

LEGAL RISK,
MANAGEMENT.

法律風險管理 跨領域融合新論

◎施茂林 主編

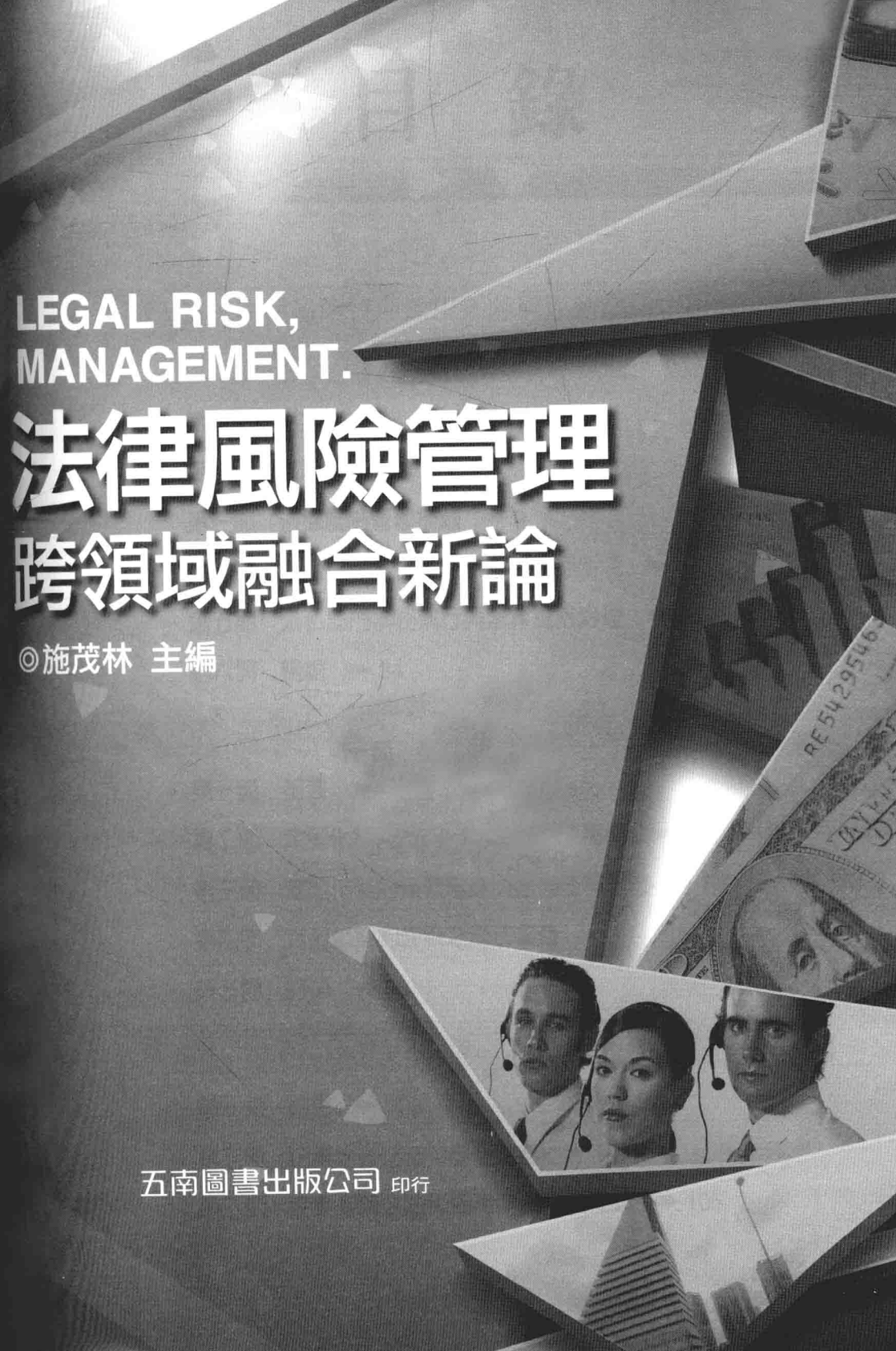
五南出版

LEGAL RISK,
MANAGEMENT.

法律風險管理 跨領域融合新論

◎施茂林 主編

五南圖書出版公司 印行



國家圖書館出版品預行編目資料

法律風險管理／施茂林等合著。 — 初版。 —
臺北市：五南，2013.09

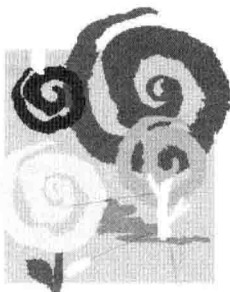
面；公分。

ISBN 978-957-11-7232-3（平裝）

1. 法律 2. 風險管理 3. 文集

580.7

102014231



1FT3

法律風險管理

作 者 — 施茂林 方國輝 李禮仲 朱從龍 陳彥良
楊君毅 陳學德 蔡建興 黃兆揚 鄭克盛
施懿純 吳尚儒 林明毅

發行人 — 楊榮川

編 輯 — 王翠華

主 編 — 施茂林

責任編輯 — 侯家嵐

文字編輯 — 陳欣欣

封面設計 — 盧盈良

出 版 者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市中國區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 林勝安律師事務所 林勝安律師

出版日期 2013年9月初版一刷

定 價 新臺幣550元



目 錄

第一章 法律風險管理體用矩陣與連動議題之研究

施茂林

1

第一節 引言 ▶ 3

第二節 風險管理精義 ▶ 4

第三節 法律風險管理描繪 ▶ 9

第四節 從跨領域整合談法律風險管理新境 ▶ 17

第五節 公私部門事務執行與法律風險治理 ▶ 24

第六節 結語 ▶ 34

第二章 定型化契約條款法律風險之研究

方國輝 57

第一節 前言 ▶ 60

第二節 定型化契約之法律規制與行政指導 ▶ 63

第三節 定型化契約條款常見問題與法律風險 ▶ 69

第四節 定型化契約條款之司法審查 ▶ 71

第五節 結語 ▶ 88

第三章 企業公司治理應防範之法律風險

李禮仲 101

第一節 前言 ▶ 103

第二節 企業經營之法律風險定義 ▶ 104

第三節 企業經營之法律風險之成因與種類 ▶ 105



第四節 企業經營之法律風險樣態 ▶ 107

第五節 企業經營之法律風險之評估與防範 ▶ 115

第六節 結論 ▶ 116

第四章 公司負責人之公司治理義務與法律責任風險

朱從龍

121

第一節 前言 ▶ 124

第二節 公司負責人於公司治理原則下依法所負義務及責任之
風險 ▶ 125

第三節 結論 ▶ 145

第五章 證券化商品風險之法律制度檢討——以次貸風

暴後對台灣資產證券化發展為例

陳彥良

155

第一節 前言 ▶ 157

第二節 次級房貸風暴問題與金融資產證券化 ▶ 158

第三節 台灣不動產證券化進展 ▶ 164

第四節 對證券化過程信評制度再思考 ▶ 173

第五節 結論 ▶ 183

第六章 美國2010年華爾街改革與消費者保護法的啓 示：金融自由化時代的結束與新金融管制時代 的來臨

楊君毅

191

第一節 美國2010年金融改革法案簡介 ▶ 193

第二節 金融自由化在歷史上的重要事件與其所造成的效果

► 201

第三節 金融自由化與金融管制的互動關係 ► 210

第七章 醫師之說明義務與風險管理——以法院判決為

中心 陳學德

227

第一節 前言 ► 229

第二節 醫療行為違法性之判斷 ► 231

第三節 說明義務之舉證責任 ► 241

第四節 結語 ► 247

第八章 注意標準與醫療民事責任之變動與發展

蔡建興

273

第一節 注意標準與醫療法律責任之關係 ► 275

第二節 注意標準於刑事責任與民事責任應有區別 ► 275

第三節 英國及美國之民事醫療責任注意標準 ► 277

第四節 日本及德國之民事醫療責任注意標準 ► 278

第五節 我國法之民事醫療責任注意標準 ► 279

第六節 討論案例——台灣高等法院台中分院99年度醫上字第 6號判決 ► 280

第九章 行政執行之法律制度與風險管理

黃兆揚

289

第一節 前言 ► 291



- 第二節 行政執行法律制度概述 ▶▶ 291
- 第三節 行政執行署（處）當前面臨的法律體制問題 ▶▶ 296
- 第四節 行政執行法制存在之風險因素 ▶▶ 306
- 第五節 結論與建議 ▶▶ 315

第十章 技術風險之法律研討與量化分析 鄭克盛

325

- 第一節 前言 ▶▶ 327
- 第二節 技術風險之界定 ▶▶ 330
- 第三節 技術合同中之技術風險 ▶▶ 333
- 第四節 技術風險之法律研討 ▶▶ 339
- 第五節 技術風險之量化分析 ▶▶ 346
- 第六節 結論 ▶▶ 350

第十一章 以風險評估論兩岸保險法中告知義務之規定

施懿純 355

- 第一節 前言 ▶▶ 357
- 第二節 兩岸告知義務之構成要件分析 ▶▶ 358
- 第三節 兩岸如實告知義務之法律效果分析 ▶▶ 366
- 第四節 兩岸法制之比較 ▶▶ 371
- 第五節 結論與建議 ▶▶ 377

第十二章 電子商務風險管理與智慧財產權之民事賠償

吳尚儒

385

楔子 ▶▶ 387

第一節 前言 ▶▶ 388

第二節 電子商務之定義與範圍 ▶▶ 390

第三節 台灣電子商務法律體系 ▶▶ 390

第四節 電子商務立法原則 ▶▶ 391

第五節 電子商務之法律風險爭議 ▶▶ 391

第六節 其他電子商務相關議題 ▶▶ 394

第七節 結論 ▶▶ 397

第十三章 智財訴訟之定暫時狀態處分——從美國禮來藥

廠案例看實務之發展趨勢 林明毅

401

第一節 前言 ▶▶ 403

第二節 立法沿革 ▶▶ 404

第三節 定暫時狀態處分之概述 ▶▶ 405

第四節 美國禮來藥廠案件評析 ▶▶ 409

第五節 結論 ▶▶ 425

Chapter 1

法律風險管理體用矩陣與連動議題之研究

施茂林*

- 第一節 引言
- 第二節 風險管理精義
- 第三節 法律風險管理描繪
- 第四節 從跨領域整合談法律風險管理新境
- 第五節 公私部門事務執行與法律風險治理
- 第六節 結語

第一節 引言

進入20世紀末以來，全球各地頻傳颱風、颶風、龍捲風、火山爆發、地震、乾旱、洪水等自然、氣候變化等造成之災害，加上戰爭、海盜、武力掠奪以及病毒侵襲、感染、瘟疫傳流，已嚴重影響人類生存之空間與環境，2008年的金融風暴，更引發經濟危機，風險已逐步成為社會生存的重大威脅，並讓生活常存陰影，風險無所不在，確為反應事實之現象¹。

1986年德國著名社會學家烏耳利希·貝克教授（Ulrich Beck）提出風險社會學說（Risk Society），指出侵奪自然資源，將使氣候產生變化，自然災害相對頻繁，亦必讓流行疫病伴隨而生，而政治上之對立與抗衡，激發暴力與恐怖事件，是以當今社會是個劇烈變動、變化多端的世界，更是風險激增的風險社會²，讓大家體認多數人生活在風險社會中，隨時有風險到來，應有防範之認識與準備。

再從危險角度觀察，個人與家庭平常即存在不少風險，連同政府部門的各類型計劃都有其風險，也需注意透過大數法則分散風險³，而政府機關經常面臨風險危機，處理危機更是重要工作⁴。何況安全政策是政府保民安民責無旁貸之任務，例如交通零事故、酒後不上路、治安零犯罪、工安零事件……等，都與風險管理息息相關，做好預防管理、強化安全作為，是風險管理之不二法門⁵。對企業而言，員工士氣、素質、服務精神、營運狀況、客戶流失、產品瑕疵、訴訟爭議、新科技危險、財務調度、資金失調、政府調查、職工災害、同業中傷、媒體負面報導、購併壓力……等，都是風險所在，也是企業有無能力處理之觀察指標。

環顧社會發生之法律事件中，有因不知法律規範，有則缺乏法律知識，有則明知故犯，有則存心違約毀約，其中欠缺法律風險意識者不乏



少數，而知悉法律風險存在者，仍未作法律風險辨識分析確認及控制、治理及避讓，終致法律風險實現，隨之而來需擔任各種法律責任⁶。是以法律風險管理為現代人生活與工作之重要理念。

第二節 風險管理精義

風險（Risk）在一般人印象中與危險（Hazard）或危機（Crisis）有關，而且已廣為社會所接受，但其定義眾說紛紜，經濟學者、行為科學家、統計學家以及風險管理學專家等，有其不同之風險觀念，但綜合以觀，風險係指事件發生之不確定性（risk is uncertainty），及事故發生遭致損害之機會。前者從主觀角度說明，後者從客觀方面闡述，可知風險與不確定性存在著一種未定的概念，但風險是可預測各種出象（Outcome）之機率，也是對不確定結果的具體衡量⁷，換言之，風險可視為對未來報酬之不確定性，是一種可能發生之機率，因不可預期事件帶來破壞或損害⁸。

風險源自事故發生之不確定性與非預期之變化而帶來之人身財物之損害，因該事故發生不可預期結果因而有遭受損失之可能，此可能之機會即為風險之所生，可見風險是客觀存在，非人類意志所能隨意控制與轉變，而且風險係相對現象，會流動轉變⁹。是以風險具有下列特徵¹⁰：

(1) 不確定性

事件（事故）是否發生不確定性。

(2) 不易掌握性

事件發生之機會、時間、範圍難以控制。

(3) 不易預期性

1. 事故造成之損害不容易預期與測定。

2. 預期發生之結果與實際發生後果不同，不容易掌握。

(4) 相對必然性

從整體觀察，必有風險出現，甚且會規律發生，而從個別事件分析，其發生機率常出於偶然性，再從長期觀察，未來有定性出現之現象。

(5) 延展效應性

1. 風險未能事前預測，損失難以控制。
2. 風險未能有效控制，損害效應逐漸擴散。

觀察週遭環境與日常生活事物，經常看到存在風險現象，可說風險是人類社會產物，因人為或自然因素帶來的危險。現代企業之經營環境正急速劇變，不確定之因素更高，包括社會變遷、政治變動、制度變革、科技發展、環保要求、經濟興衰等，企業若要生存，必須設法迴避風險，化危機為轉機，確保利潤目標之達成¹¹。

危險事故之不確定性，涵括發生與否不確定性（whether），發生時間不確定性（when），發生狀況不確定性（circumstance）及發生結果嚴重程度不確定性（uncertainty as to extent of consequence）。由於事故引致風險，風險促發危機，危機可能導致實質損失¹²，如器物損壞、使用降低、生產減弱、行銷困難、資金短缺，收益減低、人員傷亡等，因之掌握風險，進行風險管理，首在風險確認，繼而風險評估與衡量，再作風險決策，進而作有效風險控制¹³。

分析風險源頭，大致分成七大類：(一)自然環境；(二)疾病蔓延；(三)社會經濟環境；(四)政治及法律制度；(五)經管群領導營運能量；(六)經管環境；(七)法律風險。再由其各該因素交互作用，促使風險暴露¹⁴，例如為籌措資金，乃提供不動產擔保，設定動產抵押，發行公司債等，使公司之財產資金狀況為外界所了解，其風險暴露自然形成，隨



著經濟金融市場之變化，資產暴露風險，有可能帶來利益，亦有可能帶來損失。再者，企業經營過程之資金調度、財務分配處理等均有法律責任問題，並受當地國家之法律約制，此等責任之束縛，亦為風險暴露，是故企業與其要做風險確認，其實更應早作風險之預測與評量。

隨著時代進步，經濟活動日新月異，風險相對增加、增快，其類別亦增多，包含生產風險、行銷風險、財務風險、稅務風險、資金風險、人事風險、創新風險、法律風險、經濟變動風險、以及國際情勢風險等¹⁵。金融風險可分類為市場風險、系統風險、信用風險、流動性風險、作業風險、法律風險等¹⁶，因此風險管理之構造元件，必須正視法律風險元素，檢視遵守法律規範之預防損失之相關法律問題、履行義務與合約之法律強度等，另於處理損害善後復建工作時，亦當注意事故善後之賠償、復健照護與扶助以及法律責任，使法律風險管理能完整之執行。

風險固然可能係突發而來，但深入研析，可說其來有自，有因國際競爭波及，有可能是企業本身存在之因素，例如體質弱、資財產差、技術落伍等，有則決策之錯誤或失敗，有因漠視或忽略法律風險存在，導致重大法律責任伴隨而來，另有可能是外在環境之改變，如政府政策、法令規範、金融海嘯……等，若能預測風險之可能性，自可降低危險，減少不利局面，而法律風險之預測若精準與精實，更可事先防範其發生，減低損失。對企業經營者而言，重視法律風險與預防，在決策前諮詢與聽取法律專業人員之法律意見，當可保護企業，創造企業體最大利益¹⁷。

風險幾乎無所不在，在社會科學昌明的今日，自應有效將風險予以控管，設法化險為夷，創造最大利益，因之，利用科學方法透過風險認識、衡量、評斷來處理不確定之未來與可能危險，以防阻、規避或降低風險帶來之損害禍害，即為風險管理（Risk Mangement）¹⁸，因之風險管理係以科學方法，本科學理論，運用科學技術，有系統、有修理評

量控管、來處理未來不確定之風險，減少或迴避風險造成之損失，進而追求效益最佳狀態之均衡點，其目的在於以最低成本，設法化解最大危機，有效降免風險之發展，達到損失最小化目標¹⁹。換言之，風險管理實屬風險下的選擇對策。

隨著風險之日益增加，風險管理日漸受到重視，無論工商企業界、公務部門，甚至個人事務對此需求越來越強，重視程度越來越高，研究風險管理之理論、技術、方法等更為興盛。

近十年來，全球金融界先後發生諸多弊案，在台灣如中興銀行、台中商業銀行、中華銀行、華僑銀行、台北十信等，在外國如MGRM公司期貨避險虧損案、美國加州橘郡（Orange County）事件、英國霸菱銀行（Barings Bank）、日本大和銀行債券交易事件、LTCM長期資管公司事件、美國安隆（Enron）事件、美國AIG集團事件都與未做好風險管理有關²⁰。

風險管理（Risk Management）一般認為與保險有關，細繹其發生背景係在於1931年美國經濟大蕭條時，美國有40%左右銀行與公司破產，經濟衰退20年，許多公司在內部設立保險部門，美國經營者協會（AMA）設置保險部（Insurance Pivision），協助會員在不景氣下，深度思考如何以費用管理作為經營合理之手段，使企業得以繼續營運，爭取生存立基。

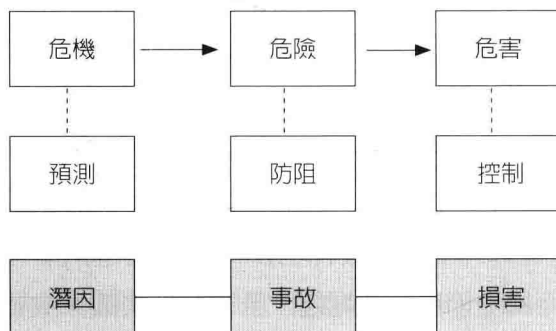
1938年以後，美國企業對於風險開始採用科學的方法，有系統研析風險問題，逐漸累積豐富經驗，讓風險管理逐步明朗化。第二次世界大戰期間，管理科學（Management Science）對不確定狀態之決策分析有重大進展，科學家因軍事目的，開始對後勤管理、破解密碼等研究諸多數值分析、成本效益分析、期望理論等模型，帶動風險管理方向朝數量化發展²¹。在1950年代風險管理發展成為一門學科，風險管理開始受到肯認，演而風險管理觀念崛起，至1957年美國保險管理學會（The Amencan Society of Insurance Management）倡導重視風險管理觀念，協



助各大學推廣風險管理教育。其間第一階段為1950年代前之損失控制管理（Loss Control Management）與保險的整合，該階段屬於工業安全與工程控制階段之範疇；第二階段1970年至1990年為財務風險（Financial Risk）與危害風險（Hazard Risk）的整合階段；第三階段為1980年後之整合型風險管理（Integrated Risk Management,IRM）；第四階段為1990年代以來之新型風險管理時期²²。

風險管理之步驟，簡而言之，第一步風險確認（identification），第二步風險評估（量）（evaluation），第三步風險選擇（selection）與決策，第四步風險控制與執行（implementation）²³。在做風險確認時，必須將所有可能之風險全盤了解，逐項過濾不必要資訊，釐出所面臨之風險為何，進行明確辨識，以選擇解決風險之有效方法。當確認風險後，進一步對風險深入分析估算與衡量、判明風險之嚴重程度與損失減降之方法，不能作無法承擔損失之冒險，並進行風險溝通，讓內部達成共識，對外部作必要之說明，化解風險所生之利益衝突²⁴，然後再進行風險控制，包括風險、損失之避免、風險分散（diversification）、避險（hege）以及減降損失之可能量度，終而得以尋得最有利之避險方法²⁵。

風險管理在處理風險與機會，有效掌握風險帶來之影響與危害，為彰顯風險管理之輪廓，以簡圖列明之：



在風險管理過程中，風險策略之決策至關重要，一般採取下列法則：損失頻率與幅度均高者，避免之；損失頻率與幅度皆低者，採預防與控制作為；其損失頻率高，而幅度低者採用保險或自留；當損失頻率低而幅度高時，採保險措施²⁶。

風險管理之作業流程，從實際操作，可分三個階段²⁷：

- (一) 預防管理（避免與預防）。
- (二) 危機管理（確認、決策、控制、解決）²⁸。
- (三) 復原管理（檢討、改進、新預防）。

對企業而言，風險管理係制定策略，辨識可能影響企業潛在危機，進以管理企業之風險而使其不超過企業之風險胃納（Risk Appetite），以合理擔保風險治理目標達成之歷經過程，其涉及企業負責人、董事會、經營層等，均負有不同程度之風險責任²⁹，有智慧之企業主絕對料敵在先，儘量做好預防管理，避免實施危機處理，而且萬一發生危機，則於妥慎處置後，認真檢討該事件前因後果，施作防範措施；此復原管理，其實是預防管理之再開始，如此可防免重蹈覆轍³⁰。

風險管理之運用，有著重在企業靜態風險（純粹風險）之管理，主要以保險型風險管理理論為基礎，另有重視全部風險之管理，包括靜態風險與動態風險（投機風險），對前者不利性降至最小程度，對後者發揮其效益性至極大化，此係以經營管理型風險管理為理論立基。目前企業已趨向後者型態管理風險，紛紛採擇其精神，進行風險識別、風險反應、風險控制等管理策略，台灣企業界在最近幾年也逐漸重視風險管理工作，強化其功能，協助企業優質經營³¹。

第三節 法律風險管理描繪

法律風險（Legal Risk）一詞逐漸被接受與引用，但尚乏一致性見