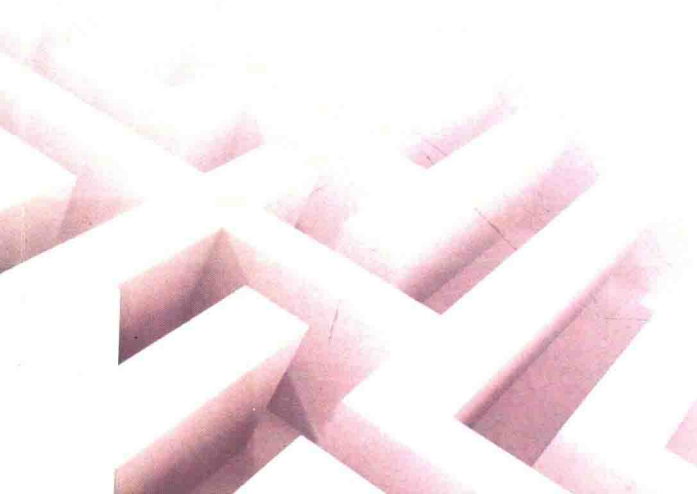


亞洲大學財經法學叢書 (1)

法律風險管理

唐淑美 主編



法律風險管理

亞洲大學財經法學叢書(1)

唐淑美 主編

airiti
press.

法律風險管理 / 唐淑美主編. — 二版. —

臺中市：亞洲大學；新北市：Airiti Press, 2011, 07

面：公分

ISBN 978-986-6395-26-0 (平裝)

ISBN 978-986-6395-27-7 (軟精裝)

1. 商事法 2. 風險管理

587.19

100012297

法律風險管理

主編／唐淑美

執行主編／古曉凌

執行編輯／江佑中、鄭家文

封面編輯／鄭羣潔

發行單位／亞洲大學

41354 臺中市霧峰鄉柳豐路 500 號

Airiti Press Inc.

新北市永和區成功路一段 80 號 18 樓

訂購方式／華藝數位股份有限公司

戶名：華藝數位股份有限公司

銀行：國泰世華銀行 中和分行

帳號：045039022102

電話：(02)2926-6006 傳真：(02)2231-7711

服務信箱：press@airiti.com

法律顧問／立暘法律事務所 歐宇倫律師

ISBN／978-986-6395-27-7

出版日期／2011 年 7 月平裝二版

2011 年 7 月精裝初版

定價／新台幣 520 元 (平裝)

新台幣 800 元 (精裝)

版權所有，翻印必究

Printed in Taiwan

院長序

2008 年國際金融海嘯發生前後，全球國際金融市場的交易合約、交易制度及管理規則發生突變，並且面臨極嚴重的挑戰和威脅，市場資產價格泡沫化，隨即市場崩盤，且急速冷凍，欠缺流動性。同時，金融經濟危機爆發，致交易違規、詐欺和道德危險，案件層出不窮，一方面凸顯市場管理法律規章不適時宜，另一方面市場交易者無所適從，意圖者屢屢試探法律底限，亟欲混淆，藉機圖利，侵占詐欺，倫理道德淪喪，可謂國際金融歷史上最黑暗的一刻。基於此一時景，本校財經法律學系教授群合力撰述《法律風險管理》一書，旨在呼籲國家、社會、行政當局與金融主管單位即刻重視並加強推廣財經法律之法治教育，宣揚財經法律倫理規範，安定我國社會金融秩序，保障全民財產交易公平與安全，並為創造全民社會福祉而努力，其立意精神值得讚揚，特書此序

林炯堯 謹序

中華民國一百年六月九日

系主任序

亞洲大學財經法律學系設立於 2002 年。秉承亞洲大學之創校辦學目標：關懷、健康、創新、卓越，本系持續規劃出符合社會發展趨勢之專業學程，以培育合於社會需求之財經法律人才，包括「財經法律學系核心課程」、「財稅金融法學程」、「智慧財產及資訊法學程」、「企業經營法學程」等，為全國首創。

因之在卓越教學上，除了培養學生具備傳統法學之基本知識外，並具面對複雜變遷國際經貿環境所需之財稅、經貿、科技專業法學知能。培養學生具備科際整合與財經法學之能力、以通過就業證照為優先具備實用法律人才之要件、具國際觀之視野與參與國際之能力、並具企業倫理、人文素養與關懷社會的健全人格。

而在創新研究上，國內近幾年來，上市上櫃公司掏空資產、證券市場之內線交易、國際租稅規避等重大經濟犯罪，已使傳統大學法律教育難以應付。解決之道在於設立財經法律研究所，以整合財經及法律專業人才，使我國租稅法、公司法、破產法……等與財經有關之法律得因應時代需要予以修正，以健全經濟秩序及投資環境。

對於企業經營管理過程中面臨的諸多風險，例如：自然風險、市場風險、社會風險、政治風險、法律風險……等各項風險中，法律風險之掌控與控制更關係著企業之成長與成敗。由於一般企業對

法律風險之管理，並未充分重視，以致有法律問題而不知、違法違規而不覺，涉及侵害他人權益而不察，對法律保護規範而不用，導致許多衝擊，甚而引發企業優質弱化，終致倒閉結束營業。因之如何建立法律風險預測、識別、反應、控制、復原等策略，以降低法律風險之發生，實有深度研究之迫切與必要。

對此，本系近年來曾舉辦過多場國際及國內學術研討會，諸多老師更在各期刊發表研究專文。為了鼓勵本系老師持續不斷之研究，同時亦將其等之努力與心血留下記錄，並可供學術界之參考與研究，本系特經系務會議後，決定今後將不定期將本系老師研究成果，或邀集對相關主題有研究成果之其他學者論文，集結成冊，並以專書出版發行，讓「凡走過的，必留下痕跡」，以資紀念。當然亦請各界先進，不吝指教。

亞洲大學財經法律學系教授兼系主任

邱太三

2011年6月

《法律風險管理》

目次

序 院長.....	林烱堃	i
序 系主任.....	邱太三	iii
緒論 法律風險管理之理念與建構.....	唐淑美	1
第一章 〈從風險預測談犯罪相關理論應用驗 證——以預防被害與自我保護為題〉.....	施茂林	19
第二章——〈刑事妥速審判法草案之立法風險控 管〉.....	蔡佩芬	57
第三章 〈從臺灣高等法院高雄分院刑事九五 年度上更（二）字第一六九號判決談校園法律 責任〉.....	蘇滿麗	95

第四章	〈不動產交易與風險管理之探討〉…	吳容明	119
第五章	〈企業法律責任及法律控管之研究〉		
.....		方國輝	161
第六章	〈跨國投資與法律風險管理——以臺 商在大陸投資盈餘匯出的租稅規劃為例〉……	謝如蘭	203
第七章	〈美國 2008 年金融危機之成因與影 響——以金融市場中之風險為重心〉……	楊君毅	233
第八章	〈政府作為與法律風險管理——以國 家賠償為中心〉……	張智聖	295
第九章	〈風力發電的法律風險管理〉……	陳匡正	393
第十章	〈論新興生物科技之法律風險——從 「臺灣生物資料庫」建置之窘境談起〉……	唐淑美	443
作者簡介			494
《法律風險管理》審稿規則			496

緒論

法律風險管理之理念與建構

唐淑美*

在全球激烈的商業與科技競爭下，人們的生活型態更為多元，但隨著多元社會之發展，人們也必須面對更多無從防範之風險(risk)¹，從近日(2011年)爆發的塑化劑事件即可看出端倪。事實上我國有關販賣黑心商〈食〉品、毒牛奶、病死豬、化妝品含鉛〈汞〉、走私、中藥摻西藥等等行為常時有所聞，但此次之塑化劑風暴卻是史上最，所掀起之蝴蝶效應幾乎是無人能躲。讓人感到諷刺的是，毒食品已禍延到許多不知情的下游廠商，許多受影響之廠商所製作之含毒食品，甚至還獲得政府 GMP 認證標章。連政府官員也認為這些不肖商人的行為令人匪夷所思，由於塑化劑之檢驗並不在國家食品檢驗單位之例行檢測項目中，因此行政院副院長陳冲比喻道：『『沒想到說』，沒有人會去奶粉裡檢查有沒有石灰粉，有些事情可能是當

* 亞洲大學財經法律學系專任副教授、英國愛丁堡大學訪問學者

¹ 于樹偉，〈全球風險管理發展趨勢〉，《永續產業發展雙月刊》，53 期 2010 年 12 月，頁 40-47。

時沒想到。」²

事實上，有鑑於自然環境異常之風險、科技風險、社會風險與全球化之衍生風險的日益增加，行政院曾於94年8月8日特函頒「行政院機關風險管理推動方案」，以培養風險管理（risk management）意識，形塑風險管理文化，有效降低風險發生之可能性或避免風險之衝擊。為進一步強化各機關危機處理之能量，行政院於97年12月8日更函頒「行政院所屬各機關風險管理及危機處理作業基準」³，要求政府各部會應整合各階段施政計畫之風險管理機制，以期有效達成降低風險之發生及可能損害之衝擊。

所謂風險，指潛在影響組織目標之事件，及其發生之可能性與嚴重程度；風險管理指為有效管理可能發生事件並降低其不利影響，所執行之步驟與過程⁴，風險管理在國際間之發展趨勢可以區分成三個階段，第一階段為1950年代前之損害控制管理（Loss Control Management）與保險的整合，該階段強調工業安全與工程控制階段之範疇；第二階段為財務風險（Financial Risk）與危害風險（Hazard Risk）的整合階段，強調風險管理為組織管理之重要一環；第三階段為整合性風險管理（Integrated Risk Management），則指以組織整體之觀點，系統地持續進行風險評估、風險處理、風險監控及風

² 請參見謝曜州，2011年5月27日TVBS新聞網〈塑化劑風暴／含起雲劑食品！無檢驗 政院令下架〉，

http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yuhan081120110527225536，最後瀏覽日2011年6月9日。

³ 行政院所屬各機關風險管理及危機處理作業基準部分規定，院授研管字第0972360811號函修正。

⁴ 行政院研考會，《風險管理及危機處理作業手冊》，行政院研究發展考核委員會，2009年6月，頁83。

險溝通之過程。⁵其中，納入法律責任之認知，以「法律」為風險認知及預測因子，以管理的角度，多面向且橫向跨領域整合的「整合性風險管理」，無論在公司治理、企業經營、不動產、政府作為、金融、環保、醫療、新興科技等不同領域中，均屬重要。

一般而言，法律問題（legal problems）基本上構築於三種解決的方式或模式。第一種模式乃是藉由第三者權威機關的裁判以解決雙方之法律衝突，例如法院的裁判，而法院的裁判常植基於「過去的經驗」而為判斷。第二種模式乃是通過協商或調解協定以解決法律衝突，一般而言此種調解或協定乃為解決「現時的」法律糾紛之有效解決模式。目前有越來越多的情形，雙方發生法律衝突，為了避免繁複及耗財的冗長訴訟，雙方尋求以和解、調解或仲裁方式處理民事法律問題，例如擁有卡通人物凱蒂貓（Hello Kitty）的日本三麗鷗公司（Sanrio Co）和卡通角色米飛兔（Miffy）的荷蘭創作者版權訴訟，官司纏訟多時，雙方終於達成和解，把訴訟費用轉捐給311 東日本大地震和海嘯的災民。⁶第三種模式乃「預防法學（Preventive Law）」模式，所謂「預防法學」模式，乃是植基於預防管控理念，透過契約設計、法規遵從制度、法學教育訓練和培訓計畫的有效設計，有效控管可能產生之危害風險，此種解決模式乃是趨向對「未來」可能產生之損害或法律責任之「法律風險控管」

⁵ 同前註4，頁83。

⁶ 詳見2011年6月9日「自由時報電子報」，〈凱西兔被控抄襲米菲兔 雙方和解收場〉，

<http://iservice.libertytimes.com.tw/liveNews/news.php?no=505666&type=%E5%8D%B3%E6%99%82%E6%96%B0%E8%81%9E>，最後瀏覽日2011年6月9日。

模式。⁷預防法學乃是由 Louis M. Brown 律師首次提出⁸，預防法學側重法律專業知識的提出與規劃，透過與客戶的定期接觸與例行會議，將可能產生之風險降至最低；執業律師的工作應為客戶生活環境提供法律專業諮詢或法律責任預防管控之規劃師，而不是僅是一名法律訴訟辯護者。⁹傳統司法偏重「治療法學」或「救濟法學」；但「預防法學」強調藉由制定完善之法律條文及訂立明確的契約，以減少未來可能須負擔之法律責任、身體或精神損害或財物損失賠償等等情事。

事實上大部分的法律問題藉由第二種及第三種模式解決遠較第一種訴諸法院裁判之方式為多，但以我國法學教育而言，目前法學教學主要強調法律原則之適用以及加強學生對法律個案之邏輯分析能力¹⁰，基於風險損害控制原理，法學教育應採取更開放的方式，培養學生們具備解決法律問題之第二種及第三種模式，亦即透過協商、調解協定或預防管控模式，更能有效解決法律問題。於此，我要特別強調第三種解決法律問題之「預防法學」模式，亦或可稱為「法律風險管理」(Legal Risk Management) 理念建構下之「預防法學」模式。

⁷ Thomas D. Barton, *The Modes and Tenses of Legal Problem Solving, and What To Do About Them in Legal Education*, 43 CAL. W. L. REV. 389, 389-392 (2007).

⁸ LOUIS M. BROWN, *HOW TO NEGOTIATE A SUCCESSFUL CONTRACT* (1955).

⁹ Louis M. Brown, *Another Dictionary Definition of Preventive Law*, 42 J. ST. B. CAL. 867, (1967); Louis M. Brown, *Legal Audit*, 38 S. CAL. L. REV. 431, (1965).

¹⁰ 為培養專業的法律人，法學教育常要求學生藉由模擬案例學習法律條文之適用、分析、歸納，使學生們能迅速藉由經驗的累積解決法律問題。但學生若無法掌握基礎知識及技能，無法學習客觀地綜合法學知識以解決法律問題，仍不是所謂理想的法學教育。何美歡，〈理想的專業法學教育〉，《清華法學》，第九輯，清華大學出版社，2005年12月，頁110-140。

所謂的「法律風險管理」理念，乃是重視法律責任，多面向且跨領域橫向科際整合的風險管理理念。舉例而言，政府推行完善的法治教育宣導，使得人們得以瞭解及遵從法規；企業簽訂契約時，雙方能花更多的時間對可能發生的情形進行實質溝通與協調；玩具廠商避免設計過小而可能遭小孩吞嚥的玩具，以上情形都是很容易藉由事先的妥善規畫及相關的配套措施制定，預防可能產生之法律責任。對於非常不確定的未知風險，該如何評估及防範呢？例如新興生物科技及其衍生之產品所可能造成環境或人體健康危害，目前仍缺乏科學證據證實，但不應因缺乏證據則怠於採取適當的管理方式。2000 年「卡塔赫那生物安全議定書（Cartagena Protocol On Biosafety To The Convention On Biological Diversity）」出爐，將預防原則理念¹¹正式納入生物科技潛在風險的風險管理概念。預防原則

¹¹ 「預防原則」首先於一九八二年由聯合國世界自然憲章(World Charter for Nature)所提出，聯合國一九九二年地球高峰會議里約環境及發展國際宣言(Rio Declaration on Environment and Development)重新呼籲重視預防原則理念。歐盟執行委員會認為有關生物科技之科學證據並非黑白分明的，有關生物科技之政策應當力圖小心謹慎，以尋求對消費者零風險的保護。請參閱 U.N. World Charter for Nature, G.A. Res. 37/7 (Oct. 28, 1982)；Rio Declaration on Environment and Development, June 13 1992, U.N. Doc./CONF.151/5/Rev.1；European Commission, *Opinion of the Scientific Committee on Veterinary Measures Relating to public Health: Assessment of Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*, XXIV/B3/SC4 (April 30, 1999)；Commission of the European Communities, *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, COM(2000) 1 final (Feb. 2, 2000)。有關風險掌控與預防原則之運用，請參閱牛惠之，〈論規範基因改良食品風險性之貿易措施在世界貿易組織之下同類產品議題〉，《東吳法律學報》，14 卷 1 期，2002 年 8 月，頁 19-66 頁。

大致可分為兩大類：「強預防原則」及「弱預防原則」¹²。所謂「強預防原則」為「除非確定不會造成任何損害，否則不得為之」¹³；而「弱預防原則」即是「欠缺完全地確定，並非防止可能造成損害之行為的正當化事由。」¹⁴。經由預防原則理念，對於風險評量後不可容忍之風險，提出風險規避或相對應策略，以降低事件發生之可能性或其影響之嚴重程度。也就是說，對於未來可能產生的法律責任及損害賠償得以透過事先多方面的「設計」，以達到預防之目的。「法律風險管理」，乃屬「風險管理」的一種為「發展中概念」，亦即在尚未產生災害前事先防堵，避免日後可能發生的冗長訴訟，亦即面對生活環境中可能產生的風險，能夠「居安思危」地進行縝密的設計及規劃，此乃是本書所擬探討之「法律風險管理」的主要理念。

「法律」是與人權保障有關的強制性社會生活規範，法律責任的「風險」無所不在，並有鉅大的社會成本，以塑化劑事件而言，究竟是哪一個環節出問題了？是否事先無法透過有效的管控以預防類似災害之發生？事實上，此事件涉及我國「毒性化學物質管理法」及「食品衛生管理法」二種法規，並非是無法可管。依據環保署「毒性化學物質管理法」，塑化劑（DEHP）被列為第四類毒性化學物質，製造及販賣無須接受環保署管控，但是第四類毒性化學物質僅需申報即可，而未申報者依法僅處以 10 萬至 50 萬元罰鍰。另外，衛生

¹² J. MORRIS, RETHINKING RISK AND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE 1 (2000).

¹³ 原文為「take no action unless you are certain that it will do no harm」

¹⁴ 原文為「lack of full certainty is not a justification for preventing an action that might be harmful」

署於 2000 年修改「食品衛生管理法」第十四條，放鬆食品添加物的管制，由業者自律，免除了食用香料及複方食品添加物的查驗登記，在法條的鬆綁下，造成讓商人有機可乘。由於塑化劑風波越演越烈，政府為求亡羊補牢，環保署在面對各界對塑化劑毒性列管層級太低之疑慮時表示，經過環保署塑化劑列管的專家諮詢會議後，DBP、DEHP、DINP 等 8 項塑化劑，全面提升毒性列管等級到第 1 類或第 2 類，另外，其他尚未發現的塑化劑，也將全面列管到第 4 類毒化物。此外，針對業者之罰則部分，立法院於 2011 年 6 月迅速通過加重「食品衛生管理法」的罰則，把最重罰金從 30 萬提高到 1000 萬，刑責從最重 3 年加重到 7 年，希望行政、立法及司法一起配合以平息此次之風暴。

塑化劑事件顯示我國在制定法規時，欠缺縝密的設計及規劃，導致政府捉襟見肘之窘境，如何「管理」各類型的法律風險？吾人以為，未來法學理論與實務的發展，應嘗試從傳統重視司法判決的「治療法學」、「救濟法學」，轉向重視風險責任之「預防法學」模式。誠如 Raymond Wacks 所言，今日法學之重點是法律問題的解決，而未來法學之重心將轉移為法律風險管理¹⁵。政府之施政作為如果不能從「法律風險管理」之觀點先做好政策預防，一旦成為社會關注之焦點，若仍只能以「沒想到」來搪塞或頻頻地道歉，此時無辜之社會大眾已付出慘痛代價，這並非是後續的損害賠償得以彌補的。以塑化劑事件而言，若從維護企業永續經營，保護最無力分散風險之社會大眾等觀點來看，政府、企業及非營利組織均有建立

¹⁵ RAYMOND WACKS, LAW: A VERY SHORT INTRODUCTION 148 (2008).

「法律風險管理」系統或機制之需要。

本專書主要收錄亞洲大學財經法律學系方國輝教授於 2009 年 11 月 25 日所主持之「法律風險管理專題研究發表會」論文；「法律風險管理」之概念乃為本系施茂林講座教授所提出，施教授目前亦擔任中華法律風險管理學會理事長。施教授指出「法律風險管理」為目前科技、企業、機關團體所大力暢談之顯學，其理念精神即是「預防勝於治療」，藉由法律風險因子之評估，有效成功達到防非止爭的境界¹⁶，於此，誠摯感謝兩位教授之貢獻。另外，要特別感謝系主任邱太三教授對本系財經法學叢書出版之全力支持及鼓勵，以及陳匡正教授之共同協助校對及編輯，使得本書得以順利付梓。這些收錄論文除了蔡佩芬教授論文〈刑事妥速審判法草案之立法風險控管〉已刊登於 2010 年 5 月出刊之月旦法學雜誌，其餘文章都經過亞洲大學「財經法學叢書：法律風險管理」編輯委員會送交外審審查程序而獲得同意刊登。

施茂林教授論文〈從風險預測談犯罪相關理論應用驗證——以預防被害與自我保護為題〉嘗試藉犯罪相關理論，探討被害防免之可行性。近年來，風險管理已成為顯學，無論工商企業界或政府機關均已大力推動，使風險管理觀念在一般人逐步有所體會，運用到日常生活亦有其著力點，可使個人日常事務免陷於風險情境，避免使風險實現，而風險管理可分成預防管理，危機處理與復原管理三

¹⁶ 請參見施茂林部長於中華法律風險管理學會發表的論文，〈跨過法律，開闊專業視界——兼談法律風險管理〉，

http://www.lrm.org.tw/index.php?option=com_content&view=article&id=388:2011-01-27-02-16-33&catid=58:review-activities&Itemid=91，最後瀏覽日 2011 年 6 月 9 日。