

最佳書狀

原告方

世新大學

行政辯論意旨狀

案號：

股別：

原告：三櫻股份有限公司

代表人：櫻田壽

訴訟代理人：

被告：臺北市政府衛生局

代表人：

訴訟代理人：

原告因食品衛生管理法事件，不服臺北市政府衛生局民國 102 年 9 月 27 日府訴二字第 10204568213 號訴願決定，提起行政訴訟。

訴之聲明：

- 一、訴願決定及原行政處分均撤銷，並聲請原行政處分停止執行。
- 二、命被告不得就寶寶樂品項（批號 20131201）以外之其他批號產品為全數回收及銷毀，且不得以發布新聞稿或刊登網頁方式，告知消費者停止購買。
- 三、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由：

壹、本案事實

- 一、三櫻公司(以下稱原告)為日商三櫻株式會社於台灣設立之子公司，營業項目為直接自紐西蘭進口日商三櫻株式會社製造之嬰兒配方奶粉至台灣販售。民國(以下同)102 年 5 月消費者購買寶寶樂品項（批號 20131201）(以下稱系爭產品)，發現長約 0.5 公分之鐵線，向臺北市政府衛生局(以下稱被告)提出檢舉。

- 二、被告於 102 年 5 月 30 日派員至通路購買樣品，惟產品缺貨，故於平行輸入通路購得。其檢驗經以磁鐵吸附並未發現鐵線，但沖泡後奶粉中含黑褐色微小粒子且會移動，惟被告未就其成分或尺寸為進一步檢驗。
- 三、被告於 102 年 6 月 5 日函(以下稱函一)(附件一)請原告就鐵線陳述意見，原告即請紐西蘭工廠針對系爭產品樣本檢驗，獲覆稱未發現有鐵線或其他異物，乃於 6 月 10 日回函被告，表示原告均採嚴格製程控管，產品不可能出現鐵線，並於函中檢附研究報告，原告隨函提供同批號系爭產品供被告檢驗，並承諾持續追蹤同批產品是否有類似情形。
- 四、被告依一般食品衛生標準認異物採零容許值，認定系爭產品與食品衛生管理法不符，102 年 6 月 13 日發函(以下稱函二)限原告於函到後七日內完成變更製程及/或配方(附件二)。
- 五、原告於 102 年 6 月 17 日回覆(附件三)，表示系爭產品屬嬰兒輔助食品，無一般食品衛生標準之適用，須適用嬰兒食品類衛生標準中夾雜物之規範，亦檢附歐盟無害異物容許值為小於 2 毫米供其參考，另檢附技術報告說明其安全性無虞，陳明產品不違反食品安全衛生法，亦無變更製程及/或配方之必要。
- 六、被告 102 年 6 月 25 日再抽查同批號之系爭產品，仍有出現磁性黑褐色微小粒子，乃於 102 年 6 月 28 日作成裁處書(以下稱函三)，依據 102 年 6 月 19 日修正後食品衛生管理法第 48 條之規定，對原告處以新台幣 30 萬元罰鍰，且根據食品衛生管理法第 29 條第 2 項及「食品及其相關產品回收銷毀處理辦法」之規定，要求原告立即將同批號之系爭產品全數下架，並於函到一個月內回收及銷毀系爭產品，回收深度應達消費者層面(附件四)，並於其官方網站發佈新聞稿(附件五)。
- 七、消費者亦要求臺北市對其他批號產品進行檢驗，以查核是否有同等情事，被告於 102 年 6 月 29 日於發佈新聞稿，表示將緊急安排人員針對其他批號產品檢驗，其結果另行公佈(附件六)。

八、原告於 102 年 7 月 26 日提起訴願，遭駁回（附件七），爰提起行政訴訟，請求撤銷原處分暨訴願決定。並就原告寶寶樂品項（批號 20131201）之其他批號產品，請求被告不得就其為回收及銷毀，亦不得發佈新聞告知消費者停止購買，並行提起本件訴訟。

貳、程序事項

一、一般訴訟要件部分

鈞院就本案有管轄權，理由如下：

本案原告對於被告於 102 年 6 月 28 日向原告為北市衛食藥字第 10200025700 號之裁處及台北市政府於 102 年 9 月 27 日所為府訴二字 10204568213 號訴願決定不服，按行政訴訟法第 229 第 2 項第 2 款，如不服行政處分之罰鍰低於 40 萬元涉訟者，應向地方法院行政訴訟庭提起簡易訴訟。本案所牽涉之罰鍰為新台幣 30 萬元整，原則上應向台北地方法院提起簡易訴訟。惟，原告對原處分及訴願決定中之罰鍰處分有所不服外，對於回收等處分亦有不服，故，原告依行政訴訟法第 104 條之 1 向台北高等行政法院提起通常訴訟程序。又依照行政程序法 174 條¹於本訴訟，原告對於被告未給予適當陳述意見之機會及本處分決定不服，遂依照本條之規定一併提起訴訟。

職是，本案應由鈞院管轄，以維原告權益。

二、特別訴訟要件部分

（一）訴訟前置程序：依行政訴訟法第 4 條規定，函三損害原告財產權、名譽權及營業權，依訴願法提起訴願，惟遭訴願決定駁回。原告認為損害其權利，復向鈞院提起撤銷訴訟。

¹行政程序法 174 條：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。但行政機關之決定或處置得強制執行或本法或其他法規另有規定者，不在此限。」

(二) 訴訟類型：

1. 本案原告對於被告之處分決定不服，且被告所為行政處分係屬違法，侵害原告財產權、名譽權及營業權，遂提起撤銷訴訟，以維權益。
2. 本案原告請求被告不得就「寶寶樂」其他批號為全數回收及銷毀下架之處分，且請求被告亦不得以發布新聞稿或刊登網頁等方式，告知消費者應立即停止購買原告之寶寶樂其他產品批號，遂依行政訴訟法第 8 條第 1 項提起「預防性不作為訴訟」，以維原告權益。

參、實體事項

一、被告所為之行政處分違反行政程序法之相關規定

(一) 被告未給予原告陳述意見之機會

1. 被告於做成處分前應給予原告陳述意見之機會
 - (1) 按行政程序法第 39 條及第 102 條規定²，行政機關為行政行為時，應給予該處分相對人陳述意見，遵循正當行政程序，依公正、公開與民主之程序為之，確保依法行政之原則，以維認定事實及適用法規之正確性，對此實務上亦認為有正當程序之保障³及受告知權⁴。
 - (2) 按行政罰法第 1 條規定，違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用行政罰法。另查行政罰法第 42 條規定行政機關於裁處前，應給予受處罰者陳述意見之機會。

² 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，而行政程序法第 102 條係作成加負擔行政處分(即限制或剝奪人民自由或權利之行政處分)前，除已依行政程序法第 39 條規定，原則上應通知該處分相對人陳述意見。」

³ 台中高等行政法院 94 年度訴字 172 號判決：「縱使原告曾到場陳述，然於不知事實緣由下所為不盡充分完備之陳述，且執為原告不利之認定依據，則亦有違反上開確保認事用法正確性之規範目的。未踐履正當法律程序之要求，而具有重大瑕疵，難以期待其處罰根據正確無誤，則應撤銷該行政處分。」(參考資料五)

⁴ 高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1575 號判決：「司法院釋字第四〇九號、四六二號、四九一號解釋將憲法第八條之正當程序保障由『人身自由』，逐步類推適用於其他領域，並確立『正當行政程序』之保障。行政程序之當事人與利害關係人，有即時獲悉與其利害攸關的事實及決定之權利，使受處分之相對人『受告知權』受保障」(參考資料六)

2. 於本件訴訟，被告曾發三函予原告，故被告陳述意見必要與否之認定，首應定性三函之法律性質⁵，如屬行政處分，始生陳述意見之給予有無及是否完備之問題

(1) 函一及函二係屬觀念通知，不生法律上效果

函一函二為**觀念通知**，因客觀上於公文所使用之用語為

「請」提出陳述意見書，可認為行政機關未有為行政處分之意思，僅係為顧及程序正義之正當合法行政處分之程序而給予相對人陳述意見機會之通知信函，自非行政處分⁶。

(2) 函三為一行政處分

A. 按行政程序法第 92 條及訴願法第 3 條，行政處分乃行政機關在行政法上，為規制具體事件，以直接對外發生法律效果為目的，所為之單方公權力措施⁷。

B. 被告依據組織法規之規定，係能獨立對外，按照相關法規之標準執行行政任務之機構，為一行政機關；而食品衛生、安全之相關法規係由公權力主導之事項，亦即此類案件為行政機關依法規執行職務，除非有明確表示為私法行為，否則應推定為具有公法性質，故食品衛生等相關案件具公法性質。且被告依據食品衛生管理法之規定，於 102 年 5 月 30 日抽驗原告進口之系爭產品，發現沖泡後奶粉溶液含有黑褐色微小粒子之具體事件，處原告罰鍰新台幣 30 萬整，

⁵ 函一函二函三內容與涉及法律(附件八)

⁶ 陳淑芳，2010，〈限期改正之法律性質〉，《台灣法學雜誌》，165 期，133 頁以下(參考資料一)

「行政處分與事實上之通知行為往往難以辨別，故是否為行政處分，仍應以具體行政行為之客觀與主觀為判斷。若客觀上，行政行為已具有規制的作用，如用語上使用「命」，表明不遵守時，將依行政執行法強制執行云云。則主觀上應認為行政機關認為其係一行政處分。反之，若行政行為在客觀上不具有規制作用，而僅係一勸告或建議，則用語上使用「請」者，則於應認為行政機關主觀上並未有為行政處分之意旨。」

⁷ 陳敏，2009，《行政法總論》，頁 299(參考資料二)

且所有違規產品應立即下架並於函到一個月內完成回收，係以直接對外發生法律效果為目的所為之單方公權力措施，故被告於 102 年 6 月 28 日對原告所為之裁罰，為**行政處分**。

3. 被告所為函三行政處分**未給予原告陳述意見**，行政處分違法

綜上所述，按行政程序法第 102 條、行政罰法第 42 條之規定及相關實務見解，行政機關為侵益行政處分前，應盡量給予受處分之相對人，有陳述意見之機會，始足保障相對人之權利，並亦得使行政機關為侵益處分前，更保證認事用法之正確性。

本案被告於函一給予我方陳述意見之機會，惟函一陳述意見之對象為鐵線，與函三行政處分內容為黑褐色微小粒子不同，且函二請原告變更製程及配方而非給予原告陳述意見之通知，本案例中被告對原告所為函三為一**侵益處分**，應給予原告陳述意見之機會，使原告有機會參與行政機關心證之過程，惟被告未依照行政程序法 39 條、102 條及行政罰法第 42 條給予原告陳述意見之機會，侵害原告之受告知權及未盡行政機關為行政處分應對認事用法正確性之要求，乃未踐履行政處分形式正當法律程序，行政處分係屬違法。

(二)被告要求原告變更製程無實現可能

原告為日商三櫻株式會社於台灣設立之子公司，營業項目為直接自紐西蘭進口日商三櫻株式會社製造之嬰兒配方奶粉至台灣販售，原告為進口商，故被告於函二請原告變更產品製程或配方之要求無法實現，而逕以原告未達成要求為由作成函三，該行政處分係屬違法。

二、被告依據一般食品衛生標準所為之原處分，係屬適用法規違法

(一)被告適用法規違法，應適用嬰兒食品類衛生標準

1、一般食品衛生標準、乳品類衛生標準、嬰兒食品類衛生標準，三者均由食品安全衛生管理法第 17 條授權主管機關訂之，三者法

律位階相同，皆為法授權之命令。因此，嬰兒配方奶粉產品法規應如何適用，即需探求各法規之適用範圍與對象，依個案情況適用最合適之標準⁸。

(1) 一般食品衛生標準規範主體依食品衛生管理法第 3 條第 1 款規定係指供人飲食或咀嚼之產品及其原料。而乳品類衛生標準規範之乳品包含液態乳、乳粉、煉乳、調味液態乳，乳油、乳酪、乾酪、發酵乳、乳清粉、及其他乳品(鮮乳及乳粉包括牛、羊粉)。而依 103 年 7 月 15 日公布生效之嬰兒食品類衛生標準係適用於可替代人乳且符合 12 個月以下嬰兒營養需求之粉狀或液狀嬰兒與較大嬰兒配方食品，以及含百分之二十五以上(以乾重計)穀類及豆類等成分之嬰兒穀物類輔助食品。

(2) 應適用嬰兒食品類衛生標準而非一般食品衛生標準⁹

嬰兒食品類衛生標準屬於一般食品衛生標準第 2 條除法規另有規定之情形，理由如下：

A. 嬰兒配方奶粉較一般食品具有特殊性，應適用嬰兒食品類衛生標準。關於成份：通稱的嬰兒奶粉¹⁰(嬰兒與較大嬰兒配方食品)是經特別調製用以滿足嬰兒與補充較大嬰兒生長發育營養需求之配方食品¹¹，產品之成分

⁸ 嬰兒奶粉、一般食品及乳品之定義(附件九)

⁹ 一般奶粉與嬰兒奶粉比較表(附件十)

¹⁰ 依據中國國家標準 CNS6849/N5174 定義：「嬰兒配方食品(Infant Formula)係可代替人乳符合嬰兒一般營養需要之粉狀或液態之配方食品，也就是俗稱的嬰兒奶粉」；另依據中國國家標準 CNS13235/N5229 定義：「較大嬰兒配方輔助食品(Follow-up Infant Formula)則係供 6 個月以上 12 個月之較大嬰兒，於在斷奶過程中，可配合副食品所使用之配方食品，但不適用於 6 個月以下嬰兒單獨使用，也就是俗稱的較大嬰兒奶粉」，兩者皆為一般通稱的嬰兒奶粉。

¹¹ 其蛋白質來源之成分可為牛乳、羊乳、乳清蛋白、酪蛋白、黃豆蛋白等；脂肪來源之成分可為棕櫚油、葵花子油、椰子油、大豆油、魚油等；碳水化合物來源之成分可為乳糖、葡萄糖、蔗糖、麥芽糊精、馬鈴薯澱粉等。

與配方是選擇嬰兒奶粉的考量重點¹²與一般食品成份之要求不同。關於**年齡範圍**：嬰兒奶粉係為滿足 12 個月以下之嬰兒成長發育所需求之特殊營養；而 12 個月以上之嬰兒奶粉則非為了提供特殊營養，不屬於嬰兒食品類衛生標準規範之範圍。關於**事前審查**：12 個月以下之嬰兒奶粉屬特殊營養食品，依據食品衛生管理法第 21 條第 3 項規定訂定之「食品暨相關產品查驗登記暨許可証管理辦法」需辦理特殊營養食品查驗登記之相關規定並發給許可證，始得製造、輸入及上市流通¹³；而 12 個月以上孩童所喝的奶粉，因其已非主要之食物來源，與成人喝牛奶的目的相同，並未需要事先審查許可。關於**名稱使用**：嬰兒配方奶粉需符合中國國家標準 CNS6849 始能稱為嬰兒配方奶粉，其他任何產品均不得宣稱可滿足出生至 6 個月內一般健康嬰兒之營養需要。

- B. 修正前後之嬰兒食品類衛生標準皆有關於夾雜物(異物)之規定：**嬰兒食品類衛生標準屬於一般食品衛生標準第2條但書中除法規另有規定之情形**。關於含有異物一事，於修正前嬰兒食品類衛生標準第6條即有夾雜物之規定，為了使用語¹⁴一貫，於修正後嬰兒食品類衛生標準第3條中即新增異物之規定，從其修正理由中即可知

¹² 衛生福利部新聞稿

http://www.mohw.gov.tw/CHT/Ministry/DM2_P.aspx?f_list_no=7&fod_list_no=4554&doc_no=43565
(最後瀏覽日期：09/11/2014)。(參考資料七)

¹³ 衛生福利部嬰兒配方食品及較大嬰兒配方輔助食品許可資料查詢

<https://consumer.fda.gov.tw/Food/BabyFood.aspx?nodeID=291> (最後瀏覽日期：09/11/2014)。(參考資料八)

¹⁴ 嬰兒用語之統一 國家教育研究院 雙語詞彙對照表 <http://terms.naer.edu.tw/detail/934251/?index=4> (參考資料九)

夾雜物即為異物，並無不同¹⁵。故系爭產品應適用嬰兒食品類衛生標準。

- (3) 應適用嬰兒食品類衛生標準而非乳品類衛生標準，理由如下：

依據衛生福利部應辦理檢驗之食品業者、最低檢驗週期及其他相關事項之公告：特殊營養食品提供使用族群為病人及嬰兒等具特殊及敏感性族群，可能作為唯一營養來源，應予加強管理。其中就嬰兒與較大嬰兒配方品(即坊間適用一歲以下嬰兒之嬰兒奶粉)中關於微生物：應參考嬰兒類食品衛生標準及乳品類衛生標準，依風險管理原則，擇定至少一項衛生管制項目，做為產品檢驗項目，或自行評估，增加檢驗項目。而就營養素含量則參考中華民國國家標準(CNS)及CODEX對於「嬰兒配方食品」(CNS6849)、「較大嬰兒配方輔助食品」(CNS13235)及「特殊醫療用途嬰兒配方食品」(CNS15224)之營養素規定¹⁶。

由此可知**嬰兒奶粉原則上僅需適用嬰兒食品類衛生標準**，若就特定事項需參酌乳品類衛生標準時將明示。嬰兒食品類衛生標準就異物一事並未明示應適用乳品類衛生標準，況乳品類衛生標準亦無關於異物之規定，故本案應適用嬰兒食品類衛生標準。

- 2、小結：嬰兒食品類衛生標準屬於一般食品衛生標準第2條但書所指法律另有規定之情形，而系爭產品為嬰兒配方奶粉，該名稱使

¹⁵ 嬰兒食品類衛生標準修正條文對照表(附件十一)

¹⁶ 衛生福利部網站詢答系統 應辦理檢驗之食品業者、最低檢驗週期及其他相關事項 <https://faq.fda.gov.tw/Search/Detail.aspx?id=2061> (最後瀏覽日期 2014/09/11) (參考資料十)

用、成分及事前審查¹⁷之特別要求，可知嬰兒配方奶粉與一般食品之差異，且相關法規已於嬰兒食品類衛生標準中有所規定，因此，被告依據一般食品衛生標準而作成行政處分，適用法規違法。

(二)函三之行政處分違反WTO條約規定，行政處分違法，理由如下：

1. 一般食品衛生標準第3條違反WTO條約規定

(1) 因我國為WTO之會員國，依據WTO技術性貿易障礙協

定第2.2條¹⁸及食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協

定3.1條¹⁹，我國訂立技術性法規對貿易之限制，不應

較國際標準嚴格，且盡可能調和檢驗與防檢疫措施，

我國應根據現有的國際標準、準則與建議，訂定其檢

驗或防檢疫措施。然，我國對於異物之容許值並未訂

立明確規定，依WTO條約，應參酌國際規範較為妥適，

不應較國際標準嚴格。

(2) 以WTO會員國之異物容許值為例，可知我國之規定過於嚴苛

依原告檢附之歐盟標準，對異物訂立之容許值為2毫米

以下(附件三)；而美國就異物訂立之容許值為7毫米至

25毫米範圍²⁰，由此可知我國對異物之容許值較其他國

際標準嚴苛。另可參照我國行政院衛生署食品藥物管

理局於103年7月15日發布修正之「嬰兒食品類衛生及

¹⁷ 應辦理檢驗之食品業者、最低檢驗週期及其他相關事項之公告 Q&A(參考資料十一)

¹⁸ WTO 技術性貿易障礙協定第 2.2 條：「各會員應確保其技術性法規之擬訂、採行或適用，不得以對國際貿易造成不必要之障礙為目的或產生該等效果。為此，技術性法規對貿易之限制，不應較諸達成合法目的所必須者嚴格，同時並顧及未達成該合法目的所可能產生之風險。該合法目的其中包括國家安全需要；欺騙行為之預防；人類健康或安全、動物或植物生命或健康、或環境之保護等。評估該等風險時所考量之相關事項，其中包括現有之科學性及技術性資料，相關之加工技術或對產品所預定之最終用途。」

¹⁹ WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定 3.1 條：「為儘可能廣泛調和檢驗與防檢疫措施，會員應根據現有的國際標準、準則與建議，訂定其檢驗或防檢疫措施，若本協定另有規定，特別是符合本條第三項之規定者不在此限。」

²⁰ U.S. Food and Drug Administration(FDA) , CPG Sec.555.425 Foods, Adulteration Involving hard or Sharp Foreign Object <http://www.fda.gov/ICECI/ComplianceManuals/CompliancePolicyGuidanceManual/ucm074554.htm> (最後瀏覽日 2014/09/12) (參考資料十二)

殘留農藥安全容許量標準」總說明，其說明中提及有參酌國際間之管理現況及科學之風險評估成果而修正該標準，可得知行政機關就嬰兒食品類標準之訂立亦有參考國際規範²¹。

- (3) 我國並無提出科學證據，亦無參酌相關國際組織及其他會員的檢驗資訊，不得逕自就異物訂立零容許值之規範。

我國如採較國際標準嚴格之零容許值，應依WTO食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定3.3條²²提出具有科學上的正當理由，才能引用或維持比相關國際標準、準則或建議較高的保護水準。又依該協定5.7條，如我國相關的科學證據不充分時，可依相關國際組織及其他會員的檢驗資訊，暫時採行某些檢驗措施。惟我國並無提出科學上的正當理由，實屬不符合該協定3.3條之例外情形，若屬暫時採行檢驗措施，我國亦無參酌相關國際組織及其他會員的檢驗資訊，而逕自零容許值之標準，被告作成之行政處分適用法規錯誤，係屬違法。

- (4) 依大法官釋字第 329 號²³，WTO條約規定位階等同於

²¹ 衛生福利部網站，預告修正嬰兒食品之衛生標準為嬰兒食品類衛生及殘留農藥安全容許量標準
http://www.mohw.gov.tw/CHT/Ministry/DM2_P.aspx?f_list_no=7&fod_list_no=4556&doc_no=44418 (最後瀏覽日 2014/7/26) (參考資料十三)

²² WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定 3.3 條：「若具有科學上的正當理由，或會員確定其依據第五條第一項至第八項而實施之檢驗和防檢疫保護水準係屬允當，則該會員可在檢驗或防檢疫措施上，引用或維持比相關國際標準、準則或建議較高的保護水準。惟無論上述規定為何，凡檢驗或防檢疫措施之保護水準與依據國際標準、準則或建議所制定者有所不同時，該措施仍不應與本協定中之其他條款規定不一致。」

²³ 大法官釋字第329號：「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。」(參考資料十

法律，而被告依據一般食品衛生標準屬命令位階，依憲法第172條，**命令與法律牴觸者無效**，我國訂立一般食品衛生標準，針對異物不得逕自採零容許值之標準，已牴觸WTO條約，故一般食品衛生標準第3條為無效。

2. 行政處分授權依據違反WTO條約，該行政處分違法

本案就嬰兒食品類異物之容許值，在我國未有容許值標準情形下，行政機關竟不參酌國際標準而逕自採零容許值，除與嬰兒食品類衛生及殘留農藥安全容許量標準修正說明相互矛盾，且我國並未就異物制定容許值之規範，一般食品衛生標準牴觸WTO協定條約無效，被告依據無效之授權命令做成之行政處分亦屬違法。

(三) 如鈞院認為一般食品衛生標準第3條未違反WTO之規定，惟被告因適用法規錯誤，所為之行政處分亦違法

1. 系爭產品沖泡後奶粉溶液中之黑褐色微小粒子並非異物，被告法規適用錯誤，行政處分違法，理由如下：

(1) 被告對異物之認定標準不明確

一般食品衛生標準第3條及嬰兒食品衛生標準第3條中之異物定義為何並不明確。參照歐盟標準：異物係指一般食品中大於7毫米而於幼兒或其他高危險人群食用的食品中超過2毫米且危害消費者之硬質和鋒利物品；而美國食品中異物係指大於7毫米小於25毫米且會對人體造成危害之硬質和鋒利物品；日本食品衛生管理法第6條第四項²⁴中之異物必須以損害人體健康為前提。由此可知關於外國法異物之前提係需對於人體健康造

四)

²⁴ 食品衛生法第6條4号：「にて、不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を損なうおそれがあるもの。」

成危害，且屬於可被容許之範圍外始處罰之。

(2) 系爭產品之黑褐色微小粒子屬於**內容物**，**非屬異物**

市面上流通不同廠商嬰兒配方食品包裝外有標示內含因奶粉高溫霧化製程中產生之焦粒物質²⁵，本案系爭產品中之黑褐色微小有機金屬焦粒屬於內容物之一部分，而非屬異物。

(3) 系爭產品中之黑褐色微小粒子屬於內容物，亦**對人體無危害**

系爭產品沖泡後奶粉溶液中之黑褐色微小粒子以能量散佈X-射線儀(energy dispersive X-ray, EDX)結合掃描式電子顯微鏡(SEM)非係後得知其為主成分為鐵的有機金屬顆粒，依鐵之電子組態，以磁鐵吸附會移動屬於自然現象。而此主成分為鐵的有機金屬顆粒係基於乳粉製程需高溫霧化使牛乳中的有機物由於過熱而產生焦粒物質，而焦粒物質與生產管線的金屬成分結合形成的有機鐵/或有機錫顆粒，該有機鐵進入人體後，可能再分開，並且有機物較易呈負電，所以該有機鐵在人體被釋放出來時就會變成普通的鐵離子，人體本身即具有該鐵離子，故對人體不會有危害。另原告就該有機鐵顆粒進行毒理實驗，確認安全性無虞，其尺寸亦小於2毫米對嬰幼兒沒有健康上風險(參照附件三)。就系爭產品不造成人體危害非屬異物之部分，原告已盡舉證責任。

2、被告若認為系爭產品中之黑褐色粒子屬於對人體有害之異物，需符合法定檢驗方法且經過相關試驗證明之

²⁵ 市面上販售之奶粉包裝(參考資料十五)

異物之檢驗方法需符合101年11月19日署授食字第1011903427號公告之「食品中異物之檢驗方法²⁶」。被告僅經過沖泡且以磁鐵吸附會移動即貿然認定系爭產品之黑褐色粒子屬於對人體有害之異物，手段過於草率，且未經過相關毒理試驗，就該異物有害之理由亦不完備。

三、原告就系爭產品含有黑褐色微小粒子一事並無故意過失，依行政罰法第7條不予處罰

(一)按行政罰法第7條：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」

(二)論本件原告無故意及過失，於下分述之：

1. 原告並無故意之情事

原告於進口系爭產品時，對於產品品質的保證以及完整性已有認識，且進口時即已知悉黑褐色粒子之存在，並經檢驗後，認定為有機物而非屬異物，故進口之。又依食品安全衛生管理法第21條，系爭產品已經衛生福利部查驗登記並發給許可證後，始製造、輸入及上市流通，原告亦相信政府機關就查驗之可信度，並非明知其為異物而仍進口及上市之故意。

2. 原告並無過失之情事

由事實一可知，原告為日商三櫻株式會社於台灣設立之子公司，業務為直接自紐西蘭進口日商三櫻株式會社製造之第一階段嬰兒配方奶粉至台灣販售之進口商。就進口商之

²⁶ 食品中異物之檢驗方法 (附件十二)

責任依消費者保護法第9條，原告為輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造者或服務之提供者，和同法第7條之製造者責任相同。參照同法第7條第1項，從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。據此，原告提供系爭產品進入市場時，已充分評估該項產品之成分、製程等項目，且依據原告回函已說明黑褐色微小粒子無危害安全之虞，並可參照技術報告顯示其成分無害（附件三），故原告已確保系爭產品符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，況符合現今歐盟之異物容許值，在安全性方面並無疑問，已盡進口商所應負之一切義務，因此並無過失可言。

3. 就原告之故意過失，被告應負舉證責任

現代民主法治國家對於人民違反行政法上義務欲加以處罰時，應由國家負證明行為人有故意或過失之舉證責任，故原告是否具故意過失應由被告負舉證責任。

四、被告依102年6月19日修法後食品衛生管理法第48條第3款規定處原告罰鍰新台幣30萬元違反行政罰法第5條之規定：

（一）退萬步言，若鈞院仍認我方有違法情事，被告應依行政罰法第5條但書規定，適用102年6月19日修正前食品衛生管理法第33條第1項規定處罰原告，理由如下²⁷：

1. 原告之行為係於法律變更前作成

²⁷ 食品衛生管理法修正前後裁罰比較（附件十三）

原告之業務為直接自紐西蘭進口日商三櫻株式會社製造之第一階段嬰兒配方奶粉至台灣販售，並非產品製造商以及銷售通路之販賣業者。依業務範圍，若被告認定原告行為違法，該違法之行為於進口產品時即完成。

2. 原告於102年6月19日法律變更前即完成行為，而被告係至102年6月28日始為裁罰，屬於行政罰法第5條行為後法律或自治條例有變更者。
3. 修法前之食品衛生管理法第33條第1款規定處新台幣3萬元以上15萬元以下罰鍰，修法後之食品衛生管理法第48條第3款裁罰範圍擴大為新台幣3萬元以上300萬元以下罰鍰，修正前之食品衛生管理法之裁罰範圍較低，對原告較為有利，依行政罰法第5條但書之規定應適用修正前規定。

綜上所述，若認原告進口系爭產品行為違法，該行為係於102年6月19日法律變更前即完成，而被告至102年6月28日始為裁罰，屬於行為後法律或自治條例有變更者，且修法前之食品衛生管理法第33條第1款規定處新台幣3萬元以上15萬元以下之裁罰範圍較低，對原告較為有利，本案屬行政罰法第5條但書之規定。故被告依102年6月19日修法後食品衛生管理法第48條第3款規定處原告罰鍰新台幣30萬元違法。

(二)若鈞院認為被告應適用修正後食品衛生管理法第48條第3款之規定，其裁處30萬元之罰鍰亦過苛，不符比例原則

1. 被告所為處分宜斟酌其內部之處理違反食品安全衛生管理法事件統一裁罰基準²⁸，原告為第一次違規，應處罰鍰3萬元至8萬元整，被告裁處原告30萬元罰鍰，顯然棄明確之裁量基準於不顧，而逕決定罰鍰範圍，且該數額為基準之10倍之多亦不給予原告

²⁸ 處理違反食品安全衛生管理法事件統一裁罰基準 (附件十四)

如此重罰之任何理由，造成原告無法預期亦無法信任行政機關訂定之裁量基準，被告不合乎裁量基準而對原告所為30萬元之罰鍰非屬合理。

2. 原告為首次受罰，依據行政罰法第18條，裁處罰鍰應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益。系爭產品所出現黑褐色有機鐵粒子，如前所述非屬異物，無處罰之目的存在，被告之處罰不具適當性；被告對於不造成影響亦未違法之首次行為處以新台幣30萬元罰鍰，與第一次違法應處罰鍰3萬元至8萬元整之範圍懸殊，不具最小侵害手段之必要性；另被告處罰手段不合法，且原告系爭產品中之黑褐色微小粒子非屬異物，無任何須達成之目的，被告之裁罰不具衡量性原則。被告所為處分不符合比例原則，致有裁量恣意之情形。

五、被告命原告應回收「寶寶樂」本件批號所有產品達消費者層面及予以銷毀之處分違法，因此原告聲請原行政處分停止執行

(一)被告命原告銷毀系爭產品之處分違法

1. 因行政罰法第2條²⁹間接揭示除了裁罰性亦有非裁罰性之不利處分，就非裁罰性之不利處分不適用行政罰法，本案被告命原告銷毀系爭產品之處分，並非行政罰法第2條各款情形，係屬非裁罰性之不利處分。

²⁹ 行政罰法第2條：「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：

一、限制或禁止行為之處分：限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一定行為之處分。

二、剝奪或消滅資格、權利之處分：命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分。

三、影響名譽之處分：公布姓名或名稱、公布照片或其他相類似之處分。

四、警告性處分：警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類似之處分。」

2. 原告不構成食品安全衛生管理法第52條第1項第2款³⁰沒入銷毀之要件

被告依食品安全衛生管理法第52條第1項第2款，認原告不符合中央主管機關依同法第17條規定，應予沒入銷毀之處分，惟因系爭產品應適用嬰兒食品衛生標準，原告符合該標準，其原因已於前述，茲不贅述，故原告未違反同法第17條規定。

縱使鈞院認其仍屬異物，原告不違反國際標準就嬰兒食品之容許值範圍，未違反同法第17條規定，自不合乎同法第52條沒入銷毀之要件，故被告適用法條違法，不得命原告銷毀系爭產品。

(二)被告命原告回收系爭產品達消費者層面之處分違法

1. 因行政罰法第2條間接揭示除了裁罰性亦有非裁罰性之不利處分，而非裁罰性之不利處分不適用行政罰法，本案被告命原告回收系爭產品達消費者層面之處分，並非行政罰法第2條各款情形，係屬非裁罰性之不利處分。

2. 被告依處理違反食品衛生管理法案件食品回收及改善期限統一裁定基準命原告回收，**原處分之法規依據違法**

對於限縮人民及使人民產生不利益之行為，均應有法律為授權依據，與本案相關之食品及其相關產品回收銷毀處理辦法³¹，乃基於食品衛生管理法第52條第3項授權訂立，該辦法具有對外效力，而處理違反食品衛生管理法案件食品回收及改善期限統一裁定基準第2條³²僅屬行政機關內部規範，原則上不得以裁定基

³⁰ 食品安全衛生管理法第52條第1項第2款：「食品、食品添加物、食品器具、食品容器或包裝及食品用洗潔劑，經依第四十一條規定查核或檢驗者，由當地直轄市、縣（市）主管機關依查核或檢驗結果，為下列之處分：二、不符合中央主管機關依第十七條、第十八條所定標準，或違反第二十一條第一項規定者，應予沒入銷毀。」

³¹ [食品及其相關產品回收銷毀處理辦法 \(附件十五\)](#)

³² 臺北市政府衛生局處理違反食品衛生管理法案件食品回收及改善期限統一裁定基準第2條規定：「依據食品對民眾健康可能造成之危害程度，違反食品衛生管理法案件之食品回收及改善期限統一裁定基準如下：(二)第二級：預期食品可能對民眾健康造成危害，如違反食品衛生管理法第十條、第十二條、第

準課予人民義務，如裁定基準恣意限制、課予人民為不必要之義務者，恐有違法之虞。故被告命原告回收之處分，其行政處分之作成應依據辦法而課予人民義務，惟被告以裁定基準為裁罰，其作成之行政處分違法。

3. 縱使鈞院認被告得依裁定基準命原告回收，原告**就基準之構成要件不該當**，故該處分亦違法

(1) 被告違反食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第3條³³，使原告喪失應有先行制定相關回收計畫權利。

依法應使相對人制定回收計畫書，始得對食品進行回收程序，被告於原告為回收計畫書前，即命原告於期限內為回收，顯違反本辦法之規定。

(2) 原告不構成處理違反食品衛生管理法案件食品回收及改善期限統一裁定基準第2條³⁴之要件

被告認原告屬第二級回收事件，要件為「預期食品可能對民眾健康造成危害」，於被告所為之裁處書中(附件四)並無檢附或說明原告進口之系爭產品有危害健康之虞之情事，且原告已於先前之技術報告中說明其對健康無虞(附件三)，倘若被告認原告屬第二級回收事件，應就要件負舉證責任。

十三條第二項、第十四條第一項或第二十條規定者，視該食品對民眾健康造成危害之情形，予以業者一週至一個月之改善期限。

³³ 食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第3條：「責任廠商執行物品之回收銷毀作業，應以書面或其他足以查證方式訂定物品回收銷毀程序之計畫書。」

³⁴ 臺北市政府衛生局處理違反食品衛生管理法案件食品回收及改善期限統一裁定基準第2條規定：「依據食品對民眾健康可能造成之危害程度，違反食品衛生管理法案件之食品回收及改善期限統一裁定基準如下：(二)第二級：預期食品可能對民眾健康造成危害，如違反食品衛生管理法第十條、第十二條、第十三條第二項、第十四條第一項或第二十條規定者，視該食品對民眾健康造成危害之情形，予以業者一週至一個月之改善期限。」

4. 縱使鈞院認被告得依裁定基準命原告回收系爭產品，且原告亦符合該基準之要件，惟因**違反比例原則**，處分亦違法。為避免針對個案做顯然過苛之處罰，以達憲法第 23 條規定限制人民基本權利應遵守比例原則之意旨，就比例原則係指該目的應具正當性，而手段須符合適當性、必要性及狹義比例性。被告認定原告為第二級回收事件，預期食品可能對民眾健康造成危害為其要件，而原告已於技術報告中說明其無害(附件三)，理由已於上述之，惟其命原告回收之目的為何並未記載於裁處書(附件四)，被告應說明其目的為何，並舉證就系爭產品之回收為何達消費者層面，否則行政處分因違反比例原則而違法。

(三)綜上所述，被告命原告應回收系爭產品達消費者層面及予以銷毀之處分已侵害原告之權利，理由如下：

依憲法第 15 條，人民之**財產權**應予保障，原告為回收銷毀時，須支付費用才能使其達成，如派員至銷售通路回收產品須支付人員薪資、將系爭產品送回原告之運送費用、暫時保存產品之倉儲費用，以及執行銷毀產品所生之費用，故被告命原告應回收系爭產品達消費者層面及予以銷毀之行政處分，侵害原告之財產權。

(四)原告聲請原行政處分停止執行

行政訴訟法第 116 條第 2 項：「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」本案繫屬鈞院，被告命原告回收及銷毀之原處分，於法律保留原則及比例原則仍有疑義之情況，若立即執行銷毀系爭產品，就同批號產品將產生難以回復之結果，因原告進口之系爭產品將全部銷毀，已無相同批號之產品可填補損害。另系爭產品含有黑褐色微小粒子一事，對人體並無危害，並不對社

會之公益造成影響，懇請鈞院轉請被告於本案爭訟確定前，不得命原告立即執行銷毀。

六、命被告不得就寶寶樂品項（批號 20131201）以外之其他批號產品為全數回收及銷毀，且不得以發布新聞稿或刊登網頁方式，告知消費者停止購買，懇請鈞院准許

（一）實務上承認得提起預防性不作為訴訟

1. 「預防之不作為訴訟」之法理依據為行政訴訟法第8條1、2項³⁵，係指原告得經由給付訴訟，請求行政法院禁止被告為侵害其權利之特定行為，其對當前有權利侵害之虞，但尚未發生權利侵害，當事人為避免權利於未來遭受侵害所為之訴訟；預防性給付訴訟雖未於行政訴訟法有明文規定，惟參照最高行政法院96年度裁字第2183號³⁶、台北高等行政法院96年度訴字3797號判決³⁷及學說見解³⁸，均認為法院得就此類預期權利將受侵害之事件提起行政爭訟。又為避免司法權過早干預行政權之行使，應對此類訴訟採嚴格審查，而具有**權利保護必要者**³⁹為限，始准許此類訴訟之提出。又依照行政訴訟法第2條並未對於未列於該法之訴訟種類為禁止之規定容認公法上爭議除法律別有規定外，均允許得提起行政訴訟。
2. 又參照行政訴訟法第115條準用民事訴訟法246條關於此類「將

³⁵ 行政訴訟法第8條1、2項：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。前項給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，應於依第四條第一項或第三項提起撤銷訴訟時，併為請求。原告未為請求者，審判長應告以得為請求。」

³⁶ 最高行政法院96年度裁字第2183號裁定（參考資料十六）

³⁷ 台北高等行政法院96年度訴字3797號判決（參考資料十七）

³⁸ 陳敏(2009)，《行政法總論》，頁1397-1398（參考資料三）

³⁹ 大法官解釋546號理由書（參考資料十八）

來給付之訴之要件」，需原告就尚未存在或生效之權利，於現在即有預為請求被告給付之必要，又因將來給付之訴因係針對一尚未存在或生效之權利為審判，又預防性不作為訴訟，屬於原告請求法院對被告將來不得為特定行為之給付，故起訴時此類訴訟特別需具備訴之利益。

3. 綜上所述關於預防性不作為訴訟之要件，一為對於當事人而言，雖仍未作成行政處分，但於未來有受行政處分之處分可能；二為當事人所受之損害事後救濟無法彌補或明顯不經濟之情形；三為當事人應具有訴訟利益始得提起。
4. 又本訴訟關於發布新聞稿、刊登網頁新聞等其他方式皆為事實行為。而事實行為，依照行政訴訟法第8條第1項，亦得提起預防性不作為訴訟。

(二)原告請求被告不得就原告之「寶寶樂」(批號20131201)以外其他批號產品為全數回收、銷毀下架之處分，且不得發布新聞稿、刊登網頁新聞等其他告知消費者不得購買之方式，以及對於其他批號之產品未經評估，不應回收及銷毀，懇請鈞院准許：

原告就系爭案件提起預防不作為訴訟，係屬有理

1. 原告符合預防性不作為訴訟之要件

(1) 原告雖未受處分，但存在於將來受行政處分之可能

被告就系爭產品之檢驗極草率，僅以沖泡等方式即認定黑褐色微小粒子有害健康；且被告未給予原告陳述意見之機會亦未斟酌原告之說明，即逕依檢驗結果作成裁處，故被告對於原告其他批號產品可能亦以非法定方式檢驗。又，被告於作成原處分後，復因民眾之檢舉而為稽查，而對於其他批號之產品逕自作成另一處分、發布新聞稿之可能性極高。

(2) 原告如受被告之處分，**權利將受難以回復之侵害**

- A. 如前所述，被告對原告進口之其他批號產品於事實未為完善之風險評估及認定即對原告為回收及銷毀處分，不僅原告商譽受難以回復之損害，亦將造成廣大消費者心理恐慌。
- B. 如容許被告再次未為適當檢驗與確認，即發布新聞稿，則原告將受二次侵害，其營業利益將因被告隨時裁罰，而受重大損害之風險。
- C. 被告如未為檢驗，即逕自回收與銷毀，無異係使原告財產權受不可回復之侵害。

2. 原告提起「預防性不作為訴訟」**具訴訟利益**

依行政訴訟法第 115 條準用民訴 246 條，提起將來給付之訴，應具訴訟利益。又被告未經專家學者風險評估⁴⁰即對原告為如此下架之處分，係行政權以公權力過度介入市場經濟，實屬嚴重。且如准予原告所提起之不作為預防訴訟，則亦具有較高之經濟效益，否則如待被告又為一違法處分，屆時恐對原告商譽、食品經濟供應鏈造成巨大影響，且原告亦必然將再次提起訴訟，徒增法院之負擔，故原告提起本訴訟，具訴訟利益。

又如被告認其已就本案件為適當之風險評估，則法院應考量原告於訴訟上，難以取得被告於內部為風險評估之資料作為證據，故請法院依情形命被告就本案件為風險評估之資料，負舉證責任。

3. 原告提起不作為預防訴訟**具訴訟權能**：

⁴⁰ 食品衛生管理法第 4 條規定，主管機關採行之食品安全管理措施應以風險評估為基礎，符合滿足國民享有之健康、安全食品以及知的權利、科學證據原則、事先預防原則、資訊透明原則，建構風險評估以及諮議體系

本訴訟依我國通說⁴¹之主張，原告於聲明時為明確表達欲主張請求被告預防性不得對原告其他批號之產品為下架處分訴訟，已明確主張原告之聲明，具訴訟權能。

4. 風險評估之舉證責任應由被告負擔：

如被告認其已就本案件為適當之風險評估，則法院應考量原告於訴訟上，難以取得被告於內部為風險評估之資料作為證據，故請法院依情形命被告就本案件為風險評估之資料，負舉證責任。

5. 小結：於本案，被告雖未對原告進口「寶寶樂」（批號20131201）以外之其他批號為回收及銷毀處分，惟參酌被告先前僅以沖泡等非法定方式即認定系爭產品違法，而為處分之先例，原告之商譽、營業自由、財產權、工作權，不應因被告對其他批號之寶寶樂產品所為之違法行政處分、發布新聞稿、回收銷毀而受重複之嚴重損害，此舉亦將造成消費者二次恐慌及市場經濟再次因行政機關之濫權而受侵擾，且原告具訴訟權能及訴之利益，懇請鈞院參酌本訴訟之急迫性與對權利之不可回復性，准予原告依行政訴訟法第8條或行政訴訟法115條準用民事訴訟法246條之要件，對被告提起「預防性不作為訴訟」，以維原告之權益。

綜上所述，懇請鈞院撤銷府訴二字第 10204568213 號訴願決定與原行政處分，並准予原處分停止執行，且命被告不得就寶寶樂品項其他批號產品為全數回收及銷毀，亦不得以發布新聞稿或刊登網頁方式，告知消費者停止購買。

⁴¹ 吳庚，行政爭訟法論，三民書局，2012年11月第6版頁158-159（參考資料四）

此致

臺北高等行政法院 公鑒

中 華 民 國 103 年 〇〇 月 〇〇 日

具 狀 人：三櫻股份有限公司

代 表 人：

訴訟代理人：