

公司犯罪防制之省思與展望

國立交通大學科技法律研究所助理教授 林志潔

目次

- 一、前言：全球化下我國的公司犯罪
- 二、公司犯罪與法人犯罪能力之爭議
- 三、刑罰外的防制公司犯罪之機制
- 四、結論

前言：全球化下我國的公司犯罪

全球化的時代，意味著世界已經變平、變小，也意味著國與國之間的疆界，因著貿易與資本的自由化，逐漸被模糊。

當中國所產出的含有有毒物質的牛奶與飼料，遠可影響美國的消費者，而當美國雷曼兄弟控股公司申請破產，全世界的金融業慘遭波及時，我們發現：公司的問題已經不再侷限於本土性、偶發性或區域性。相反的，如何盡可能在此全球化時代，針對公司、尤其是跨國公司，訂定一致性、全面性、彼此可以接軌的規範，並對公司進行全面倫理和品質的管理，是各國當前的重要議題。

亞洲地區的傳統公司家族企業色彩濃厚，由家族成員擔任公司負責人或管理人的情況普遍，使得公司的所有權和經營權重疊性高，大權操縱在少數影響力大的股東身上，與歐美公司重視專業經理人，經營權與所有權分離狀況不同。此種結構若在正常情況下，大股東和小股東利益理當一致，似乎較無問題，然而，若掌握實權的大股東濫權或獨裁，小股東的權益將受莫大危害。¹台灣過去以傳統產業為主，因此企業亦具有上述之家族經營特色。但近年來工商業逐漸轉型，隨著產業結構的調整，電子產業蓬勃發展，此種高科技產業倚賴技術與資本結合，因此逐漸擺脫家族企業色彩。目前上市公司董事與監察人之持股比例下降，上市公司的股權結構已有經營權與所有權分離的趨勢。²尤其近年來許多公司以轉投資的方式，擴大經營範圍、促進企業成長，企業的主要股東利用原事業之資金或由資本市場上市募集之資金轉投資其他公司或創設新公司，形成企業集團，此類的多角化經營，雖有助於快速跨足各類產業，加速公司成長，但也使公司面臨更多風險。³

在此種轉型期中，台灣的公司問題愈顯複雜，同時存在有傳統家族公司與新型企業集團的特性，以近年來所發生的兩大公司舞弊案件為例，力霸案屬前者，

¹ 孫強，公司治理—董事會對改善管理的職責，企業全面品德管理，頁 339（2004），商週出版。

² 證期會，台灣公司治理，公司治理叢書二，頁 4（2007），證券期貨市場發展基金會出版。

³ 吳當傑，公司治理理論與實務，頁 16（2007），證券期貨市場發展基金會出版。

博達案屬後者，但兩者皆發生嚴重之公司治理與公司犯罪問題。尤其在金融全球化下，這些企業倫理不彰的公司，利用設立子公司、海外人頭公司以及各種複雜手法掏空資產，並進行海外洗錢。以博達案和力霸案為例，其犯罪所得金額驚人，犯罪手法繁多，對市場投資大眾造成的損失和對金融市場造成的失序，後果難以估算。我國公司法及證券交易法，為維持市場交易秩序，雖對公司各種不法行為設有各種規範，且於民國 92 年證券交易法修法後，更大幅提高對公司各種不法行為等對負責人處罰之刑度；惟，公司常有名義上負責人與實質上負責人不一致，在司法訴追上有無法真正處罰行為人之困難，且公司負責人復往往以公司事務分層負責為己脫罪，造成追究犯罪責任之障礙，因此在某些情況下，是否應直接以公司作為行為的主體與處罰的客體，實有探討之餘地。此外，由於司法已經是制裁公司犯罪的最後一環，而且刑事制裁有其成本和限制，如何在犯罪前揭段及早發現、攔阻其進行不法行為，避免造成更大損失？如何營造一個公司自律的環境，使公司願意配合政策及規範，遵守企業道德，克盡社會責任？亦為重要的預防公司犯罪之方式。

本文擬以兩大部分對我國公司犯罪防制進行討論：第一部份討論者，為我國是否應在刑法上承認公司具備犯罪能力之問題，第二部分討論除了政府以公權力他律之外，公司本身亦應建立自律機制及強化社會責任。於此金融危機爆發之際，期望本文能對我國重整公司體質、預防公司犯罪有所助益。

一、公司犯罪與法人犯罪能力之爭議

公司不是「自然人」，而是「虛擬的人」，究竟公司可不可以像自然人一樣，成為刑事犯罪的主體？在世界各國有不同的規範。以英美為例，由於高度資本化，極早便已肯認公司具有犯罪的能力，也可以受到刑事的處罰。歐陸各國早期並不承認公司得成為犯罪主體，但近年來均有改採承認公司犯罪能力的現象。我國刑法受德國法影響較大，學說向認為犯罪是「不法」且「有責」的行為，而所謂的「不法」或「責任」，是以自然人的存在為前提；換言之，其認為不法概念的基本作用在對於人的抑制的評價，而責任則導自對人格權的尊重，因此雖然法律體系承認法人在民事關係上的主體性，但就構成犯罪所必須具備的「客觀不法」和「主觀不法」而言，法人並不是一個實在的意識主體，既不可能有故意或過失，也不可能犯罪行為。⁴而我國的成文法，雖在核心的刑法總則中，未言及法人的犯罪，但許多特殊的刑事法規，不乏課予法人刑事責任的規定，而有所謂的「代罰」及「兩罰」的情況（前者指的是公司在特殊的刑事法規中成為受罰的主體，但又考慮到刑事政策的需要，在應處徒刑範圍內轉嫁此罰給公司的負責人，負責人等於代替公司受罰；而後者則指法人所屬人員因執行業務犯罪時，處罰行為人同時亦對法人科以罰金刑）。針對這樣的刑事規制，實務上亦一致認為，此類規範僅是因特殊需要，乃例外承認法人可為「受罰主體」，不代表法人可為「行為

⁴ 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 119

主體」。⁵然而，自立法意旨及實務判決觀之，法人的確可能是因為「監督不週」而受罰。⁶為何「監督不週」此事本身不構成一個行為、而使法人該當行為主體？此點在學理上卻甚少看到應有的解釋。因此本文認為有必要理解此問題的外國法之演進及現況，以作為我國修法及學說發展之參考。

(1) 英美法上對公司犯罪能力的見解

普通法最初一如歐陸法，並未承認公司有犯罪能力，但因高度資本化緣故，不得不先面對是否應科處公司刑罰的問題。英國法在 17 世紀當時，面臨對於需要「物理行為」的犯罪類型，是否課予法人刑事責任的問題時，曾經遭遇相當的困難。針對此問題，早期英國法院所採用的方法是，只針對「不作為」的犯罪課予公司刑事責任。換句話說，公司不會因作為——不當行為(misconduct)——類型的犯罪被追訴。⁷直到 19 世紀晚期，英國法院發現，區分作為以及不作為的犯罪類型課予公司責任，可能造成不和諧的結果，因此將民事責任法上的代理法轉換至侵權行為法，此後英國法院才開始針對公司代理人的行為課予公司刑事責任。⁸然而即使經過了如此根本上的責任模式轉變，英國法院在處理公司犯罪時仍然有所侷限，例如法院只能以嚴格責任類型的犯罪處罰公司，而對於謀殺、強姦等需要「道德面向」的犯罪，以及非法侵入他人住宅等需要行為人「主觀」的犯罪，公司仍然被假定不能被課予刑事責任。⁹

與英國不同，美國公司的初始狀態在應付公共之需要，如鐵路、運輸、重工業等，因此在美國一開始被課予刑事責任的公司犯罪案件，多半是公共公害的案件。雖然某些早期的美國法上的判決，對於公共公害與私人公害，以及作為與不作為的犯罪類型，均有所區別而予以差別對待；然而，這並沒有成為美國法上的主軸¹⁰。因為美國法院認為，公司既然受益於某些不法行為，就應該負擔這些犯罪行為的成本，而不因行為的類型而有不同的待遇。而另外一個課予公司刑責的主要原因是，對於執法者而言，相較於追訴個別的不法行為人，處罰公司本身是

⁵ 如最高法院 96 年台上字 944 號判決（涉及稅捐稽徵法）：「公司為法人，非自然人，既不具有犯罪意思及犯罪能力，尤無所謂概括犯意或與其他人有共同犯意聯絡之存在，故公司以不正當方法逃漏稅捐，亦不能成立連續犯與共犯。」

⁶ 如最高法院 95 年台上字 4536 號判決（涉及廢棄物清理法）：「廢棄物清理法第四十七條規定『法人之負責人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯前二條之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金』，係就從業人員等因執行業務而為違反廢棄物清理法第四十五條至第四十六條之行為時，併處罰其業務主（事業主）之兩罰規定，對於從業人員因執行業務之違法行為，既處罰實際行為之從業人員，並罰其業務主。按業務主為事業之主體者，應負擔其所屬從業人員於執行業務時，不為違法行為之注意義務，是處罰其業務主乃罰其怠於使從業人員不為此種犯罪行為之監督義務。」

⁷ Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation, 60 WASH. U. L.Q. 393, 401 (1982).

⁸ Id.

⁹ Andrew Weissmann and David Newman, Rethinking Criminal Corporate Liability, 82 IND. L.J. 411, 419 (2007).

¹⁰ State v. Great Works Milling & Mfg. Co., 20 Me. 41, 43 (1841).

相對容易的。¹¹ 這樣的演進構成了美國最高法院指標性判決 *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*¹² 一案的基礎。在該案中，最高法院明確表示：「既然公司藉由該等行為獲利，我們從法律以及公共政策中，看不出有任何否定課予公司刑事責任的理由。」¹³ 在此案之後，美國聯邦法院便時常以民事法上的代位責任作為課予公司刑責的理論。到了 20 世紀中期，聯邦法院甚至承認：「公司的民事與刑事責任在本質上已不再有任何區別」。¹⁴

如同英國 19 世紀的情形一般，美國法院在面臨需要不法意圖(evil intent)的犯罪類型時，也盡量避免課予公司刑事責任。理由為：(一) 法院認為公司沒有靈魂，所以無法產生所謂的不法意圖；(二) 法院引入能力外行為理論(the doctrine of ultra vires)，認為需要不法意圖的行為，已經不是公司經由法律授權可為之行為，因此不需要課予公司責任。¹⁵ 此情形亦引發美國法上，究竟可否要求公司承擔罪責之爭議。反對公司承擔罪責者，主要是以傳統刑法上的應報理論觀點(retribution)，以及實用主義之下的法律經濟分析觀點(law and economics)立論。

應報理論是刑法最重要的功能之一，內涵係指刑法可透過處罰犯罪人而達到傳達社會「對與錯」、「正義與邪惡」的界線，換句話說，被刑法處罰的行為即為社會所不容許的行為。¹⁶ 從應報理論的角度來說，被處罰的個體必須具有「主觀」或者「可責性」。因此在課予自然人刑罰時，必須衡量個人的意圖、行為以及自願程度。而公司是虛擬的權利主體，其「主觀」或者「可責性」必須藉由代位(respondeat superior)的方式，從其內部成員的行為過渡而來。如此一來，公司實質上相當於代其內部成員受罰，然而課予公司刑罰時，除了其內部成員具有犯罪行為之外，究竟公司的何種作為或者不作為值得被刑法譴責，則有疑問，若無其他根本性的理由，處罰公司不僅不符合應報理論，也缺少了課予刑罰所需之道德非難性(moral blameworthiness)。¹⁷

自法律經濟分析之角度而言，公司犯罪概念之缺失在於，刑罰的制裁並非控制公司不法行為最有效的手段。刑事責任適合針對自然人的不法行為，而公司犯罪適合用民事手段管控。¹⁸ 持此見解的學者認為，課與公司刑罰是過當的手段。理由為：(一) 刑罰會製造過分預防/威嚇(overdeter)的效果。課予公司刑罰會使得公司花費超過社會期待的成本以便監督內部，或者以過度不必要的措施使公司本身合乎法律規範。¹⁹ (二) 刑罰是不經濟的手段。因公司無法被監禁，至多

¹¹ Kathleen F. Brickey, *supra* note 7, at 420.

¹² 212 U.S. 481 (1909).

¹³ N.Y. Cent., 212 U.S. at 495.

¹⁴ Egan v. U.S. Union Elec. Co. of Mo., 137 F.2d 369, 379 (8th Cir. 1943)。

¹⁵ Kathleen F. Brickey, *supra* note 7, at 420.

¹⁶ *Id.* at 428.

¹⁷ Paul H. Robinson, *The Practice of Restorative Justice: The Virtues of Restorative Process, the Vices of "Restorative Justice,"* 2003 UTAH L. REV. 375, 384 (2003).

¹⁸ Sara Sun Beale & Adam G. Safwat, *What Development in Western Europe Tell us about American Critiques of Corporate Criminal Liability,* 8 BUFF. CRIM. L. REV. 89, 99 (2004).

¹⁹ Daniel R. Fischel & Alan O. Sykes, *Corporate Crime,* 25 J. Legal Stud. 319, 320 (1996).

只能課以公司罰金，刑罰與民事賠償的效果相仿，但使用刑事程序所耗費的公共成本更多。²⁰（三）刑罰對於公司聲譽，可能造成不必要或是過多的不良影響。對於犯行較輕微的公司，刑罰的宣示效果可能與其所造成的法益損害不成比例，然而對於犯行嚴重的公司，犯行本身即可引起公眾的注意與譴責，而無須用到刑罰為宣示的手段。此外，對於形象不好的公司而言，刑罰所能造成的效果相當有限，因其本來就具有不良的形象，無待對大眾宣示。²¹

在美國法上贊成公司負擔刑事責任者，亦大有人在，其主要理由為：（一）根據刑法的應報理論，刑法可透過處罰犯罪人而達到傳達社會「對與錯」、「正義與邪惡」的界線，換句話說，被刑法處罰的行為即為社會所不容許的行為。因此刑罰的制裁可以表現對於禁止行為的社會譴責，刑罰傳達的訊息是「某行為是被禁止」，而非如同民事賠償傳達的是「某行為是可被交易的」²²（二）課予公司刑事責任，對於不法行為的防治有積極正面的效果，因為在民事或行政程序上，並沒有對應於檢察官、警察等強大的國家追訴機關可以追查犯罪，換句話說，民事或行政程序的資源是不足以與刑事程序相抗衡的。²³

縱使有前開理論上的爭執，美國法院早已在將近一個世紀前，就承認公司犯罪的概念。在目前的聯邦法下，不論一個公司是大是小，只要該公司的組織成員在其執行職務的範圍犯罪，並且至少有部份嘉惠公司的動機，公司即須負刑事責任。因為公司身為一個法人，必須透過其員工才能夠實際行動，而法律唯有對於公司透過員工所為的行為，始可使公司負擔刑事責任。更進一步而言，即使公司內部員工的行為是與公司的政策明顯相違背，或者公司確實採取良好的內控措施，仍舊可能因代位責任而被課予刑責。²⁴ 美國並針對公司犯罪發展出兩種立法模式，第一種為「代位責任模式」(Respondeat Superior Model)，指公司作為雇主必須代替員工所為的違法行為負責。要適用代位責任理論的要件簡言之有三：第一、該員工為行為時是代表公司(on behalf of the corporation)，第二、所為乃在其職務範圍內行為(within the scope of the agent's authority)，及第三、該員工所為行為是為了加惠公司(to benefit the corporation)，最常發生爭議處在於第二及第三要件的成立與否。²⁵ 第二種為模範刑法典模式 (Model Penal Code -MPC Model) 其提供了兩個標準來判斷公司是否要負刑事責任：第一、公司員工的刑事不法行為，在刑事法規的「立法目的」和「條文文字」明確表示(plainly appears)要歸責到公司時，公司可以成為刑事歸責的客體；²⁶ 第二、若一個刑事法規欠缺

²⁰ V.S. Khanna, *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?* 109 HARV. L. REV. 1477, 1512 (1996).

²¹ *Id.* at 1500, 1509.

²² Dan M. Kahan, *Social Meaning and the Economic Analysis of Crime*, 27 J. LEGAL STUD. 609 (1998).

²³ John C. Coffee, Jr., "No Soul to Damn: No Body to Kick": *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, 79 MICH. L. REV. 386 (1981).

²⁴ *Dollar S.S. Co. v. United States*, 101 F.2d 638 (9th Cir. 1939).

²⁵ J. KELLY STRADER & SANDRA D. JORDAN, *WHITE COLLAR CRIME- CASES, MATERIALS, AND PROBLEMS* 18 (2005).

²⁶ Han Hyewon, and Nelson Wagner, *Corporate Criminal Liability*, 44 AM. CRIM.L.REV.337 (2007);

明文表示公司是否可承擔刑事責任，則只有在「該員工的違法行為係『董事會』(the board of directors)或『高階主管』(high managerial agent)所授權、要求、指示所致，或「董事會」或「高階主管」明知有該行為但因過失致容任(recklessly tolerate)該行為發生」時，公司才必須負擔刑事責任。²⁷不論採哪一種模式，在現行的美國聯邦法下，金融詐欺、通報義務違反、洗錢、污染環境等，公司皆有可能成為刑事犯罪的行為主體。

(2)英國外之其他歐洲國家對公司犯罪能力的看法

其他歐洲國家對於法人犯罪的態度，與美國比較起來，呈現明顯的對比。西歐國家沒有承認公司犯罪概念的判例法歷史，但多數國家卻已經開始立法、或是完成承認公司犯罪之立法程序。²⁸

A. 荷蘭、丹麥、芬蘭、及瑞典²⁹

荷蘭是第一個採取全面性公司犯罪立法的西歐國家，1976年荷蘭不但已經將公司犯罪的範圍的擴張到所有犯罪類型，同時也不侷限於以「代位責任」為公司犯罪的歸責模式，亦即不僅僅以公司內部的「個人」是否有責來追究公司的責任。在荷蘭1976年採行的新刑法中，公司犯罪可透過公司內部組織體所做成的「集體決定」(aggregate knowledge)構成。丹麥在1926年對特定的犯罪類型引進了課予公司刑責的制度，而在2002年又修正刑法，使法人可成為所有普通刑法罪名的犯罪主體，至於特別刑法則限於法規有明文規定適用於法人時，才可課予公司刑責。丹麥刑法於1996年修正時，規定對於不同的法人一律適用相同的刑責標準，而該條文持續沿用至今。該條文進一步規定兩種使公司可能產生刑責的方式：(一)如果公司成員具有一定程度的犯意，並且具有嘉惠公司(in the interests of the company)的意圖，而有不法行為，則課予公司刑責；(二)若法人可避免或者必須避免，但沒有避免不法行為，則必須負擔刑責。而後者丹麥刑法不要求必須證明特定個人的犯罪行為，只要證明法人本身有故意或者過失即可。芬蘭於1995年通過課予公司刑責的法律。該等法律採取過失責任主義，而課予公司刑責的情形有二：(一)公司為其員工、代表人、經理等內部成員，於其代表公司範圍之內的行為負責；(二)在無法得知特定犯罪個人時，公司並未盡其注意義務以避免犯罪的產生。瑞典課予公司刑責的法律於1993年被通過，但主要是採取「補充責任」的立法方式，亦即，公司只有在不法行為無法歸責給特定個人時，才需要負刑責。另外，公司也有可能獨立於個人之外被課予刑責，例如在組織犯罪、洗錢、貪污犯罪、以及對恐怖組織金錢援助等犯罪類型，公司需要對其沒有盡其注意義務避免犯罪發生的不作為負責。

Model Penal Code Section 2.07(1)(a)(b)(1962).

²⁷ *Id.*, Model Penal Code Section 2.07(1)(c).

²⁸ Günter Heine, *New Developments in Corporate Criminal Law Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience—Or Vice Versa?* 1998 ST. LOUIS-WARSAW TRANSATLANTIC L.J. 173 (1998).

²⁹ Sara Sun Beale & Adam G. Safwat, *supra* note 18, 111-122.

B. 法國³⁰

法國於 1992 年制定了修正版本的模範刑法典，引進課予公司刑事責任的制度。法國模範刑法典第 121-2 條規定，課予公司刑責必須滿足三個前提：（一）必須有公司違犯的實體法律存在。除了傳統的商業、工業、以及金融行為之外，1992 年的模範法典將公司犯罪的領域擴張到公平交易以及環境犯罪，而到了 2001 年更是擴及商業侵權行為、勞工安全、甚至公司主管可能涉及的人權議題。（二）公司必須為其代表人或內部機關的行為負責。所謂的代表人指的是公司的高階主管，或是高階主管授與權限之人。內部機關指的是董事會或者股東會之類的意識組織體。然而法國司法實務認為公司只有在犯罪的個人可得特定之時才需要負責，因此事實上也必須是內部機關的某一成員有不法行為時，公司始須負責，所以內部機關的歸責模式事實上與代表人的歸責模式相同。（三）該等不法行為為嘉惠於公司。新的法國模範刑法典的另外一個特色，是提供了各種不同的刑事制裁。在多數的案件中，罰金是常見的制裁手段。然而在特殊的情況下，司法監督、禁止發行債券、禁止使用票據及信用卡付款、沒收資產、透過媒體公告犯罪事實、公告判決、甚至是解散公司，也是可供使用的刑事制裁手段。

C. 德國³¹

由於德國的學界以及司法實務著重刑法純粹的非難本質，而不是刑罰制裁可能帶給公司的影響，因此德國的公司犯罪主要是透過行政罰。行政罰的內容可能為數百萬計的歐元罰鍰，或者是諸如不法利益的歸入等其他「準刑事」地位的制裁手段。然而關於德國現行的法律制度，德國學界以及司法實務亦有主張行政罰不如刑罰有效者，其原因在於，行政罰無法提供足夠的預防作用，同時也無法對於犯罪人施加足夠的道德譴責。³²此外，即使公司的負責人必須為其自己或者下屬的行為負責，德國學界以及司法實務注意到下列公司犯罪的現象：（一）公司會試著組織其交易行為以避免其負責人被課予刑責；（二）犯罪的個人因為公司組織日漸龐大而難以被特定並且歸責；（三）德國的行政法以及民事法律規定，公司只需要對代表人或者負責人的層級的人的行為負責，如此一來，對於低階員工的不法行為，法律即難以發揮預防的效力。因此，德國學界對於課予公司刑責的議題，提出於不同於英美法上代位責任的理論，稱為「組織失靈理論」(organizational fault model)。³³組織失靈理論者主張，倘若公司的結構無法對內部成員行為造成的風險作出因應，公司必須要為其組織結構的缺失負責。另外，亦有學者認為，傳統刑法上的「一般預防」理論或許也可以應用在公司犯罪上，此與美國學界主張刑法可呈現的「社會意義」(social meaning)，功能相同。

D. 歐洲跨國組織³⁴

³⁰ *Id.* at 115-119.

³¹ *Id.* at 123-126.

³² *Id.* at 137.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.* at 126.

近年來，歐洲理事會(the Council of Europe)以及歐盟(European Union)對於公司犯罪的立法例，也提供其會員國建議。即使只是建議性質而尚未被會員國所正式採用，然而這兩個跨國機構的意見不但反映了歐洲國家的趨勢，同時也可被期待成為歐洲會員國的立法方向。其中歐洲理事會在 1988 年對於公司刑事責任的標準化，提供關於「公司犯罪造成的損害程度」、「因為公司結構的複雜性而無法特定犯罪自然人的困難」、以及「課予公司刑事責任的需求」的建議。歐洲理事會的建議在三方面有相當的重要性：(一) 歐洲理事會偏好採用過失責任制的公司犯罪處罰模式，若不法行為與公司的管理並無牽連，並且公司已經採取所有必要的防免犯罪措施，則無課予私刑事責任之必要。(二) 歐洲理事會明確指出，公司犯罪的立法例不可用來取代自然人的刑事責任，特別是公司的管理階層人員。(三) 歐洲理事會對於公司犯罪的制裁模式，提供除了罰金以外的替代手段，例如解任經理人、由法院指定臨時代理人、歸入不法所得、禁止公開締約、禁止吸收公眾財源(denial of public fiscal benefits)、禁止廣告、公告判決、以及停業。然而因為特定歐洲國家國內法體系，根本上對於法人犯罪的概念有所排斥，這些歐洲理事會的建議並沒有廣為被歐洲會員國所採納，例如德國。

(3) 日本

與我國同在亞洲的日本，在針對法人是否具有犯罪能力一點上，也迭經不同階段的爭議和變遷。該國否定法人的犯罪能力者認為，法人並無肉體及意思的存在，且法人就責任的本質，無法給予倫理的非難，亦無法科處自由刑，對法人與行為人兩者的處罰，違反雙重處罰之禁止，且處罰法人等於使得與犯罪無關之構成員亦受罰。³⁵而持肯定論者則認為，法人既有通常意思做成與行為，亦有社會乃至於法的可非難性，且得科處財產刑，機關的行為兼有法人所為與個人之行為，刑事責任的非難，不在單就法人之構成員的追訴。³⁶日本傳統上強烈主張否定法人的犯罪能力，但現在則以肯定說為多數。³⁷其實務對此議題的見解亦有類似演進，早期判例直接否定法人的犯罪能力，但因有處罰法人的特別法出現，且為數越來越多，於是實務發現，與其爭論法人是否具備犯罪能力，不如討論在何種可能的要件下允許處罰法人，遂逐漸往法人處罰的方向移動。³⁸至於如何認定法人是否構成犯罪？由於日本的刑法針對法人採取兩罰制，其最高法院認為，在法規規定為兩罰的犯罪中，若業務主能證明在所為之選任監督上並無過失，則可免於被追究責任，亦即，採所謂推定過失的理論。³⁹換言之，在現行日本刑法的兩罰制下，行為人的行為和公司的行為可分開處理，即使在責任上行為人未受追訴或處罰時，公司仍有可能被單獨起訴或處罰。

³⁵ 吳志勇，經濟犯罪與刑事立法，中央警察大學法律研究所碩士論文，頁 149 (2003)。

³⁶ 同上註。

³⁷ 神山敏雄，日本的經濟犯罪，頁 278，轉引自吳志勇，前揭註 28，頁 149。

³⁸ 吳志勇，前揭註 28，頁 148。

³⁹ 最昭判 40.3.26，神山敏雄，日本的經濟犯罪，頁 227，轉引自吳志勇，前揭註 28 頁 149。

2、綜合觀察與目前的新趨勢

透過公司犯罪歷史之了解，我們發現，在許多公司犯罪醜聞發生之後，當今多國都以美國為仿效對象，開始積極採取管制公司的嚴格法律措施。觀察上述歐洲國家及日本的趨勢可知，歐陸及日本近年來，逐漸肯認公司犯罪的立法例將是控制公司不法行為的重要手段之一。然而我們亦可以發現，這些國家對於公司犯罪立法例的型態尚未達成統一的想法。此外，即使許多國家已經將代位責任模式使用於公司犯罪，通常也會採取組織或者管理失靈的歸責型態，以補充代位責任制的不足。此現象顯示，組織以及管理上的問題，將成為歐陸或日本課予公司刑事責任的重點之一。更重要的是，德國以及法國學者已經強調組織管理相較於雇主責任，對於公司刑事責任的產生更具有重要性。因此在撰寫立法例或實務認定時，組織管理的失誤是一個重要的考量，日本法下採取的推定過失（監督責任）理論，即為一例。

然而，就在歐陸各國起步發展公司犯罪理論之時，其發源地美國，卻開始逐漸對於公司犯罪的法律制度提出修正與反思。美國近來有學者主張，這種嚴格責任對於刑法上的兩大目標，亦即預防以及應報理論，可能產生不良的影響。因為在公司已經採取有效率的政策以及程序去預防以及偵測其員工的犯罪行為時，即使公司內部有員工犯罪，處罰公司在對公司犯罪的預防以及應報理論的實現上是毫無意義的。⁴⁰

預防理論傳統被分析為兩大要素：一般預防以及特別預防。特別預防理論是針對犯罪人本身使其無法再犯，對自然人而言，使其無法再犯的方式通常是監禁，或者是其他限制自由的方式諸如強制工作。雖然監禁無法用於公司上，特別預防理論還是可以用於公司，例如使公司解散可等同於判處公司死刑的效果、禁止公司永久或者暫時無法從事特定的工作、或者使公司在法院監督的情況下進行運作。⁴¹ 一般預防指的則是處罰特定行為人可帶給一般大眾的嚇阻印象。相較於激情犯罪(crimes of passion)而言，一般預防對於白領犯罪更有嚇阻的作用，特別是公司犯罪，因為公司通常會對於行為被處理的前例方式特別注意，以風險的大小判斷該行為是否被進行。⁴²

應報理論則是刑法的最重要功能之一，正如前述，刑法藉由處罰犯罪人而達到傳達社會「對與錯」、「正義與邪惡」的界線，被刑法處罰的行為即為社會所不容許的行為。⁴³ 儘管公司與自然人違犯法律的行為同樣都需要被社會譴責，但是兩者仍然有根本上的差異。課予自然人刑罰時，必須衡量個人的意圖、行為以及自願程度。然而課予公司刑罰時，除了其內部成員具有犯罪行為之外，究竟公司的何種作為或者不作為值得被刑法譴責？如果公司已經做了所有防免內部犯罪的措施呢？刑罰的制裁是否是唯一的選擇，或者可用民事制度代替？

⁴⁰ Andrew Weissmann and David Newman, *supra* note 9, at 412.

⁴¹ 18 U.S.C. § 3551(c) (2000).

⁴² Andrew Weissmann and David Newman, *supra* note 9, at 428.

⁴³ *Id.*

簡言之，對於已經採取適當防免犯罪措施的公司來說，基於其員工的犯罪行為課予公司刑責並無法達到刑法上的任一目標。首先，公司本身已經採取了組織化的措施而不需要被特別預防，而若採取適當防免犯罪措施的公司仍然被無條件的處罰，則會對一般大眾傳遞不需要採取防免措施的訊息，而達不到一般預防的目的。基於相同理由，從應報理論之角度看來，公司唯一得以被譴責的行為，是在於僱用了犯罪的員工，然而如此作為的非難性是否高到必須以刑罰制裁？因為公司不同於自然人的地方在於，公司無法絕對地控制其員工的行為。如果公司已經做了所有防免措施仍課予其刑罰，則無法達到應報理論的要求。因此學者主張，若欲使公司為刑事案件的被告，政府除了證明以往公司犯罪的基本要件之外，應該加上另外一個嶄新的要素：公司並沒有採取有效的政策或程序以防止員工的犯罪行為。這樣的修正可以製造公司採取防免犯罪措施的動機。⁴⁴

上述的反思也在最近的美國最高法院民事判決獲得印證。傳統上美國法院將代位責任制度應用於刑法上時，並不考慮公司是否有積極防免員工犯罪、公司的大小、以及不法員工於公司的位階。然而近來美國最高法院已經修正公司的代位責任於民事責任的運用，使法院在考量是否課予公司懲罰性賠償金責任時，必須考量公司內部是否有防免不當行為之政策，而不得只以員工個人之行為判斷。⁴⁵ 即使這樣的修正尚未被法院借用至刑事領域，然而這樣的趨勢是值得被重視的。

此理論同時在美國的檢調實務上獲得印證。雖然於 2000 年以降，包括恩隆(Enron)、世界通訊(WorldCom)等大規模公司弊案爆發，美國國會遂通過沙氏法案(Sarbanes-Oxley Act)，大幅修訂美國的證券交易及會計師相關法規，在公司治理、會計監管、證券市場監管等方面作出了許多新的要求，法案中也提高了公司違背法規的刑責，希望強化公司治理與財務報表上的健全；⁴⁶但在同一時期，就犯罪偵查結果來看，檢察官與這些美國主要大公司所簽訂的緩起訴協議也大幅增加。而在這些緩起訴協議之中，政府通常會要求公司採取適當的內控措施以防免內部人員的犯罪。換句話說，只要公司採取足夠的內控措施，某程度即可謂刑法的目的已經達成。至於何謂適當的防免措施，美國司法部(DOJ)的備忘錄、許多公司與司法部達成的緩起訴協議、以及對於公司的定罪準則(Sentencing Guidelines)，都是可以用來判斷何謂公司防免犯罪措施的指標。⁴⁷

綜合前述之觀察，我國應重新檢討傳統、否定法人犯罪能力的想法。我國既然已經採取兩罰制，實質已經承認法人具有犯罪的可能，學說與實務宜承認法人的犯罪能力與責任能力，並且進一步發展認定法人犯罪的理論，如此可使特別法和刑法獲得一致，在未來修法上也可具有更大的彈性。

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Koslstad v. American Dental Ass'n.*, 527 U.S. 526 (1999); *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998); *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998).

⁴⁶ Han Hyewon & Nelson Wagner, *Corporate Criminal Liability*, 44 AM. CRIM. L.REV.337,338 (2007).

⁴⁷ Andrew Weissmann and David Newman, *supra* note 9, at 442.

三、刑罰外的防制公司犯罪之機制

課予公司犯罪能力是大勢所趨，且可以統合特別刑法中法人處罰的混亂現狀，許多國家亦已紛紛朝此方向進行或完成立法。但另一方面，從早期便承認公司犯罪能力的美國法發展可發現，當代反制公司犯罪的重點，已經越來越前置，也就是，事前的預防要比事後的處罰受到重視。而從下述之研究，我們亦可發現，要徹底預防公司犯罪，過度強調刑事制裁並非上策，因為刑事制裁有其侷限性，單靠嚴刑峻罰不足以竟其功，公司本身自律機制的完善，亦為重要的防制手段。

1、為何過度強調刑事制裁無法達成預防公司犯罪的目標？

刑事制裁之所以不適合成為防制公司犯罪的唯一手段，因為刑事制裁的嚇阻力有限：

第一、公司犯罪的偵查困難且刑罰偏低：公司犯罪往往具有複雜性，難以像一般暴力犯罪可被立刻察覺，而過去檢調的訓練在偵查公司犯罪時顯得相當不足。⁴⁸以美國的實證研究發現，在公司犯罪中，被起訴的往往是比較簡易或輕微但事證明確的案件，而被以認罪協商處理甚至撤回起訴的案件，則是比較複雜，舉證困難的案件。⁴⁹另外，由於法律的資源配置常常不足，而在資源有限的情況下，檢調單位傾向辦指標性的大案，但這些大案卻到了審判中可能因為大型企業有能力聘請好的律師或有較為健全的內部機制，使得法官在量刑時減輕其刑，反倒是小型公司被處罰的比例較高。⁵⁰既然被發現的風險低而公司從事經濟犯罪的獲利高，要靠刑罰遏止公司犯罪自有困難。

第二、以刑事制裁公司，最困難的在於要達到刑事程序中的諸多要求。在刑事程序中，被告具有許多憲法保障的權利，如正當法律程序、緘默權、律師權，這是因為被告是自然人，傳統認為國家發動公權力的刑事程序中，必須使被告擁有許多防禦國家濫用公權力的權利，方可保障被告的基本人權。然而，在公司對上國家的時候，公司並非像個人一樣微弱，甚且，有的大型商事集團是富可敵國的，而且公司也不像自然人一樣，會在刑事程序中遭到自由或生命權利的剝奪。⁵¹然而，既然要以刑事法律起訴公司，這些程序無可避免將適用到公司身上，公司很會善用這些原本屬於自然人的權利，不但容易造成程序的遲延，也可能影響定罪率。⁵²而最大的問題還是：於刑事審判中，要判決被告有罪，須達到「無合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)心證的程度。⁵³由於公司犯罪常涉及組織體的分層負責，加上刑事有罪需要有「主觀」犯意，複雜的資金流向、龐大的共犯

⁴⁸ SALLY S. SIMPSON, CORPORATE CRIME, LAW AND SOCIAL CONTROL 46 (2002).

⁴⁹ Robert W. Adlter and Charles Lord, *Environmental Crimes: Raising the Stakes*, 59 GEORGE WASHINGTON L. REV. 796 (1991).

⁵⁰ Sentence Rules Mainly Snag Small Firms, *Wall Street Journal*, August 28, 1995.

⁵¹ Sally S. Simpson, *supra* note 48, at 50.

⁵² *Id.*

⁵³ John Braithwaite and Gillbert Gies, *On Theory and Action for Corporate Crime Control*, 28 CRIME AND DELINQUENCY, 292-314 (1982).

結構，這些在公司犯罪的舉證上，都對檢察官造成困難。

第三、公司犯罪型態多元，需要多樣處罰。犯罪學與刑事政策多以理性自然人具有風險評估能力來討論犯罪問題，但公司和自然人不同，公司的決策是一種集團的意志的結果，而團體往往比個人具有承擔風險的傾向(risk-prone)，因此，傳統對於預防自然人違犯法令的因素，未必可預防公司犯罪。⁵⁴研究顯示，公司決策過程受到許多因素的影響，諸如：公司的次文化、公司在一個國家中甚至全球觀點下的實力與地位、公司於不同條件下利用犯罪方式獲利的可能、甚至公司究竟是要以保護或平穩市場為目標等，都可能造成決策方向的不同。⁵⁵因此，最佳的預防方式，當然是要針對不同的公司決策過程，給予不同的處遇，因為不同公司在估算犯罪的成本(cost)和收益(benefit)各有不同。⁵⁶基於公司決策的複雜性，公司不會僅因法律告訴他「這是不能做的，否則會有處罰」就不去做某些行為，處罰必須細緻到足以應付這樣的複雜性才有效。⁵⁷然而，當刑罰過於多樣時，社會上的其他公司並無法得知哪種行為會遭到哪種處罰，恐無法收到刑法所冀望的一般預防/嚇阻的效果(general deterrent effect)。⁵⁸

第四、公司的異常常規化行為(the normalization of deviance)，使得員工即便遵照正規流程作業，仍有可能是進行犯罪行為。換言之，當一個公司的文化瀰漫唯利是圖之時，縱算員工理智上可能知道所進行的行為有問題，但卻往往欠缺違法的感受。學者曾研究美國 GE 公司的價格壟斷(price-fixing)案例，發現雖然公司的高層們知道「價格壟斷」這件事情是錯的，但是在他們的觀念中，他們自己所進行的行為，並不是違法的犯罪行為。⁵⁹這就如同當代許多金融業，研發各式各項的衍生性金融商品販售，雖然知道這些商品可能帶來極高的風險，但是當整體文化如此時，身處其中之人，很難感受到刑法的威嚇力。公司此種將異常行為常規化的行徑，使得刑法難以發揮嚇阻作用。

第五、公司的人事可以更迭，且公司的組織體可以輪迴投胎轉世(corporate reincarnation)地繼續營業。⁶⁰公司員工並非固定不變，會有離職及新進的人員。而相較於自然人死而無法復生，一個營運困難的公司，可以透過法院裁定重整、調整公司和債權人、公司與股東間的權利義務，讓公司又可繼續營運再生，公司還可解散、清算，然後伺機再重新成立營業。因此，就算公司的某個行為遭到刑事制裁，其效果未必能繼續延續，這使得一般刑罰對自然人所欲發生之「特別威嚇/預防」(specific deterrence)—透過處罰，讓犯罪人日後不要再犯同一行為—對公司的作用不大。

⁵⁴ Sally S. Simpson, *supra* note 48, at 53.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.* at 54

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* at 55.

2、公司自律機制 (self-regulation) 的建立

既然刑罰有其侷限性，針對公司犯罪的預防，便需思索其他的預防機制，首先應思考者，為公司自律的可能性。相較於政府監督、檢查、處罰的「他律」，公司的自律具有下列的優點：第一、企業自我監督可較為頻繁和深入；第二、內部稽查人員較外部稽查人員熟悉商業運作，以及公司行為可能產生的問題；第三、公司內的合規控制小組(compliance team)會較外部的檢查機構有資源，也有較大的調查權限；第四、以內部稽核的方式，會比政府直接以公權力介入，減少對企業的干擾或製造不必要的負面標籤。⁶¹ 因此，公司應建立內控制度，以協助董事會及管理階層確實履行公司的責任，避免公司的不法行為。

自律機制雖有許多優點，但是許多公司若無外力推動，很難進行自律行為，在追求最大利益以及考慮違法與否的衡量之間，仍有的公司會選擇完全的利益導向。因此，學者 Braithwaite 建議，在建立自律機制時，需涵蓋以下的七大要素：⁶²

第一、每間公司應訂立相關的治理準則或倫理守則，作為公司運作及人員遵循的規範

第二、內部所制訂的規範仍須由外部管控的單位如證交所來評估和審核

第三、第三人要有機會對該內部準則提出建議或修正意見

第四、此類的內控責任和成本需由公司來吸收

第五、違反規範者必須受到處分

第六、若發現異常，負責內控的人員必須向有關的管理機構舉發，即便其上就該問題有不同意見，違反報告義務者可受到刑事制裁。

第七、當一個公司有組織地、不負責任地忽略內控單位的建言時，檢調單位可直接對其進行調查。

故而，一個理想的自律機制，應係「胡蘿蔔與棍子」並存之模式(carrot and stick approach)，一方面給予確實建立自律機制的公司獎勵，一方面對不肯落實自律機制的公司懲處。以美國法為例，美國在公司犯罪的量刑標準上，便給落實自律機制的公司不少好處，若公司的行為遭到檢方起訴，但公司證明其內部有合理的內控組織，則法院在量刑時，可依照量刑指標將點數降低三點，給予較輕的處罰，算是一種變相獎勵的「紅蘿蔔」。⁶³而在所謂的「棍子」上，則以近年來新立之沙氏法 (SARBANES-OXLEY ACT OF 2002) 為代表。美國法歷來就公司之自律規範以州法規定為主，而各州州法多以股東會、董事會、以及股東訴訟權等建立公司的監督和權責合一之機制。⁶⁴於 1990 年代，此傳統架構已經顯現出公司監督方式之缺失，但由於美國當時經濟尚穩定成長，故股東尚可忍受此不平衡之現象，隨著美國網路科技事業的泡沫化，檢討此問題的呼聲大增。尤其在恩龍案

⁶¹ See John Braithwaite, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, 40 MICH. L. REV. 1466,1467-1470 (1982).

⁶² *Id.* at 1470-1473.

⁶³ Sally S. Simpson, *supra* note 48, at 102

⁶⁴ 陳春山，公司治理之自律制度改造，軍法專刊第 51 卷第 2 期，頁 2 (2005)。

及世界通訊案爆發後，美國沙氏法強化了透明有效監督之概念，使掌握資源的管理階層與執行長受到有力的節制與監督，可為重要的參考指標。⁶⁵在此法下，財務報表做成與監督之關係人（包括會計師與審計委員會）的權責都予以加重，過去由管理基層掌握財務報表之產生方式、表達方法及監督等獨享財務報表的權責的傳統，發生重大改變，而公司財務長與執行長也必須就報表的真實性出具承諾書，以強化公司治理績效的可信度。⁶⁶同時，該法要求管理階層的行為必須遵循制訂的倫理準則(Code of Ethics)，該準則必須就利害衝突及其他不當經營行為有所規定。⁶⁷各個證券交易所，亦必須要求公司要制訂公司治理準則，對審計委員會等相關事項，做細部的具體規範。⁶⁸以紐約證交所為例，其便要求公司訂立的倫理守則，應對（1）利益衝突、（2）公司機會之利用、（3）保密、（4）公平交易、（5）公司資產保護及使用、（6）避免內線交易之法規遵循、（7）鼓勵檢舉任何不法或不符合倫理之行為。⁶⁹其亦要求上市公司要擬定並揭露公司治理準則，該準則必須規範（1）董事資格、（2）董事責任、（3）董事與經理人之溝通、（4）董事報酬、（5）董事初任及持續教育、（6）管理階層繼任之規劃、（7）董事會年度自我績效評估。⁷⁰

較於美國，我國在臺灣證交所及中華民國證券櫃臺買賣中心，亦訂有上市上櫃公司治理實務守則，使企業公司得參照該守則實施治理工作，該規範與他國治理守則雖差異不大，但因我國獨立董事制度才剛建立，並非強制性規範，且上市櫃公司若未遵循該守則，並未有處分機制，故在落實公司的自律機制上，尚有許多進步空間。

依據目前臺灣證券交易所頒佈的公司治理實務守則，其建議我國的公司治理，可分為五個面向發展：⁷¹

（一）強化董事會職能：

董事會成員應本著忠誠、謹慎及高度注意的態度以公司利益為前提，對於評估公司經營策略、風險管理、年度預算、業務績效及監督主要資本支出、併購與投資處分等重大事項須善盡職責，同時應確保公司會計系統和財務報告之適正性，並避免有董事會成員損及公司之行為或與股東間發生利益衝突之情事。又董事會應審慎選任、監督經營階層，對公司事務進行客觀判斷，以及遴選適任之內部稽核主管，確保內部控制之有效性，俾防範弊端。公開發行公司得依章程規定

⁶⁵ 同上註。

⁶⁶ 同上註。

⁶⁷ 同上註。

⁶⁸ 同上註。

⁶⁹ NYSE Corporate Governance Initiative. Corporate Accountability and Listing Standards, 轉引自陳春山，同上註，頁4-5。

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ 證券 http://www.twse.com.tw/ch/listed/governance/cg_01.php

或依主管機關之要求設置獨立董事，而獨立董事對於董事會決議事項如有反對意見或保留意見，應於董事會議事錄載明。

(二) 發揮監察人（審計委員會）功能：

公開發行公司應擇一設置審計委員會或監察人，但主管機關得視情形命令公司設置審計委員會替代監察人。監察人（審計委員會）應適時行使監察權，並本於公平、透明、權責分明之理念，促使監察人（審計委員會）制度之運作更為順暢；監察人（審計委員會）除確實監督公司之財務業務事項外，必要時得委託專業會計師、律師代表審核相關事務。另為公司於申請上市或上櫃時對於證交所或櫃檯買賣中心所出具之相關承諾事項，監察人（審計委員會）宜督促公司確實補正改善，以免日後損及股東權益。又監察人（審計委員會）應確實查閱內部稽核報告，追蹤公司內部控制與內部稽核之執行情形，公開發行公司設有獨立董事者，應一併交付內部稽核報告予獨立董事。遇有危害公司之狀況，監察人（審計委員會）倘能適時主動告知主管機關及證交所或櫃檯買賣中心，將有助先期防範或遏止弊端。

(三) 重視股東及利害關係人之權利：

公司應公平對待大小股東，鼓勵其踴躍出席股東會，積極參與董監事之選舉或公司章程等之增修事宜，公司亦應給予股東適當、充分發問或提案之機會，俾達制衡之效，同時股東應有即時、經常取得公司資訊及分享利潤的權利。此外公司治理尤須重視利害關係人的權益，在創造財富、工作及維持財務健全上與之積極合作，如有利害關係人為公司挹注資金之情形，公司務必依法相對履行債務人之責任，以避免公司產生財務危機。

(四) 資訊揭露透明化：

「上市上櫃公司治理實務守則」第二條明定提升資訊揭露透明度乃公司治理之原則之一，公司應建立發言人制度並妥善利用公開資訊系統，使股東及利害關係人能充分瞭解公司之財務業務狀況以及實施公司治理之情形。另證券交易法第三十六條及證券交易法施行細則第七條著重於財務資訊之揭露及對股東權益之影響，而財務資訊的傳遞往往可以顯現出公司治理的成果與效益。

(五) 內部控制暨內部稽核制度之建立與落實：

為健全公司經營，協助董事會及管理階層確實履行其責任，公司應建立完備之內部控制制度，並確實有效執行。監察人（審計委員會）除應依相關規定查閱、追蹤內控與內稽之執行情形外，上市上櫃公司尚應確實辦理自行評估作業，董事會及管理階層亦應每年檢討各單位自行查核結果及稽核單位之稽核報告，作成內部控制聲明書按期陳報主管機關。

(六) 慎選優良之會計師及律師：

專業且負責之會計師於定期對公司財務及內部控制之查核過程中，較能適時發現、揭露異常或缺失事項，並能提出具體改善或防弊意見，或將因此突破公司治理之盲點，藉以增進公司治理之興利與防弊功能。良好的律師則可以提供適當的法律諮詢服務，協助董事會及管理階層提昇其基本的法律素養，避免公司或相關人員觸犯法令，使公司治理在法律架構及法定程序下從容運作；一旦董事會、監察人與股東會有違法衝突情事，適當的法律措施亦能使公司治理得以靈活發揮效益。

惟上開公司治理規範僅屬參考，並未有強制性。雖主管機關金管會於 2005 年，參考了美國沙氏法及公開公司會計監督委員會發布的審計準則第二號公報規定，於我國增訂財務報導可靠性目標，包括確保對外之財務報表要依照一般公認會計原則來編制，交易要經適當核准等修正要求；⁷² 但該修正也不過要求「各上市、上櫃及一般公開發行公司均應注意本準則之修正」，因為「若未依處理準則規定訂定內部控制制度，金管會得退回其案件」而已。⁷³ 由於並沒有強制或違反之處罰，且在法律位階上層級甚低，不是一個明文規範的法律，因此，主管機關應思考下一步策略，使公司得透過此種守則的遵循，落實自律的機制。首先，可參考美國，要求公司制訂公司治理準則和公司倫理規範，並以一個母法針對違反者處以一定的制裁。如認為刑事制裁過於嚴苛，可以先用行政罰的方式進階處理。其次，在自律規範下，仍應保留政府之某程度介入全，可用法令賦予主管機關對自律組織及公司為自律規範作調整，在公司過度擴張經營階層權利之際，要有適當之機制提醒自律規範也要同時強化。⁷⁴ 最後，若僅有違反之處罰，卻無遵守之獎勵，公司建立自律機制的誘因便不大。由於我國並不像美國，針對犯罪有量刑準則可供法官作為減刑或供檢察官作為認罪協商之刑度參考，因此在目前，獎勵制度可先就行政部門著手，比如推動公司治理評鑑或公司評等機制，對於名列優秀治理之公司，給予行政上的獎勵或優惠待遇，比如於該公司參與政府投標時，可因具備完善之內部自律機制，而予以加分，或以公開表揚之方式，藉由提升公司之商譽，獎勵公司進行內部的管控。

3、其他控制公司行為的可能

除了政府管制監督的他律、以及公司內部的自律之外，其他控制公司行為之機制能，首推民間的自律組織。企業的存在對社會及公共政策有重大影響，反之，社會與公共政策應在支持企業的發展下，提供輔導和監督，如此才能形成健全的公、私部門網絡，共同發揮市場對公司治理的誘因和紀律。這些自律組織可以依功能，分成幾個不同的面向：

第一、輔導功能：公司治理需要與時俱進，為輔導公司推動治理以及與國

⁷² 殷若瑛，修正後公開發行公司建立內部控制制度處理準則之內容，證券期貨月刊第 24 卷第 1 期，金管會證期局，<http://www.sfb.gov.tw/reference/magazine/9501/ss2.doc>

⁷³ 同上註。

⁷⁴ 陳春山，前揭註 64，頁 9。

際接軌，可由民間自律組織訂定各種作業辦法或辦理訓練，此類組織在我國如中華民國公司組織研究發展協會、財團法人中華民國證券期貨市場發展基金會、財團法人中華民國會計研究發展基金會等均屬之。⁷⁵於 2002 年，亦成立公司治理協會，希望結合產官學的力量，協助公司強化內外部的治理機制。未來可仿照英國或美國成立董（監）事協會，針對我國的董事及監事專業能力的提升，設立證照或辦理課程、檢定，以落實董監事之專業化。

第二、監督功能：財經媒體對個別企業公司治理之狀況，如股權結構、董事會及監察人結構、審計委員會結構、董事及執行長之績效報酬、資訊透明度及重大不利益之決議等，給予持續的觀察、解析與報導，有助一般投資人或其他資金供應者，瞭解公司之發展與政策，及時採取必要之行動，而發揮監督的功能。⁷⁶國外有許多財經媒體對企業都有深入持續之觀察，而我國財經媒體關注者多為股價變化，於公司治理的專業上仍有欠缺。學者有建議應建立「公司治理分析師」，促成公正客觀分析及誠實報導之制度。⁷⁷此外，我國投資人以散戶為多，欠缺投資的專業知能，投資人之教育亦為落實監督可能之重要策略。又，我國有消費者保護協會，為非政治性非營利性之民間公益財團法人，以推廣消費者教育、增進消費者地位和保障消費者權益為宗旨，接受消費者之檢舉申訴並進行調查，此類團體雖非政府部門，但已經建立公信力及客觀性，透過公開資訊及以傳播方式對公司進行質疑，對監督公司行為有莫大助益。

第三、評估功能：評估功能是指藉由公司治理評等之方式對公司的優劣良窳進行審核分級。歐美地區已經有若干公司治理評等機構，如 The Corporate Governance Authority, Deminor Rating, Moody's Investors Service Standard & Poor's 等。⁷⁸我國除由證基會研擬「資訊揭露評鑑制度」、已經於 2003 年實施外，民間也有學者致力於建立公司評等機制，以「股權結構」、「董事會組成」、「管理型態」、「制衡力量」、「裁量性變數」等面向對公司進行評比，並就金控公司部分加上風險管理作為指標。⁷⁹公司評等制度可以早期發現公司之異常，提供主管機管警訊。如學者葉銀華依據其所設計之公司治理評等模式，於 2004 年對我國上市上櫃公司進行評鑑，發現力霸集團的嘉實化公司、以及力霸本身，均列於低分，而金融業中，與力霸往來密切的中華銀行和友聯產險，更是銀行業與證券保險業的最後一名。⁸⁰如主管機關能早期發現異常，可及早防制不法，也就不會有掏空資產，人財均流海外的嚴重後果。

第四、獎懲功能：獎懲功能是藉由股東行動獎懲公司治理優良或不佳者。⁸¹

⁷⁵ 參照 吳當傑，前揭註 3，頁 79-91。

⁷⁶ 吳當傑，同上註，頁 85。

⁷⁷ 吳當傑，同上註，頁 86。

⁷⁸ 吳當傑，同上註。

⁷⁹ 見 葉銀華，實踐公司治理—台灣集團企業的功與過，聯經出版，頁 75-70；另見，葉銀華、李存修、柯承恩，公司治理與評等系統，商志文化出版（2002）。

⁸⁰ 同上註。

⁸¹ 吳當傑，前揭註 3，頁 86。

近年來，股東行動主義的實踐者可分為二類，在美國是以機構投資人為主題，如退休基金和共同基金，他們會在股東大會提案要求績效不彰的董事長不得兼任執行長，並會要求公司解除反併購的措施，與強化董事會的獨立性。⁸²同時，他們也會成立各種機構投資人委員會或協會，每年宣布公司治理不佳的公司名單。⁸³在亞洲國家則是有一些以公益為出發點的人士，親自參加股東會，質疑上市公司諸多傷害股東權益的決策或交易。⁸⁴除此兩類股東行動外，也藉由投資人保護中心的成立，來保護小股東的權益，對證期業務及法令提供諮詢，受理證券期貨之爭議，以及協助投資人對公司進行團體訴訟。以韓國為例，韓國的股東行動主義和台灣偏向對財務危機公司求償不同，主力放在透過訴訟和股東大會提案，迫使大財團檢討傷害股東的作為，引導公司的治理，如著名的三星電子股東代位訴訟案即為一例。⁸⁵

除了民間自律機構的輔導監督和評鑑外，另一個反制公司不法行為的重點在強化公司的社會責任（CRS-Corporate Social Responsibility）。在此全球化與國際化的時代趨勢下，企業經營的環境已經發生根本變遷，國界藩籬不明，尤其受到資訊科技現代化驅力影響，溝通信息快速流通，資訊取得容易，對企業經營、透明度與管控績效的要求，相對提高。⁸⁶企業過去僅以股東利益作為經營目標，以遵循法制即為盡責，這些觀念已經不符合社會的期待。⁸⁷企業更應該以作為社會一份子的宏觀角度，正視與社會的連結關係，對社會上各式各樣的利害關係人包括企業所提供服務的客戶、鄰近居民、甚至往來的金融機構、證券市場提供資金的投資人、乃至市民大眾之利益，不論直接間接，都負起參與、支持、獎助、問題解決的責任，以共創共存共榮的企業環境。⁸⁸雖然，「企業社會責任」概念多元，難以用法律訂定，但非官方團體的自律宣言與自律規範，如由日本全國企業經營者組成的「經濟同友會」，逾 2000 年發表的 21 世紀企業宣言，便提出企業面對政治、經濟、外交、行政、教育各種社會改革與建設不應缺席、應積極參與以實現社會責任。⁸⁹而歐盟會議也於 2001 年簽署綠皮書，要求正視企業活動對社會責任法制化的問題。⁹⁰社會應逐步改變企業過去一味追求經濟最大化、或以短期的股東利益為絕對優先的傳統想法，以永續宏觀的視野，稟持企業良知，善盡社會責任。

⁸² 葉銀華，前揭註 79，頁 203。

⁸³ 吳當傑，前揭註 3，頁 87。

⁸⁴ 葉銀華，前揭註 79。

⁸⁵ 劉紹樑，從公司治理談公司法制之發展與變遷，法官協會雜誌，第 8 卷第 1 期，頁 36。

⁸⁶ 楊仁君，公司治理與社會企業責任，台灣法學雜誌第 109 期，頁 95（2008）。

⁸⁷ 同上註。

⁸⁸ 廖大穎，企業行動憲章與公司治理法制化方向之探索，台灣法學雜誌第 109 期，頁 98（2008）。

⁸⁹ 同上註。

⁹⁰ 同上註。

四、結 論

隨著資本全球化，公司犯罪已經成為本世紀各國面臨重大議題，就國際而言，跨國公司的犯罪使得受害人無遠弗屆；就內國而言，公司的榮枯與投資人、消費者、甚至國家整體經濟體質均息息相關，公司欠缺良好的道德、甚至進行不法犯罪行為，將直接影響人民的信任和大眾的信心，而此種信心的崩解，往往導致經濟的重大衰退。

自從 1997 年發生亞洲金融風暴、2001 年美國大型公司陸續發生財報醜聞後，公司治理已經成為全球性的議題。股東權益的覺醒、董事與管理者責任的加重、決策的風險管理、財報的透明與公平、以及政府在相關法規與執行的強化落實，這些都是當前公司治理的重要項目。

我國過去刑法著重於自然人犯罪之預防，對法人犯罪少有著墨，又不承認法人有犯罪能力，於立法和解釋上，有行政罰與刑法並存，且刑法中兩罰與代罰並立等混亂的體系。由於目前世界各國，多有承認法人犯罪的修法傾向，因此在比較法上，值得作為我國立法之參考。此外，防制公司犯罪，必須以宏觀角度做全面處理，不宜僅以刑罰作為唯一手段。以美國法的發展及研究可知，預防公司犯罪，除了建立公司內部及外部的治理機制外，也應該強化民間自律機構對公司的輔導和監督。同時，社會和企業本身，更應改變過去「公司以追求營利為唯一目標」的觀念，思考企業社會責任的建立與落實。

公司作為社會的重要組成份子，一旦為不法的行為，而發生刑事偵查訴追、甚至審判，影響商譽、環境或營運機制，對己身可能造成無數員工及其家庭的經濟困頓，對外可能造成無數投資人的損失，或對環境及市民造成嚴重的侵害。因此，對公司的刑事制裁重點應是預防勝於治療，雖應考慮加重公司的責任或刑事處罰，但不宜以此種有其侷限性的手段為限，要輔以其他自律之機制以及社會大眾的道德壓力，使公司能遵循法令，並有貢獻社會的使命感。此方能建構企業對社會信譽的貢獻，以創造經濟永續發展的價值。

