

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

網路相關著作權刑罰妥適性之研究

—以我國法院判決為中心

Criminal Liability on Copyright in Cyberspace



研究生：許博然

指導教授：林志潔 博士

王敏銓 博士

中華民國九十七年二月十五日

研 究 生：許博然

Student : Po-Jan Hsu

指 導 教 授：林志潔

Advisor : Chih-Chieh Lin


共 同 指 導 教 授：王敏銓

Co-Advisor : Min-Chiuan Wang

國 立 交 通 大 學

科 技 法 律 研 究 所

碩 士 論 文



A Thesis
Submitted to Institute of Technology Law
College of Management
National Chiao Tung University
in partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of
Master
in
Laws

February 2008

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十七年二月

國立交通大學

博碩士論文全文電子檔著作權授權書

(提供授權人裝訂於紙本論文書名頁之次頁用)

本授權書所授權之學位論文，為本人於國立交通大學科技法律所法律組，96 學年度第 1 學期取得碩士學位之論文。

論文題目：網路相關著作權刑罰妥適性之研究－以我國法院判決為中心
指導教授：林志潔 教授、王敏銓 教授

同意 不同意

本人茲將本著作，以非專屬、無償授權國立交通大學與台灣聯合大學系統圖書館：基於推動讀者間「資源共享、互惠合作」之理念，與回饋社會與學術研究之目的，國立交通大學及台灣聯合大學系統圖書館得不限地域、時間與次數，以紙本、光碟或數位化等各種方法收錄、重製與利用；於著作權法合理使用範圍內，讀者得進行線上檢索、閱覽、下載或列印。

本校及台灣聯合大學系統區域網路	<input checked="" type="checkbox"/> 中華民國 97 年 2 月 15 日公開
校外網際網路	<input checked="" type="checkbox"/> 中華民國 97 年 2 月 15 日公開

授權人：許博然

親筆簽名：_____

中華民國 97 年 2 月 15 日

國立交通大學

博碩士紙本論文著作權授權書

(提供授權人裝訂於全文電子檔授權書之次頁用)

本授權書所授權之學位論文，為本人於國立交通大學科技法律研究所法律組，96學年度第1學期取得碩士學位之論文。

論文題目：網路相關著作權刑罰妥適性之研究－以我國法院判決為中心
指導教授：林志潔 教授、王敏銓 教授

■ 同意

本人茲將本著作，以非專屬、無償授權國立交通大學，基於推動讀者間「資源共享、互惠合作」之理念，與回饋社會與學術研究之目的，國立交通大學圖書館得以紙本收錄、重製與利用；於著作權法合理使用範圍內，讀者得進行閱覽或列印。

本論文為本人向經濟部智慧局申請專利(未申請者本條款請不予理會)的附件之一，申請文號為：_____，請將論文延至____年____月____日再公開。

授權人：許博然

親筆簽名：_____

中華民國 97 年 2 月 15 日

國家圖書館博碩士論文電子檔案上網授權書

ID:GT009338514

本授權書所授權之論文為授權人在國立交通大學管理學院科技法律系所法律組 96 學年度第 1 學期取得碩士學位之論文。

論文題目：網路相關著作權刑罰妥適性之研究－以我國法院判決為中心
指導教授：林志潔 教授、王敏銓 教授

茲同意將授權人擁有著作權之上列論文全文（含摘要），非專屬、無償授權國家圖書館，不限地域、時間與次數，以微縮、光碟或其他各種數位化方式將上列論文重製，並得將數位化之上列論文及論文電子檔以上載網路方式，提供讀者基於個人非營利性質之線上檢索、閱覽、下載或列印。

※ 讀者基於非營利性質之線上檢索、閱覽、下載或列印上列論文，應依著作權法相關規定辦理。

授權人：許博然

親筆簽名：_____

民國 97 年 2 月 15 日

國立交通大學

論文口試委員會審定書

本校 管理學院 科技法律研究所 碩士 許博然 君

所提論文

(中) 網路相關著作權刑罰妥適性之研究—以我國法院判決為中心
(英) Criminal Liability on Copyright in Cyberspace

合於碩士資格水準、業經本委員會評審認可。

口試委員：蔡蕙芳 _____

林志淵 _____ 王敏銓

指導教授：林志淵 _____ 王敏銓

研究所所長：王文杰 教授

中華民國 _____ 年 _____ 月 _____ 日

網路相關著作權刑法妥適性之研究 — 以我國法院判決為中心

研究生：許博然

指導教授：林志潔 博士
王敏銓 博士

國立交通大學科技法律研究所

摘要

網路科技之發展，對數位化著作產生前所未有之衝擊，亦使著作權人面臨著作權法史上最嚴峻之考驗。針對此革命性之科技，國內外之著作權人，莫不鼓足全力，以各種可能方式抵抗，以力保其經濟利潤不被網路科技所侵吞。

其中，由著作權修法之歷史觀之，著作權人屢屢於面臨新科技挑戰時，即動用資源遊說國會立法，或對觸法者提起訴訟，以法律作為捍衛其權利之主要手段。美國於 1997 年通過 No Electronic Theft Act (NET) 及 1998 年之 Digital Millennium Copyright Act (DMCA)，均係針對網路時代下著作權之立法。其中，RIAA 更於 2003 年間，對於網路之一般使用者，直接提起侵害著作權之訴訟，更使此議題陷入白熱化。我國亦未在此網路著作權議題中缺席，早從成大之 MP3 事件到 ezPeer 及 Kuro 等 P2P 侵權，均引起學界及社會之重視。

以美國著作權之刑事責任為例，其歷史雖可追溯至一百多年前，但對於網路上之著作權案件訴諸刑事處罰，卻引起正反兩方之爭論。支持者認為倘不加重刑罰之處罰，將無法嚇阻網路成為侵害著作權之天堂。反對者則認為著作權侵害之本質不具有刑罰之應刑罰性及需刑罰性，更將對網路之發展產生不必要之限制。

本文延續此議題，除對於過去國內外文獻進行整理與評析外，更進一步以法院判決實證統計之方法，觀察並評估現行實務上著作權刑事案件運作之妥適性，除指出現行實務運作上之弊端外，並一一試圖提供建議與解決之道。本文希望能藉此觀點切入著作權侵害刑罰化之問題，認為現今實務上運作之諸多不當，多可歸因於立法先天上之問題，而應以修法為優先之解決方法。倘以刑法之原理原則修法，仍無法解決目前司法實務上之問題時，則可反證該種著作權侵害並不適宜訴諸刑罰，此時立法者即應慎重考慮，對該行為進行除罪化。

Criminal Liability on Copyright in Cyberspace

By Po-Jan Hsu

Advisors: Dr. Chih-Chieh Lin

Dr. Min-Chiuan Wang

INSTITUTE OF TECHNOLOGY LAW NATIONAL CHIAO TUNG UNIVERSITY

ABSTRACT

With the emergence of broadband internet and file-sharing technology, the record industry is facing the biggest challenge in the history of copyright. P2P software such as KaZaa, Grokster, and BitTorrent provides internet users free access to copyrighted works on a massive scale. While the social norm of file sharing is in chaos, copyright owners sought numerous ways to deter copyright infringement.

In the U.S., through lobbying the Congress, the No Electronic Theft Act and the Digital Millennium Copyright Act became the record industry's solution to the problem. In 2003, RIAA began waves of lawsuits against individuals sharing files on the internet. This move not only attracted public attention, but also spurred intensive debates over the issue of overcriminalization. Scholars argue that the copyright law has gone too far, tipping the constitutional balance formulated in Article I, Section 8, Clause 8.

This crisis is not only domestic, the internet has become a heaven for free copyrighted works around the globe, including Taiwan. In 2002 and 2003, the IFPI brought criminal suits against the local online music-sharing sites ezPeer and Kuro, alleging them for violating the vicarious and contributory liabilities of copyright infringement.

This thesis aims at following up on the issue, basing the arguments on empirical evidences drawn from descriptive statistics. By pointing out the inconsistency between the copyright law and the criminal theory that causes injustice common in judicial practice, this thesis argues that if the current copyright statues can't be revised to serve the intended goals of criminalization, it would be wiser to consider other remedial solutions.

誌謝

本篇論文的完成，要感謝的莫過於當初錄取我進入科法所的每位老師。首先，志潔老師聰慧機敏，因材施教，從草擬大綱，指點問題意識，到最後文句的潤飾，若非老師時時督促及提攜，絕無可能如此明確迅速的完成本論文。

敏銓老師平易近人，不僅備課認真，更是我接觸網路法與著作權法之啟蒙。王老師在我人生最困惑的時期，慨然收入門下，對毫無研究能力的我多所包容，不僅在課業上，亦在生涯規劃上適時提供協助，讓我銘感五內。

蕙芳老師對此領域學有專精，對國內外文獻及著作權刑法之研究，治學嚴謹，令人佩服。除感謝老師提供充分參考資料外，更衷心希望此班門弄斧之作，不會辜負老師爽快答應擔任口試委員及召集人之期待。

接下來要感謝的，是前所長劉尚志老師，除感謝老師對學生的有求必應外，老師費心提供一流的學習環境，凝聚科法所的向心力，更是其他研究所難以望其項背的。劉老師帶領我一窺實証研究的堂奧，相信老師的高瞻遠矚，日後必會獲得肯定。王文杰所長的幽默開朗，縱是與老師較為生疏的我，也可以感受到老師關心學生的赤誠。倪老師風度翩翩，外冷內熱，極具學者風範，每每關心我論文進度，讓我打從心底的感動。

同窗的佳德、佳山、彥群、宏鳴、如祥、志勳、彥好、盛琦、怡妃、國璇、于涵、慈珮、冠潔、傲秋、貞懿，更是研究所期間，不可或缺的好夥伴。我們一同上山下海，遠征帛琉、大湖採草莓、KTV 飆歌、跨年轟趴，讓科法所的日子裡，洋溢著朝氣與歡樂。

亦師亦友的三元學長及忠信學長，在課餘不厭其煩的為我指點迷津。研究室的育慶學長及聖斌學長，一同打拼的革命情感，著時令人難忘。優秀的學弟妹們，尤其是筑安、小梅、姿瑩與慕嘉，讓科法所成為一個和樂融融的大家庭。還有擘祺道長慷慨提供大作及寶貴建議，更是讓我受益良多。

最後，爺爺、奶奶、伯公、外婆，從小無微不至的呵護，是我最珍惜的回憶。父親的苦心與鞭策，是讓我持續進步的動力。母親的關心與聆聽，讓我宣洩生活中的喜怒哀樂。負笈外地的惠晴，仍三不五時的來電關心，讓人備感溫馨。即將大學畢業的惠鈞，樂觀活潑，是全家的開心果。苑文的溫柔與貼心，讓再平凡的日子都能充滿驚奇與感動。

博然

謹誌于

交通大學科技法律研究所

民國九十七年二月

論文大綱

第一章 緒論

第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	1
第三節 研究方法.....	2

第二章 著作權刑事責任簡介

第一節 著作權法之基本概念

第一項 著作權之立法目的.....	4
第二項 著作權法之基本原則	
第一款 原創性原則.....	4
第二款 創作保護主義.....	5
第三款 思想與表達區分原則.....	5
第四款 思想與表達合併原則.....	5
第五款 著作權與著作物所有權分離原則.....	5
第三項 著作之意義	
第一款 原創性.....	6
第二款 客觀化之一定形式.....	6
第三款 屬文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作.....	6
第四款 非不受保護之著作.....	6
第四項 著作財產權之內容	
第一款 重製權.....	7
第二款 散布權.....	8
第三款 公開傳輸權.....	8
第五項 著作權侵害之救濟	
第一款 民事救濟.....	9
第二款 刑事救濟.....	10
第六項 小結.....	10

第二節 刑法之基本概念

第一項 刑法之目的	
第一款 保護法益.....	10
第二款 規範維護.....	11
第三款 避免危險.....	11
第二項 法益於法規範中之地位.....	11

第三項 刑法之基本原則	
第一款 罪刑法定原則.....	13
第二款 罪責原則.....	14
第三款 無罪推定原則.....	14
第四款 罪疑為輕原則.....	14
第四項 刑法之解釋方法	
第一款 解釋之方法.....	15
第二款 各解釋方法之運用.....	17
第五項 刑罰之目的	
第一款 前言.....	17
第二款 應報.....	17
第三款 預防.....	18
第四款 隔離.....	20
第五款 矯治.....	20
第六款 小結：綜合理論.....	20
第六項 刑事政策之考量	
第一款 前言.....	21
第二款 犯罪化.....	21
第三款 除罪化.....	22
第四款 刑事、行政與民事不法之劃分.....	23
第七項 小結.....	28
第三節 網路著作權刑法簡介	
第一項 數位網路下之著作權	
第一款 著作權為刑法之法益.....	29
第二款 因果關係之檢驗.....	30
第三款 著作權法刑事政策之目標.....	31
第四款 我國著作權修法背景.....	32
第二項 美國著作權刑法簡介	
第一款 進入網路時代前.....	33
第二款 進入網路時代後.....	36
第三項 我國著作權刑法簡介	
第一款 重製罪（第 91 條）.....	39
第二款 散布罪（第 91-1 條）.....	42
第三款 侵害其他著作財產權罪（第 92 條）.....	43
第四款 視為侵害著作權罪（第 93 條）.....	46
第五款 常業罪（第 94 條）.....	48
第六款 逾越翻譯權過度條款罪（第 95 條）.....	49
第七款 電腦程式重製物未銷燬罪（第 96 條）.....	49



第八款 移除或變更權利管理電子資訊、違反防盜拷措施條款罪.....	50
第九款 新舊法之比較適用.....	52

第三章 網路著作權刑法妥適性分析：以美國為例

第一節 前言.....	54
第二節 網路上著作權之刑事責任之利弊分析	
第一項 前言與研究方法.....	54
第二項 以刑法處罰著作權侵害之利益	
第一款 避免損害.....	55
第二款 教育大眾.....	56
第三款 執法成效.....	56
第三項 以刑法保護著作權可能生之損害	
第一款 對於著作權法政策之損害.....	57
第二款 對刑法之損害.....	57
第三款 執法成本之支出.....	58
第四項 小結：利益與損害之衡量.....	58
第三節 網路上著作權之刑事責任之社會分析	
第一項 法律與社會規範之鴻溝	
第一款 人民為何守法.....	58
第二款 法律與社會規範之互動.....	60
第二項 著作權法與著作權之社會規範	
第一款 以歷史觀點論著作權與科技演變之關係.....	61
第二款 數位化時代下之著作權社會規範.....	62
第三款 著作權在社會中之意義.....	63
第三項 小結：如何建立著作權之社會規範.....	64
第四節 著作權人訴訟策略之檢討	
第一項 事實背景.....	65
第二項 著作權人大舉興訟之利弊	
第一款 對使用人訴訟之利益.....	66
第二款 對使用人訴訟之弊害.....	68
第三項 訴訟成效與著作權社會規範之關係.....	69
第五節 小結.....	70

第四章 網路著作權刑法妥適性分析：以我國判決實證研究為中心

第一節 著作權刑事案件之要件	
第一項 程序要件	

第一款 有無告訴.....	71
第二款 告訴是否合法.....	71
第三款 有無告訴權.....	72
第四款 外國人著作之保護與起訴.....	74
第五款 年代的審查.....	75
第六款 保護期間的審查.....	75
第二項 實體要件	
第一款 客觀構成要件.....	77
第二款 主觀構成要件.....	78
第三款 違法性.....	78
第四款 有責性.....	81
第二節 我國著作權刑事案件統計概述與研究方法	
第一項 前言.....	83
第二項 研究方法.....	85
第三節 地方法院各侵害類型統計	
第一項 第 91 條 重製罪	
第一款 判決統計概述.....	89
第二款 第 91 條第三項判決主文分析.....	90
第三款 法院量刑考量.....	92
第四款 相關案例分析.....	94
第二項 第 91-1 條 散布罪	
第一款 判決統計概述.....	96
第二款 第 91-1 條第三項判決主文分析.....	97
第三款 法院量刑考量.....	98
第三項 第 92 條 公開侵害著作權罪	
第一款 判決統計概述.....	99
第二款 第 92 條第三項判決主文分析.....	99
第三款 法院量刑考量.....	100
第四款 相關案例分析.....	100
第四項 第 94 條 常業罪	
第一款 判決統計概述.....	110
第二款 第 94 條判決主文分析.....	110
第四節 上訴審判統計	
第一項 上訴審判決統計	
第一款 第 91 條 重製罪.....	111
第二款 第 91 -1 條 散布罪.....	111
第三款 第 92 條 公開傳輸罪.....	112
第四款 第 94 條 常業罪.....	112

第二項 小結	112
--------------	-----

第五章 實證觀察與建議

第一節 對著作權法因應網路時代之建議

第一項 網路時代下之著作權侵害之平民化	114
第二項 網路時代下之重製與散布	114
第三項 網路時代下之重製與公開傳輸	115
第四項 現行法以重製於光碟為加重要件之不當	118

第二節 對法院量刑之建議

第一項 95 年刑法修正對於著作權刑法之影響.....	120
第二項 法院之判刑有違罪責原則	
第一款 第 91 條之判刑與犯行之嚴重程度不成比例	121
第二款 第 91 條第三項與第 91-1 條第三項相較.....	121
第三項 常業犯刪除後如何避免重罪輕判	122
第四項 對於犯重製罪與散布罪者如何避免輕罪重判	124
第五項 解決之道：量刑公式？	125

第三節 對法院判緩刑或易科罰金之建議

第一項 法院僅於極嚴重之著作權侵害較不願給予緩刑	127
第二項 是否和解為法院緩刑與否之關鍵	
第一款 和解因素於輕微著作權侵害犯罪	128
第二款 和解因素於嚴重著作權侵害犯罪	129
第三款 告訴人之和解態度影響法院觀感	129
第四款 小結	130

第四節 對執法機關之建議

131

第六章 結論

132

表目錄

1. 各地院網路相關著作權刑事案件統計	86
2. 歷年各侵害類型案件數一覽表	88

圖目錄

1. 侵害智慧財產權案件新收及偵查終結統計	84
2. 侵害智慧財產權案件執行裁判確定有罪統計	84
3. 95 年侵害侵害智慧財產權定罪者特性.....	85
4. 歷年我國地院網路相關著作權案件數	87
5. 歷年各地院案件所佔比例圖	87
6. 歷年各侵害類型比例圖	88
7. 現行法第 91 條第三項平均判刑圖.....	90
8. 現行法第 91 條第三項刑期統計圖.....	90
9. 重製罪侵害數量分配圖（五百片以下）.....	91
10. 重製罪侵害數量分配圖（五百片以上）.....	91
11. 重製數量比率圖	92
12. 重製罪法院量刑因素統計圖	93
13. 現行法第 91 條第三項主文統計圖.....	93
14. 現行法第 91 條第三項緩刑考量因素圖.....	94
15. 現行法第 91-1 條第三項平均判刑圖	97
16. 現行法第 91-1 條第三項刑期統計圖	97
17. 現行法第 91-1 條第三項量刑因素統計圖	98
18. 現行法第 91-1 條第三項緩刑因素統計圖	99
19. 現行法第 92 條判刑統計圖	100
20. 現行法第 92 條量刑因素統計圖	100
21. 常業犯類型比例圖.....	110
22. 現行法第 91 條第三項與第 91-1 條第三項平均判刑比較圖	122
23. 現行法第 91 條第三項與第 91-1 條第三項緩刑比率比較圖	127

第一章 緒論

第一節 研究動機

在網路日益普及、頻寬不斷擴充之下，網路已扮演現代日常生活不可或缺之角色。新科技之不斷推陳出新，新型態之服務提供前所未有之便利性與娛樂性，使網路上之著作權議題，日顯重要。

無論是 2003 年 RIAA 在美國對於網路使用者大規模之起訴，或舉世注目的 Napster 和 Grokster 案，甚至是 DMCA 之通過與施行，在網路之跨國性及國際條約規範下，使得網路著作權議題，非侷限於國內法，而有與國際接軌之必要。

而我國自民國 90 年 4 月之成大 MP3 事件，ezPeer 及 Kuro 等 P2P 議題，到 IFPI 發函各大專院校停止學術網路使用 P2P 軟體，在此議題亦未曾缺席。

對於新興網路科技對數位化著作物所帶來之衝擊，美國透過數次之修法，鞏固著作權法對著作權人之保護，以捍衛網路上著作權侵害。我國受到外國之壓力，歷年修法亦可清楚顯見重刑化之趨勢，屢屢加重法定刑上限，提高罰金額，逐步擴張刑罰處罰之範圍，使得著作權法已質變成爲一部實質之附屬刑法。

對於此趨勢之妥適與否，不論國內外，均有學者提出批判。認爲著作權法並非一味保護著作權人，而應於法律規範、科技創新、適當權利人補償方案中取得平衡點。但無奈受限於大環境及國際情勢，學界之批評有如石沉大海，無法撼動目前以刑法處罰著作權侵害之立法政策。

本文受到前述學界之啓發，嘗試延續既有之學說討論，以不同之角度對此議題提出觀察與建議。

第二節 研究目的

對於著作權侵害刑罰化妥適性與否之議題，歷年來雖已有不少學界前輩爲文探討，其中不乏以法律經濟分析、社會分析、及統計學角度切入者。惟現有對於著作權刑事案件之統計文獻，多係對於智慧財產權（包括專利、著作權及商標）整體所爲，而未能針對新型態網路科技運用對於著作權之影響進行較詳細、精準之統計分析。且此類統計文獻，多出於非法律人之手，對於案件之統計流於形式上主文之有罪、無罪、及刑期長短之計算，並未能探究各判決中理由之異同。如此其統計結果不但如瞎子摸象，亦難發現問題爭點或提供有效之建議，無法綜觀著作權刑事案件之全貌。然而，近期亦有改以法學實證主義及社會學角度切入此問題者¹，對此議題提供不同之觀察重點，亦值再作更

¹ 見鄭曄祺，處罰網路犯罪理論基礎之研究－以 P2P 爲例，國立台北大學法學研究所碩士論文，第 94 頁

進一步之討論與介紹。

因此，本文擬針對上述統計文獻之不足，以本身之法律背景配合統計方法之運用，對於實務上與網路相關之著作權案件，一一解析，進行量化研究，以精準的呈現實務對於著作權案件運作之實貌。另外，本文亦擬承接上述社會學之觀察角度，對於著作權侵害刑罰化再進行更進一步之文獻整理，或可提供支持或反對此議題之不同理論基礎。此外，我國新刑法於民國 95 年修正通過，對於著作權刑事案件有無特別之影響，亦為本文觀察判決時，所特別留意、著墨之處。

綜上所述，本文對於著作權侵害理論上是否應刑罰化，並無預設立場，但希冀除藉由經濟學及社會學所提供之切入觀點外，更能透過觀察我國實務上著作權刑事案件之運作，為著作權侵害刑罰化妥適與否，提出最具本土化、時效性之實證觀點。

第三節 研究方法

本文試分就立法及實務兩種面向切入此議題。關於前者，則以與美國法之比較法研究及學說介紹為主。關於後者，則以我國法院對於著作權刑事案件之判決統計，作為觀察與批評之立基。

首先，本文於第二章先闡述著作權法及刑法之相關基本概念，並就網路著作權刑法所應關注之原理原則，為一統合性之論述。其中，本章將介紹傳統民刑區分之理論，並認以此理論無法為本議題提供具實益之切入點。而我國著作權法既繼受自美國法，美國著作權侵害刑罰化之歷史，則格外具有參考價值，遂對美國及我國之著作權刑法，一一介紹說明。

本文第三章延續第二章關於美國法制上之介紹，將焦點集中於美國學界對此議題之討論及批評。其中包括以經濟學利弊分析及社會規範角度切入者，提供不同之觀察面向，對於此議題之了解，格外具有啟發性。本章第三節並簡摘學者對於著作權人以訴訟保護著作權策略之評析，以完整介紹美國立法上及訴訟上曾生之討論。最後，他山之石，可以攻玉，行文至此，本文已對美國法及其學說爭議為一全面性之介紹，可供評估我國司法實務時重要之佐證。

之後，僅停留於比較法研究之學術論文，將無法面臨不夠本土化、實證化之批評。本文跳脫理論上之爭議，於第四章以國內判決進行敘述統計（Descriptive Statistic），整理目前實務上已累積之判決，透過量化方式將資料轉換為資訊，並藉由觀察司法實務上對於著作權刑事案件之運作，對著作權侵害刑罰化於理論上及實務上妥適性與否，進行評估與建議。此外，本章亦於適當處對若干具有指標性意義之判決，進行較深入之質性討論，以同時兼顧對此問題之廣度與深度。

以下，2007 年 6 月。

觀察我國上千件判決後，本文獲悉不少靈感，對於此議題之認識亦有所不同。本文於第五章專章評論第四章之統計結論，分就網路時代下之著作權案件、法院量刑、緩刑或易科罰金、執法機關執法上等不同面向，提出觀察與建議。此章雖與本論文議題未必均直接相關，惟為達成本論文結論不可或缺之重要歷程。

最後，本文於第六章提出結論，以第四章之統計結果及第五章之觀察建議架構本文之論點，認為著作權刑法於我國目前實務上運作，未能發揮其應有之功效，而存有諸多弊端。本章認為，於著作權法中設刑事救濟途徑為嚇阻商業性盜版所不可或缺，惟刑事處罰之其具體範圍及規定為何，則容有再進一步討論與修正之空間。本章基於實證研究之觀察，對我國司法實務應改進之處，提出修改及建議之方針，期能為著作權侵害刑罰化之妥適範圍，提供一較明確之標準。



第二章 著作權刑事責任簡介

第一節 著作權法之基本概念

第一項 著作權之立法目的

著作權法第一條前段明文：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」本條為民國 74 年修法時所新增，核其立法意旨，在於著作權固然保障著作人智慧之結晶，但其行世，則有賴於他人投資製作加以推廣，與社會大眾之消費欣賞，著作人乃能享有名譽及經濟之利益。故著作權法之修正，於加強著作人權益之保護外，並兼顧利用人之擴大利用，俾藉社會公共利益之調和，達成發展國家文化之目標。由此可知，立法者於制定著作權法時考量之因素有三：著作人之權益、社會公共利益及國家文化發展。

析言之，著作人權益之保護乃著作權法之主要目的之一。蓋精神勞動所得之成果，均係人類思想智能與感情之無形產物，對於人類社會文化及科學之發展有促進及發展之作用。對於著作人權益之保護不僅可促使著作人更努力於創作，進而有助於人類文化之延續及進步，並可加強投資者透過著作財產權之轉讓或授權方式，投資於著作財產權利用之興趣及信心，促進文化之傳播。

但著作人之創作，往往擷取先人之文化遺產，其利用仍應兼顧社會之公共利益，於必要時應考量公益與以限制。諸如時間之限制、標的之限制、著作人保護範圍之限制、強制授權之限制、合理使用之限制等，均為著作權衡量著作人私益與公共利益後之展現。

再者，著作權制度之終極目標在於促進國家文化發展¹。故著作權法在制定或解釋之際，當面臨公共利益與著作人權益保護之衝突時，即應特別注意兩者之平衡，以免阻礙文化之發展或累積。

第二項 著作權法之基本原則

第一款 原創性原則

原創性原則（originality）係指著作權法所保護之著作以具有原創性者為必要。根據我國最高法院之見解，原創性乃包含「原始性」與「創作性」。所謂原始性，乃要求著作需為著作人所獨立完成，不能抄襲他人著作。而所謂創作性，乃指著作需具有最低程

¹ 例如，美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款：「為促進科學及有用技藝的進步，國會得對著作人及發明人，對於他們的寫作或發現，給予有限期間的排他權利」。我國憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權、及財產權，應予保障」第 165 條：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之發展，隨時提高其待遇。」及第 166 條：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」著作權之立法，可間接實現上述基本國策之要求。

度之創意，其創作且須係基於人類之精神作用以表達思想或感情，其程度並須足以表現出著作者之個性而言。著作權法第 3 條第一項第一款即明文：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。」即指原創性原則而言。

第二款 創作保護主義（著作權自動產生原則）

創作保護主義，意指創作或表演一經完成，無須經任何註冊或登記手續等形式要件，著作人或表演人即可依法享有著作權。此為當今世界各國及國際公約所共同採用之原則，蓋創作或表演本係事實行為，只需有智能上創作或表演之事實，法律即應予保護。我國著作權法第 10 條本文：「著作人於著作完成時享有著作權。」亦明文採此原則。

第三款 思想與表達區分原則

著作權法之思想與表達區分原則（The Doctrine of Idea-Expression Dichotomy）源自十九世紀之美國著作權法，乃指著作權法不保護思想（idea），而僅保護思想之表達（expression）。蓋著作權之立法目的在保護著作人精神創作之貢獻，但亦重視文化之進步。為達此目的，著作權法固保障著作人之表達，但更鼓勵他人利用著作中所傳達之思想或觀念，以促進文化之進步。我國著作權法第 10-1 條：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」亦為此原則之明文化。

第四款 思想與表達合併原則

思想與表達合併原則（The Merger Doctrine of Idea and Expression）係指當思想或概念只有一種表達方法或思想之表達方式極其有限時，思想與表達即應因為其不可分而合併。蓋因著作人無從選擇其他之表達方式，如予限制該表達方式之使用，將嚴重影響人類文化、藝術之發展，故縱該表達與他人之表達已構成實質相似，亦不構成抄襲。

第五款 著作權與著作物所有權分離原則

著作權包含著作人格權及著作財產權（著作權法第 3 條第一項第三款），著作物則指著作所附著之物，而著作則指屬於屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作（著作權法第 3 條第一項第一款）。著作人於著作完成時即享有著作權，但著作完成並不一定有著作物，諸如音樂著作、戲劇、舞蹈著作等無形之創作亦受我國著作權法之保護。惟著作一旦附著於有體物上，該有體物即可稱為著作物，例如錄音帶、VCD、DVD 等。該物之所有權即是著作物所有權，乃一般之物權，與「著作權」為無體財產權有所不同。

第三項 著作之意義

欲為文探討著作權侵害之刑事責任，須以該著作符合我國著作權保護之要件，方可主張著作權法所設之民刑事救濟。我國立法例參考外國立法與國際條約，認著作須符合原創性、客觀之一定型式、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作、且非不受保護之著作，方可享有著作權之保護。以下遂簡分述之。

第一款 原創性

原創性，乃指著作人基於其人格精神而獨立創作，以表達其思想、感情或個性，並具有最低程度之創意而言。原創性之內涵可包含原始性及創作性。原始性乃指著作為著作人所原始獨立創作（**independent creation**），而未抄襲他人著作而言。而創作性（**creativity**）乃指作品需係基於人格之精神作用，以表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性者²。

第二款 客觀化之一定形式

按所謂著作，必須其創作內容已形諸於外部，具有一定之表現形式，屬客觀化之表達（**expression**），為自外部所能感知，方合乎保護要件。而因我國著作權法並不以「固著」（**fixed**）為著作權之要件，故所謂一定表現形式，並不以有形者為必要。亦即，依我國著作權法，著作人如以文字、言語、動作、音、色等形式表現其創作內容以合乎外部表現之要求，其創作是否有形或無形，或有無將之固著於有體物，均非所問。

第三款 屬文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作

著作權法第3條第一項第一款規定：「指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」所稱之文學、科學、藝術乃是知識文化之總括概念，是否具有應用價值在所不論。而機器等實用物品之技術創新，則屬專利法保護之範疇，惟該技術如以文字或圖形表達，則著作權法仍保護其表達該技術之方式。

第四款 非不受保護之著作

某些作品雖符合著作之要件，但因社會公益，不得作為著作權法保護之標的。我國著作權法第9條第一項即規定：「下列各款不得為著作權之標的：一 憲法、法律、命

² 詳細之論述可參考羅明通，著作權法論 I，第 164-182 頁，2005 年。

令或公文。二 中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三 標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四 單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五 依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。前項第一款所稱公文，包括公務員於職務上草擬之文告、講稿、新聞稿及其他文書。」

第四項 著作財產權之內容

著作財產權，乃法律所承認之各種類型著作，其經濟利用型態支配權之總稱，性質上屬無體財產權之準物權。而其內容，即指著作財產權之權能或種類，依民法第 757 條之物權法定主義，非經法律明定，不得創設。故著作權法第 22 條至第 29 條，應屬列舉式之著作財產權之規定，除此之外之著作財產權，即不得受著作權法之保護。

我國著作權法第七章之罰則，以侵害著作財產權為法定之構成要件，故有必要先釐清著作財產權之範圍，方可劃定刑事責任之界限。我國著作權法所承認之著作財產權，包括重製權（第 22 條）、公開口述權（第 23 條）、公開播送權（第 24 條）、公開上映權（第 25 條）、公開演出權（第 26 條）、公開傳輸權（第 26-1 條）、公開展示權（第 27 條）、改作權（第 28 條）、散布權（第 28-1 條）、及出租權（第 29 條）。以下僅就與網路較為相關者，為簡略之介紹。

第一款 重製權

所謂重製，係指「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。」亦即重製需永久或暫時附著（fixation）於有體物方能構成重製。而所謂附著，指著作內容依附於有體物上，其狀態能使人得以感知其內容。按附著並非我國著作權法之著作保護要件，惟於著作重製之情形，則以附著為必要。如非附著於有體物而為著作內容之再現，則屬他種之利用方式，而非重製。

與網路相關之重製，例如將電腦內檔案上傳至伺服器、或自網路下載各類資訊、或將他人著作予以轉寄或轉貼，均屬重製之行爲。至於網路之超連結是否構成重製，則需視不同類型之連結方式而定³。另外，轟動一時之成大 MP3 事件，學生將其所有之音樂 CD 轉檔為 MP3 格式，屬於機器性之操作，並無法展現人類之創作，非屬於改作，而亦應構成重製之行爲。

³ 超連結可細分單純指向之連結、圖像連結、視框連結、深度連結、及視框與深度混合之連結。詳細分類可見羅明通，同前註，第 463-465 頁或本文第 102 頁。

此外，92 年之著作權法第 22 條⁴，將重製之定義擴張及於「暫時性重製」。所謂暫時性重製，共可分為兩類。第一類之暫時性重製係指將資訊存於揮發性之隨機存取記憶體，此類資訊將隨電源關閉而消失。第二類之暫時性重製係指網路上中繼性傳輸、或合法使用著作、屬於技術過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製。該條第三、四項即將第二類之暫時性重製，排除於重製權範圍之外⁵。

第二款 散布權

散布權為智慧財產權人基本權利之一，用以補充重製權，以使著作財產權人之權益能獲完全之保護。著作權法所稱之散布，指將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通之事實行為。而散布權（the right of distribution），則屬於準物權，其意義則有廣義與狹義之別。狹義之散布權則限以銷售、贈與或其他移轉所有權方法將著作原件或重製物提供交易或流通之權利，至於出租權則另賦予權利。廣義之散布權含括銷售、贈與、轉讓、出租、互易、借貸及輸入之方式，甚至包括網路上之公開傳播。

後者為美國著作權法所採，惟我國立法例因仿 WIPO 之 WCT 及 WPPT 之立法，則採狹義之定義，並將其限縮於有體之附著物之著作原件及其重製物，而對無形傳輸創設公開傳輸權。故於我國著作權法中，散布權（著作權法第 28-1 條）與出租權（著作權法第 29 條）並列，而網路上之傳播則另依公開傳輸權（著作權法第 26-1 條），有關於輸入權則規定於著作權法第 87 條第 4 款，至於出借則未賦予專有權利，不屬於散布權之範圍。

第三款 公開傳輸權

公開傳輸權（the right of public transmission）係指著作財產權人，就其著作內容，享有經由有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容（著作權法第 3 條第一項第 10 款）。其與公開口述權、公開播送權、公開演出權等之差異，在於後者係單向，而前者以具互動性之電腦或網際網路傳輸之型態為特色。而所謂「向公眾提供」，不以網路使用者已實際傳輸為必要，只要將該著作置於網路利用人可得接收之狀態即足。

按將著作內容置於可得傳輸或接觸之狀態事實上即屬於重製，此種重製之方式可能是置於與網路連結之硬碟而構成永久性重製，也可能是以串流傳輸之方式，不斷將資訊

⁴ 著作權法第二十二條：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」

⁵ 羅明通，同前註 2，第 560 頁。

輸入網路特定伺服器之 RAM 中，而僅屬於暫時性之重製，惟不論是何種重製，此種置於網路上利用人隨時得接觸或傳輸之權利要非原來重製權所得含括，故縱獲重製之授權，苟無此種利用網路向公眾提供之公開傳輸權，仍然構成公開傳輸之侵害⁶。

第五項 著作權侵害之救濟

綜上所述，倘著作人之著作符合上述之要件，行為人若侵害其著作財產權，將面臨民事責任與刑事責任之訴追。亦即，著作權法提供兩種途徑供著作權人主張法律救濟。

第一款 民事救濟

著作權之侵害包括著作人格權之侵害及著作財產權之侵害。前者只著作人之公開發表權、姓名表示權及禁止不當改變權（同一性維持權）之侵害，後者則指著作人之重製權、公開傳輸權、公開展示權、改作權、編輯權、散布權及出租權受侵害而言。

一、著作人格權侵害之民事救濟

著作權法對於著作人格權受侵害所設之民事救濟途徑，計有侵害排除、防止請求權⁷、損害賠償請求權⁸、回復名譽措施請求權⁹、銷燬侵害行為作成之物或主要供侵害所用之物請求權¹⁰、及判決書登載請求權¹¹。



二、著作財產權侵害之民事救濟

著作權法對於著作財產權受侵害所設之民事救濟途徑，計有侵害排除、防止請求權、損害賠償請求權¹²、銷燬侵害行為作成之物或主要供侵害所用之物請求權、及判決

⁶ 羅明通，同前註，第 552-553 頁。

⁷ 著作權法第 84 條：「著作權人或製版權人對於侵害其權利者，得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。」

⁸ 著作權法第 85 條第一項：「侵害著作人格權者，負損害賠償責任。雖非財產上之損害，被害人亦得請求賠償相當之金額。」

⁹ 著作權法第 85 條第二項：「前項侵害，被害人並得請求表示著作人之姓名或名稱、更正內容或為其他回復名譽之適當處分。」

¹⁰ 著作權法第 88-1 條：「依第八十四條或前條第一項請求時，對於侵害行為作成之物或主要供侵害所用之物，得請求銷燬或為其他必要之處置。」

¹¹ 著作權法第 89 條：「被害人得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容全部或一部登載新聞紙、雜誌。」

¹² 著作權法第 88 條：「因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。（第一項）數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。（第二項）前項損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：一 依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。二 請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。」

書登載請求權。

第二款 刑事救濟¹³

我國著作權法就著作權侵害之刑事救濟，規定於第七章，係以告訴乃論為原則，非告訴乃論為例外¹⁴。而其侵害之犯罪態樣包括重製罪（第 91 條）、散布罪（第 91-1 條）、侵害其他著作財產權罪（第 92 條）、侵害著作人格權罪（第 93 條第一款）、違反音樂著作強制授權之重製物輸出罪（第 93 條第二款）、擬制侵害著作權罪（第 93 條第三款）、常業罪（第 94 條）、逾越翻譯權過度條款罪（第 95 條）、電腦程式重製物未銷燬罪（第 96 條）、未明示出處罪（第 96 條）、移除或變更權利管理電子資訊罪（第 96-1 條第一款）、及違反防盜拷措施條款罪（第 96-1 條第二款）。

第六項 小結

由本節之討論可知，著作權人若欲對網路上侵害其著作權者主張權利，須先符合第二項及第三項之著作權法之原理原則及保護之要件。且著作權人須依目前著作權第七章之規定，主張其著作財產權或人格權受侵害。法院則須對於各罪之構成要件，解釋其範圍，而為認事用法。



第二節 刑法之基本概念

第一項 刑法之目的¹⁵

第一款 保護法益

犯罪之本質，基本上為法益之侵害，倘無法益受到侵害或危險，則無刑罰之必要性。而刑法上法益之意義，學者多定義為「法律所保護之利益」。因此，刑法本質上為一部法益保護法，刑法體系亦以法益概念為核心。

（第三項）依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。（第四項）」

¹³ 對於各罪名較詳細之論述，請見本論文第二章第四節第三項（第 39 頁以下）。

¹⁴ 著作權法第 100 條：「本章之罪，須告訴乃論。但犯第九十一條第三項及第九十一條之一第三項之罪，不在此限。」

¹⁵ 我國學說通說普遍認為刑法有下述三款之目的，惟學者黃榮堅教授有不同見解。氏認為，刑法之目的基本上均是透過刑罰的機制來實現，倘僅空有刑法卻無刑罰，則法益保護、規範維護、犯罪預防或應報效果均不可能實現。因此，所謂法益保護、規範維護、或犯罪預防，充其量僅為刑法之間接目的，需透過刑罰方能實現之最終目的。依其見解，刑法之直接目的為「罪刑法定」，以限制刑罰之發動，提供人民自由展開生活之保證。見黃榮堅，基礎刑法學（上），第 12-14 頁，2006 年 9 月。

然而，由於社會與文化的變遷，法益概念亦隨之而演進。過去法律所放任之侵害行爲，例如公害及經濟犯罪，亦可能因此成爲新的犯罪行爲。而傳統上認爲刑事犯罪，例如通姦與墮胎，在社會觀念之變遷下，亦可能發生動搖。此現象不僅發生在法益之種類上，亦可能發生在特定法益的範圍尺度上。

著作權犯罪屬於經濟犯罪之一，與國家政治、經濟、社會整體的發展，有密切關係。隨著科技之發展，智慧財產權之商業價值，亦較以前顯著提高。隨之而來的，即是將智慧財產權類比於傳統財產權，而對於侵害住會財產權者加諸刑罰¹⁶。

第二款 規範維護

犯罪爲最嚴重之不法行爲，國家以嚴厲之刑罰加以處罰，借助刑罰之威嚇力，對於犯罪行爲加以壓制與遏阻。並透過刑法之公正制裁，滿足社會大眾對於正義感之需求，以維持社會規範之不墜¹⁷。而在穩固的規範下，人對於生活才有預測可能性，方能展開個人之自我。

第三款 避免危險

廣義而言，刑法之目標在促使社會大眾守法，並遏止違法之行爲。而因刑法之係對違法者加以處罰，而非對守法者給以獎勵，其焦點毋寧在避免違法行爲之產生。而刑法係藉由刑罰懲罰犯罪人，並威嚇潛在之犯罪人，以避免各種違法行爲，保護各種利益免受損害。

第二項 法益於法規範中之地位

我國與日本法學上之「法益」一詞，是德文「Rechtsgut」的譯語，它是由「法」(Recht)與「財」或「有價值之事物」(Gut)二者結合而成，爲「法律上有價值之事物」、「法律上所肯認之價值」的總稱。

社會共同生活中，無論是個人、團體、社會、政府乃至國家，都存有所謂的生活利益，但並非所有的生活利益都必須以法律保障，只有需要以法律保障者，方稱爲「法益」。但亦非所有法益均須以刑法保障，只有對較重大法益之侵害，將導致社會安寧秩序之破壞而違反社會共同生活秩序，非以刑法保護，不足以達到保護之目的時，才是刑法所欲保護之「法益」¹⁸。

法益概念的確定，在刑法體系中有相當重要之功能。在立法面上，法益可作爲入罪

¹⁶ 此可以美國著作權侵害刑罰化之歷史爲例，相關論述請見本章第四節第二項。

¹⁷ 林山田，刑法通論（上冊），第 48 頁，2000 年 12 月。

¹⁸ 就法益概念發展之歷史及不同法益理論，可見陳志龍，法益與刑事立法，第 6-28 頁，1992 年。

化或除罪化之基準、刑法分則中罪名之排列、影響各罪名法定刑之高低、並於各條文進行違憲審查時之指標。而在司法方面，法益為刑法所保護之客體，其是否受到侵害，涉及構成要件是否該當之判斷。而受侵害之法益位階與侵害程度，對於行為之應刑罰性，亦具有絕對性之影響。

我國現行刑法中各種犯罪類型所標示之法益，包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力之有效運作等，均可在憲法找到相對應之法益。例如，憲法第 15 條對於生存權之保障，可具體化為生命與身體法益，對於財產權之保障，可具體化為財產法益等。不過，並非所有憲法所保護之法益受侵害，均需施以刑罰制裁。蓋基於憲法第 23 條之比例原則，侵害基本權之行為，仍需具有應刑罰性，方能動用刑法加以處罰¹⁹。

而在美國刑法體系中，其亦認為刑法之目的在避免公共利益（public interest, social interest）或私人利益（private interest）遭受損害，雖未有相同之「法益」一詞，更無抽象之「個人法益」、與「超個人法益」之分類。但就刑法目的與刑罰功能而言，則與大陸法系無異²⁰。

因此，無論大陸法系或英美法系，亦無論是否存在有抽象之法益概念，刑法之目的均在保護個人、社會、國家之利益，免於遭受他人之侵害。此等以刑法保護之利益，主要是來自於社會人高度同質性的生活感受，建立於人類社會生活最質樸的共同認知²¹。固然此共同認知之利益狀態會隨著時代背景的遷移而變動，但透過民主程序之立法與修法，將可使刑法與時俱進，避免與社會生活脫鉤。

申言之，倘刑法之目的不明確或存有爭議，則其是否仍應以刑罰作為保護之手段，於比例原則之要求下，其正當性即存有疑義²²。

¹⁹ 以著名之釋字 509 為例：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二十三條規定之意旨。」於涉及人民基本權之衝突時，立法上比例原則之考量，將影響某行為是否面臨民事或刑事責任。

²⁰ 蓋依其美國刑法所提供之各種保護，例如侵害人身(Protection from physical harm to person)、財產(Protection of property from loss, destruction or damage)、名譽(Protection of reputation from injury)、性自主(safeguards against sexual immorality)、政府(Protection of the government from injury or destruction)、司法行政(Protection against interference with the administration of justice)、公共衛生(Protection of the public health)、公共安寧與秩序(Protection of the public peace and order)、其他利益(Protection of other interests)等之行為，均可輕易地歸類於個人、社會、或國家法益之概念加以解釋。See Wayne R. La Fave, *Criminal Law*, 26, 2004。

²¹ 陳志龍，前揭註 18，第 102 頁。

²² 因此，著作權法第一條所稱「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」，並以此架構起刑罰之規定，其是否經過充分之討論，而合理之法益概念又該為何，不無疑問。黃榮堅，前揭註 15，第 30 頁。

第三項 刑法之基本原則

第一款 罪刑法定原則

罪刑法定原則是現代法治國家最重要之刑法基石，亦可謂具有普世人權特性的共通原則。我國刑法第一條即開宗明義規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」亦即指國家對於行為人之行為欲課以刑罰，必須法律上明文處罰該行為者，方得為之，否則不得加以處罰。此目的在限制國家權力，避免刑罰遭濫用，可簡言為：沒有法律就沒有犯罪，沒有法律就沒有刑罰（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）。

在此原則下可衍生四個派生原則²³。

甲、習慣法禁止原則：在民法領域中，未形諸法律條文但社會生活習以為常並已產生法確性的習慣法，也是重要之法源²⁴。蓋基於罪刑法定原則之要求，刑罰既需法律明文規定，則習慣法自不得作為定罪科刑之依據。

乙、明確性原則：即刑法條文，基於罪刑法定原則之要求，無論是犯罪之構成要件或法律效果之規定，均應力求明確。惟明確與否之判定，實屬相對性之概念，但無論如何至少須使人民可合理預見處罰及其範圍。而在法律效果的明確性上，現代刑法基於罪責相當之正義原則，採取相對不定期刑之立法，委由法官在一定範圍之法定刑內，依各案情節科處合乎罪責之宣告刑。

丙、禁止類推解釋原則：即於法律未有明文規定時，不得比附援引、類推適用相似之法規，作為定罪科刑之依據。蓋類推適用為其他法領域（例如民法領域）所普遍使用之法學方法，但刑法基於罪刑法定原則，禁止對行為人不利之類推適用。而禁止類推解釋之範圍，則包括行為可罰性、及其刑罰及保安處分的法律效果。但是若類推解釋對行為人有利時，則可例外允許。蓋在罪刑法定原則之禁止類推解釋，在避免擴張刑罰的範圍，創設新的犯罪或處罰之效果，以保障人權，在對行為人有利的情况下，自無不許類推之理。

丁、禁止溯及既往原則：即對於科刑或加重刑罰的規定，包括處罰之依據及方式，不能以追溯之方式，擴張其效力，事後惡化行為人法律上之地位。例如，行為時該行為並不處罰，但是行為後回溯處罰；或者行為人該行為雖然可罰，但行為後加重處罰，均為禁止溯及既往之型態。至於有利於行為人之回溯，基於容許有利行為人類推的相同理由，並不在禁止之列。

第二款 罪責原則

²³ 林鈺雄，新刑法總則，第 38-43 頁，2006 年 9 月。

²⁴ 例如，民法第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

所謂「罪責原則」，即所謂「無罪責即無刑罰」，是指對行為人科以刑罰者，必須行為人應對其行為負責時，使得為之。換言之，違法行為之處罰，不僅著眼於客觀行為之法律評價，亦包括行為人之主觀責任要件。

傳統學理上對於如何確保刑罰的合理性，取決於行為人之「責任」，而有道義責任論、心理責任論、規範責任論、及社會責任論等²⁵。目前通說係採規範責任論，而認為罪責之要件應包括責任能力、罪責型態、不法意識及期待可能性。

其中，與網路上著作權侵害相關者，可能被告為年幼之孩童或青少年，僅有限制責任能力或無責任能力。或被告宣稱其不具有不法意識，不知其行為已構成著作權刑法上之犯罪。甚而在網路上無窮無盡的數位資料中，要求行為人於上網時，一一區分何著作享有著作權，而絲毫不侵害者，毋寧係不可能之任務，而不具備期待可能性。

此外，罪責原則於刑法上亦衍生另一子原則：「罪刑相當原則」。亦即，行為人所受之刑事制裁，應與其犯行相當，不可以行為人為殺雞儆猴之工具，課以與其行為不相當之刑罰。蓋刑罰之加重不代表其嚇阻力即等比例提高，毋寧罪有應得，方為公正之刑罰，才具有提高人民法意識，發揮鎮壓及預防犯罪之功能²⁶。

此原則於網路上著作權侵害之案件，無疑更具有影響力。蓋著作權侵害具有普遍性、犯罪黑數高，著作權人及告訴人無法一一訴追，遂常要求法院重判，以期嚇阻其他網路使用人。惟若此，無疑將使罪責原則遭破害殆盡。

第三款 無罪推定原則

因著作權原則上係採告訴乃論，僅有少數犯行屬於非告訴乃論，無論何者，行為人（即被告）均享有刑事程序中無罪推定原則之適用，而須由告訴人或檢察官證明被告確有侵害著作權之犯行。

刑事訴訟法第 154 條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」即為此原則之明文。易言之，被告之罪責須於合乎訴訟規則之程序，被證明至法院產生確信之心證程度後，法院始能為有罪判決，在此時點前，應推定被告為無罪。

第四款 罪疑唯輕原則

罪疑唯輕原則之意義在於，關於實體犯罪事實之認定，若已窮盡證據方法而無法證明時，應為對被告有利之認定。此原則具有實體法與程序法的雙重性質。一方面，本項原則補充了實體法的罪責原則，亦即唯有有罪責之被告方應受罰。另一方面，本原則補充了程序法的證據評價原則，亦即被告之罪責必須在合乎訴訟規則的程序中證明，法院

²⁵ 林山田，前揭註 17，第 291 頁以下。

²⁶ 林山田，同前註，第 74 頁。

若於調查證據程序之後，依照自由心證仍然無法形成對於被告罪責的確信時，即應適用罪疑唯輕原則²⁷。

實務上之判決，常對於罪疑唯輕原則及無罪推定原則一並論述。以臺中地院 96 年度易字第 5574 號為例：「按，刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明方法，因此檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院 92 年台上字第 128 號判例參照）。又認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，若其關於被告是否犯罪之證明未達此程度，而有合理性之懷疑存在時，致使無形成有罪之確信，依罪證有疑，惟利於被告之證據法則，即不得遽為不利被告之認定（最高法院 76 年台上字第 4986 號判例意旨參照）²⁸。」

由上述實務見解可知，於著作權案件中，檢察官與自訴人須準備相當多繁雜之證據資料，倘有疏漏，將面臨被告獲判無罪或程序上不受理之判決。

第四項 刑法之解釋方法

第一款 解釋之方法²⁹

任何法律都不可能完整、精確到無庸解釋的地步，故即便是刑法，亦容有解釋之空間。法律學者所關注者，毋寧在於解釋之方法與界限。蓋解釋之界限為何，牽動罪刑法定原則之規範效力，過度擴張之解釋，將可實質架空罪刑法定原則。但在三權分立之民主體制下，法律之解釋亦須顧及權力分立原則。立法者既然擁有制定一般、抽象法律之權，司法機關之職責則是在具體個案中，在此範圍內認事用法。

一、文義解釋

指依據法條文義及文句結構所為之解釋方法，從字面探求法律所使用文字語言的正確意義。但在文義可能的範圍內，又可分為以立法者意思為解釋基準之「主觀解釋論」與法條本身文義及目的為基準之「客觀解釋論」。前者認為解釋法律應解釋立法者之意思，了解立法者當初如何通過該法及其本意。後者則認為法律解釋的對象為法律本身，

²⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法上，第 150 頁，2004 年。

²⁸ 「經查，本件公訴人就如附表二所示之影音光碟片部分，並未舉證說明各該著作是否符合我國著作權保護之條件、其著作權人究係何人、是中華民國國民抑或外國人、該等著作權人取得著作權之相關文件、著作權保護之期間為何等，致本院無從查證被告此部分是否確有何侵害他人著作財產權之情事，亦即被告所持有如附表二所示之影音光碟片，於本案尚無積極證據證明該等著作係完成在我國加入世界貿易組織（W T O）後，或在我國加入世界貿易組織（W T O）之前，而已依我國著作權法及其相關規定之規定，該著作之著作權人已取得著作權，而受我國法律之保障，則依上開說明，自應就該部分為有利被告之認定。」

²⁹ 林山田，前揭註 17，第 108-110 頁。林鈺雄，前揭註 23，第 43-48 頁。

立法者可能見識有限或難以探求其真意，法律解釋自不應侷限於當初立法者之意思³⁰。基於法律解釋應有適應社會變遷之功能，當主觀解釋論與客觀解釋論產生歧異時，現代的法學方法多半傾向採取客觀解釋論³¹。

二、體系解釋

依據法條位於整部法律或法體系之地位，透過不同規範與條文間之聯繫、對照方式，以確定在相互關連中之規範意義與地位之解釋方法。透過此一解釋方法，使刑法之解釋能夠維持刑法體系與整個法律體系之一貫性，以及文字或用語概念之一致性。

三、歷史解釋

透過法條之立法過程等相關資料，包括由法制史層面（觀察立法時之政治、經濟、社會情狀），以及法律在立法過程中有關資料（如法案於委員會之審查會紀錄，以及於院會審議紀錄），以探究立法者當時之法律意義。

四、目的解釋

依據法條之目的及價值觀，以闡述法條意義。由於每一法條均有其立法目的，且每個刑法條款均有其欲加保護之法益，故就法條之規範目的，以及其所要保護之法益，應可探求法律條文之正確意義。況且，就法條之目的觀與價值觀，亦較易領悟與闡明法條之真義，而達到刑法解釋之目的。而其解釋之結果，有可能產生目的性擴張或目的性限縮法條文義之可能。

五、合憲性解釋

憲法為規範國家與人民權利義務之根本大法，在實定法上具有優位性，稱為憲法優位性原則。因此，刑法不但消極上不能抵觸憲法的規定，還要積極充實憲法的內涵與基本價值，故刑法之解釋不能自外於憲法。亦即如果法條之解釋有合憲可能，亦有違憲可能時，即選擇合憲之解釋，而不應選擇違憲之解釋。

第二款 各解釋方法之運用

³⁰ 此點因我國法律泰半繼受自外國，若當真要探求我國立法者之本意，實際執行上亦有相當之困難，更遑論一知半解抄襲外國法時，所可能產生的謬誤。學者黃榮堅曾批評我國 2005 年刑法修正未遂犯之規定為「真相往往是，連立法者也不知道自己再說什麼！」。

³¹ 林鈺雄，前揭註 23，第 46 頁。

我國一般認為，各種解釋方法間並無競合關係，而得就具體情形交互運用。不過，法條文字為解釋之基礎，文義解釋為法律解釋的起點與界線，其次方為體系解釋、歷史解釋及目的解釋。而無論是用何種解釋法，均需從事合憲解釋，設若發現刑法之規定與憲法之規定或意旨不符合時，則刑事司法應排斥適用違憲刑法條款，並經由刑事立法手段，加以刪除或做合憲性之修正³²。

惟因我國著作權法歷次修正，均因受美國、WTO/TRIPS、WCT/WPPT 等之壓力所致³³。對此，相關之歷史解釋與外國比較法之解釋，無疑將佔有較為優先之地位。

第五項 刑罰之目的

第一款 前言

為何國家於民事法及行政法外，尚需動用刑法，對於某些行為課以刑罰？中外刑法學者歷經數十年、甚至上百年的不斷辯論，認為刑罰可具有四大功能：應報（Retribution）、預防（Deterrence）、隔離（Incapacitation）與矯治（Rehabilitation）。但追根究柢，則可分為絕對理論與相對理論兩大派。

首先，絕對理論著眼於刑罰之應報功能，認為刑罰係藉由處罰有責（moral culpability）之行為人，以回復社會因犯罪行為所造成之損害，方能維持正義。然相對理論則認為，刑罰之目的在維護社會安全，避免將來犯罪之繼續發生，而著重於刑罰之預防、隔離與矯治之功能。兩大派各有所本，亦各有缺陷，學說共識及各國立法，則均逐漸肯認，刑罰之目的實為此四大功能之調和與折衷，因不同犯罪類型、受侵之法益、社會倫理道德觀等，綜合考量³⁴。

第二款 應報（Retribution）

應報之思想，最早可追溯至漢摩拉比法典（Codex Hammurapi）中的「同害報復原則」（Talionprinzip, Ius talionis），亦即俗稱之「以牙還牙、以眼還眼」。然而現代各文明國家之刑法典，已幾乎不存在如此赤裸裸的同害報復手段，而以一种與犯罪價值相當的報應刑，作為犯罪之處罰，此亦成為刑法所遵行之「罪責原則」之起源。應報論者認為，國家對犯罪人施加刑罰，係為了平衡犯罪人過去所為之惡害，不僅是人類理性之要求，亦意謂正義之實現。

³² 林山田，前揭註 17，第 110 頁。

³³ 於民國 74 年 7 月 10 日著作權法修正後，中美著作權之爭議展開一連串之談判，並於民國 78 年 7 月 13 日簽定「中美著作權保護協定」為始。而 87、90 年之著作權修法則與我國致力於加入 WTO 有關，所簽署之 TRIPS 協定有關。而民國 92 年之修法則係受美國壓力及網路環境所影響。民國 93 年之修正則係為符合 WCT 及 WPPT 之條約。相關之修法背景，可見羅明通，前揭註 2，第 71 頁以下。

³⁴ 王皇玉，論刑罰的報應與預防作用，收錄於「自由·責任·法」—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，第 186 頁，2005 年 8 月。

應報理論之代表性人物，首推康德（Kant，1724~1804）與黑格爾（Hegel，1770~1831）。康德認為如果沒有正義的存在，人的存在便沒有意義。其曾舉例言到，犯了罪就須給予絕對的懲罰，此乃基於應報之要求，並不因社會即將解散或其他原因而改變。黑格爾則在其「法律哲學的原理」曾論：「犯罪事一種對於法律的否定，而刑罰就是對於這種否定的否定，亦即可視為一種對於犯罪的取消。³⁵」由此可知，應報理論與哲學上迄今爭論不休的「非決定論」有關。以刑罰來應報犯行之前提，乃個人有決定自己行為的意思自由，因此個人也應當為自己的錯誤負完全責任，此種觀點可謂徹底之個人責任論³⁶。

然而，應報理論仍有其缺點，而備受批評。首先在其理論僵化，例如在刑事政策上具有不良後果且弊大於利之制度（如短期自由刑），基於應報之思想，仍應嚴格執行。且應報論者認為刑罰僅係對於過去犯罪之懲罰，而不具有事先預防之效果，想法過於消極，難以符合人民之期待。最後，應報論者認為，人形式上是自由、平等的，而可自由地決定是否守法，故一旦一個人在自由意志下決定違反法律實行犯罪行為，即必須為其行為接受等價之處罰。此假設實際上並未獲得驗證，而忽略人的行為可能受到各種生理、心理或社會環境之制約，一律施以形式上對等的應報刑，將使刑罰失其目的，流於僵化與不切實際³⁷。

總之，現代刑法學泰半否認單純的應報觀，認為應報理論雖對國家刑罰權之行使設定了上限，但並未對國家刑罰正當性問題提供解答，而有待其他理論與以補充。



第三款 預防

一、特別預防（Intimidation, Particular Deterrence）

特別預防，也就是針對個別行為人而來的刑罰措施，以預防其再犯，故又稱個別預防理論。在刑罰理論中，特別預防理論與應報理論可為兩互相對立之概念。應報論者所報應之對象，應該是犯罪人過去所違犯之「行為」，不論犯罪人之犯罪情境或理由，均應受相同之刑罰。然而特別預防論者卻認為，刑罰施加與否之決定性要素，並非行為本身，而為犯罪人透過犯罪行為所表露出的社會危險性。而此社會危險性需藉由刑罰加以矯治排除。換言之，刑罰應有其目的性，而須將犯罪人予以分類，給予不同之制裁，才是合乎目的思想的制裁制度。此外，特別預防理論更提倡「社會防衛」思想，著眼於行為人對社會之危險性格，而另外發展出補充性與替代性的保安處分，以強化行為人之再社會化。

特別預防理論之代表人物，為刑法大師封·李斯特（Franz von Liszt，1851~1919）。氏認為應該透過直接強制與間接強制並用的方法來保護法益。直接強制是指動用強制力

³⁵ 蘇俊雄，刑事法學的方法與理論－如何從事法律思考？，第 65 頁，1974 年。

³⁶ 林鈺雄，前揭註 23，第 14 頁。

³⁷ 王皇玉，前揭註 34，第 167 頁。

以隔絕犯人，而間接強制則是透過威嚇、矯治等方法來消除犯罪動機，避免犯人再犯³⁸。

然而，特別預防理論，並非無懈可擊。其過度強調刑罰之目的性、預防與社會防衛，使刑罰的輕重與時間長短，變的毫無尺度可言。蓋依特別預防理論，倘犯罪人有再犯之危險性格，將可處以無期限之不定期刑，直至其危險性消除為止，而與正義理念相違，且亦違反法治國精神並侵害人民基本權利³⁹。且犯罪人再犯之比率顯然較一般人犯罪之比率為高，對於特別預防是否有其成效，不無疑義。

總體而言，特別預防理論所標舉之再社會化理念，可謂影響現代國家監獄政策最深遠的刑罰目的理論。並且，導因於其隔離與矯治犯人之想法，使刑法的制裁體系由刑罰單軌制進展致刑罰與保安處分並存之雙軌制。

二、一般預防 (Prevention, General Deterrence)

一般預防理論，相較於特別預防理論，雖均認為刑罰之目的並非對於過去行為之報應，但卻著重於刑罰對於社會大眾所發生的一般性作用。亦即認為，刑罰的存在及刑罰權之執行，必須考慮到國民全體所產生之一般性預防效果，使國民確知國家對於破壞法秩序的犯罪行為，決不寬容，以嚇阻潛在之犯罪行為人（消極之一般預防）。或藉由刑罰形塑一般人對於法規忠誠性或強化人民自願遵守法規範之效果（積極之一般預防）。

申言之，消極之一般預防，認為刑罰的目的，在藉由「刑罰本身所具有的威嚇力」及「刑罰的執行」，殺雞儆猴，以阻止一般人犯罪動機的產生。其中，德國刑法學者費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775~1833）之「心理強制論」，在假設潛在犯罪行為人具有理性思考能力之前提下，經計算刑罰所將帶來之不快，以壓抑或放棄其犯罪之動機。惟批評者則認為，此種以貶抑個人人格方式對待犯罪人，忽略犯罪人之主體性，使其淪為警告他人不要嘗試犯法之工具，嚴重違反人性尊嚴。

而採積極之一般預防者則認為，刑罰的任務並非在威嚇潛在之犯罪人，而是在對守法之社會大眾宣示法律秩序的不容破壞性。犯罪是對法律規範的破壞，而刑罰則是對破壞法律規範的反應，以平復一般社會大眾因犯罪所引起之騷動與不安，並維繫刑法之威信。德國刑法學者駱克信(Roxin)即認為刑罰具有以社會教育為動機的「學習效應」，透過刑罰的實踐過程，社會大眾學習並塑造遵守法規範的忠誠性。惟此種強調刑罰的作用，而忽略刑罰的本質，甚至將二者混為一談，將使實際受罰之犯罪人並非因其犯罪而受罰，而是為了維繫社會集體認同或法規之效力而受罰，不但將模糊罪責原則，亦使犯罪人成為社會集體利益之工具或手段⁴⁰。

³⁸ 林鈺雄，前揭註 23，第 18 頁。

³⁹ 王皇玉，前揭註 34，第 176 頁。

⁴⁰ 王皇玉，同前註，第 180-185 頁。

第四款 隔離 (Incapacitation)

有認為刑罰之自由刑或生命刑，可以將犯罪人與社會隔離，輕則剝奪自由，重則剝奪生命，使其不得再危害社會，為刑罰制度之重要功能與目的之一。惟對於何種行為人具有危害社會之危險性，並無法準確預知。且縱將犯罪人與社會隔離，但刑罰終究有其極限，若不佐以矯治之功能，行為人回歸社會後，再度危害之可能性依舊相當高。而此理論常被援引為對無矯治可能之犯罪人，處無期徒刑或死刑之正當化理由。

第五款 矯治 (Rehabilitation)

此理論係建立於因果行為論之基礎，認為只要將導致行為人犯罪之原因將以矯治，行為人即可改過遷善，回歸社會。但此理論固然具有其理想性，但實務上之各種刑罰，其矯治之成效如何，則仁見智，尙未有定論。且此理論亦無疑將犯罪者之人格視為無物，而可任意加以操弄、改造。

第六款 小結：綜合理論

綜上所述，幾乎所有單一理論均有其缺陷，無法滿足現代刑法的需求。應報理論不計代價追求絕對之等量刑罰，卻不顧刑法之社會任務與監獄之執行理念。預防理論則因脫離罪責原則而失去設定刑罰上限之功能。一味追求一般預防，容易驅使統治者將刑罰濫用為殺雞儆猴之工具；片面著重特別預防，可能基於矯治人格及預防再犯之必要，導致輕罪重罰的結果，反之，縱使是重大犯罪，可能因為基於特殊情形所犯並無再犯之虞，而無懲罰犯人之必要⁴¹。

因此，現代各國均採取「綜合理論」⁴²，以調和不同刑罰理論之目的，認為刑罰之目的除在公正之報應犯罪外，尙在威嚇與教育社會大眾，以及教化、矯治犯罪行為人。

易言之，綜合理論運用於刑事立法時，對於罪名制定法定刑時，需遵循應報原則，使犯罪與刑罰能相稱。而在刑事審判上，固然仍以應報原則為優先，但對於日益增多之特定犯罪，判決之威嚇、一般預防作用即更顯著。最後，於刑事執行時，則應注重刑罰之個別預防功能，針對個別受刑人再矯治與社會化之需要，決定執行刑之方式與內容。亦即，公正報應、嚇阻犯罪與矯治罪犯的三大刑罰目的必須依據綜合理論之論旨，針對刑罰在不同階段，以及個別的犯罪行為人，做適度的調和。

⁴¹ 林鈺雄，前揭註 23，第 19 頁。

⁴² 關於德派之見解，可見林山田，前揭註 17，第 381 頁。美國刑法學界亦已揚棄僅採單一理論之見解，近年亦採綜合理論 (inclusive theory of punishment)，認為前述之各種刑罰目的均有其一席之地。而各理論之優先順序及比重，亦僅待個案判斷方可確定。但學者指出，美國刑法在 20 世紀以來，已逐漸由應報與預防功能，轉移到刑罰之教化功能。易言之，逐漸由行為刑罰轉換為以行為人刑罰為中心之思想。See Wayne R. La Fave, supra note 20, at 31-32.

倘以綜合理論作為於著作權刑罰妥性之切入觀點，無疑可提供一有力之論證。首先就刑法之絕對理論而言，著作權刑法充斥著重刑輕判、輕刑重判之現象⁴³，告訴人發動刑事程序多意圖以刑逼民或是殺雞儆猴，與刑罰應報理論嚴重相違。且就預防理論而言，刑罰對被告而言，是可憑和解金「大事化小、小事化無」的，特別預防效果不彰。而就特殊預防而言，因著作權侵害之犯罪黑數極高，多數侵害著作權者均抱持不會被查緝或起訴之預期心理，少數個人之判決，難以對一般社會大眾發揮影響力。最後，不論被告之犯行，絕大多數之被告均獲緩刑或易科罰金，遭判自由刑者亦不超過兩年，難謂刑罰有發揮隔離行為人之效果，矯治之功能亦因此大打折扣。綜上，由刑罰之目的理論觀之，實難以論證著作權侵害之刑罰化有何刑罰理論上之正當性，立法者究係為何立出此備受爭議之法律，其立法背後之刑事政策目標為何，即有進一步研究之必要。

第六項 刑事政策之考量

第一款 前言

刑事政策可包括刑事立法政策、刑事司法政策（包括刑事訴追政策與刑事審判政策）與刑事執行政策（含刑罰執行政策與保安處分執行政策）。在刑事實體法的刑事立法政策所探討的問題，即是對於特定不法行為之犯罪化（*Kriminalisierung*），以及對於犯罪行為在刑事實體法與程序法的去犯罪化（*Entkriminalisierung*）。兩者可謂刑事立法政策之左右手，隨著刑事法理論與刑事思潮的演進，及政治、經濟、社會、文化等現實的改變，隨時檢討刑事實體法規定的各種犯罪行為及其法律效果，以及刑事程序法規定的追訴與審判的程序原則。透過犯罪化對原非屬刑事不法行為加以處罰，或對原屬刑事不法之犯罪行為去犯罪化，使刑事實體法與程序法能因應社會現實需要，更能有效抗制與預防犯罪。因此，犯罪化與去犯罪化兩者在刑事立法政策上雖屬兩立之概念，但在立法運用上卻具互補之功能⁴⁴。

第二款 犯罪化

犯罪如果從形式的觀點而言，乃指現行刑事實體法明文規定科處刑罰或保安處分的不法行為。若從實質的觀點而言，則係指反道德性行為，或是有社會損害性（*societal harm*）的行為⁴⁵。現行司法實務上所依據之犯罪定義，係指前者，故即便行為構成實質

⁴³ 此段相關之證據，可由本文第四章及第五章推論而出。

⁴⁴ 然而，立法者常忽略此二者互補之功能，只從事犯罪化，卻未能同時佐以除罪化，使刑法規範日益膨脹擴張。在刑事體系中，除主刑法外，尚存有數量龐大之輔刑法，及刑事單行法、特別刑法與眾多依附於民商與行政法之附屬刑法，不僅使現行法制罹患「刑罰肥大症」，亦使刑法制度凌亂不堪，甚有疊床架屋之重複規定。且因我國法係繼受外國法，若干法條之時空背景均有差異，導致未曾實際適用，更應加以檢討、去犯罪化。見林山田，論去犯罪化與去特別化，收於「刑法的革新」，第128頁，2001年。

⁴⁵ See Geraldine Szott Moohr, *The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory*, 83 B.U.L. 731, at 778 (2003). 但亦有美國學者認為，其實政治因素才是主導刑事政策之決定性原因。See Paul Rosenzweig, *Overcriminalization: An Agenda for Change*, 54 Am. U. L. Rev. 809, at 814

的犯罪，但究非刑事立法上之形式意義的犯罪，不論該行為對社會所造成之損害，仍非司法上所處罰之對象。

為使此等反社會行為成為犯罪對策之對象，即有將其納入刑事犯罪之必要，而此過程即稱為犯罪化（criminalization）。換言之，犯罪化是透過刑事立法手段或刑事法規的解釋與適用，將本不屬於犯罪的行為，賦予刑罰的法律效果，而成為刑事制裁的對象。

而犯罪化之基準，乃指在立法上以及解釋適用上進行犯罪化的場合時，所適用之實質基準。刑事政策在犯罪的防制對策上，可分為犯罪預防與犯罪壓制兩部分。作為犯罪壓制的型態，有訴諸社會或道德制裁、民事制裁、行政制裁、或刑事上制裁，適用上需以最合理有效者為犯罪防治之對策。而刑事制裁為其中最嚴厲者，剝奪生命、自由或財產對行為人所生之痛苦性極大。且刑罰之使用如同兩刃之劍，在科以行為人痛苦時，亦對國家帶來傷害，故需基於刑法謙抑思想，在合理及最小限度下方能發動刑罰權。換言之，一個不法行為，唯有以民法、行政法處理尚不足以維持社會公平正義時，方需動用刑法。且該不法行為，亦須符合刑法構成要件該當、違法性及有責性等要件。

在犯罪化之類型上，可分為（一）立法上之犯罪化、（二）解釋與適用之犯罪化、與（三）處罰上之重刑化⁴⁶。基於罪刑法定之要求，立法上將某不法行為納入刑事處罰，毋寧為犯罪化時之常態。而透過變更解釋與適用現行條文之方式，雖亦可達將不法行為犯罪化之目的，但須遵守刑罰之謙抑思想，並禁止事後惡化行為人之法律地位。最後，處罰上之重刑化指對於原本已是法律所規定之犯罪行為，藉由法律之修正，加重處罰，亦屬廣義犯罪化之範疇。

第三款 除罪化

刑事政策為反應國家防制犯罪的一面鏡子，其受到政治、經濟及社會變遷之影響極大。由於時代與社會環境的快速變遷，國民之價值觀、道德觀與法律意識，亦呈現多元化，導致犯罪之質量以及刑事制裁之發動，亦多所變動。因而，社會文化變遷，除可能影響到刑法的基本理論外，更具體可能影響到「法益觀念」的變遷。舊社會中被認為重要之法益，在新社會中有可能發生動搖⁴⁷。

學說上則指出，除罪化之基本理念，在於刑法之謙抑思想與保護法益之功能。就刑法之謙抑性而言，因刑法之法律效果極為嚴厲與苛酷，具不可回復性與烙印效果，施行上必須格外謹慎，唯有於民法或行政法之處理無法滿足社會一般人之正義理念或仍不足以遏止該不法行為時，始有動用刑罰制裁之必要。而就保護法益之功能而言，應先視該行為是否對法益造成侵害或危險，並有違反社會倫理，方可認有處罰之必要性⁴⁸。

(2005).

⁴⁶ 許福生，犯罪化與除罪化之探討，中央警察大學學報第 41 期，第 176-177 頁。

⁴⁷ 關於英國、美國、及歐陸對於刑法之除罪化運動，可見許福生，同前註，第 178-181 頁。

⁴⁸ 其更加以類型化，認為被害法益不明之犯罪、與倫理或宗教直接結合之犯罪、不宜介入刑罰制裁之犯罪、無法公平執法且易造成執法過度負擔之犯罪、與依其他手段即得防止不法之犯罪，均應考慮是否除

就除罪化之類型而言，可分為（一）立法上既除罪又除刑之「除罪化」：乃因法律的廢止或修正，將原為犯罪行為修正為非犯罪行為、（二）立法上不除罪只除刑之「除刑化」：將原為犯罪行為而科處刑罰的行為，修正為犯罪行為但不施予處罰，而以其他非刑罰的措施代替、（三）司法上之除罪化：亦稱為裁判上之除罪化，乃指透過司法實務判例的變更，將原來為刑法處罰的行為，解釋為以後不受刑法處罰的行為、（四）事實上之除罪化：亦即取締上之除罪化，乃指刑罰法規尚屬有效而繼續處罰，只是執法機關基於某些理由，事實上很少適用此法規加以處罰⁴⁹。

第四款 刑事、行政與民事不法之劃分

一、概論

有權利必有救濟，為避免權利之授與形同虛設，對於權利受害者，法律必設有救濟之途徑，以維護權利人之權利。而在大陸法系中，傳統上之救濟途徑可分為民事途徑、行政途徑、與刑事途徑。而基於行為責任之輕重順序，可由最輕之民事責任、次重之行政責任、最重之刑事責任，依序排列。在此種法體系下，同一行為於不同救濟途徑，經常會為不同認定，惟從法秩序一致性之觀點，民事責任中認屬合法者，刑事責任亦必屬合法；但一行為縱具有民事及行政上之不法，於刑事責任上，未必即屬不法。

之所以如此劃分，乃是基於司法資源有限之考量，當事涉個人權益，對於社會公益影響較小時，對於行為人課以之制裁相對亦較輕，而由私人發動制裁程序，即可歸屬於民事救濟程序。若非僅涉個人權益，亦將嚴重影響社會大眾權益時，則有由國家發動制裁程序之必要，而屬刑事救濟程序。民事、行政、及刑事責任之劃分，固然為數百年來架構法律體系之基礎，惟彼此間詳細之區分界限，至今仍有模糊之灰色地帶。

二、刑事不法與行政不法之界限

傳統大陸法系國家刑事不法與行政不法本屬一體，僅因歷史發展而分家⁵⁰。蓋早自

罪化。見甘添貴，犯罪除罪化與刑事政策，收錄於「罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，第623-626頁，1998年。

⁴⁹ 許福生，前揭註46，第181-182頁。

⁵⁰ 至於英美等普通法系國家，公（public law）、私法（private law）之區分並不如德國等大陸法系、成文法系般明顯。固然公私法之區分可回溯至查士丁尼時代，但公私法區分之三大基石：法院組織、法律哲學、及法學教育之不同，使在普通法與成文法對於公私法二元化概念之發展，有所不同。在成文法系中，公法與私法之爭議，係由不同法院所審理，並以公私法之劃分，建立法律成文化之體系。且雙軌之司法救濟制度，亦強化三權分立之原則，並因而影響法學教育之施行。但在普通法體系下，公私法區分卻未被採納。原因在於英美等普通法系國家，堅守法院一元化，並未將立法與行政（公法）之爭議，與私人紛爭相區隔，而以相同之司法程序處理，並未如大陸法系般強調權力分立原則。因此，在成文法系國家，公法（public law）幾乎可與行政法（administrative law）畫上等號。但在普通法系國家，在公私法日益水乳交融之趨勢下，即便連民事不法與刑事不法之區隔亦日趨模糊，更遑論將行政不法與刑事不法加以區隔。此自美國近年之白領犯罪，對於相同之犯行，先以行政罰而後再動用刑罰之立法模式，亦可得到驗證。See Coffee, John C. Jr., Does “Unlawful” Mean “Criminal”? Reflections On The Disappearing Tort / Crime

羅馬法即有「自體惡」(mala in se)與「禁止惡」(mala prohibita)之區別。其認為刑事不法本身具有惡性，屬於自體惡，此種惡性乃存於其行為自身，非因法律之規定而生，故一般亦稱之為「自然犯」。但行政不法並非其行為本身不法，而是因法律規定使其行為成為不法，屬於「法定犯」，其行為本質上並未違反道德倫理，但是為了因應情勢需要或行政目的，對於違反行政義務者，加以處罰⁵¹。故兩者間具有本質上之差異。此理論在歐陸各國實施立憲政治初期，出於維護行政權之背景，並於二十世紀初期為若干德國學者所提倡⁵²。

但此「質的區別說」在二十世紀中期即遭採同一論者之批評，認為刑事犯與行政犯之區別，純粹是立法者劃定實定法時的考量，理論上之區別並不存在。社會倫理價值具有變遷性，並非恆古不變，往往會隨時代遷移而有變化，如何界定社會倫理之內涵，常陷困境。而在近代經濟刑法之修訂，常對相同違法行為處以刑罰或僅課罰鍰，使質的區別說難以自圓其說。且刑法總則規定逐步引入秩序罰法中，更使兩者之差別失其重要。甚而，本於憲法之法治國原則，無論係刑法或行政法，均同受法律之拘束，無分軒輊。

故「量之區別說」遂認為行政秩序罰與刑罰皆在對於人民不法行為之處罰，而行政秩序罰係針對較輕微之違反行為之處罰，刑罰則以較重大之違反為對象，且行政秩序罰主要在補充刑罰之不足，兩者僅係在「量」上有所不同，與性質是否涉及社會倫理之可非難性無關。

最後，德國聯邦憲法法院的態度，大多數之判決認為刑事法與行政法各有核心領域：純粹社會倫理非價者屬前者，純粹技術性行政不服從屬後者，兩者間仍有本質上之差異。但在邊界地帶，則只有量的不同，而因價值判斷或不法內容為逐漸的進階式劃分，且此劃分之權限屬於立法者之裁量⁵³。此見解亦已成德國學界目前之通說⁵⁴。

Distinction In American Law, 71 B.U.L. Rev. 193 (1991)、Epstein, Richard A., The Tort / Crime Distinction: A Generation Later, 76 B.U.L. Rev. 1 (1996)等。另外，有少數學者對此提出見解，認為行政罰限縮於不具道德非難性、烙印效果之犯行。See Roberto Galbiati, Keeping Stigma Out Of Administrative Law: An Explanation Of Consistent Beliefs, 15 Sup. Ct. Econ. Rev. 273 (2007)。

⁵¹ 蘇俊雄，刑法總論 I，第 35 頁，1995 年。

⁵² 德國於十九世紀初，於刑法典中將應受處罰之違法行為分為重罪、輕罪、與微罪。其中，微罪相當於違警或違反秩序行為，本採取刑事犯與行政犯不分之立法。但至二十世紀，學者開始主張違警犯應與刑事犯分別立法。其中，P.J.Feuerbach 認為刑事犯與違警犯之區別，在於前者是侵害主觀及法律所保護之利益的行為，後者是未侵害國家或臣民權利的作為或不作為，所以施以處罰是因為危害治安之故。James Goldschmidt 則認為行政部門之目的是公共福祉的追求，對妨礙此一目的之行為在法治國家應由法律加以明定，因而構成違反秩序並成為行政罰的對象。刑事犯則是針對侵害法益行為的處罰。Erik Wolf 則承襲 Goldschmidt 的區分，並進一步主張刑事犯具有倫理非難性，行政犯只是違背變動不居的行政目的，本質不是違法，無非是欠缺社會關懷的不良行為。Goldschmidt 與 Wolf 所代表的古典理論，被稱為刑事犯與行政犯之質的區別說。見吳庚，行政法之理論與實用，第 470-471 頁，2005 年。

⁵³ 學者認聯邦法院既承認刑事犯與行政犯的性質有異，又主張兩者有重疊與交會之範圍，故稱此見解為「質量混合說」。但此見解亦受批判，認為刑事法固然可定義出核心領域，但行政法之核心領域則語焉未明，採質量混合說無寧是論者無法忘情於質的差別理論。詳言之，現代社會生活多元複雜，欲確定可為社會普遍接受之倫理道德標準，本屬不易，況且時代環境之持續變遷，社會價值難維持長久不變，以此標準所為之劃分，亦難以維持。例如，罰金與罰鍰之區別為何，或許也只能訴諸立法者基於處罰必要性不同而為之區隔。但立法者是否有想像中之聰明，其判斷之標準又該如何，其實問題仍懸而未決。見吳庚，同前註，第 472-473 頁。翁岳生編，行政法，第 713 頁，2000 年。洪家殷，行政罰法論，第 106 頁

我國法繼受自德國與日本，亦承襲相同之問題。過去學說通說與實務，均採質的區別說。但現今國內行政法通說已改採量的區別說⁵⁵，惟實務仍堅守古典理論，以行政罰不適用刑法總則之規定，方便行政犯之成立，以達成行政目的。

我國刑法學者對此見解亦不一致。有採質量差異理論者，更提出評價不法行為之四項標準⁵⁶，認為對於一個不法行為之評價，當然應能質量兼顧，否則將顧此失彼，而不能明確而妥善區分刑事不法與行政不法。亦有論者認為區分刑事與行政不法之主要標準，應是以該行為對法益侵害或威脅之程度，至於該具體標準是以行為是否對法益造成侵害、或侵害之輕重、或威脅之大小等，則是刑事政策上的選擇⁵⁷。

歷年來司法院大法官解釋一再宣告違警罰法或檢肅流氓條例違憲⁵⁸，但直至釋字第 275 號，揚棄行政犯不問故意過失之舊思維，釋字第 503 號更改變一行為須受兩個以上行政罰之不合理先例。而我國行政罰法於 94 年新訂通過後，仿刑法總則之體例，增訂與刑法總則相同或相似之規定，顯採量之差異理論，應無疑義。學者亦普遍肯定此立法，認為刑法規定較為完備，適用與刑法相同或相似之原則，可為保障人權之表現⁵⁹。

綜上，至今實務與學說仍無法在刑事不法與行政不法間畫出一明確界限，此或可歸因於社會事實之不斷變動，企圖將各刑事與行政法規抽絲剝繭、系統化，誠乃一大難事。

三、刑事不法與民事不法之界限

我國文獻中，有論者認為，刑事規範較重視行為人之行為不法⁶⁰而民事規範較重視



以下，2006 年。

⁵⁴ 洪家殷，同前註，第 104 頁以下，2006 年。

⁵⁵ 惟亦有以量之區別說為前提，而予以修正者。其認為，在判斷違法行為之輕重時，應加入社會倫理價值之因素，惟並不具有絕對排他之地位。亦即，破除核心領域與邊界領域二分之迷思，而應以一光譜式之型態，考量不法行為之非難性程度、危險程度、侵害之法益、發生之頻率與數量、制裁制度之特性、與權力分立之理念，討論刑罰與行政罰之關係。洪家殷，同前註，第 114-118 頁。

⁵⁶ 其認為，第一、就行為質的考量：不法行為在社會倫理道德上非難性之有無。第二、就量的考量：以不法行為的輕重程度為標準，考量其造成之損害或危險程度與違犯的數量。第三、就行政管理政策的考量：應符合司法權與行政權之界限，追求行政管理之有效性及合目的性，且不宜過度迷信刑罰的威嚇力。第四、刑事政策的考量：需考量刑罰之最後手段特質，避免將秩序違反行為規定為犯罪行為，並適時修正特別刑法，將不必要之犯罪行為除罪化。見林山田，論刑事不法與行政不法，刑事法雜誌，第 20 卷第 2 期，第 18 頁以下。

⁵⁷ 許玉秀，主觀與客觀之間，第 481 頁，1997 年。

⁵⁸ 例如，釋字第 166、251、384、523 號。

⁵⁹ 見吳庚，前揭註 52，第 474 頁。

⁶⁰ 其認為首先，基於法敵對意思的有無，刑事規範以故意犯為基本的犯罪型態，且故意犯的處罰較過失犯為重。第二，從規範論的角度，以行為人的能力架構過失犯的行為不法，即「與規範期待產生偏差的有瑕疵的意志」，使過失犯不是刑事規範主觀歸責的例外規定。第三，業務過失的法定刑高於普通過失，表示業務過失行為之不法內涵較高。第四，刑事規範中關於未遂犯，為得減輕其刑而非必減輕其刑，表示刑法重視行為人之行為不法，而非結果不法。此外，普通傷害罪之刑度比過失重傷罪、過失致死罪為高，亦可得知行為不法所扮演之角色較結果不法為重。見鍾豪峯，刑事不法與民事不法的分界，國立政治大學法律研究所碩士論文，第 162 頁，2002 年 7 月。

行爲人之結果不法⁶¹。其認爲刑事不法與民事不法之分界，重點還是在開放關係與閉鎖關係的差異上⁶²。範圍特定的損害，法體系方能夠具體衡量損害的程度，於行爲人侵犯閉鎖關係所造成的損害時，因損害範圍並無延展性，法體系即可具體特定計算賠償之範圍。反之，法體系之所以以刑罰回應行爲人之行爲，係因行爲人已侵害開放關係，所造成之損害具有延展之性質，範圍無從計算，僅能以賠償以外之方式（例如隔離措施）防止此關係再遭破壞⁶³。

對於上述開放與閉鎖關係之理論，有論者提出批評，認爲所謂開放或閉鎖關係，彼此間將因交際頻率之升降而相互流動，實無從劃分。且以竊取他人動產爲例，倘行爲人主觀上有不法所有意圖時，則屬刑事不法；不具不法所有意圖時，僅成立民事不法，將完全忽略客觀上對於社會之既存事實，而將民事與刑事之界限完全取決於行爲人之主觀。惟其仍認爲，開放或閉鎖關係仍可爲區分刑事不法與民事不法之準則。其主張，僅侵害閉鎖關係應僅成立民事不法，而刑事不法之成立則有可能係侵害閉鎖或開放關係⁶⁴。

美國則有學者指出，由美國過去十年來的刑事立法可知，刑事不法與民事不法之界限已逐步混淆。此趨勢將使司法制度失其公正性，而降低刑法社會控制之功能。蓋刑事制度之特色在其對於社會大眾之道德教育與社會化，爲公共價值之核心。人們之所以遵守刑法，並不在於違法後可能面臨之嚴厲制裁，而在於誠心地服膺刑法背後之規範。依其見解，民事體系以衡量之角度（pricing perspective）出發，將因侵權而失衡之公私益爲重新分配爲損害賠償。但刑事體系則以禁止之角度（prohibitory perspective）出發，以塑造堅實之法律標準與價值（framing of the legal standard），避免公眾受到損害。故民事體系之目的在維持公益與私益之平衡，而刑事體系則較不採衡量原則，以避免正義感與道德感遭到絲毫之減損。簡言之，「民事相對衡量而刑事絕對禁止⁶⁵」。

對此看法，亦有學者提出批評，認爲世界各國，無論所屬法系或是否現代化，司法

⁶¹ 其認爲民事規範較重視行爲人結果不法之理由，在於：第一，損害賠償之範圍並未區分行爲人的故意或過失而有輕重之分。第二，民事規範上的危險責任與共同危險行爲，仍是以特定危險之「實現」爲歸責要件。鍾豪峯，同前註，第 163 頁。

⁶² 依其見解，法規範所要保障之生活利益—法益，其實爲維護各種人際關係交往之正常運作。由個體較爲緊密的生活關係而產生的人際交往關係，會因不同個體間的差異性而產生顯著之變化，爲具有特殊性之閉鎖關係，例如親子關係。而個體間不重視個體差異性之人際關係，則屬一般之開放關係，有關制度性法益的維護便是在維持這種關係的正常運作，比如婚姻制度、財產制度、司法制度等。民事規範便重在保護閉鎖關係，其財產權之保護旨在維護「個別的商業交往關係」，而刑事制度保護之財產法益，係保護整個社會所有權制度或占有制度之存續，並非保障個別之個體財產權。

⁶³ 鍾豪峯，前揭註 60，第 170 頁。

⁶⁴ 馮達發，著作權刑事責任之研究—以重製權與散布權爲中心，國立政治大學法律研究所碩士論文，113 頁，2003 年 7 月。

⁶⁵ 「Tort law prices, while criminal law prohibits」。其指出，若將刑法體系視爲道德教育、社會化制度之一環，即可推導出刑事體系傾向「絕對禁止」而非「相對衡量」。由法律之語法可知，刑事規定多明確不含糊，其規範範圍較易趨於限縮（underinclusive）。民事規定則較具解釋彈性與例外，規範範圍較易傾向於擴張（overinclusive）。惟其亦自承，在民、刑事體系日趨混亂之今日，此分類亦有其盲點與漏洞。例如新興型態之白領犯罪、刑事犯罪中主觀要件之放鬆、法人之刑事責任、行政不法與刑事不法之區分等問題，均非可僅憑此原則而明確認定。故其結論認爲，民事與刑事不法之區分，雖然已在立法上失守，但仍可由量刑委員會（sentencing commission）制定量刑公式（sentencing guidelines）時，爲禁令或衡量式立法之區分。See John C. Coffee, Jr., *supra* note 50, at 193。

制度上均普遍採行民刑分立。企圖以深奧學說加以解釋此現象，毋寧捨本逐末，而應以法律門外漢之觀點，就人性、普世性之角度尋求解答。故堅持刑事制裁係因該行為違反社會規範且具有道德上之非難性，而刑罰之嚴厲性與烙印功能，能滿足人類天生之應報要求，而具有宣洩情緒及穩定社會之功能⁶⁶。

四、行政不法與民事不法之界限

行政不法與民事不法之界限，在我國目前文獻中，少有學者專文論述者。此或因行政不法與刑事不法本屬一體，學界既先區分民事不法與刑事不法後，再將行政不法自刑事不法中與以區隔。此種討論方式，固然符合法制史上演進之順序，惟亦有論者對此種區分順序，表示懷疑⁶⁷。而依其見解，民事不法與行政不法之區隔，應比照其對刑事不法與行政不法區隔之理論，依據法益破壞的種類與方式為區分。亦即，基於政府資源有效之運用，若僅單純涉及個人權益時，此時應由私人發動制裁程序。若事涉非僅個人權益，並且將相當程度影響社會大眾權益時，則應國家啟動制裁程序，為基於刑法最後手段性之考量，自以行政制裁為原則，於法益破壞之種類方式重大時，則例外採取刑事制裁⁶⁸。

五、小結

有認為，不論於刑事不法與行政不法之界限，或行政不法與民事不法之界限，皆應以「依據法益破壞的種類與方式」為劃分。其認為侵害法律所保護之權益，即為法律上之不法，不管民事、行政、刑事皆然。從而，民事不法者即為侵害法益之行為，行政不法者亦然。其差別僅在於，民事不法與行政不法之劃分在於該破壞僅單純涉及個人，或是牽連社會大眾；行政不法與刑事不法之劃分則在於該破壞程度是否已達國家需動用刑罰加以制裁之，始能維持國家內部正常運作⁶⁹。

實則，關於民事、行政、及刑事不法區隔之模糊，實乃導因於數百年來之法律體系架構，日益細膩化、複雜化，盤根錯節，而體系交錯。不但因各法體系本身概念之擴張，不同體系間之相互影響，亦使其關係更加複雜。

⁶⁶ 其更批評法律經濟學者，僅將刑罰量定位為行為人犯罪之不利益，而忽略刑罰道德上之功能，解釋上有違人性。而其他認為刑事不法與民事不法之區別標準不在道德非難性者，更是違背良心之論調。見 Paul H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*, 76.B.U.L. Rev. 201, at 208-210, (1996)

⁶⁷ 馮達發，前揭註 64，第 112 頁。其認為，在現行法域分工體系下，行為責任或制裁體系即一分為三，屬民事、刑事、與行政鼎足而立，自應就此三者之核心首為定義，再處理其灰色地帶，否則不但將使各責任界限模糊不清，亦將使各責任核心概念不清。

⁶⁸ 本文對此區別方式，仍存疑慮。其以救濟途徑是否由私人或國家發動，以區隔民事與行政、刑事程序，無異亦陷入其對傳統區分之批評，並未依其見解，先定義三者之核心。而再以法益破壞之種類或方式是否重大區分刑事不法與行政不法，標準亦流於主觀、模糊。

⁶⁹ 馮達發，前揭註 64，第 113 頁。

我國司法院大法官解釋第 517 號解釋⁷⁰理由書即謂：「按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行爲，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰，以不依規定入出境而言，入出國及移民法第五十九條固以罰鍰作為制裁方法，但同法第五十四條基於不同之規範目的，亦有刑罰之規定，並非謂對行政法上義務之違反，某法律一旦採行政罰，其他法律即不問保護法益有無不同，而不得採刑事罰。」之後之釋字第 594 號，亦採相同見解，認為商標權為憲法第 15 條所保護之財產權，對於侵害商標權者施以刑罰，在未違反比例原則下，屬於立法者之裁量範圍⁷¹。

因此國內外之學者，固然可對於民事、行政、及刑事法體系之核心，洋洋灑灑羅列與其他法體系之相同或相異之處，但企圖歸納出一舉世皆然之定理、模式，毋寧是天方夜譚。此係不但受限於立法技術之不足與不一貫，亦受限於浮動之社會道德觀。司法者受限於其被動性，及權力分立及相互尊重之憲法原理，並無法為此議題定出最終之結論。

第七項 小結

對於著作權侵害應否刑罰化之問題，我國有論者企圖描繪出刑事不法、行政不法及民事不法之核心範圍，以釐清三者間之關係與界線，並經由探討著作權之本質，而得出著作權侵害不應屬於刑事不法之領域，而頂多屬於行政不法，藉以批評現今著作權侵害刑罰化立法之不當⁷²。

本文認為民事不法、刑事不法與行政不法之核心概念，或許尚可明確劃分，但其邊界案例，則綜觀國內外各學說，尚無法提出一舉世皆準之原則。且各國法制各異，卻多有以刑法保護著作權之規定者，與其企圖建構一可適用於不同法域之不法區分理論，再就著作權侵害應該當何種不法找尋理由，以支持其論點，不如就個別議題，探究立法者對其之法律定位，及實務運作之現況，以之為評論其立法優劣之依據。倘現今之立法或司法實務運行上有所偏差或不公平，則探討造成此缺失之原因，謀求立法或執行上之補

⁷⁰ 惟該蘇俊雄大法官對該解釋提出不同意見書，其認為立法者固得衡酌「事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果」等因素，而選擇以刑罰方式制裁一項違反行政法上義務之行爲；但是此項衡量決定無疑仍必須通過比例原則的檢證，才能夠滿足國家動用刑罰這種「最後手段」(ultima ratio)的正當性要求。而爲了擔保國家刑罰權的正當行使，「行政附屬刑罰」乃至特別刑法的規範設計無疑亦必須服膺於法治國家刑法的基本原則，以明確、嚴謹的構成要件規範來限定刑罰效果的適用範圍。準此而言，妨害兵役治罪條例第十一條第三項「以意圖避免召集論罪」的粗略規定，毋寧已嚴重違反了法治國家刑法的基本原則，致使該項刑罰準用規定，無法通過憲法第二十三條所蘊含之比例原則的檢證，而應受違憲之非難。

⁷¹ 對此許玉秀大法官提出協同意見書，認為就刑罰規範而言，因爲行爲規範本身已涉及各種行爲自由的限制，而制裁規範除涉及財產權的剝奪或限制之外，尚涉及人身自由乃至生命權的剝奪，不但應該採取嚴格的審查標準，且應該就行爲規範及制裁規範分別審查。對此其認為區分應罰性與需罰性兩階段與以檢驗。許大法官詳細之論證，可謂集此方面文獻之大全，其見解深值參考。但此究爲大法官個人之見解，尚難謂已成大法官之普遍共識。對於許大法官之協同意見書，可見本文之附錄一。


⁷² 馮達發，前揭註 64，第 137 頁。

救。

易言之，以著作權刑罰化問題為例，其立法之過程既廣受學界批評及社會輿論反對，倘於觀察其司法實務運行之結果，亦顯示該等立法在執行上顯有不公時。倘可藉由刑法體系之原理、原則加以修正時，立法者刑罰化之立法，縱飽受非議，但仍不能謂其刑罰化為不當。反之，倘刑罰化之立法無法支持刑罰化之理由，而無法以刑法原理原則補救、修正時，此時即可反證著作權侵害並不適合以刑罰加以處罰，立法者即應改弦易轍，另謀其他解決之道，考慮將著作權侵害除罪化，而以民事或行政責任加以處罰，未必需陷於重刑化之泥沼。

蓋民事、行政與刑事法之劃分，本身並非目的，並不在突顯刑罰之嚴厲性，毋寧是為使法律體系更能符合社會正義，維護社會價值而設。著作權法之立法目標應係保護著作權不受侵害，並著作權受侵害後，對著作權人提供法律之救濟途徑。但著作權之保護手段不限於刑罰，該目標之達成，非與著作權侵害之刑罰化畫上等號。

符合罪責之公正刑罰方具有一般威嚇之功能，但此等威嚇力的高低，並非僅決定於刑罰之種類與程度之輕重，同時亦決定於刑事追訴之確實性。易言之，將犯罪黑數降低，確實執行刑罰，避免漏網之魚，毋寧是構成刑罰威嚇力不可或缺之要素。因此在刑事政策上，不可一味希冀以刑罰的高度與嚴厲性來提高刑罰的威嚇效果。倘刑罰之設計及運用無法發揮其應有之功能時，維持此不當之立法，正當性將顯有疑義。



第三節 網路著作權刑法簡介

第一項 數位網路下之著作權

第一款 著作權為刑法之法益？

以我國為例，同屬於智慧財產權之專利法，於民國 90 年廢除侵害發明專利之刑罰規定（刪除原條文第 123 條、第 124 條）⁷³，更於民國 92 年廢除侵害新型與新式樣專利之刑罰規定（刪除原條文第 83 條、第 130 條），使專利權之保護，不再訴諸刑法⁷⁴。然

⁷³ 其刪除之理由為：「一、發明為利用自然法則之高度創作，物品是否侵害他人之發明專利權，涉及複雜專業技術之判斷，需委由專家認定，且不同專家見解未必相同，在認定上時有疑異。二、現行條文所定刑罰，雖只有罰金刑，惟實務運作上常見權利人透過檢察官發動偵查權，對嫌疑人或被告進行搜索、扣押，最後縱經不起訴處分或判決無罪確定，惟對嫌疑人或被告名譽及財產權之損害已然造成，對於產業發展反而不利。」，可知係以「犯罪構成要件不明確」，及「促進產業發展」為修法理由。

⁷⁴ 我國專利法於民國 83 年曾就是否廢除侵害發明專利自由刑，有正反兩派意見。贊成廢除自由刑者認為，專利侵害之可責性遠低於普通刑法之犯罪行為，以民事損害賠償即足以彌補專利權人之損害。且刑罰之規定將增加產業經營成本，以公權力保護私人利益，有浪費社會成本之嫌。更何況刑事侵害之認定並不明確，部分專利核發浮濫，動輒實施刑罰，將嚴重影響科技業研發之意願，宛如一部「研究發展之戒嚴法」。反對廢除自由刑者則認為，專利屬無體財產權，其刑罰已實施多年，具有遏止侵害之效果，以保護專利權人。且倘廢除專利刑罰，未來將難防仿冒風氣熾盛，甚而引起國際誤會，錯認我國縱容仿冒。實則，經濟刑事立法亦須遵行比例原則，法律手段與保護法益應具有相對等之關係。

而，在專利侵害除罪化之餘，著作權法與雖同屬人類精神創作之相關智慧財產權，卻面臨逐步之入罪化趨勢。立法者之立法，有無矛盾或違反平等原則，而有破壞智慧財產權法體系之虞，值得醒思⁷⁵。

刑法之正當性，在於保護法益，且除非是一個成熟、社會所公認的利益，否則無法成為應動用刑法保護之法益。智慧財產權是否為一合適之法益，應受刑法保護？甚而智慧財產權是否需要以刑法加以保護，為著作權侵害刑罰化是否妥當問題之根源。外國與我國立法例，對此二問題，均多採肯定之見解，但卻仍不乏質疑之聲浪。

學者指出，刑法所保護之法益，例如殺人罪之生命法益、傷害罪之身體法益、或竊盜罪之財產法益，均為一既存的利益。著作權所保護之權利客體並非物理上實體，而為所謂之「財產價值」，必須透過其他人因接近使用著作物，而付出的財產利益的對價來彰顯，以刑法的角度而言，應該只是「價格利益」⁷⁶。而價格利益，應取決於市場之供需，並非冠與「著作財產權」一詞即可天經地義地認為屬於財產權。

其更批評，著作權法立法之目的，向來以促進文化發展為終極目標。但文化的發展並非即可與物質條件的充足畫上等號，故著作權法所標榜之促進文化發展，並無法作為以刑法干預市場價格之正當依據。

此外，我國基於國際貿易之現況，屢次著作權修法均受外國法強烈影響，維護貿易利益，或許方為著作權法之立法目的之一，或可為刑法上所保護之法益。惟若以此超個人之貿易利益，作為著作權所保護之實質法益，於追究個人重製行為之刑責時，國家則面臨放棄自由市場原則，忽略行為人主觀不法之要件，放棄罪責原則之刑法原理之根本違背⁷⁷。

第二款 因果關係之檢驗

退步言之，縱認為著作權所保護之價格利益可為刑法上的財產利益，但侵害著作權的行為與價格利益的受損，是否具有刑法上的因果關係？蓋刑法上之因果關係，不論係學說上所採取之「條件理論與客觀歸責」或實務所採之「相當因果」關係理論，非法重製者僅提供消費者另一個選擇，消費者捨棄正版，而寧選擇盜版，毋寧才是侵害著作權人「價格利益」的原因⁷⁸。

且，著作權人經濟上之損失，係由無數個別之著作權侵害行為所累積而成。固然個別使著作物之利用人均在違法的降低著作物之經濟價值，但刑法之發動將整體之損害對

⁷⁵ 有認為，著作權係保護具體之表達，較專利法所保護之技術思想為明確。且著作權法之立法目的在促進國家文化發展，與產業發展亦有不同，尚難僅憑此推斷著作權刑罰之違憲性。見李昂杰，智慧財產權的刑罰問題（一）－從專利法除罪化談起，科技法律透析，第 25 頁，2003 年 4 月。

⁷⁶ 黃榮堅，個人使用下載 MP3 檔案的刑事責任，台灣本土法學第 23 期，第 64 頁，2001 年 6 月。

⁷⁷ 黃榮堅，同前註，第 67-68 頁。

⁷⁸ 李昂杰，智慧財產權的刑罰問題（三）－著作財產權的刑罰適當性，科技法律透析，6 頁，2003 年 6 月。

極少數之個人加諸刑罰，不僅於因果關係上難以通過檢驗，且連最基本之刑法為「個人刑法」、「行為刑法」之罪責原則，亦將受到斬害。

第三款 著作權法刑事政策之目標

縱使將著作權侵害刑罰化，存有上述之諸多疑慮，但各國立法趨勢上，莫不以刑法加重處罰。我國著作權法亦於第七章之罰則，訂列諸如重製罪、散布罪、以其他方式侵害著作權罪、侵害著作人格權罪、違反音樂強制授權罪等共十餘種犯罪類型，令人不禁感嘆，著作權法是否仍為智慧財產權法、附屬刑法，或以變質為一部特別刑法典？另有學者分析其立法理由，認為可歸類為下列之原因⁷⁹：

一、確保民事求償成功

著作權係對於著作權人經濟利益之保護，對於著作權人而言，將侵權人送入囹圄，並不能彌補著作權人所遭受之損失。然而民事損害賠償訴訟曠日費時，且縱使勝訴，若侵害者堅持不賠償，權利人尚需透過強制執程序，如侵害者脫產或無賠償能力，著作權人之權利將如同虛無。是故，刑事處罰之威嚇毋寧為民事損害賠償訴訟之後盾，可對被告產生不賠償即需坐牢或留下前科之壓力，促使其支付賠償金。

二、保護市場價格及經營機制

若著作權法中之罰責可依著作權人之意志發動（告訴乃論），或不待著作權人決意發動（非告訴乃論），則對於穩固其商品之市場價格及經營機制，無疑提供一大利器。著作權人以著作權法為後援，強力掃蕩盜版之餘，卻亦引發動用刑法以迫使社會大眾接受其高價商品之惡名。一般人之「價高所以盜版」的藉口與著作權人之「盜版所以價高」之抗辯，固然是一個無解的循環。然而，商品之市場價格應由市場供需決定，應否受著作權法中之罰責所左右，不無探討之空間。

三、懲罰故意的嚴重犯行

刑事訴訟花費國家有限之資源及公權力，應為最有效之運用，集中打擊犯罪，方能有效保護法益。對於嚴重侵害著作權之行為人，動用刑罰似乎為嚇阻之不二法門。惟刑罰是著作權侵害之最後救濟手段，如何節制其發動以突顯其嚴厲性，亦為立法者所應加以考量。而在刑事罰之「去特別化」與「除罪化」趨勢下，如何將此原則落實於個別抽象法律條文，亦是立法者未來所需解決之問題。對於輕微、無重大惡行之侵害行為，是否應改以民事訴訟進行損害賠償之救濟，亦存有討論之空間。

⁷⁹ 章忠信，著作權侵害行為之刑事政策檢討，萬國法律，第125期，第97-98、102頁，2002年10月。

第四款 我國著作權修法背景

GATT 在冗長的烏拉圭回合談判後所簽署的設立 WTO 及其他包括 TRIPS 的諸多協定，可謂上世紀末有關國際經濟活動最重要的國際條約。而美國是率先在 GATT 烏拉圭回合談判中納入智慧財產權協定議題之國家，而其主張在獲得歐洲共同體及日本之支持後，面對以印度及巴西為首之亞洲與中南美洲開發中國家之頑強抵抗，美國可謂用盡一切談判手段才達成 TRIPS 協定的簽署⁸⁰。

我國為亞洲新興工業國家，因以出口導向經濟政策作為平衡國際收支，賺取外匯以利國內經濟，有必要確保產業技術符合國際水準，以維持競爭力。而因屬於技術後進國家，有限度之智慧財產權保護是對我國最有利之體制，可加速產業技術於國內之擴散速度，但又不可完全忽略智財權之正面功能，否則將嚴重阻礙透過國外公司之技術移轉獲得先進技術之機會⁸¹。

易言之，我國進行智慧財產權體制之改革，具有以下之政策目標：第一、維護對美國之出口市場，鞏固貿易利益，避免貿易制裁。第二、加強智財權之保護，促進國內產業之研發投資，帶動產業升級。第三、建立健全之智財權保護，以促使國外先進技術流入我國⁸²。

有學者觀察我國歷年智慧財產權相關修法後指出，我國對智慧財產權之保護雖不及日本或歐洲之程度，但超越開發中國家甚多，而使得台灣在 TRIPS 協定制定後為因應申請加入 GATT 及 WTO 所必須進行的智財權法律修改其實有限。因 TRIPS 所要求之保護僅屬國際間最低之程度，其中大部分是台灣在美國貿易壓力下，已早一波完成者⁸³。

而由我國近年來修法內容可發現，台灣之著作權法保護已超越 TRIPS 協定的要求，進而達到 WIPO 所制定之 WCT 及 WPPT 等規範程度，且於網路利用相關規範上，對美

⁸⁰ 其中，除對印度以紡織品協定利誘外，還包括對巴西祭出最「惡名昭彰」的特別三〇一條款。所謂「三〇一條款」，是指美國國會所制定的 1974 年貿易法（Trade Act of 1974）第三篇第一章第三〇一條。根據該條款，假使外國政府採取不正當（unjustifiable）、不合理（unreasonable）、歧視性（discriminatory）之貿易政策、法律、措施，以致於美國的商業受到限制，此時美國總統有權採取適當之反應措施，例如停止對該國之關稅優惠或對該國進口貨物可以額外關稅及其他進口限制。美國國會於 1988 年通過了綜合貿易及競爭力法（the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988），將原先屬於總統之職權移交給美國貿易談判代表（U.S. Trade Representative, USTR）行使。另一方面，美國國會認為智慧財產權之保護對其國際競爭力無比重要，而若與貿易政策結合，將可有效迫使美國的貿易對象加強其對智慧財產權之保護，遂正式將智慧財產權保護納入三〇一條款之範圍。而根據特別三〇一條款，USTR 必須將拒絕對智慧財產權提供適當及有效保護之國家與拒絕讓依賴智慧財產權之美國人公平進入其市場之國家，提列名單，作為美國實施貿易報復之依據。我國於民國 93 年由「優先觀察國家」降至「一般觀察國家」後，已連續四年列入一般觀察名單。詳見劉博文，美國特別三〇一條款與智慧財產權保護，智慧財產權，第 15 頁，1999 年 9 月。

⁸¹ 謝銘洋、李崇偉，台灣加入 WTO 前後之智財權法律修正評述，清華科技法律與政策論叢，第 2 卷第 1 期，181-182 頁，2005 年 3 月。

⁸² 謝銘洋、李崇偉，同前註，第 186 頁。

⁸³ 謝銘洋、李崇偉，同前註，第 198 頁。

國立法模式多所援用。除此之外，台灣於美國之要求下，在 2001 年制定了光碟管理條例，將光碟視為侵害著作權之主要工具，以主管機關核發來源識別碼之方式，管制所有空白光碟片及預錄式光碟片之生產與銷售，實為前所未有之商品流通管制。由此顯示台灣雖自身對於著作權保護缺乏產業利益，但基於對美國出口市場之依賴，因此著作權法持續受到美國所賦予之改革壓力。

第二項 美國著作權刑法簡介

我國著作權法由民國 17 年初次立法至今，已有約 80 年之歷史。但其中之立法及修法背景中，不乏受到國際壓力及外國立法例之影響。其中，美國在現今國際情勢之單極獨強，除政治、經濟外，文化之影響力亦不遑多讓，而屢在國際談判中，扮演決定性之地位。

而美國關於文化保護之立法，則不得不探討其著作權法之立法及歷次修法，亦可供我國著作權修法時之參考。國內已有學者專就美國著作權上之刑事責任，為專文研究⁸⁴。其詳細敘述美國著作權侵害刑罰化之歷史，並將其劃分為八大階段。本項參考其體例，惟將焦點集中於美國國會對於著作權因應網路時代挑戰下，所作之立法及其理由。

第一款 進入網路時代前

一、1897 年之立法與 1909 年之修法

在 1789 年美國憲法授權國會得制定保護作者與發明者在一定期限內對自己的著作與發明擁有專有權利後，美國國會即在 1790 年通過第一部之聯邦著作權法，其中並無刑罰之規定⁸⁵。此種以民事損害賠償之政策，維持了一百多年，直至 1897 年美國國會始對著作權侵害制定罰則。

基於當時之科技及時空背景，戲劇或音樂著作之公開表演收入，為著作權人重要之經濟來源，但因盜版者或非法演出者，或因並無資力承擔損害賠償責任，或因時常巡迴演出，並無固定事業經營場所，增加著作權人提訴之困難性，使得民事損害賠償或暫時性禁制令無法發揮預期效果。美國國會遂修正著作權法無刑事罰則之傳統，而對著作權人增設刑事救濟途徑。

根據 1897 年之立法，行為人主觀上若具備「意圖營利」(for profit) 或「蓄意」(willful)，未經著作權人同意，而非法公開表演他人受著作權法所保護之戲劇或音樂著作，可處一年以下之有期徒刑，屬於輕罪 (misdemeanor) 之立法⁸⁶。且於 1909 年，國

⁸⁴ 蔡蕙芳，美國著作權法上刑事著作權侵權之研究，台灣本土法學雜誌，第 101 期，第 61 頁，2007 年 12 月。

⁸⁵ Act of May 31, 1790, ch. 15, 1 Stat. 124.

⁸⁶ Act of Jan. 6, 1897, ch. 4, 29 Stat. 481,482.

會再將刑事處罰之對象擴及所有之著作種類及所有型態的侵權行為，奠定了著作權侵害普遍刑罰化之架構，但仍維持原有之主觀要件及輕罪立法⁸⁷。

二、1971年錄音著作之立法

科技之發展，促成新型態之著作物利用方式，亦成為美國國會修法之催化劑。蓋自1831年起，音樂著作即受美國著作權法之保護，縱是機器重製之音樂作曲，在1909年後亦然。但音樂作品演出後之錄音，因不屬於獨立之著作，故不受著作權法之保護。在1960年前，此問題並不具有實質之重要性，蓋以當時科技而言，盜錄既有之錄音相當困難，且不敷成本，著作權人故亦未積極推動將錄音視為獨立著作之立法。但在錄音帶（cassette tape）日益普及後，盜版之錄音及錄影嚴重瓜分了合法業者之經濟利潤，迫使錄音業者再度遊說國會，將錄音著作納入著作權保護之範圍。

美國國會遂於1971年通過了暫時性「錄音著作修正法」（Sound Recording Amendment of 1971），於音樂作品上另外賦予錄音者錄音著作的著作權，承認錄音著作為獨立的著作種類。國會在1974年，認為商業性盜版之利潤豐厚，有必要提高刑罰以增加嚇阻力，遂對於初犯者，將罰金提高至\$25,000美元、對累犯則最高可處\$50,000美元。但國會基於著作權侵害本質上屬經濟犯罪，並未提高自由刑之刑期。1971年與1974年兩次關於錄音著作之立法，後來整合為1976年著作權法全盤修正之內容。



三、1976年著作權法之全盤修正

於1976年，在經過多年之事實調查、溝通及協商後，美國著作權法再度進行大修。關於刑事著作權侵權，規定於美國聯邦法典第17篇第506條第(a)項。其中除維持需「蓄意」侵害著作權外，原「意圖營利」之主觀要件，經修正為「意圖商業利益」或「意圖私人獲利」（for purposes of commercial advantage or private financial gain）⁸⁸，以被告之行為係出於營利意圖，而不以被告實際獲利為限。

該次修法，延續先前修法趨勢，亦再度增加刑罰之嚴厲度。對於涉及電影之重製權、散布權或公開演出權，或者涉及錄音著作之重製權、改作權或散布權之侵權，雖有期徒刑仍維持在一年以下，但可科或併科高達\$25,000美元之罰金。至於其他種類之著作權侵害，此次修法規定初犯最高可處一年有期徒刑，或科或併科一萬美元的罰金。若屬累犯則可處最高二年的有期徒刑、科、或併科\$50,000美元之罰金。此次修法雖大幅度提高可處之罰金額度，但自由刑仍維持輕罪立法之原則。

⁸⁷ Copyright Act of 1909 § 28.

⁸⁸ 17 U.S.C. § 506(a) (1976).

四、1982年首次著作權重罪之立法

1976立法，對於侵害著作權維持輕罪，被電影與錄音業者等著作權人認為無法嚇阻大規模之盜版與仿冒。其並指出，檢察官對於追緝輕罪並無興趣，寧可將司法資源投入於其他類型犯罪之偵查；而法院對於侵害著作權案件，判刑亦無法與犯罪程度相當。此等立法及司法實務上之不當，促使電影與錄音業者再度遊說國會，通過1982年之「盜版與仿冒修正法」（Piracy and Counterfeiting Amendments Act of 1982），修正美國法典第17篇第506條(a)項刑事著作權侵權之規定（亦即美國法典第18篇第2319條之刑罰規定），將某些與電影、錄音著作有關的侵權行為論以重罪。

其重罪立法可分為兩種類型。第一類型，係對意圖商業利益或私人獲利，而蓄意在180天內，對一項以上之錄音著作，重製或散布超過一千份盜錄品，或者對一項以上電影或視聽著作，重製或散布超過六十五份盜錄品之初犯，可處五年以下有期徒刑，或科二十五萬美元以下之罰金。第二類型，係對意圖商業利益或私人獲利，而蓄意在180天內，對一項以上之錄音著作，重製或散布超過一百份盜錄品，或者對一項以上電影或視聽著作，重製或散布超過七份盜錄品之初犯，可處二年以下有期徒刑、或科、或併科二十五萬美元以下之罰金。該次立法亦規定，侵害著作權之累犯者，不必考慮重製份數與侵害著作之種類，即可處五年以下的有期徒刑與二十五萬美元以下之罰金。

五、1992年第二次著作權重罪之立法

1992年，在電腦軟體也面臨日漸嚴重之盜版問題下，電腦軟體業者要求著作權法中之重罪規定亦可適用於電腦軟體，以增加對於電腦軟體之保護。司法委員會對該法案經舉行公聽會後，決定不區分著作物之類型，對於故意基於營利意圖之著作權侵害，於符合法定門檻之前提下，均論以重罪。該法案日後通過為Copyright Felony Act of 1992⁸⁹。

該次修正之美國法典第18編第2319條第(b)項第(1)款與第3571條第(b)項第(3)款規定，意圖商業利益或私人獲利，蓄意在一百八十天內，就一項以上著作，製作十份以上之盜版品或盜錄品，總值超過二千五百美元者，處五年以下有期徒刑，或科或併科二十五萬美元以下罰金。此次立法對法典第18編第2319條第(b)項第(2)款，犯第(b)項第(1)款罪之累犯處十年以下有期徒刑、科、或併科二十五萬美元以下之罰金。

比較此次修法與1982年之舊法，在於此次修法並未對於錄音、電影與視聽著作為特別之區分，對一切著作物種類均加重有期徒刑上之處罰。且1982年舊法之有期徒刑上限為二年，但在1992年之修法則不區分著作之種類，最高均可處五年之有期徒刑⁹⁰。

六、小結

⁸⁹ 18 U.S.C. § 2319 (Supp. IV 1992)

⁹⁰ 蔡蕙芳，同前註 84，第 68-69 頁。

由上述之美國著作權法修正歷程可知，著作權人利益之保護，實為引導、左右著作權法修正之主要原因。蓋著作權人之保護為著作權立法目的之一，而著作權人團體對於捍衛其經濟上利益，亦不遺餘力。從影印、錄音、錄影科技，到CD、電腦軟體等數位化著作物之保護，均可清楚看出著作權人透過遊說著作權法修正，保護其經濟利益不被新型態之科技所架空或侵吞。

第二款 進入網路時代後

數位化著作物面臨電腦普及與複製技術之普遍，造成著作權人於1980年代面臨前所未有之挑戰。而網路一日千里之發展，無疑對著作權人之困境，更加雪上加霜。透過無遠弗屆之網路及日益擴張之頻寬，網路之高速度傳輸能力，成為盜版品散布之最新途徑，嚴重衝擊傳統著作權人之營業模式，瓜分其潛在之市場利潤。

面對此前所未有之嚴峻挑戰，著作權人自不可能坐以待斃，其反應一如以往，再度透過其熟悉之國會遊說運作，進行一連串之著作權修法。其目的，不外係期待法律之保護能跟上科技之腳步，替著作權人化解網路科技對其市場及營業模式之衝擊。

一、1997年之電子竊盜防制法（No Electronic Theft Act）

數位科技的普及，嚴厲地挑戰、甚至顛覆傳統著作權法保護之體系。透過電腦，任何人均可輕易地進行大規模之完美重製行為。而在「駭客文化」的推波助瀾下，侵害智慧財產權成為勇於挑戰權威與擁有高超電腦技能之表現。而其侵害目的，使其不具傳統著作權刑法所需之「意圖營利」（financial gain），成為遊走於法律邊緣之灰色地帶。

關於此現象最著名之案例，莫若為United States v. LaMacchia⁹¹。被告David LaMacchia是一位年僅21歲之麻省理工學院學生，在其所管理之BBS站上，鼓勵他人上傳有著作權之電腦軟體供人免費下載使用。LaMacchia之行為，係源自於一股「駭客倫理」（hacker ethic），認為電腦科技之運用不應受任何限制，資訊更應讓其自由流通，因此並非基於營利之意圖，亦未獲得任何經濟上之利益。因此，在傳統著作權刑法下，因LaMacchia並不具有特殊之「意圖商業利益」或「意圖私人獲利」，檢方僅能迂迴地以「與不特定第三人共謀違反電信詐欺法」（conspiring with 'persons unknown' to violate the wire fraud statute）起訴。

但該案之聯邦地方法院，基於Dowling v. United States⁹²之見解，為避免著作權法之

⁹¹ 871 F. Supp. 535 (D. Mass. 1994)

⁹² 473 U.S. 207 (1985) 該案中，被告涉嫌跨州運送盜版之貓王唱片，並依贓物法（National Stolen Property Act）定罪。聯邦最高法院則廢棄第九巡迴上訴法院之判決，認為著作權不是一般的動產，由著作權法所賦予專屬性著作權是比竊盜、侵占或詐欺所保護更為複雜之財產利益。法院基於尊重立法權，著作權刑法所未涵蓋之其他侵害行為，在國會尚未立法前，一般的刑罰規定不能用來處罰與著作權法有關之行為，而認為贓物法於該案並不適用。

體系遭受破壞，而認為電信詐欺法並非處罰該類著作權侵害之適當條文。法院並建議，針對蓄意多次侵害電腦軟體著作權行為，即使行為人不具有商業動機，除了損害賠償責任外，應該也可論以刑罰。但何種行為應成立犯罪，及其所對應之刑罰為何，屬於立法者之權限，而非法院。

此判決引發持續之討論，該如何填補此法律漏洞但仍避免將非基於營利意圖而侵害著作權之普羅大眾銀鐮入罪，成為學界關注之議題。一派認為，應修法補起漏洞，否則將造成網路世界之混亂，使著作權人不願將其著作物數位化，亦會影響電子商務之發展。另一派則持相反見解，認為修法將阻礙資訊之流通，限制科技發展。參議員Leahy及Feingold，則提出Criminal Copyright Improvement Act of 1995之草案，將「意圖私人獲利」，擴張及於「任何有價值物品之收受，包括其他著作物」。該草案並以重製或散布之著作物達零售價\$5000美元為刑罰之要件，並刪除基於「意圖商業利益」之主觀要件。惟該草案並未獲通過。

但在1997年，另一件Criminal Copyright Improvement Act再度在參眾兩議院提出，並獲通過，稱為「電子竊盜防制法」(No Electronic Theft Act, NET Act)。該次修法針對不具直接經濟上動機或不基於個人利益之侵權人，擴張了經濟上利益之定義，及於「收受、或意圖收受，任何有價值之物，包括其他著作物⁹³」。並在原先的美國聯邦法典第17編第506條第(a)項第(2)款中增設不以營利意圖為要件之刑事著作權侵權類型。

根據第506條第(a)項第(2)款規定，在一百八十天期間內，對於一項以上著作，以電子或其他方式，重製與散布該著作之重製物一份以上與其價值總額超過一千美元，而蓄意侵害著作權者，成立著作權之刑事侵權。至於此類侵權，尚可進一步區分為重罪與輕罪。第2319條第(c)項第(1)款（與第3571條第(b)項）規定非意圖商業利益或私人獲利之重罪⁹⁴。而非意圖商業利益或私人獲利之輕罪，則係規定於第2319條第(c)項第(3)款⁹⁵。

由以上條文可知，對於非意圖商業利益或私人獲利而以電子或其他方式重製或散布一份以上之盜版品或盜錄品，而其總值在一千美元到二千五百美元之間，屬於輕罪，處一年以下有期徒刑、或科、或併科二萬五千美元以下罰金。非意圖商業利益或私人獲利而以電子或其他方式重製或散布一份以上之盜版品或盜錄品，但其總值不超過一千美元者，並非刑事著作權侵權，僅有民事責任。

電子竊盜防制法之通過，引起各方面之討論與撻罰。論者指出，此舉將輕微之著作權侵害，從民事損害賠償，轉移到刑事處罰，將有過度刑罰，導致阻礙資訊流通之情形。

⁹³ 17 U.S.C. § 101 (Supp. III 1997)

⁹⁴ 該條文對於一項以上著作，以電子或其他方式重製或散布十份以上的盜版品或盜錄品，其總值超過二千五百美元者，而蓄意侵害著作權者，處三年以下有期徒刑、或科、或併科二十五萬元以下罰金。如果屬於累犯，則可依據第 2319 條第(c)項第(2)款之規定，處六年以下有期徒刑、或科、或併科二十五萬元以下罰金。與第 506 條第(a)項第(1)款之意圖營利之刑事著作權侵權重罪的法定刑方面有五年以下與三年以下之區別，而在累犯方面，法定刑有十年與六年以下之差異。蔡蕙芳，同前註 84，71-73 頁。

⁹⁵ 該條文對於一項以上著作，以電子方式或其他方式重製或散布一份以上盜版品或盜錄品，其價值超過一千美元，而蓄意侵害著作權者，處一年以下有期徒刑，或科或併科二萬五千美元以下之罰金。

另一方面，此法之通過可反應數位化社會下，著作權已逐漸被類比為傳統之財產權。而傳統之著作權刑法，透過巧妙之設計，避免將一般大眾廣泛入罪，但電子竊盜防制法透過「獲利」(gain "of value")要件之廣義解釋，使得一般之電腦使用行為，均有觸法之虞。

且該法以美金一千元為刑事與民事責任之區隔界線，無疑係將是否對輕微之侵害著作權犯行，執法之權限，轉移給檢察官與法官。而該法條「蓄意」之要件，則有安全閥之功能，避免無實質損害之行為遭到不當之處罰。但單憑此主觀故意之立法解釋，是否足以保護大眾免於誤觸法網而面臨刑事制裁，則仍難免存有疑慮。

二、1998年之數位化千禧年著作權法 (DMCA)

在將近一年之後，美國國會為符合世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 之著作權協議，通過「數位千禧年著作權法」(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)。於美國法典第17章第1201條納入禁止迴避科技保護措施 (act of circumvention) 與禁止迴避科技保護措施設備 (device of circumvention) 之行為。

此立法所禁止的第一種行為是規避有效控制著作的科技措施。依據第1201條第(a)項第(1)款之規定，任何人均不得規避可有效控制接觸受著作權法保護著作之科技保護措施。此稱為基本之禁止規定 (basic provision)，禁止為接觸受著作權法保護之他人著作，而規避有效控制著作接觸科技措施⁹⁶。

第二種禁止之行為係與基本禁止規定相關之製造或散布能規避有效控制著作接觸科技措施之設備或服務。依據第1201條第(a)項第(2)款規定，任何人均不得製造、運輸、向公眾要約、提供或交易能規避有效控著作接觸科技措施之符合以下三種情形的技術、產品、服務、裝置、組件或零件。此款亦稱禁止交易條款 (anti-trafficking provision)。

第三種禁止之行為係製造或散布能規避有效保護著作權權利的科技措施之設備或服務。根據第1201條第(b)項第(1)款之規定，任何人均不得製造、運輸、向公眾要約、提供或交易能規避有效控制著作權權利科技保護措施之符合以下三種情形的技術、產品、服務、裝置、組件或零件。此規定的適用對象是有權接觸受保護之著作的情形。不過本規定所禁止的並不是合法接觸著作之人或購買著作物之人對著作所為的重製或散布行為，而是提供能規避控制此類著作使用行為的科技保護措施之設備或服務。易言之，係禁止協助合法接觸著作之人或合法購買著作重製物之人對著作從事重製或散布行為。此規定亦較原1992年之家庭錄音法 (Audio Home Recording Act of 1992，後納入美國法典為第17編第1002條第(c)項) 之規定為廣⁹⁷。但為確保社會大眾合理使用之權利，美國國會立法時特別在第1201條第(d)項到第1201第(j)項中規定了七項免責條款⁹⁸，依據

⁹⁶ 蔡蕙芳，前揭註 84，第 75 頁。

⁹⁷ 蔡蕙芳，同前註，第 76-77 頁。

⁹⁸ 分別為非營利性圖書館之免責、檔案保存機構與教育機構之免責、法律執行與情報蒐集或其他政府活

不同情形可不必為前述之三種禁止行為負責。

對於從事DMCA所禁止之三種行為，而不屬於免責情形時，除可依據第1203條可請求禁制令、損害賠償外，第1204條第(a)項第(1)款也規定，意圖商業利益或私人獲利而蓄意違反美國法典第17章第1201條者，處五年以下有期徒刑，或科或併科五十萬美元以下罰金。又第1204條第(a)項第(2)款規定累犯則可處十年以下有期徒刑，或科或併科一百萬美元以下罰金。

此外，美國法典第17編第1202條第(a)項與第(b)項也針對保護著作權管理資訊完整性設有規定，禁止下列三種行為：第一、意圖引起、促成、便利或包庇著作權之侵害，而故意提供或散布錯誤的著作權管理資訊之行為。第二、對於未經授權而故意刪除或修改著作權管理資訊。第三、明知著作權管理資訊已被刪除或修改而仍加以散布之行為。此外第1202條第(d)項規定，法律之執行、情報活動及政府之其他活動不因本條所有條文規定而受影響。違反此規定者，依第1203條必須承擔民事侵權之損害賠償責任。如果屬於意圖商業利益或個人獲利而蓄意移除或變更著作權管理資訊者，依據前述第1204條第(a)項第(1)款規定，處五年以下有期徒刑，或科或併科五十萬美元以下罰金。又第1204條第(a)項第(2)款規定累犯則可處十年以下有期徒刑，或科或併科一百萬美元以下罰金。

第三項 我國著作權刑法簡介

我國關於侵害著作權之刑事責任，規定於著作權法第七章，咨分述如下：

第一款 重製罪（第91條）

著作權法第91條：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。（第一項）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，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。（第二項）以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。（第三項）著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。（第四項）」

一、重製之定義

所謂重製，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（著作權法第3條第一項第五款）。其所指乃表達（*expression*）之重製，而不及思想或概念（*idea*）之重製。

動之免責、還原工程之免責、加密研究之免責、保護未成年人之免責、個人資料隱私權保護之免責、系統安全性測試之免責。各項免責之詳細內容，可見章忠信，著作權法「防盜拷措施」條款例外規定要點之檢討，科技法學評論，第3卷第2期，283頁，2006年10月。

而重製之對象，可包括文字部分之重製及非文字部分之重製。非文字部分之重製，例如小說、戲劇、電影之劇情、佈局、角色之特質、事件之次序，如具有特殊性而非普遍使用者，亦可構成重製。而在美術著作、圖形著作、或視聽著作，整體之觀念及感覺（total concept and feel）之非文字部分亦屬重製之標的。

至於電腦程式，因其係由各文字、符號、數字等個別陳述或指令所組成，除其文字部分外，其程式之結構、次序及組織、指令功能選單，乃至於外觀及感覺、使用者介面等，亦均受著作權法之保護⁹⁹。

依本法重製之定義，其可包含將印刷著作（printed work）掃描（scan）轉換為數位檔，或將電影、多媒體著作、錄音、照片數位化（digitize）轉換為數位檔之情形在內。存入硬碟、磁碟、唯讀記憶體（ROM）、唯讀光碟（CD-ROM）、可寫一次讀多次光碟（CD-R）、可多次讀寫光碟（CD-RW）、影音光碟（VCD）、數位光碟（DVD）等，而 92 年修法後，將資訊存於揮發性隨機存取記憶體之暫時性重製，亦屬於本條之重製¹⁰⁰。

二、修法歷史簡介

民國 92 年修法，修正原著作權法第 91 條¹⁰¹，為：「意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處五年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。（第一項）非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，重製份數超過五份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新臺幣三萬元者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。（第二項）以重製於光碟之方法犯第一項之罪者，處五年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。（第三項）」。

92 年之修法有三大特殊之處。第一，其對於非意圖營利之重製，以重製數量及侵害總額為刑罰發動之門檻¹⁰²，作為民事責任與刑事責任之區分標準。第二，該法第三項以「重製於光碟」犯意圖營利之重製罪者，加重其刑¹⁰³。第三，立法者對於著作權侵害之刑罰化，顯有疑慮而採取較謹慎之立法，法定刑之範圍從拘役至五年以下之有期徒刑。而第三項，相較於第一項，亦僅提高罰金額之上限¹⁰⁴。

⁹⁹ 羅明通，著作權法論 II，第 557 頁，2005 年 9 月。

¹⁰⁰ 羅明通，同前註，第 558 頁。

¹⁰¹ 民國 87 年著作權法第 91 條：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上三年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以下罰金。（第一項）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，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。（第二項）」

¹⁰² 其立法理由為：「鑑於不具商業規模之侵害，於各國之立法例多以民事訴訟程序救濟，並不以刑罰處罰為必要；惟雖不具營利意圖，但其侵害行為結果達一定之份數或金額者，對於著作財產權人仍將造成重大損害，因此宜以刑罰遏止之。故就意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，以及非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權而其侵害結果達一定份數或金額者，予以刑罰處罰。」

¹⁰³ 其立法理由為：「增定第三項。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，至著作財產權人損失亦較為嚴重權益，故加大罰金刑至五百萬元。」

¹⁰⁴ 其立法理由為：「本條之侵害他人著作財產權行為，有在獲取不法利益，有在造成著作財產權人重大

惟著作權法旋於 93 年再度修法，其修法理由有三。第一，「意圖營利」與「非意圖營利」無法明確判斷，第二，92 年舊法五份、五件、新台幣三萬元之規定，未臻明確，適用上亦發生疑義。第三、企業為營業之目的而非法重製光碟（主要是以盜版電腦程式做營業之用），大多數案件被認為屬「意圖營利」，故加重處罰（法定刑上限：五年），且進入公訴罪（第一百條）之範圍，權利人與利用人反而失去民事和解的空間，對於企業造成困擾。為解決上述問題，93 年修正遂將本條之「意圖營利」與「非意圖營利」及「五份」、「五件」與「新台幣三萬元」的規定刪除。此外，93 年修法對本條第三項，將法定刑下限提高至六個月之有期徒刑，以遏阻盜版光碟的製造。

三、重製罪之類型

第九十一條可分解為三種不同之罪名：

1、91 條第一項

指非專為銷售或出租而為之印刷、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。包括將二度空間之平面著作內容，以單純性質再現方式呈現於立體物上。但不包括思想或概念之重製，亦不能排除他人獨立創作之空間。本項為重製罪之基本構成要件。

本罪以行為人無合法權源而侵害他人重製權而言。而利用他人著作之權利無非來自於他人著作財產權之讓與、授權、設質、強制授權、或合理使用。未具有法律上原因，即是無合法權源。倘行為人對於無合法權源之事實係屬明知，或非明知，但已預見其發生而其發生並不違背其本意，即具有違犯本條之故意。惟本條第一項僅以行為人主觀上具有故意為必要，且限於非意圖銷售或出租。倘行為人重製之目的係意圖銷售或出租，則屬本條第二項之罪。

2、第 91 條第二項

指專為銷售或出租而為之印刷、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，而重製品並非光碟而言。此項因行為人主觀上具有銷售或出租之意圖，有別於本條第一項，與以加重處罰。

3、第 91 條第三項

指專為銷售或出租而印刷、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「光碟」。本項係鑒於以重製於光碟之方式侵害著作權者，其成本低，不法獲利高，且著作權人損失亦較嚴重，故除提高刑度、加大最大罰金刑外，九十二年亦改列為公訴罪。

損害，而法定自由刑對經濟性犯罪未必為最有效之手段。觀察司法實務上就此等案件常宣告緩刑或得易科罰金，爰增訂得處以拘役，並提高罰金刑數額，使司法機關對於具體個案之量刑更具靈活性，以有效遏止侵害。」

第二款 散布罪（第 91-1 條）

著作權法第 91-1 條：「擅自以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。（第一項）明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣七萬元以上七十五萬元以下罰金。（第二項）犯前項之罪，其重製物為光碟者，處六月以上三年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。但違反第八十七條第四款規定輸入之光碟，不在此限。（第三項）」

一、散布之定義

有關侵害散布權之處罰係於九十二年修法時，為配合著作權法第二十八條之一之¹⁰⁵增訂散布權而設。散布權係著作權法賦與著作人，使其有授權他人對公眾出售著作原件或重製物或為其他移轉所有權之專有權利，其目的在於補充重製權，使著作權人獲得更完整之保護。

二、修法歷史簡介

本罪係於 92 年修法時，配合散布權納入著作權法保護所新增，並採取與重製相同之立法方式，以侵害數量或價值總額達法定額為刑罰發動之基準¹⁰⁶。惟 93 年修法時因認意圖營利不易與經濟動機相區隔，且概念上可包含直接營利與間接營利，範圍失之過廣，而再度修正本條第一項，並調降罰金刑之上限。至於第三項，則對「銷售盜版光碟」之罰責予以加重，將自由刑下限，從舊法「拘役」提高到「六個月」有期徒刑，並加重罰金刑之處罰，以遏阻盜版光碟的散布。

三、散布罪之類型

依條文本罪可分為三種犯行：

1、第 91-1 條第一項

所「移轉所有權」指以出售、贈與及互易之方式將著作之原件或重製物所有權移轉他人，出租或出借方式之散布，則分別規定於第九十二條及第九十三條，與本條無涉。至於散布之程度，僅需達使公眾可取得所有權之程度，不需實際交付原件或重製物。

¹⁰⁵ 著作權法第二十八條之一：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有以移轉所有權之方式散布之權利。」

¹⁰⁶ 民國 92 年著作權法第 91-1 條：「意圖營利而以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。（第一項）非意圖營利而以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物，或意圖散布而公開陳列或持有而侵害他人之著作財產權者，散布份數超過五份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新臺幣三萬元者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。（第二項）犯第一項之罪，其重製物為光碟者，處三年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。（第三項）犯前項之罪，經供出其物品來源，因而破獲者，得減輕其刑。（第四項）」

2、第 91-1 條第二項

本項為第一項實際散布之前置行為，無論係公開陳列或意圖散布而持有，均受本條之處罰。修法理由認為為充分保護著作權市場秩序、知識經濟產業及文化之發展進步，遂應加以禁止。將意圖散布而公開陳列或持有納入處罰，將可有效彌補本罪不罰未遂犯之漏洞¹⁰⁷。實務上對於在網路上刊登販賣盜版之廣告者，多認為與實體之公開陳列有所不符，而依同條之意圖散布而持有論罪¹⁰⁸。

3、第 91-1 條第三項

本條於九十三年修法時提高刑度，將自由刑之下限，從舊法之「拘役」提高到「六個月」有期徒刑，以有效遏阻盜版光碟之散布。而非法進口之真品，在法律上雖仍屬侵害著作權之重製物，但與盜作品有別，故增列但書，回歸第 100 條本文之告訴乃論，並適用本條第二項規定之刑度，以求立法之衡平。

第三款 侵害其他著作財產權罪（第 92 條）

一、各侵害其他著作權類型之定義

本條所謂公開口述，依著作權法第 3 條第一項第六款之規定，係「以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容」，指語言著作之著作財產權人專有以著作所使用之語言朗讀、講演或其他方法利用口頭傳達著作內容使公眾能直接見聞之權能，著作權法第二十三條亦有明文¹⁰⁹。凡未經著作權人同意，擅自公開口述語言著作之內容，即觸犯本條之罪。

¹⁰⁷ 例如板橋地院 96 年簡字 4321 號判決：「按著作權法第九十一條之一第三項、第二項「明知係侵害著作財產權之重製物而散布」罪，並無處罰未遂犯之規定，是其行為之處罰自需以達於既遂為其前提要件。而該條項係以「散布侵害他人之著作財產權之重製物」為其犯罪構成要件，是行為人之行為自必需係已完成「散布」，亦即其對象應為著作財產權人或受其授權之人以外之不特定他人。查本件該次買賣就告訴人而言，其並無實際購買之真意，其不過係為求人贓俱獲而佯稱購買，故於形式上雖有互為買賣之約定，事實上仍無以真正成立買賣契約，且被告嗣後寄送行為雖已達著手階段，惟實際上係移轉所有權予著作財產權人，其移轉對象並非著作財產權人或受其授權之人以外之他人，而未生散布不特定他人之結果，是被告該次之散布行為應僅屬未遂。而著作權法並未對明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布未遂之行為加以處罰，且被告僅張貼網路拍賣廣告之內容，並未將上揭盜版光碟實際公開陳列，則固可據此認定其客觀之持有行為於主觀上已具有散布之意圖，然尚難進一步認定已符合著作權法第九十一條之一第二項所規定「散布」與「公開陳列」之要件。是核被告乙○○所為，係犯著作權法第九十一條之一第三項、第二項之明知係侵害著作財產權之光碟重製物意圖散布而持有罪。」相關案例比比皆是，主因在於告訴人認被告觸犯第 91-1 條第三項之散布罪，惟法院查無事證可證明被告確有散布與不特定第三人之犯行，僅能就被告將盜作品販售與告訴人之行為為論罪科刑。值得一提的是，因實務認為在網頁上所留之交易訊息及圖片，不符合實體之公開陳列要件，而應依意圖散布而持有論罪。由此可知，民國 92 年對於第 91-1 條第二項之修法，可謂將所有可能散布之途徑一網打盡。

¹⁰⁸ 惟有少數見解（臺中地院 96 年簡字第 1369 號），認為刊登廣告於拍賣網站網頁上，供不特定人瀏覽標購，因網路買賣為現今常見之交易方式，在網路上刊登盜版遊戲光碟照片，自與公開陳列盜版遊戲光碟之實品無異，而係犯著作權法第 91 條之 1 第 3 項前段意圖散布而公開陳列侵害著作財產權之光碟罪。此判決之見解，似有疑義，惟對被告之論罪並無實質影響。

¹⁰⁹ 著作權法第二十三條：「著作人專有公開口述其語文著作之權利。」

公開播送，依著作著作權法第 3 條第一項第七款之規定，係「指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」同法第二十四條明文著作權人享有此權利¹¹⁰。

公開上映，依著作著作權法第 3 條第一項第八款之規定，係「以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容。」，且依同法第二十五條¹¹¹，此權利僅專屬於視聽著作之著作權人。

公開演出，依著作著作權法第 3 條第一項第九款之規定，係「以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」故公開演出之著作內容限於語文、音樂或戲劇、舞蹈，其他著作則不屬於公開演出之標的。其演出之對象為現場之公眾，依第三條第一項第四款之定義，乃指不特定人或特定之多數人。

公開傳輸，依著作權法第 3 條第一項第十款之規定，係「指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」公開傳輸之內涵，以具有互動性之電腦及網路傳輸為其特色，且該條之「向公眾提供」，不以利用人有實際上傳輸或接收之行爲為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態為已足。故無論係以永久式重製於硬碟或暫時性重製於網路伺服器之 RAM，倘網路上之不特定利用人可得接觸，即非侵害重製權所得涵蓋之範圍。即便擁有重製之授權，若無公開傳播權而透過網路向公眾提供著作物，仍構成公開傳播權之侵害¹¹²。

公開展示，係指向公眾展示其著作內容，且依著作權法第二十七條，著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利。

所謂改作，依著作權法第三條第一項第十一款，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。著作權法第二十八條¹¹³，之「改作成衍生著作」即指著作權人之改作權。

所謂編輯，係指以資料選擇、整理、組合及編排之方法，完成另一著作之行爲。編輯權乃指著作之著作財產權人對於其著作專有資料選擇、整理、組合及編排之權利。著作權法第二十八條即屬編輯權之規定。

¹¹⁰ 著作權法第二十四條：「著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。」

¹¹¹ 著作權法第二十五條：「著作人專有公開上映其視聽著作之權利。」

¹¹² 羅明通，前揭註 99，第 567 頁。

¹¹³ 著作權法第二十八條：「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯成編輯著作之權利。但表演不適用之。」

所謂出租，係指當事人約定，一方以物租與他人使用，他方支付租金。著作權法第二十九條¹¹⁴，明定著作權人之出租權。但著作原件或重製物之所有權一旦讓與他人，無論有償無償，該著作權人法定保護之專有出租權即已耗盡，不得再行主張其出租權¹¹⁵。但因鑒於錄音及電腦程式複製容易，如容許物之所有人為出租，則複製品將充斥於市場，影響著作權人經濟利益甚鉅，故該項但書將錄音及電腦程式著作排除於第一次銷售原則（耗盡原則）之外。

二、修法歷史簡介

本罪係由民國 74 年舊著作權法第 39 條第一項「或以其他方法侵害他人之著作權」修正而來，歷經民國 81、87、92 年之修正，已將各「其他方法」具體化為公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、及出租，以符合罪刑法定之要求。

本罪於 92 年修法時，原以行為人是否意圖營利¹¹⁶而區分為兩項¹¹⁷，並增訂得處以拘役，並提高罰金刑之數額，使司法機關對於具體個案之量刑更具靈活性，以有效遏止侵害。93 年修法時則刪除以是否意圖營利為區分之標準，合併為一項。

三、公開侵害著作權之類型

現行法既已不區分行為人是否具有營利意圖，則行為人主觀上具有侵害他人本條之著作財產權之故意，即具備本罪之主觀要件。而本罪之客觀要件方面，則須審究行為人之行為是否已侵害著作權人之著作財產權，而就個別權利之範圍，為構成要件之解釋與適用。

第四款 視為侵害著作權罪（第 93 條）

著作權法第九十三條：「有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金：一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。二、

¹¹⁴ 著作權法第二十九條：「著作人除本法另有規定外，專有出租其著作之權利。表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有出租之權利。」

¹¹⁵ 著作權法第六十條第一項：「著作原件或其合法著作重製物之所有人，得出租該原件或重製物。但錄音及電腦程式著作，不適用之。」

¹¹⁶ 立法者如此區分之理由，在於依世界貿易組織協定附錄「與貿易有關之智慧財產權協定」第六十一條規定，對於具商業規模之故意侵害著作權案件，需訂定刑事程序及罰則，至於無營利意圖之侵害，以民事訴訟程序救濟已足，並不以刑罰處罰為必要。

¹¹⁷ 民國 92 年著作權法第 92 條：「意圖營利而以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯或出租之方法侵害他人著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。（第一項）非意圖營利而犯前項之罪，其所侵害之著作超過五件，或權利人所受損害超過新臺幣三萬元者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。（第二項）」

違反第七十條規定者。三、以第八十七條第一款、第三款、第五款或第六款方法之一侵害他人之著作權者。但第九十一條之一第二項及第三項規定情形，不包括在內。」本條共有三款之規定，咨分述如下：

一、侵害著作人格權罪（第一款）

此款為侵害著作人格權之刑事責任。著作權法於九十二年修正時曾認侵害著作人格權以民事救濟即足，而一度刪除本款。惟於九十三年修法時，復認仍具有刑罰之必要性，而仿外國立法例，恢復本款¹¹⁸。

二、違反音樂著作強制授權之重製物輸出罪（第二款）

著作權法於第 69 條¹¹⁹設有音樂著作之強制授權，然依第 70 條¹²⁰規定，僅限於中華民國管轄區域內銷售。故利用人雖獲音樂著作之強制授權而得以錄製音樂者，若將其錄製之重製物銷售至我國管轄區域外，即觸犯本款，而可科處兩年以下有期徒刑。

三、擬制侵害著作權罪（第三款）

著作權法第 87 條¹²¹係就若干本身未構成侵害著作權或製版權之行爲，為加強保護權利人，以擬制之方式，明定視為侵害著作權。著作權法於 92 年將製版權之侵害及真品平行輸入除罪化，故刪除第二款及第四款。故本款共有四種類型：

1、以侵害著作人名譽之方法利用其著作（87 條第一款）

2、輸入未經著作財產權人授權重製之重製物（87 條第三款）

本款重在未經著作財產權人授權重製之重製物輸入之禁止，與真品平行輸入不同。雖然輸出國可能與我國無互惠之保護關係，但只要該著作之著作財產權受我國保護，則未經權利人授權而重製之重製物即不得輸入我國。

¹¹⁸ 該條修正理由為：「按有關著作人格權之侵害，仍有處罰之必要，德國、法國、日本、韓國等各國著作權法制仍賦予刑事處罰制度，爰修正本條規定如上。」

¹¹⁹ 著作權法第 69 條第一項：「錄有音樂著作之銷售用錄音著作發行滿六個月，欲利用該音樂著作錄製其他銷售用錄音著作，經申請著作權專責機關許可強制授權，並給付使用報酬後，得利用該音樂著作，另行錄製。」

¹²⁰ 著作權法第 70 條：「依前條規定利用音樂著作，不得將其錄音著作之重製物銷售至中華民國管轄區域外。」

¹²¹ 著作權法第 87 條：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：一、以侵害著作人名譽之方法利用其著作。二、明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。三、輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。五、以侵害電腦程式著作財產權之重製物作為營業之使用者。六、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。」

3、以侵害電腦程式著作財產權之重製物作為營業之使用者（87 條第五款）

著作權法僅保護著作人格權及著作財產權，係無體財產權之一種，而使用權為所有權權能範圍之一部分，為有體財產權之範圍。侵害無體財產權並不當然侵害有體財產權，非法重製物之使用者原則上是不處罰的。惟於電腦程式之情形，如放任程式所有人為營業使用，將對該電腦程式之著作財產權所有人產生相當大之損失，故以擬制之方式明定視為侵害¹²²。

4、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有（87 條第六款）

按一般散布著作原件或重製物之方法，有出賣、出租、出借及出質。其中散布權（第 28-1 條及第 91-1 條）及出租權（第 29 條及第 92 條）已明文其侵害之刑事責任。故於本款就其餘未規定之態樣（例如，出借、出質），為概括規定。且因本款後段所稱之散布，其若為明知係非法重製物，意圖以移轉所有權之方法散布而而公開陳列或持有者，已規範於第 91-1 第二項及第三項，爰於但書排除之。

四、擬制侵害公開傳輸權獲利罪（第四款）

我國於民國 96 年修訂第 87 條第一項第七款：「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。」，視為侵害著作權。違反者，可依第 93 條第四款，論處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。

本款是針對網路業者，以未經合法授權之音樂、影音或其他檔案為誘因，在網路上提供電腦程式或技術(例如 P2P)，供網友交換這些違法侵害著作權的檔案，並向網友收取費用或坐收利益的行為，明確規範是視為侵害著作權的行為。又依本條第二項規定，只要行為人採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權，就認定是具備該款的意圖。本款所處罰的是特定的「提供行為」，至於技術提供者對於使用者藉這項提供，實際進行侵害著作權的行為，在民事上是否成立「共同不法侵害」、「造意」或「幫助」，刑事上是否另成立「共犯」、「教唆犯」或「幫助犯」，則要再視各別情形進一步認定。至於沒有任何營利目的，而進行本款所述的「提供行為」，雖不屬於本款所定「視為侵害著作權」的行為，但仍可能會構成民事上的「共同不法侵害」、「造意」或「幫助」，或是刑事上的「共犯」、「教唆犯」或「幫助犯」¹²³。

¹²² 羅明通，前揭註 99，第 573 頁。

¹²³ 見章忠信，著作權法筆記，<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=11&act=read&id=103>（最後到訪日，2008 年 2 月 3 日）

第五款 常業罪（第 94 條）

民國 92 年著作權法第 94 條：「以犯第九十一條第一項、第二項、第九十一條之一、第九十二條或第九十三條之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上三百萬元以下罰金。（第一項）以犯第九十一條第三項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八十萬元以上八百萬元以下罰金。（第二項）」

一、定義

最高法院之判決對於犯罪者是否以該罪所得為生活主要收入，其見解不一。有認為雖不必以侵害著作權為唯一之謀生方法，仍應有以侵害著作權所得為主要之營生，始克相當¹²⁴。惟晚近實務之多數見解則認為，常業犯係指反覆以同種類行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於犯罪所得之多寡，是否以犯罪為唯一之謀生職業，則非所問。

二、修法歷史簡介

95 年 7 月 1 日正式施行之新刑法，為符合刑罰之公平性，破除犯罪者因為舊制採取數罪併罰，犯數罪卻實質上反而可以因併罰而縮減刑度的僥倖心理，將原本事實上屬於數罪，但法律上僅論以一罪之連續犯與牽連犯規定刪除，改為一罪一罰，逐案累積加總其刑。

而常業犯，因屬於連續犯之特別態樣，故著作權法為配合新刑法之修訂與施行，亦於 95 年將本條刪除。但立法者仍提醒，常業犯之刪除，不表示以後著作權的常業犯不再處罰，而是對於多次侵害著作權之犯行，將視其侵害情節，逐次處罰，一併累計，其結果可能是較修法前常業犯之處罰更重，各界不必誤解與擔心保護降低，而有侵害著作權意圖或惡習之行為人，則更應警惕¹²⁵。

三、本罪之類型

本條原處罰以犯第 91 條、第 91-1 條、第 92 條、及第 93 條為常業者。其中，第二項針對第 91 第三項意圖銷售或出租，以重製於光碟之方法，犯侵害重製權罪之常業犯，因此類犯罪行為涉有非法暴利，已有朝向大規模之組織犯罪型態發展之趨勢，非但使合法產業失去存空間，更嚴重破壞市場經濟秩序，侵損國家產業競爭力與敗壞國民道德風氣，造成國家社會整體的損害，因此加重處罰，並提高罰金刑之數額。

實務上認為，因常業犯屬集合犯之一種，屬於實質上一罪，故倘已成立常業犯，則

¹²⁴ 最高法院 84 年度台上字第 5063 號判決。

¹²⁵ 章忠信，著作權法逐條釋義，第 252 頁，2007 年。

不再論以連續犯或與其他條成立牽連犯¹²⁶。

第六款 逾越翻譯權過度條款罪（第 95 條）

著作權法第 95 條：「違反第一百十二條規定者，處一年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金。」而著作權法第 112 條：「中華民國八十一年六月十日本法修正施行前，翻譯受中華民國八十一年六月十日修正施行前本法保護之外國人著作，如未經其著作權人同意者，於中華民國八十一年六月十日本法修正施行後，除合於第四十四條至第六十五條規定者外，不得再重製。前項翻譯之重製物，於中華民國八十一年六月十日本法修正施行滿二年後，不得再行銷售。」

按 81 年舊著作權法因美國之壓力修法，普遍對於外國人之著作為回溯之保護¹²⁷。其中，在 81 年 6 月 12 日以前，翻譯權屬本國人之著作財產權，惟不屬於外國人之著作財產權。而美國人之著作，依中美友好通商條約之規定，自 74 年 7 月 12 日起，與我國國民相同，不必註冊即可受保護，其他國家之著作人則需依著作權法第 17 條註冊方受保護，惟均不包含翻譯權。迨至 81 年 6 月 12 日新著作權法生效，兩年後即 83 年 6 月 12 日即行屆滿，故稱之為「六一二大限」。逾此期間就該翻譯物再為重製或再銷售者即構成本條之罪。

第七款 電腦程式重製物未銷燬罪（第 96 條）

著作權法第九十六條：「違反第五十九條第二項或第六十四條規定者，科新台幣五萬元以下罰金。」本條可分為兩種犯罪行為：

一、電腦程式重製物未銷燬罪

違反著作權法第 59 條：「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之」者，可依本款論處。

¹²⁶ 高雄高分院 93 上訴 143：「按著作權法第九十四條所謂以犯第九十一條、第九十二條、第九十三條之罪為常業者，係指專以觸犯該等法條之罪，為其日常生活之職業者而言。故該法第九十四條為第九十一條、第九十二條、第九十三條犯罪之加重態樣，性質上屬多數行為之集合犯，法律上擬制為一罪，即學理上所稱之實質上一罪，其反覆從事之多數行為相互間並不發生連續犯、牽連犯裁判上一罪之問題（參見最高法院九十三年度台上字第五五四號判決）。原審認定被告所犯修正前著作權法第九十一條第二項、第九十四條之常業罪及第九十三條第三款、第九十四條之常業罪間有牽連關係，應依第五十五條牽連犯規定從一重之意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業罪處斷，乃有未洽。」

¹²⁷ 一般外國人之著作需符合以下要件即受我國著作權法保護：一、不區分何時完成，而於民國 54 年 7 月 12 日以後發行之著作。二、合於民國 74 年著作權法第 17 條第一款或第二款之要件。三、未經註冊取得著作權者。自此我國著作權法對一般外國人著作之回溯保護，與對美國人著作權之回溯保護之期間完全相同，見羅明通，前揭註 99，第 581 頁。

二、未明示出處罪

著作權法第 64 條：「依第四十四條至第四十七條、第四十八條之一至第五十條、第五十二條、五十三條、第五十五條、第五十七條、第五十八條、第六十條至第六十三條規定利用他人著作人，應明示其出處。前項明示出處，就著作人之姓名或名稱，除不具名著作或著作人不明者外，應以合理之方式為之。」違反者，亦可依本款論罪。

而所謂明示出處，依利用之方式，包括表示原著作人、著作名稱、出版社名稱、利用之部分等。解釋上其註明宜使社會一般人易從利用者註明被利用著作之方法及位置中，了解被利用著作之出處。易言之，應從社會客觀標準衡量其是否已明示其所利用之出處。

本罪之規定，與著作之利用是否構成合理使用無必然關係。縱違反明示出處之義務，亦非當然構成著作財產權之侵害，仍應檢視該利用行為是否合於合理使用各條文之規定。按著作財產權被侵害時，固可能同時構成本條之違反，惟本條之規定並非著作合理使用之必要條件，著作縱未依本條以合理之方式明示其出處，亦無妨合理使用之成立。換言之，著作之利用雖已合於合理使用之情形，就未明示出處部分，仍應依本條及第 96 條所為處罰之¹²⁸。

第八款 移除或變更權利管理電子資訊罪、違反防盜拷措施條款罪

著作權法第 96-1 條：「有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金：一、違反第八十條之一規定者。二、違反第八十條之二第二項規定者。」本條可分為兩種罪名：

一、移除或變更權利管理電子資訊罪

依著作權法第 3 條第一項第十七款：「權利管理電子資訊，係指於著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊。」

依該定義，可知權利管理電子資訊之內容有二，其所指為於著作原件或其重製物上，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人、或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊。其二則指著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人、或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊。

又該資訊以電子資訊為限，需將著作權有關之資訊，以電子方法置入著作物中，使得權利人可以透過電腦網路來進行權利管理，而所置入之權利管理資訊具有即使著作物

¹²⁸ 羅明通，同前註，第 583-584 頁。

遭重製時，權利管理資訊也無法除去之特性，因此較容易發現違法、訴訟上亦較易於舉證。

我國著作權法第 80-1 條：「著作權人所為之權利管理電子資訊，不得移除或變更。但有下列情形之一者，不在此限：一 因行為時之技術限制，非移除或變更著作權利管理電子資訊即不能合法利用該著作。二 錄製或傳輸系統轉換時，其轉換技術上必要之移除或變更。明知著作權利管理電子資訊，業經非法移除或變更者，不得散布或意圖散布而輸入或持有該著作原件或其重製物，亦不得公開播送、公開演出或公開傳輸。」違反者即依本條課以刑事責任。

二、違反防盜拷措施條款罪

依著作權法第 3 條第一項第十八款：「防盜拷措施，係指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。」

析言之，防盜拷措施包含兩種類型之設備或技術，接觸控制（access control）與利用控制（copy control）。前者，為控制他人不得進入或接觸著作之措施，例如 DVD 之分區密碼。後者為限制或控制他人利用著作之方法，例如僅能以串流方式(streaming)方式線上觀看，而不得下載於硬碟。

著作權法第 80-2 條：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方式規避之。破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。（第一項）破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。（第二項）」

該條第一項規範接觸控制之規避行為，係採與美國相同之立法，僅限制「進入」，未限制「利用」。故對於著作內容為重製或公開傳輸等，縱係已採取特殊技術規避其限制利用之技術措施，亦與本條無涉。是以若係非法利用著作，自有著作權法其他條文規範，且並不排除合理使用之可能，以保障利用人之利益。

而同條第二項則係對規避行為之準備行為為規範，惟提及防盜拷措施時並未區分是否專為規避接觸控制或專為規避利用控制用途，是以參考本法第 3 條第十八款之防盜拷措施之定義，規避接觸控制及規避利用控制措施之準備行為自均包括在內¹²⁹。違反本款規定者，依著作權法第 96-1 條面臨刑事責任。

第九款 新舊法之比較適用

刑法第 2 條第一項：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律

¹²⁹ 羅明通，同前註，第 491 頁。

有利於行為人者，適用最有利行為人之法律。」係採從舊從輕原則¹³⁰。著作權法於 87 年、92 年、及 93 年短期內數度修正，各罪名依新舊法比較結果不同，致使法院裁判之理由需論述本案應適用之法條。惟應注意者是，若行為人之犯罪行為橫跨各修法時點，而於 93 年後始被查獲者，因實務認為著作權犯罪為集合犯，屬實質上一罪，則逕依 93 年之現行法論罪科刑，不生新舊法比較之問題，在此合先敘明。

若以最複雜之情況為例：行為人之行為係於 87 年 1 月 21 日修法後、92 年修法前所犯，但於訴訟進行時，93 年新著作權法已修正施行。則 87 年之舊法為行為時法，92 年之舊法為中間時法，而 93 年之現行法為裁判時法。一般而言，87 年之行為時法較輕。92 年之中間時法較重，法條結構略有變更，但有部分犯罪除罪化。93 年之裁判時法略有加重，恢復著作人格權之處罰，並將 92 年所變更之法條結構再度修正，回復為 87 年行為時法般，不區分是否「意圖營利」。

綜合比較著作權法之上開行為時法、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，可得以下之結論¹³¹：

一、第 91 條之重製罪

如果行為人意圖營利而重製，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為人，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。



二、第 91-1 條散布罪

該刑罰係中間時法所新增，法院僅需與裁判時法加以比較，惟因裁判時法之刑度較中間時法為重，裁判時應適用中間時法。

三、第 92 條侵害其他著作財產權罪

應區分行為人是否有營利意圖，如具營利意圖者，應適用裁判時法。如不具營利意圖，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。

四、87 年舊法第 93 條第一款，侵害著作人格權罪

¹³⁰ 舊刑法第 2 條第一項：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利行為人之法律。」，原採「從新從輕原則」，惟對此修正，刑法學者普遍認為並無差異，因均採從輕原則。

¹³¹ 鄧振球，新智慧財產權法制刑事審判實務之解析，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，第 118 頁。

因中間時法將該罪刪除，是裁判時法院應一率諭知免訴判決，如被告同時有違反其他著作權法之罰則規定，法院則應於理由欄中加以說明。

五、87 年舊法第 93 條第二款，違反音樂著作強制授權之重製物輸出罪

適用裁判時法。

六、87 年舊法第 93 條第三款，擬制侵害著作權罪

原則上適用裁判時法。

七、第 94 條常業犯

其雖未於 93 年時加重刑度，惟其所指之第 91 條、第 91-1 條、第 92 條及第 93 條均經修正。法院原則上應適用行為時法，惟行為時已經在 92 年 7 月 11 日以後者，則應適用裁判時法。

八、第 95 條之逾越翻譯權過度條款罪

最近一次之修正為中間時法之規定，惟需注意中間時法將行為時法部分除罪化。

九、第 96 條之電腦程式重製物未銷燬罪，及未明示出處罪

均未修正，並無新舊比較問題。

十、第 96-1 條之移除或變更權利管理電子資訊罪，及違反防盜拷措施條款罪

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。

第三章 網路著作權刑法妥適性分析：以美國為例

第一節 前言

網路時代下著作權侵害刑罰化之問題，早自 1999 年即引發學界之討論¹。蓋傳統上侵害著作權之刑事責任，僅限於大規模及具營利意圖之商業性盜版，不具營利意圖、零星之著作權侵害，可屬著作之合理使用，或面臨民事賠償之問題，而與刑事責任無涉。然網路下著作權侵害之特性，係介於兩者中之灰色地帶，雖然行為人不具有營利意圖，且其侵害多未達商業規模，多屬供個人使用之型態。但因著作一但公開於網路上，無數行為人之個別零星侵害之累積，卻降低著作物之市場價值，促成著作權人之經濟損失。著作權人遂將著作權類比於傳統之有體財產權，認侵害著作權之行爲與「竊盜」無異，而通過相關之著作權修正（例如前述之 NET、DMCA），並對於個別行為人，提起大規模之訴訟，以因應、嚇阻網路著作權侵害。

針對此趨勢及現象，美國學界討論之焦點，集中於著作權制度應如何適當地平衡著作權人與社會大眾之利益，以達美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款所示之立法目的。而美國學界普遍之結論，係認為近年歷次的著作權修正（包括侵害著作權刑罰之擴張），已過度偏重著作權人私益之保護，而失去著作權制度平衡公私益之立法原則²。且實務上著作權人以此法律為後盾，捍衛其經濟利益及市場經營模式，已逾越著作權保護著作物、鼓勵創作等立法目的。而對於著作權人動輒訴諸刑事訴追，連不具商業規模之網路 P2P 使用者亦難以倖免，學界亦多所批評，認此已逾越其憲法對保護著作權之原意及公共政策所應容忍之範圍。

美國學界對此議題之豐富論述，不僅提供不同之學術角度，亦對此議題有不同之觀察重點。本章第二節及第三節，分擇其較重要之利弊分析及社會分析角度，為立法政策上之比較法上文獻介紹。第四節則再就美國著作權人於 2003 後所發動之數波對網路使用者之訴訟，其所引發之美國學界及司法實務之討論，進行簡要之介紹與評析。本文擬藉美國相關學說文獻之介紹，不但可供評論我國立法上之借鏡，亦可為本文第四章對我國法院判決實證研究時之參考。

第二節 網路上著作權刑事責任之利弊分析

第一項 前言與研究方法

經濟學者設計了利弊分析法，分析某政策是否能增進社會利益。簡言之，即對於某

¹ See Note, The Criminalization Of Copyright Infringement In The Digital Era, 112 Harv. L. Rev. 1705 (1999)

² Trotter I. Hardy, Criminal Copyright Infringement, 11 Wm. & Mary Bill Rts. J. 305, 324 (2002)

政策之利益與弊害進行權衡比較，作為判斷是否投入資源，進行政策之依據。亦即，著作權侵害應否課以刑罰，其判斷基礎在於社會整體利益是否因此增加。立法者常認為，將某行為刑罰化，或增加其刑罰嚴厲度，可避免、降低將來之損害，因此提升整體之社會利益。

傳統刑罰理論，除重視違法行為之道德非難性外，對於刑罰對於社會之利弊，亦由來有自。早自十八世紀，邊沁（Jeremy Bentham）即主張刑事處罰須其所避免之損害大於刑罰本身對於社會之損害，方具有正當性基礎。

此分析方法固然受限於對於利益與弊害之判定及其數額計算之精準度。且將問題簡化為金錢數額上之比較，亦有其不足之處。然而，即便無法經由利弊分析，得到一顛仆不破之真理，但經由此分析方法所得之結論，因過程透明，廣納多方觀點，仍能有效提升決策之準確度³。

而著作權法因其工具性質，係藉由賦予著作權人法律之保護，以提供著作權人之創作之誘因並確保社會大眾能使用、接近著作物，其利益與損害之界定較為明確。且著作權侵害之行為，經由民事賠償或行政處罰，亦可能有效達成嚇阻將來侵害發生之功能。因此，利弊分析法，仍不失可為討論著作權刑罰化之不同觀點。

第二項 以刑法處罰著作權侵害之利益

第一款 避免損害

侵害著作權之行為，不僅損害著作權人之利益，亦有損國家整體保護著作權，以鼓勵創作之法政策。尤其是基於商業目的，以商業規模從事之侵害行為，將剝奪著作權人法律所賦予之市場獨占權，降低著作權人之獲利，因而可能使創作減少，而有損於整體之法政策。因此，藉刑罰重罰侵害著作權行為，將有嚇阻功能，可避免著作權人及整體法政策之損害。

然而，學者批評，雖然網路上普遍之非法下載行為，是促使著作權刑罰化之重要原因。但網路下載與整體唱片銷售量之下跌，並不能即畫上等號。因為下載一首歌曲，並不同於願意購買整片專輯。經濟學者更以實證研究指出，將唱片銷售量之遞減完全歸諸於非法網路下載，是不公平的。因此，若唱片銷售量之衰減非可完全歸諸於網路下載，即便將網路下載行為入罪化，亦無法回復唱片之銷售，刑罰化之正當基礎亦隨之動搖。

此外，社會規範與著作權法之落差，亦將避免損害之目的難以達成。當社會規範對於著作權侵害普遍不認為具有道德非難性時，期待人民自動守法，將成為天方夜譚。蓋以內部控制理論（internal control theory）而言，人們守法係因其已將法律價值內化為自身之行為準則，以符合社會規範。但社會大眾普遍對於基於個人使用目的之著作權侵

³ See Geraldine Szott Moohr, Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws, 54 Am. U. L. Rev. 783 (2005).

害，不認為違法，無法認同法律價值，自無法內化為行為準則。

再就外部控制理論（external control theory）而言，有認為潛在之犯罪人會衡量犯罪後可能之利弊，作為是否從事犯罪之依據。遂有認為，倘將著作權侵害刑罰化，將可提高法律之嚇阻力，而降低潛在犯罪人侵害著作權之誘因。但此論者忽略欲求刑法有如此高之嚇阻力，其可需加諸行為人與其犯行顯不相當之重刑，將有違憲之疑慮。且刑罰之嚇阻力，在社會規範與法律標準一致時，烙印功能才能完全彰顯，亦方具有刑罰之正當性。當社會規範不認為著作權侵害具道德非難性時，刑罰之烙印功能即不彰，不僅社會大眾不認為著作權侵害係違反刑法，潛在之犯罪人於評估犯罪之利弊時，亦將無視於法律之規定。

綜上，以避免損害作為著作權侵害刑罰化之基礎，在缺乏支持此立法之社會規範下，不論以內部控制或外部控制理論，避免損害之功能有限，刑罰化之理由並不充足⁴。

第二款 教育大眾

法律具有指導人民行為、影響社會規範之功能，即便人民無法認同該法律價值，然基於法律之公權力，已足使人民改變其行為（至少在執法可能之範圍內）。學說普遍認為法律與社會價值間具有相互影響之作用，以刑罰處罰著作權侵害，亦可有其教育功能。

惟學者對此教育功能，卻仍存有疑慮。蓋刑罰之教育作用在於其禁制之絕對性，阻卻違法事由應限縮於少數、明確之例外。但著作權法合理使用之範圍，不但困惑普羅大眾，連法律人亦眾說紛云。易言之，當著作權法本身之規定存有模糊空間時，刑罰化並非釐清此界線之適當手段。當此合法與違法之界線持續不明時，以法律教育大眾之功能即無法發揮。

實證研究亦指出，刑罰僅具有增強某既存社會規範之功能，企圖透過刑罰形塑新的社會規範，將是緣木求魚。此外，雖然環保相關法令常被引用為法律成功教育社會大眾之範例，但卻無法類比於著作權法。蓋環境相關議題，係由諸多環保團體基於公益，逐步引起社會注意，達成共識。而著作權法之修定，卻常被視為因著作權利益團體為確保其私益，強力關說、遊說所致，社會共識不足。且在環境法中，並無與法律相左、提倡「污染」之社會規範，然在著作權法中，卻存有著作權侵害應以民事賠償為原則之社會規範。

第三款 執法層面

無論是以民事賠償或刑事懲罰，法律規定之執行成效，方能產生實質之嚇阻功能。著作權侵害之刑罰化，使著作權人因此免除進行民事訴訟所生之訴訟費用及判決執行問

⁴ Id. at 792-801.

題，而可利用公權力及公資源，進行刑事訴追。因此，司法機關對於侵害著作權案件訴追之態度，將實質影響法律施行之成效。美國司法部在實務上追訴之案例亦較為被動，反倒是美國之著作權人團體曾積極於 2003 至 2004 年間，對 P2P 使用者發動大規模之集體訴訟。

此民事求償策略，亦曾引起社會兩極之評論。由著作權人發動訴訟，不但有損其社會形象，操作不當亦可能與廣大之潛在消費者交惡。統計研究顯示，在 2003 年，當著作權人對於侵權者提起第一波之訴訟，非法下載行為雖有稍減，但短短三個月後，仍呈現成長之趨勢。

綜上，以刑罰避免著作權侵害之效用並不明顯，刑罰之教育作用及著作權人大舉興訟，倘未能改變社會對於著作權之社會規範，猶如「斬草不除根，春風吹又生」，著作權侵害之行為仍將無法杜絕。

第三項 以刑法保護著作權可能生之損害

第一款 對於著作權法政策之損害

著作權法是調和公益與私益之法律。若以刑罰調整著作權法，其立法與執行，亦應兼顧雙方之利益。以刑法保護著作權，意謂將著作權之保護同於傳統財產權，凡未經著作權人事前允許者，他人不得使用著作物。此固然傳達著作權法為鼓勵創作，賦予著作權人更佳權利保護之意旨，但卻犧牲公眾得接觸、使用著作物之權利，破壞著作權法政策之平衡。

此外，刑罰之威嚇，可能產生寒蟬效應，不必要地限縮公眾合法之權利。此問題並非空穴來風，著作權法無論係事實與否之判斷，或思想與表達之區分，甚至合理使用之範圍，均有其模糊之空間，可能使畏懼觸法之大眾，受到不必要之限制。更何況，大部分之著作物，均直接或間接建立於前人之著作之上，刑罰之威嚇，可能限縮創作時可用之素材。亦即，以刑罰保護著作權，可能為雙面刃，一方面提升著作物之價值及著作權人之保護，但另一方面亦減少可供創作之素材，導致創作量減少。固然，目前並無研究可證明刑罰化後何種效果較為顯著，但無論如何，於保護著作權人之餘，亦不應完全忽略刑罰化對創作環境可能產生之不利影響。

綜上所述，刑罰化可能降低公眾接近使用著作物之空間，造成著作權法政策上過度偏上著作權人之失衡⁵。

第二款 對刑法之損害

以刑法介入著作權，尤其是將基於個人使用目的之著作權侵害課以刑事責任，因社

⁵ Id. at 802-805.

會大眾對此行為不具有道德非難性，不僅難生立法時之預期效果，反將使社會喪失對於刑法正當性之信賴及尊重。

蓋人們雖未必已將法律規範內化為其行為規範，但或許因尊重法律之正當性，仍願遵守法定之規範。但此對於法律之尊重，在法律規範與社會規範持續之衝突之下，亦將有消磨殆盡之一日。在社會規範逐漸轉型之時期，以刑罰處罰少數之行為人，作為殺雞儆猴之工具，將有違多數人民之法感情，亦違反正當法律程序與實質正義之刑事法上要求。此種急躁之立法，將使人民心生反感，引申對於整體法律制度之不信任，反而不利於型塑一支持法律標準之社會規範。

第三款 執法費用之支出

立法者固然鮮少於立法時將執法所需之金錢費用納入考量。但執法需花費金錢，處罰罪犯，除監禁成本外，其被告因此喪失之經濟收入，亦將造成社會整體之損失，亦應將其納入執法之成本。

第四項 小結：利益與損害之衡量

綜上所述，利弊分析法最大之貢獻在於其分析過程中所條列之各種利益與弊害，讓立法者於不能再盲目立法，而須一一交代其考量及合理之配套。與立法政策無關之因素（例如，政治因素或利益團體遊說），在此公開透明之分析討論程序中，影響力將大減。且透過利弊分析之討論，無疑對於教育大眾及凝聚社會共識，更有其優異之處。即便利弊分析法最終不能量化所有因素，而得出一最終之結論，但資訊公開、程序透明，無疑仍能促使決策更趨近正確、完美。因此，經由利弊分析可知，以刑法嚇阻著作權侵害之成效實則有限，但卻可能造成著作權及刑事政策之殘害，並非毫無代價⁶。

第三節 網路上著作權刑事責任之社會分析

第一項 法律與社會規範之鴻溝

第一款 人民為何守法

人們遵守法律可能是基於複雜之考量與理由，未必均因畏懼違法所生之懲罰。有人係經由利弊衡量後之抉擇，有人係基於對他人權利之尊重，亦有人因遵重法律之形式。

然而，過去研究指出，刑法之警告與威嚇，對於改變社會規範，促使大眾守法，並

⁶ Id. at 806-808.

不具實質之成效，有學者進一步研究亦證實此看法⁷。其認為，原因之一，係行為人評估犯罪行為風險時，被制裁之機率需相當高，方有可能生嚇阻效用。而因犯罪黑數及行為人個人對風險之主觀評估常低於客觀風險，使刑罰之嚇阻力不足。立法者固然可基於「亂世應用重典」，而增加犯罪類型、提高刑罰之嚴厲度，以增加嚇阻力。但如此擴張之立法趨勢，已涉及法律是否應有其界限之問題。

而當犯罪行為具有隱密性及普遍性時（例如侵害著作權），將大幅度降低被發現並訴追之可能，刑罰之嚇阻力更形降低。因此，為免事倍功半，法律之建構，須仰賴一可期待社會大眾自願遵守之行為規範，方能相輔相成。學者遂指出，法律若欲期待大眾自願遵守，降低執法成本，該法律須訴諸人民道德感（morality）及具有合法之形式（legitimacy）。道德感涉及人民對於是非黑白之判斷，而形式合法性則倚賴人民對於法律權威之尊重⁸。

一、人民道德感（Morality）

人們的道德感，無疑是影響其行為之最重要因素。大多數人，基於道德因素，即便違法可得之利益大於損害，仍不願從事犯罪行為。固然人們對於不同法律之遵守程度容有差異，然道德與法治教育的成功，可彌補定罪率偏低之缺點。而著作權法即屬於民眾自願遵守程度較不足之法律，原因在於一般民眾不覺侵害著作權具有道德非難性。

學者遂指出，若欲使社會大眾遵守著作權法，需先了解社會大眾對法律保護著作權之公平、合理地位為何。當法律與社會規範標準一致時，人民將較不易觸法。而當法律與社會規範標準不一時，觸法之機會升高，且法律亦因此失去其權威性。因此，立法者若欲促使人民守法，亦須創造、維持一強而有力之道德觀，作為法律之後盾。當社會大眾逐漸受該道德觀陶冶、內化後，遵守該法律將成為原則，而非例外，更有助於執法者對違法者之訴追。

二、法律之形式權威（Legitimacy）

法律本身之形式，基於法律的權威性，對於法治意識較高之民眾，具有自動促其守法功能。但此功能，隨著「惡法亦法」的盲從觀念逐步降低，而對法律、司法制度之不滿與不信任，漸有動搖法律絕對權威地位之現象，使立法者不能再僅賴法律公權力，即希冀達其立法目的。

而研究指出，人們守法與否之因素，程序正義較判決之實質內容，佔更大之比例。而當法律制定之過程中，符合程序正義，賦予人民參與之機會，人民守法之程度亦因此

⁷ Tom R. Tyler, Compliance With Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective, 29. N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 219, at 222 (1997)

⁸ Id. at 224.

提高。

此外，人民對於立法者之信賴感，亦間接影響對於法律之信賴度。故在著作權法中，立法者須說服社會大眾，著作權之立法並非保護少數利益團體，而係調和社會公益與著作權人私益，方能使社會大眾信服。為達此目標，立法者須不時將社會對於著作權之看法謹記於心，對社會規範之演變了然於胸，方能使著作權法達成其調和公益與私益之目的。

第二款 法律與社會規範之互動

如前述，人類行為之決定，不論係實體或在虛擬之網路世界，均受法律、社會規範、及市場等因素影響。而各行為之決定，多由各種因素交互錯綜影響，而鮮少有僅由單一因素決定者。故，觀察、分析、推論各因素間之關係，將可立法者將利用社會規範及市場等法律以外之因素，間接促使法律目的之達成，化解法律施行之阻力。本章節著眼於著作權法與著作權社會規範之落差，僅將討論聚焦於法律與社會規範之互動。

學界普遍承認，通過新法律並不等於確立新規範之權威地位，企圖以法律型塑社會規範，毋寧是事倍功半。蓋固然刑法具有一般預防之功能，而可能影響社會大眾之舉止與價值判斷。但是刑法並非直接影響個人之行為，而是間接藉由家庭、文化與社會，將法律之標準逐漸內化至個人之道德感中。亦即，刑法之功能在確認與維持既有之價值，而非創設、型塑新價值。

另有學者指出，社會規範與法律之間，常會產生一「根深蒂固的社會規範」(sticky norms problem) 現象，即指當某行為在社會上普遍盛行，即便透過立法予以禁止，仍無法改變該行為於社會規範中之地位。此時企圖以法律迫使社會規範改變，是一種無效率的手段，而應由改變社會規範本身著手。耶魯大學教授 Dan M. Kahan 教授便認為，即便法律無法變更社會規範，但立法者仍有可能透過法律，動搖「根深蒂固的社會規範」。其指出法律能否撼動社會規範之關鍵，在於該社會規範是否會抵制法律之實行。

其認為，如果法律過度譴責某一行為，而嚴重超過社會規範標準時，一般人產生對於法律之厭惡感，將勝過其對於法律本身之尊重，而使行為人拒絕遵守法律。而一旦有人帶頭拒絕遵守法律，其他人亦將仿效，反而形成不守法之風氣，使該社會規範更牢不可破。反之，如果法律之懲罰，僅稍重於社會規範標準時，一般人即便認為處罰稍重，但因其對於法律之尊重及懲罰之畏懼，仍將選擇守法。而一旦有人守法，其他人亦受其壓力而仿效，形成符合法律標準之新社會規範，而可逐步將社會規範引導至與法律標準相同。易言之，社會規範之改變不可操之過急，法律透過「輕擠」(gentle nudges) 的方式，反而比「猛推」(hard shoves) 更能有效改變社會規範。

因此，Dan M. Kahan 教授認為，此理論可提供如下幾點之啓示⁹：

⁹ Dan M. Kahan, Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem, 67 U. Chi. L. Rev. 607,

第一，修法不宜躁進。著作權團體及立法者須戒慎恐懼，欲以法律型塑社會規範需循序漸進，修法之範圍及幅度，均不宜過大，以防止社會大眾因「猛推」式之修法，而產生反效果。其應體認社會規範之改變，需日積月累、按部就班、潛移默化。而當法律與社會規範相當或稍重時，執法者較願意對於違反法律者施以訴追，審判者亦較願對之施以懲罰，而能逐步影響、型塑社會規範。

第二，留意懲罰之社會意義。如何拿捏懲罰之種類及程度，使其能具譴責之非難性，但卻又不至於使社會大眾產生反效果，是企圖以法律影響社會規範能否成功之核心。具有羞恥性（shaming）的懲罰，可供立法者為選擇之對象。例如罰款、公佈姓名及社區服務，均可表彰該行為具有違法性，應受譴責，但卻不至於產生因全面禁止或施以自由刑所可能產生刑罰過當之批判。

第三，借重人們之道德觀。立法者應借重人們之道德感，使其認為遵守法律規範係符合社會普遍之道德感，而可帶來其生活、身分之提升。如此一來，即便是對於法律規範有疑慮者，仍將選擇守法，而可塑造一較不利於違法者之社會環境，有利於促使社會大眾普遍守法。

第四，民事責任優先於刑事處罰。有認為亂世應用重典，希藉由提高刑法之嚴厲性，使某行為受到全面禁止或社會規範大幅度改變。然而，刑法之所以能有效之禁止、嚇阻某犯罪行為，與其係因懲罰之嚴厲性，毋寧是因該行為具有公認之道德非難性及社會非價性。但當某不具道德非難性或社會非價性之行為，卻面臨嚴厲之刑罰處罰時，行為人將對是否守法產生疑慮，並對法律制度產生排斥。此時若改以民事責任之立法，規範上意義上較刑法為輕，於促使行為人守法之餘，可降低其對法律之排斥感，作為將來逐步修訂更嚴格法律及徹底執行之基礎。此外，刑事處罰有賴於國家公權力之大量投入，違背社會規範之法律，將有損人民對於國家公權力之信賴，而民事責任更可迴避此棘手之問題。

第二項 著作權法與著作權之社會規範

第一款 以歷史觀點論著作權與科技演變之關係¹⁰

重製技術之進步與設備之普及化，導致潛在的著作權爭議不再僅侷限於少數之著作權團體之間，而有逐步逸脫其範圍，並形塑成新的著作權社會規範的現象。

以影印技術為例，出版商為恐圖書館對其雜誌之複印，影響其銷售，遂對圖書館興訟。然美國聯邦最高法院於 *Williams & Wilkins Co. v. United States*¹¹一案中，認為圖書館對於雜誌之複印，屬合理使用之範圍，使出版商斂羽而歸。然出版商卻未因此讓步，而

at 641~643 (2000)

¹⁰ Christopher Jensen, *The More Things Change, The More They Stay The Same: Copyright, Digital Technology, And Social Norms*, 56 *Stan. L. Rev.* 531, at 550~553 (2003)

¹¹ 487 F.2d, at 1355-56.

遊說美國著作權法 1976 年之修法，大幅限縮圖書館對複印雜誌之權利。自此，著作權人常透過訴訟、立法、或授權，軟硬兼施，捍衛其著作權網絡。

然而，此三管齊下之做法，仍有其侷限。著作權人授權之成效，取決於其能否有效地對侵權者訴追。當潛在之侵權者為企業時，訴訟對於著作權人，是符合利益衡量的，企業亦較願以授權方式，將權利金納入營業之必要支出，而免除訴訟可能所衍生之賠償及商譽損害。但當潛在之侵權者為個人時，著作權人之訴追將不符其利益，亦使授權可能性大為降低。

此現象，對著作權人而言，在數位化及網路普及之推波助瀾下，更顯急迫嚴重。數位化之重製，不僅質佳，數量上更遠勝從前。而網路普及，使侵權人化身為數以萬計之 ip 位址，著作權人無法進行有效之訴追，使法律之保護形同虛設。

對此，著作權人亦認識其訴訟、立法、及授權之方式仍有不足，而著作權防護措施屢遭破解，戮力於形塑一符合其利益之著作權社會規範，似乎為其唯一之選擇。其主要策略，則是灌輸社會大眾應將著作權視同傳統財產權，不容未經允許之任何形式侵害，否則即構成「剽竊」或「竊盜」，企圖扭轉網路使用者普遍之著作權侵害行為。

第二款 數位化時代下之著作權社會規範

對於著作權人透過訴訟、立法、授權與形塑社會規範等動作，廣大之網路使用者似乎無動於衷。網路上俯拾即得的無限資源，及著作權欠缺「自然法」效力之弱點，使得企圖改變社會規範之行為，事倍功半。著作權人需克服集體間所可能產生之「根深蒂固的規範問題」，方能改變著作權之社會規範問題。

對社會中之集體行為，社會規範可藉由提供「替代誘因」之方式，對遵守規範者與以鼓勵，對違反規範者施加處罰，可幫助減低「搭便車」行為，提升社會規範之遵循率，解決因集體行為所致之公共財供給不足問題。同時，社會規範之改變本身亦具其固有之集體行為問題，個別行為人需能在確知他人無搭便車行為之前提下，對於集體利益作出貢獻。

因此，只要此基礎能確立，即便不符效率之社會規範，亦將牢不可破。此 Catch-22 在著作權法中極為明顯。若著作權法為保護數位化音樂、書籍、電影等著作物所必要，一個有效貫徹著作權保護之空間，或許將能促使著作權人提供質量更佳之數位媒體。但著作權法徹底執行之效果，無可避免的將伴隨網路使用者自由之受限。若法律無強制力迫使網路使用者遵守法律所定之「著作權行為規範」時，各式之「違反著作權」行為，仍將自由地漫行。

固然法律之制裁可為一負面誘因，迫使行為人遵循集體利益行事。然而現今法令對

著作權侵害之貫徹率偏低，有認為已無法提供一有效之嚇阻作用¹²。但即便如此，經法律判定為「違法」之行爲，仍可影響社會對其之評價，間接促使行爲人屈服於法律之意旨。

例如，癮君子會自動避免於密閉場所抽煙，與其係出於畏懼罰鍰制裁，毋寧係基於違反時所承受之社會壓力。亦即，社會規範強化法律之效力。同時，亦因該禁菸規定被普遍遵行，人們亦逐漸認同該規定之實質效力，違反者不但違法，亦將同受社會輿論之譴責。

如同社會規範有強化法律之功能，法律亦有強化社會規範之效力。然而若社會規範與法律落差過劇，卻將發生短路的現象。歷次修法以來，著作權雖均對未獲授權之重製行爲加以處罰，但新科技的演進卻改變了此原則之實質內容，使法律之實然與應然產生落差。實然與應然之矛盾，將導致任何企圖以法律重塑社會規範之失敗。當法律將一不具有反社會性或道德非難性之行爲視爲違法，該法律將受到揚棄，亦使行爲人失去守法之誘因。

許多「根深蒂固」之 P2P 使用者，並不認爲侵害著作權有任何之道德或倫理之可非難性，而著作權人的訴訟嚇阻、遊說立法、授權和解策略，反而使衝突加劇。雙方因對著作權之認知南轅北轍，即便立法，仍舊無法化解雙方歧見，反使法律權威遭到無情的踐踏。更甚者，著作權人在這一波波的衝突中，反使 P2P 使用者或一般大眾，不但未能建立新著作權之社會規範，卻凝聚了其「反著作權社會規範」之向心力。

第三款 著作權在社會中之意義

著作權人固然對於層出不窮之侵權感到困擾，然而，爲何一般大眾無法由衷遵守著作權法規、尊重著作權人權利，而仍甘冒違法之處罰？此問題則與著作權法在社會規範中之意義與地位，息息相關¹³。

第一，智慧財產權，有別於傳統財產權，並不具有敵對性（nonrivalrous），而使侵害著作權，似乎並不存在一明顯之被害人，行爲人較無違法之認識及道德上之非難。第二，著作權法之權威性，受到輿論與學者之質疑，降低行爲人遵守之意願¹⁴。第三，著作權與傳統型態之權利，法律層面上或無差異，但在社會、心理層面上，民眾之感受卻不同。而著作權之工具性質，爲其理論架構之基石，卻與傳統權利之保護有別，降低民眾對著作權之尊重¹⁵。

¹² Jensen, *supra* note 10, at 561-563.

¹³ *Id.* at 540-544.

¹⁴ 學者並指出，人們較願遵守其認爲程序合法、內容合理之法律，而建議智慧財產權法律之修訂，應廣納普羅大眾之意見，民眾對於法律之信服度方能提升。並建議，社會大眾需有其代表，參與立法過程及利益團體間之談判，方能確保大眾之利益不在少數利益團體密室妥協中被犧牲。See Jessica D. Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, 72 *Cornell L. Rev.* 857, 903 (1987).

¹⁵ 例如，美國學界即流傳一則小故事。話說 Stanford 著作權法權威 Paul Goldstein 曾於其所教授之著作權法課程中，對修習該堂課之學生進行調查，絕大多數的學生，即便得手把手握爲百分之百，亦不會自實體

此外，傳統上著作權之社會規範問題，係存於作者與出版社、作曲家與唱片公司之間，一般社會大眾並不與焉。故傳統之著作權法，係一僅針對少數個人及團體之法律，並非以一般大眾為其規制對象¹⁶。然而，隨著科技革新，一般大眾亦逐漸擁有完美重製著作物之能力，其數量之累積足以威脅傳統著作權團體之利益，破壞既存之利益網絡。故在數位及網路時代下，有必要重新檢討著作權社會規範之對象及其範圍。

第三項 小結：如何建立著作權之社會規範

智慧財產權之刑罰化，可能是近年來刑事責任擴張最為迅速之一環。除專利除罪化外，商標法、著作權法、營業秘密等接連擴張其刑事罰責，在知識經濟時代，或許不應感到意外。固然有支持此趨勢者，認為唯有訴諸刑法，方能遏止著作權之侵害。然而社會大眾及學者，對於此趨勢，普遍採取反對立場，並有抗拒法律之現象。

主要原因在於智慧財產權為無體財產權，社會規範對於無體財產權之保護及範圍，不及於有體財產權般有共識。有學者指出，在人類成長的過程中，對於財產權之建立及他人財產權之尊重，均係以有體物為樣本，對於無形之知識或資訊，則係採取共享之態度¹⁷。Holmes 之名言：「法律之生命不在於邏輯，而在於經驗」，或許正可為此現象最佳之註腳。

而著作權法，常被行為人視為鞏固少數利益團體而設，使侵害著作權，正當化為「劫富濟貧」，並不具有道德非難性。因此，政府若要促使社會大眾確實遵守著作權法之規定，不能消極地期待藉由修法，即可生立竿見影之成效。毋寧應著力於社會規範之改變，灌輸社會大眾尊重智慧財產權之概念，方能使著作權內化為一般人之行為規範，而影響社會規範¹⁸。

此問題更因網路之普及與 P2P 下載之盛行，而帶入新的紀元。國外固然有 Kazaa、Grokster、Napster 等訴訟案例，我國亦有 ezPeer 與 Kuro，均引起社會關注。但社會對於著作權之忽視與漠視，並未因此稍減，各形式之盜版，依舊猖獗。著作權人在經由這些訴訟後，固然可贏回面子，但仍無法抵抗失去裡子。法院之判決流為螳臂擋車，無法遏止社會中普遍存在、蔓延之著作權侵害。

書店中竊取任何一本書籍；惟相當多的學生，則承認其會或有可能非法重製電子書。其原因在於，重製並未剝奪著作權人對其著作物之所有，與傳統之竊盜相較，對著作權人似乎未造成損害。Hardy, *supra* note 2, at 331.

¹⁶ 就此而言，對於基於商業目的而侵害著作權者施以刑罰及民事訴追，較能達到嚇阻及填補損害之目地。而作者及出版商等，在其小團體中，為顧慮其信譽及未來交易之機會，較願意遵守其行規（即不成文之著作權規範），而使具有商業規模者均臣服於其傳統著作權規範之下。

¹⁷ 其指出，人類自孩提時開始，即被教育為保護自己財產、尊重他人財產，藉以溶入社會群居之生活。而在此教育過程中，有形之有體財產權（例如糖果、玩具）常為此教育之主要標的。無體財產權之概念，在成長的經驗中並不存在，而係後天教育所學。甚而，資訊或知識可成為個人之財產權，亦違反人類成長之經驗（例如，父母常教導子女懂得「損己利人」之犧牲、分享美德，在著作權案件中毋寧更具誘因，蓋分享檔案在網路社會規範中，係「不損己利人」或「利己利人」之行為）。Hardy, *supra* note 2, at 335.

¹⁸ Stuart P. Green, *Plagiarism Norms and the Limit of Theft law*, 54 *Hastings L.J.* 167, at 238-240 (2002).

對此，應回歸著作權之工具性質，無論係著作權人所宣稱之「所有權絕對保護」或使用者所抗辯之種種著作權之例外及限制，皆不應混淆著作權係以公益、促進文化為目的之立法。著作權人無法忽視社會大眾對於此制度之疑慮，而應以社會普遍所能接受之標準，建構著作權之體系及倫理標準，否則將無法撼動大眾對於著作權之敵對態度。因此，如何將「著作權保護」與「公平合理」做連結，將是建構一可遵行之著作權社會規範所需面臨之核心問題。

而法律本身之除形式合法外，內容實質正當而與一般大眾法感情相符，為一般大眾自動守法之前提。但著作權人卻未曾將此納入考量，使著作權法徒具法律形式，卻不被社會大眾所認同。此外，著作權社會規範之合理、有效性，與著作權法是否被遵守，實為一體之兩面。當遵守著作權法成為一普遍之風氣，著作權之社會規範及其合理性亦同時被確認，而逐漸建立其權威。因此，貫徹著作權法所賦予之強制力，可能雖無法杜絕著作權侵害之發生，但仍可傳達出「著作權侵害係違法」之訊息，使社會大眾不得不注意著作權法之存在。

然而，法律強制力之貫徹，僅為解決問題之一環，就網路時代下之著作權問題，如何將遵守著作權法納入網路行為規範，無寧更具有實質意義。學者多建議建立新形式之營運模式，方能重拾傳統著作權之精神，平衡公益與鼓勵著作人創新。



第四節 著作權人訴訟策略之檢討

第一項 事實背景

在 2003 年九月，美國之著作權人及相關利益團體，有鑑於日益嚴重之網路著作權侵害問題，對於疑似非法散布音樂檔案之 261 位個別行為人，發動了第一波之大規模訴訟行為。到 2004 年 1 月底，RIAA 已達成 233 件之和解，總金額達 \$699,000 美金（約合台幣 2300 萬，平均每件和解金約為 10 萬台幣）。

但此僅為 RIAA 訴訟行動之序幕。在 2004 年 1 月 24 日，RIAA 復對 532 位個別行為人發動第二波之訴訟，並於同年 2 月 17 日對另外 531 位個人提出第三波之訴訟。RIAA 之執行長 Cary Sherman 於其新聞公告中宣示，著作權人將致力於提供高品質、貼近使用者之著作物，但在著作市場中，著作權人不應受到非法業者之競爭。其希望藉由數波之起訴，對外宣示其打擊非法音樂下載，捍衛著作權之決心¹⁹。

但是 RIAA 的訴訟策略，亦非一帆風順。RIAA 雖然打贏了對 Napster 一役，但是此案卻引發社會對於 P2P 軟體之關注與討論，並促使 P2P 使用者紛紛轉移至分散式 P2P（如 Grokster 或 KaZaa），增加著作權利益團體訴追之難度。而哥倫比亞上訴法院對於

¹⁹ 相關訴訟背景，可見 Grace J. Bergen, *Litigation As A Tool Against Digital Piracy*, 35 *McGeorge L. Rev.* 181, 200 (2004).

Verizon 案之判決，禁止 RIAA 援用 DMCA 作為迫使 ISP 交出網路使用者個人資料之依據，增加 RIAA 進行訴追之困難度。另外，被起訴之網路使用者亦非待宰羔羊，諸如援引美國憲法第一修正案、個人隱私權、法院管轄權、訴訟合併不當等抗辯，亦增加訴訟進行上之拖延。最後，第九巡迴上訴法院確認 Grokster 及 Streamcast 並不需為 P2P 使用者負擔「參與侵權責任」(contributory liability) 及「侵權代位責任」(vicarious liability)²⁰，迫使 RIAA 之訴訟策略，僅能針對個別 P2P 使用者分別提起。

第二項 著作權人大舉興訟之利弊

RIAA 大規模起訴之動作，除造成 P2P 使用者之恐慌與反彈外，亦引起學術界及科技界之批評聲浪。但 RIAA 之行動並不因此而受影響，其認為，在網路科技持續侵害著作權人利益之趨勢下，與其坐以待斃，不如用盡一切可能之手段，以維護其利益。

第一款 對使用人訴訟之利益

一、降低非法軟體之普及率

對使用人興訟最明顯之利益，在於被 RIAA 鎖定之軟體（例如 KaZaa），其使用人數均大減。雖不必然代表整體侵害著作權之情況有改善（例如，KaZaa 之使用者可能改用其他 P2P 軟體），但仍是有效的增加網路使用者侵害著作權成本之手段。而打擊非法音樂下載軟體，亦可為合法音樂授權軟體，剔除其於音樂市場中之競爭對手，迫使一些使用者改用合法音樂下載軟體，鞏固其經濟利益不被非法軟體所侵吞。

二、增加社會對此議題之認識

RIAA 大規模之起訴，雖然反應兩極，但無疑引發社會關注，對於保護著作權之訴求，取得相當多之媒體曝光率。蓋依當時之統計結果顯示，絕大多數之網路使用者並不認為網路上下載或分享著作物之行為構成著作權之侵害，亦不認為其所為係違法，或根本不在乎著作權法之規定。但在 RIAA 起訴後，統計顯示一般網路使用者對此議題之認識均有所增加，也開始注意自身行為是否可能觸法。且對於尚未嘗試自網路下載音樂之民眾，高達六成表示其不會嘗試網路下載，以免觸法²¹。

且以可能提訴之威嚇，對於網路下載猖獗之校園網路，亦發揮極大成效。蓋尚無獨立經濟來源之年輕學生，向來為使用非法音樂及軟體之主要族群。而校園學術網路頻寬既顯較其他私人網路為大，常成為各種散布非法音樂及軟體之大本營。錄音業者，於 2002

²⁰ 對於參與侵權責任之翻譯，亦有譯為「輔助侵權」、「幫助侵權」者。而代位侵權責任則有譯為「代位責任」者。對於各翻譯名詞之比較，可見蔡蕙芳，用戶著作權侵權之網路服務業者責任，科技法學評論，第一卷第 2 期，301 頁，2004 年 10 月。

²¹ See Kristina Groennings, Costs And Benefits Of The Recording Industry's Litigation Against Individuals, 20 Berkeley Tech. L.J. 571, at 579-580 (2005)

年十月，寄出 2,300 封信給各大專院校校長，要求其學生遵守著作權規範，以免觸法。各校紛紛建立其網路使用規則，限制非法分享軟體之使用。以賓州大學為例，其於 2003 年四月，以非法利用校園網路下載音樂及電影，禁止了該校 220 位學生使用網路²²。RIAA 之訴訟及通知威嚇，有效降低校園網路成爲盜版品分享之溫床²³。

三、保護合法音樂下載業者

RIAA 對於非法下載之訴訟策略，在媒體廣泛報導後，無形爲合法音樂下載業者提供免費之最佳廣告。過去合法之音樂下載業者，面臨 Napster 之免費下載，市占率不高。但在非法下載可能面臨訴訟及高達 \$3000 美元之罰金後，合法音樂下載業者每首歌 99¢，提供音樂下載者一合法、便利之替代選擇。

在第一波訴訟後，美國最大之線上商店 BuyMusic.com，稱其網路流量增加了 30%。直到 2004 年四月，17% 的音樂下載者稱其使用合法之付費軟體。且願意付費下載之比率從 16% 提高至 19%。直至 2004 年七月，付費下載者以自 iTunes 下載超過一百萬首音樂²⁴。

四、爲全面起訴揭開序幕

RIAA 之起訴策略，對於其他著作權人利益團體，具有指標性作用。蓋對潛在之消費者起訴，可能面臨極大社會輿論壓力，並產生嚴重反效果。若 RIAA 之訴訟策略未能收其預期成效，其他著作權人團體亦將避免投入此訴訟之戰場。

但 MPAA 在 2004 年，雇用了 RIAA 起訴時之律師，對 200 名使用者起訴，展開了 MPAA 之第一波對使用者之訴訟。IFPI 亦在德國、義大利及丹麥，對於網路使用者展開跨國之訴訟。

各種著作權人利益團體紛紛對國內外之網路使用者起訴，其來有自。蓋網路跨國之特性，使得使用分享軟體者，其分享檔案之範圍及於全球。而同樣之分享軟體，可用以分享音樂、電影、或軟體，使得各種著作權人利益團體需團結一致，合力打贏此場全球性之網路著作權戰爭。唯有將全球之網路盜版率完全杜絕或降低，著作權人之利益始能完全確保。

RIAA 之起訴，帶來立即之成效，使得其他著作權利益團體支持以訴訟防止侵權，

²² See Bergen, *supra* note 19, at 201.

²³ RIAA 對學生之訴訟，包括在 2003 年，對 150 位學生提出告訴、2004 年對 89 位學生提出告訴。被訴學生之共同特徵，在於其均分享大量之音樂檔案，平均每人高達 837 首。雖然法定罰金額係每首 \$750 美元、最高可罰 \$150,000 美元，但其平均和解金爲 \$3000 美元。在此波訴訟後，統計顯示受訪者承認自己有網路下載音樂之比率由 52% 大幅下降至 28%。See Groennings, *supra* note 21, at 581-582.

²⁴ *Id.* at 585.

整合其人力、物力，為全面性、跨國性之著作權訴訟，揭開了序幕。

第二款 對使用人訴訟之弊害

一、檔案分享趨於隱匿

雖然檔案分享之比率在訴訟之威嚇下已有降低，但卻仍穩定回升，訴訟策略並未能完全杜絕檔案分享之行爲。

根據加州大學及聖地亞哥超級電腦中心之研究指出，雖然訴訟有效降低被訴者之檔案分享流量，但整體檔案分享之流量並未降低，網路下載者僅是單純的改用其他分享軟體，並未停止檔案分享之行爲²⁵。

檔案分享者之遷移過程，可從 Napster 被訴後，轉移到較隱匿之 Gnutella。在使用 Fast Track 之 KaZaa 被訴後，檔案分享者即轉移到 BitTorrent。由網路之流量顯示，有越來越多檔案係以較難以偵測之方式傳送，而 BitTorrent, eMule, 及 iMesh 之使用者數量均有顯著之成長。

二、分享軟體趨於複雜

RIAA 之訴訟雖遏止了部分分享軟體之使用，但除迫使檔案分享者更換軟體外，卻亦促使分享軟體發展更趨於複雜，增加反制措施，防止 RIAA 之追查，增加著作權人起訴之困難。

例如 Morpheus、KaZaa Lite 及 Shareaza 軟體即提供使用者分辨著作權人「釣魚網站」之方法。Morpheus 也提供使用者連接到公眾伺服器之功能，使得 RIAA 無法查出使用者所用之 IP 位址。

三、著作權團體形象受損

或許著作權人採取興訟之最大缺點，在於其社會形象大損。姑且不論其對潛在顧客起訴之利是否大於弊，不分合法或非法之下載者，均不支持著作權人訴訟之策略。而極端之訴訟個案，亦常引發社會關注，而屢屢成爲著作權團體免費之負面宣傳²⁶。

且相當多網路團體及法律團體，對於此訴訟策略均公開表示批評與反對。許多網路

²⁵ Id. at 587.

²⁶ RIAA 之訴訟常發生亂槍打鳥或張冠李戴之情形。例如，RIAA 認一名教授涉嫌分享 2000 首音樂，卻對一名從未安裝分享軟體之雕刻家起訴。又如，RIAA 亦起訴一名老奶奶，指稱她涉嫌分享嘻哈及搖滾樂，最後認錯撤回告訴。此外，RIAA 對一名住在組合屋之 12 歲女童之父母起訴，亦引發輿論之不滿。See Id. at 590.

團體認為網路不應受到政府或法律之過度管制，而以著作權法對網路分享者起訴，無疑過度限縮網路科技之使用。其中如 Electronic Frontier Foundation、American Civil Liberties Union、及 Public Citizen，直指 RIAA 之訴訟，縱有利益，亦不會實質反應給著作人、改善創作環境，或鼓勵未來之創作。其亦教導社會大眾，若收到 RIAA 之搜索票及訴訟上之應注意事項，以抗拒 RIAA 之訴訟策略。

第三項 訴訟成效與著作權社會規範之關係

有學者指出，現今普遍分享著作物之社會規範，其原因雖然複雜，但是唱片業者營業模式之僵化、與創作者之關係不佳、想法與消費者之需求落差太大，均是促成檔案分享蔚為風潮之原因。對於著作權人訴訟策略之成效，其認為，訴訟對於教育社會大眾正確之著作權概念，實益不大，亦無法改變社會普遍分享、下載之著作權社會規範²⁷。

另有學者認為，訴訟之成效，需區分該相對人是否已有分享檔案或使用 P2P 之經驗。對於已有分享檔案或使用 P2P 軟體之網路使用者，因其已對著作權人存有負面印象，對使用者之訴訟並不會影響其價值觀，更遑論教導其尊重著作權之觀念。但對於尚無分享檔案或使用 P2P 經驗者，因其還未形成分享之習慣且未感受過非法軟體之便利性，則尚有教育尊重著作權之可能。但因免費之分享軟體，無論對於何種相對人，均具有極大之吸引力，故期待訴訟能發揮嚇阻與教育教育之功能，而不著手改變著作權之社會規範，無疑係不切實際。且只要非法分享之社會規範存在，其將逐步吸引合法使用者成為非法分享下載者²⁸。

因此，著作權人之訴訟策略，應將已使用過 P2P 軟體者之心態納入考量，否則提起訴訟將徒生社會大眾之反感，當著作權執法稍有鬆懈時，著作權侵害之行為，不僅將死灰復燃，亦將越燒越烈。總之，著作權人之訴訟策略，或可達其階段性之目的，但長久之計，著作權人應發展反盜版之科技、持續督促政府嚴格執行著作權法、改良合法線上音樂下載機制、與大專院校訂定授權契約、研發可攜式音樂播放器等，多管齊下，方可確保訴訟之成效²⁹。

第五節 小結

韓忠謨教授曾論：「刑罰之運用不可不慎，國家決定某種不法行為應否受刑罰制裁，首需考慮制裁所生之害，與不加制裁所生之害，孰輕孰重。苟不加制裁，其害較輕，則寧措刑不用，必也不加制裁，其害較重或至少與加制裁之害相等，始不得已而用刑焉。總之，是非與公平之感人所同具，凡眾之所認為「是」與「公」者，亦即社會正義之所

²⁷ Steven A. Hetcher, The Music Industry's Failed Attempt To Influence File Sharing Norms, 7 Vand. J. Ent. L. & Prac.10 (2004)

²⁸ Ben Depoorter, Norms And Enforcement: The Case Against Copy Litigation, 84 Or. L. Rev. 1127, at 1128 (2005)

²⁹ Groennings, supra note 21, at 592-599.

在。刑事立法對之應善為體察，苟設定刑罰，不能滿足正義觀念，固然引起刑政之弛緩，而超出正義觀念之範圍，則徒使人有刑罰苛酷之感，其利未見，其害滋深，終屬不當，是以國家之處置反社會行為，必須通權達變，可罪者則罪之，不然寧避免處罰犯罪之形式，而別謀處置之方³⁰。」

析其所言，竟與本章前述之外國文獻，有異曲同工之妙。韓教授前段無疑是採取「利弊分析法」之方式，探究國家對於刑罰權之運用，基於刑法之最後手段原則，必以刑罰化之利大於弊，方可訴諸刑罰。而其後段論述，則亦以社會分析之觀點，探究符合一般人民法感情之社會正義，否則刑法將僅成爲另一侵害人民權利之惡法。由此可知，對於刑罰化之理論與目的，不論國內外之學者，見解均似，皆肯認利弊分析法及社會分析法學術上重要之地位。

綜合美國學界之見解，大多數學者對於著作權刑罰化及著作權人之訴訟策略，對社會之整體利益仍抱持懷疑之態度，其認爲縱然此舉可能短期嚇阻著作權之侵害，但長期而言，卻係對著作權本質之殘害，不但有損著作權立法之意旨，更將危害社會整體之利益。其多認爲，「Piracy needs a pirate」，欲杜絕盜版問題，應從人性面著手，僅訴諸法律途徑，將無以應其變。最根本之道，在於形塑一社會可普遍接受之著作權社會規範，避免片面之立法，損害著作權人形象，助長反著作權之風潮。

我國著作權修法受美國影響頗深，最近一次之 93 年修法，亦可見到美國 DMCA 之縮影。我國學者亦普遍以美國文獻，作爲比較法上之素材。而我國之著作權人團體，亦多與美國著作權人團體結合，或爲其附屬。因此，美國學者對於該國著作權法之批評，對著作權人之建議，在比較法上，極具有參考價值，而可爲我國著作權法之借鏡。

³⁰ 韓忠謨，刑法原理，77 頁以下，1997。

第四章 網路著作權刑法妥適性分析：以我國判決實證研究為 中心

第一節 著作權刑事案件之要件

第一項 程序要件¹

第一款 有無告訴

依著作權法第 100 條之規定，第 91 條第三項及第 91-1 條第三項為非告訴乃論之罪，其餘各罪則須告訴乃論。常業犯於刪除前，依舊法規定，亦為非告訴乃論之罪。可知著作權侵害係以告訴乃論為原則，但對於較嚴重之侵害，則採非告訴乃論。

告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之²。而所謂六個月之起算期，依釋字 108 號解釋：「應自得為告訴之人，知悉犯人最後一次行為或行為終了之時起算」。又依最高法院 28 年上字 919 號判例，所謂知悉，乃確知犯人之行為而言。

實務上警方於處理違反著作權之刑事案件，有時誤認屬於非告訴乃論之罪，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³。

第二款 告訴是否合法

告訴之合法性，除是否於法定期間內提出告訴外，告訴狀上應有本人之簽名。實務上曾有代行告訴、概括告訴與代理自訴問題。

蓋無論外國或本國之自然人或法人，其著作人格權或著作財產權受到侵害時，得由本人親自為自訴、告訴或告發，亦得委由他人代為提起告訴或告發⁴。

而犯罪之得為告訴，以法益因犯罪遭受侵害為前提，故在法益未受侵害前，本人尚不得為告訴，自亦無從委託他人行使告訴權。故告訴雖可委託他人代為提起，但必須等具體侵害事件發生後，方得以個案授權之方式，授權代理人追訴。事前之概括授權，將

¹ 楊婉莉，司法實務上相關著作權案件之研究，台灣高雄地方法院檢察署九十年度研究發展項目研究報告，第 22-37 頁，民國 91 年 1 月。

² 又依最高法院 28 年上字 919 號判例，所謂知悉，乃確知犯人之行為而言。如初意疑其有此犯行，而未得確實證據，及發現確實證據，使行告訴，則不得以告訴人前此之遲疑，未經申告，遂謂告訴為逾越法定期間。

³ 見鄧振球，新智慧財產權法制刑事審判實務之解析，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，第 107 頁。

⁴ 最高法院 17 年第 89 號解釋及 18 年院字 122 號解釋。

不生委任提起告訴之效果⁵。至於是否可為代理自訴，實務見解採否定說⁶。

而告訴或請求乃論之罪，未經告訴者，依刑事訴訟法第 303 條第 3 款，應諭知不予受理之判決，自亦包括告訴不合法之情況。

第三款 有無告訴權

依刑事訴訟法第 232 條規定：「犯罪之被害人得提起告訴。又配偶得獨立告訴，被害人已死亡者，得由其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬告訴。」第 233 條亦規定：「但告訴乃論之罪，不得與被害人明示之意思相反。」

一、著作人格權人

現行法第 93 條⁷對於侵害著作人格權者，課以刑事處罰。而著作人格權之內容，包含第 15 條之公開發表權、第 16 條之姓名表示權、及第 17 條禁止不當改變權（同一性保持權）。而著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承（第 18 條），倘遭受他人侵害，自應由創作著作之著作人提起告訴。

二、著作財產權人

實務上侵害著作權之案件，毋寧以侵害著作財產權為大宗，而應由第 22 條至第 29 條所列之各著作財產權人提起告訴。故如第 22 條之重製權人、第 23 條之公開口述權人、第 24 條之公開播送權人、第 25 條之公開上映權人、第 26 條之公開演出權人、第 26-1

⁵ 台灣高等法院 82 年度上易字第 2711 號判決：「犯罪之得為告訴，以因犯罪行為，法益遭受侵害為前提，在法益未受侵害前，本人尚無得為告訴之對象，本人尚無得為告訴之對象，自亦無從委託他人行使告訴權。故告訴權可委託他人行使者限於其法益已受侵害，如為事前之概括委任，其代理告訴尚非合法」。板橋地方法院 89 年度易更字第 3 號判決亦謂：「按告訴得委任代理人為之，惟告訴既係向偵查機關申告一定犯罪事實並表示訴追希望之表示，是此項意思表示，具有特定代理之性質，以經特別授權為必要，且僅為告訴權人本人之意思所得決定，並無許代理人代為意思決定之餘地。故告訴代理權之得為授與者，自應在犯罪事實已經發生後始得為之，如事前概括之委任，本人是時尚無取得告訴之權限，自亦無從委託他人代行，因之其告訴並非合法。」

⁶ 台灣高等法院 88 年上易字 4634 號判決以：「刑事訴訟法第 37 條僅規定自訴人得委任代理人到場，但並無許自訴人委任代理人代為提起自訴之規定，此與民事訴訟得由訴訟代理人起訴之情形有異（最高法院 76 年台上字第 743 號判例參照）。次按文書由非公務員製作者，應記載年、月、日並簽名，其非自作者，應由本人簽名，不能簽名者，應使他人代書姓名，由本人蓋章或按指印，但代書人應附記其事由並簽名，為刑事訴訟法第 53 條所明定。...其提出告訴狀，告訴人欄均未蓋章或簽名，僅由代理人律師之印章而已，有該刑事告訴狀可按，核與首揭法條之規定不合，雖該公司及法定代理人對於律師有為告訴代理人之委任，有委任狀附卷，但此僅訴訟合法成立後委任其到場代為訴訟行為，要不能謂該受任人有代理告訴之權。...本件告訴之程式顯有未備，且此種法律上必備之程式欠缺，無從命告訴人為補正，應認本件未經合法告訴。...此種對於律師有為告訴代理人之委任，僅係訴訟合法成立後委任其到場代為訴訟行為，要不能謂該受任人有代理告訴之權（最高法院 70 年台上第 7369 號判例參照），亦不得謂告訴代理人到場為訴訟行為，即使原已存在不合法事項發生補正之效果，或認為委任狀之提出，即同於告訴狀之提出。」

⁷ 著作權法第 93 條：「有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金：一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。」

條之公開傳輸權人、第 27 條之公開展示權人、第 28 條之改作編輯權人、第 28-1 條之散布權人、第 29 條之出租權人，均為合法之告訴人，惟並不以此為限⁸。

三、藉由轉讓方式取得著作財產權之受讓人

著作權可分為著作人格權及著作財產權。著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承（著作權法第 21 條），但著作財產權則可以讓與、出質或授權他人行使，並因存續期間屆滿、著作財產權人死亡或法人解散而消滅。

而所謂著作財產權之讓與，係指著作財產權人將其所有之著作財產權，包括重製權、公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權、公開展示權、改作權、編輯權、出租權等終局地移轉所有權予受讓人之謂，屬於一準物權契約⁹。而受讓人則因此於受讓範圍內，取得著作財產權¹⁰，而得為合法之告訴人。

四、專屬授權人

所謂著作財產權之授權，係指著作財產權人以契約許諾被授權人利用其著作之一部或全部，但授權人本身仍保有著作財產權而言¹¹。而其授權契約，依「專屬」(exclusive)與否，可分為「專屬授權契約」及「非專屬授權契約」。前者為獨占之許諾，於契約授權利用範圍內，授權人不得再授權第三人，被授權人依契約之約定，取得行使該著作財產權之獨占權利。而後者，因授權人並未給予被授權人獨占權，授權人不僅得自行利用，且亦得再授權他人利用。

而過去實務上對於專屬授權之被授權人法律上地位如何、可否於著作權受侵害時提起訴訟？滋生疑義。最高法院 86 年台上 763 號判決雖提出目的讓與及默示授權理論¹²，惟並不能依該等理論推演出專屬授權之被授權人有告訴或自訴權，其中原因在於告訴或侵害之授權須於侵害發生時始得為之，而依目的讓與或默示授權理論推論有授權關係時，侵害尚未發生，自無從為合法有效之告訴或自訴之授權¹³。

有鑑於此，92 年修法時遂增訂著作權法第 37 條第四項：「專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行爲。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。」，明文賦予專屬授權之被授權人有提

⁸ 例如，出版人或發行人若取得印刷之重製權及為移轉所有權之散布權等財產權或有該等權利之專屬授權，則得基於該權利為告訴或自訴。但若僅取得非專屬授權，則不得提起告訴或自訴。羅明通，著作權法論 II，第 539-541 頁，2005 年。

⁹ 可參照最高法院 86 年台上字第 1039 號判決。

¹⁰ 著作權法第 36 條第二項：「著作財產權之受讓人，在其受讓範圍內，取得著作財產權。」

¹¹ 著作權法第 37 條第一項：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」

¹² 見羅明通，前揭註 8，第 61-65 頁。

¹³ 關於此部分之實務見解與學說討論，可見羅明通，同前註，第 58 頁。

起告訴或自訴之能力。

此外，學者有認為，授權人一旦為專屬授權，文義上固然受到第 37 條第四項後段之限制，而不得再行使訴訟上之權利。但依該條修正原意僅在限制授權人所授之實體上權利，並未考慮是否應限制授權人行使告訴或自訴權。且就經濟利益分析角度而言，訴訟權發動與否仍與授權人之經濟利益攸關，倘加以排除，殊非情理之平。故即便授權人為專屬授權後，就授權範圍內新發生之侵權行為仍得以著作財產權所有人之身分行使告訴或自訴權，不因專屬授權而受影響¹⁴。

第四款 外國人著作之保護與起訴

一、外國人著作之保護

於民國 74 年前，外國人著作須符合註冊主義及互惠主義，方受我國著作權法之保護¹⁵。民國 74 年著作權法修正時，則將外國人著作之保護納入著作權法本文，但仍採註冊保護主義及互惠原則¹⁶。

現行著作權法對於外國人著作之保護，則規定於第 4 條：「外國人之著作合於下列情形之一者，得依本法享有著作權。但條約或協定另有約定，經立法院議決通過者，從其約定：一 於中華民國管轄區域內首次發行，或於中華民國管轄區域外首次發行後三十日內在中華民國管轄區域內發行者。但以該外國人之本國，對中華民國人之著作，在相同之情形下，亦予保護且經查證屬實者為限。二 依條約、協定或其本國法令、慣例，中華民國人之著作得在該國享有著作權者。」對於外國人著作之保護，顯較舊法放寬¹⁷。

二、外國人著作之涉訟

在一般案件，外國公司需經認許，方有告訴人或自訴人之資格，否則只能為告發人¹⁸。外國公司代表人雖得以自然人身分向檢察官提起告發，惟卻不得以公司為被害人提

¹⁴ 見羅明通，同前註，第 61 頁。

¹⁵ 因美國與我國於民國 35 年訂有「中華民國與美利堅合眾國友好通商航海條約」，故民國 74 年前，美國人之著作為我國著作權法所唯一保護之外國人著作。

¹⁶ 惟該次修法仍與修法前有數點差異。第一、該次修正增加於中華民國境內首度發行者得申請註冊之規定，故縱與我國無互惠關係國家之國民亦得在我國首次發行後申請註冊以受保護。第二、本次修正之著作權法雖原則上不保護經註冊之外國著作之翻譯權，但如係原創性之音樂、科技或工程設計圖或美術著作專輯之翻譯權一經註冊即可受保護。

¹⁷ 相關闡述可見羅明通，著作權法論 I，第 332 頁以下，2005 年。

¹⁸ 依民法總則施行法第 11 條規定：「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。」第 12 條：「經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力。前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。」公司法第 371 條則明文：「外國公司非在其本國設立營業登記者，不得申請認許。非經認許，並辦理分公司登記者，不得在中華民國境內營業。」故外國法人倘未經認許，雖可視為民事訴訟法第 40 條第三項之非法人團體而提起民事訴訟，但並不得提起刑事之告訴或自訴。司法院 20 年院字第 533 號：「刑事訴訟法第三條所稱自訴人以自然人或法人為限，未經依法註冊之外國公司，既未

起告訴或自訴。但著作權法第 102 條卻特別規定：「未經認許之外國法人，對於第九十一條至第九十三條、第九十五條至第九十六條之一之罪，得為告訴或提起自訴。」故外國公司雖未經認許，根據該條，得由其代表人為告訴或提起自訴。

惟公司之法定代理人未必為公司之代表人，何人為公司之代表人遂為告訴或自訴是否合法之關鍵。故外國法人於我國境內提起告訴或自訴時，需由代表人具名代表公司提出告訴或自訴，除加蓋公司印信並由代表人簽名或蓋章外，且應提出文件證明該代表人之適格，再經該國政府機關及我國駐外機構辦理公證或認證，如此告訴始為合法¹⁹。我國司法實務上對於外國法人代表人身分之認定，則向來依外國法人之本國法定之，而非依我國之公司法²⁰。

第五款 年代的審查

基於創作保護主義，著作人於著作完成時，即當然享有著作人格權及著作財產權，並不需要任何形式或手續。故晚近各國之著作權立法，多不以登記或註冊取得著作權執照或登記簿謄本為必要，只要著作完成即受保護²¹。

我國於民國 74 年前，原以註冊為保護要件。但民國 74 年修法改採創作保護原則，不再以註冊為保護要件（惟對於外國人仍以註冊為保護要件，但對美國例外採創作保護主義），惟仍維持註冊併發給著作權執照之制度。民國 81 年修法時，則再將註冊規定改為登記制度，只發給登記簿謄本，且對所有外國人一體適用，刪除 74 年舊法對於外國人之著作需註冊方予保護之規定。民國 87 年之修法，則廢止著作權登記制度，但仍保留製版權之登記。

故我國人之著作倘於民國 74 年前欠缺註冊要件，則於法未合，並未享有著作權。外國人之著作，於我國是否享有著作權，則需就其國籍與應適用之法條，為個案之判斷。

第六款 保護期間的審查

著作權法除在保障著作人之精神所有權，亦在促進文化之進步，故就著作財產權部分設有存續期間之規定，使逾保護期間之著作屬於公共領域，供他人自由利用。惟就著作人格權部分，則限於著作人生存時，始有刑事責任。

取得法人資格，其以公司名義委任代理人提起自訴者，應不受理。」，可為佐證。

¹⁹ 羅明通，前揭註 8，第 534 頁。

²⁰ 最高法院 88 年台非第 35 號判決：「有關美國公司在我國為訴訟行為，何人有代表公司為訴訟之權能，應依美國之本國法定之，不宜逕行我國公司法之規定，僅以公司之董事長或董事為唯一有權代表公司之人...則苟美國之公司法或其他相關法律規定該職位之人在其職務範圍內有權代表公司為訴訟行為，能否謂其無代表告訴人公司提起本件告訴之權能，則非無疑。」對於外國著作之涉訟及辯護人可提之各種程序上抗辯，可見新竹地方法院 95 年易字第 417 號。

²¹ 羅明通，前揭註 17，第 283 頁。

就著作財產權之存續期間而言，則規定於著作權法第 30 條至第 35 條²²。實務上對於著作是否仍處於著作之保護期間，通常由告訴人提供證據證明之²³，但若著作之著作權人不明或未到案，司法實務上，仍可依常理判斷該著作是否仍享有著作權²⁴。

而著作人格權部分（著作權法第 15 至 17 條與第 18 條），因著作人之名譽、聲望及社會地位等人格利益與著作之社會評價緊密相連，不因著作人之死亡而消失。故著作之社會評價高低，不僅關係著作人之人格利益，且亦關係其親屬之精神上利益。若貶損著作人之人格利益，亦將間接造成其親屬精神上之不快或痛苦。而依我國著作權法第 93 條第一款²⁵，違反第 15 條至第 17 條之規定者，應負刑事及民事責任。惟若著作人死亡後侵害其人格權，現行法對侵害第 18 條之著作人格權者，已無刑罰規定，僅存民事救濟一途²⁶。

第二項 實體要件

第一款 客觀構成要件

²² 著作權法第 30 條：「著作財產權，除本法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年。(第一項)著作於著作人死亡後四十年至五十年間首次公開發表者，著作財產權之期間，自公開發表時起存續十年。(第二項)」第 31 條：「共同著作之著作財產權，存續至最後死亡之著作人死亡後五十年。」第 32 條：「別名著作或不具名著作之著作財產權，存續至著作公開發表後五十年。但可證明其著作人死亡已逾五十年者，其著作財產權消滅。(第一項)前項規定，於著作人之別名為眾所周知者，不適用之。(第二項)」第 33 條：「法人為著作人之著作，其著作財產權存續至其著作公開發表後五十年。但著作在創作完成時起算五十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年。」第 34 條：「攝影、視聽、錄音及表演之著作財產權存續至著作公開發表後五十年。(第一項)前條但書規定，於前項準用之。(第二項)」第 35 條：「第三十條至第三十四條所定存續期間，以該期間屆滿當年之末日為期間之終止。(第一項)繼續或逐次公開發表之著作，依公開發表日計算著作財產權存續期間時，如各次公開發表能獨立成一著作時，著作財產權存續期間自各別公開發表日起算。如各次公開發表不能獨立成一著作時，以能獨立成一著作時之公開發表日起算。(第二項)前項情形，如繼續部分未於前次公開發表日後三年內公開發表者，其著作財產權存續期間自前次公開發表日起算。(第三項)」

²³ 除人證外，相關之書證如財團法人電影及錄影著作保護基金會鑑識報告、查獲物品侵害價值估價表暨檢視報告書、網路列印資料、視聽著作權文件、視聽著作之錄影節目審查合格證明書、原產地證明、作品目錄、獨家授權合約等。

²⁴ 士林地院 96 年易字 1568：「查所扣光碟中固有 769 片並無著作權人資料，且無著作權人指述受有侵害，然我國著作權法既係採創作保護主義，是上開著作，於著作人著作完成時即享有著作權，且存續期間為著作人之生存期間及其死亡後 50 年。再查電腦程式著作日新月異，經常更新、進級，倘非新近之影音光碟，消費者不會購買，被告既銷售盜版電腦光碟，當無販售消費者不會購買之已逾著作權存續期間之過時盜版光碟之理。是前述盜版光碟，雖未據著作權人主張著作權，然該等著作亦為他人享有著作權之物，應堪認定。」

²⁵ 著作權法第 93 條第一款：「有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金：一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。」此規定歷經數次翻修。民國 92 年前之舊法雖已有此刑責，但 92 年修法時則認為侵害著作人格權之行為，以民事手段救濟已足，不以刑事處罰為必要，而將其刪除。惟旋於 93 年修法時，以德國、法國、日本、韓國等外國立法例為由，再度恢復刑罰。

²⁶ 著作權法第 18 條：「著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害。但依利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作人之意思者，不構成侵害。」此規定於 92 年前之舊法本於第 95 條第一款規定而有刑事責任，第 92 年修法時則刪除該款，認因著作人業已死亡，對其著作人格權之保護無須與其生存時等量齊觀，以民事救濟為已足。

一、具備著作保護要件

著作須符合我國著作權法之要件，方能訴諸法定之民事或刑事救濟途徑，捍衛其著作權。而我國著作權法第三條第一項第一款明文：「著作，指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」。學說與實務遂概認著作保護有四大要件：原創性、客觀化之表達、屬文學、科學、或其他藝術或其他學術範圍、且非不得為著作權標的之物²⁷。倘著作不具備上述四大要件，即不受我國著作權法保護，行為人侵害該著作之行爲，自未侵害他人之著作財產權或著作人格權，而不構成著作權法第七章之犯罪。

二、各罪所禁止之行爲

著作權法第七章中，各罪各有其禁止之著作權侵害行爲。例如第 91 條第一項之重製行爲、第 91-1 條第一項之散布行爲、第 91-1 條第二項之公開陳列或持有、第 93 條所列各種公開侵害著作權類型等。行為人之行爲，須符合著作權法第 3 條對各該行爲之定義與解釋，方屬各罪所禁止之行爲。

法院於判斷行為人是否有散布之意圖與犯行時，扣案之盜版遊戲片是否重複，且扣得之地點為何？可供此構成要件之判斷²⁸。

三、擅自

著作權法第 91 條、第 91-1 條及 92 條，均以行為人「擅自」侵害他人著作財產權為要件。而所謂「擅自」，即指未得著作權人授權而無權源。若行為人對於著作之重製，可符合個人使用或合理使用之檢驗，即屬對於著作權人權利之限制，並不需要獲得著作權人的同意或授權。但在其他情況下，欠缺同意或授權，即可構成「擅自」之要件。

第二款 主觀構成要件

²⁷ 相關論述請見第二章第一節。

²⁸ 例如桃園地院 96 年易字第 238 號：「觀諸附表一及附表二扣案之盜版遊戲光碟中，相同遊戲數量並非單片而有重複者，並非在少數，反屬大部分之情況，若被告欲供自己遊玩而購買，則何須就大多數之遊戲均購買兩片以上？...又訊之證人即參與被告住處搜索之員警丁○○證稱：本件搜索時，是在被告住處前半店面櫃檯內發現盜版片之目錄，且在客廳、廚房及儲藏室發現很多盜版光碟，在搜索被告住處及店面時，並無發現其他正版光碟...又盜版光碟擺放位置多在客廳茶几裡，廚房櫃檯及廚房後面的貯藏室，大部分放在貯藏室裡面...。由上開證人證詞可知，被告之店內放置盜版光碟目錄，且扣案之遊戲光碟片亦在其中，被告若係自己遊玩，何須相應之盜版光碟目錄，又何須使用牛皮紙袋及抄寫光碟編號之小抄筆記？且扣得之盜版光碟之位置多在被告住處廚房櫃檯、貯藏室內，若被告係供自己遊玩，大可與被告自己之電視遊樂器或電視一同擺放，何需藏置廚房櫃檯、貯藏室等隱密處所？綜上，由上述扣案之盜版遊戲片其相同遊戲內容多有重複、擺放處所不似自己遊玩，且備有相對應之遊戲目錄及抄寫編號用小抄筆記、牛皮紙袋等情形，顯見被告應有將該等盜版遊戲光碟販售之意圖，且被告之供述前後不一，有違常理，不足採信，其於本院審理時之辯詞，顯屬畏罪卸責，臨訟杜撰之詞，應以其先前於警、偵訊時自承係意圖販售而持有一節，較屬可採。」

一、故意

著作權法第七章之刑事責任，僅處罰故意犯，並不罰過失。故當行為人理解到之事實是自己未得著作權人同意或授權而重製他人著作（第 91 條）、散布他人著作原件或重製物（第 92 條），而且並非個人使用或合理適用的行為，而侵害他人之著作財產權時，方能謂已具備本罪所需之擅自重製之故意。

實務上對於行為人主觀上具有故意，亦即行為人對於構成犯罪之事實須明知並有意使其發生，且此主觀犯罪構成要件事實，應由檢察官或自訴人負舉證之責，苟積極證據不足為被告事實之認定時，基於罪疑為輕，即應為有利被告之認定，更不必有何有利之證據。

二、銷售或出租之意圖

著作權法 92 年之舊法，原係以「意圖營利」作為第 91 條與第 91-1 條之主觀加重要件。惟因意圖營利不易與經濟動機相區隔，且概念上可包含直接營利與間接營利，範圍失之過廣，93 年立法遂以「意圖銷售或出租」加以限縮。因此，倘行為人觸犯第 91 條或第 91-1 條之行為時，具有銷售或出租之意圖，即可加重論以第 91 條第二項或第 91-1 條第二項。



第三款 違法性

如具備不法構成要件該當之法益侵害或法益危險之行為，雖已具有推定之違法性，但仍需檢驗有無法定或超法規之阻卻違法事由。此思考並非使原來被禁止之行為合法化，而是因行為人目的正當，而且手段相當下保護其他更優位利益而被允許此類行為。以下試分述著作權法與刑法之阻卻違法事由。

一、合理使用

著作權法第 65 條第一項：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」。因此，司法實務上對於侵害著作權之刑事責任，於具備程序要件及實體要件外，尚需考量是否合於合理使用之規定，而可免負侵害著作權之民事及刑事責任。

對於合理使用於法體系之地位，學說上有權利限制說、阻卻違法說、與使用者權利說²⁹。我國實務見解似認為合理使用為阻卻違法事由，並不能阻卻行為之侵害性。故若依違法性阻卻之見解，未經著作權人同意或授權而重製受著作權法保護之著作已構成著

²⁹ 有學者認為，將合理使用解釋為使用者之權利，於我國著作權法體系並未合。且就一般利用人之角度而言，如認合理使用為一憲法所保障之基本權利，則此權利對著作財產權人權利之限制，即屬憲法上基本權衝突之問題，而應依利益權衡之原則判斷。要之，合理使用之作用在於平衡使用者與著作權人間之基本權之衝突，係源自憲法第 11 條之權利，並非僅為訴訟上之抗辯。見羅明通，前揭註 8，第 157-158 頁。

作權侵權，但因成立合理使用而阻卻違法。使合理使用成爲類似刑法第 21 以下之法定阻卻違法事由。

惟有學者指出，由我國著作權法第 65 條第一項：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」可知，合理使用並不構成著作權侵權，沒有法益侵害性，依法條文義，顯非阻卻違法事由，而爲阻卻構成要件該當性事由³⁰。

二、個人使用？

第 91 條第四項係民國 93 年修法時所新增，所謂「僅供個人參考」之意旨爲何，立法理由語焉不明，與傳統著作權限制之「合理使用」關係如何，亦引起學界討論。

1、合理使用與個人使用之關係

學者傳統見解認爲，第 91 條第四項，係著作權於立法院審查時，立法委員堅持下之錯誤立法。蓋著作權之合理使用，已規定於第 65 條第一項，第 91 條第四項無疑對此重複規範，實爲畫蛇添足之舉，徒增法制之混亂³¹。且第 91 條第四項僅謂「不構成『著作權』之侵害」，惟第 91 條所保護者爲著作權人之著作財產權，對於個人使用倘侵害著作人格權，是否仍應因第 96 條處罰，亦未明確。且此種將「僅供個人參考」與「合理使用」並列之立法，意味不是「合理使用」的「僅供個人參考」之利用著作，將不構成著作權侵害，將可免除民、刑事責任，而與國際條約中所確立之「合理使用」三步驟檢驗（Three-step-test）相違³²。

但晚近有學者³³認爲，個人使用與合理使用是不同性質的著作權限制事由。著作權法第 51 條是針對個人使用類型之範圍。個人使用自由來自私領域使用著作之自由。其認爲就理論上而言，在解釋合理使用範圍時，必須先依據各類型的著作權限制事由之目的與性質來確定，著作權法第 65 條第二項所列之審查標準，僅能發揮補充功能，提供

³⁰ 蓋法定阻卻違法事由之立法語法均爲「依法令之行爲，不罰。」、「業務上之正當行爲，不罰。」、「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰。」、「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急避難而出於不得已之行爲，不罰」，與之相較，著作權法第 65 條第一項之語法顯有不同。見蔡蕙芳，著作權法第 91 條擅自重製罪之刑法架構分析，台灣本土法學，第 100 期，第 65 頁，2007 年 11 月。

³¹ 章忠信，著作權法逐條釋義，第 240 頁，2007 年。

³² 所謂合理使用之三步驟檢驗，即需：第一、僅限於相關特定之情形下。第二、未與著作之正常利用相衝突。第三、不至於不合理地損害著作人法定利益。此原則係經由伯恩公約、WTO/TRIPS，乃至 WCT 及 WPPT 所確立。因此，根據著作權法專責機關智慧局之意見，認爲：「一、第 91 條第四項所謂之『僅供個人參考』僅在強調既有第四十四條至第六十五條合理使用條文中，與個人參考有關之事項，並未擴大既有合理使用條文之範圍，故並未在既有合理使用制度之外，另行創設一個刑事免責之範圍。二、第九十一條第四項所謂『不構成著作權侵害』，係指不構成著作財產權之侵害而言，並不包括著作人格權在內。三、第九十一條第四項『僅供個人參考』之規定，乃屬合理使用之例示規定，本身並未擴大或限縮第四十四條至第六十五條合理使用之範圍，於判斷有無違反第九十一條之一、第九十二條、第九十三條及第九十四條規定時，仍應判斷有無第四十四條至第六十五條規定，構成合理使用，以決定其是否違反各該條規定。」見章忠信，同前註，第 241 頁，

³³ 蔡蕙芳，前揭註 30，第 62 頁。

非類似於第 44 條至第 63 條之使用時，是否屬於合理使用之判斷。而個人使用著作物，既未規定於第 44 條至第 63 條之著作權限制事由，亦不具有創造性，顯與合理使用之範疇有別，並不適宜以第 65 條第二項之標準加以檢驗，否則將壓縮主張個人使用之空間。

2、第 91 條第四項之刑法體系地位

傳統學說及實務見解，既認為個人使用屬合理使用之下位概念，則個人使用亦僅屬阻卻違法事由。

但晚近有學者認為第 91 條第四項之個人使用，應是排除刑事不法性之規定，而與第 65 條第一項之合理使用係排除民事不法性有所不同。因此，因刑法構成要件之解釋向來採取嚴格之解釋方法，不具有民事不法之行爲，亦不具備刑事不法性。因此，個人使用與合理使用同時不具備民事不法性及刑事不法性。且就第 91 條第四項之用語係以「不構成著作權侵害」，可知個人使用並不構成著作權侵權，不具有法益侵害性，顯非屬於刑法犯罪階層中之阻卻違法事由，而為阻卻不法構成要件該當事由³⁴。

三、刑法總則之阻卻違法事由

我國刑法於第 21 條至 24 條，列有諸如依法令行爲、業務上正當行爲、正當防衛、緊急避難等法定阻卻違法事由。至於超法規阻卻違法事由之種類，學說上則認為有得被害人承諾、義務衝突、可罰違法性、教師懲戒權等³⁵。

而依刑法第 11 條本文「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之」，著作權刑罰章為附屬刑法之一環，倘符合刑法所列法定阻卻違法事由或超法規阻卻違法事由，亦應可加以援用。

四、著作權侵害實質違法性之問題

刑法論理在違法性之判斷上，有將違法性區分為形式之違法性與實質之違法性。稱形式或實質，乃用以表示係就法律之形式規定，或就行爲之實質內涵而從事違法性之判斷。行爲只要具有構成要件該當性時，即可認定具有構成要件該當之違法，該行爲若不符合刑法所定之阻卻違法事由，則該行爲即具有形式之違法性。然違法性並非僅為行爲與法律規定之形式關係問題而已，事實上違法性亦有其實質內涵，乃行爲實質上對於法律規範所保護法益之實害或危險。

³⁴ 蔡蕙芳，同前註，第 64-65 頁。

³⁵ 林山田，刑法通論，第 281 頁以下，2000 年。

因此，某構成要件該當行為符合形式違法性後，仍需進一步就整體法律規範之價值體系，為是否具有實質違法性之審查。若在此等實質違法性判斷上，可以判定該行為具有社會相當性，或行為係為達正當目的之適當手段，或因行為對社會之利大於弊等等，而不具實質之違法性者，則構成要件該當行為雖不符合法定阻卻違法事由之法定要件，但亦有可能判斷為不具違法性，而不構成犯罪³⁶。

有學者即認為，並非任何侵害著作財產權之行為，均具有實質刑事之不法，而具有應刑罰性。我國於 92 年修法時，曾企圖以重製之份數與金額，將侵害著作權之實質不法性與以具體化，以作為民事不法與刑事不法之區隔。但 93 年修法時雖將上述規定刪除，但現行實務上仍需由審檢對於個案進行實質違法性之檢驗，審酌該重製行為是否對於著作權人之利益造成實質重大之影響³⁷。

第四款 有責性

在刑法三階層體系中，對於已具備構成要件該當性而無阻卻違法事由之行為，最後仍需進行有責性之檢驗，以檢驗是否行為人對於具有違法性之構成要件該當行為係屬可非難，而應負擔刑事責任。而依目前通說規範責任論，罪責要素應包括責任能力、不法意識、及期待可能性³⁸。

一、責任能力

行為人必須在行為當時具有自我決定之能力，亦即有判斷非法，並依此而不為違法之能力，始有罪責可言。現行刑法係以年齡與精神狀態為判斷行為人有無責任能力之依據，而將責任能力區分為無責任能力、限制責任能力與完全責任能力。

而責任能力於網路著作權案件中，實際之爭議並不顯著。著作權案件中之被告多為完全行為能力人，縱行為人屬限制行為能力人，亦僅是否減輕其刑之問題，與犯罪之成立無涉。

二、不法意識

不法意識係指，行為人知其行為為法律所禁止。其並不要求行為人對於特定刑罰法律規定有所認識，亦非對於行為可罰性之認識，而是行為人瞭解其行為有違法律規範之

³⁶ 林山田，同前註，第 233-234 頁。

³⁷ 與此概念相關者，為日本之「可罰違法性理論」，對於所侵害之法益即為輕微，以致就刑罰之意義而言已不足道之情況，而認為不構成犯罪。惟此理論備受我國通說所批評，認為違法性係行為與整體法律秩序對立之關係，並不存在輕重之分，而無可罰或不可罰違法性之區隔。惟亦有學者認為，該理論並非毫無可採，而係刑法體系上之問題。因若行為人之行為論以最低限度之刑罰都已違背衡平原則，則行為人的不法行為無責任，應屬於有責性層次之問題，而非違法性之問題。相關論述可見，林山田，同前註，第 235 頁。

³⁸ 林山田，同前註，第 293 頁。

禁止或誡命。因此，行為人只要知道其行止係違背法律規範，而與社會共同秩序之要求不相一致者，即具不法意識³⁹。

實務亦有見解表示，只需行為人認識其行為違反規範或社會規範而與社會共同生活秩序維持之要求相牴觸之意⁴⁰。亦即，法院於檢驗行為人是否構成侵害著作權之刑事責任時，對於不法意識之檢驗，需將社會規範納入考量。蓋在科技發展日新月異之下，新興著作種類與利用型態，何種構成民事侵權，甚而施以刑罰，取決於國會之立法，未必能與現行之社會規範相契合，行為人並非無主張其欠缺不法意識之可能。

若行為人欠缺不法意識，刑法中稱之為禁止錯誤，倘係不可避免之禁止錯誤，依刑法第 16 條規定⁴¹，阻卻行為人之有責性。倘行為人之禁止錯誤係可避免，則行為人仍具有罪責，但法院得減輕罪責，從而減輕行為人之刑事責任。學說上有對於網路上侵害著作權者，倘行為人遵守大多數人認同之社會規範，自認為是社會共同生活秩序所容許之合法行為，應屬欠缺不法意識之禁止錯誤⁴²。

三、期待可能性

期待可能性係指行為人個別的違法行為，期待其選擇其他行為，即以合法措施代替違法行為之可能性。倘依行為人行為時的因素，以致於沒有合乎規範而行為的可能性，則無期待可能性。而對於期待可能性判斷之標準，學說上雖有不同看法⁴³，但學者認為區分之實益不大。

理論上而言，以期待可能性作為罪責要素之一，如果欠缺期待可能性，則行為就欠缺罪責不構成犯罪，當然就不科刑罰。如果期待可能性減輕，則罪責減輕而刑罰減輕。

要之，在網路使用者之使用規範與著作權法之法律規範存有極大落差時，能否期待行為人遵守法律規範，實有疑義。蓋著作權之立法與修法，屢屢存有爭議或屈服於國際壓力，使其法律之權威性大幅降低。而傳統上基於個人使用及合理使用範圍之不明確，在網路行為規範之盛行下，行為人有無期待可能，似不可一蓋肯定之。

第二節 我國著作權刑事案件統計概述與研究方法

³⁹ 林山田，同前註，第 308 頁。

⁴⁰ 參見台北地方法院 92 年訴字 2146 號判決。

⁴¹ 刑法第 16 條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按期情節，得減輕其刑。」

⁴² 其更進一步指出，除欠缺不法意識外，因著作權法規範之模糊，亦可能增加行為人之懷疑性不法意識。對此則應再審查其違法性疑慮是否可消除，倘不可排除時，是否可避免之審查。見蔡蕙芳，前揭註 30，第 79-80 頁。

⁴³ 計有行為人標準說、平均人標準說、國家標準說。不過，嚴格而言，其間之差異實際上並不大。

第一項 前言

經濟部智慧財產局自 2003 年 5 月起，連續兩年委託國立政治大學進行我國音樂 CD 及影音 VCD/DVD 盜版率之調查。而其研究報告指出⁴⁴，我國 2003 音樂 CD 盜版率為 32.8%，而影音 VCD/DVD 盜版率為 47.2%，2004 年的音樂 CD 盜版率則為 39.1%，而影音 VCD/DVD 的盜版率為 51.3%。雖然 2004 年的調查之盜版率較 2003 年為高，但是研究顯示，盜版率之上升並非傳統盜版品取得管道的問題，在夜市、路邊攤，或電腦商場或超市購得盜版之情況有顯著下降，但是透過郵購、網路、傳真、夾報、與人員直銷等方式購買之比率，有顯著上升⁴⁵。此外，該研究亦顯示，2004 年由網路下載音樂或電影的比率，相較於 2003 年，亦也有所提高⁴⁶。因此，網路下載是我國 2004 年盜版率上升之主因，而盜版品出版之通路轉移至無遠弗屆的網路上，亦使執法單位面臨新的挑戰。

近期之實證研究亦再度證實此結果，根據台灣商業軟體聯盟（BSA）統計顯示，在 2004 年 1 月到 9 月間，台灣在網路上的軟體侵權行為，比 2003 年成長了 230%，而透過點對點（P2P）交換的盜版行為，更是大幅增加了 770%。BSA 並指出，目前較常見之網路盜版行為，包括 P2P 交換軟體、網站銷售、電子郵件銷售、FTP 檔案傳輸、序號破解檔案提供等⁴⁷。並根據學者研究結果指出，產業界一致認為網路侵權的情況嚴重，不僅侵權之比例升高（甚至有認為高過實體侵權下降之比例），且損害額難以估算⁴⁸。

而根據法務部之司法統計⁴⁹，民國 91 到 95 年各地方法院檢察署受理違反著作權法、商標法之智慧財產權案件，平均每年約 5600 件，除 93 年低於 5000 件外，其餘各年皆在 5000 件以上，尤以 95 年超過 6000 件最多，約 6500 件，較上年同期增加 17 個百分點，該類案件近三年呈現增加態勢。

⁴⁴ 鄭天澤、彭日欣，網路侵權行為與台灣地區盜版率，政大智慧財產權論，第 3 卷第 1 期，第 49 頁，2005 年 4 月。

⁴⁵ 在音樂 CD 方面，由夜市、路邊攤購買的比率由 2003 年的 25.8% 下降到 2004 年的 16.9%；而由電腦商場或超市購買之比率，亦由 2003 年的 6.2% 下降到 2004 年的 2.7%；在影音 VCD/DVD 方面，在夜市、路邊攤購買之比率由 2003 年之 20.4% 下降到 2004 年的 15.9%；由電腦商場或超市購買之比率，由 2003 年之 11.1% 下降到 2004 年的 5.0%。而以音樂 CD 為例，透過郵購、網路、傳真、夾報、與人員直銷等方式購買之比率，由 2003 年的 9.4% 上升到 2004 年的 18.8%；而朋友贈送的比率，由 2003 年的 53.3% 上升到 2004 年的 58.3%。而影音 VCD/DVD，透過郵購、網路、傳真、夾報、與人員直銷等方式購買之比率，由 2003 年的 9.3% 上升到 2004 年的 12.9%；而朋友贈送的比率，由 2003 年的 62.4% 上升到 2004 年的 67.2%。

⁴⁶ 網路下載音樂之比率，由 40% 上升到 55.4%；網路下載電影之比率，由 7.8% 上升到 11%。

⁴⁷ 蔡明誠，數位時代著作權侵害對產業衝擊之研究，智慧財產權月刊，第 99 期，第 22 頁，2007 年 3 月。

⁴⁸ 蔡明誠，同前註，第 35 頁。依其研究所示，數位時代著作權侵權之衝擊程度，與產業別有密切關聯性。音樂產業認為網路傳輸侵害情形嚴重，甚已超越光碟盜版。視聽產業中，對於網路侵權與光碟盜版孰侵害較巨，則仍有不同意見。而相較下，軟體產業與出版產業所受之衝擊顯然較小。

⁴⁹ 法務部民國 96 年侵害智慧財產權專題分析。<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/712518333030.pdf> (最後到訪日 2008 年 1 月 3 日)

侵害智慧財產權案件新收及偵查終結統計

單位：件；人；日

項目別	新收案件	偵查案件終結人數								平均結案日數
		合計	有犯罪嫌疑	通常程序	聲請簡易刑	緩起訴	依職權起訴	罪嫌不足等	其他	
91年	5,156	6,739	3,132	1,789	1,204	38	101	2,152	1,455	109
92年	5,903	7,491	3,704	1,533	1,828	190	153	2,393	1,394	83
93年	4,838	6,294	2,847	707	1,625	352	163	2,320	1,127	81
94年	5,575	7,005	3,451	853	1,789	628	181	2,467	1,087	73
95年	6,525	8,190	4,184	1,008	1,801	1,045	330	2,953	1,053	71
著作權法	3,695	4,785	1,959	767	656	390	146	2,134	692	77
商標法	2,830	3,405	2,225	241	1,145	655	184	819	361	63

而在民國95年各地方法院檢察署智慧財產權偵查案件終結計6,400件、約8,200人，有犯罪嫌疑者約42,000人，占51.1%，其中依通常程序提起公訴及聲請簡易判決處刑者約計2,800人，占有犯罪嫌疑者之67.1%，緩起訴處分者約為1,000人占25.0%，依職權不起訴處分者330人；罪嫌不足等不起訴處分者近3,000人，占終結人數之36.1%，其他原因簽結者約1,100人占12.8%。而著作權法案件平均結案日數約為77日，遠低於規定之八個月辦案期限。

而95年經法院判決確定有罪移送地檢署執行之侵害智慧財產權案件計2,197人（著作權法896人、商標法1,301人），同時獲判宣告緩刑者計859人，占有罪者之39.1%；定罪率為92.1%；按所犯法條罰則分，著作權法案件部分以第91條及91-1條第3項最多。

侵害智慧財產權案件執行裁判確定有罪統計

單位：人；%

項目別	執行裁判確定有罪人數						定罪率	宣告人緩數
	合計	六月以下	六月以上 一年未滿	一年以上 二年未滿	二年以上	拘留 罰金		
91年	1,665	1,059	95	317	21	173	85.7	709
92年	2,392	1,308	175	402	14	493	88.8	908
93年	2,159	994	86	244	25	810	89.4	714
94年	2,161	940	164	177	22	858	95.6	772
95年	2,197	869	368	143	5	812	92.1	859
著作權法	896	321	356	140	5	74	87.4	580
商標法	1,301	548	12	3	-	738	95.7	279

再就侵害智慧財產權犯罪者進行特性分析，在民國95年執行之定罪人數中，男性占五成七，女性占四成二，男女比例約為14：10，女性犯罪者所占比例逐年增加；年齡層

以20至未滿40歲者最多，合計約占六成七；至於侵害智慧財產權案件之再(累)犯所占比率為8.3%，遠較全部刑事案件29.3%之平均再(累)犯比率為低。

95年侵害智慧財產權定罪者特性

		單位：%；歲	
項目別	百分比	項目別	百分比
依性別分	100.0	依年齡層分	100.0
男	57.2	10-未滿 20 歲	1.8
女	41.8	20-未滿 30 歲	34.0
法人	1.0	30-未滿 40 歲	33.0
再(累)犯比例		40-未滿 50 歲	19.6
智財案件	8.3	50-未滿 60 歲	7.7
全部刑事案件	29.3	60 歲以上	2.9
		不詳	1.0
		平均年齡 (歲)	35.2

由以上統計可知，智慧財產權(包括著作權)侵害之案件，數量有逐年增高之趨勢。惟該等統計雖直指網路為此趨勢之推手，卻未能就與網路相關之著作權案件進行統計，而分析該等案件之特性、與傳統著作權案件間之差異，遂源生本章研究之重心。



第二項 研究方法

本研究利用司法院之法學資料檢索系統為查詢判決書之工具⁵⁰。限定以「著作權」為案由，以至民國 97 年之各地院及高等法院判決，並以「網路」為檢索詞，羅列出所有相關判決後，在一一檢驗，剔除案例事實與網路無關者⁵¹。

因本文係以與「網路」相關之「著作權」案件做為研究之樣本，進行量化研究。而網路係近年始蓬勃發展之新興科技，故與其相關之著作權案件，縱於民國 90 年亦屬極少數。因此，早自民國 88 年之判決即已納入法學資料檢索系統之資料庫範圍，對於研究之母體，並不會有闕漏。此外，因著作權案件事實較其他刑事案件單純，法院亦多以簡易程序辦理，影響法院判決之因素較少，較其他類型之案件，更適合進行量化分析。

此外，為有效研究各法院實質審理之情況，判決主文為「免訴」、「管轄錯誤」、「不受理」等程序判決，均排除於本研究樣本之外。而若干判決因司法院電腦系統轉檔出錯，導致若干資料不齊全而影響樣本有效性者，亦忍痛予以割愛。而本論文雖就地方法院、上訴審法院等事實審進行判決主文及理由之統計，但對於遭上訴法院廢棄或變更之原審

⁵⁰ 司法院法學檢索系統之裁判書查詢系統為我國最完整之公開裁判資料庫，其中收錄我國各級法院自 1999 年 8 月 1 日迄今公開之判決。其網址為 <http://jirs.judicial.gov.tw/>

⁵¹ 其中剔除最多者，早期為網路咖啡廳業者與軟體商所衍生之授權爭議、某某網路公司之著作權糾紛等。而若行為人係透網路購買盜版，在以實體方式(如地攤、經營實體店面)出售，因以網路購入盜版行為並不違法，故亦排除於本件之樣本之外。

判決，並未將該地方法院判決排除於母體之外。蓋法院之論罪科刑過程亦為為本文主要之研究目的，第一審縱與上訴審有歧異，仍屬法院一獨立之論罪過程，仍具有參考價值。且因相當多案件符合「中華民國 96 年罪犯減刑條例」，為求公允，本文於統計時，以適用減刑條例前之判刑為計算標準。

因此，本研究共統計地方法院判決共 661 個、二審法院判決 149 個⁵²。

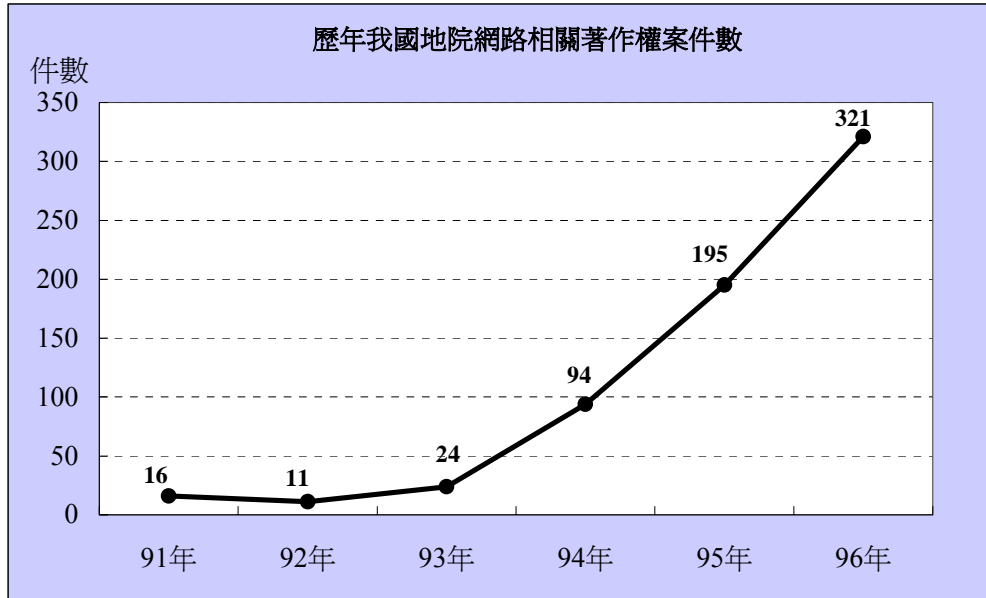
第三節 地方法院各侵害類型統計

由歷年統計資料可看出，與網路相關之著作權刑事案件，呈現逐年增加之趨勢，其增加幅度遠大於著作權案件整體之成長率。

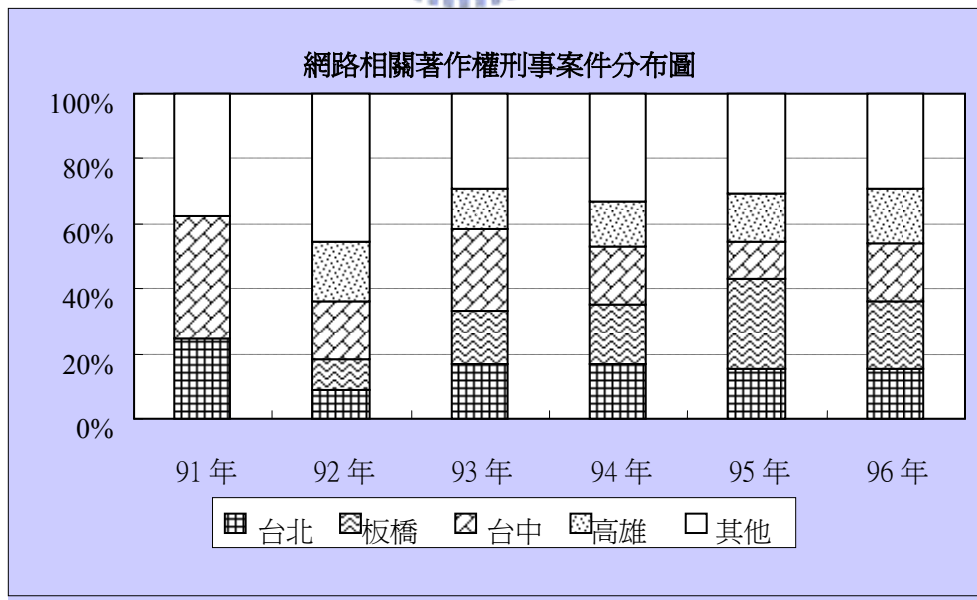
各地院網路相關著作權刑事案件統計							
	91 年	92 年	93 年	94 年	95 年	96 年	總計
台北	4	1	4	16	30	47	102
士林	0	0	0	2	8	13	23
板橋	0	1	4	17	54	68	144
宜蘭	0	0	0	0	0	1	1
基隆	0	0	0	3	6	3	12
桃園	0	0	3	7	19	30	59
新竹	2	0	0	0	2	6	10
苗栗	0	1	0	0	0	2	3
台中	6	2	6	17	22	55	108
彰化	3	3	0	3	3	7	19
南投	0	0	0	1	4	4	9
雲林	0	0	0	1	1	0	2
嘉義	1	1	1	2	1	5	11
台南	0	0	3	10	13	18	44
高雄	0	2	3	13	29	57	104
花蓮	0	0	0	0	0	2	2
台東	0	0	0	0	0	0	0
屏東	0	0	0	2	3	3	8

⁵² 詳細判決字號，請見附錄二。

澎金馬	0	0	0	0	0	0	0
總計	16	11	24	94	195	321	661



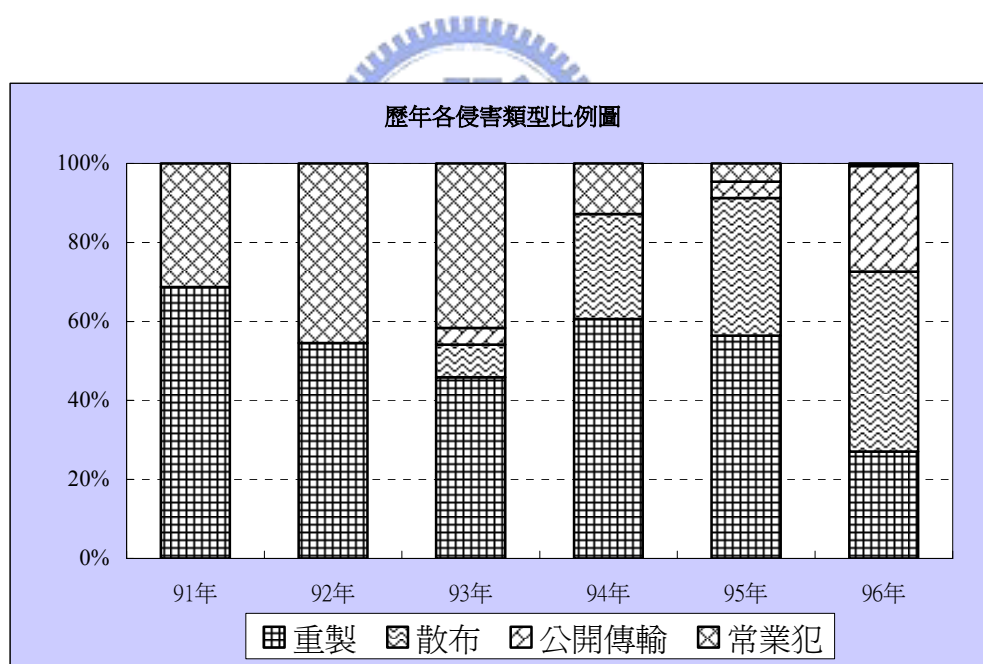
而由各地院之案件數分配可知，網路相關之著作權案件集中於都會區之地方法院，依序為大台北地區之板橋地院與台北地院、台中地院、及高雄地院。此四大地方法院，自民國 91 年至 96 年，案件量佔全國之六、七成（依次為 62.5%、54.5%、70.8%、67%、69%、70.7%）。



而就犯罪類型分類而言，民國 92 年修法時所增訂之第 91 條第三項及第 91-1 條第三項，屬於案件量集中之核心。但第 92 條之公開侵害著作權罪，則在民國 96 年異軍突起，案件數激增。而原第 94 條之常業犯規定，則因配合刑法修正而於 95 年刪除後，案

件量漸減。

歷年各侵害類型案件數一覽表								
		91年	92年	93年	94年	95年	96年	
第91條	I	6	3	2	7	4	13	35
	II	5	1	0	0	0	1	7
	III	0	2	9	50	106	73	240
第91-1條	I	0	0	1	1	0	5	7
	II	0	0	0	0	1	1	2
	III	0	0	1	24	67	140	232
第92條		0	0	1	0	8	86	95
第94條		5	5	10	12	9	2	43
		16	11	24	94	195	321	661



由上圖可知，重製罪自傳統著作權案件至新興之網路著作權侵害案件，均佔有一席之地，惟重要性卻有降低之趨勢。蓋在網路無遠弗屆特性的推波助瀾下，散布及公開傳輸案件激增，促使散布罪與公開傳輸罪之比率在民國93年後逐年攀升。且在民國95年修法刪除常業犯後，已與重製罪呈現鼎足而立之情況。

第一項 第91條 重製罪

第一款 判決統計概述

重製罪自民國 87 年後歷經 92 年及 93 年之修正後，使法院判決需認定行為時點，比較新舊法，以適用最有利於行為人之法律。其中，以 87、92 年舊法論罪者，各計有 14、18 件。

以 87 年舊法第 91 條第一項論處之 9 個判決中⁵³，平均處有期徒刑 7.7 個月，均獲易科罰金或緩刑。以該條第 91 條第二項論處之 5 個判決⁵⁴中，平均處有期徒刑 9.2 個月，有 4 件獲得緩刑。其犯罪模式，多為利用網路空間，架設買賣互易盜版光碟之網站。

以 92 年舊法第 91 條第一項論處之 3 個判決中⁵⁵，均獲判法定刑下限之六個月，且易科罰金。該次修法所新增之第三項，則有 14 個判決⁵⁶，平均判刑 5.57 個月，獲判易科罰金比率高達 86%、並有 71%獲緩刑，並無需入監服刑者。而平均重製之光碟量為 293 片⁵⁷。犯罪模式，亦為利用網路空間，架設買賣互易盜版光碟之網站。

而以 93 年現行法論罪者，則高達 250 件，可歸因於兩大因素。其一，網路日益普及，交易日趨熱絡，案件量自然增加。其二，著作權法於 92 年修法後旋於 93 年再度修正，而法院普遍認定著作權侵害具有集合犯性質，倘行為時點橫跨新舊法，則逕以被查獲時（新法）為論罪科刑之依據，並不待進行新舊法孰有利於被告之比較，大幅降低適用 92 年舊法之可能性。

在現行法第 91 條中，第一項共有 22 件⁵⁸，平均處有期徒刑 4.89 個月，易科罰金比率高達 95.6%。而第三項即占 226 件，為重製罪歷年來案件集中之重心。倘依重製權數量將案件分級⁵⁹，再計算各級之平均判刑，可知法院之判刑，固然與侵害之嚴重度相關，惟需侵害達較高之級數（約第 6、7 級，即 500 片以上），方呈現較高之漲幅。

⁵³ 90 自 929、90 訴 2875、91 訴 420、91 訴 880、91 易 351、91 自 495、91 易 738、92 簡 3941、92 易 855。

⁵⁴ 90 訴 1321、90 訴 1322、91 訴 522、91 簡 1380、91 訴 492。

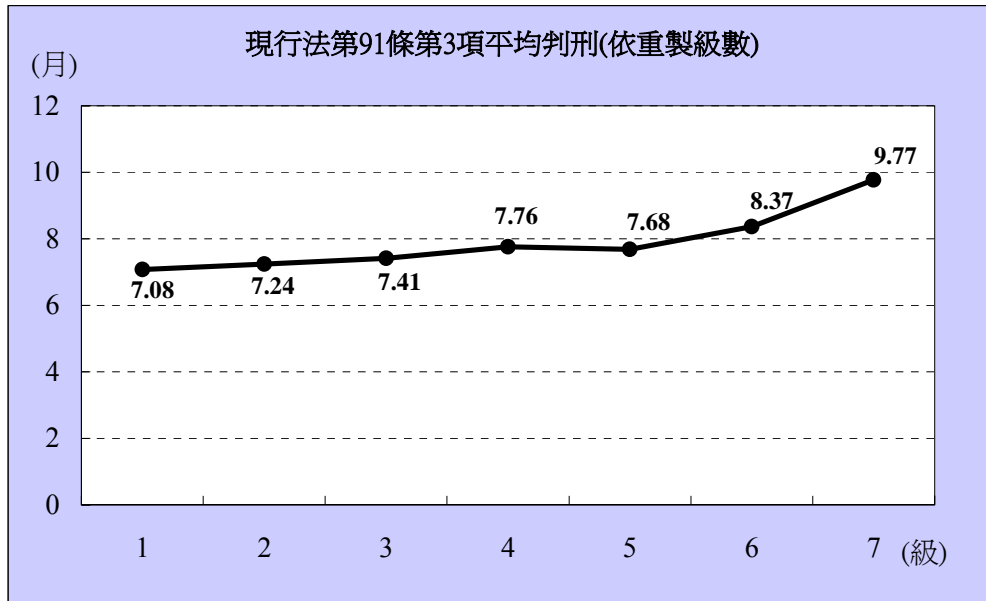
⁵⁵ 93 易 1215、93 簡 1237、93 簡 2764。

⁵⁶ 92 苗簡 313、92 簡 4855、93 簡 3795、93 簡 5343、93 桃簡 1192、93 壠簡 73、93 訴 348、93 訴 1950、93 簡 1358、93 簡 3646、93 訴 1961、94 訴 817、94 訴 742、94 簡 2323。

⁵⁷ 此平均值之計算，以排除離群值 93 簡 1358 號判決之 135600 片。將其納入計算，則平均值為 1240 片。

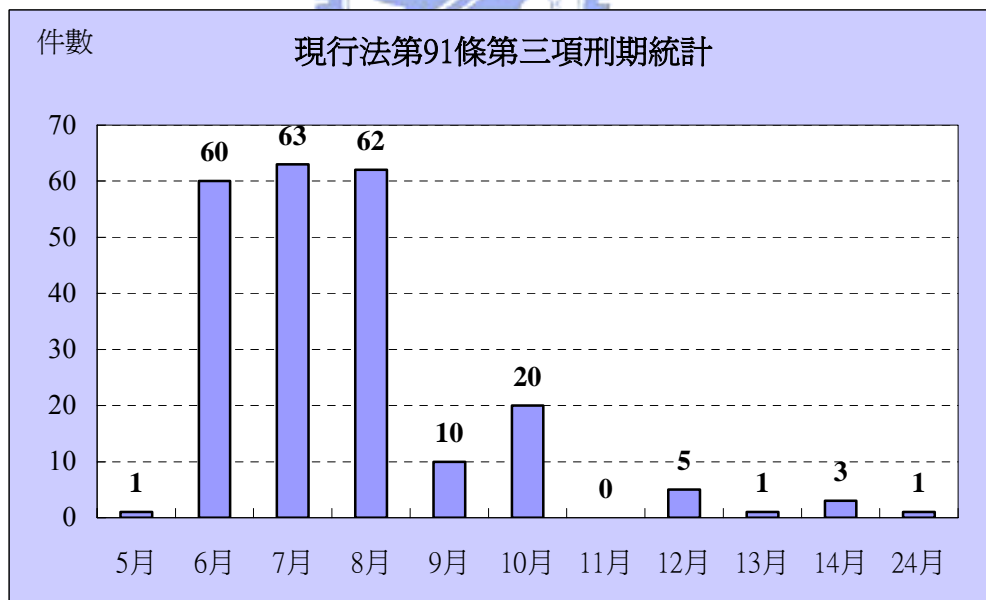
⁵⁸ 93 訴 532、94 簡 1953、94 易 1146、94 壠簡 279、94 簡上 264、94 中簡 1765、94 訴 3025、95 易 1143、95 訴 2196、95 訴 1521、95 簡 7894、95 易 417、95 簡 6931、96 易 387、96 易 1285、96 訴 504、96 簡 2117、96 簡 5322、96 易 1523、96 簡 302、96 易 1908、96 訴 384、96 簡 5895。

⁵⁹ 0-20 片為第 1 級、20-50 片為第 2 級、50-100 片為第 3 級、100-200 片為第 4 級、200-500 片為第 5 級、500-1000 片為第 6 級、1000 片以上為第 7 級。如此區分並非基於統計學上之依據，僅為作者本人主觀上對於侵害著作權犯行，約略畫出之模糊界限。



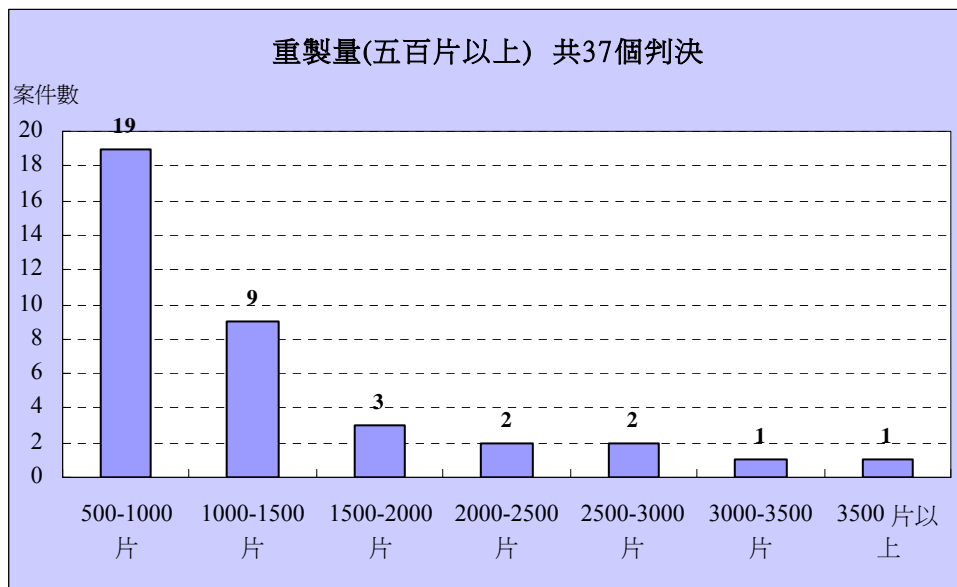
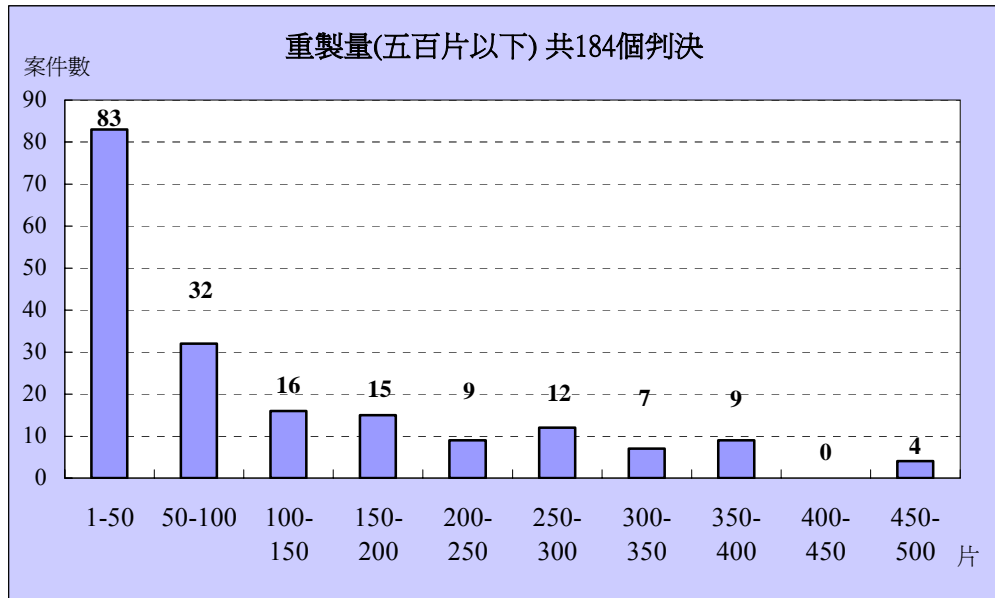
第二款 第 91 條第三項判決主文分析

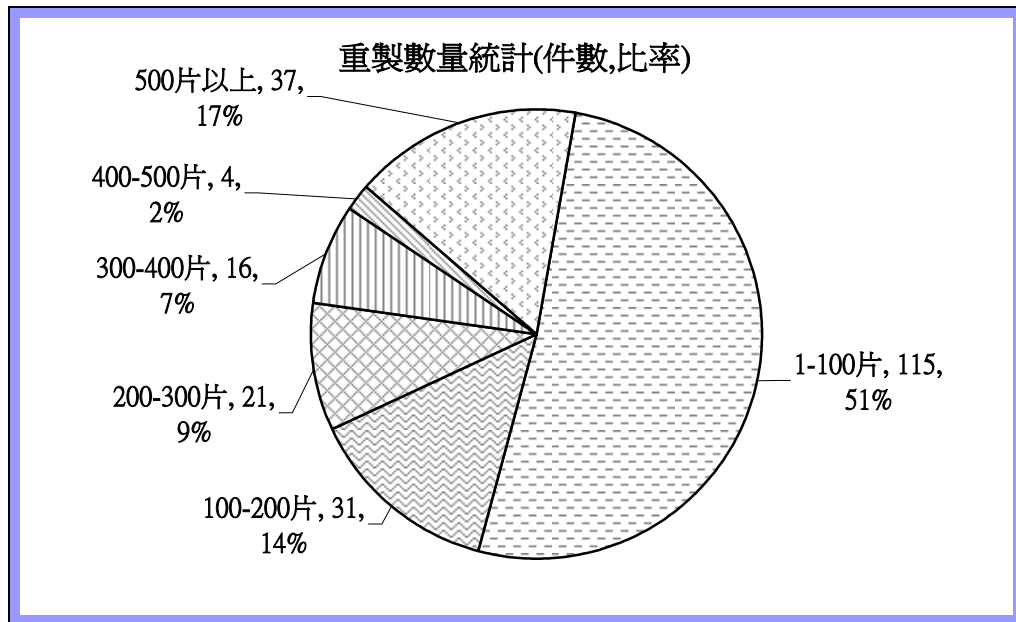
在 226 個依第 91 條第三項論罪之案例中，平均判刑 7.66 個月。有 4.9% 之行爲人有前科（包括緩刑期滿未經撤銷）。而在觸犯本條之犯罪類型中，即有 88.9% 是利用拍賣網站販賣盜版光碟（計有 201 例），有 4.87% 是自行架設網頁販賣盜版光碟（計有 11 例），另有兩例是利用電腦軟體大量散發廣告信從事販賣盜版光碟。



而在利用網路販賣盜版光碟部分，平均販賣之數量為 362 片，販賣所得約為三萬三千元左右。惟因犯本項之罪受有若干離群值之影響⁶⁰，若改以中位數觀察，則販賣數量為 92 片、所得約 7900 元。

⁶⁰ 例如 95 易 419 號販賣之數量即高達一萬七千多片。



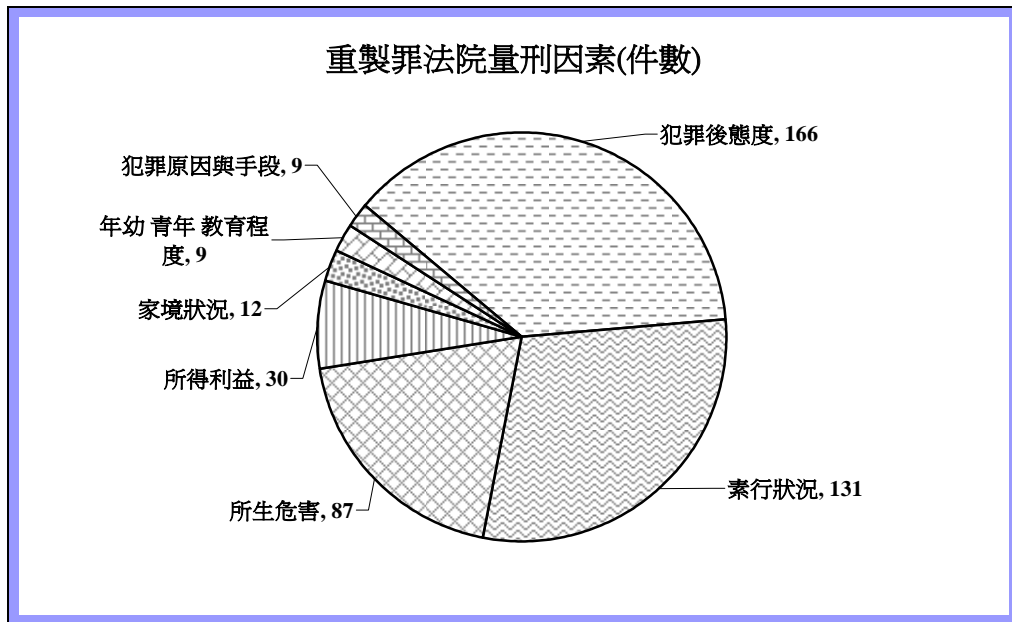


第三款 法院量刑考量⁶¹：

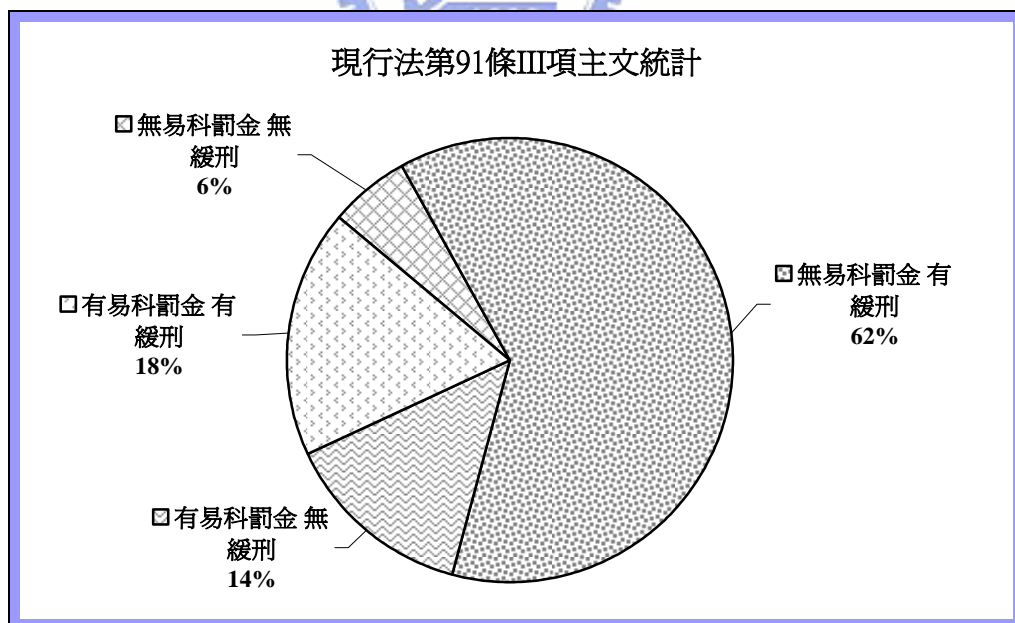
在總計 202 個有特殊論述量刑基準之判決中⁶²，依次影響法官量刑之因素為：被告犯後之態度（有 166 個，82.2%）、被告之素行狀況（有 131 個，64.9%）、犯罪所生之損害（有 87 個，43.0%）、被告犯罪所得之利益（有 30 個，14.9%）、被告之家境（有 12 個，5.9%）、被告之年齡（有 9 個，4.5%）、及被告犯罪之手段（有 9 個，4.5%）。

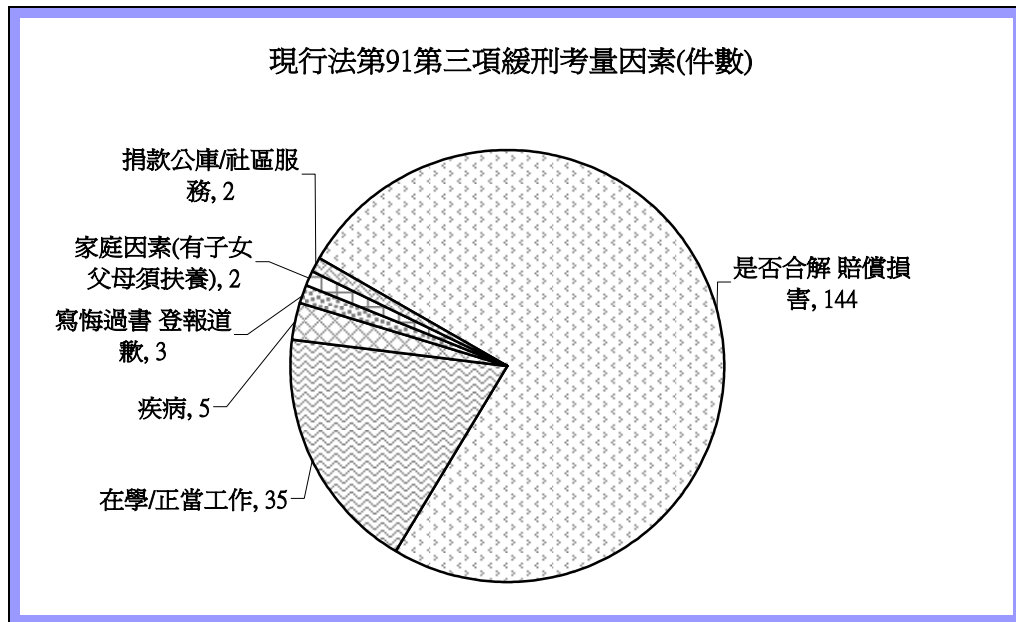
⁶¹ 曾有研究結果，透過台北地院與高雄地院之判決書抽樣，認為臺北地院與高雄地院 88 年及 89 年常業犯刑事判決書之抽樣分析結果，發現影響臺北地院法官量刑之因素僅有所生危害鉅大一個變項；而高雄地院法官除考慮所生危害鉅大之變項外，獲利尚微亦為審酌因素之一，兩變項總計可以解釋刑期近七成的變異量。在宣告緩刑方面，臺北地院法官在衡量是否宣告緩刑時，比較會考慮被告是否積極與告訴人商談和解或已得告訴人之諒解、告訴人對緩刑有無意見、被告是否配合警方搜查及協助破獲等具體客觀因素；而高雄地院法官考慮之因素則以被告是否深具悔意、有無不良素行、家庭因素、犯罪後態度是否良好等較抽象主觀因素。至於上訴後案件經臺灣高等法院與高雄高分院裁判與臺北地院及高雄地院之審理結果，並無顯著不同，刑罰之裁量尚趨一致。可參見司法院網站之「違反著作權法量刑概況分析」，http://www.judicial.gov.tw/juds/3_90-1.htm (最後到訪日 2008 年 1 月 3 日)。

⁶² 法院於科刑時常引用之範例，如「爰審酌被告之素行、任意販售擅自重製之光碟之犯罪動機、目的、販售所得、對著作財產權之侵害程度、犯後坦認之態度等一切情狀，量處如主文所示之刑。未查被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可憑，其犯罪後深表悔意，且經此論罪科刑之教訓，被告應知所警惕，信無再犯之虞，所宣告之刑以暫不執行為適當，爰併宣告緩刑二年，以勵自新」，並無法推知法院量刑時所考量之因素，因此，凡以此等範例量刑，而未對個案事實為評價者，均不納入統計結果。



在第 91 條第三項之判刑上，獲判易科罰金比率為 31.8%、並有 80.5% 獲緩刑，僅有 13 例需入監服行者（占 5.8%）。而在影響法院判斷是否予以緩刑方面，有 71.3%（共 144 個）判決考量到是否達成和解，有 17.3%（共 35 個）考量被告現是否在學或有正當職業、有 2.5%（共 5 個）考量被告是否患有疾病、零星個案考量被告是否撰寫悔過書、捐款與公庫或利益團體、或提供社區服務。





第四款 相關案例分析

一、嘉義地院 96 年訴字 875 號

該案事實與其他上百件觸犯著作權法第 91 條第三項之案件相似，惟法院之論罪方法卻大有不同。

1、案例簡介

本案被告民國 93 年 9、10 月間，冒用其父及胞妹之名義，向雅虎公司申請免費之電子信箱，並以此二信箱作為販賣盜版光碟之聯絡管道。其並於 95 年 11 月間，分別在雅虎拍賣及露天拍賣填入虛偽不實之姓名，註冊為會員，並利用其平台從事販賣盜版之犯行。

法院就此被告之犯行，以有損害網路交易之安全及網路業者對於其會員資料管理之正確性，認被告就於 95 年新刑法施行前之冒用其父與胞妹名義申請電子信箱之行爲，應屬行使偽造私文書之連續犯。其在 95 年新刑法施行後之兩次於不同拍賣網站註冊之行爲，則應數罪併罰。因此，被告被論以三次之行使偽造文書犯行。

又，被告既自承，其原於 95 年 11 月起至 96 年 1 月，僅重製、販賣盜版之「火影忍者」光碟，之後方於 95 年 12 月，開始重製、販賣「死神」光碟。法院固然認為著作權侵害於連續犯刪除後，應成立集合犯，而僅論以實質一罪。惟被告之犯意互異，其重製「死神」光碟顯係重製「火影忍者」光碟後所另行起意，故應論以數罪。

而連續行使偽造私文書罪一罪、行使偽造私文書罪二罪、意圖銷售而擅自以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權罪二罪，均犯意各別，行爲有異，應予分論併罰。是以，本案被告共犯五罪，最後於適用 96 年之減刑條例後，應執行刑爲一年，並獲緩刑。

2、評論

依判決主文即可清楚得知，本判決係少數於新刑法施行後，對傳統上僅論以一罪之著作權侵害案件，以數罪併罰方式論處被告共五罪。

首先，被告以真實存在之父及胞妹名義申請電子郵件，與捏造假名申請拍賣帳號，是否該當偽造私文書及行使私文書之構成要件，尚非無疑。蓋依傳統見解，文書應具有「有體性」，網路上申請帳號之資料充其量應屬於電磁紀錄，而為準文書（刑法第 220 條第二項）。且文書需具有「證明性」，依目前實務上申請免費電子信箱及拍賣帳號，一般民眾為免自身資料外洩，基於自保，而多填寫假資料蒙混過關。網路業者為擴充其服務客群，增加其市場地位，亦不審查資料之真實性，社會對於該註冊資料之真偽，實無真實性之信賴，難謂屬刑法上之準文書⁶³。

再就意圖銷售而擅自以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權罪二罪而言，因被告並未請律師，或許不知新刑法修正後，數罪併罰對其較不利，而為不利於己之陳述（被告自承原本僅欲販賣「火影忍者」盜版光碟，嗣後販賣「死神」盜版光碟為另行起意）。法院之本於被告之陳述認定本案屬於新法下之數罪，雖於法有據，但其不援引集合犯之概念，對於被告似有未公。

蓋絕大多數實務見解，認著作權侵害有集合犯概念之適用，不但包括侵害複數不同著作財產權（例如，將魔戒三部曲之三部電影均重製一份），亦包括重複侵害同一著作財產權（例如，對同一部電影重製一百次），均僅論以一罪。固然最高法院對此尚未有相關判決先例，但因重製行為涉及個人對於智慧財產權之習慣及對電腦使用之行為規範。有重製習慣者對著作權之侵害，主觀上對於個別之重製行為或許無獨立之故意，但客觀上的確具有反覆性。且以刑法對傳統財產權保護之角度觀之，竊賊（縱使是慣竊），刑法上罪數之計算，係以被告之行為數為準，而非其所破壞之財產權數。因此，行為人侵害著作權之行為應論以數罪或一罪，亦應以行為人主觀上故意為準，而非著眼於所侵害之著作財產權數。

易言之，本文認為以集合犯概念論處侵害著作權之犯行，不僅於判決上具有簡易性，亦較符合多數行為人主觀上之故意，具有其合理性。固然集合犯之概念不應適用於另行起意之行為人（如本案），但本案法院論以被告數罪，於新刑法修正施行後，或許並無違法之處。但其忽略此判決結果將可能使「犯意不堅」之猶豫型犯罪人，較「犯意堅強」犯罪人面臨刑法更不利之對待，不但未能掌握著作權侵害之特性，亦有違比例原則，而有失公平。且若以本案之判決觀之，雖法院論以數罪，但併罰之結果並無較以集合犯論處之判決為重，則數罪併罰徒具刑式，理論與現實之矛盾，更增加刑法體系之不

⁶³ 由該案之 Yahoo!奇摩之服務條款：「您的註冊義務 為了能使用本服務，您同意以下事項：(a)依本服務註冊表之提示提供您本人正確、最新及完整的資料，(b)維持並更新您個人資料，確保其為正確、最新及完整。若您提供任何錯誤、不實或不完整的資料，Yahoo!奇摩有權暫停或終止您的帳號，並拒絕您使用本服務之全部或一部。」可知，對於輸入不實資訊者，Yahoo!奇摩僅係停止其免費服務，亦無對其客戶祭出刑責之企圖，法院是否過於小題大作，發動刑罰保護一不存在之法益，值得醒思。資料來源 <http://tw.info.yahoo.com/legal/utos.html>（最後到訪日 2008 年 1 月 3 日）

一致⁶⁴。

本文以為，因著作權侵害之道德非難性顯較傳統財產權為低，刑罰之焦點應不在於行為人主觀是否另行起意或一意孤行，而是行為人之行為客觀上對著作權人、著作市場所造成之損害。因此，實務上或可擴張集合犯之概念，以某段時期代替行為人主觀之犯意認定，並以此段時期對著作權人所造成之損失，為量刑輕重之標準。此與美國 NET 法案以法定期間搭配侵害著作數或損害總額式之立法有所不同。前者因需透過國會之立法，利益團體之遊說壓力使該法定期間及著作數、總額極低，使一般社會大眾動輒入罪，喪失立法設定該標準之意義。因此，本文認為，立法例上僅需就行為人主觀上特殊之意圖為規定，至於實際上成罪之侵害額為何，不妨由司法實務以事後之角度，在符合社會期待下，進行刑事訴追。

第二項 第 91-1 條 散布罪

第一款 判決統計概述

散布罪係於 92 年修法時所增列，93 年修法亦有所變更。因法院傳統上認為，重製與散布屬於吸收關係或牽連犯，故若行為人亦犯重製罪，將從一重論以重製罪，使本罪之案件數量大為減少。

而法院以 92 年舊法第 91-1 條論處者，僅有兩個判決⁶⁵，關於散布罪之判決則集中以 93 年修正之現行法為判決之依據，共計有 230 個判決。

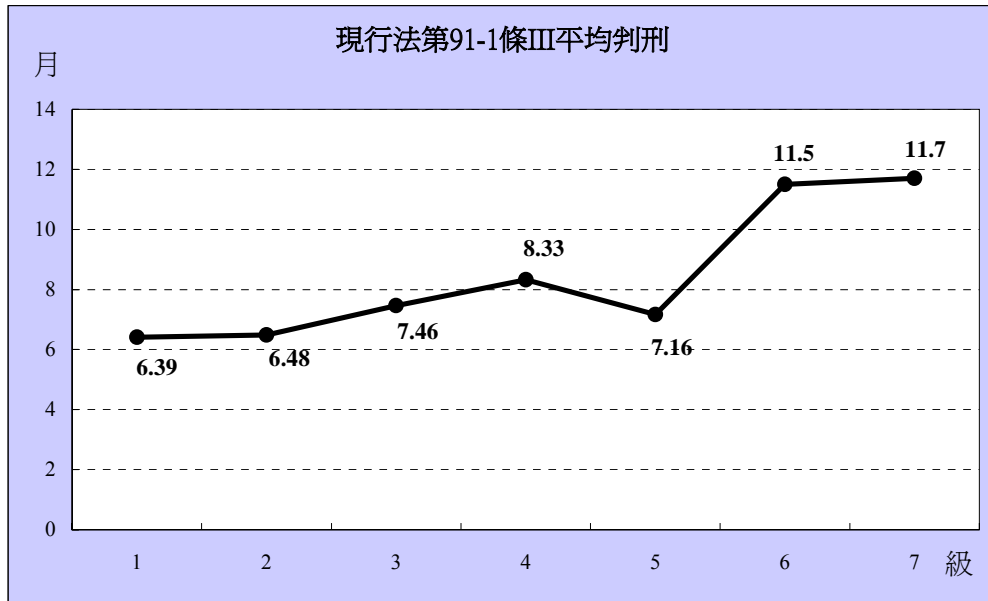
其中，以現行法第 91-1 條第一項論處之 6 個判決⁶⁶，平均處有期徒刑 3.54 個月，均獲易科罰金。

而以該條第三項論處之判決，高達 231 件，為散布罪案件集中之重心。而若依侵害等級為計算其平均判刑，可知法院之判刑與侵害程度呈現正相關。其中，在較輕微之散布行為（第 1、2 級，散布量在 50 片以下），法院傾向於判處法定刑之下限：六個月之有期徒刑。而於較嚴重之犯行（第 6、7 級，500 片以上），法院平均判刑可達 11 月以上。

⁶⁴ 新竹地院 96 竹簡 934 更明言：「而公開傳輸多曲音樂著作物之行為，係在密集期間內以相同之方式持續進行，未曾間斷，如將「持續多次公開傳輸行為」評價為數罪，恐與刑罰過度評價禁止原則相悖，並有違憲法所揭櫫之比例原則。基此，本院認被告上開持續多次公開傳輸音樂著作物行為，各應僅成立「集合犯」之實質一罪，且公開傳輸音樂既屬集合犯之習慣犯的性質，不論於刑法修正前、後均是如此，縱被告於刑法修正前、後各有多次公開傳輸音樂著作物行為，本院仍均僅論以一罪（均屬集合犯之實質一罪），以求理論之一貫，而不採「二段併罰說」（按：將於刑法修正前所為數次公開傳輸音樂著作物行為論以連續犯；另將於刑法修正後所為公開傳輸音樂著作物行為，論以集合犯，再將此二段公開傳輸音樂著作物行為，予以數罪併罰，此說就同為多次公開傳輸音樂著作物行為，於刑法修正前、後竟異其理論適用，不無矛盾，且依此說之結論，論以連續犯加重其刑後，再予數罪併罰，亦顯然不利於被告）。本案被告公開傳輸音樂著作物之最後行為時係於 96 年 1 月 22 日止，乃在刑法前開修正施行後，是本案自應全部適用修正後刑法，無庸再為新舊法之比較，合先敘明。」，可見實務於新刑法修正施行後，對於著作權案件數之見解尚不一致。

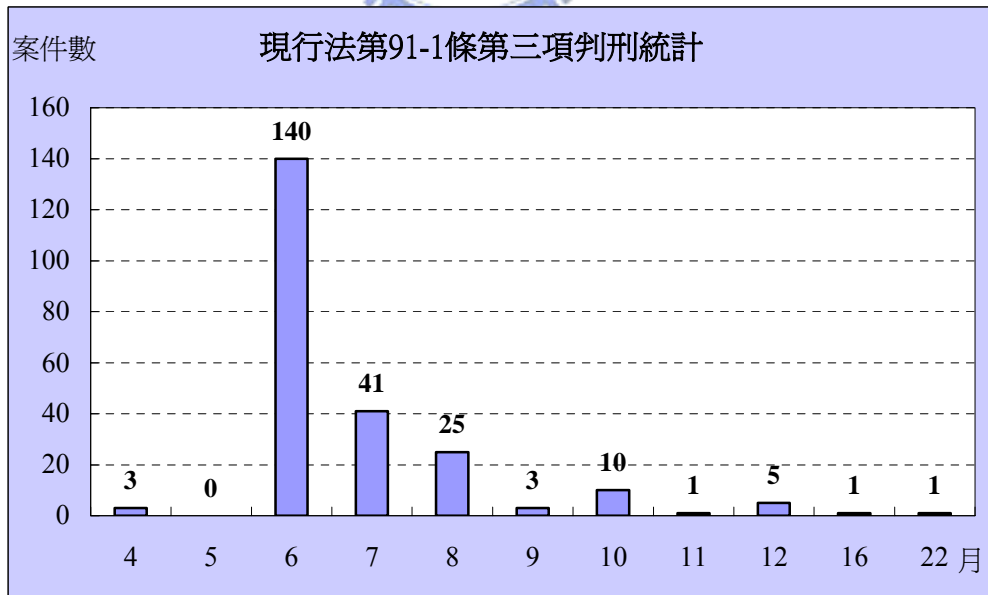
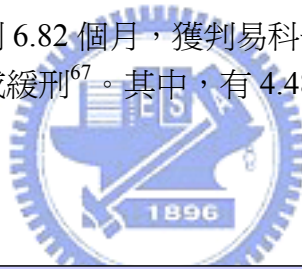
⁶⁵ 94 易 709、94 易 1774。

⁶⁶ 95 易 2815、96 易 516、96 嘉簡 268、93 簡 411、96 桃簡 1960、96 易 774。



第二款 第 91-1 第三項判決主文分析

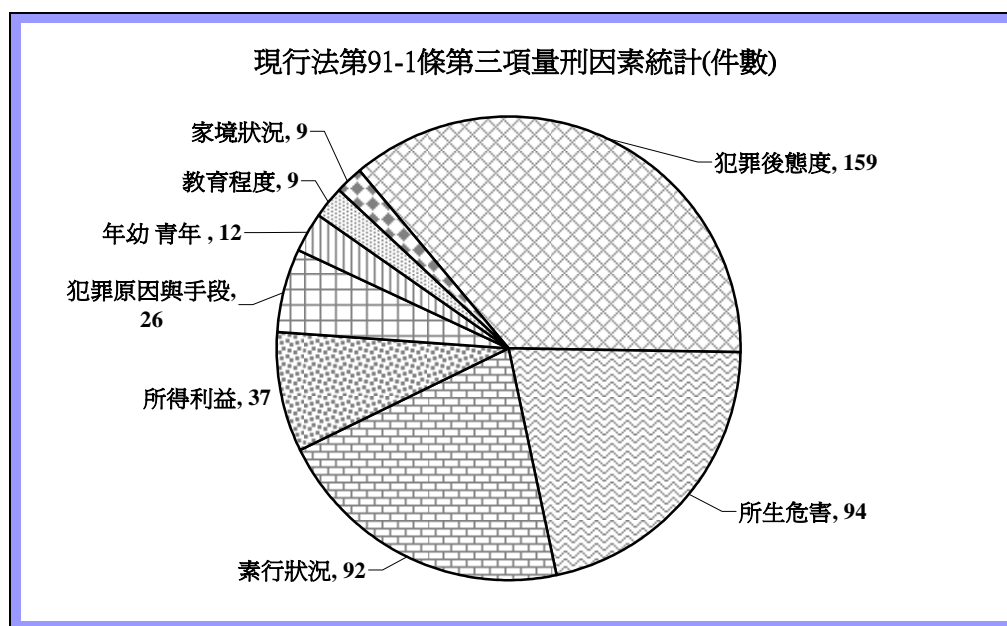
在 231 個案例中，平均判刑 6.82 個月，獲判易科罰金比率為 74.0%、並有 82.3% 獲緩刑，僅有 4 例未獲易科罰金或緩刑⁶⁷。其中，有 4.48% 之行爲人有前科（包括緩刑期滿未經撤銷）。



⁶⁷ 94 易 288、95 易 1962、96 易 439、96 易 2639。

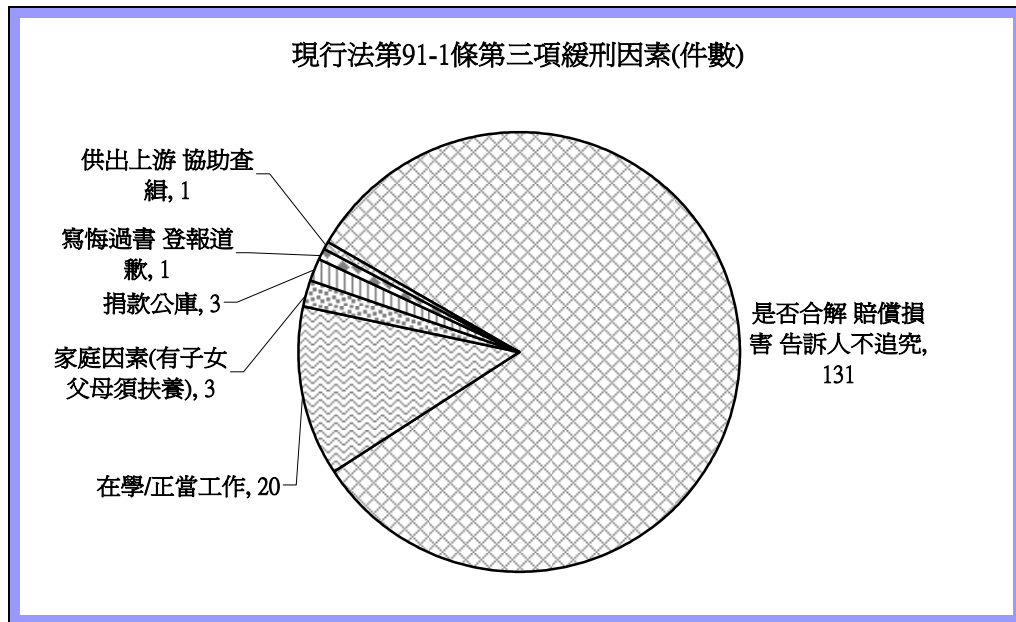
第三款 法院量刑考量

在總計 203 有特殊論述量刑基準之判決中，依次影響法官量刑之因素為：被告犯後之態度（有 159 個，78.3%）、犯罪所生之損害（有 94 個，46.3%）、被告之素行狀況（有 92 個，45.3%）、被告犯罪所得之利益（有 37 個，18.2%）、被告犯罪之手段⁶⁸（有 26 個，12.8%）、被告之年齡（有 12 個，5.9%）、及被告之教育程度（有 9 個，4.4%）、被告之家境（有 9 個，4.4%）。



在影響法院判斷是否予以緩刑方面，有 64.5%（共 131 個）判決考量到是否達成和解，有 9.9%（共 20 個）考量被告現是否在學或有正當職業、零星個案考量被告之家庭因素、是否已捐款與公庫或利益團體、提供社區服務或撰寫悔過書。

⁶⁸ 法院考量之重點為其係大規模之工廠重製散布，或僅為個人式之重製散布。



第三項 第 92 條 公開侵害著作權罪

第一款 判決統計概述

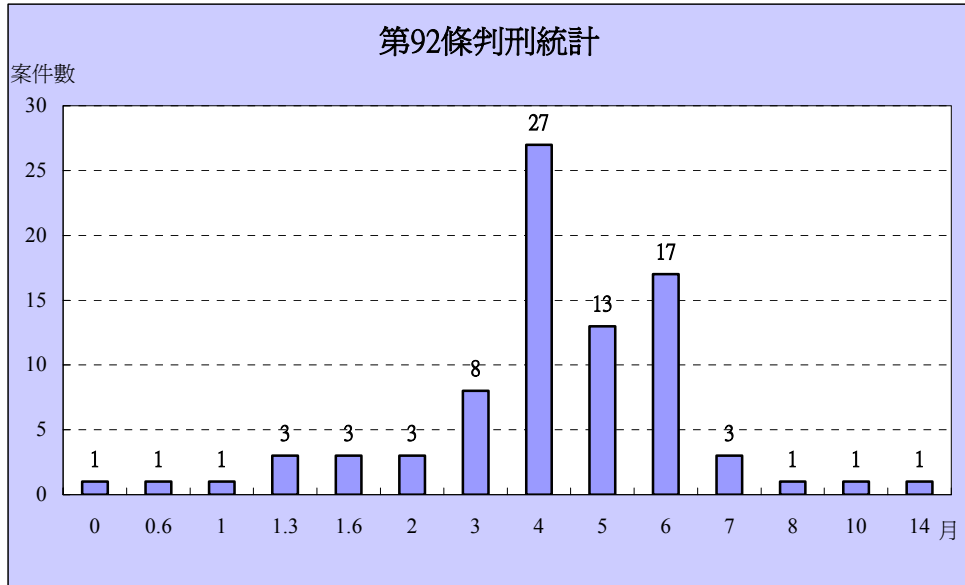
第 92 條公開侵害著作財產權罪，雖於 87 年即已列為獨立之犯罪類型，並歷經 92、93 年兩次之修法，惟直至 95 年始有與網路相關之案件⁶⁹。而觀察此類判決後可知，以此條論罪者，多係於架設個人網頁、部落格時，提供背景音樂或流行音樂，供網友試聽、下載。而即便個人網頁中並無提供音樂之檔案，但提供連往其他網站之超連結，或是使用 P2P 軟體下載所需之「種子」，法院均認為構成本罪。

第二款 第 92 條判決主文分析

在 95 個案例中，平均判刑 4.48 個月，獲判易科罰金比率為 89.5%、並有 58.9% 獲緩刑，僅有 2 例⁷⁰未獲易科罰金或緩刑，約 5.3% 之行為人曾有前科（或緩刑期滿未經撤銷）。

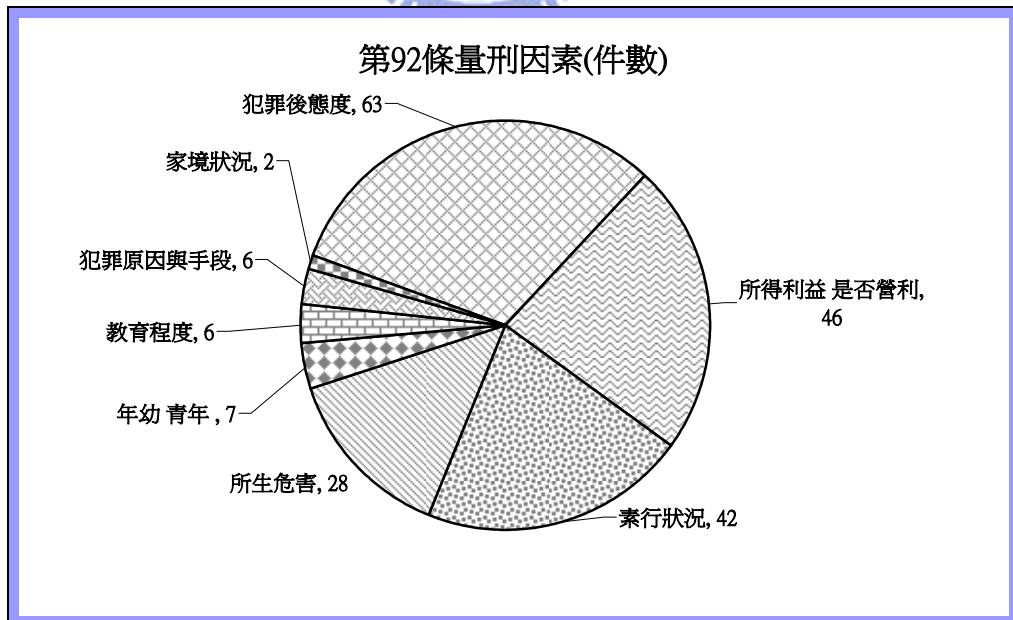
⁶⁹ 94 易 1959、95 易 1403、95 簡 3632 則為公開傳輸較早期之案例。

⁷⁰ 95 嘉簡 207、96 易 2893。



第三款 法院量刑考量

在總計 81 有特殊論述量刑基準之判決中，依次影響法官量刑之因素為：被告犯後之態度（有 63 個，77.8%）、被告犯罪所得之利益（有 46 個，56.8%）、被告之素行狀況（有 42 個，51.9%）、犯罪所生之損害（有 28 個，34.6%）、被告之年齡（有 7 個，8.6%）、及被告之教育程度（有 6 個，7.4%）、被告犯罪之手段（有 6 個，7.4%）、被告之家境（有 2 個，2.5%）。



第四款 相關案例分析

第 92 條之公開傳輸罪，與第 91 條及第 91-1 條相較，毋寧更屬於網路侵害著作權之核心犯罪類型。雖然現行實務判決中，以第 91 條及第 91-1 條論處之案件仍佔多數。但嚴格而言，行為人僅係利用網路之無遠弗屆之特性，刊登廣告，或利用網路拍賣為一新興之交易平台，其侵害著作權之行為，與傳統著作權侵害，並無實質差異。

惟在民國 95、96 年後，新興之公開傳輸行為，使司法實務處理網路上之著作權侵害之類型，呈現更多元之面貌。而此新興類型之著作權侵害，更將網路與科技之特性，發揮的淋漓盡致，司法實務於面臨此等新型態之案件事實，其論理及見解，無疑將主導法律於網路世界中所扮演之角色。

一、散布 BT 種子為公開傳輸行為

1、BT 之架構及傳輸特性

BitTorrent (BT)是由 Bram Cohen 於 2001 年所發明，被稱為第三代之 P2P，根據統計，目前 BT 之使用佔了全球網路流量之百分之三十到四十⁷¹。

其分享之流程，係由完整之檔案持有者，利用 BT 軟體製作出該檔案之索引檔⁷²，並在網路上公布。在網路上發現該索引檔而欲下載該檔案者（通常均為複數，稱為同儕 peers），則啟動 BT 軟體，並與種子構成一個群落（swarm）。由於 BT 將檔案虛擬分割為小單位之片段傳輸（block）傳輸。透過索引伺服器對群落內之同儕之管理，各同儕會先向種子取得部份片段。後續之其他同儕，其可透過索引伺服器取得可供下載之所有提供者位址，包括種子及取得部份片段之同儕，均可相互連結。而同儕間根據索引檔，彼此告知自己擁有之片段，而後互相分享所欠缺之片段。最後，各同儕將來自不同來源之所有片段，即可組成一個完整的檔案。

換言之，在 BT 之架構下，下載者並非從單一來源取得檔案，而是由多數來源分別取得檔案之片段，而後加以組合。此外，在下載同時，下載者亦扮演上傳者之角色。此一架構，使得下載的人越多，所能提供之頻寬亦越多，而提升傳輸之速度⁷³。

2、實際案例

以台北地院 96 易 1576 為例：「被告自 93 年間某日起至 96 年 3 月 20 日止，在上開「P2P 電影院」網站，身任該網站版主，而開放予不特定網友將如附表所示之視聽著作傳輸至其他會員所提供之網路硬碟空間，亦可將影片檔案置於會員之個人電腦中，製作標記其所使用電腦網路之節點 IP 位置、網路卡序號、檔案名稱、大小、傳輸頻寬、伺服器名稱及位置等資訊之「種子」，將該「種子」上傳至家族網頁，欲下載該影片之

⁷¹ 陳家駿，網路科技利用新型態之著作權相關問題研究，經濟部智慧財產權局委託研究專案，第 116 頁，2006 年 12 月。

⁷² 該索引檔之內容包括特定索引伺服器之位址、原始檔案之各項資訊、及每個檔案片段以函數運算之雜湊結果。此時，提供原始檔案之節點乃稱之為「種子」(seed)。

⁷³ 至於 BT 與其他 P2P 軟體之比較，亦可參考陳家駿，前揭註 71，第 119 頁。

會員，可以直接連線至存放檔案之網路硬碟空間下載種子檔案，取得下載重製分散式連結點之檔案，會員可以相同方式將視聽著作分享予其他會員下載，以此方式供不特定人得隨時利用網路免費公開傳輸或下載如附表所示之視聽著作，其所為係犯著作權法第 92 條之擅自以公開傳輸之方法，侵害他人之著作財產權罪。」

3、BT 傳輸於實務上衍生之著作權問題

對於第一位將種子上傳到網路之始作俑者（first seed provider），其行為既透過電腦之重製與上傳，將面臨重製罪與公開傳輸罪之違反問題。而其將檔案放在網路供不特定人下載觀賞，其公開傳輸之量甚大且不確定，其利用之結果對著作之潛在市場與著作物之現在價值影響甚鉅，若要主張合理使用，困難度將相當高。

而後續之傳輸者（同儕，peers），因 BT 軟體之設計，於下載同時亦強迫提供檔案供人分享或下載，除構成重製罪外，亦可能構成公開傳輸罪⁷⁴。

至於 BT 論壇之提供者，其所可能面臨之刑事責任為何，應就個別論壇之經營模式及架構，為不同之考量。固然大部分之 BT 論壇，為方便集中同好，彼此分享，縮短下載時間，均具有一定之專業規模。但若係非專以提供 BT 下載之一般論壇或網站型態，單純之提供 BT 種子連結下載，尚不可逕與公開傳輸畫上等號。尚須調查該網站本身有無藉由某種明確之表達，或是採取積極之步驟促成、鼓勵 BT 之侵權⁷⁵。

二、提供超連結為公開傳輸行為

1、超連結

所謂超連結（hyperlink），是指當電腦滑鼠指標移到超文字（hypertext）時，指標形狀發生變化，代表其背後有超連結，在使用者點擊滑鼠後，該超連結所接串之資料或網頁擊被連結，進而提供更多的資訊、檔案或服務。超連結的應用方式有許多種，其法律評價亦因此有異⁷⁶。

第一種是「單純指向之連結」，即一般所稱之「超文字連結」，是在網站上將文字、網站名稱或網址，以不同之顏色或字體呈現，在該處按鍵即可被連結前往被連結之網站。當使用者連結至他人網站時，已脫離原來提供超連結之網站。因此，「單純指向之

⁷⁴ 各 P2P 軟體於其介面中，除顯示下載速度外，亦顯示上傳之速度，蓋 P2P 軟體之核心概念本即在於雙方之分享互易，而非僅單方之無償取得。若干 P2P 軟體（如 eMule）尚統計使用者曾上傳之檔案容量，作為決定使用者下載時之優先順序，以鼓勵使用者提供檔案或分享頻寬。此事實亦通常為 P2P 使用者所熟悉，實難推諉為不知。

⁷⁵ 就論壇提供者是否須負有法律上監督或移除該種子之義務，有無構成刑事責任之可能。有認為需就個案中針對論壇經營者所提供之一切訊息，有無積極明顯之鼓勵、促使、幫助而定。僅單純憑論壇中出現 BT 之種子一事，並不代表論壇本身即具有幫助之故意，但若在權利人對論壇發出警告通知要求移除時，我國雖尚無如美國 DMCA 之規範，但若論壇拒絕時，將來涉訟時，其主觀犯意上，即可能有幫助之問題。陳家駿，前揭註 71，第 130-131 頁。

⁷⁶ 羅明通，前揭註 17，第 463 頁。

連結」僅是將使用者連接至其他網站，本身並未有重製之行爲。

第二種是「圖像連結」(imagelink)，指在網路上下載他人網站之標記圖像置於自己網頁，以作為連結他人網頁之用，或利用程式指令將其他網站之圖像大量傳輸入自己網頁，並呈現在使用者之螢幕。此種連結已發生重製之行爲，惟應認為已獲得默示授權或構成網路之合理使用。

第三種是「視框連結」(framelink)，即將他人網頁資訊在自己的網頁其中一個視框中呈現。此時螢幕上之外框仍為原來網頁之外框，外框上仍有原來網站之廣告、標誌或其他內容，但框內則為被連結網站之資訊，易使上網者誤以為視框內容係原來網站業者所製作。該重製之部分雖可認為構成合理使用，但因易使人誤認著作人之身分，可能涉及著作人格權中之姓名表示權侵害之爭議。惟若上網者仍可讀取該被連結網站入口網頁著作人資料，亦即著作人姓名表示權仍未被剝奪，則雖視框仍顯示原網站之標誌，是否足以構成著作人格權之侵害，則有爭議。此外，此種將他人網頁資訊置於自己網頁之行爲，亦有違反公平交易法之疑慮。

第四種為「深度連結」(deep link)，亦即使用人為單純指向連結時，並未引領使用者循序進入他人網站之入口網頁，而係直接連結至其網站中之某篇文章或資料。此種連結因已脫離原來網站，故未發生重製之爭議。但因其跳過他人網站之入口網頁，直接進入網站讀取資料，可能涉及姓名表示權之侵害。

第五種為結合「視框連結」及「深度連結」所為之連結。當使用者點選被連結之網址時，跳過被連結網站之入口網頁，直接連結到他人網站上之資料，並將該資料框至自己網頁之視框中。在此情形，已有重製之事實。雖該重製可能構成合理使用，但因電腦螢幕仍保留原網頁之外框，易使人誤認該資料係原網站所提供，而可能構成著作人格權之侵害⁷⁷。

2、實際案例

網路上以超連結侵害他人著作權者，常與個人部落格、串流等其他新興型態競合。蓋上述之各種方式，已成現代網路行爲之普遍性行爲。其中，臺北地院 96 年度易字第 1285 號，維持實務對此類案件一貫之見解，遂以此為例。

本案之被告利用電腦設備連結網際網路，架設橋靈王「afgn 論壇」，以討論或分享橋牌、網路電腦資訊、個人喜好之音樂、電影、文章等為主之交流網站，並由被告擔任站長，無償接受不特定成年人註冊成為會員。

被告在其所架設之橋靈王「afgn 論壇」上擺放音樂播放器，設定該播放軟體連結外界之存放音樂檔案網址，或直接張貼可連結至有錄音或音樂著作檔案之網頁超連結（即張貼其他網站、網頁之網址，使他人得直接點選而連結該網站或網頁，閱聽該等網站、

⁷⁷ 羅明通，同前註，第 465 頁。

網頁之內容），以供瀏覽其論壇或是已加入會員之網友得免費線上聽歌（公開傳輸）或直接下載。

被告訴訟中辯稱其並未重製上開音樂歌曲檔案，僅係架設超連結至其他具有上開音樂歌曲檔案之網站或網頁，供人試聽。但法院認為，無論是以音樂播放器方式或是以超連結方式，均屬透過網路公開傳輸至使用者電腦上播放，不因被告係因使用者點擊而被動傳輸，或係因使用者進入該網頁被告即預設主動傳輸播放音樂而有差異。而被告依其電腦常識，既知提供超連結，不特定網友可在其使用之電腦內再複製一份該音樂檔案，顯然其與各該下載者就此部分之重製行為，具有犯意聯絡，且有提供檔案之分工行為。

且法院認為，被告雖稱僅係與網友分享、試聽個人喜好之音樂，但被告所提供「試聽」之音樂著作或錄音著作，大多係整張專輯、整首歌完完整整地供人線上聆聽及下載，與一般在網路上歌曲試聽係以部分歌曲，且多有試聽長度之限制不同。此種大規模將歌手專輯全部翻拷重製於網路上模式，顯然已逾越合理使用之範圍甚明。且就較不在乎音質之聽眾而言，若能透過被告之「afgn 論壇」隨時免費線上聆聽，或下載後在自己電腦中隨時聆聽上開音樂檔案，除非甚為鍾愛之曲目或歌手，自己無再購買正版音樂之需求，亦已造成告訴人公司合理利潤之嚴重損失，被告所為已經逾越此種合理使用之範圍。

因此，被告之行為觸犯著作權法第 91 條第 1 項擅自以重製方式侵害他人著作財產權罪、第 92 條擅自以公開傳輸方式侵害他人著作財產權罪。其與擅自透過網路上傳、下載歌曲之網友間，就上開犯罪有犯意之聯絡與行為之分擔，均為共同正犯。又被告以一提供超連結之方式，為共同重製（下載歌曲）及公開傳輸（聽取歌曲）行為，侵害複數著作權人之著作財產權，為想像競合犯，應從一重之共同擅自以重製方式侵害他人著作財產權罪處斷。又基於著作權犯罪具集合犯之性質，可認係實質上一罪，無庸細究行為次數而分論併罰。

3、超連結實務上之著作權問題

本案件之被告侵害著作權之方式有二：第一、擺放音樂播放器，設定該播放軟體連結外界之存放音樂檔案網址。第二、直接張貼可連結至有錄音或音樂著作檔案之網頁超連結，使他人得直接點選而連結該網站或網頁，閱聽該等網站、網頁之內容。實務上一貫之見解為，被動傳輸或主動傳輸均屬著作權法上之公開傳輸行為，兩者並無差別，對於上述兩種侵害著作權之方式，亦無區分之必要。

惟本文認為，於第一種方式時，當網路使用者點擊被告之音樂播放器時，並不會連結至其他視窗，該音樂係透過被告之音樂播放器向網路使用者播放，被告之行為無疑已構成公開傳輸。但於第二種方式，若被告僅張貼他人網頁之超連結，應屬前述之「單純指向之連結」或「深度連結」，是否即當然構成公開傳輸權之違反，即有疑義。

首先，若是「單純指向之連結」，網路使用者已被帶離被告之網頁，所有後續之下載（重製）或公開傳輸行為，均非於被告網頁下所進行。此時似僅可論被告主觀尚有無幫助網路使用者犯重製罪或幫助其他網頁犯公開傳輸罪之犯意。且被告客觀上「指點」

網路使用者到其他網站之「幫助行爲」，雖減少網路使用者搜尋之時間，但在網路搜尋引擎功能日益強大之下，對於正犯（網路使用者）有無因果關係，是否可認為屬無關緊要之幫助行爲，仍有待討論。

而若是「深度連結」，因被告已直接連結到網路使用者所欲尋找之檔案，其客觀之幫助行爲與主觀上之幫助故意均較為明顯，應可論以幫助犯。惟此時被告應係對成立重製之正犯（網路使用者）成立幫助犯，及對公開傳輸之正犯（提供非法檔案之網頁管理者）成立幫助犯，而非同實務見解，一概僅對網路使用人成立共同正犯。

最後，本文認同實務不區分「主動傳輸」與「被動傳輸」之見解，惟需建立在不離開被告網頁之前提下。倘被告之「被動傳輸」係連結網路使用者到其他網站，單純提供連結、檢索上之方便，實難謂已屬著作權法之公開傳輸犯行。著作權法對於著作之保護，是否應擴張至如此程度，將提供與非法資訊檔案相關者，均面臨觸犯刑法上幫助犯之疑慮，亦值得深思。

三、串流（Streaming）之著作權侵害問題

1、串流與線上試聽

網路傳輸技術之發展，使其應用不在侷限於文字或圖片，聲音與影像的互動式多媒體網路，已成為現代網路之趨勢。自 1995 年 RealNetworks.com 推出 RealAudio 1.0 以來，大量的多媒體資訊藉由串流（streaming）的新傳輸科技在網路中迅速擴張⁷⁸。此技術已廣泛運用在網路之線上教學、視訊會議、隨選視訊（VOD）、即時線上轉播、及網路電台等。

2、實際案例

板橋地院 95 年度訴字第 1838 號，為一跨國性之著作權侵害案件，可為此類型案件之代表性判決。

本案被告承租虛擬主機、申請個人網頁空間架設「琉璃仙境」網站，將未經著作財產權人同意或授權重製、散布及公開傳輸之錄音著作或音樂著作，以壓縮方式重製成 rm（Realplayer）格式之音樂檔，再儲存於其所租賃之大陸上海地區之實體主機硬碟空間內，使不特定網友自「琉璃仙境」首頁上點選「音樂：請按此進入音樂天堂。」後，即因網頁超連結作用連線至其上開主機硬碟空間內，而得免費試聽及下載其所重製之音樂歌曲檔案。被告即以此方式擅自連續重製（重製於上開 4ting 主機部分）、與網友共同

⁷⁸ 所謂之串流，是一種具有即時（real-time）特性的多媒體傳輸技術，相較於傳統存放在網際網路上的多媒體資訊必須全部下載到本機端才可播放之方法，串流技術讓客戶端只需預先下載極小部分資料後即可播放，大量節省使用者在下載之等待時間。再者，串流技術的另一特色並不將多媒體資料實際拷貝一份存放在本機端，而是利用客戶端緩衝記憶體的概念，使資料不經實體儲存而直接由緩衝記憶體讀取後丟棄，可節省本機端磁碟儲存空間。相關介紹可見陳家駿，前揭註 71，第 133 頁。

重製（網友自該 4ting 主機下載部分）、公開傳輸（供網友線上試聽部分）上開音樂或錄音著作，及散布侵害上開著作財產權之重製物。

被告並藉由前揭免費提供試聽及歌曲檔案下載之模式使「琉璃仙境」網站之到訪人次大增，因而向飛行網股份有限公司（即 kuro 網站）等公司招攬刊登廣告而每月賺取新臺幣約五萬元之廣告費牟利。

訴訟中，被告提出以下抗辯：

第一、其並未實際轉檔重製上開音樂歌曲檔案至 4ting 主機內，僅係於該主機所架設之網頁內再超連結至大陸地區其他具有上開音樂歌曲 rm 檔案之網站。

第二、被告僅係基於供人試聽及介紹評論之性質而提供品質不佳之 rm 檔案，與原歌曲並無取代性。

第三、網友下載歌曲係渠等自行決定之行爲，與被告無涉。

第四、此種試聽、下載方式在大陸地區係屬合理使用之範圍，並不能認爲係侵害著作財產權。

首先，針對第二項及第三項抗辯，法院認爲 rm 格式之音樂檔案雖屬破壞性壓縮（或稱有損壓縮）音樂格式，音質較常見之 MP3（MPEG Layer 3）壓縮格式音樂檔案爲差，然依一般人之使用經驗，仍能清楚分辨主要之音樂旋律、節奏及歌手歌聲，顯與原音樂或錄音著作具有實質同一性，自均仍屬著作權法第 3 條第 1 項第 5 款之重製行爲。且被告在其網站上提供上開歌曲音樂檔案供人線上聆聽，即係將上開歌曲透過網路公開傳輸至各該使用者電腦上播放，不因被告係因使用者點擊而被動傳輸，或係因使用者進入該網頁被告即預設主動傳輸播放音樂而有差異。且其提供上開音樂檔案供不特定之人下載，除已屬散布之行爲外，自知下載者會在其使用之電腦內再複製一份該音樂檔案，而仍提供檔案供人下載，顯然其與各該下載者就此部分之重製行爲，亦具有犯意聯絡，且有提供檔案之分工行爲。

再就被告之第一項抗辯，經檢視各該歌曲檔案之內容後，可知檔案存放位置均在 4ting 主機內，並非再連結至其他網站或主機等事實，亦經網路之專家證人證述在案。此部分被告亦未表爭執，僅辯稱其係將各該檔案轉連結之網址儲存成筆記本檔案後存放在 4ting 主機內，實際上還是會透過該筆記本檔案再連結至大陸地區其他網站云云。

但被告之抗辯卻當庭遭專家證人反駁，表示就實際運用層面而言，一般在撰寫網頁時直接輸入超連結之網址即可，若將超連結網址先編輯成筆記本檔案，在撰寫網頁時再連結至該筆記本檔案，非但多花一層功夫，更因此多了許多筆記本檔案而占用硬碟空間，實屬多此一舉。再者，在超連結至其他網站之情形下，因其他網站並非原網站所能控制，故在其他網站更動原先檔案存放位置時，常有連結失效之情形，必須修改原先超連結之位置，此時若超連結網址編寫在原先之頁面，則直接修改即可，並無不便可言。反之，若如被告所述係存放在筆記本檔案中，則必須先開啓該筆記本檔案，才能修改儲

存。且在同一網頁上有多筆超連結網址需同時修改之情形下，若依正常撰寫方式，僅需於同一網頁上直接修改即可，若依被告所稱之方式，需開啓多個筆記本檔案，還需注意有無弄錯檔案致輸入非對應網址之情形（例如 A 歌對應 A 網址，B 歌對應 B 網址，在同一頁面編輯時，因歌名仍在頁面上可供對照，所以不易弄錯，若以被告所稱之方式，在修改筆記本檔案時，其內僅有網址而無歌名，同時修改 A 歌、B 歌時，可能會造成 A 歌對應到 B 歌檔案所在網址之情形，必須謹慎注意），顯然較為不便且易出錯，是被告稱其此舉較為容易修改管理網頁，實難令人難以採信。再者，被告若僅係於網站中介紹歌曲後再超連結至其他網站，則所需之網頁空間不大，藉由其原先承租容量為 100MB 之虛擬主機，及向「YAHOO!奇摩」網站所申請之免費網路空間即已足夠，詎其竟又以每年達八萬元之費用再承租上開容量達 120GB 之 4ting 主機，亦可徵其目的當在於以該主機作為實際存放歌曲檔案之處。

最後，針對被告第四點之抗辯，被告雖主張依大陸地區著作權法之規定，以介紹、評論為目的提供 rm 格式音樂檔案供人試聽係屬合理使用。然法院指出，被告將「琉璃仙境」的入口網頁所在主機設臺灣，歌曲、專輯介紹網頁主要亦位在臺灣地區，被告亦係在臺灣之住處透過網際網路為本案所有犯行，該網站所訴求之對象為臺灣地區之網友，所招攬之廣告更係以臺灣地區為市場之廠商，是就本件被告整體行為流程觀之，其犯罪之行為地、結果地均位在臺灣地區，僅係其中一部分環節透過放置在大陸地區之主機完成而已，自仍應遵守我國法律，不能以未違反大陸地區法律為由而得認不須遵守我國法律。再就合理使用而言，被告雖稱其係為介紹評論歌曲，而供網友下載試聽以作為購買參考，然細觀被告所稱之介紹評論，無非係類似唱片公司之行銷宣傳用語，不見有何關於個人試聽感想之介紹或評論，而其所謂之試聽，更係整張專輯、整首歌完完整整地供人線上聆聽及下載，與一般在網路上歌曲試聽係以部分歌曲，且多有試聽長度之限制不同（如僅能試聽歌曲前一分鐘等），此種大規模將歌手專輯全部翻拷重製於網路上模式，顯然已逾越合理使用之範圍甚明。且就較不在乎音質之聽眾而言，若能透過被告之「琉璃仙境」網站隨時免費線上聆聽，或下載後在自己電腦中隨時聆聽上開音樂檔案，除非甚為鍾愛之曲目或歌手，自己無再購買正版音樂之需求，亦已造成告訴人公司合理利潤之嚴重損失，是被告辯稱上開 rm 格式之音樂檔案與正版歌曲不具取代性，僅供試聽將不會造成告訴人公司損失云云，當非足採。

且法院認為，不論被告此舉在大陸地區是否合法，均不影響被告違反我國著作權法規定之認定。且縱依大陸地區中華人民共和國著作權法第 22 條第 2 款之規定，亦須係為介紹、評論某一作品或說明某一問題，在作品中適當引用他人已經發表的作品，方屬合法，此規定與我國著作權法第 52 條關於合理使用之規定類同。被告所為已經逾越此種合理使用之範圍，自難認其所為亦符合大陸地區上開著作權法第 22 條第 2 款之規定。此外，被告雖稱透過網路搜尋軟體在網路上即可查知大陸地區有許多提供 rm 格式音樂檔案下載之網站，然按大陸地區目前對於仿冒品、盜版品之查緝仍與先進國家有些差距，是大陸地區有許多網站可提供 rm 格式音樂檔案下載，並不盡然表示此舉為合法，

亦不能排除上開網站確實已獲得唱片公司合法授權之可能性。是被告所提之四點抗辯，均無可採。

3、串流（Streaming）實務上之著作權問題

串流與著作權之關聯，在於通常透過串流去聆聽歌曲或欣賞影像，一般使用者並未將該檔案儲存於其電腦，而與一般下載檔案有所不同。在我國著作權法 92 年修法後，暫時性重製亦已納入重製罪之範疇，透過串流技術觀賞影音之使用者，是否屬於暫時性之重製，而可能構成重製罪，即有討論之必要。學說上有認為，串流技術應可符合著作權法第 22 條第四項之「網路瀏覽」之文義範圍，而屬於該條第三項之「專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製」，而不夠成著作權法上之重製⁷⁹。

惟，固然使用者不構成重製罪，但在著作權法 92 年增加公開傳輸罪後，提供檔案供他人觀賞之人，即有構成公開傳輸罪之可能。

上述之板橋地院 95 年度訴字第 1838 號，即與串流及其他網路科技之運用相關，其論述過程詳細，足見該案法官之用心。例如，具有網路專長之專家證人，無疑居功厥偉對於被告之抗辯提出專業之反駁。該案法官對於網路犯罪管轄權部分爭議，亦詳加論述，條理分明，實為實務見解之典範。



四、部落格（Blog）之著作權問題

1、部落格

就新興的 Web2.0⁸⁰ 利用模式而言，影響最深的可能就是部落格（Blog）。部落格之前身，是有評論及連結，並持續更新的個人網站，有稱為網誌（Weblog）。到了 1999 年，Weblog 逐漸變成 We Blog 兩個字，亦使部落格一詞隨之出現。

部落格之特色在於頻繁更新（frequency）、簡潔明瞭（brevity）、及個性化（personality），使部落客在透過網路上書寫之心情筆記、個人觀點、在長期經營下，逐漸與部落參與者產生互動，並成為凝聚向心力之最佳方式之一。且部落格之內容大量運用超連結及標題，內容較傳統網頁為簡潔，並強調與讀者之互動，新增的文章均按發表時間順序排列，並設有讀者回應、評論或評分之設計。而正因上述部落格之特色，使其成為聚集相同理念、志同道合朋友相互討論互動之場所，使部落客與其他參與者之界限

⁷⁹ 陳家駿，同前註，第 135-136 頁。

⁸⁰ 所謂 Web 2.0 之概念，是由 Tim O'Reilly 於 2001 年首度提出，以和過去網路利用之模式（Web 1.0）相區隔。根據其見解，Web 1.0 內容都是由網站經營者自行產生並提供網路使用者利用。而 Web 2.0 之內容則是由上網之用戶自行創作，網站經營者不再主動參與，而是透過網路使用者之參與，帶動流量，進而吸引廣告或開啓收費機制。由於 Web 2.0 是由客戶觀點出發，以客戶創造之內容為主，並由客戶主動創造內容，因此互動性、凝聚力都強，並可提升價值。其具體之應用包括 P2P, Blog, RSS, Podcasting, Wiki 等。陳家駿，同前註，第 201 頁。

因此模糊，形成一小眾市場，可進一步凝聚其向心力⁸¹。

2、實際案例

網路上布落格之普遍性，亦使其相關著作權案件倍增（例如台北地院 95 年易字第 1403 號、基隆地院 95 年基簡字第 718 號、台中地院 95 年度易字第 800 號、台南地院 95 年度簡字第 1579 號）等。惟其實際之法律爭點不多，在上述板橋地院 95 年度訴字第 1838 號已提供極完整之論述下，遂不在一一引述。

3、部落格 (Blog) 實務上之著作權問題

部落格基本上是透過網路提供瀏覽、上傳及下載、即時更新、轉寄、追蹤、檢索等功能，與一般網路之利用並無太大差異，因此亦面臨相關之著作權問題。

首先，因部落格乃新興的 Web 2.0 之運用，強調使用者的參與，大多數之部落格內容都是由部落客所創造，部落格所處之網站（如無名小站），僅屬於平台性質，對於部落格內之著作權歸屬，則有討論空間⁸²。

部落格中之內容，不論是文字、圖片、或是影音，均是著作權所保護之標的。若部落格中出現未經他人同意或授權之著作物，即有可能出現違反著作權法的問題。若侵害之著作係由部落客所自行提供，則應自負其可能之重製及公開傳輸責任。若侵害著作權之內容係由他人提供，其責任為何，則須視各案而定。不過，因我國目前並無類似美國著作權法第 512 條之安全港免責規定，因此原則上仍應回歸民刑法之相關規定，若部落客對於他人利用其部落格侵害著作權有故意時，可能構成著作權刑法之共犯或幫助犯之規定。若無故意僅有過失時，則仍可能須負擔民事上之損害賠償責任。因此，若 ISP 接獲著作權人通知，知悉其傳播內容有侵害著作權之嫌疑，並在合理期間內已採取必要之行為，以防止侵害繼續發生，則無故意過失，即不需為他人行為負責⁸³。

第四項 第 94 條 常業罪

第一款 判決統計概述

民國 92 年之舊法第 94 條曾將以犯第 91 條、第 91-1 條、第 92 條、及第 93 條為常

⁸¹ 陳家駿，同前註，第 138-140 頁。

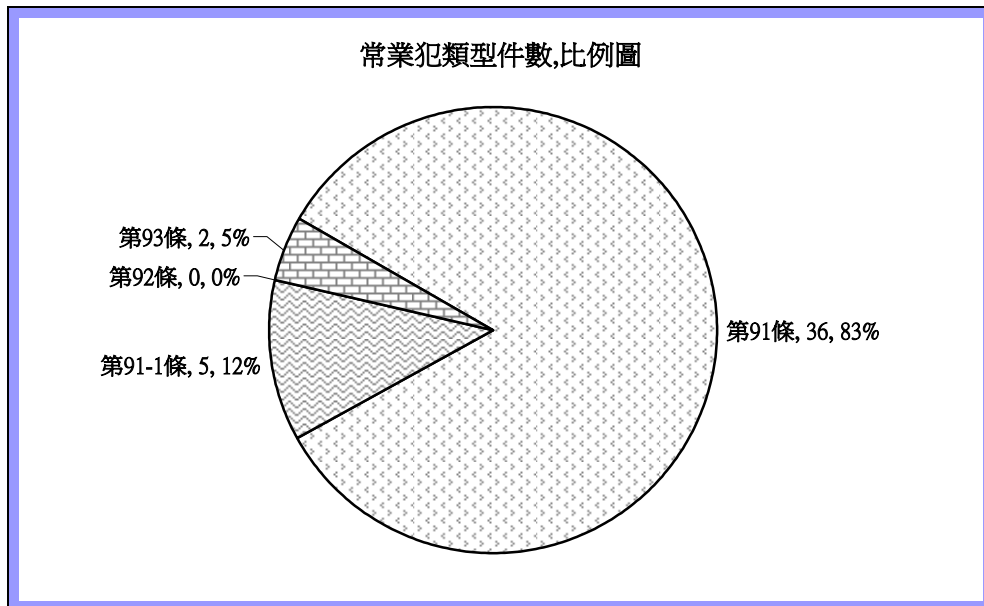
⁸² 一般而言，平台業者與部落客並無直接之約定，通常係由平台業者單方面之使用規定或服務條款 (terms of use) 等定型化契約，作為雙方間權利義務之規範。由於平台業者擔心若將使用者所上傳之內容均約定為其著作權可能會因此導致著作權之爭議，因此大部分之業者均以約定部落格之著作權由部落客所有，但業者可取得著作人之授權，自由利用該等著作。

⁸³ 例如，YouTube.com 與 MySpace.com 雖在部落格獲得相當之成功，但已遭 Univerdal Studio 於 2006 年 9 月提出侵害著作權之訴訟。且若在部落格中傳或轉送侵害他人著作物時，部落格甚至可能構成網路服務之提供者，其責任如何則更加複雜。並認為對於台灣部落格業者未來最重要之問題，在於我國之立法是否採取較寬鬆之 ISP 定義，放寬部落客是否可認為是服務提供者之認定，並可進而主張服務提供者之免責。如此一來將可促進部落格在台灣發展之未來。見馮震宇，部落格也會侵害著作權？網路服務提供者責任限制規範下的部落格責任，萬國法律第 153 期，第 17 頁，2007 年 6 月。

業者，加重其刑期及併科罰金額。該條文雖業經民國 95 年著作權修法時，為配合刑法常業犯之刪除，而予以刪除，然仍具有相當之參考價值。

總觀歷年案件之統計，以犯第 91 條重製罪為常業者，共有 36 個判決。以犯第 91-1 條散布罪為常業者，則有 5 例。以犯第 93 條公開侵害著作權為常業者，則有 2 例。我國實務上，而並無以犯第 92 條為常業者。

由此可知，基於本研究以與網路相關為判決篩選之依據，近年來較多之案件雖已偏向公開傳輸罪，但因常業犯於民國 95 年即已刪除，使晚近以公開傳輸侵害著作權者，均無常業犯之適用。因此，傳統之著作權侵害型態，如重製與散布，佔舊法常業犯之絕大多數。



第二款 第 94 條判決主文分析

因常業犯性質上屬於多數行為之集合犯，屬於實質上一罪，反覆從事之多數行為相互間不生連續犯、牽連犯或想像競合犯裁判上一罪之問題。故依本條之規定，縱行為人之行為同時侵害多數人之著作財產權，亦無成立想像競合犯之餘地。倘行為人以犯第 91 條、第 91-1 條、第 92 條、第 93 條之罪為常業，並兼而有之，則後三者之低度行為應為前者之高度行為所吸收，主文僅能論以一個情節重大之常業重製罪。

而如前述，犯第 94 條者，以犯第 91 條重製罪為絕大多數，其平均被處有期徒刑 17.02 月，75%獲緩刑。其中，行為人有前科（包括緩刑期滿未撤銷）之比率為 11.1%。而以侵害行為而論，平均重製量為 6707 片，獲利金額為 470574 元。重製量超過一千片者共

有 18 件⁸⁴，占 50%。超過一萬片者共有 4 件⁸⁵，占 11.1%。

而若以犯第 91-1 條為常業者⁸⁶，其平均被處有期徒刑 17.2 月，40%獲緩刑。行為人有前科（包括緩刑期滿未撤銷）之比率為 40%。而以侵害行為而論，平均散布量為 8718 片，獲利金額為 600700 元。

而在以犯 93 條為常業者⁸⁷，其平均被處有期徒刑 17 月，100%獲緩刑。行為人有前科（包括緩刑期滿未撤銷）之比率為 0%。而以侵害行為而論，平均侵害量為 551 片，獲利金額為 55050 元。

第四節 上訴審統計

第一項 上訴審判決統計

第一款 第 91 條 重製罪

在 59 個上訴高等法院判決中，有 30 件（50.8%）係由檢方提起上訴、22 件（37.2%）由被告提起上訴、4 件由自訴人提起上訴，而 3 件雙方均上訴。而二審判決之結果，有 21 件上訴遭駁回（35.6%），33 件原判決遭撤銷（55.9%），5 件部份撤銷部分駁回。

在檢察官上訴部份，20 件原判決遭（部分）撤銷，10 件上訴遭駁回，上訴成功率為 66.6%。在被告上訴部份，14 件原判決遭（部分）撤銷，8 件上訴遭駁回，上訴成功率為 63.6%。在自訴人上訴部份，1 件原判決遭（部分）撤銷，3 件上訴遭駁回，上訴成功率為 25%。

第二款 第 91-1 條 散布罪

在 34 個上訴審法院判決中，有 12 件（35.2%）係由檢方提起上訴、21 件（61.7%）由被告提起上訴、1 件由自訴人提起上訴。而判決之結果，有 8 件上訴遭駁回（23.5%），26 件原判決遭撤銷（76.4%）。

在檢察官上訴部份，9 件原判決遭（部分）撤銷，3 件上訴遭駁回，上訴成功率為 75%。在被告上訴部份，17 件原判決遭（部分）撤銷，4 件上訴遭駁回，上訴成功率為 80.9%。

⁸⁴ 91 訴 1195、92 訴 1661、92 訴 1387、92 訴 70、93 訴 698、93 簡 3678、93 訴 1128、93 訴 143、93 訴 161、93 簡 1727、93 訴 935、94 訴 27、94 訴 441、94 訴 1564、94 訴 2383、95 訴 728、95 簡 50、95 訴 766。其中有四例由判決書中無法得知侵害數量（92 簡 2966、93 訴 1288、94 訴 1402、94 訴 2715）。

⁸⁵ 92 訴 1387、93 訴 935、93 簡 1727、94 訴 2383。

⁸⁶ 共有 94 訴 299、94 簡 390、94 訴 823、95 簡 927、95 訴 1738，共 5 判決。

⁸⁷ 計有 90 訴 931、93 訴 214，共 2 判決。

第三款 第 92 條 公開傳輸罪

在 7 個高等法院判決中，有 2 件（28.5%）係由檢方提起上訴、4 件（57.1%）由被告提起上訴、1 件由自訴人提起上訴。而判決之結果，有 3 件上訴遭駁回（42.85%），2 件原判決遭撤銷，2 件（28.5%）部份撤銷部分駁回。

在檢察官上訴部份，1 件原判決遭（部分）撤銷，1 件上訴遭駁回，上訴成功率為 50%。在被告上訴部份，3 件原判決遭（部分）撤銷，1 件上訴遭駁回，上訴成功率為 75%。

第四款 第 94 條 常業罪

在 26 個高等法院判決中，有 9 件（34.6%）係由檢方提起上訴、15 件（57.6%）由被告提起上訴、1 件由自訴人提起上訴，而 1 件雙方均上訴。而二審判決之結果，有 8 件上訴遭駁回（30.7%），17 件原判決遭撤銷（65.4%），1 件部份撤銷部分駁回。

在檢察官上訴部份，5 件原判決遭（部分）撤銷，4 件上訴遭駁回，上訴成功率為 55.5%。在被告上訴部份，13 件原判決遭（部分）撤銷，2 件上訴遭駁回，上訴成功率為 86.6%。



第二項 小結

綜上所述，檢察官上訴成功率，不分犯罪類型，均可達五成以上，可見檢察官上訴權之行使，較不受到告訴人之影響。而在檢察官上訴理由部分，雖有因告訴人不滿原判要求上訴者，亦有認為原審量刑過輕，給予被告緩刑不當等不同理由，惟鮮與法院撤銷原判決之理由相同，此或與著作權案件之證物繁多、告訴要件之審查易生闕漏有關。

而就被告上訴方面，於觸犯第 94 條常業犯規定時，上訴比率較其他罪名為高，應是與案件較複雜、刑度較重，對被告影響較深相關⁸⁸。雖被告之上訴成功率卻高達 86.6%，惟並不表示被告即因此獲得較輕之判刑。而二審廢棄原判決之原因，多非被告上訴理由之量刑不當或請求緩刑或易科罰金。許多原審判決遭撤銷之原因在於二審對被告係成立某罪之連續犯或常業犯之見解，與原審有異⁸⁹。或原審對於檢察官移送併辦部分，未於事實欄及理由欄予以說明，而構成事實與理由矛盾之違法。甚而，檢察官已移

⁸⁸ 有論者即指出，實務上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、扣案證物發行日期予起訴事實不符或屬前案所遺留下來、被告自白非出於任意性、證據能力欠缺、警方詢問未合法錄音錄影等，法院應注意審判事實之爭點，避免案兼遭受誤導，排除不必要之證據方法，重視審判效率。見鄧振球，前揭註 3，第 114 頁。

⁸⁹ 因常業犯與連續犯本質上均有反覆性、複次性及延時性，其區別在於行為人是否以犯罪行為為業務，並恃以維生。

送併辦，法院卻疏未審就，則構成已受請求事項未予判決之違法。

但即便被告之上訴遭駁回，若因其於一審後已與告訴人達成和解，二審判決之主文雖係駁回被告之上訴，但仍施以緩刑之寬典，被告實質上仍獲一較輕之判決。

而法院撤銷原審判決，有因未適用新通過之減刑條例不當、或因對第 91 條與第 91-1 條之競合關係見解與原審不同⁹⁰、或是對應扣押物之認定、告訴要件是否具備等，不一而足。而如前述，法院撤銷原審判決之理由，鮮有與被告或檢方一致者，此或可歸因於被告與檢方均常以原審量刑之過輕或過重為上訴事由，而著作權案件因具有集合犯性質，不僅各次犯行間之關係，有待認定，盜版光碟之數量、著作權人之歸屬及其實質內容，應加以勘驗，以免造成應於審判期日調查之證據未予調查之違法⁹¹。故個別著作之告訴要件是否具備、扣押沒收是否齊備、究係於連續犯或常業犯之認定等，均增加此類案件之撤銷率。



⁹⁰ 第 91 條與第 91-1 條之競合關係，在舊刑法時代，多數見解採牽連犯，從一重依第 91 條處斷。惟有少數見解採吸收關係，由第 91 條吸收第 91-1 條。而在刑法刪除牽連犯後，案件若涉及新舊法之比較，因採從舊從輕原則，仍依舊法論被告牽連犯，較無疑義。惟舊法時代與晚近之少數判決，仍不乏認兩者競合時應論以吸收關係者。採牽連關係者，如 94 上訴 1922、95 上訴 4126、96 上訴 89、96 上訴 583。採吸收關係者，如 89 上訴 1663、95 上訴 3656。

⁹¹ 最高法院 93 年台上字第 554 號、第 3459 號、第 3558 號、第 4031 號等判決均認為扣案光碟未予全部勘驗構成判決違背法令之原因。為解決此問題，有實務家建議事實審法院可於勘驗光碟時，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。見鄧振球，前揭註 3，第 106 頁。

第五章 實證觀察與建議

第一節 對著作權法因應網路時代之建議

第一項 網路時代下之著作權侵害之普遍化

著作權之刑法問題，過去一百多年來多集中於第 91 條重製罪，並以其為著作權人權利保護之中心。其他諸如第 92 條之公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開展示、公開改作、編輯或出租，或較晚才立法納入之第 91-1 條之散布罪，雖有其重要性，但無法撼動重製罪在著作權刑法領域之地位。

然而，隨著數位寬頻網路時代之來臨，及電腦之普遍，大幅降低重製、散布或公開傳輸所需之成本。傳統中僅可能由具有商業規模或需投入相當資本之侵害著作權行為，均已可透過一台連接上網之電腦輕鬆達成，更使著作權侵害行為日趨普遍與氾濫。其中，由先前與網路相關案件統計可知，在網路之催化下，散布與公開傳輸，已可和重製行為鼎足而立，甚而更具其重要性。

第二項 網路時代下之重製與散布

以第 91 條與第 91-1 條之關係而論，歷年與網路相關之著作權案件量激增，與著作權人大舉清查透過拍賣網站（例如 Yahoo 拍賣、e-Bay、露天拍賣）販售盜版光碟有關。此舉不但有效肅清利用此平台牟利之不法商人，亦鞏固著作權人之經濟利益¹。雖此類犯行，非屬網路著作權侵害之核心，惟其利用網路作為犯罪之平台，亦屬於網路上之著作權侵害之案件。

而在這類案件之查緝上，著作權人多委由其法務人員，先上網佯裝客戶向行為人購買，待收得盜版後，再將交易過程之資料交給檢警，並依法提出告訴²。檢調再依 ISP 位址，查出行為人個人資料，申請搜索票進行搜索。而此等搜索，多能「人贓俱獲」，蓋若行為人有自留母片，而著作權人所購得之盜版係其另行燒錄，則行為人可依第 91 條第三項之重製於光碟罪論處³，而散布行為則依牽連犯或吸收關係處理。而若行為人

¹ 以現況而論，過去在拍賣網站輕易可搜得販賣盜版電影、影集、音樂之賣家，現多消聲匿跡。點入上述拍賣網站中，賣方多會於廣告頁中強調其為合法商品，售價較低者均為二手商品。而欲透過拍賣網站搜尋便宜之電影，僅能找得由錄影帶出租店釋出之過季電影，迫使一般大眾需購買原版電影或向出租店承租，有效地控制此等大型公開之拍賣網站，並捍衛其經濟利益。

² 依著作權法第 100 條，著作權法第七章之罰則採告訴乃論，惟第 91 條第三項及第 91-1 第三項則為非告訴乃論。檢警於收到著作權人之告訴後，遂有開始偵查之義務。

³ 例如 96 年訴 372 號判決，即有論及法院認事用法之依據。該判決：「被告坦承販賣附件四之一、五之一之盜版光碟片，惟辯稱附件四之二、五之二、六之盜版光碟片是自己燒錄作為欣賞之用，並無販賣行為云云。然查，查獲之附件六所示之花田少年史共有三部，如要自行珍藏，何以燒錄三部留存，況且附件四之二、五之二之光碟片，部分與附件四之一、五之一之盜版光碟片重複，既已有光碟片可供留存觀看，

家中並無其他盜版光碟，而無法證明行為人有重製行為時⁴，仍可以第 91-1 條之散布行為論處。該條不僅處罰散布行為，連散布之前階段行為：意圖散布而公開陳列或持有，均可處三年以下有期徒刑。因行為人已於網頁上刊登拍賣廣告，故法院亦普遍認定行為人有意圖散布而公開陳列或持有之犯行。惟法院既認為若行為人同時犯重製罪與散布罪時，從一重依重製罪論處即為已足，故僅依散布罪論處者，其犯行毋寧極其輕微，法院亦從寬審理，此可由第 91-1 條之統計結果可知⁵。

亦即，凡於網路上刊登廣告，販售盜版光碟者，一經查緝，多能罪證確鑿，均面臨最低六個月的有期徒刑，差異者僅在於論罪之法條與是否獲緩刑或易科罰金。惟參諸第 91 條第三項及第 91-1 第三項之加重及採非告訴乃論之理由，在於該等侵害成本低，不法獲利高，對於著作權人損害極劇，係以盜版工廠等「老虎級」之大量重製為目的之立法。然而，如前述，著作權人於拍賣網站上所搜得違法販賣盜版光碟者，固有少數係大量侵害著作權者，惟大多數仍屬「蒼蠅」級之市井小民。其或因不熟悉法令⁶，或係利用拍賣網站上將家中雜物清除變現。然因著作權侵害刑罰化，得著作權人得發動公權力，查緝任何利用網路拍賣盜版者，使行為人面臨最低六個月的有期徒刑，易科罰金亦高達十八萬元。著作權刑法於實務上之運作，無疑係以大炮打小鳥，罪刑不相當之結果，使社會大眾對於著作權法之偏見日深。

此外，著作權法將重製於光碟或散布光碟重製物定為非告訴乃論，而其他犯行為告訴乃論，固然展現出政府查緝盜版光碟之決心。然而，在判決觀察中可見，不少著作權人於發動刑事程序後與行為人達成和解，而事後撤回告訴。若行為人所犯者為告訴乃論之罪，則法院自下不受理判決。但若行為人係犯第 90 條第三項或第 91-1 條第三項之非告訴乃論罪，該等撤回告訴，對法院判決主文並無影響，充其量僅為被告犯後態度良好，而為緩刑與否之依據。著作權法賦予著作權人發動與終結刑事程序之權利，但約八成之重製案件所造成之損害小於五萬元，如此勞費國家有限之執法成本，是否具有其經濟上效益，似有疑義。

第三項 網路時代下之重製與公開傳輸

重製行為固然為傳統著作權侵害之基本類型，但伴隨著網路之日漸普及，個人網頁、相簿、部落格、影片分享技術日趨成熟，亦增加面臨觸犯公開播送、上映、傳輸之

何需費時自行燒錄留存，且經詢問被告有關附件四之二、五之二、六之相關動畫內容，被告大多無法說明，既未曾觀閱，何以決意收藏，且被告燒錄片多達上千片，其辯稱無販售之意，無法置信，又其住家內燒錄機高達三台，是其辯稱附件四之二、五之二、附件六之光碟片均是燒錄後供自己欣賞，要無可信，被告犯行洵堪認定。」

⁴ 例如，行為人推諉其盜版光碟係透過網路或地攤向不知名賣方所購得。

⁵ 蓋如前述，依第 91-1 條第三項論處者，平均判刑 6.82 月，相較於第 91 條第三項之平均判刑 7.66 月為輕。而易科罰金比率為 74%、82.3%獲緩刑均較第 91 條第三項為高。

⁶ 最常見之理由為，行為人自夜市或網路購入盜版光碟後，認無保留必要，遂以相同方式將上述光碟出售，卻不知著作權法並不處罰購入之行為，但其意圖出售之行為卻可能該當於第 91-1 條之散布罪。

危險性⁷。

透過網路之公開播送或公開傳輸行為，因需將影音著作物轉換為數位之電子訊號，故同時亦均違犯重製之行為。惟有別於傳統之有形物之散布，一次重製行為僅能提供一次後續之散布行為，若無進行大量之重製行為，則無貨源可供大量之散布行為，故第 91-1 條應為侵害著作權犯行較為嚴重、法定刑亦較重之第 91 條重製罪所吸收。

然在公開傳輸方面，法院認為行為人將著作物上傳之行為，雖屬重製，而應依第 91 條論處，惟因網路之特性，使行為人一次之上傳行為，卻可能引發或提供機會予數以千萬計之後續下載、重製行為，已非傳統重製罪所能充分涵括並充分評價，而毋寧應論以第 92 條之公開傳輸罪。故雖現行法第 91 條第一項與第 93 條之法定刑相同，然法院對此種犯行，則傳統上則依連續犯與牽連犯論處。亦即，被告多次之重製或公開傳輸之行為，依連續犯法理，各僅成立一次之重製罪或公開傳輸罪。倘被告同時觸犯重製罪與公開傳輸罪時，則以牽連犯，單獨論以第 93 條之公開傳輸罪⁸。

而在連續犯與牽連犯刪除後，則仍依集合犯與想像競合犯⁹之法理，另謀解釋。法院認為著作權之侵害具有反覆性，故對於行為人多次之侵害著作權行為，依集合犯，僅論以一罪¹⁰。而在行為人同時構成重製罪與公開傳輸罪時，則多依想像競合犯，單獨論

⁷ 例如，95 訴 1838：「本件被告在其網站上提供上開歌曲音樂檔案供人線上聆聽，即係將上開歌曲透過網路公開傳輸至各該使用者電腦上播放，被告對此流程自知之甚詳，否則不會在上開網站提供此項功能，是其於各該使用者點擊該項功能時，所為即屬公開傳輸上開音樂著作或錄音著作之行為，此不因被告係因使用者點擊而被動傳輸，或係因使用者進入該網頁被告即預設主動傳輸播放音樂而有差異，是被告辯稱其並未公開傳輸云云，當非可採。」96 易 1285：「經查，本件如附表一「被侵權曲目」欄內所示之歌曲或樂曲，性質上屬於音樂著作及以此為內容之錄音著作，而被告在其網站上，提供上開歌曲音樂檔案供人線上聆聽，無論係以音樂播放器方式或是以超連結方式，均係將上開歌曲透過網路公開傳輸至各該使用者電腦上播放，被告對此流程自知之甚詳，否則不會在上開網站提供此項功能，是其於各該使用者點擊該項功能時，所為即屬公開傳輸上開音樂著作或錄音著作之行為，此不因被告係因使用者點擊而被動傳輸，或係因使用者進入該網頁被告即預設主動傳輸播放音樂而有差異，是被告此部分所為顯然已構成著作權法所規範之公開傳輸行為。」

⁸ 例如，95 易 1403：「核被告所為，係犯著作權法第 91 條第 1 項擅自重製罪、同法第 92 條擅自公開傳輸罪。被告先後多次重製及公開傳輸之行為，均時間緊接，所犯之罪名以及基本犯罪構成要件均相同，顯係基於概括犯意反覆為之，均為連續犯，各應依修正前刑法第 56 條之規定，以一罪論，並加重其刑。被告所犯二罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，應依修正前刑法第 55 條之規定，從一情節較重之著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪處斷（因被告公開傳輸其所非法重製之錄音著作，以使其他網友得以免費試聽該等錄音著作，此情節所侵害告訴人之錄音著作財產權之程度自較被告僅自行重製為重）。」

⁹ 95 易 2295：「本件被告係基於一個犯罪決意，自 95 年 3 月間起，將上開電影、音樂電子檔案以公開傳輸或超連結方式重製至其所設置在香港地區網路服務業者所提供磁碟空間內，並使不特定人得因網頁超連結等作用連線至其置放之磁碟空間內而免費下載，則被告所為公開傳輸及重製之行為，著手階段同一，可評價為想像競合犯，應從一情節較重之著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪處斷（因被告公開傳輸其所非法重製之視聽著作、錄音著作，以使其他網友得以免費下載該等視聽著作、錄音著作，此情節所侵害告訴人之視聽著作、錄音著作財產權之程度自較被告僅自行重製為重）。」

¹⁰ 95 簡 7829：「按刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。學理上所稱「集合犯」之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者，最高法院 95 年台上字第 1079 號判決、95 年台上字第 3937 號判決、95 年台上字第 4686 號判決可資參照。從而，本件被告甲○○多次於網頁建立超連結，擅

以第 92 條之公開傳輸罪¹¹。

而在法院在公開傳輸罪之量刑方面，統計資料顯示，格外重視行為人是否基於營利

自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權之行為，具有不斷反覆實施之特性，應認屬集合犯行為，自仍應論以一罪。」

¹¹ 實務見解中，對此論述最詳者，為 95 易 2295：「...原刑法第 56 條之連續犯規定業經刪除，即修正後之刑法已無連續犯得論以裁判上一罪之情形，參照該修正條文之立法理由，即修正條文說明謂「至連續犯廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」等語，則依前揭修法意旨，於修正刑法施行後，自應重新檢討「接續犯」、「包括的一罪」之概念，其中屬包括一罪概念中之「集合犯」，係立法者在犯罪構成要件所描述及預設之該當行為，本身即具有不斷反覆實施之特性，而是否為集合犯之判斷標準，其一類型係從法條文義即可得知，如「收集」國防機密罪、「收集」偽造通用貨幣罪，由法條所規定「收集」之文義，即知「收集」之行為具有不斷實施之特性；另一集合犯之類型，則係由構成要件規範目的與日常生活經驗之典型違犯型態加以判斷者（參林鈺雄，「跨連新舊法之施用毒品行為兼論行為單數與集合犯、接續犯概念之比較」，刊載於臺灣本土法學雜誌，第 84 期，頁 141 以下）。復按刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。學理上所稱「集合犯」之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者（參照最高法院 95 年台上字第 1079 號判決、同院 95 年台上字第 3937 號判決、同院 95 年台上字第 4686 號判決），從而，本件被告經營上開「星樂網音樂論壇」網站，自 95 年 3 月間起迄同年 7 月 12 日，其因經營上開網站而多次公開傳輸、重製該等錄音著作及視聽著作之行為，具有不斷反覆實施之特性，均屬集合犯行為，自仍應各論以擅自重製一罪及擅自公開傳輸一罪。...。復按刑法第 55 條業經修正，於 94 年 2 月 2 日經總統公布，並自 95 年 7 月 1 日起施行，其中刑法第 55 條後段有關「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名」之牽連犯規定，經修正刪除，即修正後之刑法已無牽連犯得論以裁判上一罪之情形，參照該修正條文之立法理由，即修正條文說明謂「至牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰」等語，再參酌先進法治國家德國、日本之立法例，德國因無牽連犯規定，故學界及實務對想像競合犯之行為單數認定較為寬鬆，德國通說認為在第一個構成要件行為實行既遂後，行為終了之前，復實現其他犯罪構成要件，仍可成立想像競合犯，日本刑法則因同時有想像競合犯及牽連犯之明文，就想像競合犯之一行為概念較為嚴格，該國通說認為分別構成犯罪行為雖似有二個以上，但此二以上之行為發生「重合」時，該「重合」部分即屬一個行為，惟仍以依社會觀念認為實行之著手階段屬於同一為必要，是以德、日通說對於想像競合犯之概念界定有所差異，惟基於本國此次刪除牽連犯之修法目的，係因牽連犯之存在不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌（參照該條修正條文說明之內容），則牽連犯之規定刪除後，自不宜再擴張屬裁判上一罪之想像競合犯概念，日本通說所採較為嚴格之想像競合犯概念，堪值本國修正刑法條文施行後參酌，從而，依目的解釋及比較法解釋，凡基於一個犯罪決意，實行數個犯罪構成要件之行為，惟該數個構成要件行為所實行之著手階段同一者，即可評價為一個犯罪行為而論以想像競合犯（同此見解者，參張淳淙，「從刑法修正論行為之罪數」，刊載於司法周刊 1286 期司法文選別冊）。本件被告係基於一個犯罪決意，自 95 年 3 月間起，將上開電影、音樂電子檔案以公開傳輸或超連結方式重製至其所設置在香港地區網路服務業者所提供磁碟空間內，並使不特定人得因網頁超連結等作用連線至其置放之磁碟空間內而免費下載，則被告所為公開傳輸及重製之行為，著手階段同一，可評價為想像競合犯，應從一情節較重之著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪處斷（因被告公開傳輸其所非法重製之視聽著作、錄音著作，以使其他網友得以免費下載該等視聽著作、錄音著作，此情節所侵害告訴人之視聽著作、錄音著作財產權之程度自較被告僅自行重製為重）。後續之 96 易 1147、96 簡 4993、96 壢簡 912 及 96 壢簡 1461 均採此見解。惟實務採此見解之妥適性，並非無疑。蓋舊法時期以所謂牽連關係論處，係以各罪間為「數行為」為要件。新法刪除牽連犯後，法院實務改以「一行為」之想像競合犯，無疑論理上有所矛盾。實證統計之結果，或許可為此現象提供解答。司法實務對於著作權侵害判刑普遍偏低，顯然不欲對行為人加諸嚴刑重罰。此判刑態度形諸於罪數之認定上，將原屬數罪之牽連犯，削足適履地於著作權案件成立想像競合犯。

目的而為公開傳輸¹²，並有見解認為該等行為本身並不具有反社會人格¹³。

著作權法第 91 條第二項之重製罪及第 91-1 條第二項之散布罪，均有對具營利意圖之行為人加重之處罰，唯獨第 92 條並未加以區分。可預期在網路持續發展下，公開傳輸罪之重要性將與日俱增，不區分行為人主觀上是否有營利意圖，均立於相同基準點為論罪科刑，將有雞兔同籠，判刑失當之危機。因此，立法論上宜對第 92 條亦增列第二項，加重處罰有營利意圖之行為人，而同時降低不具有營利意圖之公開傳輸行為，以免刑罰過於浮濫，而使一般大眾徒生刑罰苛酷之感，卻未能心悅誠服。此外，對於各種新型態網路科技所帶來的新著作物利用方式，適度調整網路時代下之合理使用與個人使用範疇，亦勢在必行。

第四項 現行法以重製於光碟為加重要件之不當

此外，現行法於第 91 條第三項及第 91-1 條第三項，均以「重製於光碟」作為加重構成要件，其立法理由認為係因盜版光碟製作成本低，而不法獲利高，須加重方能維護著作權人利益¹⁴。該等立法，固然係因應光碟成為資訊傳輸之重要媒介，而不論係 VCD、DVD，均可包括在內。此亦可由本研究之統計結果可知，盜版光碟確屬現今侵害著作權案件之大宗¹⁵。

然而，嚴格而論，該等案件均僅以網路為另一無形之交易平台，與利用網路之特性侵害著作權，仍有差異。蓋侵害著作權之行為，並非發生於網路空間，而係因其先為實體上之重製行為，充其量僅係利用網路無遠弗屆之特性，對不特定之人進行廣告與銷售行為。

而在網路頻寬不斷成長，光碟是否仍將持續其記載功能之領導地位，則有待商榷。蓋固然新型態之光碟片仍持續研發中，但隨著隨身碟、可攜式硬碟容量不斷提高，並其可重複覆寫之優點，佐以網路之便利性，傳統實體光碟正面臨其成長之挑戰。亦即，在網路及相關科技不斷進步成長下，以「重製於光碟」作為加重構成要件，將日失其妥適

¹² 在公開傳輸罪中，法院量刑之因素依序為被告犯後態度、被告所得之利益多寡、被告之素行狀況、犯罪所生之損害。其中，被告所得利益之多寡，在重製罪或散布罪，均落後於被告之素行狀況及犯罪所生之損害。由此可見，法院對於公開傳輸是否基於營利目的，格外重視。而依統計結果顯示，在 95 件依第 92 條侵害公開傳輸論罪之判決中，具營利性質者僅有 5 件，可推知該因素係法院援以減輕行為人刑期之因素。

¹³ 士林地院 96 簡 26：「...茲審酌被告架設布洛格提供他人享有著作財產權之歌曲予不特定人下載試聽，長達 1 年，長期侵害他人著作財產權，固屬不該，惟時下青年架設布洛格供人下載音樂，時有所聞，被告無非盲從流行風氣，並非具有反社會性格。」

¹⁴ 參照 92 年之修法理由。對此修正，雖大多數學者當時並未指摘此立法之不當（此或可作為當初立法時時空背景，實體盜版猖獗之證明），但仍有論者認為以光碟作為加重刑罰之要件，顯然僅是著眼於現實上發生之頻率，其實並不具有加重之合理性。見李昂杰，著作權法刑罰修正略述，科技法律透析，第 5 頁，2004 年 5 月。

¹⁵ 依統計結果顯示，犯第 91 條第三項之案件數為 223 件，占犯重製罪之 85.2%；犯第 91-1 條第三項之案件數為 223 件，占犯散布罪之 96.5%。

性，而有另覓加重處罰要件之需求¹⁶。

舉例而言，台北地院 96 年易字 1963 號判決之案例事實為一行為人將其非法重製之盜版電影、音樂等著作物，非法重製於一 350GB 之可攜式硬碟，並將此硬碟以略高於市價之方式拍賣出售予欲購買盜版影音之買方，以賺取差額。因行為人之重製行為，並非於光碟，法院基於罪刑法定，僅能論以現行法第 91 條第一項之重製罪。惟一片 VCD 容量約為 700MB、一片 DVD 則約 4.5GB，350GB 之硬碟可容納七十部以上之電影及上萬首 MP3，如此重罪輕判，豈無不妥？

再舉例言之，95 訴 1413 之案例事實為，行為人將其補習班之書面資料影印，將上課錄音自錄音筆中存入電腦，利用電腦將該錄音燒錄於光碟中，並將影印之書面資料隨同錄音光碟，以一套三百元不等，上網標售，總計賣出約 10 套。法院以行為人觸犯第 91 條第三項之重製於光碟及第 91-1 條散布光碟重製物，加以論罪。惟縱補習班仍享有該以錄音筆錄製之上課內容電子檔之著作權，惟行為人將錄音檔從錄音筆存入電腦（第一次重製行為）與將電腦中之錄音檔燒入光碟（第二次重製行為），是否應差別評價？行為人之所以將其燒錄於光碟，係因光碟乃於現今交換數位資訊最便利之載體，與盜版工廠大量壓製販售牟利之手段顯有不同，應無立法理由中所謂「成本低、不法獲利高」之加重理由，豈無輕罪重判之嫌？

由此可知，著作權法過去十年以「重製於光碟」作為加重要件，故可認係因應光碟於自過去十年來取代 1.44MB 磁碟片後，對著作權人所產生之危害。然而，探諸立法之本意，其毋寧係欲對於當時猖獗之商業性盜版光碟壓製工廠，及各路邊攤、夜市販售盜版之業者，加強取締，以降低盜版品之市場，擺脫我國海盜國家之形象。亦即，之所以以「重製於光碟」為加重構成要件，並不在於光碟本身具有較高之危險性，而應受嚴厲之刑罰制裁。而是因盜版業者利用數位時代著作物以逐步以光碟之型態銷售，而光碟又具有重製成本低、不法獲利高之特性，而與以大量重製，獲取暴利，嚴重破壞我國之國際形象。故對於此類型商業性重製行為之非價重心，毋寧在於盜版者重製或散布之量，而非其否以光碟作為其載體。立法者「打擊錯誤」之立法，毋寧將成為實務上最大之先天缺陷。

時至今日，個人燒錄機幾已成為家戶必備之電腦週邊用品，其錄製之質量亦與日俱增，重製行為已非盜版工廠之專利。對於侵害量顯有不同之兩者，科與同罪同罰，無疑

¹⁶ 公開傳輸罪之急速成長，即可顯現此趨勢。而盜版業者亦已利用此網路特性，而逐步更改其營業模式。傳統之販賣方式可分為三步驟，賣方先於網路上刊登廣告，待買方下單匯款後，再由賣方將盜版品郵寄給買方。此種交易模式之所以可維持不墜，係因買方知其所購買者為盜版或猥褻光碟，可能有觸法之疑慮，而有透過一匿名之交易平台，以滿足其購買需求，並避免尷尬或查緝。賣方則以人頭帳戶收取賄款後，利用不知情之郵遞人員交付盜版著作物，並不出面，以增加查緝之難度。惟在網路頻寬日益擴增之下，已有業者（不區分合法或非法）架設網站，提供各式影音檔案，買方於付費（可購買點數或播打付費電話以取得下載之密碼）後可直接透過網路下載，買賣雙方均較傳統模式更為有利。就買方而言，不但可免支付運費，更可避免因匯款使其個人資料曝露給賣方，亦可消除向郵差或快遞人員取貨時可能之曝光之風險，或是由家人代領時可能之尷尬。就賣方而言，不但可節省燒錄光碟之時間及成本，更可省下購買重製機器之固定成本。且採此模式可壓低價格，使其較採傳統模式銷售之盜版者更具競爭優勢。此外，賣方不需時常出貨給郵局或快遞公司，更可降低遭檢警查緝之風險。

已失刑法之公正性。而在網路不斷擴張下，實體方式之資料傳輸將逐步由無形之網路所取代。因此，在可預見之將來，以重製於實體光碟片亦將因此趨勢而日失其正當性。著作權法勢必須正視網路所帶來的衝擊，而有必要對公開傳輸及重製罪重新立法，並將此種不具正當性之加重事由，與以刪除。

第二節 對法院量刑之建議

第一項 95 年刑法修正對於著作權刑法之影響

著作權法於 95 年時，為配合刑法改採「一罪一罰」，將第 94 條之常業犯刪除。法院判決對此修法，僅在於論罪法條之變更，對於罪數之認定，影響並不大。蓋在常業犯未刪除前，實務秉持最高法院判例¹⁷意旨，對於以違反著作權為常業之行為人，論以第 94 條之常業犯。法院雖不僅以重製之數量作為判斷常業犯之標準，惟依統計數據可知，於舊法時代，觸犯第 94 條之重製數量，顯較觸犯第 91 條、第 91-1 條為高¹⁸。

而在常業犯刪除後，依刑法第 56 條之刪除理由，認為應由學界適度發展接續犯或包括一罪之概念，以限縮數罪併罰之範圍。於侵害著作權案件，法院遂援引「集合犯」之概念，認侵害著作權本質上原具有反覆、延續實行之特徵，行為人若基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。因此，不論是基於銷售之目的所為之複數重製行為、散布複數重製物之行為，或公開傳輸複數著作物之行為，均僅成立一重製罪、散布罪，或公開傳輸罪。

而若行為人同時觸犯數罪名時，法院於 95 年刑法修法前，認行為人所犯各罪間，具有方法目的、原因結果之關係，而論以舊刑法第 55 條之牽連犯，從一重處斷¹⁹。而在牽連犯刪除後，法院實務則多認為，著作權侵害之行為，本質上應為行為單數，而仍應依想像競合之法理，論以一罪而從一重處斷。

綜上所述，95 年刑法之修正，雖刪除連續犯、牽連犯與常業犯，但對法院之論罪數及法條適用，並無實質影響。惟此並不表示，著作權法在刪除第 94 條規定後，仍是一部可符合「罪責原則」之法律。

¹⁷ 最高法院八十五年度台上字第一〇號判例：「刑法上所謂之常業犯，係指反覆以同類之行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於犯罪所得之多寡，是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，則非所問，縱令兼有其他職業，仍無礙於該常業犯罪之成立。」

¹⁸ 依舊法第 94 條論罪者，在常業重製罪平均侵害量為 6707 片、常業散布罪平均侵害量為 8718 片，顯較非常業者為高。

¹⁹ 此處之從一重處斷，在網路相關著作權案件中，係指第 91 條之重製罪吸收第 91-1 條之散布罪、第 93 條公開傳輸罪吸收第 91 條重製罪。

第二項 法院之判刑有違罪責原則

按罪責原則，係源自於公平正義之要求，輕罪重判或重罪輕判，均有違罪責原則。惟統計結果顯示²⁰，法院之量刑除普遍偏低外，惟其量刑亦與罪責原則有所違背。

第一款 第 91 條之判刑與犯行之嚴重程度不成比例

蓋在第 91 條第三項之平均量刑統計，第一、二、三級著作權侵害行爲（重製量在 100 片以下），平均判刑約略爲 7.24 個月。惟在第六級之侵害行爲（重製量在 500 片以上），平均判刑則爲 8.37 個月。第七級之侵害行爲，平均判刑則爲 9.77 個月。由此可知，法院之判刑固然與犯行之嚴重度成正相關，但具商業規模之盜版工廠之重製，與學生或市井小民之零星重製，判刑上竟相差不到 3 個月，如此判刑，對於嚴重之著作權侵害行爲毫無嚇阻力，豈無違背罪責原則？

且以第 91-1 條第三項之平均量刑統計，第一、二級著作權侵害行爲（散布量在 50 片以下），平均判刑爲 6.45 個月。第六、七級之侵害行爲（散布量在 500 片以上），平均判刑則爲 11.6 個月。故法院於較輕之散布犯行（其法定刑上限爲 3 年以下），判刑相差尙達 5 個月，於較嚴重之重製犯行（法定刑上限爲 5 年以下），本於舉輕明重之理，亦應加重對於嚴重著作權侵害之判刑。

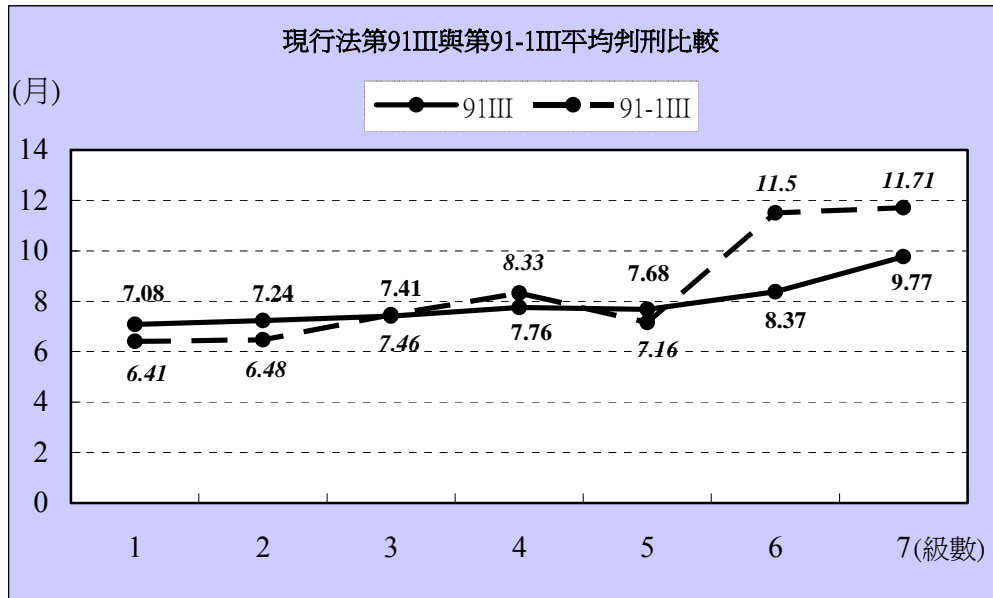
易言之，倘法院認爲，著作權侵害之行爲不值得動用刑法加以處罰，即便係大規模之重製行爲，亦僅應處以一年以下之有期徒刑，則立法者自不能坐視此司法實務不管，而應放寬法定刑之下限，賦予法院更多裁量空間，可科處拘役或罰金。倘法院認爲，對於重製量在一百片以下之著作權侵害行爲，處六個月有期徒刑係爲保護著作權所必要，則其又豈可輕判大規模之重製行爲？

本文基於實證研究之結果，網路著作權侵害之案件，其判刑普遍偏低，有相當高之比率獲判緩刑或易科罰金，故可推論法院係採前者，僅因受限於法定刑之下限，不得不爲此判決。因而，本文認爲，立法者應重新考量第 91 條第三項及第 91-1 條第三項於網路時代下之妥適性，而與以適當修法，賦予法院更多彈性之空間。

第二款 第 91 條第三項與第 91-1 條第三項相較

倘進一步論之，實務上處以第 91-1 條第三項者，以行爲人本身並無重製之行爲爲前提，否則則依重罪吸收輕罪或舊法牽連犯之法理，論以第 91 條第三項之重製罪。惟若將兩罪之平均判刑加以比較，可知較重之重製犯行，其平均判刑於第三級（重製或散布數量大於 100 片）後，卻較普遍較相同程度之散布罪爲輕。

²⁰ 本論文第四章第三節第一項第二款及第二項第二款。



由立法者數次修法之背景可知，侵害著作權之刑事責任屢屢提高，係本於刑罰之嚇阻作用，希冀藉由嚴刑峻罰，降低著作權侵害之行爲，以保護著作權。但由各地方法院對於大規模重製罪之判刑觀察，司法實務上似有重罪輕判之嫌。法院以法定刑較重之重製罪吸收散布罪，平均判刑卻較法定刑較低之散布罪爲輕，與其判決理由中所稱之重罪吸收輕罪，毋寧有所矛盾。且重製行爲爲各著作權侵害行爲之核心，散布自行重製盜版光碟者之判刑，竟較散布購自他人盜版光碟者爲輕，亦顯與罪責原則相違。

此外，刑法學上所謂之「重罪吸收輕罪」、「牽連犯從一重處斷」等競合理論，其「輕罪」或「重罪」之判斷，是否應侷限於法定刑之上限，而不需將司法實務運作上之落差納入考量？

第三項 常業犯刪除後如何避免重罪輕判

立法者於刪除常業犯時曾宣示，常業犯之刪除，不代表以後著作權的常業犯不再處罰，而是對於多次侵害著作權之犯行，將視其侵害情節，逐次處罰，一併累計，其結果可能是較修法前常業犯之處罰更重，各界不必誤解與擔心保護降低，而有侵害著作權意圖或惡習之行爲人，則更應警惕²¹。

但依統計結果顯示，舊法重製常業犯時期，平均重製量爲 6707 片，平均判刑爲 17.02 月。惟在刪除常業犯後，在 18 個重製數量超過 1000 片之判決²²中，平均判刑僅爲 9.77 月，與重製量於 1000 片以下總平均（7.5 月），僅稍重 2 個月。相似之情形，亦可在第 91-1 條之散布罪中得到印證。在舊法時期，常業散布罪之平均散布量爲 8717 片，平均

²¹ 章忠信，著作權法逐條釋義，第 252 頁，2007 年。

²² 94 訴 4323、94 簡 4373、94 訴 358、94 訴 454、95 簡 5346、95 訴 654、95 簡 3013、95 易 1322、95 訴 3423、95 易 1140、95 易 2536、95 易 2251、95 易 419、96 訴 372、96 竹簡 848、96 訴 4186、96 訴 925、96 訴 2247。

判刑為 17.2 月，但在常業犯刪除後，散布量超過 1000 之 7 判決²³中，平均之判刑為 11.7 月，相較於修法前，亦有顯著之降低。由法院判決實證可見，在網路相關之著作權案件（第 91 條與第 91-1 條）中，因法院援用「集合犯」之概念，舊法中原可能論以常業犯之重大犯行，均僅論以一罪，並無如當初修法時所宣示之數罪一並累計之結果。

因此，著作權刑法對於危害著作權人利益最嚴重具有商業規模之大量重製或散布犯行，並無法有效與一般偶發性或個人使用性之著作權侵害作區隔。強行適用相同之法條論罪科刑之結果，犯行嚴重之行為人，透過和解，可使重罪輕判。犯行輕微之行為人，其或屈服於著作權人動輒數十倍以上之和解條件、或因畏懼刑事前科之烙印，面臨與其犯行顯不相當之和解條件或刑事訴追。法院判決一再令社會大眾產生錯愕與不解，甚而質疑立法之不當及法院之公平性，對於法律整體之權威，更是莫大之斬害。

本文以為，傳統常業犯之認定，圍繞是否反覆以同類行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於犯罪所得之多寡，是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，並非所問。此種針對行為人主觀上要件之立法，固然支配過去之刑法，而著作權法之罰則章雖屬附屬刑法之一環，而須受刑法之基本原理原則所拘束，但仍未排除有因著作權之特性，而為不同之規定之可能。易言之，刑法固然刪除常業犯之規定，但著作權法未必不能基於著作權侵害之特性，將大規模、嚴重之著作權侵害類型，予以加重處罰。此加重固然可另覓妥適之要件，縱係酌採原有之常業犯標準，倘能確實符合罪刑相當，達成公平之判決，本文認為亦未嘗不可。

蓋原常業犯之規定，以是否具有主觀上之反覆性為要件。其中反覆性之要件固然符合著作權侵害案件之特性，惟行為人侵害著作權行為之應罰性，應係建立於其對著作權人所造成之損害，而應以客觀要件為加重事由，而非以行為人主觀上是否有反覆侵害之故意。毋寧，行為人是否具於營利意圖，較主觀上是否有反覆侵害之故意，更適宜為刑罰發動之安全閥。傳統之常業犯固不將獲利多寡納入考量，但營利之意圖卻是常業犯所不可或缺之主觀要件。此外，侵害著作權之量，亦為評量犯行嚴重程度最簡單明瞭之方法。我國雖於 92 年之舊法，曾採上述以主觀營利意圖及客觀侵害數量為構成要件之立法，惟於短暫施行年餘即再次修法。93 年之修正理由在於，是否意圖營利無法明確判斷、五份之侵害量及三萬元之侵害總額適用上亦生疑義。以當時時空背景而言，縱未能嚴格判定行為人是否具有營利意圖、或對其侵害量或侵害總額詳加計算，仍有第 94 條之常業犯，可供重大侵害著作權案件之判刑依據。但現行法既刪除第 94 條，且在立法例上不採以主觀之營利意圖搭配客觀侵害數量之立法，對於法院判決實務，實已產生重大影響。

本文認為，民國 92 年之立法方向應屬可採，但於提倡修法，試圖以更多構成要件細分各不同類型之著作權侵害之餘，亦應探討現行法下實務問題之根源²⁴。蓋現行法縱

²³ 94 易 1154、94 訴 3658、95 簡 4383、95 易 1515、95 易 1170、95 易 1962、96 易 439。

²⁴ 不諱言，本文會採此見解或許是對於立法者之失望與不信任及對國際現實之低頭，在各方利益衝突與協調下之立法品質，能否堅持刑法之諸多原則，毋寧讓人不敢期待。或許將此裁量空間保留給法院，不但免於國際貿易之壓力，更能使其有更多之個案衡量空間，而作出符合我國社會觀感之判決。

然刪除常業犯，但重製罪最高仍可處五年之有期徒刑、散布罪或公開傳輸罪則可處三年之有期徒刑，但即便是犯行重大之案件，亦未有法院對行為人判處 2 年以上之有期徒刑²⁵，大多數判決均獲緩刑或易科罰金，此毋寧為最大問題點之所在。倘無法了解此問題之根源，縱使再度修法，亦無濟於事。

本文認為，法院判刑偏輕之理由，主要受到著作權刑法保護法益不明之影響。法官對於侵害著作權，與侵害傳統財產法益案件相較，仍相對保守。此或可歸因於我國著作權法之立法受到國際貿易壓力強烈之主導下，正當性常受學界與輿論批評。法院判刑前固然常批評被告不尊重著作權人利益，違反政府保護著作權之政令，有損害國家保護智慧財產權之形象，但未必可推論著作權法所保護之法益即屬國家法益。蓋和解與否係左右判刑輕重及得否緩刑易科罰金之關鍵，又豈可僅因著作權人之一紙和解證明書或撤回告訴書，一筆勾銷行為人侵害國家法益之犯罪行為？則著作權刑法顯非僅以保護國家法益為其目的。

因此，法院對於此類案件之審理態度，亦因而趨於消極被動，一方面有依法判決之義務，另一方面是對著作權立法之疑慮，故希冀行為人可與著作權人達成和解。而法院在雙方達成和解時，固然有重罪輕判之理由。但在雙方因著作權人所提和解條件過高，或行為人無資力接受和解條件之情況下，法院亦不願將此不利益，以自由刑之方式加諸於行為人。易言之，著作權刑法保護法益不明，使法院於判刑時趨於保守，惟此現象對於一般社會大眾，未嘗不是件好事。

綜上所述，我國現行著作權法雖面臨常業犯刪除後，對於重大侵害著作權案件僅能依各犯罪類型論處之情況，但因我國過去之執法成效，使大規模之著作權侵害案件，多已轉移至執法較寬鬆之中國及東南亞，亦使該問題之嚴重性降低不少。

第四項 對於犯重製罪與散布罪者如何避免輕罪重判

蓋回顧當初第 91 條第三項與 91-1 條第三項之立法背景，在於因應數位化時代之來臨，越來越多著作人以光碟之型態傳播其著作物。而不法業者看準光碟之重製成本低廉，可獲暴利，遂有大規模、商業性之重製行為，顯著影響原屬於著作權人之商業利益。我國著作權法於 93 年修正時，即以此為考量，對於以光碟型態呈現之著作物，加重與以保護，確有其時代背景²⁶。

惟網路科技一日千里，其對社會之影響亦絕非法律所能望其項背。先不論以光碟為加重要件之不妥，民國 93 年修法提高法定刑之下限為有期徒刑 6 個月，不但排除法院判處拘役之空間，亦極度限縮易科罰金之可能，對法院之裁量權，加諸極大之限制。由統計結果可知，在觸犯第 91 條第三項之 226 判決中，其中 57 件判處法定刑下限之 6

²⁵ 依統計結果顯示，犯重製罪最重之判刑為 96 訴 372 之 2 年、散布罪則為 96 易 439 之 1 年 10 月。

²⁶ 過去之不肖商人，常向大規模之盜版工廠批貨，並於夜市或電動玩具店等，公開或私下販售盜版光碟，實務上對此之判決為數眾多。

個月有期徒刑，並獲易科罰金（25.2%）。其中包含 31 件同時獲緩刑（13.7%）。而在第 91-1 第三項之 231 判決中，則有 144 件判處法定刑下限之 6 個月有期徒刑，並易科罰金（62.3%）。其中之 122 件同時獲緩刑（52.8%）。由此可知，現行司法實務上，法官對於網路上販賣盜版光碟者，量刑有偏低之情況，尤其以第 91-1 第三項更為明顯。

本文以為，在現行以網路散布盜版案件中，無重製行為而僅被論以第 91-1 條之散布罪者，若未達商業規模，均應與以除罪化。蓋行為人並無重製之犯行，其僅因將銷售盜版品之訊息刊登於網路，即有可能身陷囹圄，未免過當。且該等案件中，拍賣網站業者未能盡管理之責，提醒行為人（賣方）販賣盜版光碟係屬違法²⁷，亦未對行為人所刊登之販售盜版品頁面與以管制或刪除，使盜版品數量在網拍平台逐日成長。事後該業者義正嚴詞地配合調查，提供賣方之基本資料，過去於該拍賣網站之成交紀錄，均成為犯罪之呈堂證供，彷彿有計畫的設計行為人違法。

而在著作權人積極蒐證、提出告訴下，雖已成功將盜版品自公開拍賣網站肅清。但此類案件，與其追訴刊登廣告之行為人，不如追究網站業者管理之責任，毋寧更節省執法成本並顧及社會對著作權人之觀感。蓋賠錢的生意沒人做，若廣告中之售價明顯低於市價，自有違法之高度可能，拍賣網站管理者即有積極管理之必要，必要時需刪除該廣告，凍結賣家之網路帳號，以維持交易平台之秩序。國內外已有不少文獻探討拍賣網站之責任²⁸，我國實務判決中亦有對於 BBS 站長或網頁管理者對於違法之網頁內容，是否有構成共同正犯或幫助犯之討論²⁹。此在許多網路拍賣平台已逐步改採收費制後，網拍業者更有義務維護此平台之合法性，不但保護著作權人及賣方之合法利潤，並保障利用此平台之消費者³⁰。

第五項 解決之道：量刑公式？

據報載，司法院有意對著作權案件推動「量刑公式」，以解決法院判刑偏低之問題³¹。

²⁷ 以國內市占率最大之雅虎拍賣為例，其固然有於拍賣規則中著明禁止將違反法令之物拍賣，但卻無事後管理、查閱其頁面之行為，自難因此免責。且在其打出「什麼都有、什麼都賣、什麼都不奇怪」、「你的垃圾可能是別人的寶貝」之口號下，家居雜物紛紛成為拍賣品，其中，使用過之盜版光碟，亦不除外。

²⁸ 例如，陳家駿，從台北地院 Kuro 案刑事判決談 P2P 網站著作權爭議，全國律師，21 頁，2005 年 12 月。蔡蕙芳，〈P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性－ezPeer 與 Kuro 案之分析與檢討〉，《科技法學評論》，第三卷第 1 期，45 頁，2006 年 4 月。

²⁹ 例如有名的 Kuro 及 ezPeer 判決。

³⁰ 在歷經著作權人之積極查緝後，我國較著名之拍賣網站（如雅虎拍賣、露天市場等），其盜版商品已有顯著之改善。原因無他，因為在此等網站上販賣盜版品之風險過高，遭查獲之前例比比皆是。許多賣家紛紛於其交易商品特別標示為「正版」或「正版二手品」，以避免不必要之紛爭。

³¹ 「法官量刑，常招致「判太輕」的批評，為解決此類爭議，司法院仿效美國，訂定「量刑參考準據」，讓法官量刑有公式可循，依被告的犯案次數、危害程度、危險性等變數，算出被告刑期，以增加判決透明度，最快明年七月前，將先行針對著作權、竊盜、詐欺等案件試辦...司法院近日內即會提出草案，第一階段優先針對著作權、竊盜等罪進行「量化概況分析」，至於何時會全面實施「量刑參考準據」，司法院並無進度表。至於量表內容與公式計算方式，司法院仍與法務部、學術界、基層法官及學術界人士討論中，以竊盜案為例，即可從被竊物品的價值、被告犯案次數、有無前科、行為的危險性、被告扮演的角色等十四個要項訂定標準。官員表示，將來所訂出的量表，應是量刑的「範圍」，如竊盜罪法定刑

對此，本文既以量化研究為主，對此方向部分表示認同。蓋極大多數之著作權案件判決主文千篇一律，量刑之缺點亦已如上述。推動量刑化公式，將案件分為「輕度刑」、「中度刑」與「重度刑」，將可使量刑之過程透明化，迫使法院判決對於上述之輕罪重判及重罪輕判提出理由，而非公式般論述判決主文，亦可加強實質審理，貫徹刑法本身之目的。

惟可以預見的是，倘著作權刑罰之刑度不再修正，絕大多數之判決仍將落在輕度刑所建議之下限。此下限之設定，既受著作權法之先天限制，司法實務上亦難以越雷池一步，對解決輕罪重判之問題，實益並不大。另外，嚴重侵害著作權之案件，依本文預測，亦不必然將歸類於「重度刑」。蓋量刑公式，被告之犯後態度仍將佔決定性之地位，對於嚴重侵害著作權者，其「脫身」之道僅剩與告訴人和解一途，以證明其真心悔改。對此無疑更加強了告訴人以刑逼民之談判籌碼，是否妥當，見仁見智。

此外，本文雖對於目前司法實務輕罪重判及重罪輕判之現象提出質疑。惟著作權保護之法益，對我國社會不若傳統財產權犯罪般鮮明。我國歷年之修法既係受到國際之壓力，重罰我國之被告，其實益為何，亦待商榷。因此，媒體暗指司法院將著作權案件優先納入試用量刑公式，背後有外國壓力之耳語，本文亦不感到驚訝。

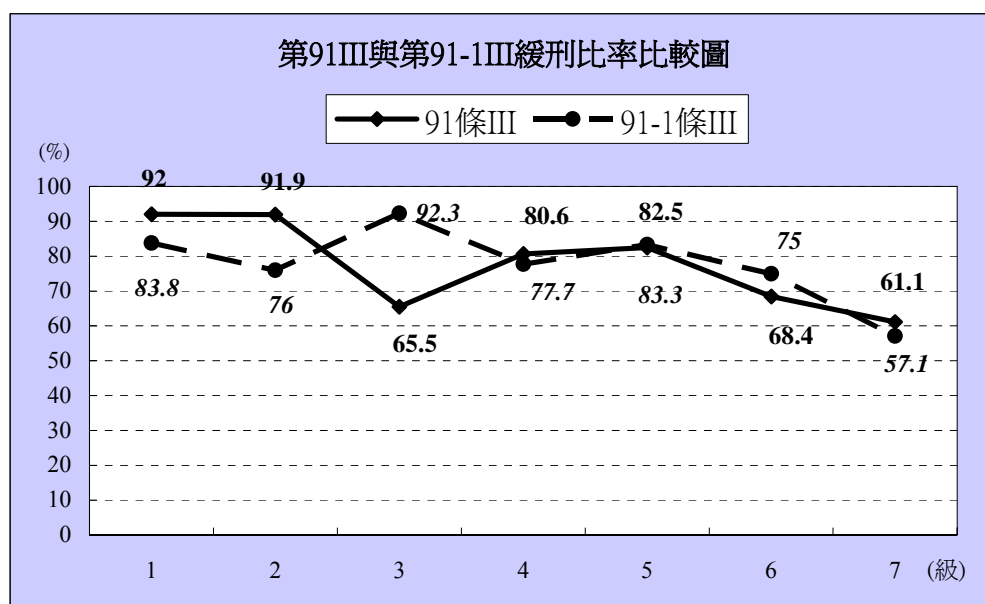
本文認為，國際間評價各國對於智慧財產權保護之程度，係以監督該國成文法之規定優先，各國法令實務上之運作，則較難以掌握。我國歷年修法既受國際壓力之氛圍，「審判獨立」為調和外國壓力及本國社會規範之最佳緩衝，亦為我國人民權益保護之最後一道堡壘。雖然立法與司法上不同調，似有違法律之一致性與權威性，但此卻是因社會規範與法律標準先天落差過大所致，亦為避免外國壓力過度侵犯我國主權之最後一道防線。因此，司法院實無理由作繭自縛，將法官不成文之輕判習慣，予已公式化、明文化。蓋倘適用該公式之結果使著作權案件更有利於我國被告，外國壓力勢必集中焦點，以此為藉口迫使我國修正量刑化公式或著作權法。而倘適用該公式之結果使著作權之判刑提高，對著作權人之保護固然更周到，但以刑法為保護著作物市場價值之手段，還對外國壓力馬首是瞻，我國刑法之尊崇及威嚴，可謂喪失殆盡。

為罰金五百元至徒刑五年，將來可以訂出「輕度刑」、「中度刑」及「重度刑」三個或三個以上的等級，依據被告的犯案次數變數，計算刑度應「落」在哪一區塊，再由法官做最後決定。...對此，不少法官與檢察官均樂觀其成，認為有公式可以參考，可減少困擾，民間司改會律師高涌誠也表示不反對此制度，將來法院可以將「有罪？無罪？」及「量刑」分開辯論，可更保障當事人權利。但也有法官認為，在法定刑度內量刑，就是合法裁量，檢察官或被告不服，可以上訴，若司法院逕自訂定量刑公式要法官遵守，已有侵害憲法中法官獨立審判原則之虞。有疑慮的法官提醒：美國的「聯邦量刑準據」因對法官有強制力，在二〇〇五年的「布克案」中遭宣告違憲，司法院應引以為鑑。...司法院強調，將來台灣的量刑準據，僅是「參考性質」的「行政規則」，無強制力，且刑法原本就規定法官量刑應審酌被告動機目的、手段、品性、危害等十項目，但這些是抽象規定，法官適用上有困擾，若加以「量化」，可讓法官量刑時更有依據，除可增加透明度外，也可避免相同案件因不同法官而有不同結果的判決歧異情形。對於「量刑參考準據」將僅是無強制力的行政規則，還是有法官擔心將會形成有法官採用、有法官不採用的歧異情形，不如透過立法，將量刑準據訂為法律的一部分，讓全部法官適用，如此亦無違憲的問題。〔自由時報，2007/12/17，記者劉志原／台北報導〕轉引自 <http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/071217/78/q27h.htm>（最後到訪日：2008年1月2日）

第三節 對法院判緩刑或易科罰金之建議

第一項 法院僅於極嚴重之著作權侵害較不願給予緩刑

由前章之統計可知，法院於考量是否緩刑時，和解與否為法院優先考量之因素。而此因素更與犯行之嚴重程度相關。倘將第 91 條第三項及第 91-1 條第三項之判決，依重製或散布之數量，分為七級³²，並分級計算法院判決緩刑之比率³³。



由上圖表可知，不論係第 91 條第三項或第 91 條第三項，不分侵害著作權之程度，均有相當高之緩刑率。其中，法院只有於極嚴重之侵害（第七級，侵害數達 1000 片以上），其緩刑率方降至六成³⁴。由此可推論，法院基本上對於運用短期自由刑來懲罰或矯治侵害著作權之行為人，普遍採取較消極之態度。此或可歸因於著作權為智慧財產權，社會上對之與侵害傳統財產權之評價有所不同。僅於極嚴重之著作權侵害，緩刑之比率方稍微降低，惟仍高於六成。而如此高之緩刑率，對於立法者歷年修法時所宣示之嚴刑重罰，而屢屢提高法定刑以嚇阻著作權侵害之立法意旨，無疑有所落差。

另外，少數法院於宣告緩刑時，會依刑法第 74 條第二項³⁵，命犯罪行為人為若干之

³² 0-20 片為第 1 級、20-50 片為第 2 級、50-100 片為第 3 級、100-200 片為第 4 級、200-500 片為第 5 級、500-1000 片為第 6 級、1000 片以上為第 7 級。如此區分並非基於統計學上之依據，僅為作者本人主觀上對於侵害著作權犯行，約略畫出之模糊界限。

³³ 之所以計算緩刑之比率而非易科罰金之比率，在於易科罰金限於受六個月以下之有期徒刑或拘役之宣告，要件嚴苛。而緩刑係以受兩年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，與目前著作權實務普遍判刑低於兩年之現狀下，毋寧較具有比較之準度與效度。

³⁴ 在第七級之案件中，第 91 條第三項之緩刑率為 61.1%，第 91-1 條第三項之緩刑率為 57.1%。

³⁵ 刑法第 74 條：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。（第一項）緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：

負擔³⁶。其中，較常見者為向公庫支付一定之金額，此多因被告與告訴人對於和解金額有落差，或告訴人採取不和解之態度，法院遂以支付公庫之金錢上負擔代替。另外，亦有法院認為，侵害著作權之被告，欠缺智慧財產權保護觀念，好逸惡勞，而命其提供義務勞務，使其能導正其價值觀。此外，對於侵害著作權之被告，法院亦常將其付諸保護管束之保安處分。

第二項 是否和解為法院緩刑與否之關鍵

在與網路相關之著作權案件中，以觸犯第 91 條第三項及第 91-1 條第三項為大宗，兩罪之最輕本刑均為 6 個月以上之有期徒刑。對行為人最有利之判決，當屬獲判緩刑。其次則為，獲判法定刑下限之 6 個月有期徒刑並易科罰金³⁷，則行為人可於繳納罰金 18 萬元後，代替入監服刑。最後方為短期之自由刑。

第一款 和解因素於輕微著作權侵害犯罪

在 91 第三項中，重製量低於 100 片之 116 個地院判決中，共有 26 個判決獲有期徒刑之易科罰金並緩刑、有 16 個判決僅獲 6 個月有期徒刑之易科罰金、有 73 個判決僅獲得自由刑之緩刑，而僅有一個判決（95 訴 1413）未獲緩刑或易科罰金。其中，72 例與告訴人達成和解，其 21 例獲易科罰金並緩刑（29.2%）、2 例僅獲易科罰金、49 例僅獲緩刑（68.1%）。而未達和解之 43 例，其 5 例獲易科罰金並緩刑、14 例僅獲易科罰金（32.5%）、24 例僅獲緩刑（55.8%）、1 例未獲易科罰金或緩刑。如此看來，和解因素對輕微之重製犯行之量刑，結果較不顯著。

在 91-1 第三項中，散布量低於 20 片之 167 個地院判決中，共有 112 個判決獲得有期徒刑之易科罰金並緩刑、有 26 個判決僅獲 6 個月有期徒刑之易科罰金、有 28 個判決僅獲得自由刑之緩刑，而有一個判決（南投地院 94 年易字 288）未獲緩刑或易科罰金。其中，83 例與告訴人達成和解，其 60 例獲易科罰金並緩刑、8 例僅獲易科罰金、15 例僅獲緩刑、0 例未獲易科罰金或緩刑。而未達和解之 84 例，其 52 例獲易科罰金並緩刑、18 例僅獲易科罰金、13 例僅獲緩刑、1 例未獲易科罰金或緩刑。由此可見，是否達成和解，在較輕微之散布犯行中，雖不至於影響被告是否將因此入監服刑，但仍反應到被告於易科罰金之餘，能否獲判緩刑。

一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。四、向公庫支付一定之金額。五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。七、保護被害人安全之必要命令。八、預防再犯所為之必要命令。（第二項）前項情形，應附記於判決書內。（第三項）第二項第三款、第四款得為民事強制執行名義。（第四項）緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告。（第五項）」

³⁶ 因法院對此部分常僅引用法條之規定，無法確切得知法官附加其負擔之理由，使進一步之統計分析難以進行，但由若干法院判決書中，似仍可瞧出端倪。

³⁷ 刑法第 41 條第一項：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日、易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。」

第二款 和解因素於嚴重著作權侵害犯罪

在重製量超過 1000 片之 18 判決³⁸中，共有 7 個達成和解³⁹，此 7 判決均獲緩刑(其中 2 例尚易科罰金)，其餘未和解之 11 判決有 4 例 (36%) 未獲易科罰金或緩刑。而散布量超過 1000 片 7 判決⁴⁰，共有 2 例達成和解⁴¹，均分別獲得易科罰金或緩刑。未和解之 5 判決中，有 2 例 (40%) 未獲易科罰金或緩刑。由此可知，與告訴人和解，將是獲判緩刑或易科罰金之保證。倘行為人不與告訴人和解，將有約四成之機率會遭判自由刑。

第三款 告訴人之和解態度影響法院觀感

不同告訴人對於和解之態度亦不盡相同。於盜版電影 VCD、DVD 案件中，因美國電影協會會員 (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，而該基金會在法院均堅持不和解之立場⁴²。而日系新力公司 (Sony)，亦對於盜版 PS2 遊戲片採堅不和解之態度。但廣受時下年輕人所喜愛的本土霹靂布袋戲、及日本光榮公司 (Koei) 之台灣代理商，即願與被告進行和解。

對於告訴人對於和解之態度，實務上亦將之納入是否給予被告緩刑之考量⁴³。有趣的是，倘告訴人之和解態度過於強硬或搖擺不定，反而可能遭受法院不利之認定，由「被害人」成為「加害人」⁴⁴。法院以如此篇幅「指責」告訴人，無疑係罕見之情形。惟該

³⁸ 94 訴 4323、94 簡 4373、94 訴 358、94 訴 454、95 簡 5346、95 訴 654、95 簡 3013、95 易 1322、95 訴 3423、95 易 1140、95 易 2536、95 易 2251、95 易 419、96 訴 372、96 訴 4186、96 竹簡 848、96 訴 925、96 訴 2247。

³⁹ 分別為 94 訴 4323、95 簡 5346、95 訴 654、95 簡 3013、95 訴 3423、95 易 1140、96 訴 4186。。

⁴⁰ 94 易 1154、94 訴 3658、95 易 1515、95 易 1962、95 易 1170、95 簡 4383、96 易 439。

⁴¹ 分別為 95 易 1170、95 簡 4383。

⁴² 但倘行為人坦承犯錯，知所悔悟，可藉由捐款給財團法人犯罪被害人保護協會之公益團體，財團法人電影及錄影著作保護基金會雖表明不與被告和解態度，但表示被告為上開捐款後，則願意給予被告緩刑之機會。(台北地方法院 95 年度訴 455 號判決)

⁴³ 例如，對於採不合解態度之告訴人，法院考量是否給予被告緩刑時，以和解為被告犯後態度判準之重要性即大減，並未將此「不利益」由被告承受，逕認被告無和解之意願(例如南投地院 96 年投刑簡字第 978 號、板橋地院 96 年度簡字第 2259 號、板橋地院刑事 94 年度訴字第 1854 號判決、臺中地院 94 年度訴字第 3927 號、)。或於被告已提出合理之和解條件，但告訴人不願接受時，仍認被告犯後態度良好(臺北地方法院 96 年度易字第 1689 號)。

⁴⁴ 桃園地院 93 年度訴字第 1128 號：「另被告等數度透過選任辯護人，向日商公司所委任之代理人律師表達欲行和解之意，並將願給付之損害賠償額自三十萬元提高至六十萬元，...，雖本院認六十萬元之數額恐仍難彌補日商新力公司、卡波光公司之損失，惟被告等既已釋出院和解之誠意及行動，並表示關於損害賠償額願再商談等語之犯後態度。...。本院認被告等犯後已與日商公司之被害人積極尋求和解之途，惟日商公司於本院歷次準備程序，仍透過告訴代理人堅表示不願和解之意，直至言詞辯論期日始透過告訴代理人廖文慈律師表示至少應賠償一百五十萬元，並表示被告等並非家境貧困或有其他自身特殊情狀事由，依據日商被害人之企業政策及慣例，實不可能與本案之被告達成民事上之損害賠償和解，此均據告訴代理人廖文慈律師數度敘明在卷。本院以為，被告等已「伸出善意及懺悔之雙手」，惟係日商公司

案之被告係犯 93 年舊法第 94 條之常業罪，侵害著作權數量達數千，屬嚴重、商業性之著作權侵害案件。被告於訴訟程序中，亦曾翻供否認犯行，法院是否因被告事後與其他告訴人達成和解，及告訴人之一之新力公司訴訟上態度，而貿然給予被告緩刑，容有討論空間⁴⁵。

第四款 小結

在現行法體制下，著作權人不但掌有發動刑事程序之告訴權，更有透過和解與否，左右訴訟程序之終結與結果⁴⁶。固然有若干之著作權人採取不和解且不求償之訴訟策略，但仍無礙於刑事程序成爲著作權人請求高額和解金之利器⁴⁷。此種「以刑逼民」之訴訟手段，大規模之著作權侵害人，因其不法獲利高，在面臨刑罰之威嚇時，較有可能提出令著作權人滿意之和解金，且亦較不易引發社會之反感。惟對於犯行輕微之著作權侵害行爲，則有過當之嫌。

法院對於兩造是否成立和解之注意程度，已明顯動搖判決主文中常引用之洋洋灑灑尊重人類智慧財產之結晶、捍衛著作權係時代潮流、保護我國國際形象等等之宣示。倘上述所述確爲著作權法所保護之法益，則豈可因達成和解而與以大事化小、小事化無。實則，社會大眾普遍認爲，著作權之立法係基於國外之壓力，而所謂我國保護智慧財產權之國際形象云云，完全操之於外國之強勢著作權利益團體，也難怪當本國之行爲人願

仍基於其一貫之企業立場，不願試著與被告洽談和解，足認被告等已有悔改之意，而國際上先進國家均已逐步將此等（無體）財產性犯罪除罪化，取代以高額之損害賠償（包括懲罰性質之賠償），我國囿於國際壓力及特殊立法文化及國情，除罪化之立法進度遲緩，甚至是否全面除罪化之政策目標尚難謂全面形成，終導至國人仍處於刑罰化，甚至係重刑化之國度，造成財力雄厚龐大之企業被害人，寧將被告繩以刑責，而甚少考慮以民事上損害賠償之方式「懲處」被告，如此法制對於犯後實有心悔改並且已提出實質上賠償之被告，竟僅因告訴人之「堅持」而無從彌補！...本院認本案對被告等執行徒刑固有懲罰應報之效果，惟對於矯治之成效幾可謂不大，是對於被告等無論自一般預防或特別預防之之要求，均無必須執行之必要，反係以長期之暫不執行，以砥勵督促被告等重新向善，不再爲違法行爲，較爲適當，是分別併論知被告乙○○緩刑五年、被告丙○○緩刑三年，以勵自新。」

⁴⁵ 惟無論結論爲何，本文仍對於該判決之承審法院，公開心證，勇於創新之作法，表示肯定。若該判決並非基於承審法官一時之衝動，或許可謂實務上對以短期自由刑爲保護著作權之手段，存有根本上之疑問。

⁴⁶ 甚而，行爲人即便於一審判決後始與著作權人達成和解，實務上亦有因此撤銷原判決，而予以改判之例。90 上更(一)640 即謂：「按「刑事審判之量刑，在於實現刑罰權之分配的正義。故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，以契合人民之法律感情。此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以爲科刑輕重之標準。」最高法院八十八年度台上字第二二〇一號判決採同一見解。...本件原審於八十七年十一月二日判決時，就被告重製罪部分，量處被告有期徒刑八月。嗣被告於八十八年三月五日在原審八十八年度訴字第二六五號損害賠償事件達成和解，有和解筆錄在卷可佐，該項和解情狀，即屬刑法第五十七條規定科刑時應審酌之事項（八十四年度台上字第二三七號判決採同一見解）。原審未及斟酌該和解情狀，作爲量刑之標準，尙有未洽。」

⁴⁷ 雖然實務上成立和解者眾，但法院判決中卻難以查出實際之和解金額。不過，依本文觀察，和解金額通常達行爲人犯罪所得之十倍以上。例如高雄地院 94 年簡字 4462，一名學生販賣盜版電腦遊戲八套（市價約一萬多元），卻與著作權人達成 20 萬元之和解。於板橋地方法院 95 年訴字 1166，被告獲利約一萬多元，而與告訴人以 12 萬達成和解。甚至在基隆地院 94 年訴字 1085，被告獲利約兩千元，但以 25 萬和告訴人達成和解，以換取緩刑。高額的和解金，利用觸法者不願留下前科之心理弱點，是否妥當，相信不言可喻。

意賠償著作權人損害，達成和解時，法院如此樂於放行爲人一馬。

第四節 對執法機關之建議

著作權刑法爲保護著作權人，於第 100 條設有以告訴乃論爲原則之規定，將刑事程序之發動，委由著作權人主導。雖同條對於第 91 條第三項與第 91-1 條第三項，認爲重製於光碟之著作權侵害，有危害國家保護著作權之形象，應由國家主動偵查，而採非告訴乃論。但實務上爲數眾多之利用網路散布交易盜版訊息之案件，多係由著作權人先蒐齊證據後，方由檢方進行搜索、起訴。

檢方對於此類案件之保守態度，毋寧較符合社會觀感，避免刑事程序過度成爲著作權人捍衛私利之利器。而法院對於著作權法之保護，與傳統財產權相較，亦較保守、有疑慮。從實證研究結果可知，法院判決普遍性偏低，且緩刑或易科罰金比率相當高，顯不願以刑罰介入侵害著作權之紛擾。且不論係告訴乃論罪因和解而撤回告訴，使案件因「不起訴」處分或「不受理」判決終結，是此結果與無刑罰規定相同。或非告訴乃論罪，法院亦考量雙方已達和解，而普遍以緩刑收場。此種「以刑逼民」之運作，將使著作權人食髓知味，而阻礙新型態之著作利用模式及合理付費機制之建立。亦即「賠償」與「付費」意義雖有不同，但其同爲經濟利益收付則無軒輊。因此，與其要將一般侵害智慧財產權之案件規定爲刑事案件之告訴乃論之罪，不如規定爲民事制裁範疇之損害賠償或使用者付費制度，將違反一般著作權法案件，考量除罪化之可能，而使著作權人及使用者雙方得到公平合理之平衡點。

且司法實務上「以刑逼民」之現象固然有所不當，但始作俑者乃立法者之刑事政策，而其背後之龐大貿易壓力及國際制裁。或許我國立法者無法扭轉著作權侵害刑罰化之趨勢，而僅能屈服而爲符合國際要求之立法。惟司法者對於此類案件之保守態度，或許是我國一般大眾最後之護身符。易言之，在新型態之授權模式或著作權利用模式成熟前，司法者之遲疑與保守，或可促使著作權人另謀他途，尋求雙贏之局面。蘋果電腦 Ipod 之成功與線上音樂之合法化，讓人相信法律絕對不是解決著作權爭議之唯一選擇，唯有透過市場及經營模式之轉變，才能因應網路時代對著作權所帶來之衝擊。

我國智慧財產權法院既已成立，將來與著作權相關之案件，可望由更具智慧財產權學識之法官加以審理。其中，法院之判決與量刑，能否以符合社會規範、人民法感情之角度出發，並如何促成雙方成立和解，避免動用刑罰，或許方成爲著作權案件之核心。

第六章 結論

現行著作權實務案件之觀察：

著作權侵害刑罰化，雖已有百年以上之歷史，惟近年來其擴張之幅度卻與日劇增，不禁令人懷疑，刑罰是否為解決著作權侵害之適當手段。本文透過我國法院判決之實證統計，提供不同於國外學說文獻之觀點。

在法院量刑方面，著作權案件判刑普遍偏低，猶以第 91 條判刑上最未能反應犯行之嚴重度；而第 91 條第三項及第 91-1 條第三項，其加重處罰之理由，在網路時代下已不復存在，而有輕罪重判之缺失；在常業犯方面，刪除後實務上並未依數罪併罰，而是依集合犯概念只成立一罪，使著作權案件重罪輕判之情況更加嚴重。

在法院判處緩刑或易科罰金方面，實務普遍維持相當高之緩刑率及易科罰金率，可見其對於短期自由刑成效之不信任。而和解更是左右法院量刑之決定性因素，於嚴重之著作權侵害案件，更是獲得緩刑或易科罰金之保證。

現行著作權刑事案件與刑法原則不符：

綜合實證所得之結果，並與第二章刑法之基本原則相結合，可知著作權刑事案件與刑法本質上存有相當大之歧異。蓋就刑罰之功能而言，輕罪重判與重罪輕判之情形相當普遍，罪數之認定與集合犯概念運用，均使著作權刑罰之「應報」功能不彰，並無法建立人們正確之守法意識；再就刑罰之「特別預防」功能而言，法院對於被告犯後態度之良窳之判斷，是否達成和解占極重要之地位，亦使刑罰之喪失其特別預防功能。而在「一般預防」方面，則因網路著作權侵害案件具有普遍性及隱匿性，犯罪黑數高，縱使是嚴刑峻罰，一般網路使用者多認為不至於被查緝，使刑罰之一般預防功能亦屬有限；再就刑罰之「隔離」功能，因著作權刑事案件之高緩刑率及易科罰金率，使大多數之侵害著作權之行為人，實際上均未入監服刑。且侵害著作權之被告，對於其他社會大眾，實不具有隔離之必要性；最後就刑罰之「矯治」功能而言，短期自由刑對於侵害著作權之被告有何教育功能，實質懷疑。實務上雖透過支付公庫或義務勞務等緩刑負擔企圖灌輸被告正確之智慧財產權觀念，但成效如何，仍未有結論。因此，就刑法之角度而言，以刑罰處罰著作權之侵害，存有其扞格不入之處，妥適性實有疑義。

由實證結果觀之，目前司法實務判決對於著作權案件運作有諸多之不當，但與其歸咎於法院，本文認為毋寧應歸因在於著作權立法上先天之失調。即便係美國，以刑法處罰著作權侵害之界線仍有討論之空間，雖然以我國之現實環境，對著作權侵害主張修法降低刑度勢必面臨國外極大之壓力，更遑論將某種著作權侵害除罪化，更屬天方夜譚。但是著作權法保護著作權人，非僅有嚴刑重罰一途。現行著作權人之策略，為藉由掌握修法權與及訴訟發動權，片面將著作權人之標準定為社會大眾所應遵循之標準，再企圖援法一一消滅「非法」之著作物重製技術及散布管道，迫使社會大眾遵行其所設下之遊

戲規則，任其獨占著作物之經濟利潤及市場。然而社會大眾對於著作權人此舉之反感，亦促使其不合作與反制措施層出不窮，如此零和之對立，對著作權人而言，未必即占得到好處。

本文以為，刑罰對於著作權之保護不應缺席，而仍應保留第七章之罰則規定，但應採一與社會規範相當之立法，使社會多數人願意遵守，方具有嚇阻與教育功能，長久而言更可形塑著作物之使用規範，對著作權人之保障將更為充足，毋寧較符合立法者援引刑法保護著作權之初衷。因此，本文認為，在不違背現行國內外立法實務上採著作權侵害刑罰化之趨勢下，罰則之範圍及內容，則容有改善空間。

對於著作權法修法上之建議：

1. 現行法第 91 條第三項及第 91-1 條第三項之加重理由，在已進入網路時代之我國，已不合時宜，徒增法院用法上之僵化，而應與刪除。

2. 現行法第 91 條第二項及第 91-1 條第二項應放寬法定刑下限，使法院有權裁處拘役，降低目前司法實務上普遍之輕罪重判之現象。

3. 因刑法競合論之運用，目前實務上以第 91-1 條第二項論罪之案件，犯行均極輕微，有無對散布之前置準備行為加以刑罰，實值深思，而可考慮將本項優先除罪化。

4. 我國於民國 96 年雖已修訂第 87 條第一項第七款及第 97-1 條，惟此二條均以網路業者為其處罰對象，對於一般網路使用人之公開傳輸行為，現行法仍於第 92 條與其他種之公開侵害著作權並列。因公開傳輸行為在網路時代之重要性日增，有必要獨立於第 92 條之外，以行為人是否具有營利意圖，另訂獨立之構成要件及罰則。

5. 現行法已刪除原著作權法第 94 條常業犯之規定，判決統計上顯示此大幅降低嚴重犯行之判刑，重罪輕判而有違罪責原則，並降低刑罰之公正應報之嚇阻力。但本文認為，立法者修法上欲採行重刑化之前提，須先確立著作權保護之法益為何，取得一多數之共識，並將我國目前社會之著作權規範納入之考量。否則徒法不足以自行，人們不願意自動遵守之法令，不僅增加司法訴追之成本，無助於著作權人之保護，更將有損法律之尊嚴。因此，本文認為，在我國社會目前對於著作權保護與著作權人之標準仍存有落差之現狀下，並不建議另訂特別條款處罰嚴重侵害著作權之案件，法院若認有科處重刑之必要時，依現行法實仍可判處最高三年或五年以下之有期徒刑，實足以重懲嚴重之著作權侵害案件。

6. 最後，本文認為，倘可對著作權法之法定刑進行全面之修正，本文建議將第 91 條第二項之法定刑由五年以下有期徒刑減為三年以下有期徒刑，配合第 91 條第三項及第 91-1 條第三項之刪除，使著作權法之罰則法定刑均在三年以下，增加檢察官緩起訴或微罪不起訴之空間。而對於嚴重侵害著作權之案件，則可另設處罰專文，處以五年以下之有期徒刑，但須行為人主觀上有營利意圖，客觀上有重製、散布、公開傳輸、或其他嚴重侵害著作權之行為為要件。亦即，明確區分商業性盜版與其他類型之盜版，並

將重罰集中於前者，對於後者則可以較彈性方式，論以微罪不起訴、緩起訴、拘役、短期自由刑等，並搭配緩刑與易科罰金，增加法院認事用法之空間。

對於司法實務運作上之建議：

1. 實證統計證明，法院對著作權侵害案件之判刑確實偏低，著作權人所言非虛。惟法院判刑偏低之原因，實可歸因於著作權刑法保護之法益不明、著作權人以刑逼民之形象影響法院觀感、以及現今社會規範與法律標準有顯著落差等因素，著作權人對此並非毫無責任，片面指摘法院未盡全力保護著作權，則有失公允。

2. 因此，本文認為在未來修法通過前，因現行法過度限縮法院裁量之下限，諸多案件均輕判並可緩刑或易科罰金，使刑罰之規定徒具形式。對於犯行輕微之案件，除檢察官應運用緩起訴及微罪不起訴外，法院則應慎重考慮是否對「著作財產權之侵害」要件加以限縮解釋，使此類案件脫離刑事程序，而依民事求償。在未來修法通過後，法院則應視案件之輕重，科處與犯行成比例之拘役或自由刑。

3. 在法院論罪數上，本文認同目前實務所採之集合犯概念，但實務於新刑法通過前、後對於競合論上之理論前後矛盾，雖可推知法院不願重判行為人之苦心，但仍有統一見解之必要。

4. 目前實務之高緩刑及易科罰金比率，除導因於著作權刑法保護法益之不明外，亦與當事人是否達成和解有關。為避免著作權人過度仰賴以刑逼民之策略，浪費有限之司法資源，未來法院對於嚴重之著作權侵害，無論是否與告訴人和解，雖可降低刑度，但仍應避免給予緩刑。如此一來可降低著作權人於被告和解時之談判力，促使和解條件趨於公平，亦可發揮刑罰獨立之功能。對於輕微之著作權侵害，則應降低和解對量刑之重要性，以無罪或輕判佐以緩刑或易科罰金，促使此類案件回歸以民事求償為主。

5. 對於司法院有意研擬之量刑化公式，本文雖肯認其立意良善，對於判決之透明及一致應有幫助，但此舉可預期將成為著作權人主導法院判決之利器，將衍生更多棘手之爭議，對我國司法制度及社會大眾，弊大於利，本文遂採取反對之立場。

6. 最後，檢察官為公訴發動之主體，應將訴訟整體之利弊納入考量，善用緩起訴及微罪不起訴之職權，調節司法資源之運用，避免刑事程序成為以刑逼民之手段。

對著作權人之建議：

1. 全球之著作權團體應團結一致，共同研擬打擊商業盜版之策略。蓋在網路時代下，盜版已成為跨國性之問題，非單一著作權人所得單獨因應。全球著作權人應結合資源，協調、進行全球性之打擊盜版及檔案分享行為。

2. 就保護著作權之方法而言，首先應肯認法律手段之侷限性，與其訂立一過於理想之標準，使社會大眾普遍入罪，但卻無法徹底、有效進行訴追，徒犯眾怒卻華而不實，更損及法律之權威，社會不但懷疑法律之正當性，進而否認著作權人權利之正當性。因

此，著作權人應體認法律下並無絕對之權利，權利之保護除自身捍衛外，更需獲他人之承認與尊重。因此，著作權對於著作權人之意義在於著作物之經濟利益，減低與社會大眾之衝突，提升著作權人之形象，對於經濟利益之開拓係有利而無害。

3. 因此，對於訴訟策略之檢討，著作權人應格外注意，避免造成人人入罪之形象，將嚴厲之刑罰限縮於社會大眾較無爭議之商業性盜版，而對於其他類型案件，則應以民事求償為主，以免牽動社會大眾敏感之神經，促長反著作權之社會潮流。

4. 對於和解策略，著作權人，應先確立訴訟與和解之目標為何。倘其僅欲對個別之行為人榨取些微和解金以填補其整體之經濟損失，則起訴之速度將永遠跟不上盜版之速度，勢必將「入不敷出」，更遑論杜絕整體之盜版行為。因此，長久之計，著作權人應先試行和解，和解不成後再對行為人起訴，避免產生以刑逼民之負面形象。而對於嚴重侵害著作權之被告，則應秉持堅不和解之態度，各國法院亦較願科處重刑，方可嚇阻商業性盜版。此雖會損失若干和解金，但對於著作權人整體而言卻是有利的。

5. 最後，著作權之保護本身並不是目的，如何利用著作謀取利潤，方為著作權人所應追求之目標。訴訟僅為短期及最後之手段，著作權人如何在眾多同業中，保有良好形象，貼近消費者，提供貼心之服務，方為獲利之關鍵。

我國著作權法受外國法影響頗深，加上國內之音樂、電影、軟體、及創意產業顯不及美日等國發達，使我國法院於保護著作權議題上，較趨於保守。未來政府應鼓勵國內創意產業之發展，配合適當之智財教育，將可逐步建構國人知識有價之概念，而使遵守著作權法成為普遍之原則而非例外。

結論：

總之，本文認為，對著作權侵害刑罰化之議題，全面除罪化或刑罰化之結論，均非妥適。以我國現狀而言，在保留著作權刑事救濟途徑之前提下，對個別罪名之要件及法律效果之妥適性，仍可再為更細膩之區分與研究。本文觀察並指出現行著作權法於立法及實務上諸多不當之處，並嘗試以刑法理論提出修法建議及實務運作參考要點，以期改善。倘以刑事法原則尚無法改善目前實務運行上之弊端，則立法者則應重慎重檢討其刑事政策之妥當性，而考慮以民事或行政責任處罰著作權侵害之行為。最後，亦呼籲著作權人，以宏觀之角度面對著作權侵害之問題，而非鑽營於修法與訴訟，而因小失大。

「Don't win the battle but lose the war!」

參考文獻

一、中文書籍

1. 王修曉譯，《研究方法概論》，五南圖書出版股份有限公司，2007年。
2. 吳庚，《行政法之理論與實用》，著者發行，2005年。
3. 林山田，《刑法的革新》，學林文化事業有限公司，2001年。
4. 林山田，《刑法通論》，著者發行，2000年。
5. 林鈺雄，《刑事訴訟法》，元照出版有限公司，2004年。
6. 林鈺雄，《新刑法總則》，元照出版有限公司，2006年。
7. 洪家殷，《行政罰法論》，五南圖書出版股份有限公司，2006年。
8. 翁岳生編，《行政法》，翰蘆圖書出版有限公司，2000年。
9. 許玉秀，《主觀與客觀之間》，著者發行，1997年。
10. 許玉秀，《犯罪階層體系及其方法論》，著者發行，2000年。
11. 許玉秀等，《罪與刑—林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，五南圖書出版有限公司，1998年。
12. 陳志龍，《法義與刑事立法》，著者發行，1992年。
13. 陳新民，《行政法學總論》，著者發行，2002年。
14. 章忠信，《著作權法逐條釋義》，五南圖書出版股份有限公司，2007年。
15. 黃榮堅，《刑罰的極限》，元照出版有限公司，2000年。
16. 黃榮堅，《基礎刑法學》，元照出版有限公司，2006年。
17. 羅明通，《著作權法論》，台英國際商務法律事務所，2005年。
18. 蘇俊雄，《刑法總論》，著者發行，1995年。
19. 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會，《自由·責任·法》，元照出版有限公司，2005年。

二、中文期刊

1. 王文宇、鄭中人，〈從經濟觀點論智慧財產權的定位與保障方式〉，《月旦法學雜誌》，第147期，167頁，2007年8月。
2. 王敏銓，〈自由文化〉，《科技法學評論》，第2卷第2期，215頁，2005年10月。
3. 吳尚昆，〈著作權法的合理使用與個人使用〉，《書苑季刊》，第49期，38頁，2001年7月。
4. 李昂杰，〈智慧財產的刑罰問題（一）—從專利法除罪化談起〉，《科技法律透析》，第15卷第4期，22頁，2003年4月。
5. 李昂杰，〈智慧財產的刑罰問題（二）—著作權法修正草案新增犯罪〉，《科技法律透析》，第15卷第5期，19頁，2003年5月。
6. 李昂杰，〈智慧財產的刑罰問題（三）—著作財產權的刑罰適當性〉，《科技法律透析》，第15卷第6期，4頁，2003年6月。

7. 李昂杰,〈著作權法刑罰修正略述〉,《科技法律透析》,第 16 卷第 5 期,2 頁,2004 年 5 月。
8. 孫遠釗,〈美國反電子竊盜法引介與評析〉,《月旦法學雜誌》,第 37 期,56 頁,1998 年 6 月。
9. 許恒達,〈刑罰理論的政治意涵—論「刑事政策」的誕生〉,《月旦法學雜誌》,第 137 期,188 頁,2006 年 10 月。
10. 許福生,〈犯罪化與除罪化之探討〉,《中央警察大學學報》,第 41 期,169 頁,2004 年 8 月。
11. 陳家駿,〈從台北地院 KURO 案刑事判決談 P2P 網站著作權爭議〉,《全國律師》,21 頁,2005 年 12 月。
12. 章忠信,〈九十二年新修正著作權法簡析〉,《月旦法學雜誌》,第 103 期,103 頁,2003 年 12 月。
13. 章忠信,〈九十三年新修正著作權法之析疑〉,《萬國法律》,第 139 期,91 頁,2005 年 2 月。
14. 章忠信,〈我國加入世界貿易組織後關於著作權法適用之淺述〉,《律師雜誌》,第 243 期,46 頁,1999 年 12 月。
15. 章忠信,〈美國一九九八年數位化千禧年著作權法簡介〉,《萬國法律》,第 107 期,25 頁,1999 年 10 月。
16. 章忠信,〈著作權法「防盜拷措施」條款例外規定要點之檢討〉,《科技法學評論》,第 3 卷第 2 期,283 頁,2006 年 10 月。
17. 章忠信,〈著作權侵害行為之刑事政策檢討〉,《萬國法律》,第 125 期,94 頁,2002 年 10 月。
18. 曾勝珍,〈著作權侵害罰則之探討—以美國電子千禧著作權法為主〉,《法令月刊》,第 58 卷第三期,106 頁,2007 年 3 月。
19. 馮震宇,〈台灣智慧財產權法制之發展與重要爭議問題探討〉,《月旦民商法雜誌》,第 9 期,62 頁,2005 年 9 月。
20. 馮震宇,〈部落格也會侵害著作權? 網路服務提供者責任限制規範下的部落格責任〉,《萬國法律》,第 153 期,14 頁,2007 年 6 月。
21. 馮震宇,〈新著作權法重要修正內容與爭議問題簡介〉,《月旦法學雜誌》,第 101 期,51 頁,2003 年 10 月。
22. 黃榮堅,〈個人使用下載 MP3 檔案的刑事責任問題〉,第 23 期,63 頁,2001 年 6 月。
23. 廖又生,〈網路著作權之刑事訴究問題〉,《中國圖書館學會會報》,第 72 期,13 頁,2004 年 6 月。
24. 劉博文,〈美國特別三〇一條款與智慧財產權保護〉,《智慧財產權》,14 頁,1999 年 9 月。
25. 劉靜怡,〈網路社會規範模式初探〉,《台大法學論叢》,第 28 卷第 1 期,1 頁,1998 年 10 月。
26. 蔡明誠,〈從成大 MP3 事件論著作權之侵害及限制問題〉,《台灣本土法學雜誌》,第 23 期,53 頁,2001 年 6 月。
27. 蔡明誠,〈數位時代著作權侵權對產業衝擊之研究〉,《智慧財產權月刊》,第 99 期,18 頁,2007 年 3 月。
28. 蔡惠如,〈著作權法最新發展趨勢〉,《科技法學評論》,第二卷第 1 期,1 頁,2005 年 4 月。
29. 蔡蕙芳,〈P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性—ezPeer 與 Kuro 案之分析與檢討〉,《科技法學評論》,第三卷第 1 期,45 頁,2006 年 4 月。

30. 蔡蕙芳,〈用戶著作權侵權之網路服務業者責任〉,《科技法學評論》,第一卷第2期,295頁,2004年10月。
31. 蔡蕙芳,〈美國著作權法上刑事著作權侵權之研究〉,《台灣本土法學雜誌》,第101期,61頁,2007年12月。
32. 蔡蕙芳,〈著作權法第九一條擅自重製罪之刑法架構分析〉,《台灣本土法學雜誌》,第100期,58頁,2007年11月。
33. 蔡蕙芳,〈數位時代個人使用之刑罰問題—兼評台北地方法院九十二年度訴字第二一四六號判決〉,《政大法學評論》,第98期,231頁,2007年8月。
34. 鄭天澤、彭日欣,〈網路侵權行為與台灣地區盜版率〉,《政大智慧財產權評論》,第3卷第1期,49頁,2005年4月。
35. 鄧振球,〈新智慧財產權法刑事審判實務之解析〉,《科技法學評論》,第二卷第2期,97頁,2005年10月。
36. 蕭宏宜,〈以刑法保護著作權?〉,《月旦法學雜誌》,第143期,92頁,2007年4月。
37. 蕭宏宜,〈防盜拷措施與刑法保護〉,《月旦法學雜誌》,第133期,125頁,2006年6月。
38. 蕭宏宜,〈著作權的實有與流變〉,《科技法律透析》,第19卷第2期,24頁,2007年2月。
39. 蕭雄淋,〈評新修正著作權法〉,《全國律師》,83頁,1998年3月。
40. 謝銘洋,〈成大MP3事件相關著作權法問題探討〉,《月旦法學雜誌》,第73期,77頁,2001年6月。
41. 謝銘洋,〈從相關案例探討智慧財產權與民法之關係〉,《台大法學論叢》,第33卷第2期,207頁,2004年3月。
42. 謝銘洋、李崇億,〈台灣加入WTO前後之智財權法律修正評述〉,《清華科技法律與政策論叢》,第2卷第1期,177頁,2005年3月。
43. 蘇俊雄,〈論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限—評最高法院八十九年度台非字第八七號判決〉,《月旦法學雜誌》,第73期,155頁,2001年6月。

三、中文論文

1. 許再定,《著作權侵害之刑事責任》,國立中興大學法律學研究所碩士論文,1997年6月。
2. 陳汝瑾,《我國智慧財產權刑事案件在法院之審理概況》,國立政治大學統計研究所碩士論文,2005年6月。
3. 陳錦華,《論刑事不法與行政不法的界限—以社會秩序維護法為例》,國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文,2006年7月。
4. 馮達發,《著作權法刑事責任之研究—以重製權與散布權為中心》,國立政治大學法律學研究所碩士論文,2004年7月。
5. 鄭曄祺,《處罰網路犯罪理論基礎之研究—以P2P為例》,國立台北大學法學系研究所碩士論文,2007年6月。
6. 薛景文,《TRIPS協定執行程序刑事部份解釋適用對我國著作權法刑罰章影響之研究》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文,2005年7月。

7. 鍾豪峯,《刑事不法與民事不法的分界》,國立政治大學法律學研究所碩士論文,2002年7月。

四、其他中文參考文獻

1. 陳家駿、徐玉蘭、馮震宇,《網路科技利用新型態之著作權法相關問題研究》,經濟部智慧財產局委託研究專案,2006年12月。
2. 楊婉莉,《司法實務上相關著作權案件之研究》,台灣高雄地方法院檢察署九十年度研究發展項目研究報告,2002年1月。

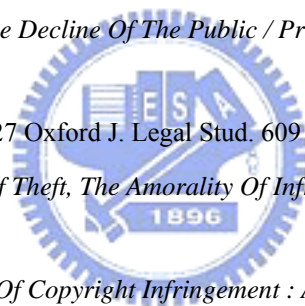
五、英文書籍

1. FERRERA, GERALD R., CYBERLAW (2004)
2. NIMMER, MELVILLE B., NIMMER ON COPYRIGHT (2005)
3. LAFAVE, WAYNE R., CRIMINAL LAW (2003)
4. LESSIG, LAWRENCE, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999)
5. LESSIG, LAWRENCE, THE FUTURE OF IDEAS (2001)
6. LESSIG, LAWRENCE, FREE CULTURE (2003)
7. ROBINSON, PAUL H., CRIMINAL LAW (1997)
8. PACKER, HERBERT L., THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION (1968)
9. PIERCE, RICHARD J. JR., ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS (2004)
10. RADIN, MARGARET JANE, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE INTERNET (2004)
11. STREET, F. LAWRENCE, LAW OF THE INTERNET (1999)

六、英文期刊

1. Andrews, Robin, *Copyright Infringement And The Internet: An Economic Analysis Of Crime*, 11 B.U.J. Sci. & Tech. L. 256 (2005)
2. Barkow, Rachel E., *Separation Of Powers And The Criminal Law*, 58 Stan. L. Rev. 989 (2006)
3. Bergen, Grace J., *Litigation As A Tool Against Digital Piracy*, 35 McGeorge L. Rev. 181 (2004)
4. Clark, John B., *Copyright Law And The Digital Millennium Copyright Act: Do The Penalties Fit The Crime?*, 32 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 373 (2006)
5. Coffee, John C. Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections On The Disappearing Tort / Crime Distinction In American Law*, 71 B.U.L. Rev. 193 (1991)
6. Cohen, Julie E., *The Place Of The User In Copyright Law*, 74 Fordham L. Rev. 347 (2005)
7. Depoorter, Ben, *Norms And Enforcement: The Case Against Copy Litigation*, 84 Or. L. Rev. 1127 (2005)
8. Epstein, Richard A., *The Tort / Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B.U.L. Rev. 1 (1996)
9. Galbiati, Roberto, *Keeping Stigma Out Of Administrative Law: An Explanation Of Consistent Beliefs*, 15 Sup. Ct. Econ. Rev. 273 (2007)

10. Gervais, Daniel J., *The Price Of Social Norms: Toward A Liability Regime For File-Sharing*, 12 J. Intell. Prop. L. 39 (2004)
11. Green, Stuart P., *Plagiarism, Norms, And The Limits Of Theft Law: Some Observations On The Use Of Criminal Sanctions In Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 Hastings L.J. 167 (2002)
12. Groennings, Kristina, *Costs And Benefits Of The Recording Industry's Litigation Against Individuals*, 20 Berkeley Tech. L.J. 571 (2005)
13. Hardy, I. Trotter, *Criminal Copyright Infringement*, 11 Wm. & Mary Bill Rts. J. 305 (2002)
14. Hetcher, Steven A., *The Music Industry's Failed Attempt To Influence File Sharing Norms*, 7 Vand. J. Ent. L. & Prac. 10 (2004)
15. Horwitz, Morton J., *The History Of The Public / Private Distinction*, 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1982)
16. Jensen, Christopher, *The More Things Change, The More They Stay The Same: Copyright, Digital Technology, And Social Norms*, 56 Stan. L. Rev. 531 (2003)
17. Kahan, Dan M., *Social Meaning And The Economic Analysis Of Crime*, 27 J. Legal Stud. 609 (1998)
18. Kahan, Dan M., *Gentle Nudges Vs. Hard Shoves: Solving The Sticky Norms Problem*, 67 U. Chi. L. Rev. 607 (2000)
19. Kennedy, Duncan, *The Stages Of The Decline Of The Public / Private Distinction*, 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982)
20. Lamond, Grant, *What Is A Crime?*, 27 Oxford J. Legal Stud. 609 (2007)
21. Manesh, Mohsen, *The Immorality Of Theft, The Amorality Of Infringement*, 2006 Stan. Tech. L. Rev. 5 (2006)
22. Moohr, Geraldine Szott, *The Crime Of Copyright Infringement : An Inquiry Based On Morality, Harm, And Criminal Theory*, 83 B.U.L. Rev. 731 (2003)
23. Moohr, Geraldine Szott, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example Of Criminal Copyright Laws*, 54 Am. U. L. Rev. 783(2005)
24. Note, *The Criminalization Of Copyright Infringement In The Digital Era*, 112 Harv. L. Rev. 1705 (1999)
25. Robinson, Paul H., *The Criminal-Civil Distinction And The Utility Of Desert*, 76 B.U.L. Rev. 201 (1996)
26. Rosenzweig, Paul, *Overcriminalization: An Agenda For Change*, 54 Am. U. L. Rev. 809 (2005)
27. Swope, Richard, *Peer-To-Peer File Sharing And Copyright Infringement: Danger Ahead For Individuals Sharing Files On The Internet*, 44 Santa Clara L. Rev. 861 (2004)
28. Tyler, Tom R., *Compliance With Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective*, 29. N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 219 (1997)
29. Yu, Peter K., *P2P And The Future Of Private Copying*, 76. U. Colo. L. Rev. 653 (2005)



附錄一 釋字第 594 號解釋

解釋文（民國 94 年 4 月 15 日）

人民身體之自由與財產權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟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，倘與憲法第二十三條規定之意旨無違，即難謂其抵觸憲法第八條及第十五條之規定，本院釋字第四七六號、第五五一號解釋足資參照。

商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益，維護公平競爭市場正常運作之功能。中華民國八十二年十二月二十二日修正公布之商標法第七十七條準用第六十二條第二款規定，旨在保障商標權人之權利，並避免因行為人意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布，致一般消費者對商品或服務之來源、品質發生混淆誤認而權益受有損害，故以法律明定之犯罪構成要件，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金，符合法律明確性之要求，且為保障商標權人權利、消費者利益及市場秩序所必要，並未抵觸憲法第二十三條規定，與憲法第八條、第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尚無違背。



理由書


人民身體之自由與財產權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟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，倘與憲法第二十三條規定之意旨無違，即難謂其抵觸憲法第八條及第十五條之規定，本院釋字第四七六號、第五五一號解釋足資參照。

又立法者於立法定制時，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，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，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，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則，亦迭經本院釋字第四三二號、第五二一號解釋闡釋有案。

商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益、維護公平競爭市場正常運作及增進公共利益之功能，此觀八十二年十二月二十二日修正公布之商標法第一條規定「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展，特制定本法」之意旨自明。

商標法為實現上開憲法所保障之財產權及公共利益之目的，於第七十七條關於服務標章之保護準用第六十二條第二款規定：意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金。旨在保護他人註冊之商標或標章權，並避免一般消費者對商品或服務之來源、品質發生混淆誤認致權益受有損害，其目的洵屬正當。且本件立法機關衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、消費者利益、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，乃對意圖欺騙他人之行為施以刑罰制裁；又考量法益受侵害之程度及態樣，而選擇限制財產或人身自由之刑罰手段，以補充刑法第二百五十三條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，尙未逾越必要之範圍，並未牴觸憲法第二十三條規定，與憲法第八條、第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尙無違背。

上開法律規定所禁止之行為，應以行為人所附加之商標或標章與他人註冊商標或標章是否相同或近似，依相關消費者施以通常之注意力，猶不免發生混淆誤認之虞為斷，其範圍應屬可得確定，從合理謹慎受規範行為人立場，施以通常注意力即可預見，無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，符合法治國原則對法律明確性之要求，故立法機關是否採行由行政程序就具體個案進行第一次判斷或施以行政管制後，受規範行為人仍繼續或重複其違法行為者，始採取刑罰制裁，乃立法者自由形成範圍，併予指明。



釋字第 594 號解釋部分協同意見書

大法官許玉秀

壹、刑罰規範之審查標準應有別於其他法律規範

對於規範審查標準（密度），至今本院大法官有一個基本模式，即規範目的採低密度標準，規範效果則視基本權的類別，採低密度、中密度或嚴格審查標準。舉凡立法目的為社會秩序、國家安全、公共利益¹或本件系爭規範商標法第 1 條所規定「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展」，皆以目的尚（洵）屬正當，而通過目的合憲審查。就刑罰規範以外的法律規範而言，如著重於對目的與手段進行比例原則的審查，而作寬嚴不同程度的合憲控制，的確即可善盡憲法的審查職責，但就刑罰規範而言，因為行為規範本身已涉及各種行為自由的限制，而制裁規範除涉及財產權的剝奪或限制之外，尚涉及人身自由乃至生命權的剝奪，不但應該採取嚴格的審查標準，且應該就行為規範及制裁規範分別審查²。

然而對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害程度的審查，而無合憲餘地³。既然對制裁規範顯然不能採取嚴格的審查標準，則剝奪或嚴重限制基本權的刑罰規範，豈不是反而只能採取低密度或中密度的審查標準？一旦對刑罰規

¹ 釋字第 476 號、第 509 號、第 544 號、第 551 號、第 554 號解釋參照。

² 德國聯邦憲法法院於大麻案開始這種兩階段審查，見 BVerfG90(1994), 145, 171 ff., 185 ff., 195; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 64 ff., 130.

³ 對刑罰規範究竟採取何種密度的審查標準，取決於各該刑罰規範對刑罰種類和刑度高低的設計，以德國的狀況為例，因為已廢除死刑，無期徒刑的犯罪類型較少，長期自由刑的規定不若我國刑罰規範多，自可採取較嚴格的審查標準。

範採取低密度或中密度的審查標準，憲法控制刑罰規範的機能或者喪失殆盡，或者僅能在刑度高低的狹隘範圍內，保留一點憲法的控制機能，如此一來，將完全不符合規範合憲審查的基本原則。

規範合憲審查的基本原則，是針對基本權的類型，訂定不同的審查標準。雖然實務和學理對各種基本權類型所採行的審查標準可能有不同見解⁴，但對剝奪生命權、終身剝奪人身自由以及長期或短期剝奪人身自由的刑罰規範，不可能容許以低密度標準、甚至中密度審查標準進行合憲審查。因此，如果對於制裁規範無法進行嚴格的審查，而對於行為規範的審查，可能因為所限制的自由權，只須經低密度審查，則勢必只能就規範所要保護的法益，另立嚴格審查關卡。

貳、應罰性與需罰性的二階檢驗程序

在國際刑法思潮中，自從 20 世紀 50 年代以來，刑法學理檢討刑事立法時，在法理（法釋義學）上的檢驗準據是應罰性（Strafwürdigkeit），在刑事政策上的檢驗準據是需罰性（Strafbedürftigkeit）⁵。具有應罰性的行為，方具有犯罪適格，而行為的應罰性，取決於該行為是否侵害刑罰所要保護的法益而具有社會侵害性；對於具備刑罰應罰性的行為，是否必須採取刑罰手段予以制裁，則取決於需罰性的判斷，需罰性所考量的是刑罰對應不法的必要性。換言之，訂定刑罰規範時，應該斟酌規範客體的應罰性與需罰性，則對於刑罰規範進行合憲審查時，亦不應脫離這個二階層的檢驗程序：第一個階層，即法益審查，刑法法益必須具備憲法所核可的法益位階，方能通過合憲審查；第二個階層，即比例原則的審查。其中對於制裁規範的審查，則應該依最後手段原則⁶及罪罰（刑）相當原則⁷審查，以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性與有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性。

⁴ 例如釋字第 584 號解釋，對於職業自由的審查標準，即有寬鬆、中度及嚴格三種標準，該號解釋多數意見顯然採取寬鬆標準，兩份不同意見書則分別採取中度和嚴格審查標準。林子儀大法官所提不同意見書、許玉秀大法官所提不同意見書參照；又如余雪明大法官於釋字 577 號解釋所提協同意見書則表示，商業言論以低度審查標準加以審查即可，而 577 號解釋之操作方式，已經形同中度審查標準；而針對釋字第 580 號解釋所採取之中度審查標準，林子儀大法官於該號解釋所提之部分協同部分不同意見書則認為，在檢驗耕地三七五減租條例之相關規定是否對於人民財產權造成侵害時，基於政治部門對於社會資源應如何分配享有政策決定權，司法釋憲者對於政治部門所做的決定應予最大之尊重，應採低度之審查標準。

⁵ H. Mayer, Strafrecht AT, 1953, S. 33; Yu-hsiu Hsu(許玉秀), Garantienstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungenseiner Angestellten?, 1986, S. 8 f., 134 ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT5, 1996, S.50 f.; Roxin, AT I3, 1997, 23/37 ff.;許玉秀, 犯罪階層體系及其方法論, 春風煦日論壇—刑事法叢書系列 6, 2000 年, 頁 39。

⁶ 最後手段原則（ultima ratio），可譯為最後的理性。所謂最後的理性（ultima ratio），即刑法應作為防衛社會的最後手段。當面對社會衝突關係，其他法律手段無法發揮應有的規範效果時，方才使用刑事制裁手段，以為因應，刑法因而在解決社會衝突關係的各種法律策略中，居於補充的順位，因此這個原則又稱補充原則（Subsidiaritätsprinzip）或第二順位原則（Sekundärprinzip）。就這個意義而言，至今尚沒有違反這個原則的規定出現在我國刑法典中。這個原則，以量的不法觀（quantitative Unrechtsfolge）為基礎，這個量的不法觀建構了法的一致性（Einheit der Rechtsordnung）的觀點。基本的觀點是：刑法所保護的法益，各別規定在其他法律領域之中，刑法的違法性是由其他法律所決定的。其他法律明示為合法的，刑法不可以認為不法，而其他法律認為不法的，刑法可以不必認為不法，這種法秩序的一致性，可以認為是消極的一致性，即當其他法律明示為合法時，刑法不能採取相反的觀點。量的不法觀還有另一層意義，就是行為一旦接受刑罰制裁，即已包含行政處罰，而可以免除行政制裁，避免一罪兩罰，甫於 94 年 1 月 14 日制定通過的行政罰法第 26 條，即揭示這種量的不法觀。如果從質的不法觀點來看，即刑事不法與其他法律的不法標準有質上面的區別來看，則最後手段原則即不能成立，因為如依自己的不法標準決定不法行為類型，則行為的入罪化（規定成犯罪行為），應由刑法自己決定。在一個法律分工的社會，各個法律領域完全不顧其他法律領域的規範態度，是不可能的，但也未必絕對採最後手段原則，較通常的情況

參、審查法益

一、法益必須與基本權連結

在刑罰規範的目的審查，就是法益審查，因為刑罰規範的任務在於保護法益⁸。如果欠缺保護法益的正當理由，刑罰規範就是赤裸裸侵害人民基本權的法律。所謂藉由法益對規範目的進行嚴格審查，無非就是質問特定刑罰規範所限制的行為自由是什麼？因而所要保護的法益是什麼？憲法在什麼情況下，可以為了保護法益，而准許法律剝奪人民的身體自由或生命權？

無論是行為規範或制裁規範，刑罰規範都會限制人民的行為自由。行為規範所限制的是各種自由權，例如刑法第 239 條限制人民的性自主權、第 310 條限制人民的言論自由、第 320 條限制人民取得財產的行為自由、本件聲請系爭規範商標法第 62 條第 2 款限制人民的營業自由；制裁規範則主要限制人身自由及財產權，亦可能剝奪人身自由及生命權。當行為人受憲法保障的基本權遭到限制或剝奪時，憲法可以容忍而不出面干涉，必定是因為這種對基本權的限制或剝奪，可以為憲法帶來相同或更高位階的利益。究竟憲法所能獲得的利益是什麼？無非就是人民的基本權能夠獲得保障、憲政秩序不會遭受破壞。申言之，刑罰規範所要保護的利益如果和憲法所要保護的利益相同，憲法自然不會否決刑罰規範的目的正當性，亦即，刑法規範所欲保護的利益，必須與憲法上的基本權或憲政秩序法益連結。

二、刑法法益與基本權的關係

刑法上的法益，是刑法所保護的社會生活利益；所謂社會生活利益，就是人民營社會生活所必須擁有的資源。憲法對於基本權的保護，無非就是賦予人民享有營社會生活所需資源的自由，因為權利的內涵就是行動自由，所謂有權利就是有做什麼或不做什麼的自由⁹。例如對於財產權，稱為取得使用、收益、

是「一致行動」。因此所謂最後手段原則，要從上述「法秩序的消極一致性」去理解，而不是無計可施，方才動用刑法，因為通常無計可施時，刑法也愛莫能助。而在對付某種社會衝突關係時，當各種法律領域會診的時候，也必須依比例原則而決定規範的方式。近幾年來，我國立法政策明顯遵循最後手段原則，不少醫療法規、環境法規、勞動法規等，於訂定罰則時，多以行政罰取代刑罰手段。見：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法-刑法，2005 年，頁 46 以下。

⁷ 罪罰(刑)相當原則，可以分為立法和司法兩方面來看。立法方面，訂定各種犯罪類型、刑罰種類與法定刑的高低時，應考量受害法益的類型、法益受侵害的方式與程度、行為人主觀不法的態樣及程度等因素。現行刑法中，妨害自由罪章移送被誘婦女出國罪(299 條)的法定刑比使人為奴隸罪(296 條)和圖利以詐術使人出國罪(297 條)的法定刑高出許多；又如誹謗死人罪(312 條 2 項)的最低法定刑比強暴公然侮辱罪(309 條 2 項)和普通誹謗罪(310 條 1 項)的最低法定刑高。這兩種情形是否符合罪罰(刑)相當原則，皆有待商榷。司法方面，就具體個案適用法律時，同樣必須注意被害法益種類、被害的程度、侵害的手段以及行為人主觀不法的程度，刑法第 57 條規定量定刑罰時，必須斟酌各項量刑要素，以及第 59 條特別憫恕條款，皆屬司法上罪刑相當原則的規定。見：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法- 刑法，2005 年，頁 48。

⁸ 陳志龍，法益與刑事立法，1992 年，頁 8；蘇俊雄，刑法總論 I-刑法之理論基礎、架構及適用原則，1998 年，頁 17 以下、122；林山田，刑法通論（上冊），2000 年，頁 17；蔡墩銘，刑法總論，2000 年，頁 6、7；張麗卿，刑法總則理論與適用，2001 年，頁 31；許玉秀，刑法的任務-與效能論的小小對話，刑事法雜誌，第 47 卷第 2 期，2003 年 4 月，頁 1 以下；黃榮堅，基礎刑法學(上)，2004 年，頁 12；Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT5, 1996, S. 7; Roxin, AT3, 1997, 2/2; Schunemann, Das System des strafrechtlichen Unrecht: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemein Teils und dem Besonderen Teil, 收錄於：刑事法之基礎與界限-洪福增教授紀念論文專輯，春風煦日論壇－刑事法叢書系列 9，論文集 1，2003 年，頁 165 以下（中譯見王玉全、鍾豪峰、張姿倩，前揭書，頁 123 以下）。

⁹ Yu-hsiu Hsu(許玉秀), Garantstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner

處分財產的自由，對於生存權稱為享有生命、發展生命和決定生命存在與否的自由。刑法所保護人民營社會生活所需要的利益，必定是憲法認為必須予以保障的利益，如果不是憲法所認可的必要生活利益，憲法不可能准許以剝奪人民生命權及身體自由權的方式加以保護。

現行刑法中各種犯罪類型所標示的法益包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力的有效運作及憲政秩序等等，都可以在憲法上找到對應的法益（剝奪生命的刑罰規範，必須面對憲法對生命價值絕對保護的檢驗）。例如刑法上對生命及身體法益的保護，來自憲法對生存權的保障；對身體自由的保護，來自憲法對人身自由乃至遷徙自由的保障；對財產權的保護，來自憲法對財產權、工作權的保障；對秘密和名譽的保護，來自憲法對隱私權和人性尊嚴的保障；對胎兒的保護，也就是孕育中、成長中生命的保護，來自憲法對生存權的保障，生存權的保障不是從已經生存才開始，不只是避免生命不能存續，而是必須從創造生命開始，對創造生命的保障，就是支持孕育中的生命有成形的權利¹⁰（反映生命價值的絕對性）。又如公共危險罪所侵害的法益，無非是對社會大眾生命、身體、自由、財產等複合法益的多重侵害，許多人的許多種法益構成公共安全，因此，所保護的法益可以和憲法上多數人的各種基本權相連結；至於妨害投票罪的法益，則涉及憲政秩序中的民主原則和平等權的維護；瀆職罪保護國家權力機關運作的公正廉潔，也是涉及人民平等權及憲政秩序的保障；而內亂罪、外患罪所侵害的法益，不管是否稱為國家法益¹¹，終究都涉及所有國民生命、身體、自由、財產等等權利以及憲政秩序的侵害。

說明刑法法益與憲法法益的關係，並非認為所有憲法所保障的法益受到侵害，都必須施以刑罰制裁，而只表示可以用刑罰的制裁方式，保護憲法上的基本權，至於動用刑罰手段與否，還需要衡酌比例原則，以確定侵害基本權的行為具有需罰性。



肆、本件聲請另一種可能的審查論述

符合上述應罰性與需罰性二階層、行為規範與制裁規範二階段及法益雙重審查的解釋文及解釋理由書理應如此論述：

解釋文

憲法第 15 條工作權及財產權保障人民營業自由（釋字第 514 號解釋參照），商品標示為提供商品或服務資訊之方式，應受營業自由之保障，惟為保障他人財產法益及公平競爭之交易秩序，依憲法第 23 條規定之意旨，自得為必要之限制。

國家對於特定侵害他人財產權之行為施以刑罰制裁，在於實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，其對於行為人身體自由或財產權之限制，倘未違背憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條及第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨即無抵觸。

Angestellten?, 1986, S. 241ff.

¹⁰ 德國聯邦憲法法院則引人性尊嚴條款認為尚未出生的生命擁有自己的生命權，憲法應該予以保障。BVerfGE 88(1993), 203, 257 f.; 39(1975). 1, 47, 51.

¹¹ 區分法益為個人、社會、國家並非我國傳統教科書自創。Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 279.

商標或標章權之註冊取得與保護，旨在保護商標權人之財產權，並具有揭示商品或服務之來源、品質等重要交易訊息，以維護市場之公平競爭，進而保障消費者、工商企業或其他市場參與人之經濟利益，應為憲法第 15 條所保障。中華民國 82 年 12 月 22 日修正公布之商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款規定：「意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 20 萬元以下罰金」，係保護他人已經註冊之商標或標章權，並避免一般消費者、工商企業或其他市場參與人，對商品或服務之來源、品質發生誤認致權益受有損害之有效手段，且未逾越限制營業自由之必要程度，與憲法第 15 條及第 23 條之規定均無違背。又衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，非對行為人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，而考量法益受害之程度，選擇限制財產權或人身自由之刑罰手段，尚屬適當。是上開規定符合最後手段原則及罪罰（刑）相當原則，未抵觸憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條、第 15 條保護人民身體自由及財產權之意旨並無違背。

另，上開商標法明確規定犯罪之主觀構成要件、行為態樣、行為客體及刑罰效果，符合罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，與法治國原則對法律明確性之要求並無違背，併此指明。

解釋理由書

憲法第 15 條工作權及財產權保障人民營業自由（釋字第 514 號解釋參照），商品標示為提供商品或服務資訊之方式，應受營業自由之保障，惟為保障他人財產法益及公平競爭之交易秩序，依憲法第 23 條規定之意旨，自得為必要之限制。

商標或標章權之註冊取得與保護，具有揭示商品或服務之來源、品質等重要交易訊息，以維護市場之公平競爭，進而保障消費者、工商企業或其他市場參與人之經濟利益，應為憲法第 15 條所保障。民國 82 年 12 月 22 日修正公布之商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款規定，禁止出於欺騙他人之意圖，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而予以陳列或散布，係保護他人已經註冊之商標或標章權，並避免一般消費者、工商企業或其他市場參與人，對商品或服務之來源、品質發生誤認致權益受有損害之有效手段，且未逾越限制營業自由之必要程度，與憲法第 15 條及第 23 條之規定均無違背。

又國家對於特定侵害他人財產權之行為施以刑罰制裁，在於實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，其對於行為人身體自由或財產權之限制，倘未違背憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條及第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨即無抵觸。

前開商標法第 62 條第 2 款規定，對於意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 20 萬元以下罰金。衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、公平競爭之經濟秩序及工商企業之發展危害甚鉅，非對行為人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，符合最後手段原則；考量法益受害之程度，而選擇限制財產權或人身自由之刑罰手段，且為因應社會經濟發展時空之遷移，於商標法制定特別構成要件，並提高最高法定刑，以補刑法第 253 條偽造仿造商標商號罪適用

上之不足，尚屬適當，符合罪罰（刑）相當原則，未抵觸憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條、第 15 條保護人民身體自由及財產權之意旨並無違背。

查立法者於立法定制時，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，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，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，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則，迭經本院釋字第 432 號、第 521 號解釋闡釋有案。

本件系爭之商標法規定所禁止之行爲，以行爲人所附加之商標或標章與他人已經註冊商標或標章是否相同或近似，依一般消費者施以通常之注意力，猶不免發生有混淆誤認之虞爲斷，其範圍應屬可得確定；如受規範之商品行銷行爲人，施以專業上之注意力即可預見，即無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，而符合法治國原則對法律明確性之要求。至立法機關是否採行由行政程序就具體個案進行第一次判斷或施以行政管制後，受規範行爲人仍繼續或重複其違法行爲者，始採取刑罰制裁，乃立法者合理之形成範圍，併予指明。

伍、結語

憲法上的審查標準 (Prüfungsmasstab)，類似於刑法上的犯罪階層體系，刑法藉由犯罪階層體系保障犯罪判斷的公平與精確¹²，憲法上的審查標準如能形成一套審查階層體系，定然有利於釋憲論述的精確與釋憲實務的運作。至今不論德國或美國釋憲實務，確實已累積不少根據基本權的類型，而形成的審查標準或審查密度準則¹³，但是在憲法研究領域尚未能建構一套穩定的審查階層體系，本席針對刑罰規範的審查標準，所提出的應罰性與需罰性二階層、行爲規範與制裁規範二階段及法益雙重審查準據，期盼有助於本院大法官釋憲實務的運作，爰提出部分協同意見書如上。

¹² 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 6，2000 年，頁 3 以下。

¹³ 法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，收錄於：憲法專論（一），1985 年，頁 65 以下；法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，收錄於：人權保障與司法審查，1994 年，頁 7 以下；法治斌，新聞報導與誹謗罪—一個憲法觀點，收錄於：人權保障與司法審查，1994 年，頁 67 以下；林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於：現代國家與憲法-李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997 年，頁 639 以下；李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，收錄於：憲法解釋之理論與實務第三輯上冊，2002 年，頁 129 以下；法治斌，定義猥褻出版品：一首變調的樂章？，收錄於：法治國家與表意自由，2003 年，頁 27 以下；法治斌，跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？，收錄於：法治國家與表意自由，2003 年，頁 267 以下；林子儀，言論自由導論，收錄於：台灣憲法之縱剖橫切，2002 年，頁 13 以下；許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第 14 期，2003 年 12 月，頁 50 以下；許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：戰鬥的法律人，林山田教授退休祝賀論文集，2004 年，頁 213 以下；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 61 以下。

附錄二 各地方法院網路相關判決字號

代號表	1 台北	2 士林	3 板橋	4 宜蘭	5 基隆	6 桃園	7 新竹	8 苗栗	9 台中
10 彰化	11 南投	12 雲林	13 嘉義	14 台南	15 高雄	16 花蓮	17 台東	18 屏東	19 外島

各地院判決

1 90 訴 1321	1 95 易 1242	1 95 簡 4000	1 96 簡 2304	2 96 簡 264	3 94 簡 5317
1 90 訴 1322	1 95 易 1322	1 95 簡 4002	1 96 簡 2419	2 96 簡 354	3 94 簡 5570
1 91 訴 522	1 95 易 1362	1 95 簡 404	1 96 簡 2503	2 96 簡 626	3 95,易,1143
1 91 簡 1380	1 95 易 1403	1 96 易 1285	1 96 簡 2535	2 96 簡 679	3 95,訴,1166
1 92 易 1261	1 95 易 1616	1 96 易 148	1 96 簡 2588	2 96 簡 696	3 95,訴,514
1 92 訴 584	1 95 易 2492	1 96 易 1552	1 96 簡 2609	3 92 簡 3941	3 95,訴,610
1 93 易 1215	1 95 易 2746	1 96 易 1576	1 96 簡 2644	3 93 易 630	3 95,訴,98
1 93 訴 214	1 95 易 276	1 96 易 1689	1 96 簡 2645	3 93 訴 161	3 95 易 1494
1 93 訴 291	1 95 易 2815	1 96 易 1856	1 96 簡 2860	3 93 簡 2764	3 95 易 1605
1 93 簡 1237	1 95 易 610	1 96 易 1902	1 96 簡 3032	3 93 簡 3795	3 95 易 1956
1 93 簡 1727	1 95 易 761	1 96 易 1963	1 96 簡 389	3 93 簡 5343	3 95 易 2295
1 94 自 107	1 95 訴 1097	1 96 易 199	1 96 簡 610	3 94,簡,5964	3 95 易 2397
1 94 易 1959	1 95 訴 1278	1 96 易 2069	2 93 訴 532	3 94 易 1146	3 95 易 2482
1 94 易 42	1 95 訴 1328	1 96 易 2321	2 94 訴 942	3 94 易 1168	3 95 易 2589
1 94 訴 1335	1 95 訴 1795	1 96 易 2741	2 94 簡 504	3 94 易 1268	3 95 訴 1102
1 94 訴 835	1 95 訴 455	1 96 易 2965	2 95 易 145	3 94 易 1767	3 95 訴 1102
1 94 訴 961	1 95 訴 521	1 96 易 387	2 95 易 458	3 94 易 269	3 95 訴 1413
1 94 簡 1953	1 95 訴 604	1 96 易 494	2 95 易 642	3 94 易 61	3 95 訴 1521
1 94 簡 2073	1 95 訴 654	1 96 易 516	2 95 訴 127	3 94 訴 1462	3 95 訴 1838
1 94 簡 2293	1 95 訴 721	1 96 易 741	2 95 訴 144	3 94 訴 1603	3 95 訴 1863
1 94 簡 2377	1 95 訴 776	1 96 易 863	2 95 訴 66	3 94 訴 1757	3 95 訴 2141
1 94 簡 2733	1 95 簡 1134	1 96 訴 24	2 95 訴 728	3 94 訴 1819	3 95 訴 2196
1 94 簡 2794	1 95 簡 1228	1 96 訴 504	2 95 簡 564	3 94 訴 1854	3 95 訴 2411
1 94 簡 2822	1 95 簡 1592	1 96 訴 891	2 95 簡 569	3 94 訴 2043	3 95 訴 2543
1 94 簡 3139	1 95 簡 2094	1 96 簡 1541	2 96 易 1568	3 94 訴 2715	3 95 訴 3376
1 94 簡 390	1 95 簡 2414	1 96 簡 158	2 96 易 557	3 94 訴 834	3 95 訴 3381
1 94 簡 578	1 95 簡 3215	1 96 簡 1699	2 96 訴 194	3 94 訴 916	3 95 訴 3423
1 95 易 1087	1 95 簡 3632	1 96 簡 2125	2 96 訴 62	3 94 訴 937	3 95 訴 3554
1 95 易 1140	1 95 簡 3681	1 96 簡 2186	2 96 簡 148	3 94 簡 2790	3 95 訴 3726
1 95 易 1170	1 95 簡 3934	1 96 簡 2251	2 96 簡 230	3 94 簡 4098	3 95 簡 1117

3	95 簡 122	3	95 簡 7591	3	96 簡 4321	6	93 訴 1128	6	96 桃簡 1830	9	90 訴 2875
3	95 簡 1282	3	95 簡 7748	3	96 簡 4560	6	93 壙簡 73	6	96 桃簡 1960	9	90 訴 931
3	95 簡 1365	3	95 簡 7827	3	96 簡 487	6	94 桃簡 1138	6	96 桃簡 1988	9	91 自 495
3	95 簡 1411	3	95 簡 7829	3	96 簡 4883	6	94 桃簡 1942	6	96 桃簡 2056	9	91 易 351
3	95 簡 1571	3	95 簡 7894	3	96 簡 497	6	94 訴 2383	6	96 桃簡 2164	9	91 訴 777
3	95 簡 1701	3	95 簡 927	3	96 簡 4993	6	94 訴 2562	6	96 桃簡 2387	9	91 訴 880
3	95 簡 1845	3	96 易 1054	3	96 簡 5322	6	94 簡上 264	6	96 桃簡 266	9	92 訴 1387
3	95 簡 2323	3	96 易 1146	3	96 簡 5477	6	94 壙簡 1603	6	96 桃簡 2724	9	93 訴 1053
3	95 簡 2584	3	96 易 1147	3	96 簡 5801	6	94 壙簡 279	6	96 桃簡 3020	9	93 訴 143
3	95 簡 269	3	96 易 1524	3	96 簡 5855	6	95 易 1010	6	96 訴 707	9	93 訴 1950
3	95 簡 2722	3	96 易 1531	3	96 簡 5895	6	95 易 1431	6	96 審易 73	9	93 訴 348
3	95 簡 2892	3	96 訴 101	3	96 簡 5939	6	95 易 1515	6	96 簡 173	9	93 訴 935
3	95 簡 2909	3	96 訴 1363	3	96 簡 6103	6	95 易 1718	6	96 壙簡 1229	9	93 訴緝 234
3	95 簡 3013	3	96 訴 1364	3	96 簡 6184	6	95 桃簡 1084	6	96 壙簡 1461	9	94 中簡 1765
3	95 簡 3194	3	96 訴 2521	3	96 簡 6836	6	95 桃簡 1206	6	96 壙簡 1657	9	94 易 1154
3	95 簡 3492	3	96 訴 2673	3	96 簡 6973	6	95 桃簡 1592	6	96 壙簡 2020	9	94 易 1699
3	95 簡 3635	3	96 訴 273	3	96 簡 7355	6	95 桃簡 1754	6	96 壙簡 2029	9	94 易 1881
3	95 簡 4203	3	96 訴 274	3	96 簡 8081	6	95 桃簡 210	6	96 壙簡 452	9	94 易 671
3	95 簡 4304	3	96 訴 372	3	96 簡 8631	6	95 桃簡 2254	6	96 壙簡 52	9	94 訴 1058
3	95 簡 4382	3	96 訴 479	4	96 訴 295	6	95 桃簡 2558	6	96 壙簡 912	9	94 訴 115
3	95 簡 4383	3	96 訴 695	5	94 易 407	6	95 桃簡 745	6	96 壙簡 949	9	94 訴 1402
3	95 簡 4902	3	96 訴 777	5	94 基簡 118	6	95 訴 1675	7	91 訴 420	9	94 訴 27
3	95 簡 4944	3	96 簡 1412	5	94 基簡 950	6	95 訴 2484	7	91 訴 49	9	94 訴 285
3	95 簡 4956	3	96 簡 1671	5	94 訴 1085	6	95 簡 178	7	95 竹簡 1022	9	94 訴 3016
3	95 簡 4960	3	96 簡 196	5	95 易 376	6	95 壙簡 1041	7	95 竹簡 469	9	94 訴 3017
3	95 簡 5346	3	96 簡 2117	5	95 基簡 1128	6	95 壙簡 1466	7	95 易 417	9	94 訴 3025
3	95 簡 5424	3	96 簡 2259	5	95 基簡 822	6	95 壙簡 1614	7	96 竹簡 1333	9	94 訴 3600
3	95 簡 6080	3	96 簡 334	5	95 訴 698	6	95 壙簡 262	7	96 竹簡 389	9	94 訴 3662
3	95 簡 6242	3	96 簡 3515	5	95 訴 764	6	95 壙簡 352	7	96 竹簡 838	9	94 訴 3927
3	95 簡 6387	3	96 簡 3586	5	96 易 187	6	95 壙簡 824	7	96 竹簡 848	9	94 訴 400
3	95 簡 6736	3	96 簡 3840	5	96 基簡 631	6	96 易 238	7	96 竹簡 934	9	94 訴 430
3	95 簡 6808	3	96 簡 3988	5	96 基簡 947	6	96 易 604	8	92 苗簡 313	9	94 訴 441
3	95 簡 7012	3	96 簡 4009	6	92 訴 1661	6	96 桃簡 1064	8	96 苗簡 30	9	94 訴 823
3	95 簡 7518	3	96 簡 4010	6	93 桃簡 1192	6	96 桃簡 120	8	96 苗簡 900	9	95 中簡 116
3	95 簡 7590	3	96 簡 4271	6	93 桃簡 1751	6	96 桃簡 1726	9	90 自 929	9	95 中簡 137

9	95 中簡 2069	9	96 中簡 3228	9	96 簡 597	13	94 訴 358	14	95 簡 450	15	94 簡 4372
9	95 易 1161	9	96 中簡 652	9	96 簡 997	13	94 嘉簡 52	14	96 易 774	15	94 簡 4373
9	95 易 1680	9	96 易 1152	10	91 易 738	13	95 嘉簡 207	14	96 訴 1317	15	94 簡 4462
9	95 易 2067	9	96 易 1523	10	91 訴 1195	13	96 訴 875	14	96 簡 1145	15	94 簡 6751
9	95 易 2491	9	96 易 1523	10	91 訴 492	13	96 嘉簡 1174	14	96 簡 1201	15	94 簡 7536
9	95 易 2536	9	96 易 2035	10	92 易 855	13	96 嘉簡 1216	14	96 簡 2422	15	95 易 1514
9	95 易 2562	9	96 易 2238	10	92 訴 70	13	96 嘉簡 1789	14	96 簡 2428	15	95 易 1730
9	95 易 2860	9	96 易 2239	10	92 訴 944	13	96 嘉簡 268	14	96 簡 2826	15	95 易 1840
9	95 易 3068	9	96 易 2596	10	93 訴 1288	14	93 訴 1348	14	96 簡 2833	15	95 易 1849
9	95 易 3161	9	96 易 2639	10	94 訴 1376	14	93 簡 1358	14	96 簡 302	15	95 易 1888
9	95 易 3728	9	96 易 2795	10	94 訴 2228	14	93 簡 2312	14	96 簡 3328	15	95 易 1942
9	95 易 419	9	96 易 2796	10	94 訴 694	14	93 簡 2669	14	96 簡 3574	15	95 易 1962
9	95 訴 1070	9	96 易 2798	10	95 易 923	14	94 易 284	14	96 簡 3891	15	95 易 2250
9	95 訴 1619	9	96 易 2893	10	95 訴 1203	14	94 訴 1261	14	96 簡 4076	15	95 易 2251
9	95 訴 1738	9	96 易 3238	10	96 易 43	14	94 訴 1564	14	96 簡 4304	15	95 易 2280
9	95 訴 179	9	96 易 4160	10	96 易 752	14	94 訴 299	14	96 簡 636	15	95 易 757
9	95 訴 2183	9	96 易 439	10	96 易 854	14	94 訴 454	14	96 簡 637	15	95 訴 1444
9	95 訴 282	9	96 易 444	10	96 訴 1935	14	94 訴 742	15	92 簡 2966	15	95 訴 1741
9	95 訴 283	9	96 易 539	10	96 簡 152	14	94 訴 817	15	92 簡 4855	15	95 訴 2606
9	95 訴 3334	9	96 易 542	10	96 簡 169	14	94 簡 2080	15	93 訴 1961	15	95 訴 2788
9	95 訴 926	9	96 易 5574	10	96 簡 317	14	94 簡 2082	15	93 訴 698	15	95 訴 3127
9	95 簡 237	9	96 易 5582	11	94 易 288	14	94 簡 2930	15	93 簡 2994	15	95 訴 3597
9	96 中簡 1075	9	96 易 5586	11	95 投刑簡 425	14	94 簡 3022	15	93 簡 3646	15	95 訴 3618
9	96 中簡 1266	9	96 易 5606	11	95 投刑簡 751	14	95 訴 1047	15	93 簡 3678	15	95 訴 3791
9	96 中簡 1364	9	96 訴 1200	11	95 易 114	14	95 訴 1084	15	93 簡 411	15	95 訴 4389
9	96 中簡 1461	9	96 訴 1200	11	95 訴 29	14	95 訴 1129	15	94 易 1426	15	95 訴 61
9	96 中簡 1505	9	96 訴 1669	11	96 投刑簡 417	14	95 訴 1172	15	94 易 1774	15	95 訴 766
9	96 中簡 170	9	96 訴 1999	11	96 投刑簡 798	14	95 訴 327	15	94 易 709	15	95 簡 1472
9	96 中簡 1726	9	96 訴 2658	11	96 訴 200	14	95 訴 799	15	94 訴 3126	15	95 簡 1644
9	96 中簡 175	9	96 訴 4124	11	96 訴 741	14	95 簡 1579	15	94 訴 3372	15	95 簡 1669
9	96 中簡 1947	9	96 訴 925	12	94 訴 735	14	95 簡 2596	15	94 訴 3658	15	95 簡 1711
9	96 中簡 2146	9	96 簡 1343	12	95 簡 50	14	95 簡 2881	15	94 訴 3746	15	95 簡 1783
9	96 中簡 2748	9	96 簡 1369	13	91 訴 222	14	95 簡 3466	15	94 訴 4323	15	95 簡 1901
9	96 中簡 2953	9	96 簡 162	13	92 訴 283	14	95 簡 3616	15	94 簡 2323	15	95 簡 2058
9	96 中簡 3016	9	96 簡 426	13	92 訴 382	14	95 簡 3931	15	94 簡 4119	15	95 簡 2152

15	95 簡 247	15	96 易 1942	15	96 易 475	15	96 訴 4879	15	96 簡 4485	18	95 訴 779
15	95 簡 2872	15	96 易 1958	15	96 易 652	15	96 簡 1030	15	96 簡 4690	18	95 簡 1644
15	95 簡 6931	15	96 易 1959	15	96 易 802	15	96 簡 1089	15	96 簡 5067	18	95 簡 1669
15	96 易 14	15	96 易 2135	15	96 易 890	15	96 簡 1201	15	96 簡 5209	18	96 易 534
15	96 易 1475	15	96 易 2359	15	96 訴 2198	15	96 簡 2801	15	96 簡 5438	18	96 訴 208
15	96 易 1647	15	96 易 2461	15	96 訴 2247	15	96 簡 2802	15	96 簡 689	18	96 簡 1201
15	96 易 178	15	96 易 3121	15	96 訴 2486	15	96 簡 2806	15	96 簡 755		
15	96 易 1895	15	96 易 3850	15	96 訴 2993	15	96 簡 2815	16	96 花簡 629		
15	96 易 1897	15	96 易 3917	15	96 訴 3781	15	96 簡 3288	16	96 訴 403		
15	96 易 1906	15	96 易 4	15	96 訴 384	15	96 簡 3817	18	94 訴 956		
15	96 易 1908	15	96 易 408	15	96 訴 4186	15	96 簡 4097	18	94 簡 1260		

上訴審判決

87 上訴 4865	91 上訴 554	94 上更(一)306	95 上訴 1344	96 上易 1165	96 上訴 729
88 上易 4576	91 少連上訴 139	94 上更(二)232	95 上訴 18	96 上易 1345	96 上訴 89
89 上訴 1057	92 上更(一)267	94 上易 1421	95 上訴 2161	96 上易 1396	96 上訴 939
89 上訴 1663	92 上更(一)450	94 上易 2070	95 上訴 3656	96 上易 1403	96 中簡上 42
89 上訴 4457	92 上更(一)781	94 上訴 1922	95 上訴 3682	96 上易 1754	96 抗 20
90 上更(一)640	92 上易 1954	94 上訴 642	95 上訴 397	96 上易 2197	96 簡上 122
90 上訴 1653	92 上易 3127	94 上訴 705	95 上訴 4126	96 上易 229	96 簡上 177
90 上訴 1747	92 上易 3314	94 中簡上 614	95 上訴 4207	96 上易 2332	96 簡上 181
90 上訴 1975	92 上訴 1407	94 簡上 264	95 上訴 440	96 上易 2495	96 簡上 223
90 上訴 2981	92 上訴 2003	94 簡上 761	95 上訴 732	96 上易 405	96 簡上 23
90 上訴 3441	92 上訴 23	94 簡上 797	95 簡上 174	96 上易 740	96 簡上 277
90 上訴 993	93 上易 375	95 上更(一)291	95 簡上 206	96 上易 806	96 簡上 282
91 上更(一)382	93 上易 623	95 上更(二)457	95 簡上 316	96 上易 870	96 簡上 304
91 上更(一)651	93 上易 927	95 上易 1329	95 簡上 355	96 上易 877	96 簡上 313
91 上易 3014	93 上訴 143	95 上易 2019	95 簡上 443	96 上易 967	96 簡上 349
91 上易 62	93 上訴 3119	95 上易 625	95 簡上 547	96 上易 976	96 簡上 470
91 上訴 1761	93 上訴 812	95 上訴 1129	95 簡上 569	96 上易 991	96 簡上 474
91 上訴 2061	93 中簡上 592	95 上訴 114	95 簡上 617	96 上訴 102	96 簡上 66
91 上訴 2920	93 抗 179	95 上訴 1208	95 簡上 944	96 上訴 2520	96 簡上 729
91 上訴 3607	93 簡上 178	95 上訴 1277	96 上更(一)450	96 上訴 504	96 簡上 906
91 上訴 551	93 簡上 222	95 上訴 1300	96 上更(二)207	96 上訴 583	96 簡上 95