

最佳書狀

被告方

東吳大學

言詞辯論意旨狀

案號：○○年度○字第○○號

股別：○股

訴訟標的金額：新台幣三十萬元整

被 告 臺北市衛生局

代 表 人 郝龍斌

訴 訟 代 理 人 ○○○

原 告 三櫻股份有限公司

代 表 人 櫻田壽

訴 訟 代 理 人 ○○○

訴願決定日期 及字號：行政院 102 年 9 月 27 日府訴字第 10204568213 號

收受訴願決定日期：○○年○月○日

為違反食品衛生管理法事件，謹依法提呈辯論意旨狀事：

答辯聲明

- 一、原告之訴駁回。
- 二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

三櫻股份有限公司（下稱「原告」）為日商三櫻株式會社之子公司，業務為直接自紐西蘭進口母公司所製造的嬰兒配方奶粉產品至臺灣販售。原告於 2013 年 5 月間經消費者檢舉所售「寶寶樂」奶粉中含有鐵線後，台北市衛生局(下稱被告)即派員就該產品進行檢驗，並函請原告陳述意見。經原告於 6/10 回函陳述意見後，被告即依據「一般食品衛生標準」第 3 條認定原告之產品有黑褐色微小粒子，並依食品衛生管理法第 29 條第 1 項第 2 款但書之規定，要求原告限期改善違法情事。嗣經被告於改善期限屆滿再抽查「寶寶樂」同批號產品時，因發現原告屆期不改善情事，故於 6/28 以修正後食品衛生管理法第 48 條之規定，對原告裁處 30 萬元罰鍰，並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，命原告立即回收及銷毀「寶寶樂」同批號產品，同時並以發布新聞稿方式公告周知。由於原處分認定事實、適用法律均有錯誤，原告遂依法提起訴願，遭臺北市政府訴願會駁回後，爰以台北市衛生局為被告提起行政訴訟。

雙方不爭執事項

- 一、三櫻公司之「寶寶樂」產品中並無鐵線，而所含磁性黑褐色微小粒子是製程產出物質，並非外來異物。
- 二、行政院衛生署於2008年7月16日所頒佈之「乳品類衛生標準」以及於2009年7月2日所頒佈之「嬰兒食品類衛生標準」並無關於異物之規範。
- 三、就三櫻公司2013年6月17日函所附技術報告之實驗室資格、技術分析方法及檢測物質及數值並不爭執。
- 四、就三櫻公司2013年6月17日函所附歐盟國家規定（即嬰兒奶粉之無害異物容許值為小於2mm之微粒）並不爭執。
- 五、日本與臺灣有簽署雙邊貿易協定，而且與臺灣均為WTO之會員國。
- 六、國際食品法典委員會(Codex Alimentarius Commission)並未就嬰兒奶粉之無害異物容許值制訂任何規範。

本案爭點

- 一、臺北市衛生局本件處分之行政程序，是否符合行政程序法相關規定？
- 二、嬰兒奶粉產品應適用「一般食品衛生標準」、「乳品類衛生標準」及/或「嬰兒食品類衛生標準」之規定？臺北市衛生局根據「一般食品衛生標準」認定嬰兒奶粉中異物應採零容許值，是否適法？
- 三、三櫻公司就本件嬰兒奶粉產品中含有磁性黑褐色微小粒子乙事有無違反相關法規？有無故意或過失可言？
- 四、臺北市衛生局適用2013年6月19日修正後食品衛生管理法之規定對三櫻公司處新台幣30萬元之罰鍰，是否適法？
- 五、臺北市衛生局命三櫻公司應回收「寶寶樂」本件批號所有產品達消費者層面及予以銷毀，是否適法？
- 六、三櫻公司請求臺北市衛生局不得就三櫻公司之「寶寶樂」其他批號產品為全數回收及銷毀下架之處分，且請求其不得以發佈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三櫻公司之「寶寶樂」其他批號產品等，該二請求是否應予准許？
- 七、如我國法規對嬰兒奶粉確係採取異物零容許值之規定，較歐盟標準更為嚴格，是否有違反相關國際貿易條約而對國際貿易造成恣意或無理之歧視情形？特別是WTO技術性貿易障礙協定第2.2條、WTO食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定第3.1條及第5.7條規定。若認有違反，其效果如何？

理由

一、被告本件處分之行政程序，並無違反任何行政程序法相關規定

(一)、被告本件處分之作成，並無違反職權調查義務

按行政程序法第 36 條、第 37 條規定，我國就行政調查程序是採職權調查主義。故行政機關依法定職權得主動進行調查，以及決定調查的種類、範圍、順序及方法，不受當事人請求的限制。對於應依職權調查之事實，行政機關負有概括調查義務，應依各種合法取得之證據資料認定事實、作成行政決定¹；且其得使用之證據方法，原則上應不受限制，至於調查方法為何，自應由該管機關視具體個案需要選擇之²；關於行政機關職權調查之範圍，應由行政機關依應適用之法規自行判斷³。

據此，查其它貿易商平行輸入與原告直接輸入之寶樂產品，兩者均為日商三櫻株式會社所製造生產，產品間應具有同一性，故在若干量販店及超市等市場通路缺貨的情形下，本案被告依具體個案裁量的結果，基於職權調查原則選定調查方法，以非原告輸入販賣之平行輸入產品作檢驗⁴，此一取得證據資料認定事實並作成行政決定的過程應無違法。再者，是否須就黑褐色粒子的性質與成分為進一步檢驗⁵，因涉及行政機關職權調查範圍的問題，被告應得自行依本案適用法規，判斷是否有其必要，就本案而言，因系爭一般食品衛生標準是採異物零容許值，故被告自無須就黑褐色粒子的性質與成分為進一步檢驗，即得據含有黑褐色粒子一事實對原告為裁罰。綜上，被告調查方法以及調查範圍並無違反職權調查義務，應無可議。

(二)、被告本件處分之作成，並無違反陳述意見程序之規定

1. 被告 6/28 處分前本無須予原告陳述意見機會

(1). 本案處分所根據之事實，客觀上已明白足以確認，被告得不給予原告陳述意見機會

按行政程序法第 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。但行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者，行政機關得不給予陳

¹ 參法務部法律字 93 年第 930930025096 號函釋。

² 參法務部法律字 91 年第 0910037755 號函釋。

³ 參附件 1，張文郁，論行政程序上之事實調查，月旦法學雜誌，第 227 期，2014 年，頁 70。

⁴ 參賽題事實 2。

⁵ 參賽題事實 2。

述意見之機會，行政程序法第 103 條第 5 款定有明文⁶。故行政機關於作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，若處分所根據之事實客觀上明白足以確認，縱未給予處分相對人陳述意見之機會，亦與行政程序法第 102 條之規定無違⁷。

經查，本案有關原告產品中含有黑褐色粒子而違反食品衛生法規乙事，其事實客觀上已明白足以確認，蓋一方面被告有 5/30 抽驗結果可資證明原告產品確實含有黑褐色異物⁸；另一方面原告本身亦於 6/17 函文中承認其所販賣之寶樂產品含有黑褐色粒子此一事實⁹。綜上，應肯認本案被告於 6/28 所作成之裁處行政處分，其所根據之事實客觀上已明白足以確認，按行政程序法第 103 條第 5 款規定，被告本無須給予原告陳述意見機會。

(2). 被告於調查程序當中，已於 6/5 就本案重要事項通知原告陳述意見，故其嗣後處分前得不予原告陳述意見機會

按行政程序法第 102 條規定，行政機關作成處分前，若基於調查事實及證據之必要，已依行政程序法第 39 條規定，通知當事人就本案重要事項陳述意見者，則嗣後行政機關做成處分之前，即不須再予當事人陳述意見之機會¹⁰；且是否已就同一事件之重要事項予處分相對人陳述意見，應據具體情形審認之¹¹。

據此，就本案具體情形觀之，被告於 6/5 調查程序當中予原告陳述意見機會的內容，一方面鐵線亦為食品衛生管理法第 11 條為對象之異物範疇，且就裁處法規而言，本即無法於調查階段完全確定，今被告既將日後裁處的相關事實，亦即異物的存在與否，以及可能據以裁處的相關法規通知原告，使原告能預估到何種不利處分將施

⁶ 行政程序法第 103 條：「有下列各款情形之一者，行政機關得不給予陳述意見之機會：一、大量作成同種類之處分。二、情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者。三、受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。四、行政強制執行時所採取之各種處置。五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。六、限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。七、相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其它先行程序者。八、為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。」

⁷ 參最高行政法院 99 年判字第 276 號判決；最高行政法院 93 年判字第 408 號判決；最高行政法院 101 年判字第 892 號判決。

⁸ 參賽題事實 2。

⁹ 參被證 4。

¹⁰ 參法務部 90 年法律字第 013618 號函釋。

¹¹ 參法務部 90 年法律字第 041272 號函釋。

加於己，核被告已就本案重要事項，於調查程序當中予原告陳述意見機會，故被告 6/28 作成裁處前，得不予原告陳述意見機會。

2. 縱認被告處分前應予原告陳述意見機會，原告於 6/13 即已主動就本案為陳述意見，且嗣後未於訴願階段主張此一爭議

退萬步言之，縱認本案被告作成裁處前應予原告陳述意見機會，然參最高行政法院 98 年 11 月份第 2 次庭長法官聯席會議，其謂：「... 陳述意見程序之目的，係為使主管機關得知行為人之意見...」是本案原告既於被告裁處前 6/13 函文主動意見陳述，可知被告作成裁處前已因此知悉原告對於本案之事實與法律意見，並參酌考量，核已實踐陳述意見程序之目的；更甚者，查本案臺北市政府訴願決定書¹²，可知原告於訴願階段並未就陳述意見程序有所爭議，足見原告於被告本件作成裁處前，已明瞭所為該限制或剝奪自由或權利行政處分之原因事實及法規依據。綜上，一方面被告已得知原告意見，另一方面原告既明瞭本件處分之原因事實及法規依據，故實質上難認被告違反陳述意見程序。

(三)、被告本件處分之作成，並無違反說明理由義務之要求

按行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款規定，行政處分以書面為之者，固應記載主旨、事實、理由及其法令依據，惟事實及其法令依據等記載是否合法，應由其記載是否已足使人民瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令判定之，而非須將相關之法令及事實全部加以記載，始屬適法¹³；且縱行政機關於行政處分書中未明確指明依據之法令，然如自處分之其它記載中已足以明瞭行政處分之主旨及理由，則並不影響行政處分之效力¹⁴。

經查，本案被告於 6/28 所為之裁處書，雖未針對食品及其相關產品回收銷毀處理辦法，以及為何命原告回收至消費者層面之理由為記載，然綜觀整件裁處書內容，查裁處書「三、法律依據(二)、(七)」此二條文，自己包含食品及其相關產品回收銷毀處理辦法，以及要求原告將所有違規產品立即下架並完成回收之理由，故被告縱未將相關之法令及事實全部加以記載，然因藉由處分之其它記載，已足使原告瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令，是被告並無違反理由說明義務。

¹² 參被證 5。

¹³ 參最高行政法院 96 年判字第 594 號判決；最高行政法院 99 年判字第 590 號判決。

¹⁴ 參臺中高等行政法院 92 年度訴字第 725 號；臺北高等行政法院 92 年訴字第 623 號。

二、嬰兒奶粉不適用乳品類衛生標準；嬰兒食品類衛生標準與一般食品衛生標準對於嬰兒奶粉均有適用；被告根據一般食品衛生標準認定嬰兒奶粉中異物應採零容許值，應為適法

(一)、嬰兒奶粉並不適用乳品類衛生標準

1. 嬰兒奶粉屬於嬰兒或較大嬰兒配方輔助食品

按食品衛生管理法第3條第2款規定，我國針對專供嬰兒食用之食品，是以嬰兒與較大嬰兒配方食品稱之，且列於特殊營養食品範圍。查嬰兒與較大嬰兒配方輔助食品之定義，前者係指特製之母乳替代品，在採用適當之輔助食品前，單獨食用即可滿足出生至6個月內嬰兒之營養需要¹⁵；後者是供6個月以上至12個月之較大嬰兒，於斷奶過程中，配合嬰兒副食品所使用之配方食品¹⁶。觀其定義範圍，嬰兒奶粉是屬於嬰兒或較大嬰兒配方輔助食品。

2. 嬰兒或較大嬰兒配方輔助食品並非由乳品類衛生食品標準所規範

查乳品類衛生標準內容，其中於乳粉項目中，僅列舉全脂、脫脂、調味、調製種類，並不見上開嬰兒或較大嬰兒配方輔助食品等字語，可初步推論嬰兒奶粉並無乳品類衛生食品標準的適用餘地；再者，按鮮乳、保久乳、調味乳飲品及乳粉品名及標示規定，其第7條調：「嬰兒配方食品、較大嬰兒配方輔助食品及特殊醫療用途嬰兒配方食品非屬於本規定規範之對象。」可進一步得知，嬰兒或較大嬰兒配方輔助食品與一般乳品或一般乳粉實有不同。是故，屬於嬰兒或較大嬰兒配方食品之嬰兒奶粉，並不適用規範一般乳品與一般乳粉之乳品類衛生食品標準。

(二)、嬰兒食品類衛生標準與一般食品衛生標準對於嬰兒奶粉均有適用

承上，嬰兒奶粉是屬嬰兒或較大嬰兒配方輔助食品。按嬰兒食品類衛生標準第2條規定：「本標準所稱之嬰兒食品，係指嬰兒配方食品、較大嬰兒配方輔助食品，以及以穀類、豆類等之可食成分為主之輔助嬰兒食品。」故嬰兒食品類衛生標準對於嬰兒奶粉是屬特別規定，可直接適用，此可參考新修正嬰兒食品類衛生及殘留農藥安全容許量標準第2條條文¹⁷，以及中華民國

¹⁵ 參附件2，CNS總號6849類號N5174，《嬰兒配方食品》。

¹⁶ 參附件3，CNS總號13235類號N5229，《較大嬰兒配方輔助食品》。

¹⁷ 嬰兒食品類衛生及殘留農藥安全容許量標準第2條：「本標準適用於可替代母乳且符合十二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

國家標準中有關嬰兒配方食品的標準¹⁸。再者，按一般食品衛生標準第 2 條：「食品衛生，除法規另有規定外，應符合本標準。」可知一般食品衛生標準對於所有食品而言，係為一普通規定，即各類食品除必須符合其個別特別規定外，亦必須不違反一般食品衛生標準，此可參照 96 年衛署食字第 0960409446 號內容¹⁹。綜上，嬰兒食品類衛生標準與一般食品衛生標準對於嬰兒奶粉均有適用，然嬰兒食品類衛生標準對於嬰兒奶粉是屬特別規定。

(三)、被告根據一般食品衛生標準認定嬰兒奶粉中異物應採零容許值，應為適法

1. 於嬰兒食品類衛生標準並無規範情形，應歸由一般食品衛生標準作適用

按中央法規標準法第十六條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」即特別法優於普通法原則。嬰兒食品類衛生標準既為嬰兒奶粉的特別規定，而一般食品衛生標準係為普通規定，就同一事項有規範衝突時，嬰兒奶粉產品應適用特別規定之嬰兒食品類衛生標準，惟當嬰兒食品類衛生標準並無規範的情形，即應回歸由一般食品衛生標準作認定。

2. 嬰兒食品衛生標準就異物並無規範，有關異物容許值應回歸至一般食品衛生標準做判斷

按嬰兒食品類衛生標準第六條規定：「嬰兒食品不得含有荷爾蒙、抗生物質、放射性物質、殘留農藥、黃麴毒素或夾雜物。」標準中並未針對異物有做規範，且原告對於嬰兒食品類衛生標準中未有規範異物乙事亦不爭執²⁰。據此，蓋嬰兒食品衛生標準未就異物做規範，有關異物容許值即應回歸至一般食品衛生標準做判斷。按一般食品衛生標準第三條規定：「一般食品之性狀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。」是有就異物為規範，故被告根據一般食品衛生標準認定嬰兒奶粉中異物應採零容許值，應為適法。

分之嬰兒穀物類輔助食品。」

¹⁸ 參中華民國國家標準中有關嬰兒配方食品的標準，其衛生要求謂：「依行政院衛生署公布之嬰兒食品類衛生標準之規定。」，參附件 2，CNS 總號 6849 類號 N5174，《嬰兒配方食品》。

¹⁹ 參衛署食 96 年字第 0960409446 號函釋：「進口我國食米之衛生安全，皆應符合我國食品衛生管理法各條規定，及依據該法第 10 條所定各項有關食品衛生標準，包括一般食品類衛生標準、食米重金屬限量標準、食品中黃麴毒素限量標準、二溴乙烷殘留容許量標準及食品輻射照射處理標準等規定；另外，亦需符合依據食品衛生管理法第 11 條所定殘留農藥安全容許量之相關規定。」

²⁰ 參不爭執事項 2。

三、原告就本件嬰兒奶粉產品中含有磁性黑褐色微小粒子乙事違反一般食品衛生標準；其對違章情事具有故意過失

(一)、原告產品違反一般食品衛生標準

按食品衛生管理法第 17 條規定：「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。」一般食品衛生標準即為其一²¹，合先述明。

1. 磁性黑褐色微小粒子係異物

據食品中異物檢驗辦法，針對其適用範圍，有包含礦物性異物(砂土、玻璃、陶瓷、金屬、水泥、塑料、合成纖維等碎片及斷片等)在內²²。查本件黑褐色微小粒子，經原告檢驗報告指出主要成分乃有機鐵，並可以磁鐵吸附移動之²³，是符合上開金屬異物之範圍，故磁性黑褐色微小粒子係異物，至為灼然。

2. 一般食品衛生標準對異物係採零容許值，原告產品含有磁性黑褐色微小粒子一事違反一般食品衛生標準

按一般食品衛生標準第三條規定：「一般食品之性狀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。」觀標準文義，所謂「不得含有異物」，實已明確揭露一般食品衛生標準對於異物係採零容許值。據此，本案原告產品含有磁性黑褐色微小粒子，無論體積大小，是違反一般食品衛生標準，應無可議。

(二)、原告對違章事實具有故意過失

承上，原告販賣之寶樂產品違反一般食品衛生標準，是違反中央主管機關依食品衛生管理法第 17 條所訂之標準。按食品衛生管理法第 48 條第 3 款規定，違反中央主管機關依第 17 條或第 19 條所訂標準之規定，經命限期改正，屆期不改正者，處新臺幣 3 萬元以上 300 萬元以下罰鍰。次按行政罰法第 1 條及第 7 條規定，違反行政法上義務而受罰鍰，除其他法律有特別規定外，非出於故意或過失者，不予處罰。按故意過失是以「違反行政法上義

²¹ 一般食品衛生標準第 1 條：「本標準依食品衛生管理法第十七條規定訂定之。」

²² 食品中異物檢驗辦法：「1.適用範圍：本方法適用於食品中動物性異物（節肢動物及其幼蟲、卵、蛹、繭及其碎片、排泄物、寄生蟲和卵、齧齒類與昆蟲之咬痕、動物之毛及排泄物等）、植物性異物（異種植物及種子、黴菌、皮殼、竹片、紙片、纖維類等）及礦物性異物（砂土、玻璃、陶瓷、金屬、水泥、塑料、合成纖維等碎片及斷片等）之檢驗。」

²³ 參被證 4。

務之構成要件事實」為範圍，至於行政法上義務之構成要件事實為何，應視各該行政法規而定²⁴。據此，本案原告若對於違章事實，亦即違反一般食品衛生標準，以及經命限期改正屆期不改正，具有故意或過失，被告自得對之裁處罰鍰。

1. 原告對違章事實具有故意

所稱「故意」係指對於違反行政法上義務之構成要件事實，明知並有意使其發生，或預見其發生而其發生不違背其本意²⁵。經查，被告既於 6/13 發函通知原告寶寶樂產品違反一般食品衛生標準，且依食品衛生管理法第 48 條第 3 款規定限原告在 7 日之內完成改善²⁶，然原告於當日收到函文並瞭解違章事實後，其至 6/25 經被告再次抽查期間，均無任何改善之舉，是原告對於違章構成要件的實現，為明知並有意使其發生，核其應具有故意。

2. 縱認原告不具故意，其對違章事實亦具有過失

所謂「過失」係指對於違反行政法上義務之構成要件事實之發生，按其情節應注意、能注意而不注意，或雖預見其能發生而確信其不發生而言²⁷。

(1). 原告對於違章情事「應」為注意

按行政罰之過失，並非如同刑事犯罪一般，單純建立在行為責任基礎下，而視個案情節及管制對象之不同，兼有民事法上監督義務之意涵²⁸。對監督應負之程度而言，原則上以社會通念認係謹慎且認真之人為準，然如依法行為人應具備特別知識或能力者，則應相對提高其注意標準²⁹。查本案原告為進口並販賣嬰兒奶粉的公司³⁰，其既經營販售進口奶粉產品業務，基於其業務的特殊性而具特別知識或能力，自應提高其相關注意標準，亦即須瞭解我國食品衛生管理法對於嬰兒奶粉的相關規範內容，故原告對其進口販售之寶寶樂

²⁴ 參法務部法律字 95 年第 0950024788 號函釋。

²⁵ 參法務部法律字 95 年第 0950024788 號函釋。

²⁶ 參被證 1。

²⁷ 參法務部法律字 95 年第 0950024788 號函釋。

²⁸ 參最高行政法院 97 年判字第 880 號判決。

²⁹ 參法務部法律字 97 年第 0970028993 號函釋。

³⁰ 參賽題事實 1。

奶粉產品不得具有異物乙事，應有注意的義務。

(2). 原告「能」注意而「不」注意

查原告於 6/17 所為回函，其確實有能力檢驗出產品中含有異物³¹，可知原告並非客觀上不可能達到我國食品衛生法規的要求，實屬能注意。基此，原告卻未於產品進口販售時盡到產品監督責任，而疏對奶粉產品的品質把關，造成所販售奶粉內含有國內法規所不容許的異物在內，且原告既為奶粉之輸入與販售業者，應和製造產商負相同責任³²以確保奶粉品質安全無虞，以保障人民之生命身體健康安全，如於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務³³，惟原告不僅未於進口販售時善盡監督責任，其嗣後經被告為限期改善通知後，亦未積極改善其產品品質，以致抽查結果仍未達國內法規標準³⁴，威脅人民的生命身體健康安全，當可認定原告主觀上對於系爭違章事實，乃屬於能注意而未注意。

四、被告適用修正後之食品衛生管理法第 48 條(下稱新法)對原告裁罰 30 萬元罰鍰於法有據

(一)、被告適用新法對原告裁罰 30 萬元並未違反法律不溯及既往原則以及行政罰法之從新從輕原則

1. 法律不溯及既往與行政罰法之從新從輕原則

(1). 違法行為如橫跨新舊法，應適用違法行為終了時之法律規定，並未違反法律不溯及既往原則

按法律不溯及既往原則，法律原則上不適用於生效前已經開始，且已經終結之案例事實。據此，違法行為如橫跨新舊法，因法律並非適用於生效前已經開始，且已經終結之案例事實，而是適用於「過去發生但現在尚未終結」之事實，則並無違反法律不溯及既往原則之虞³⁵。

³¹ 參被證 3。

³² 消費者保護法第 8 條前段：「從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任...。」

³³ 參台北高等行政法院 97 年訴字第 3255 號判決。

³⁴ 參賽題事實 7。

³⁵ 參最高行政法院 62 年判字第 269 號判例；最高行政法院 63 年判字第 107 號判例；最高行政法院 99 年

(2). 違法行為如橫跨新舊法，應適用違法行為終了時之法律規定，並無適用從新從輕原則之餘地

按行政罰法上之從新從輕原則，行為後法律或自治條例有變更者，原則上適用行政機關最初裁處時之法律，但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，則例外適用最有利於受處罰者之規定³⁶。此一從新從輕原則適用，以「行為後」法律或自治條例有變更為要件，如行為人同一持續違反行政法上義務之行為正在進行中，尚未終了，而法規之處罰規定變更，則應以違反行政法上義務行為終了時之法律規定為準，據以裁罰³⁷。

2. 本案應適用新法，並無違反法律不溯及既往原則以及從新從輕原則

(1). 原告違法販賣行為係繼續違法行為

所謂「繼續違法行為」，係指行為人因故意或過失，持續地維持實現單一構成要件之違法狀態，亦即違反行政法上義務之行為本身之仍為持續³⁸。查本案原告之違法行為，乃販賣違反依食品衛生管理法第 17 條所定之一般食品衛生標準的寶寶樂產品，蓋食品衛生管理法第 17 條明文規定販賣之食品，應符合由中央主管機關定之標準。職是，自原告開始販售違反國內食品法規之產品為起算，若不停止其販賣行為，其違法行為即屬繼續，亦即原告基於故意或過失，持續地販賣違反一般食品衛生標準的產品，是不斷地實現單一構成要件之繼續違法行為。

(2). 原告繼續違法行為橫跨新舊法，且終結於新法生效後

原告違反行政法義務既為繼續違法行為，查本案新法係於 6/19 公布修正並自公布日施行，按中央法規標準法第 13 條³⁹，新法應自 6/22 生效。查原告於被告 6/28 為罰鍰處分以前，仍無停止販賣同批

判字 4 號判決；最高行政法院 100 年判字第 1691 號判決。

³⁶ 行政罰法第 5 條：「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。」

³⁷ 參法務部法律字 96 年第 0960700156 號函釋。

³⁸ 參附件 4，洪家殷，違法秩序行為之態樣及法規之溯及適用，台灣本土法學雜誌，第 47 期，2003，頁 2；法務部法律字 96 年第 0960700156 號函釋。

³⁹ 中央法規標準法第 13 條：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力。」

號產品之意圖或行動⁴⁰，故原告違法行為乃「過去發生但現在尚未終結」而持續地橫跨新舊法，至被告於 6/28 對之為立即下架回收以及罰鍰處分後，此一違法行為始終結於新法生效後。從而，被告應適用新法對原告為裁罰，並無違反法律不溯及既往原則以及行政罰法之從新從輕原則。

(二)、被告以新法對原告處以罰鍰，無違信賴保護原則：

按信賴保護原則，其適用有三要件，一為必須先有一個人民信賴之國家行為；二為必須有人民因信賴而展開一定行為之信賴表現；三為信賴之利益值得保護，此可參照釋字第 525 號解釋⁴¹，且其明確指出，主張信賴保護者需有信賴表現，意即信賴表現必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之⁴²。查原告於接獲限期改善通知書與受到罰鍰處分期間，對於舊法罰鍰金額上提高並無任何具體的表現⁴³。並且食品衛生管理法全文於 2013 年 6 月 19 日經總統公布修正，亦即 2013 年 5 月 31 日即為立法院三讀通過⁴⁴。依照憲法第 57 條第 3 款以及第 72 條之規定⁴⁵，已為三讀通過之法律至多二十日內總統即會公佈生效，原告客觀上可明確知悉法規的修正的可能，其對舊法之信賴為單純之願望，為釋字第 525 號所稱之無具體信賴表現之情形。綜上，被告以新法對原告為罰鍰之處分，無信賴保護原則之適用，該處分於法並無違誤。

⁴⁰ 參賽題事實 7。

⁴¹ 釋字第 525 號理由書謂：「行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨。」

⁴² 釋字第 525 號理由書謂：「純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之。」

⁴³ 參賽題事實 5。

⁴⁴ 參立法院公報，第 102 卷第 038 期院會記錄，頁 1053-1422。

⁴⁵ 憲法第 57 條第 3 款：「三、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。」憲法第 72 條：「立法院法律案通過後，移送總統及行政院，總統應於收到後十日內公布之，但總統得依照本憲法第五十七條之規定辦理。」

五、被告命原告應回收寶寶樂本件批號產品達消費者層面及予以銷毀，適法無疑

(一)、被告依據食品衛生管理法第 52 條(舊法第 29 條)第二項之規定，即得命原告回收銷毀至消費者層面

1. 被告有命原告回收銷毀之權

按食品衛生管理法第 52 條之規定，就違反同法第 17 條所制定之標準，行政機關得命其回收銷毀⁴⁶。查原告所販售之產品並未符合依食品衛生管理法第 17 條所制定之一般食品衛生標準⁴⁷，故被告於所訂之改善期限屆滿後，命被告回收銷毀，與法無違。

2. 原告具有裁量回收層面之權

(1). 被告之裁量權具法律依據

按食品及其相關產品回收銷毀處理辦法規定，應該回收之食品被分為三級⁴⁸，而回收層面有三類⁴⁹，又第二級之產品，究應回收至何層面，有待行政機關依案件之具體事實予以衡量⁵⁰。食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 8 條規定回收廠商應訂定回收計畫和自行選定回收標準，並不得據此認定行政機關不得事前指定應回收之層面，蓋行政機關仍有最後決定權⁵¹，且於違規廠商未主動回收之情形時，主管機關得限期命之為回收⁵²。查被告既已符合食品衛生管理法第 52 條(舊法為食品衛生法第 29 條)之法律要件時，行政

⁴⁶ 食品衛生管理法第 52 條：「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。但實施消毒或採行適當安全措施後，仍可供食用、使用或不影響國人健康者，應通知限期消毒、改製或採行適當安全措施；屆期未遵行者，沒入銷毀之。」

⁴⁷ 一般食品衛生標準第 1 條：「本標準依食品衛生管理法第 17 條規定訂定之。」

⁴⁸ 食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 8 條規定：「責任廠商應依回收物品對民眾健康可能造成之危害程度，依下列三個等級，自行訂定回收級別，辦理回收，但主管機關得變更級別：一、第一級：指物品對民眾可能造成死亡或健康之重大危害，或主管機關命其應回收者。二、第二級：指物品對民眾可能造成健康之危害者。三、第三級：指物品對民眾雖然不致造成健康危害，但其品質不符合規定者。責任廠商執行物品回收作業之前，應檢具其回收計畫向直轄市、縣(市)主管機關報備。」

⁴⁹ 食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 9 條規定：「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。」

⁵⁰ 食品回收指引之陸第 4 條：「遇有第一級回收之情況時，責任廠商之回收計畫書應明訂進行消費者層面之回收，並發佈新聞公告周知。如為第二級及第三級回收時，發起回收之責任廠商應考慮該食品對民眾健康可能造成之危害程度，先行草擬回收層面，報告地方衛生主管機關後依其指示擬妥回收計畫書。」

⁵¹ 食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 8 條規定：「責任廠商應依回收物品對民眾健康可能造成之危害程度，依下列三個等級，自行訂定回收級別，辦理回收，但主管機關得變更級別……。」

⁵² 食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第 8 條規定：「物品因違反食品衛生或其它相關法令規定，責任廠商應自行實施物品回收，不為自行回收者，主管機關應限期命其回收。」

機關對違反法律規範之當事人為處分時，得就消費者層面、零售商層面、批發商層面此三種合法措施中為選擇，故應肯認此屬於行政機關之裁量權範圍。

(2). 被告裁量權之法律依據無違法律明確性原則

縱認食品及其相關產品回收銷毀處理辦法並未對於何種情形須回收至何種程度進行規範，其仍符合法律明確性之要求。按大法官解釋意旨，法規明確性非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者仍得衡量法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，於立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為規定⁵³。因此，於法律之構成要件運用不確定法律概念時，即涉及該規範是否有違法律明確性⁵⁴。而本案所涉條文構成要件，並無使用不確定法律概念，故無違反明確性之疑義，本質上乃屬行政機關於法律構成要件實現後，法律效果之選擇問題，顯與不確定法律概念與法律明確性原則有別，無討論之必要。

(二)、 被告命原告回收銷毀至消費者層面並無裁量瑕疵

1. 被告並無逾越裁量權限

按行政程序法第 10 條規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」查食品及其相關產品回收銷毀處理辦法第九條之規定，回收深度分為消費者層面、零售商層面及批發商層面。就被告命原告將其違法之產品回收，僅得就前開三種層面為裁量，否則乃逾越裁量權。本案被告命原告將商品回收至消費者層面，乃法規規定範圍之內，並無逾越裁量權。

2. 回收至消費者層面無違反比例原則，並無裁量濫用之情形

(1). 行政機關採取之方法有助於目的之達成

按食品衛生管理法第 1 條規定，本法制定之目的系管理食品衛生安全及品質，維護國民健康。依據同法第 29 條第 2 項授權訂定之食品及其相關產品回收銷毀處理辦法，乃出於相同之目的。本件

⁵³ 參釋字第 609 號；釋字第 432 號；釋字第 521 號；釋字第 594 號；釋字第 602 號；林錫堯，行政法要義，三版，元照，2006 年，頁 52-53。

⁵⁴ 參釋字第 702 號解釋，乃涉及教師法第 14 條第 1 項第 6 款之構成要件：「行為不檢有損師道」乃屬不確定法律概念，進而討論該款規定是否有違法律明確性原則。相同情形尚存於釋字第 553 號。

依一般食品衛生標準，嬰兒奶粉中異物採零容許值，即原告所販賣之奶粉不應出現該黑褐色微小粒子，且黑褐色微小粒子是否有害仍待商榷，被告為避免嬰兒飲用後造成不可回復之損害，命原告回收至消費者層面，無疑能避免購買、食用，遂被告採取之方法有助維護國民健康之目的。

(2). 此方法之選擇對人民權益損害最少

行政機關於相同之手段中，應考慮有無侵害更小之手段得以選擇。原告生產、製造、販賣之寶寶樂奶粉，經被告查驗含有黑褐色微小粒子，且具磁性，予嬰兒如此脆弱之身體是否無害尚有疑慮，又飲用後所產生之影響並非皆屬科學得以檢驗，基於維護國民健康，非採回收至消費者層面，難以避免國民購買、飲用原告違法之奶粉。就零售商或批發商層面之效果，僅能避免國民日後購買該產品，尚難謂能有效全面維護國民健康。故欲達同等效果中無其他可行方法，被告並無違反必要性原則。

(3). 行政機關採取之方法所造成之損害與欲達成目的之利益無明顯失均衡

甫出生嬰兒，其食之安全應受嚴格保護，標準本須較高，若檢驗不合，於法內應採較嚴格之手段，以免嬰兒飲用該食品，如此始能實現維護國民健康之公益。衡量嬰兒配方奶粉對嬰兒之重要性，以及系爭違法奶粉對嬰兒可能造成之危害及危害是否無法回復仍存有疑問，實不應罔顧嬰兒之生命危險，被告所欲維護之公益甚大。縱然被告命原告回收至消費者層面對原告有一定之損害，惟原告經命回收之產品僅有寶寶樂同批號之產品，原告之經濟命脈尚有其他品項⁵⁵，其仍得進行販售，獲取利益，可見原告所受之損害有限。就維護公益之角度觀之，被告受之損害與欲達成之利益兩者間並無失衡。

⁵⁵ 參賽題事實 1。

六、原告請求被告不得就原告之「寶寶樂」其他批號產品為全數回收及銷毀下架之處分，且請求其不得以發佈新聞稿或刊登網頁新聞等，此兩項請求不應予准許

(一)、命全數回收及銷毀下架為行政處分，原告不得對此請求預防性不作為訴訟

縱預防性不作為訴訟為國外諸多司法所肯認，惟觀之我國行政訴訟法第 8 條第 1 項之文義，其僅限於「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」，自難以依我國行政訴訟法第 8 條第 1 項提起預防性不作為訴訟，預先請求命行政機關不得作成行政處分⁵⁶，是預防性不作為訴訟，僅限於非行政處分之請求方得提起之。故原告請求法院判命被告不得就不同批號之嬰兒配方奶粉為全數回收及銷毀下架之行政處分，此部分之請求實無理由，應予以駁回。

(二)、縱認原告得對命回收及銷毀處分提起預防性不作為訴訟，然原告不具公法上請求權基礎，亦欠缺權利保護之必要，故兩請求皆應不予准許

預防性不作為訴訟，近年來已為我國實務所容認⁵⁷，惟原告欲提起此類訴訟尚需具備以下二要件，即原告須聲明其具公法上請求權⁵⁸，以及具備權利保護之必要性⁵⁹。

1.原告不具公法上請求權基礎

(1).憲法條文並未賦予原告直接之公法上請求權

按我國實務見解，憲法條文之內容中，有關人民之基本權利，僅為原則性之揭示，其具體之實質內涵尚待立法、行政或司法機關將之落實，且憲法之保障對象為全體國民，並無賦予任何人特定之利益，人民不得據以援引為公法上請求權基礎⁶⁰。職是，原告自不得直接援引憲法相關規定作為公法上請求權之依據。

⁵⁶ 吳庚，行政爭訟法論，自版，4 版，2008 年，頁 182-187。

⁵⁷ 參最高行政法院 96 年度裁字第 2183 號；最高行政法院 101 年度判字第 973 號。

⁵⁸ 參最高行政法院 101 年度裁字第 127 號；最高行政法院 103 年度判字第 329 號；最高行政法院 98 年度判字第 1515 號。

⁵⁹ 參最高行政法院 103 年度判字第 329 號；最高行政法院 96 年度裁字第 2183 號；最高行政法院 98 年度判字第 1515 號。

⁶⁰ 參臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2185 號。

(2). 食品衛生管理法未賦予原告公法上請求權

一法律規範是否賦予人民公法上請求權，按大法官釋字第 469 號解釋理由書⁶¹，應由具體個案所適用之法律規範，依保護規範理論探求之，亦即應就法律規範之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，判斷其是否有保障特定人，而賦予人民公法上請求權。查本案所涉及之食品衛生管理法第 1 條，已明示其規範目的乃為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，亦即其旨在於保障「公共利益」，而非特定人之利益；次按本案具體適用之食品衛生管理法第 17 條、48 條、29 條等，觀其規範內容，均為針對食品業者為管制，核其目的並非保障食品業者之特定利益，是就本案所適用之法律規範而言，原告亦無公法上之請求權，應無可議。

2. 原告無權利保護之必要

按我國實務見解，於預防性不作為訴訟中，關於權利保護必要性，人民應主張行政機關之作為將對其產生重大損害，且其無從依訴願或行政訴訟之程序取得救濟，始有提起預防性不作為訴訟之餘地⁶²。

(1). 回收銷毀部分，原告仍有其他救濟之管道

首先，原告如對寶寶樂其他批號回收、下架及銷毀之行政處分不服時，其得提起訴願。且依訴願法第 93 條規定⁶³，原告於提起訴願時，亦能向受理訴願機關或原行政處分機關申請停止執行，便能即時保護原告之財產權，避免遭受侵害。

其次，若原告若對於訴願之結果仍不服，依行政訴訟法第 4 條規定，原告得提起撤銷訴願暨處分之訴訟，排除該行政處分。且依行政訴訟法第 116 條第 2 項⁶⁴、第 116 條第 3 項規定⁶⁵，原告於被告

⁶¹ 參釋字第 469 號解釋理由書：「法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

⁶² 參最高法院 96 年度裁字第 2183 號裁定；最高法院 98 年度判字第 1515 號判決。

⁶³ 訴願法第 93 條規定：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。」

⁶⁴ 行政訴訟法第 116 條第 2 項規定：「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。」

對寶寶樂其他批號產品作出行政處分後，認有急迫情事且將發生難以回復之損害時，仍得依上開行政訴訟法之規定，於行政訴訟前或行政訴訟繫屬中，聲請停止執行，如此將不會繼續侵害原告之財產權，可知救濟管道已足以保障原告。而依行政訴訟法第 196 條之規定，行政法院為撤銷行政處分之判決時，原告得向行政法院聲請命被告為回復原狀之必要處置⁶⁵。

至於寶寶樂奶粉已銷毀之情況，雖無法依行政訴訟法第 196 條第 1 項以聲請回復原狀之方式填補其損害，然其得聲請法院轉換為行政訴訟法第 6 條第 1 項後段之確認行政處分違法訴訟，以續行訴訟，並且得依行政訴訟法第 7 條之規定，附帶請求損害賠償⁶⁷。

(2). 發布新聞稿及網頁新聞部分，原告亦有充分之救濟管道

發布新聞稿及網頁新聞部分，與前述不同之處在於，此為行政事實行為而非行政處分，欲排除此種事實行為，人民得依一般給付訴訟為之，請求行政機關為回復原狀之處置⁶⁸，且回復原狀係以未來為導向，回復人民未受違法干涉，所擬制之應有狀況⁶⁹，即被告得利用網路傳遞快速之優點，再次發佈新聞稿及網路新聞，回復原告之名譽至過去未受損害之程度，且此回復之方式原告僅須耗費少量之成本即可達成，而一般人民亦可得知此消息，因此，應肯認發布新聞稿及網頁新聞部分，原告亦有充分之救濟管道。

七、我國法規若對嬰兒奶粉採異物零容許值，較歐盟標準更為嚴格，並無違反 WTO 相關協定，縱認有違反系爭法規仍有效

(一) 系爭零容許值標準不屬 WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定（下稱 SPS 協定）範圍，而適用於 WTO 技術性貿易障礙協定（下稱 TBT 協定），且並無違反 TBT 協定相關規定

1. 系爭零容許值標準適用 TBT 協定

⁶⁵ 行政訴訟法第 116 條第 3 項規定：「於行政訴訟起訴前，如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，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。」

⁶⁶ 參附件 5，洪家殷，公法上結果除去請求權—簡評臺北高等行政法院九五年訴字第一八五九號判決，台灣本土法學雜誌，第 94 期，2007 年，頁 4。

⁶⁷ 參附件 6，吳志光，行政訴訟法案例系列(16)--確認行政處分違法訴訟之性質與第一次權利保護優先原則，法學講座，第 24 期，2003 年，頁 2。

⁶⁸ 參附件 7，李建良，無效行政處分與公法上結果除去請求權，月旦法學雜誌，第 70 期，2001 年，頁 23。

⁶⁹ 參最高法院 98 年度判字第 1515 號。

(1) 系爭零容許值標準為技術法規

按TBT協定適用於技術性法規⁷⁰，且適用範圍包含工業以及農業產品⁷¹。查針對奶粉採異物零容許值之標準，即係對產品之特性為強制性之管理規定，故係爭措施為TBT適用範圍。

(2) 系爭零容許值標準非 SPS 措施

按 SPS 協定第 1.1 條項之規定⁷²，WTO 爭端解決小組在「歐體荷爾蒙案（美國）」中認為，在判斷一措施是否落入 SPS 協定適用範圍，該措施須符合兩個要件，其一，該措施須符合 SPS 協定附件 A 而被認為是 SPS 措施；其二，該措施須直接或間接影響國際貿易⁷³。查 SPS 協定附件 A 第 1 點(b)項所稱之 SPS 措施係指對於添加物、污染物、毒素、或病原體之規範⁷⁴。然我國法規對異物之規範係獨立於對於添加物、污染物、毒素、或病原體之規範⁷⁵，而與 SPS 協定附件 A 第 1 點(b)項所規定之內容有別，因此我國對於異物採取零容許值之規範並非 SPS 措施。

2. 系爭零容許值標準並無違反 TBT 協定第 2.2 條

按 TBT 協定第 2.2 條之規定⁷⁶，WTO 爭端解決小組在「美國鮭魚案」中認為，欲判斷是否符合本條之規定，有兩個要件，其一，技術法規須追求合法之目的；其二，技術性法規對貿易之限制，不應較諸達成合法目的

⁷⁰ 此可參照 TBT 協定前言。另技術性法規之定義可見於 TBT 協定附件 1 第 1 項：「規定產品特性或其相關製程及產製方法，包括適用具強制性之管理規定之文件。該文件亦得包括或僅規定適用於產品、製程或產製方法之專門術語、符號、包裝、標記或標示之規定。」

⁷¹ TBT 協定第 1.3 條：「包括工業及農業產品在內之一切產品，均應依本協定之規定。」

⁷² SPS 協定第 1.1 條：「本協定適用所有可能直接或間接影響國際貿易的檢驗與防檢疫措施。該等措施皆應依據本協定之規定來研訂與實施。」

⁷³ 參 Panel Report, EC – Hormones(US), WT/DS26/R/USA, para. 8.36.

⁷⁴ SPS 協定附件 A 第 1 點(b)項：「保護會員境內人類或動物生命或健康，以防範因食品、飲料或飼料中的添加物、污染物、毒素、或病原體而導致的風險；」

⁷⁵ 污染物以及異物分別規範可見於一般食品衛生標準第 3 條：「一般食品之性狀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。」；添加物、毒素或病原體之規範可見於食品衛生管理法第 15 條第 1 項：「食品或食品添加物有下列情形之一者，……一、變質或腐敗。二、未成熟而有害人體健康。三、有毒或含有有害人體健康之物質或異物。四、染有病原性生物，或經流行病學調查認定屬造成食品中毒之病因。……十、添加未經中央主管機關許可之添加物。」。

⁷⁶ TBT 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。」

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⁷⁷。

(1) 系爭零容許值標準係追求合法目的

按 TBT 協定第 2.2 條，技術法規之立法目的若係追求人類健康或安全，則被視為追求合法目的⁷⁸。WTO 上訴機構在「美國鮭魚案」中認為，技術法規之設計、結構以及執行機關得作為判斷法規目的之標準⁷⁹。查系爭容許值規範，係依據食品衛生管理法第 17 條之授權而訂定⁸⁰，復查食品衛生管理法之立法目的為維護國民健康⁸¹，再查執行機關為臺北市衛生局⁸²，故難謂系爭零容許值標準非為追求人類身體健康或安全之合法目的。

(2) 系爭零容許值標準符合必要性之要求

WTO 上訴機構在「美國鮭魚案」中認為，所謂「必要性係指不存在事實上存在合理可行之替代措施」，並由主張 TBT 措施不具必要性的一方就存在替代措施負舉證責任，而若替代措施無較被挑戰之措施對貿易造成更小之影響，或替代措施無法達成與被挑戰措施相等對合法目的之貢獻，則難謂被挑戰措施沒有達成必要性之要求⁸³。

我國採取零容忍係為追求食品之絕對安全（零風險），此效果顯然無法透過歐盟國家對異物容許之 2mm 標準達成，按 2mm 以下之異物進入人體尤其是嬰兒難謂全無風險，故採取歐盟之標準無法達成如我國所欲追求之零風險效果，不能做為我國採取零容許值之替代措施。是故系爭措施符合必要性要求，我國對奶粉採取零容許值較歐盟國家嚴格並無違反 TBT 協定第 2.2 條。

⁷⁷ 參Panel Report, US - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, WT/DS381/R, para. 7.387.

⁷⁸ 「各會員應確保其技術性法規之擬訂、採行或適用，……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……。」

⁷⁹ 參Appellate Body Report, US - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, WT/DS381/AB/R (下稱 AB, US Tuna II), para. 317.

⁸⁰ 食品衛生管理法第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；標準由中央主管機關定之。」

⁸¹ 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。」

⁸² 參被證 2。

⁸³ 參 AB, US Tuna II (註 79), para. 323.

(二) 退步言之，縱認系爭零容許值標準有違反 WTO 相關協定，仍不影響其效力，蓋 WTO 相關協定不具直接適用性

按條約或協定作為內國法法源，若僅為原則性之規範，無明定其規範內容，按其性質非屬於自動履行者或有自動履行之條款，則不得直接適用⁸⁴。WTO 相關協定按其性質，用以規範締約國間特定議題與特殊關係，雖亦構成國內法之部分，亦僅拘束國家本身而不及於國內法秩序下的法律關係與各種法律行為，難於國內法律秩序中產生適用效力之可能⁸⁵。

查貿易法第 7 條第 4 項之規定：「協定或協議之內容涉及現行法律之修改或應另以法律定之者，需經完成立法程序，始生效力。」業已明確表達對「我國就國際貿易」事項採立法保留之意旨，亦即我國加入世界貿易組織所簽署且經立法院通過之各項協定，倘規範內容涉及現行法律之修改或另以法律定之者，在未成完立法程序前，不生國內法之效力，換言之，依我國國內法，國際貿易協議不得作為自動履行條約，直接發生法律效力使國人直接主張權利⁸⁶。縱認我國已於簽訂 WTO 相關協定過程中承諾不涉及法律修改或訂定之協定為我國國內法之一部分⁸⁷，然並未承諾 WTO 相關協定具直接適用之效力⁸⁸。我國實務見解亦未承認其具有直接適用性⁸⁹。WTO 相關協定既非自動履行條約，又我國並未將 WTO 相關協定國內法化，故其不具有直接適用性，不得作為我國法院裁判之依據。退一步言，就算得直接適用，然因不具自動履行效力，對造當事人仍不得援引作為權利主張之法律基礎。

八、 結論

綜上所述，被告作成本件處分並無違反行政程序法相關規定；且原告寶樂樂嬰兒奶粉產品內含有黑褐色微小粒子，是違反一般食品衛生標準，原告並具有故意過失；再者，因原告違法行為是繼續橫跨新舊法，故被告以修法後食品衛生管理法第 48 條對原告裁罰 30 萬元並無違反法律不溯及既往以及從新從輕原則；此外，按國內食品法規相關規定，被告確有命原告回收及銷毀產品至消費者層面之裁量權，且被告裁量並不具瑕疵；再查我國奶粉對異物採零容許值標準，其非屬 SPS 措施，故 SPS 協定不適用，又其無違

⁸⁴ 參陳敏，行政法總論，新學林，8 版，2011 年，頁 76。

⁸⁵ 參附件 8，鄧衍森，國際法的規範向度，收於司法新聲，第 104 期，頁 18。

⁸⁶ 參法務部 91 年法律字第 0910005828 號函釋。

⁸⁷ 參附件 9，我國 WTO 工作小組報告，第 14 點。

⁸⁸ 參我國 WTO 工作小組報告（同上註），第 15 點。

⁸⁹ 參最高法院 98 年判字第 1182 號判決。

反 TBT 相關規定，因此其對國際貿易無造成恣意或無理之歧視情形。縱認有違反，亦不影響我國零容許值標準法規效力。故原告主張應撤銷原處分暨訴願決定，屬無理由，其訴應予駁回。

再就原告請求被告不得就原告之「寶寶樂」其他批號產品為全數回收及銷毀下架的處分，以及不得以發佈新聞稿或刊登網頁新聞而言，因回收及銷毀是屬行政處分，故原告不得依預防性不作為之訴請求，又，縱認行政處分該當預防性不作為之訴的請求客體，然原告亦不具公法上請求權以及權利保護必要，故兩請求實應由鈞院予以駁回。

此致

臺北高等行政法院 公鑒

中華民國 〇〇〇 年 〇〇 月 〇〇 日

具狀人 〇〇〇

撰狀人 〇〇〇