

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 678 號

解釋日期：民國 99 年 07 月 02 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1499 期 1 版

司法院公報 第 52 卷 9 期 1-48 頁

司法院大法官解釋（二十五）（100 年 5 月版）第 26-96 頁

總統府公報 第 6936 號 10 頁

法令月刊 第 61 卷 9 期 139-140 頁

相關法條：中華民國憲法 第 8、11、15、23、29、143 條

行政程序法 第 7、102、154、157 條

中央法規標準法 第 3 條

中華民國刑法 第 11、38、41、58、184 條

刑事訴訟法 第 133 條

管理外匯條例 第 11 條

洗錢防制法 第 12 條

道路交通管理處罰條例 第 21、22、86 條

電信法 第 46、48、49、56、57、58、60、67 條

醫師法 第 28 條

廣播電視法 第 4 條

國家通訊傳播委員會組織法 第 2 條

解 釋 文： 電信法第四十八條第一項前段、第五十八條第二項及第六十條關於未經核准擅自使用無線電頻率者，應予處罰及沒收之規定部分，與憲法第二十三條之比例原則尚無牴觸，亦與憲法第十一條保障人民言論自由、第十五條保障人民財產權之意旨無違。

理 由 書： 憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑒於言論自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障（本院釋字第五〇九號解釋參照）。前開規定所保障之言論自由，其內容尚包括通訊傳播自由之保障，亦即人民得使用無線電廣播、電視或其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由（本院釋字第六一三號解釋參照）。惟憲法對言論自由及其傳



播方式之保障，並非絕對，應依其特性而有不同之保護範疇及限制之準則，國家尚非不得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，制定法律為適當之限制（本院釋字第六一七號解釋參照）。

電信法第四十八條第一項前段規定：「無線電頻率、電功率、發射方式及電臺識別呼號等有關電波監理業務，由交通部統籌管理，非經交通部核准，不得使用或變更」（依國家通訊傳播委員會組織法第二條規定，電信法等有關通訊傳播之相關法規，其原屬交通部之職權而涉及國家通訊傳播委員會職掌者，自中華民國九十五年二月二十二日國家通訊傳播委員會成立之日起，其主管機關變更為該委員會）。電信法第五十八條第二項規定：「違反第四十八條第一項規定，未經核准擅自使用或變更無線電頻率者，處拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。」同法第六十條復規定，犯第五十八條第二項之罪者，其電信器材，不問屬於犯人與否，沒收之。準此，人民使用無線電頻率，依電信法第四十八條第一項前段規定，應先經主管機關核准，如有違反，即依同法第五十八條第二項及第六十條規定科處拘役、罰金，併沒收其電信器材。

無線電波頻率屬於全體國民之公共資源，為避免無線電波頻率之使用互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之秩序及公共資源，增進重要之公共利益，政府自應妥慎管理。立法機關衡酌上情，乃於電信法第四十八條第一項前段規定，人民使用無線電波頻率，採行事前許可制，其立法目的尚屬正當。上開規定固限制人民使用無線電波頻率之通訊傳播自由，惟為保障合法使用者之權益，防範發生妨害性干擾，並維護無線電波使用秩序及無線電通信安全（聯合國所屬國際電信聯合會—International Telecommunication Union 之無線電規則—Radio Regulations 第十八條，及聯合國海洋法公約—United Nations Convention on the Law of the Sea 第一百零九條參照）。兩相權衡，該條項規定之限制手段自有必要，且有助於上開目的之達成，與比例原則尚無牴觸，並無違憲法第十一條保障人民言論自由之意旨。

為貫徹電信法第四十八條第一項前段採行事前許可制，對未經核准而擅自使用無線電波頻率者，依同法第五十八條第二項規定處拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金，係立法者衡酌未經核准擅自使用無線電頻率之行為，違反證照制度，為維護無線電波使用秩序，俾澈底有效取締非法使用電波行為（立法院公報第八十八卷第三十七期第二四八頁參照），認為採取行政罰之手段，不足以達成立法目的，乃規定以刑罰為管制手段，與憲法第二十三條之比例原則尚無牴觸。至電信法第六十條規定，對於犯同法第五十八條第二項之罪者，其使用之電信器材，不問屬於犯人與否沒



收之，旨在防範取締之後，再以相同工具易地反覆非法使用，具有預防再犯之作用，且無線電臺發射電波頻率所使用之無線電發射機等電信管制射頻器材，係屬管制物品，不得任意持有、使用（同法第四十九條第一項、第六十七條第三項、第四項參照）。是上開第六十條有關違反第五十八條第二項之沒收規定，尚未逾越必要之程度，與憲法第二十三條之比例原則、第十五條人民財產權之保障，均無違背。

為保障憲法第十一條規定之言論自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配。鑒於無線電波通訊技術之研發進步迅速，主管機關並應依科技發展之情況，適時檢討相關管理規範，併此指明。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	謝在全
		徐璧湖
		林子儀
		許宗力
		許玉秀
		林錫堯
		池啟明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修
		陳春生
		陳新民

協同意見書

大法官 許宗力

本件聲請人係一表達政治意見之電臺，其因未經核准使用無線電波頻率廣播（下稱無照使用），而遭依電信法第四十八條規定處罰。本件涉及上開電信法規定是否侵害人民受憲法第十一條保障之言論自由之問題，多數意見肯認國家為避免干擾，得以事前許可制度管理無線電波頻譜，並得處罰無照使用行為。本席考量傳統利用無線電波廣播方式，有其技術侷限，必須維持事前許可制度及相應裁罰，方能確保合法使用者不受干擾，乃同意多數意見之結論。然而，倘新無線電波技術之研發應用，已能確保即使毋庸申請排他性之使用執照，亦能將干擾效應控制在合理範圍，而得與既有合法使用者共享無線電波頻譜，國家即無必要對所有無線電波頻譜之使用行為，一律強

制維持事前許可制度。在各式共享頻譜技術已有長足發展的今日，立法者有因應科技發展及時修法鬆綁之義務，其立法懈怠本已構成過度管制而牴觸憲法保障言論自由之旨。惟慮及國家在技術或未臻至穩定成熟的階段，為適當保護既有合法使用者之權利，而採取較為穩健的步調繼續維持事前許可制度，本席乃勉為同意現行管制手段尚可合憲地存在於過渡期間；但縱使如此仍應以「已瀕臨違憲邊緣」警告之，督促立法者應隨技術進展儘速適度鬆綁對無線電波頻譜之管制，以符憲法保障人民言論自由之意旨。爰提協同意見書如下：

採用傳統無線電廣播播送技術之無照使用者，得否爭執其尚未妨害合法無線電波使用，即不應予以處罰？這是本件聲請人爭執的焦點所在。此一爭議應從無線電波管理採事前許可制的制度目的論起。無線電波頻譜雖係全民共享之資源，世界各國（註一）卻均採取高度管制之措施，要求使用者必須於符合一定要件及技術規格的條件下申請執照，經核准後始得使用特定無線電波頻譜，不因其屬「全民共享」之資源，而容任人民自由接近使用。此種高度管制的正當性在於無線電波頻譜之特性：一般認為，技術上可供使用的無線電波頻譜有限（即稀有性），而在同一頻段、時間與地點，不能以兩個以上的裝置透過該頻道傳輸訊息，否則會相互干擾而無法使用（註二）（即排他性）。因此，國家必須強制介入頻譜之規劃，將有限的可用頻譜劃定成若干相互區隔之頻段，並透過正當的程序，以適當機制（如審核、拍賣或抽籤）分配各頻段之使用執照，而獲有執照的合法使用者，則對該頻段享有獨占排他之使用權利，冀能藉此管制模式避免干擾問題，有效利用無線電波頻譜資源。

執照制度既係在避免干擾、促進無線電波頻譜之利用，或有論者進而認為，不具干擾性之無線電波無照使用行為，既然無礙於合法使用，未侵擾無線電波之使用效率（實質上甚至可說是促進了無線電波之利用），國家似無必要加以規範處罰。然而，有效之執照制度，除了必須確保合法使用者之使用權益外，往往亦須輔以對無照使用者適當之制裁，否則難以貫徹制度本旨。以申請供廣播使用之無線電波使用執照為例，一般而言須符合相當技術規格與資金門檻、備齊營運計畫書等文件、乃至參與審查、拍賣或抽籤、付出高額權利金（註三），使用期間亦須遵循相關之使用規範。這些管制措施在在提高合法業者的營運成本，倘若對不具干擾性的無照使用者未能加以裁罰，則無啻鼓勵使用者與其耗心竭力接受審核或參與拍賣以取得執照，不如在頻譜縫隙中求生存，提高無照使用之誘因。是以處罰未干擾無線電合法使用之無照使用者，乃是維持執照制度運作必要的一環。而一旦我們接受執照制度本身具有正當性，則相應必要之裁罰應亦可予支持。何況現今廣播頻道相當擁擠（註四），採傳統無線電廣播播送技術之無照使用者，實際上是否能確保完全不干擾合法使用者之訊號傳輸，是值得懷疑的（註五）。在無法完全排除無照使用者擅自利用無線電波干擾合法使用者之前提下，基於國家對合法使用者之基本權的保護義務，維持現行的事前許可制度，並以法律處罰無照使用者，可認為有其合理性。

惟須提醒者，以上結論的前提是廣播頻譜業經充分開放！倘若人民所利用之無線電波頻段，係未經國家規劃開放，更無申請執照之程序可循，且其無照使用行為不干擾既有合法無線電之使用，則為維持事前許可制度處罰無照使用無線電波是否仍屬正當？本席認為無線電波頻譜屬於全民共享的真意之一，即是要求國家在遵守國際規範架構之前提下，必須盡可能採取開放頻譜資源之政策，供人民申請利用。尤其廣播無線電波頻譜乃人民行使言論自由之重要媒介，倘國家係故意或至少有重大過失，而怠於規劃釋出廣播頻譜，頻道開放牛步化，甚至令其閒置，卻處罰無從申請執照而逕行使用之人民，則此種惡意之保留政策，已與頻譜的稀有與排他性質無關，不能再認為以刑罰或行政罰作後盾的執照制度，係屬促進頻譜有效利用之必要管制手段，而是嚴重阻礙人民對言論媒介之接近與使用之權利，有悖於憲法保障言論自由之意旨。

反之，倘國家對於可用之廣播頻譜雖非一夕全數釋出，但只要沒有證據顯示國家係出於明顯惡意，意欲保留可用的頻譜資源拒絕開放以限縮言論表達之管道，而寓有合理整體政策考量可循一如欲在維持產業健全、產值規模、促進媒體內容多樣性、鼓勵地區特色、與保障少數族群近用媒體之機會等考量間求取平衡，而依規劃分階段緩步開放頻道，此時在頻譜開放之過渡階段，則可尊重國家廣電政策規劃空間，同意其得基於長程規劃之需要，階段性保留部分頻道未開放（註六），在此限度內，事前許可制度及其相應之處罰應仍有正當性。總之，1990 年代廣播頻道尚未完全開放之際，地下電臺異聲齊鳴，積極衝撞體制，對於政治民主化曾有正面的貢獻（註七），彼時國家不開放的管制措施確實欠缺憲法上之正當性。而今我國廣播頻譜可說已幾乎全數開放（註八），所謂階段性、地區性頻譜暫未開放的情形，在我國應不再是問題，是維持許可制，進而處罰無照使用者的正當性尚得予支持。

上開有關支持現行無線電波高度管制模式的結論，均是建立在無線電波頻譜稀有性以及排他性的預設，以及過去既有無線電波技術之侷限上（註九），而認為須將頻譜區分成個別頻段，以事前許可制度指配特定頻段獨占、排他的使用權，並配合處罰無照使用者之強制手段，始能有效排除干擾、有效率地利用無線電波頻譜（註十）。然而如果新科技的進展，已經鬆動有關稀有性與排他性的預設，則現行法律的高度控管是否仍有必要，即有疑問。

事實上，近來研究顯示排他使用的頻譜經常處於閒置狀態，並非所有時段均受充分利用，整體平均使用效率過低（註十一），因此排他使用的管制模式能提升使用效率之預設乃受質疑。其次，頻譜共享技術正方興未艾，能在不干擾（或僅造成有限干擾）既有頻譜合法使用的情況下利用閒置頻譜（White Space），提高頻譜之使用效率。例如所謂感知式無線電（Cognitive Radio），透過人工智慧技術，偵測特定時間、空間中的閒置頻譜，即時交互改變某些操作參數，在不干擾原合法使用權人的前提下，利用最適合的閒置頻段，進行通訊傳輸，一旦系統偵測到原使用權人已開始利用該頻譜，即再度重新調整傳輸參數，以降低干擾或切換到其他閒置頻譜發信（註十

二)。

有鑑於此，美國聯邦通訊傳播委員會（Federal Communications Commission，FCC）即率先於 2008 年公告其閒置頻譜之共享政策，只要以符合 FCC 之行政命令與技術規範的無線電裝置，任何人均可利用電視頻段內之閒置頻譜，毋庸事前取得執照許可，該政策被視為特別有利於無線網際網路服務提供者，於偏遠地區利用閒置頻譜提供網路服務（註十三）。由此可見，新技術之發展，將引發無線電波頻譜管制模式之典範轉移—為促進共享以提升頻譜資源的使用效率，事前許可制度必須鬆綁、退位，而獨占排他的使用權限亦須有所妥協（註十四）。

多數意見在理由書末了僅委婉、含蓄，近乎無力地以「併此指明」方式，指出主管機關應依科技發展之情況，適時檢討相關管理規範，而未能以更強烈的警告示之，不免令人感到遺憾。本席最後願再作一次強調：在頻譜共享技術未完全穩定的此際，國家或可為求審慎，避免影響既有合法使用權人對於無線電波之利用，而暫不更動現行頻譜管制架構，但無論如何主管機關均有隨新技術發展檢討管制措施之憲法義務，倘將來頻譜共享技術業臻成熟，足以解決干擾問題，支撐開放而自由之無線電波使用環境，主管機關即必須因應技術發展修改事前許可制度及相應裁罰手段，屆時國家若怠於開放無線電波之自由共享使用，一律強行要求不干擾既有合法使用的新技術必須經核准否則將予以處罰，而再次受違憲審查之挑戰，即可能因違反比例原則而獲致違憲之結論。

註一：另請參照聯合國所屬國際電信聯合會（International Telecommunication Union）所定之無線電規則（Radio Regulations）第 18 條規定。

註二：彭心儀、陳俊榮，開放共享、干擾管理：從美國 FCC「閒置頻譜」共享政策談頻譜管理新方向，NCP Newsletter，3 期，頁 2，2009/5。

註三：我國現行核發廣播無線電波執照制度，專採審核制，但國家通訊傳播委員會已依預算法第 94 條規定提出廣播電視法修正草案，擬以拍賣或招標方式核發無線廣播電視事業經營許可執照。

註四：根據行政院新聞局之產業調查資料顯示，截至 2009 年 4 月我國共有 174 個大中小功率電臺。取自 <http://info.gio.gov.tw/lp.asp?ctNode=4542&CtUnit=1086&BaseDSD=7&mp=5>（最後造訪日：2010/7/1）。

註五：參交通部 94 年 5 月 18 日交郵（一）字第 0940005181 號函略以：實務上未合法申請執照之電臺，設備未經交通部審驗合格，易因設備缺失致發射電波與其他電波產生干擾，即使於特定時間內未干擾合法電信使用者之頻率，但無法排除因頻率交互作用產生拍差頻率而有干擾之虞。又研究顯示地下電臺對於合法電臺的蓋臺與竄音干擾，已造成合法電臺之經營劣勢之一。參行政院新聞局 96 年廣播事業產值調查研究，頁 72。取自 <http://info.gio.gov.tw/ct.asp?xItem=47970&ctNode=4131>（最後造訪日：2010/7/1）。

註六：我國廣播頻道曾受高度不開放之管制，嗣隨政治民主化而於 82 年起依不同地區、不同功率，乃至不同之服務族群，基於「健全廣播事務」、「均衡區域發展」、「避免壟斷經營」、「符合地方需求」與「民營優先」等政策目的，規劃分階段開放申請設立廣播電臺，尤其 83 年與 84 年間密集開放，迄今計開放 10 梯次。在廣播頻道分階段釋出之過渡期間，如無明顯出於惡意箝制言論管道之目的，頻道暫時未完全同時開放之情形尚不致於違憲。有關我國廣播頻道開放各梯次之時間與規劃，參行政院新聞局，二〇〇三廣播電視白皮書，頁 140-141，2003。

註七：參陳清河，臺灣地下電臺角色的變遷（1991-2004），世新大學傳播研究所博士論文，頁 15-19（2004/12）。

註八：但這並不意謂我國廣播頻譜的開放與分配是完全理想的，公營電臺頻譜之整併、適當之移頻或軍用頻道之釋出等，都有值得努力的空間，只是從憲法觀點而言，自 82 年以降之 10 梯次開放至少達到合乎憲法要求的門檻。

註九：有關頻譜特性與管制模式的爭議，參如羅莊鵬，頻譜管理政策研究—以美國頻譜管制的歷史與發展為例，經社法制論叢，32 期，頁 365-375（2003/7）。

註十：有關此一管制模式更詳細的說明與缺失，可參 Peter Anker, Does Cognitive Radio need Policy Innovation?，頁 24-25，取自 <http://crni.epfl.ch/papers/anker.pdf>（最後造訪日 2010/7/1）。

註十一：彭心儀等，同前揭註二，頁 2。

註十二：相關技術說明，參胡志男，頻譜共享技術與相關法規議題初探，NCP Newsletter，3 期，頁 14-16，2009/5；Friedrich K. Jondral, Regelungsziel: "Effiziente Frequenznutzung", 2009, S.22f. 取自 <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/regulierungsziel-effiziente-frequenznutzung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>（最後造訪日 2010/7/1）。

註十三：彭心儀等，同前揭註二，頁 3-4。

註十四：Peter Anker，同前揭註十，頁 28-29。

協同意見書

大法官 葉百修

本件解釋多數意見就電信法第四十八條第一項前段規定，對無線電波頻率廣播之使用採事前許可制，須經主管機關核准始得為之，與憲法保障人民言論自由之意旨尚無牴觸；對違反前開規定者，依同法第五十八條第二項規定，處拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金，與憲法保障言論自由及比例原則亦無牴觸，本席敬表贊同。惟就同法第六十條規定（下稱系爭規定），對違反上開規定者，其使用之電信器材，不問屬於行為人（即受處罰者）與否均予沒收，未區分所為沒收之物究係是否為第三人

合法取得之物，多數意見對系爭規定於此部分之合憲性，則無一語指及，本席認有進一步說明之必要，爰提出協同意見如后。

一、對第三人合法取得之物予以沒收或沒入應經正當法律程序

（一）憲法保障人民財產權之意義與範圍

憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴，本院歷來解釋闡述甚詳。憲法所保障之財產權，立法者固然享有廣泛之形成空間，惟一旦人民財產成為法律所保障之權利範圍，此種權利即應受憲法之保障，其限制或剝奪，均須符合憲法相關原則之要件。是系爭規定所涉及之電信器材，若為第三人所合法取得之物，即應屬憲法保障人民財產權之範圍。

（二）沒收（或沒入）係剝奪人民財產權之行政刑罰（行政罰）之手段

法律作為社會生活秩序之規範，對於規範之違反，自有以制裁手段而為確保規範執行之結果；不同法律關係，所使用之制裁手段亦有不同。民事法律關係如侵權行為之損害賠償、契約行為於債務不履行之違約金等等；刑事責任則以刑罰為之。至於行政上法律關係對於規範之違反及義務不履行，傳統上嘗以行政罰作為行政義務不履行之制裁手段。無論是何種法律關係下所生違反規範義務之處罰或制裁，均須符合憲法對於人民權利義務保障之意旨，特別是國家行使公權力所生之權利關係，例如刑事處罰或行政罰，則以憲法比例原則所生罪刑相當（註一）或責罰相當原則（註二），以及符合正當法律程序等，作為本院違憲審查的判斷基準。姑不論行政罰法上所稱之沒入是否即屬刑法上之沒收（註三），然其性質既係對人民財產加以強制剝奪之行為，自須合於憲法正當法律程序及比例原則之要件，方符憲法第十五條保障人民財產權之意旨。

（三）對第三人合法取得之物予以沒收（或沒入）之範圍

無論是刑罰或行政罰，其處罰之對象原則上應僅止於行為人一身。按沒收（或沒入）係針對特定標的物，將該物之所有權及相關權利移轉為國家所有之一種行政刑罰，其目的具有預防犯罪、違法行為之處罰、維護大眾安全及法秩序之安定等目的（註四）。對於沒收物之範圍，依據刑法第三十八條規定，除違禁物不問屬於犯罪行為人與否一律予以沒收外，供犯罪所用或犯罪預備之物或因犯罪所生或所得之物，仍以屬於犯罪行為人者為限（註五）。行政罰法第二十一條亦規定，沒入之物，除本法或其他法律另有規定者外，以屬於受處罰者所有為限。由於行政罰法上開規定僅屬關於沒入處分之一般規定，尚有如系爭規定等其他法律另有規定者而排除上開規定之適用。純就沒入作為處罰之目的，其處罰之範圍，即應以屬受處罰者所有為限（註六）。社會秩序維護法第二十二條第二項及第三項規定亦以此為原則。行政罰法第二十二條第一項固然

規定，不屬於受處罰者所有之物，因所有人之故意或重大過失，致使該物成為違反行政法上義務行為之工具者，雖未構成同法第十四條之共同行為人，因其有故意或重大過失而提供物以幫助受處罰者，仍得裁處沒入（註七）。然而，此種情形仍屬沒入作為處罰目的之範圍。查系爭規定所涉及沒收之標的物，係未經主管機關核准使用之電信器材，受處罰者所有或第三人因故意或重大過失而提供受處罰者，依法予以沒收，係屬以處罰為目的之範圍。然系爭規定不問所涉及違法使用之電信器材是否為受處罰者所有，一律予以沒收，電信器材非一概均為違禁物，若無預防犯罪或維護大眾安全及法秩序之安定等目的，就第三人合法取得之物仍予以沒收，則與憲法保障人民財產權及比例原則之意旨有所牴觸（註八）。本件解釋多數意見雖以系爭規定「旨在防範取締之後，再以相同工具易地反覆非法使用，具有預防再犯之作用，且無線電臺發射電波頻率所使用之無線電發射機等電信管制射頻器材，係屬管制物品，不得任意持有、使用」，並未就此部分予以進一步判斷是否為第三人所為合法取得之物，所為沒收之電信器材是否均為管制物品，逕予認定系爭規定與憲法保障人民財產權及比例原則之意旨無違，似為速斷。

（四）對第三人合法取得之物予以沒收（或沒入）應經正當法律程序

沒收（或沒入）既涉及人民財產權之剝奪，於第三人合法取得之物予以沒收（或沒入）時，是否有正當法律程序所保障之受通知權、陳述意見及申請聽證之權利？依據行政罰法第四十二條及第四十三條之規定，均僅限於受處罰者，對於所有之物遭沒收（或沒入）之第三人，行政罰法及系爭規定亦未就剝奪第三人財產權正當法律程序予以保障，與憲法之意旨亦有未符。此部分參照德國違反秩序罰法於第五章第二十二條以下，即就「沒入」設有專章規定，就沒入之構成要件（第二十二條）、例外沒入（第二十三條）、沒入所應遵守之比例原則（第二十四條）、追徵價額以代沒入（第二十五條）、沒入之效力（第二十六條）、單獨沒入宣告（第二十七條）、沒入所生第三人權利損害之補償（第二十八條）及機關、代理人之特別條款（第二十九條）等均有明確規範；相較之下，我國行政罰法則未就沒入構成要件及實施沒入之程序予以明確規定（註九），亦應予檢討修正。系爭規定於此亦未有任何保障第三人財產權之相關正當法律程序，與憲法保障人民財產權之意旨即有未合。

二、對第三人合法取得之物予以沒收（或沒入）應給予補償

又系爭規定於第三人合法取得之物予以沒收時，似亦有以因法律規定而予以剝奪其財產權之特別犧牲之情形，應予以合理、適當之補償（註十）。國家依據系爭規定對未經核准使用或變更無線電波頻率而使用之電信器材，不問是否為受處罰之行為人所有，一律予以沒收，係國家合法行使公權力之行為，就行為人違法行為之處罰及於第三人，若此項沒收行為果具備上開所論之正當性與合乎憲法

比例原則，於為避免所涉電信器材有可能繼續違法使用，而造成對公益有重大影響時，此項侵害行為已逾越第三人所應忍受之範圍而構成特別犧牲（註十一），國家即應予以合理、適當之補償。即便第三人合法取得之物係因故意或重大過失，而致該物成為違反行政法上義務行為之工具者，仍應予以適當補償，其故意或重大過失，僅係得否減免其補償之數額或過失相抵之事由而已。

註一：本院釋字第六六九號解釋參照。

註二：本院釋字第六四一號解釋參照。

註三：違反行政法上義務，依據行政罰法第一條之規定，施以處罰之種類有罰鍰、沒入及裁罰性之不利處分（同法第二條規定參照）。刑法上所稱之沒收，係指以法律剝奪物之所有權及其占有、使用、收益、處分等權利之一種國家高權行為。行政罰上雖以沒入之刑罰處罰類型，其性質與刑法上之沒收相同，學理上稱之為行政刑罰，其是否為行政罰之類型，固有爭論，惟有學者認為，行政罰法既然未以刑法「沒收」所定刑名作為處罰之手段，顯係將之認屬刑法之範圍。參吳庚，行政法之理論與實用，增訂十版，2007 年 9 月，頁 480；林錫堯，行政罰法，初版，2005 年 10 月，頁 24。

註四：Vgl. Erich Gohler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), 13. Aufl., 2002, Vor § 22, Rn. 4-7；洪家殷，行政秩序罰論，2006 年 11 月，增訂二版，頁 46。

註五：刑法學者即有認刑法第 38 條第 1 項有關沒收物之範圍，除第 3 款偏重刑罰之性質外，第 1 款及第 2 款則係具有保安處分之意義。參黃榮堅，基礎刑法學，上冊，2006 年版，頁 101。

註六：本院釋字第六七二號、第四九五號解釋參照。

註七：參照臺灣高等法院暨所屬法院 97 年法律座談會刑事類提案第 24 案審查意見，臺灣高等法院暨所屬法院 97 年法律座談會彙編，2008 年 12 月，頁 641-643。

註八：實務上對於系爭規定，亦以「倘其所謂沒收物原屬被害人所有，但為犯罪行為人因犯罪而取得或變易獲得被害人合法使用之物，則該物得否『不問屬於犯人與否』為沒收，自仍應視被害人與非法利用該物有無直接關聯性以為判斷，方符合目的性之解釋。此與本院 71 年台上字第 754 號判例揭示『違禁物固不問屬於犯人與否，均應沒收，但該物苟係屬於第三人所有，則其是否違禁，即應視該第三人有無違禁之情形為斷。故犯人雖係違禁持有，而所有之第三人如係經合法允許而持有者，仍不在應行沒收之列』之意旨，同其趣旨；自非得不問上開規定之立法目的，徒從文義為解釋，概認凡屬犯罪行為人因供犯罪而取得原屬被害人合法所有之物，亦均在『不問屬於犯人與否』應沒收之列，而恣置被害人得主張法律上之權利於不顧，形成國家在無任何正當理由之情況下，

得以無限制地剝奪或限制被害人合法之財產權。電信法第 60 條規定：『犯第 56 條至第 58 條之罪者，其電信器材，不問屬於犯人與否，沒收之』。此為絕對義務沒收主義之規定，即凡觸犯電信法第 56 條至第 58 條之罪者，其電信器材，除證明已滅失者外，『不問屬於犯人與否』，有無查扣，固均應予以沒收之。然實務見解認為：利用他人住宅內之有線電話，盜打他人電話為通信行為；或竊取他人之行動電話手機，進而為盜打通信之行為；或僅以使用竊盜之意思，擅取他人之行動電話手機為盜打通信之行為等，皆成立電信法第 56 條第 1 項之罪（本院 88 年第 1 次刑事庭會議決議參照）。是電信法第 60 條雖未有如洗錢防制法第 12 條第 1 項『犯第 9 條之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之』之規定，依上說明，該條之適用，自應排除犯罪行為人取得原屬被害人所有而用以犯罪之電信器材，始合乎法意，並兼及公益與私益間之均衡維護。」最高法院 96 年度台非字第 73 號刑事判決參照。

註九：行政罰法關於沒入之規定，為該法第 21 條至第 23 條，均屬僅就沒入之種類與範圍予以規定，對於沒入之執行、裁處與救濟則付之闕如。

註十：本院釋字第三七號解釋參照。

註十一：詳參本席於本院釋字第六七〇號解釋所提之協同意見書。

協同意見書

大法官 陳新民

不要為眼睛看不到什麼而悲傷，也無庸為耳朵聽不到哪些而難過；總有一天你會知道，任何事物都有隱蔽的目的。那時候你將會讚頌黑暗，正如同你讚頌光明一樣。

黎巴嫩詩人・紀伯倫・《先知》

本號解釋多數意見肯認電信法第四十八條第一項前段規定（以下簡稱系爭規定）之無線電頻率等業務，非經交通部核准，不得使用或變更。亦即對於無線電廣播等採取許可制，並不違憲之見解，本席敬表贊同。而對於其主要立論之一，認定無線電波頻率為全體國民之公共資源，為避免無線電波頻率互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之秩序及公共資源，增進重要之公共利益，政府自應妥慎管理、規劃及指配（見解釋理由書第三段），本席亦認為已經闡明系爭規定的合憲性依據，堪稱允當。

然而本號解釋顯有美中不足之處，似在釐清系爭規定與人民言論自由之關係，特別牽涉到所謂的「廣播自由」，是否此自由與言論自由劃上等號，從而可以運用限制言論自由的法理，來限制此廣播自由？由本號解釋理由書第一段似隱含有此一意旨。惟查，本院大法官解釋迄今雖尚未出現「廣播自由」一詞，但在本院釋字第六一三號解釋理由書已出現「通訊傳播自由」，是否可以作為限制或肯定系爭規定合憲性依據

？仍有待斟酌。另外廣播自由的內涵是否應當區分為公營電臺抑或民營電臺，從而應有不同的法律義務。本院過去的見解與本號解釋多數意見似乎並未加以釐清，以致於未能凸顯廣播自由的憲法意義。為此本席謹提撰協同意見，並闡述廣播自由在憲法基本權利體系內應有的定位問題。

一、萬國公律與萬國公罪—無爭議之電波通訊事業應採行許可制

無線電波成為人類溝通意見、傳遞資訊的工具，完全是人類科技發展的成果，因此自從無線電成為通訊工具後，歐美國家即將廣播採行許可制。特別值得注意的立法例為美國在一九一二年八月國會通過制定「一九一二年無線電法案」（The Radio Act of 1912），竟然起因於著名的「鐵達尼號海難」。因該郵輪於同年四月十五日撞擊冰山後，本有充裕時間（近三個小時）來搶救乘客，但卻因為公海上無線電波頻譜相互干擾，造成求救通訊無功，而使超過一千五百名乘客溺斃的慘劇。美國國會即刻於海難發生後四個月通過立法（註一）。

美國之所以開各國風氣之先，乃基於無線電波為稀有的資源，應當由國家統一規範，不能夠讓諸人民視之為無主物，而採取「先占原則」，易言之，電波只有一定數量的頻率，不像空氣般的用之不盡，取之不竭。同時，同頻率即會造成干擾，甚至造成「玉石俱焚」的後果。採取許可制即變成「萬國公律」。

最明顯例子莫過於一九五〇年十一月四日所通過的歐洲人權公約（European Convention on Human Rights, ECHR）全名為「歐洲保障人權和基本自由公約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）」，第十條第一項（第三句）即明白揭示了「廣播許可制」的規定：「任何人都享有自由發表言論之權。這種權利包括了超越國界之意見自由與接受與傳遞消息與理念之自由，而不能遭到國家機構的干涉。本條款不能夠作為排除國家對於廣播、影像或電視企業採取許可程序之依據」。

同樣的，如同本號解釋理由書第四段也指明國際電訊聯合會的類似規定。本席認為尚有一項值得重視的國際規則：即便在沒有國家主權的公海上，依據聯合國海洋公約第一百零九條第一項之規定：「所有國家應進行合作、以制止從公海從事未經許可的廣播」。同條第三項復規定：「對於從公海從事未經許可的廣播之任何人，均可向下列國家的法院起訴（包括船旗國、設施登記國，廣播人所屬國，可以收到這種廣播的任何國家，及得到許可的無線電受到干擾的任何國家）」。第四項且規定：「任何依第三項有管轄權之國家，可以逮捕從事未經許可廣播的任何人、或其船舶，並扣押廣播器材」。

由上述國際海洋公約嚴格規定，即便在公海上無國家主權之處未經許可而為廣播，也視為類似海盜行為的「萬國公罪」。連國際法上對這種未經許可行為，幾乎是「深惡痛絕」的評價，很難想像在國內法內還可以獲得反其道而行的論辯依據！

二、所謂廣播自由權的定位—不屬於一般人民自由權的屬性

既然廣播必須獲得國家許可為前提要件，成為萬國公律，是否即難有「廣播自由」存在的空間？廣播自由可否比照其他人民基本人權，而有所謂的「廣播自由基本權」，從而受到憲法位階的保障乎？由釋憲聲請書所引述憲法第十一條言論與新聞自由權的意旨（至於聲請書同樣引述憲法第十五條財產權保障之規定，乃在爭議沒收廣播設備的合憲性之依據），顯然認為由言論自由可以連接出資訊自由、媒體新聞自由與廣播自由，並援引釋字第三六四號解釋（民眾得有更多利用媒體之機會），作為系爭規定違憲之依據。

究竟所謂「廣播自由」的概念為何？廣播自由是否與言論自由有不可分的關聯，而形成「生命共同體」般的枯榮並存關係？抑或廣播自由包括了人民可以擁有成立私人電臺、透過自行發射電波表達意見、以及請求讓自己的言論在任何電臺（包括公、私立電臺在內）上出現、傳播的基本權利？如果不澄清此疑慮，即會漠視廣播自由的屬性，虛幻的「膨脹」出廣播自由在憲法人權體系中的地位！

首先，本於「體系正義」的立場，為檢驗本號解釋有無賡續本院過去一貫的理論，有必要先仔細檢視一下本院大法官過去對於相關議題的論述：

（一）形似而實異—本院釋字第三六四號及第六一三號解釋「相同及相異」的立論

本院針對媒體自由的議題，迄今共作出二號解釋。分別為釋字第三六四號及第六一三號解釋，都將傳播自由與言論自由劃上等號。此觀諸釋字第三六四號解釋的解釋文即清楚表明此一立論：

以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民平等「接近使用傳播媒體」之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。

此號解釋表明電視與廣播，乃作為人民表達意見的「載具」或「平台」等的媒介，所以可以納入憲法第十一條保障言論權的範疇。在理由書第一段的敘述（所謂「以廣播及電視方式表達言論之自由」），更表明電視與廣播的「工具論」的見解：

言論自由為民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。惟廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響。故享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制。

乍看之下，這個見解與德國基本法第五條第一項（第二句）的規定有異曲

同工之相似性：

任何人擁有將其意見以文字、文件與圖畫發表與傳播之權利，並由公開來源無阻礙獲得資訊之權利。新聞自由及透過廣播及影片來報導之自由，應予保障。任何審查制度不得為之。

德國基本法這種承認人民擁有「透過廣播」來傳達資訊、新聞與意見的權利，是否即承認人民擁有廣播自由，也使得本院釋字第三六四號解釋之立論，獲得一個「德國知音」？恐怕將會「事與願違」，本席將會在下文中仔細分析之。

在本件原因案件及聲請書提出時，尚未產生的本院釋字第六一三號解釋，雖然乃針對國家通訊傳播委員會組織法的合憲性爭議，所作出之解釋，但其在解釋理由書第三段，也洋洋灑灑提到了言論自由與通訊傳播自由的「本生」與「原生」關聯：

憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由。通訊傳播媒體是形成公共意見之媒介與平台，在自由民主憲政國家，具有監督包括總統、行政、立法、司法、考試與監察等所有行使公權力之國家機關，以及監督以贏取執政權、影響國家政策為目的之政黨之公共功能。鑒於媒體此項功能，憲法所保障之通訊傳播自由之意義，即非僅止於消極防止國家公權力之侵害，尚進一步積極課予立法者立法義務，經由各種組織、程序與實體規範之設計，以防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域。是立法者如將職司通訊傳播監理之通傳會設計為依法獨立行使職權之獨立機關，使其從層級式行政指揮監督體系獨立而出，得以擁有更多依專業自主決定之空間，因有助於摒除上級機關與政黨可能之政治或不當干預，以確保社會多元意見之表達、散布與公共監督目的之達成，自尚可認定與憲法所保障通訊傳播自由之意旨相符。

因此，此二號解釋立論清楚表明廣播與通訊自由乃言論自由的「衍生自由」，但在對廣播自由的內容，二號解釋都有極大的差異。在釋字第三六四號解釋理由書第二段明白承認電波頻率為「有限性之公共資源，為免被壟斷與獨占，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會」。易言之，強調了電波頻率採行許可制有其必要，應由法律來決定開放與否，及其實施的範圍。但該號解釋的重點乃強調「接近使用傳播媒體」之權利（the right of access to the media），讓媒體成為社會公器，來表達多元意見。但此權利仍然受「編輯自由」的限制。

但本院釋字第六一三號解釋就更進一步的將言論自由擴張到人民擁有「經營及使用媒體設備，以取得資訊及發表言論」之權利，此觀諸理由書第三段第一句的敘述即可明白大法官的見解：

憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由。

倘依該號解釋的立論，憲法第十一條保障言論自由的衍生效果，已經產生同樣「憲法強度」的廣播自由，即產生人民可以主張經營媒體、使用他人，不論公營或私營電臺，來發表言論的「主觀權利」（Subjektive Rechte），同時，立法者並不可以制定違反這種意旨的法律，否則即形同違憲。

由釋字第三六四號解釋承認電波為有限資源，而寄望由立法者制定法律來塑造公平的電波頻率之使用與分配秩序，而至釋字第六一三號解釋驟變為「人民擁有廣播自由的主觀權利」，而加諸立法者不得侵犯此自由的義務，這種顛覆式的見解，似乎未明白的被解析出來。吾人可以再將釋字第六一三號解釋理由書第三段的敘述，來「驗證」大法官在本號解釋中對於憲法保障廣播自由的力道：

鑒於媒體此項功能，憲法所保障之通訊傳播自由之意義，即非僅止於消極防止國家公權力之侵害，尚進一步積極課予立法者立法義務，經由各種組織、程序與實體規範之設計，以防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域。

上述這段「通訊傳播自由非僅止於消極防止國家公權力之侵害」的立論，表明廣播自由不當只是作為傳統自由權的「防禦權」（Abwehrrechte）的角色為已足，而是進一步地形成請求權或制度性保障，要求立法者應有積極促使人民言論能透過電臺實現傳播的憲法義務！

而視為言論自由之顯現，廣播自由也可以透過對於言論自由一般限制（包括公益限制及比例原則），來予以限制之。最明顯的例證為釋字第三六四號解釋理由書第一段的最後敘述：「…故享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制。」正是憲法第二十三條內容之翻版！

至於釋字第六一三號解釋雖未提到此問題，但既然視廣播自由已具有防衛權的色彩（雖然並不止於此），但解釋上自然也受到規範防衛權的一般公益與比例原則的限制。同樣的本院釋字第五〇九號及第六一七號解釋，皆涉及言論自由或出版自由的保障與限制問題，雖未明言廣播自由，但既言及「言論與資訊的流通」，自然也可包括通訊傳播資訊與言論在內，顯見都適用同樣的合憲

與違憲的檢驗標準。

本號解釋多數意見明顯地兼採此二號解釋之立論，例如在解釋理由書第一段所強調的言論自由：「…其內容尚包括通訊傳播自由之保障，亦即人民得使用無線電廣播、電視或其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由。…」顯然比釋字第三六四號解釋範圍來得廣，但較釋字第六一三號解釋範圍來得狹窄，本號解釋所狹窄之處乃不再援用「經營廣播、電視及其他傳播網路等」的自由。同時，也明白廢續釋字第三六四號解釋「電波頻率有限論」及「立法管制論」的見解，此觀諸本號解釋理由書第三段的論述甚明：

無線電波頻率屬於全體國民之公共資源，為避免無線電波頻率互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之秩序及公共資源，增進重要之公共利益，政府自應妥慎管理、規劃及支配。

因此本號解釋比起過去所作之二件相關解釋，本號解釋堪稱中允，既提到了電波頻率之公共財、有限性及國家立法管制之必要性外，還「刪除」釋字第六一三號解釋的「人民經營電波頻道設施的主觀權利」部分—儘管此重大改變未經本號解釋所強調（此在作出釋字第六一三號解釋，大幅變更釋字第三六四號解釋立論時，也同樣地經歷過這種類似「寧靜革命」的過程），則是值得在此特加大書特書！倘不如此澄清，無法給予承認許可制的合憲性一個理論上的堅強基石。

（二）廣播自由與其他人權—特別與出版自由的比較

由前述本院釋字第三六四號及第六一三號解釋所持的廣播自由乃言論自由的「媒介」，是否與言論及意見自由乃透過出版的方式，來產生及傳播，出版自由是否也應當是「媒介論」？

如果承認出版自由也是言論自由的衍生，及媒介論的推演，那麼世界各國對限制廣播自由所採行的最嚴重之「許可論」，是否也應當施行在「出版自由」之上乎？

這個答案當然是否定的。其理由厥為：廣播自由與出版自由的特性完全不同。廣播乃利用資源有限的電波平台；出版自由乃資源無限、人類只要有書寫能力，甚至發明印刷術後，都可以將著作物加以出版傳播，而無產生干擾其他著作出版之虞。同樣是「傳播的媒介」，但限於媒介的特性與本質的不同，兩者係「形似而實異」，而不可相提並論。

關於廣播自由的屬性與無線電波的有限性不可分，德國聯邦憲法法院，很早就界定廣播自由和一般自由權，有相當大的差異。除了一般自由權是屬於「自然權利」，無庸法律制定就應該肯定之，法律只不過是給予限制而已（註二）；而廣播自由主要在民營電臺方面，則有待法律來使「民營化」實現。易言之，有待立法的肯認，方能「導入」（Einführung）民營廣播的體制，故德國

稱之為「由法規形塑出來之權利」（normgeprägtes Recht），不被視為是自然權利（註三）。

其次在法益方面，一般自由權主要是保障個人的利益，發展個人的人格與價值。故帶有明顯的防衛權色彩，來防止國家之干涉，然而廣播自由在保障個人法益及防衛權的色彩方面，便淡化甚多，而係為一種所謂的「有任務的自由」（dienende Freiheit）。廣播自由是一種「程序保障」，讓人民的意見表達自由能夠透過廣播的方式來傳遞，並且能凝聚成公共意志。因此，主要的法益乃在於「公益」，特別在民主國家的社會，這種利益已經「上綱」到關涉國家憲政生命的程序與發展。所以，廣播自由不再斤斤於個人人權享有的利益，而在於更高遠的公共利益（註四）。伴隨而來的則是法律必須要給予仔細且周詳的規範，而不像一般個人自由以國家干涉越少越好，個人自由行使的界限越廣越佳。

同樣的，受憲法保障的一般基本自由權，還會延伸至所謂的「消極自由權」，例如：保障言論自由，也及於保障不發表言論的「消極言論自由權」；人民擁有信教自由，自然國家不得強迫人民信仰一定的宗教（消極宗教自由權）。而在廣播自由方面，即無此項消極廣播自由權，亦即國家不得強迫私人必須收聽一定的廣播節目或裝置接收的設備，是與國家可以要求人民接受現代生活所必須的水電設備不同。至於同屬言論與意見自由範疇的「資訊自由」（Informationsfreiheit），也一樣有所謂的「消極資訊自由」，不可強迫人民接受一定的資訊（註五）。故連一般言論自由權、資訊自由，都保障其消極自由，廣播自由則反是。更可以看出廣播自由異於其他自由權，包括言論資訊自由之處（註六）。

（三）僅適合公營電臺的立論—由德國憲法原則的探究

既然論及各國對廣播業務都一律採行許可制，即必須有民營電臺存在為前提，否則如電臺全係公營，即少有廣播自由存在之餘地；如果國家許可電臺民營，即產生探究民營電臺成立及其運作的法律規範中，如何保障廣播自由的必要性。為此，實施公、民營並存，即所謂的廣播法秩序「雙軌制」的德國，其聯邦憲法法院對廣播自由的定性，以及其與人民言論自由的關聯，迄今已經作出九個解釋，構建出德國各邦電臺的法秩序之基本原則，足供亦係實施雙軌制的我國參考之用。

德國基本法第五條第一項（第二句）規定：「任何人擁有將其意見以文字、文件與圖畫發表與傳播之權利，並由公開來源無阻礙獲得資訊之權利。新聞自由及透過廣播及影片來報導之自由，應予保障。任何審查制度不得為之。」

基本法此條文乃是由威瑪憲法（第一百零八條第一項）所承繼而來，但所差異者乃特別加入了言論與新聞「透過廣播」的用語。因此給所謂的「廣播自

由」(Rundfunkfreiheit)創下了立論之依據。但是這個所謂「新創造出的自由權」，並沒有在學理上或政治與釋憲實務上，獲得與其他基本自由權一樣的評價。有關此自由的內涵，主要是靠德國聯邦憲法法院在歷次解釋中予以闡述出來。

和美國很早即承認人民得經營電臺，尤其是以營利為目的之商業電臺不同，一開始，德國乃實施「公營電臺獨占原則」。德國自一九一九年實施威瑪憲法後，沒有明白肯定人民的廣播自由，此乃因為德國本即以實施公營電臺為原則，自一九二三年開始，德國即仿效英國國家廣播公司(BBC)的模式，立法將電臺的管理置入在帝國郵政部門，日後將各地的廣播電臺，一律規範為公營電臺。這是鑒於電信資源有限，且在無電視與網路的時代，無線電傳遞的廣播，對於政治與社會重大的影響力，使得德國特別強調電臺公有化的重要性。日後德國將電臺置於宣傳部下，更將電臺變成政令宣導之工具。

二次世界大戰後公布的基本法第五條，明白承認廣播自由的制度，即欲打破電臺為特定意見表達的窠臼，所致力方向第一步，乃先邁出承認公營電臺具有享受基本人權的主體地位。按自由權視為防衛權，以防範國家之侵犯為目的。因此人權擁有者，自然為人民及私法人。作為公法人的公營電臺，即屬於國家組織之一，即不可享有人權。但鑒於基本法第五條所要求電臺(廣播與電視)，都賦予傳遞與形成國民意見的重要任務，在公營電臺，則特別要奉行三個「遠離」(Ferne)的原則：即「遠離國家」(Staatsferne) — 電臺要遠離政府的介入，政府儘量少干涉之；「遠離黨派」(Parteiferne) — 電臺要免於政黨的影響與支配，特別是當電臺受到政府的補助時，更要避免國會黨派的影響；及「遠離經濟誘因」(Wirtschaftsferne) — 這是指電臺要避免淪為營利的工具，避免電臺淪為汲汲求利而忽略其存在之公共任務(註七)。

德國聯邦憲法法院在一九七一年七月二十七日在討論到對電臺收入能否課徵增值稅的合憲性問題，作出了所謂第二件「電視案」判決(註八)。在本號解釋中憲法法院雖然仍確認電臺只准公營化的合憲性，但也明白的認為電臺負有公共責任，乃履行公行政的任務，具有整合國家整體意見的功能。因此電臺不能為全職及兼營其他營利的行為。在達成這種任務的過程，聯邦憲法法院即承認電臺具有類似私法人得擁有抗拒國家非法侵犯的防衛權利。

而在履行此「三個遠離」的過程，公營電臺要抵禦來自同樣體系之政府與財源來源之國會的影響，委實不易，因此這也變成整個廣播自由的「核心」部分。亦即：電臺經營之自由(Rundfunkveranstalterfreiheit)，也就是電臺的「節目自主」(Programmsautonomie)原則。電臺應該獨立運作，可以自行決定播放哪些節目(註九)。

為了調和電臺的獨立自主，又要兼顧社會與民眾的多元聲音能夠達成，因

此國家可以透過法律的規定，課與這些公營電臺更多的義務，例如：組織決策人員的組成多元化—電臺人員來源與節目、政策的決定人選必須多元、中立與專業；運作的多元考慮—應當許可多元意見的表達，例如節目應當中立不能偏私某一政黨；節目的公益化，例如應舉辦公民論壇、藝術性的節目或其他非商業性的活動報導等。

由上述對公營電視臺任務課與，可以知道「電臺公營化獨占」的原則，必須付出相同的代價：強大的公共任務與公益訴求，絕對的非營利化，經費由公庫負擔為原則（部分由收視費及廣告費或贊助費等來挹注），以及受到法令更多的限制—例如開放媒體刊登民眾之意見。這些都是所謂「高密度」的媒體義務（註十）。

反觀我國在釋字第三六四號解釋固然提出了所謂「接近使用傳播媒體」的權利，但其理由書（第二段）之立論，貫徹此原則，不論是對報導受害人的「平衡報導」，及接受更正之聲明，抑或報導政見辯論，但也要求尊重編輯自由，而應由法律明白規定之。據此，我國廣播電視法既然已有相關規定實現此一要求（註十一），今後立法者是否即無庸或不得強制電臺應提供一定時段（如同本號解釋理由書第六段所期待之），供民眾發表意見乎？倘持否定見解，則所謂（例如釋字第三六四號解釋所宣示之使民眾擁有更多利用媒體機會）的「接近媒體使用權」即形同具文乎？

而在要求所有媒體應當確保社會多元意見能透過媒體平台來散布，以實踐通訊傳播自由，本院釋字第六一三號解釋理由書第三段所要求立法者應有積極的立法義務，「……經由各種組織、程序與實體規範之設計，以防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域……」。似乎也符合德國聯邦憲法法院所要求的「遠離國家」等所要求的電臺結構多元化的法律義務？

然而，對比之下，吾人不難瞧出其中端倪：不論是本院釋字第三六四號或是第六一三號解釋（甚至本號解釋的立論），都是針對公營電臺為對象，才有課與如此高密度之公共任務與公益需求之正當性與合憲依據！

吾人不禁質疑：這種要求是否「放諸四海而皆準」的適用到所有電臺，特別是民營電臺？本院前二號解釋（及本號解釋）惜乎都未能加以區分，顯示出本院這三號解釋都忽略了民營電臺應當與公營電臺具有不同的「權利屬性」！

（四）民營電臺應享有「低密度管制」的自由權

德國電臺的公營獨占制度，到了一九八一年終告打破。由於規範廣播乃各邦，而非聯邦的立法權限（註十二）。首開案件即起因於薩蘭邦（Saarland）在一九六七年十二月制定的邦電信法（一九六七年七月修訂），許可人民申請成立民營電臺，但以向邦政府申請許可為前提。申請人必須為公司形式，且執

照有期限，並得附帶條件。薩蘭邦電信法的公布使薩蘭邦成為德國第一個開放電臺民營化的邦，也因此引發了電臺民營化是否合憲之爭議。德國聯邦憲法法院在一九八一年六月十六日作出了著名的「自由電臺公司成立案」（FRAG-Urteil）判決，承認民營電臺的合憲性。該判決肯認憲法廣播自由及於電臺的民營化。但基於無線電波的有限性（Knappheit der Sendefrequenzen）以及設立電臺的昂貴財務需求，以及電臺所負有的公共任務，使得電臺應具有一定的「特別地位」（Sondersituation）。因此，邦一定要在電信法中「預先」對於相關的問題，例如應如何反應多元社會的聲音、保持客觀的立場，甚至財務經費來源及節目的構想……等，加以仔細規範。立法者雖在此領域內，有極大的形成空間，但如果未為詳盡之規定，以及沒有規定許可的條件，即屬違憲。故系爭之薩蘭邦電信法對於民營電臺的成立須經申請取得執照，以及發給執照的可給予年限與附條件等，屬於泛泛之規定，並不符合憲法所要求立法者事先制定一套嚴整的廣播秩序之本意（註十三）。

德國聯邦憲法法院此一判決，肯定民營電臺的合憲性後，各邦都開始立法開放電臺民營，打破公營電臺獨占的現象，是所謂的民營電臺與公營電臺並存的「廣播雙軌制」。目前全德國除了巴伐利亞邦依據巴伐利亞邦憲法之規定（第一百十一條 a），仍採行公營電臺獨占制度外，其他各邦都許可民營電臺的成立（註十四）。

然而巴伐利亞邦仍不許可成立民營電臺，是否牴觸聯邦憲法第五條所保障的廣播自由？德國聯邦憲法法院的判決只提到邦法律「可以」開放，而非「一定」要開放。假如一邦法律沒有許可人民可以成立電臺（例如巴伐利亞邦），並不構成違憲。這種現象說明了德國並沒有所謂的電臺「強制民營化」（Privatisierung szwang des Rundfunks）的憲法依據。因此，實施廣播雙軌電臺制的德國，即否認人民得依據基本法第五條第一項之規定，擁有可以成立電臺的主觀權利（Subjektive Rechte），這也獲得德國學界廣泛支持（註十五）。

然而基本法第五條第一項的保障廣播自由，也不能讓之形諸於具文，此條文也因此表現在德國聯邦憲法法院在上述「自由電臺公司成立案」判決中所期待立法者應當構建一套完整規範電信秩序的法規範，包括了公營電臺與民營電臺在內。公營電臺基於公共任務與公共利益之考量，因此受到法規範更高密度與更為吃重的要求，德國聯邦憲法法院將之稱為對社會大眾的公共任務提供「基本服務」（Grundversorgung）（註十六），亦即透過公營電臺承擔絕大多數凝聚國民意見、文化傳播及其他公共任務的分量，成為名符其實的「大眾傳播」。

至於民營電臺方面，則退居擔任「截長補短」，屬於「小眾服務」的輔助

角色，從而應當減低其承擔公益與公共任務的期待。在此考量下，立法者應當設計出一套符合民營電臺特性的規範，亦即創造出一個「客觀的廣播基礎規範」（Objektive Rundfunkrechtliche Basisnorm）（註十七），例如：

- a. 設立程序應當力求公平—開放頻道應當以公平、公開的方式為之（如同本院釋字第三六四號解釋所示）。但在此也涉及到「永續經營」的問題。對於已經成立且績效良好的傳播公司，當否給予換照的優惠，避免龐大資金與設備的損失，與眾多有經驗之從業人員工作機會的喪失。但此也會面臨是否侵害平等權的檢驗，如何妥善訂定「優待標準及比例」，亦為立法者必須事先考量的議題（註十八）。
- b. 基於對民營電臺的財務考量，民營電臺商業化的趨勢將不可避免，否則巧婦難為無米之炊。商業廣告的收入將成為主宰電臺生存與發展的因素。國家對於這種商業行為，特別是透過了廣播，而包裝成為「商業言論」，自然可以加以限制，但是這種限制屬於「低價值言論」（本院釋字第四一四號及第五七七號解釋），自得予以適當的管制。而且得以維護一般公益的法律，例如藥事法、風俗法或兒少法等法律來予以限制。
- c. 人民雖無申請成立電臺的主觀權利，但並不意味私法人依法申請電臺，以及成立電臺後不受到憲法之保障。質言之，申請設立電臺者（依德國各邦均要求以公司法人為申請主體，自然人不得為之）如遭駁回，得聲請行政救濟。公司成立後，即享有一般法人的自由權保障，在此又回復到防衛權的色彩。
- d. 民營電臺雖然亦受到國家之監督，但比公營電臺的監督程度，來得更輕更少，享有高度的運作及節目自由。國家僅能為一般的合法性監督，不能為目的性及妥當性等的監督（Fachaufsicht）（註十九）。特別是在民營電臺的執照取得是透過類似「價購」的方式，例如「標售」（繳交一定的權利金）（註二十），就更具備類似於租賃，在一定的時間內可以類似財產的使用（使用權），也可準用憲法財產權保障所享有的「私使用性」（Privatnützigkeit）原則—亦即財產標的可以為財產權人的私人利益而使用—，商業電臺便是此一目的之顯現（註二十一）。從而應當正視其取得經營權利所付出的代價，以及付出代價所應獲得的對價。經濟現實面的因素即應超過純粹道德與公益的訴求。
- e. 民營電臺既然屬於民營，則其運作及決策來源，不必如公營電臺組織及決策圈組成人員之來源多元化，故可以發揮其特色。並且透過自由媒體市場造成多元意見、多元文化的競爭。也因此，應當盡可能實施極高度節目自主性，吸引小眾市場、特殊族群與文化、宗教需求者。對此即無庸「兼顧」其他社會聲音與需求，如果要求課予開放時段來採納其他外界的聲音與意見之義務（如本號解釋理由書最後一段所要求者），亦只有最少的限度（例如更正報

導)內，方能許可之。

由上述民營電臺廣播任務的附屬性 (Subsidiariat)，以及民營電臺乃利用公營電臺無須使用的頻道，也使得民營電臺在「遠離國家」原則的尺度上，要比公營電臺「隔得更遠」；「遠離政黨」原則比公營電臺稍近 (註二十二)；而「遠離經濟誘因」原則只是咫尺之遙而已 (註二十三)。

因此，電信法的立法者必須要形成廣播秩序的「制度性保障」，兼顧公、民營電臺的不同特色，各有不同之法律上義務。如果立法者違反此一義務，即屬於違反廣播自由的「結構原則」 (Strukturprinzipien) (註二十四)，而不區分公營與民營電臺的屬性與承擔公共任務的義務性之差異，而一概以同樣的法律義務來拘束之，更是違反德國著名學者彼德·巴杜拉教授 (Prof.Dr. Peter Badura) 所稱公、民營電臺各所具備的「功能正義」 (Funktionsgerechtigkeit) (註二十五)。相形之下，本院大法官解釋不論是釋字第三六四號及第六一三號解釋，都明白提及立法者立法任務，乃不論前者強調在頻道的公平分配及接近媒體之權利之落實，或後者強調反對資訊壟斷及多元化意見透過媒體的散布，重心都未特別側重於民營電臺的特性，而未能導論出應當加以「摒卻」上述「立法作為」的結論，是與德國主流理論正巧背道而馳也！

三、結論：「鐵達尼號遇險記」所引發百年來無線電管制史的「變」與「不變」

鮮為人知的，由百年前一場驚天動地的「鐵達尼號遇難記」，卻引發美國首開對於無線電業務的立法管制，人民若要經營電臺必須獲得國家的許可，成為每一個國家的奉行的「萬國公律」。而對未經許可而為廣播者，各國皆給予法律的制裁 (其中絕大多數為刑事制裁，少部分如德國為行政制裁)，幾無例外。而國際社會且對無照之廣播，主張嚴懲取締，「萬國公律」且化身為「萬國公罪」。人民固然享有言論與傳播意見之自由，但不可未經國家許可即透過無線電波來傳遞，並不侵害人民的言論權利，已成為今世各國之公論。本號解釋多數意見並未背離此世界潮流，殆無爭議！

由電波頻率具有的有限性，乃物理不可改變的特色。即便人類現代科技進步，頻率可利用性增大，但終究無法使得有志利用頻率者人人皆可以獲得使用頻率的機會，在這種僧多粥少的前提下，國家應當制定一個公正的「分配秩序」 (註二十六)。同時，為了符合公平與法治國原則，民營電臺的許可，如同一般行政許可的申請與審查過程一樣，都需要經過法治國家原則的檢驗，例如法律保留、授權明確性、主管機關裁量權的正確行使、比例原則的適用等，民營電臺的執照許可程序納入行政處分的決定過程與救濟程序，實無庸立法者費盡太多的精力，蓋此乃基於法治國家多年來的經驗即可達到此一目的 (註二十七)。

而公營電臺既然承擔了絕大部分國家廣播制度所必須履行的公共任務，也就

是履行社會與民眾所須的廣播節目，而提供的「基本服務」（Grundversorgung），國家將之納入行政任務的範疇內，也因此必須服膺民主政治與多元社會所賴之公開、中立及公平原則，而顯現在規範與指導公營電臺的運作之上。這也就是德國聯邦憲法法院所強調應當服膺的三個遠離原則：遠離國家（Staatsferne）、遠離黨派（Parteiferne）、及遠離經濟誘因（Wirtschaftsferne），加上公營電臺具備公法人屬性，自可以超出私益的考量而全力投注公共利益的需求。這可以解釋為何「公營電臺優先」或「公營電臺獨占制」能在歐美各國風行數十年的主要依據。

反而逐步在商業社會中立足腳跟的民營電臺，靠著迥異於公營電臺的「小眾廣播市場」，謀得生存與發展依據，必有其特殊、彈性及獲取利潤的能力。國家所能要求者，乃民營業者在追求其生存與茁壯的過程，仍能兼顧到媒體都應具備的公共任務，例如在多元社會裡，儘管為小眾媒體，仍應當操持最起碼的公正報導與評論（違反者應當給予平衡報導或是其他法律後果），以及承擔一般法律所給予媒體之義務（例如政見宣傳或危機報導）。而關於民營電臺的運作，公權力如何加以監督與介入，方成為法治國家之廣播自由的重心所在。

因此，廣播自由百年來的管制史，其重心已經不在於論究民營電臺申請許可的是與非，或其程序如何；其重心已經轉移到獲得許可執照後，民營電臺如何在「利己」追求過程（不論在營利的經濟價值，或是非營利的政黨、宗教或其他社會理念的追求）外，亦可以保有能達成最起碼容納公共多元意見及國家最少管制與監督的空間，也可算是「殘餘的空間」。在後者的情形，也正是國家將自由主義與法治主義盡力揮灑的空間也。國家對公營電臺與民營電臺的法律規範，應當要有恰如其分的「大小眼」，以符合「功能正義」，否則不能真正顯現出廣播自由與民營電臺之間的正確關係。

民營電臺應當如何在今後才會出現更進步的新法律關係中獲得正確權利地位？本號解釋既已作出，本席猶望有關機關、傳播與法學界不妨再殫思慮，速以綢繆，以待未來。

註一：參見林承宇，當「稀有」可能不再「稀有」，重返廣播電波頻譜「稀有性」的規範立論，刊載：傳播與管理研究，第六卷第二期，二〇〇七年一月，第六十九頁。

註二：BVerfGE 95,220/237.

註三：Zippelius/Wurtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, §26, 60, 64.

註四：BVerfGE 74, 297；87, 181；95, 220, Zippelius/Wurtenberger, aaO., §26, 35.

註五：Zippelius/Wurtenberger, aaO., §26, 47.

註六：Frank Fechner, Medienrecht, 2.Aufl., 2001, Rdnr.604.

註七：Herbert Bethge, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2.Aufl., 1999, Rdnr.101.zum Art. 5.

註八：BVerfGE31, 314.

註九：BVerfGE 83, 238/332; 87, 181/201; Herbert Bethge, aaO., Rdnr.96.

註十：Peter Badura, Staatsrecht, 4.Aufl. 2010, C.69.

註十一：第二十三條：對於電臺之報導，利害關係人認為錯誤，於播送之日起，十五日內要求更正時，電臺應於接到要求後七日內，在原節目或原節目同一時間之節目中，加以更正；或將其認為報導並無錯誤之理由，以書面答覆請求人。前項錯誤報導，致利害關係人之權益受有實際損害時，電臺及其負責人與有關人員應依法負民事或刑事責任。第二十四條：廣播、電視評論涉及他人或機關、團體，致損害其權益時，被評論者，如要求給予相等之答辯機會，不得拒絕。

註十二：這也是德國聯邦憲法法院在一九六一年二月二十八日作出的第一個有關電臺判決案（德國電視公司判決案），所確定的原則（BVerfGE 12,205），中文譯文可參見陳清秀譯，關於「廣播電臺之判決」，刊載於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（五），民國八十三年，司法院印行，第一頁以下。

註十三：BVerfGE 57, 295; Frank Fechner, aaO., Rdnr.618.

註十四：Peter Badura, aaO., C.69.

註十五：Herbert Bethge, aaO., Rdnr.109.zum Art. 5.

註十六：其相關議題，包括徵收廣播電視收視費的問題，都是德國聯邦憲法法院在日後關於「廣播案」的判決中占了主要的地位，例如：BVerfGE 73, 118; 74, 297; 83, 238; 87, 181; 90, 60。

註十七：Herbert Bethge, aaO., Rdnr.99.

註十八：例如我國目前申請民營電臺條件極高，依據廣播電視法施行細則第一條之一，全區性廣播電臺需要二億元的資本額或捐助財產總額；區域性廣播則須三千萬資本，另電視臺則需三億的資本。也因此廣播自由也被認為屬於「資本主義」或是社會上財力雄厚企業方能擁有的自由。

註十九：Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 2.Aufl., 1986, Rdnr.437.

註二十：預算法第九十四條及電信法第四十八條第五項參照。

註二十一：國外不少經濟學者及傳播學者，都認為無線電波頻譜應視為財產權，例如諾貝爾獎得獎者 Ronald H.Coase，主張透過自由市場競爭的拍賣方式來給予執照。如此就使電臺完全蒙上商業色彩。參見林承宇，前揭文，第七十一頁。

註二十二：這也基於經營電臺的私法人，可能具有宗教、政黨或其他政治與文化意識型態者，很難根絕其價值判斷，或是隱藏性價值誘導的言論與意見。

註二十三：Frank Fechner, aaO., S.202.

註二十四：Herbert Bethge, aaO., Rdnr.96.

註二十五：Peter Badura, Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks “Funktion” des Rundfunks und “öffentliche Aufgabe” der Rundfunkveranstalter, in: Der Verwaltungsstaat im Wandel, Festschrift für Franz Knopfle zum 70. Geburtstag, 1996, S.4.

註二十六：正如同美國 FCC 主席鮑威爾（M.K.Powell）所宣稱：「頻道在今天已不再稀有」，但是頻道不敷每個人使用仍是不爭的事實，永遠有供過於求的問題。參見：林承宇，前揭文，第七十頁。

註二十七：Peter Badura, Der Verwaltungsstaat im Wandel, S.8.

協同意見書

大法官 黃茂榮

本席雖基本上贊同本號解釋的意旨，但相關問題有關論據尚有補充的必要，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

一、理無定法，應辨證演進

按公平並無絕對性，其辨證的演進受一定時空條件的限制。凡人縱竭其心智，亦僅能接近，而難以全現公平的內容。所以法秩序的規劃者，應謙卑審慎行使其受付託的公權力，務期自己基於公權力型塑之人為的法律規範，除能夠貼近於當下的存在條件外，並保留一定的場域，讓不同的階層，皆有依其意思，自由探索與發展的可能性。

二、見仁見智間如何面向全體與開創將來

在經濟管制，理所以難明，乃因面對當下，在對象上一時難以周全；面對將來，事理難測，以致徘徊於見仁見智之間。化解之道：應劃出一部分不加管制的試驗場域，讓非主流的想法，有透過實踐，檢驗其信念的對錯或可行性的機會；有機會，自由追求其希望之生存與發展的空間。

無線電波一經發射，相同或相近頻率之無線電波間即有互相干擾之可能。有認為技術上不一定能克服干擾，所以為確保有效率及安全使用無線電波，主張應採管制說。另有認為現代技術已肯定能克服干擾，所以縱不管制，亦能有效率及安全使用無線電波，此為去管制說。究竟應採何說，在存在面，繫於其技術可行性。現行法在技術情況尚未定論的情形下，為維護無線電波之使用秩序及確保電信之安全，採管制說，基本上固有其必要性。但是否有必要將全部無線電波納入管制，並將違反管制之行為全數入罪化，仍有斟酌餘地。蓋由於電信技術的進步，已逐漸呈現克服干擾的可能性，同時也引起放鬆無線電波管制，以提供研究發

展及應用克服干擾之技術的環境需要。而管制的結果，不論無線電波頻率之指配如何公正，以行政決定為基礎之人為的指配，縱使透過拍賣，能夠符合經濟效率，但勢必難以滿足經濟弱勢者對於無線電波頻率之需要。該需要之不能獲得滿足，將使經濟弱勢者不能建立利用無線電波頻率之平台，以發表言論或研發以無線電波頻率為基礎的技術。這不是指配一定無線電波頻率供設置公共電臺所能補救。蓋公共電臺除其經費由全民買單，符合公有之性格外，其使用依然不可能公共。電信市場之新形勢，所需要的是：讓有能力開發新技術者，在不受管制的情形下，能夠利用一定的無線電波頻率，在一定之電功率下，從事研發，建立平台，以探索將部分電信通信交給市場來管理，而不藉助於管制的可能性。

三、絕對的全面管制難免失之於偏

人非聖賢，不可能全智全能。因此，全面管制難免失之於偏。現行電信法採管制說，認為為防止該干擾及因此產生之危險，必須對於無線電波之使用加以規範，以維持無線電波之使用秩序。就其規範方法，電信法第四十八條第一項前段規定「無線電頻率、電功率、發射方式及電臺識別呼號等有關電波監理業務，由交通部統籌管理，非經交通部核准，不得使用或變更」。該項就無線電波頻率之使用，對於全波段基本上採事前許可制。配合電信法第四十八條第一項前段規定，電信法第五十八條並規定「違反第四十八條第一項規定，未經核准擅自使用或變更無線電頻率者，處拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金（第二項）。犯前項之罪，因而致干擾無線電波之合法使用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金（第三項）。」且第六十條規定，「犯……第五十八條之罪者，其電信器材，不問屬於犯人與否，沒收之。」為確保無線電波頻率之使用效率，預算法第九十四條並規定：「……頻率……特許執照之授與，除法律另有規定外，應依公開拍賣或招標之方式為之，其收入歸屬於國庫。」

國際電信聯合會（International Telecommunication Union）在其無線電規則（Radio Regulations）第十八條，及聯合國海洋法公約（United Nations Convention on the Law of the Sea）第一百零九條雖亦有相類之規定。但電信法第四十八條第一項對於全部無線電波頻率採事前許可制之管制及第五十八條第二項與第六十條對於違反第四十八條第一項之行為予以入罪化，課以刑責，仍有是否因超出必要，限制人民的基本權利，致不符合憲法第二十三條所定比例原則的疑義。

按無線電波頻率之使用的容許，為利用無線電波信息從事廣播電視、儀器設備之操作控制、研究發展電信或無線操作控制技術等業務，或發表言論的基礎。所以就無線電波頻率之使用採事前許可制，會限制人民從事廣播電視、儀器設備之操作控制、研究發展電信或無線操作控制技術等業務之工作權，或發表言論的自由等基本權利。是故，其限制應符合憲法第二十三條所定之比例原則。

由於無線電波頻率不能無限制劃分其波段，從而有其有限性；且在劃分成各波段時，還是必須透過通信協定規劃其使用方法或秩序，以避免干擾，確保安全。基於其有限性及干擾的可能性，在規範上必須透過無線電波頻率之指配，電功率、發射方式的限制或監理，以提供規劃通信協定的基礎，並確保其有效率及安全的使用。有效率的指配通常即意味著以公開拍賣的方法決定其指配對象（預算法第九十四條參照），而這將可能不利於經濟弱勢者或電信技術之研發者，透過受指配使用無線電波頻率，從事廣播電視、儀器設備之操作控制、研究發展電信或無線操作控制技術等業務之工作權，或發表言論的自由權利。出於該考慮，電信法第四十八條第五項第一款規定：「一、軍用、警用、導航、船舶、業餘無線電、公設專用電信、工業、科學、醫療、低功率電波輻射性電機、學術實驗、急難救助及其他供公益或公共用途使用之無線電頻率」不適用預算法第九十四條所定拍賣或招標之規定。該款雖已意識到其所定使用項目之特別的使用需要，但因仍在全面管制之中，其需求者之自由依然受到事前許可制的限制。特別有疑慮者為，該款規定之執行是否能適當滿足照顧弱勢者發表言論、從事通信，或研發人員從事研發等特殊需要。

四、現行入罪化與全面管制規定的檢討

為確保電信法第四十八條第一項所定事前許可制之實效，對於違反該項規定，未經申請許可即擅用無線電頻率者固有處罰的必要。然其選擇之處罰手段是否符合比例原則，以及是否應開放一定範圍之無線電波段，供人民報備自由使用，仍值得推敲。

關於國家行為是否符合比例原則，其典型之考量標準如行政程序法第七條之規定所示為：「一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」在現行刑法第四十一條第一項至第三項昭示，對於違法行為，儘可能不處以短期自由刑的趨勢下，對於違反電信法第五十八條第二項而為經常擅用無線電波，而未生干擾無線電波合法使用之結果者，該項既規定課以拘役及罰金已足以達到規範目的，則當行政秩序罰（罰鍰及沒入）具有與刑罰（拘役及罰金）相同之處罰力度及作用時，第五十八條第二項就處罰種類，選擇刑罰，而不選擇行政秩序罰，是否符合比例原則下述要求：「有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者」（行政程序法第七條參照），亦即有無予以除罪化，或在處罰制度的設計上，是否有採先行政輔導而後才刑事制裁的可能性，非無斟酌餘地：輔導其申請核准正當使用；待經輔導申請核准正當使用而無效果，始課以行政刑罰。

採事前許可制相隨必有設置標準的門檻限制，從而難以周全照顧弱勢者。為緩和現行管制及監理規定可能之不周全的情況，除設置公共電臺或規定廣播媒體

提供一定時段，開放民眾使用外，順應電信技術發展的情況，指定一定無線電頻率，就其監理採報備制，供人民經報備後即可自由使用，讓相信其電信技術可以辦到無證照管制亦可以有秩序傳播無線電信者，有一個可以自由發表意見，發展以使用無線電波為基礎之技術或業務的場域，亦值得檢討。

協同意見書

大法官 陳春生

就本號解釋宣示：「電信法第四十八條第一項前段、第五十八條第二項及第六十條關於未經核准擅自使用無線電頻率者，應予處罰及沒收之規定部分，與憲法……之意旨無違」之見解，本席敬表贊同。而解釋理由書中所述「無線電波頻率屬於全體國民」以及「第六十條關於未經核准擅自使用無線電頻率者，應予……沒收之規定部分」，與憲法保障人民財產權之意旨無違。其中關於「無線電波頻率屬於全體國民」之法源依據、許可制之概念以及沒收之正當性等問題，謹略予闡明，並述個人淺見如下。

壹、對無線電波管理之正當性依據應可依憲法第一百四十三條第二項規定推導出

關於無線電波之定性，解釋理由書指出，無線電波頻率屬於全體國民之公共資源，為維護使用電波之秩序及公共資源，政府自應妥慎管理，因此於電信法第四十八條第一項前段規定須經核准方得為之，則電波之定性為何？

本號解釋中，究竟當事人之何種權利或利益可能受侵害？於解釋文中並不清楚，此因對於無線電波之定性不明，因此，本案究竟對當事人之何種自由、財產權或其他權利之限制，並不明白。解釋理由書指出，「無線電波頻率屬於全體國民之公共資源」，究何所指？能否援用憲法第一百四十三條第二項為依據？按憲法第一百四十三條第二項關於附著於土地之天然資源規定：「附著於土地之礦及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。」此明顯受孫中山先生遺教之影響，亦即孫中山先生於地方自治開始實行法中指出，凡山林、沼澤、水利、礦場，悉歸公家管理開發之見解。其中雖未如憲法明文規定「附著於土地」，但可以想見沒有任何山林、沼澤、水利、礦場等天然力是不附著於土地，因此可說兩者（憲法規定與國父遺教）所指事務範圍雖不盡相同，但相類似。而以當時兩者之時空，未預見對如無線電波般「非附著於土地之自然力」加以規範者，應是合理解釋。

但憲法第一百四十三條第二項關於附著於土地之天然資源規定，其中國有之意涵為何？若將其適用範圍包含無線電波，是否逾越憲法解釋之文義範疇？一、學界有認為，天然資源包括各種有形之礦產、森林資源、文化資產及無形之能源與電波頻率等，皆應歸全民所有（且作者認為憲法本條規定之國家所有，本質上應為全民所有）（註一）。二、如同本院對於憲法第八條所謂「依法定程序」，推導出正當法律程序之規定並不狹隘地只限於條文文字之人身自由，亦即透過憲

法第八條關於人身自由保障之法定程序規定，引進正當法律程序之原理（參考釋字第 384、392、525、585、588 號解釋），並進而運用於訴訟權上（如釋字第 396、418、591、653、667 號解釋），亦即憲法第八條所謂依「法定程序」，並不狹隘地只限於條文文字之人身自由。三、是以廣播電視法第四條第一項規定：「廣播電視事業使用之電波頻率，為國家所有，由交通部會同主管機關規劃支配。」亦不違憲法第一百四十三條第二項規定意旨。

吾人若將憲法第一百四十三條第二項所規定附著於土地之天然力，擴充及於非附著於土地之無線電波，應屬合乎憲法上開規範（憲法基本國策章中之國民經濟）之目的及體系解釋（註二），如此則能給予解釋理由書所謂「無線電波頻率屬於全體國民之公共資源」，並對其加以規劃管理，予以法源依據及正當化基礎，有助於對本解釋之法理闡述更明晰。

貳、系爭電信法第四十八條第一項前段，關於無線電波頻率之使用，應經主管機關「核准」之規定，其性質應屬學理上所謂「特許」（或廣義之「許可」）

一、行政對於人民之自由、財產或其他權利之干預，其強度就常見之規制方式而言，可約略分成：1.放任制、2.報備制、3.許可制、4.特許制、5.全面禁止。就人民自由、權利受干預之強度而言，由 1 至 5 漸增強。而就法律賦予行政機關規制人民之權限而言，由 1 至 5 亦漸增大。

二、上述 3 與 4，其來自立法者所賦予行政機關之許可與特許權限，違憲審查機關對其所為之審查密度兩者亦有不同：對許可制應為較特許制嚴格之審查，原因在於，許可係對於人民源自於憲法上固有自由、權利之回復；特許則是基於公益，對人民權利之創設。詳述如下：

三、許可制與特許制之意義與性質

（一）我國憲法第十五條保障人民之工作權，換個角度，亦即保護人民職業選擇之自由，其中包含營業自由。惟基於公共利益，立法者仍得對營業自由加以限制，其限制則有各種態樣，例如報備、許可與特許。

許可（又稱警察許可制），乃人民於憲法上所保障固有權利之回復，若申請條件齊備，行政機關就應給予許可，無裁量權限；限制須合乎法律保留授權明確性。

特許（又稱公企業特許制），乃為公益目的，主管機關所創設賦與人民之權利，人民即使申請條件齊備，行政機關仍得裁量是否給予許可；限制原則上只須法律概括授權即可。

日本之學界亦採類似見解（註三）。

（二）德國法對行政處分類型區分上，亦可區分為：許可（Die Erlaubnis, Kontrollerlaubnis）與特許（註四）（特別許可—Die Ausnahmegewilligung）兩種。

對於許可，可從形式上與實質上區分之不同角度理解。形式上，許可係使權利形成之授益（或受益）行政處分。而實質上，許可只是一般行為自由之回復（wiederstellen），依此，許可終究是指人民憲法上原有權利之回復。

而特許係國家以行政處分同意給予當事人給付，且創設（擴張）（erweitern）其權利範圍。相應地，對於許可之拒絕，形式上指拒絕給予當事人授益之處分；實質上，為對自由財產之干預。

換言之，許可與特許之區別，在於許可係基於預防管制之利益，對於暫時受限制之一般行為自由，加以回復；相對地，特許指人民權利之創設，亦即人民之活動本為法律所禁止，在特別例外情況，宣示允許其從事者而言。因此特許不只於形式上，於實質上屬授益之行政處分。

- （三）在我國，許可在概念上或可區分為狹義及廣義概念，狹義概念之許可即上述我國及德、日關於人民一般行為自由限制之回復之見解；廣義之許可概念則包含特許，亦即將許可作為上位概念，其下包括許可（即狹義許可）與特許。此因一方面，許可與特許概念隨著時代發展，兩者間之界限日漸模糊與相對化（註五），雖然如此，對於許可法理之釐清，從釋憲與學理角度，仍有維持其區分之必要。而另一方面，我國實務上有時雖用許可用語，實際上應為特許。有時則不用許可與特許，而用其他如本案中之「核准」用語，此時其性質為何？則須依具體規定判斷之。當然無論許可或特許，有時須社會發展至某一程度才加以建制管理，在此之前人民當然不受限制（即放任）。是否應經特許、許可、報備或根本不受限制，則須由法令規定判斷。

本案系爭電信法第四十八條第一項前段，關於無線電波頻率之使用，應經主管機關「核准」之規定，其性質應屬「特許」，因為依憲法第一百四十三條第二項規定可推導出，「無線電波屬於全體國民之公共資源」，而由國家以行政處分方式，同意給予當事人給付，且創設（erweitern）其權利範圍，而非對人民於憲法上所保障固有權利之回復。因此，當事人並無源自於憲法之自由或權利受侵害，本院對系爭規定之審查，應可採較寬鬆之審查密度。

- 、本案關於沒收之規定雖未牴觸憲法保障人民財產權之規定，但應檢討當沒收牽涉第三人所有物時之程序保障問題

一、意義

一般所謂沒收，係指對於供犯罪所用之物或與犯罪相關之物，使其歸屬於國庫，所為對被告所處之從刑者而言。沒收之本質雖未必明確，但學理上對於就供犯罪所用之物或與犯罪相關之物之沒收，具有不使其供將來犯罪使用之保安處分措施之性質。

二、日本之實務見解

（一）事實

日本 1962 年最高法院關於第三者所有物沒收違憲判決（註六）指出，「如此，關稅法第一百十八條第一項所定，與同項所定犯罪相關之船舶貨物等屬於被告以外第三人之情況，亦沒收之規定，但是對物之所有者之第三人，並未規定給予其告知、辯護、防禦之機會，且刑訴法，及其他法令，亦無任何相關規定。從而，前記依關稅法第一百十八條第一項對第三人所有物之沒收，違反憲法第三十一條、第二十九條。」

（二）法理依據

此一判決，究竟是對第三者所有物沒收之規定本身違憲，抑是針對未經正當程序對第三者所有物所為沒收之具體處分違憲？可能有討論空間。

學界之見解亦分二說，一認為法令違憲，一認為適用違憲。但是在本件，對第三者所有物沒收本身並不違憲，而是未遵循正當程序之點上違憲。所謂程序不備而違憲之解釋是適當的。而如此手續，即使關稅法本身並未規定，但關於沒收於一般之手續法中規定也是可能。因此關於違反關稅法而沒收之情況，也可能規定於其他法律。又即使無法律，但依行政規則等實際上履行正當程序為之亦有可能。此種情況，亦非關稅法第一百十八條違憲之情況，因此應解釋為，具體處分在適用上違憲。

對於此一違憲判決，國會之回應為七個半月後，制定「刑事案件中關於沒收第三者所有物手續之應急措施」，至少不必討論本判決將來之實際效力問題。

（三）本判決作出之前，實務上對於被沒收之物所有者之第三人，若不問其惡意、善意情狀一律加以沒收之情況，曾受批評。1957 年 11 月 27 日最高法院判決認為：「沒收物所有者之第三人，……對於犯罪行為事先不知情，亦即善意之情況，……其屬於第三人所有之貨物或船舶被沒收時，違反憲法第二十九條。」換言之，最高法院認為對於第三者所有物之沒收，限於該第三人係惡意為限，採限定範圍之解釋。依此，關稅法隨後加以修正，即對善意第三者之所有物，排除沒收規定之適用。

（四）因此，本案日本最高法院認為問題在於因欠缺事前手續而違憲，但究竟是法令違憲或適用違憲，意見紛歧。而從事後立法者制定「刑事案件中關於沒收第三者所有物手續之應急措施」，而非修改系爭關稅法之規定，似非指法令違憲。而就我國法制，程序之違反可能只是行政程序之違反，並不能立即認為違憲，尚須進一步判斷。

（五）我國本號解釋關於沒收規定，其程序或許不完備，但是否程序上之瑕疵已達違憲程度，則尚無充分理由證明。且若將沒收界定為同時具保安處分之性質，則應無侵害當事人財產權問題。

三、第三人所有物沒收之程序保障問題

依本院釋字第 610 號、第 663 號解釋對於程序基本權概念所為闡述之精神，關於第三人所有物沒收之程序保障問題似應檢討改進（註七），亦即系爭規定未對第三人之所有物沒收另設程序規定，例如至少須給予當事人陳述意見之機會，應檢討改進。

註一：李惠宗，憲法要義，2009 年，頁 691。

註二：如下關於許可制與特許制之說明，可看出無論營業許可或公企業之特許，均牽涉個人財產、國民經濟與公益。

註三：室井 力/ 野 宏編，行政法□ □I，1981 年，頁 113 以下。

註四：Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, S. 218 ff.

註五：Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, S. 218 ff.

註六：最大判昭和三十七年十一月二十八日刑集一六卷一一號一五九三頁。

註七：釋字第 672 號解釋中，本席於本號解釋不同意見書中，就正當程序保障指出：管理外匯條例第十一條既規定「其有關辦法，由財政部會同中央銀行定之」，其立法意旨，當係在授權財政部與中央銀行共同就申報之程序、方式及其他有關事項訂定法規命令，其訂定並應依中央法規標準法第三條所定命令之名稱「辦法」、法條形式與程序，且依行政程序法第一百五十七條第二項、第一百五十四條應會銜發布，乃財政部上開令，既未以「辦法」之名稱與法條形式出之，亦未會銜中央銀行發布，且其內容僅規定超過等值壹萬美元者應報明海關登記之意旨，對於申報之程序、方式等事項則未規定，復未履行法規命令應遵循之預告程序規定，凡此均與管理外匯條例第十一條之授權意旨、行政程序法及有關規定，不盡相符。可供參考。

其理由在於，從正當法律程序角度，本系爭案件應遵循之正當程序可分三個層面觀察，即立法行為之正當程序（實質上正當程序）（一）、為行政行為之正當程序（包含行政立法之正當程序）（二）與作成行政處分之正當程序（三）。

就立法行為之正當程序方面，關於系爭沒入規定，既然管理外匯條例第十一條已規定「其有關辦法，由財政部會同中央銀行定之。」但主管機關實質上卻未訂定相關內容之辦法，已違反實質上正當程序（一），復未履行行政程序法第一百五十七條第二項、第一百五十四條規定，顯然違反行政程序法所規定之行政立法程序須履行預告程序與會銜發布程序之要求（二），與違反作成行政處分（沒入）時應遵循之類似警告、教示或予當事人陳述意見機會之程序（程序上正當程序）（行政程序法第一百零二條參照）（三），而違反憲法第二十三條及憲法上正當法律程序要求。換言之，系爭規定顯然已違反憲法上正當法律程序或程序基本權保障原則及憲法第十五條人民財產權之保障。

部分協同、部分不同意見書

大法官 林子儀

李震山

本席等鑒於目前普及實用之無線電傳播科技，尚未進展至可完全廢除以事前許可之證照制度作為對使用無線電波之管理機制，故對多數意見認為電信法第四十八條第一項前段規定：「無線電頻率、電功率、發射方式及電臺識別呼號等有關電波監理業務，由交通部統籌管理，非經交通部核准，不得使用或變更」（依國家通訊傳播委員會組織法第二條規定，電信法等有關通訊傳播之相關法規，其原屬交通部之職權而涉及國家通訊傳播委員會職掌者，自中華民國九十五年二月二十二日國家通訊傳播委員會成立之日起，其主管機關變更為該委員會）尚屬合憲之結論，敬表贊同；惟本席等對於多數意見獲致該結論之理由，認尚有補充之必要。又本席等認為對於違反上開第四十八條第一項前段規定者，不分情形，一律以刑罰為強制手段，實屬過當，不符刑法節約與刑罰最後手段原則，須檢討修正；故不同意多數意見認為電信法第五十八條第二項、第六十條屬合憲規定之結論。爰提部分協同與部分不同意見書如后。

無線電磁波為豐富之自然資源，自十九世紀末期經科學家之接續努力，而發明使用無線電波通訊傳播技術，開口人類使用無線電波作為通訊傳播之工具。隨著資訊科技之日新月異，無線電波之使用，已屬文明社會所不可或缺。而屬公共資源之無線電波，本應由人民自由使用；惟因早期使用無線電波傳播通訊之經驗，發現如在一定地域範圍內，同一時間，有二人以上使用相同的功率與相同或相鄰之頻率傳訊時，將會干擾收訊；為使無線電波之使用能有效發揮傳播通訊之功能，即需要國家介入，合理分配與管理無線電波之使用。（註一）

國家應如何分配與管理無線電波之使用，憲法雖無明文規定，惟因涉及公共資源之分配與管理，其分配與管理至少應於符合公共利益之要求範圍內，依公平合理之原則予以分配，而儘可能使更多人民能有效地使用該公共資源（本院釋字第三六四號解釋參照）。且由於無線電波通訊傳播功能之便捷，無線電波亦為人民表達思想言論與接收訊息之重要工具之一；人民使用無線電波表達思想言論及取得資訊，亦為憲法第十一條言論自由之通訊傳播自由所保障（本院釋字第三六四號、第六一三號解釋參照）。更進一步言，言論自由與植基於言論自由之新聞自由，實為民主社會最重要的守護機制。而因無線電波通訊傳播科技之發展而誕生之廣播電視媒體，更因其高度的便利性與親和力，在資訊傳播、政策形成、執政監督以及公意回饋等方面，均扮演了重要的角色。（註二）故國家如何分配與管理無線電波之使用，與憲法保障人民言論自由權之行使有密切關聯。是國家於行使上開分配與管理權限時，除應注意無線電波使用效益之發揮外，亦應以維護與促進民主多元社會正常發展為依歸，並以使更多人民能公平合理使用無線電波表達多元觀點之思想言論與取得充分資訊為基本原則，以兼顧公共利益之維護與憲法保障言論自由之意旨。

於符合上述原則之範圍內，國家為使無線電波之使用能有效發揮傳播通訊之功能

，本有多種分配與管理之手段，可供選擇，並不僅限於以事前許可之證照制度為基礎之管制制度而已。（註三）惟何種手段方屬有效妥適之手段，與相關資訊科技的發展與運用有密切關聯，亦與是否要與國際對無線電波頻率之管理機制同步之決策有關，司法釋憲機關因此對具有科技專業，以及直接向人民負政策決定責任之政治部門之事實判斷與政策決定，自應予以尊重。而對使用無線電波之分配與管理，先進國家基於早期使用無線電波傳播通訊之經驗，及當時之科技，而認事前許可之證照制度屬較有效手段遂採行之，我國亦從之。然而，現今資訊科技之發展日新月異，已有新興無線電通訊科技，可克服在特定時空場域內多源同頻（或近頻）傳送之可能干擾。（註四）果真如此，國家介入之必要性即大幅減低，管制之強度亦應隨之減輕，事前許可證照制度亦應重新檢討。惟因這些新興科技之實用性仍待驗證，其普及利用亦須相當時間，在無線電波相互干擾問題確實獲得圓滿解決之前，國家以事前許可之證照制度管理無線電波之使用，自尚屬合理；但仍應配合科技之發展適時檢討相關規範，以及事前許可之證照管制制度之必要性。

以事前許可之證照制度分配與管理無線電波之使用，不僅對人民言論自由有相當之限制，對無線電傳播科技之研發亦有阻礙；主管機關在管理手段之選擇即應恪遵比例原則，以避免過度限制人民的言論自由，或阻礙相關科技之發展。

又主管機關固有分配與管理無線電波使用之權限，其亦有義務於符合公共利益之要求範圍內，使該公共資源作最有效地使用。以本案聲請人所涉之具體個案所示，聲請人未經許可而使用無人使用之無線電波頻率從事廣播，雖未干擾合法使用者，仍因違反上開電信法第四十八條第一項前段規定，而受處罰。而此一個案適足突顯尚有可利用之無線電波頻率未經分配與有效利用，其原因或可能主管機關怠於分配，或可能未配合科技之進展而作適當的調整，不論何者，均顯示主管機關未能有效管理無線電波之使用。（註五）是主管機關對於無線電波使用之分配與管理，尤應採取積極態度，除將既存可利用之無線電波頻率，分配給人民使用外，更應配合科技之進展，積極增加可利用之無線電波頻率，以增進更多人民能公平合理使用該公共資源之機會。同時，亦可仿效先進國家之經驗，增加無須事前取得證照即可自由使用之頻率範圍，以協助與促進無線電通訊科技之研發及相關產業之發展。（註六）

末按系爭規定對未事前取得許可而使用無線電頻率之行為，明定處以拘役、科或併科罰金及沒收電信器材之刑罰（電信法第五十八條第二項、第六十條參照），多數意見認為，系爭處罰規定係立法者衡酌未經核准擅自使用無線電頻率之行為，違反證照制度，為維護無線電波使用秩序，以澈底有效取締非法使用電波行為，採取行政罰方式尚不足以達成立法目的，乃規定以刑罰為管制，符合憲法第二十三條比例原則。依多數意見所指，系爭規定所欲保護之法益，在於「無線電波之使用秩序」，具體而言，係為防範妨害性干擾之發生，以保障合法使用者之傳播品質與權益。是立法者毋寧於上開系爭規定預測了一個風險——一旦有從事無照使用無線電頻率之行為發生，即

對合法使用者之傳播品質與權益形成一般性的、典型的、普遍性的破壞或妨害。而為避免此一破壞或妨害實際發生成具體實害，故有必要在無照使用無線電頻率行為出現之階段即施以刑罰處罰，俾對上述法益建構出一個前置化的保護措施。

問題在於，立法者是否基於足夠堅強的事實基礎，而得出一旦出現未經許可而使用無線電頻率之行為，依常理或社會生活經驗推斷，即可等同確認上述法益破壞結果必然發生之結論？「未經許可使用無線電頻率之行為」與「從事破壞或妨害合法使用者之傳播品質與權益」之間是否具有高度關聯，立法者並未清楚說明，亦未見多數意見加以論述。但對執法機關而言，由於系爭規定在構成要件認定上的明確、簡易，無須證明行為人之使用電波行為是否引起破壞或妨害之實害發生，即可進行大量取締，收方便管制之效。如此，系爭規定之制定，功能毋寧在於模糊預備（未經許可使用無線電頻率之行為）與既遂（從事破壞或妨害合法使用者之傳播品質與權益）之間之界線，以減少執法機關之管理成本及舉證負擔。無庸置疑地，如此簡化犯罪處罰條件之作法，本質上將導致刑罰處罰範圍的擴張，並將造成刑法工具化，與刑罰節約與最後手段性之原則殊有不符。（註七）

更進一步探討系爭規定所欲保護之法益，即「電波使用秩序之維護」，固如多數意見所言，係為增進重要之公共利益，使屬於全體人民之無線電波公共資源得獲有效利用，以保障人民之通訊傳播自由，然其是否因此即足以為刑罰所應保護之對象，不無疑問。多數意見尊重立法者之衡酌判斷，認上開法益之保護，徒以行政罰尚不足以達成，故施以刑罰處罰有其必要，而沒收電信器材亦尚未逾越必要之程度，均與憲法第二十三條比例原則無違。惟由系爭規定所定之刑罰種類及刑度（拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金，電信器材沒收之）觀之，處罰程度尚屬輕微，則其所採之三種處罰一拘役、罰金及沒收，除拘役以外，行政罰之罰鍰及沒入亦可取代罰金及沒收之責難效果。況無照使用無線電頻率之行為人所違背者，係其依法應向主管機關申請辦理許可證照之行政法上作為義務，如為促使行為人履行該行為義務，或避免立法者所憂心之破壞或妨害電波使用秩序結果發生，除刑罰手段之外，立法者尚有其他行政罰手段可資選擇，尤其是對於發射電波所必須之電信器材依行政罰法之規定加以沒入，始為管制奏效之關鍵。如此，就未經許可使用無線電頻率之行為若以行政罰即可發揮管制效果，何須施以刑罰處罰？是本席等認為，系爭規定以刑罰作為強制手段，實與最小侵害手段之必要性原則未恰，不符憲法第二十三條比例原則要求，有關機關應予檢討改進。

註一：有關無線廣播相關科技與市場之早期發展，參見 BRIAN WINSTON, MEDIA TECHNOLOGY AND SOCIETY 67-87 (1998)；PAUL STARR, THE CREATION OF THE MEDIA 327-339 (2004)。有關頻率資源有限及管制必要性之早期討論，參見 ITHIEL DE SOLA POOL, TECHNOLOGIES OF FREEDOM 112-116 (1983)。值得注意的是，近年來此等傳統見解已日漸受到挑戰；例如學者 Yochai Benkler

即曾詳細分析比較不同電波頻譜管制政策之利弊，並作成頻譜開放政策較傳統管理方式為優之結論，參見 Yochai Benkler, *Some Economics of Wireless Communications*, 16 HARV. J.L. & TECH. 25, 48, 70-71 (2002)。

註二：關於媒體在現代社會與民主政治中所扮演之角色，精闢之研究與見解實不勝枚舉。早期如 Marshall McLuhan 與 Ithiel de Sola Pool，近期如 Robert W. McChesney 之許多作品均各有獨到之處。John B. Thompson 的 *THE MEDIA AND MODERNITY* (1995) 與 Paul Starr 的新作 *THE CREATION OF THE MEDIA* (2004) 亦提供許多令人深思之分析與見解。

註三：請參閱例如 Ellen P. Goodman, *Spectrum Rights in the Telecosm to Come*, 41 SAN DIEGO L. REV. 269 (2004)。

註四：目前比較常言及的此類新技術為感知無線電 (cognitive radio) 傳播技術，請參見例如 Travis E. Litman, *Cognitive Radio: Moving toward a Workable Framework for Commercial Leasing of Public Safety Spectrum*, 4 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 249 (2005)。其他相關新傳播科技的介紹，學者 Kevin Werbach 在其新著 *RADIO REVOLUTION* (2009) 中有簡要、清晰之說明，見該書頁 14-36。另並請參閱例如 Kevin Werbach, *Supercommons: Toward a Unified Theory of Wireless Communication*, 82 TEX. L. REV. 863 (2004); Gerald R. Faulhaber, *The Question of Spectrum: Technology, Management, and Regime Change*, 4 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 123 (2005); James B. Speta, *Making Spectrum Reform "Thinkable"*, 4 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 183 (2005)。

註五：學者 Lawrence Lessig 對美國政府過度管制電波頻譜之利用，而導致阻礙科技與文化之創新，即曾加以嚴詞批評。參見 LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS* (2001)，頁 73-84。

註六：美國聯邦通訊傳播委員會 (Federal Communications Commission, FCC) 於 1985 年即開放無需證照即可使用之無線電波傳播器材，並相應地提供可自由使用之無線電波頻段。請參見例如 Thomas W. Hazlett & Evan T. Leo, *The Case for Liberal Spectrum Licenses: A Technical and Economic Perspective*, GEORGE MASON UNIVERSITY LAW AND ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES NO. 10-19, page 6, available at: http://ssrn.com/abstract_id=1585469；我國目前也已開放 2.4GHz 及 5GHz 頻段，供非經營電信服務之低功率無線區域網路自由使用，但其所使用之低功率射頻器材應先經審驗或型式認證合格 (低功率電波輻射電機管理辦法參照)。於 2002 年，美國聯邦通訊傳播委員會亦率先開放於 3.1 GHz 到 10 GHz 之間的超寬頻 (ultra-

wideband, UWB) 之使用, 2005 年起國際電信聯盟與其他先進國家已陸續跟進。參見 KEVIN WERBACH, RADIO REVOLUTION 17, 26, 30 (2009) 。事實上, 許多學者均認為增加開放使用之電波頻率範圍, 最有利於科技與文化之創新; 除前已提及者外, 亦請參見 Eli Noam, Spectrum Auctions: Yesterday's Heresy, Today's Orthodoxy, Tomorrow's Anachronism. Taking the Next Step to Open Spectrum Access, 41 J.L. & ECON. 765 (1998) .

註七: 有關本席等對於採取危險犯之立法方式易生如何之疑慮及其節制, 請參見本席等於釋字第 646 號解釋不同意見書之相關論述。

一部協同一部不同意見書

大法官 許玉秀

我沒有禁止你說什麼, 只是不讓你說話而已!

本席同意以事前許可制管理無線電波的使用頻率, 並未過度侵害人民傳播及通訊自由, 而未違反憲法第十一條保障人民言論自由的意旨, 但對於事前許可制的規範目的, 與多數意見的消極管制觀點不同, 認為管理手段應該表現規劃與開發使用技術的積極意義; 對於無線電波的合法使用, 未造成干擾, 只是未經許可而使用無線電波進行傳播的行為, 現行電信法第五十八條第二項規定, 竟採取刑事制裁手段, 則認為與憲法比例原則不符。爰提出一部協同一部不同意見書說明理由如下。

壹、保障言論傳播管道

多數意見闡明憲法第十一條對於言論自由的保障, 應該給予最大限度的保障, 而最大限度的保障, 包括對於言論內容的保障, 以及對於通訊傳播自由的保障, 本席敬表支持。所謂通訊傳播自由的保障, 就是對於傳播言論管道的保障, 傳播管道包括傳播可能性與傳播方式。

對於傳播管道, 也就是溝通工具的開發與保護, 都是對言論自由重要的程序保障。因為如果不准許發言, 保障言論內容的自由是沒有意義的。換言之, 保障言論自由, 應保障言論的正當程序, 也就是保障傳播言論的管道。

所謂受最大限度的保障, 進行違憲審查時, 所採取的是嚴格的審查標準。對於言論內容自由的審查, 固然應該採取嚴格審查標準, 給予高密度審查(註一), 對於通訊傳播自由的審查, 也應該採取嚴格審查標準, 因為對於傳播言論管道的限制, 直接影響人民接近媒體的權利, 對於傳播言論管道的保障, 本應先於言論內容的保障。

貳、對於某種傳播言論管道的限制

傳播管道會因為科技的進步, 而有許多樣貌, 使用無線電波傳送是其中的一種。無線電波使用頻率(頻道、頻譜)並不是一種固定的資源, 會因為使用者技術能力的提升, 而擴張使用可能性。從所謂感知無線電的發展來看(註二), 多數意見所期待的無線電波資源的有效利用與和諧使用的效率(解釋理由書第三段

參照），應該透過提高電波頻譜使用率的技術才能達成。那麼不是限制使用，而是鼓勵使用，才是應該採取的規範手段。

如果是廣泛但沒有章法的使用，可能有害使用的效能，未必能達到保障通訊傳播自由的目的，以及保障通訊傳播自由所要實現的憲法目的。由於無線電波的使用，要求一定的技術門檻，沒有規劃，不僅不容易發揮使用效能，更可能產生上述相反的效果。如果能開發使用技術、提升使用效能，進而認知地擴大無線電波資源，有效的管理規劃，自然具有憲法上的正當性。

對資源使用的有效規劃與管理，目的在於提升使用的能力，如果透過有效的規劃與管理，人民的科技能力提升，規劃管理的理由也就不存在，解除管制也就不無可能。而最後的管制需求，可能只剩下避免淪為犯罪工具一項。那麼報備制、追懲制，或者僅藉由刑法公共安全罪予以限制，都可能才是限制人民通訊傳播自由最少，而能有效管理無線電波資源的適當方法。本席對於事前許可制不違憲的支持，因此是有條件的。

除此之外，限制使用無線電波，對於發言管道固然有限制，但是因為傳播言論的管道，並非只有使用無線電波一種，因此基於特殊技術能力的要求，對於其中一種傳播言論管道加以限制，還不能認為已經過度限制人民的通訊傳播自由。

□、應該適時檢討無線電波資源分配是否合理公平

曾經在一個颱風天，電視螢幕畫面從充滿雜訊到全面漆黑，剩下聲音，沒有畫面。在一個只有電視這種娛樂設施的家庭，家裡的老人只能理解閩南語，為了繼續颱風天唯一能夠享受的娛樂，家裡的孩子試著尋找一個說閩南語的頻道，希望起碼可以發揮收音機的效用。無奈在一百多個頻道中，竟然找不到一個能聽到閩南語的頻道，甚至號稱臺灣臺的頻道，所播出的節目，也剛好不說閩南語。面對著一團漆黑的電視螢幕，這個孩子頓時感到錯愕，甚至有點沮喪。

原來，在某些頻道，有一些閩南語節目，但是並沒有一個閩南語專屬頻道。（註三）

對照一百多個頻道，找不到一個頻道可以整天聽到閩南語的情形，有上百個或者甚至數百個地下電臺出現，似乎也就不足為奇。使用閩南語為傳播語言的地下電臺顯然占絕大多數，而且都有提供聽眾參與發表意見的機會（註四）。這讓人懷疑，是否使用閩南語接近媒體的需求，是地下電臺氾濫的根本原因？在只有三個無線電視臺的時代，接觸媒體的機會不多，對於閩南語、客家語、原住民語言在傳播管道上受到限制的感覺，可能沒有那麼強烈，但是在有線電視普及率已經達到六成以上（註五），幾乎涵蓋全國的時代，相對於語言使用人口的比例，閩南語、客家語、原住民語言與官方語言在傳播管道上的懸殊比例，即顯得十分尖銳。

在陌生的語言環境裡，人民幾乎不能享有接近媒體權。不能聽，也就不會說

。假設無線電波使用頻率的許可管制，包括對於使用語言分配比例的限制，那麼等於限制某種語言的傳播管道，則自然會讓某種語言的使用者成為弱勢團體。限制傳播管道，所限制的豈止是言論自由而已？限制言論自由，所限制的豈止是言論自由本身而已？

事前許可制的管制方式，未必構成過度限制而違反比例原則，但是許可的管制標準如果不明確，就可能造成資源使用的壟斷。管制標準是否符合法律保留原則，雖然因為聲請書沒有具體指摘，而未予以審查，但立法機關及主管機關仍應立刻進行檢討。尤其依據現行規定，單純未經許可而使用電波頻率，已經必須處以刑罰，如果管制標準不合理，以刑罰鞏固事前許可制，定然過度限制人民通訊傳播自由，而不符合比例原則。

肆、違反事前許可而使用無線電波應處以刑罰？

一、電信法第五十八條第二項的適用範圍

電信法第五十八條第一項規定：「違反第四十六條第五項規定，設置或使用無線廣播電臺或無線電視電臺發送射頻信息，致干擾無線電波之合法使用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」（註六）第二項規定：「違反第四十八條第一項規定，未經核准擅自使用或變更無線電頻率者，處拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。」第三項規定：「犯前項之罪，因而致干擾無線電波之合法使用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」比較電信法第五十八條第三項規定，既然第三項規定在於處罰未經許可而使用無線電波傳送訊息，致生干擾合法使用的行為，則第二項規定顯然僅處罰單純未經許可而使用無線電波傳送的行為。

已經許可的合法電波使用是否會受到干擾，取決於其他使用者技術能力的高低，包括傳收設備的良窳，但與使用無線電波的他人，是否擁有使用許可並無關聯。換言之，未經許可而使用無線電波，未必造成干擾，也就是未必造成破壞電波使用秩序的效果，對於合法使用者如果沒有造成干擾，也就不具備破壞無線電波使用秩序的風險。第五十八條第二項的處罰規定，等於將未經許可而使用無線電波的行為，視為會干擾合法使用的危險行為。

二、目的審查：受保護的法益？

（一）行政罰或刑罰純屬立法裁量？

審查刑罰規範的目的正當性，應該審查構成要件行為所侵害的法益，是否具有憲法上的重要性。多數意見認為電信法第五十八條第二項規定的目的，在於「維護無線電波使用秩序，俾澈底有效取締非法使用電波行為」，完全抄襲立法機關的說詞（解釋理由書第五段，參照立法院公報第八十八卷第三十七期第二四八頁），並未說明立法機關的說詞，為何具有憲法正當性。等於認為立法者在此有完全的自由裁量權。

（二）危險何在？

所謂「維護無線電波使用秩序，俾澈底有效取締非法使用電波行為」，維護無線電波使用秩序，是虛語句，真正的目的是有效取締非法使用電波行為，也就是維護許可制度，所維護的是主管機關的權威、管制規範的威信。為了鞏固法律規範的效力，對於牴觸法律的行為，賦予一定的法律效果，而給予該行為一定的負面效果，也可以認為是符合憲法所要保護的公共利益。但是使用刑罰的手段，所保護的法益，必須屬於重大的公益，尤其應該和基本權連結。對一個沒有造成干擾無線電波使用秩序的行為，沒有侵害他人基本權益的行為，使用刑罰手段，看不出來具有什麼目的正當性。

如果與刑法第一百八十四條妨害舟車及航空機行駛安全罪的各項規定比較，所謂損壞軌道、燈塔、標誌或其他方法等行為，必須導致陸海空運輸公眾的交通工具傾覆或遭到破壞，或必須陷於不能安全行駛的危險，也就是說刑法第一百八十四條各項的構成要件行為，均附有不同程度的具體危險條件和實害條件。相較之下，未經許可使用（單純無使用執照而傳送）無線電波的行為，如果沒有造成他人的權利受損，為何可以動用刑罰手段予以制裁，多數意見理由書顯然提不出能被接受的說詞。

三、手段審查

（一）高額罰鍰不如低額罰金有效？

多數意見認為立法者衡酌未經核准擅自使用無線電頻率之行為，僅採取行政罰手段，尚不足以達成立法目的。這一段論述，顯然只有結論，沒有理由。為何使用行政處罰手段不能達到目的，為什麼甚至科處比較高的罰鍰，也比科處比較低的罰金更沒有效果，多數意見也未交代一言半語。唯一可以揣測的是，拘役被相關主管機關認為比罰鍰有效。姑不論短期自由刑的矯治效果一向受到懷疑，如果多數意見認為應該採取拘束人身自由的方式處罰行為人，縱使所規定的拘束人身自由時間不長，也必須具備充分的理由，至少應該比較所限制法益與所保護法益之間的輕重。面對憲法，多數意見顯然還欠一個交代。

（二）與其他違反證照義務行為比較

比較其他未經許可的違反行政義務的行為，例如無醫師執照的醫療行為及無照駕駛行為。依據醫師法第二十八條規定，無醫師執照而執行醫療業務，處六月以上五年以下有期徒刑，且得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，並得沒收所使用的藥物器械（未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。）。醫療行為涉及人的身體與精神的健康，不具備專業核准的醫療行為，對於人身的風險，是可以具體描述出來的，法律不能容忍這樣可能危害人身安全的危險行為，而課以刑責，憲法上可以認為

具有正當性。反之，無照駕駛，也是可能有但未必有車禍肇事的風險，立法機關並沒有對無照駕駛科處刑罰，只有在導致人身損害時，方才以刑罰處罰（道路交通管理處罰條例第二十一條至第二十二條、第八十六條第一項規定參照）。因為無照駕駛未必直接造成他人人身及財產的危害、未必車禍肇事危害交通安全。如果與上述兩種違反證照義務的行為相比，未經許可而使用無線電波的行為，與無照駕駛行為顯然較為接近，所謂採取行政罰手段，尚不足以達成立法目的，不知證據何在？

（三）與其他國家相關處罰規定比較

對於無照發送無線電波行為的處罰，有些國家同樣採取刑罰手段，例如美國通訊傳播法（Communications Act of 1934）第五章第五百零一條（47 U.S.C. 501）規定二年以下有期徒刑及罰金的刑罰，日本電波法第一百十條規定一年以下有期徒刑或罰金。有國家採取行政罰手段，例如德國電信法（Telekommunikationsgesetz），並無刑罰規定，僅規定高額的行政罰鍰（§149 Abs. 2 TKG：最高五十萬歐元）處罰。

比較處罰規定，不能只看制裁規範，還必須觀察行為規範，而違反證照義務行為的比較，也不能只看是否都是「未經許可而使用」，對於處罰的正當與否，有決定性的判斷標準，在於許可標準是否合理公平、有審查可能。在瞭解其他國家的管制手段與管制標準之前，率然認為其他國家可以，我國為什麼不可以，恐怕勇敢有餘、嚴謹不足。

在一個比較嚴謹的管制制度之下，分配資源比較合理的管制制度之下，處罰的範圍必然比較狹小，也就比較容易證立處罰的正當性。反之，必然處罰過度。何況在調查其他國家是否已經處理過相同或類似釋憲案之前，又如何得知該國的刑罰規定不違憲？充其量可以認為，有些國家的立法觀與我國的立法觀雷同，如果只因為不同國家的立法政策接近，就可以得出均不違憲的結論，還需要依據憲法審查立法者是否逾越立法裁量嗎？而比較法原則，似乎不是憲法原則，更不是有拘束力的解釋原則，否則九十五個國家（註七）完全廢除死刑的立法政策，在有些國家甚至是憲法政策，也應該能促成死刑違憲的大法官解釋才對。

四、沒收從刑的必要性

如果刑罰規定非屬必要而逾越比例原則，沒收從刑自然無所附麗。縱使在多數意見對於刑罰規定合憲的認定之下，仍須審查沒收無線電波使用設備的必要性。

（一）未區分危險性

電信法第六十條規定：「犯第五十六條至第五十八條之罪者，其電信器材，不問屬於犯人與否，沒收之。」根據該規定，未經許可而使用無線電波傳播

訊息的電信設備，所獲得的處罰效果，與違禁物相同。但多數意見並沒有就電信設備的危險性有所著墨，而以預防再犯作為理由，即得出沒收規定合憲的結論。

預防再度成為犯罪工具這個保安理由，應該適用於非違禁物的供犯罪之物。與違禁物區隔的供犯罪之物，它的危險性是特定的，而不是普遍存在的，雖然任何物性也都有兩面，但違禁物在社會經驗中，危險性在各種情形均存在且危險性較高，因而它的存在本身，就是一種危險。反觀供犯罪之物，具有一般認為正常而不危險的功能，被利用於犯罪時，才使它成為犯罪工具，而具有危害效果。

（二）違反比例原則、平等原則而侵害人民財產權

對於供犯罪之物，縱使依據刑法第十一條，電信法不是不可以有特別的規定，而不必限定屬於犯人所有方得沒收，但至少應該給予法官裁量權，因為不是每一個電信設備，都有供再犯的危險，至少不屬於犯人所有的供犯罪之物，如果遭犯罪人盜用，一律沒收，對於遭盜用人財產的侵害，實在不是遭盜用人所應忍受。尤其電信設備的財產價值可能甚高，與不動產的價值相當，多數意見完全沒有詳細審究，即貿然替立法者背書，似乎仍然身陷戒嚴時期對於通訊設備的戒嚴氛圍當中。

對於這種僅具有特定危險性的物，不分情節，一律當成違禁物沒收，顯然已經造成違反過度禁止原則的過度處罰，對於物的所有人，也已經構成不等者卻相同處罰的不公平待遇，既違反比例原則、也違反平等原則。

（三）沒收的正當法律程序或特殊的強制處分類型

由於供犯罪之物，可能為第三人所有，為預防再犯而沒收，對於物的所有人的侵害，不僅僅及於財產權，也及於人格的侵害，因此本席贊同葉大法官百修及陳大法官春生所提，關於建立沒收正當法律程序的建議。

除此之外，針對無形的財產利益、不屬犯罪行為人所有的供犯罪使用或預備使用物品，無法依據現行刑法總則的沒收規定予以沒收；欠缺追徵規定，不能沒收變得利益；沒有主刑無從諭知沒收從刑；刑事訴訟上強制處分似乎受限於刑法上沒收的條件（刑事訴訟法第一百三十三條規定參照）等等，在刑事實務上始終存在一定困擾。多數意見結論因此極易造成某種立法風險，例如准許有罪判決未確定前，即執行沒收。為因應上述可能存在的危險，未來立法發展中，立法機關應該審慎考慮建立沒收的正當法律程序，以及創造類似刑事訴訟上強制處分的暫時性保安處分類型。

註一：對於言論內容的保障，一般釋憲學理，根據美國釋憲經驗，往往針對言論內容予以分類，而提出不同的審查標準。對於多重審查基準的介紹，請見黃昭元，立法裁量與司法審查- 以審查標準為中心，憲政時代第 26 卷第 2 期，2000

.10，頁 162 以下；林子儀，言論自由導論，收錄於臺灣憲法之縱剖橫切，2002.12，頁 141-142、154、165 以下。本席雖然同意言論內容的保障，不是絕對，例如煽惑犯罪的言論是否為犯罪，即不受保障（往往就是審查的內容，只要不依照法律規定的形式定義犯罪，也就可以避免陷入套套邏輯。）但認為例如將商業言論自動劃入應寬鬆審查的類別，不盡妥當，區分言論類別這種多元審查密度的立論，應該還有檢討空間。

註二：林高洲，感知無線電之運用與發展，中華民國電子零件認證委員會報告書，第 52 期，2008.10，頁 31-38。

註三：當時客語及原住民電視臺都還不存在。

註四：主持人還扮演異地居家陪伴的角色。參見學者：孤獨老人空中取暖，2010.1.12／聯合報／記者周宗禎／臺南縣報導；拉死忠觀眾 弄嘴花攀交情 讓你唱讓你聽，2010.1.12／聯合報／記者周宗禎／巡迴採訪。

註五：NCC：全臺灣有線電視普及率約 62.08%，2007.11.14／經濟日報／記者余麗姿／臺北報導。<http://www.nccwatch.org.tw/news/20071115/5803>，最後瀏覽：2010 年 6 月 30 日。

註六：電信法第 46 條第 5 項規定：「中華民國國民不得在中華民國領域外之船舶、航空器或其他浮於水面或空中之物體上，設置或使用無線廣播電臺或無線電視電臺發送射頻信息，致干擾無線電波之合法使用。」

註七：<http://www.amnesty.org/en/death-penalty/abolitionist-and-retentionist-countries>，最後瀏覽：2010 年 6 月 30 日。

抄林○勝釋憲聲請書

為聲請解釋憲法事：

一、聲請解釋憲法之目的：

（一）緣聲請人追求言論自由、熱心公益，於憲法第十一條所賦予之言論自由、新聞自由權，及憲法第十五條所保障之財產權，迭經訴訟程序，遭受臺灣臺中地方法院以九十二年度豐簡上字第三一三號刑事判決（於二〇〇四年五月四日收受判決正本，如四、關係文件之名稱及件數（一）所示），經依法定程序訴訟，對於確定終局裁判所適用之電信法，非正當之規範予以剝奪，此已違背憲法所保障之比例原則。亦即其所適用之「電信法第四十八條第一項及同法第五十八條第三項－未干擾無線電波之合法使用者。」該法明定未干擾無線電波之合法使用，復未影響他人者，亦為處罰之對象，顯逾越立法機關自由形成之範圍，無限擴張禁制、非合理正當之規範，從而侵害首揭憲法之基本人權，涉有牴觸憲法第十一條所賦予人民之言論自由及新聞自由權及憲法第二十三條之必要性禁制的比例原則。又電信法第六十條之沒收兼及同法第五十八條第三項之「未

干擾無線電波之合法使用者」，亦即未影響他人者，亦為禁制、沒收之對象，顯逾立法機關自由形成之範圍，亦無限擴張禁制，顯非合理正當之規範，關涉牴觸憲法第十五條所保障人民之財產權及憲法第二十三條「非必要」之比例原則諸疑義。故而聲請釋憲，以資保障憲法所維護之言論自由權不受法律無端（不影響他人者）非正當之剝奪。揆諸系爭電信法顯非為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序所必要。是法律之規定內容必須實質正當。屆至目前之民主法治時代，全國除本件電臺之外，尚無一真正全天提供人民發表意見，確保人民言論自由，增進公共利益之電臺。對廣大人民言論自由權之不當禁制，深深□傷民主憲政之言論自由權，故而聲請釋憲。

（二）本件攸關人民「知」的權利，於民主法治社會中，提倡憲政法制之言論自由權、新聞自由權，其普世價值應獲得確實之規劃與保障，資以杜絕立法機關逾越自由形成之範圍，從而箝制人民思想，窒礙人與人知識傳承、啟迪新知，破壞民主法治之原理原則。期促進社會文明更進步，使媒體之公共資源更接近民主政治之民意，資符合主權在民之時代潮流，更符合憲法所賦予人民之基本人權，俾合於憲政法制。查原確定判決主文所示，本件既未干擾無線電波之合法使用，顯未影響他人，且正足以增進人民「知」的權利之公共利益，誠無以法律限制基本人權並科以刑罰之正當具體理由。按憲法第八條第一項前段：「人民身體之自由應予保障。」非有正當理由不得任意以法律剝奪、限制之。爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋憲法。期能保障基本人權，恢弘憲政法制，確實維護人民使用媒體之言論自由權，而依公平、合理之民主原則規劃、分配，使民眾得有更多利用媒體之機會，資以反映公意、強化民主、啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展。祈全國唯一非以營利為目的之本件電臺，能碩果僅存並蓬勃發展於全國，反映民意，提昇社會之生活品質。

二、爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

（一）依司法院釋字第三六四號解釋謂：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。」故而言論自由權通常具有普世價值，諸如建構人民自由言論市場（market place of ideas）的追求真理價值；促進民主政治、健全民主之價值（因為有完全、充足的資訊提供於人民，方得使渠為完整的選擇）；監督政府之價值；促進社會安定的價值（人民藉由言論的發表，本媒體提供人民宣洩的管道，得以促進社會祥和）；人格自由實現的價值；知識經濟的傳承，啟發智慧結晶貢獻於社會之正面意義。受到科技發展的影響，人民表達意見，不再單純的依靠口耳相傳與平面媒體，更須以廣播等方式從而表達言論，此言論自由，自應依憲法第十一條之規定保障之。「本電波頻率 FM 95.9」及其節目內容，係憲法第十一條言論自由之具體實踐，在於維護、

實現憲法之言論自由的「高價值的言論」，係以任由人民發表意見之政治性、社會性、公益性，提倡環境保護觀念、愛鄉土、愛國家之公益性廣播節目，崇尚人民輿論權之電臺；非一般商業營利性言論等「低價值的言論」之廣播電臺所可比擬，故更應受憲法言論自由、新聞自由之保障。法律之規範自應有所區分，以維護實質之平等原則。本件無分軒輊，亦規定未干擾他人者亦應科以刑罰懲處之法定要件，顯非正當，洵牴觸憲法第十一條所保障之言論自由，其屬人人發表意見之新聞報導之公益節目，在憲法第二十三條之比例原則原理，其限制應合目的及手段。今，電信法第五十八條第三項等規定，無異沒收憲法第十一條言論自由等人民之基本權利。電信法第六十條更處以沒收，顯非正當，亦牴觸憲法第十五條後段關於財產權之保障，更違反憲法第二十三條之程序正當性的比例原則。致聲請人迭經訴訟程序，未獲法院斟酌：現代科技電波頻道乃言論自由之要素，為人民之基本權利，卻一再遭受取締，及原確定判決所適用之電信法第四十八條第一項、第五十八條第三項、第六十條等規定，關涉牴觸憲法言論自由之憲法保留原則之疑義。

- (二) 憲法第十一條所保障之新聞自由、言論自由，是自由與民主之堅固基礎，是言論自由不僅為國民權，亦屬人類權，因而外國人亦享有之。故而不容以法律肆意非正當的剝奪之，更科以刑罰，亦牴觸憲法第八條第一項前段。任何人若不能夠自由地將自己的意見表達出來，則該人即難以形成個人的完全人格。沒有言論自由，則沒有個人的自由或政治自由，一個民主國家必須有賴於它的國民都有表達意見自由的權利，此為憲法第十一條保護之基本人權。因此自由表達意見的權利能夠促使理性的論辯，從而針鋒相對之言論乃屬於自由民主生活之要素，人們除了享有言論自由之外，也應該享有獲取資訊自由「知」的權利。資訊的自由權即為言論自由權的要件。因為只有當人民在事先取得充分的資訊之後，才可能作成、使用、行使一個有意義的、負責任的言論自由。而且充分的資訊，即「知」的權利也是對人的職業以及社交等生活具有重要的意義。廣播節目供人民發表意見之自由權（言論自由權）是現代自由社會發生功能不可或缺之要素。因為只有當人民瞭解別人的意見以及經過審慎斟酌後，才可能作出最明智、理性的政治性決定。因此，人民擁有憲法所賦予言論自由及新聞自由之使用媒體的積極權利（知的權利）。如原確定判決所示，本件電臺未影響他人，卻迭經申請設立而未獲處理（如關係文件（一）（二）（三））影響人民「知」的權利至鉅。是故以美國為例，強制廣播媒體必須提供一定的時段供人民發表意見。美國憲法亦提倡人類理性之自然法，自然正義保障人權，此頗值得我國法制效法之，以確保國家公權力公平、純潔合理行使。本廣播電臺正是全天候如此供人民發表意見，傳承知識、經驗之公益性節目之電臺。司法院釋字第三六四號解釋明示：「民眾得有更多利用媒體之機會。」立法者就如本

件公益性節目之開放供民眾發表意見的電臺應予合憲、理性、公平、合理之規範，不容如本件以法律為目的不相當之限制，以資符合民主、法治社會、人民之基本權利。是故，非營利性之公益電臺，非以其組織型態為唯一標準，尤應視其節目內容是否提供人民發表意見為前提。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

（一）環觀世界潮流，德國基本法第五條第一項所保障的權利，亦包含二個重要的要素：

1. 民主原則：人民的言論自由與資訊自由須得到具體保障。否則，這個國家即非民主國家；否則，適足以動搖民主憲政之根本法制結構。主權在民之憲政體制，其具體運作之程序，宜開放數頻道，供人民票選決定頻道所屬，由人民暢所欲言。
2. 人民基本權利憲法保留原則：人類的人格權及尊嚴應受到尊重，言論自由與資訊自由包含於對人性尊嚴及人格的尊重，係屬人民與生俱有之基本權利，為憲法保留之範圍。按電波頻道為與人民言論自由權同時俱存之一體兩面，屬於人類理性自然法之公共資源，不容以法律非正當的剝奪之。

因為讓人能夠自由地藉由廣播表示意見，將他的意見能夠傳送出去，形成他的人格，這些都是憲法所賦予一個人的基本需要之權利。德國聯邦憲法法院認為言論自由、出版自由、資訊自由、廣播自由、電影自由等是屬於民主社會具有建構性的本質。我國司法院釋字第三六四號解釋亦肯定謂：「言論自由為民主憲政之基礎。廣播、電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意、強化民主、啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。」此即大法官相當肯定言論自由之功能而具憲法保留原則。立法者亦不得逾越，恣意、無端，而非正當的藉以同法第二十三條之規定，從而限制人民「接近使用公益傳播媒體」之基本自由權利。何況本件業經向交通部申請，亦向行政院新聞局申請，如四、關係文件（一）（二）（三）所示之回函足證本件業依法定程序申請架設，絕非未依法定程序架設。亦未干擾無線電波之合法使用，更無憲法第二十三條所列以法律限制之除外條件，自不應遭受立法者，非正當的封鎖言論、打壓基本自由。是本件係促進公共利益之電臺，更無以法律限制之正當理由。

（二）按中央法規標準法第十一條之規定：「電信法第四十八條第一項及同法第五十八條第三項不得牴觸憲法第十一條。」其牴觸憲法言論自由權、新聞自由權之部分，應屬無效。亦即應審酌本件屬人人均得發表意見，共同參與主持節目之公益性推廣社會教育、增進公共福利之節目內容之電臺與廣播電視法第一條之立法目的相符。為保障言論、媒體新聞之自由，前揭電信法與憲法牴觸之部分自應屬無效。原確定判決未審酌及此，請依憲法之規定保護之，讓言論自由之

媒體，還諸人民基本權。查英國大憲章及美國聯邦憲法增補條款第五條、第十四條亦規範法律之合理、正當，其目的在保障基本人權。亦即法律對於人民生命、身體或財產的限制，必須具備合理的正當性。我國司法院釋字第三六四號解釋已明白指示：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨占，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」迄今未見主管機關有依該指示，就公益性電波頻率為合理分配之規劃，人民尚無更多利用媒體之機會，□喪言論自由。更未見有任何法案能真正公平、合理之開放電波頻率，供民眾得有更多利用媒體之機會，每每淪為營利性之電臺。準此，應強制規定每家廣播電臺、電視公司應於每日十八時至二十二時之時段提供至少二小時，不預設立場，供民眾參與、利用媒體發表意見，俾符合公共資源之電波頻率真正供公眾使用，以杜絕獨占，祈還財於民之本旨，資合於憲法保障言論自由之本旨及其正面價值。本電波頻率正是全天供民眾發表意見，有增進公共利益之功能，其申請設立，主管機關竟無故一再推拖（如四、關係文件（一）（二）（三）所示），與駁回憲法之言論自由權無殊，卻准營利性之電臺充斥，踐踏彌足珍貴之電波頻率的公共資源。

（三）故而本件之公益性電臺之電波頻率如原確定判決主文所示未干擾他人，是其內容根本絕無憲法第二十三條所列舉之除外條件：「①妨礙他人自由，②避免緊急危難，③維持社會秩序。」之具體事證，反而符合司法院釋字第三六四號解釋所示「民眾得有更多利用媒體之機會。」增進公共利益之價值，亦即「無得以法律限制之必要性。」此關涉憲法第十一條言論自由、新聞自由之憲政核心問題，請 鈞院大法官從而審核憲法保留原則，重申肯定言論自由權之公共利益的正面價值。本件純係開放供民眾自由發表意見，故而民眾得有充分利用媒體之機會，為足以增進公共利益之媒體，亦足堪保障憲政言論自由權。絕無濫用自由之情事，更無藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等具體情事。亦無任何廣告託播之營利行為，自無任何依法予以限制之正當、合理的理由。

（四）查本件之電臺其節目內容為提倡愛國家、愛鄉土，宏揚環境保護，熱愛本土意識，啟迪新知之公益性電臺，足以增進公共利益之節目的電波頻率；非一般營業性質之電臺。在憲法比例原則上，法律規範上，自不應無分軒輊一律予以法律限制，亦即法律限制言論自由、新聞自由之層次應有合憲之界限及其合理、正當之範疇。否則，憲法第十一條、第十五條仍得以電信法等法律無端、非正當的予以架空，即形同具文，嚴重破壞憲政體制。是法律限制憲法保障之權利非漫無限制。請勿為箝制言論自由之目的，不擇手段，從而違反憲法比例原則。本 FM 九五·九之電波頻率有如何之具體事證，足資證明有法律限制之必要

性，請依行政程序法公開資訊之規定，公開何電波頻率不影響安全，不必以法律限制之，請依行政程序法公開何電波頻率有具體事證影響安全，而須以法律限制之。無營利性，復未干擾他人者，因與言論自由增進公共利益有關，即請依同法行政指導之規定輔導本電臺合法設立，或由政府公布若干可使用之電波頻率，再由人民選舉電波頻率以設立民主電臺。而非以新聞局廣播電臺審議委員會，黑箱作業，嚴重傷害民主權，俾維護憲法所賦予人民言論自由、新聞自由之基本人權。

- (五) 綜而論之，本電臺及其節目內容為人民所共有、共享之。復未有任何營利行為，純為公益，應獲憲法保障，何況本件業經向主管機關申請如附件之關係文件所示。請主管機關依行政程序法第七節之規定公開申請之資訊（依法公開受理申請之期間）及依同法第二節之規定在臺中地區舉行聽證會，資以接近民意之民主法治，請主管機關應依行政程序法第六章之規定循行政指導之方式輔導本公益性電臺之節目。而非動輒以行政刑罰之法律圖箝制憲法所保障之言論自由權、新聞自由權，即人民合憲之基本人權的第四權。爰懇請 鈞院大法官宣告電信法違憲，而明憲政法制，洵感德便。期如本件未影響他人之公益節目的電臺不受非正當之限制，即言論自由權不受非正當之限制。請勿讓主管機關在行政上之許可權，即核准民主電臺設立與否之行政命令不得凌駕於憲法基本人權之上，應依法公開可使用之電波頻率，而就增進公共利益之電臺依民主票選之方式產生或採取報備之制度，於一定期限內改選之，而維憲政法制。期使人民基本權利之實質正當程序的法制理論，能更有效的保障人民之基本權利，俾符合司法院釋字第三六四號解釋所明示：「民眾得有更多利用媒體之機會。」是本件聲請解釋之旨，期法制能依法規定，媒體應開放每日之十八時至二十二時之時段，至少擇二小時以上供民眾自由發表意見，俾符合公共資源，人民共享之原理原則，以維護人民之言論自由權。

四、關係文件之名稱及件數：

- (一) 臺灣臺中地方法院九十二年度豐簡上字第三一三號刑事判決影本一件。
- (二) 交通部二〇〇三年八月十三日交郵字第〇九二〇〇五一三〇一號函影本一件。
- (三) 行政院新聞局二〇〇三年八月十一日新廣二字第〇九二〇〇一四八二七號函影本一件。
- (四) 行政院新聞局二〇〇三年十一月二十七日新廣二字第〇九二〇〇二一二〇三號函影本一件。

謹 狀

司法院 公鑒

聲 請 人：林 ○ 勝

中 華 民 國 九 十 三 年 五 月 五 日

(附件一)

臺灣臺中地方法院刑事判決

九十二年度豐簡上字第三一三號

上訴人

即被告林○勝

上列上訴人因被告違反電信法案件，不服本院豐原簡易庭九十二年度豐簡字第二九七號中華民國九十二年五月二十六日第一審簡易判決（聲請案號：臺灣臺中地方法院檢察署九十二年度偵字第七三五七號），提起上訴，及臺灣臺中地方法院檢察署檢察官移送併辦（九十二年度偵字第一七三七八號），本院管轄之第二審合議庭判決如下：

主 文

原判決撤銷。

林○勝連續違反非經交通部核准不得使用無線電頻率之規定，擅自使用無線電頻率，處拘役伍拾日，如易科罰金，以□佰元折算壹日。扣案之功率放大器貳部、激勵器貳部、節目繼接收機貳部、電源供應器□部、音頻訊號處理器壹部，均沒收。

事 實

一、林○勝未經向主管機關交通部申請核准，基於概括之犯意，先於民國（下同）九十一年五月八日起至九十二年三月六日止，在臺中縣○○鄉○○枝十一電力桿西側約五十公尺處水泥屋，擅自以「海○之聲電臺」名義，非法使用無線電頻率F M九五·九兆赫，對外為廣播節目，惟未干擾無線電波之合法使用者；復承前概括之犯意，於九十二年四月間某日起至九十二年八月七日止，在上揭地點，以「海○之聲電臺」名義，非法使用無線電頻率F M九五·九兆赫，對外為廣播節目，然未干擾無線電波之合法使用者。嗣分別於九十二年三月六日上午十一時十分許、九十二年八月七日十二時四十五分許，經電信警察隊、交通部電信總局中區電信監理站人員在上址查獲，並分別扣得節目中繼發射機、激勵器、功率放大器各一部、電源供應器三部；音頻訊號處理器、節目中繼發射機、激勵器、功率放大器各一部等物。

二、案經交通部電信總局移送臺灣臺中地方法院檢察署檢察官偵查聲請簡易判決處刑，及交通部電信總局移送同署檢察官移送併辦。

理 由

一、訊據上訴人即被告（以下稱被告）林○勝對上揭時、地，未經向主管機關申請許可，即使用無線電頻率F M九五·九兆赫，以「海○之聲電臺」為名義，對外為廣播節目等情坦承不諱，惟矢口否認有何違反電信法犯行，辯稱：伊以廣播方式表達意見，應係憲法第十一條所保障言論自由之範圍，並未違法云云。然按言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條固有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以

發揮；惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制；又按司法院釋字第三六四號解釋文中亦明確表示：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民平等「接近使用傳播媒體」之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之」。其理由書內亦載明：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨占，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」是對於開放電波頻率之規劃與分配有關之電信事業經營，係由立法院制定電信法對之加以規範，即對於設置廣播電臺之電信事業，應向主管機關申請核准，經依法辦理公司或商業登記後，發給許可執照，始得營業。經查：本件被告坦承，其未經向主管機關申請核准，即使用前揭無線電頻率，經營廣播電臺等語，並有被告所提出之申請函數紙在卷可憑，並有扣案之節目中繼發射機、激勵器、功率放大器各二部、音頻訊號處理器一部、電源供應器三部可稽。是被告既未經主管機關核可，即擅自設置廣播電臺為電信事業，自與法有違，其前揭所辯，於法無據，自難採認。本件事證明確，被告犯行洵堪認定，應予依法論科。

- 二、按電信法業於九十二年五月二十一日以華總一義字第○九二○○○八八六七○號總統令修正公布施行，並於同年月二十三日生效；又按連續數行為而犯同一罪者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文，則連續犯罪，既以一罪論，即應以最後行為時，作為適用法律之標準，則被告最後行為時為九十二年八月七日，自應適用修正後之電信法，是核被告林○勝所為，係犯電信法第五十八條第二項未經主管機關核准，擅自使用無線電頻率罪。被告前開所為二次違反電信法之行為，時間緊接，所犯罪名相同，顯係基於概括之犯意為之，為連續犯，爰依刑法第五十六條之規定以一罪論，並加重其刑。又被告自九十二年四月間某日起至九十二年八月七日間之犯行，雖未據公訴人起訴，然與起訴部分具有連續犯裁判上一罪之關係，本院自應予以審究。爰審酌被告犯罪之動機係因誤解法令，犯罪之目的、手段、所致危害非鉅及於偵審時均坦認經營上開電臺之犯行，態度尚稱良好等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。扣案之功率放大器二部、激勵器二部、節目繼接收機二部、電源供應器三部、音頻訊號處理器一部等電信器材，不問屬於犯人與否，均應依電信法第六十條規定，予以沒收。雖上訴人上訴理由辯稱：伊以廣播方式表達意見，應係憲法第十一條所保障言論自由之範圍，並未違法云云，雖無理由，然原審漏未審酌被告於九十二年四月間至同年八月七日間檢察官併辦部分之犯行，及電信法業於九十二年五月二十一日就該法第五十八條予以修正公布施行，原判決既有不當，自應予撤銷，爰依法撤銷改



判如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

據上論斷，應依刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項、第三百六十四條、第三百六十九條第一項前段、第二百九十九條第一項前段，電信法第五十八條第二項、第六十條，刑法第十一條前段、第五十六條、第四十一條第一項前段，罰金罰鍰提高標準條例第二條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 二 年 十 一 月 二 十 一 日
(本件聲請書其餘附件略)