

最佳書狀

被告方

台北大學

言詞辯論意旨狀

案號：○○年度○字第○○號

訴訟標的金額：新臺幣二千萬元整

原告 神奇股份有限公司

代表人 張神奇

訴訟代理人 ○○○

被告 台北市政府

代表人 ○○○

訴訟代理人 ○○○

訴願決定日期及字號：行政院衛生署○○年○月○日衛署訴字第10 1000411號

收受訴願決定日期：○○年○月○日

上開當事人間為違反菸害防制法事件，謹依法提呈辯論意旨事：

答辯聲明

- 一、原告之訴駁回。
- 二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

事實經過

菁英電視股份有限公司（下稱菁英電視公司）於民國（下同）98年 9月1日所播出之「社會觀察」專題節目中，分別以報導、採訪及談話性叩應節目之方式，介紹原告因菸害訴訟而為鉅額賠款、採取多角化經營策略以及決定負擔偏遠地區中低收入戶子女國小之營養午餐費等，經被告調查後認定該節目係原告為廣告其品牌菸品所委託菁英電視公司製播，故以原告違反菸害防制法第9條第1、2、8款規定，依同法第26條第1項規定，以100年2月1日北衛保字第1000201號行政處分書處原告新臺幣（下同）2,000萬元罰鍰，原告不服而提起訴願，復遭行政院衛生署以衛署訴字第1000411號訴願決定書駁回其訴願，原告猶表不服，遂提起行政訴訟。

雙方不爭執之事實

- 一、原告為瞭解國內民眾對於新修正菸害防制法的意見，曾於98年7月1日委託菁英電視公司所屬民調中心，針對新修正菸害防制法之34 施行作一系列街頭訪談及電話民調，並提出報告。
- 二、菁英電視公司於98年9月1日播出90分鐘之「社會觀察」專題節目，其中第一單元報導原告所涉菸害訴訟遭最高法院判決敗訴，預支付2,800萬元的賠償金；第二單元則報導國內菸商多角化經營方式，並邀請原告總經理郝成功暢談多角化經營經驗；第三單元則以談話性叩應節目方式，邀請包括原告公關主任甄善行在內之多位企業人士列席，討論如何善盡企業的社會責任，甄善行並提及原告決定負擔偏遠地區低收入戶子女之營養午餐費等事。
- 三、調查發現，節目播出後原告知名度增加；且節目播出後三個月內，原告品牌菸品之市佔率即由23%提高至28%。
- 四、原告並未對該專題節目支付任何費用，惟原告付費委託菁英電視公司所屬民調中心為其進行街頭訪談及電話民調，與菁英電視公司播出該專題節目之時間點極為接近。
- 五、郝成功為菁英電視公司現任總經理伍美麗之先生，過去亦曾擔任菁英電視公司之企劃部經理，與菁英電視公司高層關係友好，且該專題節目係由總經理伍美麗親自擔任製作人。

本案爭點

- 一、該專題節目各單元是否為被告處分書所引用菸害防制法第9條各款所欲禁止之菸品廣告？是否為原告委託菁英電視公司所製播？
- 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條對菸商財產權及營業自由之限制，是否違反比例原則及鈞等原則，而應停止本件訴訟程序由法官聲請釋憲？
- 四、被告課處原告2,000萬元罰鍰是否有違比例原則或濫用裁量權？

理由

一、專題節目各單元分別屬於菸害防制法第9條第1、2、8款之菸品廣告，且為原告委託菁英電視公司製播

(一)該專題節目各單元分別屬於菸害防制法第9條第1、2、8款之菸品廣告

1.菸害防制法第9條「菸品廣告」要件之探討

(1)對於菸害防制法第2條第4款之解釋

按菸害防制法第9條所謂「菸品廣告」，依同法第2條第4款之規定，乃指「以任何形式之商業宣傳、促銷、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。」其所謂「任何形式之商業宣傳、促銷、建議或行動」，係指任何足以引起消費者購買之意願，以達招徠銷售目的之行為¹；換言之，任何表意行為足以引起消費者購買之意願者，均為菸品廣告之外觀行為²。又其所謂「直接或間接之目的或效果」，則謂只要符合直接之效果、1 直接之目的、間接之效果、間接之目的等四種情事之一者，即足當之³。

而實際判斷上，並不以出現菸品外盒或敘及菸品內容物之特徵、成分、口味等具體強調菸品之介紹，始認定為廣告；縱非直接推銷其產品或服務，然藉此提升消費者對其產品之認同或信賴感，而達到間接促銷菸品的目的及效果者，仍應屬「菸品廣告」之規範範疇⁴。

從而，任何人之行為，外觀上足以提升不特定消費者對菸品之認同或信賴感而引起其購買菸品，並其目的在藉此達到促銷該菸品之效果；或縱無此目的，然已達上開效果者，該行為均得認屬菸害防制法第9條之「菸品廣告」。

(2)菸品廣告不以有支付廣告費為必要

至於在行為人有使用媒體時，是否以有支付該媒體對價為必要？倘按上開對菸害防制法第2條第4款之解釋，則行為人是否支付媒體對價，因與其行為外觀是否足以引起消費者購買菸品，或是否有對不特定消費者促銷菸品之目的或效果無涉，故應非屬「菸品廣告」之要件。復參酌臺北高等行政法院92年度訴更一字第37號判決意旨：「按菸害防制法第9條第1款所指菸品廣告…並不以行為人參與傳播媒體之製作，或給付對價予傳播媒體為必要…」⁵及論者對於廣告之法律上定義⁶，亦均認行為人是否支付媒體對價並非「菸品廣告」之要件，從而要不得以行為人未支付媒體對價，認為其行為不該當菸害防制法第9條之「菸品廣告」。

2.該專題節目各單元內容均已構成「菸品廣告」

(1)該專題節目內容足使觀眾將原告與其品牌之菸品連結

首先，該節目第一單元首段即提及：「…民眾艾希焉先生由於過去20年來，每天抽兩包神奇公司品牌的香菸…」已足使觀眾將原告與其品牌之菸品相連結；從而往後節目中一旦提及原告時，觀眾已無可避免會對原告品牌之香菸產生聯想，而達連結之效果。

¹ 最高行政法院 98 年度裁字第 2287 號裁判意旨參照。

² 行政院衛生署國民健康局 100 年 7 月 19 日國健教字第 1000009507 號函釋意旨參照。

³ 同前註。

⁴ 行政院衛生署國民健康局 100 年 6 月 15 日國健教字第 1000007760 號函釋意旨參照。

⁵ 臺北市政府府訴字第 09970097800 號訴願決定書採相同見解。

⁶ 林承孫，菸品廣告規範之研究，國立政治大學廣播電視學研究所碩士論文，頁 16-17，2003 年；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研究所碩士論文，頁 17，2004 年。

(2)第一單元內容構成「菸品廣告」

而該節目第一單元之內容，雖提及艾希焉先生因長期吸食原告品牌之菸品而病故，及原告因而付出高額賠償金等看似於原告負面之情事，然其敘及前開事實時，使用「過去20年」「每天抽兩包」等語，易使觀眾產生「必須大量、長期抽煙才可能導致肺癌」之印象，使其對吸菸之危害感降低，淡化了該負面事實對觀眾所產生之影響⁷。

又，縱認該單元內容可能使觀眾對原告產生負面印象，然其同時亦已使觀眾對於「神奇公司」及「神奇公司品牌之香菸」產生深刻印象。蓋話題行銷不以完全正面為必要；縱係負面話題，若得透過開創具有吸引力或創意之事件，使之成為大眾所關心之焦點，則仍足達行銷之功效⁸。倘以時下藝人動輒利用負面話題達到引起輿論觀注之效果觀之，更足證負面事實為廣告亦可達到宣傳效用⁹。

且對於長期吸菸者而言，吸菸對於身體有害之論述對其可能難有影響¹⁰；故本單元重複提及「神奇公司」之名稱，並特別強調「神奇公司品牌之菸品」，且輔以「艾希焉先生長期且大量吸食神奇公司品牌香菸」等類似於見證其品牌菸品頗受歡迎之陳述，仍難謂無法提升不特定消費者對菸品之認同或信賴感而引起其購買菸品。

再者，因該單元首段即提及原告品牌菸品之名稱，且內容均以原告為中心，除有利於觀眾加深對於原告及其品牌菸品之印象外，更可藉由與之後第二、三單元中有關於原告較正面之內容結合（詳後述），使觀眾最後只留下對原告及其品牌菸品之正面印象¹¹，以此方式達到最終促銷菸品之效果。

末觀該節目播出後三個月內，原告品牌之香菸市佔率由原先之23%提高至28%，增加高達5%；相較於近年平均每年菸品市佔率變動至多約1%¹²（在無菸價調整之情況下），原告品牌菸品之市佔率提升實屬不尋常；在該段時間並無其他足使市場產生如此巨幅變動之原因存在下¹³，應認與該節目之播出有極為重要之關聯。並因此更可明確推知，該節目已提升不特定消費者對其菸品之認同或信賴感，而達到促銷該菸品之效果。

從而，本單元前開內容，外觀上既足以提升不特定消費者對菸品之認同或信賴感而引起其購買菸品，並造成原告菸品市佔率之大幅提升，實際上已達到促銷原告菸品之效果，依首開對「菸品廣告」之定義，應得認本單元內容該當菸害防制法第9條之「菸品廣告」。

(3)第二單元內容構成「菸品廣告」

在該節目第二單元中，節目主持人先以「屢創銷售佳績的業界達人－神奇公司的總經理郝成功先生」介紹原告之總經理郝成功，並使郝成功暢談「菸商」多角化經營的策略及經驗；縱使郝成功從頭到尾均未指明「菸商」即係指原告，然由先前主持人介紹其頭銜觀之，已足使觀眾將其所言內容與原告相連結；故郝成功後段所陳述內容，應足認係「神奇公司多角化經營之策略及經驗」無疑。

而該單元之主題，既係在報導「各大菸商」為求突破，紛紛採取多角化經營之方式，則於後段訪談之部分中，理應至少訪談兩位以上之菸商，始足印證其主題；並參酌該節目之第三單元，既可邀請多位企業人士參加討論，可見欲邀請其他菸商受訪應非難事，則為何本單元後段訪談部分中，僅邀請原告之總經理郝成功受訪，甚至特別強調其頭銜？明顯有突顯原告並使觀

⁷ 事實上，減輕或掩蓋菸品危害健康之事實，向為菸商之慣用手法。林承孫，菸品廣告限制與基本權利保護之研究，廣告學研究，第22集，頁88-89，2004年7月。

⁸ 劉寶文，事件行銷理論與個案探討，國立臺灣大學商學研究所碩士論文，頁4-5，2003年；柯東阜，以原賦效果探討沉沒成本及口碑溝通對消費者知覺價值之影響，國立東華大學企業管理學研究所碩士論文，頁26，2009年。

⁹ 逆勢暴紅 劉子千不是第一人，財訊雙週刊，第377期，頁41，2011年7月。

¹⁰ 葉春淵、邱城英、李家銘、黃玟儀、洪榮耀，香菸課稅效果之研究－門檻迴歸模型之運用，臺灣公共衛生雜誌，第28卷第4期，頁290，2009年8月。

¹¹ 此即「近因效應」。柯東阜，同前註8，頁27、68。

¹² 江元清，集中價格之驗證－以台灣地區香菸產業為例，立德管理學院國際企業管理學研究所碩士論文，頁45-48，2008年。

¹³ 縱因菸價調整造成菸品市佔率之變動，然以95年9月間進口菸商聯合調漲菸價為例，未調整菸價之國產G牌，市佔率亦僅因此增加約2%；與5%尚有差距。同前註，頁45。

眾對其產生印象之意。

復該單元之標題「逆境求生」，含有「縱使遭遇不順利之境遇，也會努力求取生路¹⁴」之正面意義；而主持人介紹郝成功時所引之頭銜「屢創銷售佳績之業界達人」，既未表示係屢創何種產品之銷售佳績，亦易使觀眾連結至其公司所進口之菸品，使觀眾產生「神奇公司之菸品銷售量極佳」之正面印象。

另外，郝成功於受訪時雖係暢談原告多角化經營的策略及經驗，看似與其品牌菸品無關，然多角化經營效用之一，即係達成「品牌延伸」之效果¹⁵—即當公司為延伸產品為廣告時，其所創造的知名度將同時對核心品牌發揮作用，而可提高核心品牌的銷售額¹⁶，此亦為菸商一向慣行手法¹⁷；從而郝成功受訪時所言，表面上雖係陳述與原告菸品無關之事實，然實際上，均仍係在傳達有利於原告及其菸品形象之訊息。

再者，該節目播出後三個月內原告品牌之香菸市佔率大幅提升，亦足證該節目已提升不特定消費者對其菸品之認同或信賴感，而達到促銷該菸品之效果¹⁸。

從而，本單元前開內容，外觀上既均在傳達關於原告之正面訊息，足以提升不特定消費者對菸品之認同或信賴感而引起其購買菸品；並實際上已達到促銷原告菸品之效果，亦應得認本單元內容該當菸害防制法第9條之「菸品廣告」。

(4)第三單元內容構成「菸品廣告」

該節目第三單元中，雖廣邀多位企業界人士參與討論，而非僅邀請原告公關主任甄善行參與，然倘與先前第一、二單元中均有原告名稱之出現相連結，則觀眾仍會對之後甄善行有關原告之說明產生較強之印象；且該單元中，除甄善行詳細說明原告決定參與公益之行為外，某企業人士於討論中亦特別提及原告，使甄善行有機會得特別介紹其公司董事長參與公益活動之理由，相較於其他參與討論之企業，該單元討論之重心明顯仍圍繞在原告身上。此觀該單元末段開放叩應時，至少有四位民眾之討論焦點在原告身上即足明瞭。蓋一般談話性叩應節目一次播出通常僅有四至五位觀眾成功叩應並發表意見¹⁹，則在至少有五分之四之叩應民眾焦點圍繞在原告之情形下，自足證明該單元之安排及導向已使觀眾之焦點集中於原告。

又菸商贊助公益活動能提升其品牌知名度及影響消費者之購買意願，且以贊助社會福利類之活動造成之影響最大²⁰；故該節目安排甄善行詳述原告決定負擔低收入戶子女之營養午餐費，已足大幅提升原告於觀眾心目中之形象。而後甄善行介紹其公司董事長張神奇出身貧苦，並如何因此決心幫助有需要的人之行為，亦足使觀眾—尤其是有同樣際遇之中低收入民眾，對原告產生認同或信賴感，並進而產生認同或信賴其品牌菸品之結果；此觀該單元末段開放叩應時，有民眾表達原告之行為令其感動等語即茲為證。

復參以該節目播出後三個月內原告品牌之香菸市佔率大幅提升，亦足證該節目已提升不特定消費者對其菸品之認同或信賴感，已達到促銷該菸品之效果²¹。

從而，本單元前開內容，外觀上既均在傳達關於原告之正面訊息，足以提升不特定消費者對其認同或信賴感而引起其購買菸品；並實際上已達促銷原告菸品之效果，亦應得認本單元內容該當菸害防制法第9條之「菸品廣告」。

3.該專題節目各單元內容分屬菸害防制法第9條第1、2、8款規9定之菸品廣告態樣

依菸害防制法第9條第1款，以電視為菸品廣告宣傳者，屬該款規範行為態樣。該節目各單

¹⁴ 由「逆境」及「生存」之意義彙整而成。教育部重編國語辭典修訂本，網址：<http://dict.revised.moe.edu.tw/index.html>，2011年8月15日。

¹⁵ 王君儀，臺灣聯合報集團多角化經營之綜效研究，國立臺灣師範大學大眾傳播研究所碩士論文，頁43-44，2011年。

¹⁶ 吳欣鴻，由消費者觀點分析品牌延伸的績效研究，國立成功大學企業管理研究所碩士論文，頁14，2009年。

¹⁷ 林承孫，廣播電視上規避法律廣告之探討—以菸害防制法之規範為例，新聞學研究，第72期，頁150-151，2002年7月。

¹⁸ 詳見本狀第一、(一)、2、(2)倒數第二段；第4頁第24行以下。

¹⁹ 康紀漢，電視談話性叩應節目的內容與收視率之關聯性研究，中國文化大學新聞學研究所碩士論文，頁100、123，2003年。

²⁰ 莊朝欽，菸商贊助公益活動對菸品消費行為影響之研究，淡江大學國際貿易學系國際企業學碩士在職專班碩士論文，頁112、119，2003年。

²¹ 詳見本狀第一、(一)、2、(2)倒數第二段；第4頁第24行以下。

元既均係以電視之方式播出，自符合本款之規定。

復依菸害防制法第9條第2款，以採訪、報導介紹菸品或假借他人名義之方式為菸品廣告宣傳者，屬該款規範範疇。而該節目之第一、二單元既係以專題節目之名義，分別以報導、採訪之方式為菸品廣告行銷，自亦得該當本款規定。

又，菸害防制法第9條第8款規定，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者，即屬於該款規範範疇。而其所列舉之行為，乃均有對不特定人公開，並有使不特定人可參與、互動之特性，亦即須屬於公眾活動之性質²²；故該款所謂「以其他類似方式」，自應以有上開特性者為必要²³。而該節目第三單元既係以談話性節目之方式進行，並開放現場叩應，使不特定人得參與其話題，並與來賓進行互動²⁴，且透過現場直播之方式對不特定之人公開，應得認屬於菸害防制法第8款後段所謂「以其他類似方式」為宣傳之情形。

從而，該節目各單元之內容既均屬「菸品廣告」，並以電視、採訪、報導及談話性叩應節目之方式為宣傳，自應屬菸害防制法第9條第1、2、8款之菸品廣告無疑。

(二)該專題節目係原告透過菁英電視公司所製播

1.由總經理擔任節目製作人並非常態

按節目製作人乃節目製作過程中負責掌握人事、進度、經費及主導節目一切行政事務之人，故舉凡對於幕前幕後人員之任用、預算之編列、節目之規劃、品質之管制甚至廣告之安排等事項，均需有一定之程度之認知及經驗始足當之²⁵；且通常與電視公司總經理屬不同之權責階層²⁶。然系爭專題節目，卻係由菁英電視公司之總經理伍美麗親自擔任製作人，非但與一般電視節目製作權責分配未符，且無事實足以證明伍美麗具節目製作之專業背景及經驗，故其實際上應難以勝任該節目製作人一職。

2.原告總經理郝成功與菁英電視公司關係密切且具有節目企劃專業背景

然若觀諸伍美麗與原告總經理郝成功乃夫妻關係，且郝成功過去曾於菁英電視公司擔任企劃部經理，應得合理推論該節目係假手郝成功所完成。蓋節目企劃之主要工作在規劃及設計節目之內容，尤其對於時間、人員、預算、器材之分配運用均須有一定程度之了解²⁷，故郝成功應有足夠之專業得以處理製作節目之事項。復以其對於菁英電視公司之節目製作流程亦應知之甚詳，更足證其有能力規劃該專題節目，且得透過伍美麗於菁英電視公司播放。

3.該節目內容均以原告為主

又觀該專題節目各單元之主題，除第一單元因係以艾希焉先生之遺孀控告原告為主軸，故須聚焦於原告外，第二、三單元之主題，既係在討論國內各菸商於菸害防制法修正施行後如何藉多角化經營以求突破，及國內各種企業應如何善盡社會責任等問題，則何以第二單元、第三單元內容均仍無法脫離原告，甚至係話題均圍繞原告？倘無行銷原告及其品牌菸品之意圖，實難解釋上開節目之內容。如此更得認定該節目係由原告總經理郝成功為推銷原告及其品牌產品，而透過其妻伍美麗所製作規劃。

4.郝成功之行為得視為原告所為

而郝成功既係原告之總經理，應屬公司之經理人²⁸，其基於固有之經理權作用，依民法第553條第1項及第554條第1項，有為其所屬公司管理事務及簽名之權限，並對外視為有為公司事務之全部或一部為管理上一切必要行為之權²⁹；且依公司法第8條第2項，其於執行職務之範圍內

²² 臺北市政府府訴字第 09970030100 號訴願決定書：「…系爭派對…乃是屬於對不特定人公開之活動…是訴願人顯係假借公開聚會、公眾活動等方式，進行菸品宣傳行銷，違反前揭菸害防制法第 9 條第 8 款規定。」足資參照。

²³ 秦季芳，概括條款之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 82，1994 年。

²⁴ 康紀漢，同前註 19，頁 18-19。

²⁵ 劉新白、陳清河、沈文英，電視節目概論，國立空中大學，頁 35，2003 年初版。

²⁶ 劉新白等，同前註，頁 37。

²⁷ 劉新白等，同前註 25，頁 214。

²⁸ 公司法雖已修正，惟仍得由用詞中知悉其為經理人。梁孫賢，公司法上公司經理人之職權，月旦法學教室，第 18 期，頁 27，2004 年 4 月。

²⁹ 按最高法院 19 年上字第 3001 號判例意旨：「商號經理人所為之行為，其效力依法直接及於商業主人者，應以關於該

屬公司之負責人³⁰，故其於職務範圍內對公司事務之處理應直接對公司發生效力³¹。而一般認為，總經理乃實際上總攬公司業務之人³²，故行銷及廣告公司產品，自屬其職務範圍無疑。從而，郝成功為推銷原告及原告品牌之產品，而製作該有利於原告之節目之行為，既屬其職務範圍內，應認直接對原告發生效力，而得視為原告所為之行為。

5. 民意調查為行銷之重要手段且具時效性

再者，原告於98年6月1日菸害防制法第4條修正調高菸品健康捐後，曾於同年7月1日委託菁英電視公司民調中心辦理「民眾對於新修正菸害防制法意見」之民意調查，而民意調查恰為菸商決定行銷策略—尤其係廣告行為之重要依據³³；且原告總經理郝成功於該節目第三單元中，宣佈決定補助營養午餐費之對象，剛好亦為菸害防制法修正調高菸品健康捐後最易受影響之中低收入階層³⁴；復以前開委託辦理之調查時間由同年7月1日至7月31日止，與該專題節目播出時間（同年9月1日）間隔僅約一個月，時間點極為接近；顯見原告乃係為藉由菸害防制法第4條關於菸品健康捐之規定甫修正，可能對菸品市場造成影響之際³⁵，利用前開關於新修法民意調查之結果，在民意調查結果之時效期間內³⁶，製播符合市場需求之廣告內容，以達行銷原告及其品牌菸品之效果。且由節目播出後三個月內，原告品牌菸品市佔率即大幅成長5%觀之，顯係對市場及民意有精準之掌握，更足證前開民意調查為製作該節目之手段。

而違法事實之證據，並不以直接證據為限，如綜合各種間接證據，本於推理作用，為合乎經驗法則及論理法則之推論判斷，自得作為認定違法事實之基礎，業經最高行政法院92年度判字第1733號判決所明示。從而基於前開理由，應足推論該節目乃原告委託菁英電視公司製播，以達促銷其菸品之目的，要無疑問。

(三) 郝成功及甄善行之言論均屬原告之行為

按公司之經理人依民法第553條第1項、第554條第1項及公司法第8條第2項之規定，其於職務範圍內就公司事務之處理應直接對公司發生效力³⁷。郝成功既為原告總經理，應屬公司經理人無疑，故其為行銷原告及其菸品而於該節目中之行為，自屬其職務範圍內之行為而應直接對原告發生效力³⁸。

另甄善行乃原告之公關主任，而所謂「公關」，乃執掌公司行銷、廣告、新聞宣傳、公共事務等事務之部門³⁹；從而「公關主任」應屬公司中執掌上開事務之經理人⁴⁰。依此，關於宣傳、行銷原告形象及其產品之事務，甄善行於此範圍內得認具有經理人之地位，其行為因此得直接對原告發生效力。此觀臺北高等行政法院92年度訴更一字第37號判決意旨：「…接受媒體訪問，為公司宣傳及維持公司形象之公關工作即屬關家莉擔任原告公共事務部總監之職掌…與媒體之接觸本為關家莉之職掌範圍，且其既身為公共事務總監，自應認其對於份內事務當然已獲概括授權，毋庸凡事逐一報備，始符合經驗法則及社會常態…」即足為證。

並綜觀該節目各單元內容，主持人非但均已明確介紹該二人為「神奇公司總經理」及「神奇公司公關主任」，且該二人於發表言論過程中，亦無表明其僅係在發表個人之意見，更足以證明其言論係代表原告所為，並已足使觀眾產生相同之觀感。故雖原告於陳述意見書中有謂：

商號營業上之事務為限。」足證經理人關於職務範圍內之行為效力直接及於公司。

³⁰ 按最高法院84年度台上字第1532號判決意旨：「…公司負責人代表公司執行公司業務，為公司代表機關之行為，若構成侵權行為，即屬公司本身之侵權行為…」足證公司負責人為公司執行業務之行為即得代表公司。

³¹ 賴浩敏，有關股份有限公司總經理權限之問題，萬國法律，第14期，頁7，1984年4月。

³² 賴浩敏，同前註，頁6。

³³ 呂宗學，跨國菸草公司對台灣市場行銷策略一文件檔案分析，衛生署國民健康局九十二年度委託研究計畫，頁37，2003年。

³⁴ 李妙靜，全球化對我國菸酒稅制變遷之影響，國立成功大學政治經濟學研究所碩士論文，頁12，2006年。

³⁵ 江元清，同前註12，頁45-48。

³⁶ 龔曙明，市場調查與預測，清華大學出版社，頁11，2005初版。

³⁷ 詳見本狀第一、(二)、4；第8頁第31行以下。

³⁸ 詳見本狀第一、(二)、4；第9頁第3行以下。

³⁹ 葉鳳強、吳佳德，整合行銷傳播：理論與實務，五南圖書出版有限公司，頁169，2009年初版。

⁴⁰ 主任亦為公司經理人可能之職稱。林國全，公司經理人之概念，台灣本土法學雜誌，第48期，頁133，2003年7月。

「渠等均係於下班後或假日接受訪問…」 「本公司（神奇公司）對於渠等所發表之言論亦無任何授意或指示…」云云，然因均與其是否有權代表原告無涉，故應不足採。

又依行政罰法第7條第2項之規定，法人違反行政法上義務者，有代表權人之故意、過失，推定為該法人之故意、過失。經理人既屬前開規定有代表權之人⁴¹，且郝成功及甄善行對前揭違反菸害防制法第9條規定之事實，應有認識並有意使其發生，足認具有故意⁴²；故前揭行為自亦應認屬原告之故意行為。

(四)小結

綜上所述，原告委託菁英電視公司製播節目及使其總經理郝成功、公關主任甄善行參與訪談之行為，外觀上既足提升不特定消費者對其品牌菸品之認同或信賴感而引起其購買菸品，並亦已達到促銷該菸品之效果，且其係以報導、採訪及舉辦不特定人得共聞並參與之活動，及以電視播放之方式為宣傳，應足堪認定屬於菸害防制法第9條第1、2、8款無疑。

二、菸害防制法第9條第1、2、8款未違反憲法第11條對於表現自由之保障，毋須停止本件訴訟程序由法官聲請釋憲

(一)聲請解釋理由應與個案權利保障有直接關聯

按釋字第371號解釋意旨：「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。」並依釋字第572號解釋，其所謂「先決問題」，係指「審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」；另所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，則係指「聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者」始足當之。

且基於基本人權保障及權力分立之觀點，司法者於判斷法律是否違憲時，應僅以「個案中主張基本權受侵害之當事人是否值得加以保護」為審查對象；至他人基本權是否受到侵害，則非司法者於本案中得加以審查者，以免對具有民意基礎之立法權造成過度侵害⁴³。故法官依前開大法官解釋意旨聲請解釋所提出之理由，自應以直接涉及個案權利之保障者為限⁴⁴。

(二)菸害防制法第9條第1、2、8款未違反憲法第11條對於表現自由之保障

1.系爭規範限制菸商受憲法第11條保障之商業性言論自由

按憲法第11條規定，人民有言論、講學、著作及出版之自由。倘係人民基於經濟上之目的，利用傳播媒體宣傳其產品、服務或理念之目的者，則屬「商業性言論」之一環⁴⁵，依釋字第414號、第577號解釋之意旨，若係為促進合法交易活動，其內容非虛偽不實又不致產生誤導作用者，仍屬於上開憲法之保障範圍。而菸品廣告既係一種人民基於促銷合法商品—菸品之目的，利用媒體為宣傳菸商形象或其品牌菸品之行為，在其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用之情形下，亦應認屬於上開商業性言論之一環，同受憲法第11條之保障。

菸害防制法第9條第1、2、8款既限制人民為上開菸品廣告之行為，應屬限制人民受憲法第11條所保障之言論自由⁴⁶；然依憲法第23條之規定，國家對於人民受憲法保障之基本權利，倘基於公益之目的，且在必要之範圍內，尚非不得以法律限制之。

又此處所限制者，雖可能包括菸品製造商、進口商及其他傳播媒體甚至一般人民之言論自由⁴⁷，然基於聲請解釋理由應與個案權利保障有直接關聯之故，本案涉及憲法第11條保障者既

⁴¹ 簡珮琚，行政罰上多數受罰對象之競合一以私法人之受罰為例，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 67-68，2007 年。

⁴² 陳敏，行政法總論，新學林出版有限公司，頁 752，2009 年 6 版。

⁴³ 李念祖，純規範控制的憲政難題—從釋字第五七二號補充第三七一號解釋談起，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，頁 338-339，2004 年初版。

⁴⁴ 李念祖，同前註，頁 333。

⁴⁵ 陳澤榮，同前註 6，頁 17。

⁴⁶ 陳澤榮，同前註 6，頁 81。

⁴⁷ 陳澤榮，同前註 6，頁 106。

僅有菸品輸入業者之商業性言論自由權，自僅得以此為由聲請解釋。

2. 系爭規範符合法律保留原則及法律明確性原則

倘國家欲限制人民之基本權利，依憲法第23條規定，形式上須以法律為之，此即所謂「法律保留原則」；又該法律雖得運用不確定法律概念或概括條款，然必須其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認者始足當之，而此即所謂「法律明確性原則」，業經大法官釋字第432號解釋在案⁴⁸。

而菸害防制法既已符合法律保留原則之要求，且菸害防制法第9條各款亦就各種行為態樣詳為規定，參該法96年修正理由：「…鑒於菸品之廣告性質雖屬商業活動，仍涉及憲法表現自由之基本權利保障問題…仍採列舉方式就菸品之廣告、促銷更為嚴格限制…」可知立法者於當時已慮及其規範之嚴格，故採取更容易使受規範者了解之方式為規定。且該條中所謂「菸品廣告」及「…或其他文字、圖畫、物品或電磁紀錄物…」等雖屬不確定法律概念，然就前者之解釋，同法第2條4款已有詳細定義；而就後者，亦非不得由前開對菸品廣告之定義知悉其是否屬菸品廣告範疇⁴⁹，故仍應認符合法律明確性之要求。

3. 系爭規範符合比例原則

國家限制人民之基本權利時，依憲法第23條之規定，除有法律明文外，尚需符合比例原則之要求⁵⁰，依釋字第476號解釋意旨，乃包括「目的正當性」、「手段必要性」、「限制妥當性（狹義比例性）」等三項子原則在內；又其後釋字第554號解釋理由書中，另將「手段有助於立法目的達成（適當性）」納入成為判斷原則。從而，倘某限制人民基本權利之法律，其立法目的正當、手段有助於目的達成、無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，且手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性處於合乎比例之關係者，始得謂合乎憲法第23條之比例原則⁵¹。

又基於權力分立原則及民主原則等規範性考量，司法者尚應採取寬嚴不同之審查標準，以避免其判斷流於恣意或逾越權限⁵²。而由釋字第414號解釋理由書意旨：「言論自由…其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」及釋字第577號解釋理由書意旨：「…商業言論…（國家為）重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段…」可知，大法官認為商業性言論之價值並不及於其他有關公意形成、真理發現等之言論，故採取中度審查標準⁵³—即在比例原則之審查上，若立法者之事實判斷合乎事理、說得過去，因而可以支持，系爭管制措施即屬合憲⁵⁴。

或有論者認為，商業性言論於本質上應非低價值言論⁵⁵；然而，基於功能最適理論，要司法者一一探究各該專門領域之商業性言論的管制是否違憲，勢必力有未逮，故仍應尊重行政、立法機關對商業性言論之管制，選擇較低之審查標準⁵⁶。從而應依上開大法官解釋之意旨，依中度審查標準審查系爭規範是否符合比例原則之要求。

(1) 系爭規範之目的正當

菸害防制法之立法目的，依該法第1條之規定，在防制菸害及維護國民健康。而由憲法第15條之生存權及第157條之衛生保健事業之推行等規定可得而知，國民健康應屬一具體而重大之公共利益，故目的洵屬正當⁵⁷。

⁴⁸ 林子儀，言論自由導論，臺灣憲法之縱剖橫切，元照出版有限公司，頁161-162，2002年初版。

⁴⁹ 臺中高等行政法院99年度訴字第195號判決意旨參照。

⁵⁰ 許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，第11期，頁72，2003年9月。

⁵¹ 釋字第578號解釋許宗力大法官協同意見書。

⁵² 蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度理論的解析與探討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁72、103，1998年。

⁵³ 釋字第577號解釋余雪明大法官所提出之協同意見書中，即明白表示：「…在本案則以『重大公共利益』、『並未逾越必要之程度』實際操作中度審查之比例原則。」

⁵⁴ 同前註51。

⁵⁵ 黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告，台大法學論叢27卷2期，頁378-379、388-390，1998年1月。

⁵⁶ 陳澤榮，同前註6，頁39。

⁵⁷ 翁曉玲，禁限菸品廣告規範之合憲性，東海大學法律研究，第19期，頁71，2003年12月。

(2)系爭規範有助於達成上開目的

依世界銀行出版之「遏止菸草流行－政府與菸草控制經濟學」中提到，全面禁止廣告及促銷可使菸草需求減少7%；並報告中亦一再指陳菸品廣告確實係造成消費者購買菸品之主要原因，且係有積極之影響，而不只是鼓勵現有之吸菸民眾轉向另一品牌之菸品⁵⁸。故禁止菸品廣告確實能減少菸草需求，同時降低吸菸之人口。再者，科學研究已證明尼古丁、焦油等香煙所含物質有害人體健康⁵⁹，而禁止菸品廣告既能減少菸草需求及降低吸菸人口，自有助於達到菸害防制法所欲追求之目的。

又我國自98年菸害防制法第9條全面禁止菸品廣告之規定修正施行後，僅一年間成人吸菸率即由21.9%下降至20%，降幅明顯大於前三年之降幅總額（0.8%）⁶⁰；且若由國產及進口紙菸量觀之，新法修正施行後一年間，即由約22億包下降至約19億包，下降幅度甚至高達14.1%⁶¹。足見禁止菸品廣告－尤其係全面禁止菸品廣告，在我國的確亦有助於減少菸草需求及吸菸人口，並與達成維護國民健康之目的間有實質關聯。

(3)系爭規範具有必要性

又，以全面禁止菸品廣告為手段而達成上開目的，相較於僅宣導反菸、推行菸害防制教育、課徵高額菸稅、部分禁止菸品廣告等手段而言，毋寧謂仍係目前所有手段中最有效適切且侵害人民權利最小者。詳言之：

A. 宣導與教育非屬相同有效之手段

雖宣導反菸及推行菸害防制教育乃防制菸害之根本方法，然以菸品容易令人成癮之特性觀之，此種僅寄望以宣導等方式減少民眾吸菸之「自律性」作法，勢必難以抗衡菸商大量且內容更為吸引人菸品廣告，無法真正達到防制菸害之目的⁶²；且僅以宣導反菸（如反菸廣告）及推行菸害防制教育即欲達相同效果，政府必預投入大量的人力與物力，相較於立法禁止菸品廣告，成本顯不相當⁶³，故兩者並非屬於「相同有效」之手段⁶⁴。

B. 課徵高額菸稅非屬相同有效且侵害較小之手段

至課徵高額菸稅，倘參前引世界銀行出版之「遏止菸草流行－政府與菸草控制經濟學」所舉全面禁止菸品廣告與課徵高額菸稅效果之比較，縱提高菸稅10%亦僅能使菸草需求量減少4%，尚不及全面禁止菸品廣告之7%⁶⁵，故與全面禁止菸品廣告之手段相比，尚非相同有效。再者，課徵高額菸稅乃對於菸商財產權加諸限制之手段，並同時影響人民購買香菸之價格，其對人民基本權影響之程度甚大於全面禁止菸品廣告，故其亦非屬於侵害較小之手段⁶⁶。

C. 部分禁止菸品廣告非屬相同有效之手段

又倘認十八歲以上之人已有獨立成熟之辨識能力，故僅需禁止對於未滿十八歲之青少年為菸品廣告即為已足者⁶⁷；其部分禁止菸品廣告，侵害雖較全面禁止菸品廣告小，然全面禁止菸品廣告，能降低香菸消費量之速度，為部份禁止廣告之四倍，故兩者難認屬相同有效之手段⁶⁸。

再者，若參酌我國98年以前仍允許部分菸品廣告之經驗，修正施行前之菸害防制法第9條第2項，雖僅允許菸品廣告刊登於十八歲以上之人為主要讀者之雜誌中，然實際上仍不乏有菸商將菸品廣告以單張方式夾帶於雜誌中，或藉機將菸品廣告刊登於以未滿十八歲青少年為主要讀

⁵⁸ 林承孫，同前註6，頁3-4。

⁵⁹ 蔡娟君，國人檳榔、菸、酒使用與氣喘、心血管疾病、消化性潰瘍之相關性探討，高雄醫學大學口腔醫學院口腔衛生科學研究所碩士論文，頁2、6-8、40-41，2004年。

⁶⁰ 2010台灣菸害防制年報，行政院衛生署國民健康局，頁9，2010年。

⁶¹ 財政部國庫局菸酒管理資訊網，網址：<http://www.nta.gov.tw/dbmode93/>，2011年8月30日。

⁶² 林承孫，同前註7，頁107。

⁶³ 成本耗費亦屬必要性原則之審查重點。許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，頁54，2003年12月。

⁶⁴ 陳澤榮，同前註6，頁136。

⁶⁵ 65 林承孫，同前註6，頁4。

⁶⁶ 陳澤榮，同前註6，頁136。

⁶⁷ 謝國廉，規範菸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231，1999年10月。

⁶⁸ 李郁強，「菸害防制法」有關菸品廣告限制規定之再說明，衛生報導，第7卷第3期，頁39，1997年3月。

者之雜誌內，以達散布之效果者⁶⁹。又倘允許於十八歲以上之人始得進入之場所為菸品廣告，然只要任何人將該場所中之菸品廣告文宣、物品攜出，則與於菸盒中擺放菸品廣告單張之情形相同，亦足達單獨對不特定之消費者為促銷或廣告之效果⁷⁰。另若限制菸品廣告僅能於夜間時段播出，或於十八歲以上之人始能觀看之頻道、網站播放，然因無法實際上限制未滿十八歲之青少年觀賞，故仍難達到相同全面防止接受菸品廣告資訊之目的。

況且，菸害防制法之目的係在「防制菸害」及「維護國民健康」，並未區分國民為「滿十八歲」或「未滿十八歲」之人；縱係滿十八歲有獨立成熟辨識力之人，仍可能受菸品廣告之影響而開始吸菸或無法戒菸，造成其健康之危害，與色情資訊管制之目的僅在保護未滿十八歲之青少年有所不同⁷¹；故仍有必要藉由全面禁止菸品廣告之方式，以達上開防制菸害及維護國民健康之目的。

從而，於可能達到上開目的之諸多手段中，系爭規範之手段仍係最有效適切且最為必要者。

(4)系爭規範具有妥當性

基於菸品廣告具有影響吸菸者不想戒菸及開發不吸菸者—尤其是心智尚未成熟的兒童及青少年之功能，對國民之健康可能造成嚴重之危害，應屬重要之公益⁷²；並同時考量我國因吸菸所產生之醫療成本⁷³，系爭規範所欲保護之利益，自應大於人民—即菸商、代理商等因而商業性言論自由受限所受到之損害；是以系爭規範所欲保護之利益與所造成之損害間，並無明顯利益失衡之情形，自合於妥當性（狹義比例性）之要求⁷⁴。

(三)系爭規範並無客觀上足以形成違憲確信之具體理由

按菸害防制法第9條是否違憲，雖於本案之裁判結果有影響，然其限制人民受憲法第11條保障之商業性言論自由，形式上符合法律保留及法律明確性原則，實質上亦符合比例原則，乃符合憲法第23條之要求，實難認有客觀上足以形成確信系爭法律為違憲之具體理由。從而依前揭釋字第371號、572號解釋意旨，自無必要由鈞院停止本件訴訟程序並聲請大法官解釋。

三、菸害防制法第26條對於菸商財產權及營業自由之限制，並未違反比例原則及平等原則，毋須停止訴訟程序由法官聲請釋憲

(一)菸害防制法第26條對於菸商財產權及營業自由之限制未違反比例原則

1.應與菸害防制法第9條之規定併同審查

本爭點爭執對象雖為菸害防制法第26條，然查其各項規定，均以「…違反第九條各款規定者…」為適用要件，足見本條應屬菸害防制法第9條之法律效果規定。而依釋字第644號解釋理由書意旨，行為要件之規定與法律效果之規定應合併適用予以審查⁷⁵。故此處所審查者並非僅限系爭條文各項所規定之罰鍰規定，尚包括以違反同法第9條為處罰前提之規定，亦應一併審查之。

2.系爭規範對於菸商財產權及營業自由造成限制

(1)系爭規範對菸商財產權造成限制

按罰鍰乃國家為促使人民履行法定義務所課與之金錢負擔，其雖未造成人民特定財產性權利之剝奪，然仍使人民整體財產價值受減損與拘束，導致人民對資產、運用之空間受限⁷⁶，因此我國實務向來認為屬於對人民財產權之限制⁷⁷。系爭規範既對違反菸害防制法第9條之行為以

⁶⁹ 最高行政法院 91 年度判字第 2278 號判決內容參照。

⁷⁰ 最高行政法院 100 年度判字第 1034 號判決意旨：「…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…」足資對比參照。

⁷¹ 成年人有權利可以觀看非受禁止之成人色情；但對於未成年人而言，由於心智尚未成熟，則不容許其觀看，以免造成對性的錯誤認知，甚至造成人格偏差。洪殷琪，網路色情資訊管制與分級制度之研究，國立台北大學法律學系碩士論文，頁 58，2006 年。

⁷² 許宗力，同前註 63，頁 58。

⁷³ 96 年可歸因於菸害之醫療成本高達 308 億元，占健保核付金額之 10%。同前註 60，頁 19。

⁷⁴ 林承孫，同前註 6，頁 49。

⁷⁵ 釋字第 644 號解釋理由書：「本件聲請書僅指稱人民團體法第二條規定抵觸憲法云云，惟查人民團體法第二條…係屬行為要件之規定，而同法第五十三條前段…始屬法律效果之規定，二者必須合併適用。」

⁷⁶ 蔡維音，財產權之保護內涵與釋義學結構，成大法學，第 11 期，頁 53，2006 年 6 月。

⁷⁷ 釋字第 511 號解釋意旨參照。

罰鍰作為其制裁手段，應屬對其財產權造成限制。

又，釋字第414號解釋認為，廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障。惟憲法第15條財產權所保障者，並不包括單純獲利機會、期待或獲利可能性⁷⁸；則菸品廣告因僅係使菸商獲利之機會提高，系爭規範應僅屬於對其未來獲取利益之可能性增加了限制⁷⁹，如何得認為屬於憲法財產權之保障範圍？不無疑問。

有論者提出德國實務上所發展出「已成立且運作之營業」概念，謂憲法財產權之保障範圍，除上開財產之存續及對其支配利用外，尚及於人民所建立並持續運作之營業本身⁸⁰；然一般認為，僅在此種營業成為企業主要之「經營基礎」時，始得認屬財產權保障之範圍⁸¹。而菸品廣告雖屬於菸商營業活動之一環，然限制菸品廣告難謂已造成菸商經營基礎之動搖⁸²。故其既非事業存續之關鍵要素，自亦不得援用上開理論。

唯一可能之解釋方向，應係大法官於釋字第414號解釋26中實際上欲論述者乃下述之「營業自由」⁸³。

(2)系爭規範對菸商營業自由造成限制

蓋所謂「營業自由」，乃人民有自由選擇從事一定之營業為其職業及營業活動之權利⁸⁴；廣告既為事業經營者為本身產品或服務進行廣告宣傳之行爲，屬事業營業活動重要之一環，故應得認屬憲法營業自由之保障範圍無疑⁸⁵。而營業自由因涉及人民經營利用其財產本身及其成果，乃同時與財產權之保障有關⁸⁶，故釋字第414號解釋之所以認為廣告行爲涉及財產權保障，應係認廣告行爲涉及營業自由而屬財產權之保障範圍所致⁸⁷。

惟營業自由之本質除財產權外，尚包括憲法第15條之工作權，業經釋字第514號解釋所明示；且營業自由既係保障以營業主體之地位經營、執行職業之自由，則其本質應更接近職業自由⁸⁸，而較貼近工作權之保護領域⁸⁹。從而，對於菸商廣告行爲之規制，應已對其營業自由造成限制，且屬類似於職業執行自由限制之營業活動自由之限制⁹⁰。

3.系爭規範符合比例原則

國家限制人民之基本權利時，依憲法第23條之規定，除須有法律明文外，尚須符合比例原則之要求。系爭規範符合前段之要求應無疑義⁹¹；而在後段之審查上，就限制財產權之部分，因罰鍰之規範本身並非針對特定財產性權利之剝奪，而僅係使整體財產價值受到減損與拘束⁹²，故基於功能最適之考量，此種涉及專業政策的法律規定，應以寬鬆之審查標準加以檢驗即為已足⁹³。至於限制營業自由之部分，因廣告活動僅涉及營業自由之外圍區域—營業活動之限制，故

⁷⁸ 李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，第28期，頁77，2001年1月。

⁷⁹ 陳澤榮，同前註6，頁99。

⁸⁰ 陳愛娥，司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變，憲法解釋之理論與實務第一輯，中研院中山人文社會科學研究所，頁405，1998年初版。

⁸¹ 李建良，同前註78，頁77。

⁸² 林承孫，同前註7，頁103。

⁸³ 吳信華，基本權利案例的精確判斷—大法官釋字第四一四號解釋評析，月旦裁判時報，第4期，頁8，2010年8月。氏認為，藥物廣告既係商業活動之一種，則該營業活動應屬「營業自由」之保障範圍。

⁸⁴ 釋字第514號解釋理由書意旨參照。

⁸⁵ 翁曉玲，同前註57，頁60-61。

⁸⁶ 蔡維音，同前註76，頁43-44；釋字第514號解釋黃越欽大法官不同意見書。

⁸⁷ 釋字第414號解釋孫森焱大法官部份不同意見書。

⁸⁸ 陳澤榮，同前註6，頁95。

⁸⁹ 蔡宗珍，營業自由之保障及其限制—最高行政法院2005年11月22日庭長法官聯席會議決議評釋，臺大法學論叢，第35卷第3期，頁287，2006年5月；蔡維音，同前註76，頁43。並職業自由受工作權之保障，業經釋字第584號解釋所明示。

⁹⁰ 蔡宗珍，同前註，頁292。

⁹¹ 詳見本狀第二、(二)、2；第12頁第13行以下。

⁹² 蔡維音，同前註76，頁53。

⁹³ 劉家豪，審查密度與價值態度—以釋字第423、511及641號為中心，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁61，2010年。

亦適用最寬鬆審查標準⁹⁴—在比例原則之操作上，只要立法者對事實之判斷與預測，不具公然、明顯之錯誤或明顯恣意者，即得認為合憲⁹⁵。

又系爭規範主要之目的既係在限制營業自由，僅係於追求之手段上涉及財產權之限制，故審查時應以對營業自由之限制為主要對象即足當之⁹⁶。

(1)系爭規範之目的正當

依菸害防制法第1條之規定，該法之立法目的在防制菸害及維護國民健康，已屬一具體而重大之公共利益⁹⁷，故目的自屬正當。

(2)系爭規範有助於達成上開目的

又禁止菸品廣告之方式明顯有助於減少菸草需求，同時降低吸菸之人口業經證實⁹⁸；而系爭規範針對菸商違反同法第9條之規定者，採處以高額罰鍰並得按次連續處罰之方式，應足以達到促使菸商注意避免為菸品廣告之效果，有助於系爭規定目的之達成，故亦有適當性。

(3)系爭規範具有必要性

再者，系爭規範就菸品之製造或輸入業者違反第9條之規定者，規定主管機關得處以500萬元以上至2,500萬元以下之高額罰鍰，甚至得按次連續處罰，依以下理由，足認為其已屬最有效適切並侵害最小之手段：

A.高額罰鍰始能達遏止菸品廣告之目的

按部分禁止菸品廣告後，國內個別菸商一年花費於菸品直接廣告之金額，仍可高達近新台幣1億元⁹⁹，間接廣告甚至高達近新台幣9億元¹⁰⁰；代表菸商透過菸品廣告所能得到之利益，定高於上開金額。故為有效避免及預防菸商作成菸品廣告，且達剝奪其不法所得經濟利益之作用，自應以高額罰鍰為管制手段較為適切¹⁰¹。從而，就單一菸品廣告行為處以至少新台幣500萬元以上罰鍰，且得按次連續處罰，參酌上開菸商可能透過菸品廣告所獲得之利益，應有其必要。

B.停止製造、輸入或販賣之罰則非屬相同有效且侵害較大

且依98年修正施行前之菸害防制法第22條第1項後段規定，雖對於違法菸品廣告之製造或輸入業者，得停止其製造、輸入或販賣菸品六個月至一年；然就外國菸品製造商而言，停止其進口商繼續輸入或販賣，其仍得另外尋找其他進口商，並再透過其他進口商為菸品廣告，故此種處罰方法對其而言反難達處罰之效果。

況相較於前開修正前菸害防制法第22條1項，停止菸品之製造或輸入業者製造、輸入或販賣菸品六個月至一年之規定對國內菸商或進口商所造成之損失，現行菸害防制法第26條第1項最高僅能裁罰至2,500萬元之規定，亦已明顯屬於侵害較小之手段。

C.相較外國立法例系爭規範尚屬侵害較小手段

又相較於外國法，如英國之菸草廣告與促銷法（Tobacco Advertising and Promotion Act 2002）就違法為廣告或促銷者，得處6個月以下之監禁¹⁰²；又如加拿大之菸草法（Tobacco Act）甚至得處2年以下之監禁¹⁰³，則系爭規定僅以罰鍰為手段，亦已屬較小侵害。

綜上所述，系爭規範既係所有相同有效手段中，對菸商權利限制最小者，應足認有其必要性。

⁹⁴ 許宗力，同前註 63，頁 53、55。

⁹⁵ 同前註 51。

⁹⁶ 許元又，訂等權違憲審查模式之研究—以訂等權與自由權競合為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 25-26，2009 年 8 月。

⁹⁷ 詳見本狀第二、(二)、3、(1)；第 13 頁第 24 行以下。

⁹⁸ 詳見本狀第二、(二)、3、(2)；第 13 頁第 29 行以下。

⁹⁹ 張卿卿，從菸品廣告內容看菸商之說服企圖，廣告學研究，第 23 集，頁 75，2005 年 1 月。

¹⁰⁰ 林承孫，同前註 17，頁 153。

¹⁰¹ 洪家殷，現行法上常見行政秩序罰種類探討，東吳大學法律學報，第 10 卷第 1 期，頁 34-35、38，1997 年 1 月。

¹⁰² Tobacco Advertising and Promotion Act 2002 (c.36) Art.16(2)(a) “person guilty of an offence under or by virtue of any other provision of this Act is liable—(a)on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months, or a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or both.”

¹⁰³ Tobacco Act (S.C. 1997, c.13) Art.46(2) “Every manufacturer who contravenes subsection 15(1) or (2) or section 29 is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding \$300,000 or to imprisonment for a term not exceeding two years, or to both.”

(4)系爭規範具有妥當性

鑒於菸品對健康可能造成之危害及全民健保費用之龐大支出¹⁰⁴，系爭規範所欲保護之利益，自應大於人民一即菸商因營業自由受限所生之損害；是以系爭規範所欲保護之利益與所造成之損害間，並無明顯利益失衡之情形，自合於妥當性（即狹義比例性）之要求。

從而，系爭規範之目的既屬正當，手段足以達成前開目的，且為達成目的所必要，復相較於所侵害之利益亦有妥當性，自應認符合憲法第23條之要求，與比例原則無違。

(二)菸害防制法第26條對於菸商財產權及營業自由之限制未違反平等原則

1.應與菸害防制法第9條之規定併同審查

本爭點爭執對象雖為菸害防制法第26條之規定，然依釋字第644號解釋理由書所示，此處所審查者並非僅限系爭條文各項所規定之罰鍰規定，尚包括以違反同法第9條為處罰前提之規定，從而兩者應併同審查之¹⁰⁵。

2.平等原則之審查標準及前提

按憲法第7條規定：「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。」係為保障人民在法律上地位之實質平等，業經釋字第211號解釋所明示。故無正當理由、不合理之差別待遇，及無正當理由、不合理之相同處理，即屬違反平等原則之要求¹⁰⁶。至法規範是否違反平等原則，依釋字第682號解釋理由書意旨，其判斷應取決於「差別待遇之目的是否合憲，及所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定」。而其所謂「一定程度之關聯性」，即在要求依據事物本質之分類應與規範目的具有正當合理關聯，而避免非事務本質要素之引進¹⁰⁷。

又依據差別待遇所涉基本權及事項之不同，前開審查亦應有寬嚴不同密度之分¹⁰⁸。詳言之，差別待遇之分類標準倘越接近憲法所明定之項目（如憲法第7條所列舉者）或越非人力所得控制之生理狀態，抑或涉及越重要之基本權利者，則應採取較嚴格之審查密度¹⁰⁹；反之，則應採取較寬鬆之審查密度¹¹⁰。

另外，依前開判斷標準審查是否符合平等原則要求前，尚應先注意國家所為差別待遇對象究否有「可相提並論性」。蓋憲法平等原則所注重者，乃對「相同事物」為相同之對待（反之亦然）；故兩事物間僅在具有共同關聯—且屬重要之點者，始得謂兩者屬「相同事物」，而有得比較之依據¹¹¹；且此時國家對其所為差之別待遇始得謂具有「憲法上有意義」，需進一步進入平等原則審查¹¹²。

3.系爭規範並未違反平等原則

按系爭規範以廣告是否涉及「菸品」為分類，並以限制人民財產權及營業自由之方式為之；其分類標準既非針對憲法第7條之事項，亦非人所難控制之生理狀態，且僅涉營業自由之外圍—營業活動自由，屬輕微之經濟管制¹¹³，故採取最寬鬆審查密度即為已足。

而菸品乃國家許可販售、吸食（對滿18歲以上之人而言）卻對人體有害之物，與其類似者可能有酒類、檳榔；若以其「可食用」之特性觀之，亦可能與一般食品類似；另若以菸害防制法第9條、第26條觀之，其對菸品之廣告管制之強度又與對非法產品（毒品）廣告之管制近

¹⁰⁴ 96年可歸因於菸害之醫療成本高達308億元，佔健保核付金額之10%。同前註60，頁19。

¹⁰⁵ 詳見本狀第三、(一)、1；第16頁第28行以下。

¹⁰⁶ 許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，憲法解釋之理論與實務第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁86，2000年初版。

¹⁰⁷ 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，頁143，2009五版。

¹⁰⁸ 許宗力，同前註106，頁117。

¹⁰⁹ 李建良，經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業既營業自由之憲法解釋，政大法學評論，第102期，頁97-98，2008年4月；蘇彥圖，同前註52，頁117-118。

¹¹⁰ 我國大法官雖未曾明示平等原則審查標準寬嚴之判斷，然由釋字第626、649、682等號解釋內容觀之，大法官亦確實曾援用前開方法作為審查標準之決定依據。

¹¹¹ 李建良，同前註109，頁87-90。

¹¹² 釋字第596號許宗力、許玉秀大法官不同意見書。

¹¹³ 李建良，同前註109，頁37-38。

似；故乃有對系爭規定相較於上開食品、酒品、檳榔、毒品等是否有違平等原則提出疑義者¹¹⁴。惟倘依上開平等原則之審查前提及審查標準一一判斷，仍難認系爭規範與平等原則有間。茲分述如下：

(1) 菸品與食品

按菸品與食品乃同具有「可食用」之特性¹¹⁵，故有論者即認菸品應屬於「食品」之範疇，而有可相提並論性；從而食品衛生管理法第19條第1項、第2項就有關食品之廣告規範，既僅限制其內容不得有「不實、誇張或易生誤解」及「涉及醫療效能」之情形，然菸害防制法不論菸品廣告之內容一概禁止，似已有違反平等原則之嫌¹¹⁶。

惟由大法官釋字第577號解釋意旨中，提及「…各類食品、菸品、酒類等商品對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎…相關法律或有不同規定，與平等原則尚無違背。」可知大法官認為食品與菸品並無可相同比較之基礎，亦即無「可相提並論性」，故應尊重立法者自由形成權限，從而並未違反平等原則之要求¹¹⁷。大法官於上開說明中雖未詳細論述理由，然「藥品」、「毒品」同屬「可食用」者，倘依前開論者見解，亦應得認同屬於「食品」之範疇；果真如此，則藥事法第66條第1項乃以「事前審查」之方式管制藥品廣告，毒品危害防制條例第7條甚至禁止「引誘」他人施用毒品（比禁止廣告更嚴格），豈不均有違反平等原則之嫌？故「可食用」顯非屬「重要之點」，不得做為比較之共通點。

(2) 菸品與酒品

又菸品與酒品同樣係國家允許人民販售、食用（且均限於18歲以上之人），亦同時可能對人體造成危害，並具有成癮性。故論者又有認為，系爭規範對菸品廣告乃採幾近全面禁止之方式管制，然國家對酒品之廣告則僅採「內容管制¹¹⁸」與「時間管制¹¹⁹」之方式，其差別待遇依據何在？亦有疑問¹²⁰。

惟大法官於釋字第577號解釋中仍認菸品與酒類無「可相提並論性」，故與平等原則無涉。縱認此兩者有可相提並論性，然酒不若菸對人體有必然之危害—適量飲酒對人體並無負面影響¹²¹，且我國抽菸人口比例亦遠大於飲酒之人口¹²²；再者，抽菸同時可對他人健康造成直接危害（即二手菸之影響），然飲酒本身並無類似二手菸直接危害他人健康之情形，此兩者間於對整體國民健康之侵害本質上仍有差異存在¹²³。故立法者為維護國民健康，參酌前開理由為不同程度之規範，應認手段與目的間有正當合理關聯，仍未違反憲法第7條之要求。

(3) 菸品與檳榔

至於檳榔，依經濟部商字第86217176號函釋意旨，乃認其屬食品衛生管理法第2條第1項之「食品」，倘參酌釋字第577號解釋意旨及前開對「菸品與食品」之論述，則兩者亦應無可相提並論性。何況我國嚼食檳榔人口比例遠遜於吸菸之人口比例¹²⁴；且菸品所具有之強烈成癮性¹²⁵及

¹¹⁴ 釋字第577號解釋聲請人聲請書第三、(二)及三、(四)、2內容參照。

¹¹⁵ 食品衛生管理法第2條第1項：「本法所稱食品，係指供人飲食或咀嚼之物品及其原料。」另菸害防制法第2條第1款：「菸品：指全部或部分以菸草或其代用品作為原料，製成可供吸用、嚼用、含用、聞用或以其他方式使用之紙菸、菸絲、雪茄及其他菸品。」

¹¹⁶ 謝文正，論香菸廣告規範與商業言論自由，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁37-41、106-107，2004年。

¹¹⁷ 李建良，同前註109，頁135。

¹¹⁸ 菸酒管理法第37條：「酒之廣告或促銷，應明顯標示『飲酒過量，有害健康』或其他警語，並不得有下列情形：…（下略）。」

¹¹⁹ 行政院新聞局建廣五字第16359號函：「酒類產品之廣告，應安排於夜間二十一時至翌日六時止之時段內播放。」

¹²⁰ 謝文正，同前註116，頁36、107。

¹²¹ 飲酒的流行病學，論壇健康促進與疾病預防委員會文獻回顧研析計畫第4期，論壇健康促進與疾病預防委員會，頁54-55、71，2004年初版。

¹²² 梁振翊、周肇茂、何佩珊、謝天渝、楊奕馨，臺灣地區飲酒盛行率調查報告，臺灣口腔醫學衛生科學雜誌，第20卷第2期，頁98，2004年10月。

¹²³ 吳信華，菸害防制法的合憲性（上）—基本權利受侵害的合憲性思考，月旦法學雜誌，第30期，頁86-87，1997年11月。

¹²⁴ 梁振翊等，同前註122，頁98。

¹²⁵ 研究顯示，抽一根菸即有上癮之可能。DiFranza, Joseph R 著，黃榮祺譯，抽一根菸對上癮，科學人雜誌，第76期，頁38，2008年6月。

二手菸對他人所造成之危害¹²⁶，亦非檳榔所得比擬。故基於立法目的就本質不同之兩者為相異之規範，仍屬合理正當，而與憲法第7條平等原則無違。

(4) 菸品與毒品

又論者亦有質疑，菸品與毒品之成癮性、濫用性、社會危害性顯然不同，且菸品仍屬合法之商品，何以就廣告之規範上乃採取與違法商品（毒品）相同一即全面禁止之管制手段？似亦有違平等原則要求之虞¹²⁷。

然事實上，基於菸品仍屬合法商品，菸害防制法第10條仍允許販賣菸品時得展示菸品或菸品容器，並未禁限所有菸品資訊流通之機會；況系爭規範實際上並未禁絕所有菸品廣告之方式，例如朋友間當面以談話方式推薦菸品者，即非法所不許；其程度與違法商品（毒品）不得見於任何時間、場所仍有所別。從而立法者既就本質不同者為不同程度之規範，自無所謂不等者卻等之而有違平等原則之情形。

另尚有論者提及核能電廠、手機、微波爐甚至係公益彩券均因皆屬合法且有害，故與菸品可相提並論¹²⁸。然所謂「可相提並論性」，必須受不同待遇之對象間具有「其他人所未有之特徵」者始足當之¹²⁹；而世界上各種物質毋寧謂對人體都有影響（僅多或少之差別），且未受法所禁止者又佔大多數，光以此點實難認屬「其他人所未有之特徵」。故上開所舉各項應不足認定與菸品有可相提並論性，甚至認有違反平等原則之虞。

(三) 系爭規範並無客觀上足以形成違憲確信之具體理由

綜上所述，菸害防制法第26條限制菸商之財產權及營業自由，並未違反憲法第23條比例原則及第7條比例原則之要求。上開條文是否違憲，雖於本案判決有影響，實則並無客觀上得形成確信法律為違憲之具體理由；從而依大法官釋字第371號、第572號解釋之意旨，自無必要由鈞院停止本件訴訟程序並聲請釋憲。

四、被告課處2,000萬元罰鍰並無違反比例原則或濫用裁量權

(一) 被告系爭裁罰行為並未違反比例原則

基於依法行政原則之要求，行政程序法第4條乃規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」而「比例原則」即屬其中之一¹³⁰，且業已明定於同法第7條各款當中¹³¹。故行政機關所為行為，亦預符合前開「適當性」、「手段必要性」及「限制妥當性（狹義比例性）」之要求，始得謂為合法¹³²。

而本案中，被告就原告違反菸害防制法第9條第1、2、8款之事實，依同法第26條第1項課處其2,000萬元罰鍰之行為，基於以下理由，應認與行政程序法第7條要求之比例原則核無不符：

1. 系爭裁罰行為有助該目的之達成

按菸害防制法第9條及第26條之目的，乃在藉由主管機關以罰鍰之手段，防止人民為菸品廣告行為，並達到減少國民吸菸以維護國民健康之最終目的。故本案中被告依菸害防制法第26條第1項對原告違反菸害防制法第9條第1、2、8款之2行為課處2,000萬元之罰鍰，乃有助於前開目的之達成，符合行政程序法第7條第1款之要求。

2. 系爭裁罰行為乃同樣有效手段中對人民權益侵害最少，且所造成之損害與欲達成之利益應屬均衡

又行政罰法第18條第1項規定：「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。」且此一規定實際上

¹²⁶ 李承諺，公部門政策行銷理論於菸害防制法執行面之運用，逢甲大學公共政策研究所碩士論文，頁43-45，2004年。

¹²⁷ 謝文正，同前註116，頁45-47、107。

¹²⁸ 大法官釋字第577號解釋聲請人聲請書三、(二)及三、(四)、2內容參照；謝文正，同前註116，頁42-44。

¹²⁹ 同前註112。

¹³⁰ 陳敏，同前註42，頁88-89。

¹³¹ 行政程序法第7條規定：「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。」

¹³² 李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，頁291-294，2010年8版。

即屬比例原則要求¹³³；故於檢視系爭行政措施是否符合行政程序法第7條第2款必要性及第3款限制妥當性（狹義比例性）之要求時，不妨參酌前開標準以資認定。從而，基於以下理由，應認被告系爭裁處2,000萬元罰鍰之行為仍未逾越必要性：

(1)原告應受責難程度高

原告既已長期經營菸品進口業務至少長達25年，且頗具規模，對於菸害防制法禁止菸商為菸品廣告之規定應知之甚詳¹³⁴，顯屬明知故犯¹³⁵；且其對系爭構成行政法義務違反之事實，顯有認識並有意使其發生，應足認其具直接故意¹³⁶，須受較高程度之責難¹³⁷。再者，原告之所以假借電視專題節目為菸品廣告，顯係為規避菸害防制法之規定，手段惡性重大；且嗣後於被告進行調查時，仍託辭該節目內容均與其無關，顯無改善之誠意；故其前開行為既均足已反應其內在惡性¹³⁸，自應受高度之責難。

(2)原告行為所生影響重大

又系爭節目假借採訪、報導、及談話性叩應節目之方式為菸品廣告，因看似具有新聞節目公正、客觀之「外觀」¹³⁹，相較於傳統之直接廣告，其內容更易為觀眾接受¹⁴⁰；且該節目時間長達90分鐘，相較於一般電視廣告僅約30秒¹⁴¹（且觀眾於廣告時段通常會轉換頻道¹⁴²），其對觀眾之影響已非傳統直接廣告所能比擬；再者，由該節目播出後原告品牌菸品市佔率即提升5%觀之，亦足證明原告之行為確已造成大量消費者購買其品牌菸品。故原告之行為對菸害防制法欲維護國民健康及防制菸害之目的，實已形成嚴重之負面影響。

(3)原告因該行為獲得高額利益

另，原告系爭節目播出後三個月內，其品牌菸品市佔率即提升5%，縱僅以98年11月單月觀之，其菸品之銷售總額即可能已「增加」高達新台幣4億元¹⁴³！扣除約半數之菸品健康捐及菸稅後，縱再扣除成本，其獲利據合理推算仍高達上千萬或上億元之譜；倘不處以高額罰鍰，實難達成遏止原告再犯之目的。從而，被告系爭裁罰行為課處2,000萬元實屬必要。

(4)原告資力雄厚

且原告公司乃具有歷史及一定規模之菸品進口商，並由系爭節目第一單元提及原告公司足以支付艾希焉先生遺孀17 2,800萬元損害賠償金，及第三單元中甄善行提及：「…神奇公司日前決定全額負擔全台偏遠地區285所國小，總計19 8,580名中低收入戶子女的國小營養午餐費。」可知，原告公司資力應極為雄厚¹⁴⁴。故為能達以罰鍰遏止其續為菸品廣告之效果，系爭裁罰金額亦屬有據。

從而，原告違犯行政法上義務之行為非但對系爭規範所欲達成之目的影響重大，且應受高度責難，並其因而所得利益不斐，復以其資力極為雄厚，倘採取更低之罰鍰金額，勢必無法 達

¹³³ 陳敏，同前註 42，頁 755。

¹³⁴ 臺北高等行政法院 92 年度訴更一字第 37 號判決理由參照。

¹³⁵ 按臺北高等行政法院 97 年度簡字第 764 號判決意旨：「…原告明知而故犯，苟非為此罰不足以收匡正警惕之效…」，明知故犯亦屬應受較高責難之理由。

¹³⁶ 陳敏，同前註 42，頁 752。

¹³⁷ 洪家殷，租稅法中裁罰金額及倍數之探討—以稅務違章案件裁罰金額或倍數參考表為中心，臺北大學法學論叢，第 78 期，頁 15，2011 年 6 月。

¹³⁸ 洪家殷，同前註，頁 16。

¹³⁹ 依廣播電視法施行細則第 22 條第 1 項：「本法第十六條第一款所稱新聞節目，包括新聞之報導、分析及實況轉播…」，故該專題節目亦應屬新聞節目之範疇。

¹⁴⁰ 阮睿祥，置入節目、置入方式與情節連結度對產品置入效果之影響：媒體內容涉入調合效果之探討，元智大學國際企業學研究所碩士論文，頁 180，2005 年。

¹⁴¹ 潤利艾克曼國際事業有限公司之電視廣告效果專題調研報告，網址：<http://www.xkm.com.tw/Index.asp>，2011 年 9 月 20 日。

¹⁴² 阮睿祥，同前註 140，頁 180。

¹⁴³ 以健康捐調整後每均 65 元之菸價及 98 年 11 月國產、進口紙菸數量計算。同前註 61；華文戒菸網，網址：<http://www.e-quit.org/>，2011 年 9 月 15 日。

¹⁴⁴ 以教育部補助南投縣國小午餐費用為例，負擔 285 所國小包括 8,580 名學童之營養午餐費一學年花費約 5200 萬元。桂進德，合歡山下原住民地區國民小學經營學校午餐之研究，國立台中教育大學教育學研究所碩士論文，頁 22，2009 年。

成相同有效之目的，故被告系爭裁罰應屬必要；又被告系爭裁罰之行為雖造成原告應繳付2,000萬元罰鍰之不利益，然較諸得因此避免原告再度違犯，減少受菸害荼毒之人數，及得因此減少國家醫療資源之支出所能獲得之利益¹⁴⁵，被告系爭行為之利益已明顯大於原告因此所遭受之不利，故兩者間亦應屬均衡。

綜上所述，被告課處2,000萬元罰鍰之行為，既符合行政程序法第7條所要求之「適當性」、「手段必要性」及「限制妥當性（狹義比例性）」，自與比例原則無違。

(二)被告系爭裁罰行為並未濫用裁量權

按行政程序法第10條：「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。」並依行政訴訟法第4條第2項：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。」故倘行政機關作成之行政處分逾越法定之裁量界限，或以不符合授權目的之方式行使裁量權，其行為均屬違法，而產生「裁量瑕疵」¹⁴⁶。又，裁量瑕疵之態樣可再區分為「裁量逾越」、「裁量怠惰」以及「濫用裁量權」三種；且就後者，可再進一步區分為「衡量瑕疵」、「裁量濫用」及「違反憲法與一般法律原則」三種情形¹⁴⁷。而基於以下理由，應認被告系爭裁罰行為認並無裁量權濫用之情形存在：

1.無衡量瑕疵

依行政程序法第9條：「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。」故倘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，或探求之資料錯誤不實，因而作成錯誤之決定者，即有衡量瑕疵¹⁴⁸。而被告作成系爭裁罰行為，業已就所有有利或不利於原告之事實加以衡量，且就是否採納亦均以理由詳細說明或駁斥。從而，被告系爭行為應符合上開規定之要求。

2.無裁量濫用

行政機關裁量處分之作成，不得悖於法律授權之目的¹⁴⁹，或出於恣意而依個人之情緒、恩怨、好惡等濫用權力作成決定，否則即屬裁量濫用之情形；此亦即「不當聯結禁止原則」之體現¹⁵⁰。而被告作成系爭裁罰行為所據理由均已明述如上，且均符合菸害防制法授權裁量之目的，難謂係出於承辦人員之恣意，故應無裁量濫用情形存在。

3.符合憲法及一般法律原則

又，行政裁量原亦應直接受憲法自由權、平等權及法治國原則等拘束，惟因部份憲法原則已具體化為一般法律規範，故只要行政裁量得符合一般法律原則之規範，亦應得認已符合其背後憲法之要求¹⁵¹。且其中較為重要者，乃平等原則、比例原則及信賴保護原則¹⁵²，業已分別明訂於行政程序法第6條、第7條及第8條當中。而被告系爭裁罰行為與比例原則無違已如前述¹⁵³，且本案亦應與信賴保護原則無涉，故最後應於此處審視者，僅有行政程序法第6條之平等原則：

(1)行政自我拘束原則之要求

基於憲法第7條平等原則於行政領域實踐之要求¹⁵⁴，故行政程序法第6即規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」從而行政機關於行使裁量權時，即不得與先前相同之案例為不同之處理。且若類此案件反覆出現，致行政機關產生以相同方式處理之行政慣例時，則除非有正當理由，否則行政機關於裁量時不得違背此一長期慣行之行政實務，此即「行政自我拘束原則」¹⁵⁵。

¹⁴⁵ 96年可歸因於菸害之醫療成本高達308億元，佔健保核付金額之10%。同前註60。

¹⁴⁶ 陳敏，同前註42，頁189。

¹⁴⁷ 王志強，論裁量基準的司法審查，東吳大學法學院法律系碩士論文，頁92，2005年。

¹⁴⁸ 陳敏，同前註42，頁193。惟氏稱此種型態為「思慮不週」。

¹⁴⁹ 王志強，同前註147，頁93。

¹⁵⁰ 陳敏，同前註42，頁193。惟氏稱此種型態為「權衡失誤」。

¹⁵¹ 陳敏，同前註42，頁190。

¹⁵² 李震山，同前註132，頁304。

¹⁵³ 詳見本狀第四、(一)；第24頁第21行以下。

¹⁵⁴ 劉鑫楨，論裁量處分與不確定法律概念，五南圖書出版股份有限公司，頁50，2005年初版。

¹⁵⁵ 陳敏，同前註42，頁92、191。

而實務上，上級機關對於若干經常不斷發生之典型案件，爲了執行一致性之要求，往往會制定一般性準則作爲下級機關裁量標準¹⁵⁶；此即一般通稱之「裁罰基準表」。其多屬行政程序法第159條第2項第2款之解釋性行政規則，依同法第161條，僅有拘束訂定機關及其下級機關之效力¹⁵⁷；故處分相對人原則上並不得直接主張行政機關之行爲違反裁罰基準表而違法¹⁵⁸。然我國實務亦承認，倘該裁罰基準表除訂定原則性或一般性裁量基準外，另訂有例外情形之裁量基準，且與法律授權之目的並無抵觸者，則依行政自我拘束原則，行政機關原則上均應依該裁罰基準表規定爲裁罰¹⁵⁹。

(2) 統一裁罰基準表不能取代個案裁量

惟裁量權行使之本質與重心，原在於行政機關得對個案之利益及衝突，自爲價值判斷及決定；故若行政機關於行使裁量權時，僅以裁量基準表爲唯一標準，而忽略個案裁量時，自非法所容許¹⁶⁰。此由最高行政法院92年度判字第1079號判決意旨：「…惟此裁罰標準仍應解釋爲僅供決定機關作決定時之參考依據，而非認以此標準之適用即得取代個案中之裁量。」即足明瞭。

故僅有在該裁量基準表訂有例外情形之裁量基準，且未違反法律授權之目的，並具體個案爲「典型案件¹⁶¹」時，始得謂行政機關未依裁罰基準表所爲之行爲，違反行政程序法第6條之規定。

(3) 被告系爭裁罰無違反行政自我拘束原則

而被告雖曾以99年3月5日北市衛健字第09931901300號函發佈「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」（下稱裁罰基準表），並就違反菸害防制法第9條及第26條之情形設有裁罰基準；惟適用之前提，仍以系爭案件爲當初制定時所預想之「典型案件」爲必要。

然觀諸原告系爭菸品廣告行爲，其假借採訪、報導及談話性叩應節目之方式，並將之包裝爲長達90分鐘之專題節目型態，與一般傳統菸品廣告有極大差別；且其型態亦非菸害防制法第9條任一款所能直接涵攝，足見並非立法者當初所預設之菸品廣告行爲態樣；再者，其同時涉及菸害防制法第9條中三款菸品廣告之行爲態樣，亦與以往違法菸品廣告型態相去甚遠¹⁶²；顯見本案並非當初制定裁罰基準表所預期之「典型案件」。倘要求一概依裁罰基準表爲裁罰，反而係變相地架空裁量權，恐有裁量怠惰之嫌¹⁶³。從而，本件仍應回歸行政罰法第18條第1項之規定爲個案裁量，始得實現追求具體個案正義之目的¹⁶⁴。

而參酌原告違犯菸害防制法第9條規定情節重大，對於系爭規範目的負面影響深遠，應受高度責難；並其因而所得之利益極高，且原告之資力雄厚，應足認非以系爭裁罰爲手段，難達遏止原告再犯之效¹⁶⁵。從而被告系爭裁罰應屬正當，且與行政程序法第6條所要求之行政自我拘束原則無違。

未按最高行政法院96年度判字第1277號判決意旨：「行政罰之科處，行政機關享有自由裁量之權限，法院僅享有有限度之審查權。如果當事人主張裁量有『裁量濫用』、『裁量怠惰』或『裁量逾越』等裁量違法情事，應由指明具體違法內容並舉證證明其事，而不得任意指摘。」原告既無法具體說明被告有裁量權濫用之具體事由，則其主張應屬無據而不可採。

¹⁵⁶ 蔡震榮，論事實認定與裁量基準之適用—評最高行政法院97年裁字第00446號裁定，法令月刊，第61卷第12期，頁8，2010年12月。

¹⁵⁷ 常淑慎，行政罰罰鍰額度之規範與裁量，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁105，2009年。

¹⁵⁸ 何采蓉，裁罰基準成稅官怠惰擋箭牌，稅務旬刊，第2031期，頁16，2008年2月。

¹⁵⁹ 最高行政法院93年判字第309號判例、98年度判字第1012號判決意旨參照。

¹⁶⁰ 陳敏，同前註42，頁186。

¹⁶¹ 釋字第511號解釋蘇俊雄大法官不同意見書參照。

¹⁶² 目前可搜尋到之訴願決定書及判決書中，以單純違犯一款者居多；僅有極少數者係同時涉犯兩款規定。詳見臺北市府府訴字第09970097800號訴願決定書。

¹⁶³ 何采蓉，同前註158，頁17。

¹⁶⁴ 洪家殷，同前註137，頁36；最高行政法院93年度判字第1127號判決意旨參照。

¹⁶⁵ 詳見本狀第四、(一)、2；第25頁第5行以下。

五、結論

綜上所述，原告透過菁英電視公司以製播專題節目之方式，變相為其品牌菸品為廣告，核已違反菸害防制法第9條第1、2、8款之規定；審酌其違犯情節、所生影響、所得之利益及資力，若不重罰難收遏止之效，故被告依同法第26條第1項裁處2,000萬元罰鍰應屬有據。復以系爭規範對憲法第11條所保障人民之表現自由、第15條之財產權及營業自由並未過度限制，符合憲法第23條意旨；且與憲法第7條平等原則之要求亦無相悖，故原告之主張應屬無理由。

以上，狀請
鈞院鑒核，賤判決如答辯聲明，是所至禱。

此 致

臺北高等行政法院 公鑒

中 華 民 國 1 0 0 年 ○ ○ 月 ○ ○ 日

具狀人 ○○○

撰狀人 ○○○

