

從危害防止法理探討預防性措施的 合法性

李介民^{*}

【目次】

- 壹、前言
- 貳、危害防止法上預防性措施
 - 一、預防原則的法律概念
 - 二、危害預防的法律要件--「有危害之虞」
 - 三、危害的層級—重大或急迫危害
- 參、預防性措施的行使與射程範圍
 - 一、預防性措施的法律性質與要件
 - 二、預防性措施的行使對象
 - 三、預防性措施的射程範圍及後續效力
 - 四、消費者保護法相關規定適用之探討
- 肆、結語

^{*} 作者為靜宜大學法律學系專任副教授。

摘 要

食安風暴重創人民對政府的信任，食品安全衛生管理法修訂後，增列行政機關得採行預防性下架、封存等措施。問題是，預防原則落在警察或秩序管制領域，行政機關在何種危害預防的法律要件下，或危害的層級到何程度時，可採行預防性措施？行政機關在有相當證據，令其懷疑所進口、製造、經銷的食品有危害人體健康或不適宜人食用時，在合法的裁量下採取預防性措施的法律效果。此種對人民有不利效果的預防性措施，為暫時性行政處分，待經由調查的證據結果出爐後，如認定確有危害人體健康或不適宜人食用，則進一步對相關食品為沒入、銷毀的終局性行政處分；如認定對食品安全並無危害，則廢止先前的處分，並通知業者可重新鋪貨的終局性行政處分。

關鍵詞：危害防止、預防性措施、危害預防、風險預防、暫時性行政處分

壹、前言

近二年來食安風暴對台灣人民引起相當大的恐慌與反彈，國家機器的運作讓人覺得螺絲鬆動到近乎癱瘓情形，甚至是最高行政首長在面對處理相關議題上，顯得相對保守。當一家家著有聲譽的企業不斷地爆發食用油管理上的弊端，人民面對飲食安全議題似乎只能藉由廠商將相關商品自動下架而自求多福。雖然食品衛生管理法業於 103 年 2 月 5 日作大幅修正公布，並將法律名稱改為食品安全衛生管理法(以下簡稱食安法)。其中，第 4 條第 5 項規定：「中央主管機關對重大或突發性食品衛生安全事件，必要時得依風險評估或流行病學調查結果，公告對特定產品或特定地區之產品採取下列管理措施：一、限制或停止輸入查驗、製造及加工之方式或條件。二、下架、封存、限期回收、限期改製、沒入銷毀。」對重大或突發性食品衛生安全事件，行政機關採行預防性下架、封存等措施，其相關的法理基礎值得深入思考。

衛生福利部於 103 年 9 月 19 日發現正義公司上游廠商包括鑫好等六家業者的出貨量，與正義公司的數據兜不攏，並移送檢調偵辦，遲至 10 月 8 日才要求業者自主下架。有謂依食安法第 15 條第 1 項第 7 款規定：食品有摻偽或假冒情形，不得製造、販賣、公開陳列。同法第 41 條第 1 項第 4 款規定：主管機關為確保食品符合本法規定，對於有違反第 15 條第 1 項「之虞」者，得命食品業者暫停作業及停止販賣，並封存產品。而認為衛生福利部尚未確認不法，無法強制產品下架的見解，對於難以採行預防性下架而提出質疑¹。本文嘗試從危害防止法理的觀點，來探討上述相關措施的合法性議題。

¹ 蔡志宏(士林地院法官)，預防性下架很難嗎，蘋果日報，2014 年 10 月 14 日，A17 版。

貳、危害防止法上預防性措施

一、預防原則的法律概念

預防原則是在危害發生之前，就採取保護措施的思維。此一原則在於運用各種可能的行政手段避免造成損害或使負面影響儘可能地降至最低，即預防勝於治療的概念。行政管制的強弱模式，因涉及國家保護人民生命、身體、財產等法益與發生危害的頻率考量，其設定目標從事後的危害排除提前到事前積極的危害預防（Gefahrenvorsorge），再從危害預防到風險預防(Risikovorsorge)，如此不斷的提昇使人民的自由受到限制²。

（一）危害防止

在傳統的秩序行政法上，危害乃行政機關在未曾中斷的事件發生過程中，認為在可預見的時點，法律所欲保護的法益，有相當的蓋然性會受到損害或減損的事實狀況³。在此，蓋然性的考量係本於一般生活經驗，經由某一種標準值來做充分的預測與評量，所評量的事情與損害發生的可能性有關。當達到損害發生的可能性與發生損害結果時，已超過法定的危害門檻之程度，基於適當的理由賦予國家機關採取安全防衛措施，以達成有效的危害防止目的⁴。

² 程明修，行政法上預防原則—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第 167 期，2009 年 4 月，頁 129。

³ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6.Aufl., 2010, § 4 Rn. 2. 程明修，行政法上預防原則—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第 167 期，2009 年 4 月，頁 130；程明修，行政法上之風險評估與管理，台灣法學雜誌，第 142 期，2009 年 12 月，頁 103。林昱梅，當健康風險之預防遇上商品自由流通原則，月旦法學雜誌，第 178 期，2010 年 3 月，頁 268。林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，臺大法學論叢，第 39 卷第 4 期，2010 年 12 月，頁 171。

⁴ M. Brenner/A. Nehrig, Das Risiko im öffentlichen Recht, DÖV 2003, S. 1025.

一旦有危害發生，法律賦予職權的行政機關，即有執行公權力的必要，以制止人之行為或排除物的危害，確保公共安全與公共秩序。在食品安全衛生的管理方面，食品業者之進口商、製造商或其經銷商，因其行為而使食品之成本、半成品或原物料有害人體或不適宜人食用者，以上業者應負排除危害之行為責任。至於，非從事製造之經銷商所販賣之食品有害人體或不適宜人食用者，雖非其行為所造成，但其對這些食品有事實上支配管領能力，應負排除危害之狀態責任。

（二）危害預防

當法律授權行政機關維護公共安全或公共秩序的任務，一旦發生危害將造成法益受到損害或妨害，或屬嚴重損害程度的影響，或造成損害具有不可回復性。因此，國家有必要針對過去發生損害的經驗，藉由當代的科學技術水準就將來發生損害的蓋然性（將來預防 *Zukunftsvorsorge*），建立一套事先的預防機制。

行政機關不單單只有危害防止的任務，還有危害預防的任務。通常在法律構成要件中為防止危害發生或擴大，法律須授權行政機關得採行預防危害的個別措施，此任務可分為二，其一、藉由資訊性措施對於將來的危害防止做準備，其次、為防止將來具體的危害，在事實尚未明確時，採行危害制止與危害預防調查的事前措施⁵。關於對將來的危害防止預作準備，主要是個別法律授權行政機關蒐集證據資料（包含個人資料）或詢問的權限，該資料蒐集係基於危害預防之目的⁶。

危害預防的概念，其目的在於可預見日後發生危害，事前準備蒐集資訊或資料的措施。危害預防不論是損害是否真正發生，或在沒有具體的危害存在時，行政機關得本於職權對僅有抽象危害者，進行定期或不定期的預防性調查措施，為將來發生具體危害作準備⁷。危害

⁵ Pieroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl., 2010, § 4 Rn. 13.

⁶ Pieroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl., 2010, § 14 Rn. 22.

⁷ Pieroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl., 2010, § 4 Rn. 13、14. C.

預防是針對可能損害發生的蓋然性雖屬輕微即可為之，本於潛在擔憂（Besorgnispotenzial）就達到國家公權力行為得以行使的門檻⁸，學理上稱之為有危害之虞者，乃法律規範賦於行政機關基於事實上觀點，主觀上雖不完全知悉危害情況，且在評估上無法作正確的估計，如對事實無法清楚地鑑別或如對事實發生過程無法精確地預測，但仍賦予職權予以調查⁹。

危害防止與危害預防二者是有差別的，危害防止係以危害本身的存在為其要件，至於危害預防固然是以危害為對象，但其目的是事前的避免危害發生，此二者通常上並沒有明顯的區分¹⁰。而危害預防的性質既然是比有具體危害門檻更低的干預門檻，從一般預防的衡量觀點，行政機關的任務在於準備防止將來危害的產生，在危害預防缺乏一具體危害的發生，有時連抽象的危害也未必存在，或者只是單純的認為有受損害的可能性，甚至對此蓋然性無法證明¹¹。

（三）風險預防

風險一詞，意謂著受保護法益的不安全性，然而受保護法益未必會發生不安全，只是特定事件的發生僅具有蓋然性而已。風險並非針對已發生損害的情況加以克服，而是日後可能會有危害發生，因此風險預防係針對不明確的情形¹²。風險預防取決於發生損害的蓋然性與

Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009, Rn. 101. 張永明，臺灣食品衛生管理的新挑戰，月旦法學雜誌，第 224 期，2014 年 1 月，頁 95。

⁸ M. Kloepfer, Umweltschutzrecht, 2008, §3 Rn. 10.

⁹ Friedrich Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, S.668.

¹⁰ Stefan Röhrig, Die Zeitliche Komponente der Begriffe Gefahr und Gefahrenabwehr und ihre Konkretisierung bei Grundwasserverunreinigungen, DVBl 2000, S. 1658.

¹¹ T. Bernhard Petri, Der Gefahrerforschungseingriff, DÖV 1996, S. 445.

¹² Arno Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem-Ein Paradigma für das technische Sicherheitsrecht -, VerwArch. 1993, S. 498. Franz-Joseph Peine, Risikoabschätzung im Bodenschutz, DVBl 1998, S. 158. 學者 Peine 進一步指出，危害是任何的風險本身在充分的蓋然性下具體發生，並可得出危害是特別的風險的結論。而風險是上位概念，危害是下位概念。危害是很多風險事由的部分事件。

損害範圍、強度（風險程度）的因果過程。蓋然性如何是以過去的生活經驗、知識經驗，藉由法律將一連串可能發生風險的因果關係加以規範，事先對於多面向風險評估數值加以計算，為避免將來發生損害或將可能發生損害之情形降至最低，行政機關在法律的授權下，提前發動國家權限的作為¹³。

風險情況帶有不明確性、不安全性之意，預防原則並不是針對已確定的具體損害採取干預措施，而係從一開始為避免或阻止對安全有潛藏危害風險的行為或活動，藉由法律授權行政機關利用所蒐集的資訊，事先採取暫時性管理措施加以克服或降低風險¹⁴。風險預防的客體在於以可能發生危害來取代損害的制止，且其目的在避免因欠缺評估而將來發生危害。因此傳統的危害防止模式，透過增加事前的預防模式，容許在適當的時點行使國家的干預措施¹⁵。因此，預防原則¹⁶就是在滿足有發生危害疑慮的法定構成要件下，不必等到科學上有明確證明有何種危害，國家就可以採取一定的預防性措施¹⁷。對於食品安全的風險管理，應以風險評估為基礎，符合事先預防原則，以建構風

¹³ 程明修，核能剩餘風險之管制瓶頸，台灣法學雜誌，第 193 期，2012 年 2 月，頁 93。

¹⁴ J. Caspar, *Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht*, in: H. - J. Koch (Hrsg.), *Umweltrecht*, 3. Aufl., 2010, §2 Rn. 43. U. Ramsauer, *Allgemeines Umweltverwaltungsrecht*, in: H. - J. Koch (Hrsg.), *Umweltrecht*, 3. Aufl., 2010, §3 Rn. 20. 程明修，行政法上之風險評估與管理，台灣法學雜誌，第 142 期，2009 年 12 月，頁 107。

¹⁵ Christian Calliess, *Vorsorgeprinzip und Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht*, DVBl, 2001, S. 1727.

¹⁶ 預防原則源自警察法，另外德國基本法第 20a 條規定揭示之環境國家，基於為將來世代正義負責，做為指導國家行為的立法原則。*Vorsorge* 一詞，其文義為有免於被當代消滅而創設為將來準備之意，當代的人民為了將來世代的生存利益做準備，以節省自然資源。後來，該原則成為秩序行政法的一般原則。Siehe Christian Calliess, *Vorsorgeprinzip und Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht*, DVBl, 2001, S. 1727. 國內文獻請參閱，陳慈陽，環境法總論，2003 年，修訂版，頁 219 以下。程明修，核能剩餘風險之管制瓶頸，台灣法學雜誌，第 192 期，2012 年 2 月，頁 92 以下。張永明，臺灣食品衛生管理的新挑戰，月旦法學雜誌，第 224 期，2014 年 1 月，頁 110。

¹⁷ Pieroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl., 2010, § 4 Rn. 6. 林昱梅，預防原則與「停、看、聽」環評機制之落實，台灣法學雜誌，第 161 期，2010 年 10 月，頁 18。

險評估體系(食安法第 4 條第 1 項參照)。

(四) 小結

由以上論述可知，預防原則落實在警察或秩序管制領域的法制層面上，可分為二：其一、在風險預防上事前建立行政許可機制，將風險預防的觀念藉由各類設立或排放標準之訂定作為許可的審查基(標)準。其次，在執行層面上，行政機關應該進行危害預防措施，亦即對已獲許可之業者或人民採行定期或不定期的檢驗(查)，以蒐集相關資訊或證據。當面臨事證資料蒐集上證明不夠完整或事實尚未釐清前，基於維護公共安全的優先考量，容許行政機關行使預防性措施，以避免日後造成損害或損害繼續擴大。

二、危害預防的法律要件--「有危害之虞」

危害預防措施的行使要件，必須比危害防止措施的行使門檻為廣泛或較低¹⁸。行政機關要採行危害預防措施之前提，必須滿足對損害發生有蓋然性之要件，即具體的防範任務，而不是僅有風險存在而已。食安法第 41 條第 1 項第 4 款規定，對於有違反相關規定之虞者，得命食品業者暫停作業及停止販賣，並封存該產品。也就是說，違反相關規定構成對國民健康有危害之發生。何謂有危害之虞(Gefahrenverdächtige)，屬於不確定法律概念，有認為有危害之虞乃指法律規範賦於行政機關基於事實上觀點，主觀上雖不完全知悉危害情況，且在評估上無法做正確的估計，如對事實無法清楚地鑑別或如對事實發生過程無法精確地預測，但仍賦於職權予以調查。其與主觀化危害之區別，在於後者在客觀地觀點是不存在危害¹⁹。

有認為有危害之虞是指行政機關對於特殊情況發生或依其過去的經驗值是不明確或不存在危害，但以謹慎、機警的態度來面對處理

¹⁸ M. Kloepfer, *Umweltschutzrecht*, 2008, §3 Rn. 7.

¹⁹ Friedrich Schoch, *Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht*, JuS 1994, S. 668-9.

可能發生的危害。當有危害之虞的情況，法律授權行政機關可以對人、對物或對住宅採取執行措施，對於假定的事實加以證實。該執行措施係為釐清人、物或場所是否存在危險性，進而來制止或排除危害²⁰。上述不確定法律概念必須藉由專家就高度科技專業性事實於以認定、判斷，但並非表示完全免予司法審查，當行政機關的判斷出予錯誤之事實認定或不完整的資訊，或是判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予以撤銷或變更，是採取低密度審查²¹。有危害之虞的事實就是事實本身不明確，行政機關藉由法律賦於蒐集資訊的權限，得經由所詳列的空間、時間、人力或其他的蓋然性指標，將所蒐集的資訊、資料分析研究，以認定事實真相²²。畢竟行政機關如何認定有危害之虞，必須要有客觀上證據足以證明有危害事實的可能性。行政機關無待第三人通報即須主動進行調查，就現在掌握的各種資訊足以證明有危害程度很高時，即有危害懷疑增加(Verdachtsverdichtung)²³，行政機關採行預防性措施才有正當化理由。

至於，與有危害之虞相對立之概念，乃誤認有危害之虞(Pulativverdacht)。其係指當行政機關採取干預行動時，雖然該危害存在不明確，但是有可能存在，事後被認定危害不存在，則之前行政機關的干預行動被認為不合法²⁴。例如某食用油品製造商自國外進口製油的原物料，事後經查獲該批進口原物料載明供工業用(for Industry use)之事證，而認為其成品恐有危害人體健康，衛生主管機關遂採行預防性干預措施，下令該製造商之相關產品應下架、封存。事後經主管機關就煉油槽抽取樣本，以及將商品帶回化驗，並請出口國提供進口原物料的使用證明，經比對與檢驗結果認為該油品並無危害

²⁰ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010, § 4 Rn. 50.

²¹ 司法院釋字第 319 號解釋翁岳生等 3 位大法官之不同意見書；林昱梅，預防原則與「停、看、聽」環評機制之落實，台灣法學雜誌，第 161 期，2010 年 10 月，頁 28-29。

²² Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010, § 4 Rn. 52.

²³ E. Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., 2007, F Rn. 168.

²⁴ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010, § 4 Rn. 65.

人體健康的成分，乃被誤認為有危害之虞的適例。

三、危害的層級—重大或急迫危害

食品安全牽涉人民生命與健康之保護，食品有害健康或不適合人類食用，皆屬不安全²⁵。法律上是否容許對於公共安全或公共秩序有危害的可能性時，行政機關皆得採行預防性措施？食品安全的保護對象，是普遍且顯著的社會大眾群體的法益²⁶，而且預防性措施的行使對相對人的商譽、營業自由甚至財產權的影響甚鉅，本文認為應該是對社會大眾會造成重大危害的可能性，或是具有急迫性，方可行之。所謂重大危害 (Erhebliche Gefahr)，指對生命、健康、自由、重要的財產價值和國家存續等重要法益，有明顯重大的危害²⁷。此等當目前的危害因係對人之生命或生存的危害，即當面臨非屬輕微的身體損害或死亡之危害。為防止對人之生命、身體健康或財產法益有當前的危害，容許對人民的基本權利加以干預。關於食品安全的危害管控，因事涉民生必需品，為社會大眾日常生活或營業使用所不可或缺，且食

²⁵ 依照歐盟一般食品法第 14 條規定，判斷食品是否有害健康，有下列因素：1.食品對消費者及後代之健康所產生之立即、短期或長期影響。2.累積毒性作用。3.供應特定消費族群之食品，對特定群體之特別健康之敏感性。轉引自林昱梅，失落的道德線—食用油事件之省思，台灣法學雜誌，第 238 期，2013 年 12 月，頁 21。

²⁶ 根據德國學者 M. Klopfer 的見解，預防原則個案上意調著，1.在時間上與空間上仍有廣泛的風險，2.在發生損害的蓋然性極為微小時，還是要有風險預防，3.目前在個案上沒有危害，可能會因其他事件的共同作用造成損害，4.保護顯著的群體大眾利益。Siehe M. Klopfer, Umweltschutzrecht, 2008, §3 Rn. 7.

²⁷ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010, § 3 Rn. 130. E. Denniger, in: Lisken/Denniger, Handbuch des Polizeirecht, 4. Aufl., 2007, E Rn. 61. 對於現在已發生的危害概念，根據學者的分類可分為以下幾種危害：當前危害 (gegenwärtige Gefahr)，指已經發生損害或直接或在最近時間內存在有危害安全蓋然性的事實情況。急迫危害，指使重要法益面臨損害具有高度蓋然性的事實情況。立即危害 (Gefahr im Verzug)，指面對可能會發生的損害，一定要由有管轄權的行政機關負責，不能由其他機關或人員代替行之的事實情況。重大危害，指對生命、健康、自由、重要的財產價值和國家存續等重要法益，有明顯重大的危害。全面危害 (Gemeine Gefahr)，對不特定多數人或其財產造成損害(具體危害)，或有不可預見的危害潛在性，例如天然災害、傳染病之危害。

品中若有摻偽或假冒情事，對於國民身體健康即有重大危害。

其次，所謂急迫危害 (Dringende Gefahr)，指使重要法益面臨損害具有高度蓋然性的事實情況。急迫的危害具有時間特別接近規定，經常是規範有具體的目的，但不是純粹時間上考量。需要衡量的是，對公共安全快要造成立即性損害或妨害的蓋然性²⁸。食品藉由行銷通路販售，長期使身為消費者的國民在不知食品本身有危害的情況下，繼續消費食用。在製造廠商所生產的食品，或其原物料供應商被查核或檢驗有不符合法令規定之情形，足使人民健康陷於急迫危害當中。

觀諸食安法第 4 條第 5 項規定，主管機關對重大或突發性食品衛生安全事件，必要時得依風險評估或流行病學調查結果，公告對特定產品或特定地區的產品採取下架、封存等管理措施，可知法律上容許行政機關得採行預防性措施，應係針對所預保護的公共安全受到重大危害或急迫危害之情形，而得到印證。

三、預防性措施的行使與射程範圍

食品安全關乎社會大眾的生命、身體健康，在尚無確定的科學證據足以證明有危害人體健康的風險時，在預防原則的要求下，只要有不適宜人食用的可能，在法律上可以設置一個如此的前置標準²⁹。而危害預防的任務，就是當事前的準備工作認定有發生危害的可能性時，法律應授權行政機關採取控制措施，同時對證據資料為蒐集、儲存與保存維護，以避免損害繼續或擴大。

一、預防性措施的法律性質與要件

²⁸ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010, § 3 Rn. 129.

²⁹ 參閱童子斌，部門法律系列研討會—食品衛生管理法（一），台灣法學雜誌，第 239 期，2014 年 1 月，頁 120。

(一) 食安法的預防性措施

有關食安法的預防性措施可分為三類：其一、預防性下架、封存：食品有摻偽或假冒情形，不得製造、販賣、公開陳列。主管機關為確保食品符合法律規定，對於有違反規定之虞者，得命食品業者暫停作業及停止販賣，並封存產品（食安法第 15 條第 1 項第 7 款、第 41 條第 1 項第 4 款參照）。其二、預警性管制措施：行政機關於監測時，發現有危害食品衛生安全之虞之事件發生者，應發布預警或公布檢驗結果、令食品業者自主檢驗及揭露資訊等必要管制措施（食安法第 5 條參照）。其三、系統性查核：行政機關對於管控安全風險程度較高之食品，得於其輸入前，實施系統性查核（食安法第 35 條參照）。前二者屬於危害預防措施，後者屬風險預防措施。

行政機關得採取預防性措施，應視法律有無授權而定，以及是否對人民產生有利或不利的法律上效果而定。當法律明文規定行使之形式上要件，因預防性措施的實施，對人民產生干預、限制或不利的法律效果，該預防性措施的法律性質屬於預防性不利處分³⁰。例如預防性下架、封存措施係要求人民負有作為義務，且對人民的財產支配權利造成限制，性質上為不利益行政處分。而預警性管制措施作用中，令食品業者自主檢驗及揭露資訊行為，使人民負有作為義務，亦屬不利益行政處分。至於，法律雖有明文規定，但預防性措施僅對人民產生事實上效果者，例如預警性管制措施之作用，在於發布預警或公布檢驗結果等政府公開資訊的行政事實行為。又如系統性查核係對受查核的食品業者為調查，使人民負有接受調查的忍受義務，其法律性質亦為行政事實行為³¹。另外，在法律未有明文規範及效果的前提下，

³⁰ 林錫堯，淺析「行政罰法」草案，法學叢刊，第 192 期，92 年 10 月，頁 5。學者吳庚基本上肯定此一見解，惟不認同「預防」二字，蓋因行為人早已違反義務使用土地在先，否則何來令其變更、停止使用或恢復原狀。參閱氏著，行政法的理論與實用，增訂九版，95 年 08 月，頁 484。

³¹ 學者張永明教授認為，系統性查核具有針對性，對實施系統性查核之對象的干擾程度不亞於行政處分，系統性查核應受較高之節制。但何謂較高之節制，則未說明。參閱

行政機關基於避免日後有危害擴大情形，仍得對人民以勸告、建議方式，要求自主地為預防性配合措施，但因對人民沒有強制或拘束力，該預防性配合措施的法律性質屬於行政指導。如果行政機關對食品業者提出警告，要求其在檢驗結果出爐前，基於保護消費大眾的安全，先行將相關產品下架、封存，此種警告行為屬於行政機關作成強制性下架、封存措施的替代行為，已構成對基本權利的強烈限制，應有法律保留之適用³²。

（二）預防性下架、封存措施的法律性質

預防性下架、封存措施的效果，係屬對從事食品製造、販賣、公開陳列業者之不利益行政處分，前已述及。而預防性下架、封存措施的功能，是針對為避免公共利益受到危害，容許行政機關在狀況未臻明確時，得立即採行必要措施以確保行政目的之實現，其性質屬於保全型暫時性行政處分（*vorläufiger Verwaltungsakt*）³³。之所以在法制上容許有暫時性行政處分的作成，係鑑於一般的行政處分具有穩定性與形式化功能，因為在行政程序法上對於行政處分的成立、通知與效力，皆有相對應的依據；同時因行政處分具有執行力，相對人不履行義務，可依行政執行法規定聲請強制執行；甚至對於作成行政處分認為違法有所不服者，可以提起訴願或行政訴訟。可是並非所有的行政事件都是同樣的、單純的或簡易處理，為使行政作用更加具有彈力

氏著，臺灣食品衛生管理的新挑戰，月旦法學雜誌，第 224 期，2014 年 1 月，頁 99。

³² 陳春生(事實行為)，收錄於翁岳生主編之行政法，2000 年，二版，頁 778。陳英鈴，SARS 防治與人權保障—隔離與疫情發布的憲法界限，憲政時代，第 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，頁 433。

³³ 關於暫時性行政處分的類型，學者認為可分為「預判型(vorsorgliche)」與「保全型」之暫時性行政處分，還有就其內涵對相對人有利或不利，分為授益型與負擔型之暫時性行政處分，請參閱林三欽，風險行政範疇中暫時性行政處分之運用—以食品衛生管理法為例，收錄於〈環境資源、食品安全、暫時性處分—風險治理規範之研究〉，行政院 101 年學術研討會，101 年 12 月，頁 139 以下。

性，將行政行為作為利用的手段，能有行政處分以外的其他行為形式可供選擇，或者作成行政處分之前或之後，也有其他彈力性的作法。尤其是牽涉多方且複雜的法律關係³⁴，例如行政機關為維護食品安全衛生的公共利益，對製造商、經銷商或零售商等相對人作成暫時性行政處分，藉以兼顧消費者權益。就一般的行政處分與暫時性行政處分兩者相較，前者之內容與範圍具有穩定效力與規制作用，後者則因有暫時性決定與終局性決定（*endgültige Entscheidung*）的二個程序階段，且暫時性行政處分就所形成行政法律關係的各種權利與義務，乃是對事實或法律關係為概括的審查所致，並保留後續精確的審查，而有規制程度上差異與具有彈力性³⁵。

進而言之，暫時性行政處分係行政機關對於所涉及事件的事實狀態或法律狀態，在證據證明度或蓋然性證明度方面有主觀上不明確，為了等待相關基礎事實在一段時間內為正確的判斷，對於未來不明確的結果保留作成一終局性決定，所為具暫時性特徵之決定³⁶。暫時性行政處分若屬對人民為負擔的不利處分，應有法律明定其行使的構成要件。雖僅是具有蓋然性程度的行政行為，有可能與終局性行政處分認定的事實相同，也可能改變，但不會受到信賴保護原則的拘束³⁷。惟暫時性行政處分根據已發生之事實對外作成決定，在實體方面存在不明確性的法律適用，雖有遏阻危害繼續或擴大的可能性，但暫時性行政處分的效果對於人民的干預強度，不會比危害防止措施的終局性

³⁴ H.-G. Henneke, 30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1997, S. 777.

³⁵ H.-G. Henneke, 30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1997, S. 779.

³⁶ K. Ermeyer, Der Entreichungseinwandbeivorläufige Verwaltungsakten, Die Öffentliche Verwaltung, 1998, S. 460. J. Eschenbach, Der vorläufige Verwaltungsakt – praxistaugliche Neuschöpfung oder Fortbildungspraeterlegem?, DVBl 2002, S. 1249. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2001, § 24 Rn. 22. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., 2005, § 35 Rn. 24b. 陳敏，行政法總論，二版，88年12月，頁322、323。

³⁷ 程明修，食品安全行政管制及配套之總體檢，部門法律系列研討會—食品衛生管理法（一），台灣法學雜誌，第239期，2014年1月，頁138。

處分為強³⁸。不過，學界對此亦有批判，雖然法律容許行政機關得行使暫時的預防性措施，而且該預防性措施行使之際，尚未明確得知危害行為是否造成損害，而有因果關係延緩效果。且只要存在較輕微的蓋然性程度，就可啟動輕微的干預措施，則混亂了危害防止措施與危害調查措施的行使界限³⁹。

（三）預防性下架、封存措施的行使要件

行政機關在採行預防性下架、封存措施之前，必須就法律構成要件的闡明先進行危害調查干預措施，藉由調查蒐集涉及有危害可能性的相關證據，若該查扣證據就表面證據或其形式上觀察與發生危害間有相當高的蓋然性者，始容許行政機關採取該預防性措施。

預防性下架、封存措施得行使的要件，不是僅具備形式上要件即可，尚須具備實質上要件，畢竟這牽涉到受規範對象的權利保障。預防性原則一方面是國家施以干預或預防管制措施的正當化基礎，另一方面基於憲法的保護義務，國家對人民生命、健康等負有保護義務⁴⁰。

基於預防性原則，法律要件須具備採取調查與評估的預防性理由，以及採行預防性下架、封存措施作為法律效果，同時要能確定預防性下架、封存措施的對象。該預防性理由是主觀上評估衡量，基於風險概念的理論，含有內在的、抽象的潛在擔憂之意義。至於是否採行預防性措施須藉由客觀上風險調查取得認定資料，證據資料是否有危害的可能性，則是基於科學上可信任的理由來加以決定⁴¹。因此，行政機關是否行使預防性下架、封存措施，基於該預防性理由須事前

³⁸ T. B. Petri, Der Gefahrerforschungseingriff, DÖV 1996, S. 447.

³⁹ T. B. Petri, Der Gefahrerforschungseingriff, DÖV 1996, S. 449.

⁴⁰ 請參閱學者林昱梅之發言，收錄於程明修，建構食品安全行政法體系之徬徨歧路，部門法律系列研討會—食品衛生管理法（二），台灣法學雜誌，第242期，2014年2月，頁90。關於憲法中國家之保護義務的論述，國內文獻請參閱李建良，基本權利之保護義務，憲法理論與實踐（一），1999年7月，一版，學林，頁105、119。

⁴¹ C. Calliess, Vorsorgeprinzip und Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht, DVBl, 2001, S. 1727.

善盡調查之責。

二、預防性下架、封存措施的行使對象

關於食品安全的預防性下架、封存措施得否行使，牽涉消費者大眾的權益保障與食品業者二方利益的考量，這牽涉雙方基本權利的衝突，法律必須做出利益衡量以調和雙方的權利。預防性下架、封存措施的行使，既然會對人民的營業自由、營業信譽或財產權造成干涉或限制，因此有必要事先釐清其對象為何。依食安法規定之預防性下架、封存，其對象是食品業者，所謂食品業者係指從事食品或食品添加物之製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出或從事食品器具、食品容器或包裝、食品用洗潔劑之製造、加工、輸入、輸出或販賣之業者（食安法第 3 條第 7 款參照）。主要是食品業者因食品食物鏈化發展緣故，在食材或食品送到消費者口中，歷經製造商、進口商、經銷商、零售商等階段⁴²。因此，對於預防性下架、封存措施的行使對象，包括食品製造者與食品販賣者，對食品安全有危害疑慮的商品可要求二者將其商品下架、封存。

至於，因進口原物料或外國製造的食品，經掌握恐有危及食品安全的證據資料，雖然相關商品尚未進入食品供應鏈，行政機關仍得對進口商採行預防性封存措施，將在海關（機場或港口）或進口商倉儲的原物料或食品執行之。反之，對於出口食品或原物料有上述相同情形者，行政機關亦得對出口商在海關（機場或港口）或出口倉儲的原物料或食品，採行預防性封存措施。

三、預防性下架、封存措施的射程範圍及後續效力

預防性下架、封存措施的範圍為何，究係全面性下架回收，抑或是僅針對有危害之虞的商品為下架回收。依食安法第 15 條規定，食

⁴² 張永明，臺灣食品衛生管理的新挑戰，月旦法學雜誌，第 224 期，2014 年 1 月，頁 106-107。

品或食品添加物有攙偽或假冒者，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。由於預防性下架、封存既是對食品業者有違反規定之虞，應該是根據所掌握的證據證明有危害的食品而已，不應及於食品業者其他未有危害之虞的食品或原物料。至於，食品業者基於維護商譽信用所為自主性全面下架、封存，屬於私人自主管制，因不涉及公權力行使的範圍，不在預防性下架、封存措施的射程範圍。

行政機關傳統上運用行政處分此一作用，雖具穩定性，但常發生執行上緩不濟急或成效不彰的情形。在面對需要快速遏止食安危害事件，行政機關利用預防性的下架、封存或回收等措施，待相關對象或事證深入調查以釐清真相。預防性的下架等措施是保全型暫時性行政處分，則該措施實施後的後續效力如何，即暫時性行政處分如何轉變為終局性行政處分的問題。由於保全型暫時性行政處分是事前以行政處分保留隨時可廢止之附款，將事情狀況維持在某特定狀態，如果事後該必要性已不存在，則廢止此類暫時性行政處分⁴³，以兼顧公共利益與私人利益之調和。換言之，衛生主管機關對製造廠商或經銷商作成下架回收的暫時性行政處分，事後經確認相關商品或食品確有危害食品安全，應將相關產品予以沒入、銷毀。倘若事後確認相關商品或食品並無食品安全的危害，則衛生主管機關應通知(或公告、發布新聞)上述業者可以重新鋪貨銷售。

四、消費者保護法相關規定適用之探討

關於消費者保護法（以下簡稱消保法）第 33 條第 1 項、第 36 條

⁴³ K.-H. Ladeur, Die Zukunft des Verwaltungsakts – Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des informalen Verwaltungshandelns lernen ?, VerwArch. 86, 1995, S. 527. 陳清秀，暫時性行政處分—以德國立法例及學說實務見解為中心，月旦法學雜誌，第 205 期，2012 年 6 月，頁 147、159。林三欽，風險行政範疇中暫時性行政處分之運用—以食品衛生管理法為例，收錄於〈環境資源、食品安全、暫時性處分—風險治理規範之研究〉，行政院 101 年學術研討會，101 年 12 月，頁 152 以下。

規定，得否作為預防性措施的行使法源，有謂政府認為企業經營者提供之商品有損害消費者生命、身體、健康之虞者，應即進行調查，經調查認為確有損害消費者生命、身體、健康「之虞」者，應命其限期改善、回收或銷毀，必要時並得採取其他必要措施。而認為上述法律規定在有疑慮時，可採取停止販賣、封存等措施，不必等到確認不法⁴⁴。其中，所規範的對象為企業經營者，係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者(消保法第 2 條第 2 款)，與食安法所規範之食品業者相較，就食品業的階段性業別範圍而言大致相符。就消保法第 33 條第 1 項規定：「直轄市或縣（市）政府認為企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查。於調查完成後，得公開其經過及結果。」足見該規定係授權主管機關針對有發生危害的可能性時，進行危害調查干預措施。另同法第 36 條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第三十三條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷毀，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」就法律規範要件而言，「認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產」部分，乃認定所保護的法益受到危害。而「消費者生命、身體、健康或財產確有損害之虞」部分，就文義而言，是有國民健康法益受到危害的可能性，但其中有一「確」字應是贅字，與發生危害之可能性意旨似有認知上差距。誠如前述，危害預防的行使門檻較危害排除的門檻為低，該條文規定對於行政機關前後該採取的管制措施，有將危害預防與危害排除前後順序錯置之情形。

至於，法律效果部分，命令限期改善、回收或銷毀屬於行政機關得實施的危害排除措施，而必要時得命企業經營者立即停止製造、輸

⁴⁴ 蔡志宏（士林地院法官），預防性下架很難嗎，蘋果日報，2014 年 10 月 14 日，A17 版。

人、經銷或採取其他必要措施，其中，其他必要措施乃概括條款在解釋上是否包括商品下架、封存，屬於行政機關得行使的危害預防措施，由於概括條款的干預範圍、強度不能比標準化措施的行使較為廣泛或強烈⁴⁵。商品之下架、封存等措施，與停止經銷的效果類似，解釋上前述採取其他必要措施，包括下架、封存等措施。

肆、結語

預防原則落實在警察或秩序管制領域，在風險預防上藉由事前建立行政許可機制，將風險預防的觀念藉由各類設立或排放標準之訂定作為許可的審查基（標）準。其次，行政機關進行危害預防對已獲許可之業者或人民採行定期或不定期的檢驗（查），以蒐集相關資訊或證據。當面臨事實尚未釐清前，基於維護公共安全的優先考量，容許行政機關行使預防性措施，以避免日後造成損害或損害繼續擴大。

預防性下架、封存是為維護國民健康安全的危害預防措施，掌管食品安全衛生的行政機關在有相當證據，令其懷疑所進口、製造、經銷的食品有危害人體健康或不適宜人食用時，應容許該行政機關採取上述的危害預防措施。由於危害預防措施對受規制的人民自由或權利產生干預、限制的效果，應有法律的明文授權。在符合有危害之虞的法定要件下，及合法的裁量下採取預防性措施的法律效果。此種對人民有不利效果的預防性措施，為暫時性行政處分，待經由調查所查扣的證據化驗結果出爐，如認定確有危害人體健康或不適宜人食用，則進一步對相關食品為沒入、銷毀的終局性行政處分；如認定對食品安全並無危害，則廢止先前的處分，並通知業者可重新鋪貨的終局性行政處分。

對於預防性下架、封存措施的行使對象，包括食品製造者與食品

⁴⁵ Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009, § 4 Rn. 184. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010, § 7 Rn. 16.

販賣者，對食品安全有危害疑慮的商品可要求二者將其商品下架、封存。預防性措施的射程範圍，因預防性下架、封存是針對食品業者有違反規定之虞，應根據所掌握的證據證明有危害的食品，不應及於食品業者其他未有危害之虞的食品或原物料。

參考文獻

- 吳庚，行政法的理論與實用，增訂九版，95年08月。
- 李建良，基本權利之保護義務，憲法理論與實踐(一)，1999年7月，一版，學林，頁103-149。
- 林三欽，風險行政範疇中暫時性行政處分之運用—以食品衛生管理法為例，收錄於〈環境資源、食品安全、暫時性處分—風險治理規範之研究〉，行政院101年學術研討會，101年12月，頁135-180。
- 林昱梅，當健康風險之預防遇上商品自由流通原則，月旦法學雜誌，第178期，2010年3月，頁258-274。
- 林昱梅，預防原則與「停、看、聽」環評機制之落實，台灣法學雜誌，第161期，2010年10月，頁17-30。
- 林昱梅，失落的道德線—食用油事件之省思，台灣法學雜誌，第238期，2013年12月，頁18-42。
- 林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，臺大法學論叢，第39卷第4期，2010年12月，頁167-207。
- 林錫堯，淺析「行政罰法」草案，法學叢刊，第192期，92年10月，頁1-35。
- 張永明，臺灣食品衛生管理的新挑戰，月旦法學雜誌，第224期，2014年1月，頁93-113。
- 陳敏，行政法總論，二版，88年12月。
- 陳英鈴，SARS防治與人權保障—隔離與疫情發布的憲法界限，憲政時代，第29卷第3期，2004年1月，頁391-443。
- 陳春生，行政法(翁岳生主編)，2000年，二版，頁778-。
- 陳清秀，暫時性行政處分—以德國立法例及學說實務見解為中心，月旦法學雜誌，第205期，2012年6月，頁146-163。

陳慈陽，環境法總論，2003年，修訂版。

程明修，行政法上預防原則—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第167期，2009年4月，頁127-136。

程明修，行政法上之風險評估與管理，台灣法學雜誌，第142期，2009年12月，頁102-109。

程明修，核能剩餘風險之管制瓶頸，台灣法學雜誌，第192期，2012年2月，頁91-95。

程明修，食品安全行政管制及配套之總體檢，部門法律系列研討會—食品衛生管理法（一），台灣法學雜誌，第239期，2014年1月，頁135-156。

程明修，建構食品安全行政法體系之徬徨歧路，部門法律系列研討會—食品衛生管理法（二），台灣法學雜誌，第242期，2014年2月，頁65-103。

童子斌，部門法律系列研討會—食品衛生管理法（一），台灣法學雜誌，第239期，2014年1月，頁113-155。

蔡志宏，預防性下架很難嗎，蘋果日報，2014年10月14日，A17版。

Brenner, M./Nehrig, A., Das Risiko im öffentlichen Recht, DÖV 2003, S. 1024-1030.

Calliess, C., Vorsorgeprinzip und Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht, DVBl, 2001, S. 1725-1733.

Caspar, J., Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: H. - J. Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Aufl., 2010.

Ermeyer, K., Der Entreicherungseinwandbeivorläufige Verwaltungsakten, Die Öffentliche Verwaltung, 1998, S. 459-470.

Eschenbach, J., Der vorläufige Verwaltungsakt – praxistaugliche Neuschöpfung oder Fortbildung praeter legem?, DVBl 2002, S. 1247-1258.

Gusy, C., Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009.

- Henneke, H.-G., 30 JahreLVwG, 20 JahreVwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1997, S. 768-781.
- Kloepfer, M., Umweltschutzrecht, 2008.
- Koch, H.-J. (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Aufl., 2010.
- Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., 2005.
- Ladeur, K.-H., Die Zukunft des Verwaltungsakts – Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des informalen Verwaltungshandelns lernen ?, VerwArch. 86, 1995, S. 511-530 .
- Lisken/Denniger, Handbuch des Polizeirecht, 4. Aufl., 2007.
- Peine, F.-J., Risikoabschätzung im Bodenschutz, DVBl 1998, S. 157-164.
- Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2010.
- Röhrig, S., Die Zeitliche Komponente der Begriffe Gefahr und Gefahrnabwehr und ihre Konkretisierung bei Grundwasserverunreinigungen, DVBl 2000, S. 1658-1662.
- Scherzberg, A., Risiko als Rechtsproblem-Ein Paradigma für das technische Sicherheitsrecht -, VerwArch. 1993, S. 484-513.
- Schoch, F., Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, S.667-670.
- Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2001.
- v. Münch, I./Schmidt-Abmann, E. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1992.

Discussing the legality of preventing undercarriage measures in Hazard Prevention Law

Chieh-Min Lee

Abstract

Food Safety storm hit people's trust in the government, the revised food safety and health management method added some preventive measures for the authority. The problem is, under what kind of legal requirements, or to what extent of the harm level, can the government take the preventive measures?

When there are considerable evidences that make the authority suspect that the import, manufacture or distribution of foods are harmful to human health, the authority can take preventive measures under legal discretion.

Such preventive measures which have adverse effects on people are temporary administrative acts, when the evidence shows that the food investigated endangers human health or unsuitable for consumption, those food should be confiscated or destroyed as the final administrative action.

If foods are determined as no harm to safety, the government will abolish the previous action, and notify the industry the admission for selling as the final administrative action. The harm prevention action intervenes in its nature, the elements of intervention needs a special legal authorization. If the influence of the intervention is deeper or broader, it is inadvisable to summarize the terms of preventive measures as a basis

for authorization.

Keywords : hazard coercion 、 prevention measures 、 hazard prevention 、
risk prevention 、 temporary administrative act 、 generalized
clauses

