

豐盟有線電視股份有限公司申請擴區經營花蓮縣

有線廣播電視 聽證會

鑑定意見

呂理翔*

2019. 10. 25

一、經營地點選擇受營業自由基本權的保障

「系統經營者與其關係企業及直接、間接控制之系統經營者之訂戶數，合計不得超過全國總訂戶數三分之一」「系統經營者違反第二十四條第一項，處新臺幣二十萬元以上四百萬元以下罰鍰，並令其限期改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其經營許可並註銷其執照」為有線廣播電視法（以下簡稱有廣法）第 24 條第 1 項與第 58 條第 1 項第 5 款所明定。有關凱擘集團中豐盟有線電視向 貴會申請跨區到花蓮縣經營，致使用戶數可能逾越前揭全國總訂戶數 3 分之 1 的上限爭議，筆者意見如下：

按照司法院大法官歷來解釋意旨，營業自由係受憲法第 15 條工作權及財產權所保障（參見釋字第 514 號、第 606 號、第 716 號、第 719 號解釋）。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確授權之命令，為必要之限制（釋字第 738 號）。國家以法律限制營業自由，應符合憲法平等原則及比例原則。於本案爭點直接相關者係有廣法前揭限制是否符合比例原則，大法官於釋字第 719 號解釋強調「為正當公益之目的限制人民權利，其所採手段必要，且限制並未過當者，始與憲法第二十三

*國立臺北教育大學教育經營與管理學系文教法律研究所/原住民法律專班助理教授，德國慕尼黑大學法學博士

條比例原則無違」，因此主管機關依據有廣法限制申請人的營業自由時，即應考量是否具備正當公益目的，於此採取手段是否必要且未過當¹。

二、尊重總訂戶數水平限制的立法裁量決定

其次，從立法理由來看，有廣法第 24 條的訂戶數限制係 2015 年該法全文修正時由舊法第 21 條第 1 項第 1 款移列²，此次修法重點在於廢除分區經營之限制、引進新參進者，並容許既有經營者合併、擴增經營地區，使有線廣播電視市場得經由競爭而提供國民更多、更好的影視服務選擇，故刪除同一行政區域及全國系統經營者總家數之限制，惟基於維持傳播內容多元之核心價值，舊法已有的「不得超過全國總訂戶數三分之一」限制仍有維持之必要（立法院法律系統）。參照前述大法官解釋意旨，且大法官向來對於「立法裁量」均採取寬鬆的審查密度，只要其未有不合理的差別待遇、未牴觸平等原則或過度侵害基本權利，立法者為達成一定目標而形塑的法規範，釋憲機關均應予以尊重，公法學理上稱之為「立法者預測性與評價性特權」

¹ 於此附帶一言，在此各方密切關注且可能對往後台灣媒體環境有重大影響的案件中，首先討論憲法規規，似有「不合時宜」之虞，然而主管機關依據法律獨立行使職權，法律得到效力與正當性應該在不牴觸上位階法的前提下，是從它自己的規定中取得，而不應依賴其他倫理價值，包括商業、政治等實際利害觀點。因此，筆者認為降低爭議的有效辦法毋寧是主管機關能正確適用法律。申請人豐盟公司欲跨區至其毫無地緣關係的花蓮縣經營，固然是其所屬集團既有系統業者所屬集團（年代）間可能的商業競爭，甚至可以合理推想，在目前「內容為王」的媒體競爭環境下，兩集團在有線系統經營區域的競爭，可能是頻道競爭市場的前哨站。惟筆者認為在自由市場上商業競爭本屬常態，只要在現行法制框架下各種商業活動，本應屬自由，如有涉及違法時，主管機關始有涉入的必要，至於當事人與利害關係人間商業競爭的謀略與運作，主管機關應保持中立而不應太過涉入。

² 舊有廣法第 21 條：「系統經營者與其關係企業及直接、間接控制之系統經營者不得有下列情形之一：一、訂戶數合計超過全國總訂戶數三分之一。二、超過同一行政區域系統經營者總家數二分之一。但同一行政區域只有一系統經營者，不在此限。三、超過全國系統經營者總家數三分之一。前項全國總訂戶數、同一行政區域系統經營者總家數及全國系統經營者總家數，由中央主管機關公告之。」

(Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative des Gesetzgeber)。職此之故，對於有線電視系統經營者的訂戶數限制有無必要及其妥當性，原則上應尊重立法者之判斷。但應予強調的是，尊重立法裁量權限，並非意味主管機關於個案執行職務時，只需形式上合法，而不需考量執行的方法與程序是否反比例原則。這點正是筆者感到疑慮之處。

三、執行預防措施應嚴格遵守比例原則

基於以下幾點原因，主管機關在審查業者跨區營業的申請時，為防止業者未來可能違反第 24 條第 1 項總訂戶數的水平限制規定，在手段的選擇上尤其需要留意公權力手段是否有牴觸比例原則的情形。

1、有廣法對於總訂戶數水平限制之執行，以事後追懲為原則。如前所述，當系統經營業者違反全國總訂戶數 1/3 水平限制規定時，有廣法的裁處規定是罰鍰及命其限期改正，故在行政管制的思維上是採取事後追懲而非事前預防。然而，既然跨區經營依法應經申請許可，主管機關倘坐視業者有高度違法風險，卻未預先採取任何措施，消極地等待違反法律義務的結果發生，再據以處罰，則顯然不符合行政管制的目的，故如本案欲突破有廣法目前採取的事後管制而以事前預防方向著手，必須對預估可能會發生的違法情事有非常明確的調查與認定。

2、對照公平交易法對於獨占事業的管制。依據公平交易法，事業在市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除現存或潛在競爭者的能力，也就是對市場有實質的影響或支配力，就是獨占事業，從市場占有率來說，需要達 1/2 以上才被會認定為獨占事業，不過公

公平交易法並不禁止或處罰事業成為獨占事業，而是禁止獨占事業從事該法第 9 條各款所列「濫用市場地位之行為」，其背後意義是事業因所在市場特性、商品特質、法令規定，有可能自然而然形成獨占，而獨占本身並無不法，反之若濫用此地位妨礙其他人參與市場加入競爭的行為，才會被處罰。質言之，公平交易法採取了比有廣法更保障營業自由的事後管制機制，因為有廣法第 24 條第 1 項不問當事人是否從事妨礙競爭行為，只要總訂戶數達到全國三分之一，即有處罰（有廣法第 58 條第 1 項第 5 款），換言之，系統業者此時幾乎被視為無法「維持傳播內容多元的核心價值」。有鑑於有線電視產業生態亦可能有形成自然獨占的情況，或者當事人也可能因為無法及時知悉關係企業及直接、間接控制之系統經營者的訂戶數，而違反水平限制規定。若以較近期修正制定的本法規定對照公平交易法的規定，恐有違背「體系正義」的問題³。

3、在當前媒體平台多元化的條件下，透過便利快速的行動網路，民眾看電視欣賞影音節目、獲得資訊的管道，早已不限於固定於特定設備上的有線廣播電視，OTT 電視、網路影音串流都是當前不容忽視的發展，因此若系統經營業者與其關係企業的總訂戶數超過三分之一時，對於傳播內容多元的核心價值會造成多少影響，恐怕值得懷疑。

4、若再考量 MOD 與有線電視的服務的類似性以及二者市場規模差距逐漸拉近，尤其是貴會今年年中同意中華電信修改 MOD 規

³ 體系正義原則源自於憲法平等原則，要求立法者對於法律制度的形塑以及各種制度內涵的選擇，不應有自相矛盾的價值取向，以維持規制內涵的一致性（*Folgerichtigkeit und Regelhaftigkeit*）；參見：Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG: Komm., Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 3, Rn. 44。

章、允許其自組頻道後，有線電視與 MOD 間的競爭關係更加明顯，基於競爭的公平性與限制的合理性，有廣法應有必要將 MOD 納入規範，且將其訂戶一併納入全國總訂戶數計算。這點在現行規定下固然無法做此解釋，但在主管機關有意識降低對媒體平台的管制強度的趨勢下，對於有線系統業者執行管制措施，更應從嚴認定發動公權力的要件，以避免鬆綁特定媒體平台後衍生牴觸平等原則的疑義。

5、按照目前獲得之事實資料，花蓮地區有線電視主要由年代集團董事長練台生經營的洄瀾與東台（玉里地區）兩家系統台經營，收視戶共 53773 戶。豐盟屬於富邦集團蔡明忠、蔡明興兄弟掌握的凱擘集團（12 家有線電視系統台），若加上台灣大旗下的台固媒體（5 家系統台）共 159 萬 618 戶，佔總體收視戶數量 31.72%。是以豐盟未來如果在花蓮經營，加入花蓮用戶數 53,773 多戶，逼近 33.3%。然而，台固媒體是否為凱擘集團的關係企業仍有待釐清，如無直接證據證明此事實，應做對申請人有利的認定；即便符合關係企業定義，也必須是所有花蓮用戶都與原系統經營者解約，改使用豐盟的服務，這點在平日社會經驗上，幾乎不可能發生；況且，用戶數增減是一項動態的過程，只能透過動態的監督來認定是否該當第 24 條第 1 項的要件，如於許可中附加負擔，課與申請人每個月均須向主管機關申報訂戶數（同條第 3 項僅要求每季申報），反之若申請許可時即以未來可能違反該規定予以否准，恐怕無法符合最小侵害原則而牴觸比例原則，亦違反第 58 條對當事人處以罰鍰，並令其限期改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其經營許可並註銷其執照的立法意旨。

6、有廣法第 24 條第 4 項規定：「本法所稱關係企業，依公司法

關係企業規定認定之。」依此規定，其他系統業者是否與申請人豐盟公司之間是否構成關係企業，僅能以公司法規定為判斷標準，而不能涉入其他標準。至於各企業經理人員常見由集團內特定人員進行輪調，或雖然非關係企業但各系統經營業者談頻道授權合約時，均交由媒體集團公司來談判，或營運計劃書、網站設計外觀或內容的相似性很高等因素，雖使得大新店民主及屏南公司從外觀上來看，與凱擘集團有極緊密的關聯性，但以此認定該二系統業者與申請人具有關係企業的關係，則恐怕有牴觸法律之虞。

四、承前段 5、6 二節之說明，貴會於 2015 年同意大富媒體公司的併購案時所課予之負擔，要求「大富媒體公司與其關係企業及直接、間接控制之系統經營者，及台灣大哥大股份有限公司及其控制與從屬公司（包含但不限於台固媒體股份有限公司及其控制之有線廣播電視系統經營者）之總體訂戶數合計不得超過全國總訂戶數 1/3」，此次於處理豐盟的申請案時，如擬比照課予，恐同樣有行政處分附款（負擔）的義務人範圍比該處分相對人更廣的問題，另外也有以「法律所無之限制」作為負擔內容的違法疑義。

五、就市場競爭、消費者權益或其他公益事項等課題，從申請人目前檢附資料來看，筆者認為以下五點可以進一步思考，由申請人於以書面或於聽證會中補充，但尚不構成應否准其申請之理由。

1、在「市場競爭」項下「從事價格或服務競爭之可能性」申請人目前規劃以一個月 590 元的價格進入花蓮地區，價格本身並沒有特別優惠，而在申請人的市場調查結果中，當地民眾目前未申裝有線電

視的理由中，比例最高者（25%）是「價格太高」，再加上東部地區的所得水準與西部都會地區本有差異，因此申請人欲作為該地區新參與競爭者，是否有較有利的競爭條件，吸引新用戶締約或原有用戶移轉至申請人，或有再斟酌的餘地，申請人營運計劃書第 12 章的「業務推展計畫」亦有或過度樂觀的疑慮。

2、目前申請人就分組付費的方案，僅有 A 組（21 台、200 元）與 B 組（121 台、590 元），申請人表示 B 組收視戶為大宗，目前台灣民眾的收視習慣也以此類統收制為主。然而這項分組規劃顯然過於簡單，而沒辦法滿足民眾在 21 台與 121 台之間的其他組合需求，也不符合主管機關推動分組付費的政策目標，雖然申請人承諾將定期檢視相關套餐規劃，調查收視戶對套餐滿意度，參酌頻道成本，提出更多元豐富的頻道套餐，不過此項承諾恐怕過於空泛。

3、申請人對於地方頻道節目的多元性，在補充資料中，固然已經考量花蓮當地的原住民族的文化需求，提出相當豐富的原民節目計畫，然而花蓮的漢民族中亦有相當比例的客家族群，如在玉里、池上地區尤其明顯，且客家語言文化亦面對瀕臨消亡的困境，申請人在規劃自製節目時，應可考慮在全國性的客家電視台之外，利用地方客家耆老或文史工作者製作客家文化推廣節目。

4、申請人對於未來九年投入營運後的財務結構規劃（補充資料第 31 頁表 3-1 至第 32 頁），似建立於營運計畫所預測的用戶數及其成長趨勢上，若如前述 1、的評估不幸為真，申請人競爭優勢有限，難以獲得預期的用戶數時，申請人是否亦有因應的財務規劃方案？尤

其在表 3-1 處，申請人在第一年至第五年每年均有利息支出一千萬以上的利息支出，第一年並高達四千五百萬以上，筆者除對此處融資利率的數字表示好奇外（在財務報告中似未找到相關資訊），更值得疑慮的毋寧是，如果營運成果未如申請人所預期的正面，是否仍能支應如此龐大的固定支出？如果肯定，係以如何方式支應？

5、在前述財務規劃或有需要重行檢討的情況下，申請人在因應數位化發展而需要大量投資的硬體建設方面，提出 8 年 3 階段計畫，只有在第 1 階段有提出相關建設規劃，而於第 2 階段之後僅提出「延續第 1 階段規劃」或「視第 1 階段建設成果再優化」，除了計畫內容顯然過於不明確，毋寧應該具體提出各個階段建設的規劃及投入的成本以外，恐怕也印證申請人對於長期財務規劃可能過於樂觀或缺乏準備。

6、花蓮地區幅員廣大，人口較多的鄉鎮亦散落於狹長的行政區域中，申請人對於客戶服務與消費者權益保障方面，似未提及未來將在哪些鄉鎮設置實體的服務據點（並不是締約收單的電器行、通訊行），以筆者之觀察，都會區民眾較熟悉以線上客服的方式進行消費諮詢或更改契約、解除契約，偏遠鄉鎮地區民眾仍較習慣以傳統面對面方式接受服務。由於花蓮地理條件的特殊性、都市化程度相對較低的情況，申請人或有必要在各鄉鎮提供客服據點，惟此部分規劃，在營運計畫以及補充資料中，似未能見到。反之，如申請人僅準備經營花蓮市、鄰近之吉安鄉、玉里鄉等區域，而不願意拓展偏鄉的服務，恐亦對民眾的媒體近用權利有不利及不公平的影響。

六、就結論而言，有廣法自制定以來對於有線電視系統經營者向來採取高密度的管制，姑且不論中央到地方政府的行政資源是否足以執行此等管制密度，毋寧應思考高密度的管制是否還符合現今媒體環境的需要，以及提供相同或類似服務的各類媒體平台依法所承擔的管制是否相同的問題。以日前發生的頻道授權爭議為例，真正的爭議當事者應不在系統業者，而多認為其背後的媒體集團間的角力，但是在大多數法規僅能針對實際系統（平台）經營者施予規範，對於所屬集團僅能透過商業競爭法制（公平交易法與相關特別法）來進行監督，媒體主管機關除思考透過修法，對於媒體競爭上特殊的垂直與水平的結合型態，取得更多的監督管轄權限以外，在此之前不應過度寬鬆認定關係企業的成立要件，或擴張行政法上的附款（負擔）的運用，否則易使 貴會做為獨立行政機關捲入商業競爭的疑義。其次，5G 即將上路開播，長期來看未來民眾將越來越不使用有線電視系統來看頻道節目，更不用說近年來 OTT 媒體與伴隨的剪線潮對有線電視系統的衝擊，以此角度而言，有線廣播電視法在 2015 年修法時所強調的希望納入更多競爭、突破原有的地理疆域的限制，讓業者在有線電視的經營上有更多的自由，在制度目標上是正確的，因而若 貴會在本申請案仍採取高密度事前管制的立場，可能與當時修訂有廣法的目標有所衝突，也可能產生上述合法性的疑義。故建議 貴會可藉此申請案重新審視思考（deliberate）未來政策方向。