
表见代理中相对人选择权研究

——兼与我国“通说”相商榷

摘要

我国大陆的“通说”认为，表见代理中相对人可以在被代理人与代理人之间自由选择，或基于表见代理向被代理人主张代理的效果，或基于无权代理请求代理人承担责任。然而“通说”对此的论证却是千人一面，粗糙无力。本文即针对该相对人“选择权通说”提出质疑，同时借鉴比较法上的讨论维度，从法条的规范性解释、表见代理的法理分析以及当事人之间的利益衡量三个角度入手，最后得出否认相对人选择权才是逻辑和价值取向上恰当选择的结论。

关键字：表见代理 选择权通说 比较法

目录

引言.....	1
一、“选择权通说”的论证逻辑.....	1
二、比较法上的借鉴.....	2
（一）我国台湾地区.....	3
（二）德国.....	3
（三）小结.....	5
三、否认相对人选择权之论证，兼对“通说”进行回应.....	5
（一）对《合同法》第 49 条进行规范性解释.....	6
（二）表见代理的法理分析.....	6
1、表见代理的法律逻辑.....	6
2、表见代理的法律性质.....	7
（三）当事人之间的利益权衡.....	8
四、结论.....	9

引言

我国《合同法》第49条首次在立法上确立了表见代理制度，¹然而该条规定却过于原则和抽象，在相对人是否有选择权方面也是语焉不详。在这个问题上，我国大部分学者认为，表见代理属于广义的无权代理，因此相对人既可以基于表见代理向被代理人主张代理的效果，也可以基于无权代理请求代理人承担责任。这基本上是我国在表见代理法律后果的问题上承认相对人有选择权的“通说”。²然而“通说”³并不代表真理，它不是一成不变的，有时候对“通说”的反思和质疑反而使法学研究“被迫”走向深入。本文即秉承对“通说”的批判态度，首先阐述分析我国“选择权通说”的内在论证逻辑，并指出其问题所在；其次从比较法的视角抽离出域外法中可予借鉴的分析维度；最后在融合上述分析维度的基础上，尝试对“通说”进行回应，并且分析论证得出本文的结论。

一、“选择权通说”的论证逻辑

支持“选择权通说”的学者在论证的时候大多十分粗糙而且千人一面。其论证套路概括起来就是：表见代理制度的目的在于保护善意相对人的信赖利益，因此在这种场合下相对人应该可以在代理人与被代理人之间自由选择，惟此才可以最大限度地保护相对人的利益。支持“选择权通说”的其他论证十分鲜见，在笔者搜集到的资料中惟有以下几点：1、相对人享有选择权可以防止表见代理人从

¹ 有学者认为《民法通则》第65、66条是我国最早关于表见代理的规定，但是笔者认为上述两条虽然一定程度上融入了表见代理的制度价值，可以说是表见代理的雏形，但是该制度在我国的正式确立还是始于《合同法》第四十九条。相关学者的论述参见：张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第275页；佟柔：《中国民法学-民法总则》，中国人民公安大学出版社1995年版，第298页；饶辉华：“论表见代理”网址：http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=871，访问于2015年6月11日，等等。

² 肯定相对人有选择权的观点可参见：许中缘、屈茂辉：《民法总则原理》，中国人民大学出版社2012年版，447页；吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社2013年版，184页；杨立新主编：《民法总则重大疑难问题研究》，中国法制出版社2011年版，539页；李开国：《民法总则研究》，法律出版社2003年版，第381页；柳经纬主编：《民法》，厦门大学出版社2003年版，第211页；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2013年版，第703页；曹锦秋、房绍坤：“完善无权代理的几个问题”，载于《辽宁大学学报（哲社版）》1997年第3期；史浩明：“论表见代理”，载于《法律科学》1995年第1期等等。而相反意见笔者仅在马俊驹主编：《民法学》，清华大学出版社2007年版，180页中看到相关阐述。另外在周清林：“自治的异化：论表见代理的后果——兼评选择权‘通说’”，载于《学术论坛》2006年第10期，一文中作者也将肯定相对人有选择权的观点称为我国的“通说”。为叙述方便，下文将此通说简称为“选择权通说”。

³ 我国没有建立起来像德国一样健全而成熟的通说机制。本文语境中的“通说”基本挂靠了德国法中在学界构成多数意见的“学界通说”（*herrschende Lehre*）的概念，而非指在司法实践中占据支配性地位的“司法通说”（*h.M. in Rechtsprechung*）。参见：黄卉：“论法学通说”，载于《北大法律评论》，2011年第12卷第2辑，第335-336页。

法律上规避责任；⁴2、将表见代理行为的法律效果归属于被代理人是相对人的权利而非义务，因此在表见代理的相对人得知表见代理人并无代理权后也可以放弃这一权利，转而向表见代理人主张无权代理的法律效果；⁵3、从诉讼角度考虑，由于由相对人完全判断是否构成表见代理是很困难的，因此应当允许相对人做出选择。⁶上述第3点从诉讼角度进行的论证，其深层逻辑仍然是旨在维护相对人的利益，只不过该论证以诉讼中相对人证明构成表见代理权利外观的现实困难来进一步说明了这一价值倾斜的必要性，但在本质上其与大多数学者提出的论证理由并无二致。另外，上述第1点提及的防止表见代理人从法律上规避责任也是值得商榷的。我国《合同法解释二》第十三条规定：被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。据此，即使否认选择权，被代理人依旧可以向表见代理人进行追偿，表见代理人也要承担责任，因此“规避责任”一说不尽合理。⁷

综上所述，“选择权通说”有效的论证依据只有两点：1、承认相对人有选择权有利于维护相对人的信赖利益，这与表见代理制度的价值取向一致，因而值得肯定；2、表见代理所赋予的是相对人向被代理人主张代理有效的权利而非义务，因此相对人可以放弃这一权利转而主张无权代理。

二、比较法上的借鉴

比较法上的观察可以“迫使”我们反思自身的法律，同时从功利主义的角度来讲，域外法律针对同一问题的“不同解决方案”也为我们提供了可供借鉴的因素。下文对我国台湾地区和德国关于表见代理中相对人选择权问题处理方案的梳理，旨在抽离出一些可供对“选择权通说”进行反思的分析维度以及可予借鉴的内容。

⁴ 参见吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社2013年版，184页。

⁵ 参见李开国：《民法总则研究》，法律出版社2003年版，第381页

⁶ 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2013年版，703页

⁷ 这里涉及到无权代理人的责任问题，关于这一点在我国法律没有明确规定，理论界也有很大争议，概括起来有：侵权责任说、合同责任说、缔约过失责任说、默示担保契约说、法律特别责任说等几种观点。这里值得提出的是合同责任说，如果合同责任说得到确立的话，相对人可以请求无权代理人承担履行合同的责任。在这种情况下，“选择权通说”所提及的规避责任这一论点有一定的合理性，因为相对人要求表见代理人承担履行责任与事后被代理人向表见代理人追偿，表见代理人因而承担的赔偿责任是不一样的，甚至一般可以认为前者的责任重于后者。但是合同责任说在我国并不占据主导，司法判例中也鲜见判令无权代理人承担履行责任的情况。因此本文中笔者不采纳这种观点，如此规避责任一说便站不住脚了。

（一）我国台湾地区

我国台湾地区的民法典虽然在表见代理方面的规定较为完善与成熟，但是在相对人是否有选择权的问题上也是未置可否，同时关于此问题迄未著判决。⁸因此学者的观点是本文唯一可予参照的内容。

台湾地区的学者倾向于否认选择权，例如王泽鉴教授指出，表见代理之本人应负授权人之责任，其法律效果与有权代理殆无不同，相对人请求本人履行法律行为之义务，交易目的即已达成，衡诸代理制度之规范功能以及当事人之利益，似无许其亦得向无权代理人请求损害赔偿之必要。⁹黄茂荣教授亦认为，在这种情况下，一般应采取消极看法，即否认选择权的存在，因为法律行为应尽量使其有效且履行，而非无效而赔偿。¹⁰然而也不乏其他相反观点，如史尚宽先生就指出：表见代理为无权代理之一种，仍可适用民法关于无权代理之规定。¹¹

台湾学者针对表见代理中相对人选择权的问题，没有像大陆学者一样有明显一边倒的倾向，其学者的相关阐述为我们提供了以下可供借鉴的分析维度：1、不仅仅要考虑制度目的，同时也需要衡量当事人之间的利益平衡；2、从交易安全与效率的角度分析，有效且履行的价值大于无效且赔偿。

（二）德国

表见代理制度虽然溯源于德国，¹²然而《德国民法典》并未针对相对人的选择权问题做出规定。但是和台湾地区不同的是德国联邦最高法院通过一则经典判例¹³一锤定音地确定了这个问题上德国的“司法通说”。该案的核心争议点是：原告（相对人）在向法院起诉被告（无权代理人）时，被告能否主张原告与案外的被代理人之间事实上构成了表见代理，因此合同应该在原告与被代理人之间成立，而自己不应该依据《德国民法典》第 179 条第一款承担责任。州法院和州高

⁸（台）王泽鉴：《民法学说与判例研究（六）》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 16 页。另外笔者查阅了 1997 年至今台湾最高法院民事判决，仍未有关于此问题的相关判例，因此此处的结论是稳妥的。

⁹（台）王泽鉴：《民法学说与判例研究（六）》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 16 页。

¹⁰（台）黄茂荣：《民法总则》，1982 年版，第 1068 页，转引自（台）施启扬：《民法总则》，中国法制出版社 2010 年版，第 296 页。

¹¹（台）史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 51 页。

¹² 关于表见代理制度在德国的确立是非常复杂的问题，其中立法、司法判例与学说，几条线索之间有十分错综复杂的关系。但是一般认为这一制度最初起源于 1870 年德意志帝国高等商事法院的一则判决，此后由《德国民法典》在其 170—173 条加以确立，虽然该法典并未明确适用“表见代理”的概念。参见：黄卉：“论法学通说”，载于《北大法律评论》，2011 年第 12 卷第 2 辑。

¹³ i.S.A. 有限责任公司（被告）w. P.（原告）案，原载于《联邦最高法院民事裁判集》，第 86 卷，第 273 页以下。转引自绍建东、方小敏主编：《德国民法总则编典型判例 17 则评析》，南京大学出版社 2005 年版，第 274 页。

等法院对原告的起诉表示支持，而该案在最高法院再审时，最高法院则支持了被告的主张，撤销了上诉法院的判决，将案件发回重审。在这个案件中联邦最高法院正是通过支持无权代理人（被告）以表见代理为由提出的抗辩，而否认了相对人（原告）的选择权，即在构成表见代理的情形下相对人无权起诉代理人承担责任。

联邦最高法院在判决中给出了两点理由：¹⁴1、《德国民法典》第 179 条第 1 款规定了无权代理人的责任，然而基于立法者的考量，这种追责的前提是具有合理的利益（交易利益），即被代理人拒绝追认合同，合同之有效已为不可能。然而在表见代理的情形下，由于合同的有效性可以建立在表见代理之上，因此再来追究无权代理人的责任便缺乏了合理的利益；2、依一般公认的观点，在存在依权利表见的代理权的情况下，被代理人必须接受他人这样的对待，就如同他授予了一项真正的（外部）代理权或者对没有代理权的行为进行了追认。因此，被代理人对交易相对人承担的责任不仅仅是赔偿信赖损害，而是受到代理人实施的行为的约束。既然一项基于权利表见的代理权的拘束效果与一项通过法律行为授予的代理权的拘束效果并无二致，那么就不存在充分的理由去剥夺代理人向交易相对人主张“被代理人承担权利表见”的权利。

上述联邦最高法院的判例确定了德国否认相对人选择权的“司法通说”（*h.M. in Rechtsprechung*）。在此问题上德国的“学界通说”（*herrschende Lehre*）与“司法通说”保持了一致。¹⁵相对人不能滥用表见代理制度赋予其的信赖保护，因此其不能在被代理人与表见代理人之间进行随意选择。¹⁶当然在德国也不乏对“通说”的质疑：如果不赋予相对人选择权将会使其陷入进退两难的境地。由于相对人很难判断表见代理的要件是否充足，如果他先起诉被代理人那么他就承担着难以证明表见代理而带来的败诉责任；如果他先起诉代理人他也会因为代理人主张构成表见代理而败诉。¹⁷

从上述司法实践和理论学说关于相对人选择权问题的阐述中，我们抽离出的

¹⁴ 绍建东、方小敏主编，《德国民法总则编典型判例 17 则评析》，南京大学出版社 2005 年版，第 276 页—第 279 页。

¹⁵ 联邦最高法院在上述判决中提到，在关于表见代理与无权代理关系的问题上，通行学说认为在构成表见代理的情况下，相对人无权选择依据两种信赖事实（表见代理或者《德国民法典》179 条第 1 款）中的哪一种主张权利。本审判庭赞成通行学说。并在其后附上了费舍尔、施台芬、施陶丁格、帕兰特等诸多德国学者的观点

¹⁶ *Shramm*, Münchener Kommentar zum BGB, §175 Rn.75.

¹⁷ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, §48 Rn.33.

有价值的论证角度有：1、从无权代理与表见代理之间的逻辑关系入手，以体系性解释的方法来回答选择权的问题；2、从表见法理来分析表见代理的性质，进而论证表见代理的法律后果。

除了上述可供借鉴的观点，我们还应该看到，虽然在表见代理相对人选择权的问题上德国法律没有明文规定，但在这种法律判断需要“急救章”的场合，“通说”虽然没有被纳入正式法律渊源的范畴却成为了临时的替代性法律规范。¹⁸双轨并行的“学界通说”与“司法通说”有效地搭建了立法、理论学说与司法实践之间的沟通桥梁，使三者实现了有效互动。一定程度上，应该归功于德国法释义学的传统¹⁹以及法学整体上的机制性成熟。

（三）小结

从上述对我国台湾地区以及德国相关理论学说以及司法实践的梳理中，我们可以看出：对于表见代理中相对人选择权问题，这两个参考系均倾向于否认。这种比较法上的对比不禁让我们对我国大陆业已形成的“选择权通说”进行反思：承认相对人选择权究竟是不是逻辑体系上自洽的结论，其在价值衡量上是否经得起推敲？

同时，上述对比分析也丰富了对该问题的论证维度，使得我们可以跳出大陆地区对该问题论证的模板，从以下几个全新的角度进行分析：1、法律性质与法律效果密切关联，因此可以从表见代理的性质入手推导表见代理的法律效果；2、从表见代理与狭义无权代理的关系出发，以体系性解释的方法对是否应该承认选择权的问题做出判断；3、不单单考虑立法目的，同时也应该衡量当事人之间的利益平衡。

三、否认相对人选择权之论证，兼对“通说”进行回应

对于“选择权通说”，笔者持否定的观点。下文将结合上述比较法分析所梳理出的维度对这一观点进行论证。

¹⁸ 黄卉：“论法学通说”，载于《北大法律评论》，2011年第12卷第2辑，第336页。

¹⁹ 关于德国法教义学与立法、理论学说和司法实践之间的互动机制的关系阐述，参见卜元石：《法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》，载于《中德私法研究》总卷第6卷，北京大学出版社2010年版。

（一）对《合同法》第 49 条进行规范性解释

我国对表见代理的法律规定集中在了《合同法》第 49 条：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。根据该条，表见代理的法律后果是代理行为有效。当然，根据体系性解释需要对此进行目的性限缩，即这里仅指代理行为在被代理人与相对人之间生效。该条规范是关于表见代理的要件型强制性规范，此类规范由请求权的“构成要件”和“法律后果”（请求权的内容）两部分构成。²⁰对于 49 条来说，无论是其构成要件（表见代理的判断标准），还是其法律后果（代理行为在被代理人与相对人之间生效），都是不能被当事人约定改变或者排除的。这也就是说，这条规定是强制性规定，既然法律规定代理行为有效，那么当事人便不能援引无权代理进行抗辩，即也没有所谓的当事人“选择权”的适用余地。²¹

（二）表见代理的法理分析

大陆“选择权通说”的一个重要理由就是，表见代理制度赋予了相对人要求被代理人承担责任的权利，权利可以放弃，故其可以放弃该种权利使表见代理回归到最初的无权代理。其实这里存在逻辑上的矛盾与混淆。

1、表见代理的法律逻辑

表见代理制度的结构其实是一个双向度的汇合，各自的出发点分别是被代理人与善意相对人，而汇合点正好是代理人。²²从被代理人出发，其与代理人之间事实上并不存在有效代理权，这是以客观事实为判断标准的；而从善意相对人出发，其根据权利表见相信代理人有代理权，法律在此基础上认定成立表见代理，这却是以善意第三人为判断标准。从相对人的角度来讲，表见代理的认定并不是一个定性问题而是一个实证问题。²³因为代理人是否客观真实地享有代理权，这对于相对人来说并不是不言自明的，这种事实维度的判断必须是诉诸法院之后经

²⁰ 钟瑞栋：“论民法中强制性规范的类型”，载于《人大法律评论》2010 卷专题研究：民法规范论，第 65 页。

²¹ 马俊驹教授在其主编的《民法学》中也采纳了这一观点，参见：马俊驹主编：《民法学》，清华大学出版社 2007 年版，第 180 页

²² 周清林：“自治的异化：论表见代理的后果——兼评选择权‘通说’”，载于《学术论坛》，2006 年第 10 期，第 116 页。

²³ 参见前引 113 页。

过双发举证、质询才能被“发现”。这也就是说在相对人与代理人为法律行为的当时，相对人能且仅能根据自己所获取的主观事实进行判断，而法律保护的也正是此时此地善意相对人无过失地做出的合理判断。在表见代理的场合，法律判断的起点是相对人，标准是善意无过失的第三人。如果在具有权利外观的基础上，相对人做出的判断符合上述标准，那么法律便认定有代理权的存在。需要说明的是，在相对人与代理人这一直接关系中法律判断标准与客观事实的判断标准并不一致。若发生争议，经过法院“发现”事实后证明在前述的代理关系中并不存在客观有效的代理权，即“事实无权”，其也不能影响在上述直接关系中法律已经做出的有代理权的判断。即在表见代理中“事实无权”是结果并不是前提。²⁴

概括起来，表见代理的法律思维逻辑应该是以相对人为起点，法律根据交易时善意相对人无过失的合理判断确认了代理权的存在。即法律此时是以相对人为人像，以善意第三人为判断标准的。涉诉后，法院“发现”事实上并无有效代理权，此时是以被代理人作为人像，以客观事实为判断标准。如果此时允许相对人在表见代理与无权代理之间自由进行选择的话，其实是将两个不同的人像，两种不同的判断标准混淆了。同时这也忽略了实践经验层面两种判断的时间间隔。因此如果承认相对人的选择权便会造成法律思维逻辑层面上的混乱。

根据上述对表见代理的法律逻辑分析，针对本部分论述开始所提及的“选择权通说”的论点可以做出以下回应：法律在相对人与代理人这一直接关系中做出代理权存在的判断，并不是赋予了相对人权利，而是对法律关系的性质做出了认定，因此上述“赋权说”并不成立。此外，该论点以表见代理制度赋予了相对人权利来论证“选择权”的存在，其实一定程度上是借助于上位概念的同义反复，并没有就其内在理由做出阐述。

2、表见代理的法律性质

结合上述对《合同法》第49条强制性规范性质的认定以及对表见代理法律逻辑的梳理，可以得出以下结论：表见代理在代理人与被代理人之间是无权代理，而在代理人与相对人以及被代理人与相对人之间却是有权代理。代理人与被代理

²⁴ 上述分析的逻辑原理参照的是黑格尔在《精神现象学》中所提出的直接关系真理性理论：直接关系的真理性是把它自己限制在一个这时或一个这里上面的这一个自我的真理性。如果我们后来才来检验这一真理或者站在距它遥远的地方或时间来看，则这一真理就完全没有意义了；因为我们就会取消对于它有着本质的重要性的直接性了。参见：[德]黑格尔：《精神现象学》，贺麟、张玖兴译，商务印书馆1981年版，第69页。

人之间属于无权代理自无疑问。而相对人与代理人以及被代理人之间属于有权代理是基于以下几点理由：（1）法律以强制性规范的态度将表见代理的法律后果确认为有权代理；（2）从法律逻辑上，表见代理是以相对人为逻辑起点进行分析的。在存在权利外观的基础上，法律以善意第三人为标准进行衡量，如果做出肯定性判断即确认了其有权代理；（3）区别于狭义无权代理以被代理人为利益衡量的重心，表见代理的制度价值是偏向相对人的，因此以相对人为出发点，在其与代理人和被代理人之间均应确认为有权代理。

上述对表见代理性质的认定也存在比较法上的呼应。例如德国学者 Schilken 认为表见代理在效果上应该等同于一项真正的、通过法律行为授予的代理权，其发生直接拘束被代理人的法律后果；²⁵ Brox 也认为表见代理的法律效果是代理人取得了代理权。²⁶在英美法系中，表见代理被称为不容否认的代理或者表面授权，它是产生代理权的当然法律事实，其效力被视为法律特别拟制的结果：即使代理人不拥有被代理人的实际授权，但是因为被代理人的行为，使基于善良信用的第三人认为代理人有代理权，该代理行为有效。亦即在英美法系中表见代理是产生代理权的根据之一。²⁷虽然中国关于表见代理的规定与德国和英美法系国家在体系上存在差异，但是关于表见代理性质的界定还是有知识论上的借鉴价值。

综上，表见代理的性质具有复合性。以相对人为中心法律认定其为有权代理，这也就排除了相对人选择权存在的可能性。

（三） 当事人之间的利益权衡

借鉴比较法上对此问题的讨论维度，从当事人之间的利益权衡分析。固然表见代理制度旨在保护相对人的信赖利益，但是如果赋予相对人选择权，允许其在表见代理和狭义无权代理之间选择对其最有利的法律效果，那么表见代理中的交易相对人会比有权代理中的交易相对人处于更优越的地位，从而逾越了信赖保护的必要限度。²⁸如此一来会使利益权衡的天平过分地偏向相对人一方，而对被代理人和保护代理人的保护明显不足。同时赋予相对人选择权，实际上是给予了相对人基于自己的利益衡量来单方面决定行为人的代理行为是否有效的权利，这样会产

²⁵ 绍建东、方小敏主编：《德国民法总则编典型判例 17 则评析》，南京大学出版社 2005 年版，第 285 页。

²⁶ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, §25 Rn.567.

²⁷ 董晓筠：“论我国表见代理制度的司法适用及完善”，华东政法大学硕士学位论文 2012 年，第 6 页。

²⁸ 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2013 年版，703 页。

生矫枉过正的效果，同时打破了各方的利益平衡，有悖于公平原则。²⁹

我国“选择权通说”的一个核心论点就是承认选择权有利于维护相对人的信赖利益。但是问题的关键在于相对人的信赖利益到底是什么？相对人在与代理人为法律行为时，其相信代理人有代理权，此时其是以与被代理人交易为意思表示的。表见代理制度所尊重和保护的也正是相对人此时的这种内心确信，并且其通过制度上的设计发生相对人在缔约时所追求的这种效果。即相对人在缔约时是希望与被代理人为民事行为，法律事后也保护其所追求的这种效果。³⁰表见代理制度旨在保护相对人的利益，但是根据私法一以贯之的意思自治原则，只有行为人自己才是自己利益的最佳判断者。相对人在选择与代理人为法律行为时，其实已经就自己的最佳利益做出了判断。如果法律事后再以客观利益最大化为标准赋予相对人以选择权，这将违背意思自治原则，同时也会使法律的判断标准在这里出现错位。

另外，赋予相对人选择权，若相对人选择无权代理人作为追责对象，那么就会使相对人陷入违背诚实信用原则和“禁止反言”原则的境地。因为此时其选择无权代理就相当于违背了自己在交易当初做出的承诺，而那一承诺实际是被法律保护有履行可能性的。翻译成现实生活的语言即可能出现这样的情况：相对人在交易当初十分希望与被代理人订立合同，因而其向法院主张认定构成表见代理。假如此时其发现被代理人经济状况恶化，如果继续履约可能给自己带来风险，而代理人经济状况良好，那么其会行使选择权转而向代理人主张责任。这种选择权的实行不仅逾越了信赖保护的限度，同时也有悖于诚实信用原则，损害了交易安全。

四、结论

我国大陆地区的“选择权通说”认为，表见代理中相对人可以在被代理人与代理人之间自由选择，或基于表见代理向被代理人主张代理的效果，或基于无权代理请求代理人承担责任。但这种观点其实存在逻辑上的矛盾以及价值衡量上的失当。借鉴比较法上有益的分析维度，从法条的规范性解释、表见代理的法理分

²⁹ 杨勇：“表见代理疑难问题研究”，安徽大学硕士学位论文 2011 年，第 14 页。

³⁰ 参见前引 15 页。

析以及当事人之间的利益权衡三个方面进行讨论，可以得出这样的结论：应该对表见代理中相对人的选择权予以否定，以保证表见代理制度逻辑上的自恰与利益权衡的妥当，同时这一定程度上也贯彻了私法自治原则与诚实信用原则。

参考书目

中文参考书目

- 1、张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1997 年版。
- 2、佟柔：《中国民法学——民法总则》，中国人民公安大学出版社 1995 年版。
- 3、许中缘、屈茂辉：《民法总则原理》，中国人民大学出版社 2012 年版。
- 4、吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社 2013 年版。
- 5、杨立新主编：《民法总则重大疑难问题研究》，中国法制出版社 2011 年版。
- 6、李开国：《民法总则研究》，法律出版社 2003 年版。
- 7、柳经纬主编：《民法》，厦门大学出版社 2003 年版。
- 8、王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2013 年版。
- 9、（台）施启扬：《民法总则》，中国法制出版社 2010 年版。
- 10、（台）王泽鉴：《民法学说与判例研究（六）》，中国政法大学出版社 1997 年版。
- 11、（台）史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版。
- 12、绍建东、方小敏主编，《德国民法总则编典型判例 17 则评析》，南京大学出版社 2005 年版。
- 13、[德]卡尔·拉伦茨著，王晓晔等译，《德国民法通论》，法律出版社 2013 年版。
- 14、[德]梅迪库斯著，绍建东译，《德国民法总论》，法律出版社 2000 年版。
- 15、[德]黑格尔：《精神现象学》，贺麟、张玖兴译，商务印书馆 1981 年版
- 16、史浩明：“论表见代理”，载于《法律科学》1995 年第 1 期。
- 17、曹锦秋、房绍坤：“完善无权代理的几个问题”，载于《辽宁大学学报（哲社版）》1997 年第 3 期。
- 18、周清林：“自治的异化：论表见代理的后果——兼评选择权‘通说’”，载于《学术论坛》，2006 年第 10 期。
- 19、黄卉：“论法学通说”，载于《北大法律评论》，2011 年第 12 卷第 2 辑。
- 20、卜元石：《法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》，载于《中德私法研究》总卷第 6 卷，北京大学出版社 2010 年版。
- 21、钟瑞栋：“论民法中强制性规范的类型”，载于《人大法律评论》2010 卷专题研究：民法规范论。
- 22、董晓筠：“论我国表见代理制度的司法适用及完善”，华东政法大学硕士学位论文 2012 年。
- 23、杨勇：“表见代理疑难问题研究”，安徽大学硕士学位论文 2011 年。

德文参考书目

1. Franz Jürgen Säcker(Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, Verlag C.H. Beck München.
2. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Auflage, 2012, Verlag Franz Vahlen München.
3. Karl Larenz, Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, Verlag C.H. Beck München.