

第 70 屆 司法節學術研討會會議實錄

目錄

壹、開幕式致詞

賴院長浩敏致詞全文 ----- 1

羅部長瑩雪致詞全文 ----- 5

貳、閉幕式致詞

姜副秘書長仁脩致詞全文 ----- 9

陳政務次長明堂致詞全文 ----- 11

參、議程表、備忘錄

議程表 ----- 13

會議備忘錄(第一場) ----- 15

會議備忘錄(第二場) ----- 16

肆、會議論文及紀錄

◎第一場：債務清理法制之新進展

一、主持人、主講人、與談人簡歷 ----- 17

二、會議論文(許教授士官) ----- 19

三、會議紀錄 ----- 59

◎第二場：國際刑事司法互助的法制建構—催生我

國刑事司法互助法

一、 主持人、主講人、與談人簡歷	-----	93
二、 會議論文(陳司長文琪)	-----	95
三、 會議紀錄	-----	133
伍、 會議剪影	-----	153

壹、開幕式致詞

賴院長浩敏致詞全文

第 70 屆司法節學術研討會開幕式

司法院賴院長浩敏致詞



蘇副院長，法務部羅部長、陳政務次長、立法院尤美女委員助理、最高法院楊院長、最高行政法院蔡院長、公懲會謝委員長、法律扶助基金會林董事長、律師公會全國聯合會李理事長，研討會各位報告人、與談人，各位司法界、法學界、律師界先進以及媒體朋友們，各位同仁，各位女士、先生，大家好！

司法節是我國司法主權取得獨立及國際地位完整的重要紀念日，更是全體司法人的節日。今天，欣逢第 70 屆的司法節，司法院及法務部共同舉辦學術研討會，以文會友，期盼藉由法學的交流與辯證，開展司法的深度與廣度，來慶祝這個特別的節日。

法律是社會生活必要的規範，除了規範人們相互間的權利義務關係，並具有維繫社會經濟秩序的功能。近年來，隨著社會基礎結構及經濟活動的變遷，現行破產法制已不足以因應現代社會經濟需求及國

際潮流。司法院自 82 年起，即邀集學者專家組成破產法研修委員會，全面檢討現行法制，重新建構完整的債務清理秩序，研擬「債務清理法」草案，取代現行的「破產法」，讓陷入經濟困境的債務人有重建或更生機會，並讓債權人得以公平受償等，俾促進社會經濟之健全發展。今天的研討會，上午場即以「債務清理法制的新進展」為題，探討企業債務清理制度的整編再造，自然人、法人及非法人團體之債務清理與國際債務清理制度。在此，特別感謝臺灣大學許士宦教授、沈冠伶教授、政治大學劉連煜教授以及最高法院李彥文庭長，長期參與破產法的研修與債務清理法制的建構，他們幾位將在今天的研討會提出精闢的報告及與談。我們期待透過研討會的思辯，讓這部法律更臻完善，未來經由司法的運作，讓公平正義得以實現，社會經濟更能穩健的發展，進而維護全民的福祉。下午場的議題是「我國國際刑事司法互助的法制建構」，這是攸關國際合作及人權保障的重要課題，在地球村的現代，面對層出不窮、推陳出新的跨國性犯罪，需要透過國際間的司法互助機制，才能有效遏止犯罪，保障人民權益。也要特別感謝法務部的陳文琪司長、交通大學的林志潔所長，以及臺灣高等法院溫耀源庭長的報告和與談，相信精彩可期。

此外，隨著科技日新月異發展，司法改革走向現代化、科技化，以增進司法效能與提升審判品質應該是必然的趨勢。因此，司法院大力推動司法 e 化，目前已完成的有法學資料檢索系統、數位圖書、即時的前案查詢、量刑資訊系統與司法智識庫的建置，今後將陸續建置科技法庭，希望能引領司法審判模式邁向新的紀元。法庭科技化的改革，目的在使審、檢、辯、當事人及其他訴訟關係人，得以輕易透過

卷證電子化的作業，進行訴訟活動，除了資源可以有效整合運用，較為環保外，並可大幅提升司法效能，使司法更為公開透明。因此，我們深切期盼法務部及律師界的朋友們，能共同支持與協力推動，讓司法的作為可以切合時代的趨勢，符合人民的需求。

司法為民是司法院一直秉持的施政理念，以服務為導向的司法，早已取代昔日威權式的司法，各項便民措施的推行，相信各位有目共睹。我們也深信，只有謙卑的傾聽人民的聲音，政策作為和民眾需要相結合，才能讓人民有感，進而信賴司法，司法有責任追求進步，永無止盡。我們在這裡慶祝司法節，浩敏衷心期盼所有司法同仁能齊心努力，為司法的永續經營，再創新猷！

最後，感謝所有關心司法的朋友們，共聚在此參與今天的研討會。預祝研討會圓滿成功！祝福各位嘉賓，身體健康、萬事如意，新年愉快！

羅部長瑩雪致詞全文

第 70 屆司法節學術研討會開幕式

法務部羅部長瑩雪致詞



司法院賴院長、蘇副院長、林秘書長、最高法院李法官、臺灣高等法院溫庭長、臺灣大學許教授、沈教授、政治大學劉教授、交通大學林所長、本部吳次長、國際及兩岸法律司陳司長，大家早。

司法節是司法界的年度盛事，已堂堂邁進第 70 個年頭，很高興今天有機會和司法院共同舉辦「第 70 屆司法節學術研討會」。今天的報告人及與談人都是法律界聲望卓越，成就斐然之箇中翹楚。相信各位今天一定會受益良多，滿載而歸。

本部暨所屬機關同仁向來秉持「專業、熱忱、公義、關懷」的精神，推動各項貼近民眾需求之政策及改革，無論在落實人權保障、實現廉能政府、建構現代法制、精進偵查作為、嚴正執行法律、推展國際及兩岸司法合作共同打擊犯罪、推動獄政革新、深化司法保護等方面，都不斷精益求精，目前更致力於適時體察民意，檢討不合時宜之

法規，以增進行政效能。本屆司法節研討會兩項主題，都是有關我國法律體制的新進展及相關前導理論，從國際立法趨勢檢討我國不合時宜的法規，提出法制興革建議，邀請各位法學先進共同思考，以集思廣益，來引領我國法制革新，全面提升整體國家競爭力。

今天上午議程由司法院主辦，主題是「債務清理制度之新進展」。為了解決卡債族與銀行間之債務糾紛，金管會和銀行公會早於 94 年間即成立消費金融債務協商機制，立法院更於 96 年 7 月將相關的機制明定於法律，即所謂的消費者債務清理條例。惟此法通過後法院准許不多，至 101 年修法放寬條件後，法院通過比例方大幅提升。今日報告人許士宦教授曾參與債務清理法及消費者債務清理條例等草案之研擬過程，對於此法制之沿革及進展均有相當深入之研究。

下午議程由本部主辦，主題為「我國國際刑事司法互助之法制建構」。隨著網路科技及交通工具進步，犯罪活動亦有國際化、組織化之趨勢，在在增加了執法機關調查取證，追逃追贓，預防或追訴犯罪之難度。當犯罪已無國界時，其追訴工作成為相關國家的共同使命，因此世界各國對於國際刑事司法互助之需求與關注越來越強。希望透過國際合作共同打擊犯罪，使國界不再成為保護犯罪之屏障。由於刑事司法互助事項涉及司法主權及公權力之行使，其操作與執行均需有法源依據及作業規範。

目前我國與外國進行司法互助，除少數國家與我國簽有司法互助條約(協定)的國家，可作為明確之法源依據之外，其他大多是本於互惠協助原則在個案之基礎上依「外國法院委託事件協助法」、「引渡法」、

「跨國移交受刑人法」等相關法律辦理。另外「洗錢防制法」、「組織犯罪防制條例」、「毒品危害防制條例」、「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」等亦有零星規定。惟「引渡法」是 43 年公布施行，69 年才修正過一次；「外國法院委託事件協助法」是 52 年公布施行，迄今不曾修正，此兩項法已遠遠脫離時代現況，不敷使用，亟待研修。又關於國際刑事司法互助，國際間已有普遍採行之原理、原則及執行程序，有些與國內法律規定契合，有些則為國內法律所無規定，有些甚或與現行法律制度扞格，此些問題惟有透過國內立法或修法，始能達到與國際接軌，實現國際司法合作之目標。

本部於 101 年 1 月 1 日組織改造後，才增設國際及兩岸法律司。該司主要業務之一即國際及兩岸司法互助相關法規研擬及請求之執行。為完善相關法規制度，本部已著手研擬「國際刑事司法互助法」、進行研修「引渡法」及「洗錢防制法」等，期盼藉由本次司法節之學術研討會，讓學術界、實務界對此議題有更多的認知，且提供各方面意見，以作為法案研修之參考。

最後，非常感謝司法院及本部同仁對於本屆司法節學術研討會及慶祝活動之精心策劃，更感謝各位在座貴賓、先進撥冗前來共襄盛舉，預祝本屆司法節順利、成功！也祝福大家身體健康、精神愉快、萬事如意！

貳、閉幕式致詞

姜副秘書長仁脩致詞全文

第 70 屆司法節學術研討會閉幕式

司法院姜副秘書長仁脩致詞



法務部陳政務次長、報告人陳司長、與談人林教授、臺高院溫庭長、最高檢顏檢察總長，各位貴賓、各位女士、先生，大家好。為了慶祝今年的司法節，司法院與法務部援例共同舉辦學術研討會，透過學者專家集思廣益深入探討，提供債務清理與國際刑事司法互助，這兩部亟待修正或法制化的法律更為周延嚴密的研議方向，希望能早日完成修法及立法程序，讓相關的法制確實符合時代需求，以因應社會經濟變遷及國際刑事司法互助多元發展的新趨勢。

上午場的研討會，許教授介紹了債務清理法草案的重要架構，有助於了解新修正的法規，如何因應自然人、私法人及公法人等不同屬性，建構適合其特性的債務清理制度，包括債務清理程序的重建與充實，除了改善現行破產制度的缺失，使其更為合理，並新增公法人債務清理與國際倒產法制，以因應實務所需。許教授同時點出草案中有

關自然人裁判外的協商程序，或其他債務的清理程序，未如消費者或企業倒產般設有較完整的規定，所提的建議及與談的意見，我們都將作為研訂法制的重要參考。

下午場的研討會，經由法務部國際及兩岸法律司陳司長的報告，讓我們了解到我國國際刑事司法互助的現況與法制建構的必要性，國際刑事司法互助事項及範圍繁瑣而細膩，有外國請求我國協助、也有我國請求外國協助的事項，諸多連繫與執行的細節，都有待透過立法的程序賦予其合法及正當性，並與國際規範相互連結。相信透過法制的完整建構，未來必能有助於共同打擊犯罪！特別是跨國際的組織犯罪。

本人謹代表司法院感謝院部同仁對這次研討會的籌辦奉獻心力，周詳的安排讓我們研究會可以順利進行，同時要特別感謝兩場研討會的主持人、報告人及與談人，分享研究的成果，提出精闢的見解，還有許多寶貴的建議，讓我們獲益良多。透過學術研討會的共同激盪，交會出智慧的火花，共同促進司法制度的健全發展，並落實司法人權的保障。在此還要特別感謝所有貴賓、女士、先生以及司法同仁，還有關心我們司法議題的朋友們熱情的參與，讓今天的學術研討會可以圓滿成功。人民的信賴是我們司法程序的重要基石，我們會持續努力精進，讓司法能獲得民眾的信賴。再次感謝各位的參與，也敬祝大家身體健康，新年事事如意。謝謝大家。

陳政務次長明堂致詞全文

第 70 屆司法節學術研討會閉幕式

法務部陳政務次長明堂致詞



江副秘書長、顏檢察總長、報告人陳司長、與談人林教授、溫庭長，以及各位法界先進，大家好，

今天非常高興能代表法務部在第 70 屆司法節學術研討會在閉幕式致詞。從早上聽到賴院長對我們司法節研討會有很多的期許，經過兩場的研討會，也希望各位能夠理解到，之所以我們會舉辦學術研討會，主要是希望能夠藉由學術研究，帶給實務操作上不同的視野。

我國自從前總統的案例到簽署兩部國際人權公約之後，有國際專家認為，是否我們對被告人權的保障不夠周延。這都顯見單單的司法作為，在不同的情況下，就會有不同的看法。所以司法院和法務部就共同討論，是否將往後的司法節活動，改以研討會的方式來進行，至今也已邁入第 6 個年頭。希望能夠透過學術領域和司法實務的經驗，提出對於整體國家法制應該有的發展，並使司法的公信力對人民而言，不只是提高，而是能受到普遍的重視。就如同方才發表意見的這位先

進所提出的見解，我們會虛心接受，並且找出應該改進的地方。

司法動見觀瞻，我們也希望在三權分立的憲法架構中，院檢之間可以拋棄本位主義，相互合作，甚至審、檢、辯、學都能即時的不斷切磋、彼此鼓勵，才能提供我國司法最即時所需要的發展。這些都是做給後代看的，不是做給我們自己看的。

感謝今天所有報告人和與談人所做的精闢說明，這都將會是爾後我們在修法或是整體改進的參考，也祝福大家身體健康、新年快樂，謝謝。

參、議程表、備忘錄

第 70 屆司法節學術研討會議程表

- 一、 日期：104 年 1 月 8 日（星期四）
- 二、 地點：國家圖書館國際會議廳
（臺北市中正區中山南路 20 號）
- 三、 議程內容

時間	時程	議 程
08：30 ～ 09：00	30 分鐘	報到
09：00 ～ 09：20	20 分鐘	開幕式－司法院賴浩敏院長、法務部羅瑩雪部長 司法節慶祝活動致詞
09：20 ～ 10：20 第一場學術研討會 （上半場）	60 分鐘	主 題：債務清理法制之新進展 主持人：蘇永欽（司法院副院長） 報告人：許士宦（國立臺灣大學法律學院教授） 與談人：沈冠伶（國立臺灣大學法律學院教授） 李彥文（最高法院庭長） 劉連煜（國立政治大學法學院特聘教授）
10：20 ～ 10：40 中場休息及茶敘	20 分鐘	
10：40 ～ 12：00 第一場學術研討會 （下半場）	80 分鐘	
12：00 ～ 13：30	90 分鐘	午餐休息
13：30 ～ 14：40 第二場學術研討會 （上半場）	70 分鐘	主 題：我國國際刑事司法互助之法制建構 主持人：陳明堂（法務部政務次長） 報告人：陳文琪（法務部國際及兩岸法律司司長） 與談人：林志潔（國立交通大學科技法律學院 副教授兼所長） 溫耀源（臺灣高等法院刑事庭庭長）
14：40 ～ 15：00 中場休息及茶敘	20 分鐘	
15：00 ～ 16：10 第二場學術研討會 （下半場）	70 分鐘	
16：10 ～ 16：30	20 分鐘	閉幕式－司法院、法務部長官致詞

主辦單位：司法院（上午場）、法務部（下午場）

第 70 屆司法節學術研討會

第一場次會議備忘錄

歡迎參加第 70 屆司法節第一場次學術研討會。為使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、 研討會時間分配：共 140 分鐘。

（一） 主持人致詞 5 分鐘。

（二） 論文報告時間為 55 分鐘。

1、 第 53 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、 第 55 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（三） 每位與談人評論時間為 20 分鐘。

1、 第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、 第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（四） 提問與回應時間為 20 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、 發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、 會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

第 70 屆司法節學術研討會

第二場次會議備忘錄

歡迎參加第 70 屆司法節第二場次學術研討會。為使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、 研討會時間分配：共 140 分鐘。

（一） 主持人致詞 10 分鐘。

（二） 論文報告時間為 60 分鐘。

1、 第 58 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、 第 60 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（三） 每位與談人評論時間為 25 分鐘。

1、 第 23 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、 第 25 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（四） 提問與回應時間為 20 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、 發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、 會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

肆、會議論文及紀錄

〔第一場〕

債務清理法制之新進展

〔第一場〕

主持人、主講人、與談人簡歷

第 7 0 屆 司 法 節 學 術 研 討 會

第一場

主持人簡歷

主持人	學 歷	現 職
蘇永欽	國立臺灣大學法律學系法學士 德國慕尼黑大學法學博士	司法院副院長

報告人簡歷

報告人	學 歷	現 職
許士宦	國立臺灣大學法律學研究所博士	國立臺灣大學法律學院教授

與談人簡歷

與談人	學 歷	現 職
沈冠伶	德國海德堡大學法學博士	國立臺灣大學法律學院教授
李彥文	國立中興大學法律學士	最高法院庭長
劉連煜	美國史丹福大學法學博士	國立政治大學法學院特聘教授

〔第一場〕

會 議 論 文

報告人：許教授士宦

債務清理法制之新進展

台灣大學法律學院教授 許士宦

目次

壹、緒言

貳、企業債務清理制度之整編再造

一、工、商業會和解程序之充實

二、和解、破產及重整程序之重建

(一) 複數程序之選擇及轉換

(二) 債務清理實體法之改善

(三) 債務清理程序法之變革

1. 和解程序

2. 破產程序

3. 重整程序

參、自然人及公法人債務清理與國際債務清理之制度新構

一、自然人及公法人債務清理制度之創設

(一) 自然人債務清理制度之完備化

1. 自然人和解

2. 自然人破產

(二) 公法人債務清理制度之新設

二、國際倒產制度之建構

肆、結語

壹、緒言

處理倒產之債務清理法制是確保社會經濟健全運作及適正發揮機能之制度基盤，本應隨著經濟結構之變化、發展而不斷加以改進。我國之債務清理制度，自一九三五年破產法制定施行以降，除於一九六六年公司法增訂公司重整及特別清算兩種制度外，並未就整體制度進行根本性改革。惟近數十年台灣工商業發展迅速，社會經濟結構異於往昔，例如消費型態及產業型態改變，跨國投資、貿易發達，現行法制已不足肆應。為因應我國目前社會情勢之變遷推移，配合經濟結構之演進發展，並構築健全經濟機能之制度基盤，司法院於二〇〇四年曾提出破產法修正草案¹，就和解及破產兩種債務清理程序進行通盤性、根本性變革，且引進公法人之債務清理程序，並充實國際倒產法制，謀求依循適正而迅速之債務清理，使應該清算之事業進行清算，應該更生之事業進行更生，藉以恢復經濟活力，滿足更有效之人的、物的資源分配之要求。

雖然上述草案未及時完成立法，且其亦未針對消費者債務清理之特性需求專設規定，惟為因應二〇〇五年下半年起由於金融機構競爭消費者貸款業務所引發之雙卡風暴，以解決此項卡債或卡奴等生活、生存問題為契機，司法院於二〇〇六年另行提出消費者債務清理條例草案²，並於二〇〇七年六月經立法院三讀通過而完成立法（以下簡稱「條例」）³。據此，倒產之消費者可利用該條例所定之協商、更生或清算程序清理其債務，但消費者以外之事業者或企業則無法利用該

-
- 1 立法院『立法院議案關係文書』院總字第一〇六六號（政府提案第九六八七號）（二〇〇四年）。關於該草案內容之評析，參見許士宦「債務清理之理論與立法」〈台灣本土法學雜誌〉五一期（二〇〇三年）五頁。（以下稱二〇〇四年之草案為「草案第一稿」）。
 - 2 關於該草案之理論基礎及制度內容，參見許士宦「消費者倒產（上）（下）」〈台灣本土法學雜誌〉七六期（二〇〇五年）一四頁、七七期（二〇〇五年）一九頁；同「消費者之債務清理」〈月旦民商法雜誌〉一四期（二〇〇六年）五頁。
 - 3 關於該條例內容之評析，參見許士宦「消費者債務清理之協商、更生與清算程序」〈台灣本土法學雜誌〉一〇二期特刊（二〇〇八年）三頁；同「消費者債務清理制度之新變革」〈台大法學論叢〉三七卷四期（二〇〇八年）一七九頁。其於二〇一二年所為重大修正，參見許士宦「消費者更生程序之建制與再構」司法院『消費者債務清理條例施行五週年研討會』（二〇一三年）一頁。

等程序清理債務。為妥適處理自然人、企業之債務清理，司法院重新檢討破產法修正草案，將之改名為債務清理法草案，並納入更具更生手段之重整程序，完備債務清理制度，於二〇一四年十二月對外公布⁴。

上述債務清理法草案（以下簡稱「草案」），就和解及破產程序而言，係破產法立法後八十年來最大幅度之修正，就重整程序而言，則係公司法增訂該程序制度以後五十年來最大幅度之變革，乃我國債務清理法制之新進展。為此，本文擬探討草案所新建債務清理法制之基本構造。亦即：究竟草案對於自然人、公法人及企業之債務清理如何構築、重編其債務清理程序？於裁判外及裁判上債務清理程序各有何新變革？是否仍維持複數程序型而採行程序轉換制度？於清算型及重建型程序之債務清理實體法及程序法二方面各作何項增修？於國際倒產制度如何為新建構？

貳、企業債務清理制度之整編再造

一、工、商業會和解程序之充實

相較於下述之破產、和解、重整等裁判上債務清理制度，裁判外債務清理制度固具有程序上簡易、迅速、經濟及實體上彈性處理等優點，惟亦有易受不同意債權人妨礙有效、平等、公平處理及程序上不夠透明等缺點。為擴張關係人之程序選擇權，減輕法院之負擔，以維持程序經濟及保護程序利益，草案就企業之債務清理，除改革裁判上債務清理程序外，並同時改進、健全裁判外債務清理程序。為此，將現行法之商會和解擴大為工、商業會和解（草案一二四條一項），並且為下列之重要增修⁵：

第一，貫徹程序選擇之原則。草案規定，工、商業會和解程序之開始，僅得

4 關於該草案迄至二〇〇七年八月十四日止之修正內容，參見許士宦「企業之債務清理」〈月旦法學雜誌〉一五〇期（二〇〇七年）五頁。草案二〇〇九年八月版之修正內容，參見許士宦「從破產法修正方向談我國債務清理新制」司法院『破產法修正草案研討會』（二〇〇九年）一頁。以下稱二〇〇九年八月之草案為「草案第二稿」。

5 草案第一稿原將破產法上「商會之和解」制度予以刪除，於草案第二稿始加以回復，擴大其適用範圍，並充實其程序內容。

由債務人請求，惟債權人如無意循工、商業會和解處理倒產，在其先向法院聲請和解、重整或破產之後，債務人固不得再向工、商業會請求和解（草案一二四條一項）；即使債務人已向工、商業會請求和解之後，於法院認可和解方案前，若債權人另向法院聲請債務清理，而經法院裁定開始和解、重整或破產程序者，工、商業會仍應終止其和解程序（草案一二九條一款）。此等規定旨在保障債務人及債權人對於倒產處理之程序選擇權。此項工、商業會和解進行中之事實未成為裁判上債務清理程序之開始障礙事由，未必可確保裁判外債務清理之適正進行，因其易因裁判上債務清理程序之介入，反而造成關係人之不利益。故於工、商業會之和解大多數債權人均已參加並可公正、衡平進行場合，如有債權人意圖妨礙其進行以謀求僅對己有利之解決方式而向法院聲請債務清理者，宜例外認為此係聲請權之濫用，而以裁定駁回該聲請（草案一三條）。

第二，加強工、商業會和解之效力。為使債權人儘可能參加和解程序，要求普通債權人於工、商業會受理債務人之和解請求後，應依和解程序申報債權，且禁止對於債務人開始或繼續民事強制執行程序（草案一二五條、一二六條、一三三條二項準用四九條一項、七六條一項四款），據此便利和解之進行，以及避免程序之重複。但為兼顧有擔保物權或優先受償債權之債權人權益，及防止債務人利用工、商業會和解而規避公法上金錢給付義務，此等公、私債權之權利行使不受工、商業會和解之限制（草案一二六條但書）。再者，賦予經法院認可之工、商業會之和解方案以執行力，使債權人於債務人未依和解方案履行情形，得以該認可之和解方案為執行名義，聲請法院對債務人及和解之保證人、提供擔保之人或其他共同負擔債務之人為強制執行（草案一三三條二項準用一一七條），以迅速清理債務。

第三，採取專業和解制度。為促進工、商業會和解程序妥適進行，比照法院之和解設監督人制度，要求該會應委任律師、會計師或其他專門人員為監督人，以檢查、監督債務人之財產、簿冊及業務管理，制止損害債權人權利之債務人行為，並受理申報而完成債權人清冊（草案一二七條二項、一三三條二項準用三三

條、六〇條、七八條、八二條、八三條)。由於和解程序涉及法律及會計事務甚多，故其監督人適格者限於律師、會計師及其他具和解進行所需專門知識、經驗之人員。至於工、商業會之會員未必具有此等專業，且為免利益衝突，乃將之排除在外。

第四，明定終止和解程序之事由。債務人請求工、商業會和解後，即使工、商業會決定受理，在和解方案經債權人會議可決前，仍得撤回和解（草案一二四條二項）。債務人雖未撤回和解請求，在和解程序進行中（法院認可和解方案前），只要經法院裁定開始債務清理程序，或債務人死亡者，工、商業會即應終止和解程序（草案一二九條），因此際已無續行程序之必要。而在下列情形之一，工、商業會亦得終止和解程序：（1）債務人不受監督人監督，或有妨害其監督之行為，（2）債務人無正當理由不出席債權人會議或不答覆詢問，（3）出席債權人會議之債權人所代表債權額未達已申報無擔保及無優先權總債權額二分之一，及（4）和解方案經債權人會議否決（草案一三〇條）。在上述情形，或債務人未誠信進行和解，或和解方案無可決之可能，故授權工、商業會斟酌情形，終止和解程序。

第五，加強司法審查。工、商業會之和解，雖係由債務人與債權人等自由磋商，就債務清理成立處理方案，且其係在工、商業會所委任之監督人專業參與之下作成，惟因其影響債權人之權益甚大，為確保和解之正當程序及公允條件，草案要求和解方案經債權人會議可決時，主席於載明該方案之會議紀錄簽名後，應送請該工、商業會所在地之管轄法院為認可與否之裁定（草案一三一條二項），俾法院監督，事後再予審查。且為賦予債權人程序權保障，不同意該方案債權人得自決議之翌日起十日內，向法院陳述意見（草案一三一條二項）。法院為認可與否之裁定時，應依具體個案斟酌裁量，就和解方案之合法性、公平性（對不同意或未出席者有無不公允）、合理性（是否低於清算價值、有無履行可能）及和解程序之合法性、正當性（有無以不正當方法使和解成立）為審查，如認和解程序正當及和解方案公允而無不認可事由，即應以裁定認可之（草案一三三條二項準用一〇三條）。由於經可決之和解方案已經法院審查，且不同意該方案之債權

人已得向法院陳述意見，故為程序之迅速及安定，對法院認可之裁定不得抗告（草案一三一條三項），俾符利用工、商業會和解制度迅速清理債務之本旨。和解方案經法院認可後始生效力（草案一三三條二項準用一〇六條一項）。

第六，工、商業會和解程序無失權效。經認可之和解方案對於全體債權人固均有效力，惟其免責效力不如法院和解之效力。因工、商業會和解程序未如法院和解程序般，賦予債權人充分之程序保障，故就未依期申報之債權，並不使其生失權效果（草案一三三條未準用四九條二項、七六條一項五款）。為此，草案明定，和解方案生效後，債務人對於未申報之債權，仍應依和解方案同順位債權之清償成數及方法，於所定清償期間內，負履行之責（草案一三二條），以保障債權人之權益。

第七，確保工、商業會和解之成效，一方面賦予債務人以擔保權消滅聲明權，另一方面採行和解轉換為破產之措施，前者在於加強債務人之專業更生手段，後者在於間接強制債務人履行和解方案。因為工、商業會和解不影響擔保權人行使其權利，故為避免債務人繼續其事業所不可或缺之財產（擔保權標的物）遭擔保權人變價，使債務人於工、商業會受理和解後，經認可和解方案所定清償期間屆滿前，擔保權人所聲請之強制執行或其他變價程序，得於拍賣公告前向執行機關聲明，願按拍定或承受之價額，提出現款以消滅該財產上擔保權及優先權（草案一三三條二項準用一一〇條、一一一條）。又，工、商業會和解方案生效後，固得為執行名義，惟為督促債務人誠信履行和解方案，故於債務人不履行和解方案情形，使法院得依債權人之聲請，裁定開始破產程序並撤銷該和解方案（草案一三三條二項準用一一八條一項）。

二、和解、破產及重整程序之重建

（一）複數程序之選擇及轉換

破產、和解及重整程序均屬裁判上債務清理制度，前者為清算型程序，後二者為重建型程序。草案就企業債務清理制度之所以採用此種複數程序型法制，係

鑑於該制度具有：(1) 保障聲請人進行清算或重建之選擇權，賦予期待可能之程序結果；(2) 因聲請人具預測可能性，可期待其早期聲請，避免顧慮清算而延遲聲請；(3) 可因應程序目的之不同而設計詳細之對應規定，避免單一程序型因傾向於先試行重建，可能妨礙企業之早期清算，致使利害關係人蒙受損害等優點⁶，且從法制度之連續性而言，將我國現行制度改成單一程序型法制並不容易，故仍維持現制而加以改革。惟鑑於單一程序型法制具有：(1) 法院不受拘於聲請人之選擇，得依事件類型選擇適切之程序；(2) 債務人無懼於破產之污名，可期待其早期聲請；(3) 不需要程序間之轉換措施等優點，乃汲取其長處而於各該程序彈性實現清算或重建之目的，且在同一程序內容許有從清算型轉換成重建型或從重建型轉換成清算型，並緩和程序利用者之限制。基此，草案為下列增修：

第一，否定重建型對於清算型之優位性，尊重利害關係人之程序選擇權，明定債務人有債務清理原因時，債務人或債權人得選擇破產、和解或重整程序清理其債務（草案二條一項、六九條、一三四條、一三五條一項、二二〇條一項），將企業之繼續或廢止，委諸私人之判斷及責任行之，以符市場經濟之要求。惟於法院裁定開始破產、和解或重整程序前，債務人或債權人固均得聲請破產、和解或重整，但對於同一債務人有二以上之債務清理聲請，而分別繫屬於不同法院者，除非其中有重整聲請，由該管法院管轄，否則由受理在先之法院管轄之，並均由同一法院合併裁定之（草案八條三項、二二條一項）。據此，是否繼續、重建營業、事業之第一次選擇權雖賦予聲請人，但有清算及重建聲請兩種競合時，究竟裁定開始何一程序則由法院行使程序選擇權，於考慮利害關係人之意思及有關該企業之客觀情事後予以判斷、決定。亦即，應斟酌各利害關係人之利益，考量債權人集團性滿足之最大化及公平化，以及該事業之社會意義，而裁定擇一程序進行。

第二，為達成債務清理之目的，採行程序轉換之措施。在破產程序，法院裁

6 關於複數程序型與單一程序型之立法例及其優缺點之比較，參見許士宦「倒產企業之重建」『債務清理法之基本構造』（二〇〇八年）九八頁至一〇四頁。

定開始破產程序後，債務人及管理人於破產財團第一次分配前，得共同向法院提出調協方案聲請調協，該方案經債權人會議可決、法院認可者（草案一八九條一項、一九四條至一九七條、二〇一條準用九八條、九九條、一〇二條一、三、四項、一〇三條、一〇四條一、二、四項），即從清算型轉換成重建型債務清理。在和解程序，法院裁定開始和解程序後，固可成立清算型和解（草案八四條一項二款、八五條），於債務人不受監督、不協力進程序、債權人會議否決和解方案，或法院不認可和解方案等情形，和解程序即可轉換成破產程序（草案八六條二項、九四條、一〇〇條、一〇五條一項），甚至於和解成立後，債務人不履行和解方案或法院因債務人違反誠信而撤銷和解者，亦然（草案一一八條一項、一一九條）。而且，於大企業和解情形，如其重整適合債權人之一般利益者，於和解方案可決前，亦可轉換成重整程序（草案一〇一條一項）。在重整程序，法院裁定開始重整程序後，如重整計畫以繼續事業為內容有困難，經法院許可者，管理人即得提出以清算為目的之計畫，以成立清算型重整（草案二六一條、二八四條二項），而於關係人會議不可決重整計畫或法院不予認可等情形，即可轉換成破產程序（草案二七〇條一項、二七一條一項），並且於重整計畫經法院認可生效後，有不能履行或履行困難之情形，亦然（草案二八三條）。由於倒產企業之重建或清算，最具利害關係者為債權人，因此究以企業之清算價值或繼續價值為分配而滿足債權人，最後宜委諸債權人集團予以決定。在此意義上，可說企業債務清理之採行清算型或重建型程序，其第一、二層次之程序選擇權分別賦予聲請人（債務人或債權人）、法院（有二以上聲請併存時），而其第三層次之程序選擇權則賦予債權人集團，由債權人會議或關係人會議行使之。

第三，貫徹債務清理事件之類型處理，因應不同種類企業之債務清理需求。草案就重建型之和解程序及重整程序，明確兩者之任務分擔，預定和解及重整程序分別為中、小型企業及大規模企業之重建程序，而為下列之規定：（1）關於適用對象方面，和解程序適用於一切債務人，不論其係私法人或非法人團體、有事業或無事業之自然人；而重整程序僅適用於公法人以外之法人，而且登記財產總

額或資本額須達新臺幣一億元以上者（草案六九條一項、二二〇條一、四項、二八七條一項）。（2）關於債務人事業、財產之管理、處分方面，和解程序為監督型，於程序進行中，仍由原來之債務人繼續其業務之經營、財產之管理、處分，僅其行為應受監督人之監督（草案七八條一項、八二條至八四條）；而重整程序為管理型，於程序開始後，法人業務之經營及財產之管理、處分權，均由管理人行使之，法人社員總會、董事、監察人及臨時管理人之職權應即停止（草案二三七條）。此因中、小型企業在性質上其經營主體宜由原經營者任之，且找尋適切之第三人作為新經營主體未必容易；而大規模企業如許原經營機關行使業務遂行權，恐有繼續損害受抑止個別行使權利之債權人等利益之虞，且通常情形亦預定將企業之持分分配於新投資家。（3）關於處理對象及參與範圍方面，和解程序僅處理無擔保、優先權之債務，且債務人之股東等社員並未成為關係人而參與程序（草案四九條、五〇條、七九條、一〇八條一項）；而重整程序所處理之債務包括有擔保及優先權之債務，且法人之社員為關係人而參與關係人會議，除非法人無資本淨值，否則其得就重整計畫之決議為表決（草案二四七條一項、二五一條一、二項、二五五條一項、二五七條、二五八條）。據此使和解程序比重整程序更加簡化、迅速，適合於中、小型企業之事業重建上需求。不過，大企業亦可選用和解程序清理債務，而在該程序中必要時，始轉換為重整程序（草案一〇一條、一二二條三項）。因在和解程序，可能因債務人仍有業務經營及財產管理、處分權、有擔保或優先權之債權不依和解程序行使其權利，或主要債權人反對和解方案，此際如轉為重整程序，使業務經營及財產管理、處分權移由管理人行使、有擔保或優先權之債權均應依重整程序行使其權利，法院並可定權利保護條款而逕行認可重整計畫（草案二七二條），將有助於法人事業之重建，符合債權人之一般利益，故宜使法院得依債務人或監督人之聲請，斟酌是否裁定開始重整程序（草案一〇一條一項）。

（二）債務清理實體法之改善

破產、和解及重整等債務清理程序雖係債權人之實體權利的行使、實現過程，但為了達成債權人集團性滿足之最大化、公平化及債務人事業之重建更生等目的，既須限制其權利個別行使，且考量公正分配損失及實現社會正義之結果，亦須變更平時實體法所定優劣順位。為此，草案改善債務清理實體法。茲就共通之實體規定，略述如下⁷：

第一，就財產拘束而言，加強程序參與強制，明確失權、免責範圍。亦即，債權人之債務清理債權，不論有無執行名義，原則上非依債務清理程序申報債權，不得行使其權利（草案四九條二項）。此項債權人於債務清理程序開始後，不得另依訴訟、非訟或強制執行程序行使其權利（草案五〇條），而應於法院所定申報期間內向管理人（破產、重整程序）或監督人（和解程序）申報債權之種類、數額、順位，其有證明文件者，並應提出之（草案五七條一項、二五一條一、二項）；未依期限申報者，原則上生失權效果，不得從債務清理程序中受清償（草案七六條一項五款、一四四條一項六款、二三六條一項四款），且亦受免責效力所及，其債權消滅（草案一〇七條、二〇一條準用一〇七條、二七四條一項）。據此，強制和解債權人、破產債權人及重整債權人分別參與和解程序、破產程序及重整程序，達成依單一程序清償及清理債務之目標。

第二，就撤銷權制度而言，為貫徹債權人平等原則，充實財團財產或責任財產，即擴充該制度，使其適用於破產、和解及重整程序，並統一行使撤銷權之簡便方法，使管理人或監督人容易為之。簡言之，於撤銷對象之行為方面，除列明債務人之無償及有償詐害行為外，並擴張於其有義務或無義務之偏頗行為範圍（草案四〇條一項）；於撤銷對象之人方面，擴大效力所及之轉得人範圍，原則上及於無償取得者（草案四三條三項）；於行使方式方面，以意思表示為之即可（草案四〇條一項）；至於行使效果方面，則明定其有溯及效力，使系爭財產復歸債務人，故受益人、轉得人應負回復原狀之責任（草案四三條一項一款、三項）。

7 第一至第五，參見許士宦「企業之債務清理」『債務清理法之基本構造』一五三頁至一五八頁、一六一頁至一六七頁、一七四頁至一七五頁；第六，參見許士宦，前揭文（註一）『債務清理法之基本構造』四五頁至四九頁。

第三，就契約關係之處理而言，為便利債務清理，明定雙務契約之解消制度，使其適用於破產、和解及重整程序，惟亦同時公平保障他方當事人之權益。易言之，於裁定開始債務清理程序時，債務人所訂雙務契約當事人雙方均尚未完全履行情形，賦予管理人或監督人終止或解除權，使其原則上得終止或解除該契約(草案四五條一項)；但為免契約關係長期懸而不決，賦予他方當事人催告權，使其得催告於三十日內確答是否終止或解除契約，如逾期不為確答，於和解、重整程序，喪失終止或解除權；於破產程序，則視為終止或解除契約(草案四五條二項)。在管理人或監督人選擇為終止或解除契約情形，他方當事人得請求返還其所為給付或償還其價額，該債務為共益債權或財團債權(草案四七條二項、八一條一項七款、一七一條一項六款、二五二條一項九款)，優先於債務清理債權而受清償；反之，在管理人或監督人選擇履行契約情形，為保障他方當事人之同時履行抗辯權，依該契約所生債務亦為共益債權或財團債權(草案八一條一項六款、一七一條一項三款、二五二條一項七款)。

第四，就擔保權之保障及限制而言，一方面為保障擔保權人即使在債務人陷於無資力之情形，仍得就擔保物變價而優先受償之權益，在和解及破產程序均賦予別除權，使其得不依和解、破產程序行使權利(草案七九條、一七六條一、二項)；在重整程序，其雖應依該程序行使其權利，但其債權為有擔保重整債權，在關係人會議中另組表決，且如重整計畫或重整方案對有擔保重整債權未為全部清償者，該組決議應經表決權總額三分之二以上同意(草案二四七條一項、二五八條一項、二六八條)。另一方面為確保有效達成債務清理程序之事業更生(和解、重整程序)及財產清算(破產程序)等目的，對於擔保權之行使及優先受償權亦設若干限制。在各債務清理程序上共通之限制係加重擔保權人之協力義務，明定其有申報債權之義務，並課以其必要時向管理人或監督人交出擔保物及忍受估價之義務，而於其違反交出義務情形，管理人或監督人得聲請法院取交之(草案五八條)，使管理人或監督人充分獲悉債務人財產之資訊，便利其回贖或為其他有效之管理、處分或監督。至於其他限制，則分別依重建型、清算型目的為之，

詳待後述（參見貳、二、（三））。

第五，就抵銷權制度而言，為保障抵銷權之擔保機能，於破產、和解及重整程序，均宜使債務清理債權得與債務人之債權為抵銷，但過分擴張抵銷權之範圍，則有礙於債權人間公平受償，且影響債務清理程序之進行。為此，草案區分清算型及重建程序而作不同處理。亦即，在破產程序，為達簡速清算之目的，將破產債權現在化及金錢化（草案五六條、一七五條一、二項），致緩和抵銷權行使要件，無論給付種類是否相同，破產債權是否附期限或條件，均得不依破產程序而為抵銷（草案一八一條一至三項）。但附停止條件者，須該條件於債權表公告後三十日內成就者，始得為之；附解除條件者，為抵銷時須提供相當之擔保，該條件在最後分配表公告之翌日起十日內尚未成就者，始返還其擔保（草案一八一條四、五項）；而在和解及重整程序，因無債權等值化之問題，且無使債權人取得比實體法上更優越地位之必要，故不擴張抵銷權之範圍，仍須於債權申報期間屆滿前合乎民法所定抵銷適狀，始得為抵銷，且限定須於該期間屆滿前向債務人（和解程序）或管理人（重整程序）為之（草案八〇條一項、二四八條一項準用八〇條一項）。惟無論何種程序，均設相同之禁止抵銷事由，在程序開始後始對債務人負有債務或取得債權者，固不得抵銷，於債務人停止支付或聲請債務清理後對債務人有債務或取得債權之惡意債權人原則上亦不得為抵銷（草案八〇條二項、一八一條六項、二四八條一項準用八〇條二項），以貫徹債權人平等理念，而於債務人陷於經濟破綻之實質危機時期，盡可能維持債權人間公平受償。

第六，就債權優劣順位之調整而言，雖然在債務清理程序如上述般，原則上應依平時實體法之內容以定各債務清理債權間之優劣順位，但草案基於下述考慮，另予調整：（1）關於勞工工資債權之保護，為保障勞工之基本生存權，並鑑於社會上弱者保護之必要性，及勞動成果已為他債權人共同之利益，乃將裁定開始債務清理程序前六個月內之工資不能依積欠工資墊償基金及他項方法受償部分予以共益或財團債權化，使其隨時優先受償（草案八一條二項二款、一七一條三項、一七三條二款、二五二條一項一〇款）；（2）債務清理程序開始後本金所

生之利息、不履行債務所生之損害賠償及違約金，不論其本金或違約金債權有無擔保權、優先權，以及無償取得之債權，均明定為劣後債權，使其等僅得就普通債務清理債權受償餘額受清償（草案五一條二至五款）；有不合營業常規或其他不利益經營之關係企業間之債權，不論其有無擔保或優先權，亦列為劣後債權（草案五一條六款），藉以保障債權人間衡平，均分配損失而公平受償。後者係採衡平居次理論而不採自動居次理論，限於關係企業間有不合營業常規或其他不利益經營之情形，始使渠等間之債權不問是否因上開情形所生者均予劣後化，而非於關係企業債務清理時，一律使關係企業間之債權劣後，而不論其間有無不當控制等因素，避免因而妨害關係企業相互間之正常資金流通，導致財務困難之關係企業更陷於困境。

（三）債務清理程序法之變革

1. 和解程序

和解程序係就經濟上陷於窘境之債務人，依經其債權人之多數同意，並獲法院認可之和解方案等，適切調整該債務人與債權人間之權利義務關係，以謀求該債務人之事業或經濟生活之更生的重建型程序（草案一條）。為克服向來被指摘之和解制度上缺陷，促進債務人容易利用，維護債權人公平，確保和解方案履行，並維持社會、經濟上經營資源之存續，草案除了上述債務清理實體法之增修外，並為下列主要之增修規定：

於聲請程序，放寬程序開始原因，承認債權人之和解聲請權，並引進保全處分。就和解原因而言，增訂有不能清償之虞或資產不足抵償所負債務時，債務人自己亦得聲請和解（草案六九條一項），使債務人事業處於可能更生之狀態即得及時進入程序，避免其事業經營狀態陷於不能清償之時始予聲請，從而提高企業重建之機會。就和解之聲請而言，於債務人不能清償或資產不足抵償所負債務之情形，債權人亦得聲請和解（草案六九條二項前段、七一條）。如債務人不願和解，則以債權人和解之聲請視為破產聲請（草案七二條三項一款）。據此，增加

債權人對於債務清理方式之選擇，以免債務人貽誤時機，致其財務繼續惡化。就保全處分而言，現行和解制度對此並未設規定，實不足以防免債務人資產減少或業務狀況惡化，既容易發生債權人間受償不公平之狀況，亦將造成債務人事業重建本身困難之事態。為免致此，草案乃擴大保全處分制度及保全管理人制度之適用範圍，使和解聲請亦得利用之（草案三六條、三八條）⁸。

於和解程序中，為促進和解之成立，並加強事業更生之手段，乃降低債權人會議可決和解方案之要件，並新採擔保權消滅聲明制度及營業讓與方式。就和解方案之可決要件而言，將其同意所須債權額降低為逾已申報無擔保權及優先權總債權額二分之一（草案九八條一項），而無須三分之二以上，並酌採書面表決方式（草案九九條），以容易、迅速促成和解。就擔保權消滅聲明制度而言，草案雖未強制有擔保權或優先權之債權人參加和解（草案七九條一項），惟其仍可同意和解（草案一〇八條一項），故為強化債務人與該二權利者交涉之手段，促進和解之成立及履行，賦予債務人擔保權消滅聲明權，使其於不同意和解之擔保權人依強制執执行程序或其他程序拍賣擔保物時，得於標的物拍賣公告前向執行法院或機關聲明，願按拍定或債權人承受之價額，提出現款消滅該標的物之擔保權及優先權。如拍賣標的物為土地或房屋者，該價額並應扣除土地增值稅、地價稅或房屋稅額（草案一一〇條一、二項）。此項權利之賦予，既可減輕債務人之負擔，助益於其事業之更生，並可確保擔保權人之優先受償權，平衡二者之更生利益及擔保利益⁹。就營業讓與而言，鑑於營業讓與型之債務清理模式已成為企業重建之常用方法¹⁰，草案乃簡化營業讓與之方式，除應經監督人同意之外，如其為債務人事業更生所必要或為履行和解方案，經法院裁定許可者，即無須經公司股東大會等債務人社員總會決議（草案八四條一項二款、八五條），據此可早期讓與有價值之經營資源而防止減價，維持事業本身之更生。

8 關於保全處分，參見許士宦「企業之債務清理」『債務清理法之基本構造』一七〇頁至一七二頁。

9 關於擔保權消滅聲明制度，參見許士宦「企業之債務清理」『債務清理法之基本構造』一六三頁；同「擔保權在債務清理程序上所受處遇」『債務清理法之基本構造』七三頁至七九頁。

10 參見許士宦，前揭文（註六）『債務清理法之基本構造』一一五頁至一一八頁。

為維持程序公正及公平對待債權人，既明確債務人之程序機關地位，課以公平、誠實義務（草案七八條二項），又強化監督人之監督權限，並明定不認可事項。就監督人之權限而言，為簡化和解程序機關，草案廢止監督人及監督輔助人並行制度，將此二職務合併由監督人擔任（草案七五條一項），且加強其監督權限，要求債務人為重要之業務經營、財產管理、處分等行為應經監督人同意（草案八四條一、二項），並使其監督債務人履行和解方案（草案一一三條一項），以確保和解方案遂行之公正。就和解方案之不認可事由而言，明定和解方案對不同意或未出席之債權人不利、和解程序違法而不能補正、以不正當方法使和解方案可決、和解方案違反強制禁止規定或有背公序良俗、和解方案無履行可能或無擔保及無優先權債權受償總額低於依破產程序所得受償之總額者，法院應不認可和解（草案一〇三條）。此不僅保障和解之合法、公平，並保障債權人之權益，而維持清算價值。

為確保和解方案之履行，增設債權確定程序及和解履行監督制度，賦予認可之和解方案以執行力，並採行延長和解方案履行期限及和解轉換破產制度。就債權確定程序而言，現行和解制度未使和解債權確定，此不僅使和解方案之清償計劃難以訂定，而且易致和解履行率降低。為免致此，草案健全債權確定程序，對債權爭議採行非訟化審理，使於債權表公告後二十日內未被異議之債權，及受異議而經法院裁定確定之債權，均具有既判力（草案六一條一、二、三項、五項），並且擴大既判力之主觀範圍，使其及於債務人、債權人及全體利害關係人（草案六一條五項）¹¹。就和解方案履行之監督而言，增訂原則上由監督人監督和解方案之履行，但債權人會議亦得決議不設置監督履行之人或另行推舉他人（如債權人）予以監督（草案一一三條一、二項），以供債權人選擇。就和解方案之執行力而言，為督促債務人等履行和解方案，明定債務人或其保證人、提供擔保人或共同負擔債務人未依和解方案履行和解條件時，債權人得以該經認可之和解方案為執行名義，聲請法院對之為強制執行（草案一一七條）。就和解方案履行期限

11 關於債權確定程序，草案第二稿採雙軌制，參見許士宦「企業之債務清理」『債務清理法之基本構造』一七六頁至一七八頁。

之延長而言，和解方案所訂最終清償期原則上自認可該方案確定之日起不得逾十年（草案八九條二款），惟在該期間債務人履行有困難而具正當理由者，例如因天災、事變、情事變更或其他不可歸責之事由致收入減少、支出增加或應償債務增多等情形，賦予債務人延長其履行期限之聲請權，俾法院斟酌情形延長二年以內（草案一一六條一項），以兼顧債務人、債權人之權益。就和解轉換破產而言，債務人於和解方案生效後，不受監督人監督或有妨害其職務之行為，影響和解程序進行，而於受法院訊問時，無正當理由不到場或不能說明其正當理由、或無正當理由不履行和解方案情形，法院得依聲請或依職權裁定開始破產程序（草案八六條一、二項、一一八條），以此間接強制債務人誠實履行和解方案（參見草案七八條二項）。

2. 破產程序

破產程序係就經濟上陷於窘境之債務人，適切調整其與債權人及其他利害關係人之權利義務關係，而對債務人之財產等進行適正、公平之清算，以保障債權人公平受償的清算型程序（草案一條）。於自然人破產之情形，其目的固亦為謀求債務人經濟生活之更生，但在企業破產之情形，其目的則專在處分債務人之財產而予金錢化，並以之公平分配於債權人。在此意義上，企業破產可說是為債權人存在之程序。為克服從來存在於破產制度上之缺點，促進破產程序之迅速、經濟及有效進行，並保障債權人集團性滿足之最大化及公平化，草案除了上述債務清理實體法之增修外，並為下列主要之增修規定：

於聲請程序，放寬程序開始原因，健全保全處分制度，課以債務人財產開示義務。就破產原因而言，增列不能清償之虞及資產不足抵償所負債務為破產原因，使債務人自己可早期進行債務清理（草案二條一項、一三四條）；即使債權人聲請破產時須以不能清償或資產不足抵償所負債務為原因，亦明定債務人停止支付時推定為不能清償（草案二條三項）。據此適時進行破產程序，既可防止財團不足清償程序費用之狀態，又可助益於債權人受較有利之滿足。就保全處分而言，為防止債務人隱匿、處分財產及債權人個別行使權利，避免債務清理所需之

資產散逸，並保障查定及撤銷效果，草案健全保全處分制度，明定其種類、要件及效果（草案三六條、三七條），並增設保全管理人制度（草案三八條、三九條、一四三條二項），便利實務上運用。就財產開示義務而言，明定法院認為必要時，得命債務人據實報告破產聲請前二年內之財產及業務變動狀況，提出關係文書（草案一六條）。如債務人違反該報告義務者，在債權人聲請破產情形，推定債務人有破產原因（草案一三五條二項）；在債務人聲請破產情形，即成為破產障礙事由（草案一三八條一款）。此項財產及業務資訊開示義務之明定，可使法院迅速作成適正裁判。

於破產程序中，為便利管理人蒐集、管理及變價破產財團財產，以迅速、有效進行清算，採行簡易主義，加強利害關係人之開示、交付義務，並擴大管理人之變價權。就簡易主義而言，債務人違反保全處分或於開始破產程序後處分破產財團財產者，管理人得聲請法院以裁定命相對人返還所受領之給付物，塗銷其權利取得登記或為其他回復原狀之行為。相對人違反該命令者，法院得依管理人之聲請強制執行之，或通知登記機關塗銷其權利取得登記（草案三七條、四四條）。避免為此回復原狀，須以訴訟方式取得執行名義而多花費勞力、時間、費用¹²。就財產開示、交出義務而言，擴大財產及業務詢問之答覆及財產、簿冊移交義務人之範圍，包括債務人之使用人，且就使用人之提出義務違反，科以罰鍰制裁（草案一六二條一、二項），並於債務人及其使用違反移交義務時，法院得逕行強制執行之（草案一六一條一、二項），使破產程序得順利進行。就管理人之變價權而言，將管理、處分破產財團財產之行為須經法院之許可，而不必經監查人同意者，原則上限於其價值逾新臺幣一百萬元者（草案一六六條一項），且就其變價方法原則上得依拍賣、變賣或其他適當方法行之，甚或委託公正第三人為之，並得利用既有之強制執行程序（草案一六七條一、二項），以便利管理人變價破產財團之財產。而且於有別除權之債權人不迅速行使其別除權時，賦予管理人停止執行之聲請權及別除權標的物之拍賣及變賣權（草案一七七條），即使其依強制

12 參見許士宦「企業之倒產清理」『債務清理法之基本構造』一七二頁。

執行程序或其他拍賣程序行使權利，亦賦予管理人擔保權消滅聲明權（草案一七六條三項準用一一〇條），使破產程序之進行不因別除權人之權利行使怠慢而受影響，且可提高破產財團財產之變價。

為增加債權人之受償機會，保障其實體利益及程序利益，採行債權補報及債權確定制度，賦予債權表以執行力，並增設企業負責人查定之簡易程序。就債權補報而言，破產債權固應於法院所定申報期間為申報，但逾期申報之失權效果不宜及於因不可歸責於己之事由而未遵期申報之債權人，故為保障其程序權及財產權，明定其得於該事由消滅後十五日內補報之（草案五七條四項），惟為免程序不安定，同時規定補報債權者，不得逾最後分配表公告日之前一日（草案一四四條三項）。就債權確定程序而言，如前述和解程序所述般，就債權存否之爭議採非訟化審理，循裁定程序予以爭執，並賦予未受異議之債權及已受異議而經裁定確定者既判力，以維持程序之安定性（草案六一條）。在破產程序，債權人得從其中受償額度可能非常微小，更適於此種簡易、迅速之債權確定程序。就債權表之執行力而言，明定破產程序終止或終結裁定確定後，已申報之債權人得以債權表為執行名義，對債務人聲請強制執行；於和解或重整轉換為破產程序之情形，如未行債權確定程序而終止破產程序，債權人則得以和解或重整程序確定之債權表為執行名義（草案二一一條一、二項）。既然經確定之債權已有既判力，宜賦予債權表執行力，使債權人得據以為強制執行，俾維持程序經濟，並保護程序利益。就查定制度而言，草案雖未增設企業負責人之補足責任，以追究其經營責任，但明定追究企業負責人損害賠償責任之查定程序。亦即，法人之負責人等對於債務人依法應負損害賠償責任者，法院得依管理人或監查人聲請以裁定命其賠償，並強制執行之（草案一五六條一、四項）。此外，增設追究濫用法人地位之股東所負清償責任之查定程序。亦即，債務人為股份有限公司，而其股東對全體債權人依公司法第一五四條第二項應負清償責任者，管理人應聲請法院裁定命該股東給付，並據以強制執行（草案一六四條一、二項）。為迅速追究上述責任，乃簡化查定程序，採行非訟化審理之裁定程序（草案一五六條、一六四條二、三項）。

而且，賦予管理人程序擔當權，將後者責任之請求（含強制執行）程序附屬於破產程序，藉以節省法院與關係人之勞力、時間、費用，維持程序經濟及保護程序利益¹³。

為促進破產程序，減輕債權人之負擔，限縮債權人會議之決議事項，並增訂法院得解任監查人。債權人會議為債權人組成之程序機關，監查人則係由債權人會議選出而代表債權人監督管理人處理破產義務者（草案一八五條、一八七條一項）。為避免程序虛耗，節省法院與關係人之勞力、時間、費用，明定債務人營業是否繼續，全由法院決定（草案一六五條）、管理人管理破產財團之監督由法院為之，不必債權人會議所選任監查人之同意（草案一六六條一、二項）、管理人變價破產財團財產之方法，不受債權人會議決議指示者之限制（草案一六七條一項）、法院得裁定許可不易變價之財產返還債務人，非必債權人會議決議（草案一六七條三、四項），而將債權人會議某程度予以任意化、裁量化¹⁴。再者，將監查人之資格限於債權人，並限定其人數（草案一八五條），且為避免不適任之監查人妨礙破產程序之迅速、公正進行，增訂如有重大事由，債權人會議得決議解任之；法院亦得因利害關係人之聲請或依職權予以解任（草案一八八條）。

3. 重整程序

重整程序係就經濟上陷於窘境之私法人依重整計畫之擬定、遂行，適切調整債權人、社員及其他利害關係人之利害，以謀求該私法人事業之更生的重建型程序（草案一條）。由於重整計畫連有擔保權、優先權之債權及股東等社員之權利均予變更，故重整程序是重建大規模倒產企業之強而有力之債務清理程序。為克服向來屢被指出之公司重整制度上缺失，促進程序之迅速、合理進行，並強化重建之手法，草案除了上述債務清理實體法之增修外，並為下列重要之增修規定¹⁵：

13 關於查定及補足責任程序制度，參見許士宦「企業之債務清理」『債務清理法之基本構造』一五九頁至一六一頁。

14 將於債權人會議之任意化、裁量化，參見許士宦「企業之債務清理」『債務清理法之基本構造』一八三頁至一八五頁。

15 行政院經濟建設委員會曾於二〇〇五年委託研究而提出公司重整破產法草案，後以該草案內容多與破產法修正草案內容重複，且有關裁判上債務清理程序係屬司法院掌管範圍，故經濟部經研討後將之移由司法院併入債務清理法草案，不另特別立法。關於重整程序新修正內容

於聲請程序，緩和程序開始原因，充實保全處分制度，擴大徵詢範圍，並課以法人財產及業務資訊開示義務。就重整原因而言，增加有不能清償債務之虞，並將「有重建更生之可能」此種須經實體上經營判斷事項，從重整原因之積極要件予以刪除，改以較易判斷之有無可能作成以繼續事業為內容之重整計畫，或使其受關係人會議可決、法院認可作為消極要件（草案二二〇條一項、二二三條三款），以減輕法院之判斷上負擔，而加速程序開始之裁定。就保全處分制度而言，除了充實原有之保全處分而明定其種類、要件及效果（草案三六條）外，增訂二項保全處分。其一為關係企業股東權或董事權行使之限制（草案二二五條），其二為選任保全管理人（草案三八條）。前者在於保全附屬事業或關係企業之資產或營業，後者則在防免法人資產散逸之同時，謀求事業之適正繼續，以鞏固事業更生所需之財產及事業基礎。由於保全管理人在程序開始前即行使法人業務遂行及財產管理、處分權，故其於程序開始時宜優先被選任為管理人（草案三九條一項、二三四條二項後段）。就重整意見之徵詢而言，增訂法院於裁定開始重整程序前，應向法人員工工會、主要之債權人、交易對象及法人主管機關、中央目的事業主管機關、中央金融監督管理機關徵詢關於重整之意見（草案二二六條一項），以蒐集必要之專業意見，並保障利害關係人之程序權。就資訊開示而言，增訂法院認為必要時，得定期命法人據實報告重整聲請前二年內之財產及業務變動狀況、提出關係文書（草案一六條），如法人違反該開示義務者，則得駁回其重整聲請（草案二二四條一款），俾利法院蒐集事證資料，作成妥適裁判。此外增訂，法院於必要時，得依聲請或依職權訊問法人及其附屬事業、關係企業之使用人，有關法人及其附屬事業、關係企業之業務、財務及資產狀況，並得命提供相關資料。使用人違反該資訊揭露、開示之協力義務，無故不為答覆、為虛偽陳述，或不提供資料者，則得科以罰鍰制裁（草案二三〇條一、二項），俾間接強制其履行協力義務。

為使重整程序之進行更加迅速、合理及妥適，草案改善程序機關及其職責。

之更詳細說明，參見許士宦「企業重整法制之新開展」〈月旦法學雜誌〉一五二期（二〇〇八年）五頁。

就管理人而言，因重整程序係管理型程序，將重整人改為管理人，且因其係遂行重整事務之程序主宰機關，改變重整人受限從一定範圍內選任之公司法規定（公司法二九〇條），由法院選任對法人業務有專門知識或經營經驗之自然人或法人為之即可（草案二三四條一項）。再者，一方面要求管理人於重整程序開始時，應儘速以時價評定法人資產之價值，並記載於資產表（草案二三八條一、二項）。此係為使管理人能妥適管理財產，經營業務，並利於試算清算價值，及確定法人有無剩餘財產，決定社員得否行使表決權，並使利害關係人能充分瞭解法人資產狀況，以判斷是否可決重整計畫。另一方面要求重整人於提出重整計畫時應同時提出重整說明書，記載法人業務、財務及資產狀況、財務報表、清算價值及事業繼續經營之成功基礎或廢止之清算必要理由（草案二六〇條一項、二六六條），以利關係人取得法人之相關資訊，就重整計畫妥為評價及判斷。就監督人而言，因重整事務本可由法院直接指揮、監督（草案三二條一項），監督人為法院之輔助機關，且管理人為重大之管理、處分行為，須經監督人同意（草案二四一條），故由法院選任對法人業務有專門知識、經營經驗之自然人或法人為之，並可指定其職務事項（草案二三五條一項、二四〇條一項）。監督人執行查核、監督、聽取及其他法定或法院指定之職務時，管理人應協助之（草案二四〇條二項）。

於重整程序中，為加強事業更生之手段，增設重整計畫可決前之事業讓與及擔保權消滅許可制度，並充實查定責任程序。就事業讓與而言，鑑於事業讓與係企業重建之一重要方法，且有時早期適時讓與始可獲得高額對價，乃明定管理人於重整計畫可決前得讓與法人事業（草案二四一條一項一〇款，參照草案二六五條一項五款），惟為避免不當讓與，反而嚴重損及利害關係人之權益，故限制其為法人或其事業更生所必要時，法院始應予許可（草案二四二條一、二項）。就擔保權消滅許可而言，增訂為法人事業之更生，有除去法人財產上擔保權之必要時，管理人得以書面聲請法院以裁定許可提出標的物價額而消滅該擔保權。管理人依限繳足法院所定價款時，該財產上擔保權全部消滅。該項價款於法院認可重整計畫後，應將之交付管理人，依計畫而為使用；但計畫認可前重整程序終了者，

法院應將之分配於該擔保權人(草案二四三條至二四五條、二六三條一項六款)。據此,管理人得除去法人財產上擔保負擔而予變價或為其他處分,以降低管理成本或適時取得營運資金¹⁶。就查定制度而言,因查定制度之旨趣在於追究企業經營者對於法人依法所負之損害賠償責任,可藉以充實重整法人之責任財產,並謀求利害關係人與重整法人間之公平,故重整程序同於破產程序,充實查定程序(草案二四六條準用一五六條)。

在重整程序中,為保障債權人之權益及避免連續倒產,增訂許可強制執行及提前清償制度。就前者而言,雖然重整債權須依重整程序行使權利,於重整程序開始後,不得繼續或開始強制執行(草案四九條二項、五〇條),但如繼續執行,顯不影響重整程序者,例如對法人閒置或易腐壞財產為執行,為債權人之一般利益及程序經濟,允許債權人聲請法院裁定許可繼續執行(草案二四九條一項);有擔保重整債權人尚未開始強制執行,而其擔保物顯非法人事業更生所必要者,為保持其價值,基於上述同一理由,法院亦得依該債權人之聲請,裁定准許拍賣之(草案二四九條二項)。不過,重整債權人之受償,仍須管理人依認可之重整計畫執行之,故上開拍賣所得價金,執行法院應將之交付管理人(草案二四九條四項),以利其按計畫使用之(草案二六三條一項六款)。就後者而言,下列三種重整債權,於重整計畫認可前,允許法院依管理人或債權人之聲請,裁定許可清償其全部或一部:(1)以法人為主要交易對象之中小企業,其債權如未受償,事業繼續即有困難之虞者(草案二五〇條一項一款)。此類債權提前清償,可避免為挽救大企業而犧牲中小企業;(2)小額債權早期受償,有利於重整程序進行者(草案二五〇條一項二款)。此類債權提前清償,可促進重整程序順利進行;(3)小額債權未予清償,法人事業繼續顯有困難者(草案二五〇條一項三款)。此類債權提前清償,可避免債權人拒絕提供事業重建不可或缺之商品或勞務,故將其債權實質上共益債權化。

16 二〇〇七年八月之草案關於擔保權之限制,雖另新訂特別(超級)優先權制度,但於草案第二稿則予以刪除。參見許士宦,前揭文(註一五)『債務清理法之基本構造』二一八頁至二一九頁。

為促進重整計畫之妥適成立及有效執行，擴大計畫之類型，增設自主協商重整方案，加多表決方式，並採行以債作股制。就重整計畫之類型而言，容認收益清償型（企業存續型）、事業讓與型及清算型等三類型之計畫內容（草案二六一條、二六五條一項五款、二八四條二項），以因應不同事件類型之各種需求，助益於達成債務清理之目的。惟清算型計畫係將法人之事業全部廢止，並將其財產變價而分配於債權人，原係清算方案而非重整方法，故限於重整計畫以繼續事業為內容有困難，且經法院許可後，管理人始得提出（草案二六一條）。就重整方案而言，增訂關係人會議可決管理人所提重整計畫前，各組表決權過半數以上之重整債權人及社員，得以書面向法院及管理人提出重整方案。該方案視為經關係人會議可決之重整計畫（草案二六二條一、二項）。此項規定擴大利害關係人之程序選擇權，即使進入重整程序，仍得於程序外自主協商。就表決方式而言，除了關係人聚集一堂而於會議當場表決之外，亦可以書面表決方式行之（草案二五七條一款、二五九條準用九八條、九九條），俾利表決。就以債作股而言，為降低重整法人之財務負擔及增加新資金投入之誘因，放寬債權人以債作股之限制，增訂重整債權人得以其金錢債權作價繳足承購法人發行新股所需股款，不受公司法或其他法令之限制。但債權人為金融機構者，仍應經中央目的事業主管機關之核准（草案二六五條三項）。

為使重整程序發揮重建更生之效用及重整完成可期，明定重整計畫免責效力之發生時點、客觀範圍及程序終結之時點。就前者而言，重整計畫於法院裁定認可時發生效力（草案二七三條一項），重整計畫生效時，除所載應清償或保留部分及特別規定者外，其餘重整債權及社員權均消滅（草案二七四條一項），而非於重整完成後始生免責效力。不受免責效力所及或影響者，包括（1）罰金、罰鍰、怠金、追徵金、稅捐債務、社會保險之保險費等不免責債權（草案二六四條），（2）債權人或社員因不可歸責於己之事由致未申報之權利（草案二七九條），及（3）債權人對於法人之保證人、提供擔保人或共同債務人之權利（草案二七四條二項）。就後者而言，重整計畫由管理人執行之，原則上於重整程序終結前由

監督人監督執行（草案二七七條一、二項）。以清算為目的之重整計畫，如未能於所定期間內執行完畢，固得由法院延長期限，但不得逾二年（草案二八一條），且於執行完畢時，法院應以裁定終結重整程序（二八四條二項）。至於非以清算為目的之重整程序，則於下列情形，法院應依管理人或關係人之聲請，以裁定終結重整程序：（1）計畫所定程序終結期限屆至、（2）計畫未定終結期限者，於其所定最終清償期屆至、或（3）計畫執行滿三年，情況良好，繼續履行確實可期者（草案二八四條一項、參見二六三條一項三款、二六五條一項一〇款）。

參、自然人及公法人債務清理與國際債務清理之制度新構

一、自然人及公法人債務清理制度之創設

（一）自然人債務清理制度之完備化

1. 自然人和解

為符合費用相當性原理及程序經濟原則，消費者債務清理條例限定其適用對象為五年內未從事營業活動或從事小規模營業活動之自然人（下稱消費者）（條例一條、二條一項），故消費者以外之自然人不能利用該條例所定更生或清算程序清理其債務，僅得利用草案所定和解或破產程序為之。由於自然人之債務清理具有下列特性：（1）自然人之倒產處理須以其人格存在、生活繼續為前提，而無人格消滅之選項；（2）自然人只要保持健康及職業，仍可預期將來相當之收入，而非現在之資產缺乏，連未來償債資源亦不易獲得；（3）自然人之債務多起因於消費活動上收支失衡，而非肇始於事業活動上融資；（4）自然人之負債規模通常較小，其債務清理程序之構造宜予簡略化，而不應利用大規模而繁雜之債務清理程序¹⁷，而有別於以私法人為中心之企業債務清理，草案乃另設符合其特性需求之特別規定，以完備自然人之債務清理制度。茲依自然人和解及自然人破產分別

17 參見許士宦「消費者倒產」『債務清理法之基本構造』二四五頁至二四八頁。

說明之。

消費者所負無擔保或優先權之債務總額如逾新臺幣一千二百萬元，為避免因更生方案認可而被免責之負債過多，對債權人造成之不利益過鉅，且負債額超過上述金額者，益見其債務關係繁雜，亦不適於利用簡化之更生程序債務清理，故條例將之排除於更生程序之適用對象外（條例四二條一項）。此類負債較高額之消費者如欲債務清理而重建其經濟生活，宜利用草案所定之和解程序為之。為此，草案就自然人之和解程序為下列特別規定。

第一，將和解程序機關任意化。因債務人為自然人時，其債務清理通常規模不大，事務較簡，如概予選任專業之監督人，而需另行支付報酬，將增加債務人負擔，故為節省勞費，將監督人改為非必設機關，由法院斟酌情形，得不選任之（草案七五條一項但書）。

第二，明定和解程序進行中，債務人死亡者，其程序視為終結（草案七七條一項）。因和解程序之目的，在使陷經濟困難之債務人，得依此重建型之債務清理程序，清理其債務，謀求經濟生活之重建更生。債務人如為自然人，而於和解程序終結前死亡，即無繼續進行和解程序，以謀經濟生活更生之必要，該程序應予終結，無庸由其繼承人承受。

第三，和解方案得訂定自用住宅借款特別條款¹⁸。條例設有自用住宅借款特別條款（條例五四條、五四條之一），使負有自用住宅借款債務而瀕臨經濟困境之債務人，得於更生方案訂定以延緩清償為內容之特別條款，不致喪失其賴以居住之自用住宅而重建經濟生活。此項制度對使用和解程序清理債務之自然人，亦有加以利用之必要，故準用條例之相關規定（草案九二條四、五項、一〇三條六、七款、一〇六條二項四款、一一六條二項）。

第四，限制債務人之生活程度，實施更生教育。為促使自然人之債務人履行和解方案，並教育其合理消費理念，法院為認可和解方案之裁定時，因和解方案

18 關於自用住宅借款特別條款制度，參見許士宦「消費者更生程序之建制與再構」（註三）一一頁至一四頁、四〇頁至四一頁。

履行之必要，對於債務人在未依和解方案全部履行完畢前之生活程度，得為相當之限制（草案一〇二條二項）。債務人之生活程度一經限制，其即必須遵守，如有違反致和解方案履行困難，即屬可歸責於己之事由，而不得聲請延長履行期間（草案一一六條）；如嗣後經法院裁定開始破產程序，亦可能經法院為不免責之裁定（草案一一八條一項、二一三條一項準用條例一三四條八款），而無法享免責之利益。

2. 自然人破產

現行破產程序由於法律規定不備及實務運作不當，例如債權人只有一人或債務人無財產或財產不足者，不得宣告破產（最高法院六五年台抗字第三二五號判例、司法院二五年院字第一五〇五號解釋）、破產財團之構成採膨脹主義（破產法八二條）、破產免責是否包括未申報之債權並不明確（同法一四九條），實際上未能藉以發揮賦予陷於窘境之自然人重建其經濟生活機會之功能¹⁹。

為使自然人能接近、利用破產、免責程序，以助益於其重新出發而謀求經濟生活之更生，草案放寬程序開始原因，採行費用墊付、一人破產及同時終止等制度。（1）就破產原因而言，除向來之清償不能外，將其擴大至有不能清償之虞情形（草案二條一項、一三四條）。據此，自然人固得藉以早期及時進入破產程序，債權人亦可望因而增加債權滿足之程度。但為免債權人藉此施壓於債務人，在有不能清償之虞時，僅債務人得聲請破產（草案一三四條一項、一三五條一項）。（2）就費用墊付而言，如自然人聲請破產而無資力繳納聲請費、程序費及預納金者，其費用先由國庫墊付，嗣由自然人之破產財團最優先償還，且該債務為不免責債務。如不能償還，則由自然人之自由財產負擔之（草案一二條四項、六項、一七〇條一項一款、一七三條一款、二一三條一項準用條例一三八條六款），從而可避免自然人因無財產支付程序費用等致其破產聲請被駁回（草案一三條）。（3）

19 關於實務見解之檢討、批評，於條例施行前者，見許士宦「破產程序之機能」〈月旦法學雜誌〉九三期（二〇〇三年）二一八頁；於條例施行後者，見曾品傑「論破產法上個人債務清理之實務問題——兼論法國法對於我國實務之啟發」〈東海大學法學研究〉二九期（二〇〇八年）一三三頁。

就一人破產而言，明定裁定破產程序，於債權人為一人時亦得為之（草案一三九條二項），改變審判實務之見解，使債權人僅一人之自然人亦有受破產免責之機會，俾利其重建更生。（4）就同時終止而言，增訂債務人之財產不敷清償破產程序之費用時，法院應裁定開始破產程序，並同時以裁定終止破產程序（草案一四二條一項）。據此規定，即使自然人之破產財團不足清償程序費用之情形，仍應開始破產程序，而不得駁回破產聲請，使自然人有利用免責程序取得免責裁定而重建經濟生活之機會。且因此際自然人之財產已不敷清償程序費用，故為免程序浪費，徒增法院及關係人之勞時費用上負擔，乃同時終止破產程序，而不停止或續行該程序。此項規定，亦在改變向來實務見解，以擴大自然人使用破產免責程序之機會。

為促進自然人早日自力更生，並防免再破產，草案於自然人之破產財團構成改採折衷主義及裁定擴張自由財產制度²⁰，並於破產程序新採更生教育措施。（1）就破產財團之構成而言，現行破產法採膨脹主義，不僅破產程序開始時屬於債務人之一切財產，連破產程序終結前債務人所取得之財產，只要其非專屬權利或禁止扣押財產，均納入破產財團之財產（破產法八二條）。據此，自然人於程序開始後工作所得之收入或其他有償取得之財產，均非自由財產，不僅減損自然人努力工作或獲取新財產之意願，而且因財團不易確定，亦影響財產之分配及程序之進行。為鼓勵自然人努力重生，早日恢復經濟活動，草案就破產財團乃限縮膨脹主義之範圍，使其限於破產程序終了前債務人因繼承或無償取得之財產，而不包括有償取得之財產（草案一五七條一、二項）。（2）就自由財產之擴張而言，為保障自然人重建經濟生活之機會，避免其於破產程序開始後無從維持生活，草案授權法院，依債務人聲請或依職權，審酌債務人之生活狀況、可預見之收入，並破產財團財產之種類、數額及其他情事，以裁定擴張不屬於破產財團財產之範圍（草案一五七條三項）。（3）就更生教育而言，草案增訂自然人聲請破產後，其生活不得逾一般人通常生活程度，法院並得依利害關係人之聲請或依職權以裁定

20 關於裁定擴張自由財產制度，參見「消費者債務清理程序之更生機能」『債務清理法之基本構造』三七一頁至三七四頁。

限制之；債權人聲請破產者，於破產程序開始後，亦同；在破產程序開始前，法院則得依其聲請，以裁定為上述之限制（草案一五〇條一、二項）。此項生活簡樸之法定或裁定義務，分別自自然人聲請破產或裁定開始破產時發生。因破產程序終了後，不管債權人有無受償或受償多寡，原則均使債務人免責（草案二一三條一項準用條例一三二條），故一旦進入破產程序，若仍許自然人繼續奢侈、浪費，則破產程序將有淪為自然人取得免責程序之虞。生活簡樸義務之課予，具有防止破產財團不當減少之作用，因債務人及其家屬之必要生活費用，仍屬於財團費用（草案一七〇條二項）。該項義務之明定，更具有更生教育之意義，使自然人不得再如從前奢侈、浪費。因破產免責制度之所以賦予自然人重獲新生，重建經濟生活之機會，亦鑑於可借用該制度以教育自然人，使其了解經濟瀕臨困境多肇因於過度奢侈、浪費之生活，故應使其學習簡樸生活，而不得逾越法定或裁定之生活程度。若自然人違反上述義務，則破產程序終了後不予免責（草案二一三條一項準用條例一三四條八款），藉此間接強制，以確保自然人遵守生活程度之限制及接受更生教育措施。

為改善現行破產免責制度之缺失，而使其合理化，草案改採裁定免責及債務消滅主義、擴大不免責事由，新採裁量免責制度²¹、明定免責效力，增訂不免責債務、免責程序中個別執行禁止原則及免責撤銷制度。（1）就免責方式及效果而言，規定：法院於終止或終結破產程序之裁定確定時，原則上應以裁定免除債務人之債務（草案二一三條一項準用條例一三二條），改採裁定免責及債務（權）消滅主義，而不採用現行法之當然免責及請求權消滅（自然債務）主義（破產法一四九條）。此係為配合不免責事由之擴大，以及採行裁量免責制度，且為使免責確能發生更生之實效，俾自然人經濟上得以復甦，而保障其基本生存權利。（2）就不免責事由而言，規定下列情形為不免責事由：已申報債權人全體同意終止破產程序、七年內曾獲免責、虛報債務、隱匿財產、過度奢侈或投機、隱瞞破產原因而為交易、故意偏頗行為、匿毀偽變文件或其他故意違反法定義務者（草案二

21 關於裁量免責制度，參見許士宦『債務清理法之基本構造』三八二頁至三八六頁、五二二頁至五三〇頁。

一三條一項準用條例一三四條、草案二一三條一項但書)。以上所定事項或為防止道德危險，或實質上侵害債權人之行為，或係妨礙破產程序之順利進行，故將之列為不免責事由，只要具有上述事由之一，法院即應為不予免責之裁定。有無不免責事由，法院應依職權調查；為保障關係人之程序權並利於調查，債權人主張債務人有不免責之事實，應負釋明責任，惟債務人應協助調查，法院得命管理人調查，並應使債權人及債務人有到場陳述意見之機會(草案二一三條一項準用條例一三六、草案二一三條二項)。如債務人有多數不免責事由，法院於不免責裁定均應予載明，該裁定並具羈束力(草案二一四條)，避免債務人再聲請免責時，法院另以其他不免責事由予以駁回，致生突襲。(3)就裁量免責而言，即使自然人具有上述不免責或撤銷免責事由，其情節輕微，法院審酌債權人受償及其他一切情狀，認為適當；或不免責或撤銷免責後，債務人繼續清償，而各該債權人受償額均達其債權額百分之二十以上者，法院得裁定免除其債務或不撤銷免責裁定(草案二一三條一項準用條例一三五條、一三九條但書、一四二條)。在前者情形，因免責制度係經濟陷於困境債務人最後之救濟手段，雖其有不免責或撤銷免責事由，仍宜授權法院裁量是否免責，以利自然人更生而重新出發；在後者情形，自然人已努力清償，且此際債權人之權益亦獲相當程度之保障，宜賦予自然人更生機會。法院為裁定時，仍應斟酌自然人不免責或撤銷免責事由之情節，債權人受償情形及其他一切情狀，而為准駁，並非當然予以免除債務。(4)就免責效力而言，為達到免責制度促進自然人經濟上復甦之目的，明定免責裁定之效力不僅及於已申報及未申報之全體債權人，而且及於債務人之保證人，為其提供擔保之第三人及其他求償權人。惟為平衡保障破產債權人之權益，同時明定免責之效力不影響債權人對於債務人之保證人、為其提供擔保之第三人及其他共同債務人之權利(草案二一三條一項準用條例一三七條一、二項)。(5)就不免責債權而言，明定債務人之下列債務，不予免責：罰金、罰鍰、怠金、追徵金、稅捐及國庫墊付之費用、社會保險之保險費、因故意或重大過失侵權行為所生損害賠償債務、破產程序開始前六個月內所積欠之勞工工資、法定扶養費、家庭生活費

及贍養費、因不可歸責事由致未申報之債權同於已申報債權受償比例之額度（草案二一三條一項準用條例一三八條、草案二一七條）。此等債務，或性質上不宜免責，或為平衡保障債權人之需要，或基於保護勞工及維護倫理之需求，均列為不免責債權，以免影響國家財政上負擔，並貫徹社會正義。（6）就禁止強制執行而言，為確保自然人之經濟生活更生機會，明定於免責與否之裁定確定前，債權人不得基於破產債權對於債務人聲請強制執行（草案二一六條），避免在免責程序中自然人之自由財產遭強制執行，減低以破產程序開始後新取得財產重建其經濟生活之效用，且若允許執行，於將來免責裁定確定，將衍生已受滿足之破產債權是否違反免責效力而構成不當得利，滋生困擾。（7）就免責撤銷而言，自免責裁定確定之翌日起一年內，發見債務人有虛報債務、隱匿財產或以不正當方法受免責者，法院得依債權人聲請或依職權以裁定撤銷免責裁定（草案二一三條一項準用條例一三九條），避免自然人因不誠實行為而獲債務解免之利益。免責撤銷後，債權人雖回復其債權，但免責後至撤銷前對債務人取得之債權有優先受償權（草案二一三條一項準用條例一四三條），以公平保障債權人之權益。

為使自然人得迅速解除其因破產所受公、私法上資格、權利之限制，回復其法律上之地位，草案於復權制度放寬聲請復權要件，增訂只要免責之裁定確定，債務人即得聲請復權（草案二一八條三款），俾利其早日回復成為經濟社會之健全成員，以貫徹免責制度之旨趣，而促進更生。而且，自破產程序終止或終結之翌日起滿五年，債務人亦得聲請復權（草案二一八條五款），使自然人盡可能回復正常之社會、經濟生活，避免其所受限制過久甚至終其一生不得復權。

（二）公法人債務清理制度之新設

關於直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）等地方自治團體或其他具公共機能之公法人有無和解或破產能力，向來為學說所爭論。惟此等團體或公法人由於經濟蕭條或其他原因致財務陷於困難，甚至發生不能清償之情形，日漸增多，於此情形，若不能透過稅收劃分、稅賦徵收，或由上級機關、主管機關之補助、捐助，

或以其他方式予以解決，亦有債務清理之需要。美國為解決其地方自治團體之財政危險，自一九三四年起，於其倒產法中即增訂有關地方自治團體之債務調整程序，嗣經數次修正，已成為該法之永久性部分²²。草案為處理上述公法人之債務清理，乃參考美國法之規定及其實施經驗，並配合我國社會之獨特需求，增設專章規範公法人之債務清理。

公法人各有公共機能，於其不能清償或有不能清償之虞而進行債務清理時，不應同於未具此機能的一般自然人或私法人所得利用之程序。易言之，公法人之債務清理不宜適用清算型債務清理程序之破產程序，避免其財產遭受清算或法人人格消滅，致統治權行使及施政上造成混亂，妨礙公共事務之進行或損及公共利益；其雖適宜利用重建型債務清理程序，以維持法人格而不妨礙政務推展，但單純採取和解程序，不能滿足關涉公共利益保護的債務清理程序所需求之重建機能；而完全採行重整程序，亦因該程序屬管理型程序，而不符合有關政務仍宜由公法人繼續處理之自治要求，故為簡易迅速、經濟處理公法人之債務，原則上採取法院之和解程序（草案二八七條一項、二九六條），但為加強其更生重建功能，同時納入部分重整之手段（草案二八九條至二九二條）（以下稱公法人和解程序）²³。

為避免公法人和解程序被濫用，並保障債權人之權益，草案明定該程序之適用對象。可利用公法人和解程序之債務人，限於中央或地方機關及依法為公法人而遂行公共目的者。例如上述之地方自治團體及公營事業不採公司或社團組織而分別隸屬於中央或地方機關者，除非法律有特別規定，否則僅得依該程序清理債務，而不得利用重整或破產程序為之（草案二八七條一項）。至於人民團體、金融機構，採公司或社團組織之公營事業或其他無關人民生活必需之公營事業，性質上同於同類之民營事業，無特別予以保護之必要，其仍得利用重整或破產程序

22 關於美國地方自治團體之債務調整程序，參見黃義豐『公法人破產之研究——有關地方自治團體宣告破產之理論及實務運作』（一九九九年）三頁以下；鄭有為「論公法人破產」中央大學『全國破產與重整法制研討會』（二〇〇五年）一九一頁以下。

23 許士宦，前揭文（註一）『債務清理法之基本構造』一三頁。

清理其債務。且為避免妨礙公共事務之進行，限制該和解程序之聲請人為債務人。亦即，此項程序之開始，須經債務人提出和解聲請（草案二八七條二項），法院既不得依職權開啓程序，其債權人亦不能為聲請。

一般之和解程序係監督型程序，雖然債務人之業務及財產仍由其自己經營、管理及處分，但須受監督人之監督、控制（草案七八條、八二條至八四條）。公法人為遂行其公共目的，不僅可能需要管理、處分其財產，而且可能必須推展其政務或業務。此等政務或業務即使於債務清理程序當中，仍宜由公法人自行繼續處理，始能保障其政治或政務之執行機能。為此，草案就公法人之和解程序機關，即監督人改為非必設機關，且將其職務內容授權法院就個案審酌情況決定之。亦即，法院於裁定開始和解程序後，有監督公法人財務處理或其他必要時，始選任律師、會計師或其他適當之自然人或法人一人至三人為監督人，並決定其職務（草案二八八條一、二項），而明確監督權限、方法及範圍，藉以符合公法人之事務特殊性需求，防免加諸過多限制，致妨礙其政務或業務之推展。

再者，公法人所有之財產，倘其係為推行公務所必需或其移轉違反公共利益者，屬於不得強制執行之財產（強執法一二二條之三），應限制公法人之處分權，使其不列入和解程序所得處分之財產，以免妨礙公共事務之進行或損及公益；反之，倘其非公用財產，或非屬推行公務所必需或其移轉無違反公共利益之公用財產，則應擴大公法人之處分權，使其依經認可之和解方案為處分時不受國有財產法、土地法或其他法令有關處分規定之限制（草案二九五條），以利債務清理程序之進行。此等公法人和解程序上債務人處分權之限制或擴大，亦係基於公法人事務本身之特殊性，在不影響其發揮公共機能之範圍內，儘可能促進公法人之財產處理，有效達成債務清理之目標。

為加強公法人和解程序之重建更生機能，草案就其增訂下列措施，使其異於一般和解程序：

第一，對有擔保或優先權之債權，亦施加權利限制，要求其依和解程序行使（草案二八九條）。不論和解方案是否為清算式方案，此等權利與其他普通債權

相同，均受和解程序之限制，不得對於債務人開始或續行訴訟及強制執行程序（參見草案五〇條）。據此，儘可能利用同一債務清理程序一舉清理公法人所負全部債務。然為顧及程序上不同種類和解債權人之權益保障，乃比照重整程序，視其有無優先受償權、擔保物權，而將之區分為優先和解債權、有擔保和解債權及普通和解債權等三類；且於債權人會議時，債權人亦按上述各類而分組行使其表決權（草案二九〇條一項、二九一條一、二項）。有擔保和解債權額超過擔保物之價值時，其超過部分為普通和解債權；如和解方案對有擔保債權未為全部清償者，該組之決議應經表決權總額三分之二以上同意（草案二九〇條二項、二九一條二項）。

第二，為加速程序進行，並助益公法人債務清理，採行逕行認可原則。亦即，和解方案未經債權人會議各組可決時，法院得依公正合理之原則，提出調整方案，命債權人會議於一個月內再行議決；或修正和解方案，逕行以裁定認可之。其再行決議仍未可決者，法院亦得修正和解方案，逕以裁定認可之（草案二九二條一項）。不過，為使和解方案之內容更加妥適週延，而保障利害關係人之權益，明定法院修正和解方案，逕行認可時，對債權人會議不同意之表決組，訂定權利保護條款，以維持其清算價值（草案二九二條二項），並使利害關係人有陳述意見之機會（草案二〇條二項）。

不過，為免債務人濫用上述公法人和解程序，保障債權人之實體利益及程序利益，並維持程序經濟，草案於下列情形，賦予法院依債權人聲請或依職權終止該程序之裁量權：（1）債務人不受監督人之監督，或有妨害其職務之行為，影響和解程序進行，於法院訊問時，無正當理由不到場或關於其行為不能說明正當理由；（2）未依限提出和解方案、無正當理由不出席債權人會議或不回答詢問，或為虛偽陳述、不遵守法院之裁定或命令致和解程序無法進行；（3）和解方案未經債權人會議可決或法院不予認可（草案二九三條一項）。為使債務人之上級機關、主管機關及監督機關知悉此項終止情事，要求法院並將終止裁定送達之（草案二九三條二項）。由於公法人具有公共機能，不宜使其法人格消滅，故於上述和解

程序終止情形，並不採程序轉換制度，法院不得據以裁定公法人開始破產程序(參見草案八六條二項、九四條、一〇〇條、一〇五條一項)。

由於公法人為遂行其公共目的，不宜適用破產程序清理債務，故其於和解方案生效後，縱不履行和解方案，法院亦無從裁定開始破產程序，以促使其履行(參看草案一一八條一項)，故公法人之和解程序不置監督履行制度，其程序於和解方案生效時終結(草案二九四條一項)。和解方案生效後，公法人不履行和解方案者，債權人得以之為執行名義，聲請強制執行(草案二九六條準用一一七條)，但不得聲請法院裁定公法人破產。惟如公法人係以不正當方法使和解方案可決，或有虛報債務、隱匿財產，或對於債權人中一人或數人允許額外利益，情節重大者，法院仍得依債權人聲請，撤銷該和解方案(草案二九四條二項)。和解方案經撤銷時，債權人之債權即回復，而其因公法人履行該方案所受之清償，及已進行和解程序之效力(如雙務契約之解除)，均不受影響。

二、國際倒產制度之建構

伴隨經濟活動國際化之發展，於債務人開始債務清理程序之場合，亦發生國際性問題。例如已倒產之我國企業或自然人在外國或大陸、香港或澳門(以下稱外國)既有資產，亦負有債務；反之，已倒產之外國企業或自然人在我國亦有資產及負債。於此等情形，基於國家主權之國際法上原則，因裁判上債務清理程序係一國司法權之行使，故其效果僅止於國內。然而，對此若置之不問，則倒產債務人之資產不免散失，不能謀求債權人之有效及公平救濟，而且債務人事業之具實效性重建或營業之一體化讓與亦難以達成。因此，即使於國際倒產事件，為達成債權人集團性滿足之最大化及公平化及事業重建等債務清理程序之目的，各國間之國際協力乃屬不可欠缺。而實現此種國際協調之架構，即係國際倒產立法之中心課題。我國現行法採屬地主義，明定外國之和解或破產程序對於債務人在我國之財產不生效力(破產法四條)，通說據此並認為我國之和解或破產程序對於債務人在外國之財產亦不生效力。此項原則固具有不使債務清理程序複雜化而可

於短期間終了之優點，且因以前我國保有國外資產者較少，將資產移轉至外國亦不容易，故欠缺採行國際協調主義之必要性。但現代我國經濟發展已有全球化趨勢，海外貿易、投資飛躍增大，上述原則無視於債務清理程序之對外效，橫跨複數國之一體性債務清理之必要性，已成為亟待改善之問題點。為解決、克服此項問題、課題，因應企業或自然人經濟活動國際化、全球化之需求，平衡保障各國債權人之公平受償，促進社會經濟之健全發展，增益跨境貿易及投資，強化及時司法互助與合作，草案乃參考歐盟倒產條約、聯合國國際貿易法委員會之國際倒產模範法及美、德、日、瑞等國相關立法例²⁴，增訂專章予以處理²⁵。

草案廢止屬地主義，改採國際協調路線，首先明定非我國之自然人、法人或非法人團體於我國之債務清理程序之地位，與我國之自然人、法人或非法人團體相同（草案四條），以貫徹平等原則，而不採相互主義。其次明定債務清理事件之國際審判管轄權，以債務人在我國有事務所、營業所、住所、居所或財產為條件，我國法院始對其債務清理事件取得債務清理管轄權（草案七條一項）。此項直接管轄所考慮之連繫因素，於承認外國債務清理程序所需國際審判管轄權（間接管轄權）亦為相同考量（草案二九九條一項一款），避免債務清理事件在與其毫無關係之國家進行，而不能為適切之處理。

關於我國債務清理程序之對外效方面，草案雖未明文規定我國債務清理程序之效力及於債務人在外國之財產，但其係以此為當然前提（草案三〇四條之立法理由）。據此，於和解、破產或重整程序開始後，債務清理程序之財產（和解、破產、重整財團）包括債務人於國內、外之財產。只是此項對外效力之現實化，

24 關於歐盟之倒產契約，見貝瀨幸雄『ヨーロッパ連合倒産条約の研究』（二〇〇〇年）八頁以下；同『國際倒産法と比較法』（二〇〇三年）一頁；高木新二郎『倒産法の改正と運用』（二〇〇〇年）二五一頁以下。關於聯合國國際貿易法委員會之國際倒產模範法及日本之外國倒產處理程序承認援助法，見山本和彦『國際倒産法制』（二〇〇二年）一頁以下。關於美國之國際倒產法，見福岡真之介『アメリカ連邦倒産法概説』（二〇〇八年）三三四頁以下。關於德國之國際倒產法，見木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』（一九九九年）一七一頁以下。關於瑞士之國際倒產法，見劉鐵錚『瑞士新國際私法之研究』（一九九一年）一頁以下，特別是一八九頁以下。

25 依草案第三一九條規定，大陸地區及香港、澳門地區法院債務清理程序之承認，準用該草案第六章之規定。

仍須該外國承認我國債務清理程序而已。不過，草案明白授權我國債務清理程序之監督人或管理人，使其得代理已申報之債權人參加債務人在外國之債務清理程序（草案三一六條二項），以減輕國內債權人至外國申報債權之勞時費用上負擔；並明定債權人之債權在外國債務清理程序已受或將受清償者，應俟其他債權人同順位債權受償額度達同一比例或提供相當擔保，始得再受分配或領取（草案三一八條）。因我國債務清理程序效力及於債務人在外國財產之結果，該在外國財產亦應成為清理之對象，且從外國財產受滿足或從國內財產受滿足二者在法律上等價，故債權人在我國債務清理程序開始後，倘對於債務人在外國之財產行使權利而受清償場合，其在該國內程序同順位之其他債權人受同一比例之清償前，不能再受清償、分配。

關於外國債務清理程序之國內效方面，草案採取緩和之普遍（及）主義即承認主義，以經我國法院裁判予以承認為條件，外國債務清理程序始於國內發生效力（草案三〇四條一項），而非自動承認。（1）就承認要件言，只要以重建或清算為目的，由外國法院管理或監督之集團性債務清理程序，包含和解、再生、重整、破產、特別清算等債務清理程序，以及外國行政機關所行債務清理程序，相當於我國之和解、破產或重整程序者，均可成為承認之對象（草案二九七條一項、三二〇條）。惟該外國債務清理程序，倘依我國法律外國法院或行政機關無管轄權、不當損及國內債權人利益或有背我國公共程序或善良風俗者，則不予承認（草案二九九條一項）。又，緩和相互主義，縱外國債務清理程序之所屬國不承認我國之債務清理程序，法院仍得斟酌情形，視其承認是否有利於債權人利益保護等而為決定，非斷然拒絕承認（草案二九九條二項）。（2）就承認程序而言，原則上限於外國債務清理程序之監督人或管理人始得聲請，且須附具一定文件，並載明其國內處理事務之代理人（草案二九七條二項、二九八條一、三項）；該聲請事件專屬台北地方法院管轄；法院以裁定程序審理之，於裁定前得依利害關係人之聲請或依職權為必要之保全處分；法院為承認裁定者，應公告之（草案二九七條一項、三〇一條一、二項、三〇三條）。（3）就承認效果而言，原則上經承認

之外國債務清理程序之程序及效力依該外國之法律規定，且溯及於外國開始程序時發生效力（草案三〇四條二項、三〇九條一項），但就債務人在國內財產之處分、分配及移出我國境外，則須聲請我國法院裁定許可；如該聲請有不當損及國內債權人利益者，法院應不予許可；未經法院許可所為上述行為不僅無效，且對擅移財產出境者，科處刑事制裁（草案三〇四條二項但書、三〇五條、三二八條）。此係為保護國內債權人之利益，使債務人在國內財產之處分、分配及移出境外，均應事先聲請法院裁定許可。（4）就承認撤銷而言，經承認之外國債務清理程序如欠缺承認要件、該程序已經終止或撤銷，或其監督人、管理人或債務人有重大違反法定義務之情事，法院即應依聲請或依職權撤銷承認（草案三一〇條）。

為妥適處理國際債務清理事件，關於其應適用之實體法即準據法，草案為下列特別規定。（1）外國債務清理程序對於勞動關係所生效力，如依我國法律對受僱人較為有利者，則適用我國法律（草案三〇六條），以保障受僱人權益，貫徹保護勞工政策。（2）債權人之抵銷權，依其債權所應適用之法律，於債務清理程序開始時得行使者，不因外國債務清理程序之開始而受影響（草案三〇七條），以保護債權人之權益，發揮抵銷權之擔保機能。（3）法律行為之撤銷要件，雖依外國債務清理程序開始國之法律規定，但受益人或轉得人證明法律行為原應適用其他國家之法律不得撤銷者，則適用該法律行為之準據法（草案三〇八條），以保護國際貿易等交易之安全，避免受益人或轉得人遭受不測之損失。

最後是複數程序之調整及並行倒產之解決。雖然複數國對於同一債務人均進行債務清理程序，難免有害於財產上有效率管理變價、債權人之平等受償、債務人之事業重建等債務清理程序目的之達成，但過分限制國內程序之開始，可能損及國內債權人之利益。故在普遍主義尚未為各國奉行之際，仍有必要採行外國債務清理程序之承認不妨礙國內債務清理程序開始之權利，以及國內債務清理程序之效果優先於外國債務清理程序承認之效果等原則。為此，草案明定在我國已有債務清理聲請者，於其裁定確定前應停止外國債務清理程序聲請承認之程序，除非該程序之承認有利於國內債權人（草案三一四條一項），據此避免在國內有二

債務清理程序，某程度維持一債務人一程序及國內程序優先之原則。並且規定債務人經外國開始債務清理程序，即推定其在我國有債務清理程序開始原因之事實，且賦予外國監督人或管理人聲請權，使其亦得向我國法院聲請裁定債務人開始債務清理程序（草案三一三條一、二項），以利我國開始債務清理程序。惟如外國債務清理程序發生於債務人之主要財產所在地，承認該程序較有利於國內債權人，且在我國開啟另一債務清理程序，將造成程序重複，而有害於法院及利害關係人之勞時費用，則法院得於承認外國程序時，駁回國內程序之聲請（草案三一四條三項）。又，為貫徹國內程序優先原則，草案明定經承認之外國債務清理程序並不影響我國債務清理程序之開始及進行，我國法院裁定開始國內程序後，並得裁定停止經承認外國程序之進行（草案三〇四條二項但書、三一五條一、二項）。再者，於並行倒產即國內債務清理程序及經承認之外國債務清理程序並存情形，為維護債權人平等原則，限制債權人在外國債務清理程序中已受償或將受償者，於國內債務清理程序應俟他債權人同順位債權所受分配程度與其同一比例後，始得再受分配或領取（草案三一八條一、二項）；且為調整該二程序，避免財產散逸或程序間之摩擦，除了賦予各該內、外國債務清理程序之監督人或管理人有代理已在其程序申報之債權人參加另一（外、內國）債務清理程序之權利（草案三一六條一、二項），並使其彼此相互間負有資訊提供及其他必要協助之義務，而且使外國監督人或管理人在國內程序之債權人會議或關係人會議得陳述意見（草案三一七條一、二項），以保障其程序參與權。

肆、結語

草案因應自然人、私法人及公法人等主體屬性之不同，分別就其倒產處理，建構適合其特性需求之債務清理制度，既對現行之和解、破產及重整等程序進行增修重編，又新設公法人債務清理制度及國際倒產法制。在以私法人為主之企業債務清理制度方面，不僅擴充工、商業會和解作為裁判外債務清理程序，而且納入重整程序以健全裁判上債務清理程序。雖然就裁判上債務清理程序仍維持複數

程序型，但已充實清算型之破產或重建型之和解、重整兩者間或後者彼此間之程序轉換措施。而且為債務清理事件之類型處理，於和解及重整程序則明確兩者之任務分擔，使其分別適用於中小型企業及大規模企業之重整。再者，為使各該程序確能達成債權人公平受償及債務人事業或經濟生活之更生等程序目的，就和解、破產及重整之債務清理實體法及程序法均大肆改革，進而引進國際倒產制度，以應付企業或自然人經濟活動國際化之新需求。

鑑於消費者債務清理條例所定更生及清算程序之適用對象限於一定之消費者，且於其負債額逾越一定程度時又將之排除於更生程序外，草案乃充實自然人之債務清理程序。於自然人之事業或經濟生活重建方面，固新增自用住宅借款特別條款制度，使利用和解程序者得確保賴以居住之自用住宅；於自然人之財產清算方面，則設計更為簡易、有效之破產程序，並使免責制度及復權程序更加合理化，藉以促進自然人經濟生活之更生，而完備化自然人之債務清理制度。不過，於裁判外之協商程序或其他債務清理程序，則未如消費者或企業倒產般設有規定，仍付闕如。至於公法人之債務清理，雖不宜以破產程序為之，但亦不能僅循和解程序處理，故酌採重整程序中強有力之更生手段，並調整和解監督之方式，以符合公法人事務之特殊性需求，而構築重建型之公法人債務清理程序。

〔第一場〕

會 議 紀 錄

第 70 屆司法節學術研討會

第 1 場會議紀錄

時間：104 年 1 月 8 日（星期四）上午 9 時 20 分

地點：國家圖書館國際會議廳（臺北市中正區中山南路 20 號）

主持人：蘇副院長永欽

報告人：許教授士宦

與談人：沈教授冠伶、李庭長彥文、劉教授連煜

蘇副院長永欽（主持人）

各位嘉賓大家早！司法節是一年一度非常重要且溫馨的聚會，所有司法界檢、審、辯的先進碩彥齊聚一堂，堪稱年度內無其他可與相比之集會。因與會嘉賓極多，請各位先進原諒我不一一誦名。很榮幸擔任今日上午學術研討會的主持人，本次討論主題是債務清理法制之新進展，具體的內容就是債務清理法制的重大修正。如果各位先進仔細觀察，從上個世紀末，我國法制隱然形成再法典化的運動，在很多領域都可見到在既有的法制基礎上作重大翻新之情形，從理念到規範基礎所在多有。有的變動很大，甚至從理念到技術面整個翻轉。債務清理制度雖被注意較少，但變動程度極大，堪稱為再法典化且值得關注的法律，是一個很好的選題，今日諸多先進在場，恰得以進行深入的討論。

破產法從民國 24 年公布施行至今，快滿 80 歲了，司法院決定大幅翻新也已 20 多年，其中遇到立法院屆期不連續等諸多問題，故迄今尚未完成修法。舊法制定於農業社會，基於非常單純的契約嚴守、債務必須履行、債務不能清償須破產等傳統觀念，相較今日社會已巨幅變動，舊法的規範面顯已不足，工具過少，程序相對粗糙，效果又僵硬，幾乎是零和遊戲。堅持舊思維的結果就是債務人不能更生重建，債權人不能儘

速最大化受償，司法則背負著罵名，所以這個制度今日一定要改革。誠如剛剛院長致詞所言，過去的卡債風暴某程度也突顯了此一困境，所以趕緊制定消費者債務清理條例解決急迫的問題。然而若要澈底解決前述問題，整個破產法必須全面更新，個人認為現在就是一個極好的時機。司法院民事廳負責破產法的研修工作，也邀請到最好的專家負責研修工作，就是今日在場的報告人臺灣大學許士宦教授，及按草案規劃之和解、破產、重整程序，依序與談之臺灣大學沈冠伶教授、最高法院李彥文庭長及政治大學劉連煜教授 3 位與談人。許教授報告的重點將就整部法律的精神、重點與過去法律不同之處，及有如何之創新，作一畫龍點睛的提示。不耽誤各位寶貴的時間，現在就請許教授為我們說明。

許教授士宦（報告人）

主持人、與談人、各位來賓大家早！今日報告債務清理法草案的相關規定，可說具有重大的意義。因為這涉及我國民事程序制度，也可說是完成民事司法制度世紀性大改革的最後一塊版圖。在 1996 年強制執行法全面修正，1998 年制定新的仲裁法，1999 年至 2003 年民事訴訟法、2005 年非訟事件法亦均全面修正，遑論 2007 年智慧財產案件審理法及 2012 年家事事件法的新制定。其實關於債務清理的情形，2005 年雙卡風暴發生，為了協助消費者經濟生活重建，於 2007 年制定消費者債務清理條例，2012 年對該條例進行重大修正，使目前陷於多重債務的消費者，大概均可透過更生或清算程序獲得重建更生。依統計資料，清算程序百分之五十以上的債務人可獲得免責，開始更生以後 8 成以上可以得到法院裁定認可更生方案，得以重建其經濟生活，某程度已解決消費者的債務清理問題。但除了消費者以外，經營事業的自然人，或企業的債務清理，在現行的破產法之下卻是無法發揮功能。觀察統計資料，2004 年至 2013 年這 10 年期間，公司解散清算者，最近 6 年每年均有 4 千件以上，而這 10 年來，法院准許重整的事件僅 23 件，破產事件僅 398 件，和解事件經許可和解者更僅 6 件。所以在臺灣不論是中小企業或者大型企業，於經營困難時想要透過法院的債務清理程序來加以處理，幾乎不太可

能。故在各種金融風暴與經營困境之下，對臺灣的經濟發展影響重大。債務清理制度某程度是社會經濟的制度基盤，應該清算的事業必需盡速清算，應該重建者能夠早日更生，這樣才能使社會上有限的物力、人力獲得有效率的利用。

1993 年司法院組成破產法研究修正委員會開始進行研修，2004 年提出第 1 版的修正草案，後因立法委員改選，屆期不連續，致草案退回司法院。期間因卡債問題發生，司法院提早制定完成消費者債務清理條例。嗣於 2009 年破產法提出第 2 版修正草案，再於 2014 年 12 月提出第 3 版修正草案，並更名為債務清理法。以下簡單說明債務清理法的法理及其基本結構，至於如何更進一步以臻完善，待制定完成後經實務驗證再為討論。

首先說明債務清理法的基本架構，草案先區分自然人及企業的債務清理，因為消費者也是自然人，然而消費者債務清理條例適用的對象為 5 年內未從事營業活動或從事小規模營業活動之自然人，其他自然人則未能適用，且剛才已說明其他自然人幾乎不可能依現行破產法的和解或破產制度獲得更生。所以如何使消費者以外之自然人也可以利用和解或破產程序重建其經濟生活是首要面對的課題。至於中小企業或大規模的企業要利用重整、和解或破產程序來重建其事業或公平清償各債權人，依現行法制亦無從充分發揮其功能，所以前述二者是本法首先要加以解決的課題。自然人與企業有何重大不同？因自然人無人格消滅的選項，其生活及人格必須繼續，且自然人破產除消費外可能尚有其他變故。若自然人身體健康，多少會有收入，即尚有清償能力，且其債務通常不會像企業那麼龐大，故自然人的債務清理與企業債務清理之法理、結構有所不同。企業的債務清理亦要區分大規模與小規模的企業，大企業之資本額為 1 億元以上，其債權人、員工眾多，與中小型企業的債務清理須為不同之處理。除了私法人的企業之外，臺灣公部門逐漸也有財政困難的情形，涉及地方制度的法人或公法人，如果負多重債務時，也應加以處理。所以公法人債務清理問題也要加以面對。另有關國際性的債務清理

事件，例如債務人在臺灣但其在國外有資產，或債務人在國外但在臺灣有資產，涉及國際化的問題。原破產法採屬地主義，已不符國際潮流，所以國際性的債務清理也是要加以面對的問題。本次破產法修正草案希望能將上述問題均加以處理，可說是破產法從 1935 年至 2014 年近 80 來的重大改革。重整程序從 1962 年訂於公司法，也是近 50 年來最重大的改革。誠如蘇副院長所言，債務清理法之修正某程度屬於法典再造，是所有民事程序法中變革最大，修正幅度最大的新法典。

以下簡單介紹債務清理法如何設計，有關和解、破產、重整均屬法院所處理的債務清理程序，債務清理事件進入法院之前是否要先進行裁判外的債務清理程序，草案保留商會和解，並擴大成為工、商業會和解，此係法院外的債務清理程序，與消費者債務清理制度有些類似，因消債程序於法院處理之前，須先經過金融機構的協商，或者法院、鄉鎮區公所調解，但消債條例採前置程序，非經該前置程序不得進入法院進行更生或清算程序。但企業的債務清理並未採前置程序，亦即是否採用工、商業會和解，是由債務人自行選擇。債權人如果不想利用亦可聲請法院進行破產或重整。如果願意採用工、商業會和解，就必須儘可能使其有效、專業且迅速達成債務清理之目的。故本草案設計了特別的制度，例如所有普通債權人於進行工、商業會和解時，即必須依程序規定行使權利，不得再對債務人財產加以強制執行，但擔保權人及公法上債權並不因此而受限制。而為了使債務人能夠重建其事業，擔保權人於拍賣擔保物時，債務人可提出該拍賣標的之價額以消滅擔保權，避免債務人喪失重要資產而不能繼續經營。另工、商業會和解採專業和解制度，即該和解程序須委任律師、會計師等專業人士參與、監督及協助債務人提出和解方案。另工、商業會和解採司法審查，和解方案經主席簽名後，須送管轄法院裁定認可後始生效力，由法院進行事後監督及審查，以確保和解程序及和解方案之公正、合法及妥適。法院認可後發生效力，如果債務人不自動履行即可做為執行名義，聲請法院強制執行。債務人若不履行，債權人甚至可聲請法院裁定債務人開始破產程序。故裁判外的債務

清理與裁判上的債務清理具有某程度的銜接性。儘可能使裁判外的債務清理程序能夠成功，如果不能成功，亦要很快的轉換為裁判上的債務清理程序來加以處理。以上是有關工、商業會和解，裁判外債務清理程序的新建構。

其次本草案將和解、破產、重整等裁判上的債務清理程序加以重編及整體設計。有以下幾個基本原則，第 1 個原則是採取複數程序型，而非單一程序型之程序，不像法國或德國般一開始不區分是清算或重建，由債權人會議決定要採清算或重建。為何要採複數型程序，因為由債權人或債務人選擇清算型的破產或者重建型的和解、重整，使其有選擇權，才不會因不知法院或債權人會議最後會選擇何種程序，以致瞻顧不前貽誤時機。且不同程序因目的不同亦較容易設計，現行制度有 3 種程序，若要當成 1 個程序處理，修正幅度亦恐過大。基於上述考量，故採複數程序型，即保留和解、重整之重建型債務清理，原則上讓事業繼續存在，以事業之收益做為債權人之受償。破產屬清算型，將債務人財產即破產財團由管理人加以變價後公平分配給債權人。

第 2 個原則是複數程序如何利用，由債務人甚至債權人選擇。第 1 層次程序選擇權由債權人或債務人於聲請時選擇；第 2 層次程序選擇權由法院決定，如同一債務人有 2 種以上的程序聲請，例如規模較大之公司，因多數債權人不同之喜好程度及不同習性，可能同時有重整、破產或和解之不同聲請，若當事人意見不一致，則由法院裁量，到底何種程序對債務人、全體債權人甚至對社會經濟最有幫助。若法院裁定開始破產程序後，債務人及管理人認為進行重建比較適合，可以聲請調協。調協方案經債權人會議可決，並經法院認可後，也可由破產轉為重建型程序。或者法院裁定開始和解程序，或裁定開始重整程序，可是債權人會議就和解方案，或者關係人會議就重整方案表決不通過，就轉入破產程序處理。又或者和解程序進行到一半，考慮債權人會議可能不會同意，或擔保權人要拍賣抵押物，和解程序不能繼續進行，若符合一般債權人利益，也可聲請法院裁定改行重整程序。原則上雖採程序一元化的精神，

某程度亦保留程序轉換制度，在此意義之下，到底要採取何種程序進行債務清理，第3層次是由債權人會議或關係人會議來加以決定。

第3個原則是事件類型化的問題，也就是除為自然人設計較簡易的破產程序之外，即使是企業的債務清理，依方才所言可能是小規模及大規模的企業，須為不同之處理。臺灣較多的企業是中、小企業，非常有活力，需要面對競爭，所以就對其設計強而有力的和解程序，大規模企業就對其設計重整程序。和解與重整有何不同，第1點、和解程序適用於所有的債務人，重整程序僅適用於公法人以外之其他法人，且其資本額須達1億元以上。第2點、和解程序為監督型制度，也稱之為自己管理制度，因開始和解程序以後債務人仍保有其財產管理處分權及業務經營權，但須受監督人之監督。重整程序係採管理型制度，開始重整程序以後，債務人的財產管理處分權及業務經營權即加以剝奪，交由管理人行使。因為在中、小企業，由原來的債務人繼續經營較為妥適，且亦不容易找到其他適當之人替代。但在大規模企業，若仍由原來經營不善的團隊繼續經營，可能會繼續造成損害。所以這次修法讓管理人改選有專業知識、有經驗的人擔任，由管理人管理、經營其業務。第3點、處理的對象範圍亦不同。為了讓和解程序儘速進行，其所處理的債權人，僅限於普通債權人，有擔保權及有優先權之債權人不強制其參與和解程序，即賦予其別除權。但重整程序是強而有力的重建型程序，不論有無擔保權或優先權，均須依重整程序行使其權利。和解程序上社員、股東亦不加入程序，而重整程序上公司股東亦屬於關係人會議的一份子，如果公司尚有淨值，這些股東、社員仍有表決權，若無淨值就無表決權。如此設計一個比較簡易迅速的重建型程序，及一個比較繁複強而有力的重建型程序，分別讓中、小企業及大規模企業來加以利用。當然大規模企業的經營者，若要繼續經營，其亦可聲請和解程序，只是和解程序某些效力不似重整程序之效力那麼強。縱然一開始聲請和解程序，後來因故難以為繼，例如有擔保權人不願配合，亦可聲請改行重整程序。所以雖然是類型化，但仍有程序轉換之餘地。可說是就向來之和解、破產、

重整 3 種債務清理程序，重新加以設計組合，使其能因應各種類型、前後階段之不同而靈活運用。也就是說只要一開始進行債務清理程序，就一定要達成債務清理之目的。不論是清算，讓債權人公平受清償，還是重建，讓事業維持繼續經營。

為了達成上述目的，所以在債務清理的實體法與程序法上，非為重大之變革，否則難以達成。一般的民法可說是平時的實體法，但債務人已陷於窘境，清償不能時，債務清理法則是平時實體法的特別法。所以各種權利的性質，最後端視其在債務清理程序上的地位如何即可瞭解。總而言之，關於債務清理制度，為了使所有被規範的債權人集團，滿足受償最大化、公平化、平等化，所以就實體權於債務清理程序之行使，須為某程度之限制。故不論其係和解、破產或重整程序，首先，被處理的債權非依程序不得行使，故程序外無論是訴訟、非訟或強制執行程序均不得行使其權利。債權人若不申報債權，其於程序中不能獲得受償。而且和解方案、重整計劃若被裁定認可，即發生免責效力，未申報之債權仍發生免責。在破產程序，未申報債權者，不可能自破產財團受清償，若債務人免責者，未申報破產債權者亦同樣免責，這是對權利行使之限制。另外如抵銷權之行使，草案亦加以擴大；雙務契約的解消亦加以明定；最重要的是有關擔保權在債務清理程序應如何行使，稍後李庭長會有更詳盡的說明。因為臺灣的大、中、小型企業，為了取得營運資金，幾乎都會將財產設定抵押，所以債務清理若要成功，無論是清算型或是重建型，若未對擔保權加以限制，幾無可能。所以為確保抵押權等擔保權原來之權利，在和解及破產程序賦予其別除權，原則上不受和解及破產程序限制，隨時得依原來程序行使權利。至於有擔保的重整債權，即要受重整程序所限制，因為重整程序是對所有債權人均加以限制。但為了要求擔保權人協助程序進行，故亦要求擔保權人申報債權，讓債務人、管理人、監督人知悉債務人的財產相關資訊，始知應採取消滅或維持擔保權之程序較為妥適。在清算型程序即破產程序，為免擔保權人怠於行使權利致破產程序無法迅速進行，乃賦予管理人強而有力的變價權，可

要求擔保權人迅速行使擔保權，若擔保權人故意不行使，管理人即得行使變價權，此即擴大現行法有關管理人之變價權。在重建型的和解程序及重整程序，賦予債務人或管理人擔保權消滅聲明權，雖擔保權人不受和解、破產之限制，可以行使擔保權，但債務人提供拍定的價金後，擔保權即消滅。且因未移轉標的物故亦無庸繳納增值稅，可減輕債務人壓力，使有擔保權之債權人較有意願與債務人成立和解方案，或於破產程序較願意迅速行使其權利。於重整程序，管理人可向法院聲請裁定鑑定擔保物價值，提供現款而消滅該擔保權，管理人可取回擔保物再貸款融資以取得新的資金，或比較容易變價。此為對擔保權行使之限制。

就抵銷權制度而言，在破產程序，因須將所有破產債權等值化，破產程序就是將所有的債權轉換為金錢債權，將破產財團換成金錢後，按照債權優先劣後順序，同順位即按照債權比例清償，所以抵銷權可以擴大。但和解程序或重整程序，是要讓事業繼續，所以原來的債權不需要等值化，抵銷權要符合抵銷適狀，且要在債權申報期間行使抵銷權，此與現行重整程序亦有不同。

再來最大的改革就是重新調整債權的優先劣後順序，例如勞工的工資債權，勞動基準法雖然規定，公司倒閉前 6 個月所積欠的工資有最優先受償權，但向來學說及實務都認為無法優於抵押權。在破產程序，其屬破產程序前成立，所以屬債務清理債權，原應與其他債務清理債權同受清償，但這樣會對勞工生計產生重大影響，故草案將其從債務清理債權提升到財團債權或共益債權，即債務清理程序開始前六個月內債務人所積欠的勞工工資，不能依勞動基準法積欠工資墊償基金優先受清償時，於債務清理程序得隨時受清償，以保護勞工債權。債務清理程序開始後違約金、損害賠償等，不論其原本有無擔保權，均明定為劣後債權，使其等僅得就普通債務清理債權受償餘額受清償。至於有不合營業常規或其他不利益經營之關係企業間之債權，不論其有無擔保或優先權，亦列為劣後債權，即採衡平居次原則而不採自動居次理論，限於關係企業間有不合營業常規或其他不利益經營之情形，始列為劣後債權，此為調

整實體法的權利。以上為債務清理實體法之改革。

接續說明債務清理程序法之改革，第一，要讓程序容易使用。第二，要賦予有效清算或重建的手段。第三，為讓破產財團能迅速妥適的變價，和解或重整程序之和解或重整方案容易成立、認可及履行。為達上開目的，應調整及強化有關機關之任務及權責。以下簡單說明和解、重整及破產程序之重大變革。

1、和解程序：現行和解程序開始原因與破產原因相同，和解是重建型，不能限制經濟上陷於窘境才能聲請。而且無保全程序相關規定，待裁定許可和解，財產早已散逸，如何能和解成功。又債權人會議表決要達到三分之二，依照現在規定只要三分之一反對，程序就很難進行。和解方案成立以後，沒有監督履行和解制度，所以成效不彰。和解債權是否存在，有爭議時亦無確定程序，所以會影響和解方案的履行。為了改革現行制度之上述缺點，草案放寬和解原因，有清償不能之虞即可聲請和解。引進保全制度，對債權人的行使、債務人的處分權都可用保全制度加以限制。新增保全管理人的制度，聲請債務清理後，法院認為有必要時，得選任保全管理人，把債務人的財產管理處分權、業務經營權交給保全管理人，如此其財產及營業就不會受重大影響。賦予債務人強而有力的更生手段，例如賦予擔保權消滅聲明權。雖然和解是重建型，但不必確保以將來債務人人格繼續為前提，故亦可提出清算的和解方案，甚至在和解程序進行中，只要監督人同意，法院裁定許可，就可以營業讓與方式做成和解方案或達成和解目標。增訂和解方案監督履行制度，債務人未依和解方案履行時，和解方案可以做成執行名義以強制執行，甚至債權人亦可聲請法院裁定轉換成破產程序。所以將來和解程序，應該是迅速、經濟而有效的重建型的債務清理程序。與目前消費者適用的更生程序一樣，將來很容易開始和解程序，所提出的和解方案債權人可以很容易表決，法院認可後債務人亦可以履行，履行有困難，可申請延長履行期限二年，這樣的情形下，原則上，債務人有十年的履行期間。此重建型和解程序，將來中小型企業可妥適加以利用。

2、破產程序：現行法之破產程序開始原因太過嚴格，債務人對於其所負債務，將來持續客觀上已清償不能，能變賣破產財團給債權人受償的比例額度也少。所以草案規定於清償不能之虞時，也可以聲請破產。另破產管理人的變價權應否放寬亦值得討論，因為破產程序，可說是為債權人而存在，將破產財團全部變價，公平分配給全體申報的破產債權人，是破產程序之主要目的，所以破產財團如何構成，如何讓管理人迅速占有，如何讓管理人妥適處分變價，是整個破產程序的重點。所以，如果債務人不交出破產財團，就直接強制執行，管理人對使用人也有訊問相關資訊的權限。有關破產財團的管理處分，而其價值未逾一百萬元者，管理人無須經法院許可。變價方法原則上得依拍賣、變賣或其他適當方法行之，亦不必經由債權人會議決定。有關別除權之標的物，透過管理人變價權限的擴大，容易迅速有效變賣破產財團的財產。其他相關程序就採取簡易化程序處理，例如破產債權存否，現行破產法以裁定行之，但裁定無既判力，容有爭執之餘地。草案仍以裁定行之，第一審採不必要的言詞辯論，第二審採必要之言詞辯論，裁定確定即有既判力，有無破產債權、債權額數如何、究係優先或劣後債權，較不易發生爭議。管理人要對破產財團負損害賠償責任、法人負責人對法人負損害賠償責任，及濫用法人格的股東所負賠償責任等，均改為裁定程序，因此類均屬破產財團的財產，將來也要分配給破產債權人，否則因為此類損害賠償另外開啟訴訟程序，程序冗長，破產程序即無法迅速終結，所以均採取非訟化審理。另外草案採降低債權人會議功能，因為破產程序重在公平受償，債權人會議無庸決定是否繼續營業、破產財團如何變價、管理處分亦無庸決議，不容易變價之財產是否交還債務人亦無庸債權人會議決議，都由法院決定之。另外，限縮債權人所選出的監查人權限，必要時，法院亦得予以解任。破產程序經此改造之後，破產債權容易確定，破產財產容易變價，破產財團的範圍由法院以裁定程序可迅速處理，即能使破產程序迅速、經濟、有效進行。

3、重整程序：現行法之開始重整程序原因嚴格，將有重建更生之可

能列為開始原因，因要實體判斷，故需時甚久，致重整的生機稍縱即逝，故草案改為有清償不能之虞即可，如果財務困難，停業或有停業之虞，不需要有重建更生之可能，就可以趕快進入重整程序。草案採多元的類型化，亦即進入重整程序後，債務清理方法可包含維持收益清償型，就是讓企業法人格繼續存在，提出重建債務清償方案，依據法院認可的重整計畫繼續清償，法人格繼續存在。但重建型的重點並不是在使法人格繼續存在，而是讓法人之事業能繼續進行，所以必要時，得經法院許可而讓與事業，將讓與後的價金用來清償所有重整債權人。亦可採行清算型的重整計畫，亦即開始重整程序後，檢查人認為重整程序不太可能成功，管理人經過法院許可，可提出清算型的重整計畫，因此重整開始後即可達到債務清理之目的。本草案增加方法上的多重選擇，未必限於管理人提出重整計畫、關係人會議可決及法院認可，如果程序開始以後，各組表決權過半數以上之重整債權人與債務人成立重整計畫，亦即自主協商重整方案，該方案視為經關係人會議可決之重整計畫，經法院認可後，即拘束所有重整債權人的重整計畫。此即程序開始後，利害關係人仍有程序選擇權，不必依照嚴格的重整型進程序，可選擇程序外自主協商方式處理。就表決方式而言，可採書面表決；增資時可以債作股方式，必要時甚至可消滅擔保權等等，這些均是加強更生手段的方法。故將來重整程序會較現行程序更容易開始，而且在程序開始後清理方法更加多元化，管理人之更生手段更強而有力，希望將來大規模企業都能夠透過這些程序加以重建。

接續討論自然人之債務清理程序，剛剛提到消費者債務清理條例以外的自然人，僅能利用自然人的和解與自然人的破產處理。自然人的和解程序與消費者的更生程序類似，不一定要選任監督人，由司法事務官處理即可。若債務人死亡者，其程序視為終結，因為程序是為了要讓其經濟生活重建，如果債務人死亡就無此必要。和解方案得訂定自用住宅借款特別條款。消債條例在 2012 年修正時增訂該規定，本草案於自然人和解程序亦採用之。另增加債務人生活限制，法院在認可和解方案時，

可訂生活限制條款，避免債務人再奢侈浪費，又造成另一次的債務清理。

有關自然人的破產，當時制定消費者債務清理程序乃因破產程序功能不彰，向來實務見解認為債權人只有一人或債務人無財產或財產不足支付程序費用者，不得宣告破產。不得宣告破產即無破產法第 149 條免責之適用，所以最需要救濟的債務人反而將其排除在破產的大門之外。另外，破產財團採膨脹主義，程序開始後，債務人之薪資所得還要被列入破產財團，降低其更生意志，甚至使破產程序延滯，因為其仍有所得，破產程序還是要繼續進行。且現行規定之免責範圍不明確，就破產程序未受清償，或未申報債權者，是否有免責適用等問題並未明確規定。因現行破產法有上述問題，向來金融機構才有恃無恐濫發信用，造成消費者瀕臨破產陷於清償不能，所以消費者債務清理之清算程序已經改善此情形，本草案於自然人的破產程序亦加以改變。第一，就破產原因而言，除向來之清償不能外，擴大至有不能清償之虞情形。第二，如自然人聲請破產而無資力繳納聲請費、程序費及預納金者，其費用先由國庫墊付。第三，債權人為一人時亦可聲請破產。第四，債務人之財產不敷清償破產程序之費用時，法院應裁定開始破產程序，並同時以裁定終止破產程序，直接進入免責程序。

破產財團之構成採折衷主義，程序開始後有償取得之財產不列入破產財團。自然人於程序開始後工作所得之收入或其他有償取得之財產，均屬自由財產。且增加自由財產擴張制度，法院依債務人聲請或依職權，審酌破產財團中，有一些財產是債務人生活必需，例如債務人工作需要開車、或者需照顧父母子女之費用等，其存款一部分必須留供運用，法院可以裁定擴張為不屬於破產財團之範圍，由債務人自由運用。債務人聲請破產後，生活程度應自動限制。另規定免責制度合理化，草案採裁定免責、裁量免責、明定不免責事由、明定不免責債權，均與消費者之清算債權採取相同處理方式。故將來自然人若符合消費者債務清理程序之清算程序，即可適用之，縱然不符合消費者債務清理程序亦可採債務清理法的自然人破產程序。將來自然人債務清償不能或有不能清償之虞

時，可透過清算程序或破產程序解免債務，從債的牢籠解放，使其重建經濟生活。這樣的制度，可使有重建經濟生活意圖之自然人，都能透過消費者清算或自然人破產程序獲得更生機會。

最後，有關公法人債務清理：公法人發生不能清償情形，若無中央補助、稅捐收入或以其他方式予以解決，亦有債務清理之需要。但地方自治之法人有公共的利益，不能宣告破產，用一般的和解程序亦無法強而有力解決，所以草案採準重整程序，一方面用和解，只能由債務人聲請，但相關政務仍須債務人處理，所以監督人是非必要的，縱然有選任監督人，其職務範圍亦由法院決定。對有擔保或優先權之債權，亦要求加入和解程序。債權人會議無法表決通過時，法院亦可訂權利保護條款，逕行認可。法院認可後的和解方案，擴大債務人的財產變價權，只要屬非公用財產，就不受國有財產法等的限制，使該和解方案較容易成功。未來縣、市、鄉等地方自治的法人，於債務負擔難以為繼，不能犧牲後代子孫納稅解決，不符合隔代正義，因此，可用公法人債務清理程序以清理其債務。

國際債務清理制度亦為本草案大改革。從 20 世紀末，歐洲、美洲或亞洲地區，大概每個國家都有制定，我國亦不能例外。現行破產法採屬地主義，外國之和解或破產程序對於債務人在我國之財產不生效力，此有礙國際協調主義。但亦不能採取完全的普遍主義，即外國的債務清理程序均當然在我國有效力，因外國的債務清理程序是否屬有管轄權的法院所為，若為行政機關所進行者，是否符合國內債務清理法的一般法理，即值深究，所以我國係採取某程度限制的普遍主義。簡而言之，即外國的自然人、法人或非法人團體於我國債務清理程序之地位，與我國的自然人、法人或非法人團體相同，這是平等原則。其次國內的債務清理程序，是否對債務人在國外的財產是否發生效力，立法理由雖說明有發生效力，但仍須該外國承認我國債務清理程序方可。關於外國債務清理程序在我國有無發生效力，草案採取承認主義。另外訂有準據法，有關勞動關係適用債務清理程序之效力，如依我國法律對受僱人較為有利者，

則應適用我國法律，以保障受僱人權益，貫徹保護勞工政策。抵銷權、撤銷權部分，如適用當事人本國法律比較有利的話，外國債務清理程序即不能適用，以保障其權利及交易安全。另外草案採併行程序，亦即外國已經有一個債務清理程序，國內是否要再開啟債務清理程序，原則上不需要，因為以同一程序進行，最能節省法院及關係人之勞力、時間、費用，但為保護國內債權人利益，必要時亦得開啟國內債務清理程序。原則上，第一，外國債務清理程序並不妨礙國內債務清理程序之開始或進行。第二，國內程序優先原則，我國法院裁定開始國內程序後，並得裁定停止經承認外國程序之進行，除非外國的債務清理程序對我國債權人比較有利。若我國程序已開始進行，縱然外國程序已承認，亦可停止外國程序，由我國程序進行。在歐洲，倒產企業採自動承認制度，在日本，縱然採承認後亦僅為協助，亦非如同本草案承認後，債務清理效力係原則上係全依照開始國的相關法律，故我國效力介於二者之間。以上簡單介紹草案相關理念及基本架構。

蘇副院長永欽（主持人）

請第 1 位與談人沈教授冠伶就草案中和解程序部分發表高見。

沈教授冠伶（與談人）

許教授的論文內容就我國破產法自 1935 年制定以來之大幅變革，做了非常完整、清晰、精闢的說明。雖然本人原本被分配的範圍是和解，但方才許教授之論文已對和解部分詳細介紹，因此本人就進一步談論文中著墨較少之部分，不限於和解之領域。有關債務清理制度可說是一部綜合型之法律，其中除了程序法，尚有民法特別規定具有實體法之部分，程序法為其重點，也是相當複雜的程序設計，其實是超越民事訴訟法、強制執行法之規範。其不同於民事訴訟法、強制執行法向來是以單一債權人之債權實現、滿足為規範目的，也是屬於集團性權利的實現及權利確立的程序，因此必須兼顧的利益其實是更多方面。首先是如何使多數集團性債權人之債權平等、迅速的實現，而權利人間又要考慮不同權利的特性，例如抵押權或勞工薪資之債權人，其權利與一般債權人之關係；

另一方面又要考慮債務人經濟生活的重建，且自然人也必須考慮人格權、人性尊嚴之保障，對於具誠信卻陷於債務困境之自然人給予適當之保護，使其有重新立足於社會之機會。在企業方面之債務清理更涉及社會經濟秩序之健全、穩定，綜合以上問題觀之，相當具有本土社會性的關照，必定成為重點。立法過程中，雖然也參考許多外國立法例，考量如何在我國現行的經濟社會環境下，讓所有利益的滿足能夠平衡兼顧，這也突顯債務清理法是一部困難、複雜但又充滿魅力的研究領域。向來國內的研究在此方面較弱，希冀自債務清理法制之立法完成後，漸漸朝此方向開展出更多樣的研究特色。

債務清理法草案之特色，可歸納從幾個面向來談，主要是不同於德國法制採單一程序之設計，而採行多種程序併立但擇一進行的制度設計。第二是裁判外、法院外的和解，即指工、商業會之和解，類似我國其他法院外的調解或和解制度，經法院認可後也具有執行力，使其更具有可行性，但工、商業會和解之程序架構較弱化於法院之債務清理程序，故法院之債務清理還是具有優先性。工、商業會之和解經聲請後，其他債權人也到法院聲請債務清理，法院裁准開始和解、重整或破產程序，工、商業會之和解仍須終止。

其次，與德國制度極大不同之處，在於考慮管理人、監督人目前實務上運作之狀況及債權人會議之情況，於債務清理制度特別強化法院之裁量權及監督權。不同於德國法強調債權人自治原則，法院採取較低密度監督的立法政策，本法是比較高度的法院監督，法院權限更為廣泛。例如和解方案、重整方案未經債權人會議可決時，依德國法只能以破產程序清算之方式整理債務人之財產。基於過去消債條例更生方案運作成功之經驗，債務清理程序也承認和解方案或重整方案未經債權人會議可決時，由法院審查方案之適當性，而在一定要件具備下，認可和解或修正重整方案使其成功，亦可使自然人有重新更生、企業有重建之機會。和解程序中，如事業有更生之必要或未履行和解方案而必須為營業之讓與，依草案規定可向法院聲請裁定許可，免除適用公司法有關須先經社

員總會決議之規定。換言之，法院裁定可取代社員總會決議，促成和解成立，使公司再造更易達成。

再者，涉及破產管理人為特定行為而價值逾 100 萬元時，亦須法院許可。於重整程序另設有監督人，管理人之特定行為，須經法院之輔助機關即監督人之同意。重大法人事業全部或主要部分之讓與、合併及收購等等，還是要經法院監督而為裁定許可。在德國，這些都是由債權人委員會同意，亦常被批評有濫用之情況。考慮我國債權人會議時常拖延之實務現況，故由法院為一定程度之監督與介入。

最後，在自然人和解或破產程序，為了減少債務清理的程序費用，亦得不選任管理人或監督人，而由司法事務官為之，或由法院為之，避免增加債務清理之共益費用，而減少債權人受償之比例，故法院於債務清理之新制下扮演極重要之角色。另外一個債務清理制度之特色，一方面除了強化法院的監督、介入外，也同時強化了關係人之程序保障。過去破產法並無明文規定，現在列入總則，開宗明義就是基本上法院於裁判前，除了有不適當之情形外，原則上都要使利害關係人有陳述意見之機會，包括選任管理人或監督人，可能被選任之管理人或監督人或債務人等等之利害關係人，應聽取其意見。甚至在重整程序更明文規定，還要聽取法人員工工會、主要債權人、主要交易對象的意見，以使法院裁定之作成，能具有程序正當性，包含程序開始前之保全處分、或開始債務清理之裁定、或和解方案認為有不適當之情形而不予認可、或法院逕為認可等等之重大決定，都應充實關係人之程序保障，依第 20 條規定，法院判斷對影響重大的利害關係人，使其有表示意見之機會。

更重要的是，此次的債務清理程序將來可能會引發很多討論的部分，即有關債務清理相關實體訟爭事件之非訟化審理。方才許教授也提及債務清理法當中有關實體法的特別規定，這些程序法中實體權利的行使，可能存在是否符合實體法權利要件之爭執，為了使債務清理財團及其債權範圍盡早明確化，以利債務清理程序得及時於適當時期終結，有關債務清理財團之財產權爭訟事件，應儘速由法院裁判與確定。惟應以

何法院做為有管轄權之法院，裁判程序較為適合？究另由民事法院審理或逕由債務清理法院審理？因債務清理法院可能是最了解相關事件全貌之法院，故還是由債務清理法院為實體權利爭執事件之審判法院；另一方面，程序應儘速確定實體權利，故也予以非訟化審理，改行裁定程序。此處包含兩大面向，一是可提供清償債權人的債務清理財團範圍的財產權歸屬的部分，例如撤銷權之行使，其異議程序，向來是以訴訟程序向法院提起形成訴訟。本草案讓撤銷權之行使可以意思表示為之，意思表示行使後，如雙方當事人、轉得人或受益人有爭執時，可採取異議程序加以爭議，將相關之財產權回復到債務清理財團之請求，也是循裁定程序加以主張。另外還包含終止權、解除權之形成權行使之異議程序；因破產債務人就債務清理財團不當之處分行為不生效力所產生之回復原狀之請求；甚至包含債務人對股東依公司法規定所為之損害賠償請求；或對於管理人之損害賠償請求。這些向來典型之民事訴訟事件，為了使債務清理財團之範圍盡早明確化，均以裁定程序加以處理。有關債務清理債權之權利範圍、數額是否存在，債務清理債權中私法債權之確定程序，破產債權標的金錢化估定之程序，及共益債權、財團債權之確定等，也是以裁定程序主張之。或有非訟化審理是否有礙程序保障之疑問？因此，於程序之制度設計上，第一審規定為任意之言詞辯論程序，只要聽取關係人之意見，法院是否行言詞辯論也比較有彈性，可過濾無爭執之事實。如從書面資料發現存在相當程度之爭議性，也可決定行言詞辯論程序。如就第一審裁定提起抗告，訟爭性更突顯，在第二審程序規定為必要之言詞辯論，可就第二審裁定提起再抗告或再審，因賦予其與確定判決有同一之效力，才能終局解決。相關的事實證據調查也準用民事訴訟法之規定。形式上雖行裁定程序，事實上在訟爭性顯現時，也可轉換採取訴訟法理慎重審理及賦予其既判力。故第一審可過濾無訟爭性之爭議事件，而使事件得以盡早獲得確認。

有關國際債務清理制度之部分，過去採行屬地主義，現今看來卻是相當落後的立法。晚近有普及主義的呼籲，從世界各國比較法觀之，也

沒有國家完全採取普及主義，主要是普及主義雖採行程序單一，債務人就債務清理事件集中在某一國家，進行集體性之清理，但還是涉及各國是否放棄內國資產保護之問題，喪失對於內國資產控制，甚至影響內國債權人優先清償之可能性。因為地理上阻礙、語言不通，在外國行使債權十分困難。於此前提下，我國採取修正之普及主義，更強調我國與外國間如有併行之債務清理程序，如何協調彼此間之程序，而賦予管理人或監督人參與各該國之程序，而能為自己國家債權人提出有效率之主張權利。

蘇副院長永欽（主持人）

謝謝沈教授精彩的說明，並提供相當多比較法上的補充。接續請李庭長彥文就破產財團之變價及對於擔保權之影響為說明。

最高法院李庭長彥文（與談人）

本人負責與談部分為破產程序。破產程序係清算型之債務清理程序，除有調協之情形外，原則上應將破產財團之財產全部變價分配予債權人。其變價是否順暢，攸關破產程序可否迅速完成終結。破產財團之財產有擔保權者，擔保權人於破產程序，其權利之行使原不受限制。惟擔保權行使之結果，將擔保物變價，可能影響管理人無法繼續債務人之營業，或無法與其他財產合併處分而減損價值。如擔保權人遲不行使其權利，並將延宕破產程序之進行與終結。實務上常見因破產財團無法變價致破產事件無法結案的情形，甚至有辦理超過 30 年之事件，故影響法官接辦破產事件的意願。為促進破產程序，債務清理法草案設相關規定以為因應，概述如下：

一、變價權人

破產程序開始後，債務人對於應屬破產財團之財產，喪失其管理及處分權（草案 153 條），此項管理及處分權即移由破產管理人行使，僅其有變價權。債務人如就應屬破產財團之財產為處分，係屬無權處分，現實務上認其為自始無效（最高法院 51 年台上字第 1985 號判例）。惟依草案第 154 條第 1 項規定，則為效力未定之法律行為，非經管理人承認，

不生效力。管理人得斟酌情形，予以承認使生效力；或不予承認使確定歸於無效。前者情形，債務人之無權處分行為該當草案第 166 條 1 項各款情形者，管理人得承認應類推適用草案第 166 條規定，先經法院許可。後者情形，管理人得聲請破產法院裁定命相對人或轉得人返還所受領之給付、塗銷其權利取得之登記或為其他回復原狀之行為。法院行非訟化審理，於為裁定前，應就實體調查審理，抗告程序並應行言詞辯論。裁定結果不論准駁，於確定時即賦予確定判決同一之效力。其命給付者，管理人並得聲請破產法院強制執行或囑託登記機關塗銷其權利取得之登記（草案 154 條、37 條 2 項至 5 項）。毋須另行訴訟，俾免延滯破產程序之進行。

二、變價標的之交出

變價之財產可否點交，影響應買意願及其價格至鉅。現行破產法第 88 條雖規定破產人應將其所管有之一切財產移交破產管理人，惟尚無強制取交之規定。草案第 161 條第 1 項、第 2 項就此明定，應屬破產財團之財產由債務人或其使用人占有者，應移交管理人或法院指定之人。其拒絕為移交時，破產法院得依聲請或依職權強制執行之。此於管理人為變價前或後，均有適用，得作為點交變價標的於買受人之依據。

別除權（草案 176 條 1 項）標的財產由別除權人占有（如質權、留置權），管理人依草案第 177 條第 3 項得將之拍賣或變賣者，為變價之必要，得請求該債權人交出其權利標的物；無正當理由不交出，並得聲請破產法院將該標的物取交之（草案 58 條 2 項）。於此情形，別除權人非任意將其權利標的物返還債務人，或遭侵奪，其權利不因喪失占有而消滅（民法 897 條、898 條、937 條參照），仍可就變價賣得價金優先受償。

三、變價方法

管理人將破產財團財產變價，其價值逾新台幣一百萬元者，應先經法院之許可，否則無效，但不得以其無效對抗善意第三人（草案 166 條 1、3 項）。變價方法得依拍賣、變賣或其他適當方法行之。不自行變價者，得委託金融機構合併法第 15 條第 1 項第 3 款所定之公正第三人，依同條

第 2 項程序公開拍賣。該財產如已開始強制執行程序，管理人亦得不另行開啟變價程序而予以利用該強制執行程序，聲請執行法院續行之（草案 167 條 1、2 項）。其利用已開始之強制執行程序者，既為執行法院所為強制拍賣，買受人繳足價金後，執行法院應發給不動產權利移轉證書；買受人自領得移轉證書之日起，取得該不動產所有權。存於不動產上之抵押權及其他優先受償權，因拍賣而消滅（強執法 97 條、98 條 1、3 項）。而此項拍賣本質為破產財團財產之變價，自不受強制執行法第 95 條所定拍賣次數之限制。至於不易變價之財產，管理人得經債權人會議決議或法院裁定許可，返還債務人（草案 167 條 3 項）。

四、擔保權之行使

在法院裁定開始破產程序前，對於債務人之特定財產有優先權、抵押權、質權、留置權或其他擔保物權者，就其財產有別除權。有別除權之債權人，除本法別有規定外，得不依破產程序行使其權利（草案 176 條 1、2 項）。破產程序原則上不處理別除權，亦即別除權不受破產程序之影響。別除權人依草案第 58 條第 1 項規定，雖應申報債權，惟此僅係為使債權人、管理人及其他關係人瞭解財產狀況。別除權人未申報其權利，亦不生失權效果。又別除權既不受破產程序影響，關於其權利及所擔保債權之爭執，尚無從依草案第 61 條程序予以確定，須另行訴訟解決。惟法院裁定開始破產程序後所生之利息、不履行債務所生之損害賠償及違約金，有不合營業常規或其他不利益經營之關係企業間之債權，不論有無擔保，均屬劣後債權，僅得就其他債權受償餘額而受清償；於破產程序終止或終結後亦同（草案 51 條 2、3、6 款）。該等債權尚劣後於普通債權，已失其優先受償權，自應依破產程序始得行使其權利（草案 49 條 2 項）。另有別除權之債權人，得以行使別除權後未能受清償之債權，為破產債權而行使其權利。但未依破產程序申報債權者，不在此限。前項債權未確定者，由管理人估定之，債權人應依該估定金額行使表決權；並於確定時按實際不足受償額列入分配（草案 178 條 1、2 項）。

別除權人不依破產程序行使權利時，得聲請執行法院拍賣其擔保

物。如該擔保物為管理人繼續債務人營業所必要（草案 165 條），或與其他財產合併處理可增加其價值，而須將之收回（草案 166 條 1 項 12 款），應有適當方法。此際，即賦予擔保權消滅聲明權，管理人得於拍賣公告前向執行法院聲明，願按拍定或債權人承受之價額，提出現款消滅該標的物之擔保權及優先權。此項價額並應扣除稅捐稽徵法第 6 條第 2 項所定之稅額（草案 176 條第 3 項準用 110 條）。在一般情形，以任意清償方法消滅擔保權，基於擔保權之不可分性，於擔保債權未受全部清償前，擔保權人仍得就擔保物之全部行使權利。縱然該標的物之價值低於所擔保之債權額，亦須為全部清償，始能消滅該擔保權；其有後順位之擔保債權者，併應為清償，否則無法避免標的物遭強制拍賣。按擔保權為價值權，以優先支配標的物之交換價值為其主要內容，如依其交換價值提出現金，擔保權之換價權獲得實現，於其權益即無減損。稅捐稽徵法第 6 條第 2 項所定土地增值稅、地價稅及房屋稅之徵收，優先於擔保權，擔保權人就該稅額部分價款原不能受償，自應予扣除。管理人依此規定提出現款，即可消滅擔保物上所存之全部擔保權及優先權，減輕其負擔，符合清算價值最大化原則，有利於全體普通債權人。

五、擔保物之變價權

擔保權人於破產程序有別除權，得不依破產程序行使其權利（草案 176 條 2 項）。擔保物之價值清償擔保債權後，如已無剩餘，則管理人本無庸予以變價。惟若有剩餘價值，則應分配於其他債權人。後者情形，擔保權人如遲不行使其權利，管理人雖仍可就擔保物予以處分，惟擔保權不因此而受影響，將隨同擔保物移轉由受讓人承受，常使擔保物難以變價，其剩餘價值無法確定及實現。

擔保物之價值如不足清償擔保債權，而擔保權人已以其不足受償之債權為破產債權，依破產程序申報債權。此項債權額未確定者，雖得由管理人估定，惟該估定金額僅為行使表決權之基準，仍須待其實際不足受償額確定後，始得以之受分配（草案 178 條 1、2 項）。於此情形，自不宜任令擔保權人遲不行使其權利而延宕破產程序。

另如擔保物與破產財團其他財產一併處分，可獲較高之價值，難以期待擔保權人配合行使其權利。實務上曾經有個案例，某大樓地下室 1、2、3 層設定抵押給 A 銀行，地面上的 1、2、3 層設定給 B 銀行，4 至 10 層設定給 C 銀行，此時整棟大樓一起賣才有價值，如果抵押權人分別行使權利，當然會減損擔保物的價值而對全體債權人不利。以上情形，為促進破產程序迅速進行，並本清算價值最大化原則，兼顧擔保權人權益，草案第 177 條第 1 項、第 2 項規定：管理人得定一個月以上之相當期限，催告有別除權之債權人行使權利。前項債權附有期限而未到期者，於受催告時，視為到期。俾使擔保權人得斟酌是否自行行使其權利。倘其未於催告期限內行使權利時，即賦予管理人變價權，得將擔保物拍賣或變賣。並採強制執行法上拍賣之塗銷主義（強執法 98 條 3 項），就其賣得價金扣除費用後清償擔保債權，擔保物上之各擔保權即因而消滅，管理人得聲請法院囑託該管登記機關塗銷其權利之登記（草案 177 條 3 項）。且擔保權人如業已不依破產程序行使權利，而仍有影響破產程序之情形，法院亦得依管理人之聲請，以裁定停止該程序，由管理人將該擔保物拍賣或變賣，及聲請法院囑託塗銷權利登記（草案 177 條 4 項）。

六、變價財產之登記

屬於破產財團之財產依法應登記者，法院裁定開始破產程序後，應即囑託該管登記機關登記其事由。在破產程序終結前取得之財產應登記者，亦同。上開登記亦得由管理人向登記機關申請登記（草案 27 條 1、2 項）。債務人因繼承、強制執行、徵收、法院之判決，或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，法院得因管理人之聲請或依職權，囑託登記機關登記為債務人所有（草案 146 條 1 項），並依草案第 27 條為破產登記。而已為破產登記之破產財團財產，經管理人為返還或讓與者，法院得依其聲請或依職權，囑託該管登記機關塗銷其破產登記後登記之（草案 146 條 2 項）。

七、結論

破產程序開始後，債務人對於應屬破產財團之財產，即喪失其管理

及處分權，其財產依法應登記者，並應即辦理破產登記，相當於強制執行程序之查封及查封登記。管理人就該財產可採最適切之方法予以變價，擔保權之行使或不行使，有礙破產程序之進行及終結者，得兼顧其權益有效予以排除使之消滅，而塗銷其權利之登記。於財產變價後，由法院囑託登記機關塗銷破產登記，登記予買受人，並得為點交。現行破產法關於破產財團之變價，運作尚非順遂，草案就此為完整周詳之規定，解決實務上之困擾，希望實施以後能促進破產程序之進行，不再發生因變價不順而延滯破產程序之情形，以上簡單報告，謝謝。

蘇副院長永欽（主持人）

謝謝李庭長特別就變價程序與擔保權如何獲得最好的調和、最大的貢獻，以更精緻的程序來回應這個問題，最後請劉教授連煜談論公司重整，劉教授是我在政大的好同事，也是法學院特聘教授，更是公司法、證券交易法和公平交易法的權威，所以邀請他來討論這個問題無疑是最佳人選。

劉教授連煜（與談人）

蘇副院長、與談人、各位貴賓，很榮幸來參加這場研討會，請各位參考螢幕上的 PPT 檔案，可能會比較清楚與談的內容。依本人參與草案修正的經驗，認為破產法修正草案是近幾年來相關立法最重要的一部法案。從剛剛許教授及兩位與談人的報告內容可看出其影響之深遠。它調整了債權人清償的次序，是就既有法令規範的重要修正。以銀行而言，其為債權人時，會不會因為調整了受償次序，甚至是有擔保物權者，仍要求該企業授信時，應給付更高的利息，如此影響我國經濟的發展至鉅。本草案確實是在調和當事人的利益，因為各方利益是衝突的，比方說剛剛提及勞工 6 個月內的薪資債權最優先，就是考量利益衡平的因素在內，所以毫無疑問是近幾年來重要的一部法律修正，值得大家重視。

這部法案，尤其是在重整部分變化非常大，是一個實體跟程序複雜的結合，可說是綜合複雜的法律關係及利益衡量在法典內。幾位與談人提到的我就不再重複。作為一個與談人本不宜只說好的部分，但首先我

還是要先稱讚一下，這部債務清理法實在是太好了。以個人參加的經驗而言，歷次跟幾位程序法的學者一同修改法律，非常佩服他們，包括當時擔任臺中地方法院院長的李庭長，都非常盡心盡力，令人印象深刻。在稱讚之餘，作為一名學者，還需要提出一些看法。這部法律雖然是草案，還是有值得我們再思考之處。以下建議純粹是個人的想法，未必完全正確，只是把個人的心得向各位報告，如此而已。首先是擴大重整之對象範圍，傳統的重整是適用在公開發行公司而已。為何公開發行公司才適用重整呢？理由是它有很多員工，及營業規模相當大，如讓它破產整個社會秩序可能會受到影響，所以現行公司法規定重整是以公開發行公司為限，這一次的草案想要擴及其他，此部分報告人剛剛已經報告，就不再重複。其次草案要求法人設立登記之財產總額或資本額在新台幣一億元以上者，方可為重整之聲請，這是本次重整程序規定的重要修正，當然外界一定會質疑一億元以上，對社會影響會這麼大嗎，可能也沒幾個員工，從而此類法人重整程序是否過於耗費成本，而且草案之重整規定把實體法律關係都改變了，相信必有質疑。但這是立法的衡量，沒辦法做到判定何者完全正確。重整制度，最主要是提供給企業於財務困難時運用的機制。企業債務清理機制在先進國家的經濟法制是非常重要的，像現在的上市櫃等公開發行公司，萬一經濟環境變異，即需要退場機制，以處理債權債務關係。主管機關官員曾經告訴我，平均每新創的十家公司在十年內有近七家會倒閉，這個數字相當驚人。故退場機制在目前經濟法制非常重要，因此個人認為這部法律非常值得高度重視。

再來是重整的目的，一般公司重整的目的是清理債務及維持企業，確實這兩個目的是同時併行的。從這個角度觀察，重整的目的既然在維持企業，所以我們現行公司法規定其要件是「重建更生的可能」，許教授的大作亦有提到此爭點。許教授認為既然要有重建更生的可能，若於要件上實體審查恐會稽延時日，太慢而且不容易，所以在草案改成「有無可能作成以繼續事業為內容之重整計畫，或使其受關係人會議可決、法院認可」，作為消極要件，著眼於能夠快速開始相關的程序。但從立法理

由可看出，管理人也可提出以清算為目的之計畫，亦即清算式的重整，這個理由本人認為不太適合，因為草案引進了清算式重整，所以就把它作為理由。但這是因為草案本身要引進清算式重整，所以當然會提到此理由。因為調查不易，曠日廢時，所以才想改掉「重建更生可能」作為啟動重整程序的要件。現在改換這個文字「有無可能作成以繼續事業為內容之重整計畫，或使其受關係人會議可決、法院認可」應如何解釋？如果嚴格解釋或認定的話，一定會影響到是否又把「重建更生可能」要件復活的問題。最近看到幾個相關案例，例如茂德案、雅新案、歌林案，因為時間關係，在此無法詳細論述。茂德案現正進行中，它把主要的財產都賣掉了，事實上公司能否維持即有疑義。性質上，它應該算是清算型的重整，惟本件是否適合清算型，容有疑問。當然本案這部分的問題是債權銀行主張如此進行對擔保品最佳，有以致之。蓋本件債權人擔心使用破產程序其擔保品可能無法好好維持最佳狀況以供事後賣高價處置。按清算型的重整把資產全部賣光，是否符合公司重整維持企業的目的？事實上企業都消失了，那跟破產是不是一樣，可是因為它進行的是重整的程序，會不會使債務人因此而逃脫了擔保債權這些有「別除權」者，依照破產程序本得不依破產程序求償的結果。原本可不受破產程序的影響來行使的權利，卻因為重整而凍結有擔保債權人權利的行使，這部分因為引進了清算型重整，會不會造成以後債務人都往這方面走，使破產程序聊備一格。本人認為草案原來的立意非常好，但為了求周全起見，希望再來思考，是否相關部分應該再做修正。據我側面瞭解，茂德案是債權人銀行團自己要這麼做，因為製造 DRAM 的機器非常精密，破產程序可能會造成機器毀壞致價值減損，希望透過清算型的重整可以將機器留下，加上當初債務人一直提說他們要引進新的資金，認為重整比較好，債權人幾乎也一面倒贊同。可是有些案子如雅新案、歌林案並非均如此，造成現在的制度如果引進清算型重整，會不會造成破產與重整產生競合，以至於破產變成聊備一格的疑慮，也值得我們再次思考。

剛才許教授也有提到重整類型有企業存續型、讓與型及清算型，我

所提的問題是清算型，也看到清算型的法律依據在這次草案，就是講重整計畫，提出以清算為目的的計畫。如果引進清算型重整，我們應該要思考會不會因此破產變成聊備一格。另外，本人跟陳廳長請教了本草案公聽會所聚焦的疑議，在此也把它拿出來討論如下，譬如監督人或管理人，不管是破產程序或重整程序都賦予善良管理人的注意義務及忠實義務，這在公司法即是所謂的受任人義務（Fiduciary Duty），全世界都在討論這個問題，故此案是非常正確的立法。本草案還規定違反這個義務致利害關係人受損害時要負損害賠償責任，到目前為止都沒有什麼問題，重要的是監查人或管理人有數人時要負連帶責任，這個規定在公聽會也曾受質疑。因為監查人、管理人可能分屬不同的派系，在有贊同、有反對的情況下，結果造成需連帶負責，可能有問題，請大家再思索。因為管理人要負忠實注意義務，個人贊同這樣的見解，但草案內另外也看到法院可以選任自然人或法人來擔任管理人，這部分是否妥適，也可以再思考，因為由法人來充任管理人，事實上就會像公司法第 27 條，法人之代表人有雙重忠實及注意義務。他對選派的人要負忠實注意義務，對擔任的公司也要負忠實注意義務，有時候會衝突，最大的問題都指向公司法第 27 條，因為承認法人可以派董事，很多國家規範公司內部只能有自然人董事，不能有法人董事，但是我國承認法人董事，草案內法人也可以充任管理人，當然法人自己沒辦法去做這個事，它勢必派一個自然人去，就會形成忠實義務對象是誰的問題，是原來派他的人呢，還是這家所擔任職務之公司？恐會造成很大的問題。公司法曾有一個案例，公司法有一個臨時管理人制度，高雄地方法院派一個法人去當臨時管理人，結果那個臨時管理人法人就派一個以前有掏空公司記錄的自然人來擔任臨時管理人，請鬼抓藥單的情況就會發生，所以這個部分也可以再思考，因這可能會受到外界之質疑。另外這次破產及重整也引進公司法的揭穿公司面紗理論，但是草案沒有像美國的法制，把不同人格的法人如果是屬於關係企業情況下，重整及破產要合在一起執行，這是因為可能會有利益輸送的情況，單一公司進行重整或破產就會造成不公平的情

況，所以像美國是可以將好幾家公司併在一起，可是這次草案沒有引進。這些問題在草案擬定的時候也討論過，本人認為還是要引進比較適當。本草案有引進公司法第 154 條第 2 項，濫用法人格之揭穿公司面紗理論，但卻未引進關係企業於重整、破產時強制分子公司須併為處理。只是草案有一些制度是有關係企業的概念在內，比方說可以調查關係企業業務、財務及資產或是附屬企業要有據實回答及提供相關資料的義務，但這只是周邊在引用，並沒有像美國的制度把關係企業的重整或破產併在一起，還是用個別公司來分別進行，二者是有所差異。

另外一個問題也是剛剛提到的，非訟化的審理程序，剛剛幾位先進已有說明，我就不再贅述。另外，草案規定「共益債權」有優先權，但它不是超級優先權的問題，草案的特性是讓繼續經營業務所生之債務也可以優先受償，可是不是優先於所有的擔保物權，不是所謂國外講的超級優先權，草案規定「但有擔保重整債權對擔保標的物之優先權，不因此而受影響」，換句話說雖然有優先權，但不是所謂的超級優先權。

再者，幾個值得省思的問題，法官有無企業經營專業辦理重整程序之能力？因為重整是需要企業經營的經驗，這議題已經是大方向在看這個問題。公司法制內有一個叫「經營判斷法則」(BJR)，即法官經常推定董事決策是合法的，因為法官沒有能耐來判斷當時的情況之下，一個經營者會做什麼反應，所以他不要事後諸葛去看人家企業經營者的決策，所謂經營判斷法則就是認為法官不適合做經營決策這個思考，那法官適合做重整的決定嗎？這是一個很大的問題。如果法官不合適的話，那誰來做決定？草案是要徵詢某些人意見，但最後還是要由法官決定，希望大家一起思考這個大問題。另外，程序加快是這個草案的目的，但現行公司法規定要求 120 天要准駁可否重整，不能稽延時日耽擱程序進行，草案不把它留下來，會不會將來又成為問題，然而，到底前述現行 120 天准駁規定是強行規定還是訓示規定，這都有問題，要求法官快一點會不會是一個好的方式，都可以再思考。「以債作股」牽涉到很大的問題，因為現在金融法規強調的就是「商業跟金融要分離」，這在美國非常嚴格

執行，換句話說，就是銀行不要持有事業太多的股權，因為擔心連鎖性反應造成系統性風險，且也有反托拉斯法的問題，一個銀行握有太多事業體的話，將來會有反托拉斯法適用的可能性，美國是非常嚴格在執行所謂商業跟金融要分離的政策，如果碰到重整的情況得以債作股，這會產生與此原則抵觸的情況，所以我們開會的過程，主管機關即金管會非常反對這樣的概念，後來草案才規定經中央目的事業主管機關核准才能以債作股，但是金管會依然反對這樣的觀念，因為他說無從核准起，這也是一個利益衝突及衡量的問題，到底要重整以債作股，讓它救起來呢？還是另外一個更高的目的，或許金管會認為更高的目的應該商業及金融分離原則的貫徹，使產生系統性的危險降低，還有反托拉斯法的疑慮問題能減輕，這都是值得思考問題，以上簡單報告，謝謝各位。

蘇副院長永欽（主持人）

謝謝劉教授。現場除了有 3 位書面提問，因時間所限，僅能讓 1 位來賓發言提問。

提問人

司法節是司法界一個重要的節日，應該將司法所有的作為作一個總檢討，但今天的學術研討會著重於債務清理，這是專業方面的問題，應該是專業的研討會，而不是司法節應該報告的項目。個人不否認今天報告人報告的非常好，但是我認為臺灣的司法真的很有問題。我們這邊有一位專業的加拿大法官，張法官他們在臺灣司法及行政運作中，財產被消失掉了，跟上面各位報告的無關，因為行政議題的範圍太廣了，這涉及到國際的問題，不是三、兩句話就可以完成的。研討會是由司法院及法務部主辦，我建請司法院還有法務部成立一個專案來處理這個事情，形成一個指標，讓全國人民有一個指標的法案可以遵循。因為這對我國司法、行政的運作有重大影響。不論是奉交下或是分層負責授權執行，這兩個互相作用當中，把財產給消失掉了，所以我想請司法院和法務部成立專案，把關鍵重點釐清，讓大家有一個可以遵循的方向。

蘇副院長永欽（主持人）

剛才的問題我們再處理。剛剛的建議是說，司法節要做什麼事情，這涉及到司法院、法務部學術討論的傳統，大家都還蠻認可的，如果另外找別的時間來討論更多的話題，也是很好的提議，這個要跟法務部再商量一下。司法節過去也不只這樣，早期活潑的節目都有過，後來這幾年形成學術研討會，相信現場出席的大法官、先進、貴賓，都認可這個方向，就不多談了，謝謝。

本人認為剛剛與談人的討論均非常精彩充實。接下來有 3 位來賓提出書面意見，有 1 位關於憲法法庭的問題，因與今日研討主題無涉，我就擅自作主不回答了，司法院現在有一個司法院大法官審理案件法，將很快召開公聽會，歡迎署明「公民」的貴賓，屆時再提供寶貴的意見。黃廳長國忠有一個條文上關於制度的具體問題，是不是先請李庭長彥文來回答。然後有一位黎女士的問題，請許教授回答。還有剛剛劉教授的一些問題，如果時間許可的話，也請許教授、沈教授回應。

最高法院李庭長彥文（與談人）

第一個問題是司法行政廳黃廳長所提出來的問題，問題點在於剛才所講於法院裁定開始破產程序之後，債務人對於破產財團之財產就喪失管理處分權，如果為處分的話，要經過管理人的承認，這是第 154 條的規定。草案第 166 條另外規定，管理人的行為，如果超過 100 萬元，要事先經過法院的許可，上開 2 條文適用上應如何來配合？首先，第 154 條規定的是債務人的行為，原則上效力未定，管理人可以事後承認；第 166 條規定的是管理人的行為，行為主體不一樣；如果債務人的處分行為該當於第 166 條第 1 項各款，而且價值超過 100 萬元的話，基本上也是效力未定，要經過管理人的承認才能夠生效。管理人如果要承認債務人的行為，雖然是債務人而非管理人所為，可是這跟管理人自己所為價值上相當，應當也要事先經過法院的許可（第 166 條第 1 項規定本文）。管理人要事先經過法院的許可，始能承認債務人所為的第 154 條的法律行為，如果沒有經過法院的許可，依照第 166 條第 3 項規定，就是無效。管理人的承認既然無效，也就無法按照第 154 條的規定，使法律行為確

定的生效。所以管理人對於債務人所做的行為，該當於第 166 條第 1 項各款時，如果要加以承認，必須先經過法院的許可，法院許可之後，才可以行使承認的權限。承認後才能使債務人的法律行為確定生效。如果沒有事先經過法院的許可，就沒有承認的權限。如果債務人所為的行為是 100 萬元以下，或者不該當於第 166 條第 1 項各款的規定的話，管理人承認就不用經過法院的許可。第二點是關於第 144 條的破產公告，未載明管理人的權限要經過法院裁定許可，如此社會大眾如何知悉管理人的職權有限制？及其法律效果如何？其實法律已明文規定，不能說不知悉。關於管理人的職權是法律所明定，本草案如果立法通過，施行生效就有法律的效力，大眾理應知法，無庸在公告裡重複法條規定，否則破產公告難道要把全部的法條再公告一次，大概無此必要。既然是法律所明定，就推定社會大眾能夠知悉。

許教授士官（與談人）

答覆第 2 位書面提問人第一個問題，有關如何讓債務人能夠負擔債務清理的費用。那要看是哪一種的債務清理程序，如果是破產程序的話，債務人可能沒有資力，本來費用有聲請費及預納費用，草案第 12 條有特別規定，如果債務人沒有資力的話，可以暫免繳納費用，就可以負擔債務清理的費用。如果聲請和解或重整，屬於重建型，若連這些費用都付不起，可以想像所提出的和解方案、重整計畫也沒有執行可行性，所以應區分不同的類型來加以處理。第二個問題是有關如何讓會計師、律師確保有進帳，即如果當管理人或監督人的話，報酬如何確保。這個問題草案第 10 條第 4 項規定聲請人聲請的時候，法院可以命其預納費用，這個費用某程度就可以幫忙，將來要選任管理人或監督人的報酬，草案第 31 條第 5 項規定，監督人或管理人的報酬，有優先受清償之權。它在破產程序或和解程序或重整程序都是財團債權或共益債權，隨時優先受清償，草案第 31 條第 6 項也規定，將來定一個報酬的給付辦法等等，讓管理人及監督人不用擔心報酬，使其在職務上的執行能夠更加的認真、努力。另外一個問題是怎麼確保銀行等債權人同意讓步？比方說同意和解

方案或重整方案。這也是本次草案主要的改革之一，也就是說，在和解方案債權人同意從三分之二減少到二分之一，比較容易通過，在重整計畫，本來公司法也是用二分之一來降低它的標準，但是本次債務清理法更加重法院的權限，採取所謂的定權利保護條款而直接逕行認可制度，在公法人的和解方案或重整的計畫，如果關係人都通不過，法院認為這個計畫稍微修改一下，對全體債權人及債務人有利益的話，可以逕行認可，所以將來法院的權限就更擴大。在和解方案的話，符合一定標準，有擔保、有保證，法院認為條件公允者，縱然債權人都反對，也可以逕行認可。所以將來雖然債權人集團或關係人會議的表決權很重要，但是於一定的情形擴大法院的權限，所以說裁判上的債務清理程序是要賦予法院很大的權限，要重建的話，才不會受部分債權人的反對，而沒辦法來達成。另外還有問司法單位怎麼自我要求的問題，現在債務清理事件的管轄法院，在草案沒有明定，將來可能是北、中、南各選擇一個法院作為債務清理法院，這樣法官承辦的件數會比較多，慢慢累積這個經驗。比方說像外國債務清理的承認程序，特別把它明定，只有臺北地方法院有專屬管轄權，因為外國債務清理程序，可能不會很多，但是只要累積這些知識而且動輒會涉及到國際性的問題，將來由臺北地方法院專庭或專股的法官承辦，希望法官有更多債務清理的經驗或知識，比較可以妥適應用。另外還有提到說如何避免去逼死債務人債務清理，剛剛一直講說有放寬開始的原因，有清償不能之虞，有不能清償之可能性，有可能落入破產就可以來開始聲請程序，但是這僅限於債務人，債權人不可以此作為理由來聲請，所以不會因為開放程序開始原因，就使債權人拿這個來逼債。另外提問人也有提到跟法扶基金會合作，好像法扶基金會有效能不彰的問題，其實法扶基金會現在主要是幫助消費者聲請更生或清算程序，這也是我們臺灣目前的問題，就是現在的律師不喜歡擔任債務清理事件的管理人、監督人，因其認為責任重大，這跟日本或其他國家的律師不一樣。他們把消費者這些社會低層、最需要救助者，提供其法律上救助，包含擔任消費者破產事件的管理人等職務，認為是實現正義。

律師法第 1 條規定律師的任務在於實現社會正義，所以這是律師再教育的問題，是有關律師的選考、律師的倫理規範再加強的相關問題。最後一個問題說貪污犯可不可以聲請宣告破產？那要看這個人有沒有開始原因，如果他有很多錢，就不會債務清償不能，如果有債務清償不能或不能清償之虞，還是可以聲請，如果是消費者，那就依消費者更生或清算或自然人的和解或自然人的破產處理。如果他聲請清算或破產，會不會免責呢？那還是要看有無消債條例第 133 條、第 134 條不免責事由，如果沒有不免責事由，還是有可能免責，就是債務清理不是要去處罰犯罪行為或制裁以前的惡行，而是要讓負多重債務可能終生會被囚禁在債的牢籠裡面的債務人有一線生機，透過正當的法律程序來回復正當或健全的經濟生活，縱然有不免責的事由，草案也有裁量免責制度，債務人努力清償到兩成以上，法院認為適當仍可裁量免責，所以這個制度等於是慈悲為懷，不是要再去制裁犯罪行為人，犯罪行為人是用刑法來加以處理，債務清理是讓在社會經濟上的失敗者都有東山再起的機會，讓我國成為一個文明，而不是叢林社會，不要讓失敗者永遠不能再起。

蘇副院長永欽（主持人）

因為時間關係，且為避免耽誤各位貴賓中午用餐的時間，三位與談人相互的問題，找時間內部討論處理即可。各位的發言，本人覺得都很精采。今天上午這個場次，相信大家一定感覺收穫很多。這個制度確實是很重要，也許尚不足稱之完美。幾位都談到，即使法律通過，相信隔一段時間又要做一些新的檢驗，從過去債務無法清理的實務經驗，的確令人非常痛苦，因為債務人不能翻身，債權人也不能受償，司法不斷在這問題上一直拖延，造成三輸的局面。現在建立一個正向制度面對問題，並設計了很多的方法、工具、精緻的程序來處理，可能不是萬靈丹，但可從消費者債務清理經驗看到，一開始也都抱著試試看、質疑的態度，慢慢的經過一段時間，至今已經幾年了，影響了一些價值觀的改變或者對問題態度的轉變，至少從司法統計上看，處理的件數及清理案件時間都比過去更好，包括法官、律師，大家也都經過這樣的一個審慎的過渡

期。債務清理法通過後會擴大到一般性的債務清理，促使政策改變並使規範更廣泛，相信對整個社會來講，應該是正面的。這個草案現在已經完成了三次公聽會的法定程序，後續相關事宜司法院會仔細的思考，如果幸運的話，應該可在第三版通過，若不幸要進入第四版當然會令人感到遺憾。祝福這個法案可以在司法院、立法院均有一個比較好的發展，今天非常感謝各位參與討論，謝謝大家，下午的研討會敬請大家繼續支持。

〔第二場〕

國際刑事司法互助的法制建構
——催生我國刑事司法互助法

〔第二場〕

主持人、主講人、與談人簡歷

第 7 0 屆 司 法 節 學 術 研 討 會

第二場

主持人簡歷

主持人	學 歷	現 職
陳明堂	中國文化大學法律研究所碩士	法務部政務次長

報告人簡歷

報告人	學 歷	現 職
陳文琪	國立臺灣大學法律學研究所碩士 美國密西根大學法律研究所碩士	法務部國際及兩岸法律司司長

與談人簡歷

與談人	學 歷	現 職
溫耀源	國立臺灣大學法律學研究所碩士	臺灣高等法院刑事庭庭長
林志潔	美國杜克大學法學博士、碩士	國立交通大學科技法律學院副教授兼所長

〔第二場〕

會 議 論 文

報告人：陳司長文琪

國際刑事司法互助的法制建構 ——催生我「國際刑事司法互助法」

法務部國際及兩岸法律司司長 陳文琪

目次

目次

壹、前言

貳、國際刑事司法互助之法源及依據

一、國際條約

(一) 國際公約中關於國際合作之體現

(二) 條約具有國內法律效力，優先適用

(三) 條約之內國法化

二、國內法

(一) 在刑事法或其他法律中規定

(二) 訂定專法

(三) 綜合立法

三、其他執法依據

參、我國進行司法互助之法源及依據

一、條約協定

二、法律及其他依據

肆、有關刑事司法互助法立法之必要性

一、《引渡法》與《外國法院委託事件協助法》已不敷需用

二、完備法源依據以確立進行司法互助之合法與正當

三、與國際規範連結

四、引進新制度

伍、立法芻議

一、對於司法互助的基本認知與態度

二、立法範圍與體例之選擇

三、擴大合作主體

四、中央機關及聯繫窗口之設置

五、司法互助基本原則的堅持與鬆綁

（一）條約前置非必要之前提

（二）互惠原則

（二）雙重犯罪原則(Double Criminality)

（三）一事不再理原則（禁止雙重危險 double jeopardy）

（四）拒絕協助事由之梳理

五、其他特別規定

（一）視訊調查取證

（三）大陸與港澳地區的安排

陸、結語

壹、前言

隨著全球化之發展，人員、物品、資訊、金融往來密切，犯罪活動亦已跨越疆界而更國際化、組織化，增加了執法機關調查取證、緝逃追贓、預防或追訴犯罪的難度。為有效打擊犯罪，彰顯正義並維護往來秩序，在在需要打破國家主權藩籬，進行跨國(境)司法合作，始得竟其功，因而對於國際刑事司法互助之需求與關注也越來越多。

司法互助(legal assistance)，又稱法律協助，是國際司法合作之一環，乃指一個國家、地區或國際組織的司法機關請求另一個國家、地區或國際組織的司法機關，透過司法的作為而提供協助¹。國際刑事司法互助(mutual legal assistance in criminal matters)，一般係指國與國之間在刑事事務方面通過協商互助，代為一定的司法行為的一種活動²；或謂國家之間依有關國際條約或基於互惠原則，協助或代為履行一定的刑事訴訟程序或刑事實體權利的司法制度；亦即與刑事偵查、起訴、審判及執行有關的司法程序³。在現實國際社會中，已不限於國家之間之合作，尚包括「我國與外國政府、機構或國際組織間提供或接受因偵查、審判與執行等相關刑事司法程序所需之協助」⁴。

國際刑事司法互助係由個案累積成制度，從實務發展出理論。從最早之引渡(extradition)，逐漸發展出狹義的司法互助(mutual legal assistance)(協助取得證據、送達文書等)、承認並執行外國判決及刑事追訴之移轉(transfer of criminal proceedings)等類型，前二者合稱為廣義的刑事司法互助，因發展較早，又稱為或古典的司法互助⁵。近

¹ 另參United Nations Office on Drugs and Crime, *Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition* (New York, 2012), p.19.。

² 王秀梅、康海軍、張磊、趙永琛教授國際刑法學學術思想述評 東方法眼網頁 <http://www.dffy.com/faxuejieti/xuezhe/201103/22100.html>，瀏覽日：2012年7月10日。

³ 周成瑜 海上犯罪與國際刑法 五南圖書出版股份有限公司(2007年9月初版一刷)，133頁。

⁴ 法務部研擬之《國際刑事司法互助法草案》(2015年3月版)第3條關於國際刑事司法互助之用詞定義。

⁵ 李傑清 沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互助 元照出版公司(2010年10月初版第一刷)，219頁。

來，聯合國通過的一系列公約，將引渡、司法互助與受刑人移交(transfer of sentenced person)、刑事追訴之移轉、犯罪資產之追還(asset recovery)及其他執法合作(law enforcement cooperation)等並列為國際合作(international cooperation)之形式⁶，堪稱最廣義之司法互助。

由於刑事司法互助事項多涉及司法主權及公權力作用，其操作與執行，需有法源依據及作業規範，據以作為。在有簽署國際公約或雙邊條約(協定)之情形，因條約(協定)具有國內法律之效力，得為執行之依據；但涉及執行方式與程序，仍需有國內的配套法律、行政命令或流程規範為據。在無外交關係或條約基礎而係基於雙方互惠與意願進行協助者，多在不違反受請求國之國內法律規定情況下，提供請求國協助；惟若干作為，如無可適用之國內法，亦難逕予啟動。例如外國向我國請求協助追討在我國境內之犯罪不法所得，需對我境內之財產進行搜索、扣押或為其他處分；或受請求承認並執行外國沒收判決(沒收令)，受外國請求協助緝捕遣返通緝犯等問題，如國內無相關之法律規定，將窒礙難行。

關於國際刑事司法互助，有國際間普遍採行或認可的原理與規則，有些和國內法律規定契合；有些事項則為國內法律所無，甚或與現行法律制度不符者，如欲完全實現國際司法互助內容，尚需確立政策，調整補充國內法令，始得銜接運作。1980 年後各國有較多刑事司法互助之立法，尤其是設立專法，以補充現有國內法律規定之不足。我國現有《引渡法》、《外國法院委託事件協助法》及《跨國移交受刑人法》等專法，以及散見於少數法律之零星規定；整體內容而言，《引渡法》與《外國法院委託事件協助法》已不敷時代及實務所需，以致於對外國提供協助或向外國請求協助，時遇有瓶頸。為彌補法律之空乏，有必要將實務個案，制度與理論予以整合而法制化，制定一部通案性且有系統的刑事司法互助法。另一方面，兩國之間進行之司法合作，透過司法互助法之立法，將要件、程序與格式制度化、法制

⁶ 參《聯合國反貪腐公約》第四、五章及《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》之規定。另參黃風國際刑事司法合作的規則與實踐 北京大學出版社(2008 年 7 月第一次印刷)，前言 1~2 頁、103 頁。

化，無論對請求方及受請求方，都相對地明確而可預期，以保持司法合作的穩定發展。

本文將分四部分說明刑事司法互助之法制建構。首先，概述國際刑事司法互助之法源及依據；其次，介紹我國現有刑事司法互助之法源基礎；接著，說明我國儘速訂定刑事司法互助專法之必要性；最後，對於法制建構之重要內容提出拙見以供參考。

貳、國際刑事司法互助之法源及依據

一、國際條約

（一）國際公約中關於國際合作之體現

公約及條約是國際法上重要的法源之一。為反應國際間打擊犯罪之共同需求，許多國際公約中揭示著促進國際合作之意，並載有司法互助及引渡條款，例如《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第27條第1項規定：「締約國應在符合本國法律和行政管理制度的情況下相互密切合作，以加強打擊本公約所涵蓋的犯罪的執法行動的有效性」；《聯合國反貪腐公約》第43條1項規定：「締約國應依本公約第四十四條至第五十條規定在刑事案件方面相互合作。在適當而且符合其國家法律制度之情況，締約國應考慮與貪腐有關的民事和行政事件之調查和訴訟程序方面相互協助」、第46條第1項規定：「締約國應對本公約所定犯罪之偵查、起訴及審判程序，提供最廣泛之司法互助」，目的即在加重締約國進行國際刑事司法合作的義務。聯合國或其他國際組織亦積極提供國際公約，通過或批准法律文書，或推薦示範法典(model law)或示範條約(model treaty)供各國於簽訂雙邊條約(協定)時參考⁷，並鼓勵各國以國內法的形式，建立進行國際司法合作之法律

⁷ 例如聯合國大會於1985年通過了《關於外籍受刑人移交示範協定》(UN Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners)；1990年通過了《引渡示範條約》(UN Model Treaty on Extradition)。

基礎。與司法互助相關之主要公約包括：

1. 1988年聯合國大會通過了《禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》(United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 簡稱《聯合國反毒公約》或《維也納公約》), 確認並加強國際刑事合作, 採取有效的手段, 例如控制下交付、海上共同防制毒品販運、不法犯罪所得之扣押、沒收等。
2. 1999年聯合國大會通過《制止資助恐怖主義國際公約》(International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism)。
3. 2000年聯合國大會通過《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》(United Nations Conventions against Transnational Organized Crime, 簡稱《巴勒莫公約》), 於2003年9月29日生效, 是第一個針對跨國有組織犯罪的全球性公約⁸, 此公約對於過去各國在司法互助實務上之問題與需求, 刑事訴訟程序各階段之執行細節均有規範, 對於國際合作事項有較完整的規定, 對各國進行合作提供了法律依據。
4. 2003年《聯合國反貪腐公約》(United Nations Convention against Corruption) 係為對抗貪腐問題而制定的國際規範, 於2005年12月14日生效。公約第1條即揭示其宗旨之一為「促進、便利及支援預防與打擊貪腐方面之國際合作和技術援助, 包括在追繳資產方面」, 其內容包括引渡⁹、偵查審判中之司法互助¹⁰、受刑人移交¹¹、

《刑事互助示範條約》(UN Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters) (狹義的司法互助)、《刑事案件移轉訴訟示範條約》(UN Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters)、《有條件的判刑或有條件釋放罪犯移轉監督示範條約(保護管束之執行移管)》(UN Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released)。2007年聯合國修正完成《聯合國刑事互助示範法典》(UN Model Law on Mutual Assistance in Criminal Matters)。

⁸ 趙秉志、楊誠主編《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》與中國的貫徹研究, 北京師範大學出版社(2009年9月第1版), 2頁。

⁹ 《聯合國反貪腐公約》第44條。

¹⁰ 《聯合國反貪腐公約》第46條。

¹¹ 《聯合國反貪腐公約》第45條。

刑事追訴之移轉¹²、執法合作¹³，另於第五章專章規定資產追還事項¹⁴，係在《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》之後，進一步強化國際司法互助之內涵與發展的公約。

歐洲是國際刑法及司法互助發展快速活躍的地區，有多個公約揭示刑事司法合作之意旨與內容，例如1957年《歐洲引渡公約》(European Convention on Extradition, 1960年生效)及其後之四個附加議定書、1959年《歐洲刑事司法互助公約》(European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 1962年生效)、1964年《歐洲監管附條件被判刑或被釋放人公約》(European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders, 1975年生效)、1970年《歐洲刑事判決國際效力條約》(European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, 1974年生效)、1972年《歐洲刑事訴訟移轉管轄公約》(European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, 1978年生效)、1983年《歐洲移交受刑人公約》(European Convention on the Transfer of Sentenced Persons, 1985年生效)、1990年《關於清洗、搜查、扣押和沒收犯罪所得公約》(Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, 1993年生效)。

歐洲聯盟(歐盟)係依1993年生效之《馬斯垂克條約》(Maastricht Treaty)而成立，該條約關於第三支柱(Third Pillar)之司法與內政事務(Judicial and Home Affairs)中提到的「刑事司法互助」(judicial co-operation in criminal matters)，是歐盟關於刑事司法互助議題之發軔。嗣於1997年簽署之《阿姆斯特丹條約》(Treaty of Amsterdam)第29條揭示，以建立「一個自由、安全、正義的區域」(an area of freedom, security and justice)為目標。1999年，歐盟高峰會在芬蘭坦佩雷舉行，此次會議結論形成之政策稱為「坦佩雷計畫」，其中關於如何提高司

¹² 《聯合國反貪腐公約》第47條。

¹³ 《聯合國反貪腐公約》第48條。

¹⁴ 《聯合國反貪腐公約》第51條以下。

法互助執行的效果與效率以建立一個正義的區域部分，於結論中提到應加強司法裁判與決定之相互承認，並為必要之法律調和，以促進各會員國司法機關之合作及個人權利之保障；並特別指出對各會員國間司法裁判與決定之相互承認是司法互助的基石¹⁵。此後，歐盟高峰會於2003年作成之「海牙計畫」及2010年作成之「斯德哥爾摩計畫」，均延續「相互承認」原則作為歐盟刑事司法互助之基調，進而設置機構與法律工具來推行相關措施。由於歐盟各會員國之刑事法律體系、制度與運作情形皆不相同，若能藉由法律調和(legal harmonization)，使各會員國之刑事程序法及實體法有最低度之共同標準(minimum rules)或最基本之權利保障，當可減少各會員國間之疑慮，進而建立彼此之信任與信心，而願意相互承認司法決定或判決¹⁶。再經過《里斯本條約》(Lisbon Treaty)關於刑事司法互助事項之修正，將之移至《歐盟運作條約》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)，特別對刑事判決及相關決定之相互承認及各國國內法規之調合二項議題加以規範¹⁷。相較於聯合國體系關於刑事司法互助之發展，歐洲聯盟(歐盟)的刑事司法互助架構，隨著區域之整合，突破了傳統以國際條約的規範模式，而係在相互承認的基礎上提供協助¹⁸。

此後，關於打擊犯罪方面，有2005年之《歐洲理事會關於打擊人口販運行動公約》(Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2008年生效)及《歐洲理事會關於打擊清洗，搜索，扣押及沒收犯罪所得及資助恐怖主義公約》(Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, 2008年生效)等。

在亞洲地區，近年來東協國家為有效打擊跨國犯罪，於2006年東協成員國簽署了《東協刑事司法互助公約》(The Treaty on Mutual

¹⁵ 黃嘉妮 歐盟超國家司法互助整合趨勢，法務部 2013 年出國進修報告，6 頁。

¹⁶ 黃嘉妮 歐盟超國家司法互助整合趨勢，法務部 2013 年出國進修報告，7 頁。

¹⁷ 吳建輝 刑事司法互助在歐洲聯盟法之發展，司法新聲 103 期(2011 年 10 月)，8~9 頁。

¹⁸ 刑事司法互助法之比較研究—以我國現況為中心，法務部 102 年度委託研究計畫，25 頁。

Legal Assistance in Criminal Matters among ASEAN Member States, ASEAN MLAT)，成為部分東協國家開展司法互助的直接法律依據。2007年簽署了《東協反恐公約》(The ASEAN Convention on Counter Terrorism)，建立東協國家之間的刑事司法互助之法律體系，以利共同打擊犯罪。

(二) 條約具有國內法律效力，優先適用

大多數國家均承認條約原則上具有國內法上之效力，其效力應高於或等同於法律。依司法院大法官會議329號解釋：「憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締約之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言」。我國與其他國家或國際組織締結之條約，經立法院議決，總統批准或同意並公布施行後，具國內法效力。又依《憲法》第141條所定「尊重條約」及同法第63條所定條約須經立法院議決之規定以觀，凡依法批准公布之條約，似無須經過特別之立法程序即得逕行援用，亦無須另行以命令規定，法院自應予適用¹⁹。

「如條約之內容與法律之規定相牴觸時，其適用之優先順序為何？從憲法第一百四十一條規定之精神以觀，條約與法律有所牴觸時，原則上似宜以條約之效力為優。…惟若條約批准於法律公布施行之前，而與法律之規定相牴觸時，是否仍應優先於法律適用，似值得研究。原則上，一國政府有義務不制定違反條約之法律，故在解釋上，應儘可能推定立法機關不願為與條約有牴觸之立法」²⁰。條約優先適用以符合「條約必須信守」的原則。

¹⁹ 司法院 1964 年 3 月 2 日，(53)臺函參字第 1450 號函，最高法院 72 年度臺上字第 1412 號民事判決參照。另參法務部 1988 年 11 月 19 日(77)法參字第 20108 號函。

²⁰ 法務部 1988 年 11 月 19 日(77)法參字第 20108 號函。最高行政法院 96 年度判字第 1986 號判決指出，關稅法既係配合 GATT 第七條執行協定而為全盤修正，我國亦依條約及協定處理準則第十一條法定程序參與入會，既身為 WTO 會員所應遵守之各該協定，我國自有受其拘束之義務。

（三）條約之內國法化

在一個國家無法與所有或多數國家均個別建立合作關係時，可透過簽署國際公約，以公約中關於刑事司法互助的條款，作為締約國開展司法互助的直接依據，此方式即使對條約前置主義的國家亦同²¹。我國雖非聯合國之會員國，且因國際政治因素無法簽署國際公約，但在國際合作上，卻不能忽視這些被遵循的原理原則。為避免因國際公約之批准書、加入書、接受書無法存放致條約之國內法效力受到質疑，且為確保日後執行之可行性，有必要將國際公約之規定內國法化²²。國際間對於打擊犯罪之合作承諾，與國內追訴犯罪涉及跨境的部分雖然分立卻是互相關連。司法互助之相關協助作為之執行，仍取決於國內法律之規定，唯有填補在國內執行操作過程中空白的區塊，才能有效執行²³，也才可以調整國內法規範與條約規範間出現的差異和衝突；同時，身為國際社會的一員，也是我們對於促進國際合作的宣示。

條約公約內國法化之方式有下列幾種²⁴：

- 一、 制定施行法，明定該公約具有國內法效力。例如《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》第2條、《消除對婦女一切形式歧視公約施行法》第2條及《聯合國反貪腐公施行法》第2條均規定公約之規定，具有國內法效力。²⁵
- 二、 將公約內容，制定單一專法。例如《中華民國領海及鄰接區法》及《中華民國專屬經濟海域及大陸礁層法》，即是將1982聯合國《海洋法公約》部分條文內國法化。²⁶
- 三、 制定或修正相關法律之規定以落實公約內容。例如《仲裁法》於1998年參照《承認及執行外國仲裁判斷公約》相關規定，增

²¹ 黃 風 刑事司法協助的概念和特點，收錄於國際刑事司法合作的規則與實踐 2008 年 7 月版，111 頁。

²² 參法務部對《「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告》之對案建議。

²³ 法務部 1988 年 11 月 19 日(77)法參字第 20108 號函，最高行政法院 93 年度判字第 281 號判決參照。

²⁴ 法務部對《「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告》之對案建議。

²⁵ 《聯合國反貪腐公施行法草案》經立法院於 2015 年 5 月 5 日三讀審議通過。

²⁶ 參法務部對《「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告》之對案建議。

修47條至51條²⁷；我國自2001年起遵照「打擊清洗黑錢行動組織金融小組」之四十點建議及八點特別建議，以修正我《洗錢防制法》並研擬《反恐怖行動法》，以符合國際間有關防制洗錢及遏阻資助恐怖份子之要求²⁸。又《人口販運防制法》中亦納入《聯合國防止、禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為的議定書》(UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children)關於人口販運之定義及相關規定。

二、國內法²⁹

國際條約係國家與國家之間的外部關係，履行條約義務，仍需有配套的內部規範以銜接或調整並轉為國內之作為與程序，故國內立法自為履行協助之重要依據。在無條約協定(或不採條約前置)之情況，進行國際司法互助，更需有國內法律之規定，以資依憑。各國關於司法互助之立法體例，主要模式如下：

(一)在刑事法或其他法律中規定

大陸法系國家有些將刑事司法合作事項訂於刑事法或其他法律中。例如義大利《刑事訴訟法》第十一編「與外國的司法關係」分四章規定一般原則、引渡、司法互助、承認與執行外國刑事判決等內容³⁰；法國《刑事訴訟法》第十編「國際司法互助」亦分五章規定了一般原則、與歐盟成員國間之司法互助、與其他國家間之司法互助、歐洲逮捕令及成員間進行的移送程序、引渡等事項。³¹

²⁷ 參法務部對「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告之對案建議。

²⁸ 參慶啟人 試論臺灣如何與他國進行實質之司法合作(二)，載於法務通訊第 2202 期(2004 年 9 月 2 日)，4 頁。

²⁹ 關於國內刑事司法互助相關立法模式，可參黃風 資產追回問題比較研究 北京師範大學出版社 2010 年 10 月版，73 頁。

³⁰ 黃風 資產追回問題比較研究 北京師範大學出版社 2010 年 10 月版，72 頁。

³¹ 羅結珍譯 法國刑事訴訟法典(第 694 條至第 696-47 條) 中國法制出版社 2006 年 1 月版，411~452 頁。

(二) 訂定專法

有些國家則以訂定專法方式規範司法互助之相關內容及程序。例如日本 1980 年《國際搜查共助法》(*Act on International Assistance in Investigation and Other Related Matters*)；瑞士 1981 年《聯邦國際刑事司法互助法》(*Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters*)、德國 1982 年《國際刑事司法互助法》(*Law on International Legal Assistance in Criminal Matters*)、澳洲 1987 年《刑事司法互助法》(*The Mutual Assistance in Criminal Matters Act*)及 1988 年《引渡法》(*Extradition Act*)、匈牙利 1996 年《國際刑事司法互助法》(*Act XXXVIII of 1996 on International Legal Assistance in Criminal Matters*)、葡萄牙 1991 年《國際刑事司法合作法》(*Law on International Judicial Co-operation in Criminal Matters*)、韓國 1991 年《國際刑事司法共助法》(*Act on International Judicial Mutual Assistance in Criminal Matters*)、紐西蘭 1992 年《刑事司法互助法》(*The Mutual Assistance in Criminal Matters Act*)及 1999 年《引渡法》(*Extradition Act*)、泰國 1992 年《刑事司法互助法》(*The Act on Mutual Assistance in Criminal Matters B.E.2535*)及 2008 年《引渡法》(*Extradition Act*)、英國 2003 年《國際刑事合作法》(*Crime (International Co-operation) Act*) 及 2003 年《引渡法》(*Extradition Act 2003*)、香港 1997 年《逃犯條例》(香港法例 503 章) (*Fugitive Offenders Ordinance, cap 503*)、1998 年《刑事事宜相互法律協助條例》(香港法例 525 章) (*Mutual legal assistance in criminal matters ordinance, cap.525*)³²等。各國家地區之法律基於需求與立法政策考量，其立法例及範圍廣狹而有不同。

(三) 綜合立法

另有結合上述二種立法體例之綜合方式，即有關司法互助事項，

³² 於 1997 年和 1999 年香港、澳門特別行政區成立後，在「一國兩制」架構下，依《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第 96 條及《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第 94 條規定，在大陸中央人民政府協助或授權下，特別行政區政府可與外國就司法互助關係作出適當安排。至於與大陸地區及香港、澳門之間的司法互助，依香港基本法第 95 條，澳門基本法第 93 條規定，特別行政區可與大陸其他地區的司法機關通過協商進行司法方面的聯繫和相互提供協助。

除訂定專法外，亦散見於其他法律。例如：加拿大的《刑事司法互助法》(Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act)，使加拿大得對與其締結司法互助雙邊條約之外國、同參與多邊公約之締約國、國際刑事法院，或無條約關係之外國或其檢、警，在不同條件下得以不同方式提供不同程度之司法協助³³；另於《證據法》(Canada Evidence Act)第 46 條規定對於外國法院繫屬中的刑事案件，得基於外國法院之請求，協助取得證人的供述³⁴；在《刑法》(Criminal Code)第十二章亦有關於根據外國請求或財產在外國，而進行不法所得之查扣沒收之相關規定³⁵。

中國大陸於 2000 年《引渡法》以專法之體例，詳予規定有關引渡之事項；至於國際刑事司法互助之專法草案，已研擬多年，尚未完成立法。惟於 1996 年修訂《刑事訴訟法》，其中第 17 條規定：「根據中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則，我國司法機關和外國司法機關可以相互請求刑事司法協助」，首先引進了「司法互助」的概念，因未明確界定其內容或範圍，所以學者認為宜採廣義解釋³⁶。另於《反洗錢法》第 29 條及《禁毒法》第 55 條亦有關於司法互助之規定。

澳門在國際合作方面，2006 年通過《刑事司法互助法》，規範了有關引渡、刑事追訴之移轉、執行刑事判決、移交判刑人、監管附條件被判刑或被釋放人以及其他的刑事司法合作事項³⁷。該法強調國際協約優先原則，如條約未規定或規定不足時，則受《刑事司法互助法》的規範；另於《刑事訴訟法》中亦設有補充規定。《刑事訴訟法》第五卷規定澳門特別行政區與該特區以外當局有關司法協助之請求、逃

³³ 加拿大司法部網頁關於引渡及司法互助之介紹，

<http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/emla-eej/mlatocan-ejaucan.html>。(瀏覽日：2014 年 11 月 13 日)

³⁴ Section 46 of the Canada Evidence Act (R.S.C., 1985, c. C-5)

³⁵ Part XII.2 - Proceeds of Crime, Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46)

³⁶ 黃 風 刑事司法協助的概念和特點，收錄於國際刑事司法合作的規則與實踐 2008 年 7 月版，104 頁。

³⁷ 澳門之《刑事司法互助法》使澳門在進行跨境追逃、追贓、司法互助等各方面都有法律可依循。惟在「一國兩制」原則下，此法只適用澳門特區與中華人民共和國以外的國家和地區進行刑事司法互助，與大陸之間的刑事司法互助仍需簽訂相關的協定才可進行。澳門與大陸之間經多年磋商，尚未完成協定之簽署。

犯之移交、在特別行政區以外宣示之刑事判決之效果等事項³⁸。建立了以國際條款為優先，《刑事司法互助法》為主導，刑事訴訟法律補充適用的三個層次的國際刑事司法合作的法律架構³⁹。

我國與國際刑事司法互助相關法制，亦採綜合立法方式。主要的專法為《引渡法》、《外國法院委託事件協助法》及2014年7月23日生效實施之《跨國移交受刑人法》。惟《引渡法》制定於1954年，《外國法院委託事件協助法》於1963年公布實施，二法內容已老舊，不敷現代實務運作所需，為配合國際化發展，有研修之必要(詳後述)。另有關國際司法互助事項，亦散見在國內其他法律中，例如《組織犯罪防制條例》第15條關於簽訂防制組織犯罪之國際合作條約或協定；《洗錢防制法》第14條至16條規定為促進防制洗錢之國際合作，得與各國簽訂條約或協定以進行有關洗錢情報交換、偵查及犯罪所得財物或財產上利益之查扣沒收之合作並得與外國分享該財產；《毒品危害防制條例》第32條之1及第32條之2第9款有關國際合作下之控制下交付等。

三、其他執法依據

除條約協定外，國際間常見的司法合作的書面約定尚包括「辦法或補充協定」(Arrangement)、「議定書」(Protocol)或「瞭解備忘錄」(Memorandum of Understanding, MOU)，其常用於執法機關之間關於行政或技術面的合作約定，內容對締約雙方均有拘束力；但在國內法上，因其批准或國內立法機關的審議程序不同，而法位階效力亦有不同。例如法務部調查局作為我國洗錢防制金融情報中心(FIU)，便與多國簽有防制洗錢情報合作交換備忘錄，據以進行情資交換，執法合作；又如臺灣與泰國為加強警務合作，以交換犯罪情資，防制犯罪，於2013年1月17日簽署《臺泰共同打擊跨國經濟及相關犯罪協議》

³⁸ 參澳門特別行政區《刑事訴訟法》第213至223條。(2013年11月5日第354/2013號行政長官批示公布第48/96/M號法令核准的《刑事訴訟法典》全文)

³⁹ 澳門特別行政區檢察院前檢察長何超明於2010年11月2日在澳門舉行之國際反貪局聯合會第四次年會開幕式中致詞時作上述說明。

⁴⁰、2014 年 5 月 30 日簽署《臺美防制人口走私販運資訊傳佈與交換瞭解備忘錄》⁴¹。此外，國際習慣、一般法律原則，甚至實務實踐中有效的做法，久之都可能提升為規則，而為國際間進行司法互助被遵循的規範。

參、我國進行司法互助之法源及依據

一、條約協定

我國因國際政治因素，與其他國家或司法主權領域簽訂司法互助條約或協定並不容易。除於 1985 年 5 月 7 日與韓國簽訂《中華民國法務部與大韓民國法務部間司法資料交換協定》(Agreement on Exchange of Judicial Materials between the Ministry of Justice of the Republic of China and the Ministry of justice of the Republic of Korea)⁴²，並於 1991 年完成換文；1993 年 1 月 14 日與美國簽訂《北美事務協調委員會與美國在臺協會在犯罪偵查與追訴方面合作之瞭解備忘錄》外，尚與哥斯大黎加、巴拉圭、南非共和國、史瓦濟蘭、多明尼加、多明尼克、聖文森、格瑞納達、馬拉威共和國、馬紹爾群島、帛琉共和國、聖克里斯多福及尼維斯等國家簽有引渡條約；另與英國簽署關於個案之引渡備忘錄。於 2000 年後，先後與美國、菲律賓、南非簽署刑事司法互助協定；與越南簽署民事司法互助協定；且與大陸地區簽署包括民、刑事之司法互助協定，另與巴拿馬、德國簽訂有關移交受刑人之條約、協議。這些條約或協定經立法院審議通過者，具有法律之效力。詳情如下⁴³：

⁴⁰ 由臺北駐泰經濟與文化辦事處與泰國駐臺貿易經濟辦事處簽署，透過臺泰警務合作，交換資訊、防制犯罪。

⁴¹ 由中華民國駐美代表處與美國在臺協會簽署，這是美方首度與亞太國家簽署打擊販運人口的備忘錄，以加強情報交換及共同打擊犯罪。

⁴² 本協定內容未區分民事或刑事之司法資料交換，故均得引為司法互助之依據。

⁴³ 有關條約協定內容，請查閱外交部網頁(首頁>關於本部>政府資訊公開>條約及法規命令)及行政院大陸委員會網頁(首頁>兩岸協商>兩岸協議)。本文討論內容以刑事司法互助為限。

類型	簽署國	條約協定名稱	簽約時間	生效時間
引渡條約	哥斯大黎加	中華民國政府與哥斯大黎加共和國政府間引渡條約	1984/12/12	1990/12/21
	巴拉圭	中華民國與巴拉圭共和國間引渡條約	1986/04/24	1987/06/25
	南非共和國	中華民國政府與南非共和國政府間引渡條約	1987/10/30	1988/05/24 (條約因兩國斷交而終止效力)
	史瓦濟蘭	中華民國政府與史瓦濟蘭王國政府間引渡條約	1988/06/21	1989/08/08
	多明尼加	中華民國與多明尼加共和國間引渡條約	1990/10/16	1992/08/08
	多明尼克	中華民國與多明尼克間引渡條約	1990/11/27	1991/05/06
	聖文森	中華民國與聖文森間引渡條約	1992/08/19	

類型	簽署國	條約協定名稱	簽約時間	生效時間
		約		
	格瑞那達	中華民國與格瑞那達間引渡條約	1992/08/25	
	馬拉威共和國	中華民國與馬拉威共和國間引渡條約	1994/04/12	
	馬紹爾群島共和國	中華民國政府與馬紹爾群島共和國政府間引渡條約	2011/04/12	2012/06/05
	帛琉共和國	中華民國政府與帛琉共和國政府間引渡條約	2012/08/13	2013/03/26
	聖克裡斯多福及尼維斯	中華民國與聖克裡斯多福及尼維斯間引渡條約	2013/08/19	2014/09/03
引渡備忘錄	英國	英國內政部與臺灣司法主管機關關於引渡林克穎之備忘	2013/10/16	2013/10/16

類型	簽署國	條約協定名稱	簽約時間	生效時間
		錄		
刑事司法互助協定	美國	駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定	2002/03/06	2002/03/06
	厄瓜多	中華民國與厄瓜多共和國刑事司法互助協定	2011/06/01	(厄瓜多完成內部程序中)
	菲律賓	駐菲律賓臺北經濟文化辦事處與馬尼拉經濟文化辦事處間刑事司法互助協定	2013/04/19	2013/09/11
	南非	駐南非共和國臺北聯絡代表處與南非聯絡辦事處刑事司法互助協議	2013/07/24	2014/11/28
民事司法互助協定	越南	駐越南臺北經濟文化辦事處	2010/04/12	2011/12/02

類型	簽署國	條約協定名稱	簽約時間	生效時間
		與駐臺北越南經濟文化辦事處關於民事司法互助協定		
民、刑事司法互助協定(議)	中國大陸	海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議	2009/04/26	2009/06/25
移交受刑人條約	巴拿馬共和國	中華民國與巴拿馬共和國關於遣送受裁判人條約	2010/07/26	(立法院尚未完成審議)
	德國	德國在台協會與駐德國台北代表處關於移交受刑人及合作執行刑罰協議	2013/11/6	2014/02/07

二、法律及其他依據

我國本於國際社會之一員，為共同打擊犯罪之目標，除與部分國家地區簽訂司法互助條約或協定(議)及基於互惠原則，進行國際司法合作外⁴⁴，另定有專法即《引渡法》、《外國法院委託事件協助法》及

⁴⁴ 《聯合國反貪腐公約》有許多關於國際間司法互助或合作之規定，我國《聯合國反貪腐公約

《跨國移交受刑人法》，作為執行之依據。

《引渡法》制定於 1954 年，該法第 1 條即明定外國向我國請求引渡不以訂有條約為前提，關於引渡之原則，例如雙重可罰(第 2 條)、政治犯軍事犯宗教犯不引渡(第 3 條)、國民不引渡(第 4 條第 1 項)、或引渡或起訴(第 4 條第 2 項)、一事不再理(第 5 條第 1 項)等，大致具備。引渡之程序須經「行政—司法—行政」三階段審核，由法院裁定是否准予引渡後，由行政院核請總統最後核定(第 15 條至第 23 條)。惟至今為止，尚未有外國向我國提出請求而完成引渡之實例。而我國對外請求，除於 2013 年向英國正式請求引渡經我法院判決確定而外逃之英商林克穎回臺執行刑罰外(程序進行中)，亦無向外國請求引渡成功之實例。實務上，多以「遣返」或「驅逐出境」等方式替代引渡。⁴⁵

《外國法院委託事件協助法》原始名稱為《外國法院委託事件處理法》，於 1963 年 4 月 25 日公布。本法規範受外國法院委託協助民事事件或刑事案件關於訴訟文書送達及調查證據事項，2006 年間將名稱修改為《外國法院委託事件協助法》。由於此法是 1980 年審檢分隸之前所訂之法律，條文規定執行機關雖為法院，立法當初之法院實包含檢察機關在內；而法務部受理外國刑事司法互助請求轉由檢察機關執行者，亦同依此法辦理。該法之規定之主要內容為：(1) 受託協助民事或刑事案件，以不牴觸中華民國法令者為限(第 2 條)；(2) 委託事件之轉送，應以書面經由外交機關為之(第 3 條)；(3) 委託法院所屬國，應聲明中華民國法院如遇有相同或類似事件須委託代辦時，亦當為同等之協助(第 4 條)；(4) 受託送達文書或調查民事或刑事訴訟上之證據，依民事或刑事訴訟法相關規定辦理(第 5、6 條)。

另因國際間人員往來頻繁，在外國犯罪服刑之情況亦所在多有。受刑人在外國服刑，因語言、文化隔閡，生活習慣差異，再者家屬探

施行法》第 2 條第 2 項即規定本於互惠原則為之。

⁴⁵ 有關追返外逃人員之概念與類型，參陳文琪 兩岸刑事司法互助有關人員遣返的法制架構，月旦法學 209 期(2012 年 10 月)，205 頁以下。法務部 101 年度委託研究計畫 引渡逃犯與人員遣返之比較研究—以我國現況為中心。

視不易，影響矯正教化成效。基於人道考量及為達刑罰教化之目的，聯合國等國際組織積極推動移交受刑人制度，各國間亦尋求簽署移交受刑人條約協定或個案合作之可行性。我國於 2010 年 7 月間與巴拿馬簽署《中華民國與巴拿馬共和國關於遣送受裁判人條約》，2013 年 11 月間與德國簽署《德國在臺協會與駐德國臺北代表處關於移交受刑人及合作執行刑罰協議》。另兩岸之間於 2009 年所簽訂之《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 11 條也約定移交(接返)受刑事裁判確定人(被判刑人)事項。然條約或協議僅規範兩國或兩地區間得同意移交受刑人之條件與程序，而國內應各自如何進行移交受刑人作業，仍有待立法規範。法務部於是研擬《跨國移交受刑人法草案》，於 2013 年 1 月 23 日經立法院三讀通過，同年 7 月 23 日生效實施，作為我國執行移交受刑人事務之基本規範；而臺灣地區與大陸地區、香港、澳門間辦理受刑人之接返或遣送，則準用本法之規定。移交受刑人制度係以承認外國確定之刑事判決為前提進而執行該判決之內容。在本法中亦納入了幾項基本原則⁴⁶：(1)最有利於受刑人原則，受刑人回國執行之刑期不得長於原遣送國法院所定之刑期，其在遣送國監獄已取得之有利條件，原則上亦應承認。(2)尊重遣送國判決原則，即尊重遣送國判決之法律程序、認定之事實及量刑，所以接收國會以遣送國之判決為基礎，不會重新認定事實或量刑；任何對於原判決之復核，例如再審，專屬原遣送國為之(第 14 條)，赦免或減刑原則上亦由遣送國為之，或經遣送國同意後由接收國為之(第 17 條)。(3)不牴觸接收國法律秩序原則，最常見者即接收國要求雙重可罰，另基於判決基本正當法律程序之要求、是否違背國內公序良俗、獄政管理之考量等，而決定是否同意接返受刑人。故本法規定不論是接收受刑人或遣送受刑人均應得到我國、移交國及受刑人三方同意以及相關條件(第 4 條、第 5 條、第 18 條、第 19 條)；也明定「行政—司法—行政」三階段審核程序(第 4~6 條、第 8~9 條、第 11 條、第 19~20 條)及法院之裁定及轉刑方式(第 8~10 條)等事項。

⁴⁶ 參廖先志 跨國移交受刑人法簡介，法學叢刊第 58 卷第 1 期(2013 年 1 月)，131 頁以下。

在前述專法以外之其他法律中亦有有關司法互助之規定⁴⁷。我國與美國於2002年臺美簽訂之《刑事司法互助協定》，其中第2條及第17條約定彼此協助執行沒收財產；另於2004年3月間「亞太防制洗錢組織（APG）」對我國之評鑑報告中建議我國應設置允許當外國請求時，得凍結、協助沒收扣押財產之制度，而國際防制洗錢組織金融行動小組四十項建議中對各國復有類此建議；故為落實與美國間之刑事司法互助之執行並符合國際防制洗錢組織之要求，爰於《洗錢防制法》第14、15條規定協助外國查扣沒收犯罪所得財物或財產上利益並得與外國分享該財產⁴⁸；於第16條另規定國際間洗錢情資交換與犯罪偵查合作事項。另《組織犯罪防制條例》第15條規定簽訂防制組織犯罪之合作條約或其他國際協定；《毒品危害防制條例》第32條之1關於偵辦跨國性毒品犯罪得採取「控制下交付」，亦是國際合作中採行之辦案方式。至於與中國大陸之間的司法互助，於2009年簽署《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》之前，主要依據為《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第8條關於文書送達及調查取證，第74條關於大陸民事確定判決之認可，第75條關於刑事追訴等規定。

除法律之外，法務部為執行臺美刑事司法互助協定，於2002年10月29日訂頒《檢察及調查機關執行我國與美國間刑事司法互助協定作業要點》；為執行《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》，於2011年1月3日訂頒《海峽兩岸送達文書作業要點》、《海峽兩岸犯罪情資交換作業要點》、《海峽兩岸緝捕遣返刑事犯或刑事嫌疑犯作業要點》、《海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點》；為執行移交受刑人事項，配合母法於2013年7月23日訂頒《跨國移交受刑人法施行細則》、《跨國接收受刑人適用累進處遇辦法》、《檢察機關辦理跨國移交受刑人案件作業要點》及《法務部跨國移交受刑人審議小組設置要點》，

⁴⁷ 另現行法律中與民事司法互助相關的規定則有《民事訴訟法》第145條第1項關於囑託外國管轄機關為送達、第289條及第295條囑託外國管轄機關調查證據、第402條關於外國法院判決之承認；《強制執行法》第4條之1關於外國法院判決之執行；《非訟事件法》第49條關於外國法院裁判之承認等，不在本文討論範圍內。

⁴⁸ 參《洗錢防制法》第14條、第15條立法理由。為執行沒收事項另訂定《洗錢犯罪沒收財產管理撥交及使用辦法》作為相關執行規範。

透過行政命令，提供更細密的執行依據與規範。

肆、有關刑事司法互助立法之必要性

目前我國與外國從事司法互助，除與少數國家地區訂有司法互助條約(協定)而有明確的法源依據外，許多是在個案互惠協助之基礎上依《外國法院委託事件協助法》或其他法律辦理。由於現行法律規定較簡略，在執行上多所侷限且與實務需求不合，亟需檢討並重新建構司法互助之法制架構。茲敘述理由如下：

一、《引渡法》與《外國法院委託事件協助法》已不敷需用

《引渡法》制定於 1954 年，僅於 1980 年間配合審檢分隸而修正部分文字，其內容近 60 年未修正，與國際間引渡之發展已有落差(例如未設簡易引渡程序)且未配合近年來《刑事訴訟法》修法而修改致產生扞格(例如仍有檢察官羈押引渡被告之規定)。為落實國際公約，順應國際間引渡之操作，因應可能發生之案件，法務部已著手研修《引渡法》⁴⁹，就引渡請求之提出與受理，審核要件及程序，執行方式等項，訂定完整的規範。而《外國法院委託事件協助法》於 1963 年 4 月 25 日公布實施，全文九條，司法院於 2006 年間曾經修法，惟僅將名稱修改為《外國法院委託事件協助法》，內容則未曾修正。該法僅規範我國法院受外國法院委託協助部分，至於我國委託外國法院協助部分則闕如；其內容未區分民、刑事事項，難以體現民、刑事司法互助的各別特性及規範需求；又其協助範圍僅限於文書送達及調查證據，對於國際刑事司法互助需求新型多元的發展趨勢，例如審查要件與程序、協助查扣或沒收犯罪資產、遠距視訊訊問等，均未有規範，不僅簡略且未能反應現代實務運作狀況，已不敷需用。再者，該法原係一體適用於法院及檢察機關，惟在院檢分隸後，「法院」一詞已無法涵括檢察機關，而我國與外國簽定之司法互助條約或協定，多約定

⁴⁹ 參法務部「引渡法研修小組」2011 年 9 月 15 日第一次會議參考資料。該研修小組於 2011 年 9 月成立，惟因故中斷討論，至 2014 年 12 月再接再續進行。

以法務部為中央機關(Central Authority)作為提出及受理司法互助請求的機關；實務上需向外國提出協助請求或執行外國向我國提出之請求者，亦以檢察機關為多，故有必要修法或另立新法以建立更明確完善的法律依據。

二、完備法源依據以確立進行司法互助之合法與正當

國際刑事司法互助事項，繁瑣而細膩，涉及國、內外之聯繫與執行，有外國請求我國協助者，亦有我國向外國請求者；在兩國之間進行司法互助，有些是以條約協定為依據，有些係直接以對方國家之司法互助法律為據而為請求。即使與外國訂有條約或協定，亦係合作事項之原則性約定，在執行細節上仍需有國內之司法互助法或其他法律以銜接或補充適用。例如外國囑託我方法院或檢察官協助訊問證人，法官或檢察官仍需有得以傳喚其人之法律依據，憑以協助外國調查取證；或如緝捕遣返，我方執法人員亦需有法源依據以拘提逮捕在本國無案件繫屬之人員再送交給外國。又如我國向外國請求協助查扣犯罪資產，外國法院往往會要求我方須提出法院宣告沒收之確定判決，惟當涉嫌人外逃未到案時，在現行法律制度下，法院無法單獨對犯罪財產判決沒收，而無法提供請求外國協助所需之司法文件。因此，儘早立法填補必要的規範以資因應國際司法互助實務所需，乃有其必要。

有關司法互助之法律具有兩個作用，第一是對外的連結，不管有無條約協定或是個案合作，都需要外部連結，第二為國內執行的依據與規範，成為外國請求協助時，啟動國內相關程序的依據。在國際刑事司法互助常見之事項，包括主管機關及聯繫管道、協助事項之範圍、格式與程序、拒絕協助之事由、審核要件及執行方式、必要的授權條款(例如承諾或保證、簽訂協定或備忘錄)等，都宜透過立法而做出政策選擇與安排，建立司法互助之基本規範。同時，藉著法律之明文，引領執法人員理解並熟悉司法互助之操作程序。

三、與國際規範連結

當國際交流往來密切，跨國犯罪之議題範圍逐漸擴大，需要司法互助案件量日益增加，各國之間就更熱切尋求雙邊合作關係或透過多邊的公(條)約，加大打擊犯罪的範圍，也加強各國合作的義務與齊一的做法。關於國際刑事司法互助，存在著國際間採行的原則，例如互惠原則、雙方可罰原則(double criminality)、一事不再理原則、特定性原則(specialty)、國民不引渡原則等等；另有些係國際間行之多時的實踐程序，例如請求方式與格式、經費負擔方式、保密義務等等。各國若瞭解並遵循國際共通的規範，更易在一致的規範上進行合作。這些國際規範，有些和國內法律規定契合，有些則為國內法所無，則透過國內立法或修法，將之內國法化以適當地選擇引進並與國內程序連結。

四、引進新制度

隨著犯罪型態不斷翻新，打擊犯罪方式之改變及刑罰執行之考量，國際合作事項亦隨之變化。前述之受刑人移交制度，在國際間已漸為趨勢。兩岸於 2009 年 4 月 46 日簽署之《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 11 條有「罪犯接返」之約定；我國與巴拿馬共和國於 2010 年 7 月 26 日簽訂了《關於遣送受裁判人條約》，嗣於 2013 年完成《跨國移交受刑人法》之立法及配套措施，詳細規定移交之要件、程序、刑期轉換與執行、累進處遇等事項，完整引進受刑人移交之新制度⁵⁰。

又，關於追還犯罪資產係目前國際間打擊犯罪追贓方面之熱點議題，在《聯合國反貪腐公約》設有專章(第五章)規定犯罪資產追還(Asset Recovery)事項，詳細規定各項貪腐所得資產追還之事項，確立了貪腐犯罪資產必須返還之原則⁵¹。跨境追討犯罪資產，需賴外國

⁵⁰ 參 2013 年 7 月 23 日法務部新聞稿。

⁵¹ 黃 風 聯合國反腐敗公約談判八個焦點，刊載於 2006 年 10 月 23 日檢察日報。

協助查扣、沒收在境外之財產，有時涉及承認與執行外國沒收判決或命令的問題，因各國法制不同，當海外追贓時，請求方常被要求提出法院判決作為請求之依據，因國內尚未建立「非以定罪前提之沒收制度」(對物訴訟)⁵²，如被告死亡、逃匿或其他原因未能取得確定之沒收判決，則影響外國對我提供協助。外國若請求我國協助其查扣沒收在我境內之犯罪財產，除有雙邊條約或協定特別約定外，亦因欠缺執行外國查扣命令或沒收裁判之法律依據而執行有困難⁵³。即令我們簽署公約或在雙邊條約有承認並執行外國沒收判決或命令之約定，仍需國內法提供更周延之執行規範。另國際間關於資產追回之合作，常採行之「資產分享」方式，有助於提高國際司法互助的誘因與成效，其制度之建立，亟待立法解決⁵⁴。

伍、立法芻議

基於刑事司法互助法立法之必要性，如何建構一個全面而有體系的法制架構，使我國的司法互助運作得以法制化，現代化，茲分述如下：

一、對於司法互助的基本認知與態度

有關條約之履行、條約內國法化及國內立法的過程中，對於司法互助之認知與態度，將影響合作之成效及立法的方向與內容。

國際司法互助(合作)是一項重要的外交事務，是國與國之間在刑事事務方面通過協商互助，代為特定的司法行為的活動；各國亦常將司法互助作為外交問題來處理。由於是在不同國家及法制體系間進行合作，在觀念認知差異及外交與國家利益衡量間，存在著程序與目的間之調和，不可避免地會帶有政治的視角，而不能單純地理解成國內

⁵² 「聯合國反貪腐公約」第 54 條第 1 項第 3 款參照。

⁵³ 「聯合國反貪腐公約」第 55 條參照。

⁵⁴ 中國大陸於 2013 年實施的新修正《刑事訴訟法》已增訂第五編，新訂了非以定罪為前提之沒收制度相關條文。

偵查或審判的純司法事務。故在刑事司法互助之法制架構中有聯繫窗口與中央機關(Central Authority)⁵⁵的安排及拒絕協助事由之規定，即反映著國家利益及法價值之考量。

每個國家在司法互助中可能是請求方，也可能是被請求方，故應雙向思考；要看到彼此的需求、意願與態度，也要瞭解雙方法律及制度的差異，考慮司法管轄之多元性。為著共同打擊犯罪之目標，抱持善意、互信與尊重的態度，始易進行合作。基此，受請求方如不違反己方規定，宜應儘量依請求方要求之形式提供協助，以促成合作。⁵⁶

二、立法範圍與體例之選擇

如前所述，最廣義的刑事司法互助包括：(1)引渡；(2)狹義的司法互助；(3)承認並執行外國判決；及(4)刑事追訴之移轉⁵⁷。而狹義的司法互助範圍實亦廣泛且有彈性，可以包括調查取證、送達文書、禁止財產處分、搜索、扣押、執行沒收或追徵之裁判或命令、犯罪財產之返還等⁵⁸。雙邊的司法互助條約或協定之內容，大多為狹義的司法互助。

當前聯合國與國際刑事司法互助相關之重要的國際公約，例如《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》、《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》係採狹義的刑事司法互助概念，將司法互助與引渡分離；《聯合國反貪腐公約》除第四章國際合作與第五章資產追還

⁵⁵ 中央機關應具有代表性，對外代表國家處理國際法律事務，一般是一個國家的司法行政機關，常見的是司法部(法務部)，例如美國、澳洲、日本、韓國等。

⁵⁶ 參《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第8條第2項規定。

⁵⁷ 黃風 國際刑事司法合作的規則與實踐 北京大學出版社(2008年7月第一次印刷)，前言1~2頁、103頁。

⁵⁸ 參法務部研擬之《國際刑事司法互助法草案》(2015年3月版)。另北京師範大學事科學研究院國際法研究所所長黃風教授於2012年9月25日在臺北所舉辦之刑事司法互助系列研討會(二)上提出狹義司法互助之內容包括：獲取證據或個人證詞、送達司法文書、執行搜查及扣押、檢查物品和現場、提供情報和證物、提供有關文件及記錄的原件或經證明的副本，其中包括銀行、財務、公司或營業記錄、識別或追查收益、財產、工具或其他物品，以作為證據、為有關人員自願在請求國出庭提供方便、移送被羈押人員前往請求國出庭或者協助調查、遠程視頻或聲訊聽證、建立聯合偵查機構、通訊偵聽(特殊偵查手段)、為追回財產的目的辨認、凍結和追查犯罪所得、追繳和返還財產等項。

專章外，於第三、六章亦散見司法互助相關事項，整體內容包括引渡、狹義的司法互助、刑事追訴之移轉及判決承認與執行事項，應屬廣義的司法互助。我國與美國、菲律賓簽訂之刑事司法互助協定之範圍屬狹義的刑事司法互助；與大陸簽訂之兩岸司法互助協議則係最廣義之合作範圍。

有關刑事司法互助之國內立法，有在刑事法或其他法律中規定者，有訂定專法者，亦有採綜合立法方式。我國立法之規範範圍及體例究以何方式為宜？採廣義或最廣義之立法模式者，多係考量不同之司法互助類型之間，仍有許多共通的理論基礎、原則規範與操作方式，故基於立法經濟而訂於一部專法中⁵⁹。1980 年代以後，各國出現較多刑事司法互助之立法，例如瑞士 1981 年《聯邦國際刑事司法互助法》和德國 1982 年《國際刑事司法協助法》將德國的《引渡法》納入其中，都採廣義刑事司法互助概念。澳門 2006 年之《刑事司法互助法》內容包含了文書送達、調查取證、移交逃犯、刑事追訴之移轉、移交受刑人、判決執行、情資交換，則屬最廣義的刑事司法互助⁶⁰。英美法系國家傾向於狹義的刑事司法互助之內涵，例如澳洲 1987 年《刑事司法協助法》、加拿大 1985 年《刑事司法協助法》、英國 2003 年《國際刑事合作法》；日本 1980 年《國際搜查共助法》、韓國 1991 年《國際刑事司法共助法》及泰國 1992 年《刑事司法互助法》亦採狹義之刑事司法互助概念，至於引渡事項則另訂《引渡法》。

各國立法例不盡相同，有各自的需求與重點。我國以現行《引渡法》、《外國法院委託事件協助法》、《跨國移交受刑人法》等專法及《組織犯罪防制條例》、《洗錢防制法》與《毒品危害防制條例》等與刑事司法互助相關的規定，綜合其內容也包含了前述廣義的司法互助。

在刑事司法互助之法制建構方面，考諸國內相關法律自 1954 年

⁵⁹ 中國大陸於 2000 年先制定了《引渡法》，有學者提出《國際刑事司法協助法草案》建議稿，將狹義的刑事司法互助事項與引渡、被判刑人移管及刑事追訴之移轉等規定在同一部專法中。參黃風 中華人民共和國國際刑事司法協助法立法建議稿及論證，北京大學出版社(2012 年 3 月第 1 版)，71~72 頁。

⁶⁰ 澳門特別行政區第 6/2006 號法律。

之《引渡法》至 2013 年之《跨國移交受刑人法》，新舊概念與內容併陳，再者司法互助實務操作未臻純熟，理論研究正在發展，如遽為制定廣義之司法互助法律，恐勢雜耗時。又，對於引渡、狹義的司法互助、跨國移交受刑人、承認並執行外國沒收判決、刑事追訴之移轉等事項之規範內容與重點仍有不同，故對於立法體例之選擇，允宜在現有的法制基礎上，逐步完善各類司法互助事項之立法及修法工作，依實務需要之緩急，研提專法。因此，現行《引渡法》將在整體法制建構中配合修正其不合時宜之處；而《外國法院委託事件協助法》中的民、刑事司法互助事項宜分別規範，其中有關刑事部分應擴充協助事項與程序規範，涵蓋偵查、審判及執行階段之協助需求而另制定「國際刑事司法互助法」，作為司法互助之基本規範。

三、擴大合作主體

國際刑事司法互助，通常在國與國之間進行，尤其是以條約為基礎者。但隨著國際社會的變動，影響及決定國際社會秩序的主體，已不限於國家。國際組織、獨立的主權實體、甚至是司法權主體，也被認為有國際法主體地位。近來出現若干國際刑事審判機構(國際司法機構)，例如南斯拉夫國際刑事法庭(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)⁶¹、盧安達國際刑事法庭(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)⁶²、國際刑事法院(International Criminal Court, ICC)⁶³等，其所處理的多為國際犯罪，在偵查審理案

⁶¹ 南斯拉夫國際刑事法庭依據 1993 年 5 月 25 日聯合國安全理事會通過的 827 號決議而設立之臨時法庭，位於荷蘭海牙，負責追訴審判 1991 年發生於前南斯拉夫地區嚴重違反國際人道之人之罪行。

⁶² 盧安達國際刑事法庭依據 1994 年 11 月聯合國安全理事會以第 955 號決議而設立之國際法庭，位於坦尚尼亞阿魯沙，負責審理 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日這段期間於盧安達境內從事種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義行為之人該期間在鄰國境內從事種族滅絕和其他嚴重違反國際人道主義行為的盧安達公民。

⁶³ 國際刑事法院係 2002 年依據《國際刑事法庭羅馬規約》(The Rome Statute of the International Criminal Court, 以下簡稱《羅馬規約》)而設立，位於荷蘭海牙，負責追訴審判滅絕種族罪(genocide)、危害人類罪(crimes against humanity)及戰爭罪(war crimes)等行為。參張安歲 簡介國際刑事法院；陳文琪 國際刑事法院參訪後記 檢協會訊 58 期(2010 年 10 月)，15 頁以下。

件過程中，也需要與相關國家開展刑事司法互助。故國際刑事司法互助不以國家為唯一合作主體，我國得適度放寬，在與外國政府、機構或國際組織之間亦得提出或接受協助之請求。

又如英國 2003 年之《引渡法》將合作之對象以「領地」(Territory)定之，分為「第一類領地」(Category 1 Territories)和「第二類領地」(Category 2 Territories)；惟依該法第 194 條規定，對於非第一類或第二類之「領地」，尚可透過特別之安排而進行引渡。故該法所適用之對象，實包括主權國家與非主權國家，且不以是否有外交關係為斷，如具有司法管轄權、具有一個法域或經濟領域等事實，亦可被認為該法所定之「領地」⁶⁴。加拿大 1985 年《刑事司法協助法》第 6 條規定對於與加拿大沒有簽署協定或不在表列中的國家(state)或實體(entity)，外交部部長在獲得司法部部長同意後，得與該國家或實體簽署六個月效期之行政協議(Administrative Arrangement)，對於符合雙重犯罪原則之犯行，以個案請求為基礎 (on a case-by-case basis)，可提供司法協助⁶⁵；其合作之對象已不限於國家，對該請求方獲得與簽有司法互助條約或協定之相同協助效果。

國際間常基於共同打擊犯罪之需求，透過國際組織之平臺使會員間得以會員身分進行合作，避免主權或外交之爭議。例如我國參與之「亞太洗錢防制組織」(Asia/Pacific Group on Anti-Money Laundering, APG)，根據「打擊清洗黑錢財務行動特別組織」(Financial Action Task Force on Money Laundering, FATF)頒布之「40 加 9 項建議」，其中即包括對各會員國之國際司法互助、引渡、情報交換等項目進行評鑑；

⁶⁴ 依英國《引渡法》規定，執行《2002 年 6 月 13 日歐盟理事會關於在成員國之間執行歐洲逮捕令和移交程式的框架決議》的歐盟成員國屬於第一類領地。其他與英國有雙邊引渡協議的國家屬於第二類領地。不同類之「領地」適用不同程序。我國為引渡酒後駕車肇事致人於死經判刑確定後逃逸至英國之英籍人士林克穎，臺英雙方簽署個案引渡備忘錄。該案經蘇格蘭地方法院於 2014 年 6 月 11 日判決同意引渡，即肯認臺灣雖不是英國引渡法所定第一類或第二類之「領地」，但係依該法第 194 條所為之引渡之安排，亦為該法規定之「領地」。

⁶⁵ 其原文為：If there is no agreement between Canada and a state or entity, or the state's or entity's name does not appear in the schedule, the Minister of Foreign Affairs may, with the agreement of the Minister, enter into an administrative arrangement with the state or entity providing for legal assistance with respect to an investigation specified in the arrangement relating to an act that, if committed in Canada, would be an indictable offence. (R.S., 1985, c. 30 (4th Supp.), s. 6; 1995, c. 5, s. 25; 1999, c. 18, s. 100.)

FATF 註釋通則第 1 條即表示，本文件中所敘及之「國家」(country) 一詞，應等同於「領地」(territories)及「司法管轄區域(或法域)」(jurisdictions)⁶⁶。

綜上考量，法務部研擬之《國際刑事司法互助法草案》關於司法互助之適用主體，爰適度放寬，包括「我國與外國政府、機構或國際組織之間提供或接受因刑事程序所需之協助」⁶⁷。

四、中央機關及聯繫窗口之設置

由於國際刑事司法互助係涉外事務，有其獨特性及國際間慣行的原則與操作方式；且其對外關係具有行政性與政治性，故有關司法互助程序之安排，會反映在聯繫窗口及中央主管機關的設置以及要不要給予協助的決定。國家對外的窗口是外交部，通常司法互助即透過外交部之窗口對外提出請求或收受外國之請求。各國如未簽訂公約、條約者，可在承諾互惠的基礎上，依據被請求方的法律，透過外交管道提出請求；如有簽署與司法互助相關的公約、條約，得指定中央機關(Central Authority)開展合作事務。

外交部雖是國家對外的窗口，但在司法互助條約或實踐上，各國不見得指定外交部作為司法互助法制面的中央機關，反而常以司法行政機關作為中央機關，例如澳洲、波蘭、美國、日本與韓國等⁶⁸之司法務(法務部)，英國之內政部(Home Office)；有的則以檢察總署為中央機關，例如新加坡、墨西哥等。我國與美國間之刑事司法互助協定，與越南間的民事司法互助協議及兩岸間的司法互助協議，均指定以法務部作為中央機關。

一般而言，中央機關的主要職能包括：(1)提出及接受司法互助請求；(2)對發出或收受的請求，檢視其是否符合要求，提高聯繫合

⁶⁶ 黃元冠 全球化對檢察官司法互助之衝擊與展望 收錄於檢察新論第 4 期(2008 年 7 月)，36 頁。

⁶⁷ 法務部研擬之《國際刑事司法互助法草案》(2015 年 3 月版)第 3 條。。

⁶⁸ 日本及韓國都是外交途徑優先，再由外交部轉法務部。

作的品質和效率；(3)對外聯繫窗口，對內聯繫統合國內執行協助之機關；(4)與外國或國際組織建立經常性的對話機制、積極協調機能、訊息交換平臺；(5)提供司法互助之諮詢指引，統一操作規範及督導執行成效；(6)提出司法互助請求所需之互惠或其他保證。

故於司法互助法制建構中，宜明確規定請求的窗口及路徑，中央機關及其權責。以外交途徑優先，由外交部轉法務部。但於條約協定另有約定聯繫窗口或於其他必要之情形，得直接向中央機關提出，俾利司法互助之運作。

五、司法互助基本原則的堅持與鬆綁

(一) 條約前置非必要之前提

國際間進行刑事司法互助，通常基於雙方存在的條約或協定關係；惟強調「條約前置主義」的國家，將限縮合作的對象，故為增加司法互助之可能性，有些國家地區不以「條約前置」為必要，例如德國《國際刑事司法互助法》第76條；澳門《刑事司法互助法》第4條、第5條規定，即不以定有條約為提供協助之必要條件。有些國家則有放寬趨勢，例如加拿大《刑事司法互助法》第6條規定，對於未簽署條約協定之國家，可透過行政安排而提供協助。我國在對外締約時，受有較多限制，故在法規範上，自宜放寬「條約前置」之要求，在無條約協定關係時，依現行國際司法互助之慣例，本於雙方互惠之原則提供協助，較有利於推動合作。

(二) 互惠原則

所謂互惠原則，係基於平等地位，請求方承諾將來受請求方如遇有相同或類似案件須請求提供協助時，亦當為同等之協助⁶⁹。互惠承諾是一種尊重、善意、對等的表達，須具有可實踐性(信譽)。然是否

⁶⁹ 參《引渡法》第11條第3款、《外國法院委託事件協助法》第4條、《洗錢防制法》第9條第5項、第14條第3項、第15條第2項、第16條第2項。

發出互惠承諾或聲明，許多時候仍是基於國家政策與利益考量⁷⁰。許多國家在無條約協定或非公約締約國之情況下，往往將互惠承諾列為請求需載明之事項，也是決定是否提供協助之考量因素。例如德國、泰國及澳門對外提供協助，雖不以條約為前提，但仍要求有互惠聲明⁷¹，否則構成拒絕協助之理由。

近來有些國家已不嚴格堅持互惠聲明之要求，或其要求的形式已較空泛。尤其國內有刑事司法互助相關立法，即被認係具備對世界各國提供司法互助，不要求有條約協定或任何形式的互惠聲明，蓋國內既已立法開放，即表示強烈的合作意願，已具備互惠本質，無需再為聲明。惟論者亦有認為國內雖有司法互助法，並不當然代表給予協助之表示。此外，有視不同情況而決定是否需要互惠之條件者，如涉及強制處分事項，例如財產查扣沒收，則注重互惠要求；其不具強制性者，例如文書送達，則否。

基於我國在表達合作意願時能兼顧對等性及國家利益，在立法上宜以「互惠原則」進行司法互助，若請求方欠缺互惠之承諾，列為得拒絕提供協助之理由。⁷²

(二)雙重犯罪原則(Double Criminality)

雙重犯罪原則，乃指請求方所敘述之犯罪行為，依受請求方之法律亦構成犯罪，但不必所犯罪名或類別均相同⁷³。雙重犯罪原則係基於對司法主權之尊重，也是「罪刑法定原則」在國際刑事司法合作領域中的體現；若不具備雙重犯罪之條件，受請求方可以拒絕提供協助。我國「引渡法」第2條及「跨國移交受刑人法」第5條第3款規

⁷⁰ 學者有謂，「互惠」之約定或要求是政治準則，政治概念。參黃風 中華人民共和國國際刑事協助法立法建議稿及論證 北京大學出版社(2012年3月第1版)，42頁。

⁷¹ Deputy Attorney General Trakul Winitaiyapak, Enhancement of international cooperation tools such as MLAs to facilitate the investigation and prosecution of members of international organized crime syndicates, Speech at the 17th Annual Conference and General Meeting of the IAP, Bangkok, Thailand (Oct. 30, 2012)。另參德國《國際刑事司法協助法》第59條第3款、澳門《刑事司法互助法》第5條第1項規定。

⁷² 法務部《國際刑事司法互助法草案》(2015年3月版)第10條第2項第2款、《聯合國反貪腐公約施行法》第2條第2項參照。

⁷³ 《聯合國反貪腐公約》第43條第2項參照。

定，均係採「雙重犯罪原則」。面對打擊犯罪之所需，在國際合作的意願下，此一原則並非不可讓步而視協助事項採較彈性地認定。近年來一些國際公約有降低雙重犯罪原則之趨勢⁷⁴。又如《兩岸司法互助協議》第4條第1項規定：「雙方同意採取措施共同打擊雙方均認為涉嫌犯罪的行為」，原則上採行「雙重犯罪原則」，但於第3項設有例外，「一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助」，對雙重犯罪原則亦鬆綁讓步。又關於引渡或涉及強制處分事項，堅持雙重犯罪原則，對於其他狹義司法互助事項，則可淡化處理。例如《臺美刑事司法互助協定》第2條第3項及第4條第1項第4款規定，關於搜索扣押之請求，如在受請求方不構成犯罪者，得拒絕協助，其他情形則應提供協助。《聯合國反貪腐公約》第46條第9項規定亦同旨。故於法制規範上，宜將雙重犯罪原則列為「得」拒絕協助之事由，以保留司法互助運作之彈性與效率。

(三)一事不再理原則(禁止雙重危險 double jeopardy)

《公民與政治權利國際公約》第14條第7項揭示：「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑」，使被告人免於受到雙重危險(double jeopardy)，以保障人權。我《引渡法》第5條第1項規定「請求引渡之犯罪，業經中華民國法院不起訴，或判決無罪、免刑、免訴、不受理，或已判處罪刑，或正在審理中，或已赦免者，應拒絕引渡」，即本於此原則而定。

在國際刑事司法合作問題上，如果不確立「一事不再理原則」，將會造成嚴重的法律錯亂，使有關國際義務的履行得不到強有力的法律保障⁷⁵；刑事司法互助事項，諸如刑事管轄權之衝突與協調，外國判決之承認等問題，均須確立一事不再理原則。又如受刑人移交制度及與執行外國沒收裁判追討犯罪不法所得，均以承認外國判決為前提並予執行。在移交受刑人部分，我國已另訂定特別專法《跨國移交受

⁷⁴ 《聯合國反貪腐公約》第44條第1、2項；。

⁷⁵ 黃風 資產追回問題比較研究 北京師範大學出版社 2010年10月版，77頁。

刑人法》，對於是類移交回臺執行之人，即不再依《刑法》第 9 條或《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第 75 條再啟偵查。

（四）拒絕協助事由之梳理

司法互助之被請求方在決定是否提供協助時，有行政裁量之空間，各國會考量其本國利益及需求，也有其關切的事項，例如歐洲人權法院關注人權議題，若認為不符合人權保障將拒絕協助。在實務操作上，宜將同意或拒絕協助之要件、條件透過立法而予法制化，使之明確可預期，逐步減少政治或行政裁量之非司法因素，才能保持司法合作的穩定發展。

對於不同的司法互助事項，會有不同之拒絕事由。通常對於引渡、受刑人移交事項有較嚴格之審查與拒絕事由，其他司法互助事項則有較大彈性，如有牴觸重要原則才予拒絕。各國在法體例上，亦多區分「應拒絕」與「得拒絕」事由分別規範。法務部研擬之《國際刑事司法互助法草案》對於提供協助之結果將有損我國國家利益，或協助之結果將違背我國法律制度、精神時列為應拒絕事由。請求方之請求雖在國際刑事司法互助慣例上常不予提供協助，惟考量各國法律制度之差異，基於合作打擊犯罪之必要且不違反法治精神及影響我國法秩序，我國非不得提供協助，端視個案具體情形裁量是否提供協助⁷⁶。

五、其他特別規定

在整體司法互助法制架構下，《跨國移交受刑人法》甫於 2013 年完成立法施行；目前宜儘速修訂《引渡法》及另立《國際刑事司法互助法》以完備相關規範。其中《引渡法》係關於外逃刑事犯之緝捕及移交事項，在執行外國請求時，除前述一般原則外，尚須針對為引渡

⁷⁶ 法務部研擬之《國際刑事司法互助法草案》(2015 年 3 月版)第 10 條第 1 項規定之應拒絕協助之情形為：「一、提供協助對我國主權、國家安全、公共秩序或其他重大公共利益有危害之虞；二、提供協助，將使人因種族、國籍、性別、宗教、階級或政治理念而有受刑罰或其他不利處分之虞」。同條第 2 項則規定得拒絕協助之情形，包括請求不符合程式、請求方未提出所需之保證、不符合雙重犯罪原則、影響我國訴訟程序之進行、違反一事不再理原則等。

而進行之拘提、逮捕、拘禁，法院審查核程序、救濟程序等另予研究訂定，以補現行法之不足。而在《國際刑事司法互助法草案》中，除前述關於中央機關之安排，在國際司法互助實務常有需求而待研究討論而予法制化者如下：

(一)視訊調查取證

在需跨境取得證人陳述(證詞)之情形，透過司法互助之作法有下列幾種方式：(1)囑託受請求國代為訊問；(2)囑託受請求國代為訊問並同意請求國人員在場，如徵得受請求國同意請求國人員得補充請求訊問事項或為訊問；(3)協助安排證人到請求之一方境內作證⁷⁷，甚或解送受拘禁人出國作證⁷⁸；(4)遠距視訊訊問。隨著科技發展，網路發達，以影音傳送設備調查取證(遠距視訊訊問)可免去證人出國作證之安排⁷⁹，可節省辦案成本，提升辦案效率，如由我法官、檢察官透過視訊設備直接訊問，更能確保證據能力。

《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第 18 條第 17 項、《聯合國反貪腐公約》第 46 條第 18 項均有遠距視訊跨境取證之規定。我《刑事訴訟法》第 177 條第 2 項、第 4 項等規定⁸⁰，亦有利用視訊系統直接訊問證人或鑑定人之規定。國內遠距視訊係在監獄或看守所設置一個視訊終端，作為「視訊法庭」，而「審判法庭」則為另一個視訊終端，連線之結果，「視訊法庭」即屬於「審判法庭」之延伸（最高法院 97 年度台上字第 2537 號判決意旨參照）。遠距視訊訊問，在國內運用乃「審判長訴訟指揮權行使範圍」⁸¹，如擬跨境利用視訊設備

⁷⁷ 參《臺美刑事司法互助協定》第 12 條、《臺菲刑事司法互助協定》第 10 條。

⁷⁸ 《聯合國反貪腐公約》第 46 條第 10~12 項。

⁷⁹ 例如 2006 年 3 月 29 日凌晨 2 時許，澎湖地檢署為偵辦華航空難案件，經由美國聯邦司法部之協助，首度由澎湖地檢署檢察官在澎湖馬公以視訊方式訊問在美國加州之證人，法務部編印「跨時代的正義—檢察制度世紀回顧紀念文輯」(2008 年 5 月)，檢察大事年表，110 頁；另參陳文琪 檢察官在國際社會中的新角色，收錄於前揭文輯，308 頁註 20。又 2011 年 1 月間，士林地檢署偵辦一起醫師在大陸地區殺人案，因證人在大陸，檢方循兩岸司法互助協議，以視訊方式在臺北訊問在大陸的證人，順利取得證詞，全案偵結起訴。

⁸⁰ 除《刑事訴訟法》外，另《民事訴訟法》、《行政訴訟法》、《證人保護法》、《性侵害犯罪防治法》及司法院訂頒之《刑事訴訟遠距訊問作業辦法》、《法院辦理智慧財產案件遠距訊問作業辦法》亦有有關遠距視訊之規定。

⁸¹ 最高法院 97 年度台上字第 2537 號判決。

訊問，因係穿透式的執法且涉及司法權之延伸行使，是否可當然讓「審判法庭」延伸？此與我刑法屬地原則之效力範圍及主權領域範圍有關，然國際間多透過司法互助解決，即在條約協定架構下或個案在互惠基礎上，進行調查取證之聯繫與安排。因此，在律定的司法互助管道經雙方同意進行之視訊訊問結果，實宜認有證據能力。

(二)犯罪資產查扣沒收

目前國際間打擊犯罪，除追緝人犯之外亦注重追還犯罪資產(Asset Recovery)，追逃與追贓並重，以追贓促追逃，民刑事追贓並重。跨國追還犯罪資產，尤需多國共同協力始得完成

《聯合國禁止非法販運麻醉藥品及精神藥物公約》、《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》及《聯合國反腐敗公約》亦敦促各國強化犯罪財產查扣沒收之法制並建立有效的刑事司法合作機制。我國與美國簽署之《臺美刑事司法互助協定》第 17 條約定了「沒收程序之協助 (Assistance in Forfeiture Proceedings)」事項；兩岸簽署《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 9 條也特別約定了「罪贓移交」之合作項目，為跨境追贓工作提供協助之依據。⁸²

為加強國際執法合作，《洗錢防制法》第 14 條第 3 項：「對於外國政府、機構或國際組織依第十六條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則，請求我國協助之案件，如所涉之犯罪行為符第三條所列之罪，雖非我國偵查或審判中者，亦得準用前二項之規定」，乃為增加國際合作之機會，特別規定依條約或協定，憑外國之請求，得予沒收。國際間並常藉由分享追討所得，以提高各國之間的合作意願。

有關犯罪資產查扣、承認並執行外國之沒收裁判或命令及國際合作中採行之資產分享等，除國內法就國內沒收制度再予檢討增訂「非以定罪前提之沒收制度」外，同時也應儘速立(修)法就國際合作面向之相關要件、程序、範圍及第三人權益保障等事項予以規定，以利於跨國打擊犯罪並解決追贓難題。

⁸² 陳文琪 追討犯罪不法所得—沒收制度之法制建構，檢察新論第 12 期(2012 年 7 月)，3 頁。

(三)大陸與港澳地區的安排

在《憲法》及《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》法制架構下，大陸地區並非前開所指之外國政府、機構或國際組織，與大陸地區進行刑事司法互助，為杜爭議及配合《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第3條有關聯繫主體之規定並符合實際之需要，宜以「準用」司法互助法之方式，俾執行有所遵循並受規範。與香港、澳門之間之關係另有《香港澳門關係條例》為依據，故關於國際刑事司法互助之規定，亦以「準用」方式為之。

陸、結語

當犯罪無國界時，其追訴就是地域的分工。在國際刑事司法互助方面，我國的實務經驗不多且法制架構不完備，國際間多個相關的公約正提供我制度建置的參考，甚且我國已制定《聯合國反貪腐公約施行法》，以推動落實公約事宜。當我們檢視修正我國法規以符合國際程序與原則之際，應加速我國司法互助之法制建構，使運作制度化、法制化且符合國際上的程序與原則，以有助於對外合作及內部實踐。

〔第二場〕

會 議 紀 錄

第 70 屆司法節學術研討會

第二場會議紀錄

時間：104 年 1 月 8 日（星期四）下午 1 時 30 分

地點：國家圖書館國際會議廳（臺北市中正區中山南路 20 號）

主持人：陳政務次長明堂

報告人：陳司長文琪

與談人：溫庭長耀源、林所長志潔

陳政務次長明堂（主持人）

報告人陳司長、與談人溫庭長及林所長，總長，賴署長以及院檢同仁，總長對司法節這個活動從早上參與到現在，足見我國司法學術有望，下午場是由法務部承辦有關國際司法互助的部分，首先介紹報告人。

陳文琪陳司長是臺灣大學及美國密西根大學的碩士，也曾擔任法務部檢察司司長及參事，現在則是法務部國際及兩岸法律司的司長，國際及兩岸法律司是在民國 101 年經過組織再造後成立，專門處理我國和大陸及國際司法互助的單位。

與談人溫庭長是第 20 期的學長，溫庭長的公子現在也服務於司法界，溫庭長曾任苗栗地院的院長，現在則是高等法院刑事庭的庭長。林志潔教授現在是交通大學科技法律學院的所長，向來對我國司法界相當支持，例如林克穎案，林教授是我國的專家證人，完成了數百頁的報告資料給蘇格蘭的檢察官，因為資料詳盡充實，蘇格蘭法院也在第一審判決我國勝訴，對國際司法互助可以提供心得。現在請陳司長報告。

陳司長文琪（報告人）

主持人陳次長，與談人溫庭長和林所長，檢察長和各位學長學姊們，大家午安。很榮幸有機會可以在司法節的學術研討會做專題報告，因為是學術研討會，所以需要比較多的論述，由於我們長時間從事實務的工作，要發表論文報告還是有一點惶恐，撰寫論文也有時間的緊迫性。

今天的題目特別提出司法互助的法制架構，因為司法互助運作的法制化和立法修法工作是非常重要的。司法互助的實務工作，需要有部司法互助的專法來支撐。而司法互助是由個案累積成制度，由實務發展成理論；但是個案制度和經驗的整合，還是需要透過法律的工具來制度化。目前國際間諸如德國、瑞士、泰國、加拿大等，都已有司法互助方面的專法。周邊的日本也有刑事搜查與共助的法律，其他像澳門、香港地區也有司法互助的專法。

我們現有的基本專法有三部：「外國法院委託事件協助法」、「引渡法」和最近才完成立法的「跨國移交受刑人法」。為了建構完整法制，今天提出幾個重點議題，但是今天的報告不一定是定見或是肯定的答案，而是希望大家能夠針對議題共同討論、集思廣益，使將來立法或修法可以更完善。

今天的報告分幾個重點來說明，涉及的議題事項很多，事實上每一個議題都有一套理論，可以形成一個制度，沒有辦法說得太詳盡，只能提出關切點向各位報告。

隨著國際化、全球化的發展，人員、物品、資金或金融的流通快速，往來密切，然而有人的地方就有犯罪。當各國政府還在研究彼此之間如何合作共同打擊犯罪時，犯罪已經不知繞了地球幾圈；也有人比喻，當你彎下腰繫鞋帶準備追緝犯罪的時候，犯罪也不知道繞了地球幾圈。特別是某些犯罪類型，比如人口販運、毒品販運、跨境洗錢和詐騙案件都已經組織化且國際化在運作了。

當我們要打擊犯罪的時候，傳統國家主權或邊境、國境的藩籬勢必要打破，進行跨國、跨境的司法合作，才能有效的打擊犯罪。現在各國也意識到這方面的需求，我們在實務上遇到的案件也越來越多，各國對司法互助議題投注的心力也越來越多。

在處理國際事務當中，我們也發現在政治、外交的政策考量外，還是須講求規則、程序。為了國際化之後專責、專業地處理這些事務，法務部於 101 年 1 月 1 日成立「國際及兩岸法律司」，核心業務就是司法互助，除了個案處理以外，還包括和司法互助有關的對外締結條約協定的談判洽商，針對個案處理的協商，以及相關法案的研擬。

接下來談司法互助的概貌，有了大概的瞭解之後，中間會涉及很多的事項，這些都將成為往後法制作業的規範要處理和面對的問題。談到司法互助，英文一般使用“mutual legal assistance”，這也是「聯合國打擊跨國有組織犯罪公約」和「聯合國反貪腐公約」的用語；以中文來說，我們是用「司法互助」，大陸和香港則用「司法協助」，我個人比較偏好用「司法互助」，因為它畢竟指

的是雙向對等的合作關係，如果用協助的話，比較像是「一方提出，一方配合」，所以我們在中文對應上都是用「司法互助」。

至於司法互助的內涵，一般而言指的是國際間司法合作，一個國家地區或國際組織的司法機關對另外一個國家地區或國際組織提出請求，透過司法作為來提供協助。就刑事方面而言，有條約協定就依照條約協定，如果沒有條約協定，我們也可對個案在互惠的基礎上進行請求或協助。也就是一方對另外一方在刑事程序，從偵查、審判，一直到判決確定後的執行事項，針對這些提出協助的請求或提供司法上各程序階段不同的協助。

從這樣的定義內容來看是強調其「司法性」，和一般國家行政機關間亦有的行政協助（甚至司法警察間也會有合作），在概念、程序和操作方式、法律效果會有不同。

司法互助的發展最早是從引渡開始，接著有狹義司法互助，再因應需求發展出移交受刑人的制度，到最後刑事管轄權移轉。這樣的發展歷程中，引渡和狹義司法互助兩項合稱為廣義的司法互助，也因為發展的比較早，也有人稱之為「古典司法互助」，倘若包含四個概念的話，就是最廣義的司法互助。

單就狹義司法互助而言，內容態樣上就非常的多，也非常彈性，包括：調查取證、司法文書送達、鑑定、財產查扣、搜索、沒收、禁止處分…等都包含在狹義司法互助的概念之下，所以在操作上就需要有平臺及依據，主要就是雙邊條約協定或是國內立法，以這兩者做為我國操作和執行的法源。

有締結雙邊條約協定或者是參加多邊公約或國際組織而為締約國或成員國，都可以直接對其他會員國、成員國或締約國提出請求。如果沒有條約協定或是沒有參與國際組織，還是可以依照國內的立法有所作為。所以目前最主要的執行方式還是雙邊的條約協定或國內立法。當然也會有一些行政措施的安排，比如說雙方達成一些協議或是默契，只要雙方都可以接受時，也可以成為彼此合作的基礎。

在實務上最大宗的請求案量屬文書送達或調查取證。在跨境打擊犯罪方面，較顯著的需求包括追人，也就是人犯外逃後的緝捕遣返；另外就是追贓，也是我國目前打擊犯罪的重點，特別是對不法犯罪所得的查扣、沒收和返還。事實上，因為我國是海洋國家的環境，再加上遠洋漁業發達，實務處理的案件中有許多漁事、船事糾紛，大家比較有記憶或是受到矚目的包括：和加拿大有關的福明輪案、與菲律賓有關的滿春億號案和廣大興案。

在遣返方面，目前我國和美國只有司法互助的協定，而沒有引渡的條約或協定，但是我們仍然透過其他管道進行遣返的作業，雖

然要把人從美國帶回來比較困難，但已經有幾次美國的人犯逃到臺灣，我們收到國際刑警組織的紅色通報，或是他們的司法警察、執法單位給我們的通知後，成功地協助美方抓到通緝犯。韓國也曾經有重大經濟罪犯逃到臺灣，透過他們的法務部跟檢察機關與我們聯繫後，我們也協助將該名經濟犯遣返回去，兩岸的例子就更多了，在 2009 年簽訂兩岸司法互助協定至今 5 年半，從大陸遣返外逃的人犯，統計到 2014 年的 11 月 30 日，總計是 379 人，平均一個月抓回 6 個人。

在追贓方面，最高檢特偵組在拉法葉案經過長時間的努力成功匯回海外查扣的犯罪資產；另外美國也曾經透過臺美的司法互助協定，請我們追查在臺灣涉及國際跨國販運毒品的不法贓款，金額超過新臺幣 4 億元；在兩岸的詐騙案件也成功追贓，將款項返回給被害人…等，這都是在個案上顯示出來的多元需求和類型。所以是由個案累積發展成制度的形成，由實務再發展出理論。

在跨境的運作當中，我們也會發現司法互助是有邊境的。它是不同國家政府間進行合作，所以它有國家主權和邊境的問題，於是乎碰到司法互助的需求，在操作上，不論是有形還是無形，都無可避免的會遇到國境和邊境的界線，於是乎就先要進入國家與國家或政府對政府的對話，這當中就會有關於政治、行政、外交的政策考量，而雙方在對話的過程中，要不要提供協助，都會以對自己的利益考量出發。

而在國家對話過程中會有兩個特點，一是中央機關即聯繫窗口的設置；二是同意或拒絕，國際間已發展出一些拒絕事由(原則)。也就是一方提出一個請求之後，透過對話，另一方審酌各種因素後，才決定是否要提供對方協助。舉例而言：智利前總統皮諾契特於 1973 年至 1990 年獨裁統治期間殺人無數，其「殘害人類」、「滅絕種族」等行為本質屬於「普遍性管轄」之罪，任何國家均得對其提起訴訟。1998 年皮諾契特赴英國就醫時在倫敦被拘禁，國際人權運動人士說服了一位西班牙法官向英國要求引渡，但是英國最後拒絕這項請求，主要的原因是在福克蘭戰爭時英國和智利是屬於盟友，所以英國不願意將人犯引渡到西班牙審判。由此可知，在同意和拒絕之間的考量並非完全是單純法律面向的考量。

我們最近碰某國向我國請求司法協助，法務部審核後認為可以提供協助，但外交部建議暫緩提供協助，主要是因為臺商在當地遇到一些糾紛，外交部正透過政治和行政管道進行協商。所以司法互助在國與國之間的對話，會透過中央機關審酌，考量外交或兩岸政策有關的事項再做決定。

又如臺菲之間的廣大興漁船事件，事實上分了好幾個階段處理，在第一時間我國政府提出「道歉、賠償、懲兇和漁業談判」四項訴求，在我國外交的奔走和協商下，加上我國船艦護漁行動並祭出經濟制裁，造成菲律賓的壓力因而給予正面回應。而在司法方面，法務部在懲兇的部分，透過司法調查而堅持事件真相的釐清，也在此基礎上對後續漁業談判和其他訴求提供支撐力。從這些案例可以得知，在司法互助的案例中，雖然界定為司法合作的案件，但實際上除了法律以外，還有政治和外交的問題，所以在建構法制設計時，也需瞭解到這一層面。

中央機關就是聯繫的窗口與管道，成為司法互助提出和接受請求的路徑。從 2000 年後，我國與外國簽署的條約、協定，許多是約定以法務部做為對外機關，但在沒有條約、協定的情況下，就以外交部做為窗口，循外交途徑為之。而兩岸的情況就更為複雜，2009 年簽的海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議中，與大陸合作的有 11 項業務，在我方是以法務部為聯繫窗口，但對應到大陸的中央主管機關則因為業務分屬，無法整合，而分別對應公安部、最高人民檢察院、最高人民法院、司法部等四個窗口。

中央機關的功能，除了類似收發的作用（例如提出或接受請求），還有對提出和接受請求進行形式的審查。由於司法互助行之多年，國際間已有普遍認同的格式或程序，通常司法互助請求以請求書為之，所以我們會檢視是否合乎填寫要求，特別是對外提出請求時，應維持我們請求書的品質。此外，也可以透過窗口和對方窗口聯繫。事實上許多司法互助的案件在正式提出前，雙方都已經經過無數次的溝通，在確定對方是否能幫忙以及自己要具備哪些要件或文件後，方正式提出請求書，才不會因為貿然提出而被拒絕。將來法制化時，也會將請求書需要記載的基本事項在法律中明定。為了方便操作，法務部已將國際間或是兩岸間需要的請求書內容放在網路上供請求機關下載使用。之後在案件進行中，也可以透過窗口瞭解進度或是催辦。對內而言，在收到請求後要交給哪個適合的機關也是交由窗口來聯繫、協調和統合。

最後一項是司法互助常常會涉及到保證和承諾事項，例如互惠保證、豁免之保證等等。雖然案件是每個法官或檢察官所承辦，但是對外的保證並不是承辦單位做的，通常也是由中央機關出具保證。

司法互助的內容非常多元廣泛，法院需求比較多的是文書送達，其次是調查取證。對檢方打擊犯罪而言，包括犯罪情資交換，調查取證、追人追贓等都是比較常見的請求事項；還有罪贓移交和罪犯移交等，罪犯移交和法院的職掌也有關。

回到司法互助的架構，在法源上因為是屬於涉外的國際事務，所以涉及司法主權和公權力的作用，在實踐上就需要法源依據和操作規範作為憑據。如果有簽署國際公約或雙邊協定，可以直接作為依據，因為一般而言，各國也認為條約、協定具有國內法效力。但因為條約、協定通常是框架性或原則性的規定，涉及執行方式與程序，仍需有國內的配套法律、行政命令或流程規範作為補充規定以據以執行。

在沒有條約、協定之情況下，實務上也多在互惠的基礎上，在不違反國內法規定下，仍然可以提供協助。如果國內法有針對司法互助直接的規定，可以成為操作依據；若無可適用的國內法，相形之下就難以啟動。舉例而言，外國向我請求協助追討在我境內之犯罪不法所得，這些涉及外國在偵查中案件或已有確定沒收的裁判或命令，但僅憑外國之請求而我國內自己並無案件，在無法律依據下，就會難以啟動對我國境內資產的搜索查扣。除非有條約或協定，以目前國內法，事實上沒有充分法律依據可以操作。

在國際間的法律依據通常就是國際公約或條約，許多國際公約中揭示著促進國際合作的意旨，內容具有引領性或理想性。但公約的規範和提示的內容未必適合每個國家，有些國家會做些保留。其中與司法互助有關而比較重要的幾個公約，包括：「聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約」（簡稱為「聯合國反毒公約」），確認並加強國際刑事合作且採取一些手段，例如控制下交付、海上共同防制毒品販運、不法犯罪所得之扣押、沒收等；我國的毒品危害防制條例也反映了公約中的規定。另外還有「聯合國制止資助恐怖主義國際公約」和「聯合國打擊跨國有組織犯罪公約」。「聯合國打擊跨國有組織犯罪公約」是第一個針對跨國有組織犯罪的全球性公約，對於司法互助之問題與需求，各階段之執行細節均有規範，對於國際合作事項有較完整的規定。接下來是 2005 年生效的「聯合國反貪腐公約」，雖然是針對各國反貪腐的國際公約，但其第三章到第五章都規定了司法互助的事項，涵蓋的範圍很廣，包括引渡、偵查階段所需要的協助、受刑人移交、刑事追訴移轉和其他執法上的合作等，甚至在第五章還有針對資產返還的專章規定。除此之外，聯合國另外還有擬定很多示範條約，供各國簽訂雙邊協定或條約時參考。

歐洲也是司法互助發展比較活躍的地區，1993 年歐盟成立之後，便希望在司法互助和執行的效果、效率上能有所提升，以期能成為「正義的區域」，歷經多次高峰會後，歐盟關於司法互助的架構和傳統聯合國所有的框架有所不同，歐盟因為區域的發展，主要

是以互相承認司法判決或決定來做為推展合作的基礎，和聯合國下國與國間以傳統的條約合作模式比較不一樣。

在亞洲地區，也在推動區域的合作，反應在東協刑事司法互助公約和東協反恐公約等。2013 年以韓國為主導，成立了關於資產查扣和追討的合作網絡(ARIN-AP)；2014 年在亞太經合會下，為加強各會員國間的司法合作而成立了執法合作網絡(ACT- NET)。

由此可知，國際條約和公約是在國際間重要的法源依據，它的效力等同或是優於國內法。在我國依照大法官第 329 號解釋，只要是書面約定，不論其名稱為何，只要涉及國家重要事項或和人民權利義務有關且有法律效力者，在經過立法院審議通過後，就可成為往後執行的依據。這也是基於國際間對條約必須信守或遵守的原則，讓條約效力等於或優於國內法。

在國內即使有條約的情況下，也需要國內法做補充或調整，而各國間立法形式主要有幾種：1. 在刑事法或其他法律中規定：例如義大利和法國在刑法或刑事訴訟法中訂有關於司法互助的規定。2. 制訂專法：例如歐洲的德國、瑞士以及亞洲的日本、韓國、泰國等。3. 綜合立法方式：除了專法之外，也在其他法律中可以見到有關司法互助的規定，例如加拿大有刑事司法互助法，但是在證據法或刑法中也有提到關於涉外的合作事項。我國目前有 3 部專法，即「引渡法」、「外國法院委託事件協助法」及「跨國移交受刑人法」。此外，在洗錢防制法、組織犯罪防制條例和毒品危害防制條例等特別法中，也有關於和外國合作的相關規定。

在國際間還有一些常見的執法依據，比如說 Arrangement（約定），或是 Protocol（議定書），Memorandum of Understanding（備忘錄）等都是兩國政府之間簽訂的書面合意。效力和條約有點不同，在臺灣就是要看有沒有送立法院審議通過。會用以上形式的書面通常是比較執行面的約定，調查局的洗錢防制處已經和許多國家簽署了有關洗錢防制的備忘錄，就是此類的執法合作依據。此外，國際上慣行的原理原則、習慣或是實務上的行政安排也都可以作為依循。

以我國而言，作為司法互助的依據包括條約、協定，我國與外國簽有 12 個引渡條約及和英國簽署了個案（如林克穎）引渡備忘錄。但有些條約因為外交關係的變化而失效，或是因為立法院尚未審議通過而尚未生效。有關刑事司法互助方面，目前我國已經和美國、菲律賓和南非、厄瓜多（尚未正式生效）簽訂協定。我國所簽署的協議範圍最廣的還是「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，包括民事和刑事的合作。此外，我國和巴拿馬（送到立法院

因為屆期不連續，所以尚未通過）與德國也簽署了移交受刑人條約或協議。

至於我國的法律專法，除了前述的 3 部專法以外，還有 4 部特別法，分別是「洗錢防制法」、「組織犯罪防制條例」、「毒品危害防制條例」和「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」。其中「洗錢防制法」中會有司法互助相關之規定，是因為我國和美國簽署了臺美刑事司法互助協定裡，含有執行沒收財產的項目，其後因為洗錢防制組織的評鑑，為了落實和美國簽署的協定執行以及符合國際洗錢防制組織對我們的要求，所以在我國「洗錢防制法」第 14 條和第 15 條制訂了協助外國查扣沒收的規定，另外第 16 條也規定可以和外國簽署合作備忘錄的事項。在「組織犯罪防制條例」和「毒品危害防制條例」下也有類似和國外合作的法源依據。至於兩岸在簽署司法互助協議之前，主要的依據是適用兩岸人民關係條例第 8 條、第 74 條和第 75 條。

事實上我國與外國簽訂了條約或協定之後，為了要執行其內容，需要有更細膩的作業規定以作為操作的規範，在臺美刑事司法互助協定簽署之後，也制定了臺美司法互助協定的作業要點，而兩岸間也另外有 4 個作業要點。「跨國移交受刑人法」施行後，也訂定施行細則和其他相關辦法。但總體而言，關於司法互助的規範，現有的法律密度仍有不足，目前我國有立法的必要性，主要理由如下：1. 現行法不敷使用 2. 為完備法源依據 3. 和國際規範作連結 4. 引進新制度。

舉例而言，在進行司法互助請求或提供協助時，各國還是會要求必須符合法律正當程序，當我國向外國請求查扣財產時，外國就會要求我國出具法院有關沒收的裁判或命令，實務上最常遇到的狀況就是人逃出去了，資金也外流，但因在國內人未到案，所以法院無法下一個沒收的判決（因為沒收是從刑），也就沒辦法提出判決作為請求的依據。或是當外國向我國提出遣返，但是該人在我國境內沒有犯罪，在程序上就會面臨一個問題，要抓這個人，或為遣返或引渡而須拘禁這個人時，這些都涉及強制措施的公權力作為，需要有法律的依據才能運作。尤其參考大法官第 708 號和第 710 號解釋，有關強制出境的過程中，在收容之事由、期間應有司法審查及司法救濟機會等，以符合正當法律程序，這些都需要有法律規定。

目前的「引渡法」制定於 1954 年，「外國法院委託事件協助法」制定於 1963 年，立法時間都已經很久。「引渡法」的規定有些很明顯已經和現有制度不符合，比如說檢察官能否羈押引渡被告？國際間簡易引渡的程序是否應引進規定在內？至於「外國委託事件協助法」只有 9 個條文，適用範圍包括民、刑事，但只規定外國向

我國請求協助的執行事項，而司法互助是雙向的，所以這部法就欠缺我國向外國請求時的規定。除此之外，民事和刑事各有特性，體例上卻沒有做出區隔，且適用範圍只有文書送達和調查取證，對於財產查扣、犯罪資產的追查、沒收，或者現在訊問人員利用視訊方式是否應考慮納入？至於作業層面上的請求格式，審查的程序也都沒有規定。這部法制訂於審檢分隸之前，所以法律用語上的「法院」實際上包括檢察機關，但審檢分隸後，能否包括檢察機關會有疑義，然而在實際案件需求量上，檢方往往大於院方，所以這部法確實需要全面性的檢討。希望能配合國際間司法互助的模式來修一部完整的專法。

簡而言之，國內關於司法互助的立法，就是提供程序操作的合法性與正當性的依據，有提供對外連結和對內執行規範依據的作用。在對外連結上，「外國法院委託事件協助法」就欠缺了由內向外請求這個面向，所以需要法律來補足。在對內方面，有關協助事項的範圍、格式、審核的要件和執行方式（授權、承諾和保證）都宜透過立法而做出政策選擇與安排，建立基本規範。同時，藉著法律之明文，引領執法人員理解並熟悉司法互助之操作程序。

而在和國際規範的連結方面，國際刑事司法互助上有些原則，例如互惠原則、雙方可罰原則、一事不再理原則、特定性原則、國民不引渡原則等等；另有些國際間行之多時的實踐程序，例如請求方式與格式、經費負擔方式等等，有些和國內法律規定契合，有些則為國內法所無，則透過國內立法或修法，透過立法政策的取捨或是國家利益的選擇，適當地引進國際規範並與國內程序連結。若我國與國際規範越接近，也就越容易和國外做溝通與合作。

在引進新制度方面，例如 2013 年我們透過立法制定「跨國移交受刑人法」而完整引進受刑人移交制度。現在比較欠缺的是有關犯罪資產追討返還的法律，例如前面提到因被告外逃無法到庭，以致法院無法下沒收判決的例子。現在國際間希望有對物單獨沒收的制度，這也是我們需要思考的立法或修法方向。另外有關資產的查扣和追討，國際間進行合作時常有所謂的資產分享的做法，兩國可以返還或是分享追查所得，這些在操作上都需要法律依據針對分享的授權、程序和內容加以規定才能運作。

司法互助的內涵，從引渡到狹義的司法互助，到外國判決的承認和刑事追訴的移轉是很廣的法律面向，我們該如何建立完整、有體系的法制架構？參考國際上的立法例，我們是要散布於各法中，還是立一部專法，還是維持現在我國綜合式的立法例？引渡現在有「引渡法」，狹義的司法互助目前只有「外國法院委託事件協助法」，外國判決的承認則可以分為對人的承認，目前有「跨國移交

受刑人法」和對物（資產）的承認，這部分是目前欠缺的，至於刑事追訴移轉則與人員引渡或遣返具有連動的關係。

關於法制架構的設計，澳門採最廣義的定義，將全部事項都包括在一部專法裡面，英國、加拿大相對採比較狹隘的範圍。在體例安排上，我們可以參考聯合國反毒公約和跨國打擊有組織犯罪公約，採比較狹義的司法互助，在既有的專法上去修「引渡法」，再就實務需求量最多、內容最廣的狹義司法互助而言，打破過去「外國法院委託事件協助法」的框架，重新建構立一個完整的「國際刑事司法互助法」。至於犯罪資產的查扣與沒收和承認外國判決及其執行等事項可以考慮併入本法。至於刑事追訴的移轉比較常出現在引渡，在立法上是需要明文化還是在個案上經各國協商分別處理，這都是立法技術和政策上的選擇。

至於立法的內容，就要看我國所採的態度，基本上國與國之間的合作最基本的體現就是善意的互信和禮讓，兩岸司法互助協議的第 8 條第 2 項規定：「受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助。」就是體現這種精神。法務部目前正研擬的「國際刑事司法互助法草案」，也希望能體現這樣的的精神。例如要與各國簽署條約並不是很容易，是否我們仍堅持以條約作為司法互助的前提？國際間目前許多情形都不以條約作為合作的前提，所以我們就可以思考將「條約前置主義」訂為非必要之條件。

此外，在合作主體上，目前很多國際組織或是國際刑事審判機構也會有司法互助的需求，比如說南斯拉夫和盧安達的國際刑事法庭，以及現在的國際刑事法院等等，所處理的多為國際上的刑事犯罪，所以在偵查和審理上也需要跟許多國家有互助，於是合作主體上就不會再限縮在傳統的國家。又如加拿大在實際提供合作對象，除了國家（state）以外也包括實體（entity），所以國際間合作主體上也會逐步放寬。

至於互惠原則，國家間如果沒有簽署條約協定，或不是同為公約的會員國時，就會透過互惠原則進行合作。但是對於互惠的保證或承諾，每個國家的要求不盡相同，有的國家要求必須要有互惠的聲明，例如德國、泰國和澳門就有這樣的要求。也有些國家並不堅持，甚至認為只要國內有司法互助法就可以代表一種互惠精神的表達。我國目前實務運作上，在兼顧國家間互助的對等性考量下，認為互惠之要求仍然有必要的。

雙重犯罪原則是對司法主權的尊重，也就是請求訴追的犯罪若在我國也同樣是犯罪時，就可以提供協助。這部分目前也都有比較彈性的處理，比如說兩岸司法互助協議第 4 條規定，原則上須在雙

方均屬刑事犯罪，才提供協助，但若屬於「重大社會危害」的情況下，也可以例外的提供協助。這原則在不同的情況下會有不同的要求，比如說在引渡或是其他涉及強制處分作為時，通常各國會堅持雙重犯罪原則，其他例如文書送達或有些調查取證事項就會比較彈性處理。

「一事不再理」在目前兩公約（ICCPR 及 ICESCR）和我國引渡法第 5 條拒絕事由中都有規定，這個原則目前也在國際間被呼籲需要重視，因為有些犯罪會有管轄競合的問題，如果重複的追訴審判容易造成法秩序的混亂，這也是外國判決承認、受刑人移交、財產沒收的執行等制度背後的原則，希望在外國判決確定後，就同一個事實不要重為審理審判，也是我國未來立法時需要思考的問題。

所以國際間的原理原則在我國是否要接受，在立法或修法時要做一番梳理。但是每個情況下所考量的點都會不一樣，比如說引渡下應拒絕的事由就會比較多，也比較嚴格；基本上涉及國家安全、重大人權事項會比較堅持。另外實務操作所需，在立法上可以法制化予以規定之議題包括：1. 中央機關的窗口渠道之設計和安排；2. 視訊調查取證，操作技術上沒有問題，但是一旦跨境後的法律效果，因涉及司法權的延伸，實務上目前有不同的見解，有明文規定較好；3. 資產查扣沒收及分享的規範；4. 對外國保證的授權和權限；5. 和兩岸與港澳間進行司法互助的安排。

總之，希望能儘速建構全面且有體系的司法互助法制架構，這樣實務操作上才能有完整法律依據，而且希望它的內容設計是現代化的。以上是很概要的報告，敬請指教。

陳政務次長明堂（主持人）

各位貴賓，我們現在就開始進行與談。再次謝謝陳司長的報告，接下來的與談我們先請溫庭長開始。

溫庭長耀源（與談人）

主持人陳次長、報告人陳司長與談人林所長和與會的貴賓，大家好。我也是臨時接到通知有這樣的盛會，希望我來談談我國國際刑事司法互助的法制建構。據我所知，司法院和法務部對於是否統一訂立一部法律曾有不同意見，因為我也參與了司法院內對於外國法院委託事件協助法的修法。今天，我是以個人的身分來出席，我的與談並不代表司法院的立場。

在今日國際上確實有司法互助的必要，報告人也提出對目前我國相關法制建構的精闢想法，並建議在整體法制架構中，應修訂引渡法完備內容。而外國法院委託事件協助法，有關民、刑事司法互

助事務亦宜分別規範，其中有關刑事部分，應該擴充協助事項與程序規範，涵蓋偵查、審判和執行階段的協助需求，另外制訂一部刑事司法互助法，做為司法互助之基本規範。

我在 95 年和 102 年參與過修法，所以大致瞭解最後沒有辦法成為一部法的原因，而修法委員當時的考量，其實在於是否要統一立一部法，涉及到政策考量，如果政策上認為可行，當然就可以只立一部法，以下有五點理由向各位說明。

第一、偵查、執行屬於檢察官的職權，其行政監督屬於法務部；審判屬於各級法院，其行政監督屬於司法院，此即審檢分隸，亦在法院組織法中有規定。這樣的設計和世界上大多數國家只有單一的司法部迥然不同。憲法第 77 條規定，司法院為我國最高的司法機關，而司法院對其主管的審判事務，也另外制訂了外國法院委託事件協助法，在 95 年和 102 年分別研修完成。而法務部就其主管的偵查和執行，也在 100 年訂有國際刑事偵查及執行互助法的草案。在此情況之下，就難以在不同主管機關所管理的不同事務，驟然將法律合二為一。

第二、審判業務是依照法院組織法第 2 條的規定為之，而檢察官的職權則是實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴以及指揮刑事裁判的執行和其他法律所規定的職務等，兩者業務完全不同，所要協商的事項也會不同。例如搜索、扣押、禁止財產處分、執行、追徵追繳裁判或命令等屬於偵查以及執行的事務，這些或是專屬或是多屬檢察官的職權。而法院除了刑事之外，還有掌管民事、行政、其他法律所規定的訴訟和非訟事件，故若只將刑事案件特別分割出來，另與檢察機關制定刑事司法互助法，這樣的設計是否妥適，似乎還有商榷的餘地。

第三、報告人也提及，目前簽署的多項條約、協定中，以法務部作為提出以及受理司法互助請求的中央機關，實務上須向外國提出協助請求或執行外國向我國提出之請求者，也以檢察機關為多。進而認為，外國法院委託事件協助法已不符合現況以及需要，在 102 年的版本中第 2 條規定，法院若委託外國送達文書、調查證據，應檢附委託書和相關資料，報請司法院轉請外交部轉送該外國法院所屬國；若是外國法院委託我國時，申請的書面經由外交部轉交，除認為委託內容不明瞭而通知補正外，得添具意見書連同委託書和所附相關資料，轉請司法院處理，司法院對外國法院委託事件，認為委託內容不明瞭或有其他程度上的欠缺，得請外交部通知補正，倘認為非本法協助範圍，得移交由相關機關處理，並於接受委託後，指定法院處理之。第 16 條也規定了法院對於處理結果和相

關的證據資料，報請司法院轉交給外交部再轉復委託法院所屬國。司法院就相關證據資料之使用或返還，得訂定委託法院所屬國應遵守之條件，司法院亦可於委託法院所屬國未保證遵守前項之條件時，得不予轉復。

若依照法務部在 100 年的國際刑事偵查及執行互助法草案第 7 條，請求方向我國提出刑事司法互助請求時，應經由外交部向法務部為之，但條約或協定另有約定，或有急迫或特殊情況者，不在此限。第 8 條，外交部於收受請求方之請求後，應依其性質轉交或委託相關機關處理，但如認為有第 10 條各款情形，得添註意見。也就是除了第 7 條但書的例外情況下，通常都是先向外交部申請，以外交部為平台轉交司法院或法務部接續處理，所以對於外國請求機關而言，也不會有混淆的疑義，縱使外交部於審核時發生錯誤，司法院和法務部做為主管機關，也可以更正轉交給正確的機關處理，應不致有因而延誤或誤認之可能。

第四、在外國立法例上，日本在明治 38 年就公布依外國法院囑託之共助法，另外在昭和 55 年也訂出有關國際搜查的共助法，所以日本也是分別將法院囑託之事項和搜查之協助事項分別立法。

第五、司法院因此認為，應該要分別立法才符合審檢分隸的原則，才能和現行法制相符。此外在 102 年法律也正式更名為「法院與外國法院委託事件協助法」；法務部也另外在 103 年的國際刑事司法互助研修小組第 36 次的會議結論時，決議將法律更名為「刑事司法互助法」，所以當時司法院發了一個函，其中說明「本院為我國最高司法機關，掌理解釋權、審判權、懲罰權和司法行政監督權，為確保法院審判之獨立，並與非屬審判的檢察機關做出區隔，法院組織法亦明確區分審判機關和檢察機關所分別擔當之職務。而本院所主管之「外國法院委託事件協助法」所適用的範圍，是我國法院受外國法院委託的民事、刑事以及行政訴訟之司法互助案件，並不及於刑事的犯罪偵查、執行之外國委託協助事件。司法院在 95 年通過之「外國法院委託事件協助法修正草案」也是這個立場，其後 102 年的修法也是以此架構為前提。故對於刑事犯罪偵查的外國委託事件，希望法務部另行訂定法規，以因應審判機關和偵查機關的區別。故法律名稱『刑事司法互助法』容易產生使用範圍的疑義，建請法務部再進一步修正。」這都說明了司法院在立場上希望分別立法。

不過我個人認為這不是不能討論的議題，如果上級認為要符合單一化或單純化的立法，讓刑事從偵查、審判到執行採一條鞭的立法模式，適用同樣的原則，就誠如方才陳司長所報告，也不是不能考慮的。我今天只是特別針對當初開會的狀況特別提出說明。

接下來要報告的是，司法院認為 52 年的外國法院委託事件協助法至今也 50 多年了，由於國際司法互助的案件越趨頻繁，而我國環境的變遷和訴訟制度的興革，該法已不能符合現實的需要，有全面檢討的必要。除了我國委託外國法院的事件，也包含外國委託我國法院的事件，另外還有民、刑事案件以外的行政案件，甚至非訟事件，都可以納入本法來處理。在修正草案的內容上整理出 14 個要點，除了將行政和非訟事件納入之外，也明確規定了法院所處理的就是文書送達和調查證據，並不包括偵查，也不包括執行。同時也增加有關委託書和相關資料的要式規定。在語言的要求上，也從用外國法院的語言，改以外國法院能接受的語言就可以。另外也有包括關於費用的相關規定，以及遠距訊問，可將聲音和影像傳送到法院，據此瞭解外國法院調查之過程，也可以當場要求補正，甚至提出再委託的要求。

至於第 6 條證據能力的問題，一開始本來是認為有證據能力，但是後來 102 年的版本又改為交由個案判斷。另外本法也明訂了取得的證據資料，在未經我國同意前，不得用在委託書所聲明之目的以外的用途；以及法院應不予以協助的事由。還增訂了委託書應記載的內容，以及由司法院依照受委託事件的性質及其內容，指定我國法院受理之權限劃分。而外交部的角色依照第 13 條，在初步受理後，也可以表示意見或通知需要補正，以及移交非本法協助範圍之相關機關。還有雙向的遠距訊問規定，而有關文書送達和證據調查的法律，就是準用我國訴訟法的相關規定，還有就是最後調查的結果，法院還是需要報請外交單位，由外交部統一做為對外的窗口。此外，為了限制一個案件裡所調查的證據被用於做他案的審理，所以我們的條文裡特別規定，要對方簽署一個附加有關使用和返還的條件，如果有這樣的情況之下，我們國家可以要求支付相當的費用（但也可以基於互惠的原則不予追討）。除此之外，也有施行細則來處理相關視訊取證、附加條件事項等等的細節。這大概就是法院向外國請求協助，以及外國向我國請求協助的要件、程序等相關規定。目前司法院也希望能夠儘快通過立法來與國際接軌。

另外關於第 6 條的規定「依本法委託所取得之證據資料，得為證據。但經證明非依該國法定程序取得者，不在此限。」這一條在 102 年的版本被刪除，但是我是持保留態度，因為為了發現真實，不應輕率放棄證據，尤其在請求外國協助的狀況下，一定是被告無法到庭，所以外國所取得之證據應該都要承認它的證據能力。除此之外，請求外國調查證據，依本法規定應附委託書以及相關資料後，報請司法院轉請外交部轉送該國法院所屬國辦理，法院擬調查的事項和文件都在委託書上詳細予以敘明，且符合我國法律規定，

經如此慎重程序所取得的證據，若無證據能力，是否適宜？此外，證據能力只是讓證據能在審判庭取得辯論的機會，或有說可由具體個案讓法院來個別決定，但是法院在判斷上很可能是不一致的，每個法官可能都有不同的解釋。況且，依照法律程序請求，又花了這麼多時間所得來的證據，如果不能使用，是否曠日廢時，拖累訴訟，甚至有我國法院否定外國法院努力的感覺，是否會影響互助、互信的基礎，都是應該思考的問題。

此外，證明力的部分，還是需要經過當事人攻防後，再由審理的法官依照心證來判斷，有人質疑說如果普遍採納，是不是會影響法院的公正性或正確性，但其實針對外國法院要提供的協助，我們在委託書裡就會寫的很明白，所以如果外國不依照我們委託書裡的委託內容來取得證據，自然就不在「依法取得」的範圍以內，實際在審判實務上關於證據能力的問題，上訴法院是很在意的，一旦不合規定就會撤銷。

而法務部在 103 年的努力下，在跨國移交受刑人法實施後，使我國國民能夠回到國內執行刑罰，避免受到不公平待遇。另外法務部也希望能修訂引渡法使之能儘快與國際接軌，並在互信的基礎之下能與多國簽訂條約或協定，甚至是個案協商（例如王又曾、陳由豪或是林克穎），使這些人能基於國際刑事司法互助，引渡回國接受審判以及執行，如此可以提昇我國司法公信力並獲得人民的信賴。謝謝大家。

陳政務次長明堂（主持人）

接下來我們請林所長來進行與談。

林所長志潔（與談人）

主席、次長、報告人陳司長和與談人溫庭長，各位長官、各位先進，大家午安。回顧 2014 年是我人生中很重大，收穫也很多的一年，其中的一個原因就是參與了林克穎的引渡案件，並擔任專家證人，也讓我看到了法務部和外交部的努力。

做學者的一個優點，就是要研究哪個主題可以依照自己的規劃，但是實務上卻沒有辦法選擇什麼時候會遇到什麼案件，所以特別在刑事司法互助和引渡法的領域裡面，確實是實務界領先於學術界。而我在進行法學資料檢索時也發現，實務界的文章水準也高過學界。以下我的報告也主要參考了下列的資料：一、朱朝亮主任檢察官所寫的文章。二、楊婉莉主任檢察官所寫的文章，還有警政署柯慶中所寫的文章，最後就是刑事警察局的秘書何昭凡所著作的書籍，以及其他老師所撰寫的文章。

我的題目是「全球化下司法互助及臺灣應有之作為」。臺灣自從退出聯合國之後，國際形勢和全球化的到來，其實影響到司法互助甚鉅。我國也是在近年來才意識到這件事情的重要，所以在法制上有做出比較多的修改，比如說司法互助法的草案、沒收扣押追徵追繳的法制，還有現在的引渡法。

首先要介紹從 16 世紀以來國家主權的轉變，以及這樣的轉變對臺灣有什麼影響。在 16 至 19 世紀之中，當時國家主權是絕對主權，是一種永久、至高且絕對不可分割的，因此刑事司法互助是比較難存在的。從 20 世紀以降，因為有了海運、貨運、航運、空運等物流的交流後，自我優位的取消和退讓，單一主權的想法必須讓步，所以這個時期稱作有限的主權，也就是內部的主權依然是至高無上，但是對外則開始退讓。因為各國之間互相依賴，需要促進國際社會的利益，而且有履行國際法下義務的責任，還有國際法上對人權保障的最低標準。在這樣有限主權的概念下，產生了傳統刑事司法互助的模式，以簽訂條約的方式達成司法互助。到了 20 世紀末直至現在，演變成一種功能性主權，繼受有限主權的概念，但更有彈性且能具體實踐個別議題和犯罪屬性。在此功能性主權的概念下，主權存在目的在於促進人民福祉、保障人權，甚至與國際盟友之間彼此合作促進國際社會的利益，同時體現普世價值。這樣的觀念和最早絕對主權之間已經有很大的變化，所以在司法互助的形式上，自然也會有很大的不同。

若反思在全球化的轉變下，刑事司法和臺灣的優劣勢要如何來看呢？這裡特別強調刑事司法是因為它和國家主權之間的關係是密不可分的，這也就是為何歐盟在做自己內部規範時，也將民事和刑事分開的原因。所以現代談到刑事司法，必須要做一些調整，如果還是很強調「在地性」就會和目前國際趨勢相左，所以在刑事司法互助上，不論是研究還是立法或是執行面上都必須走向國際。

至於這樣全球化的現象，對臺灣來說是危機也是轉機，正因為功能性主權的出現，讓臺灣有個突圍的機會，不用依附在過去絕對主權（也就是其他國家必須先承認我們是一個國家）的概念下，因此現在不用再討論我們是否是為國家這個前提，就可以和其他國家討論合作的管道，這也是我們很好的機會。

接下來要和各位介紹的是，在這樣功能性主權的概念下，區域化的司法互助模式是如何進行的。雖然功能性主權的概念下，區分方式主要是以犯罪類型為基準，但是在目前全球化的概念下，還是可以看出有不同區域的差異：

第一、歐盟模式：以相互承認為基準，並且發展出歐盟逮捕令，用此方式避開敏感的「引渡」。因為傳統的引渡是指國對國之

間的請求，所以它用「移交」。換句話說，是以司法主權來取代國家政治的主權概念。這樣的概念下，臺灣也可以用「司法對司法」或是「police 對 police」的方式，來避免討論到高位階的問題。

第二、美國模式：以條約為主。其實美國國內自己的人犯就是在州和州之間跑來跑去，所以它們處理自己的問題都來不及了，也導致它們比較晚意識到需要跟外國合作的問題。美國的作法是積極簽訂各類條約來擴張美國對他國，以及他國對美國協助的範圍。至於美國有沒有可能循歐盟的模式呢？我個人認為有難度，主要是因為歐洲沒有一個國家像美國這樣擁有霸權（簽署很多條約）。

第三、其他基於經濟整合而發生的模式，比如說東協。但目前還是在發展的狀態，有些國家（如泰國）甚至還有國內自己政局的不穩定因素，所以在這樣的狀態下，他們比較重視透過溝通、談判、妥協的方式，當然效果上就不若歐盟和美國這樣成熟。

然後我們來看司法互助型態的改變。隨著主權概念的改變，司法互助的型態也隨之從傳統的互助模式，演變成新型態的互助模式。我國舊的引渡法大概就是傳統的司法互助，範圍除了狹義的司法互助以外，也可以包括廣義的諸如引渡或是最廣義的包括偵查和執行等等。比較特殊的是在適用範圍上，只要是雙方都認為是刑事犯罪，大概就都可以適用，而它的運作模式主要依賴締約和官方，在這種情況之下，被請求國的裁量權都會比較大（包括應拒絕和得拒絕事由），所以實際上運作的難度也比較高。這對我們來說難度也是很高的，因為要我們去跟各國分別締約是很困難的。

反觀新型態的司法互助比較強調執法上的司法互助，比如說最常聽到的艾格蒙組織（針對洗錢）或是國際刑警組織或是反貪、打擊組織犯罪的組織，以及近年來的反恐。也就是開始針對特定的刑事犯罪來進行國際間的司法互助合作，這也就是剛剛提到功能性主權的意思，它針對的是特定的犯罪類型給予 net-working，基於平等互惠的原則互相支援。但也因為特定性，在裁量權的行使範圍就會比較小，但是運作難度上也比較低。

所以傳統的司法互助和新型態的司法互助各有優缺點，也都有存在的必要性，特別是傳統的司法互助在處理不是新型態的犯罪類型時，比如說林克穎案是酒駕肇事逃逸，此時新型態的司法互助就未必可以處理它，只能透過跟對方簽署特別的條例或是備忘錄來要求引渡，那當然對方就可以有裁量權。

林克穎案應該是開啟我國刑事司法互助的案件，他是發生在 2010 年，林克穎撞死了一名中華民國國民，抓到他後經歷審判，但在發監執行前，他持用偽造的護照潛逃回英國。我們的作法是在 2013 年簽署引渡關於林克穎的備忘錄，後來他被逮捕後，從去年 1

月開始，法務部舉辦研討會特別邀請承辦該案的蘇格蘭檢察官來臺灣發表英國實務上的運作模式，會後再與我國幾位專家證人進行商談。

而我擔任本案專家證人之後，也透過 e-mail 和檢察官不斷往返討論。最後歷經 10 餘次的開庭，在去年英國第一審判決我國勝訴，本案目前仍在上訴中。而我歸納出本案之所以會成功的幾個因素：

第一、請求對象是英國人，因為在歐陸法系下有個重要的「國民不引渡原則」，也就是我的國民在我國境內我自己處理，不會引渡到其他國家。在英國，基本上對國民不引渡原則是否定的，所以我們沒有面臨到這樣的問題，是很幸運的。在 1797 年一位英國的學者曾經表示「任何居住在本地之人，不管是蘇格蘭人或是外國人，不會因為在外國的犯罪而受本國法院審判，法院不是用來主持全世界的正義，對於英國領域外的犯罪，英國法院不會採取措施予以矯正，因為英國的法院並沒有資格這麼做。」到後來 1891 年也有學者直接指出「所有犯罪都有屬地原則，犯罪的管轄應屬於犯罪發生地的國家。」這也是為什麼英國法院最後會做這樣的裁定。

第二、本案檢察官的敬業與公正公平的態度。蘇格蘭的檢察官對此案態度非常認真，只要開過庭就會透過 e-mail 和我聯繫，和我確認臺灣的情況。事實上林克穎主張/爭執的是在我國將會受到不人道或殘酷的對待，包括他認為自己不會在臺灣受到 ICCER 第 14 條關於刑事訴訟法基本權利的保障。但是透過第一審判決的結果，也是對我國刑事司法一個很重要的肯定。

第三、我國刑事的實體和程序符合國際標準。本案檢察官對我國實體和程序法提出非常多的問題，比如說我國的刑期以及和美國類似罪名的刑期比較，或是臺灣酒駕的規定為何？這個犯罪類型的刑度和其他犯罪類型的刑度比較…等等。所以當林克穎主張包括我們有死刑、我們的獄政是不人道的，以及他想傳喚的證人法院沒有傳喚，甚至是我國之前的司法弊案。最後因為我國簽署了兩公約以及自己國內有關法官法等相關於法律倫理的法律，都證明我國司法是可以符合國際標準的。

第四、法務部的努力和專業。我的建議是可以把這次林克穎案遇到的問題作一個整理，將來遇到其他類似案件還可以繼續引用。另外值得一提的是，這次不斷的和美國法制作比較，這也是給予我國刑事法研究一個警鐘，不應該再只侷限在本國法以內的法律研究。

鄭南榕先生說，臺灣雖然是小國小民，但我們也是好國好民。我個人也認為臺灣的法制是華人國家的典範，而我們的民主法制經

驗更不是其他華人國家可以比擬的。在國際關係上，香港雖然主權屬於中國，但實際上因為它是亞太經貿的重心，所以和很多國家都簽署了條約，因為其他國家不得不和香港協商討論，所以臺灣也應該考慮我們的優勢是什麼？我們也需要繼續以國際標準來改善國內法。再來關於專家人才資料庫的建置，以及刑事法概念上的與時並進。另外就是關於資產的沒收已經漸漸脫離司法互助成為專章，而我國的沒收制度確實也太過於落後，不應該固守原來現有的概念。此外，跨國舉證證據能力的認定也會是我們下一波要面對的問題。以上是我的報告，謝謝大家的聆聽。

陳政務次長明堂（主持人）

謝謝林志潔老師的與談。我們是不是轉過身來接受在場先進的提問。

提問人

臺灣司法在各種型態上的研究分析報告、討論座談會紀錄及法學著作中，經常引用日、德、法、奧、美、英、義以及其他許多外國司法法學論述，這些不同國家的法學論述，因為和臺灣的國情和法制不同，而在引用上形成法學觀念上的迷惘，連帶造成對審判結果的影響。

日本民眾對司法審判的信服率是 96%，是因為日本憲法規定，法官除了依據法律審判外，還需要憑著「良心」，否則學再多法律也不會有正確的判斷。我國憲法規定法官必須超出黨派，依據法律獨立審判，不受任何干擾。但近日一篇報導揭露我國民眾在 2009 年對司法審理案件抱有 65.8% 的質疑，甚至逐年提升到 77.9% 和 81%。顯見日本法官的良心和我國法官的良知竟然有如此大的差距。

以下是幾個建議：

第一、司法院長翁岳生和賴英照先生都曾表示「法院是人民的法院，人民是法院的主人」，但是現在推動的人民觀審制度，適用範圍限定在有期徒刑 7 年以上的重罪，然而實務上造成社會爭議的案件，往往是 7 年以下的輕罪，也是最多被質疑或不滿意的案件多數，因此目前的制度設計應該重新評估衡量。

第二、隨著人民能夠接觸的法學資料途徑越來越多，能獲得的法學知識自然也廣泛，對於司法審判的結果，自然也能夠有各種意見的傳達。然而，目前的司法制度，從起訴到法院判決理由卻常常和民意相左，這當中的原因需要受到司法機關的重視。

第三、本次研討會是由司法院和法務部共同舉辦，目的在討論、研討和解決我國目前司法難題，建請法務部和司法院對往後個案處理

上能提供專案的協助，除了能藉此釐清案件盲點，使國際和臺灣社會能瞭解發展經過，否則將嚴重影響我國司法威信。

第四、偵查階段仍然有改進的空間，應加強對警調單位的宣傳，並且導正不正確的調查方式。

第五、事實真相的發現、保障基本人權、促進社會公序良俗等等，都是刑事訴訟法的目的，而發現真實更需要檢、警、審、調秉持著原意，穩定、實際、連貫、整體的正當法律程序進行。我國應該參考美國的經驗，鼓勵大學生在老師的指導下進行法庭監督的工作，藉以改善我國審判品質，更能進一步達到發現真實、實現正義的目標。

陳政務次長明堂（主持人）

我們謝謝這位民眾寶貴的意見。各位先進如果有其他的意見，也歡迎提供書面給我們，也謝謝各位的參與。

伍、會議剪影



賴院長浩敏與羅部長瑩雪蒞臨會場簽到



與會長官親切交談



會議進行情形



報名參加活動踴躍



第一場學術研討會實況

左起：與談人李庭長彥文、報告人許教授士宦、主持人蘇副院長永欽、
與談人沈教授冠伶、與談人劉教授連煜



第一場學術研討會實況

主持人蘇副院長永欽



第一場學術研討會實況
報告人許教授士宦



第二場學術研討會實況
左起：與談人林所長志潔、與談人溫庭長耀源、主持人陳政務次長明堂、
報告人陳司長文琪



第二場學術研討會實況
主持人陳政務次長明堂



第二場學術研討會實況
報告人陳司長文琪