

釋字第六七八號解釋協同意見書

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》

大法官 陳新民

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，增進全民福祉，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台抑或民營電台，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，並闡述以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¹。

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」。

最明顯例子莫過於一九五一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：

¹ 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，二〇一七年一月，第六十九頁。

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「深痛惡絕」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。

究竟所謂的「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連，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台、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台（包括公、私立電台在內）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廢棄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釋字六一三號解釋「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、釋字第六一三號解釋，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及之權利。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的組織法而合憲性爭議，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「源生」關連：

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。鑑於媒體此項功能，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，兩號解釋都

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，為免被壟斷與獨佔，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，不論公營或私營電台，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：

鑑於媒體此項功能，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「通訊傳播自由非僅於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台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解釋及第六一七號解釋，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」，自然也可包括電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兩號解釋之立論，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，增進全民福祉，政府自應妥慎管理規劃及指配。

因此本號解釋比起過去所作出二件相關解釋，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。其理由闕為：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，法律只不過來給予限制而已²；而廣播自由主要在民營電台方面，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³。

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⁴。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。

² BVerfGE 95,220/237.

³ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, §26, 60, 64.

⁴ BVerfGE 74, 297 ; 87, 181 ; 95, 220, Zippelius/Würtenberger, aaO., §26, 35.

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⁵。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⁶。

（三） 僅適合公營電台的立論—由德國憲法原則的探究

既然論究及各國對廣播業務都一律採行許可制，即必須有民營電台存在為前提，否則如電台全係公營，即少有廣播自由存在之餘地；如果國家許可電台民營，即產生探究民營電台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的「雙

⁵ Zippelius/Würtenberger, aaO., §26,47.

⁶ Frank Fechner, Medienrecht, 2.Aufl.,2001, Rdnr.604.

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連，迄今已經作出九個解釋，構建出德國各邦電台的法律秩序之基本原則。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）的規定：「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及之權利。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，獲得了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台，尤其是以營利為目的之商業電台不同，一開始，德國乃實施「公營電台獨佔原則」。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台為原則，

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，立法將電台的管理置入在帝國郵政部門，日後將各地的廣播電台，一律規範為公營電台。這是鑑於電信資源有限，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台公有化的重要性。日後德國將電台置於宣傳部下，更將電台變成政令宣導之工具。

二次世界大戰後公佈的基本法第五條，明白承認廣播自由的制度，即欲打破電台為特定意見表達的窠臼，所致力於的方向第一步，乃先邁出承認公營電台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台，即屬於國家組織之一，即不可享有人權。但鑑於基本法第五條所要求電台（廣播與電視），都賦予傳遞與形成國民意見的重要任務，在公營電台，則特別要奉行三個「遠離」（*Ferne*）的原則：即「遠離國家」（*Staatsferne*）—電台要遠離政府的介入，政府儘量少干涉之；「遠離黨派」（*Partei ferne*）—電台要免於政黨的影響與支配，特別是當電台受到政府的補助時，更要避免國會黨派的影響；及「遠

離經濟誘因」(Wirtschaftsferne) —這是指電台要避免淪為營利的工具，避免電台淪為汲汲求利而忽略其存在之公共任務⁷。

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台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⁸。在本號解釋中憲法法院雖然仍確認電台只准公營化的合憲性，但也明白的認為電台負有公共責任，乃履行公行政的任務，具有整合國家整體意見的功能。因此電台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台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，公營電台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：電台經營之自由(Rundfunkveranstalterfreiheit)，也就是電台的「節目自主」(Programmsautonomie)原則。電台應該獨立運作，可以自行決定播放哪些節目⁹。

⁷ Herbert Bethge, in: Michael Sachs(Hrgb.), Grundgesetz, Kommentar, 2.Aufl., 1999, Rdnr.101.zum Art. 5.

⁸ BVerfGE31,314.

⁹ BverfGE 83,238/332 ; 87,181/201 ; Herbert Bethge,aaO., Rdnr.96.

為了調和電台的獨立自主，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，課與這些公營電台更多的義務，例如：組織決策人員的組成多元化—電台人員來源與節目、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。

由上述對公營電視台任務課與，可以知道「電台公營化獨佔」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¹⁰。

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

¹⁰ Peter Badura, Staatsrecht, 4. Aufl. 2010, C.69.

規定實現此一要求¹¹，今後立法者是否即無庸或不得強制電台應提供一定時段（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佈，以實踐通訊傳播自由，本院釋字第六一三號解釋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」等所要求的電台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），都是針對公營電台為對象，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

¹¹ 第二十三條：對於電台之報導，利害關係人認為錯誤，於播送之日起，十五日內要求更正時，電台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，電台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。

用到所有電台，特別是民營電台？本院前兩號解釋（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台應當與公營電台具有不同的「權利屬性」！

（四）民營電台應享有「低密度管制」的自由權

德國電台的公營獨占制度，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¹²。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台，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。薩蘭邦電信法的公佈使薩蘭邦成為德國第一個開放電台民營化的邦，也因此引發了電台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「自由電台公司成立案」（FRAG-Urteil）判決，承認民營電台的合憲性。該判決肯認憲法廣播自由及於電台的民營化。但基於無線電波的有限性（Knappheit der Sendefrequenzen）以及設立電台的昂貴財務需求，以及電台所負有的公共任務，使得電台應具有一定的「特別地位」

¹² 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台判決案（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「廣播電台之判決」，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。

(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台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¹³。

德國聯邦憲法法院此一判決，肯定民營電台的合憲性後，各邦都開始立法開放電台民營，打破公營電台獨佔的現象，是所謂的民營電台與公營電台並存的「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（第一百一十一條 a），仍採行公營電台獨占制度外，其他各邦都許可民營電台的成立¹⁴。

然而巴伐利亞邦仍不許可成立民營電台，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

¹³ BVerfGE 57,295 ; Frank Fechner, aaO., Rdnr.618.

¹⁴ Peter Badura, aaO.,C.69.

邦法律沒有許可人民可以成立電台（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台「強制民營化」(Privatisierung szwang des Rundfunks) 的憲法依據。因此，實施廣播雙軌電台制的德國，即否認人民得依據基本法第五條第一項之規定，擁有可以成立電台的主觀權利 (Subjektive Rechte)，這也獲得德國學界廣泛支持¹⁵。

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「自由電台公司成立案」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，包括了公營電台與民營電台在內。公營電台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)¹⁶，亦即透過公營電台承擔絕大多數凝聚國民意見、文化傳播及其他公共任務的份量，成為名符其實的「大眾傳播」。

至於民營電台方面，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

¹⁵ Herbert Bethge, aaO., Rdnr.109.zum Art. 5.

¹⁶ 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」的判決中佔了主要的地位，例如：BVerfGE 73,118；74,297；83,238；87,181；90,60。

的期待。在此考量下，立法者應當設計出一套符合民營電台特性的規範，亦即創造出一個「客觀的廣播基礎規範」

(Objektive Rundfunkrechtliche Basisnorm)¹⁷，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（如同釋字第三六四號所示）。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¹⁸。

b. 基於對民營電台的財務考量，民營電台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台生存與發展的因素。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），自得以予以適當的管制。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

¹⁷ Herbert Bethge, aaO., Rdnr.99.

¹⁸ 例如我國目前申請民營電台條件極高，依據廣播電視法施行細則第一條之一，全區性廣播電台需要二億元的資本額或捐助財產總額；區域性廣播則需三千萬資本，另電視台則需三億的資本。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。

律來予以限制。

c. 人民雖無申請成立電台的主觀權利，但並不意味私法人依法申請電台，以及成立電台後不受到憲法之保障。質言之，申請設立電台者（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. 民營電台雖然亦受到國家之監督，但比公營電台的監督程度，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）¹⁹。特別是在民營電台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）²⁰，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——，商業電台便是此一目的之顯現²¹。從而應當正視其取得經營權利所付出的代價，以及付出

¹⁹ Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 2,Aufl.,1986,Rdnr.437.

²⁰ 預算法第九十四條及電信法第四十八條第五項參照。

²¹ 國外不少經濟學者及傳播學者，都認為無線電頻譜應視為財產權，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。如此就使電台完全蒙上商業色彩。參見林承宇，前揭文，第七十一頁。

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. 民營電台既然屬於民營，則其運作及決策來源，不必如公營電台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。

由上述民營電台廣播任務的附屬性（Subsidiariat），以及民營電台乃利用公營電台無須使用的頻道，也使得民營電台在「遠離國家」原則的尺度上，要比公營電台「隔得更遠」；「遠離政黨」原則比公營電台稍近²²；而「遠離經濟誘因」原則只是咫尺之遙而已²³。

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、私營電台的不同特色，各有不同之法律上

²² 這也基於經營電台的私法人，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。

²³ Frank Fechner, aaO.,S.202.

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)²⁴，而不區分公營與民營電台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、民營電台各所具備的「功能正義」(Funktionsgerechtigkeit)²⁵。相形之下，本院大法官解釋不論是第三六四號解釋、及釋字六一三號解釋，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佈，重心都未特別側重於民營電台的特性，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，人民若要經營電台必須獲得國家的許可，成為每一個國家的奉行的

²⁴ Herbert Bethge, aaO., Rdnr.96.

²⁵ Peter Badura, Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks “ Funktion ” des Rundfunks und “ öffentliche Aufgabe ” der Rundfunkveranstalter, in : Der Verwaltungsstaat im Wandel, Festschrift für Franz Knöpfler zum 70. Geburtstag, 1996, S.4.

「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」²⁶。同時，為了符合公平與法治國原則，民營電台的許可，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，民營電台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

²⁶ 正如同美國 FCC 主席鮑威爾（M.K.Powel）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。

目的²⁷。

而公營電台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需的廣播節目，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台的運作之上。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 (Partei ferne) 及遠離經濟誘因 (Wirtschaftsferne)，加上公營電台具備公法人屬性，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「公營電台優先」或「公營電台獨占制」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台，靠著迥異於公營電台的「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

²⁷ Peter Badura, Der Verwaltungsstaat im Wandel, S.8.

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）。而關於民營電台的運作，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台申請許可的是與非，或其程序如何；其重心已經轉移到獲得許可執照後，民營電台如何在「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。國家對公營電台與民營電台的法律規範，應當要有恰如其份的「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台之間的正確關係。

民營電台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。