臺北高等行政法院判決

106年度訴字第1658號

108年4月3日辯論終結

原　　告　臺灣菸酒股份有限公司

代　表　人　丁彥哲（董事長）

訴訟代理人　劉冠廷　律師

　　楊貴智　律師

被　　告　臺北市政府衛生局

代　表　人　黃世傑（局長）

訴訟代理人　俞旺程

　　陳首珍

　　陳志嘉

上列當事人間菸害防制法事件，原告不服臺北市政府中華民國106年10月5日府訴三字第10600166400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。

被告應返還原告新臺幣1,500萬元。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

（一）原告之代表人於訴訟進行中依序由吳容輝變更為曾國基、丁彥哲，茲由新任代表人分別具狀向本院聲明承受訴訟（見本院卷2第399、403-409、433、437、485頁），核無不合，應予准許。

（二）按「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。」行政訴訟

法第111條第1項定有明文。查原告於民國106年11月28日起訴之聲明原為：「1.原處分與訴願決定均撤銷。2.被告應返還原告1,500萬元及自繳納罰鍰日起按年息5%計算之利息。」（見本院卷1第13頁）；嗣於108年2月18日準備程序期日變更為：「1.原處分與訴願決定均撤銷。2.被告應返還原告1,500萬元。」被告並對上開變更表示同意（見本院卷2第81、82頁），且核原告所為前述訴之變更，其請求之基礎相同，無礙於訴訟終結及被告之防禦，揆諸上揭規定，自應予准許，先此敘明。

二、事實概要：

原告於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104年9月15日函）發文給旅行業相關公會聯合會，轉知相關旅行社及其所屬領隊、導遊。經民眾向衛生福利部國民健康署（下稱國民健康署）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（下稱104年10月5日函）移請被告查處。經被告調查認原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（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），處原告新台幣（下同）1,500萬元罰鍰。原告不服，提起訴願遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張：

（一）系爭活動要點無法構成促銷菸品或菸品廣告：系爭活動要點明確記載團員購買菸類無折扣，活動地點在國際機場管制區之免稅店，一般消費者無法自由出入；系爭活動要點並無將商品或服務之訊息散佈予不特定人知悉之意思與效果，並非廣告。系爭活動要點完全沒有關於菸品品項、價格等產品敘述，並配合菸害防制法規定，明訂購買菸品無折扣；所發放之佣金係針對旅遊從業人員，消費者無法取得任何優惠，且明確記載旅遊從業人員自己購買菸酒無佣金，絕無任何折價銷售之事實，與招攬消費者購買或消費菸品無關，無從刺激菸品之消費而產生購買意願或行動，不符合菸害防制法第9條之要件。旅遊業公會網站與一般購物網站性質仍屬有間，縱一般消費者如透過搜尋引擎得知系爭活動要點，實無法認為一般消費者因此產生購買菸品的意願或行動，實難認定系爭活動要點為菸品廣告，被告認事用法，違反行政程序法第9條之規定。況本件係旅遊業公會自行將系爭活動要點張貼於旅遊業公會之網站，張貼公告之行為人並非原告，原處分有違行政罰法第7條之規定。

（二）系爭活動要點核屬旅遊業常見的商業習慣，帶團佣金僅係提高人潮為目的，並非以兜售特定商品為目的，而是希望透過提高來客量，藉此提高整體店面的利潤，並非針對特定商品加以促銷的行銷手段，實不具有提升消費者購買特定商品動機的意義，不能據此認為構成促銷菸品或菸品廣告。被告逕認定系爭活動要點有促進菸品消費的效果，將提高來店顧客量與提高菸品銷量劃上等號，顯然有誤。依照一般通念，在機場免稅店消費，可享受免稅優惠，若依

據被告之見解，豈非認定所有販賣免稅菸品的店家違法。

（三）原告依據財政部頒訂之免稅商店設置管理辦法，自行訂定「臺灣菸酒股份有限公司國際業務處免稅商品作業管理要點」（下稱臺灣菸酒公司免稅商品作業管理要點），消費者須出示護照、登機證以及導遊領隊提供的折扣卡，經原告確認、身分並登記姓名、國籍與航班後，原告才會販售免稅品給消費者，該筆消費亦才會計入佣金計算之基礎。換言之，原告對消費者的身分查核嚴格，旅遊從業人員無從自行使用原告發給的折扣卡購買免稅品，無從騙取佣金而取得折價販售之優惠。再者，徵諸優惠卡之文字僅記載「憑券購買酒類95折」，設計樣式亦均僅涉及酒類而與菸品無關，足證優惠卡絕無涉及菸品廣告。且優惠卡也要求導遊領隊填載代號，並親自簽名方能享有酒類優惠，而在機場免稅店消費須出示護照，導遊領隊實無可能自己消費，同時出示優惠卡還能矇騙櫃檯人員，本件顯無被告所稱之折價銷售情事。又被告稱旅遊從業人員可委託團員代購以便取得佣金之優惠，進而達到折價購買菸品的效果云云，惟系爭活動要點明訂只有團客購買菸品才發放佣金，代購騙取佣金之行為係該旅遊從業人員以不法手段詐取原告利益之犯罪行為，被告不僅對此視而不見，且未提出具體事證，無從證明原告與旅行從業人員有任何通謀事證，逕要求原告為他人不法行為負責，原處分顯係違法不當。

（四）我國因未能完成世界衛生組織菸草控制框架公約（下稱菸草框架公約）第35條所定之存放程序，故並非菸草框架公約之締約國，自與司法院釋字第329號解釋意旨不符，而無法取得我國國內法效力。而我國亦未針對該公約制定施行法，菸害防制法第9條立法理由雖提及參酌菸草框架公

約之意旨，然並非將該公約內國法化，法文本身亦未授權行政機關或法院參照適用該公約，僅係於制定國內法時有參酌國際潮流，要無使該公約透過立法理由取得國內法之效力，故該公約自非我國行政機關作成裁罰處分及法院審判所得援引之法源依據。縱菸草框架公約具有我國國內法效力，然該公約第13條及其實施準則並無直接效力而僅有指導效力，屬於有待立法補充規定之不得自動執行條約，故不得成為裁罰性行政處分之法律依據，本件仍應回歸菸害防制法第9條之規定，作為原告系爭活動要點適法性之判斷依據。再者，原告系爭活動要點支付佣金之對象係帶團導遊領隊而非零售商，與該公約實施準則附錄清單所列舉之禁止樣態顯有不同，自無可能構成該清單所列之菸品廣告。

（五）又按裁罰基準僅以歷年違規次數決定裁罰下限，並非根據受處罰之違規事實情節、符合立法目的所為之合理標準，與司法院釋字第432號解釋意旨不符。況本件裁罰事實與前案迥然不同，且菸害防制法第9條各款所規定之行為樣態殊異甚大，以原告歷次裁罰事件為例，第1次為原告香菸容器印有「菸味芬芳足以媲美舶來品」而遭被告處罰，第2次為原告辦理員工福利活動「尊爵SPACE菸品全員競賽」而遭到被告處罰），第3次即係原告舉辦系爭活動要點之事件，上開3項事件不論從外觀或內容觀之，均非相同事件，所涉及之法條也分屬同法第9條不同各款，原告主觀上的認知也極為不同，被告恣意擴大解釋，逕將違章情節不同的事件視為相同行為，而予以加重處罰，有濫用裁量權之違法。原告自104年9月15日向旅遊公會發函通知系爭活動要點事宜後，旋即遭民眾檢舉，被告即於同年10月

13日發函要求原告陳述意見，原告便立即中止實施，前後實際實施時間未滿1個月，縱有行政法義務之違反，所得利益甚微，應受責難之程度絕難謂重大，然被告於裁罰時對此全未予考量，逕對原告處以罰鍰1500萬元，顯然逾越比例原則等語。並聲明：1.原處分與訴願決定均撤銷。2.被告應返還原告1,500萬元。

四、被告則以：

（一）菸品之製造或輸入業者不得以通知或通告等方式宣傳、不得以折扣方式銷售菸品或以其他物品作為銷售菸品贈品或獎品，違反者，處500萬元以上2,500萬元以下罰鍰，為菸害防制法第1條、第9條第1款、第3款及第26條第1項所明定。又依菸害防制法第9條立法理由略以：「一、依菸草控制框架公約第13條規定意旨，締約國應廣泛禁止菸品廣告、促銷及贊助，如依憲法規定不能廣泛禁止，則應予限制。鑒於菸品之廣告性質雖屬商業活動，仍涉及憲法表見自由之基本權利保障問題，爰參酌前揭公約規定，仍採列舉方式就菸品之廣告、促銷更為嚴格限制，以維護國人健康。二、參考英國及加拿大禁止菸品雜誌廣告之作法，並參酌刑法第201條之1與兒童及少年性交易防制條例第29條法例，於第1項第1款增列各種廣告、促銷方式之禁止規定……。」另同法第2條第4款已就「菸品廣告」用詞定義為：「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。」準此，菸品製造或輸入業者，自得經由本法對於菸品廣告之定義，知悉其所為是否屬於菸品廣告之範疇，進而克盡其不得為菸品宣傳之義務。是菸品製造或輸入業者倘有故意或過失違反前揭禁止義務，即應受處罰（

最高行政法院105年度判字第166號判決參照）。且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（最高行政法院105年度判字第209號判決參照）。

（二）我國於94年3月25日經總統予以批准，以政府名義接受菸草框架公約，並備具加入書，由總統署名鈐蓋國璽，自該日生效，按行為時條約及協定處理原則第11條第1項規定，可確信菸草框架公約應係經立法院審議通過，咨請總統批准加入，且菸害防制法第9條之立法理由明示立法時參酌菸草框架公約之規定，故依通說及學者見解，可認該公約在我國具有法源之地位。

（三）系爭活動要點記載回饋名稱為「……菸酒佣金回饋活動……」，活動對象為「帶團出入境旅行業領隊、導遊與出境送機人員及其團員」，活動內容為「一、領隊或導遊每次帶團出入境，於出境前……逕洽本公司免稅商店專案負責人領取優惠卡後發給團員……。不及領取優惠卡，領隊、導遊可……，帶團員逕至各櫃台購買。旅行業送機人員持領隊證、執業證於出境送機時得比照前述規定辦理。……三、領隊、導遊、出境送機人員佣金為所帶團員購貨金額（酒類為特價後之售價）菸及洋酒3%、自製酒5%。」據此，原告發函同業公會轉知相關旅行社及其所屬領隊、導遊，並藉帶團領隊、導遊向原告免稅商店領取優惠卡後，發給團員使用，使團員得以向原告以優惠價格購買菸酒，且帶團領隊、導遊可獲取所帶團員購貨金額菸及洋酒3%佣金，事證明確。雖該促銷菸品及菸品廣告，非原告直接向團員、旅行社及其所屬帶團領隊、導遊為之，然依菸害防制法第2條第4款規定，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，即屬菸品廣告。

（四）原告設定之活動對象包含帶團領隊、導遊及所帶團員，而該團員乃隨旅行業興榮、國內經濟景氣與國際旅遊環境良窳，而有變動，是該團員係不特定多數之消費者。況原告設計系爭活動要點僅有始日，而無截止日，且因活動期日遞延，人員產生增減，而有不特定之情事，且該不特定人員為取得原告給予菸及洋酒3%佣金，需藉由向團員推銷或促進菸品購買。原告透過系爭活動要點之廣告，由帶團領隊、導遊向原告免稅商店領取優待卷後發給團員使用，使團員得以折扣方式向其購買菸酒。帶團領隊、導遊與原告間之關係，非上、下游業者間之經銷體系，原告給予之佣金，尚非前國民健康局97年10月1日國健教字第0970700703號函釋所稱之經銷體系內成交價之折扣。原告得經由菸害防制法對於菸品廣告之定義，知悉其所為是否屬於菸品廣告之範疇，不論其採直接或間接訴求方式，倘有故意或過失違反前揭禁止義務，即應受處罰。準此，原告系爭活動要點縱非故意，但其應注意能注意未予注意，違反菸害防制法第9條第1款、第3款規定之禁止行為，自應受罰。又原告於該活動要點載明免稅商店電話，未取得回饋活動書面資料之吸菸人士或對於菸品市場之從業人員，可透過電話詢問優惠及及佣金情形，而達到向不特定之消費者推銷或促進菸品使用，亦屬違反菸害防制法第9條第1款、第3款規定之禁止行為。

（五）被告前曾於99年11月9日、103年12月15日，分別裁處原告500萬元及1,000萬元罰鍰在案，惟原告仍未遵守菸害防制法規定，本件係原告第3次違反菸害防制法第9條規定，且無裁罰基準第2點第1項次不予處罰規定之適用，亦無裁罰

基準第2點第2項次至第21項次之情形，被告考量原告應受責難程度、所生影響及其資力，依菸害防制法第26條第1款規定及裁罰基準等規定，裁處最低額度1,500萬元罰鍰，應無違誤，並符合平等原則及比例原則等語，資為抗辯。並聲明：原告之訴駁回。

五、本件如事實概要欄所載之事實，有系爭活動要點（見原處分卷1第1至2頁、本院卷1第60至61頁）、原告104年9月15日函（見原處分卷1第3頁）、國民健康署104年10月5日函（見原處分卷2第1頁）、原處分（見原處分卷1第30至32頁）、訴願決定書（見本院卷1第52至58頁）等影本附卷可稽，洵堪認定。是本件爭點乃在：被告審認原告係第3次違反菸害防制法第9條第1款及第3款規定，乃依同法第26條第1項及統一裁罰基準等規定，以原處分裁處原告1,500萬元罰鍰有無違誤？

六、本院判斷如下：

（一）按為防制菸害，維護國民健康，訂有菸害防制法。依該法第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3條規定：「本法所稱主管機關：在中央為行政院衛生署；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第9條第1款、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。」準此，製造或輸入菸品業者，促銷菸品或為菸品廣告，有以上述第9條各款規定之方式為之者，違反該條規定，而應依同法第26條第1項規定裁罰。

（二）經查，原告於104年9月15日訂定系爭活動要點，其內容為：「壹、活動對象：帶團出入境之旅行業領隊、導遊與出境送機人員及其團員。貳、活動內容：一、領隊或導遊每次帶團出入境，於出境前，請攜帶中華民國觀光領隊協會發給之領隊證，或交通部觀光局或其委託有關團體核發之導遊人員執業證，及團員名單（含團員名字、護照號碼），逕洽本公司免稅商店專案負責人領取優惠卡後發給團員，以憑開立銷售單據。如不及領取優惠卡，領隊、導遊可憑領隊證、執業證及團員名單，帶團員逕至各櫃台購買。旅行業送機人員持領隊證、執業證於出境送機時得比照前述規定辦理。二、櫃台售貨人員憑領隊、導遊、送機人員標號開單送貨，團員購買之酒類享95折優惠折扣（菸類無折扣），惟本公司辦理特定酒類特價優惠活動時，本活動即不予適用。三、領隊、導遊、出境送機人員佣金為所帶團員購貨金額（酒類為特價後之售價）菸及洋酒3%、自製酒5%。四、佣金每月結算乙次，給付方式如下：1、匯入帳戶：領隊、導遊、出境送機人員填列本公司廠商（個人）基本實料並檢附金融機構存摺封面影本交（寄、傳真）免稅商店辦公室審核，佣金每月結算達1,000元以上，即將款項匯入個人指定帳戶中，匯款手續費自應匯款項中扣除。2、現金給付：次月10日後，可於下列地點之營業時間內，憑領隊證、導遊執業證洽領（2年內未洽領者，視

為自願放棄，佣金全數繳庫）：……領隊、導遊、送機人員參加本活動，應於第1次請領佣金時，填交領隊、導遊、送機人員資料登錄表（寄發扣繳憑單之用）。五、本活動要點自104年9月15日起實施，聯絡電話：桃園國際機場免稅商店TEL：……」等語（見原處分卷1第1、2頁）。並以同日函送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略以：「檢送『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』乙份，請惠予協助轉知相關旅行社及其所屬領隊、導遊，請查照。」等語（見同上卷第3頁）。可知原告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，其領隊、導遊或出境送機人員帶團員前往免稅店購買菸酒，團員購買酒類可享95折優惠折扣，購買菸類則無折扣；原告就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，給付予領隊、導遊或出境送機人員作為佣金等情，堪以認定。

（三）次查，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（見原處分卷1第1頁）；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）」（見本院卷1第309頁），均核與菸害防制法第9條第3款規定：「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。」之要件未合。被告雖主張該要點之菸品佣金將促使帶團領隊、導遊積極將團員帶往免稅商店消費、促銷菸品，且領隊、導遊本身亦為消費者，可透過請團員代買之方式，亦可獲得佣金，等同獲得菸品折扣，間接以佣金作為菸品折扣云云。惟依系爭活動要點規定，帶團領隊、導

遊自己購買菸品不得領取佣金，且團員購買折扣之酒類須填具優惠卡，其中要求領隊、導遊填載代號，並親自簽名，此有上開團體優惠卡附卷可憑（見本院卷第309頁）。又免稅商店設置管理辦法第4條規定：「（第1項）機場、港口免稅商店，以對持有護照、旅行證件或外僑居留證之出境、過境及入境旅客銷貨為限。（第2項）免稅商店之市區預售中心及市區免稅商店，以對持有護照、旅行證件或外僑居留證之出境旅客銷貨為限。」第21條第1項、第2項規定：「（第1項）免稅商店銷貨時，應要求購貨人出示護照、旅行證件、登機（船）證或外僑居留證，經核對旅客身分無訛後，始得銷售。（第2項）免稅商店銷貨時，應以電腦列印二聯售貨單詳細登記購貨人護照、旅行證件號碼或外僑居留證統一證號、飛行航次或輪船航次、出售貨物之名稱、廠牌、型號、規格、商品編號、數量、單價、所收貨幣種類、金額及銷售日期後，並經購貨人簽名。但設在國際機場、港口管制區內之免稅商店，銷貨時，其售貨單得免填列購貨人護照、旅行證件號碼或外僑居留證統一證號、飛行航次或輪船航次，及免經購貨人簽名。」另原告訂定之臺灣菸酒公司免稅商品作業管理要點第3條第4項規定：「㈠旅客至櫃台結帳，開單人員應告知旅客出示護照或登機證，並詢問付款方式。㈡將商品過碼機乘數量後按付款鍵，確實輸入搭乘之航班、國籍等資料後按確定鍵，選擇現金或刷卡出單。」可知旅客購買免稅商品，須出示護照或登機證，經原告員工確認年籍資料及搭乘航班後，方得完成結帳程序。綜上，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，經原告確認身分並登記姓名、國籍與航班後，原告才會販售免稅品

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。至於被告所稱帶團領隊、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，被告此部分主張，洵無可採。

（四）就原處分指稱原告違反菸害防制法第9條第1款規定部分：

1.就原告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「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」中之「通知」。參酌前述同法第2條第4款有關菸品廣告之定義：「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。」所載「任何形式」、「直接或間接」之涵蓋範圍極廣，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，合先敘明。

2.按菸害防制法第9條之立法理由載明：「一、依菸草控制框架公約第13條規定意旨，締約國應廣泛禁止菸品廣告、促銷及贊助，如依憲法規定不能廣泛禁止，則應予限制。鑒於菸品之廣告性質雖屬商業活動，仍涉及憲法表見自由之基本權利保障問題，爰參酌前揭公約規定，仍採列舉方式就菸品之廣告、促銷更為嚴格限制，以維護國人健康。二、參考英國及加拿大禁止菸品雜誌廣告之作法，並參酌刑法第201條之1與兒童及少年性交易防制條例第29條法例

，於第1項第1款增列各種廣告、促銷方式之禁止規定。……」揆諸該法第9條規定「促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之……」之文義，菸品並非絕對禁止促銷，依其規範目的，在於禁止利用廣播、電視、網路、報章雜誌等傳播媒體或其他圖文等足以使廣告大量散布之方式，達成宣傳菸品目的之行為（最高行政法院101年度判字第443號判決參照）。可知菸品廣告係指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，而達向不特定多數人宣傳行銷菸品之目的，並產生散布或傳達關於菸品之訊息給一般消費大眾之結果。換言之，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。

3.經查，依系爭活動要點名稱為「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」，該活動要點僅適用於原告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。而原告104年9月15日函發文轉知相關旅行社及其所屬領隊、導遊，其受文者係旅行業相關公會聯合會，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。雖然旅遊業公會將系爭活動要點張貼在其網站上，一般人透過電腦網路可閱覽其內容，然該活動要點「貳、活動內容」之第2點明確記載團員購買酒類有折扣（95折），菸類則無折扣，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。又依前述免稅商店設置管理辦法第4條、第21條之規定，一般消費者僅能在出入國境之際購買免稅商品，平時無法前往原告之免稅商

店消費；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，不會有消費者特地入出國以便進入在免稅店購買菸品；又依據財政部關務署之規定，每位旅客得享有免稅額度之菸品限於捲菸200支或雪茄25支或菸絲1磅，此有旅客常見攜帶物品規定附卷可稽（見本院卷1第62至64頁），旅客亦無法大量購買菸品；更何況系爭活動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原告免稅店購買菸品之意願或行動，揆諸前開規定及說明，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。被告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，尚嫌速斷，委無足採。

4.又查本件系爭活動要點規定團員購買酒類有折扣（95折），菸類則無折扣；而帶團領隊、導遊之佣金為團員購貨金額（酒類為特價後之售價）菸及洋酒3%、自製酒5%。可知團員在原告免稅店購買菸品雖無折扣，然帶團領隊、導遊仍可自團員購買菸品金額，抽取3%之佣金。按所謂佣金是商業活動中勞務報酬之一種，一般而言，是指提供給仲介或代理之報酬。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。又免稅店若不提供佣金，實際上無法期待領隊、導遊主動帶團到店消費。因此給付佣金之意義在於為獎勵其帶來人潮，故給予報酬作為對價，並非針對特定商品之促銷活動。原告主張依市場現況，販售菸酒之機場免稅店非僅原告一家，尚有昇恆昌、Liquor

Tobacco、采盟免稅商店、統一、新東陽等競爭者（見本院卷1第145、146頁），其無從期待領隊、導遊主動帶團至店，為配合觀光業合法之商業習慣，因此規劃系爭活動要點，目的在於提高來客量，並非促銷菸品，尚有所據。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，已達原告所設增加人潮之目的，而原告依其成本考量，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，尚符合前述一般佣金給與規則。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，屬於原告採用之佣金給與方式。又判斷是否構成菸害防制法所稱菸品促銷或廣告，固然不以消費者確有產生購買意願為必要，然其內容須在客觀上，依一般社會通念，需足使不特定消費者產生購買之意願或行動（例如品質較優、價格較便宜，或其他優惠等誘因），已如前述；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之，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。相對於其他商品之消費使用，吸菸者通常具有消費族群特定、品牌使用固定之特性，消費模式通常來自習慣，不會任意開始吸用或變更品牌，而菸品消費者之所以樂意在機場免稅店消費，係可以享受免稅優惠。因此就一般商品

而言，出入國團員因領隊、導遊介紹、推薦，欲前往免稅店購者商品，無非對於商品具有需求性，且有折扣等優惠條件；縱使原無需求，然因廣告推銷之訊息而挑起其購買意願之情形。然而，菸品之消費模式多源自習慣，具有不同於一般商品之特性，已如前述，尚難同等視之。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。被告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。

（五）至於菸害防制法第9條立法理由載明該法係參酌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原告之依據乙節。查菸草框架公約係世界衛生組織於92年5月21日，在日內瓦舉行第56屆世界衛生大會訂定，嗣於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（見本院卷2第29頁）；惟該公約第35條第1項、第37條分別規定：「本公約應由各國批准、接受、核准或加入和各區域經濟一體化組織正式確認或加入。公約應自簽署
截止日之次日起開放供加入。批准、接受、核准、正式確認或加入的文書應交存於保存人。」「聯合國秘書長應為本公約及其修正案和根據第28、29和33條通過的議定書和附件的保存人。」因前開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。此外，菸草框架公約未如「公民與政治權利國際公約」及「經濟社

會文化權國際公約」，透過兩公約施行法完成內國法化。另由菸草框架公約第3條、第13條條文內容，可知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，該公約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，審認原告行為是否違法如前述。至於該公約第13條（菸草廣告、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。況上開實施準則附錄清單所列舉之行為係「向零售商付款或給予其他優惠以鼓勵或引誘他們銷售製品，包括零售商獎勵規劃（例如，獎勵達到一定銷售量的零售商）」（見本院卷1第386、387頁）；所稱零售商係將商品直接銷售給消費者之人，因零售商對於菸品的銷售條件及促銷活動，具有高度掌控權，足以控制消費者購菸之誘因，因此納入規範對象；然帶團導遊、領隊並非直接販售菸品予消費者之人，核與上開準則所指之零售商有間，自難比附援引，以此作為認定原告違法之依據，附此敘明。

（六）綜上所述，本件尚難認原告頒行系爭活動要點，違反菸害防制法第9條第1款、第3款之規定，被告以原處分對原告裁處罰鍰1,500萬元，於法即有未合而應撤銷。又按行政訴訟法第8條規定：「（第1項）人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。（第2項）前項給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，應於依第4條第1項或第3項提起撤銷訴訟時，併為請求。原告未為請求者，審判長應

告以得為請求。」另同法第196條第1項：「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。」經查，原告收受原處分後已繳納1,500萬元罰鍰，此為被告所不爭執（見本院卷1第108頁）。而依前所述，原處分及訴願決定關於裁處罰鍰部分應予撤銷，則原處分自溯及失其效力，被告依該原處分而收受原告所繳納之罰鍰，即無法律上原因，成為公法上之不當得利。原告於提起本件撤銷訴訟時，一併請求被告返還其已繳納之罰鍰1,500萬元，為有理由，應予准許。

七、綜上所述，被告以原處分裁處原告1,500萬元罰鍰，尚有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未洽，原告訴請撤銷，並訴請返還原告1,500萬元部分，為有理由，應予准許。

八、本件判決基礎已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法經本院斟酌後，核與判決不生影響，無一一論述之必要，併予敘明。

九、據上論結，本件原告之訴為有理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　24　　日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法　官　林　玫　君

法　官　梁　哲　瑋

法　官　侯　志　融

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、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241條之1第1項前段）

四、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1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備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、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、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，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、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者。

是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　24　　日

書記官　徐　偉　倫