

新智慧財產權法刑事審判實務之解析

鄧振球*

摘 要

智慧財產權法屬於經濟法規之一環，主管機關屬於經濟部。此等法律之修改由經濟部所屬智慧財產局負責草擬，法院系統之法官少有參與之機會。惟智慧財產權之糾紛涉及刑事犯罪移送法院審理時，因法院欠缺立法之第一手資料，無法正確適用智慧財產權之法律。猶有進者，因為受到刑事訴訟新制之影響，法院審理智慧財產權之刑事案件，不僅需重新認識智慧財產權法之權利架構，更須注意符合新制之法律規定，以期在法庭上指揮訴訟時，確認如何訊問當事人、如何釐清法律爭點、事實爭點、如何選擇鑑定機關，進而為裁判。本文爰以商標法、著作權法近來修正之內容以及作者審判上之經驗，從實務面與法律面分析智慧財產權刑事案件發生之各項爭點，提出一己所見，希望對於法律實務工作者有所助益。

關鍵字：新商標法、新著作權法、刑事訴訟新制、專業法庭、實務問題、法律爭議

* 台灣高等法院法官。

投稿日：2005 年 3 月 8 日；採用日：2005 年 4 月 6 日

Cite as: 2 Tech. L. Rev. 97 (2005)

Analysis of criminal cases regarding the new IPR laws

Cheng-Chiou Teng

Abstract

IPR laws are supervised by the Ministry of Economic Affairs as part of the laws of economics. The Intellectual Property Office of the Ministry takes the responsibility to amend the laws when necessary but usually without the participation of judges. Even so the courts handle the criminal cases when people are accused of crime involving IPR infringement. Because judges lack information regarding the original intent of the legislation, judges have difficulties to find an exact application of the new laws. Furthermore, with the impact of the recent amendment of criminal procedure code judges not only have to adapt to new structures of the IPR rights but also to comply with the new procedure regulations to make sure that the bench has an exact way to question the parties, define the issues of law and facts, and choose the appropriate experts to help the court make a decision. Based on the recent amendments both of trademark law and copyright law and his trial experiences, this article written by an IPR court judge of the Taiwan High Court analyzes some issues from a practical perspective and from the legislature side and tries to give his own opinions in order to benefit the bench and lawyers when facing the problems of IPR criminal cases.

Keywords: new Trademark Law, new Copyright Law, new Criminal Procedure, practical issues, issues of law

1. 前言

智慧財產權侵害之刑事案件屬於專業刑事案件，法官審理此等案件，除須熟稔智慧財產權法律規定，更應深入瞭解智慧財產權之性質、內容與範圍。惟我國目前法院之負擔甚重，法官處理之案件已經過量，無暇對於智慧財產權法律有更深一層之瞭解，無法提昇裁判品質。加以我國近年來國際貿易發展快速，智慧財產權之保護愈益受到政府機關之重視，立法院為因應世界立法潮流，不斷修法，解決爭議，法院受理智慧財產權之案件亦愈多，法院刑事審判程序面臨智慧財產權之爭議問題，亦愈具有挑戰性。本文擬以實務觀點出發，兼論及智慧財產權之基礎理論，將法院於審判時觸及之問題，分別以法律修正內容、實務常見類型、審判應注意事項、實務面臨之爭議等四大部分加以分析，希望對於法院審判有所助益，適時提昇司法之信賴度。

2. 法律修正幅度大

現行智慧財產權之刑事犯罪所涉之法律規定¹，包括商標法、著作權法以及公平交易法 3 種。除公平交易法最近一次修正經立法院三讀通過總統公布施行之時間為 2002 年 2 月 6 日外，其餘兩個法律之修正，商標法為 2003 年 11 月 28 日²，著作權法先於 2003 年 7 月 9 日修正公布，嗣又於 2004 年 8 月 24 日三讀通過修正案，於同年 9 月 1 日總統公布。後二法律乃有鑑於國際立法發展之趨勢、國內企業發展之需要、我國社會網際網路之普遍使用以及制度性之通盤檢討，修正幅度頗大³。茲就商標法與著作權法之修正內

¹ 2003 年 2 月 6 日公布之專利法刪除侵害專利權之全部犯罪規定，該除罪化部分，並經行政院定於 2003 年 3 月 31 日施行。

² 新商標法之公布日為 2003 年 5 月 28 日，惟依新商標法第 94 條規定，該法自公布日起 6 個月後施行。換言之，新商標法之確實施行日期為 2003 年 11 月 28 日。

³ 2003 年 7 月 9 日之新著作權法本次共修正 39 條，增訂 14 條，共 53 條，更動之幅

容略述如後。

2.1 商標法

修正前之商標法有關區別「商標」與「服務標章」⁴、要求商標註冊須有使用之意思⁵、無一申請案可指定多種類別之制度⁶、無商標之分割制度⁷、不保護聲音、立體商標、酒類地理標示⁸、未規定侵害商標權物品之邊境保護措施等等內容，不符商標法條約⁹以及 TRIPS 之立法潮流，而有刪除或增訂之必要。另修正前之商標法採行聯合商標與防護商標制度¹⁰、對於延

度最大。2004 年之新著作權法亦有不小之更動。

- 4 「商標」為有形商品之商業標記，「服務標章」為無形商品之商業標記，有形商品與無形商品既均屬企業競爭所提供之商品，實無區分之必要。日本、德國、英國、美國之商標法均未對之加以區別。
- 5 申請商標註冊者，本即具有使用商標之意思，以表彰自己商品或服務，不論其現經營或將來欲經營，均欲藉以累積商譽，又申請商標註冊後，未使用商標亦有廢止其商標權之機制。1994 年 10 月 27 日瑞士簽訂之商標法條約（Trademark Law Treaty）明文揭示，各國受理商標申請註冊，不得要求檢附任何營業證明文件或營業相關記載，應認商標法條文並無規定「確具使用意思」之必要。
- 6 商標法條約第 6 條、美國商標法第 30 條、英國商標法第 32 條、日本商標法第 6 條、德國商標法第 32 條第 4 項，均明定一申請案可指定使用於多項類別商品或服務，減少當事人多次申請之不便。
- 7 商標法條約第 7 條第 2 項規定，商標註冊後，於商標專責機關就應否准予註冊之決定期間內，或提起訴訟救濟期間內，均可就原註冊申請分割。修正後，新商標法規定於第 21 條、第 31 條。
- 8 關於酒類地理標示，TRIPS 第 23 條第 2 項明文禁止非來自產地而以該產地標示申請商標註冊。新商標法乃增訂第 23 條第 1 項第 18 款之商標註冊之消極要件。
- 9 商標法條約係 1994 年 10 月 27 日在瑞士日內瓦所簽訂之國際性條約，目的在協調、統合簽約國家之商標制度。
- 10 修正前商標法第 21 條第 2 項規定：商標專用權以請准註冊之商標及所指定之商品為限。實務運作上，導致企業為保護其商標，大量申請聯合商標，衍生審查成本之增加以及行政管理之困難。惟聯合商標之功能有限，英國、日本商標法已經廢除聯合商標，商標法條約亦准許一個商標註冊申請案可以同時指定多個類別之商品或服

展註冊之申請採行實體審查制度¹¹、無團體商標之制度，均不足以滿足社會企業發展之需要或衍生審查實務之困擾，亦有予以廢除或增訂之必要。

新商標法有鑑於此，除予以修訂外，另為因應國人網際網路之普及，對於商標使用之意義、商標權侵害之態樣等相關規定，均更為較修正前周延之規定，以解決科技發展帶來之新問題。抑有進者，新商標法對於優先權之主張¹²、審定書具名制度¹³、商標不准註冊之事由、商標註冊費用之繳納方式¹⁴、申請商標註冊之時間、商標權移轉與授權等等規定，亦有通盤之檢討修正。申言之，商標法此次之修正幅度相當大，新商標法之規定已不可與修正前者同日而語。所值注意者，新商標法有關商標之意義以及商標使用之概念有所變更，影響相關刑罰法條之解釋與適用，法院實務運作時不可不慎。

務，聯合商標即無存在之必要，此乃本次修法廢除聯合商標之原因。至於防護商標，依修正前商標法第 22 條第 2 項之規定，係指同一人以同一商標圖樣，指定使用於非同一或非類似而性質相關聯之商品之商標。防護商標之功能，主要在於禁止減損他人註冊商標之聲譽。惟世界各國立法趨勢，已經將註冊商標之保護概念，擴及於商標減損（dilution）之禁止，例如世界智慧財產權組織（WIPO）於 1999 年 9 月公布關於著名商標保護規定共同決議事項，明確指出對於著名商標之認定，應考量以商品或服務之相關公眾之認識，而非以一般公眾之認知判斷之；又除防止與著名商標產生混淆誤認之虞外，並應避免對著名商標之減損產生（例如將愛迪達之商標，故意設計成大麻葉，有詆毀該商標之意義），可見商標法之立法趨勢已逐漸廢除防護商標制度，使商標制度單純化。

¹¹ 商標法條約第 13 條第 6 項禁止就商標申請延展註冊時進行實體審查。修正前我國大多數商標申請延展註冊者，多為合法使用者，僅有少數延展申請案不使用商標，如果僅因此等少數申請案而須就所有申請案進行實體審查，勢須花費相當行政資源，延緩合法申請人取得延展商標權之時間。

¹² 修正前商標法要求主張優先權者，須一併載明在外國之申請日、申請案號數及受理該申請之國家，若未同時載明即喪失優先權，不得補正。惟申請案號數部分，僅係為確認與在我國之申請案是否屬同一案，修正前之商標法規定不得補正，過於嚴苛。

¹³ 審定書由審定人員具名，可以強化商標審查之品質，日本特許廳即有商標審查後由商標審查官具名之制度。

¹⁴ 新商標法第 26 條准許商標註冊費得分期繳納。

2.2 著作權法

2003 年 7 月 9 日修正前之著作權法有關「重製」之意義過狹¹⁵、並無散布權¹⁶、錄音著作之公開演出報酬請求權之規定¹⁷、著作權之授權規定與伯恩公約之規定相衝突¹⁸、使用盜版電腦程式著作責任不夠明確¹⁹，均不符國際立法之趨勢，有賴進一步明確規定之必要²⁰。又該次修正前著作權規定

¹⁵ 伯恩公約第 9 條第 (1) 項規定：「受本公約保護之文學及藝術著作之著作人，應享有不論以任何方式或形式授權重製其著作之專有權利」另參以數位化網路環境，重製之意義，不應以「有形」之重複製作為限，應包括直接、間接、永久與暫時之重複製作。

¹⁶ 散布權，屬於著作財產權之一部，依美國 1976 年 Copyright Act 第 106 條第 3 項規定，著作權人享有藉由買賣、移轉、出租、出賃、出借之方式，將著作之重製物散布於公眾之專屬權利。散布權在該國之法律用語為 distribution right 或 publication right。不過，美國著作權法之散布權受限於第一次銷售理論 (first sale doctrine)，該法第 109 條明文規定，著作權人如已將特定之著作重製物移轉予他人，該著作重製物之散布權即消滅。See SHELDON W. HALPERN, DAVID E. SHIPLEY & HOWARD B. ABRAMS, COPYRIGHT-CASES AND MATERIALS 213-17 (1992)。此外，世界智慧財產權組織著作權條約第 6 條、世界智慧財產權組織表演及錄音物條約第 8 條、第 12 條，均有散布權之規定。

¹⁷ 世界智慧財產權組織表演及錄音物條約第 15 條賦予錄音著作享有公開演出報酬請求權。

¹⁸ 修正前之著作權法第 37 條第 2 項規定，著作財產權之授權經公證人作成公證書後，不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再授權而受影響，此項規定易產生「如授權未經公證人作成公證書，將因嗣後著作財產權人將其著作財產權讓與或授權而受影響」之解釋，有違伯恩公約第 5 條第 2 項所為「著作權之享有與行使不得要求履行一定形式要件」之規定。

¹⁹ 修正前第 87 條第 5 款規定，明知係侵害電腦程式著作財產權之重製物而仍作為直接營利使用者，視為侵害著作權。惟國外立法例並不以「作為直接營利之使用」行為為限，日本著作權法第 113 條規定為「作為營業之使用」為已足。

²⁰ 本次修正主要參考 1996 年「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT) 以及「世界智慧財產權組織表演及錄音條約」(WPPT) 兩項公約，並配合 TRIPS 與伯恩公約等國際性條約之規定。

之公開播送權不及於網路上之傳輸²¹、合理使用範圍未因應科技發展而調整，無法滿足社會上資訊傳播與電子之蓬勃發展需要，而有增訂或修正之必要。此外，該次修正前之著作權法未考慮國內數位化網際網路科技之環境，對於著作權人之保護不周，更增訂有關權利管理電子資訊保護之相關規定。猶有甚者，該次修正之立法者就製版權之讓與與信託、著作權與製版權爭議之調解功能，亦作法律之整體考量，分別加以修訂。另增加海關主動查扣、沒收、沒入規定，並修正侵害著作權、製版權之民刑事責任。

抑有進者，上開修正案甫施行不及一年，著作權法又於 2004 年 8 月 24 日經立法院 3 讀通過修正案，於同年 9 月 1 日經總統公布，於同年 9 月 3 日生效。新修正案除增加防盜拷措施保護機制外²²，再就著作權法有關刑罰犯罪構成要件之主觀要素規定，加以修正，解決實務適用上之疑義²³，並增訂海關對於涉嫌侵害物有權主動暫緩通關放行規定，另對於有關暫時性重製權、仲介團體與利用人使用報酬爭議之仲裁、企業使用盜版軟體責任主觀條件等規定加以修正，以符合國際規範。

²¹ 修正前之著作權法並未考量將他人之著作在網路上公開傳輸之行為，此種行為以具有互動性之電腦或網際網路傳輸之形態為特色，與公開口述、公開播送、公開演出之傳統傳達著作內容之型態有別。新著作權法第 3 條第 1 項第 10 款乃有公開傳輸定義之設。

²² 此部分原為 2003 年 7 月 9 日修正案之部分內容，該修正案此部分稱為「科技保護措施」，惟當時修法並未通過，本次修法則成功地增設。

²³ 2003 年修正之著作權法立法說明：修正前之著作權法雖區別「意圖營利」與「非意圖營利」，惟實務上大多數之案件屬於意圖營利之案件，為公訴罪，權利人與使用人失去民事和解之空間，造成企業界之困擾。另有關「5 份」、「5 件」與「新台幣 3 萬元」之規定，在實務上發生認定之歧見，2004 年之修正案刪除「非意圖營利」、「3 萬」、「5 份」、「5 件」等文字，另加重盜版光碟製造與散布行為之處罰，並增設「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害」之明文規定。

3. 審判常見之類型

3.1 以案由區分

智慧財產權侵害之刑事案件，以案由區分，比例上最多者為著作權侵害之犯罪案件，此等案件有時更涉及商標權之侵害，以及刑法行使偽造文書罪²⁴。而著作權法案件中，又以仿冒影音光碟（包括 VCD、DVD）²⁵、音樂光碟（指 CD）以及電腦遊戲軟體光碟（包括 VCD、DVD 以及卡匣）之案件最多。又因隨著科技之進步，著作權之案件時常涉及光罩、電腦積體電路布局²⁶、電路板之布局、電腦程式設計以及趨動電腦硬體運作之原始碼（source code），法院欲判斷行為是否構成著作權之侵害，勢必須多充實此等新科技之知識。

比例上次多者，為商標權侵害之案件，此等案件因常涉及商品之包裝，亦可能同時觸犯行使偽造文書罪²⁷、商品虛偽標記罪²⁸以及侵害美術著

²⁴ 重製日本西雅企業股份有限公司之電腦遊戲光碟，涉及電腦遊戲軟體程式之著作權、SEGA SATURN 註冊商標權之侵害，另光碟在播放過程之開始會出現「PRODUCED BY or UNDER LICENCE FROM SEGA ENTERPRISES, LTD.」之文字，此等文字具有一定用意，屬於刑法第 220 條所指之文書。

²⁵ 美國電影協會會員（Motion Picture Association）包括迪士尼、華納、20 世紀福斯、環球、哥倫比亞、米高梅及派拉蒙等俗稱八大電影公司，對於在我國境內有關電影相關之著作權追訴、查察工作，目前均委託我國財團法人電影及錄影著作保護基金會為之，該基金會向法院均堅持不和解之立場。

²⁶ 著作權法第 5 條僅規定電腦程式著作並未及於積體電路布局，後者另有積體電路電路布局保護法加以規範，因此，積體電路布局並非著作權法之著作，積體電路布局之侵害，依該特別法之規定，僅負有民事責任，而無刑事責任。

²⁷ 侵害商標權之犯罪案件，均涉及偽造文書罪，惟地方法院法官多未重視，僅論以商標法之輕罪論科。

²⁸ 參刑法第 255 條。

作、文字著作²⁹之犯罪。商標之侵害涉及商標近似之判斷時，因為商標之設計內容包括文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀及其聯合式，近似之判斷已屬不易。加以商標使用之情形，更及於數位影音、電子媒體以及其他媒介物，致使商標侵害之情形複雜。猶有甚者，企業為求生存，彼此在市場上激烈競爭，動輒以不正當之競爭方法打擊對手，產生變化多端之侵害類型，更增加商標權侵害案件審理之困難度。

至於法院受理之公平交易法所規定之刑事犯罪案件，受到公平交易法於 1999 年修正時增訂「先行政後司法」立法原則之影響，加以公平交易委員會為中央機關，人力有限，相關刑罰之刑事案件件數遽減，並幾近無³⁰。

3.2 以被告區分

警方查獲侵害智慧財產權之對象包括：地下工廠、經銷商或零售商、資訊業者、出版業者、出租店、攤販業者等等³¹。首先就地下工廠而論，此等對象為犯罪之源頭，屬於仿冒品之重製型犯罪，包括 CD、VCD、DVD

²⁹ 商品說明書之擅自重製構成文字著作之侵害。

³⁰ 違反禁止獨占、聯合、仿冒、妨礙公平競爭行為之規定者，依現行公平交易法第 35 條、第 36 條規定，採先行政後司法原則。至於違反禁止妨害商譽行為之規定，依該法第 37 條規定，則採司法行政併行原則，惟在實務上未受到重視。

³¹ 2002 年行動年全省各地警察機關處理侵害智慧財產權案件共計 5,118 件，移送嫌疑人 6,269 人，較去年同期 6,114 人增加 2.54%；查獲仿冒盜版品金額達新台幣一百億一千餘萬元，較 2001 年同期之 82 億 2 百餘萬元增加 22.04%。2002 年各地方法院檢察署偵辦有關智慧財產權案件終結件數 5,704 件，按侵害類型罪名統計，其中違反著作權達 3,847 件，佔總侵害案件 67.44%；違反商標法終結計 1,358 件，佔總侵害案件 23.80%；違反專利法案件終結為 499 件，佔總侵害案件 8.74%。以被告身分統計，仍以零售商居多，佔總侵害案件 40.07%；其次為製造商，佔總侵害案件 17.05%，製造商犯案較去年同期增加 15.14%。參經濟部智慧財產局，〈中華民國智慧財產權保護〉，at <[http://www.tipo.gov.tw/attachment/tempUpload/801298282/2002年中華民國智慧財產權保護\(中文版說帖\).doc](http://www.tipo.gov.tw/attachment/tempUpload/801298282/2002年中華民國智慧財產權保護(中文版說帖).doc)> (last visited Aug. 17, 2005) (on file with TLR)。

等光碟之重製行爲，以及其他仿冒品之製造行爲，因此等仿冒品如涉及著作權之侵害³²，實務上多認定爲常業犯³³，刑罰較重。又因此等犯罪地點屬於仿冒品之製造源頭，查獲現場扣有大型貴重之機器³⁴以及製造光碟之原料、半成品、成品，法院對於扣押物品均須注意科以沒收之從刑。又因爲扣案之 CD、VCD、DVD 等光碟數量大，法院審判時須注意光碟之數量、著作權人之歸屬以及實質內容，並加以勘驗，以免造成應於審判期日調查之證據未予調查之違法³⁵。又地下工廠擅自重製之光碟，往往兼及猥褻光碟，惟此部分與其所犯違反著作權法之犯罪間，具有異種想像競合犯之裁判上一罪之關係³⁶，適用法律時不可不慎。地下工廠，可能屬於家庭式工廠，特別是行爲人利用網際網路架設網站，利用電腦犯罪，實務上亦多認爲屬於常業犯。

經銷商或零售商係商品行銷通路，具有一定店面，銷售之商品可能單一，可能多樣。例如，電腦遊戲軟體光碟之專賣店，業者除販賣合法光碟外，尚兼售仿冒光碟，由於遊戲光碟真品之價格不便宜，遊戲時常更新，消費者花費大，盜版品係經由機器或電腦科技方法製造出來，品質與真品並無

³² 地下工廠多同時製造猥褻光碟，在我國雖不構成著作權之侵害，惟觸犯刑法第 235 條製造猥褻物品罪。

³³ 商標法規定之犯罪，均屬公訴罪，並無常業犯之處罰規定，審判上常優先適用著作權法之常業犯處罰規定。

³⁴ 例如光碟射出成型機、印刷機，前者一台價值不匪，可達千萬元之行情。

³⁵ 最高法院 93 年台上字第 554 號、第 3459 號、第 3558 號、第 4031 號刑事判決均認爲扣案光碟未予全部勘驗構成判決違背法令之原因。建議事實審法院爲解決此種困擾，可於勘驗光碟時，令告訴人與被告在場，由雙方派出人力協助勘驗並記明筆錄，同時製作附表，供將來判決書使用。告訴人之告訴無非希望被告賠償，被告則希望法院輕判，雙方於法院進行光碟勘驗時多能配合。

³⁶ 被告於重製盜版光碟以及猥褻光碟時，理論上，重製之時間應有先後。惟意圖散佈所持有猥褻光碟，觸犯刑法第 235 條第 2 項之罪，而以明知爲侵害著作權之物意圖散佈而持有之方法侵害他人之著作財產權，係 2003 年 7 月 9 日修正之著作權法第 93 條第 1 項第 2 款、第 87 條第 6 款之罪，就地下工廠之犯罪行爲人一持有行爲而言，即觸犯上開二罪名，屬於想像競合犯。

不同，替消費者省卻不少花費，令玩者趨之若鶩，成為盜版品最主要之行銷管道，有些經銷商甚至更以真品價格出售，欺騙消費者。實務上，法院對於此等犯罪，多亦以常業犯論處，惟因著作權之常業犯為一年以上七年以下有期徒刑，刑度不輕，法院量刑上以不超過二年有期徒刑者居多。至於經銷商或零售商係販賣日常用品者，例如洗面乳、化妝品等清潔用品店，該店於販賣多種商品同時，摻雜仿冒商標之商品，是否有罪，較不易認定³⁷，實務上有僅以侵害商標權之輕罪論處者，其認事用法尚有未當³⁸。

資訊業者包括電腦及其相關配備、零件之販售業者暨電腦資訊教育業者，由於此等業者目標顯著，不致於從事反覆以侵害他人著作權為目的之犯罪活動，惟因其業務上之關係，較諸一般事業觸犯著作權法之機會為多，因多屬偶發事件，實務上多認定屬於非常業犯，而屬告訴乃論。法院在審理此等告訴乃論犯罪案件時，必須審查本件之事項包括：告訴權人誰屬³⁹、告訴人是否具備告訴權⁴⁰、告訴狀是否合法⁴¹、告訴代理是否合法委任、非原著

³⁷ 例如，多芬乳霜洗髮乳、潤髮乳、沐浴乳為英荷跨國企業之產品，該商品價格不高，惟受到消費者喜愛，市場占有率高，該公司將其商標分別授權予中國大陸、香港、新加坡、泰國以及我國公司製造，惟各個被授權公司製造出來之商品商標使用並不統一，包裝亦不盡相同，又由於中國大陸、泰國等地區之人工便宜，真品平行輸入我國者夥，消費者在選購上，本不易區分真品與仿冒品，經銷商亦可能因上開因素，在不知情之情形下自中盤商取得仿冒品。又例如法國 LAMPE BERGER 精油公司為阻止他人仿冒或未再簽約之經銷商繼續販賣該公司之商品，經常更改商品包裝、外觀，致真品在不同時期呈不同面貌，消費者與經銷商無法辨識商品之真偽。

³⁸ 商品容器或包裝上印有出產之公司、地址、授權文句，有些商品甚至附有說明書，仿冒此種商品，同時觸犯著作權法以及刑法之規定。

³⁹ 著作權屬於集合式之權利，著作財產權包括重製權、改作權、散布權等等，著作人可能並非著作財產權人，取得改作權之人，可能並非原著作之重製權人。

⁴⁰ 警方處理違反著作權之刑事案件，有時誤認屬於公訴罪，漏未取得著作權人之合法告訴資料，筆錄亦未詢問著作財產權人是否提出告訴，嗣法院改認屬於告訴乃論之罪，惟因告訴期間已過，致案件不得不為不受理之判決。

⁴¹ 告訴狀應有本人之簽名，告訴狀如違反刑事訴訟法第 53 條之規定，可能欠缺應具備之程式，告訴為不合法。參最高法院 70 年台上字第 7369 號、76 年台上字第 743 號

作財產權人提出告訴是否取得專屬授權⁴²。外國法人為著作財產權人之案件，法院更應注意該外國法人所屬國家有關告訴代表權人之規定⁴³、其所提出之告訴狀是否經過認證⁴⁴、告訴代理之案件是否屬於事前之概括授權⁴⁵等事項。又如告訴人撤回告訴者，應注意對於共犯之一人告訴或撤回告訴，其效力及於其他共犯（刑事訴訟法第 239 條第 1 項前段），以及對於具有被告身分之行為人、法人或自然人之一方告訴或撤回告訴者，其效力及於他方

判決。

⁴² 著作權受侵害，僅著作財產權人或受讓人或專屬授權人始得提出告訴。告訴人僅提出著作註冊登記之證明，尚不能認為其具有告訴權。又告訴人提出之契約書雖有專屬（exclusive）字樣，惟契約之解釋尚應探求當事人之真意，不能拘泥於文字，有時亦不能認為已經取得專屬授權。例如授權人與被授權人之契約雖記載被授權人取得在臺灣專屬發行之權利。契約中所謂「專屬發行」之真意為何？值得商榷。依著作權法之規定，發行係指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物，對於他人非法重製行為，則無法以權利人自居。

⁴³ 外國公司之告訴代表權人，非如我國公司法規定係由董事長或有代表權之董事充任。有無代表該外國公司提起告訴之問題，屬私法性質，應依涉外民事法律適用法第 1 條之規定（人之行為能力依其本國法）。例如美商環球股份有限公司所據以設立之德拉瓦州公司法第 121 條規定：每一公司及其經理、董事及股東，於對該公司章程內所定目的或業務推展或業務行為所必要並有利之情形下，皆擁有並得行使本章或其他法律或公司章程所賦予之權利及特權暨其他相關權利。美國的 common law 更廣泛承認公司職員亦可代表公司提起告訴（GUTHRIDGE v. PEN-MOD INC.）

⁴⁴ 告訴狀是否確為告訴人本人所撰，為法院依職權調查事項。司法院 89 年 4 月 27 日（89）院台廳民字第 10164 號曾函示：「美商委任台灣律師為代理人進行訴訟之委任狀，若已足認委任為真正，即無須要求於該委任狀須經認證。」僅供法院於具體個案審查時之參考。

⁴⁵ 最高法院 90 年台上字第 4375 號判決認為：「告訴權係因犯罪而取得，故告訴之代理，具有特定代理之性質，且其代理權之授與，應在犯罪事實發生後，如為事前概括之委任，其告訴並非合法。是否在著作權或類似之案件，對外國公司之被害人，為求訴訟經濟，防止損害之擴大，例外得許其事前概括委任告訴為合法，原審未於理由內詳加說明，僅以民智公司係經美商 PADS 公司在台灣獨家公司經銷權及相關侵害著作之追訴權云云，即認其告訴為合法，自難謂當。」

（著作權法第 101 條第 2 項）之規定⁴⁶。

電腦教育資訊業者，除對外招生提供電腦補習教育外，尚兼賣電腦軟體，惟因正規教育普及，不若以往盛行，業者為求生存亦於販賣電腦硬體時附贈盜版軟體，甚至在其電腦教室灌入盜版軟體於電腦中。電腦界之巨人微軟公司時常派市場調查員偽裝成消費者購買，亦以取得之電腦（內含盜版軟體）作為證據，向警方提出告訴取得搜索票後前往搜索。不過，市場調查員可能僅為該公司之臨時性雇員，為求業務績效，手段上可能發生類似陷害教唆問題⁴⁷。又因為此類案件需要電腦專業知識，警方不願保管系爭電腦，交由告訴人保管⁴⁸，警方之移送資料僅附具電腦螢幕上顯現之影印畫面，法院審理階段，對於告訴人所保管之電腦以及警方移送資料真正與否有可能受到被告方面之質疑。檢察官、法官如於偵審中未加注意，沒有予以勘驗⁴⁹，所為判決有違背法令之虞。

書籍之出版業者⁵⁰，通常係接受他人之原稿代為出版書籍，惟遇該原稿

⁴⁶ 著作權法第 101 條第 2 項之規定，乃法律上特別規定，因法人與行為人間並無犯意之聯絡、行為之分擔，彼此間並無共犯關係。

⁴⁷ 陷害教唆，本屬警察機關不當之釣魚式偵查方法，因此取得之證據，並無證據能力。惟如告訴人公司之市場調查員為求業績，偽裝消費者於交易時，要求業者灌盜版軟體，因此取得之證據是否有證據能力，值得研究，最高法院有認定此種情形亦屬陷害教唆，參最高法院 93 年台上字第 1740 號判決。

⁴⁸ 證物未經扣案，係由告訴人公司自己保管，其證物本身之公信力將受到質疑。

⁴⁹ 電腦內灌入盜版軟體之時間，例如微軟公司之 OFFICE 軟體，可能較交易時間為早，檢察官或法院未就系爭電腦加以勘驗，容易造成事實認定上之錯誤。

⁵⁰ 世界最早之著作權法應推西元 1710 年英國之安妮法案（Statutes of Anne），該法賦予作者禁止他人擅自重製其書籍之權利，嗣經四百年來之發展，著作權法之保護標的已從書籍擴張及於繪畫、攝影、音樂、電影、建築與電腦軟體。惟在著作權法前三百年之發展過程，由於紙張係重製書籍之主要材料，仿冒之類型亦以重製於紙張之書籍為主。而書籍儲存於電子檔案，並可藉由網際網路傳播、複製之發展，則係 20 世紀末期開始。曾有人預言，印刷業者將受到電腦科技之發展而衰落。惟事實證明，現代著作以紙張印製成書籍之方式行銷，仍係帶給著作人財富最主要之來源，例如世界最暢銷之小說家 Stephen King 不僅所寫之小說大賣，基於小說拍之成立電

涉及抄襲時，告訴人均一併將之列為被告。法院遇此類案件面臨四大難題：(1)告訴人主張之著作是否受到法律之保護⁵¹；(2)如何證明告訴人為原著人；(3)系爭原稿是否與告訴人主張之著作相同或近似；(4)被告是否故意抄襲告訴人之著作。告訴人所請律師通常均會以該著作曾經向主管機關登記、兩著作具有實質相似、被告曾經接觸過該著作等情形，作為證明被告犯罪之依據，惟由於著作權創作之程度不若專利權高，著作相同或近似而不構成抄襲者時常發生，法院認定犯罪成立之情形比率不高。又我國社會早期有關著作權法之觀念薄弱，著作人與出版業簽訂之著作物權讓與契約，雖記載「本契約簽訂後，本著作物之著作權及一切權利，永為受讓人所有」等字樣，惟多未載明讓與金額，此等契約條款重要之點既未於契約內載明，契約依法應為無效，實務上發生多起有名之著作人繼承人或著作財產權之繼承人與出版業者之民刑事糾紛⁵²。

出租業者，由於光碟科技發展快速，市場上有關錄影帶之出租逐漸為 VCD 或 DVD 取代。申言之，出租業者發生侵害著作權法案件，包括出租未經著作權人同意重製之影音光碟、出租真品平行輸入之影音光碟、出租逾越簽約授權範圍之錄影帶或影音光碟。由於 VCD 或 DVD 極易經由電腦或高科技機械而重製，出租人出租之影音光碟可能係未經授權而擅自重製，或

影、光碟或有聲書，甚至流通於網路，均累積大量財富。惟因為財富來之過快，許多人亦欲藉此謀利，並以其著作涉及抄襲提出訴訟。See RICHARD STIM, COPYRIGHT LAW 1-2 (2000)。

⁵¹ 著作權法所保護之著作，採創作保護主義，且其創作程度之要求低，受到法律之保護較容易，惟實務上，因證據提出之困難，告訴人反不易證明該著作為其原創。辯護人常以著作不具原創性、屬於公共財、被告主觀無犯罪故意等理由提出答辯。尤以案件涉及標準教科書，作者、版本雖不同，內容可能大同小異；又例如商品使用說明書，同一性質之商品可能使用方法類似，如何證明抄襲，確有困難。

⁵² 參台灣台北地方法院 88 年自字第 683 號、台灣高等法院 89 年上訴字第 4439 號、92 年上更一字第 501 號有關司馬翎武俠小說之著作權侵害刑事判決，及台灣高等法院 92 年上訴字第 4444 號、最高法院 92 年台上字第 3856 號刑事判決有關錢穆之文學著作之侵害案件。

由他人擅自重製而取得。真品平行輸入行爲於 2003 年 7 月 9 日修正之著作權法已經除罪化，惟因平行輸入之真品均爲外國語言、文字，市場上有不肖業者先行擅自翻譯成本國語言、文字製成卡匣，售予出租業者出租，侵害著作權人之翻譯權，此部分刑責未因法律修正而變動。又某些外國之影音光碟包裝上，片面印有該光碟僅限於世界某些地區播放或限於家庭使用等字樣，如爲出租業者合法取得，所爲縱與該包裝文字相違，依著作權法第 60 條第 1 項前段之規定，仍不能認爲違法。又出租業者如與影片商簽約取得授權對外出租，如簽約期滿兩方未再續約，出租業者可能仍持有原合法授權之錄影帶或光碟，亦有機會於合約期滿後仍擅自重製出租，逾越授權範圍或未經授權之出租同樣違法⁵³。

攤販業者，在實務上發生者眾。攤販販賣者包括煙、酒、皮件、手錶、服飾、音樂光碟、影音光碟等等仿冒商品，分別觸犯商標法、著作權法以及刑法偽造文書之刑罰規定。攤販業者一次被查獲之數量不大，不以常業犯論處，惟若被查獲之次數過多，或警方循線在被告之倉庫查獲大量之仿冒品，實務上往往論以常業犯。攤販業者爲警查獲多次，究應論以常業犯或連續犯，常因法官認定標準不一而異其結果，影響法律之安定性⁵⁴。

4. 審判應注意事項

法院於審理智慧財產權之刑事案件應注意之事項，依裁判書之格式而言，可以包括主文記載、事實記載與理由敘明三大部分。茲分別就此三大部

⁵³ 參台灣高等法院 91 年上訴字第 2880 號、最高法院 92 年台上字第 1718 號刑事判決。該案之被告爲出租業者，原取得錄影帶代理商之授權，有權重製、出租「霹靂英雄榜之風起雲湧」第 1 集、第 2 集錄影帶，嗣合約期滿未再續約，由同行處取得第 3 集、第 4 集後，擅自重製、出租，爲警查獲，被認定有罪。

⁵⁴ 2005 年 1 月 1 日立法院三讀通過，總統於同年 2 月 2 日公布之刑法修正案，已將牽連犯、連續犯以及常業犯之規定刪除，將來著作權法有關常業犯之規定是否會刪除，值得注意。

分分敘如後：

4.1 主文記載

智慧財產權之刑事案件判決主文欄，與一般刑事案件相較並無特殊不同之處，惟因屬於特別刑罰法律，自有別於其他刑罰法律之處。又因刑事判決書之主文欄，一般可分為主刑、從刑兩大類，從刑又分爲沒收、褫奪公權兩種⁵⁵。智慧財產權之刑事案件較少宣告褫奪公權，惟警方在第一線查獲智慧財產權之犯罪案件多扣有證物，是法院判決之主文常有沒收之宣告。不過，法院裁判時爲從刑之宣告，多無爭議，僅因刑罰法條規定之複雜性或不明確性，法院諭知主刑時，尚有應行注意之處。

就商標侵害之案件而言，商標法之刑罰法條僅兩條，由於法條處罰之刑度未達上訴最高法院之門檻，無法經由最高法院之審查，統一法律上之意見，惟目前實務之運作上，主刑之諭知，各法院均稱一致。不過，現行商標法犯罪構成要件中，所指「使用」之意義廣泛，該法第 6 條明文規定商標之使用，係爲行銷之目的，將商標用於商品、服務或其有關之物件，或利用平面圖像、數位影音、電子媒體或其他媒介物足以使相關消費者認識其爲商標。判決主文是否應將具體之使用情形加以敘述，值得討論，縱主文中無須加以敘述，惟於判決之事實、理由欄，則仍應就被告如何爲商標之使用加以具體載明，以期適法。

至於著作權侵害案件則比較複雜，一方面係其刑罰法條多，修正頻繁，另一方面其法條規定本身亦繁瑣，主文之諭知上不若商標法簡單。著作權法案件之主文，以法條順序加以分析，可分爲侵害重製權罪、侵害散布權罪、侵害其他著作財產權罪、侵害著作人格權罪、違法銷售強制授權重製物罪、其他視爲侵害著作財產權之犯罪、常業犯罪、重製銷售違法翻譯之外國

⁵⁵ 最近修正之刑法，有關從刑部分，增加「追徵、追繳或抵償」之規定（新刑法第 34 條增加第 3 款）。

人著作罪、未銷燬修改或重製之電腦程式罪、未註明他人著作出處罪、著作權人違法移除變更其權利管理電子資訊罪，主文論知複雜。惟因著作權法上之刑罰規定，除第 91 條第 3 項、第 91 條之 1 第 3 項以及第 94 條之罪為公訴罪外，其餘均為告訴乃論之罪，著作權人為外國人者，除非構成著作權人重大之經濟損害，法院受理之情形不多。

著作權法第 94 條規定，以犯第 91 條、第 91 條之 1、第 92 條、第 93 條之罪為常業者，為常業罪。依該條規定，縱被告同時具有第 91 條、第 91 條之 1、第 92 條或第 93 條之罪為常業，主文僅能論以一個情節重大之常業罪論知。又著作權法第 101 條第 1 項為法人兩罰之規定，法人之代表人、代理人、受雇人或其他從業人員因執行業務而觸犯刑罰，各該代表人、代理人、受雇人或其他從業人員應依所觸犯之法條論知，例如甲法人之受雇人乙因執行職務觸犯著作權法第 91 條第 1 項犯罪，該受雇人乙部分之主文論知應為：「乙擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑若干」，法院判決主文如為：「甲法人之受雇人乙，因執行職務，意圖銷售而擅自以重製方法侵害他人之著作權，處有期徒刑若干」⁵⁶，其判決因法律適用不正確，顯屬違背法令。

4.2 事實記載

事實審法院受理智慧財產權之刑事案件，首應調查證據，以明確勾劃出犯罪構成要件之事實，載明於判決書之事實欄。惟認定犯罪構成要件之事實，必須對於法律規定之犯罪構成要件有正確之解讀與認識，否則不僅未能發現真實，更影響法律之正確適用。

就商標法而言，商標近似之判斷不易，已如前述。此外，法官必須對於商標使用之意義有正確之瞭解。商標之使用，包括權利人之使用與犯罪行為人之使用。商標註冊時，應指定使用之商品或服務，於市場行銷時，將商

⁵⁶ 台北地方法院 91 年訴字第 35 號刑事判決。

標使用在該商品上。惟商標之使用，依商標法第 6 條之規定，包括將商標使用在說明書、標帖、價目表、數位影音、電子媒體或其他媒介物上。實務上如發生未經商標權人同意將其註冊商標印刷在包裝袋上之刑事案件，辯護人如請求法院向智慧財產局調取商標註冊之原始資料，並請求鑑定該註冊商標指定使用之商品與該包裝袋是否為同一或類似商品，顯無調查之必要。又在向他人販入仿冒他人商標之商品再行出售被查獲，固屬商標法第 82 條販賣仿冒商標商品之輕罪，惟如於攤位上製作廣告刊有所販賣商品之商標，即屬商標之使用，應構成同法第 81 條侵害他人商標權之犯罪，檢察官及第一審法院未及注意僅論以第 82 條之犯罪，第二審法院可以變更起訴法條，並諭知較原審為重之刑罰，被告於上訴時應考慮其上訴勝算之機會。

著作權侵害之案件，有時係因為權利人所雇請之業務員為求業績所造成，例如業務員為與出租業者簽訂合約，要求出租業者購買一支 VCD 擅自允許業者重製，嗣經權利人追究，出租業者遭移送法辦，法院可能以被告並無主觀上之犯意宣告無罪⁵⁷。又有時權利人委派市場調查員做市場調查，調查員為求業績，誘導業者灌入非法軟體，再由權利人提出告訴，權利人以此方式取得之證據，是否具有證據能力，易生爭議⁵⁸。又因著作權法常業犯之刑度有期徒刑部分為一年以上七年以下，辯護人往往提出各種事實上之爭點，拖延訴訟時間，例如搜索扣押程序不合法、扣案證物發行日期與起訴事實不符或屬前案所遺留下來、被告自白出自非任意性、證據能力之欠缺、警方詢問未經合法錄音錄影，甚至辯稱扣案之盜版光碟係被告前案所留，因垃圾車拒絕收成箱之盜版光碟，以致未能丟棄，請求傳喚清潔隊證明垃圾車確實不收成箱包裝之光碟等情，法院應注意審判事實之爭點，避免案件遭受誤導，排除不必要之證據方法，重視審判效率。

⁵⁷ 參台灣板橋地方法院 92 年訴字第 515 號刑事判決、台灣高等法院 93 年上訴字第 1588 號刑事判決。

⁵⁸ 參台灣高等法院 93 年上更一字第 228 號刑事判決。

真品平行輸入之影音光碟部分，2003年7月9日修正之著作權法雖將真品平行輸入逾越規定數量之行爲除罪化，惟因著作權法於該次修正同時承認散布權，並於第59條之1規定，在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權人，得以移轉所有權之方式散布之，反言之，逾越一定數量之平行輸入真品，仍轉讓其所有權者，觸犯著作權法第91條之1之刑罰規定。

4.3 理由敘明

智慧財產權刑事案件之判決理由，除引用刑罰法條以外，經常引用共犯、連續犯、常業犯、想像競合犯等法律規定。在此等理由中，由於被告之行爲究屬連續犯抑或常業犯，影響被告之刑事責任頗大，法院認定時，必須將被告屬於連續犯或常業犯之理由交待清楚，以期適法。由於普通刑法本有賭博、竊盜、搶奪、強盜、詐欺、重利罪常業犯之規定，早期司法實務上認爲常業犯，係指以犯罪行爲爲生活之事業⁵⁹，或以犯罪營生⁶⁰，或恃犯罪爲生⁶¹而言，晚近之見解亦同⁶²。惟上開實務之見解，係就普通刑法之常業犯加以解釋。

侵害著作權之案件，實務上所認定之常業犯與連續犯，本質上均具有反覆性、複次性及延時性，其區別在於犯人是否以犯罪行爲爲業務，並恃以維生，雖不必以犯罪爲唯一謀生之方法，但必以犯罪之不法所得爲其主要生活依據，始謂相當。故如犯人並不以此爲業，恃以維生，縱其犯罪行爲不止

⁵⁹ 司法院20年院字第568號解釋：刑法中所謂常業，係指以犯罪行爲爲生活之事業而言。

⁶⁰ 司法院37年院解字第3962號解釋：刑法第267條所謂以賭博爲常業，係指以賭博營生者而言。

⁶¹ 最高法院19年上字第1474號、21年非字第50號判例。

⁶² 最高法院85年台上字第510號判例意旨爲：常業犯，指反覆以同種類行爲爲目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於犯罪所得之多寡，是否恃此犯罪爲唯一之謀生職業，則非所問，縱令兼有其他職業，仍無礙於該常業犯罪之成立。

一次，仍不得謂係常業犯⁶³。實務見解並認為，侵害著作權之常業犯，應係指「以侵害著作權營生」，或「恃侵害著作權為生」，始克相當，亦即以犯罪不法所得為其主要生活之依據。故行為人縱有多次侵害著作權之行為，如並不以之為業，仍不得謂係常業犯⁶⁴。又因常業犯性質上屬多數行為之集合犯，屬於實質上一罪，反覆從事之多數行為相互間並不發生連續犯、牽連犯或想像競合犯裁判上一罪之問題。因此，縱犯罪行為侵害多數人之著作財產權，亦無成立想像競合犯之餘地⁶⁵。倘行為人以犯第 91 條、第 92 條、第 93 條之罪為常業，並兼而有之，則後二者之低度行為應為前者之高度行為所吸收，因前者之行為情節較重，應僅論以擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業罪⁶⁶。

值得注意者，不論是常業犯或連續犯，法院審判之範圍應注意包括起訴之顯在事實及未起訴之潛在事實，以免案件一部判決確定，及於全部，使行為人僥倖免罰。實務上併應注意檢察官移送併辦之部分，除於事實欄予以敘述外，亦應於理由欄中說明，否則構成事實與理由矛盾之違法⁶⁷，又檢察官如已移送併辦，法院疏未審究，則構成已受請求之事項未予判決之違法。

警方查獲同一批之盜版音樂光碟或影音光碟中，往往涉及不同之著作

⁶³ 92 年台上字第 7224 號刑事判決。

⁶⁴ 參最高法院 83 年台上字第 3710 號、84 年台上字第 5063 號、85 年台上字第 8 號、台上字第 2621 號、87 年台上字第 1173 號刑事判決。又法院判決書事實與理由欄之記載，最高法院 90 年台上字第 3690 號刑事判決認為：所謂常業犯，係指以犯罪為職業並恃之以維生而言，雖不必以犯罪為唯一謀生方法，仍須賴以為營生依據之一者，始克相當。此項屬於犯罪構成要件之事實，不但判決事實欄應詳加記載，理由欄內亦應敘明其所憑之證據及認定之理由，方足資以論罪科刑。原判決對於上訴人是否恃本件犯罪以維生，既未於事實欄內為明白之認定，理由欄內亦未有所說明，致其論上訴人以常業犯，是否正當，尚屬無憑判斷，於法自有未當。

⁶⁵ 最高法院 93 年台上字第 3558 號刑事判決，前揭註 35。

⁶⁶ 最高法院 93 年台上字第 2894 號刑事判決。

⁶⁷ 最高法院 93 年台上字第 350 號刑事判決。

權人，如行爲人非常業犯，因其一行爲同時侵害數著作權人之著作財產權法益，屬於同種想像競合犯。又查獲被告持有之大批影音光碟中，常同時包括猥褻光碟以及盜版光碟，被告販賣猥褻光碟行爲，由其行爲時間之縱向觀察，被告先後意圖販賣而製造、持有之行爲⁶⁸，具有吸收關係，另與販賣行爲⁶⁹，具有牽連犯之關係。又被告販賣盜版光碟行爲，由其行爲時間之縱向觀察，被告先後販賣、意圖散布而公開陳列、持有之行爲⁷⁰，具有吸收關係。惟就被告上開二行爲之橫向觀察，被告同時持有猥褻光碟以及盜版光碟之行爲，又屬想像競合犯之關係，最後適用法律之結果，應從一情節重者處斷。

又以意圖營利之意思販入或賣出，在毒品、槍砲案件，實務上均認爲販賣既遂，惟著作權法之案件已經明文區分散布（包括販賣）、意圖散布而公開陳列或持有，是向他人販入盜版之著作物，尙未賣出而陳列或持有者，自不得以已經販賣即散布罪論處。

猶有進者，商標法、著作權法甫於 2003 年修正未久，著作權法又於 2004 年又再次修正，法院裁判之理由必須爲新舊法之比較。因商標法之修正條文不多，修正後之犯罪構成要件僅做文字上之修改，刑度不變，比較新舊法之結果，應適用新法，較不生疑義。著作權法因修正條文較多，各個新舊法比較之結果不同，不可一概而論。一般而言，1998 年 1 月 21 日修正後之著作權法之刑罰（爲便於說明，權宜於本文簡稱行爲時法）較輕，2003 年 7 月 9 日修正後之著作權法刑罰（簡稱中間時法）則較重，並一部分刑罰除罪化，法條內容亦做許多更動，2004 年 9 月 1 日修正公布之刑罰（簡稱裁判時法）略有調整加重，並恢復侵害著作人格權之處罰，至於刑罰法條之結構則回復爲 2003 年 7 月 9 日修正前之結構，亦即不區分「意圖營利」與

⁶⁸ 刑法第 235 條第 2 項。

⁶⁹ 刑法第 235 條第 1 項。

⁷⁰ 著作權法第 87 條第 6 款。

「非意圖營利」。

綜合比較著作權法之上開行爲時法、中間時法以及裁判時法刑度之輕重暨法院裁判時法律之適用，吾人可以做如下結論：(1)關於著作權法之重製罪（第 91 條），如行爲人意圖營利而重製，或非意圖營利而重製，均應適用中間時法。惟如非意圖營利之行爲人，其重製份數未超過 5 份，或其侵害總額未超過 3 萬元，應適用中間時法，判決無罪。又如重製者爲光碟，則應適用行爲時法；(2)關於侵害散布權罪（第 91 條之 1），該刑罰係中間時法所新增，法院僅須與裁判時法加以比較，惟因裁判時法之刑度較中間時法爲重，裁判時應適用中間時法；(3)侵害其他著作財產權罪（第 92 條），應區分行爲人是否具有營利意圖，如具營利意圖者，應適用裁判時法⁷¹；如不具營利意圖者，應適用中間時法，惟侵害之著作未超過 5 件，或權利人所受損害未超過 3 萬元者，應適用中間時法，判決無罪；(4)侵害著作人格權之犯罪（行爲時法 93 條第 1 款），中間時法將該罪刪除，是裁判時法院應一律諭知免訴之判決⁷²，如被告同時有違反其他著作權法之刑罰規定，法院則應於判決之理由欄中加以說明；(5)違法銷售強制授權重製物罪（行爲時法第 93 條第 2 款），適用裁判時法；(6)其他視爲侵害著作財產權罪（行爲時法第 93 條第 3 款），原則上適用裁判時法；(7)常業犯（第 94 條）雖未於 2004 年 9 月 1 日修正時加重刑度，惟其所指之 91 條、第 91 條之 1、第 92 條及第 93 條均經修正。法院原則上應適用行爲時法，惟行爲時已經在 2003 年 7 月 11 日以後者，則應適用裁判時法；(8)重製銷售違法翻譯之外國人著作罪（第 95 條），最近一次之修正爲中間時法之規定，法院僅須就行爲時法與中間時法加以比較，原則上適用中間時法，惟須注意中間時法將行爲時法部分除罪化；(9)未銷燬修改或重製之電腦程式罪，以及未註明他人著作

⁷¹ 行爲時法並無拘役之處罰，裁判時法新增單獨科罰金之刑罰，較中間時法罰金部分屬併科為輕。

⁷² 刑事訴訟法第 302 條第 4 款。

出處罪（第 96 條），均未修正，並無輕重比較之問題；(10)著作權人違法移除變更其權利管理電子資訊罪（第 96 條之 1），裁判時法之條文文字有所修正，惟刑度不變，自應適用裁判時法。

須注意者，吾人在比較智慧財產權之新舊法律時，尚須注意其他法律之比較修正，例如行為人之共犯如為少年，原應適用少年事件處理法第 85 條第 1 項之規定加重其刑，惟 2003 年 5 月 28 日制定公布之兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一」，應認屬於法律變更，依刑法第 2 條第 1 項規定，應適用新法⁷³。又刑法第 220 條原規定：「在紙上或物品上之文字、符號，依習慣或特約，足以表示其用意之證明者，關於本章之罪，以文書論。」1997 年 10 月 8 日修正為：「在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，關於本章及本章以外各罪，以文書論。」將之列為第 1 項，並增列第 2 項及第 3 項，如行為人之犯罪時間在舊法時代，亦有新舊法比較之必要⁷⁴。

5. 審判面臨之爭議

5.1 實務運作之爭議

5.1.1 專業法院設立之可行性

我國高等法院以下各級法院自 2002 年 1 月 1 日開始均成立智慧財產權刑事專庭，審判由專人辦理，足見我國關於智慧財產權審判實務發展進入新的里程碑。惟各級法院所設專庭之法官，每年輪換一次，除非法官堅持繼續或有繼續留任之誘因，否則均無法久任。加以專庭之法官仍然兼辦其他刑事案件，反造成專庭之法官審理者包括所有刑事案件，其他非專庭之法官則必

⁷³ 最高法院 92 年台上字第 4032 號刑事判決。

⁷⁴ 最高法院 92 年台上字第 3747 號刑事判決。

然不辦智慧財產權案件，專庭反不夠專。司法院有鑑於此，乃有專業法院之議。

專業法院之設面臨至少五大問題，首先為法院名稱，觀諸世界各國設有專業法院之國家，德國、韓國均稱之為專利法院⁷⁵。惟此等國家受理之案件種類不僅包括專利，尚及於商標、著作權等智慧財產權之案件，是法院名稱以智慧財產權法院為宜。其次，專業法院之審級定位如何，以我國目前司法改革重在堅實之第一審，加以將來之高等法院傾向具有法律審性質之事後審，專業法院之定位似以設在第一審與司法改革較合。惟專業法院設在第一審，恐與現行法院系統重疊，就資源之利用上，未蒙其利先得其害，惟如設在第二審級，應設在何處？如何兼顧便利人民利用法院之訴訟權，亦生困難。第三，專業法院如設在第二審級，是否包括台灣、福建全部地區，抑或如現行高等行政法院，分設北中南三法院，又如與現行高等行政法院管轄範圍相同，是否可與高等行政法院合併？第四，專業法院受理之案件種類，是否僅及於行政訴訟，抑或兼及民事、刑事訴訟案件，如僅選擇前二者，案件量是否過少⁷⁶，如兼刑事案件，是否又需考慮審級定位以及目前司法改革之方向⁷⁷，如不兼辦刑事案件，則是否可以提升法院保護智慧財產權之形象，

⁷⁵ 韓國專利法院設立以前，專利審定案件，由韓國工業財產局審查委員會受理，當事人不服審定結果，可以向上級專利委員會（Appellate Patent Board）申訴，對於申訴事項之決定不服，則上訴至最高法院。由於最高法院對於事實之認定受到法律限制，最高法院之司法審查方式，引起違憲之質疑，嗣韓國憲法法庭宣布上開專利審查案件之流程與憲法規定相違，乃有專利法院之設。See Kong-Woong Choe, *The Role of the Korean Patent Court*, 9 FEDERAL CIRCUIT BAR JOURNAL 474 (2000). 德國聯邦專利法院之設，其歷史由來亦與韓國相同，均係其原有制度之運作具有違憲之原因。參江冠賢、陳佳麟，德國聯邦專利法院介紹，at <http://www.itl.nctu.edu.tw/N_act.htm> (last visited May 3, 2004) (on file with TLR)。（網站查無資料）

⁷⁶ 韓國專利法院設立於 1998 年 3 月 1 日，屬於行政法院性質，經過運作後案件審理速度加快，法官亦逐漸熟悉智慧財產權紛爭之案件，目前計劃將案件擴張及於專利侵權訴訟事件。See Kong-Woong Choe, *id.* at 477.

⁷⁷ 目前，德國、韓國、英國、美國等國家，均未將行政、民事、刑事案件合併由專利

均生疑義。最後，專業法院法官之養成乃專業法院設立成功與否之關鍵，因此，司法院應積極並重視法官之選任、培訓、進修、研究。

惟值注意者，智慧財產權法有關刑罰之規定，甚多屬於刑法第 61 條第 1 款之案件，例如商標法之刑罰規定最重本刑分別為有期徒刑三年、二年（商標法第 81 條、第 82 條）；著作權法對於擅自散佈真品平行輸入之外國人著作、擅自侵害外國人之翻譯權等罪，其最重本刑有期徒刑部分均未逾三年（著作權法第 91 條之 1 第 1 項、第 2 項、第 92 條第 1 項、第 2 項、第 95 條），甚至有專科罰金之刑罰規定（例如同法第 96 條），涉及此等刑罰之刑事案件，依刑事訴訟法第 449 條、455 條之 1 可能適用簡易程序並在地方法院判決確定。如此一來，智慧財產權專業法院根本無從受理，該專業法院統一解釋法律之功能將大打折扣，是專業法院之設立，如主張兼辦刑事案件，另應考量著手刑事訴訟法之修改。

5.1.2 外國人著作權之保護

TRIPS 有關智慧財產權保護之議題早在 WTO 之前身 GATT 會議中即有會員提出，嗣經過以美國為首等多個開發國家多次在會議上之努力，始將此項議題正式放入議程加以討論⁷⁸，最後決議 TRIPS 成為 WTO 協議（Agreement）之一部分⁷⁹。TRIPS 協議前言明白宣示協議主要目的在減少貿易障礙、扭曲，提昇關於智慧財產權有效、適當保護之需要，並確保智慧財產權保護措施、程序之執行不致成為合法貿易之障礙。該協議接受 1994

法院或專利法庭審理，三合一之構想來自司法院，此項創舉是否能成功，在在考驗主政者之智慧。

⁷⁸ See MICHAEL BLAKENEY, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CONCISE GUIDE TO THE TRIPS AGREEMENT 1-7 (1997).

⁷⁹ *Id.* at 7-8. “TRIPS Agreement was an Annex to the WTO Agreement, together with 13 Multilateral Agreement on Trade in Goods, a General Agreement on Trade in Services, and an Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, a Trade Policy Review Mechanism and four Plurilateral Trade Agreement.”

年 GATT 決議之基本原則，以及國際上相關智慧財產權保護之協議與公約⁸⁰，因此，該協議除包括 1883 年巴黎公約（Paris Convention for the Protection of Industrial Property）外，尚包括其他關於著作權公約，例如 1886 年伯恩公約（Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works）、1961 年羅馬公約（Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations）、1971 年日內瓦公約（Geneva Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorised Duplication of Their Phonograms）、1974 年布魯塞爾公約（Brussels Convention Relating to Distribution of Phonograms-Carrying Signals Transmitted by Satellite），均為 TRIPS 所繼受⁸¹。我國既已加入 WTO，著作權法最近三次之修正，亦符合 TRIPS 之規定，其保護標準已經達到國際標準，外國人之著作在我國亦能得到適當之保護。

我國著作權法關於外國人著作之保護包括採取平等互惠原則（著作權法第 4 條）、允許未經認許之外國法人提起告訴或提起自訴（第 102 條）、加入 WTO 之後外國人著作之保護（第 106 條之 1 至第 106 條之 3）、外國人著作翻譯權之特別保護規定（第 112 條）等等。實務上最常發生爭議者，厥為日本人之電腦遊戲軟體著作之發行，是否符合著作權法第 4 條第 1 款之規定。換言之，如日本人主張著作權受到我國著作權法之保護，必須證明該著作在我國管轄區域內首次發行，或在我國管轄區域以外首次發行後三十日內在我國管轄區域內發行。實務上能夠就此點證明之證據，包括權利人發行時之書報雜誌之廣告、出貨單、進口提單以及網路上之發行資訊等等。因「發行」一詞，依照著作權法第 3 條第 1 項第 14 款，係指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物，是被告往往以此點抗辯，主張日本公司僅提出少數之著作物移轉證明，不符「發行」要件。抑有進者，日本新力公司委託香

⁸⁰ *Id.* at 9-10.

⁸¹ *Id.* at 21-3.

港新力公司在亞洲發行其電腦遊戲軟體光碟片，香港新力公司再委託台灣英特全有限公司進口出售，則三家公司彼此之關係如何，此種行銷方式是否符合該日本新力公司在我國發行之法律要件，成為案件是否業經合法告訴之前提要件，法院往往未加以注意。

其次，我國加入 WTO 之後，有關外國著作之保護，於加入生效之日起，對於 WTO 之會員國民之著作，一律應加以保護。惟著作權法為顧及我國人民之權益，於修法時增設緩衝條款。申言之，凡外國人之著作創作於 2002 年 1 月 1 日以後者，我國法律一律加以保護；創作在該日之前者，則需視該外國人之著作在其源流國之保護期間是否屆滿而定，如其源流國之保護期間尚未屆滿，依我國著作權法之計算，亦應受到保護者，則應給予保護⁸²。惟立法者亦同時考慮到我國人民之權益，凡利用人於 2002 年 1 月 1 日前已經著手利用該著作或為利用該著作已經進行重大投資者，仍可利用該著作至 2004 年 1 月 1 日止⁸³，惟應自 2003 年 7 月 11 日起支付合理之使用報酬⁸⁴，至於銷售行為僅得持續至 2004 年 7 月 11 日止⁸⁵，否則仍將構成著作權之侵害。使用人如基於前開國人之著作改作完成之衍生著作，且受歷次著作權法之保護者，則仍得繼續利用，並自 2003 年 7 月 11 日起支付合理之使用報酬⁸⁶。此等錯綜複雜之規定，使得刑事審判實務益臻複雜，例如日本新力公司之電腦遊戲光碟，遭我國人民重製販賣，法院必須區分該光碟是在 2002 年 1 月 1 日發行之前或之後？發行之之前之光碟是否符合著作權法第 4 條之要件？如不符合第 4 條之規定，仍須區分該光碟於 2002 年 1 月 1 日以後，是否符合我國著作權法以及其源流國之法律保護？行為人之利用行為是否符合著作權法第 106 條之 2、之 3 之合法利用？不僅耗費法院在事實

⁸² 著作權法第 106 條之 1 第 1 項。

⁸³ 著作權法第 106 條之 2 第 1 項。

⁸⁴ 著作權法第 106 條之 2 第 2 項。

⁸⁵ 著作權法第 106 條之 2 第 3 項。

⁸⁶ 著作權法第 106 條之 3。

方面之調查時間，更因必須瞭解各該源流國之法律規定，增加審判上之困難。

5.1.3 吸收關係抑或裁判上一罪

行爲人先後犯商標法第 81 條、第 82 條之罪，例如爲行銷之目的，先生產製造仿冒他人商標之商品，於對外販賣時被查獲，所犯兩罪間，屬於吸收關係抑或牽連犯之關係，實務之見解不一。又被告意圖營利先以重製之方法侵害他人之著作財產權，再存放於倉庫，擬販賣該重製物，惟於外出公開陳列欲出售時被查獲，同時涉及著作權法第 91 條第 2 項、第 91 條之 1 第 2 項之罪，彼此間屬於吸收關係抑或牽連犯之關係，易生問題。又著作權法第 87 條第 6 款明知爲侵害著作財產權之物而以移轉所有權或以出租以外之方式散布，或明知爲侵害著作財產權之物意圖散布而公開陳列或持有之間，究屬吸收關係抑或牽連關係，亦生商榷。上開問題，最高法院並未有統一之法律見解，高等法院以下各級法院法律之適用亦不一致。惟最高法院對於行使偽造私文書、行使偽造有價證券之犯罪，對於行使與偽造間之行爲，均採吸收關係，是有關上開智慧財產權之犯罪行爲間，亦應採同一見解，以期法律適用之安定。

5.1.4 仿冒未經註冊商標之刑責

2003 年 11 月 28 日修正前之商標法第 62 條規定，行爲人必須意圖欺騙他人，修正後之商標法第 81 條雖未規定行爲人之主觀構成要素，惟仿冒行爲性質上即有欺騙他人之意思，是商標法案件應優先適用，不再論以詐欺罪⁸⁷。惟如行爲人使用他人未在我國註冊之商標，是否構成詐欺罪即生疑義。本文以爲，商標乃表彰商品來源之標記，商標註冊在我國爲商標權利取得之原因，惟未經註冊之外國著名商標於公平交易法第 20 條亦受到保護，爲求理論一貫，似仍解爲不再論詐欺罪，否則被告之犯罪與否繫於他人是否

⁸⁷ 最高法院 85 年台非字第 43 號刑事判決。

註冊，不符刑罰之可預測性，至於使用他人未經註冊之一般商品標記，則應依具體情形以是否符合刑法第 339 條詐欺罪為斷，並非當然構成詐欺罪。不過，未經註冊之商標具有一定用意之文字、符號、圖畫，行為人擅自使用是否構成行使偽造私文書罪，亦應視行為人主觀上是否具有犯意為斷。

關於行使偽造私文書罪「行使」之意義，乃依文書之用法，以之充作真正文書而加以行使之意，故必須行為人就所偽造文書之內容向他方有所主張，並使他方達於可得瞭解之狀態⁸⁸，至於行使目的是否達到，與犯罪之既遂與否無關⁸⁹。惟上開見解，乃對於傳統文書之見解，至於電腦科技所製造之商品，例如電腦遊戲軟體光碟，係於將商標圖樣燒錄於光碟之中，同時附加「PRODUCED BY or UNDER LICENCE FROM SEGA ENTERPRISES, LTD.」等文句，操作時之電視螢幕上會呈現上開文句，行為人於經銷店、攤販販賣此等光碟，是否會構成行使偽造私文書罪，最高法院判決有採肯定說，有採否定說⁹⁰。多數則採肯定說，惟法院判決書應注意於事實欄明確敘明行使之行為，並與理由欄之說明相一致，否則構成判決之事實、理由矛盾。

⁸⁸ 最高法院 72 年台上字第 4709 號判例。

⁸⁹ 最高法院 26 年滬上字第 23 號判例。

⁹⁰ 最高法院 91 年台上字第 7191 號刑事判決認為：刑法上之行使偽造私文書，必須提出偽造之私文書，本於該文書之內容有所主張，方得成立，如未就該文書內容而為主張，自不得令其負行使偽造私文書罪責。販賣之盜版光碟片，如外觀包裝無被害公司名稱及授權生產文字，僅經由遊戲主機執行結果，電視螢幕會顯示被害公司授權生產文字之偽造私文書，如販賣者以遠低於真品價格販賣，未本於光碟內容之偽造私文書主張光碟片為經授權生產之真品，即無行使偽造私文書之行為。此與翻印他人著作之出版物，並於著作物底頁公然將依出版法所載著作人、發行人、印刷者等一併加以翻印（偽造）出售者，顯有依底頁所載偽造之私文書向購買者主張該著作物非盜版出版物之故意與行為，已構成行使偽造私文書罪之情形不同，自難令負行使偽造私文書罪。

5.1.5 新刑事訴訟法修正之影響

刑事訴訟法之修正案（簡稱新刑事訴訟法）於 2003 年 2 月 6 日經立法院三讀通過總統公布，並於同年 9 月 1 日施行⁹¹。新刑事訴訟法兼採職權進行主義與當事人進行主義，著重被告之抗辯權、反對詰問權，強化法庭活動，引進英美法制交互詰問、傳聞證據法則，使得刑事訴訟之審判程序丕變，關於智慧財產權之刑事審判自亦受到衝擊。此等訴訟程序之變革，諸如偵查中之蒐證方式、法院之審判程序均與舊法時代不同，辯護人、告訴代理人、檢察官以及裁判者必須慢慢加以適應，特別是法院對於新刑事訴訟法條之解釋，將影響裁判結果，增加智慧財產權刑事審判之困難度。

目前實務上爭議最大者，首推舊法時代已經偵查程序取得之證據，在新法時代是否仍須再行調查，賦予被告反對詰問權。此項爭議，不僅存在於一般刑事案件，智慧財產權之刑事案件亦發生同樣之爭議。關於此點，最高法院之見解，有採肯定說⁹²，有採否定說⁹³，尙未有定論。惟兩說均各有所本，難分軒輊，之所以如此，乃條文本身規定未臻明確之故。此外，有關證據之調查，受到傳聞法則之影響，實務強調法院之直接審理以及當事人進行主義之精神，最近之實務見解，認為司法警察官本於職務作成之報告文書，或基於他人之陳述所作成，或為其判斷之意見，其本身無從依直接審理之方式加以調查，不能認為具有證據能力⁹⁴。又若被告自行提出某財團法人出具之「著作權侵害鑑定報告書」，證明未侵害他人之著作權，如該財團法人並非法院或檢察官選任之鑑定人，亦非法院或檢察官所囑託鑑定之機關或團體，該項鑑定報告書屬於審判外之陳述，亦不具證據能力⁹⁵，所採證明方法

⁹¹ 參刑事訴訟法施行法第 7 條之 2。

⁹² 最高法院 93 年台上字第 4400 號刑事判決。

⁹³ 最高法院 93 年台上字第 4211 號刑事判決。

⁹⁴ 最高法院 93 年台上字第 2317 號刑事判決。

⁹⁵ 最高法院 93 年台上字第 1774 號刑事判決。

均較諸舊法時代為嚴格。

其次，乃刑事訴訟法第 95 條告知義務規定之爭議，最近實務之見解，強調被告之緘默權與防禦權，凡偵查中規避刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，以證人身分傳喚取得之自白，或於審理期日未踐行告知被告緘默權以及被訴罪名，均屬於不正當之法律程序，或不得採為證據⁹⁶，基此所為之裁判當然違背法令⁹⁷。智慧財產權之刑事案件，因時常發生商標法、著作權法以及刑法之交錯適用，法院告知義務違反之爭議，亦值得注意。

5.2 法律規定之爭議

5.2.1 常業犯之規定

常業犯，係以犯罪維生之犯罪，如前所述。惟同樣係侵害智慧財產權之案件，著作權法有常業犯之規定，商標法則無，似無必然之道理。又在經銷商販賣盜版遊戲光碟之案件中，因該光碟同時燒錄他人之著作以及註冊商標，如一部分光碟之著作不受到我國法律之保護而排除⁹⁸，該部分光碟僅得引用商標法之處罰規定，法院在衡量被告刑責時，可能發現扣案之盜版光碟大部分僅侵害他人之註冊商標而無著作權法之適用，僅有少部分盜版光碟同時侵害他人之著作權與商標權，此時是否仍得論以常業犯，確生疑義。本文認為商標權與著作權均為最基本之智慧財產權，法律處罰之評價上應具一致

⁹⁶ 最高法院 93 年台上字第 2884 號刑事判決。

⁹⁷ 最高法院 93 年台上字第 1163 號刑事判決。惟亦有採相對說，認為法院雖未盡罪名告知義務，如被告已知所防禦或已提出防禦，或事實審法院已就被告所犯變更罪名之構成要件為實質調查，既對被告防禦權無妨礙，其訴訟程序之瑕疵，顯然於判決無影響，不得據以提起第三審上訴之適法理由。法院於訊問被告時若未踐行告知保持緘默之程序，若被告無因未受該項告知而違背自己意思為不利於己之陳述，對被告訴訟上供述自由權之保障並無妨礙者，亦同。參最高法院 93 年台上字第 332 號、93 年台非字第 70 號刑事判決。

⁹⁸ 日本公司生產製造之電腦遊戲軟體光碟，如於我國加入 WTO 以前發行，又不符合著作權法第 4 條之要件，不受我國著作權法之保護。

性，參以市場上販賣之仿冒品，經常同時涉及該兩種權利之侵害，為遏阻仿冒之歪風，將來商標法之立法上應考量調整罰度或考慮增加常業犯處罰之規定⁹⁹，並與著作權法之處罰相呼應。

5.2.2 大陸地區與台灣地區

懲治走私條例第 2 條第 1 項規定，私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以下罰金。同法第 12 條復規定，自大陸地區私運管制物品進入台灣地區，或自台灣地區私運物品至大陸地區者，以私運物品進口、出品論，適用本條例處斷。又臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 40 條規定，輸入或攜帶進入台灣地區之大陸物品，以進口論（惟非規定罰責以進口論）；其檢驗、檢疫、管理、關稅等稅捐及處理等，依輸入物品有關法令之規定辦理。上開規定，均明白將台灣地區與大陸地區之進出，視為國境之進出，符合各該法律原本之規範功能。

智慧財產權之刑事案件，因受兩岸貿易頻繁之影響，台商赴大陸投資者眾，實務上經常發現台商在大陸生產仿冒品，運回台灣銷售，此項運回之行爲，是否屬於商標法或著作權法之輸入行爲，實務上有略而不提者¹⁰⁰，有直接認定爲輸入行爲予以處罰¹⁰¹，有認爲無罪者¹⁰²。惟兩岸間之政治敏

⁹⁹ 德國商標法第 143 條第 2 項，對於行為人係以商業目的所為之商標仿冒，最重本刑為五年以下有期徒刑。日本商標法第 78 條侵害他人商標權者，最重本刑為五年以下有期徒刑。

英國 1994 年商標法第 92 條於商品上擅自使用他人商標罪，最本刑為十年以下有期徒刑。以上修文規定參智慧財產局網站有關各國商標法部分。

¹⁰⁰ 參台灣板橋地方法院 91 年易字第 291 號刑事判決，本案被告公司設在板橋市，委託某工廠製造原子筆零件，再購入筆芯、筆管等零件，送往大陸地區組裝，再運送台灣市場銷售。

¹⁰¹ 參台灣桃園地方法院檢察署 92 年偵字第 8136 號起訴書、台灣桃園地方法院 93 年易字第 296 號刑事判決書。檢察官起訴本案被告明知為仿冒之高爾夫球具一組，竟委託不詳人士自大陸地區輸入，供上網拍賣，於中正機場入關查驗時被查獲。

¹⁰² 參台北地方法院 93 年易字第 1671 號刑事判決。其理由謂：大陸地區仍屬我國主權

感問題，是否可以任由法官本於自己確信而裁判，似值商榷。本文以為，依我國憲法第 4 條規定¹⁰³，大陸地區仍屬於我國領域，國民大會或相關機關亦無放棄主權之決議，如認為大陸地區為另一國家之領土，顯然違憲¹⁰⁴，惟為考慮現實層面，著作權法或商標法於下次修法時，應參考上開懲治走私條例等法律之規定，直接規定兩岸間商品之進出以輸出輸入論，以杜爭議。法律未明確立法時，逕行以智慧財產權具有之地域性認為是進出口之見解，是否違反罪刑法定主義之精神，實值商榷。

5.2.3 著作權法兩罰規定

著作權法第 101 條規定：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第 91 條至第 96 條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科各該條之罰金」，此乃著作權法有關法人兩罰之規定。法人之種類雖有多種，惟依公司法第 8 條之規定，公司之負責人包括當然負責人與職務範圍內之負責人。法院實務上對於公司負責人之稱謂，民事審判上一向稱為「法定代理人」，刑事審判上則稱為「代表人」。因此，上開條文有關「法人之代表人」與「法人之代理人」在規範意義上有重疊之處，將來修法上應注意及之。本文建議將來該法條可以修正為：「法人之代表人、自然人之代理人、法人或自然人之受雇人、或其他從業人員，因執行業務，犯第 91 條至第 96 條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科各該條之罰金」。

猶有進者，著作權法之兩罰規定係以法人之代表人或自然人之代理人、法人或自然人之受雇人或其他從業人員，因執行職務，所觸犯之著作權刑罰罰金部分之規定論科，遇法律修正刑度變更時，法人之罰金部分是否僅

管轄區域，而輸入乃自他國運入方屬之，因大陸非屬他國，自不成立輸入罪。

¹⁰³ 憲法第 4 條規定：中華民國之領土，依其固有之疆域非經國民大會之決議，不得變更。

¹⁰⁴ 參丘宏達，〈簡稱中共中國違憲〉，《聯合報》，2004 年 9 月 26 日，A15 版。

須單獨考量罰金之刑度，依刑法第 2 條第 1 項之規定比較新舊法？抑或將自然人所涉及之刑罰全盤加以比較？尙有疑問。例如，甲公司之業務經理乙於 2003 年 1 月 1 日，因執行職務觸犯著作權法第 91 條第 1 項之罪，該罪行為時法之刑度為六月以上五年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金，而裁判時法即 2003 年 7 月 9 日修正公布之法律，其刑度則為五年以下有期徒刑、拘役或併科二十萬元以上二百萬元以下罰金，法院為新舊法比較時，如僅比較罰金刑，自以行為時法對該法人有利，如為全盤（即包括其他自由刑）之比較，則應適用裁判時法。論者或謂，法人本身並無行為可言，刑法第 2 條第 1 項既明白規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」，上開情形有關法律之比較，自以自然人之行為時法與裁判時法全盤做比較，如此判決主文同時諭知自然人與法人刑罰時，法條適用即具一致性，上開情形自應適用 2003 年 7 月 9 日修正之新法。本文則持相反之看法，蓋法人與自然人均為刑罰權之對象，對象不同，不必牽就適用法律之一致性，法人既僅科以罰金，自應適用舊法對該法人有利，如適用新法對法人當然不利。

5.2.4 商標註冊通知制度

商標，是商品標記，凡依附於商品，所設計圖樣（包括兩度空間、三度空間），在市場上與其他競爭者之商品相區別者，均可以商品標記相稱¹⁰⁵。商品標記通常均使用在商品本身、商品包裝、容器、說明書、價目表以及廣告上，它所呈現之面貌是變化多端的，甚至放在高科技，例如數位影像之載體之內，但是所有的商品標記均受到法律之保護，不僅範圍過大，抑且將使其他從事競爭者喪失使用機會，當非商標法保護之目的¹⁰⁶。世界

¹⁰⁵ “Trademark can be anything that identifies and distinguishes a product or service, for example, the yellow McDonald’s arches, the color pink for fiberglass, or the shape of Absolut vodka bottle.” See RICHARD STIM, TRADEMARK LAW 3 (2000).

¹⁰⁶ 商標法乃競爭法一環，商標法給與權利人保護同時，亦應考量其他從事競爭者，是否仍有其他方法使用不同之商品標記與原權利人相競爭，如果法律給與先使用者商

各國於商標法制上基於立法政策，乃有不同考慮，於是英美國家採使用主義，德日以及我國採註冊主義，以限制其保護範圍。採註冊主義之國家，商品標記惟有經過註冊始受到商標法之保護，如未經註冊，除非符合公平交易法或屬於著名商標之規定，否則根本不予保護。因此，某一事業所生產之商品，縱使有商標之存在，是否受到商標法之保護，應以是否註冊為前提。

值得商榷者，我國商標法不要求商標權人在其商品上揭示何一商品標記業經註冊之文字，市場上商品上之商品標記是否業經註冊有時不易區別。法院審理商標權侵害之刑事案件時，遇某些被告在菜市場或街頭販賣一些名不見經傳的仿冒商標商品，甚至係普通之民生消費品，被告是否有意圖欺騙他人之犯意，實在不易判斷¹⁰⁷，常見法院判決書僅以告訴人之商標業經註冊，即推定被告明知該商標為他人註冊者，值得商榷。本文以為，美國商標法制之註冊通知制度或有參考必要。

美國商標法之註冊通知制度（registration notice system），要求權利人商標經過註冊後，有權其商標之右上角使用®，或表示 Registered in the U.S. Patent and Trademark Office（簡稱 Reg. U.S. Pat. & Tm. Off.），或在該商標之右上角使用一個星號，並於商品下方使用一個註角，表示該商標已經註冊之字樣¹⁰⁸。商標於商品上既已表示業經註冊，並對外揭示通知，企業競爭者或販賣仿冒商標商品者即不能以不知其商標註冊而免除其刑，消弭仿冒商品之販賣者以之做為抗辯之理由，省卻實務認定上之困難，或值我國法制之參考。

標權，後使用者加以使用將增加大量成本，或根本無法從事競爭，此種商標權之授與將面臨考驗。例如，對於立體形狀給與商標權，惟認立體形狀屬於功能性設計，例如螺絲起子之手把、建築工地安全帽之直立條線設計，不應加以保護即其適例。

¹⁰⁷ 如果行為人屬於大企業或者本身有工廠，屬於資方階級，其於大量投資前，應就市場之同業競爭商品做過市場調查，如仍使用他人已經註冊之商標，較易構成仿冒。

¹⁰⁸ See LEE WILSON, THE TRADEMARK GUIDE 68-71 (1998); see also RICHARD STIM, *supra* note 105, at 110-11.

5.2.5 沒收規定重複

商標法之刑事案件，扣案之證物如屬犯罪所製造、販賣、陳列、輸出、輸入之商品，或所提供於服務所使用之物品或文書，依商標法第 83 條規定，不問屬於犯人與否，均沒收之。又侵害商標權之刑事案件亦可能同時觸犯著作權法，如扣案之物品，同時涉及著作權法第 91 條至第 96 條之 1 之罪，供犯罪所用或因犯罪所得之物，依著作權法第 98 條前段之規定，固屬得沒收之物，惟犯第 91 第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項涉及光碟之罪，其得沒收之物，不以屬於犯人者為限，第 98 條後段亦有明文，設被告係販賣盜版電腦遊戲軟體光碟，扣案之盜版光碟同時屬於觸犯商標權法以及著作權法之物，同時有不同沒收之法源依據，如何適用或有疑義。本文以為，主刑與從刑之法律應一體適用，如就個案法律適用之結果，行為人應依著作權法規定加以處罰時，自應依著作權法之規定沒收，如應科以商標法之刑罰者亦同。

惟如法律適用結果應依刑法規定處罰時¹⁰⁹，如何適用上開特別法之沒收即生疑義。本文以為，商標法第 83 條之規定，較類似絕對沒收之規定，著作權法第 98 條之規定，較類似相對沒收之規定，同時遇有兩種特別法沒收之情形，應優先適用商標法之規定，同時於判決理由中說明無再依著作權法規定沒收之必要。雖然，上開兩種特別法之沒收規定，法律用語不一致，商標主管機關於將來修法時，似可對於智慧財產權法之沒收規定為通盤之檢討，避免法律適用之衝突。

猶有進者，商標法以及著作權法分別有行政機關得查扣或沒入扣案證物之權利，行政機關如何於執法時不致影響將來司法審判之進行，極須相互協調、溝通，此乃法律修正後行政機關與司法機關應有之認識。蓋行政機關於執行查扣與沒入時，如有不慎，例如警方依照著作權法第 98 條之 1 第 1 項認為行為人逃逸逕予沒入後，嗣行為人又被查獲，司法機關可能無從勘驗證物；又例如海關依商標法第 65 條之規定查扣仿冒品，應與司法機關聯

¹⁰⁹ 例如販賣盜版光碟，從一重之刑法第 216 條、第 210 條行使偽造私文書罪處斷。

繫，以便法院勘驗，並由法院審酌是否於判決同時宣告沒收。

6. 結論

法院之主要審判工作，主要認定事實，適用法律。我國目前高等法院以下各級法院均已成立智慧財產權刑事專庭，審判由專人辦理，惟仍無法造就出專業型之法官，加以智慧財產權法律經常修改，致法官不能掌握法律修改之目的、法律之精義，造成審判上之困擾。此外，智慧財產權法有其特殊性，隨著科技之發展，時常更新其內容，不易理解，造成審判之紛歧。法院應繼續推動智慧財產權法院之成立，使該專業法院處理此等專門案件，裁判正確，將贏得人民之信賴。司法院著手研擬智慧財產權專業法院之成立，提出民事、刑事以及行政訴訟法院三合一之想法，如能成功，將更屬世界之創舉，本文在此預祝司法院成立智慧財產權專業法院順利成功。

參考文獻

- BLAKENEY, MICHAEL, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CONCISE GUIDE TO THE TRIPS AGREEMENT (1997).
- Choe, Kong-Woong, *The Role of the Korean Patent Court*, 9 FEDERAL CIRCUIT BAR JOURNAL 474 (2000).
- HALPERN, SHELDON W., SHIPLEY, DAVID E. & ABRAMS, HOWARD B., COPYRIGHT-CASES AND MATERIALS (1992).
- STIM, RICHARD, COPYRIGHT LAW (2000).
- STIM, RICHARD, TRADEMARK LAW (2000).
- WILSON, LEE, THE TRADEMARK GUIDE (1998).
- 丘宏達，〈簡稱中共「中國」違憲〉，《聯合報》，2004年9月26日，A15版。
- 江冠賢、陳佳麟，〈德國聯邦專利法院介紹〉，at <http://www.itl.nctu.edu.tw/N_act.htm> (last visited Aug. 17, 2005) (on file with TLR)。
- 經濟部智慧財產局，〈中華民國智慧財產權保護〉，at <[http://www.tipo.gov.tw/attachment/tempUpload/801298282/2002年中華民國智慧財產權保護\(中文版說帖\).doc](http://www.tipo.gov.tw/attachment/tempUpload/801298282/2002年中華民國智慧財產權保護(中文版說帖).doc)> (last visited Aug. 17, 2005) (on file with TLR)。