

论绝对法律行为----透视法律行为理论中的盲点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E7_BB_9D_E5_AF_B9_E6_c122_484755.htm 【摘要】民事权利

有绝对权与相对权之分，民事法律关系有绝对法律关系和相对法律关系之别，法学界普遍承认绝对权和绝对法律关系存在的客观性，但目前还没有见到任何关于绝对法律行为和相对法律行为的论述。事实上绝对法律行为不仅是客观存在的，而且具有可操作性，它对法律行为理论、民法制度设计和法学思考方法均有重大影响，法学研究中不应该忽视这个盲点。

The civil right is divided into the absolute right and the relative right. The civil legal relation is divided into the absolute legal relation and the relative legal relation. In law circle the absolute right and the absolute legal relation are accepted popularly, but seldom accepts the absolute legal act and the relative legal act. In fact, the absolute legal act is objective and practical. It will give great influence upon the theory on legal act, the civil legal systems and methodology of jurisprudence. The law circle should pay more attention to its research. 【关键词】绝对权；绝对法律关系；绝对法律行为

；相对法律行为 absolute right. absolute legal relation. absolute legal act. relative legal act 一、绝对法律行为的逻辑论证（一）关于绝对权与相对权的通说（二）关于绝对法律关系与相对法律关系的通说（三）关于法律行为分类的通说（四）盲点：绝对法律行为和相对法律行为 二、绝对法律行为的制度构建（一）不特定人在绝对权变动中的法律地位（二）绝对法律行为的成立（三）绝对法律行为的生效（四）绝对法律行为的

现实例证 三、绝对法律行为的价值 (一) 绝对法律行为的理论价值 (二) 绝对法律行为的实践价值 四、绝对法律行为被长期忽略的原因 结语 法学界普遍承认绝对权和相对权的存在，也承认绝对法律关系和相对法律关系的客观性，却无人研究绝对法律行为和相对法律行为。对于绝对法律行为这个理论研究的盲点，本文将首先从逻辑上论证其存在的合理性，其次将对绝对法律行为制度的可操作性进行考察，最后再对绝对法律行为存在的价值予以评析。

一、绝对法律行为的逻辑论证

(一) 关于绝对权与相对权的通说

绝对权与相对权的概念渊源于罗马法的对物诉讼 (actions in rem) 与对人诉讼 (actions in personam)。[1]如果一项权利可以相对于每一个人产生效力，任何一个人都必须尊重此项权利，这种权利便是绝对权，所有权就是典型的绝对权。在另一方面，一项权利也有可能仅仅相对于某个特定的人产生效力，这种权利便是相对权，债权就是典型的相对权。关于绝对权和相对权的划分，在许多著名学者的论著中均不难见到，例如：史尚宽先生认为，基于权利效力所及之范围，可以将私权分为绝对权与相对权。绝对权 (droit absolut) 有谓之为对抗一般人之权利，而相对权 (droit relatif) 为对抗特定人之权利。[2]郑玉波先生认为，私权以其效力为标准，可分为绝对权和相对权两种。所谓“绝对权”者乃请求一般人不为一定行为之权利也。“相对权”者乃请求特定人为一定行为或不行为之权利也。[3]梁慧星先生认为，以效力所及的范围为标准，可以将权利分为绝对权与相对权。所谓绝对权，指得对一切人主张的权利，又称对世权。所谓相对权，指仅得对特定人主张的权利，又称对人权。[4]王利明先生认为，根据对抗权利人

的义务人的范围，民事权利可以分为绝对权与相对权。绝对权是指义务人不确定、权利人无须经义务人实施一定行为即可实现的权利。相对权是指义务人是特定人的权利。这种权利的权利人须通过义务人实施一定行为才能实现其权利。[5]德国学者迪特尔·梅迪库斯认为，我们可以根据不同的标准对权利作区分。绝对权和相对权就是其中的一种。一项权利可以相对于每一个人产生效力，即任何一个人都必须尊重此项权利。这种权利就是绝对权（*absolutes Recht*）。在另一方面，一项权利也有可能仅仅相对于某个特定的人产生效力。[6]由此可见，绝对权和相对权的划分几乎成为法学界的定论。（二）关于绝对法律关系与相对法律关系的通说与绝对权与相对权的划分相对应，按照法律关系的权利主体和义务主体的范围，可以把法律关系分为相对法律关系和绝对法律关系。绝对法律关系和相对法律关系的划分也已经为法学界所普遍认可。例如：佟柔先生认为，根据民事法律关系的义务主体的范围，民事法律关系可以分为绝对法律关系和相对法律关系。绝对法律关系，在指与权利人相对应的义务人是权利人以外的一切不特定人的民事法律关系。相对法律关系，是指与权利人相对应的义务人是具体的即特定的人的法律关系。[7]王利明先生认为，根据民事法律关系的义务主体的范围，民事法律关系可以分为绝对法律关系和相对法律关系。所谓绝对法律关系，在指与权利人相对应的义务人是权利人以外的一切第三人的民事法律关系。所谓相对法律关系是指与权利人相对应的义务人是具体的即特定的人的法律关系。[8]张佩霖先生认为，民事法律关系的主体可以有特定主体和不特定主体之分。在民事法律关系中，享有权利一方或承

担义务一方都是明确、具体的当事人，即称为特定主体。凡不能具体肯定的则称为不特定主体。[9]郭明瑞先生认为，根据民事法律关系的义务主体的范围，民事法律关系可分为绝对法律关系和相对法律关系。绝对法律关系是指义务主体不特定，权利人以外的一切人均作为义务人的民事法律关系。相对法律关系是指义务主体为特定人的民事法律关系。[10]

（三）关于法律行为分类的通说 民事权利有绝对权与相对权之分，民事法律关系有绝对法律关系和相对法律关系之别，那么就引起法律关系的法律行为而言，是否也存在绝对法律行为和相对法律行为呢？学者们对此至今无人提及，例如：史尚宽先生认为，法律行为可以分为一方行为、契约与合同行为。[11]郑玉波先生认为，法律行为以“是否由当事人一方之意思表示即可成立”为标准，可分为一方行为与多方行为两种。[12]梁慧星老师认为，以法律行为之行为人为标准，分为双方行为、单方行为和多方行为。[13]王利明先生认为，根据当事人作出意思表示的形式，可以将法律行为分为单方法律行为、双方法律行为和多方法律行为。[14]德国学者迪特尔·梅迪库斯认为，法律行为可以根据不同的标准予以分类，最简单的分类是依据法律行为成立所必需的意思表示的数量所作的划分，可以划分为单方法律行为、双方法律行为、多方法律行为和决议。检索的结果发现，目前立法、司法和法学研究中根本没有绝对法律行为和相对法律行为的概念。

（四）盲点：绝对法律行为和相对法律行为 就当前法律行为理论观之，法学界在对法律行为根据“是否由当事人一方之意思表示即可成立”为标准进行划分时，几乎一致将法律行为划分为单方法律行为、双方法律行为和多方法律行为

。所有的研究资料都没有论及是否存在这种特定权利人和不特定义务人之间的法律行为。目前的法学论著中也没有见到关于绝对法律行为和相对法律行为的论述，也没有关于特定人与不特定人之间存在绝对法律行为的观点。承认绝对权和相对权、绝对法律关系和相对法律关系，却无人研究绝对法律行为和相对法律行为，这恰恰是我们法学研究中的理论盲点！就法律行为、民事法律关系和民事权利义务三者之间的逻辑关系而言，法律行为引起民事法律关系的产生，而民事法律关系的建立使当事人之间享有权利或承担义务。通过以上对绝对权和相对权、绝对法律关系和相对法律关系的论述，我们可以得知，法学界普遍承认绝对权的存在，也都明示或者默示地承认绝对法律关系存在的客观性。由于绝对权的权利主体是特定的权利人，义务主体是不特定的一切人，与之相适应，绝对法律关系是特定权利主体和不特定义务主体之间的权利义务关系。鉴于目前立法、司法和法学研究中根本没有绝对法律行为和相对法律行为的概念，我们姑且将这种引起特定权利人和不特定义务人之间绝对权变动的法律行为称为绝对法律行为，将这种引起特定权利人和特定义务人之间相对权变动的法律行为称为相对法律行为。基于私权自治原则，法律关系的主体就应当是法律行为中作出意思表示的民事主体，那么自然而然的逻辑结果就是：如果一项绝对法律关系的变动是基于法律行为而引起的，那么在这种法律行为中作出意思表示的民事主体理所当然就是特定的权利人和不特定的义务人。简言之，如果绝对权和相对权是存在的，绝对法律关系和相对法律关系是存在的，那么我们当然可以得出的逻辑结论就是：绝对法律行为和相对法律行为同样

也是存在的！二、绝对法律行为的制度构建 仅仅从逻辑推理上认为绝对法律行为应该是存在的，这并不意味着绝对法律行为就在现实生活中客观存在。尤其突出的问题是，如果绝对法律行为是一种客观存在的话，这就意味着特定权利人和不特定义务人之间存在一个创立、变更或终止绝对权的意思表示，那么这种意思表示如何完成呢？这种说法乍一听来似乎不可思议，而且在实务操作中似乎也无法完成其制度构建。让我们从不特定人在绝对权变动中的法律地位入手逐步进行分析。（一）不特定人在绝对权变动中的法律地位 排他性效力为绝对权的鲜明特点，因此绝对权的变动不仅对特定人深有影响，而且也有可能与不特定人的利益息息相关。如果在绝对权的变动中没有不特定人进行意思表示的空间，仅凭特定人的意思就可以产生对不特定人具有约束力之法律关系，纯粹从理论上讲就难谓周全。事实上，绝对权的变动要给予不特定人意思表示的空间，并非纯粹是一个逻辑游戏，它更有自己的现实需要。为表达的直观，我们可以举出几个不动产物权变动的案例：案例一：甲有一套房产，因登记机关的错误，登记为乙所有，乙明知甲在发现登记错误后会限制乙的转让行为并办理更正登记，乙为了获得这笔财产，便决定将房屋出售变现，当乙与丙通过买卖合同登记转让之际，甲作为真正的权利人，根本无法获得乙与丙交易的信息，法律也没有给予甲救济的机会和手段。当甲获悉丙已经取得所有权时，此时根据公示公信原则，作为善意受让人的丙均已经取得了完满的所有权。案例二：甲有一套房屋，乙和丙为其子女，甲年老，先于1999年通过公证遗嘱指定其全部房产由乙单独继承，后来又改变注意，于2000年重新立下了一个

新的公证遗嘱，将全部房产指定由丙单独继承。2001年甲病故，乙随后根据自己的公证遗嘱向房地产登记机关办理了转移登记。当丙申请登记时，才获悉该笔房产已经登记给乙，并已经由乙再次转让给了善意之丁。案例三：张三为房屋所有权人，李四为房屋承租人，在承租过程中乙了解了张三的身份证信息。随后，李四伪造了张三的身份证，向王五谎称自己名叫张三，是房屋的所有人，因急需现金被迫将房屋卖掉，王五信以为真，订立了买卖合同。李四利用伪造的身份证申请办理登记，登记人员在登记过程中并未发觉李四使用的身份证是伪造的，结果登记手续遂顺利完成。王五在付清房价，住进房屋以后才知道事情的真相。张三要求王五立即搬出房屋，而此时李四已经携款潜逃。我们的制度设计往往关注对善意第三人的保护，可是我们所说的善意第三人均是指交易完成以后，从具有权利瑕疵的出让人处不知情而获得权利的善意受让人，我们更多关注的是交易的安全。然而，我们却忽视了在交易完成以前对与交易息息相关的利害关系人的保护，这无异于我们在构建交易的秩序和安全的同时却忽视了交易的公正。千万不要忘记，此时，利害关系人正处在交易以外，虽然交易损害了他的权利，但法律上却将其视为是负有不作为义务的不特定人中的一员。如果制度设计上不给予不特定人进行意思表示的空间，真正权利人根本不知道绝对权变动的情况，也没有提出权利主张的机会，而绝对权一旦在变动后转让给善意受让人，真正权利人根本不可能恢复其物权，而只能请求损害赔偿，这对真正权利人明显不利。以上述案件为例，如果在物权变动发生前，就对交易当事人之间试图发生的物权变动给予不特定人进行意思表示

的机会（在不动产所在地发布不动产变动的公告，并征求异议），那么这种损害真正权利人的情形就可以在很大程度上预先就可以获得保护，而不仅仅是在丧失物权以后获得的并不充分的救济。由此观之，在绝对权的变动中，不给不特定人一个表达意思的空间，就无异于漠视真正权利人的利益。显然，在我们目前的制度设计中我们对不特定人在绝对权变动中的利益没有给予应有的关注。（二）绝对法律行为的成立绝对权的权利主体是特定人，义务主体是权利人以外的不特定人，与之相适应，绝对法律行为的主体也就相映地一方为特定人，另一方为不特定人。但是，另外的一个问题就会凸显出来：法律行为的核心是意思表示，那么在绝对法律行为中特定人和不特定人之间的意思表示是如何进行的？笔者认为，绝对法律行为的意思表示主要是通过公告、异议和沉默的方式完成的。1，公告绝对法律行为中的意思表示与相对法律行为中的意思表示具有明显的不同：第一，不特定人的人数众多。除了绝对权利人以外的一切人均是不特定人，不特定人人数众多且不确定。第二，不特定人在绝大多数人情况下与绝对权的变动无利害关系。由于在绝对法律关系中，不特定人是以不作为的方式履行自己的义务，在绝大多数情况下不特定人与绝对权的变动均无利害关系，因此不特定人很少关心绝对权的变动情况，只是当绝对权的变动涉及到不特定人中的某个人的利益时（例如：真正权利人），这个人才会因其与自己有利害关系而有进行意思表示之客观需要。第三，不特定人中的利害关系人难以甄别。在绝对权变动的过程中，利害关系人只是为数众多的不特定人中的一员，在利害关系人没有表明自己与绝对权的变动具有利害关系之

前，无法辨别其是否具有利害关系。正是基于这些特点，如果在制度设计上要求权利人向所有不特定人逐一地作出意思表示，既没有这种必要性，也不具备可行性。现实的方式就是由特定人在绝对权发生变动以前向不特定人发布公告，表明绝对权变动之意思表示，以征求不特定人之异议。公告是特定当事人向不特定人发出意思表示的法定方式。2，异议在公告期内，利害关系人可以对绝对权的变动提出异议。由于绝对权具有排他性，只要有人提出异议且异议可以成立，这就表明绝对权的变动中存在瑕疵，绝对权的排他性就不能合法产生，那么这个绝对权的变动也就不能够进行。如果异议经审核不能成立，则应当视为无异议。3，沉默 如果公告期限届满而始终无人提出异议，一切不特定人均保持沉默，或者虽有异议但异议不能成立，则可以合理地得出结论：特定人和不特定人之间已经就绝对权之变动达成合意。这个合意就是特定人和不特定人之间关于绝对权变动的合意，这个法律行为就是绝对法律行为。（三）绝对法律行为的生效法律行为的生效要件有一般生效要件和特别生效要件之分。其中一般生效要件是指为使法律行为发生完全效力所需具备的普遍性的法律条件。这种一般生效要件规则在法律行为效力规则体系中，乃至整个法律行为制度中均居于核心地位。而特别生效要件则是指法律对某些行为发生效力所附加的特殊条件，它实际上仅为法律行为效力的条件限制问题。在多数情况下，法律行为只要具备了一般生效要件，即可引起行为人预期的权利义务关系，发生完全的法律效力。但在某些特殊情况下，法律行为在已经成立并具备一般生效要件后并不立即发生行为人预期的效力，欲使此效力发生仍须具备特定

的条件。[16] 绝对法律行为的生效必须要具备特定的条件，那就是要经过国家公权力机关的确认，这个确认程序主要是通过国家机关的登记完成的，专利权、商标权、结婚、离婚、不动产物权等绝对权的产生、变更和终止无不如此。以不动产物权变动为例，由于物权变动涉及广大不特定人之利益，国家公权力必须介入物权变动，以维护交易安全和社会公共利益。如果不动产物权变动脱离国家的监管，只要具备法律行为的一般生效要件就可以生效，那么就无法有效消除物权变动中侵害真正权利人的风险，也就无法实现维护社会公共利益和交易公正的目的。如果张三的房屋被错误地登记为李四所有，李四试图恶意转让变现，我们很难想象李四会主动向不特定人充分发布公告征求异议，更大的可能是李四企图掩盖事实真相，尽量减少知情人，甚至在有人提出异议的情况下也会尽量向登记机关和买受人隐瞒实情，以求蒙混过关。由于国家具有维护社会公共利益的职能，所以这个任务理应由国家来承担。这就要求国家在绝对权变动中要予以适度的介入，其途径就是：在绝对法律行为成立以后，必须经由国家公权力机关审查确认以后，绝对法律行为才可以生效。

（四）绝对法律行为的现实例证 绝对法律行为并非主观臆造，其存在具有客观性。虽然目前司法界和理论界尚没有关于绝对法律行为的论述，但已经不自觉地将绝对法律行为在立法中予以应用。在此仅对夫妻身份权、专利权和商标权这些具有排他性的绝对权利变动的分析，以这些客观例证试图说明绝对法律行为的制度构建是客观存在的。1，夫妻身份权的取得 瑞士民法典、法国民法典、意大利民法典关于结婚的程序大致如下：首先，当事人之间具有婚约。其次，婚约

人应在身份官员处陈报其对婚姻的允诺以便进行公告，公告由婚约人双方住所地及原籍所在地的身份官员办理。任何利害关系人均可在公告期间，以婚约人一方无婚姻能力或存在法定婚姻障碍为理由，对婚姻提出异议。最后，如果没有人提出异议，或虽有人提出异议但法官未受理或驳回，受理申请公告所在地的身份官员才可以应婚约人的要求执行结婚仪式。[]2，专利权之取得 根据我国专利法，专利局收到发明专利申请后，经初步审查认为符合本法要求的，自申请日起满18个月，即行公布。专利局可以根据申请人的请求早日公布其申请。自发明专利申请公布之日起至公告授予专利权之日前，任何人均可以对不符合专利法规定的专利申请向国务院专利行政部门提出意见，并说明理由。[]台湾专利法规定，对于专利申请，经审查认为可予专利之发明，应将审定书连同说明书、图式公告之。公告中之发明，任何人认有违反第1条至第4条之规定，或利害关系人认有不合第12条之规定者，得自公告之日起3个月内，备具申请书，附具证件，向专利局提出异议，请求再审查。审定公告之发明，公告期满无人提起异议或异议不成立时，即为审查确定。[]3，商标权之取得 我国商标法规定，申请注册的商标，凡符合本法有关规定的，由商标局初步审定，予以公告。对初步审定的商标，自公告之日起3个月内，任何人均可以提出异议。无异议或者经裁定异议不能成立的，始予核准注册，发给商标注册证，并予公告；经裁定异议成立的，不予核准注册。[]台湾商标法规定，商标主管机关于申请注册之商标，经审查后认为合法者，除以审定书送达申请人外，应先刊登商标主管机关公报，俟满三个月别无利害关系人之异议，或异议经确

定不成立后，始予注册。对审定公告之商标所提异议，经确定成立者，应撤销原审定。商标自注册之日起，由注册人取得商标专用权。[]法国知识产权法典规定，商标注册申请依本编及行政法院法规规定的形式和条件提交和公布。注册申请公告两个月内，任何利害关系人可向国家工业产权局局长提出意见；在上述的两个月的公告期限内，注册商标或申请在先商标所有人或享受优先权日的商标所有人，或在先驰名商标所有人可向国家工业产权局局长对注册申请提出异议。如异议经裁定成立，则注册申请即予驳回。[17] 4，不动产物权之变动 台湾土地法和土地登记规则规定，对于土地总登记、土地所有权第一次登记、建物所有权第一次登记、时效取得登记，登记机关接收申请登记案件后，应即依法审查，经审查无误者，依法应予公告，在公告期间内（总登记的公告期不得少于15日）土地权利人如有异议，可以向登记机关书面提出，并应附具证明文件。对于异议，首先由登记机关予以调处，不服调处者，应于接到调处通知后十五日内，向司法机关诉请处理。公告没有异议的，可以办理登记。[]身份权、专利权、商标权、物权均为绝对权，具有排他性。从以上的立法例中我们可以明显看出在绝对权变动过程中绝对法律行为存在的客观性。以夫妻身份权的取得为例，结婚前的公告异议程序实际上就是典型的绝对法律行为。婚姻关系一旦合法成立，其夫妻身份即具有排他性。假如甲与乙已经登记结婚以后，鉴于夫妻身份的排他效力，任何一方不得再与他人结婚，但是，如果甲隐瞒真实情况谎称自己未婚，并再一次与丙一起申请登记结婚，在这种情况下，甲与丙的婚姻登记就构成对乙的配偶权的侵害。但对于婚姻登记机

关而言，因为种种主客观原因的限制，登记机关仅仅通过登记恐怕难以审核出甲的婚姻状况，那么登记机关就会把乙视为是为数众多的不特定义务人中的一员，认为其与甲、丙的婚姻登记毫无利害关系。一个必须重视的问题是：在这种具有绝对性质的婚姻关系的建立过程中如何才能尽可能减少错误的可能性？那就是在未婚夫妻在取得正式夫妻身份关系之前，除了要求当事人之间具有结婚的合意以外，还需要征求不特定人之同意，更准确地说，就是通过公告的形式在不特定人中寻找与绝对权变动有利害关系的权利人。如果无人提出异议，则表示可以合理地作出推论：绝对法律关系的建立没有任何法律上的障碍。“没有异议”实质是在未婚夫妻和不特定人之间以沉默的方式成立了一个关于绝对权变动（取得夫妻身份权）的绝对法律行为！

三、绝对法律行为的价值

绝对法律行为不是逻辑游戏，也不是纯粹学术上的主观臆造，而是一个具有重大现实意义的制度构建。它不仅完善法律行为理论，而且在不动产转让、专利权授予、婚姻登记等诸多涉及绝对权变动领域都具有相当的实用价值。

（一）绝对法律行为的理论价值

- 1，完善法律行为理论 目前法学界承认绝对权，也承认绝对法律关系，但无人论及特定人和不特定人之间的绝对法律行为。目前学术界将法律行为划分为单方法律行为、双方法律行为和多方法律行为，这无法合理解释引起绝对权变动的法律行为的性质问题，绝对法律行为的概念将使法律行为理论更加完善。
- 2，彻底贯彻绝对权和相对权的区分原则 绝对法律行为引起绝对法律关系，从而导致绝对权的变动，相对法律行为引起相对法律关系，从而导致相对权的变动。如果不承认绝对法律行为的存在，就无法

解释绝对权变动的的原因，也无法解释引起绝对权变动的法律行为的性质。绝对法律行为可以使绝对权和相对权的区分在逻辑上得到彻底的贯彻。即：绝对法律行为 绝对法律关系
绝对权 相对法律行为 相对法律关系 相对权 正是因为没有绝对法律行为和相对法律行为的概念，所以德国物权行为理论才会争论百年而相持不下。物权行为理论的创始人萨维尼在“当代罗马法体系”一文中他写道：“交付是一个真正的契约，因为它具备契约概念的全部特征：它包括双方当事人对占有物和所有权转移的意思表示”[18]根据萨维尼的论述，作出物权行为意思表示的仅仅是债权行为的双方当事人。物权与债权在主体、效力上的本质差别已是不争的事实，但在引起物权变动时，为何物权意思表示的主体却可以和债权意思表示主体完全重合？显然，物权行为理论认识了相对权与绝对权之间的本质差异，而最终又在相对性和绝对性的差异中陷入了逻辑思维的混乱之中。物权行为理论的确有科学的成分，但它又无法解答反对者的合理质疑，根本的症结就在这里。（二）绝对法律行为的实践价值 1，保护交易之外利害关系人的利益。绝对权利变动之前，将权利状态向一切不特定人公告，给予与绝对权变动有利害关系的人对权利变动提出异议，避免绝对权变动中存在权利之瑕疵，以切实保护利害关系人之利益，维护了交易的公正性。 2，为绝对权的正确性推定提供依据。不特定人预先知悉绝对权之变动，且没有利害关系人对权利之变动提出异议，则在法律上可以合理地认为，一切不特定人对权利之变动均无异议，从而可以推定权利之变动具有正确性。绝对法律行为在更大的程度上保证了绝对权变动的合法性，减少了变动之后受到真

正权利人或其他利害关系人追夺的几率，提高了交易的安全性。3，降低审查成本。不动产登记、婚姻登记、专利权登记、商标登记等绝对权变动过程中，国家为了保证绝对权变动的正确性，必须加以实质性审查，然而对绝对权的来龙去脉进行实质性审查不仅十分困难，而且成本巨大。绝对法律行为则可以在一定程度上缓解这一矛盾，绝对法律行为实际上就是借助不特定人的参与来检验绝对权是否存在权利瑕疵的过程，就在一定程度上可以节约审查的成本。四、绝对法律行为被长期忽略的原因目前的法学论著中没有见到关于绝对法律行为和相对法律行为的论述，也没有关于特定人与不特定人之间存在绝对法律行为的观点。绝对法律行为的存在之所以被我们长期忽略，其原因何在？第一，绝对法律行为成立的方式是推定。特定人向不特定人发出要约的方式是发出公告，而不特定人则是以不作为的方式作出承诺，即对公告保持沉默（不提出异议）。这其中的意思表示的合意显然不具有合同那样明确的口头形式或书面形式，而是采取了推定方式。第二，绝对法律行为的生效要经过国家公权力的确认。绝对法律行为往往是通过国家公权力机关进行的，因此我们往往把它视为纯粹是公法上的行为，而忽略了私法行为的存在。以专利权为例，专利权属于绝对权，专利权的授予就意味着绝对权的产生。如果专利申请人根本不具备授予专利权的条件，专利机关却把应当属于公有领域的技术或产品授予了专利，那么这势必要对不特定人造成损害。正是因为绝对权的授予与不特定人具有利害关系，所以这种具有绝对性的专利权在被授予之前，专利机关必须向不特定人发布公告，目的就在于征求不特定人的异议。由于国家公权力机关

的参与，我们经常把专利机关的公告视为是纯粹的行政行为，丝毫没有注意其中客观存在的绝对法律行为。事实上，国家专利机关发布公告中的意思表示具有公法（行政法）和私法（民法）的双重效果，一方面公告是国家专利机关的意思表示，它是国家机关就该专利申请作出的具体行政行为，这种具体行政行为属于行政法的范畴；另一方面，公告又是由专利申请人作出的民法范畴中的意思表示，它表明专利申请人向不特定人发出了取得专利权的意思表示。这个意思表示正是绝对法律行为中的意思表示。必须注意的是，这个民法上的意思表示是通过行政机关间接作出的。也可以说，这两种性质不同的意思表示是通过“一明一暗”的方式完成的，一个意思表示是行政机关作出的行政法上意义上的意思表示（具体行政行为中的意思表示），一个意思表示是通过行政机关间接作出的民法意义上的意思表示（申请人向不特定人作出的试图取得绝对权的意思表示）。这两种不同的意思表示在利害关系人提出异议时就明显地暴露出来。针对国家专利机关发布的公告所提出的异议被清晰地地区分两种情况：第一种情况，针对具体行政行为中的意思表示所提出的异议。例如，《专利法》规定利害关系人可以在三个月的时间内提出异议，如果专利机关在公告中规定只给利害关系人两个月的期限，这种情况下利害关系人可以就专利机关的异议期限违反法律的规定表明自己的异议，甚至提起行政复议或行政诉讼。必须注意的是，这个异议所针对的是行政机关的具体行政行为，而不是专利申请人是否可以享有专利权。第二种情况，针对申请人试图取得绝对权的意思表示所提出的异议。如果利害关系人认为专利申请人根本不符合享有专利的条

件，他可以就专利申请人的试图享有绝对权的意思表示提出异议。对于第二种情况，不特定人所提出的异议并不是针对行政机关的具体行政行为，而是指向特定当事人试图取得绝对权的意思表示，因此从这个意义上说，公告实际上就是当事人在政府部门监管下所发出的民法上的意思表示。尽管这个绝对法律行为中的意思表示是通过行政机关间接作出的，但它是客观存在的。第三，除了可能涉及的个别利害关系人外，几乎没有人会关注绝对权的变动。由于在绝对法律关系中不特定人是以不作为的方式履行自己的义务，所以绝对权法律关系的变化只是导致不特定人承担不作为义务的对象发生了变化，这一切都是在无形中进行的。甲拥有一套房产，所有不特定人都负有不侵害甲房屋所有权的义务，现在甲将房屋出售给乙，除了甲和乙之间感觉到了财产的增加和减少以外，对于其他所有的不特定人而言，只不过由原来向甲承担不作为的义务，转变为向乙承担不作为的义务。事实上，在生活中我们只要注意不干涉其他人的事务就可以了，这种房屋产权的变化其实也没有扩大不特定人的任何不作为义务，所以在现实生活中，除了可能涉及的个别利害关系人外，几乎没有人会关心这次房屋产权的公告、异议和权利转移。

结语 事实表明，绝对法律行为在逻辑上具有合理性，在制度设计上具有可操作性，它不仅对绝对权变动中的利害关系人而言至关重要，而且对法律行为理论、民法制度设计和法学思考方法均有重大影响，对于这个理论研究的盲点，我们不应该忽略它的存在，而应当把它纳入我们研究的视野。【注释】此文为于海涌主持的国家社会科学基金项目《不动产物权登记制度研究》（项目批准号02CFX010）的部分最终结项

成果。作者简介：于海涌（1969?），男，安徽淮北市人，中国政法大学民商法博士后，中山大学法学院副教授，民商法博士，主要研究方向为民法和商法。[]参见意大利民法典第一编第六章的相关规定与法国民法典第63,64,68,166,175-1,75,194条。[]参见我国《专利法》第34条与《专利法实施细则》第48条。[]参见我国台湾《专利法》第30条、第32条和第38条。[]参见我国商标法第16条和第18条。[]参见台湾商标法第41条和第21条。[]参见台湾《土地登记规则》第53条和《土地法》第55条。【出处】《现代法学》2006年第1期【参考文献】[1][意]彼德罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 黄风译. 北京: 中国政法大学出版社, 1992. 86. 史尚宽. 民法总论[M]. 台湾: 永美美术印刷制版有限公司, 1980年. 16. 郑玉波. 民法总则[M]. 台湾: 三民书局, 1995. 51. 梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 83. 王利明等. 民法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1988. 131. [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2001. 58-60. 佟柔. 中国民法[M]. 北京: 法律出版社, 1990. 32-33. 同注[5], 111. 张佩霖. 中国民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 26. 郭明瑞. 民法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2001. 30. 史尚宽. 民法总论[M]. 台湾: 永美美术印刷制版有限公司, 1980. 277. 同注[3], 220. 同注[4], 178. 同注[5], 366. 同注[6], 165-167. 董安生. 民事法律行为[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1994. 197. 法国知识产权法典. 黄晖译. 商务印书馆, 1999. 135. 孙宪忠. 论物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 652. 100Test 下载频道开通, 各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com