司法院大法官陳新民教授最新力作
（一）行政法學總論，新九版，二〇一五年九月出版，大開本，共計六〇〇頁；約七十二萬字。訂價七〇〇元。
（參酌德國與我國學界與實務界最新見解）
WEEKLY 周刊
訂閱
劃撥
號
4377
戶
周法周刊

不自證己罪與行政法答覆義務
—以瑞士金融市場監督的衝突與解決為例（上）

文／ Prof. Dr. Sabine Gless*　譯者／王士帆

壹 前言

「在以前普通法的刑事訴訟，被告被定位為程序客體，但從現在起，他已是被賦予眾多權利的程序主體」[1]—*Werner Beulke*教授用這段話介紹了典型刑事程序的主角與其法律地位。眾所周知，刑事訴訟之被告地位在過去數十年歷經根本性變革。之所以如此，原因不只是刑事訴訟法的修法，還因為一些刑事訴訟原則的規範背景產生了變化，這就需要引入新詮釋，以保有他們的固有意義。舉例來說，如果新規定課予個人「刑事程序外」之資訊提供義務，因而危害該人緘默權時，這就涉及不自證己罪（nemo tenetur se ipsum accusare：沒有人有義務自我指控）。談到對不自證己罪的壓迫，有太多例子了，最近之一是歐洲金融危機後的金融市場監督法。德國的金融市場人員對「聯邦金融業監督局」（Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht，簡稱BaFin[**]）負有多種答覆義務，但由答覆取得的資訊在刑事程序如何認定證據使用能力的問題，卻未予釐清[2]。目前許多國家都有這類的答覆義務。以瑞士為例，《聯邦金融市場監督法》（Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht，簡稱FINMAG）[3]同樣立法設立瑞士的聯邦金融市場監督局（Eidgenössische Finanzmarktaufsicht，簡稱FINMA），其主要任務是在行政程序扮演監督功能，常常成為開啟刑事程序的銜接介面。

這樣的發展給予本文寫作動機：先介紹不自證己罪在刑事訴訟對於被告緘默權及其效果的重要內涵（貳），並以瑞士金融市場監督法之改革背景為例（參），指出行政程序和刑事程序併行的衝突（肆）。最後，擬定未來立法論上的可能解決方案（伍）。對此，本文提出的準則是：為避免刑事程序形骸化，國家機關必須遵守資訊取得的法律關連性（陸）。

貳 不自證己罪

不自證己罪是各歐洲法秩序裡一項歷史悠久的法律原則，乃是免於自我入罪之特權，主要目的在確保被告的緘默權[4]。不自證己罪本身存在於所有歐洲法秩序，這固無爭議，但在各國之間的具體意義卻有分歧[5]。

在免於自我入罪與答覆義務的可能衝突中，不自證己罪的實質意義為何，不只取決於各內國法律傳統，還逐漸受到歐洲法律規定左右。尤其是位於法國史特拉斯堡的歐洲人權法院，該院裁判已在歐洲打造不自證己罪在刑事訴訟之內涵與射程距離。《歐洲人權公約》雖未清楚談到免於自我入罪特權，歐洲人權法院的裁判慣例仍承認緘默權等是公約第6條公平審判保障的重要面向，已有許多判決強調緘默權對刑事程序之被告地位的普遍重要性[6]。在此意義下，不自證己罪於今日成為泛歐洲承認的一項刑事程序基本原則，例如*Werner Beulke*在他的刑事訴訟法教科書說：「前述積極參與權中，對被告武器平等原則一樣重要的權利是：他沒有義務以任何方式協助證明自己犯罪，即不自證己罪」[7]。跨出德國國界來到瑞士，瑞士學者*Mark Pieth*在刑事訴訟法教科書提到於瑞士已存在一段時間的企業刑法時，要求：即使是對企業發動偵查，也必須適用不自證己罪，因為此原則是一種「平衡的基本要素」，以均衡偵查機關透過程序支配而對相對人取得之權力地位[8]。

參 金融市場法的挑戰

諸多歐洲國家最近對利率操控展開大規模調查。從中可看到，銀行與其領導人士、中階經理越來越常處於金融監督法與刑事法的銜接口，亦即處在（理論上已有配置的）刑事訴訟程序權利與可能存在的資訊義務、答覆義務的衝突之間。在金融市場法裡，行政程序與刑事程序之併行會產生什麼影響，本文以瑞士的《聯邦金融市場監督法》與刑事訴訟相關規定為例。

一、金融市場人員答覆義務

自金融危機後，為了讓國家進行有效的金融市場監督，迫使金融市場人員及時、廣泛地透露重要資訊，成為歐洲各國立法者關切的立法目的。

（一）《聯邦金融市場監督法》第29條第1項資訊提供義務

《聯邦金融市場監督法》第29條第1項規定，金融市場人員對聯邦金融市場監督局（FINMA）負有一定的資訊提供義務。於此，比例原則要求立法者盡可能準確描述國家機關所請求的資訊[9]。如果資訊被要求作為案情基本要素的證據，則需要書面請求或正式訊問[10]。正確履行答覆義務與交付義務的要件有二：首先必須蒐集相關資料並予編排，之後，在第二階段，才將整理完畢的資料交予聯邦金融市場監督局[11]。

依《聯邦金融市場監督法》第29條第1項，聯邦金融市場監督局可取得為履行其任務需要的所有資訊[12]。聯邦金融市場監督局的「任務」，乃由特別法依各自事物範疇予以具體化[13]。在評估哪些資訊具有「相關性」方面，根據瑞士裁判向來見解，聯邦金融市場監督局有充分的判斷權限。鑑於金融市場有效監督的重大公共利益，瑞士實務與學界均認為資訊提供義務存在與否有疑時，應從寬解釋[14]，因為「預防性請求提供充分之資訊，有利於及早辨識違法情形與其他異狀」[15]。因此，所稱「資訊」，不以對聯邦金融市場監督局之履行任務乃屬不可或缺者為絕對要件，只要其認為有必要即足[16]。

（二）《聯邦金融市場監督法》第29條第2項申報義務

《聯邦金融市場監督法》第29條第1項規定的是對於聯邦金融市場監督局的特別之答覆義務、交付義務[17]，第2項則是規定受監督者就所監督之相關事件負有一般性的申報義務，亦即，應不待聯邦金融市場監督局之請求而主動申報[18]。

《聯邦金融市場監督法》第29條第2項的文義，沒有比第1項規定來得特定。第29條第2項是一種截堵性構成要件，其規定主動提供所有重要資訊的申報義務，而不是依特別法才應將資訊交予聯邦金融市場監督局[19]。申報義務之目的在於：當聯邦金融市場監督局有必要採取行動的緊急事件即將發生時[20]，讓此一監督機關可對該事件立即作出反應[21]。這類事件像是嚴重金融問題、人事或組織的重大問題，以及「與外國政府機關交涉困難，或營業策略之變更而對受監督者產生重大風險」[22]。此外，在某些個別的金融領域，則另有以特別規定具體設計的「警報與警告信號」，這種訊息出現時，會啟動申報義務[23]。

二、對金融市場人員的處罰威嚇

除金融市場監督外，銀行或其職員如有約定利率、修改外幣匯率行為，而可能觸犯詐欺、內線交易等罪者，也會受到刑法與附屬刑法的刑罰威嚇[24]。此外，他們面對聯邦金融市場監督局的答覆義務[25]，也可能承擔特別的制裁：依《聯邦金融市場監督法》第45條，向聯邦金融市場監督局為不實答覆時，故意犯之者以輕罪（Vergehen）論處，過失為之者則當成逾矩行為（Übertretung）而科處罰鍰。至於單純之拒絕提供資訊或不申報，《聯邦金融市場監督法》本身雖無直接的制裁規定，但在金融市場法個別領域的特別法仍有處罰規定，一般對於違反申報義務者，通常是當作觸犯逾矩構成要件予以處罰，例如瑞士《證券交易法》第41條以下[26]或《銀行法》第49條[27]。不過，由於《聯邦金融市場監督法》第29條第2項申報義務的敘述內容非常開放，這是否符合構成要件明確性要求（瑞士刑法第1條），則有爭議[28]。除了這些明文的處罰規定外，瑞士聯邦金融市場監督局也能利用帶有處罰威嚇的處分（Verfügung）開啟正式的行政程序，若不遵守該局核發之處分，會被處以罰鍰[29]。

（下期待續）

（譯者為國立成功大學法律學系助理教授）

註釋

* Sabine Gless, Nemo tenetur si ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten. Konflikt und Lösungsansätze am Beispiel der Schweizer Finanzmarktaufsicht, in: Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, FS für Werner Beulke, 2015, S. 723-736.（德國Werner Beulke教授祝壽論文集，2015年3月出版）。*Gless*為瑞士巴賽爾大學(University Basel)教授，詳見https://ius.unibas.ch/lehre/dozierende/strafrecht/profil/person/gless-sabine/。本譯文以*Gless*教授微調之原文為本，特此說明。

1. *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 110.

** 關於BaFin任務與組織架構，陳麗娟，〈德國全方位金融監理體系之研究〉，《中原財經法學》，30期，2013年6月，頁261以下。

2. 詳見 *Himmelreich*, Insiderstrafverfolgung durch die Bundesanstalt für Finazdienstleistungsaufsicht, 2013, S. 190 ff.
3. 2007年6月22日制定（SR 956.1），全文下載：www.admin.ch。
4. *Bosch*, Aspekt des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicheer und strafprozessualer Sicht, 1998; *Verrel*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001; *Weßlau*, ZStW 1989, 1 ff.
5. 關此，討論文獻如：*Thaman*, Exclusionary Rules in Comparative Law, 2013.
6. EGMR, *Saunders v. United Kingdom, no.* 19187/91, Urt. v. 17.12.1996; EGMR, *Jalloh v. Germany*, no. 54810/00, Urt. v. 11.07.2006.
7. *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 125.
8. *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2012, S. 226 f.
9. 參見*Truffer*, in: Watter/Vogt, Basler Kommentar, Brörsengesetz/Finanzmarkaufsichtsgesetz, 2. Aufl., 2011, FINMAG Art. 29 Rn. 30 f.
10. 參見*Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 30 m.w.N.
11. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 14.
12. 詳見條文規定。
13. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 16.
14. 參見*Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 17 u.a. mit Hinweis auf BGE 126 II 111 ff. Erw 3b.
15. BGE 108 Ib 196, Erw. 2a（對銀行委員會的答覆義務、交付義務）.
16. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 18 m.w.N.; *Schlichting*, Legge sulla FINMA, Codici annotati volume I, 2011, S. 26 f.
17. 參見*Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 15 m.w.N.
18. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 32.
19. 參見*Zufferey*/Contratto, FINMA, The Swiss Financial Market Supervisoery Authority, 2009, S. 104.
20. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 41.
21. *Zufferey*/Contratto (Fn. 19), S. 103.
22. BBl 2006, S. 2880 Ziff. 2.3.2.
23. 以銀行法為例：Art. 33 Abs. 4 Eigenmittelverordnung (ERV, SR 952.03), Art. 91 ERV, Art. 30 Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA, SR 955.033.0), vgl. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 32 und 42.
24. 例如瑞士《刑法》第146條、152條、第251條及《證券交易法》（Börsengesetz: BEHG, SR 954.1）第40條以下。關此，參見*Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., 2010, § 15 Rn. 8 ff.
25. 參見上文參、一、（一）。
26. BEHG, SR 954.1.
27. Bankengesetz (BankG, SR 952.0).
28. *Truffer* (Fn. 9), FINMAG Art. 29 Rn. 45 m.w.N.
29. 參照《聯邦金融市場監督法》第48條。