

赴大陸地區報告

(類別：其他)

奉派隨同東吳大學法學院赴中國大陸黑龍江省參加「2016 海峽兩岸法學理論與實際發展論壇」參訪報告

服務機關：行政院大陸委員會

姓名職稱：呂專員政庭

地 區：中國大陸黑龍江省哈爾濱市

期 間：105 年 6 月 2 日至 6 月 5 日

報告日期：105 年 7 月 7 日

目次

| | |
|-----------------|---|
| 壹、交流活動基本資料..... | 2 |
| 一、活動名稱 | |
| 二、活動日期 | |
| 三、主辦單位 | |
| 四、報告撰寫人服務單位 | |
| 貳、會議重點..... | 2 |
| 一、活動性質 | |
| 二、活動內容 | |
| 三、遭遇之問題 | |
| 四、我方因應方法及效果 | |
| 五、心得及建議 | |

壹、 交流活動基本資料：

- 一、 活動名稱：「2016 海峽兩岸法學理論與實際發展論壇」參訪團。
- 二、 活動日期：105 年 6 月 2 日至 5 日。
- 三、 主辦單位：東吳大學、黑龍江大學。
- 四、 報告撰寫人服務單位：行政院大陸委員會法政處。

貳、 會議重點：

一、 活動性質：

為促進臺灣與中國大陸法學理論與實際發展研究之深度與廣度，東吳大學法學院與黑龍江大學法學院於中國大陸黑龍江省哈爾濱市舉辦「2016 海峽兩岸法學理論與實際發展論壇」，以法學理論的新發展、民法典理論、法律實踐中的疑難問題等為本次探討議題，邀請臺灣與中國大陸法學理論與實務界專家學者，開展雙方交流與對話。

二、 活動內容：

（一）行程說明

本次參訪由東吳大學法學院及陸委會法政處專員一行出席本次論壇，並參觀黑龍江大學法學院，與該院院長舉行座談，討論兩院未來舉辦學術研討會、邀請對方學者專題講座、互派教師訪學及安排學生短期交流等事項。

（二）主要活動

本次論壇區分為 5 個單元，包含民事關係之法源適用、法學方法論探討、刑事政策及刑法解釋、行政法學及其他民事法專題等議題，相關重點如下：

- 1、民事關係之法源適用—黃陽壽教授發表「論大陸民事關係之法源暨其適用之順序與原則—併簡介臺灣借名登記合同關係之法源依據」：

中國大陸民法之法源及其適用順序，雖無如臺灣民法第 1 條：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」第 2 條：「民事所適用之習慣，以不背

於公共秩序或善良風俗者為限。」之規定，惟學理及司法裁判實踐上咸認法律、法規、習慣法、法理均得為法源。又中國大陸民法法源之適用順序為「法律」、「習慣法」及「基本原則暨法理」。另臺灣「借名登記」契約係無名契約，其民事法律關係既無法律，亦無習慣可循，惟有依法理類推適用委任之規定以為法源依據予以解決，中國大陸之「隱名投資合同」，與此甚為類似。

2、法學方法論探討—楊奕華教授發表「人本法學方法論初探」：

人本法學方法論係以人本主義為研究法學方法論的基本立場，其研究客體是一般法學理論之建構形成之原理，研究範疇有哲學論、現象論、技術論和實踐論等四個部門。在哲學論，先敘述由神本到人本的思想蛻變，再列出四個先設假定；在現象論，探討法學與人之存在關係，認為法學之存在與衍化，肇因於法學研究者研究意識之漸覺和時代信念之影響，法學新舊之更迭傳承，乃是法律文化之綿延；在技術論，考察法學如何切入挺進研究活動，人生的體驗，悟出一套「事實—理想—行動」的三層面剖析法，法學知識可經由融貫理性與經驗獲得之，法律虛擬以假充真，可解決囿於現實的困境，研究技術之提昇達到藝術之境，則有賴法學研究者的生活美感修為；在實踐論，焦點聚集在研究態度，態度之自來，與法律人的特質、懷疑主義的精神以及和諧致善的倫理向度，關係至為密切，法律研究的實踐歷程，既能凸顯人本精神的人道與人倫，更能揭示法學以人權和人義實現人類共生樂活的理想。

3、行政法學—陳建旭教授發表「刑法與行政法的競合與適用」：

刑法與行政法立法目的不同，刑法以制裁犯罪與保護法益為目的；行政法以政務達成與維持行政秩序為目的。刑罰與行政罰皆係國家對違反法律規範行為的國家制裁，在複雜的法律體系中，兩者可能產生競合現象。對此，在刑罰與行政罰競合時，當兩者規範目的相同時，刑罰應具有優先性；當規範目的不同時，兩者可以併存。中國大陸「行政處罰法」規定的「行政拘留」處分屬於嚴

重限制人身自由的處罰，為了保障人民接受法院審判的訴訟基本權，應當將行政拘留交由法院以判決方式進行宣告。

4、刑事政策及刑法解釋—蕭宏宜副教授發表「集合犯的刑事政策意義」：

臺灣刑法總則在 2005 年修正刪除連續犯、牽連犯、常業犯等，導致「裁判上一罪」的適用可能性改變，可能導致大量「一罪一罰」的實質競合。惟在臺灣經過 10 年的實務運作，現實上並未出現此等案件量的暴增，其原因為何，殊值探究。按所謂的罪數或競合，都是比例原則的具體實踐，因此難以避免刑事政策考量，具體而言，犯罪事實一旦評價為集合犯，不論將此概念理解為行為單數、實質一罪或包括一罪，其結果必然不可能數罪併罰，因此深具實務意義。因此裁判者如何處理若干犯罪類型的論罪科刑問題，於實現法益保護和公共利益的目的時，又不至於形成刑事政策上難以忍受的結果，誠值探討。

5、其他民事法專題—盧子揚助理教授發表「從侵權責任法視角論海峽兩岸建築物倒塌致害侵權責任之主體」：

海峽兩岸邇來頻傳因建築物倒塌造成慘重災情，從法律上規範建築物倒塌致害侵權責任的主體，使得受害人易於追究侵權責任遂成為重要課題。中國大陸侵權責任法第 86 條關於建築物倒塌致害侵權責任的規定，係以由參與建築物的建設工程建築活動而有設置缺陷責任的建設單位與施工單位先負連帶責任，賠償後再向其他同為參與建築物的建設工程建設活動並亦有設置缺陷責任的其他責任人追償，加上由非參與建築物的建設工程建築活動而因對建築物有所有關係、使用關係或管理關係而有管理缺陷責任或因無該些關係之其他行為而負責的獨立承擔責任的其他責任人，架構其侵權責任主體的規範；臺灣民法第 191 條規定，則係以對建築物的設置或保管之欠缺做為責任原因，由建築物所有人先承擔責任，但如別有應負責任之人時，賠償損害之所有人，對於該應負責者，有求償權。由於二者在主體規範設計的不同，對於被害人損害賠償的主

張，將有不同的結果。設若某大樓已全部於建設公司建造完成即銷售予現所有人且該大樓已被證明有設計或施工上之欠缺，此時因該大樓倒塌而受有損害的被害人擬行使其損害賠償請求權時，依臺灣民法第 191 條規定，係由現所有人負責，現所有人若無法舉證免責時，於賠償後，再向建設公司、營造公司或建築師求償，亦即被害人無法直接向建設公司、營造公司或建築師求償；依中國大陸侵權責任法第 86 條規定，建設公司、營造公司應先負連帶責任，因此被害人僅須直接向其求償即可，若係建築師設計上的欠缺，則於建設公司、營造公司賠償後，再由其向建築師追償。

三、 遭遇之問題：無

四、 我方因應方法及效果：無

五、 心得及建議：

- (一) 臺灣與中國大陸學者應多接觸與認識，除了目前具影響力學者持續交流外，亦須廣續推動臺灣中、新生代學者與中國大陸學者交流，建立許多學界人脈關係，期能激發出更多學術火花。
- (二) 未來可考量將論壇議題聚焦於特定議題，除利深入討論外，日後可考慮將學者評論時間延長，以利更進一步就學術問題討論。
- (三) 建議未來交流對象可包含中國大陸法律系學生，使其對於我方法律更加認識，並增加學術上不同面向的思考模式，而交流對象亦應多邀請實務界與會人員，瞭解我方之行政機關、立法院及法院等架構，彼此交流與經驗分享，予雙方有更多思辯之機會。
- (四) 本次中國大陸學者多有表達期能至臺灣交流意向，其在中國大陸學術界均有一定地位，對於中國大陸法學未來發展應有相當影響力，建議我方應多邀請大陸學者來臺灣交流，透過定期學術交流，增加彼此相互合作或交流機會，更有助於進而影響中國大陸法學未來發展。