

350.1
976

百 科 小 叢 書

權 利 義 務 淺 說

鄭 斌 著

王 雲 五 主 編

商 務 印 書 館 發 行

書叢小科百

說淺務義利權

著 斌 鄭

編主五雲王

行發館書印務商

目次

第一章	總論	一
第二章	權利義務之本質	四
第三章	權利義務之種類	一四
第四章	權利義務之主體	二五
第五章	權利義務之客體	三二
第六章	權利義務之得喪變更	三七
第七章	二十世紀之新法制與權利義務	四六

權利義務淺說

第一章 總論

人類不能離社會而生活，勢必與他人接觸。而欲完成其社會生活，斯有行爲之節度。宗教、道德、法律，卽爲節制行爲之具。洎社會進化，法律離宗教、道德而獨爲最有力之行爲準則。

法律規定作爲或不作爲之關係，在使一方得爲某事，享受某項之利益，使他方必爲或必不爲某事，以保全相對人之利益。簡言之，法律給給與一方以行爲之自由，課他方以行爲之拘束。吾人之社會生活，賴以有規則有秩序，社會從而能和平發達。其或逾閑越檢，則執法以繩之。此卽爲法律之內容。法律上行爲自由之方面，謂之權利，法律上行爲拘束之方面，謂之義務。

雖然，自有法律，不必卽有權利。權利觀念乃法治之成果，人類社會進化至某程度後始發生

發達者也。蓋人類社會在進化之初，在於鞏固團體之結合，不容個人主張利益，當時首先發生者正義觀念也。尊重正義之結果，自然有義務觀念而無權利觀念。社會之最高權力要求各人履行義務，斯有法律。故先有義務觀念而後有法律。法律之重心自不得不在於義務。而最初發生之義務為服從社會最高權力之義務，因而對於同一社會之他人負法律上之義務。各人負擔義務之結果，在權利之地位者，其權利不蒙侵害而已。泊入近世，個人發展，主張天賦人權，與社會最高權力對抗，結局個人占勝。於是嚮所主張之人權，成爲法律上之權利，法律確定而保護之。由是發生對立之義務。法律之重心乃由義務而遷於權利。

夫以社會爲目的，個人爲手段，則爲社會利益而犧牲個人利益；以個人爲目的，社會爲手段，則爲個人利益而犧牲社會利益。故古代法律之弊在於蔑視個人，而近代法律之失在於過尊個人。抑社會爲有個人之社會，不能外個人而想像社會；個人爲有社會之個人，不能外社會而想像個人。個人利益與社會利益決非不能兩立，實相輔而存在。所謂權利，不過爲確保個人利益之手段，而確保個人利益，又爲維護社會利益之手段。法律雖以權利確保個人利益，而其目的固不以

此爲止境也。是以今後之法律當力圖補救個人主義之流弊，限制財產權及契約自由權，合併權利與義務融法律與道德，以期個人與社會調和是爲法律之社會化。

第二章 權利義務之本質

第一節 權利學說

關於權利義務之本質，學說頗多，其最重要者，爲意思說利益說折衷說及法力說。

意思說 (Willenstheorie) 以意思爲權利之本體，但其中尙有種種之分派。如康德 (Kant) 黑智兒 (Hegel) 等謂吾人之意思自由，是權利之本體，文沙德 (Windscheid) 以意思力或意思之支配爲權利之本質。文沙德之說尤爲有名，與以下所述之利益說並稱爲十九世紀二大權利學說。文沙德之說由權利主體出發，使權利主體之意思有決定的意義。權利主體之意思自由與滿足，爲權利之主要部分。故其定權利之意義曰：權利者，法規所賦與之意思力也。(Das Subjektive Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht) 雖然照此學說，則論理上權利主體必然爲意思主體。故無意思能力之幼者及心神喪失者勢必不得享有權利。然

今日各國法律上殆無不許此等無意思能力者享有權利。法律上雖規定以親權者監護人等法定代理人之意思補充其意思，但此不過爲無意思能力者行使其權利而設定之手段，其與能否爲權利主體之問題全然各別。

利益說 (Interessentheorie) 以利益爲權利之本體，始倡於耶林 (Ihering) 而爲丹倫堡 (Dernburg) 所祖述。不置重於個人之意思而置重於權利之內容，求權利之本體於生活資料之分配及所分配之保護。故曰權利者，法律所保護之利益也。(Das Subjektive Recht ist rechtlich geschütztes Interesse) 此說頗能與現代之社會觀照合，遙優於前說然尙有未可遽予首肯之處。蓋法律所保護之利益不必爲權利，亦有爲法律之反射作用者。即權利不過爲法律保護利益之一，並非其全體。例如刑法規定妨害交通罪，路人因此而蒙利益。但不取得何等之權利。又如國家對於某製造業依法給與補助金，吾人因此得以廉價購買製造品，但比乃吾人之利益，不得遂謂吾人有廉價購買製造品之權利。此說弊在混同權利之目的與本質。權利之目的爲吾人生活上之利益，而權利本身則爲達此目的之手段。法律上能充實吾人生活上之利益，吾

人始有權利。

折衷說 (Gemischte Theorie) 兼認意思與利益二條件而成立。蓋意思說惟注目於權利之動態，利益說又偏重於權利之靜態也。然折衷說仍不免有所偏重。如偏重意思說者，曰：權利者爲保護利益而賦與之意思力也。偏重利益說者曰：權利者，意思力所保護之利益也。結局流弊與前二說同。

法力說 (rechtliche Macht) 以權利爲法律上能以意思主張利益之力，即以權利本體爲法律賦與各人之力。主張此力之手段卽意思。而所以承認此力之目的在於利益。所謂法律上之力，固非物理力。乃法律上之可能性（據穗積陳重法理學講義。）例如債權有能請求他人行爲之法律可能性，所有權有能使用收益處分財產之法律可能性。法力說爲近時之通說，多數學者採用之。

第二節 權利之本質

權利者，法律上人格者能享受特定利益之力也。卽權利者，法律上之力也，能享受特定利益

之力也。人格者所享受特定利益之力也。更分別說明之。

(一) 權利者法律上之力也

法律者，吾人國家生活之規範而經國家承認者也。而權利為法律之實質，有如前述。故權利乃吾人關於國家生活之力。詳言之，法律認為於國家生活所必要或有益者，賦與一種之力，即為權利。故權利乃國家依法律而承認者也。然則權利不在法律外而在法律上也。彼自然法學派學者倡天賦人權說，或如某派主張法律以前之社會權說，均不可採。又所謂法律上之力者，能享受法律所保護之利益之可能云爾。故所謂力者，非實力而可能也。人之實力雖有強弱大小，而其權利則皆一定，所謂法律上人盡平等者此也。或謂力指意思力，其實不然。微特無意思力者可享權利，且有意思者不必有力，往往不知不覺間亦享權利。說者曰：法律必使代理人構成無意思能力者之意思，是意思為權利之要素矣。雖然，此混淆權利享受與權利行使之說也。權利行使要意思，故以意思完全之行為能力者為無能力者補充其意思。若為權利主體，則意思決非必要。

(二) 權利者享受特定利益之力也

權利之目的不外乎利益。吾人因生存上之必要發生種種需要。充實需要，斯吾人感知利益。權利即在法律保護之下能對他人主張生活上之利益。或謂日本法上之繼承權，固權利也。如負債超過繼承遺產，則繼承權明明不利，而猶不失為權利，其權何也？夫所謂利益，乃一般的客觀的，以常識為標準而決定者，非必限於財產上之利益。列在繼承順序者，認其有繼承之權利，即為一種利益，即其人之順位不被蔑視，可謂有利益者也。但所謂利益，必須特定，即須限令其範圍也。有權利者有一定範圍之利益，特別積極的受保護，而後其所享受之利益與一般人所享受者不同。於是法律之反射與權利，有明白之區別。法律之反射者，吾人因有法律之某項規定而一般受利益，但法律未嘗特為某人積極的保護其一定之利益。例如刑法規定以行使之目的而偽造通用貨幣者，處徒刑若干年。吾人對於此項罪犯無請求損害賠償之權。何則，照此規定，受保護者為社會信用制度之安全。吾人所受之利益，不過法律之反射。然使偽造者行使偽造貨幣而購求物品，則賣主失有用之財物而得無用之貨幣，是其財產權受侵害也。故該貨主對犯人有請求損害賠償之權。

(三) 權利者人格者所享受特定利益之力也

權利爲某人格者在共同生活上能享受特定利益之力。故原則上須有他人爲其相對人，即有人與人之對立，而後相互之間發生權利關係。若在人與物之間則無此關係。例如所有權，人與所有權之目的物間無權利關係，然其人與世上一般人間發生權利關係。有權者可自由使用收益處分目的物，他人負不得妨害之義務。故一切權利爲對人權，對物絕對無所謂權利。又不曰人或人類而曰人格者，因能享受特定利益之力者，固不必限於自然人，凡法律賦與人格之團體，其能享受特定利益之力，法律上與自然人同。

權利之性質，有如前述。但每有將權力與權利同視者，是不可以不辨。說者曰：權力者，實力之優者云爾。然在法律上之觀念，權力不可解爲實力，自不待言。一說曰：權力者，法律所認之力，所以充實國家之利益者也，故權力非單純之實力，惟國家之力量法律上優於各個人之力，各個人所以能支持其權利者，由於國家以其優勝之力保護之也，權力固與權利有區別。此說大體正當，惟權利與權利之間亦有力之優劣。例如優先權是。故此說猶未可謂明確。夫權力乃權利之一種。廣義

之權利，可分爲二種：其一，權利主體能直接勵行者；其二，非藉他力則法律上不能勵行者。此實單純權利與權力區別之理由也。卽有權力者法律上自能勵行其力，而有單純權利者非藉他力則不能勵行其力。差異如此，斯名稱亦不同。又等是權力，其間有固有勵行之力者，卽國家之權力，有否者，如親之於子有懲戒權，學校之於學生有懲戒權。懲戒權爲國家所認許而後有勵行之力。現今國家不許私人自救爲原則，其有許之者，惟法律所特許者耳。（例如正當防衛權）反之國家不獨能使私人勵行其權利，並能勵行自己之權利，此所以國家有大力也。

權利爲法律上之力，已如前述。然權利能力及行爲能力亦爲法律所定之力，其與權利有何別乎？能力者，資格云爾。卽權利能力者，法律上能享有權利之資格也。無此資格，則不能享有權利。故權利能力決非權利。行爲能力者，法律上能爲有效行爲之資格也。無此資格，則行爲不發生完全效力。例如未成年者意思能力未完成，故其一定之行爲非經法定代理人之同意，不能有效。行爲能力之意義，較權利能力明著，不易與權利觀念混淆。但主張權利卽意思力者，往往將行爲能力與權利觀念同視，此應注意者也。

第三節 義務之本質

權利爲法律所賦與之可能力，有如前述。而義務乃法律所命作爲不作爲之拘束。一則以特定之利益爲內容，一則以不利益爲內容。兩者判然有別。彼採意思主義之學說者，謂義務爲意思之拘束。推而言之，無意思能力者當然無義務。有意思能力者不得於不知不識間負擔義務。然按之實際則不符。其不可採也明甚。又有以義務爲法律上之責任者。夫責任乃必須履行義務之意，卽因負擔義務而發生，與義務本身有別。又有以義務爲法律上之強制者。然強制亦以有義務之故而令義務者履行之意，決非義務本身之性質。義務乃法律所加之拘束，不問吾人願否，要求吾人必爲與必不爲也。要之義務者，人格者必爲必不爲之法律拘束也，其義如後。

(一) 義務者法律拘束也

權利爲法律所賦與之力，而義務爲法律所命之拘束。一則法律賦與某力，一則法律加以拘束。而拘束有積極消極之別。積極拘束者，必爲某行爲之謂。消極拘束者，必不可爲某行爲，或他人對已爲某行爲不可不忍受之謂。例如買主應付價銀，卽積極拘束。不可毀損他人身體，或應忍受

懲戒，卽消極拘束。

(二)義務者必爲必不爲之法律拘束也

法律曷爲有必爲必不爲之命令？蓋法律既賦與權利者以享受利益之力，設使他人不尊重此力，則權利常必受侵害，卒至無由收實效。法律爲救濟其窮，勒令他人爲某行爲，禁止爲某行爲。勒令與禁止皆所以使他人尊重權利者之權利也。故法律上權利與義務對立。

(三)義務者人格者必爲必不爲之法律拘束也

夫權利爲人格者所有之力，而義務爲人格者所受之拘束。故非人格者決非義務者，卽義務主體僅限於人格者。而權利與義務乃甲乙兩人格者間之相互關係，卽爲法律關係。若人與物間則無法律關係，僅有事實關係。若使權利義務集於一人，則權利義務失其目的而消滅。但權利義務集於一人而消滅時，影響於第三者之權利，則與第三者間之法律關係依然存在。又有享受權利同時亦負擔義務者。例如親權者對於未成年子有監護教育之權利，同時亦負擔行使其權利之義務。學者謂之權利卽義務。其實不然，乃權利與義務同時存在耳。

權利與義務原則上常對立，有如前述。然權利與義務之對立問題，學者間頗有議論。肯定之者曰：一方有權利，他方必有義務，無義務之權利，非權利。一方有義務，則他方必有權利，無權利之義務，非義務。蓋義務所以滿足他人權利之負擔也。其實不然，有僅有權利而無義務者；有僅有義務而無權利者。前者學者稱爲形成權，如取消權，解除權，追認權是（詳見權利義務之種類）。後者學者稱爲孤立義務，如公法上之義務是（詳見權利義務之種類）。雖然，權利與義務不對立者究屬極少，於對立原則固無傷也。

第三章 權利義務之種類

第一節 權利之種類

權利之種類因觀察點不同而有種種相異之分法。茲將最普通者分別說明於後。

(一) 公權及私權

公權存在於國家（或公團）之主權（或自治權）及主權（或自治權）發動關係上之權利。故國家之統治權及公團之自治權固屬權利，而國家或公團對於他國家或公團及私人之關係而關乎主權或自治權之發動者，存在於該關係之權利，亦公權也。又私人對於國家公團之關係而關乎主權或自治權之發動者，存在於該關係之權利，亦公權也。要之公法上之權利為公權。公權更可分為左之二種：

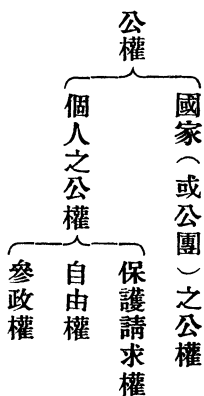
(甲) 國家及公團之公權

(乙) 個人對於國家及公團之公權

國家及公團之公權即國家之統治權及公團之自治權，由此更發生其他之權利，即因統治權及自治權之發動而存在者，可概分爲二：其一，國家與國家間主權發動之關係，爲國際法所定，即生國際間之權利，其二，國家及公團向內行使之權力，此爲憲法所定，即生國法上之權利，例如三權——立法行政司法——或五權——立法行政司法考試監察——即因國家統治權發動而存在之公權。

個人對於國家及公團之公權，即個人所有之保護請求權，自由權，參政權，亦爲憲法所規定。保護請求權一稱行爲請求權，係關於某事件，個人對於國家請求主權發動之權利，有裁判請求權及請願權二者。自由權係各個人對於國家在一定範圍內不受干涉之權利，有居住移轉之自由，身體之自由，住所之安全，信書之祕密，集會結社之自由，思想發表（言論著作出版）之自由，信教之自由，所有權之安全等權利。參政權係各個人參與統治機關組織之權利，有選舉被選舉權，任官權等權利。近年憲法上有教育勞動等權利之規定。教育勞動等之自由，亦可歸入自由權。

又罷官權創制權復決權連同選舉權簡稱政權，即參政權也。凡公權除參政權外，依條約法令之規定，外國人亦得享有。因參政權非國民則不得享有也。故學者有將保護請求權及自由權併稱為個人權，而以參政權為國民權者。雖然，蘇俄亦許外國人有參政權，則稱為國民權，似亦未允當也。公權之種類有如下表。



私權者，私法上之權利也。個人對個人之權利固屬私權，關於國家及公團相互間或國家及公團與私人間之行爲，性質上私人間亦可發生而不可視爲主權之發動者，亦有私權關係。私權更依其作用及目的物而分爲左之二種：

（甲）支配權，請求權，形成權（Beherrschungrecht, Anspruchsrecht, Gestaltungs-

rights)

(乙) 人身權及財產權

甲項分類之根據，在於權利之作用。支配權係權利者得於其目的物上直接爲某行爲，同時對於他人得請求不妨害其行爲之權利。例如所有權者得於其所有物上爲自由行爲，同時對於他人得請求不妨害其行爲。物權、親屬權、無體財產權屬之。請求權係對於他人得請求作爲或不作爲之權利。所請求之相對人，有爲特定一人者，有爲特定數人者，有爲不特定之多數人者。例如吾人貸錢於一人或數人，至期待請求返還。又如對於任何人得請求不侵害吾人之身體。凡請求權從基本之權利發生，無基本之權利，則無請求權。但請求權決非基本權利之效力，自能獨立存在。

請求權更可分爲(1)物的請求權與(2)人的請求權二權。物的請求權係物權及其他之絕對權被毀損時，請求回復原狀爲目的者也。例如所有者因其所有物之占有被奪，請求所有物之返還是。其特色在於與被毀損之基本權利共運命之一點。即喪失基本權，則亦喪失請求

權，繼承基本權，則亦繼承請求權。至於人的請求權，乃對於他人請求作爲不作爲之權利。此種請求權出於債權者，則有與債權存在同時發生者，亦有後來發生者。又人的請求權亦有出於物權者。例如因侵害物權而有損害賠償請求權。又有出於親權者。例如私生子有對於其父請求認領之權是。

形成權一稱可能權，能發生，變更，消滅，妨礙某權利之權利也。故某權利之發生，變更，消滅，妨礙，即形成權之本體，捨是則形成權失其存在之目的。例如撤銷權，抵銷權，解除權，選擇債權之選擇權，爲第三者利益契約上利益享受之意思表示權，婚姻之無效及撤銷權，抗辯權等。形成權無對立之義務，實爲權利義務對立原則之例外。

人身權及財產權依權利之目的物而分者。人身權係關乎吾人人格身分之私權，與財產無直接關係者也。更可分爲人格權及身分權二者。財產權係以吾人外界有經濟的價值者爲目的物之權利，至於目的物是否可以金錢計算，非所問也。此項權利不固著於人格，故得轉讓拋棄。財產權更可分爲債權，物權，無形財產權三者。今分別說明人身權及財產權於後。

人身權之第一種爲人格權。人格權係以權利者之人格爲保護目的物之權利，卽爲維持人之所以爲人之地位所必需之權利也。故此種權利不得轉讓或拋棄。如生命權，身體權，自由權，名譽權，貞操權屬之。此等權利與人格共生共滅。若姓名權存在，則姓名權亦爲人格權之一種。

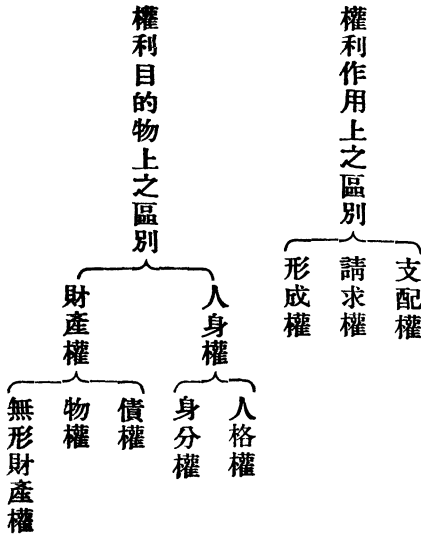
人身權之第二種爲身分權。身分權係以吾人之身分卽社會上之地位爲保護目的物之權利。此項權利與一定之身分共終始，故亦不許轉讓或拋棄。例如夫權親權家長權屬之。

財產權之第一種爲債權。債權係使特定人爲或不爲特定行爲之相對權。某特定人之行爲，卽此權利之目的物。債權種類，法律不限定，凡具一定之條件，各人可依法律行爲而創設之。所謂契約自由之原則，債法上所認也。

財產權之第二種爲物權。物權係以物或權利爲目的物之絕對權。物者，有體物也，物權行於特定有體物上爲原則。然有以物之一團爲目的者，有以物之構成分子爲目的者。以權利爲目的物之物權，如以財產權爲目的之質權，以地上權永佃權爲目的之抵押權是。物權種類爲法律所限定，如個人不得任意創設。

第三種財產權爲無形財產權，一稱無體物權或精神的所有權，以吾人之精神的產物爲目的物之絕對權也。如著作人專有重製著作物之權利，專利權者專有製作使用販賣傳布其發明物之權利，商標權者有專用其商標之權利。無形財產權概經註冊手續而發生。

私權之種類如左：



(二) 對世權及對人權

對世權 (Right in rem) 一稱絕對權，能對抗世間任何人之權利也。任何人對於權利者負不為某行為之義務。權利者對於世間任何人有不作為請求權。凡權利常有對人請求不作為之效力，然亦有除此不作為之請求力外，並可對於特定人請求特定行為不行為之力者。僅有不作為請求權者，特稱為絕對權。人格權及物權屬之。

對人權 (Right in personam) 一稱相對權，對於特定人請求行為不行為之權利也。對人權既係權利，當然有使他人不侵害之對世效力，故對人權兼有二種力之權利也。債權及親屬權屬之。

(三) 原權及救濟權

原權 (Primary rights; Antecedent rights) 係法律獨立保護某利益之權利。例如所有權是。

救濟權 (Remedial rights; Secondary rights) 係為救濟原權侵害而生之權利。損害賠

償請求權及取回權屬之。

(四) 主權利及從權利

主權利 (Principal rights) 係獨立存在不附屬於他權利而他權利反附屬之者也。

從權利 (Accessory rights) 係附屬他權利而存在者也。例如留置權、質權、抵押權等爲擔保債權而附帶存在。從權利隨主權利移轉消滅爲原則。

(五) 專屬一身之權利及有移轉性之權利

專屬一身之權利，係不能與權利者本人之個人的利益分離之權利，故不能讓與或繼承。公權及人身權屬之。

有移轉性之權利，適與專屬一身之權利相反，故原則上可移轉讓與。財產權屬之。

第二節 義務之種類

義務亦可依種種標準而分類。因權利與義務概對立，故知權利之種類，即可知義務之種類。茲惟舉示其最重要者於後。

(一) 公義務及私義務

公義務係存在於國家（或公團）之主權（或自治權）及主權（或自治權）發動關係上之義務即公法上之義務也。例如當兵義務納稅義務或勞動義務（蘇俄憲法）是。

私義務謂非公義務之一切義務，即私法上之義務也。

(二) 消極義務及積極義務

消極義務者，對於某人為一定行為或須忍受他人對己所為之一定行為之義務也。例如對於對世權及對人權，人人負不可侵害之義務，又子受兩親懲戒之義務是。消極義務一稱不作為義務。

積極義務者，某人對於他人必為某行為之義務。例如對人權之義務者當為特定行為是。積極義務亦稱作為義務。

(三) 本體義務及分生義務

本體義務者，與原權對立之義務也。例如債務之於債權是。分生義務者，因不履行本體義務

而生，即與救濟權對立之義務也。例如因不履行債務而生損害賠償義務是。

(四) 主義務及從義務

主義務者，獨立存在之義務，與主權利對立。例如債務人之債務是。從義務者，附屬於主義務而存在，與從權利對立。例如為擔保債務而設定質權，則應從質權之規定而交付擔保目的物，是從義務也。

(五) 一身專屬之義務及有移轉性之義務

一身專屬之義務者，非本來之義務者本身履行則無由履行者也。其中有或義務之性質上如此者，有或因當事人之意思而決定者。前者例如技術家之義務是，後者如他人亦得為之行爲使相對人爲之之契約義務是。至於非專屬一身之義務，他人亦能擔任，故有移轉性。例如財產上之義務是。

第四章 權利義務之主體

權利爲能享受特定利益之法律力，則不可無具此力者，義務爲必爲必不爲之法律拘束，則不可無受拘束者。力或拘束之所歸者，謂之主體，即法律上有權利負義務者也。如此有權利者及負義務者惟限於有人格者。所謂有人格者，自然人與法人是。

自然人指有精神肉體之人類而言，亦曰有形人。照近世文明諸國法律，自然人皆爲有人格者。非若古代奴隸制度認有無人格之人類也。關於自然人，有須知者四點，即其發生，能力，住所及消滅是也。

自然人因出生而發生。出生指胎兒保有生命脫出母體而獨立呼吸之時。既保有生命而出生，則不問其生存之久暫，在出生瞬間有享受權利之能力，即取得人格權而能爲其他權利義務之主體。至於無生命者之出產，非人之出生，不過物之排出已耳。胎兒未脫出母體，原則上固爲母

體之一部，不能視爲出生。但法律爲保護胎兒之利益起見，亦視爲出生者。如損害賠償，繼承，遺贈等是。

能力者，享有及行使權利之資格也。能享有權利之資格，謂之權利能力。能行使權利之資格，謂之行為能力。私法上自然人當然有權利能力，公法上則不盡然。如自由權及保護請求權，固人人能享有，而參政權每隨男女年齡教育甚或財產而有限制。在無產階級專政之國，則有產階級無參政權。又有權利能力者，不必同時能完全行使其權利。私法上所謂無能力，卽無行為能力之設。如未成年人，禁治產者，準禁治產者是。凡無能力者之行為，非經法定代理人之同意，則可撤銷，所以保護其利益也。公法上行爲能力者與無能力者不易概括說明。但自由權隨令出生而享有及行使，惟有限制。例如監犯無居住移轉之自由，剝奪公權者無結社之自由。參政權則禁治產者，破產者，特定受刑者，軍人，學生，或有產階級，無選舉被選舉權（軍人學生有例外）。保護請求權則未成年人禁治產者概不認有行為能力。

自然人不問是否爲行為能力者，須有其生活所必需之場所，場所有二：一曰住所；二曰居所。

住所爲各人生活之憑藉地，一人止有一處；居所則多少有繼續居住意思之所在，一人不妨有數處。其或僅一時停留隨時有變更者，謂之現在地。若住所不明，則居所視爲住所。住所對於法律關係有重大之效果。例如償債以在債權人之住所爲原則，繼承在所繼承者之住所開始，訴訟依被告之住所而定法院之管轄是。

自然人因死亡而喪失其人格，但有一例外，卽失蹤宣告是。失蹤宣告者，人去其住所居所而於一定期間生死不明時，利害關係人請求法院宣告其人法律上推定爲已死亡者，若實際生存，視爲已喪失人格者也。

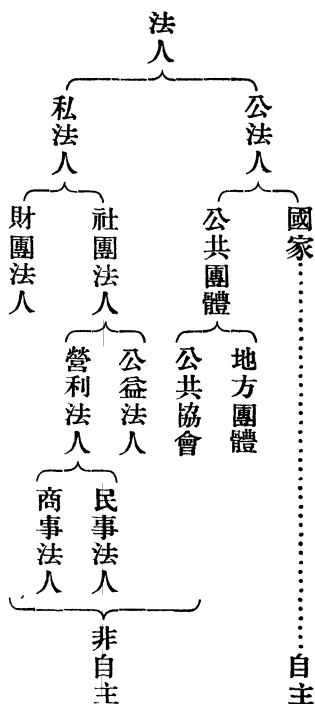
法人者，人類之團體（社團）或財產之集團（財團）而爲權利義務之主體也。法律對於自然人賦與人格，而對於非自然人亦賦與人格。此有人格之非自然人，卽爲法人。法律曷爲認人類團體或財產集團有人格乎？實爲法學上之大問題，議論頗多。要之社團或財團所以爲社會之構成分子者，非單爲人類或財產之集合，實爲備有活動機關之組織體也。其組織體有社會生活上之目的，故發生社會的價值。有社會的價值，斯賦與法律上之人格也。茲就法人之發生種類，能

力，住所，消滅說明之。

公法上國家有權利義務，（即爲權利義務之主體）非必有明文規定。其他公共團體則法律上有逕認爲法人者。如省縣市等各該法上定爲法人，工會法商會法亦各認工會商會爲法人。私法上概載明一定條件，某社團或財團具備法定條件，則得爲法人。

法人凡可分爲公法人及私法人二種。公法上指國家及爲國家行政組織一部分者而言。其爲國家行政組織一部分者，更可分爲地方團體及公共協會二者，概稱爲公共團體。公共團體依法令之規定，受國家之監督，以自己生存爲目的，同時處理團體共同事務，爲其對於國家之義務。其中以一定地域爲基礎而以土地人民爲其要素者，如省縣市是。有爲特定事務而設立者，如工會商會是。公法人以外之法人爲私法人。自其組織言，有社團法人與財團法人之別。社團法人乃二人以上爲共同目的而組織者，設立者須訂立章程。財團法人乃供一定用途之財產之集合，設立者須捐助其財產。自其目的言，有公益法人與營利法人之別。公益法人以宗教，慈善，學術，技藝等社會公益事業爲目的。營利法人以個人經濟事業爲目的。社團法人有爲公益法人者，有爲營

利法人者。但財團法人常為公益法人。又營利法人有關於商事者，有關於非商事者。凡公法人之成立，須經國家或主管官廳承認。私法人之成立，須經主管官廳註冊。法人之種類表列於左：



法人之權利能力，原則上與自然人無異。不過專屬於自然人者，不得有之。故法人有財產權人格權，法人可為訴訟當事人，並於公法上亦為權利能力者，如選舉商會職員權完納租稅義務是。雖然，法人不能自行活動，雖有權利能力而不能逕自行使其權利，必須假手於自然人以為其

機關。或設該自然人之行爲，仍爲其自身之行爲，不過效力及於法人而已。因此不認法人有行爲能力。其實機關之行爲，卽法人之行爲，法人當然亦有行爲能力。法人之機關，在公法人，則國家有元首，有政府，有議會，有法院；公共團體有省縣市長，有議會，或其他相當之機關。私法人則概有業務執行機關及業務監督機關。業務執行機關稱董事，有執行業務代表法人之權。業務監督機關稱監察人，有監察法人財產及業務執行狀況之權。而社團法人更有總會爲其議決機關。財團法人則有評議員或委員爲其議決機關。

自然人之住所，在於生活之憑藉地。法人之住所亦然。私法人之住所爲其主要事務所，公法人之住所在於政府官廳公署會所等之所在地。

國家在國內法上有永久之生命，故國家消滅問題，惟爲國際法上之問題。公共團體原則上與國家共屬永久，但國家可應實際之必要而廢止之。私法人之消滅，謂之解散。其原因概爲（一）章程或捐助行爲所定事由發生或總會之議決；（二）目的事業之成敗，破產，社員缺乏等；（三）撤銷設立之許可。法人消滅，則須定財產之處分方法。公法人財產之處分，依行政法規所定，由其機

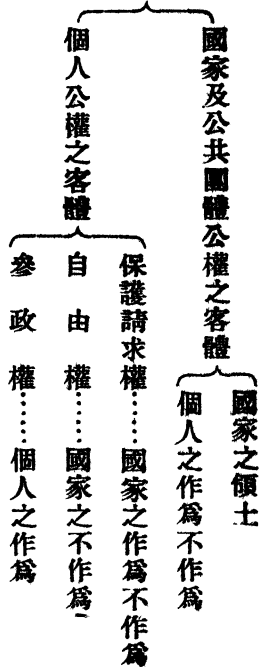
關辦理。私法人財產之處分，謂之清算，由法定清算人辦理。理論上法人因解散而消滅，但為事實上便利計，在清算目的範圍內視為法人依然存在。

第五章 權利義務之客體

權利義務之客體者，特定之利益也。有有體物與無體物二者。有體物係占空間之物質，而為人力所能支配者。惟其為占空間之物質，故須為五官所能感知之有形物。又其物質為人力所能支配，故日月星辰雖為有形物而非人力所能支配，法律上不得謂為有體物。備此二要件者，如衣食住行所必需之土地，糧食，房屋，道路，舟車等是。無體物者，僅人智所能認識者。例如生命，自由，名譽，貞操，行為，權利，等是。茲就公權私權分別說明其客體。

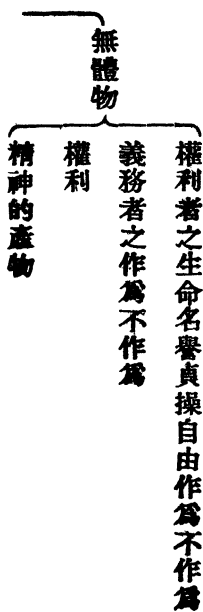
國家及公共團體之公權，有關於領土者，有關於人民者。前者之客體為領土，後者之客體為人民之行為。個人對於國家及公共團體之公權，有保護請求權，有自由權，有參政權。保護請求權之客體為國家之作為，不作為，自由權之客體為國家之不作為，參政權之客體為個人之作為。公權客體列表如左：

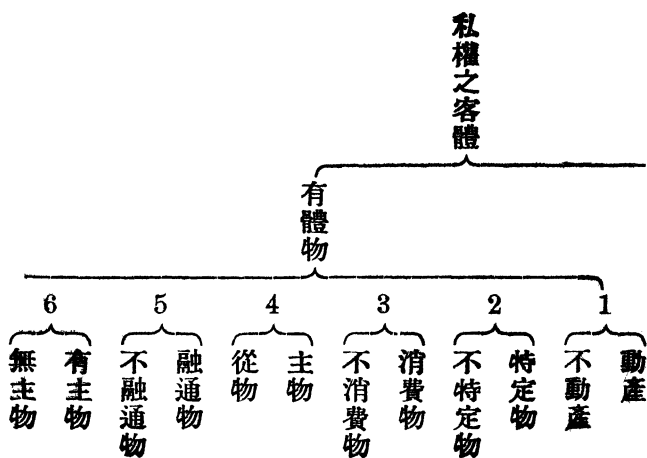
公權之客體

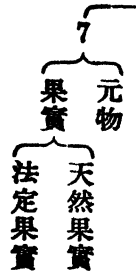


私權有以無體物爲客體者。如權利者之生命，名譽，貞操，自由，行爲，義務者之作爲不作爲，以及權利等。然私權之客體，以有體物爲多。而物權之客體原則上限于物。民法上簡稱爲物，可分爲數類：（一）動產不動產，能不變形體本質而移動之有形物，謂之動產。土地及其定著物謂之不動產。土地之定著物者，永久連結於土地之物。例如房屋籬柵等是。（二）特定物不特定物，特定物亦稱不代替物。蓋在交易上其物一定，不得以他物代替也。例如此地此屋是。不特定物亦稱代替物，可以同質同量者代替之也。例如貨幣米麥等是。（三）消費物不消費物，消費物因使用而消滅。例如米麥是。不消費物不因使用而消滅。例如書籍是。（四）主物從物，一物對於他物有附

屬關係是，所屬之物爲主物，附屬之物爲從物。例如箱與鎖之關係是。(五)融通物不融通物，融通物可爲私權之客體，不融通物則否。不融通物有共同物公有物法禁物三種。共同物供人類共用之物，個人不得私有者也。例如空氣，光線，大洋是。公有物乃爲公共目的而歸屬公法人者。如要塞，戰艦，道路，衙署，河川等。法禁物乃公安公益必要上法律禁止其交易者。如鴉片，猥褻圖畫。(六)有主物無主物，有主物係有物主之物，無主物則否。如棄物，如深山之鳥獸，大澤之蟲魚爲無主物。(七)元物果實，元物對於果實而言，即產出果實之物。如果樹，母金。由元物產出者爲果實。有天然果實與法定果實之別。天然果實依物之用法如何而收取之果實。如米穀牛乳水果乾果。法定果實使他人用物而收取代價之物。如利息，房租。私權客體列表於左：







第六章 權利義務之得喪變更

權利義務不必在於靜止狀態。或發生，或消滅，或變更。故亦在活動狀態。權利之發生，自主體觀之，即爲權利之取得。權利之消滅，自主體觀之，即爲權利之喪失。故發生消滅云者，由權利本身方面所觀之名稱耳。茲說明權利義務之活動狀態於後：

第一節 權利義務得喪變更之意義

凡權利義務爲某主體而發生，謂之取得。有原始取得與繼受取得二種。

原始取得 (Original Acquisition) 不基於他人之權利義務而某主體獨立取得者也。原始取得決不出於他人之意思，又所取得之權利義務全然爲新權利義務。例如先占無主物，則取得該物之所有權是。

繼受取得 (Derivative Acquisition) 基於他人之權利義務而繼承之也。例如依繼承或

讓與而取得權利，或依承攬而負擔義務是。繼受取得有移轉取得與設定取得之別。前者之權利義務與前主所有者相同。如某甲購買某乙之房屋是。後者之權利義務與前主所有者不同。如某甲在某乙之所有地上取得地上權是。又繼受取得有無償取得與有償取得之別。在前者取得者為欲取得權利而給前主以價金或其他之報酬。如依買賣而價買他人之土地是。在後者，則取得者不給代價而取得權利，如因贈與而取得他人之物是。

凡權利義務由主體分離，謂之喪失。有絕對喪失與相對喪失二種。

絕對喪失(Extinction)權利義務由某主體分離，同時其後決不為任何人而存在之謂，一云滅失。例如所有某物者之所有權，因其物之消滅而不存在，又如某人之義務，因其權利者之免除而不存在。

相對喪失(Transfer)權利義務離甲主體而就乙主體之謂，在甲為喪失而在乙為取得，故一稱移轉。其中更有概括承繼與特定承繼之別。概括移轉係取得者承受前主之一切權利義務。例如繼承是。特定移轉係取得者就前主之權利義務中承受其特定者。例如買賣是。

權利義務之本質毫無變化，惟其主體客體及形態變化，則謂之權利義務之變更。可分爲：

(一) 主體之變更；

(二) 客體之變更；

(三) 形態之變更而說明之。

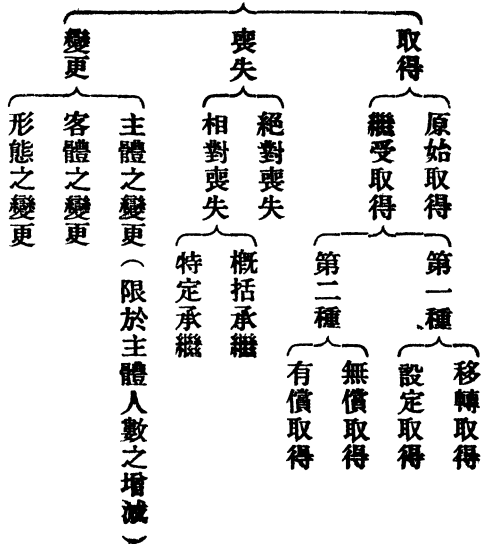
主體之變更有二法。其一爲主體之更改，例如乙代甲爲權利者，即發生權利之移轉，故不屬於今茲所謂變更。其二爲主體人數之增減，例如以前專屬於一人之權利，今歸數人共有，又以前屬於數人之權利，今歸屬於一人，即今茲所謂變更。

權利義務因其客體之數量或種類變更而變更者也。例如土地所有權因土地之增減而變更，某權利因蒙損害而變爲損害賠償權利是。

有條件之權利變爲無條件之權利，無期限之權利變爲有期限之權利，或變更條件或期限之類，是皆爲形態之變更。

權利義務之得喪變更列表如左：

權利義務之得喪變更



第二節 權利義務得喪變更之原因

凡權利義務因特定之事實而發生消滅移轉及變更。若無特定之事實，則權利義務決不發生變動，是故引起權利義務變動之特定事實，稱爲其原因。然非一切事實悉爲權利義務變動之

原因。凡事實可分爲(一)自然事實與(二)法律事實二種 (Natural fact and Juristic fact)。

自然事實不引起法律上之效果，法律事實則引起法律上之效果。法律事實更分爲(一)事件(二)行爲二者。事件(Event)者，不由吾人人類意思而發生之事實，引起法律上之效果者也。例如因洪水雷擊而房屋消滅，以致喪失所有權，又如因人之出生而發生人格權，某乙因某甲之死亡而得繼承權。行爲(Act)者由於吾人人類意思而生之身體動靜 (Action or Inaction) 引起法律上之效果者也。例如吾人與他人訂約買賣物件，或如故意過失侵害他人之生命身體。行爲又分爲合法行爲及違法行爲二者。合法行爲者，適合法律之規定，法律上認爲正當之行動而引起法律上之效果者也。違法行爲者，違反法律之規定，法律上認爲不正當之行爲而引起法律上之效果者也。合法行爲又分爲(一)法律行爲(二)準法律行爲(三)事實行爲三者。

法律行爲者，當事人希望發生法律上之效果而表示其意思也。故爲發生該效果之合法行爲。例如買賣，借貸，贈與等。法律行爲更得細別爲(一)單獨行爲雙方行爲及共同行爲；(二)有相對人之行爲與無相對人之行爲；(三)要式行爲與不要式行爲；(四)要因行爲與不要

因行爲；（五）死後行爲與生前行爲；（六）財產上之行爲與非財產上之行爲；（七）有償行爲與無償行爲。

單獨行爲者，由一個意思表示而成之法律行爲也。例如債務之免除，遺囑。雙方行爲者，由反對方向二個以上之意思表示合致而成之法律行爲，稱爲契約。例如買賣，租賃。共同行爲者，由同一方向二個以上之意思表示合致而成之法律行爲。例如法人之設立行爲。

有相對人之行爲者，行爲內容之意思表示對於特定之人爲之者。例如要約，承諾，追認。無相對人之法律行爲者，行爲內容之意思表示不須對於特定之人爲之者。例如遺囑，捐助行爲。

要式行爲者，行爲內容之意思表示須從一定之形式也。例如票據行爲，章程之訂立，遺囑。不要式行爲者，行爲內容之意思表示不須從一定之形式也。

要因行爲者，以當事人希望因法律行爲而得喪變更權利之理由爲要素之法律行爲，通常之法律行爲屬之。不要因行爲者，無須有如此理由之法律行爲。例如票據行爲。

死後行爲者，行爲者死後發生效力之法律行爲。例如遺囑，遺贈。生前行爲者，行爲者生存時

發生效力之法律行爲。

財產上之法律行爲者，以財產權之發生消滅變更爲目的之法律行爲也。例如所有權之移轉，債權之讓與。非財產上之法律行爲者，以財產權以外權利之發生消滅變更爲目的之法律行爲也。

有償行爲者，以當事人交相供與利益爲目的之行爲也。例如買賣，承攬。無償行爲者，當事人一方供與利益之行爲也。

準法律行爲亦爲因意思表示而成立之行爲，但不問當事人是否希望法律上之效果，法律上使生一定效果之合法行爲也。例如債權讓與之通知，催告，宥恕。

事實行爲與法律行爲及準法律行爲不同，無表示意思於外部之意，惟以實行舉動之意而爲之行爲，法律與以一定之效力者也。例如埋藏物之發見，加工等。

違法行爲分爲犯罪行爲與非犯罪行爲二者。前者爲國家所科刑之違法行爲，後者爲其他之一切違法行爲。其中復有私法上之違法行爲與公法上之違法行爲。前者有侵權行爲及債務

不履行，後者亦有種種，茲從略。

以上所述列表如左：



第三節 權利義務得喪變更之證據

凡權利義務之得喪變更，由於一定之事實，有如前述。故欲於法律上主張權利免脫義務者，須證明原因之事實。而欲證明之，須提出足以確認之材料。所謂足以確認之材料，即證據（Evidence）也。證據者，為明瞭未知事實而用之已知事實也。茲區別公權證據與私權證據而說明之。

公權證據依據公文書。關於公民權者，與關於身分權者同，依戶籍簿。關於參政權者，依選舉人名簿。此外官署之處分書，裁決書等多為公權得喪之證據。

私權證據關於身分權之證據，依戶籍簿，關於財產權之證據，依書證或人證，悉任個人自由，國家不以公力干涉之。書證者，依證書（以文字或文字代用之符號所表示之思想而證明者）而證明也。證書有公文書與私文書之別。公文書者，官公署所作成保管之記錄及公證人或承發吏受當事人之委託，從法律之規定而作成之公正證書也。私文書者，私人所作成之文書，有簽字蓋章者與不簽字蓋章者之別，其效力從而多少有輕重。人證者，以第三者之過去經驗為證據原因之證明也。有當事人之證言與第三者之證言二種。至證據之種類，效力，提出方法等，例定於手續法，茲從略。

第七章 二十世紀之新法制與權利義務

第一節 公法上之變革

法蘭西大革命對於各國憲法貢獻若干新主義新原則，如三權分立原則，自由平等主義，議會制度是。簡言之，即政治的民主主義因法蘭西大革命而遍傳於世界也。然一九一四年迄一九一八年之世界大戰，貢獻於各國之憲法者，亦不亞於法蘭西大革命。其間尤可注目者，關於社會經濟生活，有明文之規定。曠觀從來各國之憲法，祇規定國家之政治組織及作用，其於經濟組織社會組織，則規定闕如。然今日之新憲法殆無不規定之。尤其德國之新憲法爲更詳密。蓋十八世紀之思想運動，以個人自由爲中心，而二十世紀之思想運動，以社會正義爲中心也。故十八世紀以來之憲法，着目於個人自由權之保障，現代之憲法則着目於經濟基本權之確立。試觀德國新憲法第七條，第一百十九條，第一百五十一條至第一百六十五條，捷克國憲法第一百十四條，第

一百十七條，波蘭國憲法第六十八條，第九十九條，第一百零二條，第一百零三條，奧國憲法第十條，第十二條等，可思過半矣。其中最進步者，爲德國新憲法。該法第一百六十五條第一項曰：勞動者及使用人與企業家權利同等共同參與工資及勞動條件之規律並生產力之發達。其第二項曰：勞動者及使用人以產業勞動會議，地方勞動者會議及全國勞動者會議爲其法律上之代表，俾得擁護其社會上經濟上之利益。又第三項曰：此等地方勞動者會議及全國勞動者會議有與企業家及其他之代表聯合構成全國經濟會議之權。通覽本條各項之規定，可知被雇者階級對於全民經濟之任務，有與企業家階級同等之權利。從來勞動者及使用人不過爲企業家所雇傭者，今也亦認爲企業經營者。十八世紀之國民獲得參政權，脫離政治的臣隸之地位而進於政治的公民之地位。今日之國民獲得企業經營參議權，脫離經濟的臣隸之地位而進於經濟的公民之地位。故德國新憲法之經濟的民主主義制度，可謂新時代之起點。

第二節 私法上之變革

近時團體主義人格主義等觀念勃興，私法，尤其民法，頓易舊觀。蓋現代民法浸潤於社會化

之思想。嚮視爲金科玉律之大原則者，今也不得不變更限制，以適應時勢之需要。所謂社會化思想者，撤除從來法律上之偏頗的保護，不論男女與階級，人人均受法律利益之謂。簡言之，即共存共榮主義之思想也。現代民法顯受其影響而變動而進步。試述其最著者以證明之。

(一) 權利行使之限制

權利之行使與否，本可任權利者之自由意思而定。又行使權利之方法，亦可任權利者之自由選擇。然在今日之觀念，則權利之反面卽有行使之義務，且權利之行使自有一定之限度，絕對無限制之權利觀念，早爲今日所不許。故現代法制限制權利之行使。德國民法第二百二十六條規定不得以損害他人之目的而行使權利。瑞士民法第二條規定顯係濫用權利，則不得受法律之保護。又俄國新民法第一條規定民法上之權利違背社會經濟的法規而行使，不得受法律之保護。從可見近時權利觀念變遷之迹矣。蓋近時之思想，以爲權利非僅爲個人利益而賦與者，並亦爲社會公益而設定者也。故權利非權利者一人所得而私，行使之際，常須顧慮社會之公益。一言以蔽之，則權利者有權利，並亦負擔對於社會之義務也。德國新憲法關於所有權，尤明白宣言

之。其第一百五十三條第三項曰：所有權包含義務，同時須爲公共福利而行使。學者或謂爲權利與義務之合一云。

(二) 契約自由之限制

十九世紀法律上以契約自由爲原則。各種契約委諸個人自由意思之合致。結局徒使經濟的優者壓迫弱者。名義上契約自由而實質上遂爲不平等之服從關係。例如雇傭租屋租田等契約概由雇主屋主地主提出條件，任雇員房客佃戶決擇。理論上一造要約，對造有承諾與否之自由。無如雇員房客佃戶類多經濟的弱者，每迫於事勢，不得不承諾。故事實上經濟的強者強制經濟的弱者服從。實情如此，無可諱飾。於是發生社會運動，欲由形式的平等求達乎實質的平等，俾契約當事人享受真正契約自由之利益。此項運動之表現，其一爲經濟的弱者之團體運動，即合個人之力而爲團體之力，以增進契約上弱者之對抗力，契約條件亦以團體之名義決定。如此以團體形式之契約牽制經濟的優者之恣縱，學者謂之組織的思想。(Organisations gedanke) 其二爲國家對於私約之干涉，即國家立公法的規定，以抑制經濟的優者之專橫，而確保弱者之契

約自由。今日民法中關於社會問題之部分，概依此項法令改正，或竟制定新法律。故私法顯受公法之侵蝕，民法爲之帶社會的色彩。學者謂之公私法之混成。(Mischung des Privatrechts mit öffentlichrechtlichen Bestandteilen) 從來民法學者每謂物權法多關乎公益，有強行性，債權法多關乎私益，有任意性。自今思之，此項區別，殆已不復存在。

(三) 分配思想之實現

從來財產權歸於少數人之手，其得喪變更，復委諸個人自由之力，致一般無資力者不能取得享用。欲使一般人能取得享用財產權，卽爲分配思想。其現於民法上者，則有所有權之靜態分配與動態分配。所有權之靜態分配者，所有權之歸屬及作用問題也。若使無所有權者能享用他人之所有物，宛如自己之所有物，誠屬最理想的方法。尤其如土地之類，供給有限而價格與日俱增。誠使一般人均能取得享用，固屬至當。然事實上極難實現。故不使一般人取得所有權，但使其能支配享用可矣。其法或根本改革私有財產制，或將私有財產移歸國有公有。然此法必驟然破壞現代社會經濟組織，犧牲不得不大。例如俄國之大革命是。其最安全而最易行者，不接觸所有

權之歸屬問題僅將所有權之作用社會化。故現代他物權有重大之意義，尤其地上權，租地權，租屋權等有絕大之社會的意義。彼德奧俄諸國近年相繼改正制定地上權法，日本亦制定租地租屋佃農等法，皆此意也。又各國限制物之使用代價，利息地租房租等不得任意抬高，其用意亦然。至於所有權之動態分配者，所有權之得喪變更問題也。概爲關於財物之交易，其最重要者，如取締生活必需品之買賣，獎勵國內移民等種種立法是已。此皆所以使一般人易於廉價取得動產不動產或公平分配財物於無資產者也。關於此點，各國概公定生活必需品之價格，禁止壟斷居奇，取締投機暴利，許特定人土地先購權。以上靜動二方面所有權之分配方法，類多憑藉強行性質之法規。

(四) 此外法制上尙有債務人之保護，私生子及其母之保護，繼承法之改正等，爲各國所實行。

要之民法受現代團體主義人格主義等思想之影響，別具一種新精神。然民法本爲個人主義之產物，果能消化此等新思想乎？不能無疑問。冀爾開 (Gierke) 嘗謂此爲私法之社會化，民法

權利義務淺說

昔爲個人法，今爲社會法，然歟否歟？

中華民國二十三年一月初版

(二一五二六)

百叢書 權利義務淺說一冊

每冊定價大洋壹角伍分

外埠酌加運費匯費

著者 鄭 斌

主編人 王 雲 五

上海河南路

印刷所 商務印書館

上海河南路

發行所 商務印書館

上海及各埠

翻印必究

(本書校對者沈鴻俊)

