



CCLR

China Construction
Law Review Vol.3

司法审判研究

建设工程领域表见代理构成的类型化分析
工程挂靠施工情形下若干审判实务问题探析
工程受托管理法律问题研究
建设工程合同纠纷司法实务问题研究
建设工程施工合同无效的几个问题
最高人民法院2013年度建设工程案件审判研究报告

造价、结算及鉴定实务

工程结算阶段工程款结算与支付的风险防范研究——以司法实践的视角分析
简析建设工程施工合同纠纷中优先受偿权的行使
当事人自行委托鉴定的效力与操作——基于18个建设工程案例的分析
建设工程造价鉴定法律实务及特殊情形下的处理技巧

实务探索

建设工程施工合同主要法律风险分析与应对策略
工程建设标准纳入专利的法理分析及政策建议

争议解决机制

专业化的理念，国际化的视野，打造北仲新规则——《北京仲裁委员会仲裁规则》修改说明
我国台湾地区公共工程履约争议的调解制度研究
浅析ADJUDICATION——介绍英国建筑合同工程款给付纠纷的一种有效解决机制

中国建设工程 法律评论

第三辑

最高人民法院民事审判第一庭 审定
本书编委会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《中国建设工程法律评论》（《评论》）是一本力图将中国建设工程领域的法律与工程相结合、学术和实务相结合、中国内地建设工程与国际建设工程相结合的专业读物。

创办《评论》的主要目的是：为中国建设工程法律界创建一个交流的平台；整合国际先进的经验与理论，为中国建设工程企业、房地产开发企业、海事建造企业、勘察企业、设计企业、监理企业、物业管理企业、造价及评估咨询企业、律师事务所提供一个权威、方便的参考与指导。

《评论》汇集中外建设工程法律理论界和实务界的精英，组成了《评论》编委会。编委会成员正齐心协力实现《评论》的宗旨和目标。

感谢您对《评论》的支持，请关注《评论》网站www.cclr.org.cn。

China Construction Law Review (CCLR) is a professional journal that endeavours to integrate Chinese construction legal practice with international practice, combining the academic with the practical.

Our mission:

- To provide a communication forum for legal professionals in relation to Chinese construction law; and
- To bring together the industry elite to provide authoritative and convenient reference and guidance for a variety of companies who deal with, for example: construction, real estate development, maritime construction, exploration, design, supervision, property management, in addition to cost and assessment consulting firms and lawyers.

CCLR's members are made up of leading professionals and academics from both home and abroad in the field of construction law theory and its business environment. All the members of CCLR are committed to achieving the aims of CCLR.

To know more about us, please visit our website at www.cclr.org.cn.

Thank you for your kind attention and for supporting CCLR.

 **独角兽工作室**
装 帧 设 计



法律出版社官方微信

上架建议：房地产法·建设工程

ISBN 978-7-5118-7286-9



9 787511 872869 >

定价：68.00元

CCLR

China Construction
Law Review

中国建设工程 法律评论

第三辑

最高人民法院民事审判第一庭 审定
本书编委会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国建设工程法律评论. 第三辑 / 最高人民法院民事审判
第一庭审定, 本书编委会编. —北京: 法律出版社, 2015. 1
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7286 - 9

I. ①中… II. ①最… III. ①建筑法—研究—中国
IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 279864 号

中国建设工程法律评论(第三辑)
最高人民法院民事审判第一庭 审定
本书编委会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 翟国磊

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 14
字数 210 千
版本 2015 年 1 月第 1 版
印次 2015 年 1 月第 1 次印刷

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

网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7286 - 9

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国建设工程法律评论》 编委会

Editors of the China Construction Law Review

主 编 General Editor

孙 巍 SUN Wei
中伦律师事务所 合伙人 Partner of Zhong Lun Law Firm

副主编 Deputy General Editor

陈 建 CHEN Jian
中国国际经济贸易仲裁委员会 处长 Director of CIETAC

薛 晗 XUE Han
法律出版社 副编审 Deputy Editor in Chief of Law Press China

顾 问 Board of Consultant Editors

王红松 WANG Hongsong
北京仲裁委员会 副主任 Vice-Chairperson of Beijing Arbitration Commission

杜万华 DU Wanhua
最高人民法院 审判委员会专职委员 Permanent Member of the Judicial Committee of the Supreme People's Court of PRC

何伯森 HE Bosen
天津大学 教授 Professor of Tianjin University

维维安·拉姆齐 Sir Vivian Ramsey
英国高等法院科技与建设工程庭 法官 Judge of the Technology and Construction Court of the High Court, UK

约翰·阿夫 John Uff
英国Keating Chambers 御用大律师 QC of Keating Chambers

罗伯特·盖茨克尔 Robert Gaitskell
英国Keating Chambers 御用大律师 QC of Keating Chambers

安德鲁·伯尔 Andrew Burr
英国Atkin Chambers 出庭律师 Barrister of Atkin Chambers

编 委
Editorial Board

- | | |
|-----------------------------|---|
| 冯小光
最高人民法院 民事审判第一庭 副院长 | FENG Xiaoguang
<i>Deputy Chief Judge of the First Civil Division of the Supreme People's Court of PRC</i> |
| 陈福勇
北京仲裁委员会 副秘书长 | CHEN Fuyong
<i>Vice-Secretary-General of Beijing Arbitration Commission</i> |
| 罗有才
江苏省高级人民法院 法官 | LUO Youcai
<i>Judge of JiangSu People's High Court of PRC</i> |
| 张水波
天津大学 教授 | ZHANG Shuibo
<i>Professor of Tianjin University</i> |
| 何红锋
南开大学 教授 | HE hongfeng
<i>Professor of NanKai University</i> |
| 汪 明
北京市高级人民法院 民事审判第一庭 法官 | WANG Ming
<i>Judge of the First Civil Division of the Beijing Municipal People's High Court of PRC</i> |
| 高印立
中国建筑科学研究院 常务副总法律顾问 | GAO Yinli
<i>Executive Vice General Counsel of China Academy of Building Research</i> |
| 黄 瑞
中技国际招标公司法律部 总经理 | HUANG Rui
<i>General Counsel of China International Tendering Corporation</i> |
| 江 波
中植集团 执行总裁 | JIANG Bo
<i>CEO of the Zhongzhi Group</i> |
| 张歆伟
中伦律师事务所 合伙人 | ZHANG Xinwei
<i>Partner of Zhong Lun Law Firm</i> |
| 曾建辉
安理律师事务所 合伙人 | ZENG Jianhui
<i>Partner of Anli Partners</i> |
| 张桓玮
安理律师事务所 合伙人 | ZHANG Huanwei
<i>Partner of Anli Partners</i> |
| 王 毅
安理律师事务所 合伙人 | WANG Yi
<i>Partner of Anli Partners</i> |
| 徐明浩
环球律师事务所 合伙人 | XU Minghao
<i>Partner of Global Law Office</i> |
| 张泽贤
安理律师事务所 合伙人 | ZHANG Zexian
<i>Partner of Anli Partners</i> |

王 旭	WANG Xu
兰台律师事务所 合伙人	<i>Partner Lantern Law Firm</i>
王舒茵	WANG Shuyin
中央汇金投资有限责任公司 法律顾问	<i>In-house Counsel of Central Huijin Investment Ltd.</i>
冯 婧	FENG Jing
通商律师事务所 合伙人	<i>Partner of Commerce & Finance Law Offices</i>
林海宁	LIN Haining
君合律师事务所 律师	<i>Attorney-at-law of Jun He Law Offices</i>
吴 凡	WU Fan
中伦律师事务所 律师	<i>Attorney-at-law of Zhong Lun Law Firm</i>

合作伙伴 Partners

中国国际经济贸易仲裁委员会 Chinese International Economic and Trade Arbitration Commission

北京仲裁委员会 Beijing Arbitration Commission

北大法律信息网 Chinalawinfo

目 录

——司法审判研究——

建设工程领域表见代理构成的类型化分析	高印立(3)
工程挂靠施工情形下若干审判实务问题探析	王 勇(18)
工程受托管理法律问题研究	沈 强 张念亲(29)
建设工程合同纠纷司法实务问题研究	师安宁(43)
建设工程施工合同无效的几个问题	刘汝忠(69)
最高人民法院 2013 年度建设工程案件审判研究报告	王志强 胡玉芳(86)

——造价、结算及鉴定实务——

工程结算阶段工程款结算与支付的风险防范研究 ——以司法实践的视角分析	曹 越(105)
简析建设工程施工合同纠纷中优先受偿权的行使	周月萍(115)
当事人自行委托鉴定的效力与操作 ——基于 18 个建设工程案例的分析	曲笑飞(130)
建设工程造价鉴定法律实务及特殊情形下的处理技巧	蓝仑山(142)

实务探索

建设工程施工合同主要法律风险分析与应对策略 王小臣(163)

工程建设标准纳入专利的法理分析及政策建议

..... 姜 波 程志军 姚 涛(180)

争议解决机制

专业化的理念,国际化的视野,打造北仲新规则

——《北京仲裁委员会仲裁规则》修改说明 林志炜(191)

我国台湾地区公共工程履约争议的调解制度研究 苏 南(198)

浅析 ADJUDICATION

——介绍英国建筑合同工程款给付纠纷的一种有效解决机制

..... 费维琦(213)

司法审判研究

建设工程领域表见代理构成的类型化分析

高印立*

内容摘要 本文结合现行《合同法》第49条和最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的有关规定,通过对代理权表象的客观形成和相对人善意无过失的考察,以类型化的方式分析了建设工程领域各种典型无权代理行为的表见代理构成。

关键词 建设工程 表见代理 权利表象 类型化

一、引言

建设工程具有周期长、环节多、项目地点分布广等特点,工程项目都是由项目部具体实施的,因此,项目部主要管理人员能否尽责履职对于项目的顺利完成起着至关重要的作用。在当今建设工程领域项目承包制与挂靠、转包大量存在的情况下,项目管理人员特别是项目经理无权、越权对外从事商事活动的问题比较突出,从而导致大量建设工程合同纠纷中都涉及无权代理的处理。我国《合同法》第49条规定的表见代理制度为上述问题的处理提供了法定依据。然而,由于建设工程本身的复杂性和无权代理行为的多样性,使在具体案件的表见代理认定上,不同的法院、不同的法官都存在

* 高印立,中国建筑科学研究院常务副总法律顾问。

不尽相同的理解,这给司法的权威性和公正性都带来了影响,也难以对建设工程合同主体的行为给予准确的指导。本文基于建设工程实践,试图通过对权利表象和相对人善意无过失的考察,对建设工程领域常见的无权代理行为类型进行分析。

二、表见代理的构成

表见代理是指行为人虽没有代理权,但交易相对人有理由相信行为人有代理权的无权代理。此时该无权代理发生与有权代理同样的法律效果。我国《合同法》第49条对此作了明确规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。”

表见代理是一种无权代理,首先应当符合代理的表面要件,并符合法律行为的一般有效要件,同时还有其他特别要件。一般认为,构成表见代理的特别要件至少有两个:行为人无代理权;客观上存在使相对人相信行为人有代理权的合理理由。至于“本人有过错”是否构成表见代理的必备要件,理论界争议颇多。对此主要有以下几种学说:

1. 单一要件说。该说认为本人不必有过错,因为表见代理的价值在于保护市场交易的安全,法律让本人承担无权代理(表见代理)之后果,并非本人有过错,而是法律要保护的交易安全利益更为重大。^①

2. 双重要件说。该说认为本人对代理权表象的形成有过错,也是成立表见代理的必备条件。因为从民法原理上看,让无过错的本人为故意制造代理权假象的无权代理人承担责任是不公平的,而且各国民法所列举的表见代理,其代理权表象的形成,没有哪种不是本人有过错的。^②

3. 关联说。该说认为表见代理的形成,应当考虑权利外观的形成是否与本人有关系,只要无权代理行为的发生与本人有关,只要本人的行为与权

^① 韩松:“民商法理论与审判实务学术研讨会观点综述”,载《人民法院报》2002年12月12日。

^② 李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第256页。

利外观的形成具有一定牵连性,本人都应当承受表见代理的后果。^①

4. 可归责说。该说认为表见代理的构成,本人将受到其意思之外的约束,意味着本人不利益的附加,当然需要本人一侧的归责事由的支持。表见代理中的归责性,可以包括过错在内的几乎所有的归责因素。^②

通说认为,现行立法基本采“单一要件说”,不以本人过错为表见代理的构成要件。^③ 但是否应将“有牵连关系”或“可归责性”作为考虑因素,合同法并未规定。本文在此不对表见代理的构成要件作过多理论探讨,而是基于服务建设工程实践的目的,立足于现行法律规定和有关司法解释,针对建设工程领域各种可能构成表见代理的行为进行分析。

2009年7月7日,最高人民法院印发了《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)。该《指导意见》指出:“合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象,而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的,应当承担举证责任,不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素,而且应当证明其善意且无过失地相信行为人有代理权。”该《指导意见》要求以客观上形成具有代理权的表象和相对人善意且无过失来认定表见代理行为。

三、项目实施过程中可能构成表见代理的典型权利表象

所谓“客观上形成的代理权表象”,就是“相对人有理由相信行为人有代理权”的外观依据。在工程建设领域,挂靠、转包、违法分包等不规范经营行

① 王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2002年版,第568、570页。

② 叶金强:“表见代理构成中的本人归责性要件方法论角度的再思考”,载《西北政法学报》2010年第5期。

③ 有关立法部门对此进行了解释:“在本条的立法过程中,对于是否要求以本人的过错作为表见代理合同的构成要件曾有两种不同的意见:一种意见为,应当以本人的过错作为表见代理合同的要件,否则对本人是不公平的;另一种意见为,表见代理最重要的特征就是相对人有正当理由相信行为人有代理权,而不问本人是否有过错。本法基本上是采纳了第二种意见。”胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第85页。

为相当普遍,无权代理行为层出不穷。若要分析各种表见代理行为的构成,有必要对可能构成表见代理的典型代理权表象进行类型化分析。

(一) 特定职务或身份的赋予

1. 超越职权的职务行为

建设工程项目的具体实施主要依赖于项目经理等主要管理人员,尤其是项目经理在工程项目实施过程中起着至关重要的作用。一旦项目经理超越企业对其授权对外为商事行为,其被赋予的职务就具有了代理权的表象。这种职务行为的外在表现形式主要有任命文件、授权委托书、建设工程合同中或项目经理部组成中明确的人员职务等。

2. 非隶属关系中特定身份的赋予

在工程项目为挂靠项目、转包或违法分包项目时,建筑企业往往赋予实际施工人以特定的身份,以保证工程项目的实施。在这种情况下,实际施工人与建筑企业之间实质上不存在行政隶属关系,并非履行职务的行为,而是一种借名合作关系或建设工程施工转包、违法分包关系。建筑企业出具的任命文件、授权委托书或在合同中赋予实际施工人以特定的身份,是基于形式上的需要,但确实在客观上形成了具有代理权的表象。

(二) 空白授权委托书、空白介绍信等权利证明文件的持有

实践当中,有的建筑企业为图方便,将印好的盖有真实印章的空白授权委托书、空白介绍信交予自己的分支机构、工程部、工程项目部、实际施工人或其他人,这属于典型的具有代理权表象,极易形成授权表示型的表见代理。这在理论和实践中的认识是一致的。

有的建筑企业为了限制空白证明文件持有人的权力,往往对其权力进行必要限制。而持有人为达到自己的目的,可能在空白证明文件的基础上进行删改。此类权利表象是有瑕疵的,不能当然认为具有代理权表象。因为作为商事活动的关键书证,委托人出具的权利证明文件应当是严谨、工整并合乎逻辑的。按交易习惯,对于重要文件的修改一般要在修改处加盖印章以示证明。授权委托书、介绍信等文件上的删改内容对于相对人来说是明示的,其应当尽合理的注意义务。此时要结合删改内容、有瑕疵证明文件持有人的身份、交易环境、相对人是否善意无过失及是否有其他具有代理权

表象的客观事实来综合认定是否构成表见代理。

(三) 曾经拥有代理权

曾经拥有过代理权,是指代理人原来有代理权,但在行为时代理权因代理期间届满或被撤销而消失,本人却未尽公示、通知或收回授权证明的义务。曾经拥有代理权可能使无权代理人的行为具有代理权表象,在相对人善意无过失时,构成权限延续型的表见代理。当然,曾经拥有代理权并不意味着其一定具有代理权表象,更不一定会构成表见代理。为便于说明何种情况会形成代理权表象,我们分析以下两种情况,分别进行讨论。

1. 基于职务产生的代理权

企业基于特定职务授予某人代理权,在该代理权因届满或被撤销而消灭后,企业未尽公示或通知义务,则曾经拥有代理权是否形成代理权表象与职务本身的性质有关。对于有营业执照的分支机构负责人等身份已公示的职务,虽然因某些原因代理权消灭,但因企业未在工商部门进行变更,亦未通知相对人,无权代理人与不特定相对人交易,原有职务本身则具有代理权的表象。

而对于项目经理等具有一次性特征的职务,在其代理权消灭后,相对人以该项目为内容进行交易,原有职务本身会具有代理权的表象。而当他以该项目的负责人身份与相对人以另外的项目内容进行商事行为时,在无其他事实佐证或强化的情况下,其原有职务就不宜认为具有代理权的表象。

2. 基于明确授权而产生的代理权

对于无权代理人曾经拥有的代理权是由建筑企业以授权委托书等形式明确授予产生的情况,该代理权消灭后,无权代理人在该授权事项范围内与相对人进行商事行为时,原有的授权委托书等授权文件就具有了代理权的表象。如果无权代理人的行为与原有授权事项明显不符,则原有授权文件不能对其行为形成代理权的表象。

(四) 加盖的印章

众所周知,在我国各市场主体的商事交往中,印章起着不可替代的作用。在我国,从一般理性出发,相对人对加盖印章的合同、文件的信赖程度要高于仅有签字的合同、文件。“盖章合同构成表见代理的几率要高于仅有

签字而没盖章的合同,这是显而易见的。”^①因为加盖印章更易形成代理权的表象,从而为相对人所信赖。

1. 真实的印章

(1) 单位公章、合同章

在无权代理场合,真实的单位公章、合同章往往加盖于空白授权委托书、空白介绍信或空白合同书上,此时应按权利证明文件的持有来分析其是否具有代理权表象。对于出借上述印章的情形,其代理权表象是显而易见的。

(2) 项目部印章

为项目运行方便,建筑企业为工程项目部刻制或允许项目部刻制的项目部印章,在项目管理人员或实际施工人对外进行与该工程项目有关的商事活动时,应当认为具有代理权的表象。

建筑企业为了限制项目部的权力,在项目部印章上往往刻意注明“不得用于签订合同”或“签订合同无效”等字样。本文认为,这是建筑企业在项目部印章上的特别声明,是对该印章的使用作出了限制并明示于相对人,从一般理性出发,相对人不应对此产生合理信赖。因此,此类印章在其特别注明的禁止事项内不具有代理权的表象。

2. 私刻的印章

(1) 私刻的单位公章、合同章

有观点认为,伪造的印章只能认为具有了某种被授权的表象,但因建筑单位与这一表象的形成没有任何牵连性,客观上不可能形成具有代理权的表象。^②

本文认为,所谓“客观上形成”,是指表象是客观存在的,而不是主观臆断的,强调的是权利表象形成的客观性,而且其是由无权代理行为而非本人行为客观上形成的。本人与代理权表象的形成是否具有牵连性,并不是认

^① 沈德咏、奚晓明:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第103页。

^② 周凯:“表见代理制度的司法适用——以涉建设工程商事纠纷为对象的类型化研究”,载《法律适用》2011年第4期。