

## 建筑法热点问题

### 全国人大法工委对母公司中标交由子公司实施是否构成转包给出意见

在建筑行业中，母公司中标交由子公司实施具有相当的普遍性，2017年10月23日全国人大常委会法制工作委员会（以下简称“全国人大法工委”）作出《对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追溯期认定法律适用问题的意见》（下称“《意见》”），对母公司中标交由子公司实施是否构成转包给出明确意见。

#### 一、《意见》出台背景

我国建筑法、合同法及招投标法等相关法律法规都禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包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包给第三人。虽然法律法规对转包行为做出明确禁止性的规定，但由于工程承包领域的复杂性，在执法实践中，对如何界定转包行为常常发生争议。

2014年住房城乡建设部颁发的《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号印发，以下简称为“《管理办法》”）第六条将转包界定为“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”。该办法第七条列举了下列转包情形：

- 1、 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；
- 2、 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；
- 3、 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；
- 4、 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；
- 5、 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；
- 6、 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；

#### 7、 法律法规规定的其他转包行为。

《管理办法》对转包予以了清晰界定，并列举了若干转包情形。按文义解释，根据《管理办法》，母公司中标交由子公司实施的行为应当构成现行法律规定的转包行为。但由于建筑行业中母公司中标交由子公司实施的行为相当普遍，是建筑企业在现行资质管理制度下的无奈选择和现实需要，而且该行为本身与中标人将工程转包第三方性质上也有区别，因此，实践中对于母公司中标交由子公司实施的行为仍存在不同的认识，导致执法标准不统一。

2017年4月25日，国家税务总局发布《关于进一步明确营改增有关征管问题的公告》（国家税务总局公告2017年第11号，以下简称“11号文”），11号文规定“建筑企业与发包方签订建筑合同后，以内部授权或者三方协议等方式，授权**集团**内其他纳税人（以下称“第三方”）为发包方提供建筑服务，并由第三方直接与发包方结算工程款的，由第三方缴纳增值税并向发包方开具增值税**发票**，与发包方签订建筑合同的建筑企业不缴纳增值税。发包方可凭实际提供建筑服务的纳税人开具的增值税专用发票抵扣进项税额”。

母公司中标交由子公司实施在实践中普遍存在，11号文将其从台下搬上台面，并似乎是从税务角度认可了母公司中标交由子公司实施的行为的合法性，引起了广泛关注，更加深了母公司中标交由子公司实施行为合法性的不同认知。为此，住房与城乡建设部向全国人大法工委发函请示，近日全国人大法工委发布了《意见》。

## 二、《意见》的解读

《意见》虽然没有对母公司中标交由子公司实施是否属于转包给予明确的回复，但《意见》重申以下几点：

- 1、《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。
- 2、《合同法》第二百七十二规定，发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。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。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。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。禁止承包人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。建设工程主体结构部分的施工必须由承包人自行完成。
- 3、《招标投标法》第四十八条规定，中标人应当按照合同约定履行义务，完成中标项目。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。中标人按照合同约定或者经招标人同意，可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。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，《意见》认为“现行法律对转包行为的规定是明确的，这一问题属于法律执行问题，应当根据实际情况依法认定和处理”。

从以上内容看，全国人大法工委对于母公司中标交由子公司实施的行为持否定态度是明确的，只

不过由于实践中违法发包、转包和分包行为多种多样，全国人大法工委并未特别针对某一种行为，而是通过重申法律法规的规定申明了自己的态度。

在《公司法》下，母公司和子公司作为独立的法人，独立承担民事责任。因此，除非建筑法、合同法、招投标法等相关法律法规作出变更，在现有的法律框架下，全国人大法工委不可能作出另外的解释。其实，在《意见》出台之前媒体披露的有关案件中，如“上海静安‘11·15’特别重大火灾事故”、“杭州地铁湘湖站‘11·15’坍塌重大事故”，政府主管机关均都认定母公司中标交由子公司实施是违法转包行为。

### 三、《意见》影响展望

《意见》颁布后，母公司中标交由子公司实施这种实践中普遍存在的行为被曝于阳光下，执法部

门将来可能会加强这方面的执法力度。与母、子公司分别作为独立的法人不同，分公司并不是独立的法人，不具备独立承担民事责任的主体资格，总公司中标后交分公司实施应不会被认定为转包。

从税收角度，前述提及的国家税务总局 11 号文的规定，并非对违法转包行为合法性的认可，而是从税务征收管理的角度，解决“货物、劳务及应税服务流”、“资金流”、“发票流”的“三流”一致问题。

至于总公司中标后交分公司实施的情况，根据《增值税暂行条例》规定，分公司也可以单独开具增值税发票。这样一来，总公司中标交由分公司实施不仅具有法律上的合法性，也有税收方面的可行性。未来，建筑行业是否会越来越多的采用此种方式有待观察。

易 芳 合伙人 电话：86-21 2208 6293 邮箱地址：yif@junhe.com

李德庭 合伙人 电话：86-21 2208 6214 邮箱地址：lidt@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

