

# A Study on the Evolution of the Legal Regulatory System for Owner-Nominated Subcontracting in China

Jie Sun

School of Urban Economics and Management, Beijing University of Civil Engineering and Architecture, Beijing, 100044, China

## Abstract

In the field of construction projects in China, there are actually a large number of special subcontracting modes such as owner-appointed subcontracting, and the evolution of its legal regulation system reflects the transformation process of the governance logic of China's construction market. This paper analyzes the meaning and existing problems of designated subcontracting. This paper comprehensively reviews the changes of relevant legal norms after the implementation of China's Construction Law in 1997, and reveals the evolution of the legal regulation of designated subcontracting from "unspecified" to "strictly prohibited" to "limited recognition". Finally, this paper studies the development status of the legal regulation of designated subcontracting at home and abroad. The results of this study have certain theoretical value and practical significance for improving the subcontracting system of construction projects in China.

## Keywords

Nominated subcontracting; legal regulation; institutional change; FIDIC

## 中国业主方指定分包法律规制制度的演变研究

孙杰

北京建筑大学城市经济与管理学院, 中国·北京 100044

## 摘要

在中国建设工程领域, 业主方指定分包这一特殊分包模式实际上大量存在, 其法律规制制度的演变反映了中国建筑市场治理逻辑的转型过程。文章分析了指定分包的含义及存在的问题。全面梳理了中国1997年《建筑法》实施后相关法律规范的变迁历程, 揭示了对于指定分包的法律规制沿着“未明确规定”向“严格禁止”到“有限认可”的演变过程。最后, 文章研究了指定分包法律规制的国内外发展现状。研究结果对于完善中国建设工程分包制度具有一定理论价值与实践意义。

## 关键词

指定分包; 法律规制; 制度变迁; FIDIC

## 1 引言

中国建设工程领域中业主方指定分包现象普遍存在, 这种特殊的分包模式打破了传统总包分包的制度框架, 导致了合同关系愈发复杂和市场主体责任边界模糊化等法律问题。对指定分包法律规制的变迁折射出市场效率与法律秩序的价值博弈。本文拟通过历史制度主义的分析范式, 系统解构中国指定分包法律规制的演变路径及其内在逻辑。

## 2 指定分包的含义及存在的问题

### 2.1 指定分包的含义

指定分包(工程俗称“甲指分包”)并无统一定义, 一般是指业主(建设单位或发包人)在工程承包范围内, 直

接指定某些专业工程的分包单位, 而非由总承包单位自主选择分包人的行为。

中国工程领域指定分包存在多种表现形式, 主要包括:

①业主通过招标程序选定分包人后, 由总承包人与分包人签订合同。

②业主通过承包人平台开展招标, 业主定标后, 由总承包人与分包人签订两方合同或由业主、总承包人和分包人签订三方合同。

③业主在与总承包人的合同中, 直接指定分包人承接某部分工程, 由总承包人与指定分包人签订具体的分包合同。

④总承包人按业主口头指示, 向特定对象招标, 按特定的评标规则评出中标单位并签署合同。

### 2.2 指定分包存在的问题

#### 2.2.1 主体混乱损害总承包人利益

业主各种形式的指定分包, 容易与正常的工程分包行

【作者简介】孙杰(1976-), 男, 中国辽宁锦州人, 博士, 副教授, 从事工程管理研究。

为发生混淆,导致管理混乱,加大监督成本,使总承包人利益乃至项目本身遭受损失。

### 2.2.2 增加了总承包人管理压力

由于分包人是发包人指定的,导致项目各方相互关系错综复杂。

工程实践中,指定分包人不服从总承包人管理,而直接与发包人进行沟通的情况普遍存在,大大增加了总承包人的项目管理压力,导致各方权利失衡。根据《建筑法》第55条的规定,分包人应接受承包人的质量管理,承包人和分包人就分包工程对发包人承担连带责任。

在进行分包的情况下,承包人有权利选择分包单位并对分包单位进行管理,发包人有决定最终选定的分包单位,分包单位也必须受到承包人的管理,承包人与分包单位向发包人承担连带责任。各方权利义务和责任分配相对平衡,相互制约。

### 2.2.3 工程款支付的法律问题

指定分包人虽然名义上是与总承包人签订合同,但是与之有实际的权利义务关系却是发包人。对指定分包人的付款可以由业主直接支付或者由总承包人转支付。

如果总承包人希望要求分包工程款项的支付以总承包人未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《最高人民法院关于大型企业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6条、第8条的规定,人民法院应当根据民法典第153条第1款的规定,认定该约定条款无效。

## 3 指定分包法律规制的历史演进

### 3.1 法律法规并未明确严格禁止阶段(1997—2005年)

对于指定分包,中国法律法规层面并未明确规制,也无严格禁止,但有规制业主“指定”行为的类似规定。《中华人民共和国招标投标法》第20条规定:“招标文件不得要求或标明特定的生产供应者。”《中华人民共和国建筑法》第25条规定:“按照合同约定,建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的,发包单位不得指定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者指定生产厂、供应商。”

### 3.2 司法解释变相认可阶段(2005年至今)

2005年1月1日起施行的《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)第12条规定:“发包人具有下列情形之一,造成建设工程质量缺陷,应当承担过错责任:(一)提供的设计有缺陷;(二)提供或者指定购买的建筑材料、建筑构

配件、设备不符合强制性标准;(三)直接指定分包人分包专业工程。承包人有过错的,也应当承担相应的过错责任。”司法解释回避了指定分包合法与否的问题,结合该司法解释的其他规定来看,指定分包并非导致建设工程分包合同或建设工程施工合同无效的法定理由之一,变相认可了指定分包的法律效力。<sup>[1]</sup>

### 3.3 部门规章严格限制阶段(2003—2019年)

2003年5月1日起施行并于2013年修订的《工程建设项目建设招标投标办法》第66条规定:“招标人不得直接指定分包人。”

2004年4月1日起施行的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》的第7条规定:“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。”

2014年实行的《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(试行)》(建市〔2014〕118号)第4条的规定,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5条规定,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部分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。其中,第(七)种情形,即“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”为“违法发包”行为,承担相应法律责任。根据第14条的规定,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。

上述规定旨在保障总承包单位的管理权责,防止发包人通过干预分包破坏市场公平。因此,业主指定分包是明确禁止的,但该规定仅停留在部门规章层级上,法的效力层级较低。

### 3.4 部门规章有限认可阶段(2019年至今)

2019年实行的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》(建市规〔2019〕1号)第6条规定,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的单位的;(三)依法应当招标未招标或未按照法定招标程序发包的;(四)建设单位设置不合理的招标投标条件,

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。该规定删除了将指定分包视作违法发包的情形的条款和兜底条款，对于业主指定分包情形不再认定为违法发包行为。

需要注意的是，2019年住建部《住房和城乡建设部关于进一步加强房屋建筑和市政基础设施工程招标投标监管的指导意见》建市规〔2019〕11号第2条第（3）款规定：

“社会投资的房屋建筑工程，建设单位自主决定发包方式，社会投资的市政基础设施工程依法决定发包方式。政府投资工程鼓励采用全过程工程咨询、工程总承包方式，减少招标投标层级，依据合同约定或经招标人同意，由总承包单位自主决定专业分包，招标人不得指定分包或肢解工程。”由此，建设项目分为“社会投资工程”与“政府投资工程”，明确社会投资的房屋建筑工程由建设单位自主决定发包方式，社会投资的市政基础设施工程则需依法决定发包方式。政府投资工程则明确由总承包单位自主决定专业分包，招标人不得指定分包或肢解工程。

## 4 指定分包法律规制的国内外发展现状

### 4.1 指定分包的国际工程惯例

FIDIC 合同条件中“指定分包商”（Nominated Subcontractor）制度对中国立法产生了显著影响。由于国际工程并未禁止指定分包，FIDIC 合同条件专门有一章规定了指定分包，对规范中国建筑行业指定分包的行为具有重要的借鉴意义。

其中，1999版的红皮书规定“在本合同中，指定分包商系指以下分包商：

- （a）本合同中规定其作为指定分包商；
- （b）工程师根据第13条【变更和调整】，指示承包商雇佣的分包商。”

而2017版的红皮书规定“在本款中，指定分包商系指在技术说明中指定的分包商，或工程师根据第13.4款【暂列金额】指示承包商雇佣的分包商。”

对比以上两个版本，1999版的红皮书的指定分包可在合同中进行规定，而2017版红皮书规定指定分包需要在合同签订阶段在技术说明中规定，或者只能对合同暂列金额项下的工程进行指定分包。<sup>[2]</sup>

### 4.2 指定分包国内法律规制的尝试

目前，中国各地方性规定对指定分包是普遍禁止的，上海在规制指定分包方面做了一些尝试值得借鉴。

根据2020年修订的《上海市建筑市场管理条例》第25条规定：“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。建设单位需要将施工总承包范围外的专业工程另行发包的，应当事先与施工总承包单位书面约定现场管理方式。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。”

上述规定将专业分包分为“施工总承包范围内的指定分包”和“施工总承包范围外的平行分包”两种形式。明确了建设单位可以在施工总承包范围内确定专业分包单位或材料设备供应单位，即可以指定分包，但应当事先在招标文件中明示或者事先与总承包单位进行协商。同时，明确了建设单位确定的专业分包单位或材料设备供应商应当接受总承包单位的管理，并由总承包单位进行工程款的结算和支付。

### 4.3 清单计价标准的相关变化

2025年9月1日起正式实施《建设工程工程量清单计价标准》（GB/T50500—2024）第2.0.17条界定“总承包服务费是指按合同约定，承包人对发包人提供材料履行保管及其配套服务所需的费用；和（或）承包人对合同范围的专业分包工程（承包人实施的除外）提供配合、协调、施工现场管理、已有临时设施使用、竣工资料汇总整理等服务所需的费用；以及（或）承包人对非合同范围的发包人直接发包的专业工程履行协调及配合责任所需的费用”。

可以看出，总承包服务费包括承包人对合同范围内由发包人委托非承包人实施的专业分包工程提供总承包服务收取的费用。<sup>[3]</sup>即如业主方指定分包总承包人可以收取总承包服务费，清单计价标准显然突破了部门规章的限制，符合国际工程惯例。

## 5 结语

中国指定分包法律规制的制度变迁，本质上是建筑市场治理从“单一管制”向“多元共治”转型的缩影。未来的制度设计需在“促进专业分工”与“防范系统风险”之间寻求动态平衡，通过技术赋能与规则创新构建适应新型建造方式的法律治理体系。

### 参考文献

- [1] 王利明.建设工程合同司法解释的理解与适用[M].北京:法律出版社,2020.
- [2] 陈勇强、吕文学、张水波. FIDIC2017系列合同条件解析[M].北京:中国建筑工业出版社,2019.
- [3] 中国住房和城乡建设部.中华人民共和国国家标准-建设工程工程量清单计价标准[M].北京:中国计划出版社,2024.