

釋字第 678 號解釋協同意見書

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台所能補救。蓋公共電台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，及聯合國海洋公約（United Nations Convention on the Law of the Sea）第一零九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，除設置公共電台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。