

# 辯論賽題目分析

## 1. 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？

### 代表廠商之一方可主張之論點：

- 甲、按行政程序法第 39 條規定：「I. 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。II. 通知書中應記載詢問目的、時間、地點、得否委託他人到場及不到場所生之效果。」、行政程序法第 102 條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」及行政程序法第 104 條規定：「I. 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：一、相對人及其住居所、事務所或營業所。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。四、提出陳述書之期限及不提出之效果。五、其他必要事項。II. 前項情形，行政機關得以言詞通知相對人，並作成紀錄，向相對人朗讀或使閱覽後簽名或蓋章；其拒絕簽名或蓋章者，應記明其事由。」
- 乙、查臺北市衛生局 2013 年 6 月 5 日之陳述意見通知書（請參附件一）係通知三櫻公司就消費者檢舉之「鐵線異物」陳述意見，且所載明涉嫌違反之規定及其法律效果分別為食品衛生管理法第 11 條第 3 款：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出，作為贈品或公開陳列：三、有毒或含有害人體健康之物質或異物。」、第 29 條第 1 項第 1 款之產品應予沒入銷毀，與第 31 條第 1 款之處新臺幣 6 萬元以上 600 萬元以下罰鍰；豈料，於三櫻公司回函表示意見後，臺北市衛生局竟於 2013 年 6 月 13 日發函要求三櫻公司於函到後七日內完成變更「寶寶樂」產品製程及/或配方，以改善出現「磁性黑褐色微小粒子之瑕疵」，但臺北市衛生局 2013 年 6 月 5 日之陳述意見通知書對於「寶寶樂」產品含有「黑褐色微小粒子」一事卻隻字未提，致三櫻公司無法於臺北市衛生局 2013 年 6 月 13 日作成對三櫻公司不利之處分前，就「寶寶樂」產品所含之「黑褐色微小粒子」進行任何說明與答辯，侵害三櫻公司之聽證權<sup>1</sup>，構成對三櫻公司之突襲，此有違行政程序法第 39 條及 102 條規定。
- 丙、另，有鑑於臺北市衛生局於 2013 年 6 月 13 日作成之限期改善處分，具有限制或剝奪三櫻公司權利之效果，臺北市衛生局除應於 2013 年 6 月 5 日之陳述意見通知書中，要求三櫻公司對「寶寶樂」產品含有「黑褐色微小粒子」一事陳述意見外，依照行政程序法第 104 條規定，通知書中還應記載其所認定「寶寶樂」產品違反之食品衛生管理法第 10 條與行政院衛生署 2007 年 12 月 21 日頒佈之「一般食品衛生標準」第 3

<sup>1</sup> 湯德宗認為行政程序中的聽證權旨在保障當事人在行政機關作成行政決定前，有答辯或說明的機會，而行政程序法將聽證權分為正式程序的「聽證」，與非正式程序的「陳述意見之機會」兩種。參湯德宗，行政程序法論，二版，元照出版公司，2005 年，頁 26-28。

條規定，且臺北市衛生局擬依食品衛生管理法第 29 條第 1 項第 2 款但書規定，要求三櫻公司限期變更「寶寶樂」產品製程及/或配方，否則即應銷毀下架，另臺北市衛生局尚應於陳述意見通知書中註記陳述意見之期限與不提出之後果。臺北市衛生局 2013 年 6 月 5 日之陳述意見通知書(請參附件一)顯然均欠缺此等行政程序法第 104 條規定之必要記載事項。

丁、綜上，臺北市衛生局於 2013 年 6 月 13 日作成限期改善處分，於處分前未給予三櫻公司陳述意見之機會，更未於 2013 年 6 月 5 日之陳述意見通知書中記載法定必要記載事項，違反行政程序法第 39 條、第 102 條及第 104 條規定。

**代表主管機關之一方可主張之論點：**

- (1) 臺北市衛生局於 103 年 5 月間接獲消費者通報「寶寶樂」產品含有鐵線，隨即於同年 5 月 30 日自市面上調查證據後，即於同年 6 月 5 日先行函請三櫻公司就消費者檢舉之鐵線部分陳述意見。雖臺北市衛生局同年 6 月 13 日依據 2013 年 6 月 19 日修正前食品衛生管理法第 29 條第 1 項第 2 款但書之規定為命三櫻公司改善「黑褐色微小粒子」，漏未先行於 103 年 6 月 13 日函中記載並請三櫻公司陳述意見，確實略有疏失；惟查，三櫻公司並未對該 2013 年 6 月 13 日處分提起訴願及行政訴訟，該處分業已確定。
- (2) 按依據行政程序法第 174 條之規定，「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。」由於三櫻公司並未針對臺北市衛生局 2013 年 6 月 13 日處分提起行政爭訟，自己不得再就該處分於行政程序中之處置聲明不服。
- (3) 此外，三櫻公司於接獲臺北市衛生局 2013 年 6 月 13 日處分，另已於 2013 年 6 月 17 日回函，縱認依據訴願法第 57 條之規定，將此回函視為提起訴願，但三櫻公司並未依同條但書於三十日內補送訴願書，亦終未符合提起訴願之程序要件。
- (4) 至於臺北市衛生局於 2013 年 6 月 28 日之處分，應可認三櫻公司業已於 2013 年 6 月 17 日回函陳述意見，亦即該函已針對臺北市衛生局 2013 年 6 月 13 日函所載「黑褐色微小粒子」原因事實、「一般食品衛生標準」之認定基準及食品衛生管理法第 29 條之裁處基礎，均已提出說明及佐證，故臺北市衛生局於 2013 年 6 月 28 日之處分業經三櫻公司充分陳述意見，而符合行政程序法第 39 條、第 102 條及第 104 條規定等規定。

2. 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？

**代表廠商之一方可主張之論點：**

- i. 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？
  - (1) 「一般食品衛生標準」係行政院衛生署(2013 年 7 月改制為行政院衛生福利部)

(下稱「衛福部」)於 2007 年 12 月 21 日公告，「乳品類衛生標準」係衛福部於 2008 年 7 月 16 日公告，「嬰兒食品類衛生標準」係衛福部於 2009 年 7 月 2 日公告。

- (2) 按「一般食品衛生標準」第 2 條清楚規定：「食品衛生，除法規另有規定外，應符合本標準。」，嬰兒奶粉產品雖屬食品，但衛福部既已分別針對「乳品類」及「嬰兒食品類」產品特別訂定衛生標準，則應該屬於「法規另有規定」之情形，又依照「特別規定優先於普通規定」之法理<sup>2</sup>，嬰兒奶粉產品即應優先適用「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」，而不應適用「一般食品衛生標準」。實則，食品及食品原料種類繁多，各個食品之製程、性質及內含物均不同，甚難以齊一的衛生標準規範以確保食品安全，故衛福部歷年來已陸續針對不同食品分別訂定不同衛生標準，例如，除「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」外，衛福部另訂有「飲料類衛生標準」、「蛋類衛生標準」、「罐頭食品類衛生標準」、「食用油脂類衛生標準」、「冰類衛生標準」、「冷凍食品類衛生標準」、「生鮮肉品類衛生標準」、「生熟食混合即食食品類衛生標準」、「生食用食品類衛生標準」及「水產動物類衛生標準」等，故特定種類之食品，除衛福部未有訂定特別衛生標準，而應遵守「一般食品衛生標準」外，如果衛福部已就特定食品公告特定衛生標準，該特定食品即應適用該等特定衛生標準，方符合「一般食品衛生標準」第 2 條及中央法規標準法第 16 條規定，與各個特定衛生標準之規範目的。
- (3) 查三櫻公司之「寶寶樂」嬰兒奶粉，既屬於乳品產品及嬰兒食品產品，故應適用衛福部訂定之「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」，而不應適用「一般食品衛生標準」，既然「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」均無關於異物之規範，則臺北市衛生局即不應強將「一般食品衛生標準」第 3 條：「一般食品不得含有異物」之規定套用在「寶寶樂」產品，而要求「寶寶樂」產品，不得有任何異物檢出。臺北市衛生局之決定有適用法規錯誤之違法。
- ii. 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？
- (1) 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，除了違反「一般食品衛生標準」第 2 條及中央法規標準法第 16 條規定外，「一般食品衛生標準」第 3 條：「一般食品不得含有異物」之規定本身更有違反母法立法意旨之虞，致臺北市衛生局之處分違法。
- (2) 按行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」，法規命令內容上之界限包括法律授權之範圍及法律之立法精神。就後者而言，大法官常以命令符合立法意旨或母法授權意旨、或並未增加法律所無限制，而作合法判斷；或以命令與立法或母法意

<sup>2</sup> 中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」

旨不合、或增加法律所無之限制，而作違法判斷<sup>3</sup>。查「一般食品衛生標準」係衛福部依照 2013 年 6 月 19 日食品衛生管理法修正前之食品衛生管理法第 10 條（修正後改列為第 17 條）授權訂定，該條文規定：「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。」，因此，「一般食品衛生標準」之母法之立法意旨應係為確保食品「符合衛生安全及品質」，進而達成食品衛生法第 1 條所示「管理食品衛生安全及品質」與「維護國民健康」之目的。因此，「一般食品衛生標準」第 3 條雖規定：「一般食品不得含有異物」，但卻對「異物」之定義、種類及範圍未置一詞，導致任何於食物製造過程中自然產出但對人體無害之物質，都會被認為是「異物」而不得檢出，違反母法授權訂定該規定係為確保「食品衛生安全及品質」之立法意旨。是以，**「一般食品衛生標準」第 3 條規定有違反母法立法意旨而無效之嫌。**

- (3) 本件臺北市衛生局依照「一般食品衛生標準」第 3 條，認定嬰兒奶粉中異物應採零容許值，故三櫻公司之「寶寶樂」產品因檢出磁性黑褐色微小粒子而違法，然在「一般食品衛生標準」第 3 條未明示何謂該條所稱之「異物」，而恐違反食品衛生管理法第 10 條（修正後改列為第 17 條）之立法意旨而無效之情形下，臺北市衛生局自應於執行「一般食品衛生標準」第 3 條時，確認「寶寶樂」產品檢出之磁性黑褐色微小粒子是否屬自然產出且對人體並無危害，而進一步判斷該物質是否屬於該規定所稱之「異物」。臺北市衛生局未依此執行「一般食品衛生標準」第 3 條，反而在三櫻公司已提出紐西蘭實驗室之技術報告表示，該磁性黑褐色微小粒子主要來自於生產管線，尺寸小於 2mm 且主成分為鐵，對嬰幼兒沒有安全性風險之資訊下（請參附件三之附件二），仍率爾將該磁性黑褐色微小粒子，視為「一般食品衛生標準」第 3 條禁止之「異物」，而認應採零檢出標準，自屬違法。

#### **代表主管機關之一方可主張之論點：**

- (1) 雖衛生署（現衛福部）曾分別公告「一般食品衛生標準」、「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」，而本件嬰兒奶粉產品係屬「乳品類」及「嬰兒食品類」產品，故其應適用「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」之特別規定，此部分應無疑義。
- (2) 惟查，「一般食品衛生標準」第 2 條規定：「食品衛生，除法規另有規定外，應符合本標準。」，因此除另有法規排除該標準之適用，該標準應作為所有食品均應遵守之最低限度標準。此觀諸「一般食品衛生標準」第 3 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。」惟查，「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」對於是否得產生污染、發霉之情形，及是否得含有寄生蟲，均並未規定，但絕無可能因此即解釋為「乳品類」及「嬰兒食品類」產品並不須符合該等「一般食品衛生標準」第 3 條之規定，或主張含有寄生蟲之嬰兒奶粉產品並未違法「一般食品衛生標準」，其理甚明。

<sup>3</sup> 請參蔡茂寅、李建良等著，行政程序法實用，修訂四版，新學林出版股份有限公司，2013 年，頁 392-393。

- (3)準此，「一般食品衛生標準」之適用範圍亦應包括「乳品類」及「嬰兒食品類」產品。否則，如若認為「乳品類」及「嬰兒食品類」產品僅須符合「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」，而排除適用「一般食品衛生標準」，將導致應以更高標準規制之嬰兒食品等，竟無須符合一般食品所應遵守之較低標準，自非屬合理。
- (4) 查衛生署（現衛福部）公告「一般食品衛生標準」，係依據修正前食品衛生管理法第 10 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。」之授權。其中除為維護衛生安全外，亦委由主管機關確保食品之品質，查食品內檢出「異物」即顯示其品質亦有疑慮，故規範「一般食品...不得...含有異物」自符合母法之授權。
- (5)此外，該標準規定「一般食品...不得...含有異物」，依據文義解釋，不得含有異物當然即表示不能容許任何異物之檢出，故臺北市衛生局所認定嬰兒奶粉中異物「零容許值」之標準，並無任何不明確而違反行政程序法第 5 條之情形，應無任何違法之虞。
3. 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？

**代表廠商之一方可主張之論點：**

- 甲、如前所述，嬰兒奶粉產品應適用衛福部所訂定之「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」，而不應適用「一般食品衛生標準」，「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」均未採取異物零檢出之標準，故三櫻公司之「寶寶樂」產品含有磁性黑褐色微小粒子，並未違反「一般食品衛生標準」第 3 條規定及其母法食品衛生管理法第 10 條（修正後改列為第 17 條）。
- 乙、按行政罰法第 7 條規定：「I. 違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。II. 法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」釋字第 275 號解釋亦明揭：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，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。」，均闡明人民違反行政法上義務應受處罰時，行為人應以有故意或過失之可歸責原因為必要。
- 丙、三櫻公司一向認為其嬰兒奶粉產品只需要符合「乳品類衛生標準」及「嬰兒食品類衛生標準」，而無須適用「一般食品衛生標準」，蓋其並非「一般食品」。又就「一般食品衛生標準」第 3 條所規定之「一般食品不得含有異物」，衛福部從未說明「異物」之定義、種類及範圍，換言之，單就「一般食品不得含有異物」而言，三櫻公司並不清楚此是否即係指「異物零容許」，甚至連食物於製造過程中自然產出且對人體無害之物質都構成「異物」而禁止檢出，尤其是當衛福部從未公告或訂定乳品產品或嬰兒食品產品中不得有任何異物檢出之規定。因此，縱認「一般食品衛生標準」第 3 條之「一般食品不得含有異物」規定，得適用於嬰兒奶粉產品，三櫻公司仍對於「寶寶樂」產品含有黑褐色微小粒子，因而違反異物零容許規範一事，並無故意或過失。三櫻公司既無故意或過失，依據行政罰法第 7 條規定及釋字第 275 號解釋意旨，臺北市衛生局即不得對其為行政裁罰。

**代表主管機關之一方可主張之論點：**

- (1) 按依據行政罰法第 8 條之規定，「不得因不知法規而免除行政處分責任。但按其情節，得減輕或免除其處罰。」三櫻公司既為長期經營嬰兒奶粉產品經銷之廠商，對於食品衛生管理法相關法規命令及行政規則自有充分了解之義務，以根據相關規範依據主管機關之政策進行自主管理。查，「一般食品衛生標準」於 96 年間即已公告，三櫻公司對於該標準相關規定，應有查詢瞭解以予遵守之義務。乃其竟拖辭「一向認為其嬰兒奶粉產品只需要符合『乳品類衛生標準』及『嬰兒食品類衛生標準』，而無須適用『一般食品衛生標準』」等語云云，意圖規避行政罰法第 7 條之主觀要件，自非可採。
- (2) 又衛福部雖未另行定義所謂「異物」，惟如前所述，依據文義解釋，不得含有異物當然即表示不能容許任何異物之檢出，三櫻公司自難以據此抗辯其並無故意或過失。

4. 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？

**代表廠商之一方可主張之論點：**

- i. 適用修正後食品衛生管理法第 48 條規定處罰三櫻公司，違反法律不溯及既往原則及行政罰從新從輕原則：
  - (1) 按「**法律不溯既往原則**」，乃基於法安定性及信賴保護原則所生，用以拘束法律適用及立法行為之法治國家基本原則，其意義在於**對已經終結之事實，原則上不得嗣後制定或適用新法**，以改變其原有之法律評價或法律效果。」最高行政法院 101 年度判字第 526 號判決著有明文。法律適用上之法律不溯及既往原則，即使沒有法律明文規定，也是基於法律適用方法與法律效力之當然解釋<sup>4</sup>。司法院大法官釋字第 574 號解釋理由書更明確表示：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，**除法律有溯及適用之特別規定外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。**」
  - (2) 2013 年 6 月 19 日修正後食品衛生管理法第 48 條第 3 款規定：「有下列行為之一者，經命限期改正，屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三百萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄：三、違反中央主管機關依第 17 條或第 19 條所定標準之規定。」，依同法第 60 條之規定於公布日施行，故依據中央法規標準法第 13 條之規定係於 2013 年 6 月 21 日起發生效力。
  - (3) 依法律不溯及既往原則，食品衛生管理法第 48 條規定生效前，如違反中央主管機關依食品衛生管理法第 17 條（舊法為第 10 條）所定標準，主管機關僅得依舊法第 33 條：「有下列行為之一者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰；

<sup>4</sup>請參彭鳳至，法律不溯及既往原則之憲法定位，台灣本土法學雜誌，第 48 期，2003 年 7 月號，頁 5。

一年內再次違反者，並得廢止其營業或工廠登記證照：一、違反中央主管機關依第十條所定標準有關衛生安全及品質之規定，經令其限期改正，屆期不改正。」在新台幣 3 萬元至 15 萬元的範圍內裁罰，而不得以 2013 年 6 月 19 日修正後之食品衛生管理法第 48 條裁罰，方符合法律不溯及既往原則。

- (4) 依此，在食品衛生管理法第 48 條並無溯及適用之特別規定下，臺北市衛生局自不得適用修正後之該條規定為裁罰，原處分明顯違反法律不溯及既往原則，動搖憲法法治國原則，有害法秩序之安定。
- (5) 次按行政罰法第 5 條規定：「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。」明示行政罰採從新從輕原則。臺北市衛生局於 2013 年 6 月 25 日作成處分當時雖已有現行食品衛生管理法第 48 條規定，惟修正前之裁罰上限僅為 15 萬元，在比較新舊法後明顯可知修正前之規定對三櫻公司較為有利，迺臺北市衛生局卻以裁處時明顯對三櫻公司不利之修正後規定，對三櫻公司已發生並完結之行為課以新台幣 30 萬元罰鍰，明顯違反行政罰法第 5 條所明定之從新從輕原則<sup>5</sup>。

ii. 適用修正後食品衛生管理法第 48 條規定處罰三櫻公司新台幣 30 萬元，違反行政程序法第 6 條差別待遇禁止原則及第 7 條比例原則：

- (1) 行政程序法第 6 條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」、行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」此外，臺北市政府於 101 年 12 月 12 日所發布「臺北市政府衛生局處理違反各項醫療衛生法規案件統一裁罰基準」之附件二「違反食品衛生管理法統一裁罰基準表」（下稱「裁罰基準表」），其項次 1 依據舊法第 10 條及第 33 條（裁罰範圍為新台幣 3 萬元至 15 萬元）之規定，統一裁罰基準為「一、經通知令其限期改正，屆期不改正：第一次處罰鍰新臺幣三萬元，第二次處罰鍰新臺幣六萬元，第三次處罰鍰新臺幣十五萬元。二、一年內再次違反者，並得廢止其營業或工廠登記證照。」，

<sup>5</sup>最高行政法院 101 年度判字第 361 號判決：「按「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。」行政罰法第 5 條定有明文。次按「工廠遷移廠址或變更產業類別，應重新辦理工廠設立許可或登記。」、「(第 1 項)工廠歇業者，應將工廠登記證繳銷；其不繳銷者，由主管機關公告註銷之。(第 2 項)工廠有下列情形之一者，視同歇業：1.有事實足以認定工廠已停工超過 1 年者。但工廠有正當理由無法復工，報經主管機關核准者，不在此限。」亦為行為時工廠管理輔導法第 16 條第 3 項及第 20 條所明定。...因工廠管理輔導法第 20 條第 1 項、第 2 項第 1 款規定於 99 年 6 月 2 日修正公布為：「(第 1 項)工廠歇業者，應申報主管機關，未申報者，由主管機關逕為廢止其工廠登記。(第 2 項)工廠有下列情形之一者，視同歇業：1.有事實足以認定工廠自行停工超過 1 年。」其第 2 項第 1 款刪除具無法復工之正當理由，仍得報經主管機關核准，可不視同歇業之規定，較修正前之工廠管理輔導法第 20 條第 2 項第 1 款規定，不利於上訴人，是就發生於修正前之工廠管理輔導法第 20 條第 2 項第 1 款視同歇業事由，而未於修法前為裁處之案件，依行政罰法第 5 條但書之規定，乃應適用修正前即行為時工廠管理輔導法規定。」即同此旨。

- (2) 由上述規範可知，臺北市政府處裁罰之統一基準，原則上係於第一次違反時，僅處裁罰範圍最低限度之罰款，而再分別依照第二次違反、第三次違反或一年內再犯而予不同程度之裁罰，為行政程序法第 7 條比例原則<sup>6</sup>之具體化。縱該裁罰基準表尚未根據修正後之食品衛生管理法條次及裁罰範圍進行修正，但仍足顯示臺北市政府向來裁罰之實務標準。亦即，縱依據 103 年 6 月 19 日修正後食品衛生管理法第 48 條所規定裁罰範圍為新台幣 3 萬元至 300 萬元，仍應根據前開裁罰基準表所揭示之標準，於三櫻公司第一次違反時處罰新台幣 3 萬元，否則顯屬違反行政程序法第 7 條之比例原則，且如臺北市衛生局對於其他廠商第一次違反相關規定均處罰新台幣 3 萬元，在三櫻公司已陳明「寶寶樂」產品所含磁性黑褐色微小粒子無安全性疑慮之情形下，臺北市衛生局沒有任何理由特別對三櫻公司實行新台幣 30 萬元之重罰，故亦違反行政程序法第 6 條之差別待遇禁止原則<sup>7</sup>。
- (3) 再者，三櫻公司已提出紐西蘭工廠之檢驗報告，及三櫻公司集團所屬實驗室出具之技術報告說明黑褐色微小粒子之安全性無虞，「寶寶樂」產品無違反食品安全衛生疑慮。然則，臺北市衛生局 2013 年 6 月 13 日之行政處分僅給予三櫻公司 7 天時間完成變更「寶寶樂」產品製程及/或配方，要求三櫻公司於 7 日內全面改善出現黑褐色微小粒子之瑕疵，縱認三櫻公司得透過變更產品製程及/或配方，使黑褐色微小粒子不再出現，三櫻公司客觀上也完全不可能在這麼短的時間內改善完畢。食品衛生管理法第 48 條：「有下列行為之一者，經命限期改正，屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三百萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄；三、違反中央主管機關依第十七條或第十九條所定標準之規定。」實際上要求主管機關於裁處罰鍰前先限期命業者改善，屆期不改善方裁處罰款，可謂行政程序法第 7 條比例原則之落實，因此，解釋上主管機關給予改正期限之長度應以合理可期待業者能於該期限內完成改善為準，否則即應視為未踐行罰鍰前應命限期改正之前置程序。臺北市衛生局僅給予三櫻公司 7 天時間完成變更「寶寶樂」產品製程及/或配方，要求三櫻公司於 7 日內全面改善出現黑褐色微小粒子之瑕疵，實質上未給予業者合理期限自行改善，有悖於行政程序法第 7 條比例原則，亦未符合食品衛生管理法第 48 條規定。

**代表主管機關之一方可主張之論點：**

- (1) 最高行政法院 101 年判字第 263 號判決已明確闡明：「法律不溯及既往原則，乃在於對已經終結之事實，原則上不得因嗣後制定或適用新法，以改變其原有之法律評價或法律效果，至於繼續之法律事實進行中，終結之前，依原有法律所作法律評價或所定

<sup>6</sup> 請參蔡茂寅、李建良等著，行政程序法實用，修訂四版，新學林出版股份有限公司，2013 年，頁 24、27-30。

<sup>7</sup> 請參蔡茂寅、李建良等著，行政程序法實用，修訂四版，新學林出版股份有限公司，2013 年，頁 24、26。

法律效果尚未發生，而相關法律修改時，則各該繼續之法律事實，原則上即應適用修正生效之新法，此種情形，並非對於過去已經終結之事實，適用終結後生效之新法，而係在繼續之法律事實進行中，以將來法律效果之規定，即非法律溯及適用，於法治國家法安定性及信賴保護之要求，原則上並無抵觸。」而最高行政法院 99 年判字第 4 號判決亦指出：「次按所謂法律不溯既往原則，係指政府機關適用法律應遵守法律之時間界限，亦即新訂生效之法規，對於法規生效前『已發生事件』，原則上不得適用；所謂『事件』，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂『發生』，指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。倘該事實跨越新舊法持續發生，新法縱然直接適用於法律生效後繼續發生的事實，亦無法律效力溯及既往可言。」

- (2)按，2013 年 6 月 19 日所修正之食品衛生管理法第 48 條第 3 款：「有下列行為之一者，經命限期改正，屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三百萬元以下罰鍰；情節重大者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄；三、違反中央主管機關依第 17 條或第 19 條所定標準之規定。」依同法第 60 條之規定於公布日施行，故依據中央法規標準法第 13 條之規定係於 2013 年 6 月 21 日起發生效力。
- (3)查三櫻公司於食品衛生管理法於 2013 年 6 月 21 日前後均仍持續販賣含有「黑褐色微小粒子」之「寶寶樂」產品，並未下架，自應認為本案違反食品衛生管理法第 17 條及「一般食品衛生標準」之事實仍持續進行至處分時，故臺北市衛生局以處分當時施行之食品衛生管理法第 48 條第 3 款作為本件裁罰依據，並未違反法律不溯既往原則。
- (4)另，行政罰法第 5 條規定所揭示之「從新從輕」原則係指「行為後」方發生法令變更。惟倘若行為係屬連續而未終結，因為仍屬於法律上之一行為，自應適用裁處時之法令規定，並無行政罰法第 5 條之適用餘地。按，三櫻公司既然係持續販賣違反食品衛生管理法之「寶寶樂」產品，本件並無行政罰法第 5 條所謂「行為後」發生法令變更之情事，亦無所謂從新從輕原則之適用。
- (5)縱如三櫻公司所主張，本件應適用修正前食品衛生管理法第 33 條規定進行裁罰，從而臺北市衛生局僅能在新台幣 3 萬元至 15 萬元的範圍內裁罰。然而，「裁處罰鍰的目的，除了督促行為人注意其行政法上義務外，還有警戒貪婪的作用，此於經濟及財稅行為，尤為重要，所以如因違反行政法上義務而獲有利益，且所得之利益超過法定罰鍰最高額者，為使行為人不能保有該不法利益，行政罰法第 18 條第 2 項復規定：『前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。』...」臺北高等行政法院 99 年度簡字第 755 號判決已闡釋甚詳。考量三櫻公司販賣違法「寶寶樂」產品所得之利益，應已超過該條之最高法定罰鍰額度，臺北市衛生局自得依行政罰法第 18 條第 2 項規定在其所得利益之範圍內課予其罰鍰，而不受修正前食品衛生管理法該條所定之最高額限制。

5. 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？

**代表廠商之一方可主張之論點：**

- 甲、按行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」、行政程序法第 9 條規定：「行政機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一律注意。」，行政程序法第 36 條規定：「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一律注意。」，是行政行為應符合比例原則，行政機關並應於行政程序中同時考量當事人之利益與不利益，不應單方偏好任何人民團體對於法律之主張或解釋，且應依職權調查必要證據。
- 乙、查三櫻公司已檢附歐盟國家之無害異物容許值為小於 2mm 微粒之規定供臺北市衛生局參考（請參附件三之附件一），並提出實驗室技術報告就本件黑褐色微小粒子對嬰幼兒沒有健康上之風險，安全性無虞提出佐證（請參附件三之附件二），故臺北市衛生局於採行任何行政手段前都必須將此等對三櫻公司有利之資料納入考慮，又因為比例原則及職權調查證據之要求，臺北市衛生局在下令三櫻公司全面回收並銷毀特定批號之「寶寶樂」產品前，應有義務檢驗及判斷究竟特定批號之「寶寶樂」產品所含黑褐色微小粒子是否確實會對嬰兒之身體安全造成影響，以免過度侵害三櫻公司之財產權及商譽。然，臺北市衛生局並未詳加查明，僅以「一般食品衛生標準」第 3 條規定「一般食品不得含有異物」，即毫無根據憑空認定特定批號之「寶寶樂」產品有害食品安全，而率爾對三櫻公司採取嚴重侵害其財產權及商譽之裁罰手段（全面回收及銷毀，且全面回收深度達消費者層面），顯然有違前開行政程序法之規定。
- 丙、其次，臺北市衛生局係依照衛福部訂定之「食品及其相關產品回收銷毀處理辦法」及「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，要求三櫻公司回收特定批號之「寶寶樂」產品達消費者層面及予以銷毀。依據臺北市衛生局 2013 年 6 月 28 日之裁處書所示，臺北市衛生局認定本件特定批號之「寶寶樂」產品可能對民眾健康造成危害，屬於「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」所定「第二級回收事件」（請參附件四）。然則，違反食品衛生管理法第 17 條即修正前之第 10 條規定，於「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」係被列為「第三級回收事件」，且規定「業者原則上應於收到臺北市衛生局通知之日起二個月內回收」，顯與本件臺北市衛生局命三櫻公司於函到一個月內回收並銷毀，且廣達消費者層面不符。
- 丁、又「食品及其相關產品回收銷毀處理辦法」第 9 條雖有授權主管機關就物品回收深度，可以進行至「消費者層面」、「零售商層面」或「批發商層面」，但主管機關仍須依據個案事實，而為合義務之裁量，並附具理由說明之，始符合行政程序法第 10 條：「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」，及同法第 96 條書面行政處分應記載理由之規定。惟查，臺北市衛生局在三櫻公司提

出文件證明特定批號之「寶寶樂」產品並無安全性疑慮之下，仍決定將產品回收層面廣及所有消費者，但卻未於處分理由中說明採取此一回收深度之原因，有濫用行政裁量權之違法，且不符書面處分之必要形式。

戊、再按，修正前食品衛生管理法第 25 條規定：「食品衛生檢驗之方法，由中央主管機關公告指定之；未公告指定者，得依國際間認可之方法為之。」查修正前食品衛生管理法第 25 條既已規定食品衛生檢驗之方法，如衛福部並未公告指定者，得依國際間認可之方法為之。本件衛福部對於嬰兒奶粉產品未公告食品衛生檢驗之方法，則應得參考其他國家所採取之方法為之。三櫻公司所提出之歐盟國家，經由其食品衛生檢驗，就嬰兒奶粉之無害異物容許值採取小於 2mm 微粒之標準，則臺北市衛生局在未實際檢驗特定批號之「寶寶樂」產品所含黑褐色微小粒子是否確實會危害食安，且未提出科學上可支持之理由說明其何以採取比歐盟國家更嚴之異物容許值標準之情況下，即遽而認定我國嬰兒奶粉產品應採取異物不得檢出之標準，亦有違食品衛生管理法第 25 條規定之意旨。

**代表主管機關之一方可主張之論點：**

- (1)如前所述，衛生署（現衛福部）公告「一般食品衛生標準」所規範「一般食品...不得...含有異物」，依據文義解釋，當然即表示不能容許任何異物之檢出，因此，三櫻公司雖以其所屬實驗室所出具之技術報告，主張本件黑褐色微小粒子無毒且對人體並無危害，然臺北市衛生局先前以磁鐵吸附，即發現沖泡後之奶粉中似乎含有黑褐色微小粒子且會移動，顯為含有金屬成分之異物，相關資料已足判定本件「寶寶樂」產品並未符合前述「零容許值」之標準而有違法情事，並無另行就本件黑褐色微小粒子成分及尺寸進行檢驗之必要，或依據修正前食品衛生管理法第 25 條規定指定檢驗方法之必要。
- (2)至於三櫻公司主張其提出所屬實驗室出具報告，未經臺北市衛生局予以注意及審閱，惟查行政程序法第 9 條及第 36 條所規定「應於當事人有利及不利之情形，一律注意。」應係指與相關行政法規適用之要件有關者而言，查本件既已違反前述「零容許值」之標準，並無再就該磁性黑褐色微小粒子之成分及尺寸進行認定之必要，並無違反行政程序法第 9 條及第 36 條之情形；更遑論但該實驗室係隸屬於三櫻公司，所提出報告之證明力自得由臺北市衛生局依據職權予以裁量。至於歐盟國家之無害異物容許值為小於 2mm 微粒之規定，其法規體系既與我國食品衛生管理法不同，自無適用之餘地，併予說明。
- (3)此外，依據行政院衛生署於 2012 年 2 月 6 日所頒佈之「食品及其相關產品回收銷毀處理辦法」第 9 條之規定，「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。」至於採取何層面之回收深度，應視個案情形而定。有鑑於本件所涉產品為嬰兒奶粉產品，其對於嬰兒可能造成健康之危害，而嬰兒不若兒童或成人較可能具體表現產品危害而對身體所造成之不適，自應賦予較高程度之保障，故為確保嬰兒之身體健康等權益，自應要求三櫻公司之產品回收深度達消費者層面，始足保障消費者。

6. 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予？

**代表廠商之一方可主張之論點：**

- i. 「預防性不作為之訴」為行政訴訟法第 8 條第 1 項前段之訴訟類型所涵蓋：
- (1) 行政訴訟法第 8 條第 1 項前段規定「給付訴訟」之訴訟態樣：「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。」，其中所謂「請求作成行政處分以外之其他非財產上給付」，一般稱為「公法上非金錢給付之訴」。「預防性不作為之訴」，應受行政訴訟法第 8 條第 1 項前段之給付訴訟所涵蓋，尤其是所謂「公法上非金錢給付之訴」，蓋「預防性不作為訴訟」係指人民訴請行政法院，判令被告機關不得對之作成可能損害其權益之行政處分或其他高權行為（職務行為）<sup>8</sup>，非請求被告機關對其為金錢給付。
  - (2) 依通說之看法，如原告起訴時，被告即將採行之事實行為將來有侵害，或過去違反義務之事實被告將來有繼續侵害之虞者，承認其有權利保護之必要，使一般給付之訴，不僅適於作為實現公法上之結果除去請求權之救濟途徑，亦應賦予預防損害結果發生之功能<sup>9</sup>。最高行政法院 96 年度裁字第 2183 號裁定亦明揭：「...核其性質，係提起預防性不作為訴訟。惟此項訴訟，是否為我國行政訴訟法所容認，我國學界見解不一，但從憲法保障人民之訴訟性，行政訴訟法第 2 條容認公法上爭議除法律別有規定外，均容許得提起行政訴訟，以及外國實務與學界通說，均採肯定等觀點，應採肯定見解，認為對行政機關請求法院判令不得為一定行為具有法律上利益以得依行政訴訟法第 8 條規定，提起預防性不作為訴訟。惟提起此種訴訟，須以因行政機關之作為有對其發生重大損害之虞時，始認具有權利保護必要，但對損害之發生，得期待以其他適當方法避免者，不在此限。」，台北高等行政法院 96 年度訴字第 3797 號判決更謂：「又關於『預防性不作為之訴』的容許性，依學者之說明，即人民可否訴請行政法院，判令被告機關未來不得作成可能損害其權利之行為？在德國，理論上故多傾向採肯定見解。」實務上亦有人民請求預防性不作為之訴，而經法院准許並作成和解筆錄者<sup>10</sup>。

<sup>8</sup> 請參李惠宗，行政法要義，五南出版社，初版，2000 年，頁 635。

<sup>9</sup> 請參吳庚，行政爭訟法，1999 年，作者自刊，頁 126-128。

<sup>10</sup> 高雄高等行政法院 90 年度訴案第 462 號原告黃文騫等 115 人與被告高雄市政府間都市計畫案件，兩造達成訴訟上和緩，和解內容為：「一、兩造同意就本案都市計畫事件和解如下：被告承諾於依大眾捷運法第十九條第一項、第二項關於損失補償之規定的立法意旨，針對被告八十九年九月六日高市府捷路定第三二四 00 號函（公告），其中關於高雄市捷運紅線路線圖方案 R 十五、十六穿越原告所有座落高雄市左營區福山段四八二號房屋基地之地下的爭議，如未變更現有公告之路線，則須於依法完成損失補償前，被告不得同意高雄捷運股份有限公司或他人穿越使用該基地。至於補償方法雙方同意參酌同法第十九條第一項、第二項、及第五項授權主管機關訂定之子法辦理。二、訴訟費用各自負擔。」，為實務上預防不作為之案例。請參林石猛，行政訴訟類型之選定與人權保障，國立中山大學中山學術研究所碩士論文，2002 年 6 月，頁 208。

- (3) 查本件因三櫻公司係主張臺北市衛生局「不得將『寶寶樂』其他批號產品全數回收及銷毀」（下稱「請求一」），與「不得以發佈新聞稿或刊登網頁新聞等方式，告知消費者應停止購買『寶寶樂』其他批號產品」（下稱「請求二」），非涉行政處分或公法上之金錢給付，而係在臺北市衛生局尚未有違法其權益之作為前（包括請求一所指之特定行政處分，及請求二所指之特定事實行為），訴請法院判命臺北市衛生局不得為特定處分及事實行為，屬於「預防性不作為之訴」。承上說明，三櫻公司應得依據行政訴訟法第 8 條第 1 項前段向高等行政法院提起「預防性不作為之訴」，判命臺北市衛生局不得將「寶寶樂」其他批號產品全數回收及銷毀，與「不得以發佈新聞稿或刊登網頁新聞等方式，告知消費者應停止購買『寶寶樂』其他批號產品」。
- ii. 本件二請求均符合提起「預防性不作為之訴」之一般及特別實體判決要件：
- (1) 依據學說上看法，行政訴訟之提起必須具備「一般實體判決要件」，包括管轄權、當事人能力與訴訟能力、起訴應符合法定程式，及權利保護必要等<sup>11</sup>，同時亦須具備特定訴訟態樣所需之「特別實體判決要件」，以行政訴訟法第 8 條第 1 項前段「公法上非金錢給付之訴」而言，應包括因公法上原因發生給付、限於請求作成行政處分外之非財產上給付、主張重大損害原告權利，及不屬於得在撤銷訴訟中併為請求之給付<sup>12</sup>。
- (2) 對於「預防性不作為之訴」，比較值得探討者為「權利保護必要」、「因公法上原因發生給付」及「重大損害原告權利」等要件。最高行政法院 98 年判字第 1515 號判決即指出：「按行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：『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。』此一規定僅係行政訴訟法關於訴訟類型之規定，原告擬提起性質上屬一般給付訴訟之預防性不作為訴訟並獲得本案勝訴判決，尚須主張其在實體法上公法上之請求權為何者。」，台北高等行政法院 96 年度訴字第 3797 號判決則謂：「不論依實務或學說之見解，當事人須具備『權利保護必要』之要件，始得提起預防性不作為之訴；且當事人須具有請求權基礎，始有權利保護（必要）之可言；故原告提起此種預防性的（將來的）消極的給付之訴，必須具有一定之權利，其權利有受侵害之虞，始具備『請求不作為』之請求權基礎，否則逕提起行政訴訟，即於法無據。」、臺北高等行政 97 年度訴更一字第 83 號判決持相同看法：「可知不論依實務或學說之見解，當事人須具備『權利保護必要』之要件，始得提起預防性不作為之訴，而當事人必也具有請求權基礎（非僅為反射利益），始有權利保護（必要）之可言；故原告提起此種預防性的消極的給付之訴，必須具有一定之權利，且其權利有受重大損害之虞，始具備『請求被告機關不作為』之請求權基礎，否則即於法無據。」
- (3) 查臺北市衛生局如命令三櫻公司全數回收及銷毀「寶寶樂」其他批號產品，且發佈新聞稿或刊登網頁新聞，告知消費者應立即停止購買「寶寶樂」其他批號產品，

<sup>11</sup> 請參吳庚，行政爭訟法論，元照出版公司，第六版，2012 年，頁 141-153。

<sup>12</sup> 請參吳庚，行政爭訟法論，元照出版公司，第六版，2012 年，頁 188-198。

將涉及三櫻公司之財產權、營業權及名譽權，此等權利均受憲法保障，基於名譽權、人性尊嚴及人格自由發展等基本權之防禦功能，三櫻公司應享有預先請求臺北市衛生局不得採取損及其財產權、營業權及名譽權之行政行為之公法上權利，且名譽權一旦受損，將無法以金錢賠償之方式回復，故三櫻公司具備提起「預防不作為之訴」之「權利保護必要」、「因公法上原因發生給付」及「重大損害原告權利」等特別實體判決要件。

**代表主管機關之一方可主張之論點：**

- (1) 就我國行政訴訟是否准許提起「預防性不作為之訴」乙點，最高行政法院於 101 年度裁字第 633 號裁定揭示：「至於特定權利主體在日常生活中並無受到特定法規範所形成法律關係行事之牽絆，只是依其主觀慾望，希望在將來能夠依該法律關係或不依該法律關係所形成之實證環境下行事，而『思患預防』，在事前即請求法院對該法律關係成立或不成立預為判斷，此等請求基本上已是『預防訴訟』之領域。而**預防性訴訟**不僅性質上不屬於確認訴訟（多被歸類為給付訴訟），且**此等訴訟之提起必須另有法律許可提起之明文**（其理由在於：基於司法資源之有限性，為提升其使用效率，訴訟原則上必須限於現在已生之爭執，而將來可能發生之爭執，現在既然還沒有發生，事後又可能『時過境遷』，不再具有爭訟性。若提早發動審理，等於司法資源之低效率運用，因此除非該將來爭執對社會影響重大，又有急迫解決之特殊情形，方得例外許可提起行政訴訟），不然該等未來預防之訴即因欠缺法之明文而應認其起訴不合法。」
- (2) 由上述裁定可知，「預防性不作為之訴」之提起以「另以法律許可提起之明文」為前提，茲因食品衛生管理法（無論 2013 年 6 月 19 日修正前或修正後版本）或其他相關法律均無許可提起預先禁止主管機關為行政處分或事實行為之「預防性不作為之訴」等明文規定，三櫻公司該二請求自非屬我國行政訴訟法所准予之訴訟態樣。
- (3) 再者，最高行政法院 97 年度裁字 3476 號裁定亦揭示：「又『訴願法第 1 條所稱官署之處分，損害人民之權利或利益者，限於現已存在之處分，有直接損害人民權利或利益之情形者，始足當之。如恐將來有損害其權利或利益之行政處分發生，遽即提起訴願，預行請求行政救濟，則非法之所許。』亦經本院 48 年度判字第 96 號著有判例。...另抗告人請求臺北市監理處不得向其徵收 95 年以後之汽車燃料使用費，係預先提起不作為訴訟，依前揭判例意旨所示，亦非法之所許。」依前述裁定之意旨，如僅恐將來有損害其權利或利益之行政處分發生，預行提起「預防性不作為之訴」，並非法之所許。
- (4) 退步言，縱認「預防性不作為之訴」之提起不以「另以法律許可提起之明文」為前提（主管機關仍否認之），依最高行政法院 97 年度裁字第 4845 號裁定之意旨，預防性不作為之訴僅於例外時允許：「針對將來行政作為之預告，是否構成對特定主觀公權利之現實侵犯，法院基本上是採取比較審慎之立場，除非此等預告結果對人民法律地位形成重大明顯之不安，不然考慮到司法資源之有限性，儘量讓實體審理時點延後。換言之，**預防性訴訟之允許，在司法實務上是一種例外，而不是原則。**」

- (5) 縱認前述二請求為我國行政訴訟法所准予之訴訟態樣（主管機關仍否認之），依據前述最高行政法院 101 年度裁字第 633 號裁定之意旨，三櫻公司亦應證明「該將來爭執對社會影響重大，又有急迫解決之特殊情形」。
- (6) 如前述最高行政法院 101 年度裁字第 633 號裁定所載，「基於司法資源之有限性，為提升其使用效率，訴訟原則上必須限於現在已生之爭執，而將來可能發生之爭執，現在既然還沒有發生，事後又可能『時過境遷』，不再具有爭訟性。若提早發動審理，等於司法資源之低效率運用」。查針對「寶寶樂」其他批號產品，臺北市衛生局尚於抽樣調查中，於作成行政處分前，並將依據行政程序法第 39 條、第 102 條及第 104 條之規定，請三櫻公司就調查結果陳述意見，且臺北市衛生局於作成相關行政行為時，亦需考量三櫻公司所提出之意見。準此，因臺北市衛生局並非一定會作出命令三櫻公司全數回收及銷毀「寶寶樂」其他批號產品，且發佈新聞稿或刊登網頁新聞，告知消費者應立即停止購買該等產品等行政行為，故針對「寶寶樂」其他批號產品之處置，三櫻公司略過依法具備於行政程序中陳述意見之程序權利，而以逕行提起本件「預防性不作為之訴」之方式「提早發動審理」，顯係浪費司法資源。
- (7) 此外，三櫻公司主張其財產權、營業權及名譽權等權利恐因主管機關之回收及銷毀處分及發佈新聞稿而受有重大損害；惟查，針對「寶寶樂」其他批號產品是否符合食品衛生管理法之相關管制規範，對於消費者權利之影響甚鉅，自不得因其認有財產權、營業權及名譽權受損害之虞，即剝奪臺北市衛生局針對相關產品是否符合法規進行必要行政調查以維護社會大眾利益之權力，而預先進行司法審查，故此二請求自未能符合前述最高行政法院 101 年度裁字第 633 號裁定所揭示例外得提起「預防性不作為之訴」之要件。

7. 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？

**代表廠商之一方可主張之論點：**

- i. 我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定，違反 WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定：
- (1) WTO 技術性貿易障礙協定（Agreement on Technical Barriers to Trade）（下稱「TBT 協定」）<sup>13</sup>第 1.5 條規定：「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。」，WTO 食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定（Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures）（下稱「SPS 協定」）<sup>14</sup>附件一的第 1 點則規定：「檢驗或防檢疫措施一係指適用於下列

<sup>13</sup> TBT 協定之英文原文，請參 [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/17-tbt\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm)（最後瀏覽日：2014 年 5 月 20 日），中文官方翻譯，請參 <http://www.bsmi.gov.tw/wSite/ct?xItem=3533&ctNode=4193&mp=5>（最後瀏覽日：2014 年 5 月 20 日）。

<sup>14</sup> SPS 協定之英文原文，請參 [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/sps\\_e/spsagr\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm)（最後瀏覽日：2014

項目之任何措施：(b) 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...。檢驗或防檢疫措施包括所有相關法律、政令、規定、要件和程序，特別是包括最終產品的標準；加工與生產方法；測試、檢驗、發證與核可程序；檢疫處理，包括有關動物或植物運輸或運輸中維持動植物生存所需材料的規定；相關統計方法、取樣程序與風險評估方法的規定；以及與食品安全有直接關係的包裝與標示規定。」。查本件如我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定，由於該規定係為保護人體健康，防範食品安全風險，依照前開規定，會被認定為「檢驗或防檢疫措施」(Sanitary and Phytosanitary Measures)，則 TBT 協定將無適用餘地。

- (2) 按 SPS 協定第 3.1 條規定：「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。」，此處所指之「國際標準、準則與建議」，依照 SPS 協定附件一第 3 點規定，「就食品安全而言，係指由國際食品法典委員會(Codex Alimentarius Commission)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」。查國際食品法典委員會目前尚未就嬰兒奶粉之無害異物容許值制訂任何規範，因此，嬰兒奶粉之無害異物容許值，現階段並無所謂國際標準。
- (3) 在國際標準並不存在的情況下，WTO 各會員國可以有比較大的空間自己訂定嬰兒奶粉之無害異物容許值，惟依據 SPS 協定第 2.2 條：「會員應保證任一檢驗或防檢疫措施之實施，係以保護人類、動物或植物的生命或健康之需要程度為限，且應基於科學原理，若無充分的科學證據即不應維持該措施，惟依第五條第七項之規定者不在此限。」、第 2.3 條：「會員應保證其檢驗與防檢疫措施不會在有相同或類似情況之會員間，包括其境內及其他會員境內之間，造成恣意或無理的歧視。檢驗與防檢疫措施之實施不應構成對國際貿易的隱藏性限制。」及第 5.1 條：「會員應保證其檢驗或防檢疫措施，係在適合狀況下依據對人類、動物或植物生命或健康的風險所做評估而制定，並將相關國際組織所研訂的風險評估技術納入考量。」，各會員國所訂定之嬰兒奶粉之無害異物容許值仍應基於科學原則，並有充分的科學證據支持，亦即應進行科學性風險評估，否則即有出於恣意，而構成對國際貿易隱藏性限制之嫌。
- (4) 查本件我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定，並非基於任何科學原則，亦無進行任何科學性風險評估，故無任何科學證據支持此一標準方能保護嬰兒健康。三櫻公司出具之技術報告，已清楚說明「寶寶樂」奶粉產品中所含磁性黑褐色微小粒子屬於自然製程中所生成，主成分為鐵，尺寸不到 2mm，沒有健康風險，且歐盟國家對於幼兒或其他高危險人群食用之食品，採取之無害異物容許值為小於 2mm 微粒，在此背景下，衛福部實有必要提出實證科學資料，說明何以其能夠以「一般食品衛生標準」第 3 條所規定之「一般食品不得含有異物」適用到嬰兒奶粉產品，亦即採取嬰兒奶粉異物零容許值之規範立場。豈料，衛福部對此部分之說明，完全付之闕如。臺北

---

年 5 月 20 日)，中文官方翻譯，請參 <http://www.baphiq.gov.tw/public/Data/15241151071.pdf> (最後瀏覽日：2014 年 5 月 20 日)。

市衛生局於執行「一般食品衛生標準」第 3 條規定而對三櫻公司為侵益處分前，亦未就「寶寶樂」產品作任何科學測試或檢驗，以證明該產品所含不到 2mm 之磁性黑褐色微小粒子有害嬰兒健康。基此，我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定，既然未符合科學原則，而係出於恣意，構成對國際貿易隱藏性限制，則違反 SPS 協定第 2.2 條、第 2.3 條及第 5.1 條規定。

- (5) 或有謂我國可以主張相關科學證據對於幼兒或其他高危險人群食用之食品，所含無害異物容許值應採何種標準方妥並不充分，故我國得依 SPS 協定第 5 條第 7 項規定：「如相關的科學證據不充分時，會員可依現有有關資訊，包括相關國際組織及其他會員的檢驗或防檢疫措施資訊，暫時採行某些檢驗或防檢疫措施。惟在此情況下，會員應設法取得更多必要之資訊以進行客觀的風險評估，並應在合理期限內檢討該檢驗或防檢疫措施。」，暫時性地採取嬰兒奶粉異物容許值為零之規範。
- (6) 惟，在 *Japan — Agricultural Products II* 一案，上訴小組曾經表示，「會員要能夠依照 SPS 協定第 5 條第 7 項規定維持暫時性的 SPS 措施，必須滿足四個要件：(a) SPS 措施之採取係有鑑於『科學證據不充分』；(b) SPS 措施之採取是根據『現有有關資訊』；(c) 『設法取得更多必要之資訊以進行客觀的風險評估』；及(d) 『在合理期限內檢討該 SPS 措施』。<sup>15</sup>」暫且不論我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定，在 SPS 協定第 5 條第 7 項之要求下，不一定均能滿足(b)(c)(d)三個要件，僅就「**科學證據不充分**」此一要件，上訴小組在 *Japan — Apples* 一案，已闡明「相關科學證據會被認為不充分，是當現有的科學證據無論就量或質而言，都無法進行 SPS 協定第 5.1 條及 SPS 協定附件一所要求之適當的風險評估。」<sup>16</sup>，該上訴小組亦表示「SPS 協定第 5.7 條之適用並非係以科學不確定性之存在為基礎，而是科學證據不充分，科學證據不充分與科學不確定性並非同義。」<sup>17</sup>本件從歐盟國家對於幼兒或其他高危險人群食用之食品，有採取無害異物容許值為小於 2mm 微粒之規定，且清楚於其規定中表示「...至少得防止及/或消除大於或等於前述尺寸之外來顆粒，如此**風險**將得到充分的控制」，可見現有的科學證據應可支持進行適當的「風險評估」，換言之，本件應「無」科學證據不充分之情形，我國政府恐混淆科學證據不充分與科學不確定性兩者之概念，SPS 協定第 5.7 條不得作為正當化我國法規對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定之基礎。
- ii. 我國內國法抵觸 SPS 協定，應優先適用 SPS 協定，內國法無效：
- (1) 根據最高法院 23 年上字第 1074 號刑事判決：「**國際協定之效力優於國內法**」、台灣高等法院 79 年度上更(一)第 128 號民事判決：「條約在我國是否有國內法之效力，

<sup>15</sup> Appellate Body Report, *Japan — Agricultural Products II*, para. 89, 請參 <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/76ABR.DOC>, 最後瀏覽日 (2014 年 5 月 20 日)。

<sup>16</sup> Appellate Body Report, *Japan — Apples*, para. 179, 請參 <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/245ABR.doc>, 最後瀏覽日 (2014 年 5 月 20 日)。

<sup>17</sup> Appellate Body Report, *Japan — Apples*, para. 183-184, 請參 <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/245ABR.doc>, 最後瀏覽日 (2014 年 5 月 20 日)。

法無明文，惟憲法第五十八條第二項、第六十三條、第五十七條第三款規定觀之，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，法院自應予以適用（參見最高法院七十二台上字第一四一二號判決）。另依憲法第一百四十一條『尊重條約』之規定，條約之效力應優於國內一般法律（參照最高法院二十三年上字第一〇七四號判例）而居於特別規定之地位，故條約與國內一般法律抵觸時，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用條約之規定。」、法務部 77 年 11 月 19 日法 77 參字第 20108 號函：「條約在我國既宜視為與『法律』具同效力，則如條約之內容與法律之規定相抵觸時，其適用之優先順序為何？從憲法第 141 條規定之精神以觀，條約與法律有所抵觸時，原則上似宜以條約之效力為優。我國歷來若干立法例（如民國 37 年 5 月 12 日國民政府修正公布之防空法第 3 條第 2 項、民國 43 年 4 月 17 日總統令公布之引渡法第一條）、法院判決（如最高法院 23 年上字第 1074 號刑事判決）及實務界解釋（如司法院民國 20 年 7 月 27 日致前司法行政部訓字第 459 號訓令、本部 72 年 2 月 21 日法（72）律字第 1813 號函）均持此一見解。」

- (2) 經查，就我國加入 WTO 一事，行政院於 2001 年 11 月 14 日院會通過以條約案的方式，將已由經濟部長代表簽署之入會文件送立法院審查，立法院隨即在 11 月 16 日通過該條約案，並咨請總統批准，總統於 11 月 21 日簽署全套入會相關文件，完成了入會條約案的國內批准程序<sup>18</sup>。因此，WTO 相關協定既然已經立法院通過，依據前開實務看法，其應具有國內法同效力，且如 WTO 相關協定與國內一般法律抵觸時，應優先適用 WTO 相關協定。基此，本件無論是法律或是僅屬法規命令位階之「一般食品衛生標準」，對嬰兒奶粉採取異物零容許值之規定，既然違反 WTO 之 SPS 協定，即應為無效，臺北市衛生局不得適用無效之規範裁罰三櫻公司。

#### 代表主管機關之一方可主張之論點：

- (1) 查 SPS 協定第 3.1 條雖規定會員應依據現有之國際標準、準則與建議調和其內國之檢驗與防檢疫措施，惟查，三櫻公司僅於其陳述意見中提出紐西蘭之標準，未能完全體現 WTO 會員國其他國家針對一般食品之異物規則，故僅以該紐西蘭標準實難認我國法規有任何違反 SPS 協定之虞。
- (2) 按依據最高行政法院 93 年判字第 281 號判決：「按國際法與國內法為平行之法律體系，且均為行政法之法源；惟國際法要成為行政法之法源，並非毫無限制，必須條約或協定明定其內容，始可直接引用作為法規適用。或將條約、協定內容，透過國內法規之訂定，訂定於相關法規，才能有效執行外，必須司法審判機關採用，作為判決先例。」由是可知，我國雖加入 WTO 故應遵守其相關協定，但協定內容如並未明定具體內容而得直接引用，則必須由本國法規使條約之要求之具體化。
- (3) 於本件情形，SPS 協定第 3.1 條及第 3.3 條僅係概括規範國內所制訂之檢驗和防檢疫保護措施，應與國際標準、準則調和，但並未具體明定類似「一般食品衛生標準」等標準，故依據前述判決意旨，無法直接引用作為法規適用。另一方面，其他會員國所

<sup>18</sup> 請參周旭華著，我國加入 WTO 前後的若干國際法課題，民國九十年國際貿易法實踐觀察報告，<http://www.csil.org.tw/csil2011/cwork/004.htm>，最後瀏覽日（2014 年 5 月 20 日）。

採取之相關標準應如何協調於我國法規，通常需由主管機關進行研究計畫，通盤瞭解各主要會員國之規定後，始得決定以何種標準納入我國法規。目前既無任何法規納入該等協定，自無於我國執行之可能。準此，前述 SPS 協定第 3.1 條及第 3.3 條於我國尚無法執行，臺北市衛生局所為行政處分自無違反相關協定之可能。