

釋字第六七八號解釋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¹，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²，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，

¹ 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，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，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。

² 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。

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。

參、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，甚至號稱台灣台的頻道，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。³

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台出現，似乎也就不足為奇。使用閩南語為傳播語言的地下電台顯然佔絕大多數，而且都有提供聽眾參與發表意見的機會⁴。這讓人懷疑，是否使用閩南語接近媒體的需求，是地下電台氾濫的根本原因？在只有三個無線電視台的時代，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⁵，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

³ 當時客語及原民電視台都還不存在。

⁴ 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 / 台南縣報導；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。

⁵ NCC：全台灣有線電視普及率約 62.08%，2007.11.14 / 經濟日報 / 記者余麗姿 / 台北報導。
<http://www.nccwatch.org.tw/news/20071115/5803>，最後瀏覽：2010年6月30日。

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。」⁶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

⁶ 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。」

線電波的他人，是否擁有使用許可並無關連。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（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项規定比較，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，處六個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）第五章第五〇一條（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⁷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，

⁷ <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/abolitionist-and-retentionist-countries>，最後瀏覽：2010年6月30日。

仍需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，即冒然替立法者背書，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（刑事訴訟法第一三三條規定參照）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。