

智慧財產法院釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之依據及目的

一、聲請解釋憲法之依據

法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題裁定停止訴訟，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，此迭經司法院釋字第371、572、590號解釋在案。本合議庭審理101年度刑智上訴字第88號被告○○○涉嫌違反著作權法第91條第3項及依同法第100條但書之規定為非告訴乃論之罪，依合理之確信，認該等規定有牴觸憲法第7條、第8條及第23條之疑義，而有聲請解釋之必要，爰依上開解釋裁定停止訴訟程序，並提起本件憲法解釋。

二、聲請解釋憲法之目的

著作權法第91條第3項規定，以重製於光碟之方法犯前項（意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者）之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上5百萬元以下罰金。另同法第100條但書規定（本文為本章之罪，須告訴乃論），但犯第91條第3項及第91條之1第3項之罪，不在此限。其中以著作權之載體即「光碟」，與其他重製之方法予以不同之評價及刑罰，甚至一律定為非告訴乃論之罪，有違平等原則；又何謂「重製」，迄今無任何明確規範，其與同法第92條第1項規定之「改作」又有何不同，亦難以區分，有違法律明確性原則；另將重製於光碟之方法，無論其重製之侵害程度或數量多寡，均一律處以

最輕本刑6 月以上有期徒刑，致大多數案件均不得易科罰金，亦因非告訴乃論之罪，使告訴人之撤回不生效力，有違比例原則下之罪刑相當性原則，故認著作權法第91條第3 項（含同條第2 項）、同法第100 條但書之規定，牴觸憲法上之平等原則、法律明確性原則、比例原則，使人民受到行為當時所未預見且過度評價之刑罰制裁，致自由權受到不當限制、侵害而違憲無效。

貳、疑義之性質與經過

一、本案之背景事實

被告○○○ 與告訴人○○○ 於就讀臺北市○○○ 及○○○ 學校（下稱○○○ ）期間，係相差一屆之學妹、學姐關係，均喜好音樂。民國（下同）98年12月15日告訴人○○○ 及香港商○○ 著作權代理股份有限公司臺灣分公司（已更名為香港商○○ 音樂股份有限公司臺灣分公司，下稱○○ 公司）向臺灣士林地方法院檢察署提起告訴，稱告訴人○○○ 於國中時期曾在被告○○○ 住處彈唱其所創作之「睡美人」乙曲，且於90年6 月19日亦在○○○ 之期末公演公開發表過。告訴人○○○ 於98年5 月20日將「睡美人」乙曲之著作財產權專屬授權予○○ 國際藝術股份有限公司，又經該公司於同年8 月1 日專屬授權予告訴人○○ 公司。告訴人○○○ 於同年9 月1 日經同學○○○ 詢問是否將「睡美人」乙曲賣給被告○○○ 後，發現被告○○○ 授權由○○ 國際唱片股份有限公司於98年7 月17日發行之「哥本哈根的童話」專輯中之「到底愛怎麼了」乙曲，與其所創作「睡美人」乙曲之旋律相同，因認被告○○○ 涉犯著作權法第

91條第3項之罪，而與被專屬授權之○○公司於98年12月15日向臺灣士林地方法院檢察署提起告訴。

二、本案之審理經過

(一)臺灣士林地方法院檢察署檢察官經偵查結果，主要係以證人○○○證稱：「知道（「睡美人」乙曲），他（告訴人○○○）是在學校公演時發表，但在公演之前就在班上彈奏過。」之證詞（見臺灣士林地方法院檢察署99年度偵字第4241號卷第11頁），及該署委託鑑定之鑑定人即輔仁大學音樂系主任○○○就被告○○○之「哥本哈根的童話」專輯中之「到底愛怎麼了」乙曲，與告訴人○○○於○○○發表之「睡美人」乙曲所為之「在判別歌曲之相似度上，基本上是以旋律為判斷基礎，《睡美人》與《到底愛怎麼了》在旋律上近乎相同，並無顯著之差別，只有少數的旋律與節奏稍有不同而已」之鑑定意見（見臺灣士林地方法院檢察署99年度偵字第4241號卷第27、28頁），於100年5月19日以臺灣士林地方法院檢察署檢察官99年度偵字第4241號起訴書，以被告○○○涉犯著作權法第91條第3項之罪提起公訴。

(二)臺灣士林地方法院於100年7月8日以100年度審智訴字第2號先行調解，告訴代理人與被告○○○於當日即已初步擬定和解條件（見臺灣士林地方法院100年度審智訴字第2號卷第20頁），且於同日行第一次準備程序時，告訴代理人即稱：「對於今日調解條件會回去與告訴人商討，會勸告訴人接受分期付款的方案。」；被告辯護人之辯護意旨為：「我們願意爭取和解，希望以和為貴，……」，並當庭改100年8月5日續行準備程序

(見臺灣士林地方法院100 年度審智訴字第2 號卷第16 頁背面)。嗣100 年8 月5 日告訴代理人與被告○○○ 及其辯護人於行準備程序前之調解程序，即已達成和解協議，惟因告訴人未到庭而須待告訴人同意(見臺灣士林地方法院100 年度審智訴字第2 號卷第139 頁)。告訴代理人並於當日行準備程序時，陳稱倘和解成立，告訴人不會提起刑事附帶民事訴訟，且將另行陳報是否撤回本件告訴等語(見臺灣士林地方法院100 年度審智訴字第2 號卷第137 頁背面)。其後於100 年11月7 日告訴人○○○ 及被告○○○ 於行準備程序前之調解程序，即表示雙方已達成和解，告訴人○○○ 並表明不再追究及拋棄其他請求，且提出撤回告訴狀(見臺灣士林地方法院100 年度審智訴字第2 號卷第170 、171 頁)。然因本件非告訴乃論之罪，法官於同日準備程序時詢問被告○○○：「因為雙方已經和解，如果認罪的話，徵得告訴人、檢察官同意後，有緩刑空間，如果否認犯罪，法院只能依法審理來決定是否有罪或無罪？」。被告辯護人表示被告希望一段時間考慮。告訴人則於同日準備程序時陳明：「我已經與被告達成和解，請法院從輕發落，就算有罪也請判處緩刑。」，被告並當庭向告訴人握手致歉(見臺灣士林地方法院100 年度審智訴字第2 號卷第168 頁背面、第169 頁)。

- (三)迄100 年12月13日臺灣士林地方法院100 年度審智訴字第2 號續行準備程序時，被告表明否認犯罪，辯護人並聲請勘驗告訴人所提出之光碟、再送鑑定，且請求傳喚證人○○○ 即被告○○○ 曾學習鋼琴之○○ 音樂教室之

負責人（見臺灣士林地方法院100年度審智訴字第2號卷第199頁）。因被告否認犯罪，並請求調查證據，依臺灣士林地方法院之分案規則，本件再分由刑事審理庭✓以100年度智訴字第10號進行審理。原審經當庭勘驗告訴人所提於○○○演出「睡美人」乙曲之錄影光碟（見臺灣士林地方法院100年度智訴字第10號卷第183頁），並再送臺灣師範大學音樂系○○○鑑定二首歌曲是否近似，且以證人身分訊問告訴人○○○後，認以告訴人之證詞及其所提錄影光碟，告訴人○○○為「睡美人」乙曲之著作權人，且以鑑定人○○○與偵查中鑑定人○○○之意見相符，認上開二首歌曲已符合實質近似要件，惟依上開錄影光碟，無法證明被告在場；且偵查中證人○○○所言僅係主觀臆測，無法證明被告聽過該曲；又被告否認告訴人○○○曾在其家中教導過被告，且無其他證據證明告訴人○○○確曾教導被告彈唱「睡美人」乙曲，故認被告並不具有接觸「睡美人」乙曲之合理可能性，公訴人不能證明被告犯罪，而為被告無罪之諭知。

（四）公訴人不服，提起上訴，本院經審理結果認：

- 1.所謂抄襲，乃係剽竊他人之著作，並當作自己所創作之謂，而據以認定抄襲之要件有二：即接觸及實質近似（最高法院97年度台上字第3914號刑事判決意旨參照）。雖著作權法之相關規定未見「抄襲」之用語，惟抄襲應包括非法重製。又所謂「獨立創作」乃指著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作；凡經由接觸並進而抄襲他人著作而完成之作品即非屬原創性之著作，並非著

作權法上所定之著作（最高法院97年度台上字第1587號刑事判決意旨參照）。故近似之二著作，雖非無可能係個別獨立之創作，然如其近似之程度甚高，則實無從想像「若非接觸，何以致之」。且於著作是否為非法重製之判斷上，之所以會有「接觸」之要件，主要係因著作權以原創性即原始性與創作性作為保護之要件，故於舉證責任之分配上，於二著作已近似之情形下，如何證明係著作權被侵害，而非平行之獨立創作，即必須配合有無「接觸」之可能，作為判斷之標準。故在「接觸」要件之判斷上，須與二著作「實質近似」之程度綜合觀之。如實質近似之程度不算高，則著作權人或公訴人應負較高之關於接觸可能之證明；但如實質近似程度甚高時，僅需證明至依社會通常情況，有合理接觸之機會或可能即可。

2. 由告訴人○○○、證人○○○之證詞，及告訴人○○○所提90年6月19日於○○○演出之錄影光碟，可證「睡美人」乙曲應係告訴人○○○之創作。被告○○○對此並不否認，惟辯稱其所創作之「到底愛怎麼了」乙曲與「睡美人」乙曲並不近似，且「到底愛怎麼了」乙曲係由其所獨立創作等語云云。然查偵查中指定之鑑定人○○○及原審審理中指定之鑑定人○○○均係此領域之專業人士，且均分別提出書面鑑定意見，並各自於偵查中（見臺灣士林地方法院檢察署99年度偵字第4241號卷第229頁）及審判中（見臺灣士林地方法院100年度智訴字第10號卷第138至140頁）到庭具結陳稱「到底愛怎麼了」乙曲與「睡美人」乙曲，根本上是相同的，故


二首歌曲實質近似，且其近似程度甚高，應可認定。而本院依被告之聲請，傳訊證人○○○ 即被告曾學習鋼琴之○○ 音樂教室之負責人到庭作證，證人○○○ 雖具結證稱其於被告小學三年級至國一在其音樂教室學習階段，曾聽過被告彈奏其於本案偵查中當庭所聽「到底愛怎麼了」乙曲（見本院卷第57至59頁）云云，惟查證人並非音樂老師，僅單純經營音樂補習班（見本院卷第60頁），依其經歷背景，尚難認其具能力辨識於偵查中當庭所聽歌曲（見臺灣士林地方法院檢察署99年度偵字第4241號卷第228頁）究竟係於作證前即已自仿間聽到，或是因被告於國小三年級至國中一年級期間曾彈奏而聽過，況證人○○○ 於本院審理時復證稱於偵查前被告○○○ 之經紀人即曾播放該曲，問其是否聽過等語（見本院卷第61頁），故證人○○○ 之證詞並無法證明被告○○○ 確有創作「到底愛怎麼了」乙曲。公訴人雖不能證明被告○○○ 「確實」接觸過「睡美人」乙曲，然以告訴人○○○ 與被告○○○ 長期之學姐學妹關係，又均喜好音樂，且其住家均在○○ 市○○ 區○○ 段，證人○○○ 亦證稱告訴人○○○ 於○○○ 表演「睡美人」乙曲前，即曾在班上彈奏過，表示告訴人○○○ 亦有可能已於他處彈奏過，故告訴人○○○ 陳稱與被告○○○ 原係好友，曾教導其彈奏「睡美人」乙曲，絕非毫無可能，況二首歌曲之音節各有35小節，以其高度近似之程度，實難想像，若非接觸，何以致之。故公訴人之上訴，非無理由，被告○○○ 確有涉犯著作權法第91條第3項之罪嫌。

參、聲請解釋憲法之理由

一、聲請人確信著作權法第91條第3項（含同條第2項）及同法第100條但書違反憲法第7條平等原則之理由

（一）憲法第7條規定之平等原則，旨在防止立法者恣意對人民為不合理之差別待遇。如對相同事物，為無正當理由之差別待遇，即與憲法第7條之平等原則有違。且平等原則雖非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，但為差別待遇時，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違（參見司法院釋字第687、666號解釋）。雖個別刑罰之法定刑，及是否應為告訴乃論，係立法機關基於憲法之價值體系及立法目的所為之價值判斷，然此價值判斷並非不受合憲性之審查。尤其是在同一法規範內，基於相同之立法目的，卻就相同或些微差異之事物，賦予不同之法律效果，導致同一法規範內價值之衝突，自屬違反體系正義，而與憲法第7條之平等原則有違。

（二）現行著作權法第91條第3項規定，以重製於光碟之方法
犯前項之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上500萬元以下罰金。而就以重製於光碟之方法，犯同條第2項侵害他人著作財產權之罪單獨訂定刑罰之規定，始於92年7月9日修正公布之著作權法，其立法理由（以下著作權法歷年法規及立法理由均參見經濟部智慧財產局網頁資料）為：「以重製於光碟之方式侵害著作財產權者，其不法獲利高，成本亦低，致著作財產權人損失亦較為嚴重，故加大罰金刑至500萬元。」，迄93年9月1日又提高有期徒刑之最低刑度

為6 月以上，其立法理由為：「為有效遏阻盜版光碟的製造，修正條文將可罰性最高的侵害，也就是『為了銷售、出租而盜版光碟』之罰責予以加重，第3 項將自由刑下限，從現行法『拘役』提高到『六個月』有期徒刑。」另同法第100 條但書關於犯第91條第3 項之罪為非告訴乃論之規定，亦係始於92年7 月9 日修正公布之著作權法，其立法理由為：「一、二十一世紀是知識經濟的時代，創新與資訊科技是知識經濟發展的催化劑，著作相關產業包括資訊科技產業之的發展，為維繫國家社會競爭力的基礎。二、目前社會常見之著作權侵害態樣中，數位化著作，例如電子書、視聽、錄音著作之影音光碟或電腦程式光碟產品等之盜拷、盜錄或散布盜版物之行為，至為猖獗，其所侵害者，往往並非某人之某項單一權利與合法經濟利益，而是同時侵害特定多數人的眾多權利，例如流行樂曲合集之CD光碟、電影光碟，或大補帖盜版光碟，此與單一個人法益受害之情況有所不同。三、由於科技之進步，盜版品之製造已從單一或少量演進成為在極短的時間裡即可製造數以千萬計之產品。盜錄、盜拷及散布盜版光碟之犯罪行為，成本低微，攫取非法暴利，破壞產銷秩序及經濟秩序，擾亂交易安全，更危及著作權相關產業，例如資訊科技產業、文化、娛樂產業之生存，侵害損蝕國家、產業之競爭力，亦敗壞國民道德與風氣。四、此類犯罪行為已從往昔單純侵害個人法益之性質轉化為損害國家、社會法益的性質，不宜繼續列為告訴乃論之範圍，而應由國家主動追訴。五、爰將犯第九十一條第三項及第九十一條之一第

三項所定兩種較重大之著作權侵害行為納入非告訴乃論之範圍，以期有效遏止侵權犯罪。」。

- (三)從上述立法理由可知，將以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權單獨立法並提高刑罰之目的，係因科技進步，使光碟之重製變得相當容易，成本低且獲利高，再加上侵害之權利人眾多，因而提高有期徒刑及得併科罰金之刑度。惟按國際間公認首部著作權法即1710年4月10日施行之安妮法案（the Statute of Anne），由英國女王安妮（Anne of Great Britain, 1665 —1714）所頒布，原名為「一部在法定期限內將印刷書重製本授予作者或購買者以鼓勵學習的法案」（An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the time therein mentioned），可見著作權（copyright）的起源，係在保護文字著作，且以重製（copy）為核心。印刷技術的更新，使重製變得較為容易，因而誕生了安妮法案，而科技的不斷創新，使表達創作之載體遠遠超出當時以紙本為規範基礎的著作權法。雙卡錄音機可同時重製錄音帶之技術，以及可大量重製光碟之燒拷機的出現，都使得重製較過去更為容易，成本低即致獲利高，而網路軟體的日新月異，更使光碟之重製即將成為黃昏產業，與其一張張燒拷重製，不如在實體鍵盤上按鍵或在螢幕上滑鍵即可大量重製，且現行市面上之記憶卡、隨身碟、行動硬碟等得以重製之容量，更甚於光碟，故著作權法第91條第3項及同法第100條但書，僅以著作權載體之不同，作為

刑罰之高低及是否為告訴乃論之基礎，確實係對相同事物，為無正當理由之差別待遇，與憲法第7條之平等原則有違。

- (四)此外，科技之發達，使著作之表達方式，亦不再僅侷限於文字之印刷重製，網路科技之創新，更使著作權法為因應數位化時代而增訂公開傳輸權未久，又要開始討論雲端時代對著作權的影響。著作權法自74年7月10日起即因科技發展造成著作型態之多樣化而大幅修正，僅需具備原創性即可成立之著作權，由於網路之發達，造成流通、使用方式之多樣化，為因應此現象，著作權法制以增加著作財產權種類之立法模式，不斷擴張著作權的保護範圍，再加上裹著契約自治糖衣的授權契約，以劃分區域、時間、使用方式等，將看似輕薄短小之著作權，創造成一綿密紮實、威力強大的權利核心，再輔以令人畏懼的刑事責任，著作權法已不再是著作權法第1條所稱調和社會公共利益，促進國家文化發展的法制，而是容易入人於罪的桎梏。著作權法第91條第3項係規範以重製於光碟之方法犯前項之罪，而前項即同條第2項係規定，意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以上200萬元以下罰金。其刑度亦係於93年9月1日修正時，將最低為拘役之刑度提高為有期徒刑6月以上，其立法理由為：「又意圖銷售或出租他人著作而重製之侵害行為，惡性較為重大，著作人所受之損失亦較為嚴重，爰於第二項加重有期徒刑及罰金刑之處罰，以有效阻遏侵害。」，由其立法理由可知，既

稱重大，必其犯罪情節非輕，且依上開同條第3項之立法理由觀之，該項所欲規範之對象應係大量重製光碟之行為。立法者雖以「意圖銷售或出租而以擅自重製之方法侵害他人著作財產權」，惡性必定重大，故法定刑最低即為有期徒刑6月以上，然擅自以重製之方法（第91條第1項）、以移轉所有權之方法散布（第91條之1第1項）、明知係侵害著作財產權之重製物而散布（第91條之1第2項）、擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，其法定刑則均為3年以下有期徒刑，惟意圖銷售或出租而擅自重製，與擅自重製、散布、改作、編輯等行為，對著作財產權之侵害，自質之觀點而言並無不同，且意圖銷售或出租，亦並非一定已發生銷售或出租之實害，況各條之立法目的皆無不同，均係透過對著作財產權之保護以遏止對著作財產權之侵害行為。此外，依據刑法第41條第1項之規定，犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得易科罰金，實務上常見大量擅自以改作、編輯或出租之方式侵害他人著作財產權並營利者，仍得易科罰金，且縱其載體為光碟，亦因係告訴乃論之罪，而可與著作財產權人因和解而撤回，但意圖銷售或出租而擅自重製者，倘非首次犯有期徒刑以上之罪，雖量有限，或尚未銷售或出租，仍無法易科罰金，且如載體為光碟，因係非告訴乃論之罪，縱著作財產權人不追究，或已和解撤回亦不生撤回之效力。綜上，著作權法第91條第3項含同條第2項及

同法第100條但書之規定，係在同一著作權法之規範內，就相同或類似之行為，賦予不同之法律效果，導致同一法規範內價值之衝突，自屬違反體系正義，而違反憲法第7條所定之平等原則，應為無效。

二、聲請人確信著作權法第91條第3項（包含同法第91條第2項）及同法第100條但書違反憲法第8條法律明確性原則之理由

（一）憲法第8條規定，對人民身體自由之限制，應遵循正當之法律程序，而法定程序之踐行，即包括法律規定之內容應明確，此即所謂法律明確性原則。換言之，基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。又立法機關雖得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及個案之妥當性，適用抽象概念而為相應之規定。然在罪刑法定原則下，處罰犯罪必須依據法律為之，犯罪之法定性與犯罪構成要件之明確性密不可分。因此，構成要件中之抽象概念，必須其意義並非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，也必須為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷，始可認為無違反憲法第8條之法律明確性原則（司法院釋字第690、669、636、602、594、521、432號參照）。

（二）現行著作權法第3條第1項係就該法之用詞為定義，其第5款規定，重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製

作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。第11款規定，改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。而依據最高法院前開關於抄襲之要件有二：即接觸及實質近似（最高法院97年度台上字第3914號刑事判決意旨），此亦係學說之普遍見解，因此並非完全相同始能稱為重製。而所謂改作，依上款規定意旨亦係指就原著作之另為創作，故改作與原著作亦不相同，則重製與改作間之界線為何，裁判上易生爭議，且著作權法第6條第1項又規定，就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。則衍生著作、非法改作與非法重製間之關係為何，更是語意不清而易生爭議。

- (三)查而現行著作權法第6條第1項係源自於81年6月10日著作權法之修正，其立法理由略為：「將原文字及語言著述之翻譯修正移列並擴大為衍生著作，予以保護，以符合世紀潮流及著作權立法趨勢」；第2項之立法理由則為：「係指原著作與衍生著作各自獨立，各受本法之保護，互不影響與牽制。」。該次修正並刪除74年7月10日即修正之第3條第23款關於「重製權」及同條第27款關於「改作權」之規定。原「重製權」之規定為：指不變更著作形態而再現其內容之權；原「改作權」之規定為：指變更原著作之表現型態使其內容再現之權。而81年6月10日修正之現行著作權法第3條第1項第5、11款則分別強調，重製係「有形之重複製作」；改作則為「就原著作另為創作」，似乎只要是利用前著作所為

之具有原創性之後著作，均係改作，又依著作權法第6條第1項之規定而為衍生著作，則與原著作不完全相同但實質近似之著作，究竟係重製或是改作；對實質不近似，又非該第11款例示之翻譯、編曲、影片拍攝等，若未得權利人之同意或授權，是否即一律構成非法改作。此區分影響行為人究竟係違反著作權法第91條第1、2項之非法重製罪，或係同法第92條之非法改作罪，倘其係以載體為光碟，又涉及是否為告訴乃論之罪的問題，故雖因社會生活事實之複雜性，構成要件中不可避免地必須包含部分抽象概念，但此概念之意義，仍必須非一般受規範者難以理解，且必須與受規範者對該概念之認知相當，「改寫」、「改作」，就一般文字意義而言，即係利用原著作加以改變之行為，而實質近似之改作即為重製，則改作到何程度變為重製，確實非一般受規範者得以預見，也不易經司法審查加以客觀認定及判斷，況網路科技之發達，使著作權之利用行為相當普及且容易，且受規範者遍及社會各階層，故著作權法第91條第3項含同條第2項及同法第100條但書之規定，並無法使受規範者得以預見其行為之法律效果，均違反憲法第8條之明確性原則，應為無效。

(四) 又財產權之性質已從絕對化走向社會化，財產權的利用應強調社會之和諧及以公共利益為導向，此於有體財產權如此，作為法律創設之無體財產權，更係藉由私權化之保障，以追求更高之公共利益，因此更應以公共利益作為行使權利的界線。現行著作權法第1條即明白揭櫫著作權法之立法目的即係藉由保障著作人著作權利及調

和社會公共利益，以達促進國家文化發展之最高公共利益。然由於科技之發達，即帶動了著作質與量的提升，網路上更是每分每秒均創造出無數的著作人及著作，著作權法制就著作權之成立改採原創主義後，有無著作權法之保護，其實已不當然影響創作之動機，但著作權法制應如何促進國家文化之發展，則必須仰賴著作物之流通及他人之利用，故著作權法對原始創作之保護，即係對個人自由之尊重，但為促進國家文化之發展，對於利用他人著作之原創性表達，亦應加以尊重，而此權利行使的界線即為合理使用。現行著作權法第65第1項即規定，著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。但如依上開第11款例示之改寫即係改作，而違反同法第92條之非法改作罪，改作與重製間之界線又不清楚，則在有期徒刑6月以上，且為非告訴乃論之刑事責任壓力下，實務上被告大多僅會辯稱「我沒抄」，而非辯稱「我抄了，但我主張合理使用」，故著作權法第91條第3項含同條第2項及同法第100條但書之規定，與著作權法制鼓勵著作物之流通及使用之立法精神及目的不合，也有違憲法第8條之法律明確性原則，應為無效。

三、聲請人確信著作權法第91條第3項（含同條第2項）及同法第100條但書違反憲法第23條比例原則之理由

- (一)人民身體之自由及財產權應予保障，憲法第8、15條分別定有明文。國家為實現刑罰權，將特定事項以特別刑法規定特別之罪刑，其內容須符合目的正當性、手段必要性、限制妥當性，此即罪刑相當性原則，方符合憲法第23條比例原則之規定。且鑑於對人身自由之刑罰，嚴

重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由或剝奪其財產權，惟刑罰對人身自由之限制或財產權之剝奪，仍應考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，及處罰程度與所欲達成之目的間應具備合理必要之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與罪刑相當性原則無違，而符合憲法第23條之比例原則，司法院迭著有釋字第669、646、630、602、594、551、544、476號解釋可資參照。

- (二)如前所述，就以重製於光碟之方法，侵害他人著作財產權之罪單獨訂定刑罰之規定，始於92年7月9日修正公布之著作權法，在此之前，著作權法並未因著作權載體之不同而單獨訂定刑罰，然事實上每一次因科技發展所帶來之嶄新著作權載體的出現，均使著作權的利用包括重製或改作顯得更為容易，成本變低當然致獲利較高，其後著作權法歷經93年9月1日、95年5月30日、96年7月11日、98年5月13日、99年2月10日等5次修正，著作權法第91條第2、3項及第100條但書規定均未修改。惟按「法條有窮，人情萬變」，由於該條文本本身並無侵權數量或其他限制要件，故雖立法理由認為意圖銷售或出租而非法重製，或係以光碟為重製之方法，必定犯罪情節重大，然實務上常見雖係意圖銷售或出租，或係以光碟為載體，但其重製之數量非常有限，且因科技

之進步，以光碟為載體非法重製，技術上相當容易，違法意識也隨之降低，況著作財產權並不會因為他人之侵權行為，使權利轉由侵權人占有，權利人還是享有權利，此與有體財產權之竊盜行為，權利已在侵權人之占有中，權利人之使用收益權受到限制之情形完全無法相比。而刑法第320條第1、2項之竊盜、竊佔罪，無論侵害所得利益多寡，法定刑均為處5年以下有期徒刑、拘役或500元以下罰金；縱刑法第321條之加重竊盜，係處6月以上、5年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金，然其加重條款均係就原竊盜行為外之追加惡性行為，例如侵入住宅、毀越門扇、攜帶兇器、結夥3人以上等，或犯罪時、點特別如天災之際或交通站等，且刑法第320條第3項、第321條第2項均定有對未遂犯之處罰，相較之下，著作權法第91條第2、3項既無未遂犯之規定，且無論情節輕重，一律均須處以6月以上有期徒刑之罪，剝奪法院之刑罰裁量權，顯與罪刑相當性原則不合，而有違憲法上之比例原則。

- (三)又著作權法第91條第2、3項違反罪刑相當性原則，在刑法94年2月2日修正公布，且於95年7月1日施行，基於刑罰公平原則之考量，杜絕僥倖之犯罪心理，並避免易致鼓勵犯罪之誤解，刪除第56條連續犯之規定，並將含有連續犯性質之「常業犯」一併全數刪除後，更為明¹¹¹。依據實務見解，行為人反覆實行之犯罪行為，苟司法修正施行後者，因法律之修正已生阻斷連續犯犯之法律效果，除認應合於接續犯、繼續犯、集質質上一罪關係而以一罪論處外，基於一罪一罰

之刑罰公平性，自應併合處罰。故而，反覆多次犯行，於修法前原論以常業犯之罪者，修法後究應論以數罪或包括一罪，尚須斟酌個案狀況，未能一概而論。除其基本之犯罪原具有集合犯性質，或其行為符合接續犯概念，得評價為包括之一罪外，仍應依實質數罪予以併合處罰，方符修法刪除常業犯之立法旨趣（最高法院99年度台上字第5502號刑事判決意旨參照）。而接續犯係指數行為於同時同地或密切接近之時地實行，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，自一般社會健全觀念上視之，難以強行分開，以視為一個行為之數個舉動，合為包括之一行為予以評價，較為合理者而言；集合犯係一犯罪構成要件類型，立法者已預設該項犯罪須持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，其個別行為雖具獨立性而能單獨成罪，仍予以總括或擬制成一犯罪構成要件始足當之。而立法者所定販賣毒品罪，其構成要件，並無必須反覆或繼續實行始能成立，亦無予以總括或擬制為一個犯罪構成要件之情形，且販賣行為常有單一或偶發性販賣之情形，亦非絕對具有反覆、繼續實行之特徵，自無從成立集合犯或接續犯之餘地（最高法院102年度台上字第1971號刑事判決意旨參照）。而以光碟為載體非法重製，有因數量少，情輕法重，仍必須處6月以上有期徒刑外，更有因重製方便，違法意識驟降，先後大量重製，或經營不同店家，因實務上無法評價為連續犯或常業犯，也難以集合犯或接續犯相繩，累計併罰之結果，所應執行之有期徒刑竟可高達數年，遠超過對其他侵害身體法益或社會法益之案件，更與罪

刑相當性原則不合。此於違反著作財產權授權契約，於授權契約終止後，仍非法以重製於光碟之方式經營伴唱業者之情況，最為明顯，以本院受理違反著作權法案件數最多之被告○○○為例，自100年2月起迄本件聲請釋憲時，於本院已有20件刑事二審案件（詳被告○○○於本院刑事案件一覽表），且由於實務上認為同一時期之數次重製行為，不得論以包括一罪（最高法院100年度台上字第5148、7371號、101年度台上字第910號參照），故一件中通常又有數罪，惟個案所涉曲目不多且重覆（見被告○○○於本院前案資料查詢），而迄102年6月14日就被告○○○已確定之案件所定之應執行刑即已為有期徒刑3年3月（見本院102年度刑智聲字第12號），其雖因已確定之違反著作權法案件接續在監服刑（見臺灣高等法院在監在押全國紀錄表），但仍有12個地方法院在審理其於同一時期，於不同地點，重製、出租於不同店家所為之違反著作權法案件（見司法院「法院加強審判功能保護智慧財產權方案」函所附臺灣士林地方法院102年度辦理智慧財產案件之興革建議），縱合併審判，因數罪併罰，仍明顯有因過度評價而對其自由權構成不當之剝奪，與罪刑相當性原則不合，而違反憲法第23條之比例原則。

- (四)案件是否為告訴乃論之罪的區別實益在於告訴乃論之罪得撤回告訴（刑事訴訟法第238條第1項）、撤回自訴（刑事訴訟法第325條第1項），如為非告訴乃論之罪，則縱有撤回之意思表示，亦不生撤回之效力。所謂告訴，係指告訴權人向偵察機關申告犯罪事實請求訴追之

意思表示。對非告訴乃論之罪，告訴僅係偵查之發動，但對告訴乃論之罪，則係訴追之要件。而告訴乃論之罪，通常係侵害個人法益或財產權之犯罪，且必須法律有明文規定為限。如刑法第277條第1項普通傷害罪或第284條過失傷害罪（刑法第287條），第352、354、356等之毀損罪（刑法第357條）及第358至360之妨害電腦使用罪（刑法第363條）。而對著作財產權之侵害，無論係重製或改作，著作財產權人仍完整享有該財產權，僅係其使用收益受到侵害，則其情節與財產權之毀損或對電腦使用之妨礙較為相當，故著作權法第100條本文規定，本章之罪，須告訴乃論，合於一般刑法原則，惟但書規定此不限於犯第91條第3項及第91條之1第3項之罪，則與罪刑相當性原則不合。雖如前所述，其立法理由係認定以光碟為載體侵害他人著作財產權，情節必定重大，但實務上並非如此，以本件而言，被告所涉犯行雖係以重製於光碟之方法所為，但所涉侵權歌曲僅一首，亦僅有曲之部分涉及侵權，且告訴人與被告於100年7月8日原審第一次行準備程序時即已達成和解之共識，同年11月7日第三次行準備程序時和解已成立，告訴人並提出撤回告訴狀，然因本件為非告訴乃論之罪，不生撤回告訴之效力，本件仍續行審理，迄101年10月26日原審判決無罪，公訴人復提起上訴迄今，所耗費之司法資源，與其所欲保障之著作財產權法益已顯不相當。此外，因著作權法第91條第3項之最輕本刑為6月以上有期徒刑，故實務上亦有非法重製之光碟數量不多，告訴人與被告和解並撤回，但因該撤回不生效力

，被告又因他案構成累犯，且無刑法第59條之酌減情形，而至少必須處有期徒刑7月以上之罪，造成個案罪刑嚴重失衡。雖是否為告訴乃論之罪非直接涉及刑度，但仍與是否追訴犯罪有關，故著作權法第100條但書顯有違罪刑相當性原則，而與憲法第23條之比例原則不合。

肆、結論

「富者，人之情性所不學而俱欲者也。」（史記）。人性使然，權利人總想要得更多，各種著作權之載體或表達方式，無論權利人想得到的或想不到的，權利人總想一網打盡，但著作權多少與文化有關，而文化重在交流，過多的保護絕對會影響交流所生之創新。隨著醫藥科技延展人類的壽命，網路技術的發達，讓著作權的創作及利用都變得如此輕易與普及，彈指之間，每日已不知重製、改作多少著作權，姑不論著作權的權利期間、權利範圍是否應該有所調整，以刑事責任制裁所謂侵害著作權的行為，確實已到了必須改弦更張的時候，更何況僅因著作權載體為光碟即一律定為有期徒刑6月以上之法定刑及非告訴乃論之罪，已違憲法之平等、明確性及比例原則。本件因涉及創作與利用著作權之普羅大眾的自由及財產權，且本院於行審判程序時諭知本件有聲請司法院解釋憲法之疑義時，公訴人及被告、辯護人均表示無意見，辯護人並具狀陳報比較法制上之相關意見（見本院卷第73至78頁），本件應有行言詞辯論之必要，倘鈞院亦認為有必要，爰請鈞院函學術、實務及相關主管機關表示意見，並開庭辯論。綜上，聲請人基於上述合理確信之理由，認為著作權法第91條第3項（含同條第2項）及同法第100條但書之規定，牴觸憲法第7條平等原則、第8條明確性原則及第23

條之比例原則，爰請鈞院作成解釋宣告違憲。

伍、關係文書及附件：

關係文書：本院101 年度刑智上訴字第88號違反著作權法案件原卷共7 宗

附件一：被告 ○○○ 於本院刑事案件一覽表

附件二：被告 ○○○ 於本院前案資料查詢

附件三：本院102 年度刑智聲字第12號刑事裁定

附件四：臺灣高等法院在監在押全國紀錄表

附件五：司法院「法院加強審判功能保護智慧財產權方案」
函

謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲請人 智慧財產法院第二庭

審判長法官

陳忠行

法官

曾昭謀

法官

邱錦梅

中 華 民 國 102 年 8 月 8 日

智慧財產法院補充釋憲理由書

- 一、本院審理101年度刑智上訴字第88號被告○○○涉嫌違反著作權法第91條第3項（含同條第2項），及依同法第100條但書之規定為非告訴乃論之罪，依合理之確信，認該等規定有牴觸憲法第7、8、23條之疑義，而有聲請解釋之必要，已依司法院大法官案件審理法第5條第2項及司法院釋字第371號解釋，於司法院大法官作成解釋前裁定停止訴訟程序，並已於民國（下同）102年8月8日向司法院大法官提出釋憲聲請書。聲請解釋迄今，雖專責著作權法之主管機關經濟部智慧財產局（下稱智慧局）屢次提出相關法令之修正草案，且司法院大法官於行政院院會106年10月26日通過著作權法修正草案後之同年11月初即將本件列入待審案件清單，但本院仍認本件應適用之法律有牴觸憲法之疑義，茲再提出補充釋憲理由書。
- 二、原聲請解釋憲法之目的為：著作權法第91條第3項規定，以重製於光碟之方法犯前項（意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者）之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上500萬元以下罰金。另同法第100條但書規定（本文為本章之罪，須告訴乃論）；但犯第91條第3項及第91條之1第3項之罪，不在此限。其中以著作權之載體即「光碟」，與其他重製之方法予以不同之評價及刑罰，甚至一律定為非告訴乃論之罪，有違平等原則；又何謂「重製」，迄今無任何明確規範，其與同法第92條第1項規定之「改作」又有何不同，難以區分，有違法律明確性原則；另將重製於光碟之方法，無論其重製之侵害程度或數量多寡，均一律處以最輕本刑6月以上有期徒刑，

致大多數案件均不得易科罰金，亦因非告訴乃論之罪，使告訴人之撤回不生效力，有違比例原則下之罪刑相當性原則，故認著作權法第91條第3項（含同條第2項）、同法第100條但書之規定，牴觸憲法上之平等原則、法律明確性原則、比例原則，使人民受到行為當時所未預見且過度評價之刑罰制裁，致自由權受到不當限制、侵害而違憲無效。

三、經查現行著作權法第91條第3項（含同條第2項）及同法第100條但書之規定，自本件102年8月8日聲請釋憲迄今均未修正，雖專責著作權法之經濟部智慧財產局於此期間屢次提出著作權法修正草案，然均未通過立法院審議。106年10月26日行政院院會雖通過經濟部所擬具之著作權法修正草案，並已於同年11月2日函送立法院審議，其中草案第121條第2、3項即現行法第91條第2、3項；草案第131條即現行法第100條（草案對照表見附件一）。草案第131條僅係配合修正條文條次變動而酌作文字修正，而草案第121條第2、3項之立法理由為僅以網拍少量盜版CD、使用未經授權照片於DM，至少判刑6個月，未免情輕刑重，致罪責不相符等語，刪除6月以上之法定刑下限，然仍係以「光碟」作為區分刑度之依據，且處以較重之刑責，並作為區分是否為告訴乃論之罪的標準，明顯違反憲法上無正當理由不得為差別待遇之平等原則。本件於102年8月8日聲請釋憲時，即提及光碟之重製已為黃昏產業，且市面上之記憶卡、隨身碟等得以重製之容量更甚於光碟，因此現行著作權法第91條第3項（含同條第2項）及同法第100條但書之規定，以光碟做為區分之標準，已難稱犯罪情節重大，故除違反憲法第7條之平等原則外，亦顯與罪刑相當原則不合而違反憲法第23條

之比例原則。

四、次查102年8月8日釋憲聲請書已提及學說及實務見解對於「重製」的認定，均係以接觸及實質近似為要件，因此並非完全相同始能稱為重製，其與「改作」之界線為何，裁判上易生爭議。本院98年度刑智上訴字第54號違反著作權法案件即認：「改作」與「重製」對著作財產權侵害性內容，顯有相當程度之差異，二者社會基本事實難認為同一，自不得變更起訴法條為同法第92條之改作罪為審判，被告並無重製告訴人享有著作權之玫瑰花紋圖，原審因而諭知被告二人無罪之判決，核無違誤，該判決要旨並經司法院公告為判解函釋（見附件二）。對行為人而言，單一之行為，竟會因法院認定是否構成實質近似，而有是否為同一社會基本事實之不同。此外，現行著作權法第6條第1項又規定，就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。此係因著作權法並非僅保護著作人之著作權，為促進文化發展，亦鼓勵著作物之使用與流通，即鼓勵轉化性之使用至另為創作之改作（參熊誦梅著，變調的涼山情歌一解開衍生作之緊箍咒，見附件三），則何謂衍生著作、非法重製及非法改作之界線又為何，均影響刑事責任之有無及輕重，且私人間涉嫌侵害著作權之單一或偶發行為一律課予刑事責任，且最高至少為有期徒刑三年以下之罪，既阻礙科技之創新（參熊誦梅著，尋找台灣的Sean Parker，見附件四），亦有違憲法第8條之法律明確性原則。

五、依據世界貿易組織（WTO）所訂「與貿易有關之智慧財產權協定」（TRIPs）第61條規定，會員至少應對「具有商業規模」而故意仿冒商標侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰

則。顯見目前臺灣相關侵害著作權之刑罰規定已高過世界貿易組織之要求，且各國多係對於具有商業規模之著作權侵害，始課予刑事責任，至於對侵害情節較輕者，另訂門檻不予處罰，故106年召開之司法改革國是會議第五組召集人梁永煌即提案檢討著作權侵害刑罰化的存廢（參智慧局提，著作權法除罪化之檢討，見附件五）。智慧局對該議題所提說明為104年全國地方法院檢察署新收偵查案件共計43萬餘件，著作權案件為3,840件，占整體案件約0.89%，認除罪化對於疏減檢察官訟源效果實屬有限等語，惟查因現行著作權法並未以商業規模或營利門檻區分刑事責任之有無，故著作權人若認權利受侵害，即自行或委託他人向檢警立案，等檢警協助找到侵害事證後，再與對方談和解，幾乎是將國家機器當作私人徵信社，且助長著作權蟑螂之橫行，案件黑數多過上開智慧局所列件數，且行為人通常為學生或弱勢族群。因此，除了具有商業規模之侵害著作權案件外，在科技發達、人手一機的今日，彈指之間，人人均有可能成為侵害著作權法之現行犯，故建請司法院大法官藉由本件宣告著作權法第91條第3項（含同條第2項）因違反憲法第8條之明確性原則而無效，進而督促各相關機關檢討侵害著作權之刑事政策。

六、末查102年8月8日釋憲聲請書已提及現行著作權法第91條第3項（含同條第2項）違反罪刑相當性原則，於95年7月1日刑法刪除連續犯及常業犯後，更為明顯。以本院受理違反著作權法案件數最多之被告○○○為例，因最高法院認同一時期之數次重製行為，不得論以接續犯之包括一罪，故縱個案所涉非法重製歌曲不多，或不同店家在同一地區或歌曲

有重複重製等情形，均應認係數罪而分論併罰，迄102年8月8日釋憲聲請前，被告○○○已確定案件所定之應執行刑為有期徒刑3年3月（見釋憲聲請書附件三），再迄105年8月18日，被告○○○就其自98年間至100年9月22日前確定案件所定應執行之刑已為有期徒刑17年6月（見附件六），尚不包括100年9月22日之後所確定之案件。則被告○○○

於2、3年間因違反著作權授權契約所生意圖出租而非法重製、或以光碟非法重製之行為，竟應予執行幾已達有期徒刑上限之刑，顯係過度評價而對其自由權構成不當之剝奪，與罪刑相當性原則明顯不合，嚴重違反憲法第23條之比例原則。

- 七、綜上所述，現行著作權法第91條第3項（含同條第2項）及同法第100條但書之規定，牴觸憲法第7條之平等原則、第8條之明確性原則及第23條之比例原則。雖行政院院會106年10月26日通過著作權法修正草案第121條第2、3項及第131條，仍然牴觸上開憲法條文。況此修正草案何時通過立法院審議，亦在未定之天。本件聲請涉及廣大創作與利用著作權之人的自由及財產權，且司法院大法官審理之範圍應遍及所有法領域，為鼓勵科技創新，並平衡著作權人及著作權使用人間之利益，建請司法院大法官作成本件解釋宣告上開著作權法條文違憲，俾使各機關為了臺灣智慧財產權之發展，積極檢討臺灣應有之著作權刑事責任。

謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲請人 智慧財產法院第二庭

審判長 法官

李維心

法官

彭洪英

法官

熊誦梅

中 華 民 國 107 年 3 月 31 日

附件一：行政院院會106年10月26日通過之著作權法修正草案第121條第2、3項、第131條對照表

附件二：本院98年度刑智上訴字第54號刑事判決及經司法院公告之判解函釋

附件三：熊誦梅著，變調的涼山情歌－解開衍生作之緊箍咒，收錄於黃銘傑主編，著作權合理使用規範之現在與未來一書，100年9月，第415至439頁。

附件四：熊誦梅著，尋找台灣的Sean Parker，智慧財產培訓學院精選文章，101年6月8日，見

https://www.tipa.org.tw/p3_1-1.asp?nno=147（瀏覽日期：107年3月31日）。

附件五：司法改革國事會議分組會議第5組第3次會議資料（資料編號：5-3-討6_智慧局）。

附件六：本院105年度刑智聲字第6號刑事裁定

