最 高 行 政 法 院 判 決

109年度判字第501號

上　訴　人　臺北市政府衛生局
代　表　人　黃世傑
訴訟代理人　俞旺程
　　陳志嘉
被上訴人　臺灣菸酒股份有限公司
代　表　人　丁彥哲
訴訟代理人　劉冠廷　律師
　　楊貴智　律師

上列當事人間菸害防制法事件，上訴人對於中華民國108年4月24日臺北高等行政法院106年度訴字第1658號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、本件事實經過：

(一)緣被上訴人於民國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（下稱被上訴人104年9月15日函）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領隊、導遊。

(二)經民眾向衛生福利部國民健康署（下稱國健署）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號函移請上訴人查處。經上訴人調查認被上訴人違反菸害防制法第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（下稱統一裁罰基準）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），處被上訴人新臺幣（下同）1,500萬元罰鍰。被上訴人不服，提起訴願，遭決定駁回，提起行政訴訟，並聲明：1.原處分與訴願決定均撤銷；2.上訴人應返還被上訴人1,500萬元。經臺北高等行政法院（下稱原審）判決：訴願決定及原處分均撤銷；上訴人應返還被上訴人1,500萬元。上訴人不服，遂提起本件上訴。

二、被上訴人起訴主張、上訴人於原審之答辯及聲明，均引用原判決所載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(一)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；另領隊、導遊依系爭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）」，均核與菸害防制法第9條第3款規定之要件未合。再依免稅商店設置管理辦法第4條、第21條及臺灣菸酒股份有限公司國際業務處免稅商店作業管理要點（下稱臺灣菸酒公司免稅商店作業管理要點）第3點第4項規定，可知本件消費者須出示護照、登機證及帶團導遊、領隊提供之優惠卡，經被上訴人確認身分並登記姓名、國籍與航班後，方販售免稅品給消費者，並計入佣金計算之基礎，帶團領隊、導遊自行購買菸品，自不適用系爭活動要點。至於上訴人所稱帶團領隊、導遊亦為消費者，可透過團員購買菸品以領取佣金之情，並未舉證以證其實，僅係臆測之詞，洵無可採。

(二)原處分指稱被上訴人違反菸害防制法第9條第1款規定部分：

1.被上訴人發函給旅行業同業公會，轉知相關旅行社及其所屬領隊、導遊有關系爭活動要點，應屬菸害防制法第9條第1款規定之通知。參酌同法第2條第4款有關菸品廣告之定義，實已包含促銷活動，從而系爭活動要點不論係促銷活動或菸品廣告，其是否直接或間接對於不特定消費者有推銷或促進菸品使用之目的或效果，為本件審究之重點。又按菸害防制法

第9條規定，判斷是否構成菸害防制法所稱菸品促銷或廣告，應以其內容是否足使不特定消費者將其與所宣傳之菸品相結合，且受其刺激進而產生購買之意願或行動為斷。

2.經查，系爭活動要點僅適用於被上訴人免稅商店完成之交易，並規範給付帶團領隊、導遊佣金之規定。而被上訴人104年9月15日函受文者係旅行業同業公會，可知系爭活動要點之對象係帶團領隊、導遊，並非不特定消費者。雖然旅行業同業公會將系爭活動要點張貼在其網站上，一般人可透過網路閱覽，然該活動要點明確記載團員購買酒類有折扣，菸類則無，衡情商品倘有折扣優惠，對消費者始會產生一定程度之吸引與詢問，引起消費者購買之意願，以達招徠銷售之目的。又依免稅商店設置管理辦法第4條、第21條規定，一般消費者僅能在出入國境之際購買免稅商品；且依一般社會生活經驗，消費者通常於出入國時順便購買免稅商品，不會特地入出國以便進入免稅店購買菸品；又依據財政部關務署之規定，旅客亦無法大量購買菸品；更何況系爭活動要點之菸品又無折扣優惠，消費者不會因此網路訊息而促進產生前往被上訴人免稅店購買菸品之意願或行動，核與菸害防制法欲規範禁止之「推銷或促進菸品使用」之要件未合。上訴人主張系爭活動要點已達吸引消費者前往免稅店消費之目的及功能，屬促銷菸品廣告云云，委無足採。

3.又帶團領隊、導遊安排旅行團至免稅店購物，商店再給付佣金予領隊、導遊，一來滿足觀光客購物需求，二來提高商店之參觀人數，三則增加領隊、導遊之收入，因對三方均有利益，故為觀光業向來存在之習慣，佣金亦為合法之報酬模式。本件帶團領隊、導遊依系爭活動要點向團員介紹、解說其內容，並將有意願選購商品之團員帶至免稅店，已達被上訴人所設增加人潮之目的，而被上訴人依其成本考量，不會因帶團領隊、導遊完成一定作為即給付佣金（否則會有尚未賺取金錢即支出佣金之現象），其佣金之給與方式乃依商店所賺取之利潤抽成，尚符合一般佣金給與規則。是系爭活動要

點規定帶團領隊、導遊自團員購買菸酒之款項金額抽取佣金，屬於被上訴人採用之佣金給與方式。而免稅店來客量增加與否，與菸品廣告促銷須在客觀上足以使終端之消費者產生或增強購買意願之動能有間，自難僅以帶團領隊、導遊有收取佣金，即認其有促銷菸品之目的與功能。因此，給付佣金不等同於商品促銷，其是否具有商品促銷之目的及功能，仍應就商品特性及佣金給與方式等要素綜合判斷，是否足以達到對一般消費者促進菸品消費或使用之目的、效果而定，尚難遽認為促銷廣告。且菸品之消費模式多源自習慣，具有不同於一般商品之特性，從而，菸品既無折扣優惠，且購買數量有限，購買者有利可圖者，僅限於有限菸品因免稅所產生之差價，系爭活動要點在客觀上，並非吸引或促進消費者產生購買菸品之意願與行動。上訴人主張系爭活動要點可達促銷菸品之目的及效果云云，尚難以採認。

(三)至於菸害防制法第9條立法理由載明該法係參酌世界衛生組織菸草控制框架公約（下稱菸草框架公約）之意旨制定，締約國應廣泛禁止菸品廣告、促銷及贊助，本案可否依該公約及相關準則作為處罰被上訴人之依據乙節。查菸草框架公約係世界衛生組織於92年5月21日在世界衛生大會訂定，於00年0月00日生效。我國雖於94年3月25日由總統批准，備具加入書，自00年0月00日生效，惟該加入書未能完成菸草框架公約第35條所定之存放程序，我國並非該公約之締約國，依司法院釋字第329號解釋意旨，尚未具國內法效力。該公約係課予我國以立法手段廣泛禁止或限制菸草廣告之義務，並無直接禁止人民從事特定型態之菸草廣告，而係賦予締約國廣泛的立法形成空間，由各國依據國內法來禁止限制菸草廣告。因此，本件仍應以菸害防制法相關規定，審認被上訴人行為是否違法。至於該公約第13條（菸草廣告、促銷和贊助）實施準則（下稱實施準則），僅具指導效力，並不具有直接效力。

(四)綜上，本件尚難認被上訴人頒行系爭活動要點違反菸害防制

法第9條第1款、第3款規定，上訴人以原處分裁處被上訴人1,500萬元罰鍰，尚有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未洽。又被上訴人收受原處分後已繳納罰鍰，因原處分及訴願決定關於裁處罰鍰部分應予撤銷，則原處分溯及失其效力，上訴人收受罰鍰即無法律上原因，成為公法上之不當得利。被上訴人於提起本件撤銷訴訟時，一併請求上訴人返還其已繳納之罰鍰1,500萬元，為有理由，應予准許。

四、上訴意旨略謂：

(一)被上訴人為專業菸商並經營免稅商店，為廣告及促銷菸品，竟罔顧菸害防制法、關稅法、發展觀光條例、導遊人員管理規則、領隊人員管理規則、免稅商店設置管理辦法等，禁止菸品廣告、促銷及禁止導遊、領隊「誘導旅客採購物品或為其他服務收受回扣」、「非因臨時特殊事故，不得擅自變更行程」，並禁止領隊「委由旅客攜帶物品圖利」之行為，制訂系爭活動要點，並以公文通知旅行業同業公會轉知相關旅行社及其所屬領隊、導遊，並刊登網路為宣傳。況系爭活動要點之名稱足令網民望文生義，而達到向不特定人宣傳、促銷免稅商店菸品目的。系爭活動要點與上開法令牴觸，應由被上訴人就其合法性負舉證責任，原審未調查系爭活動要點之合法性，且對上訴人主張領隊委由旅客攜帶物品圖利之行為，未盡證據調查，即稱此屬上訴人臆測，顯有應調查事項未予調查之違法。又原判決忽略民法第1條規定之反面解釋，認系爭活動要點並無不法，進而認定本件未違反菸害防制法第9條第1款及第3款規定，甚至誤認本案未有菸品宣傳行為，實有不適用法令之違法。

(二)送機人員雖未如導遊、領隊設有法令禁止規定，但被上訴人並未證明給予送機人員佣金為免稅店之習慣，亦未說明送機人員自行購買，如何核對其護照、旅行證件、登機（船）證或外僑居留證，而合於免稅商店設置管理辦法第21條第1項規定，原審對此應調查事項並未調查，難謂判決合乎法令。

(三)原判決對被上訴人自認導遊、領隊為其經銷商，棄而不論。

而經銷商之主要功能應在於銷售被上訴人菸品獲取佣金或獎金，且銷售金額與獎金成正比，系爭活動要點若僅在使導遊、領隊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，被上訴人之意圖乃司馬昭之心。原判決漏未審究上情，又未說明不採之理由，當屬不備理由之當然違背法令。

(四)菸害防制法第9條並未限制適用對象，此由同法第26條規定之裁罰對象可得確信。縱設菸害防制法未有第26條第3項規定，惟依行政罰法第14條第2項及第3項規定，被上訴人與導遊、領隊間，仍可成立菸品廣告、促銷菸品共犯關係，而向不特定之團客促銷菸品。

(五)原判決既不認菸草框架公約有國內法效力，卻又自訂題目要求兩造以書面回答，陷上訴人為不必要防禦及延長不必要之訴訟程序，有違訴訟程序正當性。況原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，原判決此舉顯有適用法規不當、不適用法規之違法。

(六)上訴人請求調查被上訴人免稅商店營業情形，用以判斷系爭活動要點對菸品廣告及菸品促銷成果，原審未予調查，而謂其佣金之給與符合一般佣金給與規則，顯有受請求調查未予調查，及認定事實不依證據之違法等語。

五、本院查：原判決除下述(四)關於返還已繳納罰鍰部分之理由外，核無不合，再論斷如下：

(一)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。」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。

(二)查被上訴人訂定有系爭活動要點，如有帶團領隊、導遊帶團員前往被上訴人之免稅店購買菸酒，被上訴人對於團員購買菸及洋酒銷售額3%、自製酒5%之金額，每月結算1次，給付予帶團領隊、導遊作為佣金；惟系爭活動要點「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。本件上訴人既查無證據證明被上訴人或帶團領隊、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，則依前開之說明，被上訴人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，原處分遽認被上訴人違反上開規定予以處罰，於法尚屬無據。上訴意旨指摘系爭活動要點除違反菸害防制法外，尚違反關稅法、發展觀光條例等諸多法令，原審未調查系爭活動要點之合法性云云，惟查

本件係上訴人基於菸害防制法主管機關之地位，作成原處分，對於被上訴人依菸害防制法處以罰鍰，至於系爭活動要點是否合於其他法令之規定或民法之法理，均非本件訴訟所問，上訴意旨指摘原審未予調查，殊不可採。另上訴意旨指摘領隊、導遊委由團員購買菸品圖得佣金，原審未予調查一節於法更屬無據，實難想像縱有此一情事，又與本件所爭執之被上訴人是否有菸品廣告或促銷菸品有何關連。

(三)再上訴意旨指摘系爭活動要點若僅在使導遊、領隊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云云，惟查，如前所述，本件所爭執者，在於被上訴人或導遊、領隊有無為菸品廣告或促銷菸品之事證，至於所給與導遊、領隊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導遊、領隊3%之佣金，則均屬被上訴人商業上之考量及策略，無予審究之必要，上訴意旨指摘原審漏未審究，又未說明理由，有不備理由之當然違背法令，無可採取。再上訴意旨主張被上訴人與導遊、領隊間，依行政罰法第14條第2項及第3項之規定，可成立菸品廣告、促銷菸品之共犯關係一節，惟亦依前述，本件既查無證據證明帶團領隊、導遊有對於團員推銷或促進菸品使用之行為，亦即本件如查無導遊、領隊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，上訴意旨顯然誤解該條之適用範圍。又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，是本院無庸就原判決就此部分之論述再予審究之必要，附此說明。

(四)綜上，原判決以難認被上訴人有違反菸害防制法第9條第1款、第3款之規定，上訴人以原處分對被上訴人裁處罰鍰，於法未合，撤銷原處分及訴願決定，核無違誤；又被上訴人業依原處分繳納罰鍰1,500萬元，此為原審所確定之事實，則被上訴人依行政訴訟法第196條第1項之規定：「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。」聲請判命上訴人返還已繳納之罰鍰1,500萬元，於法自屬有據，原判決予以准許，其結論並無不合，上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。惟應予指明者，本件被上訴人並未另依公法上不當得利之法律關係而為請求，原審併依該法律關係為判決，核屬對被上訴人未聲明之事項而為裁判，於法尚有未合，惟如前述，不影響原判決之結論。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　29　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　簡　慧　娟

法官　鍾　啟　煌

法官　蔡　紹　良

法官　王　碧　芳

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　29　　日

書記官　蘇　婉　婷