

辯論賽題目分析

爭點一：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？

菸害防制法第 9 條第 1、2、8 款規定：「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。」

焦點實務資料：

消費者保護法施行細則第 23 條：「本法第二十二條及第二十三條所稱廣告，指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。」

中華民國行政院新聞局公布之節目廣告化或廣告節目化認定原則(90.5.30 正廣四字第 07298 令) 節目有下列情形之一者，認定為節目廣告化：節目中為促銷、宣傳目的，提及商品、風景區、遊樂區或營利場所名稱者。

臺北高等行政法院 96 年簡字第 727 號判決、臺北高等行政法院 97 年簡字第 381 號判決、臺北高等行政法院 92 年訴更一字第 37 號判決、最高法院 95 年裁字第 2008 號判決、最高行政法院 91 年判字 1932 號判決

原告可能之主張

一、社會觀察之播出或製作與神奇公司間毫無關聯：

- (一) 菁英電視台所播製社會觀察節目與神奇公司並無任何關聯，就此，菁英電視台亦於其對於主管機關之陳述意見書中(題目附件 3)指出，電視台有選擇與製播專題節目之權利，且神奇公司未就該節目支付任何費用，節目內容亦非完全對菸品有正面評價，故該節目完全由電視台基於專業考量獨立製作。委託契約書(題目附件 1)之內容限於委託菁英電視台辦理街頭訪談及民調，且時間上已與社會觀察節目製作間隔兩個月之久(題目事實 11)，已足以區隔委託民調及訪談與社會觀察之製播屬於不同之業務：前者受神奇公司委託，後者則與神奇公司毫無關聯。
- (二) 菁英電視台乃係基於專業及主題需求考量，始邀請郝成功及甄善行先生錄製節目，渠等均係以個人身分表達個人意見，不代表神奇公司發言。
- (三) 依照最高行政法院 91 判字第 1932 號判決見解：「均僅論述電台主持人及 XXX 之行爲而推論上訴人有違反煙害防制條例之規定，惟對上訴人如何參與菸品促銷及廣告之違章行爲，並無論及證明上訴人違章行爲之積極證據，原判決尙嫌速斷。.....查臺北之音電台如何邀請 XXX 上該節目，是否透過上訴人公司推薦，該節目開始時為何介紹關某爲上訴人公司公共事務部總監，當時是否以 XXX 代表上訴人之身分參加，所談內容如何決定，事前是否就訪談內容加以預定，自應傳訊臺北之音電台本件主持人或相關之人予以訊明，蓋上開事實在在關係上訴人是否參與本件電台之訪談行爲，及是否出於促銷及廣告其經銷之菸品之意思，原審就此重要爭點之事實未予究明，僅以推論之詞認定上訴人違章之事實，與首引本院判例意旨自有違背。」法院不得僅以推

斷之詞，認定行為人有違背菸害防治法第 9 條之事實。查郝成功與甄善行參與電視台節目錄製，皆於下班後或假日中以個人身分所為(題目事實 10)，其並非透過神奇公司推薦，且社會觀察第三單元「企業的社會責任」所談內容亦非事前決定，於被告進一步舉証證明神奇公司與社會觀察節目之實質關聯前，自不應逕認定社會觀察係為神奇公司進行宣傳或廣告之節目。

- (四) 社會觀察第三單元係邀請「多位」企業人士，而非僅邀請神奇公司之公關主任，況且社會觀察三個單元的內容多對於神奇公司不利，如第一單元「小蝦米對抗大鯨魚」可能導致人民對神奇公司興訟，第二單元「逆境求生」肯定反菸運動的成效，及第三單元「企業的社會責任」有觀眾質疑神奇公司假借公益活動進行行銷，亦可能使消費者對神奇公司產生負面印象等(題目事實 2-5)，均足證社會觀察之播出非受神奇公司之託。

二、社會觀察的三個單元均未有宣傳菸品之正面效果：

- (一) 依照臺北高等行政法院 96 年簡字第 727 號判決見解，判斷行為是否構成菸害防制法第 9 條各款，須客觀上足以引起消費者購買該菸品之意願，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播，而達向不特定之多數人宣傳行銷菸品之目的，符合散佈或傳達關於菸品之訊息給一般消費大眾之結果，始屬對於菸類商品廣告之促銷行為。故行為客觀上須足以引起消費者購買該菸品之意願，且可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播，方得構成菸害防制法第 9 條各款規定。
- (二) 客觀上，社會觀察三單元之節目內容並未對於神奇公司之菸品產品具有正面評價或效果，甚多引來負面效果。詳言之：
1. 第一單元為艾先生的遺孀向神奇公司提起訴訟並獲得勝訴判決 2 千 8 百萬元之賠償，艾太太並特別於節目中呼籲有類似遭遇的人挺身而出控告菸商，讓菸商為自己的行為付出代價(題目事實 3)。此一節目內容對菸商所造成之影響不可謂不鉅，蓋自此神奇公司可能將面臨廣大吸煙者及其遺族之起訴求償。
 2. 第二單元係透過採訪菸商轉型採取多角化經營策略，顯示出我國反菸運動的成功，傳達予觀眾之訊息，明顯非為鼓勵大眾購買菸品，而係彰顯「反菸」運動對菸商所造成之打擊。
 3. 第三單元末段開放民眾扣應，有三位民眾痛斥甄善行先生，認為神奇公司係假借公益活動進行行銷，支持神奇公司者僅有一位，此對於神奇公司之公眾評價有極度負面之影響，蓋觀眾極可能認為神奇公司係假借公益活動促銷煙品，而對該公司產生負面印象。
 4. 以上單元由長遠觀之，對神奇公司均極為不利，本件不應只考量三個月內短期之市佔率上升之事實，而忽略無論從節目內容或長遠效果而言，對神奇公司所帶來之負面效應。
- (三) 中華民國行政院新聞局公布之節目廣告化或廣告節目化認定原則，性質上僅為供內部參考之裁量性行政規則，對於人民或法院尚無實質拘束力，方符合釋字 443 號解釋之法律保留原則。

三、縱認社會觀察節目播出後對神奇公司的形象有幫助，惟此等節目亦非係菸害防制法第 9 條所規範之菸品廣告：

- (一) 菸害防制法第 9 條之規定係針對促銷或廣告「菸品」，為產品之管制，不包含對「公司形象」之宣傳或廣告，故本件縱使認定社會觀察節目係受神奇公司委託而製播，且目的係在提升神奇公司之形象，亦並無違反菸害防制法第 9 條規定。因宣傳「公司形象」與「菸品」不同，後者方為菸害防制法所管制之客體。
- (二) 社會觀察節目第一單元所傳達之訊息為：1. 吸煙會導致肺癌。2. 受害人可向菸商求償。故其目的顯非係推廣菸品，亦非係為神奇公司之形象進行宣傳。

- (三) 社會觀察第二單元係就神奇公司在「菸品以外」之多角化經營策略作報導，顯非針對菸品做宣傳，自非菸害防制法第 9 條所規範之菸品廣告。
- (四) 社會觀察第三單元係就企業之社會責任進行討論，節目中僅有說明神奇公司在公益活動上之付出，並無宣傳該公司所販售之菸品。

被告可能之主張

一、就社會觀察與神奇公司間之關聯而言：

- (一) 委託契約雖係關於街頭訪談及民調，惟該契約訂定之日期與社會觀察節目播出時間點極為接近，僅相差兩個月(題目事實 11)。依照委託契約書規定(題目附件 1)，神奇公司給付菁英電視台新台幣 50 萬元做為酬勞，兩者間已產生對價給付關係，則短期內，難以期待菁英電視台於製作節目時仍能保持客觀、中立之立場，故社會觀察節目之製作難謂與神奇公司間無關聯性。
- (二) 社會觀察第二單元所邀請受訪談者，為神奇公司現任總經理郝成功，消費者或觀眾自易推斷郝成功為神奇公司之發言人，且郝成功過去曾擔任菁英電視台之企劃部經理，並為菁英電視台現任總經理伍美麗之先生，與菁英電視台高層關係亦非常友好，該節目更係由總經理伍美麗親自擔任製作人(題目事實 12)，由郝成功與菁英電視台間的特殊關係，及由總經理親自擔任本節目製作人之反常現象，更可見社會觀察節目乃係為神奇公司所量身定作，藉以達到拉抬該公司產品知名度之效果。
- (三) 社會觀察第二單元及第三單元所邀請之講者包括神奇公司總經理郝成功與公關主任甄善行，渠等雖未明示係以個人名義對外發言，惟公關主任之職掌範圍，本即包括接受媒體訪問，為公司宣傳及維持公司形象等公關工作，總經理更有替公司發言之權限，渠等在節目中就與神奇公司有關之事務發言，自會使觀眾認為渠等係代表神奇公司，此不因甄善行或郝成功是否係於假日或下班後所為而有不同，此一見解已為臺北高等行政法院 92 年訴更一字第 37 號判決及最高法院 95 年裁字第 2008 號判決所肯認。
- (四) 社會觀察節目全程僅針對神奇公司單一菸商進行報導，且於節目播出後短期內神奇公司菸品市佔率因此大幅提升，足證神奇公司與社會觀察節目之製播具有關聯性。

二、就社會觀察節目之廣告宣傳效果及目的而言：

- (一) 參照臺北高等行政法院 92 年訴更一字第 37 號判決、96 年簡字第 727 號判決、97 年簡字第 381 號判決見解，菸害防制法第 9 條之構成，「僅需藉由傳播媒體散佈或傳達訊息於多數人或不特定人，藉以達到宣傳或促銷目的即為已足，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，甚至該媒體節目是否專為菸品廣告促銷所製作，應均非所問。自不論係主動廣告或利用機會藉由傳播媒體散佈或傳達於多數人或不特定人，藉以達到宣傳或促銷之目的。」
- (二) 縱使神奇公司並未支付費用予菁英電視台製作社會觀察節目，惟該節目播出後，神奇公司之知名度增加，市佔率並上升多達 5%，則原告無從否認其已藉由社會觀察節目之播出散佈訊息與不特定多數人知悉，進而達到宣傳或促銷其產品之目的，此自不因神奇公司是否付費由菁英電視台製作社會觀察節目而有不同。
- (三) 社會觀察三單元之內容事實上已具有拉抬市場佔有率之效果，三個月期間之觀察已足印證。而不論觀眾於節目播出後對神奇公司及其菸品之評價是否為正面，神奇公司皆已達到透過社會觀察宣傳其公司及菸品之效果及目的，蓋於社會觀察節目播出後，神奇公司與其產品之知名度必然上升，消費者縱使在節目播出當下對於該公司有所指責，吸菸者卻仍會因產品之輿論熱度或曝光率而予以消費。
- (四) 復佐以中華民國行政院新聞局公布之節目廣告化或廣告節目化認定原則第 4 點：「節目中為促銷、宣傳目的，提及商品、風景區、遊樂區或營利場所名稱者。」社會觀察節目既曾多次提及神奇公司，則其自屬為促銷及宣傳神奇公司及其商品而構成節目廣告化。

三、縱抗辯社會觀察僅為提升神奇公司知名度而播製，原告亦無法否認公司知名度與菸品宣傳之關聯性。

菸害防制法第 9 條之規定無疑係針對促銷或廣告「菸品」，為產品之管制，且亦不排斥同時具有對「公司形象」及「菸品」具有宣傳或廣告效果之行爲。原告固可辯稱社會觀察係為神奇公司做宣傳，惟不可否認節目播出後神奇公司所銷售菸品之市佔率上升 5% 之事實(題目事實 6)，可見提升公司知名度會帶動產品之銷售，原告不能以宣傳公司為名，行廣告菸品之實，以規避菸害防制法之規定。

爭點二：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？

焦點實務見解

釋字 371 號、釋字 572 號、釋字 591 號解釋：「按法官於審理案件時，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，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，聲請大法官解釋，業經本院釋字第三七一號解釋在案。其中所謂『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；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，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。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。」

釋字 445 號、釋字 414 號、577 號、623 號、634 號

原告可能之主張

一、程序問題

菸害防制法第 9 條之規定限制言論自由，且不符合比例原則之要求，可形成違憲之確信，故法官可停止訴訟程序聲請大法官解釋。依照目前行政機關及司法實務，本規定尚無合憲解釋之空間。

二、實體問題

(一) 形式合憲性

「廣告」與「宣傳」法條未予詳細定義，司法者欠缺可裁判之基準，此涉及行政裁罰性事項，應予嚴格審查其法規明確性，故菸害防制法第 9 條不符合法律明確原則之要求(如釋字 491 號解釋)。

(二) 實質合憲性

1. 菸害防制法第 9 條第 1、2、8 款之規定限制人民不得透過各種媒介方式宣傳或促銷菸品，限制人民憲法第 11 條之言論自由。至於限制之言論自由種類，由於廣告與宣傳定義不明確，以致於某些屬於政治性言論之節目亦會受到本條規制(如本案社會觀察第三單元探討企業社會責任，此言論即具有政治性言論性質)，因而本條除限制商業性言論外，更限制政治性言論。此外，人民有知悉香菸產品資訊之權利，故本條亦限制人民依憲法第 11 條所保障知的權利或通訊傳播自由(釋字 509、613、678 號解釋)。最後，本條亦限制新聞媒體報導香菸產品之自由，故亦涉及憲法第 11 條新聞自由之保障(釋字 689 號解釋)。

2. 本案應採取嚴格審查基準：
- (1) 依照通說之標準，判斷是否為針對言論內容之限制，在於政府管制目的是否與「訊息傳播影響」有關¹。菸害防制法第 9 條之管制目的在於限制人民不得為菸品廣告或促銷菸品之言論，其雖透過各款方式禁止，但最終目的在於管制菸品相關之「廣告言論內容」，顯與菸品訊息傳播影響有關，故係針對言論內容之限制，依照釋字 445 號解釋所採取之雙軌理論，應受嚴格審查標準之檢驗。²
 - (2) 無論是政治性或商業性言論，皆在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，故均應予以保障(釋字 509 號解釋)，而兩者在我國大法官解釋實務上，均採取嚴格之審查基準。³商業性言論之嚴格審查，可由釋字 414 號、577 號、623 號乃至於 634 解釋等，皆以「國家為重要公益目的所必要，仍得於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律或法律明確授權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制」之要求獲得佐証。⁴此外，商業性言論在美國釋憲實務上之審查基準仍處於浮動而未有一確定之結論，故仍應以我國釋憲實務結論為主。
3. 本條之立法目的在於保障國民身體之健康，惟人民應具有選擇是否保持其健康之自由，若人民願意犧牲健康換取吸煙之愉快，憲法即應予以尊重，故此一立法目的尚非屬於重要之公共利益。次查，菸品廣告或宣傳不見得會促進人民吸菸或購買煙品，人民是否選擇吸煙與菸品廣告之間，不具有必然性之實質關聯。最後，從本條所限制之廣告媒介達 8 種之多，於第 9 款並授權中央機關公告禁止其他之方式，足見本條打擊範圍無邊無際，又無任何例外性規定。此外，於較小限制手段上，尚有如勸導、警告、公告不名譽菸商名單等手段可資使用，不乏可達到相同目的卻對於基本權限制較小者。衡量本條為達目的而對於言論自由、新聞自由、消費者知的權利或通訊傳播自由等重要憲法利益之犧牲，實不符合憲法第 23 條比例原則之要求。

被告可能之主張

一、程序問題

本件有合憲解釋之空間，透過法官限縮解釋菸害防制法第 9 條宣傳或廣告之定義，即可有效避免違憲之質疑，如認定公益廣告不屬於促銷菸品之範疇或嚴格定義「宣傳」等，故條文本身並無何違憲之疑義，僅為適用法律之問題，本件尚無法符合法官聲請釋憲之要件。

二、實體問題

(一) 形式合憲性

法規究竟不可能鉅細靡遺規定，由合理角度觀之，「促銷菸品」、「菸品廣告」或「宣傳」已屬明確，其意義並非不能理解，法官有可審查之標準，人民亦可預測違反之後果，至於在個案中容或有解釋之空間，但不能認此即違反法律明確性原則(釋字 491 號解釋)。

(二) 實質合憲性

¹ 林子儀〔2002〕，《言論自由與新聞自由》，頁 154-157，台北：元照；李念祖〔2006〕，《案例憲法 III(上)：人權保障的內容》，頁 259，台北：三民。

² 林子儀，前揭註 1，台北：元照。

³ 政治性言論應屬於較高價值之言論，參見林子儀，前揭註 1，頁 154-157，台北：元照；李念祖〔2006〕，《案例憲法 III(上)：人權保障的內容》，頁 259，台北：三民；認為商業言論為高價值言論應受法院嚴格審查基準保護者，參見黃銘傑(1998)，〈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 376-379。

⁴ 認為釋字 577 號解釋採嚴格審查基準者，如李念祖(2005)，〈菸品標示管制與言論自由之限制－釋字第五七七號解釋之研究〉，《東吳法律學報》，17 卷 1 期，頁 1-30。

1. 菸害防制法第 9 條適用主體明文為「促銷菸品或菸品廣告」，僅限於商業言論，涉及政治性言論之情形屬於法條解釋適用之問題，並非受本條文所限制。而依照釋字 414 號解釋，商業言論如與國民健康有重大關係者，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。菸品促銷或廣告，對於消費者健康有重大之不利益，故菸害防制法第 9 條限制菸品促銷或廣告並未過度限制商業言論。
2. 退一步言，縱認為廣告屬於受憲法保障之商業言論，亦應採取寬鬆審查基準：
 - (1) 菸害防制法第 9 條為非針對言論內容之限制，蓋其規定「不得以下列『方式』為之」，依照釋字第 445 號解釋所採取之雙軌理論，此為針對言論方式之非內容管制，應採取低度之審查基準。⁵
 - (2) 在美國，商業性言論最初不被認為受到憲法保障，而後聯邦最高法院雖改變立場保護商業言論，惟多採低度審查基準保護之。⁶我國之釋字 414 號解釋亦已明言，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。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。故商業性言論之審查密度自應採取低度審查基準。
3. 我國立法院已審議通過菸草控制框架公約並完成批准程序，則依該公約之要求，保護國民身體健康及禁止菸品廣告、促銷及贊助行為，當為我國重要之公益。又釋字 577 號解釋理由書已明言：「國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事業，重視醫療保健等社會福利工作，憲法第一百五十七條及憲法增修條文第十條第八項規定足資參照。……惟此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成」該號解釋認為立法者可以基於為使消費者對菸品之正確了解，課以菸商標示一定資訊之，並不違憲。」同理，廣告與宣傳當然會實質提升菸品之銷售與使用，為使消費者不被廣告或宣傳所誤導或吸引，進而購買菸品危害其健康，立法者乃禁止菸品促銷或廣告，故本條所欲實現者自屬重要之公共利益。此外，原告所舉較小限制手段皆未能有效嚇阻菸商，或對於菸商之促銷或廣告行為有足夠之非難，並非同樣足以達到維持國民健康目的之手段，故本條規定並無違反比例原則。

爭點三：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？

菸害防制法第 26 條第 1 項規定：「製造或輸入業者，違反第九條各款規定者，處新台幣五百萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，並按次連續處罰。」

焦點實務見解

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。」

釋字第 414 號解釋：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質……。」

⁵ 林子儀，前揭註 1，台北：元照。

⁶ 黃銘傑，前揭註 3，頁 358-365；賴祥蔚(2010)，〈商業言論與憲法的言論自由保障〉，《台灣政治學刊》，14 卷 1 期，頁 168-169。

釋字第 649 號解釋理由書：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」

釋字 666 號解釋：「憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。」

原告可能之主張

一、程序問題

同上爭點二部分原告之主張。

二、實體問題

(一) 形式合憲性

同上爭點二部分原告之主張。

(二) 實質合憲性

1. 菸害防制法第 26 條第 1 項規定限制製造或輸入業者之財產權及營業自由：

(1) 釋字 414 號解釋已明言廣告除涉及言論之表達，更有財產權性質，且廣告屬於營業經營活動之一環，應如事業經營權般受到財產權保障⁷，若限制製造或輸入業者廣告或促銷其煙品，則將無可避免的影響事業運作及經營，甚至衝擊事業之存續，因而限制憲法第 15 條之財產權。此外，本條之行政罰鍰亦無疑係對財產權之限制。

(2) 釋字 414 號解釋理由書亦提及管制廣告會限制人民憲法 15 條之工作權。工作權包括營業自由(釋字 404 號、釋字 514 號、釋字 584 號、釋字 612 號、釋字 634 號與釋字 637 號解釋)，限制製造或輸入業者為菸品廣告，不可避免將限制其透過廣告提升其營利機會與市場競爭地位之能力，故亦限制到人民營業自由。

2. 本條所造成財產權及營業自由之限制不符合憲法第 23 條之比例原則

(1) 除同爭點二質疑手段與目的間之關聯外，依照大法官 641 號解釋：「……罰鍰金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此未設適當之調整機制，其對人民受憲法第十五條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而有違憲法第二十三條之比例原則。」菸害防制法第 26 條第 1 項規定授權主管機關得按次連續處罰，將造成主管機關對於違犯次數之不當認定而造成個案過苛之處罰，逾越比例原則。此外，對照同為達成國民健康目的之菸害防制法第 26 條第 2 項規定：「廣告業或傳播媒體業者違反第九條各款規定，製作菸品廣告或接受傳播或刊載者，處新台幣二十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並按次處罰。」及第 3 項規定：「違反第九條各款規定，除前二項另有規定者外，處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，並按次連續處罰。」第 1 項所規定最低與最高裁罰

⁷ 菸品銷售之「營運的營業權」概念，參李建良(2001)，〈藥物廣告的限制及其合憲性〉，《台灣本土法學》，28 期，頁 251。

- 額分別為其他兩項裁罰額之 25 倍及 50 倍，顯逾達成目的之必要範圍。
- (2) 參照釋字第 649 號解釋理由書：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。」本條規定對菸商所造成之限制不僅係營業方式之自由，其禁止菸品廣告使新業者無法在既有市場上建立自己的消費市場，因而無法加入營業，使菸品業極易形成獨占而無法透過個人努力而進入之職業市場，等同一種營業自由客觀之限制，應受到最嚴格的審查標準檢視。則同爭點二原告之主張，本條對於營業自由造成過度之限制，因而違反憲法第 23 條之比例原則。
3. 本條所造成財產權及營業自由之限制不符合憲法第 7 條之平等原則。相較於製造業或輸入業，依照菸害防制法第 26 條第 2 項及第 3 項，廣告業或媒體業或其他一般人民違反第 9 條之處罰都遠較為輕微，製造業或輸入業之最低與最高裁罰基準則為其他違犯主體之 25 至 50 倍，而無論是製造、輸入業或是廣告媒體業及其他菸品業者等，皆對於菸品銷售或使用所造成之效果具有等量因果關係，故此一立法對於對象區分顯非基於事物本質而生之合理差別待遇，參照釋字第 666 號解釋意旨，違反憲法第 7 條之平等原則。

被告可能之主張

一、 程序問題

同上爭點二部分被告之主張。

二、 實體問題

(一) 形式合憲性

同上爭點二部分被告之主張。

(二) 實質合憲性

1. 菸害防制法第 26 條第 1 項之規定尚未限制製造或輸入業者之財產權或營業自由。

依照我國通說及由釋字第 400 號解釋可推知，財產權僅保障財產之存續狀態，對不確定之「獲利的損失」、「未來獲利的希望、期待或受益可能性」，並不在財產權的保障範圍內。⁸限制廣告所帶來之損失純屬未來獲利期待之損失，尚非屬憲法財產權之保障範圍。⁹

2. 本條對於財產權與營業自由之限制未違反憲法第 23 條比例原則：

- (1) 按釋字第 600 號解釋及其他多號解釋，立法機關為確保人民財產權，並兼顧他人自由與公共利益之維護，得在符合憲法第二十三條比例原則之範圍內，制定法律或明確授權行政機關訂定法規命令，就財產制度予以規範及限制。一般認為若法規對於財產權內涵之確定與限制，尚未侵犯財產權之本質內涵時，則屬對財產權之合憲限制。¹⁰菸害防制法第 26 條第 1 項之規定對菸商為

⁸ 李建良，前揭註 7，頁 77；陳新民（2002），〈憲法財產權保障之體系與公益爭收之概念〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，頁 293，台北：元照。

⁹ 持此見解者如吳信華（1997），〈菸害防制法的合憲性（下）—基本權利受侵害的合憲性思考〉，《月旦法學雜誌》，31 期，頁 95。

¹⁰ 如李建良（1999），〈財產權之存續保障與價值保障〉，《台灣本土法學》，4 期，頁 104。

菸品廣告或促銷之限制尚未涉及任何財產制度本質問題，故為達成保護國民健康此一重要公共利益下，此一限制應符合比例原則。又本條授權主管機關於一定範圍內之裁罰權限，已就個案權衡為適當之設計，且按次連續處罰係針對不同且獨立之違法行為予以裁罰，故無違憲之處。而菸害防制法第 26 條第 1 項之裁罰較其他情形為重之原因，在於菸品製造商或輸入業者為菸品販賣之源頭，管制此等業者更加能達成管制菸品進而達到維護國民健康之目的，故其裁罰額度尚屬合理而未逾必要範圍。

- (2) 本條對於營業自由之限制屬於工作方法之限制，限制菸商不得以促銷或廣告之方式宣傳其營業產品，依照釋字 649 號及 584 號解釋，應採取寬鬆審查基準。且如同爭點二被告之主張，為維持國民健康此一重要公共利益，應認為菸害防制法第 26 條第 1 項透過罰鍰之方式與該目的間具有合理之關聯性。
3. 本條所造成財產權及營業自由之限制未違反憲法第 7 條之平等原則：
菸害防制法第 26 條就不同菸品關係主體作不同之法律評價，乃基於其對於菸品在市場上流通及幫助影響力之不同而訂定。蓋製造或輸入業者為菸品進入我國市場之源頭，若能有效嚇阻及管制，則對於菸品之管制能收最大之效益，因而就其與其他違犯第 9 條主體事物本質之不同，作出合理之差別待遇，並無違反憲法第 7 條之平等原則。

爭點四：主管機關課處 2,000 萬元罰鍰是否有違反比例原則或濫用裁量權？

焦點實務見解：

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第三點第 4 項次規定：違反菸害防制法第 9 條及第 26 條之規定者，第一次處罰 500 萬元至 1,500 萬元，各條款每增加一件違規事實加罰 100 萬元整；累計至第二次處罰鍰 1,000 萬元至 2,000 萬元，各條款每增加一件違規事實加罰 100 萬元整；累計至第三次(含)以上處罰鍰 1,500 萬元至 2,500 萬元。

最高行政法院 79 年判字第 1470 號判決：「……本件原處分對第一次輕微違規之原告為處分而未說明任何理由，即予裁處最高度罰鍰，原告起訴論旨指有濫用權力，揆諸前開說明，似尚非全無理由……。」

最高法院 90 年判字第 1807 號判決：「按行政機關行使裁量權，並非不受任何拘束，其裁量權之行使，除應遵守一般法律原則（如誠實信用原則、平等原則、比例原則）外，亦應符合法規授權之目的，並不得逾越法定之裁量範圍。行為時廣播電視法第四十五條之二規定，得處廣播電視節目供應事業銀元三千元以上、三萬元以下罰鍰，並沒入其節目；即規定針對不同之違規程度，輕重之違章情節，予以相對之處罰。主管機關於裁處時，固有其裁量之權限，惟就不同之違法事實裁處罰鍰，若未分辨其不同情節，自不符合法律授權裁量之旨意，其裁量權之行使，即出於恣意而屬裁量怠惰，所為處分即屬違法。換言之，立法機關制定罰鍰額度之上下限，授權行政機關裁量者，行政機關固得於該罰鍰之上下限內選擇適當之額度，惟應依受處罰之違規事實情節，考量立法授權目的為之。否則縱其裁處之罰鍰並未逾越法律規定之上限額度，亦損及立法授權行政機關裁量權之行使。本件原告僅於八十七年十二月四日一頻道播出六則廣告，被告未指明裁量理由，逕科處最高額新台幣九萬元罰鍰，其是否符合前揭行使裁量權原則，非無商榷之餘地，原告起訴指摘，非全無理由。」

最高行政法院 100 年判字第 168 號判決：「以上訴人連續長期之違法行為，情節嚴重，而就其二種違反行政法上義務行為，均裁處法定最高額之罰鍰金額 300 萬元，其裁量所依據之事實認定並無錯誤，其亦本於水利法之立法目的為本件裁處之考量，並基於專業經驗為系爭違法行為影響之判斷與評價，故其裁量尚無濫用或違反比例原則情事。」

最高行政法院 94 年判字第 1800 號判決：「行政裁量決定之要求，在裁量決定過程必須符合法規授權之目的，若不注意此要求，則可能構成裁量濫用；另裁量決定結果必須維持法規範圍內，若不注意此要求，則可能構成裁量逾越，均屬裁量錯誤，為司法審查之範圍。當事人主張行政機關有裁量濫用之事實，應負舉證之責，倘僅空言指摘，而無確切之證據，尚不得遽爾認定裁量濫用。」

最高行政法院 93 年判字第 253 號判決：「又查本件業經被上訴人依行為時公平交易法施行細則第三十三條規定綜合上訴人之違法動機、目的、預期之不當利益、對交易秩序危害程度、所得利益及事業之規模等各項因素考量，而於公平交易法第四十一條授權範圍內，科處上訴人高發公司罰鍰一千五百萬元、上訴人益群公司罰鍰四百萬元，在行政處分之方法與目的間，尚稱均衡，自無違比例原則或平等原則可言，亦無判決不備理由之違法。」

原告可能之主張

- 一、按行政機關依行政程序法第 10 條雖享有裁量餘地，惟該條亦規定裁量不得濫用或逾越界線，於行政機關之裁量違反立法授權之目的或違反一般法律原則，例如比例原則時，即屬於裁量逾越，就此，學者陳敏即謂：行政機關非享有「自由裁量」，而僅有「合義務裁量」或「法律拘束之裁量」。¹¹查本案主管機關裁罰神奇公司所欲達成之立法目的，無論係為藉由罰鍰嚇阻神奇公司於未來不再為類似廣告行為，或非難此次違法行為，2,000 萬元罰鍰皆屬過度之手段使用。蓋神奇公司僅為初犯，且其犯行尚屬於法條模糊地帶，是否構成仍有爭議，則主管機關逕處接近最高罰鍰額度之 2,000 萬元，已違反行政程序法第 7 條之比例原則。
- 二、依臺北市政府衛生局訂定之「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」（以下簡稱裁罰基準）第三點第 4 項次之規定，違反本法第 9 條規定而為菸品促銷或廣告者，第一次處罰鍰 500 萬元至 1,500 萬元，各條款每增加一件違規事實加罰 100 萬元。依題目所示，原告之前並無實施違反本法第 9 條規定之行為，本次顯係初次違反菸害防制法第 9 條及第 26 條之規定，惟被告對於原告之初犯行為即處以 2,000 萬元之高額度裁罰，依照裁罰基準之規定，已屬於第二次累犯之最高罰額及第三次以上累犯之裁罰額度，是被告顯逾其裁量範圍，更可由裁罰基準得證。查裁罰基準雖屬行政規則，惟因其為統一裁罰基準之裁量性行政規則，依通說見解，應例外生所謂「間接之對外效力」，即行政機關依照「行政自我拘束原則」，不得違反該裁罰基準之規定，否則即有傷害人民法確信之虞，及有違誠信原則或平等原則等。¹²而依照菸害防制法第 3 條之規定，本法所稱主管機關，在直轄市為直轄市政府，臺北市政府衛生局既屬主管機關臺北市政府之實際管制菸害防制單位，則臺北市政府自應受臺北市政府衛生局所頒裁罰基準之拘束。被告對於初犯行為之裁罰金額高達 2,000 萬元，依照裁罰基準之相關規定，或其所揭示之初次違犯應予較輕處罰之法理，顯已構成裁量權之濫用。縱被告認為原告違犯菸害防制法第 9 條多款事由而可依裁罰基準增加裁罰，惟本件社會觀察節目僅播製三單元，依照一行為不兩罰原則，至多亦僅能認定原告違犯 3 款事由，實無裁罰至 2,000 萬元之理，更顯被告裁量逾越之違法。
- 三、復就主管機關之處分書觀之（題目附件 5），僅就為何懲處神奇公司附有理由，對於為何處以 2,000 萬元之高額罰鍰，卻漏未說明其理由，由處分中完全看不出何以要課到 2,000 萬元罰鍰而不能以較低額罰鍰達其同樣目的之理由。依照行政法院實務見解，裁量理由之不備，亦構成裁量濫用而違法。¹³
- 四、事後民調之結果，根本不是當初被告機關指控違法時已存在之事實，亦非原告所能掌控，何能以事後新生之情況做為非難之理由，被告之處罰實有濫用裁量權之嫌。

¹¹ 陳敏（2009），《行政法總論》，6 版，頁 188，台北：自刊。

¹² 陳新民（2005），《行政法學總論》，8 版，頁 296-297，台北：自刊。

¹³ 如最高行政法院 79 年判字第 1470 號判決、最高法院 90 年判字第 1807 號判決。

被告可能之主張

- 一、我國通說認為，行政裁量除因裁量瑕疵情形，已影響裁量處分之合法性外，行政法院不予審查，蓋法律既許可行政機關有選擇或判斷之自由，則其所作成之處置，在法律上之評價均屬相同，僅生適當與否問題，而不構成違法。¹⁴我國實務見解亦認為，行政機關依行政程序法第 10 條享有裁量餘地，除裁量濫用或逾越界線等明顯違法外，行政法院原則上應予以尊重，行為人並應有確切之證據指摘裁量如何濫用，否則不應予以採納。¹⁵
- 二、現行菸害防制法並未如個人資料保護法第 52 條¹⁶、國土測繪法第 5 條¹⁷、文化資產保存法第 7 條¹⁸等規定，明文允許主管機關得將法律授權事項委任所屬下級機關辦理。臺北市府組織自治條例第 2 條第 2 項雖規定：「中央法令規定市政府為主管機關者，市政府得將其權限委任所屬下級機關辦理。」惟學者認為此一概括授權條文恐無法通過適法性之檢驗，包括：（一）直接以自治條例授權地方行政機關，變更中央法令以層級管轄條款所分配之地方權限，違反權限移轉法制中，許可權限移轉之法規與創設原管轄單位權限之法規至少應具備同等位階性之法律保留原則之特殊要求。（二）不正常地改變訴願法所預設之訴願管轄秩序，使中央主管機關可能完全喪失對於相關人民訴願案件原有之控管權¹⁹。依照菸害防制法第 3 條之規定，該法所稱主管機關，在直轄市為直轄市政府，則本件主管機關應為臺北市政府，其依上述說明，既無從適法授權臺北市政府衛生局成為本件之主管機關，則市政府衛生局所制定之裁罰基準，亦無從拘束臺北市政府，蓋依行政程序法第 161 條規定，行政規則（包含解釋性規定或裁量基準），僅有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力，本件裁罰機關既為臺北市政府，則其自不受其下級臺北市衛生局所訂定之裁罰基準所拘束。退萬步言，縱承認裁罰基準對本件裁罰具有拘束力，依照該基準規定，違反菸害防制法第 9 條各條款每增加一件違規事實加罰 100 萬元整，本件原告藉規避菸害防制法之方式違犯該法，其行已屬可誅，縱屬初犯（事實尚未顯示為初犯），亦應處 1,500 萬元之首犯最高裁罰額度，其並透過包括以電視宣傳、說明會宣傳、以採訪宣傳、假藉他人名義方式宣傳、及以演講會方式宣傳其菸品，至少同時違反第 9 條 5 款事由以上，故被告於本件裁罰加罰 500 萬元，尚屬於裁量範圍內而未違反裁罰基準。
- 三、依行政罰法第 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。」故並無初次違犯即當然應予以較輕處罰之法理，且行政罰法之位階高於裁罰基準，兩者規定不同時自應優先適用行政罰法之規定。被告考量本件行為人係以規避菸害防制法之方式，企圖能脫免法律之管制而達到其藉由廣告或促銷宣傳其菸品之目的，其行為應受責難之程度遠高於一般違法者，且被告為菸品促銷及廣告後，因市佔率提高所獲得之利益亦甚為可觀，再加以被告為資力雄厚之菸商，不處以 2,000 萬元之罰鍰，不足以非難其規避法律之犯行，何況此一裁罰尚未達最高額度之處罰，尚未逾越必要範圍，符合行政程序法第 7 條之比例原則。

¹⁴ 吳庚（2010），《行政法之理論與實用》，11 版，頁 125，台北：自刊。

¹⁵ 如最高行政法院 100 年判字第 168 號判決、最高行政法院 94 年判字第 1800 號判決、最高行政法院 93 年判字第 253 號判決。

¹⁶ 個人資料保護法第 52 條：「第二十二條至第二十六條規定由中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府執行之權限，得委任所屬機關、委託其他機關或公益團體辦理；其成員因執行委任或委託事務所知悉之資訊，負保密義務。」

¹⁷ 國土測繪法第 5 條：「直轄市、縣（市）主管機關掌理其轄區內之下列事項：一、加密控制測量業務之規劃、實施及管理。二、應用測量業務之規劃、實施及管理。三、測繪計畫、成果、資訊、永久測量標之登錄及管理。四、行政區域圖及鄉（鎮、市、區）行政區域圖之編製及發行。五、地名事項之實施及管理。六、其他有關測繪事項之實施及管理。直轄市、縣（市）主管機關得將前項第一款、第二款、第四款至第六款之事項，委任所屬機關、委託其他機關、團體或個人、委辦鄉（鎮、市）公所辦理之。」

¹⁸ 文化資產保存法第 7 條：「主管機關得委任、委辦其所屬機關（構）或委託其他機關（構）、文化資產研究相關之學術機構、團體或個人辦理文化資產調查、保存及管理維護工作。」

¹⁹ 林明昕，〈地方自治事項與委辦事項之委任及委託：以臺北市政府組織自治條例第二條第二項及第三項之爭議為中心〉，《台大法學論叢》，39 卷 4 期，頁 213-295。

四、復就主管機關之處分書觀之(題目附件 5)，於理由欄第二點已列出「受處分人之委託時間與菁英電視台製播『社會觀察』節目之時間極為接近，該專題節目全程亦僅針對神奇公司單一菸商進行報導，且該專題節目第二單元所訪談受處分人總經理郝成功，為菁英電視台現任總經理伍美麗之先生，郝成功過去亦曾擔任菁英電視台之企劃部經理，與菁英電視台高層關係友好，而該專題節目係由伍美麗親自擔任製作人。且據調查發現，在該節目播出後，受處分人之知名度大增，所銷售菸品市佔率亦隨之提升，足證該節目確已達到為受處分人所銷售菸品廣告之效果」等至少四點理由說明此一裁罰金額之理由，原告認為裁量罰鍰額度欠缺理由之主張實屬無據。