

中山文化教育館
社會科學叢書

王伯琦譯

權利相對論

中華書局印行

譯序

個人主義或自由主義的法制，雖是人類自覺自尊的表徵，但時至今日，已成末流；代之而興的，是社會主義的法制。嚴格的法律，雖是人格財產的有效保障，但這至少已是半世紀以前的事；到了現在，法律是道德化了。這種變遷，是時代洪流中必然的現象。

各種科學都是在進步的。所謂進步，無非是一個基本原理適用範圍的擴大。好像投一顆石子在水裏，圓形的水浪，一個個的變大，而其原動力祇有一個。我們人類凡百事物進步的基本原理是什麼？簡單的說，就是求生的本性。我們的一切行為，都不外乎在求取精神上或物質上的生活資料。由於這基本原理適用範圍在縱的或橫的方面漸漸擴展，造成了我們人類的一部燦爛的文化進步史。法律科學進步的現象，當亦並無二致：在縱的方面，刑事法規發達最早，這是消極的僅在保持各個人已得生活資料的現象；繼之而有民事法規，這已是積極的在使各個人生活資料增進的現象，再進而有社會法規，行政法規，國際法規，這乃是在使集體的生活資料增進的現象。在橫的方面，初僅着眼於謀取特定個人的生活資料，這是封建制度或貴族制度下的法制；繼而着眼於謀取不特定個人的生活資料，這是個人主義下的法制；再則着眼於謀取集體的整個人羣的生活資料，這是社會主義下的法制。另就法制的內質而言，初則事物簡單，當亦祇有很謬陋而很不確定的規範；繼則乃有較完備的法制，但祇是嚴格的枯槁的法制；到了今天，嚴格的法律，不論怎樣完備，終於不足應付我們生活的需要，勢不得不把道德律加進來補充，所以現今的法制，已是道德與法律混合的法制了。

Louis Josserrat 先生曾任法國里昂大學法學院院長，與 Duguit, Geny, Hauriou 諸先生，同為近代法學界第一流的學者。他的法律思想與 Duguit 彷彿，同是社會主義的健將，但似乎不像 Duguit 那樣急進。Josserrat 先生的著

權利相對論 目次

譯序

引論

第一卷 法國現行實體法

第一章 財產權

濫用上空權 濫用地下權 濫用地面權

第二章 擔保物權

抵押權 留置權

第三章 訴訟權

第四章 親屬權

親權 夫權

第五章 契約權

契約成立前的權利濫用 與契約成立有關的權利濫用 契約履行時的權利濫用

契約解除時的權利濫用 後契約時期中的權利濫用

章 個人自由權與團體自由權

思想自由權 商業自由權 集體行動權 集會權

第六

思

目

次

一〇五

六三

四七

三一

二五

八

七

一

共 1,280, 一

經辦人=李新

思 權利相對論

第七章 行政權及規章權

第八章 國際私法及國際公法

第二卷 關於權利濫用的立法及判例的比較研究

第九章 終的立法

以意思為鑑別的立法 以任務為鑑別的立法

第十章 贊同權利相對觀念的法制

第十一章 權利絕對主義的立法

第三卷 以權利之精神為中心試擬權利濫用的系統

第十二章 權利濫用概念的真實性和正當性

擁護權利濫用概念的辯證 反對的辯證 權利濫用概念在制度中的地位

第十三章 權利濫用的鑑別——權利的精神及正當動機

判例上的各種鑑別 正當動機 客觀制度或主觀制度 權利的精神

第十四章 權利濫用在司法方面的實現

舉證 濫用權利的制裁

權利相對論

引言

1. 智能上所能發揮的最簡單而最準確的見解，在大眾的意識上，或即在法學家的意識上，不常是獲得最大信仰的見解：許多似是而非的詭辯，既始終不顧時潮的變遷和批評的指謫，那麼許多不滅的真理，觀念，或英語中之所謂基本「準則」(standards)，雖是所有國家在任何時期一切立法的骨幹，在短時期或長時期間，亦遭受到攻擊，或竟被否認：其中之一，就是權利相對的概念，結果亦就是權利濫用的概念，這是所有文明國家法律制度中主要的一篇，更確切的說，或竟是這些法制所由發育，所由實現的孕育處或原素。

在近乎三十年以前，當許多法學家在採納表揚這個概念的時候，有幾位民法學家，而最奇怪的是有幾位歷史學家，反引起了嚴重而忿激的指謫，貿然加罪於這概念，說他是妄想的，不合理的，而且是危險的，並說這種自以為新奇的理論，必須排除於我們法律之外才好。

其實，他們據以為攻擊對象的所謂新奇，乃是極可寶貴的一件古物：在嚴格法與衡平法，法典與法律道德，形式上的規條與他在實際上的實施，相互並存而處於敵對地位的時期，這個所謂新奇的理論，已經出現了。一如謝尼(Gény)所謂：「凡有法律，並不完全包含在法典裏」；在形式上的規條或成文法律的四周，還生存而活躍着許多的原則，原理，準則，奧利伍先生(Hauriou)很確當的稱之謂「法律事物中的憲法原則」(Les principes constitutionnels du commerce juridique)。一種超法律(Super-legalle)。

在這許多有偉大成就的原理中，我們可以例舉幾種，諸如詐欺毀滅一切—*fraus omnia corrumpit*，普通錯誤是

權利—*error communis facti ius*，不常得利，而尤其是權利濫用這理論：這些習慣上的原則，尤其是權利濫用這概念，雖然沒有一部制定的法規把他們一般的規定，但是與用最簡而最肯定的字句所規定的原則，同樣的真實確定；或竟更加真確，因為他們是超出於立法者的權力之外的，立法者亦不能蔑視這些更高的真理，這些真理不是立法者所創造的，而反要屈服於這些真理之下的。立法者所制定的許多權利，不能抽象的在空間實現；他們是在社會裏運用的，而是爲了社會而運用的；況且他們的運用，並非沒有什麼方針，而是具有一定的目的的；他們的目的是在實現公理，而非在抗叛公理，否則就是背謬法律，濫用權利，那就要引起制裁。

2 法律可分爲成文法典及其實施或運用的方法，或所謂「法律警察」(*police juridique*)，這種分別的現象，在凡已達到相當文明程度的國家裏都是有的。據喬其卡尼爾(*Georges Cornill*)的觀察，在羅馬法裏，我們就可以發現這種現象的很多陳跡；他曾說，法學家格易史(*Gaius*)已設定了權利濫用的一般理論，用以辯證浪費人所以要宣告禁治產，以及所以要禁止奴主虐待他們的奴隸，格易史曾說，我們絕不應當濫用我們的權利(*Male enim nostro iure uti non debemus*)。另一位羅馬法學家卡爾阿潑樓東(*Charles Appleton*)曾說，權利濫用這理論「絕不是現代的，羅馬法的進步，由嚴格法律進至衡平，都是由這理論表達出來的」，倘回溯羅馬法的進化直到十二表法(*XII tables*)，我們可以見到賽爾史(*Celse*)的著名定義：法律是善良公平的藝術(*Ius est ars boni et aequi*)，以及保爾(*Paul*)同樣有名的意見：法律所准許的一切，並不一定是誠信的(*non omne quod licet honestum est*)。但有一句可惡的諺語說，法律是嚴酷的，但終究仍是法律(*Dura lex, sed lex*)，這並不像是真正的羅馬諺語，倘把他當作羅馬法開明時期的用語，這無論如何是完全錯誤的；相反的一句諺語自應占先，即「愈泥於法律，愈不公正」(*Siquum jus summa iniuria*)。羅馬裁判官法融和而可羨的發達，是權利濫用這理論最光榮的表現，亦是這理論的勝利進階。

3 如此人道，如此活潑，而如此柔和的概念，在中世紀當經典派哲學盛行的時期，却會一度暫時的衰落了下去；但是終又隨着羅馬法而復興了起來；在十六世紀，蓋角幹(*Guy Coquille*)曾用幾句成爲經典的詞語加以發揮

：「於是我們的習慣成爲我們真正的民法了；我們必須用善良公正的方法 (*ex bono et aequo*) 去理解及解釋他們，像羅馬法學家解釋他們的法律和告示一樣；我們必須說這是研究善良和公正藝術的所在 (*quod sit ars boni et aequi*)，而不是狡猾和嚴酷的實驗所……」；一世紀以後，柏克奈其 (*Passeye*) 在他所著的抵押通論裏曾寫道：「有時因爲過於公正而反成爲不公正，*Summum jus summa injuria*，過分的拘泥於法律，我們很容易離開正義公道，這種剛性而絕不寬恕的公理，與正義公道當然是相背的……」；陀曼 (*Domat*) 曾把這規律在財產權方面應用過，倘使一個業主以損害他人爲其唯一目的，在他的財產上從事工作，「而對於自己並沒有利益」，他的責任就可以引起。『因爲在此情形下，這是一種惡意，正義公道所絕不容許的』。

所以沿習上是一貫不變的，而且並沒有間斷；像古羅馬的法學家一樣，我們昔時的學者能在法律裏學到一種關於什麼是好，什麼是公正的學問；他們和古羅馬的法學家一樣，以爲這種學問必須致正義公道於勝利，而不應使不公正勝利，社會的特權，必須以社會的目光去使用，必須有正當的動機，正當的目的；最後，他們一如古羅馬的法學家，確認嚴格的法律與公理是敵對的，這種敵對的情形，伏爾太 (*Voltaire*) 把他寫成一句成爲經典的詩：『行使權利太過，成爲不公正』。

4 見於這樣久遠而一貫的沿習，我們不知道法國現代法學界一部分的意見，如何能仍起反抗！現今雖已很軟弱？我們如何能明瞭有幾位雖很知道這種情形的人們，對於有這樣的歷史，有這樣保證的一種社會理論的發展，表示驚愕？

他們這種仇視的態度，並不能歸咎於羅馬法，亦非可歸咎於那些註釋家 (*glossateurs*)，或後註釋家 (*doctes glossateurs*)，那些註釋家所費的精力，確使羅馬法失去了他的原形，這種仇視態度之所由發生，實應歸咎於我們革命時期的法律，以及那些大法典，這些法典，無非是革命時期法律的歸宿，亦可以說是革命時期法律的結晶。這種法律，產生於舊時代暴戾肆妄的情形之中，編訂於十八世紀哲學思想統制權力之下，當然是拘泥於極端的個人主義；他主

要的目的，在於去除舊時代所加於個人的一切政治的，法律的，經濟的，或社會的縛束；因為要達到這個目的，他承認人，單是一個個人，他所隸屬的社會除外，有許多先天存在的權利，先天的特權，這是超於法律與人類契約之上的：這就是一七八九年有名的人權宣言中的「人權」(Droit de l'homme)，「天賦的，不可移讓的，神聖的權利」，「天賦的而不可剝奪的權利」，這些權利，雖是立法機關及制憲機關，亦不得加以侵犯。這種觀念，從歷史上講來是由於不可避免的社會反動，結果當然要進入主觀權利絕對主義的一步；由此個人變成了無上的君主，握有不可侵犯的特權，而即使和國家抵觸，亦可肆意行使：此輩自然法學派「想像的把個人提出於社會之外」，不幸的就至於允許他抱着任何目的去行使他的權利，或即是超出於社會或反社會的，亦無不可。我們諸大法典的創作者，尤其我們民法的編訂者，無論他們如何熱望的從中做些調和的工作，但是終究沒有能含棄革命時期個人主義的影像。有人說第一帝國(1^{er} Premier Empire)不過是一種「適應時潮的革命」(Révolution botte)，那麼全受革命薰陶的拿破倫立法，亦無非是集於與過去仇抗而提防重蹈復轍的許多基本原則四周的結晶品：所以在這些首要的理論中，第一就是人格的不可侵犯，由於人格的發展，乃至於承認個人權利的神聖，不可剝奪，而至少在原則上是無限制的；人之所以為人，他本身已是充分個別的理由，在康德學說中(Doctrine Kantienne)，個人自己就是一個目的，所以應當可以獨擅的無限制的行使他的權利，這是他人人格的標誌和確定；無所謂濫用權利。

5 上述的這種觀念，確是無限可敬無限寬仁的哲學思想，不過這全是一種設想，全是強構的，因為他的根據是一種不可容許的設想，就是把個人在社會裏孤立了起來。其實，立法者，政府，以及法學家之所以顧念到人，並非因為他是個人，而是因為他是社會中的一個單位；他所有的權利，並非是在行星間的空際可以行使和實現的，而是在一個社會裏的，在這社會裏，他不過是無數細胞中最脆弱而最下賤的一個；他不過是插入一部複雜而龐大機器裏的一件卑賤的機件，他的動作，必須適合於他所隸屬的中心；在表面上最個獨而最自利的權利，亦不過是一種社會的特權，所以必須以社會為目的而去使用他的權利，必須適合於這權利創制的精神，civiliter。

6 這是一種不移的真理，決不是一種哲學的或立法的制度所可逃出的；我們以後可以看到，我們的民法編訂者自己，不論革命時期的法律在他們的心靈上銘刻得如何深，對於這種真理，有時亦不得不尊崇；但是他們很少起這尊崇心，而且常多顧忌，所以我們可以確切的說，這真理在差不多一百年間，受到了部分的磨滅，尤其在學理及立法方面；至於我們的司法，因為他們是就事實着手的，他們的工作是主重在實際的，所以從沒有脫離社會的現實性，他們直視主觀權利為有因的權利，不可以把他當作對抗社會或其他個人的武器；幸而有我們的司法，權利濫用這個沿習的理論，還能維持他不少的地位，不過這仍是許多有很大權威的學者所主張要推翻的。

7 由於我們法院的努力，權利濫用這理論非特保持了他以前所獲得的地位，而並加以組織，加以擴充；這理論的發展——我們法院的努力至今所表達的，亦盡在於此——是在雙方面的：一方面，這理論已進佔到他從未窺見的領域，對於他從未接觸過的權利，他已使之有因，加以限制（二）；另一方面，這理論的意義及鑑別，亦已起了變化：羅馬時代的法學家，以為濫用權利的行為，即不完全是，亦主要的是奸惡的行為，但是在我們現在的實體法方面，濫用權利的行為已變為反任務的行為（acte anti-fonctionnel），違反某一特定權利的精神的行為了；他的鑑別在昔時是以行為人的意思為標準的，而現在已變成社會的了；因此，這理論的力量增加了很多，而他的範圍亦擴充了不少。

8 這理論在我們法院方面的這種雙方進展，使學理和判例兩方的分庭，更覺明顯。學理方面，以為法律是一種切當而抽象的科學，而判例方面，則傾側於事實，以為法律是一種社會的科學，以觀察為基礎的。這相異意見爭抗的勝敗結果，當然是無可疑義的；真實必能制勝想像，無論如何精密的憶想，終不及幾何學的正確；所以自從二十年以來，雖不呈全數，亦有大多數的民法學家在稱頌權利的相對性，而攻擊權利絕對的學說，這種權利絕對的學說，十八世紀的哲學派，革命時期的法律，以及拿破崙時代的諸大法典，都曾一度加以頌揚，這亦不過是對於過去激烈反抗的情緒的表現，倘把他視為一種永久的學理，那就要和權利的本質以及他的社會使命發生衝突了。近幾年

來，有許多學者，非特不怨詛我們的判例上曾承認自利權利的相對性，反而公開的在宣佈他們是相對思想的信徒，而努力於有系統的工作，引導我們的法院完成他艱鉅而豐美的任務；他們非特不加多在歷史過程上的阻礙，而反把他們除去；他們非僅在保持我們判例上的沿習趨勢，而反在鼓勵他使去對一切的個人特權，實施慈愛的緩和和社會的壓制，因為倘無社會的壓制，權利將成爲一種殘惡的東西，而各個人可以任憑他的內心或性情，隨便確定事之公正與否了。倘使權利的生命確是祇用於爭鬥的，那麼至少這不應當是一個泥鉢對抗一個鐵鉢的鬥爭，而政府給予戰鬥員的武器，至少亦不應當是含有毒質的武器，他們亦必須善意的而合於戰鬥規則的去使用他們的武器，這是一種不移的社會規律。

9 本書計劃概要——我們研究權利濫用，亦就是要尋求和確定這個社會規律。爲完全避去私見起見，即在入門探討的時候，我們亦不願對權利之濫用下一個確定的定義：他意義的形態，在本書的進程中，自能逐步的顯出來；我們首先表述法國的現行實體法，然後在比較法方面，作一個簡略的摘要，最後在第三卷裏，在既已獲得的基礎上，我們再以權利的精神爲依據，探求權利濫用的一個概括的系統。

10 現在我們祇要注意到一點，既有所謂法律的精神 (*esprit des lois*)，更推廣一些把整個的法在客觀上說，既有所謂法的精神 (*esprit du droit*)，那麼我們亦應當承認有一種權利的精神 (*esprit des devoirs*)，這種精神是任何一種個人權利所具有的，一如引用法律不可違反他的精神，一如一條河不能改變他天然的水流，我們行使權利亦不能錯誤的肆意的違抗而蔑視權利的社會使命。我們知道，目的可以使方法成爲正當，至少當方法的本身是正當的；但是方法，即使他的內質上是無可責咎，亦不能使可惡怪誕的目的成爲正當。權利濫用這理論之所以發生，亦就在對抗方法使目的成爲正當這種不測情事，這理論的旨趣及其所以然的理由，是在確保權利精神的勝利，而由此使公道正義之樹立，不僅在法律的條文及抽象的方式方面，而直在他們的應用及實現方面，這是一種更切實的理想了。

(註一) 如父母的監護權 (見後「段」)；丈夫對於其妻的允許權，應允許而不允許 (見後「段」)，應不允許而允許 (見後「段」)；拒絕訂約權 (見後「段」)；發行契約的代替權 (見後「段」)。

第一卷

法國現行實體法

11 我們法國的法律制度，在他現時的性質方面以及他和相對理論或權利濫用理論的關係方面，大率是判例所組成的；但在立法方面，我們亦可以指出許多與權利濫用概念有關係的條款，有的是無可否認的，有的或許有些疑義。

我們的法院和立法者應用這相對理論之處是如是之多，所涉及的權利是如是之繁，而況在繼續增加，我們竟不能夢想能把他們完全一一列出，所以我們祇能限於其中最饒興趣而最足供引示的幾種；我們一方面避免一切無謂的重複，而一方務在指出我們本題的實質。

12 計劃——我們逐步的探討下列諸項權利與濫用概念所發生的關係：(一)可以嚴問、更對吾人可以嚴問於下爲

1. 財產權；(二)益以及國家財產；(三)擔保物權；(四)黑幕。3. 訴權；(五)觀念、親重與吾人登臺一階等。

4. 親屬權；(六)前、後事與葬禮；(七)生命權；(八)又及(九)個人及團體自由權；(十)軍門與夫爲國之

7. 行政權或規章權；(十一)裁判權；(十二)國祭公去及國祭去；(十三)主權監督、職責與水歸於其本人辦無厭天賦治。

我們把上列每一種權利，編成一章，在每章裏，我們要述明權利的相對性有時常隱匿在絕對主義面具的後面。

第一章 根と茎

第一章 財產權

13 一切的榮譽都屬於地主：財產權從來是最完美的個人權利，是絕對權的典範；這是握有絕對權力者的所有權（*Plena in re potestas*）革命時期的法律，承受而並加強了過去的遺習，鄭重的承認他具有人格權那種天賦的，不可剝奪的，不可侵犯的，神聖的特性，直與自由權，生命權，以及反抗壓迫權立於同等地位；我們的民法給他一個定義說是「使用收益以及處分物的最絕對的權利……」（一）。依照這種陳舊的觀念，財產所有權人竟是一個君主，他盤據在一件物件裏如在一个堡壘裏一樣，他的行為可以肆意無忌，沒有人可以過問，更沒有人可以過問他行為的動機。

14 但是這種觀念，全是迂腐而虛渺的觀念，去實際很遠，或幾乎是與之處於兩極的；不用精深的研究，我們就可以見到這所謂無限制的財產權，尤其在不動產權方面，有許多的障礙，阻撓，範圍，在壓制他的行動，抗拒他的擴張。

但是，僥倖得很；因為倘使對這苛虐的權利任其自然，憑其特有的性質，他或要侵犯到一切，而結果歸於自滅。我們總知道依令（*Thing*）所寫的幾頁成為經典的文字罷，他會注意到倘使允許土地所有人儘量的行使他的權利，以至於不合情理，他所要闖的禍災是如何：他可以「在他的土地上建立一所銷皮場，以致四周的空氣臭惡不堪，或在一個地坑裏積存一種物質以致鄰近的土壤染毒，或設立一所工廠，他的工作使土地振動，以致隣屋坍塌，煙灰使近處的菜蔬不能生長，極高的熱度，使隣近不能居住；或在他的土地邊界處掘一深穴，致隣居的牆壁坍塌，以及等等。這些行為仍是嚴格的在他財產範圍內的行為」。

我們不能更有力的表明絕對財產權在社會方面的不可能；這種特權的侵略性，迫切的須要加以壓制。我們的立

法及判例方面，已採取很緊要而很多的辦法；不過沒有法律上一貫的意義；他們不是完全出源於權利濫用這概念，不過許多有權威的作家，曾想把他們完全歸納在這個概念裏，所以在更深入我們的問題之先，我們必須區別屬於這個概念的處置，以及與之無關的處置：這雖是一種很艱難的鑑別工作，但是倘要免除那些要不得的混淆和錯誤，這亦是不能免的，否則，一個本身已是很複雜微奧的問題，要無可救的更糊塗起來了。

15 這問題困難的中心，是關於爲保護隣居利益而加於不動產的限制，我們通稱之爲善隣義務（*obligation de voisinage*）在這些限制之中，有幾種是由於法律明文的规定，如關於開闢窗戶，栽種植物，或某種建築物應遵守的距離：倘違犯了這種強制的規定，例如一個不動產所有權人，在位於他土地邊界處的一座牆壁上，開一個直對隣居窗戶的窗戶，這不是濫用權利，而是無權；這是越出了財產權的客觀範圍，而不懂是越出了他的主觀範圍；這不是違犯了權利創制的精神，而竟是違犯了法律的明文，這種情形，與在物質上直接侵佔他人的土地，無大分別（11）；在這二種事件中，同是侵犯隣地，所以彼此要受同樣的制裁，回復原狀的制裁——不當開的窗戶，應當築起——而無須測求行爲者的內心，或其所以侵犯隣居權利的動機。所以我們完全處於濫用財產權的範圍之外，而我們不以爲相反的意見可以成立。

16 加於不動產的限制，非全用立法的方式以明文规定的：除此之外，判例和學理方面，都承認還有許多真正的善隣義務，這一類義務與前一類同是相互的，所與不同之處，是在非由法律規定，他們是法官所發現而確定的，而完全是屬於一種社交的概念，就是說每個不動產所有權人，在某種範圍之外，不可妨害或煩擾他的隣居，不過所謂某種範圍，很不確定，這就是普通善隣義務（*obligations ordinaires du voisinage*），超出了這種範圍，就應當負責，應以損害賠償的方式補償他所致的損害，例如從事於一種喧囂的工作，或放出有害衛生的烟氣，或更廣沉的說，輕意危害隣居的健康，安寧，清靜，以及物質方面和精神方面的一切。事與隣責，鄰具調由氣法第105條（*lex 105*）這許多消極的善隣義務，因爲他們是判例上的創作，或至少是他的經營，引起了不少的難題：人們第一要問什

麼是善隣義務的性質和來源；是不是真正的義務，或應不應當把他們當作地役權看待？倘使採納第一種意見——我們的意思以為這種意見是正確的——他們是否構成侵權責任？或是構成準契約責任？或是純由於法律規定（ex lege）的義務？不過這些問題，不是在此地應當引起的；我們現在祇要注意一個問題：財產所有權人違犯了他的善隣義務，是不是應當被視為濫用權利？

有幾位有很高聲望的民法學家，以為這種見解是正確的，而我們似乎難贊同；在沿習上，同樣在我們的實體法上，權利濫用所涉及的是一種權利的妄行，更變了權利所以創制的目的；現在這財產所有權人，雖然超出於普通善隣義務之外，使他的四隣感受到諸多的不便，但並沒有犯這一類妄行更變目的的事；他的行為，仍是一個財產所有權人的行為，只不過是過份的，狂妄的罷了。他為了自己的利益而行使他的權利，所以是合於立法者的意願，而亦合於個人財產的本質的。經營工廠，經營實業，經營耕農，他們仍是在他們的地域之內經營他們的職業，他們的行為是很正當而很合乎他權利創制的精神。在另一方面，依據判決例方面大多數意見，權利之濫用，涉及故意或非故意的犯有過失；所以他仍歸納到侵權行為或準侵權行為的一般概念；那末現在如何可以說在普通情形之下經營一種合法的職業是犯了過失？

有幾種企業，或許要特別的大胆敢為，倘使他們曾獲得行政機關的准許，或會得到一種公衆用益的承認（*reconnaissance d'utilité publique*），或政府允准的持許權（*cédession*），這亦是常有的事，例如一個鐵路公司，他是執行一種關於公衆用益的職務的，雖然得有官方的允許，但是公司的經理，尤其是所有權人，對於工廠或火車機頭裏所噴出的烟，臭氣，或火星，仍不能稍卸其責；但是他的責任，並非是根據任何過失，而尤其不是根據任何權利的濫用，或任何不法或不當的動機（三）。

實則這種責任是客觀的；這不是因為他行使權利有過失，而是因為他所致損害的重大：這種責任並非是由於一種不法行為，而是由於一種特別的，超過普通法律範圍的冒險，這種冒險是工商場的所有權人或經理，為了他個獨

的而絕不是相互的利益而造成的；這種冒險的最後結果，當然不應歸咎於與他的造成及用益無關的第三者，而自應歸咎於爲了他自己的利益而造成這種冒險的人；因爲他從中獲得利益，他當然應當對於這種不測情事的冒險後果，負其責任。利益之所在，即責任之所在（*ubi emolumentum ibi et onus esse debet*）。這是使敵對的權利和利益致於平衡的問題；這個問題的解決，並不要牽涉到道德，亦不要牽涉到行爲的正當與否，亦並不要細究或猜疑行爲人的動機；解決這個問題，必須客觀的，完全捨棄他的心理方面，而運用冒險這個理論（*a théorie du hasard*）；這個問題是量的問題，不是質的問題，至於權利的濫用，從判決例上看來，這是我們以後要闡明的，至少在某一方面，是一種主觀的概念（*id*）；否則，他的範圍亦要幾乎無限制，而全部的責任問題，或要給他包括在內了，這是違反沿習，違反字義，而且違反了我們的判例及各國的立法。與此問題有關的辭條，是法國辭條（*See Profile non volens*），頁17。由此我們以爲可以確定的說，凡有加於不動產的限制，不論是由於法律具體而明確的規定，或由於判例上之所謂「善隣」義務，都與濫用財產權的理論無關，因爲權利濫用這理論，是關於權利目的的轉變，就是說權利的行使，沒有遵循法律所規定的目的和權利創制的精神。根據這理論，人聲譽中果斷，因爲由欲求果斷，而不適合於目的，而濫用財產權案例中，我們的判決例，其的認爲財產權是可以成爲濫用的，而尤其認爲所有權人倘奸惡的行使他的權利，而致第三者遭受損害，應負責任。中果斷（*involunté*），近來可以說是一種濫用，而不強迫於辭條與我們判例上所定的原則則是概括的，是對於財產權全體所定的原則；但是我們必須明瞭，所有的判決，都不過是關於權利的某某特質；所以所被轉變的，亦不是財產權總體的目的，而是他所含無數特權之一種的目的，而權利濫用的形式，亦是片斷的而特定的。辭條中說：「*Il est évident que l'abus du droit n'est pas une violation du droit*」；因此士果斷亦非人與士果斷，而對權利濫用，不能成爲濫用；法律既絕對的以明文把這些特權授與了所有權人，他們就可以任意的使用，不論其目的如何，動機如何，即就是好惡的，行爲人的責任亦絕不能構成，祇須他的行爲不越出於法律所明確規定的客觀範圍之外。士果斷、辭條中說：「*Il est évident que l'abus du droit n'est pas une violation du droit*」。