高雄高等行政法院判決

地方行政訴訟庭第一庭
115年度地訴字第18號

原　　告　台灣微軟股份有限公司
000000000000000000
代　表　人　歐道福（Benjamin O. Orndorff）
000000000000000000
訴訟代理人　劉致慶律師
　　劉映姍律師
被　　告　嘉義縣政府
000000000000000000
代　表　人　翁章梁
訴訟代理人　張瓊蓉

上列當事人間菸害防制法事件，原告不服衛生福利部民國114年12月31日衛部法字第1140017192號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

訴願決定及原處分均撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序事項：本件原告起訴時，原告台灣微軟股份有限公司代表人原為竇立佛（Keith R. Dolliver），嗣於訴訟進行中變更為歐道福（Benjamin O. Orndorff），由原告之新任代表人歐道福（Benjamin O. Orndorff）具狀聲明承受訴訟（本院卷第221頁），核無不合，應予准許。

貳、實體事項：

一、事實概要：緣衛生福利部（下稱衛福部）國民健康署（下稱國健署）於民國114年1月29日執行網路監測，查獲於原告所管理之Bing搜尋引擎服務（網址：https://www.bing.com，下稱系爭搜尋引擎服務），於輸入「sp2s」等關鍵字後，搜

尋結果頁面顯示9筆涉及類菸品或其組合元件之網站連結及相關資訊（下稱系爭搜尋結果），移由被告所屬衛生局辦理。被告嗣以114年4月2日嘉衛企字第1140011122號函通知原告限期陳述意見，原告於114年4月14日提出陳述意見書。案經被告審酌相關事證後，審認原告屬傳播媒體業者，系爭搜尋引擎服務之搜尋結果已構成類菸品或其組合元件廣告之傳播，違反菸害防制法第15條第1項第2款規定，爰依同法第30條第1項第1款規定，以114年5月9日府授衛企字第1140120701號裁處書，裁處原告新臺幣（下同）400,000元罰鍰，並令其限期刪除所有相關違規廣告訊息（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，經衛福部以114年12月31日衛部法字第1140017192號訴願決定駁回其訴願（下稱訴願決定），原告仍不服，遂提起本件訴訟。

二、原告起訴主張：

㈠原告為美商微軟公司之從屬公司，兩者為不同主體，系爭搜尋引擎服務係由美商微軟公司所提供，原告從未就系爭搜尋引擎服務或其相關業務聘用員工，更未曾進行營運、行銷、廣告招商、銷售、合作夥伴管理或客戶服務，自無對母公司美商微軟公司所提供之系爭搜尋引擎服務進行管理之可能。原告於收到被告要求將違法網頁予以移除之通知後，尚須請求美商微軟公司加以移除之事實，亦可證原告對於系爭搜尋引擎服務並無任何管理能力。被告及訴願機關僅以原告為美商微軟公司之子公司，恣意認定原告對系爭搜尋引擎服務有管理能力，而為系爭搜尋引擎服務經營者云云，顯屬無據。再者，原告亦未就系爭搜尋引擎服務與美商微軟公司有任何傭金或其他金錢給付之安排，且系爭搜尋引擎服務為免費提供，任何人不需付費，也不需註冊、加入會員，即可直接使用系爭搜尋引擎服務，原告並未提供相關服務並取得商業利益。原告既非系爭搜尋引擎服務之提供、管理者，自不應課予原告相關之監控管理義務。

㈡搜尋引擎之運作係根據使用者輸入之關鍵字進行索引，並以

自然搜尋結果列表呈現，使使用者得以知悉與該關鍵字具關聯性之網頁，而各項自然搜尋結果皆為搜尋引擎業者以外之第三人所製作並刊載。系爭搜尋結果顯非由原告或美商微軟公司製作與刊登之廣告頁面，而應為第三人所製作並刊登於網路之內容。客觀上，原告既非系爭搜尋結果網頁內容（即賣場網站）之經營、管理、刊載或所有者，且原告亦未對上述第三方收取任何對價；主觀上，原告既無為上開第三方行銷或宣傳之目的，更無銷售電子煙產品之意圖。按法律上受管制之廣告，係以行為人客觀上收取廣告費用之對價，主觀上具行銷或宣傳之目的為前提，而進行之廣告行為，縱認原告係提供搜尋引擎服務，要與廣告之概念不同。本件所涉「自然搜尋結果」並未該當菸害防制法第15條規定之廣告行為，亦非屬衛福部於115年1月13日訂定之「執行菸害防制法監測網陳網路案件應注意事項」（下稱系爭注意事項）第1點之「商業宣傳、促銷、建議或行動」。原處分及訴願決定誤認系爭搜尋結果為原告之廣告行為，並據此認定原告違反菸害防制法第15條第1項第2款之規定云云，認事用法顯有違誤。

㈢本件於網際網路隨時皆有新資訊或網頁發布及流通之情況下，原告及其他任何搜尋引擎業者，於現實上、技術上並無能力對網路世界中所有可能出現之違法網頁進行主動事前之審查、篩選或阻擋，更無法事先得知成千上萬之網頁內容為何。部分違法網頁甚至不斷以各式各樣名目或暗加以掩飾、轉化，故原告及其他任何搜尋引擎業者，於現今技術下，根本無法阻擋或濾除所有違法之自然搜尋結果。與上述違法之電子煙資訊相同，合法電子煙資訊亦不斷推陳出新，搜尋服務業者無從於事前知悉網路世界何時會出現新網頁（例如何時會有新增之電子煙之介紹、衛教資訊、法令變動等）並進行即時審查。被告要求業者應全數阻擋、濾除電子煙相關資訊（即放入黑名單），再將電子煙相關之合法資訊放入「白名單」而允許此等資訊得出現在搜尋結果，始謂防堵機制之

完善，亦存在根本之侷限性而無法達成。此外，在欠缺法源依據或在未接獲行政機關來函明確告知特定搜尋結果（例如該違法網頁之網址）違反菸害防制法之特定法規前，即要求原告逕自以關鍵字阻攔或刪選電子煙相關訊息，亦將迫使原告對使用者受憲法第11條保障之言論自由形成侵害。原告或其他搜尋引擎業者得以採取具期待可能性之作法毋寧係在經主管機關通知具體之違法網址時，配合協助移除違法之電子煙網頁，此方為要求搜尋引擎業者處理違法廣告之正確處理方式。被告認定原告應為事前審查、管理、過濾或阻擋上架商品，以完善防堵機制之落實，不僅未正確理解原告所提供之搜尋引擎運作原理，且亦忽視原告或其他搜尋引擎業者欠缺任何法源依據與權力，能對網路世界中各該網頁所有者擬製作、刊登何等網頁內容進行事前管控。被告係在錯誤認定主體，並誤解搜尋引擎運作原理及方式之前提下，課予原告或美商微軟公司顯不相當且欠缺期待可能性之注意義務。

㈣菸害防制法第15條及第30條固就菸品、類菸品及其組合元件之廣告行為加以規範，然現行法並未明文課予搜尋服務業者應主動、持續監控網際網路上所有第三方網站內容，並於搜尋結果出現前即完成篩選、審查或排除之一般性義務。原告既非系爭搜尋引擎服務之提供者，自無權控制搜尋演算法、建立索引、調整排序或移除搜尋結果，則被告要求原告應事前監控並排除系爭搜尋結果，實係要求原告履行其客觀上無從履行之事項。縱使認為原告為搜尋服務提供者，搜尋引擎之運作方式，係依使用者輸入之關鍵字，透過演算法自動索引及整理公開網頁資訊後依關聯性產生搜尋結果。由於網際網路之公開頁面數量極為龐大，且內容持續新增、修改及變動，相關商品名稱、網站內容及關鍵字亦可能隨時更新，若要求搜尋服務業者於搜尋結果出現前，即逐一審查所有公開網頁內容是否涉及類菸品、其組合元件或主管機關公告指定之商品，並即時防止任何可能涉及違法內容之搜尋結果出現，顯已超出現行技術及實務上合理可期待之管理範圍。

㈤綜觀衛福部於115年1月13日訂定之「執行菸害防制法監測網路案件應注意事項」第1點、第3點、第5點及第7點可知，就不屬商業宣傳、促銷、建議或行動，倘業者已採取具技術期待可能之管理措施，則使用人有違反菸害防治法第15條規定之情事時，應認業者提供之服務非屬商業宣傳、促銷、建議或行動，且已善盡管理人注意義務，故依行政罰法第7條及系爭注意事項第3點，業者不負故意或過失責任，應不予處罰。原告為系爭注意事項第4點之「搜尋引擎服務」業者，提供免費使用之系爭搜尋引擎服務。原告為防止使用者違反菸害防制法第15條之規定，於主管機關通知後，採取立即轉知美商微軟公司移除違法網頁之措施，此為原告於技術可行範圍內，所能採取之管理措施。故原告已善盡管理人注意義務，對於系爭搜尋結果之出現不具故意或過失，被告不應予以處罰等語。

㈥並聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

三、被告答辯略以：

㈠依臺北高等行政法院92年度簡字第428號判決意旨：網站經營者提供網際網路媒介，使交易訊息得以傳遞，即屬傳播媒體業者。原告提供系爭搜尋引擎服務，將網路資訊整合並呈現於搜尋結果頁面，使用者得以透過關鍵字搜尋接觸各類商品及網站資訊，其服務本質即為網路資訊傳播之媒介。該等搜尋結果可供不特定多數人瀏覽，並具有資訊傳播及導流效果，自應認屬菸害防制法第30條之傳播媒體業者。

㈡依衛生福利部國民健康署函釋：菸品廣告係指任何形式之商業宣傳，其直接或間接目的或效果在於推銷或促進菸品使用。本案搜尋結果所顯示之網站內容包含：電子煙品牌名稱、商品圖片、商品介紹、官方網站。足以使不特定多數人接觸相關商品並進而購買。此等資訊透過搜尋引擎展示並傳播，客觀上已具有促銷及宣傳效果，自屬類菸品廣告之傳播行為。原告主張搜尋結果並未收取廣告費用，故不構成廣告行為。惟菸害防制法第30條第1項規定之「製作廣告、接受

傳播或刊載」，並未以收取對價為構成要件。只要客觀上具有傳播廣告資訊之效果，即屬本條規範範圍。

㈢原告既提供系爭搜尋引擎服務並對其網站具有管領能力，即應對其所提供之資訊傳播服務負有管理責任，縱原告主張搜尋技術由Microsoft Corporation提供，然原告既於我國提供相關服務並取得商業利益，自不得以使用他人技術為由免除其法律責任。且本案違規頁面名稱多包含「電子煙」、「煙彈」等明顯關鍵字，若原告建立適當之關鍵字過濾或監測機制，即有可能發現並阻止該等違法資訊之傳播。原告未採取相關管理措施，顯未善盡其注意義務。

㈣按行政罰法第14條規定，故意包括直接故意及間接故意。網路平臺業者對於其提供之服務內容，依法負有基本監控管理義務。若怠於履行該義務，即使未直接製作廣告，亦屬至少具有過失或間接故意。因此，原處分依菸害防制法第30條第1項第1款裁處罰鍰，認事用法均無違誤等語，資為抗辯。

㈤並聲明：原告之訴駁回。

四、本院之判斷：

㈠本件應適用之法規：

1.菸害防制法：

⑴第2條：「本法所稱主管機關：在中央為衛生福利部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」

⑵第3條第1項第2款：「本法用詞，定義如下：本法用詞，定義如下：……二、類菸品：指以菸品原料以外之物料，或以改變菸品原料物理性態之物料製成，得使人模仿菸品使用之尼古丁或非尼古丁之電子或非電子傳送組合物及其他相類產品。」

⑶第15條第1項第2款：「任何人不得製造、輸入、販賣、供應、展示或廣告下列物品：……二、類菸品或其組合元件。」

⑷第30條第1項第1款：「廣告業或傳播媒體業者，有下列情形之一者，處400,000元以上2,000,000元以下罰鍰，並令其限

期改善；屆期未改善者，按次處罰：一、違反第15條第1項第2款規定，製作廣告、接受傳播或刊載類菸品或其組合元件。」

2.行政罰法：

⑴第7條：「（第1項）違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。（第2項）法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」

⑵第10條：「（第1項）對於違反行政法上義務事實之發生，依法有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生事實者同。（第2項）因自己行為致有發生違反行政法上義務事實之危險者，負防止其發生之義務。」

㈡本件事實概要欄所述情節，有原處分（本院卷第31至33頁）、訴願決定書（本院卷第41至55頁）、系爭搜尋結果（原處分卷第5至23頁）、衛福部國健署114年2月11日國健教字第1140760226號函（訴願卷第181至182頁）、嘉義縣衛生局114年4月2日嘉衛企字第1140011122號函（本院卷第59頁）、原告114年4月14日微軟法字第0000000-0號函（本院卷第75至78頁）等件在卷可稽，堪認為真。

㈢原告就系爭搜尋引擎服務非屬菸害防制法第30條第1項第1款所規範之製作廣告、接受傳播或刊載類菸品或其組合元件之廣告業或傳播媒體業者：

1.按菸害防制法第30條第1項第1款所處罰者，係廣告業或傳播媒體業者違反同法第15條第1項第2款規定，就類菸品或其組合元件廣告，有製作廣告、接受傳播或刊載之行為。是以，倘主管機關以該條款為裁罰依據，即應先審究受處罰者是否為該條所定之責任主體，並是否就特定違法內容有製作廣告、接受傳播或刊載之具體行為。又所謂「廣告」，參照廣播電視法第2條第7款規定，係指為事業、機關（構）、團體

或個人行銷或宣傳商品、觀念、服務或形象，所播送之影像、聲音及其相關文字，故行為人主觀上有藉傳播媒體將商品或服務之訊息散佈予不特定人知悉之意思，客觀上廣告者應有將欲廣告之訊息散佈於不特定多數人使其知悉之行為，始足當之。另依行政院公平交易委員會112年2月21日公競字第1121460179號令修正發布之「公平交易委員會對於網路廣告案件之處理原則」第2點、第3點第1項明定：「本處理原則所稱網路廣告，指事業為銷售其商品或服務，以網際網路為媒介，提供商品或服務之相關資訊，以招徠交易機會之傳播行為，包含事業自身網站廣告、購物網站廣告、網路商店廣告、社群網站廣告、電子郵件廣告及網際傳真廣告等。」、「事業為銷售商品或服務，於網際網路刊播網路廣告者，為廣告主。」可知，所謂網路廣告，係由廣告主基於宣傳、行銷或促成交易之目的，以網際網路為媒介，向平台或媒體購買版位、設定投放條件，並由平台依廣告投放機制向特定或不特定對象呈現，以招徠交易機會之傳播行為。

2.按搜尋引擎之主要功能，在於協助網路使用者於公開且持續變動之網路環境中，得以快速找到與其查詢內容相關之公開網頁資訊，搜尋服務係透過自動化系統蒐集、索引及排序公開網頁資料，並依使用者輸入之查詢字詞，產生相關搜尋結果，此由原告提出台北市電腦公會搜尋運作特性與合理管理範圍之書面說明(本院卷第303至327頁)可資參照。依上開說明可知，搜尋引擎服務乃屬於中介平台，其特性、功能與一般網路購物線上平台(例如MOMO、蝦皮等)之特性、功能迥然有別，搜尋引擎並無主動製作廣告、接受傳播或刊載具商業促銷目的廣告行為之可能，原告應非該當菸害防制法第30條第1項第1款所規範之行為主體要件，被告遽依菸害防制法第15條第1項第2款、第30條第1項第1款規定對原告為裁處，於法即有未洽。

3.縱認系爭搜尋引擎服務該當菸害防制法第30條第1項第1款所謂「製作廣告、接受傳播或刊載類菸品或其組合元件。」之

要件，原告亦非系爭搜尋引擎服務之實際提供者，亦無從認定其就系爭搜尋結果具有內容審查、下架移除及限制散布等實質管控能力，理由如下：

⑴依原告起訴狀所檢附甲證3系爭搜尋引擎服務之Microsoft服務合約第10條第1項第g款記載略以：「g.台灣：若您居住於（或若您為企業，總部設址於）台灣，且您係使用服務之免費部分（例如Bing和MSN），則您係與Microsoft Corporati-on（址設Microsoft Corporation,One Microsoft Way,Red-mond,WA98052,U.S.A.）簽約。若您係付費使用服務之一部分，您係與Microsoft Taiwan Corp.（址設11065台灣台北市○○區○○○路0段00號18樓）簽約……。」（本院卷第57頁），核與原告114年4月14日陳述意見函所載：「……按Bing搜尋引擎服務係由位於美國華盛頓州之Microsoft Corpo-ration所提供，並非本公司所營業務。故，有關疑涉違反菸害防制法之情事，與本公司無關，僅能代轉至 Microsoft Corporation辦理……。」（本院卷第75頁 ）相符。足知就免費服務部分（例如Bing，即系爭搜尋引擎服務），居住於臺灣之使用者係與美商微軟公司成立契約關係，系爭搜尋引擎服務之實際提供者，應係設立於境外之美商微軟公司，而非逕指向原告。被告如主張原告為系爭搜尋引擎服務之實際提供者，或對系爭搜尋結果之刊載、傳播、下架、移除或限制散布具有實質控制權限，自應提出具體證據證明之。

⑵依現有證據觀之，被告既無法證明原告為系爭搜尋引擎服務之實際提供者，且系爭搜尋結果顯示之外部網頁內容亦非由原告所製作，則原告對系爭搜尋結果之刊載、傳播、下架、移除或限制散布應不具有實質控制權限。被告雖辯稱原告應建立適當之關鍵字過濾或監測機制等相關管理措施，阻止該等違法資訊之傳播云云；然本件係以菸害防制法第30條第1項第1款規定而為處罰，回歸該條裁罰規定之構成要件，受罰主體應為廣告業或傳播媒體業者，受罰行為則僅限於製作廣告、接受傳播或刊載類菸品或其組合元件等積極行為，法

無明文規定行為人負有防止違法廣告之義務。且現行法並無明文賦予搜尋引擎服務提供者事前監控、審查或過濾第三方網站內容之權力，故無法事前逐一掌握所有網頁內容，也無法預先確定特定查詢條件於某一時間點將產生何等具體搜尋結果，原告客觀上亦非系爭搜尋引擎服務之經營者，是若要求原告或其母公司對公開網路資訊進行全面性、即時性、事前性審查，實際上等同要求其等對整個公開網路進行概括性巡查與審查，已遠遠超出搜尋服務通常可合理管理之範圍。

4.準此，系爭搜尋引擎服務並非當然該當菸害防制法第30條第1項第1款所稱「製作廣告、接受傳播或刊載類菸品或其組合元件」之構成要件，且系爭搜尋引擎服務之實際提供者指向美商微軟公司，並非原告，系爭搜尋結果顯示之外部網頁內容亦非由原告所製作，難認其就系爭搜尋結果之刊載、傳播、下架、移除或限制散布具備實質管控能力。被告認定原告應就系爭搜尋結果負菸害防制法第30條第1項第1款之行政罰責任，並據以作成原處分，於法自有未洽。

㈣綜上，原處分認事用法有所違誤，訴願決定遞予維持，亦有未合。原告訴請判決如聲明所示，即屬有據，應予准許。

五、本案事證已明確，兩造其餘攻擊及防禦方法及訴訟資料，經核於本件判決結果均不生影響，爰不一一論駁，併予敘明。

六、結論：本件原告之訴為有理由。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　20　　日

審判長 法　官　謝琬萍

法　官　李音儀

法　官　蔡牧玨

上為正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院地方行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴

訟法第49條之1第1項）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第3項、第4項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人。	1.當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授。 2.稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。 3.專利行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人。
(二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。	1.當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。 4.當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　21　　日

書記官　周良駿