

企業法律系列

企業法律風險之 管理手冊

羅昌發 黃鈺華 合著
蔡佩芳 李世祺



元照出版

新時代經貿法律系列之二

企業法律風險之管理手冊



羅昌發・黃鈺華・蔡佩芳・李世祺 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

企業法律風險之管理手冊 / 羅昌發等著.

--初版.--臺北市：元照，1999[民 88]

面；公分.--（企業法律系列）

ISBN 957-0332-13-1(平裝)

1.商法 2.契約(法律) 3.風險管理-手冊，便覽等
4.政府採購-法令，規則等 5.企業管理-法律方面
-個案研究

587.19

88016655

企業法律風險之管理手冊

企業法律系列 1H04PA

2000 年 1 月 初版第 1 刷 2001 年 1 月 初版第 2 刷

作 者 羅昌發 黃鈺華 蔡佩芳 李世祺

出 版 者 元照出版公司

台北市 100 館前路 18 號 5 樓

定 價 新臺幣 220 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 元照出版公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-0332-24-7

序

隨著工商業的日益發達，各種交易往來愈來愈頻繁，商務糾紛也隨之增多，為避免商務糾紛的產生，及避免於糾紛產生時增加意料外的成本，如何在交易之初即能訂定符合自身要求的契約內容，並明確約定契約雙方的權利義務，是相當重要的。本書即是針對業者於進行交易，與交易相對人（不管是一般人民或是政府機關）磋商擬定契約時，所應注意的相關法律規定及契約內容擬定方式，作一詳細的整理分析，期能有助於相關業者在訂定契約前能正確評估其成本及法律風險，以決定是否與交易相對人訂約；而在磋商契約內容時也能注意到相關法律規定及條文的擬定，以防範將來因契約內容的不公平及不明確所肇致的損失或成本的增加。

本書另就於八十七年五月二十七日公佈的「政府採購法」（於八十八年五月二十七日正式施行）中，廠商申訴及異議程序相關規定作一介紹，使業者了解除了透過法院、仲裁等救濟程序外，如何依照政府採購法相關規定向各機關所設的申訴審議委員會提出申訴及異議，以保障自己的權益。

最近政府採購事項的主管機關行政院公共工程委員會，依照政府採購法第六十三條第一項的規定，制定了「採購契約要項規則」（草案），將來公共工程委員會將會依照該規定擬定採購契約範本，有意承攬政府公共工程的業者，也必

須注意此一規定。本書就採購契約要項規則亦有簡單的介紹，並附有相關條文，可資參照。且依照「採購契約要項規則」擬定了一份工程契約範本，可供相關業者作為參考。

筆者為新時代經貿法律事務所主持律師，為台灣大學法學碩士，曾任台灣雲林地方法院、台灣桃園地方法院、台灣基隆地方法院法官。歷任法官多年，總覺得所做有限，無法再為社會多盡一份心力。退任之後擔任律師，主持新時代經貿法律事務所，有感於國內業者對於法律概念十分欠缺，常因此而蒙受不必要的損失，為此曾主辦過「政府採購法」、「國際貿易法」及「營建契約風險管理」等多場研討會，以推廣相關法律概念，頗受業界好評。也為了能夠更加廣泛地推廣法律概念，才會積極籌劃本書的出版。冀望本書的出版，能使業者於擬定契約時，更加了解法律相關規定，以爭取自己的權益，並期能藉此推廣國內法律知識，為社會盡一分心力。尚請舊雨新知不吝賜教。

新時代經貿法律事務所

黃鈺華 律師

1999.11.20 于 台 北

目 錄

序

第 1 章	法律風險管理的概念及具體作法·····	1
	一、企業經營的風險·····	1
	二、法律風險的內容·····	3
	三、與契約安排有關的風險及其管理·····	6
	四、結 語·····	12
第 2 章	爭議解決的設計與法律風險·····	13
	一、與判斷者有關的風險·····	14
	二、與代理人有關的風險·····	20
	三、與企業自身有關的風險·····	22
	四、與程序本身有關的風險·····	25
第 3 章	營造契約條款的擬定及條款內容解釋 ·····	33
	一、書面契約的考慮·····	33
	二、契約約頭中的當事人名稱·····	35
	三、契約前言的性質及設計·····	36
	四、定義條款·····	37
	五、契約工作範圍·····	38
	六、契約工作範圍的變更·····	40
	七、契約條款·····	41

八、付款方式·····	43
九、運用契約附件的方式·····	45
十、工程圖說智慧財產權條款·····	47
十一、工地管理·····	48
十二、材料機具·····	49
十三、加班趕工·····	51
十四、配合施工·····	51
十五、環境清潔維護·····	52
十六、驗收·····	53
十七、工程保險·····	55
十八、保固期限·····	57
十九、契約終止·····	58
二十、契約解除·····	60
二十一、契約失效·····	61
二十二、禁止轉讓及禁止轉包條款·····	62
二十三、遲延損失·····	64
二十四、注意義務及違約賠償·····	67
二十五、不可抗力條款·····	68
二十六、仲裁及管轄條款·····	70
二十七、準據法條款·····	72
二十八、契約標題條款·····	73
二十九、通知條款·····	74
三十、保密條款·····	76

三十一、合約之完整條款·····	77
第 4 章 外國廠商訂約時應行注意的相關法律規定·····	79
一、前 言·····	79
二、契約的成立與履行·····	80
三、民法總則施行法中關於外國公司責任 的規定·····	93
四、淺談台灣國際私法·····	95
五、關於台灣仲裁法·····	96
六、從外國公司的觀點看消費者保護法的 適用·····	99
七、公平交易法在契約關係中的適用·····	102
八、政府採購法中與外國公司在台灣交易 往來有關的規定·····	104
第 5 章 廠商如何利用政府採購法中的異議及 申訴程序·····	109
一、政府採購所產生爭議的類型·····	109
二、在政府採購法制訂前的救濟·····	113
三、採購法制訂後的異議與申訴及履約管理 之爭議處理·····	115
四、廠商對於救濟制度的利用·····	124

第 6 章	政府採購糾紛案例介紹與分析(一)	127
	案例一	127
	案例二	130
第 7 章	政府採購糾紛案例介紹與分析(二)	
	——關於依物價指數調整工程款	137
	一、事實	137
	二、工程合約書的相關約定	138
	三、爭議	139
	四、分析	141
	五、仲裁結果	143
	六、建議	143
	七、相關問題	148
第 8 章	政府採購糾紛案例介紹與分析(三)	
	——關於夜間施工請求增加經費	155
	一、事實及背景描述	155
	二、約定及爭點	156
	三、問題解決	160
	四、本案可能解決爭議之方法	166

第 9 章	政府採購糾紛案例介紹與分析(四)	
	——關於就協力廠商之故意或過失責任應否負	
	同一責任·····	169
	一、事實及背景描述·····	169
	二、約定及爭點·····	170
	三、問題解決·····	171
	四、違約金之酌減·····	175
	五、對協力廠商求償的問題·····	176
附錄 1	工程契約書·····	177
附錄 2	採購契約要項·····	203

第 1 章

法律風險管理的概念及具體作法

一、企業經營的風險

企業的經營目的，在以適當的方式獲取最大的利潤。利潤的大小固然未必與風險的高低成正比，但顯然利潤的存在通常無法與風險截然劃分。換言之，有利潤通常便會有相當的風險。

企業在發展到一定的階段之後，必然會在企業內部設置一定的利潤管理模式（例如：營運目標管理、成本支出管理等）。不過，許多企業較不注意：較周延的「風險管理」也

是極為重要的一環。風險管理不但牽涉到公司的進一步發展，有時更牽涉到公司的生存。有些企業雖然注意到了風險的管理，但常對其中重要的「法律風險管理」有所忽略。

風險管理所包括的課題並不是單一的事項。凡是可以產生風險的事項，都可以納入風險管理的事項。而風險管理包括「風險的避免與減少」，以及「風險的確定」。

以施工安全所產生的風險為例，「風險的避免與減少」包括建立施工安全的作業準則以及相關的執行辦法；而「風險的確定」則必須有保險規畫，使公司可以將施工安全所發生損失的風險，以固定的代價移轉給保險公司。又以利率風險為例，適當的遠期性匯率操作，可以規避部分的利率風險；而限定操作的一定額度，卻又是限定「遠期利率操作」風險的必要作法。

以法律風險為例，「風險的避免與減少」，在於使自己熟悉法律責任所在（也就是了解何時要負擔法律上責任），以避免由於錯誤的法律上安排（如訂定契約時發生條款的錯誤）而產生不必要的責任。「風險的確定」，除將法律上責任轉嫁到保險公司（如向保險公司投保責任險）外，主要是透過契約條款的安排，使法律責任作合理的分配。

二、法律風險的內容

(一)法律規範的風險

法律風險大致上可以分為三類，一類為「與法律規範有關的風險」，另一類為「契約安排的風險」，再一類，為「爭端解決程序中所涉及的風險」。

就「法律規範的風險」來說，法律規定不明確、法律規範變更、法律規範有所欠缺等，都是風險的來源。譬如說，法律規定不動產所有權的轉讓契約必須用書面（民法 § 760：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」），但實務上又說，倘若不用書面仍然可以發生一般契約的法律效果（最高法院 22 年上字 21 號判例：「不動產物權之移轉未以書面為之者，固不生效力。惟當事人間約定一方以其不動產之物權移轉於他方，他方支付價金之買賣契約已成立者，出賣人即負有成立移轉物權之書面，使買受人取得該不動產物權之義務。」）。依照這項實務上的見解，不動產所有權變動的契約，好像又可以不需要書面契約。又例如契約訂定時政府制訂的建築規範並無某種要求，但契約訂定後，建築規範變更，而增加此種要求，此時會發生這種變更所產生的成

本及責任應由契約哪一方負擔的問題。

法律規範的風險大部分屬於「法律解釋」的問題。這在法律領域裡邊屬於相當複雜的部分，在此並不作說明。本文所要討論的重點是後面兩種情形。

(二) 契約安排的風險

契約訂定時，有可能產生疏漏；若重要事項有所疏漏，將來權利義務關係自然會受到影響。我在這裡稱為「疏漏的風險」。另一種情形是當事人已經知道風險的所在，但是如何透過談判的方式將風險作合理分配。我把它稱為「損益分配的風險」。關於這兩種風險的含意以及風險的管理問題，本文中將有進一步的說明。

(三) 爭端程序所產生的風險

未受法律專業訓練的人可能會認為，若自己有理由便必然會在訴訟程序或仲裁程序中獲得「正義的伸張」。這種理解大致上正確，但有許多時候並不夠精確。因為契約訂定後，或者是契約履行的過程當中，雙方可能對某些事項有所爭執，既然有所爭執，即表示契約條文有些規範不夠清楚或

事實情況不夠明確。雙方既然產生爭議，通常雙方都會認為正義應該在自己這一邊。訴訟或仲裁程序進行中，判斷的人（法官或仲裁人）是第三者；他們對事實情況完全必須依賴當事人所提出的證據作為認定的基礎。他們對法律上權利的主張，原則上也必須依賴當事人所提出的主張；法官或仲裁人原則上不能由於當事人不懂得主張法律上的權利，而完全越俎代庖的替某一方當事人主張權利。

在訴訟程序或仲裁程序中有許多變數，這些變數都是風險所在。這些變數包括：證據是否存在（若毫無證據，再理由也甚難挽回敗訴的命運）、能不能在既有的事實中找到最有力的法律上支持（我曾經有一個案件涉及極為複雜的國家賠償問題，最後我們是透過法律上的技術，以時效消滅作為理由打勝官司）、如何說服法官或仲裁人（特別是當你感覺到法官或仲裁人已經有先入為主的觀念時，如何以書面配合當場說理導引法官）。程序的風險管理方式，便是找到適當的（真正的）專業法律人員（內部的法律管理師或外部的律師），與內部的相關業務部門的人員組合成為團隊，合力處理。

三、與契約安排有關的風險及其管理

前面提到過，在契約安排的過程中，所必須處理的兩項風險包括：「疏漏的風險」及「損益分配的風險」。

(一)「疏漏的風險」

我這裡所稱的「疏漏風險」，是指在訂定契約時，對於應該約定的事項漏未約定、或對於契約條款文字有所誤會、或對於對方草擬的條款中所隱含的設計未能查明，導致增加法律上的責任或導致錯誤的免除對方的責任；或是在訂約之後，未能依照契約規定履行，導致技術上延誤契約所規定的某項條件。這種風險必須要盡量甚至完全避免。我親眼看過許多企業由於疏漏而造成重大的損失。例如：

1. 雙方已經對某一事項口頭約定清楚，但在最後訂約的時候，忘記將之定入契約條款中；這時極有可能產生口頭約定無法發生效力的情況（因為有些書面契約會規定：該書面契約訂定以前的一切口頭約定均被該書面契約所取代）。此時也有可能發生無法證明曾經有此口頭約定的情形。

2. 閱讀契約常常會先入為主，而不自覺的以有利於自己

的角度去解釋。但是由第三人或由專家閱讀某一契約條文，卻未必有此種印象。契約當事人在訂定契約的時候，最好是以較挑剔的方式去閱讀契約文字，並常設想萬一的情況。

3.有些契約的份量十分重，往往數十頁密密麻麻的法律文字。相關人員在看契約時，常會失去耐心，使得後面的重要條文沒有詳細閱讀；也有可能漏看重要的規定（例如某些條文的標題與條文的內容未必完全一致。看到不重要的條文標題，往往失去戒心，而誤把重要的條文內容忽視，導致負擔不必要的責任或導致放棄權利）。

爲避免這種疏漏所造成的風險，業者在訂定契約時必須考慮下列措施：

1.契約談判時的充分準備：

(1)瞭解自己的需求。

(2)將自己的需求逐一系列，逐一處理。

(3)若能自己準備契約文字，盡量由自己準備：對方準備的契約格式，較不容易完全找出所有隱藏性的陷阱。但是自己準備契約格式文件，將產生較大的費用。若是由對方準備契約版本，則盡量事先詳加閱讀。

(4)注意每一個關鍵的字眼：誤解或誤用某一用語，有時