

# 論行政調查之證據及調查方法

## —以行政程序法相關規定為中心

洪家殷\*

目	次
壹、前言	一、概述
貳、行政調查與職權調查主義	二、通知陳述意見
一、行政調查之概念	三、要求提供文書、資料或物
二、行政調查中之職權調查主義	品
參、行政調查中之證據及調查方法	四、送請鑑定
之選擇	五、進行勘驗
一、行政調查與證據之關係	六、詢問證人
二、調查之程序及調查方法之選擇	伍、行政程序法相關規定之檢討及修正—代結論
肆、與行政程序法有關之調查方法	

中文關鍵詞：行政調查、職權調查主義、行政調查之方法、行政調查之證據、證據能力、證據證明力、陳述意見、提供文書、送請鑑定、勘驗、證人

Key Words: administrative investigation, administrative authority investigation, burden of proof, doctrine of distribution of the burden of proof, importance of decision, evidence necessary, principle of proportionality, Duty of cooperation

\* 東吳大學法律學系教授。

投稿日期：100年2月8日；審查通過日期：100年5月31日。

## 中文摘要

行政機關於從事各種行政行為時，應本於其職權，運用各種調查方法，取得證據，再透過評價形成心證，以釐清事實並作成最終之決定。有關行政機關從事調查及適用證據法則之規定，向來不受行政機關之重視，尤其與證據有關之原理原則，更少見有深入之探討者。此外，有關取得證據及釐清事實之方法，本於職權調查主義，由行政機關裁量決定之。至於有那些被容許之調查方法，現行法中，較為重要者，可見於行政程序法，於該法第 39 條至第 42 條分別列舉出四種調查方法，即通知陳述意見、要求提供文書等、送請鑑定及進行勘驗。此外，尚有涉及證人之規定。本文乃以該法為探討之中心，針對相關之條文規定，分別就證據及各種不同之調查方法依序論述之，最終並提出檢討及修法之建議。

## Abstract

It depends on the correct facts to make correct decisions for administrative agency. So it is necessary for administrative agency to clean facts, and administrative agency will valuate to form the opinions to make decisions.

In Taiwan, the codes of administrative investigation is not available until now, but spreads on different areas of laws and regulations. The articles 36-43 of the administrative process law are the general regulations of administrative investigation of the facts and evidence.

The articles 36 of the administrative process law is the “administrative authority investigation”. While administrative

authority investigation concerns about different means and responsibilities of investigations, it is necessary to understand the connotations of it. Secondly, it is the duty of administrative agency to invest the different kinds of evidence, but it still has the limitation.

To clarify the concept and the range of the administrative authority investigation, this thesis consists of several points below: first of all, this thesis would like to establish the concept of administrative authority investigation, and doing necessary researches of administrative authority investigation. Secondly, this thesis would analyze the indispensable standards as “evidence necessary” “principle of proportionality” “Duty of cooperation” etc. This thesis would also analyze the recent judgments of the Supreme Administrative Court. We hope we could offer some advises to advance the fragments of laws in our country.

## 壹、前言

行政機關從事各種行政行為時，必須依據正確之事實。因此，本於行政機關之職權，其須運用各種蒐集證據之方法，以取得相關之證據，釐清事實，進一步予以評價，並形成心證，最終作成預期之決定。有關行政機關如何從事調查，一般歸諸行政調查之領域。至於行政調查之規範，我國目前尚乏統一之法典，將來是否訂立專法，仍待立法政策之考量<sup>1</sup>。現行法中具總則性地位之行政程序法，於第一章「總則」第六節「調查事實及證據」中，

<sup>1</sup> 我國行政調查法制之建制，究竟係單獨立法或強化行政程序法之相關規定，在立法政策之考量上各有利弊，學者間之見解不一，目前似乎尚無定論。相關之立法討論，參行政調查制度之研討，行政院94年度第2次法制研討會，行政院法規委員會編印，2006年7月。

自第 36 條至第 43 條，即屬有關行政調查之一般性規定。

在行政程序法公布以前，有關行政機關從事調查及適用證據法則之規定，甚為欠缺，一般亦不受行政機關之重視，多認為應屬訴訟程序之事項<sup>2</sup>。尤其與證據有關之原理原則，更少見有深入之探討者，惟行政機關最後決定之作成，仍須基於正確之事實。因此，如何經由調查之程序，取得證據，以釐清事實並形成心證，於行政程序中皆不容忽視<sup>3</sup>。

此外，行政機關對於證據之取得及事實之釐清，究竟應採取何種調查方法，本於職權調查主義，由其裁量決定之。至於有那些被容許之調查方法，現行法中並未見有統一之規定，較為重要者，則可見於行政程序法，於該法第 39 條至第 42 條分別列舉出四種調查方法，即通知陳述意見、要求提供文書等、送請鑑定及進行勘驗。此外，尚有涉及證人之規定。至於其他特別法上之規定，則另有如查詢資料、進入處所、搜查及扣留物品等。

由於行政調查之證據及方法對行政機關從事行政調查占有重要之地位，故有必要對此課題進行深入之探究。目前最重要之一般性規定應屬行政程序法，本文乃以該法為探討之中心，針對相關之條文規定，分別就證據及各種不同之調查方法依序論述之。不過，在進入個別之討論之前，對於與調查方法有關之基本概念，亦有先予釐清之必要，尤其是與職權調查主義之關係，更是具有核心之地位。再者，行政調查與證據之關係為何？此並涉及證據能力及證據證明力問題，皆有需要予以究明。另外，調查之程序亦與行政調查之方法息息相關，皆有討論之必要。其後，再針對各種不同之調查方法，一一詳論之。最終，本文將以行政

---

<sup>2</sup> 參吳庚，行政法之理論與實用，自版，2010年9月，頁582。

<sup>3</sup> 參洪文玲，行政證據法則之研究，二十一世紀公法的新課題，城仲模教授古稀祝壽論文集，臺灣法治暨政策研究基金會出版，2008年9月，頁339-362。

程序法相關條文為對象，根據學理之探討提出檢討及建議，期有助於我國此方面法制之進展，並供為日後修法時之參考。

## 貳、行政調查與職權調查主義

### 一、行政調查之概念

有關行政調查之意義，國內迄今尚未有一致之看法，並經常與行政檢查或行政資料蒐集互相使用<sup>4</sup>。現行法中，雖然有不少法律對行政調查有相關之規定，如直接以調查為立法目的之飛航事故調查法，或適用於一般行政行為之行政程序法第1章第6節之「調查事實及證據」，其他另如社會秩序維護法第2篇第2章之「調查」、警察職權行使法第2章之「身分查證及資料蒐集」、行政罰法第8章之「裁處程序」等，皆屬之，惟上述規定並未對行政調查加以定義，大致上皆具有行政機關基於特定目的從事資料蒐集之意涵，至於學者間之定義亦非完全一致<sup>5</sup>。

至於行政調查之類型，則可視其不同之標準而有不同之分類，如分成任意調查及強制調查<sup>6</sup>；分成對人、對物、對處所之調查<sup>7</sup>；分成取締性調查、規劃性調查及規制性調查<sup>8</sup>；分成一般調查及個別調查<sup>9</sup>；分成法律、法規命令、行政規則、行政處分及事

<sup>4</sup> 參李震山，行政法導論，三民，2009年9月，頁501。

<sup>5</sup> 有關學者間不同定義之進一步說明，請參洪家殷，論行政調查中職權調查之概念及範圍--以行政程序法相關規定為中心，東吳法律學報第21卷第3期，2010年1月，頁6。

<sup>6</sup> 參法治斌主持，行政檢查之研究，行政院研考會委託之研究計畫，行政院研考會，1996年6月，頁24-25；李震山，同前註4，頁506。

<sup>7</sup> 參法治斌主持，同前註，頁22-24。

<sup>8</sup> 參法治斌主持，同前註6，頁18-22。

<sup>9</sup> 參洪文玲，行政調查與法之制約，學知，1998年3月，頁33-35；李震山，

實行為等<sup>10</sup>。

從上述說明中可知行政調查內涵牽涉其廣，欲為明確之界定甚為不易。惟為求對行政調查有完整之掌握，應可採取較為廣義之概念，本文以行政調查，係指行政機關為達成特定之行政目的，所從事之各種資料蒐集活動。此種蒐集活動，包含機關內部所實施之各種調查行為，亦含括行政機關對私人所實施者；其手段上得為任意性或強制性；對象上，不論對人、對事、對處所等，皆屬之；且得為一般性調查或個別性調查<sup>11</sup>。

## 二、行政調查中之職權調查主義

### (一)職權調查主義之概念

行政機關於從事行政調查時，主要係基於「職權調查主義」(Untersuchungsgrundsatz)。所謂的職權調查主義，一般係指行政機關應本於其職權，調查事實真相，不受當事人主張之拘束<sup>12</sup>。於行政程序終結前，行政機關所有的準備行為皆受此主義之支配<sup>13</sup>。行政程序法第36條即明文規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注

---

同前註4，頁506。

<sup>10</sup> 進一步之說明，請參洪家殷，同前註5，頁6,7。

<sup>11</sup> 參洪家殷，同前註5，頁7。

<sup>12</sup> 參林錫堯，行政程序上職權調查主義，當代公法理論，翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，月旦，1993年5月，頁323；李震山，同前註4，頁495；蕭文生，職權調查主義、當事人協力義務與舉證責任，行政訴訟制度相關論文集編第4輯，司法院，2005年12月，頁337；洪家殷，同前註5，頁7,8。

<sup>13</sup> Vgl. Hans Joachim Knack (Begründung)/ Jost-Dietrich Busch/ Wolfgang Clausen/ Hansjochen Dürr/ Hans- Günter Hennek/ Hubert Meyer, Verwaltungsverfahrensgesetz (zit. Clausen in: Knack), 8. Aufl., 2004, §24 Rn.1.

意。」<sup>14</sup>準此，行政機關有義務依其職權，調查與該事件有關之事實及證據。換言之，行政機關原則上本身必須承擔調查事實之責任<sup>15</sup>。此不只在職權進行主義，即使係依當事人之申請而發動行政程序者，同有適用<sup>16</sup>。職權調查主義在憲法上係法治國原則之延伸，尤其是公正程序原則及依法行政原則<sup>17</sup>。蓋法治國原則以保障人民基本權為核心，經由行政機關之調查，以滿足正當程序之要求，俾符合法律之公益，以及確保行政行為之實質正確性，並可藉此達到保護關係人之權利及基本權利之目的。不過，行政機關並不受當事人主張之拘束，只是藉由調查以釐清真相並形成本身之確信，同時確保遵守法律規定，不致干預到當事人之基本權利<sup>18</sup>。

雖然，行政調查與行政法院之調查，基本上皆採職權調查主義，不過，行政程序中所採用之證據方法，與法院中之證據程序仍有差異。此種差異主要源自於此兩種程序目的之不同。在行政程序中之證據調查，除了當事人權利之保障外，主要在於達到合法及有效實現行政任務之一般性利益；相對的，在訴訟中則涉及訴訟當事人所爭執或主張有關其利益之認定。因此，訴訟法上之原則並非當然可以移植到行政程序或補充適用。有德國學者即認

<sup>14</sup> 本條主要係參照德國聯邦行政程序法第 24 條第 1 項及第 2 項：「官署應依職權調查事實。官署確定調查之種類及範圍；不受當事人提出之證據及調查證據請求之拘束（第一項）。官署應注意所有在個案上之重要事項，並考量對當事人有利之情況（第二項）。」

<sup>15</sup> Vgl. Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, (zit. Kopp/Ramsauer), 10.Aul., 2008, §24 Rn.1.

<sup>16</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O..

<sup>17</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.3; Carl Hermann Ule/ Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4.Aufl., 1995, §1 Rn.9; Dieter Kallerhoff in: Paul Stelkens/ Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7.Aufl., 2008, §24 Rn.1; Raimund Brühl, *Die Sachverhaltsermittlung im Verwaltungsverfahren und ihre Bedeutung für den Entscheidungsprozess*, JA 1992,196.

<sup>18</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.3.

為，適用到行政程序之標準，在於該原則中是否包含了適用行政程序之法律思想<sup>19</sup>。

## (二) 職權調查主義與當事人之參與

### 1、當事人申請調查證據

雖然本於職權調查主義，行政機關對於事實及證據之調查，不受當事人主張之拘束，已如前述。惟基於發現真實及確保當事人權益之考量，行政程序法第 37 條，亦例外地容許當事人在調查程序中自行提出證據，或向行政機關申請調查事實及證據。本條規定，應係賦予當事人在調查程序中，有請求調查證據之權利。惟行政機關若認為無調查之必要時，只要在最後之決定中告知理由，即得不為調查，並無須再作成決定，此可見於行政程序法第 37 條但書：「但行政機關認為無調查之必要者，得不為調查，並於第四十三條之理由中敘明之。」尤其是當事人所請求調查之證據並不具決定重要性，或是行政機關藉由其他的來源已十分清楚，或是該證據僅係明顯地拖延程序之進行等情形<sup>20</sup>。當然，當事人對此亦不得單獨請求救濟。因此，本條規定形式上雖賦予當事人有調查證據之請求權，然實質上所能發揮之作用仍相當有限<sup>21</sup>。

---

<sup>19</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.3.

<sup>20</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.16; 有關決定重要性之說明，國內可參洪家殷，同前註 5，頁 18-20。

<sup>21</sup> 於德國聯邦行政程序法中並未有類似我國行政程序法第 37 條之規定，依立法說明，係參照瑞士行政程序法第 33 條第 1 項之規定。依德國學者之見解，當事人請求採用特定之調查方法或認知手段，不論依該國聯邦行政程序法第 24 條或第 26 條，皆不存有此種請求。官署依行政程序法第 26 條第 2 項第 1 句，只有給予當事人參與確認事實之機會，尤其對其所熟知之事實及可提供之證據方法；Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.3。

## 2、當事人參與證據調查

有關證據之調查，行政訴訟係採行之「當事人公開原則」（Grundsatz der Parteiöffentlichkeit）或「當事人公開性」（Beteiligtenöffentlichkeit），即凡調查證據均應製作筆錄，並應將結果告知當事人，使其有參與辯論之機會<sup>22</sup>。不過，此原則並不存在於行政程序中之證據調查<sup>23</sup>，因此，在行政程序法中即無相關之規定。蓋法治國原則並未要求行政程序中之當事人公開性，以及應賦予當事人詢問權<sup>24</sup>。因此，當事人不得要求行政機關告知證據調查之過程或參與證據之調查，或是當容許其參與時，對證人或鑑定人提出問題<sup>25</sup>。同樣的，當事人亦未享有在行政程序中，廢止或更正證人陳述之請求權<sup>26</sup>。此外，原則上在一般行政程序中，要求當事人宣誓亦是被排除的<sup>27</sup>。

其次，依德國學者見解，是否容許當事人參與以及在何種範圍內參與證據之調查，委由行政機關裁量決定之，然此必須符合職權調查主義之目的<sup>28</sup>。因此，為了獲得不偏頗之結果，行政機關在個案中得排除當事人之參與。但若當事人之參與會涉及其基本權之保障時，機關之裁量將會緊縮<sup>29</sup>。並有認為，當個別的當事人基於實質理由，要求參與證據調查時，裁量應萎縮到零<sup>30</sup>。

<sup>22</sup> 參吳庚，行政爭訟法論，自版，2009年2月，頁241。

<sup>23</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.3; Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §26 Rn.34; Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.2.

<sup>24</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.3; Ule/Laubinger, a.a.O., (Fn. 17), §27 Rn.12; Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 23), §26 Rn.5.

<sup>25</sup> Vgl. Paul Stelkens, Fragen zur Anwendung des. Verwaltungsverfahrensgesetzes durch die. Bauaufsichtsbehörde, BauR 1978, 158 ff.

<sup>26</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.13.

<sup>27</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.3.

<sup>28</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.8.

<sup>29</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.14

<sup>30</sup> Vgl. Klaus Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz (zit. VwVfG), 3.Aufl., 1999, §26 Rn.107.

或是依據個別事件，基於維護當事人利益之必要，如證據提出欠缺當事人之參與，實際上將無結果時，裁量必須萎縮到零<sup>31</sup>。因此，此種欠缺當事人參與之調查，將致使證據調查罹有瑕疵。不過，有認為當事人是否可以出席，仍由行政機關裁量即可<sup>32</sup>。只要當事人之權利在一般行政程序中已獲有充分之保障，如依行政程序法之規定給予意見陳述，或從行政機關之理由說明中，已可知悉該事件之重要情形，即無須在行政程序中納入司法程序<sup>33</sup>。又倘若行政機關已許可當事人參與證據調查，其即有權委由代理人或輔佐人參與<sup>34</sup>。上述見解，實可供我國之參考。

## 參、行政調查中之證據及調查方法之選擇

### 一、行政調查與證據之關係

#### (一)概述

行政機關於作成各種行政決定前，必須釐清事實，以正確適用法規。為了釐清事件之真相，行政機關即須運用各種不同之調查方法。經調查後，行政機關蒐集到各種相關之資料，透過對資料之判斷及審酌，以釐清事實並形成心證，俾作成最後之決定。此種釐清事實形成心證之過程，即與證據法則有密切之關係，此在訴訟程序中有較為嚴格之規定<sup>35</sup>，相對的，在我國之行政程序

<sup>31</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.8a.

<sup>32</sup> Vgl. Clausen in Knack, a.a.O., (Fn. 23), §26 Rn.34.

<sup>33</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.14

<sup>34</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.15

<sup>35</sup> 如行政訴訟法第二篇第一章第四節即為「證據」，自第 133 條至第 176 條，共有 44 個條文。另有關於行政程序上之舉證責任及證據認定，與行政訴訟上之證據認定間之差異，並請參閱李建良，稅務行政訴訟若干舉證問題析論—

中則往往被疏忽。於行政程序法第一章「總則」第六節「調查事實及證據」中，對於「事實」調查及「證據」調查之間，並未見有明確之劃分，且大多將兩者並列。此種立法方式，固然保留給行政機關較大之空間，惟不易顯示出證據法則在行政程序中之重要性。訴訟法上之規定，如行政訴訟法第 125 條第 1 項：「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。」而在同法第 133 條中則規定「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據；於其他訴訟，為維護公益者，亦同。」即將兩者予以區別<sup>36</sup>。因此，有關證據與行政調查之關係，及其重要之基本概念，若能較為明確之界定，應有助於行政機關在從事調查行為時，滿足法規範之要求，並有利於行政調查目的之實現。

## （二）行政調查中與證據相關之概念

有關行政調查中之證據，其內涵與訴訟法上並無太大之差異。於行政調查之過程中可供行政機關認定事實之資料，即為「證據」（Beweis）<sup>37</sup>。而證據之取得，須經過一定之過程，此過程即為「證據方法」（Beweismittel）。詳言之，所謂的「證據方法」即係產生各種可供確認事實資料之方法，其可以為人或物，如證人、鑑定人、文書或物體等，換言之，乃是任何一種探知手段，其建立確認事實存在或不存在之基礎，且藉以顯示所調查事實之

---

以台北高等行政法院 97 年度訴字第 1792 號判決為例，台灣法學雜誌第 173 期，2011 年 4 月，頁 62。

<sup>36</sup> 另如德國聯邦行政程序法第 24 條有關職權調查之規定，第 1 項係「官署本於職權調查事實（Sachverhalt）。其確定調查之種類及範圍；不受當事人之主張及證據請求之拘束。」於同法第 26 條即係有關「證據方法」（Beweismittel）之規定「官署依其合義務之裁量，基於調查事實之必要，採用調查方法」，亦將事實調查與證據分別規定。

<sup>37</sup> 參吳庚，同前註 22，頁 225。

正確性<sup>38</sup>。由於證據方法為行政機關取得證據之手段，亦即行政機關於行政調查中取得資料之方法，故有時亦直接稱為「調查方法」。透過證據方法而獲得之資料，即為「證據資料」

(Beweisstoff)，如證言、鑑定意見或文書內容等，往往與前述之「證據」等同視之，不再予以區分<sup>39</sup>。行政機關再透過證據資料，對於待證之事實產生一定之心證或「確信」(Ü berzeugung)，此種證據對形成機關心證或確信之影響力，即為「證明力」

(Beweiskraft)<sup>40</sup>。行政機關基於獲得心證之目的，對於證據資料予以查驗之行為，可稱為「證據調查」(Beweisaufnahme)或「證據採取」<sup>41</sup>。同樣的，本於職權調查主義，有關證據調查之程序及範圍，由行政機關本於職權裁量決定之<sup>42</sup>。在一般行政程序中，有關證據調查之方式及程序，依個案視為是事實調查之一部分<sup>43</sup>。簡言之，「證據」與行政調查之關係，係行政機關為了調查事實真相，經由「證據方法」取得「證據」，再對已取得之證據進行「證據調查」，並藉此形成對待證事實之心證，以達到釐清事實之目的。如在調查車禍之事件中，詢問車禍現場之目擊者，即以其為證人而取得證詞，再檢視其證詞之內容並研判其可信度，以確認車禍發生之原因。由此可知，行政調查與證據之關係十分密切，即行政機關透過各種調查方法取得證據，進而形成

<sup>38</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.21.

<sup>39</sup> 參吳庚，同前註 22，頁 225。

<sup>40</sup> 參吳庚，同前註 22，頁 225。

<sup>41</sup> 國內陳計男以行政訴訟法上之「調查證據」(Beweisaufnahme)，係行政法院就調查證據方法，以求證據原因之行為，如訊問證人、檢閱證書等；參氏著，行政訴訟法釋論，自版，2000年1月，頁443。

<sup>42</sup> 依德國學者之見解，有關事實調查之證據採取，依該國聯邦行政程序法第24條之職權調查主義及同法第10條規定，「簡化及合目的的」(einfach und zweckmäßig)執行即可；vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.1.

<sup>43</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.11.

心證釐清事實，俾作成正確之決定。

證據調查在行政程序中適用非正式原則，與訴訟法有重要之區別。訴訟法係以「證據直接調查原則」（*Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*）為中心，可見於行政訴訟法第123條第1項：「行政法院調查證據，除別有規定外，於言詞辯論期日行之。」<sup>44</sup>但此原則並不適用在行政程序中<sup>45</sup>。此外，當事人原則上並無參與權利，且對某證據應否被採取，亦無請求權，只有一般的無瑕疵裁量請求權<sup>46</sup>。除非，其請求不致延緩程序之進行，亦無其他證據調查上之困難時，或有可能使機關之裁量緊縮到零<sup>47</sup>。惟當事人之請求由於僅係形式上之無瑕疵裁量請求權，且向來未受到行政機關之重視，故在我國較為少見。

### （三）證據能力及證據證明力

至於調查所獲得之證據資料是否具有證明待證事實之能力，以及其是否足以形成行政機關之心證，則涉及「證據能力」（或證據適格）（*Beweisfähigkeit*）與「證據證明力」（或證據力）（*Beweiskraft*）問題。上述兩者在概念上並不一致，易被混淆。證據能力係指證據資料具備證明待證事實之資格<sup>48</sup>，或是得成為證據資料之適格<sup>49</sup>。而證據證明力則係指具有證據能力之證據資料，能證明待證事實之程度，或是形成對行政機關確信所具

<sup>44</sup> 此外，亦有認為行政訴訟法第141條有關於受訴法院外調查證據，當事人應於言詞辯論時陳述其結果或以法院職員朗讀筆錄之方式，亦屬直接及言詞審理之精神；參吳庚，同前註22，頁187。

<sup>45</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.2.; Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.12.; 於德國行政法院第96條有較為詳盡之規定。

<sup>46</sup> Vgl. Obermayer, a.a.O., (Fn. 30), §26 Rn.33.

<sup>47</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.2.

<sup>48</sup> 參蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（以下簡稱蔡茂寅等），行政程序法實用，新學林，2009年9月，頁97、98。

<sup>49</sup> 參陳計男，同前註41，頁411。

有之影響力<sup>50</sup>。以下茲就此兩者分別說明之：

## 1、證據能力

有關證據是否具有證據能力之判斷，一般取決於「證據排除法則」（或證據禁止法則），此係指違法取得之證據，不得作為裁判或處分之基礎<sup>51</sup>。此法則主要源自於刑事訴訟程序，向來亦認為本於法治國原則之要求，於行政程序中同有適用<sup>52</sup>。不具證據能力之證據，於行政程序中應係指未依法律所規定之程序而取得之證據，如未依行政程序法第 39 條規定之程序，而以強暴或脅迫之方法而取得關係人意見之陳述<sup>53</sup>。如最近修正通過之稅捐稽徵法第 11 條之 5 亦有明文：「稅捐稽徵機關故意以不正當方法取得之自白且與事實不相符者，不得作為課稅或處罰之證據。」至於行政機關取得證據之工具違反行政法上之規定時，如以未經檢驗合格之測試器取得之駕駛人酒精濃度報告，有認為非屬違法取得之證據，應仍具證據能力，惟由行政機關認定其證據力，或可由人民舉證予以推翻<sup>54</sup>。另亦有認為以「釣魚」方法作為調查方法，如警察佯裝顧客，進入電子遊戲場蒐證，查獲業者有違法情事，應可評價為正當，所蒐集之證據具證據能力，惟若以高額

---

<sup>50</sup> 參吳庚，同前註 22，頁 171。

<sup>51</sup> 可參見刑事訴訟法第 155 條第 2 項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」另有認為，刑事訴訟之證據能力須具備消極要件及積極要件，前者即證據排除法則之適用，後者係指證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能終局取得證據能力；參林鈺雄，刑事訴訟法(上)，自版，2007 年 9 月，頁 451、452。

<sup>52</sup> 參李惠宗，行政法要義，元照，2008 年 9 月，頁 263；蔡茂寅等，同註 48，頁 97、98。

<sup>53</sup> 有關違法取得證據之方法，可參照刑事訴訟法第 156 條第 1 項：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」

<sup>54</sup> 參蔡茂寅等，同前註 48，頁 98、99。

利潤引誘不諳法令地主非法採取土石，即有違誠信原則，所得證據應無證據能力<sup>55</sup>。

## 2、證據證明力

有關證據證明力部分，則涉及對於具有證據能力之各種證據資料之評價，即透過對該證據之評估，確認與行政決定有關事實之存否。倘若該證據經評估後，可確認待證之事實時，則行政調查之目的已經達成，該調查程序即可終結。惟若仍無法確認事實時，則須再繼續調查，除非已難以再行調查，則涉及進一步之舉證責任問題<sup>56</sup>。

至於行政機關如何對於證據進行評價，並無一般性之規定，惟對於事實真偽之判斷，在行政程序中係採行所謂的「自由心證原則」(Grundsatz der freien Beweiswürdigung)，我國行政程序法第43條即有相關之規定：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判

<sup>55</sup> 參洪文玲，同前註3，頁357。若行政機關人員依違規廣告物所載電話循線查得行為人之違規行為，依行政法院之見解，屬蒐證技巧之範疇，不影響行為人之違章事實，並與刑法上之「陷害教唆」不同；參見台北高等行政法院99年度簡字第792號判決：「至原告主張臺北市環保局以兩人偽裝成夫妻向原告營業員劉盛弘表達看屋意思，趁劉盛弘帶看之際，再由第三人出場舉發，以此種詐欺、引誘方式達成所設定之目的，類如陷害教唆之情狀，顯違反行政程序法第8條規定云云。查臺北市環保局巡查員於事實欄所述時、地發現原告違規張貼之商業性售屋廣告，其張貼廣告未註明經紀業名稱，已違反不動產經紀業管理條例第21條第2項規定；而臺北市環保局內湖區清潔隊執勤人員，依違規廣告物所登載電話循線查得原告所屬營業員劉盛弘違規行為，乃屬蒐集違規事證技巧之範疇，並不影響其業已完成張貼商業性售屋廣告未註明經紀業名稱之違章事實，此與刑法上所稱『陷害教唆』，係指行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，而實行犯罪構成要件之行為者，顯有不同。是原告主張環保局以詐欺、引誘方式達成舉發之目的，類如陷害教唆之情形，容有誤會，原告主張，不足採據。」

<sup>56</sup> 參蕭文生，同前註12，頁383；洪家殷，同前註5，頁13-17。

斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人。」<sup>57</sup>本於此項原則，行政機關對於與決定有關事實之存否，以及該事實之真偽，應本於其專業及良知，利用各種證據方法所取得之證據資料，依論理及經驗法則，綜合判斷之<sup>58</sup>。

因此，行政機關在證據之評價上亦不受嚴格之證據法則所拘束，而是較為自由。此主要係基於行政之特性，即配合行政機關之專業性、效能及便宜等之考量<sup>59</sup>，容許其在證據之評價上有較大之活動空間。此原則適用之範圍甚廣，不只在於證據採擇結果之評價，也在於當事人提出文件之內容以及其所造成之人身印象等。此外，對於行政機關向外所取得之查詢資料及職務上熟悉之事實等，皆涵蓋在內<sup>60</sup>。

不過，所謂的自由心證，並非是完全恣意的或隨心所欲的，其仍須以所調查到之證據為基礎，並考量到所有相關之觀點，最終依其本身之確信，予以判斷<sup>61</sup>。對此，其受到一般思考法則、原理，以及經驗法則所拘束<sup>62</sup>。因此，行政機關若以推測羅織之方式，逕行認定構成違法，即有違誤。除非法律對此有特別之規定，如公文書比起私文書，具有較高之證據能力<sup>63</sup>。此外，有確

<sup>57</sup> 德國聯邦行政程序法並無類似我國行政程序法第 43 條之規定，惟一般學者認為自由心證原則在行政程序之適用上，應可如同該國行政法院法第 108 條第 1 項第 1 句，即法院依其從程序整體結果中所獲得之確信，自由判斷。Vgl. Kallerholl in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §24 Rn.14; Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.31; Ule/Laubinger, a.a.O., (Fn. 17), §27 Rn.14.

<sup>58</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.31; 林錫堯，同前註 12，頁 331；洪家殷，同前註 5，頁 11。

<sup>59</sup> 參蕭文生，同前註 12，頁 383。

<sup>60</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.31; Ule/Laubinger, a.a.O., (Fn. 17), §27 Rn.14.

<sup>61</sup> 參吳庚，同前註 22，頁 96；洪家殷，同前註 5，頁 11。

<sup>62</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.31。

<sup>63</sup> 如民事訴訟法第 355 條第 1 項：「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正。」另如最高行政法院 99 年度判字第 816 號判決：「然查被上

定力之刑事判決一般在行政機關之證據評價上，具有較為重要之份量，蓋在刑事訴訟中存有較高之法治國要求。不過，其對行政機關仍不具有法律上之拘束效力，行政機關仍得自行認定事實<sup>64</sup>。當然，行政機關若無法由其他來源獲得確認時，以刑事判決之認定做為其決定之基礎，亦不在禁止之列<sup>65</sup>。

## 二、調查之程序及調查方法之選擇

### (一) 調查之程序

有關行政機關從事調查事實或證據之程序及階段，行政程序法並未有明確之規定，仍係依據行政程序法第 36 條之職權調查主義，由其裁量定之。在從事證據調查時，行政機關並不需要作成特別的「證據裁決」(Beweisbeschlüsse)<sup>66</sup>，亦可向其他機關請求提供職務上之協助<sup>67</sup>，此時可適用行政程序法第 19 條規定。因此，行政機關得藉由職務協助，取得其他機關之確認、調查結果或證據方法，以有利於事實之澄清。同時，亦得從其他機關就

---

訴人提出之結婚喜帖為其自行製作之私文書，其證明力甚為薄弱。又證人楊金雲為被上訴人之母親，本案是否另有長男其人，關係到有無其餘繼承人繼承被上訴人父親遺產，故證人楊金雲為本案之利害關係人，其證詞之證據力亦有未足。是被上訴人提出之上開證據尚難遽認已達確實之證明力而足以作為更正之依據。」即以私文書之證據能力較為薄弱，若未能有其他具有較強證據能力之證據，將難以達到確實之證明力。

<sup>64</sup> 參行政法院 59 年判字第 410 號判例：「行政爭訟事件並不受刑事判決認定事實之拘束。普通司法機關縱認駕駛人並無業務上之過失責任，但原處分機關對駕駛人應否吊銷駕駛執照，仍應視駕駛肇事之發生，在駕駛人是否未盡道路交通安全規則所定駕駛應注意之責任，而為裁量。」

<sup>65</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §24 Rn.32; 洪家殷，同前註 5，頁 11。.

<sup>66</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.5; Ule/Laubinger, a.a.O., (Fn. 17), §27 Rn.12.

<sup>67</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.5; Raimund Brühl, a.a.O., (Fn. 17), 198.

其知悉所提供之協助中，形成本身之確信，並在其管轄權之範圍內作出適當之決定<sup>68</sup>。

行政機關進行調查時，對其過程，原則上並無作成附註或記載之必要，如有關勘驗之進行，但對於調查之結果，一般有必要作成書面（Aktenkundigkeit）<sup>69</sup>。行政程序法第 38 條亦有相關之規定，即「行政機關調查事實及證據，必要時得據實製作書面紀錄。」惟仍取決於機關之裁量。此係依據各該專業法規之規定以及法治國保障之一般要求，並使得與決定有關之重要事實，得以在事後法院程序中再度予以審查。因此，一個口頭之調查，若書面記錄係不充分、有瑕疵的或是不合乎常規的，將會導致實體證據負擔之改變<sup>70</sup>。

當證據方法有喪失之可能或增加利用之困難時，行政機關得依其裁量採取保全證據之手段，即使在個案中行政程序尚未開始。行政程序法上並無類似行政訴訟法第 175 條有關證據保全之規定<sup>71</sup>，此種權能，係源自於行政任務之實現及執行法律之義務<sup>72</sup>。

至於從事調查之費用，包括有爭議問題之證據調查，原則上應由行政機關負擔，蓋此種費用原則上屬於行政程序之費用。惟若係專為當事人或利害關係人之利益而進行調查所支出之費用，則應由其負擔<sup>73</sup>。

<sup>68</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.12.

<sup>69</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.6.

<sup>70</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.12.

<sup>71</sup> 行政訴訟法第 175 條：「保全證據之聲請，在起訴後，向受訴行政法院為之；在起訴前，向受訊問人住居地或證物所在地之高等行政法院為之（第一項）。遇有急迫情形時，於起訴後，亦得向前項高等行政法院聲請保全證據（第二項）。」

<sup>72</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.12.

<sup>73</sup> 參見行政程序法第 52 條第 1 項：「行政程序所生之費用，由行政機關負擔。但專為當事人或利害關係人利益所支出之費用，不在此限。」

## (二) 調查方法之容許

所謂行政調查之方法，係行政機關為取得相關證據資料，所採行之各種方法，簡言之，即係取得證據之過程，與「證據方法」概念上應無不同<sup>74</sup>，已如前所述。雖然，對行政機關得本於職權，依其裁量決定取得證據之方法，惟並非任何方法皆被容許，其仍有一定之限制。此與所取得證據之證據能力有密切之關係，蓋以不容許之調查方法而獲得之證據，不具證據能力<sup>75</sup>。

### 1、容許之調查方法

有關調查方法之採用，行政程序係依據「自由證據原則」(Grundsatz des Freibeweises)，行政程序法第 39 條以下所規定之通知陳述意見、要求提供文書資料、送請鑑定及進行勘驗等，僅為例示之規定，應係在補充第 36 條之職權調查主義，但亦具有釐清何種方法可以使用於調查證據之作用。此不同於行政訴訟中所適用之適用之「嚴格證據原則」(Grundsatz des Strengbeweises)，法院被限制只能採用有限之證據方法<sup>76</sup>。準此，行政機關依據第 36 條之職權調查主義，對於事實之調查，依其合義務之裁量，原則上得採用所有的調查方法，只要其認為是正確的或是適當的<sup>77</sup>。並本於自由心證原則，依論理及經驗法則，形成心證，判斷事實之真偽。因此，如基於事實調查之需要，從有管轄權之機關取得相關之文件，或是從出版社、報社及其他媒體等，包括網路上取得資訊，另外亦得利用以前行政程序既有之

<sup>74</sup> 於德國聯邦行政程序法第 26 條即以證據方法稱之。

<sup>75</sup> 參見前述之說明。

<sup>76</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.9.

<sup>77</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.3; Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.3.

資料等，皆屬之<sup>78</sup>。

## 2、不容許之調查方法

有些調查方法是被禁止的，即依據證據排除法則或證據禁止法則，即以不容許之調查方法取得之證據，不得作為處分之依據。因此，縱使取得亦不具證據能力，例如依照資料保護相關法律之規定<sup>79</sup>。有關調查方法之禁止可分成兩方面，直接禁止及間接禁止。直接禁止部分，即牴觸了法律上之禁止規定，或是違反了基本權之保護，或是其他以違法方式取得證據之方法<sup>80</sup>。如秘密錄音及其他違反人格權，或是違反選舉秘密、通信秘密及違法監聽，或是違反資料保護法之資料保護，或是違反醫生或律師之沈默義務<sup>81</sup>，或違反國際法等調查方法<sup>82</sup>。

間接禁止部分，即並非直接基於不許可之調查方法，而只是間接的取得時，是否亦被容許，則較有爭議。如因違法監聽而知悉涉及逃漏稅帳冊之地點，再以合法之程序取得該帳冊。此種情形相當於刑事訴訟法上之「毒樹果實原則」(fruits of the poisonous tree doctrine)<sup>83</sup>。德國有學者認為，對此種證據之評價，不得與

<sup>78</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.9.

<sup>79</sup> Vgl. Georg Küpper, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate – Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren., JZ 1990,416ff.; Günther Blau, "Beweisverbote als rechtsstaatliche Begrenzung der Aufklärungspflicht im Strafprozeß" in Jura 1993,513ff.;國內進一步之討論，參郭介恆，行政調查與資訊隱私權--以美國法制為例，行政調查之建制與人權保障 / 行政訴訟之前置救濟方法與程序，台灣行政法學主編，2009年7月，頁1以下。

<sup>80</sup> Vgl. Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §26 Rn.16; Reichert-Hammer, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, (§ 136a StPO), BGHSt 34, 362, JuS 1989, S. 446 ff.

<sup>81</sup> 此時應可類推適用行政訴訟法第146條得拒絕證言之規定。

<sup>82</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.11; Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §16 Rn.16.

<sup>83</sup> 於刑事訴訟上即係指基於違法取得之證據，再透過合法程序所取得之證據，

其他合法方式取得者相抵觸<sup>84</sup>。國內學者亦有不同看法，有認為此原則並不適用於行政程序，蓋行政程序並未採取行政訴訟程序之「直接審理主義」，故只要有法定職權之人員進行非故意違法所蒐集之證據資料，皆應具有證據能力<sup>85</sup>。惟有認為，基於保障人民權利，貫徹法治國原則之考量，毒樹果實原則應亦適用在行政程序，只是在認定「毒果」之證據能力時，得較為寬鬆<sup>86</sup>。對此，行政程序雖不採直接審理主義，惟取得證據之方法仍有合性之要求，否則仍將影響其作為證據之能力，故應以後說較為可採。

### (三)比例原則

行政機關在選擇調查方法及進行事實及證據之調查時，比例原則為重要之考量<sup>87</sup>。如通知關係人陳述意見時，應容許其以書面陳述之方式，除非必須由其到達一定處所以言詞陳述，始能達到調查之目的<sup>88</sup>。另如要求相對人提供物品時，對於物品之種類及數量，須與調查之事實有關且不得過度。此外，有關之費用問題，必須慎重地衡量。倘若某種調查方法，須耗用高額之費用時，即須審慎。如送請鑑定須支付費用，必須所調查之事實得藉由鑑定而澄清，且該調查對於決定之公共利益所必要時，始為容許。對於送請鑑定之審查，以機關本於職權或依當事人請求而作成委託之時點為準。此外，若須進行住宅之訪查或勘驗，必須具備很

---

亦不可作為證據；參張麗卿，刑事訴訟法理論與適用，五南，2007年9月，頁363。

<sup>84</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.12.

<sup>85</sup> 參閱李惠宗，同前註52，頁264。

<sup>86</sup> 參閱蔡茂寅等，同前註48，頁98。

<sup>87</sup> 於德國聯邦行政程序法第26條第1項中，係以「必要時」(erforderlich)一詞顯示出比例原則之適用。

<sup>88</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.19.

嚴格之要件，即使是在社會給付之領域內，亦同<sup>89</sup>。

#### 四 調查程序之瑕疵及其效果

由於行政機關在進行事實調查或證據程序中所作成之決定，原則上係非獨立之程序行為，不具有行政處分之性質<sup>90</sup>。又關於調查方法之選擇既屬行政機關之裁量，則是否違反應有之限制或原則，如違反比例原則，原則上亦非當事人所可以主張。倘若機關已調查事實並提出證明，且依自由心證原則獲得其確信而作成決定時，只有其係基於不正確或不充分之事實，尤其忽略掉此事實之決定重要性，或是基於其他理由已逾越了客觀不得恣意評價之界限時，此調查程序始有瑕疵<sup>91</sup>。

此外，當行政機關誤認本身擁有之專業知識，而未採取其他必要之調查方法，如送請鑑定或請教專業機關之意見，其裁量即有瑕疵。雖然一般對於有關專業之認定，通常會送請鑑定或請教其他專業機關，但並不排除該機關自認本身有此專業知識，至於其係如何具有或取得此專業知識，並不重要。惟若關係人有所質疑時，則須在行政處分中說明理由，此時即須說明何以有此專業知識<sup>92</sup>。

調查方法選擇之瑕疵，屬事實調查瑕疵中之一部分。由於事實調查係行政程序之一環，故此種調查之瑕疵為程序上之瑕疵，並非實體瑕疵，故不構成當事人獨立可主張之程序地位，亦不得單獨請求救濟，同樣不在法院控制之範圍。除非，此種程序瑕疵已干預到其實體之法律地位時，或是基於個別專業法之規定，具

<sup>89</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.8.

<sup>90</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.7.

<sup>91</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.9.

<sup>92</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.7; Diethard Dahm, Ablehnung eines Beweisantrags im Asylrecht, NVwZ 2000,1390.

有干預關係人權利之法律效果時，始得請求救濟<sup>93</sup>，否則仍須等到其對於實體決定不服時，再依行政程序法第 174 條之規定，一併聲明不服<sup>94</sup>。

### (五)非屬調查之範圍者

若行政機關係運用本身既存在之資料，應不屬調查之方法，蓋其並未涉及資訊之創設，只是對於現有資料之利用而已。另如機關本身即建有之資料庫或使用其圖書館等，亦同。不過，這對其心證之獲得並無影響，因為不論其資訊之取得，究係基於調查而來或是單純基於本身資料之使用，並無差異<sup>95</sup>。此外，若非屬職權調查之範圍者，亦不涉及調查之方法。如對於「公眾週知」（*öffenkundige*）或「職務上已知悉」（*amtskundige*;*behördenkundige*）之事實，無庸舉證<sup>96</sup>。此雖為訴訟法上之規定<sup>97</sup>，但應亦可適用在行政調查之程序。所謂公眾週知之事實，係指一個有理性及經驗之人，在通常情形下立即可以知悉，或是在任何時候，藉由利用一般可接近之知悉來源，毫不困難地獲有確信之謂。至於職務上已知悉之事實，係指行政機關基於其職務上之活動而熟悉之事實。若僅係記載在文件上，尚不足以構成，仍須經由一定程序予以證明<sup>98</sup>。當事人對於上述事實之存在或具體個案

<sup>93</sup> 於德國行政法院法第 44 條 a 有相關之規定。vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.19; Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.7.

<sup>94</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.10; Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.7.

<sup>95</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.13.

<sup>96</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.13.

<sup>97</sup> 參刑事訴訟法第 157 條：「公眾週知之事實，無庸舉證。」同法第 158 條：「事實於法院已顯著，或為其職務上所已知者，無庸舉證。」民事訴訟法第 278 條第 1 項：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。」另依行政訴訟法第 176 條規定，準用民事訴訟法第 278 條。

<sup>98</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.23.

中之適用有疑義時，則應使其有陳述意見之機會<sup>99</sup>。

此外，若證據之證明力係以「經驗法則」(Erfahrungssätze)為依據時，亦與證據調查無涉。經驗法則被理解為有關生活關係之狀況或發展之一般抽象知悉，此係依個案之觀察為依據<sup>100</sup>。經驗法則可區分為一般經驗法則及特別經驗法則，前者係指一般人在日常生活經驗中，依常識即可獲致之法則；後者則指有關專業知識或科技領域之法則<sup>101</sup>。但當事人若對特別的經驗法則有爭執時，行政機關亦得交由鑑定人進行調查<sup>102</sup>。

## 肆、與行政程序法有關之調查方法

### 一、概述

行政機關對於事實之釐清，究竟應採取何種調查方法，本於職權調查主義，由其裁量決定之，已如前述。至於有那些被容許之調查方法，現行法中並未有一般性之規定，較為重要者，則可見於行政程序法，於該法第39條至第42條分別列舉出四種調查方法，即通知陳述意見、要求提供文書等、送請鑑定及進行勘驗。此外，於行政程序法上雖未明文列為調查方法之一種，但由相關規定中，可知亦為得採行之方法，即詢問證人。至於其他如進入處所<sup>103</sup>、搜查及扣留物品等，皆須有其他法規之依據，非屬得直

---

<sup>99</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.23.

<sup>100</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.28,29.

<sup>101</sup> 參吳庚，同前註22，頁173。

<sup>102</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.28,30.

<sup>103</sup> 有關進入處所與行政調查之關係，詳細之探討可參洪文玲，行政調查中進入處所查驗程序之研究，第六屆東吳公法研討會，社會基本權與行政調查制度，東吳大學公法研究中心主辦，2009年5月16日。

接根據行政程序法採取之措施，故不在以下論述之範圍。

## 二、通知陳述意見

### (一)通知陳述意見之概念及依據

行政機關於從事調查行為時，固得本於職權決定調查之範圍及方法，惟有時對於事實真相之了解，關係人較為熟悉，因此乃有藉由關係人之陳述，以助於事實之釐清。並有認為，由於關係人往往是對於事實真相之知悉最重要，甚至是唯一主體，故為最重要之調查方法<sup>104</sup>。此種行政調查程序中關係人意見陳述，屬當事人協力義務之一種，基於使其分擔闡明事實真相之責任，應為法治國家所許<sup>105</sup>。至於是否有必要通知當事人陳述意見，則由行政機關裁量決定，當事人並無請求之權利<sup>106</sup>。

現行法上之一般性規定，可見於行政程序法第 39 條：「行政機關基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人陳述意見。通知書中應記載詢問目的、時間、地點、得否委託他人到

<sup>104</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn. 19.

<sup>105</sup> 參李震山，同前註 4，頁 497。

<sup>106</sup> 此亦為法院向來之態度，如最高行政法院 97 年度裁字第 5084 號裁定：「且行政程序法第 39 條規定：『行政機關基於調查事實及證據之必要，『得』以書面通知相關之人陳述意見。...』既規定『得』，而非『應』，上訴人自不得主張被上訴人未以書面通知上訴人陳述意見等情為違法。」臺北高等行政法院 96 年度訴更二字第 184 號判決：「行政程序法第 39 條第 1 項固然規定：行政機關基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人陳述意見。然查依照條文之規定，是否以書面通知相關之人陳述意見，係以行政機關得以裁量之任意規定，並非強制規定。且該條文之立法意旨乃針對有調查事實及證據必要者，請當事人到場陳述意見，有助於爭議之釐清。」及臺北高等行政法院 96 年度訴字第 450 號判決：「因行政程序法第 38 條及第 39 條係規定行政機關於『必要時』得據實製作書面紀錄及以書面通知相關人之陳述意見，並非『應』據實製作書面紀錄及以書面通知相關人之陳述意見，則被上訴人就此部分有裁量權決定如何調查事實及證據。」

場及不到場所生之效果。」<sup>107</sup>本條規定與同法第 102 條皆係有關意見陳述之規定，只是前者係以關係人之意見陳述為調查方法，著重於不清楚事實之闡明，有稱之為「資訊聽證」(informatiorische Anhörung)<sup>108</sup>；而後者則屬廣義之法定聽證，以保障當事人之程序參與權為主，性質並非全然相同，惟因皆屬關係人對於該事件個人意見之表達，功能上有所重疊，故不排除可同時進行<sup>109</sup>。是以，若已依行政程序法第 39 條規定，通知行政處分相對人陳述意見，則依同法第 102 條規定，行政機關於作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，即可不再通知其陳述意見<sup>110</sup>。又行政程序法第 39 條通知陳述意見之對象為關係人，涵蓋範圍較廣，不同於同法第 102 條只限於處分相對人，因此，只要與行政調查標的有關之人皆屬之，如程序當事人、第三人及相關之公務員等<sup>111</sup>，亦可包括法人或行政機關等組織。若係以法人或機關等為陳述意見之對象時，則可由其法定代理人或代表人到場<sup>112</sup>，且除非有特殊之考量，否則應皆得委由他人到場。

除行政程序法之一般性規定外，現行法中亦有不少通知關係人陳述意見之規定者，不過，有些規定之性質與行政程序法第 102

<sup>107</sup> 依立法說明，本條係參考德國聯邦行政程序法第 26 條及奧國普通行政程序法第 19 條。其中德國聯邦行政程序法第 26 條第 1 項第 2 款規定：「聽取當事人陳述意見 (anhören)，詢問證人及鑑定人，或取得當事人、鑑定人及證人之書面或電子資料之意見。」

<sup>108</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.20.

<sup>109</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.19.

<sup>110</sup> 參 90.3.12 法務部 90 法律字第 007652 號函：「警察人員於調查證據時，針對該違法(規)構成要件之重要事項已予調查，並於調查證據時，依行政程序法第 39 條規定給予相對人陳述意見機會，載明調查筆錄中者，該法規之主管機關據該調查筆錄作成負擔性行政處分時，似符同法第 102 條除外規定，無庸於作成處分前再給予相對人陳述意見機會，以符程序經濟原則。」另最高法院 96 年度判字第 01643 號判決亦採相同之見解。

<sup>111</sup> 參蔡茂寅等，同註 48，頁 96、97。

<sup>112</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.19.

條較為接近，如入出國及移民法第 14 條第 3 項：「臺灣地區無戶籍國民居留、定居之許可經撤銷或廢止，入出國及移民署為限令出國處分前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。」亦即並非專為調查之需要而通知陳述意見。至於主要基於調查目的陳述意見之規定，如稅捐稽徵法第 30 條第 1 項、消費者保護法第 33 條第 2 項第 2 款、公平交易法第 27 條第 1 項、商品檢驗法第 50 條第 3 項、電信法第 55 條第 2 項及社會秩序維護法第 41 條等。

## （二）通知陳述意見之方式及程序

行政機關於通知關係人陳述意見時，為使其了解通知其陳述之目的並有所準備，依行政程序法第 39 條之規定，得以書面通知，並應記載相關事項及不到場之法律效果<sup>113</sup>，目前以稅捐稽徵法第 11 條之 5 規定最為詳盡<sup>114</sup>。由於此種關係人意見陳述為重要之調查方法，且經通知後課予關係人陳述意見之義務，故原則上應以書面為之，除非在例外情形下，認以言詞通知較為適當時，始得不採書面之方式，但仍應依行政程序法第 104 條第 2 項規定，作成紀錄，向相對人朗讀或使閱覽後簽名或蓋章；其拒絕簽名或蓋章者，應記明其事由<sup>115</sup>。

至於關係人意見陳述之方式，除必須由其到達一定處所以言詞陳述，始能達到釐清事實真相之目的外，應容許如行政程序法

<sup>113</sup> 此種意見陳述之通知，若欲同時具備行政程序法第 102 條之功能時，依同法第 104 條第 1 項之規定，則其應以書面記載相關事項。

<sup>114</sup> 稅捐稽徵法第 11 條之 5：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，於進行調查前，除通知調查將影響稽徵或調查目的者外，應以書面通知被調查者調查或備詢之事由及範圍。被調查者如委任代理人，該代理人應於接受調查或備詢時，出具委任書（第一項）。被調查者或其代理人經稅捐稽徵機關或財政部賦稅署之許可，得偕同輔佐人到場接受調查或備詢（第二項）。」

<sup>115</sup> 參李震山，同前註 4，頁 499。

第 106 條之規定，以書面之陳述書代替之<sup>116</sup>。此外，於必要時，如基於調查行為之性質或關係人行動不便等，亦得至其所在地進行意見陳述，如飛航事故調查法第 18 條：「第六條第一項之飛航事故發生後，飛安會專案調查小組得訪談相關人員，受訪談人員無正當理由不得規避或拒絕，並應據實陳述；受訪談人員之主管或雇用人，不得妨礙訪談。」又不論以言詞或書面陳述意見，行政機關皆應記載於文件中<sup>117</sup>。

當行政機關通知關係人陳述意見時，既係基於釐清事件之需要，必然先存有等待關係人釐清之事實或證據，因此，須使關係人在陳述其意見之前，能充分了解行政機關所欲其陳述之內容。必要時，本於發現真實之目的，並得作出應為真實陳述之指示<sup>118</sup>。

### （三）「陳述義務」之存否及內涵

依規定受通知之關係人是否負有「陳述義務」(Aussagepflicht)，以及當其不履行此項義務時，究竟會發生何種效果？則有爭議。首先，若係違反到場之要求時，有認行政機關得依行政執行法第 27 條之規定，強制執行之<sup>119</sup>。但有認為除非法律有特別規定，未必即構成行政罰或直接強制之要件，不過可能在證據評價上對當事人產生不利等效果<sup>120</sup>。其次，至於不論是否到場，對於行政機關之詢問拒絕陳述時，有認為有關其個人資料及依法令應為陳述之事項，應有陳述義務，原則上拒絕供述確認個人身分之資料者，往往會附隨制裁或強制措施。但若因其

<sup>116</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.19.

<sup>117</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.19.

<sup>118</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.20.

<sup>119</sup> 參蔡茂寅等，同註 48，頁 95、96。

<sup>120</sup> 參李震山，同前註 4，頁 499；陳敏，行政法總論，自版，2009 年 9 月，頁 702。

陳述而有被追究責任之危險，或因此會破壞特定職業秘密或一定親屬間之信賴關係時，則參照刑事訴訟法上有關刑事被告拒絕陳述及證人守密義務或親屬拒絕證言規定之法理，應容許其拒絕陳述<sup>121</sup>。

對於上述疑義，主要涉及關係人究竟有無應行政機關之要求到場並陳述意見之義務。由於此係關係人協助行政機關釐清事實而負有之協力義務或協力負擔，則是否可因其不協力，即課予其強制到場及陳述之義務，實有待斟酌。尤其行政程序法上對於違反此項義務者，並無制裁之規定，且通知關係人到場之行為，是否屬行政處分而可適用行政執行法，亦值懷疑，況且縱使強制其到場，但仍拒絕陳述時，亦難以施以制裁。因此，除非其他法律有特別之規定，否則甚難強制關係人應到場或陳述意見<sup>122</sup>。不過，依行政程序法第 39 條規定，行政機關於通知書中應記載不到場所生之效果。所謂「不到場所生之效果」意義為何，並不清楚。由於行政程序法上並無有關不到場效果之規定，則若是指得採取強制執行措施之效果，在適法性上恐有疑義，除非是其他法律上之特別規定，如消費者保護法第 57 條<sup>123</sup>，對於拒絕到場陳

<sup>121</sup> 參李震山，同前註 4，頁 500。

<sup>122</sup> 若參考德國聯邦行政程序法第 26 條第 2 項之規定：「當事人應參與事件之調查。尤其應提出其已知悉之事實及證據方法。對於參與事件調查之其他義務，特別是有關其親自出席或是陳述，只有當法規有特別規定時，始存在之。」即當事人對於事件之調查，就其已知悉之事實及證據方法，負有協力義務，但亦無相應之制裁規定。依該國學者之見解，依該國行政程序法之規定，並不成立關係人之陳述義務，故亦無規定拒絕陳述權之必要；vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.21.

<sup>123</sup> 消費者保護法第 57 條規定：「企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依第十七條第三項、第三十三條或第三十八條規定所為之調查者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」同法第 33 條第 2 項規定：「前項人員為調查時，應出示有關證件，其調查得依下列方式進行：一、向企業經營者或關係人查詢。二、通知企業經營者或關係人到場陳述意見。三、通知企業經營者提出資料證明該商品或服務對於消費者生命、身體、健康或財

述意見之企業經營者，得處以罰鍰。惟此時依其他法律之規定即可，實無須規定於行政程序法中，故此部分應可刪除，免滋疑義。

此外，雖然行政機關得要求關係人為真實之陳述，倘關係人之陳述為錯誤時，由於行政程序法中並無以宣誓或令具結等方式，以保證其陳述為真實之規定，故縱使其故意為錯誤之陳述，原則上亦不得予以制裁。不過，此種錯誤之陳述，若導致行政機關作成不正確之決定或處分，則可能構成其他處罰之要件，如財產上之詐欺等<sup>124</sup>。

### 三、要求提供文書、資料或物品

#### (一) 要求提供之依據及範圍

行政機關於從事調查行為時，基於調查事實之必要，除了本身所擁有之資料、文件或物品外，亦得要求當事人或第三人提供，一般性規定可見於行政程序法第 40 條：「行政機關基於調查事實及證據之必要，得要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品。」當事人等之提供文書等行為，應亦屬其協力義務之範圍<sup>125</sup>。此外，在職務協助之範圍內，亦得要求其他機關提供其所持有之文書或卷宗等<sup>126</sup>。至於個別法規中，要求提供文書、資料或物品等之規定，亦經常可見，如飛航事故調查法第 17 條

---

產無損害之虞。四、派員前往企業經營者之事務所、營業所或其他有關場所進行調查。五、必要時，得就地抽樣商品，加以檢驗。」另如稅捐稽徵法第 46 條第 2 項規定：「納稅義務人經稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員通知到達備詢，納稅義務人本人或受委任之合法代理人，如無正當理由而拒不到達備詢者，處新台幣三千元以下罰鍰。」亦同。

<sup>124</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.22.

<sup>125</sup> 參李震山，同前註 4，頁 497。

<sup>126</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.36.

<sup>127</sup>、稅捐稽徵法第 30 條第 1 項<sup>128</sup>、商品檢驗法第 49 條第 2 項等<sup>129</sup>。

## (二) 要求提供之程序

行政機關依行政程序法第 40 條之規定，要求提供文書等資料之行為，雖非行政處分<sup>130</sup>，惟仍應事先通知，此項通知原則上應以書面為之。通知書上應詳細記載，使相對人得以充分知悉行政機關之要求並預為準備<sup>131</sup>。行政機關要求提供物品之種類及數量，由其基於調查之必要決定之，但須與調查之事實有關且不得過度<sup>132</sup>，有些並須支付費用<sup>133</sup>。至於相對人提供物品等之處所，

<sup>127</sup> 飛航事故調查法第 17 條：「第六條第一項之飛航事故發生後，航空器所有人、使用人、民航局及其他有關機關，應配合飛安會專案調查小組之要求，於限期內提供下列調查資料：一、航空器之裝載情形及簽派資料。二、航空人員之各種訓練與經歷紀錄、證照及其他有助於研判之資料。三、航空器適航與維護之有關資料及紀錄。四、氣象及航管紀錄。五、機場及助航設備資料。六、搜尋、救護、消防作業之資料。七、航空器飛航操作、適航及維修之查核資料。八、航空器之飛航資料記錄器及座艙語音記錄器之相關資料。九、其他有關該飛航事故之資料。」

<sup>128</sup> 稅捐稽徵法第 30 條第 1 項：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕。」

<sup>129</sup> 商品檢驗法第 49 條第 2 項：「標準檢驗局為辦理前項檢查，得要求前項場所之負責人提供相關資料，並得要求報驗義務人於限期內提供檢驗證明、技術文件及樣品，以供查核或試驗。」

<sup>130</sup> 於德國聯邦行政程序法第 26 條第 3 款有關證據方法之規定：「取得（beizeihen）文件及表冊。」依該國學者之見解，所謂的「取得」係對於當事人、其他官署或第三人要求文件等之行為，此不具義務性質，以達到證明為目的；惟若係以法規要求其負有交付之義務時，則該交付要求係行政處分；Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.33.

<sup>131</sup> 參李震山，同前註 4，頁 502。

<sup>132</sup> 參李震山，同前註 4，頁 501、502。

<sup>133</sup> 如化粧品衛生管理條例第 25 條：「國外輸入或國內產銷之化粧品及化粧品色素，直轄市或縣（市）衛生主管機關得派員持憑證明文件，赴各廠商抽查或檢查；必要時，得以原價抽取樣品，檢查其品質，廠商不得無故拒絕。」

原則上應於行政機關之辦公處所，不宜逕至文件物品所在地要求提示，以免對其造成干預<sup>134</sup>，除非法律有明文之規定，如化粧品衛生管理條例第 25 條規定，由主管機關派員持憑證明文件，赴廠商抽查或檢查，必要時，得以原價抽取樣品。又行政機關於收取當事人所提供之資料等時，若須保留在行政機關時，應發給收據，以資證明，且應有一定期間之限制，此在如稅捐稽徵法第 30 條第 2 項即有明文之規定。此外，有對於行政機關依證券交易法第 64 條規定<sup>135</sup>，無須報請檢察官即得逕行為封存或調取相關證件之合法性，表示質疑者<sup>136</sup>。

### (三) 不依要求提供之效果

較有疑義者，在於若相對人不履行此項義務時，究竟發生何種法律效果？是否得強制執行之？於行政程序中亦缺乏相關之規定。有認為此時行政機關得對於不提供者，依行政執行法第

<sup>134</sup> 參李震山，同前註 4，頁 502。

<sup>135</sup> 證券交易法第 64 條：「主管機關為保護公益或投資人利益，得隨時命令證券商提出財務或業務之報告資料，或檢查其營業、財產、帳簿、書類或其他有關物件；如發現有違反法令之重大嫌疑者，並得封存或調取其有關證件。」

<sup>136</sup> 參胡博碩，金融監理與行政調查—證券交易法中當事人之協力義務，台灣法學雜誌第 168 期，2011 年 1 月，頁 81。其以依行政院金融監督管理委員會組織法第 5 條第 3 項及第 4 項「被檢查者提供資料時，檢查者應掣給收據，除涉有金融犯罪嫌疑者外，應於資料提送完全之日起，十個工作日內發還之。」「本會及所屬機關對涉有金融犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，報請檢察官許可，向該管法院聲請核發搜索票後，會同司法警察，進入疑為藏置帳簿、文件、電子資料檔等資料或證物之處所，實施搜索；搜索時非上述人員不得參與。經搜索獲得有關資料或證物，統由參加搜索人員，會同攜回本會及所屬機關，依法處理。」之規定，應經檢察官許可後，始得聲請核發搜索票，進行搜索及攜回相關資料或證物，與證券交易法第 64 條由行政機關得自行封存或調取之規定，似有未合。不過，上述組織法上之規定，係以「涉有金融犯罪嫌疑之案件」，而證券交易法第 64 條之規定，則以「有違反法令之重大嫌疑者」，兩者規範對象不完全一致，在解釋上，若有前者之情形，似應優先適用。

27 條之規定，強制執行之<sup>137</sup>。但有態度較為保留者，以行政程序尚難與司法審查程序相提並論，相對人若拒絕提供，行政機關宜盡調查能事，或以協調方式取得，不宜強制為之<sup>138</sup>。對此，基於職權調查主義之精神，有關事實之釐清，主要由行政機關承擔，而相對人之提供資料等，僅係協助行政機關之調查，不宜使其承受過重之責任，故應以後說較為可採<sup>139</sup>。惟若法律有特別規定時，自得加以處罰，如稅捐稽徵法第 46 條第 1 項：「拒絕稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員調查，或拒不提示有關課稅資料、文件者，處新台幣三千元以上三萬元以下罰鍰。」此外，雖然行政機關無法強制相對人提供資料等，仍得在證據評價上對其為不利益之認定<sup>140</sup>，或無法作出對其有利決定，如當事人請求撤銷第三人之使用執照，行政機關乃要求其提出第三人偽造土地使用權同意書之證明文件，惟當事人無法提出，行政機關即駁回其請求<sup>141</sup>。

<sup>137</sup> 參蔡茂寅等，同註 48，頁 96。

<sup>138</sup> 參李震山，同前註 4，頁 502。

<sup>139</sup> 依德國學者之通說，相對人等未依該國聯邦行政程序法第 26 條第 2 項交付時，行政機關不得採取強制之手段；Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.90; Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §16 Rn.31; Obermayer, a.a.O., (Fn. 30), §26 Rn.90 ; Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.36。

<sup>140</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.33。我國實務見解亦同，如如最高法院 99 年度判字第 216 號判決：「……惟行政程序法第 40 條亦規定：……本件依廢棄物清理法第 20 條規定，就應回收責任廢棄物責任業者（下稱責任業者）應負擔包裝、容器之回收清除處理費雖屬特別公課，依上開規定，主管機關得派員或委託專業人員進行查核責任業者營業量或進口量，及責任業者之相關帳簿資料，惟該營業量文件帳冊資料，俱存於責任業者支配範圍，……。上訴人既為責任業者，於接受查核時，因提供之帳冊資料並不完整，……復疏漏未記載紙箱之期初存貨及期末存貨，致被上訴人無法精確完整計算回收清除處理費，自得依管理辦法第 13 條規定，以原（物）料或其他足供佐證之資料計算上訴人之容器購入量，並據之推算應補繳之回收清除處理費，此與法律授權原則尚屬無違……」

<sup>141</sup> 參高中高等行政法院 91 年度訴字第 311 號裁定：「被告南投縣草屯鎮公

## 四、鑑定

### (一) 鑑定及鑑定人之概念

當行政機關在從事調查時，遇有涉及專業知識之判斷，倘本身欠缺此種專業知識，即得送請鑑定人代為鑑定，此可見於行政程序法第 41 條：「行政機關得選定適當之人為鑑定（第一項）。以書面為鑑定者，必要時，得通知鑑定人到場說明（第二項）。」

<sup>142</sup> 尤其當面臨高度科技、專業或需要豐富經驗之領域，如醫療疏失、進口物品之來源國、學術著作有無抄襲等，由於行政機關不易具備此方面之能力，故不得不借助專業之鑑定人。

鑑定人之概念與訴訟法上並無不同，係基於其專業知識及經驗，協助行政機關確認事實<sup>143</sup>。鑑定主要係以事實為對象，必要時亦得針對習慣法及外國法。至於所適用法律之解釋及事件之涵攝，則仍屬行政機關本身，不在鑑定人<sup>144</sup>。遇有專業法律問題時，亦得向外徵詢專家之意見，此應非屬鑑定，在行政訴訟上得準用

---

所……函覆原告謂『為台端申請要求撤銷本所核發之七十八年草鎮建使字第○九三號使用執照案，所陳述事項李豐次、李文銘、李文槐三人偽造土地使用權同意書是否屬實請提出具法律效力之證明，若無憑據本所歎難任意撤銷使用執照。』其中『若無憑據本所歎難任意撤銷使用執照』應屬贅述，惟其餘『所陳事項李豐次等三人偽造土地使用權同意書是否屬實，請提出具法律效力之證明』之意思通知，依行政程序法第四十條所定『行政機關基於調查事實及證據之必要，得要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品。』其要求原告提供必要之證明資料即無不合。』

<sup>142</sup> 目前國內文獻對行政程序中之鑑定論述最為詳盡者為蕭文生，鑑定人與行政調查程序，行政調查之建制與人權保障 / 行政訴訟之前置救濟方法與程序，台灣行政法學會，2009 年 7 月，頁 141-178。

<sup>143</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.27; Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.68.

<sup>144</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §24 R.27.

鑑定之規定<sup>145</sup>，行政程序法對此並無規定，不過應不排除。

## （二）鑑定之必要性

對於所調查之事實，是否有必要送請鑑定，由行政機關裁量決定之，此往往取決定於事件之特性及機關本身之能力。倘該事實依一般日常生活經驗即可判斷時，即無送請鑑定之必要<sup>146</sup>。若事實之判斷必須具備特別之專業，而機關本身欠缺此專業時，即有送請鑑定之必要。若機關自認已具備，但以該機關之任務範圍及構成員，無法顯示其具備此能力時，機關若拒絕送請鑑定，則必須在其決定中說明理由<sup>147</sup>。不過，對於機關本身之專業能力是否足夠，其擁有一定之判斷餘地。

此外，若已送請鑑定，但拒絕或偏離了鑑定意見，同樣仍須說明理由<sup>148</sup>。但對於鑑定人執行鑑定之情形以及鑑定之結果，行政機關仍有責任予以審查，並形成本身之確信，而非單純地全盤接受<sup>149</sup>。否則，行政機關既然欠缺該領域之專業知識，必然會相當尊重鑑定人之鑑定意見，尤其是越專業事項，行政機關越會以鑑定意見為其決定之依據，因此介於鑑定人及行政機關間之界限不易劃分，將有導致實質上之決定權反而落在鑑定人手上之危險

<sup>145</sup> 參行政訴訟法第 162 條：「行政法院認為有必要時，得就訴訟事件之專業法律問題徵詢從事該學術研究之人，以書面或於審判期日到場陳述其法律上意見（第一項）。前項意見，於裁判前應告知當事人使為辯論（第二項）。第一項陳述意見之人，準用鑑定人之規定。但不得令其具結（第三項）。」

<sup>146</sup> 參蕭文生，同前註 142，頁 162。於該文並引用最高行政法院 90 年度判字第 1548 號判決、91 年度判字第 2253 號判決及 96 年度判字第 1245 號等判決。

<sup>147</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.29.

<sup>148</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.69.

<sup>149</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.30; 蕭文生，同前註 142，頁 165、166；另最高行政法院 96 年度判字第 2100 號判決，以行政機關須為自己之決定負責，不得在毫無審查下自動、機械式地引用鑑定報告。

150

再者，行政機關於審查鑑定結果後，若以其結果為可採時，即已具備一定證據力，無再送鑑定之必要<sup>151</sup>，然若仍不滿意或有疑義，為審慎計，並得再送請鑑定，然必須具有充分之理由。依德國學者之意見，此種「再度鑑定」(Obergutachten)只有基於下列情形才是必要的：1.鑑定不夠完整，內容互相矛盾，或是基於其他理由無法信服。2.鑑定係根據不恰當之事實要件。3.鑑定人可知悉並不具有相關的必要專業知識。4.由於當事人提出之事實或官署本身之調查，而使得鑑定人所澄清問題已經變更。5.其他鑑定人擁有相同較新及可信賴之研究方法或較具有經驗。6.鑑定結果由於當事人之實質質疑或官署本身之考慮，而明顯地被動搖<sup>152</sup>。經再度鑑定後之結果，若與初次鑑定不同，而行政機關決定採納再度鑑定之結果，亦須對此決定加以說明。

### 三 鑑定人之選任

行政機關於選擇鑑定人時，首先當然是應具備必要之專業知識或經驗，此可由機關自行判斷。其次，鑑定人本身必須公正客

<sup>150</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 R.68; Angelika Nussberger, Sachverständigenwissen als Determinante verwaltungsrechtlicher Einzelentscheidungen, AöR 2004,285; Aron Scherzberg, Der private Gutachter im Umweltschutz, NVwZ 2006,380.

<sup>151</sup> 如最高行政法院 99 年度判字第 113 號判決：「……次查財政部關稅總局『進口貨物原產地認定委員會』會商認定產地為中國大陸，該委員會認定之依據及理由：『參據專家意見及臺北駐日經濟文化代表處經濟組……函查證結果等綜合研判。』並經該委員會實際審視系爭乾香菇之特徵後，始作之判斷，其鑑定結果自具有公信力及證據力。」及 96 年度判字第 894 號判決：「……而藥害救濟審議委員會此專業判斷，並無上訴人所指明明有心電圖，誤為無心電圖等『基於錯誤之事實』、忽視系爭藥物之副作用等『未遵守一般有效之價值判斷原則』或其他顯然違法情事，法院自應尊重，而無再請其他鑑定機關鑑定或徵詢上揭文獻作者之意見之必要……」。

<sup>152</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.79.

觀，不得偏頗。同時，鑑定人本身雖非公務員，然其身份無異於行政機關之助手，應可準用行政程序法有關迴避之規定<sup>153</sup>。但公務員若在該事件曾為鑑定人時，依行政程序法第 32 條第 4 款之規定，即須自行迴避。

鑑定人不必然是自然人，其可以是其他公私立機構或行政機關<sup>154</sup>，有些公法上之組織，其職掌即包括從事鑑定，如行政院環境保護署公害糾紛裁決委員會<sup>155</sup>及行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會<sup>156</sup>等。此外，亦不排除以機關之公務員為鑑定人，但須注意此屬個人之鑑定意見而不代表其所屬機關<sup>157</sup>。又基於職務協助之需要，其他機關本有提供其專業協助之義務，如海關請求農委會代為判斷進口物品是否為大陸產地，或是衛生署請法務部調查局代為確認某藥品是否屬管制藥品等，因此，若係基於職務協助所提供之專業意見，即不屬此處之鑑定人，惟兩者間之界限不易區分，行政機關必須自行決定究係採何種方式，一般以採職

<sup>153</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.31; Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §16 Rn.27; Obermayer, a.a.O., (Fn. 30), §26 Rn.69; StBS 69.;蕭文生，同前註 142，頁 156、157。

<sup>154</sup> 德國學者對此有爭議，多數認為不以自然人為限；vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.70; Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §16 Rn.21; Obermayer, a.a.O., (Fn. 30), §26 Rn.71;但亦有認為若引入專業官署、私人機構，則是否仍可解釋為此種意義之鑑定人，是有問題的；vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.29。

<sup>155</sup> 參行政院環境保護署公害糾紛裁決委員會組織規程第 2 條：「行政院環境保護署公害糾紛裁決委員會（以下簡稱本會）掌理左列事項：一、公害糾紛所生損害賠償事件之裁決。二、公害糾紛調處委員會管轄之指定。三、公害糾紛原因及責任鑑定之委託。四、公害糾紛事件裁決費、鑑定費及證據調查費之計算及收取。五、其他有關公害糾紛裁決之事項。」

<sup>156</sup> 參行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會組織規程第 1 條：「行政院勞工委員會（以下簡稱本會）為鑑定勞工職業疾病，依本會組織條例第二十四條規定，設職業疾病鑑定委員會（以下簡稱本委員會）。」

<sup>157</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.70。

務協助者居多<sup>158</sup>。

#### 四 鑑定之功能及類型

鑑定在行政程序中所發揮之功能主要有三：1.鑑定人將其專業領域內經驗法則之知識，告知行政機關。2.基於其專業知識確認事實並將結果告知行政機關。3.基於其專業領域內之經驗法則，以判斷特定之事實<sup>159</sup>。其次，鑑定依其是否係強制性質，可區別為強制鑑定及任意鑑定，前者係指必須經過鑑定後，行政機關始能作成決定，否則其決定將有重大之瑕疵，並可能構成無效之原因。後者則由行政機關本於其職權，自行判斷有無送請鑑定之必要<sup>160</sup>。

#### 五 鑑定之法律關係及責任

不同於行政訴訟法上之規定<sup>161</sup>，一般人在行政調查程序中並無擔任鑑定人之義務，不論其是否已具備行政機關所需之學術、技藝或職業專業知識。行政機關與鑑定人間關係之成立，應可由機關以指定或委託之方式，指定行為應屬行政處分，而委託則具行政契約之性質<sup>162</sup>。本於此鑑定關係，鑑定人有依行政機關之要求提出鑑定意見之義務，其對於鑑定之經過及結果，亦有以言詞

<sup>158</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.71.

<sup>159</sup> 參蕭文生，同前註 142，頁 156。

<sup>160</sup> 參蕭文生，同前註 142，頁 157。

<sup>161</sup> 參行政訴訟法第 157 條：「從事於鑑定所需之學術、技藝或職業，或經機關委任有鑑定職務者，於他人之行政訴訟有為鑑定人之義務。」

<sup>162</sup> 有認為鑑定人取得其法定地位並非基於契約，而是透過公法上的選任行為，對被選任人而言，此選任行為應是行政處分，且原則上屬須第三人同意之行政處分；參蕭文生，同前註 142，頁 173。惟從行政程序法上規定，除以指定之方式外，應未排除以委託契約之方式成立鑑定關係。

或書面報告之義務<sup>163</sup>。此外，依行政程序法第 54 條第 2 項之規定，若係以書面為鑑定者，必要時，得通知鑑定人到場說明。另外，在聽證程序中，鑑定人應亦有受通知出席之義務<sup>164</sup>。鑑定人除請求一定之報酬外，若有親自出席說明時，並請求法定之日費及旅費<sup>165</sup>。又鑑定人本身並非行政程序之當事人，不能享有當事人在行政程序中之權利，倘行政機關不採納其鑑定意見時，亦不得提起救濟<sup>166</sup>。

此外，當事人若對鑑定結果有意見，不得單獨就鑑定結果請求救濟<sup>167</sup>，僅得依行政程序法第 174 條規定，於對實質決定聲明不服時一併聲明之<sup>168</sup>。由於鑑定是公權力行為，因此有瑕疵之鑑定有構成國家責任之可能<sup>169</sup>。有關作為鑑定人之資格及行為上之義務，行政程序法上未見有明文規定<sup>170</sup>，行政訴訟法則規定較為明確，並得準用人證之規定，此外，訴願法亦有數條文可資適用<sup>171</sup>。而行政程序法僅有單獨一個條文，又無有關證人之規定，於

<sup>163</sup> 參李震山，同前註 4，頁 503。

<sup>164</sup> 參行政程序法第 61 條：「當事人於聽證時，得陳述意見、提出證據，經主持人同意後並得對機關指定之人員、證人、鑑定人、其他當事人或其代理人發問。」及第 62 條 2 項：「主持人於聽證時，得行使下列職權：……三、通知證人或鑑定人到場。……」

<sup>165</sup> 參行政程序法第 53 條：「證人或鑑定人得向行政機關請求法定之日費及旅費，鑑定人並得請求相當之報酬（第一項）。前項費用及報酬，得請求行政機關預行酌給之（第二項）。第一項費用，除法規另有規定外，其標準由行政院定之（第三項）。」

<sup>166</sup> 參蕭文生，同前註 142，頁 155。

<sup>167</sup> 此亦為國內實務界之見解，參見最高法院 96 年度裁字第 3370 號裁定。

<sup>168</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.19.

<sup>169</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.31a; Reinhard Damm, Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ 1991, 375.

<sup>170</sup> 依德國學者之見解，鑑定人行為之規範，參照該國聯邦行政程序法第 26 條第 2 項及第 65 條之規定，原則上與證人相同；vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.31a.

<sup>171</sup> 於訴願法第 69 條至第 72 條皆為有關鑑定之規定，其內容與行政訴訟法上之規定較為接近。

適用上顯有不足，為求明確起見，似有補充規定之必要。

## 五、進行勘驗

### (一) 勘驗之概念及標的

行政機關在從事調查行為時，為確實了解事實之真相，亦得採取勘驗之方法。所謂的勘驗，係指由行政機關直接對於與待證事實有關之人、地、物等，為實地之勘查檢驗之謂。換言之，即係對於有關人身、標的之狀況或事件，經行政機關或行政機關所委託之人，以直接感官之方式去探知。目前一般性之規定，可見於行政程序法第 42 條：「行政機關為瞭解事實真相，得實施勘驗（第一項）。勘驗時應通知當事人到場。但不能通知者，不在此限（第二項）。」

勘驗之標的，可以是氣味、噪音、喧嘩、亮光等以及其他可藉由感官（如眼、耳、鼻、舌、觸摸等）而覺察之事實或事件<sup>172</sup>。若先錄影或錄音下來，以觀察錄影或聆聽其內容，亦可成為勘驗之標的，相片亦同<sup>173</sup>。不過，若是表達想法之內容，則不得成為察看之標的，如有關文件之記載內容或是人之表述等，此時只能視為文件證據或證人證據看待<sup>174</sup>。勘驗通常由行政機關之人員為之，但亦得委由他人代為勘驗，如其他行政機關<sup>175</sup>或具專業能力之私人。此外，有些標的單以人之感官並不足夠，或無法達到目的，因此，往往需藉由器具之協助，如光線或噪音。此種器具之

<sup>172</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn. 37.

<sup>173</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.91.

<sup>174</sup> Vgl. Clausen in: Knack, a.a.O., (Fn. 13), §16 Rn.32; Obermayer, a.a.O., (Fn. 30), §26 Rn.120f.

<sup>175</sup> 如海關即經常委請我國駐外經濟辦事處之人員代為查證進口貨物之生產工廠。

使用，如望遠鏡、聲音接收器、顯微鏡或測速器等，可以使測量更為精確。若勘驗之標的須採取特別的科技鑑定，則有時須引入鑑定，由鑑定人運用正確之工具並評斷結果，以提供行政機關進一步之判斷<sup>176</sup>。不過，在氣味之察覺方面，依其種類、強度、持續及經常性，相對的則往往須以人類之感覺為主<sup>177</sup>，例如空氣污染防治法施行細則第 33 條第 1 項規定：「公私場所及交通工具排放空氣污染物之檢查，其實施方式如下：……(二) 惡臭測定：指檢查人員以嗅覺進行氣味之判定。」<sup>178</sup>

## (二) 勘驗之進行及限制

行政程序中有無進行勘驗之必要，由行政機關本於職權決定之，不受當事人主張之拘束<sup>179</sup>。行政機關之人員於進行勘驗時，除非其從外觀上已有足資辨明身分之可能性，如穿制服並佩帶識別證，或是顯示其身分會妨礙勘驗目的之達成者外，應出示其身分證明文件<sup>180</sup>。勘驗人員若無法證明其身分，相對人即可拒絕其

<sup>176</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn. 37a.

<sup>177</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.91; Hans D. Jarass, Luftqualitätsrichtlinien der EU und die Novellierung des Immissionschutzrechts, NVwZ 2003,257ff.; ders, Rechtsfragen des neuen Luftqualitätsrechts, VerwArch 2006, 429ff.

<sup>178</sup> 此種檢測方法並為行政院所支持，參見參見最高法院 99 年度裁字第 234 號判決：「……同法施行細則第 33 條規定現行環保署公告之臭氣及異味官能測定法僅有『三點比較式嗅袋法』，尚無以儀器檢測之方式，該方法係由嗅覺判定員，以嗅覺為檢驗工具，將採集之試樣氣體以純淨空氣適當稀釋後，置於 3 個嗅袋中的 1 個，由 6 名合格嗅覺判定員分別以嗅覺判斷那個嗅袋含有臭氣，再依數學計算公式平均算出嗅覺判定員可聞出之稀釋倍數以臭味濃度表示，此種有科學依據，早已為先進國家所採用。」

<sup>179</sup> 此於訴願程序中有明文之規定，參訴願法第 67 條第 1 項：「受理訴願機關應依職權或囑託有關機關或人員，實施調查、檢驗或勘驗，不受訴願人主張之拘束。」

<sup>180</sup> 參李震山，同前註 4，頁 504。

勘驗<sup>181</sup>。

勘驗之地點，配合勘驗標的之性質，原則上應在標的所在地<sup>182</sup>或指定之地點，亦得在辦公處所<sup>183</sup>。不過，行政機關於從事勘驗時，不論行政程序法第 42 條或其他行政程序法之規定，皆未賦予行政機關有法律干預之權能，如直接進入房屋或土地，取走標的物，或是在住宅中搜索，縱使無其他方法可以進行勘驗或已無其他調查方法可以使用<sup>184</sup>。又對於標的物之勘驗，除非有法律上之特別授權，或是所有權人或占有人或其他對於勘驗客體有支配權人之同意，否則不得採行，尤其是進入住宅，一般必須有法院之命令始可<sup>185</sup>。目前法律容許得進入處所勘驗之規定並不多見，只有少數如海關緝私條例第 10 條第 1 項前段：「海關有正當理由認為違反本條例情事業已發生者，得勘驗、搜索關係場所。」又勘驗之結果應作成記錄，必要時亦交由相對人閱覽並簽名<sup>186</sup>。於勘驗進行中，依行政程序法第 42 條第 2 項之規定，原則上應通知當事人到場，但若不能通知時，如情形急迫、當事人所在不明或發現事實之必要等，即不在此限<sup>187</sup>。惟若缺乏正當事

<sup>181</sup> 如建築法第 62 條規定：「主管建築機關派員勘驗時，勘驗人員應出示其身分證明文件；其未出示身分證明文件者，起造人、承造人或監造人得拒絕勘驗。」

<sup>182</sup> 如涉及農地是否作非農業使用而無法享有免納地價稅之優惠時，即須至該農地勘驗其使用情形。

<sup>183</sup> 如專利法第 48 條規定：「前項第二款之實驗、補送模型或樣品，專利專責機關必要時，得至現場或指定地點實施勘驗。」

<sup>184</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.38.

<sup>185</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.38.

<sup>186</sup> 如海關緝私條例第 14 條規定：「勘驗、搜索應將經過情形作成筆錄，交被詢問人或在場證人閱覽後，一同簽名或蓋章。如有不能簽名蓋章或拒絕簽名蓋章者，由筆錄製作人記明其事由。」

<sup>187</sup> 參最高法院 99 年度判字第 1292 號判決：「本件涉及上訴人工廠違規排放廢水超過進廠限值，基於事件調查因廢水排放時間而具有急迫性，以及發現事實，避免因通知而停止排放或其他掩飾措施，致稽查目的落空，稽查人

由而未能通知時，該程序應有瑕疵，惟其勘驗結果並非無效，僅影響其作為證據之證明力<sup>188</sup>。

此外，除非法律有明文之規定，否則當事人或第三人並無交付勘驗客體或容忍勘驗之義務，不過，此種勘驗之拒絕可能會導致證據評價上之不利利益<sup>189</sup>。

### （三）勘驗之任意及強制與費用

是否採取勘驗之方式，原則上固由機關本於職權調查主義，自行決定之<sup>190</sup>。惟有時法律有明文規定必須進行勘驗者，如當舖業法第4條第6項：「前項申請者取得籌設同意書後，應按指定之期限籌設完成，並向當地主管機關申請勘驗，經勘驗合格取得許可證後，應於六個月內辦妥公司設立登記或商業登記。」<sup>191</sup>此種勘驗即屬強制性質，若未履行，將致使最終之決定違法。

最後，勘驗既屬行政行為之一種，費用原則上應由行政機關

---

員採樣前雖未通知上訴人會同採樣，然於採樣時已製作污水處理廠下水道巡查紀錄表及廠商採樣分析紀錄表，並當場錄影存證，採樣後立即進入廠區通知上訴人所屬員工並請其表示意見，對於上訴人實質之資訊取得權及程序參與權並無影響，尚難認違反行政程序法第42條規定。」

<sup>188</sup> 此為向來實務見解所採，參見最高行政法院96年度判字第441號判決：「至被上訴人於復查時，實施勘驗，未依行政程序法第42條規定通知上訴人到場，縱有不當，惟未通知當事人到場，所實施之勘驗程序，並非即屬無效，僅其證明力強弱問題，原審非僅依該次勘驗結果為認定之唯一證據，尚再次實施勘驗，上訴人執此主張原處分應予撤銷，亦無足取。」另高雄高等行政法院92年度訴字第1037號判及台中高等行政法院90年度訴字第1257號判決亦同。

<sup>189</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.39.

<sup>190</sup> 法律有時亦有明文之規定，如建築法第58條：「建築物在施工中，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：……。」

<sup>191</sup> 須強制進行勘驗者，另如公路法第19條：「公路修建工程全部或一部完竣時，應經公路主管機關派員勘驗認可後，始得開始使用。」

負擔<sup>192</sup>。又行政機關勘驗行為本身為行政程序中之一環，屬最終決定前之準備行為，因此對於勘驗之過程或結果，原則上不得單獨提起法律救濟。

## 六、詢問證人

### (一)證人之概念及作證範圍

有關證人之資格及作為調查之方法，行政程序法中並未有直接之規定。不過，從其他相關之規定中，可得知行政程序法應承認有證人之存在，如該法第 32 條有關公務員曾為證人時之迴避、第 53 條證人得請求法定之日費及旅費、第 61 條當事人於聽證時得對證人發問及第 62 條主持人於聽證時得通知證人到場等規定皆是。是以，行政機關以證人作為調查之方法，應被容許<sup>193</sup>。

證人係以其本身之知悉，對於特定事實或事件，陳述證言以供證據之用。證人只能是自然人，依其良知，在與其無關之程序中，對有關之事實作證<sup>194</sup>。待證之事實得以是外部及內部之事實，如動機或考慮因素等。至於對於事實之評價及判斷，則不在作證之範圍，屬行政機關適用法律之問題<sup>195</sup>。

行政程序法雖無明確之規定，證人在行政程序中之地位應與鑑定人相同，其皆非程序中當事人，不能享有當事人之權利，但亦無擔任證人之義務，此有別於訴訟法上之規定<sup>196</sup>。行政機關對

<sup>192</sup> 惟有些法律基於不同之考量，有由當事人負擔者，如性騷擾防治法第 17 條：「調解除勘驗費，應由當事人核實支付外，不得收取任何費用或報酬。」

<sup>193</sup> 於德國聯邦行政程序法第 26 條中，將證人與鑑定人皆列為證據方法，惟我國在立法時，則只納入鑑定人。

<sup>194</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., (Fn. 15), §26 Rn.23.

<sup>195</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §24 Rn.19, §26 Rn.67.

<sup>196</sup> 參行政訴訟法第 142 條：「除法律別有規定外，不問何人，於他人之行政訴

於證人之詢問可以用口頭，若其人身印象並不重要，亦可以採書面陳述之方式。又證人與鑑定人有時不易區分，尤其是以其經驗確認事實，故應由行政機關於詢問之初先行確定。

## （二）證人之「作證義務」

以證人作為調查之方法，在行政程序中雖被容許，但在行政程序法中並未規定證人之真實陳述義務或事前之具結，因此，縱使其陳述為虛偽，亦無相應之制裁規定，如構成偽證等<sup>197</sup>。是以，有認為證人是相當不可信賴的，因為證詞在很多方面會有瑕疵，而且並無理由可以支持，證人比起行政程序中之當事人較有信賴價值。況且，對於證詞之內容並無一定之評價原則，故必須至少經過一個獨立的機構確認後，始得視為可信賴。總之，毋寧取決於個案中之證據價值及機關確信之形成<sup>198</sup>。再者，證人既無陳述之義務，故縱使其拒絕陳述，亦無制裁規定，因此，行政程序法上亦無須有得拒絕證言之規定<sup>199</sup>。

綜上，依現有行政程序法上之規定，以詢問證人作為行政調查之方法，對於達成調查目的之幫助實在相當有限<sup>200</sup>。若欲強化證人之功能，行政程序法上則應有較完整之規定，如將其明文列為調查方法之一種、作為證人之義務、到場陳述之義務、具結及真實陳述之義務、得拒絕具結及證言之事由等，若以行政程序無須如同司法程序般，對證人課予如此高之義務時，則可在考慮在具結義務及違反義務時之制裁規定中予以減輕，甚至無制裁規定

訟有為證人之義務。」

<sup>197</sup> 行政訴訟法第 149 條即係有關證人具結義務之規定。

<sup>198</sup> Vgl. Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., (Fn. 17), §26 Rn.67.

<sup>199</sup> 行政訴訟法第 144 條至第 146 條有證人得拒絕證言之規定，第 147 條則係對拒絕證言之處罰。

<sup>200</sup> 訴願法有關證人之規定更少，只有第 97 條第 1 項第 8 款有關證人為虛偽陳述時，得成為再審理由之規定。

亦無妨，但至少應使證人之義務明確化。

## 伍、行政程序法相關規定之檢討及修正—代

### 結論

當行政機關欲作成各種行政決定前，必須經由調查之行為，以了解事件之真相，因此，行政調查在行政機關之作為中應占有重要之地位。惟對於行政調查之法規範，現行法中甚為有限，一般性之規定，只有行政程序法第 36 條至第 43 條數個條文，其餘大多由個別之專業法規自行規定。於行政程序法中之條文，較重要者大概屬第 36 條之職權調查主義及第 43 條之自由心證原則，具有原則性規範之意義，其餘條文所能發揮之作用有限。以本文所涉及之調查方法而言，主要有四個條文，分別規定通知陳述意見、要求提供文書等、送請鑑定及進行勘鑑等四種調查方法，然各該條文規定之內容十分簡要。因此，若欲達到行政程序法對行政調查方面之規範功能，尤其在調查方法方面恐須有較完整之規定。

首先，對於「事實調查」及「證據調查」應有明確劃分，行政程序法上之規定往往將兩者並列，此種立法方式雖較具彈性，但較難以顯示出證據法則在行政程序中之重要性，並易為行政機關所疏忽，誤以為只有訴訟程序始有證據法則之適用。其次，可將比較重要之證據法則明列於行政程序法中，如調查證據時，不採訴訟法上之「證據直接調查原則」；或是在證據能力中之「證據排除法則」，採取類似稅捐稽徵法第 11 條之 5 之規定，明定違法取得之證據，不得作為處分之基礎；或是有關證據調查中當事人之參與程度，雖於行政程序法第 37 條中容許其得申請調查

事實及證據，但是否當然排除其他所有調查程序之參與，即無訴訟法上「當事人公開原則」之適用，亦可明文規定。另外，在證據方法之採用，不適用訴訟法上之「嚴格證據原則」，而採「自由證據原則」，亦同。

再者，就有關各種調查方法方面，對於較常用或是較為重要者，應可納入行政程序法中，並為明確之規定。除目前行政程序法第 39 條以下所規定之四種調查方法以外，有關詢問證人部分，只能從其他條文中得知。惟證人不同於鑑定人，亦非當事人或其他第三人，其在行政程序中有其特定之身分及功能，並應受到如迴避或具結等之限制。此外，對其拒絕證言之範圍及效果，亦有相當之影響。因此，行政程序法若不排除詢問證人得成為調查方法之一種，似應對其有較為明確而詳細之規定，以有利行政機關之採用。

至於個別條文，於行政程序法第 39 條之通知陳述意見，其中有關通知之方式，條文之規定係「得」以書面通知，並規定應記載之項目及不到場所生之效果等，則是否只能以書面通知，並不清楚。但若得以口頭通知，則本條規定幾形同虛設，除非類推，否則根本無從記載。其次，所謂「不到場之效果」意義未明？是否係指得依行政執行法相關規定予以強制執行？或是視所依據各該專業法規之規定而定，如稅捐稽徵法第 46 條第 2 項之規定？若係前者，因對被通知人權利影響極大，應以在條文中明定為宜，若係後者，則應屬訓示性之規定，意義不大，應可刪除，免滋疑義。

於行政程序法第 40 條之提供文書等，其中有關提供之方式並未有任何規定，相對於上述第 39 條之得以書面通知，本條應未加限制，即書面及口頭皆可。此涉及相關人是否有提供義務？以及拒不提供時之法律效果為何？若以此種要求提供之行為具

行政處分性質，且得成為強制執行之名義時，則僅以口頭通知是否已足？恐有待斟酌。為求明確起見，似宜於條文中予以明定。

於行政程序法第 41 條之送請鑑定，條文中之規定亦十分精簡，對於鑑定人之資格方面，僅要求「適當之人」，其次，即係到場說明之義務。至於鑑定之必要性、擔任鑑定人之資格、鑑定之法律關係、鑑定人之權利、義務及責任等，則完全未有規定，適用上幾難有可資遵循之規範，只能委由機關自行決定，並不妥當。

於行政程序法第 42 條之進行勘驗，規定如同其他條文一般，相當簡要。有關事前之通知、勘驗得否委由他人、得否進入處所勘驗、有無交付勘驗標的之義務以及拒絕勘驗之效果等，皆屬有關進行勘驗之重要事項，應可考慮適度納入條文中。

綜上，為使行政程序法在行政調查方面之規範功能得以發揮，應有必要修正現行之規定。當然，行政機關依據職權調查主義，在行政程序中比起訴訟程序應有較大的活動空間，無須為過度嚴格或細密之規定，否則將影響行政目的之實現<sup>201</sup>。倘若擔心會致使每個條文規定太過冗長或彼此重疊，則至少可將涉及行政調查之基本原則或共通性規定，明文列入法條中，俾行政機關有所遵循，並達到法治國最低程度之程序保障。

---

<sup>201</sup> 訴願法上有關證據及調查方法之規定固然較多，惟其著重於法律救濟且有司法化之傾向，故行政程序法上之規範仍有差距。

## 參考文獻

### 一、中文部分

1. 吳庚，行政爭訟法論，自版，2009年2月。(Geng Wu, Administrative Appeal and Litigation Law, Geng Wu, Feb. 2009.)
2. 吳庚，行政法之理論與實用，自版，2010年9月。(Geng Wu, The Theories and Practices of Administrative Law, Geng Wu, Sep. 2010.)
3. 李震山，行政法導論，三民，2009年9月。(Jhen-Shan Lee, The Introduction of Administrative Law, Sanmin, Sep. 2009.)
4. 李惠宗，行政法要義，元照，2008年9月。(Hwai-Tzong Lee, The Concise of Administrative Law, Angle, Sep. 2008.)
5. 李建良，稅務行政訴訟若干舉證問題析論——以台北高等行政法院97年度訴字第1792號判決為例，台灣法學雜誌第173期，2011年4月，頁57-75。(Chien-Liang Lee, The Doctrines of Distribution of the Burden of Proof in the Tax Litigation--example as 1792th. judgment 2008, Taipei high Administrative court, Taiwan Law Journal, [173], Apr. 2011, pp.57-75.)
6. 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，自版，2007年9月。(Yu-Syong Lin, The Textbook of Code of Criminal Procedure 1, Yu-Syong Lin, Sep. 2007.)
7. 林錫堯，行政程序上職權調查主義，當代公法理論，翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，月旦，1993年5月，頁323-335。(Si-Yao Lin, The Principle of Authority Investigation in Administrative Procedure Law, in: The Present's Public Law Theory, Textbook for Dr. Wong Yueh-Sheng's 60<sup>th</sup> birthday, Angle, Sep. 2008, pp.323-335.)
8. 洪文玲，行政調查與法之制約，學知，1998年3月。(Wun-Ling Hong, The Administrative Investigation and its Control of Law, Syue Jhih, Ltd. Sep. 2007.)

9. 洪文玲，行政證據法則之研究，二十一世紀公法的新課題，城仲模教授古稀祝壽論文集，臺灣法治暨政策研究基金會出版，2008年9月，頁339-362。(Wun-Ling Hong, The Doctrines of Evidence in Administrative Law in: “The New Issues of 21th Century’s Public Law Theory” Textbook for Dr. Cheng Zhong-Mo’s 70<sup>th</sup> birthday, Taiwan’s Law and Policy foundation Research published, Sep. 2008, pp.339-362.)
10. 洪文玲，行政調查中進入處所查驗程序之研究，第六屆東吳公法研討會，社會基本權與行政調查制度，東吳大學公法研究中心主辦，2009年5月16日。(Wun-Ling Hong, The Location entering of examining Procedure in Administrative Investigation, the 6<sup>th</sup> Soochow University Public Law seminar, May 16, 2009.)
11. 法治斌主持，行政檢查之研究，行政院研考會委託之研究計畫，行政院研考會，1996年6月。(Jih-Bin Fa, The Doctrines of Administrative Investigation, Research, Development And Evaluation Commission, Executive Yuan, Jun. 1996.)
12. 洪家殷，論行政調查中職權調查之概念及範圍--以行政程序法相關規定為中心，東吳法律學報第21卷第3期，2010年1月，頁1-42。(Jia-Yin Hong, The Concepts and scoops of Authority Investigation in Administrative Investigation—focus on the Administrative Procedure Law, Soochow Law Review, 21[3], Jan. 2010, pp.1-42.)
13. 胡博硯，金融監理與行政調查—證券交易法中當事人之協力義務，台灣法學雜誌第168期，2011年1月，頁66-83。(Bo-Yann Hu, Financial Overseeing and Administrative Investigation—The Duty of Unites Efforts, Taiwan Law Journal, [168], Jan. 2011, P57-75.)
14. 郭介恆，行政調查與資訊隱私權--以美國法制為例，行政調查之建制與人權保障 / 行政訴訟之前置救濟方法與程序，台灣行政法學主編，2009年7月，頁1-38。(Jie-Heng Guo, The Administrative Investigation and the Right of Information Privacy in “Administrative Investigation and Human Right Protection/The Pre- Administrative Procedure and System of Litigation”, Taiwan Administrative Law Association, Jul. 2009,

- pp.1-38.)
15. 張麗卿，刑事訴訟法理論與適用，五南，2007年9月。(Li-Ching Chang, The Theories and Practices of Code of Criminal Procedure, Wu Nan, Sep. 2007.)
  16. 陳計男，行政訴訟法釋論，自版，2000年1月。(Ji-Nan Chen, The Textbook of Administrative System of Litigation, Ji-Nan Chen, Jan. 2000.)
  17. 陳敏，行政法總論，自版，2009年9月。(Min Chen, The General Theory of Administrative Law, Min Chen, Sep. 2009.)
  18. 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，新學林，2009年9月。(Maw-In Tsai/ Chien-Liang Lee/ Ming-Chiang Lin & Chih-Hung Chou, The Practices of Administrative Procedure Law, Sharing, Sep., 2009.)
  19. 蕭文生，職權調查主義、當事人協力義務與舉證責任，行政訴訟制度相關論文彙編第4輯，司法院印行，2005年12月，頁65-106。(Wun-Sheng Siao, The Doctrines of Authority Investigation, the Duty of Unites Efforts And the Doctrines of Distribution of the Burden of Proof in: the Textbook of Administrative System of Litigation, 4<sup>th</sup> Edition., Judicial Yuan, Dec. 2005, pp.65-106.)
  20. 蕭文生，鑑定人與行政調查程序，行政調查之建制與人權保障/行政訴訟之前置救濟方法與程序，台灣行政法學會，2009年7月，頁141-178。(Wun-Sheng Siao, The Expert Witness and the Procedure of Administrative Investigation in: Administrative Investigation and Human Right Protection/ The Pre-Administrative Procedure and System of Litigation, Taiwan Administrative Law Association, Jul. 2009, pp.141-178.)

## 二、外文部分

1. Blau Günther, Beweisverbote als rechtsstaatliche Begrenzung der Aufklärungspflicht im Strafprozeß in Jura, 1993, 513ff.
2. Brühl Raimund, Die Sachverhaltsermittlung im Verwaltungsverfahren und ihre Bedeutung für den Entscheidungsprozess, JA 1992, 193ff.

3. Dahm Diethard, Ablehnung eines Beweisantrags im Asylrecht , NVwZ 2000, 1385ff.
4. Damm Reinhard, Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ 1991, 373ff.
5. Hansjörg Reichert-Hammer, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, (§ 136a StPO), BGHSt 34, 362, JuS 1989, 446 ff.
6. Jarass Hans D., Luftqualitätsrichtlinien der EU und die Novellierung des Immissionsschutzrechts, NVwZ 2003, 257ff.
7. Jarass Hans D., Rechtsfragen des neuen Luftqualitätsrechts, VerwArch 2006, 429ff.
8. Knack Hans Joachim (Begründung)/ Busch Jost-Dietrich/ Clausen Wolfgang/ Dürr Hansjochen/ Hennek Hans-Günter/ Meyer Hubert, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl., 2004.
9. Kopp Ferdinand o. /Ramsauer Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10.Aufl., 2008.
10. Küpper Georg, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate– Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren, JZ 1990, 416ff.
11. Nussberger Angelika, Sachverständigenwissen als Determinante verwaltungsrechtlicher Einzelentscheidungen, AöR 2004, 283ff.
12. Obermayer Klaus, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3.Aufl., 1999.
13. Paul Stelkens, Fragen zur Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes durch die Bauaufsichtsbehörde, BauR 1978, 158 ff.
14. Paul Stelkens/ Bonk Heinz Joachim/ Sachs Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2008.
15. Scherzberg Aron, Der private Gutachter im Umweltschutz, NVwZ 2006, 377ff.
16. Ule Carl Hermann/ Laubinger Hans- Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 4.Aufl., 1995