

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。洎入近世，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，成為法律上之權利，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。

夫以社會為目的個人為手段，則為社會利益而犧牲個人利益；以個人為目的社會為手段，則為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。抑社會為有個人之社會，不能外個人而想像社會；個人為有社會之個人，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，不過為確保個人利益之手段，而確保個人利益，又為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，為意思說、利益說、折衷說及法力說。

意思說 (Willenstheorie) 以意思為權利之本體，但其中尚有種種之分派。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

之支配為權利之本質。文沙德之說尤為有名，與以下所述之利益說並稱為十九世紀二大權利

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，為權利之主要部分。故其定權利之意義曰：權利者，法規所賦與之意思力也。(Das Subjek-

tive Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht) 雖然照此學說，則

論理上權利主體必然為意思主體。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 (Thering) 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。卽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，但此乃吾人之利益，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：權利者為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) 以權利為法律上能以意思主張利益之力，即以權利本體為法律賦與各人之力。主張此力之手段即意思。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。乃法律上之可能力（據穗積陳重法理學講義）。例如債權有能請求他人行為之法律可能力，所有權有能使用收益處分財產之法律可能力。法力說為近時之通說，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。即權利者，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。彼探意思主義之學說者，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。其不可探也明甚。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，即消極拘束。

(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，即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，即爲法律關係。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。學者謂之權利即義務。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。