

表见代理

表见代理制度在实际施工人对外商事行为中的司法运用
建设工程领域相关之表见代理的类型化归纳和司法认定规则探析
表见代理制度在建设工程合同纠纷中的适用探析
概览“表见代理”的理论和实践，解决建设工程“表见代理”问题
实际施工人表见代理构成的司法适用
建设工程项目经理表见代理的认定——本人归责性的价值导入
建设工程纠纷中的表见代理——以举证责任的分配为视角
建设工程纠纷中表见代理裁判规则的内在缺陷与完善进路
建工领域纠纷中表见代理制度的司法实证研究
建设工程领域的表见代理的构成要件及其判定标准——以商事代理为视角

境外工程风险

对外承包工程风险管理研究报告
“一带一路”背景下国际工程审判疑难问题研究
FIDIC合同2017年修动向及中国承包商应关注的问题
中国建筑企业在非洲承揽工程面临的法律风险及应对策略——以境外建筑实务研究为视角
中国企业境外承揽工程的法律风险识别及防范

招标投标制度

建设工程施工领域黑白合同的法律适用
施工招投标在争议解决中的难点探析
法定招标与自主招标之辨析博弈
——兼谈其对招标投标制度、建设工程行业争议的影响及立法制度的完善
以争议解决为导向的中标合同“实质性变更”认定标准的完善
从招投标过程中的缔约过失责任看我国招标投标制度的完善
从争议解决角度看我国电子招标投标机制的完善

中国建设工程 法律评论

第七辑

于健龙 王红松 冯小光 孙 巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CCLR

中国建设工程 法律评论

第七辑

于健龙 王红松 冯小光 孙 巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定



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. 第七辑 / 于健龙等主编.

-- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-1732-2

I. ①中… II. ①于… 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(2017)第 297261 号

中国建设工程法律评论(第七辑)
ZHONGGUO JIANSHE GONGCHENG
FALÜ PINGLUN(DI QI JI)

于健龙 王红松 冯小光 孙 巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定

责任编辑 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

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 三河市兴达印务有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法商出版分社
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 16.75
字数 316 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071010/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-1732-2

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 Editors-in-Chief

中国国际商会	于健龙 秘书长	YU Jianlong <i>Secretary General of China Chamber of International Commerce</i>
北京仲裁委员会	王红松 副主任	WANG Hongsong <i>Vice Chair of BAC</i>
最高人民法院民一庭	冯小光 副庭长	FENG Xiaoguang <i>Deputy Chief Judge of the First Civil Division of the Supreme People's Court</i>
中伦律师事务所	孙 巍 合伙人	SUN Wei <i>Partner of Zhong Lun Law Firm</i>

副主编 Deputy Chief Editor

中国仲裁法学研究会	陈 建 副秘书长	Dr. CHEN Jian <i>Deputy Secretary-General, China Academy of Arbitration Law</i>
石家庄仲裁委员会	常宏磊 副秘书长	CHANG Honglei <i>Deputy Secretary-General, Shijiazhuang Arbitration Commission</i>

顾 问 Board of Consultant Editors

最高人民法院 审判委员会专职委员	杜万华	DU Wanhua <i>Permanent Member of the Judicial Committee of the Supreme People's Court</i>
英国Keating Chambers	维维安·拉姆齐 御用大律师	Sir Vivian Ramsey <i>QC at Keating Chambers</i>
英国Keating Chambers	约翰·阿夫 御用大律师	John Uff <i>QC at Keating Chambers</i>
英国Keating Chambers	罗伯特·盖茨克尔 御用大律师	Robert Gaitskell <i>QC at Keating Chambers</i>
英国Atkin Chambers	安德鲁·伯尔 出庭律师	Andrew Burr <i>Barrister at Atkin Chambers</i>

编 委
Editorial Board

- | | |
|---|---|
| 陈福勇
北京仲裁委员会 副秘书长 | Dr. CHEN Fuyong
<i>Deputy Secretary General of BAC</i> |
| 李 琪
最高人民法院民一庭 高级法官 | LI Qi
<i>Senior Judge of the First Division of the Supreme People's Court</i> |
| 亓培冰
上海市方达（北京）律师事务所 顾问 | QI Peibing
<i>Partner of Fangda Partners(Beijing) Law Firm</i> |
| 罗有才
江苏省高级人民法院 法官 | LUO Youcai
<i>Judge of JiangSu High People's Court</i> |
| 张水波
天津大学 教授 | ZHANG Shuibō
<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 High People's Court</i> |
| 高印立
采安律师事务所 合伙人 | GAO Yinli
<i>Partner of CYAN Law Firm</i> |
| 陈 旻
金杜律师事务所 合伙人 | CHEN Min
<i>Partner of King & Wood Mallesons</i> |
| 安 准
英国39 Essex Street Chambers 御用大律师 | Adrian Hughes
<i>QC at 39 Essex Street Chambers</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

表见代理

表见代理制度在实际施工人对外商事行为中的司法运用	李乐敏 傅梦露 (3)
建设工程领域相关之表见代理的类型化归纳和司法认定规则探析	史智军 (15)
表见代理制度在建设工程合同纠纷中的适用探析	范兴龙 (27)
概览“表见代理”的理论和实践,解决建设工程“表见代理”问题	王永强 (37)
实际施工人表见代理构成的司法适用	代 瑞 (48)
建设工程项目经理表见代理的认定	
——本人归责性的价值导入	李佳鸿 (56)
建设工程纠纷中的表见代理	
——以举证责任的分配为视角	陈 沸 朱春苗 (66)
建设工程纠纷中表见代理裁判规则的内生缺陷与完善进路	
	曾小元 余 卫 (75)
建工领域纠纷中表见代理制度的司法实证研究	陈万莉 胡 昂 (91)
建设工程领域的表见代理的构成要件及其判定标准	
——以商事代理为视角	王 伟 (105)

境外工程风险

对外承包工程风险管理研究报告	宋玉祥 (121)
“一带一路”背景下国际工程审判疑难问题研究	潘军锋 (139)
FIDIC 合同 2017 年修改动向及中国承包商应关注的问题	张靖昆 (148)

中国建筑企业在非洲承揽工程面临的法律风险及应对策略

——以境外建筑实务研究为视角	李世寅(158)
中国企业境外承揽工程的法律风险识别及防范	段泽锋(171)

—— 招标投标制度 ——

建设工程施工领域黑白合同的法律适用	潘军锋(183)
施工招投标在争议解决中的难点探析	詹 秦 田成裕(191)
法定招标与自主招标之辨析博弈	
——兼谈其对招标投标制度、建设工程行业争议的影响及立法制度的完善	张 戈(204)
以争议解决为导向的中标合同“实质性变更”认定标准的完善	刘伯裕(226)
从招投标过程中的缔约过失责任看我国招投标制度的完善	郑立钧 刘 移(236)
从争议解决角度看我国电子招投标机制的完善	彭 强(244)

—— 常设中国建设工程法律论坛 ——

建设工程施工合同纠纷鉴定指引	(255)
----------------------	-------

表见代理

表见代理制度在实际施工人 对外商事行为中的司法运用

李乐敏 傅梦露*

一、问题的提出

(一)表见代理的一般理论

表见代理是民法中的一项重要制度。一般认为,表见代理制度始于1900年的德国民法,大部分国家和地区大多确立了该项制度,但在立法中均未明文出现表见代理一词,而汉语中的“表见代理”一词则由日本学者首创。^①我国《合同法》第49条规定,行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后仍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。这一规定表明在我国长期处于理论探讨状态的表见代理制度上升为一项明确而具体的法律制度。《民法总则》第172条规定,行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,相对人有理由相信行为人有代理权的,代理行为有效,亦确认了此项制度。

表见代理的构成要件一直是民法学上争论激烈的议题。在《合同法》起草过程中,学说上就已形成“单一要件说”和“双重要件说”两种对立的观点。^②依单一要件说,表见代理的成立只要求相对人无过失地信赖代理人享有代理权,或者说相对人有充分的理由相信代理人有代理权,不要求被代理人有过失;依双重要件说,表见代理有两个特别成立要件:一是被代理人的过失行为使相对人确信代理人有代理权;二是相对人不知也不应知代理人无代理权,即当事人有充分理由相信代理人有代理权。双重要件说可以被称为被代理人过错必要说,单一要件说可以被称为

* 李乐敏、傅梦露,工作单位:浙江振邦律师事务所。

① 王浩:《表见代理中的本人可归责性问题研究》,载《华东政法大学学报》2014年第3期。

② 冉克平:《表见代理本人归责性要件的反思与重构》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第1期。

被代理人过错不要说。^① 通常认为,两者均以代理权外观与第三人的善意信赖为必要,差别仅在于是否以“本人归责性”作为表见代理的独立构成要件。^②

在《合同法》颁布后,其第49条“相对人有理由相信行为人有代理权”这一内容引起了学术界的新一轮争论。因该条条文中没有出现“本人过错”“本人过失”“归责性”之类的字样,这是否意味着立法支持了单一要件说?^③ 对此,有学者认为,《合同法》第49条起草时,似乎将本人可归责性等同于“过失”。也就是说,该条没有提及本人可归责性,只是说明起草人认为表见代理之成立无须本人有过失,未必意味着表见代理之成立无须本人具有任何意义上的可归责性。实际上,《合同法》制定之后,不断有学者提出关于可归责性的新说,如“诱因说”和“风险说”,这些观点皆从非过失的角度对本人可归责性予以诠释。^④ 也有学者认为,应依照德国法上的权利外观责任基本理论,并结合代理制度的特别要求来构造《合同法》第49条规定的表见代理制度;此外,虽有学者认为,表见代理不应当以本人具有过错为前提,但同时又认为权利外观的形成应由本人引起。这实质上仍然属于本人可归责性的范畴,总之,近年来“双重要件说”逐渐成为学说上的有力说,其有渐成通说之势。^⑤ 而在司法实践中,通常认为,判断行为是否构成表见代理主要考虑主客观要件,包括权利外观要件,即行为人为无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象的客观要件以及合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权的主观要件。

(二) 实际施工人对外商事行为的特点

因建设工程领域对建筑施工企业资质的严格要求,挂靠、转包、违法分包等在国内建筑市场业已成为普遍存在之现象。究其原因,行为人受市场巨大经济利益的诱惑,大部分不具有建筑施工资质的建筑施工企业或个人,由于不能以合法的方式独自承揽建筑工程,于是通过非法手段从建筑施工企业处分取部分建筑工程或通过借用建筑施工企业的名义和资质达到承揽建设工程的目的。同时,这也符合实际建筑施工企业的利益,其可取得一定的管理费,且无须亲自完成施工任务。在此种利益因素驱动下,挂靠、转包、违法分包的存在成为建设工程领域的突出特点。

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》,实际施工人是指无效合同的承包人,如转承包人、违法分包合同的承包人、没

① 杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,载《法学》2013年第2期。

② 冉克平:《表见代理本人归责性要件的反思与重构》,载《法律科学》(西北政法学报)2016年第1期。

③ 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《法律科学》(西北政法学报)2010年第5期。

④ 王浩:《表见代理中的本人可归责性问题研究》,载《华东政法学报》2014年第3期。

⑤ 冉克平:《表见代理本人归责性要件的反思与重构》,载《法律科学》(西北政法学报)2016年第1期。

有资质而借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人。实践中,实际施工人对外的身份常以“某公司项目部技术负责人”的身份出现;对内则与建筑施工企业签订内部承包协议,工程上的全部权利由其享有,义务由其承担,经济盈亏由其自负,而建筑施工企业则收取一定的管理费,从而达到“互利”的效果。此外,实际施工人也往往以建筑施工企业项目部人员的名义对外从事购买材料、租赁设备、借贷等商事活动。一旦发生争议,在实际施工人缺乏清偿能力或者跑路的情况下,交易相对人往往依据《合同法》第49条有关表见代理的规定,要求建筑施工企业承担责任。由于法律对表见代理的构成要件缺乏可适用的细致规定,在实际施工人对外商事活动中,尤其是涉及建设工程买卖、租赁、借款合同中的表见代理认定问题,成为民商事审判实务中的难点。

因建设工程领域涉及的情况较为复杂,问题繁多,在此不可能一一穷尽,故而笔者择取了建设工程领域认定实际施工人是否构成表见代理较为常见、矛盾较为突出的几个问题予以分析。

二、授权表象的相关问题

在建设工程施工关系中,由于转包、分包、挂靠关系的普遍存在,导致实际施工人与名义项目经理的分离。尽管实际施工人对外从事的民商事活动并未获得建筑施工企业的授权,为无权代理,然因其拥有有权代理之法律外观,相对人有理由相信其有代理权,实际施工人对外签订的合同的效果仍然直接约束建筑施工企业与相对人。故而,在判断实际施工人是否构成表见代理时,判断实际施工人是否具有被授权的表象是首要,实践中常见的表象包括:建筑施工企业的授权委托书、介绍信、任命书、项目部公章,以及其他由企业盖章确认的身份证明文件;具有公示性质的身份证据,如登记备案的施工合同、施工图纸中载明的项目经理、项目部工作人员等;工地公告牌以及其他足以使相对人产生合理信赖的权利表象。是否具备表见代理的权利外观在当前司法实践中争议较大,因涉及建设工程施工领域的表见代理案件往往情况复杂,个案的事实因素不一而足,法律的规定又较模糊而缺乏可适用性,故而往往给法官预留了较大的自由裁量空间,同案不同判的现象也时有发生。

最高人民法院于2009年出台的《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》第13条规定,《合同法》第49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具有代理权。

可见,其将合同书、公章、印鉴等视为有权代理的客观表象形式要素,上海市高级人民法院《商事合同案件适用表见代理要件指引(试行)》第6条中亦规定了对关于权利外观的主要考量因素,对权利外观的考量应当结合合同订立与履行过程中的各种因素,综合判断行为人的行为能否产生具有代理权的表象。主要考量因素包括:(1)合同是否以被代理人名义订立。若签订合同未使用被代理人名义,合同文本没有任何与被代理人有关联的文字表述,须慎重认定表见代理。(2)行为人的身份、职务是否与被代理人有关联。例如,行为人在被代理人处任职职务越高,与从事业务关联度越强,或者与被代理人之间的其他身份联系越密切,对表见代理的证明力就越强;反之则越弱。(3)被代理人对行为人是否存在可合理推断的授权关系。例如,行为人原有代理权已被终止但被代理人未对外告知等情形。(4)合同等对外文件材料上是否加盖与被代理人有关的、可正常对外使用的有效印章。例如,合同上加盖的被代理人项目部真实印章按常理可对外授权使用的,可作为考量因素;若按常理应当属于单位内部使用印章的,须慎重认定。(5)合同关系的建立方式是否与双方以往的交易方式相符。例如,以往交易长期由某部门负责人实际操作进行,且被代理人从无异议并正常结算认可的,此次有争议交易也采相同方式的,可参考以往交易行为判断。(6)合同订立过程、交易环境和周围情势等是否与被代理人有关。例如,行为人签约前曾陪同合同相对人参观考察被代理人的施工现场,签约地在被代理人营业地或办公场所的,可作为判断因素。(7)被代理人是否存在能够使人相信其参与合同履行的行为。例如,被代理人实际支付过合同价款,被代理人就履约问题进行过交涉等,可作为考量因素。(8)标的物的用途、交付方式与交付地点等是否与被代理人有关,被代理人是否取得履行合同的利益。例如,合同标的物交付至被代理人营业场所或负责管领的其他场所,标的物被应用于被代理人本身或者直接从事的业务所需的,可以作为考量因素。(9)其他具有代理权客观表象的情形。行为人在交易过程中存在其他行为,足以使一般商人合理推断该行为系基于被代理人合法授权的,可以作为认定的考量因素。

尽管上述意见或指引对构成授权表象的考量因素进行了详细罗列,但实际适用时仍有争议,笔者选取了实践中几个争议较大的授权表象考量因素,在此予以探讨。

第一,关于印章的使用问题,亦是理论与实践争议的焦点之一。实际上,我国很多学者之所以对《合同法》第49条持批评态度,其理由在于:如果不将“本人可归责性”作为表见代理的构成要件,那么在表见代理人伪造、盗用公章而与第三人为交易的情况下,要求被代理人承担相应的法律后果,是“极不公平的”。^①在建设

^① 罗瑶:《法国表见代理构成要件研究——兼评我国〈合同法〉第49条》,载《比较法研究》2011年第4期。

工程领域,建筑施工企业允许实际施工人挂靠或违法分包、转包是否直接构成本人过错,或者因建筑施工企业的行为而导致表见授权产生,亦存在争议。笔者认为,伪造或盗用印章,不能直接判断具有不适用表见代理的客观因素。实际施工人所使用的项目部印章是否伪造、盗用,或者所使用的被代理人印章是否与被代理人备案印章一致,从事交易的相对人无从知晓,也不应该让相对人承担核实的义务,建设工程实践中印章管理混乱的弊端不能加诸相对人,否则对于相对人太过苛责。此外,尽管本人的可归责性未被司法确认为表见代理的构成要件之一,但其仍然是考量授权表象的重要因素。上海市高级人民法院《商事合同案件适用表见代理要件指引(试行)》第6条第2款规定,行为人的身份、职务是否与被代理人有关联。例如,行为人在被代理人处任职职务越高、与从事业务关联度越强,或者与被代理人之间的其他身份联系越密切,对表见代理的证明力就越强;反之则越弱。第3款规定,被代理人对行为人是否存在可合理推断的授权关系。例如,行为人原有代理权已被终止但被代理人未对外告知等情形。第4款规定,合同等对外文件材料上是否加盖与被代理人有关的、可正常对外使用的有效印章。例如,合同上加盖的被代理人项目部真实印章按常理可对外授权使用的,可作为考量因素;若按常理应当属于单位内部使用印章的,须慎重认定。上述三款实际都隐含本人可归责性的内涵,因实际施工人的身份、职务与建筑施工企业有关联;或建筑施工企业已经终止实际施工人的代理权,却未对外告知;或在空白合同上加盖对外使用公章等情形,都因建筑施工企业本人的行为导致授权表象,从而使本人具有可归责性。

在建设工程领域,建筑施工企业允许实际施工人挂靠或违法分包、转包是否直接构成表见授权,应当慎重对待。在再审申请人湛江市第一建筑工程公司与被申请人白增江租赁合同纠纷一案[最高人民法院(2015)民申字第3402号]中,最高人民法院对实际施工人伪造公章是否构成表见代理的意见如下:因梁化同(实际施工人)与湛江一建(建筑施工企业)之间存在挂靠关系,足以使白增江(第三人)有理由相信印章的真实性以及梁化同得到了湛江一建的授权,故梁化同的行为构成表见代理,其行为后果应由湛江一建承担。笔者认为,建筑施工企业允许实际施工人挂靠或违法分包、转包并不直接导致授权表象的产生,还需要实际施工人提供建筑施工企业的授权委托书、介绍信、任命书、项目部公章等其他有权代理的外观,才可认定表见代理。

此外,关于越权使用印章问题,可以成为判定表见代理客观要件的辅助因素,但不应成为决定性因素。在工程实践中常常因为管理需要而刻制不同功能的印章,如“合同专用章”“资料专用章”“技术专用章”等,但因管理混乱,印章使用不规范的情形也常常发生,仍应结合其他外观授权因素或者交易习惯来综合判断表见代理客观要件构成。例如,实际施工人拿着“技术专用章”对外进行商事行为,此时

若不存在其他因素,该专用章并不足以形成表见授权的外观。

第二,关于项目部对外缔约的权限范围。实际施工人在以项目部名义对外缔约时,善意相对人要求建筑施工企业承担相应的法律责任,在司法实践中一般都会获得支持。但对于项目部本身的性质及其权限范围,不同法院有不同的认识。有观点认为建筑施工企业临时设立的项目部负责管理工程施工,组织人力、物力,其有权对外签订劳务合同、买卖合同、租赁合同,但对外融资并非其权限范围,原因在于难以判断所借资金是否用于项目施工,建筑施工企业对项目部的融资借款行为往往加以禁止,施工负责人以项目部名义对外借款时一般应得到建筑施工企业的特别授权。因此,认定项目部对外借款是否构成表见代理时,即便借款合同上加盖了真实的项目部印章,也不能简单地认为具有了足够的代理权客观表象。对此,笔者持相反意见,因项目部是建筑施工企业的临时机构,负责某一项目的施工,其有权根据施工需要对外买卖、租赁、借款,建筑施工企业对项目部融资行为的限制并不能约束第三人,善意第三人有理由相信项目部借款用于工程施工,建筑施工企业即应对项目部的借款承担法律责任。

第三,工地公告牌公示人员行为性质的认定。建筑施工企业一般会在工地树立公告牌,公示承建单位及项目管理人员,包括项目经理、质量监督员、材料员、安全员。有些观点认为,鉴于公告牌的公示性,对于公告牌标明了承建单位与项目管理人员的,可以认定权利人据此有理由相信公告牌所载明的工作人员在职权范围内有权代理该承建单位从事交易行为,此类项目管理人员的行为在性质上应该是职务行为。笔者认为,职务行为的前提是以行为人的身份为单位代表人或其他工作人员,其对外行为在其职权范围内作出,认定职务行为不能突破这个前提。由于转包、分包、挂靠等现象的存在,工地公告牌上载明的人员不一定是承建单位的工作人员,仅因为公告牌反映的信息即认定职务行为是不妥当的,善意相对人根据对公告牌的信赖从事交易,如公告人员并非承建单位员工,应从是否构成表见代理的角度予以认定。

三、相对人善意无过失的相关问题

表见代理的相对人须为善意,对于善意的评判,一般认为,须相对人对代理权表象形成信任并不存在过失。^①《民法总则》第172条与《合同法》第49条皆规定了成立表见代理须“相对人有理由相信行为人有代理权”,实际已包含了对相对人善意的要求。而《合同法》第50条规定,法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为

^① 杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,载《法学》2013年第2期。

有效。尽管此系表见代表之规定,其却在一定程度上为判断相对人是否为善意提供了依据,根据该条反推,善意是指相对人不知且非因过失不知。^① 要求相对人对不知道行为人无代理权不存在过失,实际是合理信赖保护思想的体现,将鲁莽、草率之信赖排除在保护范围之外。盖如果相对人本可通过自己的谨慎来避免误信虚假之代理权外观,则法律完全没有给予保护之必要。^②

最高人民法院对第三人的主观状态亦是作此要求,《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》第13条规定,《合同法》第49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具有代理权。该条确立了表见代理成立的主客观标准,明确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。上海市高级人民法院《商事合同案件适用表见代理要件指引(试行)》指出,对主观要素的考量应当结合合同订立和履行过程中的各种因素,综合判断合同相对人是否为善意且无过失,即合同相对人不知道行为人无代理权,其在作出相应判断时已尽到合理注意,不存在明显的疏忽或懈怠。可见,其对“善意无过失”的定义为合同相对人不知道行为人无代理权,其在作出相应判断时已尽到合理注意,不存在明显的疏忽或懈怠。笔者认同此观点,在建设工程领域,判断相对人是否为善意,一则需要相对人的不明知,即相对人并不知道实际施工人为无权代理,二则需要考量相对人是否尽到了合理注意义务,不存在明显的疏忽或懈怠,下述笔者将论述具体情形下,判断与实际施工人交易之第三人是否为善意的考量因素。

第一,相对人明知或应当知道存在非法转包、违法分包、挂靠事实,仍同意行为人以建筑施工企业名义与之发生交易的。笔者认为,知道或应当知道建筑施工企业与实际施工人之间存在非法转包、违法分包、挂靠并不必然导致相对第三人的非善意判断。判断第三人是否为善意,仍然应当以表见代理的授权外观为基础,只要相对人善意地信任表见授权外观,即第三人相信实际施工人为有权代理,则可认定为善意。而建筑施工企业与实际施工人的内部关系并不是相对第三人关注的重点。也就是说,尽管实际施工人与建筑施工企业之间为非法转包、违法分包、挂靠关系,但若实际施工人有授权委托书等另第三人相信其有表见授权的,仍可评价其为善意。

① 朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第371页。

② 叶金强:《表见代理中信赖合理性的判断模式》,载《比较法研究》2014年第1期。

然而,相对人明知实际施工人存在非法转包、违法分包、挂靠的事实,是否对评判相对人的善意毫不相关。笔者认为不然。实践中,实际施工人尽管为无权代理,然而仍然以建筑施工企业名义与第三人缔结合同的并不少见。在频繁的民商事交往中,这将导致两类主体的注意义务增加,一则为建筑施工企业的注意义务,其在法律禁止的情况下仍然将承包工程转包、分包或允许挂靠,则实际施工人以建筑施工企业名义对外活动也是因为建筑施工企业本身的先行为导致自身的商业风险增加,其理应对这种风险加以防范。现实中,建筑施工企业也越注重自身风险的防范,从其内部区分“经济合同章”及“技术专用章”等可见一斑。二则将导致相对人注意义务的增加。在此引申出的两个问题为:其一,相对人对建筑施工企业与实际施工人之间的转包、分包、挂靠关系是否存在的注意义务。其二,对实际施工人为有权代理的注意义务是否增加?一般而言,相对人对建筑施工企业与实际施工人之间的转包、分包、挂靠关系是否存在不负有注意义务;但若明知其存在转包、分包、挂靠关系,则对实际施工人是否具有代理权的注意义务增强。毕竟建筑施工企业与实际施工人之间的关系是其内部关系,作为相对人的第三人并不需要关注其内部关系。但是,若第三人与实际施工人或建筑施工企业本身存在长期的业务往来,尤其是一些长期合作的建材供应商,对其内部关系应有所了解,在交易过程中,实际施工人一直以自己的名义与其交易,但该实际施工人突然称自己为有权代理并出示代理凭证,以建筑施工企业的名义购买建材,第三人同意并与之签订了合同,而实际该公章系伪造,此时第三人是否属于尽到了合理注意义务存在争议。笔者持否定态度,在该种情况下,第三人长期与实际施工人而非建筑施工企业发生交易,并清楚实际施工人和建筑施工企业之间内部关系,按照一般人的逻辑,可推定得知实际施工人以自己的名义对外进行民商事活动系实际施工人与建筑施工企业的内部约定或惯常做法,故可评价此时的相对人并未尽到合理注意义务。

第二,相对人是否尽到合理注意义务的标准看似为主观标准,但仍要有客观事实的支撑。对判断相对人主观状态的客观因素,最高人民法院及各地法院都有一定的规定。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》在第14条中规定,人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时,应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务,此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建筑施工企业是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素,作出综合分析判断。该条对判断相对人主观状态的客观因素作了相当一部分的罗列,对合理注意义务的判断有所裨益。然而司法实践中对条文内容本身存在争议。表现在以下几方面: