

# 最佳書狀

## 原告方

台北大學

### 言詞辯論意旨狀

案號及股別：

訴訟標的金額：新台幣三十萬元整

原告 三櫻股份有限公司 設 105 臺北市松山區康寧路 34 號之 1

代表人 櫻田壽 住同上

訴訟代理人 ○○○

被告 臺北市政府衛生局 設 110 臺北市信義區市府路 1 號

代表人 ○○○ 住同上

訴訟代理人 ○○○

訴願決定日期及字號：臺北市政府 102 年 9 月 27 日府訴二字第 10204568213 號

收受訴願決定日期：○○年○月○日

原告因不服上開訴願決定駁回訴願事件，依法提起行政訴訟事：

### 訴之聲明

一、臺北市政府 102 年 9 月 27 日府訴二字第 10204568213 號訴願決定及臺北市政府衛生局 102 年 6 月 28 日北市衛食藥字第 10200025700 號行政處分均撤銷。

二、被告不得就原告之「寶寶樂」批號 20131201 以外之其他批號產品為回收銷毀下架處分。

三、被告不得以任何方式告知消費者停止購買原告之「寶寶樂」批號 20131201 以外之其他批號產品。

四、訴訟費用由被告負擔。

### 事實及理由

#### 本件事實

原告三櫻股份有限公司（下稱原告）為嬰兒配方奶粉進口商，民國（以下同）102 年 5 月間有消費者就原告進口之批號 20131201 「寶寶樂」嬰兒配方奶粉（下稱系爭產品），向臺北市政府衛生局（下稱被告）提出檢舉。被告遂於 102 年 5 月 30 日至市場通路購買樣品，惟僅因缺貨關係逕行至平行輸入通路購買同批號產品，發現沖泡後有

黑褐色微小粒子，然被告未就該粒子之成分進一步檢驗，被告於 102 年 6 月 5 日函請原告就檢舉之「鐵線異物」陳述意見，原告於 102 年 6 月 10 日回函陳明產品中不可能出現鐵線，且檢附紐西蘭工廠檢驗報告，並隨函提供同批號產品供被告檢驗，同時表示欲取得該消費者所購得之產品進行檢驗，然被告均未給予回覆。

嗣後被告竟以一般食品衛生標準第 3 條異物應採零容許值（不論大小），認定系爭產品含「黑褐色微小粒子」違反食品衛生管理法第 10 條，於 102 年 6 月 13 日發函限原告於七日內變更系爭產品製程及/或配方（下稱限期改善處分）。原告於 102 年 6 月 17 日向被告表示系爭產品屬乳品類及嬰兒食品，應不適用一般食品衛生標準，僅適用乳品類衛生標準及嬰兒食品衛生標準，惟該二標準並無關於異物容許值之規範，故檢附歐盟對異物容許值之規定做參考，且檢附紐西蘭實驗室之技術報告，說明黑褐色微小粒子安全性無虞，不違反食品衛生安全。

改善期限屆至後，被告於 102 年 6 月 25 日，再次抽查同批號產品，仍認有黑褐色微小粒子不符一般食品衛生標準，故於 102 年 6 月 28 日依據同年 6 月 21 日修正且生效之食品衛生管理法第 48 條，對原告處以新台幣（下同）30 萬罰鍰，並要求立即將系爭產品全數下架，且於一個月內回收至消費者層面及銷毀（下稱原處分）。同日被告針對系爭產品含黑褐色微小粒子，發布新聞稿提醒消費者停止購買。基於消費者反應，被告於 102 年 6 月 29 日以新聞稿表示將安排稽查人員採購原告其他批號之寶寶樂產品。原告於 102 年 7 月 26 日對原處分提起訴願遭駁回，故提起本件行政訴訟。

## 理由

一、本件被告作成原處分，違反陳述意見相關法律規定；並承繼限期改善處分之瑕疵，原處分得撤銷

(一)被告作成原處分前，未予原告陳述意見機會且無例外情形，又無事後補正，原處分有瑕疵

1.原處分作成前未給予原告陳述意見之機會，違反行政罰法第 42 條

(1) 行政機關作成裁罰性不利處分前，應依行政罰法第 42 條給予陳述意見

法治國原則即國家權力之行使應依循正當程序<sup>1</sup>，為落實正當法律程序，行政機關為行政行為時，應遵循正當行政程序<sup>2</sup>，使人民可參與過程，避免行政機關之恣意專斷，

<sup>1</sup>許玉秀，論正當法律程序原則，軍法專刊社，頁 3-5，2011 年。

<sup>2</sup>司法院大法官釋字第 709 號解釋：「中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未

以維認定事實及適用法規之正確性<sup>3</sup>。

我國行政程序法第 102 條<sup>4</sup>即為陳述意見之明文；事前陳述意見為保障人民之重要程序權，作成對相對人權益有不利影響之行為，應使其有陳述意見之機會，始符正當行政程序。

就人民違反行政法上義務而受有裁罰性不利處分者，因對人民權益影響重大，自亦須給予陳述意見機會，行政罰法第 42 條即明文「行政機關於裁處前，應給予受處罰者陳述意見之機會。」此時係行政罰法基於特殊考量，就裁處程序設有特別規定，自當優先於行政程序法適用<sup>5</sup>。

## (2) 被告作成原處分前未給予原告陳述意見機會，違反行政罰法第 42 條

本件原處分裁處原告 30 萬元罰鍰及命原告下架回收銷毀系爭產品，係屬裁罰性不利處分<sup>6</sup>，須於作成前依行政罰法第 42 條先給予原告陳述意見機會，然被告竟於抽查系爭產品後，在短短三天內即倉促作成對原告影響甚鉅之裁罰性不利處分，而完全未給予原告任何陳述意見之機會，使原告無法就此表達事實和法律意見，已嚴重侵害原告正當行政程序所保障之權利。

## 2. 原處分無行政罰法第 42 條陳述意見例外情形，被告仍應給予原告陳述意見之機會

行政罰之裁處，原則上應給予受處罰者陳述意見之機會，但有行政罰法第 42 條之例外事由<sup>7</sup>時，得免予陳述意見。本件中，較有爭執者，為該條第 4 款及第 6 款例外事由，茲詳陳如下：

### (1) 本件不構成行政罰法第 42 條第 4 款之例外事由

情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益時，得免予陳述意見。系爭產品

確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。」

<sup>3</sup>司法院大法官釋字第 488 號解釋；最高行政法院 99 年度判字第 1161 號判決；李震山，民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁 649，元照，2005 年 9 月；北府訴決字第 1011879449 號。

<sup>4</sup>行政程序法第 102 條：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，應給予該處分相對人陳述意見之機會。」

<sup>5</sup>林錫堯，行政罰法，頁 9-10，元照，2006 年 9 月，初版。

<sup>6</sup>行政罰法第 1 條：「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，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」

<sup>7</sup>行政罰法第 42 條：「行政機關於裁處前，應給予受處罰者陳述意見之機會。但有下列情形之一者，不在此限：一、已依行政程序法第三十九條規定，通知受處罰者陳述意見。二、已依職權或依第四十三條規定，舉行聽證。三、大量作成同種類之裁處。四、情況急迫，如給予陳述意見之機會，顯然違背公益。五、受法定期間之限制，如給予陳述意見之機會，顯然不能遵行。六、裁處所根據之事實，客觀上明白足以確認。七、法律有特別規定。」

所含有之黑褐色微小粒子，經檢驗後對人體無害<sup>8</sup>，既對健康生命無危險之虞，殊難想像作成原處分係屬急迫之情況。再者，被告命原告回收銷毀亦非要求原告立即回收，而係給予一個月之作業期間。顯見被告亦不認為系爭產品流通於市面，會對消費者產生立即性危害，故本件並無情況急迫，為維護公益而無法給予陳述意見機會之情事。

## （2）本件不構成行政罰法第 42 條第 6 款之例外事由

行政罰裁處所根據之事實，客觀上明白足以確認者，得免予陳述意見，應係指所根據之事實，一望即知，客觀上明白足以確認者而言<sup>9</sup>；且事實客觀明確，不僅指行政機關調查事實之明確，尚包括事實涵攝法律適用之明確，此從行政程序法第 105 條之陳述包括事實上陳述及法律上陳述可知<sup>10</sup>，鈞院亦於另案中揭明此旨<sup>11</sup>。

本件原告於 102 年 6 月 17 日回覆被告函中，說明黑褐色微小粒子安全性無虞<sup>12</sup>，因而系爭產品之黑褐色微小粒子實無違反食品安全衛生，被告僅憑奶粉中具黑褐色微小粒子逕行推定系爭產品違反食品安全衛生，可認裁罰根據之事實尚未達到一望即知，客觀上明白足以確認之程度。且系爭產品究應適用乳品類衛生標準及嬰兒食品類衛生標準，抑或一般食品衛生標準尚有重大爭議，原告亦於回覆內容時有所爭執，故於事實涵攝法律適用亦未達到明確程度。為保護處分相對人權益，被告仍應回歸原則規定，給予原告陳述意見之機會。

## 3.原處分未給予陳述意見之瑕疵，並未於事後補正

### （1）陳述意見欠缺之程序瑕疵，需事後另給予陳述意見機會始得補正

作成行政罰前未通知當事人陳述意見且無例外，處分行為即有瑕疵，此一程序瑕疵，得依行政程序法第 114 條第 1 項第 3 款補正<sup>13</sup>。或有謂依行政程序法第 114 第 2 項，踐行訴願程序後，原行政處分之程序瑕疵即行補正。然而，補正並非為使行政機關得以規避正當行政程序之途徑，因而於解釋補正時，應合乎正當法律程序，故該條項僅

<sup>8</sup>參賽題附件三。

<sup>9</sup>高雄高等行政法院 97 年度簡字第 207 號判決；蕭文生，陳述意見之機會，月旦法學教室，第 46 期，頁 23，2006 年 8 月。

<sup>10</sup>高雄高等行政法院 91 年度訴字第 289 號判決；蕭文生，參前註 9，頁 23；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，頁 195，新學林，2013 年 11 月，四版。

<sup>11</sup>臺北高等行政法院判決 91 年度簡字第 98 號；臺北高等行政法院判決 94 年度簡字第 00237 號。

<sup>12</sup>參賽題附件三。

<sup>13</sup>行政程序法第 114 條第 1 項第 3 款：「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者」；吳庚，行政法之理論與實用，頁 596，三民，2012 年 9 月，十二版；詹鎮榮，行政程序瑕疵之補正，法學講座，第 11 卷，頁 40，2002 年 11 月；洪家殷，行政處分：第七講—行政處分之撤銷及廢止、補正及轉換、附款，月旦法學教室，第 49 期，頁 38-39，2006 年 11 月。

係補正時機，無以訴願程序取代作成行政處分之行政程序之用意<sup>14</sup>，作此解釋實已架空陳述意見之意旨，故所謂補正者，應指被告事後另給予當事人陳述意見之機會而言。

## (2) 被告未給予原告陳述意見之機會，並未於事後補正，原處分有瑕疵

本件被告未於作成原處分前，給予原告陳述意見之機會，且從作成處分之時至原告提起訴願，近一個月之期間，被告並無不得進行補正之情事，竟仍未予原告補行陳述之機會，且依訴願法第 58 條第 2 項<sup>15</sup>，原告提起訴願時，被告應先行重新審查原處分是否合法妥當，於此時亦得給予原告補行陳述意見機會，然被告直至訴願終結前，皆未踐行任何補正行為<sup>16</sup>，有違行政程序法上當事人陳述意見權之程序保障，原處分並無踐行陳述意見之程序且瑕疵未獲補正，實屬不當<sup>17</sup>，原處分應予撤銷。

## (二) 原處分承繼被告所為限期改善處分之瑕疵

### 1. 原處分有違法性承繼理論適用，承繼限期改善處分之瑕疵

#### (1) 依違法性承繼理論，後行處分將承繼先行處分之違法性

「違法性承繼理論」其意涵為在特殊情形下，先行處分之違法性為後行處分所承繼，在後行處分之撤銷訴訟，得主張先行處分之違法性，法院亦得加以判斷。通常認當先行處分與後行處分屬於一連貫性手續，且均以發生一定的法律效果為其目的，而先行處分僅屬後行處分之準備行為，此時例外地承認有「違法性之承繼」<sup>18</sup>。

#### (2) 限期改善為行政處分，且與原處分為一連貫性手續，有違法性承繼理論適用

本件被告於 102 年 6 月 13 日所為之「限期改善」，係由被告就食品衛生管理案件，針對原告課予完成一定改善行為之義務之命令，直接影響原告權利義務關係，已發生法律效果，故依行政程序法第 92 條第 1 項為行政處分。

依據修正後食品衛生管理法第 48 條及第 52 條第 1 項第 2 款，裁處罰鍰及回收銷毀前，須先命限期改善，可知限期改善處分與後續之罰鍰、回收銷毀處分間，屬一連貫性手續，後行處分依據前行處分而來，故限期改善與原處分間有違法性承繼理論適

<sup>14</sup> 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，參前註 10，頁 302。

<sup>15</sup> 訴願法第 58 條第 2 項：「原行政處分機關對於前項訴願應先行重新審查原處分是否合法妥當，其認訴願為有理由者，得自行撤銷或變更原行政處分，並陳報訴願管轄機關。」

<sup>16</sup> 行政程序法第 114 條第 2 項：「前項第二款至第五款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之。」

<sup>17</sup> 最高行政法院 94 年度判字第 00710 號判決；高雄高等行政法院九十二年度訴字第 410 號判決；高雄高等行政法院 90 年訴字 1575 號判決。

<sup>18</sup> 林錫堯，行政法要義，頁 186-187，元照，2006 年 9 月；參 103 年度 3 月 12 日高等行政法院法律座談會提案及大會研討結果；最高行政法院判決 98 年度判字第 509 號：「上訴人內政部未為合法監督，疏予查察，逕予核定通過，該變更都市計畫之核定處分，既有違法，依違法性承繼之法理，其後續據以核准徵收系爭土地之處分，亦屬違法。」

用。

## 2.本件限期改善處分有行政調查之程序瑕疵

### (1)被告以平行輸入之樣本為調查之依據，命原告限期改善，已濫用自由心證，構成判斷瑕疵

行政機關對於證據證明力，依自由心證判斷之；然自由心證，非證據之取捨漫無標準，依行政程序法第 43 條，行政處分之作成，需達高度或然性，經合理思維而無其他設想可能性<sup>19</sup>，故行政機關須以依法調查所得並獲有心證之事實關係為基礎，考量所有相關觀點，所作成之行政判斷不得違背論理法則及經驗法則<sup>20</sup>。

本件被告以平行輸入產品之沖泡結果作為認定事實之依據，命原告限期改善，然平行輸入之產品究非原告所經手進口，恐因平行輸入業者於運送過程、貯存環境、銷售地點等因素造成不同結果，被告逕調查平行輸入產品以認定原告違反法規範之事實，並未考量前述種種變因之其他設想可能性，顯非出於合理思維，該調查結果未達到高度之或然性。故而，被告未依論理法則及經驗法則判斷平行輸入產品之證明力，顯已濫用其自由心證之權力。

### (2) 被告證據調查不足，所作成之限期改善處分有瑕疵

行政機關若因證據調查不足，致認定事實有誤，所作成之決定即罹有瑕疵<sup>21</sup>。本件被告於發現黑褐色微小粒子後，未進一步作更明確之檢驗，於黑褐色微小粒子之成分、對人體有無影響等資訊尚未明瞭時，即據此命原告限期改善，所作成之處分有瑕疵。

### (3)原告申請調查證據，被告不為調查且未敘明理由，違反行政程序法第 37 條

行政程序雖採用職權調查原則，但並不排除當事人對事實調查之協力。依行政程序法第 37 條，當事人於行政程序中，得向行政機關申請調查證據，行政機關認為無調查之必要者，得不為調查。惟需於作成行政處分時，將其不為調查之理由告知當事人<sup>22</sup>。若未敘明理由，即構成程序上瑕疵。

本件原告於 102 年 6 月 10 日隨函提供同批號產品供被告進行檢驗，屬當事人向行政機關申請調查證據，被告不為調查，亦未於限期改善處分中敘明不為調查之原因，逕以平行輸入通路所購得產品之檢驗結果認定事實。被告所為之限期改善處分，程序

<sup>19</sup>臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1969 號判決。

<sup>20</sup>吳庚，參前註 13，頁 553-554。洪家殷，行政調查與舉證責任，台灣法學雜誌，第 184 期，頁 84，2011 年 9 月。

<sup>21</sup>臺北高等行政法院判決 98 年度訴更一字第 153 號；臺北高等行政法院判決 100 年度訴字第 228 號；陳敏，行政法總論，頁 802，新學林，2013 年 9 月，八版。

<sup>22</sup>陳敏，參前註 21，頁 800。

上顯有瑕疵，違反行政程序法第 37 條。

### 3. 被告作成限期改善處分前，未給予原告陳述意見機會，為有瑕疵之處分

#### (1) 被告未使原告得以充分防禦，限期改善處分有欠缺陳述意見之瑕疵

作成不利益之處分前，為使處分相對人可確實知悉如何陳述意見，行政機關有義務通知當事人，與決定有關之「顯著性事實」及「法規依據」，唯有當事人能針對「事實意見」及「法律意見」自由決定是否表達，方符合正當法律程序原則的保障<sup>23</sup>。行政程序法第 104 條第 1 項第 2 款<sup>24</sup>亦明文，行政機關通知處分相對人陳述意見時，應記載原因事實及法規依據。

被告函請原告陳述意見中，僅通知原告系爭產品含鐵線異物，涉嫌違反修正前食品衛生管理法第 11 條，將受相關裁罰，請原告就「鐵線異物」乙事為陳述，故原告自針對此一事由，提出陳述以及事證<sup>25</sup>，詎料被告嗣後竟以系爭產品含有「黑褐色微小粒子」認原告違反修正前食品衛生管理法第 10 條，作成限期改善處分<sup>26</sup>；從而可見此處分中之顯著性事實及法規依據與陳述意見函中所載分屬兩事，被告未確實通知，以致原告未能針對「黑褐色微小粒子」是否違反該法規行使充分防禦，非為一有效之陳述意見，被告作成之限期改善處分，違反行政程序法第 104 條第 1 項第 2 款之要求至為灼然，該陳述意見之程序難謂已為踐行。

#### (2) 退步言之，縱認先前陳述意見可能為行政程序法第 39 條之陳述意見，仍不符合第 102 條除書規定

依行政程序法第 102 條除書，若處分相對人已依同法第 39 條於調查事實過程中，曾表示意見者，即無需再給予陳述意見之機會，然鑒於「陳述意見」對相對人權保障之效用甚大，不得以曾在調查事實期間表示過「非關緊要」之意見，即不予當事人陳述意見之機會，故行政程序法第 102 條除書應限縮解釋為處分相對人於調查事實中，曾就「本案重要事實」陳述意見，始得免予陳述意見之機會<sup>27</sup>。

於調查過程中，被告雖曾依行政程序法第 39 條給予原告就「鐵線異物」表示意見

<sup>23</sup>臺灣桃園地方法院 101 年度簡字第 20 號判決。

<sup>24</sup>行政程序法第 104 條第 1 項第 2 款：「行政機關依第一百零二條給予相對人陳述意見之機會時，應以書面記載下列事項通知相對人，必要時並公告之：二、將為限制或剝奪自由或權利行政處分之原因事實及法規依據。三、得依第一百零五條提出陳述書之意旨。」

<sup>25</sup>參賽題三。

<sup>26</sup>參賽題附件二。

<sup>27</sup>湯德宗，行政程序法，收錄於翁岳生編，行政法（下），頁 41-42，元照，2006 年 10 月，三版。類似見解，黃錦堂，行政程序法理念與重要釋義問題之研究，收錄於翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編，當代公法新論（中冊），頁 410-411，2002 年 7 月。法務部 90 年 5 月 1 日法 90 律字第 013618 號函。

之機會，然被告於 102 年 6 月 13 日所為限期改善之處分，係針對系爭產品內含有黑褐色微小粒子一事所為之裁處，而未論及「鐵線異物」，可見「黑褐色微小粒子」始屬與本件相關之重要事實，顯見原告先前所陳述之意見對處分決定非關緊要，不符合行政程序法第 102 條除書之例外規定。又被告事後亦未使原告補行陳述，限期改善處分有欠缺陳述意見之瑕疵。

#### 4. 本件限期改善處分內容無實現之期待可能性，有所違誤

##### (1) 行政處分內容所要求之事項必須有實現之期待可能性

凡處分相對人因行政處分而負有公法上義務者，均以有實現之「期待可能性」為前提，此乃行政法上一般法律原則，為人民對公眾事物負擔義務之界限。是行政處分課予人民義務者，依客觀情勢並參酌義務人之特殊處境<sup>28</sup>，在事實上或法律上無法期待人民遵守時，上開行政法上義務即應受到限制或歸於消滅，否則不啻強令人民於無法期待其遵守義務之情況下，為違背義務之行為，進而背負行政上之處罰或不利益<sup>29</sup>。倘若行政處分未遵守期待可能性原則，即違反行政程序法第 4 條。

##### (2) 被告命原告限期改善之處分，對原告顯屬不具實現之期待可能性

本件命原告限期改善處分，內容為「於七日內變更同批號之系爭產品製程及/或配方」，然而該處分衡諸一般經驗法則，屆期顯難有實現改善之可能，理由如下：

A. 原告僅為進口商，業務範圍並不及於產品之製造及研發，本身亦無相關技術及工廠，命原告變更系爭產品之製程/配方，對原告顯屬不能實現。

B. 同批號之系爭產品為已經製成之產品，此為無法改變之事實狀態，如何能再藉由變更其製程及/或配方，以改善含有黑褐色微小粒子一事。

C. 況被告該函中令原告需於七日內將同批號之系爭產品全數改善，惟其皆已流通於市面上，佈及全市場，涵蓋範圍甚廣，數量龐大，非僅七日即可改善完成；被告所定期限過於短暫，致原告客觀上根本就無履行改善義務之可能性，故被告所為之限期改善處分對原告並不具有實現之期待可能性。前開限期改善處分未考量原告之情形，作出無法實現之內容，為有瑕疵之處分。

##### (三) 小結：本件原處分作成瑕疵重大，應予撤銷

<sup>28</sup>所謂事實不能，並不限於行政處分內容對任何人均屬不能實現者；主觀之事實不能，即係指客觀上可能之給付，行政處分相對人因其個人之經濟能力或其他不可歸責之原因，而不能履行，參陳敏，參前註 21，頁 415-416。

<sup>29</sup>許宗力，行政處分，收錄於翁岳生編，行政法（上），頁 526，元照，2006 年 10 月，三版；陳敏，參前註 21，頁 395-396；吳庚，參前註 13，頁 62；最高行政法院 102 年度判字第 611 號判決；臺北高等行政法院 101 年度簡字第 192 號判決；臺北高等行政法院 101 年度訴字第 339 號判決，同此意旨。



綜上所述，原處分並無得以免除陳述意見之例外情形存在，故被告為原處分前，應給予、而未予原告陳述意見之機會，且事後亦未補正，嚴重剝奪原告法律明文保障之程序權。再者，限期改善處分從調查證據、陳述意見、改善內容等，在在藐視行政程序法上相關規定，恣意剝奪憲法保障人民之基本權，且事後竟皆未補正，其瑕疵為本件原處分所繼受，原處分違法程度至為重大，應予撤銷。

## 二、嬰兒奶粉應適用乳品類衛生標準及嬰兒食品類衛生標準，不適用一般食品衛生標準，縱適用一般食品衛生標準，異物之判斷亦不應採零容許值

### (一)一般食品衛生標準並非衛生標準之普通規定，嬰兒奶粉僅適用乳品類衛生標準及嬰兒食品類衛生標準

依食品衛生管理法第 10 條規定，販賣之食品應符合衛生安全及品質之標準；其標準，由中央主管機關定之。查主管機關最早針對一般食品類所應符合之標準發布於 76 年 5 月 19 日，而針對乳品類及嬰兒食品類所制定之衛生標準最早係經公告分別於 76 年 2 月 21 日及 65 年 2 月 20 日。根據上述規範產生時間，主管機關先就乳品類及嬰兒食品類有所規範，而後方制定一般食品類之衛生標準，有意針對不同類別之產品各別規範其所應遵循之標準，兩者間適用涇渭分明。

次查同法授權之藻類食品衛生標準第 3 條規定，「藻類食品之微生物限量要求，依不同之型態(如生鮮或加工等)，適用『一般食品衛生標準』、『生食用食品類衛生標準』或『生熟食混合即食食品類衛生標準』。」可知食品根據不同之型態、種類各自有其應適用之標準，並無特別規定與普通規定之關係。

再查前衛生署衛署食字第 85065936 號函，「各類食品衛生標準之重金屬限量，乃分別針對食品衛生管理之需要而訂定，且如經檢驗發現有不符規定者，即以違反衛生標準而依法沒入銷毀；至於未訂衛生標準之產品，若經監視調查發現少數特定來源食品有重金屬偏高之異常現象時，則須立即協調環保及農政等有關機關追查原因，以清除污染源。」針對重金屬限量未訂立衛生標準之產品，其並未直接參照一般食品類衛生標準中食品不得受「汙染」之規定<sup>30</sup>，作出沒入銷毀處分，反係採取其他措施以清除汙染源。可見由於各類食品中所使用之原料及製程並非一致，其相關成分之限制與規範因應產品類型而有異，故相關限制不能一概而論，是以個別產品衛生標準未予規定部分，則應依個別情形檢視判斷，不應逕回歸一般食品衛生標準，認定其違法，可見

<sup>30</sup>一般食品類衛生標準規定一般食品應具原有之良好風味及色澤。不得有腐敗、不良變色、異臭、異味、污染、發霉或含有異物、寄生蟲。

一般食品衛生標準並非各類食品衛生標準之普通規定。

故而，乳品類衛生標準第 2 條規定，「乳品類應符合下列標準：...」及嬰兒食品類衛生標準第 2 條規定，「本標準所稱之奶粉，係指嬰兒配方奶粉...」，嬰兒配方奶粉之食品衛生、安全，即僅適用上開兩標準，主管機關不得再依一般食品衛生標準為裁罰依據。

## (二)縱認嬰兒奶粉適用一般食品衛生標準關於異物之規範，亦非採零容許值。

按衛生福利部食品藥物管理署(下稱食藥署)102 年 1 月 30 日 FDA 食字第 1028000866 號函：「主旨：有關『○○配方』...產品，是否符合食品衛生管理法...。說明：.....三、奶粉中黑褐色微粒倘小於 2.0 毫米，並符合 CNS 乳粉（焦粒）標準規定，且未檢出任何危害成分，尚可視為無食品安全之疑慮。四、旨揭產品微粒之檢驗分析結果，主要組成元素係含碳、氧、鐵、鈣、磷、銅、錳、鉀等營養素成分；尺寸小於 2.0 毫米...經綜合核判，該等微粒非屬異物，且符合上述條件，尚可判定屬無違反食品衛生管理法相關規定。」

據上述食藥署之函釋，一般食品衛生標準第 3 條雖規範食品中不得含有「異物」，然其是否採取零容許值，應綜合判斷。意即，於食品中發現非屬食品原料成分之物質時，應先行確認該等物質為何，其來源或產生之成因，及是否足以影響食品衛生安全等綜合核判，非指一有非屬食品原料成分之物質即符合「異物」的規定，顯見該標準對於異物之規範非採零容許值，此亦與國際潮流如歐盟<sup>31</sup>、日本<sup>32</sup>、韓國<sup>33</sup>等規範相符，被告依一般食品衛生標準認定奶粉採異物零容許值，有所違誤。

三、系爭產品中含有黑褐色微小粒子乙事並無違反一般食品衛生標準，且無故意、亦不具過失

### (一)系爭產品所含黑褐色微小粒子非一般食品衛生標準中第 3 條所欲禁止之異物

本件系爭產品中之黑褐色微小粒子來源係基於乳粉製程中因高溫霧化自然產生之焦粒物質，主要成分為鐵，對人體健康無害，此有紐西蘭實驗室之檢驗報告可資參照<sup>34</sup>；且該物質僅 0.2 公釐，顯小於前述食藥署以顆粒大小 2 公釐為是否屬於異物的判準，應非屬一般食品衛生標準中第 3 條所欲禁止之異物，並無違反相關法規。

### (二)原告對於系爭產品含有黑褐色微小粒子一事，主觀上既無故意，亦無過失

<sup>31</sup> 參賽題附件三之附件一。

<sup>32</sup> 參原證一。

<sup>33</sup> 參原證二。

<sup>34</sup> 參賽題附件三中之附件二。

系爭產品客觀上非一般食品衛生標準所欲禁止之異物，已如前述。縱認系爭產品確係一般食品衛生標準之「異物」，原告主觀上亦無任何可非難之心態，不具有故意或過失，茲詳陳如下：

### 1. 行政罰之成立以行為人有故意或過失為要件

按司法院大法官釋字第 275 號解釋，人民因違反法律上義務而應受之行政罰，係屬對人民之制裁，原則上行為人應有可歸責之原因，故於法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。行政罰法第 7 條第 1 項：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」亦明定故意過失之責任條件。此乃考量如行為人不知其行為違反義務，徒因事實上有違反義務之舉動，即予以處罰，無論對行為人或第三人，皆不能產生維持行政秩序之儆戒作用。因此違反行政法義務之行為須具備一定可非難心態，主觀上有故意或過失，始予處罰<sup>35</sup>。且故意或過失之認定，行政罰法並無定義規定，應可參酌刑法之規定及法理<sup>36</sup>。

### 2. 行為人有無故意或過失，應由被告舉證

為提昇人權之保障，國家對於行為人違反行政法上義務欲加以處罰時，應由行政機關就行為人之故意、過失負舉證責任，而不採司法院大法官釋字第 275 號「推定 1 過失責任」之立法，此觀行政罰法第 7 條立法理由可知：「現代民主法治國家對於行為人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，方為保障人權之進步立法」<sup>37</sup>，我國實務亦肯認之<sup>38</sup>。故被告如認原告就系爭產品內含有磁性黑褐色微小粒子一事有故意或過失，應由被告就此主張為舉證，而非令原告自負無故意或無過失舉證之責。

### 3. 本件原告就進口之系爭產品含有黑褐色微小粒子一事，主觀上無故意

行為人對於違反秩序行為之構成要件事實，明知並有意使其發生係為故意<sup>39</sup>。原處分裁處原告，所根據之構成要件事實為原告進口含有黑褐色微小粒子之產品，然而於本件中，原告對於進口之系爭產品含有黑褐色微小粒子未有認識，遑論有意使系爭產品含有黑褐色微小粒子。故本件系爭產品含有黑褐色微小粒子一事，並未有認知及意

<sup>35</sup> 陳敏，參前註 21，頁 753-755。

<sup>36</sup> 陳敏，參前註 21，頁 755-756。

<sup>37</sup> 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3708 號判決。蕭文生，參前註 9，頁 23。蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，參前註 10，頁 195。

<sup>38</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 112 號判決；最高行政法院 98 年度判字第 1374 號判決。

<sup>39</sup> 陳敏，參前註 21，頁 755-756。

欲，不具備故意。

#### 4.本件原告就進口之系爭產品含有黑褐色微小粒子一事，主觀上無過失

所謂過失責任，係指違反行政法上義務之行為主體，對於違反義務結果之發生，主觀上有預見可能性，且客觀上具防止可能性而言<sup>40</sup>。

本件原告進口之所有嬰兒配方奶粉產品，均未於他國驗出黑褐色微小粒子，原告對於產品品質自有相當之信賴，故而不具預見可能性。又原告為產品之進口商，業務係自紐西蘭進口嬰兒配方奶粉至臺灣，就製造過程中產生之黑褐色微小粒子本非其所能防止或避免者；況進口商對於產品內容所含物質之檢驗技術，勢必未為專精，該黑褐色微小粒子又極其微小，且並非所有系爭產品皆含有<sup>41</sup>，欲期待原告透過檢驗程序而防止或排除進口系爭產品含有黑褐色微小粒子一事，顯強人所難。故而，無論要求原告於生產過程中避免產生異物，或於進口時經檢驗程序排除系爭產品，均非客觀上有防止可能性。倘被告就此不可由原告避免之事由對原告予以裁罰，無異採取無過失責任，於法顯有未合。

#### 四、原處分依修正後之食品衛生管理法處原告 30 萬元罰鍰，有違從新從輕原則、行政自我拘束原則

（一）原處分未適用修正前之食品衛生管理法裁罰，有違行政罰法第 5 條但書規定  
按行政罰法第 5 條規定，行為後法律有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律。但裁處前之法律有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。本件裁罰依據之食品衛生管理法於 102 年 6 月 19 日修正公布施行，依中央法規標準法第 13 條，102 年 6 月 21 日起生效。惟按修正後之食品衛生管理法（下稱新法）第 48 條規定，違反一般食品標準之罰鍰額度為 3 萬至 300 萬，顯較修正前之食品衛生管理法（下稱舊法）第 33 條規定 3 萬至 15 萬為重，而不利於受處罰者。故縱原處分認定原告違反一般食品衛生標準需受裁罰，亦因原告之行為時點係在法律變更前，而應以行為時之法律裁處之，茲詳陳如下：

#### 1.原告之行為在進口完成時已終了，其後法律有變更，依從輕原則應適用有利於原告之舊法

本件原告為進口商，僅可能係「進口違規產品」此一行為違反食品衛生法規，行

<sup>40</sup>臺北高等行政法院 101 年度簡字第 192 號判決；臺北高等行政法院 101 年度訴字第 613 號判決；臺北高等行政法院 101 年度訴字第 339 號判決。

<sup>41</sup>參賽題三：紐西蘭工廠出具之檢驗報告顯示出，於系爭產品內「未發現有鐵線或其他異物」。

為時點自以進口系爭產品結束之時認定。原告進口系爭產品之時點應為消費者於 102 年 5 月發現鐵線而提出檢舉之前，亦即原告進口行為早於 102 年 5 月之前即已結束，自無適用新法之餘地。

## 2.縱認原處分係處罰原告屆期不改善之不作為，該違反義務時點亦在法律變更前已終了，仍應適用舊法

退步言之，縱認原告行為係限期不改善，然不作為之行為時點以「應作為而不作為」認定，本件既限期函到後 7 日內改善，因此原告負有改善義務之時點為 102 年 6 月 13 日限期改善函到後 7 日內，「屆期」不改善自係指改善期間最末日，亦即 102 年 6 月 20 日<sup>42</sup>，原告於此期間負作為義務，應改善而不改善，行為終了時點為仍為法律變更前之 6 月 20 日，依行政罰法第 5 條但書之規定，應適用較有利於原告之舊法，其裁罰額度不得逾 15 萬元。

### (二) 原處分裁處 30 萬元罰鍰，有違行政自我拘束原則

#### 1.行政機關適用間接對外效力之行政規則時，應符合行政自我拘束原則

行政規則乃以行政體系內部事項為規範內容，及以本機關、下級機關及所屬公務員為規範對象，原則上只發生對內之效力<sup>43</sup>。然依實務及學者通說，均認行政規則可經由「行政實務」及「平等原則」產生間接法效性或實質對外效力。行政規則經由經常之適用，建立行政慣例，依平等原則，產生「行政自我拘束」，如無合理之理由，不得對相同之事件，為不同於該行政實務之處理<sup>44</sup>

#### 2.原處分未遵行初次為違法應裁處最低額之行政慣例，有違行政自我拘束原則

##### (1) 初次違法應裁處最低額已成行政慣例

按「臺北市衛生局處理違反各項醫療衛生法規案件統一裁罰基準」中第 2 點規定：「違反...食品衛生管理法...之統一裁罰基準如以下各種裁罰基準：(八)處理違反食品衛生管理法統一裁罰基準表。(下稱裁罰基準表<sup>45</sup>)」此乃台北市衛生局為協

<sup>42</sup> 參賽題附件二。

<sup>43</sup> 行政程序法第 159 條第 1 項：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

<sup>44</sup> 最高行政法院 102 年度判字第 428 號陳明：「行政機關依其行政規則，經由長期之慣行，透過上開平等原則之作用，產生外部效力，對行政機關產生拘束作用（學說上稱「行政自我拘束原則」），行政行為如違反該行政規則，亦屬違法」；同此意旨尚有最高行政法院 95 年度判字第 1834 號判決；最高行政法院 96 年度判字第 1614 號判決；最高行政法院 96 年度判字第 1617 號判決；最高行政法院 98 年度判字第 472 號判決；陳敏，參前註 21，頁 556；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，參前註 10，頁 403-404；吳志光，行政法，頁 238，新學林，2010 年 9 月，四版。

<sup>45</sup> 參原證二。

助屬官行使裁量權而頒訂之裁量基準，屬行政程序法第 159 條之裁量性行政規則。據上開裁罰基準表，初次違反食品衛生管理法之事件時，均處罰法定最低額罰鍰，此不論違反食品衛生管理法第 10 條或違反食品衛生管理法其他規定之案件均有此規範，且本件相關裁罰基準於實務上經由反覆適用，已形成行政慣例<sup>46</sup>。

### (2) 原裁罰基準表的拘束力不受新法修正的影響

依裁罰基準表第 1 項，違反修正前食品衛生管理法第 10 條及第 33 條，第一次處以罰鍰最低額 3 萬元，雖該基準係針對舊法所作，然於原處分作成時，該基準表既然未被廢止變更，其仍屬有效下達之行政規則。再者，新舊法間僅為條號之變更以及罰鍰上限額度之不同，其餘構成要件事實皆相同，可認兩者係屬相同事件，亦即裁罰基準表與新法目的並不衝突，因此仍得拘束公務員就新法所為裁量權之行使，而有行政自我拘束原則之適用。準此，縱使被告須依新法作成裁處，依行政程序法第 6 條所揭示之平等原則，仍有負有遵循該裁量基準表之義務，對初次違規之原告應處以最低額度罰鍰，始符合行政自我拘束原則<sup>47</sup>。

### (3) 小結：

綜上，原處分就原告初次違反食品衛生管理法，即處以為數不少之 30 萬元，違反裁罰基準表對於初次違法應裁處最低額之行政慣例，且原處分就為何裁處此等數額並未說明理由，有違行政自我拘束原則，原處分違法應予撤銷。

## 五、原處分命原告回收系爭產品達消費者層面及銷毀有瑕疵，並非適法

### (一)原處分書之記載不符合行政程序法第 96 條，原處分不適法

本件原處分依行政程序法第 96 條之規定，應於書面處分中記載主旨、事實、理由及其法令依據<sup>48</sup>等事項。此等記載之主要目的，乃為使人民得以瞭解行政機關作成行政處分之法規根據、事實認定及裁量之斟酌等因素，以資判斷行政處分是否合法妥當，及對其提起行政救濟可以獲得救濟之機會<sup>49</sup>。

<sup>46</sup>臺北高等行政法院 102 年度簡上字第 115 號判決；臺北高等行政法院 99 年度簡字第 911 號判決；臺北高等行政法院簡易 93 年度簡字第 759 號判決。

<sup>47</sup>學說上普遍認為行政規則與行政自我拘束原則結合，將產生附屬的對外效力，故不依循行政規則做成之處分，即屬牴觸行政自我拘束原則而為違法，參陳春生，行政法之學理與體系（二），頁 158，元照，2007 年 3 月，初版；吳庚，參前註 13，頁 287-288。

<sup>48</sup>行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：二、主旨、事實、理由及其法令依據。」

<sup>49</sup>最高行政法院 103 年度判字第 437 號判決。

本件原處分之裁處書<sup>50</sup>，其主旨僅記載系爭產品應立即下架並於一個月內完成回收，其內容隻字未提及要求原告回收系爭產品之深度應「達消費者層面」以及需「銷毀」系爭回收產品，僅於無法律效力之新聞稿中要求原告回收系爭產品深度達消費者層面並銷毀<sup>51</sup>。又該裁處書中，關於原處分法令依據之記載，亦未見「食品及相關產品回收銷毀處理辦法」相關條文記載；顯見該函之主旨以及法律依據皆有記載不備之違法<sup>52</sup>，違反行政程序法第 96 條，實屬有瑕疵之行政處分，應予撤銷。

## (二) 原處分命原告「銷毀」系爭產品非較小之侵害手段，而不符合比例原則

### 1. 回收、銷毀基於合憲性解釋，為相互獨立手段

本件原處分認為原告違反食品衛生管理法第 17 條之規定，並屆期不改正，而須依食品衛生管理法第 52 條第 2 項，命原告予以「回收、銷毀」。

又法規解釋，有多種解釋可能時，應採符合憲法之解釋方式<sup>53</sup>。食品衛生管理法第 52 條第 2 項命廠商回收、銷毀，目的既在避免不符食品衛生規範之產品流通於市面，此時若有違反情形較輕者，不須命處分相對人就不符規範之產品「銷毀」，命「回收」產品並不得再為販售便足以達成目的。亦即應認為前開回收、銷毀本係二事，此等解釋方法更能解決問題，並保障業者之財產權及營業自由。故法條於此以頓號並列，基於合憲性解釋，應認兩者係屬個別獨立之手段，非必一同為之。

### 2. 原處分命原告「銷毀」系爭產品有違比例原則

行政程序法第 7 條中規定行政行為應符合比例原則，因此如有可達相同目的之較小侵害手段，應選擇以該手段為之。原處分命原告銷毀之依據有其多種解釋空間已如前述，考量本件情形，命「回收」處分即可達到避免不符食品衛生管理法品質之產品流通於市面的目的，況系爭產品僅是不符中華民國之一般食品衛生標準，其並無危害人體之危險，因此回收系爭產品後，原告仍可本於其所有人之地位，將其運至他國合法販賣，然原處分逕命原告「銷毀」系爭產品，侵害原告財產甚鉅，已非達成其目的之多數手段中最小侵害手段，故原處分命原告銷毀系爭產品，實有違比例原則而不適法。

## (三) 原處分命原告「回收」系爭產品達消費者層面，有裁量怠惰及違反比例原則

### 1. 原處分命原告回收系爭產品達消費者層面有裁量怠惰之裁量瑕疵

<sup>50</sup> 參賽題附件四。

<sup>51</sup> 參賽題附件五。

<sup>52</sup> 臺北高等行政法院 93 年度訴更一字第 00021 號判決。

<sup>53</sup> 司法院大法官釋字第 693 號解釋理由書；最高行政法院 103 年度判字第 407 號判決。

裁量怠惰係指行政機關依法有裁量之權限，但因故意或過失而消極的不行使裁量權之謂<sup>54</sup>。原處分依據食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 9 條之規定<sup>55</sup>，對於產品回收之層面定有三個層級，由淺至深為分別為回收至批發商層面、零售商層面及消費者層面，由於法條並無規定何種情況便應採取何種之回收層面，因而被告就此有行政裁量之餘地。

然系爭產品所含之黑褐色微小粒子對人體並無危害之虞<sup>56</sup>，僅是可能不符合衛生標準品質之產品，原處分對於應考量之因素未予考量，消極不行使裁量權限，逕要求回收達消費者層面，有裁量怠惰之裁量瑕疵。

## 2.原處分命原告回收系爭產品達消費者層面不符比例原則

行政行為做成需符合比例原則已如前開所言，本件原處分命原告回收系爭產品有不符合比例原則之情形，茲分述如下：

### (1)原處分不符必要性

依照食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 10 條第 2 款規定<sup>57</sup>之反面解釋可知，條文既將回收達消費者層面的情形列為應發布新聞稿的要件之一，顯見並非每次回收之處分，深度皆須達消費者層面。又原處分命原告回收處分之目的本係避免系爭產品流通於市面，因此應僅需回收該批號之寶寶樂產品達批發商之程度，甚或是零售商之程度，使該項產品無被民眾購得之可能即可。況原處分僅認系爭產品含有黑褐色微小粒子，是否確實對人體產生危害尚無法判斷，原告又提出無害於人體健康之依據已如前述，因此原處分應僅須將市場通路上的產品回收已足，而無直接將回收層度深達至消費者層面之必要。故被告命原告回收程度達消費者層面，已非達成其目的之眾多手段中對於原告侵害最小之手段，不符合必要性。

### (2)原處分不符衡平性

縱認回收達消費者層面係一最小侵害手段，然此手段僅產生使少部分已購得系爭產品之消費者獲得可退換貨之利益，卻造成廠商必須面對除系爭產品消費者外之其他批號消費者非理性地退換貨。此對廠商之財產權、名譽權侵害甚鉅，甚而導致公司經

<sup>54</sup>吳庚，參前註 13，頁 121。

<sup>55</sup>食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 9 條：「物品回收深度分為三個層面：一、消費者層面：回收深度達到個別消費者之層面。二、零售商層面：回收深度達到販售場所之層面。三、批發商層面：回收深度達到進口商、批發商等非直接售予消費者之層面。」

<sup>56</sup>參賽題附件二。

<sup>57</sup>食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 10 條第 2 款：「二、遇第二級及第三級回收之情況，並經直轄市、縣(市)主管機關評估，該物品確有危害民眾健康之虞，且回收深度達消費者。」



營困難，員工、股東權益受損之重大不利益。故利益與不利間，顯然有失均衡，不符合衡平性<sup>58</sup>。

### (3)小結

綜上所述，原處分命原告回收本件批號所有產品達消費者層面，其手段違反比例原則至為明顯，於法難謂無誤，應予撤銷。

**六、請求法院禁止被告就原告之「寶寶樂」其他批號產品為回收銷毀下架處分，及禁止被告以任何方式告知消費者停止購買原告之「寶寶樂」其他批號產品。**

(一)人民對於行政行為作成，符合一定要件，即可提起預防性不作為訴訟

#### 1.預防性不作為訴訟之容許性已為我國實務及學者肯認

我國雖原無明文之規定預防性不作為訴訟之訴訟類型，但從憲法第 16 條保障人民訴訟權之精神，及行政訴訟法第 2 條容認「公法上爭議除法律別有規定外，均得提起行政訴訟」之意旨，於 87 年修法增加行政爭訟之類型後，學說<sup>59</sup>及實務<sup>60</sup>見解均肯認以行政訴訟法第 8 條為預防性不作為訴訟依據。

#### 2.預防性不作為訴訟之提起應符合權利保護必要

按實務見解對於預防性不作為訴訟提起要件用語雖非一致，但觀其意旨皆以人民是否有權利保護必要為核心，內容包括：倘人民事前可預知行政機關將作成行政處分或其他公權力行為具有高度可能性（蓋然性）；因行政機關將作成之行政處分或其他公權力行為，而有發生重大損害之虞（重大損害性）；在事後救濟已無實益之情形（補充性）下，人民已無法期待循其他訴訟類型維護其權益，此時即認人民有權利保護必要<sup>61</sup>，可就行政處分或其他公權力行為預為提起預防性不作為訴訟<sup>62</sup>。

#### (二)應禁止被告再就「寶寶樂」其他批號產品作成回收銷毀處分

被告將來要求原告就其他批號產品回收及銷毀下架的行為，依行政程序法第 92 條第 1 項規定，乃一行政機關單方所為對外具體發生法律效果之公權力措施，係屬行政處分。

#### 2.被告有高度可能就其他批號產品作成全數回收及銷毀下架之處分

本件原告乃請求被告將來不得對其他批號之寶寶樂全數產品為回收銷毀之處分，

<sup>58</sup>江玉林，你吃得安心嗎？毒牛奶事件，月旦法學雜誌，第 173 期，頁 9，2009 年 10 月。

<sup>59</sup>吳庚，參前註 13，頁 665；陳敏，參前註 21，頁 1418 -1419；李建良，試論一般給付訴訟之適用範圍，律師雜誌 11 月號，第 254 期，頁 41-43。

<sup>60</sup>最高行政法院 98 年度判字 1515 號判決；最高行政法院 96 年度裁字第 2183 號判決。

<sup>61</sup>亦有學者稱為「特別權利保護必要」，參吳庚，參前註 13，頁 682。

<sup>62</sup>最高行政法院 103 年度判字第 329 號判決；最高行政法院 96 年度裁字第 2183 號判決。

蓋其與原處分命回收銷毀批號產品之成分相同，皆含黑褐色微小粒子<sup>63</sup>，且被告已發布新聞稿將安排相關人員稽查其他批號之產品<sup>64</sup>，因此理當預見行政機關將對寶寶樂其他批號產品，有作成回收銷毀處分之高度可能性。

### 3.被告倘就其他批號產品作成全數回收及銷毀下架之處分，將對原告產生重大損害

原告進口產品中之黑褐色微小粒子並無危害人體健康安全之虞已如前述，倘被告再次依其錯誤之心證，針對其他批號產品，作成命原告全面回收及銷毀之處分，原告不僅需耗費大量時間、人力以及成本將產品回收銷毀；另就非受處分之其他品項產品，亦須承受市場消費者因恐慌而造成之非理性退貨，侵害原告之財產權甚鉅。再若作成該處分，除侵害原告財產上權益，亦將使得社會大眾對原告之產品信心動搖，觀感不佳，積業十年，毀於旦夕，對原告之商譽產生重大損害。

### 4.被告若就其他批號產品作成全數回收及銷毀下架之處分，原告事後救濟已無實益

就回收銷毀處分而言，係一對人民違反行政法義務所作之裁罰處分，倘原告無違反相關法義務之規範，卻受被告處以裁罰處分，易使人民誤解原告有相關違法情事；對原告經營形象以及信賴感因此蕩然無存，其商譽將被嚴重污名化，此傷害一造成，將無法以任何物質彌補，故就此損害難以期待依現有事後救濟途徑獲得救濟。

或有認為，回收銷毀之行政處分做成後，仍有停止執行、訴願及行政訴訟等事後救濟方式，然而訴願及行政訴訟曠日廢時，待程序結束，行政處分已執行完畢，對人民之侵害已造成；另就停止執行程序而言，按我國行政救濟程序依行政訴訟法第 116 條及訴願法第 93 條以不停止執行為原則，僅於原處分之執行將發生難以回復的損害，且有急迫情事時，始得例外停止執行。惟依我國實務一貫見解，認為難以回復之損害，係指其損害為社會一般通念上不能以金錢估價賠償者而言，且適用上又過度擴張此見解，使眾多難以用金錢估價而有停止執行空間之處分輕易被認定為非難以回復之損害，架空此救濟機制<sup>65</sup>。然遲來的正義不是正義，司法實不應輕易關閉救濟的大門，若實務見解於停止執行之要件採嚴格解釋，非一夕可改，則於預防性不作為訴訟之要件判斷，即應迥異於實務上就停止執行要件見解之判斷，亦即在預防性不作為訴訟事後救濟已無實益之要件認定上，應作較為寬鬆之認定，此方不違憲法保障人民訴訟權之意旨。

## 4.小結

---

<sup>63</sup> 參賽題九。

<sup>64</sup> 參賽題附件六。

<sup>65</sup> 最高法院 102 年度裁字第 1910 號判決；最高法院 101 年度裁字第 257 號判決；最高法院 100 年度裁字第 1313 號判決等可資參照。

綜上，被告就原告之「寶寶樂」其他批號產品為全數回收及銷毀下架之處分具高度可能性，原告會因該處分受有重大損害，且無法以其他方式獲得滿足，事後救濟已無實益，故符合預防性不作為訴訟提起之要件。

### (三)應禁止被告以任何方式告知消費者停止購買「寶寶樂」其他批號產品

被告將來對其他批號之寶寶樂產品以發布新聞稿的方式呼籲停止購買之行為，乃行政機關基於職權為特定產品，以公開說明或其他發布方式提出警告，為學理上所稱的機關警告之行為<sup>66</sup>，屬一事實行為。

#### 1.被告有高度可能告知消費者應立即停止購買原告之「寶寶樂」其他批號產品

由於其他批號之產品與原處分發布新聞稿呼籲民眾立即停止購買之批號產品成分相同，皆含黑褐色微小粒子，且被告已聲明將會對其他批號產品進行稽查，因此原告應可預知行政機關將對寶寶樂其他批號產品，亦有作成相同機關警告行為之高度可能性。

#### 2.被告倘告知消費者應立即停止購買原告之「寶寶樂」其他批號產品，將對原告產生重大損害

原告進口產品中之黑褐色微小粒子並無危害人體健康安全之虞已如前述，倘被告再次依其錯誤之心證，針對其他批號產品，向民眾以各種機關警告之方式，告知消費者立即停止購買其產品，雖不具法律效力，但民眾接受警告而拒絕購買有關之商品時，實際效果無異於禁止該商品，有時尚進而發生蔓延波及之效果<sup>67</sup>，即其他品項產品，亦須受市場消費者因恐慌而造成之非理性退貨，相較於回收銷毀處分，侵害原告之財產權程度有過之而無不及。更乎，對大眾媒體發布新聞稿等方式，除侵害原告財產上權益，藉由媒體推波助瀾，該錯誤資訊，必將使得社會大眾對原告之產品信心產生劇烈動搖，公司長年經營之名譽將毀於一旦，對原告之商譽勢必產生極其重大之損害。

#### 3.被告告知消費者停止購買「寶寶樂」其他批號產品，原告事後救濟已無實益

本案原告之權利，在被告作成警告之行政行為時，隨即遭受侵害，一般人民看到相關負面資訊，對原告商譽之信賴將立即減損，損害發生之快，非事後任何救濟所得防免。再者，即使認為人民得主張結果除去請求權以資救濟，然結果除去請求權，係對於違法行政行為所造成之結果，請求予以除去，以回復未受侵害前狀態，故需結果

<sup>66</sup>陳敏，參前註 21，頁 625。

<sup>67</sup>陳敏，參前註 21，頁 626。

有除去回復至行政行為前狀態之可能，始有提起結果除去請求權之餘地<sup>68</sup>；惟本件商譽一旦受損，並非得以現實中之任何方式加以回復至侵害前狀態之情形，因此顯難期待以事後提起結果除去請求權獲得救濟可能。況訴訟程序曠日廢時、緩不濟急，本件若在行政機關為機關警告消費者立即停止購買系爭其他批號產品後始救濟之，訴訟程序中侵害仍然持續，待程序結束，原告之權利早已受損過甚。故縱上所言，原告於此所受重大損害事後救濟已無實益。

#### 4.小結

綜上，被告就原告之「寶寶樂」其他批號產品發布新聞稿或刊登網頁新聞等方式，告知消費者應立即停止購買原告系爭產品之行為，具高度可能性，原告會因該處分受有重大損害，且無法以其他方式獲得滿足，事後救濟已無實益。故符合預防性不作為訴訟提起之要件。

七、如我國法規對嬰兒奶粉採異物零容許值，違反 WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定（下稱 SPS 協定），法院應拒絕適用並撤銷原處分。

##### （一）WTO 協定在我國有法律效力，並與法律同位階

我國於 2002 年 1 月 1 日正式成為世界貿易組織（WTO）第 144 個會員，根據我國憲法<sup>69</sup>之精神，我國既簽署 WTO 協定，自負有遵守 WTO 協定之國家義務；且此國家義務拘束國內之行政、立法及司法部門。故行政與立法於制訂法規時，需考量 WTO 協定精神，而有裁量空間之界限；如制訂一與 WTO 協定牴觸的法規，應由司法機關之法院進行把關工作，而為不違反 WTO 協定精神之裁判。

WTO 協定在我國之效力，參照最高法院 72 年度台上字第 1412 號判決亦表示：

「條約在我國是否有國內法效力，法無明文，惟依憲法第 58 條第 2 項、第 63 條、第 57 條第 3 款規定，其審查程序與國內一般法律相同，應認為其具有國內法之同效力」以及司法院大法官釋字第 329 號解釋理由書<sup>70</sup>，可知經我國立法院審議通過之國際條約在我國具有國內法之效力，且與「法律」居於同一位階。

<sup>68</sup>最高行政法院 101 年判字第 983 號判決：「須該侵害之違法事實結果繼續存在，且有回復到未受侵害前之原狀之可能」；最高行政法院 100 年判字第 1305 號判決；最高行政法院 98 年判字第 334 號判決。

<sup>69</sup>憲法第 141 條：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

<sup>70</sup>司法院大法官釋字第 329 號解釋理由書（節錄）：「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。」

此外，我國於 WTO 入會文件之台、澎、金、馬個別關稅領域入會工作小組報告中亦寫明「國際條約經批准並公布生效後，其效力與國內法律相同。」益加證明 WTO 相關協定，在我國具國內法效力<sup>71</sup>。

## （二）我國對嬰兒奶粉採取異物零容許值之法規命令，與 WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定相牴觸

WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定（下稱 SPS 協定）為 WTO 相關協定其中之一，自有前開所述之國內法效力，又本件一般食品衛生標準為法規命令<sup>72</sup>，且為 SPS 措施，依憲法第 172 條及行政程序法第 158 條，不得與 SPS 協定相牴觸，茲詳陳如下：

### 1. 我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值，屬 SPS 協定適用範圍

按 WTO 技術性貿易障礙協定（下稱 TBT 協定）第 1.5 條<sup>73</sup>，符合 SPS 協定附件 A 之檢驗防疫措施，應優先適用 SPS 協定，毋須再適用 TBT 協定。依據 SPS 協定之附件 A，為保護會員境內人類生命或健康，以防範因食品污染物而導致的風險，而以法律、政令等形式制定之檢驗措施，為 SPS 措施。

我國對嬰兒奶粉之異物容許值採零容許之規範，係為管理食品衛生安全及品質、維護國民健康之目的<sup>74</sup>而設之法規命令，屬於附件 A 中之「政令」。且依國際食品標準委員會（簡稱 Codex）<sup>75</sup>對「污染物」之定義<sup>76</sup>，我國規範所指稱之「異物」係指因食品製造、加工、包裝、貯存等過程中之衛生管理不盡妥善，因而存在該食品中之外來物質<sup>77</sup>，故屬於附件 A 中之「污染物」。故我國對於嬰兒奶粉採異物零容許值之規定既為

<sup>71</sup> 台灣、澎湖、金門及馬祖個別關稅領域入會工作小組報告第 14 條，參原證三。

<sup>72</sup> 一般食品衛生標準為衛生福利部基於授權所發布，根據行政程序法第 150 條第 1 項「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」其係屬法規命令性質。

<sup>73</sup> TBT 協定第 1.5 條：「本協定之規定不適用於食品安全檢驗與動植物檢疫措施協定附件一所界定之檢驗與檢疫措施。」

<sup>74</sup> 食品衛生管理法第 1 條：「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法。」同法第 17 條：「販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準由中央主管機關定之。」

<sup>75</sup> SPS 協定附件 A 第 3 條 (a)：「就食品安全而言，係指由食品標準委員會 (Codex) 針對食品添加物、動物用藥品與農藥殘留物、污染物、分析與採樣方法及衛生實務法規與準則所建立的標準、準則與建議」，SPS 協定未定義何謂添加物，因此應根據 Codex 定義來判斷污染物之意義。

<sup>76</sup> Codex 建議污染物為非蓄意加入食物之中，而因食品之製造、加工、調配、包裝、運送、貯存等過程或環境污染而出現於食品之中的污染性物質。參 Codex GENERAL STANDARD FOR CONTAMINANTS AND TOXINS IN FOOD AND FEED, 1.2.2。

<sup>77</sup> 參原證四。

SPS 協定附件 A 之檢驗措施，須符合 SPS 協定之規定。

## 2.我國對異物採零容許值未經風險評估，違反 SPS 協定科學證據原則要求

### (1) SPS 措施需符合科學證據原則及風險評估

SPS 協定第 2.2 條後段之規定，會員應確保其 SPS 措施係基於科學原則，而此充分科學證據要求係平衡「國際貿易」與「保護人類、動植物之生命或健康」兩項利益之基本要素。又此之「科學」證據，必須透過科學方法蒐集而得，不充分之實體「資訊」，或未證實之「假設」，均非此處所稱之證據<sup>78</sup>。

SPS 協定第 2.2 條科學證據原則進一步具體規範於 SPS 協定第 5.1 條，所謂「風險評估」，係就可能實施之 SPS 措施，確認風險之存在，以及建立該風險可能實施具體化之科學過程。適用於與食品相關風險之評估，應檢視「確認」食品中，由於污染物之存在而對人體健康造成之「負面影響」以及評估負面影響發生的可能<sup>79</sup>。風險評估必須證明存有「實際」之風險，而非僅為理論上不確定之風險；是故，會員欲維持 SPS 措施，其必須提供科學研究，以評估特定標的以特定方式被利用時所引起之風險<sup>80</sup>。

### (2) SPS 措施應以國際標準為基礎，無國際標準時，仍應有風險評估始得自行訂定適當保護水準

SPS 協定第 3.1 條<sup>81</sup>規定，為盡量使 SPS 措施得以在廣泛基礎上加以調和，於有國際標準存在時，會員應使其 SPS 措施，以該等標準為基礎。就食品安全而言，此之國際標準是指 Codex 所建立之標準<sup>82</sup>。參照 SPS 協定第 2.2 條科學證據原則，倘若遇無國際標準之情況，仍須具有科學上之正當理由或允當之風險評估，會員始得設定適當保護水準<sup>83</sup>。

### (3) 本件 SPS 措施欠缺風險評估，違背科學證據原則要求

本件當中，Codex 委員會並未對異物容許值作出規範，此時無國際標準可遵循；

<sup>78</sup>林彩瑜，WTO 制度與實務：世界貿組織法律研究（三），頁 188，元照，2013 年 8 月。

<sup>79</sup>林彩瑜，參前註 78，頁 196。

<sup>80</sup>林彩瑜，參前註 78，頁 197。

<sup>81</sup>SPS 協定 3.1：「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。」

<sup>82</sup>SPS 協定附件 A 第 3 條：「國際標準、準則與建議：(a) 就食品安全而言，係指由食品標準委員會針對食品添加物、動物用藥品與農藥殘留物、污染物、分析與採樣方法及衛生實務法規與準則所建立的標準、準則與建議。」

<sup>83</sup>SPS 協定第 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。」

我國法規欲自行訂定適當之保護水準時，須符合具有科學上之正當理由或通過風險評估。然觀之我國一般食品衛生標準中，對於異物為何採取零容許值，於立法理由中未加以說明，內容亦僅係「一般性」規範不得含有任何異物，而未依異物影響程度區分規定，本案系爭產品所含黑褐色微小粒子經檢驗後為無害<sup>84</sup>，卻仍受一般食品衛生標準規範，由此可認我國對異物採零容許值，未以科學為基礎，並依危害鑑定、危害特徵描述、暴露評估及風險特徵描述<sup>85</sup>，就異物會產生何「特定」風險進行評估，意即其未考量異物大小、軟硬、誤食產生可能性或發生誤食後對人體有何影響藉以制訂異物之容許值。實務運作上，亦未確立該規範所欲避免之風險為何<sup>86</sup>，且經風險評估之歐盟，對於異物亦非採零容許值<sup>87</sup>，我國既無風險評估依據，自無理由訂定限制更加嚴苛之零容許值，且隨著檢測技術的進步，儀器偵測靈敏度的增加，也會增加異物被檢出機會，益加證明訂定異物「零容許值」之規範，並無任何科學上正當理由，且未做足充分風險評估，違背科學證據原則要求。

### 3. 退步言，縱認我國採異物零容許值為暫時性措施，亦不符合其要件

#### (1) 於科學證據不充分時，會員於符合一定要件可採行暫時性措施

會員國若依據現有可得之資訊，科學證據仍不充分時，則會員得依據 SPS 協定第 5.7 條之規定實施「暫時性措施」。施行暫時性措施必須符合四個要件：A. 科學證據不充分：在現行風險評估之下，缺乏充分的科學證據。B. 基於現有資訊：會員國採行之 SPS 措施，必須基於現有相關可用的資訊。C. 持續進行科學研究：採行暫時性措施之會員為尋求更客觀的風險評估，必須持續蒐集、取得更多必要之科學資料。D. 合理期限：暫時性措施必須在合理期限內進行檢討及調整。

#### (2) 我國對異物採零容許值不符合暫時性措施要件，非為暫時性措施

縱我國於採行異物零容許值時，並無足夠之科學證據存在，然依據現有相關的資訊，如各國對於異物容許值的規範<sup>88</sup>，仍可知對於異物不需一概禁止；且一般食品類衛

<sup>84</sup> 參賽題五及賽題附件三之附件二。

<sup>85</sup> 食品風險評估諮議會設置辦法第 2 條：「本辦法所稱風險評估，指以科學為基礎，並依危害鑑定、危害特徵描述、暴露評估及風險特徵描述四步驟，所為食品之風險評估。」

<sup>86</sup> 實務運作上，對於違反異物規範之適用判斷上，往往流於主觀，如食物中含有昆蟲之情形，即可見到有認此違反食品安全衛生管理法第 17 條，亦有認此違反同法第 15 條之一般食品衛生標準，然兩者皆未探討該昆蟲之影響即逕以主觀適用法規。此可見得實務上對於異物之規範所欲防免之特定風險並未確立，益加證明異物之規範並沒有經過一個合理的風險評估基礎而來。參 93.06.09 衛署食字第 0930020926 號函；高雄高等行政法院 90 年訴字第 1575 號判決。

<sup>87</sup> 參賽題附件三之附件一。

<sup>88</sup> 參賽題附件之附件一；原證一；原證二。

生標準自 76 年 5 月 19 日即制訂，雖於 96 年停止適用<sup>89</sup>，並新公布施行一般食品衛生標準，但內容均同樣規範一般食品不得含有任何異物，由此可見，此近三十年間，對於措施均未檢視。故我國採異物零容許值之規定顯未利用現有相關資訊，亦未在合理期限內進行檢討與調整，不符合暫時性措施之要件。

### （三）法院應拒絕適用異物零容許值之規範

綜上所述，我國行政機關對於異物採取零容許值之法規命令，因欠缺風險評估不符合科學證據原則，亦不符合暫時性措施要件，與 SPS 協定有所牴觸，依憲法第 172 條<sup>90</sup>與行政程序法第 158 條第 1 項第 2 款<sup>91</sup>，法規命令牴觸法律者，無效；法院雖依權力分立，不得逕宣告法規命令無效，然按大法官解釋第 137 號理由書及第 216 號意旨認為：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕自排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」依上開大法官解釋之意旨，法院不受該一般食品衛生標準之異物零容許值之拘束，法院應拒絕適用，撤銷據此作成之原處分。

## 八、結論

綜上所述，本件限期改善處分與原處分之作成，均未給予原告任何實質有效之陳述意見程序，致原告毫無申辯機會；又限期改善處分前之行政調查，捨原告提供之產品不顧，逕調查平行輸入之產品，濫用自由心證原則；且不予調查原告申請調查之證據，又未敘明理由，程序亦不合法；原處分除本身程序瑕疵外，亦承繼限期改善處分之瑕疵；被告本於此程序瑕疵，處原告三十萬罰鍰部分另有違從新從輕原則、行政自我拘束原則；且原處分要求回收達消費者層面並予以銷毀，除被告本身裁量怠惰外，更與比例原則有違；原處分未考量原告就本件構成要件事實並無故意或過失，逕予裁罰，違背行政罰有責主義；況一般食品衛生標準第 3 條「異物」，並非當然採零容許值；倘採零容許值，將有違 WTO 相關協定意旨，法院實應予以拒絕適用。原處分認事用法均有違誤，違法情狀不一而足，且對實體決定產生重大影響，實應由鈞院予以撤銷，以維法治。另原告符合提起預防性不作為訴訟之要件，為免被告行為再次使原告之權利遭受重大損害，懇請鈞院禁止被告再對原告「寶寶樂」其他批號產品作出回收銷毀處分及告知消費者停止購買之行政行為。

<sup>89</sup>行政院衛生署衛署食字第 0960408891 號公告。

<sup>90</sup>憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」

<sup>91</sup>行政程序法第 158 條第 1 項第 2 款：「法規命令，有下情形之一者，無效：牴觸憲法、法律或上級機關之命令者。」



以上，狀請

鈞院鑒核，賜判決如答辯聲明，是所至禱。

謹 狀

臺北高等行政法院 公鑒

中華民國 103 年 00 月 00 日

具狀人 原告 三櫻股份有限公司

代表人 櫻田壽

撰狀人 訴訟代理人 000