臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第七庭
112年度簡上字第11號

上　訴　人　中天電視股份有限公司
代　表　人　梁天俠（董事長）
訴訟代理人　李建慶　律師
　　陳少璿　律師
被 上訴 人　國家通訊傳播委員會
代　表　人　陳耀祥（主任委員）
訴訟代理人　施汎泉　律師
　　盧于聖　律師

上列當事人間衛星廣播電視法事件，上訴人對於中華民國111年11月29日改制前臺灣臺北地方法院111年度簡字第57號行政訴訟判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、本件上訴人提起上訴後，上訴人之代表人由廖麗生變更為梁天俠，茲據變更後之代表人梁天俠具狀聲明承受訴訟(本院卷第85頁)，核無不合，應予准許。

二、上訴人經營之中天新聞台民國109年2月7日「大政治大爆卦無色覺醒」節目（下稱系爭節目），於15時30分許起，討論防疫議題，藉節目參與者言論與表現，涉為特定商品宣傳，內容略如下：【㈠主持人：現在大家都在防疫，防疫怎麼防疫，……，最近這企業呢，水神啦，……，那我們就要來了解，這樣的一個東西，到底它能夠怎麼樣來幫助我們來防疫。㈡水神總經理高雅鈴，發言略以：1、我真的覺得我們旺旺集團的蔡衍明主席他真的是非常有愛心，……，這是從日本來的一個技術，那這個設備其實就是他透過這個機器，水，他透過水，透過這個機器，用電解的模式產生了次氯酸

水，所以他其實是透過電解產生了所謂學名叫HCLO，這個東西，其實是溫和不刺激，我們又叫它微酸性的次氯酸水，它跟一般的酒精不太一樣，我們怎麼形容它，1cc的微酸性次氯酸水。1cc的水神它等於1cc不刺激肌膚的酒精……。 2、我們其實全球有超過120份的檢驗報告，檢驗什麼？有效一定很重要，再來還有一個安全，安全的報告，所以其實這都是我們，幫我們檢驗過的一些機關，包括SGS、FDA、台美等等（並出示具「水神抗菌液」通過安全測試之圖卡）；在安全性部分，其實我們做過了，包括口的、入口的、眼睛的噴，包括鼻子的吸入，甚至皮膚的刺激，還有皮膚的病變，我們都做過安全性的測試，他完全是通過的。3、其實像這樣的抗菌液，其實真的，你就這樣噴，可以直接噴（並示範產品使用方式），（主持人周玉琴及許甫：可以直接這樣噴嗎？），可以，可以。㈢祝年豐醫師：以「市面上消毒產品比較」圖卡說明「水神抗菌液」與「酒精乾洗手」消毒產品殺菌效果，並聲稱產品經過認證（並拿起比較圖表卡於圖卡中成分、有效濃度、使用效果及安全性等欄位，標示「水神抗菌液」勝）。㈣水神總經理高雅鈴，發言略以：1、其實從這個圖表就可以看清楚，……，其實可以看到水神這一張，他整個是有效，最重要他溫和不刺激，我旁邊所寫的這些，不管病毒，還是細菌，這些我們都是有檢驗報告的……（拿出比較表以「市售產品種類說明」呈現「水神（次氯酸）」與其他消毒成分的比較）。2、我自己的小秘方，是這樣的布口罩，……，用我們的水神前後噴，噴完了之後呢？讓它乾了之後，把它戴上去，……（示範產品使用方式）】。被上訴人認系爭節目之內容及表現，反覆以正面且深入方式介紹特定商品之成分、效用、使用方法及特色（如微酸性次氯酸水、安全認證、超過120份的檢驗報告、直接噴等），並利用視聽眾比較心理影響消費者，已具明顯宣傳特定商品之意涵；假公益之名為「水神抗菌液」宣傳，已違反衛星廣播電視法（簡稱衛廣法）第30條規定，而依同法第

52條第1項第4款規定，以109年9月28日通傳內容字第10900182800號裁處書（下稱原處分）對上訴人予以警告，並命其應立即改正，依衛廣法相關規定製播節目。上訴人不服，遂向本院提起行政訴訟。後於本院109年度訴字第1410號事件之準備程序中上訴人陳明：僅爭執警告處分部分，撤回立即改正部分之起訴，對於立即改正部分不再爭執等語；並將訴之聲明變更為：「原處分關於警告處分之部分撤銷。」故本院移送至改制前臺灣臺北地方法院（下稱原審法院）行政訴訟庭。嗣經原審法院111年度簡字第57號行政訴訟判決（下稱原判決）駁回其訴。上訴人猶不服，遂提起本件上訴。

三、上訴人起訴主張及訴之聲明、被上訴人於原審之答辯及聲明、原判決認定之事實及理由，均引用原判決所載。

四、上訴意旨略以：

㈠被上訴人所為之行政處分不論在程序面及實體面皆應符合相關規範，方為一個合法的行政處分。本件109年第3次廣播電視節目廣告諮詢會議（下稱109年第3次諮詢會議）乃係被上訴人作成原處分之先行程序（縱使非法定必要程序亦同），原處分認定上訴人違反衛廣法第30條規定之理由亦全部都是援引諮詢委員之意見，可證被上訴人109年第3次諮詢會議是否合乎國家通訊傳播委員會廣播電視節目廣告諮詢會議設置要點（下稱諮詢會議設置要點）相關規定乃係原處分的適法要件之一，惟原判決竟無視本院109年度訴字第1408號判決及最高行政法院110年度上字第735號判決皆認定「109年第3次諮詢會議之組成已然違反諮詢會議設置要點第7點規定」此一見解，逕自認定「本件並不生被上訴人所為之原處分是否因違反諮詢會議設置要點第7點規定而違法之問題」，已有判決不適用法規之違法。

㈡再者，縱然109年第3次諮詢會議僅為被上訴人作成原處分之參考，亦不表示諮詢會議就不需要遵守法定程序要件（例如訴訟程序中證人之證述或鑑定人之意見雖亦僅供法院參考，但仍需遵守相關程序規範），否則諮詢會議設置要點第7點

所規範之諮詢委員出席數要件豈非淪為具文？甚者，如僅有1人出席諮詢會議並作成結論亦可認為合法，又如何達到擴大公民參與及廣納社會多元觀點之目的？況原判決一方面認為「被上訴人所召開之諮詢會議提供不偏頗、公正之客觀諮詢意見，核屬專業、獨立之判斷」，一方面竟又認定「諮詢會議所提供之諮詢意見是否符合諮詢會議設置要點第7點所定之遴選19人與會門檻，並不影響被上訴人審議之效力」，顯然具有不適用法規及理由矛盾之違法至明。

㈢另本件諮詢會議諮詢委員之遴選方式為被上訴人主任委員圈選35名諮詢委員，經徵詢後僅14人表示可以於109年5月14日出席，遂僅對該14人寄發開會通知，最終僅有13人出席，因此如要重新召開諮詢會議，即需另外再定一個開會時間，則新定時間（非109年5月14日）能出席的諮詢委員是否與原本的13人完全相同，猶未可知，甚至新時間出席之19名委員亦有可能與原先之13人完全不同，故最高行政法院110年度上字第697號判決意旨機械式認定以補足6人後作為認定結果是否改變之標準並不足採。

㈣電視節目廣告區隔與置入性行銷及贊助管理辦法（下稱系爭贊助管理辦法）第3條第1項、第4條第3款、第5款、第6款、第8款分別定有明文。廣告係由「行銷」及「傳播」兩項要素所構成，而所謂行銷，就是有形的產品、服務及觀念，賦予特別概念，並加以定價、分配及推廣，進而促成交易，滿足消費者或組織之需要、需求及目標的整個計畫與執行過程，故上訴人必須是主觀上基於行銷之意圖而於客觀上進行行銷之行為，該行為才會構成衛廣法第30條所規範之「廣告」。本件乃因有民間業者於109年初疫情嚴峻之時，進行免費捐贈水神抗菌液予社會大眾之公益活動，故上訴人方針對水神抗菌液進行相關介紹，目的是希望透過業者及醫療專家的解說，讓一般民眾不用對於未知的東西質疑其防疫效果，否則如民眾因不了解業者免費發送的是何物而不來領取，將使業者免費發送水神抗菌液之公益目的大打折扣，亦

無法藉此舒緩當前台灣面臨防疫物資不足的困境，而上訴人解說水神抗菌液之行為既非出於行銷之意圖，自然也不會構成廣告行為，換言之，上訴人並不會構成衛廣法第30條所規範的節目廣告難以辨認之情形。惟原判決一方面認定「系爭節目上開內容係有感於當時國內疫情嚴峻，有業者適時伸出援手免費提供『水神抗菌液』作為民眾防疫使用而對於抗菌液進行解說」，一方面又認定「系爭節目已達為系爭商品廣告之行銷程度」，等同於認為縱使主觀上並無行銷之意圖，只要客觀上有行銷之行為即構成「廣告」，原判決顯然具有違背衛廣法及管理辦法、理由矛盾之違法。上訴人既係為配合水神抗菌液捐贈公益活動而進行相關解說，故系爭節目當然僅會提到水神抗菌液相關資訊，假使系爭節目介紹其他防疫產品，反而才係有為其他產品行銷之嫌，惟原判決以「水神抗菌液乃系爭節目上開內容來賓所介紹並當場使用、分享經驗的唯一道具」進而認為構成廣告，顯然違反經驗法則，因而提起上訴，並聲明請求將原判決廢棄，及撤銷原處分。

五、原判決論述略以：㈠經勘驗系爭節目光碟，確有爭訟概要欄之事實，且該節目內容除多側重於水神抗菌液之成分、用途及功效外，更將該產品與市面上相類之產品予以比較，並特別凸顯水神抗菌液之成分、效果較其他相類產品為佳，實已涉及特定產品之效用、使用方式。此外，「水神抗菌液」乃系爭節目來賓所介紹並當場使用、分享經驗的唯一道具，過程中除由來賓當場以言論介紹該商品成分、效果外，更藉討論防疫議題，持續介紹「水神抗菌液」之安全性、使用方式；更輔以特定廠商代表現場介紹與示範，及來賓手持「市面上消毒產品比較」圖卡說明「水神抗菌液」與「酒精乾洗手」消毒產品殺菌效果，為特定商品宣傳意圖明顯，且節目參與者之言論及表現，均已呈現特定商品名稱，足以識別為單一、特定商品，並刻意突顯特定商品，極具指涉性，已明顯表現出為特定商品宣傳之意涵，確有促銷及宣傳「水神抗菌液」的特定效用之意圖，且有為「水神抗菌液」商品廣告

之情事。再者，節目中多次呈現上訴人關係企業旺旺集團所生產「水神抗菌液」之名稱及使用畫面，是系爭節目上開內容於諸多防疫物資商品中僅就「水神抗菌液」為專題報導，且報導過程中除強調「水神抗菌液」成分及正面宣傳次氯酸水殺菌、安全的防疫功效外，更輔以專業人士解說及檢驗報告、與市面上消毒產品比較之圖卡等，宣傳「水神抗菌液」具備抗菌及檢驗合格之安全性等特定防疫功效，在在宣傳「水神抗菌液」之特定效用，實已達為系爭商品廣告之行銷程度，故系爭節目已違反衛廣法第30條、系爭管理辦法第4條第3、5、6、8款等規定。㈡被上訴人審酌系爭節目違法情節，及考量上訴人2年內未曾違反相同違法構成要件行為遭裁處，按評量表表3，依違法情節、事業2年內未受裁處及其他判斷因素等考量事項，分別採計10分、0分及0分，依同法第52條第1項第4款規定，對照違法等級及適用裁處參考表4之3，屬第1級，於法定範圍內，對上訴人裁處警告，並應立即改正（立即改正部分業經上訴人於提出訴訟後撤回，並經被上訴人同意，見本院前開行政訴訟卷宗第266-267頁）之決定，洵屬有據，尚無違誤。㈢原處分內容，已載明經被上訴人109年5月14日召開之109年第3次廣播電視節目廣告諮詢會議討論，認已違反衛廣法第30條規定，況且該諮詢會議認為違反衛廣法第30條規定之諮詢委員於廣播電視節目一般性違規案件諮詢意見表（甲表）審查意見明載「①涉己事務報導要更小心分際之拿捏。②內容揭示旺旺董事長等對於產品的社會責任與愛心，內容太過度」、「新聞台談話節目中長時間的進行產品及功能說明，並反覆呈現及討論」、「內容明顯違反衛廣法第33條第2項規定，建議予以核處」、「全部是水神之廣告，與新聞節目無關」、「節目為特定產品宣傳明顯，未能辨識之間之區隔」、「節目內容明顯為特定商品宣傳及廣告，已違反節目與廣告區隔之規定」、「於該段節目中，直接邀請業者推銷與置入吹捧水神品牌商，明顯已與防疫無太大關連」、「節目廣告化非常明顯，且有明顯置

入」、「①節目使用大量時間介紹商品，並多次照到商品與商標，嚴重節目廣告化。②構成涉己新聞，且播送時間極長，雖屬自律範圍，但仍應列入未來評鑑、換照的參考事項」、「節目與產品廣告無法區隔，且非常仔細介紹商品，情節非常嚴重」及另有諮詢委員於廣播電視節目一般性違規案件諮詢意見表（甲表）審查意見載明「內容明顯違反衛廣法第33條第2項規定，建議予以核處」、「本節目雖為新聞頻道之時事談話節目，但節目內容明顯涉及為特定商品宣傳，即使自我標示為涉己新聞，亦不符衡平、多元之原則，無法以公共利益為託詞」、「在新聞節目為產品之廣告」。佐以，109年第3次「廣播電視節目廣告諮詢會議」諮詢會議結果，顯然多數諮詢委員意見認為系爭節目上開內容有關違反衛廣法之事實並已明確表示違反之理由，而諮詢會議在成員組成代表性及建議之作成，核屬專業、獨立之判斷，並無違法，原審法院自應予以尊重。被上訴人其裁量洵非恣意，亦無裁量違法之情節。㈣被上訴人為審議系爭節目是否涉嫌違法而召開之109年第3次諮詢會議，係由被上訴人依第9屆廣播電視節目廣告諮詢會議委員名單之學者專家23名、公民團體代表17名及節目實務工作者9名中所遴選其中已達13位諮詢委員出席開會，並經出席諮詢委員就系爭節目是否涉嫌違法充分進行審查及討論，多數委員均認已涉嫌違反衛廣法第30條之規定，又諮詢會議設置要點第7點僅係規範諮詢委員出席數事項，並非規範被上訴人審議決定之要件，蓋被上訴人開會審議及作成處分前，僅須依通傳會組織法第10條第6項規定諮詢諮詢會議意見，即已踐行法定程序，縱所遴選與會之諮詢委員未達上開19位門檻而提供被上訴人諮詢意見，就被上訴人而言，其既已諮詢諮詢會議意見，被上訴人所為之審議即無違法可言，且諮詢會議之意見僅供被上訴人審議時之參考，而無拘束力，自不因諮詢會議所提供之諮詢意見是否符合諮詢會議設置要點第7點所定之遴選19人與會門檻，而影響被上訴人審議之效力，換言之，本件並不生被

上訴人所為之原處分是否因違反諮詢會議設置要點第7點規定而違法之問題。上訴人前開主張，要屬其個人主觀見解，自無足採，更遑論其所援引之判決係因漏未遴選並補通知諮詢會議委員之瑕疵，已達足以變動該次諮詢會議處理建議之程度，核與本件情況不同，附此說明。」。

六、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴，尚無違誤。茲就上訴理由再予補充論述如下：

㈠被上訴人為擴大公民參與及廣納社會多元觀點，於96年1月26日下達訂定諮詢會議設置要點，其第2點規定：「諮詢會議，依廣播電視法、有線廣播電視法、衛星廣播電視法及本會主管之相關法令規定，就下列事項提出諮詢意見：㈠無線廣播電視之節目、廣告。㈡有線廣播電視之節目、廣告。㈢衛星廣播電視之節目、廣告。㈣其他依本會交付諮詢事項。」第3點規定：「諮詢會議置諮詢委員39至51 人，諮詢委員由下列會外人員組成，其中任一性別代表不得少於3分之1：㈠專家學者19至23人。㈡公民團體代表15至19人。㈢內容製播實務工作者5至9人。」第4點規定：「（第1項）諮詢委員由本會主任委員遴聘之，任期2年，期滿得續聘之。（第2項）任期內出缺時，得補行遴聘之，其任期至原任期屆滿之日為止。」第5點規定：「（第1項）諮詢會議召集人，由本會主任委員指定本會代表1人擔任，召集並主持諮詢委員會議，但不參與議案建議處理方式勾選及簽註意見。（第2項）召集人未能出席時，由召集人指定本會代表1人代理之。」第7點規定：「（第1項）諮詢會議委員由本會主任委員視議案需要，自第3點諮詢委員名單中遴選19人與會。（第2項）前項遴選之委員至少有2分之1出席，始得開會。」第8點規定：「諮詢會議因討論議案之必要，得依職權通知案件之當事人或其他利害關係人陳述意見或提出陳述書。必要時，得邀請相關機關或團體代表、專家學者列席諮詢或提供書面意見。」第9點規定：「（第1項）出席委員應就當次議案提出書面審查意見，並就涉嫌違法議案，勾選下

列建議處理方式並簽註意見：㈠應予核處，並加註違規情節輕重。㈡發函改進。㈢不予處理。（第2項）有關諮詢會議之議案審查、討論、諮詢意見彙整及建議方式之處理原則，另訂要點規定。」第10點規定：「諮詢會議之意見，得供本會委員會議審議之參考。」

㈡依上述第9點第2項規定，上訴人另訂有廣播電視節目廣告諮詢會議處理建議作業原則（下稱諮詢會議作業原則），其第1點規定：「廣播電視節目廣告諮詢會議（以下簡稱諮詢會議）處理建議作業原則，除法令另有規定外，依本原則辦理。」第2點規定：「涉有違反兒童及少年保護、公序良俗、內容分級或其他違法情節之節目或廣告內容處理，先提請諮詢會議討論並作成處理建議後，再提請本會委員會議審議。」第3點規定：「諮詢會議開會前，本會幕僚單位應先就案件違法事實與法律構成要件之涵攝作分析整理；諮詢會議可參考幕僚單位之分析意見，協助審酌及確認個案事實與法規範構成要件是否相符及其可能造成之影響，以作成處理建議，其餘涉及行政裁罰之裁量等，仍由本會委員會議依職權為之。」第4點規定：「本會就諮詢會議所提處理建議作業原則如下：㈠獲過半數出席諮詢委員共識之處理建議，依其建議提請本會委員會議審議。㈡未獲過半數出席諮詢委員共識之意見，其處理建議『予以核處』加上『發函改進』意見之人數，合計多於『不予處理』者，以『發函改進』處理建議提請本會委員會議審議。㈢出席諮詢委員提供之處理建議，因票數相同致無法依前述原則作成處理建議時，會議主持人得對該議案重新討論。本款所稱票數相同情形指：1.『予以核處』加上『發函改進』與『不予處理』處理建議票數相同。2.『予以核處』之違法情節處理建議票數相同。㈣未獲過半數出席諮詢委員共識且無第2款之情形，或經重新討論票數仍然相同時，得依會議主持人意見，擬訂處理建議提請本會委員會議審議。」

㈢依上述諮詢會議設置要點及諮詢會議作業原則規定可知，被上訴人處理涉及違反兒童及少年保護、公序良俗、內容分級或其他違法情節之節目或廣告內容時，應先由被上訴人主任委員自39至51人的諮詢委員名單中遴選19人為諮詢會議委員，合法組成諮詢會議，並指定被上訴人代表1人召集並主持諮詢委員會議，經19名委員至少有2分之1出席開會、參考被上訴人幕僚單位就案件違法事實與法律構成要件之涵攝之分析整理及討論後，作成應予核處、發函改進或不予處理之處理建議，再提請被上訴人委員會議審議。亦即諮詢會議的組成，須有專家學者、公民團體代表、內容製播實務工作者39至51人，由被上訴人主任委員從中遴選19人，至少有2分之1出席會議，方為適法，而最高行政法院110年度上字第735號判決意旨，廣播電視節目廣告諮詢會議之組成是否合法，確會影響原處分適法性之判斷，然前開判決意旨所持見解係以諮詢會議組成及表決情形之瑕疵，是否嚴重到如無瑕疵即有變動處理建議結果之可能，來判斷處分之合法性。（最高行政法院110年度上字第697號判決意旨）

㈣經查，本件原處分之作成，先由被上訴人提交系爭諮詢會議討論，由13位諮詢委員出席組成，其中有12位之委員認定上訴人構成違反衛廣法之情事，並以多數達成共識之處理建議為「擬處內容：予以核處。違規情節：普通。違反衛廣法第30條規定，依同法第52條第1項第4款規定，予以警告。」又依前揭設置要點第7點規定，諮詢會議委員成員最多為19人、最少為10人，本件有13人出席已達組成人數，而其中有12人認定上訴人已構成違法行為，則縱以滿額之諮詢會議19位委員為計算，依諮詢會議作業原則第4點第1款規定，12人之意見也已過半而得作成具共識之處理建議，且該處理建議之形成過程乃經由參考被上訴人幕僚單位就案件違法事實與法律構成要件之涵攝之分析整理及討論後，作成應予核處、發函改進或不予處理之處理建議，再提請被上訴人委員會議審議，足見本件處理建議已具有過半數之實質，實現諮詢會

議設置要點第1點「擴大公民參與及廣納社會多元觀點」之目的，且觀其討論過程乃參考相關資料並進行充分討論之下所為，應認此一處理意見足供作為提請委員會議審議決議之基礎，本件情形與本院109年度訴字第1408號判決及最高行政法院110年度上字第735號判決之個案事實並不相同，尚難比附，從而，上訴人就違反諮詢會議設置要點第7點指摘難以成立。

㈤至上訴人雖主張解說水神抗菌液之行為既非出於行銷之意圖，原判決卻認為只要客觀上有行銷之行為即構成「廣告」，顯然具有違背衛廣法及系爭贊助管理辦法、理由矛盾之違法；以及原判決以「水神抗菌液乃系爭節目上開內容來賓所介紹並當場使用、分享經驗的唯一道具」進而認為構成廣告，顯然違反經驗法則等語，然經核原判決經勘驗系爭節目光碟，認定系爭節目實已涉及特定產品之效用、使用方式；並敘明「水神抗菌液」為系爭節目所使用的唯一道具，並藉此分享使用經驗、介紹效果及現場示範，加以和其他商品之比較；而節目參與者之言行舉止，更凸顯前開商品，尤富指涉性，故足認有為特定商品宣傳之意圖，已明顯表現出為特定商品宣傳，實已達為系爭商品廣告之行銷程度。從而，上訴人所執前開上訴理由，經核無非係重述其在原審業經提出而為原判決摒棄不採之主張，並執其個人歧異之法律見解，就原審所為論斷、證據取捨及事實認定職權之行使，泛言指摘其違反論理、經驗或證據等法則。

七、綜上所述，原判決將原處分予以維持，而駁回上訴人在原審之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

八、結論：本件上訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　29　　日

審判長法　官　鍾啟煌

法　官　吳坤芳

法　官　李毓華

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　29　　日

書記官　謝沛真