最 高 行 政 法 院 裁 定

108年度裁字第486號

上　訴　人　華藥生醫股份有限公司
（原名：宏醫國際股份有限公司）
代　表　人　陳湘青
訴訟代理人　吳東霖　律師
被 上訴 人　桃園市政府
代　表　人　鄭文燦

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108年1月3日臺北高等行政法院107年度訴字第137號判決，提起上訴，本院裁定如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第242條定有明文。依同法第243條第1項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；依同法第243條第2項規定，判決有該條項所列各款情形之一者，為當然違背法令。又提起上訴，應以上訴狀表明上訴理由並應添具關於上訴理由之必要證據，復為同法第244條第1項第4款及第2項所明定。且依同法第307條之1準用民事訴訟法第470條第2項第1款、第2款規定，上訴理由應表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。是當事人提起上訴，如以原判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；如以原判決有行政訴訟法第243條第2項所列各款情形為理由時，其上訴狀應揭示合於該條款之具體事實。上訴狀或理由書如未依上述方法表明，或其所表明者顯與上開法條規定之違背法令情形不相合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。

二、緣上訴人分別於如原判決附表所示時間、媒體有播放如原判

決附表所列廣告（下合稱系爭廣告），經臺北市、臺中市、南投縣等縣市衛生局查獲廣告內容涉有醫療效能之違規情事，移送被上訴人調查後，被上訴人認上訴人違反食品安全衛生管理法（下稱食安法）第28條第2項規定，依同法第45條第1項規定，以民國106年7月4日府衛食管字第1060134912號行政裁處書（下稱原處分），處上訴人新臺幣（下同）90萬元罰鍰。上訴人不服，循序提起行政訴訟。經原審法院判決駁回後，乃提起本件上訴。

三、上訴意旨雖主張：上訴人之產品對部分人是有效益的，所以處罰不符合社會相當性，是否符合誇大、不實、易生誤解，應以市場大眾為判斷標準，不應以公務員個人主觀標準為判斷，因為公務員對此效益並無需求，消費者覺得誇大、不實、易生誤解時，自然會檢舉，這時處罰才符社會相當性。參照食安法第6條之立法目的過程，涉及誇張或易生誤解，並因而導致人中毒，才有重罰必要性，才符比例原則，本件並無任何人中毒、無受害人，重罰不符必要性原則，裁量濫用或怠於裁量為不當。上訴人之銷售利潤才多少元，上訴人願意以聲明書上金額來行政和解，即裁量上應參照上訴人獲利交給被上訴人，已足以達到食安法之立法目的，而非裁罰累計高額金額要讓上訴人倒閉為行政目的，故請求酌調罰鍰金額。縱認為是數次行為，各次罰鍰都不應超過上訴人所獲利益，才符比例原則而無裁量濫用之不當。再參照食安法第52條之立法目的，本件在未有人中毒比例原則下，並未通知上訴人限期改正，第一次裁處不沒入上訴人之廣告，卻直接選擇罰錢。被上訴人自由裁量逾越內部性界限為不當，因為未考量法律秩序之理念所在，因食安法法秩序理念或立法目的在管理，不在讓公司倒閉，不在撈取超過人民受利益額。本件立法目的整體意旨是有人受較嚴重損害時才罰或重罰，本件起罰點最低額度仍太高，應係立法疏漏，未考量情節及上訴人受利益額，被上訴人裁處高於上訴人之利潤甚多倍，已致上訴人快停業而受損嚴重，且系爭廣告已下架。原判決違

背行政程序法第4條至第10條之一般法律原則。制裁性罰鍰應以食安法第28條規定之食品、食品添加物，程度上有危害國民健康之產品廣告，有不實、誇張或易生誤解之情形，才應處罰，才符合食安法立法目的之相當性。原審疏未依食安法第1條之立法目的為考量裁判，容有疏漏。即被上訴人未證明食品有危害國民健康，而處罰高額罰鍰，容違反相當性原則、證據法則及食安法第1條規定。食安法第28條第2項之食品不得為醫療效能廣告，也應符合食安法第1條之立法目的解釋，即有違害國民健康的產品，不得為醫療效能廣告，如此才符合立法目的。若食品程度上，未有危害國民健康，則頂多為其他行政法秩序違反，應以其他相應之秩序法處罰，才符合相當性憲法原則、平等原則、比例原則，例如違反社會秩序維護法等（臺灣桃園地方法院行政訴訟庭105年度簡字第25號判決參照）。上訴人之產品為檢驗合格且未危害國民健康，縱有廣告涉醫療或引人錯誤，也是其他法規範應規制（較低度處罰），非適用本法。上訴人之前（1年內）已經被被上訴人裁處罰鍰，因上訴人的經濟狀況已經不佳，所以向行政執行署辦分期繳款，上訴人已經被罰的快停業，廣告也都下架修改，員工薪水也發不出來，經勞動部調解，以上被上訴人應早已知情，所以上訴人已經資力甚低，又無被害人，所受責難應低才對，且獲益甚低。原審以再次違反，有故意為加重條件，或為拒絕審酌行政罰法第18條規定之事由，違反禁止重複評價原則，本次再次處罰，已經評價過了主觀意識及客觀行為，怎可於行政罰法第18條再把主觀及客觀列入評價範圍，所以行政罰法第18條評價範圍不應包含主觀及客觀行為，而是應審酌評價應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。上訴人不知明確性法規及行政機關具體明確標準（單方行政規則），且上訴人亦不知過失行為也處罰，故請求減輕或免除處罰。無法期待被上訴人降低罰鍰，請求依行政訴訟法第197條規定，以不同金額之給付或確認代替之。被上訴

人違反行政罰法第18條，未考量上訴人資力或所受利益、上訴人之產品為檢驗合格食品、未危害國民健康及無被害人。食安法第45條起罰金額太高且未考量各種不同情況，違反比例原則及平等原則。原審未依職權實質審查「桃園市政府處理違反食品安全衛生管理法案件裁罰基準」（下稱裁罰基準）是否實質適合、妥當、合比例原則內在限制，一律依照裁罰基準，失去法院功能，違反法治國原則。裁罰基準之第1次起罰金額就已經過重，更何況第2次起罰金額，法院至少對第2次起罰金額有實質審查權。因食安法第45條及裁罰基準規定起罰金額太高，且未考量各種不同情況，違反比例原則及平等原則，故請求本院停止訴訟聲請釋憲。因為構成要件不明確，也不應起罰那麼高，且原處分機關不用舉證公司有故意，只要工讀生登廣告即推定公司有過失的實務操作，而重罰，違相當性、比例原則。被上訴人鎖定上訴人側錄，程序不正當，違平等原則、比例原則及法治國原則等語。

四、惟查原判決理由已論明：㈠原判決附表所示之廣告詞句，其中「紅、腫、癢全退……宏醫敏元素讓我不再鼻塞……」、「敏元素3倍力幫您同時滅火……它有酵素，抗發炎，它（按:系爭食品）可以抗發炎……」、「（見證人）李先生52歲：宏醫敏元素讓我的氣喘改善了很多……顧太太45歲：宏醫敏元素讓我不再因為過敏而手腳發癢……趙先生48歲：宏醫敏元素讓我不再因為過敏而腹瀉或嘔吐……林小姐43歲：宏醫敏元素讓我不再像兔子一樣紅眼睛……廖小姐32歲：宏醫敏元素讓我不再鼻子癢了……王太太58歲：宏醫敏元素讓我不再擔心長一堆疹子了……我們家對過敏原有效……我小孩一歲多年紀很小，他擦很多類固醇……小孩不要擦類固醇、吃類固醇……請你給他吃宏醫……（圖片：使用系爭食品之皮膚炎、氣喘前後對照相片）……小朋友過敏，影響生長激素，影響長不高……他從小把過敏弄好，身高比別人高……」等詞句，乃宣稱產品對疾病及疾病症候群或症狀有效；另「我的小孩吃益生菌不只過敏好了……」等詞句，為宣稱

預防、改善、減輕、診斷或治療疾病或特定生理情形，均符合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第3條第1項第1款、第3款規定，構成違反食安法第28條第2項規定之情形，被上訴人認定上訴人違反食安法第28條第2項之規定，核無違誤。系爭廣告所使用之文字、敘述及圖示等傳達予消費者之內容，乃以暗示或影射系爭食品有預防、改善、減輕疾病或特定生理情形，對疾病、症狀有效等醫療效能之宣傳，且系爭廣告所提及酵素益生菌之效能，固為一般普及之營養衛教資訊，惟上訴人顯係擷取佐為系爭食品有該效能之說明，已非單純敘述衛教資訊，實為宣稱系爭食品具備所敘功效之意，就系爭食品而言，自構成宣傳醫療效能之廣告。又食安法無主管機關應就違規廣告行為先行勸導始得處罰之規定；況上訴人在本件行為前，同因所販賣食品之廣告有違反食安法，先後遭裁罰多次，上訴人對前開行為係違反食安法第28條第2項規定明知仍予刊播，係基於故意實施違反食安法第28條第2項規定之行為，甚為明確。系爭廣告內容自所使用之文字、敘述、圖像等，所傳達消費者之訊息整體觀之，已暗示或影射該產品有改善體質之功效，實質上確屬涉及生理功能或改變身體外觀，在客觀上易引起消費者有使用該產品後得預防上述疾病及改善生理狀態等整體印象及效果，進而引起購買慾望，違規事證明確，已如前述，並非僅斷章取義擷取部分廣告用語，不在憲法言論自由保障之範圍內。上訴人請求原審調查，於上訴人行為時，衛生局、健保署及健康久久等相關網站所公布的衛教常識，以證明上訴人防堵危險或損害之良好積極態度，及請被上訴人說明何以不許上訴人說明資訊來源等節，原審認無解於其將醫療效能融入廣告之事實，應無調查必要，附此敘明。㈡系爭廣告均對益生菌推銷、刊播媒介均為電視頻道，播放廣告時間自105年12月2日起至106年3月24日止，時間接近，且是基於相同之銷售動機及目的，播放廣告之手段亦同，及訴求之客群、民眾認知產生之影響、所生危害亦相近，故被

上訴人認系爭廣告分別播放四則但為一個違規行為，經核於法並無違誤。上訴人前次因於106年1月5日販售「B群咖啡補給組」，廣告內容違反食安法第28條第2項規定，遭被上訴人以106年2月9日府衛食管字第1060027553號裁處書，處罰鍰60萬元之事實有該裁處書附卷可稽。本件上訴人廣告「益生菌」，與該前次上訴人受處罰為廣告「B群咖啡補給組」，二者廣告之商品品項既有不同，廣告之內容隨之不同，對民眾認知所產生之影響即有差異，訴求之客群亦有不同，被上訴人依食品安全衛生管理法行政罰行為數認定標準第3條規定，認定前裁處處分所載之行為與原處分所載之行為，係屬不同行為，各自裁處，經核於法並無違誤，應無重複處罰問題。至本院105年10月份第1次庭長法官聯席會議決議，乃以同一商品數次廣告行為在法律上應評價為一行為為前提，始依主管機關之裁處後，切斷違規行為之單一性；而本件上訴人違法廣告之商品品項（按為益生菌），與前次受處罰之商品品項（按為B群咖啡補給組）既有不同，分屬不同之廣告行為，當無適用上揭聯席會議決議餘地，故上訴人主張依上揭聯席會議決議，上訴人前次已受處罰，本件被上訴人不能再對前次裁罰處分送達後之廣告為處罰，應難採取。㈢依上訴人提供之銷售明細資料，僅是各該廣告播放當日產品之銷售量，然廣告效應之發酵，並非當下立即呈現銷售成果，藉由廣告的宣傳，往往成為消費者的印象，足以累積購買意願，廣告效益難僅以一日之銷售數量為衡量，上訴人徒以廣告播放當日之銷售量論述，而謂其刊登系爭廣告之實際獲利不多，卻受原處分之高額罰鍰，原處分有失比例云云，應無足取。再者，被上訴人陳稱本件原處分之裁罰金額90萬元，乃以該前次處罰之罰鍰金額加重處罰1.5倍而得。原審審酌上訴人前有同類違規情事遭罰，仍不知改正，一再為之，足見應受責難程度較高，被上訴人因此參考前次處罰金額而加重本件處罰，以圖遏止，應非裁量濫用。依裁罰基準第30項次第1點(七)之規定「不同品項之廣告應分別計次違法行

為」，而認上訴人本件係屬於「不同品項食品」之第一次違規，然上訴人前次因違法廣告「B群咖啡補給組」致違反食安法第28條第2項規定而受被上訴人處罰，上訴人又為本件違法廣告，可認前次處罰仍無法導正上訴人、遏止其違法，上訴人之應受責難程度較前次為高，被上訴人為能遏止上訴人繼續違法，非不能依行政罰法第18條第1項規定，考量上訴人之應受責難程度，於本次予較前次處罰金額更高之處罰，故被上訴人將上述「B群咖啡補給組」之裁罰事件納入考量，雖非適用裁罰基準第30項次第1點之結果，但仍屬合法適用行政罰法第18條，鑑於行政機關適用裁罰基準時，本應善盡妥適裁量義務，非概以裁罰基準是賴，而置行政罰法第18條規定於不顧，況且本件被上訴人裁量之結果，以第30項次第1點(一)所定之裁罰金額為「六十萬至一百萬元」以觀，原處分裁罰上訴人本件90萬元之罰鍰，其金額亦無違反裁罰基準之規定，故原處分之結論應無違誤。上訴人主張不應將前次「B群咖啡補給組」之違規事件納入本件裁罰金額為考量並加重處罰，亦難認可採等語，即已詳述其得心證之理由及法律上之意見，並就上訴人之主張，何以不足採取，分別予以指駁甚明。觀諸前開上訴意旨無非重述其在原審主張之歧異見解，對原審認定事實、適用法律之職權行使，指摘為不當，核與所謂原判決「違背法令」之情形顯不相當，難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認其上訴為不合法。

五、依行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　22　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　鄭　小　康

法官　劉　介　中

法官　帥　嘉　寶

法官　林　樹　埔

法官 林 文 舟

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 108 年 3 月 22 日

書記官 徐 子 嵐