

实际施工人对外购买行为的责任归属研究

余沁畅

成都理工大学文法学院, 四川 成都

收稿日期: 2024年1月24日; 录用日期: 2024年2月6日; 发布日期: 2024年3月28日

摘要

通过分析实际施工人为项目施工而对外购买相关建筑材料所引发的债务承担纠纷的判决书, 可知司法实践中存在实际施工人单独责任、施工企业责任和实际施工人与施工企业共同责任三类责任类型。比较这些裁判的结果、思路和依据, 发现整体上存在同案不同判、同判的裁判思路迥异的问题; 在事实认定和法律适用上, 存在合同主体认定不一、实际施工人行为性质认定混乱等问题。裁判差异化的原因包括: 一是裁判理念上债权人保护主义的趋向明显, 二是事实认定上实际施工人行为性质的认定混乱, 三是规范适用上粗放立法模式下法律适用混乱。为消弭前述司法分歧, 提出以下完善建议: 一是裁判者应当秉持实质公平的裁判理念, 二是裁判者应当查明案件相关事实, 统一事实认定标准; 三是完善实际施工人对外购买行为责任归属的相关法律。

关键词

实际施工人, 合同相对性, 表见代理

Research on the Attribution of Responsibility for the Actual Constructor's External Purchase

Qinchang Yu

School of Humanities and Law, Chengdu University of Technology, Chengdu Sichuan

Received: Jan. 24th, 2024; accepted: Feb. 6th, 2024; published: Mar. 28th, 2024

Abstract

By analyzing the judgments of the debt assumption disputes arising from the actual constructor's purchase of relevant building materials for the construction of the project, it can be seen that there are three types of liability in judicial practice: the sole liability of the actual constructor, the

liability of the construction enterprise, and the joint liability of the actual constructor and the construction enterprise. Comparing the results, ideas and basis of these judgments, it is found that there are problems of different judgments in the same case and different adjudication ideas in the same judgment. In terms of the determination of facts and the application of law, there are problems such as inconsistent identification of the subject of the contract and confusion in the determination of the nature of the actual contractor's behavior. The reasons for the differentiation of adjudication include: first, the obvious trend of creditor protectionism in the concept of adjudication, second, the confusion in determining the nature of the actual constructor's behavior in the determination of facts, and third, the confusion in the application of law under the extensive legislative model in the application of norms. In order to eliminate the above-mentioned judicial differences, the following suggestions are put forward: first, adjudicators should uphold the concept of substantive fairness, and second, adjudicators should ascertain the relevant facts of the case and unify the standards for determining facts; The third is to improve the relevant laws on the attribution of responsibility for the actual constructor's external purchase.

Keywords

The Actual Contractor, The Relativity of the Contract, The Apparent Agency

Copyright © 2024 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

为了工程质量安全,我国建筑市场实施严格准入制度。但在实践中,非法转包、违法分包、借用资质等违反《建筑法》的现象层出不穷。实际施工人为完成工程,会以自己名义、项目部名义、施工企业名义对外进行各类商事活动,如购买建筑材料、租赁建筑设备、对外融资借款等,一旦实际施工人出现资金周转困难,往往产生大量的诉讼案件,造成社会极其不稳定。然而,由于实际施工人的相关制度在立法上并未进行统一规定,同时,对实际施工人的身份及其对外债务认识及法律适用的不同,处理结果不一,导致“同案异判”的现象时有发生,有损司法权威。鉴于此,本文以实际施工人对外购买建筑材料这一行为作为研究对象,通过统计实证分析相关判决,以探究裁判差异化的现象及成因,并总结司法裁判的经验,提出相应的对策建议,以期有助益立法实践和司法活动。

2. 实际施工人对外购买行为责任归属的裁判现状及问题

本文数据来源为北大法意,检索关键词为“实际施工人”,检索限制项为:案由为“买卖合同纠纷”、文书性质为“判决”、案件类型为“民事案件”、法院级别为“高级法院”、裁判年份为“2018~2022年”。检索日期为2023年1月1日,检索结果为164篇。去掉其中包含“实际施工人”语词但与该身份无关的文书,从而得到最后的有效样本文书142份。限于文书公开的不完全、数据统计的疏漏等因素,上述142份统计文书仅仅是样本文书。统计数据显示,样本文书涉及全国31个省级区域,裁判年份横跨2018~2022五个年度。因此,本文统计的样本文书及裁判观点具有一定的代表性和研究价值。

2.1. 实际施工人对外购买行为责任归属的裁判现状

2.1.1. 实际施工人对外购买行为责任归属的裁判类型

在142份有效样本文书中,法院明确认定责任主体的文书占比高达96.5%,主要涉及三种裁判类型:

或由实际施工人承担责任，或由施工企业承担责任，又或是裁判实际施工人与施工企业共同承担责任(详见图 1)。其中，有 65 篇判决书裁判由实际施工人承担责任，裁判由施工企业承担责任共 51 篇，裁判由实际施工人与施工企业承担共同责任共 19 篇。同时，亦有部分法院并未明确纠纷的责任主体，仅围绕原告诉求中主张的某一主体是否需要承担责任展开，其原因或与原告主张具有特定性、具体针对性有关。

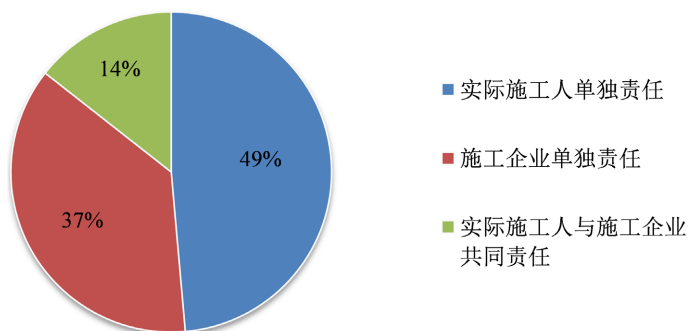


Figure 1. Data on the proportion of three types of referees
图 1. 三种裁判类型占比数据

2.1.2. 实际施工人采购材料行为责任归属的裁判依据

在实际施工人与材料供应商因欠付货款产生纠纷的情形下，卖方为尽可能地实现自己合法权益的最大化，往往把实际施工人与施工企业一并列为被告，要求二者承担连带责任或共同责任。由于建筑施工领域常常涉及违法分包、非法转包、挂靠等违法行为，建筑材料买卖合同的主体认定较为复杂，实践中亦出现“不同层级的法院对同一案件中买卖合同主体认定差异”的现象。

1) 实际施工人单独责任的裁判依据

在 65 篇认定由实际施工人单独承担责任的判决书中，法院判决的核心依据在于合同“实际主体”的认定：一是对实际施工人直接与材料供应商口头约定或订立书面合同，法院会结合实际施工人参与到买卖合同履行、对账结算的过程的这一事实，认定实际施工人以个人名义从事民事活动，属于个人行为，根据合同相对性原则，应当由其承担合同责任。二是实际施工人以项目部名义、以施工企业的名义与材料商订立的合同，法院会结合施工企业与案涉合同的关联强度进行判断，例如案涉货款由实际施工人个人账户进行支付，或者结算时出现的结算单、对账单、承诺书、欠条等均由实际施工人出具并签字等事实，认定该等合同虽然存在施工企业或项目部的签章，但实质上是以实际施工人个人名义而非以承包方的名义签订的，故所产生的合同责任理应由实际施工人单独承担。

对该类型案例梳理中能够发现，法院的判决依据在根源上系实质化的合同主体及合同相对性，认定合同实质主体的事实包含买卖合同的订立、履行、对账结算的各环节与全过程，或是依据实际施工人以个人名义出具欠条、还款协议书等相关事实，据此认定案涉合同责任主体为实际施工人，或是从案涉项目利益归属出发，认定实际施工人系项目的实际受益主体，应由其承担合同责任。

2) 施工企业单独责任的裁判依据

在此类判决中，从诉讼主体看，原告多选择实际施工人与施工企业作为共同被告，且其存在的基础合同的主体亦有实际施工人名义或者项目部、施工企业的名义，这与法院判决实际施工人自己承担责任，本无明显差异。但此时法院并不从实际施工人与施工企业内部探讨合同“实质主体”问题，而是另辟蹊径，从外部第三人或者国家规制探讨实际施工人行为的性质，通过职务行为、表见代理以及案涉合同名义主体判决施工企业对外承担责任。在 142 篇有效文本中，法院判决施工企业不承担责任的有 7 篇，判决施工企业承担责任的有 51 篇，具体依据如图 2 所示。

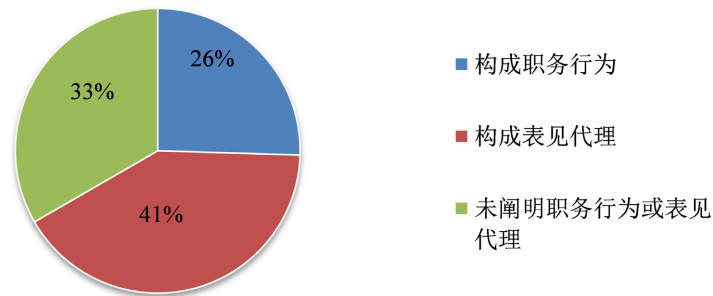


Figure 2. Judgement data on the responsibility of construction enterprises
图 2. 施工企业承担责任的裁判依据

可见，在此类型中，绝大多数法院通过对实际施工人行为对外的性质判断，以实际施工人构成职务行为、表见代理为由认定施工企业承担责任，又或者不论实际施工人的行为性质，结合案件事实认定案涉买卖合同主体为施工企业，以此判决其承担责任。此外，为强化判决的正对性，法院还会提出一些补充理由，其中包含：一是施工企业不能以其与实际施工人的内部协议来对抗外部第三人，案涉合同责任仍由施工企业承担。二是在查明实际施工人与施工企业内部关系时，法院亦认为施工企业违反《建筑法》的规定，以违法分包、非法转包或挂靠的方式将案涉工程项目交由实际施工人进行施工，系施工企业为逃避法律责任所实施的违法行为，由此造成债权人权益损害的，施工企业应当承担相应的法律责任。三是如以项目部名义订立的买卖合同，法院认为项目部没有责任能力，应当由施工企业承担责任。可见，上述理由均是从实际施工人与施工企业的外部关系进行考察。

3) 实际施工人与施工企业连带责任的裁判依据

在有效文本中，由实际施工人和施工企业共同承担责任的有 19 篇，其中，西部地区作出连带清偿责任的判决占绝大多数。就实际施工人与施工企业承担连带责任这类判决而言，所适用的法律依据各异：第一，以程序法“共同诉讼人”规定为据适用连带责任，即适用《民诉解释》的程序性规定判定二者承担连带责任。第二，大部分法院援引《建筑法》关于“禁止转包、违法分包、挂靠”等数条规定，以施工企业存在上述违法行为存在过错，判决其与实际施工人承担连带责任。第三，部分法院从受益论的角度出发，即承包人基于实际施工人完成项目建设所获得工程的工程款、收取的管理费，本质上是获取了工程利益，应当与实际施工人共同承担责任。第四，通过实际施工人或施工企业以其自己名义对所欠货款出具欠条、承诺书、还款协议书等事实，法院以实际施工人或施工企业的行为构成债务加入，进而认定二者共同承担连带责任。

连带责任对责任人苛以更加严格的共同责任，使得责任人处于较为不利的地位，因此，连带责任的适用必须有合法依据，即裁判者不得在当事人没有约定且法律没有明确规定时，通过自由裁量权行使的方式任意将多人责任关系认定为连带责任。但在此类判决中，法院没有指明当事人之间存在连带责任的约定，援引适用的法律也没有明示连带责任条款或者从相关法律条文中阐释出隐含连带责任的意图，而是简单、粗暴、随意地自由裁量。

2.2. 实际施工人对外购买行为责任归属的裁判所存在的问题

分析前述类型判决及其裁判依据，能够明显感受到彼此的矛盾与冲突：其一，判定责任的基础存在内部关系与外部关系的割裂；其二，认定外部关系的标准不一。

2.2.1. 实际施工人行为的性质认定混乱：内部性、外部性或二者的结合

商事外观主义是商法的基本原则之一。在商事活动中，以交易当事人行为外观为准，认定其行为所

产生的法律效果。实际施工人对外购买材料系属于商事行为，其外观主义主要体现在“以谁的名义”订立合同、合同的签章主体。因此，在 142 个判决书样本中，“合同名义及签名主体”对案涉买卖合同责任主体判定产生重大的影响，自无疑问，但这种影响在结果上却是大相径庭：以实际施工人个人名义对外签订合同案例有 32 例，认定为实际施工人独立责任的有 27 例；认定为实际施工人与施工企业共同责任的有 5 例。以施工企业名义订立合同的共计 36 例，其中，有 5 例认为购买材料是属于实际施工人的个人行为，应当由其个人承担责任；认为该行为构成表见代理的有 6 例，认为构成职务行为的共计 7 例。

结合案例中当事人主张、抗辩及法院裁决理由，可知导致前述冲突的原因在于不同法院、法官对同一法律事实所涉法律关系的承认或者拒绝存在差异，具体而言，在实际施工人、施工企业和买卖合同相对人三者之间，存在实际施工人与施工企业的内部关系、相对人与实际施工人和施工企业的外部关系，同一事实在不同视角下进行的判断，会产生完全不同的结果：(1) 判决实际施工人自己责任的案例，不因合同名义是实际施工人还是项目部或者施工企业而改变，这说明法院不在意合同主体外观，而仅仅考虑实际施工人与施工企业的内部关系，即谁才是“实质主体”，进而认定该等涉案合同系实际施工人的个人行为，不考虑相对人的认知及其后果，如表见代理、职务行为等外部关系对责任承担的影响。(2) 在判决施工企业单独承担责任的类型中，涉案合同名义主体有实际施工人的，但大多数案例以施工企业或者项目部的名义与材料商订立买卖合同，而在这些案例中，施工企业绝大部分都提出自己并非案涉合同主体的理由予以抗辩，尽管部分裁决对此有所回应，例如有 2 例认为签约行为人的身份问题不影响买卖合同主体的认定，有 3 例释明了签约行为人与施工企业的关系，但法院并没有依据合同“实质主体”，即并未对施工企业与实际施工人内部在涉案合同中实质关系进行分析、论证、裁决，甚至有 7 篇判决在论述施工企业承担责任时，并未具体阐述实际施工人与施工企业的关系，而是依据合同主体外观、职务行为或者表见代理等施工企业与相对人的外部关系进行裁决。就项目部名义的涉案合同，大部分法院没有厘清项目部的实际设立主体，即使认定存在实际施工人，也存在将其认定为项目部为施工企业的项目部。而在少部分厘清项目部设立主体的案例中，法院也仅仅依靠表象进行判断，并未深入探究其行为究竟代表哪一方主体的真实意思，换言之，也不考虑实际施工人与施工企业就项目部的内部关系。(3) 在判决实际施工人与施工企业的共同责任中，法院裁判的依据不仅有外部依据，如实际施工人与施工企业共同违反《建筑法》，也有内部依据，如实际施工人与施工企业就涉案工程均有收益，或者一方加入债务。

综上所述，本文所涉司法实践的冲突，源于法院在考察涉案合同的三方关系时，或偏向于实际施工人与施工企业的内部关系，从合同“实质主体”出发，认定实际施工人自己承担责任，或者从施工企业与相对人的外部关系出发，注重合同外观、相对人权益保护，认定涉案合同为施工企业的行为或者施工企业基于职务行为或者表见代理承担责任，或从实际施工人与施工企业在先的共同违法行为、共同利益等，而不讨论涉案合同本身所涉三方关系，认定实际施工人与施工企业的共同责任。从直接原因看，是法院对实际施工人签约行为的是自己行为、施工企业行为的认识混乱；从裁判逻辑看，更是法院对实际施工人和施工企业的内部关系与相对人的外部关系，应该如何适用、彼此导致矛盾结果时如何取舍存在混乱。

2.2.2. 实际施工人行为性质认定混乱

就实际施工人对外购买材料引发的纠纷而言，施工企业是否需要承担责任一直以来都是实际施工人、施工企业与材料供应商共同的争议焦点。法院常以其行为构成职务行为或表见代理为由判定施工企业承担责任，加之法律上的规定较为宏观抽象，实践中对其认定标准也不一致，即便在侧重涉案合同外部关系考察的案例中，法院对实际施工人行为是否构成职务行为、表见代理认定也是混乱的。

在职务代理的认定上，在某再审案件中，一、二审法院与再审法院关于职务行为的认定，就存在不

同的判断标准。就表见代理的认定而言，虽然立法上对其构成要件已有明确的规定，但在司法实践中，裁判者对代理权外观的把控严易程度不一致，对第三人的审慎注意义务标准亦存在不同，如权利外观这一要件上，实践中对代理外观表象的把控严易程度不一致，有工地外观、项目公示文件等外观表象就直接认定构成表见代理，同时判定二者承担连带责任的情形；也有案涉买卖合同虽加盖了施工企业公章、项目部印章等但未认定构成表见代理、职务代理的情形。又如在衡量卖方注意义务上，一、二审法院赋予卖方过高的注意义务，即要求卖方在订立合同时不仅需要审查实际施工人是否取得授权使用项目部印章，还应当对印章的瑕疵引起注意，而再审法院则认为，合同相对人难以辨认印章的真假，应属于善意相对人，由此认定构成表见代理，施工企业应当承担责任。

因法院在上述事实认定存在差异，导致对实际施工人的行为性质认定有所不同，进而判断不同的责任主体。

3. 实际施工人对外购买行为责任归属裁判差异化的原因

就裁判理念上而言，更多裁判者在审理实际施工人对外商事纠纷时，倾向于对债权人利益保护。在事实层面上，因涉实际施工人的案件法律关系较为复杂，法院对实际施工人行为的性质存在认识混乱，相关事实认定存在显著差异，影响到后续的法律适用。而在规范层面上，由于立法的抽象性，裁判者存在消极、机械适用法律的情况，这些因素共同造就了裁判差异化的结果。

3.1. 裁判理念：债权人保护主义的趋向明显

就裁判理念而言，裁判者在审理实际施工人与建设工程施工合同纠纷密切关联的买卖建筑材料、租赁建筑设备等商事纠纷中，更倾向于对债权人权益的保护，较少审查债权人对实际施工人所实施的行为是否具有合理信赖^[1]。同时，鉴于建设工程领域的合同相对人系从事经常性商事活动的商主体，裁判者一般赋予合同相对人以更高的注意义务标准。

除此之外，为保护债权人的权益，部分裁判会以认定施工企业存在出借资质、非法转包、违法分包等行为负有过错情况下，判令施工企业与实际施工人承担连带责任，法官或依据过错原则、公平原则进行裁判说理，或综合考量进行认定，更有甚者以程序法的有关规定就作出连带责任的裁决。虽然施工企业在利益驱使下将工程项目违法分包、非法转包给实际施工人进行施工，但实际施工人违法承揽工程这一行为，并不必然导致合同相对人的权益受损，法院在说理时也没有将其中的因果关系阐述清楚。肆意突破合同相对性进而判决施工企业与实际施工人共同承担责任，既无事实和法律依据，更加违背了民法的契约自由原则^[2]。

3.2. 事实认定：实际施工人行为性质的认定混乱

对实际施工人对外购买材料这一行为，法院或从实际施工人与施工企业的内部关系出发，或从买卖合同相对人与实际施工人、施工企业的外部关系进行责任主体的判断，由此产生完全不同的裁判结果。法院对实际施工人行为性质的认定混乱，不仅导致其判定责任的基础存在内部、外部关系的割裂，更是对实际施工人和施工企业的内部关系，相对人与施工企业、实际施工人的外部关系，应该如何适用，以及彼此导致矛盾结果时如何取舍存在混乱。

3.2.1. 实际施工人与施工企业的内部关系未予查明

按照法律层面的设计，在建设工程施工合同领域，承包人在承揽建设工程后自行组建项目部进行施工或者采用内部承包的方式进行施工，在这一理想框架下，承包人就是案涉项目的实际施工主体，不存在实际施工人。然而，现实普遍存在的建设工程违法分包、非法转包和挂靠经营屡见不鲜，甚至于承包

人对同一个建设工程进行数次分包或转包，案涉法律主体较多，法律关系复杂。《建筑法》和《建工司法解释一》只是将非法转包、违法分包等承包人的违法行为对建设工程施工合同纠纷进行了回应，而对于实际施工人涉及的与建设工程相关的买卖、租赁合同纠纷的影响尚未进行评价。

无论是违法分包、非法转包还是挂靠经营，究其本质是承包人在利益驱动下对其建筑资质的滥用，承包人的违法行为必将对实际施工人从事商事活动产生一定的影响^[3]。实际施工人组建项目部进行施工，以项目部的名义对外从事建材购买、建筑设备租赁、融资借款等行为，司法实践中常以项目部不具责任能力为由，直接裁定由施工企业承担责任。这显然不具合理性。若项目部并非由施工企业授权设立，那么以项目部名义所实施的行为并不能代表施工企业，项目部与施工企业的意思表示不具一致性，其行为引发的责任应当是归属于项目部的实际行为人。因此，厘清实际施工人与施工企业、项目部之间的关系，是事实查明之必需。但遗憾的是，在大部分案件中，法院未予查明实际施工人与施工企业的关系，尚未厘清项目部的实际设立主体，未深入探究项目部行为究竟代表哪一方主体的意思，仅仅以其中一个或多个表面现象进行判断，如项目部名称与案涉项目一致，项目部的启用通知，施工企业对公支付相应货款，施工企业在相关文件上盖章等。加之在这类案件中裁判者更倾向于保护债权人的权益，进而判决更具有经济实力和偿付能力的施工企业承担责任，甚至要求实际施工人与施工企业承担连带责任或共同责任，使得裁判结果有失公允。

实际施工人与施工企业的内部关系，既是查明实际施工人身份的逻辑起点，也是认定实际施工人所实施的行为是否构成代理的关键。然而有将近一半的判决并没有查明实际施工人与施工企业的内部关系这一关键性事实，部分法院认为“实际施工人与施工企业的内部关系”与案件并无直接关联，无需查明双方的内部关系。因不同的法院对此秉持着不同的态度和处理方式，也导致了“同案异判”现象加剧。

3.2.2. 内部法律关系、外部法律关系适用与取舍存在混乱

事实认定是查明事实真相的认识活动。谁是案涉合同的主体本就是实际施工人与材料供应商纠纷双方当事人争议的核心，在判定合同主体的过程中，存在多种因素影响。源于法院在考察涉案合同的三方关系时，或偏向于实际施工人与施工企业的内部关系，从合同“实质主体”出发，认定实际施工人自己承担责任，或者从施工企业与相对人的外部关系出发，注重合同外观、相对人权益保护，认定涉案合同为施工企业的行为或者施工企业基于职务行为或者表见代理承担责任，或从实际施工人与施工企业在先的共同违法行为、共同利益等，而不讨论涉案合同本身所涉三方关系，认定实际施工人与施工企业的共同责任。从本质上来说，因法院对于内、外部法律关系应当如何适用，彼此导致矛盾结果时应当如何取舍存在不同标准，进而导致裁判差异化显著。

《九民纪要》中指出，外观主义是为了保护交易安全设置的例外规定，一般适用于因合理信赖权利外观或意思表示外观的交易行为。可见，商事外观主义主要是针对外部法律关系而言，对于内部关系则依然需要坚持事实主义，即保护契约自由和当事人的意思自治。但是，商事外观主义和事实主义是矛盾的，二者所保护的對象是不同的，商事外观主义多保护外部法律关系，事实主义多保护内部法律关系。因此，实际施工人对外购买行为的裁判差异化，源于法院对商事外观主义和事实主义的选取适用，即对外部法律关系和内部法律关系保护的选择。

内部法律关系与外部法律关系相互交织并相互影响，内部关系的效力可能会外化，外部关系也会促使内部关系的变动，因而在这一系列变动中，权益受损者可能既有内部关系，也有外部关系，选择何者进行保护是关键。就目前法律制度来看，关于商事外观主义的有关制度较多，实践中对商事外观主义的适用较为频繁。在实际施工人对外购买建筑材料纠纷中，为维护善意第三人的合法权益，法院适用商事外观主义作为裁判依据进行说理，以保护交易秩序和交易安全，但近年来，商事外观主义在审判实践中

被过度适用,《九民纪要》也明确指出要“特别注意外观主义系民商法上的学理概括,并非现行法律规定的原则,现行法律只是规定了体现外观主义的具体规则”,并要求“审判实务中要准确把握外观主义的适用边界,避免泛化和滥用”。

3.3. 规范适用:粗放立法模式下法律适用混乱

在施工企业单独责任的判决中,法院从实际施工人、施工企业与买卖合同相对人的外部关系出发,注重合同权利外观,保护善意相对人,以职务行为和表见代理进行法律适用并阐述理由,但在适用相关制度时,却较少审查相对人是否具有合理信赖,对于其注意义务亦存在不同标准。实际施工人对外债务责任归属的裁判存在冲突,主要在于粗放立法模式下法律的认定标准模糊且不一,导致法院在实际适用法律存在不同的认定标准,同时,由于违法分包等违法因素的介入,法院在对职务代理和表见代理的判断上也具有疑难性和复杂性,进而产生同案异判的情形。

职务代理是工作人员就其职责范围内的事项履行工作内容,无需企业的特别授权,其行为后果由企业承担。绝大多数法院审查实际施工人对外购买行为时,没有论述构成职务行为的具体缘由;在少部分有阐述缘由的法院中,在认定职务行为上亦存在不同的认定标准。此外,实践中,实际施工人常与项目经理、项目负责人身份重叠。为规避发包方或其他有关部门的监督,实际施工人往往与施工企业私下约定好双方的权利义务后,对外以施工企业的“项目经理”的身份出现。这一类型的兼具实际施工人与项目经理双重身份的行为人,对外以施工企业名义从事合同行为,是否能够构成职务代理,实践中尚未形成统一认识。

实际施工人对外购买行为在适用表见代理这一问题上,权利外观常常是当事人之间的争议焦点,尤其是印章问题[4]。尽管《九民纪要》第41条就盖章行为的法律效力作出规定,即主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力。然而,私刻印章是否能证明代理权外观,在司法实践中亦存在不同的认定。除此之外,就判定第三人是否善意这一问题而言,不同法院的认定标准差异显著,多数法院认为只要具有客观表象的事实存在,可以判定相对人是善意且无过失的,甚至为保护合同相对人的信赖利益,认为公章私刻、内部承包等系内部管理问题,不能对抗第三人。在所收集的案例中可以看出,不少法院对相对人的审慎注意义务并无做特别的说明,对相对人审慎注意义务的标准有严有松,并无明确统一的判断标准。综上,有必要仔细研究卖方的注意义务,即只有明确判定卖方系善意的标准,才能平衡双方当事人的利益。

4. 实际施工人对外购买行为责任归属制度的完善

如前所述,基于实际施工人对外购买行为责任归属的裁判差异化的原因,需要从裁判理念、案件事实、法律适用三方面提出完善建议,统一司法裁判的认定标准,以纠正“同案不同判”的司法乱象。

4.1. 秉持实质公平的裁判理念

在建设工程施工合同纠纷中,为保障实际施工人权益,法律和司法解释对此允许合同相对性的突破,即在实际施工人完成工程施工并验收合格情况下可以要求分包人、承包人、发包方承担支付工程款的责任[5]。但近年来,实务中对条款的运用却有一再扩大的趋势。因欠付货款引发的合同责任,由实际施工人与施工企业共同承担,确实是能够最大限度地保护债权人的权益。然而,是否具有正当性有必要深入探究。笔者认为,这一突破合同相对性并判决二者承担连带责任的做法,其裁判理由及依据均具有不合理性:第一,基于我国建设工程领域的特殊国情,立法者赋予实际施工人突破合同相对性向发包人主张工程款的权利,系为了保障农民工工资得以实现,而在实际施工人对外购买建材的案件中,与一般买卖合同纠纷并没有实质性的差异,不对合同相对人予以特殊保护,参照适用该条款判决承担连带责任并

不符合其法律本意。第二，承包人将工程交由实际施工人完成系属于《建筑法》所规定的违法行为，应当承担连带责任。诚然，承包人非法转包、违法分包等违法承揽工程的行为确实存在过错，但在与材料供应商的买卖合同纠纷中，该行为并不必然导致合同相对人的权益受损，要求非合同方的承包人与实际施工人承担连带责任违背了意思自治原则，毫无依据可言。第三，以受益论作为裁判理由，判决施工企业共同承担责任。笔者认为，实际施工人作为案涉项目的实际施工主体，其属于工程项目的受益人，由其自行支配工程款，享受工程利润。况且，施工企业上游的非法转包等违法行为，并不必然导致下游债权人的债权受到损害，二者之间并无直接的因果关系，亦不构成不当得利。第四，以程序法有关规定判决实际施工人与承包人承担连带责任。在存在借用资质的情形下，不少法院依据《民诉解释》关于第54条“挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人”的规定作出了连带责任的判决。笔者认为，以程序法的有关规定作出实体判决本身就是错误的。

债具有相对性，突破合同相对性需要有请求权的基础，而实际施工人与材料供应商的买卖合同纠纷中，并不存在突破合同相对性的法律基础^[6]。实际施工人与材料商之间的买卖合同，应当遵守合同相对性的基本原则，不能要求非合同主体履行合同内容、承担支付责任，即对建材买卖合同主体的确定应当根据买卖合同成立时的情况进行来确定案涉合同的相对方^[7]。除此之外，实际施工人对外从事商行为引发的责任必然涉及到合同相对人、实际施工人、承包人等多方主体利益保护的矛盾。毫无疑问，如何分配、协调及均衡多方主体的具体利益是法官裁判最为重要的价值判断与考量，这要求法官不应仅仅在字面上遵循法律规定，还应当充分了解制定法中所包含的利益价值判断。然而，利益衡量毕竟是一种主观行为，必须进行一定的限制，法官应当置于个案具体的事实中，通过对法律的适用衡平各方利益，同时，应当注重对个案的总结与比较，予以类型化分析与总结，制定确定可行的类型化利益衡量方法^[8]。

4.2. 查明案件相关事实，统一事实认定标准

4.2.1. 查明实际施工人与施工企业的内部关系

事实查明是法院裁判的基础。在实际施工人与材料供应商因欠付货款引发的纠纷中，查明实际施工人与施工企业的内部关系在司法实践中存在两方面的争议。

其一，是否有必要查明实际施工人与施工企业的内部关系。尽管部分法院认为，涉案工程的建设承包、施工等行为与案涉买卖行为是两个不同的法律关系，至于施工企业与实际施工人之间的权利义务关系，并不属于买卖合同纠纷的审查范围。不可否认的是，在实际施工人与材料供应商之间的买卖合同纠纷中，案件争议焦点确实是围绕着合同价款的支付责任主体展开，但就笔者研究发现，查明实际施工人与施工企业的内部关系这一事实是影响裁判者判断案涉合同责任主体的因素之一。在已查明实际施工人与施工企业内部关系的案件中，尚存在案涉合同责任主体不一致的情形，在未查明双方内部关系的案件中，合同责任主体的判断更存在争议。

其二，部分法院认为仅凭内部协议不能证明实际施工人与施工企业的内部关系，进而否认实际施工人的身份。“孤证不能定案”是普遍认可的规则，仅凭一份内部协议尚不能形成完整的证据链。因此，证明实际施工人与施工企业的内部关系这一关键性事实，不应仅凭单一的内部协议进行认定，而应当综合各种证据认定案件关键性事实，进而认定“谁”是实际施工人。综上所述，裁判者应当主动查明案件相关法律事实，回归逻辑起点，探究本土经验，从实质上查明实际施工人身份，解构实际施工人与施工企业内部关系，以更准确适用法律确定案涉合同责任主体。

4.2.2. 结合内、外部法律关系认定合同主体

实际施工人与材料供应商的纠纷是买卖合同纠纷，合同主体的认定是案件审理的核心。由前所述，法院判定案涉买卖合同主体常常涉及对实际施工人、施工企业与买卖合同相对人三者之间关系的考量，

因存在不同的考量标准和依据，进而认定不同责任主体，判决不同的责任形式。

外部法律关系的优先保护在当下仍是有必要的。鉴于我国目前仍处于社会主义市场经济体制的建设期、完善期，优先保护买卖合同相对人的合法权益，能更好地维护交易安全，维护社会主义市场经济秩序的稳定。其次，在建设工程施工领域，在施工企业或实际施工人未明确告知的情形下，买卖合同相对人无法知晓其内部关系，且相较于实际施工人、施工企业而言，相对人在合同订立的过程中过错相对较少，优先保护买卖合同相对人的权益得以实现，能更好地实现公平正义。在违法分包等违法因素介入的情况下，内部关系的受害者难以界定，即使确定并予以保护，也会因为内部关系相对人的偿债能力较低，难以完全实现其利益。最后，外部法律关系较内部而言，其法律关系更加明晰，受到公共的监督力度更大，相反，在利益驱动下，施工企业违反法律规定，将工程项目违法分包、非法转包给实际施工人，其关系更加复杂。当合同签订主体与履行主体不一致时，法官需要将目光聚焦在合同签订、合同履行、合同结算三大场景中，检视案件的证据与事实，明确谁是本案的欲达合同目的之人，分析交易活动的实施者、交易受益者以及责任承担者，从实质上识别案涉买卖合同主体。

4.3. 统一实际施工人对外购买行为责任归属的裁判标准

在实际施工人对外购买行为引发的纠纷中，法官根据查明的事实，进而对实际施工人行为的性质进行筛查，主要是判断其是否构成职务代理和表见代理。由于立法上规定较为宏观抽象，缺乏可操作性，据此，有必要就实际施工人对外购买行为的裁判标准进行明确。

4.3.1. 实际施工人对外购买行为适用职务代理的裁判标准

就职务行为而言，实际施工人系为其自己的利益所为的行为，一般来说不能构成职务代理，应当由其个人承担责任。然而，在与项目经理身份重合的情形之下，则应当具体问题具体分析，即应当以“事中判定”代入合同相对人的视角判定其身份，若合同相对人知道或应当知道实际施工人与施工企业真实的内部关系，则不存在构成职务代理的空间。此外，法官也应当围绕身份要素、名义要素、权限要素一一进行认定，区分其行为性质判定是否构成职务代理，避免存在想当然之认定[9]。

4.3.2. 实际施工人对外购买行为适用表见代理的裁判标准

实际施工人对外购买材料纠纷中，涉及到实际施工人的代理权外观，以及相对人“有理由相信”的标准，常常是原、被告双方的争议焦点。表见代理制度设立之初，就是为了保护善意第三人的合法权益，但过度保护信赖利益必将对意思自治原则造成戕害。因此，有必要统一表见代理的认定标准，基于案件事实从严认定表见代理。

一方面，权利外观是相对人信赖的客观基础，也是表见代理适用的客观基础。在实际施工人对外购买纠纷中，常见的代理权外观包括授权委托书等书面文件、印章以及工地告示牌等[10]。第一，授权委托书可以作为代理权外观，应当根据授权委托书的接受对象、取得时间、内容进行综合判定实际施工人的权限范围。而承包人与发包人的往来文件材料(如《建设工程施工合同》)不具有授权性，不属于具有代理权外观的表象。除此之外，认定表见代理应当注意权利外观的形成时间。第二，印章是权利外观最常见的形式之一。鉴于目前建设工程领域中各种印章混合使用，司法实践中对其表整理大小亦标准不一，有必要统一各类印章的表征力。当实际施工人在施工过程中持有承包人的公司印章时，其应具有代理承包人的权利外观，一般应当作为认定表见代理的依据。实践中争议较大的是项目部印章是否能作为表见代理的权利外观之一，其本质就是要厘清项目部对外从事商事行为是否属于承包人的真实意思表示。笔者认为，承包人对项目部印章是否启用以及具体的使用范围进行限制，能够在一定程度上表明承包人对项目部印章应如何使用的内心真意，但从合同相对人的角度而言，除了该项目部印章上明确刻制了“该章

不能用于订立经济合同”的字样，那些项目部印章的启用通知、限制使用等内部约定，其无从得知也无法核查。因此，为保护交易安全及善意第三人的合法权益，大部分裁判亦认可项目部印章具有一定的表征力，具有权利外观。较为特殊的一类是，项目部专用类印章的表征力。此类印章的使用具有特定性，合同相对人应该清楚辨识该专用章的使用范围及权限，原则上对外不产生代理权外观的法律效力。实际施工人对外民事活动中使用私刻、伪造印章的情况屡见不鲜，在实际施工人使用印章对外进行商事活动的案件中，涉私刻、伪造印章就已高达 35.8%，此类印章是否具有一定的代理权外观，司法实践也存在较大分歧。为平衡各方利益，伪造、私刻印章是否具有外观表象不能一概而论，而应当根据案情进行综合考量：若实际施工人仅凭伪造、私刻印章，不能就此认为其具有代理权外观；若存在其他外观表象时，可结合伪造、私刻的印章综合认定代理权外观。需要注意的是，承包人对于伪造、私刻印章上的过错也应当予以考虑，若承包人已然知道实际施工人伪造、私刻公章，仍不采取积极措施以避免更严重的后果产生，甚至是对伪造、私刻的印章进行追认，这必然是增强了印章或者其他代理权外观的表征力。第三，工地公告牌属于补充型的权利外观，并非决定性因素。工地公告牌无需实际施工人向合同相对人主动出示。一般而言，在合同磋商、签订阶段，合同相对人进行了实地考察，或案涉合同签订地点在施工工地，由此相对人对公示牌产生信赖；在合同的履行过程中，材料商将材料运至施工现场，现场公示牌亦对其产生一定的影响。

另一方面，相对人善意无过失地相信行为人有代理权，是表见代理的主观要件。建设工程领域纠纷中，法院大部分是围绕授权委托等书面文件、印章、标的物的交付方式及用途展开审查合同相对人的注意义务。相对人审查义务具有灵活性，不能仅以一种标准评价相对人是否存在过失，而是针对其身份、商业习惯、特殊情况区别对待，如此一来才是符合表见代理的公平之意^[11]。首先，就授权委托书等书面文件来说，合同相对人应当就授权主体、授权内容、授权对象及授权时间予以审查。而对于实践中争议最大的授权范围不明的委托书，笔者认为：就建筑材料购买和建筑设备租赁的情形中，即使该授权委托书上关于授权事项并不明确，只要合同相对人在合同签订时已然审查了该授权，就应当认定其尽到了合理注意义务。而对于对外融资借款等涉及承包人的重大利益的商事行为，合同相对人必须审查承包人是否就这一事项进行明确书面的授权，否则，不能认定其尽到合理注意义务。其次，相对人只需在合同签订时对印章尽到合理的形式审查义务。《九民纪要》以及此前出台的《民法典合同编通则司法解释》均明确指出，合同相对人应当着重审查签约人于盖章之时是否具有代理权而非关注印章的真伪。当然，形式审查也并非走流程了事。合同相对人应当对印章刻字、同一相对人使用多枚印章、同一合同使用多枚印章等多方面进行核查。就印章刻字上，若存在印章上刻有“对外签订合同无效”字样，又或是在施工企业或项目部名称上有些许瑕疵，相对人应就此尽到注意审查义务。除此之外，实际施工人使用多枚印章也应当引起相对人的警觉。同一相对人在不同合同中使用相同印章，以及同一合同使用多枚不同印章时，相对人应当引起合理怀疑，进一步对实际施工人的代理权限进行核实。相较于使用施工企业公章、项目部印章对外签订材料买卖合同，实际施工人使用项目部专用类印章签订合同时，合同相对人应具有较高的注意义务，即在合同签订之时，应当要求其出具授权委托书以及其他代理权凭证的义务。最后，

不能简单地以货款交付方式作为判断相对人注意义务的标准。同时，建筑材料是否用于案涉工程项目，仅是用于平衡相对人与承包人、实际施工人之间的利益，也不能成为判断相对人审查注意义务的标准。

需要注意的是，关于相对人是否有必要审查实际施工人与承包人内部关系，实践中并未就此进行回应。鉴于建设工程领域中多存在违法转包、分包和挂靠等行为，合同相对人对工程承包关系具有一定的认识，但由于其内部关系的隐蔽性和违法性，实际施工人不主动披露，相对人也难以察觉。法不强人所难，相对人仅需对合同签订之时双方形成的代理权外观进行审查即可。

表见代理是让未作出意思表示的当事人为他人行为承担责任,回归制度目的本身,虽是为保护善意第三人和交易安全秩序所作的有效化构建,但也并非一味保护相对人,而是在要件的博弈中权衡当事人间的利益。目前在违法转包、分包和挂靠行为乱象背景下,承包方的诉累随着表见代理的滥用而增大,因此在适用表见代理的过程中,应当秉持公平理念,从适用前提、构成要件、裁判依据等方面从严把握表见代理的适用范围,才能践行制度本身的意义。

5. 结语

建筑市场普遍存在挂靠、违法分包、非法转包工程的行为,实际施工人为完成项目工程,以个人名义、项目部名义或施工企业名义对外从事商事活动,材料供应商为实现其权益最大化,将更具经济能力的施工企业列为被告,甚至于将实际施工人和施工企业列为共同被告主张,二者承担连带责任,由于裁判者对法律的理解不同,导致了不同的裁判结果,影响了司法的统一适用。造成裁判差异化的原因主要在于裁判理念的不同、事实认定的回避以及规范层面上因立法的抽象性适用混乱,因此需要从裁判理念、案件事实、法律适用三方面提出完善建议,统一司法裁判的认定标准,以纠正“同案不同判”的司法乱象。

参考文献

- [1] 魏西霞,路亚红. 建筑施工中项目部不规范运营所致民事责任研究——以 122 件实际施工人借款和买卖纠纷为样本[C]//陕西省高级人民法院法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第 29 届学术讨论会获奖论文集(下). 北京: 人民法院出版社, 2018: 9.
- [2] 易亚东. 建设工程挂靠施工中相关对外债务的承担确认[J]. 中国检察官, 2017(22): 70-72.
- [3] 黎明,蒋晓亮.“穿透式审判思维”下挂靠人权利救济的困境与破解[C]//重庆市第五中级人民法院. 人民法院为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障与民商事法律适用问题研究——全国法院第 33 届学术讨论会获奖论文集(下). 北京: 人民法院出版社, 2022: 17.
- [4] 王永起. 民法典视域下建设工程合同十大问题研究[J]. 山东法官培训学院学报, 2023, 9(1): 61-89.
- [5] 时明涛. 民法典时代实际施工人制度的理解与完善[J]. 河北法学, 2022, 40(9): 119-141.
- [6] 贾莉,王延红. 四步裁判法: 项目经理借款责任的认定——以 143 份裁判文书为样本的考察[C]//江西省宜春市中级人民法院, 湖南省岳阳市中级人民法院, 最高人民法院. 法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第 29 届学术讨论会获奖论文集(下). 北京: 人民法院出版社, 2018: 15.
- [7] 范欠歌,陈贝,武景格. 实际施工人对合同相对性的突破及限制[J]. 人民司法(案例), 2018(11): 14-16+40.
- [8] 廖振中. 表见代理司法裁判中法官集体行动逻辑实证研究[J]. 政法论坛, 2023, 41(2): 169-179.
- [9] 王楷. 建筑施工企业项目经理职务代理和表见代理问题刍议[J]. 山东审判, 2017, 33(5): 26-30.
- [10] 龙州. 实际施工人适用表见代理的司法裁判规则研究[D]: [硕士学位论文]. 贵阳: 贵州大学, 2022.
- [11] 占子明. 表见代理“有理由相信”在建设工程领域的司法认定——以市场主体的人之类型化为视角[C]//南昌铁路运输中级法院. 人民法院为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障与民商事法律适用问题研究——全国法院第 33 届学术讨论会获奖论文集(下). 北京: 人民法院出版社, 2022: 13.