

裁判字號：最高行政法院 110 年度上字第 160 號 行政判決

裁判日期：民國 110 年 12 月 30 日

案由摘要：食品安全衛生管理法

最高行政法院判決

110 年度上字第 160 號

上訴人 多采創意行銷有限公司

代表人 何瑞萍

訴訟代理人 呂紹聖 律師

被上訴人 花蓮縣政府

代表人 徐榛蔚

上列當事人間食品安全衛生管理法事件，上訴人對於中華民國 109 年 12 月 9 日臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1914 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決駁回上訴人請求撤銷被上訴人民國 108 年 5 月 6 日府衛藥字第 1080060148 號行政處分關於「醇養妍」食品之罰鍰逾新臺幣 64 萬元及該訴願決定暨該訴訟費用部分均廢棄。

廢棄部分訴願決定及原處分均撤銷。

其餘上訴駁回。

廢棄部分第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人負擔；駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、事實概要：

(一)上訴人為販售「醇養妍」、「蔬暢輕飲」2 項食品（以下略稱食品 2 字），分別於民國 108 年 1 月 19 日、2 月 23 日刊登 4 件食品廣告，分述如下：

- 1.新竹市衛生局於 108 年 1 月 19 日 10 時 20 分查獲上訴人在新竹振道有線電視公司第 35 頻道（momo2 台）刊登「醇養妍」廣告，內容述及「……抗發炎抗過敏……提升抵抗力啟動逆齡……抗氧化強化代謝調整體質排除體內老廢物……高的新陳代謝力還有它的抵抗力讓我整體的機能變好……紋啦斑啦真的很明顯的改善很多……降低你發炎的效果……而且它可以讓你很健康充滿抵抗力……眼睛下面的皺紋也不見了…沒有老

化還能讓我更年輕……清除自由基排除老廢物……抗氧不發炎內在調理外在健康……」等詞句（即「醇養妍」廣告1）。

2. 高雄市仁武區衛生所於108年1月19日18時查獲上訴人在慶聯有線電視股份有限公司第35頻道（momo2台）刊登「蔬暢輕飲」廣告，內容述及「……48歲性感女神鍾麗緹窈窕代言62→52（半年-10）吃到飽減肥法……專利日本酒粕阻油斷油排油超級藤黃果飽足/阻斷熱量……非洲芒果籽燃燒熱量奇異果酵素排除廢物……藝人陳仙梅使用前後胖瘦對照圖（58→48、3個月減10公斤）……」等詞句（下稱「蔬暢輕飲」廣告）。

3. 花蓮縣衛生局於108年2月23日查獲上訴人在DV笛絲薇夢網站（網址：<https://www.dv-go.com/makeupbeauty/makeupbeauty.wh>）刊登「醇養妍-比燕窩還養顏（〈官網獨賣〉重本全新添加-美白版）」廣告，內容述及「……美白……黑斑淡化……修復受損肌膚……改善免疫力……」等詞句（下稱「醇養妍」廣告2）。

4. 花蓮縣衛生局於108年2月23日查獲上訴人在DV笛絲薇夢網站（網址：https://www.dv-go.com/collections-2/%E9%86%87%E9%A4%8A%E5%A6%8D%E9%87%8E%E6%AB%BB%E8%8E%93?utm_source=adageek&utm_medium=Google&utm_campaign=December_181122&utm_term=%E9%86%87%E9%A4%8A%E5%A6%8D）刊登「醇養妍-暢銷新升級」廣告，內容述及「……我常常濕疹過敏皮膚癢……我喝了15包，皮膚改善很多……防止老化……修復妳的肌膚……抗氧化就成為了對抗老化最重要的元素……所以醇養妍特地以天然的抗氧化食物為研發重點……來達到抗氧化抗老目的……抑制黑色素生成美白首選……美白又抗老……」等詞句（下稱「醇養妍」廣告3）。

5. 上述4件廣告內容均涉及誇張或易生誤解，經上開各縣市衛生局等查獲後，移由上訴人所在地之花蓮縣衛生局查證屬實。被上訴人審認上訴人違反食品安全衛生管理法（下稱食安法）第28條第1項規定，依同法第45條第1項規定，以108年5月6日府衛藥字第1080060148號行政處分書（下稱原處分1）

，處上訴人關於「醇養妍」廣告部分罰鍰新臺幣（下同）80萬元及「蔬暢輕飲」廣告部分罰鍰16萬元，共計96萬元罰鍰（原處分1另處關於「喜樂纖」產品廣告部分罰鍰160萬元部分，經後述之訴願決定撤銷，由被上訴人另為適法之處分）

(二)上訴人又於網站（網址：<https://www.facebook.com/483142608724566/posts/746050285767129/>、https://www.dv-go.com/collections-2/slimsmooth-2?utm_source=FB&utm_medium=slimsmooth&utm_campaign=bodyguard，網頁下載日期：108年3月20日）刊登「纖先暢」廣告，內容述及「……排空體內毒素……」等詞句，涉及誇張或易生誤解，經行政院衛生福利部（下稱衛福部，即102年7月23日改制前之行政院衛生署，下同）食品藥物管理署（下稱食藥署）查獲，移送上訴人所在地之花蓮縣衛生局查證屬實，被上訴人以上訴人違反食安法第28條第1項規定，依同法第45條第1項規定，於108年5月14日以府衛藥字第1080088293號行政處分書（下稱原處分2），處上訴人8萬元罰鍰。

(三)上訴人不服原處分1、2，提起訴願，並求為：原處分1、2均撤銷，經訴願機關就原處分1部分，以108年11月4日衛部法字第1080022713號訴願決定（下稱訴願決定1），撤銷關於「喜樂纖」廣告罰鍰部分，發回被上訴人另為適法之處分，其餘訴願（即有關「醇養妍」、「蔬暢輕飲」部分）駁回；就原處分2部分，以108年10月7日衛部法字第1080019610號訴願決定（下稱訴願決定2）駁回。上訴人對不利部分猶未服，提起行政訴訟，並聲明：訴願決定1除「喜樂纖」罰鍰160萬元部分外，其餘「醇養妍」罰鍰80萬元、「蔬暢輕飲」罰鍰16萬元部分及原處分1就同一部分均撤銷；訴願決定2及原處分2均撤銷。經原審法院判決駁回，乃提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張及被上訴人於原審之答辯均引用原判決所載

。

三、原審駁回上訴人在第一審之訴，係以：

(一)改制前行政院衛生署於101年9月28日發布「食品標示宣傳或廣告詞句涉及誇張易生誤解或醫療效能之認定基準」（下稱認定基準，已於108年6月26日廢止），係其為維護國人健康

，保障消費者權益，有效執行食安法規定，禁止食品標示、宣傳或廣告誇張、易生誤解或宣稱醫療效能所訂定，就行為時認定基準第3點有關「涉及誇張、易生誤解或醫療效能之認定標準」，為協助下級機關正確涵攝構成要件事實、適用法律，訂頒之解釋性行政規則，符合食安法第28條規範意旨，未增加法律所無之限制，無違法律保留原則，自得適用。其次，衛福部於104年6月22日依食安法第55條之1授權訂定「食品安全衛生管理法行政罰行為數認定標準」（下稱行為數認定標準），依該認定標準第1條、第3條規定及其訂定理由、第4條規定及其訂定理由等意旨可知，行為數認定標準第3條、第4條規定，有食安法第55條之1之明確授權基礎，且已由食安法保護法益所必要之規範觀點，考量立法者按次處罰，遏止違規廣告之制裁意旨，設定行為數認定之判斷基準，依此等標準認定違法應受裁罰之行為數，與憲法第23條比例原則相符，自得援用，並得於違反健康食品管理法第14條規定，而依同法第24條第1項規定裁罰時，予以援用。再者，衛福部為處理食安法第45條規定裁處之廣告案件，於107年5月7日訂定發布「食品安全衛生管理法第45條規定廣告處理原則」（下稱廣告處理原則），其中第2條、第6條、第7條、第2條之附表一等規定，係衛福部為統一處理依食安法第45條規定裁處之廣告案件，建立執行之公平性，有效遏止違規廣告影響民眾健康安全及消費權益而訂定，避免類同案情不同個案間適用法律裁罰恣意之考量，顧及刊播違規廣告之違法行為次數、違規行為故意性、危害程度等應受責難程度與所生影響各有不同，而予公平適當之合理差別待遇，與行政罰法第8條所定裁處罰鍰應審酌之裁量因素相合、實質平等原則相合，應得為被上訴人援用以辦理具體個案違規行為處罰裁量之基本準繩。

(二)原處分1（不含「喜樂纖」部分）並無違誤：

- 1.依上訴人經查獲於事實概要欄所述日期、有線電視頻道及網址刊播「醇養妍」、「疏暢輕飲」等廣告，內容述及事實概要欄所載詞句等情，可知該等違規廣告內容涉及提升抵抗力、沒有老化、清除自由基、減肥、美白、黑斑淡化、抑制黑

色素生成等詞句，是依行為時認定基準第3點之規定，涉及誇張或易生誤解，則被上訴人審認「醇養妍」、「蔬暢輕飲」等廣告內容違反食安法第28條第1項規定，依同法第45條第1項規定予以裁處，並無違誤。

2. 本件「醇養妍」、「蔬暢輕飲」之各次系爭違規廣告，或為不同日期刊播，或為不同廣告版本，或為不同刊播電視頻道、網頁網址，則被上訴人依行為數認定標準之規定，評價為數個違規行為，並無不合。
3. 上訴人主張依本院105年10月份第1次庭長法官聯席會議決議意旨，廣告屬集合性概念，本應評價為一行為，被上訴人108年1月14日府衛藥字第1080003533號行政處分書（下稱被上訴人108年1月14日前次處分）之裁處罰鍰，於108年1月18日送達，翌日108年1月19日所刊播之廣告，其尚未及下架或修改，此情狀應屬違法狀態繼續云云。惟本院上揭聯席會議決議，係針對違反藥事法第65條「非藥商不得為藥物廣告。」規定之行為數如何評價所為之決議，且無法律或法規命令就如何認定違反藥事法第65條之行為數為規定，與本件所涉係違反食安法，且已有法規命令就行為數之認定為規定，並不相同，無從比附援引。則有關食安法違規行為數之計算，食安法已授權訂定行為數認定標準，本件上訴人刊播系爭違規廣告行為數之計算，自應依食安法第28條、行為數認定標準第3、4條規定予以評價。故上訴人主張與行為數認定標準第3條、第4條規定有違，自無足取。
4. 上訴人前託播「蔬暢輕飲」、「醇養妍」等廣告，因違反食安法第28條第1項規定，經被上訴人108年1月14日前次處分裁處罰鍰在案，該處分書並於108年1月18日送達；被上訴人所屬衛生局業於該次裁處前以107年12月17日花衛食藥毒字第1070032692號函（下稱107年12月17日函）通知上訴人陳述意見，並於函中說明「蔬暢輕飲」及「醇養妍」等廣告內容涉及誇張、易生誤解，違反食安法第28條規定。是上訴人對其違規廣告自應及時修正或停播，惟上訴人卻未修正改善，108年1月19日及同年2月23日再經查獲刊播「醇養妍」及「蔬暢輕飲」等之系爭違規廣告，是以：

- (1)有關本件「醇養妍」之違規廣告，應屬第2次違規（按次數裁處基本罰鍰 $A=8$ 萬元）；又「醇養妍」之3則違規廣告於不同日期、不同頻道或網站刊播（登），依行為數認定標準為3行為，每行為均屬第2次違規，且上訴人前託播「蔬暢輕飲」、「醇養妍」之廣告內容所用詞句為：……抑制食慾排除廢物……有效達到降低體重……清除自由基…抗發炎抗過敏……提升抵抗力，有被上訴人108年1月14日前次處分可按，與本件系爭違規廣告內容幾近相同，被上訴人審認上訴人屬故意違規（明知並有意使其發生），違規行為故意性加權 $B=2$ 。且觀之系爭違規廣告所用詞句：提升抵抗力、沒有老化、清除自由基、美白、黑斑淡化、抑制黑色素生成等，其廣告整體表現明顯引起民眾錯誤認知，違害程度加權 $C=2$ 。準此，上訴人有關「醇養妍」之違規廣告，其最終罰鍰金額計算應為96萬元（3行為 $\times A \times B \times C = 3 \times 8 \times 2 \times 2 = 96$ ），而原處分1以查獲之違規行為數（3則「醇養妍」違規廣告），認定違規次數3（基本罰鍰 $A=20$ 萬），計算罰鍰金額為80萬元（ $A \times B \times C = 20 \times 2 \times 2 = 80$ ），固係將違規行為數與違規次數混淆，然所為裁處金額既未逾最終罰鍰金額96萬元，自仍應予維持。
- (2)有關本件「蔬暢輕飲」之違規廣告，應屬第2次違規（按次數裁處基本罰鍰 $A=8$ 萬元），其最終罰鍰金額計算應為32萬元（ $A \times B \times C = 8 \times 2 \times 2 = 32$ ，加權倍數 B 、 C 之認定與前述相同均為2），而原處分1以查獲之違規行為數（1則「蔬暢輕飲」違規廣告），認定違規次數1（基本罰鍰 $A=4$ 萬元），計算罰鍰金額為16萬元（ $A \times B \times C = 4 \times 2 \times 2 = 16$ ），固亦係將違規行為數與違規次數混淆，然所為裁處既未逾最終罰鍰金額96萬元，自亦應予維持。
- 5.然「醇養妍」之違規廣告，其內容述及抗發炎、抗過敏等功效，依前揭認定基準，已涉及醫療效能，違反食安法第28條第2項規定，被上訴人本應依同法第45條第1項規定（60萬元以上500萬元以下罰鍰）裁處上訴人，惟被上訴人僅以違反食安法第28條第1項規定（4萬元以上400萬元以下罰鍰）論處，雖有未洽，惟基於不利益變更禁止原則，原處分1關於

「醇養妍」及「蔬暢輕飲」罰鍰部分仍予以維持，併此敘明。

(三)原處分2並無違誤：

- 1.上訴人經查獲於事實概要欄所述日期及網址刊播「纖先暢」之廣告，內容述及事實概要欄所載詞句等情，可知「纖先暢」之違規廣告內容涉及排空體內毒素等詞句，依行為時認定基準第3點規定，涉及誇張或易生誤解，從而，被上訴人審認「纖先暢」之違規廣告內容違反食安法第28條第1項規定，依同法第45條第1項規定予以裁處，並無違誤。
- 2.「纖先暢」之違規廣告固係上訴人首次為該食品之違規行為，惟違規食品廣告次數之認定，不以同一產品為限，上訴人前託播「蔬暢輕飲」、「醇養妍」之廣告，違反食安法第28條第1項規定，經被上訴人108年1月14日前次處分裁處罰鍰在案，該處分並於108年1月18日送達，上訴人自應就刊登食品廣告謹慎為之，避免使用誇張、易生誤解之詞句，以維護民眾身體健康及消費權益，然其於108年3月20日於事實概要欄所述網站刊登「纖先暢」之違規廣告，其內容宣稱「纖先暢」可排空體內毒素，被上訴人審酌「纖先暢」之違規廣告固係初次違規，惟其違規廣告內容所用「排空體內毒素」等詞句，卻係上訴人其他多次刊播違規廣告內容所用相同或類似之詞句，依食安法第45條規定，於法定罰鍰金額範圍內，酌處罰鍰8萬元，尚難認有不符比例原則之裁量瑕疵，原審法院應予尊重等語，判決駁回上訴人在原審之訴。

四、本院按：

- (一)按為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，制定有食安法，其第2條規定：「本法所稱主管機關：在中央為衛生福利主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第3條第1款規定：「本法用詞，定義如下：一、食品：指供人飲食或咀嚼之產品及其原料。」第28條第1、2項規定：「（第1項）食品、食品添加物、食品用洗潔劑及經中央主管機關公告之食品器具、食品容器或包裝，其標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形。（第2項）食品不得為醫療效能之標示、宣傳或廣告。」第45條

第 1 項規定：「違反第 28 條第 1 項或中央主管機關依第 28 條第 3 項所定辦法者，處新臺幣 4 萬元以上 4 百萬元以下罰鍰；違反同條第 2 項規定者，處新臺幣 60 萬元以上 5 百萬元以下罰鍰；再次違反者，並得命其歇業、停業一定期間、廢止其公司、商業、工廠之全部或部分登記事項，或食品業者之登錄；經廢止登錄者，1 年內不得再申請重新登錄。」第 55 條之 1 規定：「依本法所為之行政罰，其行為數認定標準，由中央主管機關定之。」食品廣告是利用傳播方法，宣傳食品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達的性質。商業言論所提供的訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上的合理抉擇者，應受憲法第 11 條言論自由的保障（司法院釋字第 577 號、第 623 號解釋參照）。食安法第 28 條第 1 項規定，禁止食品的標示、宣傳或廣告有不實、誇張、易生誤解的情形，旨在保障消費者獲得真實而完整的資訊，維護國民健康與消費權益，為增進公共利益所必要，與憲法第 11 條保障人民言論自由及第 23 條比例原則應無違背。

- (二) 次按食安法中央主管機關衛福部為維護國人健康，保障消費者權益，有效執行食安法第 28 條規定，禁止食品標示、宣傳或廣告誇張、易生誤解或宣稱醫療效能，依職權訂定行為時認定基準（已於 108 年 6 月 26 日廢止，衛福部另於 108 年 6 月 12 日依食安法第 28 條第 4 項規定之授權訂定「食品及相關產品標示宣傳廣告涉及不實誇張易生誤解或醫療效能認定準則」）第 3 點規定：「三、涉及誇張、易生誤解或醫療效能之認定基準如下：(一)使用下列詞句者，應認定為涉及醫療效能：
1. 宣稱預防、改善、減輕、診斷或治療疾病或特定生理情形……
 2. 宣稱減輕或降低導致疾病有關之體內成分：……
 3. 宣稱產品對疾病及疾病症候群或症狀有效：……
 4. 涉及中藥材之效能者：……
 5. 引用或摘錄出版品、典籍或以他人名義並述及醫藥效能：……
- (二)使用下列詞句者，應認定為未涉及醫療效能，但涉及誇張或易生誤解：
1. 涉及生理功能者：例句：……增智。補腦。增強記憶力。排毒素。……
 2. 未涉及中藥材效能而涉及五官臟器者：例句：保護眼睛。
 3. 涉及改變

身體外觀者：例句：……減肥。塑身。增高。……纖體（瘦身）。……」查前開認定基準係衛福部為協助下級機關正確涵攝構成要件事實、適用法律，而訂頒之解釋性行政規則，經核符合食安法第 28 條規範意旨，未對人民之權利行使增加法律所無限制，於法律保留原則無違，自得予以適用。

- (三) 本件上訴人經查獲刊登以下食品廣告：(1) 新竹市衛生局於 108 年 1 月 19 日 10 時 20 分，查獲上訴人在新竹振道有線電視公司第 35 頻道 (momo2 台) 刊登「醇養妍」廣告；(2) 高雄市仁武區衛生所於 108 年 1 月 19 日 18 時查獲上訴人在慶聯有線電視股份有限公司第 35 頻道 (momo2 台) 刊登「蔬暢輕飲」廣告；(3) 花蓮縣衛生局於 108 年 2 月 23 日查獲上訴人在 DV 笛絲薇夢網站 (網址：<https://www.dv-go.com/makeupbeauty/makeupbeauty.wh>) 刊登「醇養妍-比燕窩還養顏 (〈官網獨賣〉重本全新添加-美白版)」廣告；(4) 花蓮縣衛生局於 108 年 2 月 23 日查獲上訴人在 DV 笛絲薇夢網站 (網址：https://www.dv-go.com/collections-2/%E9%86%87%E9%A4%8A%E5%A6%8D%E9%87%8E%E6%AB%BB%E8%8E%93?utm_source=adageek&utm_medium=Google&utm_campaign=December_181122&utm_term=%E9%86%87%E9%A4%8A%E5%A6%8D) 刊登「醇養妍-暢銷新升級」廣告；(5) 衛福部食藥署查獲上訴人在網站 (網址：<https://www.facebook.com/483142608724566/posts/746050285767129/>、https://www.dv-go.com/collections-2/slimsmooth-2?utm_source=FB&utm_medium=slimsmooth&utm_campaign=bodysguard，網頁下載日期：108 年 3 月 20 日) 刊登「纖先暢」廣告 (以上廣告之監錄日期、時間、商品代號、頻道及節目名稱、廣告內容違規情形詳如原處分卷第 66 至 71、120 至 124、126 至 127、128 至 148 頁、394 至 426 頁所示)，為兩造所不爭，為原判決依法認定之事實。而原判決以「醇養妍」、「蔬暢輕飲」之廣告內容涉及提升抵抗力、沒有老化、清除自由基、減肥、美白、黑斑淡化、抑制黑色素生成等詞句，涉及誇張或易生誤解；另「纖先暢」違規廣告內容有關排空體內毒素等詞句，亦涉及誇張或易生誤解，依前引認定基準第 3 點規定，認上開違規廣告內容違反食安法第 28 條第 1 項規定

，依同法第 45 條第 1 項規定予以裁處，並無違誤等情，已經原審依調查證據之辯論結果予以認定在案，核與卷內證據相符，亦無違反論理法則、經驗法則及證據法則，於法並無不合。

- (四)又衛福部為統一處理依食安法第 45 條規定裁處之廣告案件，建立執法之公平性，有效遏止違規廣告影響民眾健康安全及消費權益，訂定廣告處理原則。其第 2 條規定：「本條廣告規定所列罰鍰額度之審酌：違反食品安全衛生管理法第 28 條第 1 項、第 3 項規定如附表一；違反同法第 28 條第 2 項規定如附表二。」備註欄明定：「違規次數：違規次數之計算以裁處書送達後發生之違規行為，始列計次數。另自主管機關查獲違規事實當日起逾 1 年後始查獲他件違反相同條款裁罰案件，應重新起算違規次數。」係按違規事實及違規次數(A)、違規行為故意或過失(B)、危害程度加權(C)及其他作為罰鍰裁量之參考加權事實(D)等因素，計算其裁罰數額($A \times B \times C \times D$)。其中將「違規次數」列為審酌違反食安法第 28 條第 1 項、第 3 項罰鍰額度的要件之一，在於衡酌裁處行政罰鍰之目的，除在制裁行為人外，主要在於貫徹法律所規範之法律秩序，則行為人違規次數越多，足認其遵守行政法上義務之意願薄弱，其應受之責難程度較高，核與行政罰法第 18 條第 1 項所定裁處罰鍰應審酌之裁量因素相合。上開審酌原則所列因素，既有客觀衡量標準，且無違反期待可能及一般社會通念，均符合食安法第 45 條授與裁量之規範目的，且未增加法律所無的限制或處罰，其內容亦屬合理明確，並寓有避免就相同事件恣意為不同裁罰的功能，被上訴人自得作為處分的依據。對此，原判決論明：上訴人先前託播「蔬暢輕飲」、「醇養妍」之廣告，因違反食安法第 28 條第 1 項規定，經被上訴人 108 年 1 月 14 日前次處分裁處罰鍰在案，該處分書並於 108 年 1 月 18 日送達；被上訴人所屬衛生局業於該次裁處前以 107 年 12 月 17 日函通知上訴人陳述意見，並於函中說明「蔬暢輕飲」及「醇養妍」之廣告內容涉及誇張、易生誤解，違反食安法第 28 條規定，惟上訴人卻未修正改善，於 108 年 1 月 19 日及 2 月 23 日再經查獲刊播「醇養妍」及「蔬暢輕飲」

之違規廣告。因此，有關「醇養妍」、「蔬暢輕飲」之違規廣告，均屬第2次違規（按次數裁處基本罰鍰A=8萬元），惟原處分將違規行為數與違規次數混淆等語（參見原判決第14、15頁），於法亦無不合。

(五)上訴無理由駁回部分（即上訴人請求撤銷原處分1有關「蔬暢輕飲」及原處分2有關「纖先暢」之違規廣告部分）：

- 1.原判決審認被上訴人所為原處分1有關「蔬暢輕飲」之違規廣告，屬第2次違規（按次數裁處基本罰鍰A=8萬元），其罰鍰金額計算應為32萬元（ $A \times B \times C = 8 \times 2 \times 2 = 32$ ，加權倍數B、C之認定與前述相同均為2），而原處分1以查獲之違規行為數（1則「蔬暢輕飲」違規廣告），認定違規次數1（基本罰鍰A=4萬元），計算罰鍰金額為16萬元（ $A \times B \times C = 4 \times 2 \times 2 = 16$ ），係將違規行為數與違規次數混淆，然所為裁處既未逾最終罰鍰金額96萬元，亦應予維持等語（參見原判決第15頁）；經核與前述廣告處理原則附表一規定相合，並無違誤。
- 2.被上訴人所為原處分2，就上訴人刊登「纖先暢」之違規廣告，違反食安法第28條第1項規定，依同法第45條規定裁處罰鍰8萬元，雖未列明計算方式（見原審卷第63、64頁），惟被上訴人於原審已主張原處分2之裁處依據為廣告處理原則附表一，並依審酌原則認定上訴人本件刊播「纖先暢」廣告為故意行為，加權為「2」，故加重罰鍰為8萬元（見原審卷第408至409頁、第417至419頁）。衡酌上訴人先前未曾因刊登「纖先暢」食品之違規廣告遭主管機關裁罰，故屬第1次違規（按次數裁處基本罰鍰A=4萬元），原處分2所為裁罰金額核與前述廣告處理原則附表一規定相合，並無違誤。原判決對此論以：被上訴人審酌「纖先暢」之違規廣告固係初次違規，惟其違規廣告內容所用「排空體內毒素」等詞句，卻係上訴人其他多次刊播違規廣告內容所用相同或類似之詞句，依食安法第45條規定，於法定罰鍰金額範圍內，酌處罰鍰8萬元，尚難認有不符比例原則之裁量瑕疵等語（參見原判決第13至17頁），理由敘述雖未盡周延，惟結論並無不合，仍應予維持，上訴意旨主張原判決對於本件裁處金額之認

定，違反廣告處理原則附表一意旨，顯有適用法規不當之違法云云，自無足採。

(六)廢棄自判部分（即上訴人請求撤銷原處分1有關「醇養妍」之違規廣告部分）：

- 1.按衛福部依食安法第55條之1規定之授權，訂定之行為數認定標準第3條規定：「實施違反本法第28條廣告限制規定之行為者，依下列基準判斷其行為數：一、不同品項之產品。二、不同版本之廣告。三、不同刊播媒介之個數。四、不同日之刊播。」其訂定理由載明：「一、明定違反本法第28條廣告限制規定行為數之判斷基準。二、本法第28條廣告限制規定之立法目的，係為避免民眾受違法廣告影響認知產生健康、財產等損害，考量不同產品品項、廣告版本（廣告內容三、不同，即不同廣告版本）、傳播媒介及刊播日期，均係向民眾認知產生多次危害，故應分別計次違法行為，按次處罰至其停止刊播為止，方能符合社會通念及政府遏止違規廣告之制裁意義。三、廣告傳播媒介多元化，不同之電視頻道係以不同顧客群為訴求主體，並具不同閱聽族群，故屬不同媒介傳播，應以數行為認定，不同之電台頻道、報紙版次、雜誌期數、網頁網址、車輛、文案（如：看板、廣告牌、海報等）張貼處所、傳單發送者等行為數認定，亦同。」第4條規定：「判斷前二條之行為數時，應斟酌下列各款情事：一、違反之動機及目的。二、違反之手段。三、違反義務之影響程度。四、違反義務所致之所生危害及損害。」其訂定理由明載：「一、查違法之行為究應評價為『一行為』或『數行為』乃個案判斷之問題，並非僅就法規與法規間之關連或抽象事實即可認定，必須就具體個案之事實情節依據行為人主觀犯意、構成要件之實現及受侵害法益，斟酌被違反行政法上義務條文之規範目的、立法意旨、期待可能性與社會通念等因素綜合判斷決定。二、考量違規行為樣態繁多，且食品業者之營業規模與型態差異甚大，故有關違反不作為義務之行為數及違反食品廣告規定之行為數，除分別依本標準第2條及第3條判斷外，仍應考量本條各款規定，依具體個案之違規情節綜合判斷之。」上開行為數認定標準，係衛福部

依據食安法第 55 條之 1 規定授權訂定，核其內容並未抵觸母法規定及授權限度，且為執行法律所必要，與法律保留原則無違，亦無違反期待可能及一般社會通念，自得予適用。

2. 原判決審認「醇養妍」之 3 則違規廣告係於不同日期、不同頻道或網站刊播，依行為數認定標準認定為 3 行為之情，固非無據。惟依原審前揭調查之事證，卷附「醇養妍」廣告 2、3 之書面資料（自上訴人於網站刊播之廣告摘錄部分內容，見原處分卷第 126 至 148 頁），兩者內容有異，且出自不同網頁，雖合致行為數認定標準第 3 條所列「不同版本之廣告」。惟行為數認定標準第 3 條雖定有實施違反食安法第 28 條廣告限制規定之行為數所應判斷之基準，包括不同品項之產品、不同版本之廣告、不同刊播媒介之個數、不同日之刊播等 4 項判斷基準，然實際判斷行為數時，依同標準第 4 條規定，仍應斟酌違反之動機及目的、違反之手段、違反義務之影響程度、違反義務所致之所生危害及損害等情，才得完整界定違法應受評價、處罰之行為數，自不得因個案事實中出現食安法行為數認定標準第 3 條各款之判斷參考基準，即機械性地認定為不同行為時之廣告。衡酌「醇養妍」廣告 2、3 均刊登在「DV 笛絲薇夢」之同一網站（網址：<https://www.dv-go.com>），同係被上訴人於 108 年 2 月 23 日所查獲刊播之廣告，且廣告販售之產品同為「醇養妍」（見原處分卷第 126 至 148 頁）。可見上訴人為銷售「醇養妍」，出於宣傳、促銷該產品之意思，在同一「DV 笛絲薇夢」網站（網址：<http://www.dv-go.com>），刊播「醇養妍」廣告，而消費者進入該網站亦係觀覽該食品之廣告，故其廣告行為應屬單一行為。至於消費者進入該網站觀覽「醇養妍」廣告後，點選宣傳功能文句進入不同網頁，其中一則著重宣傳美白之功能（即「醇養妍」廣告 2），另一則著重宣傳防止老化之功能（即「醇養妍」廣告 3），僅係同一產品分別強調之功能介紹，仍屬同一廣告。原判決未就上開情形予以查明，逕依行為數認定標準評價為 3 個違規行為，容有判決適用法規不當之違法。準此，依前揭廣告處理原則附表一規定，有關「醇養妍」之違規廣告，其罰鍰金額計算應為 64 萬元（2 行為×A×B

×C=2×8×2×2=64)。原判決採認訴願決定計算之罰鍰金額為 96 萬元（3 行為×A×B×C=3×8×2×2=96），容有未洽。

(七)綜上所述，原判決關於原處分 1 有關「疏暢輕飲」及原處分 2 有關「纖先暢」之違規廣告部分，其認事用法並無不合，上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，即為無理由，應予駁回。然原判決有關「醇養妍」之違規廣告部分，原處分 1 就此部分之裁罰於法既有不合，訴願決定及原判決雖予糾正，亦有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分違背法令，即非無據，且依原審確定之事實，本院已可自為判決，爰將原判決駁回上訴人請求撤銷原處分 1 有關「醇養妍」之罰鍰逾 64 萬元及該訴願決定，暨該訴訟費用部分均廢棄。上開廢棄部分，訴願決定及原處分均撤銷。

五、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 256 條第 1 項、第 259 條第 1 款、第 98 條第 1 項前段判決如主文。

中 華 民 國 110 年 12 月 30 日

最高行政法院第二庭

審判長法官 吳 東 都

法官 陳 秀 嫻

法官 王 俊 雄

法官 林 妙 黛

法官 侯 志 融

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 110 年 12 月 30 日

書記官 劉 柏 君

資料來源：司法院最高行政法院裁判書彙編（110 年 1 月至 12 月）第 614-628 頁