

就本號解釋宣示：「電信法第四十八條第一向前段、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)所指事務雖範圍雖不盡相同，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於無線電波，是否逾越憲法解釋之文意範疇？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）¹。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。

¹ 李惠宗，憲法要義，2009 年，頁 691。

吾人若將憲法第一百四十三條第二項所規定附著於土地天然力，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²，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

² 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。

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；限制需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，主管機關所創設賦予人民之權利，人民即使申請條件齊備，行政機關仍得裁量是否給予許可；限制原則上只需法律概括授權即可。

日本之學界亦採類似見解³。

(二) 德國法上，對行政處分類型區分上，亦可區分為：許可（Die Erlaubnis, Kontrollerlaubnis）與特許⁴（特別許可 - Die Ausnahmegewilligung）兩種。

對於許可，可分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

³ 室井 力/塩野 宏編，行政法を学ぶI，1981年，頁113以下。

⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, S. 218 ff.

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⁵，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，有時需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

⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, S. 218.

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。

參、本案關於沒收之規定雖未抵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⁶指出，「如此，關稅法一一八條一項所定，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，前記依關稅法一一八條一項對第三人所有物之沒收，違反憲法三一條、二九條。」

(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。

⁶ 最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一號一五九三頁。

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，亦非關稅法一一八條違憲之情況，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、663 號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⁷，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。

⁷釋字 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（程序正當程序）（行政程序法第一零二條參照）（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。