

司法院釋字第 804 號解釋抄本



司法院公布令·····	1
解釋文及解釋理由書·····	1
黃大法官瑞明提出之協同意見書·····	14
呂大法官太郎提出之協同意見書·····	19
蔡大法官明誠提出，黃大法官虹霞加入之部分不同意見書·····	24

解釋

司法院 令

發文日期：中華民國110年5月21日

發文字號：院台大二字第1100015405號

公布本院大法官議決釋字第804號解釋

附釋字第804號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第804號解釋

解釋文

著作權法第91條第2項規定：「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。」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。」同法第91條之1第3項本文規定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處6月以上3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。」所稱「重製」，與法律明確性原則尚無違背；上開規定有關以6月以上有期徒刑為最低度法定自由刑部分，與憲法第8條保障人身自由之意旨亦尚無違背。

同法第91條第3項規定有關得併科罰金之額度部分、同法第91條之1第3項本文規定有關以6月以上有期徒刑為最

低度法定自由刑及得併科罰金之額度部分，與憲法第 7 條保障平等權之意旨均尚無違背。

同法第 100 條規定：「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 項之罪者，不在此限。」其但書規定與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚無違背。

解釋理由書

一、本件各原因案件之訴訟經過、聲請意旨及程序審查

附表編號 1 至 5 之聲請人一至五承審各該法院違反著作權法案件（聲請人聲請解釋憲法之原因案件及聲請標的，詳如附表），分別認各該案件應適用之著作權法第 91 條第 2 項規定（下稱系爭規定一）、第 3 項規定（下稱系爭規定二）及同法第 91 條之 1 第 3 項本文規定（下稱系爭規定三）所稱之「重製」，違反法律明確性原則；系爭規定一及二就意圖銷售或出租，擅自以重製於光碟之方法侵害他人著作財產權之犯罪行為，及系爭規定三就散布非法重製物為光碟之罪，最低度法定自由刑均為 6 月以上有期徒刑，與罪刑相當原則不符，有違比例原則，而有牴觸憲法第 8 條之疑義；系爭規定二就以重製於光碟之方法犯系爭規定一之罪者，提高併科罰金之額度，及系爭規定三就散布非法重製物為光碟之罪提高其最低度法定自由刑及得併科罰金之額度，均僅以著作權載體之不同作差別待遇之分類，有違憲法第 7 條保障之平等權；同法第 100 條但書規定（下稱系爭規定四）將系爭規定二及三之罪列為非告訴乃論之罪，有牴觸憲法第 7 條平等權之疑義等語。

前開聲請人等依其合理確信認附表所示聲請標的有違憲疑義，分別於裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法，核

均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理。

另附表編號 6 之聲請人伍○蓮（下稱聲請人六）因意圖銷售，而擅自以重製於光碟及公開傳輸之方法侵害他人著作財產權，經臺灣臺北地方法院 102 年度智訴字第 24 號刑事判決依系爭規定二，判處有期徒刑 6 月。聲請人六不服，提起上訴，嗣經智慧財產法院 107 年度刑智上更（一）字第 1 號刑事判決依系爭規定二，判處有期徒刑 6 月，並提高易科罰金之折算標準。聲請人六不服，提起上訴，經最高法院 108 年度台上字第 224 號刑事判決以上訴違背法律上之程式予以駁回而告確定。是本件聲請應以前開智慧財產法院更一審刑事判決為確定終局判決，合先敘明。

聲請人六認確定終局判決所適用之系爭規定二就意圖銷售或出租而重製罪，其法定刑最重為 5 年，其罰金刑之金額甚至高於竊盜罪，且為非告訴乃論之罪，刑責頗重；又無論情節輕重，一律處以 6 月以上有期徒刑，剝奪法院之刑罰裁量權，顯與罪刑相當原則不合，有違比例原則；系爭規定四，僅以載體之不同而採取非告訴乃論之立法，有違反平等權保障之虞，且與同為保護智慧財產權之專利法相較，著作權法是否仍有必要保留刑事責任，亦值深思，向本院聲請解釋憲法。核本件聲請與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定相符，應予受理。

上開如附表所示聲請人一至六向本院提出共計 10 件聲請案，其聲請客體各涉及系爭規定一、二、三或四有無違憲之疑義，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：
二、系爭規定一至三所稱之「重製」，並未違反法律明確性原

則

法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語。如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號及第 803 號解釋參照）。

著作權法第 3 條第 1 項第 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。」同條項第 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。」上述著作權法規定所稱之重製，係指重複製作而言，其意義並非難以理解，且與改作係將原著作之形式或內容加以改變，而有創作元素，亦明顯有別；又個案事實是否屬於上述重製定義規定所欲規範之對象，仍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。從而，系爭規定一明定：「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。」系爭規定二明定：「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。」及系爭規定三

明定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處 6 月以上 3 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。」參諸前開說明，上開三規定所稱重製，與法律明確性原則尚無違背。

按法官於個案適用法律規定時，本應為適當之解釋，以確定其意涵，並非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間與必要，且於任何個案之適用均應毫無疑義者，始符合法律明確性原則。法官於個案適用時，如遇少數邊界案例而有認事用法之疑義，應本獨立審判之權責，自行研究後而為裁判。此亦為本院與各級法院間，應有之權限區別及角色分工。併此敘明。

三、系爭規定一至三有關以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑部分，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨無違

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。對於犯罪行為施以剝奪人身自由之刑罰制裁，除限制人民身體之自由外，更將同時影響人民其他基本權利之實現，是其法定自由刑之刑度高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號及第 790 號解釋參照）。

查著作權法於中華民國 87 年 1 月 21 日修正公布時，於第 91 條規定：「（第 1 項）擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以下罰金。（第 2 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，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以下罰金。」即以 6 月以上有期

徒刑為最低度法定自由刑，且有意排除拘役或單科罰金之刑罰種類，並未針對非法以重製於光碟之方法犯罪設有特別規定。

92年7月9日修正（下稱92年修法）上開第91條規定時，在要件部分，則改以行為人是否具有營利意圖及其侵害程度是否具一定規模，區別其刑罰種類及刑度。在效果部分，除於同條第3項首度針對非法以重製於光碟之方法犯罪，提高其法定罰金額度為新臺幣50萬元以上500萬元以下外，並兼採有期徒刑或拘役之自由刑，而不再以6月以上有期徒刑為最低度法定自由刑。於92年修法同時增訂之第91條之1第3項規定亦就重製物為光碟者，或併科罰金之金額亦提高至新臺幣150萬元以下。

嗣有關機關鑑於上開92年修正第91條第1項及第2項所定之「意圖營利」與「非意圖營利」要件，難以明確認定，致生執行實務上之困難，因此又於93年9月1日修正公布（下稱93年修法）第91條，其第1項規定：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處3年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣75萬元以下罰金。」並修正同條第2項及第3項規定為系爭規定一及二。換言之，以第91條第1項規定為處罰非法以重製之方法侵害他人之著作財產權行為之一般規定，系爭規定一係就「意圖銷售或出租」而犯第1項之罪者設加重處罰規定，系爭規定二則繼續就「以重製於光碟之方法」犯系爭規定一之罪者，進一步提高其得併科罰金之額度。系爭規定三亦就其重製物為光碟者，提高其最低度法定自由刑為6月以上有期徒刑，另亦提高其得併科罰金之金額。

是系爭規定一之要件及效果，於 93 年修正時，基本上又回復為上述 87 年修法之規範架構，亦即在要件部分，將原定之「意圖營利」改為「意圖銷售或出租」，作為系爭規定一及二之加重處罰要件，而不再區別非法重製行為是否達一定規模；在效果部分，亦回復以 6 月以上有期徒刑，作為系爭規定一及二所定「意圖銷售或出租之非法重製罪」之最低度法定自由刑，且排除拘役或單科罰金之處罰效果（經濟部復本院 107 年 9 月 5 日經授智字第 10720032810 號函第 4 頁及第 5 頁參照）。至於系爭規定三亦就其重製物為光碟者，提高其最低度法定自由刑為 6 月以上有期徒刑。

按侵害著作權固屬私人間之民事侵權行為，然立法者鑑於非法重製行為，成本相對較低，常致著作人重大損失；意圖銷售或出租之非法重製行為，不僅惡性較為重大，且以相對較低之成本，攫取更大之非法暴利，破壞產銷秩序及經濟秩序，擾亂交易安全，進而危及著作權相關產業（前開經濟部復本院函第 4 頁、立法院公報第 81 卷第 36 期院會紀錄第 126 頁、第 127 頁及第 146 頁參照），因而制定第 91 條第 2 項規定。92 年修正增訂第 91 條第 3 項規定時，行政院提案說明略以：「……增訂第 3 項：按以盜版光碟方式侵害著作財產權者，因光碟容量大，且多以電腦軟體、影音創作為標的，不法獲利高，成本低，盜版容易，對著作財產權人造成重大損害，惡性尤為嚴重，宜於第 2 項之外，再加重處罰，以有效遏止侵害，爰予增訂……」（立法院公報第 92 卷第 34 期院會紀錄第 103 頁參照）。93 年修正公布系爭規定一至三時，立法者基於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，著作財產權人所受之損失亦較為嚴重，爰加重系爭

規定一之罰責，將最低度法定自由刑從「拘役」提高至「6 月以上」有期徒刑，並加重罰金刑之處罰，以有效阻遏侵害；另為有效遏阻盜版光碟之製造、散布，亦分別將系爭規定二及三之罰責予以加重，即將其最低度法定自由刑，均從「拘役」提高至「6 月以上」有期徒刑，並加重系爭規定三罰金刑之處罰（立法院第 5 屆第 5 會期第 1 次臨時會第 2 次會議議案關係文書，討 148 頁至討 150 頁參照）。是立法者於系爭規定一至三均以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑，係為處罰意圖銷售、出租而非法重製光碟、或散布非法之光碟重製物行為，以維護著作人之合法權益及相關產業之秩序，其所追求之目的顯屬重要公共利益。

系爭規定一就意圖銷售或出租之非法重製行為，系爭規定二就以重製於光碟之方法犯系爭規定一之罪，系爭規定三就犯同條第 2 項之罪，其散布、意圖散布而公開陳列或持有之重製物為光碟者，均以 6 月以上有期徒刑為其最低度法定自由刑，應係鑑於上開規定所制裁之侵害著作財產權行為，其危害程度明顯較大，而認有從重科處刑罰之需要。此等加重刑罰之規定，原則上仍屬立法形成自由。況法院就符合上開規定構成要件之犯罪行為，仍得因個案情節之差異而宣告不同之刑度；於非法重製行為之情節相對輕微者，如非法重製之行為人實際上並未獲利，或其重製數量、銷售量或金額、銷售對象或地區等，尚未達一定商業規模，或尚不足以影響市場及公平競爭秩序之情形，並得依刑法第 59 條規定以個案情節輕微而酌減其刑，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文規定易科罰金，以避免執行短期自由刑，致過度限制人身自由並影響行為人重新回歸一般社會生活之流

弊（本院釋字第 662 號、第 679 號及第 777 號解釋參照）。是上開規定所定之最低度法定自由刑部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨亦尚無違背。另立法者如因客觀情事之演變或其他考量，欲檢討修正相關規定，進一步減輕處罰，仍屬立法裁量範圍，併此指明。

四、系爭規定二有關得併科罰金之額度部分、系爭規定三有關最低度法定自由刑及得併科罰金之額度部分，與憲法第 7 條保障平等權之意旨均尚無違背

憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等權保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 722 號、第 791 號及第 794 號解釋參照）。

立法者就侵害同一法益之犯罪類型，如考量犯罪目的、手段或結果等不同因素，採不同法定有期徒刑期間或罰金額度之處罰而形成差別待遇，因事關刑罰制裁，其立法目的如係為追求重要公共利益，且其所採之分類與目的之達成間具實質關聯，即與憲法第 7 條平等權保障之意旨無違。

92 年修正之第 91 條第 3 項規定，係著作權法就非法重製罪之處罰，首次以重製於光碟之方法犯罪為分類，提高其法定罰金額度之最高及最低額。93 年修正同條時，雖將其原定之「或併科……罰金」部分，修正為系爭規定二所定之「得併科……罰金」，然其所定之罰金額度均未修正，且仍繼續以重製於光碟之方法犯罪為分類，而提高非法重製光碟罪之法定罰金額度。又系爭規定三以重製物為光碟之分類，提高散

布非法重製光碟罪之最低度法定自由刑及其得併科罰金之額度。是相較於非法重製或散布光碟以外重製物之罪，系爭規定二及三均就重製物為光碟之侵害著作財產權罪，定有較高之得併科罰金額度或最低度法定自由刑之不利差別待遇。

查 92 年修法時，立法者考量當時非法重製光碟行為屬非法重製行為之主要類型，惡性重大，危害相關著作權產業，故加重處罰以遏止侵害（立法院公報第 92 卷第 34 期 2 冊院會紀錄第 102 頁至第 108 頁參照），而於第 91 條第 2 項規定之外，另增訂第 91 條第 3 項規定之非法重製光碟罪，提高其法定罰金額度。93 年修法時，亦基於類似考量，除維持系爭規定二之罰金額度外，另提高系爭規定三之最低度法定自由刑及法定罰金額度。以修法當時而言，上述立法目的所擬追求之公共利益確屬重要；其所採之分類及差別待遇亦具有一定之嚇阻效果，而與其目的之達成間具實質關聯。是系爭規定二有關得併科罰金之額度部分、系爭規定三有關最低度法定自由刑及得併科罰金之額度部分，均與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚無違背。惟電腦科技日新月異，發展迅速，時至今日，非法重製他人著作之主要載體及其重製方式已有明顯不同，光碟不再是重製物之最主要載體。是有關機關應就是否繼續維持系爭規定二及三之加重處罰規定，適時檢討修正，以免法律與社會發展脫節。併此指明。

五、系爭規定四以重製物為光碟而為分類，將意圖銷售或出租而非法重製或散布光碟行為，列為非告訴乃論之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚屬無違

國家對於犯罪行為，本有依職權主動追訴之職責。立法者如考量犯罪行為所侵害之法益類型與程度、行為人與被害人

間之特殊關係等因素，基於尊重被害人之意願，而就特定犯罪設定為告訴乃論之罪，屬於刑事立法政策之選擇，其因此與其他非告訴乃論之罪形成之差別待遇，本院應採寬鬆標準予以審查。如其立法目的係為追求正當公共利益，且其所採之分類與目的之達成間具合理關聯，即與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違。

92 年修正之第 100 條明定：「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 項之罪者，不在此限。」（93 年修法時仍維持相同文字，但書部分即為系爭規定四）系爭規定四所列系爭規定二及三之罪，均涉及光碟之非法重製或散布，可見立法者雖就侵害著作財產權犯罪原則上設定為告訴乃論之罪，惟排除系爭規定二及三之罪，亦即其仍維持非告訴乃論，而與其他類型之侵害著作財產權犯罪屬告訴乃論有別。查其立法理由略為：一、修法當時，國內就數位化著作（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，相當猖獗，其所侵害者，已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之眾多權利。二、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時間內，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。三、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、社會法益之性質，不宜繼續列為告訴乃論之範圍，而應由國家主動追訴（立法院公報第 92 卷第 34 期 2 冊院會紀錄，第 118 頁至第 120 頁行政院提案說明、第 166 頁及第 168 頁參照），

其立法所追求之目的自屬正當公共利益；又以重製物是否為光碟而有告訴乃論或非告訴乃論之差別待遇，亦有助於追訴侵害較嚴重之涉及光碟之非法重製或散布罪，而與其目的之達成間有合理關聯。是系爭規定四以重製物為光碟而為分類，將意圖銷售或出租而非法重製或散布光碟行為，列為非告訴乃論之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚無違背。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元 呂太郎 楊惠欽

蔡宗珍

(謝銘洋大法官迴避審理本案)

附表

編號	聲請人	原因案件	聲請標的
1	智慧財產法院第二庭 (聲請人一)	智慧財產法院 101 年度刑智上訴字第 88 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
		智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 41 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
		智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 22 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
2	智慧財產法院第三庭 (聲請人二)	智慧財產法院 106 年度刑智上更(一)字第 1 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項及第 3 項規定
		智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 26 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項規定
		智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 13 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
3	臺灣臺北地方法院刑事第十二庭團股法官 (聲請人三)	臺灣臺北地方法院 106 年度智易字第 69 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條之 1 第 3 項本文及第 100 條但書規定
4	臺灣臺北地方法院刑事第十二庭(聲請人四)	臺灣臺北地方法院 108 年度智訴字第 7 號違反著作權法等案件	著作權法第 91 條第 2 項規定
5	臺灣新竹地方法院刑事第一庭(聲請人五)	臺灣新竹地方法院 107 年度智訴字第 4 號違反著作權法等案件	著作權法第 91 條第 3 項、第 91 條之 1 第 3 項本文及第 100 條但書規定
6	伍○蓮(聲請人六)	智慧財產法院 107 年度刑智上更(一)字第 1 號刑事判決	著作權法第 91 條第 3 項及第 100 條但書規定

釋字第 804 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

一、本號解釋聲請案之事實背景及法官聲請釋憲主張

本號解釋共有 10 件聲請案，其中 9 件為法官聲請；1 件為人民聲請。本席認為法官最早提出聲請案之原因案件具有代表性，足以彰顯著作權法相關條文立法之缺陷與適用於個案之可能過苛，爰簡述其爭議事實及訴訟經過如下：

(一) 爭議之事實：二位差一屆的學妹學姊，均愛好音樂，告訴人黃同學創作「睡美人」乙曲授權公司出版，被告王同學亦創作歌曲授權另家公司發行光碟，告訴人認為王同學授權發行之光碟其中「到底愛怎麼了」乙曲，與「睡美人」乙曲之旋律相同，乃向地檢署提出告訴。檢察官依據鑑定人之鑑定結果，認為「到底愛怎麼了」乙曲與告訴人所發表之「睡美人」乙曲在旋律上近乎相同，並無顯著之差別，只有少數的旋律與節奏稍有不同而已，故認被告王同學係以重製於光碟之方法侵害他人之著作權而觸犯著作權法第 91 條第 3 項（即系爭規定二）¹之罪提起公訴。

(二) 訴訟經過：

- 1、於法院進行之調解程序，雙方達成和解，告訴人表明不再追究並拋棄其他請求，被告當庭向告訴人握手致歉。
- 2、因著作權法第 100 條但書規定（即系爭規定四），觸犯系爭規定二之罪係屬非告訴乃論之罪。法官於雙方達成和解後之準

¹著作權法第 91 條全文為：「(第 1 項)擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 3 年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣 75 萬元以下罰金。(第 2 項，即系爭規定一)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。(第 3 項，即系爭規定二)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。(第 4 項)著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」

備程序告知被告「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，法院只能依法審理決定是否有罪或無罪」，被告回去考慮後於續行準備程序時，表明否認犯罪。法院乃進行調查，法院審理後認為證人之證詞無法證明被告聽過告訴人之「睡美人」乙曲，公訴人不能證明被告犯罪等理由，而為被告無罪之諭知。

3、公訴人不服被告無罪之判決而提起上訴，上訴審法院審理認為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，況二首歌曲高度近似之程度，實難想像，若非接觸，何以致之？故認被告有犯系爭規定二之罪嫌。

4、上訴審法院認為審理本案所應適用數條著作權法之規定違憲，包括系爭規定二「重製」之規定不符法律明確性原則；系爭規定四所定非告訴乃論部分與罪刑相當原則不合等而聲請釋憲。

二、以重製於光碟之方法侵害著作權為非告訴乃論之罪之檢討

本案發展至今，值得觀察討論之面向至少有下列：

(一)系爭規定四規定以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權之罪（即系爭規定二）為非告訴乃論，係始於民國 92 年（下同）7 月 9 日修正公布之著作權法，其主要立法理由為盜錄、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，因此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，應由國家主動追訴等。

按國家對犯罪行為依刑事政策之選擇而區分為告訴乃論或非告訴乃論之罪，固為立法政策之決定。但就全部之犯罪類型區分為告訴乃論與非告訴乃論二種，並從而有不同之程序規定，依此分類而區分之程序規定適用於複雜之社會生活事實

時，要兼顧法安定性與個案之妥當性就有賴執法者之智慧。本件聲請案之原因案件之訴訟程序即為法律規定適用於個案顯失均衡之例子。二名青少年時代共同學習音樂的好朋友，各自授權音樂公司發行曲子，雙方曾為了是否涉及抄襲而起爭議，但已握手言和而不再爭執。檢察官及法院認案件係以重製於光碟之方法侵害他人之著作權而屬非告訴乃論之罪，故必須查明王同學發表之曲子是否抄襲自黃同學的作品。然而十幾年前青少年時代音樂班同學，相濡以沫互相彈唱彼此欣賞，作品中有你我的影子自有可能，如有抄襲亦可能是無心之過，雙方已經互相諒解而不再追究。發表在後之作品縱與發表在前者內容雷同，在客觀上或可能構成著作權之侵害，然而主觀認知上是否有犯罪之故意尚有探究之餘地。就作曲者而言，腦中旋律之來源究為獨創或源自其他作品之引發，可能自己都無法明確分辨。然而檢察官及法院基於實務上處理非告訴乃論之罪之標準作業，一定要查個水落石出。被告可能因為不願留下有罪的犯罪紀錄，只能力拚無罪答辯。法院因此而進行之審理程序不僅須再送鑑定、且傳訊音樂班之老師、同學等為證人。法院審理後判無罪，檢察官也一定提起上訴。此案自 98 年地檢署提起公訴，雙方曾於 100 年和解後續行準備程序，法院判決無罪之後，公訴人再上訴，迄今已經 12 年了，耗費了多少司法資源，對當事人而言，這場已無意進行的訴訟，早已成為變調的曲子，無人有興趣聞問，然而訴訟之陰影卻長繞心頭，造成負擔，可以說是法院與雙方當事人皆輸之局面。

（二）曾經審理本案的法官當庭所表示「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。」完全是審理侵害國家、社會法益的非告訴乃論之罪之口吻，目的是要告訴犯罪者犯了罪不一定花了錢就無事。然而本案之本質

可說基本上是私人間權益之糾紛，與國家社會法益之關聯成分較稀薄，且與立法理由定此罪為非告訴乃論所擬打擊的盜錄、盜拷及散布盜版光碟之行為實有差距。現在審理本案之法官主張觸犯系爭規定二之案件在實務上情節未必重大，而系爭規定四制定觸犯系爭規定二之罪者一律非告訴乃論，因此主張系爭規定四與罪刑相當性原則不合而涉違憲。本號解釋認系爭規定四並未違憲，主要是因區分犯罪類型為告訴乃論或非告訴乃論之罪，原則上屬於刑事政策之選擇，因此採寬鬆標準予以審查。本號解釋理由認為系爭規定四立法所追求之目的屬正當公共利益，又以重製物是否為光碟而有告訴乃論或非告訴乃論之差別待遇，與憲法保障平等權之意旨尚無違背。本席認為系爭規定四將觸犯系爭規定二之罪定為非告訴乃論在立法當時或有其時代必要，施行結果可能亦已發揮其功能，如臺灣加入WTO，在國際上漸次脫離剽竊智慧財產權之惡名，並促進國內文化產業之保障等，因此僅因個案適用上過苛尚難認系爭規定四為違憲。在大的法律框架下適用於個案可能過苛之平衡有賴法官審判之智慧。

（三）至於非告訴乃論之罪被告與被害人和解後，檢察官是否一定要起訴（及上訴）？依臺灣高等檢察署及所屬各署檢察官偵辦案件審慎起訴應行注意要點第4條規定：「檢察官偵辦得依職權為不起訴處分或緩起訴處分案件，有下列情形之一者，宜依職權為不起訴處分或為緩起訴處分：……（11）非告訴乃論之罪經與被害人和解……」，然此注意要點僅就得依職權不起訴之案件為規定，而得依職權為不起訴之案件依刑事訴訟法第253條之規定係指刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，其中第1款之規定為「最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」。而系爭規定二所定之罪為「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」即無法符合檢察官得依職權不起訴之要件，才會導致實務上檢察官不得不起訴（上訴）之情形。本號解釋認系爭規定四將觸犯系爭規定二之罪定為非告訴乃論並未違憲，但本席認為由聲請案之原因案件之訴訟經過可見非告訴乃論之罪在實務上之運作確有可能造成沒必要之司法與當事人之負擔。有關機關應就非法重製罪適用非告訴乃論程序之範圍檢討相關規定。或可考慮依侵害著作權之態樣及數量區分為私人間著作權侵害之類型，以及組織或集團具有商業規模之著作權侵害類型而分別定不同之罰則，並分別區分為告訴乃論或非告訴乃論。

另本號解釋認定系爭規定二定以 6 個月以上有期徒刑為其最低度法定自由刑並未違憲。但本號解釋同時指明就此部分應適時檢討修正，以免法律與社會脫節。本號解釋並未討論系爭規定二所定 5 年以下有期徒刑為最重法定自由刑是否過重，但依刑事訴訟法第 376 條及第 253 條規定，檢察官得依職權不起訴者，以及刑法第 61 條所定得依情節輕微顯可憫恕而免除其刑者，均限最重本刑為 3 年以下有期徒刑之規定，故本席認為系爭規定二之最重本刑自應一併檢討。本席認為如認就涉及光碟之侵害著作權犯罪仍於一定範圍內維持非告訴乃論，亦應依情節之輕重分定不同之最重本刑，以讓檢察官及法官於適用於個案時有較大之裁量空間。

釋字第 804 號解釋 協同意見書

呂太郎大法官提出

- 一、本解釋認為著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項本文規定，所稱「重製」，與法律明確性原則尚無違背。此一結論，本席固予贊同，但就本解釋所指出判斷法律明確性之標準及各級法院審判時，面對法律明確性問題，應如何處理之部分，則認為尚有若干值得斟酌之處，爰就此部分提出協同意見。
- 二、本解釋援用釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號及第 803 號解釋等向來見解，認為法律概念與用語，如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。
- 三、本席認為，在法治國原則下，法律不但具有積極規範人民、國家、社會團體行為之功能，亦有於彼此行為、利益發生衝突時，作為解決衝突依據，以回復法的和平之功能。法律具備明確性時，方可發揮其規範行為，解決衝突之功能。故謂法律明確性之要求，乃法治國之前提，應無可疑。然而，法律—尤其是成文法體系之法律，為了要用極少數之條文，完整的、無矛盾的、幾乎無漏洞的規範存在於社會之各式各樣、千變萬化的具體事實，不得不將描述各具體事實個別性之特色排除，僅擇取共同之因素（所謂抽象化），作為法律設定規範之基礎，才

能達到以有限之法律規範無窮事務之功能。經過抽象化的概念或用語，立法者會儘量使用一般人民日常的用詞，例如買賣、互易、贈與、租賃、所有權、抵押權、結婚、離婚、繼承等，讓受規範之人民能夠更容易了解法律之意義，而對其是否受該法律規範，有所預見。不過，即使法律使用一般人生活用語，亦僅有使受規範的人民可「大體上」理解之功能而已，但即使是前述法律使用日常用語之情形，受規範之人民要更深入理解上開用語之相關規範效力，仍非易事。在更多情形，法律是使用一般人民所未必了解的用語。尤其是我國許多重要法律制度，都可追溯至清朝末年公布之法律，清朝制定現代法律當時，多係聘請日本法律專家協助，因此法律所使用之用語，諸多是直接使用日本法律之用語，而非中文固有語詞，更增加我國人民在理解法律用語之困難。例如民法是規範人民居於市民地位從事社會活動之最基本法律，而法律行為則是整部民法中之最核心之概念，但除有法律專業知識者外，一般受規範之人民，恐怕未必理解「法律行為」究竟是什麼？同樣，「行為能力」是判斷人民為買賣、互易、贈與、租賃等行為，是否有效之共通要件，一般受規範人民，恐怕也未必理解「行為能力」之意義，當然談不上對法律規範能有預見。如依本解釋多數意見以及向來解釋之見解，恐怕規範市民生活最基本之民法，至少有使用「法律行為」、「行為能力」等條文，會因抵觸憲法法律明確性之要求而無效。民法以外之其他法律，其用語非一般受規範者所得理解，亦多，亦無法期待其能預見。

何況本解釋謂：「如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解」亦屬法律明確性之標準，但「自立法目的與法體系整體關聯性觀點予以理解」，須有高度之法律專業，始有能力為之，於此情形，怎會有個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見之情形？足見多數見解就法律明確性之判準，不無矛盾之處。

四、要言之，即便一般受規範之人民，無法理解法律行為、行為能力等民法最基礎之概念，亦不能即謂民法規定抵觸憲法法律明確性之要求而無效。同理，亦不應認為受規範之一般人民，因不能理解刑法所使用之毀敗（刑法第10條第3項）、毀壞（刑法第107條第1項第1款、第353條）、毀棄（刑法第115條）、損壞（刑法第138條）、毀損（刑法第185條之2）之用語意義，即認為上開刑法規定抵觸憲法法律明確性之要求而無效。何以然者？蓋法律既然是抽象規範，自然必須抽離所欲規範之個別事實之「具象」，規範愈廣之法律，其用語愈抽象，有時甚至無法僅從其字面意義理解（例如憲法）。因此，法律明確性之要求，對於受規範者而言，並非要求其能直接理解而對其規範有所預見，而是要求必須儘量使受規範者得以直接理解，如受規範者不能直接由用語理解，於經適當專業人員之協助，得以理解者（釋字第545號解釋參照），亦應認為其已得理解法律意義，從而對其是否受法律規範，有所預見，此為現行法制，設有律師等法律專業人員存在之理由。

五、就本件系爭規定一至三所涉及著作權法第3條第1項第5款規定之「重製」，與同條項第11款規定之「改作」，

如何區別而言，本解釋雖謂「上述著作權法規定所稱之重製，係指重複製作而言，其意義並非難以理解，且與改作係將原著作之形式或內容加以改變，而有創作元素，亦明顯有別。」然而，上開法律條文，僅在重描述重製之方法，至於何謂重製，僅以「重複製作」解釋之，並無實際內容。本解釋亦以「重複製作」解釋「重製」，實際上只是照抄條文之敘述，不無以問答問之嫌，但本解釋却謂「其意義並非難以理解」。至於本解釋指出「重製」與「改作」有別，亦僅有說明其區別，以回應聲請意旨而已，實際上仍未對「重製」之意義為解釋，足見系爭規定一至三有關「重製」之意義，未必容易理解。有審判專業之法官，提出本件聲請，可以推知其亦覺不明確，遑論受規範之一般人民？

六、附帶一提者，本解釋在解釋「重製」一語，並非不明確後，又附上一筆，謂：「按法官於個案適用法律規定時，本應為適當之解釋，以確定其意涵，並非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間與必要，且於任何個案之適用均應毫無疑義者，始符合法律明確性原則。法官於個案適用時，如遇少數邊界案例而有認事用法之疑義，應本獨立審判之權責，自行研究後而為裁判。此亦為本院與各級法院間，應有之權限區別及角色分工。併此敘明。」本席認為，法官在個案審判時，在「認事」方面，如就事實真相有疑義時，依法律所規定之舉證責任處理之，此與大法官不行使關於個案事實認定之職權不同，無待本段敘明，亦非本段「本院與各級法院間，應有之權限區別及角色分工」之重點。

本段重點，似乎在強調，在法律之解釋上（用法），

尤其面對法律不明確之情形，法官於個案審判，與大法官解釋憲法，有其「權限區別及角色分工」。如遇少數邊界案例而有用法之疑義，「應自行解決後而為裁判」。

誠然，法官審判個案，是將法律作為大前提，大法官解釋憲法，是將法律作為小前提。在法官審判，若作為大前提之法律不明確，法官即無從審判（依憲法第 80 條規定，法官應依據法律審判），自然無從「自行研究解決後而為裁判」，必須聲請大法官解釋將該不明確之法律宣告無效。在大法官解釋憲法，若作為小前提之法律不明確，則可直接宣告該法律違憲，就此而言，法官與大法官固有其「權限區別及角色分工」。但是否可因此「權限區別及角色分工」，即要求法官於個案審判時，若本於其合理確認，認為作為大前提之法律有不明確時，仍應「自行解決後而為裁判」？非無研求餘地。何況尚須具有審判專業法官研究後方能確定其意義之法律，通常不會是受規範人民所得預見，又豈會是符合本解釋多數見解所稱法律明確性之要求，而為合憲之法律，成為法官審判所應適用？

釋字第 804 號解釋部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

黃大法官虹霞 加入

本件有關著作權法第 91 條第 2 項規定：「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。」就此涉及「營利目的」擅自以重製而侵害著作權之行為加重刑罰，以 6 月以上有期徒刑為最低法定自由刑部分。又同法第 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。」同法第 91 條之 1 第 3 項本文規定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處 6 月以上 3 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。」上開二項規定，以重製於光碟之方法或其重製物為光碟者，作為刑罰加重之要件。本號解釋認重製概念未違反法律明確性原則，及上開規定所定之最低度法定自由刑、罰金加重及非告訴乃論之罪等部分，其與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則¹，亦尚無違背與憲法第 8 條保障人身自由之意旨，或其未違反憲法保障之平等權等見解，實難以完全贊同。其中除重製概念尚未違背法律明確性原則者以外，其餘有關光碟之著作權獨立成為犯罪類型其刑罰加重及納入告訴乃論之罪等之合憲

¹ 本號解釋認為「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稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違」，對於罪責原則、罪責前提、罪刑相當原則與比例原則之關係，則有未予詳加辨明之疑慮，是其仍有商榷之處。（參照本院釋字第 775 號解釋本席意見書）

解釋部分，仍值得商榷，爰提出部分不同意見如下：

一、基於刑罰最後手段性及謙抑性，再思考著作權本質及其刑罰過苛之問題

關於著作權，原則上於創作完成時，著作人就該創作（著作）受著作權法之保護，享有積極利用權與消極禁止權之主觀性著作權(das subjective Urheberrecht)，即所謂具有物權或準物權性質之絕對排他權（或稱絕對專屬權）(ein absolutes Ausschließlichkeitsrecht)。²著作權之發生，採無方式主義（伯恩公約第 5 條第 2 項、日本著作權法第 17 條第 2 項參照），權利之發生，並無行政處分介入之餘地，將之視為私法之著作權法。³至於客觀性著作權（即著作權法）之性質，係屬民法以外之私法特別領域(ein privatrechtliches Sondergebiet)⁴或稱特別私法(die Sonderprivatrechte)⁵。是著作權法所保護之著作財產權與著作人格權，解釋上係屬於私權，適用民法第 184 條第 1 項侵權行為法所定之權利。是故，如著作權受到侵害者，先以民事責任之追究，作為法律救濟之主要手段，實不應過度依賴以啟動刑事救濟作為對著作權侵害行為（例如抄襲或盜版等）之先發手段。惟實務發展迄今，現實狀況往往運用俗稱「以刑逼民」作為救濟手段，亦即以刑事作為嚇阻手段，藉以達成請

² 參照 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., München: Beck, 2020, Einl. UrhG Rn.25 f..

³ 參照中山信弘，著作權法，東京：有斐閣，2008 年 11 月 30 日初版 4 刷，頁 19-20。

⁴ 參照 Ohly, in: Schricker/Loewenheim, a.a.O., Einl. UrhG Rn.43 f..

⁵ 參照 Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., München: Beck, 2021, Einleitung Rn.1.

求和解或損害賠償等目的。著作權糾紛之本質，既係屬民事法律關係（即可能涉及侵權行為或契約債務不履行等），是否須比照刑法竊盜罪處罰方式處理，甚至在刑度上更為加重，作為對抗民事侵權行為（俗稱所謂不法盜版或抄襲等行為），實有再思考之必要。

如從比較法而言，外國著作權法為防止著作權侵害行為之發生，往往設有刑罰規定，固非少見。例如德國著作權法雖設有刑事處罰，但有認為在實務上，較確切而言，刑法扮演次要之角色(eine eher untergeordnete Rolle; a subordinate role)，於現今數位及網路時代，不少是學校兒童少年，或逐漸增多是最終消費者之侵害，例如以私人使用為目的之少量不法影印，此等重製輕微案件(Bagatellfälle)，如均處以刑罰，未免有過苛之虞，故有傾向於將此等行為予以除罪化(Entkriminalisierung)。雖然就此等案件曾有排除其可罰性之提案，但於修法時，並未採納，因實務上檢察官(Staatsanwaltschaften)依現行法已可對該等輕微案件不予追訴⁶。有謂著作權法第 106 條以下之刑罰規定，係作為著作民事法之附屬性(urheberzivilrechtsakzessorische)規定，其中有些空白規定(Blankett-Vorschriften)之構成，尚須經著作權法以外其他刑法規定加以確定其不法內涵(Unrechtsgehalt)，因其未設較細緻刑

⁶ 參照 Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München: Beck, 2018, §106 Rn. 2；有關 2006 年 6 月 15 日資訊社會著作權規定第二次法律草案(Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)，參照 Begründung, BT-Drs. 16/1828, 18.（參照 <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/018/1601828.pdf>）（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。

法特別篩選(Filter)措施，而將民法性質之任何著作權及著作鄰接權之侵害行為，擴張而納入著作權刑罰之制裁範圍。於此納入刑罰規定之情形，因較少以最後手段性原則(der ultima ratio-Grundsatz)或輔助性原則(Subsidiaritätsgrundsatz)⁷角度加以審酌，且對此等著作權侵害類皆以國家刑罰制裁，其是否過苛亦應受比例原則之審查。

德國著作權法第 106 條規定不法重製之一般侵害著作權行為，處以 3 年以下自由刑及罰金，且於 1985 年 6 月 24 日著作權領域規定修正法(Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.6.1985)增訂著作權法第 108a 條規定。嗣後，於 1990 年 3 月 7 日強化智慧財產保護與防止產品盜取法之擴大適用範圍，主要係對抗影視產品盜取及盜版領域之組織犯罪及集團犯罪。⁸除前述私人著作權侵害(private Urheberrechtsverletzungen)刑罰之外，亦處罰有關第 108a 條規定營利不法利用(Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung)，自由刑提高 5 年以下，係屬營利行為之加重構成要件(Der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln)，且處罰未遂犯。又與犯罪行為有關之物，得予沒收(德國著作權法第 110 條參照)。另有關判決公告方面，基於被害人之聲請，如對其具有特別利益者，得於刑事判決中諭知

⁷ 有關刑法之輔助性原則，係源自憲法所保障法治國衍生之比例原則。有謂刑罰作為社會政策之最後手段，及將其任務定義為輔助性法益保護。(參照 Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. .Aufl., München: Beck, 2020, § 2 Rn. 86ff., 97ff.)

⁸ 參照 Heinrich, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2019 – Beck-online, UrhG § 108a, Rn.1.

以一定方式公告其判決（德國著作權法第 111 條參照）。⁹上述以營利為目的之著作權侵害行為之刑罰，其中有關刑罰範圍 (Strafrahmen; 刑度)，我國與德國雖同以 5 年為刑度之上限，但我國法則設有 6 個月以上之最低法定自由刑之下限規定。

對於營利不法侵害著作權行為之處罰，採取加重刑罰之外國立法例。例如美國 1976 年著作權法第 506(a)(1)(A)條有關故意侵害著作權之犯罪行為(Criminal offenses)，以營業利益為目的，或以私人獲利(for purposes of commercial advantage or private financial gain)者，處以刑罰。於 1992 年，因電腦軟體之盜版猖獗，為杜絕侵權之亂象，故加重著作權之刑罰。當時有關著作權重罪(the felony copyright)規定，注重於受著作權保護之著作，不再著重於錄音物、電影或視聽著作。於美國第 18 法典第 2309a 及 b 條有關著作權刑事侵害(18 U.S. Code § 2319(a)(b)-Criminal infringement of a copyright)規定，加重其刑罰。如係為初犯者，該犯罪行為包含電子方法之重製或散布(the reproduction or distribution, including by electronic means)，其如於 180 日期間，未經著作權人之授權，重製至少 10 件重製物或販賣 1 件或更多重製物或其散布物之全部零售價值超過 2500 元以上者，處 5 年以下監禁 (imprison)，或科或併科罰金。如屬再犯或慣犯(a second or subsequent offense)者，處至多 10 年監禁。其他犯罪行為，處 1 年以下監禁或罰金。¹⁰

⁹ 參照 Reh binder/Peukert, Urheberrecht, 18.Aufl., München: Beck, 2018, §44 Rn.1084, 1088, 1090.

¹⁰ 參照 Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 465(7th ed. 2016); Serge Subach, Criminal Copyright Infringement: Improper Punishments from an Improper Analogy to Theft, 40 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement

以上可見，美國著作權侵害之刑罰，區分輕重之著作權犯罪，其刑罰設有加重標準，但非規定於著作權法之中。整體而言，其與其他國家著作權刑罰規定之犯罪類型及刑度不盡相同，且其處罰刑度不比本件相關系爭規定輕，惟卻未明定 6 個月最低法定刑度，亦未特別針對重製於光碟之方法或其重製物為光碟之犯罪，作為加重刑罰之獨立犯罪類型，可資參照。

另如日本著作權法於平成 18 年修正時強化其罰則，比照刑法竊盜罪之法定刑為 10 年徒刑以下或 50 萬元以下，將侵害著作權、出版權、著作鄰接權者，處 10 年以下徒刑或 1000 萬元以下罰金，並得以併科。其中有關著作權侵害罪之罰金比竊盜罪之罰金更重。從比較法觀察，有稱該次修正使日本有關智慧財產權侵害罪，係世界上最重罰之規定。¹¹另日本著作權法（令和 2 年 6 月 12 日）第 119 條第 2 項第 2 款規定，以營

255, 258, 262（該文對於量刑改革法(The Sentencing Reform Act)有所批評，其認為對於著作權侵害行為處以監禁及高額罰金，難以被任一可接受之刑罰理論(Theories of Punishment)（即如威嚇(deterrence)、遏阻(containment)、復歸(rehabilitation)及應報(retribution)等）所充分支持。又有關美國 1992 年修正，刪除著作類型之區分，而擴及重罪制裁之適用範圍包含所有侵害行為。又著作權相關智慧財產法規定，在資訊時代有關著作權盜版影響經濟，故藉修法以確保美國經濟為目的，但其對於擴張形式著作權法有所批評(Criticisms of Expanded Criminal Copyright Laws)。因著作權幾乎涉及日常生活之所有領域(all aspects of everyday life)，立法者須審慎研擬著作權法，以避免數以百萬計之民眾日常活動有成為犯罪化之虞(to avoid criminalizing the daily activities of millions of people)。參照 Timothy D. Howell, Intellectual Property Pirates: Congress raises the Stakes in the Modern Battle to Protect Copyrights and Safeguard the United States Economy, 27 St. Mary's L.J. 613, 642, 648, 649.

¹¹ 參照中山信弘，前揭書，頁 518。按前述美國法，可見著作權侵害者亦可能被判 10 年以下監禁，可供參考。

利為目的，依第 30 條第 1 項第 1 款規定自動影印機（自動複製機器）侵害著作權者，處 5 年以下徒刑或 500 萬元以下罰金，並得併科。同條第 3 項規定，依第 30 條第 1 項規定之私人使用之目的，侵害著作權者，處較輕刑罰或（及）罰金，因其係以非營利為目的之一般侵害著作權行為，其刑度係處 2 年以下或 200 萬元以下之罰金，並得併科。於此情形，有認為使用前述自動複製機器者大多是一般大眾，其可罰違法性較低，非為刑事處罰之對象。但民事責任另當別論。¹²日本著作權法相關著作權侵害之刑罰規定類型，不以前述之例為限。於此僅舉一例，藉以顯示日本著作權法，除處罰一般侵害著作權行為外，另有以營利目的之侵害著作權行為，設有加重處罰規定。

此外，因我國已加入世界貿易組織(WTO)，自應受「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）第五節刑事程序第 61 條規定，會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具予以扣押、沒收或銷燬。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意違法並具商業規模者，訂定刑事程序及罰則。¹³上開規定就故意及具商

¹² 參照中山信弘，前揭書，頁 519。

¹³ “Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a

業規模(wilfully and on a commercial scale)之侵害著作權案件，要求應予刑事制裁（即如具有充分嚇阻作用之徒刑或罰金）。因此，目前欲達到著作權法全面除罪化或去刑罰化之目標，並不易實現。但可在所謂故意及具商業規模之著作權侵害要件，予以更精準之界定及規範設計，在未除罪化之前，現階段法律規定亦不致於違反前述 WTO/TRIPS 第 61 條對各會員國須制定著作權刑罰相關規定之要求。

刑罰乃以物理的強制力而剝奪人之生命、自由、財產等，故不應輕易發動，不應將一切違法行為皆作為處罰對象，僅以具有刑罰必要性之犯罪，始有其適用，即所謂刑法之謙抑主義。亦即，倘若有其他可能使用之社會控制手段（例如倫理制裁、民事賠償、行政程序之制裁等），應使用該種手段，因此刑罰係保護生活利益之最後手段。¹⁴因此，保護著作權之相關刑罰規定，應僅限於故意及具商業規模之著作權侵害案件，就此等

corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.” 與貿易有關之智慧財產權協定第 61 條之英文及中文譯本，參照：<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-128-207126-bb3f9-1.html>（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。

¹⁴ 關於刑法之最後手段性或謙抑主義等刑法特質之論述，參照林山田，刑法通論，臺北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版，頁 60；陳子平，刑法總論，臺北：元照出版，2008 年 9 月二版，頁 11-12；張麗卿，刑法總則理論與運用，臺北：五南圖書出版，2018 年 9 月七版，頁 28；余振華，刑法總論，臺北：三民出版，2017 年 9 月，修訂三版，頁 52。

社會侵害性¹⁵之行為，始發動刑罰，就其他類型之著作權侵害，實不宜動用刑罰。當然，在相關規定未除罪化前，雖有謂以刑事制裁作為保護著作權（如防止盜版行為等），具有國家或社會法益之侵害，故其比運用民事侵權訴訟而制裁侵權人，更具嚇阻功能。惟從刑法之主要原則而論，除罪刑法定原則、法治國原則、比例原則、罪責原則及人道原則等應予遵守者外，其亦應考量慎刑原則，實不可迷信刑罰萬能或高估重刑之嚇阻效果，而以審慎或限縮「用刑」為要¹⁶，以符現代刑事立法及司法之理念及運作原則。

另從長期之著作權立法及司法政策而言，如欲將著作權法秩序導向正軌，相關法律糾紛，宜先以民事爭訟作為救濟管道，而刑事救濟應係備而不用，亦即由個案當事人主動進行攻擊或防禦，法院再來判斷何者有理由，並非利用國家公權力之刑事制裁作為糾紛解決之主要管道，在未充分考量個案所涉及特別公共利益輕重等差異性情形下，而過度依賴法院依職權進行，卻係遂行私人利益糾紛解決之目標。換言之，司法資源應作較佳之分配及善用，如非不得已須運用以刑事制裁，亦應將之作為最後手段，否則不盡然能達成預防犯罪之效，且如欲借用刑罰處罰，是否可達成所欲重建產業秩序之目標，不無疑問。有鑑於本院甚少對於著作權法案件作出釋憲解釋，如能藉對系爭相關規定宣示違憲，促使相關機關有效重新檢討著作權刑罰，

¹⁵ 有關社會侵害性之用語，本院釋字第 594 號及第 602 號等解釋「國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者」，可資參照。

¹⁶ 參照林山田，前揭書，頁 95-97。

甚至智慧財產刑罰相關規定之妥當性及實效性，此乃極佳之機會，本號解釋未充分掌握此時機，且有些瞻前顧後，難免令人遺憾！

二、以重製於光碟之方法或其重製物為光碟作為刑罰加重要件之商權

著作權法於 93 年 9 月 1 日增訂有關以重製於光碟或重製物為光碟之刑罰加重規定，因修正法律當時，重製於光碟之影音產品之盜版不良風氣，重大影響著作之文化產業之秩序。¹⁷ 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。當時之立法理由為，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，因而提高有期徒刑之刑度。相關數據，或有所本，或係推估，似難精準計算，但無論該數據是否屬實，仍可感受到當時音樂光碟盜版猖獗之現象。如從當時之時空狀況觀之，相關機關為保護音樂相關產業及著作人之權益，增訂以重製於光碟犯罪或其重製物為

¹⁷ 據修正系爭著作權法相關規定之當時新聞報導，其引用國際唱片業協會（International Federation of the Phonographic Industry; IFPI）所宣稱，於 2000 年間，每 5 件販賣音樂光碟(Musik-CDs)有 1 件盜版(Raubkopie)，至 2003 年達到新紀錄之高峰，稱每 3 件販賣音樂光碟有 1 件盜版。參照 Spiegel Netzwelt, Eine Milliarde Musik-CDs Weltrekord bei Raubkopien, 22.07.2004, 參照 <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/eine-milliarde-musik-cds-weltrekord-bei-raubkopien-a-309968.html>（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。另見該報導引述當時 IFPI 所稱之十大對抗音樂盜版之最弱國家，臺灣亦名列其中。該德文報導為：„Als größte Schwachstellen im Kampf gegen die Musikpiraten nannte der IFPI zehn Staaten: Brasilien, China, Mexiko, Pakistan, Paraguay, Russland, Spanien, Taiwan, Thailand und die Ukraine.“ 以資參照。

光碟，加重其刑事處罰，固有其時代背景。面對運用光碟侵害著作權之盜版行為盛行之初，基於治亂世用重典之想法，且為確保影音相關著作權及其產業之目的，而增加犯罪類型及加重處罰規定，雖可理解，惟依據當時之社會背景環境而配合增修之犯罪類型、構成要件及其刑罰加重等法規範，現在之時空背景已有變動，是否仍舊合宜？此外，94年2月2日修正、95年7月1日施行之刑法，基於刑罰公平原則之考量，杜絕僥倖之犯罪心理，並避免鼓勵犯罪之誤解，已刪除第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。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，或有因重製方便，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可高達數年，因而發生與罪刑相當原則不合之虞。¹⁸因此，對於往昔將以重製於光碟之方法或光碟作為重製物之情事，以刑事制裁、甚至加重刑罰手段，介入著作權之私權糾紛中，由於現時傳播媒體技術推陳出新，就相關處罰規定之妥當性及實效性而言，其仍有再推敲之處。

又影音等著作之載體，係屬於傳播之媒介物，若出現新興傳播媒介，即隨之加重刑罰，作為其刑罰加重之犯罪態樣，是否一有新型傳播媒介出現，即需修法。立法者此等另立特別刑罰，藉以回應新興傳播科技進步挑戰之心態，頗值得商榷。況且如認為新法制定或法律修正，須與時俱進，目前已從往昔之影音媒體（例如傳統唱片、錄音帶或錄影帶），演變至數位化

¹⁸ 參照智慧財產法院第二庭聲請書，頁18-20。

之儲存或傳輸形式，則往昔以 CDs 或 DVDs 等光碟作為重製載體，以為加重刑罰之對象，自有重新檢討之必要。尤其是面對數位時代之網路或線上影音傳輸媒體之進步，「光碟」業已漸退場，而被網路傳輸檔案、雲端等新傳輸或儲存方式所取代，或另以體積更小且容量大之 USB，抑或以可攜式儲存裝置等所取代。面對不斷更迭之新興傳播媒介，難道又有必要隨時將其納入處罰範圍，取代光碟載體，作為侵害著作權之刑罰加重之客體？因此，就以光碟作為重製方法或重製物加重處罰之相關規定，實需與時俱進，應重新檢討現行以光碟載體作為加重刑罰規定之妥當性及實效性，是否足以因應前述新興傳播媒介之變革？如不具妥當性及實效性，則有將上述以光碟作為重製方法或重製物之系爭加重處罰規定予以廢除之必要！值此傳播技術日新月異之年代，時勢推移，法亟待與時而轉，令人期待立法者能制定一套合乎時宜之法律，以利應用。又在未來得及修法之前，因本號解釋之原因案件，兼及法官聲請釋憲案與人民聲請案，其牽涉對象甚多，如宣告上開系爭規定違憲，給予此等聲請案件原因案件當事人得以直接受到司法救濟之機會，始不違背本號解釋受理本件聲請解釋憲法之良善美意，以落實本院解釋保障人民憲法基本權之初衷！

此外，有關係爭相關刑罰加重規定，立法者原本認為以拘役或易科罰金處罰，恐致刑罰失能，而予以刪除拘役等相關規定。是本號解釋一方面認為立法者之修法合憲，另一方面又期待法官就個案情節，得依刑法第 59 條規定酌減其刑，並使犯罪情節輕微之個案，得依刑法第 41 條第 1 項本文規定易科罰金之可能，以避免執行短期自由刑等見解，如從上述系爭相關規定之歷史解釋，恐有違反加重刑罰立法原意之虞！且實務上

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「慣犯」，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，造成個案罪刑嚴重失衡。總之，本號解釋之結果，係全面性合憲，縱使對有關機關另有「併此指明」或「併此敘明」，呼籲有關機關適時檢討。惟此等未具拘束力之呼籲式（警告式）宣示解釋，其作用如何，頗令人懷疑！

三、著作權法第 100 條但書有關非告訴乃論之罪規定問題

著作權法第 100 條就著作權犯罪採告訴乃論之原則，少數例外，始採非告訴乃論。¹⁹至 92 年 7 月 9 日修正著作權法第 100 條時，因數位化著作，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，已從往昔單純侵害個人法益性質轉化為損害國家、社會法益²⁰之性質，不宜繼續為告訴乃論之

¹⁹ 例如 53 年 7 月 10 日著作權法第 40 條就第 34 條之罪，須告訴乃論。但犯第 34 條之罪（按：侵害著作人格權）而著作人死亡者，為非告訴乃論。之後修正相關規定，除條次變更外，其內容有所增修，例如 74 年 7 月 10 日修正為犯第 43 條之罪而著作人或被冒用人死亡之情形，非告訴乃論。按 53 年 7 月 10 日著作權法第 34 條規定，違反第 20 條之規定者，處一千以下罰金。第 20 條係就改竄割裂變匿姓名或更換名目發行之侵害著作人格權中之同一性保持權。之後，81 年 6 月 10 日修正著作權法，改規定於第 100 條，該條但書除維持當時現行條文對著作人已死亡而侵害著作人格權及未經登記之製版權刊有業經等字樣之犯罪，仍規定為非告訴乃論之罪。對於第 91 條至第 93 條之常業犯，定為非告訴乃論之罪，認為係杜絕此類犯罪之最直接、有效之方法。

²⁰ 刑法之任務(Aufgabe des Strafrechts)，係社會侵害性行為之對抗(die Bekämpfung sozialschädlichen Verhaltens)或禁止(Verbot)。於此範圍，與警察法形成共同之關聯性。立法者依方面行使權力獨占，他方面負

範圍，爰將犯著作權法第 91 條第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項本文規定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，由國家主動追訴，以期有效遏止侵權犯罪。除因配合刑法修正而修正著作權侵害之非告訴乃論之罪（例如舊法因刑法廢除常業犯規定，配合一併刪除）外，有關何種犯罪較重大，是否納入非告訴乃論之範圍，故應有一定標準，且容許立法者隨社會變遷，而適度予以調整。惟其所欲納入之犯罪，如有過苛之情形，自應一併檢討其是否合憲？

另從比較法觀察，例如前述德國著作權法第 108a 條就營利之侵害著作權行為，而為加重刑罰構成要件之規定，不同於前述第 106 條等之基本構成要件(Grundtatbestände)，其刑事追訴(Strafverfolgung)，係非告訴乃論之罪(Offizialdelikt)，刑事追訴機關因特別公共利益，認為必要者，得依職權提起公訴，例外非屬告訴乃論（德國著作權法第 109 條）。此可能於公訴程序中聲明為參加訴訟人而參加訴訟（Nebenklage；德國刑事訴訟法第 395 條第 1 項第 6 款；§395 Abs. 1 Nr. 6 StPO），但被害人不須提起自訴（Privatklage；德國刑事訴訟法第 374 條第 1 項第 8 款；§374 Abs. 1 Nr. 8 StPO）。²¹以上就營利犯罪行

保護人民之義務。於是，刑法任務，保護個別及公共之法益(Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit)。於此是否亦涉及「社會」之保護(Schutz der Gesellschaft)，學理上仍有爭議。（參照 Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, 13. Aufl., München: Beck, 2021, Vor §1 Rn. 4.）

²¹ 此款規定就產業財產權及著作權侵害，享有參加訴訟之權限，有認為其係與體系疏離之外來者(systemfremd)，因其未涉及對被害人之重大攻擊性犯罪，且所侵害者並非屬於其高度人格性之法益(in seinen höchstpersönlichen Rechtsgütern)。（參照 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Aufl., München: Beck, 2020, §395 Rn.6.）此見解

為之加重其更高刑度(Strafrahmen)從 3 年增至 5 年之處罰後果。因當時影音盜版領域中涉及組織及集團犯罪，以加重營利侵害行為之刑度²²，但未明定另以其影音光碟之重製方式或載體作為其加重刑罰或增定為非告訴乃論之制裁模式，茲與本件系爭規定相互比較之後，值得再探究目前系爭規定之必要性！

綜上，現行著作權法第 100 條但書規定非告訴乃論之罪，僅剩兩項之罪，亦即前述有關重製於光碟方法或其重製物為光碟等犯罪予以加重刑罰之型態。如前所述，除告訴乃論與非告訴乃論兩類型之外，有屬折衷之類型者，例如德國著作權法就以營利為目的之不法重製之著作權侵害行為，基於特別公共利益考量，刑事追訴機關如認為必要時，得依職權提起公訴，由此可見，仍有另類選擇之可能，可供參考。本席認為光碟作為載體之犯罪應予除罪化且認其違憲者，自與前屬系爭有關刑罰加重規定一併宣示違憲，方屬合理！

四、結語與展望

當然在系爭相關規定除罪化之前，受著作權侵害者運用刑事訴訟作為救濟手段，在司法實務上，固無可厚非。惟職司著作權刑事政策之立法者或相關機關，實不宜以刑罰作為對抗著作權侵害現象之手段。在刑事政策之選擇上，所謂刑罰最後手段性及謙抑性等理念，自當深思再三，以此為念，並基於慎刑、「輕刑減政」等理念，甚至「刑期無刑」為上策，逐步實踐於

值得參考。

²² 參照 Kudlich, in: Schricker/Loewenheim, a.a.O., Vor §§106 ff. Rn.11f., 51f., §108a Rn.1f..

刑事立法政策形成過程之中。

最後，對於本號之解釋，除本件聲請人以外之外界人士自有其期待，但本號全面性合憲作為解釋結論，恐感到失望者並非僅是本件聲請人而已！關心此等議題者，恐亦難以接受此合憲之理由及其結論！未來如何彌補，唯有期待相關機關盡速檢討及修正不合時宜之著作權刑罰相關規定，以期公允處理著作權糾紛！