

# 論無線電波頻率之法律性質及使用關係

## — 台灣法與日本法之比較研究

林孟楠\*

### 目次

- 壹、前言
- 貳、台灣法制之發展及相關議論
  - 一、公共資源之立法意旨
  - 二、公共資源與司法院大法官解釋
  - 三、公物說
  - 四、小結
- 參、日本法制之發展及相關議論
  - 一、公共資源之意義及內涵
  - 二、電波與公物法
  - 三、公共資源與有效利用
  - 四、日本法之特色
- 肆、日本法與台灣法之制度比較
  - 一、日台之制度比較
  - 二、我國電波監理制度之發展方向
- 伍、結論

投稿日期：105 年 07 月 06 日；接受刊登日期：105 年 12 月 19 日。

\* 中原大學財經法律學系助理教授，日本名古屋大學法學博士。

關鍵字：電波、公共資源、公物、頻譜、通訊傳播自由、數位匯流、層級化監理

# 中原財經法學

## 壹、前言

一般習稱「無線電波頻率」<sup>1</sup>為自然資源，自電波使用之物理性質而言，可說明如下：電波可供任何人隨時使用，並無物理上耗盡之問題；惟基於「干擾」問題，需有監理制度以管理使用者、無線設備之技術規範、發射時間及地域等，始能確保有意義之電波使用<sup>2</sup>。因此各國均設有電波監理制度，並依循國際電信聯盟所劃分之區域及業務用途，先就電波之高低頻段特性及技術發展，分配（allocate）特定頻帶供特定業務用途使用，再於各頻帶中指配（assign）特定頻率予特定人使用，呈現出「國際框架→用途分配→頻率指配」之電波秩序。惟我國對於電波之法律性質，向來並無深入研究。司法院釋字（以下簡稱釋字）第 364 號及第 678 號解釋理由書，雖指出電波為「公共資源」，但並未深入探討其內涵，詮釋重心亦有不同。釋字第 364 號解釋指出電波之「有限性」，課予國家應積極立法以追求公平合理之頻率分配；而釋字第 678 號解釋則強調電波屬於「國民所有」，以作為電波監理制度合憲性之論述前提。至於釋字第 678 號解釋之協同及不同意見書中，個別大法官對於「公共資源」之內涵，理解上亦非一致。例如，許宗力大法官認為電波既屬公共資源，理論上應儘量開放供全民直接利用；陳春生大法官同樣認為電波是公共資源，卻據此否定人民直接利用電

<sup>1</sup> 以下於說明資源性質時簡稱為「電波」，說明個別使用對象時簡稱為「頻率」。用途分配所劃定之部分稱為「頻帶」，個別指配所劃定之部分稱為「頻段」。

<sup>2</sup> 關於電波之物理特性及監理原則：鄭瑞城，頻率與頻道資源之管理與配用，收錄於解構廣電媒體：建立廣電新秩序，頁 1-25，澄社（1993）。See also STUART MINOR BENJAMIN & JAMES B. SPETA, TELECOMMUNICATIONS LAW AND POLICY 41-50 (2015).

波之憲法上固有權利<sup>3</sup>。無論立場如何，將電波解釋為公共資源之目的，均是為了指出特定立法論或解釋論之方向。從而公法學上將電波定性為公共資源時，究竟是基於電波何種特性以及於具體制度中有何實踐目的，即值深入探究。

另一方面，上述大法官解釋僅於廣播電視之文脈中，自言論自由角度解釋電波之法律性質，此固有解嚴以來地下媒體激烈衝撞管制架構之歷史成因<sup>4</sup>，亦有電波之早期需用對象主要為廣播電視之技術背景有關<sup>5</sup>。但在電信自由化及數位匯流趨勢下，社會對行動通訊之使用需求日益提高，電波使用之焦點早已從地下媒體轉移至行動通訊。今日熱烈討論之議題，乃是行動通訊之頻率拍賣及次級交易<sup>6</sup>。但卻有行政法學者根據電波屬公共資源之見解，認為電波乃是公物，參照廣播電視法第 4 條規定，具有不融通性，並非次級交易對象<sup>7</sup>。如此一來，電波究竟是否為公物，以及若解釋為公物時，是否應一律排除頻率次級

<sup>3</sup> 司法院釋字第 678 號許大法官宗力協同意見書、陳大法官春生協同意見書。

<sup>4</sup> 翁秀琪，台灣之地下媒體，收錄於解構廣電媒體：建立廣電新秩序，頁 441-517，澄社（1993）。

<sup>5</sup> See JONATHAN E. NUECHTERLEIN & PHILIP J. WEISER, DIGITAL CROSSROADS: TELECOMMUNICATIONS LAW AND POLICY IN THE INTERNET AGE 83 (2013).

<sup>6</sup> 例如：周韻采，頻譜核釋與制度：財產權與公信力的實證研究，政治科學論叢，第十九期，頁 203-224（2003）；彭心儀、吳俊幟，天空中的土地？—頻譜交易之法律問題初探，台灣法學雜誌，第一〇一期，頁 5-26（2007）；彭心儀，論頻譜「稀有資源」的管制原則，臺北大學法學論叢，第七十五期，頁 211-256（2010）；劉孔中，通訊傳播法：數位匯流、管制革新與法治國家，頁 54-365，台灣本土法學雜誌有限公司（2010）；陳人傑，轉向競爭的無線電頻率管制規範—德國 2004 年新電信法之啟示，輔仁法學，第三十五期，頁 163-223（2008）。

<sup>7</sup> 例如：林騰鶴，公物概念之研究，東海大學法學研究，第十六期，頁 5（2001）。

交易之可能性，學理上仍有檢討必要。

以上，無論是將電波定性為公共資源或是公物，都是公法學上應如何說明電波法律性質之問題。而探討此一問題之實益，乃在說明人民使用電波之法律關係的內涵。例如，陳春生大法官認為電波乃是憲法第 143 條第 2 項之公共資源，其使用關係應解為特許使用<sup>8</sup>。再者，如果認定電波是公物，則可參照公物法理論之一般使用、許可使用及特許使用，判斷人民使用電波之法律關係。因此，探討電波法律性質之實益，亦在於明確推論出人民使用電波之法律關係，確立電波監理制度之解釋及立法方向。尤其於國家通訊傳播委員會（以下簡稱為「通傳會」）為因應數位匯流，依照層級化監理原則<sup>9</sup>，提出「電信基礎設施與資源管理法草案」（以下簡稱為「基礎法」）之際<sup>10</sup>，基礎理論之研究應有助於立法審議之討論<sup>11</sup>。

<sup>8</sup> 司法院釋字第 678 號陳大法官春生協同意見書。類似見解可見石世豪，電波監理與言論自由事前限制問題－大法官釋字第 678 號解釋評析，法令月刊，第六十二卷第三期，頁 43-44（2011）。另請比較通傳會第 605 次委員會議紀錄附件 4-石委員世豪協同意見書（WiMax 大同換照案），頁 26-27。

<sup>9</sup> 通傳會 2014 年 8 月 13 日第 604 次委員會議決議、2015 年 10 月 14 日第 665 次委員會議決議。關於層級化監理原則之意涵與評析，可見江耀國，論水平架構之通訊傳播法制革新－層級模式、馬來西亞及英國法制與臺灣之革新草案，月旦法學雜誌，第二二四期，頁 213-252（2014）。

<sup>10</sup> 行政院經跨部會協調審查後，於 2016 年 5 月 5 日第 3498 次院會決議通過，函請立法院審議。惟適逢政黨輪替，行政院又於 2016 年 6 月 23 日第 3503 次院會決議「撤回 520 前送請立法院審議尚未進行審查之法案」，函請立法院同意撤回。通傳會已於 2016 年 12 月 28 日另行公布「電信管理法」草案。

<sup>11</sup> 基礎法第 20 條第 1 項及「電信管理法」草案第 52 條第 1 項雖規定「無線電頻率為全體國民共享之資源」，但仍未清楚說明此等資源之法律性質，並據以架構規範體系。另外，由於篇幅所限，關於基礎法之評析部分，將依照本文研究成果另行發表。

然而，直接討論「電波法律性質」之公法學研究，在我國並不多見，遑論其使用關係。其理由或在於，第一，電波使用往往涉及各個頻帶之物理特性及當時科技之制約，而業務用途上除了廣播電視及行動通訊之外，亦包含了天文探測、無線控制、無線充電、物聯網及災難防救等各種用途。因此，僅依據基本權釋義學之演繹，難以全面釐清電波之法律性質及其使用關係<sup>12</sup>。第二，自從電信自由化以及行動通訊技術蓬勃發展以來，行動通訊業務頻段成為各家業者兵家必爭之地，法政策面上亟需探討頻譜管理模式之革新。在這種背景下，學者多集中論述頻譜管理法政策問題<sup>13</sup>，較少從公法學角度論述電波之法律性質及使用關係。第三，行政法學者亦未留意通訊傳播法領域之發展，仍停留於公物法理論之抽象演繹，相關研究自有不足。

有鑑於此，本文嘗試從公法學觀點探討「電波法律性質」，進而分析人民使用電波之法律關係，以補過往研究不足之處，並提出解釋論及立法論之方向。研究方法上，考量到電波監理制度通常是因應技術

<sup>12</sup> 以下文獻雖強調國家應保障人民有平等行使廣播電視自由之機會，但未具體觸及電波法律性質及其使用關係之問題。許宗力，談言論自由的幾個問題，收錄於法與國家權力（二），頁 202-205，元照出版有限公司（2007）；許育典，多元文化國下通訊傳播自由的建構，東吳法律學報，第二十卷第一期，頁 1-60（2008）。

<sup>13</sup> 除前揭註 6 所列文獻外，強調公共利益者，可見謝祖松，由頻譜管制規範之演進探討公共利益說之適用，銘傳大學法學論叢，第十四期，頁 223-266（2010）。參考 ITU 文書及外國法制，詳述電波監理法政策等相關議題，可見林俊宏之一系列著作：台灣無線電頻譜管理與法制調整芻議，月旦財經法雜誌，第七期，頁 1-23（2006）；英國電信自由化與無線電頻譜法制變遷之探討，中正大學法學集刊，第二十四期，頁 247-295（2008）；由美國法制經驗探討頻譜市場與政府管制模式，法學叢刊，第五十四卷第二期，頁 1-30（2009）；頻譜管理法制化及未來規劃之探討，成大法學，第二十二期，頁 1-66（2011）；電波監理管制模式之探討，收錄於通訊傳播法研究第一卷，頁 137-169，新學林出版股份有限公司（2015）。

及政策需求而形成演變，法釋義學之抽象檢討方式未必足資應對。因此本文首先將從制度設計及管制政策之角度，以電波法律性質為中心分析立法沿革、實務見解及學者論述，探討電波監理制度之存在目的及涉及人民權利自由之內涵。其次，鑒於日本法與我國法均是從嚴格管制電波使用及國家獨占電信業務之歷史背景下，逐步擴大人民使用電波之機會及開放民營電信業務，相關議論上頗多共通之處<sup>14</sup>。因此本文將以比較制度研究之方式，剖析日本法制度之特色及發展方向，進而指出可供我國參考之處。依據上述研究方法，以下首先將分析台灣法（下文貳）及日本法（下文參），比較台日兩國之學說及制度，提出本文之見解（下文肆）。

## 貳、台灣法制之發展及相關議論

### 一、公共資源之立法意旨

電信法、廣播電視法（以下簡稱為「廣電法」）及通訊傳播基本法（以下簡稱為「通傳法」）於制定或修正時均有關於電波法律性質之討論，並明確指出電波屬公共資源。以下依照法律制定或修正之順序，配合歷史背景分析其立法意旨。

---

<sup>14</sup> 我國電信法於 1996 年修正之際，深受日本法影響。例見鄭瑞城主持，建構健全資訊社會之政策與法制研究，行政院經建會健全經社法規工作小組，頁 41-42（1989）；行政院經建會健全經社法規工作小組編譯，日本電波法，行政院經建會健全經社法規工作小組（1989）。現行電信法第 46 條第 2 項之電臺定義，即是直接譯自日本電波法第 2 條。



### （一）電波國有原則與廣播電視法

現行電信法之歷史雖可追溯至 1915 年由北洋政府制定之電信條例，真正曾於台灣施行者，則為 1929 年由國民政府制定之電信條例，以電信事業管制為其主要內容。故該法第 3 條僅規定經營電信事業（包含廣播）應先經核准，並未對電波使用有特別規定。1958 年制定之電信法乃是電信條例之全文修正，其中第 6 條明確規定電波頻率「統由交通部規定支配，非經請准，不得變更」，維持電信條例之管制架構。亦即電波使用須以經營電信事業<sup>15</sup>、專用電信<sup>16</sup>或軍用電信<sup>17</sup>為前提，而電信事業既以國營為原則，專用電信復限於公共性質之業務，實際上一般人民並無使用電波之自由與機會。因此電信法之管制架構完全以電信業務管制為中心<sup>18</sup>，並未明確劃分出電波監理之層次<sup>19</sup>。在這種制度設計及實際運作下，電波可謂完全供國營電信事業、公共性質之專用電信及軍用電信使用，實際上等同於「電波國有」。

隨著台灣經濟成長及無線廣播電視蓬勃發展，無線電視事業帶來的巨大商業利潤及社會影響引起高度關注，乃有制定廣電法之需求。

<sup>15</sup> 1958 年電信法第 27 條參照，廣播電視事業依該法亦屬電信事業。

<sup>16</sup> 1958 年電信法第 28 條參照。

<sup>17</sup> 1958 年電信法第 5 條、第 6 條容許國防部可單獨設置管理軍用電信，保有龐大軍用頻帶。

<sup>18</sup> 亦稱之為「電信一元化管制架構」，參見林孟楠，數位匯流修法與基礎網路層之管制革新，NCC NEWS，第九卷第九期，頁 36（2016）。

<sup>19</sup> 直到 1970 年交通部會同國防部訂定之「無線電頻率呼號分配使用及干擾處理規則」，始於法規命令中明確規範電波監理事項。但電波監理仍然只是附隨於電信業務管制之一部。



1976 年制定之廣電法採取「廣電事業 + 電波監理」之二元架構<sup>20</sup>，其中第 3 條規定廣電事業及節目供應事業歸新聞局主管，電波監理事項則歸交通部主管。換言之，廣電事業必須分別取得事業執照及電臺執照（含頻率指配），始可合法經營。因此該法乃納入有關電波監理事項之規定，例如第 4 條之「頻率國有」及第 2 章之「電臺設立」。尤其是第 4 條之規定，顯然是立法者在二元架構下意識到電波之公共性質，而為特別規定。其立法意旨為何，頗值探究。

1975 年行政院送請立法院審查之廣電法制定草案中，第 4 條原列為第 5 條。其中第 1 項原無「為國家所有」之文字；第 2 項「不得出租或轉讓」之規定，立法目的亦僅在於確保申請者設立廣電電臺之使用宗旨與用途，避免頻率移作他用<sup>21</sup>。然而張希哲委員於委員會審查制定草案時，主張應明確規定行政對電波之最終管理權限，以防止人民取得頻率後卻未使用之情形發生<sup>22</sup>，始有電波應歸國家所有之議論產生。張希哲委員於二讀會討論時，進一步提議草案第 5 條第 1 項應增列「電波頻率為全國人民所有」，其內涵包含以下三項次要原則。第一，民有原則：電波屬於有限天然資源，由政府統籌規劃管理，因此廣電事業應取得頻率使用之特許執照，以服務全民為目的。第二，民治原則：廣電事業為服務全民，其經營方式與節目內容，應開放公眾代表參與管理。第三，民享原則：廣電事業之真正利益應由社會大眾共享，

<sup>20</sup> 有關廣播電視事業之主管機關，迭經變動，關於二元架構之成形，可見鄭瑞城，前揭註 2，頁 21-25。

<sup>21</sup> 立法院公報，第 64 卷第 90 期，頁 23（1975）。1982 年進一步修正為「不得租賃、借貸或轉讓」。

<sup>22</sup> 立法院公報，第 64 卷第 63 期，頁 19（1975）。原先張希哲係基於電波資源之有限性，提案「電波頻率核配後，滿一年尚未使用，或停止使用一年以上者，應予收回」。

為避免不良影響，因此應有節目及廣告管理等相關規定<sup>23</sup>。

上述提議經與會委員討論後，部分獲得採納成為現行條文第 1 項。相關討論意見可整理出四項重點。第一，文字上修正為「為國家所有」，理由在於國家屬於全民，政府代表全民行使電波監理權限，以避免套用私法上所有權之概念會滋生疑義<sup>24</sup>。第二，當時已有立法委員主張電波屬於憲法第 143 條第 2 項規定之「天然力」，法理上應歸國家所有<sup>25</sup>，惟未居主流。第三，張希哲原先提案意旨雖包含三項次要原則，相關討論則僅集中於應確保國家電波監理權限之意旨，因此曾有應規定於電信法之意見<sup>26</sup>。但在當時電信法未提出修正案之情形下，考量廣電法之創新性，乃列入廣電法第 4 條第 1 項<sup>27</sup>。第四，現行法第 12 條第 1 項（定期換照）以及第 14 條（頻率收回）之原始規定，立法意旨亦是配合第 4 條，用以確保廣電事業在符合最新技術規範下，有效使用頻率<sup>28</sup>。

從上述立法過程之議論可以得知，廣電法第 4 條是在電波屬公共

<sup>23</sup> 立法院公報，第 64 卷第 90 期，頁 61-63（張希哲發言及其書面意見）（1975）；第 64 卷第 91 期，頁 9-11（張希哲發言）（1975）。

<sup>24</sup> 立法院公報，第 64 卷第 90 期，頁 55-56（吳延環發言）、頁 57（張季春發言）、頁 58（袁其焯發言）；第 64 卷第 91 期，頁 6（謝國城發言）、頁 7（張季春發言）、頁 15（吳延環發言）、頁 17-18（袁其焯發言）。

<sup>25</sup> 立法院公報，第 64 卷第 91 期，頁 16-17（冷彭發言）。

<sup>26</sup> 前揭註，頁 26（張希之發言）。

<sup>27</sup> 前揭註（吳延環發言、張季春發言）；立法院公報，第 64 卷第 92 期，頁 3（1975）（吳延環發言）。

<sup>28</sup> 草案第 13 條及 15 條之討論，參見立法院公報，第 64 卷第 66 期，頁 12-14（1975）；第 64 卷第 69 期，頁 13-15（1975）；第 64 卷第 92 期，頁 9（1975）。

資源之前提下所為之規定。惟在「廣電事業＋電波監理」之二元架構下，立法者並未以公共資源作為管制廣電事業及傳播內容之理論根據<sup>29</sup>，第 4 條第 1 項僅係為確保行政機關有效管理電波之權限，防止頻率私有化及頻率閒置；第 2 項則係為確保頻率可依照申請目的使用，防止私相授受而逸脫行政管制。立法者之所以如此執著於電波管理權限，應係為避免私人完全掌控電波使用。蓋在當時技術條件下，電波主要使用對象為政府機關、國營電信事業及非直接以電波使用為營利目的之專用電信。私人資本經營廣播事業雖早已有之，但真正引入鉅額商業資本獲得龐大利潤並引起社會關注者，則為電視事業<sup>30</sup>。當電波成為商業資本投入廣電事業之關鍵要素後，立法者對於商業利益之競逐深具戒心，以公共資源為名來確保政府統籌規劃電波之權限。

## （二）資源管理與電信自由化

此後，電信法及廣電法迭經修正，並無就公共資源有更深入討論。直到行政院於 1996 年為因應動員戡亂時期終止之法制重整及全球貿易整合之電信自由化趨勢，提出電信法全文修正草案，始於電波監理事項之立法理由中，強調電波屬「全球性之共同有限資源」<sup>31</sup>，完全由

<sup>29</sup> 部分學者根據第 4 條演繹出「電波稀有性」作為國家管制廣電事業或廣電傳播內容之理論根據，並非立法原意。尤其是將電波監理與事業管制合一論述之見解，亦悖於廣電法之二元架構。例見林承宇，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，傳播與管理研究，第六卷第二期，頁 65-86（2007）。

<sup>30</sup> 但應注意於戒嚴時期之特殊歷史背景下，私人資本亦具有程度不等之黨國色彩。參見王振寰，廣播電視媒體的控制權，收錄於解構廣電媒體：建立廣電新秩序，頁 77-128，澄社（1993）。

<sup>31</sup> 電信法修正草案第 42 條（電波監理原則）及第 52 條（電波干擾之處罰）之立法理由，參見立法院關係議案文書院總第 379 號，頁 71-73、82-84。所

交通部統籌電波監理行政業務，並明文揭櫫「有效運用」、「限期使用」及「和諧共用」之監理原則<sup>32</sup>。而為因應無線電通訊技術之多樣化發展，一般人民亦有能力及機會使用電波，從而法律架構上明確意識到電波「屬國家重要稀有資源，為全民所共有」，除維持開設電臺使用頻率應經許可之原則外<sup>33</sup>，更透過電信終端設備與射頻器材之技術規範管制，允許一般人民使用審驗合格之設備時，即能免經許可使用頻率<sup>34</sup>。同時基於電波之和諧有效共用環境實有賴政府持續維持，絕非任何人可直接享用之自然資源，因此開徵頻率使用費<sup>35</sup>，將使用者付費之概念導入電波監理制度。

修法後，電波監理不再只是電信業務管制之附隨制度，而是應獨立處理之資源管理議題。就電信事業而言，電信法雖然維持「業務執照綁定頻率」之管制架構<sup>36</sup>，但頻率釋出已不再僅配合電信業務管制之需求，還必須考量電波資源有效利用之原則，改以「公開拍賣或招標

---

謂「全球性之共同有限資源」，乃在強調電波使用之規劃必須先參照國際電信聯合會所劃分之區域及業務用途，再配合我國具體狀況進行用途分配及頻率指配。交通部從國防部取得完整電波監理行政權責後，政策上更宣示將重整頻率規劃，以確保「公共資源之有效利用」。參見交通部電信總局編輯，電信自由化政策白皮書，頁 19-20，交通部電信總局（1997）。

<sup>32</sup> 電信法第 48 條第 2 項、3 項。

<sup>33</sup> 電信法第 48 條第 1 項前段參照。

<sup>34</sup> 電信法第 42 條規定之電信終端設備，例如行動電話、家用無線電話機等。電信法 49 條規定之電信管制射頻器材，如無線網卡、低功率無線對講機、遙控玩具、FM 發射器、無線耳機、無線麥克風、無線攝影機等。此外，行動電話亦為電信法第 46 條第 1 項但書規定之免許可電臺。

<sup>35</sup> 電信法第 48 條第 2 項及其立法理由參照。

<sup>36</sup> 第一類電信之經營者更是必須就個別開放業務逐項取得特許，參見電信法第 12 條。

之方式為之」<sup>37</sup>，運用市場機制以真正反映頻率之經濟價值<sup>38</sup>。從而在電信自由化及執照拍賣制度之時代中，「電波國有」已轉為「公共資源」之電波民有意涵，不僅可用於防堵電波私有化，亦是引入市場機制分配頻率時，政府基於全民利益保有電波監理行政權責之理論根據<sup>39</sup>。

於上述背景，2003年制定之通傳法為配合數位匯流趨勢，統一規範「頻率、號碼、網際網路域名及位址與路權等」通訊傳播稀有資源之法律地位。首先是組織法上，「通訊傳播之整體資源規劃，必須與行政院所屬機關相互協調」，因此應由行政院所屬機關而非獨立行使職權之通傳會辦理<sup>40</sup>。其次是傳輸技術上，「稀有資源為非自由財，……為獲得最大經濟及社會利益」，政府於分配資源時，可依傳輸技術而為差別管理<sup>41</sup>。最後是資源分配管理之原則，由於頻率等「既為國家之稀有資源，且具經濟價值，故應確保於分配及管理上，使消費者及通訊傳播事業得以獲取最大之經濟與社會利益」，從而「應以公平、效率、便利、和諧及技術中立為原則」<sup>42</sup>。自此，通訊傳播稀有資源之分配管理，乃是法體系上有別於通訊傳播事業之管制層面，立法政策上自

<sup>37</sup> 預算法第94條及1999年修正後之電信法第48條第5項參照。

<sup>38</sup> 循此方向，政府亦將「頻率執照與業務執照分離核發」並開放頻率使用權之買賣及租賃，列為政策選項之一。參見交通部電信總局，電信自由化政策白皮書（2002）。

<sup>39</sup> 例如，廣電法第4條之規定即分別融入於第三代行動通信業務管理規則第50條第2項、無線寬頻接取業務管理規則第48條第2項、行動寬頻業務管理規則第53條第2項。

<sup>40</sup> 通傳法第3條及其立法理由參照。

<sup>41</sup> 通傳法第7條及其立法理由參照。

<sup>42</sup> 通傳法第10條及其立法理由參照。

應進一步獨立就資源整體分配效益進行規劃<sup>43</sup>。惟通傳法之立法意旨主要著眼於通訊傳播稀有資源之經濟價值及技術開發，強調行政機關之管理責任，並未直接涉及人民利用電波之法律地位。

### （三）檢討

自上述立法沿革以觀，電波監理制度原來附隨於電信業務管制架構之中，之後始逐漸分離，獨立演進為資源管理之管制架構。蓋因早期之電波使用者幾乎限於政府機關、電信事業、專用電信及廣電事業，管制電信業務即同時是監理電波。但隨著無線電技術發展，一般人民更有能力及機會使用電波，自有必要改變管制重心。歷次修法或立法乃開始強調電波屬公共資源之特性，逐步確立電波之獨立管制層級。至於其內涵，首先是基於電波之物理特性，須有監理制度始能維持和諧有效利用。其次，自 1996 年以後之修法方向以觀，電波資源之有限性，主要表現為資源分配上如何最大化經濟價值與社會利益之問題。最後，當私人商業資本投入廣電事業與電信事業，並取得頻率使用權時，公共資源理論更具有確保政府統籌規劃電波權限之實踐意義。

然而上述立法意旨純就電波監理層面有所規範，仍未詳細說明公共資源之法學理論基礎，遑論據以說明人民使用電波之法律地位。尤其是當業務管制與電波監理之管理層次分離之後，人民使用電波之法律關係，亦隨著科技發展及法律修正有極大轉變。首先，表面上電波監理制度雖然維持以許可制度為中心之管制架構，實質上卻透過免執照頻帶之分配及免許可電臺之公告，大幅擴張人民免經許可即可直接

<sup>43</sup> 行政院 2016 年 5 月 5 日第 3498 次院會通過之數位匯流五法草案，即將電信法拆分為「電信事業法」及「電信基礎設施與資源管理法」。



使用電波之範圍。如僅以許可制度為中心探討電波使用，已難以掌握全貌。其次，資源分配固然最終均以經濟價值與社會利益所反映出的公共利益為目的，但法學上之規範內涵為何，並不明白。尤其是如下述大法官解釋所示，至少法學上仍應考量電波與言論自由之關係。以下，先以大法官解釋為中心，分析此一問題。

## 二、公共資源與司法院大法官解釋

### （一）釋字第 364 號解釋

本號解釋之原因事實，乃是立法委員於審查廣電法修正草案，認為憲法第 11 條是否保障人民之廣電自由及平等接近使用媒體之機會，滋生疑義而聲請釋憲。立法院釋憲聲請書強調電波為「全民所有而由政府管理分配」之公共資源，主張在黨政軍相關資本獨占廣電事業之現況下，應儘速開放電波供人民有使用機會，且現有廣電事業亦因使用頻率而具有公共論壇之性質，亦應開放人民有平等利用之機會。因此，聲請書將電波解釋為公共資源之實踐意圖，乃在要求應開放頻率供新設廣播電視之用，並作為接近使用傳播媒體權之理論基礎。

針對頻率開放使用部分，釋字第 364 號解釋文僅指出「國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配」，解釋理由書第二段則進一步闡釋，「廣播電視之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」。但大法官並未運用公共資源說明接近使用傳播媒體權之理論根據，而是另闢第三及第四段，闡釋此項權利應



在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，以法律定之。

對照釋憲聲請書，應可得知釋字第 364 號雖然指出電波屬於公共資源，卻未據以作為國家課予廣電事業特殊義務（例如應開放人民接近使用）之理論基礎<sup>44</sup>，僅用以說明國家應立法保障電波開放應公平合理。而囿於本案原因事實，亦僅針對廣電頻率部分說明立法方向，並未直接觸及整體電波監理制度之合憲性。不過，該號解釋基於「有限性之公共資源」當由政府統籌管理分配之理論，應是在肯定頻率使用事前許可制度之前提下，課予主管機關依法律審慎開放之義務<sup>45</sup>。

## （二）釋字第 678 號解釋

本號解釋原因事實，乃是人民經營廣播電臺，未經核准使用頻率廣播，而遭主管機關依電信法第 48 條及第 58 條規定處罰後，認為確定終局判決中所適用之前揭規定違憲，聲請釋憲。聲請書強調電波為公共資源之目的，乃是主張政府應規劃並開放可供人民免經許可直接使用於廣播電視之頻率，並要求現有廣電事業應提供一定時段供人民直接共享利用。聲請人更反覆強調其所經營之廣播電臺乃全天候開放供人民直接共享利用，符合電波公共使用之本旨，政府應同意其排他使用特定頻率。

釋字第 678 號解釋文宣告系爭法律並不違憲，於解釋理由書第三段中說明：「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之使用互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之

<sup>44</sup> 但仍有學者認為大法官解釋已明確指出公共資源理論為接近使用傳播媒體權之根據，例如彭心儀，前揭註 6，頁 223。

<sup>45</sup> 同旨可見司法院釋字第 678 號陳大法官新民協同意見書。

秩序及公共資源，增進重要之公共利益，政府自應妥慎管理」。並經比例原則審查後，認為現行事前許可制度並無違憲法保障言論自由之意旨。末段指出：「為保障憲法第十一條規定之言論自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配。鑒於無線電波通訊技術之研發進步迅速，主管機關並應依科技發展之情況，適時檢討相關管理規範，併此指明」。

對照釋憲聲請書，釋字第 678 號基本上承襲釋字第 364 號之意旨，將電波定性為公共資源之目的，乃是闡明系爭規定之合憲性依據，說明國家統籌規劃管理電波之正當根據及義務，但仍未具體說明公共資源之由來及意義。不過，個別大法官的意見書則對電波之法律性質及其意義有更為清楚之說明，可約略整理為以下兩種立場。

第一種立場可稱之為「公共資源近用說」，認為「電波屬公共資源，人民本來享有任意使用此一資源發表言論之自由」，對於許可制度採取懷疑立場，只不過尊重現行立法裁量而肯定其合憲性。當中，林子儀及李震山大法官認為「屬公共資源之無線電波，本應由人民自由使用」，於資源之分配與管理上應「儘可能使更多人民能有效使用」。且此一資源「與憲法保障人民言論自由權之行使有密切關聯」，故亦應「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」<sup>46</sup>。許宗力大法官亦持類似觀點，認為「無線電波頻譜屬於全民共享的真意之一，即是要求國家在遵守國際規範架構之前提下，必須儘可能採取開放頻譜資源之政策，供人民申請利

<sup>46</sup> 司法院釋字第 678 號林大法官子儀、李大法官震山部分協同、部分不同意見書。

用」<sup>47</sup>。甚至指出頻率共享技術進步下，現行許可制度已有過度管制言論自由之嫌，「瀕臨違憲邊緣」。許玉秀大法官在此一脈絡下，指出電波「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」。尤其是電波監理制度涉及言論自由之限制，「管理手段應該表現規劃與開發使用技術的積極意義」<sup>48</sup>。此外，黃茂榮大法官特別指出電波使用並不限於言論自由，尚涉及「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」<sup>49</sup>。

第二種立場可稱之為「公共資源管理說」，認為「電波屬國家統籌管理之有限公共資源，人民本來並無任意使用此一資源發表言論之自由」，基本上肯定許可制度之合憲性。當中，陳新民大法官強調「電波的有限性」，否定「人民經營電波頻道設施的主觀權利」。換言之，正因為電波是有限公共資源，因此無法當然承認人民有開設廣電電臺以直接發表言論之憲法上權利，而有待法律具體形塑出「分配秩序」後，始得依法主張，許可制度則為其中一環<sup>50</sup>。陳春生大法官則批判多數意見「對於無線電波之定性不明」，以致無法釐清「究竟當事人之何種權利或利益可能受侵害」。因此，「將憲法第一百四十三條第二項所規定附著於土地之天然力，擴充及於非附著於土地之無線電波」，強化國家管理電波之理論依據，否定人民享有憲法上使用電波經營業務之自由。從而認為電信法第 48 條第 1 項關於頻率使用應經「核准」之規定，其

<sup>47</sup> 司法院釋字第 678 號許大法官宗力協同意見書。

<sup>48</sup> 司法院釋字第 678 號許大法官玉秀一部協同一部不同意見書。

<sup>49</sup> 司法院釋字第 678 號黃大法官茂榮協同意見書。

<sup>50</sup> 司法院釋字第 678 號陳大法官新民協同意見書。

性質應屬於創設使用權利之「特許」<sup>51</sup>。

上述兩種見解之主要不同點，乃在於法律制度設計上，如何理解電波作為公共資源之特性，以及憲法上應如何評價人民開設電臺以直接排他使用電波之行為。詳言之，「公共資源近用說」預設「共享使用」為制度前提，承認人民享有憲法上電波使用自由，認為科技進步下人民已有可能免經許可即以共享方式開設廣電電臺。「公共資源管理說」則仍以「排他直接使用」為制度預設前提，根本否定人民享有憲法上排他直接使用電波以開設廣電電臺之權利。孰者為當，以下將併同釋字第 364 號解釋檢討。

### （三）檢討

釋字第 364 號及第 678 號解釋將電波定性為公共資源之主要目的，乃在說明電波監理制度之合憲性，並未如同釋憲聲請書或部分學者主張，以公共資源理論作為國家強制廣電事業開放使用或管制傳播內容之根據，此與廣電法之立法意旨一致。然而該兩號解釋受限於聲請之原因事實，僅於廣播電視文脈中檢視電波監理制度有無過度限制言論自由，並未詳細說明公共資源之內涵及其與言論自由之關係。因此於釋字第 678 號解釋之個別大法官意見書中，方有如上所述之對立見解。另一方面，釋字第 364 號與第 678 號解釋作成之時空背景大不相同，人民使用電波表達言論之方式亦有極大轉變。詳言之，釋字第 364 號解釋作成於動員戡亂時期甫經宣告終止之特殊歷史背景，於舊體制未充分開放電波供廣電使用之情形下，電波監理制度的確嚴格限制人民以廣電方式行使言論自由之機會。但之後不曾間斷的民主化與

<sup>51</sup> 司法院釋字第 678 號陳大法官春生協同意見書。

自由化歷程，「廣播頻譜業經充分開放」<sup>52</sup>，近年來地下廣播電臺更是銷聲匿跡。至釋字第 678 號解釋作成時，於數位匯流趨勢下，行動通訊蔚為主角，行政更是積極開放行動通訊業務之頻率。若仍然僅以廣播電視之觀點理解電波監理制度，恐非適當，以下三點更值商榷。

首先，事前許可制本來即難相容於言論自由保障，若是僅從言論自由角度檢視頻率使用許可制度，既有事前許可制違憲之虞卻又肯定其合憲性，論理上難以一貫，亦忽視電波使用所可能涉及財產權、營業自由及一般行動自由等問題<sup>53</sup>。詳言之，電波使用之目的本不限於廣播電視，頻率許可制度亦非專為廣播電視而設，至多僅是附帶限制言論自由之行使方式<sup>54</sup>。且在「廣電事業 + 電波監理」二元架構下，真正有事前限制嫌疑者，毋寧是廣電事業許可制度及節目事前審查規定<sup>55</sup>，尤其是未直接使用電波傳播內容之節目供應事業，亦同受此規範<sup>56</sup>。此外，在層級化監理制度中，「廣電內容」及「電臺營運」乃是可能完全分離之管制層次及營業項目，欲以廣電方式行使言論自由者，並不必

<sup>52</sup> 司法院釋字第 678 號許大法官宗力協同意見書。

<sup>53</sup> 相關批評，可見石世豪，前揭註 8，頁 40-42、45。

<sup>54</sup> 任何頻率都可能有一種以上之用途，不限於廣播電視使用，例如廣播電視常用之 VHF、UHF 帶，可供行動通訊、航空管制、計程車、警察、消防等用途。反之，廣播電視依現行技術，無法使用所有頻率，主要以 VHF、UHF 帶為主，僅佔全體之一部。因此，以廣播電視為中心討論電波使用，就物理層面而言，極為狹隘。

<sup>55</sup> 廣電法第 10 條、第 25 條、第 28 條參照。惟通傳會已於 2014 年 11 月 26 日決議停止適用廣電法第 28 條。另外，純就事業許可而言，有線廣播電視雖然不使用電波，但仍應依有線廣播電視法第 5 條取得經營許可後，始得營業。

<sup>56</sup> 廣電法第 29 條之 1 參照。惟立法院已於 2015 年 12 月 18 日通過廣播電視法修正案，刪除該條。

然自身應取得頻率使用許可<sup>57</sup>。如此益顯僅從言論自由角度考察電波使用之視點過於狹隘。

其次，釋字第 678 號解釋僅著墨於人民開設廣電電臺以「排他直接」使用頻率表達言論之電波使用形態，個別大法官之意見書對於「排他使用及許可制」之立場雖有所不同，但均以開設廣電電臺以直接使用頻率為討論對象。然而一般人民並無足夠資本、時間及精力維持廣電電臺長期運作，遑論規劃整套節目<sup>58</sup>。今日毋寧是免經許可即「非排他直接」使用無線網路之共享頻率<sup>59</sup>或「非排他間接」使用行動通訊業者之頻率<sup>60</sup>，連結網路後，經由社群軟體或影音平台表達言論，始為通

<sup>57</sup> 行政院 2016 年 5 月 5 日第 3498 次院會通過之「無線廣播電視事業與頻道服務提供事業管理條例草案」，第 41 條容許無線電視業者在自營一頻道之前提下，開放未使用頻道供其他頻道服務提供事業使用。頻道服務提供事業可不必取得頻率許可。

<sup>58</sup> 正因如此，廣電法第 5 條才會規定廣播電視必須為事業型態，始能長期維持電臺運作。至於廣電事業之經營，由於司法院釋字第 678 號解釋已變更第 613 號解釋，刪去「經營廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施」之字句，故並非憲法第 11 條言論自由之保障範圍。換言之，廣電事業基於其企業組織及社會制度之特性，並非個人主義式的言論自由所能涵蓋。參見石世豪，我國為廣播電視積極立法的憲法基礎－憲法論證的本土化建構模式，收錄於我國傳播法制的轉型與續造，頁 80-81，元照出版有限公司（2009）。

<sup>59</sup> 例如 Wi-Fi 使用之 2.4GHz 及 5GHz。

<sup>60</sup> 手機是電信法第 42 條所規定之電信終端設備，僅須審驗合格即可使用。惟依電信法第 46 條規定，手機及其操作者亦為「電信設備及作業人員」，並「接收或發送射頻訊息」，故為電臺。因此手機依法應經許可始能使用，只不過基於科技發展可微型化自動化，且符合一定技術規範下即不會造成干擾，從而通傳會 2016 年 7 月 12 日通傳資源字第 10543013860 號「電臺免設置許可之項目」公告，認定手機為電信法第 46 條第 1 項但書所規定之「免予許可之電臺」。手機實際上使用之頻率，即為其契約對象之電信事業經營之頻率，故為間接使用。



訊傳播自由之常態<sup>61</sup>。因此，即使純就透過電波行使言論自由之方式而言，如無詳細區分人民使用電波之各種社會樣態及法律地位，亦嫌粗略。

最後，自數位匯流修法趨勢而言，層級化監理模式中應明確區分出電波監理行政與言論自由管制之層次，以對應基磐層及內容應用層。若是執意從以廣電方式表達言論自由之觀點檢視電波監理行政，反而可能混淆兩個層次應有之管制脈絡。例如，公共資源理論雖為基磐層之電波監理根據<sup>62</sup>，但亦可能成為管制廣電事業傳播內容之根據<sup>63</sup>。或是廣電事業可能基於憲法上言論自由，主張於頻率分配及指配上應受特別保障<sup>64</sup>。

從上述分析，可以得知僅從人民以廣電方式表達言論之觀點，探討電波監理制度，似嫌狹隘，亦無法充分對應今日電波之多樣使用型態。尤其是當兩號解釋將審查重點置於廣播電視時，正如陳春生大法官所言，電波監理制度究竟一般性涉及人民何種自由權利，並無深入

<sup>61</sup> 於數位匯流趨勢下，一般人民可經由有線及無線網路，透過影音平台直接向不特定多數人傳播個人言論，影響力不下於廣播電視。一般稱此種影音平台為 OTT (over the top)，相關法律問題，可見葉志良，我國線上影音內容管制的再塑造：從 OTT 的發展談起，資訊社會研究，第二十九期，頁 47-92 (2015)。

<sup>62</sup> 亦即「基磐層稀有資源使用權的行為管制」，參見彭心儀，前揭註 6，頁 245。

<sup>63</sup> 林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，收錄於言論自由與新聞自由，頁 119，元照出版有限公司 (1999)。通傳會，「解除不必要管制前提下之一般義務」公開意見徵詢 (2014)，頁 22，[http://www.ncc.gov.tw/chinese/files/14072/3146\\_32428\\_140722\\_1.pdf](http://www.ncc.gov.tw/chinese/files/14072/3146_32428_140722_1.pdf) (2016/05/22，造訪)。實務見解可見台北高等行政法院 102 年度訴更 (二) 字第 62 號判決。

<sup>64</sup> 否定見解可見劉孔中，前揭註 6，頁 365。



探討。亦因如此，兩號解釋為何認定電波是公共資源，人民於使用該公共資源時究竟有何法律地位，更是未具體說明。但值得注意的是，憲法學上將電波定性為公共資源時，行政法學上則進一步將電波定性為公物。藉由公物法理論，是否可能更清楚說明電波之性質及使用關係，以下將整理分析之。

### 三、公物說

我國早期學者受日本法影響<sup>65</sup>，認為公物之標的應如同民法第 66 條及 67 條，以有體物為限<sup>66</sup>。由於電波欠缺可見之形體，自始即非公物之標的，惟今日通說繼受德國法理論，認為公物之標的不限於有體物，應包括公權力所得支配之無體物<sup>67</sup>。因此，部分行政法學者乃認定電波為無體性質之公物。其根據在於，依照釋字第 364 號解釋意旨，國家應就頻率使用為公平合理之分配，即代表國家之公物管理責任，並舉廣電法第 4 條第 2 項為證，認為此乃是公物不融通性之規定<sup>68</sup>。

單憑釋字第 364 號解釋及廣電法之規定，是否即足以抽象論斷電

<sup>65</sup> 美濃部達吉，日本行政法（下），頁 776-777，有斐閣（1940）；田中二郎，新版行政法（中），頁 305-306，弘文堂，全訂二版（1976）。

<sup>66</sup> 史尚寬，行政法論，頁 108，自版（1954）；范揚，行政法總論，頁 195，臺灣商務印書館，臺二版（1955）。

<sup>67</sup> 陳敏，行政法總論，頁 1043，自版，九版（2016）；吳庚，行政法之理論與實務，頁 182，三民書局股份有限公司，增訂十三版（2015）；陳新民，行政法學總論，頁 177，自版，修訂九版（2015）。

<sup>68</sup> 林騰鶴，前揭註 7，頁 5；林騰鶴，行政法總論，頁 268，三民書局股份有限公司，修訂三版（2012）；李震山，行政法導論，頁 117-118，三民書局股份有限公司，修訂十版（2014）；吳志光，行政法，頁 125，新學林出版股份有限公司，修訂四版（2010）；李惠宗，行政法要義，頁 242，元照出版有限公司，七版（2016）。

波之公物性質，非無疑義。首先，電波是否為行政機關可得支配管理之無體物，應先就其物理性質詳加論述。電波僅為電磁波通過空間之振動現象，並非行政機關可得支配之對象，本質上並非無體物<sup>69</sup>。其次，釋字第 364 號解釋旨在闡明電波監理制度之憲法正當性，無法推論出行政法上應將電波作為公物處理之依據。最後，電波監理制度雖預設電波使用為公法關係，但並無以電波為公物之立法意旨；行政實務上亦無將電波作為公物處理之跡象<sup>70</sup>。至於廣電法第 4 條第 2 項，依照前述立法意旨，應為頻率使用法律地位之一身專屬性規定，亦非公物不融通性之規定。

基於上述理由，本文認為電波並非公物。尤其是行政法學者雖然將電波定性為公物，但並未就其內涵及使用關係詳加探討。關於電波之規劃、分配、指配及次級交易等問題，亦未見行政法學者自公法學觀點參與討論。因此，即使將電波定性為公物，於解釋論或立法論上究竟有何意義，並不明白。

#### 四、小結

我國法律制度、大法官解釋乃至行政法學說，雖然均認為電波乃是公共資源，實際上並未正面說明電波之法律性質及人民使用之法律關係。惟依照上述分析，仍可勾勒出電波作為公共資源之軌跡與亟待檢討之問題。

---

<sup>69</sup> 同旨見彭心儀、吳俊幟，前揭註 6，頁 8-9。

<sup>70</sup> 例如，公物必須因行政機關之提供公用，始可成立。惟現行法及實務運作上，並不以此方式處理。此外，規費法第 7 條第 6 款，亦將頻率事項之處理費用，規定為行政規費而非公物使用規費。

早期之電波使用，限於政府機關、國營電信事業及專用電信，實際上是由國家基於公共利益而獨占使用，人民於法律上並無使用電波之權利。廣電法制定之後，開放私人商業資本進入廣電事業，方有電波國有之明文規定，以強調國家之電波監理權限。惟鑑於戒嚴及動員戡亂時期之特殊背景，實際上並未全面開放供廣電事業使用。因此在動員戡亂時期終止之後，方有釋字第 364 號解釋從言論自由之角度，強調電波屬於公共資源，應審慎開放，並為釋字第 678 號解釋所重申。因此人民使用電波之法律地位，至少從言論自由之角度，獲得一定程度之保障。另一方面，隨著電信市場自由化與無線通訊技術進步，我國於開放民營電信事業時，同步開放民營電信事業可取得頻率以經營電信業務。並鑒於無線通訊設備之大眾化，亦分配免執照頻帶，供一般人民直接使用電波。時至今日，已是人人經由 Wi-Fi 或行動通訊，隨時隨地使用電波之時代。電波屬於公共資源之意涵，於法制度上逐漸轉變為任何人均有機會與權利使用。尤其是近年來在無線微型感測器之技術發達下，出現無人機、無人車及物聯網等新興利用方式，擴張應用於智慧家居、智慧工廠乃至智慧城市等。無線充電等的應用方式，亦顯現出電波使用並不侷限於通訊傳播。當無線電技術正不斷融入社會生活，電波監理制度自然再次面臨改革之挑戰<sup>71</sup>。

如上所述，電波雖為公共資源，惟依照當時技術狀況及時代背景，各有其實踐目的，人民利用電波之法律地位，也隨之不同<sup>72</sup>。隨著人民

<sup>71</sup> 通傳會 2016 年 7 月 19 日修正發布「電信管制射頻器材管理辦法」、同年 8 月 23 日修正發布「低功率射頻電機技術規範」，主要目的即在進一步開放人民一般使用電波之機會，以迎接物聯網時代。惟如未徹底釐清人民利用電波之法律地位，上述「微調」仍有其界限。

<sup>72</sup> 因此，學者乃認為處於電波與人民之間的「媒介」，才是問題關鍵。參見

使用電波之形態日趨多樣化與複雜化，如果仍僅從廣電事業或行動通訊業務之角度，說明公共資源之內涵，或是只針對許可制度，探討電波使用之法律關係，於今日即有所偏。因此，如何重新詮釋公共資源之規範意義，架構人民利用電波法律地位之體系，應為公法學之重要課題。鑒於我國法並無更深入之議論，以下將檢討日本法，嘗試對比出值得我國法參照之處。

## 參、日本法制之發展及相關議論

### 一、公共資源之意義及內涵

日本法制及學術討論亦習稱電波為「有限之公共資源」，以下從電波法之立法目的，整理出公共資源之理論根據及內涵。

關於電波監理之專法，最早可溯及至 1915 年制定之無線電信法<sup>73</sup>。該法第 1 條規定「無線電信及無線電話應歸政府管理」，原則上電波專由政府支配及運用，僅於第 2 條列舉之例外情形下，始准許私人申請專用電信。因此，在「電波國有原則」下，人民並無使用電波之自由<sup>74</sup>。但在 1947 年日本制定新憲法而轉型為自由民主法治國家後，電波監理之指導原則亦有轉變。1950 年制定電波法時，政府即明白宣稱「捨棄舊無線電信法之原則，轉為承認人民均享有使用電波之自由。不過

---

彭心儀，前揭註 6，頁 234。

<sup>73</sup> 本法依照勅令 186 號，亦施行於台灣及朝鮮等殖民地。

<sup>74</sup> 電波庁，電波庁事務概要，頁 1（1949）；莊宏，電波三法 30 年—その過去と未来，電波時報，第三三八号，頁 9（1980）。

由於所能使用之頻率非常有限，因此必須（制定電波法以）有效且適當管理」<sup>75</sup>。為規範人民使用電波之權利義務，電波法第 1 條即本於「電波屬於全民所有」之前提，明確指出本法目的在於「確保電波之公平且有效之利用，以增進公共福祉」。詳言之，由於電波之物理特性，為避免無線電訊號相互干擾及保障人民公平利用電波之機會，電波法藉由預先全面禁止人民利用電波之自由，以確保電波可在行政統一管理下，具體設定人民使用電波之權利義務，以獲得最有效益之利用，始能真正實現符合全民使用需求之公共利益<sup>76</sup>。

因此，電波屬公共資源之理論根據，乃在人民均享有電波使用自由之預設前提；其內涵即是「電波之公平且有效之利用」。至於所謂「有限資源」之特性，則是基於電波物理特性所設計之法律制度上，為防止相互干擾而允許特定人於特定條件下排他使用頻率之法律地位，其總數有限，無法賦予所有人。此一法律地位依照電波法第 4 條規定，即為具有頻率使用許可性質之電臺執照<sup>77</sup>。經由執照制度，行政機關可以依照申請人之使用需求，審查並確認其使用方式、條件及技術規範；透過屆期重新申請之審查制度，不但可以排除既存使用者之獨占使用，給予新進使用者申請機會，更可以配合相關國際規範、技術進展及社會需求，定期檢討頻率使用效益，確保電波使用符合公平

<sup>75</sup> 當時的電波監理長官網島毅於國會備詢之答辯：衆議院事務局，第 7 回国会衆議院電氣通信委員会會議録第 1 号（昭和 25 年 1 月 24 日），頁 19（1948）。

<sup>76</sup> 官方文書至今仍維持此一說明方式，例如總務省，中長期における電波利用の展望と行政が果たすべき役割，頁 9（2003）。

<sup>77</sup> 換言之，法律意義的「有限資源」係指執照數量的有限性。參見長谷部恭男，テレビの憲法理論，頁 122，弘文堂（1992）。

有效原則<sup>78</sup>。至於執照之法律性質，以下將從行政法學角度分析「電波公物說」時，一併詳加說明。

## 二、電波與公物法

### （一）電波公物說之登場

明治時代以來，日本行政法學通說一貫認為公物之標的應與民法第 85 條作同一解釋，限於有體物<sup>79</sup>。即使電波是無體物，仍然不是公物之標的。然而，自從 1950 年電波法及廣播電視法制定後，學說上開始討論是否可將電波界定為公物之問題。以下，首先從議論的背景「廣電事業之管制正當性基礎」開始說明。

依照電波法第 4 條，人民欲開設無線電臺並使用電波時，應向主管大臣取得無線電臺開設執照（以下簡稱為「電臺執照」）。電臺執照之審查構造，約略可區分為：（1）頻率使用方式及目的是否符合「頻率指配計畫」所分配之業務用途；（2）無線設備是否符合「技術規範」；（3）當事人是否具備法定資格，以及是否擬定符合業務需求之經營計畫等；（4）如對申請人指配特定頻率，限定之使用方式及目的。因此，電臺執照並非僅是電臺開設之許可，亦包含特定使用頻率之指配。而且，由於電臺執照會限定無線電業務之種類並要求維持該業務之營運能力，似乎亦蘊有業務管制之內涵，特別是廣電法並無廣電事業執照之規定，廣電業者依本條申請之廣電電臺執照是否亦具有事業執照之

<sup>78</sup> 今泉至明，電波法要說，頁 104、108，情報通信振興會，改訂八版（2012）。

<sup>79</sup> 美濃部達吉，前掲註 65，頁 776-777；田中二郎，前掲註 65，頁 305-306；塩野宏，行政法Ⅲ－行政組織法，頁 359-360，有斐閣，第四版（2012）。



性質，法律制定之後即有爭論。

初期的行政官僚依照電波法之立法目的，指出理論上人民均有開設電臺使用電波之自由，依照學理上許可及特許之區分，認為電臺執照並非開放私人經營國家獨占性公用事業之特許。另一方面則又認為電臺執照雖然是回復人民使用電波自由之許可處分，但基於公平有效利用原則，仍伴隨對無線電業務之恆常管制效果，因此性質上類似國家為積極維護經濟秩序所為之事業管制許可<sup>80</sup>。依此見解，電臺執照具有無線電業務許可之性質<sup>81</sup>，行政機關應持續監理無線電業務之頻率使用是否符合公平有效利用之公益目的。

上述見解可稱為「管制許可說」，著重於無線電業務管制面，並未充分說明頻率指配及頻率使用之法律關係，有其不足之處<sup>82</sup>。僅就無線電業務而言，廣電事業及電信事業必須排他使用頻率始可經營傳播及電信業務，頻率使用乃是此類事業之核心項目；至於漁業及計程車業等一般事業申請專用頻率之目的，乃在便於內部聯繫，頻率使用僅是事業之輔助項目。兩者就頻率之使用型態及法律關係而言，亦非可一概而論<sup>83</sup>。此外，單純依照學理上特許與許可之區別，機械論證電臺執

<sup>80</sup> 莊宏等，電波法・放送法及電波監理委員會設置法詳解，頁 88-89，日信出版（1950）；鎌田繁春，電波法概説，頁 61-63，オーム社（1951）；笹子道雄，無線局の免許制度とその法的性質，電気通信大学学報人文社会編，第十三号，頁 47-53（1962）。

<sup>81</sup> 鎌田繁春，前掲註，頁 40。

<sup>82</sup> 塩野宏，放送事業と行政介入，收錄於放送法制の課題，頁 81，有斐閣（1989）。

<sup>83</sup> 柴橋国隆，放送局と無線局（1），電波時報，第十四卷第五号，頁 12（1959）；園部敏、植村栄治，交通法・通信法，頁 274，有斐閣，新版（1984）。



照之性質，解釋論上並無太大意義<sup>84</sup>。從而此一見解並未獲得通說支持。

之後，隨著 1950 年代至 1960 年代民營廣電事業如雨後春筍紛紛成立，在收視率競逐之下，各式各樣的低俗節目大肆流行，造成社會問題，引發強化節目內容管制之修法爭論。因此乃有學說主張電波既然是國家管理之公物，國家當然可據此管制廣電事業之傳播內容，此即所謂「電波公物說」<sup>85</sup>。當中，梅野安法認為科技進步之下，可為行政管理之公物應不限於有體物，還包括屬於無體物之自然力。因此，為確保電波能真正屬於全民而獲得有效利用，應將電波解為公物，以明確說明電波監理行政之目的及人民使用電波之法律關係。從而在電波監理制度中，可比照公物法體系將電波使用關係區分為以下三種：

(1) 一般使用：凡不影響電波正常運用之前提下，原則上無需執照即可開放由公眾直接使用之法律關係。例如遙控飛機或無線麥克風等。  
(2) 許可使用：為進一步保障電波之公平有效利用，國民基於個別專用目的而必須各自取得許可後，始可使用頻率之法律關係。因此，漁業、計程車業及氣象等一般事業基於業務便利需求所申請之電臺執照，性質上為許可處分。(3) 特許使用：為追求全體國民之共通利益，具有強烈社會影響力之法定特殊事業應取得特許後，始能排他獨占使用頻率之法律關係。因此，廣電事業及電信事業為經營通訊傳播業務所

---

<sup>84</sup> 塩野宏，前掲註 79，頁 80。

<sup>85</sup> 當時的「電波公物說」之介紹及分析可見：內川芳美，放送における言論の自由，收錄於講座現代の社会とコミュニケーション 3 言論の自由，頁 90-91，東京大学出版会（1974）。另外，同時期主張電臺執照應為特許執照之見解，亦有相同之目的。參見柴橋国隆，前掲註 83，頁 11。

申請之電臺執照，性質上為特許處分<sup>86</sup>。

梅野進一步認為，一般使用及許可使用乃是根據自由法治國原則，原則上承認一般人民使用電波之自由，行政僅在必要時始能介入管制。換言之，電波監理行政之任務僅止於公平有效利用。另一方面，特許使用則是根據社會法治國原則，基於通訊傳播事業使用電波之公益性，由廣電法、公眾電氣通信法及日本電信電話公社法，分別規定廣電事業及電信事業之特殊法律地位，視其為公用事業<sup>87</sup>。換言之，人民並無排他使用頻率以經營公用事業之自由，而法律為確保公用事業營運符合公共利益，亦允許行政享有廣泛裁量空間以便積極介入事業管制。如此一來，電臺執照依其使用型態之不同，可分別定性為許可及特許，並各自對應不同之監理原則。

梅野藉由「電波使用型態」之公物使用關係立論，突顯出電臺執照具有「業務許可與頻率使用許可」之雙重構造，解決前述「管制許可說」之問題<sup>88</sup>。亦即，藉由一般使用、許可使用及特許使用之三分法，明確界定人民各種電波使用型態之法律地位，並說明行政因應各種使用關係之監理強度，乃是此說最大貢獻。但將廣電用電臺執照解為公物法之特許執照，並將廣電事業比擬為公用事業，明顯可見其賦予行政機關廣泛管制權限之意圖。在此一脈絡下，莊宏同樣指出廣電用電臺執照應為公物法之特許，賦予廣電事業享有排他之頻率使用特權，則亦可承認行政機關基於特許使用關係，從公益性觀點課予廣電事業

---

<sup>86</sup> 梅野安法，公物管理行政としての電波行政と無線局の法的性格について，電波時報，第二十卷第二号，頁 62-65（1965）。

<sup>87</sup> 前揭註，頁 62-65。

<sup>88</sup> 塩野宏，前揭註 82，頁 81。

特殊義務<sup>89</sup>。

因此，電波公物說雖然就電波使用關係有明確之說理，但其主要目的乃是「廣電事業既然享有排他使用頻率之特權，則亦應負有各種特殊義務與責任」，進而合理化當時管制節目內容之立法動向，將有嚴重侵害言論自由之虞<sup>90</sup>。因此，如下所述，並不為主流學說所接受。

## （二）公物否定說之確立

電波公物說並未成為日本學界之通說，在實務界亦無太大影響力，理由應在於當時主流學說之強烈否定。當中，主導行政法學通說形成並參與行政實務運作的塩野宏，並非僅根據公物應為有體物之理論逕予否定電波公物說，而是從以下三個層面詳加論述否定理由。

首先，就物理特性而言，電波僅是個別電臺發射電磁波後經由人為標準「頻率（每秒波形重複之數量）」所能掌握之概念上存在，並非無體物，也不是行政所能直接管理之對象<sup>91</sup>。其次，行政機關審查廣電用電臺執照之申請與換發時，會審查節目編排等傳播內容。若是依照電波公物說將廣電用電臺執照定性為特許執照，極有可能成為行政機關全面管制節目內容之正當性依據，混淆電波監理行政與言論自由限制兩個不同層次之管制目的<sup>92</sup>。最後，電臺執照本身雖是廣電及電信業務經營所必須之要項，但電波使用關係與公用事業管制乃是不同層次

<sup>89</sup> 莊宏，放送制度論のために，頁 35，日本放送出版協會（1963）。

<sup>90</sup> 居通說地位之憲法學者即強烈批判此種見解，參見芦部信喜，放送番組の編集基準と言論表現の自由，收錄於人權と議会政，頁 73，有斐閣（1996）。

<sup>91</sup> 塩野宏，前掲註 82，頁 81。

<sup>92</sup> 塩野宏，前掲註 79，頁 360。

之命題，無法從頻率排他使用之法律關係當然推導出行政可比照公用事業管制之理論根據<sup>93</sup>。因此，塩野宏在否定電波公物說後，指出廣電用電臺執照應是根據實定法制度之特殊規定，具有電臺設置許可及頻率使用許可之雙重性質<sup>94</sup>。相關法律雖然訂有廣電事業之管制規範，但理論根據並非源於頻率排他使用之法律地位，而是基於其他公共利益考量。

如上所述，塩野宏否定電波公物說之主要理由，乃是防止從排他使用頻率之法律地位中，推衍出行政可概括管制節目內容及事業營運之理論根據。因此，純就電波使用關係而言，塩野宏並未排除類推公物法理論之餘地<sup>95</sup>，尤其是論及傳統公物法理論之問題時，指出公物法理論未來應納入資源管理及公共空間管理之觀點時，屢屢提及「電波空間」之概念，似乎暗示「電波空間」類推公物法理論之可能性<sup>96</sup>。

### （三）電信自由化與公物類比說

上述電波公物說及其否定說，雖是討論電臺執照之法律性質及人民使用頻率之法律關係，實際上卻僅以廣電事業為中心，欠缺全面檢討。然而進入 1980 年代，隨著 1985 年之電信自由化，加以無線電技術不斷發展，電波監理制度發生如下變化後，自然激起新的學說討論。

<sup>93</sup> 塩野宏，前揭註 82，頁 66-67、85。

<sup>94</sup> 前揭註，頁 61。至於電臺執照之核發與換照中，雖然會審查申請人之業務經營能力，但其目的亦非事業管制，乃是確保申請人依照用途分配之目的，可實際運作電臺並有效使用頻率。因此，本質上仍然是電波監理行政，亦無法藉此課予執照持有人監理目的以外之特殊義務。

<sup>95</sup> 前揭註，頁 81；塩野宏，前揭註 79，頁 359-360。

<sup>96</sup> 前揭註，行政法Ⅲ－行政組織法，頁 375、405-406。

第一，電波監理制度原先是以電臺執照為管制架構之核心，但隨著電臺登錄制度及概括認證制度之施行，以及免許可電臺項目及免執照頻帶不斷擴大後，電臺執照已不再是電波監理制度之中心。換言之，電波監理制度之核心已逐漸轉向為如何確保人民不需要事先取得電臺執照之情形下，即可自由使用電波<sup>97</sup>。第二，法制度上確立事業管制與電波監理之分離。廣電法修正後新增「委託廣電業者」，其本身不必開設電臺即可經營廣電事業，並將公開播送交由已取得廣電用電臺執照之業者負責。由於委託廣電業者僅須取得主管機關之認定，不必另行取得電臺執照，從而廣電事業管制與電波監理之層次益加分明。至於行動通訊業者，必須先行取得電信事業法之事業執照後，始可申請電臺執照，通訊事業管制與電波監理在法制度上也完全分離。第三，電波之主要使用目的，逐漸從公共使用轉向營利使用。尤其是行動通訊業務的登場，讓電波使用本身即可產生巨大的商業利潤，從而為提昇電波使用之效益，乃有應引入頻率拍賣及次級市場交易之意見<sup>98</sup>。

在上述法制度、產業構造變化及科技發展之影響下，行政法學當然也必須積極面對電波使用關係之新發展。因此，多賀谷一照再度嘗試將電波類比為公物，試圖藉由公物法理論說明行動通訊時代中的電波使用關係。由於多賀谷長期參與電波法制改革，其見解具有指標性意義，值得進一步分析。

多賀谷認為分析電波使用法律關係之前，應先界定電波之法律性質。他指出首先可從是否承認電波所有權為中心，區分出兩種立法政

<sup>97</sup> 豊嶋基暢，無線通信技術の進歩に対応した電波有効利用政策に関する考察，メディア・コミュニケーション，第五十八号，頁67-86（2008）。

<sup>98</sup> 例如鬼木甫，電波資源のエコノミクス：米国の周波数オークション，頁1-78，現代図書（2002）。

策。一種是「電波公共說」，完全否定電波可為所有權之對象，徹底將電波置於國家管理之下。另一種是「電波私有說」，肯定電波可為所有權之對象，國家原則上可將電波比照土地進行管理。雖然日本法向來以電波公共說為前提，但如參考公物法理論，亦可採納電波可為私有物之制度設計。蓋公物法理論承認「他有公物」，私人所有權無礙於國家管理「他有公物」之權責。因此，多賀谷認為電波可類比為公物，即使未來以拍賣方式賦予私人使用並自由處分頻率使用權之法律地位，仍可確保國家管理電波之權責<sup>99</sup>。如此一來，電臺執照之法律性質，原則上可解為公物之許可使用（業餘無線電及一般事業等）或特許使用（通訊傳播事業）。兩者之區別在於行政機關於特許使用關係中，會特別審查頻率使用之公益性<sup>100</sup>。至於社會大眾於免執照頻帶使用頻率之法律關係，則為公物之一般使用<sup>101</sup>。

但多賀谷亦指出從頻率使用關係之新發展來看，以電臺執照為中心，事前嚴格限定頻率使用方式的管制手法，已無法充分因應電波使用態樣之多樣化及自由化趨勢。而免執照之電波使用人數日益增加，亦突顯執照管制已從電波監理制度之原則變為例外，必須另謀確保電波和諧使用環境之管制手法。因此，法制度設計方向上，其主張應放棄以電臺執照為中心之管制架構，改從國家保障公物一般使用安全之角度出發，以維護電波使用環境之和諧為目標。具體而言，多賀谷首先建議應強化用途分配階段之管制，並放寬頻率指配階段之管制。如賦予通訊傳播事業就特定頻段享有近似所有權之排他使用權時，行政

<sup>99</sup> 多賀谷一照，電波利用と電波法，收錄於マルチメディアと情報通信法制：通信と放送の融合，頁 58-59，第一法規（1998）。

<sup>100</sup> 前揭註，頁 66。

<sup>101</sup> 前揭註，頁 74。



權責僅止於電波和諧有效利用之監理，不必事前嚴格限制個別使用方式<sup>102</sup>。其次，國家應強化無線設備之技術基準及安全驗證，積極防止電波之違法干擾，營造出可供公物一般使用者可以和諧有效使用電波之環境<sup>103</sup>。

依照前述整理可知，多賀谷之主張與以傳播內容管制為目標之電波公物說迥然不同，其目的乃在電信業務自由化時代下，參照公物法理論以劃定行政之電波監理責任。然而，行政法學通說仍然嚴格限定公物之標的為有體物，多賀谷亦無挑戰通說之企圖，其學說並未成為主流。不過此一見解於行政實務上發展成如後詳述的「人工公物說」，仍有其參考價值。

#### （四）頻率重整計畫與人工公物說

前述電波使用環境之變化，進入 21 世紀後更為顯著。尤其是行動通訊從語音通話轉向數據傳輸帶來爆炸性的應用發展，對電波使用之高度需求導致電波監理制度面臨改革壓力。詳言之，傳統的靜態監理模式僅是個別執照之點狀管制，並儘可能尊重執照持有人之既得權益<sup>104</sup>。行政機關於執照屆期重新審查時，原則上都會依原使用條件同意；如有變更原先使用頻率之需要時，通常會預備其他可用頻率，並預留 10 年以上之準備時間，以便執照持有人更換使用頻率。因此，實務運作上執照持有人對於重新申請通過不僅止於單純之期望，更近似

---

<sup>102</sup> 前揭註，頁 67、69、75。

<sup>103</sup> 前揭註，頁 72、74-75。

<sup>104</sup> 此乃由於最高法院認定換照並非重新申請而是期間更新，參見最三小判昭和 43 年 12 月 24 日，民集，第二十二卷第十三號，頁 3254（1968）。



於既得權。但無線電技術及行動通訊產業的快速發展下，電波需求有增無減，如何訂定中長期政策重新規劃並快速釋出頻率以增進電波使用效益，成為當務之急。因此，為改變傳統的靜態監理模式，主管機關自 2001 年以來即積極研討電波監理制度並修正相關法律，以求推出可以快速重新分配頻率之動態監理模式。因此於 2002 年公布「電波有效利用政策研究會第一次報告書」中，揭示頻率重整計畫並於說明其法理依據時提出「人工公物說」。由於該研究會成員包括多賀谷一照及宇賀克也兩位行政法教授，此一報告書之見解，是否代表傳統公物法理論有所改變，即值探討。

依照報告書說明，電波於自然界乃是無限之存在，人民均有任意使用電波之可能性。惟基於電波之物理特性，必須防止相互干擾始有可能順暢利用。政府基於公平有效利用原則，藉由原則上禁止人民使用電波，並搭配電臺執照制度以劃定使用頻率、時間及空間後，特定出執照持有人可不受干擾使用之「電波空間」。此一人工界定之「電波空間」雖然僅是概念上之存在，但可定性為具有公共資源特性之人工公物或類似人工公物之物<sup>105</sup>。且由於技術限制，此一「電波空間」無法滿足社會所有需求，乃是有限稀少之資源。至於電臺執照之性質，報告書指出「隨著近年來頻率供應吃緊之狀況日益深刻，最近則有強調其為特許執照之傾向。就政府推動電波有效利用之政策，執照持有人應負有積極配合該政策之義務」<sup>106</sup>。如此一來，既然公平有效利用

---

<sup>105</sup> 換言之，電波只有於法律規範下始能利用，並非如同海岸或河川等自然公物，可直接使用。

<sup>106</sup> 因此，執照持有人因頻率重整計畫而遭到拒絕換照時，基於公物之特許使用關係，就頻率使用權本身可不予補償。至於是否以及如何補償執照持有人的無線設備購入費用及設置費用等投資之殘存簿價，則屬另一層次之問題。

原則之內涵，乃在最大化電波使用所產生公益價值之總和（亦即對國民之貢獻度），立法政策上當然可以法律賦予行政更強力之管制權限，評鑑頻率使用效益並推動頻率重整計畫<sup>107</sup>。此外，報告書雖然肯定頻率使用權之拍賣制度有助於促進電波有效利用，但仍必須顧及國民可普遍享受行動通訊服務之大前提，從而必須維持行政機關於執照審查制度中的公益角色，課予行動通訊業者「人口覆蓋率」等特殊義務。因此建議於現有執照制度中採用「活用市場原理之比較審查程序」，將人口覆蓋率及頻率重整費用之負擔比例等作為衡量電波經濟價值之審查項目<sup>108</sup>。此外，頻率使用費則可定位為公物特許使用規費，而且「以公物特許使用人所受利益為對價所徵收之費用，是適合衡量經濟價值之費用概念。因此，……法概念上可以比照土地及道路等公物，衡量電波空間之經濟價值以徵收公物特許使用費」<sup>109</sup>。

從上述整理而知「人工公物說」之主要目的，在於說明「電波空間」之法律性質乃是經由政府管制國民之一般使用自由而產生的「法律地位」。由於此一地位會隨著科技發展而有重新調整之必要，必須強調行政機關基於公共利益動態監理電波之權限及職責。另一方面，依照公物法理論，公物應以開放人民一般使用為基本原則。因此報告書將行動通訊服務之「人口覆蓋率」作為評鑑電波使用效益之執照審查項目，自公物法理論而言亦可一貫說明政府課予行動通訊業者此一義

---

參見總務省，電波有効利用政策研究会第一次報告書，頁 15、36-39（2002）。

<sup>107</sup> 前掲註，頁 17-18、32-39。

<sup>108</sup> 前掲註，頁 57-66。

<sup>109</sup> 總務省，電波有効利用政策研究会最終報告書（電波利用料制度の見直しについての基本的な考え方），頁 55（2004）。

務之根據<sup>110</sup>。蓋人民使用行動電話，性質上亦屬電波法第 4 條規範之電臺，而為使用電波之一種態樣。因此人工公物說可謂是富有政策實踐意義之法理論。然而，儘管報告書強力主張電波之人工公物說，卻依然無法改變行政法學通說之立場<sup>111</sup>，甚至之後關於電波政策的官方研究報告也不再強調人工公物說，而是回歸原點重新強調公共資源之有效利用。依照本文分析，理由應在於公物法理論難以完全適用於電波監理行政，可分為三點詳述如下。

第一，報告書雖然將電波界定為公物，但無法直接運用公物法理論一貫說明電波之使用關係。依學者分析，公物法理論適用於電波時，有下列兩大難處：（1）電波必須先經由用途分配後，始能決定各頻段之使用目的及方式，性質上無法比照公物直接開放供人民一般使用。

（2）行動通訊業者雖是基於其自身之營業目的使用頻率，但其服務內容乃是提供人民「間接」使用頻率，亦與典型之公物特許使用有所不同<sup>112</sup>。換言之，行動通訊業者固然必須排他使用特定頻率以佈建行動通訊網路，但其營利方式卻是供人民使用其頻率，而非自行使用。

第二，人工公物說將頻率使用費定位成公物特許使用之規費，主張依據電波之經濟價值徵收，固然有其見地。但頻率使用費自 1993 年開徵以來，已定位為電波使用之共益費用，性質上屬於電波監理行政事務所需之行政規費，本來即可經由法律規定納入電波經濟價值之係

<sup>110</sup> 總務省，前揭註 106，頁 64、66。

<sup>111</sup> 參與報告書擬定之宇賀克也，即維持公物限於有體物之見解，但仍認為電波之使用關係，可類推公物法理論。參見宇賀克也，行政法概說Ⅲ－行政組織法／公務員法／公物法，頁 514，有斐閣，第四版（2015）。

<sup>112</sup> 山本隆司，競売による分配行政法の基本問題，收錄於行政法の未来に向けて－阿部泰隆先生古稀記念，頁 252-253，有斐閣（2012）。

數衡量，而為一種特殊負擔金<sup>113</sup>，並無援引公物法理論以變更整體架構之必要。

第三，人工公物說主要以電波之特定排他使用者為考察對象，並以「電波空間」嘗試說明占有對象之物理型態。然而許可制度已非電波監理行政之中心，以技術規範、型式認證、安全認證等以無線設備為中心的管制手法，正蔚為主流。這些管制手法之目的雖然是為維持電波環境秩序及確保使用者之安全便利，但本質上乃是對物之管制，而非針對電波之管制。人工公物說在此並無法充分說明其理論根據。蓋或因傳統公物法理論乃是以個別公物使用為中心，不涉及整體使用環境，故即便是援引公物法理論，亦難以說明。

如上三點所示，即使援用公物法理論可指引出電波監理制度之方向性，但既然無法一貫說明電波監理制度之特性，必須特意作出不同於公物法理論之制度安排，則直接援用公物法理論之實益頗為有限。因此，人工公物說於行政實務上難以成為理論依據，更遑論反饋至行政法總論之改革。

### （五）小結

企圖將電波解釋為公物之見解，無論是在哪一個時代，都是基於電波之分配及指配應由行政統籌規劃之前提，嘗試重新說明時代變化下電波監理行政之應有方向。隨著無線電技術及產業構造變革，討論

---

<sup>113</sup> 神足祐太郎，電波利用料をめぐる議論，調査と情報，第八一五号，頁 9（2014）。該文指出內閣法制局否定頻率使用費為公物特許使用規費之理由，乃是：（1）電波使用者未必均為特許使用；（2）難以判斷頻率使用人之受益狀況；（3）頻率使用並非物之占用。

對象從廣播電視轉向行動通訊，目的也從言論自由之管制根據轉向電波監理之公益基礎。雖然將公物法理論應用於電波監理行政之見解，並未成為通說，但仍然可以分析出公物法理論對電波監理法制之啟發性特色，說明如下。

第一，早期的電波公物說雖有作為事業管制或傳播內容限制之理論依據，但隨著事業管制、傳播內容管制與電波監理之完全分層，如今已不再有類似之主張。毋寧是為清楚界定人民使用電波之法律地位，始有再次借助公物法理論之需求。經由公物使用關係之比照，確實有助區辨電波使用上各種權利義務有別的法律關係，進而思考如何採取不同之管制目的及手段。

第二，從公物法之目的乃是在限制私人所有權與用益權之觀點而言，公物類比說及人工公物說具有確保電波使用之公益管制架構之意義。尤其是基於公物之一般使用原則，「電波使用……乃是跨越空間以傳達資訊之基礎手段，因此應排除特定人之支配，並直接或間接開放予大眾使用」<sup>114</sup>。人工公物說之最大意義，即在論證政府開放大眾「直接或間接」使用電波之法律義務，並成為課以行動通訊業者之人口覆蓋率等特殊義務的法律根據。

第三，電波監理行政本來即是行政法各論之一環，原有直接援用行政法總論之空間。但至少就電波利用關係而言，並非公物法理論所能完全涵蓋。箇中癥結，應在於電波使用型態深受科技發展及產業結構之影響，呈現多樣複雜之樣貌，從而動態且具資源管理性質之架構需求，遠勝於靜態之公物法理論推衍，這也是人工公物說必須同時強

---

<sup>114</sup> 山本隆司，前揭註 112，頁 253。

調電波屬公共資源之原因。而正如塩野宏所言，傳統公物法理論僅著重於個別公物之孤立觀察，欠缺資源管理及整體環境之視點，已無法適應現代社會複雜多樣之法律關係<sup>115</sup>。人工公物說之失敗，可謂印證此一批判。今後毋寧是經由電波監理法制突顯出的資源管理問題，重新檢討行政法各論之特色，並思考如何回饋至總論之革新。

鑒於日本電波監理法制中公物法理論雖有相當之影響力，然最終仍無法成為通說，因此以下擬從電波作為公共資源與有效利用之觀點，說明人民利用電波之法律地位。

### 三、公共資源與有效利用

#### (一) 數位匯流與電波法之體系定位

如前所述，電波法之立法目的，乃是確保人民利用電波之自由。因此電波法為維護電波使用環境之秩序，從技術層面規範電波使用之樣態及設備，適用對象為所有人民，並非專為特定事業或業務所制定之法律。電波法與有線電信法之性質相同，均是規範人民為行使通訊自由而自行架設無線或有線傳輸設備時，所應遵守之技術規範與一般行為義務，以及相應之監理機制。只不過基於電波使用之物理性質及「有效利用」之原則，電波法之規範遠較有線電信法更為複雜。至於人民進一步運用電波以經營電信事業或廣電事業時，由於此類事業具有公眾服務特質，必須排他使用電波，並架設電功率強大之基地臺，始能提供服務，因此電波法鑑於此種使用態樣影響電波秩序極為重大，對於廣電業者及行動通訊業者之基地臺架設等電波監理事項，權

<sup>115</sup> 塩野宏，前揭註 79，頁 358-359。



利義務之規範尤為嚴密。但事業營運及公共利益保護等事項，則由電信事業法及廣電法予以特別規範。換言之，從通訊傳播法體系而言，電波法基於其立法目的乃是針對基磐層之電波秩序規範，本來即與事業法具有不同之管制目的及層級。

2010 年為因應數位匯流趨勢，政府依照層級化監理之理念<sup>116</sup>，整併修正通訊傳播相關法令，不再依照傳輸技術區別管制架構，更明確界定電波法為基磐層之管制法。就修法特色而言，以電波法與廣電法之關係為中心，可說明如下。第一，修法前之廣電法並無規定無線廣電事業之事業執照，僅有電波法規定廣電電臺執照，故有電臺執照是否具有事業執照性質之爭議，更衍生出廣電事業之管制正當性是否源於電波有限性之議論<sup>117</sup>。但新廣電法乃是整合既有之廣電法、有線電視法、有線廣播法及電信服務廣電法，不再依傳輸技術分別規範，而是依照傳播方式所造成之社會影響力強弱，而異其管制措施。從而無法再以電波有限性作為無線廣電事業之管制根據<sup>118</sup>。第二，新廣電法為因應數位匯流，導入「平臺事業與電臺事業分離之二元架構」，允許平臺事業不必自行取得頻率並建設無線傳播網路，亦允許僅取得頻率並建設無線傳播網路之電臺事業單獨運作。因此，廣電事業雖然可以

<sup>116</sup> 総務省，通信・放送の総合的な法体系に関する研究会報告書，頁 13-14（2007）。

<sup>117</sup> 關於廣電事業之管制正當性根據，通說認為僅根據「電波有限性」仍有不足，必須再輔以「社會影響力」及「節目線性劃一」兩項特質。參見芦部信喜，憲法学Ⅲ，頁 303-314，有斐閣，增補版（2000）。

<sup>118</sup> 宇賀克也、長谷部恭男，情報法，頁 50-55，有斐閣（2012）。學者亦有認為在高度匯流之情形下，無線電視事業將失去其特殊社會影響力。參見湧口清隆，無線系テレビ放送の「公共性」，メディア・コミュニケーション，第五十二号，頁 129-139（2002）。

同時經營平臺及電臺事業，但二元分離架構下，兩者之管制層級可分別處理。最後，為強化電波有效利用，放寬廣電電臺之使用限制，允許廣電目的外之使用，以提升電波使用效益。因此，自上述三點而言，法制度上廣電法與電波法之層級分離愈加明確，未來制度進一步改革之方向，將是「電臺執照制度不必再嚴格區分電信與廣電」，真正遵守技術中立，徹底將無線廣電管制純化為平臺及內容管制<sup>119</sup>。

## （二）資源管理與制度改革

隨著無線電之技術革新需求及物聯網時代的來臨，電波的擴大使用已成必然趨勢，官方為因應科技進步，促進電波有效利用，仍不斷持續檢討電波監理制度。雖然自 2006 年之後，關於電波監理政策之研究報告及相關文獻，已不再提及人工公物說，而是依據電波法第 1 條之立法意旨，強調電波屬公共資源，應有效利用，不過人工公物說所提示之理論架構仍有相當程度獲得延續，以下試以 2014 年公布之「電波政策之未來展望報告書」為中心，分析電波監理制度改革之方向<sup>120</sup>。

本報告書強調電波是國民共有之稀有資源，於資訊時代中具有社會基礎設施之特性，與國民生活密切相關。因此必須從國民角度探討如何將電波之使用價值歸還至國民手中，並強化電波使用者之公共義務及社會責任。就制度設計而言，針對電波使用之型態有兩大改革方向。第一，為因應物聯網時代，應儘量開放國民免經許可即可「直接」

<sup>119</sup> 總務省，前揭註 116，頁 27-29。

<sup>120</sup> 總務省於 2016 年公布之「電波政策 2020 懇談會報告書」，基本上仍維持相同方向。

使用之頻帶與無線設備<sup>121</sup>。除增加免執照頻帶外，亦應強化無線設備之管制，嚴格取締非法電臺，確保電波環境之秩序<sup>122</sup>。第二，通訊傳播業者既然享有排他使用電波之特別地位，則政府為推進電波有效利用，當然可以要求業者導入最新技術、壓縮使用頻寬乃至與其他電波使用者協力等<sup>123</sup>。尤其今日國民透過行動通訊網路「間接」使用電波已是常態，釋出行動通訊頻率時，更應注重個別使用者之利益<sup>124</sup>。

從上述整理，可知制度改革方向仍是持續開放人民一般使用及課予通訊傳播業者特殊義務。雖然仍有類似人工公物說一般使用與特許使用之區別，但報告書之理論基礎乃是直接訴諸於電波資源之有效利用，不再援用公物法理論。正如報告書所言，「電波法之許可制度，應隨著電波使用型態及無線電技術進步等，而彈性改變」<sup>125</sup>。重點在於制度設計上如何貫徹電波法第 1 條之意旨，具體調整人民之法律地位，而非機械套用公物法理論。

#### 四、日本法之特色

依照電波法第 1 條，電波為公共資源之內涵，乃是國家既然立法限制一般人民使用電波之自由，即應促使電波有效利用，儘可能開放一般人民直接或間接使用，此即電波公共性之所在。於制度沿革中，呈現出以下三點特色。

<sup>121</sup> 總務省，電波政策ビジョン懇談会最終報告書，頁 34-35（2014）。

<sup>122</sup> 前揭註，頁 35、57-59。

<sup>123</sup> 前揭註，頁 9、33。

<sup>124</sup> 前揭註，頁 34。

<sup>125</sup> 前揭註，頁 56。

第一，就管制層面而言，逐漸確立電波監理行政屬於基磐層，課予使用者之義務內容，必須與維護電波秩序與有效利用有關。因此，主張根據電波之公共資源性質，可概括課予電信事業或廣電事業不特定義務之學說，今日已完全不見蹤跡。第二，公物說一度具有相當影響力，不論是在廣電事業的全盛期，還是行動通訊事業的興盛期，隨著時代需求而成為改革電波監理制度之理論依據。雖然公物法理論於說明國家之電波監理權限及公共目的上，有其獨特魅力，惟因公物法理論之機械適用並不合乎電波監理之實態，故未能成為通說。第三，當電波監理制度轉向資源之動態管理，制度設計上更為強調「電波利用機會之擴大」。無論是民眾「直接」使用免執照頻帶，或是透過行動通訊業者佈建之網路「間接」使用其頻率，本質上都是開放國民共享使用頻率。至於頻率拍賣制度或次級市場交易制度等，雖然是改革的選項之一，但終究不過是為達到目的之手段，而不是目的本身。換言之，「電波之公共性即是終端使用者的利益」<sup>126</sup>。

## 肆、日本法與台灣法之制度比較

### 一、日台之制度比較

#### （一）電波監理行政之公共性

比較日本法及台灣法可以發現，日本學者探討電波法律性質之主要目的，乃在指引出電波監理行政之公共任務，不僅應消極防止電波

<sup>126</sup> 舟田正之，放送制度と競争秩序，頁 298-299，有斐閣（2011）。

使用干擾外，更必須隨著社會需求從公共利益角度提升電波整體使用效益。但電波監理制度之改革論據，實際上並未僅依靠電波法律性質之抽象議論，而是植基於電波監理制度乃是限制全民自由使用電波之特性，配合科技發展及社會需求，儘可能朝開放人民直接或間接使用電波之方向改革，以真正實現公共利益。因此，現今日本法之管制重心並非個別許可制度，而是強化規劃分配之制度設計，以營造出自由開放之電波空間為終局目標。

相較日本法制之發展，我國雖普遍認為電波乃是公共資源乃至於公物，但並未深入探討其內涵，更無真正發揮指引制度改革之成果。近年來以行動通訊頻率為中心之相關議論，主要以經濟效益與產業發展為討論重心，並未顧及人民之法律地位。因此，行政實務上仍然遷就於個別許可制度之改革，更未完整確立電波使用效益之檢討標準。就此而言，我國法關於電波監理制度之公共內涵，未如日本法有深度討論。

此外，日本及台灣雖然都有電波屬於公共資源或公物，從而國家應管制廣電傳播內容之主張，但制度實踐上，均未能成為主流見解。理由應在於，傳播內容管制與電波監理制度之分離，可謂兩國法制之共通發展方向。尤其是數位匯流趨勢下，日本法及我國修法方向，均採取層級化監理模式，界定電波使用之法律關係於基磐層之中，原則上不應考量傳播內容管制之問題。

## （二）資源管理與人民之法律地位

於日本法制中，電波資源絕非客觀上可供保存、管理、辨認或利用之無體物，而是經由電波監理制度一般性禁止全民使用電波之自由

後，再具體分配予個別人民使用之法律地位。因此，儘管習稱電波為「公共資源」，並導入資源管理之觀點，實際上是基於「公平有效原則」，不斷修正制度以調整人民使用電波之法律地位。至於人民使用電波之法律地位，則依照電波使用型態，可區分為一般人民自由共享使用以及特定人之排他使用，分別對應不同之管制架構。而就排他使用之情形中，鑒於廣電業者及行動通訊業者對電波秩序之影響重大，權利義務之規範尤為嚴密。無論何者，管制之最終目的均是「儘可能開放人民直接或間接使用電波」。

我國學者雖有主張電波可為公物，但如前所述，並未深入探討人民具體使用電波之法律地位。法律制度上雖已導入資源管理之理念，惟相關討論仍集中於行動通訊頻率之釋出與次級交易等問題。另一方面，釋字第 364 號及第 678 號解釋指出電波與人民言論自由之行使，具有極為密切之關聯，「國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配」。相較於日本，我國基於特殊歷史背景，更為重視電波與言論自由之關係<sup>127</sup>。惟兩號解釋並未注意到人民利用電波表達言論之各種型態，頗有不足之處。就此似可參考日本法之發展經驗，分就電波之具體使用型態，考察人民利用電波之法律地位，以「儘可能開放人民直接或間接使用電波」為主要目的。

---

<sup>127</sup> 就此而言，日本廣播電視及電波監理法制欠缺司法之違憲審查案例，完全由行政及立法發展，亦可謂日本法之特色。參見稻葉一將，放送行政の法構造と課題，頁 201，日本評論社（2004）。



## 二、我國電波監理制度之發展方向

### （一）電波使用者之法律地位

比較日本及台灣法後，可以得知我國法關於電波之法律性質及使用關係之討論，仍有待進一步發展。以下本文將參照前述分析結果，嘗試從公法學角度說明電波之法律性質與使用關係，描繪出我國電波監理制度應有之發展方向。

釋字第 364 號及第 678 號解釋均泛稱電波為公共資源，惟未說明其理論基礎。本文認為電波資源之真正內涵，乃是立法者基於電波和諧有效利用之目的，以法律創設電波監理制度以預先禁止全民使用射頻器材反覆發射電磁波之自由（電波使用自由）後，所得出可待分配形塑之抽象法律關係。至於電波使用自由之性質，考量人類使用射頻器材反覆發射電磁波之行為，具有多種社會經濟目的，不但是各種基本權行使之基礎，本身即應為憲法第 22 條保障一般行動自由之一種態樣。

由於電波資源乃是經由限制全民自由而來，本來即是「國民所有」<sup>128</sup>，只不過於電波監理制度之中，必須經由用途分配及指配後，並搭配射頻器材管制及持續監理，始能將抽象法律關係進一步具體化為人民使用電波之個別法律地位。因此，電波監理行政之原始目的，乃在排除干擾以確保電波秩序，進而回復國民本來應有之自由使用。

<sup>128</sup> 參見本文「貳、一、（一）」之分析，廣電法第 4 條第 1 項「國家所有」之立法原意，乃是「國民所有」，政府代表全民行使電波監理權限。司法院釋字第 678 號解釋更直言「頻率屬於全體國民」，意旨相同。本文之解釋，既符合有權解釋機關之立場，更可詳細說明釋義學之理論基礎。

另一方面，電波使用亦具有超越個別使用者之公共利益，例如災害防救或天文觀測等。尤其是隨著科技進步，電波使用已成為今日資訊社會不可或缺之基礎要件。因此電波監理行政亦必須以增進整體電波使用效益並確保公共利益為目的，進而促進社會經濟發展。

配合上述電波之法律性質及電信監理行政之目的，如何進一步說明電波使用之法律關係，當屬重要問題。如同前述日本法之發展經驗所示，傳統公物法理論乃是高度抽象化之靜態體系，並未考量資源管理及電波監理制度之特殊性，適用上顯得格格不入。本文亦認為電波並非無體物，既無從直接援用公物法理論，亦不必侷限於公物法理論之窠臼<sup>129</sup>。惟公物使用關係之理論架構<sup>130</sup>，於解釋論上仍可指引出兩點思考方向。第一，依照電波使用樣態區辨出各種權利義務有別之法律地位。第二，電波資源既為「國民所有」，應以一般使用為原則。再依本文見解，電波資源乃是經由限制全民電波使用自由而來，本來即應依照管制目的及使用樣態而設計相應之管制方式<sup>131</sup>，並以回復全民之電波使用自由為終局目的。從自由權之限制與回復之合憲性控制觀點，應可更為適切說明電波使用者之法律地位。以下試依照電波之物

<sup>129</sup> 參見本文「貳、三」之分析。如嚴格適用公物法理論，電波之設定、變更、廢止或其一般使用，均應解為行政處分（行政程序法第 92 條第 2 項後段）。但國際及我國之電波監理架構，均採取「用途分配→頻率指配」之兩階段劃分，「用途分配」乃是整體規劃各個頻帶之使用目的及使用條件，概念上尚與個別公物之「設定」有間。

<sup>130</sup> 關於公物之使用關係，一般說明可見李惠宗，公物法，收錄於行政法(上)，頁 352-356，元照出版有限公司，三版（2006）。

<sup>131</sup> 關於這一點，陳春生大法官於司法院釋字第 678 號解釋協同意見書中，即指出「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」，但陳大法官並未進一步依照電波使用樣態而區分不同管制方式。

理特性及管制對象，嘗試區分三種使用樣態，說明其法律關係與制度設計方向。

第一，將電波定性為公共資源之意義，正如釋字第 678 號解釋個別大法官所提示之「公共資源近用說」，原則上電波應儘量開放人民可直接自由近用，可稱之為「一般使用」。惟一般使用係指符合電波法律秩序之使用，而非自然意義之任意使用。因此人民必須於經用途分配之頻段，使用審驗合格之射頻器材，始得直接共享使用免執照頻段<sup>132</sup>，或間接共享使用行動通訊頻段。此種使用型態既為不特定多數人民直接或間接共享使用電波<sup>133</sup>，並無可為稀有資源之排他個別法律地位。因此管制重心毋寧是在頻帶分配及射頻器材之審驗，確保人民一般使用電波之自由。現行法制中，凡於頻率分配表開放免經許可即可直接共享使用者，如 Wi-Fi 等，均屬此類。至於行動通訊頻段雖為行動通訊業者排他直接使用，但契約對象之消費者持有免許可電臺（手機）使用該頻段，消費者即屬間接共享使用。

第二，人民基於一般業務或業餘研究之通訊需求，為確保通訊品質，必須使用特定頻率，例如，學術實驗、船舶、航空器、漁業、大眾運輸或醫療等。此種利用方式通常影響電波秩序較大，並具有一定之公共影響，故必須經由許可制度以確保使用者之運作能力、技術條

<sup>132</sup> 林子儀及李震山大法官已注意到現行法承認直接一般使用之型態，參見其於司法院釋字第 678 號解釋部分協同部分不同意見書註 6 之說明。

<sup>133</sup> 頻率集體使用（Collective Use of Spectrum）乃是在排他使用頻段中，開放次要使用者可免經許可使用頻率，例如感知無線電（Cognitive Radio）及超寬頻（Ultra Wide Band）。See NÜECHTERLEIN & WEISER, *supra* note 5, at 114-115. 該次要使用者之使用型態，依本文見解亦屬一般使用。

件以及具體使用需求，可稱之為「許可使用」<sup>134</sup>。惟亦因其排他性較低，可透過限定時間、空間及使用條件等方式具體調整分配，以促進和諧有效共用。因此許可制度之管制重心應在於預防可能發生的電波干擾，以確保個別人民電波使用自由之回復。現行法制中，業餘無線電及專用無線電信之頻率使用，多屬此類。

第三，廣播電視及行動通訊業者，乃是以「頻率排他使用之法律地位」<sup>135</sup>作為事業經營之必要資本，長期排他獨占使用特定頻率，興建一定功率及數目以上之基地臺，始能廣泛向公眾提供通訊傳播服務。此種使用方式既然是透過限制全民之電波使用自由以滿足自身經營需求，即非一般個別人民之電波使用自由<sup>136</sup>，而係法律創設之特別地位，可稱之為「特許使用」<sup>137</sup>。正如釋字第 678 號解釋個別大法官所提示之「公共資源管理說」，人民並無排他使用電波之自由。國家之所以承認特定通訊傳播業者可排他使用電波，乃在其可創造出人民個別使用所難以達成之電波使用效益及公共利益。因此制度設計上為確保電波使用效益及公共性，必須以高密度之許可制度，審查經營者之營運能力及相關事項，並課予通訊傳播業者使用電波時，應負有之特

---

<sup>134</sup> 至於業餘無線電雖無任何排他使用之問題，採取對人之資格許可方式管理，惟仍可歸類於此一利用型態。

<sup>135</sup> 學理上有將頻率類比土地所有權之說明，惟自法律技術而言，只有在確保個別使用者享有「頻率排他使用法律地位」之情形下，始有可能真正類比土地所有權。

<sup>136</sup> 司法院釋字第 678 號解釋明確排除經營通訊傳播事業為通訊傳播自由之範疇，故亦非通訊傳播自由之問題。

<sup>137</sup> 此一特許使用，專指依電信法第 48 條第 1 項及各種管理規則取得頻率使用許可後，所形成之電波使用法律關係，並非電信事業及廣播電視事業之事業特許執照或業務經營特許執照，尚祈留意。

殊義務，例如人口覆蓋率、頻率使用效益及電臺設立之區域均衡等，儘可能地將通訊傳播服務讓更多人可以享用<sup>138</sup>。至於政府授予私人此種具有高度商業價值之法律地位時，涉及定額法律地位之分配，審查上採取評審制、拍賣制等方式為之，均無不可<sup>139</sup>。無論何者，均不減政府持續監理電波之公共責任<sup>140</sup>。現行法制中，廣播電視事業及第一類電信事業使用之頻率，雖屬此類，惟「業務特許執照綁定頻率使用」之管制架構下，並未清楚區隔「業務監理」與「電波監理」之層次，立法論上應予明確劃分，較為允當。

至於許可使用與特許使用之關係，涉及行政處分之分類中，「許可」及「特許」之區別爭議。學說有從人民權利保障之角度，認為兩者本質並無不同，僅是限制程度之不同<sup>141</sup>。如自營業自由之主觀條件而言，誠屬的論。惟就有限公共資源而言，既然應以開放人民一般使用為原則，則排他使用不但於概念上殊難界定為人民憲法上自由權之固有內涵，更違反一般使用之原則。從而特許使用乃是立法者基於政策考量而賦予特定人之排他使用法律地位，並課予其相應之公共

<sup>138</sup> 至於通訊傳播事業基於服務對象涉及多數使用者之公用特性，另可透過事業法予以特別管制。

<sup>139</sup> 行政法學上應進一步思考之問題，乃是行政分配定額之排他法律地位時，如何確保公益並善用市場機制。相關分析可見山本隆司，行政法システムにおける市場經濟システムの位置づけに関する緒論，收錄於變動する日本社会と法：加藤一郎先生追悼論文集，頁 23-67，有斐閣（2011）；山本隆司，前揭註 112，頁 243-272。

<sup>140</sup> 以我國通訊傳播學者最常參考之美國法制，美國學者亦認為政府應積極監理電波，而非完全放諸市場交易。See NUCHESTERLEIN & WEISER, *supra* note 5, at 118.

<sup>141</sup> 許宗力，行政處分，收錄於行政法（上），頁 502-504，元照出版有限公司，三版（2006）。日本類似見解可見塩野宏，行政法 I—行政法總論，頁 129-131，有斐閣，第六版（2015）。

義務<sup>142</sup>。立法者於特許使用之制度設計上應享有廣泛之形成自由，行政於立法授權下亦享有較多判斷餘地及裁量餘地<sup>143</sup>。是以兩者基於使用方式及權利義務內涵之不同，本質上仍有區別必要。如此一來，電波之「排他使用之法律地位」既然是限制其他一般國民之使用自由所創設而來，以事前許可制度嚴其審查條件及公共義務，應屬合憲。

上述之三種法律地位並非機械套用公物使用關係而為之區分，乃是依照現行科技發展，參酌使用目的、使用狀況、對電波秩序之影響等因素後所為之分類。隨著個人排他使用電波之程度越強，影響電波秩序越大，相應負有更重之公共義務，以確保電波使用效益及開放使用之機會<sup>144</sup>。經由三種法律地位之區分，不僅可體系性說明現行管制架構並指引改革方向<sup>145</sup>，亦可指出釋字第 678 號解釋僅以廣播電視排他使用電波之型態為前提，探討許可制度之合憲性，既忽視制度上應免除許可之一般使用，亦無法真正釐清廣播電視排他使用電波之特殊

<sup>142</sup> 自有限公共資源分配之角度，維持兩者應予區別之見解，可見李震山，論行政許可行為，華岡法粹，第二十六期，頁 8-9（1998）。

<sup>143</sup> 就此而言，本文支持司法院釋字第 678 號解釋陳大法官春生協同意見書之見解。

<sup>144</sup> 美國聯邦通訊傳播委員會（Federal Communications Commission, FCC）曾發布研究報告，指出可依照電波使用方式之不同，適用不同監理模式，分別為共享模式（commons model）、命令控制模式（command-and-control model）及排他使用模式（exclusive use model）。依其說明，與本文之三分法頗多共通之處。相關比較研究，留待他文為之。See FCC, SPECTRUM POLICY TASK FORCE REPORT, ET DOCKET NO.02-135 (2002), [http://sites.nationalacademies.org/cs/groups/bpaside/documents/webpage/bpa\\_048826.pdf](http://sites.nationalacademies.org/cs/groups/bpaside/documents/webpage/bpa_048826.pdf) (last visited June 20, 2016).

<sup>145</sup> 依照層級化監理原則，如可依照電波之物理使用狀態，於基磐層中分別明確設定三種法律地位以管理電波使用，且避免將之直接延伸至營運管理層及內容應用層，即可去除業別垂直管制之弊病。本文之區分，其實可簡化現行依業別垂直管制之電波法律關係。



法律地位，難謂周全。本文見解則可更為完整說明電波使用之法律地位及管制必要性，並整合個別意見中關於「公共資源近用說」與「公共資源管理說」之對立，依照使用樣態而區別管制方式及違憲審查基準。

## （二）電波使用與通訊傳播自由

依照人民使用電波之三種法律地位，可進一步分析電波使用與通訊傳播自由之關係。釋字第 346 號及第 678 號解釋均宣告「國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配」，行政機關於用途規劃及分配上，應儘量開放人民直接或間接使用電波，涉及排他法律地位之個別指配時，亦應考量如何讓最大多數人民享用通訊傳播服務，避免「壟斷與獨佔」，以利人民行使通訊傳播自由。詳言之，於一般使用之型態，主要涉及人民以 Wi-Fi 等方式使用電波無線上網發表言論或交流意見。考量到現代社會中無線上網所具有之便利性與滲透性，行政應優先規劃開放可供人民直接使用之頻帶，以利人民通訊傳播自由之行使。而行動通訊之使用型態，雖然是由行動通訊業者排他使用特定頻率，實際上卻是由業者經營公眾無線電信網路，以私法契約開放該頻率供人民間接一般使用之型態。因此，行動通訊頻段之規劃開放，不應只注意通訊傳播產業政策之需求，更應注意到人民間接使用電波之通訊傳播自由，從而規劃開放上應以擴大人民間接使用機會為主要目標，並納入競爭政策之考量<sup>146</sup>。

<sup>146</sup> 從終端使用者之角度，促進競爭即等於提升電波使用效益。參見林秀弥，電波の公共性と法—我が国の周波数割当制度の課題，收錄於情報通信法制の論点分析，頁 245-278，商事法務（2015）。

至於廣播電視之使用型態，目前技術上仍以排他使用為主，可說是利用電波直接表達言論之古典型態，卻也僅限於一部分人始有能力營運。由於在數位匯流趨勢下，廣播電視之重要性已日趨下降，個別人民亦早透過網路媒體發揮不下於廣播電視「無遠弗屆之社會影響力」<sup>147</sup>，因此於充分開放電波之前提下，用途分配時並不需要賦予廣播電視享有特殊保障，亦不必優先滿足廣播電視之需求<sup>148</sup>。管制重點在於如何適當規劃廣播電視之可用頻段以及個別指配之條件設定，儘可能讓人民有機會參進，並促使平臺事業與電臺事業之二元架構發展，以擴大廣電頻段之「間接」使用機會<sup>149</sup>。

## 伍、結論

本文從公法學角度出發，以電波之法律性質及使用關係為切入點，比較台灣及日本相關議論，指出兩國電波監理制度之特色與發展趨勢。以下，簡單摘要本文針對我國法制之見解作為結論，並指出未來進一步之研究方向。

首先，我國對於電波之法律性質，向來僅止於抽象演繹之說明，今後應改從使用者之法律地位具體考察電波使用之法律關係，於解釋論及立法論上方有實益。本文認為我國法所規範之電波資源並非公

<sup>147</sup> 司法院釋字第 364 號及第 407 號解釋均指出大眾傳播媒體之特質，在於「無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響」。

<sup>148</sup> 劉孔中，前揭註 6，頁 364-365。

<sup>149</sup> 亦即人民不必本身取得頻率架設電臺，即可製作節目或經營頻道服務事業，交由電臺事業播送。「無線廣電事業及頻道事業管理條例」草案雖已初步走向二元架構，但仍未徹底分離，應值進一步探討。

物，本質上是透過一般性禁止人民使用射頻器材發射電磁波之前提下，所創造出可供行政分配形塑之「抽象法律關係」。所謂電波為公共資源之意涵，乃是預先剝奪人民發射電磁波之自由下，制度上應盡量開放人民有效利用電波之機會。故於具體化該「抽象法律關係」為個別人民使用電波之法律地位時，立法技術上可參考公物法理論，並依照目前科技條件，區分為一般使用、許可使用及特許使用，分別設定人民之權利義務及電波監理之重心。如此一來，電波監理制度之設計上，不應偏重於個別許可所形成之法律關係，更應重視人民直接或間接一般使用之法律關係，始能真正因應行動通訊及物聯網蓬勃發展之趨勢。

其次，釋字第 364 號解釋及第 678 號解釋以廣播電視之電波使用為審查對象。惟隨著技術進步及數位匯流到來，電波使用之需求及用途日漸擴大，僅以言論自由之釋義學架構，針對廣播電視排他使用型態，探討電波之法律性質與利用關係，已不符合電波使用多樣化之現狀。本文認為，上述電波使用法律地位之三分法，不僅可完整說明人民使用電波之各種行為樣態及其法律地位，在以一般使用為原則之基本架構下，更可依照科技發展確保人民利用電波行使通訊傳播自由之多樣法律地位，強化電波監理之公共性。

最後，展望未來研究之方向。人民使用電波之法律地位，均初步決定於電波之用途規劃與分配階段，故為確保電波「公平合理之分配」，今後應深入檢討相關行政程序及實體規範。尤其是如何因應電波和諧有效共用，擴大人民使用電波之機會，並針對電波使用效益建構動態檢討制度，以「適時檢討相關管理規範」，將是日後研究課題。

## 參考文獻

### 書籍

史尚寬，行政法論，自版（1954）。

交通部電信總局編輯，電信自由化政策白皮書，交通部電信總局（1997）。

吳志光，行政法，新學林出版股份有限公司，四版（2010）。

吳庚，行政法之理論與實務，三民書局股份有限公司，十三版（2015）。

李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，七版（2016）。

李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，修訂十版（2014）。

林騰鷄，行政法總論，三民書局股份有限公司，修訂三版（2012）。

范揚，行政法總論，臺灣商務印書館，臺二版（1955）。

陳敏，行政法總論，自版，九版（2016）。

陳新民，行政法學總論，自版，九版（2015）。

劉孔中，通訊傳播法：數位匯流、管制革新與法治國家，台灣本土法學雜誌有限公司（2010）。

今泉至明，電波法要說，情報通信振興會，改訂八版（2012）。

田中二郎，新版行政法（中），弘文堂，全訂二版（1976）。

舟田正之，放送制度と競争秩序，有斐閣（2011）。

宇賀克也、長谷部恭男，情報法，有斐閣（2012）。

宇賀克也，行政法概説Ⅲ－行政組織法／公務員法／公物法，有斐閣，第四版（2015）。

長谷部恭男，テレビの憲法理論，弘文堂（1992）。

芦部信喜，憲法学Ⅲ，有斐閣，増補版（2000）。

美濃部達吉，日本行政法（下），有斐閣（1940）。

鬼木甫，電波資源のエコノミクス：米国の周波数オークション，現代図書（2002）。

莊宏、松田英一、村井修一，電波法・放送法及電波監理委員会設置法詳解，日信出版（1950）。

莊宏，放送制度論のために，日本放送出版協会（1963）。

電波庁，電波庁事務概要，電波庁（1949）。

塩野宏，行政法Ⅲ－行政組織法，有斐閣，第四版（2012）。

塩野宏，行政法Ⅰ－行政法総論，有斐閣，第六版（2015）。

園部敏、植村栄治，交通法・通信法，有斐閣，新版（1984）。

稲葉一将，放送行政の法構造と課題，日本評論社（2004）。

鎌田繁春，電波法概説，オーム社（1951）。

BENJAMIN, STUART MINOR & JAMES B. SPETA, TELECOMMUNICATIONS LAW AND POLICY (Carolina Academic Press, Durham, 4th ed., 2015).

NUECHTERLEIN, JONATHAN E. & PHILIP J. WEISER, DIGITAL CROSSROADS: TELECOMMUNICATIONS LAW AND POLICY IN THE INTERNET AGE (The MIT Press, Cambridge, 2nd ed., 2013).

### 期刊論文

石世豪，電波監理與言論自由事前限制問題－大法官釋字第 678 號解釋評析，法令月刊，第六十二卷第三期，頁 25-49（2011）。

江耀國，論水平架構之通訊傳播法制革新－層級模式、馬來西亞及英國法制與臺灣之革新草案，月旦法學雜誌，第二二四期，頁 213-252（2014）。

李震山，論行政許可行為，華岡法粹，第二十六期，頁 1-22（1998）。

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，傳播與管理研究，第六卷第二期，頁 65-86（2007）。

林孟楠，數位匯流修法與基礎網路層之管制革新，NCC NEWS，第九卷第九期，頁 35-39（2016）。

林俊宏，臺灣無線電頻譜管理與法制調整芻議，月旦財經法雜誌，第七期，頁 1-23（2006）。

林俊宏，英國電信自由化與無線電頻譜法制變遷之探討，中正大學法學集



刊，第二十四期，頁 247-295（2008）。

林俊宏，由美國法制經驗探討頻譜市場與政府管制模式，法學叢刊，第五十四卷第二期，頁 1-30（2009）。

林俊宏，頻譜管理法制化及未來規劃之探討，成大法學，第二十二期，頁 1-66（2011）。

林騰鶴，公物概念之研究，東海大學法學研究，第十六期，頁 1-14（2001）。

周韻采，頻譜核釋與制度：財產權與公信力的實證研究，政治科學論叢，第十九期，頁 203-224（2003）。

許育典，多元文化國下通訊傳播自由的建構，東吳法律學報，第二十卷第一期，頁 1-60（2008）。

彭心儀、吳俊幟，天空中的土地？—頻率交易之法律問題初探，台灣法學雜誌，第一〇一期，頁 5-26（2007）。

彭心儀，論頻譜「稀有資源」的管制原則，臺北大學法學論叢，第七十五期，頁 211-256（2010）。

陳人傑，轉向競爭的無線電頻率管制規範—德國 2004 年新電信法之啟示，輔仁法學，第三十五期，頁 163-223（2008）。

葉志良，我國線上影音內容管制的再塑造：從 OTT 的發展談起，資訊社會研究，第二十九期，頁 47-92（2015）。

謝祖松，由頻譜管制規範之演進探討公共利益說之適用，銘傳大學法學論

叢，第十四期，頁 223-266（2010）。

神足祐太郎，電波利用料をめぐる議論，調査と情報，第八一五号，頁 1-14（2014）。

柴橋国隆，放送局と無線局（1），電波時報，第十四卷第五号，頁 10-13（1959）。

笹子道雄，無線局の免許制度とその法的性質，電気通信大学学報人文社会編，第十三号，頁 47-53（1962）。

梅野安法，公物管理行政としての電波行政と無線局の法的性格について，電波時報，第二十卷第二号，頁 62-65（1965）。

湧口清隆，無線系テレビ放送の「公共性」，メディア・コミュニケーション，第五十二号，頁 129-139（2002）。

荘宏，電波三法 30 年—その過去と未来，電波時報，第三三八号，頁 9-12（1980）。

豊嶋基暢，無線通信技術の進歩に対応した電波有効利用政策に関する考察，メディア・コミュニケーション，第五十八号，頁 67-86（2008）。

### 專書論文

王振寰，廣播電視媒體的控制權，收錄於解構廣電媒體：建立廣電新秩序，頁 75-128，澄社（1993）。

石世豪，我國為廣播電視積極立法的憲法基礎－憲法論證的本土化建構模式，收錄於我國傳播法制的轉型與續造，頁 63-90，元照出版有限公司（2009）。

李惠宗，公物法，收錄於行政法（上），頁 339-365，元照出版有限公司，三版（2006）。

林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，收錄於言論自由與新聞自由，頁 61-131，元照出版有限公司（1999）。

林俊宏，電波監理管制模式之探討，收錄於通訊傳播法研究第一卷，頁 137-170，新學林出版股份有限公司（2015）。

翁秀琪，台灣的地下媒體，收錄於解構廣電媒體：建立廣電新秩序，頁 441-518，澄社（1993）。

許宗力，行政處分，收錄於行政法（上），頁 475-558，元照出版有限公司，三版（2006）。

許宗力，談言論自由的幾個問題，收錄於法與國家權力（二），頁 195-225，元照出版有限公司（2007）。

鄭瑞城，頻率與頻道資源之管理與配用，收錄於解構廣電媒體：建立廣電新秩序，頁 1-74，澄社（1993）。

山本隆司，行政法システムにおける市場經濟システムの位置づけに関する緒論，收錄於變動する日本社会と法：加藤一郎先生追悼論文集，頁 23-67，有斐閣（2011）。

山本隆司，競売による分配行政法の基本問題，收録於行政法学の未来に向けて：阿部泰隆先生古稀記念，頁 243-272，有斐閣（2012）。

内川芳美，放送における言論の自由，收録於講座現代の社会とコミュニケーション 3 言論の自由，頁 87-104，東京大学出版会（1974）。

多賀谷一照，電波利用と電波法，收録於マルチメディアと情報通信法制：通信と放送の融合，頁 57-75，第一法規（1998）。

林秀弥，電波の公共性と法－我が国の周波数割当制度の課題，收録於情報通信法制の論点分析，頁 245-278，商事法務（2015）。

芦部信喜，放送番組の編集基準と言論表現の自由，收録於人権と議会議政，頁 61-92，有斐閣（1996）。

塩野宏，放送事業と行政介入，收録於放送法制の課題，頁 50-85，有斐閣（1989）。

### 研究報告

行政院經建會健全經社法規工作小組編譯，日本電波法，行政院經建會健全經社法規工作小組（1989）。

鄭瑞城主持，建構健全資訊社會之政策與法制研究，行政院經建會健全經社法規工作小組（1989）。

## 摘要

按司法院釋字第 364 號及 678 號解釋，電波為屬於全體國民之公共資源，國家應對電波使用為公平合理之分配。然公共資源之法學內涵及人民使用電波之法律地位，向來並無深入研究。因此，本文分析比較台灣及日本之電波監理制度後，指出我國法體系中，電波作為公共資源之本質，乃是法律透過一般禁止人民任意使用射頻器材發射電磁波之前提下，創造出可供行政進一步分配形塑之「抽象法律關係」，從而制度上應儘量開放人民有效利用電波之機會。本文認為於具體化該「抽象法律關係」時，立法技術上可參考公物法理論，區分為一般使用、許可使用及特許使用，分別設定人民之權利義務，並以直接或間接之一般使用為原則，始能真正因應行動通訊及物聯網蓬勃發展之趨勢。

中原財經法學

## **On the Legal Meaning of Radio Waves: A Comparative Study of Taiwan and Japan**

**Meng-Nan Lin**

### **Abstract**

Judicial Yuan Interpretation NO.364 and NO.678 hold that radio waves are public resources that belong to all nationals and the State should allocate radio frequencies fairly and reasonably. However, the legal meaning of public resources is never defined clearly, so there may arise a question of how to explain the users' legal status in the age of digital convergence. This paper analyzes the legal meaning of public resources and users' legal status through a comparison of radio waves regulations in Taiwan and in Japan. It is concluded that the legal meaning of public resources is defined as an abstract legal relationship, where radio waves regulations should first prohibit individuals from using radio waves to make radio frequencies allocable, and then the State can open access to radio waves for individuals under certain conditions. When radio waves regulations allocate and assign radio frequencies, there are three kinds of concrete legal statuses: unlicensed use, licensed use, and exclusive use with special permission. The State must promote unlicensed use in the age of digital convergence.



Keywords: radio waves, public resource, public property, spectrum, freedom of communications and broadcasting, digital convergence, layered regulatory model

# 中原財經法學