

論行政調查的正當程序 ——以公平交易法第27條第2項為中心

汪漢卿*

壹、前言

公平交易法（下稱公平法）第26條規定：「主管機關對於涉有違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。」，同法第27條第1項第3款則規定：「主管機關依本法調查，得依下列程序進行：…三、派員前往當事人及關係人之事務所、營業所或其他場所為必要之調查。」第2項另規定：「依前項調查所得可為證據之物，主管機關得扣留之；其扣留範圍及期間，以供調查、檢驗、鑑定或其他為保全證據之目的所必要

者為限。受調查者對於主管機關依第一項規定所為之調查，無正當理由不得規避、妨礙或拒絕。」依上開規定，可知主管機關公平交易委員會（下稱公平會）於認有調查證據必要時，得對涉有違反本法規定之當事人實施對物之調查¹，並對於得為證據之物實施扣留，當事人無正當理由不得拒絕。前揭規定性質上屬行政調查²，乃行政機關為保全證據之目的所實施之證據搜索扣押程序規定³，為強制處分一種⁴。由於此種對物強制處分涉及人民財產管領權之剝奪，理論上必須具有相當理由⁵，且依據條文明示意旨，必須出於保全證據之目的始得為之⁶。

* 本文作者係智慧財產及商業法院法官

註1：以發現犯罪證據或其他可得沒收之物所為之證據調查行為，有對人與對物之區分，由於本法係規定公平會得派員前往當事人及關係人之事務所、營業所或其他場所為必要之調查，並得扣留得為證據之物，因此，對得為證據之物所為之調查與扣留，即屬對物之調查。參林鈺雄（2007），《刑事訴訟法》上冊總論篇，第409頁，元照。

註2：蔡琇媛（2004），《行政調查之研究——以公平交易法之規定為中心》，第16頁，碩士論文，台北大學。

註3：依民國104年2月4日本條修正之立法理由記載，本條之修訂係參照行政罰法第36條規定，而依行政罰法第36條之立法理由說明，該條則係參照刑事訴訟法第133條第1項規定，而刑事訴訟法第133條係規定在該法第十一章搜索及扣押，是本條關於調查證據程序，可認為係由行政機關所實施之搜索扣押程序。

註4：林永謀（2006），《刑事訴訟法釋論》（上冊），第399頁；林鈺雄，前揭註1，第389頁。

註5：林永謀，同上註，第402頁。

註6：本條未定義何謂保全證據，惟參考刑事訴訟法第219條之1第1項規定，必須證據有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞等情形，始得為證據之保全。再參考民事訴訟法第368條第1項規定，須證據有滅失或礙難使用之虞，或就確定事物之現狀有法律上之利益並有必要時，始得聲請為證據之保全。綜觀前述規定，至少證據必須有滅失或礙難使用之情形，始得以保全證據為由，實施對物之強制處分。

由於公平法第27條前揭規定僅記載主管機關得派員為必要之調查，對於實施調查之方式未為規定，究竟公平會於實施行政調查時，遇當事人不願配合，或對於調查行為有規避、妨礙或拒絕時，公平會所派人員應如何保全證據，易生執行上之疑義⁷。又倘公平會所派人員於調查時欲扣留當事人之物，在法無明文情況下，應如何實施，始能兼顧人權保障及正當程序，自有進一步探討之必要。本文主要討論公平會進行行政調查時所實施之調查行為以及扣留證物處分其法律性質，以及從權利保護角度探討程序正當性及完備之可能性。

貳、公平會調查取證之必要性

公平會雖隸屬於行政院，惟其組織架構係採行合議制之獨立委員會，除具有調查、懲

罰之權限外，在個案上亦具有裁判之準司法機關色彩，因此有認為其並非一般之行政機關⁸。由於公平會身兼調查及裁判者角色，因此為使其能正確做出判斷，自有賦予相當程度之調查取證權限必要。而公平法制定之目的在於維護交易秩序與保護消費者利益，對於事業有無破壞交易秩序之行為判斷，有時不易自外部取得足以證明違法事實存在之直接證據，必須透過間接證據之堆疊⁹，始能推定其梗概，例如實施聯合行為之事業通常不會明目張膽以簽署協議之方式約束彼此，可能係藉由同業餐敘、聯誼或年會等場合或類似機會達成聯合行為之默契¹⁰。是以，在直接證據取得困難之情況下，司法實務對於違反公平法爭議事件，向來均放寬間接證據之證據能力及證明力。惟不論係以直接證據或間接證據證明違章或違法行為，公平會均負有窮盡其調查方法及權限以舉證證明違法不當行為存在之責任¹¹，倘其所據以為判斷之

註7：簡榮宗（2002），《公平交易法》，第228頁，五南。

註8：劉孔中（2003），《公平交易法》，第397頁，元照。惟仍有認為公平會本質上為行政機關，參賴源河（2005），《公平交易法新論》，第152頁，元照。

註9：最高行政法院106年度判字第265號判決指出：「因此在聯合行為的認定上，縱無直接證據可資證明事業間存有聯合行為之合意，然若透過間接證據之採證與分析，可合理推論若非事業間採取聯合行為，否則無法合理解釋市場上一致行為現象時，即可推論有聯合行為合意之存在，亦即在聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋之情形下，可認定該等事業間有聯合行為。」等情，最高行政法院109年度上字第1035號判決亦指出：「聯合行為之合意存於當事人之內心，實務上主管機關欲取得成立聯合行為之直接證據，非常困難，故認定聯合行為之違規事實所憑之證據，並不以直接證據為限，間接證據亦包含在內。」等語，可供參考。

註10：最高行政法院於109年度上字第1035號判決中即指出：「公平交易法對於聯合行為之『合意』，係採實質認定之方式，除以契約、協議達成合意者外，尚包含因意思聯絡而事實上可導致一致性行為（或稱暗默勾結行為）之『其他方式之合意』。為有效規範聯合行為，適度賦予主管機關得以相當依據推定聯合行為之合意要件，公平交易法乃於104年2月4日修法時增訂公平交易法第14條第3項，明文規定：『聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之』，此規定肯定聯合行為之合意可依間接證據之推論加以認定，減輕主管機關所應負擔之證明程度，並非舉證責任之轉換。」。

註11：臺北高等行政法院107年度訴更一字第66號判決即指明：「本件被告既對於原告有所處罰，自應窮

證據貧乏，則其心證之形成即欠缺支持，仍有可能構成判斷未依據證據之不當。公平會身為維護市場交易秩序與保護消費者利益之主管機關，對於破壞公共利益之行為不惟可透過行政管理措施防免，對於情節嚴重者並可透過刑事訴追程序懲罰違法事業或行為人（公平法第36條、第37條規定參照），實務上關於違反公平法之刑事案件均係由公平會函送檢察官提起公訴，在此情形下，嚴格舉證責任之義務更形重要，蓋刑事舉證程度須達超越合理懷疑程度，始得為被告有罪之認定¹²，而公平會為此一領域之專業主管機關，對於違反公平法不當行為之判斷具有專業知識，對於何種證據足以證明被告行為該當於構成要件，較之檢察官之偵查應更能做出正確判斷，是以由公平會調查證據，當更能確保正確性與效率。

公平法第26條係規定公平會得依檢舉或職權調查處理，可知是否發動行政調查程序，公平會有自主決定權限，不受當事人左右¹³，亦不受檢舉人拘束¹⁴，此與採辯論主義之民事訴訟程序係由當事人主張證據，法院不主動介入調查者不同¹⁵，蓋公平法案件多涉及公共利益，自不宜任由當事人左右調查程序、方

向與範圍，此在一般行政訴訟或一般行政程序亦同，此觀行政程序法第36條規定自明。由於公平會之調查程序性質上仍屬行政調查，故公平法雖未如行政程序法第36條明文規定對當事人有利及不利事項應一律注意，惟解釋上仍有該條規定之適用。準此以解，公平會既得自行決定是否啟動行政調查程序，解釋上自應對當事人有利及不利之證據均應一併注意、調查，不能僅側重在調查對當事人不利之證據，換言之，一旦公平會啟動行政調查程序，即應就有利或不利於當事人之證據均依職權調查，不得僅就當事人不利之證據依職權調查，對當事人有利之證據則在當事人提出主張後始為調查。

是歸納前述，公平會既負有維護市場交易秩序及保障消費者利益之公益責任及行政目的，為能正確做出行政處分，以及克盡爭訟階段所負擔之舉證義務，自有賦予公平會行使一定行政調查權限之必要。

參、公平法第27條第2項之法律定性

茲有疑義者，乃行政程序法第36條僅規

盡公平交易法所賦予之調查方法及權限，以確實證明原告有違法之事實，倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法。」。

註12：最高法院於112年度台上字第208號判決即指出：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，為刑事訴訟法第161條第1項所明定。是倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法院形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知。而認定犯罪事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，…」。

註13：蔡琇媛，前揭註2，第74頁。

註14：楊坤樵（2012），〈經濟行政法上競爭者訴訟之研究〉，第85頁，司法研究年報第29輯行政類第2篇，司法院。

註15：處分權主義亦可歸類於此，參王甲乙、楊建華、鄭健才（2008），《民事訴訟法新論》，第129頁，三民。

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意。」同法第40條亦僅規定：「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。」等語，顯然係藉由課予當事人負擔一定之證據調查協力義務方式，以取得證據，惟對於不依前開規定提出證據之當事人，行政程序法並未設有任何對應規定¹⁶。相較於行政程序法前揭規定，公平法第27條對於調查證據之方式則更設有細節性之規定，例如該條第1項第3款明定公平會得派員前往當事人及關係人之事務所、營業所或其他場所為必要之調查，第2項規定得扣留證物，且當事人對於公平會所為前揭調查程序無正當理由不得規避、妨礙或拒絕，倘有違反，公平會得依同法第44條課以罰鍰。由是可知，相較於行政程序法僅課以當事人協力義務，公平法更進一步規定得扣留證物，同時對於違反協力義務者課以一定金額之懲罰，並得連續處罰至配合時為止。由上開規定可知，公平會所為之行政調查不僅具有一定程度之強制處分色彩，對當事人之強制性亦較強。

上開調查程序乃行政作用之一環，解釋上仍受依法行政及一般行政原則之規範¹⁷。惟前揭行政程序法第36條有關當事人有利及不利事項一律注意之規定，與刑事訴訟法第2條

第1項規定類似，而同法第40條規定，則與民事訴訟法第342條至第344條規定類似。承前所述，行政程序法第一章第六節關於調查事實及證據之規定與公平法第四章調查及裁處程序有關調查證據部分之規定，尤其是與第27條規定之比較，兩者間最大差異在於公平法第27條增加規定主管機關得扣留證物（第2項），且規定受調查者對主管機關依該條第1項所為之調查無正當理由不得規避、妨礙或拒絕，否則主管機關得依同法第44條規定裁罰。此處所規定對物之扣留，以及藉由對當事人課予一定不利益以促使其協力提出物品之規定，均屬對人民財產管領權之剝奪¹⁸，仍應受正當程序原則之拘束¹⁹，此所謂正當程序，包含其救濟程序²⁰。

承前所述，違反公平法之案件不惟行政違章行為，尚有可能構成刑事不法案件，因此，公平會依公平法第27條規定派員至當事人或關係人之事務所、營業所或其他場所為必要之調查時，性質上隱含刑事違法案件之搜索、調查，其嗣後依同法條第2項規定為保全證據之目的而扣留證物時，性質上亦與刑事案件之扣押類似。而公平法第27條第2項規定就調查所得可為證據之物所進行之調查、檢驗、鑑定等行為，其目的係為保全證據，以作為日後判斷及舉證之用，此與刑事扣押之目的相同²¹。是以，倘公平會依公平法第

註16：有認為此時可依行政執行法第27條規定，強制執行之。參李建良，第四章程序之開始與調查證據；蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏合著（2006），《行政程序法實用》，第96頁，新學林。

註17：蔡琇媛，前揭註2，第4頁。

註18：柯耀程（2011），〈扣押問題的定性與思辯〉，《高大法學論叢》，第6卷第2期，第110頁。

註19：蘇永欽（1996），〈財產權的保障與司法審查〉，《國家科學委員會研究彙刊》，6卷1期，第64頁。

註20：大法官釋字第374號解釋參照。

註21：柯耀程，前揭註18，第108頁。

27條規定派員調查之目的在於取得證據，並加以扣留，其性質應等同於刑事訴訟法搜索、扣押。惟在刑事訴訟程序，檢察官或司法警察於實施搜索、扣押未果時，並不會由檢察官進一步對當事人為裁罰，有關被告有罪與否之判斷係依調查所得證據之結果，由法院依據訴訟程序及嚴格證據法則決定。然而，公平會於實施調查程序時倘遇有不能遂行之情形，不惟可以對該當事人連續裁罰，於取得所需證據後，並得據以作為課罰當事人之依據，於嗣後刑事訴訟程序中尚得以之作為證明當事人刑事罪責之憑藉。相較於檢察官或司法警察所實施之搜索扣押，公平會就調查證據所實施之強制處分行為實際上兼具球員與裁判之角色²²，倘未賦予適當之救濟程序，是否符合正當程序原則，即有深究之必要。

按刑事搜索之目的在於發現犯罪嫌疑人或犯罪證據或其他可得沒收之物²³，而扣押之目的則在於保全可為證據或得沒收之物²⁴，公平法第27條所為之調查與扣留與刑事搜索及扣押就保全證據部分類似，均屬對人民財產權之限制，乃係干預人民憲法上基本權之強制處分，其實施自應符合法律保留原則與正當法律程序之要求²⁵，業經論述如前。而所謂正當程序應包括前階段之正當程序與後階段之

正當程序，就搜索扣押程序而言，前階段之正當程序係關於強制處分之實施是否應經法院許可，始得為之，此稱之為法官保留原則。而此原則依其實施態樣可再區分為絕對法官保留與相對法官保留。由於我國刑事搜索扣押程序允許緊急搜索、事後審查制度，因此顯然係採相對法官保留制度²⁶。反觀我國公平法第27條對調查扣留程序並未規定事先須取得法院許可，復未規定取得之後應否送交法院審查，亦即完全不採法官保留制度，相較於刑事程序，其實際運作結果之效力可能超過司法機關所擁有之強制處分權²⁷，是否妥適，頗值慎思。

肆、外國法制

一、美國

美國聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act, FTC Act; 15 U.S.C § § 41-58）第9條（15 U.S.C § 49）規定：「為檢查之目的，委員會或其所指派人員有權在合理時間內，重製任何其所調查或起訴之人、合夥企業或公司之任何文書證據，並得簽署傳票通知證人到場作證或提出前述與調查相關之文書證據。委員會之委員均可核發前述之傳票，委員或調查官並得主持證人宣誓、詢

註22：有認為此為公平會審檢一體之問題，應仿歐盟審檢分立制度設計。參劉孔中，前揭註8，第405頁。

註23：林鈺雄，前揭註1，第389頁。

註24：林鈺雄，同上註，第409頁。

註25：刑事訴訟法條文修正草案總說明，頁委242，立法院第9屆第1會期第13次會議議案關係文書，2016。

註26：林鈺雄，前揭註1，第391頁。

註27：簡榮宗，前揭註7，第227-28頁。

問證人並收受證據。」(第1項)、「…遇有不遵從前述傳票情形，委員會可聲請法院協助命證人到場作證，並提出所要求之文書證據。」(第2項)、「任何具有前述案件管轄權之地方法院對於不遵從委員會所簽署之傳票者，得核發命令命其至委員會作證，或提出被要求之文書證據，未依法到場或提出證據者，依藐視法庭罪處罰。」(第3項)、「美國檢察總長依委員會之請求，得聲請管轄地方法院核發執行令，要求任何人、合夥企業或公司法人遵循本法規定或委員會依法所簽署之命令。」²⁸、「…任何違反前述規定者，得科美金1,000元以上，5,000元以下罰金或併科一年以下有期徒刑。」²⁹。

由前述規定可知，美國聯邦貿易委員會固然得自行核發傳票要求當事人提交證物，或要求證人到場作證，惟對於不遵從命令到場作證或提交證物者，仍須藉由管轄之地方法院核發命令或令狀，促使當事人遵從命令提交證物或到場作證。須特別注意者，乃美國聯邦貿易委員會對於不遵從其命令提交證物或作證者並無直接由委員會課以處罰之規

定，而係透過命令轉換之過程，將原本為委員會之傳票、命令，藉由請求檢察總長向管轄法院聲請核發命令命當事人提交證物或到場作證之方式，對於不遵從命令為一定行為者，再以當事人違反法院命令為由，由法院透過刑事程序對該當事人科以刑責。

二、德國

如同我國公平法第27條規定，德國競爭法第59條b第1項亦規定：「主管機關依本法執行職務時，倘可認為依據本法第59條和第59條a規定得調查、檢驗或得命提出之文件其所在處所時，得搜查該營業場所、住宅、土地和物品。前述情形，德國基本法第13條規定的基本權利應受限制，並準用德國刑事訴訟法第104條第(1)款和第(3)款規定。」³⁰，該條第2項復規定：「前述搜查須取得地方法院法官之命令。不服前述命令者，得準用德國刑事訴訟法第306條至第310條和第311a條規定提起抗告。倘有急迫情形，主管機關之搜查人員得在工作時間內逕行必要之搜查，毋須取得法院命令。」³¹。由前述規定可知，

註28：15 U.S.C § 49

註29：15 U.S.C § 50

註30：Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 59b(1): Zur Erfüllung der ihr in diesem Gesetz übertragenen Aufgaben kann die Kartellbehörde Geschäftsräume, Wohnungen, Grundstücke und Sachen durchsuchen, wenn zu vermuten ist, dass sich dort Unterlagen befinden, die die Kartellbehörde nach den §§ 59 und 59a einsehen, prüfen oder herausverlangen darf. Das Grundrecht des Artikels 13 des Grundgesetzes wird insofern eingeschränkt. § 104 Absatz 1 und 3 der Strafprozessordnung gilt entsprechend.

註31：Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 59b (2): Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Amtsrichters des Gerichts, in dessen Bezirk die Kartellbehörde ihren Sitz hat, vorgenommen werden. Auf die Anfechtung dieser Anordnung sind die §§ 306 bis 310 und 311a der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden. Bei Gefahr im Verzuge können die von der Kartellbehörde mit der Durchsuchung beauftragten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen.

德國競爭法亦賦予主管機關得對當事人或第三人之營業所、事務所、住宅或土地、物品進行搜查，以取得判斷有無違反競爭法事實之證據。除有急迫情形外，主管機關於搜查時必須先取得地方法院法官核發之令狀，始得為之。值得注意的是，德國競爭法就得為證據之物所實施之扣留，依法必須即時通知受影響之當事人，受影響之當事人於扣留時倘不在場，或在場之當事人表示反對，則主管機關必須在實施扣留程序三天內取得行為地管轄地方法院之許可確認；受影響之當事人得隨時聲請法院就前述扣留為司法審查，主管機關應告知此項權利，該管轄法院並應據以作出裁定。對於前項裁定之抗告，準用刑事訴訟法第306條至第310條和第311a條規定³²。

綜觀德國規定，可知該國就有關競爭法主管機關所為之行政調查（包括搜查、扣留）等程序均係準用刑事訴訟法相關規定，同時

採令狀制度，並賦予當事人就競爭法主管機關所實施之扣留程序得聲請法院就其合法性、妥當性為司法審查之救濟程序。

三、日本

日本關於禁止私的壟斷及確保公平交易之法律（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律，又稱為禁止壟斷法）第47條第1項規定：「公平交易委員會為了對案件進行必要的調查，得採取以下措施：（一）命令涉案人員、證人出庭訊問，或者提出意見、報告；（二）命鑑定人出庭並提出鑑定意見；（三）命帳簿、文書或其他物件之持有人提交上述物品，或予以扣留；（四）至涉案人員營業所或其他必要場所檢查業務、財產狀況、帳簿、文書等物品。」、第2項則規定：「公平交易委員會認為適當時，得依據法令任命公平交易委員會人員為審查官，進行前項的處分。」³³；對於不遵從前開規定

註32：Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 58: (1)Die Bediensteten der Kartellbehörde können Gegenstände, die als Beweismittel für die Ermittlung von Bedeutung sein können, beschlagnahmen. Die Beschlagnahme ist dem davon Betroffenen unverzüglich bekannt zu machen. (2)Die Kartellbehörde soll binnen drei Tagen die gerichtliche Bestätigung bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, beantragen, wenn bei der Beschlagnahme weder der davon Betroffene noch ein erwachsener Angehöriger anwesend war oder wenn der Betroffene und im Fall seiner Abwesenheit ein erwachsener Angehöriger des Betroffenen gegen die Beschlagnahme ausdrücklich Widerspruch erhoben hat. (3)Der Betroffene kann gegen die Beschlagnahme jederzeit die richterliche Entscheidung nachsuchen. Hierüber ist er zu belehren. Über den Antrag entscheidet das nach Absatz 2 zuständige Gericht. (4)Gegen die richterliche Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Die §§ 306 bis 310 und 311a der Strafprozessordnung gelten entsprechend.

註33：公正取引委員會は、事件について必要な調査をするため、次に掲げる処分をすることができる。一、事件関係人又は参考人に出頭を命じて審尋し、又はこれらの者から意見若しくは報告を徴すること。二、鑑定人に出頭を命じて鑑定させること。三、帳簿書類その他の物件の所持者に対し、当該物件の提出を命じ、又は提出物件を留めて置くこと。四、事件関係人の営業所その他必要な場所に立ち入り、業務及び財産の状況、帳簿書類その他の物件を検査すること（第1項）。公正

之當事人或證人，同法第94條則規定得科以1年以下有期徒刑或300萬日元以下罰金³⁴。

不過，應留意者，乃日本禁止私的壟斷及確保公平交易之法律第102條規定，於調查刑事犯罪案件時，公平會得向所在地之管轄地方法院或簡易法院聲請許可狀，以實施臨檢、搜索、扣押或附記錄命令之扣押³⁵；於急迫情形，公平會亦得改向應搜索扣押處所所在地管轄地方法院或簡易法院聲請許可狀³⁶。法院於核准搜索、扣押時，應於許可狀中明載實施搜索之場所、身體或物件、扣押之物件、應記錄或印刷電磁紀錄之人及電磁紀錄、有效期間等明細資料³⁷。由是可知，倘違反不公平競爭之不法事件屬刑事案件時，就

證據之蒐集程序則改依刑事訴訟法之程序，由公平會預先向管轄法院聲請許可狀³⁸，為法官保留之令狀主義制度。至於不涉及刑事案件之行政調查，其規定即與我國類似，並未明確規定於進行調查程序前應踐行何種程序，惟對於違反或不配合行政調查命令之當事人，則亦科以刑事處罰。

伍、我國法制之檢視

一、應採令狀先行制度

大法官釋字第488號解釋指出：「…惟基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序

取引委員会が相当と認めるときは、政令で定めるところにより、公正取引委員会の職員を審査官に指定し、前項の処分をさせることができる（第2項）。

註34：次の各号のいずれかに該当する者は、一年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。一、第四十七条第一項第一号又は第二項の規定による事件関係人又は参考人に対する処分に違反して出頭せず、陳述をせず、若しくは虚偽の陳述をし、又は報告をせず、若しくは虚偽の報告をした者。二、第四十七条第一項第二号又は第二項の規定による鑑定人に対する処分に違反して出頭せず、鑑定をせず、又は虚偽の鑑定をした者。三、第四十七条第一項第三号又は第二項の規定による物件の所持者に対する処分に違反して物件を提出しない者。四、第四十七条第一項第四号又は第二項の規定による検査を拒み、妨げ、又は忌避した者。

註35：委員会職員は、犯則事件を調査するため必要があるときは、公正取引委員会の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、臨検、搜索、差押え又は記録命令付差押え（第1項）。

註36：前二項の場合において、急速を要するときは、委員会職員は、臨検すべき場所、搜索すべき場所、身体若しくは物件、差し押さえるべき物件又は電磁的記録を記録させ、若しくは印刷させるべき者の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、これらの項の処分をすることができる（第3項）。

註37：前項の請求があつた場合においては、地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官は、臨検すべき場所、搜索すべき場所、身体若しくは物件、差し押さえるべき物件又は記録させ、若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ、若しくは印刷させるべき者並びに請求者の官職及び氏名、有効期間、その期間経過後は執行に着手することができずこれを返還しなければならない旨、交付の年月日並びに裁判所名を記載し、自己の記名押印した許可状を委員会職員に交付しなければならない（第5項）。

註38：此所謂許可状，依該條第5項規定所載內容，實與我國刑事訴訟法第128條規定之搜索票應載內容大致相同，實質上即為搜索票。

及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨；…」明確闡釋凡對於人民基本權利之限制，不惟須有法律依據（法律保留），並應提供適當救濟程序，以使法院得即時介入審查。誠如前述，公平法第27條規定僅單方面賦予公平會得依職權調查證據、扣留證物，對於不依法配合之當事人並能課以一定懲罰，並未區別其所進行之調查究竟為行政調查或涉及刑案之刑事搜索扣押。惟從結果論，公平法第27條所規定之調查、扣留程序，性質上與刑事訴訟程序之搜索扣押類似³⁹，兩者均係對人民之身體財產為一定限制之強制處分程序，係就人民憲法第15條基本權利之限制，然而在刑事程序中必須預先取得法院核發之搜索票，採相對之法官保留制度，於行政調查程序中卻無須預先取得法院令狀，即得逕行實施類似於刑事強制處分效力之行政調查，顯然是對人民權利保護之疏漏，自應在程序上填補此一闕漏，賦予完善之保障措施。

茲有疑義者，乃公平法第27條所規定之調查、扣留程序倘認為宜由法院介入審查，並以事前核發令狀為必要，則究竟應由何法院管轄始為允當？從體系架構而言，公平會就違反公平法之違法不當行為具有調查並為裁罰

之權限，其所為之決定性質上屬行政處分⁴⁰，對該處分不服者，得向行政法院起訴尋求救濟⁴¹，而公平會所為行政處分有無違法不當，係由行政法院為司法審查，此審查範圍包括事實調查、證據取捨以及心證形成之過程。是以，理論上而言，對於公平會所實施之證據調查及行政扣留，應由行政法院為事前審查並決定是否核發令狀為宜。不過，倘以性質上而言，行政調查（搜索）及扣留（扣押）較類似於刑事訴訟程序之強制處分，似宜由地方法院刑事庭管轄為宜，此所以德國法制明定有關令狀之核發以及救濟程序均準用刑事訴訟法緣故。由於公平會實施調查、扣留程序所取得之證據不僅可能使用在形成行政處分之過程，亦可能作為函送檢察官提起公訴時證明被告刑事責任之資料，以目前現制未區分其發動調查究係出於刑事偵查目的或行政調查目的情況下，德國法制不失為可資借鏡之對象。不過，倘認為公平會所實施之調查或扣留程序其目的既然在於保全證據，而證據保全程序不僅刑事訴訟法有之⁴²，於民事訴訟程序亦有之⁴³，則有關令狀之核發以及救濟程序是否必然依刑事訴訟程序由地方法院刑事庭管轄，則未嘗不可另為不同思考、設計⁴⁴。然不論由何法院為事務管轄之設

註39：有認為現行之行政調查以及扣留程序仍與刑事搜索扣押不同，應另外明文賦予公平會搜索扣押權限者，參何瑞富、林承睿（2022），〈從聯合行為看行政調查賦予搜索權之必要性〉，《公平交易月刊》，第30卷第1期，第30頁。

註40：劉孔中，前揭註8，第399頁。

註41：公平法第48條第1項規定：「對主管機關依本法所為之處分或決定不服者，直接適用行政訴訟程序。」

註42：刑事訴訟法第一編第十二章第五節。

註43：民事訴訟法第二編第一章第三節第六目。

註44：亦有認為有關公平法相關爭議案件應另設專業合議法庭管轄，在此設計下，有關行政調查令狀之核發與嗣後之司法救濟，自由專業法庭管轄，乃當然之解釋。參劉明生、劉華美（2022），〈公平交

計，有關公平法第27條強制處分程序之制度，均以採行令狀主義為宜。

二、明定救濟程序

現行公平法第27條僅規定公平會得實施調查及扣留，當事人無正當理由不得拒絕，且對於無正當理由規避、妨礙或拒絕調查、提交證物者，公平會得依同法第44條規定連續裁罰。由於搜查、扣留均屬對人、財產之強制處分，對不遵從命令提交者所為之連續裁罰，更屬對人民不利之裁罰處分，倘人民對前開強制處分或裁罰處分不服，可否起訴請求撤銷？可否請求發還證物？理論上而言，倘前述處分可認為係行政處分，依公平法第48條第1項規定應許人民提起行政爭訟，惟目前實務上作法並不明朗⁴⁵。事實上，不論現行公平法第27條規定是否可認為係搜索扣押之規定，抑或應另賦予公平會搜索扣押之權限，對於公平會依公平法第27條、第44條規定加諸予人民之不利益處分，均應明定其救濟程序，不宜單方面賦予公平會強制處分權，卻忽略受該強制處分影響之當事人權益之保護。美、日、德等國對於該國公平法主管機關所為之調查程序均採令狀制度，對於不服強制處分之救濟程序，或係規定準用刑事訴訟法抗告之規定（德、日），或是回歸法院裁判救濟制度（美），明確提供其救濟管道。反觀我國，公平法並未明確規定其救濟程

序，倘公平會所為之調查係為刑事案件目的，則其所為之裁罰可否仍依公平法第48條第1項提起「行政訴訟」？解釋上自生疑義。按人民之基本權利之保障必須藉由有效之實體法或程序法落實，倘空有保護人民權利之規定而欠缺救濟之方法，其結果等於無保護，同理，倘設有保護權利之救濟程序，惟其救濟之程序存在諸多障礙致無法透過該程序獲得實質救濟，其結果等於無救濟。公平會為克盡法律所賦予之權限及實現其設置之目的，自有必要對於違反公平法之不當行為進行調查、排除並裁罰，前述行為對於人民之基本權利必然產生不利影響，而前述行為是否適法、妥當及符合比例（不論是否預先取得令狀），應使人民得即時尋求法院介入審查，且其尋求法院介入審查之途徑必須明確。我國公平法規制有關行政強制處分之規範條文過於簡略，對於人民之保護明顯不足。而實務上缺乏案例，究係因無法可循欠缺救濟管道所致，抑或係因尚無依前開規定裁罰案例緣故，不得而知，惟目前法制於適用上既有疑義，與美、日、德等國之規定復明顯存在差異，足徵我國法制確有不足之處。

陸、結論

賦予公平會主動調查之權限乃維護市場交易秩序及保護消費者利益必要之手段，不論

易案件之審理與裁判——程序法之觀點〉，第29屆競爭政策與公平交易法學術研討會會議手冊，第18頁，公平會。

註45：截至截稿時為止（2023年2月21日），以「公平交易法第44條」關鍵字搜尋各級行政法院，未見有因為違反公平法第27條規定，經以同法第44條規定裁罰而提起行政訴訟之案件，而臺北高等行政法院所列出之91年度訴字第1524號判決係因當事人之違章行為遭課處罰鍰所生案件，與不服從行政調查遭裁罰之類型不符，故不予列計。

現行法制所規範之行政調查程序，或應另賦予公平會執行搜索扣押之權限，均屬功能考量問題，本文並無意見。惟公平會所為之強制處分既然無可避免將對人民之基本權利產生不利益，基於法治國原則及人性尊嚴之考量，亦應同樣地賦予人民救濟之途徑。姑不論公平會性質上究屬行政機關抑或準司法機關，本於正當法律程序及權力制衡之考量，關於公平會所為之處分或決定，宜由司法機

關適時介入審查（縱認係準司法機關亦有上下審級審查制度）其適用法律、認定事實有無違法不當情形。而對於公平會發動強制處分行為，亦應有事前審查（即法官保留）之必要。本文認為我國現行法制規定保護程度不足，宜參酌比較法例採行令狀制度，並就其救濟程序明定管道，方不致使公平法呈單方傾斜、武器不對等狀態，致生損害於保障人民基本權利之目的。