



## 著作權法刑不刑？ ——漫談智慧財產法院之 釋憲聲請案

Criminal Liability of Copyright Law?:  
Some Thoughts on the Petition for  
Constitutional Interpretation by the  
Intellectual Property Court



熊誦梅  
Sung-Me Hsiung\*



范立達  
Li-Da Fan\*\*

### 壹、前言

自1949年1月6日起司法院大法官會議作出釋字第1號解釋起算，至本文完成日止，司法院大法官會議共作出768號解釋。在如此眾多的解釋中，與智慧財產權法有關的解釋卻只有9號。其中與商標法有關的解釋，計有釋字第23、72、104、370、486、492、594號等7件；與專利法有關的，有釋字第213、507號等兩件；與著作權法有關的解釋，迄今為零。

但這樣的局面「也許」即將改變，因為司法院大法官網站在2017年底公布「智慧財產法院第二庭為審理智慧財產法院101年度刑智上訴字第88號違反著作權法案件，認應適用之著作權法第91條第3項

（合同條第2項）、第100條但書規定，有牴觸憲法第7條、第8條及第23條規定之疑義，聲請解釋案。」將智慧財產法院於2013年8月間關於著作權法之釋憲聲請案，排入大法官解釋待審案件中。此外，智慧財產法院第三庭也於2018年9月28日就所審理106年度刑智上更(一)字第1號違反著作權法案件，關於著作權法第91條第2、3項規定，認有違反憲法第7條及第23條的疑義，聲請憲法解釋。

依據釋憲聲請流程，大法官書記處在收到釋憲聲請書後，會先對聲請書的格式作初步審查，以確認聲請釋憲的文書有無符合法律規定。過了第一關後，聲請案件即進行分案，送請承辦大法官審查。承辦大法官審查後認為符合大法官審理案件法

第5條規定，還得提交大法官全體會議，經出席大法官過半數同意後，才算正式受理，並排入待審案件中。

進入待審案件的釋憲聲請案，也不一定作出解釋。因為，依大法官審理案件法第14條第1項前段規定，大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過。以現有大法官15人計算，若全體大法官皆出席會議，則至少需要10人達成一致看法，才有可能從「違憲」、「不違憲」或「合憲性解釋」等三種結論中擇一作成解釋。若持一致看法的大法官人數未達可決門檻，案件就會無限期的擱置，一直到某些大法官改變看法，或等待新任大法官就職後重新討論議決，才有可能解套。本件釋憲聲請案自2013年8月聲請迄今已逾5年，此次雖因司法院大法官之新政策即公布待審案件而為公眾所得知，但本件釋憲聲請案遲遲未能作成解釋，究竟是因為承辦之大法官更迭，或是因為大法官迄仍無法作成結論，則不得而知。

但無論如何，細數大法官釋憲史70個年頭，終於有可能對於著作權法作出第一件解釋，不管解釋的結果是合憲或違憲，對於所有關心著作權的學者、業者來說，無疑是件大事，再者，本件聲請案係由智慧財產法院提出，也彰顯適用著作權法最密切的專業法院對於這部法律部分條文的躊躇與疑慮，其意義顯然較由人民或行

政、立法機關提出聲請案更為重大。此外，本件聲請涉及廣大創作者與著作權使用人間之利益，且2017年召開之司法改革國是會議亦曾提案檢討著作權侵害刑罰化之存廢，因此，本文將先簡介本件智慧財產法院首次提出之著作權法釋憲聲請案之緣由及聲請理由等，並以大法官過去相關之解釋內容解析本件釋憲聲請案的可能結果，並期待大法官能以全民及所有法律之憲法保護者自居，督促有關機關檢討在雲端科技下，著作權法應有之刑事責任。

## 貳、釋憲聲請案緣由

本件聲請案起因於一件違反著作權法之刑事案件。

在本案的起訴事實中，檢察官認定告訴人黃小姐為歌曲「睡美人」之著作人，被告王小姐為黃小姐之學妹，黃小姐曾經在被告住處教導其彈唱告訴人所創作之「睡美人」一曲。其後，被告未經同意，擅自以重製方式，製作相同旋律達90%之「到底愛怎麼了」一曲，並交由不知情之唱片公司重製於光碟並公開銷售。檢察官因此認定被告涉犯著作權法第91條第3項之擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪。

一審法院審理時，法官認為判斷有無抄襲之標準，須有「實質近似」及「接觸」被抄襲著作之兩項要件。就「實質近似」

要件，法官委由專業鑑定人鑑定後，得到兩首曲子近似度高達98%之結果；但就「接觸」要件，法官則認為檢察官和告訴人所提證據均不足以證明被告有接觸「睡美人」之著作。在兩項要件未能滿足的前提下，法官乃判決被告無罪。

但本案還有未見諸於判決書的一段插曲。

原來，這件案子在一審進行準備程序時，雙方曾達成和解，告訴人除承諾不再追究及拋棄其他請求外，且具狀撤回告訴。但因著作權法第100條但書規定，本案屬於非告訴乃論之罪，縱告訴人無心再行追究，法官還是只能繼續審理。一審法院判決被告無罪，但因兩首曲子之旋律近似程度過高，告訴人及被告又是好友兼相同藝校之前後期學姐妹，本案隨即上訴至智慧財產法院，經審理後法院認為：「近似之二著作，雖非無可能係個別獨立之創作，然如其近似之程度甚高，則實無從想像『若非接觸，何以致之』、以告訴人與被告長期之學姐學妹關係，又均喜好音樂，且住家均在臺北市士林區同一路段，證人亦證稱告訴人曾於就讀之藝校公開表演過『睡美人』一曲，故告訴人陳稱與被告原係好友，曾教導其彈奏『睡美人』一曲，絕非毫無可能，況二首歌曲之音節共有35小節相同，以其高度近似之程度，實難想像，若非接觸，何以致之。」、「故告訴人之上訴，非無理由，被告確有涉犯著作權法第91條

第3項之罪嫌。」

但智慧財產法院在完成「認事」程序，要進行「用法」的判斷時，卻產生了猶豫。為此，乃在2013年5月20日裁定：「本件於司法院大法官就著作權法第91條第3項及第100條但書有無抵觸憲法作出解釋前，停止訴訟程序。」，並於同年8月8日向司法院大法官會議提出釋憲聲請。

## 參、釋憲聲請案之標的

本件釋憲聲請案之標的是著作權法第91條第2、3項及第100條但書。

著作權法第91條規範的是違法重製罪。其中第1項規範的是一般違法重製行為，或稱非營利的違法重製行為。第2、3項則規範以營利為目的的違法重製行為。與第1項可處徒刑、拘役的刑度相較，第2、3項之罪都定出6月以上有期徒刑的最低刑度，顯然罰則較重。再者，與第2項相較，同法條第3項特別規定「以重製於光碟之方法」犯前項之罪者，自由刑刑度不變，皆為處6月以上5年以下有期徒刑，但罰金刑的刑度由得併科新臺幣20萬元至200萬元加重至得併科新臺幣50萬元至500萬元。換言之，在以營利為目的的違法重製行為中，只要侵害著作權的載體為光碟，法律就給予與其他重製之方法不同之評價及刑罰。

違反著作權法的刑事責任，原則上須

待得為告訴之人提出告訴，故著作權法第100條本文明定「本章之罪，須告訴乃論。」但同條但書，也特別針對著作權法第91條第3項及第91條之1第3項一律定為非告訴乃論之罪。

智慧財產法院認為，著作權法第91條第3項之罪，即以著作權之載體為光碟者，與其他重製之方法予以不同之評價及刑罰，甚至一律定為非告訴乃論之罪，有違憲法第7條平等原則；又，何謂「重製」，迄今無任何明確規範，其與同法第92條第1項規定之「改作」又有何不同，亦難以區分，有違憲法第8條法律明確性原則；另將

重製於光碟之方法，無論其重製之侵害程度或數量多寡，均一律處以最輕本刑六月以上有期徒刑，致大多數案件均不得易科罰金，亦因非告訴乃論之罪，致告訴人之撤回不生效力，有違憲法第23條比例原則下之罪刑相當性原則。智慧財產法院主張，前開法條使人民受到行為時所未預見且過度評價之刑罰制裁，使自由權受到不當限制、侵害而違憲無效。據此，乃提出釋憲聲請書，其後因司法院大法官公布待審案件，智慧財產法院於2018年3月31日又再提出補充釋憲理由書。

完整全文，請參見：月旦司律評，創刊號，2018.09月。

訂閱網址：<http://qr.angle.tw/9mx>

關鍵詞：智慧財產法院、著作權法、釋憲聲請、光碟、告訴乃論

DOI：10.3966/261730692018090000004

 本單元部分內容獲月旦知識庫收錄