

臺北市政府 94.12.08. 府訴字第0九四二七九六九七00號訴願決定書

訴 願 人：○○股份有限公司

代 表 人：○○○

訴 願 代 理 人：○○○律師

訴 願 代 理 人：○○○律師

訴 願 代 理 人

兼送達代收人：○○○律師

原 處 分 機 關：臺北市政府衛生局

訴願人因違反菸害防制法事件，不服原處分機關94年2月18日北市衛健字第09430119600號行政處分書，提起訴願，本府依法決定如下：

主 文

訴願駁回。

事 實

緣訴願人於所印製之「中華民國94年農民曆」內，載有包括各類菸品名稱、系列介紹、圖片、價目表、營業單位地址及電話等資訊之宣傳廣告，案經民眾向行政院衛生署國民健康局檢舉，該局乃以93年12月31日國健教字第0930701150號函檢附系爭農民曆移請原處分機關處理。原處分機關乃於94年1月14日訪談受訴願人委託之○○○，並製作談話紀錄表。嗣經原處分機關審認訴願人有為菸品廣告之行為，違反菸害防制法第9條第1項第1款規定，爰依同法第22條第1項規定，以94年2月18日北市衛健字第09430119600號行政處分書，處以訴願人新臺幣10萬元罰鍰。訴願人不服，於94年3月18日向本府提起訴願，6月1日補充訴願理由，7月25日補正訴願程式，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、按菸害防制法第3條第1項規定：「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條規定：「促銷菸品或為菸品廣告，不得以左列方式為之：一、以廣播、電視、電影片、錄影物、報紙、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫或物品為宣傳。...製造、輸入或販賣菸品者以雜誌促銷菸品或為菸品廣告，以每年刊登不超過120則為限，且不得刊登於以未滿18歲之青少年為主要讀者之雜誌。.....」第10條規定：「

於銷售菸品之場所內展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品者，非屬前條之促銷或廣告。」第 22 條第 1 項規定：「違反第 9 條各款規定之一者，處新臺幣 10 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。經 3 次處罰者，並停止其製造、輸入或販賣 6 個月至 1 年。」

臺北市政府 90 年 8 月 23 日府秘二字第 9010798100 號公告：「主旨：公告本府主管衛生業

務委任事項，並自 90 年 9 月 1 日起生效。……公告事項：……六、本府將下列業務委任本府衛生局，以該局名義執行之：……（五）菸害防制法中有關本府權限事項。

……」

二、本件訴願及補充理由略以：

- （一）系爭農民曆所發送對象為現職員工、退休員工、零售商、菸農、常客及各公家機關單位之特定人員，原處分機關僅執民眾之檢舉認定有對外廣告行為，實未審酌訴願人主張領取人係特定對象之事實，亦未就是否有對外流通一事予以職權調查。
- （二）原處分機關未就訴願人之故意過失負積極舉證責任，且怠於附記裁罰理由，違反行政程序法第 36 條及第 43 條規定。
- （三）系爭處分對訴願人如何為菸品廣告之事實、理由、事證等內容未予表明。檢舉民眾如何取得？是否透過公開宣傳方式取得？取得場所為何？是否屬封閉場所而免罰？均未於原處分理由表明；是訴願人對原處分機關所認定之重要事實、理由無所知悉，訴願人亦無從為充分之防禦，違反行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款規定。
- （四）系爭農民曆所發送之對象為前述特定對象，顯見訴願人發送目的僅係作農民曆使用，並非為達招徠銷售為目的，亦非對外以開放性之方式，將系爭農民曆發送予不特定社會大眾，未違反菸害防制法第 9 條第 1 項第 1 款規定。
- （五）系爭農民曆之發送？已構成廣告行為，惟農民曆係以書本方式呈現，封面並無菸品圖樣，難使人察覺內有菸品廣告，其所能達到之促銷及廣告訊息之傳播效率極低，屬於酒管理法第 9 條第 2 項規定及臺北高等行政法院判決所稱之雜誌。原處分機關亦不得依同法第 9 條第 1 項第 1 款規定處罰。
- （六）依菸害防制法第 10 條規定，於銷售菸品之場所內展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品者，非屬前條之促銷或廣告。系爭農民曆由前述之特定發送對象自門市部或酒廠與啤酒廠展售中心取得，及各公家機關單位人員領取，該等場所皆如門市部或酒廠與啤酒廠展售中心或零售商（銷售菸品之場所）具有封閉之性質，就菸品廣告之傳播之可能性而言，與銷售菸品之場所對法律上規範屬同等意義，自應依平等原則予以同一對待。
- （七）原處分機關在作成原處分之行政程序中，並未調查系爭農民曆是否有對外流通，未就

訴願人主張系爭農民曆發送對象限於特定人士，而非不特定之大眾，無涉廣告意圖之重要抗辯事實予以調查，顯然在行政程序中並未就本案重要事實予以調查，即有行政程序之違法。且原處分機關因訴願人發放系爭農民曆對象為前述特定對象，竟認訴願人有對外廣告行為，亦屬對本案事實之誤解。

(八) 訴願人發送系爭農民曆之對象僅限特定人員，均係提供與長期往來之顧客，何來散佈與不特定社會大眾？顯見訴願人發放目的僅作農民曆使用，再觀訴願人發放對象均係與訴願人長期往來之人士，每個顧客亦僅得索取一至數本，何來散佈於不特定社會大眾？足徵因系爭農民曆具有紀念價值，贈與上開特定人士以為紀念，如何有原處分機關所稱之「招徠消費者購買或消費之目的」？

(九) 原處分機關拘泥於行政院新聞局輔導出版事業要點第 2 點第 2 款及第 3 款之「雜誌」定義，主張系爭農民曆為每年 1 次之刊物，故不該當於菸害防制法第 9 條第 2 項規定。

惟前開要點係主管機關管制出版品之規範，與菸害防制法第 9 條第 2 項規定之相對禁止菸品廣告行為意旨不同，不得一概而論，原處分機關實係就菸害防制法第 9 條第 2 項之定義有所誤解。

三、卷查訴願人於所印製之「中華民國 94 年農民曆」內，載有包括各類菸品名稱、系列介紹、圖片、價目表、營業單位地址及電話之宣傳廣告，此有行政院衛生署國民健康局 93 年 12 月 31 日國健教字第 0930701150 號函及所附系爭農民曆、原處分機關 94 年 1 月 14 日訪談

受訴願人委託之○○○之談話紀錄表等影本附卷可稽，原處分自屬有據。

四、至訴願人主張系爭農民曆之發送對象僅限定於特定人士，而非不特定之大眾，目的僅係作農民曆使用，而無對外廣告行為等節。按前揭菸害防制法第 9 條第 1 項第 1 款規定，促銷菸品或為菸品廣告，不得以廣播、電視、電影片、錄影物、報紙、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫或物品為宣傳。而利用傳播媒體刊登商品資訊，以向不特定人或多數人行銷產品，達到招徠消費者購買之目的之行為，即屬廣告行為。經查訴願人印製之農民曆，其內有載明菸品名稱、系列介紹、圖片、價目表、營業單位地址及電話等具備完整消費資訊之圖頁，已具有對不特定之多數人為促銷或廣告之特性及功用；且其分贈對象為該公司現職員工、退休員工、零售商、菸農，並提供員工申購，而公務贈送客戶包括非直接往來客戶之餐廳、PUB、即飲點及檳榔攤等，嗣又增印提供營業所站、門市部及酒廠與啤酒廠展售中心贈用，有卷附訴願人 93 年 12 月 31 日臺菸酒通字第 0930027265 號函、「94 年農民曆各單位數量分配表」

及

「臺灣菸酒公司增印 94 年農民曆各單位數量分配與交送地址表」等影本附卷可稽；足認

訴願人有藉由此方式向不特定之多數人散布或傳達有關於菸品訊息以行銷產品之行為意圖。就外觀而言，即使非以促銷菸品或為菸品廣告為主要目的，然已顯現出印製分送農民曆所附帶之商業利益，自亦屬促銷菸品或為菸品廣告之行為，而該當菸品廣告之構成要件，至臻明確。訴願人就此主張，顯非可採。

五、再查訴願人主張原處分機關未就訴願人之故意過失負積極舉證責任；未就重要事實調查；違反行政程序法第 36 條及第 43 條規定等情。按人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件；但應受行政罰之行為，僅須違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，推定為有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受處罰；司法院釋字第 275 號解釋在案。況訴願人為從事專門製造、銷售菸品之業者，對相關規定及規範意旨，應比常人具有更高程度之預見可能性，其未經查證及注意之能事而為系爭違規行為，縱無故意，亦難謂無過失。而原處分機關依系爭農民曆刊登菸品廣告內容及分送情形並訪談訴願人之受託人○○○後，依相關事證認訴願人確有違反菸害防制法之情形，難謂原處分機關有未盡職權調查之能事，自無訴願人指摘之違反行政程序法第 36 條及第 43 條規定。

六、又查訴願人主張系爭處分未載明處分之事實、理由，違反行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款規定乙節。查系爭處分書事實欄記載：「受處分機構臺灣菸酒股份有限公司因贈閱印製刊載有各類菸品之農民曆，業經行政院衛生署國民健康局於 93 年 12 月 31 日函轉民眾檢舉，復經該公司受託人○○○課長於 94 年 1 月 14 日至本市南區稽查站製作菸害防制調查紀錄在卷，核其違規情事應依後列法條規定處分。」另處分理由及法律依據欄記載：「（一）受處分人核有違反菸害防制法第 9 條第 1 項第 1 款之規定，印製內含有各類菸品圖片、文字及價格介紹之農民曆，以贈閱方式為促銷菸品或為菸品廣告。依同法第 22 條第 1 項之規定處分如主文。……」依上開事實及理由之記載觀之，尚難謂有訴願人所指事實及理由記載不明確情事。訴願所辯，尚難採憑。

七、另查訴願人主張上開農民曆性質上應屬雜誌性質，非屬於菸害防制法第 9 條第 1 項第 1 款規範乙節。按農民曆係一年印製一期，與按期出版之雜誌有別，且菸害防制法所禁止之菸品廣告行為，並非單純禁止其將廣告文字刊登於書面上，更著重在刊登廣告文字書面之訊息傳播行為。故是否該當於菸害防制法第 9 條第 1 項之禁止規範，其認定標準綜合觀察傳播訊息媒介及傳播方法，以認定廣告或行銷行為之實際屬性，而定其應受規制之規範。本案訴願人將系爭廣告刊登於所印製之 94 年農民曆，且與農民曆內其他刊載內容無直接關連，有其獨自之傳播目的，取閱人取閱後就此所認知者亦為系爭獨立之菸品廣告，故客觀上仍違反菸害防制法第 9 條第 1 項第 1 款所稱以單張、說明書等方式促銷菸品或為菸品廣告之禁止規範。是訴願人就此主張，自非可採。

八、末查訴願人主張系爭農民曆所取得之場所具有封閉性質，就菸品廣告之傳播可能性而言

，與銷售菸品之場所對法律規範上屬同等意義，應依平等原則予以同一對待乙節。按於銷售菸品之場所內展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品者，非屬於害防制法第 9 條之促銷或廣告，為同法第 10 條所明定。訴願人將系爭刊載菸品名稱、圖片及價格之農民曆贈送上開對象，並提供訴願人營業據點、門市部及酒廠與啤酒廠展售中心贈用，即非屬在銷售菸品之場所內為展示、標示或說明銷售之菸品者，自無菸害防制法第 10 條規定之適用。訴願人執此為辯，亦不足採。從而，原處分機關依前揭規定，處以訴願人法定最低額新臺幣 10 萬元罰鍰，並無不合，原處分應予維持。

九、綜上論結，本件訴願為無理由，爰依訴願法第 79 條第 1 項之規定，決定如主文。

訴願審議委員會主任委員 張明珠

副主任委員 王曼萍

委員 陳 敏

委員 曾巨威

委員 陳淑芳

委員 林世華

委員 陳石獅

委員 湯德宗

委員 陳媛英

中 華 民 國 94 年 12 月 8 日

市長 馬英九

訴願審議委員會主任委員 張明珠 決行

如對本決定不服者，得於收受本決定書之次日起 2 個月內，向臺北高等行政法院提起行政訴訟，並抄副本送本府。

（臺北高等行政法院地址：臺北市大安區和平東路 3 段 1 巷 1 號）