

## 第四章 現行菸品廣告規範面臨問題之研析

### 第一節 菸品廣告規避法律之問題

#### 第一項 菸品間接廣告之問題

#### 第二項 菸品廣告透過節目包裝之問題

#### 第三項 小結

### 第二節 開放菸品雜誌廣告引發之問題

#### 第一項 立法源由

#### 第二項 廣告方式重疊之爭議問題

#### 第三項 限縮菸品雜誌廣告開放之問題

#### 第四項 小結

### 第三節 法條適用之問題

#### 第一項 第十條立法源由

#### 第二項 第九條與第十條之適用問題

#### 第三項 小結

### 第四節 菸品廣告規範之在地思考

## 第四章 現行菸品廣告規範面臨問題之研析

經由第二章我國現行菸品廣告規範制度的探討可瞭解，目前我國並無單一「廣告法」規範廣告相關事宜，主要規範方式散見於諸法中。查當年「菸品廣告」規範的主要法源「菸害防制法第九條」條文立法目的與理由可以理解，我國對於菸品廣告規範的政策方向是「禁止所有菸品廣告」。而菸害防制法(該條文)自1997年9月19日施行近三年後，中央主管機關發現有若干缺失，於2000年6月20日提案修正第九條部份內容，並重申我國嚴格限制菸品廣告政策的理由：「基於維護人類健康，世界貿易組織於國際間積極推動各項反菸活動，各國亦紛紛訂定嚴格的菸害防制法規」<sup>1</sup>。其中對於菸品廣告規範的修正說明主要為：「依本法實施經驗，若干菸商為規避本法限制，有假借延伸性商品為菸品促銷廣告之情形，宜予制止...」<sup>2</sup>，顯示該規定已面臨諸多已發生或未發生的問題，應有重新

<sup>1</sup> 此處論述參見立法院第四屆第六會期第十一次會議議案關係文書，行政院函請審議「菸害防制法修正草案」案審查報告，院總第一四六二號，民國九十年十二月二十二日印發。

<sup>2</sup> 同前揭註，第201頁。惟該修正版本於民國九十一年一月十六日行政院衛生署將一讀通過菸害防制法版本送交立法院朝野黨團協商，所得結論為：「與菸品名稱相同之延伸性商品之宣傳」（刪除「菸商或」三字）納入菸害防制法第九條第一項第九款的條文中。然而，此協商結果並未在立法院最後會期通過二、三讀。故國會改選後（民國九十一年），目前該修正條文必須重新來

檢討的必要。

另一方面，從過去發生的案例分析，現行規範菸品廣告的法律條文本身具有諸多漏洞，乃至許多推陳出新的違規廣告手法均不足以對，例如廣告主（菸商、代理商或販售商等）利用菸品間接廣告的方式規避強行法的限制；或者利用所謂的法律「灰色地帶」，以節目或新聞的形式行廣告之實等，在在突顯現行規定的不完整。因此，本章將從現行條文對於菸品廣告規範所發生的爭議出發，並將問題類型化以釐清癥結所在；透過此種全面檢視條文規定的妥適性後，進一步提出研究見解與解決之道。

## 第一節 菸品廣告規避法律之問題

由於現行菸害防制法對菸品直接廣告乃採取「原則禁止、例外開放」的規定，因此，「禁止規定」最直接的挑戰就是廣告主利用「規避法律」手法的廣告案例。既稱「規避」，顯示法律上「非黑即白」的判定常具有爭議性；加上廣告透過媒體播送的複雜本質，均使菸害防制法第九條規範廣告的認定與適用上增加諸多困難度。其中「菸品間接廣告」及「節目廣告化、廣告節目化」的問題，正是遊走於強行法規定邊緣的兩大重要議題，故本節以此為主題加以闡述。

### 第一項 菸品間接廣告之問題

#### 一、菸品「間接廣告」之構成

本論文在第二章第一節第三項曾提及有關「間接廣告」的概念，由於間接廣告的形成相當特殊，所以目前國際上發生與間接廣告有關的案例只有「菸品」間接廣告的類型。雖然有關菸品間接廣告的規範在九十年代以後才有具體內容，但是以我國當時立法背景已較國際社會起步晚，卻完全沒有討論此項議題，顯示制定法律當時並無充分掌握應有資訊<sup>3</sup>。

我國既然缺乏此項立法，表示在我國「菸品」若透過「間接廣告」的方式呈

---

過，即再重新送交行政院審核或透過立法院朝野黨團再行協商為之。

<sup>3</sup> 或許依照當時我國根本還沒有任何規範菸品廣告的法源依據，故重點在於盡速立法通過該項法案。惟翻閱所有當時立法公報，對於菸品間接廣告的問題根本無人提及，顯示並非「不為」（至少應有討論紀錄），而是「不知」。

現即屬合法範疇。故以我國現階段來說，倘若某一菸品間接廣告在菸害防制法第九條第一項禁止的媒體出現，就法律「明確性原則」看來，取締上應是「於法無據」。此種運用類似我國民法學說上「脫法行為」<sup>4</sup>的「間接廣告」，其目的乃為達到規避強行法的規定，以間接達到廣告效果。

由於「依法無據」，現階段我國主管機關對於此類廣告若欲發動行政處分的話，除認定上有困難度外，舉證上更是須要耗費許多時間與人力物力。因此要認定某菸品廣告為規避法律的「間接廣告」時，則必須有相當的證據指向違法事實，否則即有可能侵犯人民廣告權或違反行政法基本原則，是以，主管機關處理此類廣告自然須要面臨相當挑戰。按現行法規定的狀況看來，要判定某菸品廣告是否故意運用「間接廣告」而達到違法之實，必須同時克服「法理」與「事實」的爭議，否則難以成立。

首先，法律本質的取徑不同：此處所稱「間接廣告」的違法性問題，傳統法學中並無相關論著探討，類似的概念「脫法行為」乃源自私法法理，與目前我國規範廣告法規（由目的事業主管機關依法行政）屬於公法（行政法）範疇的法律本質有諸多根本差異。蓋大陸法系國家傳統上將法律區分為公法與私法，固然公法與私法間之區別並非不可動搖（如國外不乏學者否定公私法的區別）<sup>5</sup>，但就我國大陸法系國家法制的架構，建立於公法與私法二元的基礎上，此區別或有維持的必要。故借用私法法理作為管制依據應有其嚴格的界線。在私法的領域中，法理的解釋應盡量擴張甚至類推適用，以解決複雜的民事關係；行政管制則唯恐行政機關濫權，基於法律保留原則，應盡量限制行政機關權限的解釋，使其避免造成對人民權利侵害的可能性<sup>6</sup>。因此，此處探討「間接廣告」的違法性問題時，最後仍須回到「行政管制」為要項，故援用私法法理作為行政管制的依據，恐生爭議。此係行政機關基於行政法「法律保留原則」與「依法行政原則」，自不應透過類推適用私法規定或原則而擴張其法定權限（林錫堯，1998）。故行政機關欲發動行政行為，除須符合法律保留原則外，尚須考慮是否符合其必要性與目的性，對於私法法理借用行政管制的範疇，則必須嚴格限制<sup>7</sup>。

<sup>4</sup> 所謂「脫法行為」，就羅馬法法諺相關之陳述為：「從事法律所禁止者，係違反法律；雖不違反法律之文字，但迂迴法律趣旨者，乃脫法行為」。簡單來說，就是以迂迴手段的行為，規避強行規定。或有稱為「鑽法律漏洞」，就是以形式上之合法手段達成實質上的違法目的。關於脫法行為之定義，可參見坊間各「民法總則」教科書；另有關脫法行為理論之探討，可參閱王澤鑑著「民法實例研習：民法總則」一書，頁 262-266 則有詳細之探討。

<sup>5</sup> 對於公法與私法應否區別之論證，可參閱吳庚（2001），「行政法之理論與實用」，頁 27-34 有詳細之論述。

<sup>6</sup> 相關論述可參見坊間「行政法」相關書籍均有是項議題之探討。

<sup>7</sup> 此處應說明者為，行政機關對於涉及規避法律規定之行為，亦非意謂全然不可管：大法官釋字第 443 號解釋理由書中，對於所謂「層級化之法律保留」體系有相當著墨，如人民之身體自由

其次，事實舉證上的困難：法諺有云，「舉證責任由原告負擔」<sup>8</sup>；又說，「舉證之所在，敗訴之所在」。雖然其原意指的是民事訴訟法原被告訴訟上攻擊、防禦的關係，但也可知道其意有所指任何案件要舉證犯法事實有其困難度，如再加上這裡所探討掛羊頭賣狗肉的「間接廣告」的情形，要清楚指出違法事實，恐怕難上加難。

故以現行菸害防制法第九條規定看來，認定「某菸品運用間接廣告係屬違法」的成立要件，第一除必須證明當事人（被告）為惡意外；第二更須透過客觀的舉證，證明該行為明顯違背強行法的規定或精神。當然，無可置否的是，既然某廣告以這種「間接廣告」的方式規避法律，表示該法律可能有漏洞。而造成法律有「漏洞」固然可能肇因於法條當時立法過程不完備，另一個原因亦可能是時空環境的改變所造成。因此，如何填補此漏洞應該是處理「間接廣告」的最後步驟。如前所述，菸品本身是相當特殊的商品，既然可以合法銷售，卻必須遭受許多限制，總令菸品廣告主多有怨言。所以，自菸害防制法施行以來，菸品「間接廣告」的運用也就不難理解。

## 二、菸品「間接廣告」之實例

過去我國曾經發生過菸品「間接廣告」的實例，最明顯且因此而被處罰的案例就是臺北市衛生局於 2002 年 7 月 16 日對麥德薛文國際有限公司行政處分（北市衛七字第 九一四二八四八六 號）一案。

該案係麥德薛文國際有限公司自 1997 年菸害防制法施行以來，一直以七星手錶（Mild Seven Times）在電視上大打廣告，後經相關學術論文發表<sup>9</sup>，加上新聞報導披露<sup>10</sup>，中央主管機關 行政院衛生署在 2002 年 2 月間陸續召開數次相關

---

即屬於「絕對法律保留」；而「相對法律保留」乃指人民其它自由權利。若某些情形僅屬於執行法律之細節性或技術性事項，縱對人民權利造成不便，或輕微影響，仍得以授權命令或職權命令為之。是以，廣告案例主管機關 行政院衛生署基於依法行政原則與法律保留原則固然不得隨意發動強制之行政行為（如取締、課以行政罰），惟若該案係屬相對法律保留之自由權利（廣告自由權），又經事實認定足茲證明已違強行法之規定，則行政機關仍得依其授權或職權命令予以取締。

<sup>8</sup> 法諺之解釋，可參閱鄭玉波（1988），《法諺（二）》，頁 201-202。

<sup>9</sup> 關於此廣告案例之發生過程，請參見林承宇（2002b）該文亦指出另一相同案例 Davidoff Coffee 電視廣告，由於 Davidoff Coffee 電視廣告自 2002 年 1 月起接受中央主管機關之行政指導，停止播放該廣告，而無受罰。

<sup>10</sup> 此案例分析由作者林承宇於 2001 年 3 月 21 日完成後，同年 7 月 3 日發表於中華傳播學會 2001 年香港年會。其間即引起主管機關與媒體之注意：財團法人董氏基金會與立法委員余政道、蔡煌瑯曾引用該研究部分論述召開「品牌廣告，菸知非福」記者會（2001.4.17）；民視新聞再度報導該議題（2001.5.24）；民視異言堂節目第 187 集亦就是項議題作深入探討（2001.9.24）等。

會議後<sup>11</sup>，同年 3 月 19 日對該電視廣告作出「行政指導」，發函新聞局「協調各傳播媒體即日起停止播放該電視廣告」(衛署國健字第 九一三四八五號函)。同年 3 月 27 日新聞局旋即發函各衛星暨境外衛星廣播電視事業、各有線廣播電視系統業者以及各無線電視台等，內容為：「查 Mild Seven Times 電視廣告，業經行政院衛生署認定違反菸害防制法第九條第一項之規定，請於文到後立即停止播放該則廣告，以免受罰，請查照辦理。」(新廣四字第 九一六一二九號函)。

因此，自 2002 年 4 月 1 日起，國內各電視頻道紛紛停播 Mild Seven Times 電視廣告。而廣告主麥德薛文國際有限公司亦以「申復『Mild Seven Times』電視廣告停播一案」向新聞局提出申復(新廣四字第 九一六七七七號函)，並於同年 5 月 1 日起協調各媒體復播該電視廣告，同時向行政院提出「行政指導」的訴願案<sup>12</sup>。該電視廣告復播後，目的事業主管機關臺北市衛生局(廣告主事業登記所在地)依職權展開事實調查，並參照學術報告觀點(林承宇，2002)<sup>13</sup>，與法律、傳播學者的意見，以「事實認定」該廣告為一菸品廣告，並於 2002 年 7 月 16 日對麥德薛文國際有限公司予以行政處分(北市衛七字第 九一四二八四八六號)，受處罰廣告商未提出訴願，全案因而確定。本案為我國第一個，也是目前唯一的一個處罰「間接廣告」規避強行法的案例。

然而，本論文以為本案被處罰對象之所以未再繼續訴願，並非害怕敗訴(從其對新聞局提的「申復」即可得知)，主要係行政院衛生署透過職權向國稅局等相關單位調閱被處分對象有關廣告的「稅務」資料，被處分對象或許另有考量而選擇接受處分。如此表面上此一問題透過「事實認定」已獲解決，惟事實上依現有條文規定所為的處罰，仍值得商榷。

---

<sup>11</sup> 行政院衛生署國民健康局針對此案曾邀請法律、傳播學者召開數次會議研商，就該廣告之廣告金額、手錶銷售量及廣告內容綜合判斷，認有違反菸害防制法第九條第一項規定之虞，以行政指導方式要求媒體予以停播該廣告。

<sup>12</sup> 有關行政院衛生署發函新聞局之「行政指導」一案，廣告主麥德薛文國際有限公司原本認定此係「行政處分」，並於民國九十一年三月二十七日向行政院提起訴願。後卻又於民國九十一年八月六日自請撤回訴願案，並奉准撤回。其撤回理由係爰引原處分機關答辯主張：...該號函並非以訴願人為相對人，故形式上，該號函並未對於訴願人為行政處分；實質上，亦未對訴願人直接發生任何法律效果。...縱上，訴願人爰依訴願法第六十條之規定，撤回訴願(見院臺訴字第 0910041472 A 號函)。

<sup>13</sup> 該學術報告指出 MILD SEVEN TIMES 電視廣告廣告正是為規避菸害防制法而作之廣告理由為：一、廣告金額與手錶進口量不成比例；二、廣告形塑的形象與意境有誤導觀眾之故意；三、民意調查結果多數民眾認為該廣告為菸品廣告；四、廣告效果促成菸品銷售量大幅提升等證據，均指向該廣告為一典型規避法律而作之「間接廣告」。

## 第二項 菸品廣告透過節目包裝之問題

### 一、菸品「節目廣告化」之構成

在論及「節目廣告化」或「廣告節目化」時，首先必須對「廣告」及「節目」作一區別。本論文第二章第一節對廣告的意涵已有詳細描述，若按廣播電視法、有線廣播電視法等二法區別「廣告」與「節目」定義的用辭釋義為：廣告，係指傳播的內容為推廣宣傳商品、觀念、服務或形象者；節目，則指所傳播的內容不涉及廣告者<sup>14</sup>。

從條文的釋義看來，大致可解釋為廣播電視播放的內容若不涉及廣告，就是節目。這樣的區分，固然為一依據，但顯然無法精確劃分兩者界線，當然此與廣告或節目本身播送內容的複雜性有關。正因為如此，節目廣告化、廣告節目化的認定則更加困難。過去主管機關 新聞局曾依據廣播電視法第三十三條第一項<sup>15</sup>對無線三台節目廣告化的許多個案處以罰鍰，而認定是否為節目廣告化的方式，乃由主管機關按照廣電法的規定，就整體節目表現，「嚴格、公平」地處理每個個案（洪瓊娟，1993）。易言之，決定節目是否已達「廣告化」標準，由主管機關認定，其裁量標準均以廣播電視節目或廣告製作規範中的一般原則作為懲處標準。

隨著時間推進，行政程序法自 2001 年 1 月 1 日起施行，新聞局自此將透過行政程序法推動小組的作業，包含與節目、有線電視、無線電視相關的廣告製作命令規範均隨之廢除，有關業者此項懲處均回歸至法律層面，以母法廣播電視法第三十三條、有線廣播電視法第四十二條、衛星廣播電視法第十九條為判準。基此，目前新聞局處理節目廣告化或廣告節目化的依據，則是透過修正廣電三法為法律授權後，訂定「節目廣告化或廣告節目化之認定原則」<sup>16</sup>以解決此一問題。亦即，經由此原則針對個案認定，便可判定是否構成節目廣告化或廣告節目化。

<sup>14</sup> 另外，民國九十二年五月二十八日行政院版審議通過的「廣播電視法、有線廣播電視法、衛星廣播電視法合併修正草案」，即新版「廣播電視法」將節目定義為「節目：指平臺服務業、頻道經營業播送、提供有主題與系統之聲音、影像，及其相關之文字，且內容不涉及廣告者。」；而廣告指的是「廣告：指平臺服務業、頻道經營業播送、提供內容為推廣商品、觀念、服務或形象之聲音、影像及其相關之文字者。」（新版「廣播電視法」修正草案第二條，2003.5.28）。

<sup>15</sup> 廣播電視法第三十三條第一項有關節目廣告化的認定實益為：「電台所播送之廣告，應與節目明顯分開...」。同時，若違反此項規定，則可依同法第四十二、四十三條處以罰鍰。

<sup>16</sup> 關於此製播原則制定內容之過程，可參閱新聞局委託研究案，陳清河（2001），《避免廣告化節目與節目廣告化處理原則之研究》，頁 34-38。其中共有 22 點製播原則，經公聽會討論後而有增修，現已明文訂定「節目廣告化或廣告節目化之認定原則」共十六項，參見（90）正廣四字第七二九八號文，行政院新聞局公報第 5 卷 6 期，頁 2-3。

惟新聞局僅處理「節目」與「廣告」是否明顯區分，並未處理認定某傳播行為應屬於節目或廣告的界限。

回到本文主題，菸品是否有節目廣告化或廣告節目化的問題？就上述整理，本論文將「節目廣告化」解釋為：某節目雖是節目（本質為節目），其背後隱藏目的卻是為推廣宣傳某商品、觀念或服務者；「廣告節目化」係指：某廣告雖是廣告（本質為廣告），其推廣宣傳某商品、觀念或服務卻是以節目的方式呈現。這兩種傳播方式的實質不同，其精神卻是一致，均以混淆閱聽眾為動機，透過「節目」的包裝，取得消費大眾的信賴感。至於業者為何希望透過此方法為之，主要係考量購物頻道的廣告效果欠佳，較不易取得消費者信任，故將廣告安排於節目中強力促銷，導致節目與廣告混淆，以達到產品的銷售目的（陳清河，2001）。

因此，按現行菸害防制法第九條禁止所有廣播電視菸品廣告看來，若有任何菸品「廣告節目化」的情形，均可直接處罰。比較有問題的是「節目廣告化」的部分，此種傳播方式與上述規避法律的「間接廣告」類似，也是遊走於法律邊緣的類型。如在某節目中時而出現介紹某品牌菸品的特性或內容，除得依傳播相關的法規（如廣播電視法、有線廣播電視法）判定是否已違節目廣告化之外（處罰對象為媒體），仍可依菸害防制法第九條第一項第一款判定行為人是否已為菸品促銷或廣告。應注意者，若確定該傳播行為業已違反菸害防制法第九條第一項第一款的規定，按同法第二十二條第二項的罰責，處罰對象亦包含廣告業者或傳播媒體。目前實務上的作法，若事實涉及菸品廣告或促銷內容的節目廣告化認定時，則由菸害防制法的主管機關負責，新聞局則不再就此部分予以介入。

然而，判定菸品節目廣告化的內容是否違反菸害防制法第九條規定時，仍會回到如舉證菸品「間接廣告」違法事實的難處，除必須證明當事人為惡意，更要指出其內容與該菸品促銷或廣告有直接關聯的證明，對實際執法的主管機關而言所須耗費的人力物力非常大。故此部份，若未能透過機關間的合作或施行配套措施，即有可能造成菸品廣告偷渡的結果。

## 二、菸品「節目廣告化」之實例

發生在 1999 年 10 月 19 日「英商英美菸草商務股份有限公司台灣分公司」公共事務部總監（以下簡稱英美菸草公司）上「台北之音」廣播電台「台北 ET」節目（以下簡稱台北之音）所談論內容，正是菸品節目廣告化一典型案例。該案由臺北市衛生局於 1999 年 10 月 26 日處份後（北市衛七字第八八二五五六九九號），被處分人一路訴願、再訴願到高等行政法院均為敗訴，然而到最高行

政法院，卻獲「原判決廢棄，發回臺北高等行政法院」之判決<sup>17</sup>。最高行政法院對此判決說明有二：「(一) 原判決處罰不知情且無行為之上訴人(英美菸草公司負責人)，對上訴人如何參與菸品促銷及廣告之違章行為，無論及證明上訴人違章行為之積極證據，原審尚嫌速斷；(二) 原判決未能傳訊台北之音本件主持人或相關之人，予以訊明關係上訴人(英美菸草公共事務部總監關 莉)參與本件電台訪談行為是否出於促銷及廣告其經銷菸品之真意，系爭事實未有究明等，爰將原判決廢棄，發回原法院另行查明事實後，重為適法之判決」。

臺北高等行政法院當時為原告(英美菸草公司)敗訴的理由，就事實部分有四：「(一) 關 莉在訪談中詳細介紹英美菸草在臺灣出品的菸品品牌特點、價位，極度標榜該公司菸品之高貴性及稀有性<sup>18</sup>；(二) 關 莉為該公司之公共事務總監為原告自認，節目中並多次聲稱「我們」、「我們推出」、「我們公司」，其身分對外聯繫、宣傳及公關工作，代表公司乃社會常態；(三) 當日主題雖為「菸草的歷史」，但關 莉並未提及其他公司菸品；(四) 菸害防制法第九條第一項所指菸品廣告，並不以委播廣告行為人付費為必要，僅需藉由傳播媒體散布或傳達訊息於多數人或不特定人，藉以達到宣傳或促銷目的即足」。

就本文探討的焦點來看，前文已有提及，某節目是否已違反菸害防制法第九條第一項之規定，除必須證明當事人為惡意外，舉證該內容係為促銷菸品或為菸品廣告亦為要件，從本案的審理內容可瞭解最高行政法院與臺北高等行政法院在事實認定的標準上，已有相當出入。臺北高等行政法院認定被處分人業已符合該構成要件，故不須再訊明；最高行政法院顯然以為，當事者的「真意」亦應再察明。

如此，若當事人有意將菸品廣告透過節目形式播出，要指出該節目所播出的內容就是「廣告」困難度相當高，也難怪新聞局對於節目廣告化與廣告節目化的問題，總是希望透過「自律」的方式降低此一現象。然而，節目廣告化的問題固

<sup>17</sup> 見最高行政法院九十一年度判字第一九三二號，民國九十一年十月二十八日。

<sup>18</sup> 有關於此內容詳見臺北高等行政法院八十九年訴字第一九七二號判決，民國九十年八月三十日。此處所指關 莉在台北 ET 節目所說內容，節錄如下：「一般來說 British American 有七種不同品牌，都屬於國際級品牌，並不在臺灣製造，目前銷售最好的是 555」；「每次出國都有朋友要我幫他帶一條 555」(主持人說)；「555 給人的感覺是表較首長的氣派，感覺上是年紀較大的人抽的，比較有威嚴的品牌」；「因為有 555 這樣的感覺，所以我們公司推出新的菸叫 555Equinox，在中文翻譯就叫春分或秋分，一年當中日夜等長的時候，象徵最和諧的時候，一年之中只有兩天這樣，可見我們出這種菸的稀少性」；「所以我們要保持我們的地位，對一般人來說這是非常而貴的，價位大致是一般菸的九到十倍」；「它有何不一樣？賣得好嗎？」(主持人問)；「賣得非常好，因為它限量」；「我們還有其他牌子 Cartier、Dunhill 喜登路屬於比較淡的菸，白領人抽的比較多；另外 Silk Gut、Finesse 天堂鳥、Craven A 黑貓都是走高價位路線，訴求金字塔最高階層的人；還有一個 Kent 肯特是我們在美國主要生產的品牌」等等。



然有新聞局可形式把關規範媒體，但若涉及其他法律規定者，仍會回歸該目的事業主管機關為最後裁定。故本案的爭議當然與長久以來廣告與節目內容區別上的困難度有關，加上業者是否有意規避法律相關規定，均是造成此種結果的原因。是以，臺北高等行政法院與最高行政法院對於本案的見解不一，也就可以理解。

### 第三項 小結

本節所探討的規避法律問題中，有關菸品間接廣告的部分，現階段我國對於此類「非菸品」規避法律的廣告，所採行的處理方式係透過現有法律明文，以事實認定方式為之。如同 Mild Seven Times 案例，最後固然被事業目的主管機關裁定違反菸害防制法第九條第一項規定，然而從該廣告事實認定到處罰的過程相當繁瑣，舉證上更耗費許多人力物力，同時更要克服法理上的爭議，顯示規避法律的「間接廣告」問題應予以正視，如此主管機關方可增加其行政效率及避免事實認定上等爭議。

回到事實爭議的原點，此類規避法律的「間接廣告」本質上雖是違法，形式上卻合於規定，這也是為何此類廣告從我國菸害防制法 1997 年施行以來早已存在，而到 2002 年才有處罰案例。當然，主管機關對此亦面臨執法上的進退兩難，所以此類廣告才會存在這麼久<sup>19</sup>。

本文第二章第一節曾對間接廣告有相當著墨，因此本論文以為要解決這種「鑽法律漏洞」的最根本方法，應將法條規定修得更完善，以杜絕此類規避廣告出現，也才合乎本法立法精神。至於應如何修正內容，則為另一嚴峻議題，詳見第六章內容。

另一項規避法律的菸品「節目廣告化」的問題，不管是事實舉證或法條適用均有其爭議，顯示規避法律的案件在處理上確有相當的複雜性。以所舉的案例來說，主管機關臺北市衛生局在本案中，曾依據菸害防制法第二十二條同時處罰英美菸草公司、台北之音廣播電台，台北之音於處罰後，不但未提訴願，處罰前的筆錄內容亦時見道歉、以後不會再犯等語<sup>20</sup>。然而，最高行政法院依舊認為原判

<sup>19</sup> 本人曾列席旁聽行政院衛生署國民健康局於民國九十一年二月間針對是否處罰 MILD SEVEN TIMES 電視廣告所召開的幾次相關會議。其中與會的官員曾表示，幾年來明明知道這個廣告有問題，卻不知該怎麼罰；甚至有官員表示，每看到電視廣告播出一次，就像打了衛生署一巴掌一樣...，但是行政機關「依法行政」的原則，處罰此案亦應謹慎為之...云云，足見其執法難處。

<sup>20</sup> 處罰台北之音廣播股份有限公司之筆錄內容可見北市衛七字第八八二五五六七三 號處分書及其附件。

決沒有詳查關係上訴人參與本件電台訪談行為是否出於促銷及廣告其經銷菸品的真意。再者，以菸草公司「公共事務總監」的職務在電台所講述內容（見前註202）有相當多時間在介紹本身菸草公司出品的菸品品牌內容，如此，仍屬無法證明「菸草公司違章行為之積極證據」，顯示菸商若有意透過「節目廣告化」的方式達到規避法律的結果，現行法律在此部分似乎使不上力（更重的說，菸商大可利用投資「節目」的方式，大肆宣傳某品牌菸品），則第九條限制菸品廣告與促銷的精神恐怕有所變質。

一樣回到事實爭議的原點，如同菸品規避法律的「間接廣告」，菸品「節目廣告化」的本質上雖屬違法，形式上以「節目」的方式呈現卻合於規定，這也是處理菸品規避法律廣告事實認定上最具爭議的部分。與間接廣告不同的是，節目廣告化或廣告節目化的問題是「媒體」規範的問題，不若間接廣告主要係「菸品」所引起。因此直接討論是否應由規範菸品廣告的菸害防制法介入時，本論文以為並不合宜，既然此現象普遍出現於各種商品、觀念或服務中<sup>21</sup>，應由媒體事業主管機關——新聞局統籌訂出檢視標準；亦即，由新聞局訂出某傳播行為係屬「新聞」、「節目」或「廣告」的標準後，再交由各主管機關處置。例如，菸品係透過「節目廣告化」的方式進行傳播，先由新聞局認定是否屬於「廣告」後，再交由菸害防制法主管機關逕行處置，如此當可解決此類問題。本論文建議區分某傳播活動應屬「新聞」、「節目」或「廣告」的認定標準，可參閱前文「廣告之法律概念」內容再予以詳細劃分。

## 第二節 雜誌廣告開放所引發之問題

菸害防制法第九條「原則禁止、例外開放」菸品廣告中的「例外」，指的正是「雜誌廣告」（第九條第二項）。本法第九條第一項限制菸品廣告的態樣已有明文，除前文第一節探討的規避情形有較多爭議外，基本上問題不多。但唯獨許可雜誌刊登菸品廣告的結果，固然不生規避法律的爭議，實務上仍有許多問題產生。從菸害防制法公布施行以來，至目前為止與「廣告」有關發生的案例約有四十七件（如【表二】整理），其中所處罰的雜誌廣告三件案例中，處罰結果均為被處分人所不服，上訴率達百分之百（如【表三】整理）。其最主要的原因不難

---

<sup>21</sup> 節目廣告化或廣告節目化的現象在現今許多頻道（尤其是有線電視頻道）幾乎無所不在，例如許多產品（如瘦身產品、豐胸產品、美容產品、現在流行的防 SARS 產品、記憶法...不勝枚舉）以綜藝節目或訪問節目的形式，找來許多來賓談該產品。而節目的廣告時間卻都是該產品的「服務電話」、與該產品有關的資訊等，整個時段就是在促銷與廣告該產品。

理解，乃因同條第二項准許雜誌廣告菸品，排除第一項適用的結果便容易產生許多認定上的爭議。故本節將以開放雜誌廣告所引發問題作一詳細探討<sup>22</sup>。

【表二】臺北市取締違法菸品廣告案件統計表（1997.9.19 2003.5.31）

被處罰之媒體	件數	原處分撤銷或訴訟中	訴願或上訴率百分比
廣播	1	1（上訴中）	100 %
電視	1	0	0 %
報紙	4	1	25 %
海報	6	4	67 %
單張	4	1	25 %
樣品	1	0	0 %
招貼	7	1	14 %
展示	1	0	0 %
網際網路	19	10（訴願中）	53 %
雜誌	3	1（撤銷）2（上訴中）	100 %
總計	47	21	45 %

資料來源：臺北市政府衛生局；作者整理 2003.05.31。

說明：此處以臺北市為整理對象乃其為大部分媒體事業登記所在地之主管機關。

【表三】雜誌媒體受處罰案件之整理

傳媒	案數	公司名稱	違規情形簡述	處分日期	金額	案件發展情形
雜誌	3 件	1.國際菸草股份有限公司	刊登菸品折扣廣告 （內容有促銷之虞）	89.01.26	十萬	行政訴訟駁回 <u>提上訴中</u>
		2.國際菸草股份有限公司	雜誌內可移除之菸品 立體廣告（單張之虞）	89.09.13	十萬	行政訴訟原處 分 <u>撤銷</u> （結案）
		3.國際菸草股份有限公司	雜誌封面之菸品廣告 無償散發（單張之虞）	89.09.18	十萬	行政訴訟駁回 <u>提上訴中</u>

資料來源：臺北市政府衛生局；作者整理 2003.05.31。

說明：此處以臺北市為整理對象乃其為上述雜誌媒體事業登記所在地之主管機關。

<sup>22</sup> 從所整理的類目中可發現網際網路發生的件數最多，惟網際網路上所發生的廣告案例類型並沒有新的違法模式，故本論文此處則未加以論述。

## 第一項 立法源由

既然我國菸害防制法的立法精神係朝向「禁止所有菸品廣告」，為何雜誌廣告卻又開放？查當年（1994年）立法院一讀（委員會審查）通過的第九條條文，其禁止菸品廣告的形式，實已涵蓋所有媒介（包括雜誌）<sup>23</sup>。事經二年，到了1996年菸害防制法逐條討論（二讀）時，有些立委除對「菸害防制法」的名稱有意見外<sup>24</sup>，由立委謝欽宗、陳其邁提案，陳鴻基等二十八位立委連署的第九條建議修正條文最後獲通過，而該建議修正條文正是現行菸害防制法第九條全文。

當時二讀通過本條的修正理由主要為：「（一）為顧及菸品之合理促銷，取消「雜誌」菸品廣告的限制；（二）雜誌廣告部分維持「中美菸酒協定」中之現行規定，並考量雜誌之發行對象加以限制，以維護青少年之健康」<sup>25</sup>。故以每年雜誌廣告刊登不得超過一百二十則，且不得以未滿十八歲青少年為主要讀者的雜誌作為開放標準。此項立法，主要乃是1986年「中美菸酒協定」後的結果，故為政策上的決定。

## 第二項 廣告方式重疊之爭議問題

### 一、與第九條第一項第一款禁止廣告方式重疊時

#### （一）爭議之發生

菸害防制法第九條第一項規定的促銷菸品或為菸品廣告不得以明定的九款

---

<sup>23</sup> 原菸害防制法第九條的內容為（一讀通過條文）：「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、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、圖畫或物品為宣傳。二、以折扣方式為宣傳。三、以其他物品作為銷售菸品之贈品或獎品。四、以菸品作為銷售其他物品之贈品或獎品。五、以菸品與其他物品包裹一起銷售。六、以菸品單支、散裝或包裝分發。七、以菸品品牌名稱贊助或舉辦體育、藝術或其他活動。八、以菸品品牌名稱舉行或贊助品嚐會、演唱會及演講會。九、於銷售菸品場所，標示菸品商標、製造商商標或展示菸品或菸品包裝。十、其他經中央主管機關公告禁止之方式。」見立法院公報第八十三卷第四十一期院會紀錄，頁117-118。

<sup>24</sup> 如有些立委，並不認為「菸」是「害」。當時立委謝啟大即提案，建議法案修改為「菸品管制法」，並由朱高正、黃國鐘、靳曾珍麗、傅崑成、張晉城、許添財、章仁香、張光錦、莊金生、蔡中涵等立委連署。更有立委肯定菸的正面功能，如朱高正委員提出，「...不可低估吸菸可以紓解精神壓力、有益心理的功能。...所以要將菸醜化成菸害，本席不以為然。」等，亦有持反面看法，如王雪峰委員，即以吸菸者和不吸菸者為菸之危害事證提出反。後該提案因涉及諸多條文的牽動，並未通過。

<sup>25</sup> 參見立法院公報第八十六卷第五期院會紀錄，頁42-43。

方式為之；第二項則為「中美菸酒協定」的結果，即「製造、輸入或販賣菸品者以雜誌促銷菸品或為菸品廣告，以每年刊登一百二十則為限，且不得刊登以未滿十八歲之青少年為主要讀者之雜誌。」也就是由於第九條第二項的規定，使得雜誌廣告菸品合法化。暫且不論「雜誌刊登一百二十則廣告應如何計算」與「未滿十八歲青少年為主要讀者之雜誌誰來認定、如何認定」的爭議，若雜誌中的菸品廣告以第九條第一項第一款禁止的「單張」、「通知」、「說明書」、「樣品」或「其他文字圖畫或物品為宣傳」方式呈現時，究應列入許可的一百二十則，還是應認定為已違反第一款所明示，實務上不無爭議。

## （二）實例探討

同樣發生在 2000 年 9 月間的二個案例，被處罰對象均為「台灣國際菸草股份有限公司」，形式上都將菸品廣告刊在雜誌上，經由主管機關臺北市衛生局事實調查後，認定該二廣告業已違反第九條第一項第一款「單張」的規定，予以處分。被處分人二案均訴願，並上訴到臺北高等行政法院，其結果卻完全不同。

### （案例 1）：華納威秀台北特刊案<sup>26</sup>

菸品 Dunhill Ultimate Light 於 2000 年間刊登封面廣告於「華納威秀台北特刊夏季號」一案【表三：3】，正足顯示開放雜誌廣告與第九條第一項第一款禁止規定所生問題的辯論。該案最主要的爭論點在於，系爭廣告刊登於雜誌上，然該刊物卻以免費贈閱方式置於華納威秀影城供人索取，並挨家挨戶投遞信箱予未訂閱者觀看的傳播方式，故產生究應受第九條第一項第一款的規範，亦或應適用第九條第二項的爭議。

原告（台灣國際菸草股份有限公司）當然主張應按後者的規範為宜，主要理由為：「（一）華納威秀台北特刊夏季號為一雜誌，並引新聞局出版事業辦法第二條第二款、舊出版法第二條、業界主編及台北市雜誌公會之定義，該刊物確已具備一定名稱且定期出刊，且雜誌刊物並無以有償、無償區分是否為雜誌之必要，故該宣傳物確為雜誌無誤；（二）按此，主管機關以單張之禁止予以處罰，非但欠缺程序上之正當性，亦有行政權干預立法權之虞，同時不符合行政法誠信原則、比例原則、信賴保護原則、明確性原則等一般原則；又按行政法院三十九年度判字第二號判例，行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法事實存在，否則其處罰即不能認為合法，因此，被告（原處分機關）應負舉證責任；（三）再者，原告已盡查閱義務，該廣告之刊登係非針對未滿十八歲青少年為主要讀者

<sup>26</sup> 本案臺北高等行政法院判台灣煙草股份有限公司敗訴（九十年度訴字第一六二一號，90.10.25），目前國際菸草股份有限公司上訴最高行政法院中。

之刊物，縱按釋字第二七五號解釋，原告亦已無過失可言；(四)最後，該刊物仍有其他菸品廣告，本案之處罰有『差別待遇』之違法。」

針對原告的主張，臺北高等行政法院則提出完全不同的見解，並判定原告敗訴：「(一)首先，臺北高等行政法院認為在個案中，要將『具體事實』涵攝於『抽象法律(概念或構成要件)』時，須依法學方法論之要求，取向於規範目的，來解釋『抽象法律』之實質內涵，再與『個案具體事實』之重要特徵來比較，以決定該等事實是否符合抽象法規要件，而產生一定之法律效果。因此在解釋『第九條第一項第一款』及『第二項』之禁止規範時，所禁止菸商的廣告行為，並非單純禁止其將廣告文字刊登於書面上，反而更著重於刊登廣告文字書面之訊息傳播行為。故從『華納威秀台北特刊』的傳播方式(係採定點、無償供人取閱、投遞信箱的方式)與傳播訊息媒介的二個層面來綜合觀察，原告在該刊物書衣上刊登菸品廣告，實際促銷與廣告行為已與社會一般人日常經驗認知之雜誌(有償、按期郵寄或書店書報攤販售)不同，其傳播方式廣告訊息之實際流程等同於單張之效能；(二)關於違反行政法之一般原則(主要是『明確性原則』)部分，法律規定內容明確與否，應從受規範者之角度判斷。菸害防制法第九條第一項第一款及第二項之規定，乃是以少數之專業菸商為對象，本案原告為菸品進口之公司，對菸害防制法之相關規定及隱藏在法條背後的規範意旨，應有比社會一般大眾存有更高的敏感度，換言之，其對菸害防制法之相關法律規定及所可能導致之法律效果，應比常人具更高程度之預見，故原告不應諉為不知，故無違反明確性原則可言；(三)再者，為維護行政目的之實現，兼顧人民權利之保障，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有過失時，即應受罰，本案原告確有過失；(四)最後，行政機關怠於行使權限，致人民因個案違法狀態未排除而獲利益時，該利益並非法律所應保障之權利，因此其他人民不能要求行政機關比照該違法案例授予利益，亦即人民不得主張『不法平等』。」

從本案爭訟論證可看出，問題的癥結點在於現行條文並無規定雜誌廣告不得以某種方式呈現，今原告強調其「善意」，目的係為發揮「廣告創意」以增加雜誌廣告效果的主張，顯然不為法院所採。目前實務上對於此類案件，通常只能透過對個案的事實認定，加以法律條文解釋的方式判定該個案是否違法。此固然可填補第九條第一項第一款與第二項所發生競合問題，但畢竟容易產諸多爭議<sup>27</sup>，

<sup>27</sup> 如本案判決書中，審理法官亦認為具體存在行銷或廣告行為，到底該當於菸害防制法第九條第一項第一款所絕對禁止之行為或該當於同條第二項所相對禁止之行為，的確有其「灰色地帶」，故在斟酌上有必要依個案來單獨認定，並予以類型化。...但法院仍應本諸立法意旨，不拘泥於文義，而從促銷及廣告訊息之傳播過程，進行實質認定，且其認定標準必須同時考慮傳播媒介與傳

所以被處分人通常「上訴到底」。

另一方面，條文中將「雜誌」從絕對禁止的廣告媒體（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）獨立出來，除相當突兀外，亦忽略雜誌媒體與其他平面媒體重疊運用認定爭議的問題。雖然當時我國有遵守「中美菸酒協定」的壓力，但是開放雜誌廣告的立法理由顯不充分，亦見當時立法者對此的思慮不周。

（案例 2）：遠見雜誌案<sup>28</sup>

另一個也是因為刊登雜誌廣告，而被主管機關臺北市衛生局認定為單張廣告的案例，卻與上述案例有完全不同的結果。本案源由「台灣國際菸草股份有限公司」刊登菸品 Cartier Vendome Infinite Lights 立體廣告於「遠見雜誌」上，其型態為立體附著於雜誌內頁，且可移除（夾帶式）的單張，主管機關裁定其已違反第九條第一項第一款的規定並予以處分。被處分人（原告）也是一路訴願、行政訴訟，除一再舉證系爭廣告的設計並非可移除式廣告，市面上許多雜誌廣告為達立體效果，常以實物圖像黏貼於雜誌內頁，原告以相同的設計呈現立體效果並無不同外，並主張：「（一）原處分機關適用法規錯誤之違法；（二）原處分決定時有不當解釋法律，侵害原告之憲法上保障之言論自由及財產自由等基本權利之嫌；（三）原告無故意或過失，被告未予舉證證明原告有違法事實，處分有所違誤等」。

對此，臺北市衛生局提出處罰理由，仍在強調主管機關對事實認定的裁量無誤：「系爭廣告為可移除式立體廣告，變相形成廣告單張，有使讀者加深該廣告之印象及散布大眾之虞；由於該廣告可移除，設計樣式與訴訟人欲促銷菸品相同，且設計精美易引起讀者移除該廣告物另行擺置，業已違反第九條第一項第一款禁止之精神；再者，市面上其他雜誌立體廣告並未違反強行規定，系爭廣告已觸犯菸害防制法強行規定，訴訟人縱非出於故意，亦有過失，故本處分無誤」。

兩造的主張，其內容與前述案例頗為類似，然臺北高等行政法院卻有完全不同結果的判決。法院以為，第九條第二項為第九條第一項第一款的例外規定，故某廣告若已符合第九條第二項的規定，自應排除第九條第一項第一款規定適用。而「單張」係指以促銷菸品或為菸品廣告為內容，為宣傳目的所散發或流通的單一紙張，故須於公共場所或公眾得出入場所向不特定多數人為散發或任何不特定

---

播方法二個層面。見九十年度訴字第一六二一號判決書，同前揭註。

<sup>28</sup> 本案臺北高等行政法院判台灣菸草股份有限公司勝訴（九十年度訴字第一八三四號，90.11.16），故訴願決定與原處分均撤銷（已結案）。

多數人自由取閱，始符廣為宣傳目的。本案主管機關以系爭廣告有變相形成單張廣告及散布大眾之虞，認定其已違反菸害防制法立法精神及該法第九條第一項第一款促銷菸品或為菸品廣告不得以單張宣傳的規定，固非無見。故回歸事實認定，法院判定原處分及訴願決定撤銷的原因主要為：「(一)系爭廣告並非可輕易移除之廣告；(二)按本廣告實際刊登內容判斷，系爭廣告並無使該廣告物可移除之實物功能(如提供試用品、供作月曆、年曆、書籤等用途)；(三)系爭廣告並無明確引導讀者移除之標示(如剪刀圖形、虛線等撕除標示)，若遭強行移除，其設計之整體美感及雜誌內頁之畫面必造成負面效果，凡此皆證明原告確無意讓讀者將該廣告由雜誌移除；(四)系爭廣告設計原意亦非希望讀者移除，客觀上亦不致產生他人將之移除再予散布流傳之效果，並不該當於第九條第一項第一款所規範之『單張』，亦不生故意過失之問題，縱有少數讀者移除該廣告另行擺置，也只是供該讀者個人或其他特定人觀賞，非於公共場所或公眾得出入場所項不特定多數人展示，自無散布大眾之虞」。

本案的焦點仍在於符合第九條第二項的雜誌廣告應否再以同條第一項第一款加以檢定？這顯然沒有爭議，主管機關(含其訴願會)與行政法院均肯定，惟應視個案判定該當於何者。進一步比較本案與上述案例，法院的裁判均以事實(媒體呈現方式)、廣告主(二案均為菸商)是否基於善意為基準，綜合判斷系爭廣告究應該當於第九條第一項第一款或第九條第二項。這種需要「判定標準」的方式，顯示一個問題，是條文規定不清楚？還是第九條第二項開放雜誌廣告的問題肇因於媒體的複雜性所使然？其實這是一體二面的問題，若因後者而產生的爭議，表示立法者對於禁止菸品所有廣告，單獨開放雜誌廣告後可能產生的問題沒有預見性。而此亦為主管機關執法人員在決定是否處分最為困擾的事項<sup>29</sup>。

## 二、與第九條第一項第二款折扣方式重疊時

### (一) 爭議之發生

開放菸品雜誌廣告除了有菸害防制法第九條第一項第一款與同條第二項競合的問題外，另一種類似的競合問題，就是第九條第一項第二款禁止「以折扣方式為宣傳」促銷菸品或為菸品廣告，與第二項開放雜誌廣告究應如何區別。其爭點主要為：符合第九條第二項規定之雜誌促銷菸品或菸品廣告，其廣告內容是否應受同條第一項第二款的限制？此必須回到問題中心，條文中「以折扣方式為宣

<sup>29</sup> 有關於主管機關臺北市衛生局(七科)執法人員對此條文在執行上之看法，依作者實際訪談承辦人即表示，取締違法菸品雜誌廣告最大的困擾就是法條規定運用於實際案例產生的問題。廣告主常常使用類似此案的手法挑戰法律規定，因此建議對於菸品雜誌廣告的規範，應予以修正。(訪談對象：華秀妙小姐；訪談時間：2003.3.31；訪談地點：臺北市政府衛生局)



傳」意旨為何？涉及行政法上法律保留原則與信賴保護原則的界線應如何劃分，才會令人「信服」？透過以下案例分析釐清實務發生爭議所在。

## （二）實例探討

實務上曾發生一案例，正可作為探討此問題的範例。事實大致為「台灣國際菸草股份有限公司」於「新台灣新聞周刊」第一九一期雜誌封底刊登 Dunhill 菸品廣告，其內容載有「上市特惠價四十元」字樣，主管機關認為此已違反菸害防制法第九條第一項第二款規定，並依據同法第二十二條第一項課以罰鍰。

被處分人（原告）對此處分不服，主張第九條第一項係指廣告的「方式」，所限定者並非「廣告內容」，因此只要以第九條第二項許可的雜誌廣告方式，即無違反第九條第一項第二款可言（原告甚至強調亦無違反第一款可言）。正因如此，該處分確違反行政法法律保留原則及信賴保護原則之精神。再者，就「折扣方式」促銷菸品的解釋上，應指在廣告中刊登「原價」與「折扣後價格」的價格比較或價差訊息，始可稱為「以折扣方式促銷菸品」；而所謂「折扣」的定義，按辭典的記載為「貨物照定價減百分之幾發售，稱之折扣」，或按台灣省政府衛生處印製菸害防制手冊的解釋為「以折扣方式促銷菸品之行為：1.一包菸 25 元，三包 70 元；2.若刊出原價多少、特價多少等即為折扣促銷，若僅為標出售價應不違法」。

主管機關臺北市衛生局則以行政院衛生署於 2000 年 1 月 10 日衛署保字第八八 七七七七三號函釋：「特惠價在本質上即為折扣方式之一，而菸害防制法第九條第一項第二款係以宣傳之事實為認定基礎，不以宣傳內容之真偽為認定基礎」之內容作為處分主要解釋依據。臺北高等行政法院對於兩造之爭論，提出以下見解：（一）就法律文義解釋上，第九條第二項除受本身數量上及所刊登雜誌種類之限制外，仍有第九條第一項第二款至第七款之適用；（二）所謂『以折扣方式為宣傳』，文義解釋即指文字、圖畫、聲音或他法傳達意念，使多數人知悉產品現在售價較原定價為低，並不以明列出『原價』或『折扣後價格』為限。凡足以表示出廠商為促銷其商品，以減價或低於一般市場價格販賣該商品，以達廣招顧客購買之手段即足，如大賣場之『打折』、『大減價』、『特價』等均足當之。本案「上市特惠價」，依一般社會通念，足以使人認為得以較低廉價格，買得系爭菸品，已有促銷或廣告宣傳之事實認定基礎，至於宣傳內容真偽，則非所問；（三）按行政機關為執行法律，在不違反上位規範（如憲法揭櫫之法治國精神、法律明確性原則）以及法學解釋方法之本旨下，得自行解釋法律意義，訂頒解釋性規定或裁量標準。本案被告所舉函釋對折扣之解釋並未超出受規範者所得預見之範圍，亦即並無違反法明確性之要求，原告所舉台灣省衛生處印製之『菸害防

制工作手冊』，稱其信賴上開行政規則一節，除被告本不受台灣省衛生處所頒布行政規則拘束，且應以上級機關（即行政院衛生署）所函示見解為準外，上開行政規則亦未見『特惠價』非屬折扣之一種表現方式」。因此判定原告敗訴<sup>30</sup>。

從本案目前發展看來，執法的主管機關與臺北高等行政法院均贊同，某雜誌廣告若符合第九條第二項規定，其廣告內容仍須受同條第一項第二款的限制。同時，中央主管機關亦已發布函釋雜誌廣告仍受第九條第一項第二款拘束；另外，透過法院的裁判理由書，亦可瞭解條文中「以折扣方式為宣傳」的範圍。相較之下，第九條第一項第二款與第二項發生競合的問題，比第九條第一項第一款與第二項的爭議，透過主管機關及司法判決解釋後，其不確定性降低許多。惟應思考者在於，拉高層次來說，對於立法者有意開放菸品雜誌廣告，使菸品得以「合理促銷」的問題，在案例中並未獲得充分解釋，而此亦為探討開放菸品雜誌廣告最後面臨的根本問題。

### 第三項 限縮菸品雜誌廣告開放之問題

開放菸品雜誌廣告除了有上文提及廣告方式重疊認定的爭議外，第九條第二項本身的規定亦有問題。原則上，第九條規定菸品廣告不得於平面及電子媒體出現，但為「維持中美菸酒協定中之現行規定，並考量雜誌之發行對象加以限制，以保護青少年之健康」，乃增設第九條第二項。顯示第九條第二項的增列，來自於「中美菸酒協定」與「保護青少年健康」拉鋸的結果<sup>31</sup>。

從條文本身內容「製造、輸入或販賣菸品者以雜誌促銷菸品或為菸品廣告，以每年刊登不超過一百二十則為限，且不得刊登於以未滿十八歲之青少年為主要讀者之雜誌」看來，開放菸品雜誌廣告的政策決定，已注意到菸品危害人體的事實，故特別限制每年不得超過一百二十則的廣告量；其中又因顧及未滿十八歲「青少年」心智發展未臻成熟，或有因接觸菸品廣告導致「菸害」之虞，明文限制開放的一百二十則雜誌廣告不得以青少年為主要讀者的刊物。

<sup>30</sup> 參見八十九年度訴字第四一一一號判決，民國九十年九月十九日。本案原告仍不服，目前亦上訴最高行政法院中。

<sup>31</sup> 參見中美菸酒協定第六條第四項（*Agreement Between the American Institute in Taiwan and the Coordination Council for North American Affairs Concerning Beer, Wine and Cigarettes*, VI. Advertising and Promotion: ...D. Advertisements in magazines and newspapers for beer and wine shall be permitted, **Each manufacturer of cigarettes may be limited to 120 advertising placements in magazines during each calendar year.**）

關於此項規定，雖為一利益良善的立法，然而卻容易產生二項爭議：即一、雜誌刊登一百二十則廣告計算的問題。倘某菸商在 2001 年這一年共刊登一百三十則菸品廣告，似乎已違法，但業者若以 2001 年 3 月到 2002 年 2 月為計算年，共刊登一百一十五則（2000 年 3 月到 2001 年 2 月也是一百一十五則），這種狀況應無法稱其違法。當然，上述情況廣告則數的計算方式可由中央主管機關統一規定起訖日期，惟我國雜誌種類非常多，出刊期日差異甚大（例如有週刊、半月刊、月刊、雙月刊、季刊、年刊等），縱有一明文規定日期，統計某品牌菸品廣告每年是否已經超過一百二十則，則必須花費太多人力，以現有主管機關編制人力，根本無法運作<sup>32</sup>。二、如何界定某雜誌是否以未滿十八歲青少年為主要讀者的問題。任何雜誌均有可能被未滿十八歲的兒童或少年所閱讀，故立法本旨並非指全面禁止兒童或少年可能閱讀的雜誌均包含在內；因此，認定兒童少年為「主要讀者」的界線，目前的作法也只能透過消極認定的方式為一標準，亦即以「各縣市登記有案之青少年雜誌社名單」<sup>33</sup>作為認定標準。然而，實際上青少年閱讀率最高的雜誌，很有可能不在上述「登記有案之青少年雜誌」的名單中，故如此立法美意，恐怕無法達到實際效能。

原本開放雜誌菸品廣告考量「保護青少年健康」而設立的限縮規定，除有上述二項問題外，更嚴重的問題是，違反本項規定竟無處罰條例（如第二章第三節第三項本文所述）。這可能是因為第二十二條的處罰條文在文字上未將第九條第二項包括在內之故。查第二十二條第一項僅規定：「違反第九條各款規定之一者，處新台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。」其僅指第一項的規定甚是明顯。如是，第二項規定因此被遺漏，乃至本條項限縮規定形同具文。

#### 第四項 小結

綜合本節所探討「開放菸品雜誌廣告」引發的問題可瞭解，為顧及菸品「合理促銷」與「中美菸酒協定」而開放的菸品雜誌廣告，其實已經產生法條適用的爭議與條文執行上的問題。雖然法條適用的爭議可以透過法院的判決，使爭議性

---

<sup>32</sup> 由於目前違反第九條規定之處罰對象（菸商、廣告業者或傳播業者）之事業登記所在地幾乎都在臺北市，故主管機關即為臺北市衛生局（第七科）；換言之，臺北市衛生局第七科執法人員必須執行此條文之規定，故按目前實務上負責該項業務的編制不超過 5 人的情況下，執行此部分條文規定根本無法達成。訪談內容同前註。

<sup>33</sup> 此名單其實為一雜誌名冊，其內容可參見臺灣省政府衛生處八六衛二字第八六 六 九六 號函轉衛署保字第八六 五六八七二號函。

降到最低，但隨著現代產品行銷與廣告方式的多變<sup>34</sup>，任何個案若都必須由法院判決解決爭議，不但緩不濟急亦會徒增執法機關諸多困擾。在條文執行方面，所謂一百二十則的刊登上限實際上很難執行，且即使認定廣告主（菸商、代理商或販售商）超過上限，但在無處罰規定的情況下，仍不得予以任何處分。再加上「中美菸酒協定」所謂雜誌，並未區分本國或外國雜誌，故解釋上如包括外國輸入雜誌，則勢將引起更大爭議。凡此皆足說明所謂一百二十則的刊登上限，事實上已形同虛設。實務上，本條項無處罰規定的漏洞，已造成主管機關的困擾。

由此可知，第九條第二項規定有重新檢討的必要。於是回到問題原點，目前我國開放菸品雜誌廣告的規定，除應思考規範的完整性外，亦須回到是否有必要繼續開放此規定的上位概念。查立法開放原因，當時「中美菸酒協定」的背景，八十年代初期，由於臺灣對美國的貿易順差逐年擴大，美國政府急欲平衡中美貿易，乃於1986年與我國談判，要求我國開放菸品市場。在菸酒談判諸多項目中，亦涉及菸品廣告問題。我國與美方談判時，曾要求菸品廣告應予以管制，最後談判的結果是菸品廣告得於雜誌（magazine）上每年刊登一百二十則。此項獨特的承諾，就我國而言，平面媒體僅限於雜誌始得刊登菸品廣告；以及電子媒體的部分未做任何承諾，故可由我方以立法限制之。雖然談判結果不至於太過「誇張」，惟我國菸害防制法制定時，基於國際承諾於第九條第二項所設的例外規定，至今已超過十五年（自承諾至今），其間時空環境丕變，本論文以為此項問題應盡速與美國重起談判（尤其我國已經是WTO的成員國），以廢止此不合時宜的約定<sup>35</sup>。

另外，第九條第二項規定比較要注意的地方，反而是在國外雜誌的進口應如何規範的問題（包含衛星廣播電視亦有此問題）亦即目前本條第二項規定並無適用於境外輸入其中含有菸品廣告的雜誌。若某進口雜誌因此任其不受我國法律約束，則有失菸害防制法本項規範目的。凡此，在檢討本條規定時，除有必要洞視國內實際情形外，仍必須掌握國際趨勢，作為修法依據。

### 第三節 法條適用問題

---

<sup>34</sup> 例如二十世紀末期興起之整合行銷傳播（Integrated Marketing Communication；IMC）的概念，其產品行銷與廣告方式已經涵蓋廣告媒體間之關聯與跨傳播工具間之有效結合。因此，菸害防制法將「雜誌」作為單一排除規範之媒體，加上條文規定未臻完善，日後必定產生更多新的爭議問題。有關整合行銷傳播之論述，可參見吳怡國等譯（1994），《整合行銷傳播》；吳宜蓁等譯（1999），《整合行銷傳播》等書籍。

<sup>35</sup> 即使就美國而言，某些州亦明文禁止雜誌菸品廣告，我國實無必要再繼續奉之如鐵律。有關此部分論述，詳見第五章之分析。

現行菸害防制法對於促銷菸品或為菸品直接廣告的限制規定，可能產生的另一問題就是法條適用的問題，亦即第九條與第十條產生適用爭議時，其適用標準為何的問題，本節茲就此部分予以探討。

## 第一項 第十條立法源由

菸害防制法第九條係對促銷菸品或為菸品廣告採原則禁止的規定，除了前述「雜誌廣告」基於當時時空背景，而有例外開放規定外，其他有關促銷菸品與廣告菸品的行為均在禁止之列。然而，為顧及菸品合法銷售的權利（菸品仍為合法商品），菸害防制法第十條乃為保障此項權利而訂立。

查當時第十條一讀通過的委員會審查條文，係為一較嚴格限制的內容，且銷售地點的販售標示亦明文「由中央主管機關訂定」<sup>36</sup>，後經二讀條文逐條審查內容，其即為現行條文全貌<sup>37</sup>。從現行第十條條文：「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。」內容看來，當時二讀修正的理由：「菸害防制法目的在防制菸害，並非禁絕菸品販售，故於銷售菸品的場所，就其菸品之標示及展示不予禁止，故爰增列展示菸品，並明文排除前條之適用」<sup>38</sup>，即可理解其目的所在。

## 第二項 第九條與第十條之適用問題

從第九條與第十條條文內容可以瞭解，其條文間具有某種重疊之處，此便容易產生混淆，就是在菸品銷售的場所內若從事第九條所明訂限制的行為，究應適用第九條或第十條規定？其適用標準又應為何才符合第九條規範與第十條保護的精神？以下將針對過去有關此議題已發生案例，行政主管機關與行政法院的見

<sup>36</sup> 原委員會審查通過第十條條文為（一讀通過條文）：「（第一項）製造、輸入或販賣菸品者，於銷售菸品之場所，以文字或圖畫標示其為銷售菸品之場所，或以列表方式標示所售菸品品牌名稱或價格者，非屬前條之促銷或廣告。（第二項）前項標示及列表之格式、用語及相關事項，由中央主管機關定之。」見立法院公報第八十三卷第四十一期院會紀錄，頁 118-119。此亦表示當時若以此立法，主管機關便得以統一銷售地點標示方式予以規範，相對較不生法律爭議問題。

<sup>37</sup> 本修正提案與第九條第二項同，由立委謝欽宗、陳其邁提案，陳鴻基等二十八位立委連署的第十條建議修正條文最後獲通過，而該建議修正條文正是現行菸害防制法第十條全文。見立法院公報第八十六卷第五期院會紀錄，頁 44。

<sup>38</sup> 見立法院公報第八十六卷第五期院會紀錄，頁 43-44。

解予以分析，並進一步探討未來可能面臨問題所在，提出本文見解。

過去實務上曾發生幾個案例，正是與應適用第九條或第十條的爭論有關。其中發生在 1997 年 10 月至 12 月間，臺北市衛生局取締其轄區內數家便利商店的案例，或可作為解釋其適用標準之一。這些案例的發生事實大致相同，起緣於商家（銷售地點）將 Marlboro 菸品銷售海報張貼於該銷售地點，然張貼方式均由內向外貼於該銷售地點的玻璃櫥窗上，使得非入內消費者（銷售地點外不特定人）均得共見共聞其海報。主管機關臺北市衛生局認定該張貼海報業已違反第九條第一項第一款的規定而無第十條的適用，並按第二十二條課以行政罰。被處分人均一路打到行政訴訟，最後行政法院均裁定原告（被處分人）敗訴<sup>39</sup>。

這些判決對於原告所提出「原處分決定侵害原告從事商業廣告行為之權利」、「系爭海報對外張貼行為屬於害防制法第十條所允許之合法行為」，以及「行政機關對於限制人民權利義務之事項須現有法律明文授權方得為之，故原處分無法律依據，顯屬不當」的主張，均以行政院衛生署 1997 年 11 月 19 日衛署保字第 八六 六四八六五號函釋：「依菸害防制法之立法意旨，觀諸本法第九條及第十條之差異在於限制菸品展示，海報僅對場內之民眾為之，故即該海報內容在於『標示或說明其銷售之菸品』亦不得向外張貼。」為判定標準，同時行政法院就第十條條文所明示「場所內」的當然解釋，場所內所為的標示僅以利業者銷售菸品的實際需要，不能對尚未進入該特定場所之不特定過往行人為促銷菸品的廣告行為，故海報對外張貼的行為，自不得謂符合第十條於場所內招貼海報的例外規定等作為裁判依據。

從這些判決內容可以瞭解，主管機關與行政法院見解一致，同時也已解決一個爭點，就是在銷售地點所為的海報，其張貼「方式」仍受限於第九條第一項的規定，不得對非進入該銷售地點的不特定人促銷或為廣告，否則視為違反第九條第一項規定（已有促銷或廣告事實），得予以行政處分。

上述狀況爭議較小，但是比較有問題的是，張貼海報的「內容」是否仍應受到第九條第一項的規範？亦即銷售場所若張貼促銷菸品或為菸品廣告的海報，則應該當於第九條或第十條？其實在「八十八年度判字第二二二號」案例，即有此問題發生，然而主管機關與行政法院均未針對此部分提出說明（非該案重點），僅依據該案被處分人對外張貼海報的部分進行判定。該案事實還有一部分未被論及，就是對外張貼的海報印有「凡購買一條香菸，即贈手錶乙支，送完為止」字

---

<sup>39</sup> 此相關判決有三例：八十八年度判字第二二二號（88.2.4）、八十八年度判字第三七五號（88.2.24）與八十八年度判字第六 七號（88.3.18）。

樣，今倘若該張貼海報未生對外張貼的違法事證，則主管機關得否就其張貼海報內容業已違反第九條第一項第一款逕行處分？類似的案件則發生在臺東縣衛生局稽查轄區內某家 7-11 便利商店，其櫃檯上貼上印有「藍星香菸順暢風味」等廣告語及「促銷活動請洽櫃檯人員」等促銷語的海報<sup>40</sup>，而該海報並未對外張貼，此是否涉及違反第九條第一項第一款的規定？亦或系爭乃第十條所許可的範圍？相關案例雖已由中央主管機關於 2003 年 1 月 8 日作出函釋<sup>41</sup>，惟該函並未指出問題所在，故本文以為應綜合第九條與第十條的立法意旨與透過法條解釋，並參酌實際案例等，以提出解決之道。

### 第三項 小結

關於第九條與第十條的適用問題，首先有必要對第十條條文予以解釋。第十條條文明示的內容「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，非屬前條之銷售或廣告」，主要係為排除適用第九條的特別規定，其構成要件必須為：一、場所內；二、標示或說明其銷售菸品。換言之，銷售場所內透過「展示」、「招貼」或「以文字、圖畫」的方式標示或說明銷售菸品者，其目的乃在告知銷售場所內的消費者該處為「菸品銷售處」，如此才有適用第十條，進而排除第九條「促銷菸品」或「為菸品廣告」限制的適用。相反的，若某場所「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」，其目的並非僅在「標示或說明其銷售之菸品」，而有促銷菸品或為菸品廣告之虞者，則非屬第十條所允許的範圍。

對照第九條與第十條立法意旨，第九條最主要目的在於阻絕菸品的促銷與廣告（除前述雜誌廣告具特殊原因之外），然而基於菸品為一合法商品，且菸害防制法旨在「防制菸害」，並非「禁絕菸品之販售」，所以第十條特予許可銷售地點標示或說明其銷售菸品。故由此二條文可知，第十條為第九條的例外規定，對於第十條例外允許的行為，即應予以嚴格解釋；亦即第十條所允許的行為仍不得逾越第九條所限制的精神。因此，在第十條所允許的範圍內（菸品銷售場所內）所為的促銷菸品或為廣告菸品行為仍屬不法。

<sup>40</sup> 本案係發生於民國九十一年五月四日臺東縣衛生局稽查人員於統一超商股份有限公司東泉門市店執行稽查所發現之招貼物，後該單位並於同年七月四日發文函請中央主管機關衛生署國民健康局解釋。

<sup>41</sup> 見民國九十二年一月八日署授國字第 九二 五 三號函。

因此，上述案例中所招貼的海報，呈現「凡購買一條香菸，即贈手錶乙支，送完為止」或「促銷活動請洽櫃檯人員」等內容，確實已為促銷菸品或為菸品廣告的行為，自然非屬第十條所允許的範圍。另外，購菸贈品縱使合於第九條第一項第三款的規定（低於菸品之四分之一價格），或並無實際贈品等內容爭議，應以其是否有促銷或廣告「宣傳」的事實為認定基礎，至於宣傳內容的真偽，應為另一問題。總之，菸品銷售地點所「招貼的海報」或「以文字圖畫的方式標示或說明」銷售菸品的「內容」，若該內容已表現促銷菸品或為菸品廣告以吸引消費者購買菸品者，則應核屬第九條第一項所限制的範圍。故綜合以上，本文以為可將第十條文稍作修改，以避免此類爭議。

#### 第四節 菸品廣告規範之在地思考

透過前文的分析與整理可瞭解，整體上我國現行規範菸品廣告的法律依據已面臨諸多基本問題。簡單來說，面對這些已存在（或即將面對）的問題，就立法技術而言，在現有環境機制下應該將菸品廣告的規範朝向更嚴格的方向修正，亦或應保持原狀，還是應予放寬才是正確方向？進一步分解問題所在，即規避法律規範的「菸品間接廣告」與「菸品節目廣告化」問題；「開放菸品雜誌廣告」問題；以及「條文適用和諧化」問題等究應何去何從的討論。對此，本論文前述均已提出觀點，並認為應朝向更為嚴格規範的方向為之，至於這樣的觀點是否存有「家長主義」心態的缺憾，本論文則有以下的見解。

菸「害」的事實與其應被限制使用的理由應已廣被接受，惟重點在於菸品並未被「禁止」吸食，從某個程度來說「菸品」畢竟不像「毒品」一樣，如此，談到限制菸品廣告的問題就會產生許多爭議。首先，「禁止菸品廣告」是否等同「防制菸害」的爭議問題，從許多相關文獻的證明<sup>42</sup>已可得知，有效的限制菸品廣告確實可以達到減少菸品消費，並可減少非吸菸者（尤其是兒童少年）因此吸食菸品而上癮，這當然直接對菸害防制有所助益。其次，從我國實際案例看來<sup>43</sup>，透過菸品間接廣告的方式都足以提高其菸品銷售量<sup>44</sup>，更何況是直接廣告的效果。

<sup>42</sup> 如本論文第一章、第三章所援引的醫學研究報告（頁 1）、世界銀行報告（頁 3-4）、世界衛生組織的文獻（頁 2-3）以及民間團體的調查與報告（頁 1）等。

<sup>43</sup> 參林承宇（2002b），頁 152-162。

<sup>44</sup> 菸品廣告主常聲稱，因菸品廣告的刺激所提高的消費量並非整體菸品銷售量的提高，僅是菸品之間市場佔有率的消長而已。此種說法已為駁斥，透過廣告（無論直接或間接）不但強化已吸菸者的吸菸行為，亦會促進不吸菸者選擇吸菸。如此，整體的菸品銷售量當然會提升。見 The World Bank（1999），頁 49。



而此種經過媒體的宣傳結果，受影響的不只是兒童或少年，當然還包括成年人。論者或許會提出「成年人已有足夠能力判斷是否接受廣告影響」，「成年人應有自由判斷的能力與權利選擇是否吸食菸品」等意見，惟本論文以為此則太輕忽菸品的廣告效果<sup>45</sup>，同時亦忽略菸品會令人上癮的本質。此外，尚且不論還有二手菸的問題，這些「應有自由判斷能力與權利是否吸食菸品的成年人」因吸菸所導致的醫療及社會成本（如註 11），終究會回到整體社會資源的計算中。這也是為何世界銀行（1999：1-2）在「遏止菸草流行 政府與菸草控制經濟學」的報告中，開宗明義指出「對絕大多數國家而言，減少菸草需求的政策不但不會造成經濟的損失，更會對健康帶來空前的益處」(Such policies could, in sum, bring unprecedented health benefits without harming economies)，同時建議已決定遏止菸草流行的政府必須採行強而有力的行動，且須要多方進行。而全面禁止所有菸品廣告乃為多方進行的必要措施之一。

綜此，就我國規範菸品廣告面臨的問題中，本論文除建議「菸品節目廣告化問題」回歸媒體事業主管機關為裁定後（認定是否為廣告由新聞局負責），再交由菸品廣告主管機關發動行政行為，即可減少爭議發生；「條文適用和諧化問題」（第九條與第十條）則可透過修正條文部分內容方式，使其適用上更臻完善。至於「菸品間接廣告」與「菸品雜誌廣告」的問題，本論文則建議應納入條文禁止規定中。

此外，對於「菸品廣告」這個全球性議題，探討完「在地」情境後，仍應瞭解「國際」狀況，如此方可有效達到目標。雖說所謂「比較法」的觀點可能只是對國內現實問題提供一個臨時性填充，但是國際上寶貴的經驗應可作為我國尋找「真正答案」的重要參考依據。

---

<sup>45</sup> 早在 1989 年美國衛生單位(US. Surgeon General)對菸品廣告研究的報告中即指出，菸品廣告對閱聽大眾的影響，已包含未成年人與成年人。其原文為：“Tobacco advertising increases consumption: By encouraging children or young adults to experiment with tobacco and thereby slip into regular use; By encouraging smokers to increase consumption; By reducing smokers’ motivation to quit; By encouraging former smokers to resume; By discouraging full and open discussion of the hazards of smoking as a result of media dependence on advertising revenues; By muting opposition to controls on tobacco as a result of the dependence of organisations receiving sponsorship from tobacco companies; By creating through the ubiquity of advertising, sponsorship, etc. an environment in which tobacco use is seen as familiar and acceptable and the warnings about its health are undermined.” 相關研究於 2000 年英國菸草控制研究中心(Centre for Tobacco Control Research)再度提出證明。參見 ASH(2002), *Tobacco Advertising and Promotion*. [Online]. Available: <http://www.ash.org.uk/html/factsheets/html/fact19.html> (visited 31, March, 2003)。