

廖義男教授祝壽論文集編輯委員會

新世紀經濟法制 之建構與挑戰

廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集

新世紀經濟法制之 建構與挑戰

廖義男教授六秩華誕祝壽論文集



廖義男教授祝壽論文集編輯委員會 編輯



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

新世紀經濟法制之建構與挑戰：廖義男教授六
秩誕辰祝壽論文集 / 廖義男教授祝壽論文集
編輯委員會編輯. — 初版. — 臺北市：元照，
2002[民 91]
面：公分

ISBN 957-2022-67-9（精裝）

1. 經濟 - 法規論述

553.407

91007224

新世紀經濟法制之建構與挑戰

— 廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集

1D70GA

2002 年 9 月 初版第 1 刷

作 者	廖義男教授祝壽論文集編輯委員會編輯
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 900 元
訂閱專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂閱傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-2022-67-9



廖 飛 男







翁 序

民國五十五年九月，我自德返國擔任台大法律系教職，認識了當時擔任助教的義男兄，對於這位文質彬彬、負責盡職的助教，印象深刻。不久，義男兄赴德國Tübingen大學深造，於民國六十一年以優異的成績，獲得Tübingen大學法學博士學位，翌年回台大法律系任教，開拓並倡導國內經濟法學的研究，此外，亦教授民法、土地法及行政法課程。

義男兄不僅從事學理的研究，更學以致用，參與多項行政機關法案的制定工作，尤其公平交易法草案，更是義男兄所草擬。除此之外，義男兄更經力邀擔任行政院、經濟部、環保署、勞委會等機關法規會或訴願會委員，對於各機關法治觀念的提升，有很大的貢獻。同時在理論與實務經驗的結合下，義男兄的力作，如公平交易法之理論與立法、公平交易法之釋論與實務、企業與經濟法、公共建設與行政法理、國家賠償法等，自然成為解惑釋疑的重要論著。

至於在教學方面，義男兄對學生課業的要求很嚴格，因此學生個個學而有成，應驗了「嚴師出高徒」的古訓，令人十分敬佩。難得的是，「嚴以待人」居然能廣受學生的愛戴，相信是義男兄「更嚴以律己」的身教感召所致。

義男兄除了教學與研究卓然有成以外，在行政方面的長才，也是有目共睹的。民國七十三年到七十九年擔任台大法學院教務分處主任期間，對學校行政有很多改革與建樹，頗獲同事與學生的認同及讚譽；民國八十一年到八十四年借調擔任行政院公平交易委員會首任副主任委員期間，更對公平交易委員會的建制與業務推展等各方面工作，展現其折衝尊俎、溝通協調的能力；民國八十九年八月間，台大

法律系升格為法律學院時，義男兄也就在衆人推崇與期盼之下，出任首任院長，在他領導之下，將台大法律學院發展成為世界一流的學府。

義男兄不僅在學術事業上享有極高的成就，在家庭生活方面，更是美滿，與夫人秀麗女士，伉儷情深，義男兄所有的論文、著作，都是秀麗女士幫他打字與校對的。他們的大女兒（廖儒真）在美國深造，二女兒（廖儒欣）也在德國深造中，一家和樂融融，幸福美滿。

自從認識義男兄，轉眼已將近四十年。我們也由同事、朋友，進而成為知交、摯友。義男兄嫂為人開朗，個性耿直、講是非、重善惡，做事投入而深具敬業精神，是讓人敬重的好朋友。尤其義男兄嫂注重生活品質的態度，令人望塵莫及，內人與我有幸常應邀分享他們踏青、歡聚以及旅遊的樂趣，珍藏了許多美好的回憶，使我的休閒生活不致於空白，對義男兄嫂自然懷著由衷的感激。義男兄六十大壽紀念論文集出版之際，一方面祝賀他努力奮鬥的成就，另一方面回想我們交往的點點滴滴，別感溫馨，特此為文，以資紀念。

錢岳生

二〇〇二年七月二十日

「新世紀經濟法制之建構與挑戰」——編者序

本書共收錄三十三篇論文，涵括 廖義男教授多年深耕而學術成果豐碩的四大法學領域：憲法、行政法總論及土地法等各論領域、民法之財產法、公平交易法。作者分別來自四大領域內學有專精的青壯學者，或曾與 廖教授合作執行研究計畫、或在不同學術團體及研討會中相互切磋，或曾在 廖教授引領下跨入專門法律領域、或由 廖教授指導完成學位論文，因此，在探索「新世紀經濟法制之建構與挑戰」的共同關懷下，就各自專長領域內揀選當前重要議題，撰寫專文共同為 廖教授六秩誕辰誌慶。

本書第一部分收錄憲法領域五篇專論，其中，林子儀教授「美國聯邦最高法院審理權力分立憲法案件之解釋方法」一文，從比較法學的角度出發，整理並檢視美國聯邦最高法院審理權力分立有關案件所採取的解釋方法，歸結出「形式論」與「功能論」兩大取向，藉以對照我國司法院大法官兼採「功能法之解釋取向」的新趨勢，文末則點明美國聯邦最高法院就該國憲法上權力分立原則採取不同解釋觀點，在在涉及該國建國歷史與憲政發展經驗，我國法學界在參考借鏡之餘均不應忽略。陳英鈐教授「機關權限爭訟」一文，正對應林子儀教授關於權力分立問題的比較法研究，詳盡介紹德國數百年來國家締造、轉型過程中憲法理念的辯證發展，及其憲法機關訴訟制度的建構與演進背景，藉此對照司法院大法官會議回應民主化發展與政黨對立新局的角色與功能，並就我國憲法解釋制度轉向訴訟化的有關議題進行比較制度分析。

至於葛克昌教授「綜合所得稅屬地主義之檢討與改制」一文，亦從比較法觀點切入，基於稅捐正義及憲法拘束等核心關懷重申量能課稅原則的重要性，並據以檢討現行法將綜合所得稅所得來源限於境內有關規定，文末則具體提出五項所得稅法修正建議。黃昭元教授「二一退學制度的憲法爭議」一文，則以精確細密的憲法釋義分析觀點，切入台北高等行政法院判決認定「二一退學制度」應受法律保留原則拘束的各項論證疑義，詳論「受教權」、「大學自治」等概念內涵及其規範基礎，並就司法院大法官有關解釋釐清平等權、司法救濟與其他實體基本權利之間的區別及互動關係，結論則直指「法律保留原則」有關司法解釋只在形式問題打轉，卻錯失藉由大學自治與國家立法權衝突問題進行「實體價值論辯」的憲政發展良機。

蘇永欽教授「經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範」一文，則從法制史與思想史的比較觀點立論，詳實解析德國與我國憲法上經濟基本體制有關規範的內涵及其發展歷程，轉而以憲法解釋在應然與實然之間辯證、約制，同時回應社會變遷的宏觀視野，對照我國釋憲機關較德國聯邦憲法法院更偏好私有財產權保護，則我國憲法上各項經濟基本體制有關規定顯然並未適當定位、充分發揮其應有功能；就此，該文則在早期法學者否定憲法基本國策拘束力及晚近大法官警示立法者「怠於履行憲法義務」之外，另闢「部門憲法」體系化經濟有關憲法規範的理論蹊徑，藉此開展行政法、民法之財產法及公平交易法各自精進、共同建構「新經濟」法制架構所需的憲法理論平台。

第二部分收錄行政法領域九篇專論，前四篇集中於總論領域內的基礎理論相關議題。其中，法治斌教授「迎接行政資訊公開時代的來臨」一文，為我國行政程序法正式施行所開展的法治新紀元，透過比較法的詳審考察，剖析行政資訊公開的源流、法理基礎、制度內涵及其規範作用。李建良教授「論行政法上之意思表示」一文，以德國法

學界堅實的法釋義基礎立論，從行政法上意思表示的概念、類型及樣態出發，進而依循行政程序法明文規定及利用類推適用民法相關規定等方法，探求行政法上意思表示的解釋原則、表示方法及效力等問題，試圖逐步建立與民法意思表示相當的法釋義體系。許宗力教授「雙方行政行為」一文，同樣在德國法學界堅實的法釋義基礎上，進一步檢視我國行政法學上相較於行政處分仍未受應有重視的雙方行為，分就行政指導有關規定試圖「捕捉」的非正式雙方行政行為，以及已經透過行政程序法加以明確規範的行政契約建構其法釋義體系。蔡茂寅教授「行政契約相關問題之研究」一文，整理我國行政法學界關於行政契約與私法契約的區分及其判準有關理論，據以系統化檢證司法解釋、判決等實務見解，歸納出先後依契約主體、準據法規、契約標的、契約目的四階段分別認定的綜合判準。

後五篇則以行政法各論內的相關議題為主，並且集中探討土地管理規範有關法律問題。其中，蔡志方教授「論時效取得公用地役關係之國家責任與窮困抗辯」一文，從公物法上關於私人土地取得公用地役權及其徵收補償等實務問題出發，檢視「窮困抗辯」法理基礎及其適用限制等跨越個別行政領域的共通議題。黃錦堂教授「國土規劃法治化問題之研究」一文，就居於區域計畫上位的國土綜合發展計畫制度意涵及其體系，對照德國法制及相關學理說明詳為闡釋，進而檢討我國既有實務及當前立法相關問題。林明鏘教授「兩岸都（城）市計（規）劃法制之比較研究」一文，就都市定義、規劃程序、主管機關、新市鎮開發、舊市區更新及罰責等規定逐一比較兩岸都市計畫法制。陳立夫教授「我國土地徵收制度上若干問題之探討」一文，就現行我國土地徵收制度中有關法定協議程序、徵收程序中被徵收入陳述意見機制，以及對死亡者進行土地徵收等實務問題，在財產權保護的法釋義學基礎上加以剖析探討並提出其解決方案。葉俊榮教授「土壤

及地下水污染整治法之衝擊、影響及因應」一文，則從法律政策評估的宏觀層次切入，借鏡美國法制經驗同時導入經濟分析等社會科學觀點，通盤解析我國新近完成立法的土壤及地下水污染整治法的制度內涵，以及遠非傳統法條文義解釋所能涵攝的相關法律興革問題。

第三部分收錄民法之財產法領域七篇專論，其中，詹森林教授「信用卡利息實務問題」一文，以信用卡契約三面關係中發卡銀行與持卡人之間，因使用信用卡而生的利率問題為探討範圍，透過信用卡定型化契約範本、各發卡銀行契約說明文件及主管機關見解，為我國目前信用卡契約實務建構法釋義架構。楊淑文教授「融資貸款與消費者保護」一文，轉以混合多種既有契約種類的汽車融資買賣為題，依其中相關約款的不同組成型態，分別整理、闡述當事人間法律關係。謝哲勝教授「論準無因管理」一文，導入以經濟誘因分析法律制度的研究觀點，重新檢視民法第一百七十七條第二項的解釋與適用問題。陳聰富教授「因果關係之判斷」一文，以台北市政府法規委員會所選錄國家賠償案件為研究範疇，指出實務上未能妥善區分因果關係與被告行為的違法性、事實上因果律及法律上因果關係等概念。陳忠五教授「美國懲罰性賠償金判決在法國之承認及執行」一文，以實務問題的方式提出比較私法上饒富意味的研究題旨：損害賠償制度強調「損害填補」功能的歐陸法系國家法院，究竟如何承認及執行境外院所為懲罰性賠償金判決？並依法國現行法規定、實務及學界見解，從形式審查以至於實質審查、循序解析其中所涉及程序與實體法律問題。謝銘洋教授「論商標近似之判斷」一文，整理並評析我國商標法實務上以混淆之虞為商標近似判斷標準的基本原則、判斷方法、聯合商標及知名度等考慮因素有關法律問題。蔡明誠教授「科學技術基本法的制定及影響」一文，介紹我國科學技術基本法制定背景、規範重點及其影響之際，除智慧財產權的歸屬及推廣利用有關規範等議題外，更

跨越傳統民法領域、通盤闡釋政府導引國家科技發展、運用配套法律工具的整體制度建構相關問題。

第四部分收錄公平交易法領域十二篇專論，前五篇主要以競爭政策及競爭法理論基礎為其關注焦點，間有以特定產業及其管制架構轉變情勢探索公平交易法發展前景者。其中，羅昌發教授「由美國反托拉斯法實務論公平交易法的民事責任規定」一文，針對公平交易法跨越傳統民法與行政法分野的經濟法特色，藉由比較法觀點引介私人透過提起民事訴訟執行競爭法的制度理念，對於三倍損害賠償規定在實務上導入私人參與的作用並不如預期顯著，亦對照美國反托拉斯法運作實務探索其因應之道。吳秀明教授「論『企業權』與侵害營業利益之損害賠償」一文，則從德國特有的「營業權」概念切入，藉以全面探討「純粹經濟上損失」在契約法、侵權行為法或競爭法上的規範模式與作用，公平交易法上三倍損害賠償與侵害排除請求權等規定的體系定位隨之彰顯。莊春發教授「競爭政策與產業政策的替代與互補」一文，以產業經濟學的觀點解析「競爭」的概念內涵，並以市場機能在不同競爭型態下的運作情形為基礎，探討公平交易法相關規定所蘊涵的競爭政策，以及歷來關於產業政策與競爭政策如何權衡取捨等問題；再以天然瓦斯與有線電視產業實證資料為佐證，認為「促進競爭的管制」較傳統「替代競爭管制」更能促進社會資源的使用效率。王文字教授「從金融市場之演變論公平交易法之規範」一文，從傳統金融業務適用聯合行為規範的問題出發，再就金融機構合併、開放設立金融控股公司、金融資訊網路擴大應用、新金融商品不斷衍生等議題，試圖勾勒金融產業特有的「產業內」公平交易法規範問題全貌。劉華美教授「歐盟與德國電力市場自由化」一文，借鏡於歐洲聯盟與德國開放電業市場、強化競爭事務主管機關規範電業市場地位等法制經驗，對照我國電業法修法作業遲滯、市場垂直分割不盡完善及

路權取得障礙等問題，指出電業自由化政策落實於立法時所應注意的修正重點所在。

隨後六篇則以現行公平交易法相關規定為主軸，檢視其規範工具的法理基礎、就個案或個別產業探討其規範實效，甚至針砭實務缺失進而提出執法方針或修法建議。其中，紀振清教授「新經濟時代與獨占事業之違法性分析」一文，從微軟被控獨占案出發，介紹美國獨占管制規範法制及通訊網路產業所引導的產業經濟新趨勢，如規模經濟增強、網路效應及鎖定效應等。何之邁教授「買方優勢地位濫用」一文，詳細分析兩件經公平交易委員會處分的大型流通業不當收取附加費用個案，探討買方優勢地位濫用行為在公平交易法規範上的相關問題，指出被檢舉行為不應以「當然違法」原則加以處理，必須先就市場占有率、經濟依賴狀態等要素認定買方優勢地位、市場力量及妨害市場競爭效果。王志誠教授「論分設事業命令之意義與法理基礎」一文，參酌日本及德國法制經驗，將公平交易法第十三條第一項規定與公司法上關於公司分割法制連帶觀察，認為應兼採人的分割、新設分割及存續分割等方式，藉以達成瓦解寡占或獨占市場結構的執法目的。劉孔中教授與莊春發教授合著「結管制之個案研究」一文，就怡星有線電視公司申請結合先駁回後又附許可一案，分析管制產業跨區進行水平結合對上下游市場競爭秩序的影響層面，並且對公平交易委員會執法標準的經濟合理性提出強烈質疑。黃銘傑教授「公平交易委員會廣告規制改革之試論」一文，以疏解公平交易委員會處理案件壓力、發揮自主精神等理由鼓吹廣告自律規範，在比較美、英、德、日四國類似制度異同、對照我國消費者不信任業者態度及行業導正將引發聯合行為違法疑慮之後，認為日本的公平競爭規約制度極具參考價值從而深入介紹。謝杞森教授「政府採購法與公平交易法對綁標、圍標、陪標的交錯規範」一文，概略介紹我國政府採購法制發展的三

階段歷程之後，再就第二階段以後公平交易法介入規範綁標、圍標及陪標行為，以及第三階段與政府採購法交錯規範有關個案加以整理分析，藉以歸納公平交易法第四十六條規定對於政府採購案件的適用標準。最後一篇，石世豪教授「公平交易委員會所為處分之違法審查問題」一文，則依循 廖義男教授所開展的行政爭訟案件系統性研究既有成果，利用線上資料庫等二手文獻來源加以補充，以實證方法整理、分析不服公平交易委員會處分所提起行政爭訟案件，發現訴願審議機關確實有如法學文獻所指稱、並未充分尊重公平交易委員會處理產業競爭問題時所應享有的「判斷餘地」。

各篇作者不論留學日本、美國、德國、法國或在國內取得學位，也無分專長領域或研究方法，為與 廖義男教授在法學界多年耕耘成果相互輝映、以個人研究心得為文祝壽，無不使出渾身解數，透過比較研究、釋義解析、法條註釋、案例評釋、新法引介、概念闡釋、法制評估、經濟分析或實證研究等取徑，彼此競技的同時又共同構築一套完整體系：「新世紀經濟法制之建構與挑戰」——廖教授豐實法學貢獻的又一註腳。

廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集編輯委員會

目 錄

翁 序

「新世紀經濟法制之建構與挑戰」——編者序

公 法 憲 法

憲政體制與機關爭議之釋憲方法論

憲政體制問題釋憲方法之應用

——美國聯邦最高法院審理權力分立

案件之解釋方法 林子儀 .. 5

綜合所得稅屬地主義之檢討與改制 葛克昌 .. 59

二一退學制度的憲法爭議 黃昭元 .. 81

經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範

——從昔日德國的爭議來看今日台灣的

回應之道 蘇永欽 .. 127

行政法

迎接行政資訊公開時代的來臨 法治斌 .. 165

論行政法上之意思表示 李建良 .. 203

雙方行政行為——以非正式協商、協定與

行政契約為中心 許宗力 .. 255