

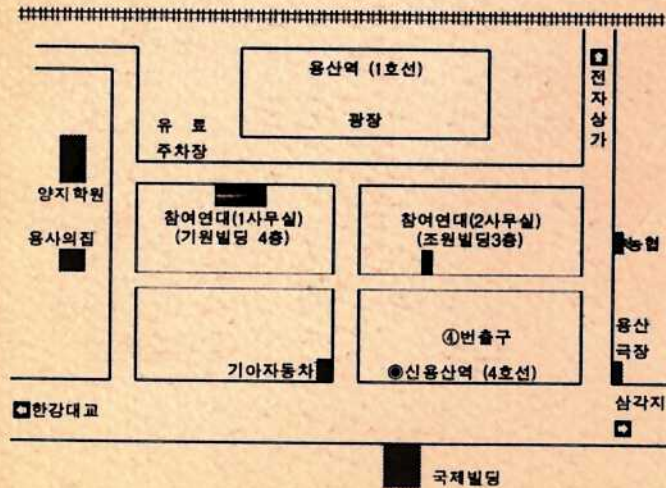
**참여연대
맑은사회만들기 본부**

- 본부장/김창국
- 실행위원장/박원순
- 정책단장/이은영
- 전화 (02)796-8364
- 팩스 (02)793-4745

하이텔/천리안/나우누리/SPD
용산구 한강로 2가 4094번지
기원빌딩 4층

부정부패신고전화
「시민의눈」
02)797-8200

참여민주사회시민연대 약도



※맑은사회만들기 본부 사무실은 제2사무실입니다.

cpb.d.7

한겨레신문사 · 참여연대 공동주최
필리핀 전 상원의장, 죠비토 살롱가 초청 강연회 자료집

1996

B.123 150

전두환 · 노태우 전직대통령 부정부패 국민환수운동

부/정/재/산/환/수
국민의 손으로!

■ 참여연대·한겨레신문사 '96부패추방캠페인
맑은사회만들기

- 부패방지법 제정운동
 - 부정부패 국민환수운동
 - 부정부패 제보접수
 - 시민회원-자원봉사단 활동
- 부정부패신고 '시민의눈' (02)797-8200

한겨레신문사 · 참여연대 공동주최

필리핀 전 상원의장, 조비토 살롱가 초청 강연회 자료집

전두환 · 노태우 전직대통령 부정재산 국민환수운동

부/정/재/산/환/수 국민의 손으로!

■ 참여연대·한겨레신문사 '96부패추방캠페인

밖/은/사/회/만/들/기

■부패방지법 제정운동

■부정재산 국민환수운동

■부정부패 제보접수

■시민회원-자원봉사단 활동

부정부패신고 '시민의눈' (02)797-8200

목 차

●강연회 순서●	2
●살롱가 전 상원의장 강연●	
조비토 알 살롱가 전 상원의장 약력	3
조비토 살롱가 의원의 강연 요지	5
●「마르코스 일가의 해외 도피 재산」환수 사례●	
「마르코스 일가의 해외 도피 재산」 환수 과정 : 필리핀 정부의 노력	6
필리핀 인권피해자들의 미국내 집단 민사소송 : 민간의 노력	14
필리핀의 마르코스 재산 환수 소송의 종류	19
●부정재산 국민환수운동을 제안하며 -맑은사회만들기 본부-●	
전두환·노태우 전직대통령 부정재산 국민환수운동 취지문	21
전두환·노태우 전직대통령 부정재산 국민환수사업 구상	24
●참고자료●	
신문기사자료	28
스위스은행의 비밀보장제도(영문)	35
●맑은사회만들기 캠페인 안내●	20

필리핀의 경험

- 「마르코스와의 일가, 친지들의 부정재산」 환수에 대하여 -

Recapturing the Ill-gotten Assets of Marcos,
his Associates, and Cronies.

- 연사 : 죠비토 살롱가 (Jovito R. Salonga)
- 사회 : 이은영 교수 (맑은사회만들기 본부 정책사업단장)
- 1부 : 살롱가 필리핀 전 상원의장 초청강연회
 - ▶ 개회 -- 사회자
 - ▶ 인사말 -- 김창국 (변호사, 맑은사회만들기 본부 본부장)
 - ▶ 살롱가 의원 소개 -- 사회자
 - ▶ 본강연 -- 살롱가 필리핀 전 상원의장
- 2부 : 전두환·노태우 전직 대통령 부정재산 국민환수 운동 설명회
 - ▶ 전두환·노태우 전직 대통령 부정재산 국민환수 운동 설명 -- 박원순(변호사·참여연대 사무처장)
 - ▶ 질의 응답 및 토론

죤비토 알 살롱가 전 상원의장 약력

살롱가의원은 1920년 6월 22일 리잘(Rizal)주 파식(Pasig)의 가난한 목사의 집안에서 출생하여 어렸을 때부터 가계를 위해서 온갖 잡일을 하였다. 필리핀 대학에서 법학을 전공한 후 이어서 하버드 법대 및 예일 법대에서 학위를 취득하였고 1944년 필리핀 변호사협회 변호사 자격시험을 수석으로 통과하기도 하였다. 태평양전쟁 때는 반일 게릴라로 싸우는 도중 일본군에 체포되어 고문을 당하고 15년 징역형에 처해지기도 했다.

1962년에 하원 의원에 당선되어 부정부패조사위원회 위원장을 역임했으며 이때부터 “의원들의 의원”, “Mr. 청렴의원”이라 불렸다. 선거자금의 거의 없는 상태에서도 1965, 1971, 1987년에는 상원의원으로 출마해 최다 득표 상원의원으로 당선되어 “낙선되지 않는 후보”라는 평을 얻었다. 1971년에는 당시 소속되어 있던 자유당의 집회때 폭탄테러를 받아 생명이 위독할 정도의 상처를 입었으나 병중 출마해 최다 득표로 당선되는 기록을 남겼다. 이 때 살롱가 의원은 상처가 완치되기 이전에 테러범을 용서하며 그가 빛을 볼 수 있도록 기도한다고 말한 바 있다.

마르코스가 계엄령을 선포하자 살롱가 의원은 반독재운동에 나섰으며 이 때부터 훗날 암살 당한 니노이 아키노씨의 변호사로도 활동하게 된다. 평소 변호사로서 살롱가씨는 독재 치하에서 많은 노동자, 민주화운동 인사, 야당 지도자들을 위해 변론을 맡은 바 있다. 그 결과 1980년 살롱가 의원은 마르코스 대통령의 명령으로 영장없이 체포되어 아무런 조사나 기소 내용 없이 니노이 아키노가 투옥되었던 바로 그 감옥 같은 독방에 투옥되었다.

1986년 ‘민중의 힘’ 혁명 이후 살롱가 의원은 아키노 정부의 좋은정부위원회(대통령 직속)의 위원장으로 임명되어 마르코스 일당이 부정 축재한 모든 재산을 찾아내고 환수하는 일을 전담하게 되었다. 살롱가씨가 위원장으로 재직하는 동안의 좋은정부위원회는 마르코스 일가를 특별법원에 기소하는데 크게 기여했을 뿐만 아니라 마르코스의 흑정으로 국부가 심각하게 유실된 나라에서 해외 도피 부정재산을 필리핀으로 다시 환수하여 환수재산을 독재 치하의 인권 피해자들의 배상금으로 사용하게 하는데 큰 기여를 하였다.

1987년 상원이 재구성될 때 살롱가씨는 상원의장으로 추대되어 91년 12월까지 상원의

장직을 수행하였으며 그동안 필리핀 상원은 미군기지의 철수안을 의결하였다. 살롱가 의원은 국민주권 및 핵무기에 대한 헌법상의 금지 원칙을 설파하는데 앞장서며 비타협적인 입장을 견지하였다. 이 때문에 살롱가 의원은 반전 평화주의 지도자로 알려지기도 하며 여러 평화상을 수상한 바 있다. 이때의 그의 노력은 'NO라고 말하는 상원'(필리핀대학 출판사, 1994)이라는 제목의 책에 담겨져 있다.

1992년 라모스 현 대통령과 맞서 시민후보로 대통령 선거에 나서서 계속 평화와 민주주의, 국민주권을 설파한 살롱가씨는 선거 패배후 부정부패 추방 등 필리핀 사회의 윤리 문제를 집중 감시하는 에큐메니칼 조직인 Kilosbayan(민중의 행동**)의 의장으로서 계속 사회 활동을 전개하고 있다. Kilosbayan은 최근에 특히 라모스정부의 부정부패를 정면으로 비판, 라모스 대통령과 서신 공방을 하며 Kilosbayan과 대통령과의 직접 대화 및 협상을 전개하기도 했다. 또한 살롱가씨는 현재까지 필리핀과 미국, 캐나다, 일본 등지의 대학에서 강의와 인권변호사로 활동하고 있다.

- 저서 : Private International Law, 1995/ The Senate that Said No!, 1994/ Public International Law, 1991, 등 다수

◆ **좋은정부위원회(Presidential Commission on Good Government)란?**

“좋은정부위원회”는 아키노정부 때부터 유래한 대통령 직속 특별기구로서 마르코스 독재의 청산, 특히 은닉 재산의 국고 반환을 위해 활동하는 정부 기구입니다.

◆ **Kilosbayan의 활동 목표**

- (1) 도덕성, 정의, 진실, 윤리의 가치관으로 중요한 공공 정책에 시민들이 자결권을 갖고 참여하도록 함.
- (2) 주요 정책결정자들에게 영향을 미치기 위해서 주요 정책에 대한 민간의 의견과 평가를 제기함
- (3) 필리핀 사회의 문화, 정치, 선거과정을 혁신하여 부정부패, 사익 추구의 관행을 일소하고 나라의 이익을 위해 일하는 공직자의 전통을 만들어 냄.
- (4) 필리핀의 진정한 자유, 민주화, 진보를 위해서 경제발전과 사회발전 그리고 기본적인 사회적 가치관 성립이 함께 이루어지는 사회의 비전을 세움.

조비토 살롱가 의원의 강연 요지

살롱가 의원의 제안에 따라 강연은 원고 없이 진행되므로 자료집에 없습니다. 강연 주제의 배경 이해를 돕기 위해서 다양한 참고 자료를 수록하였습니다. 참조해 주시기 바랍니다.

- ▶ 대통령 직속 “좋은정부위원회”의 결성 배경, 역할, 마르코스 재산환수 활동의 경과
- ▶ 미국에서의 살롱가 의원과 미국 민간단체의 마르코스 재산 조사 과정
- ▶ 미국 법원에서의 재산 환수 소송에서 제기된 공방, “좋은정부위원회”의 법적 권한 등에 관한 공방 및 결과
- ▶ 필리핀 국내 부정재산 환수 과정과 해외 부정재산 환수 과정의 차이
- ▶ “좋은정부위원회”가 세계 최초로 스위스정부로부터 마르코스 재산의 동결 조치를 이끌어 낸 과정
- ▶ “좋은정부위원회”의 부정재산 몰수 보전 명령에 관한 헌법재판소의 공방과 결과
- ▶ 전 독재자의 부정재산 환수 운동에 관련된 법적 철학적 성찰, 등.

(참석자 여러분의 많은 질문을 바랍니다.)

민주시민들이 보는 시민운동의 대변지
격월간 『참여사회』 3·4월호 발간!

“
부와 권력은 드릴 수는 없습니다.
다만, 이시대 진정한 민주시민의 명예뿐입니다.”

가액 3000원/ 정기구독문의 전화 (02)797-7116 팩스(02) 793-4745 하이텔·천리안·나우누리 PSED

「마르코스 일가의 해외 도피 재산」 환수 과정

조비토 알 살롱가(Jovito R. Salonga)
필리핀 전 상원의장/ 윤리운동시민단체 Kilosbayan의장

● 스위스의 비밀 보장 전통

스위스에는 스위스은행 고객의 신원과 그 구좌의 비밀을 보장하는 굳은 전통이 있다. 이 전통은 형사 처벌을 통해 공식적으로 고객의 비밀을 보장토록 한 1934년 스위스의 은행법으로 처음 명문화되었다. 이 법에 따라 고객의 비밀을 담당하고 있는 은행의 임직원이 그 내용을 누출할 경우 6개월 이하의 구금과 5천 스위스프랑 이하의 벌금형을 받게 된다. 이 법은 히틀러 치하 나치 독일의 전성기때 큰 도전을 받게 된다. 당시 독일에 사는 유대인들에게는 국제법상 중립국인 스위스의 은행에 상당한 재산을 예치하고 있는 친척들이 많았다. 나치 요원들과 첩자들은 스위스 은행의 임직원들을 접촉해 이들 유대인들의 구좌와 예치 금액에 관한 정보를 입수하려고 노력했다. 정보를 일단 입수한 나치는 독일내 유대인 친척들에 대한 보복을 협박 거리로 삼아 이들의 예치 재산을 나치에게 헌납하도록 구좌를 소유한 유대인들에게 강요했다. 대체적으로 스위스은행의 임직원들은 독일이 스위스를 침공하는 가능성까지 포함한 온갖 위협을 무릅쓰면서까지 나치의 요청을 거부하여 스위스은행의 비밀보장 전통을 지켜 내는데 성공했다.

전쟁이 끝나자 스위스가 은행 비밀보장제로 인해 직면했던 위협은 사실 크지 않았다는 것이 밝혀졌다. 왜냐하면 상당수의 나치 장교들과 그 부역자들 역시 스위스은행에 꽤 많은 금액을 예치하여 구좌를 유지하고 있었기 때문이었다. 이로서 스위스는 은행비밀보장제를 성공적으로 수호한 셈이 되었다. 그러나 일부 비판자들은 예금주가 유대인이건 나치이건 관계없이 비밀구좌를 보장함으로써 스위스은행들은 엄청난 자산을 축적하게 되었다고 말한다. 유럽에서 중립국으로 존재하는 것은 그만큼 수익이 생기는 일인 듯 보인다.

● 세계 여론의 비난과 신은행법

그러나 제2차 세계대전 이후로 스위스의 은행 비밀보장제도는 이란의 팔레비왕, 니카라과의 소모사, 아이티의 듀발리에, 말리의 트라오레, 자이레의 쎬세, 파나마의 노리에가, 그리고 필리핀의 마르코스와 같은 독재자들에게 이용되기 시작했다. 이들은 모두 빈곤에 처한 국민들을 등쳐서 모은 부정재산을 스위스은행에 비밀리에 예치시키는데 일가견을 갖는 전문가들이었다. 1979년 스위스은행에 예치되었다고 추정되는 팔레비왕의 막대한 재산을 동결시켜 달라는 이란측의 요청에 대해서 스위스정부는 일단 요청을 거부하며 스위스 법원에 제소할 것을 권고하였다. 그러나 이란정부가 제기한 소송은 스위스의 법원에서 '자연사' 하였다. 여러 나라의 마약 거래상, 마피아 조직원, 악명 높은 사기협잡범들이 스위스은행의 따뜻한 환대와 철저한 비밀보장제도를 애용하고 있다. 이로 인해 스위스은행을 비난하는 여론이 세계 곳곳에서 분분하게 되자 스위스은행들은 스스로 비밀보장제도에 대한 제한을 둘 수밖에 없게 되었다.

예를 들어 1977년에만 해도 스위스은행들과 그 전문가조직인 스위스은행가협회는 각 은행 경영진이 구속력을 갖는 윤리강령을 채택하도록 하는 규칙을 제정한 바 있다. 스위스의 중앙은행인 Swiss National Bank와 체결된 협약에 따라 스위스의 각 은행들은 체계적인 방법으로 고객의 신원을 파악하고 있어야 하며 해외투자를 금하는 나라로부터의 송금행위를 적극적으로 지원하는 것을 금지 당한다. 5년 유효기간의 이 협약은 Observance Care("주의준칙")라 불리는데 1982년 10월 더 엄격하게 개정되어 새로이 5년의 유효기간을 갖게 되었다. 신 협약은 스위스은행의 구좌를 이용해 전문적으로 탈세 또는 자본 도피를 하려는 개인이나 기업의 구좌를 유지하는 것을 금지하고 있다. 이 협약은 또한 신용도에 하자가 없는 고객에 한해서만 안전보관금고(safe-deposit box)를 대여하도록 하고 있다.

여기에 덧붙여, 스위스는 다른 나라들과의 법적 협력 관계를 유지하는 상당수의 쌍무협정과 다자간 협정을 비준한 나라다. 미국과 스위스 사이처럼 그러한 쌍무협약이 있는 경우에 스위스 당국은 그 협약에 규정된 조건에 따라 외국으로부터의 형사사건을 지원한다.

1981년 1월 1일, 스위스 의회는 형사 사안에 대한 국제 상호지원법(스위스 연방법, 약칭 IMAC: Swiss Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters)을 통과시켰다. 이 법은 1983년 1월 1일부터 발효되었는데 이 법은 쌍무협정의 존재 여부와 관계없이 모든 나라에 일괄 적용되도록 만들어졌다. 미-스위스 쌍무협약에 기초한 이 협약은 국가간의 모든 형태의 법적 지원을 일괄 규정하며 이로서 스위스 관련 국제 형사 지원 관계는 과거처럼 스위스 각 주의 절차에 좌우하지 않게 되었다. 이 법은 또

한 문서위조를 통한 의도적 사기 행위가 입증되는 경우 탈세 및 세금 포탈에 대해서 국가 간 형사 지원이 가능하도록 만들었다.

● 마르코스의 첫 해외 재산 도피와 방법

마르코스와 그 일가가 1968년 3월 스위스은행에 처음으로 재산을 예치할 때 그들은 훗날 아무도 이에 대해서 알지 못하도록 조치를 취했다. 첫 은행은 Credit Swiss 라는 이름의 은행이었는데 여기에 윌리엄 손더스나 제인 라이언과 같은 미국식 가명을 사용하여 1967년부터 미국내에 보관하였던 재산을 예치하였다. 이는 마르코스가 대통령으로 취임한 지 1년이 겨우 넘은 시기였다. 1970년쯤 되자 - 두 번째 대통령 임기 중인 시기 - 마르코스는 미국식 가명에 실증을 느꼈던지 보다 세련된 은폐 방법을 사용하기 시작했다.

마르코스 일가는 스위스와 오스트리아 사이에 있는 작은 나라인 리호텐슈타인에 재단이나 여러 사회 기관을 설립해서 이를 통해 스위스은행 예치 재산을 관리하도록 하였다. 이러한 기관의 이름과 막대한 관리 재산의 목록이 마르코스 일가가 성급히 말라카냥궁을 떠나 하와이로 도피할 때 남긴 자료에서 발견되었다.

리호텐슈타인이라는 이 작은 나라는 탈세자, 마약거래상, 부패 정치인들의 자금 은신처로 유명한 곳이다. 이 목가적인 나라에는 철도도 공항도 없지만 필리핀과 달리 무역 적자나 외채 문제 또한 없다. 수도인 바두즈(Vaduz)시의 인구는 고작 5천명에 불과하지만 불법적인 자금을 숨기려는 사람들을 곤란하게 하는 어떠한 국제 협약에도 가입하지 않은 이 나라의 수도는 이들에게 좋은 은신처가 됨으로써 인기 있는 도시가 되었다. 그러나 이들 불법 자금 은닉자들이 감수해야 하는 위험이 사실 적지 않다는 사실을 아는 사람은 많지 않다.

● 1986년 3월 25일의 마르코스 자금동결 일방 조치

나는 정부 좋은정부위원회의 앞(Yap) 위원과 함께 아키노 대통령이 취임한지 얼마 안 되어 바로 미국으로 갔다. 당시 우리는 스위스은행에 예치되어 있는 마르코스의 막대한 자금에 대한 약간의 정보를 갖고 있었다. 우리가 뉴욕의 연방 법원에서 증언한 직후 앞 위원은 그가 스위스로 직접 가서 마르코스의 자금을 동결하는 필요한 조치를 알아볼 필요가 있을 것이라 말했다. 나는 바로 동의했다. 앞 위원은 1986년 3월 25일 화요일에 스위스행 비행기를 탔는데 그는 스위스에 내리자마자 일생 일대의 놀라운 소식을 듣게 되었다. 스위스 정부는 그 집행 기구인 스위스연방위원회를 통해서 방금 마르코스와 그 일가의 스위스 은행 예치 재산에 대한 일방적인 동결 조치를 내렸던 것이다. 스위스 정부가 왜 이 같은 행동을 했는지에 대해서는 논란이 많았다. 그러나 어쨌든 스위스 정부의 이같은 조치는 재

산 동결을 위해서 소송을 직접 내야 하는 미국의 경우보다 나은 것이었다. 물론 우리는 미국내의 신속한 소송 진행에 대해서도 당시에 만족하고 있었다. 왜냐하면 미국에서의 소송에는 사전 고지의 의무나 청문회 개최의 조건이 결부되지 않았으므로 마르코스 일가의 미국내 재산을 확보하려는 우리의 의도는 실현될 수 있었기 때문이었다. 그러나 스위스 정부는 독자적인 판단으로 재산 동결 조치를 내림으로써 스위스 역사상 전례 없는 일을 남긴 셈이었다. 여기서 주목할 것은 미국에서 재산동결조치가 법원의 명령에 따라야 함과 달리 스위스에서는 정부 집행기관의 명령으로 내려진다는 것이다.

● IMAC에 의거한 우리의 지원 요청

우리는 1986년 스위스 정부에 대해서 필요한 법률적 지원을 요청할 때 세명의 스위스 변호사의 조력을 받았다. 이들 변호사의 선정에는 스위스 연방법원(대법원에 해당) 주심판사를 지낸 후 은퇴한 전 예일법대 동기생 스위스인의 도움을 받았다. 우리 변호사들은 스위스은행의 비밀보장관행에 대해서 비판적인 견해를 갖고 있었던 스위스의회 의원들이었다. 또 각각의 변호사는 스위스의 주요 정당과 주요 민족에 각각 소속해 있었다. 스위스 주재 필리핀 대사관의 협력 또한 큰 도움이 되었다. 우리는 1986년 4월 25일 스위스 정부에게 마르코스, 이멜다와 그 부정 축재에 관련된 친척 및 기업인들의 형사 고발장 사본 및 관련 증거를 동봉하여 공식적으로 IMAC에 따른 지원을 요청하였다. 이 때의 형사고발 건은 1986년 4월 7일 정부 좋은정부위원회가 일차 조사를 목적으로 제기한 것이다. 고발장의 기소 내용은 뇌물수수, 사기, 불법 포탈, 공공자금 유용 및 부정부패행위방지법에 규정된 범죄 행위였다.

우리가 스위스 당국에게 공식적으로 요청한 것은 IMAC에 의거해 "비밀 구좌를 찾아내고 확보된 자료와 정보를 요청 국가에 제공하며, 재산을 동결하기 위한 필요한 조치를 취하고 그 자금을 요청 국가에 제공할 것"이었다.

● 1986년 5월 29일의 통상 재산 동결 명령과 마르코스의 동결 취하 소송 제기 및 마르코스 사망

1986년 5월 29일 스위스뿐만 아니라 유럽의 금융 중심인 쾰리히의 주정부는 우리의 요청을 원칙적으로 인정하고 쾰리히의 모든 은행에 대해서 마르코스와 그 일가 및 관련자들의 전 재산에 대한 통상 동결 조치를 명하였다. 곧이어 제네바·로잔·프리부르·베른 등 다른 주정부도 같은 조치를 명하였다.

다시 한번 여기서 주목할 것은 필리핀의 법체제처럼 민사사건에 한해서만 국외의 법집행이 가능한 것과 달리 스위스에서는 그 반대가 성립한다. 우리는 스위스 당국에게 필리

핀 내에서 형사소송을 이미 진행시키고 있다는 사실과 그 형사사건의 적절한 사법 처리를 위해서는 우리가 공식 요청한 자료가 필요하다는 사실을 입증해야 했다. 필리핀 내에서의 민사소송을 소송의 요건으로 삼는 미국의 법체제와는 달리 스위스 법에서 요구하는 것은 해당 국내에서의 형사소송선 최종 판단이다.

스위스 하급 법원에서 마르코스 재산에 대한 심사를 시작하자 마르코스과 그 일가 일당들은 15명 내지 30여명의 변호사를 고용해 여러 주에서 동결 조치 해제를 위해 노력했다. IMAC은 신법이었기 때문에 스위스의 변호사와 판사들은 그 해석을 서로 달리하는 모습을 보였다.

1986년 4월경만 해도 이 분야에 전문적인 판사 및 변호사들은 2-3년내에 필리핀 정부가 원하는 자료를 전달받은 후 곧이어 확인될 수 있는 마르코스의 재산 전체를 환수 받을 수 있으리라 전망했다. 우리 역시 필리핀에서의 형사 고발이 2-3년내에 마무리되어 법원의 최종 판결을 받아 낼 수 있으리라 매우 낙관하고 있었다.

이러한 기대는 실현되지 않았다. 스위스 각 주의 하급법원과 뉴욕 법정에서 다양한 종류의 기술적 반대 논리와 변호 논거가 심사 과정에 얽히기 시작했다. 그리고 이러한 반대로 관련해 해당 중급 법원(고등법원)에 항소가 제기되었다. 마르코스는 모든 주의 중급법원에서의 항소심에서 다 패하였으나 결국 연방법원에까지 소가 상정되었다. 그러는 동안 필리핀에서의 형사소송은 필요한 모든 은행 자료를 확보하기 전까지 최종 판결을 할 수 없는 상태가 되었다. 게다가 Sandiganbayan(공직자부패특별법원)에서의 형사소송은 마르코스과 그 일가를 법정에서 세우기전에는 시작할 수 없게 되어 있었다. 그러나 수차례의 쿠데타 위협에 시달리던 아키노 정부는 마르코스 일가를 강제 귀국시킬 조치를 취할 수 없었다. 이러한 와중에 마치 사태를 복잡하게 하려는 듯 마르코스는 1989년 9월에 사망했다. 이에 따라 스위스 법정에는 온갖 가능한 종류의 법적 의문이 다 제기되었다 - 사망한 사람을 어떻게 처벌할 수 있는가는 큰 의문이었다. 필리핀 법에서는 범죄의 수혜를 받는 가족에 대해서 소송을 진행할 수 있게 되어 있으며 또한 공직 수행중 불법적으로 증식된 재산에 대한 국가의 재산환수권을 우위에 두고 있기 때문에 원론적으로 문제는 없었다.

●스위스 연방법원의 판결과 필리핀법에 따른 재산압류 조치

결국 1990년 12월 21일 스위스 연방법원은 마르코스과 그 상속자들의 재단 및 기관을 해산할 것과 필리핀 정부에게 관련 은행 자료를 전달하도록 판결하였다. 단 이 판결은 위의 조치가 "오직 Sandiganbayan(공직자부패특별법원) 또는 마찬가지로의 권한을 갖는 다른 법원의 형사소송에 필요한 일차 조사에 사용되기 위한 것"임을 못박았다. 이는 국제법의 특수성의 원칙(Principle of Speciality)에 따른 것이다. 위 판결은 또한 필리핀 정부가 스위스 헌법과 유럽인권협약에 규정된 형사 피고인에 대한 사법 절차상의 모든 인권 규정

을 준수해야 한다고 적시하였다.

마르코스의 사망과 관련해서 위 판결은 필리핀 측의 소송 대리인이 제출한 논거에 의거해 피고인 사망시에 필리핀에서의 형사소송이 가능하다는 사실을 근거로 삼아 "필리핀 정부의 요청에 담긴 견해에 일단 오류가 없으며 공공 질서의 개념에 조금도 배치되지 않는다"고 규정하였다.

당시 밝혀진 액수만 해도 3억5천6백만 달러(한화 약 2조7천8백억원)에 달하는, 또 이번 소송의 가장 중요한 부분인 마르코스 재산의 환수에 대해서는 어떤 결정이 내려졌는가? 이에 대해 스위스의 고등법원은 "원칙적으로 본건을 요청한 국가로 재산이 이전되도록 보장되어야 한다. 그러나 그 이행은 Sandiganbayan(공직자부패특별법원) 또는 마찬가지로의 권한을 가진 필리핀의 법원에서 해당 형사 사안에 대한 판결이 내려지고 이 판결에 재산압류가 포함되었다는 사실이 제출된 이후에야 가능하다. 요청 국가가 이러한 목적으로 재판을 진행할 경우 이는 스위스 연방법원의 판결일자로부터 1년 이내에 시작되어야 하며 그렇지 않을 경우 재산동결조치는 제3자의 요청에 따라 해제된다"고 결정하였다. 이에 따라 1991년 12월 17일 필리핀의 검찰은 Sandiganbayan(공직자부패특별법원)에 마르코스 일가의 재산압류 소송을 제기하였다.

●마르코스 소송의 성과

법률가들은 이런 질문을 할 것이다. 실제로 이 소송에서 얻은 성과가 과연 무엇인지, 매혹적이지만 소용없는 노력이 아니었는지 하고.

그에 대한 답의 하나는 우리는 다른 선택의 여지가 없었다는 것이다. 마르코스 재산의 대부분은 미국과 스위스 그리고 알지 못하는 다른 나라에 있었기 때문에 해당 국가의 정부와 법원만이 그 재산에 대한 법적 관할권을 갖고 있었다. 사법권의 기초는 홈즈판사가 언젠가 말한 대로 물리적인 힘이다. 물리적인 힘은 재산이 소재한 국가에 있다. 그 국가에 대한 우리의 요구는 그러므로 국제공법, 국제민법 그리고 우리 국내법에 의거하게 된다. 또 다른 답으로 우리의 노력은 매혹적이기도 했지만 소용없었던 것은 아니라는 것이다. 쿠바, 나카라과, 이란, 아이티, 파나마, 말리 등 같은 문제를 갖고 있는 다른 나라와 비교할 때 필리핀은 꽤 잘해 낸 것이다. 다음과 같은 공식화된 사실을 염두에 둘 필요가 있다.

1. 우리의 첫번째 실질적인 재산 환수는 에드사혁명(필리핀 2월혁명)이 있은지 6개월이 안된 시점에서 미국 뉴저지주에서 이루어졌다. 1986년 12월 12일 뉴저지주 고등법원은 우리의 소에 따라 마르코스의 재산압류 및 환수에 대한 판결을 내렸다. 압류된 재산은 약 1백5십만 달러(한화 11억7천만원)의 자금으로 계산되어 아키노 대통령이 방미중인 1986년 9월 22일 아키노 대통령에게 직접 전달되었다. 이렇게 독재자를 축출한 나라의 정부가 그 부정부패를 환수한 것은 미국 2백년 사법사상 처음 있었던 일이었다.

2. 텍사스에서는 저명한 법학 교수인 미카엘 티가 교수가 법률회사와 다른 변호사들의 조력을 받으며 필리핀 정부 좋은정부위원회의 소송 대리인으로서 마르코스와 그의 협력자 조세 캄포스에 대한 사기죄 소송을 지방법원에 처음으로 제기하였다. 이 소송의 결과로 뱅쿠버에서 요양 중이던 캄포스씨는 곧 필리핀 정부에 협상을 제안해 왔다. 우리는 정부 좋은정부위원회가 마르코스 측과 협상을 진행할 때 반드시 준수해야 하는 두가지 기준을 정했는데 그것은 첫째, 캄포스씨와 같은 협력자와 마르코스와의 연계를 밝히는 모든 자료의 완전한 공개와 이 연계의 결과 협력자가 관리하도록 위임받은 마르코스 재산의 완전한 원상 회복이었다. 캄포스씨가 제공한 자료를 우리가 감정한 이후, 그는 좋은정부위원회 앞으로 2억5천만 페소의 현금, 마닐라시, 리잘, 라구나, 카바이트, 바타안 지역의 방대한 토지에 대한 197개의 토지대장, 현시가로 수십억 페소에 해당하는 27개 기업의 주권을 전달하였다. 이 협상은 좋은정부위원회의 결성 두달후인 1986년 5월에 아키노 대통령에 의해 승인되었다. 또 이 협상은 후에 대법원에 의해서도 승인되었다.

3. 뉴욕에서 전개된 재산 반환 청구 소송에서도 피고 측이 협상을 제기해 오며 따라 내가 상원의원 후보로 나서기 직전인 1987년 3월에 7천만 페소의 현금뿐만 아니라, 롱아일랜드의 택지, 맨하탄 5번가의 콘도미니움, 호놀룰루의 맨션을 정부가 환수하게 되었다. 이 협상 역시 Sandiganbayan (공직자부패특별법원)에 의해서 승인되었다.

4. 캘리포니아 로스앤젤레스에서도 소송 대리인으로 나선 조세 로창코 변호사의 노력으로 캘리포니아 로이드은행에 예치되어 있었던 1백만 달러(약 7억8천만원)가 조금 못되는 이멜다씨의 재산을 환수할 수 있었다.

5. 스위스에는 현재 앞에서 설명 한대로 3억5천6백만 달러 (약 2조7천8백억원)의 재산이 가압류 상태에서 Sandiganbayan(공직자부패특별법원)의 판결을 기다리고 있는 상태이다. 그러면 독재자를 몰아낸 후에 그의 재산을 환수하기 위해서 스위스 당국에 소를 제기했던 다른 나라의 경우와 필리핀의 경우는 어떻게 비교될 수 있을까? 그 답은 아마도 1993년 4월 17일자 Economist의 다음과 같은 기사를 보면 알 수 있을 것이다.

“지난 20여년간 십여개 국가가 전 독재자의 부정재산을 되찾으려고 노력했으나 모두 수포로 돌아갔다. 오직 필리핀만이 독재자 마르코스가 몰러난지 7년만에 상당한 액수를 되찾게 되었다.”

여기서 몇가지 법률적인 것을 요약할 필요가 있다. 스위스의 법체계는 스위스 내에서의 사법 절차를 충족하기 위해서 타국에서의 형사소송의 판결을 요건으로 삼고 있으며 필리핀과 미국의 법체계는 타국에서의 민사소송 판결을 요건으로 삼고 있다는 점이다. 그러나 양측의 공통점은 한 나라에서의 기소가 객관적이고 공정하게 진행되었다는 증명이 다른 나라 법원에서의 해당 사안에 대한 완전한 청문 및 심의를 가능케 한다는 점에서 법원리상 일관성이 있으며 국제적인 사법 공조를 가능케 한다.

또한 필리핀 정부가 요청한 은행 자료를 제공하기로 결정하고 이를 집행한 것은 스위스 은행의 협조를 받은 스위스 정부 - 법원이 아니라 - 였다는 사실이다. 하버드 법대의 체이스 교수에 의하면 스위스와 미국 및 일본·오스트리아·독일·영국 등의 헌법 및 금융비

밀보장 체계를 비교할 때 다른 많은 나라에서도 같은 조치가 불가능하지 않다는 결론이다. 만일 국제적 법률 협력이 이 정도로 진전될 수 있다는 사실을 알았다면 소모사, 듀발리에, 팔레비와 같은 독재자들은 지금과 같은 방식으로 재산을 도피 은닉하려는 생각을 못했을 것이다. 구 독재자들이 약탈한 재산의 압류와 환수에 관한 국제 법률지원 다자간협약이 체결된다면 그리고 이 협약에 따라 이러한 사안에 대한 국제재판소가 설치되어 독재자로 인해 곤궁해진 나라의 정부가 소를 제기하고 판결을 받아 내게 된다면 이는 참으로 경하할 만한 일이 될 것이다.

또 이 협약의 조항에 독재자들과 그의 일가 친척, 협력자들의 재산 도피 및 은닉에 협조한 은행과 은행 임직원들에 대한 판결을 내릴 수 있는 절차를 둔다면 이 역시 부정한 재산 해외 도피를 막는데 기여할 것이다.

●협상 제안

아주 최근 전 영부인인 이멜다씨는 필리핀정부와 협상할 용의가 있음을 밝혀왔다. 그 이유는 마르코스의 재산이 모두 공산주의자들(이멜다는 호놀룰루에서 소송을 낸 필리핀인 인권피해자들을 이렇게 불렀다)에게 돌아가는 대신 “에너지난 문제를 정부가 해결하는데 도움이 되도록 재산을 정부에게 돌려주고 싶다”는 것이었다. 다른 기회에도 밝혔지만 나는 무엇보다도 인권피해자들의 많은 수가 공산주의자가 아니며 또한 이멜다씨가 그 재산을 누구에게 줄 권리가 없다는 점을 지적하고 싶다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 그동안 줄곧 무죄라고 주장해 오던 그와 그의 일가 친척들이 앞으로도 현재 진행 중인 재판에서 줄곧 무죄라고 주장할 것이라는 점이다. 그러나 형사 재판에서 피고인이 협상을 제안하는 행위 자체가 피고인이 범죄 사실을 간접적으로 인정하는 것이 된다. 정부측에서는 절대로 협상을 해서는 안된다. 한 나라의 정부가 협상하게 되면 회복 불가능할 정도의 타격을 받게 되는 두가지 사안이 있다. 그것은 정의와 진실에 관련된 사안이다. 가해자의 참회와 피해자의 배상이 없는 화해, 진실을 진지하게 받아들이지 않는 민족화합론, 국부 약탈 행위의 책임 문제를 소홀히 하는 어떠한 결정도 에드사봉기가 의미하는 모든 것, 마르코스 치하에서 싸웠던 영웅들과 희생자들 모두를 배반하는 것이다. 우리 필리핀인들 에게는 일부러 절전해야 할 정도의 전력 마비(에너지난)로도 이미 충분하다. 그러나 우리의 도덕적 기초 - 옳고 그름에 대한 우리의 지각 - 까지 마비시키는 것은 용납할 수 없다.

이제 이곳에 정의의 수레바퀴가 굴러야 한다.

<번역 : 96. 2. 23. 참여연대 맑은사회만들기 본부>

필리핀 인권피해자들의 미국내 집단 민사소송

아래 내용은 필리핀의 인권 단체 출판물에서 뽑은 것이므로 부분적으로 이 단체들의 의견을 반영하고 있습니다.

● 하와이 집단 민사소송이란?

하와이 집단 민사소송(class action)이란 마르코스 치하에서 고문, 납치, 실종, 불법 처형당한 인권피해자들이 마르코스의 재산에 대해서 피해 배상 소송을 집단적으로 제기한 것을 말한다. 이 집단소송은 필리핀 인권 단체들이 미국내 변호사를 대리인으로 해서 제기하였다.

집단소송은 고소인들이 소내용을 대변하는 대표 고소인을 지명해 진행된다. 이 소송에 관련된 집단 고소인들은 마르코스 계엄 통치 기간인 1972년 9월 21일부터 1986년 2월 25일까지의 기간동안 위 내용의 피해를 받은 약 1만 여명의 사람들로 어렵된다.

이 집단소송은 1793년 발효된 미국의 외국인불법행위법(Alien Tort Claims Act)에 근거한다. 이 법에 따르면 외국인이 외국에서 저지른 범죄가 국제인권법에 저촉될 경우 피해자에 대한 피해 배상을 목적으로 그 외국인을 미국 내에서 재판할 수 있다.

1992년 9월 24일, 하와이 지방법원(Federal District Court of Hawaii: 판사 마누엘 리얼)은 마르코스가 소송에서 제기된 인권침해에 대해 유죄라는 판결을 내렸다.

이 소송 과정에 필리핀 정부는 개입하지 않았다.

● 하와이 집단 민사소송의 목표는 무엇이었는가?

첫째는 마르코스 정권 치하에서 자행된 인권침해 사실을 재판을 통해 공식적으로 널리 알리는 것이었으며, 둘째는 그 인권피해자들에게 정당한 배상이 이루어지도록 하기 위함이었다.

첫째 목표는 하와이 지방법원의 판결로 이루어졌으나 후자는 현재에도 진행 중이다. 왜냐하면 필리핀의 현 정부가 배상을 거부하는 입장을 취하기 때문이다.

● 이 소송은 왜 필리핀에서가 아니라 미국에서 제기되었는가?

아키노정부 역시 인권피해자들의 배상에 대해서 소극적이었고 또한 사법부와 군부에 남아 있는 친 마르코스 세력의 영향 때문에 필리핀 내에서는 사법적으로 처리하기 힘들었다. 게다가 마르코스가 하와이로 도피해 있었기 때문에 필리핀 정부의 관할을 벗어나 있었다. 소송은 마르코스가 사망하기 전까지는 마르코스에 대해서 제기되었으나 사망 후에는 마르코스 집단(Marcos Estate)에 대한 것으로 변경되었다.

● 소송인과 대리 소송인은 어떻게 구성되었는가?

미국인 변호사 로버트 스워프트씨가 대표 소송인으로 지명되었으며 그는 소송을 미 법원에 제기하였다. 필리핀의 인권 단체들은 소송인 명단을 제출하였으며 전 정치수로 구성된 SELDA라는 인권 단체를 간사 단체로 지명하였다. SELDA의 위원장이었던 호세 마리 벨레즈 변호사도 이 소송에 변호사로서 참여하였다. 담당 변호사 및 법률 회사는 승소의 경우에만 사후 수입료를 받기로 합의하여 소송인들은 아무런 비용을 지출하지 않아도 되었다.

법원에 의해서 인정된 소송인들은 "소송인단(Claimants 1081)"으로 구성되어 재판상의 원고 자격을 공식적으로 갖는다. 대표 소송인인 스워프트 변호사도 소송인단에 소속되어 있다. 단 이 소송인단은 소송의 내용에 관련된 모든 피해자들을 포괄하는 것은 아니다.

● 이 집단소송에서 인권단체들이 한 역할은?

이 소송을 하기로 결의하고 기획하여 추진한 것은 인권단체들이었으며 소송 종료까지 승소하기 위한 모든 활동을 전개하였다. 특히 구속자대책위(TFDP), 실종자가족모임(FIND), 전 정치수 모임(SELDA), 무료법률지원단(FLAG)등으로 이 소송을 주도하였다. 인권단체 협의기구인 필리핀인권옹호협의회(PAHR)는 이 소송을 중요 이슈로 채택해 계속 지원하였다.

이 소송의 결과는 어떤 인권단체에도 귀속되지 않는다. 이 소송의 혜택은 피해자 소송인들과 그 가족들에게 직접 귀속된다.

● 집단소송 경과와 필리핀 정부의 재산환수움직임과의 관계는 무엇인가?

1986년에 제기된 이 소송은 마르코스 집단이 미 지방법원부터 대법원에까지 계속해서 이의를 제기함으로써 1990년까지 많은 어려움에 봉착했다. 마르코스 변호인단의 소송 무

효 주장의 주요 논거는 (1) 마르코스가 정부 수반이었기 때문에 그러한 소송으로부터 면책 특권을 가진다는 점 (2) 소의 혐의사실이 필리핀 내에서 발생한 것이기 때문에 미국 법원은 이에 대해 관할권이 없다는 점이었다. 그러나 이러한 논거는 1992년 법원 판결에서 모두 부정되었다.

1992년 9월 24일, 5일간의 심의 끝에 하와이 법원은 마르코스가 기소된 바 인권침해와 그 피해에 대해 책임이 있다는 판결을 내렸다.

1994년 2월 23일, 법원은 위 판결에 의거 징계손해배상금(awards for exemplary damages) 12억달러(약 9조3천6백만원)를 1만명의 피해자들에 지급할 것을 판결하였다. 그리고 1994년 10월 법원은 특별조사관을 파견해 인권피해자 대표 137명과 면담을 하게 한 후 그 보고서에 의거해 1995년 1월 18일, 유자격 소송인 9천7십4명에 대해서 손해배상금(awards for compensatory damages) 7억6천6백4십만 달러(약 6조원)를 추가로 지급하도록 판결하였다. 이에 따라 인권피해자들은 약 10억 달러의 청구서를 전달받게 되었다. 아울러 법원의 판결은 재판 외에 합의가 진행될 경우 합의금이 1억 달러 이상이어야 한다는 제한 조건을 달았다. 이때 하와이법원은 이미 마르코스 재산에 대한 전세계적 동결 명령을 내린 바 있다. 이는 스위스은행내 마르코스 재산에도 해당된다.

이에 대해서 마르코스 집단은 상고하겠다고 주장하고 있다. 이 판결을 근거로 인권피해자들은 스위스 정부로부터 필리핀 정부가 환수 받기로 되어 있는 마르코스의 재산 3억5천6백만 달러(약 2조7천8백억원)에 대해서 청구권을 주장하고 있다. 그러나 이 때문에 이멜다씨는 인권피해자들을 “공산주의자들”이라고 비난하면서 ‘필리핀 정부에 재산을 헌납할 의사가 있다’는 뜻을 흘리며 필리핀 정부는 재판 외의 합의를 추진하려고도 하고 있다. 따라서 현재 필리핀 정부의 재산환수조치와 인권단체의 소송이 충돌을 일으키고 있다.

●이 집단소송에 대한 필리핀 정부의 입장과 인권피해자들과 합의 내용

라모스정부는 호놀룰루 법원이 필리핀내 사안에 대해서 관할권이 없다며 이 소송을 무시하는 입장을 견지하며 마르코스의 재산은 국민 모두에게 돌아가야 한다는 입장만 밝히고 있다. 그러나 스위스 주법원의 재산 반환 결정에 대해서는 이를 전적으로 인정하고 환영하는 이중적인 모습을 보이고 있다.

그러나 좋은정부위원회의 현 위원장인 마그탕폴 구니군도씨는 환수재산의 일차 용도가 인권피해자들의 배상에 있다고 밝히고 있다. 최근 라모스정부는 국내의 압력으로 인해 인권피해 집단소송인들의 권리를 인정하는 방향으로 정책을 바꾸고 있다.

좋은정부위원회는 1995년 9월 13일 쾰리히 주지사의 최종 결정에 영향받아 (아래 참조), 인권피해 소송인단과 최초의 합의 각서를 체결하였다. 이는 필리핀 정부가 인권피해자들의 권리를 인정한 최초의 조치이다.

이 합의 각서의 내용은 ① 필리핀 정부가 마르코스 일가의 동의를 전제로 스위스로부터의 반환 재산 중 5천만 달러와 마르코스의 다른 재산중 5천만 달러를 인권피해자들에게 지급하며, ② 또 5천만 달러를 추가로 하와이 법원에 전달에 집행을 위임하며, ③ 이에 대해 인권피해자들은 마르코스 재산에 대한 법원 전세계적 동결 명령 청원을 취하하며 아울러 마르코스의 스위스 내의 재산 및 다른 재산에 대한 권리를 포기하며 집단소송을 중단한다는 것이다. 그러나 마르코스 측은 이를 거부하고 오히려 좋은정부위원회 위원장을 뇌물 수수혐의로 고발하였다.

이 과정에서 소송인단내, 인권단체내, 변호인단내, 필리핀 정부 내에서 이견이 발생하였다. 아울러 마르코스에게 부당하게 재산을 뺏겼다고 주장하는 다른 소송인들이 나타나면서 사태는 더욱 복잡해지고 있다.

●최근 쾰리히 법원의 결정과 이 집단소송과의 관계는 무엇인가?

스위스의 쾰리히 주지사는 1995년 8월 20일 확인된 마르코스의 스위스 내의 재산을 필리핀 정부에 조건부 증서로 전달하되 그 인출을 필리핀 정부가 마르코스를 상대로 낸 형사소송의 종결까지 유보한다는 스위스 역사상 최초의 재산 환수 결정을 내렸다. 유보 조건은 스위스 연방법과 유럽인권협약에 의거한 1990년 12월 21일 스위스 연방법원의 판결에 따른 것이다.

스위스 법원의 판결이 있는 후 주정부의 결정이 여러가지 요인으로 연기되는 가운데 필리핀 정부는 1995년 8월 10일 국내의 압력으로 인해 스위스 정부에 다시 한번 상호협사 협력 요청을 제기하였다. 이 요청은 스위스의 IMAC(국제형사상호협력법)에 따른 것이며 95년의 쾰리히 주정부의 결정은 필리핀 정부의 요청에 의거한 것이다. 그러나 스위스의 재산반환결정은 하와이 법원의 전세계적 재산동결조치와 충돌하는 것이어서 마르코스측 및 스위스은행 측이 이를 이용하여 반환을 저지하고 있다.

아울러, 재산 반환의 요건인 이멜다씨의 유죄판결 여부는 현재 필리핀 내의 여러가지 정치 역학으로 인해 분명치 않은 상태이다.

●스위스은행들은 어떤 반응을 보였나?

스위스은행들은 마르코스 집단의 재산을 마르코스 일가, 필리핀 정부, 필리핀 인권피해자 그 어느 누구에게도 반환할 수 없다는 입장을 고수하고 있다. 현재에도 쾰리히 주지사의 결정 취하 소송을 제기한바 있다.

●미국 정부의 반응은?

미국 정부는 현재까지 마르코스로부터 자신들이 압류한 자료를 반환해 달라는 필리핀 정부의 거듭된 요청을 거부하고 있다. 미하원의 익명의 소식통에 의하며 이 자료에는 마르코스의 재산에 관한 상세한 정보가 담겨 있는데 그 중에는 마르코스가 레이건 전 대통령 후보를 지원하기 보낸 송금자료등 미국 정부에게 불리한 내용이 포함되어 있다.

국민을 위한 사법개혁

국민은 말합니다.

“법의 문턱은 높고 불친절한데다 비용은 엄청나다!”

「국민을 위한 사법개혁」은 '참여연대 사법감시센터'의 공동연구진이 사법 100주년을 맞아 국민과 함께하는 사법의 위상을 찾고자 만든 책입니다. 이 책은 개혁의 당위성을 끊임없이 제기해 온 학계·법조계·언론계의 광범위한 인사들이 참여하였는데 그 의의가 큼니다.

연구진은 이 책에서 사법구조의 실태와 문제점을 파헤치고, 외국의 사례를 풍부하게 들고자 노력했습니다. 쟁점마다 좌담회를 개최하여 각계의 폭넓은 의견을 청취, 수렴하였고, 그 토론의 결과를 분명한 대안으로 제시했습니다. 말로만 지적되던 문제의 실상에 계량적이고 과학적인 기법을 도입하여 보다 정확한 통계자료를 제시하여 공감대를 폭넓게 형성하고자 했습니다.

·근대사법 100주년을 민주사법의 원년으로
·시민의 권익·편익에 봉사하는 법원
·정의와 형평성을 수호하는 검찰
·값싸고 질높은 서비스로 국민에게 다가가는 변호사
·인권의 사각지대, 인신구속과 교정제도
·특별보고 - 사법정의를 부인하는 전관예우
·양질의 법률서비스를 위한 적정 법조인 수
·법조인력 충원제도와 법학교육
·변호사에 의한 법률구조
·시민의 사법참여

참여민주사회시민연대 사법감시센터 지음

참여필진 김재완 (변호사) 박은정 (이화여대 법학과 교수) 박원순 (변호사) 이창원 (조선일보 사회부 기자)
차병직 (변호사) 한인섭 (서울대 법학과 교수) 황승홍 (서울대 법학과 박사수료)

박영출판사 발행/ 264쪽/ 신국판/ 값 9,500원 문은전화 02-3673-4462,3 팩스 02-3672-2478

필리핀의 마르코스 재산 환수 소송의 종류

1. 필리핀 인권단체와 인권피해자들이 하와이 지방법원에 제기한 집단 손해배상 소송
- 소송인단 및 지원번호인단, 미 법원 결정
2. 기타 필리핀 인권피해자들이 미국내 다른 법원에 제기한 개별 손해배상 소송
- 개별, 미 법원 결정
3. 필리핀 “좋은정부위원회”의 미국내 재산환수 소송 (뉴욕, 로스앤젤레스, 등)
- 필리핀 정부, 미 법원 결정
4. 필리핀 “좋은정부위원회”의 필리핀 내 재산 환수 소송
- 필리핀 정부, 필리핀 법원 결정
5. 스위스 정부에 대한 필리핀 정부의 스위스은행내 재산 동결 및 반환 요청
- 필리핀 정부, 스위스 정부 결정
6. 스위스 정부의 재산 반환 결정에 대한 마르코스 측의 취하 청구 소송
- 마르코스 일가, 스위스 법원 결정

사법감시시 3호가 나왔습니다

- ▶ **부패방지기본법** ▶ 우리사회 구석구석의 부정부패를 척결하기 위한 종합적이고 총체적인 부패방지법안을 참여연대 맑은사회만들기 운동본부에서 제안한다.
- ▶ **개정형사소송법의 피의자 구속제도에 관한 검토** ▶ 체포(영장)제도의 도입과 피의자에게 불리하게 확대된 체포기간등 95년 12월 17회 정기국회에서 통과된 개정형사소송법을 진단한다.
- ▶ **판사들이 웃을 벗는 나이와 그 이유** ▶ 젊은 판사, 중견검사, 노련한 변호사라는 기형적 사법현실을 통계로 밝혀본다.
- ▶ **매점은 저작권 양도가 아니다** ▶ 대법원 판례가 아직 없다는 저작권 관련 재판을 수년째 홀로 진행하며 무고죄로 옥살이 까지한 김경란씨의 수기

▶ **사법감시 구독신청** 「사법감시」는 격월로 발행되고 있습니다.
구독신청 방법은 동봉한 지로용지에 이름과 전화번호를 기재하고 뒷면의 통신란에 주소를 기재하여 구독료(연 2만원 이상)를 시중 은행에 입금하시면 됩니다.
·기타의 후원은 아래의 계좌로 입금하시면 됩니다. (예금주 : 문혜진)

국민은행 015-21-0808-184	제일은행 325-20-123107
상업은행 192-08-324269	농협 094-02-092853

참여민주사회시민연대 140-012 용산구 한강로2가 404번지 기원빌딩 4층
사법감시센터 전화: 796-8364 팩스: 793-4745 하이텔/천리안/나우콤 : PSPD

참여연대·한겨레신문사가 함께 펼치는 맑은사회만들기 캠페인

▣ 부패방지법 제정운동

- ▷부패방지 입법과제에 대한 시민토론회 및 전문가 워크샵의 개최
- ▷총선시 「부패방지법 제정-깨끗한 정치다짐」 후보자 서약 추진
- ▷부패방지법 제정을 위한 가두서명운동 및 국회 엽서보내기 운동
- ▷96년 정기국회 시 부패방지법 10만인 시민입법청원

▣ 전두환·노태우 전직대통령 부정재산 국민환수운동

- ▷필리핀 마르코스 재산반환 전문가 초청 워크샵
- ▷국민홍보자료 “전직대통령 해외재산 찾아올 수 있다!” 발간
- ▷5-6공 피해자 소송단 구성 및 스위스 은행 상대 소송 추진
- ▷스위스-한국 정부간 형사협력을 위한 압력활동 및 국제민간연대캠페인

▣ 부정부패신고전화 「시민의눈」 전화운영

- ▷전화창구 개설(3월 1일): 시민회원가입, 부정부패신고 접수
- ▷법률상담실 운영
- ▷양심선언인 연찬회 및 공익제보자 모임 구성
- ▷홍보브로셔 제작, 회원카드 제작완료

▣ 맑은사회만들기 시민현장 제정 운동

- ▷사회원로 시민현장 기초위원회 구성 --> 각계 시민행동강령 채택
- ▷종교계·지역주민운동단체·교육계 등과 함께하는 맑은사회만들기 캠페인
- ▷노태우 전대통령 구속 1주년 기념 전후 부패추방 시민행동주간 선포

※ 연중 시민회원 및 자원봉사자 모집 맑은사회 길눈이를 모집합니다.

●전두환·노태우 전직대통령 부정재산 국민환수운동 취지문●

“ 국민의 힘으로 전 독재자의 부정재산을 남김없이 되찾자 ”

— 전직대통령 부정재산 국민환수운동의 취지 —

1. 범죄자가 범죄로 얻은 수입을 향유하게 해서는 안된다.

우리는 지난해 전두환·노태우 두 전직 대통령이 어마어마한 액수의 뇌물성 정치 비자금을 국민 몰래 은닉해 왔다는 사실을 알게 되었다. 온 나라와 국민이 분노하여 결국 두 전직 대통령은 구속되어 법정에서 서게 되었다. 그러나 그들이 부정한 방법으로 축적한 재산의 조성 경위와 사용 내역, 그리고 그 규모와 실체는 아직 충분히 밝혀지지 않았다.

범죄자, 특히 헌정 질서를 파괴하고 숭한 국민의 생명을 앗아간 군사반란 범죄자와 그 친인척·협력자들이 범죄로 얻은 부를 향유하게 해서는 안된다. 우리는 두 전직 대통령과 그 일가친척들이 축적한 부정한 재산을 남김없이 국민 앞으로 환수함으로써 신상필벌의 뚜렷한 전범을 세워 내지 않으면 안된다. 이것이야말로 진정한 “역사바로세우기”이다.

2. 전두환·노태우 전직대통령의 부정재산 국민환수를 위한 범국민운동을 전개하자

우리는 전두환·노태우 전직 대통령과 그 일가·친척의 은닉 재산 전액을 국민의 이름으로 환수하기 위한 범국민운동을 필요하다고 생각한다. 이미 필리핀에서는 마르코스의 오

랜 학정과 독재정치가 끝난 지난 86년이래 정부와 필리핀 내외 인권단체들이 노력하여 마르코스 일가의 국내외 부정재산에 대한 환수 운동을 전개한 바 있다. 최근 이들의 노력이 미국과 스위스에서 노력에 합당한 결실을 얻고 있는 것은 우리에게 큰 힘이 되고 있다.

그러한 환수 운동 기구 또는 환수단은, 5·18과 12.12 당시의 직접적 피해 당사자를 포함하여 5.6공 인권피해자를 중심으로 소송인단과 사회 각층의 원로 민주 인사들과 양심적 시민·법률가들이 함께 구성하면 좋을 것이다. 환수단은 인권피해자들의 완전한 피해배상과 명예회복을 위한 법률적인 대응과 함께 부정재산 국민 환수의 취지를 공유하기 위한 국민 캠페인도 아울러 전개해야 할 것이다. 이 과정에서 환수단은 독재 잔재의 완전한 청산을 위한 각계의 흐름들과 폭넓게 연대해야 할 것이다. 환수단은 또한 해외의 양심적인 인권변호사와 민간운동단체, 그리고 우리와 비슷한 노력을 하는 시민·사회단체들과 연대함으로써 부정재산의 해외 도피가 점점 더 불가능하도록 하는데 기여할 것이며 그러한 국제 협력 체계를 만들어 내는 데에도 기여할 수 있을 것이다.

3. 전두환·노태우 전직 대통령의 부정재산 국민 환수를 위한 특별법을 제정하자.

전두환·노태우 전직 대통령의 불법적·폭력적 집권 과정과 집권 당시의 모든 부정·부패의 피해자는 누구인가? 민주주의를 신봉하는 국민 모두라 할 수 있다. 따라서 부정재산의 처리는 국민적 동의와 합의를 거쳐 이루어져야 한다. 그러므로 우리는 국민적 동의 절차 없이 앞으로 몰수될 전직 대통령의 부정재산을 일반 회계 예산으로 편입하는 데 동의하지 않는다.

필리핀의 경험에서 교훈을 얻어 우리도 정부의 노력과 민간의 노력으로 은닉 재산 전부를 철저히 규명하도록 노력해야 한다. 그리고 몰수된 은닉 재산이 적절한 국민적 합의 절차를 거쳐 사용되도록 노력해야 한다. 이를 위해 두 전직 대통령의 은닉 재산의 처리를 위해 정부와 민간 대표가 함께 참여하는 특별위원회의 구성을 검토할 필요가 있다. 이같은 특별기구에는 5·18, 12.12 및 5·6공 통치 과정의 피해자의 대표가 참여하는 것이 바람직하다. 우리는 이를 위해 전두환·노태우 전직 대통령과 그 일가 친척의 부정재산 환수와 특별 기금 설치를 위한 「특별법 제정」운동을 펼칠 것을 제안한다. 이 특별 기금의 성격과 특별 법안의 내용 역시 독재정권 피해자들의 단체와 사회 원로들의 의견을 반영하여 국민적 동의 속에 마련되어야 할 것이다.

우리는 전직 대통령의 부정재산 국민환수운동이 역사바로세우기의 참된 의미를 되새

기는 계기가 되는 한편, 우리 사회 곳곳에 만연한 부정부패에 경종을 울리는 계기가 되기를 바란다. 이와 같은 부패추방·역사바로세우기를 향한 시민들의 노력이 결국 결실을 맺어 불법적으로 조성한 국내외 은닉 재산을 국민의 이름으로 환수해 낸다면, 이는 부정부패를 통한 어떠한 부의 축적도 결국 무위로 돌아간다는 교훈을 민족사에 뚜렷이 남기는 일이 될 것이다.

맑은사회길눈이를 모집합니다

맑은사회만들기 본부는 각계의 시민을 회원으로 모시고 실질적인 부패추방활동을 벌여 나갑니다. 본부 내에는 자원봉사단과 부정부패신고전화「시민의 눈」을 설치합니다. 시민 회원은 맑은사회의 덕목을 실천하면서 사회곳곳의 부패상을 감시하고 제보하는 활동, 시민의식 캠페인 등을 벌여나가고 부정부패신고전화「시민의 눈」에서는 사회 각계의 공익제보를 접수 받습니다. 이 활동에 회원으로 참여하시거나 자원봉사자로 참여하실 여러분(개인, 단체)을 기다립니다.

>>> 참가안내 >>>

자 격 : 대한민국 누구나 (개인회원, 단체회원)
할 수 있는 일 : 회원가입을 통한 캠페인 참여, 맑은사회만들기 본부 자원봉사, 맑은사회만들기 후원 등 여러가지
참가방법 : 가입신청서 제출
문의전화 : 797-8200 (맑은사회만들기 담당자)

전두환·노태우 전직대통령 부정재산 국민환수사업 구상

-- 참여연대 맑은사회만들기 본부 --

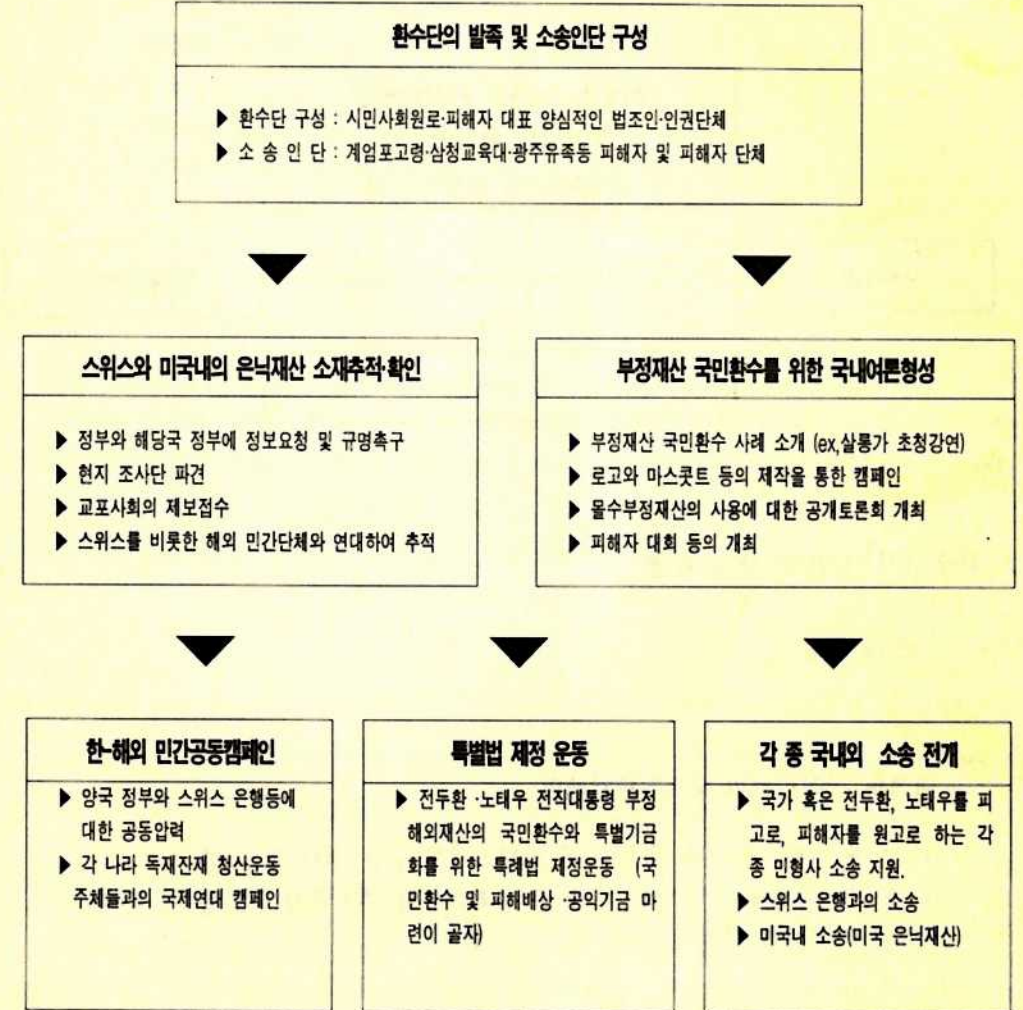
1. 목표

- ▷ 독재정권하 전직 대통령들이 해외로 도피시킨 재산을 국민운동으로 환수하고 이를 독재치하 피해자들의 배상과 명예회복, 나아가 역사바로잡기의 계기로 삼는다.
- ▷ 실제로 해외도피재산을 국내로 환수함으로써 부정부패를 통한 어떠한 부의 축적도 결국 무위로 돌아간다는 것을 보임으로써 대규모 부정부패의 예방효과를 노린다.
- ▷ 부정재산 국민환수운동을 계기로 우리 사회곳곳에 만연한 부정부패질서를 청산한다.

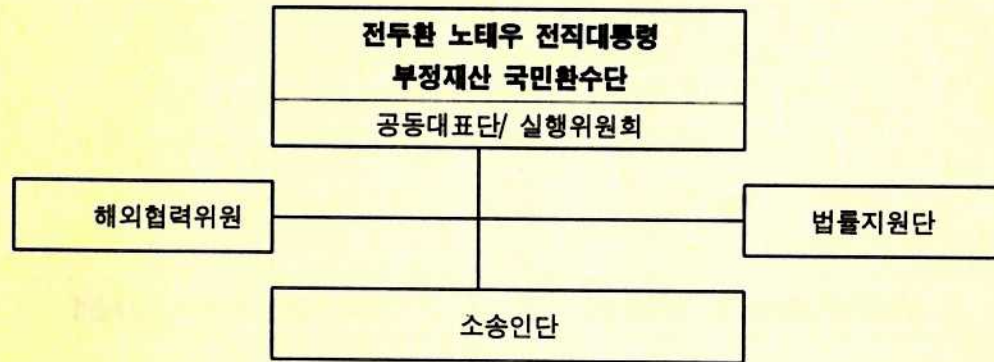
2. 전·노 전직대통령 부정재산 국민환수운동의 원칙

- ▷ 비지금 전액을 남김없이 환수한다.
현재 [공무원범죄에 관한 몰수특례법]에 의해 몰수·추징 보전신청된 부정재산 외에도 여전히 국내외에 은닉되어 있는 부정재산의 규명과 환수를 위해 정부의 노력을 촉구하는 한편, 피피해당사자의 법적 노력을 일관되게 전개한다.
- ▷ 피해당사자에 대한 배상과 명예회복을 국민환수운동의 가장 우선적인 목표로 한다.
환수된 은닉재산의 가장 우선적인 사용처는 피해자들에 대한 보상과 5·6공 당시의 국민저항에 대한 기념사업이다.
- ▷ 환수의 방식은 국고환수가 아닌 국민환수로 한다.
몰수된 부정재산은 일반회계에 편입되는 것이 아니라 특별기금으로 관리하고 기금의 운용은 민간대표와 정부대표로 구성된 특별위원회를 통해 결정하도록 특별법을 통해 보장한다.

3. 부정재산 국민환수운동의 개요



4. 전두환·노태우 전직대통령 부정재산 국민환수단의 구성



5. 환수단의 상반기 주요 활동

1) 환수단 구성

2) 대정부 압력활동과 국제여론캠페인

- 가. 주한 스위스대사관 방문 : 대 스위스정부 공문 전달 및 대화
- 나. 5·18민중항쟁 기념사업 기간 중 전직대통령 부정재산 국민환수운동 전개
- 다. 해외 조사단 파견과 국제 민간연대 활동

3) 소송인단 사업

- 가. 피해자 단체·인사와 참여연대 상설 변호사단으로 구성
- 나. 미국의 안영재씨나 이우재씨의 같은 경우 소송지원 활동
- 다. 국민환수 소송인단 대회

4) 여론화

- 가. 미국측 마르코스 소송 전문가 초청
- 나. 필리핀측 마르코스 소송 전문가 초청
- 다. 일본 전 다나카사건 담당 검사 초청 : 강연회, 이벤트, 기자회견, 방송출연등
- 라. 토론회
 - ㄱ. "부정재산 국민환수운동에 대한 정당-시민단체 토론회"
 - ㄴ. "부정재산 환수금 어떻게 쓸 것인가?"

6. 해외협력위원

에드 베이커(하버드대 엔칭연구소 소장), 폴 호프만(마르코스재산반환 담당 인권변호사), 제임스 웨스트(국제변호사, 하버드법대 강의), 제니퍼 그린(기본권센터), 조희연(남가주대학 교환교수), 캐서린 스콧(영국 국제관계연구소 연구원), 차미경(홍콩 아시아자료센터 연구원), 로미오 토니 카플롱(필리핀 마르코스소송 담당 인권변호사), 조비토 알 살롱가(필리핀 상원의원, 마르코스 재산반환 선정위원회) 박경서 박사(세계교회협의회)

--1996년 2월 현재

계간 해외진출기업감시 소식지 '지구촌 인권통신' 2호 발간 !!

<p>해외단신</p> <p>기 회</p> <p>국제회의소식</p> <p>인 터 뷰</p> <p>해외 리포트</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 중국외자기업의 화재발생방지 노력 ▶ 베트남 초과근무수당 지급 요구하며 파업 ▶ 인도네시아 현지조사보고 “인도네시아 노동자들 한국기업 가장 싫어한다” ▶ 지구남북회의 “노동의 존엄성을 위한 새로운 연대” ▶ 국제노동권 재단의 하비목사 ▶ 인도네시아 나이키 신발 공장 노동자들 ▶ 은두라스 '오리는 어패럴'의 여성노동자들 	<p>「지구촌 인권통신」은 한국해외진출기업의 인권침해 실상과 기업의 투자전략, 정부정책, 국국의 다국적 기업모니터링 사례 등 해외진출 한국기업과 관련된 다양한 소식을 담은 해외진출기업감시 소식지입니다.</p>
---	--	--

(구독문의 796-8364)

발행처 : 참여민주사회시민연대 해외진출기업문제특별위원회

비밀형의 자금이 정부공개

스위스銀계좌추적어떻게

스위스은행은 예전부터 영국의 지배를 받던 나라였지만 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

이것이 바로 스위스 은행이 세계적으로 각광을 받고 있는 이유다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

「비밀보장」예외규정 장치 마련

스위스은행은 예전부터 영국의 지배를 받던 나라였지만 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

이것이 바로 스위스 은행이 세계적으로 각광을 받고 있는 이유다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

스위스은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다.

<林業振 기자>

NYT紙 보도... 4억7천만弗 萬명에게

독재정권 희생자에 배분

본문에 따르면 마르코스는 스위스 은행이 스위스 은행에 대한 비밀을 공개할 수 있는 권한과 관련된 수 많은 소송에 시달렸던 이유 때문이었다.

스위스 은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다. 이 것이 바로 스위스 은행이 세계적으로 각광을 받고 있는 이유다.

스위스 은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다. 이 것이 바로 스위스 은행이 세계적으로 각광을 받고 있는 이유다.

스위스 은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다. 이 것이 바로 스위스 은행이 세계적으로 각광을 받고 있는 이유다.

스위스 은행은 1970년대 중반부터는 독자적인 길을 걸었다. 이 것이 바로 스위스 은행이 세계적으로 각광을 받고 있는 이유다.

“스위스銀은 블랙홀 아니다”

런던=남정호 특파원

스위스은행은 한번 돈이 들어 갈 경우 도저히 찾을 수 없는 블랙홀로 여겨지고 있으나 이는 사실과 다르다. 50여개국에 사무소를 둔 세계 최대 법률회사 [메이커 앤드 케지] 런던사무소의 엔드루 켈터 변호사는 10년이상 세계 도처의 [검은돈]을 찾아온 비자금 추적 전문가.

검은돈 추적 세계적 전문가 켈터 변호사

실린 런던 쿠웨이트계 [그루포 토리스]사의 관련자들이 회사돈을 빼돌렸던 전형적인 공공유용사건, 그중 상당액이 스위스은행에 숨겨져 있었다. 이 돈의 회수에 성공한 켈터 변호사는 스위스은행 은닉자금의 소재와 어떤 환수문제에 관한 한 세계에서 손꼽히는 전문가다.

돈 있음직한 곳 2~3곳 지명하면 實名인촌 계좌라도 찾아서 통보

스위스은행은 스위스은행들 에 일일이 정보를 요청할 수 없지 않은가. 이 자금이 은닉됐을 것으로 짐작되 는 2~3개 은행을 지명하면 이들 은행을 조사해 달라고 비금조사서를 요청하면 필요한 정보를 얻을 수 있다. 계좌이름이 실명이 아닌 코드로 돼있더라도 추적이 가능하다.



스위스은행이 정보제공의무를 둔 이유는 무엇인가. 스위스정부는 자국의 은행이 세계각국 범죄자들의 돈세탁 장소로 이용된다는 오명을 씻기 위해 [연방형사법] 및 [연방형사소

송법] 내에 강력한 조항을 신설해 범죄관련 자금이러는 사실이 인정될 경우 이를 공개, 환수시키도록 하는 정책을 펴고 있다. 스위스가 아닌 제3국에서 열리는 재판도 해당되는가. 스위스 국내법에 따라 비록 재판이 제3국에서 열리더라도 담당재판부가 스위스법원에 직접 협조를 요청할 경우 은행들은 이를 번이들에게 제공한다. 한편의 노태우(盧泰愚)전대통령 부정부패사건도 그렇다는 것이다.

盧씨 돈 스위스에 있다면

중앙일보 96. 1. 22.

한국, 찾을 수 있다

英 전문변호사 밝혀

런던=남정호 특파원

노태우(盧泰愚)전대통령의 스위스은행 내 거액 자금 은닉의혹이 속시원하게 풀리지 않는 가운데 예금계좌 존재확인및 예금 회수가 스위스 법률상 보장된 것으로 밝혀져 관계당국의 적극적 자세가 요구되고 있다.

국인 켈터변호사는 스위스은행에 숨겨져 된 돈 가운데 행사 또는 민사 사건을 통해 자금이 회수된 사례가 상당수이며 은행들은 연방형사법과 연방형사소송법에 의해 법원 요구가 있을 경우 범죄와 연루된 자금을 대한 계좌존재 여부와 예금액등의 정보를 제공할 의무가 있으며 이를 어기면 처벌받는다고 말했다.

그는 특히 [정보제공 의무는 당사자가 유죄판결을 받지 않더라도 입건상태에서 재판 중거나 중보한다면 가능하지만] 이 경우 해당 인물의 이름과 비자금이 은닉된 것으로 짐작되는 2~3개 은행의 명단을 통보해도 된다고 덧붙였다.

שושה ביזנים '실체' 밝혀야

“진실” 규명 본질서 벗어났다” 여론

경제기획원 정책이용, 시각 政經이차 차단 계기 마련

정경이차, 정경이차, 정경이차

「스위스銀계좌」비밀 어떻게 풀었나

스위스 은행계좌 비밀이 어떻게 풀렸는지에 대한 관심이 높아지고 있다. 특히 노태우 전 대통령의 스위스 은행계좌에 대한 관심이 더욱 뜨겁다.

경제기획원 정책이용, 시각 政經이차 차단 계기 마련. 이는 노태우 전 대통령의 스위스 은행계좌에 대한 관심이 높아지고 있다.

스위스 은행계좌 비밀이 어떻게 풀렸는지에 대한 관심이 높아지고 있다. 특히 노태우 전 대통령의 스위스 은행계좌에 대한 관심이 더욱 뜨겁다.

全·盧씨등 신군부 11명 美법정 고문혐의 제소

5·18때 전남경찰국장 安秉夏씨 아들

UNITED STATES DISTRICT COURT
STATE OF WASHINGTON AT TACOMA

AN, BYUNG WHA and AN, YOUNG-KAE,
Plaintiffs,
vs.
CHUN, DOO-NWAN, ROH, TAE-WOO,
CHOE, SAE-CHANG, CHANG, SAE-DONG,
HUR, WHA-PYUNG and SAM-SOO,
CHUNG, KWAN-DAL, YOO, HAK-SUNG,
PARK, JUN-BYUNG and HEE-DO,
LEE, HAK-BONG,
Defendants

Civil No. 096 5007
COMPLAINT, SUMMONS



故 安秉夏

This action is brought pursuant to 28 U.S.C. 1331 and 1332 which establishes original district court jurisdiction over all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations.

安秉夏씨가 尹秉一씨를 통해 위상민주 타파를 위한 제를 한 소장의 첫 페이지. 접수번호 「096 5007」과 피고 소인의 수 차례 美법정 고문혐의 이력이 보인다.

안秉夏씨는 尹秉一씨를 통해 위상민주 타파를 위한 제를 한 소장의 첫 페이지. 접수번호 「096 5007」과 피고 소인의 수 차례 美법정 고문혐의 이력이 보인다.

美법정 정식귀환액 수화장

강경진압 거부 합搜部서 가혹행위

미포변환사 '비마르키스상대' 승소 前例

안秉夏씨는 尹秉一씨를 통해 위상민주 타파를 위한 제를 한 소장의 첫 페이지. 접수번호 「096 5007」과 피고 소인의 수 차례 美법정 고문혐의 이력이 보인다.

안秉夏씨는 尹秉一씨를 통해 위상민주 타파를 위한 제를 한 소장의 첫 페이지. 접수번호 「096 5007」과 피고 소인의 수 차례 美법정 고문혐의 이력이 보인다.

韓美 재판관합권 논란 예상

안秉夏씨가 尹秉一씨를 통해 위상민주 타파를 위한 제를 한 소장의 첫 페이지. 접수번호 「096 5007」과 피고 소인의 수 차례 美법정 고문혐의 이력이 보인다.

안秉夏씨가 尹秉一씨를 통해 위상민주 타파를 위한 제를 한 소장의 첫 페이지. 접수번호 「096 5007」과 피고 소인의 수 차례 美법정 고문혐의 이력이 보인다.

Swiss Bank Secrecy: Its Limits Under Swiss and International Laws

Olivier Dunant and Michele Wassmer *

I. INTRODUCTION

The political and economic stability enjoyed by Switzerland in this century has attracted many foreigners to whom depositing their assets in Swiss banks meant escaping from disturbing conditions existing in their countries of residence. The respect for the confidential relationship existing between the client and his Swiss banker has, of course, played a key role in the appeal of Switzerland.

Bank secrecy, which is the manifestation in the banking field of the Swiss emphasis on personal privacy, was incorporated as a provision in the Federal Banking Law ("FBL")¹ of 1934 in order to give additional protection to the victims of the Nazi regime. Bank secrecy, therefore, was never meant to protect illegal activities; on the contrary, it was enacted to safeguard personal liberties. This position was clearly reaffirmed by the Federal Council² when it presented a new version of the FBL to the Swiss Parliament in 1970.³

Nevertheless, Swiss bank secrecy has continuously raised criticism abroad, and in particular, in the United States. Partly for these reasons and partly due to the rapid developments of international relationships, Switzerland, whose domestic legal provisions could already override bank secrecy,⁴ has entered into various international treaties.⁵ In addition, the Swiss banks have signed one private agreement limiting the application of bank secrecy in insider trading cases,⁶ and one agreement

* Members of the law firm Borel, Barbey, de Charmant, Dunant & Hafner in Geneva, Switzerland.

¹ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Federal Law on Banks and Savings Banks) (1934), as amended by RS 952 (1971) [hereinafter FBL].

² Conseil Fédéral (the Swiss Government).

³ Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant la revision de la loi sur les banques (message of the Federal Council to the Federal Assembly regarding the revision of the Banking Law), I FF (1970), at 1157. See especially where the message explains that bank secrecy is not unlimited and shall not cover misdemeanors. *Id.* at 1175.

⁴ See *infra* pt. III.

⁵ See *infra* pt. IV.

⁶ See *infra* pt. V. A.

regarding the due diligence to be applied when opening accounts.⁷

II. DEFINITION, LEGAL GROUNDS AND SCOPE OF THE BANK SECRECY

A. Definition

Bank secrecy, which is not defined in any specific legal provision, is understood as being the banker's obligation to keep confidential the facts learned in the course of banking activity.⁸ Bank secrecy is a banker's duty and a client's right. Consequently, only those facts involving the relationship of a client and the bank which are of public knowledge (e.g., publication in the media, etc.) are not considered as secret. In fact, in order to be effective, bank secrecy should cover all the activities having a banking character, especially the existence of a relationship between the bank and the clients, information given by the clients on their financial situation, their relationships with other banks, and even information received relating to transactions effected by third parties in other banks.⁹

B. Legal Grounds

The legal grounds underlying the Swiss banks' obligation of confidentiality are to be found in the Civil Code, the Code of Obligations,¹⁰ and the FBL.

1. Civil Code

Article 28 of the Civil Code¹¹ recognizes the fundamental right of individuals and companies¹² to be free from any invasion in their private sphere, which includes their economic privacy.

2. Code of Obligations

In most cases, the services rendered by a bank qualify as a mandate whereby the agent undertakes to carry out the contractually agreed upon

⁷ See *infra* pt. V. B.

⁸ R. SCHINDELHOLZ, *LE SECRET BANCAIRE* 2 (1969) (quoting Phillipe de Weck).

⁹ M. AUBERT, J. KERNER, & H. SCHÖNLE, *LE SECRET BANCAIRE SUISSE* 80 (1982) [hereinafter AUBERT, KERNER & SCHÖNLE].

¹⁰ Message of the Federal Council to the Federal Assembly, *supra* note 3, at 1175 (the Federal Council stated that bank secrecy is derived from the general provisions of the Code of Obligations, and from articles 27 and 28 of the Civil Code which provide for protection of personality rights).

¹¹ CC, RS 210, art. 28 (1907), as amended by RO 1984, at 778-82:

Whoever suffers unlawful harm to his personality may bring a court action against any person who participates in it.

An attack is deemed unlawful unless it is justified by the consent of the victim, or by a prevailing private or public interest or by law.

Id.

¹² 1972 JOURNAL OF THE TRIBUNALS 242 [hereinafter JT].

business transactions or services with which he has been entrusted by the client.¹³ The agent is liable for the faithful and careful performance of the mandate;¹⁴ it is generally accepted that the obligation of confidentiality is included in the concept of "faithful and careful performance."¹⁵ For some contracts where the bank only assured the safekeeping of securities deposited within it, some authors have felt that these contracts do not involve any element of mandate. In these cases, it is understood that the obligation of confidentiality is an *implied* obligation of all contracts concluded with a bank¹⁶ resulting from the general obligation of performing duties according to the rules of *bona fides*.¹⁷

3. Federal Banking Law

The FBL contains a specific provision on bank secrecy¹⁸ which, in fact, merely describes the persons bound by the obligation of confidentiality and the criminal penalties incurred by the author and instigator of a breach of the bank secrecy, without defining the nature of the breach of the duty of secrecy.

When the Federal Criminal Code,¹⁹ which included a provision

¹³ CO, RS 220, art. 394 (1911).

¹⁴ *Id.* art. 398:

The agent shall in general exercise the same care as the employee under the employment contract. He is liable towards the principal for the faithful and careful performance of the mandate. He shall personally perform his duties unless he is duly authorized or compelled by the circumstances to entrust to third person their performance or unless substitution is permitted by usage.

Id.

¹⁵ VI BERNER KOMMENTAR pt. 12 (G. Gautschi ed.). See subsections *Obligationenrecht*, (Teilband pt. 4) and *Der einfache Auftrag* (concerning art. 398) 354-55.

¹⁶ On this controversy see AUBERT, KERNER & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 34-5.

¹⁷ CC, RS 210, art. 2, ¶ 1.

¹⁸ FBL, *supra* note 1, art. 47 provides:

[W]hoever divulges a secret entrusted to him in his capacity as officer, employee, mandatary, liquidator or commissioner of a bank, as a representative of the Banking Commission, an officer or employee of a recognized auditing firm or who has become aware of such a secret in his capacity and whoever tries to induce others to violate professional secrecy shall be punished by a prison term not to exceed six months or by a fine not exceeding SFrs. 50,000.

If the act has been committed by negligence, the penalty shall be a fine not exceeding SFrs. 30,000.

The violation of professional secrecy remains punishable even after termination of the official or employment position or the exercise of the profession. Federal and cantonal regulations concerning the obligation to testify and to furnish information to a government authority shall remain reserved.

Id.

¹⁹ CP, RS 311, art. 321 (1937). This does not include the bankers, and provides that clergymen, attorneys, public notaries, secrecy-bound auditors, pharmacists, doctors, midwives and their assisting personnel, who divulge a secret entrusted to them, or of which they have become aware of in their professional capacity, shall, on complaint, be punished by imprisonment or by a fine.

punishing the violation of professional secrecy, entered into force in 1942, it appeared more appropriate to leave the bank secrecy provision in the Banking Law itself. Nevertheless, the general provision of the Criminal Code also applies to violations of bank secrecy. Besides, provisions of the Criminal Code regarding the disclosure of commercial and business secrets²⁰ and those dealing with espionage and the supplying of economic information to foreign officials and private organizations²¹ are also applicable to bankers.

4. Consequences of a Breach of Bank Secrecy

The breach of bank secrecy being unlawful, a violation thereof involves civil consequences for the author (employee or officer of the bank) and the bank itself; both can be held liable for the damages incurred by the client. The client's claim may be founded on tort²² or on the contractual relationship existing between the client and the bank.²³ In addition, the banking supervisory authority, known as the Federal Banking Commission,²⁴ is empowered to withdraw a bank's license in case of serious breach of a legal obligation.²⁵ The obligation of confidentiality being one of the most important of these legal obligations, the Commission can prevent any bank conducting business in Switzerland from continuing operations if the bank persistently fails to maintain bank secrecy regarding its clients' affairs.

²⁰ *Id.* art. 162. "Any person who reveals a manufacturing or business secret which he was bound to maintain by virtue of a legal or contractual obligation and any person who profits thereby shall, upon complaint, be punished with imprisonment or a fine." *Id.*

²¹ *Id.* art. 273.

Any person who shall have attempted to discover a manufacturing or business secret with the intent to making it available to a foreign official or private organization or to a private foreign business or to the agents for the above-said,

Any person who shall have given access to a manufacturing or business secret to a foreign official or a private organization or to a private foreign business or to the agents for the above-said shall be punished by imprisonment and, in serious cases by criminal detention. The judge may further impose a fine.

Id.

²² CO, RS 220, art. 41. "Whoever unlawfully causes damages to another, whether willfully or negligently, shall be liable for damages." *Id.*

²³ *Id.* art. 97. "Where an obligation due was not performed or its performance was inadequate, the obligor shall compensate for the damages arising therefrom unless he proves that no fault whatever is attributable to him." *Id.*

²⁴ FBL, supra note 1, art. 23, ¶ 1 provides that the Federal Council elects the Federal Banking Commission, which consists of seven to nine members, and appoints its president and two vice presidents. This Commission is responsible for the supervision of the banking system and of the investment funds. The Commission maintains a permanent secretariat.

²⁵ *Id.* art. 23 (quinquies), ¶ 1: The Banking Commission shall withdraw the license to conduct business from banks that no longer meet the conditions necessary for such license or that grossly violate their legal duties.

C. Scope of Bank Secrecy

1. General

Bank secrecy protects the relationship that a client has with a bank, as defined in the FBL,²⁶ and with the associated establishments which are governed by the Banking Law,²⁷ in particular the finance companies publicly soliciting customers' deposits. Thus, the relationships maintained with brokers, private investment managers, and notaries are not protected by bank secrecy,²⁸ and in case of violation of the professional secrecy, the penalty provided by article 47 of the FBL is not applicable. These individuals or firms are nevertheless bound by a *civil* obligation of confidentiality,²⁹ and where business secrets are involved the penalties of the Criminal Code are applicable to unlawful disclosure of such secrets.³⁰

2. Swiss Subsidiaries and Branches of Foreign Banks in Switzerland

Due to the increasing number of foreign banks maintaining a branch office or a subsidiary in Switzerland, it seems worthwhile to examine briefly their status and the application of bank secrecy regulations to these establishments. A conflict may arise between Swiss secrecy rules and the legitimate interest of the foreign parent bank to scrutinize the activities of the Swiss establishment. The control exercised by the foreign banking supervisory authority may also be a source of conflict. Foreign-owned banks doing business in Switzerland are subject to exactly the same regulations as the Swiss banks,³¹ therefore the provisions gov-

²⁶ *Id.* art. 1, ¶ 1. "The present Law applies to banks, private bankers (individual proprietorships, general and limited partnerships) and savings banks, hereinafter referred to as banks." *Id.*

²⁷ *Id.* art. 1, ¶ 2:

The following are treated as banks under the Law:

- a. bank-like finance companies and individual proprietorships that publicly solicit customer deposit. Otherwise, only Articles 7 and 8 of the Law apply to such finance companies and individual proprietorships,
- b. all other finance companies and individual proprietorships that publicly solicit customer deposits, unless this business is restricted to the placement of bond issues
- c. deferred credit institutions.

Id.

²⁸ *Id.* art. 1, ¶ 3:

The present Law is not applicable to exchange agents and broker firms, which limit their activity to negotiate securities and to execute the related operations, without conducting banking business, to private investment managers and public notaries who limit their activity to the managing of their clients' assets without exercising any banking activity.

Id.

²⁹ See CO, RS 220, art. 398. See also BERNER KOMMENTAR, supra note 15.

³⁰ CP, RS 311, art. 162.

³¹ FBL, supra note 1, art. 2: "The provisions of the present Law shall apply by analogy to the

erning bank secrecy which prohibit any disclosure or passing of information to third parties are applicable. Foreign-owned banks may operate in Switzerland either as a subsidiary registered as a Swiss corporation or as a branch office without any independent personality. Their situation, therefore, has to be distinguished.

a. Subsidiary

From a legal viewpoint, the foreign bank subsidiary is a Swiss corporation and the foreign parent bank constitutes a third party. Consequently, all the employees or officers of the subsidiary and its board members are bound by the duty of confidentiality and may not disclose information concerning the clients of the subsidiary.

As a shareholder, the parent bank has the right to obtain general information (auditor's reports, business reports, proposals concerning allocation of the net profit).³² The authorization to consult the company's books and correspondence is only granted to shareholders where such disclosure does not jeopardize the business interests of the company.³³ In banking matters it is obvious that bank secrecy must be strictly safeguarded and therefore, that no information concerning the clients of a Swiss subsidiary can be passed directly or indirectly to the parent bank.

In order to enable the parent bank or the foreign banking supervisory authority to exercise an effective control on the activities of the Swiss subsidiary of a foreign bank, the Federal Banking Commission has set out some principles regarding the supplying of the necessary information.³⁴ The position of the Federal Banking Commission can be summarized as follows:

— Confidential information relating to customers of the subsidiary may only be disclosed with the prior approval of the customer concerned.

— Disclosure of information relating to the activity of the subsidiary is only possible if such information is requested and used for supervision purposes (communications of statistical information relating to classification, on a per country basis, of the subsidiary's assets and liabilities, currency exposure, summary reports on the subsidiary's clients on the basis of their professional activity are authorized for supervision purposes as long as the names of the client are not mentioned).

Important debtors may be notified along with the consolidated supervision of major risks. The foreign recipient should, in that case, give

offices, branches and agencies of foreign banks in Switzerland as well as to their permanent representatives." *Id.*

³² CO, RS 220, art. 696, ¶ 1.

³³ *Id.* art. 697.

³⁴ 1984 FEDERAL BANKING COMMISSION REP. 32 [hereinafter 1984 BANKING REPORT].

the assurance that the information supplied will be used exclusively for supervision purposes. The board of directors is responsible for the adherence to Swiss law, namely to article 273 of the Criminal Code.

b. Branches

The Swiss branch of a foreign bank is not an independent legal entity. The Federal Banking Commission, taking into account that the parent bank is liable for all debts of its branch, has taken the position that the bank secrecy rules do not affect the right of the parent bank to obtain information from the branch for control purposes and, therefore, the bank secrecy which protects the clients cannot conflict with the organization of the foreign banks. It is, however, emphasized that the foreign banking supervisory authorities may under no circumstances have direct controls on the branch.³⁵

It has to be mentioned, however, that the Ordinance on Foreign Banks provides various requirements (maintenance of sufficient funds for transacting business in Switzerland, independent management and organization from the parent bank).³⁶ Consequently, the parent bank's inquiries are likely to be confined to what is essential for branch control.³⁷ In particular, no information on specific creditors or debtors may be transmitted without important grounds of supervision.³⁸

In conclusion, it is interesting to note that according to the Criminal Code provisions,³⁹ it is forbidden for a Swiss bank (and, therefore, for the Swiss subsidiaries and branches of a foreign bank) to grant to foreign officials or their agents the right to examine the books and the files. They are also forbidden to authorize inspections on the spot, even in the presence of an imperative regulation in the internal legislation of the country in which the head office or the major shareholder is located. The persons who facilitate a violation of this prohibition, and the foreign officials or their agents, incur criminal penalties.

³⁵ 1978 FEDERAL BANKING COMMISSION REP. 17-18 [hereinafter 1978 BANKING REPORT].

³⁶ Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse (Ordinance on Foreign Banks in Switzerland) (1984), RS 952.11, art. 3, ¶ 1(a).

³⁷ AUBERT, KERNER & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 292.

³⁸ 1984 BANKING REPORT, *supra* note 34.

³⁹ CO, RS 311, art. 271 reads:

Acts performed without right for a foreign state

Any one who, without having been authorized, shall have performed on Swiss territory for a foreign state acts within the public power, any one who shall have performed such acts for a foreign political party or other organization abroad, any one who shall have aided and abetted such acts, shall be punished by imprisonment and, in grave cases, criminal detention. . . .

III. LIMITS OF BANK SECRECY VIS-À-VIS THE SWISS AUTHORITIES

In relation to this chapter, it is useful to recall that article 47 of FBL specifically reserves the application of federal and cantonal regulations concerning the obligation to testify and to furnish information to governmental authorities.⁴⁰

A. Civil Procedure

The question of the banker's obligation to testify or to produce documentary information in the course of proceedings before a civil court chiefly involves cantonal laws of civil procedure since the Federal Tribunal⁴¹ does not, as a rule, review the facts established in the course of cantonal court proceedings.⁴² Therefore, the Federal Tribunal usually does not hear witnesses nor examine documentary evidence that was not previously submitted to the lower courts.

At the cantonal level, the situation differs from one canton to another since the law of civil procedure falls within the legislative purview of each canton. Three groups of cantons can be distinguished. Some cantons, like Geneva,⁴³ recognize the right of any person bound by a professional obligation of confidentiality not to testify. The banker is included in this category of persons. Other cantons, like Zurich,⁴⁴ leave it up to the judge to decide whether the particular case or the interests involved oblige a banker to testify. In the last group of cantons, like Bale,⁴⁵ bank secrecy is not regarded as a professional secrecy which entitles the banker to refuse to testify. It is interesting to note that each of the laws of procedure of the three cantons (Geneva, Bale and Zurich), which constitute the major focus of Swiss banking activities, holds a different view on this point.

In this context of civil trials, in inheritance matters it is well established by federal and cantonal courts⁴⁶ that bank secrecy cannot be used for illegally concealing the assets to which the heirs of the deceased account-holder are entitled. Therefore, on furnishing to the bank the proof of heirship under the will or the law applicable to the estate, an individual can obtain information regarding the account of the deceased. It has been held that in order to exercise their rights, the heirs are entitled to be

⁴⁰ FBL, *supra* note 1, art. 47.

⁴¹ The Federal Tribunal is the Swiss Supreme Court (*see* CST, arts. 106-14 *bis*).

⁴² Loi fédérale d'organisation judiciaire (Federal Law on Judicial Organization) (1943), RS 173.110, arts. 41, 42 and 43, ¶ 3.

⁴³ Geneva, Argovie, Bern, Neuchâtel, Saint-Gall, Valais, Vand.

⁴⁴ Zurich, Fribourg, Nidwald, Schwyz, Tessin, Uri, Zng.

⁴⁵ Bâle-ville, Bâle-campagne, Appenzell AI, Appenzell AR, Glaris, Grison, Lucerne, Obwald, Schaffhouse, Soleure, Thurgovie.

⁴⁶ AUBERT, KERNER, & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 216-17.

as fully informed as the deceased.⁴⁷

Bank secrecy rules may, nevertheless, protect the confidential information relating to the private life of the deceased account-holder, provided the account-holder has requested the fiduciary to keep it secret even from heirs and also provided it does not hinder the heirs from establishing their entitlement to the estate.⁴⁸

B. Debt Collection and Bankruptcy

Without examining this field in detail it has to be noted that bank secrecy does not protect the clients of a bank who refuse to pay their debts or who are declared bankrupt. In debt collection proceedings, a banker is required to furnish information relating to the debtor's assets. In bankruptcy proceedings, the official receivers, trustees in bankruptcy, or liquidators of a company are authorized to obtain information from the bank concerning all the assets of the bankrupt person.⁴⁹ This area is governed by the Federal Law on Debt and Bankruptcy.⁵⁰

A specific provision of the Debt and Bankruptcy Law⁵¹ has raised some questions with regard to bank secrecy. This provision allows a creditor (domiciled in Switzerland or in a foreign country) who believes that a debtor is concealing assets in a Swiss bank, to request as a protective measure a judicial order attaching the debtor's assets. The bank is compelled to block the assets pursuant to the judicial order, but the question of the nature of the information which may be given to the creditor through the Debt and Bankruptcy Office is still controversial.

Despite various court decisions which have affirmed the obligation of the banks to disclose information⁵² on the assets blocked, it has appeared that there are no legal means to force the banks to answer before a final judgment is rendered on the merits of the creditor's claim.⁵³ Therefore, the banks usually decline to answer until a final decision in favor of the creditor has been rendered.

C. Criminal Procedure

With the involvement of the public interest in criminal procedure cases, the only persons who are *not* under the obligation to testify are priests, lawyers, public notaries, doctors, chemists, midwives and their

⁴⁷ 89 II Arrêt du Tribunal Fédéral (Decision of the Federal Tribunal), at 87, 93-94 [hereinafter ATF].

⁴⁸ 1957 I JT, *supra* note 12, at 130.

⁴⁹ AUBERT, KERNER & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 122, 124.

⁵⁰ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Federal Law on Debt and Bankruptcy), RS 281.1 (1889). [hereinafter LPDF].

⁵¹ *Id.* art. 271.

⁵² 109 II ATF, *supra* note 47, at 22.

⁵³ AUBERT, KERNER & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 139.

assistants.⁵⁴ This list does not include the banker who has to testify and produce all documents which appear necessary to the case.

The Federal Law on Criminal Procedure⁵⁵ provides that the inspection of documents has to be executed in a manner which respects secrets of a private nature. This legal provision has been construed as permitting the banker to safeguard the client's private sphere by not delivering documents which are not relevant to the criminal investigation (clients' letters, for example).⁵⁶

D. Administrative Procedure

Under this paragraph we will limit our examination to the observance of bank secrecy toward the tax authorities.

1. Taxation Procedure

As a general principle, the tax authorities in the normal course of taxation procedure collect the necessary information from the taxpayer who is bound to make a fair and accurate tax return.⁵⁷ Third parties are compelled to give information only to the extent provided by law. It is only when the taxpayer does not comply with the tax authorities' request for information that a third person may have to provide answers directly.⁵⁸

Whereas the investment managers, accountants and other persons who manage the assets of the taxpayer can be requested to provide information directly to the tax authorities,⁵⁹ a restriction with respect to the persons bound by a legal duty of professional secrecy is expressly made.⁶⁰ This restriction concerns the professional secrecy as instituted by the Criminal Code⁶¹ and also bank secrecy, a breach of which carries criminal consequences.⁶² Consequently, in the course of a taxation procedure the tax authorities cannot investigate directly or request a bank to give information or documents concerning its clients, as bank secrecy can be invoked successfully.

⁵⁴ Loi fédérale sur la procédure pénale (Federal Law on Criminal Procedure), RS 312.0, art. 77 (1939) [hereinafter Federal Law on Criminal Procedure].

⁵⁵ *Id.* art. 69.

⁵⁶ AUBERT, KERNER & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 101.

⁵⁷ Arrêté du Conseil Fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct (Federal Decree on Federal Income Tax), RS 642.11, arts. 82-7, 89, 91, 97 (1940) [hereinafter AIFD].

⁵⁸ *Id.* art. 90, ¶ 6.

⁵⁹ *Id.* art. 90, ¶¶ 5, 6. These requirements were introduced in Loi Fédérale instituant des mesures propres à lutter plus efficacement contre la fraude fiscale au titre de l'impôt fédéral direct RO 1977 (1977), at 2103-07.

⁶⁰ AIFD, *supra* note 57, art. 90, ¶ 6.

⁶¹ CP, RS 311, art. 321.

⁶² FBL, *supra* note 1, art. 47; AUBERT, KERNER, SCHÖNLE, *supra* note 9, at 153.

2. Tax Fraud/Tax Evasion

Nevertheless, in certain circumstances tax claims may lead to the lifting of bank secrecy (e.g., in cases of tax fraud). Swiss law, at the federal and cantonal level, makes a distinction between tax evasion and tax fraud. Tax evasion occurs when a taxpayer does not declare income and, as a consequence, is not taxed on that income.⁶³ At the federal and cantonal level, tax evasion is an administrative offense which is punishable by the imposing of a fine.⁶⁴ The authorities in a procedure for tax evasion have the same powers of investigation which they have in a taxation procedure⁶⁵ (e.g., no direct information can be requested directly from third parties bound by a professional or legal duty of secrecy).

Tax fraud is committed when a taxpayer uses false, falsified or inaccurate documents with the purpose of defrauding the tax authorities.⁶⁶ Tax fraud is qualified as a criminal offense by the Federal Law on Income Tax and is pursued by criminal procedure.⁶⁷ As seen previously, in such procedure, bank secrecy is not effective.⁶⁸ Tax fraud also constitutes a criminal offense under the Federal Laws on Stamp Tax,⁶⁹ Withholding Tax,⁷⁰ and Anticipatory Tax⁷¹ and is prosecuted by the administrative authorities according to the Criminal Administrative Law.⁷²

Bank secrecy will consequently be lifted in the course of a tax fraud prosecution when the tax authorities are empowered to investigate in direct cooperation with the banks and to seize documents. At the cantonal level, the tax laws of the majority of the cantons provide for prosecution of tax fraud as a criminal offense (especially in Zurich, Geneva and Basle).⁷³

IV. BANK SECRECY AND INTERNATIONAL ASSISTANCE

A. In General

The FBL prohibits any violation of bank secrecy which may take

⁶³ AIFD, *supra* note 57, art. 129.

⁶⁴ *Id.* art. 129, ¶ 1.

⁶⁵ *See supra* notes 57 and 58.

⁶⁶ *Id.* art. 130 bis.

⁶⁷ *Id.* art. 133 bis; *see supra* note 54.

⁶⁸ *See supra* pt. III. C.

⁶⁹ Loi fédérale sur le droit de timbre (Federal Law on Stamp Tax), RS 641.10 (1973), art. 50.

⁷⁰ Loi fédérale sur l'impôt anticipé ¶ 1. RS 642.21 (1965), art. 67, (Federal Law on Withholding Tax).

⁷¹ Arrêté du Conseil Fédéral instituant un impôt sur le chiffre d'affaires (Importation Duty Law), RS 641.20 (1941), art. 41, ¶ 1.

⁷² Loi fédérale sur le droit pénal administratif (Federal Law on Criminal Administrative Law), RS 313.0 (1974).

⁷³ AUBERT, KERNER & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 164.

place in Switzerland or abroad.⁷⁴ In addition, article 271 of the Criminal Code⁷⁵ prohibits the execution in Switzerland of foreign acts of state and punishes the offenders by imprisonment. Therefore, a foreign authority wishing to obtain information, documentary evidence, or witness statements from Swiss citizens or residents of Switzerland must request the official assistance of this country.

In civil matters, Switzerland being a party to the Hague Convention on Civil Procedure,⁷⁶ the requests are addressed to a Swiss judge and executed according to the cantonal laws of procedure.⁷⁷ Therefore, the question of the lifting of bank secrecy will be resolved as if it were a domestic procedure.⁷⁸

Switzerland has entered into various agreements for the purpose of avoiding double taxation. These agreements provide for a limited exchange of information.⁷⁹ In the field of assistance in criminal matters, Switzerland is a party to the European Convention on Judicial Assistance in Criminal Matters⁸⁰ and entered into a Treaty of Mutual Assistance with the United States in 1973.⁸¹ In addition, Switzerland has recently enacted a Federal Law Relating To The International Assistance in Criminal Matters in 1981, which entered into force in 1983.⁸²

Consideration should also be given to the Memorandum of Understanding between the United States and Switzerland to Establish Mutually Acceptable Means for Improving International Law Enforcement Cooperation in the Field of Insider Trading and also to the private agreement of the Swiss Bankers' Association on this subject and future legislation in this field.⁸³

B. Assistance Through Bilateral Agreements Designed to Avoid Double Taxation

1. In General

Certain bilateral conventions signed by Switzerland include a clause

⁷⁴ CP, RS 311, art. 7 provides that a crime is deemed to have taken place where the offender has acted, and at the place where the consequences have occurred.

⁷⁵ CP, RS 311, art. 271.

⁷⁶ The Hague Convention Relating to Civil Procedure, July 17, 1905 (codified as RS 0.274.12 and revised in 1957).

⁷⁷ *Id.* art. 14.

⁷⁸ See *supra* pt. III. A.

⁷⁹ See *infra* pt. IV. B.

⁸⁰ See *infra* pt. IV. C. 1.

⁸¹ See *infra* pt. IX. C. 2.

⁸² Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (Federal Law on Assistance in Criminal Matters), RS 351.1 (1981) [hereinafter Federal Law on Assistance]. See *infra* note 149 and accompanying text.

⁸³ See *infra* pt. V.

providing for the exchange of such information as is necessary for carrying out the provisions of the conventions: those signed with Austria,⁸⁴ Belgium,⁸⁵ Canada,⁸⁶ Denmark,⁸⁷ France,⁸⁸ Great Britain,⁸⁹ Italy,⁹⁰ New Zealand⁹¹ and the Federal Republic of Germany.⁹² The convention with the United States contains a more extensive exchange of information clause.⁹³

In practice, Switzerland has agreed to transmit information which is proved to be necessary for the proper application of the agreements even when the agreement concerned does not expressly provide for such exchange of information.⁹⁴ In most cases, information will not be exchanged for the purpose of assisting the foreign state in applying its own tax legislation; rather such assistance will be limited to the exchange of information necessary for the control of the regular application of the agreement. In addition, the agreements which provide for exchange of information all contain a limitation in the sense that no information revealing a business, industrial or professional secret or trade process may be disclosed.⁹⁵

Only the agreements signed with Austria, Belgium, West Germany, Denmark, France and Italy mention bank secrecy expressly.⁹⁶ It has, however, always been held that business and professional secrets include bank secrecy; thus, a specific reference to this concept is not necessary to guarantee its protection.⁹⁷

⁸⁴ Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Jan. 30, 1974, Switz.-Aus. (codified as RO 1974 II, art. 26, ¶ 1, at 2085).

⁸⁵ Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Aug. 28, 1978, Switz.-Belg. (codified as RO 1980 II, art. 27, ¶ 1, at 1456).

⁸⁶ Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Aug. 20, 1976, Switz.-Can. (codified as RO 1977 II, art. 25, ¶ 1, at 1526).

⁸⁷ Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Nov. 23, 1973, Switz.-Den. (codified as RO 1974 II, at 1720).

⁸⁸ Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Sept. 9, 1966, Switz.-Fr. (codified as RO 1967 II, art. 28, at 1119).

⁸⁹ Convention for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, Sept. 30, 1954, Switz.-U.K. (codified as RO 1955 II, art. XX, at 329).

⁹⁰ Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Mar. 9, 1976, Switz.-Italy (codified as RO 1979 I, art. 27, ¶ 1, at 461).

⁹¹ Convention for the Avoidance of Double Taxation, June 6, 1980, Switz.-N.Z. (codified as RO 1981 II, art. 24, ¶ 1, at 1812).

⁹² Convention Concerning the Avoidance of Double Taxation, Aug. 11, 1971, Switz.-W. Ger. (codified as RO 1972 II, art. 27, at 3128).

⁹³ Convention for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, May 24, 1971, Switz.-U.S. (codified as RO 1951 II, art. XVI, ¶ 1, at 895).

⁹⁴ Gremaud, *Entraide administrative et judiciaire en matière fiscale*, 30 ETUDES SUISSES DE DROIT EUROPEAN 187 (1986); JT, *supra* note 12, at 303.

⁹⁵ See *supra* notes 84-93.

⁹⁶ See *supra* notes 84, 87, 88, 90, and 92.

⁹⁷ Gremaud, *supra* note 94.

In order to reassure the foreign states which signed an agreement concerning the avoidance of double taxation with Switzerland that the conditions set forth are respected, the Federal Council enacted a decree in 1962.⁹⁸ The purpose of this decree is to preclude the unjustified use of the agreements against double taxation (withholding tax).

Under these regulations a taxpayer who desires to benefit from the agreement shall furnish certain information to the Federal Tax Administration. If the requested information is not provided, the benefit of the agreement is refused. Switzerland can therefore give the necessary assurance to the foreign states that the agreements are not abused without having to communicate information qualified as business or industrial secrets or covered by bank secrecy.⁹⁹

2. The Double Taxation Agreement with the United States

The Double Taxation Agreement entered by and between Switzerland and the United States in 1951¹⁰⁰ contains a clause on the exchange of information with a larger scope than those examined above. Article XVI provides that the competent authorities will also exchange such information as is necessary for the prevention of tax fraud and the like in relation to the taxes which are the subject of the convention. It is nevertheless provided that there will be no exchange of information when it will imply the disclosure of any trade, business, industrial or professional secret on any trade process. This feature has been tested twice by the Federal Tribunal.

In 1970, the U.S. Internal Revenue Service ("IRS") requested the Federal Tax Administration to transmit information obtained from the documents of a Swiss bank. At that time, the Federal Tribunal held that although the Agreement provides for an exchange of information to prevent tax fraud, this concept of prevention was said to include repression.

The Tribunal further stated that despite the restriction relating to business and professional secrets, bank secrecy could not be set up against the transmission of information in case of tax fraud.¹⁰¹ This decision has been criticized by a majority of legal authors¹⁰² who have noted that according to article XVI of the Agreement, professional secrecy, including bank secrecy, should prevail over the general mutual assistance obligation.

In 1972, the IRS requested the Federal Tax Administration to trans-

⁹⁸ Arrêté du Conseil Fédéral instituant des mesures contre l'utilisation sans causes légitimes des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter des doubles impositions, RS 672.202 (1962).

⁹⁹ Gremaud, *supra* note 94, at 190-91.

¹⁰⁰ See *supra* note 93.

¹⁰¹ 1971 II JT, *supra* note 12, at 571.

¹⁰² AUBERT, KERNEN & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 390.

mit original documents obtained from a Swiss bank and the testimony of witnesses. The Federal Tribunal on this occasion specified the limits of the cooperation¹⁰³ which could be granted under the Swiss-U.S. Agreement, and stated that article XVI concerned only the exchange of information in the form of a written report and did not prescribe actual judicial assistance in criminal matters which would include the testimony of witnesses. Therefore, the Federal Tribunal ordered the Federal Tax Administration not to grant the extended assistance requested by the IRS.

It should be noted that since the enactment of the Federal Law on Judicial Assistance in Criminal Matters in 1983,¹⁰⁴ article XVI of the Swiss-U.S. Agreement has lost its importance as the Federal Law allows assistance in case of tax fraud offenses.

3. Multilateral Convention

In this context it is relevant to mention that Switzerland has recently expressed its refusal to sign the New Multilateral Convention on Tax Co-operation prepared by the Organization for Economic Cooperation and Development ("OECD")¹⁰⁵ on the basis that the Convention does not guarantee the rights to the private sphere, does not distinguish, as Swiss law does, tax fraud from tax evasion, and does not respect the principle of "specialty."¹⁰⁶

C. Assistance in Criminal Matters

We have seen¹⁰⁷ that in the course of a criminal prosecution conducted in Switzerland, bank secrecy cannot be invoked since the public interest prevails over the private interest of a bank's client.

In terms of international assistance, the same solution applies provided that the conditions for obtaining Swiss assistance are met, and that the offense prosecuted abroad is not of a nature for which Switzerland refuses to grant assistance.

¹⁰³ 101 Ib ATF, *supra* note 47, at 160.

¹⁰⁴ See *infra* pt. IV. C. 3.

¹⁰⁵ Journal de Genève, Oct. 10, 1987 (interview with Ambassador Jean Zwahlen).

¹⁰⁶ The principle of "specialty" means that information obtained through judicial assistance may not be used for any purpose, or in connection with any offense, other than the one for which assistance was granted.

¹⁰⁷ See *supra* pt. III. C.

1. European Convention on Judicial Assistance in Criminal Matters¹⁰⁸

Through the European Convention Switzerland is bound with West Germany, Austria, Belgium, Denmark, Spain, Finland, France, Greece, Iceland, Israel, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Norway, the Netherlands, Sweden and Turkey.¹⁰⁹ Swiss cooperation is granted to foreign states in proceedings concerning the prosecution of offenses which are of the competence of judicial authorities in the requesting state.¹¹⁰

The assistance shall, however, be refused when the offense is characterized as a political offense or a tax offense.¹¹¹ The assistance shall also be refused when it may, if granted, jeopardize the sovereignty, security, public order or other essential interests of Switzerland.¹¹² In that respect, restrictions concerning currency control have been held to be contrary to the Swiss public order;¹¹³ consequently, Switzerland will refuse to cooperate with the prosecution of offenses of this nature.

It follows logically that the information and/or documents transmitted to a foreign country for a specific prosecution may not be used for a procedure concerning offenses for which Switzerland would not have granted its assistance or has refused it. In order to introduce this particular rule of Swiss law (principle of speciality)¹¹⁴ into the realm international cooperation and assistance, Switzerland has made an express reservation to the European Convention.¹¹⁵

The Federal Tribunal has held that a foreign authority is precluded from using the information obtained through Swiss assistance for the prosecution of offenses described in article 2(a) of the European Convention only when the Swiss authority has made the assistance conditional upon the prohibition of such use.¹¹⁶

In all cases where the cooperation requires the use of coercive measures (seizure of documents, search warrant, etc.), Switzerland will grant assistance on condition that the offense prosecuted in the foreign state also constitutes a criminal offense under Swiss law. This constitutes the

¹⁰⁸ European Convention on Judicial Assistance in Criminal Matters, Apr. 20, 1959 codified in RS 0.351.1) [hereinafter European Convention].

¹⁰⁹ List of ratifications of Apr. 1, 1986.

¹¹⁰ European Convention, *supra* note 108, art. 1, ¶ 1.

¹¹¹ *Id.* art. 2(a).

¹¹² *Id.* art. 2(b).

¹¹³ 1970 I JT, *supra* note 12, at 92-94; AUBERT, KERNEN, SCHÖNLE, *supra* note 9, at 337.

¹¹⁴ See *supra* note 106.

¹¹⁵ European Convention Swiss Reserves, *supra* note 109, art. 2(b). Switzerland reserves its right in special cases to grant assistance, according to the Convention, on the express condition that the result of the investigations conducted in Switzerland, and information contained in documents or files transmitted, be used exclusively to investigate and judge the offenses for which assistance has been granted.

¹¹⁶ 107 Ib ATF, *supra* note 47, at 264.

principle of "double incrimination." To this effect, Switzerland has used the possibility reserved by the European Convention to make a reservation for the application of this principle.¹¹⁷

The lifting of bank secrecy always implies coercion and, therefore, the limits to the assistance resulting from the two restrictions made by Switzerland to articles 2 and 5 of the European Convention allows this country to impose its internal principles on international cooperation. In particular, bank secrecy cannot be lifted more extensively in providing international assistance than it could be in the course of a domestic prosecution.

2. Swiss-U.S. Treaty Concerning Assistance in Criminal Matters

The Swiss-U.S. Treaty, signed on May 25, 1975, was entered into force on January 23, 1977.¹¹⁸ It contains two parts: the first concerns general assistance which does not differ drastically from the European Convention and the usual practice followed by Switzerland in international cooperation; the second part provides a special procedure intended to facilitate the prosecution of what is described as organized groups of criminals.

Due to the different approach and protection of the private sphere maintained by each country, numerous specific provisions have been included in the Swiss-U.S. Treaty in order to guarantee the right to confidentiality according to the Swiss law concept.¹¹⁹

a. General Procedure

Each party to the Treaty attempts to grant assistance to the other in investigations and court proceedings for criminal offenses, the punishment of which falls within the jurisdiction of the authorities of the requesting state.¹²⁰

(i) The Treaty contains a basic limitation, already examined with regard to the European Convention by which Switzerland provides its assistance; this limitation has a particular effect on the lifting of bank secrecy. In particular, the Treaty is not applicable when the offense being prosecuted is of a political, military or tax nature or concerns anti-trust laws.¹²¹ However, assistance may be possible for offenses involving customs and tax laws when they constitute violations of gambling and

¹¹⁷ European Convention, *supra* note 108, art. 5, ¶ 1(a).

¹¹⁸ *Traité entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters)*, May 25, 1975, U.S.-Switz. RS 0.351.933.6 [hereinafter Swiss-U.S. Treaty].

¹¹⁹ See *infra* notes 128-29, 134, 135 and 136.

¹²⁰ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118, art. 1.

¹²¹ *Id.* art. 2, ¶ 1(c).

betting regulations, or to drugs, weapons and explosives regulations.¹²²

Not only has the principle of specialty¹²³ been expressly set forth,¹²⁴ but also the principle of double incrimination has been introduced in the Treaty if the assistance involves measures of coercion. In fact, a list of the offenses for which measures of coercion can be taken is annexed to the Treaty.¹²⁵ In case the offense prosecuted is not mentioned in the said list, the requested state may decide whether the seriousness of the offense nevertheless justifies the application of coercive measures.¹²⁶

This provision allows the requested state to provide assistance by taking coercive measures even when the offense is not mentioned in the list annexed to the Treaty but is punishable under the criminal laws of both states.¹²⁷ The assistance can be refused when the request may jeopardize the sovereignty, security or similarly important interests of Switzerland.¹²⁸

The Swiss Implementing Law to the Treaty¹²⁹ provides that disclosure of a business or industrial secret in the sense of article 273 of the Criminal Code¹³⁰, or of a banking secret, will harm important interests of Switzerland when it is foreseeable that the Swiss economy will be seriously endangered and when the resulting damage will be outweighed by the importance of the offense prosecuted.¹³¹

Therefore, transmission of secret information should be limited. This limitation will be invoked in exceptional circumstances only where, for instance, a Swiss bank would, in order to fulfill the request of assistance, disclose its relationship with an important segment of its clientele.¹³²

These questions are examined by a special Commission¹³³ which will apply the principle of proportionality and balance, in each case, the necessity of assistance with the harm that the Swiss economy may suffer.

¹²² *Id.* art. 2, ¶ 1(c)(5).

¹²³ See *supra* note 106.

¹²⁴ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118, art. 5, ¶ 1.

¹²⁵ *Id.* art. 4.

¹²⁶ *Id.* art. 4, ¶ 3.

¹²⁷ Aubert, *A protection des secrets bancaire, de fabrication et d'affaires et le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis*, 67 FICHES JURIDIQUES SUISSES 12.

¹²⁸ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118, art. 3, ¶ 1(a).

¹²⁹ Loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Implementing Federal Law of the Swiss-U.S. Treaty), RS 351.93 (1975) [hereinafter Implementing Law].

¹³⁰ CP, RS 311, art. 273.

¹³¹ Implementing Law, RS 351.93, art. 20, ¶ 1.

¹³² AUBERT, KERNEN & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 345. Message of the President of the United States transmitting the Swiss-U.S. Treaty to the Senate, 94th Cong., 2d Sess. (Feb. 18, 1976). *Id.* at 39.

¹³³ Implementing Law, RS 351.93, art. 6.

In certain cases the assistance will be granted only upon the condition that the United States request a protective order for evidence which involves a secret, the disclosure of which could be damaging for the Swiss economy.¹³⁴

(ii) In order to reinforce the protection of the private sphere, a special provision has been introduced in the Treaty which is designed to safeguard confidential information or information protected by bank secrecy, relative to a "third party uninvolved" in the prosecution of the offense mentioned in the request for assistance.

Only under specific circumstances enumerated in the Treaty¹³⁵ may such confidential information (professional, industrial secrets or information protected by bank secrecy) concerning a third party be disclosed.¹³⁶ The Swiss Federal Council has ruled that with respect to these three conditions the protection of the private sphere of an apparent uninvolved third party is sufficiently guaranteed.¹³⁷

It should, however, be noted that the concept of the uninvolved third party has received a very restricted construction. Certain legal writers are even asking whether this concept is a ghost which has no real application.¹³⁸

Status as an uninvolved third party has been refused to any person as soon as there exists a direct relationship with one of the persons or facts described in the request for assistance, independent of:

- any criminally or civilly punishable action of the third party,
- the standing of the party in the foreign procedure,
- the existence of the name of the third party in the request for assistance.¹³⁹

The status as an uninvolved third party has in particular been refused to the person acting as intermediary in the payment of a bribe,¹⁴⁰ to a corporation whose principal shareholder was the accused¹⁴¹ or to its

¹³⁴ *Id.* art. 20, ¶ 3(a).

¹³⁵ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118, art. 10, ¶ 2.

¹³⁶ The conditions are the following:

a) The request of assistance relates to an offense qualified as serious.

b) The disclosure of secret information is important on the search for an essential element of the prosecution.

c) The United States should prove that they have utilized other means to attempt to obtain the requested information in their country, but were unsuccessful.

¹³⁷ Message du Conseil Fédéral concernant le traité (Message of the Federal Council Concerning the Treaty) II FF (1974), at 586.

¹³⁸ Bernasconi, DROITS ET DEVOIRS DE LA BANQUE ET DE SES CLIENTS DANS LA PROCÉDURE D'ENTRAIDE JUDICIAIRE INTERNATIONALE EN MATIÈRE PÉNALE, IN BEITRÄGE ZUM SCHWEIZERISCHEN BANKENRECHT 365 (1987) [hereinafter BERNASCONI].

¹³⁹ *Id.* at 366 (see especially unpublished court decisions).

¹⁴⁰ 105 Ib ATF, *supra* note 47, at 418.

¹⁴¹ *Id.* at 107 Ib, 258.

directors,¹⁴² to the wife or mistress of the accused who had a power of attorney on the bank account of the accused, and to the lawyer of the account-holder with the power of attorney.¹⁴³

b. Provisions Regarding Organized Group of Criminals

In the presence of an organized group of criminals, as defined in the Treaty,¹⁴⁴ assistance may be granted in tax matters, specifically in offenses under the income tax legislation as well as in securities and anti-trust matters.¹⁴⁵

Under such circumstances Switzerland does not condition its cooperation on a requirement that the offense be punishable under its own law¹⁴⁶ but does request that the person prosecuted be suspected of occupying an important position in the criminal organization. In addition, the United States must demonstrate that the evidence already in their possession is insufficient to establish a relationship with the organization, and that the information furnished by Switzerland will permit the conviction and a severe term of imprisonment for the offender which will durably injure the organization.¹⁴⁷

Thus, under this special procedure for the prosecution of organized groups of criminals, Switzerland has abandoned some of the basic principles applied when acting in cooperation with a foreign state: double incrimination and non-assistance in tax matters. The Federal Council stated that this was justified by the importance of the fight against this particular type of criminality.¹⁴⁸

3. Federal Law on International Assistance in Criminal Matters¹⁴⁹

The Federal Law on Assistance entered into force on January 1, 1983.¹⁵⁰ The object of this Law is to provide assistance for extradition of persons condemned or prosecuted in a foreign state, cooperation in the course of a foreign criminal prosecution, and for enforcement of foreign judgments.¹⁵¹

Its main feature is the generalization, in the absence of any treaty, of

¹⁴² BERNASCONI, *supra* note 138, at 366 (citing an unpublished decision of the Federal Tribunal, Apr. 11, 1979).

¹⁴³ *Id.* (citing an unpublished decision of the Federal Tribunal, Feb. 8, 1984).

¹⁴⁴ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118, art. 6, ¶ 3.

¹⁴⁵ *Id.* art. 2, ¶ 2, art. 7, ¶ 2.

¹⁴⁶ *Id.* art. 7, ¶ 1.

¹⁴⁷ *Id.* art. 7, ¶ 2.

¹⁴⁸ Message of the Federal Council Concerning The Treaty, *supra* note 137, at 587.

¹⁴⁹ Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (Federal Law on Assistance in Criminal Matters), RS 351.1 (1981) [hereinafter Federal Law on Assistance].

¹⁵⁰ Arrête du Conseil Fédéral (Decree of the Federal Council), RO 1982 (1982), at 877.

¹⁵¹ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 1, ¶ 1.

a compulsory procedure for judicial assistance. One of its novel aspects is the introduction, for the first time, of international assistance in cases of tax fraud offenses. We have seen that with the Swiss-U.S. Treaty, such assistance was limited to the prosecution of organized groups of criminals.¹⁵² In the Double Taxation Agreement with the United States, the exchange of information designed to prevent tax fraud offenses was limited to information short of actual judicial assistance.¹⁵³

Swiss cooperation is not an international obligation; Switzerland may therefore refuse to cooperate with countries whose concept of criminal law is in complete contradiction with essential Swiss legal principles.¹⁵⁴ Even if not clearly set forth in the Federal Law on Assistance, it is admitted that all countries, including those which have entered into a treaty with Switzerland, may request the assistance of Switzerland through this Federal Law¹⁵⁵ on a reciprocal basis.¹⁵⁶

As a preliminary condition for the granting of assistance, Switzerland requires that the request of the foreign state relates to a criminal prosecution in which recourse to a judicial authority is possible.¹⁵⁷ Thus, it has been held that violations of administrative regulations constitute criminal cases, provided that the matter can be brought before a judge. In this context, the Federal Tribunal has recognized that the U.S. Securities and Exchange Commission ("SEC") is an authority which can request Swiss assistance since it can denounce the violation of the law to a judicial authority.¹⁵⁸

The Federal Law on Assistance contains the usual limitations observed by Switzerland when granting international assistance. In particular, Switzerland will refuse to cooperate in political or military matters¹⁵⁹ (with the exception of a political offense which tends to exterminate a race or involves terrorism).¹⁶⁰ Switzerland also reserves the right to refuse its assistance when its sovereignty, security, public order or other essential interests could be injured.¹⁶¹ Switzerland continues to refuse to cooperate when the act prosecuted is a tax evasion offense or a violation of regulations concerning the monetary, commercial or economic policy of the foreign requesting state.¹⁶²

¹⁵² Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118, art. 2, ¶ 2, art. 7, ¶ 2.

¹⁵³ See *supra* pt. II. B. 2.

¹⁵⁴ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 1, ¶ 4.

¹⁵⁵ Gremaud, *supra* note 94, at 207.

¹⁵⁶ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 8.

¹⁵⁷ *Id.* art. 8, ¶ 3.

¹⁵⁸ *Ib* ATF, *supra* note 47, at 47.

¹⁵⁹ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 3, ¶ 1.

¹⁶⁰ *Id.* art. 3, ¶ 2.

¹⁶¹ *Id.* art. 1, ¶ 2.

¹⁶² *Id.* art. 3, ¶¶ 1, 3.

While the Federal Law on Assistance authorizes for the first time the granting of cooperation with respect to the prosecution of a tax fraud offense,¹⁶³ as distinct from a tax evasion offense,¹⁶⁴ such assistance constitutes *minor* assistance limited to the transmission of information, documents, and the testimony of witnesses and not *major* assistance such as the extradition of an offender or the enforcement of a foreign decision on this subject in Switzerland.¹⁶⁵

Article 24 of the Implementing Ordinance to the Law¹⁶⁶ defining the concept of tax fraud, refers to article 14, paragraph 2 of the Federal Law on Administrative Criminal Law.¹⁶⁷ The concept of tax fraud in the Federal Law on Administrative Criminal Law (which is applied in prosecutions of offenses against the Withholding Tax Law, the Stamp Tax Law and the Importation Tax Law)¹⁶⁸ is less restrictive than the concept of tax fraud in the Federal Law on Income Tax.¹⁶⁹ Under the Federal Law on Assistance, prosecution for a foreign income tax fraud could proceed where such prosecution would not be possible under Swiss procedure. Assurances have, however, been given that assistance would only be granted when the tax fraud would comply with the definition given by article 130*bis* of the Federal Law on Income Tax.¹⁷⁰

Various legal writers are of the opinion that the application of the Federal Law on Assistance to Tax Matters will raise numerous problems, chiefly because the distinction between tax evasion (which is not grounds for Swiss assistance) and tax fraud is a typically Swiss concept generally unknown to foreign legislatures.¹⁷¹ This problem is compounded by the fact that article 24 of the Implementing Ordinance to the Law on Assistance¹⁷² states that a request cannot be rejected merely because Swiss law does not impose the same type of tax or does not contain the same type of regulation in tax matters. In order to try to eliminate this problem, when there is confusion the Federal Police Office may request the advice of the

¹⁶³ *Id.* art. 3, ¶ 3 *in fine*.

¹⁶⁴ See *supra* notes 63 and 66 (on the distinction of a tax fraud and tax evasion).

¹⁶⁵ See Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 3, ¶ 3 which provides that assistance in case of tax fraud is given according to the third part of the law. Extradition and enforcement of foreign decisions are included in the second and fifth part of the law, respectively. Therefore, they are not applicable for assistance in tax fraud prosecution.

¹⁶⁶ Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale (Implementing Ordinance to the Law on Assistance), Feb. 24, 1982, RS 351.11 [hereinafter Implementing Ordinance to the Law on Assistance].

¹⁶⁷ Federal Law on Criminal Administrative Law, RS 313.0.

¹⁶⁸ See *supra* notes 69-71.

¹⁶⁹ AIFD, *supra* note 57.

¹⁷⁰ See Gremaud, *supra* note 94, at 212-13.

¹⁷¹ AUBERT, KERNAN & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 317.

¹⁷² Implementing Ordinance to the Law on Assistance, RS 313.0.

Federal Tax Administration whose opinion shall be binding.¹⁷³

Finally, the Federal Law on Assistance provides that assistance will be refused if the offense does not justify the procedure.¹⁷⁴ In tax fraud matters it has been held that the amount of the fraud in Swiss francs should have at least five figures. It is, however, not clear whether assistance will be granted for SFrs. 10,000.¹⁷⁵

In order to ensure the respect for the Swiss principles under which international assistance is granted, the Federal Law on Assistance includes the rule of specialty¹⁷⁶ and of double incrimination when the foreign request for assistance implies the taking of coercive measures.¹⁷⁷

Respect for the private sphere is guaranteed by various provisions covering the right to refuse to testify,¹⁷⁸ the conduct of investigations of documents,¹⁷⁹ and the protection of uninvolved third parties.¹⁸⁰ The possibility of disclosing information about an uninvolved third party which is of a confidential nature and/or protected by a professional secret in the sense of article 273 of the Criminal Code¹⁸¹ or covered by bank secrecy, is treated in a manner similar to that espoused by the Swiss-U.S. Treaty.¹⁸²

When the conditions for such disclosure are not fulfilled, any reference to the information relating to the third party, which may appear in other documents transmitted to the requesting state, shall be eliminated.¹⁸³

In addition, in order to grant effective protection to uninvolved third parties, the Federal Law on Assistance provides that until a decision to transmit the information relating to the private sphere of these third parties is made, all other participating persons are excluded from the cooperation procedures to prevent them from gaining knowledge of these

¹⁷³ *Id.* art. 24, ¶ 3.

¹⁷⁴ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 4.

¹⁷⁵ Gremaud, *supra* note 94, at 210.

¹⁷⁶ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 67. This law provides that the information obtained through the assistance cannot be used for investigation purposes or produced as evidence in criminal proceedings for which assistance would be refused.

¹⁷⁷ *Id.* art. 64. This provides that coercion measures can only be taken when the facts exposed in the request for assistance constitute a criminal offense under Swiss law.

¹⁷⁸ Article 9 of the Federal Law on Assistance refers to the common provision on the right to refuse to try. See Federal Law on Criminal Procedure, RS 312.0, arts. 74, 77.

¹⁷⁹ Article 9 of the Federal Law on Assistance, RS 351.1 (citing art. 69 of the Federal Law on Criminal Procedure, RS 312.0, according to which the investigations of documents should be limited to the documents important for the procedure and the private and confidential information preserved when possible).

¹⁸⁰ *Id.* art. 10.

¹⁸¹ CP, RS 311, art. 273.

¹⁸² See *supra* notes 138-43.

¹⁸³ Federal Law on Assistance, RS 351.1, art. 82, ¶ 2.

facts.¹⁸⁴

In conclusion, two famous cases which have received much press and in which Switzerland has adopted a very different attitude must be mentioned.

The Marc Rich & Co., S.A. Matter

In this matter which occurred in 1983 and 1984, a Swiss company, Marc Rich & Co., S.A., was subpoenaed by a U.S. Federal District judge to produce documents and records under threat of a U.S. \$50,000 a day fine. Switzerland took a firm position against the attempt of the U.S. authorities to obtain information from a Swiss company by compulsion which disregarded the international rules on Mutual Assistance (the Swiss-U.S. Treaty or the Federal Law on Assistance). When Marc Rich & Co., S.A. finally agreed in front of witnesses to hand over the subpoenaed documents and records voluntarily, the Swiss Federal Attorney General¹⁸⁵ opened an investigation against Marc Rich & Co., S.A. for the unlawful passing of business secrets to foreign officials¹⁸⁶ and on this basis seized the documents before their transmission to the U.S. authorities. A year later, the U.S. authorities were obliged to present to the Swiss authorities an official request for assistance based on the Federal Law on Assistance. The request for assistance was accepted by the Swiss authorities on the condition that the fines imposed on Marc Rich & Co., S.A. be waived.

The Marcos matter

This matter gave rise to considerable criticism in Switzerland due to the fact that assets in Switzerland of former President Marcos were blocked before any request from the Philippines Government had been presented to the Swiss authorities. On March 26, 1986, a Swiss bank advised the Federal Banking Commission that a representative of Mr. Marcos wanted to withdraw a substantial amount of funds. The same day, on the basis of article 102 of the Federal Constitution, the Federal Council blocked the assets of Mr. Marcos and his relatives which were deposited in six Swiss banks.¹⁸⁷

By a March 26, 1986 letter, the Federal Banking Commission notified all banks concerned that it would violate the diligence imposed by the legal requirement of irreproachable conduct of business, which is a

¹⁸⁴ *Id.* art. 82, ¶ 1.

¹⁸⁵ Ministère Public Fédéral (the Federal Attorney General Office).

¹⁸⁶ CP, RS 311, art. 273.

¹⁸⁷ CST art. 102(8) provides that the Federal Council is in charge of the interests of the Swiss Confederation abroad and supervises the observance of its international relationships.

prerequisite for all banking licenses under the FBL,¹⁸⁸ to allow the withdrawal of assets of Mr. Marcos or relatives before the situation was clarified through international assistance.¹⁸⁹ In April 1986, an official request for assistance was presented by the Philippines authorities and the provisional measures taken by the Federal Council and the Federal Banking Commission were replaced by a provisional measure based on article 18 of the Federal Law on Assistance.¹⁹⁰ Currently, the Swiss judicial authorities are examining whether the legal conditions, upon which assistance is granted, are fulfilled.

According to the Federal Banking Commission the measures taken by the Federal Council and the Federal Banking Commission were designed to prevent a later request of assistance from the Philippines authorities from being deprived of any effect.¹⁹¹ By taking these measures the Federal Council and the Federal Banking Commission have affirmed their willingness to respond to the reproaches that Swiss financial institutions are a haven for funds of unlawful origin.¹⁹² In this matter, the Federal Banking Commission took the position that even if a formal request for assistance was not yet presented, but only announced, banks could not consent to the withdrawal of significant amounts of funds.¹⁹³

Thus, the Federal Banking Commission is of the opinion that banks should now act in accordance with this general principle, even in the absence of any preventive action of the Federal Banking Commission as taken in the Marcos' matter. This opinion stems from the obligation of the banks to comply with the duty of diligence as set forth by the FBL.¹⁹⁴

The attitude of the Federal Council and the Federal Banking Commission was clearly motivated by political considerations to avoid or defeat the criticism periodically voiced against Swiss bank secrecy. It is extremely difficult to foresee how the Swiss banks will be able to follow the rules set forth by the Federal Banking Commission in the Marcos case, especially to block assets prior to the filing of any request for assistance by a foreign State. It is therefore to be hoped that the Marcos case will remain unique. As a matter of interest in the matter of Duvalier, the former President of Haiti, provisional measures were taken on the basis of the Federal Law on Assistance only after the authorities of Haiti had duly presented a request for assistance.

¹⁸⁸ FBL, art. 3, ¶ 2(c).

¹⁸⁹ 1986 FEDERAL BANKING COMMISSION REP. 127 [hereinafter 1986 BANKING REPORT].

¹⁹⁰ *Id.* at 128.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Id.* at 128-29.

¹⁹⁴ FBL, *supra* note 1, art. 3, ¶ 2(c).

V. RECENT EVOLUTION

A. Insider Trading

The Federal Council submitted to the Swiss Parliament on May 1, 1985, a proposal to add to the Criminal Code a specific provision on the exploitation of confidential information.¹⁹⁵

This new provision, which at this time is still under examination by the Parliament, would read as follows:

(CP) Article 161:

1. Whoever, in his capacity as a member of the board, an officer, an auditor or a mandatory of a company, or of a company that controls or is controlled by the latter, in his capacity as a member of a public authority or a public officer, or in his capacity as an assistant to any of them knows a confidential fact, whose disclosure is likely to influence the market price of shares, securities or other instruments of such company, or which is likely to influence substantially the market price of options on such shares, securities or instruments, traded either on a Swiss exchange or over the counter, and obtains for himself or for a third party a pecuniary profit by using this information, or discloses such a fact to a third party and, by doing so, obtains for himself or for a third party a pecuniary profit, shall be punished by imprisonment or a fine.

2. Whoever having learned of such a fact, directly or indirectly, from one of the persons described under (1), and who, by using this information, obtains for himself or for a third party a pecuniary profit, shall be punished by imprisonment up to one year or a fine.

3. When a combination between two companies is projected, (1) and (2) shall apply to both companies.¹⁹⁶

As stated by the Federal Council,¹⁹⁷ at this time insider trading operations, although morally reprehensible, are not unlawful as such although certain aspects of such conduct may fulfill the conditions of criminal offenses described in the Criminal Code.¹⁹⁸

This situation creates a problem especially with regard to international judicial assistance, since Switzerland subjects the taking of coercive measures, such as the lifting of bank secrecy, to the condition that the act described in the request for assistance satisfy the objective criteria of a criminal offense under Swiss law.

In January 1983, the Federal Tribunal in the case relating to the

¹⁹⁵ Message Concernant la modification du Code Pénal (Message Concerning the Amendment of the Criminal Code) FF II (1985), at 70.

¹⁹⁶ CP, RS 311, art. 161.

¹⁹⁷ *Id.* at 72.

¹⁹⁸ CP, RS 311, arts. 148 (fraud), 159 (dishonest management), and 162 (disclosure of business secrecy).

takeover of Santa Fe International Corporation by Kuwait Petroleum Corporation,¹⁹⁹ confirmed that when the insider is a *director* of the company and uses the information for his own benefit, this action is not punishable under Swiss criminal law.²⁰⁰

In contrast, if the insider reveals to a third party a business secret in the sense of article 162 of the Criminal Code,²⁰¹ both may be punished²⁰² and bank secrecy may be lifted in the course of a procedure of assistance based upon the Swiss-U.S. Treaty.²⁰³

In order to resolve the conflict of legislation between the United States and Switzerland on this point, the competent authorities of both countries entered into a Memorandum of Understanding²⁰⁴ which explored the present situation of the Swiss legislation and the means of requesting assistance under the Swiss-U.S. Treaty²⁰⁵ for misuse of inside information.

This memorandum is coupled with a private agreement entered into by and between the signatory banks and the Swiss Bankers' Association,²⁰⁶ the Convention XVI which, for cases where the Swiss-U.S. Treaty is not applicable, will enable the participating banks to disclose the identity of a client and certain other relevant information under specified circumstances in response to a request made by the U.S. Department of Justice on behalf of the SEC.²⁰⁷

In order to preserve the clients' confidentiality and the sovereignty of Switzerland, Convention XVI provides a procedure pursuant to which an independent Commission of Inquiry, when satisfied that the SEC has reasonable grounds to make a request, shall demand a report from the bank involved in the relevant transactions.²⁰⁸ The bank shall then inform the client of the procedure and request that evidence be furnished to prove the transactions concerned were not in violation of the U.S. laws on insider trading. The Commission of Inquiry will then transmit to the

¹⁹⁹ 109 Ib ATF, *supra* note 47, at 47.

²⁰⁰ The Federal Tribunal made a complete examination of all the provisions of the Criminal Code which may be applicable; see CP, RS 311, arts. 148, 159.

²⁰¹ CP, RS 311, art. 162.

²⁰² 28 Etudes Suisses de droit Européen 308, "L'avant projet de loi fédérale sur les opérations d'initiales" (1984) (unpublished decision of the Federal Tribunal of Jan. 23, 1983).

²⁰³ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118.

²⁰⁴ Memorandum of Understanding to Establish Mutual Acceptable Means for Improving International Law Enforcement Cooperation in the Field of Insider Trading, Aug. 31, 1982, U.S.-Switz., reprinted in 22 I.L.M. 1 (1983) [hereinafter Memorandum of Understanding].

²⁰⁵ Swiss-U.S. Treaty, *supra* note 118.

²⁰⁶ Swiss Bankers' Association Agreement with regard to the handling of requests for information from the Securities Exchange Commission (SEC) on the subject of misuse of insider information of Aug. 31, 1982, reprinted in 22 I.L.M. 7 (1983) [hereinafter Convention XVI].

²⁰⁷ Memorandum of Understanding, *supra* note 204, pt. III (1).

²⁰⁸ Convention XVI, *supra* note 206, art. 4.

Swiss Federal Office of Police a report to which the evidence called for in the U.S. request is attached unless the Commission of Inquiry has been convinced by the bank or the client that there has been no misuse of inside information.²⁰⁹

The clients of the Swiss banks are duly informed of the existence and contents of Convention XVI. At the opening of an account with a Swiss bank the text of Convention XVI is submitted to the clients, who have to state expressly whether they agree to be bound by its provisions. If they refuse, the bank will then not carry out any transactions for their account on U.S. Stock Exchanges.

Convention XVI is a private agreement which currently supplements other U.S. means for obtaining international assistance. It is also temporary and its effects will cease when the proposed addition to the Criminal Code on misuse of inside information is adopted by the Swiss Parliament.

B. Agreements Relating to Due Diligence

In 1977, the "Agreement Relating to the Due Diligence to be applied by the banks when accepting funds, and to the practice of the bank secrecy" was signed by and between the Swiss Bankers' Association and the Swiss National Bank.²¹⁰

The original Agreement on Due Diligence was of a private nature and the Swiss banks were free to abide by it. In fact, all the banks operating in Switzerland, Swiss or foreign-owned, as well as all the private bankers have declared to be bound by it.²¹¹ The original Agreement on Due Diligence came into effect on July 1, 1977, and was amended and renewed for five years starting October 1, 1982.

In 1985, the Swiss National Bank announced its decision to no longer be a party to the original Agreement on Due Diligence after 1987. Its position was justified by the fact that it was responsible for monetary policy, not for banking ethics.

Faced with the threat of having some of the obligations imposed by the original Agreement on Due Diligence incorporated in the FBL,²¹² the Swiss Association of Bankers decided to maintain the Agreement af-

²⁰⁹ *Id.* art. 5.

²¹⁰ Agreement Relating to the Due Diligence to be Applied by the Banks When Accepting Funds and to the Practice of Bank Secrecy (entered by and between the National Bank of Switzerland and the Swiss Bankers' Association on July 1, 1977; renewed and amended on July 1, 1982), reprinted in 16 I.L.M. 767 [hereinafter original Agreement on Due Diligence].

²¹¹ Aubert, *La convention relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds et le secret bancaire*, *Der Schweizer Treuhänder*, Mar. 1978, at 40.

²¹² *Journal de Genève*, Sept. 19, 1985. The Swiss National Bank proposed to introduce in the Federal Banking Law some of the provisions of the Agreement on Due Diligence. The Federal Finance Department was willing to introduce in the Federal Banking Law a criminal provision

ter 1987.²¹³ A new Agreement on Due Diligence was therefore signed on July 1, 1987, by and between the Swiss Association of Bankers and the signatory banks.²¹⁴ It came into force on October 1, 1987.

C. The Original Agreement of 1977 as Amended in 1982

The purpose of the original Agreement on Due Diligence was to preserve the renown of Switzerland as a financial center and to attack economic criminality by compulsory rules on banking ethics.²¹⁵ These objectives were to be achieved through a strict identification of account-holders, by observing due care in renting safe deposit boxes so that they could not be used for illegal purposes, and by preventing assistance for capital flight and tax evasion.²¹⁶

In order to comply with the original Agreement on Due Diligence the banks had to establish the true identity of the beneficial owner of the deposited assets, whether the holder of the account was an individual, a corporation, foundation, trust or any other entity.²¹⁷ The duty to identify the client was not limited to the person or legal entity opening the account but extended to the true beneficial owner of the assets deposited with the bank and, for so-called domiciliary corporations, to the dominant person.²¹⁸ The same procedure applied for the renting of safe deposit boxes. In addition, proof of identity was required for all teller operations exceeding SFrs. 500,000.²¹⁹

Article 6 of the original Agreement on Due Diligence reserved for the Swiss holders of professional secrecy (principally attorneys and auditors) the right to open bank accounts in their own names but in a fiduciary capacity. Therefore, in such circumstances the names of the clients were not disclosed to the bank. The secrecy-bound persons were however required to sign the "Form B" by which they acknowledged that they knew the client's name and that they were unaware of any intended use of bank secrecy contrary to the original Agreement on Due Diligence.²²⁰ The importance of this provision was considerable as the pro-

punishing the banks found guilty of the violation of not having identified their clients or for having assisted them with the transfer of funds from countries where it is illegal.

²¹³ *Id.* (Interview of Jean-Paul Chappuis, member of the board of directors of the Swiss Bankers' Association).

²¹⁴ Agreement Relating to the Due Diligence to be applied by the banks concluded by and between the Swiss Bankers' Association and the signatory banks on July 1, 1987. [hereinafter new Agreement on Due Diligence].

²¹⁵ Original Agreement on Due Diligence, *supra* note 210, art. 1.

²¹⁶ *Id.* art. 2.

²¹⁷ *Id.* art. 3.

²¹⁸ Implementing Rules of the original Agreement on Due Diligence edicted by the Swiss National Bank and the Swiss Bankers' Association relating to arts. 3, 4, and 5.

²¹⁹ *Id.* art. 3.

²²⁰ Original Agreement on Due Diligence, *supra* note 210, art. 6.

essional secrecy of an attorney-at-law cannot be lifted even in a criminal procedure.²²¹ This provision has been attacked by the Federal Banking Commission which has found it inadmissible that a client may remain anonymous to his bank by interposing a person bound by professional secrecy.²²²

Finally, by adhering to the original Agreement on Due Diligence the banks agreed not to assist clients with capital flight and to abstain from actively assisting their clients in deceiving Swiss or foreign authorities through incomplete or misleading statements. Compliance with this provision of the original Agreement on Due Diligence was assured by a control effected by the auditing firms which regularly audit the bank.²²³

An Arbitration Committee formed by representatives of the Swiss National Bank and the Swiss Bankers' Association was set up, with the powers to conduct investigations and to impose fines up to SFrs. 10 million upon the bank found guilty of a violation of the original Agreement on Due Diligence.²²⁴

D. Preparation of the New Agreement on Due Diligence

Prior to the expiration date of the original Agreement on Due Diligence, the Federal Banking Commission clearly expressed its views on the construction of the privilege which was reserved to the persons bound by a professional secrecy. According to the Federal Banking Commission,²²⁵ the duty to verify the true identity of the beneficial owner of the assets deposited with a bank is derived from article 3, paragraph 2(c) of the FBL.²²⁶

On that occasion, the Federal Banking Commission respected its previous recommendation²²⁷ according to which in case of a credit relationship with a client a bank has to know who its debtor is in order to evaluate the risks taken.²²⁸ The bank cannot accept the intervention of a person bound by professional secrecy.

The conclusion was that a private agreement, such as the original Agreement on Due Diligence, could not differ from the construction given by the Federal Banking Commission to the FBL. Going one step further, the Federal Banking Commission stated that what was true for a credit relationship should also apply to the deposit of funds, stating that

²²¹ See Federal Law on Criminal Procedure, RS 312.0, art. 77.

²²² 1985 FEDERAL BANKING COMMISSION REP. 23 [hereinafter 1985 BANKING REPORT].

²²³ Original Agreement on Due Diligence, *supra* note 210, art. 12.

²²⁴ *Id.* art. 13.

²²⁵ 1985 BANKING REPORT, *supra* note 222, at 23.

²²⁶ FBL, art. 3, ¶ 2(c) provides that the persons in charge of the direction and management of the banks are to be of good reputation and shall present the guarantee of an irreproachable activity.

²²⁷ Bulletin of the Federal Banking Commission Fascicule, July 15, 1985, at 14.

²²⁸ 1985 BANKING REPORT, *supra* note 222, at 22.

“the banks cannot in all cases be satisfied by a declaration of a person bound by professional secrecy and refuse to identify its clients.”²²⁹

In a neat *non sequitur*, the Federal Banking Commission adopted the view that if, under the FBL, secrecy was subject to federal and cantonal procedural rules regarding the duty to testify, that provision made it a duty for bankers to make their testimony as informative as possible. Thus, if the beneficial owner could stay anonymous towards the bank by interposing a third person bound by professional secrecy, the bankers' “duty” would be less effective.²³⁰

The Federal Banking Commission's refusal to accept that persons bound by professional secrecy, such as attorneys-at-law, may act as fiduciaries has been reaffirmed on various occasions, namely in a letter addressed on October 2, 1986, to the President of the Swiss Lawyers Association²³¹ and in the Commission's annual report for the year 1986.²³²

The Federal Banking Commission reaffirmed that it was not bound by rules of ethics adopted by private parties, and that it “could” require the banks under its supervision to identify the clients represented by attorneys-at-law by means of compulsory regulations edicted by circulars.²³³ The Federal Banking Commission added that while its purpose was not to attack the professional secrecy of attorneys or notaries, it could not accept, and would not tolerate their professional secrecy being used to reinforce bank secrecy in favour of anonymous deposits. Therefore, it announced that unless the exception, at that time provided by the original Agreement on Due Diligence, in favor of the persons bound by professional secrecy was not strictly limited in the future the Commission would bring the case before the Federal Tribunal in order to have the construction of the FBL determined by the Supreme Court.²³⁴

In the opinion of the Federal Banking Commission, the cases in which the intervention of the holder of professional secrecy is admitted are limited to such an extent that the “Form B” becomes of no practical effect.²³⁵ Above all the Federal Banking Commission wants to eliminate the possibility for lawyers and notaries, who benefit from the privilege of

²²⁹ *Id.* at 21.

²³⁰ *Id.* See 109 Ib ATF, *supra* note 47, at 151, ground 2(d).

²³¹ Letter from the Federal Banking Commission to Dr. Felix H. Thomann, president of the Swiss Lawyers' Association (Oct. 2 1986).

²³² 1986 BANKING REPORT, *supra* note 189, at 124.

²³³ *Id.*

²³⁴ *Id.*

²³⁵ *Id.* at 125-26 where the Federal Banking Commission declares that attorneys should invoke their professional secrecy only when they open bank accounts in relation to their specific professional activity. The examples cited are in the course of the partition of an estate, or in the course of arbitration proceedings.

refusing to testify even in criminal proceedings, to sign the "Form B" when their activity involves managing funds on behalf of their clients.²³⁶ The Federal Banking Commission has recently found support for its opinion that the professional secrecy of attorneys and notaries cannot cover the activity of managing clients' funds, in a decision by the Federal Tribunal expressing the same position.²³⁷

E. The New Agreement on Due Diligence

Under pressure from the Federal Banking Commission, the Swiss Association of Bankers prepared the new Agreement on Due Diligence which restates the essential provisions of the original Agreement, reinforcing some points and clarifying others. The most drastic amendment concerns the new conditions under which a person bound by professional secrecy, or the auditors, can open accounts in a fiduciary capacity for their clients, that is, to sign the new "Form B."

According to the new Agreement on Due Diligence,²³⁸ the person bound by professional secrecy and the auditors will have to confirm, in addition to the previous requirements already set forth in the original Agreement²³⁹ (that they know the beneficial owner and certify that there is no abusive recourse to the bank secrecy), that they are acting in the scope of their professional capacity as attorneys and notaries, respectively auditors, that their mandates are not temporary and have not for principal purpose to keep secret the name of the beneficial owner towards the bank.

The new "Form B," to be signed by attorneys and notaries requires them to certify that their mandate is not chiefly for the management of funds. On the contrary, the "Form B" to be signed by auditors expressly requires confirmation that the account is opened with a mandate of managing funds.

The Federal Banking Commission, through its president Mr. Hermann Bodenmann, has declared²⁴⁰ that the Commission will accept that the ethic rules provided by the new Agreement on Due Diligence constitutes the "minimum standard" regarding irreproachable activity. It reserves, however, its rights to prohibit abuses by its edicting circulars.

The new Agreement on Due Diligence entered into force on October 1, 1987; therefore, at this time it is difficult to determine exactly how it will be applied in practice and what measures will effectively be taken by

²³⁶ *Id.* at 126.

²³⁷ L'avocat Suisse, No. 110, Sept. 1987, at 12 (Decision of the Federal Tribunal, Dec. 29, 1986) (Swiss Federation of Swiss Lawyers ed. 1987).

²³⁸ New Agreement on Due Diligence, *supra* note 214, art. 5, ¶ 1.

²³⁹ Original Agreement on Due Diligence, *supra* note 210, art. 6.

²⁴⁰ Journal de Genève, Apr. 15, 1987 (see interview).

the Federal Banking Commission to ensure that its interpretation of banking diligence is respected. The banks party to the new Agreement on Due Diligence have until September 30, 1988, to mention in their files the identity of the beneficial owners of the accounts and deposits, and of the clients whose names are known *de facto* by the banks although they do not appear officially in the bank records because they are represented by a person bound by a professional secrecy.²⁴¹

In addition, all the presently existing "Form B's" will have to be replaced by new "Form B's" on or before March 31, 1989.²⁴² The Federal Banking Commission will certainly not wait until the end of this transitory period to check whether the new Agreement on Due Diligence is applied in accordance with its principles.

The control of the application of the new Agreement on Due Diligence provisions shall be exercised by the auditing firms which regularly audit the banks; they shall verify the observance of the new Agreement through tests. The auditing firms will have to denounce the violations²⁴³ to the five member supervisory committee instituted by the Swiss Association of Bankers.²⁴⁴

This supervisory committee is empowered to conduct investigations and may impose, in the event of a violation, a fine on the concerned bank up to an amount of SFrs. 10 million.²⁴⁵ An arbitration procedure is provided when the bank refuses to pay the fine.²⁴⁶

F. Other Provisions of the New Agreement on Due Diligence

The new Agreement on Due Diligence obliges the banks to identify a client for teller transaction of SFrs. 100,000,²⁴⁷ whereas previously this obligation was only imposed for cash operation of SFrs. 500,000 or above.

The provisions concerning the prohibition against assisting a client in transferring funds from a country whose legislation limits such transfer,²⁴⁸ and against assisting a client with tax evasion operations by remitting incomplete or misleading statements to deceive foreign authorities²⁴⁹ have been kept in the new Agreement on Due Diligence. Obviously, as in the past, the new Agreement on Due Diligence and the obligations

²⁴¹ New Agreement on Due Diligence, *supra* note 214, art. 15, ¶ 1.

²⁴² *Id.* ¶ 2.

²⁴³ *Id.* art. 10, ¶ 1.

²⁴⁴ *Id.* art. 12, ¶ 1.

²⁴⁵ *Id.* art. 15, ¶ 1.

²⁴⁶ *Id.* art. 13.

²⁴⁷ *Id.* art. 2.

²⁴⁸ *Id.* art. 6.

²⁴⁹ *Id.* art. 7.

contained therein fully apply to numbered accounts.²⁵⁰

G. *Impact of the New Agreement on Due Diligence on Bank Secrecy*

The new Agreement, like the original Agreement on Due Diligence, does not modify the right of confidentiality to which a client is entitled from his bank.²⁵¹ However, due to the obligations binding the banks upon signing the new Agreement on Due Diligence they cannot pretend to ignore factual information which is known to them.²⁵²

Therefore, when the bank secrecy is lifted, the banker who is under the duty to identify the beneficial owner of the account and to know the origin of the funds, will have to reveal the exact position of the account-holder and his identity. For instance, when fiduciary relationships exist between the account-holder and the beneficial owner of the assets deposited, the bank will have to provide information relating to the holder of the account²⁵³ and also information relating to the principal, since the bank has the duty to acknowledge the real relationships existing regarding the assets deposited with it.²⁵⁴ The information which the banker is obliged to know, and may therefore be obliged to disclose under the new Agreement on Due Diligence, will most likely be extended due to the limited cases in which the use of the new "Form B" will be authorized.

VI. CONCLUSIONS

The recent evolution demonstrates that whereas Switzerland is willing to preserve what it considers to be a fundamental principle of its legal order, that is the protection of the private sphere of individuals and corporations, it has decided to provide itself with the means to participate in international cooperation.

By entering into bilateral and multilateral agreements and by promulgating internal rules on international assistance, Switzerland can answer positively to legitimate foreign requests for assistance without having to waive the principles it finds essential. This attitude is dictated by the necessity to protect Switzerland's renown as a financial place which may, in the long run, be damaged by continuous criticism of its institutions and, in particular, of the bank secrecy which has often been construed abroad as essentially granting protection and anonymity to the holder of assets acquired illegally.

²⁵⁰ *Id.* art. 8.

²⁵¹ AUBERT, KERNEN & SCHÖNLE, *supra* note 9, at 188.

²⁵² *Id.* at 192.

²⁵³ 1982 II JT, *supra* note 12, at 80. 1971 JT, *supra* note 12, at 342 (where the Federal Tribunal has held that the fiduciary agent should be considered as the real owner).

²⁵⁴ 1937 II JT, *supra* note 12, at 87, 90; 1972 II JT, *supra* note 12, at 27 (where the Federal Court held that the use of fiduciary relationships should not be permitted to hide assets).

However, it is to be hoped that Switzerland will not go too far in its willingness to please foreign countries and will effectively acquire the respect for the aforementioned principles. Despite the continuous assurances given to the Swiss community by the political powers, it should be noted that Mrs. Elisabeth Kopp, Swiss Minister of Justice, has declared that all the requests for assistance presented by the United States in 1987 were accepted.²⁵⁵

²⁵⁵ Neue Zürcher Zeitung, Nov. 11, 1987.