

出國報告（出國類別：進修）

經濟犯罪偵查資源（含金融檢查、鑑
識會計等）之研究

服務機關：臺灣士林地方法院檢察署

姓名職稱：張聰耀檢察官

派赴國家：美國加州大學柏克萊分校

出國期間：民國 105 年 8 月 8 日至 106 年 5 月 17 日

報告日期：民國 106 年 8 月 3 日

摘要

經濟犯罪之偵辦須仰賴偵查資源之協助，始能充分發揮效能，本文選取公部門中之金融檢查、私部門中之鑑識會計及市場監視加以討論。首先，美國證管會享有金融檢查及調查權限，證管會調查之結果，得選擇以和解、民事或行政救濟等方式處置之，司法部則專責證券犯罪之追訴。證管會及司法部針對同一違反聯邦證券法規之行為，可能先後或同時進行其執法程序，故有所謂平行程序之爭議，但我國法與美國法背景不同。又鑑識會計可分為訴訟支援及調查性會計。訴訟支援方面，英美法上之專家證人，在我國應適用刑事訴訟法關於鑑定之規定。而調查性會計在我國法可能之法源為：一、受金管會委託辦理金融檢查。二、作為刑事訴訟上之鑑定人。再證交所之監視報告，除關於構成要件是否該當之意見，其餘依刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款規定有證據能力。

目次

壹、緒論.....	1
一、研究目的及過程.....	1
二、經濟犯罪之意義及範圍.....	1
(一)經濟犯罪之意義.....	1
(二)經濟犯罪之範圍.....	1
三、經濟犯罪之偵查資源.....	4
(一)公部門：主管機關之金融檢查.....	4
(二)私部門：鑑識會計、市場監視.....	5
貳、主管機關之金融檢查.....	5
一、美國：證管會.....	5
(一)證管會之組織及責任.....	5
(二)證管會之金融檢查.....	6
(三)證管會之調查.....	8
(四)平行程序.....	14
二、我國：金管會.....	19
(一)金管會暨檢查局之組織架構及主管業務.....	19
(二)金管會之金融檢查.....	20
(三)金融檢查與正當法律程序.....	22
(四)實務重要案例.....	25
(五)我國法是否有美國法上平行程序之爭議？.....	25
參、鑑識會計.....	27
一、鑑識會計之簡介.....	27
(一)鑑識會計之含義.....	27
(二)鑑識會計與經濟犯罪之偵查.....	27
(三)鑑識會計之需求.....	27
(四)鑑識會計之特質及功能.....	28
(五)美國及我國之專業組織及證照制度.....	28
(六)鑑識會計之分類.....	29
二、訴訟支援.....	30
(一)美國.....	30
(二)我國.....	32
三、調查性會計.....	34
(一)鑑識會計與財務報表審計之區別.....	34
(二)調查性會計在我國可能之法源依據.....	35

肆、市場監視制度.....	36
一、美國集中市場之市場監視制度.....	36
(一)紐約證券交易所	36
(二)監視制度	37
二、台灣集中市場之市場監視制度.....	38
(一)法律依據及執行單位.....	38
(二)監視制度.....	38
(三)處理流程.....	40
(四) 監視報告(交易分析意見書)之證據能力.....	40
伍、研究心得及建議.....	41

壹、緒論

一、研究目的及過程

「經濟犯罪偵查資源（含金融檢查、鑑識會計等）之研究」此題目涵蓋之範圍甚廣，如何切割、限縮討論之範圍乃首要難題（詳如下壹、三、所述）。本文採取之方法為：先鳥瞰經濟犯罪偵查資源之整體架構及範圍，再從中選取若干具重要性之專題作進一步之討論。其次，確定討論之範圍後，本文以實務之角度為出發點，輔以學說理論為依據，並比較美國及我國之相關法制。希冀本文可作為此題目之入門參考。筆者才疏學淺，疏漏、錯誤在所難免，尚祈各位先進不吝指正。

二、經濟犯罪之意義及範圍

（一）經濟犯罪之意義

經濟犯罪係伴隨經濟發展所產生之與經濟活動有關之犯罪¹。如以具有刑罰法律效果之刑法觀點而言，經濟犯罪係指所有違反直接或間接規範經濟活動之刑罰法律行為，並可區分為狹義及廣義二者。狹義之經濟犯罪係指所有違反直接或間接規範經濟活動之刑罰法律行為，廣義之經濟犯罪則係指攻擊經濟秩序與交易上誠實信用原則行為，而保護經濟秩序之刑法規範即係經濟刑法²。

如以法益保護之觀點解釋經濟刑法之概念，經濟刑法可區分為狹義及廣義二者。狹義之經濟刑法係直接以整體經濟秩序及其重要部門為保護對象之刑法規範，包括公平交易法、管理外匯條例、證券交易法、銀行法、租稅法等法律中之刑罰規範，以及普通刑法中之偽造貨幣罪、偽造度量衡罪。廣義之經濟刑法係指間接以整體經濟秩序為保護對象之刑法規範，例如普通刑法中之重利、詐欺、侵占、背信、偽造文書等罪。綜上，經濟刑法係指直接或間接保護經濟秩序之刑法規範³。

經濟刑法在各國有三種不同之立法例，一是規定於普通刑法中，二是規定於各有關經濟法規中，三是訂定獨立之經濟刑法⁴。以我國而言，經濟刑法並非一部獨立的法典，而是集合各個有關處罰經濟犯罪之刑罰法規之總稱，例如銀行法、證券交易法、期貨交易法、公平交易法、洗錢防制法及普通刑法中之詐欺、侵占、背信罪等刑罰規定皆是⁵。

（二）經濟犯罪之範圍

¹ 法務部，經濟犯罪辦案手冊，頁 1，99 年 7 月。

² 張雍制，經濟詐欺的規範與偵查研究，中央警察大學碩士論文，頁 11-12，1998 年 6 月。

³ 林東茂，危險犯與經濟刑法，五南圖書出版公司，頁 72-76，1996 年 9 月。

⁴ 林山田，經濟犯罪與經濟刑法，頁 95-97，1976 年 6 月。

⁵ 法務部，前揭註 1，頁 2。

本文係以偵查實務之需求為目的，故關於經濟犯罪之範圍，應以我國政府訂頒之相關法規及行政命令為依據。首先，「檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項」第 2 點規定：下列案件為重大經濟犯罪案件，適用本注意事項之規定：

（一）犯下列各目之罪，犯罪所得或被害金額達新臺幣五千萬元以上，或被害人數達五十人以上，足以危害社會經濟秩序者：

- 1.刑法第一百九十五條、第一百九十六條、妨害國幣懲治條例第三條之罪。
- 2.刑法第二百零一條、第二百零一條之一之罪。
- 3.刑法第三百三十六條第二項之罪。
- 4.刑法第三百三十九條、第三百三十九條之三、第三百四十條、破產法第一百五十四條、第一百五十五條之罪。
- 5.刑法第三百四十二條之罪。
- 6.證券交易法第一百七十一條、第一百七十四條之罪。
- 7.期貨交易法第一百十二條之罪。
- 8.銀行法第一百二十五條、第一百二十五條之二、第一百二十五條之三、第一百二十七條之二第二項之罪。
- 9.金融控股公司法第五十七條至第五十八條之罪。
- 10.票券金融管理法第五十八條至第五十九條之罪。
- 11.信託業法第四十八條至第五十條之罪。
- 12.信用合作社法第三十八條之二、第三十八條之三、第四十條之罪。
- 13.保險法第一百六十七條、第一百六十八條之二、第一百七十二條之一之罪。
- 14.農業金融法第三十九條、第四十條之罪。
- 15.金融資產證券化條例第一百零八條、第一百零九條之罪。
- 16.證券投資信託及顧問法第一百零五條至第一百零八條、第一百十條之罪。
- 17.稅捐稽徵法第四十一條、第四十二條之罪。
- 18.懲治走私條例第二條至第六條、第八條之罪。
- 19.管理外匯條例第二十二條之罪。

（二）違反經濟管制法令，或以其他不正當方法，破壞社會經濟秩序，情節重大之案件，經報請各該檢察署檢察長核定者。

實務上關於經濟犯罪之認定標準，有學者稱為「刑事追訴之經濟刑法概念」，係以被害人人數較多，或被害金額較鉅，斟酌當地社會經濟狀況，已達足以危害國家或社會經濟利益之程度者，始列入經濟犯罪之範圍⁶。

又內政部訂頒有「國民涉嫌重大經濟犯罪重大刑事案件或有犯罪習慣不予許可或禁止入出國認定標準」（下稱入出國認定標準）第 2 條至第 4 條⁷所定

⁶ 林東茂，前揭註 3，頁 70-72。

重大經濟犯罪之範圍，大多參考檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項之規定，但仍有部分罪名不同。大體而言，入出國認定標準所稱重大經濟犯罪之罪名範圍較檢察機關注意事項第 2 點為廣，門檻較低（被害人人數三十人以上或被害金額或所獲利益新臺幣三千萬元以上）。如檢察官偵辦經濟犯罪案件有需要限制被告或嫌疑人出境時，即需依入出國認定標準所定重大經濟犯罪定義認定之。

再法務部調查局訂頒有「法務部調查局重大經濟犯罪案件認定要點」，該要點所定之重大經濟犯罪之範圍，與檢察機關注意事項亦不完全一致，規定方式亦不相同，其餘依所犯罪名及地檢署轄區之不同，而訂定不同被害人人數及被害金額之不同門檻⁸。

⁷ 第 2 條：「國民涉及下列各款罪嫌，且被害人數在三十人以上或被害金額或所獲利益在新臺幣三千萬元以上者，應認定其涉嫌重大經濟犯罪：一、刑法第三百三十九條、破產法第一百五十四條、第一百五十五條之罪。二、刑法第三百三十五條、第三百三十六條之罪。三、刑法第三百四十二條之罪。」

第 3 條：「國民涉及下列各款罪嫌，且被害金額或所獲利益在新臺幣三千萬元以上者，應認定其涉嫌重大經濟犯罪：一、稅捐稽徵法第四十一條、第四十二條、第四十三條第一項及第二項之罪。二、商業會計法第七十一條之罪。」

第 4 條：「國民涉及下列各款罪嫌，且斟酌當時社會狀況，足以危害經濟發展，破壞金融安定者，應認定其涉嫌重大經濟犯罪：一、刑法第一百九十五條、第一百九十六條、妨害國幣懲治條例第三條之罪。二、刑法第二百零一條、第二百零一條之一之罪。三、刑法第三百三十九條之三之罪。四、證券交易法第一百七十一條至第一百七十四條之罪。五、期貨交易法第一百十二條至第一百十六條之罪。六、公平交易法第三十五條第二項之罪。七、銀行法第一百二十五條、第一百二十五條之二、第一百二十五條之三、第一百二十七條之一第一項、第三項、第四項、第一百二十七條之二之罪。八、金融控股公司法第五十七條、第五十七條之一、第五十八條第一項之罪。九、票券金融管理法第五十八條、第五十八條之一、第五十九條、第六十條第一項之罪。十、信託業法第四十八條、第四十八條之一、第四十八條之二、第四十九條、第五十條、第五十三條之罪。十一、信用合作社法第三十八條之二、第三十八條之三、第三十九條第一項、第四十條之罪。十二、保險法第一百六十七條、第一百六十八條第五項、第一百六十八條之二、第一百七十二條之一之罪。十三、農業金融法第三十九條、第四十條、第四十四條第一項、第三項、第四十五條之罪。十四、金融資產證券化條例第一百零八條、第一百零九條之罪。十五、證券投資信託及顧問法第一百零五條至第一百零九條之罪。十六、證券投資人及期貨交易人保護法第三十八條之罪。」

⁸ 其具體規定如下：「一、下列各款犯罪，依被害人人數或被害法益金額，列為重大經濟犯罪：(一) 刑法第三百三十九條、破產法第一百五十四條、第一百五十五條之罪。(二) 刑法第三百三十五條、第三百三十六條之罪。(三) 刑法第三百四十二條之罪。(四) 刑法第三百四十四條之罪。前項各款所列犯罪，其被害人人數或被害法益金額認定標準，依各地方法院檢察署轄區之社會經濟情況不同，區分如下：(一) 臺灣基隆、臺北、板橋、士林、桃園、臺中、臺南、高雄地方法院檢察署被害人數五十人以上或被害法益金額新臺幣二千萬元以上者。(二) 前款以外之地方法院檢察署被害人數三十人以上或被害法益金額新臺幣一千萬元以上者。」「二、下列各款犯罪，被害法益金額新臺幣二百萬元以上者，列為重大經濟犯罪：(一) 懲治走私條例第二條之罪。(二) 稅捐稽徵法第四十一條至第四十三條之罪。(三) 商業會計法第七十一條之罪。(四) 管理外匯條例第二十二條之罪。」「三、下列各款犯罪，斟酌當時社會狀況，足以危害經濟發展，破壞金融安定者，列為重大經濟犯罪：(一) 刑法第一百九十五條、第一百九十六條、妨害國幣懲治條例第三條之罪。(二) 刑法第二百零一條、第二百零一條之一之罪。(三) 刑法第三百三十九條之一至第三百三十九條之三之罪。(四) 商標法第八十一條、第八十二條、著作權法第九十一條、第九十二條之罪。(五) 證券交易法第一百七十一條至第一百七十四條之罪。(六) 期貨交易法第一百十二條至第一百十六條之罪。(七) 公平交易法第三十五條第二項之罪。(八) 銀行法第一百二十五條、第一百二十五條之二、第一百二十五條之三、第一百二十七條之一、第一百二十七條之二之罪。(九) 金融控股公司法第五十七條、第五十七條之一、第五十八條第一項之罪。(十) 票券金融管理法第五十八條、第五十八條之一、第五十九條、第六十條之罪。(十一) 信託業法第四十八條、第四十八條之一、第四十八條之二、第四十九條、第五十條、第五十一條之罪。(十二) 信用合作社法第三十八條之二、第三十八條之三、第三十九條、第四十條之罪。(十三) 保險法第一百六十七條、第一百六十八條第五項、第一百六十八條之二、第一百七十二條之一之罪。」

另外，司法院為使重大刑事案件速審速結，訂頒有「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」，該注意事項第 2 點第 23 項係與經濟犯罪有關之規定：違反銀行法、證券交易法、期貨交易法、洗錢防制法、信託業法、金融控股公司法、票券金融管理法、信用合作社法、保險法、農業金融法等案件，被害法益達新臺幣一億元以上，或其他使用不正之方法，侵害他人財產法益或破壞社會經濟秩序，被害法益達新臺幣一億元以上者。

三、經濟犯罪之偵查資源

多數經濟犯罪乃利用合法掩護非法之方式，運用本身具備之專業智能從事犯罪行為，犯罪手法常具高度專業性且不斷翻新，犯罪事實復涉及複雜之工商、經濟、財稅、貿易法令及商業習慣，是欲深入尋找線頭加以破解，執法人員面臨之挑戰極為嚴峻，與一般傳統犯罪相較，尤須仰賴金融專業機關、相關行政機關及司法警察機關等輔助人力、偵查資源提供適切有效的協助，始能充分發揮檢察官偵辦經濟犯罪之效能⁹。以下先簡述經濟犯罪偵查資源之輪廓，再說明本文擬強調之區塊。

(一) 公部門：主管機關之金融檢查

實務上認為，金融監督管理委員會（下稱金管會）可提供之協助包括：一、提供行政監督及查核（檢查）之相關資料。二、協助檢察官對公開發行公司或金融業進行查核。三、協助清查經濟犯罪相關涉案人員之資金流向。四、對經濟犯罪嫌疑人限制出境及其資金之控管。五、協助製作內線交易案件之重大消息發展過程之時間簡表。六、有關金融專業智識及經驗之諮詢¹⁰。其中，金管會依法實施之金融檢查，乃發掘經濟犯罪線索之開端，金管會至金融業內部進行金融檢查所製作之檢查報告，於檢察官偵辦違法放貸等弊案時，可作為研判案情之參考。故本文特選取主管機關之金融檢查此專題，詳述金管會之金融檢查權限，並與美國證管會之金融檢查及調查作比較。

除金管會之外，經濟部（所屬之國際貿易局、商業司、投資審議委員會），財政部（所屬之國稅局、賦稅署、財稅資料中心、關稅總局）、中央銀行、外交

（十四）農業金融法第三十九條、第四十條、第四十四條、第四十五條之罪。（十五）金融資產證券化條例第一百零八條、第一百零九條之罪。（十六）證券投資信託及顧問法第一百零五條至第一百零九條之罪。（十七）證券投資人及期貨交易人保護法第三十八條之罪。（十八）消費者債務清理條例第一百四十八條及第一百四十九條第一項之罪。」、「四、犯洗錢防制法第三條第一項第二款、第七款至第十款、第十二款至第十七款及第二項第一款之罪，涉有洗錢行為者，視為本要點所稱重大經濟犯罪。」、「五、其他違反經濟管制法令或使用不正當方法，破壞社會經濟秩序，犯罪情節重大者。」

⁹ 法務部，前揭註 1，頁 165。

¹⁰ 各項協助之詳細內容，請參閱法務部，前揭註 1，頁 169-176。

部、法務部調查局（所屬之經濟犯罪防制處、洗錢防制處、通貨交易資料庫）及內政部警政署刑事警察局等行政機關亦可分別提供相關之協助¹¹。

（二）私部門：鑑識會計、市場監視

有學者認為，除了公部門以外，經濟犯罪尚可經由：會計師、律師等守門員（gatekeeper）、吹哨者（whistleblower）及自律機構等私部門，提供若干犯罪監控之功能¹²。其中，我國會計師公會開始推動鑑識會計此一新興專業工作，因目前實務上對於此專題較為陌生，故本文特立乙章介紹之。

又公開發行公司之自律機構即臺灣證券交易所（下稱證交所）對不法活動之監控，原則上係以相對人任意配合之方式進行，違反者則依其發布之規則或訂立之契約予以警告、罰款或其他民事處置，至於行為人有無構成行政或刑事責任，則留待主管機關及檢調機關判斷並處置，證交所僅擔任資訊蒐集及分析之輔助地位¹³。證交所監控市場不法活動之功能主要係依循公司主動揭露資訊之查核，以及市場交易情況之隨時監視（market surveillance）。公開資訊查核包括對財務報表等公開資訊，以抽查方式定期審閱，以及重大事件之立即揭露及檢查¹⁴。市場監視則主要針對內線交易及市場操縱，由於與經濟犯罪案件之偵辦關係較為密切，故本文特闢乙章介紹之。

貳、主管機關之金融檢查

一、美國：證管會

（一）證管會之組織及責任

美國證券管理委員會（Securities and Exchange Commission, SEC，下稱證管會）係由 5 位總統指定之委員所組成，任期 5 年，其中一位由總統指定為主任委員，作為該機關之執行長。法律規定不得有超過 3 位委員屬於同一政黨，以確保不受黨派影響（non-partisanship）。證管會之業務責任組織區分為 5 個部門（公司財務部、交易及市場部、投資管理部、執法部、經濟及風險分析部）、23 個辦公室（法務長室、總會計師室、法令遵循檢查室、信用評等室、國際事務室、投資人教育及倡議室、市政證券室、道德顧問室、投資人倡議室、女性及少數族群包括室、總執行官室、收購室、金融管理室、後勤支援室、人力資源室、策略倡議室、資訊科技室、立法與政府事務室、公眾事務室、秘書室、受雇機會平等室、檢查長室、行政法官室），總部均位於華盛頓特區。證管會有接近 4600 位

¹¹ 各行政機關可提供之協助，請參閱法務部，前揭註 1，頁 180-187。

¹² 許耀云，公開發行公司經濟犯罪之跨部門監控，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，頁 63-121，100 年 1 月。

¹³ 許耀云，同前註，頁 114。

¹⁴ 詳細內容請參閱，許耀云，同前註，頁 114-118。

之職員，分散在華盛頓特區及 11 個地區辦公室。證管會之責任為：一、解釋及執行聯邦證券法規，二、頒布新規則及修正既有之規則，三、監視證券公司、仲介、投資顧問及評等機構之檢查，四、監視證券、會計及審計領域之自律機構，五、與聯邦、州政府及外國主管機關協調美國證券法規¹⁵。

（二）證管會之金融檢查

美國聯邦證券法規將證券市場及市場參與者之監理分成 3 個層次：第 1 個層次為證管會，擁有核准各項業務及檢視各種紀錄之權力，當有人違反聯邦證券相關法規時，證管會可對其採取民事訴訟，並與司法單位合作，由司法單位負責相關刑事訴訟。第 2 個層次為自律組織 (Self-Regulatory Organizations, SRO)，自律組織就違反證管會及自律組織相關規定者得以進行執法，惟自律組織並無任何傳喚證人的權利，僅能要求提供合作，其調查權主要是來自於會員有提供報告的義務。第 3 個層次則屬於各證券商之稽核部門，主要職責為審核該公司內部流程¹⁶。

證管會對於證券商之監理係由其法令遵循檢查室 (Office of Compliance Inspections and Examinations, OCIE) 掌管全國證券業之檢查及調查任務，涵蓋範圍包括證券自律機構、證券商、經紀人、結算機構、投資公司及投資顧問等。該部門約有 840 名員工，並於首都華盛頓及美國其餘主要城市均設有辦公室，三分之二以上的證券商檢查業務由各地辦公室負責，OCIE 執行檢查任務之目的為加強證券業對於證管法令之遵循、查緝不法以及瞭解受監理單位之發展狀況，其首要目標為立即採取行動導正不當行為以符合法令規範。當 OCIE 發現受檢單位有缺失時，會列明有關缺失並發文要求限期改善，嗣後並持續注意其改善情形；倘若缺失情節嚴重，則將移送執法部門依法處理¹⁷。

OCIE 之檢查程序如下¹⁸：

1. 選擇受檢機構及檢查項目

由於受證管會管轄之證券業者數量眾多，因此 OCIE 通常將高風險之機構及事件列為優先檢查對象。在選擇可能發生風險之受檢機構前，會先蒐集同產業之若干家公司，評估該等公司可能產生之風險及分析可能違法態樣，俾於瞭解該產業之共通性及可能風險。當察覺該產業可能面臨風險，OCIE 會派遣調查小組進行檢查，通常先抽樣調查規模小的公司，如果評估後認風險程度較為嚴

¹⁵ SEC, Organization of the SEC, <https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html#org>

¹⁶ 台灣證券交易所，美國證券市場相關制度，頁 167，104 年 7 月。

¹⁷ 林溫琴，參加美國證管會「2010 年證券市場發展國際研討會」出國報告，頁 20，99 年 7 月 20 日。

¹⁸ 白嘉眉、林玟汎，參加美國證管會「國際證券執法及市場監視研討會」出國報告，頁 19-20，100 年 1 月。

重，則擴大受檢範圍。O C I E 可能僅針對某項交易或流程進行檢查，也可能對單一公司全面性調查，以瞭解受檢機構之收入來源、風險管理制度及法令遵循情形。另對於新公司、高獲利企業及被視為高風險之公司，另就管理制度、營業活動等項目做全面性深入調查，以查察風險及不法情事。O C I E 亦會針對時下重要議題或是潛在風險項目進行查核。

2.行前檢查作業

O C I E 調查小組實地檢查前，會先進行若干準備作業，包括對受檢機構、分支機構及關係人進行深入研究及調查，以利在實地檢查之前，更瞭解公司的業務並充分利用現場資源。

3.實地檢查

O C I E 調查小組會視情形以預先通知或突擊檢查方式進行實地檢查，但即使採預先通知受檢機構方式檢查，亦不告知預計檢查項目，以免相關資料遭竄改或毀壞，而未能達檢查之效果。調查小組在抵達受檢機構處所後，首先召開會議，除了向受檢機構說明檢查程序以及要求提供相關資料外，更重要的是藉以更瞭解受檢機構的業務，包括其內控制度及法令遵循情形，藉以調整檢查重點。

在會議後，開始覆核受檢機構所提供書面及電子資料，資料數量以能達到檢查效果且不造成受檢機構之困擾為原則。由於目前許多資料均已電子化，O C I E 調查小組通常會準備另一台電腦重新驗證及執行電子資訊，以期更有效率地發現內部控制缺失。然而，檢查書面資訊仍是無法被取代的，因為檢查書面文件較檢查電子化文件更能發現未能發現之問題，如未經適當授權之交易等。O C I E 調查小組在檢查過程中也會與受檢機構進行會談，可能是請受檢機構補充資料，或是由受檢機構解釋所發現的事項。

4.溝通會議

O C I E 調查小組在結束實地檢查前，會與受檢機構召開一次溝通會議。溝通會議提供調查人員在檢查工作結束後與受檢機構交換意見之機會，O C I E 調查小組透過該會議向受檢機構說明所發現之缺失，受檢機構則會在該會議積極辯護與解釋，但O C I E 調查小組一向維持「聆聽解釋，但不妥協」的立場。

5.完成檢查報告及追蹤檢查結果

由於調查小組間對於檢查過程或結論可能有意見分歧之情形，因此可以徵詢其他檢查人員或法律、會計專家等意見，以確保對於類似檢查案件的意見一致性。檢查工作通常在檢查後 90 日內完成，其結果可能如下：

- 一、通知受檢機構未發現有缺失。
- 二、寄發通知書，告知所發現的法令遵循缺失或是內部控制之不足，並要求受檢機構回覆欲採取之改善措施。
- 三、依發現問題之嚴重性，移送執法部或是通知自律組織處理，作為進一步調查或是未來修改證券法規之參考。

(三) 證管會之調查

1. 調查之階段及分類

證管會廣泛之調查權限來自於 1933 年之證券法第 20 條(a)¹⁹、1934 年之證券交易法第 21 條(a)(1)(2)²⁰、1940 年之投資顧問法第 209 條(a)²¹、1940 年之

¹⁹ Sec. 20(a) of the Securities Act of 1933: “Whenever it shall appear to the Commission, either upon complaint or otherwise, that the provisions of this title, or of any rule or regulation prescribed under authority thereof, have been or are about to be violated, it may, in its discretion, either require or permit such person to file with it a statement in writing, under oath, or otherwise, as to all the facts and circumstances concerning the subject matter which it believes to be in the public interest to investigate, and may investigate such facts.”

²⁰ Sec. 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: “(1) The Commission may, in its discretion, make such investigations as it deems necessary to determine whether any person has violated, is violating, or is about to violate any provision of this title, the rules or regulations thereunder, the rules of a national securities exchange or registered securities association of which such person is a member or a person associated, or, as to any act or practice, or omission to act, while associated with a member, formerly associated with a member, the rules of a registered clearing agency in which such person is a participant, or, as to any act or practice, or omission to act, while a participant, was a participant, the rules of the Public Company Accounting Oversight Board, of which such person is a registered public accounting firm, a person associated with such a firm, or, as to any act, practice, or omission to act, while associated with such firm, a person formerly associated with such a firm, or the rules of the Municipal Securities Rulemaking Board, and may require or permit any person to file with it a statement in writing, under oath or otherwise as the Commission shall determine, as to all the facts and circumstances concerning the matter to be investigated. The Commission is authorized in its discretion, to publish information concerning any such violations, and to investigate any facts, conditions, practices, or matters which it may deem necessary or proper to aid in the enforcement of such provisions, in the prescribing of rules and regulations under this title, or in securing information to serve as a basis for recommending further legislation concerning the matters to which this title relates. (2) On request from a foreign securities authority, the Commission may provide assistance in accordance with this paragraph if the requesting authority states that the requesting authority is conducting an investigation which it deems necessary to determine whether any person has violated, is violating, or is about to violate any laws or rules relating to securities matters that the requesting authority administers or enforces. The Commission may, in its discretion, conduct such investigation as the Commission deems necessary to collect information and evidence pertinent to the request for assistance. Such assistance may be provided without regard to whether the facts stated in the request would also constitute a violation of the laws of the United States. In deciding whether to provide such assistance, the Commission shall consider whether (A) the requesting authority has agreed to provide reciprocal assistance in securities matters to the Commission; and (B) compliance with the request would prejudice the public interest of the United States.”

²¹ Sec. 209(a) of the Investment Advisers Act of 1940: “Whenever it shall appear to the Commission, either upon complaint or otherwise, that the provisions of this title or of any rule or regulation prescribed under the authority thereof, have been or are about to be violated by any person, it may in its discretion require, and in any event shall permit, such person to file with it a statement in writing, under oath or otherwise, as to all the facts and circumstances relevant to such violation, and may otherwise investigate all such facts and circumstances.”

投資公司法第 42 條(a)²²等規定。上開法律授權證管會調查過去、現在、或將來之違反聯邦證券法律、證管會及各自律機構頒布規則之行為。證管會進行調查之規則乃規定於：非正式及其他程序規則²³(Rules of Informal and Other Procedures)、關於調查之規則²⁴(Rules Relating to Investigations)，證管會實務規則²⁵(The SEC's Rules of practice) 就執法事務之調查階段亦有相關規定。

法院對於國會賦予聯邦機關就其調查行為享有廣泛裁量權之立法意旨，通常表示尊重，並拒絕干涉證管會官員就其調查所為之判斷²⁶。法院僅曾在極少數之情況下介入證管會之調查²⁷。

證管會啟動調查之原因包括：來自公眾之投訴、聯邦或州政府機關之訊息交換，及向證管會申報文件之檢查²⁸。其他啟動調查之來源包括：執法部門之市場監視、來自證管會內部其他部門或辦公室之轉介、證管會或自律機構對於證券經銷商、投資顧問及投資公司所為之定期檢查、新聞報導及線人。

證管會之調查通常以初步詢問 (preliminary inquiry) 開始，即僅由調查人員進行，而無需取得委員會或資深執法部門官員之正式許可。初步詢問之後，或作為初步詢問之替代方案，調查人員得啟動具有「正式調查命令」之調查，而有權傳喚作證、調取文件。除非在極少數之情況下由委員會另行指定，兩種調查均不公開。不論正式或非正式調查，證管會之調查係為發現事實，其性質屬於行政調查²⁹。調查人員完成調查所需之時間取決於案件事實之複雜程度，最長可達二年。如調查人員調查完畢後認為有必要採取執法行動，必須向委員會提出建議。調查程序之終結，不論證管會擬採取民事救濟或行政救濟，必須經過委員會多數決之授權。

(1)非正式調查 (Informal investigation)

如證管會調查人員懷疑有人違反聯邦證券法律，其通常進行非正式調查，

²² Sec. 42(a) of the Investment Company Act of 1940: "The Commission may make such investigations as it deems necessary to determine whether any person has violated or is about to violate any provision of this title or of any rule, regulation, or order hereunder, or to determine whether any action in any court or any proceeding before the Commission shall be instituted under this title against a particular person or persons, or with respect to a particular transaction or transactions. The Commission shall permit any person to file with it a statement in writing, under oath or otherwise as the Commission shall determine, as to all the facts and circumstances concerning the matter to be investigated."

²³ 17 C.F.R. §§202.1 et seq.

²⁴ 17 C.F.R. §§203.1-203.8.

²⁵ 17 C.F.R. §201.100 et seq.

²⁶ *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632,652(1950); *SEC v. Brigadoon Scotch Distrib. Co.*, 480 F.2d 1047, 1052-1053 (2d Cir. 1973).

²⁷ *SEC v. Wheeling-Pittsburgh Steel Corp.*, 648 F. 2d 118 (3d Cir. 1981).

²⁸ 17 C.F.R. 202.5 (a).

²⁹ *SEC v. Jerry T. O'Brien, Inc.*, 467 U.S. 735, 742 (1984).

亦稱調查中事務（**Matter under inquiry, MUI**）。因無強制權限，調查人員多仰賴自願性合作。證管會可能直接或間接透過律師，聯繫知悉資訊之相關人員。調查人員在決定是否有必要採取執法行動前，通常已進行徹底之調查。即使是非正式之調查，通常亦包括文件之提出，以及與調查人員之會談，會談有時是面對面之會談、透過電話，有時包括正式紀錄之證詞。如拒絕提供調查人員要求之資訊，或逾時提出，調查人員多會依照程序尋求正式調查命令。

在非正式會談或作證一開始，被會談人通常被告知：一、參與係屬自願性質、二、其有律師陪同在場之權利、三、調查人員之筆記、紀錄可能與其他政府機關、機構分享、四、如其明知並有意（**knowingly and willfully**）對於聯邦政府官員之詢問提供錯誤資訊，將構成不實陳述之聯邦犯罪³⁰。

(2)正式調查命令（**Formal order of investigation**）

如果調查人員之疑慮在非正式調查之過程無法獲得解決，其得依照委員會之授權，要求部門之資深官員核發「進行調查及指定官員取得證詞之命令」（**Order directing private investigation and designating officer to take testimony**），通常簡稱為「正式命令」。有時立刻要求核發正式命令是有必要的，例如：如果調查人員一開始即決定有必要以傳票調取所需文件，此時調查程序則開始於正式命令之核發。正式命令通常說明被授權調查之性質，以及指定特定職員代表證管會官員核發命提出文件或證詞之傳票。

證管會核發傳票之權限來自於證券法第 19 條(c)、證券交易法第 21 條(b)、投資顧問法第 209 條(b)、投資公司法第 42 條(b)。儘管證管會傳票之效力涵蓋全國，調查人員通常可以依據特定證人或事務之情況，在核發傳票前、後與證人協商作證之地點。證管會並無通知其調查「對象」（**target**）之義務，即使對於第三人之傳票牽涉到該對象之利益³¹。

證管會之傳票本身並無執行力。如果被傳喚人不提出文件、或拒絕作證，證管會必須申請法院命令（**judicial order**）以執行該傳票。證管會得在調查進行地，或被傳喚人所在地之聯邦地方法院，提出聲請並說明原因。該聲請係以聯邦民事訴訟規則之簡易程序進行，由對造負擔舉證責任向法院證明為何不應執行該傳票。不聽從法院命令遵守傳票者，證管會可能啟動被傳喚人藐視法院之追訴。

(3)職員對於委員會之建議（**recommendation**）

調查人員在調查終結時，得決定不採取任何行動，或建議委員會提起執法程序。如果調查人員決定不對於調查對象提起執法程序，而該人在正式命令中

³⁰ 18 U.S.C 1001; *United States v. Stewart*, 433 F.3d 273 (2d Cir. 2006).

³¹ *SEC v. Jerry T. O'Brien, Inc.*, 467 U.S. 735 (1984).

被提及、曾提出 **Wells Submission**（詳下述）、或要求該通知，則證管會調查人員必須通知該人。通知係採行「終結信函」（**Termination letter**）之形式³²。

執法部門之調查人員針對可能違反聯邦證券法律之自然人或公司，不得自行啟動執法行動。反之，如果調查人員認為有必要採取執法行動，必須對於委員會提出建議。此建議通常包括調查人員對於構成要件事實及法律之分析，及對於法律效果之看法。當自然人或公司有意願和解，並同意調查人員提出之條件，該和解僅得由委員會接受。

當調查人員作出針對調查對象採取執法行動之初步決定，通常提供 **Wells notice** 予代表該人之律師。此通知指出：調查人員初步認定之違反證券法律事實，並指定當事人提出回應聲明（即 **Wells submission**），調查人員再與建議一併呈交委員會。

2. 調查後之處置

(1) 和解

證管會絕大多數之執法行動係以和解之方式解決。因為和解可免除訴訟風險、節省時間及費用、迅速將金錢返還給被害人，以及讓調查人員針對新調查重新部署資源，故證管會偏好和解。當事人偏好和解，因和解可使違反證券法律之行為人避免訴訟之不確定性，且與 S E C 訴訟並敗訴之結果，可能導致當事人在其他私人提起之訴訟，不得再行爭執事實及爭點之附隨效果。

(2) 民事程序

當證管會選擇在聯邦地方法院對於當事人採取執法行動時，法院得課以下列救濟：

A. 禁制令（**Injunctions**）

證券法第 20 條(a)、證券交易法第 21 條(d)(1)、投資顧問法第 209 條(d)、投資公司法第 42 條(d)均有授權證管會對於任何現在或將來違反法律者，尋求禁制令之條款。當證管會尋求永久禁制令（**permanent injunction**）時，必須證明：行為人違反證券法規，以及其將來違反法規之可能性³³。法院考量之因素包括：違規之惡性、違規係單一事件或計畫之一部分、違規是否刻意為之、被告之事業是否會對於將來違反法規者製造機會³⁴。如果證管會證明該案件有實質之勝訴機會，法院得准許證管會關於初步禁制令（**preliminary injunction**）或暫時禁止令（**temporary restraining order, TRO**）之聲請。除非特別指定期限，法院對於將來

³² SEC Enforcement Manual 2.6.2.

³³ Aaron v. SEC, 446 U.S. 680, 703 (1980).

³⁴ SEC v. First City Fin. Corp, 890 F. 2d 1215, 1228 (D.C. Cir. 1989).

違規之禁制令係屬永久性質。然而，即使是永久禁制令，被告亦可請求修正或解除，儘管類似救濟非常罕見³⁵。因為禁制令強制當事人遵守法律，違反禁制令之後果非常嚴重。如果當事人被認定藐視核發禁制令之法院，法院得課以罰金、入監執行，或其他民事及刑事處罰。

B. 暫時性資產凍結 (Temporary asset freezes)

沙賓法案 (Sarbanes-Oxley Act) 增訂證管會得尋求暫時性資產凍結之權限。當被證管會調查之發行人將「異常支付」(extraordinary payments) 給董事、職員、合夥人、控制人、代理人或員工時，證管會得向聯邦地方法院聲請暫時命令，要求發行人在法院監督下，將該款項交付中介信託 (escrow) 45 天在支付利息之帳戶內。如證管會並未進一步啟動違反聯邦證券法規之執法程序，但證明有良好理由 (good cause)，該命令僅得再延長 45 天。資產凍結之目的係避免被告不當脫產。另外法院可發出命令要求被告將已移轉至海外的資產匯回美國，但通常受制於管轄地域的問題，效果比較有限，比較有效的方式是在資產匯出境前，予以凍結³⁶。

C. 禁止擔任上市公司之董事及高級管理階層 (Officer and director bars)

證券法第 20 條(e)、證券交易法第 21 條(d)(2)授權證管會尋求永久或暫時性司法命令，以禁止個人未來擔任公開發行公司之職員或董事。如證管會證明違反證券法規之反詐欺條款，並證明被告不適任 (unfitness to serve)，聯邦地方法院即得准許該命令。第二巡迴法院就評估是否不適任，曾指出六個參考因素：一、系爭違反證券法規之惡性 (egregiousness)。二、被告是否係重複違反者 (repeat offender)。三、被告從事詐欺時之角色或地位。四、被告知悉 (scienter) 之程度。五、被告違規所涉及之經濟利益。六、未來再次發生不當行為之可能性³⁷。

D. 要求返還不法利益 (Disgorgement)

要求返還不法所得係用以剝奪行為人不當獲益，及嚇阻其他人違反證券法規之一平衡救濟管道³⁸。法院可發出命令要求被告揭露其違反證交法情事之性質、影響金額、發生時點，並可對被告或不當受益者發出追繳不當利益之命令 (disgorgement)，目的係為補償權益受損者，若返還金額不足以支付待補償帳戶，

³⁵ United States v. Swift & Co., 286 U.S. 106, 119 (1932).

³⁶ 林溫琴，前揭註 17，頁 43。

³⁷ SEC v. Patel, 61 F.3d 137, 141 (2d Cir. 1995).

³⁸ SEC v. First City Fin., 890 F. 2d 1215, 1230 (D.C. Cir. 1989).

則按比率分配。返還不法利益命令常應用在內線交易、財務或會計舞弊、炒作或操縱、承銷案詐欺及券商詐欺³⁹。

E.民事金錢罰款 (Civil monetary penalties)

證券交易法第 21 條(d)(3)、證券法第 21 條(d)、投資顧問法第 209 條(e)、投資公司法第 42 條(e)授權證管會，對於違反任何證券法規、或證管會核發之 cease and desist order 之任何人，得尋求金錢罰款。目前民事罰款除內線交易可處以最高三倍之不法獲利，其餘則依 Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990 分為三個層級，每一層級皆規定最高罰款金額，罰款可由地方法院法官或行政法官(Administrative Law Judge)決定⁴⁰：一、第一層級 (Tier 1)：不涉及詐欺行為者：a. 自然人：最高 7,500 美元 b. 其他人如公司及合夥等：最高 75,000 美元。二、第二層級 (Tier 2)：涉及詐欺、操縱、故意或過失違法：a. 自然人：最高 75,000 美元 b. 其他人如公司及合夥等：最高 375,000 美元。三、第三層級 (Tier 3)：涉及第二層級等行為，且該行為對其他投資人之造成重大損失或風險者：a. 自然人：最高 150,000 美元 b. 其他人如公司及合夥等：最高 750,000 美元。

(3)行政救濟

證管會可要求任何人或單位停止某些活動、沒入不法利得、採取補救措施防止可能發生之不法行為，此外，證管會也可對證券經紀商、自營商、投資顧問、會計師及律師處以停業處分。此部分由行政法官(Administrative Law Judge)裁決之，其雖受僱於證管會，但獨立行使職權，由行政法官作出建議，但仍由證管會作出最後裁決，直接上訴到聯邦上訴法院。證管會這幾年在相關法規的改良後，行政處理程序變的快速且有效率，目前有 50%之案件依循此行政程序措施，然而對於財務或會計舞弊、內線交易案件通常則不循此途徑。可採取之手段包括：

- 一、發出禁制令(cease and desist order)：停止已發生或可能發生的違法行為。
- 二、譴責(censure)：係聲明被告有違反證交法之情事。
- 三、停用令(stop Order)：證管會有權執行必要調查以確認是否應發出停用令；停用令之目的係停止重大誤述之申報文件或財務報告之有效性。
- 四、吊扣或吊銷執照(suspensions or disbarment)：包括會計師、律師、證券商及投資顧問執照、監督者執照(supervisory bars)，其主張之理由包括不適任、違反職業道德、蓄意違反證交法等。

³⁹ 林溫琴，前揭註 17，頁 42。

⁴⁰ 林溫琴，同前註，頁 43。

五、暫停交易(trading suspensions)：當證管會對公開資訊的正確性存有疑慮或某檔股票涉有被不當炒作或放空情事時，證管會有權暫停該檔股票交易，惟時間不超過 10 個營業日。

六、對受歸管機構罰款⁴¹。

(4)轉介司法部進行刑事程序

刑事執法係由美國司法部門執行，證管會係扮演協助該等單位之角色，如：提供其調查文件或指人員協助調查；對於每項違反證交法之行為，當事人可能會被處以 20 年以下之有期徒刑或伍佰萬美金以下罰金。美國係採民事刑事平行程序制（詳下述），刑事訴訟並不會阻礙證管會採取民事執法，同樣地，證管會的民事執法行動通常也不會妨礙刑事訴訟⁴²。

(四) 平行程序

1.平行程序之定義及分類

平行程序(parallel proceedings)，亦稱平行調查(parallel investigations)，通常係指證管會、司法部⁴³同時或相繼進行之民事調查以及刑事追訴，甚至泛指州政府官員或自律機構人員涉入之情形。

2.平行程序之證據分享

首先，平行程序產生之爭議係不同機關間可否互相分享資訊，以及檢察官可否將民事程序取得之資訊在刑事程序使用。通常大陪審團(grand jury)調查所取得之資訊不得揭露給其他機關，但如該資訊係聯邦調查局(FBI)或檢察官等調查機關所另行取得，則容許分享。聯邦刑事訴訟法相關規定廣泛禁止揭露「在大陪審團前發生之事務」，除非揭露有助於聯邦刑事法律之執法。另外，即使某資訊並非大陪審團保密規定所涵蓋，檢察官經常不願分享刑事調查所取得之資訊給進行民事程序之機關，因為民事程序廣泛之證據開示法則(discovery)可能使該資訊被揭露。因此，儘管有些例外，資訊從民事程序流向刑事程序通常係自由的，但相反方向之資訊流通（至少在刑事程序終結前）則較不常見⁴⁴。本文旨在探討經濟犯罪之偵查資源，故以下主要討論民事程序流向刑事程序之證據分享。

⁴¹ 林溫琴，同前註，頁 43-44。

⁴² 林溫琴，同前註，頁 45。

⁴³ 相當於我國之法務部。

⁴⁴ Ellen S. Podgor et al., *White Collar Crime* 586 (West Academic 2013).

3. 平行程序之法律規定

證券法、證券交易法明示授權證管會就違反證券法規者之民事及刑事執法得予以調查，並於潛在刑事程序時，將調查結果傳遞給司法部。證券交易法規定：證管會為判斷任何人過去、現在、或將來違反該法任何規定時，得裁量是否採取調查作為⁴⁵。調查作為包括實施宣誓、傳喚證人、收取證據，以及要求提出證管會認為相關或重大之任何書本、文件、通訊、備忘錄或其他紀錄⁴⁶。證管會如認為某人正在從事、或將要從事構成違反該法規定之行為，得在聯邦地方法院提出禁制該行為之訴訟⁴⁷。證管會就其調查任何足以構成違反聯邦證券法規之行為所得證據，得傳遞給檢察總長⁴⁸，檢察總長得自行裁量是否進行必要之刑事程序⁴⁹。證券法之規定大致相同⁵⁰。

4. 司法判決

法院多數見解認為：在政府係基於妥當目的、以適當之方式使用刑事、民事程序及相關之調查手段時，採行同時之刑事及民事調查並無不當⁵¹。如要求政府機關必須一成不變的選擇：當尋求民事程序時放棄刑事追訴，或在刑事訴訟終結前延緩民事程序，將會妨礙聯邦法律之執法⁵²。在對於當事人之權利並無實質侵害下，平行程序在美國法律下並無可挑惕⁵³。例如在 **SEC v. First Financial Group of Texas, Inc.** 乙案⁵⁴，第五巡迴法院即表示：因為聯邦政府係為了追求不同法規所保護之利益，同時進行民事及刑事程序通常並無可挑惕。以下介紹關於此爭議之重要判決。

(1) **United States v. Kordel**⁵⁵

本案雖與證券法規無關，卻是聯邦最高法院對於民事及刑事平行程序之爭議所做深具影響力之判決。被告 **Feldten**、**Kordel**（**Detroit Vital Foods** 公司之

⁴⁵ "The Commission may, in its discretion, make such investigations as it deems necessary to determine whether any person has violated, is violating, or is about to violate any provision of this chapter." Section 21(a) of the 1934 Act, 15 U.S.C. § 78u(a) (1976).

⁴⁶ *Id.*, Section 21(b), 15 U.S.C. § 78u(b).

⁴⁷ *Id.*, Section 21(d), 15 U.S.C. § 78u(d).

⁴⁸ 即美國司法部部長，相當於我國之法務部部長。

⁴⁹ "The Commission may transmit such evidence as may be available concerning such acts or practices as may constitute a violation of any provision of this title or the rules or regulations thereunder to the Attorney General, who may, in his discretion, institute the necessary criminal proceedings under this title."

⁵⁰ See Sections 19(b), 20(a), (b) of the 1933 Act, 15 U.S.C. §§ 77s(b), 77t(a), (b) (1976).

⁵¹ *United States v. Stringer*, 535 F.3d 929, 933 (9th Cir. 2008).

⁵² *United States v. Kordel*, 397 U.S. 1, 10 (1970).

⁵³ *SEC v. Dresser Industries, Inc.*, 628 F.2d 1368, 1374 (D.C. Cir. 1980) (en banc).

⁵⁴ 659 F.2d 660 (5th Cir. 1981).

⁵⁵ 397 U.S. 1 (1970).

總裁、副總裁)以及該公司因違反聯邦食品、藥物及化妝品法(Federal Food, Drug, and Cosmetic Act)而在 Michigan 東區地方法院被定罪。在刑事追訴前,政府已經根據該法開始民事程序,並請該公司接受詢問,以取得關於該公司某些產品之證據。在美國食品及藥物管理局(Food and Drug Administration)通知該公司,該局考慮對於該公司以及相關職員提起刑事程序,該公司聲請暫停民事訴訟,或延長回答詢問之時間在刑事程序作證之後,否則政府將會因民事證據開示程序而在刑事追訴不當取得證據,但該公司之職員並未主張憲法第五修正案之不自證己罪特權。該公司之聲請被駁回,並由該公司之副總裁在未主張其第五憲法修正案特權之情形下,回答該等詢問。在民事和解後,刑事起訴仍被提起,地方法院並駁回被告關於排除該等詢問之審前聲請(pretrial motion),其認為:政府提出該等詢問並未有悖於誠信(bad faith)。在上訴審,第六巡迴法院認為:政府使用幾近同時之民事詢問所取得之證據,違反該公司職員之憲法第五修正案之不自證己罪特權,並撤銷改判。

聯邦最高法院則將巡迴法院之判決撤銷發回。最高法院認為:卷證顯示政府在民事訴訟提出詢問並未有悖於誠信。又政府在刑事追訴使用詢問所取得之證據,並未違反該公司職員之憲法第五修正案之不自證己罪特權,因為該等職員已經被通知該局考慮刑事程序,但由律師陪同並接受詢問之副總裁、總裁或與該公司有關聯之任何人,均未主張第五憲法修正案特權。須注意者,最高法院特別指出本案並無:政府提起民事訴訟僅係為取得證據供刑事程序使用、政府在民事程序進行中並未警告被告,其亦考慮以刑事追訴、被告並無律師、被告合理擔憂將遭受審前公開(pre-trial publicity)之侵害等任何足以顯示刑事追訴係違反憲法或不當之其他特殊情況⁵⁶。

(2)United States v. Stringer⁵⁷

被告因違反刑事證券法規被起訴。Oregon 地區地方法院駁回起訴,因其認為,被告為了回應證管會傳票所提供之所有證據均應排除。政府提起上訴。第九巡迴法院認為:地方法院不應駁回刑事證券詐欺之起訴,因為證管會就證人之律師詢問有無刑事調查存在時,並未有何不當之作為。證管會調查人員與 Oregon 州 Portland 市之檢察官,就民事證券詐欺之調查曾會面,並決定證管會先行終結其調查,而不揭露潛在之刑事程序。檢察官並要求證人必須在 Oregon

⁵⁶ “We do not deal here with a case where the Government has brought a civil action solely to obtain evidence for its criminal prosecution or has failed to advise the defendant in its civil proceeding that it contemplates his criminal prosecution; nor with a case where the defendant is without counsel or reasonably fears prejudice from adverse pretrial publicity or other unfair injury; nor with any other special circumstances that might suggest the unconstitutionality or even the impropriety of this criminal prosecution.”

⁵⁷ 535 F.3d 929 (9th Cir. 2008).

州作證，如果任何人說謊，檢察官得在該州提出偽證罪之起訴。調查人員與檢察官就證管會應詢問證人之問題亦有所討論。在民事調查程序中，證管會調查人員提供給所有證人，其上載有「本案取得之任何資訊可能提供給司法部」字句之制式化文件（即 form 1662，詳下述）。當某證人之律師詢問是否有刑事調查存在時，證管會調查人員稱：該機關之政策係不回應該等問題，並指示律師自行詢問司法部。

地方法院認為該回答係欺騙性質，但是第九巡迴法院認為：卷證並未顯示證管會做出任何事阻礙詢問，亦未曾有任何人詢問。卷證顯示政府並未提供被告任何關於刑事調查存在之錯誤資訊。在被告因為被欺騙才交出所持有之文件或證物、或運用其職權而交出公司持有之證據時，被告得主張違反憲法第四修正案，此時駁回起訴或排除證據方屬妥當，但證管會之行為並未到達該程度。並指出：提供給證人之制式化文件中，有警告證人所提供之資訊可能在刑事程序使用，被告及其律師均已被充分通知。

(3) SEC v. Dresser Industries, Inc.⁵⁸

哥倫比亞特區地方法院認為，證管會根據證券法及證券交易法相關規定，就關於公司資金使用之調查所發出之請求證物傳票（subpoena duces tecum），Dresser Industries, Inc.即上訴人必須遵循。上訴人提起上訴。上訴人質疑證管會得根據證券法及證券交易法執行該請求證物傳票，因為政府同時在進行刑事及民事程序。本案主要爭議係上訴人可否因為平行調查之存在，而對於該傳票請求特別保護。上訴人爭執：證管會之傳票為了取得刑事證據而濫用民事證據開示程序，並侵犯大陪審團獨立調查刑事不法行為之權限。巡迴法院則認為：大陪審團程序並未增加或減損上訴人之權利，任何關於證據開示之挑戰，只能在傳票執行後才可提起，並維持原判決。

(4) United States v. La Salle Nat'l Bank⁵⁹

本案雖與證券法規無關，但為關於平行程序之特別規定。國稅局（Internal Revenue Service, IRS）人員在調查某納稅人之稅捐責任時，基於 1954 年 Internal Revenue Code 第 7602 條之規定⁶⁰，傳喚（summon）被告銀行在調查人員面前出現，並提出為了該納稅人所創設之特定土地信託檔案。當被告銀行職員如期出現，但拒絕提出該檔案，政府及調查人員請求地方法院執行該傳喚。法

⁵⁸ 628 F.2d 1368 (1980).

⁵⁹ 437 U.S. 298 (1978).

⁶⁰ 該規定之意旨略以：容許國稅局為了確定退稅之正確性、決定任何人之任何內國稅捐責任、或收集任何該等責任之目的而使用傳喚。

院拒絕執行，因其認為該傳喚僅係為了發現納稅人刑事不法行為之唯一目的，並非基於誠信 (good faith) 而發出。巡迴法院維持地方法院判決。最高法院則認為：地方法院拒絕執行傳喚有誤，因為縱使調查人員調查該納稅人「僅係為了發現刑事不法行為證據之唯一目的」，並不當然表示該傳喚並非基於誠信追求第 7602 條立法目的而發出。

國會並未將稅捐詐欺之調查區分為民事及刑事，反而創造一刑事及民事要件本質上相互牽扯難分 (inherently intertwined) 之稅捐執法系統。任何關於誠信使用國稅局傳喚之限制，必須反映此法規前提。為執行第 7602 條之傳喚，首先，該傳喚必須在國稅局建議 (recommend) 司法部就傳喚之標的 (subject matter) 啟動刑事追訴之前。此係一為了保護刑事訴訟證據制度，以及大陪審團作為刑事起訴之主要工具之預防性 (prophylactic) 規定。傳喚之執行亦必須建立在國稅局係基於誠信使用其傳喚權限之前提下。國稅局不得放棄 (abandon) 其決定、收取稅捐及民事詐欺處罰之機構性義務 (institutional responsibility)。單一調查人員僅為收集刑事調查證據之意圖，並不當然代表國稅局作為一機構之誠信。卷證顯示，被告並未提出足夠之證明以排除該傳喚之執行、並無對於司法部提出刑事追訴之建議、調查人員已經占有該傳喚所尋求之證據，或國稅局作為一機構，業已放棄追求納稅人民事稅捐之責任。

5. 平行程序之行政規則

基於上開法律規定及司法判決，證管會及司法部分別在其執行手冊及政策備忘錄作出更細緻之說明。

(1) 證管會之執行手冊

證管會在 2016 年之執行手冊中，就其調查人員之調查行動作出具體說明⁶¹：

- 一、民事調查有其獨立目的，不得為了取得刑事追訴之證據而啟動。如該行動對於追究民事責任及刑事責任均有助益，調查人員仍得採取該行動。但調查人員不得採取以助益刑事追訴為唯一目的之民事調查行動。
- 二、調查人員對於要請求何種文件、傳喚何人作證、詢問何等問題、在何處詢問及類似事務，應為獨立判斷。
- 三、如律師或任何人問及有無平行之刑事調查存在時，調查人員應指示詢問者關於 Form 1622 中「例行性資訊使用」部分之說明⁶²，並告知證管會一貫的政

⁶¹ Enforcement Manual, SEC Division of Enforcement (October 28, 2016), para. 5.2.1.

⁶² Form 1662 此部分載明：S E C 通常會提供其檔案給其他政府機關，尤其是聯邦檢察官及州檢察官。如情況適宜，你所提供之資訊很有可能提供給該等機關。S E C 是否將其檔案提供給政府

策是，對於刑事執法機關所進行之調查行動，不表示意見。如詢問者希望追問到底有無平行刑事調查，調查人員應請其與刑事機關聯繫。如詢問者詢問應向何刑事機關聯繫，除非經相關刑事機關授權，調查人員應拒絕回答。

四、調查人員與刑事機關間，所有重要的討論及書面溝通，均應有上級官員參與。

五、通常，將資訊分享給刑事機關係被容許的，即使分享資訊係為了幫助檢察官，且事實上有所幫助。此外，在特定情況下，刑事機關要求證管會調查人員不要採取某些會傷害刑事調查之行動，或證管會調查人員要求刑事機關不要採取會傷害其調查之行動，尚屬妥當。每一案件有其獨特性，調查人員應與其上級長官討論此等及其他考量。

(2)司法部之政策備忘錄

司法部在 2012 年針對平行程序發布政策備忘錄⁶³，其重點略以：在該部許多之白領犯罪優先執法目標經常發生平行程序，而評估相關之刑事、民事及行政救濟後，提出有效及成功之回應係必要的。因此，司法部之立場為：刑事、民事及機關之律師需即時協調、討論可能影響每一事務之共同議題，並以「在法律允許、對於案件妥當之最大限度內允許資訊分享」之方式進程序。該部並鼓勵地方聯邦檢察官辦公室以及刑事部門，對於平行程序中之下列議題訂定書面政策：

- 一、收案：自收案之時起，檢察官應與調查人員及其他政府人員，考量及溝通、探索相關潛在之民事、行政及刑事救濟。
- 二、調查：在案件可能存在民事或行政救濟方式時，檢察官（至少一開始）應考量使用大陪審團傳票以外之調查方式取得文件或證人證詞。
- 三、解決方案：檢察官應與被機關授權作為之機關代表間，有效及即時之溝通，使各機關可適時採行可用之彌補方式。

二、我國：金管會

(一) 金管會暨檢查局之組織架構及主管業務

1. 金管會之組織架構及主管業務

金管會設有主任委員、副主任委員及主任秘書，並依法召開委員會議。並設有四處四室，分別為：綜合規劃處、法律事務處、國際業務處、資訊服務處、秘書室、人事室、主計室及政風室。又設有四業務局，分別為：銀行局、證券期

機關，通常屬於 S E C 與該等機關間之機密事務。

⁶³ U.S.A.M. Title 1. Organization and Functions Manual No.27 (Jan. 30, 2012), available at <https://www.justice.gov/usam/organization-and-functions-manual-27-parallel-proceedings>

貨局、保險局及檢查局。另有二代表辦事處：紐約代表辦事處及倫敦代表辦事處⁶⁴。

依金管會組織法第 3 條之規定，金管會掌理下列事項：一、金融制度及監理政策。二、金融法令之擬訂、修正及廢止。三、金融機構之設立、撤銷、廢止、變更、合併、停業、解散、業務範圍核定等監督及管理。四、金融市場之發展、監督及管理。五、金融機構之檢查。六、公開發行公司與證券市場相關事項之檢查。七、金融涉外事項。八、金融消費者保護。九、違反金融相關法令之取締、處分及處理。十、金融監督、管理及檢查相關統計資料之蒐集、彙整及分析。十一、其他有關金融之監督、管理及檢查事項。

2. 檢查局之組織架構及主管業務

檢查局置局長一人、副局長二人及主任秘書一人，下設有檢查制度組、金控公司組、本國銀行組、地方金融組、證券票券組、保險外銀組、受託檢查組、資訊室、秘書室、人事室、主計室及政風室⁶⁵。

依金管會組織法第 4 條第 4 款之規定，檢查局之業務為：規劃、執行金融機構之監督及檢查。具體而言，包括：一、金融檢查制度之建立。二、金融機構及其海外分支機構之檢查。三、金融機構申報報表之稽核。四、金融機構內部稽核報告及內部稽核相關事項之處理。五、檢查報告之追蹤、考核。六、金融檢查資料之蒐集及分析。

(二) 金管會之金融檢查

1. 金融檢查之意義、法律依據及性質

金融檢查 (Financial examination) 係指金融監理機關於必要時派員實地檢查金融機構之業務或帳目，或要求於限期內造具報表查核，透過金融檢查獲得資訊，了解金融機構實際經營情況，進而發現問題之所在⁶⁶。

金管會依金管會組織法第 2 條第 1 項、第 4 條、第 5 條及該會主管之相關金融作用法規定，對該會轄管之金融機構執行金融檢查。至於行使檢查權之要件與程序則規定於個別之金融實體法規中，例如：證券交易法第 38 條、第 38 條之 1、第 18 條之 1、第 64 條、第 91 條及第 162 條、銀行法第 45 條、保險法第 148 條、金融控股公司法第 52 條等。另依據農業金融法第 7 條第 1 項規定，接受行政院農業委員會之委託，辦理農漁會信用部及農業金庫金融檢查。

⁶⁴ 金管會，機關介紹，

<http://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=167&parentpath=0,1>

⁶⁵ 金管會檢查局，機關介紹，組織與職掌，<http://www.feb.gov.tw/ch/home.jsp?id=10&parentpath=0,1>

⁶⁶ 蕭文生，金融監理法制化之研究-以德國法為參考，經社法制論叢，第 25 期，頁 33，2000 年 1 月。

按證券交易法第 38 條、第 38 條之 1、第 18 條之 1、第 64 條、第 91 條及第 162 條等規定，規範對象主體限於一定證券相關事業，而不及於一般投資人。且此等規定，皆有賦予證券主管機關基於檢查結果，對此等事業予以糾正，或其他行政處分之配套規定。故此等規定之性質，應屬在許可行政下，為確保行政機關得於賦予許可後，繼續對許可業者施以持續性、經常性監督輔導，以維持其健全經營，而賦予行政主管機關之行政檢查權⁶⁷。

2. 金融檢查之內容

金融檢查之目標為⁶⁸：一、評估金融機構資本適足性、資產品質、管理能力、盈利狀況、流動性等財務面及業務經營方針、風險管理制度、法令遵循、消費者保護與配合政府政策情形。二、督促金融機構確實改善檢查意見及追蹤其改善情形，並由金融機構業務運作中檢討現行法令適用疑義，提出修正建議事項。

金融檢查之重點，以 106 年度為例，係參酌 105 年檢查情形，並因應金融市場及監理需要，挑選各業別應加強關注項目，列為檢查重點⁶⁹。106 年度具共通性之跨業別檢查重點，有防制洗錢及打擊資助恐怖主義相關規定落實情形、法令遵循制度實施情形、資通安全管理、金融消費者保護作業及個人資料保護等 5 項⁷⁰。

檢查局執行金融檢查之方式，依查核範圍與目的區分為⁷¹：一、一般檢查：對財務、業務及整體營運情形辦理以風險導向為重心之檢查。二、專案檢查：因應金融市場狀況或監理需要，對特定金融機構、特定業務或項目之檢查。考量檢查人力及監理資源，一般檢查週期以二年為原則，並依各業別差異化檢查機制，就金融機構經營規模、業務性質、風險狀況與複雜程度、對金融市場影響及外部查核情形等因素，酌予延長或縮短一般檢查週期。專案檢查係視金融市場狀況或監理需要，適時辦理⁷²。

金管會就金融檢查並訂有標準化作業程序⁷³：一、針對執行實地檢查各階段之作業事項，包括檢查行前作業、檢查期間重大檢查缺失通報及檢查後召開

⁶⁷ 林國全，證券主管機關之行政調查權，月旦法學雜誌，第 39 期，頁 34，1998 年 8 月。

⁶⁸ 金管會檢查局，檢查業務，金融檢查制度，
<http://www.feb.gov.tw/ch/home.jsp?id=18&parentpath=0,4>

⁶⁹ 金管會檢查局，檢查業務，年度金融檢查重點，
http://www.feb.gov.tw/ch/home.jsp?id=65&parentpath=0,4&mcustomize=onemessages_view.jsp&data_serno=201612190001&aplistdn=ou=data,ou=business,ou=one,ou=chinese,ou=ap_root,o=fsc,c=tw&table=Business。

⁷⁰ 此外，尚有本國銀行、外國銀行在臺分行，信用合作社、票券金融公司、證券商、證券投資信託公司，壽險公司及產險公司等各業別之金融檢查重點。

⁷¹ 金管會檢查局，檢查業務，金融檢查制度，前揭註 68。

⁷² 同前註。

⁷³ 同前註。

溝通會、檢查意見之追蹤考核等作業流程，訂定一致性之檢查作業規範，俾作為執行檢查工作之準據。二、訂定各業別檢查手冊，依據現行金融相關法令規定，另配合各項業務之性質與流程，臚列查核事項，並將各查核事項之相關法規條次予以註明，提供檢查人員一套標準化檢查作業程序。三、建置單一申報窗口，受理金融機構定期以網路申報相關監理報表，另就實地檢查行前請業者填報提供之資料置於該局網站供下載，落實減紙及節能減碳。

3. 拒絕檢查之處理

依證券交易法第 178 條第 1 項第 3 款、第 2 項之規定，發行人、公開收購人或其關係人、證券商或其委託人、證券商同業公會、證券交易所或第 18 條第 1 項所定之事業，對於主管機關命令提出之帳簿、表冊、文件或其他參考或報告資料，屆期不提出，或對於主管機關依法所為之檢查予以拒絕、妨礙或規避者，主管機關除處新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰外，並應令其限期辦理；屆期仍不辦理者，得繼續限期令其辦理，並按次各處新臺幣四十八萬元以上四百八十萬元以下罰鍰，至辦理為止。

（三）金融檢查與正當法律程序

1. 正當法律程序之含義

正當法律程序為憲法保障之人民基本權利之一，包含三要素：一、在公正法庭前聽審之權利，二、獲悉指控之權利，三、就指控進行答辯之權利。美國憲法增修條文第五條，任何人非經法律正當程序（due process of law），不應受生命、自由、財產之剝奪，通稱為正當程序條款，最先落實正當程序保障理念。我國憲法第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另訂外，非經司法機關或警察機關依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。」解釋上肯認我國憲法對於人身自由權利之刑事司法程序保障，含有正當法律原則之精神。此後，透過一連串司法院大法官解釋，將適用範圍擴及至立法權及行政權之行使⁷⁴。

至於正當行政程序之要求，則可區分為以下三類⁷⁵：一、受告知權：行政程序之當事人或利害相關人，有獲知相關事項之權利。受告知權又可區分為預告、決定告知及救濟途徑教示。二、聽證權：聽證權概來自於兩造兼聽。簡言之，聽證權是指當事人針對不利於己之決定進行答辯之權利。三、公正作為義務：為了確保法庭之公正，決定者與待決案件，不可以有利害關係，否則決定者就應該

⁷⁴ 吳慶輝，我國金融檢查制度之研究—兼論公私協力與自主規制，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，頁 139，102 年 7 月。

⁷⁵ 湯德宗，行政程序，收錄於翁岳生編「行政法 2000」（下冊），頁 845，1998 年 3 月初版。

迴避。再者，就是禁止決定者與當事人之其中一方片面接觸，以及決定者之組織必須適法。

2.金融檢查之正當程序

金管會組織法第 5 條第 1 項規定：「金管會及所屬機關辦理金融檢查，於必要時，得要求金融機構及其關係人⁷⁶與公開發行公司提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料，或通知被檢查者到達指定辦公處所備詢。」是依金管會組織法第 5 條第 1 項及銀行法第 45 條等規定，金融檢查之正當程序可作下列說明⁷⁷：

(1)通知被檢查者到達指定辦公處所備詢

通知被檢查者到指定辦公處所備詢，主要是因為當事人可能會較機關更為了解相關事實之情形，所以在合理的範圍內，依法讓相對人負擔此種協力義務⁷⁸。金管會行使此項權力時，應注意下列原則⁷⁹：一、需有法律之明確授權。二、調查事項合乎法律授權之目的。三、負有事先通知之義務。四、尊重當事人及其他第三人之拒絕供述權。五、准許當事人或第三人以陳述書或言詞表達意見。

實務上，依「行政院金融監督管理委員會及所屬機關執行行政院金融監督管理委員會組織法第五條規定應行注意事項」第 6 點之規定，通知被檢查者到達指定辦公處所備詢，應以書面載明下列各點，並送達被檢查者：（一）被通知者之姓名、住居所；如為法人或其他設有管理人或代表人之團體，其名稱、事務所或營業所及管理人或代表人之姓名、住居所。（二）指定備詢之事項。（三）應到之日、時、處所。（四）本會通知備詢之法律依據。（五）受通知者到場備詢應攜帶之證件。（六）應親自到場或委任代理人到場；委任代理人到場者，代理人除應攜帶第五目證件外，並應提出委任授權書或其他代理資格文件。該會認為必要時，得要求受檢查人親自到場。（七）無正當理由拒不到場備詢之法律效果。

(2)要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料

⁷⁶ 金管會組織法第 5 條第 6 項規定：「第一項所稱關係人之範圍如下：一、金融機構之負責人與職員。二、金融機構之關係企業，其範圍適用公司法第三百六十九條之一至第三百六十九條之三、第三百六十九條之九及第三百六十九條之十一規定。」

⁷⁷ 我國檢查局所提供之問答集，就金管會組織法第 5 條之調閱權、約詢權及聲請搜索權則總稱為準調查權。

⁷⁸ 吳慶輝，前揭註 74，頁 144。

⁷⁹ 李震山，行政法導論，頁 418-419，2001 年 9 月修訂 4 版。

行政機關在進行調查時，除了自行蒐集證據之外，也可以要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料，以供機關了解人民是否遵守法律，做成終局決定⁸⁰。

實務上，依「行政院金融監督管理委員會及所屬機關執行行政院金融監督管理委員會組織法第五條規定應行注意事項」第 4、5 點之規定，要求被檢查者提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料時應注意下列事項：一、要求被檢查者提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料時，應以書面為之，書明提示資料名稱、或指定申報格式之資料、件數、應送達之日期、送達地點及拒不提出有關帳冊、文件等資料之法律效果，並送達被檢查者。二、被檢查者所提示之資料應妥為保管或處理，不得洩漏資料內容，資料閱畢後，除涉有金融犯罪嫌疑者外，應於資料提送完全之日起，十個工作日內發還之；如有需要，得影印或複製留存查考。

須注意者，依金管會組織法第 5 條第 7 項之規定，金管會及所屬機關對妨礙、規避或拒絕第一項檢查、拒不提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料或無正當理由而拒不到達備詢者，除其他法律另有規定外，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰至接受檢查、到場備詢或提出有關帳簿、文件及電子資料檔等資料為止。

(3)會同司法警察實施搜索

金融主管機關為實地檢查，常需派員前往有關團體或事業之營業所或其他場所，蒐集資料或勘查場地設備等。這種調查方式與傳統刑事法領域之搜索相似，皆需進入人民私有處所為視覺上之觀察或對物品為仔細檢查，以發覺不願意揭露或交出之資料物品。由於對處所之進入檢查及搜索，可能涉及人民人身自由權、住居自由權、隱私權、財產權之限制，且此種限制之手段極為強烈，因此是否得由金融主管機關，基於法律授權自行發動，或是應由公正之第三機關事前藉由令狀原則之要求，進行合目的性之審查，各國之立法例不同⁸¹。

對此問題，我國學界亦有不同主張。有認為針對有隱私權期待私人空間之行政調查，需要有令狀方得為之。主要之原因為：一、人民對於私人空間應該有其隱私權之保障。二、令狀之要求，可以確保政府不至於濫權。三、如果行政調查不需要令狀，政府可能會以行政調查之名，行刑事搜索之實。四、只要承認有同意調查之例外，要求行政調查令狀，並不會造成行政上之過大負擔。五、一

⁸⁰ 吳慶輝，前揭註 74，頁 145。

⁸¹ 吳慶輝，同前註，頁 146。

般來說，行政調查並不會有急迫的情形，所以，即使要求要有令狀，也不會使得事證因此被湮滅⁸²。

反對者認為，我國行政調查之進入檢查與搜索，不需要有令狀之要求。美國法制下之行政調查之所以需要令狀，是因為其國會普遍地授與行政機關廣泛的調查權限，在大量立法授權下，司法之事前審查便更為重要。我國的情形與美國相反，關於行政調查，我國沒有太多之法律授權，即使有相關法律授權規定，對於調查目的、內容及範圍也多有規定，只要在調查公文中記明調查之依據，受調查人就可以判斷調查是否經過充分之授權，所以，也就不需要另外引進令狀制度。且全面採行令狀原則將會導致行政上之無效率⁸³。

實務上，會同司法警察實施搜索尚須注意「行政院金融監督管理委員會及所屬機關執行行政院金融監督管理委員會組織法第五條規定應行注意事項」第 25-34 點之規定。

（四）實務重要案例

金管會之金融檢查，在被告杜麗莊、馬志玲等 7 人違反證券交易法等案件即發揮重要功能，茲摘錄該案關於金融檢查之部分事實如下：「於 95 年 2 月 13 日起至同年 3 月 7 日止，金管會檢查局派員前往元京證公司進行業務檢查時，元京證公司上開於 94 年 9 月 5 日增購元大投信公司股權以致元京證公司就系爭 87.5 億元結構債分攤損失比例提高等情，涉嫌違法，經吳麗敏與元京證公司之總經理張立秋於 95 年 4 月 13 日前往金管會檢查局向承辦人員說明，並陸續於同日及同年 17 日、同年 25 日向金管會檢查局提出書面說明，2 人於說明之初仍堅持元京證公司應按百分之 83.19 分攤股權交易後所產生之結構債損失，惟因金管會檢查局承辦人員堅持，最後經張立秋向杜麗莊說明金管會檢查局承辦人員相關意見且經杜麗莊同意後，始由吳麗敏製作 95 年 4 月 25 日之上開書面說明，復於同日簽具簽呈，層呈張立秋、杜麗莊批定後，將元京證公司就系爭 87.5 億元結構債損失分攤比例由百分之 83.19 調降至增購元大投信公司股權之前之持股比例即百分之 20.72」（臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 42 號判決事實六、（三）參照）。

（五）我國法是否有美國法上平行程序之爭議？

美國法上平行程序之爭議有其特殊背景。證券法及券交易法等法律授權證管會得調查過去、現在、或將來之違反聯邦證券法規之行為。證管會調查之結果，復得選擇以和解、民事或行政救濟等方式處置之，司法部則專責證券犯罪之

⁸² 王兆鵬，臨檢與行政搜索，月旦法學雜誌，第 85 期，頁 151-157，2002 年 6 月。

⁸³ 王立達，我國行政調查制度之法制化，憲政時代，第 24 卷 4 期，頁 73，1999 年 4 月。

追訴。證管會及司法部針對同一違反聯邦證券法規之行為，基於各自之立場可能有不同考量，而先後或同時進行其執法程序，而不同程序之間所取得之證據可否互相分享，方有此爭議。

美國實務上原則上肯認平行程序存在之現實及正當性，然而，在特殊情況下則持否定立場。例如：最高法院在 *United States v. Kordel* 乙案認為：如政府提起民事訴訟僅係為取得證據供刑事程序使用、政府在民事程序進行中並未警告被告，其亦考慮以刑事追訴、被告並無律師、被告合理擔憂將遭受審前公開或其他不公平之侵害、任何足以顯示刑事追訴係違反憲法或不當之其他特殊情況，則民事程序所取得之證據有可能不得在刑事程序使用。又第九巡迴法院在 *United States v. Stringer* 乙案認為：在被告因為被欺騙才交出所持有之文件或證物、或運用其職權而交出公司持有之證據時，被告得主張違反憲法第四修正案而駁回起訴或排除證據。

我國法與美國法之背景固然不同，但有學者認為：由於當事人在金融檢查之行政程序中不能主張不自證己罪原則，所以，對於當事人履行協力義務所開示之事實及證據方法，行政機關有保密之義務，除非有強烈之公共利益存在外，原則上，檢察官或法院不能利用上開資料作為追訴犯罪行為之證據⁸⁴。其並認為：依據金管會組織法第 5 條第 1 項之規定，金管會得要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料，或通知被檢查者到達指定辦公處所備詢，且依同法條第 7 項之規定，金管會及所屬機關對妨礙、規避或拒絕第一項檢查、拒不提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料或無正當理由而拒不到達備詢者，除其他法律另有規定外，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰至接受檢查、到場備詢或提出有關帳簿、文件及電子資料檔等資料為止。換言之，於追訴犯罪之刑事訴訟程序中所未有之提出、交付等義務，於金融監理之過程中卻為基礎「義務」而不得違反，至被告依刑事訴訟法所擁有之緘默權，於此亦遭否定，至少金融監理機關可對之無限次數之裁罰，如其恰為金融機構負責人，則可更進一步依「金融控股公司負責人資格條件及兼任子公司職務辦法」等規定，經金管會委員會討論決議，認定該負責人為不誠信或不正當，而「當然」解任其董事職務。故應區分此等交付或說明之義務，究竟係為達行政或刑事之目的而有不同，如為達刑事之目的，則應不可以此方法強制交付或說明，如係為達行政之目的，基於公共利益之考量，應予認可⁸⁵。

參、鑑識會計

一、鑑識會計之簡介

⁸⁴ 吳慶輝，前揭註 74，頁 177。

⁸⁵ 吳慶輝，前揭註 74，頁 179-180。

（一）鑑識會計之含義

實務上認為，鑑識會計係指把會計知識應用於鑑識之行為，以會計知識及審計專業為基礎來解決與法律有關之問題⁸⁶。鑑識會計所使用之技術，包括：會計、審計、財務金融、計量方法，及某些層面的法律、研究及調查技巧，運用這些技術來收集、分析及評估證據資料，並解釋及傳達發現⁸⁷。又會計實務認為，鑑識會計係指以會計相關專業能力為基礎，針對企業或個人可能發生的不法或不當行為，例如：舞弊、詐欺或企業涉訟事件等，結合法律、科技等其他專業領域的技術與方法所進行的特殊調查，並提供資料及可用於法庭的有效證據，或進而評估其對財務報表的影響或所涉及之法律責任⁸⁸。

（二）鑑識會計與經濟犯罪之偵查

經濟犯罪物證之種類主要有三：一為公司資金使用或流向有關之證物，如公司總帳、各種傳票、借款契約書、與銀行往來之文件、各種票券等文書或電磁紀錄，二為與公司資產持有狀態有關之證物，如股票、債權、不動產買賣契約書或登記謄本、現金等，三為公司內部執行業務有關之意思決定過程與涉嫌人有關之證物，如公司董事會會議紀錄、公司章程、股東會會議紀錄、顧客交易往來書類、個人行程、名片、記事本及個人電腦等⁸⁹。經濟犯罪事實跳脫常規性，如果能將相關財務報表、會計帳冊等書證資料交由具備客觀、專業獨立之專業鑑識機構或人員予以分析、鑑定，則此鑑定證據將可提供法院個案判斷是否與犯罪構成要件該當⁹⁰。

（三）鑑識會計之需求

傳統財務報表審計只有在現存警訊時才會去偵測舞弊⁹¹，但是經濟犯罪如果單以財務報表審計所發現之舞弊並不足夠。因為會計師制式化之查核程序具有可預測性，而聰明之舞弊者，早已熟知會計師所進行查核程式的可能步驟⁹²。因此實務上逐漸有鑑識會計的需求，希望透過專業的財會人員，以更全面、更深入的方式針對經濟犯罪提供專業上之協助。此外，有越來越多的企業開始重視舞弊的風險管理，針對自家財報聘雇鑑識會計人員調查可能的詐欺以提出警訊，尤

⁸⁶ 法務部，前揭註 1，頁 38。

⁸⁷ 法務部，同前註。

⁸⁸ 洪啟仁，認識鑑識會計—舞弊之預防、偵測、調查與回應，頁 33，2011 年。

⁸⁹ 曾淑瑜，經濟犯罪之事實認定與證據取舍—兼論財務報表虛偽隱匿之處罰，台灣法學雜誌第 196 期，頁 67，2012 年。

⁹⁰ 曾淑瑜，同前註，頁 69。

⁹¹ Seymour Jones, The forensic accountant's role in litigation, 229 AUG N.J. Law 22, 23.

⁹² 陳正偉，鑑識會計在法庭上的運用，政治大學法律學系學士後法學組碩士論文，頁 15，2006 年 7 月。

其當管理階層接獲檢舉、會計師發現主管品德有疑慮、行政單位進行例外管理等皆為啟動鑑識會計之適當時機⁹³。

（四）鑑識會計之特質及功能

有學者認為，鑑識會計具有下列特質⁹⁴：一、專業性：其專業經驗或認證科目包括：會計和審計、犯罪或社會學、舞弊調查及法律相關知識，並具備撰寫報告、電腦技能與專業溝通技巧。二、獨立性：會計師必須分離其簽證服務與諮詢顧問服務，鑑識會計人員以超然獨立的態度，樹立並維持良好的信譽。三、非裁判性：其所提供的專家報告只是案件證據中之一種，是否具證據能力或證明力的大小必須由法庭確認，無法直接對案件事實直接進行裁決。四、嚴格限制性：鑑識會計在訴訟過程中，除非出現合理必要性，否則其適用是被嚴格限制的。因鑑識會計具有上列特質，原則上有協助司法訴訟及行政調查、支援公司治理及商業鑑價三項主要功能⁹⁵。

（五）美國及我國之專業組織及證照制度

美國對於鑑識會計制度之運用較早，其發展經驗或可作為我國未來推動相關組織設立、證照制度建立之重要參考。我國於 2009 年 8 月在會計師公會下成立了鑑識會計委員會，並於 2013 年起推動鑑識會計師制度，以推動鑑識會計於我國之發展。以下分別介紹美國和我國就鑑識會計所設立之專業組織及證照制度。

1. 美國舞弊稽核師協會（Association of Certified Fraud Examiners, ACFE）

美國舞弊稽核師協會是世界上首屈一指的反舞弊訓練和教育訓練提供者，其藉由「舞弊稽核師」（CFE）的考試，提供具備資格的舞弊查核人員之品質認證，其亦設置進入之高標準門檻，並以強制性持續專業教育來證明能力。舞弊稽核師是舞弊預防、偵測及遏止的專家，目前在世界各地，有超過二萬多名的舞弊稽核師，其以辨識警示指標和訊號來指出舞弊證據和舞弊風險⁹⁶。

2. 美國註冊會計師協會（American Institute of CPA, AICPA）

美國註冊會計師協會設有「鑑識和評價服務中心」（Forensic Valuation Service, FVS），提供與鑑識及評價相關之制度。美國註冊會計師協會並在 2008

⁹³ 賴怡君，從聯電背信案例談鑑識會計，今日會計，頁 50，2008 年。

⁹⁴ 賴怡君，同前註，頁 49-50。

⁹⁵ 曾淑瑜，前揭註 89，頁 76-77。

⁹⁶ Mary-Jo Kranacher, Richard Riley & Joseph T. Wells 著，中華民國會計師公會全國聯合會鑑識會計委員會譯，頁 75，2011 年。

年 5 月設立「財務鑑識師」(Certified financial Forensics, CFF)之鑑識會計認證證書，其服務領域有：破產和清算、電腦鑑識、經濟損失、家庭法、舞弊調查、訴訟支持、利益相關者之糾紛，及評價的基本和專門的鑑識會計技能。同時，財務鑑識師有一定之資格限制，必須是美國註冊會計師協會的會員，有良好的信譽及至少五年之會計師執業經驗，並符合相關業務經驗和持續專業教育之最低要求⁹⁷。

3.美國註冊會計師鑑識協會 (Forensic CPA Society, FCPAS)

註冊會計師協會於 2005 年 7 月 15 日，設置鑑識註冊會計師 (FCPA) 之專業證照。獲得此證照必須是註冊會計師，特許會計師或其他國家的註冊會計師，其需通過五科認證考試，若其同時具有舞弊稽核師的證照，則可免於考試，直接取得鑑識註冊會計師的證照。

4.我國鑑識會計委員會

鑑於鑑識會計在我國逐漸發展，為推動鑑識會計業務，我國會計師公會於 2008 年時設立「鑑識會計委員會」，其設立之任務主要有四：一、研究及蒐集國外有關鑑識會計資訊、法令等相關事項。二、推動會計師在鑑識會計相關業務發展相關事項。三、鑑識會計及法規相關事項之研究。四、其他有關鑑識會計事項之研究⁹⁸。鑑識會計委員會主要負責鑑識會計相關資訊與法令之研究，並推動鑑識會計相關業務。鑑識會計委員會參考美國註冊會計師協會 (A I C P A) 及美國舞弊稽核師協會 (A C F E) 之認證制度，在 2013 年推出「鑑識會計師」之證照制度，由具有執業資格之會計師參加認證課程，通過檢定後可取得鑑識會計師執照，並列入會計師公會所公布之鑑識會計師名單，供實務上有鑑識會計需求者參考。

(六) 鑑識會計之分類

鑑識會計主要分為二部分，一為調查性會計 (Fraud investigation)，另一為訴訟支援 (Litigation support)。調查性會計係指專業財會人員 (通常為會計師)，針對特定可能的舞弊案件，設計一套調查程序並進行調查。訴訟支援則是針對調查結果，由專業財會人員到庭提供陳述，擔任鑑定人或針對特定財會議題表示意見。傳統上，鑑識會計師指擁有會計知識者提供訴訟支援和專家證言⁹⁹。

⁹⁷ Kranacher 著，同前註，頁 77。

⁹⁸ 中華民國會計師公會聯合會，業務簡介，http://www.roccpa.org.tw/web_link/?parent_id=1245

⁹⁹ Seymour Jones, The forensic accountant's role in litigation, 229 AUG N.J. Law 23.

今日他們也扮演舞弊調查、預防財務報表詐欺及偵測故意不實表達公司財務狀況、營運結果和現金流量之角色¹⁰⁰。

二、訴訟支援

(一) 美國

美國法並未如同我國以證人與鑑定人作為區分方式，其係將證人分為一般證人（lay witness）與專家證人（expert witness）。一般證人僅能陳述事實，不能陳述意見，只能就經驗（看到、聽到、接觸到、聞到、品嚐到）的事項作證。而專家證人與一般證人不同，不僅可以作證陳述意見，且不受傳聞法則之拘束¹⁰¹。專家證人在美國法上之發展，曾經歷下列階段，茲分述之。

1. 佛萊法則

在美國聯邦證據法施行前，專家證人之標準是由 *Frye v. United States* 乙案¹⁰²所建立。哥倫比亞特區聯邦巡迴法院在該案認為，專家證人之推論、演繹必須被充分地建立，並且獲得其所屬特定領域之普遍接受。換言之，專家證人之容許性必須具備：一、先確認該專家所屬之科學領域。二、該科學技術是否為同領域之團體所接受與認同。法院無需去處理所有新科學之種類，此為該領域之專業人員須負責處理之範圍，法院只需確定該提供於法庭上之資料是否符合普遍接受原則（good acceptable principles）而肯認其證據容許性。

然而，佛萊法則太過強調資料之普遍接受性，卻未考慮科技進步之速度越來越快，嗣美國聯邦證據法施行，其建立與佛萊法則不同之證據法則，使佛萊法則受到法院之質疑而不再採用¹⁰³

2. 聯邦證據法（Federal Rules of Evidence）

與先前佛萊法則相比較，美國國會於 1975 年通過之聯邦證據法對於專家證人提出於法庭之標準顯得較為寬鬆。首先，聯邦證據法第 402 條規定：「所有具有相關性的證據均可採納，但美國憲法、國會立法、本證據法則以及聯邦最高法院根據立法授權確立的其他規則另有規定者除外」¹⁰⁴。相關性乃指某事實就

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，頁 534-535，2008 年。

¹⁰² *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)

¹⁰³ 蔡秉璋，鑑識會計於我國財經犯罪之刑事程序上應用可能性，中國文化大學法學院法律學系碩士論文，頁 81，104 年 12 月。

¹⁰⁴ Rule 402: "Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible."

本案訴訟之結果有影響，而該證據之存在相較於無此證據存在，使某事實更加可信或不可信¹⁰⁵。

其次，美國聯邦證據法第 702 條規定：「若科學上、技術上或其他專業知識有助於事實審判者了解證據或決定爭執之事實時，具有此知識、技術、經驗、訓練或教育而有專家資格之人，得以意見或其他方式作證，但須：一、該證言係基於足夠之事實或資料而為之者，二、該證言係基於可信之原理和方法所得之結果，三、該證人確實地適用該原理和方法於本案之事實。」¹⁰⁶

又第 703 條規定：「當專家作出推論或意見陳述時，可能會根據一些事實或是數據資料，縱使這些事實及數據資料在證據上並不具備可承認性，該專家之意見或推論仍有可能被承認。」¹⁰⁷

再第 706 條規定：「(a) 法院得依職權，或依當事人之聲請，命當事人舉證證明不應選任某人為專家證人之原因，並得命當事人推出人選，法院得就當事人所共同同意之人選或依法院本身之意思選任專家證人... (d) 本條不禁止當事人聲請傳喚自己所選擇之專家證人。」¹⁰⁸亦即法院於具體個案選任專家證人

¹⁰⁵ Rule 401: “Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.”

¹⁰⁶ Rule 702: “A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.”

¹⁰⁷ Rule 703: “An expert may base an opinion on facts or data in the case that the expert has been made aware of or personally observed. If experts in the particular field would reasonably rely on those kinds of facts or data in forming an opinion on the subject, they need not be admissible for the opinion to be admitted. But if the facts or data would otherwise be inadmissible, the proponent of the opinion may disclose them to the jury only if their probative value in helping the jury evaluate the opinion substantially outweighs their prejudicial effect.”

¹⁰⁸ Rule 706: “(a) Appointment Process. On a party’s motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations. The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act. (b) Expert’s Role. The court must inform the expert of the expert’s duties. The court may do so in writing and have a copy filed with the clerk or may do so orally at a conference in which the parties have an opportunity to participate. The expert: (1) must advise the parties of any findings the expert makes; (2) may be deposed by any party; (3) may be called to testify by the court or any party; and (4) may be cross-examined by any party, including the party that called the expert. (c) Compensation. The expert is entitled to a reasonable compensation, as set by the court. The compensation is payable as follows: (1) in a criminal case or in a civil case involving just compensation under the Fifth Amendment, from any funds that are provided by law; and (2) in any other civil case, by the parties in the proportion and at the time that the court directs — and the compensation is then charged like other costs. (d) Disclosing the Appointment to the Jury. The court may authorize disclosure to the jury that the court appointed the expert. (e) Parties’ Choice of Their Own Experts. This rule does not limit a party in calling its own experts.”

時，可命兩造提出人選由法院決定，或指定兩造共同同意之人選，法院選任特定人為專家證人時，兩造可以提出質疑，再由法院裁量¹⁰⁹。

3.道伯法則（Daubert test）

美國法上關於科學證據之容許性及專家證言之採用，以美國聯邦最高法院在 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 乙案¹¹⁰所發展出之道伯法則最為著名。道伯法則認為只要科學證據符合相關性(relevant)和可信賴性(reliable)二要件，就具有容許性。聯邦最高法院並對專家證人提出科學證據時，就「可信賴性」建立了以下標準：一、該科學理論是否可被證實。二、有無正式發表並被同儕審查(peer review)。三、誤差率多少。四、是否被相關科學領域所普遍接受。而這些標準僅是提供法院的裁量標準，而非需要完全符合之必要條件¹¹¹。

道伯案帶來二重要影響：首先，重新定位初審法院守門員之角色，雖然初審法院原本就有權限排除不適當之專家證據，但道伯案更強調初審法院行使此項權限之義務。其次，此判決非常重視法律與科學之融合、交集。該判決之多數意見指出，法院必須掌握已經建立的，以及剛浮現之科學議題，並且強調法院在掌握這些議題時，必須以法律人，而非科學家的觀點為之¹¹²。

道伯案主要在探討科學性專家證詞檢驗之標準，因此產生非科學性之專家證詞，是否須受道伯法則檢驗之爭議。聯邦最高法院在 *Kumbo Tire Co v. Carmichael*¹¹³乙案認為：道伯法則不僅只適用在科學性之證詞，而是一切的專家證詞都須受該法則檢驗。因聯邦證據法第 702 條之文義，並不只限於「科學」，其仍涵蓋「技術與其他專業」。最高法院並表示，道伯案之檢驗標準可適用於所有形式之專業知識、技能。

綜上所述，*Kumbo* 案確定非科學性之證詞（如會計、審計證詞）亦有道伯法則之適用。因此於經濟犯罪案件之中，身為財務專家之會計師，縱符合聯邦證據法第 702 條「技術或其他專業知識」之要件，而具專家證人適格，但要成為具容許性之證據，仍需通過道伯法則之檢驗。

（二）我國

1.鑑定人

實務上認為：鑑定，係由選任之鑑定人或囑託之鑑定機構，除憑藉其特別知識經驗，就特定物（書）證加以鑑（檢）驗外，並得就無關親身經歷之待鑑

¹⁰⁹ 吳巡龍，前揭註 101，頁 536。

¹¹⁰ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S. Ct. 2786 (1993).

¹¹¹ 吳巡龍，前揭註 101，頁 538。

¹¹² 蔡秉璋，前揭註 103，頁 84。

¹¹³ *Kumbo Tire Co v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

事項，僅依憑其特別知識經驗（包括技術、訓練、教育、能力等專業資格）而陳述或報告其專業意見；人證，則由證人憑據其感官知覺之親身經歷，陳述其所見所聞之過往事實。前者，係就某特定事物依法陳述其專業意見，以供法院審判之參酌依據，具有可替代性；後者，因係陳述自己親身見聞之過往事實，故無替代性。二者雖同屬人的證據方法，但仍有本質上之差異。而英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證人意見之專家證人，則為我國刑事訴訟法所不採，析其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，亦屬我國刑事訴訟法上鑑定之範疇，自應適用鑑定之規定¹¹⁴。

2. 鑑定人之選任

刑事訴訟法第 198 條規定：「鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、就鑑定事項有特別知識經驗者。二、經政府機關委任有鑑定職務者。」關於鑑定人之選任權人，是否限於審判長、受命法官或檢察官？最高法院多數見解採肯定說¹¹⁵。學者亦認為：鑑定人之選任權，審判中在於法院，偵查中在於檢察官。其他程序參與者雖然可以建議鑑定人之名單，但是法院並不受其拘束¹¹⁶。

3. 機關鑑定

刑事訴訟法第 208 條規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於前項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之。」因此，實務上除委任自然人為鑑定人外，亦常見以機關鑑定之方式為鑑定，例如：醫事審議委員會。實務上認為：機關鑑定可以免除具結之義務，且機關鑑定之書面報告書，即使實際鑑定人未到庭為言詞陳述，該鑑定報告書也非傳聞證據¹¹⁷。造成機關鑑定中實際鑑定之人無需具結，也無需進行法庭上交互詰問，使得法官與當事人對於鑑定報告的內容、過程、方法、品質或結論有所質疑時，沒有任何人可以說明或澄清鑑定上的疑點，只能以再函詢的方式請求補充意見，或另行鑑定¹¹⁸。

¹¹⁴ 最高法院 97 年度台上字第 4697 號判決。

¹¹⁵ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 537，2010 年。

¹¹⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁 531，2007 年。

¹¹⁷ 最高法院 75 年度台上字第 5555 號判例。

¹¹⁸ 法務部委託研究案，建立法醫鑑定與刑事鑑識復鑑機制，計畫編號 Hu980603，頁 9，2010 年。

4.現行鑑定制度之缺失及改進

對鑑定人之交互詰問，有助於真實之發現。然實際運作之結果，鑑定人常無法到庭作證。且常表示或經由服務機關出函，希望以書面資料代替到庭接受詰問。其原因為鑑定人常在社會上具有一定之地位，在法庭上深恐其權威受到挑戰，且出庭作證之誘因不足，再加上鑑定人不得拘提所致¹¹⁹。

有學者就我國刑事鑑定制度提出檢討，認為囿於民間團體或研究機構中立公正之鑑定制度尚不發達，以及法院仍習於將鑑定人定位為輔助法院者之角色，強調職權調查之心態影響，實務運作上，大幅仰賴囑託機關鑑定，而且對於偵查機關囑託鑑定或檢察官選任鑑定人所製作之鑑定報告書，承認具有證據能力，至輕忽被告或辯護人詰問實施鑑定之人之機會等問題，均有待儘速研議修法，從法制層面著手解決¹²⁰。

在上開鑑定人常無法到庭作證，機關鑑定中實際鑑定之人無需具結，而鑑定報告書具有證據能力等背景下，有學者就我國實務上運用財會專業人員協助訴訟支援之現況進行實證研究，發現我國現行鑑識會計在財經犯罪中擔任鑑定人之情形尚不普及¹²¹。

三、調查性會計

(一) 鑑識會計與財務報表審計之區別

有學者認為，如欲透過傳統之財務報表審計來揭露舞弊，其比例相當低，主要原因乃在於傳統之財務報表審計須依據一般公認審計準則來設計其查核程序，且其查核程序變動性不大，因此，聰明之舞弊者早已熟知會計師可能會運用之查核程序及步驟，而能加以設計出相對應之舞弊手法，使得會計師欲透過財報審計來預測舞弊之機會更為降低。同時，財務報表審計本身即非為發現舞弊而設計，其主要目的係針對公司之財務狀況、現金流量及營運成果是否允當表達提供合理確信之保證，且其為考量資源之分配以及查核之效率，係以抽樣方式進行，故無法針對特定事實為查核。基於上述原因，鑑識會計中之調查性會計即可為財務報表審計為針對之部分提供協助。鑑識會計不若財務報表審計係將會計資訊傳達給報表使用者，供其作為投資或貸款之參考，其係針對有爭議性之財務或會計事項做鑑識調查，並將其結果提供作為裁決或判斷之依據，因此鑑識會計所出具之意見，主要係用於司法活動。不同於財務報表審計有一定之審計準則可作為執

¹¹⁹ 林邦樑，檢察官歸隊後的實務觀察——以詰問制度的實施為中心，交互詰問制度之理論與實際，頁 175，2002 年 5 月。

¹²⁰ 陳運財，改善我國刑事鑑定制度之芻議——兼論專家證人之地位與功能，全國律師第 15 卷第 4 期，頁 99，2011 年。

¹²¹ 邱筱雯，財報不實之實證研究——論鑑識會計在財經犯罪案件之訴訟支援，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 116，103 年 7 月。

行依據，鑑識會計係將會計運用於司法，且因個案之不同，無法適用制式化之查核方法，而應針對個案之特殊性設計查核方法。因鑑識會計係針對公司內可能存在之舞弊進行調查，因此不同於財務報表審計以抽查方式進行查核，鑑識會計乃以全查方式，深入調查公司內之舞弊可能存在之特定範圍，同時輔以其他調查技術，綜合設計查核方法。再者，傳統財務報表審計完成後，查核會計師必須出具查核意見，查核意見之種類分為無保留意見、修正式無保留意見、保留意見、否定意見及無法表示意見，以對公司之財務報表是否允當表達表示意見。然鑑識會計之執行業務者，在完成其查核工作後，僅傳達其發現供使用者參考，不對亦不能對該事實表示個人意見，該發現應如何評價屬於委託者或其他司法機關之權限範圍，執行業務者不可以其個人意見試圖影響使用者對發現結果之評價與解讀¹²²。

（二）調查性會計在我國可能之法源依據

1. 受金管會委託辦理金融檢查

為強化金融監理，建立外部專業檢查機制，包括金融控股公司法第 52 條第 2 項¹²³、證交法第 38 條之 1 第 1 項¹²⁴，銀行法第 45 條第 2 項¹²⁵、保險法第 148 條第 2 項¹²⁶均授權金管會指定或委託會計師辦理檢查作業¹²⁷。金管會於必要時，得指定會計師針對國內金融機構及公開發行公司辦理專案檢查。須注意者，會計師受委託查核金融機構時，其性質應認定為行政委託¹²⁸。換言之，受委託之會計師並不因此取得大於委託機關即金管會之權限，原本金管會行使金融檢查應遵循之程序、所受之限制，受託會計師仍應遵循之。如擬在刑事訴訟將該會計師之陳述或意見作為證據使用，仍須依刑事訴訟法之相關規定為之。

¹²² 邱筱雯，同前註，頁 109-110。

¹²³ 金融控股公司法第 52 條規定：「為確保金融控股公司及其子公司之健全經營，主管機關得令金融控股公司及其子公司於限期內提供相關財務報表、交易資訊或其他有關資料，並得隨時派員，或委託適當機構，檢查金融控股公司或其子公司之業務、財務及其他有關事項。主管機關於必要時，得指定專門職業及技術人員為前項檢查事項，並向主管機關據實提出報告；除其他法律另有規定外，所需費用由金融控股公司負擔。」

¹²⁴ 證交法第 38 條之 1 第 1 項規定：「主管機關認為必要時，得隨時指定會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，檢查發行人、證券承銷商或其他關係人之財務、業務狀況及有關書表、帳冊，並向主管機關提出報告或表示意見，其費用由被檢查人負擔。」

¹²⁵ 銀行法第 45 條規定：「中央主管機關得隨時派員，或委託適當機構，或令地方主管機關派員，檢查銀行或其他關係人之業務、財務及其他有關事項，或令銀行或其他關係人於限期內據實提報財務報告、財產目錄或其他有關資料及報告。中央主管機關於必要時，得指定專門職業及技術人員，就前項規定應行檢查事項、報表或資料予以查核，並向中央主管機關據實提出報告，其費用由銀行負擔。」

¹²⁶ 保險法第 148 條第 1、2 項規定：「主管機關得隨時派員檢查保險業之業務及財務狀況，或令保險業於限期內報告營業狀況。前項檢查，主管機關得委託適當機構或專業經驗人員擔任；其費用，由受檢查之保險業負擔。」

¹²⁷ 換言之，此為金管會行使金融檢查之方式之一。

¹²⁸ 姚孟君，我國金融檢查制度之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 136，97 年 7 月。

2.作為刑事訴訟上之鑑定人

如上所述，鑑識會計在我國刑事訴訟鑑定實務之訴訟支援方面尚不普及。至於偵查中鑑定人之選任權，雖然在於檢察官，但考量偵查中案件之時間壓力更大、我國現行鑑定實務仍較倚重行政機關多過專門職業及技術人員等因素，鑑識會計得否成為檢察官偵辦經濟犯罪案件習見之偵查手段，似仍有待經驗之累積。或許，在企業針對自家財報聘雇鑑識會計人員調查可能的詐欺，或行政單位進行例外管理等時機啟動鑑識會計時，鑑識會計作為發現經濟犯罪之開端、線頭之角色更具實益。

肆、市場監視制度

市場監視一向為各國政府用以保護投資大眾、維持市場健全性、便利資本形成之重要環節，目前國際主要證券交易市場的監視機制不盡相同，但大多數皆採取分層管理，即由主管機關、自律組織或交易所分別負責執法與市場監視作業，共同執行整體市場監理工作¹²⁹。市場監視制度，主要包括監視預警作業與不法交易之查核。前者主要包括在交易時段透過線上監視系統即時偵測市場異常交易，並於交易市場收盤後將異常交易個股相關資訊在市場揭露，目的為偵測異常有價證券之價量變化，並提醒投資人注意交易風險。至於不法交易之查核，則係就某一段期間價量異常有價證券之交易，分析投資人及受託買賣證券商的交易狀況，查核是否可能涉及證券交易法規範之市場操縱及內線交易等違法行為¹³⁰。以下分別介紹美國及我國之市場監視制度，並以集中市場為中心。

一、美國集中市場之市場監視制度

(一) 紐約證券交易所

紐約證券交易所為聯邦政府指定之自律組織，由紐約證券交易所法規公司 (NYSE Regulation Inc.) 負責監督其市場，其主要責任為股票監視，另由美國金融業監管局 (Financial Industry Regulatory Authority, FINRA) 監視所有紐約證券交易所之證券商，以檢視其是否遵循紐約證券交易所、證管會與其他聯邦管理之要求。紐約證券交易所法規公司及 FINRA 負責對違法事件之偵測、調查、以及對會員及其所雇員之處份，進一步的調查則轉送美國證管會。紐約證券交易所法規公司分為下列三個部門：一、市場監視部：負責監視紐約證交所上市證券的交易，以確保相關法律規定之遵循。二、執法部：負責調查並起訴透過紐

¹²⁹ 周有蓉，市場異常交易之偵測與警示，證券服務第 643 期，頁 37。

¹³⁰ 周有蓉，同前註。

約證交所系統或設施所進行的違法或違規交易。三、上市公司法規遵循部：包括財務遵循及公司治理兩大部分。財務遵循檢查上市公司申報的財報，確定上市公司符合繼續上市之規定。公司治理包括普通股報酬計劃及公司治理標準等¹³¹。

(二) 監視制度

1. 線上監視作業

紐約證券交易法規公司之股票監視 (Stock Watch) 負責交易廳交易之即時監視，此系統設計偵測個別股票交易之異常，特別是股票價格與數量變動之不正常改變，股票監視係運用基於每一股票歷史交易資料之電腦程式，此程式包括每一股票交易量與價格典型範圍之參數，每一股票皆有獨特之標準。當交易進行時，穩定之資料從綜合行情表傳送至股票監視系統，使電腦可連續對紐約證券交易所上市股票發生之情形，與該股票正常範圍活動作比較，當交易活動超過之正常之參數時，此系統程式設計以顯示該股票，並提醒持續監視螢幕之股票監視人員注意，監視人員須即時分析此不正常活動是否有滿意之解釋，並對是否與上市公司接觸或建議暫停交易等作出決定，而此事件亦可能提交分析師作進一步分析。股票監視之線上分析師可快速搜尋許多主要資訊服務公司之資訊，以合理說明一股票行為，例如股票活動係對該公司剛宣布獲利情形或可能合併新聞之合理反應，而市場監視部之離線分析師調查在重大價格變動前，是否有不正常交易，此舉能指出可能內線交易活動或資訊之洩漏¹³²。

2. 離線監視作業

股票監視為維護紐約證券交易所上市證券公正性之重要工具，其使用電腦化系統以自動顯示任一上市證券不正常數量或價格變動，幫助交易所提防操縱與內線交易。大部分數量、價格變化可以公司消息、產業趨勢或國家經濟因素解釋，但在無明顯合理解釋時，紐約證券交易所法規公司將著手調查，其調查先與公司聯絡，以瞭解是否有任何未發布之資訊，同時監視部人員進行電子稽核追蹤以重建發生交易之每一筆明細，並查看是否有任何會員券商於交易中係屬明顯集中¹³³。

¹³¹ 臺灣證券交易所，前揭註 16，頁 121。另外，金融業監管局為全美國最大的證券商主管機關，於 2007 年 7 月透過整合證券商公會 (NASD) 以及紐約證券交易所的證券商法規、執法以仲裁等部門而成，其使命為公平及有效的執行聯邦證券法規。聯邦法賦予 FINRA 處罰證券商及證券從業人員的權利，可以對違規者處以罰款、暫時停止執行職務，甚至禁止從事證券業，目前負責監督上市及未上市權益證券店頭市場、公司債券及固定收益商品等交易。FINRA 下設專責小組，負責所有市場詐欺及內線交易之偵測與調查。證管會則於 2010 年在執法部門成立市場舞弊查核小組，專責於市場大規模且有組織的內線交易及操縱等不法交易查核，同時也成功與國際間查核不法交易相關單位合作，打擊跨國不法交易案件。

¹³² 臺灣證券交易所，同前註，頁 122-123。

¹³³ 臺灣證券交易所，同前註，頁 123。

3.不法查核作業

若決定調查者，下一步為與證券商聯絡，由於交易所之交易資料中，並無記錄投資人買賣明細，因此調查階段第一步驟，即要求買賣較多之證券商填寫藍色表單（Blue Sheet），其內容包括在證券商買賣該股票投資人買賣明細，及其個人姓名、地址等相關資料，證券商完成該表單後，即以電子郵遞方式傳遞交易所法規公司，交易所法規公司將所獲得涉及交易之客戶姓名自動與上市公司管理人員、董事，暨公司與非公司之其他內部人比對，以發覺任何可能之關聯或資訊違法之流出¹³⁴。

二、台灣集中市場之市場監視制度

（一）法律依據及執行單位

證交所管理規則第 22 條規定：「證券交易所對集中交易市場，應建立監視制度，擬具辦法申報本會核備，並確實執行。證券交易所為前項市場之監視，必要時得向其會員或證券經紀商、證券自營商、上市公司查詢有關資料或通知提出說明，其會員或證券經紀商、證券自營商、上市公司，不得拒絕。」證交所依此管理規則及其營業細則，訂定「台灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法」（簡稱監視制度辦法），依該監視制度辦法訂定「台灣證券交易所股份有限公司公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」，再依該處置作業要點訂定「台灣證券交易所股份有限公司公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點第 4 條異常標準之詳細數據及除外情形」，作為市場監視活動之遵循依據¹³⁵。證交所設置專責單位執行市場監視，並由上市、交易、結算、監視、稽核、資訊等相關業務單位主管或經指定之人員組成監視業務督導會報。（監視制度辦法第 2 條）

（二）監視制度

我國市場監視制度包括下列兩個系統：

1.線上監視系統

證交所設有線上監視系統在交易時段即時監看所有有價證券交易狀況，例如：漲跌幅、週轉率、振幅、交易金額、集中度以及市場相關訊息，達預設線

¹³⁴ 臺灣證券交易所，同前註，頁 123-124。此任務係以自動搜尋與比對系統執行，其包括 80 萬個管理人員、律師、銀行與會計師姓名，加上接近 8 萬家公開發行公司與 3 萬家公司子公司之管理人員、董事公開人物檔，客戶與交易資訊亦以地區集中性分析，並與紐約證券交易所上市公司及證券商提供之姓名與時序事件比對。

¹³⁵ 許耀云，前揭註 12，頁 118-119。

上監視預警標準時，監視系統會顯示有價證券名稱，監視人員可即時查詢該有價證券交易相關資料，如有必要即通知相關權責單位或進一步分析交易情形¹³⁶。

2.公布注意、處置股票

有關收盤後公布為注意或處置股票之異常標準，證交所依據其頒布之「公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」（下稱作業要點），對集中交易市場發生異常交易情形之有價證券公布為注意股票或採取處置措施，並因應市場交易狀況，適時調整相關監視標準，以下分別介紹之。

(1)公布注意股票

證交所在每個交易日收盤後，即運用電腦系統自動分析上市有價證券之交易如達作業要點訂定之標準時，即於市場公告該證券名稱及其交易資訊之內容。作業要點第 4 條所列異常標準計有 12 款¹³⁷，在計算有價證券的漲跌幅度、成交量、週轉率、集中度、本益比、股價淨值比、券資比、溢折價百分比等，同時並與全體及同類股之有價證券作比較。換言之，如果有某一檔股票漲跌幅達到異常標準，但可能是產業或景氣因素，與該股票相同產業類別的其他股票也同步上漲或下跌，必須計算與同類股及全體有價證券之差幅後，才能判斷是否列為公布注意股票¹³⁸。

(2)公布處置股票

有價證券因持續交易異常，例如有連續 3 個營業日、連續 5 個營業日、最近 10 個營業日內有 6 個營業日或最近 30 個營業日內有 12 個營業日，經公布為注意股票者，證交所會公布為處置股票，對該有價證券採取處置措施。因為各項「公布注意、處置標準」係對外公開，為避免有心人士意圖操縱股價，刻意規避異常標準，使善意投資人疏於注意而蒙受損失，或是遇有其他異常情事如本益比、股價淨值比異常、有嚴重影響市場交割安全之虞、或有其他維護市場秩序及交易安全之必要情形時，證交所可以經由召開「監視業務督導會報」討論決議，直接採取處置措施¹³⁹。

（三）處理流程

¹³⁶ 周有蓉，前揭註 129，頁 37-38。

¹³⁷ 異常標準之詳細數據請參閱「公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點第 4 條異常標準之詳細數據及除外情形」。

¹³⁸ 周有蓉，前揭註 129，頁 38。

¹³⁹ 周有蓉，前揭註 129，頁 39-40。

監視制度辦法第 7 條規定：「本公司對於各種市場異常情形，經調查追蹤，即將有關資料完整建檔備供稽考，並對涉及違反法令者，逕行舉發或簽附有關調查報告報請主管機關核辦。」證交所對不法交易之查核，實際作業流程如下¹⁴⁰：

- 一、證交所依其監視系統選出可疑標的，或應檢調機關、主管機關要求而對個案進行分析。
- 二、查核人員依電腦系統產生之各項資料，分析系爭標的有無股價操縱或內線交易情事，並撰寫報告。
- 三、分析結果若無異常，則將報告存查。若有異常，則陳報證期局，由其召開「不法交易案件審查小組」會議，就法律上不法之構成要件逐項進行審查討論，如認定有涉嫌不法之相當證據者，再洽金管會派駐之檢察官意見。
- 四、審查小組決議或駐會檢察官認定系爭標的有違法之嫌，即由證期局將全案移送檢調機關偵辦，如否，則將報告存查。

(四) 監視報告（交易分析意見書）之證據能力

實務上，臺灣高等法院 98 年度上訴字第 325 號判決就此問題論述甚詳，茲摘錄重點如下¹⁴¹：

- 一、按「除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：... 二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。...」，刑事訴訟法第 159 條之 4 定有明文。再按「證券交易所對集中交易市場，應建立監視制度，擬具辦法申報本會核備，並確實執行。證券交易所為前項市場之監視，必要時得向其會員或證券經紀商、證券自營商、上市公司查詢及調閱有關資料或通知提出說明，其會員或證券經紀商，證券自營商、上市公司，不得拒絕。」主管機關依證券交易法授權而訂定之證券交易所管理規則第 22 條亦有明文。
- 二、查臺灣證券交易所之函文及檢附之股票交易分析意見書，性質固為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，原應屬於傳聞證據。惟臺灣證券交易所係依

¹⁴⁰ 許耀云，前揭註 12，頁 120。

¹⁴¹ 此外，最高法院 98 年度台上字第 50 號判決亦指出：台灣證券交易所製作之監視報告係依證券交易所管理規則第二十二條第一項規定，本公司對集中交易市場應建立監視制度，擬具辦法申報證券主管機關核備，並確實執行。本公司爰訂定實施股市監視制度辦法。報奉主關機關核備後公布實施，監視報告（現稱交易分析意見書）之製作，悉依該辦法相關規定辦理。本公司製作之交易分析意見書係依組織層級簽核，經核定後發文，非報告承辦人員之個人判斷，並有台灣證券交易所實施股市監視制度辦法、有價證券監視報告函送偵辦案件作業要點等在卷可參，顯見台灣證券交易所之監視報告，乃該公司業務之一，且係依法規之規定，於業務上應予紀錄之文書，並非報告承辦人員之個人判斷，此外，被告及辯護人未指出本件監視報告有何顯不可信之狀況，依刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款規定，即有證據能力。

照證券交易法之規定，設置場所及設備，以供給有價證券集中交易市場為目的之法人，其設置應經主管機關之許可，並受其監督，證券交易法第 2 條、93 條及證券交易所管理規則第 2 條、行政院金融監督管理委員會組織法第 2 條分別定有明文。由此可知，臺灣證券交易所雖非公務機關，但依相關法令規定，監視股票交易，乃係其法定業務，則本件臺灣證券交易所製作查核期間之交易分析意見書，暨其所檢附之某股票與同類股、大盤指數行情明細表、成交買進某股票前 100 名投資人明細表、成交買賣較大證券商之較大投資人明細表、某股票成交價達異常標準明細表、可能相關投資人集團委託買賣、成交某股票明細表等文書記錄，均係從事業務之人於業務上所製作之記錄文書，且均係以電腦作業予以記錄，均係就客觀上所發生之事實予以引用提出分析，乃業務上客觀紀錄之數字，其誤差之機會極少。

三、綜此，臺灣證券交易所雖對上市公司之有價證券交易情形設有監視制度，惟其本身並無司法調查權，該所依自身所定具有機密性質之選案標準，以電腦系統配合自動選案而製作股票交易分析意見書後，再將有涉嫌操縱股價疑慮之案件移送司法機關偵辦，顯見該意見書具有「不間斷、有規律而準確之記載」，其虛偽之可能性小，因此其具有一定程度之不可代替性，參照前述規定所示，應認為該分析意見書具有證據能力。至於該分析意見書中所謂被告等 5 名集團成員「似有符合證券交易法第 155 條第 1 項第 4 款所列之情事」之記載，非屬法院或檢察官囑託機關所為之鑑定意見，且基於憲法第 80 條所明定審判獨立之意旨，此部分意見僅係供法院之參酌，尚無拘束法院之效力，亦不具證據能力。

伍、研究心得與建議

與一般傳統犯罪相較，經濟犯罪之偵辦尤須仰賴偵查資源提供適切有效的協助，始能充分發揮效能。然經濟犯罪之偵查資源既深且廣，本文選取公部門中之金融檢查、私部門中之鑑識會計及市場監視等實務上較具重要性者作為討論範圍。

首先，美國證管會享有金融檢查及調查權限。證管會調查之結果，得選擇以和解、民事或行政救濟等方式處置之，司法部則專責證券犯罪之追訴。證管會及司法部針對同一違反聯邦證券法規之行為，基於各自之立場可能有不同考量，而先後或同時進行其執法程序，故有所謂平行程序之爭議。美國實務上原則上肯認平行程序存在之現實及正當性，然而，如政府提起民事訴訟僅係為取得證據供刑事程序使用、政府在民事程序進行中並未警告被告，其亦考慮以刑事追訴、被告並無律師、被告合理擔憂將遭受審前公開或其他不公平之侵害、任何足以顯示刑事追訴係違反憲法或不當之其他特殊情況，則民事程序所取得之證據有可能不

得在刑事程序使用。又在被告因為被欺騙才交出所持有之文件或證物、或運用其職權而交出公司持有之證據時，被告得主張違反憲法第四修正案而駁回起訴或排除證據。我國法與美國法之背景固然不同，但有學者認為：由於當事人在金融檢查之行政程序中不能主張不自證己罪原則，所以，對於當事人履行協力義務所開示之事實及證據方法，行政機關有保密之義務，除非有強烈之公共利益存在外，原則上，檢察官或法院不能利用上開資料作為追訴犯罪行為之證據

其次，鑑識會計可分為訴訟支援及調查性會計二者。訴訟支援方面，英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證人意見之專家證人，為我國刑事訴訟法所不採，析其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，屬我國刑事訴訟法上鑑定之範疇，應適用鑑定之規定。然而，在機關鑑定中實際鑑定之人無需具結，而鑑定報告書具有證據能力等背景下，我國現行鑑識會計在財經犯罪中擔任鑑定人之情形尚不普及。至於調查性會計方面，傳統的財務報表審計只有在現存警訊時才會去偵測舞弊，但是經濟犯罪如果單以財務報表審計所發現之舞弊並不足夠。因為會計師制式化之查核程序具有可預測性，聰明之舞弊者，早已熟知會計師查核程式之可能步驟，故查核程序對於財務報表舞弊之偵查通常無法發揮效用，因此實務上逐漸有鑑識會計的需求，希望透過專業的財會人員，針對財經犯罪提供專業上之協助。調查性會計在我國法可能之法源為：一、受金管會委託辦理金融檢查，其性質為行政委託，受委託之會計師並不因此取得大於委託機關即金管會之權限，原本金管會行使金融檢查應遵循之程序、所受之限制，該受託會計師仍應遵循之。二、作為刑事訴訟上之鑑定人：偵查中鑑定人之選任權，雖然在於檢察官，但考量偵查中案件之時間壓力更大、我國現行鑑定實務仍較倚重行政機關多過專門職業及技術人員等因素，鑑識會計得否成為檢察官偵辦經濟犯罪案件習見之偵查手段，仍有待觀察。

再者，證交所對上市公司之有價證券交易情形設有監視制度，惟其本身並無司法調查權，該所依自身所定具有機密性質之選案標準，以電腦系統配合自動選案而製作股票交易分析意見書後，再將有涉嫌操縱股價疑慮之案件移送司法機關偵辦，該意見書具有「不間斷、有規律而準確之記載」，其虛偽之可能性小，具有一定程度之不可代替性，依刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款規定，應認為該分析意見書具有證據能力。至於分析意見書中關於構成要件是否該當之記載，非屬法院或檢察官囑託機關所為之鑑定意見，且基於憲法第 80 條審判獨立之意旨，僅係供法院之參酌，尚無拘束法院之效力，亦不具證據能力。