

裁判字號：最高行政法院 105 年度判字第 623 號 行政判決

裁判日期：民國 105 年 11 月 25 日

案由摘要：藥事法事件

最高行政法院判決

105 年度判字第 623 號

上訴人 臺北市政府衛生局

代表人 黃世傑

訴訟代理人 林香凝

劉興祥

被上訴人 八大電視股份有限公司

代表人 王文潮

上列當事人間藥事法事件，上訴人對於中華民國 104 年 5 月 14 日臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1878 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

理 由

一、緣被上訴人於民國 101 年 8 月 6 日 9 時 53 分至 9 時 59 分、8 月 7 日 11 時 5 分至 11 時 13 分、8 月 8 日 14 時至 15 時（14 時 49 分至 14 時 57 分）、8 月 10 日 10 時 59 分至 11 時 7 分、8 月 14 日 9 時 27 分至 9 時 35 分、8 月 15 日 14 時 49 分至 14 時 57 分、同日 10 時 50 分至 10 時 58 分、8 月 17 日 10 時 46 分至 10 時 54 分、同日 14 時 52 分至 14 時 59 分、8 月 20 日 10 時 57 分至 10 時 59 分、8 月 21 日 16 時 1 分、8 月 22 日 16 時 1 分、8 月 23 日 16 時 1 分、8 月 24 日 11 時 31 分至 11 時 39 分、同日 10 時 44 分至 10 時 52 分、8 月 28 日 16 時 1 分、8 月 29 日 16 時 1 分、9 月 4 日 16 時 53 分至 16 時 59 分、9 月 5 日 9 時 50 分至 9 時 58 分、同日 10 時 31 分至 10 時 39 分、9 月 9 日 11 時 24 分至 11 時 32 分、9 月 10 日 10 時 49 分至 10 時 57 分、9 月 11 日 9 時、同日 9 時 20 分至 9 時 40 分、9 月 12 日 10 時 54 分至 11 時、9 月 13 日 9 時 1 分、9 月 14 日 9 時 23 分至 9 時 31 分、同日 12 時 1 分、9 月 15 日 11 時 27 分至 11 時 35 分、9 月 17 日 10 時 52 分至 11 時、同日 16 時 30 分至 16 時 38 分、9 月 19 日 10 時 56 分至 11 時 4 分、9 月 20 日 10 時 50 分至 10 時 58 分、9 月 21 日 10 時 32 分至 10 時 40 分、9 月 24 日 10

時 20 分至 10 時 27 分、9 月 28 日 10 時 29 分至 10 時 37 分、10 月 1 日 11 時 23 分、10 月 8 日 11 時 30 分至 11 時 40 分及 10 月 15 日 9 時 41 分至 9 時 49 分在八大戲劇台第 41 頻道（宣播 39 次，32 日）；於 8 月 6 日 14 時 52 分至 14 時 59 分、8 月 11 日 10 時 44 分至 10 時 52 分、8 月 21 日 14 時 56 分、8 月 22 日 9 時 53 分至 9 時 59 分、8 月 28 日 9 時 48 分至 9 時 56 分、8 月 29 日 15 時至 15 時 1 分、8 月 30 日 9 時 49 分至 9 時 57 分、9 月 3 日 9 時 50 分至 9 時 58 分、9 月 6 日 9 時 49 分至 9 時 57 分、9 月 10 日 9 時 49 分至 9 時 57 分、9 月 12 日 9 時 49 分至 9 時 57 分、9 月 17 日 9 時 49 分至 9 時 57 分、9 月 18 日 7 時 52 分、9 月 19 日 9 時 49 分至 9 時 57 分、9 月 25 日 9 時 48 分至 9 時 56 分、9 月 28 日 9 時 48 分至 9 時 56 分、9 月 30 日 17 時 37 分、10 月 4 日 9 時 50 分至 9 時 58 分及 10 月 5 日 14 時 50 分至 14 時 58 分在八大第一台第 27 頻道（宣播 20 次，19 日）宣播「成長 180 長高計畫——『衛爾好』長骨補髓精內服液（龜鹿二仙膏）（衛署成製字第 012569 號）」藥品廣告（下稱系爭廣告），內容宣稱：「……成長 180……有效延緩生長板閉合，突破身高遺傳限制……透過純天然長高配方，調補脾腎，促進生長發育，就能有效長高，讓您的孩子無負擔的長高，一高再高……成長 180……不僅讓您的寶貝成功長高，記憶力變好變聰明……強化骨骼生長機能，分泌旺盛的生長激素，通暢氣血，延緩生長板的閉合，傲人的身高就此誕生……長高專線：0800……」等文詞，案經民眾檢舉暨前行政院衛生署食品藥物管理局（102 年 7 月 23 日改制為衛生福利部食品藥物管理署，下稱前食品藥物管理局）、臺中市政府衛生局、新北市政府衛生局、新竹縣政府衛生局、苗栗縣政府衛生局、高雄市政府衛生局及上訴人先後查獲。因被上訴人營業地址在臺北市，各該機關乃函移上訴人辦理。嗣經上訴人查證屬實，乃審認被上訴人宣播未經核准之藥物廣告，違反藥事法第 66 條第 3 項規定，爰依同法第 95 條第 1 項規定，以 102 年 1 月 4 日北市衛食藥字第 00000000000 號裁處書（下稱 102 年 1 月 4 日裁處書）（原裁處書說明二事實欄及違規廣告明細表之【「衛爾好」長骨補髓精內服液】誤載為【「衛爾好」長骨補精髓精內服液】，業經上訴人以 102 年 3 月 5 日北市衛食藥字第 00000000000 號函更

正)，處被上訴人新臺幣（下同）24萬元（共2項，第1項處罰鍰20萬元，每增加1項，加罰4萬元，合計24萬元）罰鍰（於裁處書附註欄併載明「違規廣告應立即停止宣播」之旨）。

。被上訴人不服，提出異議，申請復核，經上訴人重行審核後，以102年1月31日北市衛食藥字第0000000000號函復「……原處分應予維持……」，被上訴人仍不服，提起訴願，經臺北市政府102年5月17日府訴二字第0000000000號訴願決定：「原處分及復核決定均撤銷，由上訴人於決定書送達之次日起60日內另為處分。」在案。嗣上訴人依上開訴願決定意旨，核認被上訴人係第2次違反藥事法第66條第3項規定，依本法第95條第1項及上訴人處理違反藥事法事件統一裁罰基準（下稱統一裁罰基準）規定，以上訴人102年5月27日北市衛食藥字第0000000000號裁處書（下稱102年5月27日裁處書），處被上訴人66萬元（共2項，第1項處罰鍰60萬元，每增加1項，加罰6萬元，合計66萬元）罰鍰（於裁處書附註欄併載明「違規廣告應立即停止宣播」之旨）。被上訴人不服，提出異議，申請復核，經上訴人重行審核後，以102年11月7日北市衛食藥字第0000000000號函復「……原處分應予維持……」。被上訴人仍不服，提起訴願，經臺北市政府103年3月5日府訴二字第0000000000號訴願決定：「原處分及復核決定均撤銷，由上訴人於決定書送達之次日起50日內另為處分。」嗣上訴人重新審查後，以103年4月16日北市衛食藥字第0000000000號裁處書（下稱原處分），處被上訴人3,060萬元（第2次違規，共51件，每件處罰鍰60萬元，合計3,060萬元）罰鍰，並命自送達之日起應立即停止宣播該違規廣告。被上訴人不服，提出異議，申請復核，經上訴人重行審核後，以103年5月15日北市衛食藥字第0000000000號函（下稱復核決定）維持原處分。被上訴人仍不服，提起訴願，經臺北市政府103年10月15日府訴二字第0000000000號訴願決定（下稱訴願決定）駁回。被上訴人乃提起行政訴訟，經原審103年度訴字第1878號判決（下稱原判決）將訴願決定及原處分（含復核決定）關於罰鍰金額超過24萬元部分均撤銷，被上訴人其餘之訴駁回。上訴人不服，提起本

件上訴。

二、被上訴人於原審起訴主張略以：（一）按前行政院衛生署（102年7月23日改制為衛生福利部，下同）88年3月22日衛署藥字第00000000號函所稱：「……『增高』之宣稱，因僅係外表改變，屬『誇大』，而「壯陽」涉及功能改變，屬『宣稱療效』。」及前行政院衛生署94年3月31日衛署食字第0940402395號函修訂【食品廣告標示詞句涉及誇張易生誤解或醫療效能之認定表】：「二、詞句未涉及醫療效能但涉及誇張或易生誤解：（三）涉及改變身體外觀者：例句：豐胸、預防乳房下垂、減肥、塑身、增高、使頭髮烏黑、延遲衰老、防止老化、改善皺紋、美白。」可知，宣稱「增高」效果，未涉及醫療效能，至多僅係誇大。本件系爭廣告有關「增高」、「長高」用語，既非宣傳「醫療效能」，自不符藥事法第24條所稱「藥物廣告」。原處分及訴願決定認定被上訴人違反藥事法第66條第3項規定，而依同法第95條第1項予以裁罰，自屬明顯違誤。

（二）上訴人102年1月4日以被上訴人違反藥事法第66條第3項規定，依同法第95條第1項規定處24萬元罰鍰，被上訴人不服提起訴願，先後經2次撤銷並發回重新處分，上訴人嗣於103年4月16日對完全相同的事實，依上開規定另處3,060萬元罰鍰，顯然違反「禁止不利益變更原則」，原處分、復核決定及訴願決定明顯有適用訴願法第81條第1項但書規定不當且違反改制前行政法院35年判字第26號判例之違誤，應予撤銷。（三）原處分裁罰3,060萬元之計算基礎，係認被上訴人共計有51次（件）違規行為，依據則為前食品藥物管理局99年8月2日FDA消字第0000000000號函（下稱前食品藥物管理局99年8月2日函）：「同一版廣告，於同一日，在不同頻道播出，認定為數行為」見解，以「播出日」及「播出頻道」為準，切割行為數。惟此與母法藥事法第95條第1項「經衛生主管機關通知限期停止」作為切割行為數要件之規定有悖，創設法律所無之連續處罰構成要件，實質上增加人民負擔，違反法律保留原則。又依行政罰法第25條規

定可知，行政罰之分別處罰，必以「數行為」為基礎，準此，藥事法第 95 條第 1 項規定「連續處罰」之法律效果，本質上既為分別處罰，非有傳播業者之「數行為」作為基礎不可，因此該條規定「衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播」之要件，非僅係為提高罰鍰金額，更重要的是藉由行政機關之介入，將自然之一行為切割為法律上之數行為，取得分別、連續處罰之正當性基礎。質言之，非經主管機關通知限期停止，依法不能將傳播業者繼續刊播此一接續行為，恣意切割為法律上之數行為。原處分除就被上訴人 101 年 10 月 15 日之最後 1 次刊播行為處罰外，另對被上訴人接獲處分書前所為之其他刊播違規廣告行為再予以處罰，與藥事法第 95 條第 1 項規定意旨及一行為不二罰原則有悖。縱認被上訴人刊播系爭廣告構成數行為，上訴人未依行政罰法第 18 條規定，審酌個案違反行政法上義務應受責難程度、所生影響等因素，又不採其自行頒布之統一裁罰基準第 3 點第 34 項次：「第 2 次處罰鍰 60 萬元至 200 萬元，每增加一件加 6 萬元……」規定，恣以每件一律處 60 萬元罰鍰，顯違反行政自我拘束原則併有裁量怠惰之瑕疵等語，為此請求判決撤銷訴願決定、復核決定及原處分。

三、上訴人於原審答辯略謂：（一）系爭廣告內容述及有效延緩生長板閉合、調補脾腎等詞句，依前行政院衛生署 94 年 8 月 26 日衛署藥字第 0000000000 號函釋（下稱前行政院衛生署 94 年 8 月 26 日函釋）意旨，已涉及人體生理機能改善之醫療效能，於廣告播送前，媒體即負有善盡監控注意義務（廣播電視法第 34 條亦有明文規定：「廣告內容涉及藥品、食品、化粧品、醫療器材、醫療技術及醫療業務者，應先送經衛生主管機關核准，取得證明文件。」）。且上訴人每年舉辦「淨化廣告—傳播媒體業者講習會」，被上訴人亦有派員簽到與會，據此其對藥事法等相關廣告規定應有瞭解，應警覺系爭廣告之療效內容是否涉及衛生相關法規及影響國民健康之藥物廣告。是以，被上訴人為傳播業者，宣播未經事前申請主管機關核准之藥物廣告，顯怠忽法律所課予之注意義務，縱非故意，亦難謂其無過失，依行政罰法第 7

條規定，自應負法律上責任。(二)被上訴人於 99 年間，因違反藥事法第 66 條第 3 項規定，經上訴人以 99 年 10 月 29 日北市衛藥食字第 0000000000 0 號裁處書處分在案，被上訴人本次係第 2 次違反藥事法第 66 條第 3 項規定，故依據統一裁罰基準，另為原處分處分最低額度罰鍰 3,060 萬元，並無違誤，非不利益之變更或處分，並無違反訴願法第 81 條第 1 項但書規定，也無抵觸。(三)被上訴人第 1 次違規係於 99 年 5 月至 8 月間，當時係依統一裁罰基準認定，但上訴人之統一裁罰基準係採較寬鬆認定，與訴願會採較嚴格認定不同。是原處分係依藥事法第 95 條第 1 項規定及統一裁罰基準第 3 點第 34 項第 2 款規定，認定行為數及罰鍰。又該款第 2 點規定所指每增加「一件」係指「一行為」。且就系爭廣告違規行為數之認定，參酌本院 100 年度判字 1 618 號判決意旨，電視廣告播送之日期及時段均不相同，每一次均向不同之顧客群訴求，一次廣告即有其單一之危害性產生，應認為一次播送廣告即為單一行為，應依法分別處罰。及前食品藥物管理局 99 年 8 月 2 日函意旨，以被上訴人分別於 101 年 8 月至 10 月間於八大戲劇台及八大第一台宣播系爭廣告，認該 51 日廣告分別違反藥事法第 66 條第 3 項規定，計 51 件違規廣告行為，即應依行政罰法第 25 條及藥事法第 95 條第 1 項規定裁處。而藥物廣告不同於一般商品廣告，為優先保護消費大眾身心健康權益為優先，遏止不實廣告之氾濫，以被上訴人未完全善盡法律上查證審核管理義務及未杜絕不法，即逕行擅自播出藥物違規廣告之事實基礎所應適用法令，以一行為一罰原則，分別予以裁罰，並無違反不利益變更禁止原則等語，為此請求判決駁回被上訴人在第一審之訴。

四、原判決撤銷訴願決定及原處分(含復核決定)關於罰鍰金額超過 24 萬元部分，並駁回被上訴人其餘之訴，其理由略以：(一)按「廣告內容涉及藥品、食品、化粧品、醫療器材、醫療技術及醫療業務者，應先送經衛生主管機關核准，取得證明文件。」廣播電視法第 34 條定有明文。系爭廣告內容宣稱：「……成長 180 ……有效延緩生長板閉合，突破

身高遺傳限制……透過純天然長高配方，調補脾腎，促進生長發育，就能有效長高，讓您的孩子無負擔的長高，一高再高……成長 180 ……不僅讓您的寶貝成功長高，記憶力變好變聰明……強化骨骼生長機能，分泌旺盛的生長激素，通暢氣血，延緩生長板的閉合，傲人的身高就此誕生……長高專線：0800 ……」等文詞，核其內容述及有效延緩生長板閉合、調補脾腎等詞句，依前行政院衛生署 94 年 8 月 26 日函釋意旨，已涉及人體生理機能改善之醫療效能，被上訴人主張系爭廣告涉及宣稱療效之用詞，無非係「增高」、「長高」等改變身體外觀之敘述，並未涉及醫療效能，至多僅係誇大云云，即非可採。又被上訴人為傳播業者，於廣告播送前，即負有善盡監控注意義務，以避免違反不得刊播未經核准之藥物廣告之行政法上義務，詎其未注意系爭廣告未經藥商事前申請主管機關核准而逕予宣播，違反藥事法第 66 條第 3 項之規定，顯怠忽法律所課予之注意義務，縱非故意亦難謂無過失，依行政罰法第 7 條規定，自應受罰。（二）依本院 101 年度判字第 202 號判決意旨，藥物廣告行為之性質，係為獲得財產而從事之經濟活動，該違規廣告可能為一次或長期持續反覆實施，在停止登載、刊播以前，其違規事實一直存在，而與本院 98 年度 11 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議所示以遞送具有通信性質之文件為營業，其違法行為可能為一次或長期持續反覆實施之多次遞送行為相似，參照上揭決議意旨，並考量藥物廣告行為之特性與其法定處罰金額（20 萬元至 500 萬元），應認持續之藥物違規廣告，得藉裁處罰鍰之次數，作為認定其違規行為之次數。且依藥事法第 95 條第 1 項規定，其法定處罰金額可高達 500 萬元，倘經衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播者，更可按次連續處以 60 萬元以上 2500 萬元以下罰鍰，至其停止刊播為止，故該長期持續反覆實施之違規廣告行為，在法律上應整體評價為一行為，該持續反覆實施之違規廣告行為，得藉行政機關裁處罰鍰之次數，作為認定其違規行為之次數，即因行政機關裁處後，始中斷其接續性，而區隔（切斷）為一次違規行為（倘該次處罰之違法廣告則數

愈多，該違法行為之不法內涵升高，即所謂「違法行為之量的增加」，行政機關即得於法定罰鍰額度內予以斟酌加重處罰），嗣後行為人所為該當構成要件之違規行為，始為另一行為之開始。前食品藥物管理局 99 年 8 月 2 日函之見解，以「播出日」及「播出頻道」為準，切割廣告行為數，與藥事法第 95 條第 1 項規定之規範意旨未符，亦有違「一行為不二罰」之法治國原則，且在長期反覆持續宣播廣告之情形，其罰鍰金額有無限擴大之虞，亦有違憲法第 23 條之比例原則，自不得援為本件認定行為數之準據。又依行政罰法第 25 條規定（數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之）可知，行政罰之分別處罰，必以「數行為」為基礎，倘整體評價上僅係法律上一行為，而非數行為，即不得予以分別處罰。上訴人援據前食品藥物管理局 99 年 8 月 2 日函之見解，認被上訴人刊播未經核准之系爭廣告計 51 日，即有 51 件違規廣告行為數，認得依行政罰法第 25 條規定就該 51 次違規行為分別處罰，遂依統一裁罰基準第 3 點第 34 項第 2 款規定（第 2 次處罰鍰 60 萬元至 200 萬元，每增加 1 件加 6 萬元），每件處罰鍰 60 萬元，計 51 件，以原處分處以被上訴人共計 3,060 萬元罰鍰，即有違誤。準上所述，被上訴人於 101 年 8 月至 10 月間之前述時段，長期持續反覆宣播未經核准之系爭違規廣告，在法律上應整體評價為一行為，因此次係第 2 次違規，上訴人參據統一裁罰基準第 3 點第 34 項第 2 款規定並從輕裁量（第 2 次處罰鍰 60 萬元，每增加 1 件加 6 萬元）之結果，應處罰鍰之正確數額為 360 【 $60 + (50 \times 6) = 360$ 】萬元。（三）依本院 96 年度判字第 1236 號、103 年度判字第 562 號及 103 年度判字第 575 號判決意旨，訴願法第 81 條第 1 項但書所定之「不利益變更禁止原則」，受理訴願機關發現原處分從輕處置，確屬違法，亦僅能駁回訴願，而在理由中指明本應撤銷或變更原處分，惟受此原則之拘束，乃作此決定，且上開規定不僅適用於自為變更之訴願決定，於其命原處分機關另為合法適當之處分時，原處分機關亦受此規定之限制，不得為更不利之處分

。本件被上訴人於 101 年 8 月至 10 月間之前述時段，有長期持續反覆宣播未經核准之系爭違規廣告之事實，上訴人於 102 年 1 月 4 日以被上訴人違反藥事法第 66 條第 3 項規定，依同法第 95 條第 1 項規定處 24 萬元罰鍰（裁處書附註欄併載明「違規廣告應立即停止宣播」之旨），被上訴人不服提起訴願，先後經 2 次訴願決定撤銷並命發回重新處分（違規處罰事實均相同），上訴人依訴願決定撤銷意旨重為處分時，就罰鍰數額先後分別裁處 66 萬元及原處分所處 3,060 萬元罰鍰；前後計三次罰鍰（24 萬元、66 萬元、3,060 萬元），一次較一次更重。依上說明，上訴人針對被上訴人之上開違規行為，既曾以 102 年 1 月 4 日裁處書處被上訴人罰鍰 24 萬元，被上訴人不服，提起訴願，受理訴願機關對於上訴人之違法裁處，僅能駁回訴願，並在理由中指明本應撤銷或變更原處分，惟受訴願法第 81 條第 1 項但書所定「不利益變更禁止原則」之拘束；詎前後 2 次之訴願決定竟予撤銷，並命上訴人另為處分，則上訴人縱應受該訴願決定之拘束，亦應於處分中表明本應裁處 360 萬元罰鍰，惟因受訴願法第 81 條第 1 項但書所定「不利益變更禁止原則」之拘束，故仍裁處 24 萬元罰鍰，始為正辦；詎上訴人於第 2 次訴願決定撤銷發回重為處分後，竟以原處分處被上訴人 3,060 萬元罰鍰，即有違誤，受理訴願機關非但未予糾正，竟仍予維持，已違反訴願法第 81 條第 1 項但書所定「不利益變更禁止原則」。是原處分關於罰鍰金額超過 24 萬元部分，已違反不利益變更禁止原則，至原處分關於處被上訴人罰鍰金額 24 萬元部分，並無違誤等語。

五、上訴意旨略謂：（一）就違規廣告行為數之認定，參酌本院 100 年度判字第 1618 號判決意旨，電視廣告播送之日期及時段均不相同，每一次均向不同之顧客群訴求，一次廣告即有其單一之危害性產生，應認為一次播送廣告即為單一行為，應依法分別處罰；及前食品藥物管理局 99 年 8 月 2 日函訂有食品、藥物、化粧品違規廣告行為數認定原則，依該函釋意旨，同一網址，一日之刊登為認定標準，若同時刊登

多項產品之違規廣告，則以違規產品數認定其行為數。被上訴人分別於 101 年 8 月至 10 月間於八大戲劇台及八大第一台宣播系爭廣告，則於不同日查獲被上訴人刊登 51 則藥物違規廣告，依上揭判決或函釋之認定原則，係屬 51 則不同違規行為，自應分別處罰。（二）依訴願法第 58 條第 2 項規定，原處分機關對於訴願相關訴求應先行重新審查原處分是否合法妥當，倘認為原處分違法不當，自得撤銷原處分，另為適法處分（包括更不利之處分）。是以，原處分經訴願機關撤銷後，另為適法處分，並不受禁止不利益變更原則所拘束。（三）訴願法第 81 條第 1 項「不得為更不利益之變更或處分。」規定之立法意旨，係在貫徹憲法第 18 條保障人民行政救濟之基本權利，使人民不因提起行政救濟反遭受較原處分更不利之決定，俾能積極行使其行政救濟之權利。上開有關「不利益變更禁止原則」，係指受理行政救濟機關不得於訴願人或原告表示不服之範圍內，為更不利於訴願人或原告之變更或處分，其僅適用於最終之決定或處分而言，與事實之認定無涉。本件違規行為數之認定係屬事實之認定範疇，並無所謂不利益之可言。再者，因違法不當處分獲有不正利益之人，基於不利益變更禁止，反得透過提起訴願確保其不正利益，有違法治國原則之原理。部分學者亦認為確保原處分之實質正確、實現依法行政原則、行政自我監督及避免人民之濫訟，並不支持訴願程序中採用不利益變更禁止原則。原判決認原處分違反訴願法第 81 條第 1 項但書規定係屬違法判決，有判決不備理由、理由矛盾及理由違法不當等語，為此請求判決廢棄原判決，並駁回被上訴人在第一審之訴。

六、本院查：

- （一）按藥事法第 2 條規定：「本法所稱衛生主管機關：……在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第 4 條規定：「本法所稱藥物，係指藥品及醫療器材。」第 24 條規定：「本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。」、第 65 條規定：「非藥商不得為藥物廣告。」、第 66 條第

1 項、第 2 項及第 3 項規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。原核准機關發現已核准之藥物廣告內容或刊播方式危害民眾健康或有重大危害之虞時，應令藥商立即停止刊播並限期改善，屆期未改善者，廢止之。」、「藥物廣告在核准登載、刊播期間不得變更原核准事項。」、「傳播業者不得刊播未經中央或直轄市衛生主管機關核准、與核准事項不符、已廢止或經令立即停止刊播並限期改善而尚未改善之藥物廣告。」、第 70 條規定：「採訪、報導或宣傳，其內容暗示或影射醫療效能者，視為藥物廣告。」、第 95 條第 1 項規定：「傳播業者違反第 66 條第 3 項規定者，處新臺幣 20 萬元以上 500 萬元以下罰鍰，其經衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播者，處新臺幣 60 萬元以上 2500 萬元以下罰鍰，並應按次連續處罰，至其停止刊播為止。」又統一裁罰基準第 3 點第 34 項第 2 款：「本局處理違反藥事法事件統一裁罰基準如下表：……傳播業者刊播未經衛生主管機關核准之藥物廣告……法條依據：第 66 條第 3 項、第 95 條第 1 項……第 2 次處罰鍰 60 萬元至 200 萬元，每增加 1 件加 6 萬元，經通知限期停止而仍繼續刊播者，處 280 萬元至 600 萬元，並應按次連續處罰，至其停止刊播為止。」

(二) 原判決以前揭理由撤銷訴願決定及原處分(含復核決定)關於罰鍰金額超過 24 萬元部分，並駁回被上訴人其餘之訴，固非無見。惟按針對「法律問題：原行政處分經訴願決定撤銷，原行政處分機關重為更不利處分，是否違反訴願法第 81 條第 1 項但書之規定？」，本院向來雖有不同見解，但本院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議業已作成決議謂：【訴願法第 81 條第 1 項：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」此項本文規定係規範受理

訴願機關於訴願有理由時，應為如何之決定。其但書明文規定「於訴願人表示不服之範圍內」，顯係限制依本文所作成之訴願決定，不得為更不利益之變更或處分，自是以受理訴願機關為規範對象，不及於原處分機關。本項規定立法理由雖載有「受理訴願機關逕為變更之決定或原行政處分機關重為處分時，均不得於訴願人表示不服之範圍內，為更不利益之變更或處分」之文字。然其提及參考之民國 69 年 5 月 7 日訂定之「行政院暨所屬各級行政機關訴願審議委員會審議規則」第 15 條，僅規定受理訴願機關認訴願為有理由時之處理方法，並未規定原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，不得為更不利於處分相對人之處分。在法無明文時，尚不得以立法理由所載文字，限制原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，於正確認事用法後，作成較原行政處分不利於處分相對人之行政處分，否則不符依法行政原則。因此，原行政處分經訴願決定撤銷，原行政處分機關重為更不利處分，並不違反訴願法第 81 條第 1 項但書之規定。惟原行政處分非因裁量濫用或逾越裁量權限而為有利於處分相對人之裁量者，原行政處分機關重為處分時，不得為較原行政處分不利於處分相對人之裁量，否則有違行政行為禁止恣意原則。】準此，原判決以訴願法第 81 條第 1 項但書所定之「不利益變更禁止原則」，受理訴願機關發現原處分從輕處置，確屬違法，亦僅能駁回訴願，而在理由中指明本應撤銷或變更原處分，惟受此原則之拘束，乃作此決定，且上開規定不僅適用於自為變更之訴願決定，於其命原處分機關另為合法適當之處分時，原處分機關亦受此規定之限制，不得為更不利之處分。本件被上訴人於 101 年 8 月至 10 月間之前述時段，有長期持續反覆宣播未經核准之系爭違規廣告之事實，上訴人於 102 年 1 月 4 日以被上訴人違反藥事法第 66 條第 3 項規定，依同法第 95 條第 1 項規定處 24 萬元罰鍰（裁處書附註欄併載明「違規廣告應立即停止宣播」之旨），被上訴人不服提起訴願，先後經 2 次訴願決定撤銷並命發回重新

處分（違規處罰事實均相同），上訴人依訴願決定撤銷意旨重為處分時，就罰鍰數額先後分別裁處 66 萬元及原處分所處 3,060 萬元罰鍰；前後計三次罰鍰（24 萬元、66 萬元、3,060 萬元），一次較一次更重。依上說明，本件上訴人針對被上訴人之上開違規行為，既曾以 102 年 1 月 4 日裁處書處被上訴人罰鍰 24 萬元，被上訴人不服，提起訴願，受理訴願機關對於上訴人之違法裁處，僅能駁回訴願，並在理由中指明本應撤銷或變更原處分，惟受訴願法第 81 條第 1 項但書所定「不利益變更禁止原則」之拘束，乃作此決定；詎前後 2 次之訴願決定竟予撤銷，並命上訴人另為處分，則上訴人縱應受該訴願決定之拘束，亦應於處分中表明本應裁處 360 萬元罰鍰，惟因受訴願法第 81 條第 1 項但書所定「不利益變更禁止原則」之拘束，故仍裁處 24 萬元罰鍰，始為正辦；詎上訴人於第 2 次訴願決定撤銷發回重為處分後，竟以原處分處被上訴人 3,060 萬元罰鍰，即有違誤，受理訴願機關非但未予糾正，竟仍予維持，業已違反訴願法第 81 條第 1 項但書所定「不利益變更禁止原則」甚明。從而，原處分關於罰鍰金額超過 24 萬元部分，已違反不利益變更禁止原則，復核及訴願決定遞予維持，亦有違誤等語為由，撤銷訴願決定及原處分（含復核決定）關於罰鍰金額超過 24 萬元部分，其理由容有未洽。

- (三) 又針對【法律問題：甲公司非藥商，經查獲於民國 103 年 2 月 11 日至 3 月 23 日間在高點綜合臺、GTV 八大戲劇臺、ETTV 東森戲劇臺及綜合臺、GTV 娛樂 K 臺、好萊塢電影臺等頻道，宣播「遠紅外線治療儀」（中文品名：仙佳美遠紅外線治療器，許可證字號：衛署醫器字第 000000 號）藥物廣告。地方主管機關認定甲公司非藥商擅自刊播藥物廣告共 76 次，違反藥事法第 65 條規定，依同法第 91 條第 1 項及行政罰法第 25 條規定，按次裁處罰鍰新臺幣（下同）20 萬元，合計 1,520 萬元。問：甲公司之刊播行為應論以違反藥事法第 65 條之一行為或數行為？】，本院 105 年 10 月份第 1 次庭長法官聯

席會議亦已作成決議謂：【藥事法第 65 條：「非藥商不得為藥物廣告。」違反此規定者，應依同法第 91 條規定裁罰。因此，藥事法第 65 條係課非藥商不得為藥物廣告之行政法上不作為義務。又同法第 24 條規定：「本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。」而「廣告」乃集合性概念，一次或多次利用傳播方法為宣傳，以達招徠銷售為目的之行為，均屬之。非藥商多次重複地利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為，如係出於違反藥事法第 65 條之不作為義務之單一意思，則為違反同一行政法上義務之接續犯。該多次違規行為在法律上應評價為一行為，於主管機關裁處後，始切斷違規行為之單一性。依題意，甲係出於同一招徠銷售「遠紅外線治療儀」之目的，在民國 103 年 2 月 11 日至 3 月 23 日共 41 日期間，擅自刊播該藥物廣告達 76 次，核其時間密集、行為緊接，如無其他相反事證，應可認為是出於違反藥事法第 65 條行政法上義務之單一意思，違反藥事法第 65 條行政法上義務之行為，為一行為而非數行為。】同理，本件被上訴人於 101 年 8 月至 10 月間之前述時段，長期持續反覆宣播未經核准之系爭違規藥物廣告行為，如係出於違反藥事法第 66 條第 3 項之不作為義務之單一意思，則為違反同一行政法上義務之接續犯；該多次違規行為在法律上應評價為一行為，於主管機關裁處後，始切斷違規行為之單一性。從而，原判決以藥物廣告行為之性質，係為獲得財產而從事之經濟活動，該違規廣告可能為一次或長期持續反覆實施，在停止登載、刊播以前，其違規事實一直存在，且依上揭藥事法第 95 條第 1 項規定，其法定處罰金額可高達 500 萬元，倘經衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播者，更可按次連續處以 60 萬元以上 2500 萬元以下罰鍰，至其停止刊播為止，故該長期持續反覆實施之違規廣告行為，在法律上應整體評價為一行為，該持續反覆實施之違規廣告行為，得藉行政機關裁處罰鍰之次數，作為認定其違規行為之次數，即因行政機關裁

處後，始中斷其接續性，而區隔（切斷）為一次違規行為（倘該次處罰之違法廣告則數愈多，該違法行為之不法內涵升高，即所謂「違法行為之量的增加」，行政機關即得於法定罰鍰額度內予以斟酌加重處罰），嗣後行為人所為該當構成要件之違規行為，始為另一行為之開始。前食品藥物管理局 99 年 8 月 2 日函之見解，以「播出日」及「播出頻道」為準，切割廣告行為數，與藥事法第 95 條第 1 項規定之規範意旨未符，亦有違「一行為不二罰」之法治國原則，且在長期反覆持續宣播廣告之情形，其罰鍰金額有無限擴大之虞，亦有違憲法第 23 條之比例原則，自不得援為本件認定行為數之準據。又依行政罰法第 25 條規定（數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之）可知，行政罰之分別處罰，必以「數行為」為基礎，倘整體評價上僅係法律上一行為，而非數行為，即不得予以分別處罰等語為由，論斷上訴人援據前食品藥物管理局 99 年 8 月 2 日函之見解，認被上訴人刊播未經核准之系爭廣告計 51 日，即有 51 件違規廣告行為數，認得依行政罰法第 25 條規定就該 51 次違規行為分別處罰，遂依統一裁罰基準第 3 點第 34 項第 2 款規定（第 2 次處罰鍰 60 萬元至 200 萬元，每增加 1 件加 6 萬元），每件處罰鍰 60 萬元，計 51 件，以原處分處以被上訴人共計 3,060 萬元罰鍰，即有違誤等情，固屬正確，惟罰鍰之裁處係屬行政機關之裁量權，本件原處分認事用法雖有違誤而必須加以撤銷，然撤銷後仍須重為處分，並裁處罰鍰，本應發回由原處分機關重為適法之處分及裁量，原判決逕行撤銷訴願決定及原處分（含復核決定）關於罰鍰金額超過 24 萬元部分，並駁回被上訴人其餘之訴，無異代替上訴人為處分及裁量，容有未洽。且原判決駁回被上訴人其餘之訴，表面上似乎有利於上訴人，實則妨礙上訴人裁量權之行使，仍屬不利，上訴人自得對原判決之全部提起上訴。

（四）綜上所述，原判決之部分理由於法既有未合，結論亦有可議，上訴人聲明將之全部廢棄，即為有理由，爰將原判決

廢棄，發回原審法院更為審理。

據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第 256 條第 1 項、第 260 條第 1 項，判決如主文。

中 華 民 國 105 年 11 月 25 日

最高行政法院第三庭

審判長法官 黃 淑 玲

法官 汪 漢 卿

法官 鄭 小 康

法官 姜 素 娥

法官 林 文 舟

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 105 年 11 月 28 日

書記官 楊 子 鋒

資料來源：司法院最高行政法院裁判書彙編（105 年 1 月至 12 月）第 541-558 頁