

## 假作真時真亦假\* —— 論管制與處罰攙偽假冒食品

邱文聰\*\*、張永健\*\*\*

### 摘 要

禁止食品的攙偽假冒是食品安全衛生管理法中極為重要的行為規範，違反此一規範的結果將產生刑事與行政責任，但如何解釋禁止攙偽假冒的行為規範，適用相關的刑事制裁與行政管制規定，卻一直是法律爭議的焦點。本文從食品安全衛生管理法的多重立法目的出發，運用社會科學理論與研究成果，釐清禁止攙偽假冒之規範目的並非安全危害的防制。本文主張攙偽假冒是與成分相關之品質造假，操弄難以由消費者辨別真偽的信任屬性，破壞市場交易秩序，尤甚於單純的標示不實，具有更高的不法內涵。在符合罪刑均衡之比例原則的前提下，既不應再以攙偽假冒造成身體健康侵害之

\* 投稿日：2016年2月7日；接受刊登日：2016年12月14日。〔責任校對：呂佳霖、林庭伊〕。

感謝匿名審查人、簡資修、吳焜裕、許家馨、洪德欽、謝煜偉、李茂生、李建良、張陳弘教授的寶貴意見；特別感謝謝煜偉教授與兩位作者多達數十封的電郵往返，反覆辯論本文題旨，使本文能更清楚回應刑法學界的看法。作者感謝陳憶馨、朱一震、林起衛的研究協助。本文曾以〈人食狗糞食——食品安全管制的資訊落差與改革芻議〉為題，發表於中央研究院法律學研究所主辦之「食品安全的法律對策與法治實踐」學術研討會（2015年11月20日至21日）；感謝李建良教授邀請與會。本文並以目前標題，發表於2017年3月21日中央研究院法律學研究所個人年度研討會。

\*\* 中央研究院法律學研究所副研究員；國立臺灣大學國家發展研究所合聘副教授。wentsong@sinica.edu.tw。主要負責本文第貳及第參部分。

\*\*\* 中央研究院法律學研究所研究員，法實證研究資料中心執行長。kleiber@sinica.edu.tw。主要負責本文第肆部分。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/50509071.pdf>。



虞作為管制與處罰之條件，也不能僅由個人財產法益之保護予以取代。禁止攙偽假冒雖然並非維護食品安全的適當手段，然而為了回應攙偽假冒食品對健康安全帶來的未知風險，並填補交易秩序管理上的資訊落差，本文主張應建立經健康風險評估的食品身分標準，作為認定攙偽假冒的「正品」標準；在偏離標準或無標準時，搭配廠商向消費者與政府揭露成分資訊的新制度，使管制者能有效探索未知風險，將身分標準所形成之「安全港」以外的未知，轉化為已知。

關鍵詞：攙偽假冒、信任屬性、標示不實、任意標示、未知風險、推定危害、抽象危險犯、混合均衡、美國聯邦食藥法、資訊成本。

## 目 次

壹、導論	一、攙偽假冒凸顯食品供應鏈 風險未知的管控課題
貳、禁止攙偽假冒：畫蛇添足的 安全危害防制或合理的交易 秩序維持手段？	二、因應食品安全危害風險的 多種規制手段：以美國為 比較依據
一、現行實務與學說見解下之 禁止攙偽假冒：以富味鄉 案為例	三、以食品身分標準為對象建 立推定危害的參考點
二、實務與學說見解之再商榷	肆、翻轉管制資訊落差的補充策 略：廠商向政府揭露成分
三、食管法的多重規範目的與 禁止攙假作為維持交易秩 序的手段	一、分離均衡與混合均衡
參、因應風險未知狀態的新管制 架構	二、申報、揭露、分析
	三、強制揭露與成分檢驗
	伍、結論

## 壹、導論

食品的攙偽假冒是食品產銷上經常出現的不法行為態樣。在諸多食品醜聞事件當中，奶粉混摻三聚氰胺假冒較高的蛋白質含量、以塑化劑<sup>1</sup>取代成本較高之棕櫚油製造起雲劑，乃至於米粉成分不含米、蜂蜜沒有蜜等，在一般社會印象裡，都涉及了攙假食品（fraudulent food）的詐騙<sup>2</sup>。大統、富味鄉與頂新的偽油風暴，更是近來引發社會高度關注的食品攙假案例。食品的攙假並非始於食品科技高度發達的現代社會，近代各國的食品管理規範中，已多半訂有特別條文處理詐騙消費者的攙假食品。例如英國1875年的Sale of Food and Drugs Act，即禁止販售在性質、成分或品質上不符一般購買者期待之食品，並以法律規定特定食品所應具備的該等特性<sup>3</sup>。臺灣從1975年食品衛生管理法立法之初<sup>4</sup>，也確立了禁止產製與流

- 1 根據臺灣臺南地方法院100年度訴字第772號民事判決之原告，塑化劑乃「DEHP，鄰苯二甲酸2-乙基己基酯，其為一種增加材料柔軟性或是材料液化之添加劑，原添加於塑膠、混凝土、牆版泥灰、水泥與石膏等」。根據臺灣新北地方法院101年度重消字第1號民事判決，「塑化劑DEHP係塑膠製造過程中為增加其延展性而添加之塑化劑，亦為環境荷爾蒙之一，動物實驗發現，長期大量暴露下，可能會影響生物體免疫、神經與內分泌系統正常運作，進而改變生殖或發育現象，包括睪丸發育不良症候群、生殖內分泌異常、精子數減少及不孕症、男性胎兒或男童肛門至生殖器的距離縮短、生殖器短小、隱睪症及女童性早熟等，為有毒、含有人體健康之物質。塑化劑DNOP則經環保署於95年12月29日公告列為第1類毒性化學物質（列管編號068號序號2），其毒性資料經環保署物質安全資料表公告為急毒性：吸入會刺激喉嚨、呼吸道及黏膜組織，影響正常呼吸，食入引起胃部不適；慢毒性或長期毒性：可能損害肝臟、可能致癌、可能致畸胎，亦為有毒、含有人體健康之物質。」
- 2 依照教育部重編國語辭典的解釋，「摻」與「攙」同義，均為「混合、雜入」之意思。其他法令使用「攙偽假冒」一詞者，為糧食管理法第14條之1；使用「摻偽」者則有藥物優良製造準則第4條之「防止摻偽保裝」。本文以法律位階之規範用語為準，統一使用「攙偽假冒」，將「攙」用於具有評價意義的「攙假」，而將「摻」用於單純描述「混合、雜入」的「混摻」。
- 3 See BARRY ATWOOD ET AL., FOOD LAW 139-44 (3d ed. 2009).
- 4 該法於2014年2月5日又修正名稱為「食品安全衛生管理法」，其後再歷經兩次修正，但於本文所討論的第15條第1項規定，並無影響。本文以下若無特別指明，將以「食管法」統稱這部從1975年迄今，歷經十數次修正，主要以管制食

通攙偽假冒食品的行為規範，並連結後續衛生主管機關的行政管制<sup>5</sup>，以及對行為人的刑事制裁。

然而，究竟何謂攙偽假冒？在達成維護交易秩序之目的下，禁止攙偽假冒有無獨立於標示管制而存在的必要？當代攙假食品經常伴隨的實際健康危害或可能的危害風險，又是否應該是攙偽假冒的必要特徵？現行禁止攙偽假冒的管制與處罰，在實踐上面臨什麼困境？如何解決攙假食品對食品管理帶來的多重挑戰？凡此問題，均與禁止攙偽假冒之規範目的何在，管制與處罰攙偽假冒是否為達成該目的之合乎比例手段等，息息相關<sup>6</sup>。在一波接著一波的食品醜聞事件後，部分刑法學者與法院判決對何謂攙偽假冒，也提出了釋義學操作上的一種限定解釋，認為攙偽假冒須以「有危害人體健康之虞」為前提。本文則從食品管理應具備的多重功能出發，檢討禁止攙偽假冒規範存在的獨立意義，主張法院與學者因誤解禁止攙偽

---

品品質與安全為目的的法律。

- 5 本文使用「管制」一詞，專指行政管制。「規制」則同時包括行政管制與刑事制裁。
- 6 如何解決食安問題，各方已有各種不同看法，與本文論述軸線不同者，本文無意一一回應。參見童子斌，從歐洲經驗概觀我國近來食品安全問題，台灣法學雜誌，236期，頁1-13（2013年）；林鈺雄，食品防線與食品犯罪——從正義、頂新黑油事件說起，台灣法學雜誌，259期，頁1-6（2014年）；羅昌發、洪德欽、李丁讚、倪貴榮、黃士洋、陳鈺雄，「食安事件法制興革與挑戰」會議綜述，月旦法學雜誌，236期，頁94-105（2015年）；童子斌，從食品安全到飼料安全的反思，台灣法學雜誌，256期，頁29-31（2014年）；黃俊杰、蔡松均、黃智謙，食品安全管制法律之研究，月旦法學雜誌，226期，頁31-56（2014年）；林石猛、陳孟嬋，食安偵審實務及修法方向評析，月旦法學雜誌，226期，頁57-74（2014年）；陳春生、程明修、闕銘富、林昱梅、宮文祥、陳柏菁，建構食品安全行政法體系之徬徨歧路，台灣法學雜誌，242期，頁86-104（2014年）；林昱梅，食品安全、風險管理與確認訴訟之合法性——德國禁止狂牛症風險飼料進口案判決評析，月旦法學雜誌，224期，頁190-212（2014年）；張麗卿，妨害食品安全刑事責任之探討，東海大學法學研究，42期，頁53-107（2014年）；廖惠平，由食品安全衛生管理法探討消費者迅速求償之可能性，逢甲大學財經法律研究所碩士論文（2015年）；徐良維，食品安全行政之改革芻議——日本法制之借鏡，國會月刊，42卷5期，頁33-69（2014年）；李寧修，消費者保護法於食品安全爭議適用之侷限與前瞻／新北地院101重消1判決，台灣法學雜誌，242期，頁169-175（2014年）。

假冒的規範目的，不當地限縮攙偽假冒的內涵，反而造成食品管理上的規範漏洞。最高法院於2016年11月間的第17次與第18次刑事庭會議中，雖決議食管法第49條第1項規定之攙偽假冒，乃立法者擬制之危險，因此只要在食品中攙偽或假冒，並不以實質上致生危害人體健康之危險為必要<sup>7</sup>，而與本文之結論大體相同。然而最高法院刑庭會議決議文的簡短說理中，雖然在「人體健康」之外提及「消費者權益」保護，但除了直接引述立法理由之文字，而將「消費者權益」此一尚待釐清其具體內涵的概念，不假思索地採認為刑法法益外，並未說明「人體健康」與「消費者權益」二者之關係到底為何：立法者若實際上是有感於人體健康危險的舉證判斷困難，而將攙偽假冒行為直接擬制為「人體健康」的危險犯，則「消費者權益」難道不是立法者掩飾不當擴張風險刑法的托詞？司法者難道不該謹守謙抑的刑法學原理，對攙偽假冒罪的構成要件作出限縮解釋？反之，倘若攙偽假冒行為是「消費者權益」的危險犯，則其與「人體健康」法益究竟誰是主誰為從？最高法院刑庭會議僅簡單地以立法說明為據，而未能對禁止攙偽假冒所保護法益的具體內涵進行詳細論證，使該決議引發的爭議，似乎比解決的問題更多。本文則主張以「維護交易秩序」論證禁止攙偽假冒並不須以有危害人體健康之虞為要件。本文所持之理由，既與最高法院刑庭會議不同，在後續量刑考量上，也必然與依據最高法院刑庭見解所為之量刑結果，存在差異。

---

7 最高法院105年度第17次刑事庭會議（2016年11月1日）及第18次刑事庭會議（2016年11月22日），兩度針對食管法第49條第1項所定「攙偽或假冒」或「添加未經中央主管機關許可之添加物」罪，是否須以行為本身之一般情況或一般的社會生活經驗為根據，判斷該行為存在危害國民健康之抽象危險為必要，進行決議。第17次會議之新聞稿與決議內容，參見司法院網站，<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/download.asp?sdMsgId=49647>（最後瀏覽日：2016年12月22日）。第18次會議之紀錄則請參見[http://tps.judicial.gov.tw/faq/index.php?parent\\_id=823](http://tps.judicial.gov.tw/faq/index.php?parent_id=823)（最後瀏覽日：2016年12月23日）。

本文在區分食管法中確保健康「安全」、維護（文化意義下的）「衛生」與藉由「品質」的管理以維持交易秩序等三個不同規範目的後，嘗試說明「禁止攙偽假冒」規範背後的理論基礎應係維持交易秩序。換言之，本文主張攙偽假冒不須以有危害健康之虞為必要，並非肯認其具有危害健康安全的抽象危險性，而是以其為典型擾亂食品交易秩序的行為。但即使如此，現行以廠商自主標示為唯一認定依據的「禁止攙偽假冒」規範，仍不足以「充分」滿足維持食品市場交易秩序之規範目的；而單純仰賴「禁止有毒或含有害人體健康之物質或異物」等一般性「禁止毒害健康物質」規範<sup>8</sup>，也同樣不足以適當管控隱含在攙假食品中對身體健康安全的「未知」<sup>9</sup>風險（更遑論欲將有危害健康之虞納入作為「攙偽假冒」構成要件的策略）。

本文主張，克服現行食管法在交易秩序維護與安全危害防制上雙重失靈的釜底抽薪之道，就是廣泛建立經過健康風險評估的食品身分標準，作為認定攙偽假冒的「正品」標準，也成為資訊揭露義務成立的判斷基準，以充分達到維護交易秩序之目的。另一方面，在食品偏離經風險評估確認為安全的身分標準或無身分標準時，則搭配食品廠商向消費者與政府強制揭露資訊的制度，使管制者能有效地探索未知風險，將身分標準所形成之「安全港」以外的未知，轉化為已知，藉以建立對安全危害的未知風險進行管控的基礎。準

---

8 本文所稱「禁止毒害健康物質」規範，係指包括食管法第15條第1項第2、3、4款禁止「未成熟而有害人體健康」、「有毒或含有害人體健康之物質或異物」、「染有病原性生物，或經流行病學調查認定屬造成食品中毒之病因」等，以含有確知對健康具毒害性之物質為要件的行為規範。至於第5、6款「殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量」、「受原子塵或放射能污染，其含量超過安全容許量」規定，雖然一般亦認為與毒害健康物質有關，但牽涉到該等容許量的訂定，究竟係依據健康安全風險評估，或僅依據田野調查或儀器定量之極限，而與健康安全間容或有不同的關係。若非基於健康安全風險評估而來，則超過安全容許量，亦可能並無確知的健康毒害性。

9 關於本文所稱「未知風險」的確切意義，請參見本文第參部分。

此，在食管法「維持交易秩序」的目的下，偏離身分標準而未向消費者揭露資訊，即為信任屬性之造假，構成「攙偽假冒」，不必以有危害健康之虞為要件。在食管法的「安全」維護目的下，則仍可將已確知「有危害人體健康之虞」的攙偽假冒食品，科予違反「禁止毒害健康物質」的刑事責任；再者，針對風險處於未知狀態中的攙偽假冒食品，則應以「推定危害」的行政管制予以因應。

本文第貳部分探討學說與實務在解釋論上的錯誤見解而造成的規範困境。本文以富味鄉案為例，指出下級法院以及部分刑法學者，將「攙偽假冒」限縮在「有危害人體健康之虞」，有兩個論證上的謬誤：第一，為了維護交易秩序之目的，食管法對於影響交易秩序嚴重程度不同的行為，本可採取不同的因應手段，因此在嘗試為「禁止攙偽假冒」找尋獨立於標示規範的存在意義時，並不需要訴諸健康安全維護的法益，而引入「禁止毒害健康物質」之規範要件；第二，食管法在健康安全維護法益的目的下，原已禁止毒害健康物質，若真要再額外禁止「有危害人體健康之虞的攙偽假冒食品」，也只會是畫蛇添足。換言之，一般的標示規範處理真偽可由外觀加以辨識的資訊造假，固然是有效、侵害也較小的規制手段，無須科予更嚴厲的刑事法律責任。然而，攙偽假冒涉及的是食品成分內容的品質造假，難以由消費者在事前或事後自行察覺，比起一般的標示不實，對交易秩序的危害更大，並不需要另外援引健康安全維護之目的，作為「禁止攙偽假冒」的正當性基礎。問題的關鍵在於，部分學說與實務在解釋食管法之立法目的時，忽略了「衛生」、「安全」與「品質」管理三者，對於不同意義下之國民健康的維護功能，也因此不必要地否定禁止攙偽假冒在維護交易秩序上的規範意義。因此，部分學說與實務錯誤地將現行「禁止攙偽假冒」的行為規範，當成維護健康安全法益的危害防制手段，也為了避免以刑法制裁不具健康安全法益侵害性的行為，而限縮解釋攙偽假冒的不法構成要件，但其結果卻破壞甚至摧毀食管法原本透過「禁止

攙偽假冒」，所欲達成維護市場交易秩序的正當目的。不過本文也同意，即使認為攙偽假冒在維護交易秩序的目的上已具有刑罰之應罰性，也仍應在法益保護必要性與罪刑均衡的原則下，訂定與解釋適用刑事不法構成要件、設置合乎比例的刑罰。而受限於目前之制度仍普遍欠缺獨立的成分內容管制標準，現行禁止攙偽假冒規範對於食品成分內容所能發揮的「品質」管理功能，至多只與任意標示規範相當。為了重建禁止攙偽假冒在維持交易秩序上的規範功能，即必須有一獨立的「正品」標準，作為認定信任屬性造假的參考點。

然而，在食品科技高度發展的現代社會中，「攙偽假冒」食品除了以信任屬性之造假破壞交易秩序之外，也確實經常引發「安全」上的隱憂。本文第參部分進一步從立法論上探討攙偽假冒所造成的安全危害風險屬性，以及相應的規制策略。本文指出，法院實務與學者雖然注意到攙假食品對健康安全的可能危害，但其根本之問題，除了誤以為「禁止攙偽假冒」之規範目的，是在管控健康安全風險外，更忽略了在「禁止毒害健康物質」之規範所能管控的「已知」風險之外，必須因應攙假食品對健康安全帶來風險「未知」的挑戰。為了在嚴守傳統危險防禦思考的毒害管制與處罰之外，找到適當的前進規制據點，合理地對未知風險進行探索與管控，即必須仰賴其他管制手段，方能有效將未知轉化為已知。

要更有效地維護交易秩序，並降低未知風險對身體健康之可能危害，可以在一般的食品標示之外，強化廠商與政府間的兩個資訊流動（圖1）<sup>10</sup>。第一，建立以「健康風險評估」為本之食品身分

---

<sup>10</sup> 食品的事前管制，原涉及消費者、廠商、政府三者間彼此提供資訊。以圖1為例，現行食品標示管制要求廠商提供消費者資訊，但政府與廠商間的資訊流動並不完善，只有食品廠商資訊登錄與食品添加物登錄。政府直接提供給消費者之資訊，目前也侷限於前述登錄資訊。至於消費者直接提供給廠商、間接提供給政府的資訊，源自於其消費行為（以錢包投票？）。但因為食品消費市場中，一方面資訊繁多，另一方面不少資訊不實，又有未揭露之資訊，消費行為



標準 (food standard of identity)，作為管制食品成分內容甚至製程 (process and production method, PPM) 的品質標準；這是強化政府對廠商與消費者提供資訊的面向，也相對規範了標示義務的內容與範圍，並作為認定攙偽假冒的基準，偏離身分標準而未向消費者揭露資訊，即構成攙偽假冒。第二，針對欠缺食品身分標準或偏離身分標準的食品，建立食品廠商對政府揭露食品成分內容 (包括內含之添加物) 之申報規定<sup>11</sup>，降低管制資訊的取得成本，這是強化廠商對政府提供資訊的面向。

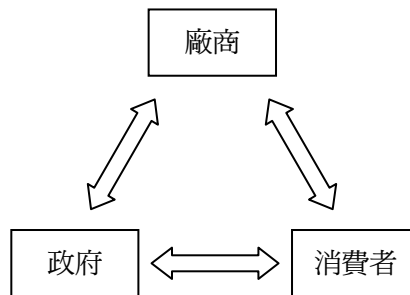


圖1 三方資訊交互流動

資料來源：作者自繪。

強化政府與廠商間雙向的資訊流動，有助於重建禁止攙偽假冒的維護交易秩序功能；此外，也促進健康安全維護之食管法規範目的。前述經過健康風險評估的食品身分標準，一方面藉由政府提供廠商資訊而打造出生產製造食品的安全港 (safe harbor)，讓無意黑

所反應之消費者偏好，也並不精確。

<sup>11</sup> 目前行政院衛生福利部食品藥物管理署 (以下簡稱「衛福部食藥署」) 依據食管法設立之食品業者登錄平台，要求食品添加物業者登錄其產品。食品藥物管理署，<https://fadenbook.fda.gov.tw/> (最後瀏覽日：2017年3月21日)。不過，現行法尚未要求食品業者登錄其產品，故食品的消費者或政府仍無法藉由該網站得知食品之成分。換言之，現行資訊揭露、管制體系並非以最終的食品為中心。

心、只是不知道食品典範的廠商，有所依循。另一方面在廠商偏離典範基準時，藉由強制要求廠商向政府揭露資訊，使政府有機會判斷偏離身分標準的食品是否包含未知的風險，以便從茫茫無盡的未知中，挑選健康風險評估的對象，化未知為已知。依據本文的提議，偏離身分標準卻未履行資訊揭露義務者，除了構成信任屬性造假而違反「禁止攙偽假冒」之行為規範外，也如同未先經安全性與有效性確認以取得上市許可即販售偽藥，應可被推定為具有健康危害性，使證明安全的責任，倒置由廠商負擔。亦即，除非廠商能自行提出安全性的證明，否則管制者得予禁止或並課予符合比例的處罰。

本文第肆部分即是在略加論述食品身分標準與攙偽假冒管制與處罰之關連後，進一步探討食品廠商向政府揭露食品成分之資訊管制，除釐清資訊揭露之程度與限制，並探討此種新管制策略與食品檢驗等既有管制間之關連。第五部分為總結。

綜合言之，本文提出經過健康安全風險評估的身分標準作為一種資訊調控策略，一方面可以成為「禁止攙偽假冒」規範當中「正品」的認定基準，另一方面也擔保了將符合身分標準之食品推定為安全的合理性。反之，偏離身分標準則因為新的資訊落差，產生額外的資訊需求與相應的揭露義務：偏離身分標準卻未將資訊提供消費者，不僅應被當成違背資訊揭露義務的秩序違反行為，更是直接操弄消費者對食品品質的期待，破壞交易秩序的信任屬性造假詐騙；偏離身分標準而未將完整的成分及其品級與製程資訊向政府揭露申報，也喪失將該等食品推定為安全的合理基礎。

## 貳、禁止攙偽假冒：畫蛇添足的安全危害防制或合理的交易秩序維持手段？

### 一、現行實務與學說見解下之禁止攙偽假冒：以富味鄉案為例

2013年底，臺灣爆發喧騰一時的偽油案。主角之一的富味鄉食品公司，主要涉及兩類產品的攙假：富味鄉生產包含「調和芝麻香油」在內的24款調和油品，暗中摻入低價的棉籽油；此外，富味鄉以低價的黃麻油經特黑油調色後，冒充「頂級100%黑麻油」予以販售。

富味鄉製造販賣偽油的行為，立即引發社會大眾要求究責的巨大聲浪，各權責機關隨之啟動追究行政不法與刑事不法的程序。新北市衛生局首先以富味鄉生產販售之油品有攙偽假冒情事，違反2013年6月21日甫修正施行的食品衛生管理法第15條第1項規定，且影響消費者權益之情節重大，遂依據該法第44條第2項規定，於富味鄉不法行為所得之利益範圍內，開出四億六千萬元的高額罰鍰。但在刑事責任的追訴上，卻出現了與輿論期待相反的結果。富味鄉「將棉籽油混摻入調和芝麻香油」的行為，經彰化地檢署偵查後，認定至多僅構成食品行政管制上未充分揭露完整成分的標示不實，並未達刑法詐欺、虛偽標記商品以及食品衛生管理法攙偽假冒之犯嫌，於2014年6月作成不起訴處分。至於「以黃麻油混充100%黑麻油」的刑事責任，雖先經由彰化地院審理，判決認定富味鄉公司兩位主要負責人之行為不僅構成虛偽標記商品罪與詐欺罪，更該當製造、販賣攙偽假冒食品罪，法院並就攙偽假冒食品的部分，單獨再論處富味鄉公司之罪責<sup>12</sup>。但案經被告上訴後，智慧財產法院卻於2015年6月30日，以黃麻油冒充黑麻油並無危害生命身體健康之虞為由，撤銷彰化地院針對「製造販賣攙偽或假冒食品」部分的有罪

12 臺灣彰化地方法院102年度曠易字第2號刑事判決。

判決，僅認定富味鄉兩位負責人應負虛偽標記商品與詐欺之罪責<sup>13</sup>。

智財法院認為偽油若無危害健康之虞，並不構成「攙偽假冒食品罪」。從較大的脈絡來看，這是對近年來刑罰介入趨向早期化的反彈與回應：司法者企圖藉由法律解釋，限縮已遭濫用的風險刑法適用範圍。風險刑法的大量出現，無疑與現代社會因為無處不在的風險帶來的不安情緒息息相關。立法者在無力避免風險的現實下，為表態安撫大眾，往往置刑法謙抑原則於不顧，大量採用風險刑法的譁眾之舉，早已成為學界的批判對象<sup>14</sup>。在食品安全的議題上，主管機關與立法院每每以提高刑度作為回應食安風暴的策略，也已到了幾近背離罪刑均衡與罪刑比例性要求的地步<sup>15</sup>。食管法自1975

---

13 智慧財產法院103年度刑智上易字第94號刑事判決。該判決認為：「販賣虛偽標記品質之油品，且透過企業化大規模之方式進行，時間長達數年且販賣數量非微，不僅影響正常經濟交易秩序，且徒增無辜消費者對於食品安全之疑慮與恐慌，甚而在國內、外媒體大肆追蹤報導下，使國際間對於臺灣商品之製品品質產生不信任感，重創臺灣食品安全之國際形象，所為誠屬不該，渠等犯罪之動機、目的及手段均顯有不當，殊值非難，惟考量被告陳文南、陳瑞禮於黑芝麻油中加入若干些微比例之黃麻油、特黑油，並未以明顯劣質商品充作高級商品販賣，尚無礙於消費者之食品安全法益，且事後已改善商品之品質標示」、「依卷內事證，尚難認該當於102年6月21日修正施行之食品衛生管理法第15條第7款之『攙偽或假冒』構成要件」、「公訴人所提證據尚不得為被告陳文南、陳瑞禮違反102年6月21日修正施行食品衛生管理法第49條第1項之製造、販賣攙偽或假冒食品罪之有罪積極證明，猶有合理之懷疑，尚未達有罪之確信，即難逕對被告陳文南、陳瑞禮為不利之認定，此外，復查無其他積極確切之證據可以證明被告陳文南、陳瑞禮確有如公訴人所指之上開犯行，其犯罪即屬不能證明。從而，公訴人起訴被告陳文南、陳瑞禮違反102年6月21日修正施行食品衛生管理法第49條第1項之製造、販賣攙偽或假冒食品罪嫌部分，即有可疑，本於『罪疑有利於被告』之原則，自不得遽認被告陳文南、陳瑞禮涉有公訴人所指之上開犯行，此部分原應為被告陳文南、陳瑞禮均無罪之諭知。」

14 請參見例如李茂生，*風險社會與規範論的世界*，*月旦法學雜誌*，173期，頁145-153（2009年）；謝煜偉，*交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式與刑罰前置化之合理界限*，*第十九屆政大刑法週：控制、排除與包容——變動中之刑事政策走向*，政治大學主辦，頁33（2012年3月12日）。

15 邱文聰，*從迷失的身分重新找尋食品攙偽假冒管制的可能途徑——以食品身分標準為分析焦點*，*政大法學評論*，141期，頁1、3-4（2015年）。

年立法以來，長期把包括「食品攙偽假冒」在內諸多違反食品秩序行政的行為，都當成抽象危險犯<sup>16</sup>，近來成為刑法學界的評論批判焦點<sup>17</sup>。論者多認為「攙偽假冒」的規定不僅有欠明確而與「標示不實」相重疊<sup>18</sup>，倘若又把對人體健康無危險性的單純「標示不實」當成「攙偽假冒」的抽象危險犯加以處罰，將背離食管法以「維護國民健康」為宗旨的立法目的，更紊亂了原以刑法第191條「妨害衛生」為核心所架構的食品衛生刑法體系<sup>19</sup>。論者因此主張，必須從法益保護必要性的原則出發，目的性限縮解釋攙偽假冒食品罪，將「沒有實害可能性」的單純標示不實行為排除在外<sup>20</sup>；或採「適格犯」的概念，以行為「有危害人體健康之虞」作為入罪的必要條件<sup>21</sup>。

不過，智財法院敢於限縮解釋「攙偽假冒」，除了依循前述學者對風險刑法肥大化的批判之外，另一個隱含的理由則是刑事不法與行政不法的區別。換言之，藉由行政與刑事不法的二分，刑法學者在主張應限縮風險刑法適用範圍的同時，仍可宣稱對行政管制所要求的流通禁止規範究竟應及於何種「攙偽假冒」食品的問題，保持存而不論的立場。但我國食管法針對「攙偽假冒」的秩序行政（現行法第44條、第52條）與刑事責任（現行法第49條），在行為規

---

16 舊「食品衛生管理法」一度於2000年修法時廢除所有抽象危險犯之規定，改以「致危害人體健康」之具體危險結果，作為成立刑事責任的要件。但在2013年6月修法時，單獨回復「攙偽假冒」並新增「添加未經中央主管機關許可之添加物」兩種行為的抽象危險犯。

17 蕭宏宜，攙偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，242期，頁66-78（2014年）；曾淑瑜，從食品攙偽之類型論入刑化之必要性，台灣法學雜誌，241期，頁64-74（2014年）；古承宗，刑法作為保障食品安全之手段——兼評彰化地方法院100年度矚易字第1號判決、台灣高等法院台中分院101年度矚上易字第295號判決，台灣法學雜誌，261期，頁67-81（2014年）。

18 曾淑瑜（註17），頁67；蕭宏宜（註17），頁69。

19 曾淑瑜（註17），頁70；蕭宏宜（註17），頁69-70。

20 曾淑瑜（註17），頁68-69。

21 蕭宏宜（註17），頁73-74。

範的構成要件上，都直接連結同法第15條第1項第7款的文字。換言之，構成刑事責任與行政責任的要件都是「攙偽假冒」，並未透過不同行為規範的構成要件，體現刑事不法與行政不法的區分。因此，一旦司法者從刑事不法的角度，限縮解釋「攙偽假冒」文字，連帶也會限縮行政不法的構成要件。事實上，智財法院對富味鄉混油不構成「攙偽假冒食品罪」的認定，在另案就連帶影響了混油是否構成行政不法的認定。富味鄉在新北市衛生局開出四億六千萬元罰鍰後，隨即向衛福部提起行政救濟。而衛福部訴願會則在2015年8月28日，以智財法院判決認定富味鄉僅是「標示不實」而非「攙偽假冒」，決議撤銷新北衛生局當初基於富味鄉涉及「攙偽假冒」而作出的原裁罰處分，最終僅就富味鄉規避稽查及標示不實部分，合併裁罰七百八十萬元。

## 二、實務與學說見解之再商榷

上述智財法院之限縮解釋，有諸多值得商榷之處。主張「攙偽假冒的管制與處罰，應僅限於有危害人體健康之虞」的見解，除了仰賴本身也應成為考察對象的食管法規制目的作為論述依據之外，主要從以下四組概念的對比，進行釋義學的推理：（一）對比食管法中的刑事不法與刑法中既有的食品衛生犯罪規定間的體系平衡關係；（二）對比食管法第15條第1項各款間的共通性；（三）對比美國法制的參考依據；（四）對比「標示不實」與「攙偽假冒」處罰的輕重關係。這樣的推理是否成立，則需要進一步檢驗，以下分述之。

### （一）維持刑法體系內在平衡的要求，不足以推論安全危害防制是禁止攙假的規範目的

第一條推理的進路主要認為，現行刑法第191條針對「製造、販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之飲食物品或其他物品者」，已經訂有「處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金」之

規定，一切有礙健康之物品，均應透過該條論罪科刑；食管法就單純「攙偽假冒」課以更高之刑罰，不僅導致刑罰介入時點的不當再前移，也造成矛盾結果：不危害健康者依食管法第49條第1項罰重，危害健康者依刑法第191條罰輕<sup>22</sup>。

論者的批評指出目前臺灣刑事法體系普遍疊床架屋，以致於出現特別刑法肥大化與內部體系經常輕重失衡的問題。但是將刑法第191條「妨害衛生罪」與食管法對「攙偽假冒」的刑事處罰相對比，進而得出若不將後者限於「有危害人體健康之虞」將造成刑法體系不平衡的結論，卻是未經嚴格論證（或援引錯誤的比較法），就把食管法「禁止攙偽假冒」的規範目的，直接認為與刑法第191條「妨害衛生罪」一樣，只是保護身體健康安全。這樣的推論沒有真的從食管法的各種不同規範，探究可能的不同立法目的，以致於也根本未意識到：「禁止攙偽假冒」的規範，其實與刑法第255條「意圖欺騙他人，而就商品之原產國或品質，為虛偽之標記或其他表示者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」之規定，具有相同或相類似的保護法益。本文認為，食管法「禁止攙偽假冒」之目的，與刑法第191條「妨害衛生罪」所保護之法益本不相同，因此並沒有論者所批評的體系不平衡問題，詳細論證將於下文（三）進一步說明。

## （二）食管法禁止之不法食品並非均以「具有健康危害可能性」為其共通特徵

認為禁止攙偽假冒應僅限於「有危害人體健康之虞」的第二個理由則主張，從食品安全衛生管理法第15條第1項所禁止包括「變質腐敗」、「從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康」等類型在內的各種不法食品，可以析釋出「具危害人體健康可能性」的

---

<sup>22</sup> 蕭宏宜（註17），頁69-70。

共通特徵，因此作為其中一類的「攙偽假冒」，也必然具有相同的特徵<sup>23</sup>。

然而，此一推理的結果將使原本第15條第1項各款中相異的各種不法食品類型，通通都被當成只是第3款含「有毒或有害人體健康物質」的不同例示<sup>24</sup>，而非為了達成不同目的而具有獨立規制功能的不同規範要求。果真如此，何不僅禁止「含可能有毒或有害人體健康物質」，尚需畫蛇添足地分別規範「變質腐敗」、「染有病原性生物」，乃至於「攙偽假冒」等不同類型的不法食品態樣？換言之，倘若「攙偽假冒」需以「有危害人體健康之虞」為前提，則攙偽假冒的成立雖不必實際導致人體健康之危害，仍必須證明食品中含有可能致害的「有毒或有害人體健康物質」。然而，一旦證明食品中確含「有毒或有害健康物質」，即可逕依第3款禁止「有毒或有害人體健康物質」處理，又何須另外禁止「攙偽假冒」？把「健康危害可能性」視為所有不法食品之共通特徵的推理，實際上恐怕是無意識地將本身也應成為考察對象的食管法規範目的，當作是推論的前提，因而自陷套套邏輯的困境，難以對「攙偽假冒」的釋義學提供有用的解答。至於明白從立法目的著手，先認定「維護健康安全」是食管法唯一之規範目的，進而對包括「攙偽假冒」在內的第15條第1項各款，均要求應以「具健康危害可能性」作出限縮解釋的論述策略<sup>25</sup>，則同樣牽涉到食管法規範目的究竟為何的爭議，詳見下文（三）之論述。

---

23 參見曾淑瑜（註17），頁69；蕭宏宜（註17），頁69-70。

24 當然在此意義下，「有毒或有害人體健康物質」也必須是達到具有危害人體健康可能的「一定含量」，方能滿足管制的合理性要求，而非只要食品中含有「任何含量」的有毒物質，就構成違法，詳如下述。

25 採行此一論述策略者例如：李茂生，食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒——一個比較法上的省思，法令月刊，67卷10期，頁38-39、40-41（2016年）。



### (三) 比較法之釐清：美國聯邦食藥法下攙偽假冒食品的管制與處罰

論者再舉美國聯邦的食品藥物暨化妝品法（Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, FD&C Act, FFDCFA；以下簡稱「聯邦食藥法」）之相關規定為例，欲證明將攙偽假冒限於有毒有害之情形，具有比較法上的參考依據<sup>26</sup>。惟渠等對於美國法制的介紹，多屬望文生義而有所誤會，以致於相關論述實際上並未能從美國食品管理制度的百年歷史經驗中，完整理解不同食安規制目的所依據的不同理論基礎，也因此無法真正對「攙偽假冒食品」的問題，提出建設性的興革建議。本文以下嘗試勾勒美國聯邦食藥法的行政管制與制裁規範的架構，以釐清禁止攙偽假冒在美國法架構中的真正意涵，辨明美國法所能提供予我國法之真正啟示與可能的推論限制。

美國自1906年聯邦食藥法前身的純淨食品及藥物法（Pure Food and Drug Act of 1906）開始<sup>27</sup>，對於食品的規制主要就以兩種模式為主：一是禁止食品的「混摻」（adulteration）<sup>28</sup>，二是禁止食品的「不實標示」（misbranding）<sup>29</sup>。前者直接規範供人食用之物所不得含有或不得缺少的物質，後者規範附隨於食品的相關資訊。依據1938年修正迄今<sup>30</sup>的聯邦食藥法第301條(b)項規定，州際通商中食

26 參見曾淑瑜（註17），頁67-68；蕭宏宜（註17），頁70。

27 Pure Food and Drug Act of 1906, Pub. L. No. 59-384, 34 Stat. 768 (repealed 1938).

28 美國法上的adulteration泛指含有特定不法物質或缺少特定應含物質的食品，因此可以說是非法食品的通稱，包含多種不同類型，並非僅限於狹義的「攙偽假冒」，故本文譯為「混摻」，而非「攙偽假冒」，詳下述。

29 美國的不實標示管制的更詳細介紹，參見吳全峰、林勤富，食品標示規範之檢討——以美國法之發展為例，2015行政管制與行政爭訟學術研討會：食品安全的法律對策與法治實踐，中央研究院法律學研究所主辦（2015年11月20日）。

30 2011年美國國會通過「食品安全現代化法」（Food Safety Modernization Act of 2011），其內容並未修正本文以下介紹之部分。關於「食品安全現代化法」之介紹與評析，參見黃丞儀，「國家就在你的餐桌上」——從美國2014年〈農業法〉（Agricultural Act of 2014）及2012年〈食品安全現代化法案〉（Food Safety Modernization Act of 2011）談食品安全與永續農業的管制革新與食物政治，

品的混摻與不實標示行為應予禁止，同條(a)項與(c)項再分別禁止於州際通商中提供、運送、接收或販賣經混摻或標示不實的食品<sup>31</sup>。違反上述行為規範者，不論是食品的混摻，或者不實標示，依同法第303條(a)項規定，每一犯行均處一年以下有期徒刑或科或併科一千元之處罰；累犯或意圖詐欺誤導而違犯者，則處三年以下有期徒刑或科或併科一萬美元之處罰<sup>32</sup>。將混摻食品與不實標示並列處罰的規範模式，在美國的食品法下已存在近百年。

美國聯邦食藥法對「混摻食品」的規定，往往成為國內研究「攙偽假冒」食品議題時的比較法參考對象。部分論者以為美國現行聯邦食藥法所禁止之 *adulterated food* 即是「摻假食品」或「攙偽食品」，也以為該等「假」、「偽」食品在聯邦食藥法下，皆當然屬於「含有毒或有害物質」之食品，因此美國法的「摻假食品」既與我國食管法的「攙偽假冒」相類似，即可證明將我國法所禁止的「攙偽假冒」食品，限於有危害人體健康之虞者，確實具有比較法上之參考依據<sup>33</sup>。實則，美國聯邦食品法制中所謂的 *adulteration*，

---

2015行政管制與行政爭訟學術研討會：食品安全的法律對策與法治實踐，中央研究院法律學研究所主辦（2015年11月20日）。

- 31 Food, Drug, and Cosmetic Act § 301, 21 U.S.C. § 331 (2014) (“The following acts and the causing thereof are hereby prohibited: (a) The introduction or delivery for introduction into interstate commerce of any food, drug, device, or cosmetic that is adulterated or misbranded. (b) The adulteration or misbranding of any food, drug, device, or cosmetic in interstate commerce. (c) The receipt in interstate commerce of any food, drug, device, or cosmetic that is adulterated or misbranded, and the delivery or proffered delivery thereof for pay or otherwise....”).
- 32 Food, Drug, and Cosmetic Act § 303, 21 U.S.C. § 333 (2014) (“(a)(1) Any person who violates a provision of section 301 shall be imprisoned for not more than one year or fined not more than \$1,000, or both. (2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this section 2, if any person commits such a violation after a conviction of him under this section has become final, or commits such a violation with the intent to defraud or mislead, such person shall be imprisoned for not more than three years or fined not more than \$10,000 or both.”).
- 33 曾淑瑜（註17），頁67（「依前開說明可知，FFDCA定義下之『攙偽（*adulterated*）食品』，重點在於其含有毒性極可能危害人體健康之添加物」）；蕭宏宜（註17），頁70（「系爭美國法典洋洋灑灑所定義的九大類摻假食品，不

自1906年以來，從未曾以狹義的「攙偽假冒」為限，更不以其可能有毒或有害為必要。正確來說，美國聯邦食品法制中的*adulterated food*，僅是應予禁止之「不法食品」的通稱。

現行美國聯邦食藥法第402條一共規定了九大類的不法混摻食品，每一大類中又可能進一步細分成幾個次類型。以第一(a)大類的混摻食品為例，包含七個次類，其中第一、第二與第六個次類雖以「有毒或有害物質」(*poisonous or deleterious substance*)的規制為其核心，但第一大類中的其他次類，則均不以含「有毒或有害物質」為必要。例如，第三個次類「含有不潔、腐敗或變質之物質」<sup>34</sup>，與第四個次類「在不潔之環境條件下處理、包裝或保存」<sup>35</sup>，一般被稱為「美學上的混摻」(*aesthetic adulteration*)，並不以含有可能的有毒或有害健康物質為必要<sup>36</sup>，而以達到「違反一般消費者的衛生感知程度」為已足<sup>37</sup>，因此變質食品即使經消毒而無健康安全

---

僅內容多與我國食品衛生管理法第15條第1項的規定重疊，甚且在其細目中，均不斷反覆強調各類摻假食品均應以『不安全』、『導致有害健康』作為其前提要件。』。

34 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(a)(3), 21 U.S.C. § 342(a)(3) (2014) (“if it consists in whole or in part of any filthy, putrid, or decomposed substance, or if it is otherwise unfit for food....”).

35 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(a)(4), 21 U.S.C. § 342(a)(4) (2014) (“if it has been prepared, packed, or held under insanitary conditions whereby it may have become contaminated with filth, or whereby it may have been rendered injurious to health....”).

36 See *United States v. 1,500 cases...Tomato Paste*, 236 F.2d 208 (7th Cir. 1956) (“It has also been suggested that Congress wanted to protect ‘the aesthetic tastes and sensibilities of the consuming public,’ and therefore intended that food containing ‘any filthy, putrid, or decomposed substance’ be deemed adulterated whether it was ‘unfit for food’ or not.... Congress may also have wanted to set a standard of purity well above what was required for the health of the consuming public....”).

37 See *United States v. 1,200 Cans...Pasteurized Whole Eggs, Etc.*, 339 F. Supp. 131 (N.D. Ga. 1972) (“...the aim of removing from commerce those products produced under circumstances which would offend consumer’s basic sense of sanitation and which would cause him to refuse them had he been aware of the conditions under which they were prepared.”).

的危害性，仍可被禁止<sup>38</sup>。此與國內部分論者以為依一般通念，變質食品必然對人體健康有危害性之推論<sup>39</sup>，並不相同。此外，第四(d)大類的不法混摻食品，禁止在糖果類食品中加入酒精或非營養性成分，也同樣不屬於對健康安全有危害之「有毒或有害物質」的規制<sup>40</sup>。

至於美國食品法制中真正與臺灣食管法所稱「攙偽假冒」相近的規定，則是聯邦食藥法第402條第二(b)大類的不法混摻食品。第二大類一共包含四個次類型，分別是「移除食品中任何有價值之成分」<sup>41</sup>、「取代食品中一部或全部成分」<sup>42</sup>、「掩蓋食品原有的傷劣部分」<sup>43</sup>以及「灌水美化」<sup>44</sup>。由於此等混摻行為，多半出於經濟性的動機，因此第二大類的不法混摻一般也被稱為「經濟性的混摻」(economic adulteration)<sup>45</sup>。查禁經濟性混摻的理由主要著眼於其所造成的不公平競爭最後將對消費者權益造成傷害<sup>46</sup>，因此當然不以包含「可能的有毒或有害物質」為必要<sup>47</sup>。因此即使混摻物安

---

38 See *United States v. An Article of Food...915 Cartons of Frog Legs, Food Drug Cosmetic L. Reports (CCH)* ¶ 38,102 (S.D.N.Y. 1981).

39 曾淑瑜 (註17)，頁70。

40 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(d), 21 U.S.C. § 342(d) (2014).

41 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(b)(1), 21 U.S.C. § 342(b)(1) (2014) (“If any valuable constituent has been in whole or in part omitted or abstracted therefrom.”).

42 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(b)(2), 21 U.S.C. § 342(b)(2) (2014) (“if any substance has been substituted wholly or in part therefor.”).

43 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(b)(3), 21 U.S.C. § 342(b)(3) (2014) (“if damage or inferiority has been concealed in any manner.”).

44 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(b)(4), 21 U.S.C. § 342(b)(4) (2014) (“if any substance has been added thereto or mixed or packed therewith so as to increase its bulk or weight, or reduce its quality or strength, or make it appear better or of greater value than it is.”).

45 See Renée Johnson, *Food Fraud and “Economically Motivated Adulteration” of Food and Food Ingredients* 6-7, CONG. RES. SERV. (Jan. 10, 2014), <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43358.pdf>.

46 See Wesley E. Forte, *The Food and Drug Administration and the Economic Adulteration of Foods*, 41 IND. L.J. 346, 347-51 (1966).

47 See *United States v. 88 Cases, More or Less, Containing Bireley’s Orange Beverage*,

全無虞，仍構成應予處罰的違法混摻。其雖可能同時構成聯邦食藥法第403條所定義的「不實標示」，但因二者的規範要件與目的均不相同，並不影響二者可同時依第301條被論罪併罰<sup>48</sup>。

無論如何，美國聯邦食藥法第402條所規定的各類不法混摻，並非如國內部分論者所稱，都以「不安全」或「導致有害健康」為其必要條件，應已能初步得到澄清。

論者或謂美國聯邦食藥署FDA在實務上之操作恐與上述美國聯邦食藥法之規定有落差，致上述對「法條本身」的解釋，並不足以論證美國對單純經濟性混摻的「入罪」，實際上並未以「不安全」或「有害健康」為其前提。李茂生教授即指出，作為聯邦食藥法主管機關的美國聯邦食藥署FDA，曾於2009年的公開會議中對「經濟性攙偽」做出工作定義（working definition），認為所謂「經濟誘因的攙偽」（economic motivated adulteration, EMA）不僅指「為獲得經濟上利益的目的，詐欺地、故意地替代或添加某一成分於產品中」，更必須具備「對消費者產生健康風險或有健康風險之虞」，因此FDA實際上在認定「經濟性攙偽」時，「仍未排除其危害消費者健康此一要素」<sup>49</sup>。

---

187 F.2d 967 (3d Cir. 1951) (“[T]he correct construction of the statutory language [is] to be found in the rationale of the legislative exclusion of products from commerce for economic adulteration where no hygienic adulteration exists. In such cases a product is recognized as wholesome but is excluded from commerce because of the danger of confusing it with something else which is defined, familiar, and superior.”).

48 See *United States v. Beech-Nut Nutrition Corp.*, 659 F. Supp. 1487 (E.D.N.Y. 1987) (“These definitions clearly show that a product may be misbranded without necessarily being adulterated and vice versa. Therefore, one who violates section 331(a) by introducing adulterated foods into interstate commerce does not necessarily violate section 331(a) for introducing misbranded foods. Therefore, one shipment of adulterated AND misbranded foods introduced into interstate commerce may constitute two separate section 331(a) offenses.”).

49 李茂生（註25），頁46-47。

其次，李茂生教授也以美國國內輿論曾批評FDA應起訴卻不起訴若干重大食安案件的情事，以及其自行整理媒體報導近年美國食安起訴案件，清一色均涉及健康安全危害一事，推論FDA在面對「經濟性攙偽」時，不僅優先採取行政管制手段，亦有意地將刑事制裁手段保留給涉及多人傷亡且損害範圍廣大的健康安全危害事件<sup>50</sup>。

上述兩個論點，均有值得進一步商榷之處。第一，李茂生教授所提及FDA對「經濟性攙偽」（即本文所稱「經濟性混摻」）的工作定義，事實上並非FDA對「經濟性攙偽／混摻」的「執法上」工作定義，而是FDA在舉辦一場關於「以經濟為動機之混摻（下稱EMA）」的公開會議時，為聚焦參與者的討論，而提出的「會議工作定義」。依據FDA在聯邦公報（Federal Register）所公告的資訊，該次會議之目的主要係探討「如何預測並預防那些特別會造成巨大公衛風險的經濟性混摻」<sup>51</sup>。在這個會議目的下，FDA對於EMA的會議工作定義，其實也並非如李茂生教授所言，將「健康安全危害可能性」當作概念之要件。對照李教授所引述之資料原文可知<sup>52</sup>，FDA的「會議工作定義」應該只有李茂生教授所引述文句之前段，

---

50 李茂生（註25），頁49-52。

51 Food and Drug Administration, Economically Motivated Adulteration: Notice of Public Meeting, 74 Fed. Reg. 15,497 (Apr. 6, 2009) (“The purpose of the meeting is to stimulate and focus a discussion about ways in which the food, drug, medical device, and cosmetic industries, regulatory agencies, and other parties can better predict and prevent economically motivated adulteration *with a focus on situations that pose the greatest public health risk.*”).（斜體與底線為作者所加）。

52 See Johnson, *supra* note 45, at 5 (“FDA defined ‘economically motivated adulteration’ as the: fraudulent, intentional substitution or addition of a substance in a product for the purpose of increasing the apparent value of the product or reducing the cost of its production, i.e., for economic gain. EMA *includes* dilution of products with increased quantities of an already-present substance (e.g., increasing inactive ingredients of a drug with a resulting reduction in strength of the finished product, or watering down of juice) to the extent that such dilution poses a known or possible health risk to consumers, as well as the addition or substitution of substances in order to mask dilution.”).（斜體與底線為作者所加）。

亦即「為增加產品表面價值或降低產品生產成本的目的，亦即為獲得經濟上利益的目的，詐欺地、故意地替代或添加某一成分於產品中」的部分。至於後段文字，應該僅是說明在此定義下，EMA的概念集合，可以包含但不限於「在稀釋產品將對消費者產生健康風險或有健康風險之虞的情況下，仍稀釋產品以增加其既有成分的分量」的類型，並非直接將後者當作EMA概念集合的限定要件。參與該次會議的FDA副署長Randall Lutter，在其會議簡報中，即釐清了前述的可能誤解，毫不含糊地將EMA的工作定義表述為「為增加產品表面價值或降低產品生產成本的目的，亦即為獲得經濟上利益的目的，詐欺地、故意地替代或添加某一成分於產品中」，如此而已<sup>53</sup>。

第二，FDA基於法律程序與現實考量對「經濟性混摻」所為的任何執法裁量，與聯邦食藥法「經濟性混摻」條文的法律解釋，二者不應混為一談。FDA一方面或受制於人力與資源不足，另一方面或因聯邦食藥法對於刑事執法所附加的各種「程序」要求，無形中也增加FDA採行刑事制裁手段的執法成本，這些因素使得FDA過去以刑事制裁手段針對「經濟性混摻」的執法，多半限於同時涉及健康安全危害的案件。然而，FDA此一執法裁量的結果，卻不能在「法律解釋」上用來推論聯邦食藥法對「經濟性混摻」的定義，確實包含了「健康安全危害性」的要件。尤其當FDA仍然是依據相同的法律條文（聯邦食藥法第402條(b)，亦即21 U.S.C. § 342(b)），對「經濟性混摻」進行「行政管制」上的執法時，聯邦食藥法對「經濟性混摻」的定義，並不會因為所採行的執法手段，在兩種不同的

---

<sup>53</sup> See Randall Lutter, *Addressing Challenges of Economically-Motivated Adulteration 3*, slide presented at the Public Meeting on Economically Motivated Adulteration (May, 2009), available at <http://www.fda.gov/downloads/NewsEvents/MeetingsConferences/Workshops/UCM163631.ppt> (“Working Definition: Fraudulent, intentional substitution or addition of a substance in a product for the purpose of increasing the apparent value of the product or reducing the cost of its production, i.e., for economic gain.”).

內涵間反覆轉換。事實上，除了聯邦第三巡迴上訴法院在1951年 *United States v. 88 Cases, More or Less, Containing Bireley's Orange Beverage* 一案中確立了「經濟性混摻」不以「健康安全危害性」為必要的法律解釋原則外，聯邦第一巡迴上訴法院也再次於2002年 *United States v. Gonzalez-Alvarez* 一案中，肯認單純以攙水及鹽巴稀釋冒充純牛乳而無任何健康安全危害性的行為，已違反聯邦食藥法「禁止經濟性混摻」規定，並在此前提下，對如何依據攙水所致之損害進行量刑，作出法律上的解釋<sup>54</sup>。此等法院判決均說明，聯邦食藥法對「經濟性混摻」的定義，不僅不因FDA的執法裁量而有所改變，對無健康安全危害性的經濟性混摻進行刑事責任的訴追，不論在理論上或在現實上，其可能性都依然存在。

上述對美國法制的釐清，目的並非在直接援引美國法作為我國食管法「攙偽假冒」的解釋依據，而是單純說明，在不同的立法目的下，一個不以「健康安全危害性」為前提的食品管制與處罰模式，在比較法制上確實存在。

#### （四）「攙偽假冒」與「標示不實」的同與不同

主張「攙偽假冒」應限於「有危害人體健康之虞」的最重要論據，乃是對比「攙偽假冒」與「標示不實」，認為「攙偽假冒」既然同時構成「標示不實」<sup>55</sup>，則食管法對「標示不實」的較輕處罰<sup>56</sup>，凸顯應該在單純的「標示不實」外，找到更多的不法內涵，

54 See *United States v. Gonzalez-Alvarez*, 277 F.3d 73 (1st Cir. 2002).

55 曾淑瑜（註17），頁67（「『攙偽』包含標示不實在內」）；蕭宏宜（註17），頁69（「而所謂的『標示不實』，觀念上既可以是應標示而未標示，也可以是已標示的內容與事實狀態不一致……很明顯的，就『應標示而未標示』而言，必然會與『攙偽假冒』重疊」）。

56 依現行食管法規定，無論是應標示而未標示（違反第22條）或已標示之內容不實（違反第28條第1項或依第3項所定之辦法），其所受之行政罰鍰金額，均較攙偽假冒為低。



才具有對「攙偽假冒」施以較重處罰的合理性<sup>57</sup>。此一推論固非無據，但即使「標示不實」與「攙偽假冒」二者在不法內涵上應輕重有別，也不當然可以推論應以有、無「危害人體健康之虞」，作為區分二者的標準。要釐清二者的差異，必須先回到「標示規範」與「禁止攙偽假冒」在規範目的上有無不同的問題上。

依現行食管法第22條第1項規定，食品標示所應揭露的資訊包括：品名、成分內容、內含量、添加物、廠商、原產地（國）、有效日期、營養、基改原料及其他公告應標示之事項等。第28條第1項復規定所揭露之資訊不得有「不實、誇張或易生誤解之情形」。從該等規定看來，標示規範與避免健康「安全」危害並無必然關連，蓋即使健康安全無虞的食品也可能標示不實，不安全的食品卻可能絲毫不違背標示規範的要求。毋寧，標示規範的存在目的主要是藉由資訊管制，對食品「品質」進行管理，避免廠商作假破壞交易秩序，以確保消費者能正確選擇符合其期待品質之產品。

那麼，攙偽假冒與不實標示究竟可否區分？有何不同？本文認為，禁止攙偽假冒的行為規範在傳統上，與標示規範其實具有相似的抽象規範目的：二者同樣欲藉由食品「品質」的管理，以保障消費者權益，避免低價值的食品在資訊不對等的市場情境下，擾亂交易秩序，致使消費者發生誤認。只是前者特別以偏離消費者所期待之食品「內容與成分」為規制對象，而後者則一般性地規範可能影響消費者選擇的「品質相關資訊」；前者的對象是「物」，後者的對象是「資訊」。但「物」的規制必然須要以「資訊」的掌握為前提，而既然已有了標示規範的一般性資訊提供要求，何以還需要特別針對內容與成分禁止攙偽假冒？

行為經濟學理論（behavioral economics）的分析或許可以提供

---

<sup>57</sup> 曾淑瑜（註17），頁68；蕭宏宜（註17），頁69。

一些解答的線索。依照行為經濟學理論的觀點，影響消費者選擇的產品性狀大體上可分為三類<sup>58</sup>。第一類稱為「搜尋屬性」(search attribute)，是消費者決定購買前即可透過適當方法而掌握的產品性狀，例如產品價格、製造商、品名、外觀。第二類稱為「經驗屬性」(experience attribute)，是消費者必需在購買消費後才能透過消費經驗確定的產品性狀，例如產品的口味如何。第三類稱為「信任屬性」(credence attribute)，是即使購買使用後，消費者本身也仍難以確切評估其真偽的產品性狀，例如標示為「營養強化奶粉」、「非籠飼養之雞蛋」、「手作醬油」。「搜尋屬性」的造假一般而言較容易漏餉，因此透過市場機制多半就能加以矯正。「經驗屬性」的造假是否會事跡敗露，則取決於幾個因素，如產品為一次性或反覆性消費、廠商為長期投入或短期投機。長期投入的廠商對反覆性消費的產品作假，結果往往得不償失；但短期投機廠商對一次性消費的產品則有較高的造假可能。「信任屬性」的造假則最難被發現，也因此提供了最強的作假誘因。

上述分析說明了何以針對食品本身的不同產品性狀，有採取不同強度的品質管理與造假防制的必要。對食品「搜尋屬性」的造假，例如標錯價格，即使沒有行政法上特別的標示規範，也很容易透過市場機制與既有的契約法解決處理<sup>59</sup>。又例如單純於標示上提供不實的食品「製造商」資訊，以冒充受消費者喜愛的較高品質產品，從外觀上即相對容易發現而遭揭穿，倘若未額外涉及違反商標

---

58 See Michael R. Darby & Edi Karni, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, 16 J.L. & ECON. 67, 68-69 (1973); Richard Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, 65 B.U. L. REV. 657, 719-25 (1985); Christopher Chen, *Food and Drug Administration Food Standards of Identity: Consumer Protection Through the Regulation of Product Information*, 47 FOOD & DRUG L.J. 185, 186-90 (1992); Ariel Katz, *Beyond Search Costs: The Linguistic and Trust Functions of Trademarks*, 2010 BYU L. REV. 1555, 1555 (2010).

59 關於標錯價問題的契約法分析，參見張永健，購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制——經濟分析觀點，政大法學評論，144期，頁155-225（2016年）。

法的問題，並沒有在一般標示規範所課予的行政法義務之外，另以更強的刑事責任遏止造假的必要。相對地，以近似的包裝或使用經註冊之商標，冒充他廠商製造高品質的食品，則因為從外觀上較不易察覺，有更高的混淆誤認可能，因此單純行政法上的標示義務與輕微的處罰，往往不足以避免交易秩序因造假而陷入向下競爭的螺旋，較嚴厲的制裁手段在此即具有一定的正當性<sup>60</sup>。同樣地，因為食品的成分內容屬於難以由一般消費者在事前或事後確認真偽的「信任屬性」，即使食管法已要求應標示全部「內容物」與「食品添加物」名稱，也要求內容物之「主成分」應標明所佔百分比（若為二種以上混合物之內容物，更應依其含量多寡由高至低分別標示），但消費者仍難以從一般日常消費情境中可獲得的線索，自行確認標示資訊的真偽，包括已標示含有之物是否確在其中，以及標示為未含有之物是否確未含有。食品成分內容的此等特性，說明了內容與成分的攙偽假冒，比較起一般的標示不實有更高的法益侵害性。

基於上述理由，本文認為，攙偽假冒與不實標示，即使擁有類似的抽象規範目的，在目前的規範現狀下，可以區分也應該區分。攙偽假冒雖然在欠缺其他「正品」標準的參照下，往往直接仰賴食品的品名、成分比例、食品添加物等與食品之內容本質直接相關的標示「資訊」，作為是否攙假的認定基準點，因此攙偽假冒固然常同時涉及品名及相對應之成分內容（包括原料與食品添加物）的標示不實或應標示而未標示，但違反標示規範的不實標示，卻不當然構成攙偽假冒。兩者並非無從區分而需引入其他補充要件方能辨明。就像含有毒、有害物質的食品，在定義上也可包括應標示而未

---

<sup>60</sup> 就此，刑法第255條「意圖欺騙他人，而就商品之原產國或品質，為虛偽之標記或其他表示者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」之規定，並未區分商品「品質的不同屬性」，均課以相同之處罰，反而可能在僅涉及「搜尋屬性」或「經驗屬性」之虛偽標記時造成責任過重，在「信任屬性」的虛偽表示時又造成責任過輕的問題。

標示的標示違規，但兩者仍可以依據其他理由而作不同規制，並依相關的競合法理解決二者重複處罰的問題。

進一步言，攙偽假冒與不實標示在現行法制上雖常相伴出現，但以食品管制理論而言，二者其實是在維護交易秩序的相同規範目的下，為了處理不同程度的秩序危害問題，而必要採取的兩種不同處理手段。攙偽假冒無論是因消極未完整標示全部成分、比例，隱匿對消費者而言重要的成分屬性與特殊製程（「重組牛肉」僅標示為「牛肉」、「濃縮還原果汁」標示為「100%純果汁」），以欺瞞消費者於無形，或是透過最引人注意的品名、產品成分屬性（「純鮮乳！」、「非基改黃豆漿」）、產品製程（「古法製造、120天曝曬的醬油」、「有機栽種花生」），積極宣稱不存在之較高品質而引人入彀，都是在傳遞與內容成分相關，而足以誤導消費者對食品品質正確認知的資訊，且因其比起透過外觀或消費經驗即可斷其真偽的產品屬性，更難被察覺，對市場交易秩序構成更大危害風險。僅構成不實標示的行政不法，則是扣除掉同時構成攙偽假冒的品名與成分內容標示不實後，單純違反其他標示規範義務的行為，消費者通常對之較有能力自行判斷真偽而避免誤認。攙偽假冒的規制強度與可罰性高於單純的標示不實，在於前者對交易秩序已構成更高的危害風險，並不需要再援引品質管理以外的其他規範目的，強將「健康安全危害可能性」當作禁止攙偽假冒的前提<sup>61</sup>。

### 三、食管法的多重規範目的與禁止攙假作為維持交易秩序的手段

平心而論，法院實務與刑法學者確實是鑑於目前食品安全衛生

---

<sup>61</sup> 至於2014年12月10日修正之現行法將「攙偽假冒」的刑事處罰訂為「七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金」；「情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金」，是否符合罪刑均衡原則，則是另外需要檢討的問題，詳下論述。

管理法之刑事制裁過於嚴厲，乃從法益保護必要性出發，透過數種概念的對比，嘗試為禁止攙偽假冒的概念填充具體內涵，主張只有為了「避免可能的健康危害」，才能證立刑罰嚴酷手段的正當性。然而，欲正確認識「禁止攙偽假冒」之意義則必須理解其規範目的，而這又必須先從釐清食管法的數個不同立法目的開始。

#### (一) 食管法中的「安全」、「衛生」及「品質」管理與「國民健康」之維護目的

食管法幾經演變，其立法目的雖然均訴求「維護國民健康」，但從1975年立法之初，就同時提及食品的「衛生」管理<sup>62</sup>，到2000年後又再增加「安全與品質」<sup>63</sup>。但「衛生」、「安全」、「品質」與「國民健康」四者，嚴格來說並非相同的概念。是以，論者或謂食品「衛生」、「安全」與「品質」的管理，僅是達成「維護國民健康」目的之手段，因此可直接以「國民健康的維護」作為引導及限縮食管法各該法條解釋之判準<sup>64</sup>。惟「衛生」、「安全」、「品質」與「國民健康」四者本非互可替換的同義詞，原各有其不同之意涵，既不能籠統地將四者混為一談，也不能在欠缺對「國民健康」進行獨立的概念分析與解釋前，任意將之等同於「衛生」、「安全」或「品質」其中任一者（例如將國民健康等同於安全），再進而否定其餘概念存在之意義。因此即便相對保守地認為「衛生」、「安全」及「品質」管理，最終都應指向維護「國民健康」，也仍然必須說明「衛生」、「安全」、「品質」三者有何不同？何以在現代以科學為基礎的食品「安全」概念之外，又有「衛生」與「品質」的管理必

62 1975年食品衛生管理法第1條：「為管理食品衛生，維護國民健康，特制定本法。」

63 2000年食品衛生管理法第1條：「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法。」

64 見李茂生（註25），頁38。這樣的論述因為並未意識到「國民健康」具有的數種不同意涵，也因此未能理解「安全」、「衛生」與「品質」管理，與不同意義下之「國民健康」的關係。

要？三者之管理手段又分別與何種意義下的「國民健康」目的產生關聯？

其實，19世紀末逐漸發展的各國現代食品管理法制中，並不乏在健康安全維護的目的外，明確將健康安全以外的其他食品管理任務亦當成立法目的之外國立法例。例如，英國1875年的Sale of Food and Drugs Act，直接以保障消費者期待之品質作為規範目的。前述美國聯邦食品管理法制，從1906年的純淨食品及藥物法開始，也一直清楚地在「禁止有毒或有害物質」的規範外，將「美學上的混摻」與「經濟性的混摻」一併納入食品管理的規範對象之列。2002年的歐盟一般食品法更直接在條文中，將「保護人類生命健康」與「保障消費者權益」明定為立法目的，並藉由「不適用於人類飲食之用」(unfit for human consumption)的概念，將前者所稱的生命健康安全，擴及於文化意義下的「衛生」<sup>65</sup>，並將「維持公平之交易秩序」作為後者所謂消費者權益保障的內涵<sup>66</sup>。換言之，從比較法制上來看，「安全」、「衛生」與「食品交易秩序」三者之規範目的集合，往往共同構成各國食管法的規範射程範圍。

若依照上述比較法的觀察來理解我國食管法，其立法目的理應分別指：確保健康「安全」、維護（文化意義下的）「衛生」、藉由「品質」的管理以維持交易秩序。其中，「安全」是以科學證據為基礎，確保食品對健康無害；「衛生」則衍生於傳統文化中對「不潔」的理解<sup>67</sup>，而與科學意義的「安全」概念不必然重疊；「品

65 請參見Regulation (EC) No 178/2002, art. 14, 2002 O.J. L 31/1. (“Food shall be deemed to be unsafe if it is considered to be: (a) injurious to health; (b) unfit for human consumption.”).

66 參見Regulation (EC) No 178/2002, art. 5, 2002 O.J. L 31/1. (“Food law shall pursue one or more of the general objectives of a high level of protection of human life and health and the protection of consumers' interests, including fair practices in food trade....”).

67 「衛生」一詞之內涵包含文化與歷史觀點的相關論述請參見劉士永，「清潔」、「衛生」與「保健」——日治時期台灣社會公共衛生觀念之轉變，收於：李尚

質」管理之目的則是在「安全」與「衛生」之外，確保食品之品質均能名實相符於市場上一般消費者的期待，避免因市場失序而形成向下競爭螺旋，終致消費者權益損害，因此，市場交易秩序的維護至少是「品質管理」之直接結果，間接才促成身體或心理健康之維護。但「品質」管理與避免直接造成「身體」健康危害的「安全」管理，仍有所不同。例如，三高食品雖然「不健康」，但尚非直接造成身體健康危害的「不安全」，因此三高食品之規制基礎與相應的規制手段，主要出於「品質」而非「安全」之管理，亦即透過健全的食品交易市場，允許消費者可依個人之健康偏好，選擇符合消費者所期待不同「品質」的食品，而非逕以不「安全」為由，全面禁止。至於「衛生」管理所維護之健康，因與文化因素較為相關，偏向於心理健康層面，而與「安全」或「品質」所維護之健康，內涵上不盡相同。「衛生」、「安全」與「品質」三者之區別，不可不辨。

對食管法立法目的之多元理解，提供更合理地解釋食管法條文的可能性。若對照現行食管法的條文，第15條第1項第3款禁止「有毒或含有害人體健康之物質或異物」、第5款禁止「殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量」，固然都是典型以健康「安全」維護為目的之規範，但諸如第22條食品標示規範所要求的「淨重、容量或數量」的標示，則顯然只能從維護交易秩序的「品質」管理目的來理解，而完全無法被放在「安全」維護之目的下加以解釋。至於立法目的中所稱的「衛生」管理，在面對食品管理逐漸被科學風險評估為主的「安全」概念所壟斷後，其獨立於「安全」的規範意涵幾乎已經被取代而遺忘。所餘者或許僅剩第15條第1項第1款所定的「變質或腐敗」，亦即不以「變質或腐敗」構成科學意義上的安全危

---

仁編，帝國與現代醫學，頁271-323（2008年）；雷祥麟，衛生為何不是保衛生命？——民國時期另類的衛生、自我和疾病，收於：李尚仁編，帝國與現代醫學，頁415-454（2008年）。

害為必要，而以其在文化意義上的「不潔」為其核心概念。

## (二) 禁止攙偽假冒與維護交易秩序的法益保護適當性及必要性

在現行制度下，單純「禁止攙偽假冒」顯然無助於維護文化意義下的「衛生」，也不足以確保「安全」，但卻具有避免因為食品品質的「信任屬性」造假而破壞交易秩序的功能。因此，倘若堅持以「有危害人體健康之虞」作為解釋「攙偽假冒」概念的當然要件（而非由立法明文外加），屆時「攙偽假冒」的成立，將必然同時違反「禁止有毒或有害健康物質」的規範，而使「禁止攙偽假冒」成為畫蛇添足、可有可無的「安全」危害防制手段；也因為屆時「攙偽假冒」的成立（即使只是為了行政管制之目的），將必須以健康安全之侵害可能為前提，而全然架空「禁止攙偽假冒」在維持交易秩序上獨立於健康安全維護的規範功能。

然而，依照食管法目前將行政管制與刑事制裁並列的規範模式，同一行為為義務的構成要件規定，既是行政管制所要求的行為規範，也是判斷刑事責任成立的行為規範基準。因此，以「禁止攙偽假冒」來維持交易秩序這種集合法益，即使在行政管制上具有合理性，以刑事不法非難違反「禁止攙偽假冒」規範的行為，以維護品質與維持交易秩序此等集合法益，是否仍屬適當而必要並符合比例原則，仍須要加以檢驗。

前面提及「攙偽假冒」與「標示不實」的區分，說明了「禁止攙偽假冒」雖與「標示規範」同樣是管理食品之「品質」以維持交易秩序的適當方法，但「攙偽假冒」特別涉及了產品「信任屬性」的造假，並非單純違反標示規範之「標示不實」所能比擬，因此仍有在「標示規範」之外，獨立規定「禁止攙偽假冒」之必要。將「禁止攙偽假冒」與確保健康安全之目的脫勾的釋義學操作，事實上也有立法史料上的依據。觀諸2014年2月修法，將單純構成「攙



偽假冒」之抽象危險犯的處罰刑度提高時，立法理由即特別言明「參照刑法詐欺罪，提高第一項之刑度至五年以下有期徒刑」<sup>68</sup>。

而在2013年6月將單純「攙偽假冒」改回抽象危險犯的修法過程中<sup>69</sup>，個別立法委員的提案理由與立法審查會的結論，亦在安全、健康等一般性敘述外，出現「顯有妨害公平競爭，不利於誠信廠商」、「此種行為具有詐欺性質」等文字。上述立法過程中的文字，足見立法者不僅認識到「禁止攙偽假冒」在維持交易秩序上的功能，也清楚理解「禁止攙偽假冒」之規範目的，並非可化約為對個別消費者個人財產法益之保護。

事實上，消費者購買攙偽假冒食品即使沒有發生詐欺罪所強調的個人財產侵害<sup>70</sup>，也有造成個人其他權益損害之可能（例如，茹素者購買了假冒為素食的葷食產品）；而即使尚無終端消費者因購買而實際受害，在食品的產銷鏈中生產製造與流通攙偽假冒食

68 2014年2月修法第49條立法理由：「一、近期發現不肖廠商於製造食品時，為降低成本牟取暴利，乃以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材，對民眾食品衛生安全及消費者權益影響甚鉅，應予遏止。二、對於此類不法行為，原條文第一項定有處罰之規定，惟不足以發揮遏止不法之作用，應加重處罰，以維國人健康及消費權益。為遏止不肖廠商之違法行為，參照刑法詐欺罪，提高第一項之刑度至五年以下有期徒刑。……」。

69 1975年「食品衛生管理法」立法之初，即將單純「攙偽假冒」規定為犯罪行為。其間一度於2000年修法時，廢除所有抽象危險犯之規定，改將「致危害人體健康」之具體危險結果，當作成立刑事責任的要件。但2013年6月修法時，又單獨將單純「攙偽假冒」行為入罪，並新增「添加未經中央主管機關許可之添加物」之行為態樣為抽象危險犯。

70 刑法詐欺取財保障個人財產法益，其要件包括施用詐術、陷於錯誤、交付財物等。基於不同的保護法益，「攙偽假冒」或「單純的不實標示」理所當然不一定同時構成詐欺。另請參見曾淑瑜（註17），頁71-73；蕭宏宜（註17），頁74-77。詐欺罪所謂的財產損失，究竟是依消費者主觀價值或依據純經濟價值所定的客觀標準加以判斷，刑法學界有不同的見解。採客觀標準者認為，以低價棉籽油冒充橄欖油，若實際售價反應了棉籽油的成本，並不構成詐欺罪；反之，採主觀標準者認為，使消費者誤以為橄欖油而交付財物，仍構成詐欺，蓋消費者原本並沒有打算花任何一毛錢去購買棉籽油。感謝匿名審查人提供上述補充。

品<sup>71</sup>，亦因為難辨真偽的魚目已混入珠中，對食品交易市場已造成破壞<sup>72</sup>。「禁止攙偽假冒」可以說是立法者著眼於特定類型之詐欺——食品詐欺（food fraud）<sup>73</sup>，對整體交易秩序的侵害，所採取的因應對策<sup>74</sup>。這樣的刑事立法政策選擇是否合理，雖有可爭辯的空間。然而，攙偽假冒之立法目的是防制食品市場中特別容易出現的「信任屬性」造假，以管理食品品質維持交易秩序，也絕非僅是「披上了集合法益的外觀」，意在擴張食安風險管制邊界的不真正集合法益<sup>75</sup>。當然，在維持交易秩序的目的下，具體攙假行為是否已

71 「攙偽假冒」既然須要以標示或法定標準所指涉的「正品」，作為認定攙假的參考點，在還未以任何「正品」之名產製或流通食品之前，則難以構成「攙偽假冒」。

72 亦有學者認為攙偽假冒動搖了一般人對食品交易與安全的信賴，參考李聖傑，食安贏了嗎？——評析食品安全衛生管理法之攙偽、假冒行為管制，月旦裁判時報，46期，頁58（2016年）。

73 其他法律使用「攙偽假冒」概念者，例如糧食管理法第14條之1，規定「市場銷售之糧食，不得有下列情形：一、標示之項目及內容，與內容物不相同；或內容物攙偽假冒；或包裝、容器上之宣傳或廣告，有不實、誇張或易生誤解之情形。二、進口稻米與國產稻米混合銷售。」亦明顯將「攙偽假冒」視為「糧食」交易上的詐欺。

74 古承宗則認為此等立法理由尚不足以推導出本罪之保護法益包括財產法益，其論據主要仍是從其所認定的食管法第15條規範目的出發，認為既然第15條之規範目的是「食品衛生」管制，則從屬於此一行政法架構下的刑法，作為一種次位規範，對構成要件之解釋基於法益保護原則，只能更為限縮，因此不能從「食品衛生」跨越到「食品詐欺」，參見古承宗（註17），頁79-80。然而，此等見解除了混淆「安全」與「衛生」二者外，也並未對第15條之規範目的何以僅止於「安全」（其用語雖為「衛生」），進行詳細的論證說明。

75 謝煜偉批評：食品業者間的競爭秩序，並沒有比公平交易法或其他法律所保護之競爭秩序，更值得額外保護；今日之所以凸顯食品內容物的攙假問題，並非因需要特別維護食品業者的競爭秩序，而是攙假食品所潛藏的食安風險問題；所以所謂維持食品業競爭秩序，只不過是表面上披上了集合法益外觀的「不真正集合法益」，目的其實在擴張食安風險管制的邊界。參見謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1期，頁82-83（2016年）。然而，管理食品品質以維護交易秩序的目的，並非為了維護「食品業者」的競爭利益，與公平交易法所維護之「競爭」秩序，尚非完全相同。謝煜偉的論證毋寧是先將「禁止攙偽假冒」的規範目的認定為安全風險管制，再回頭批評不採限縮解釋的立場，只是虛假地保護了「不真正集合法益」，實際上卻是要擴張安全風險管制的邊界。實則，攙假食品雖然在破壞交易秩序之外，也引發食安風險的隱憂，但合理的管制之手段並非可單純

具有對交易秩序造成危害的可能性，自然必須成為認定犯罪是否成立予以考量的問題。亦即，成罪的攙偽假冒仍至少必須具有危害交易秩序的「潛能」或「適格性」，自不待言。

「禁止攙偽假冒」確實是維持交易秩序的適當而必要手段，但是否有刑事制裁的必要性？「攙偽假冒」之行為因涉及「信任屬性」之品質造假，較單純「標示不實」或一般的虛偽標記，擾亂食品交易市場秩序更甚，因而對刑罰所欲保護之法益具有侵害性。但違反「禁止攙偽假冒」之行為的制裁規範，仍應受到比例原則的拘束。本文無意全面檢討「攙偽假冒」是否應以刑罰制裁，以及如何制裁始符合罪刑均衡原則<sup>76</sup>。本文僅就「攙偽假冒」作為一種「食品詐欺」，與「詐欺罪」之間的對等性，進行相互比較。在此比較基準下，無論是食管法第49條第1項在2013年6月的修正，將單純違反「禁止攙偽假冒」行為的法定刑定為「三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金」，或者2014年2月修正之版本，將刑度提高為「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金」，還尚可謂與詐欺罪之法定刑「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金」相當。但2014年12月針對第49條第1項之修法（亦即現行法），一舉將「攙偽假冒」之刑度提高至「七年以上有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金」，僅「情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金」，顯然已高於一般詐欺罪的罪責，而相當於刑法第191條之1對千人行為（對他人陳列販賣之食品滲入、添加或塗抹

---

依賴「禁止攙偽假冒」，詳如本文第參部分之說明。

76 此處涉及刑法學者檢驗一行為規範是否具有「刑罰應罰性」，與其相應的制裁規範又是否具備「刑罰需罰性」的問題。「應罰性」所考量者為行為是否侵害刑罰所要保護的法益而具有社會侵害性，「需罰性」考量者則是刑罰對應不法的必要性。有關「刑罰應罰性」與「刑罰需罰性」之概念的簡單介紹，請參見司法院釋字第646號解釋許玉秀大法官不同意見書。有關「罪刑均衡原則」的簡要說明則請參見謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁151-153（2014年）。

「有毒或有害人體健康物質」)之處罰。若僅就「維持市場交易秩序」之目的而言，如此苛刻之刑罰雖亦有刑法第339條之4「加重詐欺罪」的「一年以上七年以下有期徒刑，得併科一百萬元以下罰金」或可比擬，但是否確有必要，實值商榷。

然而，從法律解釋論的角度來看，法院在面對立法者此等可能背離罪刑均衡原則的制裁規範立法時<sup>77</sup>，不應本末倒置地扭曲「禁止攙偽假冒」之行為規範的制度原意，而應該在不違背立法者所設定的法定刑度範圍內，衡量維持交易市場秩序目的之必要性，作出合乎比例的刑之宣告<sup>78</sup>。智財法院與刑法學者直接限縮解釋「攙偽假冒」概念的結果，雖然想解決刑事立法上的包含過廣問題，卻將「禁止攙偽假冒」在維持交易秩序上的規範意義，也連同洗澡水一併倒掉了。至於在立法論上，是否應該將「有危害人體健康之虞」，明文訂為刑事責任成立的前提，僅將破壞交易秩序之單純違反「禁止攙偽假冒」行為，保留由行政管制予以處理，則是刑事政策上可以討論的另一組問題。

附帶一提的是，倘若行為人明知攙假之食品含有毒害物質而具人體健康的安全危害性時，依循上述解釋論立場，即應分別構成食管法第15條第1項第7款的「攙偽假冒」，以及同條同項第3款的「有毒或含有害人體健康之物質或異物」，屬於一行為侵害數法益而觸犯數罪名的想像競合。至於食管法第49條第2項所規定之情形，乃攙偽假冒之「情節重大足以危害人體健康之虞者」或「致危害人體

77 刑法學者對於攙偽假冒之制裁規範違反不法與罪責均衡的批判，請參見古承宗(註17)，頁81。

78 解釋行為規範的規範目的與其內涵時，的確不能完全不顧相對應的制裁規範。但面對特定行為規範與制裁規範二者相結合的結果，恐背離罪刑均衡原則時，究竟應遷就制裁規範，再透過解釋來調整行為規範的內容，或應以行為規範為中心，藉由刑之宣告，調整制裁規範的實際範圍，並無必然的解釋方法。本文基於維持食管法多重規範目的之體系完整性，認為應先回歸品質管理與維持交易秩序的目的來解釋「禁止攙偽假冒」的行為規範，再相應地調整制裁規範的實際適用，以免因噎廢食。

健康者」的加重結果犯，須以危害交易秩序的信任屬性造假行為（攙偽假冒行為）與人體健康安全危害的加重結果間具相當因果關係，且行為人對加重結果之發生有過失為前提，因此在屬性上與攙偽假冒之物本身即為毒害物質的情形並不相同。然而純粹危害交易秩序的詐騙行為在現實上至多或可能影響心理健康，實難以想像其「足以」或「致」危害人體健康（因詐騙而足致危害人體健康），從而，現行食管法第49條第2項處罰攙偽假冒之加重結果犯，應無太大的規範實益<sup>79</sup>。

### （三）單純禁止攙偽假冒是否足以維持交易秩序

「禁止攙偽假冒」雖然是防制「信任屬性」造假的適當與必要手段，但倚賴任意標示進行攙偽認定的現行制度，是否能「充分」滿足維持食品市場之交易秩序之規範目的？在現行制度下，「攙偽假冒」的認定，必須仰賴廠商對品名與成分內容之自主標示。現行標示規範所採行的任意標示主義，雖已要求應揭露食品所含有之全部成分及其比例，但標示規範多半並未進一步針對品名所應含有之成分予以規定，也未定義個別成分之品級或製造過程，以致於在欠缺「正品」標準的情況下，廠商雖未違反標示規範，卻依然可能在交易市場中操弄食品的信任屬性，瓦解「禁止攙偽假冒」所欲達成的規範目的。例如，現行標示規範並未嚴格規定何謂「鮮乳」，以致於廠商可以將各種不同殺菌程序下之乳品均稱為「鮮乳」，卻並不一定需要標示所使用之殺菌方法，但實際上不同殺菌方法對牛乳

79 本文同意李茂生教授對食管法第49條第1項與第2項規定的部分批評，亦即立法者或因不解「抽象危險犯」仍應以行為具有產生抽象危險的「潛能」或稱「適格性」為前提，或因誤解抽象危險犯、具體危險犯與實害犯三者的真正區別，以致於食管法第49條第1項的規定，在「有毒或含有人體健康之物質或異物」而情節重大的犯罪類型上，與同條第2項前段「足以危害健康之虞」的規定完全重疊，請參見李茂生（註25），頁39-40。然而本文與李茂生教授見解相左之處在於，本文認為食管法第49條第1項至少在「攙偽假冒」的犯罪類型上，與同條第2項前段足以危害健康加重結果的規定，雖或因現實上的適用可能性極低而無規範實益，但因保護法益不盡相同，仍可以有各自存在的意義。

的品質的確會造成不同的影響<sup>80</sup>。又例如，雖然只有含豬脂之食品，其成分才可標示為「豬油」或「調合豬油」，但現行標示規範並未強制規定「豬油」只能直接由健康無病豬屠體之新鮮、清潔脂肪組織熬製而成<sup>81</sup>，以致於廠商將回收豬油精煉，符合酸價標準後，亦可標示其成分為「豬油」而販售。

凡此皆說明，即使在任意標示主義下未構成標示不實，卻仍可能因為食品成分中其他未予規範的「信任屬性」造假，而破壞交易秩序，形成整體向下競爭的螺旋，最終損害消費者權益。欲避免食品成分之品質管理受制於廠商任意標示之內容，致使難以被消費者發覺的「信任屬性」造假破壞交易秩序，就必須有獨立於廠商任意標示的「食品身分標準」，以之作為「正品」標準認定攙偽假冒，翻轉任意標示所造成的資訊落差。現行的制度困境之一在於，雖然理論上攙偽假冒有別於單純的標示不實，但在欠缺獨立的「正品」標準情況下，「禁止攙偽假冒」實際上能發揮「品質」管理的作用範圍，至多也僅與任意標示規範所要求的範圍相當。當然，倘若廠商的標示資訊已能作為認定成分品質造假的直接參考點時，即使沒有其他獨立的「正品」標準作為配套，依照本文上述的分析，亦應具有高於一般單純標示不實的可罰性，而成立攙偽假冒。因此，將「低價黃麻油混充並標示為100%黑麻油」或者「以越南米假冒臺灣

---

80 衛福部於2014年2月19日公布之「鮮乳保久乳調味乳乳飲品及乳粉品名及標示規定」，引用CNS標準，僅規定「以生乳為原料，經加溫殺菌包裝後冷藏供飲用之乳汁」即可稱為「鮮乳」，並未特別區分「超高溫滅菌」、「高溫短時間殺菌」、「低溫長時間殺菌」等不同殺菌程序。實則，較高溫之殺滅菌程序雖可延長保存期限，但造成牛乳中水溶性維生素和蛋白質等營養成分的較大流失。目前衛福部寬鬆的鮮乳標示規範使部分稱為鮮乳之牛乳，實際上僅相當於「保久乳」。廠商多透過刻意縮短標示之保存期限與陳列於冷藏櫃之銷售策略，將實際上無須冷藏且實際上較為耐久之保久乳，以鮮乳型態販售。

81 為了因應頂新油品事件，衛福部採取亡羊補牢之策，於2015年2月16日預告訂定「食用豬油衛生標準」草案，除規定豬油酸價標準外，也將豬油原料來源規定為「應符合食品安全衛生管理法之規定，並來自健康豬隻所取得之乾淨且可供食用之組織」。

米」的行為，當然都應已構成食品的攙偽假冒。

至於，究竟應如何建立「食品身分標準」，又應賦予「食品身分標準」什麼樣的制度功能，才能協助「禁止攙偽假冒」的行為規範，盡可能地滿足維持交易秩序的規範目的，牽涉到翻轉資訊落差的策略。在回答該等問題前，且先讓我們檢視另一個因食品的攙偽假冒而引發的資訊落差困境。

### 參、因應風險未知狀態的新管制架構

「禁止攙偽假冒」的規範目的不在於確保「安全」或維護「衛生」，而在管理「品質」以維持交易秩序，已如前述。然而，在食品科技高度發展的現代社會中，「攙偽假冒」食品也確實經常引發「安全」上的隱憂。當攙偽假冒所破壞的市場交易秩序，已能藉由「禁止攙偽假冒」的事後制裁予以回復時，攙偽假冒對安全帶來任何的挑戰，是否能以「禁止毒害健康物質」的規範而予適當因應？

「禁止毒害健康物質」行為規範的遵守與履行，需透過違反行為規範的法律效果，也就是行政、刑事甚至民事責任的確立，方能獲得擔保。然而「禁止毒害健康物質」之行為規範所表述的「毒害健康」意謂著，事後責任的確立必須以因果知識（危害結果與行為間之因果）或風險知識（行為具危害可能性的風險）的存在為前提，這使得「禁止毒害健康物質」規範所能管控的安全危害風險，即使在某些情形僅以發生危害之蓋然性而非其詳細的因果發展歷程而予以認識，也必然都是在某程度上已進入人類所掌握的已知範疇，而屬於人類知識中的「已知或可知的不確定性」（known uncertainty, knowable uncertainty）<sup>82</sup>。然而，人類往往面臨人類現

---

82 在此，即使因行為與結果之距離遙遠或因果系統複雜，而大幅降低預期結果發

階段知識發展極限，使特定事態的風險雖已進入人類意識之範疇，但仍未就此發展出完整知識（包括無從得知特定危害之屬性與其發生機率）的「已知之未知」（known unknown）或仍待知識探索填補的「無知識」（non-knowledge）狀態。有時甚至根本不知道到底不知道什麼，對危害之存在全然欠缺意識，而處於「蒙昧不知」（nescience）之中<sup>83</sup>。此等在「未知」狀態中各種尚無法標定確認的可能風險，則顯然超逸出「禁止毒害健康物質」的規範射程範圍。因此，若要明瞭「禁止毒害健康物質」的規範，是否能適當回應攙偽假冒在破壞交易秩序之外帶來的安全挑戰？是否有其他法律規制手段更適宜處理所面臨的問題，就必須先釐清攙偽假冒的安全風險屬性。而這就必須從整體食品安全風險知識的現狀開始觀察。

#### 一、攙偽假冒凸顯食品供應鏈風險未知的管控課題

人類現代生活已知曾使用的化學物質超過三千萬種，但目前科學界對化學物質的健康風險認識，卻僅及於當中極低之比例，而人類創造新種類化學物質的速度，又遠遠高於科學界掌握與認識現有化學物質之安全性的速度。因此，吾人對於絕大多數化學物質之安全性／危害性認識，多處於既不知其是否安全，也不知其是否有害的「無知識」（non-knowledge）狀態。臺灣目前則約有七萬多種常用化學物質，列管者數千，已確實完成健康風險評估而獲得危害風

---

生之蓋然性，致有各種不同結局出現時，仍屬對事態發生之蓋然性已有所掌握的「已知或可知的不確定性」，而不屬於本文所稱之「未知」風險。對於此等「已知」風險的責任承擔，當然仍有實害犯與危險犯之區分，以及危險犯邊界的問題。

83 本文採用社會學家Gross之分類，將「未知」（ignorance）之概念包含「已知之未知」或「無知識」，以及處於另一認知範疇中的「不知」（nescience）。而相對於「未知」，則是「長足之知識」（extended knowledge）。Matthias Gross, *The Unknown in Process: Dynamic Connections of Ignorance, Non-Knowledge and Related Concepts*, 55(5) CURRENT SOC. 742, 743 (2007) (quoting Wolfgang Krohn, *Knowledge Societies*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES 8139, 8141 (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001)).



險知識者更是其中之少數。換言之，單以化學物質的安全性知識為集合，未知者即遠大於已知。

安全風險未知的化學物質可能在廠商不知其安全性，且使用既非必要也非不可避免，卻仍加以使用的情況下，進入食品供應鏈。例如廠商在不清楚三聚氰胺是否有害或安全之前，即加入普通奶粉中，以冒充高蛋白奶粉；不知塑化劑是否安全，就用以取代棕櫚油來製造起雲劑。安全風險未知的化學物質也可能在廠商誤以為安全無虞的情況下，成為食品之內容成分。目前被列為合法「原料」或「食品添加物」的成分，仍可能存在危害風險未知的人造或天然危害物質，卻無管制或安全限量標準：例如，棉籽油雖屬合法食品原料，但精煉後棉籽油中的棉酚可容許殘留的標準為何，在爆發偽油事件之前，從未受人注意，即使到目前為止，也仍付之闕如。又如營養午餐廠商在米飯中所添加的鮮保利，雖屬合法食品添加物，但其中的醋酸鈉及反丁烯二酸一鈉的安全限量究竟為何，也同樣因為欠缺健康風險評估而處於未知狀態。食品供應鏈中潛藏的各種未知風險，使得射程範圍僅及於「已知」風險的「禁止毒害健康物質」規範，難以架構出充分保障食品安全的規制體系。

上述在食品供應鏈中因欠缺風險知識而存在的各種未知狀態，有屬「無知識」者（例如，以棉籽油冒充橄欖油的事件中，廠商與規制者對棉酚危害的知識均有所欠缺），亦有屬「蒙昧不知」者（例如，奶粉中加入三聚氰胺，在事件爆發前對管制者而言，即屬完全超乎其想像的狀態）。此等風險的未知狀態雖非攙偽假冒食品所獨有，但運用各種食品科技的現代型攙偽假冒卻惡化了風險未知的問題<sup>84</sup>。不過，即使是未涉及先進食品科技的攙偽假冒，也經常

---

84 Karen Everstine, John Spink & Shaun Kennedy, *Economically Motivated Adulteration (EMA) of Food: Common Characteristics of EMA Incidents*, 76 J. FOOD PROTECTION 723, 729-31 (2013).

增加食品暴露於未知風險的可能。例如，以農藥管制不良之產地所生產的農產品，冒充為臺灣農產品，往往因為不知使用過何種農藥，而未能進行相對應的農藥殘留檢驗，形成規制上的未知風險。

如果，單純「禁止攙偽假冒」只是維護交易秩序的手段，而「禁止毒害健康物質」又只能處理「已知」的安全危害風險，食品管理的法制面對攙偽假冒惡化食品供應鏈中健康安全風險上的未知問題，究竟應如何因應？就此問題，美國聯邦食藥法的相關規定再次提供一個比較法上的參考範例。

## 二、因應食品安全危害風險的多種規制手段：以美國為比較依據

美國法之概念體系雖與在行政法與刑法中大量繼受大陸法系傳統的我國法律概念體系有所差異，但這不表示美國食品立法之規制策略沒有參酌餘地。美國聯邦食藥法的食品健康安全危害風險規制，大體上採取「推定安全」、「擬制絕對危害」與「推定危害」等三種不同的模式。由以下論述可知，我國食安立法的制度缺漏之一，不僅在於過度仰賴「推定安全」的規制策略，以致忽略其他兩種規制模式所能發揮的功能。真正的問題更在於未能充分掌握「推定危害」規制，究竟可以建立在何種正當基礎之上，因此一直以來也未能提出適當的「推定危害」規制手段。本節藉由比較法的觀察，從立法論上檢討我國食安法制，並在理論層次上提出可能的制度革新方案。

### （一）推定安全的規制模式

第一種安全危害風險的規制模式，建立在危險防禦的傳統思維之上，與我國食安法「禁止毒害健康物質」的規範相當，規制者必須「證明健康安全危害可能性」，方能發動禁止管制，也必須在證

明健康之「實害結果」或「具體危險」的存在<sup>85</sup>，才能施予事後之刑事制裁。聯邦食藥法第402條所規定的第一(a)大類不法混摻，當中以「有毒或有害物質」之禁止為核心的第一個次類，在發動管制或制裁處罰之前，必須證明該等物質在「特定含量下」確實可能對人體健康造成危害，即屬於這種規制模式。

聯邦食藥法更進一步根據該等「有毒或有害物質」究竟屬自然存在於食品當中或由人為加入，是否為製造過程中必要、不可避免或屬不必要而可予排除者，異其危害之證明程度。倘若該等有毒有害物質屬食品中自然存在（not an added substance）者，容許在通常不至於致害的含量內（not ordinarily injurious to health），存在於食品中<sup>86</sup>。倘若該等有毒有害物質屬人為加入，又非生產製造過程所必要而可避免，則只要在對「任何人」有可能造成危害的程度（may render injurious），即可予禁止<sup>87</sup>。又倘若該等有毒有害物質雖屬人為加入，但為生產製造過程中所必要或不可避免者，則授權主管機關訂定安全限量標準<sup>88</sup>。然而無論係何種危害證明程度，第一種規制模式都必要建立在充分認識有毒有害物質之上。

換言之，第一種規制模式基本上只能針對「已知安全危害可能

---

85 至於「抽象危險犯」則屬「擬制危害」之規制模式，詳下述。

86 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(a)(1), 21 U.S.C. § 342(a)(1) (2014) (“...but in case the substance is not an added substance such food shall not be considered adulterated under this clause if the quantity of such substance in such food does not ordinarily render it injurious to health”). 蕭宏宜（註17），頁70，就此之翻譯與說明顯然有誤。

87 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(a)(1), 21 U.S.C. § 342(a)(1) (2014) (“If it bears or contains any poisonous or deleterious substance which may render it injurious to health....”).

88 Food, Drug, and Cosmetic Act § 406, 21 U.S.C. § 346 (2014) (“when such substance is so required or cannot be so avoided, the Secretary shall promulgate regulations limiting the quantity therein or thereon to such extent as he finds necessary for the protection of public health, and any quantity exceeding the limits so fixed shall also be deemed to be unsafe for purposes of the application of clause (2)(A) of section 402(a)”).

性」的健康安全危害物質發生作用<sup>89</sup>。對於危害因果或風險知識尚屬未知（無知識），或危害性根本尚未被意識的物質（蒙昧不知），第一種規制模式將無法真正達到確保健康的目的。面對安全危害知識有所欠缺的未知，除非由健康安全風險評估填補原有知識缺口，否則在面對「未知危害性」時，就只能盲目地將之等於「已知無危害之虞」。推定安全模式的規制者在「未知」尚未侵擾人類日常生活之前，多半並沒有針對未知危害性之物質進行健康風險評估以建立一般因果知識的誘因或壓力，而僅被動地在事後以補破網的方式，因應新興的食安危機。推定安全的規制模式不僅對於填補存在於未知世界中的知識缺口，並無積極的促成作用。對於如何從茫茫未知中挑選適合的目標，將有限的健康風險評估資源投注於轉化未知為已知，也沒有任何的策略。

## （二）擬制絕對危害的規制模式

第二種「擬制絕對危害」的規制模式則是由立法者透過法律，直接將特定物質視為有害身體健康，而加以規制。此種模式可能是基於充分確定的危害認識而來（已知），也可以僅是面對特定無法填補的知識缺口（亦即「無知識」）時，所作出的集體價值決斷。美國聯邦食藥法的「帝藍尼條款」（the Delaney Clause），從1950年代末期開始，針對「致癌物質」採取「絕對零容忍」的管制政策，並不容許以「量少尚無害」的片面證據，改變零容忍的規範要求。彼時之所以採取「絕對零容忍」政策，主要是基於科學界自認當時對各類致癌物質的危害性仍存在許多無法填補的「無知識」，而大眾則擔心致癌物質長久將可能造成巨大而無法彌補的危害，因此寧可冒著打擊過廣的風險，也嚴格禁止。「帝藍尼條款」對致癌物質的管制，可說是當代「預警原則」（precautionary principle）在食品

---

<sup>89</sup> 在刑事制裁上，「實害犯」與「具體危險犯」都是推定安全模式的典型規制手段。

管理立法上的具體表現形式之一<sup>90</sup>。直到1996年，美國國會才在科學界認為已累積足夠的致癌風險知識後，放棄「絕對零容忍」的擬制危害管制模式。我國食管法第15條第3項將「近十年內有發生牛海綿狀腦病或新型庫賈氏症病例之國家或地區牛隻」之特定部位，直接當作同條第1項第3款之「有毒或含有人體健康之物質或異物」，也同樣是在狂牛症之風險仍存在短期內無從填補的無知識，卻又擔心不予規制的後果將難以設想的情況下，直接採取「擬制絕對危害」的規制模式。立法擬制絕對危害的規制模式，雖然使規制者不至於因短期內尚無法填補的「無知識」而不能有所作為，但針對短期內即可能填補的「無知識」，若以立法擬制危害，反而無法在規制的過程中主動促成風險知識的累積，也較難以機動地回應知識累積後的新情事發展。因此區分可否填補的無知識，對於應否採行立法擬制危害的規制模式，具有重要的意義。

上述「擬制危害」的規制在行政管制的脈絡下雖非罕見，但適用於刑事制裁時則涉及刑法「抽象危險犯」立法的正當邊界問題。刑法的「抽象危險犯」雖由立法者擬制危險，但刑法學者多認為，「抽象危險犯」仍應以「已知具有安全危害可能性」（包括行為與危害結果之因果知識或行為危險性之風險知識的掌握）為入罪之前提，而應排除全然欠缺安全危害可能性的行為<sup>91</sup>。刑法學者提出兩種在法律解釋適用上限縮抽象危險犯的方法：一是容許於個案上反證立法者的擬制，二是直接限定構成要件該當的行為必須具有危險的「潛能」或「適格性」。不過，一旦容許於個案上以具體事證推翻立法者的危害擬制，而現實上也存在反證的可能性（因「已知」無危害，或本即為「可填補」的無知識），則抽象危險犯充其量屬於下述推定危害的規制模式。反之，若直接限定構成要件行為尚必須具有產生抽象危險的「潛能」或「適格性」，則又與上述推定安

90 不過，「預防原則」亦可以作為第三種「推定危害」之規制模式的基礎。

91 參見李茂生（註25），頁37-38。

全的規制模式相近，有待規制者在發動規制前，能證明危害的潛能或適格性。但立法者之所以不待實害或具體危險出現（亦即不採「推定安全」之規制模式），即藉由擬制危害而提早進行規制，雖然多半是因為危險因子與法益侵害事件間「已知」具有高度蓋然連結關係（一般的抽象危險犯），但也可能確實在面對特定且短期內確實無從填補的無知識時，安撫大眾不安與恐懼的手段（雖然這也是一種集體的價值決斷，例如上述狂牛症牛肉的情形）<sup>92</sup>。而在後一情形中，既無人能真正證明未知中的危害（因此適格性或潛能無從積極認定），也無人能反證未知中的安全（因此個案中的反證無由發生），刑法學者提出的兩種限縮抽象危險犯的方法，於此都有適用上的困難。立法者固然不應將所有「已知」其發生蓋然性，但尚未實際發生危害之各種風險，不論危害之遠近或發生蓋然性之大小（產生危害的潛能或適格性），在刑事立法上均直接擬制為危害，將造成風險刑法的不當擴張。但是面對短期內確實無從填補且特定的「無知識」，若其結果一旦實現又將造成巨大而無從彌補的危害時，擬制危害的規制模式是否均屬不當擴張的風險刑法，或許並非全無討論餘地。然本文既以風險行政管制架構為主軸，就此刑事立法之問題（例如產銷狂牛症牛肉是否得擬制為含有毒害物質而以刑罰處罰）將不再進一步論述。

### （三）推定危害的規制模式

第三種推定危害的規制模式，被規制者在製造流通特定食品前，必須證明具有一定程度的安全性，始免受禁止之管制或處罰。聯邦食藥法第409條針對「食品添加物（food additive）種類」所採取的事前許可制，要求申請人必須提具安全性資料，證明該等食品添加物的使用在何種條件下對人體健康無害，並申請主管機關依此

---

<sup>92</sup> 李茂生，論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）——兼評最高法院99年度台上字第3048號判決，法令月刊，63卷3期，頁14（2012年）。

頒訂食品添加物使用之行政命令後始得產銷使用<sup>93</sup>，違反者除非能在事後證明該添加物已廣泛地被相關領域之專家認知為安全（generally recognized as safe, GRAS）<sup>94</sup>，否則視為「不法混摻食品」，須面臨民、刑事與行政責任之追究<sup>95</sup>，即屬於推定危害的規制模式。對「物」的「推定危害」規制模式，不再要求由規制者「證明危害」，而將「證明安全」的責任轉嫁於被規制者身上。此與刑事法為了在最大限度內確保個人生命與自由免於國家恣意干涉，因此傳統上對「人」的究責採取「無罪推定」與「不自證己罪」的原則，剛好相反<sup>96</sup>。也因此，「推定危害」的食安規制模式必須建立在足夠的規制必要性與明確的發動條件之上，方能證立其正當性。人類在特定問題意識已然形成，而危害知識雖尚未及拓展，但存在填補知識缺口的可能性時，推定危害規制模式即展現出優於其他兩種模式的特點。

以上述美國聯邦食藥法對「食品添加物」的規範為例，立法者

---

93 Food, Drug, and Cosmetic Act § 409(b), 21 U.S.C. § 348(b) (2014) (“(1) Any person may, with respect to any intended use of a food additive, file with the Secretary a petition proposing the issuance of a regulation prescribing the conditions under which such additive may be safely used. (2) Such petition shall, in addition to any explanatory or supporting data, contain—... (E) full reports of investigations made with respect to the safety for use of such additive, including full information as to the methods and controls used in conducting such investigations.”).

94 Food, Drug, and Cosmetic Act § 201(s), 21 U.S.C. § 321(s) (2014) (“...if such substance is not generally recognized, among experts qualified by scientific training and experience to evaluate its safety, as having been adequately shown through scientific procedures (or, in the case of a substance used in food prior to January 1, 1958, through either scientific procedures or experience based on common use in food) to be safe under the conditions of its intended use...”).

95 Food, Drug, and Cosmetic Act § 402(a)(1), 21 U.S.C. § 342(a)(2)(C)(i) (2014) (“A food shall be deemed to be adulterated, if it is or if it bears or contains any food additive that is unsafe within the meaning of section 348 of this title...”).

96 論者認為在食品衛生刑法上，若直接以被管制者違背行政法上應證明安全的先行義務，作為入罪之基礎，將違反不自證己罪原則。參見古承宗（註17），頁73。蕭宏宜雖未直接就此問題討論，但亦間接表達相類似觀點。參見蕭宏宜（註17），頁72。

即是基於食品添加物除少數已有長期安全使用經驗者外（因此能符合GRAS），一般多為新的人工合成物，使其處於安全或危害知識仍有所欠缺的「無知識」狀態。面對既沒有充分證據證明安全，也沒有充分證據證實危害，但短期內卻存在填補知識缺口的可能性時，倘若在行政管制上採取第一種「推定安全」的規制模式，將可能誤當有害為安全（偽陰性），而容任甚至擴大了未知所帶來的遲滯型危害；採取第二種「擬制危害」的規制模式，又可能誤當安全為有害（偽陽性），而過度規制。反之，「推定危害」的行政管制模式將提出風險知識的責任，加諸於潛在風險製造者身上，能較快而有效地累積安全與危害知識，不僅能預先避免在未知危害的狀態下因盲目使用而受害可能危害，也能縮短因未知而對有益之利用帶來的各種限制。在其他領域中，此種管制模式亦非少見，例如新藥品的上市許可、核電廠的設置等。顯然在面對可填補的「無知識」狀態，「推定危害」模式比起「推定安全」與「擬制危害」模式，都更能有效填補資訊落差<sup>97</sup>。面對前述未知遠大於已知的世界，推定危害的管制模式，促使被管制者自發投注資源於健康風險評估，也更有效地將可填補的未知轉化為已知。

至於在刑事制裁上，以推定危害的規制模式處理「可填補」的「無知識」，確實能同時避免「推定安全」模式對安全風險的處理包含過窄（只能處理已知危害），而「擬制危害」模式可能又包含過廣（過度打擊根本無危害性的行為）的困境。前述刑法學者所主張，可於個案中反證無危險的抽象危險犯，即與推定危害的刑事規制模式相當。廠商若明知在行為當下的「未知」狀態中，既無證據

---

<sup>97</sup> See, e.g., Katharine Van Tassel, *Regulating in Uncertainty: Animating the Public Health Product Safety Net to Capture Consumer Products Regulated by the FDA that Use Innovative Technologies, Including Nanotechnologies, Genetic Modification, Cloning, and Lab Grown Meat*, 2013 U. CHI. LEGAL F. 433, 433-40 (2013). See also John S. Applegate, *Bridging the Data Gap: Balancing the Supply and Demand for Chemical Information*, 86 TEX. L. REV. 1365 (2008).



顯示安全，也無證據顯示危害，且遲滯型之危害一旦發生將造成難以彌補之損害，卻仍在推定危害的明確行為規範下，執意使用未經證實具可容許安全性的食品添加物，應可以認為具有容任可能危害發生的未必故意，並可被課予提出安全性資料的義務。此種為了因應「可填補」的無知識狀態，而課予行為人負有證明安全責任的推定危害規制模式，應該可與下列兩種情形相區別：(1) 雖然已知或可知風險之危害性，但距離其實現仍很遙遠，立法者卻為安撫大眾不安情緒，而以風險刑法「提前」予以規制；(2) 單純只為維護行政管制規範之「威權」免於被冒犯，而無真正法益保護必要性<sup>98</sup>。從而，在刑事制裁上採行推定危害模式的真正困境或許即在於其可能背離「無罪推定」之程序法原則<sup>99</sup>，不過，立法者藉由明確之構成要件所為的結果推定，與司法程序上直接推定構成要件該當而作出有罪認定，二者之性質並不全然相同；前者是否可能在某種條件下具有憲法上的可容許性，也並非完全沒有討論餘地<sup>100</sup>。本文既以

98 李茂生教授批評我國食管法第15條第1項第10款，將「添加未經中央主管機關許可之添加物」之行為當作「抽象危險犯罪」，乃是不當的風險刑法，蓋此等行為之特質充其量僅是對「威權的冒犯」，並無危害人體健康之虞。李茂生（註25），頁41-42。不過，我國食管法對於「食品添加物」之規範，並未如美國聯邦食藥法乃是針對「添加物種類」進行管制，而採「特定廠商搭配特定產品」的查驗登記許可制，因此確實會出現A廠商雖已獲許可使用特定食品添加物X，但B廠商未申請X之查驗登記即予產銷，C廠商進而使用B廠商未經查驗登記之X，則不論B與C廠商所使用之X是否確具有危害性，均已違反第15條第1項第10款規定。是以，李茂生教授針對我國食管法將「添加未經中央主管機關許可之添加物」之行為規定為抽象危險犯一事，批評其與保護健康無涉，僅在「保護行政管制規範之威權免於被冒犯」，並非沒有道理，但與本文在此所舉美國「食品添加物」之推定危害規制模式，仍屬有間。

99 李茂生（註25），頁41，即認為：「未經證明為無害，並不代表其一定具有『有害人體健康』的特性。如果不加上『情節重大足以危害人體健康之虞』的限制，即等同於『不能證明為有害，即推定為有害』的有罪推定。這在刑法解釋學上是犯了大忌。」不過，若欲以刑法解釋學之原理，突破立法文義解釋可及範圍之拘束，進行合憲性解釋的限縮，除了必須將刑法解釋學之原理，提高為憲法原則的位階外，也仍必須與相對應的正當立法目的所追求的利益與採行之實際手段，進行比例原則上的權衡。

100 現行法中相類似的立法例包括：貪污治罪條例第6條之1的「財產來源不明罪」，規定公務員犯特定罪嫌時，「檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配

風險行政管制手段之檢討為主軸，就此刑事法上值得深究之問題將不再作進一步論述。

然而即使撇開刑事制裁的問題，推定危害的規制模式，在規制的手段上，仍需要藉由劃分已知與未知的確切邊界，以避免危害之推定流於浮濫。美國聯邦食藥法將未經核准之「食品添加物」種類推定為危害所對應的參考點，是主管機關審查確認具一定安全性的各類食品添加物之種類與使用範圍；超越此一「已知」之安全範圍者，始推定為危害。因此即使先不討論於刑事制裁上採行推定危害之規制模式，是否能在我國通過無罪推定原則的合憲性檢驗，而僅將推定危害的規制模式侷限於行政管制，也仍需要國會更明確的授權，並清楚界定推定得以發動之條件<sup>101</sup>。我國現行食品安全衛生管理法第15條第1項第9款，雖有「從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康」的規定，也就是針對「從未於國內供作飲食」的食品或食品添加物，採取「推定危害」的管制模式。相較於美國聯邦食藥法的上市許可規範，僅適用於以「食品添加物」型態製造或銷售之物，第9款以「從未於國內供作飲食」，當作啟動「推定危害」的條件，不因規範對象屬食品或食品添加物而有所不同，似乎更為全面。但食管法對於食品及其原料之「種類」<sup>102</sup>，本來即未要求事

---

偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金；「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例」第5條與第10條規定，推定為「政黨、附隨組織」不當取得財產之情形。前者屬刑事制裁，其中「命本人就來源可疑之財產提出說明」之規定，亦可能同樣有違反「無罪推定」原則的合憲性爭議，但也並非全無合憲之可能。不過此議題實已超出本文問題意識所設定之處理範疇，無法在此進一步論述。相關論述可參許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，頁141-204（2012年）。

<sup>101</sup> 美國的國會授權，參見Food Additives Amendment of 1958.

<sup>102</sup> 在2013年6月修法前，對「食品添加物種類」也未採取上市許可制。2013年6月修法，雖然在第15條第1項第10款將「添加未經中央主管機關許可之添加物」的食品或食品添加物，規定為不法食品，但並未相對應地就新的食品添

前許可，因此究竟哪些食品已於國內供作飲食，哪些從未於國內供作飲食，在認定上難有明確之標準。例如，已長期於市面流通的精煉餛水油，是否屬於已於國內供作飲食，而不能再「推定危害」，即成為問題。此外，「從未於國內供作飲食」是否僅指食品或食品添加物之「種類」，或亦包括其中所含之「物質」，同樣並不明確，因此「牛肉」雖曾於國內供作飲食，但以「瘦肉精」飼養之牛隻的牛肉，是否屬於「從未於國內供作飲食」，也曾發生爭議，直至2012年8月食管法修法，於第15條第4項直接明文規定「國內外之肉品及其他相關產製品，除依中央主管機關根據國人膳食習慣為風險評估所訂定安全容許標準者外，不得檢出乙型受體素」，方才確立瘦肉精（即乙型受體素）應適用「推定危害」之規制模式<sup>103</sup>。基於

加物種類，制定上市許可的申請程序。

103 當有食品原料或食品添加物是從「推定安全」模式轉變為「推定危害」之管制，可能另外引發「管制性徵收」(regulatory takings)的問題。所謂「徵收」，指政府完全剝奪私人財產之所有權，原所有人無法繼續擁有、使用、收益、處分其物。所謂「管制」，指政府以法律、命令或其他手段，限制私人使用、收益或處分其物之方式，但未剝奪其所有權。徵收與管制，在光譜的兩個極端。在光譜的中間，是「管制性徵收」。倘若系爭「物」本為生產者之可廣泛加工、行銷之財產，若突然被推定為致生危害，其財產價值必然大減。當然，究竟應定性為無須公正補償的單純管制，或定性為須公正補償的管制性徵收，需在具體個案中分析，難以一概而論。管制性徵收的外觀較近似管制，因為兩者均未剝奪私人所有權；反之，徵收必然伴隨所有權移轉登記（不動產）或占有移轉（動產）。但就規範評價與法律效果而言，管制性徵收則接近徵收，蓋管制性徵收對私人使用、收益、處分之限制甚大，致使所有人之財產利益大幅萎縮，殆與所有權「剝奪」無異，故應予徵收補償（或稱損失補償）。管制性徵收的管制內容近似管制，未剝奪所有權，但法律效果等同徵收，皆須補償，此為三者區別困難之原因。然而，在我國，管制性徵收理論與實務，尚未完全開展。雖然大法官曾以源自德國法的「特別犧牲（Sonderopfer）理論」，肯認應補償受到管制性徵收之財產權人（司法院釋字第400號解釋關於既成公用道路之補償，即為適例），但此類解釋並未影響實務。行政法院一貫主張諸如司法院釋字第400號解釋，僅為立法與施政之方針，人民不得以之作為請求權基礎。參見最高行政法院97年判字第229號判決、最高行政法院93年判字第178號判決、最高行政法院92年度判字第554、675、897、828號判決，91年度判字第1395號判決等。關於此實務見解之批判，司法院釋字第747號的里程碑意義與管制性徵收的理論建構，參見張永健，怎麼樣的犧牲才夠特別？論管制性徵收，大法官105年度學術研討會——正當法律程序原則之憲法解釋，司法院主辦（2016年12月3

相同的理由，以「攙偽假冒」食品「是否曾於國內供作飲食」，當成啟動「推定為危害」規制的參考基準，也仍然無法適當解決攙偽假冒食品對健康安全所帶來的未知風險挑戰。

### 三、以食品身分標準為對象建立推定危害的參考點

至此，以「禁止毒害健康物質」的「推定安全」規制為主，而對「擬制危害」與「推定危害」模式仍猶疑不定的刑法規範，與積極借重多種管制模式以因應食品安全危害之多重面貌的行政管制，二者間的差異逐漸明顯（見表1）。

富味鄉案的智財法院判決與國內刑法學者對食安刑法所採取的立場，均由刑法謙抑原則推論而出。在此觀點下，針對食品的安全危害風險，無論認為「攙偽假冒」是屬於必須蘊含類型性危險的「抽象危險犯」，或是根本無須考慮危險結果而僅需證明行為本身具有健康危害可能性的「適性犯」<sup>104</sup>，刑法的基本原則都堅持刑事立法除了能以「推定安全模式」，規制實害結果或具體危險結果之外，最多也只應被拿來處理與法益實害「已知」具有統計上高度蓋然連結的特定危險行為類型，而論以「抽象危險犯」<sup>105</sup>。換言之，在刑法謙抑的思考下，即使欲以「擬制危害」的模式因應短期內尚無法填補卻可能帶來災難性後果的「無知識」（例如，將狂牛症牛肉擬制為含有毒害物質），或以「推定危害」模式彌平可填補的知識缺口（例如，將未經核准之食品添加物種類當作可以反證的健康安全抽象危險犯），都仍被刑法學界認為有風險刑法不當擴張的疑慮。而「攙偽假冒」的行為既然與「健康安全危害」之間，不具備

---

日）。

若日後有食品原料或食品添加物從「推定安全」模式轉變為受到「推定危害」管制，我國法院是否會肯認系爭物之所有人據以提出管制性徵收之補償要求，目前似不樂觀。

104 抽象危險犯與適性犯的區別，請參見李茂生（註92），頁11-13。

105 李茂生（註92），頁14-15。

高蓋然性的頻率連結關係，自難以確保安全之名，從「流通健康安全無虞食品」的法益維護義務，合理地推論出「禁止攙偽假冒」的刑法誡命<sup>106</sup>。也很難在沒有「危害人體健康之虞」的情況下，將產銷使用攙偽假冒食品，直接擬制為違反「禁止毒害健康物質」規範的行為。

表1 安全危害的三種規制模式

	推定安全模式	擬制危害模式	推定危害模式
	傳統危險防禦	面臨災害性結果，用以處理不可填補的「無知識」	因應可填補的「無知識」狀態，彌平知識缺口
行政管制	◆ 一般毒害物質管制	◆ 美國早期對致癌物質的管制	◆ 新藥上市許可管制 ◆ 美國食品添加物種類管制
刑事不法	◆ 實害結果 ◆ 具體危險結果 ◆ 與法益實害「已知」具有統計上高度蓋然連結的特定危險行為類型／適性犯	◆ 狂牛症牛肉擬制為含有毒有害物質  (風險刑法的不當擴張?)	◆ 可反證的抽象危險犯  (風險刑法的不當擴張? 違背「無罪推定」原則?)

資料來源：作者製表。

無差別地將所有的攙偽假冒，都當成健康安全的危害而科以刑罰，在安全維護的目的下，固然毫無疑問地是風險刑法的不當擴張；但僅靠「禁止毒害健康物質」之規範，規制已知的毒害食品，卻完全不能回應來自「未知」的挑戰。當代食品安全的最大隱憂之一，既然來自於未知安全性／危害性的各種攙假物質，如何在嚴守

<sup>106</sup> 相類似但稍微不同的表述方式則是：行政法上禁止流通攙假食品的義務（流通禁止），不能自動轉化為刑法上避免法益侵害或危險的義務（流通義務）。參見古承宗（註17），頁71。

傳統危險防禦思考的毒害管制與處罰之外，找到適當的前進規制據點，合理管控未知風險，即成為當代食管法必須面對的課題。相對於刑法規範僅關心「已知」風險之規制，連帶侷限其規制手段選擇，行政管制在規制風險「未知」狀態的任務設定，使其在規制模式的選擇上，有著與刑事制裁截然不同的邏輯與彈性。對行政管制的立法而言，「擬制危害」可以在面對災難性後果的威脅下，用來解決短期內無從填補之特定「無知識」困境；而「推定危害」則適於處理可填補的「無知識」狀態，藉由將提供資訊以證明安全的責任轉嫁於被管制者，以便能先行累積安全與危害知識／資訊，避免「推定安全」所造成的遲滯型風險<sup>107</sup>。

攙偽假冒食品所涉及的未知安全風險，多屬於「可填補的無知識」（例如，棉籽油冒充橄欖油事件中，棉酚危害的知識），或者全然的「蒙昧不知」（例如，奶粉中加入三聚氰胺），而較少有「不可填補的無知識」困境。準此，在食管法的「安全」維護目的下，若能考量刑事制裁與行政管制的區別，而採行多重的安全危害防制模式，或許才能完整回應「攙偽假冒」對健康安全帶來的不同挑戰：

1. 將已確知「有危害人體健康之虞」的攙偽假冒食品，直接科予違反「禁止毒害健康物質」的刑事責任；
2. 針對涉及可填補之「無知識」的攙偽假冒食品，至少以「推定危害」的行政管制予以因應。

但是，即使僅在行政管制上欲採取推定危害的規制模式，仍須要有明確的參考點，劃分已知與未知，作為啟動危害推定的合理基礎，已如前述。以攙偽假冒食品「是否曾於國內供作飲食」當作啟動危害推定的條件，欠缺區辨攙偽假冒食品中的已知與未知危害的基礎。現行依附在任意標示制度下的「攙偽假冒」認定標準本身，同樣也無法作為確認安全與推定危害的區分依據，因為符合標示資

---

<sup>107</sup> 有關遲滯型風險的概念，請參見周桂田，在地化風險之實踐與理論缺口——遲滯型高科技風險社會，台灣社會研究季刊，45期，頁69-122（2002年）。

訊之「正品」，並不當然安全無虞。因此，就算在交易秩序的法益破壞之外，將現行依附在任意標示制度下的「攙偽假冒」，也一併推定為具有安全上的危害，此一手段對於降低食品科技應用中所隱藏之未知風險的目的而言，並沒有任何助益，違反比例原則中的適當性原則。因為只要調整標示使其不致不實，就不是「攙偽假冒」；只要不是「攙偽假冒」，對於各種尚未被認定為危害的食品科技應用，即使仍屬未知，也都不會適用攙偽假冒的推定危害管制。任意標示資訊所定義的「正品」既然不足以提供可確立為「已知安全」的基準，難以針對「攙偽假冒」所帶來的未知風險，發揮合理的管制作用，推定危害的管制就必須另立有效的危害推定參考點。

至此，填補資訊落差的需求，在兩個面向上指引了攙偽假冒食品管制與處罰制度的設計。一方面，在維持交易秩序的目的之下，為了協助「禁止攙偽假冒」的行為規範能充分發揮其管理品質的功能，須要有獨立於食品標示的「正品」標準，以認定信任屬性造假的「攙偽假冒」，翻轉任意標示所造成的資訊落差。另一方面，在確保安全的目的下，為了回應攙偽假冒食品對健康安全帶來的未知風險挑戰，須要有獨立於食品標示的「安全」基準，作為推定危害的參考點，藉以劃定須要投注健康風險評估資源轉化未知為已知的適當標的，以較有效益的方式逐漸填補人類知識的缺口<sup>108</sup>。有鑑於此，一個能同時提供「正品」的認定與「安全」擔保的標準，是引導廠商行為與判斷信任屬性造假之「攙偽假冒」的獨立基準，更在搭配廠商的申報義務後，成為偵測「需優先填補之『無知識』」的手段，使管制者得以藉由健康風險評估，將「常見」之未知轉化為已知後，回歸「推定安全」的管制模式（包括於確認毒害時予以禁

---

108 「獨立於食品標示的『正品』標準」和「獨立於食品標示的『安全』基準」雖是兩個可相互獨立的政策倡議，前者主要處理「交易秩序」的問題，後者處理「食品中未知風險」問題。但這兩個政策倡議的具體策略，則可共同指向「經過安全風險評估的食品身分標準」。

止，或於確認安全或可訂出安全容許量時，許可使用)<sup>109</sup>。

本文認為，在「食品標示」外，可以從強化廠商與政府間的兩個方向的資訊流動，重建「禁止攙偽假冒」在管理食品「品質」之規範目的下的獨立功能，同時更合理地連結食品管制與未知風險的預防，以維護健康「安全」。一是建立以「健康風險評估」為本的「食品身分標準」，作為「攙偽假冒」判斷基準的「正品」標準；二是針對欠缺食品身分標準或偏離身分標準的食品，建立食品廠商向主管機關揭露食品完整的成分內容的申報義務。

在此必須再次強調的是，本文並非主張「禁止攙偽假冒」規範下的攙偽假冒罪，既是為了保護交易秩序，又是為了保障健康安全之法益。毋寧，本文主張攙偽假冒罪專指信任屬性造假而破壞交易秩序的行為。至於攙偽假冒食品所惡化的風險未知問題，本不能仰賴處罰攙偽假冒罪而獲得解決，而只能仰賴「食品身分標準」的建立提供安全參考點，以進行推定危害的行政管制。違反「食品身分標準」與「申報揭露義務」的行為（背離身分標準而未揭露資訊）<sup>110</sup>，除了因為構成信任屬性之造假而成立攙偽假冒罪外，在安全規制的面向上，僅喪失可被推定為安全的利益，除非自行提出安全的證明，否則即可成為行政不法的管制對象。至於是否可進一步在推定危害的基礎上構成刑事制裁，則因為尚牽涉「無罪推定原則」之問題，本文對此則暫不討論。

由於論者已為文探討食品身分標準<sup>111</sup>，本文第肆部分主要探討食品成分揭露，此處僅再扼要說明食品身分標準與「禁止攙偽假冒」之關連：

---

109 在管制者仍未能進行健康風險評估前，則仍以「推定危害」模式，對「無知識的未知」進行管制。

110 請參見以下第肆部分第二節。

111 參見邱文聰（註15），頁10-35。



所謂建立食品身分標準，是指逐一為常見食品及其原料制定操作型定義標準，讓諸如「100%原汁」、「濃縮還原果汁」、「鮮乳」、「豬油」等食品及其原料之名稱有明確內涵，防止魚目混珠。食品廠商依據食品身分標準，自行標誌自家食品屬於有明確定義的食品，或者他類食品。某些名稱及描述，只保留給符合食品身分標準者。至於「純天然釀造」、「手打」、「古法製程」等等食品成分之製程，在影響一般消費者對食品品質期待的範圍內，也應納入食品身分標準中<sup>112</sup>。食品身分標準建立後，則需進一步對標準中採用的成分與製程，進行健康風險評估，以確認身分標準足以作為擔保食品安全的「安全港」。當食品身分標準建立並經健康安全風險評估確認安全性後，無論是將黃芝麻油混入黑芝麻油、將大量發酵釀造的醬油和古法釀造醬油「混為一罈」、或將回收豬油精煉後以清香油之名販售，都會因為偏離食品身分標準而產生新的資訊落差，進一步產生具體的揭露義務。偏離身分標準卻未將偏離的資訊提供消費者，不僅應被當成違背資訊揭露義務的秩序違反行為，更是直接對食品「信任屬性」的造假，違背「禁止攙偽假冒」的行為規範<sup>113</sup>。

此種標示與標準的連結，除了可被法院、行政主管機關爰以執法，也可以被下游廠商（如食品加工廠、食品品牌）用來獲得上游廠商（如食品原料供應商）品質保證的有效方式。在其他領域，下游廠商只能寄望於民法的瑕疵擔保責任與約定的高額違約金，約束上游廠商循規蹈矩。但有了食品身分標準後，想要高品質原料的加工廠，就可以要求原料廠商提供「遵循古法」、「100%」或「純天

112 對食品「命名」管制之相關質疑，參見李建良，食品標示之規範體系與法治實踐——以食品安全衛生管理法為中心，2015行政管制與行政爭訟學術研討會：食品安全的法律對策與法治實踐，中央研究院法律學研究所主辦（2015年11月20日）。

113 學者並認為可將食品身分標準分為強制型與非強制型兩種。強制型的食品身分標準，嚴格規定某種食品的必須包含的成分與比例，不允許偏離。學理上認為應僅限於使用在重大影響「國民營養」之食品，請參見邱文聰（註15），頁30-34、38-40。本文所探討者為「非強制型」身分標準。

然」之產品，並明確標示之。此時，原料廠商有意無意魚目混珠的代價，不是只有脫產後就免除掉的民事責任，還有攙偽假冒的行政與刑事責任。

#### 肆、翻轉管制資訊落差的補充策略：廠商向政府揭露成分

建立食品身分標準，有前述之好處；但行政管制同樣要考量成本與效益，而訂立食品身分標準並非零成本，甚至可能因為須踐行正當法律程序而所費不貲，是故主管機關不太可能為所有食品都建立食品身分標準。準此，從食品身分標準連結食管法第15條之管制，仍有不小的漏洞（沒有食品身分標準的食品都可能構成潛在漏洞）。是故，在本部分提出一種新的配套管制措施：食品廠商向政府揭露食品成分。

廠商向政府揭露食品成分，是探索未知風險的必要補充。食品廠商對政府揭露食品成分與添加物，和現行食品標示義務，是平行的管制手段。參見圖1，食品標示管制是要求廠商提供消費者資訊，讓食品市場在資訊儘量充足的制度環境中競爭，使消費者能選擇自己真正偏好之食品。在食品標示制度下，政府要獲取食品成分與添加物資訊，要如同消費者一般蒐集、比較產品標示之資訊。各國食管法對於「已知的」健康安全風險，多半已能藉由食品「良好衛生規範」或建立「控制危害分析重要管制點（Hazard Analysis and Critical Control Points, HACCP）」等食品安全管制系統的方式，進行管制。但伴隨著運用食品科技之攙偽假冒而來的食品安全風險，則多屬未知，政府必須主動出擊、探索未知。若僅實施食品標示制度，政府獲取管制資訊之成本太高。是故，食品成分與添加物之揭露義務，是要求廠商提供政府完整資訊。倘若未踐行事前的申

報，或申報內容不實，即喪失將該等食品推定為安全的合理基礎；除非廠商自行提出安全的證明，否則即可推定為有「危害人體健康之虞」，而成為行政不法的管制對象。建立此種申報義務與不遵守此義務伴隨之行政罰鍰，則有待立法者修訂食管法。

### 一、分離均衡與混合均衡

如何證成此種管制？無論從憲法保障自由權、自由人主義（libertarianism）的政治思想、新古典經濟學不喜政府干預市場的角度出發，行政管制均非理所當然之事。畢竟，政府也會失靈，市場固然因為制度成本（institutional cost）不可能為零而不如純理論刻劃得那般完美，但政府多干預並不當然導致較好的後果。在一連串的食品危機後，本文所閱讀的許多法學文獻，都認為是政府干預不夠所致，沒有人倡議用「看不見的手」（invisible hand）解決。何以如此？抽象地說，就是食品品質之資訊成本太高。

詳言之，賽局理論將均衡分為「分離均衡」（separating equilibrium）<sup>114</sup>和「混合均衡」（pooling equilibrium）<sup>115</sup>。混合均衡是牛驢同一阜、雞棲鳳凰食，假作真時真亦假，好商品與黑心商品混在一起，消費者無從判別。分離均衡是「一分錢、一分貨」、「便宜沒好貨」。食品科技日新月異後，分離均衡越來越難——真材實料往往比化合物貴；而新科技使得化合物可能沒有色、香、味，或者是提升一般消費者喜歡的、貌似天然的色、香、味——所以多數消費者即使反覆採買同類產品，只要不是吃過立刻拉肚子或送醫院，也無法從經驗中吸取教訓。當品質不易判斷時，消費者就會傾

---

114 1999年立法制定健康食品管理法，限制能獲得健康食品標章之食品，是為了製造分離均衡。但至今獲得健康食品標章者有如鳳毛麟角，且許多同類產品（如優酪乳、口香糖）都紛紛取得標章，沒有產生分離均衡。健康食品之管制架構，參見張永健，論藥品、健康食品、食品之管制，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2003年）。

115 See DOUGLAS G. BAIRD ET AL., GAME THEORY AND THE LAW 83 (1998).

向比較最容易評比的指標——價格。但價格戰的勝利者，可能就是使用劣質材料的廠商。

政府的解決之道當然不是要求低價廠商提高價格，而是——本文主張——藉由食品身分標準、成分揭露等管制，使廠商不敢、不能使用低劣有害之原料；在成分或製程是否有害尚屬未知時，至少能藉由此兩種事前管制，使消費者或公民團體有機會辨識相似產品的不同處。換言之，要突破混合均衡的魔咒，必須設法降低資訊成本，使供應鍊中的廠商、消費者都有機會辨識出黑心原料或黑心食品、優質食品或劣質食品，從而將之絕於市場。若食品只是品質高低之分，食品身分標準有助於區隔市場。當食品存在未確知之風險，廠商無論透過哪一種管制途徑而向政府申報其食品內容與添加物，都有助於政府進一步分析、掌握風險。

## 二、申報、揭露、分析

以下進一步申論成分揭露管制之內容與相關可能爭議：

資訊應由廠商向政府流動。造成食安問題的廠商有兩種，一是黑心廠商，明知其混摻了不該摻的物質，但仍執意「毀」人不倦；二是懵懂廠商，其製造過程、所用原料乃模仿師傅或同業而來，渾然不知新的科學研究已經發現其製程或原料可能有害於人體。

如前所論，建立食品身分標準後，藉由強制偏離標準者揭露資訊，事前由政府發現黑心食品；事後則當然連結食品安全衛生管理法攙偽假冒之管制與處罰，使黑心廠商無法逃脫責任，再回頭達成事前嚇阻之功能。針對懵懂廠商，食品身分標準提供其生產食品時可依賴的「安全港」，以免持續以陳舊觀念生產有害食品而不知。真正的懵懂廠商會誠實揭露其成分，而政府即有機會及早發現其錯誤認知。

然而，食品畢竟種類繁多，政府機關不可能為所有食品設立食

品身分標準，但廠商懵懂依舊。此時，為方便政府探索未知食品風險，本文主張，食管法也應針對未訂定身分標準之食品，要求廠商向政府明確揭露其食品內含之所有成分（包括內容物與食品添加物）；製造過程中添加之各種食品添加物與製造程序，也在申報之列<sup>116</sup>。食品內含未標示內容物、食品添加物時，即構成食品安全衛生管理法第15條第1項第7款的「攙假」。食品安全衛生管理法第22條第1項第4款規定廠商必須揭露食品<sup>117</sup>之內容物與添加物名稱<sup>118</sup>，但此乃廠商對消費者之資訊揭露。廠商對政府揭露資訊時，除應比照前條第2項之規定，將「主成分應標明所佔百分比」列入，立法者與主管機關也可慎重考慮要求廠商揭露食品添加物所佔之百分比——對每種食品之每種成分均要求廠商定量揭露，或許目前科技上不一定作得到，或許因為成分含量有標準差而不易清楚揭露；總之，本文理解到此時作此種要求尚有困難，但或許未來有部分實現可能（如針對特定食品類型作全面定量揭露）。

具體言之，本文倡議立法要求廠商透過制式、機器可讀之表

---

116 本文倡導者為資訊強制揭露（mandatory disclosure）。有學者認為資訊強制揭露總是失敗、難以達到其預想之目的。See OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014). 該書認為，強制揭露的資訊，多半太長、太難懂，或取代了其他更有效的規範。本文所倡議的資訊揭露，不是針對消費者，並將所有的管制效果繫於消費者理解後作出正確選擇（多數消費者確實不會注意或不理解食品添加物的安危）。本文強制揭露的資訊，是針對政府，並連結到法律的處罰規範。食品生產鍊上的每一個廠商，都可以透過政府的資訊平台查知其上游廠商揭露之資訊。下游廠商知道上游廠商若對政府揭露不實會連結行政甚至刑事責任，就比較能相信上游廠商之說詞。

117 依照食品安全衛生管理法第3條第1項第1款，食品包括產品與原料。

118 食品添加物名稱之標示方式，可參照食品安全衛生管理法施行細則第8條：「本法第二十二條第一項第四款所定食品添加物名稱，應以食品添加物使用範圍及限量暨規格標準附表一食品添加物使用範圍及限量所定之品名，或一般社會通用之名稱標示之，並依下列規定辦理：一、屬甜味劑、防腐劑、抗氧化劑者，應同時標示其功能性名稱。二、屬複方食品添加物者，應標示各別原料名稱。食品中之食品添加物係透過合法原料之使用而帶入食品，且其含量明顯低於直接添加於食品之需用量，對終產品無功能者，得免標示之。」。

單，公布所有產品之全部內容物與食品添加物，透過網站或App上傳到衛福部設立的食安官方網站。衛福部掌握了所有食品之成分，可以使用文字機器人編碼、分析食品成分，以文字探勘（text mining）方式分析此筆大數據，用以探索未知之食安風險。例如，主管機關的大數據分析若發現眾多廠商都使用某種尚未經完整科學分析證明為無害的原料或成分，則可集中資源於確認此種物質之健康安全風險。因此，本文提倡的是**事前揭露資訊**，而非事前稽查程序。政府獲得資訊後，並非以人工檢閱龐大的資料庫，並逐一稽查。違反事前對政府揭露義務者，因為其妨礙政府探索未知食安風險，應課處行政罰；但本文認為其責任尚不足以證立刑罰。

廠商往往會希望將食品配方列為營業秘密。但配方的關鍵應該在主成分與其百分比，而食品安全衛生管理法第22條已經規定必須製造商必須在標示上對消費者揭露主成分與其百分比，顯然是價值取捨上選擇了食品安全。但既然主成分要揭露，副成分之揭露對營業秘密之影響應該更小。若完整揭露副成分可能侵害營業秘密，則廠商可透過事前申請程序，使該產品之成分可以金鑰加密上傳，不被任何人讀取（但仍可被機器自動讀取）。但若事後該產品發生食安問題，則須解密其成分。若其當初之成分揭露表單上，即含有未經核准之成分，或漏未申請成分，仍可處罰。

廠商向政府揭露食品成分，不涉及個人資料。而有營業秘密考量之部分，又可以透過前述金鑰加密上傳方式處理。因此，資料庫應開放給所有人查詢。主管機關雖有權責必須探索未知，但民間自發的力量，也不容忽略。重視食安的統計學家，以消費者權益為念的NGO團體，都可能因為分析了這個大數據庫而成為下一個食安的吹哨者。須再強調者，現行食管法已經要求主成分揭露，依本文見解再揭露副成分，「額外」造成侵害營業秘密的頻率應該非常低，因此利用前述事前申請程序者應該也不多。整體而言，不會過度增加政府的管制負擔。正相反，透過強制揭露管制，政府蒐集資訊的

成本大大下降，因此反倒有助於提升政府的資訊效能。

食品容器和外包裝上的資訊，訴求的對象是一般消費者。在賣場選購食品的消費者，可以藉由比較同類食品、不同品牌產品包裝上的資訊，迅速比較其優劣，俾便以正確資訊作出自己偏好的選擇。現行標示主成分與百分比之規範，可予維持。

### 三、強制揭露與成分檢驗

食管法第7章與第8章分別訂有食品檢驗、食品查核及管制之規範（通稱為查驗），而食管法第7條則訂有廠商的自主管理與檢驗規範。由於食品安全風險多屬未知，而無論是公權力的食品查驗或廠商被要求進行的自主檢驗，其檢驗項目均屬正面表列，因而只能針對已知之安全風險<sup>119</sup>，兩套管制均無法取代強制揭露之功能。要解決食品中安全風險未知的困境，無法依靠食品查驗本身，而仍需要仰賴本文所主張的食品身分標準與成分的強制揭露管制。進一步言之，在現行規範下，公權力查驗與自主管理檢驗一般只針對列管項目進行已知風險的特定檢驗（例如營養標示、衛生檢驗、重金屬及農藥殘留等等），檢驗單位並不會散槍打鳥式地查察各種風險未知、也不在主管機關列管名單上的物質是否存在於受檢驗食品中。因此，通過查驗或自主檢驗，頂多只確認不存在已知的安全風險。懵懂廠商即便使用了身分標準以外，仍未經健康風險評估其安全性的成分，可能因為依法送驗結果全數通過，而誤認為自家產品完全沒有任何問題。唯有藉由懵懂廠商誠實向政府揭露的資訊，如前所述，才有可能讓管制者即早發現食品產業廣泛使用某種安全性未知的成分，從而研議進行健康安全風險評估，以填補此一「無知識」之狀態。而黑心廠商既然有意識地使用風險未知的成分，甚或混入安全性堪慮之替代原料，就必須選擇事前誠實向政府與消費者揭露

---

119 參見邱文聰，畫餅充飢的食品安全風險管控策略——簡評食品衛生管理法修正，台灣法學雜誌，238期，頁11-17（2013年）。

(提升事前被發現的可能性)，或欺瞞不揭露但事後將可依據攙偽假冒的規定受罰。若只有食品檢驗而無資訊揭露，懵懂廠商的無心之過無法即早被發現；面對黑心廠商時，亦無從藉由事前的資訊揭露義務，界定事後成立信任屬性造假的範圍，以降低隱瞞的誘因，並非可欲結果。

至於現行自主檢驗管制的兩個潛在漏洞，雖然無法由強制揭露制度填補，但值得提醒管制者注意。第一，民間的檢驗機構若在廠商自主送驗的食品中，發現毒害健康物質，即令其種類或殘留濃度已經違反管制標準，民間檢驗機構並沒有通報主管機關之義務<sup>120</sup>。這使得不肖食品廠商有可能在不同檢驗機構間反覆送驗，直到通過（食品檢驗機構的品質與能力雖須經基本的「認證」，但檢驗仍可能有誤差<sup>121</sup>），就大肆宣揚其合格證明。這不但拖慢了黑心商品的下市時間，也讓檢驗合格一事反成為錯誤訊息。食品安全衛生管理法第7條既然要求食品廠商自行檢驗其產品原材料、半成品或成品，似可考慮同時課予檢驗機關或機構通報義務。否則，自主檢驗只能讓無意間摻入有毒物質的廠商，赫然發現真相，並作後續回收等處理；但難以同時遏止真正黑心的廠商，藉自主檢驗制度的漏洞，繼續危害消費者。

須強調者，本文並未主張食品檢驗機構必須將檢驗結果昭告天下，而是通知主管機關；主管機關也不是收到通知就立刻以之為據逕行開罰，而是針對該疑似違紀廠商的可疑產品，作進一步追蹤與檢驗。食品檢驗機構的通報義務，是幫助主管機關在茫茫食海中挑出需要進一步監控者。當然，食品檢驗可能有偽陽性和偽陰性，檢驗未通過者可能是完全沒問題的產品，第一次未通過而第二次有通

---

<sup>120</sup> 本文在現行法規中並沒有查詢到此種義務，經電話詢問衛福部與數家檢驗公司，亦未獲告知檢驗公司有主動通報之義務。

<sup>121</sup> 例如：如果某物質在特定濃度下，10次有9次可以驗出，食品廠只要能送兩三家檢驗，「幸運」者可能得出一次「未檢出」的結果。



過者，也可能並不是廠商運氣好，而是兩次檢驗間確實已經改善製程或調整原料。此種資訊如果塞滿了主管機關，其作用或也堪疑。但實際上是否會資訊超載，乃實證問題，本文無法提供精準預測。無論如何，政策決定者必須嚴肅思考，是否願意花費資源、配置人力，複核、追蹤食品檢驗機構通報的可疑案件。

第二，食管法第7條第3項要求有一定規模和特別類別的食品業者，設置實驗室，實施自主管理。而依同條第2項規定（「食品業者應將其產品原材料、半成品或成品，自行或送交其他檢驗機關（構）、法人或團體檢驗」），自行設置實驗室進行檢驗的食品業者，似乎並不用交送獨立檢驗機關或機構「驗證」<sup>122</sup>，實驗室本身亦無須經過「認證」<sup>123</sup>。球員兼裁判，不會讓有良心的業者，隱瞞事實。有良知的業者，會設置實驗室，發展更先進、具體的技術，針對自家食品發展更嚴格的檢驗內容與流程。但對於大規模的黑心廠商，自家的實驗室，反而可能是隱匿違法的保護傘。大膽者甚至可以要求自家實驗室出示扭曲檢驗結果的證明書，進一步誤導消費者。是否應該容許大廠商用自家實驗室的檢驗結果作為自主管理的完整方案，政策決定者尚須進一步思考。即令仍維持現狀，似也應要求食品廠商設置的實驗室，必須以食品集團或其知名產品線之名稱，作為實驗室名稱之一部分<sup>124</sup>，或者強制在廠商附設實驗室的每

---

122 本文依據食品安全衛生管理法第7條之條文，得出此種解釋。本文未查閱到衛福部有任何函示處理此問題。曾有新聞報導引述官方說法（「衛福部食藥署代署長姜郁美昨表示，該條款除強制業者自驗原料、成品，還須將檢驗報告送民間驗證機構採認」），採相反見解，但本文無法查到或問到任何規範，可以支持新聞之說法。參見蘋果日報，味全自設實驗室 反成幫兇 用深色瓶包裝 遮掩劣質沉澱物，2014年10月22日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20141022/36160809/>（最後瀏覽日：2017年3月21日）。

123 根據食品藥物管理署，食品添加物手冊，頁32（2016年）之說明（該手冊可自<http://www.fda.gov.tw/TC/siteContent.aspx?sid=4321>下載），業者自行設置之檢驗實驗室，不強制須為認證實驗室，僅建議參考國際標準管理或申請為認證實驗室。

124 例如爆出「大統油」醜聞的味全公司，據報載即是靠自家設置的「中央研究

一份檢驗報告中，揭露其關係企業、母公司等。

最後，食管法第7條授權主管機關只要求特定類別與規模的食品業者，辦理食品安全檢驗。本條隱含的成本效益思維，對本文提倡的強制揭露制度而言，有如下啟示：若菜市場阿嬤自製的幾罐醬菜，都要符合食管法的諸多規定，那臺灣一半的阿嬤都要改行，消費者也吃不到非標準化製造的特色食品。自製食品規模小，縱有危害，範圍也不大。而且自製食品行銷網往往就是人際網，無論是阿嬤不會刻意想害自己認識的鄰居老顧客，或縱使凸槌消費者也找得到阿嬤究責，或阿嬤就算惡向膽邊生，也不知道怎麼添加化學藥劑，都使得自製食品或許比GMP工廠的加工食品更安全。同樣的思維，可以套用在本文提倡的強制揭露管制上——小規模的自製食品業者，不需要向政府揭露其成分，但仍應依照食品身分標準，決定應向消費者揭露資訊之範圍。

## 伍、結論

近年來，食品安全問題彷彿有週期一般，反覆成為媒體頭條。問題的成因，其實不脫一句「世風日下，人心不古」。各行各業，包括食品業，向來都有激烈競爭。製造商競相壓低成本，以求利潤最大。壓低成本可以靠著擴展規模、提升產能而降低長期變動生產成本；技術提升也可能壓低成本。但或許是經濟榮景不在，更多人為生活所迫，或者人性的貪欲難以戒除，食品市場上的競爭跨越了道德底線，使欺瞞與詐騙成為常態。於是，茶農使用超標農藥，釀油者使用回收油。品質保證的標語下，包裝的是來路不明的原料匯

---

所」實驗室放寬檢驗標準而得以魚目混珠。「中央研究所」之名與味全毫無關係，「中央」一詞又可能讓民眾誤認為乃官方機構，或與中央大學或中央研究院有關。請參註122提及的報導。

聚而成的無良產品。食安風暴後，食品安全衛生管理法雖有大幅修正，但整體來說仍是寄希望於廠商自主守法；而守法的期待又奠基在廠商劣行被揭發後的民事、行政、刑事責任。但若許多廠商純粹以販售黑心商品的成本、效益為決策依歸，立法者卻為了表態安撫大眾，而罔顧法律基本原則不斷提升民事、行政、刑事責任的強度，不僅可能因為實際懲罰率低，根本無法產生「做壞事真的很容易被抓包」的「易記取性捷思」(availability heuristics)<sup>125</sup>，使得提高法律責任卻永無足夠之日，也可能因為根本扭曲法治原則，而摧毀原有規範的制度功能。到頭來即使廠商不似「行為法經濟學」(behavioral law and economics) 描述得那般受到捷思(heuristics) 影響，理性自利的黑心廠商仍然會因為懲罰率低而調降預期懲罰的值，因而繼續黑心。錯誤的法律制度，可能反而是問題的根源。有鑑於此，乃有本文之作。

本文無法改變人心，只能提出攙偽假冒食品的管制興革建議。本文先在解釋論上檢討「禁止攙偽假冒」的規範目的，指出論者對我國相關規定之釋義與對美國法制之誤解，釐清「禁止攙偽假冒」在維持交易秩序上的規範目的。本文認為，攙偽假冒行為是對食品成分相關品質的造假，因其屬於食品的「信任屬性」，難以由消費者依一般可得資訊或依消費經驗而辨別真偽，對市場交易秩序造成之傷害比一般的標示不實更為嚴重，已具有更高的可罰性，因此並不以有造成人體危害之虞為必要。惟「禁止攙偽假冒」的制裁規範仍應謹守罪刑均衡原則，自不待言。亦即，對於「禁止攙偽假冒」的法釋義學解釋而言，本文認為應從維持食安法多重規範目的之體系完整性出發，回歸品質管理與維持交易秩序的目的，解釋「禁止攙偽假冒」的行為規範，但必須在符合罪刑均衡原則的前提下，相應地調整制裁規範的實際適用範圍。至於立法者未來是否應從維護

---

125 See DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 129-36 (2011).

健康安全的目的出發，將「有危害人體健康之虞」，直接明定為刑事責任成立的前提，僅將破壞交易秩序之單純違反「禁止攙偽假冒」行為，保留由行政管制予以處理，此一刑事政策的立法論問題，則超出本文處理之範圍。

本文進一步在立法論上，鋪陳食品健康危害的三種管規制模式，進而主張，面對當代食品管理上安全與危害風險知識嚴重不足的「未知」困局，若能逐步建立經健康風險評估確認的食品身分標準，並強制偏離標準之廠商分別向消費者與政府揭露偏離的成分資訊<sup>126</sup>，不僅能增加黑心商品被發現與究責的機率<sup>127</sup>，提供合法廠商在行動上賴以遵循的「安全港」，並提供政府探索未知食品風險之參考點<sup>128</sup>。

重新思考食品衛生、安全與品質管理的整體規制架構後，本文整理五點具體主張：

- 第一、含有毒有害物質之食品應予禁絕，可直接依據「禁止毒害健康物質」給予最嚴重的刑事懲罰，並加上行政罰。
- 第二、幫助消費者決策之現行食品標示管制，應該繼續。
- 第三、食品的成分品質屬於消費者不易辨其真偽的「信任屬性」，食品成分品質的造假因此容易形成向下競爭螺旋，破壞交易秩序，比一般不實標示有更高的不法內

---

126 同樣著重在強制資訊揭露的建議，參見黃德秀、蕭代基，加重生產者責任，升級食品安全，重建MIT品牌，經濟前瞻，157期，頁37-38（2015年）。

127 同樣建議政府提升執法能力，以增加發現廠商不法行為機率，參見胡博硯、黃文政，我國新修正食品衛生管理法之解析與反省：回應食安危機，台灣法學雜誌，238期，頁33-34（2013年）。

128 連結食品安全衛生管理法中攙偽假冒認定的食品身分標準，可否視為一種「品質標準」，直接由主管機關依據現行食品安全衛生管理法第17條之授權而訂定，或者必須另外修法取得授權依據，本文不特別採取立場；但強制成分揭露，則明確須另外修法規定揭露義務與違反之行政罰則。

涵，「禁止攙偽假冒」之行為規範因此有獨立於標示規範而存在之必要。

第四、在許多食品成分與相關製程帶來的風險未知時，不但應該藉由經風險評估之食品身分標準，將安全資訊傳遞給懵懂廠商，並藉由身分標準界定廠商的資訊揭露義務與相應的攙偽假冒責任，以嚇阻黑心廠商。

第五、針對欠缺食品身分標準或偏離身分標準的食品，應該課予食品廠商向政府揭露資訊之義務，使得政府能更容易地探索未知風險，以便更有效率地將食品「安全港」以外的未知，轉化為已知。

在此理論框架之下，權責機關對現行食管法的禁止攙偽假冒規定，應該在法律解釋上作出澄清，將之清楚定位為與食品成分相關之「品質」管理手段——維持市場交易秩序，使良品可以有別於劣品。此外則應訂定經過健康風險評估之身分標準，與修法建立申報制度等等相關配套，始能徹底解決「攙偽假冒」所帶來的食品「安全」問題。否則，劣品驅逐良品；假作真時，真亦假，臺灣美食王國美譽，恐怕就如大江東去，一不復返。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 古承宗（2014），刑法作為保障食品安全之手段——兼評彰化地方法院100年度矚易字第1號判決、台灣高等法院台中分院101年度矚上易字第295號判決，台灣法學雜誌，261期，頁67-81。
- 吳全峰、林勤富（2015），食品標示規範之檢討——以美國法之發展為例，2015行政管制與行政爭訟學術研討會：食品安全的法律對策與法治實踐，中央研究院法律學研究所主辦，2015年11月20日。
- 李建良（2015），食品標示之規範體系與法治實踐——以食品安全衛生管理法為中心，2015行政管制與行政爭訟學術研討會：食品安全的法律對策與法治實踐，中央研究院法律學研究所主辦，2015年11月20日。
- 李茂生（2009），風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，頁145-153。
- （2012），論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）——兼評最高法院99年度台上字第3048號判決，法令月刊，63卷3期，頁11-33。
- （2016），食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒——一個比較法上的省思，法令月刊，67卷10期，頁29-59。
- 李聖傑（2016），食安贏了嗎？——評析食品安全衛生管理法之攙偽、假冒行為管制，月旦裁判時報，46期，頁56-63。
- 李寧修（2014），消費者保護法於食品安全爭議適用之侷限與前瞻／新北地院101重消1判決，台灣法學雜誌，242期，頁169-175。
- 周桂田（2002），在地化風險之實踐與理論缺口——遲滯型高科技

- 風險社會，台灣社會研究季刊，45期，頁69-122。
- 林石猛、陳孟嬋（2014），食安偵審實務及修法方向評析，月旦法學雜誌，226期，頁57-74。
- 林昱梅（2014），食品安全、風險管理與確認訴訟之合法性——德國禁止狂牛症風險飼料進口案判決評析，月旦法學雜誌，224期，頁190-212。
- 林鈺雄（2014），食品防線與食品犯罪——從正義、頂新黑油事件說起，台灣法學雜誌，259期，頁1-6。
- 邱文聰（2013），畫餅充飢的食品安全風險管控策略——簡評食品衛生管理法修正，台灣法學雜誌，238期，頁11-17。
- （2015），從迷失的身分重新找尋食品攙偽假冒管制的可能途徑——以食品身分標準為分析焦點，政大法學評論，141期，頁1-49。
- 胡博硯、黃文政（2013），我國新修正食品衛生管理法之解析與反省：回應食安危機，台灣法學雜誌，238期，頁31-42。
- 徐良維（2014），食品安全行政之改革芻議——日本法制之借鏡，國會月刊，42卷5期，頁33-69。
- 張永健（2003），論藥品、健康食品、食品之管制，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- （2016），購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制——經濟分析觀點，政大法學評論，144期，頁155-225。
- （2016），怎麼樣的犧牲才夠特別？論管制性徵收，大法官105年度學術研討會——正當法律程序原則之憲法解釋，司法院主辦，2016年12月3日。
- 張麗卿（2014），妨害食品安全刑事責任之探討，東海大學法學研究，42期，頁53-107。
- 許恒達（2012），從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，頁141-204。
- 陳春生、程明修、闕銘富、林昱梅、宮文祥、陳柏菁（2014），建

- 構食品安全行政法體系之徬徨歧路，台灣法學雜誌，242期，頁86-104。
- 曾淑瑜（2014），從食品攙偽之類型論入刑化之必要性，台灣法學雜誌，241期，頁64-74。
- 童子斌（2013），從歐洲經驗概觀我國近來食品安全問題，台灣法學雜誌，236期，頁1-13。
- （2014），從食品安全到飼料安全的反思，台灣法學雜誌，256期，頁29-31。
- 黃丞儀（2015），「國家就在你的餐桌上」——從美國2014年〈農業法〉（Agricultural Act of 2014）及2012年〈食品安全現代化法案〉（Food Safety Modernization Act of 2011）談食品安全與永續農業的管制革新與食物政治，2015行政管制與行政爭訟學術研討會：食品安全的法律對策與法治實踐，中央研究院法律學研究所主辦，2015年11月20日。
- 黃俊杰、蔡松均、黃智謙（2014），食品安全管制法律之研究，月旦法學雜誌，226期，頁31-56。
- 黃德秀、蕭代基（2015），加重生產者責任，升級食品安全，重建MIT品牌，經濟前瞻，157期，頁34-38。
- 雷祥麟（2008），衛生為何不是保衛生命？——民國時期另類的衛生、自我和疾病，收於：李尚仁編，帝國與現代醫學，頁415-454，臺北：聯經。
- 廖惠平（2015），由食品安全衛生管理法探討消費者迅速求償之可能性，逢甲大學財經法律研究所碩士論文。
- 劉士永（2008），「清潔」、「衛生」與「保健」——日治時期台灣社會公共衛生觀念之轉變，收於：李尚仁編，帝國與現代醫學，頁271-323，臺北：聯經。
- 蕭宏宜（2014），攙偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，242期，頁66-78。
- 謝焯偉（2012），交通犯罪之刑事立法政策：抽象危險犯立法模式



與刑罰前置化之合理界限，第十九屆政大刑法週：控制、排除與包容——變動中之刑事政策走向，政治大學主辦，2012年3月12日。

——（2014），重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁139-206。

——（2016），風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1期，頁70-90。

羅昌發、洪德欽、李丁讚、倪貴榮、黃士洋、陳鈺雄（2015），「食安事件法制興革與挑戰」會議綜述，月旦法學雜誌，236期，頁94-105。

## 2. 外文部分

Applegate, John S. 2008. Bridging the Data Gap: Balancing the Supply and Demand for Chemical Information. *Texas Law Review* 86:1365-1408.

Atwood, Barry, Katherine Thompson, and Chris Willett. 2009. *Food Law*. 3d ed. West Sussex: Tottel Publishing.

Baird, Douglas G., Robert H. Gertner, and Randal C. Picker. 1998. *Game Theory and the Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Ben-Shahar, Omri, and Carl E. Schneider. 2014. *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Chen, Christopher. 1992. Food and Drug Administration Food Standards of Identity: Consumer Protection Through the Regulation of Product Information. *Food & Drug Law Journal* 47:185-206.

Craswell, Richard. 1985. Interpreting Deceptive Advertising. *Boston University Law Review* 65:657-732.

Darby, Michael R., and Edi Karni. 1973. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *The Journal of Law & Economics*

16:67-88.

- Everstine, Karen, John Spink, and Shaun Kennedy. 2013. Economically Motivated Adulteration (EMA) of Food: Common Characteristics of EMA Incidents. *Journal of Food Protection* 76:723-735.
- Forte, Wesley E. 1966. The Food and Drug Administration and the Economic Adulteration of Foods. *Indiana Law Journal* 41:346-402.
- Gross, Matthias. 2007. The Unknown in Process: Dynamic Connections of Ignorance, Non-Knowledge and Related Concepts. *Current Sociology* 55(5):742-759.
- Kahneman, Daniel. 2011. *Thinking, Fast and Slow*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux.
- Katz, Ariel. 2010. Beyond Search Costs: The Linguistic and Trust Functions of Trademarks. *Brigham Young University Law Review* 2010:1555-1608.
- Krohn, Wolfgang. 2001. Knowledge Societies. Pp. 8139-8143 in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, edited by Neil J. Smelser and Paul B. Baltes. Oxford: Blackwell.
- Tassel, Katharine Van. 2013. Regulating in Uncertainty: Animating the Public Health Product Safety Net to Capture Consumer Products Regulated by the FDA that Use Innovative Technologies, Including Nanotechnologies, Genetic Modification, Cloning, and Lab Grown Meat. *The University of Chicago Legal Forum* 2013:433-488.

## On Regulating and Punishing Economic Adulteration of Food

*Wen-Tsong Chiou\** & *Yun-chien Chang\*\**

### Abstract

Taiwan's Food Safety and Sanitation Act prohibits fraudulent food. Violation of such a proscription leads to criminal and administrative sanctions. The issue of how to interpret the provisions regarding fraudulent food has long been debated. This article intends to clarify multiple legislative purposes of the Act and employs social science theories and findings to define the proper goal of banning fraudulent food. In addition, this article reexamines the appropriate means to achieve food safety regulations in light of the uncertainty inherent in fraudulent food. This article argues that fraudulent food refers only to food that manipulates the credence attributes, which consumers have difficulty verifying, and thus more likely disrupts market order. Therefore, fraudulent food alone does more harm than misbranding and does not need to incorporate the possibility of harm to health as the precondition of criminal liability. However, fraudulent food, in addition to its danger to market order, also brings uncertain risks to consumer health and creates asymmetric information between regulators and manufacturers. To solve these problems, this article proposes to establish food identity standards that are verified by risk assessment. Such food identity standards can serve not only as the benchmark for identifying fraudulent food, but also the "safe harbor" for safety regulation. When

---

\* Associate Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan; Associate Professor, Graduate Institute of National Development, National Taiwan University (Joint Appointment). wentsong@sinica.edu.tw.

\*\* Research Professor & Director of Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan. kleiber@sinica.edu.tw.

deviation from the “safe harbor” occurs or where cost concerns inhibit the establishment of food identity standards, obliged disclosure by manufacturers to the regulatory agency will enable regulators to explore the unknown and transform the “unknown” into the “known” more efficiently.

KEYWORDS: Fraudulent food, economic adulteration, adulterated food, credence attribute, misbranding, labeling, presumed unsafe, *das abstrakte Gefährdungsdelikt*, pooled equilibrium, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, information costs.