臺北高等行政法院判決

地方行政訴訟庭第一庭
114年度地訴字第170號
115年8月5日辯論終結

原　　告　愛上大數據股份有限公司
000000000000000000
代　表　人　吳榮和
訴訟代理人　李奇律師
　　傅于瑄律師
　　施東昇律師
被　　告　臺北市政府衛生局
000000000000000000
代　表　人　黃建華
訴訟代理人　謝幸霖
　　楊涵如
　　張素菁

上列當事人間食品安全衛生管理法事件，原告不服臺北市政府中華民國114年4月14日府訴二字第1146080449號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

本件原告代表人原為龍京佑，嗣於訴訟進行中變更為吳榮和，茲由其具狀聲明承受訴訟（見本院卷第305至308頁），核無不合，應予准許。

二、事實概要：

衛生福利部食品藥物管理署（下稱食藥署）查獲原告於民國113年10月1日21時至21時36分許，在新台北有線電視股份有限公司第80頻道「靖天購物一台」刊播「愛上新鮮鮮凍金枕

頭榴槤果肉熱銷組」廣告（下稱系爭廣告），系爭廣告宣稱「榴槤是男性的大補丸」、「提升性功能」、「解除貧血症患者症狀」、「藉由提高精子的活躍度及雌激素含量，降低不孕率」、「有滋陰壯陽的效果」、「促進消化液分泌及腸胃蠕動」等詞句。經被告審認系爭廣告涉及醫療效能，播送總時間60秒以上，違反食品安全衛生管理法（下稱食安法）第28條第2項規定，爰依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）第2點及如附件（附表二）所示之審酌原則，以113年12月16日北市衛食藥字第11330755111號裁處書，裁處原告新臺幣（下同）120萬元罰鍰（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，經臺北市政府114年4月14日府訴二字第1146080449號訴願決定駁回（下稱訴願決定），遂提起本件行政訴訟。

三、原告起訴主張：

㈠、系爭廣告係由互動在綫股份有限公司（下稱互動在綫公司）依雙方合作銷售契約，負責企劃、製作及刊播，原告僅提供商品及商品資訊，原告並未提供系爭廣告涉及醫療效能之素材，亦未同意或授權互動在綫公司刊播違法之廣告內容。原告於錄製廣告時，發現部分內容可能涉及醫療效能，已要求互動在綫公司刪除，惟互動在綫公司未待原告確認，即逕自刊播，致原告遭被告裁罰，故系爭廣告之違規行為應歸責於互動在綫公司，而非原告。

㈡、系爭廣告可能涉及醫療效能之上開詞句播送時間僅約23秒，其餘時間則為商品介紹，且原告因系爭廣告共銷售1,938盒，每盒毛利8元，總毛利僅15,504元，被告逕以系爭廣告整體播送時間為36分鐘作為違害程度加權之計算基礎，而加重裁罰至120萬元，與食安法第45條規定及比例原則顯有不符。且食藥署所訂廣告處理原則係以整體廣告播送時間作為危害程度加權標準，欠缺法律依據，法院應拒絕適用。又系爭廣告應屬食安法第28條第1項不實、誇張或易生誤解之廣告，而非同法第2項涉及醫療效能之廣告，原處分亦有違

誤。

㈢、聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

四、被告答辯及聲明：

㈠、系爭廣告於113年10月1日在「靖天購物一台」播送，系爭廣告內容宣稱「榴槤是男性的大補丸」、「提升性功能」、「解除貧血症患者症狀」、「藉由提高精子的活躍度及雌激素含量，降低不孕率」、「有滋陰壯陽的效果」、「促進消化液分泌及腸胃蠕動」等詞句，合於食安法第28條第2項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（下稱食品廣告認定準則）第3條、第5條等規定，而屬涉及醫療效能之廣告。再以整體觀察系爭廣告所傳達予消費者之訊息，已足使消費者產生系爭廣告所販售之榴槤，具有壯陽強精、改善貧血等醫療效能之整體印象，故系爭廣告整體均屬涉及醫療效能之廣告。

㈡、原告於113年12月5日向被告陳述意見時，已自承系爭廣告係由其刊播，且係因內部作業人員疏失、未詳查審核資訊所致。原告卻事後始主張係互動在綫公司未與原告確認，即擅自刊播系爭廣告。然依食藥署112年3月25日FDA企字第1121200607號函釋，食品業者縱提具廣告委託契約，仍不得據以免責。是本件原告為食品業者，依法應就食品廣告內容負責，不因委託廣告公司企劃、製作或刊播而得免除原告違反食品安全衛生管理法第28條第2項之責。

㈢、原處分依廣告處理原則雖屬第一次違規，惟因「靖天購物一台」屬全國性購物頻道，其播送範圍遍及全國，足以影響多數消費者，且播送總時間長達36分鐘，依違害程度加權標準，而加重裁罰至120萬元。是裁罰基準所稱「播送總時間60秒以上」，係指系爭廣告總播送時間，而非僅計算違規詞句出現之時間，故原處分據以加權裁罰，於法有據。

㈣、聲明：原告之訴駁回。

五、本件之爭點：

㈠、系爭廣告違反食安法部分之廣告時間長度為何？應以何為基

準計算？（原告主張僅以提及涉及違反食安法的部分計算廣告時間；被告主張應以全部廣告播送時間為計算）。

㈡、系爭廣告違反食安法之部分，應歸責於原告公司，抑或是製作廣告之互動在綫公司？

㈢、系爭廣告究竟是違反食安法第28條第1項關於「誇張、易生誤解」之規定，抑或是違反同條第2項關於「涉及醫療效能」之規定？

㈣、食藥署訂定之「食品安全衛生管理法第四十五條規定廣告處理原則」附表二關於「危害程度加權（C）」之規定是否符合比例原則？法院是否得拒絕適用該標準？

六、本院判斷：

㈠、應適用之法令：

1.食安法第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。」

2.食安法第45條第1項規定：「…違反同條第2項規定者，處新臺幣60萬元以上500萬元以下罰鍰…」

3.食品廣告認定準則第3條規定：「本法第28條第1項或第2項所定標示、宣傳或廣告涉及不實、誇張、易生誤解，或醫療效能之認定，應就其傳達予消費者之品名、文字敘述、圖案、符號、影像、聲音或其他訊息，依整體表現，綜合判斷之。」

4.食品廣告認定準則第5條規定：「本法第28條第2項食品之標示、宣傳或廣告，表述內容有下列情形之一者，認定為涉及醫療效能：一、涉及預防、改善、減輕、診斷或治療疾病、疾病症候群或症狀。二、涉及減輕或降低導致疾病有關之體內成分。三、涉及中藥材效能。」

5.廣告處理原則第2點規定：「本條廣告規定所列罰鍰額度之審酌：...違反同法第28條第2項規定如附表二。經依附表

一、附表二加權事實審酌加權後，其計算數額已為法定罰鍰最低額，惟依行政罰法規定再予減輕處罰者，應於裁罰之處分文書中明確詳載其裁量所據之基礎事實，適用法規及理由。」

㈡、系爭廣告究竟是違反食安法第28條第1項關於「誇張、易生誤解」之規定，抑或是違反同條第2項關於「涉及醫療效能」之規定？

1.按食安法第28條第2項立法意旨明白揭示：「為維護消費者之健康及權益，嚴禁食品為醫療效能之標示、宣傳或廣告。」是為保障消費大眾獲得真實而完整之資訊，避免食品標示、宣傳或廣告內容造成誤導作用，使消費者誤認產品具有醫療效能，足以替代藥物而延緩就醫治療或遵照醫囑服藥的風險，食安法第28條第2項遂明文禁止食品為醫療效能之標示、宣傳或廣告，以維護國民健康與消費權益，違者即應按同法第45條第1項之規定處罰。而違反食安法第28條第1、2項構成要件不同，效果亦異（當然有競合之情形），如何區別行為人食品廣告內容，究係食安法第28條第1項誇張、易生誤解或係食安法第28條第2項宣傳醫療效能之情形，應綜合該廣告全部，所使用之文字、敘述、圖像及符號等，以所傳達予消費者訊息之整體表現認定之（最高行政法院109年度判字第117號判決意旨參照）。

2.經查，系爭廣告上開詞句可能提及涉及醫療效能之部分，有系爭廣告擷取畫面存卷可稽(本院卷第101至126頁)，且為原告所不爭執。再觀以系爭廣告係為傳達所販售之榴槤為「榴槤是男性的大補丸」、具有「提升性功能」、「解除貧血症患者症狀」、「藉由提高精子的活躍度及雌激素含量，降低不孕率」、「有滋陰壯陽的效果」、「促進消化液分泌及腸胃蠕動」等效能功用。是由上開詞句及系爭廣告整體內容觀之，系爭廣告已有傳達預防、改善精子活躍度、雌激素含量之性功能、減輕貧血症狀、促進消化液分泌及腸胃蠕動等有關之體內成分等效能之訊息予消費者，核與食品廣告認定準

則第5條所列涉及醫療效能表述認定之原則相符。加以，系爭廣告係刊播於全國性播送之靖天購物台，該購物台之觀眾並無任何閱覽之限制或條件，足認可供不特定之多數人所見聞、知悉系爭廣告宣傳之內容，而依系爭廣告所傳達上開效能之訊息，已足使觀看系爭廣告之消費者誤認廣告產品具有如上開詞句所指之醫療效能，進而引起消費者更強烈之購買慾望，並有以系爭榴槤替代藥物而延緩就醫治療或遵照醫囑服藥之風險，故被告認系爭廣告內容業已涉及醫療效能，該當食安法第28條第2項之構成要件，自屬有據，原處分以食安法第28條為裁處，並無違誤。

㈢、系爭廣告違反食安法之部分，應歸責於原告公司，抑或是製作廣告之互動在綫公司？

1.經查，原告與互動在綫公司所簽立之供應商合作銷售契約書（下稱銷售契約書）第5條第4款、第5款及第7款等規定：「（第4款）乙方（即原告公司）提供標的商品資訊，經甲方（即互動在綫公司）檢視後，如甲方發現乙方之資訊不正確，有違反法令規定或侵害他人權利之虞，甲方有權要求乙方修正或將標的商品下架，惟不論乙方標的商品之資訊內容是否經甲方檢視，標的商品如有違反法令或侵害他人權利或造成之違規處分，其法律責任、罰款、損害賠償、損失補償概由乙方負責；（第5款）乙方應就標的商品之屬性及法令規定(包含不限於商品檢驗法、商品標示法、化妝品衛生管理條例、會品衛生管理法、健康食品管理法)進行包含但不限於包裝標示、檢驗認證等行為。如乙方提供之標的商品未符合相關法令之規定經甲方、甲方客戶或第三人等發現有違法之虞甲方得立即停止銷售該標的商品，且因此所衍生之法律責任概由乙方負責，如因而致甲方、甲方客戶或任何第三人損害(包含但不限和解金、處分罰鍰、商譽等)概由乙方負賠償及補償責任；（第7款）乙方保證就其所提供之資料、文件、圖檔及影音，確實擁有合法之權利，亦無妨害善良風俗及違反法令之情事，若發生侵害第三人之權利而導致任何

糾紛或訴訟或遭有關單位對甲方依法處以罰鍰時，乙方應負責所有相關責任之處理，並負擔所有費用及損害賠償金額。」等語（本院卷第223至225頁），是依上開銷售契約書可知，原告（即乙方）需擔保提供之商品及資料內容均合法，如致互動在綫公司（即甲方）或第三人受有損害，均由原告公司負最終賠償及裁罰責任等情無訛，再酌以原告出具與互動在綫公司間之委託書，益徵原告公司保證系爭廣告播出內容均合法。如致生糾紛或行政處分，均由原告負責處理解決並負責賠償等語（本院卷第233頁）。互核互動在綫公司函覆本院：互動在綫公司為通路經銷商，與原告公司簽有供應商合作銷售契約書，由互動在綫公司負責製作節目及廣告，透過通路行銷原告公司之商品。相關節目腳本及錄影內容，原告公司人員均有參與，並於原告公司確認後始對外播出...依銷售契約書第7條第2項及系爭廣告商品之提報單及委託書，係由原告公司對宣傳內容之合法性負最終責任等語大致相符（本院卷第217至219頁）。綜上，依原告與互動在綫公司間所為之上開約定，系爭廣告如有違法之情事，均應由原告負最終裁罰及賠償責任等情無訛。

2.證人即互動在綫公司前員工戴妤莉（下稱戴妤莉）到庭證稱：系爭廣告中的字卡，是由原告公司張晏銜所提供，原告公司對於系爭廣告內容均有參與。張晏銜是廠商代表，一起參與錄製系爭廣告，我們沒有任何人有收到需要修改系爭廣告內容之訊息等語（本院卷第255至258頁），足認係由原告自行提供系爭廣告上開違規詞句之字卡及相關資訊，原告並共同參與並製播系爭廣告等情，核與證人即原告業務經理張晏銜（下稱張晏銜）到庭證稱：系爭廣告中的字卡是由原告提供等語相符（本院卷第344頁），益徵系爭違規詞句確實係原告所提供等情無訛。縱證人張晏銜另證稱：當天預錄時，有向主持人緯綸反應，也有口頭跟戴妤莉說明，講到違反療效，要再做修帶及確認後，才可由廣告公司刊播...，原告未追蹤後續修正，互動在綫公司亦未讓原告確認，逕自

刊播等語，然查，上開違規詞句及產品資料均係由原告先行提供，且原告需負最終賠償及裁罰之責，已如前述，故原告於錄製系爭廣告後，如認確有修正上開違規詞句之必要，即應積極主動告知互動在綫公司，並具體明確指示說明應如何加以剪輯修正系爭廣告，始可符合食安法之規範，而非僅口頭提醒要修正，卻就修正之範圍、內容均隻字未提，亦未追蹤後續修正結果等請觀之，顯與常情未合。綜上，證人張晏銜此部分證述，除無相關事證可資佐證外，亦與常情相違，要難採信。綜上，原告為系爭廣告之食品業者，而系爭廣告違規詞句係原告自行提供，且原告全程參與系爭廣告之製播，再依原告與互動在綫公司間銷售契約書、委託書，系爭廣告如有違規情節，均由原告負最終賠償及裁罰責任等情觀之，益徵原告應屬食安法第28條第2項之違規裁罰對象。被告以原處分裁罰原告，應無違誤。

㈣、系爭廣告違反食安法部分之廣告時間長度為何？應以何為基準計算？

本件原告主張應僅以系爭廣告中違反食安法的部分計算廣告時間（僅23秒）；惟被告主張應以系爭廣告全長時間為計算（36分鐘）等語。經查，原處分被告係以系爭廣告全長36分鐘為裁處，而原告主張上開違規詞句僅有23秒，未達60秒，被告不得以加權倍數為處罰云云。經查，系爭廣告總播送全長36分鐘，不論系爭廣告是在介紹系爭榴槤產地、甜度、特色、或系爭榴槤冷凍後食用美味之口感，以及比較各項促銷方案，或提及上開違規詞句時，系爭廣告畫面之下方均有明確載有系爭產品名稱、價格、訂購專線、QRCODE等，有系爭廣告截圖在卷可稽（本院卷第101至126頁）。是以系爭廣告除行銷系爭榴槤品種、極佳口感、豐富之營養價值外，尚搭配主持人以口述、字幕、圖示或主持人使用手板等方式，重複在36分鐘中之廣告中，循環播送強調上開預防、改善、減輕或降低致病等違規醫療效能之詞句，客觀上顯足以引起一般消費者在觀看系爭廣告時，除喚起消費者之食慾外，更反

覆加強消費者產生食用系爭榴槤後，將獲得改變人體器官、組織、生理或外觀功能之整體廣告印象及效果，進而加強消費者之購買慾。故本件違規之系爭廣告應以單則廣告播送全長計算廣告時間，實無法自系爭廣告中單獨切割違規詞句而加以拆分後，再獨立計算播送之秒數。是上開違規詞句重複穿插於系爭廣告中，應視為系爭廣告之一部，系爭廣告應以整體全部總播送時間觀之，實無法拆分計算違規詞句單獨播送之時間。原告此部分主張，尚難謂有據。

㈤、食藥署訂定之「食品安全衛生管理法第四十五條規定廣告處理原則」附表二關於「危害程度加權（C）」之規定是否符合比例原則？法院是否得拒絕適用該標準？

按「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」行政程序法第6條及第8條分別定有明文。又合法行政處分之作成，除應遵守法律之明文規定外，尚應慮及公法上一般法律原則之適用。行政機關作成行政處分時，對於相同或具同一性之事件，為保障人民之正當合理之信賴，並維持法秩序之安定，應受合法行政先例或行政慣例之拘束，如無實質正當理由，即應為相同之處理，以避免人民遭受不能預見之損害，此即所謂行政自我拘束原則。又按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2項規定如附表二。」違害程度加權：「二、 單則違規廣告之違害程度應考慮下列情狀：㈠於全國性電視頻道或購物頻道播送，播送總時間60秒以上。三、 加權說明如下：㈠未具前項㈠所列情形者：C1 = 0；具前項(一)所列情形者：C1 = 1。」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×B×C×D）。其中將「違害程度加

權」列為審酌違反食安法第28條第2項罰鍰額度的要件之一，在於衡酌裁處行政罰鍰之目的，係為有效遏止違規廣告影響民眾健康安全及消費權益，且因全國性購物頻道之播送範圍涵蓋全國多數地區，可觸及並影響之消費者群廣泛且人數眾多，如以總播放時間60秒以上之長時間播送，更易強化並加深一般消費者對於廣告內容所引起之錯誤認知，足認原告更應遵守行政法上義務，應受之責難程度亦較高，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，被告自得作為處分的依據。末酌以此為義務性羈束行政，被告就違規廣告總播送時間超過60秒以上，即應以倍數處罰一事，並無裁量可言，亦無裁量濫用或怠惰等情。是原告空言指摘被告之裁量違反比例原則、平等原則或其他裁量濫用之瑕疵云云，並無可採。

七、綜上所述，原告所訴各節，均非可採，原處分並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告徒執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

九、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　2　　日

審判長法　官　蕭忠仁

法　官　郭　嘉

法　官　游璧庄

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院地方行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內

補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第2款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
（二）非律師具有右列情形之一，經高等行政法院高等行政訴訟庭認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例	

外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　2　　日

書記官　蔡忠衛