

訴願人 ○○股份有限公司

代表人 ○○○

送達代收人 ○○○律師

原處分機關 臺北市政府衛生局

右訴願人因違反菸害防制法事件，不服原處分機關九十二年六月十日北市衛七字第0九二三三一四三六〇一號行政處分書，提起訴願，本府依法決定如左：

主 文

原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起六十日內另為處分。

事 實

一、訴願人經民眾於九十一年十月二十五日檢舉其涉嫌委託○○股份有限公司（以下簡稱○○公司）公開於網路上進行菸品試抽、品嚐活動，經原處分機關於九十一年十二月十二日訪談異視公司之代表人○○○，復於九十二年一月三日訪談訴願人委任之代理人○○○，並分別製作菸害防制調查紀錄。案經原處分機關審核認定訴願人違反菸害防制法第九條第三項規定，乃依同法第二十二條第一項規定，以九十二年一月八日北市衛七字第0九二三〇〇一一〇〇〇號行政處分書，處以訴願人新臺幣（以下同）十萬元罰鍰，訴願人不服，第一次向本府提起訴願，經本府以九十二年五月二十一日府訴字第0九二〇三五六八九〇〇號訴願決定：「原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起六十日內另為處分。」

二、嗣原處分機關依本府訴願決定意旨重新核認訴願人違反菸害防制法第九條第一項第一款規定，乃依同法第二十二條第一項規定，以九十二年六月十日北市衛七字第0九二三三一四三六〇一號行政處分書，處以訴願人十萬元罰鍰。訴願人不服，於九十二年七月十日第二次向本府提起訴願，八月二十九日補充訴願理由，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、按訴願法第九十五條前段規定：「訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力。」第九十六條規定：「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重為處分者，應依訴願決定意旨為之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」

菸害防制法第三條第一項規定：「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。」第九條第一項規定：「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。……八、以菸品品牌舉行或贊助品嚐會、演唱會及演講會：……。」第二十二條第一項規定：「違反第九條各款規定之一者，處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰。經三次處罰者，並停止其製造、輸入或販賣六個月至一年。」

臺北市政府九十年八月二十三日府秘二字第九〇一〇七九八一〇〇號公告：「主旨：公告本府主管業務委任事項，並自九十年九月一日起生效。……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) 原處分機關據上開訴願決定，所另為之系爭行政處分，有違反行政程序法第九十六條第一項第二款之程序違法；有違反行政程序法第一百零二條，未通知處分相對人陳述意見之程序瑕疵違法。
- (二) 訴願人無原處分機關所指以廣播、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、圖畫或物品為宣傳促銷菸品或為菸品廣告之「行為」，且原處分機關未能「舉證證明」訴願人有處分書所述之違法行為。訴願人於本案中，固有委託異視公司進行市場調查研究，但並未為促銷菸品或為菸品廣告之行為，且並未委託或同意異視公司在網路上公開徵求香菸產品口味及包裝測試受訪者。
- (三) 行政罰在性質上可分為行政刑罰、行政秩序罰、懲戒罰三種，本件原處分機關以訴願人違反行政法上義務而科以罰鍰，應屬行政秩序罰。又法律上之違法行為，要指行為人本其意思活動，而實現不法構成要件之行為，即須行為人具備不法構成要件上主觀要素與客觀要素之行為，而違法行為該當與責任條件（故意、過失）係屬兩事，又犯罪之成立必需具備一定之要件，無論其為刑事犯或行政犯，皆無不同。訴願人並未委託異視公司以訴願人名義，以菸害防制法第九條第一項第一款之方式促銷訴願人菸品或為訴願人之菸品廣告，訴願人非原處分機關所指違反菸害防制法第九條第一項第一款之行為人。又異視公司並未該當菸害防制法第九條第一項第一款禁止作為義務之構成要件。

三、卷查本件前經本府以九十二年五月二十一日府訴字第〇九二〇三五六八九〇〇號訴願決定：「原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起六十日內另為處分。」其撤銷理由載明：「……四、按菸害防制法第九條第三項規定，菸品製造、輸入或販賣業者，得以其公司名義贊助或舉辦各項活動，但不得在活動場所為菸品之品嚐、銷售或進行促銷活動。是該法條之構成要件應為菸品業者以其公司名義贊助或舉辦活動，並於活動場所為菸品之品嚐、銷售或促銷之行為，始足當之。惟查卷附訴願人與異視公司訂立『

第二次香菸產品口味測試』市場調查研究工作合約書第一條約定：『工作內容：甲方委託乙方了解消費者對本公司香菸產品口味在市場上的接受度，以便建立未來產品定位的參考。』第三條約定：『市調及研究費用：總價款計新臺幣七五〇、三五〇元（含稅）』，依系爭合約書以觀，其目的在於為訴願人『實施產品市場調查及行銷研究』，要非訴願人所贊助或舉辦之菸品促銷活動；又異視公司香菸產品口味測試計劃提案其調查方式為採一對一深入訪談方式進行，以探討消費者的心理思考與消費行為；另異視公司於網路上登載之內容為：徵求『職位：香菸產品口味暨包裝測試受訪者……車馬費：五〇〇元，……徵求：……主抽 SALAM (SALEM) 及 MILD SEVEN LIGHT 等各大品牌香菸之消費者為受訪對象……』，亦未出現訴願人之公司名稱或產品品牌，則本件異視公司於網頁刊登徵才之事實，是否等同於訴願人贊助或舉辦公開活動，並在活動場合進行菸品之試抽、品嚐，本件訴願人所進行之市場調查研究工作，是否為一般社會通念所稱之『於活動場所提供菸品供人品嚐、銷售或進行促銷活動』？而該當菸害防制法第九條第三項禁止作為義務之構成要件？又菸害防制法第二十二條第一項規定，所謂『違反第九條各款規定之一者』，是否包括『違反第九條第三項規定』之情形？綜上說明，本件既仍有上述疑義尚待究明，從而，應將原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之日起六十日內另為處分。」

四、本件原處分機關依本府訴願決定意旨重新核認訴願人違反菸害防制法第九條第一項第一款規定，乃依同法第二十二條第一項規定，以九十二年六月十日北市衛七字第〇九二三三一四三六〇一號行政處分書，處以訴願人十萬元罰鍰。其重為處分之理由，仍憑訴願人有委託異視公司公開於網路上進行菸品試抽、品嚐活動，並於九十一年十二月十二日訪談異視公司之代表人〇〇〇，復於九十二年一月三日訪談訴願人之代理人〇〇〇，並取得訴願人與異視公司之「第二次香菸產品口味測試」市場調查研究工作合約書、異視公司香菸產品口味測試計劃提案及求才資訊影本等證據。

五、惟查訴願人與異視公司訂立「第二次香菸產品口味測試」市場調查研究工作合約書，其目的在於為訴願人「實施產品市場調查及行銷研究」，要非訴願人所贊助或舉辦之菸品促銷活動；又〇〇公司香菸產品口味測試計劃提案，其調查方式為採一對一深入訪談方式進行，以探討消費者的心理思考與消費行為；另〇〇公司於網路上登載之內容為：徵求「職位：香菸產品口味暨包裝測試受訪者：車馬費：五〇〇元，……徵求……主抽 SALEM 及 MILD SEVEN LIGHT 等各大品牌香菸之消費者為受訪對象……」，亦未出現訴願人之公司名稱或產品品牌。上述事實，業經本府前次訴願決定所審認在案。本件原處分機關係以訴願人委託異視公司公開進行菸品之試抽、品嚐活動，認其利用網路促銷菸品或為菸品廣告為處分之理由，然訴願人與異視公司之合約內容，並無為訴願人促銷菸品或刊載菸品廣告之約定；又異視公司於網路上所刊載之訊息內容亦無出現訴願人

之菸品品牌或公司名稱。是本件訴願人是否有直接或間接委託異視公司於網路上為促銷菸品或為菸品廣告之行為，而該當於菸害防制法第九條第一項第一款規定禁止作為義務之要件仍有疑義，原處分機關遽予維持原處分，自難謂已依本府前次訴願決定撤銷意旨重為處分，與前揭訴願法第九十五條前段及第九十六條之規定不符。從而，應將原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起六十日內另為處分。

六、綜上論結，本件訴願為有理由，爰依訴願法第八十一條之規定，決定如主文。

訴願審議委員會主任委員 張明珠

委員 陳 敏

委員 薛明玲

委員 曾巨威

委員 曾忠己

委員 劉靜嫻

委員 陳淑芳

委員 林世華

中 華 民 國 九十二 年 十二 月 二十六 日市長 馬英九

訴願審議委員會主任委員 張明珠 決行