

釋字第六七八號解釋

部分協同、部分不同意見書

林大法官子儀

李大法官震山

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，開啓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。¹

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。

¹ 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* 327-39 (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* 112-16 (1983)。值得注意的是，近年來此等傳統見解已日益受到挑戰；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，並做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*

² 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。³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

Communications, 16 HARV. J.L. & TECH. 25, 48, 70-71 (2002).

² 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。

³ 請參閱例如 Ellen P. Goodman, *Spectrum Rights in the Telecosm to Come*, 41 SAN DIEGO L. REV. 269 (2004).

域內多源同頻（或近頻）傳送之可能干擾。⁴ 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管理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訊從事廣播，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

⁴ 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

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。⁵ 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，增加無需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。⁶

未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

TECH. L. 183 (2005).

⁵ 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。

⁶ 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)。

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，與刑罰謙抑與最後手段性之原則殊有不符。⁷

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（拘役或科或併科新台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—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

⁷ 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 號不同意見書之相關論述。

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洽，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。