最 高 行 政 法 院 判 決

109年度再字第71號

再 審原 告　臺北市政府衛生局

代　表　人　黃世傑
訴訟代理人　俞旺程
　　董祐芳
再 審被 告　臺灣菸酒股份有限公司

代　表　人　丁彥哲
訴訟代理人　楊貴智　律師

上列當事人間菸害防制法事件，再審原告對於中華民國109年9月29日本院109年度判字第501號判決及108年4月24日臺北高等行政法院106年度訴字第1658號判決，本於行政訴訟法第273條第1項第1款、第2款事由，提起再審之訴部分，本院判決如下：

主　文

再審之訴駁回。

再審訴訟費用由再審原告負擔。

理　由

一、爭訟概要：

㈠緣再審被告於民國104年9月15日訂定「臺灣菸酒股份有限公司免稅商店出入境購買免稅菸酒佣金回饋活動要點」（下稱系爭活動要點），規定帶團員出入境之旅行業領隊、導遊、出境送機人員（下稱帶團領隊、導遊）帶團員前往免稅店購買菸酒，提供菸及洋酒銷售額3%、自製酒5%之佣金，並於同日以臺菸酒國字第1040018424號函發文給中華民國旅行業同業公會全國聯合會、臺灣省旅行商業同業公會聯合會（下合稱旅行業同業公會），轉知相關旅行社及其所屬帶團領隊、導遊。

㈡經民眾向衛生福利部國民健康署檢舉違反菸害防制法規定，該署以104年10月5日國健教字第1040701310號函移請再審原告查處。經再審原告調查認再審被告違反菸害防制法第9條第1款、第3款規定，且係第3次違規，乃依菸害防制法第26條第1項及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3點第4項次等規定，以106年5月12日北市衛健字第10632798800號裁處書（下稱原處分），處再審被告新臺幣（下同）1,500萬元罰鍰。再審被告不服，提起訴願，經決定駁回後，提起行政訴訟，訴請撤銷原處分與訴願決定、再審原告應返還再審被告1,500萬元。經原審法院106年度訴字第1658號判決（下稱原審判決）撤銷訴願決定及原處分、再審原告應返還再審被告1,500萬元。再審原告不服，提起上訴，經本院109年度判字第501號判決（下稱原確定判決）駁回其上訴確定在案。再審原告以原審判決及原確定判決有行政訴訟第273條第1項第1款、第2款之再審事由，提起本件再審之訴。至再審原告以原審判決、原確定判決有行政訴訟法第273條第1項第14款所定事由提起再審之訴部分，本院另為裁定移送於原審法院。

二、再審原告起訴主張：

㈠原確定判決未針對兩造爭執之法律適用為解釋，逕以系爭活動要點第2點明確記載團員購買菸類無折扣，認定再審原告查無證據證明再審被告或帶團領隊、導遊有對於團員推銷或促進菸品使用之行為，亦查無證據證明對於團員購買菸品給予折扣，進而誤認再審被告所為尚與菸害防制法第9條第1款或第3款之要件均有未合。原確定判決實有對此具體事實是否相當於法規構成要件的評價有錯誤，為適用法規顯有錯誤，應予廢棄。再審被告既以「發函」、「通知」、「網路」等方式週知旅行業同業公會帶團領隊、導遊給予銷售菸品總金額3%為佣金之經濟活動，其直接或間接目的乃用以促銷菸品獲得經濟利益，即已違反菸害防制法第9條第1款、第

3款之禁止規定，而不以旅行業同業公會帶團領隊、導遊確有為再審被告促銷菸品、領取菸品銷售佣金為必要。

㈡倘菸商從事捐助等公益活動之目的或效果，在於促銷菸品或為菸品廣告，不論採直接或間接訴求方式，均非法規範所許。則本案再審被告以系爭活動要點明白揭露給予旅行業同業公會帶團領隊、導遊銷售菸品金額3%佣金，其促銷菸品廣告直接或間接效果，自非法規範所許。原確定判決認菸品廣告之商業行為，必須再審原告握有帶團領隊、導遊有為再審被告促銷菸品，領取銷售菸品3%為佣金之證據始能成立等判決理由，實有就具體事實認定及法律評價錯誤，而有判決適用法規顯有錯誤。

㈢再審被告以「發函」、「通知」、「網路」等方式，週知旅行業同業公會帶團領隊、導遊帶團至再審被告商店購買菸品，以每月結算各帶團領隊、導遊帶領團員購買菸品總金額發給3%佣金，為司法院釋字第794號解釋所稱立法者為避免菸品業者以非典型廣告之方式而「間接達到」與菸品廣告相類似之促銷菸品效果，原確定判決卻未為斟酌。又再審被告主張帶團領隊、導遊為其經銷商，其給予銷售菸品總金額3%之「直接」「間接」目的為何?原審判決就此僅以帶來人潮略過，未正視人潮與錢潮關聯性，顯與經驗法則有違。且漏未斟酌系爭活動要點菸品廣告帶來人潮，所獲取之經濟利益，而認再審被告未違反菸害防制法第9條第1款、第3款之禁止規定，實有認定法律要件事實存在，卻不承認其法律效果之情形，致令判決理由與主文顯有矛盾。

㈣原審判決採與本院103年度判字第546號判決不同見解，以世界衛生組織菸草控制框架公約(下稱菸草框架公約)同一文書為證據方法，而認定二套不同之事實，致影響判決主文。原確定判決未予以糾正，卻以「本件爭執及結論與該公約無涉，是本院無庸就原判決就此部分再予審究之必要」，違反行政訴訟法第125條第1項規定，亦有適用法規顯有錯誤之情

形等語，並聲明：1、原確定判決廢棄。2、駁回再審被告之訴。3、再審及前審訴訟費用均由再審被告負擔。

三、再審被告則以：

㈠細繹再審原告書狀，並未明列原確定判決適用法規顯有錯誤之法規為何，與司法院現尚有效之解釋所牴觸者為何。職是之故，再審原告僅泛言再審事由存在，卻未具體表明合於法定再審事由之具體情事，自非合法。又原確定判決意旨係援引司法院釋字第794號解釋理由書，見解亦與司法院釋字第794號解釋意旨相仿，是再審原告主張原確定判決牴觸司法院釋字第794號解釋，顯不可採。

㈡菸害防制法第9條顯係採「列舉其一而排除其他」之方式，故未列舉於菸害防制法第9條規定之廣告行為樣態，自不在菸害防制法第9條所禁止之列。則原確定判決認定再審原告查無證據證明再審被告或帶團領隊、導遊有對於團員推銷或促進菸品使用之行為，亦查無證據證明對於團員購買菸品給予折扣，據此認定系爭活動要點與菸害防制法第9條第1款或第3款之要件未合，均與構成要件無關，其適用法規並無錯誤，遑論有何顯然錯誤。何況基於法律明確性及處罰法定原則，菸害防制法第9條之規定應以具體明確為首要目標，如容任再審原告恣意將其內涵擴張至發函或帶團領隊、導遊帶隊至免稅店等文義射程範圍以外之行為，並據此為裁罰法律基礎，將有違憲疑義，故再審原告所為解釋方式，顯不可採。

㈢再審原告雖主張系爭活動要點若使帶團領隊、導遊帶團員至其免稅商店增加人潮，亦有使再審被告取得經濟利益之機會，原確定判決認定系爭活動要點非屬菸品廣告顯有適用公序良俗、導遊人員管理規則之明顯錯誤等語，然此部分主張既已由再審原告於原確定判決提出，依行政訴訟法第273條第1項但書規定，再審原告不得執為再審事由。何況再審原告所執主張既與原確定判決爭點事項無關，且於上訴程序業已爭執，自不得據此主張原確定判決有何適用法規顯然錯

誤。原確定判決既認本件無適用菸草框架公約之必要，再審原告亦未具體說明本案有何應適用而未適用之顯然錯誤，原確定判決自無再審原告所稱對菸草框架公約所持見解與本院既存見解不同，而有適用法規顯然錯誤之理。

㈣再審原告另主張原確定判決之主文與理由有矛盾，卻未具體表明再審事由為何。且此所謂人潮、錢潮之爭，再審原告業已於上訴審主張，如今於再審重新提出，已非合法之再審聲請。況原確定判決顯已駁回再審原告所謂人潮與錢潮之主張，其為駁回上訴之主文，與理由顯無矛盾等語，資為抗辯，求為駁回再審原告之訴。

四、本院查：

㈠「有下列各款情形之一者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服。但當事人已依上訴主張其事由或知其事由而不為主張者，不在此限：□適用法規顯有錯誤。□判決理由與主文顯有矛盾。」行政訴訟法第273條第1項第1款、第2款定有明文。該條第1項第1款所謂「適用法規顯有錯誤」，係指原確定判決所適用的法規有顯然不合於法律規定，或與司法院大法官解釋顯然違反者而言，至於法律上見解的歧異，再審原告對之縱有爭執，要難謂為適用法規顯有錯誤，而據為再審的理由。同條項第2款所稱「判決理由與主文顯有矛盾」，係指判決依據當事人主張之事實，認定其請求或對造抗辯為有理由或無理由，而於主文為相反之諭示，且其矛盾為顯然者而言。

㈡按菸害防制法第2條第4款規定：「本法用詞定義如下：……四、菸品廣告：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。」第9條第1款及第3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。……三、以

折扣方式銷售菸品或以其他物品作為銷售菸品之贈品或獎品。」第26條第1項規定：「製造或輸入業者，違反第9條各款規定者，處500萬元以上2,500萬元以下罰鍰，並按次連續處罰。」原確定判決業已論明：上開菸害防制法第2條第4款所稱之「商業」宣傳、促銷、建議或行動，應係指菸品「廣告」或其他菸品促銷之行為，亦即直接或間接具推銷或促進菸品使用之效果，以求獲得菸品銷售財產利益之經濟活動；此類經濟活動固多以獲得經濟利益為直接目的，然立法者為避免菸品業者以非典型廣告之方式而間接達到與菸品廣告相類似之促銷菸品效果，因此明定「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」者，均屬菸品廣告（司法院釋字第794號解釋理由書第5段參照）。又上開第9條第1款及第3款所禁止之各種商業宣傳手段或折扣方式，均係針對促銷菸品或為菸品廣告而為規範，如以折扣方式促銷的商品不包含菸品，或所為商業宣傳非係為促銷菸品或為菸品廣告，無論係以廣播、電視、電腦網路、報紙、通知、通告或其他方式，均尚不能認合致該2款規定之構成要件。

㈢再審原告於前訴訟程序之上訴審係以系爭活動要點若僅在使帶團領隊、導遊帶團員至其免稅商店增加人潮，則自應以所帶團員進入免稅商店人數計算獎金，原審漏未審究，又未說明理由，有不備理由之違背法令。原審判決關於菸草框架公約之見解與學者不同，且與多數裁判歧異，顯有適用法規不當、不適用法規之違法等為爭執，並經原確定判決以：系爭活動要點「貳、活動內容」之第2點明確記載團員購買菸類無折扣，另帶團領隊、導遊依上開活動要點發給旅客團員之團體優惠卡，其上僅記載「憑券購買酒類95折（特惠價酒類除外）」，此為原審所依法確定之事實，並核與卷內證據資料相符。本件再審原告既查無證據證明再審被告或帶團領隊、導遊有對於團員推銷或促進菸品使用之行為，亦查無證據證明對於團員購買菸品給予折扣，再審被告所為尚與菸害

防制法第9條第1款或第3款之要件均有未合，原處分遽認再審被告違反上開規定予以處罰，於法尚屬無據。本件所爭執者，在於再審被告或帶團領隊、導遊有無為菸品廣告或促銷菸品之事證，至於所給與帶團領隊、導遊者究係依人頭計算之獎金或者依營業額計算之佣金，或者是否因菸品限制廣告及促銷，即不就菸品部分給付帶團領隊、導遊3%之佣金，則均屬再審被告商業上之考量及策略，無予審究之必要。本件如查無帶團領隊、導遊有何故意實施違反菸害防制法第9條第1款或第3款義務之行為，即無行政罰法第14條之適用。本件原處分並未援用菸草框架公約，且本件之爭執及結論均與該公約無涉，是無庸就原審判決就此部分之論述再予審究之必要等語，故駁回再審原告之上訴等情，揆諸前開說明，尚無所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院大法官解釋顯然違反之情形。再審原告執於前訴訟程序已經原確定判決詳述而不採之見解予以指摘，核屬其一己之法律上歧異見解，尚與所謂「適用法規顯有錯誤」有間。

㈣另原審判決係於理由中述明再審原告之主張不可採，其訴為無理由等語，則其於判決主文為其訴駁回之諭知，自無判決主文與理由為相反之諭示，致判決主文與理由有顯然矛盾情事。原確定判決係於理由中論明再審原告之上訴主張不可採，其上訴為無理由等語，故其於判決主文為上訴駁回之諭知，亦無判決主文與理由為相反之諭示，致判決主文與理由有顯然矛盾情事。

㈤從而，再審原告以原審判決及原確定判決有行政訴訟法第273條第1項第1款、第2款再審事由之主張均無可採，故其據以提起本件再審之訴，為顯無再審理由，應予駁回。

五、據上論結，本件再審之訴為無理由。依行政訴訟法第278條第2項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　2　　日

最高行政法院第四庭

審判長法　官　胡　方　新

法　官　陳　國　成

法　官　蕭　惠　芳

法　官　曹　瑞　卿

法　官　林　惠　瑜

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　2　　日

書記官　蔡　宜　婷