

论建设工程合同中表见代理之认定

扈娅楠

山东建筑大学法学院, 山东 济南

收稿日期: 2025年6月26日; 录用日期: 2025年7月26日; 发布日期: 2025年8月6日

摘要

《建工解释二讨论稿》第5条第4款未能充分解决建工领域常见的表见代理问题。首先, 区分职务代理与表见代理应以是否存在劳动关系以及职权范围的具体界定为依据, 职务表见代理与一般表见代理在相对人的善意程度、适用范围和法律适用等方面存在差异。其次, 借用人以出借人名义对外订立合同的行为不应被认定为职务代理, 而应考虑其是否构成表见代理。再次, 在判断行为人的权利外观、相对人的善意且无过失时, 应结合建设工程的实际情况, 综合相关因素进行全面评估。最后, 在建设工程中表见代理的认定过程中, 不应考虑被代理人的可归责性问题。

关键词

建设工程, 表见代理, 职务表见代理, 构成要件

On the Recognition of Apparent Agency in Construction Project Contracts

Yanan Hu

School of Law, Shandong Jianzhu University, Jinan Shandong

Received: Jun. 26th, 2025; accepted: Jul. 26th, 2025; published: Aug. 6th, 2025

Abstract

The fourth paragraph of Article 5 in the "Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of Law in the Trial of Disputes over Construction Project Contracts (Draft for Discussion)" fails to adequately address the common issue of apparent agency in the construction industry. Firstly, the distinction between agency by position and apparent agency should be based on the existence of a labor relationship and the specific definition of the scope of authority. There are differences between apparent agency by position and general apparent agency in terms of the degree of good faith of the counterparty, the scope of application, and the application of law. Secondly, the act of a borrower

entering into a contract in the name of the lender should not be regarded as agency by position, but rather, it should be considered whether it constitutes apparent agency. Thirdly, when assessing the appearance of the actor's rights and the good faith and lack of fault of the counterparty, the actual situation of the construction project should be taken into account, and a comprehensive evaluation should be made based on relevant factors. Finally, in the process of determining apparent agency in construction projects, the issue of the principal's liability should not be considered.

Keywords

Construction Project, Apparent Agency, Apparent Agency by Position, Constitutive Elements

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

2024年3月24日至25日,中国法学会审判理论研究会民事审判理论专业委员会2024年会对《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(二)》(讨论稿)(以下简称《建工解释二讨论稿》)进行了研讨。《建工解释二讨论稿》第5条第4款规定:“借用人以出借人的名义对外购买建筑材料、建筑构配件和设备,租赁设备或者借款用于工程建设,相对人依据民法典第一百七十二条的规定请求出借人承担责任的,人民法院依法予以支持。”但理论界与实务界,对于建设工程领域表见代理与职务表见代理的区分、借用人以出借人名义对外订立合同是否适用表见代理、如何具体认定相对人有理由相信、是否需考虑被代理人的可归责性等问题仍然存在争议。随着建设工程领域表见代理外观形式的多样化,上述问题呈现出高发态势。本文即由此展开,希冀能为实践中建设工程领域的表见代理问题的解决略尽绵薄之力。

2. 既有理论与实践之争议

2.1. 表见代理与职务表见代理之混淆

表见代理与职务表见代理都具有权利外观,一定情形下会产生请求权竞合且二者的法律后果均归于被代理人,因此在司法实践中容易产生混淆。

2.1.1. 表见代理与职务表见代理之识别存在争议

观点一认为,《民法典》第170条第2款属于职务代理中表见代理的特殊规则,其通过简化构成要件强化了对善意相对人的保护。在处理职务代理越权问题时,应优先适用该条款[1]。观点二认为,表见代理与职务表见代理为两种不同的善意相对人保护机制。表见代理是运用权利外观理论,通过向相对人施加代理权外观证明责任的方式使相对人得到有限保护。职务表见代理是依代理权独立性理论确立的,通过向被代理人施加善意证明责任的方式,独立发挥善意相对人保护功能的归属规则[2]。观点三认为,表见代理和职务表见代理,在是否要求相对人具有可归责性上有所区别。在法律适用方面,《民法典》第172条是有关委托代理中的表见代理的规定,不能作为认定职务代理中表见代理的依据。《民法典》第170条第2款本身也不是有关职务代理中越权代理、表见代理的完全规定,应当参照适用民法典第504条作为职务表见代理的认定依据[3]。

2.1.2. 关于借用人以出借人名义对外订立合同是否适用表见代理问题

观点一即《建工解释二讨论稿》第5条第4款的规定，其认为借用人以出借人名义对外订立合同可适用表见代理[4]。如最高人民法院(2019)最高法民申5243号民事裁定书认为，借用人王文魁以伪造印章与石船建设公司签订协议的行为构成表见代理。观点二认为，借用人以出借人名义实施的行为，应认定为职务行为，并适用职务代理规则确定出借人为责任主体，无需考虑是否构成表见代理[1]。如福建省高级人民法院(2018)闽民终433号民事判决书认为，借用人汤笔峰以益新厦门分公司的名义对外签订《建设工程施工合同》承包工程，系职务代理，因此产生的后果由益新公司承担。

2.2. 相对人有理由相信要件之模糊

《民法典》172条规定的表见代理制度采用抽象概括式立法表述，存在极大模糊性，其中最为诟病的便是“相对人有理由相信”，造成该制度构成要件不明的司法适用困境。建设工程领域中，较为突出的问题是如何具体认定代理人的权利外观以及相对人的善意且无过失。其中对于标的物的用途是否作为认定相对人善意的因素存在以下争议：

观点一即《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》第14条以及《建工解释二讨论稿》第5条第4款，其均认为应将“购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途”作为考察相对人善意无过失的因素之一[4]。如河南省高级人民法院(2020)豫民再213号民事判决书认为，宋学强以长葛二建公司的名义对外签订建筑材料购销合同，合同标的物钢材交付于案涉工程的工地且全部用于工程建设，高金海、何志毛有理由相信宋学强有代理权，故宋学强的行为构成表见代理。观点二认为，标的物如何交付、使用，是交易达成后实际施工人处置标的物的行为，与相对人是否善意无过失及交易主体的确定没有本质和必然联系。如果依据法律规定认定是否构成表见代理存在重大争议，难以作出抉择，合同标的物的用途则可作为帮助解决争议的辅助和例外的考察因素[5]。

2.3. 被代理人可归责性要件之存废

当下理论界多数观点要求被代理人存在可归责性，仅在如何解释可归责性上存在争议。对此存在过错归责说、关联性归责(诱因归责)说、风险归责说和多重归责说的争议。

观点一过错归责说认为，认定表见代理，使得被代理人承受与其真实意思相悖的法律后果，除客观上诱发代理权外观之外，被代理人必须有过错。权利表象仅有在如下情形下才可归责于本人：本人知道或者只要尽到注意义务就能够知道，而且本来可以阻止[6]。

观点二关联性归责说认为，代理权外观的产生应与被代理人存在关联，即只有无权代理人制造的代理权外观能够追溯至本人的行为或表示，第三人的信赖才是合理的，否则就不构成善意无过失[7]。如贵州省高级人民法院(2020)黔民申114号民事裁定书认为，在判断行为人的行为是否构成表见代理这一行为时，应考量被代理人对该权利外观的存在是否具有可归责性及其程度。

观点三风险归责说认为，代理权外观的产生应由被代理人风险范围内的因素所造成，应考虑哪一方更容易控制风险以及公平原则等因素。风险归责原则的考察重点在相对人和被代理人之间进行比较，划定被代理人的风险领域，判断权利外观的风险是否属于被代理人的风险领域[8]。观点四多重归责说认为，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，归责性包括但并不限于过错[9]。

通过系统梳理建设工程领域表见代理认定的三大争议焦点。其一，表见代理与职务表见代理的识别标准存在理论分歧；其二，“相对人有理由相信”要件的模糊性导致司法实践中对权利外观与善意判断的尺度不一，尤以标的物用途的争议最为突出；其三，被代理人可归责性要件的存废之争，反映了风险分配理念与传统归责原则的张力。这些争议揭示了现行规则在应对建设工程行业特殊性时的局限性，为

下文认定标准的重构提供了问题导向的基础。

3. 建设工程合同中表见代理认定标准之构建

3.1. 表见代理与职务表见代理之区分

理论与实践经常出现混淆表见代理与职务表见代理的现象，实际上，二者的本质区别在于职务表见代理中代理人与被代理人实际上存在着劳动关系，职务表见代理对应的劳动关系中存在着概括性授权，而表见代理背后的委托关系中原则上仅为一般性授权。

表见代理与职务表见代理之识别

项目经理等行为人在其职权范围内以建筑企业名义实施具体的行为，可构成职务代理；实施其非职权范围内的事项，属于《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》(以下简称《合同编司法解释》)第 21 条第 2 款规定的情形的(即超越法定职权限制)，则属于无权代理，符合代理权外观、相对人善意且无过失两个构成要件的，认定为表见代理；行为人以建筑企业名义对外订立合同所涉及的事项未超越《合同编司法解释》第 21 条第 2 款规定的职权范围，但是超越建筑企业内部对行为人职权范围的限制，应认定为职务表见代理。表见代理与职务表见代理在行为人实际上无代理权、存在代理权外观，法律后果由被代理人承担，举证责任分配相似等方面存在共性，二者属于同一理论框架下的不同应用。正因二者存在的诸多共性，理论界对二者关系存在不同的观点，司法实践中也出现了对二者的适用条件不加区分，一并当作裁断案件的依据的情况。本文在相对人的善意、法律适用方面对二者进行区分。

首先，在相对人善意方面，《民法典》第 172 条规定设立表见代理制度目的在于对善意相对人利益的保护以及维护交易安全与交易秩序，使得被代理人在违背其真实意思的情况下承受行为人无权代理行为的法律后果，为实现被代理人与相对人利益平衡，认定表见代理要求相对人善意且无过失(包括一般过失、重大过失)；在《民法典》第 170 条第 2 款规定的职务代理越权场合，相对人很难知晓被代理人组织内部对行为人代理权限的具体限制，故职务表见代理的构成，无须考察相对人是否具有过失，仅需要认定相对人是否善意。

其次，在法律适用方面，《民法典》第 170 条第 2 款为第 172 条的特别条款，故应优先适用第 170 条第 2 款作为越权型职务代理场合构成职务表见代理的依据。对于第 170 条第 2 款未规定之其他情形，适用于《民法典》第 172 条一般表见代理的规定。

3.2. 借用人以出借人名义对外订立合同可适用表见代理

借用人因缺乏职务身份、明确授权及合法权限基础，其以建筑企业名义订立合同的行为不构成职务代理。即使建筑企业对借用人有授权，借用人在该授权范围内从事相关民事活动，也属于一般委托代理，而非职务代理。为规避法律规定，建筑企业往往赋予借用人项目经理身份或者以合作设立分公司的形式，隐藏资质使用的法律关系。此种身份客观上形成具有代理权的表象，是构成表见代理的前提之一。若借用人以项目部名义实施的与项目部职能有关的民事行为，符合代理权外观、相对人善意无过失要件的，由建筑企业承担责任。

3.3. 相对人有理由相信

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第 28 条规定判断相对人是否“有理由相信”代理人有代理权，应从行为人的代理行为是否具有代理权的外观及相对人对其代理权的信任是否善意无过失这两方面进行综合考量。

3.3.1. 行为人具有权利外观

代理权的外观需存在使人相信有代理权的客观事实和理由,即在行为人与被代理人之间存在持续稳定的事实上或者法律上的联系。建设工程领域买卖、租赁合同案件中,行为人是否具有代理权外观,应当综合行为人的身份、书面文件、外观宣示、交易习惯等因素判断。

(1) 行为人的身份职务

涉建设工程表见代理纠纷案,行为人与建筑单位之间的身份关系一般分为:与建筑单位具有隶属关系的职员;获得建筑单位授权的委托代理人;转包、违法分包关系中的实际施工人及其聘用、授权的人员。正确认定基础关系,是确定行为人从事的行为是职务代理、委托代理还是无权代理(表见代理)的前提[6]。

在行为人与建筑企业存在劳动关系的情况下,可以考察行为人在建筑企业中的职位及其高低,职位越高,其具有代理权的可能性就越大,越具备具有代理权的外观。

(2) 合同书上加盖建筑企业备案公章、项目部印章

印章作为建筑企业对外意思表示的法定载体,盖章行为给人以行为人有代理权的外观。建设工程领域常存在“真人假章”、“假人真章”、行为人持有加盖建筑企业公章的空白合同等情形,这就导致司法实践中,经常因盖章行为出现争议。

在相对人已尽合理审查义务的前提下,除非印章有特别大的瑕疵,否则备案公章、项目部印章、合同专用章往往给人以行为人有代理权的外观。资料专用章、发票专用章等各种专用章,只能用于特定用途,超越了该公章的使用范围,在未经建筑企业追认的情况下,就很难代表建筑企业的意志。但是印章不是构成表见代理的充分条件,要区分不同情况和结合相关证据,才能判断是否构成表见代理。

(3) 交易习惯

建设工程合同条款多、合同标的额大、工程周期长,行为人与相对人交往的方式是否符合被代理人与相对人之间长期形成的惯常做法,对相对人与被代理人具有重大影响。若建筑企业多次通过项目部人员及使用项目部印章与相对人签订合同文件,则一般能够认可当事人之间存在此类交易习惯;若建筑企业从未或者仅单次通过项目部人员及使用项目部印章与相对人签订合同文件,通常应否定当事人之间存在此类交易习惯。无当事人之间的交易习惯时,则需要进一步审查是否存在建设工程领域、交易所在地相关的交易习惯[10]。

(4) 书面文件

在建设工程领域,书面文件主要包括授权性文件和身份性文件。授权性文件是指表明代理人授权行为权限的表象文件,如项目经理任命书、委托书。授权性文件明确记载了代理人的姓名、代理事项、代理权限和代理期限等关键信息,使得相对人能够清晰了解代理人的代理权限。在建设工程招投标、合同签订等环节,授权性文件是相对人判断代理人代理权的重要依据。身份性文件是指能够表明被代理人身份的文件,如营业执照、盖有公章的建设工程施工合同等。身份性文件在缺乏授权性文件时同样具有重要作用。如果实际施工人持有能够表明企业身份的文件,那么相当于实际施工人以行为表现了其与企业之间所具有的亲密关系和权限外观,同样具有使人相信其有代理权的表象[11]。

3.3.2. 相对人善意且无过失

“相对人善意且无过失”是司法实践中认定表见代理的难点。可以参照《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》(以下简称《民商事合同纠纷意见》)第14条规定的各种因素,以理性人的判断标准综合判断。

(1) 合同相对人是否尽到合理注意义务

相对人在交易时是否尽到注意义务,包括对代理人身份的审查、对代理内容(如代理事项、权限、期限等)的审查、各类表象材料是否具有重大瑕疵、相对人的认知能力、对行为人身份和代理权限存疑时是否有警觉义务和进一步的核实义务等因素。

(2) 相对人充分知晓代理权外观事实的时间

相对人在订立合同前是否已经充分知晓行为人具有代理权外观的事实,是判断相对人善意的前提。构成表见代理的,相对人知悉权利外观事实的时间应早于相对人与行为人订立合同的时间。对订立合同之后才了解的代理权外观等相关事实或诉讼产生后相对人为收集证据而知悉的权利外观事实,则不能支持对相对人善意且无过失的判断。

(3) 标的物的用途

《民商事合同纠纷意见》第14条以及《建工解释二讨论稿》第5条第4款均将“购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途”作为考察相对人善意无过失的因素之一,以往实践中也存在以商事交易标的物用途为标准确定责任归属的倾向,如果标的物用于案涉工程,一般判决建筑单位要承担责任。根据实际承包人的指示,相对人将实际承包人采购的物资、租赁的设备运送至建筑企业承包工程项目以外的工地,或者相对人将其主张支付给建筑企业的款项汇至与建筑企业或工程项目无关的银行账户,不应认定相对人善意且无过失。

3.4. 不要求被代理人具有可归责性

综合理论观点与实践做法,笔者认为建设工程中表见代理的认定无需考虑被代理人可归责性问题。首先,《民法典》第172条立法虽未明示取消可归责性要件,但立法目的上,表见代理制度旨在保护交易安全,避免善意相对人“劳而无获”^{[12][13]},而要求相对人“善意且无过失”已内含风险分配考量——若被代理人无可归责性,相对人通常存在审查过失;其次,司法实践中,中国裁判文书网数据显示,建设工程表见代理案件仅约0.1%明确考量被代理人可归责性,反映实务更关注相对人合理信赖;¹可见实践中也不要要求被代理人具有可归责性。最后,风险分配与效率原则下的制度重构角度,表见代理的认定不以被代理人可归责性为前提,这符合现代商法的风险分配逻辑。建筑企业作为组织化经营者,相较于交易相对人具有显著的风险防控优势:企业可通过完善内部管理(如印章保管、授权流程等)系统性降低代理权瑕疵风险;此外,企业作为工程款的最终受益人,按照“利益与风险相统一”原则,理应对关联风险承担终局责任。这种安排亦符合效率原则——若要求相对人承担审查义务,将导致无数交易主体重复支出成本,而建筑企业可通过标准化管理及保险机制更高效地分散风险。行业特殊性下的社会成本优化角度,建设工程领域表见代理多源于企业自身管理缺陷(如原文所述公章冒用、制度混乱等),要求企业担责可产生有效威慑:一方面,企业可通过内部追偿实现损失分担,避免相对人陷入求偿困境;另一方面,此举倒逼行业规范授权管理,从源头减少代理权纠纷。这种制度设计既符合《民法典》“优先保护交易安全”的价值取向。

基于前文争议分析,本节提出了分层递进的认定标准体系。首先,以劳动关系与职权范围作为区分表见代理与职务表见代理的刚性标准,明确《民法典》第170条第2款的优先适用地位;其次,通过权利外观与善意判断,构建“相对人有理由相信”的客观化评估框架;最后,从风险分配视角论证取消被代理人可归责性要件的正当性,强调建筑企业的风险控制优势与行业治理需求。这一体系既回应了理论争议,亦为司法实践提供了可操作的裁判指引。

¹截至2025年1月24日1:05,根据中国裁判文书网数据库的检索结果显示:以“建设工程”和“表见代理”为关键词共检索出44,125篇相关案件文书,其中仅有42篇文书在认定表见代理时考虑了被代理人的可归责性问题。

4. 结语

在建设工程不规范经营行为日益普遍背景下,区分职务代理与表见代理应以是否存在劳动关系以及职权范围的具体界定为依据,职务表见代理与一般表见代理在相对人的善意程度、适用范围和法律适用等方面存在差异;借用人以出借人名义对外订立合同的行为不应被认定为职务代理,而应考虑其是否构成表见代理。再次,在判断行为人的权利外观时,应结合建设工程的实际情况,综合考虑行为人的身份、书面文件、外观宣示等因素,以实现对行为人权利外观的全面评估。对于相对人的善意且无过失的认定,应根据合同相对人是否履行了合理注意义务、相对人对代理权外观事实的知晓时间、标的物的用途以及建筑单位对项目经理行为的了解程度等因素进行综合判断;在建设工程中表见代理的认定过程中,不应过分关注被代理人的可归责性问题。

参考文献

- [1] 侯雪梅. 建筑工程合同表见代理构成要件及适用研究[J]. 西部法学评论, 2019(2): 12-20.
- [2] 朱广新. 职务代理权行使超越职权限制的效果归属[J]. 环球法律评论, 2024, 46(4): 72-89.
- [3] 最高人民法院民事审判第二庭研究室. 最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2023: 258-261.
- [4] 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(二) [EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/iLn6ZPhPYIDpJph1jFRJAg>, 2024-10-23, 2025-02-15.
- [5] 周凯. 表见代理制度的司法适用[J]. 人民司法, 2011(7): 70-75.
- [6] 杨芳. 第 172 条(表见代理规则) [M]//朱庆育. 中国民法典评注: 条文选注(第 1 册). 北京: 中国民主法制出版社, 2021: 182.
- [7] 冉克平. 表见代理本人归责性要件的反思与重构[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(1): 72-80.
- [8] 朱虎. 表见代理中的被代理人可归责性[J]. 法学研究, 2017, 39(2): 58-74.
- [9] 叶金强. 表见代理中信赖合理性的判断模式[J]. 比较法研究, 2014(1): 87-94.
- [10] 文兴平. 建设工程领域交易习惯的类型化认定[N]. 人民法院报, 2024-11-28(007).
- [11] 史智军. 建工纠纷中表见代理的司法认定规则[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/x6Y2KtYctiS15jtoY-33Iw>, 2017-12-28, 2024-12-07.
- [12] 贺荣. 最高人民法院民法典总则编司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2022: 415.
- [13] 黄薇. 中华人民共和国民法典总则编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 456.