

最佳書狀

原告方

輔仁大學

行政訴訟言詞辯論意旨狀

案號：

股別：

訴訟標的金額：新臺幣貳仟萬元

原告：神奇股份有限公司（設：臺北市神奇路 200 號）

代表人：張神奇

訴訟代理人：甲○○

乙○○

丙○○

被告：臺北市政府（設：臺北市信義區市府路 1 號）

代表人：郝龍斌

訴訟代理人：丁○○

戊○○

己○○

訴願決定日期及字號：行政院衛生署○年○月○日訴字第 1000411 號。

收受訴願決定日期：○年○月○日。

原告因菸害防制法事件，提起行政訴訟：

訴之聲明

- 一、訴願決定及原處分均撤銷。
- 二、被告應返還原告新台幣貳仟萬元。
- 三、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、事實概況

查訴外人菁英電視股份有限公司(下稱菁英電視台)，於民國(下同)98年9月1日播出90分鐘專題節目「社會觀察」，該節目分為三單元。

第一單元「小蝦米對抗大鯨魚」，報導訴外人艾希焉先生之遺孀控告神奇公司未善盡告知義務，致艾先生認為吸菸不會傷害身體健康而請求賠償之勝訴案件，艾太太表示此案為菸害防制法施行後，菸害防制史之里程碑，並呼籲類似遭遇的民眾挺身控告菸商。

第二單元「逆境求生」，報導菸害防制法修正施行後，菸商銷售量大幅下滑，各大菸商為力求突破，紛紛採取多角化經營，顯示我國反菸運動成功，並於節目末段邀請原告員工郝成功先生談論公司策略及經驗。

第三單元「企業的社會責任」，邀請多位企業人士談論如何善盡企業社會責任，原告員工甄善行亦列席其中，提及原告代表人推己及人贊助低收入戶子女國小營養午餐費。節目末段開放民眾叩應，有三位民眾嚴厲譴責原告以公益活動提升企業形象，是行銷策略；亦有一位民眾感謝原告雪中送炭之贊助行為。

案經訴外人林則胥先生檢舉，被告遂通知菁英電視台及原告提出說明。

菁英電視台於99年8月10日覆函表示，其有選擇及製播專題節目之權利，於節目中詳實報導判決案件，相關受訪人選係基於專業考量，且節目內容未對原告美化偏袒，顯見絕非為原告進行廣告行銷。

原告於 99 年 9 月 20 日覆函表示，其對於菁英電視台所製播專題節目並無支付任何費用，郝成功先生及甄行善先生係受菁英電視台邀請，以企業界人士接受訪談，且均於下班或假日接受訪問，原告對其言論內容亦無任何授意或指示。

被告調查結果顯示，原告並未就該專題節目支付任何費用。

被告以原告曾於 98 年 7 月 1 日委託菁英民調中心針對新修正菸害防制法提出訪談民調報告，認定與節目播出時點接近；以及郝成功先生，為菁英電視台現任總經理經伍美麗之先生，與菁英電視台關係高層關係友好。據此認定原告違反菸害防制法第九條第 1、2、8 款，遂依同法第 26 條第 1 項科處新台幣 2000 萬元罰鍰。

原告認為前述專題節目，內容並無偏頗，且原告對該節目之製播亦無支付費用，委託菁英電視民調中心進行民調與購買廣告性質不同，爰依法提起訴願，遭行政院衛生署衛署訴字第 1000411 號訴願駁回。

本案相關重要時序如下：

- 一、電視播放：98 年 9 月 1 日。
- 二、裁罰基準表：99 年 3 月 15 日生效。
- 三、民眾檢舉：99 年 5 月 1 日。
- 四、罰鍰處分：100 年 2 月 1 日。

本案業經準備程序，爭點整理如下：

- 一、專題節目第一單元、第二單元、第三單元是否為處分書所引用菸害防制法第 9 條各款所欲禁止的菸品廣告？
- 二、菸害防制法第 9 條第 1、2、8 款是否違反憲法第 11 條對於表現自由之保障，而應停止本件訴訟程序由法官聲請釋憲？
- 三、菸害防制法第 26 條對於菸商財產權及營業自由之限制，是否違反比例原則及平等原則，而應停止本件訴訟程序由法官聲請釋憲？
- 四、主管機關科處 2,000 萬元罰鍰是否有違反比例原則或濫用裁量權？

貳、理由及請求權基礎之說明

一、程序上理由

本案應先繫屬於 鈞院，始有後續審判相關事宜，是先敘明本案行政訴訟程序合法之理由，次闡述法官應聲請釋憲之程序上理由。

(一)行政訴訟部分，合於訴訟要件，鈞院應予受理：

1.一般訴訟要件部分：

(1) 鈞院就本案有審判權及管轄權：

按「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟」、「以公，法人之機關為被告時，由該機關所在地之行政法院管轄」，行政訴訟法(下稱行訴法)第 2 條及第 13 條第 1 項後段分別定有明文規定。次按，地方制度法第 2 條第 1 款及第 14 條明文揭示「直轄市」為具公法人地位之自治團體。

查菸害防制法(下稱：本法)未就紛爭解決設有管轄之特別規定，故應適用行訴法與地方制度法之規定。是以，臺北市為具公法人地位之自治團體，而臺北市政府為臺北市之機關，今被告臺北市政府所下命核處行政處分所生之爭議，事涉國家機關公權力之行使，故屬公法爭議¹。職是，本案應由 鈞院審判、管轄。

(2)兩造均有當事人、訴訟能力，且當事人適格：

按「自然人、法人、中央及地方機關、非法人團體，有當事人能力」、「法人、中央及地方機關、非法人之團體，應由其代表人或管理人為訴訟行為」，行訴法第 22 條、第 27 條第 2 項分別定有明文。

查原告為原處分之相對人，因不服被告所核處之行政處分，雖旋提起訴願，惟仍遭駁回。是以，原處分與訴願決定之結果，對原告而言均屬不利益，故原告就此

¹ 最高法院 80 年度台上字第 525 號判例：「所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權而言。並包括運用命令及強制手段干預人民自由及權利之行為」。

具有訴之利益，具備當事人適格²。此外，依行訴法第 24 條第 1 款規定「經訴願程序之行政訴訟，其被告為左列機關：一、駁回訴願時之原處分機關」。是則，被告於本訴中亦屬當事人適格。

2. 特別訴訟要件部分(訴訟類型)

(1) 本案原告依據行訴法第 4 條第 1 項之規定，提起撤銷訴訟，請求撤銷訴願決定及原處分，自屬合法：

依行訴法第 4 條第 1 項規定「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定...得向高等行政法院提起撤銷訴訟」，考其立法目的，在於解消違法行政處分之規範效力。

撤銷訴訟之目的既在於解消行政處分之規範效力，其應以「行政處分尚未消滅(了結)」為前提。而所謂行政處分消滅係指行政處分「因執行完畢而消滅，或因其他事由消滅」，從而行政處分不再產生規範效果(行政程序法第 110 條第 3 項參照)。反之，倘不具備「行政處分尚未消滅(了結)」之前提要件，則自無排除執行結果之可能與必要而無撤銷訴訟實益。

所謂行政處分因執行完畢而消滅，僅在於行政處分之執行所直接造成之不利益狀態同時因執行完畢而消滅時，行政處分內涵之法律上負擔效果方亦隨之消滅，並非行政處分一經執行完畢，即生行政處分消滅之結果。

是以，本案中系爭原處分雖已因原告主動繳納罰鍰而執行完畢，惟其行政處分之效力仍持續規制原告而未消滅(了結)，故對原告自得基於原處分及訴願決定有損權益，依行訴法第 4 條第 1 項之規定，請求撤銷原處分及訴願決定。

(2) 本案原告依行訴法第 196 條第 1 項請求回復原狀，或依同法第 8 條第 2 項前段合併提起一般給付之訴，求為判令被告返還金錢，應屬合法：

按行訴法第 196 條第 1 項規定「行政處分已執行者，行政法院為撤銷行政處分判決時，經原告聲請，並認為適當者，得於判決中命行政機關為回復原狀之必要處置」；第 8 條第 2 項前段規定「前項給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，應於依第四條第一項或第三項提起撤銷訴訟時，併為請求」。

若行政處分所直接造成之不利益狀態仍然存在且有回復原狀之可能時，雖因義務人自動履行而實現該處分，惟該處分並未消滅，此際仍應提起撤銷訴訟，並依行訴法第 196 條聲明回復原狀³，此種排除行政處分所產生之法律效力(或行政處分執行結果所遺留之侵害)者，即所謂「執行結果除去請求權⁴」。行政處分是否消滅之重點不在於其效力是否存續，而在於撤銷系爭行政處分對於當事人是否仍有實益，是否有回復原狀之可能，縱處分已執行完畢，惟其只要有回復原狀之可能，即得提起撤銷訴訟，並依行訴法第 196 條，請求法院命行政機關為回復原狀之必要處置，或依同法第 8 條第 2 項合併提起一般給付之訴⁵。

查本案原處分之罰鍰，業經原告繳納而已執行完畢，原告義務已全部自動履行，行政處分已執行完畢，足堪認定⁶，繳納罰鍰此一執行結果係基於被告行政處分而來，

² 行政法院 81 年度判字第 1279 號判決：「按人民提起行政訴訟須以行政機關之違法行政處分直接損害其權利為前提(按：舊法行政訴訟僅得提起撤銷訴訟)...不服再訴願決定，主張其權利被侵害而提請行政訴訟，自應予以受理」。

³ 釋字第 213 號解釋文第 3 段。最高行政法院 92 年度判字第 658 號判決：「已執行完畢之行政處分，如其規範效力仍然存在，且有回復原狀之可能者，行政法院仍准上訴人提起撤銷之訴，上訴人如認有回復原狀之必要者，更得依行政訴訟法第一百九十六條聲請行政法院判令行政機關為回復原狀之必要處置」。

⁴ 吳志光，行政法，2010 年 9 月 4 版，頁 420-421、427-428；林三欽，公法上「結果除去請求權」之研究，載於：「當代公法新論(下)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，2002 年 7 月初版，頁 246-247、264；陳敏，行政法總論，2009 年 9 月 6 版，頁 1384-1385 及其註 11。

⁵ 林三欽，前揭文，頁 261。

⁶ 最高行政法院 99 年度判字第 1379 號判決：「行政訴訟法第 196 條所謂『執行完畢』，應指經實施行政執行程序後，義務人之義務已全部自動履行或經執行機關直接作為而執行完結，行政執行之目的已達，於法律上結束行政執行程序而言。特別在執行實務上，常見義務人迫於行政執行機關執行壓力下，為防止直接執行之破壞或損害而自動履行者，自應屬執行完畢之一種」。

惟原處分仍繼續對原告產生規範效果，其效力並未消滅，該處分所直接造成之不利益狀態仍然存在(原告繳納 2000 萬元罰鍰)，且有回復原狀之可能(返還)，原告得提起撤銷訴訟並聲明回復原狀⁷，或合併提起一般給付之訴。

(二) 鈞院就本案應裁定停止訴訟程序並聲請大法官解釋：

依司法院大法官釋字(下稱釋字)第 371、572、590 號解釋意旨：憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋；又釋字第 590 號解釋更指出所謂「法官於審理案件時」，自包括行政訴訟案件。

是以，依前開各解釋之意旨，各級法院法官有依合憲法律審判之義務，倘於審判個案時有合理確信法律牴觸憲法者，自不得於個案中逕行拒絕適用，而應裁定停止訴訟程序並聲請大法官解釋⁸。詳言之，依我國憲法第 171、172 條所建構之「法規位階性」，以及憲法作為國家根本大法之「憲法最高性」，各級法院法官於審判個案時，不得適用違憲法律，故法官於個案裁判時，必須先行附帶審查其所適用之法律是否違憲，此即所謂「法官法規違憲審查」。須特別說明者，所謂「法官法規違憲審查」為各級法院法官之義務，並非權利，於個案中自無任何裁量權限⁹。

本案中，因被告下命核處之行政處分，其所憑藉之規範已達違憲確信之程度(詳參後述實體上理由部分)，故 鈞院就本案自應裁定停止訴訟程序並聲請大法官解釋。

二、實體上理由

承前所述，各級法院法官於個案裁判時，必須先行附帶審查其所適用之法律是否違憲，負有「法規違憲審查」義務。是則，原告將先闡述本案所應適用之法律存有諸多違憲爭議(爭點二、三)謹供 鈞院參酌，次再就本案行政處分存有諸多重大違法之處(爭點一、四)分別提出說明如下：

(一) 本案裁判所應適用之法律違憲，存在諸多重大牴觸憲法爭議， 鈞院應裁定停止訴訟程序並聲請大法官解釋：

1. 本法第 9 條第 1、2、8 款(下稱系爭行為規範)，不符法律明確性原則及比例原則，違反憲法第 11 條保障表現自由之意旨，應屬違憲(爭點二)：

(1) 基於文義、體系及目的性解釋，系爭行為規範應與同法第 2 條第 4 款「菸品廣告」之定義性規範合併觀察，且經合併觀察後，可知其所欲規制之範圍極為廣泛：

現行菸害防制法，於 96 年 7 月 11 日修正，並自 98 年 1 月 12 日施行，第 9 條第 1、2、8 款分別規定：「促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之：一、以廣播、電視、電影片、錄影物、電子訊號、電腦網路、報紙、雜誌、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫、物品或電磁紀錄物為宣傳。二、以採訪、報導介紹菸品或假借他人名義之方式為宣傳。八、以茶會、餐會、說明會、品嚐會、演唱會、演講會、體育或公益等活動，或其他類似方式為宣傳」，而所謂「菸品廣告」，依同法第 2 條第 4 款之定義係指：「以任何形式之商業宣傳、促

⁷ 鈞院 89 年度訴字第 2562 號判決：「...本件原告已繳納原處分罰鍰三十萬元之事實，為兩造所不爭執，並有罰鍰繳納收據 聯影本附卷可按，依行政訴訟法第一百九十六條規定，行政處分已執行完畢，行政法院為撤銷行政處分判決時，經原告聲請，並認為適當者，得於判決中命行政機關為回復原狀之必要處置，是原告聲請被告返還三十萬元，於法尚無不合，應予審酌」，另 鈞院 89 年度訴字第 2406 號判決及 93 年度簡字第 354 號判決亦同此旨。

⁸ 吳信華，論法官聲請釋憲，載於氏著：「憲法訴訟專題研究(一)－「訴訟類型」」，2009 年 10 月初版，頁 103、135-137；楊子慧，再論具體法規審查，載於氏著：憲法訴訟，2008 年 4 月初版，頁 149(摘要)、160、166；楊子慧，法官聲請釋憲程序之先決問題，月旦法學教室第 28 期，2005 年 2 月，頁 3-4。

⁹ 考究釋字第 371 號解釋之背景，原司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定，依本條聲請釋憲之主體僅有「最高法院」及「行政法院(最高行政法院前身)」，而本號解釋則是欲突破本條之限制，使其他「各級法院(一、二審法院)」均可聲請釋憲，因此方宣稱「各級法院『得』...聲請...解釋」，且在緊接上開文句後隨即宣告「司法院大法官審理案件法第五條第二項...與上開意旨不符部分，應停止適用」。請參：吳信華，前揭文，頁 104-105；楊子慧，前揭法官聲請釋憲程序之先決問題一文，頁 8。

銷、建議或行動，其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」。是基於文義及體系解釋，於適用第 9 條各款(尤其涉及各該款明文「為宣傳」)時，須納入第 2 條第 4 款之定義合併觀察，始可窺規範全貌¹⁰。

系爭行為規範修正理由謂：「為杜絕...達到『間接』菸品廣告之『目的』，爰刪除第三項，未來相關活動之規範仍回歸第一項各款有關禁止以特定方式促銷菸品或為菸品廣告之規定¹¹」；「屢見...達到為菸品行銷之目的，爰增列第二款¹²」；「為杜絕假借...『直接或間接』達到廣告之『目的』¹³，爰合併修正...列為第八款」。是基於體系及目的性解釋，自系爭行為規範之修法理由觀察，其應與同法第 2 條第 4 款之定義合併觀察，始可知其欲規制之範圍。

要之，經合併觀察後，系爭行為規範所謂「為宣傳」，指凡「任何形式」之作為，倘涉及「直接目的」或「間接目的」或「直接效果」或「間接效果」在於「對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」等四種情形之一者，均本條而遭處罰¹⁴。換言之，縱屬菸品以外之其他衍生性商品(如菸品輸入業者所輸入與菸品相同品牌的其他商品，如手錶，)之廣告(下稱衍生性商品廣告或間接廣告)，凡其「間接目的」或「間接效果」在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用，均受本條各款禁止。職是，系爭行為規範之規制範圍極為廣泛。

(2)系爭行為規範阻隔對外傳達菸品廣告之「傳播效果」或「傳播影響」，已涉憲法第 11 條表現自由之「內容」限制，自應從嚴審查：

憲法第 11 條規定「人民有言論、講學、著作及出版自由」，本條所規定為表現意見之自由(表現自由)¹⁵，屬於「廣義的言論自由」¹⁶(以下所稱之言論自由，若無特別註明，均採此理解)。

另所謂「狹義言論自由」，係指人民以語言或其他足以表達其思想內容之媒介，如文字、圖畫、聲音、動作、穿著以表達出個人之價值判斷(意見)或轉述事實之自由。

言論不問其內容是否有正面價值，亦不問其判斷是否正確，皆在言論自由保障範圍內¹⁷，故商業性之言論亦應受保障¹⁸。再者，有關其保障之內容包括積極表意或消極不表意之自由、客觀事實之陳述或主觀意見之表達¹⁹等等。釋憲實務更進一步就本條「言論自由」推導出「廣電自由」及「接近使用傳播媒體權」²⁰。

至於所謂「出版自由」，釋憲實務並無直接定義，而學者多認為：指人民得將其意見或其他智慧性成果，以文字、聲音或其他方式，傳布於眾之自由²¹。

¹⁰ 該條款修法理由謂「依實務需要增列菸品廣告及菸品贊助之定義」，請參：附件一、「現行菸害防制法第 2 條第 4 款規定及其修法理由」。既係為實務需要而增訂，則於適用第 9 條各款是否屬於本法所欲規制之菸品廣告時，自須求諸於本條綜合判斷，否則增訂即無意義。

¹¹ 新法修法理由「十二」，刪除舊法第 3 項(贊助)，回歸第 1 項各款認定之理由。

¹² 新法修法理由「三」，修訂第 2 款之理由。

¹³ 新法修法理由「九」，修訂第 8 款之理由。

¹⁴ 就此，原告曾函詢被告衛生局(本案主管機關)關於本法「菸品廣告」相關釋疑，其答稱：此問題應屬中央主管機關權責，請參：原證一、「臺北市政府衛生局 100 年 7 月 8 日北市衛健字第 10036135100 號函」；後經原告函詢行政院衛生署國民健康局，該局表示：凡涉及「直接目的」、「間接目的」、「直接效果」、「間接效果」者，均受第 9 條第 1 款之限制。請參：原證二、「行政院衛生署國民健康局 100 年 7 月 19 日國建教字第 1000009507 號書函」。

另修法後，司法實務於適用本法第 9 條各款規定時，亦認須同時將本法第 2 條第 4 款合併適用，如高雄高等行政法院 99 年度訴字第 21 號判決；臺中高等行政法院 99 年度訴字第 195 號判決。

¹⁵ 釋字第 445 號解釋文。

¹⁶ 釋字第 445 號解釋理由書：「集會自由主要係人民以行動表現言論自由；至於講學、著作、出版自由係以言論或文字表達其意見」。

¹⁷ 釋字第 634 號解釋理由。

¹⁸ 釋字第 414 號解釋理由書、第 623 號解釋文。

¹⁹ 釋字第 577 號解釋文。

²⁰ 釋字第 364 號解釋文及理由書、第 613 號解釋理由書、第 678 號解釋理由書。

²¹ 李惠宗，憲法要義，2009 年 9 月 5 版，頁 198；林紀東，中華民國憲法逐條釋義(一)，1998 年 9 月 8 版，頁 155；法治斌、董保成，憲法新論，2010 年 9 月 4 版，頁 236；陳新民，憲法學釋論，2008 年 9 月，頁 273；陳慈陽，憲

釋字第 509 號解釋理由書謂「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障」。

基於言論自由「雙軌理論(two-track theory)」²²，涉及限制言論內容者，不僅限制人民表現自我、實現自我，所限制之言論亦無法進入言論思想之自由市場，而無法為思想、意見或資訊之傳遞與交流，與憲法保障人民言論自由之意旨根本背道而馳，是應以嚴格審查基準檢驗其合憲性²³。若政府禁止某特定的思想、議題、觀點、訊息，或要排除言論所可能造成之傳播影響，即為針對言論內容的規制²⁴，本案情形，政府乃欲限制菸品廣告之「傳播效果」或「傳播影響」，屬言論「內容」之限制，應從嚴審查。

又關於商業性言論之審查基準，依釋字第 577 號解釋理由書「商業言論...有助於消費大眾之合理經濟抉擇...如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致」。菸品買賣為合法交易活動，菸品廣告即係為促進此合法交易而生²⁵，且其內容因須強制加註警告標語等，亦無產生誤導作用，是本案商業性言論，非屬言論自由「雙階理論」中之低價值言論，而應與其他類型之言論受相同程度保障²⁶。

綜前各點所述，原告為菸品廣告或其他商品宣傳，應受言論自由保障，系爭行為規範禁止以雜誌廣電等傳媒方式就菸品及菸品以外之商品為廣告，阻隔對外宣達管道，已涉言論自由「內容」之限制，實與憲法表現自由最大程度保障之精神自始相違，故應從嚴審查，先予敘明。

(3)系爭行為規範所謂「為宣傳」之範圍過於廣泛而無法特定，又其意義不僅受規範者難以理解且無從預見，司法機關更無從審查，顯然違反「法律明確性原則」：

依釋憲實務歷來解釋，所謂「法律明確性原則」應以「其意義是否難以理解(可理解性)」、「並為受規範者所得預見(可預見性)」、「並可經由司法審查加以確認(司

法學，2005 年 11 月 2 版，頁 527。

²² 美國自 1972 年 Police Department of Chicago 案以來，對於政府限制人民言論之類型不同，而發展出兩種不同的審查標準，亦即「針對言論內容所為的管制(content-based regulations)」和「非針對言論內容所為的管制(content-neutral regulation)」。前者對於人民之表意自由以及言論的傳播流通阻礙甚鉅，故應適用嚴格審查基準(the intermediate scrutiny test)；後者則應適用中度審查基準(the strict scrutiny test)。我國釋字第 445 號解釋，亦有相同旨趣。

²³ 釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書；釋字第 644 號解釋林子儀大法官協同意見書。

²⁴ 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於氏著：言論自由與新聞自由，1999 年 9 月初版，頁 195。另在美國，學者多認為：凡政府管制言論之目的係在限制特定言論的「傳播效果」或「傳播影響」，即屬言論自由內容之限制，請參：劉靜怡，言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室第 28 期，2005 年 2 月，頁 43。

²⁵ 查菸品並非刑法違禁品，原則上係合法商品，得自由處分收益，雖然未成年人不得吸菸、不得對未成年人銷售菸品，然此並不影響菸品作為合法商品，菸品銷售仍為合法交易行為。

美國聯邦最高法院於相類似案件中，亦採相同見解：美國波多黎各自治邦(Puerto Rico)外國成年人賭博係合法行為，在 Posadas 案(478 U.S. 328(1986))中，政府禁止賭場向當地民眾為「賭博廣告」，原告認為該禁令違憲而提起訴訟，案經最高法院受理，法院認為應適用「Central Hudson Test」標準的第一部標準：「言論內容必須合法且非虛偽不實者，始受憲法保障」，判斷系爭廣告是否為憲法所欲保障之言論，法院認為賭博原則是合法行為，準此，賭博廣告係為促進此合法行為之言論，應受憲法言論自由保障；另外，酒品在美國羅德島(Rhode Island)是合法商品，但未成年人不得飲酒，在 Liquorment 案(517 U.S. 484(1996))中，州政府立法禁止酒商對外發布關於酒品價格之廣告，原告認此違憲提起訴訟，最高法院亦認為，酒品是合法商品，因此，為促進此合法交易的「酒品廣告」，應受憲法言論自由保障。

²⁶ 美國聯邦最高法院亦有相同見解：如 Bigelow v. Virginia 案(421 U.S. 809(1975))，商業性言論與商品或服務市場的關係，並不會減損言論於意見市場中的價值，"The relationship of speech to the marketplace of products or of services does not make it valueless in the marketplace of ideas(at 826)."請參：附件二、「BIGELOW V. VIRGINIA, 421 U.S. 809 (1975)」；Virginia Pharmacy 案(425 U.S. 748 (1976))：商業性言論的價值並不低於政治言論，尤有甚者，商業性言論所帶來的利益可能比當天從政治辯論中得到的利益更多，"As to the particular consumer's interest in the free flow of commercial information, that interest may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day's most urgent political debate(at 763)."，請參：附件三、「VA. PHARMACY BD. V. VA. CONSUMER COUNCIL, 425 U. S. 748 (1976)」。

法審查可能性)」²⁷作為判斷標準。又為避產生自我抑制之寒蟬效應，有關限制言論自由之法律，自應符合法治國下之明確性原則²⁸。

承前所述，系爭行為規範所謂「為宣傳」之意義，應搭配同法第 2 條第 4 款觀察，是以所謂「為宣傳」係指凡「任何形式」之作爲，倘涉及「直接目的」或「間接目的」或「直接效果」或「間接效果」在於「對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」等四種情形之一者，均受該法第 9 條各款規制²⁹。就此，系爭行為規範之規制範圍誠屬廣泛且無從特定，更因欠缺可理解性、可預見性及司法審查可能性而違反「法律明確性原則」。茲分別說明如下：

①系爭行為規範概念空泛，意義難以理解，不具可理解性：

依釋憲實務，有關理解可能性之判準應自「法條文義及該法之立法目的解釋」出發³⁰，並從「受規範者之一般人民」立場加以觀察，亦即「依當時社會一般人民之文字語言或日常生活經驗，對系爭法律的文本予以合理解釋，能否理解該法律規定所要規定之行爲態樣，予以判斷」³¹。

從系爭行為規範之立法目的出發，其目的在於「廣泛禁止」，就此爲更「嚴格規範」³²，由原則禁止，轉爲實質「全面禁止」³³，範圍包山包海，廣闊無際。

又從系爭行為規範文義而觀，所謂「為宣傳」或所謂推銷或促進菸品使用之「間接目的」與「間接效果」，概念上並不清楚，何種情形始足構成推銷或促進菸品使用之「間接目的」與「間接效果」，缺乏具體判斷標準，人言言殊，流於恣意，實已逸脫一般受規範者可理解之範圍。

舉例而言，倘於報章雜誌刊登「神奇公司支持某某候選人參選總統」³⁴；或以公司名義刊登「道歉啓事」、「澄清聲明」³⁵；抑或接受媒體採訪，就其所輸入菸品以外之產品發表意見³⁶；再或公司贊助員工舉辦團體旅遊自強活動³⁷等等，是否具有「間接目的」或造成「間接效果」而屬系爭行為規範所欲規制之行爲，不僅缺乏一明確具體之判斷標準，以一般人民之文字語言或日常生活經驗更無法理解，故自不具備可理解性。

②行爲須達於何種程度始應受處罰，受規範者難以預見，違反可預見性：

承前述，何種程度始屬系爭行為規範之「間接目的」或「間接效果」(或者，何種程度方「非」屬所謂「間接目的」與「間接效果」，而不受系爭行為規範規制?)，其概念上無法理解，從而受規範者亦無從預見其何種行爲方受規制(或不屬系爭行為規範意涵而不受限制)。

③司法機關無從加以審查確定，不具司法審查可能性

系爭行為規範因不具上揭理解可能性、預見可能性等明顯違誤，司法實務上亦多未能就系爭規範相關之「間接目的」或「間接效果」加以認定適用，更有甚者直接援引舊法時期相關實務判解而逕自適用，是系爭規行爲範顯然不具司法審

²⁷ 首見於釋字第 432 號解釋文，復爲釋字第 491、545、573、594、602、617、623、633、636、659、669、689 號解釋所強調。

²⁸ 釋字第 407 號蘇俊雄大法官不同意見書；釋字第 623 號林子儀大法官不同意見書。

²⁹ 請參本訴狀：貳、二、(一)、1、(1)，頁 6-7。

³⁰ 釋字第 623、636、659、669 號解釋。

³¹ 釋字第 636 號解釋林子儀大法官及許宗力大法官共提之部分協同意見書，本則意見書就此有深入分析。另近釋字第 689 號解釋理由書亦謂「系爭規定之意義及適用範圍，依據『一般人民』日常生活與語言經驗，均非『受規範者』所難以理解」，堪認採取相同見解。

³² 其修法理由「一」，請參：附件四、「菸害防制法第 9 條新舊法對照表」。

³³ 另參本訴狀後述：貳、二、(一)、1、(4)第 2 段，頁 11-12。

³⁴ 是否屬於第 1 款，以「報紙、雜誌」而具有推銷或促進菸品使用「間接目的(或效果)」之行爲?

³⁵ 同前註之問題。

³⁶ 是否屬於第 2 款，以「採訪、報導介紹菸品」而具有「間接目的(或效果)」之行爲?

³⁷ 是否屬於第 8 款，以「或其他類似方式」而具有「間接目的(或效果)」之行爲?

查可能性。

查新法施行後，高雄高等行政法院 99 年度訴字第 21 號判決於適用系爭行為規範時，就案中之圖卡僅援引修法前最高行政法院 95 年度裁字第 142 號裁定見解，泛稱原案系爭圖卡「具有直接或間接存有對不特定之消費者推銷或促進菸品使用之效果」，逕認「即具有廣告之效能至明」³⁸，並未就該圖卡如何達到「間接效果」加以說明，亦未見具體認定及適用其意涵，僅以該卡片可以與菸品分離，遽認具有「間接效果」。此部分除有判決不備理由之違誤，更可說明系爭行為規範因不具理解可能性、預見可能性而無從經由司法機關加以審查。

況且，上開實務判決所援引最高法院見解，係於舊法時期所為，然舊法時期並未就「菸品廣告」設有定義性規範，當時該號裁定及其前審僅以「有鼓勵大眾吸食之意，此與菸害防制法之立法目的不合」、「載有(商標)圖案及 Imported Cigars」，即遽認有宣傳之意³⁹，更未就如何構成前述「間接效果」提出實質審查，再再顯示系爭行為規範顯然欠缺司法審查可能性，而有違憲疑慮。另查臺中高等行政法院 99 年度訴字第 195 號判決，亦有因系爭行為規範過於空泛，而致法院無從加以審查之相同問題⁴⁰。

職是，新法雖新增「間接目的」或「間接效果」，然司法實務多未具體實質適用，抑或僅援引舊法時期相關實務判解逕自論斷，顯因系爭行為規範概念意涵仍無法釐清而無從透過司法審查加以確認，故自不具司法審查可能性。

(4)系爭行為規範，手段無助於目的之達成，亦非最小限制之手段，手段與目的間顯失均衡，自有違「比例原則」

查本法首於民國 86 年 3 月 19 日訂定，舊法第 9 條第 1 項各款雖就菸品廣告有所限制，惟與現行法相較下，其限制範圍甚小，且於同條第 2 項及第 3 項規定例外情形。故舊法時期之菸品廣告規範係採「原則禁止、例外允許」之規範模式⁴¹。

再查，現行法係於 96 年 7 月 11 日修正，並於 98 年 1 月 12 日施行。與舊法相較下，現行法將舊法原允許得為菸品廣告之部分明列禁止⁴²，亦新增諸多禁止菸品廣告之態樣⁴³，更未設有例外允許之規定，致使菸品廣告從「原則禁止、例外允許」之立法模式，毋寧轉變為「全面性剝奪」之立法模式⁴⁴。換言之，只要任何有對外接觸可能性之方式，不論其為菸品廣告，或其他衍生性商品廣告，都在系爭規範禁止之列。

而現行法之所以採取「全面性剝奪」立法模式，可自第 9 條之修法理由：「依菸草控制框架公約第 13 條規定⁴⁵意旨締約國應廣泛禁止菸品廣告、促銷及贊助，如依憲

³⁸ 高雄高等行政法院 99 年度訴字第 21 號判決，判決理由「四」、「一」就被告之行為是否受本法規制，認為應綜觀第 2 條第 4 款及第 9 條各款而斷；然其於審查時，並未就此釐清，判決理由「四」、「二」載：「菸盒內隨附印有菸品品牌圖畫之抽取式卡片...其既得與菸品包裝分離，是其縱附於菸盒內，購買者於購買後無論其自行收集或將之分離移置，均具有直接或間接存有對不特定之消費者推銷或促進菸品使用之效果，亦即該等卡片一旦與系爭菸品分離，即具有單獨對不特定之消費者為促銷或廣告之特性及功用...是以系爭菸品所附圖卡片即具有廣告之效能至明...(最高行政法院 95 年度裁字第 142 號裁定參照)」。

³⁹ 臺北高等行政法院 93 年度簡字第 480 號判決理由「三」；最高行政法院 95 年度裁字第 142 號裁定。

⁴⁰ 該判決支持訴願決定所援引舊法時期，最高行政法院 98 年度裁字第 2287 號裁定(裁定理由「二」)，及該裁定前審：臺北高等行政法院 96 年度簡字第 273 號判決(判決理由「五、(三)、4」)，作為論斷依據，載於該判決理由「五、(二)」。

⁴¹ 請參：附件四、「菸害防制法第 9 條新舊法對照表」。

⁴² 原舊法第 2 項可允許於「雜誌」為廣告，輸入商亦可「贊助」活動，而新法第 1 款將「雜誌」增訂於禁止之列，並刪除可為「贊助」之規定，回歸第 1 款認定(亦即，贊助活動仍會受第 1 款限制，修法理由「十二」)。

⁴³ 新法第 1 款將舊法未規範之「電子訊號」、「電腦網路」、「電磁紀錄物」，增訂於新法禁止規範中；第 2 款亦新增禁止「以採訪、報導介紹菸品或假借他人名義之方式為宣傳」；而第 8 款之規定，則以舊法為基礎，另新增禁止「茶會」、「餐會」、「說明會」、「體育」、「公益活動」，並以「或其他類似方式」作為概括條款。

⁴⁴ 請參：附件四、「菸害防制法第 9 條新舊法對照表」。

⁴⁵ 世界衛生組織菸草控制框架公約(WHO Framework Convention on Tobacco Control, 下簡稱 FCTC)第 13 條第 1 項「各締約方認識到廣泛禁止廣告、促銷和贊助將減少菸草製品的消費」；同條第 2 項「每一締約方應根據其憲法或憲法原則廣泛禁止所有的菸草廣告、促銷和贊助。根據該締約方現有的法律環境和技術手段，其中應包括廣泛禁止源自本

法規定不能廣泛禁止，則應予限制...就菸品之廣告、促銷更為嚴格限制，以維護國人健康」，瞭解其邏輯基礎。

惟 FCTC 第 13 條第 3 項亦強調：「(各該締約國內)...憲法或憲法原則而不能採取廣泛禁止措施的締約方，應限制所有的菸草廣告、促銷和贊助」。

而我國憲法第 23 條「限制」一詞之深意，實係豎立了「基本權剝奪禁止」原則，人民基本權利僅可「限制」而不可「剝奪」，是本法雖以 FCTC 作為立法指標，惟依我憲法，人民權利僅可予以限制而不可剝奪。又國家限制人民權利，依釋字第 476、544、551 號解釋意旨：「內容須符合目的正當性、手段必要性、限制妥當性」，方符憲法第 23 條「比例原則」，所謂目的正當性應包括「目的合憲性」及「手段適合性」。

準此，系爭規範之「全面禁止」之作法，實與前揭公約、我國憲法之意旨，自始不符。茲就系爭規範牴觸比例原則之處，說明如下：

① 系爭行為規範全面禁止廣告，亦禁止菸品以外其他衍生性商品之廣告，因此種其他衍生性商品之廣告與菸品間並無必然關係，顯然不符手段適合性：

手段適合性要求「所採取之手段，須有助於目的之達成」，惟查，系爭行為規範不僅僅限制菸品廣告，所謂「間接廣告」或「衍生性商品廣告」亦在禁止之列。

而禁止其他衍生性商品廣告與菸品消費和健康危害是否具有明顯的因果關係，實有疑義，蓋絕大多數經營衍生性商品之業者，僅係利用知名度的品牌來促銷其商品或服務，鮮少有假借他項商品而行銷菸品之實情形。

再者，間接廣告與菸品消費間，亦非如直接廣告和消費者間，具備明顯關聯性⁴⁶。是立法者認為衍生性商品與菸品兩者，對國民健康之危害具有相同效果，欠缺說服力，是此無限上綱限制衍生性商品廣告之規定，顯然違反手段適合性。

另查，系爭規範立法目的所謂「維護國人健康」，究其實質，應係為減少我國吸菸人口及預防吸菸人口之增加。然系爭行為規範施行後，據董氏基金會我國「歷年成人吸菸率」⁴⁷、「國中生與高中職生吸菸率」⁴⁸之資料顯示，成年女性相較於 1994 年至 1998 年時期，吸菸率反而居高不下；國中生吸菸率未降反升，高中生部分仍持平(未降低)，更可證明系爭行為規範並無助於達成其目的。

② 系爭行為規範採「全面禁止」之手段而非「最小侵害」之手段，實已造成言論自由「全面性剝奪」，有違「手段必要性」：

所謂手段必要性，係指在相同有效達成立法目的之前提下，立法者應選擇對人民限制較小之必要手段，亦即，須符合「相同有效性」及「最小限制性」。

查系爭行為規範立法目的僅謂「維護國人健康」，實可細分為維護「成年人」及「未成年人」之健康。

首先，對於成熟、理性之成年人而言，其應有足夠判斷能力決定吸菸與否，故國家對於成年人之菸害防制之保護義務應有一定之界限，無須施以與青少年相同強度之保護，否則無異剝奪成年消費者之自主權。而為達成維護成年人健康此相同目的，實無須採取系爭行為規範全面禁止之手段，仍有其他限制較小之手段可供選擇，例如：(一)行政機關的嚴格執行取締違法吸菸及販菸(落實無菸環境⁴⁹)；

國領土的跨國廣告、促銷和贊助」，請參：附件五、「世界衛生組織菸草控制框架公約(行政院衛生署國民健康局公布之中譯本)」。

⁴⁶ 翁曉玲，禁限菸品廣告規範之合憲性，東海大學法學研究第 19 期，2003 年 12 月，頁 73-74。

⁴⁷ 請參：附件六、「董氏基金會華文戒菸網『成人吸菸行為調查』」。

⁴⁸ 請參：附件七、「董氏基金會華文戒菸網『青少年吸菸行為調查』」。

⁴⁹ 謝國廉，規範煙酒廣告之法令與言論自由權保障之衝突---橫跨健康傳播與人權理論之分析，新聞學研究第 61 期，頁 230-231；又依據董氏基金會資料：「根據國際研究顯示，要減少菸品消耗量與降低吸菸率，最有效的三大政策是『提高菸價以價制量』、『落實無菸環境』及『菸害訴訟』」，請參：附件八、「董氏基金會華文戒菸網『提高菸稅以價制量』」。

(二)推行菸害防治教育與宣導(反菸廣告)⁵⁰；(三)強化廣告自律⁵¹；(四)加重課收菸品貨物稅⁵²；(五)提高菸價⁵³；(六)允許菸品以外其他商品之衍生性商品廣告(間接廣告)⁵⁴；(七)增加警語標示之面積及比例；(八)採取類如我國舊法時期之規定，允許於限制級雜誌或節目上刊登菸品廣告：於雜誌內可設計摺頁，外頁標明「內為菸品廣告，翻閱前」請三思等警語⁵⁵；於節目中則可參酌現行限制級影片之方式，於放映前加註警語。

再者，對於未成年人健康之維護，在相同有效達成目的之前提下，亦有其他限制較小之手段，除如前述之方式外，若欲降低誘惑，或參酌美國相關管制菸品廣告之方式，採取禁止於學校及操場附近一千英尺內設置戶外廣告、所有室外廣告僅得以黑白文字(不得以圖畫或彩色文字)為之、所有菸品廣告加註「三個吸菸的小孩就有一個死於吸菸」之警語⁵⁶；若要完全防堵青少年接觸菸品資訊，則可參考身為 FCTC 締約國之日本⁵⁷，採取前述允許於限制級雜誌或節目上刊登菸品廣告，避免未成年人接觸。

綜上所言，系爭行為規範所欲維護之國民健康，未細究維護成年人或未成年人之健康仍有其他相同有效且限制最小之手段，一律遽採取全面禁止菸品廣告之立法模式，顯然有違手段必要性。

③系爭行為規範僅為達空泛之國民健康目的，卻採取對表現自由核心全面之限制，手段與目的間顯失均衡，有違「狹義比例性」：

狹義比例性係指，國家管制手段所欲達成目的之利益，與其所造成之損害，兩者間不得顯失均衡。而關於狹義比例性之判斷，參酌德國聯邦憲法法院所發展出之「越如何，則越如何」之比較性衡量公式：對基本權之侵犯越嚴重，所獲致之利益則必須越大、越重要、其保護越迫切、危險越嚴重，就此，國家應證明於此有何「迫切理由」，而須對於人民言論自由採取此種趕盡殺絕式的立法。

系爭行為規範係就言論自由「內容」之限制，其位於憲法保障言論自由之核心領域，其所採取之手段，不論有無造成具體危險皆受處罰，且其規範模式係較「例外性許可(鎮壓式禁止)」更為嚴厲之「全面禁止」，整體觀察該法，並無其他配套措施可供傳布，其手段對基本權侵犯之強度，極為嚴峻。

系爭規範所謂為「維護國人健康」之目的，僅係一空泛無際之目的，國家並無提出說明其「所獲致利益之份量」有何急迫重要性，竟以全面禁止之手段侵害言論自由之核心領域，是經兩相權衡比較，其手段所造成之損害及所欲達成利益兩者間，顯失均衡。

再者，發表言論之目的原本就在試圖影響他人，保護言論自由若要有意義，就不應阻止或妨礙他人接收言論發表者所發表之言論，其根本精神表現在「言論價值預斷之禁止」，蓋某種言論是否有價值，應由「言論市場」決定，而非公權力主體，在現代民國原則之下，若一言論有害，其治療手段應是以「更多的言論，而非強制沉默」。

茲有附言，本案中，國家全面禁止菸品廣告，意在斷絕所有對外傳布管道，

⁵⁰ 謝國廉，前揭文，頁 230-231。

⁵¹ 陳澤榮，國家對商業性言論的管制界限-以強制菸品警示說明與禁止廣告為中心，國立成功大學法律學系碩士論文，2004 年 7 月，頁 135。

⁵² 陳澤榮，前揭文，頁 135。

⁵³ 依據董氏基金會資料，減少菸品消耗量與降低吸菸率，最有效的政策是：「『提高菸價以價制量』」；「世界衛生組織也指出，高收入國家，菸價每提高 10%，菸品消耗量就能減少 4%，而青少年對稅收和價格變化的敏感度是成年人的 2-3 倍」，請參：附件八、「董氏基金會華文戒菸網『提高菸稅以價制量』」。

⁵⁴ 衍生性商品非如菸品具有成癮性及健康危害性，以菸品管控的嚴格措施限制其他商品，並非侵害最小手段。陳澤榮，前揭註 51 文，頁 144-145。

⁵⁵ 請參：附件九，「成人雜誌內菸品廣告範例」。

⁵⁶ 謝國廉，前揭註 49 文，頁 231。

⁵⁷ 請參：附件十、「日本版 MEN'S NON-NO 雜誌，2011 年 9 月號」。

使人民無從接觸此種資訊，此種「愚民」政策，與言論自由在於健全言論市場之目的自始牴觸⁵⁸。誠如美國聯邦最高法院於著名「Virginia Pharmacy」案所言：「政府不能因為害怕資訊散布可能對散布者或接受者造成影響，就全面性禁止合法活動資訊的傳布」、「政府對於商業廣告時間、地點、方法之規制，若欲合憲，則應符合規制不得涉及廣告之內容、所追求知政府利益必須重大、尚有其他諸多資訊傳播之手段存在始可」⁵⁹。

2. 本法第 26 條(下稱系爭效果規範)，不符憲法上之平等原則及比例原則，違反憲法第 15 條保障人民財產權及工作權之意旨，應屬違憲(爭點三)：

(1) 本案事涉憲法第 15 條工作權及財產權之限制，應從嚴審查：

釋字第 514 號解釋理由書謂「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之」，另釋字第 538、606、688 號解釋，皆明文肯認營業自由應受憲法保障。

又私法人可做為基本權主體，其得主張財產權及工作權所衍生之營業自由⁶⁰，要無疑義。舉凡與營業相關之時間、地點、方式、內容、對象、進用員工、投資等，均在保障範圍內。基此，菸品輸入商應有自由決定營業方式及從事營業活動之自由。

再者，現代憲法所保障之財產權，已從古典「所有權之存續保障」，擴及「財產權之價值保障」。而廣告，基本上乃營業方式之一環，釋字第 414 號解釋文謂「...廣告係為獲得財產而從事之經營活動，涉及財產權之保障」，即係基於此「財產權之價值保障」而來；又使用商標而達行銷目的，亦屬廣告常見之手法，釋字第 492 號解釋文謂「商標專用權屬於人民財產權之一種，亦在憲法保障之列」。職是，廣告及商標，因兩者皆屬智慧財產權，而具備憲法財產權之「價值保障」特性，參酌上開釋憲實務之意旨，皆應受憲法財產權保障。

系爭效果規範，以違反同法第 9 條各款禁止之「菸品廣告」為前提，全面禁止廣告，亦包含限制商標之使用，干涉營業之方式及內容，限制人民營業自由，自屬工作權及財產權之限制；另系爭效果規範就違犯者科處罰鍰，使人民喪失金錢「所有權之存續保障」，亦屬人民財產權之限制。

本案所涉者為「營業自由(職業經營自由)」，而非「選擇職業之自由」，自無適用「職業自由三階理論」餘地，是本案在憲法上，並未存有寬嚴不同之容許標準⁶¹。又基於下述理由，本案應從嚴審查：其一，涉及兩個以上基本權競合之場合，基本權會合併發生「價值聚積」現象，其份量重於個別單獨發揮作用的基本權⁶²；其二，營

⁵⁸ 釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書；釋字第 644 號解釋林子儀大法官協同意見書。

⁵⁹ 425 US 748 (1976): "What is at issue is whether a State may completely suppress the dissemination of concededly truthful information about entirely lawful activity, fearful of that information's effect upon its disseminators and its recipients. Reserving other questions, we conclude that the answer to this one is in the negative. (at 773)." There is no claim, for example, that the prohibition on prescription drug price advertising is a mere time, place, and manner restriction. We have often approved restrictions of that kind provided that they are justified without reference to the content of the regulated speech, that they serve a significant governmental interest, and that, in so doing, they leave open ample alternative channels for communication of the information. (at 771)" 請參：附件三、「VA. PHARMACY BD. V. VA. CONSUMER COUNCIL, 425 U. S. 748 (1976)」。

⁶⁰ 依釋字第 514 號解釋「聲請書及其附件」，「抄萬○企業股份有限公司(法定代理人蔡○琨)聲請書」，本案聲請人為私法人(萬○企業股份有限公司)，經大法官作成本號解釋，明文肯認私法人得享有營業自由；釋字第 606 號解釋「新聞稿」，聲請人為私法人(恒○股份有限公司)，大法官作成本號解釋，於解釋理由書中強調「...構成公司財產權及營業自由之重要內容，應受憲法之保障」。

⁶¹ 李惠宗教授，工作權之內涵包括「職業選擇自由」及「職業經營自由」，前者始有適用「職業自由三階理論」之餘地，請參氏著，前揭 21 書，頁 249-252；陳慈陽教授亦認為，關於工作權限制之審查，於「職業選擇階段」，方有「職業自由三階理論」之適用，至於「執業行為階段」則否，請參：氏著，前揭註 21 書，頁 592。

⁶² 許宗力，基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第 11 期，2003 年 9 月，頁 68。

業自由，就本案營利性私法人(公司)而言，屬其工作權及財產權之核心⁶³，若無充分營業自由則其無以為立，禁止廣告無疑是斷絕其從事營業之可能，而非僅是單純的營業執行方式限制，是應從嚴審查。

(2)系爭效果規範無「正當理由」而為差別對待，且就不同事物未為「合理」之差別待遇，顯然違反憲法第 7 條平等原則，應屬違憲：

按我國憲法規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，綜合歸納我國釋字第 179、211、485、593、666、675、682、687、688、689 號解釋意旨，可知：「憲法第七條之平等係在保障人民地位之實質平等，『等者等之，不等者不等之』為其基本意涵，是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。至於差別對待是否合理，則應斟酌：具體案件事實上之差異、憲法之價值體系及立法目的(之合憲性)斷之。法規範是否合於此原則，則應視該差別對待所採取之分類與規範目的間是否存有一定程度的關聯性為斷」。

亦即，以差別待遇是否合乎立法目的之要求，或者說作為手段的差別待遇與所追求目的間是否有合理關聯，作為違反平等與否的判斷標準，此種「合目的性」標準一直是主審大法官審查方向的主要基調之一，而之實質內涵，早期之解釋僅是含糊帶過，晚進之解釋，大法官實際上大多援引比例原則予以補充，採用比例原則判斷差別待遇是否合乎目的⁶⁴。

另學界有提出「體系正義」概念，作為平等原則之補充性判準，而釋憲實務亦曾運用此判準判斷是否違反平等原則⁶⁵。詳言之，體系正義就是一般原則下立法者自我拘束的法理，亦即立法一貫性(Folgerichtigkeit)的法理，以一定前提及原則所建構起來的實定法規規定，如因違反體系的「異素(Fremdkörper)」的侵入致其分解或其內在邏輯受到「嚴重破壞」，那麼該規定也就失去可支持性(Plausibilität)及一貫性，因此，也就失去了正義的價值(Gerechtigkeitswert)⁶⁶。

國家的法體系乃複數存在，一個法律本身固然造就了一個法體系(體系內正義)，但各該法體系內部也可能再次形成次體系，而數法律彼此間也有可能又形成一個更大的法體系，也就是「法體系叢(體系間正義)」⁶⁷。是以菸害防制法為準，該法規範之規範對象，應遵守「體系內正義」；而菸害防制法以外，與系爭規範相同罰鍰額度之規定或與菸品性質相同之物品，應可作為比較對象，則其間則應遵守「體系間正義」。

①系爭效果規範，手段與目的間不具關聯性，不合平等原則，構成「體系破裂」，違反體系間正義：

查我國現行行政罰相關法律，罰鍰下限在 500 萬元以上、罰鍰上限在 2500 元規定者，僅規定於「放射性物料管理法」及本法。而罰鍰額度與系爭效果規範相同者(下限 500 萬元，上限 2500 萬元)，僅見於放射性物料管理法第 33 條第 1 項及 34 條第 2 項，其規範行為為：其一，核子原料、燃料及廢棄物之生產、存放設施，不符法定要件(不足以保護環境、公眾之健康及生命，不合乎和平使用目的等)，擅

⁶³ 李惠宗，前揭 21 書，頁 263。

⁶⁴ 許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收錄於氏著：法與國家權力(二)，頁 146-147、69-170。

⁶⁵ 釋字第 224 號解釋、釋字第 455 號解釋翁岳生大法官協同意見書。相關分析，請參：許宗力，前揭文，頁 151-153、160-162。

⁶⁶ 體系正義乃指立法者於第一次規範形成時固有其自由，惟一旦立法者形成一項「法則」時，此後立法者即應一貫地持續其本身所確立的基本原則，否則就是破壞其本身所建立的「法則」，即有違反平等原則之嫌，蓋整個法體系下，各個法規範間都具有「意義及功能的關聯(Sinn und Funktionszusammenhang)」，解釋上或法規的審查上應盡量使「價值決定(Wertentscheidung)」趨於一致，盡量避免價值的矛盾。請參：李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討—以釋字第二二八號解釋為素材，收錄於：憲政時代第 16 卷第 2 期，1990 年 10 月，頁 27；黃昭元，平等原則與體系正義，收錄於：元照，法治的開拓與傳承：翁岳生教授的公法世界，2009 年 1 月，頁 106-107；許宗力，前揭註 64 文，頁 165；釋字第 455 號解釋翁岳生大法官協同意見書「二」第 4 段。

⁶⁷ 許宗力，前揭註 64 文，頁 165，頁 166-167。

自興建者；其二，核子原料、燃料及廢棄物相關設施之永久停止運轉或封閉，未擬定除役計畫、封閉計畫或監管計畫，未經主管機關核准、檢查，而擅自為之者⁶⁸。

綜觀放射性物料管理法，之所以就前開行為給予高額度罰鍰，乃係鑒於核能放射物之高度危險，若其設備不足以阻隔放射性物質而擅自興建或處置，一旦發生事故，勢將衍生如前蘇聯車諾比及日本 313 核災，對於廣大民眾之生命安全造成立即性、毀滅性、無法回復性之災難。惟然，菸品廣告對於一般社會大眾，並不會產生如核災之重大災難，其與放射物性質顯屬不同，系爭效果規範卻將菸品廣告之播出與核能外洩同視，給予相同非難程度，就此不同事物未為合理之區別對待，形成「不等者而等之」情形，顯與前述大法官解釋之意旨不符，違反平等原則灼然至明。

此外，酒類商品與菸品相同，對人體健康皆有危害⁶⁹，亦具成癮性、致癌性⁷⁰。又每天飲 27 毫升以上酒精的人，比起不喝酒的人，得大腸癌的比例增加 3 倍⁷¹，每天喝 7 次酒，每次約 13 克酒精，罹患口腔癌的風險，較不飲酒的人多出 5 倍⁷²，故飲酒與癌症間之關聯誠屬密切。然立法者並未禁止酒品廣告，就此相同有害於人體之事物，未附任何說理卻為差別對待，形成「等者而不等之」，分類之手段與其所欲追求之目的不具合理關聯，亦有違平等原則，應屬違憲。

再者，檳榔與菸品相同，均有高度成癮性及「絕對致癌性」，其對於國民健康之危害，更甚於菸品，檳榔所造成的口腔癌，為台灣男性所罹患的主要癌症中，發生和死亡情形增加最快者⁷³。然立法者就檳榔廣告，並未加以任何限制，自屬無正當理由而為差別對待，致使「等者不等之」，實有悖於平等原則。

②系爭效果規範於菸害防制法體系內，差別待遇手段與所追求目的間並無合理關聯，構成「體系破裂」，不符體系內正義，悖於平等原則，應屬違憲：

違反同一規定者，立法者應考量受規範者之非難程度以及其違法行為所生之影響，探究其所應負責程度之不同，始可異其罰鍰額度。

按違反本法第 9 條各款者，依系爭效果規範，就製造或輸入業者處 500 萬元以上，2500 萬元以下罰鍰(第 2 項)；廣告業或傳播媒體業者，處 20 萬元以上，100 萬元以下罰鍰(第 3 項)；至於其他諸如經銷商、實體通路商等，則處 10 萬元以上，50 萬元以下罰鍰(第 3 項)。

查菸品製造商與輸入商，兩者本質上有所不同：製造商多為經營甚久之跨國公司，知名度甚高，資本雄厚，富可敵國，就罰鍰之負擔能力顯較他人高，其與商品之形象、知名度以及自商品本身所獲之利益均具高度關聯性，以上種種皆為輸入商無法比擬。違法播送廣告，對於製造業者而言，其可受非難性之程度顯然高於輸入業者，惟立法者未考量兩者之不同，而科予相同非難程度，未就不同事物為合理之區別對待，致使不等者而等之，法體系已失去可支持性及一貫性，違反平等原則。

消費者保護法關於「企業經營者之商品責任」，「製造業者」規定於第 7 條，而「輸入業者」規定於第 9 條(負本法第 7 條之製造者責任)，足見兩者本質上即有不同⁷⁴，否則，立法規範於同條即足，殊無分別規定之必要。又該法所以規定「輸入業者」須與「製造業者」負相同責任，乃係基於侵權行為損害賠償責任此特殊法

⁶⁸ 請參：附件十一、常淑慎，行政罰罰鍰額度之規範與裁量，東吳大學法律學系專業碩士班碩士論文，頁 28「罰鍰資料庫」；附件十二、「放射性物料管理法第 33 條第 1 項、34 條第 2 項及其行為規範」。

⁶⁹ <http://health99.doh.gov.tw/media/public/pdf/29491.pdf> 行政院衛生署健康九九網站，酒癮防治手冊。

⁷⁰ <http://cisc.twbbs.org/lifetype/index.php?op=ViewArticle&articleId=1438&blogId=1> 台灣癌症防治網；

<http://www.health99.doh.gov.tw/Media/public/html/11818.txt> 行政院衛生署健康九九網站，拒絕酒癮 健康就贏。

⁷¹ <http://homepage.vghtpe.gov.tw/~tcfund/information/FOOD.HTM> 財團法人台灣癌症臨床研究發展基金會。

⁷² 同前註 70，台灣癌症防治網。

⁷³ 請參：附件十三、「行政院衛生署國民健康局『檳榔防制』」。

⁷⁴ 本條之所以規定輸入業者「與商品製造人負同一之責任」，乃係因其並非真正從事商品生產之人，意義上僅只於使其責任與商品製造人相同而已。請參：朱柏松，消費者保護法商品製造人責任規定之適用與解釋(上)，國立臺灣大學法學論叢第 24 卷第 1 期，1994 年 12 月，頁 366。

理而來⁷⁵，而非其本質上必然。況系爭效果規範立法科處罰鍰之理論基礎，則係基於違反行政法上義務行為之制裁⁷⁶或避免行為人繼續違法而來，是其無法與民事法同視。

再查，廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響⁷⁷，媒體業者對於視聽大眾之影響甚廣，菸品輸入商並無如此能耐，是其可受苛責之非難性程度顯低於媒體業者。迺系爭效果規範卻使媒體業者之責任明顯低於輸入業者(額度相差 25 倍)，非難程度顯不相當，此種「異素」侵已導致法體系內在邏輯受到嚴重破壞，其此差別對待並不合理。

末查，就其他承銷商、實體通路商而言，為一上下游交互網絡，銷售通路發達，宣傳管道甚多，就大眾傳播之影響實不亞於輸入業者，是承銷商、實體通路商與輸入商，評價上應屬相同。然立法者未細究此相同之處，竟逕為差別待遇，致使「等者不等之」，有違平等原則。

(3)系爭效果規範，並非最小限制之手段，違反憲法第 23 條比例原則：

國家為保護一方(本案「全體國民(國人健康)」)，使其基本權免於遭受第三人侵害，而其手段以限制第三人(他方，本案「菸品輸入商」)基本權為之者，負有『過度之禁止』的義務，其手段不得超出必要的限度⁷⁸。

按釋字第 400 號解釋「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」；另按釋字第 688 號解釋意旨，憲法第 15 條保障之財產權與營業自由，須為達成正當公益目的，其手段須為合理手段，方符比例原則。

查系爭效果規範之罰鍰額度甚鉅，承前述，相較於核子外洩，違法播放菸品廣告，對於國民健康之危害充其量僅有淺在風險，可非難程度甚低，足見立法者採取其他較為低額之罰鍰額度，即為已足，殊無必要採取此種嚴峻之手段限制人民，其以如此鉅額之額度施以罰鍰，實非最小限制之手段，違反「手段必要性」。

次查，系爭效果規範關於「連續處罰」部分，舊法時期規定為「並得按次處罰」，現行法於 96 年修正為「並按次連續處罰」，僅賦予國家採取連續處罰之手段，立法意旨旨在借由遏阻作用，使違章行為人避免其繼續違法，在此前提下，實有其他相同有效且限制較小之手段可資選擇，諸如：警告、告誡、記點等警告性處分，先予警告、限期改善等，皆可收恫嚇之效，爭規範僅以「連續處罰」此單一手段作為其法律效果，並非合理，顯與「手段必要性」不符。

又行政法規常分別規定行為要件與法律效果，必須合併觀察，以確定其規範對象、適用範圍與法律效果⁷⁹。本法第 9 條之行為規範，不符比例原則，業如前述，若再合併審查第 9 條之行為規範及第 26 條之效果規範，更可知系爭規範意在全面封殺菸品廣告，無端擴大限制，更可彰顯其有違比例原則。

(二)撤銷訴願決定及原處分部分

縱認為前述規範尚未達到違憲確信之程度，仍應於本案中加以適用，惟由於其構成要件之抽象性與開放性，留給司法者極大空間作進一步合乎個案正義之法律解釋與適用，此時司法者不僅有義務根據憲法保障基本權的精神來解釋法律，也就是作所謂「憲法取向的法律解釋(Verfassungsorientierte Interpretation)」，有義務在個案法律適用時，對相衝突之基本權或法益作適切的利益衡量⁸⁰，其論理基礎係植基於「憲法最高性」及「法秩序一致性」，使

⁷⁵ 朱柏松，前揭文，頁 357-358。

⁷⁶ 行政罰法第 1 條「違反行政法上義務而受罰鍰...適用本法」；第 2 條「本法所稱其他種類之行政罰，旨下列裁罰性之不利處分...」。

⁷⁷ 釋字第 364 號解釋理由書。

⁷⁸ 許宗力，基本權的功能與司法審查，收錄於氏著：憲法與法治國行政，2007 年 1 月，頁 15-16

⁷⁹ 釋字第 577 號解釋理由書第 2 段；另釋字第 644 號解釋理由書首段亦有相同意旨。

⁸⁰ 許宗力，談言論自由的幾個問題，收錄於氏著：法與國家權力(二)，2007 年 1 月初版，頁 210-211。同氏著，司法

下位階法律能具體落實憲法精神，確保憲法最高性於不墜⁸¹。

參酌德國法自「路特案(Lüth Case)」以來所發展而來的「相互影響理論」：限制基本權利之法律與因該法而受限制之權利兩者間會相互響，限制言論自由的法律本身受到言論自由作為憲法的客觀基本價值秩序所影響，基本權與限制基本權之法律兩者間存在者一種「相互影響關係」，司法者於解釋與適用法律時有義務作利益衡量⁸²，必須仔細斟酌言論自由本質上的重要意義，據此對相互衝突的基本權或法益間為利益衡量，避免對基本權造成過度限制而構成侵害，釋字第 407 號解釋亦係基此作成解釋⁸³。

是故，鈞院於本案適用系爭規範時，應本於憲法保障言論自由之意旨出發而為解釋、適用，合先敘明。

1. 本案「社會觀察」專題節目中之第一、二、三單元，均非本法第 9 條第 1、2、8 款，所欲禁止之廣告(爭點一)：

解釋判斷特定行為是否該當本法第 9 條各款所禁止之菸品廣告行為時，自應考量同法第 2 條第 4 款所規定之菸品廣告之構成要件，業如前述。惟然，為避免合併觀察後存有上開諸多違憲之疑義，系爭行為規範之自應採取憲法取向之法律解釋。是以，判斷特定行為是為本法第 9 條各款所禁止之菸品廣告毋寧應著眼於：其行為是否以出於推銷或促進菸品使用為目的，或其行為效果在於推銷或促進不特定消費者之菸品使用。

然本案中，被告並未提出任何客觀、具體之證據詳細敘明認定原告有出於推銷或促進菸品之行為，亦未說明原告之行為效果係在於對不特定消費者推銷或促進菸品使用，僅憑諸多毫無關聯性之事實或違反經驗法則之推理，作事後恣意主觀臆測認定，揆諸行政法院 39 年度判字第 2 號判例「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法。」之意旨，是原處分除有未依證據認定事實之謬誤，更有理由不備暨違反一般經驗法則之重大違誤，自得撤銷。又邏輯上，倘本案「社會觀察」專題節目中之第一、二、三單元若皆非屬於本法第 9 條第 1、2、8 款所欲禁止之廣告，則綜合併觀察為一整體節目，更非本法第 9 條第 1、2、8 款所禁止之廣告。故以下先就本案「社會觀察」專題節目中第一、二、三單元，非屬本法第 9 條第 1、2、8 款所欲禁止廣告，分別說明之：

(1) 系爭節目中之第一單元部分，並無原告之相關職員參與其中，且本單元乃係對原告之「負面報導」，故原告自無以出於推銷或促進菸品使用為目的之行為，或其行為效果在於推銷或促進不特定消費者之菸品使用：

查本單元節目，該單元僅片面採訪艾希焉先生遺孀(下稱艾太太)，並無原告之相關職員參與其中，原告並無任何出於推銷或促進菸品目的之行為，今原處分僅憑艾太太片面之詞曾提及原告公司名稱，即認原告觸犯系爭行為規範，未免速斷。

退步言，縱認原告有利用艾太太之名義而為行為(僅為假設，原告否認)，惟查本單元，係在報導訴外人艾太太向原告訴請賠償一案，並宣稱本案為反菸運動之里程碑，且於單元後段，艾太太更強烈呼籲大眾集體控告原告，是其行為效果在於發表對原告不利之言論⁸⁴，重挫原告公司商譽及形象，並無任何偏袒或美化原告⁸⁵，更無推銷或促進不特定消費者之菸品使用。是原處分據此認係對原告正面形象有所提升，而推論原告有為菸品廣告宣傳，實有違誤。

(2) 系爭節目中之第二單元部分，係對整體市場概況之簡介並顯現我國「反菸」運動成功，且郝成功僅出現於節目「末段」以個人名義身分就企業多角化經營提出自身經驗

權的運作與憲法，收錄於：葉俊榮(主編)，「法治的開拓與傳承：翁岳生教授的公法世界」，2009年1月初版，頁34-36。

⁸¹ 許宗力，前揭文，頁36-37。

⁸² 許宗力，前揭註80文，頁211。

⁸³ 釋字第407號解釋強調，主管機關就猥褻出版品之釋示，「應基於尊重憲法保障人民言論自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」，顯然也是暗示此種「相互影響關係」，而要求應「兼顧」該兩相衝突之法益。

⁸⁴ 請參本案事實，本訴狀：壹，頁1。

⁸⁵ 請參本案事實，本訴狀：壹，頁2；原證三、「菁英電視台99年8月10日陳述意見書」，第三點。

分享，並無宣傳菸品，自非屬菸品廣告：

查本單元乃係介紹我國菸害防制法施行後，「反菸」趨勢盛行，致各大菸商菸品銷售量「大幅下滑」，所採取之因應措施，旨在顯示「我國反菸運動之成功」，並無助於「推銷或促進菸品使用」之效果，又該單元係介紹整體市場⁸⁶(論及國內各大菸商)營運情形，並非單獨鎖定原告，是原告並無推銷或促進菸品之目的而利用他人名義為宣傳，故自非屬菸品廣告。

次查，公司法人具有獨立之法人格，而公司內部之董、監、經理人亦具有獨立之自然人格，二者法律地位並不相同、不容混淆。是今郝成功接受訪談並非總經理執行職務之範圍內，且原告並無授權郝成功以原告公司總經理身分之名義接受訪談，故其所為之行爲與原告無涉，僅係單純僅為以個人身分分享職場經驗，故原告自無出於推銷或促進菸品目的之行爲。

再者，郝成功僅於單元「末段」出現，佔整體單元之比例甚微，畫面出現時間極短⁸⁷，內容僅係在單純分享職場經驗與分析企業經營策略，且該單元中並無展示或介紹菸品，亦未出現原告之商標、LOGO，更無反覆出現原告公司名稱，故其行爲效果實無具備推銷或促進不特定消費者之菸品使用，自非屬系爭規範所欲規制之菸品廣告。

另查，本法修正後，被告就 Dunhill 香菸包裝上之文字「專注細節、典藏原味，尊容禮獻 Dunhill 專屬『品質封條 Reloc』，完整保存最佳菸草風味」是否構成廣告文字，曾以 98 年 3 月 16 日北市衛健字第 09831568800 號函⁸⁸表明：「由於現行商品標示相關法令並未明文限制菸品容器之包裝設計...外包裝上之文字『品質封條 Reloc』係指其內包裝名稱，而包裝上其他文字並不足以達到對一般消費者促進菸品消費或使用之目的或效果，故無違反菸害防制法之疑慮」。惟然，此等「專注細節、典藏原味，尊容禮獻...完整保存最佳菸草風味」等字句，其行爲主要出於推銷或促進 Dunhill 菸品之目的，且其行爲效果主要更在於招徠攬客購買 Dunhill 菸品，業被告認其並不足以達成推銷促進菸品使用，依舉重以明輕之法理，前開節目單元中關於職場多角化經營之經驗分享，未有絲毫暗示菸品品質優良等誘導鼓勵性字句，更無違反本法之疑慮。

(3)系爭節目中之第三單元部分，僅係「預告」即將舉行之活動，並無宣傳菸品，且有其他觀眾參與痛斥，無助提升原告形象，非屬廣告：

查本案中原告並無授權甄善行先生對外代表原告接受非關執行職務之行爲，理由同如郝成功接受訪問之部分，故其所為之行爲與原告無涉，原告自非出於推銷或促進菸品目的之行爲。

次查，本節目單元中，乃係邀集多位企業人士，分享討論企業應如何善盡社會責任，獲邀來賓有多位，非僅限於甄善行先生，是原告亦無出於推銷或促進菸品之目的而利用菁英電視台為廣告之行爲，且菁英電視台更無替原告行銷之意圖⁸⁹。

退步言，縱認原告有利用甄善行先生或菁英電視台之名義(僅為假設，原告仍否認)，基於爭行爲規範第 8 款係以「活動」作為手段而為宣傳，必須以該作為手段之活動已經實際舉行者為必要，今甄善行先生僅係對外「預告」即將舉行之活動，自非屬系爭行爲規範所欲禁止之廣告。

再退萬步言，縱認預告即將舉行之活動仍屬系爭規範所欲禁止之行爲，惟然，單元中全然無提及或介紹菸品，且現場來賓及叩應民眾(四位中有三位，佔四分之三)，多對原告決定欲負擔弱勢學童營養午餐費一事有所嚴厲批判、攻擊及痛斥，足見原告其行爲之效果根本無助於提升原告形象⁹⁰，亦未具備推銷或促進不特定消費者之菸品

⁸⁶ 請參本案事實，本訴狀：壹，頁 1。

⁸⁷ 請參本案事實，本訴狀：壹，頁 1。

⁸⁸ 臺中高等行政法院 99 年度訴字第 195 號判決「二、(五)、4」。

⁸⁹ 請參：原證三、「菁英電視台 99 年 8 月 10 日陳述意見書」第三點。

⁹⁰ 請參：原證三、「菁英電視台 99 年 8 月 10 日陳述意見書」第三點。

使用，故自非屬系爭行為規範禁止之列。

末查，衡諸上開被告於新法施行後之查處經驗及所為之函釋，因本節目單元並未表彰菸品品質優良，基於舉重明輕之法理，更非屬系爭規範之廣告。

(4)縱合併第一、二、三單元而為整體節目之觀察，系爭節目亦非本法第 9 條第 1、2、8 款所欲禁止之廣告，且被告迄今亦未積極說明原告對於上開各單元有何故意、過失之主觀目的或意圖

承前所述，因邏輯上本案「社會觀察」專題節目中之第一、二、三單元皆非屬於本法第 9 條第 1、2、8 款所欲禁止之廣告，故縱將各單元合併觀察為一整體節目，更無從屬於本法第 9 條第 1、2、8 款所欲禁止之廣告。

另按「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰」，行政罰法第 7 條第 1 項有明文，關於行為人之可歸責性，依該條立法理由⁹¹，本條制定後，排除釋字第 275 號所揭櫫之「推定過失」，亦即應由國家負積極實質舉證責任。

今被告並未具體認定郝成功及甄善行就違犯系爭規定有何故意過失，即遽為處分，顯見其專擅速斷。況該二人於節目中並無為菸品廣告之主觀意圖，其乃被動受訪，於節目中分享經驗或參與討論，並無推銷或促進菸品使用，應無故意過失，該二人既無故意過失，自不得對原告以系爭規範相繩。

次按，法人違反行政法上義務而須受處罰時，依行政罰法第 7 條第 2 項，以其有代表權之人有故意過失為前提，惟查行為人郝成功及甄善行，並非原告之代表權人；原告並未委託訴外人菁英電視台製作該專題節目，該節目之研議、製作、採訪等相關作為，係由菁英電視台自行規劃及出資製播，原告並未給付任何費用，兩者間無任何對價關係，製播該節目與原告無涉⁹²；且郝成功及甄善行雖為原告員工，惟其乃利用下班或假日時間被動受訪，原告事前並不知情，並未授權其代表原告發表演論，且無任何協助，事後亦未享有電視節目報酬⁹³，是其此等個人行為，概與原告無關。

退步言，縱認系爭節目主持人以被告總經理及公關經理名義介紹郝成功與甄善行，且該二人於節目中，多次提及「我們公司」等語，惟僅可認定此係該二人與電視台之行為，原處分僅憑公司所屬經理人與電台之行為而推論公司有違反本法之規定，對於公司如何參與菸品廣告之違章行為，並無其他積極證據，尚嫌速斷，此有最高行政法院 91 年度判字第 1932 號判決可資參照。另行政法院 39 年度判字第 2 號判例亦認「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法」亦同斯旨。

末查，原告並未授權郝成功及甄善行為，就該二人之行為，原告事前並不知情，事中亦未提供協助、事後更無獲取報酬，更可說明該二人之行為，純屬私人行為，自不構成系爭規範第 2 款所謂「假借他人名義之方式為宣傳」之情形。

2.被告科處原告貳仟萬元罰鍰，構成裁量濫用及裁量濫用，不符比例原則，應予撤銷(爭點四)：

「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的」、「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」，行政程序法第 10 條及行訴法第 4 條第 2 項分別定有明文，若處分「逾越權限」或「濫用權力」者，依行訴法第 201 條，行政法院得予撤銷。

又「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」、「行政行為，應以誠實信用之方法為之」、「行政機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一律注意」，行政程序法第 4 條、第 8 條前段及第 9 條分別定有明文。

⁹¹ 行政罰法第 7 條立法理由第三點：「現代民主法治國家對於行為人違反行政法上義務欲加以處罰時，應由國家負證明行為人有故意或過失之舉證責任，方為保障人權之進步立法」。

⁹² 請參：原證三、「菁英電視台 99 年 8 月 10 日陳述意見書」第一、二點；原證四、「原告 99 年 9 月 20 日陳述意見書」第一點。

⁹³ 請參：原證三、「菁英電視台 99 年 8 月 10 日陳述意見書」第二點；原證四、「原告 99 年 9 月 20 日陳述意見書」第一點。

按「行政機關所為之裁量行為，如有裁量逾越或裁量濫用時，構成違法，而為司法審查之對象。職是之故...裁量權之行為如有目的違反（行政程序法第 10 條規定參照）、不當聯結、違反平等原則、比例原則等一般法律原則（行政程序法第 4 條以下規定參照）等情事，則因其濫用裁量而構成違法；甚至拒絕裁量或怠為裁量等裁量怠惰之情形，均構成違法，行政法院得予撤銷」，此有 鈞院 93 年度訴字第 2270 號判決可稽。

是以，行政機關於裁量時，若參雜與事務無關之動機做為裁量基礎、漏未審酌應加斟酌之觀點、或違反一般法律原則等情事，即構成「裁量濫用」⁹⁴；若行政裁量，雖未逾越授權範圍，但其未本於立法者授權之目的，針對個別違法態樣，審酌實際情況，於授權裁量範圍內，選擇最恰當之法律效果，或根本未予斟酌即作出決定，即屬不合法規授權之目的，構成「裁量怠惰」⁹⁵。原處分違法之處，分述如下：

(1)原處分就原告主張有利之事項置之不理，且未審酌實際情形妥適決定，構成裁量怠惰及裁量濫用而違反比例原則，應屬違法：

按「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」、「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響」，行政程序法第 7 條及行政罰法第 18 條前段分別明文，旨在彰顯行政法上之比例原則，依最高行政法院 83 年度判字第 2291 號判決意旨，行政裁量若欲符合比例原則，「除該行政處分須最適合於行政目的之要求，並不得逾越必要之範圍外，尚須與欲達成之行政目的間保持一定之比例，始足當之。否則，即屬濫用權力之違法」。

「行政機關行使裁量權...就當事人有利及不利之情形一併注意...而且必須與個案情節有正當合理之連結，否則即屬裁量瑕疵，行政行為亦因此違法」，鈞院 91 年度訴字第 344 號判決可資參照。是行政機關未探求所有對作成決定具有重要性之事實及觀點，或依據不完全之資料作成決定，或僅注意不利當事人之情形，即屬「思慮不周」，構成裁量濫用⁹⁶。今查被告並未探求：「原告並無相關員工出現於系爭節目」、「系爭節目負面報導重創原告形象，非屬行銷菸品」、「原告並無授意訴外人郝成功及甄善行對外代表原告，該二人之行為不能視為原告之行為」、「原告並未參與節目製播」、「系爭節目在於介紹我國反菸運動之成功、整體市場概況」、「觀眾叩應痛斥」⁹⁷等重要事實及觀點，又未釐清「事後菸品市占率提升，是否係基於系爭節目而來」此關鍵事實，僅憑訴外人林則胥自行調查之論述作為裁罰基礎，未調查該數據之來源、可信度，率為處分，即作成原處分⁹⁸，顯有未洽；又系爭專題節目，或報導國內各大菸商之多角化經營方式，或邀集多位企業人士如何善盡社會責任，原處分就此事實未予查明，泛稱該專題節目全程亦僅針對神奇公司『單一』菸商進行報導⁹⁹云云，顯有誤會，被告依不完全之資料而作成決定，自屬違法；另原處分就原告及訴外人菁英電視台所抗辯之有利理由，皆置之不理，僅單就原告不利之事項加以判斷，未權衡比較「正」、「反」觀點，即任意作成決定，未審酌其惡意之程度、情節之輕重，逕科處幾近最高額度之罰鍰，其理由為何？未見說明，足見其偏頗，原處分顯非適法。

行政裁量，須依「充分衡量原則」，充分衡量事實與法律情狀，妥適處分否則即屬違法應予撤銷，此有高雄高等行政法院 90 年度簡字第 3840 號判決可資參照，

⁹⁴ 吳志光，前揭註 4 書，頁 60-61。

⁹⁵ 吳志光，前揭註 4 書，頁 61-62；行政法院 83 年度判字第 2291 號判決要旨。

⁹⁶ 陳敏，前揭註 4 書，頁 193。

⁹⁷ 請參本訴狀：壹，頁 1-2；原證三、「菁英電視台 99 年 8 月 10 日陳述意見書」第二點；原證四、「原告 99 年 9 月 20 日陳述意見書」第一點。

⁹⁸ 原證五、「訴外人林則胥 99 年 5 月 1 日檢舉函」；原證六、「臺北市政府 100 年 2 月 1 日北衛字第 1000201 號原處分」第二點。

⁹⁹ 原證六、「臺北市政府 100 年 2 月 1 日北衛字第 1000201 號原處分」。

亦即，行政機關不得未經權衡比較支持或反對一項決定內容之「正」、「反」觀點，即任意作成決定，否則即屬「權衡失誤」，構成裁量濫用¹⁰⁰，此種情形亦屬裁量怠惰。今查原告未參與、出資製播該節目，亦未授意郝成功及甄善行對外發言，足見原告並非行為人，況系爭節目乃係首次播送，郝成功於第二單元中畫面出現時間極短，縱有違法，所生影響有限，應受責難程度不如想像中嚴重，違法情節尚屬輕微，是以裁罰接近最低額度之罰鍰即為已足，實無必要科處接近法定最高度之罰鍰，被告未充分衡酌事實與法律情節，對本案實際情狀未依比原則選擇最恰當之法律效果，並非最適合於行政目的要求之處分，濫用裁量權，裁量怠惰至明。

(2)原處分違反「平等原則」及「行政自我拘束原則」，構成裁量濫用，應屬違法

「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇」，行政程序法第 6 條定有明文，此即平等原則。

查違反本法第 9 條各款規定而受處罰者，行政機關於舊法時期多以法定最低額開罰，新法施行後，其裁罰亦接近法定最低額¹⁰¹，本案縱有違法，然其與前開案例並無不同，尤有甚者，違法情節更為輕微，依「相同事務相同處理」之法理，以最低額度開罰即足，迺被告竟予以不同處置(幾近最高額罰鍰)，顯屬裁量逾越；另查被告主管本法事務之機關，於處分前即以頒訂「臺北市政府衛生局處理違反菸害防制法事件統一裁罰基準¹⁰²」，裁量基準既經頒訂生效，於個案中即應適用，受平等原則而衍生之「行政自我拘束原則」拘束，然被告確棄其裁罰基準不顧，任意科處高額罰鍰，顯已違法。

(3)原處分違反「不當聯結禁止原則」，構成裁量濫用，應屬違法：

「行政法所謂『不當聯結禁止』原則，乃行政行為對人民課以一定之義務或負擔，或造成人民其他之不利益時，其所採取之手段，與行政機關所追求之目的間，必須有合理之聯結關係存在，若欠缺此聯結關係，此項行政行為即非適法」，此有最高行政法院 90 年判字第 1704 號判決可參。

首查，事前訪談民調與系爭節目乃不同行為，原告僅有委託菁英電視台為訪談民調，對於系爭節目原告無出資付費委請製作，兩者並無任何關聯性，不容混淆，此觀原告與精英電視台間訪談民調委託契約書即明，該委託契約書第 5 點載明：被告不得擅自對外發布調查結果及資料，若有違反並約定高額懲罰性違約金，若造成原告損害，原告並得據此求償¹⁰³，是原告自始自終即無意向第三人透露調查結果，菁英電視台自行製撥系爭節目，實非原告所得控制或預見之範圍，被告以此不相干之事作為論斷基礎，顯有誤認。

次查，員工間之親屬、配偶間之關係並非原告所得規範，且法律亦無明文禁止員工不得參與其親屬或配偶之所屬公司所規劃舉辦活動，今原處分以郝成功、伍美麗之身分關係，推斷原告有為範本法，顯有違誤。

末查，「事後菸品市佔率提升」此點，被告係以訴外人林則胥檢舉函中自行調查之意見作為處分基礎，而認原告於系爭節目播出後菸品市佔率有所提升¹⁰⁴，然檢舉人所援引之數據，調查機構、樣本母數、來源、調查方式皆存有諸多疑義，其正確性、可信度堪虞，被告未經謹慎程序求證，以檢舉函中可信度堪虞之數據，作為本案評斷之基礎，顯無合理關聯；退萬步言，縱原告菸品市佔率有所提升，惟被告仍應證明此與系爭節目有何直接關係，否則即無法認兩者間具有合理關聯，蓋菸品市佔率之提升，原因多端，而非單單繫乎於系爭節目。

¹⁰⁰ 陳敏，前揭註 4 書，頁 193。

¹⁰¹ 請參：附件十四、「違反菸害防制法第 9 條各款相關判決彙整」。

¹⁰² 請參：原證七、「臺北市政府衛生局處理違反菸害防制法事件統一裁罰基準」。

¹⁰³ 原證八、「原告與精英電視台訪談民調委託契約書」。

¹⁰⁴ 原證五、「訴外人林則胥 99 年 5 月 1 日檢舉函」；原證六、「臺北市政府 100 年 2 月 1 日北衛字第 1000201 號原處分」第二點。

是以，原處分參雜與本案無關之「委託街頭訪談及民意調查」、「訪查民調與系爭節目播出時點過近」、「郝成功過去經歷，及其與伍美麗之身分關係」之因素，作為主要論斷理由¹⁰⁵，然未交代與裁罰間有何合理聯結關係，顯係不當聯結，自屬違法。

(4)原處分違反行政罰之「從新從輕原則」，構成裁量濫用，應屬違法：

按行政罰法第 5 條從新從輕原則，應以行政機關第一次科處秩序罰行政處分時（最初裁處時）的處罰「法規」為準，若處罰法律並未修正變更，但裁罰基準之行政規則修正，此際則應參酌此從新從舊原則，適用較有利受罰者之裁罰基準¹⁰⁶。

查本案電視節目(違規事實)於 98 年 9 月 1 日播放，被告主管本法事務之機關，於 99 年 3 月 5 日，頒訂「臺北市政府衛生局處理違反菸害防制法事件統一裁罰基準」，並於 99 年 3 月 15 日生效，而被告於 100 年 2 月 1 日做成最初之原處分，處分前裁罰基準既經頒訂，即應適用，迺被告竟未適用，即有裁量怠惰；又原告行為後，本法雖未修正，惟裁罰基準有所修正，依前述法律意旨，即應適用較有利受罰者之裁罰基準，否則即有濫用權力之嫌，構成裁量濫用。

被告縱有違犯本法，依前開裁罰基準，被告就本案為第一次裁處時仍應審酌具體事證，於 500 萬元至 1500 萬元裁罰範圍內妥適處分，然被告並未具體審酌實情逕科處 2000 萬元高額罰鍰，顯非適法；退萬步言，縱認原告違法情節嚴重，依前開裁罰基準第 1 點，最重僅得裁罰 1800 萬元，然被告竟棄此不顧，遽裁處 2000 萬元罰鍰，除有濫用權力外，亦與前述從新從輕原則不符，違法之處甚明。

綜上所述，懇請 鈞院裁定停止訴訟程序並聲請大法官解釋。倘 鈞院認無聲請釋憲之必要，亦求賜判如原告訴之聲明，無任感禱，實感德便。

此致

臺北高等行政法院

中 華 民 國 一 〇 〇 年 九 月 三 十 日

¹⁰⁵ 原證六，「臺北市府 100 年 2 月 1 日北衛字第 1000201 號原處分」。

¹⁰⁶ 廖義男(編)，行政罰法，2007 年 11 月初版，頁 68(陳清秀主筆)。林三欽，從新從輕原則中「法律變更」之概念—兼評稅捐稽徵法第 48 條之 3，頁 18-19，收錄於：最高行政法院、東吳大學法律學系公法研究中心主辦，第八屆公法研討會—行政程序與行政罰法之重要課題研討手冊，2011 年 5 月 21 日。