

## 食品安全管理措施限制食品業者基本權利 之正當性探討\*

### —— 德國司法實務之觀察

林昱梅\*\*

#### 摘 要

近年來臺灣發生許多食品安全事件，政府對食品安全採取更嚴格之管理政策，並制定更嚴格的食品安全規範及處罰。本文旨在觀察德國聯邦憲法法院及若干行政法院之判決，探討食品安全管理措施限制食品業者基本權利之正當性。首先，本文將介紹食品安全法之目標與管理原則，接著分析食品安全管理措施所涉及之基本權利及食品安全管理措施之司法審查。由於食品業者受到職業自由、財產權及資訊自決權等基本權利之保障，故食品安全管理措施限制食品業者之基本權利，須符合正當性之要求。德國聯邦憲法法院與行政法院適用比例原則，以審查食品安全管理措施的正當性。本文將歸納德國司法實務見解可供我國借鏡參考之處。

關鍵詞：食品安全、管理措施、食品業者、職業自由、財產權、資訊自決權、危險、風險、預防、比例原則。

---

\* 投稿日：2017年1月26日；接受刊登日期：2017年11月8日。〔責任校對：徐寧〕。

\*\* 國立中興大學法律學系教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/40305181.pdf>。



## 目 次

壹、前言	伍、食品安全管理措施與食品業者之資訊自決權
貳、食品法之目標及規範模式	一、食品安全管理措施涉及資訊自決權之保障範圍
一、濫用原則下之食品安全管理措施	二、食品安全管理措施干預食品業者資訊自決權之正當性
二、禁止原則之例外許可制	三、本文分析
三、透明原則下之資訊公開與提供	陸、德國司法實務見解之啟發與借鏡
四、本文分析	一、食品法有秩序法及經濟法之功能
參、食品安全管理措施與食品業者之職業自由	二、非行使公權力之資訊行為亦可能造成基本權利之嚴重影響
一、食品安全管理措施涉及職業自由之保障範圍	三、資訊行政之法治國要求
二、食品安全管理措施限制職業自由之正當性	四、立法者有形成自由仍應顧及食品業者之基本權利
三、本文分析	五、食品安全為食品業者之責任
肆、食品安全管理措施與財產權保障	六、限制食品業者基本權利之公益理由擴張
一、食品安全管理措施涉及財產權之保障範圍	柒、結語
二、食品安全管理措施限制財產權之正當性	
三、本文分析	

## 壹、前言

近年來臺灣發生一連串食品安全事件，政府對食品業者採取更嚴格之管理措施，並對違法業者加重處罰。法學文獻多傾向於探討食品安全管理政策的新趨勢，然而，強化食品安全管理之措施及處

罰，造成業者遵守法律之成本增加，對食品業者之基本權利是否造成過度限制，則較少人關注。

在歐盟食品法從終端食品朝向源頭管理的趨勢下，德國食品安全管理除了傳統以消費者健康及危險防止為目標外，也因應新興食品風險而調整食品安全策略。為使消費者獲得更充分資訊，主管機關有採取所謂「軟性措施」者，將食品業者之違規資訊主動公開，藉以影響消費者選擇，企圖收預防之效果。此種手段在法律性質上，雖屬傳遞資訊之非公權力行為，未直接發生法律效果，但其效果卻比傳統的禁止或限制營業之管制方式，更具經濟上及產業上影響力，對業者造成之不利益，可能超出傳統秩序法上之制裁<sup>1</sup>。從食品業者基本權利之面向觀察，上開食品安全管理策略的轉變，也產生了各種管理措施是否具正當性之疑慮。德國司法實務上如何論證此類問題，值得參考相關判決以供我國參考。

本文擬對德國聯邦憲法法院及若干行政法院對於食品安全管理措施涉及食品業者之基本權利，以及管理措施是否具正當性之相關判決進行歸納，分析德國相關法院判決之論證。此之食品安全管理措施，包含各種立法與行政作為。本文首先介紹食品法之目標及管理模式、以食品業者基本權利之類別觀察其保障範圍，分析食品安全管理措施對基本權利之限制是否具正當性，其後探討德國司法實務見解之啟發及可供我國借鏡參考之處。為有助於理解德國法院判決見解，本文對於食品法規範之介紹，集中在相關判決所適用之德國及歐盟相關規定。由於歐盟食品法採取從農場到餐桌之食品安全管理策略，對於基因改造食品從種植端即進行源頭管理，將動物飼料亦納入食品安全管理的範疇，故本文也將有關飼料及基因改造種植之管理，納入食品安全管理措施之範圍予以討論。

---

<sup>1</sup> Vgl. Fritz Ossenbühl, Verbraucherschutz durch Information, NVwZ 2011, S. 1357 (1357 f.).

## 貳、食品法之目標及規範模式

食品法通常有兩大主要目標，其一是保護消費者免於健康危害，其二是防止消費者受詐欺誤導<sup>2</sup>。此二目標並非毫無交集。若食品內容物與標示不符，所含物質有危害人體健康之虞，即使無立即的生物性、化學性或物理性危害，亦可能發生長期影響；又若食品業者對食品營養成分或過敏物質，提供錯誤資訊或不提供資訊，也會影響消費者健康。在食品安全的探討上，標示制度常被用來作為比限制或禁止上市更小的侵害手段，故食品法上有關標示義務或防止食品詐欺誤導之規定，亦屬廣義之食品安全規範。

食品法之消費者保護目標，主要藉由法律或命令的規定，對食品之製造、上市、加工及標示內容加以管制，並經由稽查或檢查，搭配違規刑事處罰或行政罰而予以達成。故食品法是保護消費者之法，同時也是秩序法。儘管基於消費者保護，不可避免地會限制經濟行為自由，而有「利益對立」(Interessengegensätze)關係，但若稱食品產業與消費者處於敵對立場，亦言過其實。食品業者若要長期經營，應滿足客戶需求，依消費者偏好與利益，供應安全無虞、美味、價格划算之食品。食品法上要求食品無害於健康之規定，政府對食品為符合法規之檢查，也是為誠實的食品業者，創造公平競爭的有利條件，就此食品法也有某種程度之經濟法上意義<sup>3</sup>。

從德國及歐盟法觀察，其對食品安全管理所採用的原則，大致上係依保護消費者健康及防止消費者受詐欺誤導的兩大目標為規範。以下介紹與本文相關之食品安全管理之基本原則及食品安全管理措施。

---

2 Rudolf Streinz, Einleitung, in: Streinz (Hrsg.), Lebensmittelrechts-Handbuch, Stand: Lfg. 8 Mai 1994, I, Rn. 1.

3 Streinz (Fn. 2), Rn. 1 f.

### 一、濫用原則下之食品安全管理措施

食品法對於傳統食品，原則上採「濫用原則」( Mißbrauchsprinzip )。食品之上市無須事先許可，只要食品法未明文禁止者，食品業者有上市之自由<sup>4</sup>，但應確保其食品符合法規。在濫用原則下，食品安全的維護，是由立法者在法規範中，確立業者可容許或禁止的行為，由業者對於食品符合法規之要求自我負責。故意或過失違反食品法安全規定之製造或販賣業者，應承擔相對應之法律責任<sup>5</sup>。是以，食品業者對於其營業，雖有執行職業之自由，但業者以一定之組織與方式製造及販賣之食品，應符合安全標準，不得濫用其自由，例如不得販賣腐敗食品或使用危害人類健康之食材<sup>6</sup>。

在濫用原則下，基於對消費者之健康保護，食品法採取的管理方式，是禁止不安全食品上市。目前德國食品法為了與歐盟食品法調和，將許多歐盟規定明文納入德國食品法中。有關食品法之濫用原則，歐盟確立食品法要求及一般原則之第178/2002號規則（下稱歐盟第178/2002號規則）<sup>7</sup>第14條第1項明確規定：「不安全食品不得上市」的基本要求。同條第2項規定：「食品若（a）有害健康或（b）不適於人類食用者，為不安全」。

上開歐盟規定，直接為德國食品、必需品及飼料法（下稱德國

4 Peter Hahn, Prinzipien des Lebensmittelrechts, in: Hahn/Görgen (Hrsg.), Praxishandbuch Lebensmittelrecht, 2012, III, § 6.1, online verfügbar unter <http://www.lebensmittelrecht.com/upload/doks/PHB%20LM-Recht.pdf>.

5 Streinz (Fn. 2), Rn. 7.

6 Hahn (Fn. 4), § 6.1.

7 歐盟確立食品法要求之一般原則、建立歐盟食品安全機關及確立食品安全程序規則 (Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit)，又稱為歐盟一般食品法或基礎規則。

食品法)<sup>8</sup>第5條所納入，該條第1項第1句規定，禁止食品以歐盟第178/2002號規則第14條第2項第a款規定有害健康之方式為他人製造或販賣。同條第2項進一步禁止非食品之物質且其食用依歐盟第178/2002號規則第14條第2項第a款規定有害健康，及其他可能與食品混淆之產品，為他人製造、加工或上市。

在濫用原則下，除了「不安全食品不得上市」之基本規範外，食品法也建立各種衛生安全標準與標示規範作為配套。例如食品生產之基本衛生要求及人員訓練<sup>9</sup>、食品含農藥、肥料及其他物質最高限量標準<sup>10</sup>、動物用藥殘留最高標準<sup>11</sup>及其他污染物限制規定<sup>12</sup>等。上開條文均課予食品業者在其食品自由上市之同時，應遵守食品安全標準之義務，違反食品安全義務之食品業者有處罰條款<sup>13</sup>。

---

8 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch - LFGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 2013 (BGBl. I S. 1426), das zuletzt durch Artikel 67 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

9 Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von Lebensmitteln (Lebensmittelhygiene-Verordnung - LMHV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juni 2016 (BGBl. I S. 1469), die durch Artikel 2 der Verordnung vom 3. Januar 2018 (BGBl. I S. 99) geändert worden ist.

10 Verordnung über Höchstmengen an Rückständen von Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmitteln, Düngemitteln und sonstigen Mitteln in oder auf Lebensmitteln (Rückstands-Höchstmengenverordnung - RHmV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Oktober 1999 (BGBl. I S. 2082; 2002 I S. 1004), die zuletzt durch Artikel 3 der Verordnung vom 19. März 2010 (BGBl. I S. 286) geändert worden ist.

11 德國食品法第10條、歐盟第37/2010號動物源食品動物用藥活性成分及其殘留最高限量分類規則 (Verordnung Nr. 37/2010 der Kommission vom 22. Dezember 2009 über pharmakologisch wirksame Stoffe und ihre Einstufung hinsichtlich der Rückstandshöchstmengen in Lebensmitteln tierischen Ursprungs) 參照。

12 Verordnung zur Begrenzung von Kontaminanten in Lebensmitteln (Kontaminanten-Verordnung) vom 19. März 2010 (BGBl. I S. 286, 287), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 24. November 2016 (BGBl. I S. 2656) geändert worden ist.

13 例如食品污染限制命令第6條及第7條對於違反規定者，分別連結德國食品法第58條之刑事罰及第60條之秩序罰。德國食品含農藥、肥料及其他物質最高限量標準第5條連結德國食品法第58條至第60條之刑事罰與行政罰。

## 二、禁止原則之例外許可制

對人體健康有潛在危害的物質，食品法通常採取「禁止原則」(Verbotprinzip)，基於預防性的健康保護觀點，法規明文採取事前許可制，未經明確許可者禁止上市，即所謂的「附許可保留之禁止」(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)。禁止原則的典型，就是食品添加物之管理。凡未經許可之物質，禁止添加於食品中，除非法規以正面表列(Positivliste)之方式許可依法規容許之方式及劑量添加。食品添加物許可前，應先依食品法所建立之標準提出安全性評估，由主管機關為事先之預防性審查，在確認食品添加物對健康無疑<sup>14</sup>的前提下，始得許可上市。

德國食品法第6條<sup>15</sup>規定預期上市之食品，其製造或加工，禁止使用未經許可之添加物；食品製程或消費者之使用，將使食品含有未經許可之添加物者，亦禁止之。同法第7條第1項授權聯邦主管機關，經聯邦經濟能源部協議、聯邦參議院同意，考量技術上、營養上或飲食之必要，符合同法第1條第1項第1款或第2款<sup>16</sup>及各自連結第1條第3項<sup>17</sup>之目的者，得以法規命令規範一般或特定食品添加物為特定目的使用之許可，及訂定第6條第1項禁止之例外規定。同法第7條第2項亦授權聯邦主管機關於必要時，得訂定法規命令，規範食品添加物最高限量、其於食品中之代謝物、食品添加物或離子

14 *Streinz* (Fn. 2), Rn. 8.

15 德國食品法第6條第1項規定：「禁止1. 為食品上市之製造或加工，而(a)將未經許可之添加物，以未混合或混合其他物質之方式使用；(b)以離子交換之方式，使未經許可之食品添加物進入食品中；(c)使用以在食品中產生未經許可添加物為目的之製程；2. 違反第1款之禁止規定製造或加工，或未符依第7條第1項或第2項第1款或第5款所發布之命令者；3. 將不得使用於食品製造或加工之食品添加物或離子交換物，透過消費者為該使用，或為使用於食品製造或加工而上市者。」

16 德國食品法第1條第1項及第2款的立法目的，分別為透過預防或防止人類健康之危險以保護消費者，以及防止詐欺。

17 德國食品法第1條第3項規定，本法為轉換及執行歐體法或歐盟法與本法專業領域有關之法規，如歐盟第178/2002規則之補充規定。

交換物純度標準、食品添加物於食品中之最低限量、離子交換物製造、加工或上市、特定酶或微生物培養之豁免、特定離子交換物禁止或限制使用於製造食品等事項。經授權訂定之德國食品添加物許可命令<sup>18</sup>，即含有關於食品添加物之許可、得添加之食品及限量標準；作為其他食品之原料者，以該其他食品亦容許使用添加物者為限，始得容許使用添加物<sup>19</sup>；食品添加物之內容應對消費者為標示<sup>20</sup>等規定。從上開規定可知，德國食品法對於食品添加物之安全管理，採一般性禁止之原則，保留例外許可之可能性，對於符合一定要件者，始許可食品添加物之製造、上市與添加。

適用禁止原則之食品添加物，若未經事前之安全性審查並經許可，即不得上市，乃符合食品法預防原則之精神。隨著食品安全管理目標，從傳統的危險防止擴張至風險預防，食品法明文為預防性禁止附加例外許可保留的情形益增，在若干品項取代了傳統無須經事前許可之濫用原則。例如對於風險存在或風險高低尚未有定論的新穎食品或基因改造食品，食品法採取類似食品添加物之原則禁止，例外附許可保留之管理模式。德國基因科技法<sup>21</sup>第26條第5項第1句即規定主管機關得禁止未經許可之基因改造食品上市。違反主管機關依該項規定所為之命令者，依同法第38條第1項第8款規定處以5萬歐元以下罰鍰。此乃係因食品風險複雜化，食品法採用預防原則，對於不確定之風險，容許政府採取風險管理措施之緣故。此類預防措施是否對基本權利形成過度侵害，有待檢驗。

---

18 Verordnung über die Zulassung von Zusatzstoffen zu Lebensmitteln zu technologischen Zwecken (Zusatzstoff-Zulassungsverordnung - ZZuLV) vom 29. Januar 1998 (BGBl. I S. 230, 231), die durch Artikel 23 der Verordnung vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2272) geändert worden ist.

19 德國食品添加物命令第8條第1項規定參照。

20 德國食品添加物命令第9條第1項規定參照。

21 Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2066), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2421) geändert worden ist.



相較於濫用原則下之食品安全管理措施，禁止原則所採之例外許可制，對食品業者乃屬更為嚴重之限制<sup>22</sup>。無論是食品衛生規定及限量標準，或是先經許可始得上市之管理規範，均課予食品業者作為與不作為義務，並連結處罰條款，此類食品安全管理措施多涉及職業執行自由之限制，少數情況涉及財產權之侵害問題。

### 三、透明原則下之資訊公開與提供

基於政府透明化，回應消費者對政府監管結果，及人民對知識之資訊興趣提高，由政府提供消費者完善資訊，使消費者於知悉後選擇，並以資訊提供作為現代政府運用的軟性引導工具<sup>23</sup>，成為立法趨勢。

依歐盟第178/2002號規則第10條規定，若有充分之理由懷疑食品或飼料對人類或動物帶來健康風險，機關應採取適當措施，向公眾說明健康風險之類型，並應盡可能廣泛地說明食品、飼料或其種類，及可能之風險、已採取或將採取之預防、限制或排除風險的措施。此為歐盟食品安全法「透明原則」(Grundsätze der Transparenz)<sup>24</sup>之規定。該條為有拘束力之規定，但並非要求所有違規食品均應公開警示，而是限於有充分懷疑危及健康者。是以，因違規而欠缺流通能力(Verkehrsfähigkeit)之食品，若尚未達到該條公開警示(öffentliche Warnung)之要件<sup>25</sup>，是否得由政府主動公開資訊，即有疑問。

<sup>22</sup> Streinz (Fn. 2), Rn. 9.

<sup>23</sup> Markus Möstl, Hoheitliche Verbraucherinformation — Grundfragen und aktuelle Entwicklungen, LMuR 2015, S. 185 (186). Siehe auch Monika Böhm/Michael Lingenfelder/Wolfgang Voit, Verbraucherinformation auf dem Prüfstand, NVwZ 2011, S. 198 (199).

<sup>24</sup> Thomas Boch, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Nomos-Kommentar, 4. Aufl., 2015, § 40, Rn. 7, 24.

<sup>25</sup> Wolfgang Voit, Die Befugnis zur Information der Öffentlichkeit bei täuschenden, aber die Gesundheit nicht gefährdenden Lebensmitteln, LMuR 2012, S. 9 (12 ff.).

德國於2005年以食品法第40條實踐歐盟第178/2002號規則第10條之規定。2007年為了強化資訊透明化，制定消費者健康資訊完善法<sup>26</sup>（下稱消費者資訊法），並修改德國食品法第40條，將原本「得為」之規定（*Kann-Bestimmung*）改為「宜為」之規定（*Soll-Bestimmung*），使用較強烈的語氣，在符合該條規定之情形下，由主管機關向公眾公開資訊<sup>27</sup>。

上開規定提供主管機關公開食品資訊之法律依據。透過行政機關之資訊行政（*Verwaltung durch Information*），除提供消費者健康風險資訊外，亦有引導消費行為之作用，可用來取代或補充傳統行政行為之管制工具。然而，此種資訊公開行為，特別是所公開之資訊為正確的情形下，是否觸及基本權之保護範圍，而須論斷其正當性，在實務上頗有爭議。

#### （一）德國消費者資訊法之資訊公開請求權

儘管德國食品法採取濫用原則與禁止原則之各種管理措施，食品之製造與供應違反常規之情形日增，德國立法者為強化與健康有關之消費者資訊，於2007年制定消費者資訊法，修正食品法第40條主管機關提供資訊之規定，並於食品法第42條第5項規定，檢察官有義務將有關食品法事實調查程序之資訊提供監管機關。另有關資訊提供之規定，亦納入葡萄酒法中<sup>28</sup>。

26 Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation (Verbraucherinformationsgesetz - VIG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2166, 2725), das durch Artikel 2 Absatz 34 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

27 Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Verbraucherinformation vom 5. November 2007, BGBl. I S. 2558-2560; *Boch* (Fn. 24), Rn. 1. 另參李寧修，從憲法觀點論消費資訊公開請求權，*憲政時代*，38卷2期，頁238註52（2012年）。

28 *Peter Hahn*, Verbraucherinformationsgesetz, in: *Hahn/Pichhardt* (Hrsg.), *Lebenssicherheit: Haftung-Rückruf- Rückverfolgbarkeit*, 2. Aufl., 2008, H, Rn. 1.

為了回應腐肉（Gammelfleisch）與食品含戴奧辛及呔喃等事件，2012年德國消費者資訊法進行全面性修正<sup>29</sup>，於第2條第1句規定，任何人得請求下列相關資料：1. 聯邦與邦主管機關確認違反食品法、產品安全法、依本法發布之法規命令、歐體或歐盟直接適用之法規，以及上開各違規所採取之措施與決定；2. 產品或消費產品產生之危及消費者健康與安全之危險或風險；3. 產品及消費產品之組成、性質、物理、化學及生物特性，包含其共同作用及其對身體之影響，含預期使用或可預見的錯誤使用之影響；4. 產品及消費產品之標示、產地、使用、製造及加工處理；5. 第1款之法規命令有關第3款及第4款所定之特性或活動所容許之例外；6. 初始原料及取得初始原料所用之程序；7. 監管措施及其他保護消費者之機關行為或措施，包含這些行為與措施的評估，以及產品及消費產品違反特定規定之統計<sup>30</sup>。

上開資訊之提供，於德國消費者資訊法第3條規定其例外不予公開之情形，包含個人資料、著作權等精神財產權、營業或業務秘密、特別是配方、設計或生產文件、製程、研究發展計畫，及其他秘密保護之技術或商業知識、其揭露將損害私人利益者，消費者對之並無請求提供資料之權，但若資訊公開之公益大於私益，不在此限<sup>31</sup>。此即新修正之「衡量條款」（Abwägungsklausel）。學者Friedrich Schoch認為該規定已平衡私益與公益，符合比例原則<sup>32</sup>。

---

29 *Friedrich Schoch*, Das Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation, NVwZ 2012, S. 1497-1504 m.w.N.

30 有關該條之詳細內容，請參李寧修，消費資訊公開法制之建構：以德國消費資訊法為借鏡，歐美研究，46卷4期，頁518（2016年）。

31 德國消費者資訊法第3條第1句第2款第a目至第c目及第2句參照。

32 *Friedrich Schoch*, Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW 2012, S. 2844 (2850); *Schoch* (Fn. 29), S. 1499.

上開新修正之第3條也同時降低營業與商業秘密及個人資料之保護，若資訊屬於同法第2條第1項第1句第1款及第2款之違規，或有危及消費者健康與安全之危險或風險者；第2條第1項第1句第3款及第4款產品有危及消費者健康與安全之風險，但基於不充分的科學知識，或因其他理由，其不確定性於要求之時間無法解決者；或依第2條第1項第1句第1款所列規定實施官方檢查所獲得之同句第3款至第6款之資訊，與遵守第1款所列規定中含有臨界值或最高限量有關者<sup>33</sup>，不得以營業與商業秘密為由拒絕提供。將產品販賣給消費者之販賣商之名稱、商業名稱、對於商品的描述或圖示，以及第2條第1項第1句第1款之情形，包含製造商、授權代理人、進口商、貿易商及任何階段之供應及銷售鏈成員的姓名或名稱與地址，不得因營業與商業秘密而拒絕提供<sup>34</sup>。從上開修正可知，立法者縮小得不予公開之範圍，擴大違規資訊之公開，甚至包含各供應銷售鏈成員之姓名地址，對於個人資訊自決權之影響較強，有強化消費者保護之考量。

依德國消費者資訊法之規定，消費者資訊係依申請提供之<sup>35</sup>。機關得以通知、閱覽卷宗或以其他方式提供資訊。若被要求以特定方式提供，僅得基於重要理由，以其他方式提供。除依申請外，機關亦得將應提供之資訊，以網路或其他公開可取得之方式提供之。另資訊應以消費者易於理解之方式呈現<sup>36</sup>。

## （二）德國食品法之主動公開資訊

為實踐歐盟之透明原則，德國食品法於2005年以第40條第1項規定主管機關應主動公開歐盟第178/2002號規則第10條之資訊。第

---

33 德國消費者資訊法第3條第5句規定參照。

34 德國消費者資訊法第3條第6句規定參照。

35 德國消費者資訊法第4條第1項規定參照。

36 德國消費者資訊法第6條第1項規定參照。

40條第1項第1句規定，主管機關應依歐盟第178/2002號規則第10條，向公眾公開食品或飼料名稱、製造、加工或將其上市之業者姓名或企業名稱。若更適於防止危險，亦可列出供應者名稱。此規定係以健康危險為前提，為資訊之主動公開。而依同項第2句規定，有下列各款情形時，行政機關應主動為資訊公開：

1. 有充分懷疑違反本法有關保護化妝品或生活必需品而對人類健康帶來風險；
2. 有充分懷疑違反本法適用範圍有關保護消費者防止健康威脅之規定；
3. 於個案中有充分證據顯示產品危害安全與健康，依未充分的科學知識或基於其他理由，其不確定性無法於所要求的時間內解決；
4. 雖非有害健康，但不適合食用，特別是噁心食品以非不顯著之數量上市，或此食品因其特性雖僅少量但長期上市；
- 4a. 有事實足認有合理懷疑，以非不顯著之數量違反本法適用範圍有關保護消費者防止詐欺之規定<sup>37</sup>；
5. 於個案情況足認，若不特別提及應指摘之產品；必要時提及其經營者或上市者；產品製造者、加工者或上市者姓名或企業名稱，無法避免相同或類似產品之製造者或經營者蒙受巨大不利益。

上開德國食品法第40條第1項第2句之公開，已超出歐盟第178/2002號規則第10條之公開範圍，涵蓋尚未危及健康，但不適合人類食用之食品。其目的在使消費者易於辨識未違規之食品，同時也可防止因違規而存在危險之食品<sup>38</sup>。

<sup>37</sup> 第4a款之規定為歐洲肉品事件發生後所新增。Boch (Fn. 24), § 40 Rn. 14.

<sup>38</sup> Voit (Fn. 25), S. 22.

慕尼黑地方法院曾就主管機關依食品法第40條第1項第2句第4款規定公布Berger Wild公司之野生動物肉品不適合人類食用，導致該公司蒙受鉅額損失，向主管機關請求損害賠償之案件，向歐洲法院聲請先決裁決。歐洲法院於2003年裁決並認為，會員國之內國法若規定，主管機關得於「食品不適合人類食用，但尚非有害健康之情形」，公開食品名稱、製造、加工或販賣業者姓名或名稱，而此並不牴觸歐盟第178/2002號規則第10條之規定<sup>39</sup>。

上開德國食品法第40條第1項第2句第3款至第5款之資訊公開事項，於衡量相關人利益及公開之利益後，容許公開之（德國食品法第40條第1項第3句規定參照）。該規定亦屬「衡量條款」。依德國食品法第40條第1項規定透過機關公開資訊，僅得於其他相同有效措施，特別是食品、飼料業者或經營者並未或未及時公開資訊或無法傳達消費者時，始得為之。此外，主管機關得以指示食品及飼料業者或其他經營者為資訊公開或召回之方式為公開，亦得以指向其他機關公開資訊之方式為公開（德國食品法第40條第2項規定參照）。

依德國食品法第40條規定，由行政機關公開食品健康風險資訊，在執行上有一定之順序要求。主管機關應依風險的種類與嚴重程度及規模而調整，並符合比例原則。例如命食品業者履行通知消費者之義務<sup>40</sup>，優先於機關自行主動公布資訊之手段，因為業者應對食品的製造、加工、輸入及上市符合食品法規自我負責。只有在對業者之資訊公開要求，於時間上無法接受其遲延的情況下，始由機關自行向公眾告知。換言之，若主管機關認為不能繼續等待，而

---

39 EuGH (Vierte Kammer), Urt. v. 11. 4. 2013 – C-636/11, EuZW 2013, S. 423 f. 關於該判決之說明請參 *Ferdinand Wollenschläger*, Kein „Aus“ für die Verbraucherinformation über Missstände im Lebensmittelsektor aus Luxemburg, EuZW 2013, S. 419 (419 f.); *Elke Gurlit*, Europäisches Plazet für behördliche Verbraucherinformation, NVwZ 2013, S. 1267 (1267 f.).

40 參照歐盟第178/2002號規則第19條及第20條有關食品業者責任之規定。

有必要防止健康危害時，上開優先順序即不適用之<sup>41</sup>。作為適當的手段，主管機關得選擇透過媒體公開警示（*öffentliche Warnung*），或直接通知消費者<sup>42</sup>之方式為之。

德國食品法第40條第1項之資訊公開，有保護消費者健康及防止詐欺之作用，對於消費者具有警示作用，其目的具正當性。憲法上較有疑慮者為德國食品法2012年新增之第40條第1a項規定。依該項規定，若基於事實，於抽樣檢查之案例<sup>43</sup>，至少有兩個依歐盟第882/2004號規則第12條第2項<sup>44</sup>所定之獨立機構檢驗，充分合理懷疑有下列情形存在，主管機關應公布食品或飼料名稱、製造、加工或將其上市之業者姓名或企業名稱：1. 超出本法適用範圍之法規所訂之容許限值、最高容量或數量者，或2. 對本法適用範圍之其他有關保護消費者健康、防止詐欺或維持衛生要求之規定，以非不顯著之範圍違反或累犯，預期科處罰鍰至少350歐元者。

上開德國食品法第40條第1a項規定之立法理由指出，歷經2010年至2011年飼料含戴奧辛事件，加上以往違反標示義務的仿乳酪（*Käseimitate*）或仿火腿（*Analogschinken*）事件所累積的經驗，雖然有德國食品法第40條第1項第3句的衡量條款，地方主管機關仍有可能無法確定在何種情況下，應向公眾公開資訊。故有必要於第40條第1項以外，新增第1a項，於確認所列舉之違規情形，強制公布名稱，此種情形主管機關並無裁量空間。因違反規定而應公開之資訊，須基於事實，依主管機關確信之充分理由為之。若食品法之違

41 *Boch* (Fn. 24), Rn. 9.

42 *Boch* (Fn. 24), Rn. 10.

43 依德國食品法第39條第2項第2句規定之抽樣檢查。

44 依歐盟第882/2004號規則第12條第1項及第2項規定，主管機關指定為官方檢驗抽樣分析之實驗室，僅得指定下列依歐盟規定操作、評估及認證者：(a) EN ISO 17205有關檢驗及測量實驗室日權限之要求；(b) EN 45002有關檢驗實驗室評估一般標準；(c) EN 45003檢驗及測量認證系統——一般經營與認可之要求。

反僅有懷疑而尚未釐清，由於公開會伴隨著食品業者營業的重大干預，其理由尚不充分。另一方面，消費者從行政機關獲得可靠的有關市場環境相關資訊之利益，也應納入考量<sup>45</sup>。

有別於德國食品法第40條第1項規定旨在防止危險，同條第1a項規定的資訊公開，係連結過去之行為，非以危險存在於特定產品之警示（*produktspezifische Warnung*）為目的，而是對於業者因過去違規而不具可信任性的「業者警示」（*unternehmensbezogene Warnung*）<sup>46</sup>。

在資訊公開的程序上，主管機關依第40條第1項及第1a項規定為資訊公開，若不妨礙該措施所欲達成之目的，應聽取製造者或上市者之意見（德國食品法第40條第3項第1句）。若機關提供公眾之資訊，事後認定為不正確，或未精確轉述，應立即依經營人之申請，或為確保重大公共利益而公布之。該公布應以與資訊公開相同的方式為之（德國食品法第40條第4項）<sup>47</sup>。

除了危險防止與風險預防之目的外，行政機關之資訊公開，有利於消費者選擇食品，達到歐盟第178/2002號規則第10條透明原則之目標。故德國立法者對於消費者資訊公開，係採兩大支柱模式（*Zwei-Säulen-Modell*）<sup>48</sup>。德國消費者資訊法賦予資訊公開請求權<sup>49</sup>，屬於因申請而被動公開之模式，與德國食品法第40條規定之主動公開有所不同。德國食品法第40條之機關資訊公開，旨在

---

45 BT-Drs. 17/7374, S. 19-20; *Boch* (Fn. 24), Rn. 32. 有關該項之修正，另參李寧修，行政機關主動公開消費資訊之法制與實踐——由歐洲法院C-636/11判決檢視我國消費資訊公開法制，*東吳法律學報*，26卷2期，頁35、46（2014年）。

46 *Möstl* (Fn. 23), S. 188.

47 關於德國食品法第40條之說明，另參李寧修（註45），頁42-45。

48 *Schoch* (Fn. 29), S. 1498; *Elke Gurlit*, *Zeitwert von Verbraucherinformation und Rechtsschutzanforderungen*, *NVwZ* 2011, S. 1052 (1053).

49 有關德國消費者資訊法之資訊公開之請求與受理，詳參李寧修（註30），頁515、523-529。



保護健康或防止詐欺，有特定之引導目的，而消費者資訊保護法之提供資訊，並無特定目的，而是為了滿足一般的資訊利益，主要是在強化行政資訊透明化<sup>50</sup>，請求資訊無須以危險防止為目的。二法之資訊公開機制雖有不同，但有相輔相成之作用。

#### 四、本文分析

食品法依濫用原則與禁止原則所採用之食品安全管理措施，傳統上以危險防止為目標。由於食品風險逐漸複雜化，在歐盟食品法採預防原則的趨勢下，對於新穎食品或基因改造食品等健康風險尚未確定，但有發生可能性之食品採許可制或限制上市，例如飼料禁令，或提供風險資訊，已使食品法之管理，從危險防止擴至風險預防。

無論以濫用原則、禁止原則或透明原則作為依據，食品安全管理措施對於食品製造、加工及販賣業者而言，都可能造成基本權利之限制，而應受正當性（*Rechtfertigung*）的檢驗。根據本文蒐集德國聯邦憲法法院判決之結果，食品安全管理措施所涉及之食品業者基本權利，主要有職業自由、財產權及資訊自決權。以下僅針對各基本權利與食品業者有關之部分說明之。

### 參、食品安全管理措施與食品業者之職業自由

#### 一、食品安全管理措施涉及職業自由之保障範圍

德國基本法第12條第1項保障之職業自由，包含自由的職業培訓、職業選擇與執行職業<sup>51</sup>。職業自由之保護，包含營業自由

<sup>50</sup> Voit (Fn. 25), S. 10; Möstl (Fn. 23), S. 187.

<sup>51</sup> Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 74. Aufl., 2015, Art.

(Gewerbefreiheit)<sup>52</sup> 在內。依德國聯邦憲法法院歷來之判決，「職業」指任何以長期為計算，創造及獲得生活基礎為目的之活動<sup>53</sup>。依基本法第19條第3項<sup>54</sup>規定，職業自由對於法人亦適用之，只要其為營利目的所執行之活動，依其本質與方式，法人與自然人均得為之者<sup>55</sup>。故食品業者若為法人，亦為職業自由之基本權主體。

#### (一) 公布葡萄酒含二甘醇檢驗清單案

德國聯邦憲法法院於2002年聯邦少年、家庭及健康部公布葡萄酒驗出二甘醇檢驗清單案判決中，指出在現今的經濟秩序中，職業自由涉及個人或企業之職業相關行為。但職業自由並不阻止對市場參與者競爭行為具重要性之適當且客觀之資訊予以散布，即使其內容對個人競爭地位有不利影響。但聯邦政府應遵守資訊行為之法律規定<sup>56</sup>。

本件起因於1985年在德國販賣之奧地利與德國產製之葡萄酒，驗出作為防凍劑和化學溶劑使用之二甘醇。由於消費者不確知何種葡萄酒含有二甘醇而不願購買葡萄酒，造成奧地利與德國葡萄酒消耗量大幅降低，業者擔心危及葡萄酒產業，德國聯邦少年、家庭及健康部遂公布葡萄酒驗出二甘醇之檢驗清單，清單上聲明檢驗結果僅涉及各送驗產品，相同瓶裝商的葡萄酒可能未含二甘醇成分。從

---

12 Rn. 1.

52 Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 4.

53 BVerfGE 7, 377 (397 ff.); 54, 301 (313); 68, 272 (281); 97, 228 (252 f.); 105, 252 (265).

54 德國基本法第19條第3項規定，只要本質上得適用者，基本權利亦適用於國內法人。

55 BVerfGE 50, 290 (363); 105, 252 (265). 有關職業之意義，參Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 101, 106; Peter J. Tettinger/Rolf Wank/Jörg Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl., 2011, Einleitung, Rn. 33; Peter J. Tettinger/Thomas Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 4. Aufl., 2007, Art. 12 Rn. 29. 有關葡萄酒含二甘醇一案，另參李寧修（註45），頁53。

56 BVerfGE 105, 252 (265).

清單上的產區，不得推導出相同產區的所有葡萄酒均含有二甘醇。在產區旁標示瓶裝商之名稱及檢驗號碼者，始為確認含有二甘醇之產品。至於瓶裝商，則僅於為使消費者可確認違規產品時，始標示之。本件係瓶裝商訴請不得將其裝瓶之產品納入清單，特別是在清單上公布瓶裝商名稱，經三級行政法院駁回，於1991年提起憲法訴願<sup>57</sup>。

本件聯邦憲法法院認為，聯邦政府公布檢驗清單並未侵害業者之職業自由。蓋企業在市場的職業活動，依競爭原則為之，職業自由所保障者是競爭之參與，而非免於受競爭因素影響，亦不涵蓋競爭成功及確保未來獲利之請求權。競爭地位、營業額及產量，須承擔市場關係持續變動之風險<sup>58</sup>。針對市場的不利資訊，企業可透過廣告或強調產品品質之資訊加以防禦。此類企業為增進其職業成就之外在表達，亦屬執行職業自由之保護範圍。然而，職業自由並非保障企業在市場上，有毫無限制的自我表達專屬權。固然企業得自行決定在競爭上如何呈現自己，及自己的產品，但職業自由並未賦予企業有權要求他人如其所願地看待自己或自己的產品，此種權利也無法從一般人格權導出<sup>59</sup>。

依聯邦憲法法院之見解，競爭力的基礎，是讓市場參與者掌握最大範圍的市場因素資訊。例如，若消費者缺乏決定之重要資訊，即不能充分判斷產品是否符合需求<sup>60</sup>。由於資訊的散布往往有選擇性，市場上可取得之資訊常不完整。若能透過額外的資訊，例如國家之資訊予以平衡，或足以抗衡個別市場參與者之優勢資訊力，則可促進市場功能。法秩序之目的，是使市場能有廣大的市場重要資

---

57 BVerfGE 105, 252 (254 f.).

58 BVerfGE 105, 252 (265).

59 BVerfGE 105, 252 (266).

60 BVerfGE 105, 252 (266).

訊，而達到市場透明。此有助於防止不正競爭及消費者保護<sup>61</sup>。只要依法所為之國家資訊行為對競爭重要因素之影響並未造成市場扭曲，國家提供市場相關資訊，即不會侵害競爭者的基本權保障範圍，其前提是：(1) 國家任務之存在及管轄規定之遵守；(2) 資訊的正確性及客觀性<sup>62</sup>。

聯邦憲法法院認為公布葡萄酒驗出二甘醇檢驗清單並未侵害憲法訴願人執行職業自由的保障範圍，該公布並無干預性質 (Eingriffsqualität)，聯邦政府已遵守資訊行為的法律界限。聯邦少年、家庭及健康部執行聯邦政府的國家引導任務，資訊提供的目標是克服公眾不安，化解跨區葡萄酒市場之危機。公布違反葡萄酒品質規定之資訊可使市場透明化，也有穩定葡萄酒市場之目的。其公布內容除對消費者就葡萄酒含二甘醇為警示 (Warnung) 外，也對其他葡萄酒解除警示 (Entwarnung)<sup>63</sup>。公布清單可重建跨區葡萄酒市場的信任，並非主管機關所為具體之危險防止措施，也不影響各邦得為禁止上市之危險防止措施，或另為資訊提供之權限<sup>64</sup>。而公開清單也不違反正確性與客觀性的要求。清單上的細節，鎖定在驗出違法含有二甘醇之葡萄酒，並強調相同瓶裝商之產品若不含二甘醇仍得上市，且產區必須與瓶裝商及官方檢驗碼相連結。聯邦憲法法院強調，該清單不因含微量二甘醇的葡萄酒是否有健康疑慮的問題未釐清，而認定為是不正確。資訊的正確性，並非以秩序法意義之危險 (Gefahr im ordnungsrechtlichen Sinne) 存在為前提。又國家對葡萄酒檢驗所獲得之資訊，並無保密義務。憲法訴願人之職業自由，不因公開含二甘醇之葡萄酒而受侵害<sup>65</sup>。

---

61 BVerfGE 105, 252 (267).

62 BVerfGE 105, 252 (268).

63 BVerfGE 105, 252 (273 f.).

64 BVerfGE 105, 252 (275).

65 BVerfGE 105, 252 (276).

上開判決所建立之標準，並非完全排除所有資訊行為落入職業自由之保護範圍。若國家不僅止於對市場參與者提供市場資訊，而其提供資訊的目標設定或效果屬基本權干預（Grundrechtseingriff）的替代行為，即可能構成基本權侵害。若提供資訊的功能等同於干預，就不能規避法秩序對於干預的拘束，仍須符合法律的要求。若事後發現資訊不正確，仍繼續散布資訊或不更正，亦屬基本權干預<sup>66</sup>。

上開聯邦憲法法院認為，只要聯邦政府有任務及管轄權，其資訊行為符合正確性及客觀性，即未侵害職業自由的保障範圍。然而，保障範圍本身不會有侵害問題，基本權利所保護之法益，才會受到侵害。聯邦憲法法院使用「未侵害職業自由保障範圍」之語法，應非認為公布清單行為未落入職業自由之保障範圍，而是未造成基本權利之干預<sup>67</sup>。聯邦憲法法院接著指出，若資訊提供等同於干預措施，例如資訊錯誤或事後發現資訊不正確仍繼續散布，即具有干預性質。似乎聯邦憲法法院的見解是，正確資訊的警示，並未構成職業自由之干預。

上開判決將聯邦政府公開葡萄酒含二甘醇檢驗結果清單，理解為發生危機時之國家引導（Staatsleitung in Krisensituationen）措施，屬於特殊個案。批評者認為國家市場資訊可能有引導作用（Lenkungswirkung）<sup>68</sup>，公開問題產品及食品業者名單，即具有基本權干預之性質<sup>69</sup>；而基本法第12條第1項保障之職業自由，除了

<sup>66</sup> BVerfGE 105, 252 (273).

<sup>67</sup> 參 *Dietrich Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe - Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26.06.2002, NVwZ 2003, S. 1 (2).

<sup>68</sup> *Florian Becker/Ylva Blackstein*, Der transparente Staat – Staatliche Verbraucherinformation über das Internet, NJW 2011, S. 490 (492).

<sup>69</sup> *Friedhelm Hufen*, Alles „Glykol“ oder was? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Lebensmittelrecht, in: *Girnau* (Hrsg.), Festschrift für Matthias Horst, 2013, S. 85 (92); *Ossenbühl* (Fn. 1), S. 1360.

保護營業秘密外，也保護其他對業者造成負擔之營業相關資訊<sup>70</sup>。

本件聯邦憲法法院判決之論證邏輯為，若公布客觀正確之資訊，則不涉及基本權干預，而無須檢驗干預之正當性；具有干預性之資訊提供須有法律授權基礎，並須受到正當性之檢驗。聯邦憲法法院將本件公布清單之行為解釋為國家引導行為，聯邦政府有此任務即可為之，因公布清單不具干預性質，也非個案性質之危險防止措施，巧妙地避開了聯邦政府提供檢驗結果清單欠缺法律依據之問題，更無須探討干預的正當性。然而，資訊之正確性，似宜作為干預正當性的判斷因素，而非區隔資訊行為是否具干預性質之標準<sup>71</sup>。

本文認為，清單已列出特定產品檢驗結果違規，即使資訊正確，仍有建議消費者選擇其他產品之意涵，具有引導作用，而影響清單中所列業者的競爭利益，對於其執行職業自由至少產生事實上的干預效果。又上開公布清單之內容，包含具體之業者名稱，已涉及業者之資訊自決權，惟聯邦憲法法院並未就相關業者之資訊自決權是否受到侵害加以判斷，誠屬可惜。該判決於2002年作成，歐盟第178/2002號規則係於同年公布。後來德國食品法及消費者資訊法已對政府公開食品資訊提供法律基礎，法律依據之問題迎刃而解。而各法院對於政府食品資訊之公開，也另以資訊自決權加以審查。

## （二）基因牛奶宣稱案

職業自由也有可能與他人基本權利發生衝突。在基因牛奶案中，某國際乳品集團所屬之乳品加工企業，使用含有基因改造玉米

---

<sup>70</sup> Markus Möstl, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation?, LMuR 2014, S. 77 (78).

<sup>71</sup> 參Vanessa Hellmann, Eine Warnung vor dem Bundesverfassungsgericht, Die Glykol-Entscheidung des BVerfG vom 26.06.2002, NVwZ 2005, S. 163 (165 ff.) 的評析。另參Möstl (Fn. 23), S. 186.

之飼料餵食乳牛。綠色和平組織認為有關基因改造食品之可追溯性及標示法規仍有不足，要求該國際乳品集團放棄使用基改飼料未果，在各種公開活動中，指稱該集團之產品為「基因牛奶」(Gen-Milch)。該國際乳品集團認為綠色和平組織以基因牛奶指稱其產品，乃不正確宣稱其企業加工之牛奶為基因科技所處理之產品，依德國民法第1004條第1項第2句規定，對綠色和平組織提出不作為訴訟。邦法院判決被告綠色和平組織若未同時說明該國際乳品集團之產品本身並非基因改造，且依科學現況無法證明其成分來自基因改造飼料，禁止被告指稱該產品為基因牛奶。案經綠色和平組織上訴後逆轉，邦高等法院駁回國際乳品集團全部之訴訟，聯邦法院駁回其上訴後，其所提之憲法訴願亦無理由。聯邦憲法法院指出，本件涉及基本法第12條第1項之職業自由。

本件聯邦憲法法院承認國際乳品集團為職業自由之基本權主體，而綠色和平組織受基本法第5條第1項言論自由之保護<sup>72</sup>。關於本件職業自由與言論自由之衝突，聯邦憲法法院進一步指出，「基因牛奶」的概念，是有待補充的口號式表達，須在整體活動下始有明確的意義。聯邦法院已適切地闡述「表達有時而窮」(Substanzarmut der Äußerung)<sup>73</sup>。因憲法訴願人並非在全部的生產過程中，放棄基因科技程序，聯邦法院在衡量雙方受法律保護的利益時，得衡量該批評並非毫無事實根據。此從被告使用「基因牛奶」概念的表達上下文來看是明確的。故聯邦法院的衡量，在憲法上並無疑慮。在食品製造過程中，採用基因科技程序的可能風險，與公共利益高度相關，在此基礎上，聯邦法院駁回憲法訴願人之請求，其衡量亦無憲法上疑慮<sup>74</sup>，故本件憲法訴願無理由。

72 BVerfG, Beschluss vom 08.09.2010 - 1 BvR 1890/08, GRUR-RR 2011, 224 (225 f.).

73 BVerfG, Beschluss vom 08.09.2010 - 1 BvR 1890/08, GRUR-RR 2011, 224 (225).

74 BVerfG, Beschluss vom 08.09.2010 - 1 BvR 1890/08, GRUR-RR 2011, 224 (226).

## 二、食品安全管理措施限制職業自由之正當性

依德國聯邦憲法法院於藥房判決所發展的「階層理論」(Stufentheorie)，執行職業自由得以公共利益的理性衡量，為合目的性之限制，但不得為過度及無期待可能性之負擔。相對而言，職業選擇主觀條件之限制，僅得於特殊重要公益之保護有迫切必要性時，始得限制之。對於客觀職業選擇之限制更為嚴格，只有在防止對極重大公益具有高度蓋然性的嚴重危害之迫切需要時，始得限制之<sup>75</sup>。

### (一) 主觀條件之限制

主觀條件之限制與個人條件或特點有關，包含職業所需之知識、特定教育、能力、財務、個人特質、年齡或空間或營業設施等要求<sup>76</sup>。若食品法之營業許可，涉及營業營運之個人資格，則與能力證明有關，例如需要考試證書及其他公法上對特殊資格或可信任性之認可等，若其欠缺將導致不予許可者，屬主觀條件之設定<sup>77</sup>。立法者不能恣意設定主觀條件之限制，例如在比例原則的要求下，對於僅賣單一食品的零售商，應有不同的限制條款<sup>78</sup>。

### (二) 執行職業自由之限制

若是一般食品法之限制，包含食品之品質、清潔、產品利用、通報義務、營業上之禁令（例如麵包店禁止夜間烤麵包）、交易規範、廣告限制等各種對食品業者之禁止或各種限制，屬「執行職業

---

<sup>75</sup> Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 335; Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 81. 另參蔡宗珍，營業自由之保障及其限制，臺大法學論叢，35卷3期，頁292-293（2006年）；李惠宗，憲法要義，7版，頁265-267（2015年）。

<sup>76</sup> Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 355.

<sup>77</sup> Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 385.

<sup>78</sup> Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 357.



規範」(Berufsausübungsregelungen)。對於執行職業自由，只要有合理的公益理由，即得限制之。近年來，食品法之公共利益有新的發展面向，除了傳統的公益理由——國民健康與消費者保護外，逐漸有以永續發展、動物保護、環境保護等倫理事由，作為食品法禁止或制裁的正當理由者<sup>79</sup>。

以下舉出若干德國聯邦憲法法院及行政法院之判決，分析國家對於食品業者職業自由之限制是否具正當性之考量因素。除了立法者形成自由之論點外，法院對於比例原則的審查，也納入期待可能性作為審查因素。

#### 1. 執行職業規範與立法者形成自由

德國基本法對於經濟政策，係採取中立(wirtschaftspolitisch neutral)的立場，具體的經濟秩序，是立法者在民主正當的形成委託(Gestaltungsmandat)下的任務。基本法於此係採取中立及「開放」立場<sup>80</sup>。此意謂著立法者對於經濟領域之干預與引導，有相當大的形成空間。

在德國，包含食品產業在內的經濟政策領域，傳統上發展了立法者有「評估特權」(Einschätzungsprärogative)的論證方式<sup>81</sup>。儘管立法者對於食品安全與消費者保護，有形成自由，但此權限亦非毫無疆界。有關職業自由之限制，立法者固得制定食品業者的「執行職業規範」，但須具備公益之合理事由，所選擇的手段應適合於達成目的，具必要性，且對於業者之限制具期待可能性。立法者對於經濟活動的形成自由，有其經濟政策上的目的，其對於所採取的適當措施，有判斷及行為空間(Beurteilungs- und Handlungs-

<sup>79</sup> Hufen (Fn. 69), S. 88.

<sup>80</sup> Scholz (Fn. 51), Art. 12 Rn. 85.

<sup>81</sup> Hufen (Fn. 69), S. 90.

spielraum) <sup>82</sup>。

1975年德國聯邦憲法法院於磨坊結構法<sup>83</sup>判決中指出，立法者對於執行職業自由的干預，必須有合理（sachgerecht）及理性（vernünftig）的公共利益之衡量理由，對其規範制定權，不能以不相關之目的予以濫用。立法者用來正當化其限制職業自由之理由，聯邦憲法法院得予以評價。於審查經濟活動的執行職業規範時，應注意基本法規定經濟政策上之目的，及追求該目的之適當措施，賦予立法者判斷及行為空間。立法者得透過經濟政策上的調控措施，對從業人員的自由活動予以訂正。對於危及公眾危險的評估，立法者有相當大的判斷空間<sup>84</sup>。針對立法者對經濟政策判斷評估之合理性及可支持性，聯邦憲法法院只能在窮盡立法當時各種知識可能性後，確認其目的為不適當者，始得否定之。於措施必要性的憲法審查上，應注意立法者在經濟秩序及調控措施的選擇及技術形成上，享有廣泛的形成空間。只有清楚確認有其他限制更輕微的手段可供使用時，始得認為法律規定造成過度負擔而違憲<sup>85</sup>。

1978年聯邦憲法法院就人造奶油法<sup>86</sup>有關植物來源半脂人造奶油之修正規定進行合憲性判斷。該法第2條第2項要求半脂人造奶油特定的包裝形式（形狀強制），第4項前半句規定人造奶油及半脂人造奶油的包裝，應以紅色條紋顯示（圖標強制），後半句又規定包裝上應標示人造奶油及半脂人造奶油（標示強制），對於半脂人造奶油，應指示「注意，不得用於煎、烤、煮」之警語說明（警告指

---

<sup>82</sup> Kurt-Dietrich Rathke/Olaf Sosnitza, Einführung, in: Zipfel/Rathke (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Stand: Lfg. 95 August 1996, B, Rn. 74.

<sup>83</sup> 本件聯邦憲法法院係針對磨坊結構法就每家磨坊有上限規定，超過上限部分應支付平衡金的規定進行合憲性審查。BVerfGE 39, 210 (221).

<sup>84</sup> BVerfGE 39, 210 (225 f.).

<sup>85</sup> BVerfGE 39, 210 (230 f.).

<sup>86</sup> Gesetz über Margarine, Halbfettmargarine und Kunstspeisefett (Margarinegesetz) vom 1. Juli 1975 (BGBl. I S. 1841).

示)。第5條第1項規定，以交易為目的之人造奶油及半脂人造奶油，製造者應添加使貨物容易辨識，但不損及其特性及顏色的材料（指示強制）。第5條第2項授權機關為進一步之具體化規定。違反第2條第2項、第4項第1句及第5條規定者，依同法第10條規定處以秩序罰<sup>87</sup>。

有關上開低脂植物性奶油包裝與標示規定之合憲性，聯邦憲法法院指出，系爭規定是「執行職業規範」，其任務是為了保護消費者及奶製品的產業利益，防止半脂人造奶油與牛奶製品混淆，並保護消費者使用半脂人造奶油免於發生危險。該規定同時涉及經濟競爭及消費者保護之領域，是經濟秩序及調控領域的規範。於此種情形，聯邦憲法法院對於立法者，僅能就逾越立法者形成自由之界限加以指摘<sup>88</sup>。聯邦憲法法院進一步指出，有關包裝及標示為半脂人造奶油之規定，與基本法第12條第1項之職業自由並未牴觸。系爭規定之目的，是為了使產品種類得以識別。立法過程中曾對名稱有所爭議，聯邦政府草案原來的「植物半油」名稱，由半脂人造奶油取代。至於何種概念依立法理由較為適當，聯邦憲法法院不作決定，由立法歷程來看，兩個概念可能都有缺點。故系爭規定仍在立法者的形成自由範圍內<sup>89</sup>。又基本法第3條第1項的平等權亦未被侵害，本件並非明顯對半脂人造奶油製造者恣意不利。不同之標示有客觀上的明確理由，半脂人造奶油與人造奶油特別相似，此可正當化將其成分置於其名稱上<sup>90</sup>的規定。

有關基因科技法相關規範合憲性案，聯邦憲法法院認為基因科技法第3條第3款與第6款對於基因改造生物及上市之定義，並未違

87 相關條文內容請參BVerfGE 46, 246 (248).

88 BVerfGE 46, 246 (256 f.).

89 BVerfGE 46, 246 (257 f.).

90 BVerfGE 46, 246 (258).

反基本法第12條第1項之規定<sup>91</sup>。有意的遺傳物質改變，產生傳統繁殖不可期待的生物特性，基因科技對生命基本結構之介入難以回復。基因改造物質一旦釋出於環境中，難以或無法加以限制。另一方面，基因改造生物的研究與生產，也帶來很大的機會，特別是更大的作物產量，增進植物對抗病蟲害。隨著基因科技的機會，也伴隨著健康與生物風險，特別是對非基因改造之農業不利。傳統或有機作物，偶然或技術上無法避免含有基因改造物質，若超出歐盟標準，即應標示為基因改造，或不得標示為有機，導致產品的市場價值或銷售降低，因其必須引進減少基因改造物質與非基因改造作物混合的監測系統與措施，故同時也增加製造者的額外成本。鑒於贊成與反對基因科技用於作物的高度爭議的社會討論，科學知識現況對於基因科技長期影響的因果關係尚未終局性釐清，立法者對於此領域，必須盡特別之注意義務。於立法時，不能僅一方面顧及基因科技利用，亦應顧及另一方面所涉及之利益，包含生命與身體不可侵犯權、研究自由、職業自由與財產權，而尋求平衡，且須同時注意基本法第20a條的委託，其有責任對於未來世代的自然生活基礎予以保護。該委託要求危險防止，也要求風險預防。依基本法第20a條保護的環境利益，也包含生物多樣性的維護、確保瀕臨絕種動植物的物種<sup>92</sup>。

聯邦憲法法院進一步指出，基因科技法第3條第3款與第6款涉及之定義，與同法後續的規範，共同形成基本權干預。該法除了概念明確化外，也為了法安定性考量，將基因改造生物盡可能廣泛地定義，涵蓋合法釋出的基因改造生物的偶然子代，乃符合同法第1條之立法目的，及保護更重要的憲法位階的價值，例如人類生命與

---

91 BVerfGE 128, 1 (37). 有關該案判決之介紹與分析，詳參陳信安，基因科技風險之立法與基本權利之保障——以德國聯邦憲法法院判決為中心，東吳法律學報，26卷1期，頁1-46（2014年）。

92 BVerfGE 128, 1 (36 f.).

健康權、環境，以及可能關係人之職業自由與財產自由（憲法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項及第20a條）。若將基因改造生物定義，限制為有意及直接的基因改造，將使偶然過程產生的後代，自始不受基因改造法規的管制。此不僅涉及上市，而是涉及上市產品的處理、觀察、標示、業者及其他關係人的通報義務、機關權限等。立法者認為基因改造生物的後代，特別是偶然交配產生的基因改造生物，均視為有一般性風險，此種風險位於立法者的判斷特權領域，無須以基因改造生物及其後代實際危害可能性的科學經驗證據作為前提。在科學上尚未釐清的狀況，就危險情狀與風險加以評價，對憲法保護之法益，乃具有高度重要性。第3條第3款及第6款的立法定義，使非有意及技術上不可避免的過程納入管理，而不讓基因改造生物釋出於環境中，對於基因改造產品上市產生非所願的、有害的或無法回復的效果，應盡最大可能的預防。若立法者讓偶然過程產生的基因改造生物後代不受管制，即會陷入其有責任保護的自然生活基礎（基本法第20a條）無法正確保障的危險<sup>93</sup>。

上開聯邦憲法法院判決，對於執行職業規範，採寬鬆的審查模式，在立法者未明顯逾越形成自由，且無更小侵害手段可供使用的情況下，原則上尊重立法者之形成自由。

## 2. 強制或禁止措施

食品安全管理措施干預性較強的是強制或禁止之手段，其正當性的判斷，著重在比例原則的審查上。

在德國可可規則禁止混合巧克力上市<sup>94</sup>案中，德國聯邦憲法法院認為該規則第14條第2款原則上禁止混合巧克力上市之規定，違

<sup>93</sup> BVerfGE 128, 1 (38 ff.).

<sup>94</sup> KakaoVO v. 30.06.1975 (BGBl. I S. 1760).

反必要性原則，而不符合比例原則<sup>95</sup>。執行職業規範之合憲性，取決於基於公益理性之正當化理由，所選擇的手段對其所欲達成之目的是適合且有必要，其限制對於相對人而言是期待可能者。此前提於可可規則第14條第2款僅部分符合<sup>96</sup>。食品法的任務，是為了消費者利益，防止食品產生混淆，及保護消費者免於健康危險。為了達到消費者保護之目的，通常標示之要求已足以達成。可可規則第14條第2款規定以絕對禁止為原則，要求標示為例外，已違反基本法第12條第1項的職業自由<sup>97</sup>。

在半脂人造奶油包裝形狀強制規定案中，聯邦憲法法院認為不違反基本法第12條第1項規定，已如前述。在比例原則之審查上，聯邦憲法法院指出，對於牛油替代品的交易，1887年帝國法時代已規定包裝形狀之強制，係為避免消費者受詐欺，而保護農業免於詐欺式競爭。系爭規定客觀上並未改變，而符合帝國時期人造奶油法之立法理由。此衡量是理性的公益理由，得正當化執行職業規範。由於人造奶油在外觀上與牛油類似，在包裝形式上，區分人造奶油與牛油的必要，從第一次立法規範時，就沒有變更過。對於半脂人造奶油也不會有所不同<sup>98</sup>。立法者選擇經濟秩序與調控措施，僅於明顯清楚確認有相同有效，但對經濟個體限制更小的措施存在時，始構成基本權侵害，但本件並未明顯存在此種措施<sup>99</sup>。又紅色條紋的圖標強制，是源於1897年人造奶油法防止詐欺之目的。半脂人造奶油的市占率，遠高於半脂牛奶產品。故紅色條紋的圖標強制，對於製造業者而言，並非過度干預。有關警語說明，是因半脂人造奶油的高度水含量並非不危險，指示強制則是為了避免攙偽，均不違

---

95 BVerfG, Beschluß vom 16.01.1980 - 1 BvR 249/79, NJW 1980, S. 1511 (1512).

96 Ebenda.

97 Ebenda; *Streinz* (Fn. 2), Rn. 4.

98 BVerfGE 46, 246 (259).

99 BVerfGE 46, 246 (260).

反過度禁止原則<sup>100</sup>。

### 3. 預防義務、良好專業規範、人員資格與設備要求

在基因科技法相關規定合憲性案中，德國聯邦憲法法院認為德國基因科技法第16b條第1項至第4項規定的預防義務、良好專業規範、人員資格與設備之規定對於職業自由之干預，符合比例原則。上開義務規定具有正當的公益目的，基因改造生物之傳播，應透過預防義務及良好專業規範，盡可能地避免，若不可避免，應盡可能降至最低。對於人員與設備的要求，可確保利用者有能力及有意願為合秩序之職業行為。該法第16b條第1項至第4項規定，可預防基因工程及產品對人類生命及健康、環境、動植物及物產的有害影響，也確保共存、潛在關係人的職業與財產自由，並保障生產者與消費者對不同農業生產方式的選擇自由。而有關預防義務、良好專業規範及人員資格與設備的規定，適合於達成上開目的。立法者對於危害共存的行為，刪除一般性禁止規定，改為以預防義務取代，享有其判斷及評估權。預防義務及良好專業規範，不因上市之評估與許可程序，而欠缺必要性。上市許可固應評估對人類及環境不可接受的有害效果，但該評估決定，無法排除尚未預見的，對人類或環境有害效果之發生。保護第1條第1款法益的預防義務，正是為了補充上市許可條件，於釋出市場後，對基因改造生物的全責處理，及盡可能廣泛及無漏洞的法益保護。有關預防義務、良好專業規範及人員資格與設備的規定，也符合狹義比例原則。上開義務對於義務人並非欠缺期待可能性，也非對職業行為為不合比例之要求。有關預防義務及良好專業規範，立法者留給個案彈性空間，依個案在事實上處理基因改造生物的基本條件，特別是對具體種植地為適當之斟酌，以限制義務之內容及範圍。立法者給予適用法律者的空間，以期待可能性作為界限。第16b條並非要求以絕對安全，杜絕

---

100 BVerfGE 46, 246 (260 f.).

所有風險<sup>101</sup>。

### 三、本文分析

德國聯邦憲法法院肯定食品業者受職業自由之保障，食品安全管理措施對於食品業者之干預，除了專業能力證明屬主觀要件之限制外，食品法之禁止上市、包裝強制、預防義務、良好規範與設備要求等規定，屬執行職業規範，依照階層理論，得以公益理由為符合比例原則之限制。在審查執行職業規範時，基於基本法對於經濟政策之中立性，聯邦憲法法院承認立法者對於經濟領域之干預，享有判斷特權，亦即有相當大之形成空間。作為限制食品業者職業或營業自由之正當理由，包含消費者健康及防止詐欺。而公布業者名單若不至於扭曲市場，則不侵害職業自由。

我國自司法院釋字第404號解釋以來，承認憲法第15條工作權之保障範圍，包含人民選擇及執行職業之自由。但為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得依憲法第23條規定，以法律為適當之限制<sup>102</sup>。有關營業自由之保護，從司法院釋字第514號解釋開始<sup>103</sup>，亦納入工作權之保障範圍，包含人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由。對於營業自由之限制，司法院釋字第538號解釋、514號解釋及第738號解釋均指出，涉及人民營業自由之重大限制，或有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，應遵守憲法第23條規定之法律保留原則及比例原則。

---

101 BVerfGE 128, 1 (60 ff.).

102 另參司法院釋字第411、612、634、637、649、659、682、702、711、724號等解釋。

103 另參司法院釋字第606、685、688、714、716、719、738號等解釋。



又依司法院大法官解釋，職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。惟不論何種情形之限制，所採之手段均須符合比例原則<sup>104</sup>。故我國司法實務對於職業自由之限制，已建立階層化之比例原則審查模式。若食品安全管理措施發生合憲性或正當性之爭議，自可依階層理論之標準判斷之。

有關執行職業自由之干預，我國衛生福利部曾於2015年5月29日公告包裝食品含基因改造食品原料標示應遵行事項、食品添加物含基因改造食品原料標示應遵行事項及散裝食品含基因改造食品原料標示應遵行事項，並於同年8月11日公告訂定「直接供應飲食場所之食品含基因改造食品原料標示規定」。上開規定之第三點均規定：「非基因改造食品原料因採收、儲運或其他因素等非有意攙入基因改造食品原料，且其含量占該項原料百分之三以下者，視為非基因改造食品原料；倘超過百分之三者，視為基因改造食品原料。」依其各該第四點之規定，食品或添加物：「含非基因改造食品原料者，其並存在有國際上已審核通過可種植或作為食品原料使用屬基因改造者，始得標示『非基因改造』或『不是基因改造』字樣；並得依非故意攙雜率標示『符合○○（國家）標準（或等同意義字樣）』或以實際之非故意攙雜率標示。」

---

104 參司法院釋字第584號及第711號解釋理由書。

上開規定對於包裝食品、散裝食品、食品添加物業者，及直接供應飲食場所之業者，規定基因改造成分之標示義務。該標示義務之規定，係為了消費者健康及消費者選擇權之保護，但對於受規範業者之執行職業自由之限制並非輕微。相關業者除應事先確認其所負責食品的基因改造含量，及負擔標示之成本外，尚須承擔標示後產生之價格或銷售量下降，對於非故意攙雜之業者，更屬不利，故該管理手段也有影響市場之作用。由於基因改造食品之健康風險尚未經科學界確認，基於人民之健康風險預防及消費者選擇權，是否有以此方式限制業者基本權之公共利益，又是否有其他更輕微但能達到相同目的之手段，標示義務是否造成業者無期待可能性的要求，均有待實務執行面之檢驗。如果加上生物多樣性與環境保護作為後盾，或可更能強化其管理手段之正當性。

## 肆、食品安全管理措施與財產權保障

### 一、食品安全管理措施涉及財產權之保障範圍

德國基本法第14條第1項規定財產權及繼承權應予保障。內容與限制以法律定之。同條第2項規定財產權負有義務，其利用應同時有利於公共利益。該條主要是保障私人財產，並期待財產之利用有助於公眾。財產權作為自由權，乃保障基本權主體在財產法的架構下享有自由空間，可自我負責地安排自己的生活。其保障私人對財產的支配、使用與處分權，並有排除他人侵害之權。故財產權賦予人民有對抗國家與第三人之權<sup>105</sup>。

---

<sup>105</sup> Vgl. *Otto Depenhjeuer*, Eigentum, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. V, 2013, § 111, Rn. 8, 43, 52, 54.

雖然聯邦憲法法院尚未定論<sup>106</sup>，學說上有認為，從廣義的財產權概念來看，財產權的保障範圍包含「設立且營運」營業之權（Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）<sup>107</sup>。依學者Papier的觀點，營業受到憲法財產權的保護，保障範圍為營業的存續（Bestand）、營業土地與空間、設備、存貨及應收款，也包含與客戶群之連結與關係，其整體構成一具有經濟價值的營業。所保障者為人力物力及其他資源的整體表現形式與延伸，由營業所有人以一個整體的組織體所組成<sup>108</sup>。財產權所保障者，包含營業法上的營業本身及任何為經營所成立之企業，也包含經營初始產品之農業與漁業在內<sup>109</sup>。

然而，財產權保障之「設立且營運」營業之權，不包含營業活動（gewerbliche Tätigkeit）本身的保障。其僅保障既有的具體價值，亦即人力物力及其他資源所建立的現存組織。憲法的財產權僅保障此種經濟上的經營地位，至於未來有待發展的營業獲利前景，並非財產權保障營業的範圍。換言之，財產權僅為「存續保護」（Bestandsschutz），僅保障已有法律地位的權利主體，並不保障潛在企業的營業自由，也不保護單純的獲利可能性或未來的機會<sup>110</sup>。

若具體的財產地位之利用，將導致公眾或第三人之危害，為了防止危險，依基本法第14條第1項第2句及第2項所定之內容與限制

106 Vgl. BVerfGE 68, 193 (222 f.); 84, 212 (232); 105, 252 (278); BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, JuS 2017, S. 569-572.

107 Volker Epping/Christian Hillgruber/Peter Axer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Aufl., 2016, Art. 14, Rn. 51. 另參李惠宗（註75），頁291。

108 Hans-Jürgen Papier, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 74. Aufl., 2015, Art. 14, Rn. 95.

109 Papier (Fn. 108), Art. 14 Rn. 98.

110 Papier (Fn. 108), Art. 14 Rn. 100. 另參VG Köln, Urteil vom 09.02.2012 - 13 K 1198/10, BeckRS 2014, 49274; VG Düsseldorf, Urteil vom 03.02.2010 - 16 K 4421/08, LMRR 2010, S. 36.

條款是容許的。在風險預防領域，依科學現況而採取盡可能最好之預防措施，以排除法律保護法益的有害影響，亦屬財產權社會義務（*Sozialpflichtigkeit des Eigentums*）之範疇，屬憲法上可容許的內容與限制條款。與危險防止不同的是，此類風險預防措施，必須通過嚴格的比例原則審查<sup>111</sup>。慕尼黑高等行政法院曾於消費者資訊法相關判決中指出，消費者資訊法是財產權保障之內容與限制規定，基於消費者利益作為憲法上所欲保護之公共利益，得正當化基本權之限制條款<sup>112</sup>。此判決意指營業秘密屬於業者財產權保障範圍，消費者資訊法容許於特定情況下，可不論營業秘密之保護，由主管機關依申請提供業者相關資訊之規定，乃屬憲法上容許之財產權之內容與限制條款。

財產權與職業自由的保障範圍有所不同。職業自由保障營利行為本身（*Erwerb*），財產權則保障行為的結果，亦即已獲得之利益（*das Erworbene*）<sup>113</sup>。食品安全管理措施無論是以危險防止為目標，或以風險預防為目的<sup>114</sup>，若僅限制食品業者的營業活動，則不屬於財產權之保護範圍，而僅涉及職業自由之保障範圍。例如在德國聯邦少年、家庭及健康部公布葡萄酒含有二甘醇清單案中，聯邦憲法法院雖肯定資訊公開涉及食品業者之執行職業自由，但不認為

---

111 *Papier* (Fn. 108), Art. 14 Rn. 112 f.

112 VGH München, Beschluss vom 06.07.2015 - 20 ZB 14.977, BeckRS 2015, 48743.

113 BVerfGE 30, 292 (335); 84, 133 (157); BVerfGE 88, 366 (377); *Ulrich Jan Schröder*, *Der Schutzbereich der Grundrechte*, JA 2016, S. 641 (642).

114 有關危險防止與風險預防之區別，以及食品安全管理措施涉及風險預防之目標，請參林昱梅，論食品安全管理法制中之預防原則：以歐盟與臺灣為中心，臺大法學論叢，44卷特刊，頁1054-1074、1096-1100（2015年）；程明修，建構食品安全行政法體系之徬徨歧路，台灣法學雜誌，241期，頁75-96（2014年）；林昱梅，當健康風險之預防遇上商品自由流通原則——評歐洲法院有關歐盟禁止英國牛肉輸出之判決，月旦法學雜誌，178期，頁258-274（2010年）；程明修，行政法上之預防原則（*Vorsorgeprinzip*）：食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，167期，頁127-136（2009年）；洪德欽，預防原則歐盟化之研究，東吳政治學報，29卷2期，頁1-56（2011年）。

公開葡萄酒含二甘醇清單涉及財產權保障。因財產權乃保障基本權主體在財富權領域的自由空間，使其能有自我負責的生活形成。故財產權保障財富價值的具體存在，免於公權力不正當的干預。又財產權保障僅涵蓋一個法律主體原本擁有的法律地位，而非未來的機會或獲利可能性。清單公開並未限制業者將其葡萄酒上市，獲利機會並非屬個別業者應受保護的存續。至於業者的信譽，若指獲利機會或有利情況，也不受基本法第14條第1項之保障<sup>115</sup>。德國雷根斯堡行政法院於主管機關依消費者資訊保護法公開家禽屠宰加工廠之負面資訊案中指出，將企業之負面資訊之提供第三人，儘管影響廠商信譽，其不受財產權之保障。財產權之保障，僅規範賦予之法律地位，而非市場參與者進行評價的結果，即使企業在經濟上成功。廠商信譽是過去成就及企業行銷與市場參與者的評價所構成，且一直更新中，僅與獲利機會有關，不能歸為企業的財產權地位<sup>116</sup>。

此外，聯邦憲法法院在德國可可規則<sup>117</sup>第6條第2款規定違憲爭議一案中指出，基本法並未明文定義財產權。財產權之保障，應使基本權主體在財產法的領域有自由空間，開展其自我負責人生的可能性。為此目的應保護其法律地位的存續，以對抗公權力措施。有權獲益但與已獲得利益之保護無關者，屬於基本法第12條，而並非第14條之保護範圍。在私法上，財產權的保障包含有財產價值的權利，法秩序賦予權利人得自我負責地決定如何行使私人利用之權。聯邦憲法法院對於存續保護，並非僅承認對於物權的或其他絕對的，相對於任何人都有效的法律地位，也肯定應收帳款及優先承買的權利。但德國法秩序並不承認對於特定性質與組成之產品得以上市的主觀公權利。在競爭法上，也沒有對有具體特性及組成的產品

115 BVerfGE 105, 252 (277 f.).

116 VG Regensburg, Urteil vom 09.07.2015 - RN 5 K 14.1110, BeckRS 2015, 51715引用BVerfGE 105, 252 (278)之見解。

117 Verordnung über Kakao und Kakaoerzeugnisse vom 15.07.1933 (RGBl. I S. 504) - KakaoV 1933.

有繼續上市的主觀公權利。食品法也不保障個人對有具體特性及組成的產品有上市權利。若營業本身的存續受到干預，則涉及財產權的保障，但若是單一產品受到影響，而不會導致營業消滅，則非屬財產權保障之範圍<sup>118</sup>。本件最高法院將產品生產的有利條件認為是「機會」，而非屬法秩序上納入營業存續的範疇，並非觸及財產權的核心，符合聯邦憲法法院認為機會與獲利可能性非屬個別營業受保護的存續之見解。

## 二、食品安全管理措施限制財產權之正當性

從財產權保障的基本權客觀面向觀之，基於國家對財產權的保護義務，立法者應透過法律規定，防止第三人對財產權的侵害，例如以德國民法第1004條之規定，提供財產權人防止第三人侵害財產權之法律救濟途徑<sup>119</sup>。德國基本法第14條規定之「財產權負有義務」，即課予財產權人在使用財產時，應顧及公共利益之義務。透過財產權之內容與限制條款（*Inhalts- oder Schrankenbestimmung*），可界定財產權人一般抽象性的權利與義務。財產權內容與限制條款以法律為之，包含財產權的存續保障、財產權客體的私人利用及其支配<sup>120</sup>。若財產權之內容或限制條款，乃係透過合憲法律規定而實質正當者，則應容忍之<sup>121</sup>。

有關食品安全管理措施對食品業者財產權造成限制的案例僅有少數。依德國聯邦憲法法院之見解，許多食品安全管理措施大部分僅涉及職業自由之保障範圍，而與食品業者的財產權保障無涉。有關食品安全管理措施或其配套機制與財產權之限制有關的判決，茲舉二例說明如下。

---

118 BVerfG, Beschluß vom 29.07.1991 - 1 BvR 868/90, NJW 1992, S. 36.

119 其他方式尚有德國刑法第242條的竊盜罪，vgl. *Michael Sachs*, *Verfassungsrecht II - Grundrecht*, 3. Aufl., 2017, § 26 Rn. 62.

120 Vgl. *Depenhjeuer* (Fn. 105), Rn. 8, 43, 52, 54.

121 *Papier* (Fn. 108), Art. 14 Rn. 27.

### （一）基因科技法保護相鄰土地之規範

基於國家對財產權的保護義務，德國民法第1004條規定提供財產權人防止第三人侵害之救濟途徑，已如前述<sup>122</sup>。依德國民法第1004條第1項規定，以徵收或扣留以外之方式侵害所有權者，所有權人得對妨害人（Störer）請求排除侵害。有侵害之虞者，財產權人得提起不作為訴訟。為了保護基因改造種植地鄰人之財產權，德國基因科技法第36a條連結至民法第1004條之規定，使鄰地所有人有權請求排除或防止侵害。此規定同樣是國家為了實踐財產權之保護義務，以立法方式防止財產權受侵害之措施。

為避免基因改造生物之種植導致鄰地受到基因污染，造成鄰人財產權之損害，德國基因科技法第36a條規定，以基因工程為基礎之生物特性的傳播，或其他基因改造生物的其他損害，若違反使用權人的意圖，因傳播或其他損害導致產品：1. 不准上市；2. 依本法或其他規定僅於標示基因改造始得上市；3. 依其生產方式適用之法規可能無法透過標示而上市，屬民法第906條之重大侵害（第36a條第1項）。德國民法第906條第1項規定，土地所有人不得禁止由其他土地所生之氣體、蒸氣、氣味、煙塵、油煙、高溫、噪音、振動或類似之影響，若該影響不妨害其土地利用，非屬重大侵害。非屬重大侵害通常存在，若法律或法規命令的臨界值或標準值依該規定調查及測量並未逾越。同條第2項規定，前項規定於其他土地為地方慣行之利用導致重大侵害，無法透過此方式之利用人以經濟上期待可能（wirtschaftlich zumutbar）之措施防止者，亦適用之。若所有人應容忍此影響，而其他土地之地方慣行利用或其收成之侵害，超出其期待可能的範圍者，得向其他土地之利用人請求適當之金錢補償。凡屬於民法第906條之重大侵害者，土地所有人得依民法第1004條之規定，對妨害人行使侵害排除及侵害防止之請求權。

<sup>122</sup> Vgl. *Sach* (Fn. 119), § 26 Rn. 62.

依德國基因科技法第36a條第2項規定，同法第16b條第2項及第3項規定之良好作業規範的遵守，屬民法第906條第2項的經濟上期待可能<sup>123</sup>。而民法第906條第2項地方慣行之判斷，不以產品是否含基因改造生物或非基因改造生物為依據（第36a條第3項）。若個案事實狀況有多位鄰人為肇因者，無法調查何者之行為導致侵害者，均對侵害負責。但僅造成部分侵害者，不適用之，得依民事訴訟法第287條規定分配責任（第36a條第4項）。

在針對基因科技法所提起的憲法訴願中，德國聯邦政府主張基因科技法第36a條規定，是國家對鄰人盡其基本權保護義務的結果<sup>124</sup>。德國聯邦憲法法院判決認定第36a條不違反財產權之保障。該條連結民法第906條及第1004條，屬於基本法第14條第1項第2句之內容與限制條款<sup>125</sup>。第36a條並非獨立的責任規範，而是以民法第906條及1004條及與可歸責性無關的妨害人責任（Störerhaftung），為具體化及補充之規定。該條確保鄰人對基因改造生物的損害，特別是對其他土地使用異交方法所造成之重大損害，有防禦權及補償請求權，同時也透過補充規定，消除因果關係舉證之困難。原則上鄰地所有人有德國民法第1004條第1項的侵害防止與侵害排除請求權<sup>126</sup>。該條屬於鄰人法上之妨害人責任，並未創設新的責任，民法第906條及第1004條規定，是在規範鄰人間的共存（Koexistenz）關係。傳統農業或有機農業的農民，也是妨害人責任的規範對象。若免除基因改造生物利用人的妨害人責任，相對於其他規範相對人而言，反而是一種特權的給予<sup>127</sup>。基因科技法第36a條第1項就基因改

123 德國民法第906條第2項規定，前項規定於其他土地為地方慣行之利用導致重大侵害，無法透過此方式之利用人以經濟上期待可能之措施防止者，亦適用之。若所有人應容忍此影響，而其他土地之地方慣行利用或其收成之侵害超出其期待可能的範圍者，得向其他土地之利用人請求適當之金錢補償。

124 BVerfGE 128, 1 (30).

125 BVerfGE 128, 1 (70 f.).

126 BVerfGE 128, 1 (71).

127 BVerfGE 128, 1 (72 f.).



造生物的損害，規定得行使防禦權及補償請求權的要件，規範土地所有人的權利與義務，屬於基本法第14條第1項第2句的內容與限制條款，此條款符合憲法上設定內容限制條款之要求<sup>128</sup>。

聯邦憲法法院進一步指出，由於基因改造生物造成的損害，使鄰地所有人有標示基因改造的義務，或喪失得標示特定生產方式之利益，屬於對財產權之重大妨害。基因科技法第36a條之規定，有正當之公益目的。該規定是在平衡鄰地所有人之利益。受鄰地影響的土地所有人，有依基本法第14條第1項規定保障依自己意思利用財產權標的之自由及決定權。對於妨害的鄰地所有人課予義務，係因其導致侵害，也最能有效排除侵害，且因具有妨害性的土地利用而獲利<sup>129</sup>。基因科技法的立法目的之一，是共存利益（Koexistenzbelange）的維護，包含食品及飼料傳統與有機生產者、基因改造產品的生產者及其產品上市之利益。其憲法上的要求，包含基本法第2條之職業自由及第14條之財產權保障。為達此目的，基因科技法第36a條確保鄰人法上的防禦及補償請求權，係因基因改造生物的損害，特別是對鄰人的利用，以非蓄意異交的方式造成之損害，屬重大侵害<sup>130</sup>。該條規定保護相鄰生產者之財產受侵害的防禦及補償請求權。其生產方式的實施，不應因他人使用其他方法，而受到經濟上的威脅<sup>131</sup>。

依德國憲法法院之見解，基因科技法第36a條也有保護具憲法位階的人類生命健康及環境之目的，可保護鄰人防止基因科技的危害，特別是尚未經核准上市的基因改造生物<sup>132</sup>。為了維護上開公共利益，對於基因科技法私人相鄰權的適當且必要的具體化規定，基

128 BVerfGE 128, 1 (73).

129 BVerfGE 128, 1 (75 f.).

130 該判決特別引用德國基因科技法立法理由，BT-Drucks 15/3088, S. 19, 30.

131 BVerfGE 128, 1 (77).

132 BVerfGE 128, 1 (78).

本法第14條第1項第2句留給立法者廣泛的形成空間<sup>133</sup>。立法者並無可達到相同目的之更小侵害手段可以選擇。劃定基因改造或有機特別種植區域，或其他克服共存問題的解決方案，均無法達到該條規定之相同目的。立法過程中提出的自願責任基金，被種子產業否決，由國家部分挹注的責任基金，可使基因科技利用人免除部分妨害人責任，但在整體經濟上，由全民承擔基因改造土地利用人對第三人造成的損害，等於對基因改造產品有所補貼，並非適當之手段<sup>134</sup>。該條規定也符合均衡性。該條對於核准使用基因改造的土地及種植，設定嚴格的框架條件，特別是以良好作業規範生產基因改造生物，仍不免於造成損害時，對於鄰人法上的請求負無過失責任。另一方面，該規定以超出歐盟法與德國法的臨界標準，作為「重大侵害」的認定標準，對於基因科技利用人而言，尚非屬於特殊責任（Sonderhaftung），對於鄰人而言，也非處於無保護狀態<sup>135</sup>。對於鄰地所有人、不同農業生產方式的共存，以及預防基因科技的保護與預防之利益衡量，是保護財產權、職業自由、人類生命健康及環境等憲法位階的法益，也為了保護歐盟法所承認的消費者保護之公共利益，故聯邦憲法法院認為立法者之衡量，在憲法上無可指摘<sup>136</sup>。

## （二）業者請求抽樣檢驗補償

理論上，財產權之內容與限制條款若屬違憲，不會成為徵收規範，故國家對於財產權內容與限制條款的執行行為，並無補償義務<sup>137</sup>。在1977年食品業者請求抽樣檢驗補償一案中，憲法訴願人主張依當時德國食品法<sup>138</sup>，對於製造業者及進口業者抽樣檢驗，並無

133 BVerfGE 128, 1 (78 f.).

134 BVerfGE 128, 1 (79).

135 BVerfGE 128, 1 (80 f.).

136 BVerfGE 128, 1 (81).

137 *Papier* (Fn. 108), Art. 14 Rn. 28.

138 德國1974年食品、菸草品、化妝品及其他生活必需品飼料管理法（Gesetz über

補償，對販賣業者則有補償，乃違反基本法之財產權保障。聯邦憲法法院認為，食品法的禁止與監管條款，用以保護人類健康，是一個堅強的公益理由，限制了在財產秩序中，原則上存在的個人自由請求權。沒有人有權將其製造的食品直接上市。基於危害他人健康之禁止，基本法第14條含有財產權的法律義務，防止所有從財產權客體產生的對他人的危害。經營供人類享用的食品業，自始即負有證明其食品無危害性的義務。該義務並非由公眾承擔，而是由潛在的危害構成要件實施者負擔。國家對於此任務，基於無漏洞的管制，食品生產者不得主張基本權，而請求對檢驗產品的補償<sup>139</sup>。

### 三、本文分析

由於德國基本法第14條對於財產權之保障，僅包含已獲得既有財產之保障，營利活動則劃歸職業自由之保障範圍，故食品安全管理措施限制財產權之案件較少。有關基因科技法第36a條保護相鄰土地之立法，連結德國民法第906條及第1004條規定之侵害排除及防止請求權，並非對財產權造成直接干預，而係基於國家對財產權之保護義務所為之規定。德國聯邦憲法法院認為基本法第14條第2項第2句「其利用應同時有利於公共利益」之規定，給予立法者廣泛的形成空間。基因改造生物之種植，涉及業者與鄰地所有人之土地利用、業者之財產權與鄰地所有人財產權之衝突關係。德國聯邦憲法法院基於妨害人責任之原理，認為鄰地所有人之侵害排除及防止請求權，對於業者財產權造成之限制，符合比例原則。除了鄰地所有人之財產權與職業自由保障外，人類健康及環境也被認為是正當化該條規定之理由。而在業者請求抽樣檢驗補償一案中，聯邦憲法法院認定食品業者應防止其財產權客體危害他人，自始負有食品無危害性之責任，故抽樣檢驗僅為財產權之內容與限制條款，而非

---

den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen, LMBG, BGBl. I S. 1945) 第3條及第14條。

<sup>139</sup> BVerfG, Beschl. vom 10.04.1977 - 1 BvR 317/75, LMRR 1977, S. 3.

一種財產權之徵收，食品業者不得請求補償。

在我國，司法院大法官解釋認為，憲法第15條財產權之保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴<sup>140</sup>，並認為營業自由屬憲法第15條工作權及財產權之保障內涵，強調基於憲法上財產權之保障，人民有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之<sup>141</sup>。但學者蔡宗珍認為，營業自由之保障列入財產權似顯多餘，因營業行為勢必有一定之物質憑藉，例如資本、財貨與各種物權，無法將此物質憑藉自營業自由保障範圍切割出來，另由財產權提供保障<sup>142</sup>。針對此問題，德國聯邦憲法法院認為已獲得之既有財產屬財產權保障範圍，營利行為或營業活動則屬職業自由之保障範圍，可作為我國區分之參考。而有關營業自由之限制，包含營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，我國司法院大法官解釋認為，依憲法第23條規定，應符合法律保留原則<sup>143</sup>及比例原則<sup>144</sup>。又國家行為若已對財產上之利益造成特別犧牲，則應予以補償<sup>145</sup>。由德國聯邦憲法法院之案例可知，食品安全管理措施對於食品業者之財產權形成限制之案件甚少，亦無食品安全管理措施對食品業者財產權造成特別犧牲而應予補償之案件。但若在我國有造成食品業者財產權受到限制之情形，其正當性亦應以比例原則審查之。

140 另參司法院釋字第400號解釋文、第709號解釋理由書及第732號解釋理由書。

141 司法院釋字第514號解釋理由書參照。另司法院釋字第714號解釋理由書謂：「土壤及地下水之污染多肇因於農、工、商之執業或營業行為，系爭規定課土污法施行前之污染行為人就施行後仍繼續存在之污染狀況負整治、支付費用及停業、停工等義務，即屬對憲法第十五條所保障之人民工作權、財產權及其內涵之營業自由所為限制，自應符合憲法第二十三條之比例原則。」

142 參蔡宗珍（註75），頁290註17之敘述。

143 司法院釋字第514號解釋文參照。

144 另參司法院釋字第538、606、646、685、688、678、716、719、738號等解釋。

145 司法院釋字第400號解釋文參照。

## 伍、食品安全管理措施與食品業者之資訊自決權

### 一、食品安全管理措施涉及資訊自決權之保障範圍

資訊自決權 (informationelles Selbstbestimmungsrecht) 是從基本法第2條第1項之人格權發展出來的，用以保護個人資訊之自決權。其基本權主體有權決定其個人資料的揭露或利用。資訊自決權保障人的決定自由，若無法充分確保個人得以考量其以何種個人資訊在社會環境的特定領域公開，或無法對其可能之溝通對象所可能知悉者為某種程度之評估，其基於自我決定為計畫或決定的自由，即受到重大侵害。德國聯邦憲法法院基於資訊處理產生的危害，發展出資訊自決權，其保護範圍已超過自動資訊之處理，而包含國家對於人工記載個人資訊之蒐集與處理<sup>146</sup>。

資訊自決權之干預，包含任何形式的個人或個人化資訊之蒐集、單純知悉、儲存、利用、提供或公開，除非國家資訊來自公開的來源。國家為有效履行其任務，例如危險防止或保護人民，需要大量資訊。在進行管制性國家行為的準備階段中，「資訊預防」(Informationsvorsorge) 對於履行國家任務是必須的配套<sup>147</sup>。若國家機關的干預欠缺充分的授權基礎，受資訊自決權保障範圍涵蓋的個人資訊，得依基本法第2條第1項及第1條第1項規定進行防禦，為不作為之請求 (Unterlassungsanspruch) 或以結果除去請求權 (Folgebeseitigungsanspruch) 請求刪除<sup>148</sup>。

146 Udo Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 74. Aufl., 2015, Art. 2 Rn. 174 ff. m.w.N. 有關聯邦憲法法院對資訊自決權之發展歷程及資訊科技之催化，參李震山，論資訊自決權，收於：人性尊嚴與人權保障，4版，頁219，225-227 (2011年)；李惠宗 (註75)，頁409。

147 Di Fabio (Fn. 146), Art. 2 Rn. 176, 179.

148 Di Fabio (Fn. 146), Art. 2 Rn. 179, 180.

德國在食品安全領域發展出一個新的策略，即透過資訊公開或公開之警示通知，達到消費者保護之目標。包含以笑臉標誌或燈號之運用，公布違規事實，或對業者予以評分等方式，提供消費者資訊<sup>149</sup>。此種由行政機關主動為資訊提供，是對既有市場結構的干預。干預目的是使消費者獲得充分資訊，自我負責地作成產品決定。由於國家角色變遷，透過合作及非正式行為（*informales Handeln*），國家不僅是扮演禁止與制裁的角色。國家主動提供資訊與說明，可使消費者變得成熟，但又不能完全或終極地放棄自己單方高權之權力，至少國家在最初獲得其欲傳播的資訊時，仍需要高權。以往法治國的保護機制，包含法律保留、明確性要求、比例原則等，對於輕微的管理工具而言，例如所獲資訊的事後揭露，似僅居於次要地位，因機關僅係提供資訊，而資訊的負面作用，僅會透過消費行為而產生。然而，透過資料與圖像之網路全球傳播，實質上已改變與強化了國家資訊行為的質量，固為網路資訊難以從人類的集體電子記憶中刪除<sup>150</sup>。

柏林潘科區獸醫及食品管理局實施之「笑臉計畫」（*Smiley-Projekt*），建立一個資訊及評價系統，從2009年3月開始，將其食品檢查結果公布於網站。該計畫由兩個部分組成，一個是餐廳檢查獲得平均以上分數者，有機會登上正面表列名單。另一個是檢查結果的負面清單，亦即所謂的「噁心名單」（*Ekelliste*）。兩份名單都在機關網站上公布。衛生無虞的餐飲業者，可在門上貼上笑臉標誌。而在噁心名單上，可看到受檢餐館的名稱、地址、缺失、檢查日期及可能的後續檢查。同年5月，機關對部分餐館以圖片記錄其缺失。依笑臉計畫所公開的違規，是顯然且至少是滿足違反秩序罰之構成要件者。但此公開並非以機關為有拘束力的罰鍰處分為前提，或法院依合乎法治國要求的程序已確認業者之違法，只是初步懷

---

149 *Hufen* (Fn. 69), S. 86.

150 *Becker/Blackstein* (Fn. 68), S. 490.

疑，故笑臉計畫的負面名單在網路上主動提供，其合憲性遭到質疑，因已對資訊自決權造成干預<sup>151</sup>。

此外，基因科技法第16a條第1、3、4、5項及第16b條第1a項基因改造生物種植地登錄（Standortregister）之規定，也涉及資訊自決權。資訊自決權保障權利主體自己決定何時及在何種界限下，得公開其個人生活事實，特別是對抗其個人相關或得個人化資料之蒐集、儲存、利用及傳遞<sup>152</sup>。就此聯邦憲法法院指出，對於基因改造生物種植地有支配權並有事實上管領力的管理人要求登錄種植地，若管理人為自然人，涉及其受基本法第2條第1項及第1條第1項之資訊自決權與人性尊嚴之保護；若為私法人，則屬基本法第2條第1項之資訊自決權的主體。其保障範圍是個人及個人相關資料，包含特定人或可得特定之人的「人」與「物」關係之個別資料<sup>153</sup>。依基因科技法第16a條第3項第2句第3款規定，應通報種植地管理人的姓名及地址，及鄰人相關資訊（依第16b條第1a項第1句），屬於與「人」有關係之資訊。而有關特定人或可得特定之人的「物」的關係之資訊，包含基因改造生物及特別標示符號、特性、種植土地及種植面積及有關第三人保護措施的限制之土地相關資訊。上開個人資料之取得與儲存，及有關物的資訊，透過網路公開部分，均構成資訊自決權的干預<sup>154</sup>。

## 二、食品安全管理措施干預食品業者資訊自決權之正當性

身為社會組織之一員，人民對於有法律授權依據，基於重大公益干預資訊自決權之行為，原則上應容忍之。惟對於資訊自決權之限制，不得超出公共利益保護所必要<sup>155</sup>。所干預的資訊涉及基本權

151 *Becker/Blackstein* (Fn. 68), S. 490 ff.

152 BVerfGE 128, 1 (42).

153 BVerfGE 128, 1 (43).

154 BVerfGE 128, 1 (43 f.).

155 *Di Fabio* (Fn. 146), Art. 2 Rn. 179 ff.

主體的私領域愈深，所需要的公益理由愈強，基於法律明確性所要求的法律目的明確性愈高。概括條款本身可能無法成為充分的授權基礎<sup>156</sup>。對於食品安全管理措施干預食品業者資訊自決權之正當性，以下分析德國聯邦憲法法院及行政法院之見解。

### （一）基因改造生物種植地登錄規定

依基因科技法第1條第2款規定，基因科技法之立法目的，包含「確保產品，特別是食品及飼料，傳統、有機或基因改造生產與上市之可能性。」故基因科技法不僅是規範基因改造作物之種植，另一方面也為了保護傳統或有機食品及飼料，採取防護措施之法律。有關基因科技法種植地登錄規定，即為其中一種保護措施。

聯邦憲法法院於有關基因科技法之判決中，認為基因科技法種植地登錄規定對資訊自決權之干預是正當的。當有具優勢地位的他人利益或公益存在，個人應接受資訊自決權的限制。有關種植地登錄規定，立法者有正當的公益目的<sup>157</sup>。上開種植地登錄規定除了轉換歐盟法之透明化要求，及基因科技法第1條之目的外，其也有憲法上依據，特別是基本法第2條第2項第1句、第12條第1項及第14條第1項及第20a條保護自然生存基礎的國家目標。基因改造生物因釋放與種植，而釋出於環境中，應予以透明化。在種植地登錄簿中所獲得並公開之有關釋放及種植基因改造生物之資訊，在民主多元社會中，對公共意見形成過程有重要貢獻。公開的意見交換，將社會納入環境相關決定及其實施，不僅是在保護個人，也強化國家行為的有效管控。為了產生此種透明性，特定資料向公眾一般性且未進一步受特定目的拘束地公開，是正當的。種植地登錄符合高度價值及歐盟第2001/18號指令的公開資訊利益。依第2001/18號指令第25條第4項規定，會員國不得將許可程序中所附之基因改造生物的一

<sup>156</sup> *Di Fabio* (Fn. 146), Art. 2 Rn. 182, 183.

<sup>157</sup> BVerfGE 128, 1 (46).



般敘述、申請人姓名地址、釋放目的及地點及意圖使用目的，為保密之處理。在歐洲法院判決中，也認為第2001/18號指令第25條第4項規定之資訊，應無保留為保護公共秩序或他人受法律保護之利益而提供。種植地登錄有助於保護基因科技法第1條第1款所列的法益，進行基因改造生物其他效果之監管，特別是防止人類健康、環境與他人財產權受基因改造作物之有害影響，預防其發生危害。種植地登錄也有助於確保基因科技法第1條第2款的共存利益，及潛在相關第三人所計畫的種植資訊。使不同的農業生產方法可承受地互相存在，其憲法依據不僅在基本法第14條第1項保障的其他生產者自己決定利用其財產權的方式，也在基本法第12條第1項所保護的執行職業自由。種植地登錄在法的框架下，有創造基因科技研究發展、利用及促進學術、技術與經濟上可能性的功能<sup>158</sup>。

依德國聯邦憲法法院之見解，與種植有關的基因科技法相關規定，適合於達成上開目的。種植地登錄能有效管控基因改造生物的可能效果，支持同法第1條第1款及第2款所指之法益及利益，有助於危險防止、風險預防及確保共存。主管機關有關基因改造作物種植面積的資訊，有助於機關觀察及監控其種植及環境效果，控制生產過程、確保共存措施合秩序地適用，實施與種植地有關的學術協同考察長期或預期效果。種植地登錄適合於向公眾及可能的關係人，公開基因改造生物釋出於環境中之資訊，也有助於鄰人及其他可能的關係人，及時知悉基因改造生物之有意種植，以利其採取保護其產品利潤的措施。種植地登錄對於達成上開法律目的是有必要的。其他相同有效，對於相對人侵害更小的取得及處理基因改造生物種植資訊之方法，並非明顯易見。又種植三個月前的通報期間，也符合必要性原則，除了要將預擬的種植計畫落實，在播種前應通報種植地登錄簿外，也要通知鄰人，使其得以因應，也可能達成良

---

158 BVerfGE 128, 1 (48 ff.).

好專業規範（gute fachliche Praxis）的書面協議並通報<sup>159</sup>。由於通報內容均為管理人個人與職業活動的資料，管理人可完全審查其正確性。雖然未通報、未正確或未及時通報，將處以秩序罰，對於管理人而言，通報並非難事。對於網路上的資訊取得者，與個人有關之資料是匿名的。一般的資訊取得者並無取得特定人具體種植資訊之利益。種植登錄簿區分一般可得之資訊，與非一般可取得之資訊，是立法者找到可行的，憲法上無所指摘的，對國家與公眾的資訊利益及關係人之保密利益的妥協<sup>160</sup>。至於申請非一般可取得資訊之公開，須釋明有合法利益，且關係人對於資訊提供無更值得保護之利益。法律適用者對此得進行個案判斷，故聯邦憲法法院認為種植地登錄之規定，亦符合狹義比例原則<sup>161</sup>。

## （二）食品業者評價資訊公開

主管機關為了提供消費者之業者相關資訊，以檢查結果或評分為基礎，公布對業者之評價，例如以紅綠燈、晴雨表、計分或笑臉系統等表示對業者的評價，類此業者評價資訊，若欠缺法律依據，是否容許政府公開，遭到質疑<sup>162</sup>。

例如柏林潘科區（Berlin-Pankow）獸醫及食品安全局，為執行「笑臉計畫」，在衛生檢查後，告知業者其衛生檢查點數，並於14日內透過區政府網站「笑臉系統」將檢查結果公開。有食品業者為阻止此項檢查結果之公開，向行政法院聲請暫時命令。聲請人有11個缺失點數，雖評定為成績「良好」，但與「優良」（sehr gut, 缺失0-2點）有一段距離。柏林行政法院認為，業者衛生缺失的公開，具

---

159 BVerfGE 128, 1 (50 f.).

160 BVerfGE 128, 1 (53 f.).

161 BVerfGE 128, 1 (54 f.).

162 Vgl. *Ossenbühl* (Fn. 1), S. 1362; *Wilfried Kügel/Kirsten Pfäßmann*, Die „Hygiene-Ampel“ bei Lebensmittelkontrollen — Grünes Licht für den Verbraucherschutz?, LMuR 2012, S. 1 (4 f.)

有秩序法手段之效果，使相關業者蒙受「電子譴責」，較主管機關要求業者排除檢查缺失之負擔更重，而有基本權干預性質。由於缺失計分及「良好」(gut)之評定，非屬消費者資訊保護法所規定得依申請提供之「資訊」，無法以該法作為干預之法律依據，笑臉計畫之評分，係依「執行官方檢查符合食品法、飼料法及菸草法原則之一般行政規則」(Allgemeine Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher, futtermittelrechtlicher und tabakrechtlicher Vorschriften, AAV Rahmen-Überwachung)為之。由於公告之評分等級與健康保護無關，而只是基於消費者保護，故應以聲請人對停止公告之利益為優先，暫時命令之聲請有理由<sup>163</sup>。此裁定經柏林布蘭登堡高等行政法院維持並指出，笑臉清單中有760家業者，115家評為「優良」，340家評為「良好」(gut)等級之業者，約有160家之缺失點數為3-10點，分數勝過聲請人。聲請人排名在275家業者之後，直接影響其市場競爭，且可能有其擔心的巨大經濟損失。笑臉清單的比較性並非偶然，而是有意的，此種具比較性的檢查結果，可能對相關業者的競爭地位造成持續的影響。笑臉清單是一種評價，而非消費者資訊保護法第2條第1項第1句所指之資料(Daten)，因主管機關之意圖並非公開例行性檢查所確認的違規，將之作為監管措施或其他消費者保護措施，而是將檢查結果納入「以風險為導向之評價系統」(risikoorientiertes Beurteilungssystem)，將之與其他食品競爭業者的評價予以比較。儘管檢查結果是基於中性專業，需求正確性的調查，也不妨礙此表達方式是一種比較性的營業評分。消費者資訊保護法第6條第1項第3句及第4句<sup>164</sup>並未授權主管機關，將營業檢查結果轉化為比較性營業評價的

163 VG Berlin, Beschluss vom 19.03.2014 - VG 14 L 35.14, LMRR 2014, S. 15.

164 德國消費者資訊保護法第6條第1項第3句及第4句規定，除依第4條第1項之申請外，資訊義務機關亦得將應提供之資訊，以網路或其他公開可取得之方式提供之；第5條第1項規定準用之。資訊應以消費者易於理解之方式呈現。

方式公開。由於笑臉計畫欠缺明確之法律依據，消費者對於公開之利益，比起聲請人對於不公開之利益，應退居次位，無法期待聲請人對於檢查結果之網路公開，等到不作為訴訟之本案判決確定，故柏林行政法院核發暫時命令乃屬合法<sup>165</sup>。

批評者對於笑臉計畫公布業者噁心名單（負面名單），多認為欠缺適當的法律依據，質疑此噁心名單不符合憲法上法治國的要求<sup>166</sup>。需要法律依據的關鍵問題是，負面名單是否干預業者的職業自由或資訊自決權。由於負面名單具有機關行為之目的性（Finalität）<sup>167</sup>，藉由消費者行為對餐飲業者施壓，使其持續改善其衛生條件，其非僅為單純的資訊提供，而是想要透過消費者行為發揮引導作用。透過消費者抵制與銷售減少，其後續影響可能比罰鍰更為嚴重，甚至造成停業或歇業。故負面名單對業者基本權利造成干預，而須有法律依據。欠缺明確之法律依據者，違反法治國的法律保留與明確性原則<sup>168</sup>。

有論者指出，透過評分、燈號或標誌公開業者評價，須有具比較可能性的事實基礎，例如以相同的檢驗及檢驗頻率，作為評分依據，評分標準及總結的調查相關規定必須透明一致，程序亦須透明，公開模式、公開期間、錯誤更正權及後續監督相關規定不可或缺，且須有充分的法律救濟可能性<sup>169</sup>。此觀點為風險導向之評價系

---

165 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.05.2014 - OVG 5 S 21.14, LMRR 2014, S. 57.

166 Thomas Holzner, Die „Pankower Ekelliste“ - Zukunftsweisendes Modell des Verbraucherschutzes oder rechtswidriger Pranger?, NVwZ 2010, S. 489 (491, 494); Ossenbühl (Fn. 1), S. 1360, 1362; Böhm/Lingenfelder/Voit (Fn. 23), S. 201; Gurlit (Fn. 48), S. 1053.

167 基本權侵害多含有目的性、直接性、法效性、下命性或強制性的特徵。參李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39、62（1997年）。

168 Becker/Blackstein (Fn. 68), S. 492 ff.

169 Möstl (Fn. 23), S. 191.

統指引一條通往正當化的道路。

### (三) 食品業者違規資訊之網路公開

德國食品法第40條新增第1a項，由主管機關主動將確認違規之業者名稱公開，已如前述。該規定有助於市場透明（Markttransparenz），透過國家主動提供業者違規資訊，作為市場引導的工具。然而該項規定係由主管機關對業者過去曾經違規為「業者警示」（unternehmensbezogene Warnung），而非對現存危害之產品為「產品警示」（produktspezifische Warnung）<sup>170</sup>。有批評者認為，依第40條第1a項為公開者，並非皆為仍有危險的產品，而是業者過去之違規情形，此舉將使食品業者時刻受到違規資訊之「達摩克利斯之劍」（Damoklesschwert）及消費者反應的威脅。其目的是使業者紀律化，以收特別預防及一般預防效果（spezial- wie generalpräventive Effekte），以公開的「譴責效果」（Prangereffekt），作為取代或補充古典秩序機關的工具。然而，譴責是法治國以前的工具，其使用會受到法治國之挑戰，故文獻與法院判決多認為德國食品法第40條第1a項規定有違憲疑慮<sup>171</sup>。

批評者對第40條第1a項是否符合比例原則加以質疑，認為連輕微違規也強制公開，毫無衡量可能性，也無公開之時間限制，又無刪除可能性，恐有逾越過度禁止之問題<sup>172</sup>。更何況對於「可預期科處罰鍰至少350歐元」之業者，尚未終局確定違規即予以公開，乃違反無罪推定（Unschuldsvermutung），也將使公眾產生偏見。若認

<sup>170</sup> Möstl (Fn. 23), S. 188.

<sup>171</sup> Möstl (Fn. 70), S. 79 f.; Möstl (Fn. 23), S. 188; Schoch (Fn. 29), S. 1502. 法院判決例如 VGH München, LMRR 2013, S. 15; OVG Lüneburg, LMRR 2013, S. 60; OVG Münster, LMRR 2013, S. 64; VG Regensburg, LMRR 2012, S. 86; VGH Mannheim, NVwZ 2013, S. 1022 (1022 ff.); VG Minden, BeckRS 2013, 50621.

<sup>172</sup> Möstl (Fn. 70), S. 80; Elke Gurlit, Amtliche Verbraucherinformation — Symphonisches Werk oder Kakophonie?, ZRP 2015, S. 16 (17).

為公開違規業者屬於預防措施，則須有充分的危險預測（*Gefahrenprognose*），足認該違規使業者食品法上之可信賴性受到強烈質疑，進而使此種預防性質的不足信賴性警示（*Unzuverlässigkeitswarnung*）得以正當化<sup>173</sup>。

對於上開問題，慕尼黑高等行政法院強調，德國食品法第40條第1a項第2款規定，並未能因食品業者自己之措施而免除。即使是較不嚴重的事實，機關也有義務為資訊公開。有鑑於干預強度及對相對人預期的經濟後果，預計裁處之罰鍰金額僅以350歐元為標準，裁處金額預計在350歐元以上即應公開違規資訊，顯得違反比例原則。因裁處350歐元尚屬輕微違犯之情形，且該款之公開，不限於嚴重違規，連輕微違犯之累犯，亦應公開。而比例原則之違反，也顯示在第40條第1a項第2款的資訊公開，因其欠缺公開的期限，也沒有刪除的期限。對於特定時點的缺失，其公開無時間上限制，即使是為了一般預防之目標，也與憲法上要求之比例原則不符<sup>174</sup>。

敏斯特高等行政法院也認為，德國食品法第40條第1a項兩款規定公開食品及業者名稱，不符合憲法要求，因其並未限制資訊公開的期間。刪除的期限規定是必要的，因為該條的資訊，可透過網路自動檢索並廣泛傳輸，其潛在的重大經濟效果對於資訊自決權，是一個重大的干預形式。因此，立法者應規定刪除期限，以限定資訊公開的時間效果。基於法律保留原則與人民之可預見性，有關期限之規定，不得委由執行的行政機關以行政規則定之<sup>175</sup>。呂內堡高等行政法院同樣認為，德國食品法第40條第1a項規定沒有刪除資訊之規定，其合憲性有重大疑慮。雖然執行指南規定一年後自動刪除，

---

173 *Möstl* (Fn. 23), S. 191.

174 *VGH München*, Beschluss vom 18.03.2013 - 9 CE 12.2755, LMRR 2013, S. 15.

175 *OVG Münster*, Beschluss vom 24.04.2013 - 13 B 215/13, LMRR 2013, S. 64.

但由於對刪除未有充分的法律基礎，形成了該規定之違憲性。該規定欠缺資訊公開的期間限制，無法獲得一個合憲解釋<sup>176</sup>。

雷根斯堡行政法院亦指出，機關網路公開行為，將對業者造成非不顯著的損失。固然業者應對其違規負責，但資訊在6個月內均可查詢，可能會給人違規狀態持續存在的印象<sup>177</sup>。曼海姆高等行政法院及敏登行政法院也指出，規定刪除期限是更小侵害的手段。巴登符騰堡邦為填補此一明顯漏洞，規定一年後刪除，但屬於行政內部規定，無法彌補憲法上的缺失。由於該規定之目的是單純的消費者保護，而非健康保護，無法透過生命與健康權的保護義務而佔優勢。公開違規資訊時，有可能缺失都已排除，不能以具體的健康風險為出發。法律上已排除個案衡量相衝突法益之可能性，其資訊的一般預防效果亦有疑問，是否因為公開的譴責效果，對於規範所追求的公益利益仍屬均衡，仍有疑問。該規定並未保留依特殊案情或嚴重性，防止業者資訊揭露過度的考量空間。對於繼續且持續的譴責效果，是顯著且不可回復的基本權侵害，而造成不可期待之利益損失，故應給予暫時命令之保護<sup>178</sup>。

由於德國食品法第40條第1a項規定有違憲之虞，德國下薩克森邦政府決定於食品業者提起行政爭訟時，在個案之行政法院判決前，停止德國食品法第40條第1a項規定之執行，另針對該條規定是否違憲無效，向聯邦憲法法院提出抽象法規審查之聲請<sup>179</sup>，該案尚

176 OVG Lüneburg, Beschluss vom 14.06.2013 - 13 ME 18/13, LMRR 2013, S. 60.

177 VG Regensburg, Beschluss vom 23.10.2012 - RO 5 E 12. 1580, LMRR 2012, S. 86.

178 VGH Mannheim, Beschluss vom 28.01.2013 - 9 S 2423/12, NVwZ 2013, S. 1022 (1024 ff.); VG Minden, Beschluss vom 08.04.2013 - 7 L 157/13, BeckRS 2013, 50621.

179 Bundesverfassungsgericht, Übersicht für das Jahr 2016, Erster Senat, Vorlage der Niedersächsischen Landesregierung zu der Frage, ob § 40 Abs. 1a des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB), eingeführt durch Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation vom 15. März 2012 (BGBl. I S. 476) nichtig ist, 1 BvF 1/13, online verfügbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

未作出判決。食品產業界支持此項作法，認為該項規定之資訊公開要件不夠明確，違反無罪推定原則，政府認為該資訊公開屬於「警示」，卻對食品業者產生顯著的經濟後果，若判決結果顯示資訊公開為無理由，所發生的後果也難以回復，甚至可能危及業者的存續，或使其無法生存<sup>180</sup>。

由於德國食品法第40條第1a項之合憲性受到強烈質疑，德國提出食品法第40a條修正草案，公開期間最高6個月，並有更正錯誤之機制，也有過苛條款。但仍維持裁處金額預計在350歐元以上之違規即可公開，加上食品含有法不容許之零容忍物質之違規資訊公開，似未完全回應上開有關比例原則與明確性原則之要求，而有關無罪推定及欠缺可信賴性預測之諸多疑慮，亦未完全解除。由於聯邦憲法法院尚未就德國食品法第40條第1a項之合憲性作出判決，德國聯邦政府可能會等待判決出爐，才會正式提出修正草案<sup>181</sup>。

### 三、本文分析

雖然德國之資訊自決權，係從人性尊嚴及人格權所發展出來，德國聯邦憲法法院於有關基因改造生物種植地登錄規定合憲性之判決中，肯認若種植地管理人為自然人，其資訊自決權受基本法第1條第1項人性尊嚴及基本法第2條第1項一般人格權之保障，若屬私法人，則其資訊自決權受基本法第2條第1項一般人格權之保障，直

---

gericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs\_2016/vorausschau\_2016\_node.html (last visited Jan. 08, 2017).

180 Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. (BLL), Pressemitteilung: Veröffentlichungspflichten - Lebensmittelwirtschaft begrüßt Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht (22.08.2013), online verfügbar unter <https://www.bll.de/de/presse/pressemitteilungen/pm-20130822-normenkontrollverfahren-40-1a-lfgb>.

181 Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften (24.04.2015, 16:17), online verfügbar unter [http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/Rechtsgrundlagen/Entwuerfe/EntwurfViertesGzurAenderungLFGB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/Rechtsgrundlagen/Entwuerfe/EntwurfViertesGzurAenderungLFGB.pdf?__blob=publicationFile); *Möstl* (Fn. 23), S. 192.



接承認法人亦享有資訊自決權。

有關干預資訊自決權之正當性，聯邦憲法法院以防止人類健康與環境保護之公益理由，及他人財產權之保護與共存利益，作為干預業者資訊自決權之正當理由，並認為基因改造生物種植地登錄規定符合比例原則。有關政府依笑臉計畫公布業者風險評價資訊之行為，德國行政法院之判決則認為違反法律保留原則及明確性原則，同時也強調公布業者負面清單雖為單純的資訊提供，卻可能對業者造成比罰鍰更為嚴重之影響。而有關德國食品法第40條第1a項規定之干預正當性爭議，將業者過去的違規行為予以公開，卻不論資訊公開時是否仍存在危害，德國行政法院相關判決同樣認為公開違規業者名單屬對資訊自決權的重大干預，並認為單純消費者之保護，而非以健康保護為目的之措施，可能造成業者不可期待的利益損失，而與比例原則不符。此見解顛覆了傳統認為資訊提供行為屬較小侵害手段之看法。

我國司法實務上對於資訊自決權之描述，僅見於司法院釋字第603號解釋理由書提及關係機關行政院之見解：「指紋為受人格權、隱私權及資訊自決權保護之個人資料，國家對之蒐集與利用，於公眾有重大利益，而符合比例原則之前提下，得以法律為之。」在行政院的意見中出現「資訊自決權」。惟司法院釋字第603號解釋文將「保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」，統稱為「資訊隱私權」。

我國法學界不乏承認資訊自決權者。李震山大法官認為，若能以「資訊自主權」作為保障之依據較為妥適，因個人資料涉及資訊自主權，但並非所有之個人資料均涉及隱私權。即使在個人願意公開的情況下，不代表個人對自願公開之資訊完全喪失控制，司法院

釋字第603號解釋所謂「保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」的資訊自決理念，若從資訊自主出發，就不會產生界限劃分的爭議。學者李建良為司法院釋字第603號解釋所提鑑定意見書中亦認為，人民享有決定何時、於何等範圍內公開或提供其個人專屬資訊，或使他人得以進入或接觸其個人專屬資訊領域之權利，可統稱為「資訊自決權」。並指出：「憲法之所以保障人民對其資訊之自主決定權，旨在使個人之資訊免遭毫無限制之取得、儲存、使用、傳遞或散佈。在此自主支配之前提下，個人的人格方得以自由形成、表現、發展，故人民對於其指紋/資訊之自決權，同時寓有人格自由發展權之保護面向，也唯有如此，人民始不致淪為他人（尤其是國家）支配之客體。因之，人性尊嚴之維護亦當構成指紋/資訊自決權之核心要素。<sup>182</sup>」學者詹鎮榮亦指出，基於個人資訊自決權與人性尊嚴及人格發展具緊密關聯性，個人資訊自決權應可作為一項獨立之基本權，從憲法第22條找到憲法定位。個人資訊自決權可理解為基本權主體對於可資識別個體之所有相關資訊，享有本於自己意志以支配之自由。包含是否向他人或國家公開，容認其蒐集、儲存、利用、處理與傳遞之自我決定權。上開學說見解均承認資訊自決權可作為基本權利加以保障，並以我國憲法第22條作為憲法之依據<sup>183</sup>。

若資訊自決權之保障，係以人格權與人性尊嚴為基礎，則資訊自決權之基本權主體，是否限於自然人？李震山大法官認為，法人人格之保障，除原則上將其具有行使國家公權力性質之公法人排除

---

182 參李建良，「戶籍法第八條捺指紋規定」釋憲案鑑定意見書，台灣本土法學雜誌，73期，頁42-43（2005年）。

183 參詹鎮榮，請領國民身分證，先捺指紋？，月旦法學教室，33期，頁8（2005年）。

外，若不產生與個人人權對立與衝突時，且有協助自然人的人權時，亦無完全加以排除之必要，充其量對於法人基本權利，採取較自然人為嚴格之標準<sup>184</sup>。依其見解，法人亦得享有資訊自決權，但可受到比自然人更多之限制。參考德國聯邦憲法法院判決認為從基本法第2條第1項一般人格權可導出私法人資訊自決權之保障，本文贊同私法人亦受資訊自決權之保障。故無論食品業者為自然人或法人，其資訊自決權均受保障，若政府以公開食品業者相關資訊作為食品安全管理之手段，必須符合法律保留原則、明確性原則及比例原則。

## 陸、德國司法實務見解之啟發與借鏡

在觀察德國司法實務判決後，有關食品安全管理措施對食品業者基本權利干預之正當性，本文認為可供我國借鏡，分析如下：

### 一、食品法有秩序法及經濟法之功能

從理論言之，食品法上有關食品安全之管理規定，通常是要求業者提供安全或經許可之食品，此可增加消費者信任，使誠實之業者有公平競爭之機會，故食品法是秩序法，也是經濟法。

從德國司法實務觀察，在審查食品安全管理措施之正當性時，不僅應考量管理措施所追求之消費者健康保護及防止詐欺之公共利益，也會同時斟酌相關食品業者的競爭利益。例如基因改造生物之種植與環境釋出，會考量對有機農業或傳統農業之產業利益的影響。對半脂人造奶油之包裝、標示及警語要求，除了防止消費者混淆外，也考量到奶製品產業的競爭利益。針對政府公布葡萄酒含二

---

<sup>184</sup> 李震山（註146），頁245。

甘醇之業者名單，聯邦憲法法院也考量到產業競爭。雖然該案判決中，聯邦憲法法院認為，依法所為之國家資訊行為，若其影響競爭之顯著因素不會扭曲市場，即不侵害食品業者職業自由之見解遭受批評，但其至少已考量到政府資訊對競爭因素之影響。

有關柏林潘科區「笑臉計畫」，儘管政府的「以風險為導向之評價系統」，將業者評定為良好等級，對於優良業者有鼓勵作用，但德國行政法院認為此種具比較性檢查結果的評分及公告，可能影響業者之市場競爭，造成經濟巨大損失，而透過暫時性權利保護之利益衡量，給予暫時命令之保護。故無論是聯邦憲法法院或行政法院，在衡量食品安全管理措施之正當性時，均兼有經濟面與產業面的考量。

## 二、非行使公權力之資訊行為亦可能造成基本權利之嚴重影響

由德國司法實務判決可知，非行使公權力之資訊傳遞行為，在形式上固然非屬對食品業者直接為禁止或限制之負擔處分，其性質僅為資訊公開之非管制性行政行為，而且不能取代傳統的危險防止措施，因主管機關有義務採取禁止或限制等措施，以防止危險發生。然而，藉由網路公開的譴責作用，加上網路資訊刪除的難度甚高，資訊公開對於食品業者的影響，不亞於公權力干預行為，甚至可能造成業者營利之損失，造成實質上停業或歇業之結果。

柏林潘科區「笑臉計畫」所為之衛生檢查結果評分與笑臉系統之公開，以及德國食品法第40條規定，針對食品業者違規行為的公開，特別是在網路上公開，均會造成食品業者之基本權利受到強烈侵害。

我國學者李建良曾指出，對於侵害概念之詮釋，不應停留在過去的狹隘觀念，凡因國家行為致人民基本權利無法完善行使，均可能構成基本權利侵害。例如國家以指名道姓之方式提出呼籲或警

告，鼓勵人民從事抵制行動等。常見之例為國家指出特定食品有害健康，呼籲消費者勿購買<sup>185</sup>。該見解早已洞悉政府資訊公開對於食品業者基本權利之干預強度。故在比例原則之審查上，不能以傳統的公權力措施作為判斷干預或侵害強度的唯一標準，而應實際考量食安管理措施對於業者所造成之營業限制或衝擊。

### 三、資訊行政之法治國要求

食品安全領域之資訊行政，可能比傳統的干預行政行為，對業者及產業有更大的不利影響，已如前述。若政府資訊指稱特定食品及業者名稱，將會對特定業者及產品相關產業造成影響，若涉及職業自由及資訊自決權之干預，違規資訊公開應符合法律保留原則及明確性原則，最好可容許行政機關就個案為衡量，且該干預應符合比例原則。

針對柏林潘科區笑臉計畫的噁心名單，若消費者據而抵制，其後果可能比罰鍰更為嚴重，對食品業者之基本權利造成嚴重侵害，故仍須有法律依據。柏林行政法院先否定消費者資訊公開法得作為笑臉計畫公開業者評分資訊之法律依據，又指出相關行政規則不足以作為法律依據。判決意旨乃係要求資訊行政涉及業者基本權利，其干預程度等同或比秩序法之干預行為更為嚴重者，應與傳統之干預行為一樣，必須符合法治國之法律保留要求。而德國食品法第40條第1a項規定之機關主動公開業者違規資訊，亦應有相同之要求。又德國各邦行政法院認為，預計裁處的罰鍰金額若無透明的計算標準，加上各機關的行政裁量不統一，該條規定亦有違反明確性原則之疑慮。

---

185 李建良（註167），頁63。

#### 四、立法者有形成自由仍應顧及食品業者之基本權利

在德國基本法對經濟秩序保持開放立場的情況下，有關經濟政策與經濟調控，雖然立法者有形成自由與判斷特權，但仍須考量業者之基本權利。在磨坊結構法案中，聯邦憲法法院強調，立法者用來正當化其干預營業自由之理由，憲法法院得予以評價。對食品安全所建立之管理措施，仍須有合理與理性的公共利益，作為立法者衡量之理由。在必要性原則的審查上，食品法干預手段的選擇，雖屬於立法者形成自由，但仍必須審查有無其他更輕微的同樣有效措施存在。故在承認立法者有形成自由的範疇，仍須進行比例原則之檢驗。

有鑑於基因改造科技之高度爭議性，德國立法者基於共存利益，對於基因改造產業、有機農業、食品產業政策加以斟酌，制定有關基因改造農產品及食品之執行職業規範。依基因科技法，基因改造種植人不論是否可歸責，若其利用基因改造科技之方式對鄰地所有人造成重大侵害，鄰地所有人得行使防禦權或補償請求權，即是為了衡平不同經營方式之主體受職業自由與財產權保障之利益。故食品安全管理措施，亦應考量他人之基本權利、國家保護義務，或其他重要公益，在符合比例原則的情況下，進行規範及管制。

#### 五、食品安全為食品業者之責任

聯邦憲法法院於食品業者請求補償抽樣檢驗費案中，基於財產權的社會義務，認為食品業者應防止所有從財產權客體產生的對他人的危害。對其所經營之供人類享用的食品，自始負有證明其食品無危害性的義務。該義務並非由公眾承擔，而是由潛在的危害構成要件實施者負擔。此見解值得贊同。

縱使食品業者在面對食品安全管理措施時，得主張職業自由或財產權等基本權利，但基於食品安全所含的生命與健康權保護義務

亦具有憲法位階，無論是以侵害排除或防止請求權之概念，要求基因改造作物種植業者對於造成鄰地所有人之危害，負妨害人責任，或要求食品業者承擔食品安全維護之檢驗成本，均以業者為風險預防或危險防止的首要責任人，然而對其基本權利之限制，仍應通過比例原則之檢驗。就此德國聯邦憲法法院將期待可能性納入比例原則之審查，可供我國參考。

若食品安全管理措施並非出自生命與健康權保護之目的，就不見得可以正當化所有干預食品業者基本權利之手段。例如笑臉計畫負面評分或食品業者曾經違規之資訊公開，若單純僅為消費者選擇權之保護，而超出食品安全的健康保護目的，較難通過比例原則之考驗。

#### 六、限制食品業者基本權利之公益理由擴張

德國食品法之安全管理，主要目標是消費者健康與防止詐欺。食品之製造與上市，適用濫用原則與禁止原則。近年來，食品安全管理措施，特別是採禁止原則例外保留許可者，例如基因改造作物與新穎食品之管制，其正當理由為風險預防，而其背後所追求的利益，不僅為人民生命與健康權，還擴及生物多樣性及環境保護等公共利益。

德國基因科技法對於基因改造生物之定義，包含偶然或技術上不可避免而含有基改物質者，乃係基於上開公共利益，將之納入管制範圍。又基因改造種植地之登錄規定，雖侵害種植者的資訊自決權，但聯邦憲法法院除了考量他人之職業自由、財產權保障與保護自然生存基礎的國家目標外，尚考量多元民主社會公共意見形成的利益，而認為應將基因改造種植地資訊透明化，此不僅實踐食品法之透明原則，也顯現民主社會之意見交流，是德國聯邦憲法法院所重視之價值。

本文認為，參採德國聯邦憲法法院之見解，要求基因改造成分應予以標示，除了保護人類及動植物健康外，亦得以生物多樣性、環境保護等公共利益，來正當化基因改造標示義務。我國行政院農業委員會2016年1月5日修正發布之農藥標示管理辦法第5條第1項第6款，要求基因改造成品農藥應註明基因改造字樣，其修正理由為「為保障消費者安全，並讓使用農藥者瞭解農藥成分」，爰規定產品有效成分為基因改造之微生物者，應強制標示為「基因改造」。並未納入「生物多樣性、環境保護」等公共利益。故我國農業及衛生主管機關在規範基因改造生物之管理、有機農產品、基因改造食品之限制規定或標示義務時，似可考量納入更多元之公共利益。

## 柒、結語

根據本文對德國聯邦憲法法院及行政法院若干判決之歸納分析，食品安全管理措施涉及之食品業者基本權利，主要有職業自由、財產權及資訊自決權。而在干預食品業者基本權利之正當性審查上，除了在比例原則之審查納入期待可能性的判斷外，法院也要求限制規定應符合法律保留原則及明確性原則。

食品法以消費者健康與防止詐欺為目標，同時有秩序法及經濟法之功能。雖然聯邦憲法法院承認立法者對於食品安全管理措施有形成自由，但在個案中，也考量食品業者及第三人的經濟利益，承認資訊公開對業者基本權所造成之干預與經濟上影響，不亞於干預行政。

食品業者應對食品之危險防止與風險預防負首要之責。在審查食品安全管理措施限制食品業者基本權利是否符合比例原則或進行利益衡量時，德國聯邦憲法法院所考量之利益，包含生命健康權之保護、消費者選擇權、其他業者之職業自由與財產權、生物多樣



性、環境保護及多元民主之意見交換等個人基本權利與公共利益，其考量之範圍，比傳統之生命與健康權之保護更多。顯示食品安全管理措施不僅有生命與健康權保護之功能，並兼具經濟秩序之維護、生物多樣性與環境保護等多元價值之政策調控功能。

儘管有許多食品安全以外之他人基本權利或公共利益等考量，食品安全管理措施對食品業者之基本權利造成限制，仍應視個案中干預基本權利之強度及背後所追求之利益，以比例原則檢驗之。在判斷干預強度時，不應單純以傳統公權利措施干預行政的角度觀察，而應視干預措施對食品業者基本權利造成影響的強度而定。雖僅為軟性作法的資訊公開，若屬無限期之網路公開，沒有刪除機制，又無衡量個案情節輕重之機制，可能使業者因信譽受損而蒙受重大之經濟損失。若干預措施所追求之目的，僅是為了提供消費者資訊，而與健康保護無直接相關，在干預強度高的情況，較難通過比例原則之檢驗。德國下薩克森邦政府針對德國食品法第40條第1a項規定是否違憲無效，向聯邦憲法法院聲請抽象法規審查，該案尚未作出判決，針對此食品業者違規資訊公開之規定是否違憲之爭議，值得後續觀察。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 李建良（1997），基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83。
- （2005），「戶籍法第八條捺指紋規定」釋憲案鑑定意見書，台灣本土法學雜誌，73期，頁38-56。
- 李惠宗（2015），憲法要義，7版，臺北：元照。
- 李寧修（2012），從憲法觀點論消費資訊公開請求權，憲政時代，38卷2期，頁215-244。
- （2014），行政機關主動公開消費資訊之法制與實踐——由歐洲法院C-636/11判決檢視我國消費資訊公開法制，東吳法律學報，26卷2期，頁35-66。
- （2016），消費資訊公開法制之建構：以德國消費資訊法為借鏡，歐美研究，46卷4期，頁501-561。
- 李震山（2011），論資訊自決權，收於：人性尊嚴與人權保障，4版，頁219-271，臺北：元照。
- 林昱梅（2010），當健康風險之預防遇上商品自由流通原則——評歐洲法院有關歐盟禁止英國牛肉輸出之判決，月旦法學雜誌，178期，頁258-274。
- （2015），論食品安全管理法中之預防原則：以歐盟與臺灣為中心，臺大法學論叢，44卷特刊，頁1037-1162。
- 洪德欽（2011），預防原則歐盟化之研究，東吳政治學報，29卷2期，頁1-56。
- 陳信安（2014），基因科技風險之立法與基本權利之保障——以德國聯邦憲法法院判決為中心，東吳法律學報，26卷1期，頁1-46。
- 程明修（2009），行政法上之預防原則（Vorsorgeprinzip）：食品安

- 全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，167期，頁127-136。  
——（2014），建構食品安全行政法體系之徬徨歧路，台灣法學雜誌，241期，頁75-96。  
詹鎮榮（2005），請領國民身分證，先捺指紋？，月旦法學教室，33期，頁8-9。  
蔡宗珍（2006），營業自由之保障及其限制，臺大法學論叢，35卷3期，頁277-316。

## 2. 外文部分

- Becker, Florian/Blackstein, Ylva (2011), Der transparente Staat – Staatliche Verbraucherinformation über das Internet, NJW, S. 490-494.
- Boch, Thomas (2015), Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Nomos-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 40.
- Böhm, Monika/Lingenfelder, Michael/Voit, Wolfgang (2011), Verbraucherinformation auf dem Prüfstand, NVwZ, S. 198-202.
- Depenhjeuer, Otto (2013), Eigentum, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, Heidelberg: C. F. Müller, § 111.
- Di Fabio, Udo (2015), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 74. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 2.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian/Axer, Peter (Hrsg.) (2016), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Aufl., Art. 14.
- Gurlit, Elke (2011), Zeitwert von Verbraucherinformation und Rechtsschutzanforderungen, NVwZ, S. 1052-1055.
- (2013), Europäisches Plazet für behördliche Verbraucherinformation, NVwZ, S. 1267-1269.
- (2015), Amtliche Verbraucherinformation – Symphonisches Werk oder Kakophonie?, ZRP, S. 16-18.

- Hahn, Peter (2008), Verbraucherinformationsgesetz, in: Hahn/Pichhardt (Hrsg.), Lebenssicherheit: Haftung- Rückruf- Rückverfolgbarkeit, 2. Aufl., Hamburg: Behr's Verlag, H.
- (2012), Prinzipien des Lebensmittelrechts, in: Hahn/Görgen (Hrsg.), Praxishandbuch Lebensmittelrecht, Hamburg: Behr's Verlag, III, § 6, online verfügbar unter <http://www.lebensmittelrecht.com/upload/doks/PHB%20LM-Recht.pdf>.
- Hellmann, Vanessa (2005), Eine Warnung vor dem Bundesverfassungsgericht, Die Glykol- Entscheidung des BVerfG vom 26.06.2002, NVwZ, S. 163-166.
- Holzner, Thomas (2010), Die „Pankower Ekelliste“ – Zukunftsweisendes Modell des Verbraucherschutzes oder rechtswidriger Pranger?, NVwZ, S. 489-494.
- Hufen, Friedhelm (2013), Alles „Glykol“ oder was? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Lebensmittelrecht, in: Girnau (Hrsg.), Festschrift für Matthias Horst, Hamburg: Behr's Verlag, S. 85-100.
- Kügel, Wilfried/Platzmann, Kirsten (2012), Die „Hygiene-Ampel“ bei Lebensmittelkontrollen – Grünes Licht für den Verbraucherschutz?, LMuR, S. 1-9.
- Möstl, Markus (2014), Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation?, LMuR, S. 77-82.
- (2015), Hoheitliche Verbraucherinformation – Grundfragen und aktuelle Entwicklungen, LMuR, S. 185-192.
- Murswiek, Dietrich (2003), Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe - Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26.06.2002, NVwZ, S. 1-8.
- Ossenbühl, Fritz (2011), Verbraucherschutz durch Information, NVwZ, S. 1357-1363.

- Papier, Hans-Jürgen (2015), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 74. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 14.
- Rathke, Kurt-Dietrich/Sosnitza, Olaf (1996), Einführung, in: Zipfel/Rathke (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Stand: Lfg. 95 August 1996, München: C. H. Beck, B.
- Sachs, Michael (2017), Verfassungsrecht II – Grundrecht, 3. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer.
- Schoch, Friedrich (2012), Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW, S. 2844-2850.
- (2012), Das Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation, NVwZ, S. 1497-1504.
- Scholz, Rupert (2015), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 74. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 12.
- Schröder, Ulrich Jan (2016), Der Schutzbereich der Grundrechte, JA, S. 641-648.
- Streinz, Rudolf (1994), Einleitung, in: Streinz (Hrsg.), Lebensmittelrechts-Handbuch, Stand: Lfg. 8 Mai 1994, München: C. H. Beck, I.
- Tettinger, Peter J./Mann, Thomas (2007), in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 4. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 12.
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg (2011), Gewerbeordnung, 8. Aufl., München: C. H. Beck.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.) (2002), GG Kommentar, Bd. I, Heidelberg: C. F. Müller, Art. 12.
- Voit, Wolfgang (2012), Die Befugnis zur Information der Öffentlichkeit bei täuschenden, aber die Gesundheit nicht gefährdenden Lebensmitteln, LMuR, S. 9-25.
- Wollenschläger, Ferdinand (2013), Kein „Aus“ für die Verbraucherinformation über Missstände im Lebensmittelsektor aus Luxemburg, EuZW, S. 419-422.

# The Legitimacy of Restrictions Placed by Food Safety Management Measures on Fundamental Rights of Food Business: German Judicial Practice

*Yuh-May Lin\**

## **Abstract**

In recent years, many food safety incidents have occurred in Taiwan. The government has implemented stricter policies for food safety and has developed stricter food safety rules and penalties. This paper analyzes the decisions of the German Federal Constitutional Court and a number of administrative courts, and discusses the legitimacy of the restrictions placed by food safety management measures on the fundamental rights of food businesses. First, the objectives and management principles of food safety law will be introduced, with an analysis of the basic rights involved and the judicial review of the food safety management measures. The food businesses are subject to the protection of basic rights, for example the occupational freedom, the right of property, and right to informational self-determination. The restrictions of food safety management measures on these fundamental rights must be justified. The German Federal Constitutional Court and administrative courts apply the principle of proportionality to examine the legitimacy of food safety management measures. This paper will sum up the cases of the German Federal Constitutional Court and administrative courts, and summarize the German judicial opinions for Taiwan's reference.

---

\* Professor, Department of Law, National Chung Hsing University.

KEYWORDS: food safety, management measures, food business, occupational freedom, the right of property, right to informational self-determination, hazard, risk, precaution, the principle of proportionality.

