

行政調查與刑事偵查之證據共用關係

洪兆承^{*}

摘要

在現代社會中，立法者經常以行政和刑事複合的管制模式，以求能夠有效的打擊犯罪。故在程序上，行政調查與刑事偵查也經常並行為之，甚至也必須互相合作。然而由於行政調查和刑事偵查兩者目的不同，故所要求的程序保障也有可能發生差異。此時這樣的構造差異是否可能導致兩程序之間，在進行互相合作，譬如交換證據資料時，是否可能會導致原本需要適用刑事偵查程序才能取得的證據，變成可直接透過交換從行政機關處取得，而出現規避刑事訴訟程序的情形？若真的出現規避的情形，是否會進一步影響證據在刑事訴訟中的證據能力？此均為必須思考的問題。本文嘗試分析我國的相關見解，並以日本法作為比較對象，最後並試圖針對程序間證據可否共用的基準，提出一個解決的基本方向。

關鍵詞：行政調查、刑事偵查、不自證己罪特權、令狀原則、協力義務

DOI：10.3966/168067192023120046003

投稿日期：2023年7月5日；接受刊登日期：2023年10月4日

^{*} 東京大學法學政治學研究科法學博士；東吳大學法學院副教授。本文原稿為2023.3.3於東海大學法學院舉辦之「公害犯罪與刑事司法之對應」學術研討會(二)之發表文章，經由當日與談人之意見後改編而成。感謝當日的與談人李佳玟教授、劉芳伶副教授的精闢與談，以及審稿人的細心指正，惟文責由本人自負，自屬當然。另本文亦為國科會計畫（編號：112-2410-H-031-083-）研究成果之一部。

目次

- 壹、問題之發生
 - 一、行政與刑事的並存的規制模式
 - 二、行政調查與刑事偵查並行之必要性與問題
- 貳、我國學說實務現狀之檢討
 - 一、程序類似性
 - (一)目的類似性
 - (二)手段類似性
 - (三)證據排除的相關討論
 - 二、刑事關聯性
 - (一)合併觀察行政調查與刑事偵查程序的方法
 - (二)規範與事實的刑事關聯性及其內容
 - (三)拒絕協力機制與證據使用禁止
 - 三、實務的討論
 - (一)早期的實務見解
 - (二)憲法法庭111年憲判字第1號判決
 - 四、尚需釐清的問題
 - (一)對於程序類似性之見解
 - (二)對於行政調查與刑事偵查的關聯性之見解
 - 五、小結
- 參、日本學說、實務的討論分析
 - 一、學說實務討論的基礎：川崎民商事件
 - (一)事實關係與判決內容
 - (二)判決分析
 - (三)川崎民商判決的影響與尚待解決之問題
 - 二、一律限制在刑事程序使用證據
 - (一)見解之分析
 - (二)相關批判
 - 三、區別不同憲法原則下的證據使用禁止
 - (一)令狀原則與適用違憲
 - (二)不自證己罪原則與適用違憲
 - (三)迴避適用違憲的方法
 - (四)解決適用違憲的機制：強制禁止或使用禁止
 - 四、「權限不得解為可以為了犯罪偵查而使用」之解釋
 - (一)以調查機關的主觀認定取證手段違法之見解
 - (二)否定需要特別處罰主觀的看法
 - 五、小結
- 肆、本文見解
 - 一、前提：我國與日本法的法制構造之異同與參考可能性
 - (一)不自證己罪原則規範模式的異同

(二)令狀原則規範模式的異同	(二)規範的刑事關聯性：拒絕
二、進入查證與令狀原則：手	協力的權利
段類似性	(三)事實的刑事關聯性：證據
(一)是否適用令狀原則	使用禁止及其範圍
(二)是否禁止證據利用	四、調查機關主觀基準的採用
三、通報義務與不自證己罪	必要
原則	五、小 結
(一)處理模式的選擇基準：刑	伍、結論與展望
事關聯性	

壹、問題之發生

一、行政與刑事的並存的規制模式

在現代社會中，由於企業活動對人民有全面且重大之影響，故如何避免其活動不至於對人民帶來危害，自然是相當重要的問題。對此，立法者通常會以行政與刑事的複合手段，以期能夠有效地對於企業活動進行規制。以企業活動中經常可能伴隨的公害事件¹為例，觀察規制公害事件的相關條文如水污染防治法的內容，可以發現立法者會先要求相關企業遵守一定的行政措施，如遵守放流水標準（第7條）、事前申請排放許可（第14條）等，若違反相關措施，則除了直接處罰緩等行政罰外（第41條、第45條），對於違反情況特別嚴重的情形，如事業排放於地面水體之污水所含之有害健康物質超過該法所定之管制標準時，則以刑罰處理（第36條），若致人

¹ 依照我國公害糾紛處理法第2條第1項之規定，所謂公害係指因人為因素，致破壞生存環境，損害國民健康或有危害之虞者。其範圍包括水污染、空氣污染、土壤污染、噪音、振動、惡臭、廢棄物、毒性物質污染、地盤下陷、輻射公害及其他經中央主管機關指定公告為公害者。

死傷，則有更重的刑事處罰規定（第37條）。同樣的規制模式，也可以從廢棄物清理法第28條（基本的行政規制）與第53條（違反行政規制的罰鍰）、第46條（對於違反行政規制中，較嚴重行為的刑事處罰）、第45條（致人死傷時的加重刑罰）看到。從上述的法條結構中，其實可以發現在立法者在規範企業的不當行為時，經常會出現行政與刑事並存規制的情形²。

二、行政調查與刑事偵查並行之必要性與問題

上述規制模式的交錯除了在實體法上面臨了諸如一事不二罰原則等，因為行政罰與刑罰競合所發生的問題³；在程序法上也會導致在進行調查時，由於相關的行為可能同時涉及行政責任和刑事責任，故為了蒐集資料，也有需要實施行政調查或刑事偵查的可能。如公害犯罪，由於其案件之成因複雜、刑事鑑識機關的專業鑑定知識不足，故刑事偵查機關與行政調查機關本就有緊密合作的必要，行政調查的結果也多半會成為進行刑事偵查時的重要參考⁴。加上刑事偵查以犯罪事實為對象，本來就只能釐清事件原因之一部，若要完整的釐清事件整體的狀況，仍需要實施行政調查⁵。故在像是公害

² 如此觀察可參考李震山，行政法導論，12版，頁384-385（2022年）。有日本學者在分析日本的法規後，亦發現了類似狀況。可參考如曾和俊文，行政法執行システムの法理論，頁140-141（2011年）。

³ 如李震山，同前註，頁414-420；曾和俊文，同前註，頁141-148。

⁴ 對此之說明，可參考如林慧菁，論環境刑事案件之行政調查與刑事偵查，政治大學法學院研究所碩士論文，頁119（2009年）；與我國立法構造的日本法亦有類似分析，藤木英雄，公害事件に関する犯罪捜査と行政調査，收於：藤木英雄編，公害犯罪と企業責任，頁298（1975年）；安村勉，環境刑法の執行——行政調査と犯罪捜査，收於：町野朔編，環境刑法の総合的研究，頁106-107（2003年）。

⁵ 可參考劉芳伶，事故調査之供述義務與不自證己罪特權，月旦法學雜誌，290期，頁190-191（2019年）；類似看法可參考笹倉宏紀，法の實現と行政手

犯罪這種行政罰與刑罰並存的規制模式之中，由於行政調查與刑事偵查均有其實行必要，故兩者經常同時進行，互相交錯，甚至在行政調查之中所取得的資料，也經常會同時在進行刑事偵查時，所必要的證據⁶。

惟行政調查與刑事偵查雖然均屬於國家公權力主體基於特定目的之蒐集資料行為，但兩者的制度設計則有相當之差異⁷。如在進行公害犯罪的刑事偵查時，若要進入他人之處所進行蒐證並取得資料時，依照刑事訴訟法第128條法官保留原則⁸之規定，必須要法官簽名的令狀（搜索票），始能進入他人處所進行搜索；且依照不自證己罪原則，任何人皆無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴⁹，故有緘默權或拒絕證言權的設計，依此前提，國家自然不應以法律賦予他人協力偵查的義務，更不能對於因當事人違反義務，而予以處罰¹⁰。相對於此，依照公害防治的相關法律如水污染防治法之規定，行政機關在要進入處所調查時，對於拒絕配合調查的企業有不須令

續・刑事手續，收於：長谷部恭男等編，岩波講座：現代法の動態2——法の實現手法，頁347-349（2014年）。

⁶ 提示此可能性者，可參考如洪家殷，行政調查法論，頁118（2021年）；陳文貴，行政檢查與令狀原則之界限探討，中原財經法學，39期，頁131-132（2017年）。

⁷ 可參考如洪大植，行政調查有無不自證己罪原則之適用——以公平交易法之規定為例，刑事法雜誌，55卷3期，頁163-165（2011年）。兩者差異的進一步分析，可參考如洪家殷，同前註，頁118-122。

⁸ 關於刑事訴訟法採法官保留原則之原因與現行立法的介紹，可參考如林鈺雄，刑事訴訟法（上），12版，頁328-331（2023年）。

⁹ 可參考林鈺雄，同前註，頁163-165。

¹⁰ 對於違反協力義務之處罰與不自證己罪的關係之說明，可參考王士帆，稅捐協力義務與不自證己罪，收於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，頁197（2017年）。日本的類似見解可參考如平野龍一，默秘權，收於：捜査と人権——刑事法研究(3)，頁105（1961年）。

狀即可進入調查之強制權限¹¹；甚至在發生可能構成公害犯罪的狀況時，還賦予當事人有主動向行政機關報告的義務，若違反該義務則有罰鍰等強制措施¹²。此種賦予當事人協力義務之規範模式，亦曾被大法官以目的之公益性為由認定為合憲¹³。

¹¹ 水污染防治法第26條：「各級主管機關得派員攜帶證明文件，進入事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施之場所，為下列各項查證工作：

一、檢查污染物來源及廢（污）水處理、排放情形。

二、索取有關資料。

三、採樣、流量測定及有關廢（污）水處理、排放情形之攝影。

各級主管機關依前項規定為查證工作時，其涉及軍事秘密者，應會同軍事機關為之。

對於前二項查證，不得規避、妨礙或拒絕。

檢查機關與人員，對於受檢之工商、軍事秘密，應予保密。」同法第50條則規定：「規避、妨礙或拒絕第二十六條第一項之查證者，處新臺幣三萬元以上三百萬元以下罰鍰，並得按次處罰及強制執行查證工作。」從上述條文，可以確定行政機關應可以間接強制或直接強制的方式，進入相關處所以遂行其查證工作。

¹² 水污染防治法第27條第1項：「事業或污水下水道系統排放廢（污）水，有嚴重危害人體健康、農漁業生產或飲用水水源之虞時，負責人應立即採取緊急應變措施，並於三小時內通知當地主管機關。」違反者依照同法第51條第1項，處六萬元以上六百萬元以下罰鍰，而如果排放之廢水危害人體健康時，依照同法第37條，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科兩千萬元以下罰金。

¹³ 如司法院釋字第284號解釋：「道路交通管理處罰條例第六十二條第二項規定：『汽車駕駛人如肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要措施，並向警察機關報告，不得逃逸，違者吊銷其駕駛執照。』旨在增進行車安全，保護他人權益，以維持社會秩序，為憲法第二十三條之所許，與憲法尚無牴觸。」對此之介紹如洪文玲，行政調查制度，收於：台灣行政法學會編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，頁267-269（2006年）；陳愛娥，行政罰之調查程序——行政罰法第八章之修法建議，法學叢刊，244期，頁39-40（2016年）。其他還可參考司法院釋字第537號解釋：「合法登記之工廠供直接生產使用之自有房屋，依中華民國八十二年七月三十日修正公布施行之房屋稅條例第十五條第二項第二款規定，其房屋稅有減半徵收之租稅優惠。同條例第七條復規定：『納稅義務人應於房屋建造完成之日起三十日內，向當地主管稽徵機關申報房屋現值及使用情形；其有增建、改建、變更使用或移轉承典時

惟如上所述，在行政罰與刑罰並存的規制模式下，行政調查與刑事偵查經常會同時實施，甚至所取得的證據亦有相當程度的共通性，但如果因為證據有共通性，就廣泛容許在不同程序之間共用證據時，即可能會發生問題，以下可以用一個案例說明之：

服務於縣政府環保局的甲，某日收到某間廠商A的負責人B依照水污染防治法第27條之規定，進行事業排放污水的緊急應變通報。甲在接到B的通報，並且做成文書之後，即依照同法第26條進入工廠進行採樣，並且取得相關資料等。甲在取得上述資料並進行解讀後，懷疑B可能有違反同法第36條之問題¹⁴，於是依照刑事訴訟法第241條逕行告發的規定，向檢察官進行告發，並移交紀錄B的通報內容之文書與進入A工廠所取得之採樣等相關資料給檢察官。檢察官後來即以甲所取得之證據起訴A工廠負責人B¹⁵。

亦同』。此因租稅稽徵程序，稅捐稽徵機關雖依職權調查原則而進行，惟有關課稅要件事實，多發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關掌握困難，為貫徹公平合法課稅之目的，因而課納稅義務人申報協力義務。」

¹⁴ 水污染防治法第36條

事業排放於土壤或地面水體之廢（污）水所含之有害健康物質超過本法所定各該管制標準者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上五百萬元以下罰金。

事業注入地下水體之廢（污）水含有害健康物質者，處一年以上七年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上二千萬元以下罰金。

犯第一項之罪而有下列情形之一者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一千五百萬元以下罰金：

一、無排放許可證或簡易排放許可文件。

二、違反第十八條之一第一項規定。

三、違反第三十二條第一項規定。

第一項、第二項有害健康物質之種類、限值，由中央主管機關公告之。

負責人或監督策劃人員犯第三十四條至本條第三項之罪者，加重其刑至二分之一。

¹⁵ 對此，審查意見亦有指出討論之對象為個人、法人可能會有所不同。本文亦贊

在本案中，由於行政調查程序並無令狀的要求，也規定了協力義務，則當在刑事訴訟程序中，要利用在行政調查程序中所取得的證據時，上述制度構造上的差異，是否可能會導致出現假藉行政調查名義，實際上進行刑事蒐證，導致原本依照刑事訴訟法規定可能被認定為禁止使用的證據，可以透過以合法的行政調查手段取得後，再將該證據拿到刑事程序利用之方法，使用該證據¹⁶，導致出現規避刑事程序的問題？以上述案例來說，如果B的辯護人X抗辯B是依照水污染防治法第27條第1項進行通報，違反該條可能有刑事責任，故上述紀錄通報的文書在刑事訴訟法中，應違反不自證己罪原則而無證據能力。依照第26條採樣取得之相關資料，則因為未申請搜索扣押令狀，故應該也沒有證據能力時，這樣的主張是否合理？

對此，可以想到的是如果將行政調查的程序保障完全比照刑事程序，即可完全避免上述X所提到的問題，亦即如果必須以令狀才能進入B的營業處所檢查，或是在進行問話時賦予B不自證己罪的拒絕協力義務等，即可避免此問題。惟相較於刑法主要是針對過去的行為進行處罰，刑事程序也是針對過去的行為進行調查，由於行政行為著重於個案的處理，且有主動積極性，較著重於未來¹⁷，行政機關

同此前提，惟如果對象為法人時，需進一步討論其是否也有相關刑事訴訟之權利，如不自證己罪等之保護。但如果進入此討論，則可能偏離本論文之主軸，故本文先將調查對象設定為自然人，關於相關討論是否亦適用於法人之討論，可能就留待日後再進行說明。關於法人是否適用不自證己罪原則的相關權利如緘默權等，可參考如陳貞文，論法人被告之刑事緘默權——以瑞士法為中心，成功大學法律學研究所碩士論文，頁1-168（2020年）。

¹⁶ 明確指出此點者，可參考洪家殷，同註6，頁125；林慧菁，同註4，頁162-164。日本亦有類似之問題意識。可參考如笹倉宏紀，手續間情報交換，收於：金子宏監修，中里実等編，現代租税法講座第4卷——國際課税，頁327（2017年）。

¹⁷ 李震山，同註2，頁3。

的行為，如行政處分也會直接發生法律效果，以阻止正在發生的侵害與防止未來的侵害¹⁸；故如果在所有的行政調查程序中引進刑事程序的原則，可能反而導致行政機關無法順利的阻止或預防侵害的發生，而無法達成行政的目的。且若在現實上直接廣泛的在行政調查中採用如令狀主義等刑事訴訟法的原則，則可以想見會大量增加行政機關進行調查時之工作負擔與文書工作，但可以想見的是若要求所有的行政調查都需要聲請令狀，則勢必也會增加法院的負擔¹⁹。既然行政法也有自己的目的，所以不可能也不應該讓所有的行政調查程序適用所有的刑事程序原則，則上述兩種方法是否能夠對於哪些行政調查程序必須適用刑事程序之原則這一點，劃出一個妥當的基準，即是一個必須解決的課題。

貳、我國學說實務現狀之檢討

對於上述問題，我國之立法、學說與實務已有一定程度之討論，觀察其討論的方向，略可區分為：①強調行政調查程序本身和刑事偵查程序之類似性（以下簡稱程序類似性），並於行政罰的調查程序中引進刑事訴訟偵查的相關原則的方法；②確認行政調查程序與刑事偵查程序的關聯性（以下簡稱刑事關聯性）這兩個方向，並以此為由讓刑事程序的相關原則的適用範圍擴張的方法，以試圖解決此問題，以下分別說明之。又如一、所述，行政調查與刑事偵查的構造差異，主要是在於在進入他人場所蒐證時，是否應適用令

¹⁸ 可參考如笹倉宏紀，同註5，頁327-329。

¹⁹ 可參考如王立達，我國行政調查制度之法制化，憲政時代，24卷4期，頁73-74（1999年）；洪家殷，同註6，頁129。目前亦只有少數行政法規如稅捐稽徵法第31條規定行政機關當逃漏所得稅及營業稅涉及犯罪嫌疑時，得向法院聲請搜索票。

狀原則，以及當事人協力義務是否牴觸不自證己罪原則等，我國學說、實務的討論亦集中於此兩點。故本文在介紹我國學說、實務時，亦以上述原則與行政調查之關係為重點進行分析。

一、程序類似性

首先是強調行政調查，特別是行政罰的相關調查程序與刑事偵查之類似性，並以此為前提，提出應在行政調查程序中廣泛引進如令狀原則、緘默權、拒絕證言權、證據排除法則等刑事訴訟法的基本原則的看法。如下所述，這些見解又可區分為調查目的和刑事程序的類似性（以下簡稱為目的類似性），以及調查手段和刑事程序的類似性（以下簡稱為手段類似性），以下一一說明之。

（一）目的類似性

首先介紹目的類似性。這個見解主要是從量的區分說出發，認為依照量的區分說，行政罰與刑罰均為對人民課予不利益之處分，兩者性質並無差異，故可以說行政罰法兼具刑事不法之性質；依此前提，至少在行政罰的調查程序中，應類推適用諸如緘默權、拒絕證言權等與不自證己罪相關的權利，以避免給當事人帶來不利益²⁰。而在令狀原則的討論上，也有針對行政罰的調查為對象，認為在判斷是否要對相對人課以行政罰時，由於行政機關對於構成行政罰之事實需負積極的舉證責任，但相關證據均在相對人之掌握之中，若無法進入場所調查，則無法取得證據，進而導致行政調查或檢查之目的無法達成，故提出應建立對於構成行政罰之事實的搜索制度

²⁰ 類似見解在緘默權可參考如陳清秀，行政罰法，3版，頁373-374（2017年）；蔡震榮、鄭善印，行政罰法逐條釋義，2版，頁419-420（2008年）。

（亦即行政搜索²¹）之意見，並認為此舉可避免以行政調查之名義，執行調查行為時所取得之刑事證據資料，而有規避令狀原則要求之疑慮²²。從上述見解的內容可以發現，其是以行政調查的目的是否為和刑罰類似的行政罰，來確認何種行政調查應該適用刑事偵查的原則，故可認為其是以調查目的的類似性為方法，來判斷何種行政調查程序應適用刑事偵查程序的相關原則。

（二）手段類似性

另一種看法則是強調行政調查和刑事偵查和刑事偵查在手段上的類似性，並進而認為當行政調查的手段與刑事偵查類似時，即應適用相關的刑事程序原則。如在令狀原則的範疇中，有見解認為行政調查和刑事搜索兩者均涉及憲法保障之居住自由、財產權、隱私權的保障問題，憲法並未區分發動名義之不同而有不同處理，且行政調查方法中，亦有甚多與刑事逮捕、搜索、扣押本質相同的措施，故兩者之程序保障的差異，不應只以「立法形成自由」一語帶過²³；此時舉重以明輕，應認為當行政檢查須進入住宅時，必須適用令狀原則²⁴。在不自證己罪的範疇中，也有考量到法秩序的一致性，以及法治國家不能要求人民履行不可能或不可期待之義務之精神，故認為在法律規定當事人有協力義務，若違反則有附隨制裁或強制措施的情形，若因陳述致使自己有被追究法律責任的風險時，應賦

²¹ 對於行政搜索的定義，有見解採取和行政調查相同者，也有見解認為兩者不同。本文採用前者見解，認為行政搜索是採用與刑事搜索類似之手段，進行行政調查者。關於兩者區別的相關討論，可參考張瑋心，行政「檢查」與「搜索」之界線，檢察新論，18期，頁201-202（2015年）。

²² 如陳文貴，同註6，頁175-178。

²³ 李震山，同註2，頁499。

²⁴ 李震山，同註2，頁506。

予當事人有拒絕供述權之空間，以符合不自證己罪法理的見解²⁵。從行政調查和刑事搜索兩者設計同樣的基本權侵害，以及從法秩序的一致性等論述，應可確認這些見解是以行政調查和刑事偵查在手段上的類似性出發，來確認何種類型的行政調查應該適用刑事偵查。

（三）證據排除的相關討論

由於上述見解主要是從行政法學的領域出發，故較注重討論在進行行政調查時，應該適用哪些刑事程序原則，而較少論及該證據在刑事程序的利用可能性²⁶；但正如在刑事程序中若取證違法，則自然需要討論該證據是否禁止使用一般，如果依照上述見解的結論，即在進行行政調查時，應適用相關刑事程序原則，則在刑訴的領域中，自然也必須討論在行政調查時若未遵守刑事程序原則時，所取得之證據在刑事程序中的使用可能²⁷。對於這個問題，有少數見解以警察的調查權限為對象，在參考日本在各種類型的行政調查制度中，有「……規定之權限，不得解為可以為了犯罪偵查而使用」（日文：……権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。）的法文後²⁸，進而認定我國警察在進行即時強制的手

²⁵ 可參考如李震山，同註2，頁499-500。在稅法上的討論則可參考如陳衍任，公證人在稅務調查程序上之拒絕協力權，興大法學，23期，頁167-169（2018年）。

²⁶ 綜上述見解中，有提出應適用刑事訴訟法中證據使用禁止的相關規定者，但重點仍然在於當法院在審酌行政處分或行政罰合法與否時，是否應該將證據排除。對此之論述，可參考廖俊凱，論稅法上之協力義務與不自證己罪——以違法取證之證據能力判斷為中心，全國律師，20卷7期，頁15-16（2016年）。

²⁷ 提示此種問題意識者，可參考笹倉宏紀，行政調査と刑事手続(1)，法學協會雜誌，123卷5号，頁819-820（2006年）。

²⁸ 可參考梁添盛，論警察權限之行使與令狀原則之適用，律師雜誌，234期，頁24（1999年）。梁文主要是舉風俗適正法第37條之規定為例，但類似規定其實在日本的各種行政法規，如獨占禁止法第47條第4項、國稅通則法第74條之8

段時，雖然因為其急迫性而不及向法院請求令狀，但考量到侵害效果的繼續性，應採用事後請求法官審查的制度；而在實行進入場所、質問檢查等行政調查權限時，雖可不適用令狀原則，但由於不得將其用於犯罪偵查，故透過行政調查程序所取得之證據資料，應認為其在刑事訴訟法上無證據能力²⁹。

以上即為強調行政調查與刑事偵查目的和手段之類似性，並於行政罰的調查程序中引進刑事程序相關原則，並確定其證據能力的見解之內容。觀察上述見解，可以發現其以行政調查與刑事偵查干涉人民權利之程度並無差異，且行政罰和刑罰的效果既然類似，故確定是否對行為課以行政罰的調查程序，也應該和刑事偵查適用同樣的原則，以對於受到類似不利益處分的人民，賦予同樣的程序保障；若無，甚至可能影響該證據在刑事程序之中的利用可能性。

二、刑事關聯性

相較於上述見解主要是觀察行政調查本身的特性，來判斷相關調查程序是否應該適用刑事程序的相關原則。以下的見解主要是將行政調查程序與刑事偵查程序合併觀察，判斷哪些行政調查程序實質上屬於刑事偵查程序之一環，蓋若屬於刑事偵查程序的一環，自然就應討論適用刑事偵查原則之可能性。以下分別說明相關見解。

(一)合併觀察行政調查與刑事偵查程序的方法

首先，有見解認為當在行政調查中發現有發生犯罪的可能性時，此時行政調查程序即屬於一種「前偵查」程序³⁰，在我國此種前

等，均可發現有類似規定。

²⁹ 可參考梁添盛，同前註，頁20。

³⁰ 可參考林永瀚，論前偵查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，頁50-51

偵查程序可透過對於我國刑事訴訟法第228條與第252條之「犯罪嫌疑」的擴大解釋，納入刑事訴訟法的範圍，故亦有適用刑事偵查原則之可能性³¹。

從上述見解可以發現縱使是非刑事程序，在和刑事程序合併觀察下，亦有可能發現其實質上和刑事法有關，故有適用刑事偵查原則的必要性。以此前提，也有學說在討論不自證己罪原則的適用範圍時，認為若非刑事程序產生刑事法上的關聯性，如違反非刑事法程序義務之制裁就是刑事處罰，如民事訴訟法或是刑事訴訟法的據實陳述義務等，若違反可能導致偽證罪處罰的情況；或是遵守法定義務可能導致當事人有受到其他犯罪的追訴處罰之虞等情形³²，此時該程序即成為刑事偵查的前置程序，而需要與後續的刑事偵查程序合併觀察，故適用不自證己罪原則³³。

（二）規範與事實的刑事關聯性及其內容

觀察上述學說見解，可以發現其試圖透過觀察非刑事程序和刑事程序在規範構造（即行政調查之中是否出現發生犯罪的可能性、或是違反義務是否可連結至犯罪，以下簡稱規範的刑事關聯性）與事實狀態（遵守義務是否會有被追訴其他犯罪之虞，以下簡稱事實的刑事關聯性）上的連結，來決定相關非刑事程序是否應該適用不自證己罪之原則，進而確定在行政調查中所取得之證據是否可以在

（2005年）。

³¹ 可參考同前註，頁145-148。

³² 可參考如林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力，月旦法學雜誌，161期，頁272-273（2008年）。

³³ 同前註，頁274-276。目前亦已有實務見解承認在上述情形下，不自證己罪原則亦會擴張適用至行政調查程序（如稅法）的協力義務之中。可參考如臺灣高等法院暨所屬法院96年法律座談會刑事類提案第23號。

刑事訴訟中使用。而相較於規範構造的連結較為容易理解，事實的刑事關聯性則有更進一步釐清的必要。就此問題，首先可以想到的是以偵查機關主觀上是否發現犯罪嫌疑為標準，如在尚未發現犯罪嫌疑時，只要具備行政調查之法定要件，所取得之證據即屬合法蒐集之證據，縱非依刑事訴訟法規定之法定程序所取得，仍具備證據能力³⁴；反之，如果在發現犯罪嫌疑後，即應改依刑事偵查程序進行的主觀標準³⁵。以道路交通管理處罰條例第35條第6項：「汽機車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」之程序為例，警察依照上述程序所取得之證據，是否可成為判斷被告是否成立刑法第185條之3不能安全駕駛罪之證據？即有見解認為即可視警察有無故意規避刑事訴訟法之程序而定；倘若警察並未故意規避刑事訴訟法，依照道路交通管理處罰條例進行強制驗血酒測之後，始發現駕駛人酒測值已達刑法第185條之3之規定，應該就能夠直接將驗血結果交給檢察官，作為起訴刑法不能安全駕駛罪的依據³⁶。

除了上述以偵查機關的主觀為判斷基準的見解外，亦有主張應以「任何犯罪的可能性」為界線，區分前偵查與行政調查的方法，以較為明確的解決行政以及刑事區別不易的窘境，且使行政調查單

³⁴ 可參考如朱朝亮，非正規偵查之類型及其蒐證效力（上），月旦法學教室，90期，頁66（2010年）；洪家殷，同註6，頁125。

³⁵ 洪家殷，同註6，頁126。

³⁶ 可參考李佳玟，道交處罰條例中強制抽血等酒測處分之合憲性審查，台灣法律人，6期，頁80-81（2021年）。類似意見亦可見於陳運財，從警職法之制定探討行政警察與司法警察作用之區別，收於：偵查與人權，頁67-68（2014年）。

純化的看法³⁷。觀察此種看法的內容，本文認為其可能試圖以不依照偵查機關的主觀，僅以客觀事實是否有成立犯罪之可能性為標準，判斷相關取證程序之性質。

（三）拒絕協力機制與證據使用禁止

而在證據能力的討論中，有見解更進一步提出若確定該非刑事程序亦適用不自證己罪原則時，在立法論上不是應該在非刑事程序中，設計確保不自證己罪的機制如拒絕證言權等，就是一方面允許在考慮相關民事法或是行政法規之特性後，在行政調查中賦予調查對象協力義務，但另一方面依照協力義務所取得之證據，則不得在之後的刑事追訴程序中使用，以一方面兼顧非刑事程序之特殊需求，避免窒礙難行，另一方面也兼顧不自證己罪原則之法治國基本原則之要求³⁸。

元照出版提供 請勿公開散布

三、實務的討論

（一）早期的實務見解

相對於上述學說見解主要是以：1.行政調查與刑事偵查在目的與手段的類似性（前述一、）；2.行政調查與刑事偵查的關聯性（前述二、）作為論述的基礎，以確認行政調查是否應該適用重要的刑事程序原則；我國實務上雖然不是沒有碰到這個問題，但觀察其判旨，可發現大都直接認為透過合法行政調查取得之物證，可直接在刑事程序中使用。如在最高法院99年度台上字第4546號刑事判決

³⁷ 林永瀚，同註30，頁50-51。

³⁸ 林鈺雄，同註32，頁284。具體的外國立法例介紹，則可參考如王士帆，同註10，頁206-210。在公平交易法的應用，則可參考如洪大植，同註7，頁187-189。

中，面對警察依照警察職權行使法第10條在公共場所錄音、錄影蒐證之證據可否用之於刑事程序，最高法院認為：「倘警察人員因調查犯罪，為蒐集犯罪證據，對犯罪現場外觀呈現情狀而為錄音、錄影，過程又無違法或不當之情形，其蒐證取得之證據資料，即難謂並無證據能力。」或是在最高法院98年度台上字第7590號刑事判決中，對於警察在執行一般維護治安的警察任務時，其行為之合法性應以警察職權行使法觀察之，並以此前提認為警察取得證據的方式符合警察職權行使法之規定，故不生刑事訴訟法第158條之4證據排除法則的問題³⁹。考其見解，可能是從刑事訴訟法第158條之4「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」出發，認定在行政調查的範疇中，只要警察取得物證的方法符合行政調查之規定，即可認為合乎法定程序，而不生證據使用禁止的問題⁴⁰。

相對於上述只要確認物證取得時合乎行政調查之規定，即可肯定其在刑事程序中利用的最高法院實務判決；在通報義務取得陳述

³⁹ 最高法院98年度台上字第7590號判決：「警察因執行具體犯罪偵查之司法警察職務與一般維護治安之警察任務之不同，具有雙重身分，執行之程序是否合法，應視所執行職務之性質而定。如係執行司法警察之犯罪偵查職務，固須符合刑事訴訟法有關搜索之規定，其扣押可為證據或得沒收之物，始告合法，惟若執行一般維護治安之警察任務，其執行程序是否合法，則須依警察職權行使法觀察之。……其等係在公共場所，執行一般維護治安之警察任務，對於合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞之人情形，為達成其法定任務，所採取之行動，乃警察職權行使法第二條、第六條第一項第一款所定之查證身分及物之扣留，或第二十一條所定對軍器、凶器或其他危險物品，為預防危害之必要，所為之扣留，於法並無不合，不能謂之為非法取得證據。」

⁴⁰ 可參考楊雲驊，道路交通管理處罰條例強制採血規定合憲性研究（本文註：即該判決的鑑定意見書），頁11-12，2021年，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=310024>（最後瀏覽日：2023年11月28日）。

的範疇中，則有採用較嚴格基準的高等法院實務見解。如臺灣高等法院暨所屬法院2007年法律座談會刑事類提案第23號中，對於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（稅捐稽徵法第30條第1項），則該調查程序如主要係在調查有無逃漏稅捐，而逃漏稅捐又有可能涉及刑事責任（稅捐稽徵法第41條第1項），致該程序實質上具有等同於直接連結到為了蒐集追訴刑事責任資料之作用時，多數見解即認為調查人得主張緘默權拒絕陳述（甲說）。在未進行告知義務，導致受調查人未保持緘默陳述時，對於該陳述證據能力之標準，則採取類推適用刑事訴訟法第158條之4的看法（丙說）。該提案雖然最後由提案機關同意保留，但也不失為觀察實務見解在這方面態度的重要線索，特別是高等法院在研討時，雖然也有認為應該完全比照刑事訴訟法中警察詢問的規定，而應類推適用刑事訴訟法第158條之2第2項的見解，但最後多數意見考量到一方面要保障受調查人之人權，及國家公平有效核定稅賦徵收之目的，一方面也慮及稅務人員於屬性上確難直接認定為實施刑事訴訟程序之人員後，採取類推適用刑事訴訟法第158條之4權衡的見解這一點，或可窺見實務在面對這個問題時，雖認為不自證己罪原則可擴及行政調查程序，但在證據能力的問題上，仍考慮到執行者並非實施刑事訴訟程序之人員的問題，故最後決定類推適用證據排除效果較不嚴格的刑事訴訟法第158條之4。

（二）憲法法庭111年憲判字第1號判決

近年我國的憲法法庭判決中，也出現了判斷非刑事的行政調查程序，如當時的道路交通管理處罰條例第35條第5項（現在的35條第6項）之程序是否應該適用刑事程序的相關原則。對此大法官

在解釋理由書中，於釐清上述規定之目的係為使交通執法人員於駕駛人肇事而拒絕接受或因神智不清、昏迷等狀況，致無法實行吐氣酒測時，仍得依此規定強行採證，以利相關機關依法追究其酒駕之行政罰與刑事責任後⁴¹，提出：「系爭規定一之強制取證目的，主要即為判定肇事駕駛人是否有違法酒駕行為。我國現制下，立法者對違法酒駕行為係兼採行政處罰及刑罰制裁手段，兩種處罰間並無本質屬性之不同，僅依立法者所選定之標準而異其處罰類型……由此可知，駕駛人酒駕行為無論應受行政罰抑或刑罰之制裁，均須以得自吐氣酒測或血液酒精濃度測試檢定之駕駛人體內酒精濃度值為主要證據。因此，依系爭規定一之方式所強制取得之駕駛人血液酒精濃度值，即有可能成為酒駕犯罪處罰之證據。從而，系爭規定一所應具備之正當法律程序，即應與刑事訴訟程序就犯罪證據之取得所設之正當法律程序相當。若非如此，則刑事訴訟程序就犯罪證據之取得所設各種正當法律程序之要求，即可因系爭規定一而遭規避或脫免，同時亦變相剝奪酒駕犯罪之被告或犯罪嫌疑人原應享有之相關刑事正當程序之保障⁴²。」並以此為基礎，認定該條規定違憲。大法官進一步提出上述道路交通管理處罰條例之相關規定應在兩年內修法，修法前若要進行血液檢測，原則上應該由檢察官核發鑑定許可書，警察只有在例外時可以先行抽血送鑑定，之後亦必須要在24小時內陳報該管檢察官許可，若檢察官不許可應於三日內撤銷，受檢者亦得於十日內聲請該管法院撤銷之⁴³。

觀察上述憲法法庭之見解，可以發現大法官從道路交通管理處

⁴¹ 引用自憲法法庭111年度憲判字第1號判決解釋理由書第22段。

⁴² 引用同前註，第29段。

⁴³ 引用同前註，第35段。

罰條例的相關規定之目的在於便利相關機關取得證據以追訴酒駕的行政罰與刑罰責任出發，兩種處罰之間並無本質之不同，且依照該規定所取得之證據，可能同時成為犯罪處罰之證據，故該行政調查程序即須適用和刑事訴訟程序相同的程序保障。本文認為大法官在對於酒駕行為的行政罰與刑罰類似性的分析手法與前述一、類似，而大法官對於相關規定目的與刑罰有關，以及行政罰與刑罰相關證據共通性的分析，則與前述二、類似，故亦可發現大法官實際上也採用了行政調查與刑事偵查在目的之類似性，及行政調查和刑事偵查在規範與事實的關聯性之基準，確認該行政調查之規定是否應該享有和刑事程序類似的程序保障。至於在刑事程序的證據能力上，大法官雖未明確提出意見，但由於血液檢測主要是關於身體檢查處分，而違反相關處分的規範，在我國亦不會直接導致證據使用禁止⁴⁴，故本文推測這可能是大法官對此問題暫時保持沉默的原因。

四、尚需釐清的問題

以上即為我國學說、實務之現狀。從上述內容，已經可以發現我國學說與實務對於此問題，已經累積了十分豐富的見解，然而上述見解是否已經可以處理本文所提出之問題？本文認為仍有進一步探究之空間，以下一一說明分析之。

⁴⁴ 依照該憲法判決的鑑定意見書，可以發現德國亦採取同樣做法。可參考楊雲驊，同註40，頁11-13。另有鑑定意見書主張以警察是否刻意規避刑事訴訟法，來判斷取得之證據可否在刑事訴訟中使用。可參考李佳玟，107年度憲三字第20、22號臺灣花蓮地方法院刑事第五庭聲請案之鑑定意見，頁8-9，2021年，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=310024>（最後瀏覽日：2023年11月28日）。

(一)對於程序類似性之見解

1.目的類似性的問題

首先是目的類似性的見解。由於行政罰也是以處罰過去的違法行為為目的⁴⁵，故以行政罰為目的之行政調查程序應該沒有像其他行政調查程序一樣，有必須快速進行，以阻止、預防侵害發生的必要，故本文可以理解採納目的類似性基準為前提之見解的理由。然而目的類似性的基準是否合理？本文認為仍有進一步討論的空間。首先固然依照量之區分說的見解，行政罰和刑罰在性質上並無差別，相關違法行為究竟要以刑罰還是行政罰對應，主要還是取決於立法者的選擇⁴⁶。然而行政罰與刑罰的類似性，至多只能確認行政罰的發定也必須適用刑法的相關原則⁴⁷，是否也代表行政罰的調查程序也必須適用刑罰的偵查程序？恐怕還是必須要先確認刑事偵查的相關原則的意義，才能確定行政調查與刑事偵查的類似性，是否即代表兩者需適用同樣的原則。且正如在刑事訴訟程序中，也有依照犯罪處罰之輕重，而有適用不同程序保障之可能⁴⁸；就算刑罰和行政罰均屬於對人民課予不利益之處分，只要其可非難之程度仍有差異，就仍有以其為基準，設定不同程序保障之可能，而未必要把刑事程序的原則照單全收⁴⁹。故本文認為單以行政罰和刑罰在性質上的類似

⁴⁵ 對於行政罰亦屬針對過去行為處罰的見解，可參考陳清秀，同註20，頁6。笹倉宏紀，同註5，頁336-338。

⁴⁶ 另外前述111年憲判字第1號判決亦採取同樣的說理構造。

⁴⁷ 可參考陳清秀，同註20，頁19。

⁴⁸ 如簡式審判、簡易判決處刑、認罪協商等簡易型程序，均是基於犯罪之輕重，而設計不同程序保障之案例。

⁴⁹ 可參考笹倉宏紀，同註5，頁339-340。在前述111年憲判字第1號判決中，亦有不同意見書強調此點。可參考蔡明誠大法官111年憲判字第1號判決不同意見書，頁12-13。

性，可能還難以直接肯定在行政罰的調查程序中，就應該適用刑事程序的原則，而需要更充分的理由⁵⁰。

其次，如果從本文一開始的問題意識，亦即在把行政調查程序中取得的證據，利用在刑事程序時，規範的差異是否導致發生規避刑事程序的問題來看，則縱使不以行政罰為目的的調查程序，當要把透過該調查所取得的證據用諸於刑事程序時，也同樣可能發生規避刑事程序的問題，故上述以目的類似性之基準，來判斷行政調查程序是否應適用刑事程序之原則的見解，可能無法完全解決本文的問題意識。

2. 手段類似性的問題

至於在手段類似性上，本文可以從理解法秩序的一致性或是侵害基本權的類似性，應可推導出類似的公權力發動手段需要以類似的正當法律程序來規制的邏輯。然而問題在於此種標準是否適用所有的調查手段？如在不自證己罪的範疇中，刑事訴訟法同時賦予供述者拒絕配合的權利（被告為緘默權、證人則是不自證己罪的拒絕證言權），以及不正方法取得陳述的證據使用禁止規範。但在行政調查中如果比照辦理，可以想見的就是當事人會以緘默權或拒絕證言權拒絕陳述，這樣的做法是否反而會影響到行政調查必須快速發動，以預防侵害的目的？本文以為仍有進一步探究之餘地。

⁵⁰ 類似見解可參考陳愛娥，同註13，頁40-41。且就算是在前述一、的主張中，亦有見解肯定在行政法有特別規定時，即不可類推適用刑事訴訟法的相關規定。可參考陳清秀，同註20，頁376-377。

(二)對於行政調查與刑事偵查的關聯性之見解

1.尚待釐清之處：事實犯罪關聯性的內容

相較於程序類似性之見解，由於手段關聯性的見解是透過把非刑事程序和刑事程序合併觀察的方法，來確定相關非刑事程序（在此為行政調查程序）是否應該適用刑事程序的相關原則，若可確定相關行政調查程序的刑事關聯性，就應該把該程序實質視作刑事程序的一環，而應適用本來就屬於刑事程序的相關原則如不自證己罪等。若將此見解適用於公害事件的行政調查如前述水污染防治法第26條、第27條之規定，則不同於前述111年憲判第1號判決中，道路交通安全管理處罰條例第35條第6項之規範目的就是在於取得刑事和行政責任的相關證據，且依此所取得之證據亦必然成為對於酒駕行為的行政罰和刑罰之主要證據，故較易確定該程序的刑事關聯性，違反水污染防治法的相關規定並不當然連結到刑事追訴和刑事處罰，故較無規範的關聯性，本文以為關鍵可能是在於遵守規定是否導致當事人「有受到其他犯罪的追訴處罰之虞」，亦即事實的犯罪關聯性的問題，若有，則由於相關行政調查需要和刑事程序合併觀察，故如同前述二、所述，自然可能會發生證據使用禁止的問題。

2.主觀基準的問題

惟現行有關事實的犯罪關聯性的判準，不管是主觀還是客觀的判斷基準，本文認為都還有以下問題需要釐清。首先關於主觀基準，有見解以警察執行職務為對象，提出「客觀的主觀說」，認為可依照當時執行職務的目的、警察的人數、採取的手段、以及可疑人的對應方式、侵害權益的種類、程度與周遭的環境綜合判斷⁵¹；然

⁵¹ 陳運財，同註36，頁68。

而由於客觀的主觀說的考量要素過多，最後可能無異於個案判斷，故亦有見解認為上當從事行政調查之人員兼具刑事偵查的權限時，則應一概以刑事偵查程序的前偵查程序認定之，以免發生迴避刑事程序原則的漏洞⁵²。然而當行政調查的人員並未同時具備刑事偵查權限時，此時若以從事調查機關之主觀為前提，則無法使用當公務員兼具行政調查與刑事偵查的權限時，一律推定屬於刑事偵查的基準，故在此該如何確認主觀即成為一個問題。且由於我國對於公害事件等企業犯罪的規制通常採用行政罰與刑罰並存的方式，故可以想見在執行公害事件的行政調查時，多少也會料想到調查所取得的證據可能會同時被刑事偵查所用，但這樣的主觀內容是否可以被稱之為刻意規避？本文以為均有釐清之必要。

3. 客觀基準的問題

其次則是關於以「任何犯罪的可能性」這樣的客觀基準，當作行政調查與刑事偵查（的前偵查）界線的見解。這個見解雖然相較於調查機關的主觀來的容易判斷，但由於對於企業犯罪經常採取行政罰與刑罰並存的規制方法，且兩者要件又相近，故在企業犯罪的調查中，經常具備成立「相關犯罪的可能性」。若要求只要有「任何犯罪的可能性」就應適用刑事程序的相關原則，則雖然可以更有有效的保護相對人的權利，卻反而導致絕大部分在行政調查程序取得的證據，都會因為需要適用刑事程序原則的關係，而受到證據禁止使用的效果。然而在此種雙重規制模式的調查中，經常需要行政調查和刑事偵查互相協力，才能理解事件的全貌，並進而對犯罪進行有效的追訴。若只因為有「任何的犯罪可能性」，就在行政調查中廣泛的承認刑事程序的相關原則，並進而認定行政調查中取得的證

⁵² 洪家殷，同註6，頁125。

據絕大部分都不能在刑事程序中使用，則可能導致無法有效追訴犯罪的問題⁵³。為避免此問題，則正如不自證己罪原則在面對被告時以緘默權的方式，在面對證人時以拒絕證言權的方式呈現一般，在行政調查中，恐怕還要再區別情況，以判斷哪些刑事程序原則可以直接適用，哪些刑事程序原則需要做適度的調整⁵⁴，就算應該適用相關原則，此時應該是以拒絕證言權的方式，還是證據使用禁止的方式，抑或是其他可能性來實現？本文認為均有再深究的餘地⁵⁵。

4. 適用範圍的問題

又刑事關聯性的見解主要是以不自證己罪原則為前提進行討論，憲法法庭111年憲判字第1號判決則也使用了程序類似性的基準，討論相關行政調查程序是否該適用令狀原則。惟不自證己罪原則與令狀原則所規範的對象不同，甚至在刑事訴訟法上違反相關原則的效果，也有證據禁止使用（刑事訴訟法第156條）和權衡（刑事訴訟法第158條之4）之不同，是否可以用同樣的方法判斷？除此之外，譬如手段類似性之見解所述，像是行政搜索這種對於人民基本權侵害和刑事搜索無異的情形，此時縱無刑事關聯性，是否即無令狀原則之適用必要？本文以為均有進一步探究之空間。

五、小 結

綜上所述，本文認為在程序類似性的見解中，目的類似性無法直接推導出必須適用刑事程序相關原則的理由，且無法全面掌握本文的問題意識，手段類似性是否可作為行政程序應適用所有刑事程

⁵³ 詳細的討論可參考下述參、二、(二)。

⁵⁴ 具體應該適用或不適用哪些原則的討論，可參考林永瀚，同註30，頁86-94。

⁵⁵ 初步提示此種規範設計可能性者，可參考劉芳伶，同註5，頁208-209。

序原則，如不自證己罪原則的基準？這一點也需要進一步釐清。而強調行政調查與刑事偵查關聯性的見解，則由於在如公害犯罪一般，進行行政調查的機關和刑事偵查的機關不同的情形，該如何確認關聯性的判斷基準，以及相關刑事程序原則應該以什麼樣的方式呈現的問題，以及不同刑事程序原則是否應該做不同處理的問題等，才能確定當從行政調查中所取得的證據，是否可以在刑事程序中使用。故均須進一步探究之。

參、日本學說、實務的討論分析

縱上所述，由於本文認為先行見解均有進一步研究分析之餘地，故有參考比較法之必要。而對於此問題，由於令狀原則已經規定在日本憲法第35條⁵⁶，在憲法第38條則規定了不自證己罪原則⁵⁷。雖然在憲法立法時，政府即明確表示上述兩條文原則上僅適用於刑事程序，但在國會討論中，亦有質疑在某些行政程序中，對於基本權之侵害不亞於刑事程序，故上述條文是否僅適用於刑事程序仍有爭議之處⁵⁸。且在各行政調查的制度中，亦有「……規定之權限，不得解為可以為了犯罪偵查而使用」之法文，故對於行政調查是否應

⁵⁶ 日本國憲法第35條：

「對任何人的住所、文件以及持有物不得侵入、搜索或扣押。此項權利，除第三十三條的規定外，如無依據正當的理由簽發並明示搜索場所及扣押物品的令狀，一概不得侵犯。

搜索與扣押，應依據主管司法機關單獨簽發的令狀施行之。」

⁵⁷ 日本國憲法第38條：

「對任何人都不得強制其作不利於本人的供述。

以強迫、拷問或威脅所得的口供，或經過非法的長期拘留或拘禁後的口供，均不得作為證據。任何人如果對自己不利的唯一證據是本人口供時，不得被判罪或科以刑罰。」

⁵⁸ 這一段憲法立法之經緯紀載，可參考笹倉宏紀，同註27，頁828-833。

該適用相關原則，以及透過行政調查所取得之證據，是否可利用在刑事訴訟等問題，亦已累積了豐富的實務與學說的討論⁵⁹。故本文在此以日本法為比較分析的基礎，並試圖在此先介紹、分析日本學說、實務討論的現狀，以試圖為我國的問題，找到一個可能解決的方向。

一、學說實務討論的基礎：川崎民商事件

由於日本最高法院主要是在川崎民商事件（最大判昭和47（1972）・11・22⁶⁰）中，才對於本文提出之問題，有較明確的表態⁶¹，之後的學說與實務，也均以川崎民商事件為基礎進行論述，故本文先針對川崎民商事件中，日本最高法院的意見做較詳細的論述後，再對於川崎民商事件後的日本學說、實務進行介紹與分析。

（一）事實關係與判決內容

1. 事實關係與上訴要旨

在本案中，川崎稅務署的收稅官吏A為了進行昭和37（1962）年的所得稅確定申告調查，而依照當時所得稅法第63條所規定的檢查帳簿等文件之權限⁶²，在試圖檢查川崎民主商公會的帳簿時，被負責

⁵⁹ 至於刑事程序中取得之證據能否流用至行政調查程序之問題。日本實務一般則肯定之。可參考最一小判昭和63（1988）・3・31判例タイムズ667号，頁92以下。

⁶⁰ 刑集26卷9号，頁554以下。

⁶¹ 在川崎民商事件之前的實務見解，可參考笹倉宏紀，同註27，頁818-911。

⁶² 當時的所得稅法第63條之主要內容為：收稅官吏就調查所得稅之事項，於必要時，可以質問該當以下各款者（即依照該法第1款到第3款所規定，包含納稅義務者等相關人士）或檢查關於其事業的帳簿、文書等物件。

會內財務的被告拒絕，故檢察官以同法第70條第10款之罪⁶³起訴被告。全案在經過一審、二審後，上訴第三審。在訴訟中，本案辯護人主要主張上述規定許可無令狀的強制檢查，故違反憲法第35條第1項，且質問之程序強迫被告提出逃漏所得稅犯罪的相關供述，故違反憲法第38條第1項，並以此為上訴意旨上訴第三審。

2. 判決要旨

對於辯護人的上訴意旨，日本最高法院首先對於帳簿等物件之檢查，雖然承認若拒絕檢查，則會被課與刑責這一點來看，當時所得稅法第63條的檢查確實伴隨著強制性，然「由於該檢查乃是專以公平確實地進行所得稅的賦課徵收為目的，而進行必要資料的蒐集，故並非以刑事責任之追及為目的」。且雖然檢查之結果有可能發覺過少申報，甚至逃漏稅的事實，但一般來說上述檢查程序，亦非實質上與追究刑事責任之目的所為之資料取得收集有直接的連結作用之程序。蓋其檢查之範圍僅限於對於達成前述目的有必要之關於所得稅之事項，且如同條各款所列，檢查之對象是對於與所得稅之賦課徵收程序有一定關係之人，及與其事業有關之帳簿等物件，並非以逃漏所得稅或是其他的刑事責任之嫌疑為基準。更進一步的，在此狀況下的強制程度係以對無正當理由拒絕收稅官吏之檢查者，加以同法第70條之刑度的方式，間接地在心理上強制其忍受檢查……從其作用的強制之程度，仍難以肯定該檢查明顯拘束了對象的自由意思，實質上達到可和直接物理之強制等同視之的程度。為實現……徵稅權的正確運用，並圖所得稅的公平確實之賦課徵收等公益上目的……有實際效用的調查制度乃是不可或缺的……

⁶³ 當時的所得稅法第70條第10款之規定之內容為：拒絕、妨害或迴避依照同法第63條規定之帳簿、文件或其他物件之檢查者，處一年以下的懲役或二十萬圓以下的罰金。

故考量其目的與必要性，作為確保實效性之手段，上述程度之強制手段不能說其不均衡、不合理。」⁶⁴，故依照上述判旨，日本最高法院雖認為不能像立法者當初說明的一樣，只以該程序是否以追究刑事責任為目的，來判斷當時所得稅法第63條之檢查程序是否應適用憲法第35條；但綜合上述判旨，最高法院仍認為該當檢查程序，縱不以法官所發之令狀為其發動要件，也不能說其就違反憲法第35條之意旨。日本最高法院進一步的以上述檢查程序的目的和作用、檢查制度在公益上的必要性與合理性為由，認定同法第63條之「質問」程序同樣並未違反憲法第38條之規定。

(二)判決分析

觀察上述判決，可以發現日本最高法院突破了政府在立法之初對於憲法第35條與第38條的適用範圍之解釋，而認為在符合某些條件的前提下，行政調查程序亦適用憲法第35條與第38條，並提出主要考量的要素如下：①程序一般的性質（是否屬於追訴刑事責任為目的之程序）；②程序一般的功能（實質上是否與為了追訴刑事責任之資料收集有直接連結的作用）；③強制的態樣與程序（屬於間接強制，其強制之程度無法和直接強制同視）；④公益性與比例原則（程序的公益上目的與達成目的之手段間的均衡）⁶⁵。其中①②

⁶⁴ 刑集26卷9号，頁558-559。另外原文並無畫線與變換字型強調，此為本文作者所加。

⁶⁵ 上述整理可參考柴田孝夫，最高裁判例解説：(1)刑事責任の追及を目的としない手続における強制と憲法35条1項，(2)所得税法（昭和40年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号に規定する収税官吏の検査は憲法35条1項に違反するか，(3)刑事手続以外の手続と憲法38条1項，(4)所得税法（昭和40年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号，12号に規定する収税官吏の質問，検査は憲法38条1項に違反するか，法曹時報，25卷3号，頁577（1973年）。

之要素主要重視相關程序與刑事程序之間的關係，其方向與前述刑事關聯性的方法類似。而③④之要素則是直接判斷該行政調查程序的目的與手段之權衡，主要重視手段本身之性質，其方向與前述程序類似性的方法類似，故以下也以此種區別來進行判決之分析。另在相關程序是否適用憲法第35條與憲法第38條的問題上，最高法院並未多作區別，而認為討論檢查程序是否適用憲法第35條的問題時所應考慮之要素，也同樣可以適用在討論質問程序與憲法第38條之關係上⁶⁶。

1. 從刑事關聯性角度的分析

首先是關於刑事關聯性的部分，關於①部分的判旨，從當時所得稅法第63條之規定來看，檢查程序並非追訴刑事責任為目的，而是調查所得稅，故此點較無問題⁶⁷。本案判決也是把重點放在②之判旨。而在②中，最高法院明確的認為單只有「檢查程序後續連結到追訴刑事責任的可能性」，還不足以認定行政調查程序應適用憲法第35條、第38條之原則，也沒有只以拒絕檢查的效果為刑事制裁這一點，就認定檢查程序實質上屬於刑事程序，而是著重於分析檢查

⁶⁶ 同前註，頁579。至於為何只分析質問程序是否違反不自證己罪之原則，本文認為可能是因為日本實務認為不自證己罪僅適用於「供述」之故。如在爭執道路交通法中對於拒絕呼氣檢查之行為，課以刑罰的規定之合憲性時，日本最高法院即認為：「該檢查乃是作為防止酒駕之目的，而從駕駛身上採取酒氣以調查酒精濃度之措施，並非以取得供述為目的。」為由，認定該罪並不違憲。可參考最決平成9（1997）・1・30刑集51卷1号，頁335以下。觀察上述裁定，可以發現日本最高法院即是認為「呼氣」並非供述，故就算強制取得，也沒有違憲之問題。川出敏裕，コンピューター犯罪と捜査手続，法曹時報，53卷11号，頁2765（2001年）。

⁶⁷ 類似見解可參考如板倉宏，質問檢查權大法院判決，ジュリスト，526号，頁53（1973年）。

之範圍與對象是否以犯罪嫌疑為區分基準⁶⁸。從上述分析，可以發現相較於前述我國見解以違反相關程序是否有刑事責任，或以遵守相關行政調查程序是否會有被迫訴刑事責任之虞；或是證據被利用在刑事程序之可能性來確認行政調查程序是否應適用刑事程序原則的我國學說實務見解，在本案中日本最高法院採取了更嚴格、更集中於分析調查程序規範之性質的方式，來判斷相關行政調查程序是否應適用憲法第35條、第38條。

2. 從程序類似性角度的分析

其次則是關於程序類似性判旨（③④）的分析。首先關於手段之強制程度的問題，由於違反當時所得稅法第63條規定之效果為刑罰（同法第70條第10款），故可以確認該手段之強制程度應該是屬於間接強制中最嚴重者，但日本最高法院仍然認為此種間接強制之程度與以物理的方式拘束對象意思的直接強制並不相同，故或可認為只要屬於間接強制，其程度即與直接強制並不相同，而在和目的公益性的權衡下，屬於比例原則上可容許的強制手段⁶⁹。若考量到令狀主義之趣旨，乃是在於偵查機關實際上要進行強制處分等直接侵害基本權之行為時，能夠由中立的法官先行審查這一點，在間接強制的情形由於當事人若認為侵害行為違法，也可以當場拒絕，故不至於直接發生權利侵害，也沒有一定要採取令狀原則的必要；反之如果屬於事實上無法拒絕的情形，則當然需要另外判斷，本判決強調間接強制之程度是否和直接強制同等之意義，可能也在於此⁷⁰。當然本判決主要是採用綜合判斷的手法，也並未明示要素之間的關

⁶⁸ 柴田孝夫，同註65，頁577-578。

⁶⁹ 柴田孝夫，同註65，頁578。

⁷⁰ 可參考川出敏裕，同註66，頁2762-2763。

係，故本判決的調查官解說亦表示也有可能在目的之公益性特別強烈或是有緊急性等其他特殊要素時，肯定在行政調查程序中，賦予直接強制之權限⁷¹。

（三）川崎民商判決的影響與尚待解決之問題

1. 後續立法與實務的運用

以上即為川崎民商事件之內容與分析。由於在該判決中，日本最高法院表示令狀原則與不自證己罪原則的適用範圍不限於刑事程序，且其提出的標準亦屬明確，故也成為了後續立法、實務及學說面對此問題之基礎理解⁷²，之後的實務判決也會依照川崎民商事件所揭示的基準來進行判斷，來確認相關程序是否須適用憲法的令狀原則與不自證己罪原則。如日本最高法院對於當時的國稅犯罪取締法（即現在的日本國稅通則法第131條以下之犯罪調查程序）的相關規定，認為該法規雖然以實現國稅的公平確實的賦課徵收為目的，故屬於行政程序之一環，但其程序不僅和偵查程序類似，有其共通之處，且調查對象的犯罪事件也會以告發的方式移轉到刑事偵查程序，使檢察官進行後續的刑事偵查，在調查程序中所取得的資料也會作為刑事追訴之用，故此種程序屬於「與追究刑事責任之目的所為之資料取得收集有直接的連結作用」之行政調查，而應適用憲法第38條之不自證己罪原則⁷³。

⁷¹ 柴田孝夫，同註65，頁578。反之，亦有見解將判決理解為如果行政調查以直接強制等顯著拘束對象之意思的方式為調查手段，該調查程序即應適用憲法第35條之保護。可參考如金子宏，川崎民商事件——稅務調查と憲法，收於：租稅法理論の形成と解明・下卷，頁631（2010年）。

⁷² 如此評價可參考笹倉宏紀，行政調査と刑事手続(2)，法學協會雜誌，123卷10号，頁2099-2100（2006年）。

⁷³ 可參考最三小判昭和59（1984）・3・27刑集38卷5号，頁2047以下。對於該判

而在憲法第35條的討論中，日本最高法院也在面對確保成田國際機場安全之緊急措施法（日文：成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法）中，規範公務員可以進入被依照同法第3條第1項宣告禁止使用的工作物及質問相關人士的權限（同法第3條第3項）時，也在引用川崎民商事件判決的判斷標準後，認為相關進入權限的對象僅限於被禁止使用的工作物，其必要性甚高，且觀察同條第4項公務員必須先提示身分、同條第5項上述調查之權限不得解為可以為了犯罪偵查而使用等規定，在綜合判斷該權限與追究刑事責任之目的所為之資料取得收集沒有直接的連結作用、且其強制之程度、態樣並非直接的物理強制後，認定該法第3條第1項、第3項並未違反憲法第35條之規定⁷⁴。

2. 尚待解決的問題方向(一)調查主體的主觀與行政調查之運用

然而川崎民商事件判決雖然提出何種行政程序應適用憲法第35條、第38條之判斷要素，但仍有以下幾個問題必須解決。首先如上所述，在現行相關行政調查的條文中，均會加入行政調查之相關權限不得解為可以為了犯罪偵查而使用的條文，故在討論行政調查與刑事偵查之間的關係時，除了像川崎民商事件判決一般，分析相關行政調查規範的性質以外，也有必要判斷相關行政調查的權限在具體狀況下，是否被用於犯罪偵查中，此時執行調查的人員主觀上是

決的解說，可參考龍岡資晃，最高裁判例解説：一、国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査手続と憲法38条1項の規定による供述拒否権の保障。二、国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する供述拒否権の告知と憲法38条1項，法曹時報，39卷3号，頁555-571（1987年）。

⁷⁴ 最大判平成4（1992）・7・1民集46卷5号，頁437以下。

以什麼樣的目的來使用權限這一點，是否會影響上述判斷的結論⁷⁵？這一點也可能會成為問題。特別是曾經有實務判決認為當時的法人稅法第156條（即現在的國稅通則法第74條之8）之規定「並未以禁止在稅務調查中探知有犯罪事件時，以此為端緒而移轉給收稅官吏進行犯罪事件調查為目的」⁷⁶，有實務判決以此為基礎，更進一步地認為在行使當時的法人稅法第153條、第155條的質問檢查權限取得資料時，「縱然預見到所取得之證據資料之後將被用之於犯罪調查事件，也不能直接以此認定上述權限被當作犯罪調查事件的調查或犯罪偵查之手段而行使」，並以此肯定依照上述權限所取得之證據資料的證據能力⁷⁷。故何時才屬於「為了犯罪偵查使用行政調查之權限」？是否需要考慮行使調查權限主體的主觀狀況？即為一個重要的問題。

3.尚待解決的問題方向(二)具體狀況下的適用違憲問題

其次川崎民商事件主要是以認定相關程序不具備其列舉之要素，而導出相關行政調查不適用憲法第35條和憲法第38條之結論；

⁷⁵ 肯定者可參考辻本典央，經濟事犯の捜査，收於：神山敏雄等編，新經濟刑法入門，3版，頁139（2020年）。

⁷⁶ 最二小判昭和51（1976）・7・30（LEX/DB: 21054930）。

⁷⁷ 最二小決平成16（2004）・1・20刑集58卷1号，頁26以下，頁27（興進海運事件）。本案乃是高松國稅局調查查察部（即前述犯罪調查的行政機關）在立案調查本公司在愛媛縣的X、Y、Z共謀逃漏法人稅的案件時，Z發現到自己可能被調查，於是主動告知稅理士（相當於我國的記帳士）A自己有逃漏稅，所以希望能修正申報。A即前往今治國稅局詢問是否能修正申報，於是國稅調查官即對X、Y、Z進行稅務調查（行政調查），並取得相關資料後交給上級國稅調查官。上級調查官在接受到資料後即以傳真的方式將資料交給國稅局調查查察部，查察部即對X、Y的事務所發動搜索，並扣押物證，之後便以上述證據起訴三人。由於無法排除稅務調查官可能知道該案有刑事責任，故主動協助犯罪調查的可能性，故X、Y、Z的辯護人主張國稅調查官的行為已經違反當時法人稅法第156條行政調查權限不得用之於犯罪偵查的規定，故證據取得違法。

惟此是否代表只有具備該判決所列舉之性質的行政調查程序，才需適用憲法的相關原則，沒有上述性質的行政調查程序，即沒有違憲的問題？日本學說認為這一點仍有需要討論之空間。蓋依照川崎民商判決之判旨，日本最高法院僅認為質問檢查等與行政調查相關之法令本身沒有違憲問題，而對於實際狀況下，是否可能在適用法令時，發生違憲（適用違憲）的問題，則仍未明確的提出見解，故多數學說認為縱使該行政調查程序並未與刑事追訴直接連結，但實際上當案件有成立犯罪的可能性時，此時依照行政調查的相關規定如要求當事人履行陳述義務時，仍有出現違反憲法第38條不自證己罪原則的可能性⁷⁸。事實上在後續日本最高法院判決如最三小判昭和57（1982）・3・30中⁷⁹，在面對辯護人爭執當時的外國人登錄法第3條第1項所規定的向居住地之公所提出護照或陳述書及理由書，以進行外國人登錄之義務，若違反該義務則依照同法第18條第1項處一年以下之懲役與3萬圓以下之罰金之規定，也適用於非法入境之外國人的做法違反憲法第38條時，日本最高法院認為由於上開規定「未以『若不在陳述書及理由書中記載與非法入境有關的具體事實，就否定申請外國人登錄之適法性』之方式處理」，故認為上述之規定並未違憲。本判決的補充意見（橫井大三、伊藤正己裁判官），亦明確認為如果在現實狀況下，要求當事人揭露超出外國人登錄法之行

⁷⁸ 可參考如板倉宏，同註67，頁55；金子宏，行政手續と自己負罪の特権——租稅手續を中心とするアメリカの判例法理の検討，收於：所得概念の研究，頁308（1995年）；香城敏磨，黙秘権と特別刑法，收於：憲法解釈の法理，頁486（2004年）；酒卷匡，憲法38条一項と行政上の供述義務，收於：芝原邦爾等編，松尾浩也先生古稀祝賀論文集・下卷，頁98（1998年）；笹倉宏紀，自己負罪拒否特権，法学教室，265号，頁104（2002年）；小川佳樹，刑事手續と行政手續の交錯，收於：甲斐克則編著，企業活動と刑事規制，頁60-61（2008年）等。

⁷⁹ 收錄於刑集36卷3号，頁478以下。

政目的外之秘密資訊，即有可能發生適用違憲之問題⁸⁰。故即使確定該行政調查之規範不須受憲法第35條、第38條規制，仍有必要確認在法條的實際運用上，有無違反憲法的問題。

4.尚待解決的問題方向(三)證據能力

上述問題亦與證據在刑事程序中的證據能力有關。由於川崎民商事件判決的結論是相關行政調查程序不適用憲法原則，故自然不會處理到證據在刑事程序中的利用可能性。但若是適用憲法原則，或是具體狀況下行政調查的權限是為了刑事偵查而行使，此時即有必要討論以違法方式取得的證據之證據能力。且正如川崎民商事件之判旨所述，進行質問檢查的結果仍有發現犯罪事實之可能，此時若是一方面認為相關質問檢查之行政調查程序不須適用憲法原則，一方面又認可該證據可以用之於刑事追訴，這是否會導致實質上規避憲法規制，而出現適用違憲之問題⁸¹？若要解決適用違憲的問題，是否應該考量如放棄刑事追訴、或是認為提起公訴因違憲而無效、或至少應禁止利用上述行政調查程序所取得之證據用在刑事追訴⁸²？此即為在後續日本學說實務上，主要討論的第三個問題。以上即為川崎民商事件判決後，學說與實務發展的三個問題方向，本文在介紹相關日本學說實務時，亦會以對於上述三個問題，日本學說實務的態度為中心進行分析。

⁸⁰ 同前註，頁482-483。

⁸¹ 可參考如金子宏，同註71，頁633。

⁸² 對於上述處理方法的介紹，可參考酒卷匡，同註78，頁105-106。

二、一律限制在刑事程序使用證據

(一)見解之分析

首先在學說中，也有不論相關行政調查制度是否適用憲法原則，均完全禁止在行政調查中取得之證據，在刑事訴訟中使用之見解。主張此種見解者認為只要有川崎民商事件所提出的各種要素的其中之一，行政調查程序即應適用憲法第35條、第38條的限制；且雖然川崎民商事件判決把某些行政調查程序排除於憲法第35條與第38條的適用範圍之外，但既然無法否認仍有可能透過這些程序，發現當事人犯罪的可能性等，與刑事程序發生關聯性的狀況，所以也應該要設定不讓透過調查所取得之證據用於刑事程序等限制機制⁸³。加上行政調查的相關法令如國稅通則法第74條之8、獨占禁止法第47條第4項亦規定調查權限不得解為可供犯罪偵查之用，這也是實務認定相關行政調查程序非以追訴刑事責任為目的之程序的要素（可參考前述成田新法判決），如果把這些調查權限中所取得之證據用之於刑事程序，則會正面的違反法律規定，又因在上述程序中，至少間接強制的手法是被容許的，故如果容許透過此種程序取得之證據在刑事程序中使用，也有實質損害憲法第38條不自證己罪原則意旨的可能性⁸⁴。故要迴避此種問題，一方面在立法論上，或可考慮引進令狀主義或刪除間接強制的規定⁸⁵；另一方面在解釋論上，則可以否

⁸³ 可參考如金子宏，同註71，頁631-633。

⁸⁴ 除了稅法的領域外，在獨占禁止法的領域中，也有類似討論。可參考白井滋夫，行政罰則とその手続をめぐる若干の問題——独禁法罰則を中心にして，收於：福田雅章等編，刑事法学の総合検討（上），頁503（1993年）；佐藤英明，犯則調査権限導入に関する若干の論点整理，ジュリスト，1270号，頁50（2004年）。

⁸⁵ 白井滋夫，同前註，頁504。

定該證據的刑事證據能力⁸⁶。

觀察上述見解，可以發現其認為只要行政調查所取得之證據被當成刑事偵查的手段，就應該否定該證據在刑事訴訟的證據能力，故不僅行政調查與後續的追訴刑事責任之相關程序（如犯罪調查程序等）有直接連結時，應否定取得之證據的證據能力⁸⁷；就算沒有直接連結，也應該完全禁止行政調查程序與刑事偵查程序間證據的共用，以免出現規避法律與憲法規制之情形。推測上述見解背後的思考，可能是在於雖然在行政調查的相關法律中，有不得以刑事偵查之目的進行行政調查之規定，但由於執行調查的公務員之心理狀態較難認定，故無法完全否定在實際狀況下，可能會出現為規避刑事偵查，以行政調查達成刑事偵查目的之情況；加上證據從何而來無法單純憑外觀得知，故為了完全禁止上述誘惑，就必須限制證據在不同程序間互相流通⁸⁸。由於主要是稅法學者主張相關見解，故亦有學者從稅法的角度，提出限制證據互相流通的目的，在稅法上可能是因為要促進納稅義務人能夠自發性的協助納稅工作，故應對於納稅人之稅務機密作更為嚴密之保護之故，才做出此嚴格的限制⁸⁹。

⁸⁶ 該見解甚至主張應該禁止執行行政調查的公務員進行告發，應該優先遵循守密義務。可參考如金子宏，租稅法，23版，頁972-973（2019年）。其他還可參考白井滋夫，同前註，頁503-504；佐藤英明，同註84，頁50-52。

⁸⁷ 明示此點者，可參考增井良啓，稅務調査と国税犯則調査——最高裁平成16年1月20日第二小法廷決定，行政判例百選I，頁207（2022年）。

⁸⁸ 宇賀克也、川出敏裕，行政罰——刑事法との対話，收於：対話で学ぶ行政法，頁106-107（宇賀克也發言部分）（2003年）。

⁸⁹ 可參考如吉村政穂，租稅法における情報の意義——質問検査権行使により取得した情報の流用を素材に，收於：金子宏編，租稅法の発展，頁167-168，（2010年）。

(二)相關批判

本見解試圖透過嚴格限制行政調查與刑事偵查之間的證據共用，以避免發生違反法律規定與適用違憲之狀況，這樣的做法可以完全避免藉由把行政調查所得之證據，用做犯罪調查與刑事偵查等，以追訴刑事責任為目的之程序時，可能發生的適用違憲問題，故對於行政調查實務有相當程度之影響。如在2005年引進犯罪調查程序之前，於獨占禁止法的實務上，當刑事偵查機關需要從行政機關處取得證據時，也還是會聲請令狀，而不會直接向行政機關調取證據⁹⁰。

然而如同前述，由於公害犯罪等現代企業犯罪的成因複雜，需要高度專業才能釐清全貌，故行政調查和刑事偵查有互相協力之必要，此時如果過度嚴格的將兩程序完全分開，反而可能會妨害這樣的協力體制。以刑事追訴為例，由於某些物證具備不可替代性，若只因為偶然先從行政調查中取得，就完全禁止其在刑事訴訟中使用，可能會導致刑事追訴完全無法進行這樣的不當結論⁹¹。故如果嚴格的禁止證據利用可能性，反而可能導致無法究明事件真相與責任歸屬⁹²，這可能也是前述興進海運事件裁定⁹³中，最高法院不採用如此嚴格的見解之原因。

⁹⁰ 當時的實務運作狀況可參考如山田昭雄，独占禁止法違反事件の強制調査手續について，公正取引，454期，頁36（1988年）。

⁹¹ 島田聰一郎，公正取引委員會の調査権限について，立教法学，62号，頁185（2002年）。

⁹² 在經濟犯罪，如獨占禁止法相關犯罪的規制時，亦有類似之狀況。可參考曾和俊文，同註2，頁150-151。

⁹³ 可參考同註77。以及山口雅高，法人税法（平成13年法律第129号による改正前のもの）153条ないし155条に規定する質問又は検査の権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法156条，法曹時報，58卷4号，頁1537-1538（2006年）。

其次是本見解之依據，亦即違反不能為了犯罪偵查而行使行政調查權限之法律規定，以及防止規避憲法原則的部分，亦有學說提出以下質疑。首先是法律規定的部分，由於該規定主要是針對取證的手段，亦即實行行政調查之方式進行規制，但取證是否違法和證據可否利用本來就是不同問題，該規定只能解釋為要求行政調查必須在行政目的範圍內行使，與是否禁止證據利用應屬於不同問題⁹⁴。

最後則是關於規避憲法的依據，本文認為上述根據成立的前提，乃是在於把憲法的規制範圍解釋為包括禁止取得證據和禁止利用證據。以憲法第35條為例，只有在把憲法第35條理解為「只有依照司法機關所發出的令狀所實行的搜索所取得的證據，才能用在犯罪調查或刑事偵查等，以追訴刑事責任為前提的程序」時，才能導出依照不須適用令狀原則的行政調查所取得之物證，還是不能在刑事偵查中使用之結論⁹⁵。然而如同以下參、三、所述，是否可以這樣解釋本文認為可能還有疑問。

綜上所述，對於上述的學說見解，本文認為如果考量到行政調查與刑事偵查仍有互相協力的必要，以及法律規定與憲法原則解釋的差異，則可能難以一律禁止職司行政調查的公務員提供情報，故理想的做法應該是在一定的限制要件下，承認證據之間仍有互相流通的可能⁹⁶。在限制時，也必須考量相關憲法原則之間的差異。

⁹⁴ 可參考曾和俊文，同註2，頁153；笹倉宏紀，質問検査で得た取得収集した証拠資料の犯則事件での利用——最高裁平成16年1月20日第二小法廷決定，收於：租税判例百選，4版，頁249（2005年）。

⁹⁵ 宇賀克也，平成17年改正・独占禁止法における行政手続，收於：行政手続と行政情報化，頁181（2006年）。

⁹⁶ 曾和俊文，同註2，頁152；吉村政穂，同註89，頁172。

三、區別不同憲法原則下的證據使用禁止

在日本學說上的另一種有力見解，則是主張應該區別憲法原則與法律規定之性質後，以不同之角度確認證據使用的可能性，這也是多數公法學者和刑事法學者的看法，以下即區別憲法第35條令狀原則、憲法第38條不自證己罪原則之情形，並分別討論在刑事程序中證據的利用可能性。

(一)令狀原則與適用違憲

首先是關於憲法第35條令狀原則的部分，由於憲法第35條之目的在於保護「住所、文書和持有物」免於無令狀的「侵入、搜索、扣押」所述，故可以發現其主要是為保護住居等財產及隱私權之利益，而要求法院預先介入判斷隱私權侵害行為的妥當性以及特定侵害對象⁹⁷。若觀察上述定義，則不管是以犯罪追訴為目的還是以行政調查為目的，只要是侵害上述基本權的行為，均應有令狀原則之適用，而不應將其只限於刑事程序⁹⁸。

依此前提，前述川崎民商判決在判斷行政調查程序是否應適用令狀原則時，雖然也提到相關程序和刑事追訴之連結等要素，但對於相關程序是否應適用令狀原則時，判斷的重點應該是侵害手段僅限於間接強制、目的公益性和侵害之間的權衡等要素⁹⁹，故只要行政

⁹⁷ 除了同註66以外，還可參考川出敏裕，独占禁止法違反事件と刑事制裁，法律のひろば，54卷5号，頁22（2001年）；山本隆司，事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法の問題（下），ジュリスト，1311号，頁173（2006年）。

⁹⁸ 山本隆司，同前註，頁175；曾和俊文，同註2，頁151；笹倉宏紀，企業の違法行為に対する行政制裁と刑事制裁——主に手続法の観点から，刑事法ジャーナル，58号，頁61（2018年）。

⁹⁹ 川出敏裕，同註97，頁22。有學者進一步認為由於刑事偵查機關和行政調查機

調查程序的手段限於間接強制，且實際上以符合行政調查目的的方式實行，該程序即無違反令狀原則的保護問題¹⁰⁰。

另一方面由於上述憲法第35條並未特別言及資料是否禁止使用¹⁰¹，故亦有可能將該條解釋為其保護範圍僅及於取得證據之階段，而與如何利用證據並無特別關係¹⁰²。依此前提，只要確定在依照行政調查所賦予之權限取得證據時，並未違反憲法第35條，即可認定就算在刑事程序中認定該證據有證據能力，應該也沒有違憲的問題¹⁰³。

（二）不自證己罪原則與適用違憲

與令狀原則不同，觀察日本憲法第38條第1項「對任何人都不得強制其作不利於本人的供述」之文字，可以發現不僅可能將該條文解釋為禁止「強迫」對自己（供述者本人）做出（刑事上）不利益¹⁰⁴之供述，也可能將其解釋為禁止將強迫取得的「供述」用在對自己（供述者本人）不利益的情形，若認為憲法第38條之文義可

關在案件、侵害的對象及手段等還是有所差異，故縱使行政調查程序與刑事偵查程序均適用令狀，其需要審查的內容，以及不需要適用令狀之例外情形，也會因為其程序之目的而有所差異。笹倉宏紀，同前註，頁61。

¹⁰⁰ 如川出敏裕，稅法上の質問検査権限と犯則事件の証拠——最高裁平成16年1月20日第二小法廷裁定，ジュリスト，1291号，頁200（2005年）。

¹⁰¹ 山本隆司，同註97，頁175。

¹⁰² 川出敏裕，同註100，頁200。

¹⁰³ 川出敏裕，同註100，頁200；笹倉宏紀，同註16，頁329-330。

¹⁰⁴ 此為日本實務的解釋。在最大判昭和32・3・20刑集11卷2号，頁802以下中，日本最高法院即將憲法第38條第1項不自證己罪原則解釋為「保障任何人都不会被強制就有被追訴刑事上責任之虞的事項提出供述之規定」。關於這部分的近期之介紹，可參考如中島洋樹，刑事手続外の調査における自己負罪拒否特権の保障と刑事手続における証拠使用の制限(1)：イギリスの動向を題材に，關西大學法學論集，62卷2号，頁524-527（2012年）。

包含上述兩種解釋，則可認為該條不僅禁止以強制手段取得供述（強迫禁止），也禁止將強制取得的供述證據，用在對供述者本人的刑事追訴（使用禁止）¹⁰⁵。依照上述前提，就算認為包含強制取供權限的行政調查程序並未違反憲法第38條第1項，那也只是將為達成行政目的而強迫對象供述之行政調查手段，以並未對被告帶來刑事追訴的不利益為由，將該調查之權限認定為合憲而已；但只要將該強迫取得之供述用在刑事追訴之中，則仍有可能發生適用違憲的問題¹⁰⁶。

（三）迴避適用違憲的方法

觀察上述見解，可以發現區分說在行政調查程序是否違反不自證己罪的討論上，較為重視川崎民商事件中，與刑事追訴相關程序的連結等要素（即1.是否以刑事追訴為目的和2.與刑事追訴相關程序的連結），但由於該見解認為不自證己罪保護的射程範圍較令狀原則為寬，故對於上述的連結要素之認定比川崎民商判決更加寬鬆。受此影響，在實務上進行行政調查，如獨占禁止法第47條第1項的行政調查時，通常也不會進行第1款的詢問程序¹⁰⁷，且依照「關於公平交易委員會的犯罪事件調查之規則」第4條第4項之規定，審查官在發現可能成為犯罪事件的契機之事實時，也不能就相關事實，對直

¹⁰⁵ 如此解釋可參考井上正仁，刑事訴訟における証拠排除，頁372（1985年）；笹倉宏紀，同註16，頁330；川出敏裕，同註100，頁200-201；山本隆司，同註97，頁175；小川佳樹，同註78，頁68。

¹⁰⁶ 香城敏磨，同註78，頁504-505；笹倉宏紀，同註16，頁330。

¹⁰⁷ 獨占禁止法第47條第1項第1款：

公平交易委員會為就涉案事件進行必要之調查，得實行以下處分。

①要求事件關係人或參考人出面對受詢問，或者徵詢該當人士之意見或報告。

另對於違反上述處分者，依照獨占禁止法第94條規定，處一年以下的懲役或是三百萬圓以下的罰金。

接犯罪調查職員進行報告，故不管是公平交易委員會以任意還是強制方式取供，依照供述所製作的筆錄均無法在犯罪調查中使用，導致犯罪調查程序必須重新取得供述筆錄¹⁰⁸。惟供述雖然可以再次透過刑事訴訟上的訊問取得，但如果涉及到牽涉到龐大關係人的犯罪事件，如公害犯罪、組織犯罪、經濟犯罪者，要重新取供對於偵查機關也是巨大的負擔¹⁰⁹。故也有見解提出如果可以排除供述的「不利益性」或是「強制性」、或是可以透過和其他公益衡量後，限制憲法第38條第1項之適用範圍時，即有迴避適用違憲的可能¹¹⁰。亦有許多實務裁判做此嘗試，這些見解大致上可細分為¹¹¹：

1.透過把供述內容限縮在與證明陳述者的犯罪事實直接相關的內容，以迴避適用違憲問題的不利益供述限定解釋論¹¹²。

2.將接受國家事前所給的特別許可或執照，擬制為放棄特權的擬

¹⁰⁸ 此種處理方式可參考如宇賀克也，行政法概說 I，7版，頁177（2020年）。中文介紹可參考洪大植，日本獨占禁止法調查制度之介紹及對我國公平交易法之借鏡，公平交易季刊，18卷4期，頁193-194（2010年）。

¹⁰⁹ 島田聰一郎，同註91，頁187。

¹¹⁰ 香城敏磨，同註78，頁505。

¹¹¹ 對此部分我國已經有見解詳細的介紹，故本文在此僅簡述之。可參考劉芳伶，同註5，頁199-205。

¹¹² 主要採用的實務判決可參考如最大判昭和37（1962）・5・2刑集16卷5号，頁495以下。該判決認為當時道路交通取締法施行令第67條第2項所規定之報告義務僅及於發生時日、場所、死傷人數等有關交通事故態樣的相關事項，並不包含有使報告人受到刑事追訴之虞的事故原因等事項，故不屬於不利於己之供述。另外最三小判平成16（2004）・4・13刑集58卷4号，頁247以下中，在判斷課與因過失造成患者死亡的醫師對警察的通報義務時，是否違反不自證己罪原則的問題時，日本最高法院也有提出通報義務之內容並不及於屍體與通報人的關係等，與犯罪構成有關的事項。

制放棄論¹¹³。

3.以行為人在強制其供述的時點時，在選擇放棄實行新的犯罪而進行陳述義務，還是違背陳述義務而實行新的犯罪的選項中，選擇了後者為由，認為要求行為人放棄實行新的犯罪並非屬於強制的選擇放棄論¹¹⁴。

4.直接以強制供述目的之公益性，限縮不自證己罪適用範圍的公益性理論¹¹⁵等。

¹¹³ 主要採用的實務判決可參考如最二小判昭和29（1954）・7・16刑集8卷7号，頁1151以下。該判決認為既然麻藥從業人員自主申請取得執照，自應受到法規的嚴格監視，並承諾服從同法規索命一切限制及義務。另外最三小決平成16（2004）・4・13刑集58卷4号，頁247以下，也有以取得醫師執照職業當作接受規制的理由之判決文字。

¹¹⁴ 主要採用的實務判決可參考如最判昭和54（1979）・5・10刑集33卷4号，頁275以下。該判決在面對把通過海關的申報義務適用在攜帶毒品者時，是否會違反不自證己罪原則時，認為行為人輸入毒品的犯罪在踏入國境時已經結束，故既然其自願選擇以負擔有強制力（違反者課以無許可輸入罪之刑罰）的申報義務通關的方式，作為確保其犯罪成果的方法，則要求其放棄既有的犯罪成果（毒品）以及新的犯罪的實行（無許可輸入罪）以完成申報義務，並不屬於「強制」取得供述。詳細的說明可參考佐藤文哉，許可を受けないで覚せい剤を輸入した者に対し関税法111条の罪の成立を認めることと憲法38条1項，法曹時報，34卷7号，頁1492-1494（1982年）；香城敏磨，同註78，頁508-512。

¹¹⁵ 如前掲川崎民商事件判決亦有提及行政調查目的之公益性、前述的最三小判昭和56（1981）・11・26刑集35卷8号，頁896以下中，亦有提到要求外國人進行登錄是為了透過瞭解外國人的居住關係與身分關係，進而有助於公正的管理在日本的外國人，故具有公益目的。近例如最三小決平成16（2004）・4・13刑集58卷4号，頁247以下中，日本最高法院除了提出上述通報義務的內容並未對被告造成不利益、以及取得醫師執照職業即應接受規制外，進一步提出通報義務的目的在於警察官可以容易得到偵查的端緒，視情況也能讓警察採取防止被害擴大的緊急措施，以完成社會防衛，且有異狀的屍體也有可能和重大犯罪相關，故可承認通報義務的公益性；與前掲裁判相比，平成16年判決所提到通報義務之公益性明顯與刑事偵查相關，故也有見解批判該判決等於是認定可以為

然而首先由於憲法第38條的不自證己罪原則的保護及於使用的禁止，則就算跟陳述的內容與犯罪事實不直接相關，只要陳述仍有作為偵查的契機而有被利用在刑事追訴之可能性，故不利益供述限定解釋論仍難以迴避適用違憲的問題¹¹⁶。其次由於仍需要說明為何取得特權可以等同放棄不自證己罪的保護，故擬制放棄論也還有需要解決的問題¹¹⁷。再者對於選擇放棄論，也有就算同時給予實行犯罪和履行供述義務之選擇，但是否真的能確定沒有強迫選擇者進行不利益供述這一點，仍有進一步釐清根據之必要的質疑¹¹⁸。最後即使以公益性理論確認調查程序有其必要性，但該理論也只能正當化供述義務本身，而仍不足以將把供述用於刑事程序這件事正當化¹¹⁹；反而如果只是為了行政目的而必須取得供述，作為配套也有考慮如禁止把供述用在刑事追訴等刑事免責機制的可能性，而未必

元照出版提供 請勿公開散布

了犯罪偵查而限縮不自證己罪原則，而這樣的限縮是否可以靠其他根據，如醫師的身分等合理化，恐怕尚有疑問。可參考川出敏裕，醫師法21條の届出義務と憲法38條1項，法学教室，290号，頁10-11（2004年）。

¹¹⁶ 笹倉宏紀，同註78，頁105；田宮裕，自動車事故の報告義務，收於：憲法の判例，3版，頁142（1977年）。

¹¹⁷ 笹倉宏紀，同註78，頁107。有學者進一步指出擬制放棄的根據就在於行政調查的目的，亦即為了確保交通安全，有公德心的駕駛都會放棄不自證己罪的權利，而主動向警察報告發生事故才對，並指出最終的問題還是在於行政調查的公益性目的是否足以限縮不自證己罪原則的適用。可參考田宮裕，同前註，頁141。

¹¹⁸ 酒卷匡，同註78，頁112-113；笹倉宏紀，同註78，頁106。特別是該見解強調使供述者放棄犯罪不算是強制這一點，由於不管何種形式的犯罪都不具有憲法上值得保護的利益，這樣的見解甚至有可能導出「任何人皆有義務就其所為之犯罪事實為供述」這種供述義務，因為該義務也只有要求供述者放棄犯罪而已，然而這樣的義務等同是否定了不自證己罪原則本身。類似看法可參考劉芳伶，同註5，頁208。

¹¹⁹ 川出敏裕，同註115，頁11。

需要限制不自證己罪原則的適用範圍¹²⁰。

(四)解決適用違憲的機制：強制禁止或使用禁止

如上所述，由於迴避適用違憲的各種見解均有其問題，故也有研究應如何建構相關機制，才能解決適用違憲的問題的學說見解。這些見解主要分成兩個可能的方向，即強制禁止與使用禁止；前者的重點在取得供述的手段，即在行政調查程序中承認不自證己罪之拒絕證言權等方法，以防止強制取供；後者的重點則是在利用供述的階段，即為禁止該供述證據被利用在刑事追訴，或是直接放棄刑事追訴等方法，以防止供述對當事人造成刑事上不利益¹²¹。其中若是承認拒絕證言權，雖然可以較完整的保障不自證己罪之權利，但反而有阻礙行政調查，而無法實踐相關行政調查法制所欲實現的公益目的¹²²；反之如果放棄刑事追訴，則因為其象徵完全放棄以刑罰實現公益，故也僅限於取得供述所實現的公益極度重要等特殊情形¹²³；故目前有力的見解是一方面允許在行政調查中強制取得供述以實現公益，另一方面則限制供述在刑事訴訟程序中使用，以防止不自證己罪的權利受到侵害¹²⁴，以在行政調查和刑事偵查所欲實現的公益之間取得平衡。

問題是該如何限制供述的使用，才能在兩者所欲實現之間的公益達成平衡？多數學說從證據禁止使用的角度出發，認為如果只有

¹²⁰ 小川佳樹，同註78，頁62；香城敏磨，同註78，頁516。

¹²¹ 使用此種說法者，可參考小川佳樹，同註78，頁67-69。另相關立法例的介紹，可參考山本隆司，同註97，頁175-176。

¹²² 山本隆司，同註97，頁176；小川佳樹，同註78，頁70。

¹²³ 山本隆司，同註97，頁176。

¹²⁴ 如笹倉宏紀，同註98，頁63；小川佳樹，同註78，頁67；川出敏裕，同註100，頁200；芝原邦爾，經濟刑法研究（上），頁129（2005年）。

禁止陳述本身被利用在刑事程序，則由於該陳述仍有作為偵查的線索而有助於對陳述者本人的刑事追訴，故對於不自證己罪權利的保護並不完整；因此只有透過完全禁止供述及其衍生的證據被使用在刑事程序，才能夠完全防止當事人因為其供述而受到刑事追訴之不利利益¹²⁵。若考量到在不自證己罪原則的證據使用禁止之範圍應該和允許拒絕供述的範圍一致¹²⁶，且現行日本刑事訴訟法在2018年修法後，所增訂之第157條之2規定亦認為只有在禁止證人之供述和其衍生證據在其本人的刑事程序中使用，才能強制證人對有使其本人受刑事追訴或有罪判決之虞的事項進行陳述¹²⁷，則這樣的看法也可說是和刑事訴訟現行法的立場前後一貫¹²⁸。

上述見解雖然可以有效的保護供述人的不自證己罪權利，但其

¹²⁵ 類似見解可參考小川佳樹，同註78，頁68-69；笹倉宏紀，同註78，頁109-110；島田聰一郎，同註91，頁199-200。

¹²⁶ 可參考如田宮裕，刑事訴訟法，新版，頁337（1996年）。

¹²⁷ 條文詳細內容如下：刑事訴訟法第157條之2：「檢察官預定就關於證人有受刑事追訴或有罪判決之虞的事項進行詰問時，在考慮到關於該當事項證言的重要性、有關犯罪之輕重、情狀等認為必要時，可預先對法院請求依照以下條件，對證人進行詰問：

一、接受詰問所作之供述及以此為基礎所取得之證據，除了在該當證人詰問中，證人所為之行為乃是該當本法第161條（本文作者註：無正當理由拒絕陳述或宣誓具結罪）或是刑法第169條（本文作者註：偽證罪）之情形，而將上開證據用在與該當行為和該當犯罪有關之事件以外，於證人的刑事案件中，不得將上開證據當成對證人不利益之證據使用。

二、縱有本法第146條（本文作者註：即不自證己罪原則）之規定，仍不能拒絕陳述使自己有受刑事追訴或有罪判決之虞的證言。」對於上述條文的解說，可參考吉川崇、吉田雅之，刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について(3)，法曹時報，70卷1号，頁174-197（2018年）。中文的介紹可參考黃士軒，日本最近刑事程序立法動向概觀——以刑事協商程序與刑事免責程序的引進為中心，月旦刑事法評論，11期，頁81-83（2018年）。

¹²⁸ 主張者進一步笹倉宏紀，同註98，頁63。

排除了大量的證據，故也相當程度阻礙了刑事偵查的進行。故也有見解認為憲法第38條第1項僅明確禁止使用「不利益於本人的供述」，而並未明確的將使用禁止的範圍及於基於供述的衍生證據。故是否要進一步禁止以供述為線索取得的衍生證據，可能僅屬於在政策面上抑止違法取證的必要性之問題。在考量到相較於刑事訴訟中可以透過拘提強制被告和證人到場陳述，故該程序被不當利用的危險性較高，而需要適用較嚴格的證據排除法則以抑制違法取證；而行政調查程序本身已被確認合憲，強制手段亦有限制的前提下，在判斷行政程序中取得之供述和衍生證據是否可在刑事程序使用時，亦有可能和刑事訴訟法之現行規定做出不同的處理，而認為在此種情形下雖然從行政調查程序中取得之供述本身應禁止在刑事程序使用，但絕對禁止的範圍不及於從供述所衍生之證據¹²⁹。以上即為區別不同憲法原則，決定證據在刑事程序的使用可能性的見解的內容。

四、「權限不得解為可以為了犯罪偵查而使用」之解釋

觀察上述區別說，可以發現其主要是以相關憲法原則的保護範圍，並配合實際的取證手段和證據的實際利用狀況等客觀之狀態，來決定證據在刑事程序中的利用可能性。然而在這樣的基準下，在行政調查中經常出現的「權限不得解為可以為了犯罪偵查而使用」之規定的意義為何？

(一)以調查機關的主觀認定取證手段違法之見解

對此雖有見解強調該規定有其特別之意義，並認為依照該規定應該考慮調查機關的主觀等實際狀況，而在個案認定調查程序違

¹²⁹ 可參考酒卷匡，同註78，頁106-108。

法，進而否定取得資料在刑事程序中的證據能力¹³⁰。特別是前述興進海運事件裁判中，日本最高法院雖然認為「預見到所取得之證據資料之後將被用之於犯罪調查事件」之情形，並不屬於把行政調查權限用之於犯罪偵查的狀況，但對於同案日本最高法院判決認為本案雖然沒有侵害令狀原則或是不自證己罪之緘默權，但從本案行使調查權限的事實關係來看，認為「無法排除質問或檢查的權限之行使可能是由擔任犯罪調查之人所委託，也無法排除是在自主協助犯罪調查的意圖之下，為保全證據而行使上述權限之可能」，故違反不得將行政調查權限用於刑事偵查之規定，只是因為違反之態樣輕微，故不排除證據之證據能力¹³¹之看法，僅以「尚無根據認定上述質問或檢查之權限是作為以犯罪事件的調查或刑事偵查為目的之手段而行使」¹³²為由，認定本案在行使行政調查權限時並未違反不得用之於刑事偵查的法律規定。故似乎仍保留了在具體狀況中，會以行使調查權限之人的主觀，來判斷其是否將行政調查權限用於刑事偵查，進而排除取得之證據在刑事程序中的證據能力之可能¹³³。

以此為前提，本見解進一步認為當時的法人稅法第156條規定之範圍並不只包括禁止違法行使質問檢查權這種不證自明的情形，而也應該包括就算是外觀合法，但若是以保全犯罪調查的資料為目的行使質問檢查權限時，由於此時調查者的主觀會連結行政調查程序與追訴刑事責任的相關程序，故也必須認定質問檢查權違反法人稅法第156條之規定，反之如果只是認識到相關案件可能會進入犯罪調

¹³⁰ 山口雅高，同註93，頁1538-1539。

¹³¹ 高松高判平成15・3・13高刑集56卷1号，頁1以下。

¹³² 刑集58卷4号，頁28。

¹³³ 如此理解者，除山口雅高，同註93，頁1543；還可參考笹倉宏紀，同註16，頁333。

查程序，就算行使質問檢查權，也只能讓稅務調查所把握之證據作為之後進行犯罪調查的端緒時，則無法將行使權限之行為其評價為違法¹³⁴。

(二)否定需要特別處罰主觀的看法

上述見解意圖透過強調有可能因為調查者雖然認識到自己的行為符合行政調查的客觀要件，但同時有協力進行犯罪調查的意圖，並以此將認定外觀合法的行政調查與刑事程序連結，故違反不得將行政調查權限用於追訴刑事責任之規定，而應適用證據排除法則確認該資料的證據能力。然而亦有看法認為這樣的見解合理化的前提，乃是在於真的有特別處罰此種主觀狀態的必要，並提出三種可能的根據即：1.可能會因為此目的，在行使質問檢查時可能會超出必要的範圍；2.可能會因為此目的，導致發生裁量濫用，行使在一般情況下不一定會使用的權限；3.因為此目的而導致行政調查程序與追訴刑事責任的相關程序有發生連結的可能¹³⁵。但只要確定客觀行使權限的態樣合法，則1.所提到的可能性並未化為現實，此時是否有提前處罰之必要恐有疑問；關於2.，則因為犯罪調查通常和行政調查在對象和證據上多有共通之處，所以實際上很難想像會發生此種情形；3.雖有其道理，但如同前揭參、二、(二)所述，如果上述規定僅就取證階段規範，則之後的關聯性應不在規制範圍，如果是屬於不自證己罪之情形，則不須透過調查者的主觀就可以擴張規制範圍，故似無必要以調查者的主觀直接認定調查行為違法¹³⁶。在此前提之下，亦

¹³⁴ 山口雅高，同註93，頁1538-1539。

¹³⁵ 笹倉宏紀，同註16，頁334。

¹³⁶ 笹倉宏紀，同註16，頁335-336。惟笹倉教授認為前述1.、2.的根據也有可能以對於執行行政調查的公務員應該有更嚴格的要求為由，認為只要有主觀就有將調查行為認定為違法的可能。可參考前揭頁336的註19。

有見解認為行政調查之權限不得用於刑事偵查之法律規定，可能只意味著行政調查的權限只能為了必須依賴該調查的行政決定而行使，或是確認前述因為適用違憲，故須排除證據能力之結論，其本身僅是確認規定而已¹³⁷。

五、小 結

觀察日本見解，可以發現其立基於川崎民商判決所提出的判斷要素，並區分取證時的規制和利用時的規制後，檢討個別憲法原則與法律規定的規制範圍，以及受此影響的證據利用可能性。最後多數見解得出不得用於犯罪偵查之規定以及令狀原則僅及於取證階段的規制，此時應以行政調查和刑事偵查手段性質的類似性來確認取證手段是否違法；至於不自證己罪原則的規制範圍則會擴張到利用階段，故只要該證據有被利用在刑事追訴的可能性，即有必要限制其利用之共通前提。在判斷行政調查之行使是否違反不得用於犯罪偵查的規定時，是否要實際考慮執行行政調查者的主觀，以及依照不自證己罪原則的證據使用禁止是否要及於衍生證據這兩點，則有爭議。以下本文即先確認比較法的成果以及適用於我國討論之可能性後，再以我國水污染防治法第26條、第27條為例，探討適用不自證己罪與令狀原則的必要性與證據禁止相關問題。

肆、本文見解

一、前提：我國與日本法的法制構造之異同與參考可能性

在經過日本法討論的比較分析後，可以發現日本的實務和學說

¹³⁷ 可參考笹倉宏紀，同註16，頁337；川出敏裕，同註97，頁22；行政法領域中亦有類似見解，可參考塩野宏，行政法 I，6版，頁287（2015年）。

主要是以憲法已經明確規定搜索扣押的令狀原則與不自證己罪原則為前提，進一步討論刑事訴訟程序以外的其他調查程序是否應該適用上述憲法原則，以及若其他調查程序不適用上訴憲法原則時，透過此種程序所取得之證據是否可在刑事訴訟程序中使用等問題。

（一）不自證己罪原則規範模式的異同

我國雖然未像日本一般，直接在憲法規定不自證己罪原則，也沒有特別規定對於搜索扣押應適用令狀原則。但一方面某些刑事訴訟原則如不自證己罪原則已經在公政公約第14條第3項第7款被明文規定，屬於國際的共通標準，也有實務判決認為不自證己罪屬於憲法保障基本權利之一環¹³⁸，就此點而言我國的狀況與日本類似。然而必須要注意的是，日本憲法是明確表示「對任何人都不得強制其作不利於本人的供述」，上述日本學說亦以此為前提，爭執是否要連供述的衍生證據也禁止使用；我國在討論到不自證己罪時，雖然也有提到被告以外之人如證人不自證己罪的權利，但譬如公政公約第14條第3項第7款之規定為「不得強迫被告自供或認罪」一般，我國仍較為重視被告的不自證己罪權利之保護；在我國刑事訴訟法上，也只有在以不正方法取得自白時，依照第156條給予絕對證據使用禁止的效果，而在討論到證人的證言時，雖然依照刑事訴訟法第192條準用第98條之規定，也有禁止不正方法取得證言的規定，但在違反相關規定的效果上，並未準用刑事訴訟法第156條絕對證據使用

¹³⁸ 如最高法院107年度台上字第1009號刑事判決：「『不自證己罪』，雖非我國憲法所明文，惟依司法院釋字第384號、第392號解釋意旨，應為憲法所保障之基本權利。不自證己罪原則顯諸於被告為緘默權，顯諸於證人則為拒絕證言權。刑事訴訟法為貫徹不自證己罪及落實無罪推定原則，於第95條第1項第2款規定，被告得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。」

禁止的規定等¹³⁹，這都顯示了我國和日本在規範構造上的不同之處。

（二）令狀原則規範模式的異同

而雖然憲法並未要求搜索扣押須適用令狀原則，但觀察前述111年度憲判字第1號判決，或是之前的司法院釋字第631號解釋的相關討論，也可以發現當公權力對於人民基本權有所限制之時，需要正當法律程序作為公權力行使時的配套，而在設計配套時，令狀原則也是可能採取的選項之一¹⁴⁰。且由於我國刑事訴訟法對於搜索扣押係採取法官保留與令狀原則，此時如果將原本在刑事訴訟中必須透過法官保留與令狀原則才能取得的證據，改以透過其他不需要法官保留與令狀原則的調查程序取得後，將其利用至刑事訴訟程序，是否有規避刑事訴訟程序的問題？這個問題恐怕是不管憲法有沒有規定搜索扣押需要法官保留與令狀原則，都必須處理的。基於上述理由，本文認為雖然我國憲法並無搜索扣押的令狀原則與不自證己罪的明文規定，但仍可參考日本的相關討論，以思考此問題。以下本文即一方面注意上述差異，一方面參考日本相關的學說實務見解，並以水污染防治法的行政調查作為分析對象，區分為進入查證（水污染防治法第26條）與令狀原則的關係，以及通報義務（水污染防治法第27條）與不自證己罪原則的關係這兩部分，以分析並解決相關調查程序是否需要適用令狀原則或不自證己罪原則，以及確認是否會發生證據使用禁止的問題，並試圖提出自己的見解。

¹³⁹ 我國亦已有見解發現此問題並批判之，可參考林鈺雄，同註8，頁582-583。

¹⁴⁰ 如司法院釋字第631號即是對於通訊監察這種公權力的行使牽涉到人民秘密通訊自由，故必須要以法官保留與令狀原則作為行使時的配套。關於上述之分析以及以此為前提，主張進行強制抽血時，也應該以法官保留與令狀原則為前提的見解，可參考如李佳玟，同註36，頁94-98。

二、進入查證與令狀原則：手段類似性

首先是水污染防治法的進入查證與令狀原則之關係，在此主要可能發生的問題乃是在水污染防治法第26條進入查證是否需要令狀原則的問題，以及以進入查證之方式所取得之證據，可否在刑事訴訟中使用的問題。由於搜索、扣押的令狀原則也是針對國家侵害基本權的行為進行限制的正當法律程序中，可能採納的選項之一，故縱使未規定在憲法之中，也有討論相關程序是否應適用令狀原則的空間，以及若不適用令狀原則，則是否應該禁止進入查證所取得的證據在刑事訴訟程序中使用，以防止發生規避搜索、扣押令狀原則的問題的必要。

(一)是否適用令狀原則

關於是否適用令狀原則的問題，本文認為前揭程序類似性的見解中，強調手段類似性之見解有其重要性，亦即不論是屬於進入查證還是行政搜索¹⁴¹或是刑事偵查，如果取證手段對於基本權的侵害態樣及程度相同時，除非有其他正當理由或替代措施，否則就應該要有類似的規制¹⁴²。就此點來看，水污染防治法第26條的進入查證雖然依照同條第3項的規定不能拒絕，但拒絕的效果依照同法第50條乃是「處新臺幣三萬元以上三百萬元以下罰鍰，並得按次處罰及強制執行查證工作。」其中罰鍰部分屬於間接強制，與搜索、扣押這

¹⁴¹ 審查人進一步提出如果行政機關可聲請令狀時，則此種行政搜索與刑事偵查之間的關係為何之問題。對此問題本文認為如果從手段類似性的前提出發，則刑事關聯性並非重點，重點在於手段侵害基本權的程度，如果相同則必須適用令狀原則。

¹⁴² 如有學者介紹美國法原則上將令狀原則同時適用在犯罪偵查與行政調查，只有在某些例外才可不需要令狀。可參考陳文貴，同註6，頁146-162。日本法上的行政調查亦是如此解釋。可參考塩野宏，同註137，頁288-290。

種可以無視對象的意願進行之取證手段仍有差異，故本文以為這部分不一定要比照刑事訴訟法要求必須要取得法官令狀，但由於第50條也包含了「強制執行查證工作」這種與搜索、扣押類似的手段，故也不能否認可能出現實質上可能和搜索、扣押相同，以直接強制取得證據的情形。在此時若仍然認為不需令狀，可能就必須要提出其雖然賦予強制進入調查的權限，但仍不須採取令狀原則的理由，如僅限於證據要被湮滅的緊急情況，才能強制執行查證工作，或是強調進入查證的場所之隱私權的保護程度較低（如前述日本成田新法判決的判斷方法）、或是進入後的調查權限有所限制等¹⁴³。以本條的查證場所，即「事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施之場所」，而相關處理設施依照本法規定均需接受政府機關的管理來看，本文初步認為對此等場所的進入查證應不需要令狀原則。

（二）是否禁止證據利用

若水污染防治法第26條的進入查證不需要以令狀原則約束，則若將以進入查證所取得之證據利用於刑事程序，是否會出現規避令狀原則的情形？本文認為如同前揭參、三、（一）所述，令狀原則的規範範圍僅及於取證手段，這一點即使觀察我國通說的理解，如「對於人民憲法保障之人身自由、隱私、財產之侵犯，如無急迫情事，應經中立、超然之司法機關審查並簽發令狀後，始得為之」¹⁴⁴，或是認為國家干預基本權的行為應由法官決定的法官保留原則之目

¹⁴³ 臺灣亦有學者介紹美國對於工商行業的行政檢查（工商檢查）以營業自由和一般隱私權有別，或是特許行業應接受較嚴格的監管為由，認定行政檢查不須適用令狀原則。可參考陳文貴，同註6，頁148-156。反之自然也有某些場所的隱私權需要更嚴密的保護，而在刑事訴訟的搜索扣押上有限制者，如對於律師事務所的搜索扣押的討論，可參考憲法法庭112年憲判字第9號判決。

¹⁴⁴ 可參考如王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），6版，頁181（2022年）。

的，也是防範政府濫權並保障人權¹⁴⁵的角度來看，其保護或限制的範圍應該也與日本相同。故本文以為後續證據的利用已經不是令狀原則的保護範圍，故就算在刑事程序中使用進入查證處分所取得的證據，應該也不會有規避令狀原則而導致需要討論證據使用禁止的問題。

三、通報義務與不自證己罪原則

其次是關於水污染防治法的行政調查是否適用不自證己罪的問題，在此主要有關的部分是第27條通報義務是否適用不自證己罪原則的問題。對於這個問題，由於從我國學說對於不自證己罪的定義「不被強迫作出對自己不利之陳述」¹⁴⁶或是「國家不得強制任何人自證己罪」¹⁴⁷來看，其保護或限制的範圍應與日本類似，除了「不得強制」的取證階段以外，也包括「對己不利」或「自證己罪」等，利用證據的階段。故相較於令狀原則只需要討論證據取得禁止的部分，在不自證己罪原則的領域中，除了證據取得禁止的問題以外，還必須進一步討論證據使用禁止，亦即我國學說所提到的「自主性證據使用禁止」之問題¹⁴⁸。

(一)處理模式的選擇基準：刑事關聯性

對於上述問題，我國學說上已經提供許多的可能處理模式，如前揭貳、二、中，已有學說提出賦予拒絕協力或證據利用禁止這兩種處理模式¹⁴⁹。然而在這些不同的選擇中，應該採取哪一種模式方

¹⁴⁵ 林鈺雄，同註8，頁314-315。

¹⁴⁶ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註144，頁519。

¹⁴⁷ 林鈺雄，同註8，頁163-165。

¹⁴⁸ 如王士帆，同註10，頁205-206。

¹⁴⁹ 可參考林鈺雄，同註32，頁284。具體的外國立法例介紹，則可參考如王士

為妥當？在此學說上已有見解介紹德國立法者的看法，提出應思考到底應該要人民自證己罪以維護國家或第三人利益，還是要犧牲多數利益以維護不自證己罪後，以決定規範的模式¹⁵⁰。本文亦認同上述見解提到的權衡內容，並進一步認為在進行權衡時，相關非刑事程序的「刑事關聯性」有其重要性。

對此問題本文認為日本的區分規範違憲與適用違憲討論的做法，正好可以對應我國的規範刑事關聯性與事實的刑事關聯性之區別。以不自證己罪原則為例，同樣的不自證己罪之原則，也會依照適用對象的刑事關聯性的不同，而有賦予被告可以從頭到尾保持沉默的緘默權，以及賦予證人只能對於會讓自己被追訴可能的事項可拒絕回答，而不能完全保持沉默的拒絕證言權等制度選項¹⁵¹，而要選擇哪一種制度來保障不自證己罪，就有可能被調查程序的刑事關聯性影響¹⁵²，故本文認為雖然未必要採取跟日本一樣的基準來區分刑事關聯性的程度，但由於刑事關聯性的程度，會直接影響要以何種制度來保障不自證己罪原則，故就算是用廣義標準，確定要在行政調查程序適用不自證己罪原則後，如果決定採用限制取證方法的方式，來保護不自證己罪原則時，可能仍有需要參考日本的區別基準，來決定該選擇哪一種取證機制。

帆，同註10，頁206-210。在公平交易法的應用，則可參考如洪大植，同註7，頁187-189。

¹⁵⁰ 我國學者介紹德國立法時，亦提到此種權衡思考。可參考王士帆，同註10，頁206。這一點與前揭日本學說在面對類似問題時的討論類似。

¹⁵¹ 對於兩者制度差異之理由，可參考如薛智仁，論不自證己罪之拒絕證言權——最高法院裁判之綜合評釋，中研院法學期刊，31期，頁346-347（2022年）。

¹⁵² 強調行政調查制度會因為和刑事追訴程序的關聯性之不同，而影響保障不自證己罪的制度設計的見解，可參考如越智保見，ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本についての示唆——黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか，公正取引，727号，頁38-41（2011年）。

(二)規範的刑事關聯性：拒絕協力的權利

首先是規範的刑事關聯性，亦即前述川崎民商事件所提到的調查程序是否以刑事追訴為目的，以及調查程序是否實質上是否與為了追訴刑事責任之資料收集有直接連結等標準。蓋若相關的調查程序以刑事追訴為目的，或實質上以有無犯罪嫌疑為發動調查的基準時，此時上述行政調查程序可以說實質上與刑事訴訟程序連結甚至高度重疊¹⁵³，且在此種類型的調查程序下，調查對象實質上就是潛在的犯罪嫌疑人。故此時若在此種程序下賦予調查對象陳述義務，就會直接的影響到其在刑事訴訟上不自證己罪的權利，故應該要以不自證己罪的保護為優先，而讓調查對象有拒絕協力的權利，若未給予此權利，就有可能導致取證手段違法，而進一步導致證據使用禁止的結果。

而水污染防治法的行政調查是否屬於此種有規範刑事關聯性的程序？本文認為觀察第27條的規定，可以發現通報義務主要是要防止污染進一步擴大，故均非以刑事追訴為目的，其通報也並非以有無犯罪嫌疑為發動標準，故應無規範的刑事關聯性，而應可准許立法者賦予調查對象協力義務。

(三)事實的刑事關聯性：證據使用禁止及其範圍

若確定相關行政調查程序並無規範的刑事關聯性，則應可賦予調查對象協力義務，以維護相關公益。但由於不自證己罪原則的保護範圍及於利用層面，故在相關證據有可能被使用在刑事訴訟程序，亦即有間接的刑事關聯性時，可能就必須要確認是否容許證據的共用。此時由於賦予協力義務的行政調查程序在取證上已經合

¹⁵³ 類似看法，可參考金子宏，同註78，頁532。

法，故要把合法取得的證據排除於刑事訴訟程序之外時，就必須要討論是否有必要禁止使用證據。

對此問題，本文認為由於不自證己罪原則的規範範圍同時包含取得禁止與使用禁止，故就算沒有違法，取證手段的不同，自然有可能影響到是否應該禁止相關證據在刑事訴訟中使用。故本文以為首先可以透過取證手段的不同，作為判斷是否容許證據共用的初步基準。而同樣都是強制取得供述的手段，本文認為可以分成直接強制取得供述或強制取得已經形諸文字的書面兩種情形。在前者由於直接干涉將內心的思考表現於外的自由，對於調查對象的權利影響甚鉅，故此時應該一律禁止證據的共用¹⁵⁴。就此點而言，本文認為水污染防治法第27條的即時通報義務實質上也是強制通報者陳述，故應該禁止將陳述利用在刑事訴訟程序¹⁵⁵。

其次則也要討論是否禁止衍生證據的問題。對此問題本文認為由於日本很明確的把不自證己罪的保護對象設定為供述證據，故就算禁止衍生證據的使用，對於刑事偵查的影響仍有可能控制。然而一方面我國對於不自證己罪之保護對象是否僅限於供述證據這一點仍有爭議¹⁵⁶；另一方面即使是在刑事訴訟的討論中，對於自白的證

¹⁵⁴ 強調直接強制供述影響內心的意思傳達自由的見解，可參考如笹倉宏紀，同註78，頁108-109。

¹⁵⁵ 相對於強迫當事人陳述，如果是取得曾經做過的陳述之書面，則由於並非直接要求他人表露內心的思考，侵害表現自由的程度較低，故亦有見解認為應該與強迫當事人陳述的情形區別。可參考如笹倉宏紀，同註78，頁108-109。然由於此點涉及不自證己罪原則的保護範圍，與本文主題較無關係，故在此僅簡單說明之。

¹⁵⁶ 認為應限制在供述者，可參考如王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註144，頁513-517；認為不應只限制在供述者，可參考如林鈺雄，同註8，頁163-165。惟本文認為也要注意林教授雖然認為不自證己罪原則的適用範圍較寬，但同時也承認對強制處分的忍受義務。

據禁止也沒有將衍生證據一併禁止，也會設定各種例外，來決定是否排除衍生證據¹⁵⁷。故本文認為除非供述特別重要而立法者以法律確定排除供述與其衍生證據，否則還是應該有承認其有例外容許使用衍生證據的可能。

四、調查機關主觀基準的採用必要

最後則是應否要承認調查機關的主觀可以影響取證行為的合法性？本文認為一方面前述討論已經完整檢討實際的取證手段和利用狀況，另一方面我國並沒有日本不得將行政調查之權限用之於追訴刑事責任的條文，故似乎沒有必要跟日本的討論一般，思考當行為的外觀完全合法時，是否會因為調查機關意圖協助刑事偵查，而影響取證的合法性與取得證據的證據能力。前述貳、二、先行研究之學說雖然有提到以警察是否故意規避刑事訴訟法規定，來判斷所取得之證據在刑事程序中的證據能力，但一方面該學說的討論對象，亦即道路交通管理處罰條例之相關規定依照刑事關聯性的標準，本來就是屬於有規範的刑事關聯性的程序¹⁵⁸，另一方面警察本來也是屬於執行偵查任務者，當其知有犯罪嫌疑時，本來就應該發動刑事程序，所以應是屬於特別情形，無法當成一般的基準¹⁵⁹。

¹⁵⁷ 林鈺雄，同註8，頁200-202；王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註144，頁534-547。

¹⁵⁸ 學說亦有分析道路交通管理處罰條例相關規定後，發現相關規定可能同時構成行政調查與刑事偵查，且政府機關的意見亦給人警察想藉由本條規避適用刑事訴訟法的疑惑。可參考李佳玟，同註36，頁80-81。

¹⁵⁹ 對此審查意見有提出不管德日都有採用主觀基準的見解。惟一方面本文從客觀出發，認為只要程序具備規範的刑事關聯性，此時不管主觀如何，只要是以協力義務強迫取證，即會違反不自證己罪原則，故在此已經可以處理大部分以主觀是否有規避刑事程序之意圖來判斷證據排除之見解。而如果僅具備事實的刑事關聯性，在適用不自證己罪規制的證據的情形，無論主觀如何可能都無法使

五、小 結

在透過我國法與日本法對於行政調查與刑事偵查的關係，以及證據共用相關問題的分析比較後，本文得到結論如下：

（一）水污染防治法的調查程序並無規範的刑事關聯性。

（二）水污染防治法第26條的進入查證程序應無規避令狀原則（手段主要限於間接強制，查證場所屬於政府特許之場所）之虞。

（三）水污染防治法第27條的通報義務程序不須讓通報者依照不自證己罪的特權有拒絕通報義務，但通報內容不得用在刑事程序作為證據。

伍、結論與展望

綜上所述，本文對於現代對於企業活動採取行政與刑事並存的規範模式，指出當行政調查與刑事偵查並行的時候，有可能出現以證據交換為手段的規避刑事程序原則的問題。在行政調查不可能也不應該完全比照刑事程序原則規定的現狀下，要以什麼標準確認哪些行政調查程序應適用如令狀原則或不自證己罪等，於刑事程序中早已根深蒂固之基本原則，以及在什麼情況下應禁止行政調查程序所取得的證據在刑事程序中利用，即是一個重要的問題。對此，我國學說雖有關注程序類似性、刑事關聯性之見解，甚至憲法法庭¹¹¹

用在刑事訴訟；而在令狀主義的情形，如果客觀的調查行為的干涉基本權的程度還不到需要令狀的情況，則也不會因為主觀的內容，導致影響侵害基本權的程度變高。特別是當行政調查的主體和刑事偵查的主體不同的情形，也不會出現主體刻意選擇行政調查手段以迴避刑事偵查手段的問題。故本文認為在沒有特別規定前，是否要處罰外觀合法，主觀是想對刑事偵查提供協力的行政調查行為，可能還有在斟酌的必要。

年憲判字第1號憲法判決將兩者合併使用，但是否能全面的解決所有問題均有疑問。故本文以日本法為比較法，發現日本法的討論並未拘泥於以一個方法對應所有問題，而是透過探究相關刑事程序原則的基礎意義後，以不同方法對應。以此方法為前提，本文認為對於行政調查程序所取得之證據可否在刑事程序中利用之議題，採取若屬於令狀原則的問題，則須觀察手段類似性；若屬於不自證己罪原則，則須依照刑事關聯性的類型，做不同的處理，並認為水污染防治法的調查程序沒有規避令狀原則的問題，也只有事實的刑事關聯性，故雖然應該禁止陳述使用在刑事程序，若未賦予可能導致證據禁止，但在衍生證據上則依照刑事訴訟法上既有的做法處理。

惟本問題的背後，主要就是關於是否應該容許證據在不同程序之間共用，而此問題自然不會只在行政調查與刑事偵查之間發生，其他如國與國之間刑事訴訟的規定不同，此時若要將外國刑事程序所取得的證據用在我國，亦會發生類似問題¹⁶⁰，惟限於篇幅與本文題目，本文在此僅提出相關問題發生之可能，該如何解決就留待日後另行為文討論。

¹⁶⁰ 類似的問題意識，可參考如笹倉宏紀，同註16，頁348-362。

參考文獻

一、中 文

- 王士帆（2017），稅捐協力義務與不自證己罪，收於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，頁195-212，臺北：元照。
- 王立達（1999），我國行政調查制度之法制化，憲政時代，24卷4期，頁57-82。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2022），刑事訴訟法（上），6版，臺北：自版。
- 朱朝亮（2010），非正規偵查之類型及其蒐證效力（上），月旦法學教室，90期，頁57-74。
- 李佳玟（2021），道交處罰條例中強制抽血等酒測處分之合憲性審查，台灣法律人，6期，頁75-98。
- 李震山（2022），行政法導論，12版，臺北：三民。
- 林鈺雄（2008），不自證己罪於非刑事程序之前置效力，月旦法學雜誌，161期，頁266-284。
- 林鈺雄（2023），刑事訴訟法（上），12版，臺北：自版。
- 林永瀚（2005），論前偵查程序，國立政治大學法律學研究所碩士論文。
- 林慧菁（2009），論環境刑事案件之行政調查與刑事偵查，國立政治大學法學院研究所碩士論文。
- 洪大植（2010），日本獨占禁止法調查制度之介紹及對我國公平交易法之借鏡，公平交易季刊，18卷4期，頁169-203。
- 洪大植（2011），行政調查有無不自證己罪原則之適用——以公平交易法之規定為例，刑事法雜誌，55卷3期，頁161-189。

- 洪文玲（2006），行政調查制度，收於：台灣行政法學會編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，頁247-277，臺北：台灣行政法學會。
- 洪家殷（2021），行政調查法論，臺北：元照。
- 張瑋心（2015），行政「檢查」與「搜索」之界線，檢察新論，18期，頁201-218。
- 梁添盛（1999），論警察權限之行使與令狀原則之適用，律師雜誌，234期，頁11-24。
- 陳文貴（2017），行政檢查與令狀原則之界限探討，中原財經法學，39期，頁129-186。
- 陳貞文（2020），論法人被告之刑事緘默權——以瑞士法為中心，國立成功大學法律學研究所碩士論文。
- 陳衍任（2018），公證人在稅務調查程序上之拒絕協力權，興大法學，23期，頁149-186。
- 陳清秀（2017），行政罰法，3版，臺北：新學林。
- 陳運財（2014），從警職法之制定探討行政警察與司法警察作用之區別，收於：偵查與人權，頁57-74，臺北：元照。
- 陳愛娥（2016），行政罰之調查程序——行政罰法第八章之修法建議，法學叢刊，244期，頁31-56。
- 黃士軒（2018），日本最近刑事程序立法動向概觀——以刑事協商程序與刑事免責程序的引進為中心，月旦刑事法評論，11期，頁67-84。
- 廖俊凱（2016），論稅法上之協力義務與不自證己罪——以違法取證之證據能力判斷為中心，全國律師，20卷7期，頁4-17。
- 劉芳伶（2019），事故調查之供述義務與不自證己罪特權，月旦法學雜誌，290期，頁189-209。
- 薛智仁（2022），論不自證己罪之拒絕證言權——最高法院裁判之綜合評釋，中研院法學期刊，31期，頁331-405。

蔡震榮、鄭善印（2008），行政罰法逐條釋義，2版，臺北：新學林。

二、日 文

小川佳樹（2008），刑事手続と行政手続の交錯，收於：甲斐克則編著，企業活動と刑事規制，頁55-72，日本：日本評論社。

川出敏裕（2001），コンピューター犯罪と捜査手続，法曹時報，53卷11号，頁2747-2776。

川出敏裕（2001），独占禁止法違反事件と刑事制裁，法律のひろば，54卷5号，頁18-23。

川出敏裕（2004），医師法21条の届出義務と憲法38条1項，法学教室，290号，頁10-18。

川出敏裕（2005），税法上の質問検査権限と犯則事件の証拠——最高裁平成16年1月20日第二小法廷裁定，ジュリスト，1291号，頁199-201。

山口雅高（2006），法人税法（平成13年法律第129号による改正前のもの）153条ないし155条に規定する質問又は検査の権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法156条，法曹時報，58卷4号，頁1517-1547。

山田昭雄（1988），独占禁止法違反事件の強制調査手続について，公正取引，454期，頁32-40。

山本隆司（2006），事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法の問題（下），ジュリスト，1311号，頁168-184。

- 中島洋樹（2012），刑事手続外の調査における自己負罪拒否特権の保障と刑事手続における証拠使用の制限(1)：イギリスの動向を題材に，關西大學法學論集，62卷2号，頁522-555。
- 井上正仁（1985），刑事訴訟における証拠排除，日本：弘文堂。
- 辻本典央（2020），經濟事犯の捜査，收於：神山敏雄等編，新經濟刑法入門，3版，頁136-151，日本：成文堂。
- 田宮裕（1977），自動車事故の報告義務，收於：氏著，憲法の判例，3版，頁137-142，日本：有斐閣。
- 田宮裕（1996），刑事訴訟法，新版，日本，有斐閣。
- 平野龍一（1961），黙秘權，收於：氏著，捜査と人權——刑事法研究(3)，頁83-111，日本：有斐閣。
- 安村勉（2003），環境刑法の執行——行政調査と犯罪捜査，收於：町野朔編，環境刑法の総合的研究，頁95-121，日本：信山社。
- 吉村政穂（2010），租税法における情報の意義——質問検査権行使により取得した情報の流用を素材に，收於：金子宏編，租税法の発展，頁161-173，日本：有斐閣。
- 吉川崇、吉田雅之（2018），刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について(3)，法曹時報，70卷1号，頁75-197。
- 臼井滋夫（1993），行政罰則とその手続をめぐる若干の問題——独禁法罰則を中心にして，收於：福田雅章等編，刑事法学の総合検討（上），頁483-507，日本：有斐閣。
- 芝原邦爾（2005），經濟刑法研究（上），日本：有斐閣。
- 佐藤文哉（1982），許可を受けないで覚せい剤を輸入した者に対し関税法111条の罪の成立を認めることと憲法38条1項，法曹時報，34卷7号，頁1475-1503。

佐藤英明（2004），犯則調査権限導入に関する若干の論点整理，
ジュリスト，1270号，頁47-52。

宇賀克也（2006），平成17年改正・独占禁止法における行政手
続，收於：氏著，行政手続と行政情報化，頁141-185，日本：
有斐閣。

宇賀克也（2020），行政法概説 I，7版，日本：有斐閣。

宇賀克也、川出敏裕（2003），行政罰——刑事法との対話，收
於：氏著，対話で学ぶ行政法，頁88-109，日本：有斐閣。

金子宏（1995），行政手続と自己負罪の特権——租税手続を中心
とするアメリカの判例法理の検討，收於：氏著，所得概念の
研究，頁306-354，日本：有斐閣。

金子宏（2010），川崎民商事件——税務調査と憲法，收於：氏
著，租税法理論の形成と解明・下巻，頁618-634，日本：有斐
閣。

金子宏（2019），租税法，23版，日本：弘文堂。

板倉宏（1973），質問検査権大法院判決，ジュリスト，526号，頁
52-56。

柴田孝夫（1973），最高裁判例解説：(1)刑事責任の追及を目的と
しない手続における強制と憲法35条1項，(2)所得税法（昭和40
年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号に規定す
る収税官吏の検査は憲法35条1項に違反するか，(3)刑事手続以
外の手続と憲法38条1項，(4)所得税法（昭和40年法律第33号に
よる改正前のもの）63条，70条10号，12号に規定する収税官
吏の質問，検査は憲法38条1項に違反するか，法曹時報，25巻
3号，頁572-582。

香城敏磨（2004），黙秘権と特別刑法，收於：氏著，憲法解釈の
法理，頁485-517，日本：信山社。

- 酒巻匡（1998），憲法38条一項と行政上の供述義務，收於：芝原邦爾等編，松尾浩也先生古稀祝賀論文集・下卷，頁75-119，日本：有斐閣。
- 島田聰一郎（2002），公正取引委員會の調査権限について，立教法学，62号，頁172-216。
- 笹倉宏紀（2002），自己負罪拒否特権，法学教室，265号，頁103-112。
- 笹倉宏紀（2005），質問検査で得た取得収集した証拠資料の犯則事件での利用——最高裁平成16年1月20日第二小法廷決定，收於：氏著，租税判例百選，4版，頁248-249，日本：有斐閣。
- 笹倉宏紀（2006），行政調査と刑事手続(1)，法学協会雑誌，123巻5号，頁818-911。
- 笹倉宏紀（2006），行政調査と刑事手続(2)，法学協会雑誌，123巻10号，頁2091-2191。
- 笹倉宏紀（2014），法の実現と行政手続・刑事手続，收於：長谷部恭男等編，岩波講座：現代法の動態2——法の実現手法，頁325-359，日本：岩波書店。
- 笹倉宏紀（2017），手続間情報交換，收於：金子宏監修，中里実等編，現代租税法講座第4巻——國際課税，頁325-362，日本：日本評論社。
- 笹倉宏紀（2018），企業の違法行為に対する行政制裁と刑事制裁——主に手続法の観点から，刑事法ジャーナル，58号，頁51-68。
- 塩野宏（2015），行政法Ⅰ，6版，日本：有斐閣。
- 越智保見（2011），ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本についての示唆——黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか，公正取引，727号，頁34-41。

曾和俊文（2011），行政法執行システムの法理論，日本：有斐閣。

増井良啓（2022），税務調査と国税犯則調査——最高裁平成16年1月20日第二小法廷決定，行政判例百選 I，頁206-207，日本：有斐閣。

藤木英雄（1975），公害事件に関する犯罪捜査と行政調査，收於：藤木英雄編，公害犯罪と企業責任，頁294-303，日本：弘文堂。

龍岡資晃（1987），最高裁判例解説：一、国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査手続と憲法38条1項の規定による供述拒否権の保障。二、国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する供述拒否権の告知と憲法38条1項，法曹時報，39卷3号，頁555-571。



元照出版提供 請勿公開散布。

The Relationship of Sharing-evidence between Administrative Investigations and Criminal Investigations

*Chao-Cheng Hung**

Abstract

In modern society, legislators often use a combination of administrative and criminal control models to effectively combat crimes. Therefore, in terms of procedures, administrative investigation and criminal investigation often work in parallel, and even have to cooperate with each other. However, due to the different purposes of administrative investigation and criminal investigation, the procedural guarantees may also differ. Is it possible that such a difference may lead to circumvention of the criminal process when cooperating with each other, for example, in the exchange of evidence? Will such a situation cause the issue of the Exclusionary Rule in criminal procedure? This article attempts to analyze the relevant views in our country and Japanese law, and concludes with an attempt to propose a basic direction for resolving the issue for the mutual use of evidence between parallel procedures.

* Doctor of Law, Tokyo University Associat Professor; Scool of Law, Soochow University.

KEYWORDS: Administrative Investigation, Criminal Investigation, the Warrant Principle, Privilege against Self-Incrimination, Obligation to Co-Operate



元照出版提供 請勿公開散布