接指定分包人的行为。

根据《工程建设项目施工招标投标办法》第66条的规定，招标人不得直接指定分包人。该办法的适用范围是中国境内的工程施工招标投标活动，既包括公开招标，也包括邀请招标。

根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第7条的规定，建设单位不得直接指定分包工程承包人。任何单位和个人不得对依法实施的分包活动进行干预。

地方法规层面，上海也有类似规定。比如《上海市建设工程质量和安全管理条例》第13条第1款规定，建设单位应当依法将建设工程发包给具有相应资质等级的单位，不得将建设工程肢解发包或者指定分包单位。

由此可见，不论建设工程项目是否涉及招投标程序，建设单位直接指定分包工程的承包人，截至目前都是明确禁止的行为。

二、指定分包的法律后果

（一）行政法律后果

虽然在部门规章的层面对指定分包存在如上所述的禁止性规定，但现行法律法规并未进一步明确相关的行政责任和罚则。严格而言，指定分包目前并不属于相关规定明确列举的违法发包/分包的情形。这其中经历了一个立法演变的过程。在（建市〔2014〕118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）》第五条中，曾经将“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”的情形定性为属于违法发包，但在住房和城乡建设部后续颁布的取代前述试行办法的正式管理办法，即建市规〔2019〕1号《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》中，删除了将指定分包认定为违法发包的情形的条款。

参考上述立法的演变且基于其精神内涵，实务中对于建设单位指定分包也呈现出逐渐弱化其违法属性、甚至不再认定其系违法行为的趋势。

在地方法规层面，上海的地方性法规还从一定程度上承认了特定形式的指定分包，但要求建设单位应当在招标文件中明示或者事先与总承包单位进行协商并在施工总承包合同中约定。根据《上海市建筑市场管理条例（2022修正）》第26条，建设单位需要在施工总承包范围内确定专业分包单位或者建设工程材料、设备供应单位的，应当在招标文件中明示或者事先与总承包单位进行协商，并在施工总承包合同中约定；确定的专业分包单位或者材料、设备供应单位应当接受总承包单位的管理，并由总承包单位进行相关工程款项的结算和支付。……采取前两款发包方式的，建设单位与施工总承包单位的承包合同应当明确建设单位的责任。

综上，我们观察到工程施工的监管法规与实践有逐步与国际工程接轨的趋势，我们可以认为对专业工程进行指定分包的行政法律风险相对可控。如果采取指定分包，对建设单位/业主而言，需重点关注相应的民事法律风险。

（二）民事法律风险（发包人角度）

以上禁止指定分包的规定皆出自于部门规章或地方性法规，并非效力性强制性规定，因此指定分包并不会当然导致分包合同无效。然而根据相关司法解释的规定，发包人可能需要对因指定分包单位的原因出现的工程质量问题承担过错责任。根据《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（一）》第13条，因发包人直接指定分包人分包专业工程造成建设工程质量缺陷，发包人应当承担过错责任。关于如何理解发包人的“过错”，实务裁判中，有观点认为指定分包行为本身即具有过错（例如（2016）鲁02民终6584号），这种观点可以理解为将指定分包视作一种“程序性过错”；也有裁判观点会对分包的具体情况实质考察，从而判定发包人是否存在“实质性过错”，例如发包人指定的分包单位并不具有承包分包工程的合法资质，构成发包人在选定分包单位时存在过错（例如（2020）粤06民终1948号）。在认定过错责任时，法院一般会结合各当事方的实际履约情况及过错大小，酌定各方的责任比例。

三、指定分包的实务建议

为了尽可能避免指定分包对建设单位/业主的民事法律风险，我们建议业主可以考虑向总承包单位提供一份可供选择的分包商名单，同时要求总承包单位从这些名单中选择专业分包商或供应商。如果项目采用招标投标形式的，建设单位可以在招标文件中向投标人明确部分分包工程的专业分包商名单和总承包单位选择

的要求；如果项目采用直接发包的形式，业主则可以在总承包商的遴选程序中以及总承包合同中明确该要求。视项目的具体情况，各方也可以考虑在项目开工后由业主或工程师根据合同约定指定分包商（国际工程中相对比较常见）。

在付款方面，指定分包基本与普通的总承包单位自主选定分包商的模式采用的付款路径相同，即通过总承包单位向分包商付款，而并不由业主直接向分包商付款。如果总承包单位希望要求分包工程款项的支付以总承包单位收到业主的该部分付款为前提条件的（俗称“**背靠背条款**”），还应当注意此类背靠背付款条款的效力。根据最高人民法院 2024 年 8 月 27 日发布的《关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》，大型企业在建设工程施工、采购货物或者服务过程中，与中小企业约定以收到第三方向其支付的款项为付款前提的，因其内容违反《保障中小企业款项支付条例》第六条、第八条的规定，人民法院应当根据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定该约定条款无效。这就意味着总承包单位在与分包商签订背靠背条款之前需要先判断其自身与分包商的规模是否符合前述司法解释中“大、中小型企业”的规模标准，具体请见《关于印发中小企业划型标准规定的通知》规定的规模认定标准。

同时，我们还建议业主就指定分包安排向总承包单位支付约定的管理费，以便落实总承包单位对整个施工现场的安全管理责任，包括对分包工程的安全管理责任。在此基础上，还需要在总承包合同中明确由总承包单位承担该专业分包工程的缺陷修复和保修责任。

另外，指定分包在国际工程中也相当常见。以 FIDIC 黄皮书为例，根据《2017 年版 FIDIC 生产设备和设计 — 施工合同条件》（黄皮书）通用条款第 4.5 条，指定分包商是指在雇主要求中指定的分包商，或者工程师根据“暂列金额”的规定指示承包商雇用的分包商。该条还进一步规定，承包商有权基于合理理由（例如指定分包商缺乏足够的的能力、资源、财力，或者在承包商未被免除承担因分包商原因导致分包工作相应义务和责任时）反对雇主或工程师的指定，除非雇主同意保障承包商免受这些事项的影响。在 2017 年版的 FIDIC 红皮书和银皮书中也有该等规定，可见 FIDIC 合同条款对于指定分包模式的态度也是希望在雇主的制定和承包商的利益之间寻求平衡，通过赋予承包商合理的否定权，保护承包商不因指定分包商的原因承担本不应由其承担的额外义务和责任。

综上，建设单位/业主在采用指定分包模式前，需要结合建设项目、总承包单位、分包单位的具体情况以及其中可能会产生的法律风险进行综合评估，并采用合适的方式及合同条款与总承包单位沟通，以求商业目的得以有效实现。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

陈朕

电话： +86 21 6080 0303

Email: cody.chen@hankunlaw.com